

韓國과 프랑스의 國家補償制度的 比較考察

金 東 熙*

I. 序 論

本稿에서는 그 구체적 내용에 관한 일반적 言及에 앞서 그 考察의 範圍에 관하여 먼저 밝혀 두어야 할 것으로 보인다. 本稿는 한국과 프랑스의 國家補償制度的 比較考察에 관한 것인바, 國家補償制度라는 觀念은 우리나라에서는 아직 일반적으로 통용되는 것이라고는 하기 어려운 것이나 그것은 보통 行政上損害賠償制度和 行政上損失補償制度를 共히 포함하는 觀念으로 쓰이는 것이 一般的인 것으로 보인다. 그러나 國家補償制度的 이러한 일반적 의미에도 불구하고 本稿의 比較考察 범위는 기본적으로는 行政上損害賠償制度的 比較考察에 限定되는 것인바, 그것은 다음의 이유에 기인하는 것이다.

後述하는 바와 같이 프랑스의 行政賠償制度(Régime de la responsabilité administrative)는 過失責任制度和 無過失責任制度로 區分되어 있는바, 前者가 우리나라의 行政上損害賠償制度에 一應 相應하는 것이기는 하나 後者가 우리나라의 行政上損失補償制度和 동일한 屬性의 것이라고는 할 수 없을 것으로 본다. 그것은 無過失責任制度에 있어서는 그 過失有無를 따지지 아니하고 賠償責任이 인정된다는 점에 오히려 그 基本的 屬性이 있는 것이며 또한 同制度는 過失責任制度的 補充的 制度로서 인정되고 있다는 점에서는 適法한 國家作用에 대한 補償制度로서 損害賠償制度和는 對立的 性格을 띠우는 우리의 損失補償制度和는 그 性格을 달리하는 것이라고 할 것이다. 따라서 本稿에서는 基本的으로는 우리나라의 行政上損害賠償制度和 프랑스의 過失責任制度를 比較하려고 하나 無過失責任의 前述한 過失責任에 대한 補充的 性格을 감안하여 이에 관해서도 간단히 살펴 보기로 한다. 프랑스의 制度의 경우 이와같이 개괄적이기는 하나 無過失責任도 考察대상이 되고 있다는 점에서 어느 정도의 표현상의 모호성에도 불구하고 國家補償制度라는 用語를 쓰기로 한 것이다.

違法한 行爲·作用으로 他人에 損害를 발생하게 한 경우에는 그 加害主體가 國家 등의 公權力 또는 公行政主體인 경우에도 그를 배상하여야 할 法的 責任이 발생하는 것임은 오늘날 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 이러한 國家 등의 公行政主體의 賠償責任의 일반적 인정은 연혁적으로 그렇게 오랜 것은 아니다.

* 서울大學校 法科大學 教授

프랑스의 경우 19세기 중반까지도 國家의 賠償責任은 主權免責理論에 따라 否定되고 있었으나, 國家賠償責任이 상당한 體制를 갖추게 된 것은 1920년 이후이다.⁽¹⁾

프랑스의 國家賠償制度는 기본적으로 判例에 의하여 定立된 것이다. 이 制度는 거의 關係法上的의 근거도 없이 判例에 의하여 定立·發展되어 왔다는 데에 그 기본적 특색이 있는 것이다.

실제 프랑스에 있어서는 行政上損害賠償制度에 관한 法律이 없는 것은 아니다. 그러나 이들 法律은 特定問題 또는 分野에 관한 國家 등의 賠償責任에 관한 것으로, 行政上損害賠償의 一般은 判例上 定立된 諸原理에 의하여 규율되고 있다. 따라서 이러한 判例上 定立된 制度를 一般損害賠償制度(Régime de la responsabilité administrative de droit commun)이라 한다.

우리 憲法 제28조 제1항(制憲憲法 제27조 제2항)은 「公務員의 職務上不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 定당한 賠償을 請求할 수 있다」고 규정하고 있다. 이러한 憲法規定에 입각하여 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任에 관한 一般法으로 制定된 것이 國家賠償法(1951. 9. 8)이다. 同法은 이후 몇 차례의 改正에도 불구하고 그 基本構造는 그대로 유지되고 있다고 하겠다. 國家賠償法에 基한 國家 등의 賠償責任制度는 判例上으로 그러하거나 또한 學說上으로도 상당히 활발한 檢討, 論議가 이루어져 비교적 短期에 상당한 발전을 보았다고 할 것이다. 本稿에서는 이러한 우리나라의 國家賠償制度和 프랑스의 賠償制度를 比較하여 보려는 것이다.

法律은 一般性和 抽象성을 그 基本的 屬性으로 하는 것이다. 그러나 그것은 또한 그 실제 適用에 있어서는 具體的 妥當성이 요청되는 것인바, 그것은 基本權保障을 위한 基本權에⁽²⁾ 관한 行政上損害賠償制度에 있어서는 보다 강하게 요청되는 것이라 하겠다.

行政上損害賠償制度에 있어 기본적인 문제는 公益과 私益의 調和點의 發見이라 할 수 있을지 모른다. 이러한 一應 相反의인 要請의 調整에 있어 초기에 있어서는 公益要請에 比重이 주어졌 것이라고 한다면⁽³⁾, 오늘날에는 國民의 被侵害權益의 最大限의 救濟에 초점을 맞추어 學說·判例가 발달하고 있다 하겠다. 後述하는 바와같이 그 구체적 측면에 있어서는 우리나라와 프랑스의 行政上損害賠償制度는 상당한 相異性을 보이고 있으나, 國民의 被侵害權益의 救濟의 最大化라는 基本理念에 있어서는 兩者는 기본적으로는 동일한 것이라

(1) Soulier, Réflexion sur l'évolution et l'avenir de la responsabilité de la puissance publique, *Revue de droit public*, 1969, p. 1043-1048; Benôit, Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, *Juriste*, 1954, 1178, 1.

(2) 金道利, 行政法論, 上, 1982, p. 450.

(3) 主權免責理論은 고사하고라도, 한 때 主張된 것으로서 行政은 公益의 實現作用으로 國民은 이러한 公益作用의 受惠者이고 보면, 그 行政作用의 결과 特定人에 손해가 발생하는 경우에도 그것은 公益作用의 代償으로서 감수될 수 밖에 없다는 理論은 公益의 要請이 前面에 부각된 것임은 물론이다. Soulier, *op. cit.*

하겠나.⁽⁴⁾

프랑스의 行政上損害賠償制度는 기본적으로는 判例의 所産임은 既述한 바와 같다. 行政上損害賠償訴訟은 프랑스에 있어서는 가장 중요한 行政訴訟의 하나로서 同訴訟은 우리나라의 抗告訴訟에 상응하는 越權訴訟과⁽⁵⁾ 함께 行政訴訟의 二大支柱를 이루는 것으로서 프랑스 行政法은 이들 訴訟을 중심으로 하여 발달하여 왔다고 할 수 있는 것이다.

프랑스의 行政上損害賠償制度는 우리나라의 制度에 비하여 훨씬 전에 形成·發展된 것이며 그것은 또한 判例의 所産이라는 점에서 오늘날도 계속 변화·발전하고 있는 것이다. 또한 同制度의 後者的 屬性, 換言하면 同制度는 구체적 사건에 관한 判例의 蓄積에 의하여 形成·發展되어 왔다는 점에서는 프랑스의 行政上損害賠償理論에 있어서는 보다 具體性이 부각되고 있는 것이다. 기본적으로는 被害者救濟의 萬全을 기한다는 理念에 입각하고 있는 이러한 프랑스의 行政上損害賠償制度는 우리나라의 國家賠償法의 解釋·適用에 示唆해 주는 바가 많으리라고 생각한다.

이러한 觀點에서 本稿에서는 먼저 프랑스 行政法上の 損害賠償制度에 관하여 살펴 보기로 한다. 다음에 우리나라의 損害賠償制度에 관하여 關係學說을 중심으로 하여 檢討하기로 하는바 여기서는 프랑스의 損害賠償制度上の 學說·判例를 배경으로 하면서 筆者 나름대로의 몇 가지 見解를 밝혀보려고 한다.

II. 프랑스의 行政上損害賠償制度

프랑스에 있어서 國家의 賠償責任이 인정된 것은 19세기 中半 이후로서 그 이전에는 主權免責理論에 따라 國家의 賠償責任은 원칙적으로 否定되고 있었다 함은 前述한 바와 같다.

그러나 이러한 主權免責原則이 절대적인 것은 아니었던 것으로, 地方自治團體의 作用에 관한 한 그것은 主權의 行爲는 아니라는 점에서 賠償責任이 인정되고 있었고, 마찬가지로 國家의 管理行爲(actes de gestion)에 대해서도 같은 理由에서 國家의 賠償責任이 인정되고

(4) 우리나라 國家賠償法의 실제 適用에 있어 判例上 「公務員」의 범위를 넓게 파악하고 있는 것이나, 「職務를 執行함에 당하여」의 觀念을 外形說의 立場에서 파악하는 것은 被害者救濟의 萬全을 기한다는 基本理念의 表現이라 하겠다. 마찬가지로 프랑스 制度에 있어서의 過失重複理論이나 責任競合理論은 前記한 理念을 배경으로 한 것이며, 더 나아가 無過失責任制度도 이러한 被害者救濟의 最大化라는 見地에서 기본적으로는 衡平觀念에 입각하여 判例上 定立된 制度인 것이다. Berlia, Essai sur le fondement de la responsabilité civile en droit public français, *Revue de droit public*, 1951; Cotteret, Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif, *Etudes de droit public*; Delvolue, Le principe d'égalité devant les charges publiques, *Bibliothèque de droit public*, 1969; Gilli, La responsabilité d'équité de la puissance publique, *Daloz chronique*, 1971; Amselek, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, *Melanges Eisenmann*.

(5) 越權訴訟에 관하여는 參照: 拙稿, 越權訴訟制度, 現代公法の 理論, 牧村金道稔博士華甲紀念論文集, 1982.

있었다. 또한 制限的이기는 하나 公土木工事(Travaux publics)에 기인한 損害에 대해서는 革命時의 立法(Loi du 28 pluviôse an VIII)에 의하여 國家責任原則이 인정되고 있었던 것이다.⁽⁶⁾

國家賠償責任의 原則的承認 내지는 그 法制的 私法上의 損害責任制度에 대한 獨自性을 宣言한 것은 일반적으로 1873년의 管轄裁判所(Tribunal des conflits)⁽⁷⁾의 불량교判決(T.C. 1^{er} février 1873)로 인정되고 있는데, 이 判決에서 管轄裁判所는 「국가의 公役務(service public)에 고용되어 있는 자의 행위로 인하여 私人に 발생한 손해에 관하여 국가에 부과되는 賠償責任은 私人相互間의 關係에 관하여 규정된 民法上의 原則에 의하여 규율될 수는 없는 것이며, 이 責任은 一般的인 것도 絶對的인 것도 아니다. 이 賠償責任에는 行政上의 要請과 國家와 個人的 權利의 調整의 必要에 따라 그 내용을 달리하는 고유한 法原理가 있는 것이다」라고 宣言한 바 있다.⁽⁸⁾ 이 불량교判決에서는 「국가의 賠償責任은 일반적인 것은 아니다」라고 宣言함으로써 國家無責任의 原則이 인정될 수 있는 분야가 있는 것임을 想定하고 있었으나, 오늘날에는 國家 등의 公共團體의 賠償責任原則은 一般化되어 그 例外가 인정될 素地는 거의 없는 것이다.

프랑스의 行政賠償制度의 理論上 내지는 實定法的 根據는 法의 一般原理의⁽⁹⁾ 하나인 公共負擔 앞의 平等原則(Principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques)에서 구하는 것이 보통이다.⁽¹⁰⁾ 이 原則의 내용은 다음과 같다. 行政은 국민 전체의 利益을 위한 것인바, 行政作用으로 인하여 特定人에 損害가 발생하는 경우 이들은 全體利益을 위하여

(6) J. Rivero, *Droit administratif*, 1983, p. 274.

(7) 管轄裁判所는 一般司法裁判所와는 독립한 法院으로서의 行政裁判所가 設置되어 있는 국가에 特有한 法制라 할 수 있는 것이다. 프랑스의 管轄裁判所는 1874. 5. 24의 法律에 의하여 設置된 것으로 同裁判所는 積極的 管轄爭議(conflicts positifs)와 消極的 管轄爭議(conflicts négatifs)를 내용으로 하는 司法裁判所와 行政裁判所 사이의 管轄權爭議에 관한 判斷을 그 任務로 하고 있다. Rivero, *op. cit.*, p. 144-154; A de Laubadère, *Traité de droit administratif*, t.I. 1982, p. 436-449.

불량교判決은 또한 同判決文上의 「고유한 法原理」라는 文句와 관련하여 行政法의 私法에 대한 獨自性을 認定한 判決로서도 인정되고 있는 것이 보통이다.

(8) 오늘날에도 統治行爲에 관하여 모든 裁判權이 부인되는 결과 이 行爲에 관해서는 사실상 國家責任이 부인되고 있는 셈이다. Soulier, *op. cit.*, p. 1059-1060; 統治行爲에 관하여는 拙稿, 「프랑스 行政法上의 統治行爲에 관한 考察」 서울대학교 法學 제 25권 4호(1984).

(9) 法의 一般原則은 프랑스 行政判例의 所産으로 이 原則은 法律과 같은 效力을 가지고 있다고 할 수 있다. 이 原則은 獨立命令과 法律命令에 대한 裁判統制와 關聯하여서는 보다 그 意義 또는 重要性이 부각되는 것이다. Letourneur, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n°. 5; Meschriakoff, *La notion de principes généraux de droit dans la jurisprudence recente, Actualité juridique de droit administratif*, 1976.

(10) Rivero, *op. cit.*, p. 275; Laubadère, *op. cit.*, p. 718; Mignon, *La socialisation du risque, Dalloz chroniques*, 1947; *La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageable de l'action administrative, Dalloz chroniques*, 1950; Puisoye, *Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique, A.J. D.A.*, 1964. 3.

不當하게 희생되는 결과가 되는 것이다. 따라서 이러한 不當한 不平等狀態는 그 損害의 賠償에 의하여 다시 平等狀態로 回復되어야 하는 것이다. 이러한 意味의 公共負擔 앞의 平等原則은 過失責任과 無過失責任의 共通의 根據가 되는 것이다. 論者에 따라서는 過失責任의 根據는 過失 그 자체로 보는 見解도 있지 아니하니⁽¹¹⁾, 엄격한 의미에서는 自然人인 公務員의 過失을 行政의 過失로 볼 수는 없다는 점에서는 過失은 國家賠償責任이 發生하기 위한 條件으로 보는 것이 타당할 것이다. 그것은 危險責任에 있어서 危險觀念은 同責任의 發生條件으로 보아야 하는 것과 같은 것이다.⁽¹²⁾

이상에 記述한 바를 要約하면 公共負擔 앞의 平等原則은 國家賠償責任의 理論的·實定法原理의 根據이기는 하나, 同制度의 현재의 發展段階에 있어서는 過失要件이 充足되는 경우에 비로소 國家責任이 일반적으로 인정되고 있는 것이다.⁽¹³⁾

프랑스의 國家賠償制度는 앞에서도 간단히 言及한 바와 같이 過失責任(Responsabilité pour faute)과 危險責任(Responsabilité pour risque) 내지는 無過失責任(Responsabilité sans faute)의 二元的 構造를 취하고 있다. 後者は 엄격한 의미의 無過失의 경우를 포함하여 過失의 有無와 無關하게 國家의 賠償責任이 인정된다는 점에 그 制度的 特性이 있는 것이다.⁽¹⁴⁾ 이러한 無過失責任制度는 현재 후술하는 바와 같이 立法作用으로 인한 國家責任의 認定에 이르기까지 그 適用分野가 擴大되고 또한 그 適用例도 점차 增大하고 있는 것은 사실이다. 그러나 同制度는 國家賠償制度로서는 아직은 例外的 性格의 것으로 過失責任制度에 비해서는 副次的, 補充的 性格을 가지는 것이다.⁽¹⁵⁾

이러한 프랑스의 國家賠償制度上的 過失責任과 無過失責任制度 중에서 前者가 일용 우리나라의 國家賠償法上的 損害賠償制度에 相應하는 것이므로 여기에서도 이 制度에 초점을 맞추어 고찰하고자 한다. 다음에는 無過失責任制度의 概括的 檢討에 앞서 公土木工事(travaux publics)에 기인한 損害賠償문제를 살펴보기로 한다. 이 部門에 있어서는 後述하는 바와 같이 過失責任原則과 無過失責任原則이 混在하고 있는바, 觀點에 따라서는 이 部門은 이러한 兩制度가 적용되는 一分野에 불과한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이 部門은 判例上 定立된 一般損害賠償制度(Régime de la responsabilité de droit commun)와는 비교적

(11) G. Berlia, Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français, *Revue de droit public*, 1951, p. 687-688.

(12) Laubadère, *op. cit.*, p. 718.

(13) Rivero, *op. cit.*, p. 275.

(14) 危險責任 또는 無過失責任의 用語는 論者에 따라 그 使用方法 또는 의미가 다르다. Laubadère 教授는 危險責任이라는 觀念속에 이 兩制度를 포함하고 있다. Laubadère, *op. cit.*, p. 725-733; 그러나 일반적으로는 無過失責任의 觀念下에 兩制度를 考察하고 있다. Vedel, *Droit administratif*, 1973, p. 375-378; Cotteret, *op. cit.*; Amselek, *op. cit.* 이에 반하여 Rivero 教授는 廣義의 無過失責任을 危險責任과 (狹義의) 無過失責任으로 나누어 考察하고 있다. Rivero, *op. cit.*, p. 289-293. 이러한 Rivero 教授의 方法論에는 合理的인 論理性이 있는 것으로 판단되므로 本稿에서도 이에 따르기로 한다.

(15) Rivero, *op. cit.*, p. 289, 293; Amselek, *op. cit.*, p. 256-257.

獨自的으로 발달하여 온 결과 대부분의 學者들이 이 문제를 章을 달리하여 取扱하고 있고⁽¹⁶⁾ 또한 이 部門은 우리나라 國家賠償法上의 設置·管理로 인한 損害에 대한 賠償制度和 특히 관련된다는 것이라는 점에서 本稿에서도 별도로 검토하고자 하는 것이다.

(I) 過失責任制度

프랑스 國家賠償制度는 一應 過失責任과 無過失責任制度의 二元的 構造를 취하고 있으나 同制度의 현재의 發展段階에 있어서는 過失責任이 原則的 制度로 되고 있음은 이미 既述한 바와 같다. 이러한 過失責任制度에 있어서는 不當判決 이래의 國家賠償制度의 獨自性原則에 따라 賠償責任制度에 대한 거의 모든 문제가 檢討되고 있는바, 加害行爲 및 損害의 法的 性格, 精神的 損害의 문제, 因果關係·歸責性문제, 賠償의 方法, 賠償額의 算定時期, 公務員責任과 國家責任과의 關係가 그 基本項目을 이루고 있다. 然이나 本稿은 우리나라와 프랑스의 國家賠償制度의 比較考察에 의하여 우리 制度의 合理的인 解釋·適用方案을 모색하려는 데에 그 목적이 있는 것이므로 여기서도 前記한 모든 문제를 검토하려는 것은 아니고 우리나라 制度에 있어 理論上 또는 실제상으로 문제점이 있는 것으로 생각되는 부분과 관련이 있는 側面만을 검토하고자 한다. 이러한 觀點에서 여기서는 원칙적으로 加害行爲의 基本問題로서의 過失의 觀念과 公務員責任과 國家責任과의 關係 문제에 한정하여 고찰하기로 한다.

A. 過失의 觀念

우리나라 國家賠償法 제 2 조상의 公權力 등의 行使로 인한 損害에 대한 국가의 賠償責任은 「違法·過失」을 二大要件으로 하는 데 반하여 프랑스의 過失責任에 있어서는 오직 「過失」을 그 要件으로 하고 있다. 그런데 프랑스行政法上의 過失觀念은 通說에 따른 우리나라 制度上의 過失觀念과는 그 性格·內容을 달리하고 있으므로 다음에 이에 관하여 어느 정도 구체적으로 살펴 보기로 한다.

1. 문제의 제기

公行政作用으로 特定人에 손해가 발생한 경우에 있어 그 賠償主體의 決定方法에는 基本的으로 다음의 세 가지 法制를 想定할 수 있다.

그 하나는 加害者인 公務員이 私的인 責任을 지는 方式이다. 이것은 1947년의 國王訴追法 制定 이전의 英國과 1946년의 聯邦不法行爲責任法 制定 이전의 美國의 賠償制度에 해당하는 것이다.

제 2의 制度는 被害者와의 관계에서는 국가의 배타적 責任을 인정하는 方式이다. 이 制度에 있어서도 그 內部關係에 있어 國家의 公務員에 대한 求償權의 行使可能性이 전혀 배제되는 것은 아니다. 換言하면 이 制度의 本質은 被害者는 국가에 대해서만 그 損害의 賠

(16) Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. II, 1970, p. 257-346; Vedel, *op. cit.*, p. 400-406; Waline, *Droit administratif*.

償을 請求할 수 있다는 데에 있다는 것이다.

제 3의 制度는 加害行爲·事實의 구체적 내용에 따라 國家責任 또는 公務員의 個人責任을 인정하는 方式이다. 따라서 이 制度에 있어서는 被害者는 구체적 경우에 따라 혹은 국가에 대하여 혹은 공무원에 대하여 賠償을 請求하여야 하는 것이다. 이 制度는 기본적으로는 公務員의 辨濟能力과의 관계에서 後述하는 의미의 責任의 競合方式에 의하여 補完될 수도 있는 것이다.

이러한 제 가지 制度는 각각 나름대로의 長點이 있는 것임은 물론이다.

公務員의 見地에서는 第2方式이 最上の 것임은 물론이다. 또한 被害者의 觀點에서도 辨濟能力과의 관계에서 이 方式이 가장 바람직한 것인지도 모른다.

國家財政의 觀點에서는 第1方式이 最善의 制度가 되는 것임은 물론이다.

關係諸利益의 구체적 衡量이라는 觀點에서는 第3制度의 合理性이 가장 부각되는 것이 아닌가 한다. 먼저 公務員個人責任의 全的 否定은 그것이 勤務姿勢의 無節制, 解怠 등의 否定的 現狀을 야기할 수 있다는 점에서 바람직한 것이라고는 할 수 없을 것이다. 이에 反하여 公務員의 모든 過失行爲에 대하여 그 個人責任을 認定하는 것도 그것이 創意性의 沮害, 士氣低下 등의 부정적 결과로 나타날 수 있다는 점에서는 最善의 制度라고는 할 수 없을 것이다. 또한 衡平의 觀點에서도 公務員이 정상적으로 豫防할 수 있었던 결과에 대해서 그 損害賠償責任을 지는 것은 타당하다고 하겠으나 그 判斷이 매우 미묘하고 난잡한 경우에 있어서의 결과적인 過誤에 대해서까지 賠償責任을 부과하는 것은 부당하다고 보아야 할 것이다.

아마도 기본적으로는 이러한 考察에 입각한 것이겠으나, 프랑스의 過失責任制度는 前述한 第3方式을 취하고 있다. 이 경우 國家責任과 公務員責任의 區別基準은 機關過失(faute de service)과 個人過失(faute individuelle)의 區分에 두고 있다. 換言하면 加害行爲가 職務行爲(fait de service)로서 機關過失의 性격을 띠우는 경우에는 國家責任이, 그리고 同行爲가 公務員의 個人行爲(fait individuel)로서 個人過失의 性격을 具有하는 경우에는 公務員의 個人責任이 발생하는 것이다.

2. 機關過失의 觀念

機關過失의 觀念에 관하여 Benoît 教授는 다음과 같이 記述하고 있다. 「Conseil d'Etat의 判例上의 過失은 役務의 欠缺있는 運營狀態를 의미한다. 役務가 그에 부과된 任務를 正常的으로 수행하기 위해서는 마땅히 要請되는 정도로 運營되지 못한 경우에는 機關過失이 認定되는 것이다. 따라서 그것은 民法 제1382조상의 人間의 過失과는 相異한 것으로 行政賠償制度에 特有한 觀念인 것이다. 이러한 機關過失의 決定基準은 役務의 正常的 運營觀念인 것이다.⁽¹⁷⁾

(17) Benoît, Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, *Jurisclesseur périodique*, 1954, 1178, n°. 10.

前述한 國家賠償制度上的 過失觀念의 民法上的 그것에 대한 獨自性은 一般的으로 認定되고 있다고 할 수 있다. (18)

다음에 機關過失의 구체적 내용에 관하여 살펴 보기로 한다.

(1) 機關過失은 役務(行政)의 正常運營上的 欠缺을 의미한다. 즉 모든 行政作用은 그 구체적 성질이나 狀況에 따라 내용은 달라지겠으나 一定한 水準이 要請되는데, 이러한 水準에 未達하는 경우에는 過失이 있는 것으로 인정되는 것이다. 이와같이 過失 有無는 行政의 正常機能이라는 基準의 充足 여부에 따라 판단되는 것이라는 점에서 프랑스 國家賠償制度에 있어서의 過失은 기본적으로 客觀的 觀念이라 할 것이다. (19) 이러한 의미에서는 우리나라 國家賠償法 제 2 조상의 過失을 公務員 개인과의 관계에서 판단하여야 한다는 의미에서 主觀的 觀念으로 파악하는 우리의 通說의 見解와는 기본적인 차이를 보이는 것이라겠다.

(2) 機關過失은 個人過失과 마찬가지로 自然人인 公務員의 作爲·不作爲에 기인하는 것이나 그 歸責事由로 되지 아니하는 것을 말한다.

機關過失은 그 내용상 關係公務員을 特定지울 수 있는 特定過失(faute individuelle)과 그러하지 아니한 不特定過失(faute anonyme)로 區分할 수 있다. 그러나 어느 경우나 機關過失이라는 觀念은 前述한 바와 같이 役務의 正常機能上的 欠缺이라는 客觀的 觀念으로 파악되는 것이며 그 경우에는 公務員 개인은 内部關係에서나 被害者와의 關係에서 論外로 되는 것이라는 점에서 이러한 特定過失과 不特定過失의 區別實益은 없는 것이다. (20)

(3) 機關過失은 違法性과의 관계에서는 상당히 독자적 성격을 가지는 것이다. (21) 機關過失은 職務上的 모든 違反行爲라고 할 수 있는 것으로, 그것은 엄격한 의미의 違法行爲뿐만 아니라, 예컨대 미숙한 業務處理(22) 또는 行政作用上的 단순한 遲延事實도(23) 기관과 실로 인정될 수 있는 것이다. 違法行爲는 기관과실의 전형적인 예가 되는 것은 사실이나, 실제 判例上으로는 모든 違法行爲가 기관과실을 구성하는 것으로는 인정되지 않고 있는바, 예컨대 단순한 形式의 違反行爲가 그에 해당하는 것이다. (24)

(4) 機關過失은 구체적 성격을 띠우는 것이다. 즉 法院은 過失의 決定에 있어서는 추상적 法規에만 의거하는 것이 아니라 業務의 困難性, 行爲時的 時間·場所의 狀況, 사용가능하

(18) Laubadère, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 696-700; Vedel, op. cit., Waline, *Précis de droit administratif*, n°. 1087.

(19) 프랑스 國家賠償法上의 過失觀念에 관해서는 損害賠償制度에 관한 主題로 개취된 1984. 6의 國際比較法學會의 年例 세미나에서 筆者가 문제를 제기하여 보았지만, 그 구체적 내용에 관해서는 어느정도 견해 차이를 보였으나 同觀念의 客觀性에 관해서는 견해가 一致하고 있었다.

(20) Rivero, op. cit., p. 286.

(21) Vedel, op. cit., p. 367.

(22) Ibid.

(23) Rivero, op. cit., p. 287.

(24) Ibid., Leca 判決(C.E. 22 mai 1942); Villy 判決(C.E. 20 novembre 1942).

人的·物的·資源 등의 諸要素를 감안하는 것이다. 따라서 機關過失은 또한 기본적으로 相對的 觀念이라 할 수 있는 것이다.⁽²⁵⁾

(5) 機關過失은 그 程度에 따라 一定等級으로 區分되고 있다. Conseil d'Etat는 전통적으로 이를 單純過失 (fautes simples), 重過失(fautes lourdes) 및 明白·非常한 重過失(fautes manifestes et d'une exceptionnelle gravité)로 區分하고 있었다. 그러나 대체로 1960년 이후 이러한 明白·非常한 重過失은 重過失觀念에 흡수되게 되어⁽²⁶⁾, 현재는 單純過失과 重過失의 두가지 觀念만이 인정되고 있다. 이러한 機關過失의 區分은 실제에 있어 매우 중요한 것으로 그것은 그 業務에 내용이 매우 곤란한 것이며 또한 중요한 一定行政分野에 있어서는 重過失의 경우에만 賠償責任이 發生하는 것으로 되어 있기 때문이다.

이러한 범주에 속하는 行政部門은, 警察·消防業務, 稅務行政, 國公立病院에서의 醫療行爲 등이다. 다만 警察作用에 관한 한 그 重過失責任原則은 다음의 두가지 사실에 의한 修正을 받고 있는 것이다. 먼저 단순히 事務的 活動에 있어서는 單純過失의 경우에도 賠償責任이 발생하는 것이다. 다음에 武器使用과 관련하여 발생한 손해에 대해서는 無過失責任原則이 적용되고 있는 것이다.

3. 個人過失의 觀念

個人過失은 그것이 職務와 관련하여 행하여 질 경우에도 그것은 公務員 개인의 行爲로서므로 인한 損害에 대해서는 公務員의 私的 責任이 발생하는 것을 말한다. 그러나 前述한 바와같이 機關過失도 내용적으로는 自然人인 公務員의 行爲에 귀결된다는 점에서는 兩者의 區別은 명확한 것도 용이한 것도 아니다. 이에 관하여는 明文上的 規定은 없고 또한 判例는 經驗的 方法에 입각하고 있다.

이러한 個人過失과 機關過失의 區別基準에 대한 學說의 立場도 상당히 다양한 것이어서 이직도 어떠한 확고한 一般的 基準은 제시되지 못하고 있는 실정이라 할 수 있다.

(1) 學說上으로 보통 引用되는 것은 Laumomer-Carriol事件(T.C. 5 mai 1877)에서 Laferrière가 提示한 主觀的 基準說이다. 그에 의하면 加害行爲가 「非個人的(impersonnel)이며 多少의 過誤는 범할 수 있는 公務員의 行爲」인 경우에는 그것은 機關過失로 보아야 한다는 것이다. 이에 반하여 그것이 「自然人的 弱點, 感情 또는 輕率性的의 表現」인 경우에는 이를 個人過失로 보아야 한다는 것이다. 이러한 Laferrière의 基準은 그 主觀的 性格으로 機關過失과 個人過失 區別의 하나의 一般的 指針은 될 수 있는 것이겠으나 具體的 基準으로서는 未洽한 것이라 할 것이다.

(2) 判例上的 兩者의 區別은 前述한 바와 같이 基本的으로는 經驗的 方法에 입각하고 있고 또한 매우 뉴앙쓰가 있는 것이다. 그러나 關聯判例를 分析綜合하여 보면 다음의 세 가지

(25) Benoit, *op. cit.*

(26) 租稅行政分野에 있어서의 賠償責任에 관한 Husson-Chiffe 夫人判決(C.E. 21 decembre 1962).

區別基準을 導出할 수 있는 것으로 보인다.

① 職務外에서의 過失行爲

이것은 公務員의 私生活에서 恣行된 加害行爲 또는 기타 職務行爲의 無關한 行爲가 그에 相當한 것인바, 이 경우 이들 行爲가 公務員의 個人過失이 되는 점에 대해서는 論難이 있을 수 없을 것이다.

② 故意的 過失(faute intentionnelle)⁽²⁷⁾

公務員의 不法行爲가 故意에 起因한 경우로서 公務員의 行爲가 私慾, 敵對感 또는 復讐心 등의 惡意에 기한 경우가 이에 해당하는 것이다.⁽²⁸⁾ 이와 관련하여 한 가지 특히 유의한 것은 越權訴訟上的 違法事由 또는 取消事由의 하나인 權限濫用의 一形態로서 行政廳이 關係法の의 구체적 목적과 다른 公益目的을 위하여 處分을 한 경우이다.⁽²⁹⁾ 이 경우에도 당해 違法處分이 故意에 기한 것임에는 틀림없으나, 다른 目的도 公益目的이라는 관점에서 그것은 個人過失로서는 인정되지 않는다는 것이다.

③ 重過失

前述한 의미에 있어서의 故意的 過失이 個人過失을 구성한다는 점에 대해서는 별다른 문제가 없는 것으로 보인다. 그러나 重過失의 경우에는 그것이 公務員의 惡意와는 無關하게 다만 過失의 重大性이라는 事由만으로 個人過失이 되는가에 관해서는 論難의 여지가 많은 것이다. 그럼에도 불구하고 重過失도 역시 個人過失을 구성한다고 보는 것이 判例의 올바른 해석인 것 같다.⁽³⁰⁾ 그러나 判例上 重過失이 個人過失로 인정되는 것은 오히려 例外的인 것으로 그 過失의 정도가 극도로 重大한 것인 경우에 한정되고 있다고 할 수 있다.⁽³¹⁾ 따라서 重過失行爲라도 그에 公務員의 惡意가 수반되지 아니하는 경우에는 원칙적으로 機關過失의 성격을 가진다고 할 것이다.⁽³²⁾

(27) 故意的 過失은 우리나라의 경우에는 故意에 해당하는 것이다. 그러나 프랑스 行政法에 있어서 는 故意·過失의 二分方法을 취하지 않고 故意는 過失의 하나의 具體的 形態로 파악하고 있으므로 그 原語와 法制에 충실하게 故意的 過失로 번역한 것이다.

(28) 政治的 敵對感에 기한 處分: Grosson判決(T.C. 8 novembre 1902); 名譽毀損의 發言: Uhel判決(T.C. 20 janvier 1900).

(29) 關係法上的의 구체적 목적이 아닌 국가의 財政的 目的을 위한 處分의 경우: Laumonier-Carriol判決(T.C. 5 mai 1877)

(30) Laubadère, *op. cit.*, p.698-699; 國民學校 教師의 위선적 發言: Girodet判決(T.C. 2 juin 1902); 경찰관의 불필요한 武器使用: Chuillat 夫人判決(T.C. 30 juin 1949); 경찰의 亂暴行爲: Delaitre et Dame Bernatas判決(9 juillet 1953).

(31) Laubadère, *op. cit.*, p.699.

(32) Waline, De l'irresponsabilité des fonctionnaires, *Revue de droit public*, 1948. 9. 아직 關聯判例은 충분히 검토하지 못하고 있으나, 筆者의 見解로는 重過失의 個人過失의 性格의 判斷에 있어 요구되는 過失의 重大性의 정도는 行政作用分野, 부연하면 單純過失責任이 적용되는 行政部門과 重過失責任原則을 취하는 行政部門에 따라 달라야 할 것으로 생각한다. 후자의 경우에는 重過失의 경우에만 國家責任이 發生하므로, 이러한 重過失이 경우에 따라 個人過失로 인정되는 것은 과연 過失의 정도가 극도로 重大한 경우에 限定된다고 하여야 할 것이다. 그러나 單純過失責任原則이 適用되는 경우에는 前記한 의미의 重過失의 경우 이외의 重過失에 대해서도 그 個人過失의 性格을 인정할 수 있을 것으로 생각한다.

B. 公務員責任과 國家責任과의 關係

——過失・責任의 重複問題——

1. 概 說

既述한 바와 같이 프랑스의 行政賠償制度上的 過失責任制度는 機關過失과 個人過失의 區別에 입각하여 定立되어 있다. 따라서 이러한 賠償制度下에서는 國家責任 또는 公務員의 個人責任의 排他的 成立이 그 일정한 論理的 歸結이라 할 것이다. 換言하면 이 制度下에서는 國家責任이 成立하는 경우에는 公務員의 個人責任이, 또는 역으로 公務員의 個人責任이 成立하는 경우에는 國家責任이 成立할 소지는 없다고 보아야 하는 것이다.

실제 過失責任制度의 初期에 있어서는 國家責任과 公務員責任과의 關係에 있어서는 이러한 排他的 責任構造를 취하고 있었다.⁽³³⁾

그러나 이러한 制度는 일응 機關過失과 個人過失의 區分の 論理的 歸結이기는 하나 公務員의 辨濟能力과의 關係에서는 경우에 따라서는 被害者의 救濟가 事實상 否定된다는 결과를 야기할 수도 있는 것이다. 또한 앞에서 檢討한 바와 같이 個人過失은 故意的 過失 또는 重過失의 경우에 인정된다는 점을 감안하면 이 制度의 不當性은 보다 부각되는 것이다.

이러한 機關過失・個人過失 區分の 歸結로서의 國家 또는 公務員의 排他的 責任制度의 모순점을 시정하기 위하여 判例上 定立된 것이 過失의 重複과 責任의 競合原則인 것이다.

2. 過失의 重複原則(cumul des fautes)

이것은 損害가 單一事由가 아니라 그 내용상 部分的으로는 機關過失, 또한 部分的으로는 個人過失의 성격을 가지는 여러 事由의 結合에 의하여 발생하는 경우에 인정되는 것이다. 過失의 重複原則은 Anguet判決(C.E. 5 février 1911)에서 定立된 것인바, 이 判決의 내용은 다음과 같다. 개인 Anguet는 우체국에서 불 일을 마치고 나가려 했으나 正門이 닫혀 있었으므로 非常口로 나가려 하던 중에 그곳에 있던 職員이 그를 수상한 자로 판단하여 구타하여 骨折傷을 입혔던바, 正門은 法定時間 보다 일찍 닫힌 것으로 판명되었다. 이 事件에서 Conseil d'Etat는 法定時間보다 이른 閉門行爲는 機關過失로, 職員의 毆打行爲는 個人過失로 보아 Auguet에 대한 加害行爲는 이러한 두 개의 過失의 重複에 의하여 야기된 것이라고 宣言하였다. 이러한 過失의 重複理論은 個人過失・機關過失區分の 論理的 延張이라고 할 수 있는 것이다. 그러나 訴訟上으로는 그 是正的 側面이 나타나고 있는 것으로, 그것은 過失의 重複의 경우에는 被害者는 國家 또는 公務員에 대하여 選擇의으로 被害額全額의 賠償을 請求할 수 있는 것으로 인정되고 있기 때문이다.

3. 責任의 競合原則(cumul des responsabilités)

前述한 過失의 重複理論은 機關過失과 個人過失의 성격을 띠우는 複合의 事由에 기인한

(33) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, 1896, p. 182.

損害에 대한 國家의 賠償責任을 인정하는 것인 데 반하여, 責任의 重複理論은 손해가 單一事由에 기인한 것이고 또한 그것이 個人過失로서의 성격을 가지는 것인데도 일정한 경우에 國家責任과 公務員責任이 競合적으로 인정되는 理論인 것이다.⁽³⁴⁾ 이러한 責任의 競合原則에 있어서는 加害行爲가 職務上의 行爲인가 또는 職務外의 行爲인가에 따라 그 내용을 달리하므로 다음에 이를 區分하여 檢討하기로 한다.

(1) 職務上 行爲

公務員의 過失이 職務를 집행함에 있어서 (dans l'exercice du service) 또는 職務에 즈음하여(à l'occasion du service) 행하여 진 것이라도 일정한 경우에는 그 職務와 分離되는 것으로서 個人過失이 되는 것임은 앞에서 검토한 바와 같다. 그러나 오늘날 Conseil d'Etat는 그 判例上 이러한 職務上의 個人過失行爲에 대해서는 예외없이 國家·公務員의 競合的 賠償責任을 인정하고 있는 것으로 이에 관한 Conseil d'Etat의 전형적인 判例上의 表現은 다음과 같다. 「過失이 職務上 행해진 경우에는 그것이 또한 個人過失로서의 성격을 가진다고 해도 國家의 賠償責任은 發生하는 것이다.」⁽³⁵⁾

이러한 責任의 重複原則은 Conseil d'Etat의 Lemonier 判決(26 juillet 1918)에서 定立된 것으로 여기서 Conseil d'Etat는 Rocquecourbe 市長의 過失行爲는 그 重大性으로 個人過失로 判斷하면서도 그것은 또한 職務上 行爲였다는 점에서 동시에 機關過失을 구성한다고 宣稱하였던 것이다.⁽³⁶⁾ 이 Lemonier 判決에서의 Leon Blum의 論告는 당해 判決에 있어서 뿐만 아니라 장차의 責任競合原則의 發展方向을 豫示하였다는 점에서도 매우 중요한 것이므로 다음에 그 一部를 옮겨 보기로 한다. 「過失이 職務의 執行에 있어서 또는 職務에 즈음하여 行爲된 것인 경우에는, 또는 過失(行爲)의 手段·道具가 役務에 의하여 加害者의 使用에 제공된 때에는 行政裁判所는, 過失行爲는 職務의 分離될지도 모르나, —그것은 司法裁判所가 결정할 문제이다.— 職務는 過失行爲와 分離되지 아니한다고 宣稱할 수 있고 또한 宣稱해야만 하는 것이다.」

(2) 職務外의 行爲

앞에 引用한 Blum의 先驅者的 主張에도 불구하고 오랫동안 責任의 競合原則은 職務上의 行爲에 한정되어 적용되고 있었다. 그러나 1949년에 Mimcur 및 이와 유사한 내용의 다른

(34) Rivero, *op. cit.*, p. 299; Laubadère, *op. cit.*, p. 707-708.

(35) Aletis et Wolf 判決(C.E. 7 novembre 1947).

(36) Lemonier 判決의 내용은 다음과 같다. Rocquecourbe 市에서는 年例적으로 祝祭가 개최되었던 바, 이 祝祭에서 가장 흥미있는 오락의 하나는 同市를 環繞하는 시내에 설치된 浮標에 대한 사격놀이이었다. 그러나 이 시내의 彼岸의 散策路의 步行者들은 不충분한 保安措置로 流彈에 맞을 위험성이 恒存하고 있었다. 市長은 수차례에 걸쳐 이 사실을 통고받았으나 특별한 措置를 취하지 않았던바, 결국 步行者인 Lemonier 부인이 流彈에 맞아 重傷을 입었던 것이다. 이 사건에서 Conseil d'Etat는 市長의 行爲는 個人過失이 되는 것이나 그것이 職務上 행하여 졌다는 점에서 또한 機關過失이 되는 것이라고 판단함으로써 單一事由가 個人過失의 機關過失을 구성할 수 있다고 宣稱하였던 것이다.

2개 判決에서 Conseil d'Etat는 일정한 경우에는 職務外에서의 公務員의 過失行爲에 대해서도 責任의 重復原則이 적용되는 것이라고 선언하기에 이르렀다. 이 判決에서 Conseil d'Etat는 公務員의 過失行爲가 職務外의 行爲이라도 그것이 「職務와 전혀 關聯이 없는 것으로 간주될 수는 없는」 것인 경우에는 國家도 賠償責任을 지는 것이라고 判示하였던 것이다.⁽³⁷⁾ 이러한 Mimeur 判決의 原則은 현재도 기본적인 수정 없이 그대로 적용되고 있는 것이다.⁽³⁸⁾

이상의 責任重復原則은 다음과 같이 要約할 수 있을 것이다. 이 경우의 公務員의 過失行爲는 職務外의 行爲는 물론이고 職務上의 行爲도 그 重大性과의 關聯에서는 本質적으로는 公務員의 個人過失이 되는 것이다. 그러나 이러한 過失行爲는 그것의 職務上의 行爲 또는 職務와 전혀 無關하지 아니하다는 점에서는 그것은 職務行爲로서의 機關過失의 性格을 동시에 가지는 것이다. 보다 간단히 표현하면 個人過失行爲는 그것이 職務와 전혀 無關하지 아니하다고 인정되는 한에서는 동시에 機關過失이 되는 것이라고 할 수 있는 것이다. 이 경우 機關過失의 認定根據 또는 그 性格은 분명하지 아니한 것으로 이에 관해서는 學說上으로도 구체적인 論議는 행하여 지지 않고 있다. 이에 관하여 Conseil d'Etat의 副院長을 역임한 바 있는 Oden은 이 경우에 機關過失이 擬制(fiction)되는 것이라고 하고 있다. 이러한 Oden의 主張은 論理的인 것은 아니나 責任의 重復原則은 기본적으로는 被害者救濟의 重復原則은 기본적으로는 被害者救濟의 萬全을 기한다는 衡平的 考慮의 所産이라는 사실을 잘 나타내 주는 것이 아닌가 한다.⁽³⁹⁾

4. 求償權問題

(1) 過失重復의 경우에는 求償權문제는 비교적 간단하다. 이 경우에 被害者는 국가 또는 공무원에 대하여 損害全額에 대한 選擇의 賠償請求를 할 수 있음은 既述한 바와 같거니와, 이 경우 國家 또는 公務員은 他方에 대하여 그 過失에 상당하는 金額에 대한 求償權을 행사할 수 있는 것이다. 다만 機關過失이 公務員에 의하여 誘發되었을 때에는 公務員은 국가에 대하여 이러한 機關過失의 存在를 主張할 수는 없는 것으로 보아 국가는 公務員에 대하여 賠償金 全額을 求償할 수 있는 것으로 인정되고 있다.⁽⁴⁰⁾

(37) Mimeur, Defaux 및 Besthmer 嬢判決(C.E. 18 novembre 1949) 세 개의 判決이 모두 自動車事故와 關聯된 것인바, 앞의 두 개의 判決의 事案은 다음과 같다. 某部隊의 運轉兵이 그 任務를 마치고 歸隊 도중에 순전히 私의 目的으로 迂回運行을 하다가 民家에 상당한 피해를 발생하게 하였던 것이다. 이 事件에서 Conseil d'Etat는 私의 目的에 의한 迂回運行은 (엄격한 의미에서는) 職務行爲라고는 할 수 없으나 同事故는 軍車輛에 의해 발생했다는 점에서는 職務와 전혀 無關한 것으로 볼 수는 없는 것이라고 判示하였던 것이다.

(38) Rivero, *op. cit.*, p. 300.

(39) 필자 자신도 이 문제에 관하여 Conseil d'Etat의 判事인 Gazier氏에게 구체적인 질문을 한 바 있다. 즉 질문의 내용은 個人過失이 또한 機關過失로 된다고 보는 것은 非論理的인 것이 아닌가라는 것이었다. 이에 대하여 Gazier 判事의 답변은 비교적 의외적인 것이라 할만한 것으로 Cela ne nous empêche pas de réparer les dommages survenus à l'individu(그것이 當院에 의한 個人의 피해 구제를 저지할 수는 없는 것입니다)라는 것이었다. 이러한 Gazier 判事의 답변도 Oden의 見解와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것으로 본다.

(40) Laruelle 判決(C.E. 28 juillet 1951); Weil, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1965, p. 346-351.

(2) 責任의 競合時의 求償權 문제는 일응 보다 복잡한 樣相을 띠운다고 할 수도 있다. 이 경우에는 國家가 배상한 경우는 公務員에 대하여 그 全額에 대한 求償權을 행사할 수 있으나 그 反對의 경우는 인정되지 아니하는 것이다. 이것은 一見하여 不合理한 것으로 생각될 수도 있으나 責任競合制度의 屬性을 감안하면 이 法制는 타당한 것이라고 하여야 할 것이다. 그것은 이 경우의 機關過失은 기술한 바와 같이 被害者救濟의 觀點에서 擬制된 것으로 보아야 하기 때문이다. 즉 機關過失은 被害者와의 관계에서는 일응 存在하나 公務員과의 關係에서는 不在라 할 것이다. 換言하면 責任의 競合時의 求償權 문제는 機關過失의 二重性理論(dédoublément fonctionnel de la faute de service)에 의하여 파악할 수 있는 것이다.⁽⁴¹⁾

(II) 公土木工事(travaux publics)로 인한 損害의 賠償制度

公土木工事라는 觀念은 後述하는 바와 같이 그 用語에도 불구하고 公物의 一部로서의 公共施設이라는 觀念으로도 파악되고 있으므로 이 문제의 구체적 검토에 앞서 보다 일반적 문제로 公物에 기인한 損害賠償 문제를 간단히 살펴보기로 한다.

A. 公物에 基因한 損害賠償制度(Responsabilité du fait des choses)

우리나라 國家賠償法 제 5 조는 營造物의 設置·管理上의 瑕疵로 인한 國家의 賠償責任에 관하여 規定하고 있는바, 同條上의 營造物은 行政目的에 제공되는 有體物 즉 學問上의 公物을 의미한다는 점에 대해서는 전혀 異見이 없다. 프랑스 行政法에 있어서는 民法 제 1384 條의 責任에 相應하는 物에 起因한 損害에 대한 獨自의 賠償制度의 存在 여부에 관해서는 一部 肯定的인 見解도 없지는 아니하나⁽⁴²⁾, 일반적으로는 그를 부정하는 것이 거의 절대적인 通說인 것으로 보인다.⁽⁴³⁾ 이 문제는 前記한 바와 같이 物에 起因한 損害라는 主題下에서 취급되고 있으나, 이것은 行政上賠償制度에 관한 것이라는 점에서는 物(choses)의 觀念은 公物에 限定되어야 한다는 점에는 의문이 없다 할 것이다.

이 문제에 관해서는 通說的 見解인 否定論에 있어서 그 구체적 論據가 제시되고 있지 아니한 것이 일반이나, Laubadère 教授는 이에 관한 매우 구체적 檢討에 따라 公物에 기인한 損害賠償制度의 獨自性을 부인하고 있는바, 다음에 그 내용을 간단히 살펴 보기로 한다.⁽⁴⁴⁾

Laubadère 教授는 이 문제를 動物을 包含하는 動產에 起因한 損害와 公共施設 등의 不動

(41) Weil, *op. cit.*, p. 356-366.

(42) Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1957, p. 268 et ss.

(43) Vedel 教授와 Waline 教授는 이 문제에 관한 구체적 論議없이 公土木工事로 인한 損害賠償 문제만을 취급하고 있다: Vedel, *op. cit.*, p. 401-405, Waline, *op. cit.*, p. 855-860; Rivero 教授는 그 用語는 사용하고 있으나 전혀 그 구체적 내용에 관해서는 言及하고 있지 아니한바, 그것은 同教授도 이 문제의 獨自性은 부인하는 立場이라고 볼 수 있지 않을까 한다. Rivero, *op. cit.*, p. 284, 그것은 Eisenmann의 立場도 마찬가지인 것으로 보인다. Eisenmann, *op. cit.*, p. 751.

(44) Laubadère, *Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français*, E.D.C.E., 1959. 이 論文은 Pages de doctrine, 1959. 제 2 권에 再收錄되어 있는바, 다음에는 후자에서 引用하기로 한다.

産에 起因한 損害로 나누어 考察하고 있다. 이 경우 前者에 관한 한 公物의 屬性에 따라 無過失責任, 過失責任 또는 過失推定原則이 適用되는 것이 현재 關聯判例의 내용이다. 이에 反하여 公共施設 등에 기인한 損害의 경우에는 被害者가 使用者인가 第3者인가에 따라 過失推定原則 또는 無過失原則이 適用되는 것이다. 이상을 綜合하면 動産에 기인하는 損害와 不動産에 起因하는 損害의 경우에 一應 過失責任과 無過失責任原則이 公同적으로 적용되는 것이나 그 適用基準은 전혀 相異한 것이다.⁽⁴⁵⁾ 換言하면 兩者間에는 單一制度 共通性이 결여되어 있는 것이다.

다음에 公共施設 등의 不動産에 기인한 損害賠償制度는 어느 정도의 獨自性を 부인할 수는 없으나 그것은 보다 넓은 개념인 公土木工事의 一部로서 判例上 定立·發展되어 왔다는 점에서는 엄격한 의미의 公物에 起因한 損害賠償制度라고 할 수는 없는 것이다.⁽⁴⁶⁾ 前述한 理由에 기하여 Laubadère 教授는 公物에 起因한 損害賠償制度의 獨自性を 부인하고 있는 바, 이러한 Laubadère의 見解의 妥當性은 일반적으로 인정되고 있는 것으로 보인다.⁽⁴⁷⁾

B. 公土木工事に 起因한 損害賠償制度

1. 公土木工事に 起因한 損害의 觀念

公土木工事라 함은 公役務(service public)를 위하여 또는 公法人에 대하여 公益을 위하여 不動産에 행하여 지는 工事を 말한다.⁽⁴⁸⁾ 따라서 公土木工事に 起因한 損害는 엄격한 의미에서는 物理的 行爲인 工事 자체에 기인하는 손해에 限定되어야 할 것이다. 그러나 기본적으로는 政策的 考慮에 따라 判例上으로는 이 觀念의 범위는 擴大적으로 해석·적용된 것이다.⁽⁴⁹⁾ 그 결과 현재 公土木工事に 起因한 損害는 公土木工事行爲 자체로 인한 손해뿐만 아니라 公共施設에 기인한 손해도 포함하는 것으로 구체적으로는 다음의 여러가지 경우가 이에 해당한다.

(1) 公共施設의 設置行爲로 起因한 損害

이것은 公共施設의 設置行爲 자체로 인하여 발생하는 손해로, 예컨대 道路工事に 인하여

(45) Laubadère, *op. cit.*, p. 285.

(46) *Ibid.*, p. 293-294.

(47) Moreau, *Caractères généraux de la responsabilité administrative, Jurisclasseur administratif, fascicule 700, n°. 31-32.*

(48) Vedel, *op. cit.*, p. 401.

(49) 公土木工事に 起因한 損害의 觀念을 判例上 擴大적으로 해석한 것은 기본적으로는 다음의 두가지 理由에 있었던 것이다. 먼저 이 部門에 있어서의 國家賠償責任은 主權免責原則이 支配하던 시대에 그에 대한 例外로서 인정되고 있었다는 것이다(1799년의 法律). 따라서 行政裁判所는 被害者保護의 見地에서 公土木工事に 起因한 損害의 觀念을 가능한 한 넓게 해석하려고 하였던 것이다. 다음 國家責任原則이 확립된 今世紀에 있어서는 Conseil d'Etat의 業務量의 팽창을 막기 위한 方편으로 同觀念은 계속 넓게 해석되었던 것이다. 그것은 1953년의 行政裁判所 改革 이전에 있어서는 原則적으로 모든 行政事件은 Conseil d'Etat의 管轄에 속하고 있었으나 公土木工事に 관한 事件은 特別下級行政裁判所이었던 道參事會(Conseil de préfecture)에 속하고 있었기 때문이다.

그 家屋 또는 기타 所有建物에의 接近이 不可能 또는 매우 곤란해 지는 경우가 이에 해당한다.⁽⁵⁰⁾

(2) 公共施設로 인한 損害

① 公共施設의 存在 자체로 인한 損害

예컨대 一定公共施設로 인한 家屋의 週期的 浸水, 過濕現狀, 소음, 악취 등이 이에 해당한다.⁽⁵¹⁾

② 公共施設의 不在로 인한 損害

河川水路의 一定部分에 있어서의 암초의 存在에 대한 경고표지판의 不在로 인한 손해발생이 이에 해당한다.⁽⁵²⁾ 아마도 이것은 우리나라의 경우는 自然公物의 管理上의 瑕疵로 파악할 수 있지 아니할까 한다.

③ 公共施設의 維持·管理上 발생하는 損害

이에 관해서는 다음에 公共施設의 正常維持上의 欠缺理論에서 검토할 것이다.

이상에서 검토한 公土木工事라는 觀念은 不動產으로서의 公共施設에 한정된다는 점에서 우리나라 國家賠償法 제 5 조상의 營造物의 개념 보다는 좁은 것이다. 그러나 타면에 이에 있어서는 公共施設의 設置 행위 자체와 관련하여 발생하는 손해도 포함되어 있다는 점에서는 우리나라의 영조물의 設置·管理上의 瑕疵로 인한 손해에 비하여 그 적용 범위는 일층 넓은 것이라 하겠다.

2. 損害賠償制度

公土木工事로 인한 損害에 대해서는 현재 判例上 一定基準에 따라 過失責任 또는 無過失責任의 두 가지 制度가 적용되고 있다. 그 適用基準은 學說上 비교적 오랫동안 損害의 性格에서 구한 것이 일반이었다. 즉 損害가 지속적이라는 의미에서의 恒久的(permanent)인 것인 경우에는 無過失責任이, 一時的(accidental)인 것인 경우에는 過失責任이 적용되는 것으로 해석하고 있었다.⁽⁵³⁾ 그러나 이것은 判例의 올바른 해석은 아닌 것으로 판단되어 현재는 損害의 성격과는 상관없이 被害者의 法的地位, 즉 被害者가 公共施設의 利用者인가 第三者인가에 따라 過失責任 또는 無過失責任이 적용되는 것으로 보는 것이 通說의 立場이다.⁽⁵⁴⁾

1. 無過失責任

前述한 바와 같이 被害者가 公共施設의 利用者가 아니라 第三者의 地位에 있는 경우에는

(50) Rhone 道判決(9 février 1966); Marseille市判決(C.E. 2 février 1967).

(51) De Ségur 判決(C.E. 16 mars 1906); Maggi 判決(18 janvier 1933); Hérault道判決(C.E. 28 mai 1954); Stécivile de la Bergerie 判決(C.E. 19 mai 1961) 등.

(52) Robin 判決(C.E. 18 décembre 1931).

(53) Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. II, 1980, p. 364.

(54) Ibid.; 그러나 Vedel 教授는 被害者가 利用者인 경우에도 그 損害가 恒久的인 것인 경우에는 無過失責任이 적용된다는 입장을 견지하고 있다. Vedel, *op. cit.*, p. 403.

無過失責任原則이 적용되는 것이다. 여기서 利用者와 第3者의 區分은 一般的 基準에 의하는 것이 아니라 구체적으로 決定되는 문제이나, 대부분의 경우에는 별다른 문제는 없으므로 보인다.⁽⁵⁵⁾ 그러나 公共施設과 隣近住民 사이에 발생하는 恒久的 損害에 있어서는 兩者의 區分이 상당히 난잡한 경우도 있으나, 일반적으로 말하면 그 損害가 公共施設의 利用行爲 자체에서 발생하는 것이 아닌 경우에는 그것은 第3者에 대한 손해로 보는 것이 判例의 立場이라 할 수 있는 것 같다.⁽⁵⁶⁾

이 경우에 無過失責任이 적용되기 위해서는 損害의 내용이 特別하고 非正常的的(spécial et anormal)인 것이어야 한다. 따라서 예컨대 公共施設의 隣近住民에 대한 손해는 그것이 相隣關係에의 一般的인 不便 또는 制限을 넘어서는 정도의 것이어야 하는 것이다.

公土木工事로 인하여 第3者에 발생한 損害에 대해서는 被害者에 過失로 인한 경우와 不可抗力의 경우에는 國家의 賠償責任은 免責된다. 그러나 損害가 國家, 被害者 이외의 第3者의 行爲에 기인한 경우는 無過失責任의 一般原理에 따라 그것은 免責事由로는 인정되지 않고 있다.

2. 過失責任

被害者가 公共施設의 利用者인 경우에는 過失責任原則이 적용된다. 즉 이 경우에는 公共施設의 設置・維持上에 欠缺 또는 瑕疵가 있는 경우에만 국가에 賠償責任이 발생하는 것이다. 그러나 이 경우의 過失責任은 後述하는 바와 같이 判例上으로 定立된 公物의 正常維持上의 欠缺理論에 따라 過失推定原則을 그 내용으로 하는 것이다.

(1) 過失의 內容・觀念

公土木工事に 있어서의 過失은 作爲・不作爲의 兩者를 모두 포함한다. 다음에 이에 관한 Conseil d'Etat의 判例의 전형적인 표현을 引用하기로 한다. 「公行政主體는 公土木工事의 實施로 인한 손해뿐만 아니라 그 不履行에 따르는 손해에 대하여도 責任을 지는 것으로, 후자는 특히 일단 설치된 公共施設의 維持上의 欠缺로 인한 손해를 포함하는 것이다. 여기서 公共施設의 維持上의 欠缺이라는 觀念은 그 목적에 따라 大衆이 사용할 수 있는 정도의 正常維持라는 관점에서 판단되어야 한다.」⁽⁵⁷⁾ 여기서 한 가지 特記할 것은 公土木工事로 인하여 利用者에 대하여 발생한 손해에 대하여 적용되는 過失責任에 있어서는 엄격한 의미의 過失用語에 해당하는 faute라는 單語 대신에 vice(瑕疵), défaillance(缺陷), défaut(欠缺) 등의 用語가 faute의 同意語로 사용되고 있다는 점이다. 그것은 既述한 바와 같이 프랑스行政法에 있어서의 過失은 기본적으로는 客觀的 觀念이라는 사실에 기인하는 것으로, 이 部門에

(55) Laubadère, *op. cit.*, p. 365.

(56) 예컨대 방파제의 隣近住民의 경우 방파제로 인한 展望의 상실・제한이나 방파제의 축조에 따르는 地形上의 變化로 인한 손해는 第3者로서 받는 손해로 간주되고 있다. Ministère des Travaux publics c. Duboul de Malafosse夫婦判決(C.E. 11 mai 1962).

(57) Waline, *op. cit.*, p. 857에서 再引用

있어서의 過失은 내용적으로는 前述한 바 있는 不特定過失(*faute anonyme*)에 해당하는 것이다.⁽⁵⁸⁾

(2) 公共施設의 正常維持上の 欠缺理論(*Théorie de défaut d'entretien normal*)

이 理論은 *Conseil d'Etat*의 判例上 定立된 것으로 현재도 계속 적용되고 있는 것이다. 이 理論의 내용은 다음의 두 가지로 要約될 수 있다.

① 먼저 公共施設로 인하여 第三者에게 손해가 발생한 경우는 同施設의 正常維持사실에 대한 立證責任은 국가에게 있는 것이다.⁽⁵⁹⁾ 換言하면 이 경우에는 過失의 推定原則이 적용되는 것이다. 이 경우 公共施設의 欠缺의 정도에 관해서는 判例는 기본적으로는 經驗的 定義方式을 취하는 결과 어떠한 一般의인 기준은 없는 것으로 보인다. 그러나 현재까지는 判例는 대체로 그 欠缺의 정도가 명백히 특정직인(*nettement caracterisé*) 경우에만 국가의 賠償責任을 인정하고 있는 것으로 보인다.⁽⁶⁰⁾

② 다음에 公共施設에 欠缺이 생긴 경우에는 國家는 그를 正常狀態로 환원시키기 위하여 法院이 合理的이라고 판단하는 一定猶豫期間을 가지는 것이다.

이러한 公共施設의 正常維持上の 欠缺理論과 관련하여 被害者가 利用者인 경우에도 一種의 危險責任이 적용된다는 見解도 주장된 바 있다.⁽⁶¹⁾ 그러나 앞에 引用한 *Waline*이나 *Benoit*의 見解가 타당한 것이라면 *Conseil d'Etat*의 判例의 現段階에서는 이 부분의 賠償制度를 그 실질적 관점에 있어서도 危險責任의 一種으로 보는 것은 無理가 아닐까 한다.

또한 같은 觀點에서 소위 不明原因(*causes inconnues*) 또는 未知事由의 경우에 있어서의 過失推定原則이라는 추상적 理論的 側面에서는 가능한 것이라 해도 실제로는 국가책임을 인정하기는 어려울 것으로 보인다.

그러나 *Conseil d'Etat*의 自由主義的 傳統에 따라 이 部門에 있어서의 過失推定原則을 점차 擴大的으로 해석하는 경우에는 公土木工事로 인한 第三者에 대한 손해에 있어서도 실질적인 危險責任原則이 적용될 수 있는 소지는 큰 것이라 하겠다.⁽⁶²⁾

被害者가 第三者인 경우에도 국가의 免責事由는 被害者過失과 不可抗力의 경우에 한정되고 第三者의 行爲는 그 事由로 인정되지 않고 있다. 이것은 過失責任制度의 本質에는 맞

(58) Moreau, *op. cit.*, n°. 36.

(59) Marseille市判決(C.E. 22 avril 1966).

(60) *Waline, op. cit.*, p. 858; *Benoit* 교수는 公共施設의 瑕疵의 정도가 外觀上 현저한 경우에만 *Conseil d'Etat*는 국가책임을 인정하고 있다고 주장하고 있다. *Benoit, Droit administratif*, 1968 p. 700-701.

(61) *Odent, op. cit.*, p. 1162 et ss; *Latournerie, De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics, Revue de droit public*, 1945.

(62) 앞에 引用한 *Odent*이나 *Latournerie*는 *Conseil d'Etat*의 判事라는 점은 상당히 시사적인 데가 있다 하겠다. 또한 *Benoit* 교수는 *Conseil d'Etat*의 상당수의 판사들은 公共施設로 인하여 利用者에 발생한 손해에도 危險責任原則이 적용되어야 한다는 입장을 가지고 있다고 주장하고 있다. *Benoit, op. cit.*

지 아니하는 것이다⁽⁶³⁾, 이는 이 部門에 있어서 被害者救濟를 보다 충실히 하려는 Conseil d'Etat의 衡平的 考慮의 所産이 아닐까 한다.

(III) 無過失責任制度

A. 概 說

行政賠償制度로서의 無過失責任原則은 우리나라에서는 認定되고 있지 아니하다는 점에서 이 문제는 本稿의 考察對象 밖의 것이라 할 수도 있다. 그러나 프랑스의 行政賠償制度가 일용 過失責任과 無過失責任의 二元的 構造를 취하고 있기는 하나 兩者는 對立的 關係에 있는 것이 아니라, 既述한 바와 같이 後者は 기본적으로는 前者의 補充的 制度的 의미를 가지는 것이다.

Amselek 教授는 無過失責任原則은 현재의 過失責任原則에 대한 補完制度로서 그 安全瓣으로서의 기능을 수행하는 것으로 보고 있다. 그는 同制度는 損害의 성격상 그를 배상하지 아니하는 것은 심히 부당한 것으로서 용인될 수 없다고 판단되는 경우에 그 加害原因인 行政作用에 대한 비난적 요소를 가함이 없이 국가의 賠償責任이 인정한다는 점에 그 기본적인 속성이 있는 것으로 보고 있다.⁽⁶⁴⁾ 이러한 의미에서 그는 同制度는 기본적으로는 Conseil d'Etat의 衡平的 司法政策의 所産으로 보고 있다. 이 점에 관하여는 Gilli 教授나 Rivero 教授도 見解를 같이 하고 있다.⁽⁶⁵⁾ 이러한 衡平的 考慮의 所産으로서 無過失責任은 過失責任原則에 대한 例外로서 인정되고 있다는 점에서 Conseil d'Etat는 判例上 同制度에서의 損害는 特別하고 非正常的的(spécial et anormal)인 것임을 요구하고 있으며 또한 그 特別性的의 인정에 있어서도 상당히 엄격한 입장을 고수하고 있다.⁽⁶⁶⁾

無過失責任에 있어서는 엄격한 의미의 無過失, 즉 國家作用에 過失이 없는 경우에도 그 손해에 대한 賠償責任이 인정되는 것이 일반이나, 同制度는 또한 내용상 國家作用에 過失이 想定될 수 있는 경우에도 그와는 無關하게 國家責任이 인정되는 경우도 포함하는 것이다.⁽⁶⁷⁾ 따라서 無過失責任制度는 그 내용상으로는 過失이 없는 경우에도 또는 過失과는 無關하게 國家責任이 인정되는 制度라 할 수 있는 것이다. 이러한 의미의 無過失責任制度는 우리나라의 國家賠償制度에 있어서의 學說·判例의 발전에도 示唆해 주는 바가 적지 않을 것으로 보아 여기서 概觀하기로 하는 것이다.

프랑스 行政法上的 無過失責任制度에 관하여 많은 論者들은 이를 危險責任 또는 無過失責任의 單一題目下에서 검토하고 있으나 Rivero 教授나 Vedel 教授는 이 문제를 다시 危險

(63) Laubadère, *op. cit.*, p. 372; Vedel, *op. cit.*, p. 405.

(64) Amselek, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 256-257;

(65) Rivero, *op. cit.*, p. 293; Gilli, *op. cit.*, p. 125.

(66) Rivero, *ibid.*

(67) Amselek, *op. cit.*, p. 251-252.

責任과 (협의의) 無過失責任으로 나누어 考察하고 있다.⁽⁶⁸⁾ 후술하는 바와 같이 兩者는 상대적이기는 하나 그 내용을 어느 정도 달리하는 것이므로 本稿에서도 후자적 方法論에 따르기로 한다.

B. 危險責任制度

1. 根 據

Conseil d'Etat의 判例上 定立된 危險責任을 일반적으로 말하면 行政作用의 특별한 危險性 및 그로 인한 손해의 特別性의 두 가지 要件이 충족되는 경우에 인정되는 것이라 할 수 있다. 국가 기타의 公共團體는 公行政의 수행과정에서 특정인을 특별한 危險狀態에 처하게 하는 경우가 있는바, 이 경우 이러한 危險狀態가 현실적으로 구현되어 特定人에 특별한 손해가 발생하는 경우에는 국가에는 그 손해 발생에 있어 過失이 없는 경우에도 賠償責任이 인정되고 있는 것이다. 換言하면 이 경우 국가 등의 배상책임의 發生原因 또는 條件은 의도적으로(volontairement) 造成된 危險과 그 實現으로 인한 특별한 손해의 發生에 있는 것이다. 論者에 따라서는 行政作用의 危險性 그 자체를 危險責任의 根據로 보기도 하나 그것은 同責任의 발생조건으로 보는 것이 타당하다는 점에 대해서는 기술했다.⁽⁶⁹⁾ 또한 論者에 따라서는 損害의 特別性을 危險責任의 근거로 보기도 하나 그것은 기본적으로는 同責任의 한계를 설정하여 주는 條件으로 보는 것이 타당할 것이다.⁽⁷⁰⁾

國家責任이 인정되는 正當性의 기초 또는 理由라는 의미에서의 危險責任의 根據는(협의의) 無過失責任의 경우와 마찬가지로 通說의인 根據로서의 公共負擔 앞의 平等原則에 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

2. 危險責任의 適用分野

(1) 行政要員(agents de l'administration)의 勤務中事故

이 分野에서 Conseil d'Etat는 초기에는 法的 根據도 없이 造成된 위험의 결과 발생한 특별한 손해의 賠償이라는 論據위에서 勤務中 발생한 사고에 대한 국가의 배상책임을 인정하였다. 이를 최초로 定立한 것이 Cames判決(C.E. 21 juin 1895)로서 그 내용은 다음과 같다. Cames는 國營兵器工場의 鍛鐵工이었던바, 作業中 鐵片에 맞아 왼팔이 不具가 되었다. 이 事件에서 Conseil d'Etat는 Cames나 工場의 作業條件에 過失은 없었다고 판단하면서도 그 作業내용이 특별히 위험한 것이었고 그 결과 발생한 손해가 특별히 중대한 것이라는 점에 있어 국가는 그를 배상할 책임이 있다고 선언하였던 것이다. 이러한 Cames 判決에 의하여 정립된 判例는 이후 癱疾年金 또는 産業災害補償制度의 導入에 따라 그 意義가 대폭 감소되었다고 할 수 있다. 그러나 同判例上의 原則은 정발되거나 또는 적어도 그것이 요청된 行

(68) Rivero, *op. cit.*, p. 289-293; Vedel, *op. cit.*, p. 373-381.

(69) 脚註(12) 參照.

(70) Amselek, *op. cit.*, p. 250-251.

政의 一時的 協助者에게는 계속 적용되고 있는 것이다.⁽⁷¹⁾ 또한 최근에는 同判例는 自發的 (bénévole) 協助者에도 擴大 적용되고 있다.⁽⁷²⁾

前述한 바와 같은 理念에서 Conseil d'Etat는 傳染病 유행시에 수업을 계속하던 妊娠女教師에 발생한 손해에 대해서도 국가의 배상책임을 인정하였다.⁽⁷³⁾

(2) 危險物에 기인한 손해

이것은 加害原因으로서의 公物이 특별한 위험성을 내포하고 있는 경우로서, 예컨대 高壓線, 暴發物⁽⁷⁴⁾, 警察의 武器⁽⁷⁵⁾ 등이 이에 해당한다. 公用車輛으로 인한 손해가 그 기계적 고장에 기인하는 경우에는 1948년의 Capoter Denis 判決(C.E. 9 juillet) 이래 責任推定原則이 적용되고 있었다.⁽⁷⁶⁾ 그러나 이 部門은 1957년의 法律에 의해 司法裁判所의 소관사항으로 되었으므로 오늘날에는 行政賠償制度로서는 의미가 없는 것이라 하겠다.

(3) 위험한 行政作用으로 인한 손해

다음의 두 가지 경우가 이 범주에 속하는 것이다.

① 行政廳에 의한 非衛生的인 건물의 燒却作業中에 隣近家屋이 연소되는 경우에는 국가는 過失有無에 관계없이 그 배상책임을 지는 것이다.⁽⁷⁷⁾

② 소위 「自由霧圍氣下의 監護制度」가 시행되는 感化院의 院生이 탈출하며 第三者에 加害하는 경우 국가는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 이 부분에서 Conseil d'Etat는 초기에는 相隣關係에서의 특별한 危險이라는 理論構成에 따라 배상청구권자의 범위를 한정적으로 해석하였으나,⁽⁷⁸⁾ 이후는 이러한 制限條件을 배제하여 피해자 일반에 대하여 賠償請求權을 인정하고 있다.⁽⁷⁹⁾

C. (狹義의) 無過失責任

1. 根 據

狹義의 無過失責任에 있어서도 그 認定根據는 危險責任과 마찬가지로 公共負擔 앞의 平等原則에 있는 것이다. 그러나 過失責任이나 危險責任에 있어서는 國家의 賠償責任의 發生

(71) Saint-Priest-la-Plaine 市判決 (C.E. 22 novembre 1946).

(72) Gouloux 市判決(C.E. 16 novembre 1960); Batz-sur-Mer會社判決(25 septembre 1970) Coggia會社判決(C.E. 1 juillet 1977).

(73) Saulze 夫人判決(C.E. 6 novembre 1968).

(74) Reguault-Desroziers 判決(C.E. 2 août 1919).

(75) Lecomte et Daramy 判決 (C.E. 24 juin 1949). 경찰작용으로 인한 손해에는 기술한 바와 같이 원칙적으로는 重過失責任原則이 적용되는 것이다. 그러나 그 損害가 武器使用에 기인한 것이고 被害者가 당해 경찰작용에 대해 第三者의 지위에 있는 경우에는 危險責任이 적용되는 것이다.

(76) Rivero 教授는 이 문제에 있어서는 내용상 모든 反對立證이 배제되는 것을 내용으로 하는 過失推定原則이 적용된다고 보아 이를 責任推定原則으로 규정하고 있는 것이다. Rivero, *op. cit.*, p. 290, 그러나 Amselek는 이 문제에는 1948년 이후에도 여전히 過失推定原則이 적용되고 있었다고 보고 있다. Amselek, *op. cit.*, p. 240-243.

(77) Walter 判決(C.E. 24 décembre 1926).

(78) Thouze Clier 判決(C.E. 3 février 1956).

(79) Trouillet 判決(C.E. 9 mars 1966); Etablissements Delanoy 判決(19 décembre 1969).

에는 이러한 公共負擔 앞의 平等原則의 違反事實 외에도 過失 또는 行政作用의 특별한 危險性이라는 條件이 필요한 것이나, 협의의 無過失責任에 있어서는 公共負擔 앞의 平等原則은 그 자체로 국가책임 발생의 필요·충분조건이 되고 있는 것이다.⁽⁸⁰⁾ 여기에 상대적이나 마 危險責任과 협의의 無過失責任을 區分할 계기가 있는 것이다.

2. 適用分野

(1) 公土木工事

이 부문에 관해서도 앞에서 검토하였으므로 再論하지 않기로 한다.

(2) 判決의 執行拒否

訴訟에서 勝訴한 者는 그 相對方이 判決上의 義務를 이행하지 아니하는 경우에는 그 義務履行確保를 위하여 국가에 公權力의 發動을 요청할 수 있는 것임은 물론이다. 그러나 일정한 狀況下에서 국가가 公權力의 發動을 적법하게 거부할 수 있는 경우에 그로 인하여 발생하는 손해에 대해서도 국가가 배상책임을 지는가의 문제가 제기될 수 있는 것이다. 이 문제에 관하여 Conseil d'Etat는 Couiteas判決(30 novembre 1924)에서 최초로 국가의 無過失責任을 인정하였던바, 同事件은 남부투니지아의 광대한 지역에서의 遊牧民의 追放命命을 내용으로 하는 司法裁判所의 判決의 執行拒否를 내용으로 하는 것이었다. 이 事件에서 Conseil d'Etat는 이 지역에서 遊牧民을 추방하기 위해서는 다수의 兵力이 동원되어야 했고, 그 경우는 중대한 사회적 혼란이 야기될 우려가 있었으므로, 이러한 狀況下에서는 국가의 公權力發動拒否는 適法한 것으로 인정되어야 하나, 그에 따라 발생한 특별한 손해에 대해서는 국가가 그를 배상할 책임을 지야 하는 것이라고 宣言하였던 것이다.

工場을 점거하고 있는 罷業者들의 追放에 관한 司法裁判所의 判決의 執行拒否로 인한 손해에 대한 국가의 賠償責任의 인정도 같은 觀點에서 이해할 수 있는 것이다.⁽⁸¹⁾

(3) 公益上 特定企業에 부과된 社會·經濟的 措置

이 문제에 관한 대표적 判例로서 Janet 工場判決(C.E. 28 octobre 1949)에 관해서 살펴 보기로 한다. 이 사건은 前記 工場의 過剩人員의 解雇申請에 대한 勞動廳의 拒否處分을 그 내용으로 하는 것으로, Conseil d'Etat는 그 判決에서 社會的 混亂을 방지하기 위한 목적에 기한 앞의 拒否處分은 適法한 것으로 인정되는 것이나, 그로 인하여 발생한 특별한 손해는 국가가 이를 배상하여야 한다고 判示하였다.

(4) 都市計劃法에 위반된 建築物의 撤去拒否處分에 있어서도 Conseil d'Etat는 구체적 상황과의 관련에서는 당해 處分은 적법한 것이나, 그로 인하여 隣近家屋主에 발생하는 특별한 손해는 배상되어야 한다는 判示한 바 있다(Navara判決 C.E. 20 mars 1974).

(80) Rivero, *op. cit.*, p. 292.

(81) Société des Cartonneries de Saint-Charles 判決(C.E. 3 juin 1938).

(5) 法律로 인한 損害⁽⁸²⁾

法律로 인한 손해에 대한 국가의 賠償責任 문제는 關係法律에 그를 부정하는 明示의 規定이 없는 경우에만 제기될 수 있는 것으로, 그 反對의 경우는 국가책임이 인정될 소지는 전혀 없는 것이다. 그것은 프랑스에 있어서는 전통적으로 法律의 違憲統制수단이 없었던 결과, 關係法律에 국가의 賠償責任을 배제하는 명시적 규정이 있는 경우에는 그 違憲性 판단에 따른 국가의 過失責任을 인정할 수 있는 가능성은 없었기 때문이다. 이것은 이러한 法律의 合憲性統制機構로서 憲法委員會가 설치되고 또한 同機構는 一部の 政治的 機關이라는 주장에도 불구하고 그 本質的 機能을 실효적으로 수행하고 있는 第5共和國 憲法下에서도 또한 마찬가지이다.⁽⁸³⁾ 그것은 憲法委員會에 의한 法律의 合憲性統制는 事前統制에 한정되어, 일단 공포된 法律에 대한 統制의 가능성은 없는 것이기 때문이다.

法律에 명시적 賠償規定이 없는 경우에 있어서는 전통적으로는 國家無責任原則이 지배하고 있었던바, 그것은 국민의 總意思(volonté générale)의 表現으로서의 法律에 關係規定이 없는 경우에는 法院은 이러한 立法者의 의사에 대체하여 국가의 賠償責任을 인정할 수는 없다는 論據에 기한 것이었다. 그러나 이러한 基本原則에도 불구하고 Conseil d'Etat는 제한적이기는 하나 현재까지 몇 가지 경우에 국가의 賠償責任을 인정하였던 것으로, 이불 최초로 인정한 것이 La Fleurette 乳製品會社判決(14 janvier 1938)로서 그 내용은 대개 다음과 같다.

국가는 破産危機에 직면하고 있던 酪農產業을 보호하기 위하여 特別法을 제정하여 우유가 主原料가 되는 一定製品의 生産에 있어 그를 대체할 수 있는 기타의 모든 原料의 生産을 금지하였던바, 이러한 立法措置는 실제로는 다만 그라린이라는 우유 代替品의 生産禁止라는 결과로 되었고 그로 인하여 同製品을 생산하던 La Fleurette 會社는 경제적으로 막대한 타격을 받게 되었던 것이다. 이 사건에서 Conseil d'Etat는 그라린이 위생상 無害한 것임을 확인하고 나서 關係特別法의 規定, 그 立法過程 및 기타 同法制定時의 여러 상황에 비추어 볼 때, 그 立法趣旨上 同法으로 인하여 발생하는 막대한 손해를 特定會社의 負擔으로 하여야 하는 것으로는 해석될 수 없으므로, 이러한 손해는 社會 전체에 의하여 分擔되어야 하는 것이라고 선언하였다.

이러한 La Fleurette 判決에 관하여 論者들은 同判決에서 국가책임이 인정된 것은 그 사건의 내용상 特別法이 일용 公益目的에 입각한 것이기는 하나 그 公益目的은 기본적으로는 特定社會集團의 利益保護에 귀결된다는 점에서, 換言하면 特定集團의 이익을 위해서 다른 集團의 이익이 희생되었다는 사실에 입각한 것으로, 關係法上的 目的이 엄격한 의미의 公益目的인 경우에 국가책임이 인정될 수 있는가는 회의적이라는 견해를 보이고 있다.⁽⁸⁴⁾ 이

(82) 이에 관한 判例原則은 法規命令, 獨立命令의 경우에도 원칙적으로 적용될 수 있는 것이다.

Kouatly, *La responsabilité de la puissance publique du fait des règlements*, thèse, Paris, 1954.

(83) 拙稿, 憲法委員會, 서울대학교 法學, 1982; Luchaire, *Conseil Constitutionnel*, 1982.

(84) Rivero, *op. cit.*, p. 305; Puisoye, *op. cit.*, p. 141-142.

러한 견해는 이후의 다른 판례의 구체적 내용과의 관련에서 타당한 것이라 할 것이다.

이상과 같이 La Fleurette 判決에서 정립된 法律로 인한 손해에 대한 국가의 無過失責任 原則은 이후 Caucheteux et Desmont事件(C.E. 21 janvier 1944)에서 적용된 후 오랫동안 침묵을 지켜 오다가 1960년대에 이르러 Lacombe事件(C.E. 1 decembre 1961), Bovero 事件(C.E. 25 janvier 1963)에 다시 적용된 바 있다. 또한 同判例상의 原則은 國內法에 편입된 國際條約으로 인한 특별한 손해에도 적용된 바 있다.⁽⁸⁵⁾

이상의 法律로 인한 손해에 대한 국가책임원칙에 대해서는 그것이 점차 일반화될 것이라는 견해도 없지 아니하나⁽⁸⁶⁾, 실제 그를 인정한 判例는 매우 제한적이라는 점을 고려하면 이것은 지나치게 낙관적인 견해로 보인다.⁽⁸⁷⁾

이상에서 프랑스 行政法상의 無過失責任制度를 概觀하였던바, 同制度상의 국가책임인정의 理論的·實定法原理의 근거는 過失責任에 있어서도 공통적인 것이고 다만 후자에 있어서 過失은 국가책임발생의 조건에 불과한 것이라는 관점에서는 無過失責任制度는 判例의 발달에 따라 국가책임의 原則的 制度로 발달할 것이라는 전망이 나올 수도 있는 것이다. 그러나 Conseil d'Etat의 判例는 기본적으로는 行政的 必要와 국민의 權益救濟의 必要間의 合理的 調整에 의하여 특정지워지는 것이라면, 行政的 必要 또는 국가의 財政문제에도 정당한 Conseil d'Etat가 그 내용상의 지나치게 확대적 성격과 관련하여서는 無過失責任을 國家責任의 一般的 制度로 발전시킬 것인가는 의문이라 할 것이다.⁽⁸⁸⁾

이상으로 프랑스의 국가배상제도에 관한 考察을 마치기로 하고 다음에는 이를 배경으로 하여 우리나라의 제도를 검토하기로 한다.

III. 우리나라의 行政上損害賠償制度의 比較法的 檢討

프랑스의 국가배상제도는 일응 過失責任制度和 無過失責任制度의 二元的 構造를 취하고 있으나, 후자는 前者에 대한 일종의 安全瓣으로서 그 補充的 制度로 인정되고 있다는 점에서 同制度를 우리나라의 損失補償制度에 對比시킬 수는 없다는 견지에서 兩國의 制度의 比較에 관한 本稿에서는 기본적으로는 損害賠償制度의 考察에 한정할 것임은 序頭에서 밝힌 바 있다.

우리나라의 行政上損害賠償制度의 一般법인 國家賠償法은 제 2 조에서 公權力行使 등으로 인한 손해, 그리고 제 5 조에서 영조물의 設置·管理上の 瑕疵로 인한 손해에 대한 국가 등의

(85) Compagnie générale d'énergie radio-électrique (C.E. 30 mars 1966); Burgat 判決(29 octobre 1976).

(86) Kahn, L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois, *E.D.C.E.*, n°. 16.

(87) Morange, L'irresponsabilité de l'Etat législateur, *Dalloz chronique*, 1962.

(88) Rivero, *op. cit.*, p. 292.

賠償責任을 규정하고 있으므로 本稿에서도 이 兩者를 區分하여 검토하기로 한다. 그러나 그 검토의 범위는 프랑스制度와의 對比에서 특히 검토할 만한 것으로 보이는 몇 가지 측면에 한정할 것임은 기술한 바와 같다.

A. 公權力行使 등으로 인한 損害의 賠償

國家賠償法 제 2 조는 「공무원이 그 職務를 집행함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 위반하여 他人에게 손해를 가하거나, 自動車損害賠償保障法의 규정에 의하여 損害賠償의 책임이 있는 때에는 그 손해를 배상하여야 한다」(제 1 항 本文)는 것과 「제 1 항 本文의 경우에 公務員에게 故意 또는 중대한 過失이 있는 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에게 求償할 수 있다」(제 2 항)고 규정하고 있다. 同條는 제 5 조와 對比하여 볼 때 주로 公權力行使 등으로 인한 손해의 賠償責任에 관한 규정이라 하겠는바, 同條는 그 해석·적용상 많은 문제점이 있는 것이겠으나, 여기서는 違法性, 過失 및 賠償責任의 主體문제에 한정하여 검토하기로 한다.

1. 違法性問題

앞에서 본 바와 같이 國家賠償法 제 2 조는 「故意 또는 過失로 法令에 위반하여」라고 규정하여 加害行爲의 違法性을 過失과 함께 賠償責任發生의 二大要件으로 하고 있다. 加害行爲의 違法性은 그것이 適法한 行爲로 인한 손해의 배상제도인 損害補償制度와의 區別基準이 된다는 점에서도 損害賠償制度의 핵심적 관념이 되는 것임은 물론이다. 이러한 違法性에 관한 國家賠償法 제 2 조상의 「法令에 違反하여」라는 관념은 엄격한 의미의 法律 또는 命令에 違反이라는 制限的 觀念으로 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 그 경우는 손해배상이 인정되는 범위를 부당하게 축소하는 결과가 될 것이다. 그것은 예컨대 사실행위에 있어서의 加害事實은 엄격한 의미의 違法性에는 해당하지 않는 경우가 오히려 그 대부분일 수도 있는 것이기 때문이다.⁽⁸⁹⁾

따라서 국가배상법 제 2 조상의 違法性의 觀念은 상대적이기는 하나 엄격한 의미의 違法性과는 獨自的 觀念이라고 보는 것이 옳지 않을까 한다. 이러한 관점에서는 同條上の 「法令에 違反하여」의 관념은 「엄격한 의미의 法令違反뿐만 아니라 人權尊重·權力濫用禁止·信義誠實·社會秩序 등 原則의 위반도 포함하여, 행위가 객관적으로 부정당함을 의미한다」⁽⁹⁰⁾고 보는 金道稔博士의 主張은 타당한 견해라고 보아야 할 것이다.

2. 過失의 觀念

국가배상법 제 2 조상의 過失觀念에 관해서는 현재 學說上 어느 정도 견해가 갈리고 있다. 이 문제는 뒤에서 검토하는 國家責任의 性質決定과 또한 소위 「違法·無過失」의 認定 여부에 관한 문제와도 밀접한 관련을 가지는 것이므로 그것은 理論上의 문제로서 뿐만 아니라

(89) 예컨대 미숙한 운전병에 의한 사고 또는 주의력이 산만한 看護員에 의한 사고.

(90) 金道稔, *op. cit.*, p. 460-461.

실질적으로도 매우 중요한 의미를 가지는 것이므로 다음에 이를 검토하여 보기로 한다.

(1) 通說의 見解

통설에 의하면 국가배상법 제 2 조상의 過失은 本項에 있어서는 公務員개인과 관련하여 판단되어야 하는 主觀的 觀念이라는 것이다.⁽⁹¹⁾ 그러나 論者에 따라서는 이러한 過失의 主觀的 性格을 완화하려는 견해도 피력되고 있다.⁽⁹²⁾

(2) 過失의 客觀論的 見解

이것은 金鐵容教授의 見解로서 그는 국가배상법상의 국가의 賠償責任은 自己責任이라는 입장에서 서서 同法 제 2 조상의 과실에 관하여 다음과 같이 정의하고 있다.

「代位責任說에 의하면 公務員의 故意·過失은 公務員의 責任의 根據인 職務上의 義務違反의 主觀的 側面을 의미하는 것이 되지만, 自己責任說에 의하면 故意·過失의 문제는 職務上의 義務違反에 대한 公務員 個人의 認識의 如何에 있는 것이 아니고 오로지 違法한 權力作用의 發生原因을 客觀的으로 評價하여 國家의 責任範圍를 限定하기 위한 基準으로 보게 된다. 故意·過失을 公務員의 主觀的 責任要件으로 보면 故意·過失을 엄격하게 해석해야 되겠지만, 故意·過失을 國家에 責任을 歸屬시키기 위한 國家作用의 瑕疵의 表現으로 보게 되면 故意·過失을 엄격하게 해석할 필요가 없다.」⁽⁹³⁾

(3) 過失의 客觀性

筆者의 見解로는 國家賠償法 제 2 조상의 「過失」은 客觀的觀念으로서 이를 한 마디로 표현하면 「國家作用의 흠」이라고 定義할 수 있을 것으로 본다.

이를 부연하면, 國家作用은, 各範疇에 따라 그 程度는 相異하겠으나, 어느 경우에도 一定한 水準의 것임을 要하게 되는데, 特定國家作用이 이러한 基準에 未達한 것인 때에는 그러한 國家作用에는 瑕疵 즉 過失이 있다고 할 것이다.

特定國家作用에 대한 前述한 의미에 있어서의 過失의 有無의 決定 문제는 同作用에 要求되는 一定水準에 비추어 客觀的으로 判斷되는 것이고, 그에 있어서 關係公務員의 主觀的 事情이 개입될 여지는 없다 할 것이다. 그것은 國家作用은 언제나 自然人인 公務員의 行爲를 통하여 행하여 지는 것이기는 하나, 그러한 公務員의 行爲가 機關行爲로 간주될 수 없을 정도로 品格을 상실하지 아니한 限度에 있어서는 公務員의 行爲는 그것이 흠있는 行爲인 경우에도 機關行爲로 되어서 自然人으로서 公務員은 考慮對象에서 排除되기 때문이다.⁽⁹⁴⁾ 따라서 흠있는 公務員의 行爲라도 그것이 機關行爲로 간주될 수 있는 한에 있어서는 後者에 대한 흠, 즉 過失의 有無의 문제는 그에 要求되는 一定水準과의 관계에서 客觀的으로 判斷되어야 하는 것이다.

(91) 尹世昌, 行政法總論, 1974, p. 282.

(92) 金道程, *op. cit.*, p. 446.

(93) 金鐵容, 國家賠償法 제 2 조에 관한 研究, 博士學位論文, 1975, p. 104-105.

(94) 尹世昌, *op. cit.*, p. 288; 李尙圭, *op. cit.*, p. 457-458.

이러한 過失의 客觀的 觀念은 그것이 소위 違法·無過失에 따른 국가책임부인이라는 부당한 결과를 배제할 수 있다는 점에서 특히 그 실질적 타당성을 찾아 볼 수 있는 것이라 하겠다. 그것은 이 觀念에 있어서는 違法한 行政處分은 行政作用에 요구되는 一定水準과의 관계에서 객관적으로 판단되는 국가작용의 흠이라는 의미에 있어서의 과실의 가장 전형적인 형태로 볼 수 있는 것이기 때문이다.

3. 國家의 賠償責任의 성질

——국가책임과 공무원책임과의 관계——

이에 관해서는 현재 代位責任說, 自己責任說 및 折衷說이 주로 주장되고 있으므로 다음에 그 내용과 문제점을 검토하여 보기로 한다. 이어서 앞에서 검토한 프랑스 行政賠償制度의 關係理論을 배경으로 하면서 筆者 나름대로의 見解를 밝혀 보기로 한다.

(1) 代位責任說

이 설에 의하면 국가배상법 제2조상의 배상책임은 국가자신의 책임은 아니고 원래 공무원의 책임을 국가가 대신하여지는 代位責任이라는 것이다.⁽⁹⁵⁾

(2) 自己責任說

이 설은 제2조항의 배상책임은 국가가 公務員에 대신하여 지는 것이 아니고 機關(公務員)의 행위라는 형식을 통하여 국가가 직접 부담하는 自己責任으로 보고 있다.⁽⁹⁶⁾

(3) 中間說

同說에 의하면 公務員의 不法行爲가 輕過失에 기인한 경우에는 국가는 自己責任을 지나, 故意·重過失의 경우의 국가의 배상책임은 代位責任이라는 것이다.⁽⁹⁷⁾

(4) 국가책임의 성질에 관한 새로운 理論構成

국가배상법 제2조는 일면에 있어 「故意·過失」의 경우에 국가책임이 발생하는 것으로 규정하면서(제1항 本文), 타면으로는 故意·重過失의 경우에는 국가의 公務員에 대한 求償權을 인정하고 있다. 換言하면 同條는 내용상 輕過失의 경우와 故意·重過失의 경우를 區分하고 있는 것이므로 여기에서도 兩者를 나누어 검토하기로 한다.

① 輕過失의 경우

이 경우에 있어서의 國家의 賠償責任은 自己責任으로 해석되어야 하며 公務員 개인의 責任이 발생할 餘地는 전혀 없다고 보아야 한다. 그것은 原則的으로 公務員의 行爲는 國家機關으로서의 行爲로 그 效果는 國家에 귀속하는 것인바, 그 職務遂行上 보통 豫期될 수 있

(95) 金道稔, *op. cit.*, p. 465-466; 朴煥統, 行政法講義, 上, 1974, p. 328-329.

(96) 金鐵容, *op. cit.*, p. 124-132; 韓昌圭, *op. cit.*, p. 247-248; 徐元宇, 現代行政法論, 1983, p. 700-701.

(97) 尹世昌, *op. cit.*, p. 288; 李尙圭, *op. cit.*, p. 457-458.

이상의 여러 설은 지면관계로 간단히 소개하였는바, 그 상세한 내용에 관해서는 參照: 拙稿, 國家賠償責任의 성질, 考試界, 1976. 6.

는 過失이 있는 경우에도 그러한 行爲는 機關行爲로서 간주되는 것이며 따라서 前記한 過失은 當該公關員 개인의 過失이 아니라 機關過失로 파악되는바, 그 결과로 公務員 개인의 責任은 전혀 發生하지 아니 하는 것이다. 이러한 觀點에서는 國家賠償法 제 2 조에서 輕過失의 경우에 公務員의 免責을 規定하고 있는 것은 당연한 것이라 하겠다.

② 故意·重過失의 경우

① 위에서 적은 대로 公務員의 行爲는 原則적으로 國家機關의 行爲로 간주되어 보통 있을 수 있는 過失이 있는 경우에도 그러한 行爲는 機關行爲로 보아야 한다고 하였다. 그러나 그 過失의 程度가 보통 豫想될 수 있는 정도를 훨씬 逾越한 重大한 性質의 것이거나 또는 그것이 순전히 私的 利益, 惡意 등의 故意에 起因하는 것인 때에는 그러한 公務員의 行爲는 비록 職務執行行爲의 外形을 띄우고 있다 하여도 內容上으로는 이미 機關行爲로서의 品格을 상실한 것이라 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 경우의 過失은 機關過失이 아니라 公務員의 個人過失이 되며, 그 결과로 「故意·重過失」의 경우에 있어서는 賠償責任을 負者는 原則적으로 國家가 아니고 公務員 개인인 것이다.

② 다만 이러한 「故意·重過失」의 경우에도 그것이 職務行爲의 外形을 띄우고 있다는 점에서, 換言하면 그것이 「職務行爲와 전혀 無關하지 아니하다(non dépourvu de tout lien avec le service)」는 점에서는 被害者와의 관계에서는 前記한 公務員의 行爲도 機關行爲로서 파악될 수도 있으며 또한 被害者保護라는 觀點에서는 그것이 바람직한 것임은 부정할 수 없다.⁽⁹⁸⁾ 이러한 두 가지 理由에서 「故意·重過失」의 경우에 있어서도 被害者에 대한 國家의 賠償責任은 一種의 自己責任으로 파악되는 것이다. 그러나 이 경우에 있어서 公務員의 過失을 機關過失로 보아 國家가 책임을 지게 되는 것은 基本的으로는 被害者救濟의 萬全을 期한다는데 그 存在理由(raison d'être)가 있는 것이며 그것이 個人過失로서의 公務員의 過失의 本質的 性格에 영향을 미치는 것은 아니다. 換言하면 故意·重過失의 경우에 被害者와의 관계에서의 過失은 個人過失 또는 機關過失로서의 二重的 機能(dédoublement fonctionnel de la faute)을 가지는 것이다.

이러한 理論構成에서는 故意·重過失의 경우에는 被害者는 國家와 公務員에 대하여 選擇的 請求權을 行使할 수 있는 것이다.

被害者가 國家에 대하여 賠償을 請求한 경우에는 國家는 당연히 公務員에 대하여 求償할 수 있다. 그것은 故意·重過失의 경우에 國家가 被害者에 대하여 賠償責任을 지는 것은 前記한 바와 같이 이 경우에 있어서도 公務員의 行爲가 職務行爲와 전혀 無關하지 아니하다는

(98) 국가배상법 제 2 조상의 「職務를 집행함에 당하여」에 있어서의 職務行爲의 범위에 관하여 判例上 外形說의 입장에서 엄격한 의미에서는 職務行爲로 볼 수 없는 공무원의 행위도 그 行爲의 外觀을 관찰하여 공무원의 職務行爲로 보여질 때에는 이를 職務行爲로 보는 것은 기본적으로는 동일한 理念의 반영이라 하겠다. 判例上の 職務行爲의 범위에 관하여는 參照: 金鐵容, 국가배상법 제 2 조에 관한 研究, p. 96-103.

점과 보다 基本的으로 被害者保護라는 관점에서 인정되는 것이다. 그 내용에 있어서는 國家는 公務員의 個人過失에 대한 責任을 지는 것이므로, 換言하면 國家는 責任을 질 事由가 없음에도 不拘하고 被害者에 대하여 배상한 결과로 되므로 이 경우에 있어 公務員에 대한 求償權은 당연한 것이기 때문이다.

B. 營造物의 設置·管理上의 瑕疵로 인한 損害

국가배상법 제 5 조는 「營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다」(제 1 항 前段)라고 규정하고 있다. 이러한 국가배상법 제 5 조상의 영조물의 設置·管理로 인한 손해에 대한 국가의 배상책임에 관해서는 瑕疵의 성격과 그에 따르는 국가책임의 성질이 해석상 가장 문제가 되는 것으로 보이므로 여기서는 이 문제에 관해서만 검토하기로 한다.

1. 瑕疵의 觀念

(1) 通設的 見解

이에 관한 지배적 見解에 의하면 영조물의 설치·관리상의 하자라 함은 영조물의 建造와 그 후의 維持·修繕에 不完全한 점이 있어 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 安全性을 결여한 상태를 말하는 것으로, 이는 客觀的 判斷의 문제이고 그 하자발생에 있어서의 과실의 有無와도 별개의 문제라는 것이다. 이러한 견해는 현재 거의 절대적인 견해라고 할만한 것이다.⁽⁹⁹⁾

判例도 또한 일반적으로는 소위 客觀說에 입각하고 있는 듯이 보인다. 그 대표적인 것으로서 大法院도 1967. 2. 21의 判決에서 「영조물 설치의 하자라 함은 영조물의 축조에 불완전한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태 있음을 말한다 할 것이고 또 영조물 설치의 하자의 유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제」라고 판시하고 있다.

그러나 大法院의 判例가 항상 客觀說에 입각하고 있지는 아니한 것으로, 1971. 8. 31의 判決에서는 「영조물의 설치 및 관리에 하자있는 건물이 폭우로 도괴된 경우는 영조물의 설치 및 관리에 과실이 없었다면 폭우가 있었다라도 건물이 도괴되지 않았을 것이라는 과실책임이 있다」라고 判示하고 있다.

(2) 賠償責任의 性質

국가배상법 제 5 조상의 배상책임의 성질에 관해서도 현재 우리나라의 通說은 전술한 瑕疵의 관념에 입각하여 同條上의 배상책임의 발생에 있어서는 영조물의 설치·관리에 하자가 있다는 객관적 사실만으로 충분한 것이고 그 하자의 발생원인에 있어서의 故意·過失의

(99) 金道稔, *op. cit.*, p. 468; 尹世昌, *op. cit.*, p. 293; 李尙圭, *op. cit.*, p. 465; 康文用, 公的 營造物의 設置管理로 인한 損害賠償責任, 司法行政, 1965. 2, p. 31; 徐元宇, 現代行政法論, 上, 1983, p. 708.

有無는 不問한다는 의미에서 그것은 無過失責任이라고 한다. 이러한 無過失責任說은 또한 거의 절대적 通說의 지위에 있는 것이다.⁽¹⁰⁰⁾

(3) 瑕疵 및 賠償責任의 성질에 관한 새로운 理論構成

前述한 우리나라의 通說은 過失의 觀念을 公務員個人과의 관계에서 판단되어야 하는 主觀的 觀念으로 파악하는 데에 기인하는 것이다. 그러나 이 觀念을 기술한 바와 같이 客觀的 觀念으로서의 國家作用의 涵으로 파악하는 필자로서는 國家배상법 제 5 조상의 瑕疵는 過失의 한 형태에 불과한 것으로서 同條上의 하자라는 用語는 본질적으로는 過失과 同意語로 파악할 수 있는 것으로 생각한다. 보다 구체적으로는 同法 제 2 조상의 過失은 特定過失(faute individuelle)에 해당하는 것이라면, 제 5 조상의 瑕疵는 不特定過失(faute anonyme)에 상응하는 것이라 할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 제 5 조상의 국가의 배상책임은 通說과는 달리 제 2 조의 경우와 마찬가지로 過失責任으로 보아야 하는 것이다. 필자의 견해로는 국가배상법 자체의 성격을 감안하는 경우에도 제 5 조상의 배상책임은 過失責任으로 보아야 할 것으로 생각한다. 그것은 同法은 行政上損害賠償制度에 관한 一般法이고 損害賠償責任의 발생에는 違法·過失의 두 가지 要件이 충족되어야 하는 것이라면, 同法 제 5 조상의 배상책임을 無過失責任으로 해석하는 것은 論理矛盾的이기 때문이다.

제 5 조상의 배상책임을 過失責任으로 보는 경우에는 소위 不明原因 또는 未知事由의 경우에는 국가책임은 인정되지 아니하는 것이다. 그러나 이 경우에도 손해가 발생하면 일단 瑕疵의 존재가 추정된다는 의미의 一應의 推定原則을 원용하는 경우에는 일용 국가책임이 인정될 소지는 있는 것이라 할 것이다. 그러나 이 경우에 있어서도 프랑스에서의 公土木工事로 인한 손해배상제도상의 公共施設의 正常維持上의 欠缺理論에 있어서와 같이 判例上外形의 特徵성이 요청되는 경우에는 국가책임은 실질적으로 배제된다 할 것이다.

필자는 아직 一應推定の 理論을 구체적으로 검토하지 못하고 있으나, 同原理나 前記한 公物의 正常維持上의 欠缺理論이 모두 過失推定原理를 그 기본으로 한다는 점에 있어서는 一應推定の 原理의 判例上의 궁극적인 적용에 있어서는 후자에 관한 判例는 많은 도움이 될 것으로 생각한다.

국가배상법 제 5 조 제 2 항은 「손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있을 때에는 국가……는 그 자에 대하여 구상할 수 있다」라고 규정하여 소위 제 3 자의 행위로 인한 손해의 경우에도 피해자에 대해서는 국가의 배상책임을 규정하고 있다. 이것은 過失責任의

(100) 그러나 金鐵容教授는 瑕疵를 요건으로 한다는 점에서 이를 순수한 無過失責任으로 볼 수는 없다고 한다. 同教授, 營造物의 設置·管理의 瑕疵로 인한 損害賠償, 考試界, 1974年 7月號; 마찬가지로 韓昌圭교수도 同條上의 책임을 無過失責任으로 보는 점에 대해서는 의문을 제기하고 있다. 韓昌圭, *op. cit.*, p. 75-78.

徐元宇教授는 同條上의 국가의 賠償責任은 「영조물이 동상 갖추어야 할 安全性」이라는 觀念의 해석에 따라서는 특수한 保險과 비슷한 성격에 가까워지는 것이라고 하고 있다. 同教授, *op. cit.*, p. 708.

一般原理에는 맞지 아니하는 것으로, 이 규정은 피해자 구제를 두텁게 하기 위한 立法政策上的 所産으로 보아야 하지 아니할까 한다.

IV. 結 語

이상으로 한국과 프랑스의 國家賠償制度的 比較考察을 전부 마치기로 한다. 筆者는 프랑스의 국가배상제도에 관하여 먼저 過失責任制度에 있어서의 過失觀念과 賠償責任의 성질 또는 國家責任과 公務員責任과의 관계에 관하여 상당히 구체적으로 살펴보았다. 다음에 그 定立·發展과정과의 관계에서 상대적이거나 獨自性을 띠우고 있는 公土木工事로 인한 손해의 賠償制度的 내용을 검토하여 보았던바, 그것은 이 문제가 우리나라 國家賠償法 제5조상의 영조물의 設置·管理上的 瑕疵로 인한 손해의 賠償制度和 특히 밀접한 관련을 가지는 것이기 때문이다. 끝으로 無過失責任制度는 그것이 현재 賠償責任의 원칙인 過失責任主義에서 오는 부당한 결과를 제한적이거나 시정하여 주는 補充的 制度로서의 의미를 가진다는 점에서 이에 관해서도 概觀하여 보았다. 이러한 프랑스의 국가배상제도의 考察과 관련하여 우리나라 국가배상법의 解釋·適用에 있어 가장 수용할만한 것은 過失觀念의 客觀性이라 하겠다.

국가배상제도는 國家作用과 관련하여 발생하는 손해에 대한 배상제도라는 점에서는 그 배상책임의 발생조건으로서의 過失관념도 私法上的 배상제도상의 過失관념과 동일한 것으로 해석할 필요는 없고 그것은 오히려 국가작용 그 자체를 객관적으로 판단하여 결정하는 것이 타당할 것이 아닐까 한다. 이에 반하여 過失관념을 主觀的 觀念으로 파악하는 경우에는 소위 「違法·無過失」에 따른 賠償責任의 否定이라는 부당한 결과는 방지할 수 없는 것이다. 기본적으로는 이상의 두 가지 理由에 기하여 筆者는 우리나라 국가배상법상의 過失도 이를 客觀的 觀念으로 파악해야 한다는 견해를 제시하였다.

우리나라 국가배상법상의 국가의 賠償責任의 성질 또는 國家責任과 公務員責任間의 관계에 관해서는 프랑스의 損害賠償制度的 判例上的 理論을 援用하여 輕過失의 경우에는 국가의 책임은 自己責任으로 보아야 하며, 故意·重過失의 경우에는 피해자와의 관계에서는 自己責任으로 보아야 하나 公務員과의 관계에서는 自己責任性이 부인된다는 내용의 새로운 理論構成을 하여 보았다. 이러한 理論은 필자의 拙見으로는 職務行爲의 觀念을 外形說의 입장에서 파악하는 우리나라 判例에도 부합하는 것이며 또한 憲法 제28조상의 공무원의 배상책임이나 국가배상법상의 輕過失의 경우의 공무원의 免責문제, 그리고 故意·重過失에 있어서의 국가의 求償權 문제등을 비교적 합리적으로 해결하여 줄 수 있는 것이 아닌가 한다.

過失을 客觀的 觀念으로 파악하는 입장에서 필자는 국가배상법상의 瑕疵는 이를 過失로 해석하고 그에 따라 同條上的 배상책임은 過失責任으로 해석하여야 한다는 견해를 피력하

였다. 이러한 해석은 국가배상법의 성격에도 부합하는 것이 아닌가 한다.

국가배상법 제 5 조의 해석·적용에 있어서는 프랑스의 公工木工事로 인한 손해의 배상제도, 특히 公共施設의 正常維持上의 欠缺理論은 시사하여 주는 바가 크리라고 생각한다. 이와 관련하여 우리나라에 있어서 同條에 기한 국가책임에 있어 소위 一應推定의 原理를 적용하는 경우에도 未知事由의 경우에도 인정될 수 있는가는 매우 의문이나, 실제 그러한 경우는 同條의 배상책임은 엄격한 의미의 無過失責任에 매우 접근하는 것임은 물론이다.

現行法制度下에서는 프랑스식의 危險責任 또는 無過失責任은 인정될 수 없는 것이라 하겠다. 그러나 장차 國家賠償原則이 實定法上의 根據를 떠나 法의 一般原理로 인정되는 경우에 있어서는 이러한 無過失責任制度가 判例上 定立될 수 있는 가능성이 전혀 배제되지는 아니한다 할 것이다. 그러나 이 문제는 lege ferenda의 문제이므로 더 이상 부연하지 않기로 한다.