

國家賠償法 第6條에 대한 考察

—國家賠償法 第6條에 있어 費用負擔者와 窮極的 賠償責任者—

洪 準 亨*

< 目 次 >

I. 問題의 所在	III. 國家賠償法 第6條 第2項의 解釋上 窮極的 賠償責任者
II. 國家賠償法 第6條 第1項에 의한 費用負擔者와 그 範圍	IV. 結論的 考察

<요 약>

국가배상법 제 6 조의 입법취지는 公務員의 選任·監督者 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 費用負擔者가 다른 경우 費用負擔者도 배상책임을 지도록 함으로써 배상책임자가 불분명하여 피해자가 과연 누구를 손해배상청구의 상대방으로 할 것인지를 알 수 없는 경우 피해자의 피고선택의 부담을 완화하여 피해구제를 용이하게 하려는 것으로 이해되고 있다. 그러나 이 규정의 해석·적용에 관하여는 적지 않은 의문과 불확실성이 남아 있다. 무엇보다도 제 6 조 제 1 항에서 말하는 '비용부담자'란 무엇을 의미하며 또 '비용부담자'에 해당하는 자의 범위는 어디까지인가, 둘째, 손해를 배상한 자가 내부관계에서 구상할 수 있는 '그 손해를 배상할 책임이 있는 자'란 누구를 말하는지, 다시말해 이 구상규정을 통하여 궁극적으로 배상책임을 지는 자는 누구인지, 그리고 어느 한쪽에게 배상책임을 전부 귀속시킬 수 없는 경우 그 내부적 부담비율이나 분담관계는 어떻게 되는지가 분명치 않다. 이러한 문제들을 규명해야 할 필요성은 최근 지방자치가 본격화되면서 지방자치단체가 국가배상법상 배상책임의 부담을 둘러싸고 이익을 제기하는, 과거의 국가중심적인 하향식 통제구조하에서는 볼 수 없었던 현상이 빈발하고 있어 더욱 커지고 있으나, 그에 관한 판례도 근소하고 학설 역시 대단히 불만족스러운 수준에 머물러 있는 실정이다. 이러한 견지에서 국가배상법 제 6 조에 관한 기본적 쟁점들을 검토하여 그 해석·적용을 위한 지침을 제시하였다.

*서울대학교 행정대학원 조교수

I. 問題의 所在

국가배상법은 제 6 조 제 1 항에서 “제 2 조·제 3 조 및 제 5 조의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 公務員의 選任·監督 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 費用을 負擔하는 자가 동일하지 아니한 경우에는 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다”고 규정하는 한편, 제 2 항에서 “제 1 항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다”고 규정하고 있다. 이처럼 법이 公務員의 選任·監督者 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 費用負擔者가 다른 경우 費用負擔者도 배상책임을 지도록 한 것은 그러한 경우 배상책임자가 불분명하여 피해자가 과연 누구를 손해배상청구의 상대방으로 할 것인지를 알 수 없는 경우가 적지 않기 때문에 비용부담자도 배상책임을 지도록 함으로써 피해자의 피고선택의 부담을 완화하여 피해구제를 용이하게 하려는데 그 입법취지를 둔 것이라고 이해된다. 피고를 잘못 선택하여 소송을 제기하는 경우에는 소송비용의 중복부담 뿐만 아니라 손해배상청구권의 시효소멸가능성 등 회복하기 어려운 손해를 입을 수 있고 배상책임자가 될 것으로 생각되는 국가나 지방자치단체를 공동피고로 하여 소송을 제기해도 상소과정에서의 불편이 뒤따른다.¹⁾ 그러므로 公務員의 選任·監督 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 費用負擔者 중 어느 한 쪽에 대해 선택적으로 배상을 청구할 수 있도록 하여 위법한 국가작용으로 인하여 피해를 입은 자의 권리구제를 용이하게 하되, 그 결과 생기는 궁극적인 배상책임의 소재 및 분담에 관한 문제는 실제로 손해를 배상한 자와 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자간에 구상관계를 통하여 해결하도록 함으로써 실질적인 행정구제의 목적에 우선권을 부여하려는 법정정책 고려가 이 규정의 바탕에 깔려있는 것이라 할 수 있다.

現行 國家賠償法 제 6 조는 日本의 國家賠償法 第 3 條의 규정으로부터 직접적인 영향을 받아 규정된 것으로 생각된다. 日本의 國家賠償法은 第 3 條에서 “① 前二條의 규정에 의하여 국가 또는 공공단체가 손해를 배상할 책임을 지는 경우에 있

1) 이에 관하여는 洪承勉, “國家와 地方自治團體間의 賠償責任의 分掌關係”, 민사판례 연구 18, 355를 참조.

어서 공무원의 선임이나 감독 또는 公營造物の 설치 또는 관리를 맡은 자와 공무원의 봉급, 급여 기타의 비용 또는 公營造物の 설치 또는 관리의 비용을 부담하는 자가 다른 경우에는 비용을 부담하는 자도 그 손해를 배상할 책임을 진다. ② 前項의 경우에 있어서 따로 손해의 원인에 관하여 책임을 져야 할 자가 있는 경우에는 국가 또는 공공단체는 이에 대하여 구상권을 가진다.”고 규정하고 있는데 이는 우리 국가배상법 제 6 조와 동일한 내용이라고 할 수 있다. 일본의 경우 역시 이 규정의 취지를 행정사무의 관리자와 비용부담자가 다른 경우 피해자측의 입장에서는 어느 쪽이 배상책임의 주체가 되는지가 반드시 명료하지 않을 수 있기 때문에 이러한 규정을 둬으로써 비용부담자의 배상책임을 인정하고 피해자의 피고선택의 리스크를 경감하여 소송상 편의를 도모하려는데 있는 것으로 보는데 異論이 없다고 한다.²⁾

이와같이 국가배상법 제 6 조가 일본 국가배상법의 규정태도를 좇아 피해구제의 편의를 도모한 것은 타당하다고 할지라도 이 규정의 해석·적용에 관하여는 적지 않은 의문과 불확실성이 남아 있다. 무엇보다도 제 6 조 제 1 항에서 말하는 ‘비용 부담자’란 무엇을 의미하며 또 ‘비용부담자’에 해당하는 자의 범위는 어디까지인가. 둘째, 손해를 배상한 자가 내부관계에서 내부관계에서 구상할 수 있는 ‘그 손해를 배상할 책임이 있는 자’란 누구를 말하는지, 다시말해 이 구상규정을 통하여 궁극적으로 배상책임을 지는 자는 누구인지, 그리고 어느 한쪽에게 배상책임을 전부 귀속시킬 수 없는 경우 그 내부적 부담비율이나 분담관계는 어떻게 되는지가 분명치 아니하다. 이러한 문제들은 최근 지방자치가 본격화되면서 과거의 국가중심적인 하향식 통제구조에서와는 달리 지방자치단체가 국가배상법상 배상책임의 부담문제를 둘러싸고 이의를 제기하는 현상이 빈발하고 있어 더욱 시급한 해명이 요구되고 있다. 반면 이에 관한 판례도 근소하고 학설 역시 대단히 불만족스러운 수준에 머물러 있는 실정이다. 이러한 견지에서 국가배상법 제 6 조에 관한 기본적 쟁점들을 검토함으로써 그 해석·적용을 위한 지침을 제시하려는 것이 이 글의 목적이다.

2) 野 宏, 『行政法 II』, 1992, 266-271; 阿部泰隆, 『國家補償法』, 1988, 58-60; 高田 敏(編著), 『行政法』, 改訂版, 1994, 323. 이 규정의 제정배경에 관하여는 阿部, 『國家補償法』, 58을 참조.

II. 國家賠償法 第6條 第1項에 의한 費用負擔者와 그 範圍

國家賠償法 제6조 제1항에 의한 비용부담자에 관하여는 두가지 문제가 제기된다. 그것은 첫째, 이 조항에서 말하는 '비용부담자'란 누구를 말하는가, 둘째, 비용부담자란 어떤 범위의 '비용'을 부담하는 자를 말하는가 하는 것이다. 첫번째 문제에 관하여는 국가배상법 제6조 제1항 소정의 '공무원의 봉급, 급여 기타의 비용'이란 공무원의 인건비만을 가리키는 것이 아니라 당해 사무에 필요한 일체의 경비를 의미한다는 것이 판례이며,³⁾ 이에 대하여 학설상 이론이 없다. 그러나 두번째 문제에 관하여는 다음에 보는 바와 같은 학설의 대립이 있고 판례의 태도에도 의문의 여지가 없지 않아 논란의 여지가 있다.

1. 學說

국가배상법 제6조 제1항에서 말하는 비용부담자의 의미를 논의하고 있는 국내문헌은 유감스럽게도 거의 찾아보기 어렵다. 다만 일본에서 전개된 학설을 고려한 판례와 일부 실무계의 논의가 진행되었을 뿐이다. 이러한 상황에서 이 문제에 대한 견해로서 고려될 수 있는 것은 다음 세가지이다.

(1) 형식적 비용부담자설

국가배상법 제6조 제1항에서 말하는 비용부담자란 그 실질적 비용부담관계를 고려함이 없이 대외적으로 비용을 지출하는 자를 말한다고 보는 견해를 형식적 비용부담자설이라 부를 수 있을 것이다. 이 견해는 내부관계에서 실질적으로 비용을 부담하는 자와 대외적으로 비용을 부담하는 자가 다를 수 있음을 전제로 하여⁴⁾ 그 경우 後者를 비용부담자로 본다. 즉 누가 대외적으로 경비를 지출하는가라는 기준에 의하여 선택적 배상청구의 상대방이 되는 비용부담자를 결정해야 한다는 것이다. 일반적으로 사무의 관리주체와 그 비용을 부담하는 경제주체는 일치하는 것이 원칙이지만, 그러한 경우에도 관리주체가 직접 비용을 부담하는 경

3) 大判 1994.12.9 94다38137(공보 95.1.1. 983(49)); 1994.1.11, 92다29528(공보 94.3.1. 963).

4) 물론 양자가 일치하는 경우에도 대외적 경비지출자라는 점이 비용부담자를 결정하는 기준이 된다는 점은 마찬가지지만, 결과적으로 차이가 없으므로 문제가 되지 아니한다.

제주체로 나타나지 않고 다른 행정주체로 하여금 일단 비용을 부담하도록 하고 후에 이를 정산 또는 상환하는 방식을 취할 수도 있다. 가령 기관위임사무의 경우처럼 위임자인 국가가 관리주체로서 그 사무에 소요된 비용을 실질적으로 부담하지만, 대외적인 관계에서는 수임자인 기관이 속하는 지방자치단체로 하여금 비용을 부담시키는 것이 그 대표적인 예이다. 이 경우 사무의 주체와 형식적 비용 부담자, 즉 대외적 경비지출자가 달라지게 된다. 그러나 통상 사무의 주체와 형식상 비용부담자가 일치하기 때문에, 기관위임의 경우 피해자로서는 사무의 주체가 동시에 비용부담자라고 오인하거나 반대로 비용부담자가 사무의 주체라고 오인하기 쉽고, 그 경우 어느 일방만을 배상책임자로 한다면 구제의 원활을 기할 수 없으므로 양자를 배상책임자로 할 필요성이 크다는 이유에서,⁵⁾ 피해자에 대한 관계에서는 대외적으로 경비를 지출하는 당해 지방자치단체를 비용부담자로 보아 선택적 청구의 상대방으로 삼아야 한다는 것이다. 일본에 있어 궁극적 배상책임자에 관하여 비용부담자설을 주장한 학설(대표적인 예로 美濃部說)에 의하여 채용되었던 이 견해에 따르면, 실질적 비용부담자와 형식적(대외적) 비용부담자가 불일치하는 경우 대외적으로 경비를 지출하는 자를 비용부담자로 보기 때문에 실질적 비용부담자는 국가배상법 제 6 조 제 1 항에서 말하는 ‘비용부담자’에 해당하지 않는다는 결과가 된다.⁶⁾

(2) 실질적 비용부담자설

국가배상법 제 6 조 제 1 항의 비용부담자를 실질적 비용부담자로 파악하는 견해도 있을 수 있으며 또 이를 실질적 비용부담자설이라 부를 수 있을 것이다. 그러나 엄밀히 이러한 내용의 학설이나 판례는 찾아볼 수 없고, 오히려 다음에 보는 바와 같이 실질적 비용부담자도 국가배상법 제 6 조 제 1 항의 비용부담자에 해당한다고 보는 병합설의 형태로 주장되는 것이 일반적이다.

(3) 병합설

주로 일본에서 전개되어 온 학설로서 피해자보호의 견지에서 일정한 경우에는 국가배상법상의 비용부담자에 실질적 비용부담자를 포함시킬 수 있다는 견해이다. 이것은 일본의 다수설로서 일본 국가배상법 제 3 조의 비용부담자를 국가 또

5) 山内一夫, “費用負擔者”, 『行政判例百選(II)』, 287.

6) 洪承勉, 앞의 글, 372. 같은 글, 374는 “국가배상법 제 6 조의 입법연혁이나 취지에 비추어 보면 실질적 비용부담자는 여기에 포함되지 않는다고 보아야 할 것”이라고 지적하고 있다.

는 지방공공단체중 어느 일방의 사무경비를 다른 일방이 부담하여야 하는 경우로 이해하고 있다.⁷⁾ 일본에서 leading case로서 인용되는 熊野市國立公園事件判決 역시 국가배상법 제3조 제1항의 비용부담자에는 법률상 부담의무를 지는 자가 당연히 포함된다고 판시한 바 있다. 즉 일본 최고재판소는 국립공원특별지역내의 周回路의 설치·관리에 하자가 있어 인신사고가 발생한 사안에 관하여 최고재판소는 보조금의 교부액이 본래의 부담자와 동등하다는 것, 실질적으로는 사업의 공동집행에 해당하는 것, 보조금교부자가 위험을 효과적으로 방지할 수 있다는 것의 세가지 요건을 제시하면서 당해 사건에 있어 비용부담자로서의 국가의 책임을 인정한 것이다.

“공의 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있기 때문에 국가 또는 공공단체가 국가배상법 제2조 제1항의 규정에 의하여 책임을 지는 경우에 관하여 국가배상법 제3조 제1항이 동법 제2조 제1항과 함께 당해 영조물의 설치 또는 관리를 맡은 자와 설치 또는 관리의 비용을 부담하는 자가 다른 경우 그 쌍방이 손해배상의 책임을 져야 한다고 하고 있는 것은, 만일 그 어느 한쪽만이 손해배상 책임을 부담하는 것으로 한다면 피해자인 국민이 그 어느 한쪽에게 손해배상의 책임을 구해야 할 것인지를 반드시 명확히 알 수 없어 배상의 책임을 져야 할 자의 선택에 곤란을 초래할 수 있으므로 대외적으로는 그 쌍방에게 손해배상의 책임을 부담시킴으로써 위와 같은 곤란을 제거하려는데 있을 뿐만 아니라, 위험책임의 법리에 기하여 동법 제2조의 책임에 관하여 동일한 법리에 입각하여 피해자의 구제에 만전을 기하려는 데에도 있는 것이기 때문에, 동법 제3조 제1항 소정의 설치비용의 부담자에는 당해 영조물의 설치비용에 관하여 법률상 부담의무를 지는 자외에도 그 자와 동등하게 또는 그에 근사하게 설치비용을 부담하고 실질적으로는 그 자와 당해 영조물에 의한 사업을 공동으로 집행하고 있다고 인정되며 당해 영조물의 하자에 의한 위험을 효과적으로 방지할 수 있는 자를 포함하는 것으로 해석해야 한다.”⁸⁾

이러한 판례와 학설에 대하여는 경비를 지출하는 자와 사무의 주체가 다른 경우 그 배상책임의 주체를 오인할 우려가 있기 때문에 경비를 지출하는 자가 이에 해당한다고 이해해야 하지만, 비용부담의 관계는 피해자측의 입장에서 본다면 내부적 계기에 불과하며, 질적 차이가 없기 때문에 이 견해를 취할 경우 배상책임

7) 今村成和, 『國家補償法』, 1957, 119; 秋山義昭, “賠償責任と費用負擔者” ジュリスト 増刊 『行政法の争点』 (新版, 成田頼明編), 1990, 186.

8) 最判 1975.11.28, 民集29卷10 1754, 行政判例百選II 126.

의 범위가 확대되는 결과를 방지하기 어렵게 된다는 반론이 제기되고 있으나,⁹⁾ 배상책임자 선택의 곤란을 제거할 필요는 경비의 대외적 지출의 경우에 한하는 것은 아니며, 가령 내부적으로라도 법령상 부담구분이 이루어져 비용부담이 업무에 결부되어 있는 경우에도 마찬가지로 배상책임의 주체를 오인할 우려가 있으며, 부담의무가 법령에 명정되어 있고 또 국가배상법 제 1 조, 제 2 조의 요건이 덧붙여져 있는 이상 배상책임의 범위가 무한정 확대되는 것도 아니라기 때문에, 적어도 법률상 부담의무가 정해져 있는 경우를 비용부담자로부터 제외시켜야 할 이유가 없다는 점에서 지지되고 있다.¹⁰⁾

2. 判例

우리나라 대법원은 앞에서 본 병합설의 입장을 취하고 있는 것으로 이해된다. 그러한 판례들을 검토해 보기로 한다.

먼저 대법원은 아래에 보는 바와 같이 기관위임사무에 있어 적어도 대외적으로 그러한 경비를 지출하는 자는 경비의 실질적, 궁극적 부담자가 아니더라도 그러한 경비를 부담하는 자에 포함된다고 판시하고 있는데, 이는 일견 앞에서 본 형

9) 山内一夫, “費用負擔者”, 『行政判例百選(II)』, 287.

10) 秋山義昭, “賠償責任と費用負擔者”, 186. 한편 野宏教授(『行政法 II』, 1992, 269)는 위의 판례에서 제시된 실질적 비용부담자를 비용부담자로 보기 위해 필요한 요건을 오히려 한층 더 완화시켜 이해하려고 시도한다: “본래 지방재정법상 부담금과 장려적 보조금과는 구별된다. 부담금은 지방재정법 제10조이하에서 규정하는 것으로 예컨대 의무교육학교건설비등이 그것이다. 이 부담금에 있어서 국가는 공공사업의 비용을 말하자면 割勘的으로 부담하는 것이다. 따라서 그것은 지방공공단체가 자주적으로 행하는 사무를 장려하기 위하여 국가가 교부하는 지방재정법 제16조의 보조금과는 성질을 달리한다. 이 점으로 본다면 국가배상법 제 3 조의 비용부담이란 부담금을 포함하는 것이라는 데에는 이론이 없다고 생각된다. 다만 지방재정법의 부담금이면서 보조금으로서 지출되고 있는 것이 있어 부담금과 보조금의 구별은 실무상으로 반드시 명확하지는 않다. 그러한 현재의 상태를 통틀어 본다면 당해 비용부담이 실질적으로 부담금적 성격을 가지는 것인지 여부로 판단하는 것이 타당하며 최고재판소의 입장도 그런 것이라고 생각된다. 그렇게 본다면 반드시 최고재판소가 제시한 세가지 요건의 전부를 구비할 필요는 없으며, 제 2 의 실질적 공동집행의 요건으로 충분하다고 풀이된다(제1, 제 3 의 요건은 제 2 의 요건을 판단하는 보조요건으로 볼 수 있다).”

식적 부담자설의 입장을 취한 것처럼 보인다. 그러한 맥락에서 이 판결에 의하면 기관위임의 경우 수임자인 기관이 속하는 지방자치단체는 언제나 비용부담자로서 국가배상책임의 지게 된다고 일반화하는 견해가 나타나고 있다.¹¹⁾ 이렇게 봄으로써 '피해자로서는 결국 당해 사무를 처리하는 일선 행정청이 속하는 지방자치단체만을 피고로 하여 소송을 제기하면 족할 것이고, 다만 청구원으로서 사무의 주체 또는 비용부담자로서의 책임을 선택적으로 주장하면 될 것이며, 또 그간 문제되어 온, 국가배상책임의 주체를 잘못 파악하여 소송이 도로화되는 손해나 국가와 지방자치단체가 동시에 소송에 참가하여야 하는 불이익을 대부분 해결할 수 있을 것' 이라고 한다.¹²⁾

(1) 大判 1994.12.9 94다38137판결¹³⁾

가. 국가배상법 제 6 조 제 1 항 소정의 '공무원의 봉급, 급여 기타의 비용'이란 공무원의 인건비만을 가리키는 것이 아니라 당해 사무에 필요한 일체의 경비를 의미한다고 할 것이고, 적어도 대외적으로 그러한 경비를 지출하는 자는 경비의 실질적, 궁극적 부담자가 아니더라도 그러한 경비를 부담하는 자에 포함된다.

나. 구 지방자치법(1988.4.6 법률 제4004호로 전문개정되기 전의 것) 제131조(현행 제132조), 구 지방재정법(1988.4.6 법률 제4006호로 전문개정되기 전의 것) 제16조 제 2 항(현행 제18조 제 2 항)의 규정상, 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우 그에 소요되는 경비의 실질적, 궁극적 부담자는 국가라고 하더라도 당해 지방자치단체는 국가로부터 내부적으로 교부된 금원으로 그 사무에 필요한 경비를 대외적으로 지출하는 자이므로, 이러한 경우 지방자치단체는 국가배상법 제 6 조 제 1 항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 같은 법에 의한 손해를 배상할 책임이 있다.

이 판결은 또한 국가배상법 제 6 조 제 1 항에 의하여 배상책임을 부담하는 비용부담자에 공무원에게 봉급을 지급하는 자 뿐만 아니라, 당해 사무의 경비를 대외적으로 지출하는 자도 포함시킴으로써, 비용부담자로서의 배상책임자를 폭넓게

11) 洪承勉, “國家와 地方自治團體間의 賠償責任의 分掌關係”, 373-374.

12) 洪承勉, 같은 글, 374.

13) 공보 95.1.1. 983(49). 이 판결에 관하여는 洪承勉, “國家와 地方自治團體間의 賠償責任의 分掌關係”, 민사판례 연구 18, 350이하; 朴海成, “국가배상법 제 6 조 소정의 비용부담자로서의 국가배상의무를 부담하는 자”, 대법원판례해설 22호, 287-297을 참조.

인정했다는 점에서 큰 의의를 가진 것으로 평가되고 있다.¹⁴⁾ 사실 기관위임사무에 있어 대외적 경비지출자가 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자에 해당한다는 점, 또 그렇게 봄으로써 현실적으로 타당한 결과를 기대할 수 있다는 점에 대해서는 異論이 있을 수 없을 것이다. 한편, 이 판결의 취지와 관련하여 이를 형식적 비용부담자설, 엄밀히 말해 대외적 경비지출자만을 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로 보는 견해에 따른 것으로 보는 듯한 견해가 표명되고 있는데,¹⁵⁾ 과연 그렇게 볼 수 있을지는 의문이다. 판결요지에서 비교적 분명히 나타나는 바와 같이 대법원이 적어도 대외적으로 그러한 경비를 지출하는 자는 '경비의 실질적, 궁극적 부담자가 아니더라도' 그러한 경비를 부담하는 자에 포함된다고 판시한 것은 경비의 실질적, 궁극적 부담자 또한 비용부담자에 해당한다는 것을 암묵적으로 전제한 것으로 볼 여지가 없지 않기 때문이다. 다음에 보는 대법원의 판결은 기관위임된 국도의 유지관리사무에 관하여 도로법 제56조에 의하여 도로관리의 실질적 비용을 부담하는 서귀포시의 배상책임을 인정했는데, 이는 대법원이 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자를 형식적 비용부담자설 보다는 넓게 새기고 있다는 입론을 가능케 해 주는 근거로 볼 수 있다.

(2) 大判 1993.1.26, 92다2684판결¹⁶⁾

가. 도로법 22조 2항에 의하여 지방자치단체의 장인 시장이 국도의 관리청이 되었다 하더라도 이는 시장이 국가로부터 관리업무를 위임받아 국가행정기관의 지위에서 집행하는 것이므로 국가는 도로관리상 하자로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다.

나. 시가 국도의 관리상 비용부담자로서 책임을 지는 것은 국가배상법이 정한

14) 朴海成, “국가배상법 제6조 소정의 비용부담자로서의 국가배상의무를 부담하는 자”, 대법원판례해설 22호, 296. 한편 같은 글, 295-296에 의하면 종래 대법원은 기관위임의 경우 주로 그 사무가 국가사무라는 이유에서 선임감독자로서 국가의 배상책임만을 인정하는 판결을 해오다가, 1994.1.11. 선고 92다29528 판결에서 도의 사무를 기관위임에 의하여 군이 수입·처리한 경우 해당 군에서 당해 공무원의 봉급을 부담한다는 것을 이유로 군의 배상책임을 인정함으로써 비용부담자의 책임을 인정하기 시작했다고 기술하고 있으나, 비용부담자의 책임은 비록 도로법 제56조를 근거로 한 것일지라도 이미 1993.1.26. 선고 92다2684판결에서 인정되었다.

15) 洪承勉, 앞의 글, 373-374.

16) 공보 93,848.

자신의 고유한 배상책임이므로 도로의 하자로 인한 손해에 대하여서는 부진정연 대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하는 관계에 있으며 국가배상법 6조 2항의 규정은 도로의 관리주체인 국가와 그 비용을 부담하는 경제주체인 시 상호간에 내부적으로 구상의 범위를 정하는 데 적용될 뿐 이를 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수 없다.¹⁷⁾

이 판결에 대하여는 도로법 제56조를 근거로 서귀포시의 비용부담자로서의 책임을 인정한 원심판결¹⁸⁾을 수용한 것과 관련하여 ‘도로법 제56조의 비용부담의 규정은 도로의 관리에 대한 실질적인 비용부담을 규정한 것이므로 국가배상법 제6조 제1항의 비용부담자를 형식적 비용부담자로 해석하는 한 위 도로법 규정은 국가배상 법상의 비용부담자를 인정하는 근거로 삼을 수는 없는 것’ 이므로 잘못이라는 비판이 제기되고 있다.¹⁹⁾ 그러나 이러한 비판은 어디까지나 대법원이 형식적 비용부담자설을 취하고 있다는 전제하에서만 가능한 것일 뿐, 대법원이 이미 앞에서 본 바와 같이 비용부담자를 형식적 비용부담자설 보다 넓게, 즉 병합설의 입장에서 파악하고 있다고 본다면 도로법 제56조를 들어 서귀포시를 비용부담자로 본 것을 탓할 수는 없을 것이다. 대법원이 ‘피고 서귀포시의 이 사건 도로 관리상 비용부담자로서의 책임은 국가배상법이 정한 자신의 고유한 배상책임’ 이라고 본 이상, 이 사건판결만으로는 대법원이 당해 서귀포시를 형식적 비용부담자로 보고 이를 도로법 제56조에 의하여 뒷받침한 것으로는 보기 어려우며, 또한 도로법 제56조의 규정을 실질적 비용부담에 관한 규정으로 보았는지 여부도 불확실하다. 이 사건의 원심판결 역시 국가배상법 제6조 제1항의 ‘비용부담자’에 관한 형식적 비용부담자설의 견지에서 서 있다고는 보이지 않는다.²⁰⁾ 이 문제는 앞에서 본 병합설에 입장에서 본다면 결과에 차이를 가져오지 아니한다. 반면 대법원이 형식적 비용부담자설을 취하는 것으로 가정한다면, 도로법 제56조가 형식적 비용부담에 관한 규정인지 아니면 실질적 비용부담에 관한 규정인지 여부가 문제될 것이다. 사실 도로법 제22조등에 의한 사무가 기관위임사무라고 보는 경우, 그 비용부담에 관한 동법 제56조의 규정과 기관위임사무에 있어 비용부담에

17) 참조판례: 가. 대법원 1991.12.24.선고, 91다34097판결(공1992, 681); 1992.11.10.선고, 92다38041판결(공1993, 94).

18) 서울고등법원 1991.12.18.선고 91나 48470 판결.

19) 洪承勉, 같은 글, 372-373.

20) 서울고등법원 1991.12.18, 91나48470은 국가배상법 제6조 제1항 소정의 ‘비용부담자’의 의미나 범위에 대한 판단은 하고 있지 않다.

관한 지방재정법 제18조 제 2 항의 규정은 뒤에서 다시 논의되었지만 상충하는 관계에 있으며, 지방재정법 제18조 제 2 항의 규정이 실질적 비용부담에 관한 규정이라는 점에는 이론의 여지가 없으나, 도로법 제56조의 규정을 그에 대한 예외규정으로 볼 것인지에 관하여는 논의의 여지가 없지 않다. 대법원이 줄곧 도로법 제56조의 규정에도 불구하고 동법 제22조 제 2 항에 의한 사무를 기관위임사무로 보면서 그 관리상의 하자로 인한 국가의 배상책임을 인정하고 있는 것을 보더라도, 도로법 제56조의 규정이 지방재정법 제18조 제 2 항의 적용을 배제하는 것은 아니라는 결론에 이르게 되기 때문이다.

다른 한편 같은 비판론이 지적하는 바, 도로법 제24조 단서의 경우 도지사가 특별시, 직할시, 시의 관할구역외의 국도를 수선, 유지하는 경우 그 비용을 국가가 부담하도록 되어 있어 위 판례에 따를 경우 도는 비용부담자로서의 책임을 지지 않는다는 결과가 되므로, 피해자보호를 위한 외관보호라는 국가배상법 제 6 조의 입법취지에 배치된다는 주장도 반드시 타당한 것이라고는 할 수 없다. 왜냐하면 그러한 경우에도 도로법 제24조 단서는 실질적 비용부담에 관한 규정이므로 도가 대외적 경비지출자로서 외관을 지닐 수 있고 또 대외적 경비지출자 역시 국가배상법상의 비용부담자에 해당한다고 보는 이상, 국가와 함께 선택적 배상청구의 상대방이 될 수 있기 때문이다. 위 판결의 취지를 기관위임의 경우에 일반화할 수 없는 것과 마찬가지로 국가배상법상의 비용부담자는 '실질적 비용부담자에 한한다'는 취지로 일반화하는 것도 잘못이다.

이제까지 살펴 본 대법원판례의 입장은 다음과 같은 관점에서 가장 일관성있게 이해될 수 있을 것이다. 첫째, 대법원은 병합설의 입장에서 실질적 비용부담자와 형식적 비용부담자가 모두 국가배상법상의 비용부담자에 해당하는 것으로 보는 입장에 서있다. 대법원이 일본에서의 학설·판례의 전개방식처럼 비용부담자를 형식적 비용부담자뿐만 아니라 일정한 요건하에서 실질적 비용부담자를 포함하는 개념으로 파악한 것은 아니다. 대법원은 결과적으로 형식적 비용부담자와 실질적 비용부담자를 모두 비용부담자에 해당하는 것으로 보았고, 실질적 비용부담자를 비용부담자로 인정하기 위한 요건들을 부과하지 않았다는 점에서 앞서 본 일본 최고재판소의 판결²¹⁾ 보다는 비용부담자의 인정범위를 널리 잡고 있는 것이 아닌가 하는 추정이 가능하다. 둘째, 대법원은 도로법 제56조와 같은 명시적인 실질적 비용부담규정이 있는 경우에는 그에 따라 실질적 비용부담책임을 지는 자를

21) 最判 1975.11.28. 民集29卷10 1754. 行政判例百選II 126.

국가배상법상의 비용부담자로 보았다.²²⁾ 이렇게 볼 때 대법원은 “國家가 스스로 행하여야 할 事務를 地方自治團體 또는 그 機關에 委任하여 수행하는 경우에, 그 소요되는 經費는 國家가 그 전부를 당해 地方自治團體에 교부하여야 한다”는 지방재정법 제18조 제2항의 규정과 관련하여 앞서 본 94다38137판결에서 확인된 바와 같이, 기관위임의 경우 수임자인 기관이 속하는 지방자치단체가 비용부담자로서 책임을 지는 것이 원칙이며, 예외적으로 도로법 제56조와 같은 규정이 있는 경우 이를 그에 대한 특칙으로 파악하고 있는 것으로 볼 수 있다. 셋째, 국가배상법상 비용부담자에 실질적 비용부담자를 일반적으로 포함시키는 것이 법정정책 견지에서 타당할 것인지는 별도의 논의를 필요로 하는 사항이다. 대법원은 앞서 본 판결에서 이에 대하여 아무런 조건을 부과하지 않는 듯한 태도를 보였고, 또 기관위임의 경우 도로법 제56조를 근거로 실질적 비용부담자를 비용부담자로서 인정했다. 그러나 지방재정법 제18조 제2항의 해석과 관련하여 도로법 제56조와 같은 실질적 비용부담에 관한 명시적인 특별규정이 없는 경우 일반적으로 실질적 비용부담자도 국가배상법상의 비용부담자에 해당한다고 볼 것인지, 가령 보조금과 같은 경우에도 이를 시인할 것인지, 아니면 어떠한 조건하에 이를 시인할 수 있는지는 앞으로 대법원이 판례를 통하여 구체화해 나가야 할 문제이다.

지방재정법상 負擔金·交付金은 補助金과는 구별된다. 負擔金은 지방재정법 제18조 제1항에 의하여 국가가 地方自治團體 또는 그 機關이 法令에 의하여 처리하여야 할 事務로서 國家와 地方自治團體 상호간에 利害關係가 있는 경우에, 그 원활한 事務處理를 위하여 國家에서 부담하지 아니하면 아니될 經費의 전부 또는 일부를 부담하는 것으로서 지방재정법 제19조 및 동시행령 제26조이하에 의하여 정해진 부담비율에 따라 부담하는 것이고, 交付金은 지방재정법 제18조 제2항에 의하여 지방자치단체가 國家가 스스로 행하여야 할 事務를 地方自治團體 또는 그 機關에 委任하여 수행하는 경우 그 소요되는 비용을 국가가 교부하는 것으로서, 지방자치단체가 자주적으로 행하는 사무를 장려하기 위하여 지방자치단체의 재정사정상 특히 필요하다고 인정될 때 예산의 범위안에서 국가가 교부하는 지방재정법 제20조에 의한 補助金과는 성질을 달리한다. 여기서 국가배상법 제6조가 규정하는 ‘비용부담자’를 併合說에 의하여 이해하는 경우 그 ‘비용’에 부담금·교부금이 포함된다는 점에 대하여는 異論의 여지가 없을 것이다. 다만 지방재정법상의 부담금이면서 보조금으로서 지출되고 있는 것이 있어 부담금과 보조금의 구별은 실무상으로 반드시 명확하지는 않다. 따라서 비용

22) 大判 1995.2.24. 94다57671판결(공보 95.4.1.989(22) 역시 같은 입장에 서있다.

부담이 실질적으로 부담금 또는 교부금으로서의 성질을 가지는 것인지여부로 판단하는 것이 타당할 것이다.

III. 國家賠償法 第6條 第2項의 解釋上 窮極的 賠償責任者

앞에서 본 바와 같이 국가배상법 제6조 제1항은 公務員의 選任·監督 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 費用을 負擔하는 자가 동일하지 아니한 경우에 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있다. 그런데 동 제2항이 이 경우 손해를 배상한 자는 그 내부관계에서 손해배상의 책임이 있는 자에게 求償할 수 있다고 규정함으로써 궁극적인 배상책임자가 누구인지를 입법적으로 명시하지 아니하고 문제를 판례와 학설에 맡기고 있어, '내부관계에서 손해배상의 책임이 있는 자'가 누구를 의미하는가에 대하여 논란이 있다. 한편 이 규정은 관리주체와 그 비용을 부담하는 경제주체 상호간에 내부적인 구상의 범위를 정하는 것이므로²³⁾ 피해자에 대한 관계에 대해서는 영향을 미치지 않는다. 또한 이 규정을 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수도 없다.²⁴⁾

1. 學說

'내부관계에서 손해배상의 책임이 있는 자'가 누구를 의미하는가, 다시말해 公務員의 選任·監督 또는 營造物의 設置·管理를 맡은 자와 비용부담자가 다른 경우 누구를 궁극적인 배상책임자로 볼 것인가에 대하여는 책임의 원리, 즉 설치관리의 하자를 발생시킨 책임은 관리자에게 있다는 것을 근거로 공무원의 선임·감독자를 말한다라고 보는 것이 通說이다.²⁵⁾ 이에 대하여는 손해배상비용도 비용부담자가 부담해야 할 비용에 포함되는 것이며, 실제로 관리자가 경합되는 경우 관리

23) 大判 1993.1.26. 92다2684(공93,848)에 따르면 시가 국도의 관리상 비용부담자로서 책임을 지는 것은 국가배상법이 정한 자신의 고유한 배상책임이므로 도로의 하자로 인한 손해에 대하여 시는 부진정연대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하는 관계에 있다고 한다.

24) 大判 1993.1.26. 92다2684(공93,848); 1991.12.24. 91다34097(공1992,681); 1992.11.10. 92다38041(공1993,94).

25) 朴鈞焄, 『行政法講義(上)』, 박영사, 1996, 653, 672; 金南辰, 『行政法 I』, 1995, 526-527; 姜求哲, 『行政法 I』

자간에 부담비율을 정하는 것이 극히 곤란한 반면, 비용부담의 비율에 따른 배상액의 분배는 용이하다는 것 등을 근거로 일본의 다수설·실무처럼 비용부담자가 궁극적 배상책임을 진다고 보는 것이 적절하다는 반론²⁶⁾이 제기되고 있다.

2. 判例

이 문제를 직접 다룬 판례는 찾아 볼 수 없다. 다만 앞에서 본 판례²⁷⁾에서 '시가 국도의 관리상 비용부담자로서 책임을 지는 것은 국가배상법이 정한 자신의 고유한 배상책임'이며, '국가배상법 6조 2항의 규정은 도로의 관리주체인 국가와 그 비용을 부담하는 경제주체인 시 상호간에 내부적으로 구상의 범위를 정한 것'이라고 판단한 것으로 미루어 볼 때, 국가배상법 제6조에 의하여 비용부담자 역시 고유한 배상책임의 주체이며, 다만 관리주체와 내부적 구상관계에 선다고 보는 입장이 아닌가 생각된다.

3. 比較法的 檢討

이미 앞에서 기술한 바와 같이 우리나라 국가배상법 제 6 조는 일본의 國家賠償法 第3條를 거의 그대로 모방한 규정으로서 다른 나라에서는 유례를 찾기 힘든 독특한 제도라 할 수 있다. 따라서 국가배상법 제 6 조에 있어 궁극적·본래적 배상책임자가 누구인가 하는 문제에 관하여도 일본법이 가장 유용한 비교법적 상관성을 지닌 것이라 할 수 있으나, 독일과 프랑스에 있어 국가배상책임의 귀속주체 또는 궁극적 배상책임자의 문제가 어떻게 다루어지고 있는지를 검토해 보는 것도 문제의 해결책을 모색함에 있어 나름대로 유용할 것이라고 생각한다.

(1) 프랑스

프랑스의 경우 제정법상의 제도는 아니지만, 가령 시장이 국가기관으로서의 지위와 당해 지방자치단체(collectivité locale)의 기관으로서의 지위에서 불법행위를 행한 경우처럼, 권한의 중복(cumul des compétences)에 해당하는 때에는 피해자는 국가나 당해 지방자치단체중 한 쪽을 상대방으로 손해배상을 청구할 수 있으며,

26) 徐元宇, "國家賠償法上の立法論上の諸問題", 『國家賠償制度의諸問題』, 法務資料 제141집(1991), 5-27, 23.

27) 大判 1993.1.26, 92다2684, 공93,848; 1991.12.24, 91다34097(공1992,681); 1992.11.10, 92다38041(공1993,94).

또 당해 공무원 또는 기관이 속하는 국가와 지방자치단체 또는 지방자치단체 상호간에 책임의 구상관계가 인정되고 있다. 이 경우 누가 궁극적인 배상책임자 (personne imputable) 및 복수의 배상책임자간의 구상관계여하를 법원이 결정하도록 되어 있다는 것이 특색이다.²⁸⁾ 반면 우리나라 국가배상법 제 6 조의 경우와 같이 별도로 비용부담자의 책임을 인정한 판례는 찾아 볼 수 없다.

(2) 독일

독일의 경우 이 문제는 賠償責任의 歸屬主體(Passivlegitimation)에 관한 문제로 다루어지고 있다. 독일법에서는 우리나라 국가배상법 제 6 조나 일본 국가배상법 제 3 조와 같은 규정을 찾아볼 수 없으며, 단지 기본법 제34조가 직무에 위반하여 행위한 직무담당자가 근무하는 공공단체가 배상책임을 진다고 규정하고 있을 뿐이다. 즉 독일 기본법 제34조는 “공무를 수행하는 자가 자기에게 맡겨진 공적 직무를 집행함에 있어 제 3 자에 대한 직무상 의무를 위반한 경우 원칙적으로 국가 또는 그가 복무하는 공공단체가 그에 대한 책임을 진다. 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 그 행위자에게 구상할 수 있다. 손해배상청구권과 그 구상에 대하여는 통상법원에 의한 권리보호가 배제되어서는 아니된다”고 규정하고 있다.²⁹⁾ 이에 따르면 직무를 수행한 공무원(Amtswalter)이 복무하는 행정주체(der Verwaltungsträger, in dessen “Dienst” der Amtswalter steht)가 배상책임을 진다는 것이 된다.³⁰⁾ 그러나 이 규정의 의미에 관하여는 해석상 의문의 여지가 없지 않았고, 특히 국가 및 주와 지방자치단체간의 배상책임의 소재를 둘러싸고 학설상 논란이 있었다. 어떤 공무원이 다른 행정주체의 사무를 수행하는 경우, 가령 지방자치단체의 기관이 국가사무(단체위임사무, 지시사무)를 수행한 경우에 과연 누

28) Jean Rivero/Jean Waline, Droit administratif, Pr cis Dalloz, 1994, n° 283, p.237.

29) Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

30) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995. § 25 Rn.40-43, S.630-631. 한편 기본법 제34 조는 “국가”(Staat)와 “단체”(Körperschaft)를 배상책임의 주체로 규정하고 있는데, 여기서 “단체”란 모든 공법상 법인으로서 권리능력을 가지는 공공영조물 및 공법상 재단 등을 포함한다는데 異論이 없다.

가 배상책임 지느냐 하는 것이 논란될 수 있었기 때문이다. 이에 대하여 과거에는 機能說과 任用說(또는 법적 지위설)이 대립되어 왔으나, 오늘날에는 양설의 단점을 보완한 職務委任說(Amtsübertragungstheorie) 또는 職務委託說(Anvertrauensstheorie)이 다수설³¹⁾ 이자 판례³²⁾의 지지를 받고 있다. 학설의 내용을 간략히 검토해 보면 다음과 같다.

1) 機能說(Funktionstheorie)

機能說은 수행되는 사무에 착안하여 그 사무의 성질로부터 배상책임 지는 단체(연방, 주, 지방자치단체, 사회보험의 보험자 등)를 결정하려는 견해이다.

2) 任用說(Anstellungstheorie)

任用說(또는 법적 지위설)은 반면 어떤 단체가 가해행위를 한 공무원을 임용했는가 하는 공무원의 임용주체가 누구인가에 따라 배상책임의 주체를 결정하는 학설이다. 이 학설이 나오게 된 동기는 임용설의 경우 기능설 보다는 공무원에 대한 내부적 구상문제를 더 용이하게 해결할 수 있다는 데 있었다.

3) 職務委託說(Anvertrauensstheorie)

연방법원은 위의 임용주체설이나 기능설 어느 한 쪽이 아니라 양자를 결합시킨 입장을 취하고 있다. 이를 ‘職務委任說’(Amtsübertragungstheorie)이라고 하거나³³⁾ 職務委託說(Anvertrauensstheorie)라고 부르고 있다.³⁴⁾ 마우러(Maurer)에 의하면 직무위임설은 위에서 본 두가지 학설의 약점을 회피할 수 있고, 기본법 제34조의 해석으로부터 불가피하게 도출되는 결과로서 기본법 제34조의 기능적 취지에 부합한다는 장점을 지니므로 상대적으로 우월한 설득력을 가진다고 한다.³⁵⁾ 직무위탁설은 연방법원의 판례를 통하여 발전된 견해로서, 연방법원은 그러한 입장을 1970년 2월 12일의 판결에서 다음과 같이 실시한 바 있다.

“어떤 단체가 공무원의 직무위반행위에 대해 국가배상법적 의미에 있어(기본법 제34조에서 말하는 “jemand”) 책임을 지는가 하는 문제는 과실행위를 범한

31) Wolfgang Rübner, in: Erichsen, AllgVerwR, 10.A., § 48 Rn.9; Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4.Aufl., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, § 9, S.93-96; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25 Rn.42, S.630-631.

32) BGHZ 53, 217, 218f.; 99, 326, 330.

33) Bender, Staatshaftungsrecht, 2.Aufl., 1974, Rn.701.

34) Glaser, in: Soergel/Siebert, BGB, § 839 Rn.149(Stand: 1985).

35) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn.42, S.631.

공무원을 임용한 공공단체(Anstellungskörperschaft)를 배상책임의 주체로 보는 이른바 任用說이나 개별사안에 있어 공무원이 어떤 직무를 수행했는가에 따라 배상책임의 주체를 결정하는 機能說 어느 입장에 의해서도 대답될 수 없다. 제국법원(RG) 역시, 비록 그 입장이 반드시 분명한 것은 아니었을지라도, — 일반적으로 설명되는 바와 같이 — 공무원법상의 공무원과 공공단체와 근무관계(Dienstverhältnis)를 맺고 있지 않은 직원 및 공무담당자의 경우에 있어 기능설을 따르지 않았으며, 이는 Schröer, JZ 1952, 129ff.에서의 상세한 논의를 통해서도 드러나는 바이다. 물론 BGHZ 2, 350/51; BGHZ 5, 215 등과 같은 종전의 판례에서 당원이 앞에서 제시된 확설들을 언급한 것은 사실이다. 그러나 당 재판부는 오래전부터 — 그리고 전체적으로 보아 제국법원의 판례와 합치하여 — 공무원의 직무위반행위에 대한 배상책임의 주체에 관한 문제를 누가 당해 직무를 그것을 수행하는 과정에서 위법을 저지른 직무담당자에게 위임했는가, 다시말해서, 직무위반행위가 발생하게 된 사무를 당해 직무담당자에게 委託했는가에 따라 결정해 왔다.”

연방대법원은 최근의 판결들을 통하여 여전히 불분명한 부분을 가지고 있었던 종래의 이론적 단서를 보다 상세히 구체화하고 있다.

“기본법 제34조에 따라 책임은 원칙적으로 직무에 위반하여 행위한 직무담당자가 복무하는 공공단체에 귀속된다. 이 규정은 배상책임을 지는 선임감독자(Dienstherr)의 문제를 어느 공공단체가 당해 직무를 수행한 공무원에게 위법행위가 발생하게 된 직무를 위임했는가, 다시말해서 직무위반행위가 발생하게 된 사무를 당해 공무원에게 委託했는가에 따라 결정한다는 취지로 해석하는 것이 당 재판부의 확립된 판례였다. 따라서 원칙적으로는 그러한 직무담당자를 임용했고 그것을 통해 직무행사의 가능성을 열어준 공공단체가 책임을 지게 된다. 이에 반하여 직무위반행위가 저질러진 구체적인 사무가 그 소속 공동단체의 사무범위에 속하는지 여부는 원칙적으로 문제가 되지 않는다.(인용). 오로지 그 소속주체인 행정주체가 존재하지 아니하거나 복수의 행정주체가 존재하기 때문에 당해 공무원의 소속상의 연관성이 부정되는 경우에 한하여 누가 그 수행중 잘못을 저지르게 된 사무를 당해 직무담당자에게 위임했는지에 따라 배상책임의 주체를 결정할 수 있을 뿐이다.”³⁶⁾

이로부터 우리는 대다수의 경우 당해 직무담당자에게 수행해야 할 직무를 委任 또는 委託한 공공단체가 배상책임의 주체가 되기 때문에 원칙적으로 당해 공무원을 임용한 공공단체가 배상책임의 법적 주체로 고려된다는 것을 확인할 수 있다.

36) BGHZ 99, 326(330) = NJW 1987, 2737.

이로부터 원칙적으로 선임·감독능력(Dienstherrnfähigkeit)을 갖춘 공공단체만이 배상책임자가 된다는 결론이 도출된다.³⁷⁾ 예컨대 대학교수의 위법행위에 대해서는 대학이 아니라 그 임용자인 주(Land)가 배상책임을 진다는 결과가 된다.³⁸⁾ 다만 어떤 경우에 당해 공무원의 소속상의 연관성이 부정되는 경우에 한하여 누가 당해 직무담당자에게 구체적인 사무를 위임했는가 문제되어야 할 뿐이다. 따라서 공무원을 임용한 공공단체를 기준으로 한 배상책임의 주체를 정하는 원칙에 대하여는 다음과 같은 세가지 예외가 인정되고 있다.³⁹⁾

① 복수의 선임감독자가 있는 경우(Amtsträger mit mehreren Dienstherren)

가령 이중적 지위를 가진 공무원의 경우(Oberkreisdirektor gem. §§ 37, 47 KrO NW; Landrat gem. 40 LKO RhPf), 다른 임용자를 위한 직무에 종사하는 겸직공무원 또는 선출직 공무원이 이에 해당한다. 그러나 이 경우와 공무원이 두가지 상이한 사무분야에서 활동하기는 하지만 하나의 공공단체에 의하여 임용된 경우와는 구별되어야 한다. 그 예로는 지방자치법상 국가사무와 지방사무가 혼재되어 있는 경우를 들 수 있다. 이 경우 당해 지방자치단체에 속하는 직원의 위법행위에 대하여는 그가 국가위임사무(staatliche Auftragsangelegenheit)를 수행하는 경우에도 당해 지방자치단체가 배상책임을 지게 된다.⁴⁰⁾

한편 법률에 특별한 규정이 있는 때에는 당해 공무원을 임용한 공공단체가 아니라 당해 공무원이 누구의 이익을 위하여 활동했는가에 따라 배상책임의 주체가 결정되는 경우도 있다.⁴¹⁾ 가령 Landkreis의 공무원이 국가사무를 수행한 이상 그를 임용한 Landkreis가 아니라 국가가 배상책임을 지는 경우도 적지 않다고 한다.

② 임용권자인 공공단체가 없는 경우(Amtsträger ohne Anstellungskörperschaft)

37) Papier, in: MünchKomm, BGB, 2.Aufl., § 839 Rn.311, Jakobs, Staatshaftungsrecht, 1982, Rn.220; Bender, Rn.707. 그렇지만 행정주체가 될 수 있는 능력은 배상책임의 주체가 되기 위한 전제조건이 아니라는 판례가 있다(BGH, Urt.v.31.1.1991 — III ZR 184/89).

38) BGHZ 77, 11(15) = NJW 1980, 1513(1514); BayOLG, NJW 1969, 846.

39) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 9, S.93-96을 참조.

40) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 9, S.95; BGH, DÖV 1981, 383(이에 대한 반론으로는 Bickel, DÖV 1981, 585); BGHZ 87, 202(204); 99, 326(330)(이에 대한 반론으로는 Bickel, DÖV 1984, 890(도로교통허가); BGHZ 91, 243(251); BGH, UPR 1986, 261(262); 그 밖에 Grünberg, Die Haftung für Amtspflichtverletzungen gegenüber Dritten bei Zusammenarbeit von Leistungsträgern gemäß § § 88ff. SGB X, NVwZ 1990, 621ff.를 참조.

여기에는 가령 기술감독협회(TÜV), 중재인(Schiedsmänner), 위원회의 위원(예: 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 건축가회의소의 등록위원회의 위원) 등과 같은 공무수탁사인(Beliehene)과 행정보조인(Verwaltungshelfer)이 해당한다. 이 경우 국가배상청구권의 상대방이 되는 것은 이들에게 달성해야 할 사무를 위임한 공공단체들이다.

③ 상급행정청의 지시에 따라 행위한 경우(Weisungen bergeordneter Behörden) 위법한 지시에 따라 행동한 경우 배상책임은 지는 것은 그 지시에 따라 행동한 공무원이 속하는 공공단체가 아니라 그 지시를 발한 공무원이 속하는 공공단체라는 것이 판례의 태도이다.

(3) 일본

일본의 경우 국가배상법 제 3 조가 우리나라 국가배상법 제 6 조와 대동소이한 내용을 규정하고 있음은 이미 앞에서 본 바와 같다. 이 경우 궁극적 배상책임은 지는 자가 누구인가에 관하여도 우리나라의 경우와 마찬가지로의 문제가 제기된다. 野宏教授에 따르면, 국가, 지방공공단체는 각자 독립하여 법인격을 가지는 것이므로 각자의 사무를 각각 고유한 기관에 의하여 각각 자기의 재원으로 수행하는 한도내에서는 손해배상의 책임자가 명확하지만, 국가와 지방공공단체는 사무의 수행 및 비용부담에 있어 다양한 관계에 서게 되므로 구체적인 경우 국가 또는 지방공공단체중 누가 손해배상의 책임주체가 되는지가 문제된다고 한다. 예컨대 국가배상법 제 1 조 적용사안에 있어 국가의 사무를 지방공공단체의 기관(知事, 市町村長)이 행사하는 기관위임사무에 관하여는 사무의 귀속주체에 着目한다면 국가가 책임주체가 되지만, 당해 공무원의 신분상의 귀속주체에 착목한다면 지방공공단체가 책임을 부담하게 된다는 것이다. 그 경우 비용의 부담관계로부터 본다면 知事등의 급여는 지방공공단체가 부담하는 것이고 당해사무에 요하는 비용에 관해서도 지방공공단체가 부담하는 것이 원칙이다(일본 地方財政法 제 9 조. 단 국가가 경비의 전부 또는 일부를 부담하도록 되어 있는 사무도 많다. 지방재정법 제10조 이하를 참조). 이 비용부담관계를 국가배상법의 책임주체와의 관계에서 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 또한 영조물에 있어서도 복잡한 관계를 띠는

41) Wolfgang Rüfner, in: Erichsen, AllgVerwR, 10.A., 48 Rn.10.

42) 가령 바이에른주나 바덴뷔르템베르크 Landkreisordnung(Art.35 Abs.3, 37 Abs.5 BayLKrO: § 56 Abs.2 LKrO BW)이나 쉘레스비히-홀슈타인(Schleswig-Holstein)의 1971년 2월 25일 일반하급행정기관설치법(§ 6) 등이 그 예이다.

경우가 있는데, 예컨대 일반국도에 관하여 본다면, 신설 또는 개축은 원칙적으로 건설대신이 행하며 그의 유지, 수선 기타 관리는 정령에서 지정하는 구간(지정구간)은 건설대신이 행하지만 그 밖의 부분의 관리는 都道府縣知事(이 경우 知事が 국가의 기관으로서의 지위를 점한다)가 행하도록 되어 있어(도로법 제12조·제13조), 그 비용은 국도의 유지수선에 관하여는 지정구간에 관하여는 국가와 都道府縣이 2분의 1씩을 부담하고 지정구간외에는 都道府縣이 부담하는 것으로 되어 있다고 한다(제50조 제2항). 그러나 가령 지정구간내에서 사고가 발생한 때에 피해자로서는 국가와 都道府縣중 어느 쪽을 피고로 해야 할 것인지, 또한 지정구간 외에서는 국가는 비용부담을 하지 않는 것인지가 문제로 된다는 것이다.⁴³⁾

이 문제는 명치헌법하에서 특히 도로 및 소학교등의 영조물의 설치·관리주체(국가)와 비용부담단체(지방공공단체)가 나누어져 있는, 이른바 官營公費事業을 둘러싸고 다투어져 왔으나, 국가배상법 제정시 논의의 대상이 되었다고 한다. 이에 관하여 결국 국가배상법은 제1조 및 제2조에서 국가배상청구권의 성립요건을 정하고 제3조 제1항에서 피해자와의 관계에 있어서 배상의무자의 범위에 관하여 규정하고 아울러 제3조 제2항에서 내부적 구상관계에 언급하는 방식을 취했을 뿐 궁극적 배상책임자가 누구인지는 명시하지 않았다. 물론 제3조의 취지가 복잡한 공공단체간의 관계에 따르는 피고의 선택에 관하여 피해자에게 부담을 주게 되는 것을 피하기 위한 것이라는 데에는 異論이 없다. 요컨대, 일본에 있어 궁극적 배상책임자 문제에 대한 해결은 다음과 같이 정리될 수 있다.⁴⁴⁾

① 사무의 집행이 당해 단체의 고유한 기관에 의하여 자기완결적으로 이루어지는 때에는 국가배상법은 특단의 정함이 없는 한 국가배상법 제1조 및 제2조에 의하여 배상책임주체도 정해진다는 체제를 취하고 있다. 공권력의 위법한 행사에 의한 손해배상에 관하여는 당해 사무의 귀속주체이자 당해 공무원의 신분상의 귀속주체이며 또한 비용의 부담자인 공공단체가 책임주체로 된다.⁴⁵⁾ 또한 영조물의 설치·관리에 관한 하자로 인한 손해배상에 관하여는 영조물의 설치·관리의 주체이며, 비용부담자인 공공단체가 책임주체가 된다.

② 그러나 많은 경우 국가와 지방공공단체는 보다 복잡한 관계에 서 있다. 이

43) 塩野宏, 『行政法 II』, 1992, 267-268.

44) 이하 塩野宏, 『行政法 II』, 1992, 267이하를 참조.

45) 都道府縣경찰의 경찰관이 행하는 교통범죄의 수사는 都道府縣의 사무에 해당해는 것으로서 국가의 배상책임을 부정한 최고재판소의 판결이 있다(最判昭和五四·七·一〇民集三三卷五 四八一, 行政法判例一〇六事件参照).

러한 경우에 피고로 되어야 할 책임주체의 범위를 정한 것이 국가배상법 제 3 조 제 1 항의 규정이다. 동항에서 말하는 공무원을 선임 또는 감독하는 자와 공무원의 봉급급여를 부담하는 자가 다른 경우에 전형적으로 해당하는 경우에는 공립소학교원(任免은 市町村의 교육위원회의 내신을 기다려 都道府縣교육위원회가 행하지만 복무의 감독은 市町村의 교육위원회가 행한다. 지방교육행정의조직및운영에 관한법을 제37조·제38조·제43조. 이에 대하여 급여는 都道府縣이 부담하고 국가도 그 실지출액의 이분의 일을 부담한다. 市町村立學校直員給與負擔法 제 1 조, 의무교육비국고부담 법 제 2 조), 마약취체원(선임감독은 都道府縣知事, 비용은 전액 국고부담이다. 마약및향정신성약취체법 제54조 제 4 항 제 5 항·제59조의 2) 이 있다고 한다.

③ 또한 국가의 영조물인 一般國道の 경우, 국도의 설치관리자는 국가지만, 비용의 일부를 부담시키고 있는 都道府縣에 대해서도 피해자는 손해배상을 청구할 수 있다(이 경우 都道府縣知事도 국가의 기관으로서 국도의 관리의 일부를 담당하지만 설치·관리의 법적 주체가 국가인 것에는 변함이 없다). 마찬가지로 예를 하천법적용하천에서도 볼 수 있다고 한다(하천법 제 9 조·제10조·제59조—제62조).

④ 국가배상법 제 1 조가 적용되게 되는 사건에서 기관위임에 따라 행해진 조치에 대한 책임은 국가배상법의 조문상 반드시 명확하지는 않다. 다만, 공무원의 선임·감독과 봉급 기타 비용이 대비되고 있다는 점, 그 감독에는 기관위임사무에 있어서 주무대신의 지휘감독권(지방자치법 제150조)도 포함된다고 해석된다는 점에서 피해자는 비용부담자로서의 지방공공단체와 감독자로서의 국가 어느 쪽을 피고로 해도 무방하다는 결론에 있어서는 전혀 異論이 없다고 한다.

⑤ 일본의 국가배상법은 사업의 주체와 비용의 부담자가 다른 경우등에 관하여 구제의 편의라는 관점에서 피해자에 대한 관계에서 배상책임주체의 범위를 넓히고 있지만, 누가 최종적으로 손해배상의 비용을 부담하는가 하는 문제가 있다. 이에 관하여는 이미 명치헌법시대에서도 손해배상의무는 경제적 부담에 불과하다는 것을 이유로 사업의 비용부담자가 손해배상책임자라는 견해가 있었지만,⁴⁶⁾ 국가배상법은 이를 입법적으로 해결하지 않고 단지 내부에 있어서 구상관계가 존재하는 것만에 관하여 규정하고 있다(제 3 조 제 2 항). 여기서 내부 관계에서의 구

46) 美濃部達吉, 『日本行政法上卷』, 354. 아직 당시에는 국가배상법 제 1 조 내지 제 3 조의 기초가 정해지지 않았기 때문에 최종적 비용부담자와 손해배상소송의

상권의 범위는 해석론상의 문제로 남게된 것이다. 이에 관하여는 관리책임의 주체가 최종의 부담자라고 보는 管理者說, 기관위임사무의 경우를 고려하여 손해발생의 기여도에 따라 부담자를 정해야 한다고 보는 寄與度說, 당해사무의 비용을 부담하는 자가 손해배상에 관해서도 최종적인 책임자가 된다고 본다는 費用負擔者說이 대립하고 있다.⁴⁷⁾ 管理者說, 寄與度說에서는 구체적인 경우에 복수의 배상책임자들간의 관계 등을 판정하기 곤란한 점이 있고(특히 기관위임사무의 경우), 이 문제는 종종 관리주체와 비용부담주체가 나누어져 있는 국가·지방 공통의 行財政시스템을 취하는 데서 생기는 것이므로 여기에 국가배상법상의 고유한 책임의 소재의 문제를 결부시킬 필연적인 이유가 없다는 것, 손해배상비용도 부담해야 할 비용부담으로 보아야 한다는 점 등에 비추어 볼 때 비용부담자설이 타당하다고 한다.⁴⁸⁾ 이 경우 피해자(외부)에 대한 책임관계는 전적으로 국가배상법 제3조가 정하는 바에 따른다고 볼 것인가 제3조에 의하여 책임주체로 되는 것은 비용부담자 뿐이라는 점이 이론상 문제로 남게 되는데, 종전의 이론으로는 본래적 책임자와 피해자의 관계에서 피고가 되어야 할 자가 중복되어 있다는 점, 국가배상법 제3조의 원안이 비용부담자만을 책임자로서 보았다는 점을 고려할 때 前說이 타당하다는 것이다.⁴⁹⁾ 확실히 완성된 조문으로서 국가배상법 제2조 및 제3조의 규정취지로 본다면 피해자와의 관계에서는 영조물의 설치·관리의 주체가 우선 제2조에서 배상책임을 지며, 비용부담자는 제3조 제1항에 의하여 책임을 부담하는 것으로 보는 것이 더욱 솔직한 것이라 하겠지만,⁵⁰⁾ 그렇게 볼 경우 제1항에서 손해배상을 하는 비용부담자만이 구상권을 가진다고 보게 되므로 이는 입법의 경위에 반한다는 것이다.⁵¹⁾

피고는 일치하는 것으로 논의되고 있었다(塩野宏, 같은 곳).

47) 阿部, 『國家補償法』, 64.

48) 法制意見, 昭和四四·九·二五·前田正道編·法制意見百選(1986), 二六六이하는 손해배상비용은 손해배상에 필요한 비용이 영조물의 소극적인 설치·관리에 요하는 비용으로서의 성격을 가지는 것으로 하여 비용부담설의 입장에 서있다. 별로 재판례도 없기 때문에 현재의 실무는 이에 따라 운영되고 있다고 한다(塩野宏, 같은 곳, 270).

49) 古崎慶長, 『國家賠償法』, 232이하.

50) 이러한 사고방식을 취하는 것으로서 最判昭和四五·八·二〇民集二四卷九 126, 法制意見昭和二三·九·一五·前田正道編·法制意見百選(1986), 二六六 이하, 阿部, 國家補償法 五四이하가 있다.

일본의 경우 궁극적 배상책임자를 비용부담자로 보는 다수설(비용부담자설)에 있어 비용부담자에 형식적 비용부담자가 포함되는지, 다시말해 대외적으로 경비를 지출하는데 불과한 형식적 비용부담자를 궁극적 배상책임자로 보는 것인지는 분명하지 않다. 이 문제는 국가배상법 제3조 제1항의 비용부담자에 당연히 형식적 비용부담자가 포함된다고 보는 다수설과 판례에 따른 경우 그 형식적 비용부담자가 궁극적으로 배상책임을 지는 것이냐 아니면 선택적 청구에 따라 배상책임을 지지만 동조 제2항에 의하여 실질적 배상책임자에게 구상할 수 있으므로, 실질적으로는 배상책임을 지지 않는 결과가 되는 것으로 보느냐 하는 문제와 연관되어 있다. 일본의 경우 비용부담자설은 後者의 해석에 입각하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 동조 제2항이 “前項의 경우에 있어서 따로 손해의 원인에 관하여 책임을 져야 할 자가 있는 경우에는”이라고 규정한 것을 궁극적 배상책임자로 이해하는한, 그리고 동설이 궁극적 배상책임자를 ‘비용부담자’라고 보는 이상, 형식적 비용부담자로부터 구상을 당하게 된 소이는 바로 실질적 비용부담책임에 있다고 볼 수 밖에 없기 때문이다. 또한 종래 비용부담자설을 주장한 학설(美濃夫學說)에서 국가배상법 제3조 제1항의 비용부담자를 형식적 비용부담자만을 의미하는 것으로 파악했던 것⁵²⁾도 궁극적 배상책임자를 실질적 비용부담자로 본 데 따른 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 일본 국가배상법 제3조 제1항에 의하여 관리책임자와 함께 배상책임을 지는 형식적 비용부담자는, 물론 다른 공공단체와 함께 비용을 부담하는 등 특별한 사정이 없는 한, 실은 피해자에 대한 관계에서만 배상책임을 진다는 결과가 된다. 즉 제3조 제1항은 형식적 비용부담자에게 중국적인 배상책임을 귀속시키는 규정은 아니라는 것이 된다.

한편 현실적으로는 국가와 지방공공단체의 쌍방이 비용을 부담하는 경우가 많고, 실제상으로는 손해배상의 負擔比率(割合)의 형태로 문제되고 있으며, 그 비율이 법률상 정해져 있는 때에는 물론 그에 따르지만,⁵³⁾ 그렇지 않은 경우에는 도로법, 하천법등이 정하는 비용부담의 비율에 의하는 것으로 이해되고 있다고 한다.⁵⁴⁾

(4) 評價

일본이나 우리나라의 국가배상법은 배상책임의 주체에 관하여 입법적 수준에서

51) 田中二郎, 「國家賠償法について」 田中・行政上の損害賠償及び損失補償, 163.

52) 秋山義昭, “賠償責任と費用負擔者”, 186.

53) 식품위생법 제26조 제6호 참조. 다만 동조는 현재 효력이 정지되어 있는 것으로 해석되고 있다. 厚生省環境衛生局食品衛生課法令研究會編・早わり食品衛生法(日本食品衛生協會刊・1979), 179을 참조.

결정을 내리지 않고 이를 학설에 맡기는 태도를 취했다. 그 이유는 궁극적인 배상책임의 주체가 누구인가 하는 문제에 관한 이론적 불확실성에 따른 부담을 피해자에게 부과하는 것이 온당치 않으므로 그 한도내에서 피해자의 권리구제상의 편의를 배려하려는 데 그 입법취지가 있는 것으로 생각된다. 이러한 입법태도는 물론 위법한 직무행위로 인하여 권리를 침해당한 피해자의 권리구제라는 국가배상법의 궁극적 취지에 비추어 볼 때 매우 온당한 것으로 평가될 수 있다. 그러나 피해자의 권리구제상의 편의를 우선적으로 배려한다는 입법정책적 고려의 결과 선택적으로 배상책임을 지게 되는 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자중 누가 국가배상법 제6조 제2항에서 말하는 '그 손해를 배상할 책임이 있는 자'인가 하는 것이 미해결의 문제로 남게 되었다. 따라서 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 다른 경우 이들간의 구상관계, 즉 배상책임의 부담관계에 관한 분쟁이 발생할 경우 이를 해석론을 통하여 밝혀야 하는 문제가 생기는 것이다. 반면 프랑스의 경우 법률에 명문의 규정은 없지만 궁극적인 배상책임자 및 복수의 배상책임자간의 구상관계는 법원의 판단에 맡겨져 있으나, 별도로 비용부담자로서의 책임을 인정하고 있지는 않으며, 비용부담자로서의 배상책임을 별도로 인정하지 않는다는 것은 독일의 경우에도(이 경우 우리나라 국가배상법 제2조 적용대상에 관한 것이지만) 마찬가지이다. 이는 결국 실질적인 배상책임자와 비용부담자가 원칙적으로 일치하며, 또 비용부담이라는 계기가 반드시 배상책임의 귀속과 일치하는 것은 아니기 때문에 이를 별도로 규율할 필요가 없다는 데 그 배경이 있는 것이 아닌가 생각된다. 한편 독일의 경우 직무담당자에게 그 수행할 직무를 委任 또는 委託한 공공단체, 즉 원칙적으로 당해 공무원을 임용한 공공단체를 배상책임의 주체로 보는 것이 원칙이지만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 따라 예외가 인정되고 있다는 점을 눈여겨 볼 필요가 있다. 아무튼 독일과 프랑스의 경우 궁극적 배상책임자가 누구인가를 판단함에 있어 비용부담의 계기를 별도로 고려하고 있지 않다는 점은 관리책임과 비용부담책임이 다른 경우 비용부담에는 손해배상책임에 따른 비용이 포함되는 것으로 보아 후자에 착안하여 궁극적 배상책임자를 정하려는 일본의 다수설과는 뚜렷이 구별되는 점으로 주목할 필요가 있다.

54) 同旨, 古崎慶長, 『國家賠償法』, 238.

IV. 結論的 考察

1. 國家賠償法 第 6 條의 解釋

국가배상법 제 6 조 제 1 항은 배상책임이 발생하게 된 계기가 된 사무의 관리책임 을 지는 자와 비용을 부담하는 자가 다를 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그렇다면 공적 사무의 비용부담자를 결정해주는 기준은 무엇인가? 일반적으로 공적 사무의 관리책임자는 원칙적으로 그 사무에 소요되는 비용을 부담하는 것이 원칙이다. 이 점은 누구도 부인하지 않는다. 또한 법률에 이에 관하여 명시적인 규정이 있는 경우에는 그에 따라 관리책임자 이외의 자도 비용을 부담할 수 있음 은 물론이다. 그러나 법률에 명시적인 규정이 없는 경우 그러한 원칙이 어디까지 타당할 것인가는 불분명하다. 국가배상법 제 6 조 제 1 항에 관하여는 배상책임의 주체는 원칙적으로 관리책임자임을 전제로 피해자의 피고선택의 리스크를 완화하기 위하여 비용부담자에게도 배상청구를 할 수 있도록 특칙을 둔 것이라는 해석 과 배상책임의 주체에 관하여는 입법적으로 결정하지 아니하고 이와는 무관하게 피해자의 피고선택의 리스크를 완화하기 위하여 비용부담자에게도 배상청구를 할 수 있도록 특칙을 둔 것이라는 해석이 있을 수 있다. 반면 같은 조 제 2 항의 “그 손해를 배상할 책임이 있는 자”의 의미는 궁극적·본래적 배상책임자, 즉 누구든지 내부관계에서의 책임분배에 있어 구상책임 을 지는 자라고 보는데 異論이 없다. 국가배상법 제 6 조의 제 1 항과 제 2 항은 배상책임의 주체에 관한 논란의 여지를 전제로 피해자에게 피고선택의 리스크를 완화해 주려는 행정구제법정책적 취지에 따라 이를 통합적으로 해석하지 않으면 안된다. 이러한 관점에서 볼 때 국가배상법 제 6 조는 다음과 같이 해석하는 것이 타당하다: 제 1 항은 배상책임자 는 관리책임자라는 원칙을 전제로 관리책임자가 아닌 비용부담자에 대해서도 배 상책임 을 물을 수 있도록 한 것으로서, 여기서 말하는 비용부담자에는 실질적 비 용부담자 뿐만 아니라 대외적으로 경비를 지출하는 형식적 비용부담자도 포함된 다. 제 2 항은 비용부담자가 배상을 한 경우 그가 실질적으로 배상책임 을 지지 않 거나 자기의 책임부분을 넘는 부분까지 책임을 부담한 경우 이를 구상할 수 있도 록 한 것이라고 볼 수 있다. 물론 이 경우 제 1 항에서 손해배상을 하는 비용부담 자만이 구상권을 가진다고 하게 되는 문제가 있으나 반드시 그렇게 볼 것만은 아 니다. 왜냐하면 비용부담자가 순전히 비용만을 부담하는 것이 아니라 일부 관리

책임을 부담하는 경우도 있을 수 있고, 또한 그가 형식적 비용부담자인 경우에도 실질적 비용부담자와 비용을 분담하는 관계에 있는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 즉, 前者의 경우, 관리책임자가 배상책임을 졌다면, 그는 비용부담자에 대하여 그가 부담하는 관리책임의 부분에 해당하는 배상책임액(이를 어떻게 산정할 것인가는 별론이다)을 구상할 수 있어야 하며, 後者の 경우 형식적 비용부담자가 배상책임을 졌다면 자기의 부담부분을 초과하는 부분에 대하여 이를 실질적 비용부담에게 구상할 수 있어야 하고, 반대로 실질적 비용부담자가 배상책임을 졌다면 그 역시 자기의 부담부분을 넘는 부분에 대하여 형식적 비용부담자에게 구상할 수 있어야 하기 때문이다. 이렇게 본다면 국가배상법 제6조 제2항의 규정은 궁극적 배상책임자가 누구든 또는 복수의 배상책임자의 부담비율이 어떠한간에 자기의 부담비율을 넘는 부분에 대하여 같은 조 제1항에 의하여 배상책임을 진 자에게 구상권을 인정함으로써 배상책임의 적정한 배분을 기하려는 취지에서 규정된 것이라고 보게 된다.

반대로 우리 국가배상법 제6조의 본보기가 된 일본 국가배상법 제3조의 입법 배경에 비추어 제1항을 비용부담자가 본래적 배상책임자임을 전제로 관리책임자와 비용부담자가 불일치하는 경우 후자에 대해서도 책임이 인정된다는 것을 명시한 것으로 보고, 제2항을 비용부담비율에 따른 구상관계를 규정한 것으로 보는 해석도 불가능하지는 않다. 그러나 일본의 경우 문제를 학설·판례의 발전에 맡겼을 뿐 당초 원안이었던 비용부담자설을 입법수준에서 채용한 것은 아니며, 또 일본에서의 학설·판례의 주류가 비용부담자설이었다는 점을 고려할 때, 우리의 경우 반드시 일본의 예를 따라야 하는 것이라고는 볼 수 없다. 오히려 궁극적 배상책임자에 관한 한 국가배상법 자체는 해석론적 개방성을 지닌 것으로 보아야 할 것이며, 따라서 국가배상책임의 귀속주체 일반론의 입장에서 문제를 해결하는 것이 타당하다고 본다. 그러면 궁극적 배상책임자를 누구로 보느냐에 따라 국가배상법 제6조 제1항의 비용부담자의 의미, 구상관계, 실질적 결과 등이 어떻게 달라지는지를 검토해 볼 필요가 있다.

2. 國家賠償法上 窮極的 賠償責任者에 관한 學說의 比較

앞서의 논의를 바탕으로 국가배상법상 궁극적 배상책임자를 누구로 보느냐에 따라 제6조 제1항의 비용부담자의 의미, 구상관계, 피해자 권리구제의 편의 등이 어떻게 달라지는지를 검토하면 다음의 표에서 보는 바와 같다.

〈표 1〉

공극적 배상책 임자	국가배상법 제 6 조 제 1 항 소장의비용부담자	1차적으로 배상책임을 지게 된 자	구상관계	국가배상법 제 6 조 제 2 항의 해석 문제	피해자 권리구제의 편의
관 리 책 임 자 설	형식적 비용 부담자설	형식적 비용 부담자	형식적 비용 부담자 → 관리책임자	관리책임자와 실질적 비용부담 자가 다른 경우에는 실질적 비 용부담자가 면책되는 결과가 됨	제 6 조 제 1 항의 취지에 부 합되나, 관리책임자와 실질 적 비용부담자가 다른 경우 에는 실질적 비용부담자 구 상책임을 면하게 될 가능성 이 있음.
		관리책임자	구상불필요 또는 자기 부담비율초과 부분에 대한 구상	이 경우 제 6 조 제 2 항은 부담 비율 초과배상의 경우에만 적 용	
법 합 설	실질적 비용 부담자설	실질적 비용 부담자	실질적 비용 부담자 → 관리책임자	관리책임자와 비용부담자가 원 칙적으로 일치하는 한도에서, 제 6 조 제 2 항은 실질적으로 무의미하게 됨	실질적 비용부담자가 누구인 지 정확히 알기 어려워 피고 선택의 Risk를 회피하기 위 해 관리책임자에게 제소하게 됨으로써 제 6 조 제 1 항의 입법취지가 몰락되는 결과가 됨
		관리책임자	원칙적으로 구상문제 불발생	원칙적으로 제 6 조 제 2 항은 무의미하게 됨	
	법합설	형식적 비용 부담자	형식적 비용 부담자 → 관리책임자등 부담비율 초과 부분 부담자	관리책임자와 실질적 비용부담 자가 다른 경우 실질적 비용부 담자도 그 부담비율에 따라 구	제 6 조 제 1 항의 입법취지를 최대한으로 살릴 수 있음 피 해자의 선택 또는 제 1 차적

〈표 1〉

중극적 배상책 임자	국가배상법 제 6 조 제 1 항 소정의비용부담자	1차적으로 배상책임을 지게 된 자	구상관계	국가배상법 제 6 조 제 2 항의 해석 문제	피해자 권리구제의 편의
				상책임을 질수 있음	배상자에 따라 구상관계가 복잡해질 가능성이 있음
		실질적 비용 부담자		관리책임자와 비용부담자가 원 칙적으로 일치하는 이상, 제 6 조 제 2 항은 실질적으로 무의 미하게 됨	
	관리책임자			이 경우 제 6 조 제 2 항은 부담비 율 초과 배상의 경우에만 적용	

〈표 2〉

공공적 배상책 임자	국가배상법 제6조 제1항 소정 의 비용부담자	1차적으로 배상책임을 지게 된 자	구상관계	국가배상법 제6조 제2항의 해석 문제	피해자 권리구제의 면의
비 용 부 담 자 실	형식적 비용 부담자실	형식적 비용 부담자	형식적 비용 부담자 → 실질적 비용 부담자	제6조 제2항은 형식적 비용부담 자와 실질적 비용부담자 간의 구 상관계에 관한 규정으로 이해됨	제6조 제1항 및 제2 항 구상규정의 조화여 부가 문제
	실질적 비용 부담자실	관리책임자	관리 책임자 → 실질적 비용부담자	관리책임자와 비용부담자가 원칙 적으로 일치하는 이상, 제6조 제2항은 사실상 무의미하게 됨	
	실질적 비용 부담자실	실질적 비용 부담자	구상불필요	제6조 제2항은 별 의미가 없 게 됨	제6조 제1항의 입법취 지에 반하며, 제6조 제 2항의 구상규정을 둔 취지도 살릴 수 없음
	관리책임자	관리책임자	원칙적으로 구상문제 불발생	관리책임자와 비용부담자가 원 칙적으로 일치하는 한도에서 제 6조 제2항은 사실상 무의미하 게 됨	
	형식적 비용 부담자	형식적 비용 부담자	형식적 비용 부담자 → 실질적 비용 부담자	제6조 제2항은 형식적 비용부 담자와 실질적 비용부담자 간의 구상관계를 규율하는 것으로 이 해됨	제6조 제1항의 입법취 지는 살릴 수 있으나, 관리 책임자와 비용부담 자가 불일치하는 경우 문제점을 남김
	병합실	실질적 비용 부담자	구상문제 불발생	제6조 제2항은 사실상 무의미 하게 됨	

위 <표 1>과 <표 2>는 각각 궁극적 배상책임자를 누구로 보느냐에 따라 국가배상법 제 6 조 제 1 항의 비용부담자의 의미에 관한 학설, 구상관계 등이 달라짐을 보여준다. 그러나 이를 통하여 제 6 조 제 1 항의 비용부담자를 병합설로 이해하는 한 관리책임자설과 비용부담자설 어느 견해를 취한다고 해서 하더라도 근본적인 차이가 생기지는 않는다는 점을 또한 알 수 있다. 국가배상법 제 6 조의 '비용부담자'에 관하여 형식적 비용부담자설 또는 병합설을 취한다고 해서 손해배상의 궁극적 부담자에 관한 비용부담자설을 취할 수 없는 것은 아님은 물론이다. 그러나 궁극적 배상책임자에 관하여 비용부담자설에 입각하면서 실질적 비용부담자설을 취할 여지는 거의 없는데 비하여 병합설을 취할 경우 그것이 국가배상법 제 6 조 제 1 항의 비용부담자에 실질적 비용부담자를 포함시키는 한도에서 제 6 조 제 2 항의 의미가 감소된다는 문제가 있다. 또한 어느 경우든 비용부담자설을 취한다면, 제 6 조 제 2 항에 의한 구상책임을 실질적 비용부담자에게 귀속시키는 결과 관리책임자와 실질적 비용부담자가 다를 경우 前者가 국가배상법 제 6 조 제 2 항에 의한 구상책임을 면하게 되거나 자신이 제 6 조 제 1 항에 의하여 배상책임을 진 경우 오히려 같은 조에 의하여 실질적 비용부담자에게 구상함으로써 배상책임을 면하게 될 가능성이 있다. 반면 관리책임자설에 서면서 병합설을 취할 경우 국가배상법 제 6 조 제 2 항의 규정에 의하면 구상의 상대방이 될 수 있는 자가 관리책임자와 실질적 비용부담자로 넓어진다는 장점이 있으며, 형식적 비용부담자설을 취할 경우에는 관리책임자와 실질적 비용부담자가 다를 경우 後者が 구상책임을 면하게 될 가능성이 있다는 문제가 있다. 이렇게 볼 때 관리책임자설과 병합설의 짝이 피해자의 권리구제상의 편의나 구상을 통한 합리적인 배상책임의 조정을 기할 수 있는 방안이며, 또한 앞서 본 바와 같이 국가배상법 제 6 조 제 1 항의 비용부담자에 관하여 병합설을 취할 경우 궁극적 배상책임자는 법률에 특별한 규정이 없는 한 관리책임자라고 보는 것이 국가배상법 제 6 조의 입법취지와 제 1 항 및 제 2 항간의 규정내용상의 균형을 살릴 수 있는 방법이라고 볼 수 있다.

3. 國家賠償法 第 6 條 第 2 項의 解釋上 賠償責任의 內部的 負擔關係

배상책임의 주체는 원칙적으로 당해 사무의 관리책임자이며, 예외적으로 당해 사무의 관리책임자 이외의 자, 가령 국가배상법 제 6 조 제 1 항이 규정하는 바와 같이 비용부담자가 배상책임을 지는 경우도 있을 수 있다. 그렇다면 사무의 관리책임과 비용부담을 결정해주는 기준은 무엇인가가 문제된다. 이 문제에 대한 해

답은 우선 각각의 공공단체에게 관리책임을 귀속시키거나 비용부담관계를 규정하는 실체법에서 찾아야 할 것이다. 가령 기관위임사무의 경우 원칙적으로 국가가 관리책임자로서 책임을 지게 되며 그 경우 국가는 “國家가 스스로 행하여야 할 事務를 地方自治團體 또는 그 機關에 委任하여 수행하는 경우에, 그 소요되는 經費는 國家가 그 전부를 당해 地方自治團體에 교부하여야 한다”는 지방재정법 제18조 제2항의 규정에 따라 실질적 비용부담자로서 책임을 질 수도 있다. 반면 그 경우 수입자인 기관이 속하는 지방자치단체가 국가배상법 제6조 제1항에 의하여 책임을 지게 된 때에는 국가배상법 제6조 제2항에 의하여 국가에 이를 구상할 수 있고, 또 별도로 지방재정법 제18조 제2항에 따라 그 배상책임에 상응하는 교부금의 지급을 청구할 수도 있을 것이다.

그러나 도로법 제56조의 경우처럼 법률이 명문으로 비용부담에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따라 내부적 비용부담관계를 정해야 할 것이다. 이미 앞에서 본 바와 같이 도로법 제22조등에 의한 사무를 기관위임사무라고 보는 이상, 그 비용부담에 관한 동법 제56조의 규정과 기관위임사무에 있어 비용부담에 관한 지방재정법 제18조 제2항의 규정은 상충한다. 지방재정법 제18조 제2항의 규정이 실질적 비용부담에 관한 규정이라는 점에는 이론의 여지가 없으나, 도로법 제56조의 규정을 그에 대한 예외규정으로 볼 것인지에 관하여는 논의의 여지가 없지 않다. 대법원이 줄곧 도로법 제56조의 규정에도 불구하고 동법 제22조 제2항에 의한 사무를 기관위임사무로 보면서 그 관리상의 하자로 인한 국가의 배상책임이 병존함을 인정해 온 점을 고려할 때, 도로법 제56조의 규정이 지방재정법 제18조 제2항의 특별규정이라고 보는 경우에도 그 적용을 전적으로 배제하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 물론 도로법 제22조에 의한 사무를 기관위임사무로 본다고 할지라도 도로법 제56조의 규정은 지방재정법 제18조 제2항의 규정에도 불구하고 존중되어야 할 것이다. 다만, 지방재정법 제18조 제2항에 따라 국가 역시 당해 사무를 기관위임사무로 보는 한도내에서 그 사무의 내용이나 당해 도로관리청이 속하는 지방자치단체와의 관계 여하에 따라 당해 도로관리청과 함께 실질적 비용을 부담하는 관계에 서는 것으로 보아야 할 것이다. 도로법 제56조의 규정과 지방재정법 제18조 제2항의 규정을 조화적으로 해석하기 위해서는 지방재정법 제18조 제2항이 비용의 전부를 교부하도록 하고 있기는 하지만, 이는 국가와 수입자인 기관이 속하는 지방자치단체간의 관계에서만 타당한 실질적 비용부담에 관한 규정으로 보는 것이 타당할 것이다. 지방재정법 제18조 제2항을 실질적 비용부담에 관한 규정으로 보는 이상, 형식적 비용부담자는 당해 사무

를 기관위임방식으로 수입한 기관이 속하는 지방자치단체라는 결과가 될 것인데, 도로법 제56조의 경우, 지방재정법 제18조 제 2 항이 전부교부를 규정하고 있다 할지라도, 도로관리청이 속하는 지방자치단체가 전적으로 형식적인 비용부담책임, 즉 대외적 경비지출책임만 진다고 볼 것인지에 대하여는 의문의 여지가 있다. 즉 도로법 제22조등에 의한 사무를 기관위임사무로 보는 경우에도 도로법 제56조의 취지를 고려하여 당해 관리청이 속하는 지방자치단체에게 비용부담책임이 국가의 기관위임사무에 대한 비용부담책임과 아울러 중첩적·병합적으로 인정된다고 해석할 여지도 없지 않다는 것이다. 다만, 국가와 지방자치단체간에 부담비율 역시 도로법에 특별한 규정은 없지만, 기관위임사무에 관한 국가의 관리책임에 상응하는 선에서 설정되어야 할 것이며 이는 결국 판례를 통하여 보충되어야 할 과제라 할 수 있다.

일반적으로 국가와 지방자치단체의 쌍방이 비용을 부담하도록 되어 있는 경우 궁극적 배상책임 역시 그에 따라 판단하면 될 것이다. 다만, 손해배상의 負擔比率에 관하여는 법률에 명문의 규정이 있는 때에는 그에 따르면 되지만, 그 밖의 경우에는 도로법, 하천법등 각 개별법의 해석을 통하여 확정해야 할 것이며, 이 또한 학설과 판례의 몫이다.

參考文獻

- 姜求哲, 『行政法 I』, 學研社, 1993;
 金南辰, 『行政法 I』, 法文社, 1995;
 朴鈞炳, 『行政法講義(上)』, 博英社, 1996;
 朴海成, “국가배상법 제 6 조 소정의 비용부담자로서의 국가배상의무를 부담하는 자”, 대법원판례해설 22호, 287-297;
 徐元宇, “國家賠償法上の 立法論上の 諸問題”, 『國家賠償制度의 諸問題』, 法務資料 제141집(1991), 5-27;
 洪承勉, “國家와 地方自治團體間的 賠償責任의 分掌關係”, 민사판례 연구 18, 350-391;
 塩野 宏, 『行政法 II』, 有斐閣, 1992;
 阿部泰隆, 『國家補償法』, 有斐閣, 1988;
 高田 敏(編著), 『行政法』, 改訂版, 有斐閣, 1994;
 山内一夫, “費用負擔者”, 『行政判例百選(II)』, 別冊 JURIST 第62號, 287;

- 今村成和, 『國家補償法』, 有斐閣, 1957;
- 古崎慶長, 『國家賠償法』, 有斐閣, 1971;
- 秋山義昭, “賠償責任と費用負擔者” 『行政法の争点』, 1990, 186;
- 成田頼明編, ジュリスト 増刊 『行政法の争点』(新版), 1990;
- Bender, Staatshaftungsrecht, 2.Aufl., 1974;
- Bickel, DÖV 1981, 585; 1984, 890;
- Glaser, in: Soergel/Siebert, BGB, 839 Rn.149(Stand: 1985);
- Grünberg, Die Haftung für Amtspflichtverletzungen gegenüber Dritten bei
Zusammenarbeit von Leistungsträgern gemäß §§ 88ff. SGB X, NVwZ 1990, 621ff.
- Jakobs, Staatshaftungsrecht, 1982, Rn.220;
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl., C.H.Beck, München, 1995;
- Ossenbühl, Fritz, Staatshaftungsrecht, 4.Aufl., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung,
München, 1991;
- Papier, in: MünchKomm, BGB, 2.Aufl., 839;
- Rivero, Jean/Waline, Jean, Droit administratif, Précis Dalloz, 1994;
- Rüfner, Wolfgang, in: Erichsen, AllgVerwR, 10.A., 1995;