creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

국가배상의 귀책요건에 관한 다원적 법비교 연구

2023년 8월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
이 해 림

국가배상의 귀책요건에 관한 다원적 법비교 연구

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2023년 4월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
이 해 림

이해림의 박사 학위논문을 인준함
2023년 4월

위 원 장 金鎭市 (인)

부위원장 崔桂暎 (인)

위 원 安東寅 (인)

위 원 朴玄珽 (인)

위 원 朴正勳 (인)

국문초록

이 논문은 국가배상 제도의 유형과 위법한 행정 결정에 따른 과실 인정 사이에 관련성이 있는지에 대한 논의에서 출발하였다. 이론적으로 보면 자기책임을 인정하는 경우 행정 결정의 위법성이 인정되면 과실이 곧바로 인정되거나 추정될 것이고, 대위책임을 인정하는 경우에는 행정 결정의 위법성과 별도로 공무원의 과실이 인정되어야 하므로 공무원의 과실이 부정되는 경우 위법한 행정결정에 대한 배상책임이 인정되지 않을 것이다. 이와 같은 내용이 실질적으로 국가배상 제도에 반영되고 있는지 확인하기 위하여 프랑스, 독일, 영국, 미국의 국가배상 제도의 성질과 과실 인정 관계를 비교하였다.

프랑스에서는 19세기까지 국가의 손해배상책임 부인 원칙이 일반적이었음에도 불구하고 1873년 블랑꼬 판결을 통해 행정사건은 행정재판소에서 공법상 원리에 의하여 판단하여야 한다는 원칙을 확립하였고, 역무과실이라는 독자적인 개념을 발전시켰다. 그러나 역무과실 개념이 인정된 이후에도 1970년대에 이르러서야 위법성-과실 동등론이 확립되었다고 이해된다. 프랑스에서는 역사적으로 행정의 위법성 통제라는 국가배상 제도의 역할 및 배상책임에 관한 이론의 발전을 통하여 국가배상 제도를 발전시켜 왔으며, 이원적 소송체계와 절차적 특징 등에 의하여 행정 결정의 위법성을 이유로 역무과실을 인정하는 태도가 확립되었다.

독일은 민법 제839조, 기본법 제34조에 의하여 대위책임을 인정한다. 위법한 행정 결정에 대해서 합법적으로 행위할 직무 의무를 인정하고, 행정 결정의 상대방에 대한 보호 의무를 인정하며, 과실의 객관화를 통해 실질적으로 과실의 증명이 문제 되지 않는다고 평가된다. 다만 독일은 국가배상 제도를 권리구제의 부차적인 제도로 이해함에 따라서 피해자가 불법행위자에 대한 손해배상 청구 등을 통해 다른 방법으로 배상받을 수 있는 경우(민법 제839조 제1항 제2문)에는 국가의 책임이 제한적으로 인정되고, 피해자가 행정소송을 제기하는 등 법적 수단을 통한 피해방지를 소홀히 한 경우(민법 제839조 제3항)에는 국가의 책임이 배제된다. 또한 독일은 1981년 「국가책임법」

의 입법화 시도, 과실의 객관화, 조직과실 등 법이론의 발전을 통해 국가배상 제도의 한계를 극복하고자 하며, 자기책임적 국가배상 제도를 형성하기 위한 이론적 근거를 제시하는 시도가 꾸준히 제기되고 있다.

영국은 일반적으로 대위책임을 취하고 있다고 평가되나, 일부 영역에서 법률에 자기책임적 규정을 두고 있기도 하다. 영국은 확고한 유형분류적 관점을 취하고 있으므로 행정 결정의 위법성과 과실의 관계를 일률적으로 단정할 수 없는 특징이 있다. 과실책임(negligence) 유형을 살펴보면, 주의의무의 기준은 역사적으로 변화해 왔으며, 2001년 바렛 사건을 통하여 Wednesbury 기준을 파기하고, 2018년 로빈슨 사건을 통해 이미 사법상의 주의의무가 인정된 경우 '공정 · 정당 · 합리성'(fair, just and reasonable) 기준을 적용하지 않게 되었다. 즉, 2000년대 이후에는 주의의무의 인정 범위를 넓혀 국가배상책임의 인정 범위를 넓히려는 시도가 이루어졌다.

미국은 현재까지도 주권면책을 인정하고 있으나, FTCA의 제정으로 연방정부에 대한 주권면책의 예외를 인정하고 있다. 그러나 FTCA는 주권면책의 예외가 적용되지 않는 경우로서 대표적으로 재량권의 행사를 규정하고 있고, 대부분의 행정 작용이 재량권의 행사로 포섭되므로 주권면책이 널리 인정된다. 만일 주권면책이 인정되지 않는다면 연방정부는 연방 사용인이 고용의 범위 내에서 행한 불법행위에 대하여 주법에 따른 불법행위 책임을 진다. 예외적으로 '당연과실'(negligence per se) 법리가 적용될 수 있는 경우에는 자기책임과 유사하게 위법한 행정 결정에 대한 과실을 간주 내지 추정하고 있다. 피해자가 입은 손해는 대부분 보험 등의 대안적 구제 수단을 통하여 전보되고, 연방정부의 책임은 제한적으로 인정된다.

이상과 같은 다원적 법비교를 통하여, 자기책임을 택하고 있는 프랑스의 경우 법적 조치의 위법성이 인정되면 역무과실을 인정하고, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 공무원의 주의의무의 내용에 합법적으로 행위할 의무 또는 행정 법규의 내용을 주의의무의 기준으로 받아들여 과실 인정에 있어서 구체적 타당성을 기하려는 모습을 보인다는 것을 확인하였다. 그러나 독일에서는 국가의 배상책임이 보충적으로 받아들여지고, 영국에서는

주의의무의 위반을 평가하기 이전에 주의의무의 존재가 부정되며, 미국에서는 재량 면책이 적용되어 배상책임이 인정되지 않는 경우가 있다는 한계가 있다.

우리나라 판례는 처분의 위법성이 인정되는 경우에도 공무원의 과실은 별도로 판단되어야 한다고 판시하면서, 마치 '객관적 정당성'이라는 별도의 요건을 충족하는 경우에만 국가배상 책임을 인정하는 듯이 판시하고 있다. 그러나 객관적 정당성은 위법성을 의미하는 것인지, 과실을 의미하는 것인지, 아니면 이를 종합하여 손해 전보의 필요성을 판단하기 위한 기준인지 그 법적 의미가 모호하다. 또한 객관적 정당성을 과실 판단의 기준으로 이해하는 경우 판례가 설시하고 있는 '행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도, 손해의 전보 책임을 국가가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지'와 같은 세부 기준은 직접적으로 과실 판단과 관련이 없으며, '국가가 책임을 부담할 만한 실질적 이유'와 같이 지나치게 모호한 불확정개념을 사용하는 것은 예견 가능성을 해한다는 비판이 가능하다. 또한 위 세부 기준은 배상책임 인정 여부가 아니라 오히려 책임 제한 요소와 관련되어 있으므로 객관적 정당성을 상실할 정도에 이르지 않더라도 결론적으로 책임을 부정할 것이 아니라 책임의 범위를 제한하는 것이 타당할 것이다.

대상 판결(대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결)은 위헌 · 무효인 긴급조치에 대한 국가의 책임을 전혀 인정하지 않던 종래의 판례를 변경하여 "긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은, 전체적으로 보아 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하여 그 직무행위가 객관적 정당성을 상실한 것으로서 위법하다고 평가된다"고 하여 배상책임을 인정하였다. 결론적으로 국가의 배상책임을 인정하였다는 점에서 그 의의가 있으나, 여전히 객관적 정당성 기준을 사용하여 배상책임을 판단하고 있다는 점에서 기존의 비판적 검토가 여전히 유효하다.

또한 대상 판결은 여전히 공무원의 과실을 요건으로 하는 까닭에 논리 내부적으로 모호하거나 모순된 논증이 존재한다. 다수의견은 주의의무의 기준

을 '보통 일반의 공무원'을 표준으로 한다고 하였으나, 이 사건 문제가 된 불법행위는 행정의 난이도, 수단과 방법의 다양성 등이 다양하게 뒤섞인 여러 유형의 국가작용을 포함하고 있으므로 일률적으로 하나의 평균적인 가상의 공무원이 존재할 수 있다는 전제는 성립하기 어렵다는 비판이 가능하다. 또한 공무원의 귀책요건에 관하여 별도로 판단하지 아니하고, 손해 전보의 필요성이라는 목차 아래에서 기본권 침해가 이루어진 경우에는 전체적으로 보아 객관적 주의의무 위반이 인정되면 충분하다는 판시를 하였을 뿐이므로, 구체적으로 객관적 주의의무의 내용이 무엇인지, 손해전보의 필요성이 과실 판단의 기준이 된다는 것인지 불명하다. 이상과 같은 비판점은 모두 대위책임설을 유지하면서 피해자 구제를 확대하려는 시도가 이루어졌기 때문에 발생하였다. 과실 관념의 객관화, 조직 과실의 인정, 과실 추정과 같은 시도를 통하여 권리구제를 넓힐 수도 있겠지만 본질적으로는 우리 국가배상법을 공법적 자기책임으로 이해하려는 시도가 필요하다.

각국의 국가배상 제도는 역사적으로 변화해 왔으며, 대위책임을 택하고 있는 외국의 법체계 역시 과실을 널리 인정함으로써 실질적으로 국가배상 책임의 범위를 확대해 왔다. 그러나 비교법적 연구를 통해 대위책임의 관점에서는 여전히 한계점이 존재한다는 점을 확인하였다. 현대 행정 수단의 다양화와 복잡성, 국가작용의 확대, 피해자 구제의 필요성을 고려하면 국가의 역할은 적극 행정에 기반한 공익의 실현, 공익과 사익의 조정, 공적 위험의 분배, 사회연대로 확대되어야 하며 국가배상은 이러한 공법적 사고의 실현을 위한 제도로써 활용되어야 한다. 이와 같은 관점에서 우리나라의 국가배상 책임 역시 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로 변화할 필요성이 있다. 즉, 공무원 개인이 아니라 공무상의 과실이 인정될 수 있어야 하고, 법적 행위에 대해서는 위법하면 그 자체로 공무상의 과실이 인정될 수 있어야 한다.

주요어: 국가배상, 자기책임, 대위책임, 위법성, 과실, 비교법, 프랑스, 독일, 영국, 미국

학 번: 2019-39288

대 목 차

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 3

제1장 예비적 고찰 ····· 6
제1절 국가배상 제도와 과실 요건 ····· 6
I. 국가배상 제도의 역할 ····· 6
II. 국가배상 제도의 성질 ····· 7
III. 법체계별 과실 요건의 다양성 ····· 10
제2절 비교법 개관 ····· 13
I. 비교법의 의의 및 필요성 ····· 13
II. 비교법 방법론의 발전 ····· 15
제3절 국가배상 제도의 비교 ····· 24
I. 비교의 필요성 ····· 24
II. 방법론적 특수성 ····· 26
III. 이 논문에서의 비교 ····· 29

제2장 귀책요건의 비교 ····· 39
제1절 프랑스 ····· 39
I. 국가배상 제도 개관 ····· 39
II. 역무과실 ····· 62
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 73
IV. 위법성 이외의 과실 판단기준 ····· 79
V. 종합 및 분석 ····· 90
제2절 독일 ····· 94
I. 국가배상 제도 개관 ····· 94

II. 과실책임 ····· 116
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 121
IV. 과실 판단기준 ····· 123
V. 종합 및 분석 ····· 125
제3절 영국 ····· 129
I. 국가배상 제도 개관 ····· 129
II. 과실책임 ····· 150
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 157
IV. 과실 판단기준 ····· 167
V. 종합 및 분석 ····· 177
제4절 미국 ····· 182
I. 국가배상 제도 개관 ····· 182
II. 과실책임 ····· 199
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 202
IV. 과실 판단기준 ····· 206
V. 종합 및 분석 ····· 207
제5절 종합 및 평가 ····· 211
I. 자기책임과 대위책임의 세분화 ····· 211
II. 위법한 행정 작용에 대한 과실 판단과의 관계 ····· 213
III. 가상 사례의 분석 ····· 217
IV. 결론 ····· 236

제3장 우리나라 국가배상 제도에의 시사점 ····· 240
제1절 국가배상 제도의 성질과 과실 ····· 240
I. 국가배상 제도의 성질 ····· 240
II. 위법한 행정 결정과 과실 인정 ····· 243
제2절 긴급조치에 관한 전원합의체 판결에 대한 평가 ····· 250

I. 판결의 내용 ····· 250
II. 평가 ····· 251
제3절 결론 ····· 254

제4장 요약 및 결어 ····· 256

참 고 문 헌 ····· 261

<표 차례>

<표 1> 국가배상 책임을 인정한 사례 ····· 246
<표 2> 국가배상 책임을 부정한 사례 ····· 247

<그림 차례>

<그림 1> 기능주의 방법론 ····· 34
<그림 2> 이 논문의 기능주의 방법론 ····· 37
<그림 3> 국가별 국가배상 제도의 유형 ····· 213

목 차

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 3

제1장 예비적 고찰 ····· 6
제1절 국가배상 제도와 과실 요건 ····· 6
I. 국가배상 제도의 역할 ····· 6
II. 국가배상 제도의 성질 ····· 7
III. 법체계별 과실 요건의 다양성 ····· 10
제2절 비교법 개관 ····· 13
I. 비교법의 의의 및 필요성 ····· 13
II. 비교법 방법론의 발전 ····· 15
1. 기능주의 ····· 15
2. 현대 비교법 방법론 ····· 17
제3절 국가배상 제도의 비교 ····· 24
I. 비교의 필요성 ····· 24
II. 방법론적 특수성 ····· 26
1. 법계이론의 적용 가부 ····· 26
2. 선행 연구 방법 ····· 28
III. 이 논문에서의 비교 ····· 29
1. 논의의 전제 ····· 29
2. 구체적인 비교의 방법 ····· 31

제2장 귀책요건의 비교 ····· 39
제1절 프랑스 ····· 39
I. 국가배상 제도 개관 ····· 39

1. 역사적 발전 ····· 40
2. 국가배상 책임의 근거 ····· 42
3. 국가배상 책임의 요건 ····· 48
4. 책임의 제한 ····· 53
5. 행정재판소와 절차적 특징 ····· 54
6. 정책적 요소의 고려 여부 ····· 60
II. 역무과실 ····· 62
1. 역무과실의 의의 ····· 62
2. 사법상 과실 개념과의 비교 ····· 65
3. 과실의 추정 ····· 67
4. 개인과실 ····· 68
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 73
1. 위법성-과실 동등론 ····· 73
2. 전통적 이론과 극복 ····· 74
3. 위법성 판단기준 ····· 77
4. 유럽법과의 관계 ····· 78
IV. 위법성 이외의 과실 판단기준 ····· 79
1. 단순과실과 중과실의 구분 ····· 80
2. 역무과실의 판단기준 ····· 85
V. 종합 및 분석 ····· 90
1. 자기책임과 과실 인정 ····· 90
2. 평가 ····· 92
제2절 독일 ····· 94
I. 국가배상 제도 개관 ····· 94
1. 역사적 발전 ····· 94
2. 국가배상 책임의 근거 ····· 96
3. 국가배상 책임의 요건 ····· 100

4. 책임의 제한 ····· 110
5. 민법상 사용자 책임과의 관계 ····· 111
6. 법원과 절차적 특징 ····· 113
7. 정책적 요소의 고려 여부 ····· 115
II. 과실책임 ····· 116
1. 과실 개념과 내용 ····· 116
2. 사법상 과실과의 비교 ····· 117
3. 직무상 의무의 범위 ····· 119
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 121
1. 국내법 적용 내용 ····· 121
2. 유럽법 적용 내용 ····· 122
IV. 과실 판단기준 ····· 123
V. 종합 및 분석 ····· 125
1. 대위책임과 과실 인정 ····· 125
2. 평가 ····· 127
제3절 영국 ····· 129
I. 국가배상 제도 개관 ····· 129
1. 역사적 발전 ····· 129
2. 국가배상 책임의 근거 ····· 134
3. 국가배상 책임의 유형별 요건 ····· 135
4. 관할법원과 절차적 특징 ····· 146
5. 정책적 요소의 고려 ····· 147
II. 과실책임 ····· 150
1. 영미법상 과실의 지위 ····· 150
2. 국가배상법상 과실의 내용적 특성 ····· 151
3. 사법상 주의의무 위반과의 관계 ····· 153
4. 공무원 개인 과실과의 관계 ····· 155

III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 157
1. 법률상 의무 위반 유형의 소송과 과실 ····· 157
2. 사법상 손해배상책임과 공법상 위법성 ····· 159
3. 유럽법의 영향 ····· 164
IV. 과실 판단기준 ····· 167
1. 기존의 주의의무 판단기준 ····· 167
2. 최근 주의의무 판단기준 ····· 171
V. 종합 및 분석 ····· 177
1. 대위책임과 과실 인정 ····· 177
2. 평가 ····· 179
제4절 미국 ····· 182
I. 국가배상 제도 개관 ····· 182
1. 역사적 발전 ····· 182
2. 국가배상 책임의 근거 ····· 183
3. 손해배상책임의 요건 ····· 185
4. 재량면책 조항 ····· 189
5. 사용자 책임과의 관계 ····· 194
6. 법원과 절차적 특징 ····· 196
7. 정책적 요소의 고려 여부 ····· 197
II. 과실책임 ····· 199
1. 과실의 개념과 내용 ····· 199
2. 사법상 과실과의 비교 ····· 200
3. 연방 사용인 책임과의 관계 ····· 201
III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계 ····· 202
1. 당연과실(negligence per se) 법리 ····· 202
2. 연방법규 위반과 당연과실 ····· 203
IV. 과실 판단기준 ····· 206

1. 예견가능성 ····· 206
2. 핸드룰 ····· 206
V. 종합 및 분석 ····· 207
1. 대위책임과 과실 인정 ····· 207
2. 평가 ····· 209
제5절 종합 및 평가 ····· 211
I. 자기책임과 대위책임의 세분화 ····· 211
II. 위법한 행정 작용에 대한 과실 판단과의 관계 ····· 213
III. 가상 사례의 분석 ····· 217
1. 위법한 행정결정에 대한 사례 ····· 217
2. 사실적 행위에 대한 사례 ····· 226
3. 사례의 종합 ····· 235
IV. 결론 ····· 236

제3장 우리나라 국가배상 제도에의 시사점 ····· 240
제1절 국가배상 제도의 성질과 과실 ····· 240
I. 국가배상 제도의 성질 ····· 240
1. 헌법 및 국가배상법의 내용과 해석 ····· 240
2. 판례의 입장 ····· 242
II. 위법한 행정 결정과 과실 인정 ····· 243
1. 객관적 정당성 기준의 해석 ····· 243
2. 객관적 정당성 기준의 적용 국면 ····· 245
제2절 긴급조치에 관한 전원합의체 판결에 대한 평가 ····· 250
I. 판결의 내용 ····· 250
II. 평가 ····· 251
1. 객관적 정당성 기준의 모호성 ····· 251
2. 공무원의 과실 판단에 대하여 ····· 252

제3절 결론 ····· 254

제4장 요약 및 결어 ····· 256

참 고 문 헌 ····· 261

<표 차례>

<표 1> 국가배상 책임을 인정한 사례 ····· 246
<표 2> 국가배상 책임을 부정한 사례 ····· 247

<그림 차례>

<그림 1> 기능주의 방법론 ····· 34
<그림 2> 이 논문의 기능주의 방법론 ····· 37
<그림 3> 국가별 국가배상 제도의 유형 ····· 213

연구의 목적

여러 행정법 영역 중에서도 국가배상 제도는 법체계의 고유한 특징이 많이 반영된 영역이다. 국가배상 제도에는 국가의 개념 및 국가의 역할에 관한 사회의 인식, 실질적인 국가의 재정 상황과 예산 및 지출에 관한 권한의 문제, 행정부와 사법부 사이의 관계, 행정쟁송에 대한 개인의 접근성 등 여러 법외적 요소들이 다층적으로 작용하고 있기 때문이다. 정확한 법비교를 위해서는 역사적 · 정치적 · 경제적 · 문화적 배경의 비교를 통해 그 내용을 밝히는 것이 필요하지만 이 논문에서는 그러한 전제 단계로서 각국의 국가배상 제도를 형성하고 있는 법제도, 판례, 이론의 내용을 기능주의적 관점에서 비교하고자 한다.

구체적으로는, 국가배상 제도의 유형을 공무원의 과실책임을 전제로 하는지 여부를 기준으로 하여 자기책임과 대위책임으로 분류하고, 국가의 과실책임 영역에서 개별적 결정이 위법한 경우와 과실 요건과의 관계를 살펴본다. 자기책임 유형에 해당할 경우 공무원의 개인적인 책임을 전제로 하는 것이 아니라 행정의 작용이나 조직상의 과실을 전제로 하는 것이므로 행정 결정의 위법성이 인정되는 경우 곧바로 과실이 인정된다거나, 추정된다는 등의 밀접한 관련성을 인정할 수 있을 것이다. 반면, 대위책임 유형은 행정 결정의 위법성이 인정된다고 하더라도 공무원의 과실 요건은 별개로 인정되어야 하므로, 공무원의 과실이 부정되어 책임이 부정되는 경우가 발생할 수 있다. 프랑스, 독일, 영국, 미국에 대한 다원적 법비교를 통해 책임의 요건으로서 공무원의 과실책임을 전제로 하는지 여부, 위법한 행정결정에 대한 국가의 책임을 판단함에 있어서 과실 요건을 판단하는 기준이 무엇인지에 대하여 살펴보고자 한다.

우리 대법원은 그동안 대통령의 긴급조치 제9호의 발령행위와 그 집행행위에 대하여 공무원의 고의 또는 과실을 인정하기 어렵다거나,[1] 대통령의

---

[1] 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다217962 판결(긴급조치 제9호가 위헌·무효라고 하더라도, 수사기관의 직무행위나 법관의 직무행위는 공무원의 고의 또는 과실에

긴급조치 발령행위는 이른바 통치행위에 해당하므로 이에 대응한 개인의 주관적 공권을 인정하기 어렵다고 판시하면서[2] 국가배상 책임을 인정하지 않았다. 그러나 대법원은 2022. 8. 30. 전원합의체 판결[3]을 통해 긴급조치의 발령 및 적용 · 집행이라는 일련의 국가작용이 전체적으로 보아 객관적 정당성을 상실하였으므로 국가배상 책임이 성립한다는 전향적인 판단을 내렸다. 그러나 다수의견은 우리 국가배상 제도와 관련하여 기존 대법원의 입장인 '사법(私法)적 대위책임'(代位責任)의 프레임을 유지하면서도,[4] 국가의 책임을 인정하기 위하여 논리적으로 일관되지 않은 논증 방식을 택하였다. 각 나라의 비교법적 연구를 통해 얻은 시사점은 결국 우리나라도 국가배상 제도는 행정쟁송 제도와 함께 공법을 형성하는 제도로서 행정통제, 공익과 사익의 조정, 공적 부담 앞의 평등, 공적 위험의 분배, 사회 연대를 통한 민주의 실현으로 나아가야 한다는 방향으로 이어진다. 국가배상 제도는 근본적으로 국가의 역할에 대한 진지한 고민과 성찰에서 형성되어야 하며, 이러한 점에서 국가배상 제도는 '공법(公法)적 자기책임(自己責任)'으로부터의 시사점을 통해 행정의 적법성을 담보하기 위한 제도로서의 실현을 고민하여야 할 것이다.[5]

의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다.)

2) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결(긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도, 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐이라고 판시하였다.)

3) 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결

4) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구 제62호, 2020, 27-69면 참조.

5) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구 제62호, 2020, 65면 참조.

연구의 범위

이 논문은 국가배상 제도의 비교를 통해 우리나라에 대한 시사점을 얻기 위한 것이다. 특히 국가배상 제도의 성질과 행정 작용의 위법성이 인정되는 경우의 과실 판단과의 관계를 살펴본다.

비교법 방법론은 기능주의로부터 시작한다. 기능주의는 여러 한계에도 불구하고 비교의 대상을 선정하는 데 실질적으로 유용한 기준을 제공해 준다는 점에서 의의가 있다. 비록 기능주의는 그 사고의 전제 등에 관하여 현대 비교법 학자들로부터 많은 비판을 받아 왔으나, 현대 비교법 학자들이 새롭게 제시하는 방법론은 기능주의에 바탕을 두고 있는 경우가 많으며 지금까지도 비교법의 가장 기본적인 방법론으로 인식되고 있다. 이 논문에서 국가배상 제도의 귀책사유 요건을 특히 비교의 소재로 선정한 이유는 국가배상 제도는 19세기 이후 행정법의 변화로부터 현대에 이르기까지 행정법의 핵심 주제이기 때문이다. 주권 국가 출현 이후 정부의 역할 확대와 민주적 규범의 발전은 공무원이라는 자연인을 통하여 행해지는 행정 작용이 불법행위를 구성하는 경우 개인이 손해를 배상받을 수 있는 방법에 대하여 고민하도록 하였다.[6] 따라서 국가배상 제도는 각 나라의 행정법 발전과 밀접하게 관련되어 있다는 점에서 비교법의 의의가 있다.

제1장에서는 예비적 고찰로서, 국가배상 제도는 행정통제 목적과 행정의 자율성 · 전문성 보장이라는 긴장 관계에서 형성되었고, 국가배상 책임의 요

---

6) 19세기 이후 행정법은 두 가지의 큰 변화에 대응하게 되었다. 첫째, 큰 정부의 등장이다. 사회가 복잡해짐으로써 이에 대응하기 위하여 대규모의 관료제 정부가 등장하게 되었다. 그리고 이것은 곧 공무원의 지위에 관한 문제, 그리고 공무원의 행정 작용이 시민들의 삶과 직접적으로 맞닿아 있게 된다는 시민들의 인식의 토대가 되었다. 둘째, 자유 민주적 규범의 발전이다. 행정 작용은 이제 민주적 정치와 자유주의 사회의 원리에 합치하는 경우에만 합법적이라는 믿음이 공유되었다고 할 것이다. Francesca Bignami, Comparative administrative Law, in Mauro Bussai and Ugo Mattei(ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, 2012, 145면 참조.

건으로서 공무원의 과실책임을 전제하는지 여부에 따라 국가배상 책임이 자기책임과 대위책임으로 유형화될 수 있음을 살핀다. 또한 개별적 법체계에서 과실 요건의 내용을 다양하게 파악하고 있음을 통해 비교의 필요성을 논한다(제1절). 이후 비교법의 필요성, 비교법 방법론으로서 기능주의와 현대 비교법 방법론을 소개한다(제2절). 국가배상 제도는 공법과 사법의 영역이 혼재되어 있을 뿐만 아니라, 행정법제의 균질화 경향에도 불구하고 차이점이 두드러지는 영역이므로 비교의 특수성이 있음을 밝힌다. 그리고 국가배상 제도 성질에 따라 유형을 나누고, 각 유형에 따라 위법한 행정 결정과 과실 인정의 내용이 결정되는지 각국의 국가배상 제도에 대한 비교를 통해 확인하고자 한다. 우리나라는 행정 결정의 위법성이 인정되더라도 별도로 공무원의 과실이 인정되어야 하며, 그 판단에 있어 객관적 정당성 등의 요건이 사용되고 있다는 점에 착안하여 외국의 법체계에서도 행정 결정의 위법성이 인정되더라도 과실을 부정하는 결론에 이르고 있는지, 과실 판단에 사용하는 근거가 무엇인지 확인한다(제3절).

제2장에서는 귀책요건에 대하여 다원적 법비교를 시도한다. 프랑스의 국가배상 제도를 개관하고, 공무원의 과실을 전제하지 않고, 역무과실이라는 독자적 개념을 통하여 국가의 자기책임을 인정하며, 위법성-과실 동등론을 발전시켰음을 소개한다. 이에 위법한 행정결정이 존재하는 경우 단순과실로서의 역무과실을 인정하며, 그 외에 중과실, 예견 가능성 등의 요건을 통하여 과실 인정이 이루어지고 있다(제1절). 영국은 전통적으로 국가배상의 사법(私法)적 책임을 인정하고, 보통 법원에서 국가 책임을 다루고 있으며, 판례에 의해서 국가배상에 관한 법리가 정립되어 왔다는 특징이 있다. 특기할 만한 것은 1995년[7] 이후 영국은 국가배상에 대한 주요 판례를 통해 급격한 변화를 겪고 있다는 것이다. 영국의 법률개정위원회(Law Commission)는 2004년도 보고서[8]를 통하여 프랑스와 같은 역무과실 제도를 제안하기도 하였으며,

---

7) X(Minors) v. Bedfordshire County Council, M v. Newham London Borough Council[1995] 2AC와 같은 주요 판례들이 선고되기 시작하였다.

8) https://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/Remedies_Public_Bodies__Scoping.pdf 18-31면 참조[방문 일시 : 2022. 11. 21.]

2021년 브렉시트(Brexit) 이후 유럽연합에 속해 있는 동안 국내법에 미친 EU법의 효과를 정리하면서 국가배상에 관한 EU법의 주요 원리인 프랑코비치(Francovich) 원칙이 더 이상 적용되지 않는다고 선언하기도 하였다. 국가배상의 대위책임이 인정되는 영역과 자기책임이 인정되는 영역이 혼재하고 있고, 과실책임 영역에서는 위법성과 과실이 별개의 요건으로 인정되나, 유럽법위반 및 인권법위반의 경우 위법성과 과실이 더욱 밀접한 관련이 있다(제2절). 독일의 경우 국가배상의 대위책임 및 민사재판 관할을 인정하지만 국가배상 제도를 확대하려는 입법적 시도, 손실보상 제도의 확대 등과 같은 실무적 노력뿐만 아니라, 학문적 연구를 통한 국가배상의 이론적 정립이 활발히 이루어지고 있다. 이에 법원이 국가배상 책임을 판단함에 있어 공무원의 과실을 넓게 인정함으로써 구체적인 적용의 양상은 자기책임설에 가깝다는 평가가 있다(제3절). 미국은 상대적으로 국가배상에 관한 논의가 많이 되고 있지 않으나, 강력한 주권면책(Sovereign Immunity)의 이념, 사법(私法)적 책임 원리, 「연방불법행위법」(FTCA)에 의하여 광범위한 재량면책을 인정하고 있는 것을 특징으로 한다. 그러나 '당연과실'(negligence per se)이 적용될 수 있는 경우에는 행정법규 위반으로 과실을 간주 내지 추정하기도 한다(제4절). 제5절에서는 이상의 내용을 종합하며, 자기책임을 택하고 있는 프랑스의 경우 법적 조치에 대한 위법성이 인정되면 역무과실을 인정하고, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 공무원의 주의의무 내용에 합법적으로 행위할 의무 또는 행정 법규의 내용을 주의의무의 기준으로 받아들여 과실 인정에 있어 구체적 타당성을 기하려 하나, 대위책임에는 한계가 존재함을 확인한다(제5절).

제3장에서는 긴급조치에 관한 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결을 통해 위헌적 긴급조치의 발령 · 집행행위에 따른 공무원의 과실 인정 관계를 살펴본다. 아울러 앞선 비교법 연구를 통해 우리나라에 대한 시사점을 얻고자 한다.

제1장 예비적 고찰

제1절 국가배상 제도와 과실 요건

역사적으로 많은 나라에서 국가배상 제도는 국가무책임(國家無責任) 또는 주권면책(sovereign immunity)의 인정에서 국가 책임의 인정과 주권면책을 폐지하는 방향으로 발전해 왔다.[1] 이후 국가배상 제도는 행정통제 목적과 행정의 자율성 · 전문성 보장이라는 긴장 관계에서 형성되었고, 그중에서도 국가 책임 인정의 요건으로 공무원의 고의 · 과실을 요구하는지 여부 및 구체적인 과실의 내용과 관련하여 다양한 태도를 취하게 되었다.

I. 국가배상 제도의 역할

현대적 의미의 국가배상 제도가 형성되기 이전부터 사법상 불법행위 법리는 존재하였다. 불법행위를 원인으로 하는 금전적 배상 제도는 가해자에 대한 처벌, 가해행위의 억제, 피해자에 대한 보상, 그리고 불법행위로 인한 손해 분산의 역할을 하였다.[2] 이후 국가무책임 원칙에서 국가도 책임을 부담해야 한다는 제도로 변화하면서, 국가가 개인에게 발생한 손해에 대한 책임을 부담해야 하는 근거를 어디서 찾아야 할 것인지가 문제 되었다. 국가가 불법행위 책임을 부담할 경우 행정 작용의 자율성 · 전문성 보장이 약해질 것을 우려하는 경우에는 주권면책의 존재를 여전히 인정하면서도 면책의 범위를 수정하여 사법상 불법행위 책임의 범위보다 더 제한적으로 국가의 책임을 인정하기도 하였다.[3] 반면, 국가의 역할 확대 및 그로 인한 불법행위

---

1) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 7면 참조.

2) Basil S. Markesinis, "tort", Encyclopedia Britannica, 1 Feb. 2023, https://www.britannica.com/topic/tort[방문일시 : 2023. 5. 6.]

위험성의 증가로 인해 국가배상 제도를 인정해야 한다는 입장에서는 사법상 금전적 배상의 역할 외에도 국가의 시민에 대한 보호의무, 행정의 위법성 통제의 필요성 등을 고려하여 국가배상의 목적을 공법적 통제 수단, 공적 위험의 분배, 공적 부담 앞의 평등 등에 두어야 한다고 보았다.[4] 위법한 행정결정이 문제 되는 영역에서는 행정소송과 국가배상이 이중적으로 피해자를 보호하는 역할을 하였다.[5] 의도적인 침해행위는 없으나 폭발물 창고에서의 폭발과 같이 국가의 위험한 활동이나 물건에 대해서는 위험책임을 인정하고, 공토목공사의 시행 또는 공공시설물의 존재 및 운영으로 인하여 개인이 공익을 위해 희생되는 경우에는 공적 부담 앞의 평등 원칙 파괴에 따른 책임이 인정되었다.[6] 이러한 경우 국가 책임의 범위가 사법상의 경우보다 확대되기도 하였다.[7] 즉, 국가배상 제도는 크게 행정의 자율성 · 전문성 보장과 공법적 통제 수단, 공공연대의 실현 등의 목적 사이의 긴장관계에서 형성되어 왔다.

II. 국가배상 제도의 성질

국가배상제도의 성질은 국가에게 귀속되는 책임의 구조에 관한 논의이다.[8][9] 자기책임과 대위책임은 모두 국가가 책임을 부담하여야 한다는 동일한

---

3) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 2면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

4) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 30면 참조.

5) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 249면 참조.

6) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 42-43면 참조.

7) Edwin M. Borchard, Government Liability in Tort, The Yale Law Journal, Vol. 34, No. 1 (Nov., 1924), 1-2면 참조.

8) 김강운, 국가배상 책임의 성질과 책임의 주체, 법학연구 제22집 제2호, 2006, 310면 이하 참조.

결론에 이르지만, 그 근거를 국가의 불법행위에서 찾는지, 공무원의 개인적인 불법행위에서 찾는지에 따라 구분된다.[10] 국가작용은 현실적으로 공무원을 매개로 하여 이루어질 수밖에 없으나,[11] 국가의 책임이 반드시 공무원의 책임을 전제로 해야 하는 것은 아니기 때문이다.[12]

자기책임에 의하면 국가는 불법행위로 인한 자신의 책임을 부담한다. 그 근거로는 기관이론에 따라 공무원의 행위가 국가기관 등의 지위에서 이루어진 것이므로 국가의 자기책임이 성립한다는 견해, 공무원의 직무집행 행위가 국민에 대하여 손해를 야기할 위험성을 내포하고 있고, 행정기관의 지위에서 직무집행이 행해지는 것이므로 국가는 그러한 위험성이 있는 행정권의 수권자로서 책임을 부담해야 한다는 위험책임설적 견해가 있다.[13] 전자에 의하면 국가의 책임은 공무원 개인의 책임과 별개로 성립하므로 이론상으로 국가 또는 공무원에 대한 선택적 청구가 가능하다.[14] 후자에 의하면 공무원의 행위가 적법 · 무과실인 경우에도 책임이 인정되므로 위법성 또는 과실을 요건으로 하는 국가배상 제도에 대한 근거로서는 문제가 있다.[15]

반면, 대위책임은 국가가 자신의 책임을 부담하는 것이 아니라 본래 공무원에게 귀속되는 책임을 국가가 대신 부담하는 것이다. 따라서 공무원의 개인적인 불법행위 책임이 성립함을 전제로 국가의 배상책임이 성립하지만, 다만 피해자의 보호를 위하여 배상 능력이 풍부한 국가의 책임을 인정하는 것

---

9) 공법적 이념을 실현하기 위한 제도로서의 국가배상 책임을 논의하면서 프랑스, 독일과의 비교법적 논의를 통해 우리나라의 국가배상 역시 공법적 자기책임으로 변화할 필요성이 있다는 점에 대해서는, 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8.

10) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 27면 참조.

11) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 25면 참조.

12) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 19면 참조.

13) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제27판), 박영사, 2023, 563-564면 참조.

14) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제27판), 박영사, 2023, 563면 참조.

15) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제27판), 박영사, 2023, 564면 참조.

이다.[16] 국가가 공무원의 책임을 면책적으로 인수하는 경우 피해자는 공무원에 대해서 배상을 청구할 수 없고, 국가에 대해서만 배상 청구가 가능하다.[17] 국가가 공무원의 책임을 인수하여 피해자에게 배상을 하였다면 이론적으로 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있을 것이다. 그러나 구상권의 존부는 공무원의 집무의욕, 사기저하 등을 고려하여 정책적 측면에서 인정되는 것이기 때문에 본질적으로 국가배상 제도의 성질과 관련이 있다고 보기는 어렵다.[18][19]

특히 위법한 행정 작용에 대한 과실 인정의 문제는 국가배상 제도의 성질에 관한 논의와 밀접한 관련이 있다. 자기책임에 의하면 과실은 공무원 개인의 직무상 의무 위반에 관한 주관적인 인식의 측면보다는 위법한 행정 작용에 대한 평가의 측면을 갖는다. 따라서 위법한 행정 작용에 대한 국가의 과실은 위법한 행정 작용을 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있는지를 판단하는 기준이 되는 것이고, 대위책임설에서의 공무원의 주관적 요건과 같이 엄격하게 해석할 필요가 없다.[20] 반면 대위책임설에 의하면 국가배상 책임의 과실

---

16) 윤세창, 행정관계 논문 : 영국 행정법상의 국가배상책임론, 법학행정논집, Vol. 7, 1964, 153면 참조.

17) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제27판), 박영사, 2023, 563면 참조.

18) 김강운, 국가배상 책임의 성질과 책임의 주체, 법학연구 제22집 제2호, 2006, 317면 참조.

19) 일반적으로 대위책임설을 취하고 있다고 인정되는 국가배상 제도 내에서도 그 정도에 있어서는 차이가 발생한다. 예를 들어, 영국의 경우 일반적으로 대위책임설을 택하고 있다고 인정되나, 법률 등에 따라 직접적으로 책임을 지는 경우도 있고(direct liability), 원칙적으로 민법상 사용자 책임(vicarious liability)를 취함에 따라 행정이 자신의 고유한 항변권을 주장할 수 있다. 반면 독일은 민법 제839조, 헌법 제34조에 따르면 공무원의 민법상의 책임을 그대로 국가가 인수하는 것이므로, 원칙적으로 행정은 자신의 항변권을 사용할 수 없고 개별적 공무원이 가지고 있는 항변권만을 주장할 수 있다(indirect liability). Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 137, 138.

20) 김철용, 국가배상법 제2조에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 1975, 104-105면 참조.

문제는 공무원 개인의 주관적 인식에 관한 판단이다. 따라서 위법한 행정 작용에 대한 공무원의 무과실이 인정되는 경우 국가의 배상책임은 부인된다는 문제점이 있다.[21]

III. 법체계별 과실 요건의 다양성

우리나라 「국가배상법」 제2조 제1항은 공무원의 고의 또는 과실을 국가배상 책임의 요건으로 규정하고 있다. 프랑스에서는 '역무과실'(la faute de service)이 국가배상 책임을 야기하는 요건으로 사용되고 있고[22], 독일에서는 공무원의 '직무위반'(Amtspflichtverletzung)이 문제된다.[23] 영국에서는 유형별로 배상책임의 요건을 다르게 정하고 있으나, 주로 과실(negligence)이 국가의 책임을 묻는 '청구원인'(cause of action)이 된다.[24] 미국은 「연방불법행위법」(Federal Tort Claims Act)을 제정하여 주권면책의 예외를 인정하고,[25] 불법행위가 발생한 州의 불법행위법에 따르도록 하고 있다.[26] 주로 과실책임

---

21) 국가배상 책임을 자기책임 또는 대위책임으로 파악하는지 여부가 논리필연적으로 공무원 개인 책임의 인정 여부 및 인정 범위에 대한 문제로 이어질 수 없다는 지적이 존재한다. 홍준형, 직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 손해배상책임, 행정논총, Vol.34, No.1, 1996. 6., 85, 100면 참조. 그러나 결과적으로 공무원 개인에 대하여 배상을 청구할 수 있는지에 대한 문제는 피해자 구제, 공무원의 사기 저하 우려 등에 관한 정책적 판단과 실정법상의 내용을 반영한 것이다. 국가배상 책임의 성질은 국가가 책임을 부담하게 되는 결론 이전에 존재하는 논의로서 자기책임은 국가의 과실을, 대위책임은 공무원의 과실을 요구한다고 본다면, 이상과 같은 비판이 그대로 적용된다고 볼 수는 없을 것이다.

22) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 25면 참조.

23) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 233면 참조.

24) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 228면 참조.

25) 28 USC §2674.

26) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 545면 참조.

(negligence)이 문제 된다.

그러나 고의 또는 과실로 대표되는 귀책사유의 의미가 동일하다고 볼 수는 없다.[27] 몇몇 대륙법계의 법체계에서는 과실은 위법성과 같은 의미로 사용되기도 한다.[28] 대표적인 예로 프랑스가 있다. 프랑스에서는 행정 결정이 위법한 경우에는 자동적으로 과실이 인정되고, 손해와 인과관계와 같은 요건을 구비하면 국가는 개인에 대하여 손해를 배상할 책임을 부담한다.[29] 다만, 중과실이 요구되는 영역에 대해서는 행정 결정의 위법성만으로 곧바로 중과실까지 인정된다고 보기 어렵다.[30] 유럽법에 따를 경우, 재량의 범위가 축소되어 실제 재량이 없는 것과 같은 상태에서는 재량권 행사의 위법성이 곧 과실을 의미하기도 한다.[31] 커먼로 법체계에서는 과실이 곧 위법성을 의미하지는 않지만, 예외적으로 법률상의 의무 위반 그 자체로 책임이 성립된다고 보는 경우가 존재하기도 한다.[32]

유럽법에서의 과실은 또 다른 의미가 있다. 만일 실제 재량권 행사의 여지가 많이 남아 있고, 불확정개념에 관한 해석의 여지가 있는 경우, 위법성(illegality)이 존재한다는 것 자체만으로는 책임을 구성하지 않는다.[33] 원고는

---

27) Michael Haba, The Case of State Liability : 20 Years after Francovich, Springer Gabler, 2015, 45면 참조.

28) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 및 각주 7 참조.

29) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 230면 참조.

30) 박현정, 프랑스 행정법상 과실책임 제도 - '역무과실'의 성격, 위법성과의 관계를 중심으로 -, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 57면 참조.

31) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 참조.

32) 일반적으로 영국에서는 법률상 의무 위반(breach of statutory duty)만으로는 과실(negligence)이 인정되지 않는다. 즉, 법률상 의무 위반과 과실은 별개의 유형이다. 그러나 입법자의 의도를 통해 해당 법률이 원고를 보호하기 위한 것이고, 원고에 대하여 해당 손해에 대한 구제책을 제공하려는 것임이 증명되는 경우에는, 법률상 의무 위반으로 인한 국가의 책임을 물을 수 있다. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 136-137면 참조.

‘상당히 중대한 위반’(sufficiently serious breach)을 증명해야 한다.[34] 그러나 의무 위반이 상당히 중대하다는 것 이상으로 귀책사유를 증명할 필요는 없다.[35]

즉, 개략적으로 프랑스에서는 행정 결정의 위법성은 자동적으로 단순과실로서의 역무과실을 구성하는 것으로 이해되고, 유럽법에서는 상당히 중대한 위반이 인정되는 위법성이 존재하면 별도로 귀책사유를 증명할 필요가 없으며, 커먼로 법체계에서는 위법성과 귀책사유는 별개의 법적 요건을 구성한다고 이해된다. 행정 결정이 위법한 경우와 귀책사유의 관계는 전자에서 후자로 갈수록 제한적으로 인정된다고 볼 수 있다.

---

33) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 참조.

34) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 569면 참조. 일련의 ECJ 판결을 통해 2000년 이후 불법행위에 대한 요건이 정리되었다.

35) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 참조.

제2절 비교법 개관

구체적으로 프랑스 · 독일 · 영국 · 미국에서의 국가배상 제도의 성질과 과실 인정에 관한 논의를 하기 이전에, 비교법의 필요성과 방법론 등에 대하여 개관하고자 한다. 비교법의 필요성과 방법론적 발전 내용에 비추어 보면 결국 다원적 법비교의 목표는 국내법 연구만으로는 달성할 수 없는 한계점을 극복하고, 국내법에 대한 시사점을 얻기 위한 것이다. 특히, 국가배상 영역에서의 다원적 법비교는 행정법의 균질화 현상에도 불구하고 차이점이 존재하는 부분에 대한 비교라는 측면에서 의의가 있으며, 사법(私法)적 분야와 공법(公法)적 분야가 중첩되는 영역에 해당함으로 인한 방법론적 특수성이 있다.

I. 비교법의 의의 및 필요성

비교법은 독자적인 법학의 영역으로서의 의미(비교법)와 방법론으로서의 의미(법비교)를 모두 가지고 있다.[36] 미국의 경우 비교법이 법사학, 법철학 등과 같이 독자적인 과목으로 개설되어 있고, 이를 담당하는 교수들이 별도로 존재함으로 인하여 기초 법학의 분야로서 독자적으로 인정되는 경향이 강하다. 반면, 독일의 경우 법학의 영역으로서의 의미보다는 방법론으로서, 다른 법체계와의 비교를 뜻하는 경향이 있다.[37] 그러나 실제 비교법과 법비교라는 표현은 법률문헌에서 동의어로 사용되므로, 실제로는 어떤 목적으로 위

---

36) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 481면 참조.

37) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 481면 참조. 우리나라의 경우 일반적으로 '법비교'가 아니라 '비교법'이라는 용어를 사용하고 있으므로 마치 기초 법학 분야의 한 영역으로서의 의미를 갖는 것 같이 보인다. 그러나 실제 미국과 같이 독립적인 과목으로 인정되어 담당교수가 존재하는 것은 아니고, 실제 여러 연구에서 방법론으로서 언급되는 경우가 더 많으므로 법학 방법론으로서의 의미를 더욱 강하게 지닌다고 한다. 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 481-482면 참조.

단어가 사용되는지에 따라 개념적 구분이 가능하다.[38]

비교법 연구는 자국법 연구에서만 오는 한계에서 벗어나는 것을 목적으로 한다.[39] 따라서 단순히 외국법 지식을 습득하는 것만으로는 비교법 연구의 목적을 온전히 달성하였다고 볼 수 없다. 비교법은 서로 다른 법체계의 공통점과 차이점을 밝혀내고, 그러한 현상이 왜 나타나게 되었는지 그 이유까지도 설명할 수 있어야 한다.[40] 그러한 의미에서 비교법은 비교를 통해 자국의 법을 더욱 명확히 인식할 수 있게 해 준다는 점에서 단순히 외국 법지식의 습득과는 차이가 있다.[41] 비교법 연구자는 외국법과의 비교를 통해 자국의 법체계에만 존재하는 역사적인 특징, 법개념의 상대성, 법체계에 내재 되어 있는 정치적 · 사회적 특징 등을 더욱 명확히 식별할 수 있다.[42] 더 나아가 비교법 연구는 당연하게 여겨지던 자국의 법체계를 비판적으로 바라볼 시각을 제공해 주고, 외국법의 예를 통해 해결책을 모색할 수 있게 해준다. 즉, 비교법 연구를 통해 습득한 외국법에 관한 정보는 사회에서 발생하는 문제점을 어떤 조건 하에서 어떻게 해결하였는지를 알 수 있게 해주는 법의 '실험실'과 같은 역할을 할 수 있다.[43]

마지막으로, 비교법 연구는 교육적 목적도 수행한다.[44] 대상의 비교는 결국

---

38) Husa, Jaakko, A New Introduction to Comaprative Law, HART Publishing, 2015, 17면 참조.

39) Husa, Jaakko, A New Introduction to Comaprative Law, HART Publishing, 2015, 59면 참조.

40) Rudolf B. Schlesinger, The Past and Future of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3, Summer, 1995, 477면 참조.

41) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 488면 참조.

42) Husa, Jaakko, A New Introduction to Comaprative Law, HART Publishing, 2015, 59면 참조.

43) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 489면 참조.

44) Donald E. Claudy, Formation of Contracts-A Study of the Common Core of Legal Systems: Introduction, Cornell International law Journal, Volume 2 Issue 1 Spring 1969, 7-8면 참조. 커먼 코어 프로젝트를 통해 진행된 계약의 구성 요소에 관한 비교법 연구에서도, 그 목적으로 교육적 요소를 강조하였다.

개념에 대한 추상화를 전제로 하기 때문이다.[45] 예를 들어, 기능주의적 접근법을 이용한 비교법 연구를 위해서는 A 법체계에 존재하는 X 제도가 다른 법체계 B에서도 존재하는지를 먼저 탐색하는 것을 전제로 한다.[46] 이 때 서로 다른 법체계에서 동일한 기능을 수행하는 제도를 '기능적 상응물'(functional equivalent)이라 한다.[47] 즉, 기능적 상응물을 찾는 것은 실정법의 문언뿐만 아니라 그 내재된 법이념과 사회 · 경제 · 정치 · 문화적 배경에 대한 이해를 통해 추상적 차원의 법이 가지고 있는 기능을 모색하는 것을 의미하므로 풍부한 학문적 바탕을 제공해 줄 수 있다.[48] 따라서 교육적 차원에서도 비교법은 중요한 의미를 갖는다.

II. 비교법 방법론의 발전

1. 기능주의

현대 비교법 방법론의 출발점은 기능적 비교에 있다.[49] 쯔바이게르트(Zweigert)와 쾻츠(Kötz)에 의하여 정립된[50] '기능주의'(functionalism)는 기능

---

45) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 489면 참조.

46) Esin Örücü는 이를 기능-제도적 접근(functional-institutional approach)라고 칭한다. Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 65면 참조.

47) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 66면 참조.

48) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심헌섭 박사 75세 기념논문집(2011), 489면 참조.

49) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 88면 참조.

50) 쯔바이게르트와 쾻츠의 기능주의 방법론은 "An Introduction to Comparative Law"라는 책에서 소개되었고, 위 책에 소개된 방법론은 기능주의 방법론을 소개할 때 가장 기본이 되었으며, 비교법 연구자들에게 상당한 영향을 미쳤다. Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, An Introduction to Comparative Law(3rd ed.), 1998, reprint 2011. 위 책에서 소개된 비교법 방법론은 아래와 같은 순서로 이루

적 동일성을 갖는 것만이 비교의 대상이 될 수 있다는 비교법 방법론이다. 기능주의의 전제는 모든 사회는 같은 문제점을 가지고 있으며 이 문제점을 서로 다른 방식으로 해결한다는 점에 있다. 따라서 비교법의 질문은 '기능적'이어야 한다. 예를 들어, 비교법학자는 비교 대상 국가에서 매매계약의 형식적 요건이 무엇인지를 묻는 것이 아니라, 구속력이 없는 매매계약으로부터 당사자를 보호하는 방법으로 각 나라에서 택하고 있는 방법을 연구의 대상으로 삼아야 한다는 것이다. '기능적 동일성'(functional equivalent)을 찾고자 하는 관점은, 비교법 연구자가 자신이 속한 법체계에서 택하고 있는 관점에서 벗어날 수 있는 수단을 제공해 준다는 점에서 장점이 있다. 또한 비교법 연구를 위한 질문은 반드시 사실적 문제에 관한 것이어야 한다. 이는 도그마틱을 배제하고, 법적 문제 상황을 중립적으로 보기 위한 것이다. 위와 같은 사실적 질문을 통하여 비교법학자는 비교 대상 국가에 존재하는 기능적 상응물을 발견해 낼 수 있을 것이다. 그리고 결론에 있어서는, 어떤 해결책이 더 나은지에 대한 평가도 가능하다.

기능주의는 실제 비교법 연구에 직접적으로 적용할 수 있는 간명한 방법으로서 많은 연구자로부터 지지받았다. 또한 쯔바이게르트와 쾨츠가 주장한 전통적인 기능주의 방법론을 활용하여 후대의 비교법 연구자들은 다양한 방법론을 제시하였다.[51] 그러나 기능주의는 모든 사회는 법적 문제를 공유하고 있으며 법의 기능을 통하여 이를 해결한다는 기본적인 전제를 토대로 발전하였다. 기능주의가 가지고 있는 방법적 유용성에도 불구하고, 기능주의는 그 전제 조건 자체나 배경 사상과 관련하여 많은 비판을 받았다. 특히 모든

어진다. 첫째, 기능주의에 기반한 연구 질문을 제기한다(예를 들어, 사회 문제 X는 어떻게 해결되는가?). 둘째, 문제 X를 해결하는 시스템과 방식을 제시한다. 셋째, 문제 X를 해결하는 방식의 유사점과 차이점을 나열한다. 넷째, 연구를 통해 발견된 차이점과 유사점에 대한 설명을 할 수 있는 새로운 관점을 제시한다. 다섯째, 연구 결과에 대하여 비판적 평가를 한다(때때로 어떤 해결 방법이 더 좋은 방법인지에 대한 평가도 행해진다). 위의 책 43-47면 참조.

51) 예를 들어, Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, University of Michigan Press, 1997에 의하면 법의 기능을 경제적 효율성의 증진이라는 관점에서 파악하여 비교법 연구를 수행하였다.

사회가 동일한 법적 문제를 가지고 있다고 볼 수 없으며, 법의 목적이 기능에만 있지 않다는 점, 그리고 법적 해결책은 모든 나라에서 동일할 수 없다는 점은 다양성을 중시하는 현대의 다원주의적 관점에서 많은 비판을 받았다.[52] 현대 비교법 방법론은 결국 기능주의에 대한 비판과 그에 대한 극복이라고 표현될 수 있을 만큼, 기능주의는 비교법 방법론의 기본이 되었다는 평가를 받는다.

2. 현대 비교법 방법론

(1) 맥락주의

'맥락주의'(contextualism)는 기능적 상응물에만 관심을 갖는 기능주의의 측면에 대한 비판적 반성으로 나타난 비교법 방법론이다. 기능주의는 법적 요소만이 비교의 대상이 되고 법외적 요소는 비교의 대상에서 제외한다. 또한 기능주의는 기능적 상응물을 발견하기 위하여 언어의 한계를 넘는 더 높은 차원의 추상화가 필요하다. 그러나 그 과정에서 법외적 요소를 통한 전체 법체계에 대한 이해가 제외되므로, 연구자에 의하여 연구 결과가 왜곡될 가능성이 있다. 이에 맥락적 비교는 많은 학자들에 의하여 주장되어 왔다.

Pierre Legrand은 맥락의 역할을 규칙이나 제도보다 훨씬 더 중요하게 여기는 대표적인 학자이다.[53] 그는 "법은 절대 완전히 자기 설명적일 수 없다. 따라서 법의 의미는 그 자체가 역사적 · 문화적으로 조건 지어진 해석자의 인식론적 가정의 기능이다."라고 하였다.[54] 즉, 법은 법문화의 한 부분이며,

---

52) Jaakko Husa, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 2003, 434-443면 참조.

53) Jaakko Husa, Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 58, No. 4, 1106면 참조.

54) Jaakko Husa, Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 58, No. 4, 2006, 1106면 참조.

법이 단순히 성문화된 법을 의미하는 것은 아니라는 것이다.

Uwe Kischel 역시 기능주의적 사고방식의 단점을 지적하면서 맥락의 중요성을 주장한 학자이다.[55] 기능주의적 사고방식에 의하면, 비교법 연구 과정에서 제기할 수 있는 문제의 범위가 법의 기능으로만 한정된다는 점을 지적하였다. 그는 실제 비교법 연구 과정에서 발생할 수 있는 모든 질문에 대하여 답변하는 방법은 결국 맥락에 대한 철저한 평가에 있다고 보았고, 이러한 관점에서 맥락적 비교의 중요성을 강조하였다. 그러나 기능주의적 사고방식을 완전히 버리고자 한 것은 아니다. 기능주의적 사고방식은 현대 비교법의 시작이 된다고 보았고,[56] 기능주의가 가지고 있는 단점에도 불구하고, 비교의 대상을 찾기 위한 유용한 도구가 된다고 보았기 때문이다.[57] 결론적으로 비교법이란 단순히 외국법의 법적 규칙을 알아내는 것에서 나아가 왜 비교대상 법 사이에 공통점과 차이점이 존재하는지에 대해서도 모든 관련 요소들을 고려하여 설명할 수 있어야 한다고 주장했다. 그리고 그 설명 과정에서 법적, 사회적, 역사적, 정치적 배경이 영향을 미친다고 하였다.[58]

또한 Uwe Kischel은 전통적인 대륙법계 국가 외에도 오스트리아, 스위스, 스페인, 스칸디나비아, 라틴 아메리카까지도 대륙법계로 포괄하여 맥락적 비교를 시도하였다.[59] 그 외에도 아시아 국가,[60] 이슬람 국가[61]에 대한 맥락적 비교도 시도하였다. 특히 그는 아시아법 비교가 매우 흥미롭다는 점을 강조하였다. 왜냐하면 적어도 사법(私法)의 비교에 있어 커먼로 법계에 속하면 동질적인 맥락을 가지는 서양의 국가들과 달리, 아시아 국가는 다양한 법전통을 가지고 있을 뿐만 아니라 정치적 · 문화적 다양성을 배경으로 하기 때문이다. 또한 그는 아시아 국가의 법체계에서는 법 발전이 느리게 이루어진 분야와 매우 급속도로 이루어진 부분이 혼재되어 있어 그 입체성이 더욱 두

---

55) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 152-200면 참조.
56) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 88면 참조.
57) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 173면 참조.
58) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 173-174면 참조.
59) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 517-630면 참조.
60) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 675-787면 참조.
61) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 789-867면 참조.

드러진다고 하였다.[62]

(2) 변증법적 접근

첸처(Axel Tschentscher)는 공법 비교와 관련하여 정반합(正反合)의 과정에 따른 '변증법적 접근'(dialectical approach)을 제안하였다.[63] 즉, 자국의 법체계에 대한 선이해를 바탕으로(正), 외국의 법체계에 대한 연구를 수행하고(反), 그 과정에서 연구자는 자신의 선이해와 외국의 법체계에 대한 연구 결과를 종합하여, 새로운 차원의 비교법 연구와 평가 단계가 가능하다는 것이다(合).[64] 비교법 연구가 연구자 자신의 관점에서부터 시작된다는 점을 인정했다는 점에서 도그마틱적 선이해를 제거하고자 한 기능주의적 접근방법과 차이가 있다.

(3) 구조주의

'구조주의'(structuralism)은 법적 시스템에 존재하는 요소들 사이의 관계와 이것이 실제 법에 어떻게 반영되어 있는지를 보여줌으로써 피상적인 법비교를 피하고자 하는 방법론의 유형이다. 구조주의의 관점에서는 기능주의는 법체계가 작동한 결과인 법의 기능에만 집중한다는 비판점을 제시한다. 법 작동의 결과에만 치중하면 결국 비교법 연구가 피상적인 것에 그칠 수밖에 없기 때문이다.[65]

---

62) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 677-678면 참조.

63) Tschentscher, Axel, Dialektische Rechtsvergleichung-Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JuristenZeitung 62. Jahrg., Nr. 17 (7. September 2007), pp. 807-816; Tschentscher, Axel, Comparing Constitutions and International Constitutional Law: A Primer, 2011. 2. 10. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1502125 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1502125[방문일시 : 2023. 6. 30.]

64) 박정훈, 공법과 비교법 - 왜, 무엇을, 어떻게 - , 한국비교공법학회 제100회 학술대회 기조연설문, 10면 참조.

Peter Cane은 행정법 영역에서 구조적 접근 관점을 통해 분석을 시도한 학자이다. 그는 영국, 미국, 호주의 행정법 시스템 사이의 공통점과 차이점이 행정통제에 관한 통치구조의 차이에서 연유한다는 가설을 세우고, 이를 증명하면서 이를 '구조적 접근'(structural approach)이라 칭하였다. 그는 통치구조를 집중 시스템과 분산 시스템으로 나눈 다음, 집중 시스템은 '책임의 원리'에 따라 행정이 통제되고, 분산 시스템은 '견제와 균형'의 원리에 따라 행정이 통제된다고 하였다. 그리고 이러한 행정통제의 구조가 행정 제도의 형성에 깊은 영향을 미쳤다는 것이다.[66] 특히 국가배상 제도와 관련하여 미국의 경우 국가기관의 권한이 분산되어 있으므로(분산 시스템), 행정통제의 수단으로서의 국가배상 제도의 역할이 두드러진다고 하였다. 반면, 영국의 경우 국가기관의 권한이 집중되어 있고(집중 시스템), 이에 국가배상 제도는 행정통제의 역할 보다는 민사상 불법행위와 같이 취급되는 측면이 강하다고 설명하였다.[67] 이러한 측면에서 미국은 공법적 모델을 택하고 있고, 영국은 사법적 모델을 택하고 있다는 것이다.[68]

(4) 역동적 접근법

로돌포 사코(Rodolfo Sacco)는 자신의 방법론을 '역동적 접근법'(dynamic approach)라고 칭한다.[69] 그의 비교법의 전제는 자국의 법을 더욱 잘 알기

---

65) Geoffrey Samuel, Comparative Law and the Courts: What Counts as Comparative Law?, in Mads Andenas and Duncan Fairgrieve(eds), Courts and Comparative Law, Oxford University Press, 2015, 61면 참조.

66) 이해림, 비교행정법의 방법론에 관한 연구: Peter Cane의 '구조적 접근'(structural approach) 방법론을 예시로 하여, 석사학위 논문, 서울대학교, 2019, 48-51면 참조.

67) Peter Cane, Controlling Administrative Power, An historical comparison, Cambridge, 368-398면 참조.

68) Peter Cane, Controlling Administrative Power, An historical comparison, Cambridge, 398면 참조.

69) 로돌포 사코의 방법론은 음소를 중심으로 한다는 점에서 '음소이론'이라고 불리우기도 하나, 자신의 방법론을 'dynamic approach'라고 칭한다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II),

위한 목적에서 비교법이 행해져야 하며, 언어의 한계를 극복하기 위한 방법으로 법외적 요소를 고려해야 한다는 것이다. 또한 하나의 운영 규칙을 형성하는 다수의 법적 규칙이 존재하고 있다는 것을 인정해야 하며, 법적 규칙은 반드시 법률의 형식으로 존재하는 것만은 아니다. 따라서 사코는 하나의 법 규칙을 이루는 최소한의 단위로서의 '음소'(legal formants) 단위의 비교법 방법론을 제안했으며, 음소는 반드시 법적 요소를 의미하는 것은 아니고,[70] 법외적 요소(cryptotype)도 포함한다고 하였다.[71] 사코의 방법론의 의의는 전통적인 기능주의적 관점을 보완한다는 점에 있다.[72][73]

Vol. 39, No. 1, Winter 1991, 1-34면; Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, vol. 39, No. 2, Spring 1991, 343-401면 참조. 로돌포 사코는 단일 법체계에서도 수개의 음소가 존재하며, 이들은 반드시 조화를 이룬다고 볼 수 없고, 충돌된 형태로도 존재한다는 점을 지적하였는데, 음소들간의 상호작용이 역동적으로 일어난다는 측면에 주목한다는 점에서 '역동적 접근법'(dynamic approach)이라고 번역하였다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), Vol. 39, No. 1, Winter 1991, 23면 참조.

70) Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), Vol. 39, No. 1, Winter 1991, 22면 참조.

71) Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, vol. 39, No. 2, Spring 1991, 384-387면 참조.

72) 사코의 비교법 방법론에 대한 소개에 있어서는 Rodolfo Sacco, Mute Law, The American Journal of Comparative Law, vol. 43, No. 3, Summer, 1995, 455-467면; Rodolfo Sacco, One Hundred Years of Comparative Law, Tulane Law Review 75, no.4, March 2001, 1159-1176면; Rodolfo Sacco, Diversity and Uniformity in the Law, The American Journal of Comparative Law, 49, no.2, Spring 2001, 171-190면; Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), Vol. 39, No. 1, Winter 1991, 1-34면; Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, vol. 39, No. 2, Spring 1991, 343-401면을 참조하였다. 또한 이에 대한 국내문헌으로는 전재경/박정훈/이원우/송영선, 동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안, 통일연구원 2004, 32면 이하를 참조하였다.

사코는 형식적인 법률만이 법적 규칙을 형성한다는 일반적인 생각은 지나치게 제한적으로 법을 바라보는 것이라고 주장했다. 이와 같은 형식적인 입장에서 볼 경우, 오로지 세 가지의 음소만을 인정하는 것이기 때문이었다. 즉, 형식적 법률(statutory formants), 판례(judicial formants), 도그마틱(doctrinal formants)의 세 가지 음소만이 법을 구성한다는 생각은 하나의 법체계를 이해하기에 부족하다.[74] 이러한 구별은 피상적인 것에 불과한 것이고, 위 분류를 다시 세부 목차로 분류할 수 있다고 하였다. 예를 들어, 형식적 법률 음소는 다시 헌법적 음소, 민법, 그 외 다른 수많은 법률로 구성될 수 있다. 또한 판례법에서의 결론과 이유, 학설의 결론과 이유는 모두 각개의 음소가 된다.[75] 직접적인 운영 규칙이 아니더라도 법의 명제 역시 독자적인 음소로 취급되어야 한다. 명제는 법적 용어와 법적 효과가 조합되어 만들어진다.[76] 그 외에도 선언적 진술은 철학, 정치, 이데올로기 또는 종교의

---

73) 예를 들어, 특정 영역을 규율하는 법률이 존재한다고 하더라도 법률의 해석 가능성은 다양하게 열려있다. 그 해석의 다양성을 이해하기 위해서는 법규칙 외에도 법의 배경이 되는 다양한 요소를 이해할 필요가 있다.

74) Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), The American Journal of Comparative Law, Winter, 1991, Vol. 39, No. 1(Winter, 1991), 32면 참조.

75) 예를 들어, 프랑스 법에 따르면, 자신이 상속인이라고 믿고(아래에서는 참칭상속인으로 칭한다), 선의로 행동한 자는 유효하게 재산을 처분할 수 있다. 그리고 이것은 다양한 이유로 정당화될 수 있는데, (1) 상속받은 모든 사람들에게 공통된 집단적 재산(sasine)이 있다고 말함으로써, (2) 진정한 상속인이 참칭상속인(양도인)을 그의 대리인으로 암묵적으로 임명했다고 말함으로써, (3) 외견상 소유권(apparent ownership)이 있다고 말함으로써, (4) 진정한 상속자가 별 다른 조치를 취하지 않음으로써 다른 사람에게 위험을 초래했다고 말함으로써 참칭상속인의 처분이 유효한 것으로 정당화할 수 있다. 같은 결과에 이른다고 하더라도, 뒷받침하는 이유가 다르다면 이들이 형성하는 법체계가 같다고 여겨질 수 없고, 위 이유 역시도 모두 각개의 음소로 취급되어야 한다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), The American Journal of Comparative Law, Winter, 1991, Vol. 39, No. 1(Winter, 1991), 30면 참조.

76) 예를 들어, “부모”라는 용어는 “미성년 자녀의 재산을 관리할 권한이 있다”는 법적 효과와 연결된다. 그리고 법학자는 이들을 연결하면서, “부모는 미성년자를

반영이며, 때로는 운영 규칙이 명시적으로 설명하지 않는 부분을 설명해 주기도 하므로 독자적인 음소로 취급된다. 사코에 의하면, 법체계별로 음소는 다양하게 존재하므로 모든 음소를 열거할 수는 없다. 그러나 ① 음소들 자신이 운영 규칙이 되는 경우, ② 추상적인 공식, 법적 규칙의 이유를 설명해 주는 경우에 음소로 인정될 수 있다.[77]

'잠재적 유형'(cryptotype)은 사코의 역동적 접근법에 있어서 중심이 되는 개념이다. 이는 Benjamin Lee Whorf가 만든 언어학의 개념으로, 형태적으로 나타나지는 않으나, 구문의 구성과 이해에 중요한 역할을 하고, 구문의 기능을 설명하는 언어의 암호화 유형을 의미한다고 했다.[78] 사코의 음소 이론에서 잠재적 유형은 법체계에 존재하는 암묵적이고 눈에 띄지 않는 성격의 음소로서, 언어학에서와 같이 명시적으로 표현되지 않으나 중요한 역할을 하는 요소를 의미한다. 비교법 연구 과정에서 잠재적 유형은 형식적인 법과 그 법이 적용되는 방법 사이에 불일치나 간극이 존재할 경우에 표면화된다. 그리고 그 간극이 존재할 때 비교법 연구자는 잠재적 유형을 통해 법체계를 이해하여야 한다. 사코에 의하면, 비교법적 연구는 '유일하게' 하나의 법체계에 존재하는 잠재적 유형을 알아내는 방법이다. 왜냐하면 비교를 통해서 어느 법체계에서는 암묵적으로 존재하는 잠재적 유형이, 다른 법체계에서는 명시적으로 표현되어 존재할 수 있기 때문이다.[79] 요약하자면, 루돌프 사코는 구

대리한다"라고 하여 명제와 법적 효과를 연결하는 중간 단계의 설명을 덧붙이기도 한다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), The American Journal of Comparative Law, Winter, 1991, Vol. 39, No. 1(Winter, 1991), 31면 참조.

77) Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), The American Journal of Comparative Law, Winter, 1991, Vol. 39, No. 1(Winter, 1991), 34면 참조.

78) 사코는 Benjamin L. Whorf, Language, Thought and Reality(1956)에서 잠재적 유형의 개념을 차용하였음을 밝히고 있다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, Spring, 1991, Vol. 39, No. 2(Spring, 1991), 376면 참조.

79) Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative

조주의적 관점에서,[80] 역동적 접근법을 통해 기능주의가 가지고 있는 한계를 극복하고자 한다는 점에서 의의가 있다.

제3절 국가배상 제도의 비교

I. 비교의 필요성

현대 행정법은 법체계 사이의 동일성이 가속화되는 현상으로 인해 비교법의 단위 및 의의에 대한 고찰을 필요로 한다. 21세기의 행정 환경은 정보화와 세계화의 상호작용을 통한 다원화 사회로의 발전과 관련이 있다.[81] 현대의 법률 시스템은 개방성과 투명성을 특징으로 하며 역사적으로 폐쇄적이고 위계적인 국가 법률 시스템에서 벗어나 서로 다른 법체계가 상호 작용하는 것을 특징으로 한다.[82] 이로써 행정법 역시도 자국의 독자적인 법체계가 강조되던 것에서 벗어나 세계화로 인한 국내법의 균질화가 진행되고 있다.[83]

Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, Spring, 1991, Vol. 39, No. 2(Spring, 1991), 386면 참조.

80) 구조주의 관점이 무엇인지에 대해서는 이견이 있다. 그러나 Ugo Mattei는 사코의 이론을 구조주의적이라고 평가하였다. 그는 사코의 이론이 "시스템을 구성하는 요소의 관계를 관찰함으로 인하여, 그 시스템을 이해하는 것을 목적"으로 한다는 것에 집중하였기 때문이다. Ugo Mattei, The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco : A Study in Legal Influence, in Annelise Riles(eds), Rethinking the masters of comparative law. HART Publishing, 2001, 252면 참조.

81) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법 연구 제48호, 2017.2., 86면 참조.

82) Aurélie Bretonneau, Samuel Dahan, and Duncan Fairgrieve, Comparative Legal Methodology of the Conseil d'Etat : Towards an Innovative Judicial Process?, in Mads Andenas and Duncan Fairgrieve(eds), Courts and Comparative Law, Oxford University Press, 2015, 248면 참조.

83) 행정법의 독자성으로 인한 비교법의 어려움에 대해서는, Yoav Dotan, The Comon Real-Life Reference Point Methodology-or 'The Mcdonald's index' for Comparative Administrative Law and Regulation, in Cane, Peter et al., The

그리고 이것은 특히 유럽법의 통일적인 적용이 원인이 되기도 하였다.[84] 이와 같이 국가별 독자성의 경계가 약해진다면 국가 단위의 비교법 연구가 실익이 있는 것인지, 차이점을 발견하고자 하는 비교법 연구의 의의는 어디서 찾아야 하는지 문제될 수 있다.[85] 그러나 법체계 사이의 균질화가 이루어진다고 하더라도 여전히 차이점은 존재하며, 비교법은 균질화가 약한 곳에서 여전히 의의가 있을 수 있다.[86] 또한 자국의 사회 및 법률 시스템의 맥락과 외국법 체계는 다르다는 점을 강조하여 오히려 자국법의 타당성을 확인하기도 한다.[87] 즉, 일견 행정법은 서로 수렴하는 것처럼 보이지만, 여전히 법제

Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford:Oxford University Press, 2020, 992면 참조.

84) Aurélie Bretonneau, Samuel Dahan, and Duncan Fairgrieve, Comparative Legal Methodology of the Conseil d'Etat : Towards an Innovative Judicial Process?, in Mads Andenas and Duncan Fairgrieve(eds), Courts and Comparative Law, Oxford University Press, 2015, 249면 참조.

85) 1990년대에 법체계의 수렴 차원에서 활발히 이루어졌던 주권 국가의 종말, 유럽연합에 관한 이슈는 회원국의 재정적 문제 등으로 인하여 사실상 불가능하다는 것이 인정되고 있으므로 최근에는 거의 논의되지 않는다. 대신 각 법체계의 차이점에 주목하여 그러한 이유로서 존재하는 법문화의 차이 등이 언급된다. Husa, Jaakko, A New Introduction to Comaprative Law, HART Publishing, 2015, 15면 참조.

86) 예를 들어, 이해관계인의 참여(participation)는 미국에서는 재결(adjudication)에서뿐만 아니라, 행정입법에서도 요구되는 절차이다. 그러나 영국, 프랑스, 오스트리아의 행정입법에서는 이해관계인의 참여는 약하게 요구될 뿐이다. 또한 행정의 이유제시와 관련하여, 미국에서는 일반의무로서 행정에게 이유제시 의무가 주어지지만, 영국은 이유제시에 관한 일반의무가 존재하지 않는다. 행정의 투명성 요구와 관련하여, 미국에서는 FOIA(Freedom of information Acts)에 따라 매우 광범위하게 정보의 제공이 요구되는 반면, 이탈리아에서는 뇌물과 같은 행정의 반부패적 행동과 관련된 목적에서만 정보의 제공이 허용된다. 또한 프랑스의 꽁세유데따는 비교법을 프랑스의 '영광스러운 고립'을 위한 반대논증으로도 사용하고 있다. Cane, Peter et al., The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford:Oxford University Press, 2020 129면 참조.

87) Aurélie Bretonneau, Samuel Dahan, and Duncan Fairgrieve, Comparative Legal Methodology of the Conseil d'Etat : Towards an Innovative Judicial Process?, in Mads Andenas and Duncan Fairgrieve(eds), Courts and Comparative Law, Oxford

도 사이에는 차이점이 남아 있으며,[88] 설사 같은 규율이 존재한다고 하더라도 그 배경에 따라서 실제 사례는 다르게 나타날 수 있다. 따라서 행정법의 균질화 현상에도 불구하고 존재하는 차이점은 비교의 대상이 되며, 그 이유를 밝혀내는 것이 주된 목적이 된다.

II. 방법론적 특수성

1. 법계이론의 적용 가부

국가배상 제도는 불법행위라는 사법(私法)적 분야와 국가의 책임이라는 공법(公法)적 분야가 중첩되는 분야라는 특수성을 가진다.[89] 따라서 비교법 방법론의 선택에 있어서도 유사성을 기초로 하는 사법상의 방법론이 적용될 수 있는지 문제된다. 사법 영역에서는 특히 쯔바이게르트를 통해 법계(法系, legal family) 내지 법권(法圈, Rectskreisen) 이론[90]을 통하여 비교 대상을 선택하는 방법이 널리 사용되어 왔다.[91] 만일 법계론의 적용이 가능하다면, 같은 법계에 속하는 영국과 미국은 '같은' 법계에 속하기 때문에 비교의 실익

University Press, 2015, 250 참조.

88) Husa, Jaakko, A New Introduction to Comaprative Law, HART Publishing, 2015, 15면 참조.

89) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 219면 참조.

90) 비교법 학자들별로 다양한 법계를 주장하였는데, 미국의 위그모어(John H. Wigmore, 1863~1943)는 '세계 법체계의 파노라마'(A Panorama of the World's Legal Systems, 1928)를 통해 16 법계를, 프랑스의 다비드(Rene David)는 '세계 법체계'(Les Grandes Systems de droit contemporains, 1965)를 통해 5개의 법계를, 독일의 쯔바이게르트(K. Zweigert)는 '비교법 입문'(Einführung in die Rechtsvergleichung, 1971)에서 8개의 법권으로 나누었다. 최종고, 법학의 비교연구방법, 비교문화연구 제2호, 서울대학교 비교문화연구소, 일신사 1995, 143~166, 155면 참조.

91) Jacques Ziller, Public law, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Inc., 2006, 604면 참조.

이 없고, 따라서 다른 법계에 속하는 법체계와의 비교 대상 선택이 필요해진다.[92]

그러나 국가배상 제도의 경우 국가의 불법적 행위에 대한 금전적 배상이라는 문제 해결적 기능 외에도 정치적 · 사회적 · 문화적 배경 및 절차적 특성이 반영되어 공법적 특성이 두드러지는 영역이다.[93] 따라서 법외적 요소인 역사적 전통, 정치, 이데올로기, 정당 등이 다층적으로 작용하여 형성된 국가배상 제도의 경우에는 법계론을 적용하는 것이 적절하지 않다고 볼 수 있다.[94][95] 뿐만 아니라, 법적 규칙에 관해서도 항상 역동적인 정치적 사건에 노출되어 있고, 정치적 결단에 의한 변화의 가능성이 언제나 열려있다는 특징이 있다. 따라서 일관된 법적 규칙을 상정하기 어려운 이상, 법계 또는 법권의 상정이 불가능한 측면도 존재한다. 더욱이 국가배상 제도의 공법적 측면을 이해하기 위해서는 성문의 규정뿐만 아니라, 관습법, 판례, 이데올로기, 선언 규정 등이 필요하다. 예를 들어, 독일 헌법 제28조의 '사회적 법치국가'를 이해하기 위해서는 헌법 규정 자체만으로는 그 내용을 온전히 이해할 수 없다.[96] 따라서 성문법만을 기준으로 법계를 구분한다면 이는 정확한 구분이 아닐 가능성이 매우 크다. 따라서 공법적 특성이 큰 국가배상 제도의 영역에서는 법계론을 적용할 수 없다고 보아야 한다.[97][98]

---

92) 이해림, 비교행정법의 방법론에 관한 연구 : Peter Cane의 '구조적 접근'(Structural approach) 방법론을 예시로 하여, 석사학위논문, 서울대학교, 2019, 29-30면 참조.

93) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 219면 참조.

94) 이해림, 비교행정법의 방법론에 관한 연구 : Peter Cane의 '구조적 접근'(Structural approach) 방법론을 예시로 하여, 석사학위논문, 서울대학교, 2019, 29면 참조.

95) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 88면 참조.

96) 이해림, 비교행정법의 방법론에 관한 연구 : Peter Cane의 '구조적 접근'(Structural approach) 방법론을 예시로 하여, 석사학위논문, 서울대학교, 2019, 30면 참조.

97) 이해림, 비교행정법의 방법론에 관한 연구 : Peter Cane의 '구조적 접근'(Structural approach) 방법론을 예시로 하여, 석사학위논문, 서울대학교, 2019, 30면 참조.

2. 선행 연구 방법

현대 비교법 방법론에서의 쟁점은 크게 거시비교와 미시비교, 기능주의와 맥락주의, 비교대상으로서의 법적 요소와 법외적 요소가 있을 것이다. 그러나 이들은 완벽히 대비되는 것은 아니고, 그 구분이 모호한 부분이 분명히 존재한다.[99] 현대의 비교법 연구자들은 대조적으로 보이는 여러 방법론을 종합적으로 활용한 비교법 연구를 수행하기도 한다. 행정법 영역에서 여러 방법론을 종합적으로 적용한 예로는, Jaakko Husa의 북유럽계 법체계에서의 위헌심사 제도를 비교한 연구가 있다. 위 연구는 공법 영역에 기능주의 방법론을 대입하였다는 점, 그리고 기능주의 방법론을 사용하면서도 인구 요소, 정치적 배경, 법문화, 의회 제도, 사법부 구성 원리 등 법외적 요소를 활용하여 공통점과 차이점을 설명하였다는 특징이 있다.[100] 또한 Peter Cane은 행정 권한의 분산 및 집중의 정도를 '통치구조'(system of government)라 칭하고, 행정 권한이 분산된 시스템을 갖추고 있는 경우 행정통제는 견제와 균형의 방식으로 이루어지며, 행정 권한이 집중된 시스템을 갖추고 있는 경우 행정통제는 책임의 원리에 따라 이루어진다는 구조주의적 접근 방법을 택하여 영국, 미국 및 호주의 행정법을 비교한다. 그리고 위 구조주의적 접근 방법에 따라 행정입법 통제, 사법심사의 강도, 국가배상 제도 등 행정법적 쟁점에 대하여 설명한다. 즉, Peter Cane은 거시비교와 미시비교를 동시에 행하고 있다는 점에서 특징적이다.[101]

국가배상 제도에 대해서는, Markesinis가 사실관계에 기초한 기능주의 방

---

98) Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, 2019, 88면 참조.

99) Husa, Jaakko., A New Introduction to Comparative Law, HART pubishing, 2015, 55면 참조.

100) Husa, Jaakko., Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective. The American Journal of Comparative Law 48, no. 3 (2000), 345-381면 참조.

101) Peter Cane, Controlling Administrative Power, An Historical Comparison, Cambridge University Press, 2016.

법론을 적용하여 영국 · 프랑스 · 독일의 국가배상 제도를 비교하였고, 비교의 요소로서 정책적 이유를 주로 다루어 각 법체계의 사회적 맥락도 비교의 대상으로 포함하였다.[102] 그는 영국 · 프랑스 · 독일에서 공통적으로 발견되는 5가지의 사실관계를 다루고 있는 판례를 연구 대상으로 설정하였다. 특히 영국의 법원에서 주로 국가의 책임을 부정하는 경우 '정책적 요소'(policy consideration)에 근거하면서, 국가의 재정적 부담, 소극적 행정의 우려, 법원의 행정 개입에 대한 부적정, 대안적 구제 수단의 존재 등을 사용하고 있다는 점에 착안하여, 다른 국가에서 국가배상 책임을 부정하기 위한 논거로 어떤 기준을 사용하고 있는지, 영국에서 언급되고 있는 정책적 요소에 대한 평가는 어떻게 이루어지고 있는지 비교하였다.[103] Athanasios Psygkas는 투명성, 공정성, 민주성, 효율성 및 성실성의 의미를 갖는 정부의 책임(accountability)을 연구함에 있어 '맥락적 기능주의'(contextualized functionalism) 방법론을 제시하였다.[104] 정부의 책임 제도를 연구함에 있어서는 다른 제도와의 연관성을 살펴보아야 하고, 이를 위해서는 제도의 형성과 관련한 맥락적 배경을 포함하여 그 절차적 · 실제적 요건의 차이를 살펴보는 것이 필요하기 때문이다.

III. 이 논문에서의 비교

1. 논의의 전제

이 논문에서는 위법한 행정결정에 대한 국가배상 책임을 인정함에 있어

---

102) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999.

103) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999, 39-71면 참조.

104) Athanasios Psygkas, Accountability, in Cane, et al. The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford : Oxford University Press, 2020, 444, 447면 참조.

과실 요건의 판단과 국가배상 제도의 성질 사이의 관계를 살펴보고자 한다. 자기책임에 의할 경우 행정 결정의 위법성은 직접적으로 국가의 과실을 의미하거나 추정하는 요소가 될 것이다. 반면, 대위책임에 의할 경우 행정 결정의 위법성이 인정된다고 하더라도 국가 책임 성립을 위한 공무원의 개인적인 과실은 별도로 인정되어야 하므로, 공무원의 주관적 인식에 따라 과실이 부정되는 경우에는 책임이 인정되기 어려워질 것이다.

위와 같은 전제 하에서 각국의 국가배상 제도에서 취하고 있는 국가배상 제도의 성질과 위법한 행정결정에 대한 과실 인정의 내용이 실질적으로 관련성을 가지고 내용을 형성하고 있는지, 구체적인 과실 인정의 요건은 무엇인지 살펴본다. 결론적으로 국가의 위법한 직무행위에 대해서는 국가가 스스로 손해배상 책임을 부담하는 것이 바람직할 것이라는 위 논의의 전제와 실제 각국의 국가배상 제도가 어떻게 발전하고 있는지를 밝히고자 한다.

행정 작용의 위법성이 선제적으로 판단되거나 직권 취소된 경우에 국가배상 책임 인정에 영향을 미칠 수 있는지를 살펴보기 위하여, 위법성이 선제적으로 판단될 수 있는 법적 조치와 위법성이 과실과 함께 종합적으로 판단되어야 하는 사실적 행위로 국가의 직무행위를 나눈다.[105] 법적 행위는 행정소송의 대상이 되는 행위로서, 행정입법 등도 포함하나,[106][107] 이 논문에서는

---

105) 직무행위를 법적 행위와 사실적 행위로 나누어 국가배상 책임의 유형을 고찰하는 방법에 대해서는, 박정훈, 국가배상의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 행정법연구 제62호, 2020. 8., 32면 참조.

106) 이 논문의 대상이 되는 비교 국가인 프랑스에서는 '침익적인 법적 행위'(l'acte juridique faisant grief)를, 영국은 '공적 권한의 행사 또는 불행사'(exercise or non-exercise of official power)를, 미국은 '행정청의 규칙, 명령, 허가, 제재, 급부 또는 그에 상응하는 것 또는 그 거부 및 부작위의 전부 또는 일부'(the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the quivalent or denial thereof, or failure to act)를 행정소송의 대상으로 하고 있으므로, 이를 모두 포괄하여 행정입법까지도 포함하여 행정소송의 대상이 되는 법적 행위와 사실적 행위로 나누고자 한다. 박정훈, 거부처분과 행정소송 : 도그마틱의 분별력 · 체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 2020. 11., 16면 참조.

107) 전훈, 항고소송의 대상에 관한 비교법적 검토-프랑스 행정소송을 중심으로-, 공법학연구 제13권 제2호, 2012., 339면 참조.

개별적 행정 결정에 대해서만 다룬다. 개별적 행정 결정의 경우 법률에 요건과 절차가 명확히 정해져 있는 경우가 많은 반면, 사실적 행위는 행정의 자의가 개입될 여지가 많다. 법적 행위에는 법률유보, 관계인에 대한 절차보장 등 국민에 대한 법적 효과의 실현에 있어서 공법상 원리가 개입될 뿐만 아니라 행정소송의 대상이 되기 때문에, 공법상 원리에 의한 통제가 이루어진다.[108] 따라서 행정의 책임을 판단하기 이전에 위법성에 대한 선제적인 판단이 이루어질 수 있다. 반면, 사실적 행위는 법적 행위의 준비 행위 또는 그 집행행위로서, 사실적 효과를 발생시키는 행위를 의미한다.[109] 사실행위에 대해서도 법적 행위와 같이 법에 의하여 행위의 요건이 정해지는 경우도 있지만, 그렇지 않거나 법에 느슨하게 포괄적인 기준만을 정하고 있는 경우가 많다.[110] 이는 개별적 사안에서 행정이 사실적 행위의 목적 등을 고려하여 행위의 방법과 양태를 적절히 선택해야 할 필요성을 고려한 것이고, 법적 행위의 요건이 법에 엄격히 정해져 있는 것과 대비되는 것이다.[111]

특히 문제되는 것은 위법성이 선제적으로 판단될 수 있는 법적 조치에 대해서 발생하는 이른바 위법하나 과실 없는 행위에 대한 손해배상의 문제이다. 법적 조치의 경우에는 공무원 개인의 고의 · 과실을 인정할 수 없는 경우가 많으므로, 법적 조치가 위법하더라도 과실이 인정되지 않아 국가의 배상책임이 부정될 수 있기 때문이다.[112]

2. 구체적인 비교의 방법

비교법 연구 방법론은 연구의 목적과 주제, 연구를 위해 수집한 자료에 맞

108) 현수철, 행정상 사실행위에 대한 일고찰, 석사학위 논문, 서울대학교, 2001, 7-8면 참조.
109) 김동희, 프랑스 행정법상의 행정행위의 관념에 대한 일고, 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 2005, 240면 참조.
110) 박균성, 사실행위와 국가배상, 고시계, vol. 39(4), 1994, 67면 참조.
111) 박균성, 사실행위와 국가배상, 고시계, vol. 39(4), 1994, 68면 참조.
112) 박정훈, 거부처분과 행정소송 : 도그마틱의 분별력 · 체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 2020. 11., 10면 참조.

게 선택하여야 하지만, 연구의 목적과 내용이 논리필연적으로 특정 연구방법론으로 이어지는 것은 아니다.[113] 이 논문에서는 비교 대상인 법체계의 국가배상 제도의 성질에 따라 유형을 나누고, 각 유형에 따라 위법한 행정 결정과 과실 인정의 내용이 결정되는지 각국의 국가배상 제도에 대한 비교를 통해 확인하고자 한다.[114] 구체적인 비교에 있어서는 우리나라는 행정 결정의 위법성이 인정되더라도 국가배상법상 별개의 요건으로서 과실이 인정되어야 하며, 그 판단에 있어 객관적 정당성 등의 요건이 사용되고 있다는 점에 착안한다. 외국의 법체계에서도 행정 결정의 위법성이 인정되더라도 과실을 부정하는 결론에 이르고 있는지, 과실 판단에 사용하는 근거가 무엇인지 확인한다. 한편, 비교법에 있어서 비교 대상 법체계를 선정하는 것은 매우 중요하고 어려운 문제이지만,[115] 이 논문에서는 우리나라의 행정법 영역에 가장 영향을 많이 미친 나라인 프랑스, 독일, 영국, 미국을 비교 대상국가로 선정하고자 한다.

(1) 국가배상 제도의 법제, 판례, 이론의 비교

국가배상 제도와 관련하여 각국의 법규정 및 판례의 해석과 적용에 대하여 상당히 많은 연구가 축적되어 있고, 이 논문의 연구 자료는 대부분 법규정, 판례 및 학문적 연구 결과를 토대로 한다. 따라서 이미 확립된 법규정과 판례에 대한 선행지식을 습득하고,[116] 이를 바탕으로 이후 기능주의적 비교

---

113) Husa, Jaakko., A New Introduction to Comparative Law, HART Publishing, 2015, 117면 참조.

114) 이 논문의 구체적인 비교의 방법은 법비교를 위해서는 법제 · 판례 · 이론의 관점에서 공통점과 차이점을 확인하는 도그마틱적 법비교를 통한 준비과정이 필요하며, 이를 기초로 행정문화의 배경을 규명해야 한다는 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 56면 각주 40의 내용을 참조하였다.

115) Schlesinger, The Common Core of Legal Systems—An Emerging Subject of Comparative Study, in the volume TWENTIETH CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAW—LEGAL ESSAY IN HONOR OF HESSEL E. YNTEMA, 1961, 65면 참조.

를 시도하고자 한다. 도그마틱의 비교에 대해서는 법개념을 이루는 언어적 한계와 연구자가 자국의 법적 관점에서 완전히 자유로울 수 없다는 점 때문에 외국법 체계를 제대로 이해할 수 없다는 비판이 존재한다. 그러나 도그마틱의 비교는 연구자가 기존의 관점에서 완전히 벗어나는 것은 불가능하다는 점을 인정하면서도,[117] 비교법 연구자가 효율적으로 선행지식을 쌓을 수 있다는 점에서 의의가 있다. 실제 비교법 방법론은 아무런 선행지식 없이 수행되기 어렵다는 점을 고려할 때, 도그마틱 사이의 비교가 무용하다고 보기는 어렵다.[118] 구체적으로는, 예비적 연구를 통하여 이미 확립된 국가배상법상 귀책사유에 관한 법해석 및 적용을 중심으로 선행지식을 쌓고, 공무원의 고의 · 과실을 국가배상 책임의 요건으로 하는지 여부에 따라 국가배상 제도를 자기책임과 대위책임으로 분류한다.

(2) 기능주의

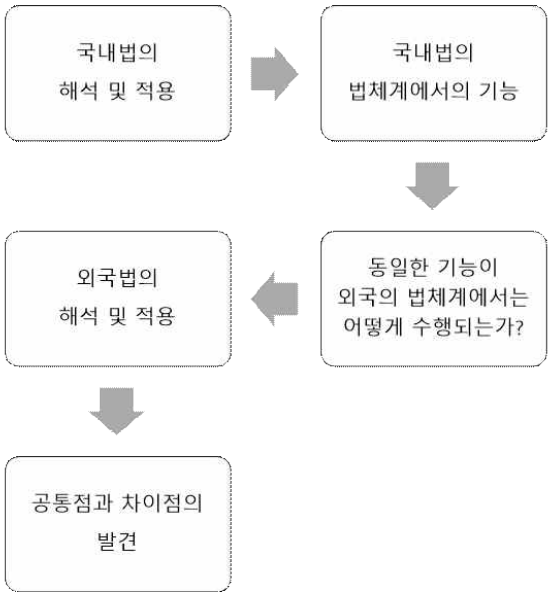
기능주의적 방법론은 사법(私法) 영역에서 발달하기 시작하였으나, 공 · 사법을 불문하고 기본적인 방법론으로 여겨진다. 기능주의적 방법론에 의하면, 우선 자국 법체계 내에서의 법의 내용을 살펴보고, 해당 법이 자국 법체계 내에서 수행하는 법적 기능을 파악한다. 그 다음 해당 기능이 외국의 법체계

116) 법학방법론의 측면에서 일반적으로 독일에서는 법규정의 해석과 적용에, 영미법계에서는 판례의 해석과 적용에 초점을 맞춘다. 오세혁, 우리나라 법학방법론의 전개, 법철학연구 제11권 제2호, 한국법철학회, 2008, 229면 참조. 그러나 국가배상 제도의 경우 독일의 경우에도 법규정이 아니라 대부분 판례를 통해서 발전하였다는 점에서 판례가 주된 연구 대상이 될 것이다.

117) 예를 들어, 사코는 연구자가 기존의 관점에서 벗어나는 것은, 자신이 가진 모든 법지식을 잊고 새로 시작하는 것보다 더 어려운 것이라고 이야기 했다. Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative Law, vol. 39, No. 2, Spring 1991, 387면 참조.

118) 비교법 연구자가 구체적인 비교 방법을 선택하기 위해서는 충분한 지식이 미리 갖추어져야 한다는 점에 대하여, Husa, Jaakko., A New Introduction to Comparative Law, HART Publishing, 2015, 117면 참조.

에서는 어떻게 수행되는지 살펴보고, 외국의 법체계에서의 법의 내용을 파악한 뒤, 양자를 비교하는 형식으로 이루어진다.[119] 이를 도표로 나타내면 아래와 같다.[120]



<그림 1> 기능주의 방법론

우리나라 헌법 제29조 제1항에서는 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 배상을 청구할 수 있다고 정하고 있어, 공무원의 고의 또는 과실의 필요성에 대해서는 직접적으로 언급을 하고 있지는 않지만, 국가배상법 제2조 제1항에서는 공무원의 고의 또는 과실을 요건으로 하고 있다. 일반적으로 우리나라의 국가배상 제도의 역할로는

119) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 67-68면 참조.

120) 도표의 내용은 Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 65면의 Figure 4.1: Functional Method of Comparison을 참조한 것이다.

피해자구제기능, 손해분산기능, 제재기능, 위법행위 억제기능이 언급된다.[121] 그러나 우리나라는 민사법원이 국가배상 제도를 관할하고, 민사상 불법행위법의 연장선상에서 국가배상 제도의 요건을 해석하고 있다.[122]

공무원의 과실을 부정한 사례를 살펴보면, 판례는 '객관적 정당성의 상실'에 이르렀다고 볼 수 없다거나, 공무원 나름대로 신중하게 합리적인 근거를 찾아 법령을 해석하였다거나, 국가에게 배상책임을 부담시켜야 할 '실질적 이유'가 없다는 점 등을 이유로 들고 있다.[123] 즉, 과실책임주의는 불법행위자인 공무원의 행위를 국가의 책임으로 귀속시킬 만한 정당한 이유가 있는지를 확인하기 위한 요건으로서의 기능을 하고 있다고 할 것이다.

그중 행정처분이 위법한 것으로 판단되거나 직권 취소된 경우에 대하여, 판례는 위법성과 공무원의 과실은 별개로 인정되어야 하는 요건임을 명시하면서도, '객관적 정당성'이라는 기준을 통해 국가가 배상책임을 부담할 실질적 이유를 판단하고 있으나,[124] 그 기준이 과실 또는 위법성 판단에 관한 것인지를 밝히지 않고 제반 사정을 통해 국가가 책임을 부담할 실질적 이유가 있는지를 판단하고 있다.[125] 많은 경우 객관적 정당성을 상실하지 않았다거나, 성실한 평균적 공무원으로서 주의의무를 소홀히 하여 손해배상책임을 인

---

121) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제8호, 법조협회, 2009, 51면 참조.

122) 박정훈, 국가배상법의 개혁 – 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 30면 참조.

123) 박정훈, 국가배상법의 개혁 – 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 37-46면 참조.

124) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결; 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000다12679 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789, 33796, 33819 판결; 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다65236 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결; 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다31828 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다30703 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012다11297 판결; 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결; 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다205864 판결; 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결(무효인 긴급조치의 발령, 적용 · 집행행위에 대하여 국가배상 책임을 인정한 사례)

125) 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준 – 법적 안정성 측면에서의 비판적 고찰 -, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 48면 참조.

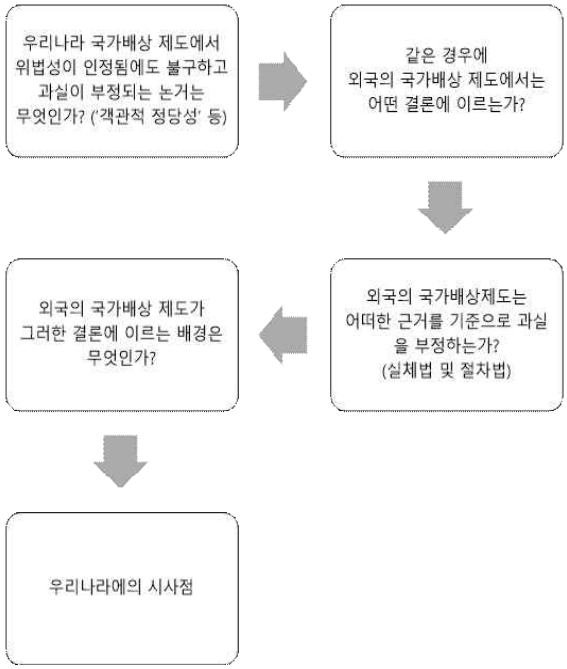
정할만한 고의 · 과실이 인정된다고 볼 수 없다는 이유로 국가배상 책임을 부정하는 결론에 이르고 있다.[126]

이 논문에서는 행정 결정의 위법성이 인정되는 경우에 외국의 국가배상 제도는 어떤 결론에 이르는지, 만일 행정 결정의 위법성이 인정되더라도 공무원의 과실을 부정하는 결론에 이른다면 그 근거인 법적 개념, 판결의 이유, 절차적 특성 등은 무엇인지를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 외국 법제도의 제정법, 판례, 이미 연구가 이루어진 가상의 사례를 살펴볼 것이다. 아울러 외국의 국가배상 제도가 위와 같은 태도를 보이는 배경을 살펴보고, 이를 통해 우리나라에 대한 시사점을 찾고자 한다. 이를 도식화하여 나타내면 아래와 같다.[127]

---

126) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결; 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000다12679 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789, 33796, 33819 판결; 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다65236 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결; 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다31828 판결; 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결; 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다205864 판결; 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결(무효인 긴급조치의 발령, 적용 · 집행 행위에 대하여 국가배상 책임을 인정한 사례)

127) 도표의 내용은 Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 75면의 Figure 4.3: Comparing Cases(Markesinis)를 참조한 것이다.



<그림 2> 이 논문의 기능주의 방법론

(3) 가상 사례의 활용

Ken Oliphant는 국가배상 제도에 대하여 7개의 동일한 가정적 사실관계를 제시하고, 각 사실관계가 18개 국가의 국가배상 제도 및 유럽연합법에 의하면 어떻게 해결되는지를 공저자들을 통해 밝힌 다음 비교 연구 결과를 제시하였다.[128] 위 사례 중에서 위법한 행정 결정에 대한 국가배상 책임 인정의 문제를 다루고 있는 사례와 사실적 행위에 대한 국가배상 책임을 다루고 있는 사례를 검토하고자 한다.[129]

---

128) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016.

129) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016에서 연구된 가정적 사례를 통한 각국의 국가배상 제

도의 내용을 참고하였다. 구체적으로는 위법한 행정결정이 있는 경우에 행정의 과실책임 판단에 관한 사례와(Case 2 Wrongfully Cancelled Licence, 위의 책 12-13면), 사실적 행위에 관한 행정의 과실책임 판단 사례(Case 4 Fireworks Store, 위의 책 13-14면) 및 그에 대한 각 국가별 연구자의 사례검토 내용을 참조하였다(Case 2 Wrongfully Cancelled Licence에 대해서는 위의 책 661-697면 참조, Case 4 Fireworks Store에 대해서는 위의 책 731-759면 참조).

제2장 귀책요건의 비교

우리나라의 판례는 구체적인 과실 판단의 기준으로서 당시 존재하였던 객관적 사정, 공무원의 주관적 사정, 객관적 정당성 등의 기준을 사용하고 있고, 행정결정이 위법하다는 판단을 받은 경우에는 공무원의 행위가 객관적 정당성을 상실하여 실질적으로 국가에게 책임을 귀속시킬만한 이유가 있는지를 기준으로 판단하고 있다. 외국의 국가배상 제도에서는 행정 결정의 위법성이 인정되는 경우에 곧바로 과실 인정 또는 추정되는지, 그렇지 않다고 하더라도 과실 판단에 사용되는 법적 개념, 판결의 이유, 절차적 특성 등은 무엇이 있는지를 살펴본다.

제1절 프랑스

I. 국가배상 제도 개관

프랑스 국가배상 제도의 일반원칙은 행정의 과실로 인하여 손해가 발생한 경우 손해의 배상을 받을 수 있다는 것이다.[130] 전통적으로 프랑스의 국가배상 책임은 사법상 책임과 구별되는 공법상 제도이고, '공적 부담 앞의 평등'이라는 원칙을 기초로 형성된다고 보았다.[131] 그러나 전통적인 견해에 의할 경우에는 무과실책임 원칙에 대한 설명만이 가능하고 과실책임에 대한 직접

---

130) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia (2016), 156면 참조.

131) Laurent Richer, Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, Thèse Paris II, 1976,, p. 49; Maryse Deguergue, jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, 1994., p. 693; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, Droit administratif, 2013, p.610(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 71면에서 재인용).

적인 설명이 어렵다는 비판을 받았다. 따라서 최근에는 과실은 과실책임의 근거로, 공적 부담 앞의 평등 원칙은 무과실책임의 근거로 나누어서 설명해야 한다는 견해가 있다.[132] 프랑스의 국가배상 제도는 판례법을 중심으로 발전하면서 사법과 구별되는 공법상의 고유한 법리를 형성하고 있다는 점에서 독자성이 있다.[133] 특히 1873년 블랑꼬(Blanco) 판결은 국가배상 책임이 민법의 원칙에 의할 수 없음을 분명히 하였을 뿐만 아니라, 역무과실 개념을 발전시키는 계기가 되었다.[134]

1. 역사적 발전

15세기부터 1789년 대혁명까지 구체제 하의 프랑스 정치 체제는 중앙집중식 절대군주제로 표현된다.[135] 강력한 왕권을 배경으로 하여 '군주의 면책특권'(immunity of monarchy)이 자연스럽게 인정되었다.[136][137] 1789년 프랑스

---

132) 과실은 과실책임의 요건일뿐만 아니라 근거라는 견해에 대하여 Llorens-Fraysse, Le poids de la faute dans la responsabilité administrative, Droits, n° 5, 1987, p. 69; 공적 부담 앞의 평등 원칙을 공공 시설공사로 인한 영구적인 손해와 적법한 행정결정으로 인한 손해배상 책임의 요건으로 보는 견해에 대하여 Pierre Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, 1969, p.491(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 72면에서 재인용).

133) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 79면 참조.

134) TC, 8 Feb. 1873.

135) Jonas Knetsch, Tort Law in France, Wolters Kluwer Law International, 2021, 15면 참조.

136) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 7면 참조.

137) 군주의 면책특권 인정에도 불구하고 프랑스에서는 18세기 이후 공공사업과 관련된 행정행위로 인해 재산권이 침해된 경우 형평(equity)의 관점에서 그에 대한 보상이 주어지기도 하였다는 특이점이 있다. 비록 당시 이러한 보상의 내용이 현대적 의미에서의 보상과 같은 것은 아니었으나, 향후 이러한 내용은 프랑스의 국가배상 제도 형성의 배경이 되었다고 평가하고 있다.

대혁명 이후 1790년 8월 16-24일 법률과 1799년 나폴레옹의 꽁세유데따 창설, 제3공화국 초기의 관할재판소의 결정에 의하여 행정재판소와 일반 사법재판소는 분리되어야 한다는 것이 선언되었다. 그러나 국가배상 제도가 1789년 혁명으로 이전과 비교하여 크게 발전한 것은 아니었다.[138] 혁명 이후 주권은 곧 시민의 일반의지로 이해되었고, 행정 작용은 주권의 실현으로서, 시민의 일반의지의 표현으로 받아들여졌기 때문에 손해배상과 주권은 배타적인 것으로 이해되었다. 또한 1799년 꽁세유데따가 설립되고 행정재판권과 일반재판권이 분리되었으나, 1872년 5월 24일 법률 이전까지 꽁세유데따는 독립적인 재판기관으로서의 지위를 가지지 못하였으므로 손해배상책임 부인 원칙에 대하여 독자적인 판단을 할 수 없었다.[139] 이에 손해배상책임 부인 원칙은 19세기 후반까지도 일반적이었다고 평가된다.[140]

1873년 블랑꼬 판결로부터 행정 사건은 행정재판소에서 공법상 원리에 의하여 판단되어야 한다는 원칙이 확립되었다.[141] 블랑꼬 판결 이후에도 한동안 권력행위(l'acte de puissance publique)가 손해의 원인이 되었을 경우에는 원칙적으로 국가배상의 대상으로 삼지 않았고, 관리행위(l'acte de gestion)에 대해서만 국가의 책임을 인정하였다. 그러나 1905년 Tomaso Grecco 판결에 의해 권력행위 또한 국가배상 책임의 대상이 되는 것으로 인정되었다.[142]

---

138) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 9면 참조.

139) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 9-10면 참조.

140) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 10면 참조.

141) 당시 행정재판 관할권의 구별은 중앙정부의 행위에만 미치는 것이었으나, 이후 1908년 Feutry 사건에서 지방자치단체의 권한 행사에도 확장되었다. TC 29 Feb. 1908, Feutry, D1908.3.4914. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 13면 참조.

142) CE 10 Feb. 1905, Tomaso Grecco, D.1906.3.81.(권력행위의 대표적인 예인 경찰작용에 대한 국가배상 책임을 인정하였다.)

2. 국가배상 책임의 근거

(1) 국가무책임 원칙의 폐지

국가가 자신의 활동으로 발생한 손해에 대하여 배상을 해야 하는 이유에 대해서는 오랫동안 논쟁이 있었다. 과거에는 국가무책임원칙(principle of irresponsabilité)과 왕실의 특별한 지위에 근거한 면책특권이 인정되었다.[143] 지방정부의 경우에는 공공사업으로 인한 개인의 재산상의 손해에 대하여 배상하도록 하는 판례법이 형성되었다는 점에서 왕실의 특권과는 대비되는 것이었다.[144] 19세기 이후 국가 무책임원칙은 폐지되었다.[145] 그리고 블랑꼬(Blanco) 판결은 "공무의 제공에 고용된 사람의 행동으로 인해 개인에게 발생한 손해에 대해서 국가가 부담하는 책임은 개인의 법적 관계를 규제하기 위해 민법에 규정된 원칙에 의해서는 규율될 수 없다."고 명백히 판시하였다.[146][147] 이에 프랑스의 공법상 국가책임의 근거에 대해서는 사법상 원리와는 구별되는 새로운 논의가 필요하였다.

---

143) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 7면 참조.

144) 구체제하에서의 공공사업과 관련한 배상은 현대적 의미의 국가배상 제도는 아니었지만, Boutel-Sautel은 배상체계의 본질의 측면에서 구체제의 제도에서도 현대 행정책임의 기본적인 요건을 발견할 수 있다고 주장하였다. 위 내용은 Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 7면 참조.

145) 프랑스에서는 구체제 이후인 프랑스 혁명 이후에도 국가무책임 원칙이 존재하다가 19세기 말이 되어서야 국가 책임의 원칙이 인정되었다. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 9면 참조.

146) TC 8 Feb. 1873, Blanco no. 00012, D. 1873.3.17.

147) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 234면 참조.

(2) 공법상 원리

1) 공법과 사법의 구별

프랑스 행정법의 독자성은 수세기동안 내재되어 있었던 공법과 사법의 구별에서 그 원인을 찾아볼 수 있다.[148] 공법 영역과 사법 영역은 완전히 분리되었고,[149] 행정법은 공법 특유의 원리에 의하여 발전될 수 있었다.[150] 사법과 공법 구별의 결정적인 요인은 행정재판권의 구별로부터 말미암은 것이었다. 역사적으로 대혁명 이전 구체제의 판사들은 처단의 대상이었고, 이후 행정재판권은 민사 및 형사 재판권과 분리되었다.[151] 심지어 1790년 8월 16일-24일 법률은 "사법부의 업무는 행정부의 업무와는 구분되며 언제나 분리되어야 한다. 판사는 어떠한 방법으로도 행정부의 활동에 간섭할 수 없고, 직무와 관련하여 행정관을 소환할 수 없다."고 규정하였다.[152] 이는 구체제의 판사들이 행정에 대하여 행하던 간섭과 영향력을 배제하기 위한 것이었다.[153] 이후 꽁세유데따(Conseil d'Etat)에서는 이러한 재판관할권 분리에서 비롯하여 고유한 행정법상의 원리를 발전시켰고, 공법상의 원리가 적용되어야 할 사건에 대하여는 공법 영역으로 분리되어 꽁세유데따에 의해서 판단

148) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 59면 참조.

149) 예를 들어, 독일 및 이탈리아에서는 국가배상 제도가 민법상 사용자(使用者) 책임의 원리와 민사소송에 의하여 규율된다. 국가와 공무원 사이의 관계를 민법상의 고용관계와 마찬가지로 파악하기 때문이다. 그러나 프랑스의 국가배상 제도에서는 민법상 원리와 절차가 적용되지 않는다. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 235면 참조.

150) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 59면 참조.

151) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 200면 참조.

152) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, 31면 참조.

153) 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원 2008, 14-15면 참조.

되었으며, 그렇지 않은 사건은 사법 영역으로 분리되어 일반 재판권에 속하는 결과를 낳았다.

특히 프랑스 국가배상 제도의 중요한 부분을 차지하는 블랑꼬(Blanco) 판결은 국가배상 제도뿐만 아니라 모든 소송에서 행정재판권과 사법재판권은 분리되어야 하며, 그 기준으로 '공역무'가 사용되어야 함을 판시하였다.[154] 블랑코 판결을 통해 확인된 18세기의 '공공의 역무'(le service du public)는 "사회 전반에 존재하고 있는 공공의 필요를 만족시키기 위한 행정 작용, 사인을 위한 공권력의 개입"을 개괄적으로 뜻하는 것으로 사용되었다.[155] 당시 프랑스에서는 손해배상 분야 외에 사법과 구별되는 공법상의 독자적인 법리가 발달하지 못한 상태였음에도 불구하고,[156] 공법의 영역으로서의 국가배상 책임을 인정하였다는 것은 실질적으로 사법과의 구별 하에 공법의 독자성을 인정한 것이었다.[157]

2) 행정 작용을 통한 공익의 실현

프랑스 행정법의 목적은 행정 작용을 통한 공익의 실현에 있다.[158] 사법을 통해서는 공익이 완전하게 달성될 수 없다고 보았기 때문이다. 무엇이 공익을 의미하는지는 시대에 따라 변화하였으나, 대혁명 이후에는 민주주의의 이념에 따라 법률을 통해 표현된 국민의 '일반의사'(la volonté générale)가 공익이라고 여겨졌고, 시민의 권익을 침해하더라도 국민의 일반의사에 의하여 정당성이 인정된다고 보았다.[159] 현대적 의미에서는 만일 공익의 실현을 위

154) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 15면 참조.
155) 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원 2008, 13면 참조.
156) 김동희, "블랑꼬판결 이래 프랑스의 국가배상 책임의 발달", 공법연구 제6집, 한국공법학회, 1978, 233면 참조.
157) 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원 2008, 18면 참조.
158) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, 154면 참조.

해 손해를 입은 시민이 있다면, 사회적 연대의 관점에서 공공의 자금을 통해 해당 시민에게는 배상이 주어져야 한다는 것을 의미하였고, 이는 국가배상제도의 토대가 되었다.[160]

행정법 목적으로서의 공익 실현은 다른 나라의 법체계에 관한 설명에도 그대로 적용될 수 있는 것이지만, 프랑스 행정법의 특징은 위와 같은 공익의 실현이 행정의 의무로서 개념적으로 명확히 표현되고, 제도적으로도 공익의 달성이 목표가 된다는 점이 특징적이다.[161] 이러한 관점에서 프랑스에서는 행정 작용으로 인하여 손해를 입은 개인이 국가에 대하여 배상을 청구하는 것을 두고 공적 자원이 허투루 쓰인다고 생각되지 않는다. 오히려 개별 시민들이 국가로부터 배상받지 못하는 결과를 피하는 것이 평등의 원칙에 부합하는 것이고 공적 자금을 가장 잘 사용하는 것으로 볼 수 있다고 여긴다.[162]

3) 국가의 개념과 역할

프랑스에서는 독일의 국가법인설의 영향을 받아 국가의 법적 개념 및 역할에 관하여 19세기부터 20세기까지 다양한 논의가 전개되었다.[163] 그중에서도 현대 프랑스의 국가배상 제도가 근간으로 삼고 있는 공역무 개념은 레옹 뒤기(Léon Duguit)와 모리스 오류우(Maurice Hauriou)의 사상적 배경이 합쳐진 것이라고 이해할 수 있다.[164] 레옹 뒤기(Léon Duguit)는 당시 별 주목을

---

159) 박균성, 프랑스 행정법상 공익개념, 서울대학교 법학, vol. 47, no. 3, 2006, 29면 참조.

160) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, 155면 참조.

161) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, 155면 참조.

162) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999, 52면 참조.

163) 대표적으로 레옹 뒤기(Léon Duguit, 1859~1928), 모리스 오리유(Maurice Hauriou, 1856~1929), Adhémar Esmein(1848~1913), Raymond Carré de Malberg(1861~1935)가 있다. 20세기에는 프랑스에서도 국가를 하나의 법인으로 보는 견해가 자리잡게 되었다. 이현수, 국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개 - , 행정법연구 제36호 2013. 7., 87-113면 참조.

받지 못하던 블랑코 판결에 주목하여 공역무의 개념을 발견하게 되었다는 점에서[165] 프랑스 국가배상 제도의 이론적 배경이 되었다. 레옹 뒤기는 국가주권의 본질은 개인에 대한 역무의 제공, 즉 '공역무'(le public service)에 있는 것이지, 개인에 대한 권한이나 권력의 행사에 있는 것이 아니라고 하였다.[166] 따라서 국가는 공익의 실현을 위한 목적을 가지고, 공무원은 공역무의 기능적 실현을 위한 공무수행자(l'administrateur)이지, 국가와 별개의 행위를 하는 공무원으로 이해되지 않는다. 그리하여 자연스러운 결과로서, 국가작용으로 인해 손해가 발생한다면 그 배상책임의 성질은 자기책임에 해당한다.[167]

모리스 오류우(Maurice Hauriou)는 초기에는 국가배상 책임을 민법상 불법행위 책임의 틀 안에서 이해하였다. 그러나 19세기부터 20세기까지의 꽁세유데따의 판례에 대한 평석을 통해서 국가배상 책임의 공법적 특성을 분명히 하였고, 프랑스 국가배상 책임의 이론적 토대를 마련하였다고 평가된다.[168] 특히 모리스 오류우는 1897년 깜므(Cames) 판결[169]에 대한 자신의

---

164) 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교, 2008, 26면 참조.

165) 전훈, Jean-Marie Pontier 공저, 공공서비스법 : 프랑스 행정법 연구, 한국학술정보, 2008, 20면 참조.

166) Duguit, Traité de droit constitutionnel(3rd ed., 1921), Vol. II, p.62(Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public Law, 517면에서 재인용)

167) 장윤영, 레옹 뒤기(Léon Duguit)의 공법 이론 - 객관주의 행정법을 중심으로, 공법연구, 49(1), 2020, 172면 참조.

168) 박혜영, 모리스 오류우(Maurice Hauriou)의 국가배상 책임 구성에 관한 연구 - 민사과실책임·위험책임·역무과실책임의 3단계 발전과정을 중심으로-, 석사학위 논문, 서울대학교, 2015. 참조.

169) CE 21 Jun. 1895; D 1896-3-65. 원고는 무기고에서 일하던 중 파워해머에 의하여 상해를 입게 되었다. 깜므 판결을 통해 꽁세유데따는 위험책임의 법리를 설시하였는데, 이에 대해서 학설의 태도는 나뉘었다. 레옹 뒤기는 공적 부담 앞의 평등(l'égalité devant les charges publiques)과 사회에 내재하는 집단적인 위험에 대하여 국가에 의한 사회적 보험으로서의 책임 원리를 주장하였으므로, 깜므 판결을 긍정적으로 평가했다. 그러나 오류우는 당시 책임은 민법에 근거한 것이 아니라 형평(equity)에 근거하여야 하고, 위험이 아니라 과실에 근거한 책임 제도를

보험이론을 거쳐 1905년 또마조 그레꼬(Tomaso Greco) 판결[170]에 대한 평석을 통해 역무과실 책임 이론을 확립한다.[171] 그는 국가배상 책임은 고유한 고권적 특성을 갖으며 공법적 원리가 투영되어야 한다고 주장했다. 그러한 관점에서 국가는 과실책임을 부담하며, 이는 대위책임이 아니라 자기책임이라고 주장했다. 즉, 프랑스는 공역무라는 개념이 일찍이 발달하여 복지국가 개념이 발생하기 이전부터 국가의 역할은 공익의 수행에 있다는 개념이 정립되었다는 점이 다른 국가와의 차이점이다.

구축해야 한다고 주장했기 때문에 반대의 입장에 있었다. Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law, The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5 (Sep., 1976), 517면 참조.

170) CE 10 Feb. 1905, Rec. 139; D 1906-831; 원고는 황소가 도망가자 이를 쫓는 과정에서 부주의하게 발사된 총에 의하여 상해를 입었다. 원고는 경찰관에 의하여 총이 발사되었거나, 또는 선택적으로, 경찰 행정(police service)이 질서를 유지시키지 못한 잘못이 있다는 이유로 배상을 청구하였다. 꽁세유데따는 원고가 주장한 잘못이 증명되었다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 위 사건에서 꽁세유데따는 책임의 기준에 대하여 "서비스의 성격, 수반되는 위험과 어려움, 운영에 필요한 자유와 우선권, 개인의 권리의 성격, 그 중요성, 개인이 견뎌야 하는 구속의 정도, 그 보호에 가치가 있는 정도, 피해의 심각성"을 고려해야 한다고 판시했다. 또한 정부위원인 M. Romieu는 "모든 오류, 모든 부주의한 행위, 모든 부정행위가 ... 반드시 국가의 금전적 책임을 수반하는 것은 아니다. 책임을 수반하는 성격의 행정활동에 과실이 존재하는지 여부는 판사의 몫이다."Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law, The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5 (Sep., 1976), 518면 참조.

171) 오류우는 꽁세유데따가 1904년 니바지오니(Nivaggioni) 판결에서 최초로 역무과실(la faute de service)라는 표현을 사용하고, 1905년 또마조 그레꼬(Tomaso Greco) 판결과 옥세르(Auxuerre) 판결에서도 '역무의 과실'(la faute de service public) 이라는 용어를 사용한 것에 기초하여, 꽁세유데따가 역무과실 개념에 기초한 책임을 인정하는 것에 주목하였다. 종래 위험이론은 국가배상 책임이 행정재판소에 의하여 처리되어야 한다는 점을 강조하고, 민사 재판소에 의하여 처리되는 것을 방지하기 위한 것이었으나, 역무과실 개념을 계속 사용하는 이상 위험이론의 실효성이 있다고 보기 어렵다는 것이었다. 박혜영, 모리스 오류우(Maurice Hauriou)의 국가배상 책임 구성에 관한 연구-민사과실책임 · 위험책임 · 역무과실책임의 3단계 발전과정을 중심으로-, 석사학위 논문, 서울대학교, 33-53면 참조.

3. 국가배상 책임의 요건

꽁세유데따의 판례에 의하여 형성된 국가배상 책임의 요건은 세 가지이다. 첫째, 책임을 야기하는 작위나 부작위가 있을 것, 둘째, 피해자에게 상해나 손해가 가해졌을 것, 셋째, 충분한 인과관계의 존재이다.[172] 국가배상 책임에서 과실은 별도로 요건으로 분류되지는 아니하지만, 책임을 야기하는 작위나 부작위는 과실을 내포하는 경우가 많다.[173] 그러나 반드시 작위나 부작위가 과실을 내포하는 경우에만 책임을 야기하는 것은 아니다.[174]

(1) 작위 또는 부작위

프랑스 국가배상 제도는 역무과실로 인한 과실책임과 무과실책임 제도로 이루어진다. 무과실책임의 근거는 공익 수행의 과정에서 개인에게 가해진 손해는 개인이 오롯이 분담해서는 안 된다는 것에 있다. 무과실책임은 예외적 위험으로 인한 책임과 공적 부담 앞의 평등 원칙으로 인한 책임으로 구성된다. 전자는 행정 작용으로 인하여 개인에게 통상적인 수준을 넘는 위험을 부담하게 하였다면 그에 대한 배상책임이 있다는 것이다.[175] 후자는 행정은 공

---

172) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 79면 참조.

173) 프랑스의 과실책임은 우리나라의 행정상 손해배상책임에 해당하고, 위험책임은 우리나라의 공법상 위험책임에, 협의의 무과실책임은 우리나라의 행정상 손시보상에 해당한다. 박균성, 국가배상법의 위법과 과실에 관한 이론과 판례, 행정법연구, 1997.6., 35면 참조. 위 세가지 유형 외에 공토목공사(travaux publics)로 인한 손해배상책임도 존재하나, 일반적으로 별도로 논해진다. 정관선, 프랑스 식품안전 분야에서 사전배려의 원칙에 따른 국가배상 책임, 인권과 정의 2015년 9월, 62면 참조.

174) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 80면 참조.

175) André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudement, Traité de droit administratif, Tome 1, 1999, p, 980(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 42면에서 재인용).

익을 위하여 활동하는 것인데 반면, 일부 사회의 구성원에게만 중대하고 특별한 부담을 지운다면 이는 평등하지 않다는 생각에 근거한다.[176]

1) 과실책임

일반적으로 국가의 책임은 행정 조직 또는 기능의 잘못을 전제로 한다.[177] 따라서 과실이 있는 행위는 물리적 행위 또는 법적 행위의 형태를 갖고 있는 경우가 많고, 개인과실로 귀속되지 않기도 한다.[178] 대부분의 사안에서는 손해와 인과관계가 존재한다는 전제하에, 과실의 존재가 추정된다. 많은 경우 단순 과실만으로도 책임이 성립하지만, 행정의 특수성과 어려움을 고려하여 중과실이 인정되는 경우에만 책임이 성립하는 영역도 존재한다. 그러나 행정 작용이 고도로 어렵고, 섬세하다고 여겨질지라도 조세나 정책, 의료 행위에서는 중과실이 아니라 단순 과실 요건이 적용된다.[179]

2) 무과실책임 : 위험책임

정의와 형평에 따라 위험에 대한 무과실책임이 인정되기도 한다. 처음에는 대규모 집회에서 발생된 폭력적인 범죄 행위에 대해서 무과실책임을 인정하는 법률을 제정함으로써 위험책임이 인정되었다.[180] 그러나 이후 행정재판소

---

176) Jacqueline Morand-Deviller, Droit administratif, 2013, p. 725(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 42면에서 재인용).

177) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 81면 참조.

178) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 242면 참조.

179) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 82면 참조.

180) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 83면 참조.

는 위험책임의 개념을 확장하여, 군용 무기, 폭발물 등과 같이 행정 작용의 대상이나 그 수단이 본질적으로 높은 위험성을 내포하는 경우,[181] 또는 행정 작용이 특정 개인을 위험한 상황에 처하게 하는 경우,[182] 영조물에서 사고가 발생하여 피해를 입은 경우 등에도 과실 없이 책임을 인정하려는 경향이 있다.[183] 위험책임으로 인한 배상책임은 이례적이고 특별한 손해에 인정되어야 한다. 만일 사인들이 공역무를 이용하면서 얻는 이득에 비하여 그 손해가 감당할 수 없을 정도로 과다하게 발생한 경우에는 특별하고 이례적인 손해에 해당한다.[184] 국가는 피해자측의 사유를 들어 책임의 면제나 감경을 주장할 수 있다.

예외적인 위험으로 인한 무과실책임을 인정한 전통적인 사건으로 1919년 Regnault-Desroizers 사건이 있다.[185] 위 사건은 인구 밀집 지역의 근처에 다량의 탄약을 보관하였다가 폭발로 인한 손해가 발생한 사안이었다. 꽁세유데따는 군사적 필요성 하에서 행해진 탄약 보관이라는 행정 작용이 일반적으로 적용되는 인접지에 대한 위험성을 넘어서는 것이고, 이러한 위험성으로 인하여 국가가 무과실책임을 부담해야 한다고 판시했다.[186] 또한 꽁세유데따

---

181) 무기와 위험한 물건을 휴대한 경찰이 총격을 가해 카페 주인이 치명적인 부상을 입은 손해가 발생한 경우에 대하여 특별한 위험에 기한 무과실책임을 인정한 사례. CE Ass. 24 Juin 1949, cons. Lecomte et Franquette et Daramy, Rec., p307. 박재현, 프랑스 행정기관의 무과실책임, 동아법학 제74호, 2017. 2., 142면 참조.

182) 특별한 손해를 입을 위험에 노출된 병원에 입원 사람에 대하여 무과실책임을 인정한 사례. CE Sect. 3 février 1956, Thouzellier, 박재현, 프랑스 행정기관의 무과실책임, 동아법학 제74호, 2017. 2., 143면 참조.

183) 꽁세유데따는 Thouzellier 사건에서 제3자에게 발생한 위험에 대하여 무과실책임을 부담한다고 판시하였으나, 1964년 이후 더 이상 비정상적인 이용자를 제3자로 취급하지 않으므로 현재는 비정상적인 이용으로 인한 무과실책임이 적용되지 않는다. 박재현, 프랑스 행정기관의 무과실책임, 동아법학 제74호, 2017. 2., 144면 참조.

184) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 84면 참조.

185) CE 28 Mar. 1919, Regnault-Desroziers, no.62273.

186) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 253면 참조.

는 도로의 예외적인 위험 상황으로 입은 도로 이용자의 손해에 대하여 국가의 무과실책임을 인정하기도 하였다.[187] 그러나 그 이후에는 낙석을 방지할 수 있는 예방책의 발전으로 인하여 도로 관리 당국의 과실이 추정된다고 판시하였고, 위 판례 이후로는 영조물 이용자에 대한 무과실책임을 인정하지 않았다.[188] 예외적인 위험에 근거한 무과실책임은 이후 경찰의 총기 사용으로 인한 사망과 같은 사건과 같이 일반적으로 위험한 행정 활동 영역에도 확대되었다.[189]

3) 무과실책임 : 공적 부담 앞의 평등 원칙 위반에 대한 책임

공적 부담 앞의 평등 원칙에 위반한 경우에 관한 책임 원리는 위험에 근거한 것은 아니지만, 보상 없이는 일반 공중에 대하여 행해지는 행정 작용으로부터 발생한 손해를 오롯이 부담해서는 안 된다는 원칙이다. 개인이 전체의 이익을 위해서 부당하게 희생하여서는 안 되고, 배상을 통하여 평등상태가 회복되어야 한다는 사상을 배경으로 한다.[190] 공적 부담 앞의 평등 원칙은 프랑스 국가배상 제도의 이론적 근거 또는 실정법적 근거가 되는 책임 원칙으로 여겨진다.[191] 공적 부담 앞의 평등의 원칙에 의해서 국가가 무과실책임을 부담하기 위해서는 그 손해가 매우 심각하고, 특정 개인 또는 소규모의 그룹에 대해서만 특별히 가해졌을 것, 그리고 그 손해가 적법한 행정 작

187) 이 사건은 도로의 낙석으로 인하여 원고의 자동차가 손상되고 원고가 상해를 입은 사건이었다. CE Ass. 6 July 1973, Ministre de l'équipement et logement c Dalleau, no.82406. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 253면 참조.

188) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 253면 참조.

189) CE Ass. 24 Jun. 1949, Lecomte, no.87335. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 254면 참조.

190) 김동희, 한국과 프랑스의 국가보상제도의 비교고찰, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학연구소, 1985, 176-177면 참조.

191) 박재현, 프랑스 행정기관의 무과실책임, 동아법학 제74호, 2017. 2., 147면 참조.

용의 결과로서 일반적으로 예상되는 수준을 넘어섰을 것을 요한다.[192] 위 무과실책임은 개별결정뿐만 아니라 법률, 국제조약, 국제관습법, 행정입법에 의해서도 발생할 수 있다.[193] 특히 2019년 꽁세유데따는 헌법재판소에 의하여 법률의 위헌성이 선언됨으로 인하여 손해를 입은 경우에도 유효한 법률에 의하여 손해를 입은 것과 같이 책임을 질 수 있다고 판시했다.[194]

(2) 손해

손해가 발생할 것이 합리적으로 예견되는 경우에는 손해배상 청구 당시에 손해가 발생하지 않았더라도 국가배상의 대상이 된다.[195] 단순한 기회의 상실도 손해의 범위에 포함시키고 있다.[196] 더 나아가 손해는 특별하고, 이례적인 것이어야 한다. 손해의 특별성은 일반적으로 발생되고 사회적으로 용인되는 손해는 국가배상의 대상으로 포함하지 않기 위한 요건이다. 따라서 일반 공중이 아니라 누구에게 발생한 손해인지를 특정할 수 있어야 한다. 이례적인 손해의 의미는 일반적으로 가해지는 침해의 정도를 넘는 손해가 가해져야 한다는 것을 의미한다. 손해는 반드시 물리적일 필요는 없으나, 배상이 가능할 정도로 산정이 가능해야 한다.[197]

---

192) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 257면 참조.

193) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 44면 참조.

194) 그러나 해당 사건에서 꽁세유데따는 손해와의 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 책임을 부정하였다. CE Ass. December 2019, no. 425983, John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 259-260면 참조.

195) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 80면 참조.

196) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 80면 참조.

197) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 80면 참조.

(3) 인과관계

인과관계의 판단에서는 '상당인과관계'(la causalité adéquate)가 사용된다.[198] 일반적으로 해당 행정활동이 발생한 손해를 야기할 만한 인과적 적절성을 갖는지를 기준으로 인과성을 판단하는 것이다. 따라서 모든 원인이 동등하게 평가받는 것은 아니고, 특히 외부적 원인이 개입된 경우에는 책임이 면제되거나 경감될 수 있다.[199]

4. 책임의 제한

프랑스에서의 과실책임의 범위는 매우 넓지만, 과실이 인정된다고 하여 반드시 책임을 인정하는 것은 아니다. 프랑스에서는 인과관계나 손해의 액수를 제한하는 방법을 통하여 책임의 범위를 제한하고 있다. 또한 피해자의 과실이나 불법적 지위도 행정책임 면제의 원인이 된다.[200][201]

---

198) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 81면 참조.

199) George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International, 2012, 81면 참조.

200) 피해자의 과실은 행정이 책임을 면하기 위해 가장 자주 원용하는 항변 중 하나라는 점에 대하여, Benoît Delaunay, La faute de l'administration, 2007, p. 334(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 159면에서 재인용).

201) '불법지위의 항변'(l'exception d'illégitimité)은 불법적 지위에 있는 피해자에 대하여 손해배상청구권을 인정하는 것이 윤리적으로 부당하다는 생각에 연유한다는 점에 대하여, René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 2001, p. 1255(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 162면에서 재인용). 피해자의 불법적 지위 항변은 행정 책임을 완전히 면책하는 효과가 있다는 점에 대하여, Lara Karam-Boustany, L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif, 2007, p.272(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 162면에서 재인용)

5. 행정재판소와 절차적 특징

프랑스의 이원적 소송체계는 근본적으로 행정 사건을 일반재판소에서 처리하는 것은 사회 전체적 이익을 고려해야 하는 행정 작용의 특징을 고려하였을 때 적절하지 않다는 고려에서 시작한다.[202] 국가배상 청구는 행정재판소에서 따라서 행정재판소와 판사들은 공공의 이익을 고려하기 위해 존재한다는 점에서 일반재판소와 구별된다.[203]

(1) 행정재판소

1) 연혁과 구성

앙리옹 · 드 · 팡세(Henrion de Pansey)는 「프랑스에 있어서의 사법권」(1818)에서 "행정을 재판하는 것 역시 행정이다"(Juger l'administration, c'est encore administrer)라고 하였는데, 이러한 사상이 행정재판권은 행정에 속하는 것이며, 일반재판소로부터 분리되어야 한다는 근거가 되었다.[204] 역사적으로 프랑스에서의 행정재판권은 이미 프랑스 혁명 이전부터 일반재판소로부터 분리되어 행정에 속한다는 개념이 존재하였고,[205] 행정재판권이 행정에 속한다는 관념은 1789년 대혁명 이후에도 지속되었다. 이제는 기득권 세력이 된 프랑스 혁명 주체의 입장에서 왕권의 행정 작용을 방해하였던 빠를르망과 같은 존재가 자신들의 개혁에 간섭하길 원하지 않았기 때문이다. 이에

---

202) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 73면 참조.

203) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 73면 참조.

204) John Bell, French Legal Culture, Butterworths, 2001, 155면 참조.

205) 윤성운(세드릭 르그랑), 프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구 – 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로 -, 석사학위 논문, 서울대학교, 2014, 1-2면 참조.

1790년 8월 16-24일 법률을 통하여 행정권과 사법권을 분리하고, 1790년 11월 27일 및 12월 1일 법률은 행정재판과 일반재판을 분리하게 된다. 공화력 3년 12월 16일 데크레는 "판사는 어떠한 종류의 행정행위에 대하여도 재판할 수 없으며, 그렇지 않으면 법적으로 처벌된다."라고 규정하기도 하였다.[206] 이로써 프랑스에서는 민 · 형사 사건을 담당하는 일반재판소와 행정사건을 담당하는 행정재판소가 분리된 '이원적 소송 체계'(le système dualiste)를 가지게 되었다.[207][208]

행정재판소는 조직상 행정부에 속해 있지만 행정재판소와 행정재판관의 독립은 헌법 차원에서 존중되어 왔다.[209] 선임순서에 따른 자동적 승진제도

---

206) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 14면 참조.

207) 박재현, 프랑스 사법제도의 시사점, 법과 정책 제19집 제1호, 2013. 2., 222면 참조.

208) 이원적 소송체계로 인하여 당해 사건이 일반재판소와 행정재판소 중 어느 쪽에 속하여야 하는지에 대하여 의문이 발생하기도 한다. 관할재판소(Tribunal des Conflits)는 1848년 헌법 제89조에 의하여 설립되어 일반법원에서 행정사건을 재판하는 것을 방지하여, 궁극적으로 행정법의 발전에 기여해 왔다. 관할재판소는 8명의 판사로 이루어져 있고, 꽁세유데따에서 4명, 파기원(Court of Cassation)에서 4명, 그리고 이들을 대행하는 2명의 판사를 파기원과 꽁세유데따에서 각각 선출한다. 재판장은 법무부 장관이 맡으며, 만일 동수일 경우 결정권도 행사할 수 있다. 박우경, 행정재판과 법의 일반원칙 - 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-, 사법정책연구원, 연구총서 2021-11, 17면 각주 33) 참조. 장관과 정부 구성원으로서 재판소를 주재한다는 사실은 특히 동수의 의견이 제시된 경우, 재판장이 해당 사건의 관할권을 행정재판소로 결정할 여지가 있다는 점에서 논란의 여지가 되기도 한다. 재판장의 행정재판소 편향적인 결정이 논란이 된 사건으로는 Préfet de Police v Ben Salem and Taznaret, TC, 12 May 1997, RFDA 1997, 514 사건이 관할재판소로 회부된 사건이 있다. 법무부 장관은 위 사건이 행정재판소의 관할에 속한다는 캐스팅보트를 행사하였다. 이에 파기원 출신의 판사는 유럽인권 협약 제6조 제1항에 따라 모든 사람이 독립적이고 공평한 법원에서 공정하게 재판을 받을 권리가 있음에도 불구하고 법무부 장관의 위 결정은 이러한 점을 위반한 것이라고 주장하면서 사임하기도 하였다. Eva Steiner, French Law : A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010, 261-262면 참조.

209) 박재현, 프랑스의 행정재판제도에 관한 연구, 법학연구 제19권 제1호, 2011. 4.,

는 정치적 영향력에 판단이 좌우되지 않도록 하였으며, 실질적으로 정치적인 이유로 해고되거나 징계 되는 일은 발생하지 않으므로 재판관 개인의 소신에 따른 판단이 가능하였기 때문이다.[210] 위와 같이 행정재판소의 재판관들은 막강한 지위를 향유할 수 있었던 이유는 이들이 대표적인 엘리트 집단으로 여겨지기 때문이다. 프랑스는 이원적 소송 체계(le système dualiste)에 근거하여,[211] 재판관 또한 행정재판소는 일반재판소와는 다른 별도의 절차를 거쳐서 선발한다.[212] 행정재판소의 재판관은 국립행정학교(École nationale d'administration)을 통하여, 일반재판소의 재판관은 국립사법관학교(École nationale de la magistrature)를 통하여 이루어진다.[213] 국립행정학교의 입학은 어려운 경쟁시험(le concours)에 의하여 이루어지기 때문에 행정재판소의 구성원들은 소수의 엘리트라고 여겨지며, 이들은 국립행정학교 입학 이후 특별한 훈련과정을 거쳐 전문성까지도 갖추게 된다.[214]

2) 완전심판소송

행정재판소가 다루는 대표적인 소송 유형으로 월권소송(le recours pour excès de pouvoir)과 완전심판소송(le recours de pleine jurisdiction)이 있다. 전자는 우리나라의 취소소송에 상응하는 것이고, 후자는 우리나라의 당사자소송에 상응한다.[215] 에두와르 · 라페리에르(Édouard Laferrière)에 의하면 양자는 재판관의 권한에 대한 성격과 범위에 의하여 구별된다.[216] 완전심판소

40면 참조.

210) 박재현, 프랑스의 행정재판제도에 관한 연구, 법학연구 제19권 제1호, 2011. 4., 39-40면 참조.

211) 박우경, 행정재판과 법의 일반원칙 - 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-, 사법정책연구원, 연구총서 2021-11, 17-18면.

212) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, Preface x, 참조.

213) 박우경, 행정재판과 법의 일반원칙 - 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-, 사법정책연구원, 연구총서 2021-11, 17-18면.

214) John Bell, French Legal Cultures, Butterworths, 2001, 41면 참조.

215) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사(2006), 120, 124면 참조.

216) 윤성운(세드릭 르그랑), 프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구

송은 재판관의 권한이 가장 광범위한 유형으로, 권리의 침해를 이유로 법원에 제소된 행정청의 결정에 대해서 수정 · 변경하거나 취소할 수 있는 권한이 인정되는 소송형태라는 점에서 월권소송보다 재판권의 범위가 넓다.[217]

만일 역무과실 외에 공무원 개인과실도 문제되는 경우라 할지라도, 원고는 손해의 전부에 대하여 완전심판소송을 청구할 수 있다.[218] 그리고 국가와 공무원 사이의 과실 비율에 따라 구상권 행사가 허용된다.[219] 2002년 파폰(Papon) 사건에서 파폰은 프랑스의 전직 고위 공무원이었다.[220] 원고는 파폰이 제2차 세계대전 기간 동안 유태인을 체포하고 추방하여 죽음에 이르게 한 개인과실이 존재한다고 주장하면서 손해배상 소송을 제기하였다. 꽁세유데따는 파폰의 과실 외에도 국가(프랑스)의 잘못도 있다는 점을 인정하면서, 전체 손해액을 파폰의 과실 비율과 국가의 과실 비율로 나누었다. 그러나 원고는 파폰에 대해서만 손해배상을 청구하였기 때문에 파폰은 원고에 대하여 전체 손해액 전부를 다 지급할 의무가 있었고, 이후 국가에 대하여 자신의 과실 비율이 아닌 부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있었다.

(2) 절차적 특징

1) 직권탐지주의

꽁세유데따의 행정소송에 대한 막강한 권한은 절차적인 측면에서도 찾아볼 수 있다. 프랑스 행정소송은 행정의 객관적 적법성 통제와 직권탐지주의

- 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로 -, 석사학위 논문, 서울대학교, 2014, 48면 참조.

217) 한견우, 프랑스 행정소송법상 완전심리소송, 법조, Vol.40(3), 1991, 347면 참조.

218) Eva Steiner, French Law : A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010, 272면 참조.

219) Eva Steiner, French Law : A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010, 272면 참조.

220) 아래 파폰 사건에 대해서 Eva Steiner, French Law : A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010, 272면 참조. CE 12 April 2002, Papon, Rec. 139.

(la procédure inquisitoire)를 취하고 있다.[221] 이러한 특성은 행정기관과의 관계에서 문제가 된 행정 작용의 법적, 사실적 근거에 대한 정보를 얻기 쉽지 않은 원고에게 도움이 된다. 프랑스 행정재판소의 판사들은 국가배상 소송에서 행정부에 대한 적극적인 절차적 권한 행사로 자료제출 명령을 청구할 수 있고, 이것이 국가의 기밀인 경우에도 가능하다.[222] 행정청은 국가 기밀이라는 이유로 문서 등의 제출을 거부할 수 없고, 국가 기밀에 해당하는지 여부는 재판소가 판단한다. 만일 재판소가 국가 기밀에 해당한다고 판단하는 경우에는 원고에게 공개하지 아니한다.[223] 또한 행정청에 대하여 문제가 된 행정 작용의 근거가 된 법적 · 사실적 관계에 대한 해명도 요구할 수 있다.[224] 만일 행정청이 이를 따르지 아니하면 원고에게 유리한 추정이 이루어진다.[225]

더욱이 행정재판소의 판사는 원고가 주장한 사실 이외에도 추가적인 사실관계를 조사하기 위한 절차를 시작할 수 있다. 원고가 문제가 된 사실관계를 충분히 설명하지 못하는 경우에 판사는 전문가의 보고서, 사건 현장 방문, 당사자 신문 등을 통하여 추가적인 정보를 얻을 수 있다. 특히 국가배상 소송 중 공공시설공사(les travaux publics) 책임과 관련하여 전문가의 보고서가 판사의 심증을 형성하는 데 중요한 역할을 한다.[226] 위와 같이 판사가 적극

---

221) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013. 12., 46면 참조.

222) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 123면 참조.

223) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013. 12., 47면 참조.

224) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013. 12., 46면 참조.

225) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 123면 참조.

226) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 123면 참조.

적으로 사건에 개입하여 절차를 주도한다는 특성으로 인하여, 다수의 쟁점이 해결되어야 하는 국가배상 제도가 더욱 발전할 수 있었다는 평가를 받는다.[227]

2) 공개보고관 제도

1831년에 설립된 정부위원(政府委員, le commissaire du gouvernement)은 정부를 대표하는 것이 아니라 사건에 관련된 법적 규정에 대해 자신의 견해를 공개적이고 독립적으로 표현하는 직책이다.[228] 정부위원은 2009년 '공개보고관'(公開報告官, le rapporteur public)으로 명칭을 변경하였다. 공개보고관 제도를 통해 행정재판소는 일방 당사자가 주장하는 자료뿐만 아니라 제3자의 지위에서 제출할 수 있는 자료까지도 포함하여 재판의 자료로 삼을 수 있다.

판사가 당사자의 이익을 반영하는 자료에 더하여 객관적인 제3자가 제출하는 자료도 판결의 기초 자료로 삼을 수 있다는 절차적 특성은 판결의 실체를 형성하는 데에 많은 영향을 끼쳤다.[229] 라쎄(Lasser) 교수는 당사자의 이해관계에 관한 주장 및 증명자료만을 참고할 수 있는 영·미의 대립당사자 소송절차와는 반대로, 프랑스의 판결 절차는 공개보고관, 학자 등과의 장기적인 대화 절차에 더욱 가깝다고 표현하면서 프랑스에서 역시 정책적 요소가 고려되지만, 일방 당사자에게 편중되어서 고려되지 않는 것은 이러한 대화적 절차를 거치기 때문이라고 주장하기도 하였다.[230] 즉, 프랑스에서는

---

227) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia (2016), 159면 각주 29)에서의 Allison의 견해에 의하면, 프랑스와 반대로 당사자주의를 택하고 있는 영국에서는 국가배상 제도의 발전이 저해되었다고 평가하고 있다.

228) 윤성운(세드릭 르그랑), 프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구 – 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로 -, 석사학위 논문, 서울대학교, 2014, 10면 참조.

229) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 74면 참조.

절차적 특성으로 인하여 판사는 당사자의 이익뿐만 아니라 '일반 이익'(l'intérêt général)을 고려한 결론에 가까워질 수 있다는 것이다.[231]

6. 정책적 요소의 고려 여부

전통적인 사법부와 행정부 사이의 권력 분립 관계를 생각하면, 국가배상 책임을 판단함에 있어 사법부는 사법 자제의 모습을 보이기도 한다. 이는 사법부가 이른바 행정부의 판단을 대체하는 것은 적절하지 않다는 논증, 이른바 사후적 의심론(second-guessing argument)과도 연결된다.[232] 그러나 프랑스 행정재판관들은 국가배상 사건을 판단함에 있어 행정의 책임을 인정하는 것이 '행정을 의심'하는 것이라고 생각하지 않는다.[233] 위법성-과실 동등론은 사실상 국가배상 책임에 대하여 행정재판소로 하여금 위법성을 심사하게 하고, 이것은 재판관들로 하여금 국가배상 책임을 위법성 판단의 연장선상에서 이해하도록 하였다. 즉, 재판관은 행정결정에 대한 위법성 심사와 같이 국가배상에 있어서도 위법성 심사를 하였고, 다만 국가배상 책임에서는 위법성 인정으로 인하여 과실이 인정되므로 재판관들에게 행정과 충돌한다는 부담을 주지 않았다는 해석이 가능하다. 이는 재량행위에 있어서도 마찬가지인데, 재량의 경우에도 행정재판의 대상이 되므로 어찌되었건 위법성의 심사의 대상이 되는 것은 마찬가지이기 때문이다.[234]

---

230) Lasser, M, Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford University Press, 2004, 47-61면 참조.

231) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 74면 참조.

232) 이와 같은 논증은 특히 영국에서 두드러졌다. X(Minors) 사건에서 Brown-Wilkinson 경은 "정책 결정과 관련한 커먼로상의 주의의무"는 존재하지 않는다고 판시하면서 그러한 점을 명확히 하였다. X(Minors) v. Bedfordshire County Council, M v. Newham London Borough Council[1995] 2AC.

233) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999, 53면 참조.

234) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999, 53면 참조.

나아가 꽁세유데따는 행정에 대한 책임 부과를 통해 또다시 불법행위가 발생하는 것을 방지할 수 있다고 본다. 이는 책임의 부과가 사법이 행정 개입의 결과에 이르는 것을 꺼리는 영국 등의 경우와 반대의 입장을 취하고 있다는 점에서 특징적인 점이다. 예를 들어, 1967년 Lafont 사건은[235] 꼬뮨이 눈사태에 대하여 경고를 하지 않아 스키선수가 부상을 입은 사건이었다. M. Galabert 정부위원은, 스키에 관한 행정활동이 기능적으로 문제가 있었다는 점에 기초하여 책임을 인정하는 것은 미래에 과거와 같이 개선되지 않은 역무를 제공하는 것을 막을 수 있을 것이라고 지적했다.

국가배상 책임의 인정에 있어 국가의 재정적 부담을 고려해야 하는지와 관련하여, 프랑스에서는 적어도 다른 나라에 비하여 매우 소극적인 입장을 취하고 있다.[236][237] 국가의 재정 지출이라는 현실적인 상황으로 인하여 국가배상 책임 확대에 따른 우려가 존재하기도 하지만,[238] 프랑스의 국가배상 제도는 공법적이며, 그 본질은 배상에 있고, 개인의 피해 회복을 우선적으로 고려해야 한다는 원칙을 가지고 있다. 따라서 국가의 재정적 부담을 국가배상 책임을 결정함에 있어 고려해서는 안 된다는 논의가 대부분이다.[239] 일찍이 브델(George Vedel)은 재판관이 법외적 요소인 재정적 부담을 고려하는 것은 적절하지 않다는 견해를 표명했고, 이어 엘렝(Jean-Claude Hélin)은 1969년 논문을 통해서 피해자를 보호해야 하는 행정재판소가 재정적 부담을

---

235) CE 28 April 1967, Rec. 182; D1967-434. Carol Harlow, Fault Liability in French and English 525면 참조.

236) 영국의 경우에는 'economic argument'가 중요한 정책적 고려 요소로 등장한다. Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 76-88면에서는 영국의 재정적 부담 고려의 구체적인 내용과 그에 대한 비판을 하고 있다.

237) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 162면 참조.

238) Didier Chauvaux는 비 금전적인 손해에 대한 국가배상 책임이 증가함에 따라서, 국가의 재정적 상황을 우려하였다. CE 29 Mar. 2000, Assistance Publique-Hopitaux de Paris, RFDA 2000. 850, 854.

239) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 51면 참조.

우려하여 이를 피해자에게 불리하게 작용하는 방향으로 고려해서는 안 된다고 주장한 바 있다.[240] 또한 행정항소재판소 재판관 뻬아노(Peano)는 지방자치단체의 보험가입을 통해 책임이 확장되는 것에 대한 대비가 가능한 것을 고려하면, 재정적 부담이 국가배상 책임의 영역에서 중대하게 고려되어서는 안 된다는 취지로 판시하고,[241] 지방행정재판소 재판관 Delevalle 역시 재정적 우려는 국가배상 책임과 관계가 없는 요소라고 판시했다.[242]

II. 역무과실

1. 역무과실의 의의

(1) 정의

'공역무'(le service public)는 프랑스 행정의 주요 개념으로서, 행정법의 적용 영역과 행정재판소 관할의 기준이 된다.[243] 국가는 공역무의 제공이라는 점에서 공권력 행사의 정당성을 찾을 수 있고, 공역무는 공익의 실현을 목표로 한다는 것이 구체제 이전부터 형성되어 왔다.[244][245] 행정이 합리적으로

---

240) 엘렝의 논문에 대한 구체적인 내용은 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 129면 이하를 참조하였다.

241) CAA Bordeaux, 2 Feb. 1998, Consorts Fraticiola, RDP 1998.579, 584. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 163면 각주 43 참조.

242) TA Lille 28 Feb. 1958, D 1958 Jurisprudence 216. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 163면 각주 44 참조.

243) 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교, 2007, 8면 참조.

244) 한국법제연구원, 유럽법의 발전과 유럽연합회원국의 법질서 변화, 국제학술세미나 자료집 비교법제 자료 07, 2007, 31-36면 참조.

245) 공역무 이론은 공적부문의 독과점을 인정하는 반면 유럽공동체조약은 국내법

기대되는 방식으로 작동하지 못한 경우에는 '역무과실'(la faute de service)을 구성하며 과실책임이 성립한다.[246] 프랑스는 판례법을 통하여 국가는 역무과실에 관한 책임을 지며 이는 행정재판소에서의 판단에 의하여야 한다는 원칙을 확립했다.[247] 그러나 꽁세유데따 등 행정재판소는 역무과실에 대하여 명확한 정의를 내리지 않고, 단지 개별적 사건에서 역무과실에 해당하는지 여부를 판단할 뿐이다.[248] 그 이유에 대해서는 국가책임의 성립 여부에 있어서 꽁세유데따의 정책적 판단이 개입될 여지가 있어야 한다는 점이 반영되었기 때문이라는 의견이 있다.[249] 역무과실에서의 '역무'(le service)를 넓은 의미로 파악하면, 권력행위와 관리행위를 포함하는 행정활동과 그러한 행정활동을 수행하는 조직을 모두 포함하는 개념이다.[250] 따라서 좁은 의미의 행

질서의 규제 장벽 제거와 투명성, 자유로운 경쟁을 추구하고자 하였다는 점에서 20세기 이후 양자는 긴장관계에 있었다. 그러나 유럽연합의 법적 개념은 프랑스의 조달 법제 시스템에도 변화를 가져오고, 한편으로 공역무 개념은 '경제적 공익서비스' 또는 '보편적 서비스'라는 개념을 통해 유럽법에도 영향을 주었다고 평가되기도 한다. 강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교, 2008, 67, 88면 참조.

246) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 234, 236면 참조. 반면, 프랑스에서는 역무과실이 존재하지 않더라도 손해를 입은 사람이 단독으로 행정 작용으로 인한 손해를 부담하는 것이 명백히 부당한 경우에도 행정의 배상책임을 인정하고 있다. 현대 국가배상 책임 제도에서 양자는 객관적 과실 개념, 역무과실의 인정(faute de service), 과실 추정 등을 통하여 접근하고 있다.

247) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 20면. 역무과실이라는 표현이 등장하기 전에는 역무행위(le fait de service) 또는 직무의 행위(le fait de la fonction)라는 표현이 사용되었으나, 20세기 초반 이후에는 역무과실이라는 표현이 사용되었다.

248) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 74면 참조.

249) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia (2016), 164면 참조.

250) 공역무를 좁게 이해하면 행정이 공익을 위해 수행하는 임무로서 경찰행정과 대비되는 것으로 이해된다. Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, Droit administratif, 2013, pp. 211-216(박현정, 프랑스 행정법상 과실책임 제도 - '역무과실'의 성격, 위법성과의 관계를 중심으로 - , 행정법연구 제41호, 2015. 2., 61면에서 재인용).

정행위 외의 영역에서도 역무과실이 인정되어 국가의 책임이 인정될 수 있다.

(2) 역무과실 개념의 특성

뒤에즈(Duez)는 판례와 이론을 종합하여 역무과실의 특성으로 과실이 행정에게 직접 귀속되고(직접성), 가해 공무원을 직접 특정할 필요 없이 행정활동 자체의 실패로서 인정되는 과실이라는 점(익명성), 그리고 과실이 인정될 정도의 하자는 구체적인 사정을 살펴 각 사건별로 결정된다는 점(개별구체성)을 주장하였다.[251)]

프랑스 행정법의 기본은 행정은 유능하게 작동되어야 한다는 것이다.[252)] 많은 학설들이 이러한 행정의 의무에 기초하여, 정상적으로 행정이 운영되지 않는 상태를 과실(la faute)이 존재하는 상태라고 판단한다.[253)] 즉, 프랑스 국가배상의 기초는 개별 공무원이 아니라 행정 자체에 대하여 의무를 인정한다는 것이다. 이는 개별 공무원이 부담하는 의무를 인정하는 영국과 구별되는 점이고,[254)] 행정 자체의 의무가 아니라 제3자에 대한 직무의무 위반을 기준으로 위법성을 평가하는 독일과도 구별되는 점이다.[255)]

그러나 꽁세유데따는 20세기에 들어 경찰, 공무원 징계, 군사훈련과 같은 권력행위에 대해서도 국가책임이 인정될 수 있음을 전제로 본안판단을 하였으며, 이로써 통치행위(l'acte de gouvernement)와 같은 예외적인 경우를 제외하고 행정의 책임인정 원칙이 받아들여지게 되었다는 점에 대하여, 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 22면 참조.

251) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 51-53면 참조.

252) Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law(1976) 39 MLR 516, 517.

253) G. Eorsi, 'Liability for the Torts of Employees and Organs', chap. 4 in A. Unc(ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Xi, Torts.

254) Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law(1976) 39 MLR 516, 517면 참조.

역무과실은 공무원 개인의 과실이 아니라 행정 활동 자체의 실패를 의미한다. 따라서 역무과실 개념에 의할 때 국가기관은 행정 작용의 실패에 대한 책임을 지면 충분한 것이고, 공무 수행상 하자가 발생하게 된 별도의 원인으로서의 개별 공무원의 과실을 밝혀야 하는 것은 아니다.[256] 예를 들어, 1908년 Feutry 사건에서, 보호시설 직원들이 행한 개개의 잘못을 주장·증명할 필요 없이, 보호시설에서의 정신질환자 감호는 공무에 해당하므로, 정신질환자 감호 실패에 대해서 책임이 성립한다고 판시했다.[257] 또한 꽁세유데따는 학교 직원이 괴롭힘을 당한 경우, 괴롭힘을 당한 사실만으로 국가의 책임이 인정된다고 판시하였다.[258] 공무원에 대한 계속적인 괴롭힘 자체가 법률에 의하여 금지되는 것이므로 국가는 책임을 져야 하는 것이고, 더 나아가 학교 내에서 괴롭힘이 일어나도록 다른 공무원이 방종하였다는 등의 공무원 개인의 과실은 증명할 필요가 없다고 밝혔다.

2. 사법상 과실 개념과의 비교

프랑스 공법상 과실의 개념은 두 가지 특징을 가지고 있다. 첫째는 공법상 과실은 본질적으로 행정 자체의 잘못이지, 공무원 개인의 잘못이 아니라는 점이다. 둘째는 과실의 판단기준은 행정의 동기나 의도보다는 공무를 잘 수행하였는지 여부에 따른다는 것이다.[259] 이러한 공법상 과실 개념은 특히 사법상 과실 개념과의 비교를 통하여 더 잘 파악할 수 있다.

---

255) 독일 민법(BGB) 제839조 참조.

256) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 242면 참조.

257) TC 29 Feb. 1908, Feutry, no. 00624, D.1908, 349 concl. Teissier. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 242면 참조.

258) CE 28 June 2019, no. 415863. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 242면 참조.

259) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 239면 참조.

(1) 공통점

사법상 과실 개념과 공법상 과실 개념 사이의 공통점에 대하여는 쁠라니욜(Planiol)의 설명으로부터 찾을 수 있다. 쁠라니욜은 1905년에 '과실'(la faute)은 법, 정직, 또는 전문적인 능력에 의하여 확립된 '선재하는 의무'를 다하지 못한 것이라고 하였는데, 당시 프랑스 행정법을 이끄는 학자들은 위 쁠라니욜의 과실 개념이 사법과 공법에 공통적으로 적용될 수 있다고 받아들였다.[260] 또한 사법과 공법 모두 헌법재판소가 판시한 바와 같이 과실책임이라는 헌법적 원리 하에 있으므로 사법과 공법 영역에서의 과실에 대한 공통적인 설명이 가능하다고 설명했다.[261]

한편, 민사상 과실과 공법상 과실 모두 사안과 관련된 모든 사실을 토대로 재판소의 '종합적 평가'에 의하여 결정된다.[262] 사법에서의 과실 역시 객관적 과실을 의미하기는 하지만 사안별로 요구되는 객관적 기준이 상이하며, 따라서 구체적 사안에 대한 분석을 통해서만 과실의 인정 여부가 결정되기 때문이다. 또한 프랑스 공법상 과실 역시 영국과 달리 유형화되어 있지 않고, 각 사안별로 법원에 의해서 판단된다는 점이 사법상 과실과 공통된 특징이다.

---

260) 쁠라니욜의 과실 개념에 대한 설명으로, John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 239면 참조.

261) 프랑스 헌법 재판소는, "아무도 다른 사람을 해할 권리가 없으므로, 원칙적으로, 타인에게 손해를 끼친 모든 인간의 행위는 그 잘못을 행한 사람으로 하여금 배상의무를 부담하도록 한다"고 하였으며, 이를 통해 과실책임이 헌법상의 기본 원칙임을 파악할 수 있다. John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 239면 각주 24), CC decision no. 82-144 DC of 22 Oct. 1982 참조.

262) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 239-240면 참조.

(2) 차이점

공법상 과실은 사법상 과실 개념과 중요한 차이가 있다. 사법은 개인의 권리 보호에 관한 법이다. 따라서 쁠라니욜의 설명에 따라 과실이 의무 불이행에서 오는 것이라면 그로 인해 침해된 개인의 권리가 존재할 것이다. 반면, 공법상 과실은 개인의 권리를 전제로 하지 않는다.[263] 이는 독일 행정법상의 과실 개념과는 구별되는 것이다.[264] 즉, 공법상 과실은 원고가 겪고 있는 손해가 행정 활동으로 인한 것인지가 문제될 뿐, 행정 활동에 대응되는 원고의 개인적인 권리가 존재할 것을 전제하지는 않는다는 점에 차이점이 있다.[265]

3. 과실의 추정

프랑스에서도 귀책사유에 대한 증명책임은 원고에게 있다.[266] 그러나 프랑스 행정재판소는 원고의 증명책임을 용이하게 하기 위한 과실의 추정 제도를 발전시켜 왔다. 주요한 예로는 공공시설의 이용으로 인한 손해 사안이 있다. 프랑스에서는 공공시설 이용으로 인하여 손해를 입은 이용자로서는 그러한 공공시설의 이용으로 인하여 손해가 발생하였음을 증명하기만 하면 되고, 행정의 과실은 추정된다.[267] 물론 행정이 다시 과실이 없음을 증명하여 추정

---

263) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 240면 참조.

264) 독일 민법 제839조와 기본법 제34조에 의하여 국가배상 책임의 전제가 되는 행정의 의무는 개인의 이익을 보호하기 위한 것이어야 한다. Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2007, 189면 참조.

265) John Bell and François Lichère, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, 2022, 240면 참조.

266) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 160면 참조.

267) CE 29 Dec. 1993, Soldaini, Juris Classeur Pé, Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 160면 참조.

을 번복하는 것도 가능하므로, 이러한 경우의 과실의 추정은 증명책임의 전환에 해당한다. 종전에는 의료 분야에서 의료과실을 추정하기도 하였다. 즉, 일상적인 치료를 받은 후에 심각하고 장기적인 후유장애가 발생하였다면 의료과실이 추정된다는 것이었다. 이러한 추정이 점진적으로 확장되어, 의료 분야에는 무과실책임이 등장하기도 하였다. 그러나 현재 의료 분야의 법적 책임은 2002년 Kouchner법에 의하여 규율되는데, 입법을 통해 과실책임 원칙으로 회귀하는 태도를 보인다.[268]

4. 개인과실

(1) 역무과실과 개인과실의 구별

1873년 뻴르띠에(Pelletier) 판결은 역무과실(la faute de service)과 개인과실(la faute personnelle)을 나누는 이분법적 사고의 시초가 되었다는 평가를 받는다.[269] 위 사안에서 관할재판소는 행정행위(l'acte administratif)와 개인행위(le fait personnel)을 구분하면서, 행정을 재판하는 것이 아닌 경우에만 개인행위로서 일반재판소의 관할이 인정된다고 판시하였고, 행정행위와 개인행위, 역무과실과 개인과실은 서로 배타적인 것으로 이해되었다.[270] 이후 라페리에르(Laferrière)는 1877년 르모니에-까리올(Laumonnier-Carriol) 판결에서,[271] 개인과실은 공무와 무관한 과실이며, 공무원 개인의 우둔함, 화, 경솔함 등을 드러내는 것이라는 기준을 제시하였다.[272]

---

268) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 160면 참조.

269) TC 30 July 1873, Pelletier, D.1874.3.5. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 20면 참조.

270) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 23-24면 참조.

271) TC 5 May 1877, Laumonnier-Carriol [1877] Rec 437.

272) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.),

법원이 개인과실에 해당한다고 본 사례로는 첫째, 공무원의 주관적 인식에 주목하여 부패나 개인적인 이익을 목적으로 행동한 경우,[273] 행위가 개인적인 복수라는 동기에 기반한 경우가 있다.[274][275] 둘째, 비례원칙에 반하는 물리력을 사용한 경우에는 개인과실에 해당한다고 보았다.[276] 셋째, 공무원의 전문성을 이용한 불법행위 또는 전문성 불행사의 정도가 심각할 경우에는 개인과실로 평가될 수 있다. 예를 들어, 의사가 계속적으로 호출을 받았음에도 병원으로 돌아오지 않은 경우에 개인과실로 인정했다.[277] 또한 술에 취하여 불법행위를 저지른 경우도 개인과실로 인정했다.[278]

공무원의 개인과실을 유형화하면 역무와의 밀접성의 정도에 따라 역무수행 중 발생한 개인과실과 직무수행과 무관한 개인과실로 나눌 수 있다.[279] 전자는 역무수행 중 공무원의 악의적 행위가 있었던 경우, 정상적인 행정관행에 비추어 음주 · 욕설 · 폭행 등과 같은 정당하지 않은 행위가 있었던 경우를 의미한다.[280] 위와 같은 경우에는 행정 활동과 공무원의 과실이 단절되었다고 보아 개인과실을 인정한다.[281] 후자는 역무수행과 전혀 관련이 없는

Oxford University Press, 2003, 20-21면 참조.

273) CE 18 Jan. 1957, Lacroix[1957] Rec 45; CE 25 Jan. 1980, Laurent[1980] Rec 51.

274) 개인과실의 사례에 대해서는 Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 21면을 참조.

275) CE 12 Mar. 1975, Pothier [1975] Rec 190; CE 23 June 1954, Litzer[1954] Rec 376.

276) TC 21 Dec. 1987, Kessler[1987] Rec 456. 우체국 공무원이 우편 배달 중 사람을 친 경우이다.

277) CE 4 July 1990, Le Sou Medical, D.1991 Sommaires-Commentés 291.

278) TC 9 Oct. 1974. Lusignan[1974] Rec 477.

279) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 87-88면 참조.

280) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 87-88면 참조. 악의적인 행위에 대해서는 TC, 14 Dec. 1925, Navarro, 정상적인 행정관행에 비추어 정당하지 않은 행위에 대해서는 TC, 21 Dec. 1987, Kessler.

281) René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, pp. 1387-1391; Jean-François Lachaume et Hélène Pauliat, Droit administratif: les grandes décisions de la

경우와 역무수행의 범위를 벗어난 것이지만 외견상 관련이 있어 보이는 경우가 있다.[282] 예를 들어, 소방관이 소방업무의 범위를 벗어나 담배를 핀 경우 외견상 역무와 관련이 있어 보이지만 개인과실로 취급되었다.[283]

(2) 개인과실과의 접근

1) 과실의 중첩

역무과실과 개인과실을 이분법적으로 이해하는 경향은 점진적으로 감소되었다.[284] 1911년 앙게(Anguet) 판결은 하나의 사건에 관한 과실의 중첩을 인정함으로써 이전과 다른 태도를 취했다고 여겨지기도 한다.[285][286] 사실관계를 살펴보면, 앙게는 우체국에서 업무를 처리한 이후 직원의 안내에 따라 후문으로 나가게 되었는데, 후문에서 직원에 의하여 심각하게 폭행을 당한 사건이다. 꽁세유데따는 이 사건에는 개인과실과 역무과실이 모두 존재하다고 판단했다. 우체국 직원의 폭행행위는 명백하게 개인과실을 구성한다. 그러나 당시 우체국은 정해진 시간보다 일찍 정문을 닫았으므로 이는 역무과실을 구성한다고 보았다. 즉, 꽁세유데따는 하나의 사건에서 두 개의 별개 행위를 찾아낸 다음, 각 행위가 개인과실과 역무과실을 구성한다고 판단한 것이

---

jurisprudence, 2007, pp. 768-769(박현정, 프랑스 행정법상 과실책임 제도 - '역무과실'의 성격, 위법성과의 관계를 중심으로, 행정법연구 제41호, 2015년 2월, 61면에서 재인용).

282) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 88면 참조.

283) CE, 27 Feb. 1981, Commune de Chonville-Malaumont. 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 88면 참조.

284) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

285) CE 3 Feb. 1911, Anguet [1911] Rec 146.

286) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

다.[287]

2) 책임의 중첩

꽁세유데따는 앙게 판결에서 더 나아가 1918년 르모니에(Lemonnier) 판결에서는 하나의 행위로부터 중복된 책임이 발생할 수도 있다고 판단하였다.[288][289] 이는 두 개의 별개 행위로부터 각각의 과실을 구성한 앙게 판결보다 피해자 보호의 측면에서 한 차원 더 발전한 것이며, 그동안 유지해 오던 역무과실과 개인과실의 이분법에서 벗어난 것이었다.[290] 위 판결은 공공도로와 가까운 곳에 사격장을 설치하도록 시장의 허가가 이루어진 이후, 원고가 그 도로를 산책하던 중 사격장에서 날아온 탄환에 의해 상해를 입은 사안에 관한 것이다.[291] 꽁세유데따는 공공도로에서 가까운 거리에 사격장을 설치하도록 한 시장의 하나의 행위가 개인과실과 역무과실 모두를 구성한다고 판단했다. 이는 원고가 시장 개인뿐만 아니라 행정당국인 꼬뮨을 상대로도 소송을 제기할 수 있다는 점을 의미하였으며, 결론적으로 피해자들에게 변제력이 풍부한 행정당국으로부터 보상을 받을 수 있는 길을 열어 주었다.[292] 이후 판결들에서도 꽁세유데따는 개인과실이 존재하는 사건에 대하여 역무과실도 존재한다고 보면서 책임의 중첩을 인정하였다.[293]

---

287) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

288) CE 26 July 1918, Lemonnier [1918] Rec 762.

289) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

290) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

291) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 26-27면 참조.

292) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

293) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

꽁세유데따는 공무원 개인의 과실이 행정 활동과 완전히 분리되지 않은 경우에 역무과실을 인정하면서 피해자 구제를 넓히고자 하였다.[294] 이러한 예로, 공무원이 정해진 경로가 아니라 승인되지 않은 우회 경로를 통해 운전하던 중 건물 벽에 충돌하는 사고를 일으킨 경우,[295] 출퇴근길에 자전거를 타던 중 사고가 발생한 경우가[296] 있다. 또한 경찰 책임과 관련하여, 휴일에 경찰관이 그가 직무상 보관해야 하는 권총을 친구를 향해 사용한 경우 그 사고가 직무로부터 완전히 분리되지 않았다고 판시했다.[297][298] 왜냐하면 경찰관은 그의 무기를 휴일에 집에 보관할 의무가 있었고, 따라서 그러한 의무에 따른 행동은 제3자에게 위험을 야기할 수 있는 것이었기 때문이다.

1988년 라쥬스키(Raszewski) 사건에서는 살인을 저지를 당시 직무집행 중이 아니었던 헌병의 범죄 행위에 대해서도 국가는 피해자의 가족들에게 책임이 있다고 판시하였다.[299][300] 살인을 저지를 당시 헌병은 다른 범죄를 저지르고 8개월간 도망 중이어서 행정 활동 중이라고 볼 수 없었으나, 그가 경찰관으로서 직접 수사에 참여했었기 때문에 수사정보를 알 수 있었고, 따라서 수사망을 피할 수 있었을 뿐만 아니라 범죄자로 지목되는 것으로부터 자신을 보호할 수 있었기 때문이다.[301] 라쥬스키 판결을 통해 꽁세유데따의 입장을 분석하면, 결국 직무와 완전히 단절된 경우에만 국가배상 청구 소송을 제기할 수 없는 것이고, 거의 모든 경우에 국가배상 청구가 허용된다고 할

---

294) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

295) CE 18 Nov. 1949, Mimeur[1949] Rec 492. 한편, 1957년 12월 31일 법률에 따라 프랑스에서 이제 교통사고는 보통 법원이 관할권을 갖는다.

296) CE 28 July 1951, SA Papeteries de Malaucène [1951] Rec 470.

297) CE 26 Oct. 1973, Sadoudi[1973] Rec 603.

298) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22면 참조.

299) CE 18 Nov. 1988, Raszewski[1988] Rec 416.

300) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 22-23면 참조.

301) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 23면 참조.

수 있다.[302]

III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계

1. 위법성-과실 동등론

프랑스에서는 일반적으로 행정처분이 위법하면 과실이 인정된다는 이른바 '위법성-과실 동등론'을 채택하고 있다.[303] 즉, 월권소송의 대상이 되는 개별 결정과 행정입법 제정행위가 위법하면 역무과실도 자동적으로 인정된다.[304] 그러나 행정처분의 위법성이 인정된다고 하여 중과실로서의 역무과실까지 인정되는 것은 아니므로, 중과실을 요하는 영역에서는 별도로 중과실에 대한 증명이 필요하다.[305] 여기서 위법성이란 행정의 법적 행위가 월권소송에서 취소되었거나, 제소기간의 도과 등으로 소제기가 불가능하였더라도 정상적으로 제소가 되었다면 취소될 수 있었던 위법성을 의미한다.[306]

위법성-과실 동등론이 인정되기 전까지 상당한 학술적 논쟁이 있었고, 1970년대에 이르러서야 위법성 자체가 과실을 구성하기에 충분하다는 것이 명백하게 받아들여졌다. 현재 프랑스에서 위법성과 과실의 관계는 꽁세유데따의 판례와 학설의 정립을 통해 매우 잘 정립되어 있다.[307] 국가의 위법한

---

302) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 31면 참조.

303) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 163-164면 참조. 다만, 국가배상 책임 성립에 중과실까지 요구되는 영역에서는, 위법성만으로 중과실까지 인정된다고는 볼 수 없으므로, 별도로 중과실의 증명이 필요하다.

304) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 143-144면 참조.

305) 박현정, 프랑스 행정법상 과실책임 제도 - '역무과실'의 성격, 위법성과의 관계를 중심으로 - , 행정법연구 제41호, 2015. 2., 57면 참조.

306) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 150-152면 참조.

법적 행위에 대한 국가배상 소송에서 행정행위의 위법성과 과실의 관계는 프랑스 행정법에서 매우 중요한 부분이고 프랑스 행정법만의 독자성을 드러내는 부분이다.

2. 전통적 이론과 극복

(1) 전통적 이론

전통적인 학파는 위법한 법적 결정만으로는 과실을 인정할 수 없다고 주장하였다.[308] 과실은 사실상의 관념이기 때문에, 구체적 사실관계의 평가를 통해서만 인정될 수 있는 것이지 법적 개념인 위법성과는 구별된다고 보았기 때문이다. 또한 만일 위법성만으로 과실이 인정된다고 보면 남소의 위험, 소극적 행정, 국가의 재정적 부담 등이 야기될 수 있다고 보아 정책적 요인에 근거하여 위법성-과실 동등론에 반대하기도 하였다. 전통적 학파는 꽁세유데따 역시 자신들과 입장을 같이 한다고 주장하면서 사실인정의 잘못으로 행정결정의 위법성이 인정되었으나 배상책임이 부정된 1940년 Vuldy 사건,[309] 절차적 하자로 행정 결정의 위법성이 인정되었음에도 배상책임이 부인된 1921년 Monpillié 사건,[310] 법률상 하자로 월권소송에서 행정행위가 취소되었음에도 불구하고 배상책임이 부인된 1922년 Grellet 사건을 들기도 하

---

307) 프랑스에서는 불법행위의 구성요소로 과실(fault)과 손해(harm)만을 언급하고, 위법성은 명시적으로 들고 있지 않은데, 이는 위법성을 요소로 하지 않기 때문이 아니라 제유법의 법률 언어적 표현이라는 주장에 대해서는, Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), The American Journal of Comparative Law, Winter, 1991, Vol. 39, No. 1(Winter, 1991), 15면 참조.

308) 아래 전통적 학파의 주장 내용에 대해서는 Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 30면 참조.

309) CE 7 June 1940, Vuldy[1940] Rec 197.

310) CE 4 Nov. 1921, Monpillié[1921] Rec 903.

였다.[311]

(2) 엘렝의 전통적 이론에 대한 비판

1930년에 이미 뒤기(Duguit)에 의해서도 전통적인 이론은 비판되었으나,[312] 정도를 불문하고 위법성만으로 과실이 인정된다는 주장이 정립된 것은 엘렝(Hélin)의 1969년 논문을 통해서였다.[313] 우선 엘렝은 전통적인 이론이 기반한 근거를 비판하였다. 첫째, 전통적 이론에서는 판사가 월권소송에서보다 책임소송에서 더 많은 사실관계를 고려하기 때문에 월권소송에서 판단되는 위법성으로 과실이 인정될 수 없다고 주장하였으나, 엘렝은 판례의 구체적인 실례를 바탕으로 하여 역무과실 인정 자체에 대해서는 판사는 동일한 범위에 대하여 판단하며, 다만 역무과실 판단 이후의 책임 인정 단계에 있어서만 책임의 범위 및 피해자의 과실과 같이 더 넓은 사실관계를 고려하게 되는 경우도 있다고 주장하였다.[314] 즉, 월권소송과 책임소송에서 적어도 역무과실에 관한 판사의 판단 범위가 같으므로, 위법성의 정도에 따라 과실 인정을 다르게 볼 이유가 없다는 것이다. 둘째, 재정적 부담에 대한 전통적 우려는 위법성-과실 동등론의 부인 근거가 될 수 없다는 것이었다. 손해를 입은 피해자보다 공공 재정의 이익을 우선시하는 것은 부당하며, 브델(Vedel)이 주장한 바와 같이 책임소송에서 판사가 법외적 요소인 국가재정을 판단이유로 삼는 것은 부적절하다고 주장했다. 재정적 부담을 우려한 결과 민사사건으로 다루어졌다면 책임이 인정되었을 사건이 책임소송이라는 이유만으로 손해배상을 받을 수 없는 결과로 이어져서는 안 된다는 것이었다.

---

311) CE 1 Dec. 1922, Grellet[1922] Rec 900.

312) L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel(3rd end, Paris, 1990) iii, p.498 참조.

313) 엘렝의 논문에 대한 구체적인 내용은 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 129면 이하를 참조하였다.

314) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 129-133면 참조.

또한 그는 전통적인 이론을 지지하기 위해 인용된 많은 사례들이 사실은 책임의 부정이라는 결론만을 같이할 뿐 그 이유는 달리하였다는 점을 밝혀냈다. 예를 들어, 1921년 Monpillié 사건에서는 인과관계가 부정되었기 때문에 원고의 청구가 기각된 것에 불과하였던 것이지, 과실이 인정되지 않았던 것이 아니었다.[315] 또한 1925년 Anduran 사건에서는 행정 결정이 적법하게 행해질 수는 있었으나, 그렇다고 하더라도 원고가 여전히 손해를 입었을 것이라는 이유로 책임이 부정되었던 것이었고, 과실이 인정되지 않은 것은 아니었다.[316] 1922년 Grellet 사건에서는 원고가 위법성과 과실 사이의 관계에 대한 쟁점을 제기하지 않았기 때문에 꽁세유데따가 별다른 판단을 하지 않았던 것이었다.[317]

(3) 드리앙꾸르(Driancourt) 판결 이후 판례의 확립

꽁세유데따는 1973년 드리앙꾸르(Driancourt) 판결을 통하여 불확정 개념의 해석에 관한 오류인 경우에도 역무과실을 구성한다고 판단했다.[318] 이 사건은 빅토르위고 거리의 친목회 회장이 원고의 놀이기구 사업장이 매우 시끄럽고 거리의 품격을 떨어뜨린다는 이유로 시에 민원을 제기하면서 시작되었다. 경찰서장이 민원에 따라 놀이기구 사용금지 명령을 내렸고, 월권소송에서는 위 명령이 취소되었다. 원고가 제기한 책임소송에서, 파리시는 이 사건 결정의 위법성은 사실에 대한 단순한 법적 평가의 오류에 관한 것이고, 사실관계에 대한 피상적인 검토나 성급한 판단에 의한 것이 아니기 때문에 과실이 인정될 수 없다고 하였다. 꽁세유데따는 이 사건 명령의 위법성의 내용을 구체적으로 설시하지 않은 채, “단순한 판단상의 오류도 책임을 야기할 수 있는 과실을 구성한다.”고 선언했다.[319]

---

315) CE 4 Nov. 1921, Monpillié[1921] Rec 903.
316) CE 23 Jan. 1925, Anduran[1925] Rec 82.
317) CE 1 Dec. 1922, Grellet[1922] Rec 900.
318) CE 26 Jan. 1973, Driancourt[1973] Rec 78.
319) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위

이후 판례법에서 위법성-과실 동등론은 지속적으로 재확인되었다.[320] 흥미로운 점은 유럽법을 위반한 경우에도 위법성을 이유로 과실을 인정하고 있다는 점이다.[321] 최근 꽁세유데따는 프랑스 정부가 파리 기후 협약에 따라 온실가스를 2030년까지 1990년 대비 40%를 감축하기로 하고 이를 에너지법에 규정하였음에도 불구하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 것은 위법한 부작위를 구성한다고 하여, 온실가스 감축과 관련해서도 국가배상 책임을 인정하고, 소송을 제기한 NGO 단체가 입은 비물질적 피해뿐만 아니라 환경적 피해에 대해서도 국가의 책임을 인정하기도 하였다.[322]

3. 위법성 판단기준

역무과실을 선재하는 의무의 위반이라고 이해한다면, 과실을 구성하는 불법성(l'illicéité)은 곧 행정의 의무 위반을 의미한다고 볼 수 있다.[323] 따라서 위법성을 판단하기 위해서는 그 의무 위반의 구체적인 내용이 무엇인지 문제된다. 행정의 의무란 구체적인 상황을 고려하지 않고서는 미리 상정될 수

논문, 서울대학교, 2014., 140면 참조.

320) 그럼에도 불구하고, 모든 학자들이 위법성 과실 동등론을 지지하는 것은 아니다. 반대설의 대표적인 예로, J. Rivero and J. Waline, Droit Administratif(17th edn, Paris, 1998) para. 287. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 35면 참조.

321) CE 28 Feb. 1992, Arizona Tobacco Products[1992] Rec 78; CAA Paris 1 July 1992, Dangeville[1992] Rec 558 은 CE 30 Oct. 1996, Dangeville[1996] Rec 399 에 의해서 파기 되었다. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 168면 참조.

322) CE 19 Nov. 2020, Commune de Grande-Synthe et autres, Rec. 427301. https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/emissions-de-gaz-a-effet-de-serre-le-gouvernement-doit-justifier-sous-3-mois-que-la-trajectoire-de-reduction-a-horizon-2030-pourra-etre-respectee[2022. 11. 11. 방문]

323) Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité, 2013, pp. 442-446(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 76면에서 재인용).

는 없는 것이므로, 행정 작용 당시 행정기관이 처해 있었던 구체적인 상황을 파악하는 것이 필요하다.[324] 이때 의무 위반이란 민법상 과실 개념과는 달리 정신적 요소를 제외한 위법성을 의미하므로, 결국 역무과실이란 행정이 따라야 하는 넓은 의미에서의 법규범을 위반한 것을 의미한다.[325] 그렇다면 일반적으로 행정이 준수해야 할 법규범을 위반한 것은 역무과실에 해당한다는 결론에 이른다.

예를 들어, 1966년 Ville du Touquet Paris Plage 사건은[326] 해수욕장에서 인명 구조원이 제대로 된 감독을 하지 않음으로 인하여 학생들이 익사한 사안이었다. 법원은 지방자치법전 제97조가 시에 대하여 사고예방 의무를 부과하고 있음을 이유로 책임을 인정하였다.[327] 인명 구조원이 학생들에게 해당 장소가 위험하다는 경고를 하지 않은 것은 법률에 의하여 부과된 시의 사고예방 의무를 다하지 않은 것이었기 때문이다.

4. 유럽법과의 관계

국가배상 제도와 관련하여 문제가 되는 부분은 특히 유럽인권조약과의 관계이다. 꽁세유데따는 자국법을 유럽법과 일치시키는 해석 방법을 통해 충돌

---

324) René Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, 1954, pp. 355-136(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 77면에서 재인용).

325) 과실을 “법질서에 속하는 규칙이나 규범의 위반”으로 본 엥장망의 견해에 대해서는, Charles Eisenmann, Cours de droit administraitf, Tome 2, 1983, p. 830(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 76면에서 재인용); 과실을 “명령규범에 대한 위반”으로 본 암셀만의 견해에 대해서는 Paul Amselek, La détermination des personnes publiques responsables, Etude de droit public, 1964, pp. 120-121(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 77면에서 재인용).

326) CE 9 Feb. 1966, Rec 91.

327) Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law(1976) 39 MLR, 524-525

을 해소하려는 태도를 보이고 있다.[328] 마지에라(Magiera) 사건에서 꽁세유데따는 재판작용에 관한 책임 인정에 있어 전통적인 요건이었던 중과실(la faute lourde)을 배제하고, 합리적인 시간 내에 재판을 받을 권리를 침해하기만 하면 그 자체로 책임이 인정된다고 판시하면서 유럽인권조약 제6조 제1항과의 충돌을 피하고자 하였다.[329]

위 판결은 "유럽인권조약 제6조 제1항에 의하면 모든 사람은 합리적인 기간 내에 공정한 재판을 받을 권리가 있고, 같은 조약 제13조에 의하면, 이 조약에 명시된 자유와 권리가 침해된 모든 사람은 설사 공무집행에 의하여 그 침해가 이루어졌다고 하더라도 자국의 기관에 대하여 효과적인 구제책을 가져야 한다. (중략) 이 의무의 위반이 사법적 결정의 유효성에 영향을 미치지 않더라도 소송 당사자에 대하여 이러한 의무가 존중된다는 점이 보장되어야 한다. 따라서 합리적인 기간 내에 판결을 받을 권리가 침해되어 손해가 발생한 경우에, 사법 시스템의 기능적 결함으로 인해 야기된 손해에 대하여 배상을 받을 수 있어야 한다."고 판시하였다.[330] 결론적으로, 위 사건에서 꽁세유데따는 베르사이유 지방행정재판소에서 해당 사건을 심리하는 데 7년 6개월이라는 시간이 걸린 것은 합리적인 기간 내에 재판받을 권리를 위반한 것으로 볼 수 있으므로 국가배상 책임이 인정된다는 판시를 하였다.[331]

IV. 위법성 이외의 과실 판단기준

사실적 행위와 같이 위법성 판단을 통해서 역무과실을 인정할 수 없는 경

---

328) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 264면 참조.

329) CE 28 June 2002, Magiera, Req 239575. 마지에라 판결에 대해서는, Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 310면 이하 영문 번역문을 참조하였다.

330) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 314면 참조.

331) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 314-315면 참조.

우에는 과실 인정에 다른 요소가 사용된다.[332] 사실적 행위 역시 법규범을 위반하여 이루어졌다면, 위법성을 근거로 하여 역무과실이 인정될 수 있으나, 행위 성질의 특성상 법규범의 위반이 명백하지 않은 경우가 많으므로 과실 판단에 있어서는 위법성 외에 다른 요소가 필요하다.[333] 또한 법원은 중과실(la faute lourde) 요건을 통해서 정책적 요소를 판단하기도 하였다.[334]

1. 단순과실과 중과실의 구분

(1) 중과실의 의의

중과실을 명확하게 정의하는 것은 어렵지만, 단순과실보다는 중대한 과실을 의미한다.[335] 과거 행정재판소는 중과실을 나타내기 위하여 다양한 용어를 사용하였으나,[336] 1962년 Husson-Chiffre 사건 이후에는 중과실(faute lourde)과 단순과실(faute simple)로 과실이 이원화되었다.[337] 과거 중과실 요건은 책임면제 원칙의 예외로서 중대한 과실이 존재하는 경우에는 행정의

---

332) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 102면 참조.

333) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 102-103면 참조.

334) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 102면 참조.

335) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 113면 각주 427 참조.

336) 중과실을 의미하는 표현으로 la faute grave(CE 26 July 1918, Lemonnier [1918] Rec 762), la faute manifeste et d'une particulière gravité(CE 4 Jan. 1918, Zulémaro [1918] Rec 317), la faute d'une gravité exceptionnelle(CE 24 June 1953, BrianVon [1953] Rec 317.) 등의 용어가 사용되었다. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 106면 참조.

337) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 164-165면 참조.

책임을 인정하기 위하여 도입되었다.[338] 그러나 책임면제 제도가 폐지된 현대의 국가배상 제도에서 중과실은 오히려 단순과실에 대비되는 제도로서 행정의 책임에 한계를 설정하고 행정 권한의 재량 존중을 위한 사법적 수단으로 이해된다.[339] 즉, 현대 행정책임 제도에서 중과실은 행정 활동의 특수성이나 어려움을 고려하여 책임을 제한하고자 하는 수단,[340] 그리고 공공재원을 보호하려는 의도에 의해서 인정된다.[341]

(2) 중과실 책임의 축소

1990년대 이후 중과실이 적용되는 영역이 축소되기 시작했다.[342] 많은 학자들은 이제 중과실 개념은 더 이상 사용되지 않고, 실정법이나 계약에서 명문으로 규정된 경우에만 적용될 것이라 보기도 한다.[343] 행정재판소는 중과실을 통해 행정의 책임을 면제하기보다는 피해자를 보호할 필요성을 더욱 강조하게 되었으며, 단순과실로 행정의 책임을 인정할 경우 방어적 행정만을

---

338) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 114면 참조.

339) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 165면 참조.

340) 행정활동의 특수성이나 어려움을 고려하는 견해로는 Jacques Moreau, La responsabilité administratif, in Traité de droit administratif, Tome 2, 2011, p. 648; Christophe Guettier, La responsabilité administrative, 1996, p. 109; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 2001, p. 1304(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 101면에서 재인용).

341) 행정재판소가 공공재원을 보호하려는 의도를 중과실 책임에서 고려한다는 점에 대하여 Christophe Guettier, La responsabilité administrative, 1996, pp. 109-111(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 102면에서 재인용).

342) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 110면 참조.

343) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 118면 참조.

행할 것이라는 우려는 이제 극복되었기 때문이다. 더욱이 판사가 피해자 보호보다도 국가재정을 우선하여 판단하거나, 행정재판소는 행정을 존중하고 개입해서는 안 된다는 전통적인 원칙이 현대 행정 소송에서는 더 이상 적용될 수 없다는 점 역시 중과실 영역이 축소되는 원인이 되었다.[344]

그러나 중과실 영역의 축소로 인하여 과실 인정에 대한 법원의 개입의 여지가 줄어든다는 우려가 존재하였다.[345] 위법성-과실 동등론 원칙을 유지하는 이상 위법성이 인정되기만 하면 법원이 기계적으로 과실을 인정해야 한다는 결론에 이를 수 있기 때문이다. 꽁세유데따는 2001년 케치치안(Kechichian) 판결을 통하여 은행위원회의 사인에 대한 감독권에 대해서 중과실 요건이 적용된다고 판시하였다.[346] 위 판결은 은행관계자들의 사기적 행위로 은행이 파산되었고 그로 인하여 예금자들이 피해를 입었고, 예금자인 원고들이 은행위원회(la Commission Bancaire)의 감독행위에 관하여 배상을 청구한 사안이었다.[347] 이 사안에서 꽁세유데따는 "은행위원회가 금융기관에 대한 감시 · 감독 임무를 수행함에 있어서 저지른 과실에 기한 국가의 책임은 금융기관의 책임, 특히 금융기관의 예금자에 대한 책임을 대체하지 않는다"고 하면서 감독작용에 대한 책임에 대해서는 중과실 요건이 여전히 요구된다고 하였다.[348]

위 사건에 대하여 정부위원인 Alain Seban은 중과실의 적용 범위가 축소되는 경향에도 불구하고 중과실 요건이 아예 폐지된 것은 아니고, 다만 구체적인 사안에 적용될 과실의 정도를 결정하기 위해서는 피해자의 '이해관계'에 대한 정확한 카테고리를 결정하는 것이 필요하다고 했다.[349] 즉, 기존에

---

344) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 117-118면 참조.

345) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 118면 참조.

346) CE 30 Nov. 2001, Kechichian, AJDA 2002. 136.

347) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 163면 참조.

348) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 108면에서 인용.

중과실이 역무의 성질, 어려움, 필요성에 비추어 인정되었던 것에 더하여 그러한 행정 작용으로 인하여 피해자가 입은 손해의 종류에 따라 중과실의 적용 여부를 살펴야 한다는 것이었다.[350] 예를 들어, 개인의 생명 보호와 관련된 의료, 긴급 구호 서비스 제공 영역에서는 피해자 보호가 더욱 필요하므로 중과실보다는 단순과실이 적용되어야 하며, 실제 위 영역은 중과실에서 단순과실을 요구하는 것으로 변화하였다는 점에서 위 설명과도 일치한다고 볼 수 있다. 반면, 행정이 행해지는 영역이 매우 복잡하고 어려우며 그 필요성이 강하지만 그로 인하여 개인의 순수한 경제적 손해만이 발생하는 경우에는 중과실 요건이 여전히 유지될 수 있다는 것이다.[351] 그러한 점에서 Duncan Fairgrieve는 케치치안 사안의 원고들은 은행 규제와 관련하여 오로지 경제적 손해만을 입은 자들이었기 때문에, 중과실 요건이 적용되는 것이라고 해석하였다.[352]

한편, 꽁세유데따는 1951년부터 제3자의 과실과 역무과실이 경합하는 경우에 민법상 공동불법행위자들의 '연대책임'(la responsabilité in solidum) 법리를 적용하는 것이 아니라, 역무과실이 존재하는 부분에 대해서만 행정이 책임을 진다고 판시하였다.[353] 이에 기초하여, 꽁세유데따는 이 사건 손해의 주된 원인은 제3자의 사기적 행위라고 판단하고, 은행위원회의 과실 판단과

---

349) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 163면 참조. 즉, Seban은 특히 규제영역과 조세와 같이 피해자가 오로지 경제적 손해(pure economic loss)만을 입는 경우에는 법원에 의하여 이들을 보호할 필요성이 약화되기 때문에, 중과실의 기준을 이들 영역에는 유지해야 한다고 주장한 것이다.

350) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 119면 참조.

351) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 119면 참조.

352) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 119면 참조.

353) CE 16 May 1951, Dame veuve Pintal, Rec. 259. 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 161면 참조.

관련해서는 중과실을 인정하되, 손해액의 10%에 대한 책임만을 인정하였다.[354]

(3) 조직과실 인정을 통한 중과실 요건의 회피

프랑스의 중과실 기준은 행정 조직상의 과실을 인정함으로써 우회되기도 한다. 왜냐하면 행정 조직상의 과실은 단순 과실로도 성립될 수 있기 때문이다.[355] 중과실과 단순과실의 경계가 모호해진다는 점은 소방 활동과 관련한 일련의 사례를 통하여 확인할 수 있다.[356] 예를 들어 1961년 Commune de St. André des Alpes 판결은[357] 소방차가 기계적 결함으로 인하여 늦게 화재 현장에 도착한 사건이다. 정부위원인 M. Braibant는 이것이 중과실에 해당한다고 하였다. 그는 심지어 꼬뮨이 소방차를 잘 정비하기 위한 모든 수단을 동원하여 왔다는 것을 증명한다고 하더라도 중과실이 성립한다고 하였다.[358] 해당 업무에 최선을 다했다고 하더라도 중과실이 성립한다는 것은 행정 조직이나 기능 자체의 과실을 인정한 것이라고 평가할 수 있다. 또한 1973년 Commune de la Souterraine 판결은[359] 긴 사다리를 사용할 수 있도록 충분히 훈련된 인력을 소방서가 제공하지 못했다고 하여 중과실을 인정한 사안인데, 이 역시 표면적으로 위 사건을 이해하면 적절한 인력 제공에 실패한 행정의 책임을 중과실로 볼 수도 있겠지만, 사실 그 이면에는 조직이나 기능

354) CE 30 Nov. 2001, Kechichian, AJDA 2002, 136. 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 109면 참조.

355) Carol Harlow, Fault Liability in French and English 523-524면 참조.

356) Carol Harlow, Fault Liability in French and English 524면 참조.

357) CE 28 June 1961, Rec. 440.

358) "... even though [the commune] could establish, as it maintains, that it had taken all measures in its power to ensure the good repair of the firefighting equipment." Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law, The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5, Sep., 1976., 524면 참조.

359) CE 20 June 1973.

자체의 흠결을 문제삼았음을 알 수 있다.

2. 역무과실의 판단기준

판례나 법률은 역무과실의 기준에 대해서 특정한 기준을 제시하고 있지는 않다. 행정재판소는 역무과실이 존재하는지 여부에 대하여 사례별로 판단하고 있을 뿐이고, 구체적인 판단기준 및 유형화는 학문적 연구에 의하여 정리되었다.[360]

(1) 고려하지 않는 요소 : 행위의 동기나 의도

전통적인 의미의 민법상 과실 개념은 정신적 요소를 포함한다.[361] 정신적 요소는 '비난 가능성'(la culpabilité)이라 하기도 하며, 행위자의 일반적인 인식능력을 기초로 하여 과실을 행위자의 것으로 귀속시킨다는 점에서 '책임능력'(l'imputabilité)이라 하기도 한다.[362] 그런데 민법의 개정으로 인하여 심신장애자의 과실이 인정되고(민법 제489조의 2),[363] 판례가 분별력 없는 미성

---

360) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press, 2003, 103면 참조.

361) Phillippe Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, 2009, p. 185(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 65면에서 재인용).

362) Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité, 2013, p. 442(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 66면에서 재인용).

363) 1968. 1. 3.자 법률 제68-5호에 의하여 민법 제489조의 2가 신설되었다. 민법 제489조의 2는 "타인에게 손해를 가할 당시에 정신장애 상태에 있었다 하더라도 그 손해를 배상할 의무가 있다."고 규정하고 있다. 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 66면 각주 253) 참조.

년자의 과실도 인정하면서 책임능력을 요구하지 않게 되었다.[364] 즉 민법의 과실 판단에서는 일반적인 인식능력을 전제로 하는 책임능력을 요구하지 않는다는 점에서 과실이 객관화되었다고 한다.[365] 반면, 행정법에서 과실의 객관성은 민법과 달리 공역무의 기능 장애 자체가 과실로 인정받는다는 점에서 인정되는 것이다.[366] 즉, 과실 판단의 기준이 되는 공역무의 조직 · 작용상의 하자는 의무 위반의 인식가능성 내지 비난가능성 또는 책임능력과 관계가 없고, 행정의 '기능장애'(la dysfonction)로서 과실이 인정된다.[367]

물론 꽁세유데따는 공무원의 악의를 언급하는 등 행위의 동기나 의도를 설시하기도 하지만, 이는 과실을 인정하는 데 있어서 중요한 요소는 아니고 단지 부가적으로 행정의 과실을 더욱 강화하는 요소에 불과하다.[368] 이렇게 책임을 물으면서 행위자로서의 개별 공무원을 특정하지 않는 것은 결국 행정 전체의 조직 및 기능으로서의 과실을 묻기 위함이고, 행정이 일련의 작용으로서 많은 공무원들이 관여하여 이루어지는 경우에 더욱 원고에게 유리하게 작용한다.[369] 국가배상 소송에서 원고가 특정 공무원을 행위자로 특정하는 것은 어려운 경우가 많다는 점을 고려한 것이기도 하다.

---

364) Phillippe Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, 2009, p. 185; Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité, 2013, pp. 446-448(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 66면에서 재인용).

365) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 66면 참조.

366) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 67면 참조.

367) Jacques Moreau, La responsabilité administrative, 1986, pp. 68-69(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 67면에서 재인용).

368) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 105면, 각주 352 참조. CE 10 July 1992, Touzan[1992] Rec 296.

369) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 105면 참조.

(2) 과실 인정에 사용한 요소

빠이예(Paillet)는 역무과실은 손해가 발생한 구체적 상황, 행정이 사용할 수 있는 수단, 손해의 예견 가능성 등을 기준으로 구체적으로 판단된다고 설명하였다.[370] 손해가 발생한 구체적 상황은 시간적 · 장소적 사정을 의미하며, 행정 작용을 실제 상황 속에서 판단하려는 고려에 의한 것이다.[371]

행정이 사용할 수 있는 수단이란 인적, 물적, 재정적 수단을 모두 포함하며, 수단이 불충분하였다는 점은 과실을 인정하는 사정으로도 과실을 부정하는 사정으로도 작용한다.[372] 예를 들어, 행정이 최소한의 수단을 마련할 법적 의무가 있는 경우에 그에 미치지 못하는 수단의 불충분은 과실을 인정하는 요소로 작용한다. 그러나 행정이 재정적으로 감당하기 어려운 최선의 수단을 갖추어야 할 것까지를 요구하는 것은 아니다.[373]

빠이에는 역무조직상의 과실이 인정되는 경우와 결과의무의 위반이 있는 경우에는 일반적으로 행정이 행해지는 수준보다 얼마나 적절하지 않은 행정이 이루어졌는지가 기준이 된다고 하였다.[374] 이 경우에는 '적절한 행정'(la

---

370) Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français, 1980, pp. 155-160(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 90면에서 재인용).

371) Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français, 1980, p. 156(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 90면에서 재인용).

372) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 91-92면 참조.

373) 눈사태로 산장이 훼손되자 꼬뮨을 상대로 책임을 물었던 사안에서, 꼬뮨이 시행한 공사로는 눈사태를 완전히 방어할 수는 없었으나, 꼬뮨의 재정적 한계를 넘는 공사를 요구할 수는 없다고 하여 과실을 부정한 사안에 대하여, CE 16 June 1989, Association Le Ski alpin murois, n° 59616, Rec, 141. 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 91-92면 참조.

374) Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law, The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5, Sep., 1976., 517면 참조.

bonne administration)이 무엇인지 설시하고, 그와 비교하는 방법으로 역무과실이 판단된다.[375] 예를 들어, 공공 병원에서 의료 행위는 의사에 의하여 행해지지만, 의사의 과실을 묻는 것이 아니라 의료 서비스 자체의 결함 여부를 판단한다. 추상적 관념에서의 '적절한 행정'과 실제 행해진 행정을 비교하여 과실이 존재하는지 여부를 판단하는 것이다.

또한 과실을 판단함에 있어 공무원의 행위가 합리적이었는지를 판단하기보다는 그 행정행위로 인한 결과를 통해 과실을 인정한다.[376] 공무원 개인이 최선을 다하여 합리적으로 행동하였는지는 과실 판단의 중요한 요소가 되지 않는 것이다. 예를 들어, 산소호흡기에 결함이 있었던 경우,[377] 소방 장비의 결함이 있었던 경우[378] 모두 과실이 인정되었다. 또한 법원은 학교 급식에서 식중독이 발생하였다는 사유만으로 별다른 조사 없이 피고의 과실을 인정하기도 하였다.[379]

(3) 과실 부정에 사용한 요소

1) 손해의 예견 가능성

손해의 예견 가능성(la prévisibilité)은 외적 징후를 통해 실제 손해를 예견할 수 있었음을 의미한다. 일반적으로 손해의 예견 가능성은 손해를 실제로 예견하였는지와 더불어 손해를 예견할 수 있었음에도 그러하지 못하였다는 점도 포함하기 때문에 불법행위자에 대한 비난 가능성과도 연결된다. 따라서

375) Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français, 1980, pp. 161-166(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 93-94면에서 재인용).

376) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 104면 각주 344 참조.

377) CE 9 May 1989, Centre Hospitalier de Castelnaudry[1989] Rec 909.

378) CE 28 June 1961, André-des-Alpes [1961] Rec 440; CE 20 Nov. 1968, Compagnie d'Assurances 'La Fortune'[1968] Rec 579.

379) CE 20 Oct. 1976, Alfortville[1976] Rec 1116.

역무과실의 요건으로 손해의 예견 가능성을 포함한다면, 과실 판단에 주관적 요소를 고려하는 것인지에 대한 의견이 제기되기도 한다.[380] 그러나 판례는 행정이 실제 손해를 예견하였을 것을 요구하는 것은 아니고, 손해 발생의 객관적 개연성만을 요구한다는 점에서 직접적으로 주관적 과실 개념을 인정하고 있는 것은 아니라고 할 수 있다.[381]

손해의 예견 가능성은 손해 발생의 주된 원인이 외부에 있는 경우에, 행정 상대방이 손해 발생에 관여한 경우에 문제되며, 행정책임이 확대되는 것을 막는 역할을 한다.[382] 예를 들어, 꽁세유데따는 원고가 도지사로부터 건축허가를 받은 이후에 눈사태로 인하여 손해를 입은 사안에서 건축허가 시점에서는 눈사태라는 손해의 예견 가능성이 존재하지 않았다는 점을 이유로 과실을 부정하였다.[383] 즉, 꽁세유데따는 손해의 예견 가능성이 없었다는 점을 들어 과실을 부정하는 논거로 사용하고 있다.

2) 행정의 어려움

행정 작용의 특수성과 어려움은 단순과실이 아니라 중과실이 요구되는 요건으로 사용되며 행정의 책임을 제한하는 역할을 한다.[384] 행정 작용의 어려

---

380) 브루아옐(Broyelle)은 판례가 행정결정의 위법성으로 인하여 과실이 곧바로 인정되는 경우를 제외하고는 주관적 과실개념을 인정하고 있다고 한다. 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 68면 참조.

381) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 92-93면 참조.

382) Laurent Richer, Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, Thèse Paris II, 1976, pp. 88-89(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 93면에서 재인용).

383) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 93면 각주 370 참조. CE 16 Jun. 1989, Associatin Le ski alpin murois, n° 59616, Rec, 141.

384) Jacques Moreau, La responsabilité administratif, in Traité de droit administratif,

움이란 고도의 전문지식이 필요하거나, 상황이 복잡하거나 긴급한 대응이 필요한 경우와 같이 그 특수성이 인정되는 경우를 의미한다.[385] 특히 경찰행정 영역과 관련된 사례에서 '현장의 사실적 행위'(l'opération sur le terrain)에 대해서는 행정의 어려움이 고려될 필요성이 있으므로 중과실이 인정되어야 한다고 판단되기도 하였다.[386]

V. 종합 및 분석

1. 자기책임과 과실 인정

프랑스는 역무과실이라는 독자적인 개념을 토대로 국가배상 제도를 발전시켰다. 국가의 작용 및 조직상의 하자 자체가 국가배상 책임의 전제가 되는 단순과실로서의 역무과실을 이루는 것이고, 별도로 공무원의 개인적인 과실을 필요로 하는 것은 아니다. 따라서 프랑스의 국가배상 제도는 자기책임 유형에 해당한다고 할 것이다. 한편, 프랑스의 경우 국가와 공무원의 책임의 중첩을 인정하기는 하나, 그러한 경우에도 양자는 별개의 책임이며 국가의 책임이 개별적 공무원의 과실을 전제로 성립하는 것이 아니라는 점에서 자기책임의 유형에 해당한다는 점에는 변함이 없다.[387]

Tome 2, 2011, p. 648; Christophe Guettier, La responsabilité administrative, 1996, p. 109; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 2001, p. 1304(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 101면에서 재인용).

385) René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 2001, p. 1304(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 102면에서 재인용).

386) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 127면 참조.

387) 이 글에서는 국가배상 책임의 성질을 과실 및 선택적 청구의 가능성 이전에 선재하는 논의로 파악하였다. 홍준형, 직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 손해배상책임, 행정논총 34(1), 1996. 6., 85, 100면 참조. 따라서 피해자에 대하여 공

역무과실은 행정에게 직접 귀속되는 과실이며, 가해공무원을 직접 특정할 필요 없이 행정 활동 자체의 실패로서 인정되는 것이다. 역무과실의 개념이 인정된 이후에도 월권소송의 대상이 되는 개별결정과 행정입법 제정행위가 위법하면 단순과실로서의 역무과실도 자동적으로 인정될 수 있는지에 대해서는 상당한 학술적 논쟁이 있었고, 1970년대에 이르러서야 위법성 · 과실 동등론이 명백하게 받아들여졌다. 역무과실과 위법성은 책임 구성의 독립된 요소이나 행정이 법적 결정을 내림에 있어서는 법을 준수해야 하는 것이므로, 위법성이 존재하면 법을 준수해야 할 행정의 의무를 위반한 것으로 보아 곧 역무과실이 존재한다고 본다(위법성-과실 동등론).[388] 이에 프랑스에서는 행정 활동이 법적 행위에 해당하는지 사실적 행위에 해당하는지 분류하는 것이 역무과실의 판단에 있어 선제적인 도움이 된다. 만일 행정활동이 법적 행위에 해당하는 경우, 위법하면 과실 있다는 법리에 따라 위법성만 판단이 되면 일반적으로 별도의 과실 판단 없이도 역무과실이 인정되기 때문이다.[389] 반면 사실행위는 선재적으로 위법성이 판단되기 어려우므로, 별도의 과실 판단이 이루어져야 한다.

행정 활동 수행의 어려움과 공공재원을 보호하려는 목적으로 중과실을 요하는 영역에서는 별도로 중과실에 대한 증명이 필요하다. 중과실 기준은 행정 작용에 대하여 중과실 기준이 적용되어야 하는 영역에 대해서도 행정 조직상의 단순과실을 주장함으로써 우회되기도 하였다. 그 외 역무과실이 인정되기 위해서는 손해가 발생한 구체적 상황, 행정이 사용할 수 있는 수단의 한계, 손해의 예견 가능성 등이 주된 기준으로 판단된다. 특히 손해의 예견 가능성과 관련하여 판례는 행정이 실제 손해를 예견하였을 것을 요구하는 것은 아니고, 손해 발생의 객관적 개연성이 있었는지 여부에 따라 판단하고

무원과 국가가 모두 책임을 진다고 하여 대위책임설을 택하고 있다고 볼 수는 없고, 국가의 책임이 공무원의 과실을 전제로 하는지, 국가 자신의 과실을 전제로 하는지에 따라서 그 유형을 달리 보아야 한다.

388) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 48면 참조.

389) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 47-48면 참조.

있는데 이를 통해 행정의 책임을 제한하고 있다. 즉, 손해의 주된 발생 원인이 외부에 있는 경우에는 행정의 객관적 예견 가능성이 존재하지 않은 경우가 많고, 이런 경우에 대해서까지 역무과실을 인정할 수는 없다는 것이다.

2. 평가

프랑스 국가배상 제도의 역사적 발전을 살펴보면 역무과실 개념이 인정된 이후에도 상당한 학술적 논쟁을 거쳐 위법성-과실 동등론이 확립되었으며 꽁세유데따의 판례 외에도 절차적 특징과 이론적 뒷받침을 통해 위법성-과실 동등론이라는 법원리를 발전시켜 왔다.

19세기까지 국가의 손해배상책임 부인 원칙이 일반적인 것이었음에도 불구하고 1873년 블랑꼬(Blanco) 판결에 의하여 행정사건은 행정재판소에서 공법상 원리에 의하여 판단되어야 한다는 원칙이 확립되었고, 그 구분은 공역무인지 여부를 기준으로 하였다. 역무과실의 개념이 인정된 이후에도 전통적인 학파의 입장에서는 위법한 법적 결정만으로는 과실을 인정할 수 없다고 보았는데, 이는 사실상의 개념인 과실은 법적 개념인 위법성과 구별되고, 남소의 위험, 소극적 행정, 국가의 재정적 부담 등이 야기될 수 있다고 보았기 때문이다. 그러나 1930년 뒤기(Duguit)에 의한 전통적 이론의 비판, 1969년 엘렝(Hélin)의 논문을 통하여 전통적 이론을 비판하였고, 1973년 드리앙꾸르(Driancourt) 판결 이후 위법성-과실 동등론이 확립되었다. 즉, 위법성-과실 동등론의 형성 이면에는 역무과실을 통한 자기책임의 인정 외에도 위법성과 과실의 관계에 대한 이론적 발전과 국가배상 제도의 역할에 대한 정책적 판단의 변화가 있었다.

이론적으로는 국가 주권의 본질은 개인에 대한 역무의 제공에 있는 것이며, 공무원은 국가와 별개의 행위를 하는 자가 아니라 공역무의 기능적 실현을 위한 공무수행자라는 레옹 뒤기의 주장이 국가배상 제도의 형성에 영향을 주었다. 또한 모리스 오류우는 국가배상 책임의 공법적 특성을 강조하면서 국가의 자기책임을 강조하였다. 즉, 프랑스는 공역무라는 개념이 일찍이

발달하여 이미 복지국가 개념이 발생하기 이전부터 국가의 역할은 공익의 수행에 있다는 개념이 정립되었다는 점이 특징이다. 이로써 공익의 실현을 위한 행정 작용으로 인하여 손해를 입은 시민이 있다면, 사회적 연대의 관점에서 공공의 자금으로 피해를 배상해야 한다는 이념적 사고가 가능할 수 있다. 또한 꽁세유데따는 국가배상 책임과 관련하여 행정에 대한 책임의 부과를 통한 위법성 통제의 관점을 강하게 유지하였고, 이를 통해 국가의 재정적 부담, 소극적 행정의 우려와 같은 요소는 오히려 국가배상 책임의 인정에 적극적으로 고려해서는 안 된다고 여김으로써 위법한 행정 작용에 따른 국가배상 책임을 적극적으로 인정하게 되었다. 이와 같은 점이 가능하였던 것은 행정재판소가 절차적으로 직권탐지주의, 공개보고관 제도 등을 통하여 국가배상 책임 판단에 있어서 당사자의 이익에 편중되지 않고, 일반이익의 고려가 가능하였다는 점도 고려될 수 있다. 직권탐지주의를 통해 판사가 행정 작용의 법적 · 사실적 근거에 관하여 행정부에 자료 제출을 요구할 수 있고, 원고가 주장한 사실 외에도 추가적인 사실관계를 조사하기 위한 절차를 진행할 수 있다. 또한 공개보고관 제도를 통하여 일방 당사자가 주장하는 자료뿐만 아니라 제3자의 지위에서 객관적으로 제출할 수 있는 자료까지도 포함하여 재판의 근거로 삼을 수 있었기 때문이다.

요약하면, 프랑스는 역무과실이라는 독자적 법개념, 국가의 자기책임을 통해 행정책임의 범위를 확대해 왔다. 그 배경에는 법이론의 발전 및 행정의 위법성 통제에 대한 강조가 있었고, 절차적으로는 이원적 소송체계와 직권탐지주의, 공개보고관 제도 등이 있었다.

제2절 독일

I. 국가배상 제도 개관

독일의 국가 배상책임은 민법(BGB) 제839조와 독일연방공화국기본법(이하 '기본법') 제34조에 의하여 인정되며, 민법에 의하여 성립한 공무원의 책임을 기본법에 의하여 국가가 인수하는 형태의 대위책임 유형을 따르고 있다.[390] 위법성과 과실은 별개로 판단되지만, 과실 판단의 객관화를 위한 객관적 행위 기준, 책임 추정, 조직 과실 이론이 발달하였다.

1. 역사적 발전

독일은 배상책임이 국가와 공무원 사이의 위임관계에서 비롯된다고 본다. 따라서 위임관계에 반하는 공무원의 불법행위는 위임자인 국가에 귀속될 수 없고, 공무원은 개인적으로 불법행위 책임을 부담하였다.[391] 공무원이 사적 책임을 부담한다는 내용은 1900년 시행된 독일 민법 제839조로 이어졌고, 국가의 배상책임은 고권적 국가로서가 아니라 사법(私法)상 국고(國庫)가 고려되어야 한다고 이해되었다.[392]

---

390) 민법 제839조(직무의무 위반에 대한 책임) 제1항은 "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 돈다."고 정하고 있다. 양창수 역, 독일민법, 박영사, 2021. 참조. 기본법 제34조는 "위임받은 공무의 수행에 있어서 제3자에 대한 직무상의 의무를 위반한 자는 그가 근무하는 국가나 공공단체에 대하여 원칙적으로 책임을 진다. 고의 또는 중대한 과실의 경우에는 구상권이 유보된다. 손해배상의 청구권과 구상권에 대하여 일반법원에의 제소가 배제되어서는 아니 된다."고 정하고 있다. 국회도서관, 독일연방공화국 기본법, 2018. 참조.

391) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 95면 참조.

392) 박훈민, 독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 박사학위 논문, 서울대학

연방은 통일적으로 각 주의 책임을 모두 국가가 부담한다는 내용으로 입법을 할 권한은 없었기 때문에 각 州 별로 행정의 배상책임에 대하여 입법이 논의되었다. 대부분의 주에서는 민법 제839조에 의하여 성립한 공무원의 책임을 국가가 대신 부담하는 형태를 취하였다.[393] 이후 1919년 바이마르 공화국 헌법 제131조는 공무원의 불법행위 책임에 대하여 공무원의 직무가 귀속되는 국가 또는 공공단체가 책임을 진다는 내용을 규정하였고, 이는 기본법 제34조로 이어졌다.[394]

1981년에는 「국가책임법」을 통해 독일의 통일적인 국가배상 제도를 입법하려는 시도가 이루어졌고, 자기책임설을 직접 채택하여 제1조 제1항에서 명문화하려 하였으며, 위법한 행위에 대해서는 무과실책임도 인정하는 등(제2조 제1항 3문, 제2조 제2항), 종래 논의되어 오던 국가배상의 개혁 내용을 새로운 입법으로 해결하려 하였다.[395] 그러나 위 「국가책임법」은 연방의 입법 권한에 해당하지 않는다고 하여 연방헌법재판소에 의하여 위헌 결정을 받았다.[396] 그러나 국가배상 제도를 통일적 법제에 의하여 공통적으로 규율할 필요성은 여전히 요구되고 있다. 특히, 통일 이후 1994. 10. 27. 개헌을 통해 국가책임에 대한 연방적 규율이 가능해 짐에 따라 위 「국가책임법」에 의하여 이루어진 통일적 입법에 대한 시도는 이제 헌법적 근거를 갖추게 되었다.[397] 그러나 현재까지도 새로운 입법이 이루어지고 있지 않은 것은 독

교, 2014. 8., 23면 참조.

393) Rolf Braband, Liability in Tort of the Government and its Employees: A Comparative Analysis with Emphasis on German Law, New York University Law Review 33, no. 1, 1958. 1., 23-24면 참조.

394) Stefan Oeter, The Responsibility of the State as Legislator in Germany in Eibe Riedel(ed.), German Reports on Public Law : Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 103면 참조.

395) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 96면 참조.

396) BVerfGE 61, 149ff. 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 96면 참조.

397) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제

일 통일 이후의 제한적인 재정상태로 인하여 주나 지방자치단체가 책임의 범위를 확대하는 것을 꺼리기 때문이라는 견해가 있다.[398]

2. 국가배상 책임의 근거

(1) 법치국가원리

법치국가원리는 독일 국가배상 책임의 근거가 된다. 기본법 제20조 제3항은 행정이 법률과 법에 구속된다는 행정의 합법성 원칙(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)을 정하고 있다. 행정의 합법성 원칙은 법률우위의 원칙(Vorrang des Gesetzes)과 법률유보 원칙(Vorbehalt des Gesetzes)으로 구성된다.[399] 전자에 의할 경우 행정 작용의 위법성으로(기본법 제19조 제4항), 후자에 의할 경우 무권한에 의한 행정권 행사로 사법심사의 대상이 된다.[400] 국가의 위법한 행정 작용에 대하여 국민이 갖는 기본권은 위법한 행정행위에 대한 방해배제청구권으로서의 행정처분의 취소, 위법한 행정 결과의 제거를 위한 결과제거 청구, 금전적 손해배상의 단계로 이루어진다고 여겨진다.[401] 전체 권리보호체계에서 위법성 통제와 그 위법한 결과의 제거를 의미하는 행정처분의 취소 및 결과제거청구권이 1차적인 것(Primärrechtsschutz)이며 국가의 손해배상책임은 2차적인 것(Sekundärrechtsschutz)이다.[402] 연방헌법재판소는 1981.

8호, 법조협회, 2009, 52면 각주 10) 참조.

398) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 52면 참조.

399) Joachim Zekoll and Mathias Reimann(ed.), Introduction to German Law(2nd ed.), Kluwer Law International, 2005, 88면 참조.

400) Joachim Zekoll and Mathias Reimann(ed.), Introduction to German Law(2nd ed.), Kluwer Law International, 2005, 88면 참조.

401) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 53면 참조.

402) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제8호, 법조협회, 2009, 53면 참조.

7. 15. 자갈채취에 관한 결정을 통해 쟁송취소와 손실보상 간에 선택권은 인정되지 않는다고 판시하였는데, 공용 침해행위에 대해 취소소송을 먼저 제기하여야 하며, 종전과 같이 위법행위를 수인하고 대신 손실보상을 청구할 수는 없다는 취지이다.[403] 위 결정으로부터 2차적 권리보호에 대한 1차적 권리보호의 우위가 인정된다는 것이 비롯되었다.[404] 위 결정은 행정 작용으로 인한 침해의 구제수단을 축소하는 방향으로 작용하였다. 그럼에도 불구하고 학계에서는 꾸준히 국가배상 제도의 한계를 극복하고자 자기책임적 국가배상 제도를 형성하기 위한 이론적 근거를 제시하여 왔다.[405]

(2) 1981년 국가책임법 제정과 위헌 결정

독일의 국가배상 제도에 구조적·정책적 결함이 존재한다는 점에 대해서는 널리 공감되고 있었고, 개혁의 시도로서 연방 차원의 1981년 「국가책임법」이 제정되었다.[406] 1981년 국가책임법 제1조 제1항에서는 공법상 의무위반으로 인한 책임을 공공기관이 부담한다는 것, 즉 직접책임의 성립을 목적으로 했다. 그리고 이러한 원리 하에서, 위 국가배상법은 기술적인 시설결함에 대한 무과실책임, 헌법적 불법행위에 대한 객관적 책임, 조직과실의 인정의 내용을 담고 있었다.[407] 또한 과실책임을 견지하면서도 제2조 제1항에서 증명책임의 전환을 규정하여 손해를 입은 개인이 국가의 과실을 증명해야 하는 것이 아니라 국가가 자신의 무과실을 증명하도록 규정하기도 하

---

403) 김연진, 국가의 손실보상법에 관한 비교법적 고찰-독일과 한국의 비교를 중심으로-, 유럽헌법연구 제39호, 2022., 126-127면 참조.

404) BVerfGE 58, 300ff.

405) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 53면 참조.

406) Staatshaftungsgesetz, Gesetz v. 26. 6. 1981. BGB1. I. S.553.

407) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 577면 참조.

였다.[408] 그러나 1982년 10월 19일 연방헌법재판소는 국가책임법이 기본법 제70조의 연방과 주의 입법관할권을 위반한 것으로 위헌이라고 판시하였다.[409] 기본법 제70조 제1항은 기본법이 연방에 입법권을 수여하지 않는 한 주가 입법권을 갖는다고 정하고 있고 제2항은 연방과 주 사이의 관할의 확정은 전속적 입법과 경합적 입법에 관한 기본법의 규정에 따라 이루어진다고 정하고 있으므로, 기본법 제74조에서 경합적 입법에 관하여 정하고 있는 분야에 대해서만 연방이 입법권을 행사할 수 있었다. 국가책임법의 입법자(연방)는 국가배상 제도는 기본법 제74조에서 정하고 있는 민법에 해당한다고 보았다. 그러나 연방헌법재판소는 민법은 원칙적으로 사인들 사이에 적용되는 것을 의미하는 것이므로 위 국가책임법의 내용이 민법에 포함된다고 볼 수 없고, 새롭게 제정된 국가책임법은 종래 민법 제839조가 정하고 있는 공무원 개인의 과실에 근거한 책임과 그 책임의 내용으로서 금전적 배상에서 벗어나 국가의 자기책임(제1조), 결과제거청구권(제3조) 등의 새로운 내용을 규정하고 있으므로 공법에 해당한다고 보았다.[410] 비록 국가책임법은 위헌 결정을 받았지만, 당시 개정 내용은 학설상으로 논의되던 내용을 입법화하려는 시도였으며 그 내용은 오늘날에도 시사점을 주고 있다고 평가된다.[411]

(3) 사법상 원리와 공법상 원리의 혼재

독일에서 공법의 징표는 권력성과 지배복종관계에 있다. 이로서 권력성이 없는 부분은 사법의 영역에 해당한다는 것이 독일에서의 공법과 사법의 구

408) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 52면 참조.

409) BVerfGE 61, 149ff. 강지은, 독일 공법상 1차권리구제와 2차권리구제 -전통적 도그마틱의 변화와 그 시사점을 중심으로-, 행정법연구 제60호, 2020. 2., 67면 참조.

410) BVerfGE 61, 149, 162ff.

411) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 76면 참조.

별 이론이다.[412] 역사적으로 1848년 3월 혁명에서 시민들은 왕과의 타협을 통해 왕권의 영역을 보장하되, 시민들은 별도의 영역을 구성했고, 전자는 공법이 적용되는 영역, 후자는 사법이 적용되는 영역으로 남아 있게 되었다.[413]

1899년 「민법」의 제정에 따라서 국고는 사법(私法)상 법인격으로 이해되었고, 민법상 사법상 법인격인 국고(Fiskus)가 공무원의 책임을 인수하는 형태를 가지고 있었다.[414] 따라서 국가배상 책임을 민사상의 손해배상책임과 동일한 것으로 이해하는 것이 당시 학계의 다수설이었다.[415] 그럼에도 불구하고, 독일의 국가배상 제도가 공법적 성질을 가지고 있다는 논의도 제기된다. 그 이유로 첫째, 국가배상 책임은 민법(BGB) 제839조와 기본법 제34조에 의하여 규율되며, 기본법 제34조를 통하여 국가가 공무원의 책임을 인수하고 있기 때문이다. 즉 국가가 책임을 부담하게 된 것은 공법에 의한 것이다.[416] 둘째, 민법상의 규정을 해석함에 있어서 공법상의 개념을 도입한다. 예를 들어, 민법 제839조의 주체를 해석함에 있어서, 공법상 개념으로서 공공부문근로자와 구별되는 공무원 개념인 'Beamte'를 사용하여 민법 규정의 적용 범위를 제한하는 것이다.[417] 그럼에도 불구하고 국가배상 책임에 공법적 성질을 도입하려는 시도는 결국 국가배상 책임의 사법적 성질을 전제로 하는 것이므로, 독일의 국가배상 제도가 공법적 구제수단인지, 사법적 구제

---

412) 박훈민, 독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2014., 13면 참조.

413) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 29-30면 참조.

414) 독일 민법 제31조, 제89조, 제839조에 따른 것이다. 박훈민, 독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2014., 13면 참조.

415) 박훈민, 독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2014., 23면 참조.

416) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 129.

417) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 140.

수단인지에 대하여는 아직도 논란의 여지가 있다.[418]

독일의 국가배상 제도는 순수한 사법적 책임으로부터 역사적으로 발전되었고, 그 명문의 근거가 민법에 존재함으로 인하여 공법과 사법의 성질이 어색하게 혼재된 상황이기 때문에 많은 비판을 받고 있다.

3. 국가배상 책임의 요건

현대 독일에서 국가의 책임으로 다루어지는 것은 크게 특별희생에 관한 손실보상과 불법행위에 관한 손해배상책임으로 나눌 수 있다.[419] 불법행위에 관한 손해배상책임은 독일 민법의 내용에 의하여 구성되며, 연방(Bund), 주(Länder), 그리고 공법상 다른 행정 단위들이 모두 같은 책임 원리에 귀속되는 특징을 가지고 있다.[420]

민법 제839조 제1항에 의하면, 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 부담하는 직무의무를 위반한 경우, 그 공무원은 그로 인해 제3자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다. 그러나 해당 공무원에게 과실만 인정되는 경우에는 피해자가 다른 방법으로 보전을 받을 수 없는 경우에 한하여 손해배상 청구의 대상이 된다.[421] 이것은 공무원 개인의 책임을 의미하며, 위 규정에 따르면 공무원은 순수한 경제적 손해에 대해서도 책임을 부담한다. 그러나 공무원이 개인적으로 책임을 지는 제도만으로는 행정 작용으로 인한 손해의 회복을 담보할 수 없었다. 이후 독일에서도 국가를 대상으로 하는 청구가 점진적으로 용인되었고, 1919년 바이마르 헌법에서부터 시작하여, 국가

---

418) Künnecke, Mrina., Tradition and change in Administrative Law, Springer, 2007, 186면 참조.

419) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 97면 참조.

420) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 127.

421) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 53면 참조.

또는 공공기관 역시 책임을 진다는 내용이 기본법 제34조에 포함되었다. 기본법 제34조에 의하면, 국가가 공무원의 불법행위 책임에 대하여 대위책임을 지지만 만일 공무원에게 고의 또는 중과실이 인정될 때는 국가가 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

(1) 공무를 수행하는 자

형식상 공무원이 아니더라도 공무를 수행하는 자의 잘못이 존재한다면, 국가 또는 공공기관은 그 책임을 진다. 이러한 사람이 실제 고용관계가 있는지는 관계가 없다.[422] 법원은 공무를 수행하는 자의 범위를 매우 넓게 파악하며, 국가가 공법상의 의무를 개인에게 이전함으로써 책임을 면할 수는 없다고 판단하고 있다.[423] 예를 들어, 지방자치단체가 도로의 안전을 보장할 의무가 있다면, 건설 중인 도로에 적절한 교통표지를 설치하지 않은 민간 계약자의 과실에 대해서도 책임이 있다고 본다.[424] 즉, 계약을 통하여 지방자치단체의 의무가 이전되지 않는 것이다. 그러나 여기서 공무는 고권적 작용을 의미하므로, 그 원인이 되는 행위가 사법적이면 공무의 범위에 포함되지 않는다. 또한 사법상 계약에 의하여 공무를 담당하게 된 사인은 고권적 업무를 담당하는 것이 아니므로, 이러한 경우에도 공무를 수행한다고 볼 수 없다고 한다.[425] 이러한 경우에는 사법상 법리에 기한 사용자책임을 물을 수 있을 뿐이다.[426] '공무를 집행하면서'란 직무행위와의 외적 내적 관련성을 가져야

---

422) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 250면 참조.

423) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 188면 참조.

424) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 250면 참조.

425) 이일세, 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 98-99면 참조.

426) 이일세, 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 99면 참조.

하고, 단순히 공무를 집행하는 기회에 발생한 불법행위에 대해서는 직무집행에 포함하지 않는다.[427]

(2) 직무상 의무 위반

독일에서 직무상 의무란 공무원이 피용자로서 공공기관에 대하여 내부적으로 부담하는 의무를 의미하는 것이지, 외부적 관계에서 제3자에 대하여 부담하는 의무가 아니다.[428] 이러한 점은 만일 상급자의 지시에 따라 행동하였으나 그것이 시민에 대하여 부당한 결과를 발생한 경우에 공무원은 직무상 의무를 위반한 것이 아니기 때문에 책임을 지지 아니하며, 상급자의 행위만이 문제 된다는 결과로 이어진다.[429] 그럼에도 불구하고 공무원의 법적 의무는 국가가 시민에 대하여 부담하는 의무와 거의 일치하는 모습을 보인다.[430]

직무상 의무가 무엇을 의미하는지에 대해서 민법 제839조와 기본법 제34조에서는 명확히 규정하고 있지 않다. 따라서 판례에 의하여 그 내용이 형성되었다. 직무상 의무에는 개별적 규정으로부터 발생하는 특수한 직무의무와 일반적 직무의무가 있다. 특수한 직무의무는 유럽법에서부터 지방자치법에 이르기까지 모든 행정단위에서 발생하며, 법률뿐만 아니라 하위규범인 규칙

427) 이일세, 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 99면 참조.

428) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 156.

429) 예를 들어, 읍장(Bürgermeister)이 Landrat의 지시에 근거해서 위법한 집회금지 조치를 발한 경우에 읍장은 상급기관의 지시에 따라 행동한 것이므로 직무를 위반하였다고 볼 수 없다. 이 경우에는 Landrat가 속한 Land가 그 책임을 부담하여야 한다. 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 100면. Vgl. BGH NJW 1959, 1629; NJW 1977, 713; BGHZ 63, 319, 324f.

430) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 157.

또는 지침에 의해서도 발생한다.[431]

1) 합법적으로 행위 할 의무

일반적 직무의무 중 가장 주요한 직무상 의무로 언급되는 것은 기본법 제20조 제3항에 규정된 합법적으로 행동할 의무이다. 합법성을 준수할 의무는 기본법에 규정된 내용만으로는 그 의미의 내용과 범위가 모호하고 광범위하여 사실상 모든 직무상 의무에 적용될 수 있는 일반적인 의무로서 언급된다.[432]

2) 부작위와 지연

독일 민법 제823조 제1항에서는 작위와 부작위를 구별하지 않고 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 사람의 손해배상 책임을 규정하고 있다.[433] 그러나 부작위가 위법하기 위해서는 행위할 법적 의무가 존재하여야 한다. 법률상 의무나 자발적인 책임의 인수와는 달리, 부작위의 위법성은 특별한 법률상 의무를 전제로 한다. 즉, 부작위의 전제가 되는 법적 의무는 위험의 원인을 창출하거나 통제할 수 있는 자가 필요한 주의의무를 기울이지 않는 경우에 위법하다고 판단된다.[434]

---

431) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 160.

432) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 162.

433) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 118.

434) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial

한편, 행정이 생명, 신체 등 개인의 이익을 보호하기 위하여 신속한 결정을 내려야 한다는 것을 알면서도 합리적인 기간 내에 신속한 결정을 내리지 못한 경우에도 행정의 책임이 인정된다.[435] 법원은 운전면허의 발급이 1년여간 지연된 사안에서, 원고는 운전면허를 받기 위한 모든 요건을 갖추었고, 행정이 운전면허 발급의 지연으로 인하여 원고의 영업상 손해가 발생하고 있다는 것을 알고 있었던 경우에 합리적인 기간 내에 원고의 신청을 처리하지 못하여 발생한 손해에 대해 배상책임이 있다고 판시하였다.[436]

3) 재량권의 행사에 대하여

독일에서는 종래 재량권이 임의적으로 행사된 극단적인 경우에만 사법심사가 허용된다고 판단했었으나, 이제는 그 범위가 확장되어 재량권 불행사와 남용도 위법한 행정행위에 포함된다.[437] 따라서 재량적 결정은 재량의 범위 내에 있더라도 법원에 의해서 심사된다. 그러나 법원은 자신의 해석과 행정청의 판단 결과가 서로 다르다는 것만으로는 행정행위를 취소할 수는 없고, 당시 행정청의 판단이 사실관계 등에 비추어 '타당한지'(vertretbar) 여부를 판단한다.[438][439] 타당한지 여부라는 기준은 과거의 위법성 판단기준보다는 더 넓은 통제권을 법원에 부여하지만, 그러나 법원이 자신의 판단으로 행정의 판단을 대체한다는 것을 의미하는 것은 아니다.[440] 따라서 단지 재량권

Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 119.

435) 30 BGHZ 19. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 252-253면 참조.

436) 15 BGHZ 305. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 253면 참조.

437) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 253면 참조.

438) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 63면 참조.

439) 이은상, 독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014. 2., 74-75면 참조.

행사 · 불행사의 부적절성(Unzweckmäßigkeit)만으로는 위법성을 구성한다고 보기 어렵고, 그 부적절성이 위법하다고 판단될 정도에 이르러야 한다. 법원은 경찰이 절도범의 동선에 대하여 잘 알고 있었음에도 불구하고 원고의 집에 침입하여 절취행위를 할 때까지 적절한 재량권 행사를 하지 않은 경우에는 재량권의 불행사가 위법하다고 판단될 정도에 이르렀다고 판시하였다.[441]

(3) 제3자 보호 목적

민법 제839조와 기본법 제34조는 직무상 의무가 제3자에 대한 것이어야 할 것을 규정하고 있다. 따라서 독일에서의 위법성은 단순히 직무상 의무를 위반한 것만으로는 성립하지 아니하고, 그 직무상 의무가 제3자에 대하여 부담하는 의무여야 한다.[442] 이는 주관적 공권의 개념에서 제3자 보호, 즉 사적 이익의 보호를 요구하는 것에 상응하는 것이다.[443] 즉 국가배상 책임에서의 위법성은 피용자로서의 공무원이 국가에 대한 의무를 이행하지 못하는 것임과 동시에 외부적 관계에 있는 시민을 보호해야 함에도 그러한 의무를 이행하지 못할 때 성립한다. 예를 들어, 경찰관이 범죄자가 절도를 저지르는 동안 아무 행동도 하지 않는다면, 직무 의무를 위반한 것으로 평가될 수 있다. 절도를 저지르지 못하게 할 경찰관의 의무는 단지 일반 공중에 대하여 부담하는 것뿐만 아니라 개인의 재산권을 보호하기 위한 목적도 포함하기 때문이다.[444] 이처럼 개별 사안에서 직무 의무의 위반을 판단하기 위해서는

---

440) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 188면 참조.

441) 5VerwRspr 832(BGH) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 253-254면 참조.

442) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 98-102면 참조.

443) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 101면 참조.

444) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 189면 참조.

공무의 목적과 관련 규정의 내용을 살펴 개인의 이익도 보호하고 있는지를 확인해야 한다. 이를 요약하면, 첫째 공무는 개인을 보호할 수 있는 것이어야 하고, 둘째 원고가 그 보호되는 목적에 따른 집단에 속해야 하고, 셋째 손해가 보호적 효과에 포함되는 것이어야 한다.[445]

제3자 보호 목적과 관련해서는 주로 행정의 해당 의무가 일반 공중에 대한 것인지 개별적 집단 또는 개인을 보호하기 위한 목적을 가지는지 문제된다. 그러나 법원은 제3자 보호목적 의무를 넓게 인정하고 있는 경향이 있다고 평가된다.[446] 예를 들어, 연방정부의 공무원인 항공 운송 관제사들의 반복적인 태업 또는 휴업으로 인하여 공항 중 하나가 이틀간 완전히 폐쇄되었고, 그로 인하여 여행사를 운영하던 원고가 영업상의 손해를 입은 사안에서, 원심은 관제사가 행하는 공무가 원고를 보호하기 위한 것이라고 볼 수 없다고 보아 원고의 손해 배상 청구를 기각하였다. 그러나 연방대법원은 민간 항공에 관한 법률과 관제사의 의무에 비추어 보면 관제사는 항공기가 안전하고 정시에 운영될 수 있도록 보장할 의무가 있다고 판시하면서, 원고는 그 신뢰와 기대 하에서 여행사를 운영하고 있는 것이므로 그에 대한 연방정부의 손해배상 책임이 인정된다고 판단하였다.[447] 또한 법원은 독일은행감독원(BAKred, 현재는 연방금융감독청(BaFin)으로 통합)이 신규 은행의 재정 건전성에 대한 정보를 해당 은행의 주주에게 제대로 제공하지 못한 사안과 은행의 활동을 적절하게 감독하지 못하여 결국 채권자의 손해를 야기한 사안에서, 독일은행감독원의 의무는 사회 일반에 대한 것이지 원고인 채권자, 주주, 예금채권자에 대한 것이 아니라는 주장을 배척하고 독일은행감독원 의무의 제3자 보호목적을 인정하였다. 즉, 독일은행감독원의 의무는 채권자, 주주, 예금채권자에 대한 보호목적을 가지고 있으므로, 연방정부는 독일은행감독원

---

445) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 189면 참조.

446) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 256면 참조.

447) 69 BGHZ 128. 판결의 내용은 Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 255면 참조.

의 직무상 의무의 위반으로 인한 채권자, 주주, 예금채권자에 대한 손해를 배상할 책임을 부담한다는 것이었다.[448]

(4) 공적인 직무를 행하면서 행위를 하였을 것

기본법 제34조에 의하면 "위임받은 공무의 수행에 있어서" 불법행위가 발생하였을 것임을 명시적으로 정하고 있다.[449] 따라서 국가의 배상책임은 공무원이 그에게 맡겨진 공적인 직무를 행하면서 불법행위를 하였을 것이 요구된다. 고권적으로 행위하는 자는 직무를 행하는 자에 해당하며, 고권적인 행위는 국가의 강제수단을 활용하는 행위뿐만 아니라 급부행정의 대부분도 포함한다.[450] 그리고 공적인 직무를 "행하면서" 행위하였어야 하므로 직무수행의 "기회에" 행하여진 행위를 포함하지 않는다.[451] 예를 들어 판례는 당직 의사가 자가용을 운전하던 중 사고를 발생시킨 사안에서, 국가가 차량을 공무 목적으로 사용하는 동안 공무원이 야기한 자동차 사고에 대해서는 손해배상책임을 부담하며, 차량이 개인용인지 업무용인지는 책임 결정에 있어 중요한 요소가 아니라고 하였다.[452] 또한 법원은 야간경비원이 근무시간 중에 개인적인 동기로 살인을 저지른 사안에서, 판례는 공권력 행사의 외양만으로는 충분하지 않고, 공권력 행사와의 내적 연계가 있어야 한다고 판시하였다.[453] 즉, 행위의 목적이 고권적인 활동 영역에 있어야 하고, 이 목적과 가

448) [1979] NJW 1354(BGH); [1979] NJW 1879(BGH). 판결의 내용은 Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 255면 참조.

449) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 256면 참조.

450) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 77면 참조.

451) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 77면 참조.

452) 29 BGHZ 38. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 256면 참조.

453) 11 BGHZ 181. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common

해행위 사이에 내재적 관련성이 존재하여야 기본법 제34조가 정하고 있는 공적인 직무를 행하면서 불법행위를 행한 경우에 해당한다.[454] 항공 운송 관제사들의 반복적인 태업 또는 휴업으로 인한 손해배상을 청구한 위의 사건(69 BGHZ 128)에서, 법원은 파업을 행하는 것도 공적인 직무를 행하는 경우에 해당한다고 하여 연방정부의 책임을 넓게 인정하였는데, 이는 기본법 제34조는 공무원보다 변제자력이 충분한 행정으로부터 손해배상을 받을 수 있도록 한 취지에 의한 것임을 반영한 것이었다.[455] 그러나 위 사건에서 여전히 "어떤 사람의 특정 행동이 공적인 직무를 행하는 경우에 해당하는지 여부는 그 사람이 종사한 행위의 목적이 고권적 활동으로 간주되는지 여부에 달려 있으며, 그러한 경우 그 목적과 손해를 야기한 행위가 외부적으로도 내부적으로 밀접하게 연결되어 있어 그 행위가 고권적 활동에 속할 정도에 이르러야 한다."고 판시하였다.[456]

(5) 손해

민법 제839조가 정하고 있는 손해의 발생 요건은 불법행위로 발생한 모든 재산상의 손해를 의미한다. 민법 제823조가 정하고 있는 절대권 침해, 보호법규 위반과 같은 요건을 갖출 필요는 없고, 명예 등 인격적 이익도 포함한다.[457]

Law Perspective, Springer, 2001, 256면 참조.

454) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 77-78면 참조.

455) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 257면 참조.

456) 69 BGHZ 128 at 130. 위 판결 중 일부 영문 번역본에 대하여 Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 257면 참조.

457) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 79면 참조.

(6) 인과관계

직무의무 위반과 손해 사이에는 민법과 마찬가지로 상당인과관계 이론(Adäquanztheorie)이 적용된다.[458] 절차상 하자만으로 국가배상을 청구할 수 있는지와 관련하여, 종래 판례는 절차상 하자가 보완된 경우에도 동일한 처분이 이루어졌을 것이 명백한 경우에는 직무와의 인과관계가 부정된다고 판시하였다.[459] 현재 행정절차법 제46조[460] 역시 같은 취지로 규정하고 있다. 재량하자의 경우 공무원이 직무에 충실하게 재량행위를 하였다면 다른 판단을 하였을 것이라 가정할 수 있을 때에만 재량행위와 손해 사이의 인과관계를 인정할 수 있다.

(7) 과실

민법 제839조는 과실책임주의를 정하고 있다. 비록 일부 법률에서는 현대국가 작용이 일반 이익의 실현을 위해서 개인에게 위험을 창출하는 경우도 있다는 것을 고려하여 과실이 없는 경우에도 책임을 인정하기도 하지만, 이것은 매우 예외적이고 특수한 영역에서의 행정 작용에 대하여 인정된다.[461] 예를 들어, 법원은 신호등의 고장으로 인하여 사고가 발생한 사안에서 행정의 과실을 인정할 수 없다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.[462] 또한 피고

---

458) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 103면 참조.

459) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 103면 참조. Vgl. DVBI. 1978, 146(147); DVBI 1989, 1094(1096); BGH Urt.v.21.2. 1991-III ZR 245/89.

460) VwVfG §46 절차 및 형식상의 하자의 효과는 “제44조의 규정에 따라 무효로 되지 아니하는 행정행위는 위법 사실이 결정에 실체적으로 영향을 미치지 아니하였음이 명백한 경우 절차나 형식 또는 토지관할권에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 그 폐지를 요구할 수 없다.”고 규정하고 있다.

461) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 257-258면 참조.

市가 관리하는 수도관의 문제로 인하여 원고의 사업장에 물이 넘친 사안에서도, 이 사건의 원인이 된 파이프의 제조상 결함이 피고市의 과실이라고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.[463]

4. 책임의 제한

민법 제839조 제1항 제2문에서는 공무원에게 과실만 있는 경우에는 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 없을 때에만 책임을 지고, 그 결과 국가의 책임도 제한적으로 인정된다.[464] 따라서 피해자가 계약, 사회 보험 또는 기타 법률에 의하여 보상을 받을 수 있는 경우에는 책임 인정에 제한을 가하고 있다.[465] 또한 다른 불법행위자 등으로부터 손해를 배상받을 수 있는 경우에도 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 있는 때에 해당하므로 공무원의 책임이 제한된다.[466] 위 규정은 당초 직무를 수행하는 공무원을 사인에 대한 책임으로부터 보호하기 위한 것이었으나, 기본법 제34조를 통해 공무원의 책임을 국가가 인수함으로써 그 필요성이 약해지게 되었다. 이에 국가배상 책임의 보충성은 제한적으로 해석할 필요가 있다고 한다.[467]

민법 제839조 제2항에서는 기본법 제9조에서 정한 법관이 판결에 있어 직무를 위반한 경우에는 그 의무위반이 범죄행위에 해당하는 때에만 책임을

---

462) 54 BGHZ 332, 336. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 258면 참조.

463) 55 BGHZ 229, 232. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 258면 참조.

464) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 79면 참조.

465) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 258면 참조.

466) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Outhorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 192면 참조.

467) Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1745(한국형사ㆍ법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 62면에서 재인용)

진다고 정하고 있다.[468] 이 때에는 법관의 고의를 전제로 한다.[469] 민법 제839조 제3항에서는 피해자가 고의 또는 과실로 법적 수단을 통한 피해 방지를 소홀히 한 경우에는 손해배상 의무가 인정되지 않는다고 규정한다. 이 규정은 민법 제254조의 특별규정으로서 언제나 완전한 책임배제를 가져오는 것이며, 소송법적 구제뿐만 아니라 법률규정에 의한 위법한 행정 행위의 배제 등을 널리 포괄하는 것이지만, 헌법소원은 포함하지 않는다.[470]

5. 민법상 사용자 책임과의 관계

독일의 국가배상 책임은 공무원의 책임을 전제로 하고, 공무원의 책임은 민법에 규정되어 있으므로, 독일 민법상의 규정, 특히 사용자 책임의 구조를 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로 민법에서 사용자 책임 역시 대위책임 모델과 자기책임 모델로 나누어질 수 있다. 대위책임 모델은 피용자의 불법행위, 특히 피용자의 유책성까지 인정될 것을 전제로 하여 사용자의 불법행위가 성립한다. 이때 사용자는 자신의 과실이 없더라도 피해자에 대하여 손해배상 책임을 부담한다.[471] 이러한 대위책임 모델에 의할 경우 사용자의 면책 가능성을 인정하지 않으므로 결론적으로는 무과실책임이 인정된다. 이러한 입법례를 택하고 있는 나라로는 프랑스(민법 제1384조 제5항), 영국,[472] 미국[473]

---

468) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 258면 참조.

469) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 79면 참조.

470) 송덕수, 독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999., 79면 참조.

471) 사법상 대위책임 모델은 vicarious liability 또는 respondeat superior로 표현된다. Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 572면 참조.

472) Deakin et al., Markesinis and Deakin's Tort Law(6th ed.), Oxford University Press, 2007, 666면 참조.

이 있다. 반면, 자기책임 주의를 택할 경우에는 사용자가 피용자의 선임 · 감독에 따른 주의의무를 다하지 못한 자신의 과실로 인한 책임을 부담하는 것이다. 독일은 민법 제831조 제1항에서 피용자가 자신의 사무집행에 관하여 행한 불법행위와 사용자의 과실을 요건으로 하여 불법행위 책임을 정하고 있다.[474] 따라서 독일 민법은 사용자의 고유한 귀책요건을 전제로 한 자기책임 모델을 따르고 있다고 본다.[475]

독일 민법상의 규정을 바탕으로 사용자 책임을 이해하면, 사용자 책임이 성립하기 위해서는, 피용자의 고의 · 과실은 요구되지 않고, 대신 피용자가 위법하게 타인에게 손해를 야기하였으면 족하다. 그리고 피용자에게 사무집행 관련성이 인정되면 사용자의 과실, 즉 피용자를 사용함에 있어서의 '사회생활상 주의의무'(Verkehrspflicht) 위반이 추정된다고 한다. 사용자는 자신이 피용자에 대한 선임 · 감독상의 주의를 다했다는 것을 증명함으로써 면책될 수 있다.[476] 그러나 독일 민법상 사용자 책임에 대하여는 피용자에 의해 활동을 확대한 사용자에게 피용자의 불법행위를 그대로 귀책시키는 대위책임적인 입법이 더 타당하다는 입법정책적인 비판이 가해졌다. 이로 인하여 독일에서는 학설과 판례에 의해 채무불이행 책임의 확장, 법인 책임의 확장,

---

473) Dobbs, The Law of Torts, 2000, 905면 참조.

474) 독일 민법 제831조 제1항은 "타인을 어느 사무에 사용하는 사람은, 그가 사무의 집행에 관하여 제3자에게 위법하게 손해를 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 사용자가 피용자의 선임에 있어서, 또 사용자가 장비나 기구를 조달하거나 또는 사무의 집행을 지휘하여야 하는 한도에서는 그 조달이나 지휘에 있어서, 거래상 요구되는 주의를 다한 때 또는 그러한 주의를 하였어도 손해가 발생하였을 것인 때에는, 배상의무는 발생하지 아니한다."고 정하고 있고, 제2항은 "계약에 의하여 사용자를 위하여 제1항 제2문에 정하여진 일의 처리를 인수한 사람도 동일한 책임을 진다."고 정하고 있다. 양창수 역, 독일민법 총칙 · 채권 · 물권, 2008.

475) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 572면 참조.

476) 김형석, 사용자책임의 입법주의 연구, 서울대학교 법학, 제53권 제3호, 2012. 9., 450면 참조.

조직과실의 인정을 통해 사실상 대위책임적 입법을 취하는 것과 결론이 유사한 상황에 이르고 있다.[477]

위와 같은 독일 민법상의 변화는 국가배상 제도에도 영향을 미쳤다. 민법 제839조 제1항에 규정된 '공무원'의 직무 개념은 '공공기관'의 의무로서 인식되기 시작하였다.[478] 본래 직무의무 위반이란 공무원이 내부적 관계에서 위임관계를 위반하는 것을 의미하였으나, 이제는 공공기관이 사인과의 관계에서 행한 행위의 위법 여부가 문제 된다고 여겨진다. 이것은 행정 작용의 '위법성'에 있어서 개념의 변화가 이루어지고 있다는 것을 의미한다.

한편, 귀책 요건 역시, '조직과실'(organisatorische Verschulden) 법리를 통해 그 개념이 변화하고 있다. 아직까지 국가배상 제도에 있어서 조직과실을 향한 증명책임의 변화가 명시적으로 있다고 보기는 어려우나, 많은 사례에서 조직과실을 통해 공공기관의 과실을 증명하고자 하는 시도가 있다고 평가된다.[479]

6. 법원과 절차적 특징

바이마르 헌법 제131조 제1항 제3문으로부터 기본법 제34조 제2문에 이르

---

477) 김형석, 사용자책임의 입법주의 연구, 서울대학교 법학, 제53권 제3호, 2012. 9., 450-452면 참조. 또한 민법 제831조에 대해서는 사용자의 무과실책임을 인정하는 것으로 개정안이 제시되기도 하였으나, 실제 입법화되지는 못하였다. 김형석, 사용자책임의 입법주의 연구, 서울대학교 법학, 제53권 제3호, 2012. 9., 452-453면 참조.

478) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 575면 참조.

479) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 575면 참조.

기까지 배상책임에 대하여 통상법원(ordentliches Gericht)에 출소하는 권리를 배제할 수 없다고 정하고 있다.[480] 이는 민 · 형사 사건의 재판권을 갖는 통상법원이 국가배상 소송의 관할이 된다는 것을 의미한다.[481] 독일 법원조직법 제12조에 의하여 각 주에는 지방법원의 지원(Amtsgericht)과 지방법원(Landgericht), 州고등법원이 설치되어 있고, 연방에는 연방법원(Bundesgerichtshof)이 설치되어 있어서 연방과 주가 각각에 대하여 권한을 가지고 있다.[482] 각주에 설치되어 있는 지방법원과 州고등법원이 제1심과 항소심을 담당하며, 최종심은 연방법원이 담당한다.[483]

민사소송 원칙에 따라 당사자주의를 택하고 있으나, 커먼로 법제와 비교하였을 때, 법관이 더욱 능동적이고 관여적인 역할을 할 수 있다.[484] 예를 들어 법관은 필요한 경우에 실질적으로 소송지휘를 할 수 있다(민사소송법 제139조).[485] 이러한 '실체적 소송지휘' 규정에 따라 법관은 당사자들과 함께 사실적 · 법적 관점에 대하여 논의하고 질문을 하여야 하며, 당사자들이 주장하는 사실에 대하여 불완전한 진술이 있다면 이를 보충하거나 증거방법을 제시하고 적절한 신청을 할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다(동조 제1항). 법원은 당사자가 명백히 간과하였거나 중요하지 아니한 것으로 여긴 사항에 대해서는 당사자에게 진술할 기회를 준 때에만 재판의 기초로 할 수 있다(동조 제2항).[486] 법관은 '대화의 형식으로' 당사자와 중요한 사항을 '논의'

---

480) Heinz R, Hink, The German Law of Governmental Tort Liability, Rutgers Law Review 18, no. 4, 1964, 1122면 참조.

481) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 52면 참조.

482) 문병효, 법원조직에 관한 비교법적 고찰 : 독일 및 프랑스를 중심으로, 강원법학 제29권, 2009. 12., 228-229면 참조.

483) 문병효, 법원조직에 관한 비교법적 고찰 : 독일 및 프랑스를 중심으로, 강원법학 제29권, 2009. 12., 230면 참조.

484) Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws(4th ed.), Oxford University Press, 2010, 142면 참조.

485) Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws(4th ed.), Oxford University Press, 2010, 139-140, 142면 참조.

486) 법무부, 민사소송법 번역집(독일), 2019, 103면 참조.

하기 때문에 당사자들은 자신들의 주장과 증거가 법원에서 제대로 고려되었는지 확인할 수 있고, 따라서 예상치 못한 결과를 방지할 수 있다.[487] 이와 같은 특징 때문에 커먼로 법제에 비하여 직권주의와 당사자주의가 혼합된 형태를 가지고 있다고 평가되기도 한다.[488] 법관의 실체적 소송지휘 의무는 당사자의 사실에 관한 설명의무 · 진실의무(제138조)와 함께 판단과정의 투명성을 확보하고, 판결의 신뢰성을 높인다는 효과가 있다.[489]

7. 정책적 요소의 고려 여부

독일의 국가배상 책임을 고려함에 있어서 중심이 되는 원리는 법치국가원리이다.[490] 즉, 국가의 위법한 행정 작용은 사법심사의 대상이 되며 그 손해에 대한 금전적 배상이 이루어져야 한다는 것이다. 국가의 위법한 행정 작용에 대하여 국민이 갖는 기본권은 위법한 행정행위에 대한 방해배제청구권으로서의 행정처분의 취소, 위법한 행정 결과의 제거를 위한 결과제거 청구, 금전적 손해배상의 단계로 이루어진다고 여겨진다.[491] 이에 독일의 국가배상 제도를 형성한 입법 의원, 법관, 학자들은 국가책임 인정시 반대적 효과로서 나타날 수 있는 정책적 요소들에 대하여 고려하지 않은 것은 아니나, 그보다 앞선 원칙인 법치주의 원리에 따른 제도를 형성해 왔다.[492]

국가배상 제도의 형성 초기에는 소극적 행정의 우려나 국가 재정 악화를

---

487) 사법정책연구원, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정판 재판운영, JPRI 연구보고서, 2019, 251면 참조.

488) Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws(4th ed.), Oxford University Press, 2010, 142면 참조.

489) 사법정책연구원, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정판 재판운영, JPRI 연구보고서, 2019, 250면 참조.

490) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 52면 참조.

491) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 53면 참조.

492) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 58면 참조.

우려하여 공무원이 악의적으로 행위하거나 그 행위가 범죄에 해당하는 경우에만 공무원의 책임을 인정해야 한다는 논의도 있었다. 그러나 국가배상 책임이 너무 제한될 것을 고려하여 공무원 개인의 책임에 대해서는 과실책임을 인정하되, 보충적 구제수단이 없을 때에만 책임을 인정하는 내용으로 민법을 제정하게 되었다.[493] 또한 국가의 배상책임 인정으로 인한 재정적 부담 및 남소의 우려에 대해서도 인정하였으나, 그보다는 공권력 작용으로 인한 손해를 오롯이 개인이 부담하는 것은 적절하지 않다는 결론에 이르렀다.[494]

한편 법치주의에 의하여 공권력에 의하여 손해를 입은 개인은 보상을 받아야 한다는 것이 필수불가결한 원칙으로 다루어졌다.[495] 과거 제국법원(Reichsgericht)은 법원이 행정의 재량결정에 개입해서는 안된다는 입장에서 재량권 행사의 범위를 넘는 자의적인 행정의 경우에만 법원의 개입을 인정하였다.[496] 그러나 현대의 민주 국가에서 재량권의 행사는 법의 지배에 의하여야 한다는 관념이 확산되었고, 재량권 행사 역시 사법심사의 대상이 되었으며, 재량권 행사로 인한 국가배상 책임 역시 인정하게 되었다.[497]

II. 과실책임

1. 과실 개념과 내용

민법 제839조에 의하여 독일의 국가배상 책임은 직무위반에 대한 객관적

493) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 59면 참조.
494) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 59면 참조.
495) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 60면 참조.
496) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 62면 참조.
497) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 63면 참조.

위반으로 성립하는 것이 아니라 직무의무에 대한 '책임 있는 위반'(schuldhafte Verletzung)을 요한다.[498] 이 때의 귀책요건으로서의 고의 또는 과실은 직무의무 위반에 관한 것이고 손해에 관한 것은 아니다.[499] 따라서 공무원의 인식은 의무위반에 대한 인식일 것을 요한다. 과실이 성립하기 위해서는 적어도 직무의무 위반의 가능성에 대해서 인식하여야 하며, 해당 직무에 대한 주의의무를 위반한 경우에 인정된다.[500]

학설과 판례는 직무의무의 내용으로 적법한 행위 의무, 비례원칙 준수 의무, 관할 · 절차 규정 준수 의무, 신속한 결정 의무, 직무상 비밀준수 의무, 정확한 정보제공 의무, 하자 없는 재량행사 의무 등을 인정한 바 있다.[501] 공무원의 하자 있는 법인식도 귀책사유가 되며, 공무원은 업무 분야에 대한 판례, 학설, 해석을 포함하여 관련 법규정에 정통할 의무가 있다. 다만, 객관적인 법 해석이 모호한 경우에는 신중한 법적 판단과 사실 조사에 근거하여 타당한 법 해석을 하면 되는 것이고, 이후 판례에 의하여 다른 결론에 이르게 되었다고 하더라도 귀책사유를 구성하는 것은 아니다.[502]

2. 사법상 과실과의 비교

공무원의 고의 · 과실의 내용은 민법 제839조의 역사적인 배경과 함께 이해되어야 한다.[503] 제839조 제1항 제1문은 오로지 공무원이 고의 또는 과실

498) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 59면 참조.
499) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 59면 참조.
500) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 60면 참조.
501) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 57면 참조.
502) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 103면 참조.
503) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 234면 참조.

로 직무를 위반한 경우에만 책임을 부과하도록 규정하고 있다. 즉, 공무원은 자신의 고의 또는 과실이 문제 되는 경우에만 책임을 부담하므로, 그 외의 경우에는 손해가 발생하더라도 책임으로부터 자유로울 수 있다. 그러나 이후 독일에서는 대위책임 제도를 택하면서 공무원이 부담하는 책임을 국가가 대신 부담하는 형태로 전환이 이루어졌다. 따라서 독일에서는 공무원 개인이 책임을 부담하지 않으므로 공무원의 고의 또는 과실 요건은 좀 더 완화될 필요가 있다는 점이 논의되었다. 아울러 민법에서는 이미 과실 개념이 매우 넓게 이해되고 있었기 때문에, 과실의 인정 범위에 관한 국가배상에서의 논의를 뒷받침하는 역할을 하였다.[504] 즉, 민법에서는 이미 영국과 같이 객관적 주의의무 위반, 즉 가상의 합리적인 사람을 기준으로 하여 주의의무 위반을 평가하며, 이로 인하여 사실상 소송에 있어서는 과실의 증명이 문제되어 패소하는 경우가 거의 없었다.[505]

한편, 민법 제823조가 과실을 귀책사유로 정하고 있고,[506] 이를 민법 제276조 제1항 2문에서 정하고 있는 과실 개념과 연결하면,[507] 국가배상 제도

---

504) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 234면 참조.

505) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 234면 각주 46 참조.

506) 독일 민법 제823조 제1항은 “고의 또는 과실로 법령에 반하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 기타 권리를 침해한 자는 이로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.”고 정하고 있고, 제2항은 “타인을 보호하기 위한 법령을 위반한 자에게도 동일한 의무가 부과된다. 법령의 범위에 따라 과실 없이 침해가 가능한 경우에는 가해자에게 과실이 귀속될 수 있는 경우에만 배상 의무가 발생한다.”고 정하고 있다. Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 117에 기재된 영문 번역본 참조.

507) 민법 제276조 제1항 2문에서는 경과실, 보통 과실, 중과실을 정하고 있다. Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 191.

의 과실 역시 민법과 마찬가지로 일상생활에 필요한 주의를 기울이지 않는 것으로 정의할 수 있다. 이것은 독일법에서 과실에 대한 전통적이고 기본적인 이해에 해당한다.[508]

3. 직무상 의무의 범위

직무상 의무가 제3자 보호 목적을 가지고 있어야 한다는 점은 과실 인정에 있어 제한적으로 작용한다.[509] 공무원의 주의의무가 일반 공중의 이익을 위해서 존재해야 하는 것뿐만 아니라 적어도 손해를 입은 개인 또는 그 개인이 속한 집단을 보호하기 위한 목적을 가지고 있어야 한다는 것을 의미하기 때문이다.[510] 제3자 보호 목적의 유형으로는 4가지가 있다.[511] 첫째, 특정 개인이 행정에 대하여 어떠한 행정 작용을 요구할 수 있는 권리, 즉 공법상 이행청구권(öffentlich-rechtlicher Erfüllungsanspruch)을 갖는 경우이다.[512] 예를 들어, 개인이 건축허가를 신청했으나 거절된 경우에 신청인은 건축허가를 신청할 권리가 있고, 행정은 이를 허가해 주어야 할 의무가 있다. 그러나 만일 행정이 건축허가를 거부하거나 위법하게 조건을 부가하여 허가하는 때에는 신청인은 위 거부처분 등의 효력을 다툴 것이다. 따라서 이 경우에는 배상책임이 문제되기보다는 사법심사를 통해 행정처분의 위법성을 다투는 것이 주된 구제수단이 될 것이다.[513]

---

508) Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 118.

509) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 235면 참조.

510) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 235면 참조.

511) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 236-237면 참조.

512) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 236면 참조.

513) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and

둘째, 행정기관과 개인이 특별한 관계에 있는 경우이다.[514] 예를 들어, 학교는 학생을 보호할 의무가 있지만, 이에 더 나아가 학생이 다른 제3자에 대하여 손해를 끼치는 것을 막을 의무도 있다. 따라서 후자의 경우에는 학교는 경우에 따라 학생에 의하여 손해를 입은 제3자에게 손해를 배상해야 한다.[515] 셋째, 행정기관이 직접적으로 개인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산을 침해한 경우가 있다. 이 경우 오로지 경제적 이익만이 문제되는 경우는 제외한다.[516] 넷째, 법률의 목적으로부터 개인을 보호하기 위한 것임(Schutzzweck der Norm)을 해석할 수 있는 경우이다.[517] 이때 법률의 보호 목적을 해석함에 있어서 반드시 명시적인 법률의 문언에 근거할 필요는 없으며, 법률이 정하고 있는 내용의 성질, 관련 상황을 고려하여 판단한다. 해당 법률이 공공의 이익을 위한 것이라고 할지라도 부수적으로 개인을 보호하기 위한 목적이 인정되는 경우에는 제3자 보호 목적이 인정된다.[518] 예를 들어, 손해를 입은 사람에게 공법적 구제 수단을 제공하고 있거나, 생명이나 건강에 특별한 위험이 발생하는 경우를 염두에 둔 규범의 경우에는 개인을 보호하기 위한 목적을 인정할 수 있다. 또한 개인이 특별한 공적 상황에 의하여 행정기관의 의무에 의존하게 되는 경우 그러한 공적 상황은 개인을 보호하기 위한 목적도 가지고 있는 것으로 추정된다. 그러나 보호되는 이익의 범위는 제한적으로 인정된다. 예를 들어, 도로 교통의 안전을 유지할 의무는 모든 도로 사용자 개인을 보호하기 위한 것이고, 이는 생명, 신체, 자유, 재산에 관한

Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 236면 참조. X(Minors) v. Bedfordshire County Council[1995] 3 WLR 165, 166.

514) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 236-237면 참조.

515) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 236-237면 참조.

516) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 237면 참조.

517) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 237면 참조.

518) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 237면 참조.

것이거나 이와 유사한 것에 미치는 것이지, 경제적인 수익의 상실에까지 미치는 것은 아니다. 따라서 만일 교통 신호가 잘못 설치되어 사고가 발생하였다면, 그에 대하여 생명, 신체, 재산에 발생한 손해는 보호범위 안에 있는 것으로 볼 수 있으나, 그로 인하여 경제적 기대 이익을 얻을 수 없게 되었다면 그것만으로는 책임을 물을 수 없을 것이다.[519] 또한 연방 대법원은 만일 관련 법률이 직무상 의무가 제3자 보호 목적을 가지고 있는지에 대하여 침묵하고 있는 경우 제3자 보호 목적이 있다는 점을 추정하기도 하였다.[520]

III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계

1. 국내법 적용 내용

독일 민법 제839조에서는 '직무의무 위반'(Amtspflichtverletzung)과 '유책'(schuldhaft) 요건을 별도의 책임 요건으로 명시하고 있다.[521] 따라서 직무의무 위반으로서의 위법성과 과실은 분리되어 평가된다는 점에서 프랑스의 la faute 개념 및 영국의 negligence 개념과 구별된다고 할 것이다.[522] 특히 독일의 경우 행정 작용이 재량권 행사의 범위 내에 있다고 하더라도 광범위한 사법심사의 대상이 된다.[523] 따라서 사법심사의 범위가 넓게 인정된 이상, 재량권 범위 내의 행위라 할지라도 공무원의 과실을 인정하는 데 있어 별다

---

519) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 237-238면 참조.

520) BGH 15 February 1979, BGHZ 74, 144, 147=NJW 1979, 1354, B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 235면 각주 49 참조.

521) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 98면 참조.

522) 김정민, 영국의 과실불법행위(Negligence)에서의 주의의무의 존부에 관한 판단기준, 민사법학 제47호, 2009, 447면 참조.

523) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 235면 참조.

른 장애요소가 되지 않았다. 즉, 미국에서와 같이 행정 작용이 '재량'의 성질을 갖는다고 하여 그것이 사법심사 대상성에 문제를 가져오지 않았을 뿐만 아니라 독일은 영국의 Wednesbury 기준에 의한 합리성 테스트 보다 엄격한 기준으로 재량권 행사에 대한 사법심사가 이루어지기 때문에, 과실 인정에 있어서도 장애가 되지 않는다.[524]

2. 유럽법 적용 내용

독일 법원은 국내법 적용과 유럽법 적용의 이분법적인 구분 상황을 유지하고 있다고 평가된다.[525] 또한 유럽법 위반으로 인한 국가책임 인정에 있어서 소극적인 태도를 보이고 있는데, 주로 개인의 권리에 관한 보호 목적을 가지고 있지 않다는 이유로 청구를 기각하는 경우가 많다.[526] 그러나 독일의 국가배상 제도 역시 유럽법에 의한 영향을 받고 있다.[527] 유럽연합조약(TEC, Treaty Establishing the European Community) 제288조 2문에 의하면, 계약외 책임에 대하여 유럽연합은 회원국의 법률에 공통적인 일반원칙에 따라 행정기관이나 공무를 수행하는 자에 의하여 손해를 입은 경우에 손해를 전보할 책임을 진다고 규정하고 있다.[528] 이에 유럽재판소(ECJ)는 유럽연합의

---

524) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 235면 참조.

525) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 221면 참조. 2 December 2004 III ZR 358/03.

526) Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2006, 221면 참조.

527) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 268면 참조.

528) Article 340 (ex Article 288 TEC) In the case of non-contractual liability, the U nion shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servan ts in the performance of their duties. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSer v.do?uri=CELEX%3A12008E340%3AEN%3AHTM[방문일시 : 2023. 6. 5.]

책임을 판단함에 있어 과실(fault) 없이도 위 조항에 의한 책임을 인정한다.[529] 또한 ECJ는 심각한 유럽법 위반이 존재하는 경우에 과실 없이도 회원국의 책임을 인정하기도 하는데, 1996년 R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd(No 4) 사건에서는 '유럽법의 심각한 위반'(serious breach of European Law) 이상의 것을 요구하거나 과실을 요구하는 것은 허용될 수 없다고 명백히 밝히기도 하였다.[530] 즉, 유럽법은 행정작용의 주체에 대한 책임을 인정함에 있어 공무원의 과실을 책임의 요건으로 고려하고 있지 않지 않으며, 유럽연합조약이 유럽법의 집행을 위하여 회원국이 적절한 조치를 취해야 한다는 점을 정하고 있다(제10조).[531] 또한 유럽재판소는 회원국의 국내법과 유럽법의 통일성을 기해야 할 필요성을 판시하고 있으므로, 독일의 국가배상 역시 유럽법의 적용으로 인한 영향을 받았을 것임을 짐작할 수 있다. 최근 독일의 국가배상 제도는 책임의 객관화, 탈개인화를 통해 직무책임(Amtshaftung)에서 객관적 국가책임(objecktive Staatshaftung)에 가까워지고 있다고 한다.[532]

IV. 과실 판단기준

---

529) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 268면 참조.

530) R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd(No 4) [1996] 2 WLR 506. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 268면 참조.

531) Article 10 Member States shall take all appropriate measures, whether general o r particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or re sulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilita te the achievement of the Community's tasks. https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tec _2002/art_10/oj[방문일시 : 2023. 6. 5.]

532) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 75.(한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023. 1., 60면에서 재인용). Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 269면 참조.

독일에서는 객관적 행위 기준, 책임 추정, 조직과실 이론에 따라 책임의 객관화 경향을 띠고 있다.[533] 효과적인 권리구제를 위하여, 배상책임의 범위를 확대하기 위한 것으로 이해된다. 예를 들어, 법원은 당시 행위를 한 공무원을 기준으로 주관적인 과실을 판단하지 않고, '의무에 충실한 평균적인 공무원'(pflichtgetreuer Durchschnittsbeamten)을 기준으로 과실을 판단한다.[534] 따라서 당해 직무를 수행함에 있어 평균적으로 요구되는 주의(Sorgfalt)를 기울이지 않았다는 것을 증명하면 족하고,[535] 실제 해당 공무원이 어떠한 능력을 갖추고 있었는지는 과실의 판단기준이 되지 않는다.[536] 이에 소송에서 원고는 '행정청'(Behörde)이 객관적으로 요구되는 주의의무를 다하지 않았음을 증명하면 족하고, 구체적으로 행위한 '공무원'(Amtswalter)을 특정할 필요는 없다.[537]

예를 들어, 1980년 BGH NJW 1980, 2194 사건은 높은 울타리로 인하여 고속도로를 달리던 운전자가 가시성의 제한을 받아 상해를 입었다는 이유로 국가배상 책임을 주장한 사안이었다.[538] 법원은 피고 市가 고속도로에 관한 법률상 도로 교통 안전 의무를 부담하며, 위 의무는 고속도로 이용자에 대한 것임을 판시하여 직무 의무가 있음을 확인하면서 그 직무 의무의 기준에 관하여, "사고 당시 중앙 보호 구역에 위치한 관목은 사고 당일 약 1.2m의 높

---

533) 이상해, 행정규칙의 발령행위에 대한 배상책임-독일에서의 논의를 중심으로, 공법연구 39.1 (2010), 386면 참조.

534) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 102면 참조.

535) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 102면 참조.

536) BGH judgment of 10 July 1980-III ZR 58/79(Braunschweig). Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 194.

537) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 102-103면 참조.

538) B.S. Markesinis, The Tortious Liability of Statutory Bodies, Hart Publishing, 1999., 131-137면의 판결문 영문 번역본 참조.

이에 이르렀다. 항소심이 판단한 바와 같이, 1.2m의 울타리는 명백히 운전자의 가시성을 방해하는 것이었다. (중략) 도심의 교통량이 많은 상황에서는 운전자가 보통의 경우보다 덜 조심스럽게 운전한다는 점까지도 고려해야 하고, 피고 市도 이를 인지했을 것이다. 따라서 울타리를 정기적으로 70~80cm 높이로 잘라야 한다는 것은 명백히 요구되는 것이다. 이는 상대적으로 간단하고 비용이 많이 들지 않은 조치이면서 피고에게도 충분히 기대할 수 있는 조치이다."라고 판시했다.[539]

당시 피고 市는 자신의 과실과 관련하여 "울타리를 1년에 1번씩은 잘랐고, 중앙 보호 구역의 울타리에 대해서는 1년에 2번씩 잘라 모양을 유지하였다. 고속도로의 진출입부와 가까운 울타리의 끝부분은 중앙 부분보다 더 많이 잘랐다."라고 주장하였으나, 법원은 피고 市가 취해야 할 조치의 내용을 분명히 밝히면서, 당시의 상황을 바탕으로 합리적인 행정이 취해야 할 조치를 하지 않은 과실이 인정된다고 판단한 것이다. 즉, 익명성을 기반으로 한 평균인으로서의 행정 공무원을 기준으로 고속도로에서의 안전을 확보하기 위한 장애물 제거의 기준은 평소 실제 공무원이 어떠한 노력을 기울였는지와 상관없이 인정되는 것이며, 이러한 기준에 미치지 못하면 과실을 인정하였다.

V. 종합 및 분석

1. 대위책임과 과실 인정

독일은 민법 제839조와 기본법 제34조를 결합하여 국가배상 책임을 인정하고 있다. 민법 제839조 제1항은 공무원의 직무위반 행위로 인한 손해를 공무원 자신이 책임지도록 규정하고 있는 반면, 기본법 제34조에서는 공무원의 책임을 국가로 이전시킨다.[540] 이는 '직무책임'(Amtshaftung) 유형을 택한

539) 영문 번역 필자.
540) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학,

것이며 대위책임에 해당한다.

독일의 직무책임 유형의 특수성은 공무원의 위법한 행위는 본래 국가에 속할 수 없는 것이며, 개인이 책임져야 한다는 원리하에 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고 기본법 제34조를 통해 국가가 공무원의 책임을 인수하는 것이고, 이를 통해 공무원은 그 책임을 면하게 된다. 이를 두고 독일의 직무책임은 '직접적인 국가책임'(unmittelbare Staatshaftung)이 아니라 '간접적인 국가책임'(mittelbare Staatshaftung)에 속한다고 한다.[541] 이러한 원리를 반영하면, 독일에서는 국가가 공무원의 책임을 인수하는 것이므로, 공무원이 본래 주장할 수 있었던 유리한 항변을 모두 원용할 수 있다. 또한 국가가 부담하는 책임은 공무원이 본래 부담하는 책임의 범위, 즉 금전적 배상책임만을 부담할 수 있을 뿐, 원상회복과 같은 유형의 책임은 위 원리를 통해 부담할 수 없다.[542]

민법 제839조에 의하여 본래 공무원이 책임의 주체가 되어야 할 것임에도 불구하고 국가로 하여금 그 책임을 인수하도록 한 이유는 입법 정책적 고려에 의한 것이었다. 가장 중요한 목적은 변제능력이 풍부한 국가를 통해 피해자를 보호하는 것이었고, 부차적으로는 경과실의 경우에는 공무원의 책임을 면제함으로써 소극적 행정에 대한 우려를 해결하기 위한 것이었다.[543] 그러나 대위책임 유형 및 간접적 국가책임에 근거한 국가배상 책임은 현대의 행정 현실에 맞지 않는다는 비판이 제기되고 있으며, 판례의 태도가 점차 직접적인 국가책임에 가까워지고 있다는 평가도 있다.[544]

---

vol. 5, 1993, 97면 참조.

541) 간접적인 국가책임은 국가 자신의 항변권을 행사할 수 있는 직접 책임(direct liability)이나, 민법상 사용자책임에 대응하는 vicarious liability와 구별된다. Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, 2000, Oxford U Comparative L Forum 8 at ouclf.law.ox.ac.uk, text after note 139.

542) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 97면 참조.

543) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학, vol. 5, 1993, 97-98면 참조.

544) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제,

책임의 성립은 직무위반을 전제로 하므로 국가가 국민에 대한 관계에서 부담하는 의무를 위반하였다면, 이는 국가의 의무를 수행해야 하는 공무원의 직무 위반을 구성할 것이다. 기본법 제20조 제3항이 정하고 있는 행정의 법률적합성 원리로부터 공무원이 적법하게 행위하여야 할 직무의무가 도출될 수 있다. 이때 적법하게 행위 하여야 할 의무에는 법률뿐만 아니라 관할, 형식, 절차 규정 준수 의무 역시 하위 유형으로 포괄한다.[545] 경찰법 등 개별 법률에서는 비례원칙 준수 의무를 정하고 있는 경우도 있는데 이렇게 특정한 유형의 행정에서는 비례원칙 역시 적법하게 행위 하여야 할 직무의무에 포함된다.[546] 행정행위의 위법성은 직무위반을 형성할 가능성이 크지만, 행정행위에 대한 사법심사를 통하여 행정행위가 취소되었거나 무효로 선언되었다고 하더라도, 곧바로 책임이 인정된다고 볼 수 없다. 국가배상 책임을 판단하는 민사법원에서는 그 자체적으로 직무행위 위반을 판단할 것이기 때문이다.[547] 더욱이 독일에서는 책임을 구성하는 위법행위는 반드시 손해를 입은 개인에 대하여 존재하는 직무에 관한 것이어야 한다.[548] 이것은 관련 법률의 보호 목적과 관련이 있다. 다만, 그 보호 목적이 오로지 손해를 입은 개인에 대한 것일 필요는 없고, 최소한 부수적인 목적이 있다고 볼 수 있으면 족하다.[549]

2. 평가

2023, 54면 참조.

545) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 57면 참조.

546) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 57면 참조.

547) Robert Rebhahn, Public liability in Comparison-England, France, Germany, 74면 참조.

548) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 254면 참조.

549) Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001, 256면 참조.

독일에서는 민법 제839조와 기본법 제34조에 의하여 공무원의 불법행위 책임이 국가로 이전되는 대위책임 형태를 가지고 있음을 명시하고 있다. 또한 민법 제839조에는 직무의무 위반과 과실이 별개의 요건으로 정하고 있으므로 위법한 행정결정이라고 하여 그로써 곧바로 과실이 인정될 수는 없다. 그러나 명문의 규정에도 불구하고 학계에서는 꾸준히 국가배상 제도의 한계를 극복하고자 자기책임적 국가배상 제도를 형성하기 위한 이론적 근거를 제시하여 왔으며, 1981년에는 「국가책임법」이 제정되기도 하였다. 이에 독일에서는 과실의 객관화, 조직과실 등과 같이 해석을 통해 과실의 범위를 넓히려 시도한다. 이와 같은 배경에는 독일 국가배상 책임의 중심이 되는 법치국가 원리가 있다고 평가된다. 이에 남소의 우려, 소극적 행정, 국가의 재정적 부담이라는 다른 정책적 요소보다도 행정의 위법성 통제의 관점이 더욱 우선시 된다. 또한 이미 법인 책임의 확장, 객관화된 과실 개념을 널리 인정하고 있는 민법의 영향을 받기도 하였다. 즉, 민법에서는 객관적 주의의무 위반이 널리 인정됨으로 인하여 사실상 소송에 있어서는 과실의 증명이 문제 되어 패소하는 경우가 거의 없었다는 점이 공무원의 책임을 전제로 하는 국가배상 책임에도 영향을 미쳤다는 것이다.[550]

판례를 통해 위법한 행정 결정과 과실과의 관계를 형성해 온 프랑스, 영국, 미국과 달리 독일은 민법 제839조의 규정으로 인하여 위법성과 과실은 별개의 요건으로 다루어져야 함이 명백하였다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 이론에 근거한 법률의 해석을 통하여 그 한계를 극복하기 위한 시도가 이루어졌고, 입법을 통해 문제를 해결하려는 주장도 이루어지고 있다. 공무원의 과실책임을 전제로 국가의 배상책임을 인정해야 한다는 성문법의 존재에도 불구하고 국가배상 제도의 의미와 중요성은 역사적으로 변화해 왔고, 그 결과 해석을 통해 구체적 타당성을 기하려는 것으로 평가할 수 있다.

---

550) B.S. Markesini, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing, 2001, 234면 각주 46 참조.

제3절 영국

I. 국가배상 제도 개관

영국은 국왕면책권을 폐지하고 공권력 주체의 경우에도 사인과 마찬가지로 책임이 인정될 수 있다는 원리를 통해 국가배상 제도를 형성하여 왔다. 특히 과실책임과 관련하여 판례는 상당한 변화를 겪고 있으며 2018년 Robinson v Chief Constable of West Yorkshire 사건, 2019년 Poole BC v GN 사건을 통해 Caparo 테스트의 적용 범위를 새로운 주의의무 인정에만 적용하도록 하였다.[551][552] 이에 사법상 불법행위 책임과의 유비적 추론을 통해 국가배상 책임 제도를 형성하는 경향이 강해졌다. 한편, 종래 인권법의 제정 등으로 유럽법의 영향을 많이 받아 왔으나, 최근 유럽연합의 탈퇴로 인하여 국내법 변화의 가능성이 주목되고 있다.

1. 역사적 발전

(1) 국왕소추법의 도입

영국 국가배상 제도의 발전은 1947년「국왕소추법」(Crown Proceedings Act)의 도입, 유럽법의 영향으로 인한 1998년 「인권법」(Human Rights Act)의 제정, 브렉시트(Brexit)라는 역사적 사건을 기준으로 나누어 볼 수 있다. 국왕소추법의 도입 이전 영국 국가배상 제도의 역사는 'King can do no wrong'으로부터 시작한다. 영국은 왕실에 대한 면책특권을 인정하였고, 이는 국왕소추법이 제정되기 전까지 이어졌다.[553] 다이시(A.V. Dicey)의 법치주의

---

551) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; Poole BC v GN [2019] UKSC 25.

552) Caparo Industries plc v Dickman [1990] UKHL 2.

553) 강구철, 영 · 미의 국가배상 제도, 법학논총 제21권 제2호, 2009, 53면 참조.

사상이 대표하듯이, 법 이론의 관점에서 왕은 법 아래 있는 것으로 여겨졌으나 실질적으로 국왕의 행위로 인하여 손해를 입은 개인에 대하여 구제수단은 주어지지 않았고, 국왕은 소송의 상대방이 될 수 없었다. 이는 영주가 그의 영토 내에 존재하는 법원에서 피소당하지 않는다는 것과 같은 원리였다.[554] 그러나 개인이 아무런 구제수단을 갖지 못하는 것은 아니었다. 개인은 권리청원 제도(petition of right)를 통하여 계약위반, 재산침해를 주장할 수 있었고, 국왕은 이를 받아들일 것인지를 재량적으로 결정할 수 있었다.[555] 그럼에도 불구하고 위와 같은 제도는 국왕의 시혜적인 조치에 불과하였고, 매우 복잡한 절차를 거쳐야 했으며, 많은 시간이 걸렸기 때문에 사실상 적극적으로 활용되기 어려운 제도였다.[556] 더욱이 계약위반에 대해서는 구제수단을 인정하면서, 불법행위에 대해서는 구제수단을 인정하지 않아 후대로부터 비논리적이라는 비판을 받기도 하였다.[557]

1920년부터 1947년까지 영국에서는 국왕소추법의 제정이 논의되었고, 1947년 「국왕소추법」의 제정을 통해 불법행위 소송에서 국왕도 완전한 능력을 갖춘 사인과 동등하다고 여겨졌다. 일반적으로, 국왕에 대한 소송은 관련된 정부 부처를 상대로 제기되었고,[558] 주로 법무부 장관을 상대로 하였다. 국왕소추법 하에서는, 왕은 그의 수행자로 인하여 발생한 불법행위에 대하여 사용자책임을 져야 하고, 이때 왕의 수행자는 독립계약자를 포함하는 넓은 개념으로 규정되었다. 그러나 국왕소추법은 완전한 것이 아니며, 지금까지도 혼란스러운 점이 있다고 여겨진다.[559]

---

554) 강구철, 영 · 미의 국가배상 제도, 법학논총 제21권 제2호, 2009, 52면 참조.

555) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 907면 참조.

556) Peter Cane, Controlling Administrative Power − An Historical Comparison, Cambridge University Press, 2016, 371면 참조.

557) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 907면 참조.

558) J.Jacob, The Debates behind an Act: Crown Proceedings Reform, 1920-1947, Public Law, 1992, 452면 참조.

559) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 907면 참조.

(2) 유럽법의 영향

영국 정부의 책임을 결정함에 있어 유럽법 위반과 국내법 위반은 다르게 취급되었으나, 국내법원이 유럽법 위반으로 인한 영국 정부의 책임을 다루게 되면서 국내의 국가배상 제도 역시 유럽법에 의한 영향을 받게 되었다.[560] 예를 들어, 국내법 위반을 주장하는 경우 원고는 자신이 주장하는 청구원인이 불법행위의 유형 중 어느 유형에 속하는지를 증명해야 한다. 그러나 유럽법 위반은 위반 사실 그 자체만으로 청구원인을 구성하고, 유형분류적 관점에 의할 필요가 없다.[561] 또한 국내법 위반으로 인한 경우에는 위법성이 인정되더라도 별도로 과실을 증명해야 한다는 것이 판례를 통하여 확립되었지만,[562] 유럽법 위반이 존재할 때는 '충분히 심각한 위반'(sufficiently serious breach)이 존재하면 과실을 증명할 필요 없이 책임을 물을 수 있다.[563] 국가작용으로 인하여 손해를 입은 피해자로서는 그 원인이 국내법 위반인지 또는 유럽법 위반인지 여부는 중요한 사실이 아니며, 단지 우연한 사정에 의한 것이라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 차이로 인해 실제 소송에서의 원고의 지위 및 적용 법리, 소송의 결과에 상당한 차이가 발생하는 것에 대하여 영국 내에서도 비판적인 견해가 존재한다.[564]

---

560) Peter Cane, Controlling Administrative Power-An Historical Comparison, Cambridge University Press, 2016, 374면 참조.

561) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 53면 참조.

562) Barrett v Enfield LBC [2001] 2 AC 550; Phelps v HIllingdon LBC[2001] 2 AC 619. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 47면 참조.

563) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 580면 참조. ECJ, joint cases C-46 and 48/93 [1996] ECR I-1029.

564) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 53면 참조.

더욱이 「인권법」(Human Rights Act 1998; HRA)는 유럽인권협약에 근거하여 인권법에 수용된 자유와 권리인 협약상의 권리(Convention rights)와 양립할 수 없는 행위를 한 국가작용을 모두 불법행위로 보고, 이에 대한 구제방법을 별도로 정하고 있다(제8조 제1항). 인권법은 구제 방법을 형성하는데 있어 법원에 대하여 넓은 재량권을 정하고 있으나, 한편으로 제41조의 규정을 통해 유럽인권재판소에 의해서 적용된 원칙을 고려해야 한다는 점을 정하고 있다.[565] 즉, 영국은 법률을 통해 유럽인권재판소에 의해 형성된 원칙을 국내법으로 도입하였다.

(3) 브렉시트

영국은 2016년 5월 24일 유럽연합 탈퇴에 대한 국민투표를 실시했으며 국민투표 결과 51.9%의 찬성표로 유럽연합 탈퇴가 결정되었다. 이에 영국 정부는 2017년 3월 29일부터 유럽연합과의 탈퇴 협상을 시작하였다.[566] 기본적으로 영국은 유럽연합에 대한 분담금이 매우 높은 반면, 농업 지원금 등을 통해 돌려받는 금액은 적어 사실상 다른 회원국들에 비하여 유럽연합에 잔류하기 위한 과도한 비용이 들고 있다는 비판적인 시각이 존재하고 있었다.[567] 더욱이 2008년 남유럽 국가의 재정 위기와 주요 회원국들의 경기 침체는 유럽연합에 대한 영국의 회의감을 불러일으켰고, 2010년대에 들어 유럽연합에 유입되는 난민의 급증은 특히 저숙련 노동자를 중심으로 한 사회적 갈등을 야기하였다.[568] 이에 영국에서는 영국의 '통제권을 되찾아야 한다'(take back control)는 슬로건 하에 브렉시트를 결정하였고, 2020년 1월 31

565) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 53-54면 참조.
566) 심성은, 브렉시트(Brexit) 전개과정과 쟁점 및 시사점, NARS 현안분석 vo. 45, 2019. 1. 29., 국회입법조사처, 1면, 5면 참조.
567) 심성은, 브렉시트(Brexit) 전개과정과 쟁점 및 시사점, NARS 현안분석 vo. 45, 2019. 1. 29., 국회입법조사처, 1면, 2면 참조.
568) 심성은, 브렉시트(Brexit) 전개과정과 쟁점 및 시사점, NARS 현안분석 vo. 45, 2019. 1. 29., 국회입법조사처, 5면 참조.

일 오후 11시 영국은 더 이상 유럽연합의 회원국이 아니게 되었다.[569]

그동안 유럽법의 영향 아래에 있던 영국의 법체계에서 그 내용을 제거하기 위한 시도가 이루어졌다.[570] 2018년 「유럽연합 탈퇴법」(European Union Withdrawal Act; EUWA)을 통해 1972년 「유럽공동체법」(European Communities Act; ECA)을 폐지하였고, 유럽공동체법은 더 이상 국내적으로 효력을 발생할 수 없게 되었다.[571] 그러나 영국과 유럽연합은 탈퇴협정(Withdrawal Agreement)을 통해 2020년 12월 31일 오후 11시까지 과도기 기간을 두어 1973년부터 계속하여 유럽법의 영향을 받은 영국법의 충격을 최소화하고자 하였다.[572] 그리고 EUWA 제6조 제7항은 과도기 기간 이후에도 '유지된 유럽법'(retained EU law)의 내용을 지정하여 법 적용의 연속성을 확보하고자 하였다.[573] 예를 들어, 유럽법 우선의 원칙(EU supremacy principle)은 EUWA 제4조 제1항에 의하여 유지된 유럽법 중 하나로서 국내법화 되었다.[574] 그러나 영국은 EUWA Schedule 1 paragraph 4를 통해 영국은 유럽법 위반으로 인한 국가책임 원칙인 프랑코비치(Francovich) 원칙을 폐지하기로 하였다.[575][576] 브렉시트 이전에 일어난 유럽법 위반 또는 유럽법

---

569) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 726면 참조.

570) Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press (2022), 116면 이하 참조.

571) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 726면 참조.

572) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 726면 참조.

573) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 728면 참조.

574) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 730-731면 참조.

575) Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, 751면 참조.

576) Schedule 1

Rule in Francovich

이 국내법으로 체화된 경우까지 국가배상 영역에서 제외되는 것은 아니다. 그러나 국내법은 정치적 변화에 따라 언제든지 바뀔 수 있다는 점에서 영국의 국가배상 제도는 상당한 변화를 앞두고 있다고 평가된다.[577]

2. 국가배상 책임의 근거

(1) 국왕면책권의 폐지

봉건제도의 몰락 이후에도 영국에는 여전히 국왕이 존재하였고, 국왕에 대한 불법행위 면책특권 개념도 여전히 유효하게 잔존하였다. 한편, 명예혁명 이후 대부분의 행정 권한은 국왕을 떠나 중앙행정부로 이전되었으므로 중앙행정부의 활동으로 인하여 입은 손해에 대해서는 면책특권의 영향을 받지 않는다고 볼 수도 있었으나, 중앙정부는 왕실(Crown)로 이해되었다. 따라서 중앙정부 역시 불법행위에 대하여 왕실 면책특권(Crown immunity)을 갖는다고 여겨졌다. 즉, 영국에서는 오래전부터 이론적 근거가 아니라 역사적 전통으로 인하여 확고하게 불법행위에 대한 면책특권이 존재하였으며, 군주와 중앙정부 모두 면책특권을 갖는다고 여겨졌다.[578] 이러한 원칙은 1947년 국왕소추법(The Crown Proceedings Act)에 의하여 수정되었다. 위 법률은 국왕이 민사상 사용자책임과 같은 대위책임을 부담한다는 점을 규정하였다.[579][580]

---

4 There is no right in domestic law on or after exit day to damages in accordance with the rule in Francovich. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/schedule/1/enacted#:~:text=4%20There%20is%20no%20right%20in%20domestic%20law,damages%20in%20accordance%20with%20the%20rule%20in%20Francovich[방문 일시 :2023. 6. 4.]

577) Emily Hancox, Interpreting the post-Brexit legal framework, The Cambridge Law Journal, 80(3), 2021, 428-433면 참조.

578) 윤세창, 영국 행정법상의 국가배상 책임론, 법학행정논집 vo.7, 1964, 141면 참조.

579) 황진영, 국가배상청구 소송에 관한 연구 – 조세법률관계를 중심으로 -, 국회예산정책처, 2009. 12., 20-21면 참조.

(2) 사법상 원리

다이시(A.V. Dicey)에 의하면, 영국에서 '법 앞의 평등'(eqaulity before the law)이란 일반법원이 집행하는 하나의 법에 모든 사람이 보편적으로 종속된다는 것이다.[581] 따라서 모든 공무원은 법적 정당성 없이 수행된 모든 행위에 대하여 일반 시민과 동일한 책임을 져야 한다.[582] 즉, 원칙적으로 영국의 국가배상 제도는 사인들 사이에 적용되는 불법행위 원칙에 근거하며, 행정재판소가 아니라 일반재판소에 의하여 판단되는 사법적 모델을 취하고 있다고 할 것이다.

3. 국가배상 책임의 유형별 요건

(1) 유형구분적 관점

국가를 상대로 불법행위 책임 소송을 제기하기 위해서는 해당 행위가 특정한 불법행위 중 하나에 속함을 증명해야 하는데, 이를 '유형구분적 관점'(pigeon-hole approach)이라 한다. 불법행위의 종류로는 과실(neligence), 법률상 의무 위반(breach of statutory duty), 공무원의 불법행위 책임(misfeasance in a public office), 불법방해(nuisance), Rylands v Fletcher 사건에 기인한 청구, 불법감금(false imprisonment), 인권법 위반으로 인한 손해(damages under the Human Rights Act 1998) 등이 있다.[583] 영국에서는 단

580) 국왕소추법 제2조 제1항은 국왕은 국왕의 피용자인 국가공무원 또는 대리인이 범한 불법행위 등에 대하여 국왕이 일반성년의 능력자인 사인(私人)이 지는 것과 같은 불법행위 책임을 진다고 규정하고 있다. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/section/2[방문일시 : 2023. 6. 19.]

581) A.V. Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, Liberty Classics, 1982, 120면 참조.

582) A.V. Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, Liberty Classics, 1982, 120-121면 참조.

순히 행정이 부주의하게 이루어졌다는 이유만으로는 배상 청구를 할 수 없으며, 특정 불법행위 유형에 해당하며 그 유형의 요건을 갖추었음을 증명해야 한다.[584][585] 만일 그렇지 않으면, 민사소송규칙 제3부 제4조에 의하여 당사자의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 청구가 소송에서 고려될 수 없다(strike-out).[586] 이 중 가장 흔하게 행해지는 소송 유형으로는 과실책임(negligence)이 있다.[587] 법원은 기존에 확립된 주의의무 외에도 새로운 주의의무의 성립을 인정하였고, 이에 따라 과실에 근거한 국가배상 책임 청구가 증대하였다.[588]

(2) 공무상 직권남용

---

583) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 909면 참조.

584) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 31면 참조.

585) Craig Purshouse, Arested Development : Police Neligence and the Caparo 'Test' for Duty of care, Torts Law Journal 23, 2016, 4-5면 참조.

586) 영국의 경우 민사소송규칙(Civil Procedure Rules; CPR) 제3부(part 3) 제4조에 의하여 strike-out 제도를 두고 있으며, 국가배상 소송에서도 민사소송 규칙을 따른다. strike-out 제도는 소송 당사자의 신청에 의하여, 또는 법원의 직권으로 소송 당사자가 제출한 법률문서를 소송절차에서 제외하는 것이다. 영국의 불법행위 책임은 유형화 되어 있다고 이해되고, 해당 유형에 해당하지 못하면, 당사자의 신청 또는 법원의 직권으로 strike-out 된다. 예를 들어, 행정의 과실을 주장하더라도 커먼로상 과실을 주장하는 것인지, 법률상 의무 위반으로 인한 과실인지 등 과실의 유형에 대한 주장 및 증명이 필요하다. 이러한 점에서 법원이 상황을 전체적으로 판단하여 유형에 관계없이 과실이 존재하는지 여부를 판단하는 프랑스와 차이점이 있다.

587) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 32면 참조.
https://www.lawcom.gov.uk/project/administrative-redress-public-bodies-and-the-citizen/[방문일시 : 2023. 1. 3.]

588) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 16면 참조.

‘공무상 직권남용 책임’(tort of misfeasance in pubilc office)은 공법상 위법성을 사법상의 불법행위 책임으로 인정한다는 점에서 영국 국가배상 제도상의 거의 유일한 공법상의 불법행위 책임이라고 할 수 있다.[589] 위 책임유형은 공무원의 악의뿐만 아니라 공법적 위법성(illegality)의 인식(knowledge)에 대한 증명으로도 불법행위 책임이 성립될 수 있기 때문이다.[590] 그러나 공무상 직권남용 책임 유형은 널리 사용되지 못하였는데, 원고로서는 공무원의 주관적 인식을 증명해야 하는 부담이 크기 때문이었다. 최근에는 2003년 Three Rivers DC v Bank of England(No. 3) 사건에서 원고들이 공무상 직권 남용(misfeasance)을 청구원인으로 주장하였고, 이에 위 유형은 다시 주목받게 되었다.[591]

위 사건에서 원고는 ‘위법성의 인식’(knowledge of illegality)이 객관적인 부주의함(objective recklessness)을 포함하는 것으로 보아야 한다고 주장했다.[592] 즉, 소극적으로 위법성을 인식하지 못한 것도 적극적으로 위법성을 인식한 것과 같이 보아야 한다는 것이고, 이것은 위법성만으로도 귀책요건이 인정될

---

589) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 51면 참조.

590) 위 불법행위 책임이 성립하기 위해서는 원고는 공무원의 악의(malice)를 주장 · 증명해야 한다. 악의는 특정 개인을 향하여 손해를 입히려는 의도일 수도 있고(targeted malice), 공무원이 행정 작용의 불법성과 원고에 대하여 손해를 입힐 것임을 알면서 또는 그러한 점에 대하여 ‘부주의한 무관심’(reckless indifference)으로 인한 것일 수도 있다(untargeted malice). 위 두 가지 유형은 선택적인 것이나, 둘의 차이는 첫째 유형은 공무원의 악의(malice)가 중요한 반면, 둘째 유형은 공무원의 인식(knowledge)이 중요하다는 점이다. The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 32면 참조.

591) Three Rivers DC v Bank of England(No. 3)(Summary Judgement) [2003] 2 A.C. 1 HL. 위 사건은 예금자 보호와 관련하여 영란은행(Bank of England)이 부당하게 국제신용상업은행(BCCI)에 대하여 예금을 수취권을 허가하였고, 이후 이를 취소하지도 아니하였다는 이유로 국제신용상업은행(BCCI)의 청산절차로 인해 손해를 입게 된 예금주들이 제기한 소송이다.

592) Three Rivers DC v Bank of England(No. 3)(Summary Judgement) [2003] 2 A.C. 1 at 27 참조.

수 있는 프랑스에서의 위법성-과실 동등론의 관점과도 연결되는 부분이다. 피고는 이에 대응하여, 위 불법행위 유형은 실제의 인식(actual knowledge)만을 포함하는 것이고, 주관적인 부주의함(subjective recklessness)정도는 포함할 수도 있으나, 원고의 주장과 같이 객관적인 부주의함(objective recklessness)까지는 인정될 수 없다고 하였다.[593] 결과적으로 위 사건에서 법원은, 객관적인 부주의(objective recklessness)만으로는 공무상 직권남용이 인정되지 않는다고 판시하였다.[594] 그러나 법원은 공무원이 인식한 불법성으로 인하여 원고가 손해를 입을 심각한 위험이 있다는 것을 알았음에도, 의도적으로 그러한 위험을 무시한 경우와 같이 주관적인 부주의함(subjective recklessness)의 경우에는 공무상 직권남용에 해당한다고 보았다.[595]

위 사건은 공무원의 주관적 인식과 관련하여, 악의(bad faith)뿐만 아니라 부주의함(recklessness)도 포함하였다는 점에서 의의가 있다. 위 사건 이후 판례들은 공무원의 실제의 인식(knowledge) 또는 행위의 불법성과 그 결과에 대한 주관적인 부주의함(subjective recklessness)을 증명해야 한다고 판시하였고, 단지 부주의한 무관심(reckless indifference)만으로는 책임이 성립하기 어렵다고 하였다.[596] 즉, 공무원의 직권남용 유형과 관련하여 행위의 위법성 자체는 귀책요건(fault)의 충분조건이 아니고, 공무원의 실제의 인식(knowledge)와 주관적인 부주의함(subjective recklessness)이 귀책사유를 구성하게 된다.[597]

---

593) Three Rivers DC v Bank of England(No. 3)(Summary Judgement) [2003] 2 A.C. 1 at 28 참조.

594) Three Rivers DC v Bank of England(No. 3)(Summary Judgement) [2003] 2 A.C. 1 at 183 참조.

595) Three Rivers DC v Bank of England(No. 3)(Summary Judgement) [2003] 2 A.C. 1 at 42, 45, 46 참조.

596) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 944면 참조. Dennett[2007] EWCA Civ 1091; Henderson [2007] EWCA Civ 930; Chagos Islanders v Att Gen [2004] EWCA Civ 997; Merelie v General Dentist Council [2009] EWHC 1165(QB).

597) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 51면 참조.

(3) 법률상 의무 위반

‘법률상 의무 위반으로 인한 불법행위 책임’(tort of breach of statutory duty)이 성립하기 위해서는 단순히 법률상 위반이 존재한다는 것만으로 부족하다. 18세기부터 19세기 초반 무렵의 법원은 법률상 위반으로 인하여 개인이 손해를 입은 경우에는 불법행위로 인한 손해배상 책임을 제기할 수 있는 청구원인(cause of action)이 존재하는지 여부를 엄격히 따지지 않고 일반적으로 청구원인을 인정하였다.[598][599] 그러나 1877년 Atkinson 사건[600]에 의하여 영국 법원은 책임의 범위를 좁게 인정하는 태도로 바뀌었다. 위 사건에서 법원은 행정이 법률에 의해 부과된 의무를 위반하여 그로 인해 원고가 손해를 입었다는 것을 주장하는 것만으로는 충분하지 않다고 판시했다. 위 사건 이후 법원은 행정의 의무를 규정하고 있는 입법자의 의도를 살펴 그 의무 위반이 존재하는 경우에 개인으로 하여금 불법행위 책임을 물을 수 있도록

598) 청구원인(cause of action)은 법률상의 구제를 허용하게 하는 선재적 사실 요건이다. 이미 확립된 유형으로는 계약, 불법행위, 법률 등이 있다. 예를 들어 원고가 계약을 근거로 피고를 상대로 소송을 제기하기 위해서는 계약상의 구성요건에 해당하는 사실적 요건을 주장하여야 한다. 만일 청구원인을 갖추지 못한다면, 이는 주장 자체로 이유가 없는 것이므로 법원은 더 나아가 판단하지 않고 원고의 청구를 각하한다(strike out). 주장 자체의 요건을 갖추었는지를 심리하는 것일 뿐 본안심리를 하지 않는다는 측면에서 우리나라의 각하판결과 유사한 측면이 있다. 우리나라 문헌에서는 청구원인 또는 소인(訴因)으로 번역되기도 하고(예를 들어, 현낙희, 상법 제814조 제소기간에 관한 연구 – 상법 제814조 제소기간 도과의 이익 포기 가부를 중심으로 -, 선진상사법률연구 통권 제95호, 2021. 7., 14면 참조), 청구원인으로 번역되기도 한다(예를 들어, 이헌묵, 영국법상 기판력에 관한 연구, 민사소송 제20권 제2호, 2016, 302면 참조). 아래에서는 우리법에 좀 더 가까운 표현인 청구원인으로 번역하였다.

599) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 931면 참조. Sterling v Turner (1672) 1 Ventris 206; Rowning v Goodchild (1773) 2 W. Black 906; Schinotti v Bumsted (1796) 6 T.R. 646; Barry v Arnaud (1839) 10 Ad. & E.; Ferguson v Kinnoull (1842) 9 C1. & F. 251; Pickering v James (1872-73) L.R. 8 C.P. 489.

600) [1877] 2 Ex D 441.

하는 청구원인이 존재하는지를 엄격히 살펴보기 시작하였다.[601]

구체적으로 살펴보면, 영국 법원은 법률상 의무 위반으로 인하여 불법행위 책임을 묻기 위해서는 두 가지 요건이 더 충족되어야 한다는 입장을 취했다. 첫째 법률상 의무가 특정한 범위의 사람들을 보호하기 위하여 부과된 것이고, 둘째 의회가 그러한 법률상 의무 위반으로 인한 손해에 대한 구제책으로서 손해배상 소송을 허용할 의도가 있어야 한다는 것이다.[602] 명시적으로 행정의 법률상 의무 위반에 대하여 개인의 손해배상 청구권을 규정하고 있는 경우는 매우 드물었으므로,[603] 원고는 법률상 의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서는 의회의 의도를 증명해야만 했다. 소송에서 원고들은 법률 제정 당시의 의회에서의 논의 등을 증거로 제시하였고, 법원은 의회의 의도를 다양한 근거를 통해서 파악하였다. 그러나 의회의 의도를 증명하는 것은 원고에게 상당한 부담을 지우는 일이었다. 만일 법률에서 손해배상 청구 외에 다른 구제 수단을 정하고 있다면 이는 손해배상 청구를 허용하지 않겠다는 의회의 의도가 있는 것으로 해석되므로, 이러한 경우에는 개인이 손해배상을 청구하는 것이 허용되지 않는다.[604]

(4) 과실책임

직권남용이나 법률상 의무 위반을 원인으로 한 불법행위 책임은 상대적으로 제한적으로 인정되므로, 과실(negligence)을 이유로 하여 손해의 배상을 청구하는 것이 더 일반적이다.[605] 물론 하나의 행위가 과실과 법률상 의무

601) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 932면 참조, Atkinson (1877) 2 EX. D. 441 at 448.

602) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 37면 참조.

603) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 33면 참조.

604) Cutler v Wandsworth Stadium Ltd[1949] AC 398, 407.

605) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 34면 참조.

위반(breach of statutory duty) 모두에 해당할 수도 있고, 불법행위 청구에 있어서 위 두 유형은 독자적으로 존재한다.[606] 과실책임을 주장하기 위해서는 네 가지의 요건이 충족되어야 한다. ① 사법심사 가능성, ② 주의의무의 존재, ③ 주의의무의 위반, ④ 인과관계 있는 손해의 존재이다.

1) 사법심사 가능성

사법심사 가능성에 관한 초기 심사기준은 1970년 Dorset Yacht Club Co Ltd v Home Office 사건에서 설시되었다.[607] 위 사건에서 법원은 사법심사가 가능한 것은 행정이 '권한을 넘는'(ultra vires) 행위를 한 경우에만 가능하다는 기준을 제시하였다.[608] 위 기준은 행정이 자신의 재량권 행사 범위를 넘지 않는 한 의회가 행정에 대하여 면책특권을 부여하기로 하는 의도가 있었다는 점을 고려하는 것이었다.[609] 그러나 사법상의 불법행위 책임을 묻는 사건에서, 공법상의 기준인 '월권'(ultra vires)를 사용하는 것이 적절한지에 대해 많은 논란이 있었다.[610] 다른 심사기준은 정책 결정(policy decisions)과 운영 결정(operational decisions) 사이의 이분법이었다.[611] 정책 결정은 희소한 자원의 할당 또는 위험 분배에 대란 재량적 결정을 포함하는 것이며, 법원이 개입할 수 없는 것으로 여겨졌다.[612] 따라서 후자의 경우에만 법원의 심사가 가능하다는 논리였다. 그러나 실제로 정책 결정과 운영 결정을 구별하기란 어려운 일이었으며,[613] 법원이 그러한 평가를 하기에 적절하지 않은

606) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 34면 참조.
607) Dorset Yacht Club Co Ltd v Home Office [1970] AC 1004.
608) Dorset Yacht Club Co Ltd v Home Office [1970] AC 1004 at 1031.
609) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 35면 참조.
610) Duncan Fairgrieve, Pushing back the Boundaries of Public Authority Liability :Tort Law Enters the Classroom, Public Law, 2002, 298면 참조.
611) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 36면 참조.
612) Rowling v Takaro Properties Ltd [1988] AC 473 at 501B.

기관이라는 점은 이후 2001년 Barrett 사건에서 Hutton 경과 Slynn경에 의하여 지적되었다.[614]

2) 주의의무의 존재

과거 법원은 1978년 Anns v Merton LBC 사건에서 법원이 주의의무를 인정할 경우 그와 반대되는 정책적 고려가 존재하는지를 확인할 필요가 있다는 2단계 테스트를 제안하기도 하였다.[615] 그러나 이후 1990년 Caparo v Dickman 사건을 통해 확립된 3단계 테스트로 주의의무의 존재를 확인해 왔다.[616] 3단계 테스트를 통해 확립된 내용은, 첫째 손해가 합리적으로 예견가능할 것(foreseeability), 둘째 당사자들이 근접한 관계에 있을 것(proximity), 셋째 이러한 의무를 부과하는 것이 공정하고 정당하며 합리적일 것(fair, just, and reasonable) 기준이었다. 그러나 대법원은 2018년 Robinson v Chief Constable of West Yorkshire 사건,[617] 2019년 Poole BC v GN 사건을 통해 위 Anns 사건과 Caparo 사건을 통해 확립된 테스트 기준은 재고될 필요성이 있다는 점을 지적하였다.[618] 리드(Reed) 경은 Robinson 사건과 GN 사건에서 모두 정책적 요소를 고려하는 fair, just, and reasonable 기준을 재고할 필요성에 대하여 지적하였다. 리드 경은 위 테스트가 모든 경우에 적용될 필요가 없으며, 이미 법원에 의하여 인정되고 있는 주의의무의 존재를 확인함에 있어서는 다시 위 정책적 요소를 고려하여 주의의무를 배척해서는 안 된

---

613) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 36면 참조.

614) Barrett v Enfield London Borough Council [2001] 2 AC 550. Hutton 경의 의견은 580면, Slynn 경의 의견은 571면 참조.

615) Anns v Merton London Borough Council [1977] UKHL 4, [1978] AC 728. Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press, 2022, 507면 참조.

616) Caparo Industries plc v Dickman [1990] UKHL 2.

617) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4.

618) Poole BC v GN [2019] UKSC 25

다고 하였다.[619] 또한 법원은 정책적 요소를 평가할 수단을 가지고 있지도 않다고 하였다.[620] 이와 같은 판례의 변화는 이미 기존에 확립되어 있는 주의의무와 관련된 경우에 정책적 요소에 관한 고려를 제외하고자 하는 것이었다.[621] 또한 근본적으로 법원이 정책적 고려를 하는 것에 대하여 의문을 표하는 것이기도 하였다.[622]

3) 주의의무 위반

주의의무 위반은 피고가 합리적으로 예상되는 수준의 기준을 만족시키지 못하는 경우에 발생한다.[623] 따라서 구체적으로 어떠한 기준을 설정하는지에 따라 피고의 주의의무 위반 여부가 결정된다. 법원은 여러 가지 요소들을 고려하여 주의의무 위반의 수준을 결정하여 왔다. 법원이 고려하는 사정에는 피고의 행위가 원고에게 손해를 끼칠 가능성, 손해의 심각성, 위험을 제거하는 데 소요되는 비용 등이 포함된다.[624] 특히 법원은 피고의 행위가 공익을 위하여 수행된 것인지, 어느 정도의 공익을 위한 것인지를 고려한다.[625] 예를 들어 1946년 Daborn v Bath Tramways Motor Co 사건에서는, 만일 기차가 5mph의 속도로 달릴 경우에는 사고의 위험성이 낮아질 것이지만, 그것이 국가 전체의 이동 및 운송의 속도를 늦출 것이라는 우려가 제기되기도 하였

619) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 26, Poole BC v GN [2019] UKSC 25 at 64.
620) Poole BC v GN [2019] UKSC 25 at 34.
621) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 923면 참조.
622) Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press, 2022, 507면 참조.
623) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 43면 참조. Bolam v Friern Hospital Committee [1957] 1 WLR 582 at 585.
624) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 43면 참조.
625) Bolton v Stone [1951] AC 850.

다.[626]

또한 법원은, 전통적으로 1957년 Bolam 사건을 통해 확립된 기준으로서, 같은 전문성 또는 기술을 가진 사람이 동등한 상황에서 취하였을 행위를 기준으로 주의의무 위반을 판단하기도 한다.[627] 위 기준은 법원이 구체적인 영역과 상황에서의 전문성을 고려하여 가장 적정한 기준을 심리할 수는 없으므로, 일반적으로 그 영역에서 전문성을 가진 집단이 행하는 기준을 바탕으로 주의의무 위반을 판단하는 것이 적절하다는 생각에 기반한다.[628]

4) 인과관계 있는 손해

커먼로상 인과관계는 사실적 인과관계와 법적 인과관계가 존재한다. 영국 국가배상 제도에서 인과관계를 판단함에 있어 원칙적으로 사법상 기준과 동일한 기준을 적용한다. 즉, 사실적 인과관계를 판단하기 위해서는 'but for 테스트'를 사용한다. 피고의 과실이 없었더라면 원고가 손해를 입었을지 여부에 대하여 평가하는 것이다. 그러나 모든 경우에 but for 테스트가 사용되는 것은 아니며, 법적 원인을 파악하기 위한 경우에는 예견 가능성(foreseeability) 기준이 사용된다. 실질적으로 피해를 초래하지 않았다고 하더라도 법적으로 인과관계가 있는 것으로 평가될 필요성이 있는 경우에는 손해가 과실의 성격으로부터 예견 가능한지를 평가하는 것이다.[629]

(5) 무과실책임

---

626) Daborn v Bath Tramways Motor Co [1946] 2 ALL ER 333 at 336.

627) Bolam v Friern Hospital Committee [1957] 1 WLR 582

628) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 44면 참조.

629) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 44면 참조. Overseas Tankship(UK) v Morts Dock and Engineering Co ("The Wagon Mound") [1961] AC 388.

영국 법원은 1868년 Rylands v Fletcher 사건을 통하여 자신의 목적을 위해 자연적으로 존재하지 않는 것을 자신의 땅에 가져온 사람에게 무과실책임을 부과하는 원칙을 확립했다.[630] 과실이 없는 경우에도 특별한 위험 상황을 창출하였다는 것을 근거로 하여 무과실책임을 인정하는 것이다.[631] 위험 상황의 전형적인 예로서는 화학물질, 전기, 불이 있다.[632] 그러나 이러한 무과실 원칙은 국가배상 책임의 인정과 관련하여서는 거의 사용되지 못하였다.[633] 법원은 법률상 권한(statutory power)을 사용하는 경우임과 동시에 불법방해(nuisance)로 인한 책임을 인정하는 법률상 조항이 있는 경우에만 엄격하게 무과실책임을 인정하였기 때문이다.[634][635] 만일 불법방해로 인한 책임을 인정하는 조항이 없는 경우에는 법률상 '권한'의 행사만으로는 불법행위로 인한 청구원인이 인정할 수 없으므로 위 원칙을 적용할 수 없다. 만일 법률상 '의무'가 문제되는 경우라 할지라도, 법률에 의하여 그러한 행동이 명시적으로 요구되거나, 그러한 요구 사항에 대응하여 합리적으로 행위가 이루어진 경우, 그리고 이것이 모두 과실 없이 수행된 경우에는 불법방해 조항의 존재에도 불구하고 책임이 없다.[636]

---

630) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 950면 참조.

631) Rylands v Fletcher [1868] LR 3 HL 330.

632) Sir William Wade & Christopher Forsyth, Administrative law(10th ed.), New York: Oxford University Press, 2009, 662면 참조.

633) 국가배상 제도에서 불법방해 조항이 제한적으로 적용되었다는 점에 대해서는 Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 950-951면 참조.

634) 불법방해 조항(nuisance clause)는 기관의 책임을 불법방해 유형에 한정하는 것으로 본다. 따라서 불법방해 조항의 존재는 행정의 과실이 존재하지 않는 한 다른 책임을 배제하는 것으로 해석한다. Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 950면 각주 258 참조.

635) Dunne v North Western Gas Board [1964] 2 Q.B. 806 CA at 837-838. 법률상 권한 조항 하에서 행정 작용이 이루어진 경우, 불법방해 조항이 없으면, 책임도 없다.

636) Dunne v North Western Gas Board [1964] 2 Q.B. 806 CA at 834-835.

4. 관할법원과 절차적 특징

영국에서 국가배상 소송은 일반 민사소송 절차에 따라 일반법원(ordinary court)에 제기한다.[637][638] 그러나 영국에서 행정 사건을 전문으로 하는 법원이 존재하지 않는 것은 아니다. 프랑스의 꽁세유데따만큼 전문적이지는 않지만, 영국에서도 행정소송과 관련해서는 Crown office list가 발전하였고, 이는 현재 Administrative Court라고 명명되었다.[639] 영국 역시 행정법에 전문성이 있는 판사가 심리하며, 여기에서 손해배상 책임도 함께 심리될 수 있다. 그러나 사법심사 과정에서 손해배상도 함께 명해지는 것은 매우 드문 일이고, 손해배상 청구는 공법적 쟁점이 결정된 이후에는 따로 심리되기 위해 이송되는 것이 일반적이다.[640]

영국의 국가배상 소송은 당사자주의에 의한다는 점에서 직권탐지주의적인 성격을 갖는 프랑스의 국가배상 소송절차와 구별된다.[641] 판사는 당사자의 이익과 관련된 주장과 증명자료만을 주로 다루게 되며, 그 외에 제3자에 대한 정책적 영향에 대한 판단은 사실상 판결에서 다루기 어렵다. 이러한 절차적 특성으로 인하여 영국 법원이 국가배상 소송에서 정책적 요소에 대한 판

---

637) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 131면 참조.

638) 종래 영국의 상원(House of Lords)의 위원회 중 상고심위원회(Appellate Committe)가 최고 법원의 역할을 하였고, 그 구성원을 법률귀족(Law Lord)이라고 칭하면서 상원 의원이 대법관을 겸임하고 있었다. 이에 대해서는 의회가 대법원의 기능까지도 수행하면서 권력분립의 원칙에 반한다는 비판이 제기되기도 하였다. 이후 2005년 「헌법개혁법」(Constitutional Reform Act)을 통해서 2009년 10월이 되어서야 영국의 대법원(Surpeme Court)이 의회로부터 독립하여 출범하였고, 그 구성원 역시 'Justice'라고 칭하게 되었다. 임종훈, 영국 대법원의 독립과 그 헌법적 함의, 공법연구 제43집 제3호, 2015. 2., 234-235, 237면 참조.

639) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 19면 참조.

640) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 19면 참조.

641) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 122면 참조.

단을 하면서도 사안별로 일관되지 않은 판단을 내리기도 하는데, 이는 각 사안에서 당사자들의 주장 및 증명이 달리 나타나기 때문이기도 하다.[642] 한편, 행정 작용에 대한 사법심사와 관련한 민사소송규칙(Civil Procedure Rules) Part 54를 통하여 행정에 책임을 물을 수는 있으나, 오히려 일반 민사절차에 의하여 소송을 제기하는 것이 증거 법칙이나 제소기간 등에 있어서 더 유리하기 때문에 거의 사용되지 않는다.[643][644]

5. 정책적 요소의 고려

영국의 법원은 소위 정책적 요소(policy factors)를 상당히 비중 있게 다루는 점이 특징적이다. 이것은 국가배상 책임을 판단할 때, 공익과 사익 사이에서 균형을 이루고자 하는 시도라고 보기도 하고,[645] 국가배상 책임의 확대를 막고자 하는 태도라고 보기도 한다.[646] 법원이 사용하고 있는 정책적 요소는 크게 네 가지가 있다.[647] 첫째, 경제적 요인이다. 자원의 분배와 관련하여, 배상책임의 부과는 행정 활동에 있어 시간, 인력, 재원의 비효율적인 분배를 가져올 것이라는 점이다. 이러한 우려는 특히 긴급성과 효율성을 요구하는 경찰 활동과 관련하여 설시되었다. 1988년 Hill 사건에서 케이스(Keith) 경은 만일 경찰 행위의 부작위에 대하여 국가배상 책임이 인정되는 경우, 경

---

642) Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing, 2014, 73-74면 참조.

643) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 131면 참조.

644) 영국 민사소송규칙 Part 54의 내용 참조. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54#54.5[방문일시 : 2023. 6. 1.]

645) Duncan Fairgrieve, Pushing Back the Boundaries of Public Authorities Liabiilty : Tort Law Enters the Classroom, Public Law, 2002, 298면 참조.

646) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 45면 참조.

647) 아래 영국 법원이 고려하고 있는 정책적 고려 사항에 관해서는, Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 45-50면 참조.

찰의 시간, 수고, 및 비용이 국가배상 소송에 대응하기 위하여 투입될 것이며, 이것은 범죄 억제라는 경찰의 가장 기본적인 기능 수행의 저하로 이어질 것이라고 하였다.[648] 또한 1995년 Elguzouli 사건에서 스테인(Steyn) 경은 검사가 배상책임을 피하기 위하여 시간과 자원을 사용해야만 하는 상황이 될 것이라는 점을 우려하였다.[649] 한편, 다른 경제적 측면으로는 보험으로 인하여 손해의 회복이 이루어질 수 있다는 점이다. 1996년 Stovin 사건에서 호프만(Hoffmann) 경은 도로의 위험성으로 교통사고가 발생하였다고 하더라도, 피해자는 운전자의 보험사로부터 배상을 받을 수 있다는 점을 지적하고 있다.[650]

둘째, 방어적 행정에 대한 우려이다. 특히 1995년 Bedfordshire 사건에서 브라운-윌킨슨(Browne-Wilkinson) 경은 만일 행정의 책임이 인정된다면, 지방 행정당국은 업무를 수행함에 있어 더욱 방어적인 접근 방법을 취할 것이라고 주장했다. 예를 들어, 상황에 따라 학대의 위험에 처해 있는 아동을 신속하게 가정으로부터 분리하는 조치를 취하는 것이 적합함에도 불구하고, 만일 과실책임이 인정된다면, 행정은 신속한 판단을 함에 있어 소극적일 수밖에 없다고 하였다. 이러한 경우 아동은 행정 결정의 지연으로 인해서 학대에 노출되는 피해를 입을 수밖에 없고, 행정의 입장에서는 방어적 고려를 위한 업무의 양이 증가하는 부작용이 발생할 것이라는 점이다.[651]

셋째, 법원이 행정의 판단을 대체하는 것은 적절하지 않다는 논리, 이른바 '사후적 의심론'(second-guessing argument)이다. 사후적 의심론은 일견 영국법에서의 정책 결정 단계와 집행 단계의 구별 이론과 맥을 같이하는 것으로 보인다. 즉, 행정의 정책 결정은 존중되어야 하며, 따라서 법원은 정책의 집행 단계에 대한 사법 심리를 할 수 있을 뿐, 행정부가 적절하다고 판단한 정책에 대하여 사법부가 그 위법 · 부당을 판단하는 것은 적절하지 않다는 관

648) Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1988] 1 WLR 1049, at 1056.
649) Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis [1995] 2 WLR 173, at 183.
650) Stovin v. Wise [1996] 3 WLR 388 at 419.
651) X(Minors) v. Bedfordshire County Council [1995] 3 WLR 152, at 184-185.

점이다. 위 구분법은 '사법심사 대상성'(justiciability)을 결정하기 위한 것이라는 점에서, 결국 면책권과 연결된다.[652] 그러나 오늘날 위 구분기준은 법원의 판시 근거로는 거의 사용되지 않고 있다. 오히려 법원은 위 구분 기준보다는, 행정 자원이 매우 희소하다는 점을 이유로 주의의무를 부정하여 결국 책임을 부정하는 결론에 이르고 있다.[653]

넷째, 원고가 국가배상 제도 외에 다른 구제수단을 통해 손해를 회복할 수 있다는 고려이다. 이러한 고려가 처음으로 이루어진 것은 1987년 Hill 사건이다. 위 사건에서 폭스(Fox) 경과 글라이드웰(Glidwell) 경은 피해자가 범죄상해보상 제도를 통하여 금전적 보상을 받을 수 있다는 점을 고려하였다.[654][655] 특히 영국의 범죄상해보상 제도는 범죄로 인해 발생한 신체적 · 정신적 피해에 대하여 상당히 넓은 범위에서 보상을 인정하고 있다는 점에서 법원이 대안적 구제수단으로 언급하고 있는 것으로 보인다.[656] 한편 1995년 Bedfordshire 사건과 1995년 Elguzouli 사건에서는 대안적 구제수단이 주의의

652) 진도왕, 영국 과실불법행위법상 경찰의 주의의무 판단기준, 경찰법연구 제16권 제1호, 2018, 237-238면 참조.

653) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 49면 참조.

654) Justice Fox의 의견에 대해서는, Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1987] 2 WLR 1126 at 1137.

655) Justice Glidwell의 의견에 대해서는, Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1987] 2 WLR 1126 at 1140.

656) 영국의 범죄피해보상제도는 연 30,000건의 청구, 130,000,000파운드(한화 약 2,000억 원, 2023. 1. 2. 환율 1GBP = 1533.3498KRW 기준) 지급 규모를 가지고 있다. 이는 우리나라의 2020년 국가배상 예산 1,000억원의 2배 규모이며, 2021년 국가배상 예산 1,500억원을 기준으로 하더라도 상당한 규모이다. 구체적 보상의 범위는 정신적 · 신체적 피해, 범죄 피해로 인한 일실 손해, 특별한 비용(사고로 인하여 직접적으로 야기되었으며, 28주 이상 일을 할 수 없게 된 경우), 부모를 잃게 되거나 보호자를 잃어 재정적 의존을 할 수 없게 된 손해, 위자료, 장례비를 포함한다. 또한 범죄로 인하여 직접적으로 피해를 입은 당사자뿐만 아니라, 그 가족도 일정 요건을 갖추는 경우에는 대상이 된다. https://www.gov.uk/government/organisations/criminal-injuries-compensation-authority/about[방문일시 : 2023. 1. 2.]

무의 인정에 관한 '공정 · 정당 · 합리성'(fair, just and reasonable) 기준의 판단 내용으로서 고려되기도 하였다.[657][658]

II. 과실책임

영국에서는 국가배상법상 과실책임에 사법상의 과실책임이 그대로 적용될 수 있는지와 관련하여 사법심사 가능성(justiciability)과 주의의무(duty of care) 인정 여부를 중심으로 발달해 왔다.[659] 최근 2018년 Robinson 사건과 2019년 GN 사건을 통해서 국가배상 책임의 경우에도 사법상의 과실책임과 동일한 원리에 의하여야 한다는 점이 개념적으로 명확해졌다.[660] 또한 최근에는 주의의무의 존재 자체를 부정하기보다는 주의의무의 존재는 인정하되 그 위반을 인정할 수 있는지를 판단하는 경향이 있다.[661]

1. 영미법상 과실의 지위

영미법상 불법행위 책임은 우리나라와 체계를 달리한다. 역사적으로 영미법상 불법행위 책임 법리는 불법침입(trespass)으로부터 시작하여, 엄격책임 법리에 따라 귀책사유와 관계없이 손해발생에 대하여 책임을 부담하였다. 그러나 19세기부터는 귀책사유(fault)가 불법행위 책임의 요건으로 등장하였고, 오늘날에는 고의책임, 과실책임, 엄격책임이 불법행위를 구성하고 있다.[662]

---

657) X(Minors) v. Bedfordshire County Council [1995] 3 WLR 152, at 194.

658) Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis [1995] 2 WLR 173, at 181.

659) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 926면 참조.

660) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; GN v Poole BC [2019] UKSC 25. Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 926면 참조.

661) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 929면 참조.

그중에서도 주된 불법행위 책임 원인인 과실책임(negligence)을 살펴보면, 주의의무의 존재(duty of care), 주의의무 위반(breach), 손해(damage), 인과관계(causation)를 구성요소로 하고 있다.[663] 즉, 위법성과 과실이 영미법상에서는 독자적인 요건으로 표현되지 않음에 따라 위법성과 과실이 독자적 책임 요건으로 인정될 수 있는지 문제된다.

그러나 위법성과 과실이 과실책임에서 독자적인 요소로 표현되지 않았다고 하더라도 불법행위법 체계에서 지위를 차지하고 있지 않다고 볼 수는 없다. 우리의 위법성 조각 사유에 관한 정당방위 등의 논의가 항변(defenses)으로 논의되고 있으므로 위법성이 불법행위법의 요소로 작용하고 있다고 볼 수 있다.[664] 또한 영미법에서 주의의무의 존재(duty of care)와 그 주의의무의 위반(breach of duty of care)은 과실(negligence) 또는 과실 있는 행위(neligent conduct)의 요건으로 표현된다.[665] 위와 같은 점을 종합하면, 영미법에서는 위법성과 과실이 모두 negligence로서 통합적으로 고려되고 있다고 할 수 있다.[666]

2. 국가배상법상 과실의 내용적 특성

영국의 국가배상 제도는 사법(私法)상의 제도이나, 완전히 사법상의 불법행위와 동일한 기준에 의하여 주의의무를 인정한 것은 아니었다.[667] 과거에

---

662) 김천수, 영미 불법행위법상 책임요건에 관한 연구 – 과실불법행위의 의무론을 중심으로-, 성균관법학 vol. 22, no.1, 2010, 28면 참조.

663) 과실불법행위의 요소에 대하여, 작위 또는 부작위(act or omission), 고의 또는 과실(fault), 보호법익(protected interest), 손해(damage)로 분석하기도 한다. John Cooke, Law of Tort, Pearson/Longman(8th Ed.), 2007, 4면 참조.

664) 김정민, 영국의 過失不法行爲(Negligence)에서의 注意義務의 存否에 관한 판단기준, 민사법학 제47호, 2009, 447면 참조.

665) 김천수, 영미 불법행위법상 책임요건에 관한 연구 – 과실불법행위의 의무론을 중심으로-, 성균관법학 vol. 22, no.1, 2010, 37면 참조.

666) 김정민, 영국의 過失不法行爲(Negligence)에서의 注意義務의 存否에 관한 판단기준, 민사법학 제47호, 2009, 447면 참조.

667) Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law

는 재량의 합리성 심사에 쓰이던 Wednesbury 기준을 과실책임의 인정을 위한 주의의무의 단계에서 고려하기도 하였다.[668][669] 즉, 재량 결정이 너무도 불합리하여 합리적인 행정기관이라면 내리지 않았을 것이라고 여겨지는 경우만이 과실책임의 전제 조건을 충족시켰다고 보았던 것이다. 이는 불합리성이 인정되는 경우에 권한유월을 인정하고, 그와 같은 경우에만 행정이 사법심사의 대상이 된다고 보는 영국의 공법적 사고방식이 사법상의 과실책임 영역에도 투영되었기 때문이다. 즉, 영국의 법원은 국가배상의 범위를 사법심사의 범위를 넘어서 허용하는 것을 막기 위하여 공법상 사법심사의 척도를 국가배상 영역에도 적용한 것이다. 이후 2001년 바렛(Barrett v. Enfield L.B.C.) 사건에서 과실책임에 대한 Wednesbury 기준은 파기 되었다.[670] 대신에 재량권이 매우 어려운 결정 영역에서 행해진다는 본질을 주의의무 위반 단계에서 고려하였다.[671] 슬린(Slynn)경은 위탁 조항이 매우 섬세하고 어려운 요건들을 형량해야 하는 것과 연관되어 있다고 할지라도 책임을 전적으

Journal, 72, 2013, 659-660면 참조.

668) Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation [1947] 2 A all ER. 680, CA. 위 판결에서 Greene 판사는 "어떠한 결정이 합리적인 행정기관이라면 그러한 결정을 내릴 수 없을 정도로 비합리적인 경우, 그러한 결정은 이의제기의 대상이 될 수 있다."고 하였고, 위 판시에서 제시한 비합리성 기준은 'Wednesbury 비합리성 기준'이라 일컬어진다. 부적절한 목적, 부당 고려 등 다른 비합리성 심사 기준에 의한 경우에는 비합리적이라고 평가되지 않는다고 하더라도, 실질적인 개념(substantive sense)의 비합리성을 의미하는 Wednesbury 기준에 의하여 법원은 비합리성을 판단할 수 있다. 또한 권한 유월(ultra vires) 뿐만 아니라 권한 내 재량권 행사에 대해서도 사법심사가 가능하다는 단초를 제시하기도 했다. 그러나 실제 Wednesbury 사건에서 결론적으로 법원은 청구인에게 부과된 조건(공휴일에 대한 상영허가에 '15세 미만 관람제한'이라는 조건을 부가하는 것)이 비합리적이라고 판단하지 않았을 뿐만 아니라, 비합리성의 예로 '빨간 머리 라는 이유로 해고당한 교사'를 제시하는 등 극단적인 경우에만 비합리성이 인정되는 듯이 판시하였다. 허이훈, 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구, 석사학위 논문, 서울대학교, 2019, 28-30면 참조.

669) Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law Journal, 72, 2013, 659-660면 참조.

670) [2001] 2 A.C. 550.

671) [2001] 2 A.C. 591.

로 부정하는 것이 아니라, 주의의무 위반 단계에서 고려되어야 한다고 설시하였다.[672] 또한 종래 경찰의 범죄 예방 및 수사를 위한 행위에 대해서는 더욱 엄격하게 주의의무를 인정하기도 하였으나,[673] 2018년 로빈슨 사건(Robinson v Chief Constable of West Yorkshire)을 통해 법원은 사법상 인정되던 주의의무에 대해서 정책적 이유로 국가배상법상 주의의무를 부정해서는 안 된다고 판시하였다.[674]

즉, 법원은 공무원에 대하여 너무 쉽게 과실을 인정해서는 안된다고 보았고,[675] 뒤따른 판시들 역시 재량적 결정을 법원의 판단으로 대체할 수는 없으며, 재량적 결정의 영역은 정당한지 여부를 판단하는 것이 어려우므로 명백히 잘못된 재량 결정이 행해진 경우에만 과실을 인정해야 한다고 보았다.[676] 법원의 이러한 태도는 일반적으로 사법상의 불법행위법에서 인정되는 주의의무의 수준만으로는 국가배상 제도에서 과실이 인정될 수 없는 것으로 이해되었다.[677] 그러나 이러한 태도는 주의의무는 사법과 동일하게 인정하되, 주의의무 위반 단계에서 행정의 특수성을 고려하는 것으로 변화하고 있다.

3. 사법상 주의의무 위반과의 관계

(1) 공법상 의무 위반이 사법상 청구원인이 되기 위한 요건

672) [2001] 2 A.C. 550, at 572-573.

673) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1059, 1065.

674) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4. Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 926면 참조.

675) [2001] 2. A.C. 572, 591.

676) Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law Journal, 72, 2013, 662면 참조.

677) Booth and Squires, The Negilgence Liability of Public Authorities, 1.35, 1.37. 위와 같은 점에 대하여 바렛과 펠프스 사건에서 상원은 특히 중대한 실패(particularly egregious failings)의 경우에만 과실을 인정하도록 높은 허들을 설정한 것이라는 판시를 하기도 하였다.

원칙적으로 영국에서는 공법 위반 사실만으로는 불법행위로 인한 손해배상청구권이 성립한다고 볼 수 없다.[678] 즉, 국가배상 책임이 사법의 영역에 존재함으로 인하여 공법의 위법만으로는 국가의 책임이 인정된다고 볼 수 없고, 사법상의 청구원인이 존재해야 한다. 따라서 행정이 공법을 위반하였다고 하더라도 해당 법률에 명시적으로 또는 묵시적으로 국가를 상대로 책임을 물을 수 있는 청구원인을 제공하려는 입법자의 의도가 반영되어 있는지를 살펴보아야 한다.[679]

입법자의 의도는 불법행위법과 관련 법률의 내용을 통해서 파악된다.[680] 만일 이미 존재하는 커먼로상 주의의무를 공법상 법률상의 의무로 규정한 경우에는 해당 공법에 의하여 청구원인을 제공하려는 입법자의 의도가 있다고 해석할 수 있다.[681] 또한 법률이 일반 공중을 위한 것이 아니라 특정한 집단을 보호하기 위하여 제정된 것이고 원고가 그 집단에 속하는 경우에는 해당 개인에게 청구원인을 제공하려는 입법자의 의도가 있다고 해석할 여지가 더욱 많아 진다.[682] 반면에 만일 이미 불법행위법이 적절한 구제책을 제공하고 있다면, 법률상 의무를 규정하고 있는 해당 공법은 청구원인을 제공하려는 의도가 없다고 해석할 수 있다.[683] 또한 해당 공법이 법률상 위반에 대한 별도의 제재 내지 구제수단을 두고 있는 경우 역시 청구원인을 제공하려는 의도가 없다고 해석될 여지가 많다.[684]

---

678) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 13면 참조.
679) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 931-923면 참조.
680) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 932면 참조.
681) Ashby v White(1703) 2 Ld. Raym. 938 at 954.
682) Phillips v Britannia Hygienic Laundry Co Ltd[1923] 2 K.B. 832 CA.
683) Phillips v Britannia Hygienic Laundry Co Ltd[1923] 2 K.B. 832 CA.
684) Watt v Kesteven CC[1955] 1 Q.B. 408 CA.

(2) 사법상 주의의무 위반과의 병존

커먼로에 근거한 주의의무 위반도 공법상 주의의무 위반과 병존할 수 있다. 그러나 커먼로에 근거한 주의의무는 의회가 수여한 재량권의 범위를 넘어설 수 없다. 예를 들어, 의회가 수여한 재량권의 범위 내에서 행정 작용이 이루어졌다면, 커먼로에 근거한 주의의무 위반을 들어 행정에 대한 책임을 물을 수 없다. 반대로 행정 작용이 너무나 합리적이지 않아 의회가 승인하였다고 볼 수 있는 재량의 한도를 넘는 경우에는, 커먼로상의 의무 위반이 법률상 규정이 존재한다는 이유만으로 배제될 수는 없다.[685] 이러한 경우 법원은 1990년 카파로(Caparo) 사건에서 확립된 'fair, just and reasonable' 테스트를 통하여 궁극적으로 커먼로에 근거한 주의의무 위반이 인정될 수 있는지를 판단한다. 이 때 법원은 관련 법률의 전체적인 체계를 고려한다. 결국 이러한 과정은 커먼로상의 주의의무도 공법상의 테스트를 거쳐 국가배상을 인정하기 위한 위법으로 포섭될 수 있는지를 확인하는 과정이라고 볼 수 있다.[686]

4. 공무원 개인 과실과의 관계

공무원은 의무 위반으로 인한 책임을 부담하며, 개인은 공무원을 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기할 수 있다. 공공기관은 공무원의 책임을 전제로 하여 대위책임을 부담한다는 것이 일반적이다. 국왕의 경우 종래 대위책임도 부담하지 아니하였으나, 1947년 「국왕소추법」(Crown Proceedings Act)을 통해 국왕은 직무 수행 과정에서 일어난 행위에 대하여 책임을 져야

685) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 14면 참조.

686) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 15면 참조. 저자는 이러한 영국에서의 공법과 사법 사이의 구별이 국가배상 책임의 성립을 제한하는 방향으로 작용한다고 평가한다.

하며, 대위책임의 원리에 의한다는 원칙이 확립되었다.

공무원의 행위에 대한 대위책임을 결정하는 기준은 공무원이 '직무를 행함에 있어서'(in the course of employment) 불법행위를 하였는지에 있다.[687] 위 기준만으로는 구체적인 사례에 비추어 대위책임이 인정되는지, 즉 국가배상의 영역에 공무원 개인의 행위를 포함할 수 있는지 여부는 불명확하다. 구체적인 적용은 판례법에 맡겨져 있으나, 판례법의 내용을 명확히 정의하기는 힘들다. 그럼에도 불구하고, 학문적으로는 아래의 분류에 따라 공무원이 직무의 범위 내에서 행위 하였는지를 결정한다. 구체적으로는, (1) 공무원의 불법적인 행위가 상급자에 의하여 승인된 경우, (2) 공무원의 불법적인 행위 방식이 상급자에 의하여 승인된 경우를 들 수 있다.[688] 최근 2002년 Lister v Hesley Hall Ltd 판례에서는 고의적인 행위에 대하여 'close connection'(긴밀한 관계) 테스트가 적용되었다.[689] 즉, 공무원이 고용관계로 인하여 해야 하는 직무와 불법행위 사이에 충분히 긴밀한 관계가 있는 경우에는 국가의 대위책임이 인정된다는 것이다.

비교법적 관점에서 보았을 때, 공무원이 특히 고의로 잘못된 행동을 한 경우에도 행정이 그로 인한 책임을 부담해야 하는지에 대해서는 공통된 쟁점을 형성하고 있다. 특히 이는 피해자의 보호와 연관되어 있으므로 어려운 문제이다. 영국 법원에서는 보복(retaliation or vengeance)의 목적으로 폭행(assault)을 한 경우에는 국가의 책임을 부정하고 있다.[690] 한편, 전통적인 예로는 일반적으로 승인된 경로를 우회한 경우를 들 수 있다. 영국에서는 프랑스의 경우보다 더욱 엄격하게 이를 판단하여, 만일 공무원이 운전 중 승인된 경로가 아니라 다른 경로로 가다가 사고를 일으킨 경우에, 이는 단순한 우연이 아닌 이상 공무원을 고용관계에서 이탈시켜 대위책임이 인정되지 않는다고 보았다.[691] 이는 프랑스가 완전히 역무와 관련되지 않은 경우가 아니고서

---

687) J. Bell, Governmental Liability : A Comparative Study, 1991, 20면 참조.

688) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 24면 참조.

689) Lister v Hesley Hall Ltd[2002] 1 AC 215.

690) Warren v Hnelys[1948] 2 All ER 935.

691) Smith v Stages[1989] AC 928.

야 역무과실을 인정하는 것보다 매우 제한적인 경향이다.

즉, 영국은 직무집행과 공무원의 과실이 있는 사실적 행위가 행해지는 경우의 수 중, 」① 직무 수행 중에 개인적인 과실을 저지른 경우에는 책임을 인정하나, ② 직무의 기회에, 또는 ③ 직무와 완전히 단절되지 않은 상태에서 개인적인 과실을 저지른 경우에는 국가의 대위책임을 인정하지 않는 태도를 취하고 있다.

III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계

1. 법률상 의무 위반 유형의 소송과 과실

'법률상 의무 위반'(breach of statutory duty)을 원인으로 하는 경우에는 위법성을 소송의 전제로 하므로 영국의 손해배상 소송 유형 중에서 가장 위법성과 책임의 관계가 가까운 경우라 할 수 있다.[692] 그러나 종래 손해가 발생하면 넓게 청구원인을 인정하였던 것과 달리 오늘날 영국 법원은 1877년 Atkinson v Newcastle and Gateshead Waterworks Company 사건을 통해 법률상 의무 위반을 원인으로 손해배상을 청구하기 위해서는 법률의 해석을 통해 청구원인을 제공하고자 한 의회의 의도가 인정될 수 있어야 한다고 판시하면서 제한적으로 손해배상 청구의 가능성을 인정하였다.[693] 사실상 의회의 의도를 증명하기는 매우 어려우므로, 법률상 의무 위반을 원인으로 소송을 제기하여 원고가 승소하는 것은 매우 드문 일이다.[694]

영국 법원은 '의회의 의도'라는 표현을 통해 법률상 의무 위반을 원인으로

---

692) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 36면 참조.

693) Atkinson v Newcastle and Gateshead Waterworks Company [1877] 2 Ex. D. 441. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 36면 참조.

694) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 36면 참조.

한 손해배상 책임을 제한하였으나, 그 이면에는 정책적 요소에 대한 고려가 내재하여 있는 것으로 이해된다.[695] 첫째는 행정 작용이 재량적 성격을 가지고 있는 한 사법적 구제 수단에 의하기보다는 공법적 구제 수단에 의하는 것이 바람직하다는 평가이다. 둘째는 정부의 재정적 부담을 고려하여 손해배상 책임을 제한적으로 인정하기 위한 것이다.[696]

법률상 의무의 위반으로 인한 과실 요건은 법률에 규정된 언어에 따라야 할 것이다.[697] 법률상 객관적인 과실(objective fault)이 요구되는 경우도 있고, 합리적인 주의의무(reasonable care), 또는 합리적으로 실행가능한(reasonably practicable acts) 정도가 요구될 수도 있다.[698] 1995년 X(Minors) 사건에서 브라운-윌킨슨(Browne-Wilkins) 경은 법률상 의무 위반에 대한 의회의 의도에 관하여, 당국의 과실이 존재하지 않는 경우에도 손해배상 책임을 져야 한다는 의회의 의도가 증명되었는지가 밝혀져야 한다고 주장했다.[699] 이는 '의무 위반'(breach) 요건과 관련하여 브라운-윌킨슨 경이 법률상 의무 위반이 존재하기만 하면 엄격 책임(strict liability)을 인정한 것이라고 해석되기도 한다.[700]

결론적으로, 영국에서는 행정의 법률상 의무 위반이 인정된다는 점만으로 책임이 인정되지 않고 손해배상 소송을 허용하고자 한 의회의 의도가 증명되어야 한다. 그러나 의회의 의도란 사실상 허구적인 것에 불과하기 때문에, 법원이 불확실한 기준에 근거하여 손해배상 소송의 가능성을 제한해서는 안

---

695) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 37면 참조.

696) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 37-38면 참조. 호프만 경은 O'Rourke v. Camden LBC 사건에서 재정적 우려를 직접적으로 설시하였다. O'Rourke v Camden LBC[1998] AC 188, 194.

697) The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187, 2008, 33면 각주 150 참조.

698) Koonjul v Thameslink Healthcare Services[2000] PIQR 123.

699) X(Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633, at 747.

700) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 39-40면 참조.

된다는 비판이 제기되기도 하였다.[701] 이를 해결하기 위해서 두 파르크(du Parcq) 경은 의회가 직접 법률을 통해 손해배상 소송의 가능성에 대하여 언급해야 한다고 주장했고, 법률개정위원회(Law Commission)는 소송 가능성에 관한 내용을 제정할 것을 1969년 권고하기도 하였으나 의회는 받아들이지 않았다.[702][703] 이로 인하여 결론적으로, 영국에서는 공법상 법률에 규정된 의무 위반에 대하여 손해배상책임은 아주 제한적으로 인정된다.

2. 사법상 손해배상책임과 공법상 위법성

'위법한'(ultra vires) 행정 작용이 존재한다는 것 자체만으로는 배상책임이 인정되지 않는다.[704] 행정소송을 통해서 행정행위가 취소된다고 하더라도, 이것은 곧바로 과실책임에서의 '주의의무 위반'(wrongfulness)을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 이것은 과거의 많은 사례로부터 축적되어 온 영국 법원의 입장이기도 하며, 1995년 X(Minors) 사건에서 브라운-윌킨슨 경에 의하여 명백하게 설시되었다.[705] 따라서 영국에서 더욱 논쟁의 여지가 있는 질문은 위법한(ultra vires) 행정행위가 책임의 전제 조건이 되어야 하는지 여부이다.[706] 이것은 원고의 증명책임과 관련하여 피고가 위법한 행정 작용을 행하였다는 점까지도 과실의 요건으로서 증명해야 하는지의 문제이다. 위법성과 과실에 대한 영국 법원의 태도는 위법성이 과실의 필요조건으로서 요구된다는 견해, 재량권의 행사가 너무나 비합리적인 경우에 과실이 인정될 수 있다

---

701) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 40면 참조.

702) Law Commission, Interpretation of Statutes(Law Com No 21, London 1969).

703) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 40면 참조.

704) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 909면 참조.

705) X(Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633 at 730.

706) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 41면 참조.

는 견해, 공법적 위법성은 손해배상 소송에서의 과실과 별개의 요건이라는 견해로 변화해 왔다.

(1) 과실의 필요조건으로서 위법성 : 도르세요트 사건

1970년 도르세요트(Dorset Yacht) 사건에서, 영국 법원은 과실책임에 대한 필수 전제 조건으로서, 위법한 행정행위가 존재한다는 점이 증명되어야 한다고 판시했다.[707] 위 사건의 사실관계를 살펴보면, Brownsea섬에 존재하던 소년원에서 탈출한 소년들이 같은 섬에 정박하여 있던 요트를 훼손했고, 이에 요트의 소유자가 내무부에 대하여 손해배상을 청구한 사건이었다. 법원은 소년원의 직원은 소년원의 소년들이 자신의 통제하에 있는 이상, 이들이 제3자에게 재산상의 손해를 입히지 않도록 할 주의의무가 있다고 판단하면서, 내무부가 '대위책임'(vicarious liability)을 부담한다고 판결했다.[708] 위 사건에서 레이드(Reid)경은 행정기관의 재량 결정에 대하여 과실책임을 인정하기 위해서는 그 결정이 매우 비합리적이어서 법률상의 재량권을 행사했다고 볼 수 없을 정도에 이르러야 한다고 설시했다.[709] 재량권 행사가 불합리하더라도 권한 내에 존재하는 재량권 행사에 대해서는 과실책임을 인정할 수 없으므로, 과실책임 소송을 제기하기 위해서는 피고 당국이 법정 재량의 범위를 벗어나 위법한 재량권을 행사하였어야 한다는 의미이다.[710] 이러한 법원의 입장은 민사소송을 통한 행정에의 개입이 행정소송을 통한 행정에의 개입보다 더 넓어지지 않도록 제한하기 위한 것이기도 하였다.[711]

---

707) Dorset Yacht Co Ltd v Home Office [1970] AC 1004.

708) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 42면 참조.

709) [1995] A.C. 1004 at 1031.

710) Dorset Yacht Co Ltd v Home Office [1970] AC 1004 at 1031.

711) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 43면 참조.

(2) Wednesbury 기준과 과실 : X(Minors) 사건

1995년 X(Minors) 사건에서 법원은 위법(ultra vires)은 더 이상 과실책임의 전제 조건이 되지 않는다고 판시하였다.[712] 그러나 판결 이유에서 브라운-윌킨슨 경은 종래 도르세요트 사건에서의 레이드(Reid) 경의 판시 내용과의 관계에서 이 사건의 판시 내용이 불합치하는 것은 아니라는 입장을 취하면서, 행정 결정이 너무나 불합리하여 재량권 행사의 범위를 벗어나지 않는 한 책임이 없을 수 있다고 판시하였고, 이때 행정의 중대한 직무태만 행위(grossly deliquent authority)에 의해서만 책임 인정에 필요한 과실이 구성될 수 있다고 판시하였는데, 이것은 또 다른 논란을 가져왔다.[713] X(Minors) 사건의 판시 내용은 공법적 위법성을 책임의 영역에서 배제하려는 것이었지만, '극심한 불합리성'(extreme unreasonableness)이라는 Wednesbury 기준을 사용하여 재량권을 벗어난 경우에도 책임이 없다는 것을 강조하면서도 그렇지만 너무나 불합리한 재량권 행사가 있는 경우에는 과실의 기초가 될 수 있다고 판시함으로써 역설적으로 과실과 위법성 사이에 관련성이 정말 없는 것인지 의문을 갖게 만들었기 때문이다.[714]

Wednesbury 요건은 결국 법적 재량권 행사가 너무 비합리적일 정도에 이르지 않으면 사실상 책임을 면제하는 효과를 가져왔고, 실제 책임소송에서 행정의 과실책임의 범위를 상당히 축소하는 효과를 가져왔다.[715] 이는 원고가 피고의 재량권의 행사가 상당히 비합리적이라는 것까지 주장·증명하는 것이 매우 어려웠기 때문이다. 그 결과 매우 비합리적인 재량권의 행사를 제외하고는 실제로 면책특권이 부여되는 듯한 효과가 있었다. 또한

712) X(Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633.

713) X(Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633 at 736. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 43면 참조.

714) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 43면 참조.

715) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 44면 참조.

Wednesbury 요건은 행정행위의 내용과 관련된 기준이었기 때문에, 공무원의 행위가 절차적 위반으로 인한 것일 때에는 위법성과 과실의 관계를 살펴볼 수 있는 기준으로 삼기에 적절하지 않았다.[716]

(3) 별개의 요건으로서 위법성과 과실 : 바렛, 펠프스 사건

1) 바렛 사건

2001년 바렛(Barrett) 사건에서 과실책임에 대한 Wednesbury 기준은 파기되었다.[717] 위 사건은 피고가 원고의 입양을 제대로 주선하지 못하여 입양이 실패로 돌아간 잘못이 있으나, 원고가 입양의 실패로 인한 정신의학적 치료를 받을 수 있도록 하지 않았고, 이후 입양이 어려워진 원고를 다시 친부모에게 돌려보내는 등 행정상의 과실이 있다고 하면서 피고의 손해배상책임을 주장한 사안이었다. 피고는 이 사건 재량권의 행사에 대하여 주의의무를 부과하는 것은 '공정하고 정당하며 합리적'(fair, just, and reasonable)이어야 한다는 기준에 반한다고 주장했다. 항소심은 주의의무 자체를 인정하지 않았으나, 상원은 위법성과 책임의 관계에 관한 본안 판단을 하였다.[718]

허튼(Hutton) 경에 의하면, Wednesbury 기준과 같은 공법상 기준을 과실책임의 선제적인 요건으로 설정하기 보다는, 직접적으로 사법상의 과실책임 요건을 적용해야 한다고 설시하였다.[719] 그러나 그렇다고 하여 재량권 행사에 관한 공법적인 고려를 완전히 제외하는 것은 아니었다. 대신에 재량권 행사의 본질적인 특징을 주의의무 위반 단계에서 고려하였다.[720] 즉, 바렛 사건

716) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 44면 참조.
717) [2001] 2 A.C. 550.
718) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 918면 참조.
719) [2001] 2 A.C. 550 at 586.
720) Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law

에서 허튼 경은 주의의무의 기준은 “법률에 의하여 부여된 재량권이 아동의 복지와 관련하여 매우 어려운 결정 영역에 있다”는 점을 고려하여 정해져야 한다고 설시했다.[721] 이는 재량권이 매우 어려운 결정 영역에서 행해진다는 본질을 주의의무 위반 단계에서 고려하는 것이었다.

슬린(Slynn) 경은 재량권의 행사가 잘못되었음을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서도 사법상 주의의무(duty of care)의 요건의 일반적인 기준으로서 카파로 테스트(Caparo Industries Plc v. Dickman)를 만족시켜야 한다고 판시하면서 공법상 위법성의 개념을 책임소송에서 제외하고자 했다.[722] 즉, 바렛 사건은 공법상 위법성을 과실과 별개의 요건으로 보았다는 점에서 의의가 있다. 이러한 접근방식은 아래 펠프스 사건에서도 다시 한번 확인되었다.

2) 펠프스 사건

2001년 펠프스(Phelps) 사건은 특별한 교육적 필요를 가진 아동에 대하여 교육 서비스를 제공해야 한다는 법률상의 조항이 존재함에도 불구하고 지방교육 당국이 이를 제공하지 않았다고 하여 손해배상을 청구한 4개의 사건이 병합된 사안이다.[723][724] 슬린(Slynn) 경은 다시 한번 행정에 대한 손해배상을 청구하기 위해서는 공법상의 원칙보다는 사법상의 과실 원칙이 우선되어야 한다는 점을 강조하였다.[725] 이에 재량권이 권한 내에서 행사되었다는 점 자체만으로는 과실책임을 부정하는 이유가 되지 않는다고 보았다.[726]

Journal, 72, 2013, 660-661면 참조.

721) [2001] 2 A.C. 591.

722) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 47면 참조.

723) Phelps v HIllingdon LBC[2001] 2 AC 619.

724) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 48면 참조.

725) Phelps v HIllingdon LBC[2001] 2 AC 619 at 653. Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 48면 참조.

3. 유럽법의 영향

(1) 충분히 심각한 위반과 과실과의 관계

유럽재판소(ECJ)는 유럽공동체법 위반에 대한 회원국의 책임 법리를 발전시켰다. 유럽법 위반에 대하여 개인 또는 단체가 회원국에 대하여 책임을 물을 수 있도록 하는 법리는 유럽법의 집행을 강화하는 역할을 하였다. EC조약 제288조 제2항은 계약 외 책임에 대하여 회원국의 법률 시스템에 공통된 일반 원칙을 따른다고 간결하게 규정하고 있다.[727] 동 조항과 관련된 ECJ 결정은 처음에는 EC조약 제34조 제1항, ESCS 조약 제40조 제2항에 의하여 과실을 추정하는 태도를 보였으나, 이후 불법적인 행위에 대하여 과실 없이도 책임을 인정하게 되었다. ECJ는 초기에는 '객관적인 책임'(objective fault)이라는 표현을 사용하였고,[728] 그 이후에는 '충분히 중대한 위반'(sufficiently qualified breach)라는 표현을 사용하게 되었다.[729]

프랑코비치(Francovich) 판결을 통하여, 유럽법 위반이 있고 나머지 책임 요건을 만족시키면 해당 회원국의 국내법원에 직접 해당 회원국의 책임을 묻는 소송이 가능하게 되었다.[730] 이로써 영국의 국내법원에서도 유럽법 위반을 다룸으로써 국내의 국가배상 제도에 유럽법에 의한 영향이 직·간접적

---

726) [2001] 2 A.C. 619 at 652-653.

727) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 579면 참조.

728) ECJ joint caes 5/66 and 13/66 Kampffmeyer[1967] ECR 287; HP Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), 536, 539.

729) ECJ, case 5/71 Schöppenstedt [1971] ECR 975, 985.

730) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 579면 참조. ECJ, joint cases C-6/90 and C-9/90 Francovich et al[1991] ECR I-5357.

으로 미칠 수 있는 토대가 마련되었다. 이후 1996년 Brasserie du Pêcheur, Factortame III 사건을 통하여 ECJ는 유럽법의 '충분히 심각한 위반'(sufficiently serious breach) 원칙을 확립하였다.[731] 충분히 심각한 위반이란, 회원국이 재량권을 행사함에 있어 그 한계를 명백하고 심각하게 무시한 경우이다.[732] 즉, 유럽법이 문제된 사안에서 충분히 심각한 위반으로서의 위법성이 존재하면 회원국의 귀책사유를 요건으로 하지 않고 배상책임을 묻는 것이 가능하게 되었다.[733]

충분히 심각한 위반 원칙은 영국 법원의 입장과 대조적인 것이지만, 영국은 유럽법의 내용을 직접적으로 받아들였다. 즉, 충분히 심각한 위반 사실이 발생하기만 하면, 종래 영국 법원이 취하고 있던 손해배상 유형에 해당된다는 점을 증명할 필요 없이 바로 청구원인을 인정하였다.[734] 그러나 이와 같은 태도는 영국이 국내법 위반에 대해서는 곧바로 청구원인을 인정하지 않으면서도 유럽법 위반에 대해서는 청구원인을 인정하여 차별적인 대우를 하고 있다는 비판을 받았다.[735]

(2) 인권법 위반과 과실과의 관계

영국은 성문헌법이 존재하지 않기 때문에 기본권 침해와 관련해서는 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)상의 기본권 보장 내용과

---

731) Gret Brüggemeier, From Individual Tort for Civil Servants to Quasi-Strict Liability of the State: Governmental or State Liability in Germany, in Duncan Fairgrieve, MAds Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL, 2002, 580면 참조. .ECJ, joint cases C-46 and 48/93 [1996] ECR I-1029.

732) ECJ, C-46 and 48/93 [1996] I-1149.

733) ECJ, C-46 and 48/93 [1996] I-1156.

734) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 52면 참조.

735) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 53면 참조.

유럽인권법원(Europen Court of Human Rights)에 의한 구제절차에 의하였다.[736] 의회주권(parliamentary sovereignty)의 개념으로 인하여 1950년 유럽인권협약에 가입한 이후에도 의회를 거치지 아니한 유럽인권협약을 국내법원에서 재판규범으로 사용할 수는 없었기 때문이다.[737] 그러나 1998년 「인권법」(Human Rights Act 1998)을 제정하여 유럽인권협약을 국내법으로 수용하게 되었다.

유럽인권협약에 의하여 인권법에 수용된 자유와 권리는 협약상의 권리(Convention Rights)라고 정의되었고(인권법 제1조), 법원은 국내법을 유럽인권협약에 합치되도록 해석해야 하며(인권법 제3조), 만일 합치되는 해석이 불가능하다면 불합치 선언(declaration of incompatibility)을 하여야 한다(제4조).[738] 또한 공권력 주체(public authority)가 협약상의 권리와 합치되지 않는 방법으로 행동하는 것은 위법하다고 정하게 되었다(제6조 제1항). 그리고 인권법 제8조 제1항은 법원이 협약상 권리의 위반에 대하여 정당하고 적정한 방법으로 구제책을 제공할 수 있다고 규정하여, 구제책의 내용에 대해서는 법원에 상당한 재량권을 부여하고 있다.[739]

협약상의 권리 위반만으로 과실이 인정된다고 볼 수 있는지에 대해서는 아직 명확하게 입장이 정리되었다고 보기는 어렵다.[740] 인권법 제6조 제1항

---

736) 윤진수, 영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향, 서울대학교 법학 제43권 제1호, 2002, 125-126면 참조.

737) 윤진수, 영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향, 서울대학교 법학 제43권 제1호, 2002, 126면 참조.

738) 불합치 선언은 영국의 법률이 협약상의 권리와 일치하지 않아 개정의 필요성이 있다는 것을 의미하였기 때문에 실질적으로 법률에 대한 사법적 통제의 기능을 형성하게 되었다. 실제 인권법 시행 이후 5년 8개월 동안 상원(House of Lords)에서 다루어진 354건 중 3분의 1의 사건이 인권법을 다루었고, 10분의 1의 사건에서는 인권법의 내용이 판결 결과에 중요한 영향을 미쳤다. 임종훈, 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제 – 2000년 인권법 시행 이후의 변화검토 -, 세계헌법연구 Vol. 16(3), 2010, 836면, 840, 848면 참조.

739) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 53면 참조.

740) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.),

은 인권법 위반에 대한 엄격책임(strict liability)을 인정한 것이라고 보는 견해가 존재한다.[741] 그러나 영국 최고 법관(Lord Chief Justice)이었던 울프(Woolf)는 과실의 존재가 배상책임의 전제 조건이 되는 것은 아니지만 전혀 고려 대상이 되지 않는 것은 아니라고 하면서, 과실의 존재는 배상을 명하는 법원의 판단을 더욱 적절하게 만들어주는 요소라고 하였다.[742]

IV. 과실 판단기준

1. 기존의 주의의무 판단기준

(1) 개관

행정 소송에서 공법적 위법성이 판단되었다고 하더라도 그 자체로 사법상 불법행위로 인한 손해배상책임의 청구원인이 된다고 볼 수는 없다. 사법상 과실책임 소송에서 과실은 주의의무의 존재 및 그 위반으로 나타나므로, 과실로 인한 배상책임을 묻기 위해서는 공법상의 위법성 외에 별도로 주의의무의 존재 및 그 위반을 주장·증명해야 한다. fair, just, and reasonable 기준은 1985년 Peabody 사건과 1990년 Caparo 사건을 통해 확립되면서 주의의무의 존재를 인정하는 것이 공정하고 정당하며 합리적이지 않는 경우 행정기관의 주의의무를 부정하는 원칙으로 사용되었다.[743] 주의의무를 부정하

Oxford University Press (2003), 54면 참조.

741) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 54-55면 참조.

742) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 55면 참조.

743) Peabody Donation Fund v Sir Lindsay Parkinson & Co Ltd [1985] AC 210; Caparo Industries Plc v Dickman [1990] UKHL 2. Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law Journal, 72, 2013, 661면 참조.

는 경우, 법원은 위 요건을 언급하고 관련된 정책적 요건을 설시하면서 주의의무를 부정하는 방식을 취하였다.[744] 특히 법원은 관련된 법률을 해석하여 주의의무의 인정 여부를 평가하는 것이며, 이것은 보통 정책적 고려와 함께 이루어지기 때문에, 구체적 상황을 고려한다기보다는 해당 상황에서 일반적인 주의의무의 인정 여부를 평가한다.[745] 예를 들어, 1985년 Peabody 사건에서 법원은 지방 당국의 배수시설 검사 권한은 주택 점유자와 일반 공중의 건강과 안전을 보호하기 것이며 개발 사업자의 경제적 이익을 보장하기 위한 것이 아니기 때문에, 개발 사업자에 대한 주의의무가 인정되지 않는다고 판단하였다.[746]

(2) Caparo 테스트

Caparo 테스트는 3단계의 요건인 예견 가능성(foreseeability), 근접성(proximity), 공정하고 정당하며 합리적인지 여부(fair, just and reasonable) 요건을 갖춘 경우에 주의의무의 존재를 인정한다.[747] 위 3가지 요건은 각각 구분되어 있는 별개의 요건이다.[748] 예견 가능성과 근접성은 불법행위 당시에 존재하였던 사실관계에 관한 요소이다. 반면, 공정하고 정당하며 합리적인지 여부 요건은 해당 불법행위에서의 주의의무를 인정할 경우 미칠 수 있는 영향에 관한 정책적 고려를 의미한다. 따라서 위 요건은 결국 당사자와 관련된 불법행위 당시의 사정이 아니라 당사자가 아닌 자들에게 미칠 수 있는 사후적인 결과를 고려하게 된다는 점에서 가장 큰 차이점이 있다.[749][750]

---

744) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 41-42면 참조.

745) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 914면 참조.

746) Peabody [1985] A.C. 210 at 241, 245.

747) Caparo Industries Plc v Dickman [1990] 2 AC 605.

748) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 33면 참조.

749) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of

1) 예견 가능성

예견 가능성이란 주의의무를 해태함으로 인하여 원고에게 또는 원고를 포함하는 특정한 집단에게 발생할 손해에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 의미한다.[751] 이때 합리적으로 예견할 수 있었는지 여부는 피고와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람을 기준으로 한다.[752] 따라서 당시 실제의 공무원이 손해 발생을 예견하지 못하였다고 하여 예견 가능성이 없다고 할 수는 없고, 합리적인 공무원을 기준으로 하여 판단하게 된다. 반대로 만일 합리적인 공무원이었다고 하더라도 그와 같은 손해를 피할 수 없을 것이라고 평가되는 경우에는 주의의무를 인정하지 않을 것이다.[753] 예견 가능성은 당시 존재하였던 사실관계를 기초로 판단하는 것이므로, 선례의 존재는 예견의 합리성, 예견 가능성의 정도에 대해서 일정한 잣대를 제공해 주는 역할만을 한다. 법원은 일반적으로 신체적 법익과 같이 보호의 정도가 높은 경우에는 예견 가능성을 긍정하는 경향을 갖는다.[754] 반면, 경제적 손해와 같이 보호의 정도가 높지 않은 법익의 경우에는 그러한 손해를 실제 인식하였다고 볼 수 있을 정도를 요구하는 경향이 있다.[755]

Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 33면 참조.

750) 그러나 Bridge경과 Oliver경은 Caparo 사건에서 근접성(proximity), 공정성(fairness)이라는 요건은 명확한 내용과 한계를 가지고 있지 않다고 지적하면서 사실상 사실관계를 법적으로 개념화하여 판단하기 위한 도구에 불과하다는 점을 지적한 바 있다. Caparo Industries Plc v Dickman [1990] 2 AC 605 at 618, 633.

751) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조.

752) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조.

753) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조. Tame v New South Wales(2002) 211 CLR 317, 357-358.

754) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조.

755) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조.

2) 근접성

근접성(proximity)은 원고와 피고 사이의 관계가 충분히 가까워서 (sufficiently close) 주의의무를 부담하는 관계로 여겨질 수 있는지를 의미한다.[756] 예견 가능성과 구별되는 점은 근접성은 합리적인 피고를 기준으로 하는 것이 아니라 불법행위 당시 실제 피고와 원고 사이에 존재하였던 관계를 기준으로 판단한다는 점이다.[757] 따라서 근접성은 실제 피고가 그러한 손해를 끼칠 수 있는 인과관계 있는 요인을 제공할 수 있는지 여부를 법적으로 평가하고, 그러한 지위에 있는 피고만이 책임을 부담해야 한다는 관념이 전제되어 있다고 볼 수 있다.[758]

3) 공정 · 정당성 · 합리성

'공정 · 정당 · 합리성'(fair, just and reasonable) 요건은 정책적 고려 사항에 해당한다. 종래 Anns 기준에 의할 경우에는 소극적 요건이었으나, Caparo 기준에 의할 경우에는 적극적 요건으로서 주의의무의 인정이 공정하고 정당하며 합리적일 것을 요한다. 영국 법원은 2000년 McFarlane v Tayside Health Board 사건에서 주의의무를 인정함에 있어 고려해야 하는 정책이란 넓은 의미에서 공공정책(public policy)을 의미하는 것은 아니라고 하면서, 제한된 의미의 법적 정책(legal policy)를 의미하는 것이라 판시한 바 있다.[759]

---

756) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 37면 참조.

757) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 36면 참조.

758) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 37면 참조.

759) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 37-38면 참조. McFarlane v Tayside Health Board [2000] 2 AC 59 at 76, 95, 100-1, 108. 그러나 넓은 의미의 공공정책과 제한된 의미의 법적 정책이 명확히 구별되지 않으며, 실제 법원이 언제나 위 구

주되게 언급되는 정책적 요소로는 한정된 재원의 분배, 남소의 우려, 피고에게 예측 불가능한 범위의 책임을 부여할 수는 없다는 불확정성이 있다.[760] 예를 들어, 보험 등을 통해 위험을 분산할 능력이 없는 피고로 하여금 온전히 그 책임을 지도록 하는 것은 '공정하지 않은 것'(unfair)으로 여겨진다.[761]

정책적 요건은 당해 소송의 당사자의 구체적인 상황이 아니라 비슷한 상황에 처해 있는 다른 사람들, 또는 당해 판단으로부터 영향을 받을 수 있는 미래의 불특정 다수를 고려한다.[762] 그러나 법원이 불법행위 책임이 불특정한 사람들에게 미칠 영향을 예측하기는 매우 어려울 뿐더러, 정책적 요소 중 어느 것을 우선시 해야 하는지, 그리고 법원이 고려하는 정책적 요소가 무엇인지 일관성을 유지할 수 있는지에 대해서는 비판이 있어 왔다.[763]

2. 최근 주의의무 판단기준

최근 영국의 대법원은 2018년 Robinson 사건과 2019년 GN 사건을 통하여 행정의 주의의무의 존재를 판단함에 있어 새로운 기준을 제시하였다.[764]

분에 의하여 정책적 요건을 판단하는 것은 아니라는 점에 대해서는 Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 38면 각주 28 참조.

760) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 40면 참조.

761) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 41면 참조. 그러나 이에 대해서는 비판이 가해진다. 예를 들어, P. Atiyah는 불법행위로 인하여 손해를 입은 원고의 지위가 피고의 위험 분산력에 의하여 좌우될 수는 없다고 주장하고, 오히려 원고가 보험을 통해 위험을 분산할 수 있었던 경우에 대해서 의문을 제기하기도 하였다. Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 41면 각주 52 참조.

762) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 38면 참조.

763) Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1 (2005), 39-40면 참조.

764) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; GN v Poole

요약하면, 대법원은 원고와 피고 사이에 관계에 대한 선례가 있는 경우와 그렇지 않은 새로운 사례를 구분하여, 전자에 해당하는 경우에는 주의의무의 존재 판단에 있어서 기존에 사용되었던 Caparo 테스트를 적용하는 것이 아니라 주의의무 존부 판단에 대한 선례에 따른다. 후자에 해당하는 경우에만 공정하고 정당하며 합리적인지(fair, just and reasonable) 기준이 사용된다.[765] 위 사건들은 공법상 과실 역시 사법상의 과실과 동일한 원리에 의하여야 한다는 취지에서 fair, just and reasonable 기준을 파기한 사안이라고 평가된다.[766]

(1) 2018년 Robinson 사건 판결

Robinson 사건에서 원고는 마약상 용의자를 체포하려던 경찰에 의하여 부상을 입은 노인 여성이었다. 위 사건에서 피고는 종래 경찰이 범죄의 예방 및 수사를 위한 행위에 대해서는 엄격하게 주의의무를 인정하였던 판례의 태도에 기초하여 원칙적으로 책임을 인정하여서는 안 된다고 주장하였다.[767] 그러나 대법원은 만장일치로 원고에 대한 경찰의 과실책임을 인정하였다.[768] 위 사건에서 Reed 경은 경찰의 물리력 행사 과정에서 원고가 손해를 입을 가능성이 충분히 예견되었으므로, 피고가 주의의무를 부담한다고 판단했다.[769]

BC [2019] UKSC 25, Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 922면 참조.

765) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 923면 참조.

766) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 926면 참조.

767) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4., [2018] 2 ALL ER 1041.

768) 이 사건의 행위가 원고를 보호하지 못한 부작위(omission)인지, 또는 경찰의 적극적인 행위(positive act)인지가 문제되었으나, 법원은 원고에게 신체적 상해를 야기한 경찰의 물리력 행사(positive act)가 문제가 된 행정 작용이라고 판단했다. Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1065.

"용의자 윌리엄스가 도주를 시도함으로써 체포 당하지 않으려고 저항할 가능성이 있다는 것이 합리적으로 예측되었을 뿐만 아니라, 실제로 경찰은 그러한 가능성을 예측하였다. 그렇기 때문에 경찰관 윌런은 용의자 윌리엄스를 체포하려 하기 전에 먼저 다른 경찰관에게 지원을 요청했고, 지원을 요청받은 경찰관인 DS 로벅과 DC 그린은 원런과 더메아가 있는 윌리엄스의 반대편에 위치하여 용의자 윌리엄스의 탈출 경로를 차단해야 한다고 결정한 것이다. 경찰이 용의자 윌리엄스를 체포하기로 결정한 곳은 시내 중심가의 적당히 번잡한 쇼핑가였다. 당시 보행자들이 용의자 윌리엄스 근처를 지나가고 있었다. 그러한 상황에서 특히 노인 보행자와 같이 신체적으로 취약한 보행자의 경우에는 용의자 윌리엄스가 체포 과정에서 탈출하려고 할 때 부딪혀 부상을 입을 수 있다는 점이 합리적으로 예견될 수 있었다. 이와 같이 합리적으로 예상할 수 있는 위험에 비추어 보았을 때, 체포 당시 원고 로비슨 부인을 포함하여 바로 근처에 있는 보행자에 대한 주의의무를 부과하기에 충분하다."

Robinson 사건은 fair, just and reasonable 기준이 모든 사안에 대하여 적용되는 기준이 아니라고 판단하였다. 예를 들어, 자동차 운전자와 보행자, 제조업자와 소비자, 사용자와 피용자, 의사와 환자와의 관계 등과 같이 전형적이고 확립된 주의의무 위반의 경우에는 위 fair, just and reasonable 기준을 사용하는 것이 적절하지 않다는 것이다.[770] 위 사건에서 리드(Reed) 경은 행정기관 역시 사인과 똑같은 책임에 귀속된다고 하면서, 사법상 불법행위 책임으로부터의 유추를 통해 주의의무를 판단해야 한다는 견해를 밝혔다.[771] 사법상 불법행위에 대한 유추를 통해 경찰관도 당연히 예견 가능한 상해를 피하기 위한 일반적인 주의의무를 원고에 대하여 부담한다는 것이었다.[772]

Robinson 사건의 판시 내용에 따르면, 법원이 마주해야 하는 첫 번째 문제는 이미 확립된 주의의무가 존재하는지에 관한 여부일 것이다. 만일 확립된

---

769) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1059, 1066.
770) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 923면 참조.
771) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1053.
772) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1057.

주의의무가 존재한다면, 법원은 그 다음 단계인 주의의무의 위반, 인과관계 등을 심리할 수 있다. 만일 확립된 주의의무가 존재하지 않는다면, 일반적으로 법원은 해당 주장에 대한 민사소송규칙 제3부 제4조에 규정된 각하(strike out) 결정을 통해 심리 대상에서 제외할 것이다. 이에 대항하여 원고는 책임의 인수(assumption of responsibility) 등을 통하여 주의의무가 인정되어야 하는 상황임을 증명해야 할 것이다. 즉, Robinson 사건의 판시를 통해, 법원은 이제 기존에 존재하는 확립된 주의의무가 존재하는지 여부를 먼저 심리해야 하는 상황이 되었다. 이는 법원의 심리 내용이 주의의무(duty of care)의 인정 여부에 더욱 집중되는 효과를 가져올 우려가 있다.[773] 이는 원고의 입장에서는 행정에 대하여 주의의무가 부과되는지 여부를 판단한 다음 단계인 주의의무 위반 단계에서 행정의 과실을 다툴 가능성이 더욱 낮아졌다는 것을 의미한다.[774]

실제 Robinson 사건에서 다뤄진 과실과 관련된 내용을 살펴보면, 법원은 경찰관에 대하여 비현실적인 주의의무 위반 기준을 적용해서는 안 된다고 하였다.[775] 그러면서 이 사건에서 특징적인 모습으로, 경찰이 임박한 상황에서는 심사숙고할 여지가 거의 없다는 점이 고려되어야 한다고 했다.[776] 또한 경찰관의 합리적인 활동으로 인하여 다른 사람이 위험에 처하게 될 수도 있다는 점을 고려해야 한다는 것도 설시하였다. 경찰관이 다른 사람을 위험에 처하게 할 상황들은 곧 그들의 안전을 위해 합리적인 주의의무를 기울인 경

773) Cameron, Gordon, Negligence and the Duty of Care; the Demise of the Caparo Test; and Police Immunity Revisited: Robinson v Chief Constable of West Yorkshire, The Edinburgh law review, Vol.23 (1), 2019, 87-88면 참조.

774) Cameron, Gordon, Negligence and the Duty of Care; the Demise of the Caparo Test; and Police Immunity Revisited: Robinson v Chief Constable of West Yorkshire, The Edinburgh law review, Vol.23 (1), 2019, 87면 참조.

775) Robinson 사건에서도, 귀책 사유에 관한 심리보다는 주의의무 자체의 존재에 법원이 집중하여 심리를 진행하였다. Cameron, Gordon, Negligence and the Duty of Care; the Demise of the Caparo Test; and Police Immunity Revisited: Robinson v Chief Constable of West Yorkshire, The Edinburgh law review, Vol.23 (1), 2019, 88면 참조.

776) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1066 [75].

우와 병존하는 것이기 때문이다.[777] 이 사건에서 주로 논의된 것은 당시 현장에 있었던 경찰관들이 용의자 윌리엄스가 도망가려고 할 때 상당한 위험이 발생할 수 있고 그것이 공중에 대한 위험이라는 것을 알았다는 점이다. 그리고 그러한 과정에서 인접한 곳에 사람이 존재한다면 그에 대한 위험을 고려하는 것이 필요하다는 점을 고려해야 한다고 했다. 법원이 고려한 사실관계는 당시 원고가 체포 상황으로부터 반경 1야드 안에 있었으며, 경찰관이 충분히 원고를 볼 수 있는 상황임에도 불구하고 원고를 보지 못했다는 것이었다.[778] 또한 법원은 보행자에게 상해를 입힐 수 있음에도 불구하고 그 상황이 용의자 윌리엄스를 바로 체포해야 하는 상황으로 보이지도 않는다고 판단했다.[779] 따라서 공권력 행사의 주체 역시 사인들 사이에 적용되는 과실에 의한 불법행위 법리로부터 유추하여 다른 사람을 해하지 아니할 주의의무를 부담한다는 것이었다.[780]

즉, 법원은 사법상 인정되던 주의의무에 대해서 정책적 이유로 국가배상법상 주의의무를 부정해서는 안 된다고 판시하였다. 다만, 국가배상 책임이 문제된 새로운 유형의 주의의무에 대해서는 여전히 공법적 고려가 개재될 여지가 남아 있게 되었다.[781] 이로써 국가배상법상 주의의무가 사법상 주의의

---

777) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1066 [76].

778) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1066-1067 [77].

779) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4 at 1067 [77].

780) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 923면 참조.

781) 동일한 사건에서 Mance경은 새로운 유형의 주의의무에 대해서는 정책적 요소 등을 고려한 법원의 판단이 개재될 여지가 있다는 점에 대해서 다수의견과 동일한 입장이었다. Robinson[2018] UKSC 4 at [69(2)], [84]참조. 그러나 기존에 인정되던 주의의무에 관한 다수의견에 대하여 비판적인 입장을 취하였다. 기존에 인정되던 주의의무인지, 새로운 주의의무 인지 여부 자체가 명확하지 않은 경우가 존재하며, 이 경우에는 다수의견이 명확한 기준을 제시하지 못한다는 것이다. Robinson[2018] UKSC 4 at [85] 참조. 따라서 기존의 경우와 같이 법원은 정책적 고려를 위해 해당 사안이 새로운 주의의무 유형에 해당한다는 판단을 할 수 있다는 점을 지적하기도 했다. Robinson[2018] UKSC 4 at [94-95] 참조.

무와 더욱 가까워지는 결과를 가져왔으며, 주의의무를 부정하는 방향으로 작용하던 fair, just and reasonable의 적용 범위를 축소함으로써 결론적으로 과실책임의 인정 범위를 넓히는 결과를 가져왔다고 평가할 수 있다.

(2) 2019년 GN 사건 판결

GN 사건은 2명의 원고가 어린 시절 피고 위원회의 관할 구역에서 자라면서 신체적 상해를 입게 되었음을 이유로 손해배상을 청구한 사안이었다.[782] 원고들은 그들은 신체적 상해를 입게 된 이유는 피고 위원회가 1989년「아동법」(Children Act 1989)에 따른 권한을 적절히 사용하지 못하였기 때문이라고 주장하였다. 당시 피고 위원회는 원고와 그의 어머니에 대하여 주거를 제공하였는데, 해당 거주지 옆에는 반사회적 행동을 보이는 이웃이 거주하고 있었다는 사실을 알고 있었기 때문이다. 원고는 수년간 다른 거주지를 제공받을 때까지 이웃의 학대에 시달릴 수밖에 없었고, 결과적으로 원고들은 신체적 · 정신적 손해를 입게 되었다는 주장이었다.[783]

원고들은 위 사안에서 비록 피고가 법률상 의무에 의하여 배상책임을 부담하지 않는다고 하더라도 1989년 아동법 제17조에 따르면 그 관할에 있는 아동에 대한 안전과 복지를 보장할 의무가 있으며, 같은법 제47조에 따라 만일 아동이 상당한 손해를 겪고 있거나 겪을 위험이 있다는 점에 대하여 합리적인 의심이 든다면 청문을 실시해야 할 의무가 있었기 때문에 그에 의하여 커먼로 상의 주의의무를 부담한다고 주장했다.[784] 그러나 대법원은 원고들의 주장을 인정하지 않았다. 대법원의 의견을 표명하면서 Reed경은 원고에게 손해를 입힌 행위는 반사회적 행동을 보이는 이웃에 의하여 발생한 것이고, 행정 당국은 제3자가 야기한 손해에 대하여 책임을 지지 않으며, 이 사안에서 피고가 책임을 인수한 사실도 없다고 판시하였다.[785]

---

782) GN v Poole BC [2019] UKSC 25.

783) GN v Poole BC [2019] UKSC 25 at [2]-[7]. https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0012-judgment.pdf[방문일시 : 2023. 6. 3.]

784) GN v Poole BC [2019] UKSC 25 at [18]-[22], [25], [65].

위 사건은 2018년 Robinson 판례가 설시한 바와 같이, 행정기관이라고 할지라도 원칙적으로 사인과 동일한 불법행위상의 책임을 진다는 점을 다시 한 번 확인하였다는 의미를 갖는다.[786] 행정기관은 법률상 권한 또는 의무가 있다는 점만으로 커먼로상의 주의의무를 부담하지 않는다. 심지어 행정기관이 법률상의 기능을 수행함으로써 제3자로부터 시민들에게 가해지는 손해를 방지할 수 있다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다. 그러나 행정기관은 사법상 불법행위 법리에 의하여 커먼로상의 주의의무를 부담할 수 있는데, 예를 들어 행정기관이 위험을 야기하였거나, 원고를 손해로부터 보호할 책임을 인수한 경우에는 그러한 주의의무의 부과가 관련 법률과 상충되지 않는 이상 과실 판단의 전제가 되는 주의의무를 부담한다.[787]

V. 종합 및 분석

1. 대위책임과 과실 인정

일반적으로 영국은 국가배상에 있어 대위책임(vicarious liability)을 취한다고 이야기된다. 그러나 법률상 법인으로 설립되는 사회복지 기관과 교육기관의 경우 이들 법인 기관 자체에 대하여 의무를 부과하므로, 자기책임(direct liability)을 지는 경우도 있다. 이 경우, 사실적 행위는 소속된 공무원을 통해 행해지더라도, 소속 공무원의 행위가 불법행위를 구성하는지와 관계없이 법률상 의무 위반이 존재하면 그로써 자기책임을 부담한다.[788] 그러나 일부 영역에서 자기책임을 부담한다고 하여 영국의 국가배상 체계가 자기책임설로

785) GN v Poole BC [2019] UKSC 25 at [81]-[82].

786) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 923면 참조.

787) GN v Poole BC [2019] UKSC 25 at [65].

788) Peter Cane, Suing Public Authorities in Tort, 1996 LQR 1996, Martina Künnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer, 2007, 183면 참조.

구성되어 있다고 볼 수는 없다. 이것은 영국에서는 국가배상 책임의 청구원인이 법률상 의무 위반으로 인한 경우에는 귀책요건과 관계없이 의무 위반이라는 사실만으로도 책임을 청구할 수 있도록 별개의 소송 유형을 가지고 있는 것에서 연유하기 때문이지, 전체 국가배상 체계와 관련된 것은 아니기 때문이다. 실제 법률상 의무 위반으로 소송을 제기하기 위해서는 법률에 명시적으로 의무가 규정되어 있어야 하며, 이를 위반하면 청구원인이 성립할 수 있다는 의회 의도를 원고가 증명해야 하므로, 법률상 의무 위반을 원인으로 하여 배상 청구가 제기되는 경우는 매우 드물다.[789] 한편, 1995년 X(Minors) v. Bedfordshire County Council 사건에서, 법원은 자기책임과 대위책임이 배타적인 것이 아니라고 판시했다. 이 사건에서는 심리학자의 불법행위가 존재한다면 행정의 대위책임이 발생할 수 있으며, 따라서 결과적으로 행정이 책임을 부담할 수 있음을 설시하였다.[790] 이상과 같은 점을 고려하면, 영국은 대위책임과 자기책임 사이에 위치한다고 할 것이다.

영국의 경우 위법성과 과실이 행정의 배상책임의 요건이 되는지 일률적으로 단정할 수는 없다.[791] 책임의 원인이 되는 과실(negligence), 법률상 의무 위반(breach of statutory duty), 공무원의 직권남용 책임(misfeasance in a public office), 불법방해(nuisance), Rylands v Fletcher, 불법감금(false imprisonment), 인권법 위반으로 인한 손해(damages under the Human Rights Act 1998) 등이 별개의 청구원인을 구성하고 있고, 각 유형별로 요건이 다르기 때문이다. 그러나 영국법에서의 위법성과 과실의 관계는 세 가지로 유형

---

789) Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press, 2022, 508-509면 참조.

790) X(Minors) v. Bedfordshire County Council [1995] 3 All ER 353 at 393, 394. "My conclusion therefore in the Dorset case is that the defendant authority is under no liability at common law for the negligent exercise of the statutory discretions conferred on them by the Education Acts 1944 to 1981, but could be liable, both directly and vicariously, for negligence in the operation of the psychology service and negligent advice given by its officers."

791) Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 참조.

화될 수 있다.[792] 첫째, 영국에서도 프랑스와 같이 위법성 그 자체만으로 과실이 인정되는 경우가 있다. 법률의 위반이 그 자체로 손해에 관한 책임을 야기하는 경우이다. 둘째, 위법성과 과실이 별개의 요건인 경우이다. 따라서 행정소송을 통하여 위법성이 증명되었다고 하더라도 국가책임의 요소로서의 과실이 존재한다고 볼 수는 없다. 원고는 주의의무의 존재, 주의의무의 위반의 존재를 별도로 주장 · 증명해야 한다. 과실책임(negligence)을 이유로 소송을 제기하는 경우에 해당한다. 셋째, 유럽법 위반의 경우에는, 위법성 자체만으로는 책임이 인정되지 않지만 위법성이 충분히 심각한 경우에는 과실의 증명 없이도 책임이 성립한다. 인권법 위반의 경우에는 엄격책임(strict liability)을 인정한 것이라는 견해, 위법성이 곧바로 책임을 의미하는 것은 아니지만 배상책임의 인정에 있어 고려 요소로 작용한다는 견해가 있다.[793] 따라서 영국법에서는 국가배상 소송의 대부분을 차지하는 과실책임(negligence)이 청구원인이 되는 경우에는 공법적 위법성만으로 과실이 인정된다고 할 수 없지만, 유럽법 위반 또는 인권법 위반으로 인한 위법성이 과실 판단에 영향을 미치는 경우가 있다는 점이 특징이다.[794][795]

2. 평가

국가의 과실책임 영역에서 영국은 사법상 불법행위 책임의 원리를 적용하므로 원칙적으로 공법상 위법성과 과실은 별개로 판단된다. 그러나 역사적으로 영국의 국가배상 제도에서는 사법상의 불법행위 제도에 의하면서도 동시

---

792) 영국법에서의 위법성과 과실의 세 가지 유형에 대해서는 Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021), 910면 참조.

793) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 55면 참조.

794) Basil S. Markesinis, Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English cases, Hart Publishing, 1999., 13면 참조.

795) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 57면 참조.

에 국가배상 제도가 가지고 있는 공법적 성질을 투영하기 위한 시도가 계속하여 이루어졌다. 또한 유럽연합의 가입 및 탈퇴로 인하여 과실 판단에 대해서도 역사적으로 많은 변화를 겪어왔다.

사법상의 불법행위 법리에 의하면 과실책임을 인정하기 위한 주의의무 위반의 기준은 기본적으로 합리적인 사람을 기준으로 하여 존재하였던 구체적인 상황에 비추어 결정하는 것이다.[796] 따라서 위 법리가 그대로 국가배상 제도에 적용된다면, 합리적인 공무원이었다면 취하였을 주의의무를 기준으로 하여 과실이 판단되어야 할 것이다. 그러나 영국의 국가배상 제도에서는 주의의무의 기준을 사법의 경우와 동일하게 설정하는 것이 아니라 공법상의 기준과 사고방식을 투영하고자 하였다. 이에 재량권 행사의 경우에는 일반적인 사법상의 주의의무 기준이 아니라 국가배상의 범위를 사법심사의 범위 내로 한정하기 위하여 주의의무의 기준으로서 Wednesbury 기준을 사용하기도 하였다. 이는 사법상의 주의의무의 기준을 공법상의 위법성 판단기준과 일치시키려는 시도였다. 그러나 이후 2001년 바렛(Barret v. Enfield L.B.C.) 사건에서 행정의 과실책임을 판단하기 위한 Wednesbury 기준은 파기되었고, 2001년 펠프스 사건(Phelps v. London Borough of Hillingdon) 사건에서는 재량이 권한 내에 행사되었다고 하더라도 과실을 부정하는 사유가 되지 않는다고 판시하였다. 한편, 법원은 fair, just and reasonable 기준을 이용하여 정책적 판단을 통해 주의의무가 존재하는지 여부를 판단하였는데 이는 사법상의 주의의무 기준만으로는 행정의 과실을 인정할 수 없다고 보았기 때문이다. 위 기준은 모두 과실책임의 범위를 축소하는 방향으로 작용하는 것으로서, 국가배상 책임을 인정을 위해서는 사법상의 과실 기준보다 더욱 엄격한 수준의 과실 판단을 요구하는 것이었다. 그러나 최근 2018년 로빈슨 사건(Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire)을 통해 이미 사법상의 주의의무가 인정된 내용에 대해서는 fair, just and reasonable 기준을 파기하는 것으로 변화되었다.

---

796) The objective standard of the reasonable person. Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law Journal, 72, 2013, 651면 참조.

즉, 비록 과실책임의 영역에서 영국이 대위책임을 택하여 온 것에는 변함이 없었으나, 행정의 불법행위 책임을 사법상 불법행위 책임과 완전히 동일하게 볼 수는 없다는 전제하에 판례는 상당한 변화를 겪어 왔다. 특히 영국에서는 Wednesbury 기준과 fair, just and reasonable 기준을 통하여 행정의 책임을 제한하려고 시도하였는데, 행정의 책임을 판단함에 있어 행정의 위법성 통제의 관점 보다는 행정의 자율성을 보장하기 위한 측면이 강하게 작용하였기 때문이다. 그러나 최근에는 사법상의 주의의무가 이미 인정된 내용에 대해서는 행정의 자율성을 보장하기 위한 정책적 요건인 fair, just and reasonable 요건을 판단할 필요가 없다는 입장으로 변화하였고, 이는 행정의 책임을 확대하려는 시도로 평가될 수 있는 측면이 있다.

제4절 미국

I. 국가배상 제도 개관

미국은 주권면책 원칙이 아직까지 유지되고 있으며, 연방정부의 책임을 묻기 위해서 별도로 1946년 「연방불법행위법」(Federal Tort Claims Act)을 제정하여 주권면책 원칙의 예외를 인정하고 있다. FTCA 제1346조 (b)항을 통해 사법상의 불법행위 책임 법리가 연방정부의 배상책임에도 적용되며, 이에 위법성과 과실과의 관계, 과실 인정 기준은 불법행위지의 州법에 의한다. 그러나 많은 경우 재량면책의 대상이 되므로, 배상책임은 매우 제한적으로 인정된다.

1. 역사적 발전

18세기경 식민지였던 미국에서는 정부를 상대로 금전적 청구를 하는 것은 개별 입법에 대한 청원(petition)으로 이루어진다는 매우 강한 전통이 확립되어 있었다.[797] 이에 아직 연방법 체계가 갖추어지지 않은 당시의 상황에서는 대륙회의(The Continental Congress)를 통해 배상책임이 논의되었다.[798] 이후 연방 헌법이 작성될 당시, 미국에서는 연방주의자와 반연방주의자가 대립하고 있었다.[799] 반연방주의자는 연방법원을 설립하는 경우 연방법원이 주를 상대로 하는 소송을 관할할 것이고, 이는 주의 자치권을 침범하는 것으로 생각하여 연방 차원의 법원 시스템을 창설하는 것에 반대하였다.[800] 이로써

---

797) F.D.Shimomura, The History of Claims Against the United States : The Evolution from a Legislative Toward a Judicial Model of Payment, Luisiana law review, vol. 45(3), 1985, 625, 666-667, 678면 참조.

798) Peter Cane, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016, 382면 참조.

799) Peter Cane, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016, 382면 참조.

1790년 6월 14일에 처음으로 개별 입법(private claim bill)을 통해 개인의 손해배상 청원을 처리한 이후에도 150년 동안 의회가 정부에 대한 개인의 손해배상 청구에 직접적으로 관여했다.[801]

이와 같이 FTCA(Federal Tort Claims Act)의 제정 전에 개인은 의회의 개별 법안을 통해 또는 직원 개인에 대하여 사적인 소송을 제기함으로써 손해를 회복해야 했다.[802] 그러나 이러한 구제 방안은 연방의 공무원들이 상당히 위축되는 결과를 가져왔다. 대부분의 연방 공무원들은 거액의 소송의 당사자가 되어 이를 효과적으로 방어할 위치에 있지 않았기 때문이다. 그리하여 1946년 의회는 연방 직원의 불법행위에 대하여 정부가 이를 인수하기 위한 목적으로 FTCA를 제정했다.[803] 즉, FTCA의 제정 단계의 배경에서부터 미국은 연방 차원의 국가배상 책임을 대위책임 모델로 설정하였음을 알 수 있다. 더불어 FTCA는 개인의 구제를 위해 청원을 처리해야 하는 부담에서부터 의회를 자유롭게 하였을 뿐만 아니라, 정부의 위법한 활동으로부터 시민을 보호하고, 연방정부가 공무원들에 대하여 더욱 주의 깊게 감독함으로써 자신 스스로가 불법행위 책임으로부터 벗어날 수 있도록 유도하는 목적을 갖는다.[804]

2. 국가배상 책임의 근거

(1) 주권면책 원칙

---

800) Peter Cane, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016, 382면 참조.

801) A. Holtzoff, The Handling of Tort Claims Against the Federal Government, Law and Contemporary Problems Vol. 9, No.2, 1942, 311면 참조.

802) Dalehite v. United States, 346 U.S. 15, 24-25, no. 9(1953).

803) Dalehite, 346 U.S. 24.

804) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 5-6면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

미국에서는 19세기에 주권면책이 확립되었고 지금까지도 강하게 지속되고 있다는 특징이 있다.[805] 그러나 미국의 주권 면책론에 대하여는 많은 논의가 있다. 첫째, 미국의 주권 면책론이 헌법의 설립 이념과 조화를 이루고 있는지 문제가 된다. 미국 헌법에 따르면 주권은 시민에게 귀속되고 정부의 모든 기관은 시민으로부터 권한을 양도받았다고 여겨진다. 그런데 주권자인 시민이 국가작용으로 인하여 손해를 입었음에도 불구하고 주권면책 원리에 의하여 국가의 배상책임을 면책하는 것은 헌법상의 이념과 일치하지 않는 것으로 보이기 때문이다. 둘째, 주권면책의 근거는 무엇인지 문제가 된다. 미국의 주권 면책론에 대해서는 별다른 근거를 찾을 수 없다는 의견도 있고, 한편으로는 단지 미국의 판사들이 19세기에 영국법을 잘못 이해한 것에 불과하다고 여겨지기도 한다.[806] 연방의 차원에서는 주권면책 원칙의 예외로서 「연방불법행위법」(FTCA, Federal Tort Claims Act)을 제정하여 국가배상 제도를 운영하고 있다.[807]

(2) 사법상의 불법행위 책임 법리의 적용

미국의 국가배상 제도는 일반적으로 사법(私法)상의 불법행위 책임 법리를 따르고 있다.[808] 「연방법원법」(Federal Judicial Code) 제2674조는 미국연방은 사인과 동일한 지위에서 책임을 부담한다고 정하고 있다.[809] 그리고 FTCA 제1346조 (b)항에서는, 사인이라면 책임을 져야 하는 것과 마찬가지로

805) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 114면 참조.
806) Peter Cane, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016, 380면 참조.
807) 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 115면 참조.
808) Sidney B. Jacoby, Federal Tort Claims Act and Frech Law of Governmental Liability : A Comaprative Study, Vanderbilt Law Review, Volume 7 Issue2, February 1954, 246p.
809) 28 U.S.C.A. §2674(1950).

연방이 책임을 지며, 그 책임은 공무원이 직무 또는 고용 범위 내에서 행동하는 동안 과실 또는 부당 행위 또는 부작위로 인해 발생하는 손해에 대한 책임이라고 규정하고 있다.[810] 판사들 역시 「연방불법행위법」의 목적은 사인과 동일한 지위에서 공무원의 행위에 대하여 미국연방이 책임을 지는 것이라고 판시하였다. 이에 미국연방의 책임의 범위와 그 제한은 사법상의 사용자책임(respondeat superior)의 법리, 즉 대위책임에 의한다고 보고 있다.[811]

특히, '사법 유사 요건'(private analog requirement)은 실제 소송에서 정부의 항변으로 작용하기도 한다. 연방정부의 행위와 같은 활동을 사법 영역에서 찾을 수 없으므로 FTCA가 적용되어 배상책임이 인정될 수 없다는 논리이다.[812] 즉, 연방정부는 비슷한 상황에서 사인(私人)과 같은 정도와 방법으로 책임이 있다는 FTCA의 명문 규정을 통하여 '같은 상황'(like circumstances) 요건에 맞지 않는다고 주장한다.[813] 그러나 법원은 '완전히 같은 상황'(same circumstances)에 있을 필요는 없다고 판단하면서 해당 주에서 인정하고 있는 불법행위의 청구원인과 '유사'(comparable)할 것을 요구하고 있다.[814][815]

3. 손해배상책임의 요건

---

810) 28 U.S.C.A. §1346(b) (1950).

811) 그 예로, United States v. Campbell[172 F.2d 500, 503(5th Cir. 1949)] 사건에서 Hutcheson 판사의 판시 내용을 들 수 있다.

812) United States v. Olson, 546 U.S. 43 (2005) 판결은 제9회순회항소법원에서는 사법상 유사 요건에서의 사인(private person)에는 지방정부와 공무원도 포함된다고 판단하였으나 대법원에서 파기한 사안이다. Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 273면 참조.

813) "the Government is liable in the same manner and to the same extent as a private individual in like circumstances." 28 U.S.C.A. §2674.

814) Indian Towing, 350 U.S. at 64; Olson, 546 U.S. at 46.

815) Chen v. United States, 854 F.2d 622, 626(2d Cir. 1988).

FTCA는 연방정부는 공무원 등이 고용의 범위 내에서 과실 또는 고의로 행한 작위 또는 부작위에 대하여 사인이 부담하는 것과 같은 정도 · 방법으로 손해배상책임을 부담한다고 정하고 있다.[816] 즉, FTCA를 근거로 하여 연방정부에 손해배상책임을 청구하기 위해서는 ① 연방 사용인 등에 해당하여야 하고, ② 고용의 범위 내에서 불법행위가 발생하여야 한다. 한편 FTCA는 소멸시효(statute of limitation)와 소진성 조항(exhaustion provision)을 통해 절차적 제한을 가하고 있다.

(1) 연방 사용인의 범위

연방 사용인이 아니라면 FTCA에 의하여 불법행위 책임이 면책되지 않으며, 연방 사용인이 아닌 자가 저지른 불법행위에 대하여 연방정부에 손해배상책임을 청구하는 것은 허용되지 않는다.[817] 따라서 연방 사용인이 아닌 자의 불법행위에 대해서는 해당 공무원에 대하여 주의 불법행위법에 따라 손해배상책임을 청구해야 하고, FTCA에 의하여 연방정부에 손해배상책임을 청구할 수는 없다. 그러나 FTCA는 연방 사용인의 범위, 즉 연방정부에 의하여 고용된 자의 범위를 상대적으로 넓게 인정하고 있다. FTCA에 의하면, 연방정부에 고용된 공무원 또는 직원, 연방의 육군 또는 해군의 구성원, 연방법의 특정 조항에 따라 훈련 또는 의무에 종사하는 동안의 방위군 구성원, 공식적인 자격을 갖추어 연방기관을 대신하여 행위하는 자, 연방변호인 조직(Federal Defender Organization)을 구성하는 공무원과 직원(당사자를 변호하

816) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 5면 참조. http://crsreports.congress.gov R 45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

817) U.S. Tobacco Coop. Inc v. Big S. Wolesale of Va., LLC, 899 F.3d 236, 248(4th Cir. 2018). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 8면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

는 동안의 전문적인 활동은 제외한다)을 포함한다.[818] 또한 2018년 U.S. Tobacco Coop. Inc v. Big S. Wolesale of Va., LLC 사건에서 법원은 FTCA의 목적에 의하면 연방정부에 고용된 자를 판단하기 위해서는 해당 공무원이 연방 사용인으로서 형식적인 지위를 갖추었는지를 판단할 필요는 없다고 판시하였다.[819]

한편, FTCA는 'employee'라는 표현을 통해 연방정부의 활동을 위하여 고용된 '독립계약자'(independent contractor)를 연방정부의 공무원의 범위에서 제외하고 있다.[820] 이로써 독립계약자가 행한 불법행위에 대해서는 연방정부에 대해서 손해배상을 청구할 수 없고, 독립계약자 개인을 상대로 손해배상을 청구해야 한다. 그러나 1988년 Boyle v. United Technologies Corp. 사건에서 설시된 Boyle Rule에 의하면, 법원은 만일 '연방의 정책 또는 이익'(federal policy or interest) 또는 연방법의 '특정한 목적'(specific objectives)과 '중대한 충돌'(significant conflict)을 야기하는 경우에는 독립계약자를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 제한된다고 판시하였다.[821] 판례는 대부분 군사적 목적과 관련된 경우에 대하여 Boyle Rule을 적용하고 있고, 그 외의 상황에 대해서는 Boyle Rule을 소극적으로 적용하고 있는 것으로 보인다.[822]

---

818) 28 U.S.C. §2671.

819) 28 U.S.C.§1346(b). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 8면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

820) Edison v. United States, 822 F.3d 510, 514(9th Cir. 2016). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 9면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

821) Boyle v. United Technologies Corp. 487 U.S. 500, 507(1988). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 10-11면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732 [방문 일시 : 2022. 11. 28.]

822) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal

(2) ‘고용의 범위 내’의 의미

FTCA는 ‘고용의 범위 내’(within the scope of employment)에서 발생한 연방 사용인의 불법행위에 대해서만 적용된다.[823] 따라서 만일 고용 범위 밖에서 불법행위가 발생하였다면, 연방정부를 상대로 하여 FTCA를 근거로 손해배상책임을 청구할 수 없다. 고용 범위 밖에서 행해진 불법행위에 대해서는 州의 불법행위법을 근거로 하여 해당 공무원을 상대로 손해배상책임을 청구해야 한다.[824]

법원은 해당 사건에 적용되는 주법에 따라 고용의 범위 내에 해당하는 불법행위가 이루어졌는지를 판단한다. 주마다 고용 범위 내를 판단하는 기준은 상이하지만, 주로 고용의 목적이 문제된 행위의 유형을 행하기 위한 것인지 여부 또는 문제된 행위의 목적이 사용자의 이익을 증진시키기 위한 것인지 여부를 기준으로 판단한다.[825]

(3) 절차적 요건

Overview, Updated November 20, 2019, 11면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

823) 28 U.S.C. §1346(b)(1).

824) Zeranti v. United States, 167 F. Supp. 3d 465, 468-469(W.D.N.Y. 2016). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 11면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

825) 고용의 목적을 기준으로 판단하는 주로는 메사추세츠 주(Merlonghi v. Unted States, 620 F.3d 50, 55(1st Cir. 2010)), 텍사스 주(Rodriguez, 129 F.3d at 766)가 있다. 한편 문제된 행위의 목적이 사용자의 이익을 증진시키기 위한 것인지 여부를 기준으로 판단하는 주로는 플로리다주(Fernandez v. Fla. Nat’l Coll., Inc., 925 So.2d 1096, 1100(Fla. Dist. Ct. App. 2006))가 있다. Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 12면 각주 97 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

FTCA는 원고가 우선 불법행위를 저지른 공무원이 속한 연방기관에 대하여 손해배상의 청구를 하여야 하며, 만일 해당 기관이 최종적으로 원고의 청구를 거부한 경우에 연방정부를 상대로 소송을 제기할 수 있다고 정하고 있다.[826] 이를 '소진성 조항'(exhaustion provision)이라 한다.[827] 물론 예외도 인정되는데, 만일 해당 기관이 6개월이 지나도록 최종적인 결정을 내리지 않으면 연방기관이 원고의 청구를 거절하는 최종적인 결정이 있다고 보아 연방정부에 대한 소제기를 허용한다.[828] 소진성 조항은 소송 이전 단계에서 연방기관과의 합의를 통하여 불필요한 소송이 제기되는 것을 방지하기 위한 것이며, 원고와 피고 모두의 소송비용을 불필요하게 지출하는 것을 막을 수 있는 방법으로 고안된 것이다.[829]

4. 재량면책 조항

FTCA의 재량면책 조항 중에서도 행정 작용에 대한 국가배상과 관련하여 특히 문제 되는 것은 재량권 행사에 관한 면책조항이며, 따라서 미국에서 재량행위를 어떻게 보고 있는가가 중요한 쟁점이 된다.[830] 「행정절차법」

---

826) 28 U.S.C. §2675.

827) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 33면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

828) 28 U.S.C. §2675(a).

829) Ugo Colella, The Case for Borrowing a Limitations Period for Deemed-Denial Suits Brought Pursuant to the Federal Tort Claims Act, San Diego Law Review Vol. 35, 1998, 401-402면 참조.

830) 28 U.S.C.A, §2680(1950). FTCA는 다양한 예외를 두고 있다. (i) 법률 또는 규칙의 집행으로서 재량권을 행사하는 경우(a항) (ii) 우편 배달(b항), (iii) 세금 징수(c항), (iv) 특별법의 적용을 받는 경우로서 해상불법행위(d항), 적과의 거래법(Trading with the Enemy Act)상 발생한 공무원의 작위 또는 부작위로 인한 경우(e항), (v) 고의적인 불법행위로서 폭행, 구타, 부당한 감금, 부당한 체포, 악의적

(Administrative Procedure Act) 제551조는 정의 규정을 통해 '행정 작용'(agency action)이란 규칙 제정, 명령, 허가, 제재, 구제 등 또는 이와 동등한 작위 또는 부작위를 의미한다고 정하고 있어(제13항) 사실상 행정기관(제1항)이 하는 모든 행위를 행정 작용이라고 보고 있다.[831] 또한 행정 작용은 공식적 행정 작용(formal agency actions)과 비공식적 행정 작용(informal agency action)으로 나뉘는데, 이 둘의 구분은 절차상 '재판과 같은 청문'(trial-like hearing)을 요구하는지에 따라 나뉜다.[832] 이것은 절차의 내용에 따른 것이 아니라, 관련 법률에서 'hearing'(청문절차), 'on the record'(기록에 근거한 판단)라는 문구를 사용하고 있는지에 따라 나뉜다.[833] 따라서 위 두 분류가 내용상으로 구분되지 않는 이상, 재량행위는 양자 모두에게서 나타날 수 있다.[834] 그러나 절차적 제한으로 인해 비공식적 행정 작용에 재량행위가

인 기소, 절차의 남용, 명예 훼손, 비방, 허위 진술, 사기 또는 계약 권리 방해(h항), (vi) 전투 활동(j항), (vii) 외국에서 발생한 불법행위(k항) 등이 그 예이다.

831) 행정입법을 포함하지 않는 행정행위라는 표현과 구별하기 위해서 행정 작용이라 번역하였다. 미국에서는 행정이 행위의 형식을 rule making으로 할 것인지, ad judication으로 할 것인지를 결정할 수 있다(Chenery II(1947) 사건). 양자의 구별은 얼마나 많은 사람에게 영향을 미치는지, 장래에 향하여 또는 소급하여 영향을 미치는지에 따른다고 보나(Londoner v. City and County of Denver(1908); Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization(1915) 사건은 Due Process 원칙의 적용 여부에 관한 사건이나, 위 사건에서 제시된 원칙을 참고하여 행정입법과 재결의 구분에도 적용될 수 있다고 본다) 아직 미국 대법원의 결정이 존재하지 않는 영역이다. Congressional Research Service, Informal Administrative Adjudication: An Overview, October 1, 2021., 3면 각주 22) 참조. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46930[방문일시 : 2023. 7. 2.]

832) United States v. Florida East Coast Railway, 410 U.S. 224(1973).

833) 행정절차법(APA) 제553조 (c)항에서는 근거법률에 의하여 '청문'(hearing)의 기회를 부여한 후 '기록에 근거하여'(on the record) 규칙이 제정되어야 하는 경우, 재판과 같은 청문에 관한 규정인 제556조 및 제557조가 적용되어야 한다고 정하고 있다. Michael Asimow, Federal Administrative Adjudication Outside the Administrative Procedure Act, Administrative Conference of the United States, 2019, 15-16면 참조.

834) Kenneth C. Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Greenwood Press, 1980, 4면(한국법제연구원, 재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립,

더 폭넓게 나타나며,[835] 대부분의 행정 작용은 행정의 효율성 문제로 인하여 비공식적 행정 작용으로 나타나게 되므로[836] 결국 대부분의 행정 작용은 재량행위로서 FTCA의 면책 대상이 된다는 결론에 이른다.

(1) 재량면책의 취지

재량면책 조항의 취지에 대해서는 크게 두 가지가 있다.[837] 첫째, 사회적, 경제적, 정치적 정책에 기반한 정부의 결정에 대하여 불법행위 소송을 통해 사법부가 정부의 판단을 대체하는 것을 막기 위함이다.[838] 의회는 행정부에 대한 사법부의 개입은 부적절하다고 보는데,[839] 그 이유는 정책적 고려는 정부 부처가 담당하는 것이 더욱 적절하며, 법원은 분쟁 해결에 특화되어 있을 뿐이지, 정책적 판단을 하기에는 적합하지 않다고 여기기 때문이다. 둘째, 정부에 대한 책임의 부과는 행정 작용의 효율성을 저해하기 때문이다.[840] 불법행위 책임의 가능성은 연방 사용인이 정당한 정책적 결정을 하는 것을 저해할 우려가 있다.[841] 예를 들어, 연방 사용인이 정책적 결정을 하면서 적절한 정책적 목표를 고려하기보다는 소극적으로 소송을 당하지 수 있는 결정만을 추구할 우려가 있다.[842] 또한 연방의 행정 활동에 대하여 불법행위 책임을

2004. 10., 240면에서 재인용).

835) Kenneth F. Warren, Administrative Law in the Political System(4th ed.), Westview, 2004, 342면 참조(한국법제연구원, 재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립, 2004. 10., 239면에서 재인용).

836) Richard J. Pierce. Jr., Administrative Law Treatise, 4th ed., vol. 1, Aspen, 2002, 24면 참조.

837) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 18면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

838) Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531, 536-37(1988).

839) Dalehite v. United States, 346 U.S. 15, 73 Sup. Ct. 956, 97 L. Ed. 1427(1953).

840) Varig Airlines, 467 U.S. at 814.

841) 김민훈, 공무원 개인의 배상책임에 관한 소고 – 미국의 사례를 중심으로, 공법학연구 제7권 제3호, 2006, 404면 참조.

842) Richard H. Seamon, Caution and the Discretionary Function Exception to the

무제한적으로 허용하는 경우 연방 사용인들이 미국 전체의 공공의 이익을 위하여 결정권을 행사하기보다는 소송에 대응하는 데 더 많은 시간을 허비할 것이고, 결국 이는 납세자의 손해로 귀결된다는 의견도 있다.[843]

(2) 재량면책의 요건

FTCA에 의하여 모든 재량적 행위에 대한 국가배상 청구가 금지되는 것은 아니다. 연방대법원은 두 가지 요소를 중심으로 재량면책 행위에 해당하는지를 판단한다.[844] 첫째, 행정 활동이 재량권에 의한 것인지, 둘째, 정책적 고려에 의한 것인지이다. 만일 행정 활동이 재량권에 의한 것이면서도, 그것이 정책적 고려에 의한 경우에는 국가배상 청구로부터 면책된다.[845] 그러나 만일 행정 활동이 재량권과 관련이 없는 것이거나, 재량권과 관련이 있지만 재량면책권이 보호하려는 정책적 고려와 밀접한 관련이 없는 경우에는 면책 대상이 아니다.[846]

그렇다면, 재량권이 언제 존재하는가가 문제가 된다. 미국에서는 지침(direction)이나 편람(manual)이 존재하여 그에 따르기만 하면 되는 기계적 활동을 제외하고서는 원칙적으로 재량행위에 해당한다. 이러한 전제 하에서, 데이비스(Davis) 교수는 재량행위란 행정청의 유효한 한계 범위라고 하였다.[847] 즉, 연방 사용인에게 따라야 할 행동의 내용을 구체적으로 규정한 법령, 규칙, 정책 등이 존재할 때는 연방 사용인에게 재량권이 존재하지 않으

Federal Tort Claims Act, 30 U.C. Davis L. Rev. (1997), 706-707p.

843) Mark C. Niles, "Nothing But Mischief" : The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity, 54 ADMIN. L. REV. 2002, 1309p.

844) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 19-24면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

845) Garling v. EPA 849 F.3d 1289, 1295(10th Cir. 2017).

846) Seamon, 706-707.

847) 한국법제연구원, 재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립, 2004. 10., 242면 참조.

며, 이러한 경우에는 면책권에 의해서 보호되지 않는다.[848] 그러나 관련 조항이 의무적인 것으로 보일지라도, 만일 행정 결정에 판단이나 선택의 여지가 있다면 재량권이 있는 것으로 본다.[849] 한편, 연방 법률, 규칙, 정책과 달리 연방 헌법을 위반한 경우 대부분의 법원은 위 재량면책 규정으로서 책임을 면할 수 없다고 보고 있다.[850]

다음으로, 법원은 재량권의 행사 또는 불행사가 정책적 고려에 의한 것인지를 심사한다. 대법원은 재량면책 조항은 공공정책(public policy)의 고려에 기반한 결정만을 보호한다는 점을 명백히 판시하였다.[851] 예를 들어, 행정결정이 공익과 사익 사이의 이해관계 형량을 요구할 때는 정책에 기반한 결정에 해당한다.[852] 행정결정이 재량권 행사에 근거할 때는 공공정책에 대한 고려에 근거하였다고 추정되며,[853] 전적으로 태만이나 부주의에 근거한 경우에는 재량면책 규정에 따라 보호되지 않는다.[854]

---

848) Berkovitz, 486 U.S. at 536.

849) 예를 들어, Rich v. United States[811 F. 3d 140(4th Cir. 2015)] 사건은 교도소 수감자가 갱단 출신인 다른 수감자로부터 칼에 찔려 손해를 입었다는 이유로 FTCA에 근거하여 연방정부에 소송을 제기한 사건이다. 위 사건에서 법원은, 미리 특정 수감자의 과거 행동에 비추어 보아 분리 수용하여야 한다는 규정이 존재하더라도(해당 조항은 "may" require separation이라고 규정하고 있다), 실제 결정 당시에는 분리 수감의 필요성에 대하여 여러 요소(가용 자원, 수감자의 적절한 분류, 적절한 보안 수준 등)를 고려하여야 하므로, 재량권이 존재한다고 하면서 FTCA의 재량면책권의 적용을 받는다고 판단했다.

850) Loumiet v. United States, 828 F.3d 935, 939(D.C. Cir. 2016). 그러나 위 입장에 반대되는 소수설을 취하는 판례도 있다. Kiiskila v. United States, 466 F.2d 626, 627-28(7th Cir. 1972).

851) Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531, 537(1988).

852) 예를 들어, Croyle v. United States, 908 F.3d 377, 382(8th Cir. 2018) 에서 "Balancing safety, reputational interests, and confidentiality is the kind of determination 'the discretionary function exception was designed to shield.")(quoting Berkovitz, 486 U.S at 536).

853) United States v. Gaubert, 499 U.S. 315 (1991) at 324.

854) Coulthurst v. United States, 214 F.3d 106, 111(2nd Cir. 2000)(quoting United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense, 467 U.S. 797, 814(1984))

(3) 고의적인 불법행위 면책조항

고의적인 불법행위 면책조항은 사실행위에 있어서 국가배상을 인정하고 있는 다른 국가들과 차별화된다. 미국이 위와 같은 규정을 마련하고 있는 것은 정부가 부당하게 고액의 배상금을 지불하여야 하는 상황을 예방하기 위함이나, 그 근거가 박약하다는 비판이 있다.[855] 그러나 처음 FTCA를 제정할 당시 일부 의원들은 공무원의 고의적인 불법행위에 대하여 연방정부가 책임을 지는 것은 부당(unjust)할 것이며, 고의적인 불법행위는 그 특성상 원고에 의해서 과장될 수 있고, 피고의 입장에서는 방어하기 어렵기 때문에 이를 국가의 재정으로서 책임을 지는 것은 재정에 부담을 가져올 수 있다는 고려를 하였다.[856] 그러나 위 조항에는 다시 예외가 존재하는데, 수사관이나 사법경찰관에 의하여 특정한 고의적 불법행위가 행해진 경우에는 면책특권이 존재하지 않는다.[857] 그리고 위 조항의 대상이 되는 공무원은 법에 따라 수색, 압수, 체포 권한이 있는 모든 공무원을 의미한다.[858]

5. 사용자 책임과의 관계

FTCA에 의하면 연방정부는 사인(私人)과 같은 정도와 같은 방법으로 책임을 부담하므로 사인이 부담하는 불법행위법에서의 사용자 책임과 유사하다.[859] 연방정부의 책임은 사적 영역에서의 고용책임과 동일한 맥락에서 인

855) 강구철, 영·미의 국가배상 제도, 법학논총 vol.21, no.2, 2009, 85면 참조.

856) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 25면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

857) 28 U.S.C.A. §2680(h)는 assault(폭행 위협), battery(폭행), false imprisonment(부당한 감금), false arrest(부당한 체포), abuse of process(절차 남용), malicious prosecution(악의적 기소)에 대해서는 예외를 인정하고 있다.

858) 28 U.S.C.A. §2680(h)

859) Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on

정되고, 사법상 고용관계에 관한 州법을 적용함으로 인해 연방정부만의 고유한 권한 행사의 내용을 배상책임으로 포섭할 수 없다는 비판이 가해지기도 하였다.[860] 그러나 이러한 비판에도 불구하고 연방정부의 책임은 작위 또는 부작위가 발생한 주법에 따라 판단되었다. 그리고 주법의 적용으로 인하여 연방정부에 책임이 인정되는지 여부에 대하여 상반된 결과가 나타나기도 하였다.[861] 예를 들어, 1993년 Flechsig v. United States 사건은 켄터키 주에서 수감되어 있던 여성 수감자가 교도관에 의하여 강간을 당했다고 주장하면서 연방정부에 대한 손해배상을 청구한 사안이었다.[862] 위 사건에서 켄터키 주는 강간 행위는 사용자를 위한 행위가 아니고 따라서 고용관계의 범위 내에 있다고 볼 수 없다는 이유로 연방정부의 사용자 책임을 부정하였다.[863] 그러나 비슷한 강간 사건을 다룬 1995년 Red Elk v. United States 사건에서는 南 다코타 주의 법을 적용하였고, 강간은 예견될 수 있는 권한의 남용이라고 보아 고용관계의 범위 내에 있다고 판시하면서 연방정부의 책임을 인정하였다.[864] 南 다코타 주는 사용자 책임을 널리 인정하는 법리를 가지고 있었기 때문이다.

Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 273면 참조.

860) Dianne Rosky, Respondeat Inferior: Determining the United States' Liability for the Intentional Torts of Federal Law Enforcement Officials, U.C. Davis Law Review 36, no. 4, 2003., 897-898면 참조.

861) Dianne Rosky, Respondeat Inferior: Determining the United States' Liability for the Intentional Torts of Federal Law Enforcement Officials, U.C. Davis Law Review 36, no. 4, 2003., 896면 참조.

862) Flechsig v. United States. 991 F.2d 300, 302(6th Cir. 1993).

863) Dianne Rosky, Respondeat Inferior: Determining the United States' Liability for the Intentional Torts of Federal Law Enforcement Officials, U.C. Davis Law Review 36, no. 4, 2003., 896-897면 참조.

864) Red Elk v. United States. 62 F.3d 1102, 1103(8th Cir. 1995). Dianne Rosky, Respondeat Inferior: Determining the United States' Liability for the Intentional Torts of Federal Law Enforcement Officials, U.C. Davis Law Review 36, no. 4, 2003., 897면 참조.

6. 법원과 절차적 특징

(1) 배심원 제도

연방법원은 FTCA에 근거하여 제기된 국가배상 청구에 대하여 전속관할을 갖는다.[865] 또한 FTCA 제정당시 의회는 배심원들이 연방정부의 풍부한 변제자력을 고려하여 객관적으로 사실관계를 파악하지 아니하고, 연방정부의 책임을 인정하는 쪽으로 평향된 판단을 할 것을 우려하여 배심원 제도를 도입하지 않았다.[866] 또한 헌법상 보장되는 배심원 재판을 받을 권리는 연방정부를 상대로 하는 소송에는 적용되지 않기 때문에, FTCA 사건에서는 일반적으로 배심원 제도가 허용되지 않는다.[867] 다만, 구속력 없는 판단의 내용을 판사에게 전달할 뿐 최종적인 판단을 할 권한은 없는 '권고적 배심원'(advisory jury)제도가 사용되기도 한다.[868]

(2) 법무부장관의 확인

불법행위의 피해자인 원고로서는 해당 가해자가 연방 사용인인지, 고용관계의 범위 내에서 발생한 불법행위인지 여부를 제대로 확인할 수 없는 경우

---

865) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 6면 참조. http://crsreports.congress.gov R 45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

866) 28 U.S.C.§2402. Matthew L. Zabel, Advisory Juris and Their Use and Misuse in Federal Tort Claims Act Cases, BYU Law Review Vol. 2003 Issue 1 Article 2, 2003, 205면 참조.

867) Osborn v. Haley, 549 U.S. 225, 252(2007). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 7면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

868) Matthew L. Zabel, Advisory Juris and Their Use and Misuse in Federal Tort Claims Act Cases, BYU Law Review Vol. 2003 Issue 1 Article 2, 2003, 194면 참조.

가 있다. 만일 원고가 위와 같은 사실을 알지 못한 채 불법행위의 가해자인 개인을 상대로 손해배상을 청구한 경우에 FTCA는 법무부장관으로 하여금 그 행위자가 연방 사용인에 해당하고, 해당 불법행위가 고용관계의 범위 내에서 일어난 것이라는 것을 확인할 수 있도록 하는 제도를 두고 있다.[869] 이를 '법무부장관의 확인'(Attorney General Certification)이라 한다.[870]

법무부장관의 확인이 있는 경우에는 해당 소송은 FTCA를 법적 근거로 하여 연방정부를 상대로 소송을 제기한 것으로 간주된다.[871] 따라서 종래 피고의 지위에 있던 연방 사용인은 피고의 지위에서 탈퇴하고 연방정부가 피고의 지위를 갈음하게 된다.[872] 또한 해당 소송은 주법원에서 연방법원으로 이송된다.[873] FTCA에 근거한 소송에 대해서는 연방법원이 전속적 관할을 갖기 때문이다.

7. 정책적 요소의 고려 여부

종래 법원은 행정의 효율성이나 주권을 상대로 소송을 제기할 수는 없다는 이유로 연방정부의 면책권을 정당화하였다. 또한 국가의 재정으로부터 손해를 전보받는 것은 세금으로 형성된 연방정부의 재정이 적절하게 사용되는 것이라 볼 수 없다는 시각도 존재하였다.[874] 그러나 FTCA의 제정으로 연방

---

869) 28 U.S.C. §2679(d)(1), (2).

870) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 13면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

871) 28 U.S.C. §2679(d)(1), (2).

872) 28 U.S.C. §2679(d)(1), (2). Osborn v. Haley, 549 U.S. 22, 230 (2007). Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 14면 참조.

873) 28 U.S.C. §2679(d)(2). Osborn v. Haley, 549 U.S. 22 (2007) at 230. Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 14면 참조.

874) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Outhorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 544면 참조.

정부 역시 사인과 마찬가지로 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 되었다.

FTCA의 제정 이후에는 연방정부의 구체적인 책임을 판단하기에 앞서 재량면책의 적용 여부를 판단하는 과정에서 정책적 요소를 고려한다. 법원은 권력분립의 원칙과 이른바 '사후적 의심론'(second-guessing)에 기초하여 행정의 재량권 행사에 원칙적으로 법원이 개입할 수 없다고 본다.[875][876] 행정이 행한 사회적, 경제적, 정치적 근거하여 내린 재량적 결정에 대하여 법원이 개입하는 것은 적절하지 않다는 것이다.[877] FTCA의 제정 당시 의회 역시 재량적 결정의 영역은 행정의 고유 영역으로 남겨 두는 것이 더욱 적절하며, 법원은 사실관계 및 법적 근거에 기초하여 판단을 내리는 것에 전문성이 있을 뿐이지 정책적 판단을 하기에 적절한 기관이 아니라는 점을 고려하였다.[878] 또한 FTCA에서 재량면책권의 예외를 규정한 것은 정부의 효율적인 운영을 도모하기 위한 것이기도 하였다.[879] 행정의 고유한 재량권 행사 영역에 대해서까지 불법행위 책임을 인정한다면 정부가 불법행위 책임을 질 것을 염려하여 공무원들이 소극적으로 행위할 우려가 있다고 보았기 때문이다.

---

875) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 544면 참조.

876) 이른바 '사후적 의심론'(second-guessing)은 행정의 정책 결정은 존중되어야 하며, 법원은 정책의 집행 단계에 대한 사법 심리를 할 수 있을 뿐, 행정부가 적절하다고 판단한 정책에 대하여 사법부가 그 위법·부당을 판단하는 것은 적절하지 않다는 관점이다.

877) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 18면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

878) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 18면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

879) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 18면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

II. 과실책임

1. 과실의 개념과 내용

미국 「연방불법행위법」(FTCA)은 미국연방에 대하여 책임을 인정하는 법이지 불법행위 요건에 관한 법은 아니다. 즉, 미국의 불법행위는 개별 주법의 차원에서 인정되는 것이기 때문에, 불법행위지를 기준으로[880] 관할권이 정해지며 해당 관할지에서 적용되는 주법이 적용된다.[881]

일반적으로 영미법상 '과실'(negligence)은 위법성과 과실을 포함한 개념으로 사용되며, 주의의무 위반이 그 내용을 이루다고 본다.[882] 따라서 주의의무의 존재 및 그 위반의 내용이 결국 귀책사유를 살핌에 있어서 중요한 부분이 될 것이다. 불법행위법의 리스테이트먼트(Restatement(Second) of Torts) 제282조를 참조하면, 과실이란 "손해에 관한 비합리적인 위험으로부터 다른 사람을 보호하도록 법에 의하여 규정된 기준에 미치지 못하는 행위"라고 규정하고 있다.[883] 따라서 주의의무란 당해 행위에서 요구되는 기준을 준수하지 않은 것이라는 점에서 과실이란 표현에도 불구하고 행위자가 아니라 '행위'에 대한 객관적 평가라는 측면이 강하다는 것을 알 수 있다.[884]

---

880) 28 U.S.C.A. §1946(b)

881) 정하명, 미국연방 사용인개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 공법학연구 제12권 제2호, 4-5면 참조.

882) 김정민, 영국의 과실불법해위(Negligence)에서의 주의의무의 존부에 관한 판단기준, 민사법학 제47호, 2009, 447면 참조. 이은영 불법행위에서의 주의의무, 판례월보, 191호, 1986. 8., 34면 참조.

883) Restatement of Torts는 American Law Institute에서 판례법 등으로 형성된 불법행위 부분을 집대성한 것이며, 각 주별로 이를 그대로 또는 수정해서 받아들이기도 한다. Restatement(First) of Torts 제282조와 Restatement(Second) of Torts 제282조는 동일하다.

884) 김천수, 영미 불법행위법상 책임요건에 관한 연구 - 과실불법행위의 의무론을 중심으로-, 성균관법학 vol. 22, no.1, 2010, 37면 참조.

2. 사법상 과실과의 비교

연방정부에 대하여 적용되는 과실의 기준은 사인에 대한 것과 유사하게 적용된다.[885] 불법행위법에서 과실 판단은 객관적으로 합리적인 사람의 기준에 의하지만 구체적인 기준은 상황에 따라 다르게 적용된다. 이때 불법행위자가 선의로 행동하였다거나 최선을 다했다는 사정은 고려 대상이 되지 않는다.[886] 즉, 실제 행위자가 선의로 또는 최선을 다하여 행동하였더라도 동일한 상황에서 합리적인 사람이라면 행동하였을 방식과 다르게 행동한 경우에는 과실이 인정된다. 이러한 측면에서 불법행위법상 과실은 도덕적 비난가능성에 기초한다기보다는 합리적으로 행동하지 못한 것에 대한 엄격책임의 성격을 갖는다.[887] 이미 사법 영역에서 충분히 객관화된 과실이 적용되고 있고, 이것이 연방정부의 과실 판단에도 적용된다.

불법행위법에서 객관적 기준을 택하고 있는 것은 배심원 제도와 연결되어 있다.[888] 만일 주관적 기준을 택한다면 배심원들은 불법행위자별 능력 및 경험 등의 별개의 특성을 파악하여야 하고, 이것은 소송절차의 장기화 등으로 인한 비용을 야기할 것이며, 신속한 재판을 저해할 수 있다. 또한 주관적 사정에 대한 배심원의 객관적 판단을 담보하기도 어렵다.[889] 따라서 객관적인 합리성 기준을 택하여 배심원들로 하여금 실제 불법행위자에 의하여 이루어진 행위와 합리적인 사람을 기준으로 한 행위를 비교하는 방법을 통해 적절하고 신속한 판단을 받고자 하였다.[890] FTCA에 의하면 연방정부의 책임에

---

885) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 546면 참조.

886) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 71면 참조.

887) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 71면 참조.

888) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 71면 참조.

889) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 71면 참조.

890) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.),

대한 판단에는 배심원 재판이 허용되지 않는다.[891] 그러나 객관적 기준을 적용할 경우 행위의 기준에 대한 예견 가능성을 통해 불법행위 발생 이전에 불법행위를 억제하고 바람직한 행위를 유도할 수 있고, 모든 불법행위자들을 동등한 기준에 의하여 평가할 수 있다는 점에서 불법행위법상의 객관적 기준이 연방정부의 책임 판단에도 적용된다.[892]

3. 연방 사용인 책임과의 관계

FTCA는 연방 사용인이 고용의 범위 내에서 저지른 불법행위에 대해서는 연방정부에 대해서만 불법행위로 인한 배상책임을 청구할 수 있을 뿐 공무원 개인에 대한 불법행위 책임은 청구할 수 없다고 정하고 있다.[893] 따라서 불법행위를 원인으로 하는 경우에는 연방정부와 연방 사용인에 대한 선택적 청구가 인정되지 않는다. FTCA에 의하여 연방정부에 재량면책권이 인정되는 등 주권면책의 예외가 인정되지 않아 연방정부가 책임을 지지 않는 경우에도 연방 사용인은 고용의 범위 내에서 행한 불법행위에 대한 책임으로부터 면책된다.[894] 그러나 위 FTCA 조항의 내용은 불법행위에 관한 청구를 연방 사용인에게 할 수 없다는 것을 의미하는 것이고, 청구원인을 달리하여 헌법 또는 법률 위반을 이유로 하는 경우에는 연방 사용인 역시 배상책임을 부담할 수 있다.[895]

FOUNDATION PRESS, 2017, 71-72면 참조.

891) 28 U.S.C.§2402. Matthew L. Zabel, Advisory Juris and Their Use and Misuse in Federal Tort Claims Act Cases, BYU Law Review Vol. 2003 Issue 1 Article 2, 2003, 205면 참조.

892) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 72면 참조.

893) 28 U.S.C.A. §2679(b)(2).

894) United States v. Smith, 499 U.S. 160, 165(1991), Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 7면 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

III. 위법한 행정 작용과 과실의 관계

1. 당연과실(negligence per se) 법리

‘당연과실’(negligence per se)은 형법이나 행정법적 규제(행정준칙, 자치법규 등)를 위반하였고, 해당 법규가 피해를 입은 개인을 보호하고자 하는 경우에는 곧바로 과실을 인정하는 커먼로상의 법리이다.[896][897] 규제법규가 곧 주의의무의 기준을 의미하므로, 규제법규의 위반은 주의의무의 위반을 의미한다는 것이다.[898] 당연과실이 성립하기 위해서는 문제된 침해행위가 해당 규제법규가 피하고자 하는 행위의 유형이어야 하며, 법익 침해가 해당 법규에서 방지하려는 유형의 것이고, 손해를 입은 구체적 피해자가 법규에서 보호하고자 하는 대상이어야 한다.[899] 규제법규 위반으로 과실의 존재가 추정되는 것인지 간주되는 것인지에 대하여 여러 의견이 있으나, 전자로 보는 경우에는 면책사유를 주장할 수 있다는 점에 중점을 두고 표현한 것이다. 후자의 경우에는 규제법규 위반만으로 곧바로 과실이 성립하는 것이고, 면책사유

---

895) Gregory C. Sisk, Official Wrongdoing and the Civil Liability of the Federal Government and Officiers, University of St. Thoams Law Journal, Vol. 8, Issue 3, 2011, 307면 참조.

896) 당연과실(negligence per se)은 그 자체로 과실에 해당한다(negligence in itself)는 의미이다. Martin v. Herzog, 228 N.Y. 164, 169 (1920) 참조. 일부 문헌에서는 ‘당연성립(즉성)과실’이라는 용어로 표현되고 있으나, 이 글에서는 당연과실이라고 표현하였다. 장준혁, 미국법상 제정법규 위반의 당연성립 과실불법행위, 법학논총 제24권 제1호, 2017. 4., 95면 참조.

897) 장준혁, 미국법상 제정법규 위반의 당연성립 과실불법행위, 법학논총 제24권 제1호, 2017.4., 96-97면 참조.

898) David P. Leonard, The Application of Criminal Legislation to Negligence Cases: A Reexamination, Santa Clara Law Review, Vol.23, No.2, 1983., 438면 참조.

899) Restatement(Second) of Torts §286 (1965). Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 290-291면 참조.

증명에 의하여 간주적 효과가 복멸되는 것이라고 한다.[900] 어떤 경우에 의하더라도 일단 규제법규의 위반이 있으면 과실이 성립하는 것이고, 그 효과를 저지할 면책사유를 주장하는 것도 가능하다.

2. 연방법규 위반과 당연과실

커먼로상 당연과실 법리에 의하면 법규 위반으로 다른 사람에게 손해를 끼친 때에는 과실이 간주 내지 추정되므로, 이러한 법리가 연방정부의 책임에도 적용되는지 문제된다. FTCA 제1346조 (b)항에는 연방정부는 비슷한 상황에서 사인(私人)과 같은 정도와 방법으로 책임이 있다는 내용의 소위 '사인 유사성 요건'(private person analogy)이 규정되어 있다. 사인 유사성 요건은 FTCA에 따른 연방정부의 책임을 묻기 위하여 가장 우선적으로 검토되는 요건이지만, 대부분의 불법행위 사안은 사인이 부담하는 과실책임과 유사한 경우가 많으므로 특히 문제되는 경우 드물다.[901]

그러나 2005년 United States v. Olson 판결에서는 사인 유사성 요건이 문제되었다. 광산 노동자와 그 배우자는 연방 광산 조사관의 과실로 인하여 아리조나 주에 위치한 광산에서 사고가 발생하였으므로 연방정부가 손해배상 책임을 부담한다고 주장하였다.[902] 연방지방법원은 아리조나 주의 법이 이 사건과 유사한 상황에서 사인에게도 비슷한 책임을 부과하고 있는지에 대하여 원고의 증명이 충분하지 않다는 이유로 청구를 기각하였다. 그러나 제9회 순회 항소 법원에서는 '고유한 정부 기능'(unique governmental functions)이

---

900) 장준혁, 미국법상 제정법규 위반의 당연성립 과실불법행위, 법학논총 제24권 제1호, 2017.4., 97면 각주 8 참조.

901) Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 273면 참조.

902) United States v. Olson 546 U.S. 43, 45 (2005).

문제되는 경우에 주 또는 지방정부가 손해배상 책임을 부담하는 규정이 존재한다면 FTCA에 의하여 주권면책의 예외를 주장할 수 있다고 판단하면서, 광산조사는 '고유한 정부 기능'에 해당하고, 아리조나 주의 법은 이 사건과 같은 상황에서 주 또는 지방정부의 책임을 인정하고 있으므로 FTCA에 의하면 연방정부의 책임이 인정될 수 있는 상황이라는 것이었다.[903] 그러나 연방대법원은 FTCA의 문언, 연혁 또는 목적에 비추어보더라도 고유한 정부 기능을 행사하는 경우에는 연방정부의 주권면책이 유예된다는 결론을 도출해낼 수 없고,[904] 사인 유사성 요건에서의 사인이란 주(states) 또는 지방정부(municipalities)를 포함하는 개념이 아니므로 광산을 조사하는 것과 유사한 사인들 간의 주의의무의 내용을 찾아보아야 하며,[905] 아리조나 주의 어떤 법이 적용되어야 하는지에 대해서는 당사자 사이에 이견이 있으므로 다시 심리가 이루어져야 한다고 판단하였다.[906]

한편, 연방법원은 사인 유사성 요건과 FTCA가 제정된 역사적 배경을 통하여 FTCA는 주법(state law)의 적용을 전제하고 있는 것이 명백하다고 판시하였다.[907] 즉, FTCA는 연방정부의 불법행위로 인한 책임에 대해서는 사인과 동일하게 다루기 위하여 제정되었고, 그러한 측면에서 사인에게 적용되지 않고 오로지 연방정부를 규제하기 위한 연방법규를 위반하였다고 하더라도 그로써 당연과실 법리가 적용될 수는 없다는 것이다.[908] 위 내용은 연방의 규제법규 위반만으로는 FTCA에 따른 소를 제기할 청구원인이 되지 않는

---

903) United States v. Olson 546 U.S. 43, 45 (2005).
904) United States v. Olson 546 U.S. 43, 46 (2005).
905) United States v. Olson 546 U.S. 43, 47 (2005).
906) United States v. Olson 546 U.S. 43, 48 (2005).
907) Richards v. United States, 369 U.S.(1962) at 1, 8-9. Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 274면 각주 23 참조.
908) United States v. Olson 546 U.S.43(2005) 사건에서 미국 법무부가 제출한 요약답변서(Reply Brief) 내용 참조. https://www.justice.gov/osg/brief/united-states-v-olson-reply-brief-merits[방문 일시 : 2023. 6. 18.]

다는 의미로 이해된다.[909]

그러나 원고는 주법(state law)의 위반, 즉 주법이 인정하고 있는 당연과실 법리에 따라 사인들에게 책임을 인정할 수 있다고 주장하면서 소송을 제기할 수 있다.[910] 그리고 FTCA에 의하더라도 공무원의 작위 또는 부작위가 발생한 행위지의 주법이 적용되므로, 만일 주의 규제기준이 연방의 규제기준과 동일하고, 사인 유사성 법리에 따라 주의 기준이 사인에 대해서도 똑같이 적용된다면 FTCA에 따른 제소가 가능할 것이다.[911] 예를 들어 1993년 In re Sabin Oral Polio Vaccine Products 사건에서 플로리다 주와 메릴랜드 주는 백신의 관리에 대하여 연방의 규제법규와 동일한 기준을 도입하였고, 백신 관리 의무를 사인에게도 부과하고 있었다. 따라서 공무원이 백신을 적절하게 관리하지 못한 것은 주의 당연과실 법리에 따라 청구원인이 될 수 있었다.[912]

---

909) Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 291면 참조.

910) 실제 Martin v. Schroeder, 105 P.3d 577, 583-84 (Ariz. Ct. App. 2005) 사건에서는 원고가 연방의 총기 규제법을 위반으로 인한 손해 주장에 대해서 아리조나 주가 허용하고 있는 당연과실이 인정된다고 판시하였다. Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 291면 참조.

911) Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 292-293면 참조.

912) In re Sabin Oral Polio Vaccine Prods. Liab. Litig., 984 F.2d 124, 127-28 (4th Cir. 1993). Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, 293면 참조.

IV. 과실 판단기준

1. 예견가능성

과실을 판단함에 있어 합리적인 사람을 기준으로 한다는 것은 합리적인 사람이라면 가해행위가 손해를 야기할 수 있다는 것을 알았거나 또는 합리적으로 보아 알 수 있었던 경우에 과실이 인정된다는 의미이다. 따라서 합리적인 사람이라 할지라도 예견할 수 없는 손해의 위험에 대해서는 주의의무를 다할 수 없는 것이므로, '예견 가능성'(foreseeability)은 과실 판단의 기준이 된다. 예를 들어, 1856년 Blyth v. Birmingham Waterworks 사건은 유례없는 강추위로 인한 동결로 인해 지하 수도관에서 누수가 발생하여 집이 물에 잠기는 손해가 발생한 사안이었다.[913] 위 사안에서 항소심 법원은 전례없는 추위로 인한 수도관 동결을 예상할 수 있었을 것이라 보기 어렵다고 하여 책임을 부정하였다.[914]

2. 핸드룰

1947년 United States v. Carroll Towing Co. 사건에서 다루어진 이른바 '핸드룰'(Learned Hand Formula)은 연방정부의 과실을 고려함에 있어 사고방지를 위한 예방조치에 소요되는 비용(B)과, 사고가 발생할 확률(P), 사고가 발생할 경우의 피해의 정도(L)를 고려하여 만일 'B< P x L'인 경우, 즉 확률적으로 인정되는 손해가 예방조치에 소요되는 비용보다 더 큰 경우에는 예방조치를 취하지 아니한 과실을 인정한다는 공식이다.[915] 가해행위로 인한

---

913) Blyth v. Birmingham Waterworks 156 Eng.Rep. 1047(Ex. 1856).

914) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 77면 참조.

915) United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169(2nd Cir. 1947). Green,

손해가 손해를 피하기 위한 조치를 취하는 비용보다 큰 상황에서 예방조치를 취하지 않는 것은 합리적이지 않기 때문이다.[916] 그러나 위 공식은 사안을 지나치게 단순화한 것이라는 비판을 받기도 한다.[917] 구체적인 사안에서 실제 확률적으로 인정되는 손해와 구체적인 예방조치의 비용은 산정하기 어려운 경우가 많기 때문이다. 또한 생명 또는 신체적 상해가 손해의 내용에 해당하는 경우에 경제적 계산의 대상이 될 수 없다는 비판도 있다.[918]

보다 간명한 방법으로는 피고가 구체적으로 어떠한 예방조치를 취하였어야 하는지에 대해서 주장 · 증명하는 방법이 있다. 과실에 의한 불법행위 소송에서 원고가 어떤 내용의 예방조치가 취해졌어야 하는지에 대해서까지 증명책임을 지는 것은 아니다.[919] 그러나 많은 경우 원고는 합리적인 사람이라면 취하였을 구체적인 조치의 내용과 해당 예방조치를 취하지 않은 과실로 인하여 손해가 발생하였음을 주장 · 증명하는 경우가 많다.[920]

V. 종합 및 분석

1. 대위책임과 과실 인정

FTCA에 따라 책임을 부담하는 것은 미국 연방정부이지만, 연방정부의 책

Michael D., Negligence = Economic Efficiency: Doubts, Texas Law Review Vol. 75. no. 7., 1997, 1605면 참조.

916) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 78면 참조.

917) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 80면 참조.

918) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 80-81면 참조.

919) Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS, 2017, 84면 참조.

920) Mark F. Grady, Untaken Precautions, The Journal of Legal Studies Vol. 18, No. 1, 1989.1, 139면 참조.

임은 연방 사용인이 직무를 수행하는 동안 과실로 작위 또는 부작위로 인하여 다른 사람에게 손해를 입힌 경우를 요건으로 한다.[921] 따라서 공무원의 불법행위 성립과 과실을 전제로 하는 이상, 대위책임 모델을 취하고 있다고 할 것이다.[922] 한편 FTCA는 연방정부의 주권면책을 유예하는 법률에 불과한 것이고, 구체적인 불법행위의 성립은 불법행위가 발생한 주의 불법행위법에 의한다. 따라서 연방 공무원의 동일한 행위에 대해서도 적용되는 주법의 내용에 따라 그 결과는 상이할 수 있으며, 행위지라는 우연한 결과에 의하여 배상책임 여부가 결정되는 것은 타당하지 않다는 비판이 가능하다. 예를 들어, 연방 공무원의 강간 행위에 대하여 1993년 Flechsig v. United States 사건에서는 켄터키 주의 불법행위법을 적용하여 고용관계의 범위 내에서 일어난 불법행위로 볼 수 없다고 판단하였으나, 1995년 Red Elk v. United States 사건에서는 南 다코타 주의 불법행위법을 적용하여 예견될 수 있는 권한의 남용이라고 보아 연방정부의 책임을 인정하였기 때문이다.

커먼로상 과실은 기본적으로 합리적인 사람을 기준으로 한 손해의 '예견가능성'(foreseeability)을 기준으로 한다. 또한 형법이나 행정법적 규제(행정준칙, 자치법규 등)을 위반한 경우에 그 자체로 과실을 인정하는 '당연과실'(negligence per se)의 법리 역시 커먼로상 인정된다. 규제법규가 존재하는 경우 그 법규의 내용이 합리적인 사람이 준수해야 할 주의의무의 기준이 되므로, 법규위반이 곧 주의의무 위반으로서 과실을 형성한다는 것이다. 그러나 과실이 인정되기 위해서는 해당 행위가 그 법규가 예정하고 있는 행위 및 손해의 유형에 해당하여야 하고, 손해를 입은 구체적인 피해자가 그 법규에서 보호하고자 하는 대상이어야 한다는 점이 인정되어야 한다.

한편, 위 커먼로상 과실은 FTCA 제1346조 (b)항에서 정하고 있는 '사인유사성 요건'(private person analogy)과의 관련성 하에서 이해되어야 한다.

---

921) FTCA, 28 USC 2679(b)(2). Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 548-549면 참조.

922) Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA) : A Legal Overview, Updated November 20, 2019, 11면 각주 93 참조. http://crsreports.congress.gov R45732[방문 일시 : 2022. 11. 28.]

2005년 United States v. Olson 사건에서, 연방대법원은 오로지 연방정부를 규제하기 위한 것일뿐 사인을 규제하지 않는 연방법규를 위반한 경우에는 사인 유사성 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 연방정부의 책임을 인정하지 않고 있기 때문이다.[923] 반면, 1993년 In re Sabin Oral Polio Vaccine Products 사건에서는 백신 관리 의무에 관한 연방법규를 동일하게 주에 도입하면서 사인에게도 백신 관리 의무를 부과하고 있는 경우에 당연과실 법리에 따른 연방정부의 책임을 인정하였다.[924]

2. 평가

FTCA에 의한 연방정부의 불법행위 책임은 연방 공무원의 책임을 전제로 인정된다는 점에서 대위책임을 취하고 있다. 그러나 그와 별개로 커먼로상의 과실 판단 원리인 '당연과실'(negligence per se) 법리를 적용함으로 인하여 행정법규 위반이 과실로 간주 내지 추정될 수 있다는 점에서 자기책임을 택하는 경우의 과실 인정과 유사한 모습을 보인다. 즉, 대위책임의 입장에서도 행정법규의 내용을 주의의무의 기준으로 받아들여 행정 작용의 위법성이 인정되는 경우 주의의무 위반을 인정하여 구체적 타당성을 기하고자 한 것으로 평가할 수 있다.

FTCA는 연방 공무원이 소송에 휘말릴 것을 우려하여 위축되는 것을 극복하고, 연방정부의 행정 작용으로 인하여 손해를 입은 개인을 보호하며, 연방 공무원에 대한 관리 · 감독을 유도할 목적으로 제정되었다. 그러나 미국은 여전히 주권면책을 원칙적으로 인정하고 있으며 FTCA를 통하여 예외적으로 주권면책이 유예되는 경우를 정하고 있을 뿐이다. 또한 실제 FTCA를 적용함에 있어서 판례는 행정 작용의 대부분을 실질적으로는 재량권의 행사로 포섭함으로서 사실상 대부분이 재량 면책권의 대상이 된다. 따라서 FTCA에

923) United States v. Olson 546 U.S.43(2005).

924) In re Sabin Oral Polio Vaccine Prods. Liab. Litig., 984 F.2d 124, 127-28 (4th Cir. 1993).

근거한 연방정부의 책임 인정 범위는 제한적이라고 평가된다. 또한 근본적으로 FTCA는 연방정부와 개인과의 관계를 정하는 것일 뿐만 아니라 국가 기관 사이의 권한 분장으로 이해되는 측면도 있다. 실제 개인에게 금전의 지급을 명하는 것은 예산과 지출의 권한(spending power) 행사를 동반하는 것인데, 이러한 권한은 의회의 주요한 헌법적 권한이므로 이것이 FTCA의 제정으로 인해 사법부에 위임될 수 있는지가 문제되기 때문이다.[925] 또한 국가작용으로 인한 위험 역시 사인들 사이의 보험 등을 통해 해결하면서 상대적으로 연방정부의 책임을 넓게 인정할 필요가 없기도 하였다. 즉, 미국의 경우 대위책임 유형을 취하면서도 위법한 행정결정에 대한 과실 인정에 있어서는 당연과실 법리를 통해 자기책임과 유사한 결론에 이르고 있다. 그러나 주권면책의 유지, 헌법적 권한 분장의 문제, 보험 등을 통한 대안적 구제 수단의 발달로 인하여 실질적으로는 연방정부의 책임이 제한된다고 평가할 수 있다.

925) Peter Cane, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016, 385면 참조.

제5절 종합 및 평가

I. 자기책임과 대위책임의 세분화

과실책임 영역에서 국가배상 책임이 공무원의 과실을 전제로 하는지 여부에 따라 자기책임과 대위책임으로 그 유형을 나눌 수 있지만, 그 정도에 있어서는 차이가 발견된다. 프랑스는 '역무과실'이라는 독자적 개념을 통하여 행정 작용 및 조직상의 과실을 이유로 한 자기책임 모델을 발전시켰다고 평가된다. 그와 동시에 책임의 중첩 원리를 통해 역무과실이 인정되는 경우에도 공무원에 대한 선택적 청구의 가능성을 열어 두고 있다.

독일의 국가배상 책임은 공무원의 과실책임을 전제로 하여 국가가 배상책임을 부담하는 것이므로 대위책임 모델에 해당한다. 그러나 민법 제839조에 의한 공무원의 책임을 기본법 제34조에 의하여 국가가 인수하는 것이므로, 간접적인 국가책임에 속한다고 한다. 국가는 자신의 항변권을 행사할 수 없고, 본래 공무원이 가지고 있는 항변만을 사용할 수 있다. 또한 기본법 제34조 2문은 공무원이 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한하여 공무원에게 구상권을 행사할 수 있다고 정하고 있다. 그러나 1981년 입법을 통해 자기책임설을 택하기도 하였으며, 자기책임설로의 전환이 학계에서 계속적으로 주장됨에 따라 판례가 국가의 배상책임을 판단함에 있어 공무원의 과실을 넓게 인정함으로써 구체적인 적용의 양상은 자기책임설에 가깝다는 평가가 있기도 하다.

영국은 국가배상 책임에 대해서도 커먼로상의 사용자 책임의 원리를 적용하여 사법상 '대위책임'(vicarious liability)의 원리에 의한 국가배상 책임을 인정한다. 즉, 피용자의 과실에 의한 불법행위가 성립함을 전제로 하여 사용자의 과실이 없더라도 사용자가 책임을 부담하는 원리이다. 한편, 개별 법률에 의해 법인으로 설립된 사회복지기관과 교육기관에 대하여 공무원의 과실을 전제하지 않고 법률상 직접적인 의무를 부과하고, 소속 공무원에 대한 행

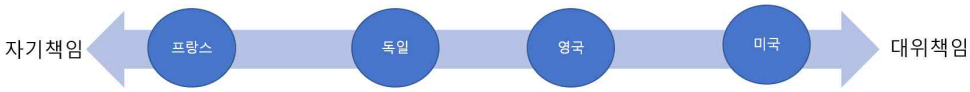
위가 불법행위를 구성하는지 여부와 관계없이 해당 법인의 책임을 인정하는 경우도 존재하는데, 이러한 경우에는 '자기책임'(direct liability)과 유사한 측면도 존재한다. 판례는 공무원의 과실 있는 행위로 인하여 자기책임이 성립할 수 있는 경우에 그 사용자로서의 대위책임과 병존할 수 있다고 판시한 바 있다. 따라서 영국의 국가배상 책임은 자기책임과 대위책임이 혼합 · 병존하는 형태를 가지고 있다고 할 것이다.

미국은 주권면책 이론에 따라 연방정부의 책임을 면제하는 원칙적인 모습을 유지하고 있으면서도, 「연방불법행위법」(FTCA)을 제정하여 연방 사용인이 과실로 행한 불법행위에 대하여 연방정부가 책임을 지도록 하고 있다. 공무원의 과실책임을 전제로 한다는 점에서 대위책임 모델에 의하고 있다. 또한 연방정부의 책임과 그 범위는 州법상의 '사용자 책임'(vicarious liability 또는 respondeat superior) 법리에 의한다. 피용자의 과실이 사용자에게 전가되어 피용자의 과실로 인한 불법행위가 성립하면 사용자는 피용자의 관리 · 감독상의 과실이 없다고 하더라도 책임을 부담한다.[926] 따라서 일견 영국이 취하고 있는 사용자 책임과 비슷해 보이는 측면이 있지만, 행정 작용의 많은 부분이 재량권의 행사로 판단되어 면책되기 때문에 결론적으로 연방정부의 책임은 다른 법체계에 비하여 좁게 인정된다.

즉, 대위책임의 유형을 취한다고 이해되는 독일, 영국, 미국은 하나의 유형으로 포괄될 수 없을 정도로 세분화된 모습을 보여주고 있다. 특히 독일은 대위책임설을 택한다고 하면서도 실제 적용면에 있어서는 자기책임설에 가깝다고 평가되기도 하고, 영국은 자기책임 모델과 대위책임 모델이 혼합 · 병존하고 있다. 따라서 독일은 민법 제839조의 적용의 측면에서 자기책임과 대위책임의 중간에 위치하고, 영국은 법률과 판례가 정하고 있는 내용에 의하여 자기책임과 대위책임 유형의 중간에 위치한다고 볼 수 있다. 반면 미국의 국가배상 제도는 사용자 책임의 법리에 따라 피용자의 과실책임을 전제

926) 정소민, 사용자책임에 관한 미국 판례의 동향, 외법논집 제38권 제1호, 2014. 2., 34면 참조.

로 연방정부의 책임을 인정한다는 면에서 대위책임 유형에 가장 가까운 태도를 보이고 있다. 따라서 프랑스, 독일, 영국, 미국의 순으로 자기책임 유형에 가까운 국가배상 제도를 형성하고 있다고 할 것이며 이를 도식화하면 <그림3>과 같다.



<그림 3> 국가별 국가배상 제도의 유형

II. 위법한 행정 작용에 대한 과실 판단과의 관계

자기책임과 대위책임의 유형화를 통해서 위법한 행정 작용과 과실 판단의 관계를 살펴보았다. 자기책임에 가까울수록 결정이 위법하다는 판단을 받으면 과실이 곧바로 인정되거나 추정되어 결정의 위법성 판단이 과실 판단에 미치는 관련성이 커지고, 대위책임에 가까울수록 결정이 위법하다는 판단을 받더라도 과실은 독립적인 요소로서 전혀 영향을 받지 않거나, 증명책임이 완화되는 등의 약한 관련성을 갖는지의 문제이다.

(1) 프랑스에서 역무과실은 개념상 공무원 개인의 과실이 아니라 행정 활동 자체의 실패를 의미하는 것이므로 개념적으로도 위법한 행정 결정은 곧 역무과실로 판단되는 것이 자연스럽다. 그러나 역무과실이 인정된 이후에도 상당한 학술적 논쟁을 거쳐 위법성-과실 동등론이 확립되었으며 꽁세유데따의 판례 외에도 절차적 특징과 이론적 뒷받침을 통해 위법성-과실 동등론이라는 법원리가 확립되었다. 역무과실의 개념이 인정된 이후에도 전통적인 학파의 입장에서는 위법한 법적 결정만으로는 과실을 인정할 수 없다고 보았는데, 이는 사실상의 개념인 과실은 법적 개념인 위법성과 구별되고, 남소의

위험, 소극적 행정, 국가의 재정적 부담 등이 야기될 수 있다고 보았기 때문이다.

그러나 1930년 뒤기(Duguit)와 1969년 엘렝(Hélin)의 전통적 이론에 대한 비판 및 1973년 드리앙꾸르(Driancourt) 판결 이후 위법성-과실 동등론이 확립되었다. 즉, 위법성-과실 동등론의 형성 이면에는 역무과실을 통한 자기책임의 인정 외에도 위법성과 과실의 관계에 대한 이론적 발전과 국가배상 제도의 역할에 대한 정책적 판단의 변화가 있었다. 또한 꽁세유데따는 국가배상 책임과 관련하여 행정에 대한 책임의 부과를 통한 위법성 통제의 관점을 강하게 유지하였고, 이를 통해 국가의 재정적 부담, 소극적 행정의 우려 등과 같은 요소는 오히려 국가배상 책임의 인정에 적극적으로 고려해서는 안된다고 여김으로써 위법한 행정 작용에 따른 국가배상 책임을 적극적으로 인정하게 되었다.

이와 같은 점이 가능하였던 것은 행정재판소가 절차적으로 직권탐지주의, 공개보고관 제도 등을 통하여 국가배상 책임 판단에 있어서 당사자의 이익에 편중되지 않고, 일반 이익의 고려가 가능하였다는 점도 고려될 수 있다. 즉, 프랑스는 역사적으로 국가배상 제도의 역할을 뒷받침하는 이론의 발전 및 행정의 위법성 통제라는 국가배상 제도의 역할 강조 및 이를 뒷받침하는 이원적 소송체계와 절차적 특징으로 말미암아 행정 결정의 위법성을 이유로 단순 과실로서의 역무과실을 인정할 수 있었다.

(2) 한편, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국은 기본적으로 합리적인 공무원을 기준으로 과실을 판단하여 객관적 과실을 인정하고 있다. 다만, 구체적인 요건과 내용을 달리함에 따라 실질적인 과실 요건 적용에 있어서 차이점이 발생한다. 독일에서는 민법 제839조과 기본법 제34조에 의하여 공무원의 불법행위 책임이 국가로 이전되는 대위책임 형태를 가지고 있음을 명시하고 있다. 또한 민법 제839조에는 직무 의무 위반과 과실을 별개의 요건으로 정하고 있으므로 위법한 법적 결정이라고 하여 그로써 곧바로 과실이 인정될 수는 없다. 그러나 명문의 규정에도 불구하고 학계에서는 꾸준히 국가배상 제도의 한계를 극복하고자 자기책임적 국가배상 제도를 형성하기

위한 이론적 근거를 제시하여 왔으며, 1981년에는 「국가책임법」이 제정되기도 하였다. 독일에서는 과실의 객관화, 조직과실 등과 같이 해석을 통해 과실의 범위를 넓히려 시도한다.

이와 같은 배경에는 독일 국가배상 책임의 중심이 되는 법치국가 원리가 있다고 평가된다. 이에 남소의 우려, 소극적 행정, 국가의 재정적 부담이라는 다른 정책적 요소보다도 행정의 위법성 통제의 관점이 더욱 우선시 되었다. 또한 민법상으로 이미 충분히 과실의 객관화가 이루어져서 사실상 과실의 증명이 불법행위 책임의 인정에 있어서 특별히 장애가 되지 않는다는 점도 독일의 국가배상 제도에 영향을 미쳤다. 즉, 독일에서는 이론적 근거를 통하여 법률의 해석을 통하여 한계를 극복하기 위한 시도가 이루어졌고, 입법을 통해 문제를 해결하려는 주장도 이루어지고 있다. 공무원의 과실책임을 전제로 국가의 배상책임을 인정해야 한다는 성문법의 존재에도 불구하고 국가배상 제도의 의미와 중요성은 역사적으로 강조되어 왔고, 그 결과 해석을 통해 구체적 타당성을 기하려는 것으로 평가할 수 있다.

과실책임 영역에서 영국은 사법상 불법행위 책임의 원리를 국가의 배상책임에도 적용함에 따라서 원칙적으로 공법상 위법성과 과실은 별개로 판단된다. 그러나 역사적으로 영국의 국가배상 제도에서는 사법상의 불법행위 제도에 의하면서도 동시에 국가배상 제도가 가지고 있는 공법적 성질을 투영하기 위한 시도가 계속하여 이루어졌다. 또한 유럽연합의 가입 및 탈퇴로 인하여 과실 판단에 대해서도 역사적으로 많은 변화를 겪어왔다.

영국의 국가배상 제도에서는 주의의무의 기준을 사법의 경우와 동일하게 설정하는 것이 아니라 공법상의 기준과 사고방식을 투영하고자 하였다. 국가배상의 범위를 사법심사의 범위 내로 한정하기 위하여 주의의무의 기준으로서 Wednesbury 기준을 사용하기도 하였으나 이후 2001년 바렛(Barret v. Enfield L.B.C.) 사건에서 행정의 과실책임을 판단하기 위한 Wednesbury 기준은 파기되었다. 2001년 펠프스 사건(Phelps v. London Borough of Hillingdon) 사건에서는 재량이 권한 내에 행사되었다고 하더라도 과실을 부정하는 사유가 되지 않는다고 판시하였다. 한편, 법원은 fair, just and

reasonable 기준을 이용하여 정책적 판단을 통해 국가배상 책임을 인정을 위해서는 사법상의 과실 기준보다 더욱 엄격한 수준의 과실 판단을 요구하기도 하였다. 이와 같은 변화는 행정의 책임을 판단함에 있어 행정의 위법성 통제의 관점 보다는 행정의 자율성을 보장하기 위한 측면이 강하게 작용하였기 때문이다. 그러나 최근 2018년 로빈슨 사건(Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire)을 통해 이미 사법상의 주의의무가 인정된 내용에 대해서는 fair, just and reasonable 기준을 파기하는 것으로 변화 되었고, 이는 행정의 책임을 확대하려는 시도로 평가될 수 있는 측면이 있다. 즉, 과실을 판단하는 기준이 변화한 배경에는 국가배상 제도의 공법적 특성과 역할에 대한 고려가 있었다고 평가할 수 있다.

미국 연방정부의 불법행위 책임은 연방 공무원의 책임을 전제로 인정된다는 점에서 대위책임을 취하고 있다. 그러나 그와 별개로 커먼로상의 과실 판단 원리인 '당연과실'(negligence per se) 법리를 적용함으로 인하여 행정법규 위반으로 인한 과실이 간주 내지 추정될 수 있다는 점에서는 자기책임을 택하는 경우의 과실 인정과 유사한 모습을 보인다. 그러나 미국은 여전히 주권면책을 원칙적으로 인정하고 있으며 실제 FTCA를 적용함에 있어서 판례는 행정 작용의 대부분을 실질적으로는 재량권의 행사로 포섭함으로서 사실상 대부분의 책임을 면책하고 있다. 따라서 FTCA에 근거한 연방정부의 책임 인정 범위는 제한적이라고 평가된다. 또한 의회의 예산 지출 권한과 같은 헌법적 권한 분장의 문제와 보험 등을 통한 대안적 구제 수단의 발달로 인하여 실질적으로는 연방정부의 책임이 매우 제한적으로 인정된다고 평가할 수 있다. 즉, 연방정부의 책임은 FTCA에 의하여 면책 대상이 되어 실질적으로 판단되지 않는 경우가 많고, 연방 사용인의 과실책임을 전제로 하여 연방 정부의 책임을 인정한다. 다만, 州법이 연방법규와 동일한 내용을 규정하고 있고, 당연과실 법리를 도입하고 있는 등 당연과실 법리가 적용될 수 있는 경우에는 위법한 행정결정에 대하여 연방 사용인의 과실이 간주 내지 추정될 수 있다.

(3) 요컨대, 독일, 영국, 미국의 국가배상 제도가 대위책임을 택하고 있다

고 하여도 구체적으로 공무원의 과실을 인정함에 있어서는 합리적인 공무원을 기준으로 하는 객관적 과실 개념을 도입하고 있다. 특히 과실개념에서 정신적 요소가 배제됨에 따라서 주의의무의 내용과 기준이 과실 인정에 중요한 내용이 된다 할 것이며, 행정법규 위반이 주의의무 위반을 형성할 수 있는지의 문제가 위법한 결정에 대한 공무원의 과실 인정과 더욱 밀접한 관련을 갖는다. 이들 국가는 공무원의 주의의무의 내용에 합법적으로 행위 할 의무 또는 행정 법규의 내용을 주의의무의 내용으로 받아들여 과실 인정에 있어서 구체적 타당성을 기하려는 모습을 보인다. 그러나 자기책임을 취하고 있는 프랑스와 달리 여전히 행정 작용의 위법성이 인정된다고 하더라도 주의의무의 존재가 부정되거나 광범위한 재량 면책이 인정되는 등으로 배상책임이 부정되는 결론에 이를 수 있다는 점에서 한계가 있다.

III. 가상 사례의 분석

1. 위법한 행정결정에 대한 사례

(1) 사례의 내용

A는 요양원 사업을 운영하고 있다. 요양원 사업은 정부 기관 B로부터 면허를 받아 운영할 수 있다. 현장 방문 후 행정기관 B 소속 공무원 C는 A가 요양원 거주 노인을 학대하지 않았음에도 불구하고 잘못된 사실 판단에 기초하여 A가 요양원의 노인을 학대했다는 결론에 이른 뒤 A의 요양원 면허를 직권으로 취소하였다. 이후 A는 요양원을 폐쇄하게 되었다. 또한 요양원 거주자들에 대한 선불금 상환, 지방 시의회와 상당한 수익이 기대되는 대규모 계약을 체결할 수 있는 기회를 잃게 되는 등으로 막대한 경제적 손해를 입게 되었다. 이에 A는 경제적 손해에 대하여 행정기관 B 또는 공무원 C에 대하여 손해배상을 청구하려고 한다.[927]

927) 사례의 내용은, Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in

(2) 프랑스

월권소송의 위법성은 처분이 행해진 당시에 존재하던 사실관계 및 법에 비추어 판단한다.[928] 그런데 만일 처분 당시 인지하였던 사실관계가 향후 감정 등을 통해 잘못된 것으로 밝혀지는 경우에 국가배상 소송에서의 위법성 판단 시점이 문제될 것이다. 꽁세유데따는 2009년 크레골 꼬뮨(Commune de Crégol) 판결을 통해 원칙적으로 처분 당시 객관적으로 존재하던 사실관계를 고려해야 하지만, 예외적으로 처분이 행해진 당시의 사실관계에 더하여 이후에 알려진 정보까지를 종합하여 위법성을 판단할 수 있다고 판시하면서,[929] 위 사건에서는 행정청이 당시 알려진 신뢰할 만한 정보에 따르면 중대하고 긴급한 위험이 존재하여 지체없이 긴급한 개입이 요구되는 상황이었다면, 행정청이 당시에 보유하고 있었던 정보에 비추어 필요한 조치를 취한 것이 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.[930]

즉, 원칙적으로 행정의 적법성은 행정기관의 법적 조치가 그 당시 존재하고 있었던 법령과 사실관계를 토대로 객관적으로 정당하다고 볼 수 있는지의 문제인 것이지, 처분 당시의 행정청이 알았던 사정에 근거하는 것이 아니다.[931] 그러나 행정청의 입장에서는 처분 당시의 사정을 종합하여 법적 조치

Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 661면 참조.

928) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 173면 참조.

929) 크레골 꼬뮨 판결은 크레골 시장은 지반 이상으로 수력발전소가 붕괴될 위험이 있다는 사실관계에 기초하여 수력발전소의 운행중지를 명하였으나, 이후 2001. 3. 6.자 예비감정보고서, 2002. 2. 12.자 최종감정서를 통해 붕괴위험이 없었다는 사정이 밝혀진 경우 꼬뮨의 책임을 물을 수 있는지가 문제된 사안이었다. CE 31 Aug. 2009, Commune de Crégol, RJEP 2010, n° 673, p. 34, conclusions Catherine de Salins, 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 172-173면 참조.

930) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 172-173면 참조.

931) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 175면 참조.

를 취할 수밖에 없고, 이러한 경우에 사후적으로 처분의 기초가 된 사실관계가 잘못된 것으로 밝혀지는 모든 경우에 과실책임을 지게 된다면 향후 신속한 처분을 내릴 수 있는 행정환경 조성에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다. 따라서 이러한 경우를 고려하여 꽁세유데따는 처분 당시의 사실관계에 기초하여 내린 처분의 위법성을 인정하지 않고, 다만 예비감정보고서가 제출된 다음에도 명령을 취소하지 아니한 것은 위법하다고 하여 단순과실을 인정하였다.[932] 위 판결에 대해서는 위법하면 과실 있다는 원칙에 대하여 간접적으로 예견 가능성과 비난 가능성이라는 주관적 요소가 도입되어 구체적 타당성을 기한 것이라는 평가가 있다.[933] 행정청이 알고 있는 사정 외에 알 수 있었던 사정까지를 포함하여 당시 신뢰할 만한 정보에 기초하였는지(비난 가능성), 중대하고 긴급한 위험이 존재하는지(손해의 예견 가능성)가 과실 판단의 요소가 되기 때문이다.

사례에서는 면허취소가 위법한 것임을 전제하고 있다.[934] 원칙적으로 국가배상에 있어 위법성은 처분 당시의 행정청이 인지하고 있었던 사실관계가 아니라 객관적 사실관계를 기준으로 판단하므로, 공무원 C의 사실관계 판단의 잘못은 역무과실을 구성한다고 보아야 한다. 따라서 행정기관인 B가 책임을 진다.

한편, 크레골 꼬뮨 판례와 같이 사후적으로 법적 조치가 사실 오인에 기초한 것임이 밝혀진 경우 예외적으로 구체적 타당성을 기할 필요가 있는 사건인지 살펴본다.[935] 행정기관인 B의 면허 취소 처분은 공무원 C의 개인적인 판단에 기초한 것이었으므로, 신뢰할 만한 정보에 기한 것이었다고 보기 어

932) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2014., 172-173면 참조.

933) 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2014., 176면 참조.

934) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 667-668면 참조.

935) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 667-668면은 크레골 꼬뮨 판례와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 다루고 있지는 않다.

려우며, 사실관계에서 별다른 언급을 하고 있지는 않으나 요양원의 운영자인 A에 의한 폭행이 일어났다는 사실이 면허 취소와 관련하여 중대하고 긴급한 위험이 존재하여 지체없는 개입이 필요한 경우였다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사안은 예외가 인정되는 사안이라고 보기도 어렵다.

행정기관이 역무과실에 근거한 책임을 지더라도 공무원의 개인 과실이 존재하는 경우 이 둘의 책임은 경합할 수 있다. 그러나 꽁세유데따는 공무원 개인의 책임을 제한적으로 인정해왔다. 1950년대의 몇 개의 판례를 통해 중과실 또는 경솔함이 충분히 심각한 경우에는 공무원의 개인과실이 인정되기도 하였으나,[936] 이 사건에서는 충분히 심각한 정도의 공무원의 중과실이 인정될 여지가 없다. 따라서 행정기관인 B만이 책임을 진다고 할 것이다.[937]

(3) 독일

민법 제839조와 기본법 제34조에 의하면 공무원의 직무위반 행위로 인한 손해배상 책임을 국가가 인수한다. 위법한 행정결정이 행해진 경우의 공무원의 제3자에 대한 직무의무 위반이 문제된다. 공무원의 직무위반은 합법적으로 행위할 의무를 포함한다. 개별적 행정결정이 행해진 경우 행정 결정의 상대방에 대한 제3자 보호목적을 인정할 수 있다.[938]

한편, 공무원의 과실 인정 요건이 문제되는데 판례는 합리적인 공무원을 기준으로 주의의무의 기준을 설정하고 그와 실제 행해진 행정 작용의 내용

936) 경찰서에 피신한 사람에 대한 보호가 부족했던 경우(T Confit, 9 July 1953, Dame Bernadas), 외과의사가 부당하게 수술실에서 이탈한 경우(Cass Crim, 2 Oct. 1958), 중세의 탑 아래에 큰 구멍을 파도록 명령하여 탑을 무너뜨린 고고학자의 경우(Cass, 21 Oct. 1997)이 있다. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 668면 참조.

937) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 667면 참조.

938) BGH NJW 1989, 99. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 669면 각주 16 인용.

을 비교하여 공무원의 과실을 판단한다. 본 사례에서 구체적인 사실관계를 설시하고 있지는 않으나, 판례는 유사한 사안에서 모든 공무원은 그가 한 행정결정의 근거가 되는 사실적 요소를 완전히 검토할 의무가 있다고 판시한 바 있다.[939] 따라서 본 사례에서 공무원 C가 면허 취소 과정에서 사실적 요소를 온전히 검토하지 않았다면 과실이 인정될 수 있다. 또한 C의 결정으로 인하여 요양원이 폐쇄되었으며 그로 인하여 손해가 발생하였으므로 인과관계도 존재한다. 그러나 시의회와 체결할 수 있었던 장래의 계약을 체결하지 못함으로 인한 기회의 손실은 독일법 하에서는 손해배상의 범위에 포함되지 않는다. 단지 기회의 상실만으로는 개연성 있는 손해에 포함되지 않기 때문이다.[940] 따라서 공공기관인 B는 기회의 상실을 제외한 경제적 손해에 대한 책임을 부담할 것이다. 한편, 민법 제839조 및 기본법 제34조에 따라 공무원 C의 책임은 국가가 인수하는 것이므로, C는 A에 대하여 책임을 부담하지 않는다.

한편, 민법 제839조 제3항은 피해자가 고의 또는 과실로 법적 수단을 통한 피해 방지 의무를 소홀히 한 경우에는 손해배상 의무가 존재하지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 이 사건에서 A가 위법한 요양원 면허 취소 결정에 대하여 다투지 않았다거나, 집행정지를 신청하여 그의 손해가 확대되는 것을 막는 등의 조치를 취하지 않은 경우에 국가의 책임이 면책될 수 있다.

(4) 영국

1) 기존 판례의 태도

---

939) BGH NJW 1989, 99(공립학교의 검사자가 모든 관련된 상황을 검토하지 않고, 학교의 이사를 해임할 것을 권고한 사안이다). Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 669면 각주 15 참조.

940) OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 517(경마에서 이길 수 있는 기회의 상실은 손해의 범위에 해당하지 않는다), Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 669면 각주 17 인용.

가상 사례는 2009년 Jain v Trent Strategic Health Authority 사건을 재구성한 것이다.[941] 위 사건에서 원고는 요양원 사업 면허가 사전통지 등의 절차를 거치지 아니하고 일방적으로 취소되고, 그에 따라 강제로 영업을 할 수 없게 됨으로써 입은 손해에 대한 배상을 구하였다.[942] 원고들은 위법한 취소결정에 대하여 행정소송을 제기하였지만, 이미 요양원의 강제 폐쇄로 인한 손해는 돌이킬 수 없는 상황이 되었다. 그러나 위 사건에서 판례는 행정의 주의의무가 인정되지 않는다고 하여 배상책임을 부정하였다.[943]

위 사건에서 요양원 면허 취소의 위법성은 결론에 영향을 주지 않았다. 오히려 법원은 Caparo 테스트를 적용하여 주의의무의 존재를 판단하였다. 즉, 법원은 원고에 대하여 피고의 주의의무를 인정할 경우 요양원의 거주자를 보호해야 할 법률상의 의무와 충돌할 수 있으므로 '공정 · 정당 · 합리성 기준'(fair, just and reasonable)에 의하여 주의의무가 인정될 수 없다는 것이다. 다수의견을 제시한 스콧(Scott) 경은 정책적 고려 사항에 대한 강조를 통해 주의의무가 부정되는 이유를 설명하였다.[944]

> "행정기관이 특정한 부류의 사람들의 이익을 위해서, 또는 그들을 보호하기 위하여 법적 권한에 따라 일정한 조치를 취하는 경우에, 그와 같은 행위로 인하여 불리한 이해관계에 놓일 수 있는 다른 사람에 대해서는 주의의무를 부담하지 않는다. 왜냐하면 그러한 주의의무의 부과가 법적 권한의 행사를 방해하게 되거나, 행정기관의 권한 행사로 인한 잠재적인 혜택을 받거나 보호받는 사람들의 이익에 불리하게 작용하여 법적 권한 행사의 목적을 달성하지 못할

941) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 666면 참조. Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] UKHL 4, [2009] AC 853.

942) 아래 설명에 대해서는 Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 666면 이하 참조.

943) 위 판례 사안에서 원고들은 공무원의 악의(bad faith) 또는 공무원의 직무남용(misfeasance)에 대해서는 주장하지 않고, 과실에 의한 불법행위 소송을 주장하였다. Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 861.

944) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 865-866.

위험에 처할 수 있기 때문이다.”

즉, 이 사건 법률상 권한이 행사된 이유는 요양원에 거주하는 사람들을 보호하기 위한 것이므로, 보호 대상자가 아닌 요양원 운영자에 대한 주의의무는 존재하지 않는다는 것이다.[945] 이러한 설명에 대해서는 원고가 구제를 받아야 함에도 불구하고 심각하게 부정의한 결과를 초래한다는 비판이 제기되었다.[946]

2) 2018년 Robinson 사건으로 인한 판단기준 변화

법원은 Robinson 사건과 GN 사건을 통해 새로운 주의의무를 인정할 경우를 제외하고, 종래의 주의의무를 인정하는 경우에는 정책적 요소, 즉 ‘공정 · 정당 · 합리성’(fair, just and reasonable)을 고려하지 않는 것이 바람직하다는 결론을 내렸다.[947] 따라서 변화된 판례의 태도에 따르면, 이 사건에서는 기존에 인정되는 주의의무가 존재하는지 여부를 우선 살피고, 만일 이미 주의의무가 존재한다면 주의의무 위반이 문제될 것이다.

먼저, 이 사안과 같이 일방에 대한 주의의무를 인정할 경우 이해관계의 충돌이 발생하는 경우의 선례를 살펴본다. 2004년 D v East Berkshire Community NHS Trust 사건은 부모가 아동복지에 관한 전문가로부터 아동학대로 고발당하였으나, 위 고발은 사실오인에 근거한 것이고, 결론적으로 고발이 근거 없는 것으로 판단된 사안이다. 원고는 위 전문가를 상대로 위 고발이 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 주장하면서 정신적 손해에 대한 배상을 청구하였다.[948] 위 사안에서 법원은 전문가가 부모에 대하여 주의의

945) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 863.

946) Barones Hale of Richmond의 의견으로서, Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] 1 AC 853 at 870.

947) Robinson v Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; GN v Poole BC [2019] UKSC 25.

948) D v East Berkshire Community NHS Trust [2004] QB 558. Jain v Trent

무를 부담하는지에 대하여 아동에 대한 주의의무와 '이해관계의 충돌'(conflict of interest)이 있는 경우에는 커먼로상의 주의의무가 인정될 수 없다고 판시했다.[949] 2003년 B v Attorney General of New Zealand 사건 역시 사회복지사가 법률상 의무에 의거하여 부모로부터 성적 학대를 받고 있다고 의심되는 아동을 조사하였고, 아동과 부모 모두 사회복지사의 과실에 의한 조사에 의하여 손해를 입었다고 주장한 사안이었다.[950] 위 사안에서도 법원은 커먼로상의 주의의무는 아동에 대해서만 인정되고, 부모에 대해서는 인정되지 않는다고 하였다.[951] 1995년 X(Minors) v Bedfordshire County Council 사건 역시 아동이 성적 학대를 받고 있는 것으로 의심되자 양육자인 어머니로부터 아동을 분리시킨 사안에서,[952] 사회복지사와 행정기관은 어머니에 대하여 주의의무를 부담하지 않는다고 판단하였다.[953] 이상과 같이 법률상 보호 대상이 되는 특정 집단을 보호하기 위하여 조사를 시행한 결과 그 조사의 대상이 정신적 손해 등을 입은 경우에 법원은 이해관계의 충돌을 이유로 조사 대상에 대하여 주의의무를 인정하지 않는 태도를 보였다. 이러한 태도는 경제적 손해가 문제가 된 경우에도 마찬가지였다.[954]

이상과 같은 점을 고려하면 선례에 의하더라도 이 사건 피고의 요양원 소유자인 원고에 대한 주의의무가 인정되지 않는다는 판단이 가능할 것이다. Robinson 판결을 통한 판단기준에 의하면, 법원의 주요 심사 내용은 유추(analogy)가 가능한 유사 선례가 존재하는지 여부에 있을 것이고, 만일 선례를 통하여 주의의무를 인정하지 않았다는 결론에 이른다면 구체적인 본 사건의 내용에 대해 심리하기보다는 선례에 근거하여 주의의무를 부정하는 결

Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 864.

949) D v East Berkshire Community NHS Trust [2004] QB 558 at [86]. Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 864.

950) B v Attorney General of New Zealand [2003] 4 All ER 833. Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 864.

951) B v Attorney General of New Zealand [2003] 4 All ER 833 at [30]. Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 865.

952) X(Minors) v Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633.

953) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 865.

954) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 865.

론에 이를 것이다.

3) 인권법의 적용

영국의 인권법은 2000년 10월 2일 시행되었고, 이 사건은 인권법 시행 이전에 발생하였으므로, 인권법의 적용 대상이 되지 않는다. 그러나 인권법은 국내법에 대하여 보충적 구제수단을 제공해 주며, 만일 인권법 시행 이후에 이 사건이 발생되었다면 인권법상의 구제를 받았을 가능성이 매우 크다.[955] 이 사건의 사실관계를 살펴보면, 원고는 사전통지 없이 요양원 면허가 취소되었기 때문에 취소 이전에 청문 절차를 거칠 수 없었다. 그러나 인권법상 모든 사람은 자유롭게 재산권을 행사할 수 있는 권한이 있으며(인권법 제1조), 재산권은 비례원칙에 의해서만 제한될 수 있다.[956] 뿐만 아니라, 심각한 경제적 손실을 야기하는 행정처분 이전에 처분의 당사자가 다툴 수 있는 기회가 제공되었어야 함에도 불구하고, 이 사건 처분에 대하여 사실상 원고가 사전적으로 다툴 수 있는 기회가 없었기 때문에, 인권법 제6조 및 제1조에 의하여 보장된 협약상의 권리가 침해되었다고 볼 수 있다.[957] 만일 인권법 위반이 인정된다면 엄격책임(strict liability)에 의하거나 책임 인정의 중요한 요소로서 고려되어 배상책임이 인정될 가능성이 높다고 할 것이다.[958]

(5) 미국

공무원 C의 과실이 존재한다고 하더라도 이 사례에서는 정부기관인 B로부터나 공무원 C로부터 손해의 배상을 받지 못할 것이다.[959] 정부기관의 책임

955) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 863.
956) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 862.
957) Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 861.
958) 인권법 시행 이후에 이 사건이 발생하였다면 배상책임이 인정될 수 있을 것이라는 결론에 대해서는 Jain v Trent Strategic Health Authority [2009] AC 853 at 863.

과 관련하여서는, FTCA가 순수한 경제적 손해의 배상에 대하여 제한을 가하고 있고, 재량면책 조항이 존재하기 때문이다.[960]

재량면책 조항의 적용과 관련하여, 면허 결정에 관한 재량권의 존재가 문제된다. 만일 관련 규정이 시설이 노인의 간호에 '적절'할 것만을 요구한다면, 시설의 적정성 평가에 관한 행정의 재량권 행사를 전제로 하고 있다고 할 것이다. 그러나 만일 관련 규정에서 "시설 입소자에게 신체적 학대가 발생하지 않는 한 면허가 발급되어야 한다"고 규정하고 있는 경우에는 재량의 여지가 없다고 할 것이다. 즉, 재량권의 존재 여부는 관련 규정의 내용에 따라 행정의 선택권이 인정되는지 여부에 달려 있다.[961] 재량면책의 적용 범위는 널리 인정되므로, 면허 취소 결정은 재량권 행사로 포섭될 여지가 많고, 따라서 이러한 경우 FTCA가 정하고 있는 주권면책의 예외에 해당하지 않으므로 연방정부의 책임은 인정될 수 없다.

2. 사실적 행위에 대한 사례

(1) 사례의 내용

---

959) 아래의 사례에 관한 연구는 Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 688-690면을 요약 정리한 것이다.

960) 위 사례에 대해서는 Cooper v Amercian Auto Ins Co, 978 F 2d 602(10th Cir 1992)의 논리를 참조하여 연구를 진행하고 있다. 위 사건에서도 공무원의 과실로 인한 결정과 그로 인한 순수한 경제적 손해와 관련하여, 법원은 재량면책조항인 28 U.S.C. § 2680(a)와 계약상 권리 침해에 대한 예외 조항인 § 2680(h)로 인하여 원고의 주장이 인정될 수 없다고 판단하였다. "The district court dismissed Cooper's claims for lack of subject matter jurisdiction, finding them barred by both the discretionary function exception of 28 U.S.C. § 2680(a) (1988) as well as the defamation and interference with contract rights exceptions of § 2680(h)." Cooper v Amercian Auto Ins Co, 978 F 2d 602(10th Cir 1992) at 611.

961) Ken Oliphant(ed), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 689면 인용.

적절한 위험 평가 이후에 X는 Y시로부터 Y시 지역에 위치한 창고에 폭죽을 보관할 수 있는 면허를 받았다. 그러나 이후에 원인을 알 수 없는 대규모 폭발이 발생하였다. 위 면허에는 가정용으로 적합한 폭죽만 창고에 보관할 수 있다고 명시되어 있었지만, 나중에 X가 면허 조건을 위반하고 가정용 폭죽이 아니라 폭발성이 높은 전시용 폭죽을 대량으로 보관하였다는 사실이 밝혀졌다. 폭발로 인해 인근 주민에 대하여 재산상 손해가 발생하였고, X의 직원인 Z와 행인인 W가 부상을 입었다. Z와 W는 Y시에 대하여 손해배상을 청구하고자 한다. 이들은 Y가 도시 지역 내 공공 안전과 관련된 일반적인 의무를 가지고 있다는 점과 공공의 안전과 관련하여 현장조사를 할 수 있는 '법률상 권한'(statutory power)을 가지고 있다는 점에 착안하여 X가 거주지역에 가정용 폭죽만 보관하고 있도록 Y가 적절한 조치를 취하지 않았다는 점을 들어 책임을 묻고자 한다.[962]

(2) 프랑스

1905년 Tomaso Grecco 판결을 통해서 경찰행정의 경우에도 국가가 책임을 지는 것으로 그 범위가 확장되었다.[963] 경찰행정의 어려움이 있는 사실적 행위의 경우 또는 교도소 내 질서를 유지할 필요가 있는 경우 등에는 중과실이 요구된다. 그러나 법적 행위에 있어서는 단순과실이 요구된다고 일반적으로 이해된다.[964][965] 그러나 이러한 구별이 확고한 것은 아니고, 법적 결정

962) 사례의 내용은, Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 731면 참조. Y의 행정 작용에 대해서는 법적 행위의 측면(폭발성이 높은 전시용 폭죽을 거주지역에 보관하고 있는 것에 대하여 적절한 법적 조치를 취하지 못한 것)과 사실적 행위의 측면(X가 거주지역에 폭발성이 낮은 폭죽만을 보관하는 것을 확인하는 등의 적절한 사실적 조치를 취하지 못한 것)이 모두 존재하지만, 사실적 행위의 측면에 대하여 살펴보고자 한다. 위 사례에서 Y시의 행위에 법적 행위와 사실적 행위의 측면이 모두 존재한다는 점에 대해서는, Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 735면 참조.

963) Tomaso Greco, CE 17 Feb. 1905.

의 경우에도 상황의 복잡성이나 긴박성이 인정되는 경우 중과실이 요구될 수 있고, 사실적 행위에 대해서도 행정의 어려움이 없는 경우에는 단순과실만이 요구될 수도 있다.[966] 그러나 꽁세유데따는 중과실 요건을 점진적으로 폐기하고 있는 추세이며, 2006년에는 Commune de Baalon 사건을 통해 행정경찰 분야에서 중과실 요건을 포기하였다는 평가를 받기도 한다.[967]

가상사례의 경찰의 행위에는 주택가에 폭발성이 높은 폭죽을 보관하는 것을 방지할 법적 조치를 취하지 못한 측면과, 폭발성이 낮은 폭죽만을 보관하도록 적정한 사실적 조치를 취하지 못한 측면이 모두 존재한다. 일반적으로 경찰행정 영역에서 법적 조치에 대해서는 단순과실을, 사실적 조치에 대해서는 중과실을 책임의 요건으로 한다는 점과 이 사건과 동일하지 않지만 사인이 불법적으로 쓰레기를 투기하는 것에 대하여 행정이 아무런 조치를 취하지 않은 사안에서 사실적 행위 부분에 중과실 요건을 적용한 1977년 Commune de Merfy 사건 판결에 비추어 보면,[968] 이 사건에서도 중과실이 적용된다고 볼 수 있다.

한편, 1977년 Commune de Merfy 사건에서는 쓰레기 무단 투기가 수년간 지속되는 동안 아무런 행정의 제재가 없었고, 그로 인해 이미 다수의 위험 상황이 발생하여 시장이 쓰레기 무단투기가 이루어지고 있다는 사정을 알

---

964) https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-10-fevrier-1905-tomaso-grecco[방문 일시 : 2023. 5. 28.]

965) CE 13 Feb. 1942, City of Dôle, CE, 28 Nov. 2003, Municipality of Moissy-Cramayel

966) CE Sect, 28 Apr. 1967, Lafont, Rec. 182, AJDA 1967, 272, chronique J.-P. Lecat et J. Massot.(박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014., 104면에서 재인용).

967) CE 27 Sep. 2006, Commune de Baalon, AJDA 2007, 385(박재현, 프랑스 행정경찰과 국가배상 책임, 법학논총, vol. 24, no. 2, 2017, 324면에서 재인용).

968) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 735면에서는 위 사례와 비슷한 사안으로 CE Sect 28 Oct. 1977, Commune de Merfy 판결을 들고 있다. 판결의 내용에 대해서는 아래 주소 참조. https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007653427/[방문일시 : 2023. 7. 3.]

수 있었다는 점, 이러한 위험 상황을 방지할 권한이 시장에게 주어져 있다는 점 등을 들어 중과실을 인정하였다.[969] 이 사례에서는 자세한 사실관계가 주어지지 않았으나, 위 판례 사안과 유사하게 만일 폭발성이 높은 폭죽을 거주지역에 보관하고 있는 기간이 수년간 지속되었고, 그로 인하여 이미 다수의 폭발 위험 상황이 발생하여 신고가 이루어졌다는 등의 사정이 존재하여 행정이 그러한 상황을 알 수 있는 위치에 있었으며, 거주지역에 적합한 폭발물만을 보관하는지 여부에 대하여 법률상 관리·감독 권한이 주어져 있는 경우에 그러한 권한을 행사하여 위험 상황을 통제할 수 있는 자는 행정당국인 Y뿐이므로 중과실을 인정할 수 있을 것이다.

한편, 이 사건은 역무과실과 부적합한 폭발물 보관자인 X의 과실이 손해의 공동원인이 된 경우이다. 2001년 케치치안 판결에 의하면, 행정은 손해 전부에 대하여 연대책임을 부담하는 것이 아니라 손해 발생에 기여한 부분에 대해서만 책임을 부담한다. 이 사건의 경우 거주지역에 적합한 폭죽만을 보유해야 할 의무를 부담하는 폭죽 보관 면허자 X가 명백히 과실을 범하였으므로, X가 대부분의 손해를 실질적으로 부담하게 될 것이고, 행정당국인 Y는 역무과실에 상응하는 부분에 대해서만 배상책임을 부담할 것이다.

(3) 독일

독일 민법 제839조 제1항에 의하면, 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 부담하는 직무의무를 위반한 경우, 그 공무원은 그로 인해 제3자에게 발생한 손해에 대하여 책임을 부담하며, 기본법 제34조에 의하여 국가가 그 책임을 인수한다. 이상의 요건 중 제3자에 대한 직무의무 위반이 존재하는지 살펴보기 위해서는 사안의 Y시의 직무의무가 이 사건 폭발로 인하여 손해를 입은 Z와 W를 보호하려는 것인지 직무의 목적과 법규정을 참조하여야 한다. 사례에서는 Y시가 법률상 공공의 안전과 관련하여 현장조사를 할 수 있는

969) 판결의 내용에 대해서는 아래 주소 참조. https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007653427/[방문일시 : 2023. 7. 3.]

권한을 가지고 있다고 제시하고 있다. 또한 독일의 「폭발물에 관한 법률」(Sprengstoffgesetz) 제30조에서는 행정의 일반적 감독 의무를 규정하고 있고, 판례는 폭발물의 취득 및 사용에 대해서 위 폭발물에 관한 법률 제27조부터 제40조에 근거하여 제3자 보호 목적을 인정하고 있다.[970] 또한 이 사건 폭발물에 관한 면허는 사람들이 밀집하여 있는 거주지역이라는 특수성을 반영하여 폭발성이 낮은 폭죽만을 보관할 수 있도록 제한하고 있으므로 위와 같은 사정을 종합하여 보면 이 사건 직무 의무가 폭발물로 인하여 손해를 입을 수 있는 개인도 보호하기 위한 것이라고 볼 수 있다.

한편, 공무원의 과실은 당해 직무를 수행함에 있어 평균적으로 요구되는 주의를 기울이지 않은 경우에 인정된다. 법원은 구체적으로 공무원의 과실을 판단함에 있어 합리적인 행정이 취해야 할 조치의 내용을 설시한 다음 실제 직무집행의 내용과의 비교를 통해 과실 여부를 판단한다. 예를 들어, 최근 법원은 피의자를 체포하기 위하여 경찰견을 투입한 사례에 대하여, "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. 다만, 경찰견에 의한 교상을 통하여 피의자를 체포하고자 하는 경우, 구체적으로 어떠한 요건을 충족할 때 비례성에 부합하는지는 명확하지 않다."고 판시하였다.[971] 즉, 법적 조치인 경찰견 투입 결정 자체는 적법하다고 하더라도 경찰견을 통제하지 않은 사실적 행위에 대해서는 과실이 있다고 판단한 근거로서, 법원은 평균적 공무원을 기준으로 "14세 청소년 체포시에는 경찰견이 1번만 물도록 통제하는 것"이라는 기준을 제시하였다.

본 사안에서 합리적인 공무원일 경우 거주지역의 폭발물을 어느 정도의

---

970) BGH LM No. 4 §823(bf); OLG Hamm NJW-RR 1995, 157; J Hager in: 패ㅜ Staudinger, Kommentar zum BGB(2009) §823 BGB no G 55. Ken Oliphant(ed), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 736면 참조.

971) OLG Krlsruhe, Urt. v. 18.6.2015-9 U 23/14. 한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023, 77면 참조.

빈도와 시간적 간격을 두고 조사하여야 하는지에 대하여 별도로 제시하고 있지는 않으나, 적어도 매일 조사할 의무를 부과할 수는 없다 할 것이다. 위 사례의 연구자는 1년에 1~2회 정도가 합리적인 조사의 수준이라고 평가하기도 하였다.[972] 따라서 만일 이 사안에서 공무원이 전혀 폭발물의 보관 상황을 조사하지 않았다는 등의 사정이 인정될 수 있다면 과실이 인정된다고 할 것이다. 마지막으로 직무의무 위반과 손해 사이의 인과관계가 존재하여야 한다. 만일 Y의 점검이 있었음에도 불구하고 X가 점검 직후에 폭발이 일어난 폭죽을 보관하게 된 것이라면 폭발로 인한 손해가 직무의무 위반으로 인하여 발생한 것이라고 볼 수는 없으므로 인과관계가 인정될 수는 없다.

그러나 위에서 언급한 요건이 모두 충족된다고 하더라도, 이 사건에서 Y는 책임을 지지 않을 가능성이 크다. 민법 제839조 제1항 제2문에서 국가배상 책임은 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 없을 때 보충적으로 인정된다고 정하고 있다. 이 사건과 같이 X가 민법 제823조 제1항에 의하여 고의 또는 과실로 인한 손해배상 책임을 부담할 수 있거나, 민법 제823조 제2항에 의하여 폭발물에 관한 법률 위반을 통한 주의의무 위반으로 피해자에 대해 손해배상 책임을 부담할 수 있는 경우에 피해자는 X로부터 손해를 배상 받아야 하는 것이지 Y의 국가배상 책임을 물을 수는 없는 것이다. 특히 이 사건 사례의 내용을 살펴보면, X는 폭발물 보관 면허의 내용에 반하여 폭발성이 높은 폭죽을 보관하던 중 사고를 발생시킨 것이므로 과실이 없다고 항변하기는 어려워 보인다. 또한 X가 폭발물 보관에 관한 주의를 기울였다거나, 제3의 원인으로 인하여 폭발이 일어난 것이라고 주장할 만한 내용도 특별히 존재하지 않는 것으로 보인다. 따라서 X가 변제자력이 없는 경우에만 Y시가 책임을 부담할 것이다.[973]

---

972) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 736면 참조.

973) 변제자력이 없는 경우는 민법 제839조 제1항 제2문의 적용이 제외된다는 점에 대하여, BGH NJW 1996, 3009. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 737면 참조.

(4) 영국

위 사례는 Y시가 행정조사 권한 또는 행정조사를 할 의무를 가지고 있었다는 점만으로 불법행위로 인한 배상책임을 인정할 수 있는지의 문제이다. 단지 법률상 의무를 위반하였다는 것만으로는 불법행위의 청구원인을 구성할 수는 없고,[974] 법률상의 의무가 특정한 범위의 사람들을 보호하기 위하여 부과된 것이고, 의회가 그러한 법률상 의무 위반으로 인한 손해를 전보하기 위한 구제책으로 손해배상 소송을 허용할 의도가 있다는 것이 인정되어야 한다.[975] 전력회사의 점검의무와 관련한 2010년 Morrison Sports Ltd v Scottish Power UK plc 사건에서는 전력회사의 점검의무는 일반 공공의 이익을 위하여 부과된 점검의무라 볼 수 있으므로, 이에 대해서는 불법행위의 청구원인을 인정할 수 없다고 판단하였다.[976] 위 사례에서 구체적인 관련 법률의 내용을 제시하고 있지는 않지만, 전력회사의 점검의무와 이 사건 사례를 유사하게 파악한다면, 원고는 손해배상 소송을 인정할 의회의 의도를 증명하지 못하는 이상 법률상 의무 위반을 청구원인으로 주장할 수는 없다.

한편, 과실책임의 인정을 검토하기 위하여 우선 주의의무가 존재하는지 살펴본다. 2018년 Robinson 사건에 의하면 기존의 주의의무가 인정된 영역에 대해서는 기존의 주의의무 판단 내용에 따라야 하며, 만일 해당 사건이 새로운 유형의 주의의무를 다루고 있는 경우에는 'fair, just and reasonable' 테스트가 적용된다고 판시하였다. 위 사례 연구자는 Robinson 판결 이전에 위 사례를 분석하였기 때문에 변화된 판례 내용을 반영하지는 못하였으나, 수질검사에 관한 2006년 Sutradhar v Natural Environment Research council 사건

974) Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council [2004] UKHL 15, [2004] 1 WLR 1057. Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 734-735면 참조.

975) Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003), 33면 참조.

976) Morrison Sports Ltd v Scottish Power UK plc [2010] UKSC 37, [2010] 1 WLR 1934, Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 735면 참조.

판결이 이 사건과 유사하다고 제시하였다.[977] 만일 위 판례가 기존의 주의의무에 대한 선례로 여겨진다면 이 사건 역시 주의의무가 존재하지 않는다고 판단될 것이다.

위 2006년 Sutradhar v Natural Environment Research council 사건은 피고의 방글라데시의 수질에 관한 지질학적 보고서 작성으로 인하여 원고가 손해를 입었다고 주장하는 사안이다.[978] 피고는 수문지질학(hydrogeology)의 연구를 위해 식수로 사용되는 지하수 우물과 얕은 우물에서 채취한 샘플을 사용하여 우물효율(well efficiency)을 연구하고자 하였으며, 그중 하나로서 수질 검사도 실시하였다. 위 수질 검사 내용에는 비소 검사는 포함되어 있지 않았고, 비소 검사의 내용이 제외된 연구에 근거하여 해당 우물이 식수용으로 적합한 수질을 가지고 있다는 보고서를 발간하였다. 그러나 실제 위 우물에는 비소가 포함되어 있었고, 원고는 위 지역의 오염된 물로 인하여 비소중독으로 인한 손해를 입게 되었다. 원고는 피고가 위 우물의 물이 마시기에 안전하다는 보고서를 발간함으로써 그의 질병을 유발했거나 실질적으로 기여했다고 주장했다.[979] 이에 대하여 법원은 비록 손해의 가능성이 예견될 수 있다고 할지라도, 피고는 방글라데시의 식수에 대하여 어떠한 법적 · 실질적 통제 권한도 가지고 있지 않으며, 식수로 사용하기에 적합한 물을 유지할 법률상 또는 계약상의 책임도 지지 않는다고 판단했다. 또한 원고와 피고 사이에는 근접성이 인정되지 않아 주의의무가 인정될 수 없다.[980] 즉, 법원은 피고가 위 비소를 테스트하지 않았다는 내용이 담긴 보고서를 작성하지 않아야 할 주의의무가 존재하지 않는다고 하였다.

---

977) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 734-735면 참조.

978) Sutradhar v Natural Environment Research council [2006] 4 ALL ER 490.

979) Sutradhar v Natural Environment Research council [2006] 4 ALL ER 490 at 490.

980) Sutradhar v Natural Environment Research council [2006] 4 ALL ER 490 at 490-491.

(5) 미국

연방정부는 구역 지정(이 사례에서는 주거 지역)과 폭발물에 대한 행정조사를 행하지 않으므로 FTCA에 따른 연방정부의 불법행위를 논할 수 없다.[981] 위 행정 작용은 주나 하위 지방자치단체의 행정 영역이므로 연방정부의 책임이 아니라 주 또는 지방자치단체의 책임이 주법상 문제 된다. 주법 역시 FTCA와 마찬가지로 면책권의 예외를 정하고 있고, 일부 주에서는 사적 영역에 대하여 조사를 행하지 않은 직무행위에 대해서 행정의 책임을 면제하여 주는 규정을 두고 있기도 하다.[982]

만일 이 사건이 조사 불이행에 대한 면책권이 문제 되는 것이 아니라 일반적인 재량 면책권의 적용 여부가 문제 된다면, 어느 경우에 재량권 행사로 볼 수 있는지 문제 된다. 다수의 주에서는 재량 또는 기속 행위 구분 방법, 정부 고유의 기능인 경우와 그렇지 않은 경우의 구분 방법을 사용하고 있다. 재량 또는 기속 행위 구분에 의하면 재량행위에 대해서는 책임이 인정되지 않는다. 주거 지역에 폭죽을 보관하도록 면허를 발급하는 행정 작용이나 판매가 허용되는 폭죽의 종류를 결정하는 행정 작용은 모두 행정의 재량권 행사에 해당할 것이다. 따라서 재량면책 법리에 따라 책임이 인정되지 않을 것이다.

한편, 정부 고유 기능 여부의 구분 방법은 정부의 독점적인 기능으로 볼 수 있는 행정 작용에 대해서는 책임을 부담하지 않는다는 것이다. 위와 같이 일반 공중을 보호하기 위한 규제적 목적의 검사는 정부의 독점적인 행위로 볼 수 있으므로 책임이 인정되지 않을 것이다. 그러나 위 구분 방법에 의하더라도 일부 주에서는 규제적 목적의 검사에 대해서도 과실책임을 부과하기

981) Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 753면 참조.

982) Wilson v. Municipality of Anchorage, 669 P 2d 569(Alaska 1983); Cochran v. Herzog Engraving Co, 155 Cal App 3d 405(1984). Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 754면 참조.

도 한다. 아리조나 주의 1983년 Brown v. Syson 사건에서, 법원은 해당 주거용 건물이 건축법을 위반하였다는 것을 시의 소속 검사원이 알았거나 알았어야 하는 경우에 면책특권이 적용되지 않는다고 판단했다.[983)]

즉, 이 사건 행정 작용은 연방정부의 직무의 범위가 아니므로 주정부 또는 지방정부의 책임이 문제된다. 그러나 이 사건 행정 작용은 사인의 사유지에 대한 행정조사로 인한 책임의 면책권 조항 또는 재량면책에 해당하는 등으로 면책의 대상이 될 가능성이 높다고 할 것이다.

3. 사례의 종합

국가배상 제도의 유형에 따른 과실 인정의 내용을 살펴보기 위하여 각 국가별로 위법한 법적 결정과 사실적 행위에 대한 사례를 검토하였다. 위법한 결정에 대한 책임에 대하여 자기책임을 택하고 있는 프랑스는 '위법성-과실 동등론'을 통해 과실책임을 인정한다는 결론에 이를 수 있었다. 반면, 대위책임을 택하고 있는 독일과 영국의 경우, 과실의 추상화 경향으로 인하여 합리적인 공무원이라면 위법한 행정 결정을 내리지 않았을 것이라는 판단이 가능하므로 과실이 인정될 것이다. 다만, 독일의 경우 위법한 결정은 행정소송 또는 집행정지의 대상이 됨에 따라 피해자가 법적 수단을 통한 피해방지 노력을 하였는지 문제 되며, 영국의 경우 Robinson 판결에 따라 주의의무 위반의 구체적인 내용으로서의 과실보다는 주의의무 자체가 선례에 비추어 인정될 수 있을 것인지가 문제된다는 점에서 책임 인정에 한계가 있다. 또한 미국은 당연과실 법리의 존재에도 불구하고, 행정결정이 재량권의 행사로 포섭됨에 따라 실질적으로는 주권면책의 대상이 되어 구체적인 판단 자체가 이루어지기 어려울 것이다. 즉, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 과실의 내용을 이루는 주의의무의 내용에 합법적으로 행위할 의무나

---

983) 663 P 2d 251(Ariz Ct App 1983). Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, 2016, 754면 각주 39 인용.

행정법규의 내용을 주의의무의 기준으로 받아들여 위법한 행정 작용에 대한 과실 인정에 있어 구체적 타당성을 기하려 하였지만, 자기책임을 택하고 있는 프랑스에 비하여 여전히 배상책임이 부정될 수 있는 한계를 가지고 있다고 평가할 수 있다.

한편, 사실적 행위에 관한 사례를 검토한 결과, 프랑스는 중과실 요건이 적용되는 유형의 사안에 대해서도 책임을 인정한다고 보면서도 제3자의 행위가 경합하여 손해가 발생한 경우에는 역무과실에 상응하는 부분에 대해서만 책임을 부담하는 방식으로 국가배상 책임의 무제한적인 확대를 제한하였다. 독일에서는 공무원의 과실 판단이 구체적으로 합리적인 공무원이었다면 행하였을 기준과의 비교를 통해 이루어질 것이나, 위 사례에서는 피해자가 불법행위자인 사인을 통하여 피해를 배상받을 수 있는 경우이기 때문에 국가의 책임이 제한될 수 있을 것이다. 영국에서는 위법한 행정 결정과 마찬가지로 주의의무의 존부 자체가 문제될 것이다. 미국의 경우 위 사례는 연방정부의 직무행위에 포함되지 않는 부분이나, 주정부 또는 지방자치단체의 행위라고 보더라도 재량면책이 인정될 여지가 많을 것이다. 즉, 사실적 행위에 대해서도 프랑스는 과실책임을 인정하지만 그 인정 범위를 제한하는 방법으로, 독일은 과실책임을 인정하지만 책임의 면책 사유가 존재하는지를 살펴보는 방법으로, 각 책임을 널리 인정하면서도 책임의 무한한 확대를 제한하고 있다고 볼 수 있다. 영국에서는 대부분 주의의무 인정에 대한 판단이, 미국에서는 주권면책의 적용 여부 판단이 국가배상 책임을 인정함에 있어 각각 쟁점이 되었다는 점에서 책임 인정에 상대적으로 소극적인 태도를 보였다.

IV. 결론

법적 결정의 위법성과 국가배상 책임에서의 과실 인정의 문제는 국가배상 책임의 유형론에 따라서 구별할 수 없을 정도로 다양한 모습을 보인다. 이 논문에서는 자기책임에 가까울수록 위법성과 과실의 관계가 곧바로 인정되

거나 추정되는 모습을 보이고, 대위책임에 가까울수록 위법성과 과실의 관계는 별도의 요건으로서 인정되므로, 위법한 행정결정이 존재하더라도 공무원의 과실이 부정되는 등으로 책임이 인정되지 않는 경우가 존재할 것이라고 가정하였다.

프랑스의 경우 역무과실 개념을 통해 국가의 자기책임을 인정하고 있었음에도 불구하고 '위법성-과실 동등론'을 인정하기까지는 상당한 시간에 걸친 논의가 있었고, 그 과정에서 법적 개념인 위법성을 사실상의 개념인 과실과 동일시할 수 있는지에 대한 이론적 논의가 이루어졌을 뿐만 아니라, 남소의 우려, 국가의 재정적 부담과 같은 정책적 고려 사항에 대한 내용도 논의되었다. 즉, 국가배상 제도의 형성에는 법이론적 측면뿐만 아니라 정치적·경제적 측면과 같은 '행정문화' 역시 고려되고 있다는 점을 짐작할 수 있다.

대위책임의 입장을 취하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우에도 공통적으로 합리적인 공무원을 기준으로 과실을 인정함에 따라 과실의 추상화가 이루어졌다. 따라서 여전히 과실 인정에 있어서는 구체적인 사실관계를 살펴보아야 하는 부분이 남아 있지만, 위법한 행정 결정은 합리적인 공무원의 행위로 볼 수 없으므로 과실이 인정될 여지가 높다. 그러나 과실 요건과 별개로 각국의 법체계는 공무원의 과실 판단 이전에 책임 판단의 전제 조건으로서의 주권면책의 예외를 인정할 수 없다고 보거나(미국), 주의의무의 존재 자체를 부정하거나(영국), 이미 성립된 책임을 면책하는 등으로(독일) 책임을 제한적으로 인정하고 있다.

독일에서는 위법한 법적 결정은 합법적으로 행위할 공무원의 직무의무를 위반한 것이라 보며, 개별적 결정의 상대방에 대한 제3자 보호 목적 역시 넓게 인정한다. 그러나 국가배상 제도를 부차적인 구제수단으로 이해함에 따라서 민법 제839조 제3항은 피해자가 법적 수단을 통해 피해방지를 위한 구제조치를 취하지 않은 경우에는 국가의 책임이 완전히 배제된다. 개별적 행정결정은 행정소송, 집행정지 등의 대상이 된다는 점을 고려하면 이러한 조치를 취하지 않은 경우에 국가의 손해배상 책임은 인정될 수 없다. 독일은 위

법한 행정결정에 대한 책임을 널리 인정하면서도, 부차적인 구제 수단으로 국가배상 제도를 파악함으로써 국가의 책임면제 요건을 통해 책임의 무제한적인 확대를 경계하고자 한 것으로 보인다.

영국의 경우에는 주의의무의 존부를 평가하는 단계가 주로 문제된다. 공법상의 의무를 위반하였다는 것 자체만으로는 법률상 의무 위반을 청구원인으로 하는 불법행위를 주장할 수 없고, 법률상 의무 위반이 존재하는 경우에 손해배상 책임을 인정하려는 의회의 의도까지 입증되어야 한다. 과실책임의 경우 2018년 Robinson 판결의 도입으로 인하여 선례가 존재하는 경우에는 주의의무의 인정 자체에 대해서는 선례에 따를 것이며 다만 주의의무의 위반 단계에서 합리적인 공무원의 행위로 볼 수 있는지를 판단할 것이다. 그러나 선례가 존재하지 않는 경우에는 주의의무 인정 여부에 대하여 'fair, just and reasonable' 기준을 적용함에 따라 정책적으로 주의의무 인정 자체를 부정하는 경우도 발생할 수 있다. 즉, 구체적인 공무원의 과실 판단 이전에 상대적으로 행정의 주의의무 자체를 엄격하게 인정하는 태도를 보이고 있다고 볼 수 있다.

미국에서는 여전히 연방정부의 주권면책을 인정하면서도 FTCA에 근거하여 주권면책의 예외를 인정하고 있으나, 재량권의 행사에 대해서는 주권면책의 예외를 인정하지 않는다. 그리고 대부분의 행정 작용을 재량권 행사로 포섭함에 따라서 사실상 연방정부의 행정 작용은 여전히 주권면책의 적용을 받게 된다. 그러나 만일 주권면책의 예외가 인정되는 행정 작용이라면 당연과실 법리에 의하여 행정법규 위반으로 인한 과실의 간주 내지 추정이 인정될 여지가 있다. 비록 실제 작용의 측면에서 매우 예외적으로 책임이 인정되지만 대위책임을 택하고 있으면서도, '당연과실'(negligence per se) 법리를 통해 자기책임과 유사하게 과실을 인정할 수 있다는 점이 특징적이다.

결론적으로, 자기책임과 대위책임의 유형에 있어서는 프랑스, 독일, 영국, 미국 순으로 자기책임이 인정되는 경향이 강하다고 할 것이다. 한편, 실제 책임 인정에 있어서 주권면책의 여부, 주의의무의 존부, 주의의무 위반 단계,

구체적인 책임의 범위와 관련한 면책 사유의 존부의 단계로 판단이 이루어지고, 실제 국가배상 책임의 판단 단계에서 순서대로 위 판단이 모두 이루어져야 책임이 인정된다는 점을 고려하면, 이미 구체적 판단 이전 단계에서 주권면책으로 인하여 손해배상 책임이 부정되는 미국, 주의의무의 존재 자체가 부정되어 위반 내용에 대한 구체적인 판단이 이루어지지 못하는 영국, 국가의 책임이 부차적인 수단으로 인정됨에 따라 책임의 면책이 이루어지는 독일, 손해배상의 범위를 통해 책임을 제한하려는 프랑스 순으로 국가배상 책임을 제한적으로 인정하고 있다고 평가할 수 있다.

특히 행정 작용의 위법성이 인정되는 경우 자기책임을 택하고 있는 프랑스의 경우 역무과실을 인정하고, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 공무원의 주의의무의 내용에 합법적으로 행위 할 의무 또는 행정 법규의 내용을 주의의무의 내용으로 받아들여 과실 인정에 있어서 구체적 타당성을 기하려는 모습을 보인다는 것을 확인하였다. 그러나 자기책임을 택하고 있는 프랑스에 비하여 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 주의의무의 존재 자체가 부정되나 재량면책이 인정되는 등으로 상대적으로 책임 인정에 있어 한계가 존재한다.

제3장 우리나라 국가배상 제도에의 시사점

제1절 국가배상 제도의 성질과 과실

국가배상법 제2조에서는 공무원의 고의 · 과실을 배상책임의 요건으로 정하고 있는 반면, 헌법 제29조 제1항에서는 공무원의 귀책사유를 요건으로 정하고 있지 않고, 판례는 공무원 개인에 대하여 배상을 청구할 수 있는지에 대하여 경과실과 고의 · 중과실이 있는 경우를 나누어 판단하고 있으므로 국가배상 제도의 성질에 관한 논의를 살펴본다. 한편, 판례는 처분의 위법성이 인정되는 경우에도 곧바로 공무원의 과실을 인정하지 않고, 별도로 객관적 정당성 기준을 사용하여 책임 인정의 가부를 판단하고 있다. 그러나 결론적으로 배상책임을 부정하는 경향이 있다는 점에 비추어 비판적으로 검토할 필요가 있다.

I. 국가배상 제도의 성질

1. 헌법 및 국가배상법의 내용과 해석

우리나라 헌법은 직무상 불법행위로 손해를 입은 국민이 행정에 대하여 배상을 청구할 수 있다고 하여 공무원의 귀책사유를 언급하지 않고 행정에 대한 손해배상청구권을 규정하고 있다(제29조 제1항).[984] 반면, 국가배상법은 공무원의 고의 또는 과실로 법령을 위반한 경우를 전제로 배상책임이 인정된다고 정하고 있다(제2조 제1항).[985] 따라서 헌법과 국가배상법 사이에는

984) 헌법 제29조 제1항은 "공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다."고 정하고 있다.

985) 국가배상법 제2조 제1항은 "국가나 지방자치단체는 공무원이 직무를 집행하면

적어도 문언상 공무원의 귀책사유를 전제로 하는지 유무와 관련하여 차이가 존재한다. 이와 같은 문언상의 차이에 주목하여 개정의 필요성은 별론으로 하더라도 통설은 국가배상법상의 국가배상 제도가 대위책임설을 따르고 있다고 본다.[986]

반면, 헌법학의 문헌에서는 헌법상 국가배상 제도는 자기책임이라는 것이 다수설이고,[987] 행정법학의 문헌에서도 헌법상의 국가배상 제도는 자기책임이거나 최소한 대위책임으로 확정한 것은 아니라는 중간적 결론에 이르고 있다.[988] 위 입장은 헌법상의 자기책임을 유지하되, 국가배상법을 헌법합치적으로 해석하거나, 헌법상의 자기책임은 국가배상법과 별개의 것으로 이해한다. 이에 헌법 및 국가배상법의 해석의 관점에서 국가배상법 제2조 제1항의 공무원의 고의 과실에 공무 과실까지 포함하는 것으로 해석하자는 견해,[989] 헌법상의 국가배상청구권의 성질을 국가배상법상의 국가배상청구권과 분리해 검토하자는 견해가 존재한다.[990]

서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 입힌 손해를 배상하여야 한다." 라고 정하고 있다.

986) 김도창, 일반행정법론(상) 제4전정판, 청운사, 1993, 636면; 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 30면; 서원우, 국가배상법의 입법론상의 제문제, 국가배상 제도의 제문제, 법무부 법무실, 8-10면; 홍준형, 행정구제법, 오래, 2012, 29-31면 참조.

987) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제8호, 법조협회, 2009, 63면에 의하면, 자기책임설을 취하고 있는 경우로, 권영성, 헌법학원로, (2009), 619면; 허영, 한국헌법론, (2009), 579면; 성낙인, 헌법학, (2009), 769면; 전광석, 한국헌법론, (2009), 422면; 이준일, 헌법학강의, (2008), 835면이 있다.

988) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 54면 참조.

989) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 53-60면 참조.

990) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제8호, 법조협회, 2009, 71면 참조.

2. 판례의 입장

대법원 판례는 공무원 개인에 대하여 책임을 물을 수 있는지 여부에 대하여 ① 공무원의 고의 · 과실의 정도와 관계없이 공무원에게 책임을 물을 수 있다는 입장, ② 공무원의 고의 또는 중과실에 대하여 공무원에게 책임을 물을 수 없다는 입장(93다11807)[991], ③ 공무원의 고의·중과실에 대해서만 공무원에게 책임을 물을 수 있다는 입장 순서로 변화해 왔다(95다38677). 대법원 95다38677 판결의 다수의견을 살펴보면, 법원은 헌법 제29조 제1항의 단서 규정에서 국가의 배상책임이 인정된다고 하더라도 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 정하고 있으므로 국가배상 책임과 공무원 자신의 책임은 별개라는 점, 국가배상법 제2조 제2항에서 가해 공무원에 고의 또는 중과실이 존재할 때는 구상권이 존재한다는 점을 들어 경과실의 경우에는 국가 기관의 행위에 해당하므로 손해 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속되고 공무원 개인은 책임을 부담하지 않고, 고의 또는 중과실의 경우에는 기관 행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에 책임을 귀속시킬 수 없는 것이므로 종국적으로 공무원 개인이 책임을 부담한다고 판시하였다.

이에 대하여 판례가 가해 공무원의 경과실이 있는 경우에는 자기책임설을 취하고, 가해 공무원의 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 공무원 개인 책임형을 취하되, 국가가 우선 책임을 이행하고 구상권을 행사할 수 있다는 태도를 취하였다는 해석이 존재한다.[992] 그러나 우리나라는 국가배상법 제2조에

991) 위 대법원 판례는 전원합의체 방식에 의하지 않았다. 대법원이 판례 변경의 방식을 거치지 아니한 채 종전의 판례와 다른 태도를 취하여 절차상 비판이 있었다는 점에 대하여, 홍준형, 직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 손해배상책임, 행정논총 34(1), 1996. 6., 90면 참조.

992) 이는 경과실의 경우에는 국가 자기책임, 고의 또는 중과실의 경우에는 대위책임설에 의해야 한다는 종래의 중간설(이상규, 신행정법론(상), (1993), 612~613면과는 선택적 청구권의 인정 측면에서 다르다. 즉, 판례와 같은 태도를 취할 경우에는 선택적 청구권이 인정되지만, 종래의 중간설에 의할 경우에는 선택적 청구권이 인정되지 않는다. 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제58권 제8호, 법조협회, 2009, 60면 각주 28) 참조.

서 공무원의 고의·과실을 요건으로 정하고 있으므로 법률상 공무원의 과실 책임을 전제로 하는 대위책임 유형을 택하고 있다고 할 것이다.[993]

II. 위법한 행정 결정과 과실 인정

1. 객관적 정당성 기준의 해석

국가배상 책임에서의 위법성과 과실의 논의는 행정 작용의 유형 중에서 위법성의 선제적 판단이 가능한 법적 조치에 관한 것이다. 우리 판례 중에서도 공무원의 과실을 별개의 요건으로 판단하되 환부 대상자에 대한 착오가 있거나, 근거 규정이 위법한 사안에서 법적 조치의 위법성을 기초로 과실을 무조건 추정한 사례가 존재한다.[994] 그러나 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결 이후에는 행정처분이 취소되었다고 할지라도 곧바로 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 그 처분이 객관적 정당성을 상실할 정도에 이르러야 국가배상 책임이 인정된다고 판시

---

993) 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 47-49면 참조. 49면 각주3)에 의하면, 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 판결이 절충설적 입장을 취하고 있다고 하더라도, 공무원 개인의 주관적 책임 요소를 출발점으로 하기 때문에 우리 국가배상 책임제도에서 대위책임적 책임구조를 전제하고 있다고 설명하고 있다.

994) 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다824에서는 "형사소송 사건의 수사 담당 검사가 무혐의 불기소 결정함에 있어 압수물인 어음에 대하여 제출인인 원고에게 환부하여야 할 것임에도 불구하고 고소인에게 환부하여 제삼자에게 배서 양도된 이상 위 환부 검사의 고의나 과실에 의한 위법한 처분이라 할 것"이라 판시하였다. 또한 대법원 1995. 7. 14. 선고 93다16819 사건에서는 "구 병역법 제18조 제4항 및 같은 법 시행령 제28조 제2항 제1호의 각 규정을 검토하면 확정판결에 의한 형의 집행 일수만을 현역 복무기간에 산입하지 아니한다는 것이 규정 자체에 의하여 명백하다는 점에 비추어, 병인사관리규정을 발령·유지하게 시킨 육군 참모총장에게 직무상의 과실이 없다고 할 수 없으며"라고 판시하였다. 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 35면 참조.

하였다.[995]

위 판례가 설시하고 있는 '객관적 정당성의 상실'의 법적 의미가 무엇인지에 대해서는 항고소송의 위법성과는 별개로 국가배상의 위법성을 판단하기 위한 기준을 의미한다고 해석되기도 하고, 항고소송에서의 위법성 판단에 대한 기판력은 인정하면서도 공무원의 과실을 별도로 판단하기 위한 기준을 의미하는 것이라고 해석될 여지도 있다.[996] 그러나 일부 판례는 객관적 정당성 상실이라는 표현을 공무원의 과실 인정 기준으로 사용하고 있고,[997] 종래 객관적 정당성 기준은 위법성을 확대하는 방향으로 사용되었다는 점을 고려하면 항고소송에 의하여 처분의 위법성이 인정된 사안에서는 위법성을 축소하는 방향으로 사용되었다고 보는 것은 모순되므로 공무원의 과실 판단기준으로 이해되어야 한다는 견해가 있다.[998] 한편, 처분이 취소된 이후에 국가배상 청구 소송이 진행되는 경우 판례가 객관적 정당성 기준을 위법성과 과

---

995) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결은 "어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 위법한 것으로서 취소되었다고 하더라도 그로써 곧 당해 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없지만, 그 행정처분의 담당 공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 국가배상법 제2조 소정의 국가배상 책임의 요건을 충족하였다고 보아야 한다. 이때 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 침해행위가 되는 행정처분의 태양과 그 목적, 피해자의 관여 여부 및 관여의 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 결정하되 손해의 전보 책임을 국가 또는 지방자치단체에 부담시킬 만한 실질적인 이유가 있는지도 살펴서 판단하여야 하며, 이는 행정청이 재결의 형식으로 처분을 한 경우에도 마찬가지이다."라고 판시하였다.

996) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 270-273면 참조.

997) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다30946 판결은 "고의 · 과실이 인정되려면 국 · 공립대학 교원 임용권자가 객관적 주의를 결하여 그 재임용거부처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이르러야 한다"고 판시하였다. 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 42면 참조.

998) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 42면 참조.

실의 판단을 포함하여 손해에 대한 전보책임 성립을 판단하는 기준으로 사용하고 있다는 견해도 있다.[999]

2. 객관적 정당성 기준의 적용 국면

처분의 위법성이 인정된 사안에서 객관적 정당성 기준이 어떻게 적용되었는지 살펴보면, <표1>은 보통 일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성 상실이 인정된다고 하여 국가배상 책임을 인정한 사례이나, <표2>는 객관적 주의의무 위반, 객관적 정당성 상실, 책임부담의 실질적 이유가 부정된다는 이유로 배상책임을 부정한 사례이다.[1000][1001]

<표1>의 순번 1 판결(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다30703 판결) 이전까지는 행정처분의 위법성이 인정되고, 객관적 정당성 상실 기준을 사용한 경우 판례는 모두 배상책임이 부정된다는 결론에 이르렀으나,[1002] 위 판결 이

---

999) 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 33-34면 참조.

1000) 판례의 경향에 대해서는 이미 많은 연구가 이루어졌다. 이 논문은 기존에 연구된 내용을 정리하고, 최근 선고된 대법원 2021. 6. 30. 선고 2017다249219 판결(<표1>의 순번 4), 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결(<표1>의 순번 5), 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다269890 판결(<표2>의 순번 10), 대법원 2022. 4. 28. 선고 2017다233061 판결(<표2>의 순번 11)의 내용을 추가한 것이다. 기존 연구로는, 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 261-300면; 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014, 219-246면; 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 27-53면; 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 27-69면.

1001) 이 논문의 <표1>, <표2>의 내용은 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 37면의 <표6>, 41면의 <표9> 각 참조.

1002) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013,

후 일부 배상책임을 인정한 사례가 존재한다. <표1>의 판례는 배상책임을 인정할 경우 “보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 위법한 행정처분의 담당 공무원이 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 인해 행정처분이 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 경우”라는 기준을 사용하였다. 결론적으로 배상책임을 인정하는 결론에 이르더라도 처분의 위법성만으로 공무원의 과실이 곧바로 인정되지 아니하며, 공무원의 객관적 주의의무 위반뿐만 아니라 별도로 객관적 정당성 상실이라는 요건을 갖추어야 배상책임이 인정되는 듯이 해석될 여지가 있다.[1003)]

<표 1> 국가배상 책임을 인정한 사례

	사건번호	처분의 위법성	책임 인정 근거
1	2011. 1. 27. 2008다30703	장해급여 취소처분 취소재결이 민사확정판결과 모순된 사실인정에 근거한 경우	객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성 상실
2	2012. 5. 24. 2012다11297	건축허가거부처분이 위법하 부관의 이행 요구에 근거한 경우	객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성 상실
3	2015. 11. 27. 2013다6759	토석채취허가에 대한 이행재결이 존재함에도 처분이 지연된 경우	객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성을 상실
4	2021. 6. 30. 2017다249219	사업계획 불승인처분이 객관적인 검토를 거치지 않은 채 이루어진 경우	객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성을 상실
5	2022. 8. 30. 2018다212610	위헌 · 무효인 긴급조치의 발령 · 적용 · 집행	객관적 주의의무를 소홀히 하여 객관적 정당성을 상실

278면 참조.

1003) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 35면 참조.

<표 2> 국가배상 책임을 부정한 사례

	사건번호	처분의 위법성	책임 부정 근거
1	2000. 5. 12. 99다70600	산림개간허가취소가 취소 사유를 오인함에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
2	2001. 12. 14. 2000다12679	교수임용거부처분이 합리적이고 객관적이지 않은 임용심사에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
3	2003. 11. 27. 2001다33789등	사법시험불합격처분이 출제오류에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
4	2003. 12. 11. 2001다65236	공인회계사시험 불합격처분이 출제오류에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
5	2004. 12. 9. 2003다50184	교도소 징벌처분이 절차적 위법에 근거한 경우	객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
6	2007. 5. 10. 2005다31828	교통부담금부과처분이 법령해석 오류에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 · 책임부담의 실질적 이유 부정
7	2011. 1. 27. 2009다30946	재임용거부처분 취소 결정을 받은 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 부정
8	2013. 11. 14. 2013다206368	농업기반시설 매수의무를 부과한 부관이 재량권남용에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 부정
9	2016. 6. 23. 2015다205864	음식물쓰레기처리기 사용금지 조치 요청이 가정적으로 위법하다고 본 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 부정
10	2021. 12. 30. 2021다269890	장애인활동지원 부정결제를 이유로 기지급 활동지원금의 환수와 활동지원인력 자격 정지 처분이 이루어졌으나, 위 처분에 대한 취소 판결이 확정된 경우	객관적 주의의무 위반 · 객관적 정당성 상실 부정

11	2022. 4. 28. 2017다233061	대학수학능력시험에서의 시험 성적과 등급을 결정한 행위가 재량의 범위를 일탈·남용한 정답결정처분에 근거한 경우	객관적 주의의무 위반·객관적 정당성 상실 부정

더욱이 판례는 여전히 처분의 위법성이 인정된 경우에도 객관적 정당성 기준을 적용한 결과 국가배상 책임을 인정하는 것에 소극적인 입장을 보이고 있다.[1004] 특히, <표2>의 순번 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11번 판결은 원심에서 배상책임을 인정하였음에도 불구하고 이를 파기하고 배상책임을 부정하였다. 더욱이 최근에는 파기 건수가 감소하였는데 이는 오히려 원심 판결이 <표2>와 같이 배상책임을 부정하는 결론을 내리게 되었기 때문인 것으로 보인다.[1005] 즉, 판례는 처분의 위법성이 인정된 경우에도 곧바로 과실을 인정하지 않고, 별도로 객관적 정당성 기준을 제시한 다음 국가배상 책임을 판단하고 있다. 국가배상법 제2조에 의하면 위법성과 과실을 별개의 요건으로 정하고 있으므로, 위법성 및 과실이라는 법적 개념을 판단하기 위한 구체적인 기준을 제시하였다는 측면이 존재하나, 그 기준이 모호하고 객관적 정당성을 판단하기 위한 기준은 배상책임의 인정 여부가 아니라 배상책임의 범위를

1004) 부작위에 대한 국가배상 책임의 판단에서 위법성 판단의 근거로 사용되던 객관적 정당성 상실 기준이 공무원의 과실을 부정하기 위한 근거로 전용되고 있다는 비판에 대하여, 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 42면 참조; 대법원은 항고소송에서 위법성이 확정된 처분에 대해 국가배상 책임을 인정하는 데 소극적인 경향이 있다는 견해에 대하여, 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 282면 참조; 판례가 이미 처분의 위법성이 판단된 경우에도 손해의 전보책임을 국가 등에 부담시킬 것인지 여부를 판단하기 위한 기준으로 객관적 정당성을 사용하고, 배상 책임 인정에 있어 엄격한 태도를 취하고 있다는 견해에 대해서, 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 48면 참조; 박현정, 프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014.

1005) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 41면 각주 16 참조.

결정하는 데 사용되어야 하는 기준이라는 측면에서 비판적으로 검토되어야 한다.

객관적 정당성을 상실하였는지 여부에 관하여 판례는 "침해행위가 되는 행정처분의 태양과 그 목적, 피해자의 관여 여부 및 관여의 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 결정하되 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에 부담시킬 만한 실질적인 이유가 있는지"를 살펴서 판단하여야 한다고 판시하고 있는데,[1006] 객관적 정당성이 과실 판단의 기준에 해당한다는 견해에 의하면, 위 세부 요건은 공무원의 과실을 판단하기에 적합한 요소라고 볼 수 없으며, 손해를 부담시킬 만한 실질적인 이유라는 개념 또한 그 내용이 지나치게 추상적이어서 과실을 판단하기에 적합한 요소라고 볼 수 없다.[1007]

또한 위 객관적 정당성 기준이 위법성과 과실을 종합하여 배상책임의 판단기준으로 사용되었다고 보더라도, 위 세부 요건은 책임의 제한을 통해 배상책임의 범위를 결정하기 위한 요소에 해당할 것이지, 위 세부 요건에 대한 판단에 따라 객관적 정당성을 상실할 정도에 이르지 못한 경우에 배상책임 자체를 부정하는 결론에 이르는 것은 적절하지 않다고 할 것이다.[1008] 특히 판례는 객관적 정당성 상실 기준을 적용한 결과 국가배상 책임을 부정하는 경향이 있고,[1009] 객관적 정당성 기준이 지나치게 엄격하게 적용된 결과 민법상의 불법행위 책임에서의 과실보다 더 엄격한 해석이 이루어지고 있다는 우려도 제기되고 있다.[1010] 이러한 판례의 경향은 피해자 구제 및 행정의 적

1006) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결.

1007) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 42-43면 참조. 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 48면 참조

1008) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 291면 참조.

1009) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 275면 참조.

1010) 서울중앙지법 2006. 7. 28. 선고 2005가합90792 판결에서는 "국립대학교의 교원이 재임용 거부처분의 위법을 이유로 국가배상을 구하는 경우에 있어서 민법상 불법행위에 기한 손해배상책임 인정을 위한 과실의 개념 범위를 넘어 '행정처

법성 통제의 관점에서도 바람직하지 않다.

제2절 긴급조치에 관한 전원합의체 판결에 대한 평가

I. 판결의 내용

대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결은 긴급조치에 관한 위헌성 판단 이후, 피해자들이 위법한 직무집행을 원인으로 하는 국가배상을 청구한 사안이다. 원심은 종래 대법원 판결의 내용에 따라 대통령의 긴급조치 발령행위와 수사관 및 법관의 직무집행 모두 불법행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.[1011] 그 이유를 살펴보면, 대통령의 긴급조치 발령행위는 고도의 정치성을 띤 국가 행위이므로, 대통령은 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법률상 의무를 지는 것은 아니고, 국민에 대하여 불법행위 책임을 부담하지 않는다는 것이었다. 또한 수사기관의 체포 및 구금 등의 수사 진행과 공소제기, 법관의 재판상 직무행위와 관련해서는 '공무원의 고의 또는 과실'이 인정되지 않는다는 이유로 국가배상 책임을 부정하였다. 당시 유신헌법이 긴급조치가 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있었고, 아직 긴급조치 제9호가 위헌·무효임이 선언되지 않은 상태였기 때문에 긴급조치에 근거한 공무원의 직무집행 행위에 대하여 귀책사유를 인정할 수 없다는 취지였다.

그러나 위 전원합의체 판결에서는 긴급조치의 발령, 적용 · 집행이 전체적

분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 것인지 여부'에 대해 지나치게 엄격한 해석을 행하는 것은, 행정행위의 특수성을 고려한다고 하더라도, 재임용이 거부된 국립대학교 교원과 사립대하곡 교원의 손해배상청구를 통한 손해의 전보에 있어 중대한 불균형을 초래할 수 있다는 점"을 우려한 바 있다. 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 289-290면 참조.

1011) 서울고등법원 2018. 1. 10. 선고 2015나2026588 판결.

으로 보아 객관적 정당성을 상실하여 위법하므로 책임이 성립한다고 판시하면서도, 일련의 국가작용에 대해서는 가해 공무원을 구체적으로 특정할 필요 없이 국가의 조직적인 기본권침해가 있는 경우에는 전체적으로 보아 주의의무 위반이 인정된다고 하여 책임을 인정하였다.

II. 평가

1. 객관적 정당성 기준의 모호성

다수의견은 “직무행위가 객관적 정당성을 상실한 것으로서 위법하다고 평가된다”고 판시하는 한편, 긴급조치 제9호의 발령 및 적용 · 집행행위로 인한 국가배상 책임의 성립의 제목 아래에서는 “보통 일반의 공무원을 표준으로 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 말미암아 그 직무행위가 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 때에 국가배상법 제2조가 정한 국가배상 책임이 성립할 수 있다.”고 하면서 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결, 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결, 대법원 2021. 6. 30. 선고 2017다249219 판결의 판시 내용을 인용하고 있다. 그런데 이 사건의 경우, 긴급조치의 발령 및 적용 · 집행이라는 일련의 국가작용을 하나로 묶어 판단하였기 때문에 문제된 국가작용의 성질 및 형태를 일률적으로 판단하기는 어려운 특성이 있다. 종래 판례에서 '객관적 정당성'은 법적 결정이 위법이라는 판단이 있는 경우에는 국가배상 책임을 제한하는 방향으로, 부작위 및 행위 태양이 문제될 때는 위법성을 확대하는 방향으로 작용해 왔다는 점을 고려하면,[1012] 이 사건에서 사용된 객관적 정당성의 의미는 여전히 모호하다. 기존의 객관적 정당성 기준에 대한 비판인 객관적 정당성을 판단하기 위한 세부 요건들의 내용이 직접적으로 과실 판단과 관련이 없고,

---

1012) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18권 제1호, 2013, 275, 277면 참조.

오히려 책임의 제한 요소와 관련되어 있다는 점, 지나치게 모호한 불확정개념에 해당한다는 비판은 여전히 남아있다.

2. 공무원의 과실 판단에 대하여

다수의견은 “일련의 국가작용으로 인한 손해 전보의 필요성”이라는 제목하에 “긴급조치 제9호의 적용 · 집행과정에서 개별 공무원의 위법한 직무집행을 구체적으로 특정하거나 개별 공무원의 고의 · 과실을 증명 또는 인정하는 것은 쉽지 않다. 따라서 이처럼 광범위한 다수 공무원이 관여한 일련의 국가작용에 의한 기본권 침해에 대해서 국가배상 책임의 성립이 문제되는 경우에는 전체적으로 보아 객관적 주의의무 위반이 인정되면 충분하다”고 판시하였다. 위 대상판결의 내용은 기본권 침해가 광범위하고 조직적인 국가작용으로 이루어진 경우 개별적 직무집행을 한 공무원의 귀책사유 증명은 불요하다는 취지로 이해된다. 제1 별개의견은 원칙적으로 개별적 행위에 대한 불법행위를 인정해야 하고, 귀책사유 역시 개별적 공무원을 기준으로 판단하여야 한다는 견해로서, 당시 관여 공무원들은 긴급조치 제9호의 위헌성을 인식하였거나 인식할 수 있었다는 점에서 고의 또는 과실을 인정할 수 있다고 주장하는데 그보다는 위 다수의견이 위헌 · 무효인 긴급조치에 기한 일련의 조치로부터 피해를 입은 피해자 구제의 입장에서 바람직하다고 본다. 그러나 궁극적으로는 제2 별개의견과 같이 국가배상 책임은 공법적 자기책임에 해당하므로, 국가배상법 제2조 제1항의 공무원의 고의 또는 과실에는 행정 조직이나 운영상의 결함이 포함되고, 따라서 이 사건에서 개별적 공무원의 잘못을 증명할 필요 없이, 국가에 대하여 국가배상법상의 책임을 인정할 수 있다고 봄이 행정통제 및 피해자 구제의 관점에서 타당하다.

위 다수의견 및 제1 별개의견은 판례가 그동안 취하고 있던 대위책임설을 기초로 하였고, 국가배상법상 명문의 귀책요건 규정이라는 한계적 조건에서 결론적으로 국가배상 책임을 인정하기 위한 결론에 이른 것으로 보인다. 그러나 여전히 공무원의 과실을 요건으로 하는 까닭에 논리 내부적으로 모호

하거나 모순된 논증이 존재한다. 다수의견은 주의의무의 기준을 '보통 일반의 공무원'을 표준으로 한다고 하였으나, 이 사건 문제가 된 불법행위는 행정의 난이도, 수단과 방법의 다양성 등이 다양하게 뒤섞인 여러 유형의 국가작용을 포함하고 있으므로 하나의 평균적인 가상의 공무원이 존재할 수 있다는 전제는 성립하기 어렵다.

더욱이 다수의견은 공무원의 귀책요건에 관하여 별도로 판단하기보다는 일련의 국가작용으로 인한 손해 전보의 필요성이라는 목차 아래에서 이 사건의 예외적 적용에 관한 판시를 하는 것만으로 국가배상 책임을 인정하였다. 즉, 광범위한 다수 공무원이 관여한 일련의 국가작용에 의한 기본권 침해에 대해서는 전체적으로 보아 객관적 주의의무 위반이 인정되면 충분하다는 판시를 하였을 뿐이지, 주의의무 위반과 손해 전보의 필요성과의 관계에 대해서는 별다른 설명을 하지 않았고, 구체적으로 이 사건에 어떠한 객관적 주의의무 위반이 인정되는지 설명하지 않았다. 손해 전보의 필요성만으로 국가배상법 제2조 제1항이 정하고 있는 공무원의 귀책요건이 완화될 수 있다는 취지인지, 그렇다면 기존에 판례가 '객관적 정당성'과 '손해 전보의 필요성'을 함께 설시해 온 점에 비추어 볼 때 객관적 정당성은 위법성과 관련된 것이고, 손해 전보의 필요성은 과실 판단의 기준이 된다는 것인지도 불명하다.[1013] 또한 손해 전보의 필요성은 '예견의무 위반', '회피의무 위반'과 같이 직접적으로 과실의 내용을 이루는 점은 아니라는 것을 고려해보면 이 사건과 같이 다수의 행정 작용이 하나의 불법행위로 취급되는 경우의 귀책사유의 내용은 무엇이 되어야 하는지도 의문이다.[1014][1015]

1013) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결 등, 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준, 행정법연구 제41호, 2015. 2., 32-34면 참조.

1014) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상 책임, 행정판례연구 제18집 제1호, 2013, 274면 참조.

1015) 헌법재판소는 국가배상법 제2조 제1항의 귀책사유와 관련하여, "주관적 구성요소로서 고의란 "누군가 타인에게 위법하게 손해를 끼친다는 인식, 인용"을 의미하고, 과실이란 "객관적으로 자신의 행위가 누군가 타인의 법익을 침해한다는 것을 부주의로 예견하지 못하였거나(예견 의무 위반), 손해 방지를 위한 조치가 부주의로 객관적으로 보아 적절치 못하였거나 불충분한 상태(회피 의무 위반)"를

이상과 같은 비판점은 모두 대위책임설을 유지하면서 피해자 구제를 확대하려는 시도가 이루어졌기 때문에 발생하였다. 과실 관념의 객관화, 조직 과실의 인정, 과실 추정과 같은 시도를 통하여 권리구제를 넓힐 수도 있겠지만 앞서 비교법 연구에서 살핀 바와 같이 대위책임의 입장을 견지하면서 배상책임의 범위를 확대하는 것에는 한계가 존재한다. 따라서 우리 국가배상법을 공법적 자기책임으로 이해하려는 시도가 필요하다.[1016] 이미 학계의 많은 견해가 그와 같은 점에 대하여 공감하고 있고, 제2 별개의견은 우리 국가배상법 개혁의 필요성에 대하여 직접적으로 판시하고 있다.

제3절 결론

국가배상법 제2조는 위법성과 과실을 별개의 요건으로 정하고 있으며, 이에 따라 판례는 위법한 행정결정이 존재한다고 하더라도 과실에 대한 판단은 별개로 이루어져야 한다고 보고 있다. 그동안 법원은 행정소송에서 행정작용의 위법성이 인정되었다고 하더라도 국가배상은 제한적으로 인정해 왔다. 그러나 최근 긴급조치에 관한 대법원 판례에는 이러한 종래의 판시 내용을 따르면서도, 위헌적인 긴급조치의 발령, 집행 · 재판 작용을 일련의 국가작용으로 파악하고, 국가의 조직적인 행위로 인하여 기본권 침해가 이루어졌다고 하면서 주의의무 위반을 인정하였다. 피해자 구제의 관점에서 대상판결은 국가의 배상책임의 책임을 인정하여 구체적 타당성을 기하였다는 점에서 의의가 있다. 그러나 여전히 대위책임의 입장에서 객관적 정당성을 기준으로 배상책임을 인정하였기 때문에 여전히 객관적 정당성 기준에 대한 비판적 검토의 내용이 개선되지 않은 채 남아 있으며, 배상책임의 판단기준이 모호하고 논증의 설득력이 부족하다는 지적이 가능하다.

의미한다."라고 판시한 바 있다(헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌바395 결정).

1016) 박정훈, 국가배상법의 개혁 - 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구, 제62호, 2020. 8., 65면 참조.

앞서 비교법적 연구를 통하여 대위책임의 입장을 견지하는 경우에는 국가배상 책임 인정에 한계가 존재한다는 점을 살펴보았다. 우리나라도 국가배상 제도의 공법적 자기책임으로서의 전환을 논의할 필요가 있다. 비록 긴급조치에 관한 대상판결은 비상시에 광범위하게 이루어진 불법행위를 다루고 있다는 점에서 일반적인 국가작용의 불법행위와는 구별되나, 국가의 책임을 통감하고 피해자들에 대한 진정한 사과의 의미로서 국가배상 책임을 인정한 이번 대법원 판례는 앞으로 국가배상 제도가 변화될 수 있는 여지를 만들어 주었다는 점에서 의의가 있다.

이 사건의 대상이 된 긴급조치 제9호가 공포된 1975년 5월 13일로부터 47년이 지난 이후에야 이 사건 본인들이나 그 가족들은 국가로부터 배상받을 수 있다는 판단을 받게 되었다. 긴급조치가 위헌이라는 판단은 대법원 2013. 4. 18.자 2011초기689 전원합의체 판결로 이루어졌는데, 긴급조치의 위헌성에 관한 판단 자체가 우리나라의 민주화 이후에도 상당한 시간이 흘러서 이루어졌고, 위 판결의 기판력이 발생한 이후에도 10여 년이 지나도록 실질적인 배상이 이루어지지 않았다는 점은 국가배상 제도의 의의를 다시 한번 재고해야 할 필요성을 여실히 느끼게 한다. 국가의 행위로 인하여 시민에게 손해가 발생한 경우, 행정쟁송을 통하여 그 위법성을 다툴 수도 있으나, 이미 손해가 발생한 경우에는 위법한 행정행위의 취소만으로는 별다른 실질적 차이를 가져오지 못하고, 결국 국가배상 제도를 통한 구제책이 문제될 것이다. 이러한 측면에서 국가배상 제도는 국민의 삶과 직접적으로 맞닿아 있으며, 비교법적 연구를 통해 현 국가배상 제도에 대한 개혁을 모색할 필요가 있다.

제4장 요약 및 결어

이 논문은 국가배상 제도의 유형과 과실 인정의 내용 사이의 관련성이 있는지에 대한 논의에서 출발하였다. 특히 위법한 법적 결정에 대한 과실 인정에 있어서 자기책임을 인정하는 경우에는 과실이 용이하게 인정될 수 있지만, 대위책임이 인정되는 경우에는 위법한 결정이 존재한다고 하더라도 공무원의 과실이 부정되는 등으로 책임이 인정되기 어려운 경우가 존재한다는 가정이다. 그리고 프랑스, 독일, 영국, 미국의 비교를 통해 우리나라의 국가배상 제도에 대한 시사점을 얻고자 하였다.

각 국가의 국가배상 제도는 역사적으로 국가배상 제도의 역할 및 정책적 요건의 고려 등을 배경으로 하여 법률의 제정 및 판례의 변경을 통해 변화해왔다. 프랑스는 19세기까지 국가의 손해배상책임 부인 원칙이 일반적이었음에도 불구하고 1873년 블랑꼬 판결을 통해 행정 사건은 행정재판소에서 공법상 원리에 의하여 판단하여야 한다는 원칙을 확립하였고, 역무과실이라는 독자적인 개념을 발전시켰다. 그러나 역무과실 개념이 인정된 이후에도 월권소송의 대상이 되는 개별결정과 행정입법 제정행위가 위법하면 단순과실로서의 역무과실도 자동적으로 인정될 수 있는지는 상당한 논의가 진행된 후에야 인정되었다. 1930년 뒤기에 의한 전통적 이론의 비판, 1969년 엘렝의 논문 등을 통하여 상당한 학술적 논쟁이 이루어졌고, 1970년대에 이르러서야 '위법성-과실 동등론'이 확립되었다고 이해된다. 이후 프랑스는 중과실 요건이 적용되는 영역을 축소하는 등 국가배상 책임의 범위를 넓히는 방향으로 국가배상 제도를 발전시켜 왔다. 즉, 프랑스에서는 역사적으로 행정의 위법성 통제라는 국가배상 제도의 역할 및 이론의 발전을 통하여 국가배상 제도를 발전시켜 왔으며, 이원적 소송체계와 절차적 특징으로 말미암아 행정결정의 위법성을 이유로 단순 과실로서의 위법성을 인정할 수 있었다고 평가된다.

독일은 민법 제839조에 의하여 인정되는 공무원의 과실책임을 기본법 제34조에 의하여 국가에게 이전하는 형태로 국가배상 책임을 인정하고 있다.

즉, 독일의 직무 책임은 공무원의 위법한 행위는 본래 국가에게 속할 수 없는 것이며, 개인이 책임져야 한다는 원리에 의하여야 하나 변제능력이 풍부한 국가의 책임을 인정하여 피해자를 보호하려는 정책적 고려에 의한 것이었다. 위법한 결정이 존재하는 경우에는 합법적으로 행위할 직무의무를 인정하고, 행정결정의 상대방에 대한 보호의무를 인정하며, 과실의 객관화를 통해 실질적으로 과실의 증명이 문제되지 않는다고 평가된다. 다만, 독일은 국가배상 제도를 권리구제의 부차적인 제도로 이해함에 따라서 피해자가 불법행위자에 대한 손해배상 청구 등을 통해 다른 방법으로 배상을 받을 수 있는 경우(민법 제839조 제1항 제2문)에는 국가의 책임이 제한적으로 인정되고, 피해자가 행정소송을 제기하는 등 법적 수단을 통한 피해 방지를 소홀히 한 경우(민법 제839조 제3항)에는 국가의 책임이 배제된다. 즉, 상대적으로 국가의 책임 성립을 널리 인정하되, 책임의 제한 요건을 통해 책임이 무제한적으로 확대되는 것을 제한하고 있다. 독일은 1981년 「국가책임법」의 입법화 시도, 과실의 객관화, 조직과실과 같은 법이론의 발전 등을 통해 국가배상 제도의 한계를 극복하고자 하며, 자기책임적 국가배상 제도를 형성하기 위한 이론적 근거를 제시하는 시도가 꾸준히 제기되고 있다.

영국은 일반적으로 국가배상 제도에서 대위책임을 취하고 있다고 평가되나, 일부 법률을 통해 사회복지 기관과 교육기관을 법인으로 설립하도록 정하고 있고, 해당 법인에 대하여 직접적으로 법률상 의무를 인정함으로서 자기책임적인 모습을 보이기도 한다. 또한 영국은 확고한 유형분류적 관점을 취하고 있음으로 인하여 행정 결정의 위법성과 과실의 관계를 일률적으로 단정할 수 없는 특징이 있다. 법률상 의무 위반이 그 자체로 불법행위의 청구원인으로 인정될 수 있는 경우에는 프랑스와 같이 위법성만으로 과실이 인정된다고 할 것이다. 만일 과실책임과 같이 위법성과 과실이 별개의 요건으로 인정되는 경우에는 주의의무의 존재 및 그 위반은 별도로 판단되어야 한다. 한편 유럽법 위반의 경우에는 위법성이 충분히 심각한 경우에 별도의 과실 증명 없이도 책임이 성립한다. 한편, 과실책임과 관련하여 사법상 불법행위 책임의 법리를 국가배상 책임에도 그대로 적용할 수 있는지에 대한 논의가 이루어져 왔다. 이에 사법심사의 기준인 Wednesbury 기준을 주의의무

의 기준으로 활용하거나, ‘fair, just and reasonable’ 기준을 주의의무의 인정 기준으로 사용하는 방식이 판례를 통하여 논의되었다. 이는 국가배상 책임을 인정하기 위한 주의의무의 기준을 사법상의 기준보다 더욱 엄격하게 인정하려는 것이었다. 그러나 2001년 바렛 사건을 통하여 Wednesbury 기준은 파기되었고, 2018년 로빈슨 사건을 통해 이미 사법상의 주의의무가 인정된 내용에 대하여는 ‘fair, just and reasonable’ 기준을 파기하는 것으로 변화하였다. 즉, 기존에 주의의무의 내용을 제한하던 기준을 2000년대 이후 파기함으로서 국가배상 책임의 인정 범위를 넓히려는 시도가 이루어졌다.

미국은 현재까지도 주권면책을 인정하고 있으나, FTCA의 제정으로 연방정부에 대한 주권면책의 예외를 인정하고 있다. 그러나 FTCA는 주권면책의 예외가 적용되지 않는 경우로서 대표적으로 재량권의 행사를 규정하고 있고, 대부분의 행정 작용이 재량권의 행사로 포섭됨에 따라서 주권면책이 인정된다. 만일 주권면책이 적용되지 않는다면 연방정부는 연방사용인이 고용의 범위 내에서 행한 불법행위에 대하여 주법에 따른 불법행위 책임을 진다. 고용의 범위 내에 대한 판단, 구체적인 불법행위 요건은 주별로 다르게 정하고 있는 경우가 많으므로 불법행위지에 따라 그 결론이 상이한 경우도 나타난다. 커먼로에 의하면 과실은 위법성과 과실을 포함하는 개념이며, 주의의무의 존재와 그 위반이 과실의 내용을 이룬다. FTCA는 사인 유사성 요건을 정하고 있으므로, 연방정부 역시 사인과 동일한 기준에 의하여 과실이 판단된다. 따라서 연방사용인이 행정법규를 위반한 경우에 과실이 인정될 수 있는지 문제된다. 커먼로상 ‘당연과실’(negligence per se) 법리에 의하면 행정법규 위반은 주의의무 위반을 구성하여 과실이 인정될 수 있기 때문이다. 이에 대하여 오로지 연방정부를 규제하는 연방법규 위반에 대해서는 당연과실 법리가 적용될 수 없고, 만일 행정법규가 州법에 의하여 도입되어 사인에게도 적용된다면 당연과실 법리가 적용될 수 있다. 즉, 예외적으로 당연과실 법리가 적용될 수 있는 경우에는 자기책임과 유사하게 위법한 행정 결정에 대하여 과실을 간주 내지 추정하고 있다. 미국은 상대적으로 가장 제한적으로 연방정부의 책임을 인정하고 있는데, 이는 대부분의 손해가 보험 등의 대안적 구제 수단을 통하여 이루어지고 그러한 사적 구제에 의하는 것이 소송

을 통하여 구제를 받는 것보다 시간 및 비용의 측면에서도 피해자에게 유리하다고 받아들여지기 때문이다.

결론적으로, 자기책임을 택하고 있는 프랑스의 경우 법적 조치에 대한 위법성이 인정되면 역무과실을 인정하고, 대위책임을 택하고 있는 독일, 영국, 미국의 경우 공무원의 주의의무의 내용에 합법적으로 행위 할 의무 또는 행정 법규의 내용을 주의의무의 내용으로 받아들여 과실 인정에 있어서 구체적 타당성을 기하려는 모습을 보인다는 것을 확인하였다. 그러나 대위책임을 택하고 있는 경우에는 배상책임 인정에 있어 여전히 주권면책을 인정하거나(미국), 공무원에 대한 주의의무의 존재가 인정되지 않거나(영국), 보충적 책임만을 인정하여(독일) 자기책임을 택하고 있는 경우에 비하여 배상책임이 제한된다는 한계가 있다.

우리나라는 판례는 처분의 위법성이 인정되는 경우에도 공무원의 과실은 별도로 판단되어야 한다고 판시하면서, 마치 객관적 정당성이라는 별도의 요건을 충족하는 경우에만 국가배상 책임을 인정하는 듯이 판시하고 있다. 처분의 위법성이 인정되는 경우 과실 인정과의 관련성이 약하고, 위법성과 과실에 더하여 객관적 정당성이 상실될 정도에 이를 것을 판례가 요하는 것처럼 보인다는 점에서 비판적으로 검토될 필요가 있다.

대상판결은 종래 위헌적 긴급조치에 대한 국가의 책임을 전혀 인정하지 않던 입장에서 벗어나 배상의 책임을 인정하는 것으로 태도를 변경하였다는 점에서 의의가 있다. 다수의견은 긴급조치에 대한 발령, 집행, 재판작용을 모두 일련의 국가작용으로 보고, 그에 대하여 국민의 기본권 침해를 이유로 객관적 정당성을 인정할 수 없어 주의의무 위반이 인정된다고 평가하였다. 그러나 여전히 객관적 정당성 기준을 사용하여 배상책임을 판단하고 있으므로, 기존의 객관적 정당성 기준에 대한 비판점이 남아 있다고 할 것이다. 뿐만 아니라 대위책임의 관점에서 공무원의 과실을 인정하려는 결론에 이르다 보니 과실 판단의 기준이 모호하고 결국 이는 예측 가능성을 떨어뜨린다는 비판이 가능하다.

각국의 국가배상 제도는 역사적으로 변화해 왔으며, 대위책임을 택하고 있

는 다른 나라 역시 과실의 인정 범위를 확대함으로써 실질적으로 국가배상 책임의 범위를 확대하여 왔다. 우리나라 역시 현대의 행정수단의 다양화와 복잡성, 국가작용의 확대, 피해자 구제의 필요성을 고려하면 국가배상 책임의 인정 범위를 확대함으로써 구체적 타당성을 기할 수 있을 것이다. 이러한 취지에서 위 긴급조치에 대한 전원합의체 판결은 위법성과 과실을 별개의 요건으로 정하고 있는 국가배상법 제2조의 존재에도 불구하고 과실 인정의 구체적인 내용을 넓힘으로써 위헌적인 국가작용으로부터 피해를 입은 피해자들에 대한 배상책임을 인정하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 본질적으로는 우리 국가배상법을 공법적 자기책임으로 이해하려는 시도가 필요하다. 이미 학계의 많은 견해가 그와 같은 점에 대하여 공감하고 있고, 대상판결의 제2 별개의견은 우리 국가배상법 개혁의 필요성에 대하여 직접적으로 판시하고 있다.

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김남진 · 김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2016.

김도창, 『일반행정법론(상)』, 제4전정판, 청운사, 1993.

김동희 · 최계영, 『행정법 I』, 제27판, 박영사, 2023.

김중권, 『김중권의 행정법』, 법문사, 2013.

김철용, 『국가배상법 제2조에 관한 연구』, 박사학위논문, 1974.

김철용, 『행정법』, 전문개정 제3판, 고시계사, 2014.

류지태 · 박종수, 『행정법신론』, 제14판, 박영사, 2010.

박균성, 『행정법론(상)』, 제12판, 박영사, 2013.

박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.

박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.

법무부, 『민사소송법 번역집(독일)』, 2019.

서원우, 『전환기의 행정법이론』, 박영사, 1997.

양창수 역, 『독일민법』, 박영사, 2021.

이상규, 『신판 신행정법론(상)』, 법문사, 1993.

이상규, 『국가보상법』, 법문사, 1995.

전훈 · Jean-Marie Pontier, 『공공서비스법 : 프랑스 행정법 연구』, 한국학술정보, 2008.

정하중, 『행정법의 이론과 실제』, 법문사, 2012.

정하중, 『행정법개론』, 제8판, 법문사, 2014.

한국행정판례연구회, 『행정판례평선』, 박영사, 2011.

홍정선, 『행정법원론(상)』, 제21판, 박영사, 2013.
홍준형, 『행정구제법』, 오래, 2012.

2. 학위논문

강지은, 「프랑스 행정법상 공역무 개념의 변천에 관한 연구」, 석사학위 논문, 서울대학교, 2008.
김윤조, 「국가배상법상 배상책임자에 관한 연구」, 박사학위 논문, 경희대학교, 2002.
김철용, 「국가배상법 제2조에 관한 연구」, 박사학위 논문, 서울대학교, 1975.
박현정, 「프랑스 행정법상 역무과실(la faute de service)에 관한 연구」, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014.
박혜영, 「모리스 오류우(Maurice Hauriou)의 국가배상 책임 구성에 관한 연구 - 민사과실책임·위험책임·역무과실책임의 3단계 발전과정을 중심으로-」, 석사논문, 서울대학교, 2015.
박훈민, 「독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구」, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014.
방영철, 「공무원의 직무상 위법한 부작위로 인한 국가배상 책임 : 배상요건의 문제점 및 입법론을 중심으로」, 박사학위 논문, 한양대학교, 2001.
안동인, 「英國法上의 公·私法 二元體系에 관한 硏究 : 司法審査請求制度와 관련하여」, 박사학위 논문, 서울대학교, 2009.
윤성운(세드릭 르그랑), 「프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구 : 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로」, 석사학위 논문, 서울대학교, 2014.
이은상, 「독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구」, 박사학위 논문, 서울대학교, 2014.

이해림, 「비교행정법의 방법론에 관한 연구 : Peter Cane의 '구조적 접근'(Structural approach) 방법론을 예시로 하여」, 석사학위논문, 서울대학교, 2019.

정상기, 「미국의 연방국가배상 제도에 관한 연구」, 박사학위 논문, 연세대학교, 1993.

정종철, 「국가배상법상의 배상책임자에 관한 연구」, 박사학위 논문, 국민대학교, 2009.

최재정, 「불법행위를 원인으로 한 국가배상 책임의 특수성에 관한 연구」, 박사학위 논문, 한양대학교, 2016.

한흥섭, 「경찰권행사의 국가배상 책임에 관한 연구」, 석사학위 논문, 공주대학교, 2016.

현수철, 「행정상 사실행위에 대한 일고찰」, 석사학위 논문, 서울대학교, 2001.

3. 학술지 논문

가정준, 「미국 불법행위법 발전의 이론적 고찰」, 『비교사법』 제12권 제1호(통권 제28호), 한국비교사법학회, 2005.

강구철, 「국가배상법 제6조상의 배상책임자」, 『고시연구』 제46집 제10호, 고시연구사, 2001.

강구철, 「국가배상 책임자에 관한 연구」, 『법학논총』 제18집, 국민대학교 법학연구소, 2006.

강구철, 「영·미의 국가배상 제도」, 『법학논총』 제21권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2009.

강구철, 「입법·사법상의 불법과 국가배상에 관한 연구」, 『법학논총』 제16집, 국민대 법학연구소, 2004.

강구철, 「프랑스 국가배상 책임에 관한 연구」, 『법학논집』 제22권, 제2호,

국민대학교 법학연구소, 2011.

강지은, 「독일 공법상 1차권리구제와 2차권리구제 -전통적 도그마틱의 변화와 그 시사점을 중심으로-」, 『행정법연구』 제60호, 2020. 2.

김 훈, 「과실책임과 국가배상」, 『토지공법연구』, 제36권, 한국토지공법학회, 2007.

김강운, 「국가배상 책임의 성질과 책임의 주체」, 『원광법학』 제22권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2006.

김강운, 「국가배상 책임제도의 비교법적 고찰」, 『법학연구』 제25집, 한국법학회, 2007.

김기진, 「공무수탁사인에 관한 연구」, 『법학연구』 제15권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2005.

김남진, 「행정법-국가배상의 책임자와 구상관계」, 『고시연구』 제28집 제8호, 고시연구사, 2001.

김동희, 「공무원이 직무집행중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 공무원의 개인책임성립여부」, 『판례월보』 309호, 판례월보사, 1996.

김동희, 「국가배상법 제6조상의 국가배상 책임자의 문제」, 『고시연구』 제25집 제11호, 고시연구사, 1998.

김동희, 「블랑꼬판결 이래 프랑스 국가배상 책임의 발달」, 『공법연구』 제6집, 한국공법학회, 1978.

김동희, 「한국과 프랑스의 국가배상 제도 비교 고찰」, 『법무자료』 제141집 (국가배상 제도의 제문제), 법무부, 1991.

김동희, 「프랑스 행정법상의 행정행위의 관념에 대한 일고」, 『서울대학교 법학』 제46권 제2호, 2005.

김민훈, 「공무원 개인의 배상책임에 관한 소고-미국의 사례를 중심으로-」, 『공법학연구』 제7집 제3호, 한국비교공법학회, 2006.

김병기, 「입법적 불법에 대한 국가배상 책임 소고 : 적극적 입법행위의

경우를 중심으로」,『행정법연구』 통권11호, 행정법이론실무학회, 2004.

김성원,「국가배상법상의 가해공무원에 대한 구상권의 행사」,『원광법학』 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.

김세규,「국가배상법상 배상책임과 관련한 문제 재론」,『토지공법연구』 제73집 제2호, 한국토지공법학회, 2016.

김연진,「국가의 손실보상법에 관한 비교법적 고찰-독일과 한국의 비교를 중심으로-」,『유럽헌법연구』 제39호, 2022.

김정민,「영국의 過失不法行爲(Negligence)에서의 注意義務의 存否에 관한 판단기준」,『민사법학』 제47호, 2009.

김종보,「행정법학의 개념과 그 외연: 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론」,『행정법연구』 제21호, 2008.

김중권,「국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고」,『법조』 제58권 제8호, 법조협회, 2009.

김윤조,「국가배상법상 배상책임자에 관한 고찰」,『법학논총』 15집, 국민대학교 법학연구소, 2003.

김천수,「영미 불법행위법상 책임요건에 관한 연구 – 과실불법행위의 의무론을 중심으로-」,『성균관법학』 제22권 제1호, 2010.

김철용,「프랑스와 서독의 행정상 손해배상제도 : 특히 공권력행사로 인한 행정상 손해배상제도를 중심으로」,『법조』 제24권 제10호, 1975

김철용,「취소소송의 기판력과 국가배상소송」,『고시계』 1985년 7월호.

김철용,「공무원 개인의 불법행위책임 : 미국의 경우를 중심으로」,『미국헌법연구』 제6호, 1995.

김철용,「이른바 선택적청구권의 문제」,『일감법학』 제1권, 건국대학교 법학연구소, 1996.

김태진,「경찰공무원 개인의 배상책임 연구」,『경찰학논총』 제7권 제2호,

원광대학교 경찰학연구소, 2012.

김태진, 「경찰활동의 하자와 국가배상 책임 – 적극적 경찰활동기법과 미국의 국가배상 제도를 중심으로-」, 『한국공안행정학회보』 제22권, 한국공안행정학회, 2006.

김형배, 「불법행위에 있어서의 책임귀속의 근거와 손해배상의 범위」, 『법률행정논집』 제18집, 고려대학교 법과대학 법률행정연구소, 1980.

김형석, 「사용자책임의 입법주의 연구」, 『서울대학교 법학』, 제53권 제3호, 2012. 9.

김홍준, 「미국에 있어서 사법행위로 인한 국가배상 책임」, 『판례실무연구(V)』, 박영사, 2001.

문병효, 「법원조직에 관한 비교법적 고찰 : 독일 및 프랑스를 중심으로」, 『강원법학』 제29권, 2009. 12.

문성제, 「선천성장애아의 출생과 법정책의 과제-프랑스 특별법의 제정동기 및 그 내용을 중심으로-」, 『재활복지』, 제12권 제1호, 2008.

박균성, 「공무수탁자의 법적 지위와 손해배상책임」, 『행정판례연구』 제15집 제1호, 한국행정판례연구회, 2010.

박균성, 「국가배상법상의 위법과 과실-판례를 중심으로-」, 『법학논총』 제18집, 단국대학교 법학연구소, 1992.

박균성, 「사실행위와 국가배상」, 『고시계』, 제39권 제4호, 1994.

박균성, 「프랑스의 국가배상 책임」, 『행정법연구』 제5호, 1999.

박균성, 「프랑스 행정법상 공익개념」, 『서울대학교 법학』, 제47권 제3호, 2006.

박균성, 「특집 : 법에 있어서의 공익 ; 프랑스 행정법상 공익개념」, 『서울대학교 법학』, 제47권 제3호, 2006.

박우경, 「행정재판과 법의 일반원칙 - 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로-」, 『연구총서』 2021-11, 사법정책연구원.

박재현,「프랑스 사법제도의 시사점」,『법과 정책』 제19집 제1호, 2013. 2.

박재현,「프랑스 행정기관의 무과실책임」,『동아법학』 제74호, 2017. 2.

박재현, 「프랑스 행정경찰과 국가배상 책임」, 『법학논총』, 제24권 제2호, 2017.

박재현,「프랑스의 행정재판제도에 관한 연구」,『법학연구』 제19권 제1호, 2011.

박정훈,「거부처분과 행정소송 : 도그마틱의 분별력 · 체계성과 다원적 비교법의 돌파력」,『행정법연구』 제63호, 2020. 11.

박정훈,「공법과 비교법 - 왜, 무엇을, 어떻게 -」, 한국비교공법학회 제100회 학술대회 기조연설문.

박정훈,「불확정개념과 판단여지」,『중범김동희교수정년기념논문집』(행정작용법), 2005.

박정훈,「國家賠償法의 改革 - 私法的 代位責任에서 公法的 自己責任으로」,『행정법연구』, 제62호, 2020. 8.

박정훈,「비교법의 의의와 방법론 – 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가」,『심헌섭 박사 75세 기념논문집』, 2011.

박준용,「법관의 재판에 대한 국가배상 책임이 인정되기 위한 요건」,『판례연구』 제16집, 부산판례연구회, 2005.

박현정,「프랑스 국가배상 책임제도에서 위법성과 과실의 관계」,『법학논총』 제29집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2012.

박현정,「프랑스 행정법상 과실책임 제도 : '역무과실'의 성격, 위법성과의 관계를 중심으로」,『행정법연구』 제41권, 행정법이론실무학회, 2015.

백윤기,「행정소송법 개정에 관한 소고 : 대법원과 법무부 개정안의 상호비교를 중심으로」,『행정법연구』 제18호, 2007.

서원우,「국가배상법상 입법론상의 제문제」,『법무자료』 제141집 (국가배상 제도의 제문제), 법무부, 1991.

서정범, 「국가배상에 있어서의 위법성과 과실의 일원화」, 『행정판례연구(VII)』, 박영사, 2002.

송덕수, 「독일법에 있어서 법관의 직무행위와 국가배상 책임」, 『법학논집』 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999.

심성은, 「브렉시트(Brexit) 전개과정과 쟁점 및 시사점」, 『NARS 현안분석』 제40호, 국회입법조사처, 2019. 1. 29.

안동인, 「국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준」, 『행정법연구』 제41호, 행정법이론실무학회, 2015.

오세혁, 「우리나라 법학방법론의 전개」, 『법철학연구』 제11권 제2호, 한국법철학회, 2008.

윤세창, 「영국 행정법상의 국가배상 책임론」, 『법학행정논집』 제7권, 1964.

윤세창, 「행정관계 논문 : 영국 행정법상의 국가배상책임론」, 『법학행정논집』 제7권, 1964.

윤진수, 「영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향」, 『서울대학교 법학』 제43권 제1호, 2002.

이상해, 「행정규칙의 발령행위에 대한 배상책임-독일에서의 논의를 중심으로」, 『공법연구』 제39집 제1호, 2010.

이원우, 「21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제」, 『행정법연구』 제48호, 2017. 2.

이원우, 「행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점」, 『행정법연구』 제25호, 2009.

이윤정, 「공무원의 불법행위로 인한 국가배상 책임의 본질 및 요건에 대한 재검토 : 대법원 판례들의 분석과 평석을 중심으로」, 『강원법학』 제47집, 강원대학교 비교법연구소, 2016.

이은영, 「불법행위에서의 주의의무」, 『판례월보』, 191호, 1986. 8.

이일세, 「공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상책임의 요건에 관한 연구-과실의 객관화, 입법 사법상의 불법, 선결문제를 중심으로

」,『강원법학』 제9권, 강원대학교 비교법학연구소, 1997.

이일세,「국가배상에 관한 주요 판례분석 : 법령위반(위법성)을 중심으로」,『안암법학』, 안암법학회, 2014.

이일세,「독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구」,『강원법학』, 제5권, 1993.

이현수,「국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개-」,『행정법연구』 제36호, 2013. 7.

임종훈,「영국 대법원의 독립과 그 헌법적 함의」,『공법연구』 제43집 제3호, 2015. 2.

임종훈,「영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제 : 2000년 인권법 시행 이후의 변화검토」,『세계헌법연구』 제16권 제3호, 2010.

임 현,「독일 국가배상법의 당면 문제」,『법학논고』 제25집, 경북대학교 법학연구소, 2006.

장윤영,「레옹 뒤기(Leon Duguit)의 공법 이론 - 객관주의 행정법을 중심으로」,『공법연구』, 제49집 제1호, 2020.

장준혁,「미국법상 제정법규 위반의 당연성립 과실불법행위」,『법학논총』 제24권 제1호, 2017. 4.

전 훈,「항고소송의 대상에 관한 비교법적 검토-프랑스 행정소송을 중심으로-」,『공법학연구』 제13권 제2호, 2012.

정관선,「프랑스 식품안전 분야에서 사전배려의 원칙에 따른 국가배상 책임」,『인권과 정의』 제452호, 2015. 9.

정기웅,「불법행위 성립요건으로서 과실의 개념과 불법행위 책임체계에서의 지위」,『비교사법』 제18권 3호 통권 54호, 한국비교사법학회, 2011.

정기웅,「불법행위 성립요건으로서의 위법성에 대한 고찰」,『안암법학』 통권 제36호, 안암법학회, 2011.

정남철,「국가배상소송과 선결문제: 특히 구성요건적 효력, 기판력 그리

고 위법성 개념을 중심으로」,『저스티스』 제116호, 2010.

정남철,「경찰작용과 손실보상」,『행정법연구』 제41호, 행정법이론실무학회, 2015.

정소민,「사용자책임에 관한 미국 판례의 동향」,『외법논집』 제38권 제1호, 2014. 2.

정승윤,「국가배상법상 위법과 고의·과실 개념에 관한 소고 – 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다30703판결에 관한 평석-」,『법학연구』 제52권 제4호 통권 70호, 부산대학교 법학연구소, 2011.

정하명,「미국연방 사용인개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례」,『공법학연구』 제12권 제2호, 2011.

정연부,「국가배상 책임의 본질 및 성립요건 재검토 : 국가배상법 제2조를 중심으로」,『토지공법연구』 제46집, 한구토지공법학회, 2009.

정영철,「국회 입법작용에 대한 국가배상 책임의 쟁점과 과제」,『법학논고』 제44권, 경북대학교법학연구원, 2013.

정준현,「국가배상의 책임주체와 과실책임에 관한 연구」,『미국헌법연구』 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011.

정하중,「국가배상의 문제점과 개선방향」,『서강법학연구』 제9편 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2007.

정하중,「우리 국가배상법의 개선방안」,『토지보상법연구』 제16집, 한국토지보상법연구회, 2016.

조창학,「직무와 관련된 불법행위에 있어서 공무원개인의 책임」,『재판과 판례』 6집, 대구판례연구회, 1996.

진도왕,「영국 과실불법행위법상 경찰의 주의의무 판단기준」,『경찰법연구』 제16권 제1호, 2018.

최계영,「법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -」,『서울대학교 법학』 제54권 제4호, 2013. 12.

최계영, 「처분의 취소판결과 국가배상 책임」, 『행정판례연구』 제18집 제1호, 박영사, 2013.

최승원, 「국가배상법상의 책임 소고」, 『행정법연구』 제20집, 행정법이론실무학회, 2008.

최종고, 「법학의 비교연구방법」, 『비교문화연구』 제2호, 서울대학교 비교문화연구소, 일신사 1995.

하명호, 「재판행위에 대한 국가배상 책임 대법원 2001. 4. 24.선고 2000다16114 판결」, 『재판실무연구』 제3권, 수원지방법원, 2006.

한견우, 「프랑스 행정소송법상 완전심리소송」, 『법조』, 제40권 제3호, 1991.

홍준형, 「직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 손해배상책임」, 『행정논총』 제34권 제1호, 서울대학교 한국행정연구소, 1996.

황진영, 「국가배상청구 소송에 관한 연구 : 조세법률관계를 중심으로」, 『국회예산정책처』, 2009. 12.

4. 연구보고서

사법정책연구원, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정판 재판운영, JPRI 연구보고서, 2019.

한국법제연구원, 유럽법의 발전과 유럽연합회원국의 법질서 변화, 국제학술세미나 자료집 비교법제 자료 07, 2007.

한국법제연구원, 재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립, 2004. 10.

한국형사 · 법무정책연구원, 국가배상 제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 2023.

Ⅱ. 외국문헌

1. 단행본

Andre de Laubadere, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudement, Traite de droit administratif, Tome 1 (1999)

Alan Watson, Legal Transplants : An Approach to Comparative Law(2nd ed.), University of Georgia Press, Athens, Georgia : Ferreri, Silvia (1993)

A.V. Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, Liberty Classics, (1982)

Bell, Bradley, Bell, John, & Bradley, A. W., Governmental Liability : A Comparative Study, London : UKNCCL (1991)

B.S. Markesinis, Always on the Same Path : Essays on Foreign Law and Comparative Methodology Volume II, HART Publishing (2001)

B. S. Markesinis, The Tortious Liability of Statutory Bodies : a Comparative and Economic Analysis of Five English, Hart Publishing (1999)

Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press (2022)

Charles Eisenmann, Cours de droit administraitf, Tome 2, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence (1983)

Christophe Guettier, La responsabilite administrative, LGDJ (1996)

Dobbs, The Law of Torts, Thomson West (2000)

Eibe Riedel(ed.), German Reports on Public Law : Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft (1998)

Paul Craig, Administrative Law(6th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2008)

Peter Cane et al., The Oxford Handbook of Comparative Administrative

Law, Oxford:Oxford University Press (2020)

Deakin et al., Markesinis and Deakin's Tort Law(6th ed.), Oxford University Press (2007)

Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003)

Duncan Fairgrieve, Pushing Back the Boundaries of Public Authorities Liabiilty : Tort Law Enters the Classroom, Public Law (2002)

Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort: A Comparative Law Study(1st ed.), Oxford University Press (2003)

Duncan Fairgrieve, Mads Andenas, and John Bell(ed.), Tort Liabiilty of Public Authorities in Comparative Perspective, BIICL (2002)

Duncan Fairgrieve, Mads Andenas(ed.), Courts and Comparative Law, Oxford University Press (2015)

Eva Steiner, French Law : A Comparative Approach, Oxford University Press (2010)

Haba, Michael., The Case of State Liability : 20 Years after Francovich, New York : Springer (2014)

Harlow, Carol., State Liability : Tort Law and beyond, Oxford University Press (2004)

Harlow, C., & Rawlings, R., Law and Administration(4th ed.), Cambridge University Press (2022)

Husa, Jaakko., A New Introduction to Comparative Law, HART Publishing (2015)

J. Bell, Governmental Liability : A Comparative Study, BIICL (1991)

J.Jacob, The Debates behind an Act: Crown Proceedings Reform, 1920-1947, Public Law (1992)

Jacqueline Morand-Deviller, Droit administratif, LGDJ (2013)

Jacques Moreau, Traite de droit administratif, Tome 2, DALLOZ (2011)

Jacques Ziller, Public law, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Inc. (2006)

Jean-Francois Lachaume et Helene Pauliat, Droit administratif: les grandes decisions de la jurisprudence (2007)

Joachim Zekoll and Mathias Reimann(ed.), Introduction to German Law(2nd ed.), Kluwer Law International (2005)

John Bell and Francois Lichere, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press (2022)

John Bell, French Legal Culture, Butterworths (2001)

John Cooke, Law of Tort(8th ed.), Pearson/Longman (2007)

Jonas Knetsch, Tort Law in France, Wolters Kluwer Law International (2021)

Genevieve Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Traite de droit civil: les conditions de la responsabilite, LGDJ (2013)

Geoffrey Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, HART Publishing (2014)

George A. Bermann and Etienne Picard, Introduction to French law, Kluwer Law International (2012)

Ken Oliphant(ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia (2016)

Kenneth C. Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Greenwood Press (1980)

Kenneth F. Warren, Administrative Law in the Political System(4th ed.), Westview (2004)

Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law(5th ed.), FOUNDATION PRESS (2017)

Kunnecke, Mrina., Tradition and change in Administrative Law, Springer (2007)

Lara Karam-Boustany, L'action en responsabilite extra-contractuelle devant le juge administratif (2007)

Lasser, M, Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford University Press (2004)

Laurent Richer, Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilite, These Paris II (1976)

Law Commission, The Interpretation of Statutes, No 21, London (1969)

Lundmark, Thomas., Charting the Divide between Common and Civil Law, Oxford : Oxford University Press (2012)

Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer (2001)

Mauro Bussai and Ugo Mattei(ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press (2012)

Martina Kunnecke, Tradition and Change in Administrative Law : An Anglo-German Comparison, Springer (2006)

Maryse Deguergue, jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit de la responsabilite administrative (1994)

Michael Asimow, Federal Administrative Adjudication Outside the Administrative Procedure Act, Administrative Conference of the United States (2019)

Michael Haba, The Case of State Liability : 20 Years after Francovich, Springer Gabler (2015)

Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif francais

(1980)

Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws(4th ed.), Oxford University Press (2010)

Ossenbuhl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. (2013)

Paul Amselek, La determination des personnes publiques responsables, Etude de droit public (1964)

Paul Craig, Administrative Law(9th ed.), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2021)

Peter Cane, Controlling Administrative Power, An Historical Comparison, Cambridge University Press (2016)

Peter Cane, Suing Public Authorities in Tort, LQR (1996)

Phillippe Brun, Responsabilite civile extracontractuelle, (2009)

Pierre Delvolve, Le principe d'egalite devant les charges publiques (1969)

Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, Droit administratif (2013)

Rene Chapus, Droit administratif general, Tome 1 (2001)

Rene Chapus, Responsabilite publique et responsabilite privee (1954)

Richard J. Pierce. Jr., Administrative Law Treatise(4th ed.), vol. 1, Aspen (2002)

Riles, Annelise., Rethinking the Masters of Comparative Law, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub. (2001)

Sir William Wade & Christopher Forsyth, Administrative law(10th ed), New York: Oxford University Press (2009)

Street, Harry., Governmental Liability : A Comparative Study, Cambridge : At the Univ. Press (1953)

The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper No 187 (2008)

Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, University of Michigan Press

(1997)

Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press (2019)

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, An Introduction to Comparative Law(3rd ed.) (1998)

2. 논문

A. Holtzoff, The Handling of Tort Claims Against the Federal Government, Law and Contemporary Problems Vol. 9, No.2, 1942, pp.311-326.

Anthony Sebok, European Legal Development: The Case of Tort: Comparative Studies in the Development of the Law of Tort in Europe, Vol. 9, Journal of European Tort Law 5, no. 1, 2014, pp.129-132.

Asif Hameed, UK Withdrawal from the EU : Supremacy, Indirect Effect and Retained EU Law, Modern Law Review Volume 85, Issue 3, 2022, pp.726-754.

Biglino, Irene., Formants and Institutions : Intellectual Meeting Points between Rodolfo Sacco and Douglass North, Global Jurist, vol. 11, no. 2, 2011, pp.1934-2640.

Cameron, Gordon, Negligence and the Duty of Care; the Demise of the Caparo Test; and Police Immunity Revisited: Robinson v Chief Constable of West Yorkshire, The Edinburgh law review, Vol.23(1), 2019, pp.82-88.

Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public law, The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5, Sep., 1976, pp.516-541.

Chelsea Sage Durkin, Comment-How Strong Stands the Federal Tort Claims Act Wall? The Effect of the Good Samaritan and Negligence Per

Se Doctrines on Governmental Tort Liability, Arizona State law journal Vol.39(1), 2007, pp.272-295.

Christian Witting, Duty of Care: An Analytical Approach, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25, No.1, 2005, pp.33-63.

Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act(FTCA : A Legal Overview, Updated November 20, 2019.

Craig Purshouse, Arested Development : Police Neligence and the Caparo 'Test' for Duty of care, Torts Law Journal 23, 2016, pp.1-34.

David P. Leonard, The Application of Criminal Legislation to Negligence Cases: A Reexamination, Santa Clara Law Review, Vol.23, No.2, 1983, pp.427-490.

Dianne Rosky, Respondeat Inferior: Determining the United States' Liability for the Intentional Torts of Federal Law Enforcement Officials, U.C. Davis Law Review 36, no. 4, 2003, pp.895-966.

Donal Nolan, Varying the Standard of Care in Negligence, The Cambridge Law Journal, 72, 2013, pp.651-688.

Donald E. Claudy, Formation of Contracts-A Study of the Common Core of Legal Systems: Introduction, Cornell International law Journal, Volume 2 Issue 1 Spring 1969, pp.482-487.

Emily Hancox, Interpreting the post-Brexit legal framework, The Cambridge Law Journal, Vol. 80, Issue 3., 2021, pp.428-433.

F.D.Shimomura, The History of Claims Against the United States : The Evolution from a Legislative Toward a Judicial Model of Payment, Luisiana law review, vol. 45(3), 1985, pp.625-700.

G. Eorsi, Liability for the Torts of Employees and Organs, chap. 4 in A. Unc(ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Xi, Torts., The American Journal of Comparative Law, Volume 26, Issue 3, Summer 1978, pp.509–510,

Green, Michael D., Negligence = Economic Efficiency: Doubts, Texas Law Review Vol. 75. no. 7., 1997, pp.1605-1654.

Gregory C. Sisk, Official Wrongdoing and the Civil Liability of the Federal Government and Officiers, University of St. Thoams Law Journal, Vol. 8, Issue 3, 2011, pp.295-323.

Husa, Jaakko., Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective, The American Journal of Comparative Law 48, no. 3, 2000, pp.345-381.

Husa, Jaakko, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 2003, pp.419-447.

Husa, Jaakko, Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?, Revue Internationale de Droit Compare, Vol. 58, No. 4, 2006, pp.1095-1117.

Heinz R, Hink, The German Law of Governmental Tort Liability, Rutgers Law Review 18, no. 4, 1964, pp.1069-1150.

Jeffrey, William Jr., 'Rene David: An Introduction', University of Cincinnati Law Review, vol 52., no. 1, 1983, pp.124-125.

Llorens-Fraysse, Le poids de la faute dans la responsabilite administrative, Droits, n° 5, 1987.

McDougal, Myres S, The Comparative Study of Law for Policy Purposes-Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order, in: Butler, William Elliot(ed), International Law in Comparative Perspective, 1980, pp.24-57.

Mauro Bussani; Ugo Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, Columbia Journal of European Law 3, no. 3, Fall/Winter 1997/1998, pp.339-356.

Mark C. Niles, "Nothing But Mischief" : The Federal Tort Claims Act and

the Scope of Discretionary Immunity, 54 ADMIN. L. REV. 2002, pp.1275-1353.

Mark F. Grady, Untaken Precautions, The Journal of Legal Studies Vol. 18, No. 1, 1989. 1., pp.139-156.

Matthew L. Zabel, Advisory Juris and Their Use and Misuse in Federal Tort Claims Act Cases, BYU Law Review Vol. 2003 Issue 1 Article 2, 2003, pp.185-226.

Reimann, Mathias, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, American Journal of Comparative Law 50, 2002, pp.671-700.

Robert Rebhahn, Public liability in Comparison-England, France, Germany. In : Koziol, H., Steiniger, B.C. (eds) European Tort Law 2005. Tort and Insurance Law, vol 2005, Springer, Vienna, 2006, pp.68-93.

Roberto Scarciglia, Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law, Beijing Law Review 10, no. 4, September 2019, pp.1051-1065.

Rodolfo Sacco, Mute Law, The American Journal of Comparative Law, Summer, 1995, vol. 43, No. 3, Summer, 1995, pp.455-467.

Rodolfo Sacco, One Hundred Years of Comparative Law, Tulane Law Review 75, no.4, March 2001, pp.1159-1176.

Rodolfo Sacco, Diversity and Uniformity in the Law, The American Journal of Comparative Law, 49, no.2, Spring 2001, pp.171-190.

Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment I of II), Winter, 1991, Vol. 39, No. 1, Winter 1991, pp. 1-34.

Rodolfo Sacco, Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law(Installment II of II), The American Journal of Comparative

Law, Spring 1991, vol. 39, No. 2, Spring 1991, pp.343-401.

Rolf Braband, Liability in Tort of the Government and its Employees: A Comparative Analysis with Emphasis on German Law, New York University Law Review 33, no. 1, January 1958, pp.18-49.

Rodolf B. Schlesinger, The Past and Future of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3, Summer, 1995, pp.477-481.

Rodolf B. Schlesinger, The Common Core of Legal Systems—An Emerging Subject of Comparative Study, in the volume TWENTIETH CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAW—LEGAL ESSAY IN HONOR OF HESSEL E. YNTEMA, 1961, pp.65-79.

Richard H. Seamon, Caution and the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act, 30 U.C. Davis L. Rev., 1997, pp.691-784.

Sidney B. Jacoby, Federal Tort Claims Act and Frech Law of Governmental Liability : A Comaprative Study, Vanderbilt Law Review, Volume 7 Issue2, February 1954, pp.246-270.

Tschentscher, Axel, Dialektische Rechtsvergleichung-Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JuristenZeitung 62. Jahrg., Nr. 17, September 2007, pp.807-816.

Ugo Colella, The Case for Borrowing a Limitations Period for Deemed-Denial Suits Brought Pursuant to the Federal Tort Claims Act, San Diego Law Review Vol. 35, 1998, pp.391-456.

William P.Kratzke, The Convergence of the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act with Limitations of Liability in Common Law Negligence, St. John's Law Review 60, no. 2, Winter 1986, pp.221-287.

3. 홈페이지

http://crsreports.congress.gov R45732

https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46930

https://ssrn.com/abstract=1502125 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1502125

https://www.britannica.com/topic/tort

https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/emissions-de-gaz-a-effet-de-serre-le-gouvernement-doit-justifier-sous-3-mois-que-la-trajectoire-de-reduction-a-horizon-2030-pourra-etre-respectee

https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-10-fevrier-1905-tomaso-grecco

https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54#54.5

https://www.justice.gov/osg/brief/united-states-v-olson-reply-brief-merits

https://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/Remedies_Public_Bodies__Scoping.pdf

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007653427

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/section/2

https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0012-judgment.pdf

Abstract

A comparative study of state liability for fault

Hea Rim, Lee

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

The underlying issue in state liability is the relationship between public law illegality and fault. The legal system of state liability is divided into two categories: vicarious and direct liability.

Vicarious liability is a governmental liability for negligence of a public official. Direct liability, on the other hand, is the liability imposed on the administration for a breach of the standard of normal operation or a systemic failure. Vicarious liability will focus on the fault of public officials rather than the illegality of administrative acts in evaluating whether a fault has occurred. However, in a system of direct liability, a breach of duty to administer professionally is an aspect of liability, not an individual public official's negligence, therefore public law of illegality will have some importance.

In this study, we will look at how the classification of the legal system of state liability affects assessing fault in France, Germany, the United Kingdom, and the United States. Furthermore, whether this strategy is valid in Korea is investigated.

The concept of *faute de service* and the illegality-fault equation are central to French law governing direct liability. When determining administrative fault, the judge will evaluate whether the administration failed to perform competently. In Germany, on the other hand, public authorities are held liable for breach of obligation to act legitimately under Section 839 of the Civil Code and Article 34 of the Basic Law. The tort of negligence in English law initially involves the existence of a duty of care, as determined by the Robinson decision in 2018 or the Caparo test and then will examine whether the defendant breached the duty. In the United States, a person injured by an unlawful act may sue the government under the Federal Tort Claims Act(FTCA), which allows plaintiffs to seek compensation from the government but has significant limitations. If state laws impose such liability on private persons in similar circumstances, the FTCA allows that breaking the legislation or regulation may constitute negligence per se.

This approach to liability demonstrates that, while all legal systems provide a legal basis for compensation for unlawful acts of public bodies, the establishment of liability for breaches of legality that are not caused by the personal fault of public officials differs depending on the nature of state liability. This type of case would fall outside the scope of vicarious liability in Germany, the United Kingdom, and the United States.

Finally, an argument is made to emphasize the delimitation of vicarious liability and overcome the problem of this type of situation in Korea, particularly in the current step of the Supreme Court en banc Decision 2018Da212610 decided on August 30, 2022 holding that a public official failed to perform their duties of objective care while performing duties, resulting in the loss of objective legitimacy in the application and enforcement of presidential emergency measures No. 9.

Keywords : state liability, governmental liability, fault, illegality, direct liability, vicarious liability, comparative law

Student Number : 2019-39288