

# 직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 손해배상책임\*\*

洪 準 亨\*

〈目 次〉	
I. 序 論	III. 國家賠償責任과 公務員 個人責任 에 관한 比較法的 考察
II. 國家賠償法上 公務員 個人的 責任에 관한 學說과 判例	IV. 國家賠償法上 公務員個人的 責任
	V. 結 論

## 〈요 약〉

이 글은 국가배상책임과는 별도로 피해자가 가해공무원에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 문제, 즉 選擇的 請求權의 문제에 대한 학설과 판례를 검토하여 합당한 해결책을 모색하는데 목표를 두고 있다. 선택적 청구권은 헌법해석의 차원에서 해결되어야 할 문제인 동시에 행정상 권리구제와 공무원의 법적 책임에 관한 정책적 판단을 요하는 문제이다. 종래 대법원은 줄곧 선택적 청구권을 인정해왔으나, 1994년 4월 12일의 판결로써 종래의 판례를 전면적으로 부정했다. 이 판결은 대법원이 판례변경의 절차를 거치지도 않은 채 종전의 판례를 전격적으로 폐기한 것이어서 그것만으로도 적지 않은 비판과 논란을 불러일으켰다. 그러나 이후 대법원은 1996년 2월 15일 전원합의체판결에서 다시금 종래의 판례를 번복했다. 대법원은 공무원의 개인책임이 배제되는 것은 경과실의 경우에 한하며 고의 또는 중과실의 경우에는 공무원의 개인책임이 인정된다고 판시했다. 대법원의 판례변경은 고의·중과실의 경우에 공무원 개인책임을 인정했다는 점에서 긍정적인 평가를 받았으나, 경과실면책의 법적 근거에 관하여는 여전히 이론적 취약성을 안고 있다. 이 문제는, 비교법적 고찰과 학설을 통해 분명히 드러나는 바와 같이, 국가배상책임의 본질이해와 무관하지는 않지만, 그렇다고 논리필연적인 관련을 맺는 것은 아니다. 문제해결의 관건은 헌법 제29조 제1항 단서에서 찾아야 한다. 가장 핵심적인 쟁점은 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정하고 있는 헌법 제29조 제1항 단서에서 ‘공무원 자신의 책임’이 무엇을 의미하는가, 그것은 국가배상법 제2조 제2항이 규정하고 있는 求償權과는 어떠한 관계에 있는가 하는데 있다. 헌법의 이 조항은 代位責任說과 무관하게 또는 代位責任의 原理를 취하는 경우에도, 피해자구제의 만전

\* 서울대학교 행정대학원 전임강사

\*\* 이 글은 서울대학교 행정대학원 吳錫泓 교수님의 華甲을 경축하기 위하여 작성된 것이다. 언제나 후진들에게 후의와 배려, 가르침을 아끼지 않으시는 吳錫泓 교수님께 깊이 감사드리며, 변함없이 건강과 행복을 누리시기를 기원한다.

을 기하기 위하여 특별히, 헌법적 결정을 통해 공무원 자신이 면책되지 않음을 규정한 것이고, 여기서 ‘공무원 자신의 책임’이란 국가에 대한 求償責任 뿐만 아니라 피해자의 選擇的 請求에 대한 賠償責任까지도 포함하는 공무원 개인의 법적 책임 일반을 말하는 것이라고 해석된다. 이러한 해석은 국가배상제도가 피해자구제 뿐만 아니라 국가 및 공무원의 위법억제 또는 제재에도 그 목적을 두는 것이라는 국가배상제도의 목적·기능에 대한 이해와도 부합된다. 따라서 바로 이 헌법조항을 근거로 선택적 청구권은 인정된다고 보아야 한다. 선택적 청구권이 輕過失의 경우에도 인정되는가 하는 문제는 선택적 청구권의 인정여부와는 일단 별개의 문제이다. 일면 輕過失의 경우에는 국가배상법 제2조 제2항에 의해 공무원의 구상책임이 면제되는데 피해자에 대한 개인책임은 인정되게 된다는 불균형한 결과와, 타면 경과실면책을 규정한 국가배상법 제2조 제2항의 입법취지를 고려할 때, 선택적 청구권을 고의·중과실의 경우에 한정하는 것도 그런 뜻에서 현실적인 타당성을 갖는다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 견해 역시 공무원보호라는 현실적·정책적 이유를 바탕으로 법률의 규정에 의하여 헌법규정의 의미를 부당하게 제한하는 것이라는 비판으로부터 자유롭지 못하다. “법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”는 헌법 제29조 제1항 본문의 규정에 의해 주어진 입법권자의 입법적 형성의 자유는 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정한 같은 조 단서에 의해 제한을 받는 것이다. 궁극적으로 이 문제는 헌법 및 법률을 개정함으로써 입법적 차원에서 해결되어야 할 것이다. 특히 피해자의 가해공무원 개인에 대한 배상청구권을 경과실의 경우에 배제하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 의한 기본권제한의 조건에 따라 이를 법률로써 정하는 것이 바람직하다.

## I. 序 論

국가배상법은 제2조에서 공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 국가배상책임을 인정하고 있다. 이에 따라 국가·지방자치단체의 배상책임이 성립할 경우 이와는 별도로 피해자가 가해공무원에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 종래 ‘選擇的 請求權’이라는 이름아래 다루어져 온 이 문제는 헌법 및 국가배상법의 해석 차원에서 해결되어야 할 문제인 동시에 행정상 권리구제와 공무원의 법적 책임에 관한 정책적 판단을 요하는 문제이다. 주지하는 바와 같이 국가배상책임은 위법한 행정작용에 대하여 행정이 부담하게 되는 법적 책임의 주요한 범주이다. 그 요건과 효과는 국가배상책임의 일반적인 준거법인 헌법 제29조와 국가배상법에 의해 정해져 있고 또 그에 따라 실현되는 문제이기는 하지만, 이를 단순한 법해석론적 과제라고만 보는 것은 지나치게 피상적인 견해이다. 행정비리와 불량행정의 결과는 국가의 배상책임을 발생시킴으로써 예기치 못한 행정비용(Unkosten)의 증가와 이에 따른 국고손실을 초래할 뿐만 아니라 행정에 대한 국민의 신뢰를 손상시키고 행정의 효율을 저해함으로써 ‘행정의 실패’를 야기하는 요인이 될 수 있다. 이처럼 국가배상책임이 단지 단순한 불법행위로 인한 손해의 전

보 차원의 문제가 아니라면 이는 공무원 개인책임에 대해서도 마찬가지로 타당하다. 공무원 개인의 위법한 직무집행행위는 국가배상책임을 발생시킴으로써 국고손실과 국민의 권리이익의 침해를 초래하며 궁극적으로는 행정의 정당성 위기를 가져오는 요인이 될 수도 있다. 따라서 이에 대한 대책을 모색하는 것은 행정업무능률의 향상이나 생산성의 제고 못지 않게 중요한 일이 아닐 수 없다. 직무상 위법행위에 대한 공무원의 개인책임을 인정할 것인가 하는 문제는 준거법의 해석을 통한 피해자의 손해전보라는 미시적·법학적 측면 뿐만 아니라 그로 인한 배상책임을 지는 국가의 부담, 직무상 위법행위의 억제 및 제재에 대한 행정통제적·행정윤리적 요청, 직무상 위법행위로 인한 책임분담의 형평에 대한 사회적 요구, 공무원 개인이 배상책임에 노출됨으로써 초래될 수 있는 직무수행의욕의 감퇴와 원활한 직무수행의 저해 등과 같은 거시적·행정정책적 측면을 지니는 문제인 것이다. 이러한 문제의 본질을 도외시키고서는 법해석이나 법정책 어느 곳에서도 사회적으로 합당한 결론에 도달할 수 없다. 이러한 견지에서 국가배상법상 공무원의 위법한 직무집행에 대한 개인책임의 인정여부 및 인정범위에 관한 학설과 판례를 검토하고 비교법적 논의를 통하여 문제의 해결책을 제시하려는 것이 이 글의 목적이다.

## II. 國家賠償法上 公務員 個人的 責任에 관한 學說과 判例

### 1. 學 說

국가배상법상 국가나 지방자치단체 외에 가해공무원 개인에 대하여 직접 그의 위법한 직무집행으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있는지에 관하여는 크게 이를 일반적으로 부정하는 견해(否定說), 일반적으로 긍정하는 견해(肯定說) 그리고 고의·중과실의 경우에 한하여 긍정하는 견해(制限的 肯定說)가 대립하고 있다.

#### (1) 否定說

국가·공공단체의 배상책임은 원래 공무원 개인이 부담하여야 하는 것이지만 피해자구제의 견지에서 이를 대신하여 지는 책임이라고 이해하는 입장에서, 국가가 가해공무원을 대신하여 그 배상책임을 인수한 이상 공무원 개인에 대한 손해배상 청구권(선택적 청구권)은 인정되지 않는다고 보는 견해이다. 이것은 행정법학계에서의 다수설로서,<sup>1)</sup> 충분한 배상자력을 지니고 있는 국가(지방자치단체)가 배상책

1) 金道稔, 一般行政法論(上), 638; 李尙圭, 新行政法論(上), 611; 朴鈞炳, 最新行政法論(上), 657; 尹世昌, 行政法(上), 288; 卞在玉, 行政法 I, 508 등.

임을 지는 이상 피해자구제에는 지장이 없으며, 가해공무원 개인의 무한책임이 인정되면 이로 인해 공무원의 직무집행이 위축될 것이므로 이를 면제함으로써 행정의 원활한 기능수행을 보장할 필요가 있고, 공무원 개인이 피해자에게 직접 책임을 진다면 경과실의 경우에도 책임을 져야 하는데 이는 고의·중과실의 경우에만 국가의 구상권을 인정한 것과 균형이 맞지 않으며, 따라서 피해자의 구제와 공무원 수행상의 능률의 조화라는 관점에서 선택적 청구를 부정하는 것이 타당하다<sup>2)</sup>는 등의 논거에 의거하고 있다. 그 결과 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”는 헌법 제29조 제1항 단서에 의한 책임을 국가 등의 구상에 응하는 책임(구상책임)으로 이해한다. 반면 이와는 달리 자기책임설적 입장에 서면서도 대외적으로는 국가책임만 인정하고 공무원의 개인책임은 부정하는 견해도 있으며,<sup>3)</sup> 후술하는 중간설의 입장에 서면서도 선택적 청구를 부인하는 견해도 있다.

## (2) 全面肯定說

이것은 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 입은 자는 그가 속하는 국가나 지방자치단체에 대해서 뿐만 아니라 공무원 개인에 대해서도 선택적으로 손해배상을 청구할 수 있다고 보는 견해이다.<sup>4)</sup> 이것은 헌법학계의 통설로서 그중 대표적인 논거를 보면 헌법 제29조 제1항 단서의 규정에 의한 책임은 행정내부관계에서의 구상책임에 관한 것이 아니라 가해공무원의 피해자에 대한 책임이라고 파악하는 헌법해석, 국가배상책임은 국가의 자기책임이며 민법 제35조에 의한 법인의 불법행위책임에 상응하는 것으로서 가해행위는 국가의 행위인 동시에 공무원 자신의 행위이며 국가 등의 책임과 공무원 개인의 책임은 양립할 수 있으므로 가해공무원에 대해서도 선택적으로 배상을 청구할 수 있다는 점, 공무원의 직접책임을 부인하게 되면 책임의식이 박약해지는 결과를 초래할 수 있다는 점 등이 주장되고 있다. 대위책임설의 입장에 서면서도 피해구제의 신속·확실성을 기한다는 취지에서 선택적 청구가 허용된다고 하는 견해도 있다.<sup>5)</sup>

2) 朴鉉旿, 最新行政法講義(上), 1996, 博英社, 657.

3) 徐元宇, 現代行政法論, 上, 701.

4) 文鴻柱, 韓國憲法, 275; 그밖에 兪鎮午, 姜炳斗, 朴一慶, 丘秉朔 등의 견해.

5) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1995, 618-619 및 618 각주 1. 공무원에 대한 직접청구를 허용하면 절차도 간단하고 배상심의위원회를 거칠 필요도 없으며 국가배상법의 배상기준적용도 받지 않기 때문에 피해자에게 유리하다는 점을 감안한 것이라고 한다.

### (3) 制限的 肯定說

이것은 고의·중과실의 경우에 한하여 선택적 청구권을 인정하는 견해지만, 그 논거는 한결같지 않다. 국가의 배상책임은 공무원의 위법행위가 輕過失에 기한 것인 때에는 自己責任으로, 故意·重過失에 의한 것인 때에는 代位責任으로 보는 중간설의 견지에서 전자의 경우에 한하여 선택적 청구권을 인정하는 견해가 있는 반면, 자기책임설의 입장에 서서 고의·중과실의 경우에 한하여 선택적 청구권을 인정하는 견해도 있다. 후자는 경과실의 경우에도 민법의 규정에 따라 공무원이 개인책임을 지도록 하는 것은 국가배상법 제2조 제2항이 경과실의 경우에는 공무원이 국가에 대해 지는 구상책임을 면제한 것과 균형이 맞지 않으므로 그 입법취지를 고려하여 공무원의 민사상 배상책임도 고의·중과실의 경우에 한정되는 것으로 보아야 한다고 주장한다.<sup>6)</sup> 한편 일본에서 주장되고 있는 고의의 경우에 한해서만 공무원 개인책임을 인정하자는 가중제한적 긍정설을 취하는 학자는 거의 없다.<sup>7)</sup>

## 2. 判 例

판례는 종래 선택적 청구권을 인정하는 입장을 견지해 왔다. 즉, 大法院은 일련의 판례에서 직무상 불법행위를 한 공무원은 국가배상법상의 공무원 자신의 책임에 관한 규정여하에 관계없이 손해를 입은 자에 대하여 민사상의 손해배상책임을 진다고 판시해왔고,<sup>8)</sup> 문헌 역시 이러한 판례의 입장을 긍정설로 파악해왔다.

“헌법 제26조 단서는 국가 또는 공공단체가 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 공무원 자신에 대하여도 직접 그의 불법행위를 이유로 손해배상책임을 청구할 수 있음을 규정하여 국가배상법의 공무원 자신의 책임에 관한 규정여하를 기다릴 것 없이 공무원 자신이 불법행위를 이유로 민사상의 손해배상책임을 져야 할 법리이다.”<sup>9)</sup>

그러나 대법원은 1994년 4월 12일자 판결에서 다음과 같이 판시함으로써 선택

6) 金鐵容, 國家賠償法 제2조에 관한 연구, 건국대학교 박사학위논문, 1975, 129.

7) 阿部泰隆, 國家補償法, 有斐閣, 1988, 70; 大阪高判 1962. 5. 17, 高民集 15卷 6號 403 등.

8) 大判 1972. 10. 10, 69다701. 그 밖에 공무원과 국가는 손해배상책임에 관하여 부진정연대채무자의 지위에 있다는 판결(大判 1972. 2. 22, 71다2535)이 있고, 또 집달리의 가해행위에 의한 손해배상청구에 있어서 국가배상을 인정한 판결(大判 1966. 7. 26, 66다854) 뿐만 아니라 집달리 자신에 대한 직접청구를 인정한 판결(大判 1966. 1. 25, 65다2318)이 있다.

9) 大判 1972. 10. 10, 69다701.

적 청구권을 정면에서 부정했다.

“공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 사람은 국가 또는 공공 단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 이 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는, 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있을 뿐, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서 교통사고를 낸 공무원이 피해자와 합의한 금원을 보험회사인 피고에게 청구할 수는 없다.”<sup>10)</sup>

이것은 대법원이 관례변경의 절차를 거치지도 않은 채 종전의 관례를 전격적으로 폐기한 것이어서 그것만으로도 적지 않은 우려와 비판의 소지를 지니고 있었다. 아닌게 아니라 이 관례의 타당성에 대해서는 강력한 비판이 제기되었다. 즉, 우리 헌법이 국가의 배상책임 이외에 따로 공무원의 책임을 명시하고 있는 것(§ 29 ① 단서)은 제1차적으로는 국가내부에서의 공무원의 책임(기관내부에서의 변상책임·공무원법상의 책임)을 명시하는 것이지만 제2차적으로는 ‘공무원의 국민에 대한 책임’(§ 7 ①), 즉 국민에 대한 형사책임 및 정치적 책임을 밝히는 것이라고 보아야 한다는 주장<sup>11)</sup>이나 경과실인 경우에는 몰라도 고의나 중과실에 의하여 국가배상책임을 발생케 한 공무원에 대해서는 직접 배상책임을 지도록 해야 한다는 주장<sup>12)</sup> 등이 제기되었다. 그러나 대법원은 1996년 2월 15일 전원합의체판결에서 공무원의 개인책임이 배제되는 것은 경과실의 경우에 한하며 고의 또는 중과실의 경우에는 공무원의 개인책임이 인정된다고 판시함으로써<sup>13)</sup> 다시금 위의 관례를 번복하였다.

10) 大判 1994. 4. 12, 제2부판결 93다11807. 이것은 경찰서 경비과장인 원고가 경찰차량에 방위병을 태우고 운전하고 가다가 차량을 전복시켜 위 방위병을 치상케 한 후 위 방위병과 합의한 금액을 피고 보험 회사를 상대로 청구한 사건에서 이를 인용한 원심판결을 대법원이 파기환송한 사건이다. 이 판결에 대한 평석으로는 대법원 판례해설 21(15. 공무원의 직무상 불법행위와 공무원 자신의 손해배상책임, 최세모), 민사재판의 제문제 8(국가배상과 공무원의 개인책임, 김기동) 공무원에 대한 배상청구권(鄭夏重, 법률신문 1994. 9. 5), 국가배상과 공무원의 개인책임(김기동, 법조 1994. 10), 공무원의 직무상 불법행위와 공무원 개인의 손해배상책임(차한성, 민사판례연구 17) 등을 참조.

11) 許營, 『韓國憲法論』, 1995, 552, 763.

12) 金鐵容, “공무원 개인의 불법행위책임”(判例月報 1994, 290), p. 31 각주 25.

13) 이 판결에 기본적으로 찬동하는 견해로는 金東熙, “公務員이 職務執行中 不法行爲로 타인에게 損害를 입힌 경우, 公務員의 個人責任 成立與否”, 判例月報 1996/6 (309號), 25-32, 반대하는 견해로는 鄭夏重, 判例月報; 柳至泰, “公務員의 行政上 損害賠償責任”, 法律新聞 1996. 4. 29., 14-15 등을 참조.

〈대법원의 1996년 2월 15일 전원합의체판결〉

- “[1] 헌법 제29조 제1항 단서는 공무원이 한 직무상 불법행위로 인하여 국가 등이 배상책임을 진다고 할지라도 그 때문에 공무원 자신의 민·형사책임이나 징계책임이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이나, 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다.
- [2] 국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선입감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다.
- [3] 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실행인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다.
- [4] 공무원의 직무상 위법행위가 경과실에 의한 경우에는 국가배상책임만 인정하고 공무원 개인의 손해배상책임을 인정하지 아니하는 것이 피해자인 국민의 입장에서 보면 헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권에 대한 제한이 될 것이지만, 이는 공무수행의 안정성이란 공공의 이익을 위한 것이라는 점과 공무원 개인책임이 인정되지 아니하더라도 충분한 자력이 있는 국가에 의한 배상책임이 인정되고 국가배상책임의 인정요건도 민법상 사용자책임에 비하여 완화하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 헌법 제37조 제2항이 허용하는 기본권 제한 범위에 속하는 것이라고 할 것이다.
- [5] [3]항의 법리는 피해자가 헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서 소정의 공무원으로서 위 단서 조항에 의하여 법률에 정해진 보상 외에는 국가배상법에 의한 배상을 청구할 수 없는 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다. 왜냐하면 헌법 제29조 제2항은 군인, 군무원, 경찰공무원, 기타 법률이 정한 공무원의 경우 전투, 훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여 법률이 정하는 보상 외에 국가 등에 대하여 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할 수 없도록 규정하고 있고 국가배상법 제2조 제1항 단서도 이를 이어 받아 이를 구체화하고 있지만, 이는 군인 등이 전투, 훈련 등과 관련하여 받은 손해에 한하여는 국가의 손해배상을 인정하지 아니하고 법률이 정한 보상만을 인정함이 타당하다는 헌법적 결단에 의

한 것이기 때문이다.”<sup>14)</sup>

### Ⅲ. 國家賠償責任과 公務員 個人責任에 관한 比較法的 考察

#### 1. 日 本

일본의 경우 국가나 공공단체 이외에 가해공무원 자신이 피해자에 대하여 직접 손해배상책임을 부담하는지 여부에 관하여 우리나라와 유사하게 부정설, 제한적 긍정설, 긍정설이 대립하고 있다. 이에 관하여는 일본 국가배상법 제1조에 의한 책임은 국가의 자기책임이고 본래 공무원의 책임과는 무관한 것으로서 국가가 책임을 부담하는 것과 공무원 개인의 책임과는 별개의 문제이며 따라서 원칙적으로는 국가가 책임을 부담한다고 하여 공무원의 책임이 배제된다고 해야 할 근거는 존재하지 않는다는 이유에서 공무원도 국가와 병행적으로 개인책임을 지는 것이라는 견해<sup>15)</sup>가 있고, 국가책임과 별도로 공무원이 고의 또는 중과실이 있는 경우 피해자에 대하여 직접 책임을 인정한 하급심판례<sup>16)</sup>도 있으나 이를 부정하는 것이 통설<sup>17)</sup>이자 확립된 판례<sup>18)</sup>이다. 제한적 긍정설은 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한하여 공무원 개인의 책임을 인정하는 견해이며 다시 이를 더 제한하여 고의가 있는 경우에만 공무원 개인책임을 인정하는 가중제한적 긍정설도 주장되고 있

14) 大判 1996. 2. 15, 95다38677, 공 96. 3. 15.[6], 771 손해배상(자) (나) 파기환송. 이 판결에는 대법관 4인의 별개의견과 대법관 2인의 반대의견이 붙어 있다. 이후 대법원은 1996년 3월 8일자 판결(94다23876)에서 동일한 법리를 재확인했다(다만 대법원은 공무원이 자동차를 운행하여 공무집행을 하던 중 사고로 타인을 사상케 한 경우 그 공무원 개인은 자동차손해배상보장법에 의하여 개인적으로 책임을 부담하며 경과실면책은 인정되지 아니한다고 판시했다).

15) 今村成和, 國家補償法, 有斐閣, 1957, 122.

16) 東京地判 1971. 10. 11, 判例時報 644號, 22; 札幌地判 1971. 12. 24, 判例時報 653號 22.

17) 塩野 宏, 行政法 II, 有斐閣, 1992, 251; 下山瑛二, 國家補償法, 1973, 246-247; 稻葉馨, 公權力の行使にかかわる關賠償責任, 現代行政法大系 6, 1983, 53; 西章, 國家賠償責任と違法性, 一粒社, 1987, 42; 古崎慶長, 國家賠償法, 有斐閣, 1971, 197 이하; 小高剛, 公務員個人の責任, 現代損害賠償法講座 6, 日本評論社, 1974 등. 한편 명치헌법하에서는 국가의 배상책임은 물론 공무원 개인의 책임도 인정되지 않았다고 한다.

18) 最高裁 1955. 4. 19(民集 9·534); 行政判例百選 II 138사건; 1978. 10. 20(民集 32·1367) 등.



다.<sup>19)</sup> 일본의 경우 일반적으로 대위책임설의 입장에서는 부정설을 취하고 자기책임설의 입장에서는 제한적 긍정설 내지 긍정설을 취하는 경향이 있으나 이는 반드시 논리필연적 귀결은 아니며 별개의 검토를 요하는 문제라고 이해되고 있다.<sup>20)</sup>

## 2. 獨逸

독일의 경우 직무상 불법행위에 대한 공무원 개인의 책임은 국가배상책임의 대위책임설적 이해에 따라 일반적으로 부정되고 있다. 즉 대위책임설에 따르면 국가·공공단체의 배상책임은 원래 공무원 개인이 부담하여야 할 책임이지만 피해자구제의 견지에서 충분한 賠償資力을 가진 국가·공공단체가 책임을 인수한 것(Haftungsübernahme)이라고 보기 때문에 국가가 배상책임을 지는 이상 공무원 개인에 대한 손해배상청구를 인정할 필요는 없다는 것이다. 이는 독일법상 職務責任(Amtshaftung)의 기본사상이었고 또 1981년 6월 26일 연방헌법재판소의 위헌판결<sup>21)</sup>에 의해 국가책임법(Staathaftungsgesetz)이 좌절된 이후 현재까지도 통용되는 법리에 따른 결과이다. 물론 당초에는 공무원의 고의·과실에 의한 위법행위로 인하여 손해를 입은 국민에게 오로지 공무원 개인의 민사상의 책임에 근거한 배상청구권만이 인정되었다(ALR §§ 89-91 II 10). 이러한 규율태도는 1900년에 발효된 民法(BGB) 제839조에 의해서도 답습되었고, 이른바 委任의 限界理論(Mandatstheorie)에 의해 정당화되었다. 이에 따르면 공무원은 오로지 적법한 행위만을 위임(Mandat: Auftrag)받고 있는 것이므로 그의 위법한 행위는 국가에 귀속될 수 없으며 단지 그 공무원의 개인적 책임으로 돌아가야만 한다. 따라서 그 공무원 개인이 자신의 위법행위에 대하여 일반적인 불법행위규정에 따른 책임을 부담해야 한다는 것이다.<sup>22)</sup> 반면 그 배상청구권이 가해공무원에 대하여만 행사될 수 있었으므로 배상의 실현가능성은 그 공무원 개인의 지불능력(Zahlungsfähigkeit)에 의존할 수밖에 없었는데, 공무원의 배상자력이 불충분하다는 사실이 판

19) 阿部泰隆, 國家補償法, 有斐閣, 1988, 70; 大阪高判 1962. 5. 17, 高民集 15卷 6號 403. 塩野 宏(行政法 II, 252) 역시 그와 유사하게 공무원이 그 사리사욕을 위해 불법행위를 한 경우 외형표준설에 의하여 국가배상책임이 성립하는 것으로 보는 경우에는 공무원의 피해자에 대한 면책을 그대로 유지할 수 있을지 의문이라는 태도를 보이고 있다.

20) 下山瑛二, 國家補償法, 1973, 246-247; 稻葉馨, 公權力の行使にかかわる關賠償責任, 現代行政法大系 6, 1983, 53; 西章, 國家賠償責任違法性, 一粒社, 1987, 42 및 각주 1에 인용된 문헌들을 참조.

21) BVerfGE 61, 149=DOV 1982, 982 mit Anmberkung, Ossenbühl.

22) Maurer, § 25 Rn.3.

명법에 따라 결국 국가나 공공단체가 법률규정에 의해 가해공무원 대신에 책임을 지도록 하는 職務責任制度가 성립되었다. 대표적인 예로 1909년의 프로이센 國家責任法 제1조 제1항은 「공무원이 자기에게 위임된 공권력의 행사에 있어서 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 지는 직무의무를 위반한 때에는 민법 제839조에 규정된 공무원책임을 국가가 대위한다」고 규정했고 이것은 바이마르헌법을 거쳐 오늘날 기본법 34조로 계승되었다. 이러한 국가에 의한 責任의 引受는 당시 두 가지 이유에서 뒷받침되었고 또 도입되었다. 첫째, 피해를 입은 시민에게 국가라는 지불 능력을 갖춘 채무자를 확보해 주어야 한다는 피해자보호의 요청, 둘째, 피해자에 대해 가해공무원 개인이 무한책임을 질 위험으로 말미암은 공무원의 이니셔티브와 직무수행의욕의 감퇴를 방지해야 한다는 행정의 원활한 기능수행(Funktionsfähigkeit der Verwaltung)에 대한 고려가 그것이었다.<sup>23)</sup> 다만 이러한 책임의 인수는 공법적 활동영역에 한해서만 인정되었고, 私法的 行爲活動에 대해서는 예나 지금이나 역시 공무원 개인이 책임을 지도록 되어 있다. 한편 주목할 만한 사실은 위헌으로 무효화되기는 했지만, 1981년의 國家責任法은 자기책임설에 입각하면서도 공무원의 개인책임을 부정하는 입장을 취하고 있었다는 것이다.<sup>24)</sup> 이 점은 독일에서도 국가배상책임의 본질이해와 공무원 개인책임을 인정여부가 논리필연적으로 연관되어 있지 않다는 사실을 말해준다.

### 3. 프랑스

國家賠償責任을 국가나 공법인의 自己責任으로 파악하는 것은 주지하는 바와 같이 프랑스 국가보상법의 기초가 되고 있다. 물론 프랑스에서도 당초 19세기 전반까지는 주권의 당연한 결과로서 국가무책임원칙이 유지되고 있었고 공무원 개인의 책임만이 민사법원의 관할로서 다루어졌다. 그러나 공무원의 개인책임을 추궁하기 위한 손해배상청구소송을 제기하려면 공세유데마(Conseil d'Etat: C.E.: 프랑스 행정법원)의 허가를 받아야 했고 그 허가가 부여된 경우가 드물었기 때문에 현실적으로 공무원의 개인책임은 예외적으로만 인정되고 있었다. 국가무책임의 원칙은 이른바 국가의 주권적 작용이 아닌 관리작용(gestion)에 관하여 국가가 사용하는 자의 행위로 인해 발생한 손해를 전보할 책임을 진다는 원칙을 선언한 관할재판소

23) Maurer, § 25 Rn.5.

24) 1981년의 국가책임법(Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni. 1981, BGBl. I. S.553) 제1조 제1항 및 제3항: Maurer, § 30 Rn.15-16, 34; 柳至泰, 『行政法新論』, 新英社, 1996, 337.

(Tribunal des Conflits: T. C.)의 블랑꼬 판결(Blanco; Confl., 1873. 2. 8., Gr. Ar., n° 1)에 의하여 포기되었다. 블랑꼬 판결 몇달후 관할재판소는 뵘띠에 판결(Pelletier; Confl., 1873. 7. 30., Gr. Ar., n° 2)을 통해 국가책임과 공무원책임의 상호배제원칙, 즉 ‘責任非重複’(non-cumul des responsabilités)의 원칙을 확립했다. 뵘띠에 판결에서 관할재판소는 “행정작용으로 인한 손해의 배상책임이 일률적으로 공무원 개인에게만 귀속되고 민사법원에 의하여 처리됨으로써 행정의 기능수행에 개입하는 결과가 된다면 이는 권력분립의 원칙을 침해하는 것”이므로 공무원 개인책임이 성립하는 경우와 국가의 책임이 성립하는 경우를 구별해야 한다고 판시했다. 이에 따라 프랑스의 국가배상제도는 정상적인 직무수행으로부터 分離될 수 있는 행위자의 個人過失(faute personnelle, détachable de l'exercice normal de la fonction administrative)과 役務過失(faute de service; 機關過失)을 구별하여 前者의 경우는 공무원 개인의 배상책임으로서 이를 민사법원에서 민법(Code civil)의 규정(§ 1382)에 따라 처리하고, 後者の 경우에는 국가(公法人)의 自己責任을 인정하여 이를 행정법원에서 공법적 기준에 의하여 처리하는 이원적 체계를 취하게 되었다.<sup>25)</sup>

프랑스의 국가배상책임법제를 이해함에 있어 주의해야 할 점은 역무과실의 경우 과실이란 주관적 과실이라기 보다는 오히려 客觀的인 瑕疵에 가까운 개념이라는 사실이다. 물론 역무과실에 의한 책임도 과실책임이라고 볼 수는 있으나 여기서 말하는 과실이란 독일법상의 과실개념 보다 훨씬 객관성을 띠는 개념이기 때문이다.<sup>26)</sup> 또한 프랑스법에 있어 모든 종류의 역무과실이 국가배상책임을 성립시키는 것은 아니라는 점을 인식할 필요가 있다. 역무과실은 판례상 重과실(faute lourde)과 單순과실(faute simple)로 구분되는데, 법관이 판단하기에 특별히 어렵고 근본적인 중요성을 띤 역무에 있어서는 重과실이 있는 경우에만 국가배상책임이 성립하는 것으로 보고 있기 때문이다.<sup>27)</sup> 이 점은 이제까지 국내문헌에서 제대로 소개되지 않았던 사실이다. 가령 경찰역무의 경우, 특별한 곤란성이 따르지 않는 내근사무를 수행하는 때에는 單순과실만으로도 국가배상책임을 인정할 수 있고 또 무기사용으로 인한 사고와 같이 국가의 무과실책임이 인정되는 예외적인 경우

25) 또한 프랑스행정법에서는 제한된 경우에 예외적으로 인정되는 유형이기는 하지만 無過失責任(reponsabilité sans faute)으로서 危險責任(reponsabilité pour risque)과 위험개념의 매개없이도 일정한 경우 성립하는 특수한 유형의 무과실책임이 인정되고 있는데, 이들 역시 국가의 自己責任으로서 인정되고 있다(Rivero, p. 356ff.).

26) M. Fromont, Staatshaftungsrecht in Frankreich, DÖV 1982, 928.

27) Rivero/Waline, n° 287.

를 제외하고는, 원칙적으로 중과실이 있는 경우에만 국가배상책임을 인정하고 있다.<sup>28)</sup> 그 밖에도 중과실이 있는 경우에만 국가배상책임이 인정되는 경우에는 소방활동, 자치단체의 감독권행사, 병원에서의 의료상의 책임, 재정행정활동 등을 들 수 있다.<sup>29)</sup>

프랑스에 있어 국가배상책임은 역무과실에 의한 自己責任으로 이해되고 있다. 따라서 국가나 공법인의 책임이 성립하는 이상, 그 한도내에서 공무원 개인의 책임이 성립할 여지는 없다. 국가나 공법인이 그 역무의 흠으로 인하여 책임을 진다는 것과 공무원이 그 직무와 무관한 관계에서 범한 개인과실에 의해 민사상 책임을 진다는 것은 별개의 문제라고 이해하기 때문이다. 그 결과 국가와 공무원 개인에 대한 선택적 청구권의 문제도 원칙적으로 발생하지 않는다. 이것이 당초 프랑스에서 발전된 자기책임의 법리였다. 그러나 이러한 의미의 자기책임설을 바탕으로 하면서도 국가책임과 공무원 개인의 책임이 상호 배척하는 것은 아니며 오히려 중첩가능한 관계에 설 수 있다고 보는 것이 오늘날 프랑스행정법의 학설과 판례의 태도이다.<sup>30)</sup> 즉 펠띠에(Pelletier) 판결 이래 국가책임과 공무원책임의 상호배제원칙, 즉 ‘責任非重複’의 원칙에 따라 역무과실은 공무원 개인의 책임으로 돌릴 수 없으며, 국가의 책임만이 성립한다는 원칙이 확립되었으나, 그 결과는 피해자가 종종 손해전보에 불충분한 공무원의 개인재산에 의해서만 배상을 받을 수 있었기 때문에 매우 불합리한 것으로 비판되었다. 그리하여 판례는 일정한 경우 개인과실과 역무과실이 함께 손해의 발생에 경합한 것으로 볼 수 있다는 것을 시인하기 시작했다. 1911년의 앙그 판결(Anguet: C. E., 1911. 2. 3., Gr. Ar., n° 26)이 그 예인데 이 사건에서 정상적인 근무시간 이전에 문이 닫기는 바람에 제대로 관리되지 않은 비상구를 통해 나가려다(역무과실) 우체국직원에게 공격을 받아 부상을 입은(개인과실) 원고에게 민사법원에서 당해 우체국직원의 개인과실을 근거로 민사상 손해배상을 청구하거나 행정법원에서 역무과실을 근거로 공법인에게 손해배상을 청구함으로써 피해 전부의 배상을 받을 수 있는 선택권을 갖는다는 법리가 인정되었다. 그러나 이것은 어디까지나 ‘過失의 重複’(cumul de la faute)에 해당하는 것이었을 뿐, 동일·단일한 과실에 의하여 국가배상책임과 공무원 개인의 책임이 동시에 성립하게 된 사례는 아니었다. 책임의 중복을 부인하는 판례이론이 정

28) Rivero/Waline, n° 287; C. E., 1972. 10. 20., Marabout, A. J., p. 597; 1984. 2. 10., Mme Dufour, A. J., 1984, p. 403.

29) Rivero/Waline, n° 287.

30) Rivero/Waline, n° 278, pp. 231-232.

면에서 반복된 것은 1918년 르모니에(Lemonnier)판결(C. E., 1918. 7. 26, Gr. Ar., n° 36)에 의해서였다. 이 사건에서 행정법원(C. E.)은 공무원이 그가 수행하는 역무에 따라 자신이 사용할 수 있는 수단이나 권한에 의해서만 개인과실을 범할 수 있는 이상, “과실(faute)은 역무(service)에서 분리될 수 있을 것이나, 역무는 과실로부터 분리되지 않는다”고 설파한 블랭(Blum)의 논고를 받아들였다. 이 경우 역무과실이 없더라도 문제가 되는 것은 아니며, 따라서 피해자는 공무원 개인을 상대로 민사상 손해배상을 청구하거나 국가(공법인)을 상대로 하여 국가배상책임을 추궁하는 소송을 제기할 수 있다고 판시한 것이다. 이 법리는 당초 직무수행중에(en service commandé)에 과실을 범한 유일한 경우에 한하여 적용되었으나, 이후 직무수행과 무관하게, 즉 직무외의 영역에서 역무에 의해 제공된 수단들에 의해 발생한 피해에 대해서까지 계속 확대적용되었다.<sup>31)</sup> 물론 이러한 역무와의 연관성은 피해가 개인적 적대감에 따라 의도적으로 야기된 경우에는 인정되지 않았다.<sup>32)</sup> 그러나 역무와의 연관성이 전혀 없는 경우가 아닌 한 책임의 중복이 인정됨으로써 르모니에판결 이후 피해자에게는 ‘責任重複’(cumul des responsabilités)의 원칙에 따라 국가배상을 청구하거나 아니면 가해공무원 개인에게 민사상 손해배상을 청구할 수 있는 선택권이 인정되게 되었다. 공권력의 주체가 그 공무원들에게 과실을 범할 수 있는 수단이나 계기를 제공함으로써 국민을 그로 인한 위험에 노출시킨 이상 그 위험이 현재화되어 발생한 손해를 배상해야 한다는 일종의 위험책임과 법리가 적용되고 있는 것이다.<sup>33)</sup> 그리하여 개인의 과실은 그것이 역무와 전혀 무관한 경우가 아닌 한, 공권력의 배상책임을 발생시키는 새로운 인자가 되었다고 지적되고 있다.<sup>34)</sup> 주목해야 할 것은 당초 민사상 책임만을 발생시키는 것으로 이해되었던 개인과실이 국가의 책임을 발생시키는 사유가 되었다는 사실이다. 이는 개인책임을 전제로 국가책임을 인정한 것이므로, 국가책임을 전제로 개인책임을 성립여하를 문제로 삼는 우리나라의 접근방식과 뚜렷이 대조된다.

여기서 중요한 것은 이처럼 책임의 중복을 성립시키는 개인과실이 과연 어떤 것인가 하는데 있다. 개인과실과 역무과실의 구별은 전자는 후자와 달리 그 직무수

31) C. E., 1949. 11. 18., Dlle Mimeur, Gr. Ar., n° 74(군용트럭을 사용하여 길을 우회한 군운전병에 의해 발생한 사고); Sadoudi, A. J. D. A., 1973, p. 606(규정상 수속에 보관하도록 되어 있는 권총에 의해 경관이 저지른 의도하지 않은 살인행위).

32) C. E., 1954. 6. 23., Vve Litzler, Rec., p. 376(세관원이 그 사생활의 범위에서 통상적으로 지급되는 무기에 의해 살인을 한 경우).

33) Rivero/Waline, n° 301, p. 250.

34) Rivero/Waline, pp. 250-251.

행으로부터 분리될 수 있는 것이라는 관념에 의거하고 있다.<sup>35)</sup> 그러한 경우로는 가령 직무수행의 범위 밖에서 직무수행과 무관하게 범한 과실(물리적 분리: détachement matériel), 직무수행중 범한 것일지라도 심리적으로 분리될 수 있는(psychologiquement détachable) 과실, 가령 자기이익의 추구, 피해자에 대한 적대감, 복수심 등과 같은 개인적 동기(mobiles personnels)에 의하거나 과실의 예외적 중대성(gravité exceptionnelle de la faute)이 난폭성·잔인성·성급함·비겁성 등과 같은 개인적 성품의 결과로만 설명될 수 있는 경우, 그리고 형사과실(faute pénale) 등을 들 수 있다.<sup>36)</sup> 따라서 공무원이 이러한 개인과실을 의무와 관련하여 범하는 경우에는 피해자에게 선택적 청구권이 인정된다는 결과가 되는데, 이를 우리나라의 법관념으로 보면 대체로 고의나 중과실에 가까운 것이라고도 할 수 있겠지만,<sup>37)</sup> 이를 반드시 고의·중과실과 개념적으로 동일한 것으로 볼 수 있을지는 의문이다. 프랑스법상의 개인과실이란 실은 판례에 의해 사례별로 인정된 것이어서 이를 개념적으로 일반화할 수 없을 뿐만 아니라 그 과실(faute)과 우리나라 국가배상법에서의 과실을 동일한 개념으로 보기 어렵기 때문이다.

#### 4. 美國

미국의 경우 1970년대에 이르러 연방대법원이 헌법상 권리를 침해당한 개인에게 가해공무원에 대해 직접 손해배상을 청구하는 것을 허용함으로써 공무원면책에 관한 종전의 보통법적 관행으로부터 결별한 바 있고,<sup>38)</sup> 1980년의 Carlson v. Green 판결<sup>39)</sup>에서는 공무원개인에 대한 손해배상청구는 합중국에 대한 손해배상청구보다 위법행위를 억제하는 효과가 크다는 점이 지적되고 있다.

이 판결은 천식발작을 일으킨 연방교도소의 수행자가 수시간동안 방치된 후 부적절한 투약, 효과없는 인공호흡기의 사용으로 말미암아 외부병원으로의 이송이 지연되어 사망한 데 대하여 그 모친이 연방교도소장, 연방부의무감, 인디애나지구연방교도소의과

35) Rivero/Waline, n° 296, p. 248.

36) Rivero/Waline, n° 296, p. 248. 라페리에르(Laferrière)의 표현을 빌리자면 “다소 간에 실수를 할 수 있는 공무원이 아니라 나약함, 열정 또는 경솔함을 지닌 인간을 드러내는 경우를 말한다.”

37) 朴均省, 앞의 글, 43 각주 12.

38) Rosenbloom, p. 21; 그 주요판례의 분석에 관하여는 Rosenbloom and Carroll, Toward Constitutional Competence: A Casebook for Public Administrator, 1990; chapter 2를 참조.

39) 446 U.S. 14(1980). 이에 관하여 상세한 것은 植村榮治, 米國公務員の不法行爲責任, 有斐閣, 1991, 106-111를 참조.

장, 당해 교도소의료시설의 간호인 등 4명을 상대로 제기한 소송에 대한 것이다. 이 사건판결에서 연방대법원은 연방헌법수정 제4조에 위반한 연방공무원의 행위에 대하여 주법 즉 커먼로(Common Law)상의 손해배상청구가 가능한지 여부와 무관하게 직접 헌법에 기하여 배상청구를 할 수 있다는 원칙을 최초로 인정한 1971년의 ‘비벤스’판결(Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics: 403 U. S. 388)을 인용하면서 이러한 비벤스型訴訟은 공무원개인을 피고로 하기 때문에 위법 활동을 억제하는 효과가 연방법행위법(Federal Torts Claim Act)에 의한 경우보다 크며, 前者는 懲罰的 배상의 청구를 허용하지만 後者는 이를 명문으로 금하고 있다는 등의 이유를 들어 원고의 청구를 인용하는 취지로 원심판결을 파기환송하였다.

미국의 경우 공무원개인책임을 긍정하는 법리가 갖는 피해자구제의 기능은, 당초 주권면책이 인정되었던 시기에는 피해자는 공무원개인을 피고로 하여 손해배상을 청구할 수밖에 없었기 때문에 극히 중요했으나, 오늘날에는 일차적으로 聯邦이나 各州에게 피해자구제기능을 구하는 경향이 일반적이므로 그 보다는 오히려 위법행위억제기능이 중시되고 있다고 한다.<sup>40)</sup> 그러한 이유에서 로젠블룸(Rosenbloom)은 ‘도대체 관리의 위법행위를 억제하기 위해 그들에 대해 배상책임을 지우는 것 보다 더 나은 방법이 있겠는가’고 반문하고 있는 것이다.<sup>41)</sup>

## 5. 評價

직무상 불법행위에 대한 공무원 개인책임을 인정여부에 관한 비교법적 고찰을 통하여 드러나는 것은 이 문제의 해법이 각국의 법적 전통이나 여건에 따라 한결 같지 않다는 사실이다. 즉 아래 표에서 보는 바와 같이 독일과 일본은 공무원 개인의 책임을 부정하는 입장이고 프랑스와 미국은 대체로 이를 인정하는 경향을 보이고 있기 때문이다. 따라서 어느 한 나라의 예를 바탕으로 문제의 해결방향을 논증하려는 시도가 설득력을 확보할 수 없다는 사실도 분명하다.

물론 우리나라의 국가배상법제가 독일과 일본의 그것과 직접·간접적인 유사성을 가지고 있다는 사실을 전혀 도외시할 수는 없을 것이다. 가령 공무원의 구상책임에 관한 법적 규율의 내용이 이들 나라 사이에 상당한 공통점을 띠고 있는 것은 사실이다. 그러나 이들 나라에서의 법적 상황이 우리나라의 그것과 동일한 것은 아니다. 그 가장 중요한 차이는 독일과 일본에는 우리나라 헌법 제29조 제1항 단서와 같은 규정이 없다는 데 있다. 이러한 헌법적 소여(verfassungsrechtliche Gegebenheit)의 차이는 문제해결의 방향을 좌우하는 결정적인 요인이 된다.

40) 植村榮治, 전계서, 144-147.

41) Rosenbloom, p. 21.

〈주요외국의 국가배상제도〉<sup>42)</sup>

제도의 내용	국별	영 국	미 국	독 일	프랑스	일 본
주권면책포기		1947	1946	20c 초	20c 초	1947
국가책임의 법적 근거		CPA	FTCA	BGB(§ 839)· § 34 GG	주로 관례법	헌법 § 17
재판관할		司法	司法	民事	行政	司法
적용대상		公·私法	公·私法	公務	公役務	公權力·公物
책임의 성질		代位責任	代位責任	代位責任(개정 안: 自己責任)	自己責任	代位責任
법적 구성		私法	私法	私法	公法	私法
주관적 책임		過失 negligence ≒ 위법	過失 negligence ≒ 위법	過失(개정법안: 입증책임 전환, 일부무과실책임)	公役務瑕疵 일부무과실 책임	過失 瑕疵
예외(면책)		많음	많음	없음	없음	없음
공무원의 개인책임		있음	있음	없음	있음	없음
공무원의 求償責任		있음	원칙상 없음	있음 (故意·重過失)	있음	있음 (故意·重過失)

그렇다면 비교법적 고찰을 통해 우리가 얻을 수 있는 교훈은 무엇일까? 그것은 첫째, 국가배상책임의 본질을 어떻게 이해하느냐에 따라 공무원 개인책임의 인정 여부나 인정범위가 논리필연적으로 달라지는 것은 아니라는 사실이다. 이 점은 실제로 일본의 경우처럼 양자가 반드시 논리필연적으로 연관되어 있는 것은 아니라고 이해하는 것이 일반적인 경우도 있으며, 또 독일의 경우 1981년의 國家責任法이 대위책임설에서 자기책임설로 선회하면서도 공무원의 개인책임은 배제하는 입장을 취하고 있었다는 사실에서 여실히 드러난다. 둘째, 국가배상책임의 본질에 관한 대위책임설을 과거 입헌군주제 시대의 국가우월적 사상의 유물이라고 지적해 왔던 국내문헌의 태도는 대위책임적 이론구성의 현실적 배경을 충분히 고려하지 못한 것으로서 반드시 타당하다고는 볼 수 없다. 독일의 경우 국가무책임원칙이 포기되고 대위책임으로서 국가배상책임이 인정된 것은 배상책임을 져야 할 공무원

42) 阿部泰隆, 國家補償法, 31에서 발췌·요약한 것임.



이 충분한 배상자력을 갖지 못하는 경우가 빈번하여 그로 인하여 피해구제가 사실상 곤란해지기 때문에 피해자의 구제를 확보하기 위한 것이었다.<sup>43)</sup> 이 점은 프랑스의 경우 책임비중복의 원칙에 따라 직무과실에 대해서만 국가의 책임을 인정함으로써 개인과실로 인한 손해를 입은 피해자가 공무원의 개인재산에 의해서만 배상을 받게 됨에 따라 충분한 구제를 받지 못하는 경우가 빈번히 발생하는 문제를 해소하기 위하여 책임중복의 원칙으로 선회할 수밖에 없었던 배경과 비교할 때 그 자체로 비판받아야 할 것은 아니기 때문이다. 물론 대위책임설은 일반적으로 공무원의 개인책임을 배제하는 논거가 되며 이 점은 독일에 있어 거의 의문시되지 않고 있다. 그러나 프랑스에서의 학설발전과정은 자기책임설 역시, 책임의 중복을 인정하기 위한 별도의 논증이 수반되지 않는 한, 공무원 개인의 책임을 인정하는 논거가 된 것은 아니었다는 사실을 말해준다. 끝으로 비교법적 고찰을 통해 우리가 얻을 수 있는 교훈은 특히 외국의 판례법이론을 지나치게 단순화 또는 일반화함으로써 문제의 올바른 해결을 오도할 위험이 상존하고 있다는 것이다. 가령 프랑스의 경우 ‘faute’의 개념이 객관적인 성격을 띠는 개념이라는 것은 부인할 수 없으며 그것은 또한 향후 우리나라 국가배상책임법제의 발전방향을 모색함에 있어 유용한 교훈을 시사해주는 예라 할 수 있다. 그러나 프랑스에 있어 직무과실이 언제나 국가배상책임을 발생시키는 것은 아니라는 사실은 우리나라의 국가배상법해석에 있어 어떻게 받아들여야 하는가. 또 직무과실 뿐만 아니라 개인과실도 직무과실과 전혀 무관한 것이 아닌 한도에서 ‘국가’의 배상책임을 발생시키는 요인이 되는데 이 경우 그 개인과실을 우리 식으로 고의 또는 중과실에 해당하는 것으로 볼 수 있는지는, 그것이 인정된 사례나 그 판례법적 성격에 비추어 보거나 매우 의심스럽다. 문제의 이러한 측면을 거두절미하고 프랑스에서는 고의·중과실의 경우에만 선택적 청구권이 인정된다고 볼 수 있는가.

#### IV. 國家賠償法上 公務員個人的 責任

##### 1. 國家賠償責任의 本質과 公務員 個人的 責任

국가배상책임의 본질에 관한 국내의 학설은 특히 그 학설의 명칭과 정확한 내용

43) Ossenhühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S. 9. 이와 관련하여 시오노(塩野宏, II, 227)는 독일의 대위책임설적 입법주의를 어떤 필연적인 이론적 결과가 아니라 국가책임부정론의 존재와 피해자보호의 실효성을 높이기 위한 타협의 산물로 파악한다.

의 관계에 있어, 그리고 그것이 선택적 청구권의 인정여부와 맺고 있는 관계에 있어 흥미한 양상을 보이고 있다. 먼저 국내문헌에 나타난 학설과 공무원 개인책임의 인정여부에 관한 견해를 살펴 보기로 한다.

### (1) 代位責任說과 公務員 個人責任

대위책임설은 국가·공공단체의 배상책임은 원래 공무원개인이 부담하여야 할 것이지만 이를 대신하여 지는 책임이라는 견해이다. 이에 따르면 공무원의 위법행위는 본래 국가·공공단체의 기관의 행위로서의 품격을 갖지 않으므로 국가·공공단체에 귀속시킬 수 없으며, 가해공무원 개인이 이에 대한 책임을 지지 않으면 안된다. 다만 공무원개인은 충분한 賠償資力을 갖추지 못하고 있는 것이 보통이므로 피해자구제의 견지에서 이를 국가·공공단체가 인수한 것이 국가배상책임이라고 보는 것이다. 이 견해에 따르면 국가·공공단체의 배상책임은 원래 공무원개인이 부담하여야 할 것이지만 피해자구제의 견지에서 이를 대신하여 지는 책임이므로, 국가가 가해공무원의 책임을 인수한 이상 선택적 청구권은 인정될 수 없다고 본다. 피해자보호의 견지에서 충분한 배상자력을 지니고 있는 것은 국가(지방자치단체)라는 점과 가해공무원 개인의 무한책임이 인정되면 이로 인해 공무원의 이니셔티브와 직무수행의욕의 감퇴가 우려되므로 행정의 원활한 기능수행을 보장해야 한다는 점이 그 주된 논거이다. 그러나 대위책임설을 취하면서도 피해구제의 신속·확실성을 기한다는 취지에서 선택적 청구가 허용된다고 주장하는 견해도 있다.<sup>44)</sup>

### (2) 自己責任說과 公務員 個人責任

자기책임설에 의하면 공무원의 직무수행행위는 국가의 機關으로서의 行爲이므로 그 위법·적법을 불문하고 바로 국가나 공공단체의 책임으로 귀속되며 따라서 이 책임은 국가의 자기책임으로서 민법 제35조에 의한 법인의 불법행위책임에 상응하는 것이라고 한다. 이것이 가장 주류적인 자기책임설이라 할 수 있다. 반면 危險責任說의 관점에서 국가배상책임을 파악하려는 또 다른 자기책임설이 주장되고 있다. 이 견해에 따르면 공무원의 직무집행행위는 국민에게 손해를 야기할 위험성을 내포하며 또한 그것은 행정기관의 지위에서 행해지는 것이므로, 그로 인한 손해배상책임은 국가의 자기책임으로 보아야 한다고 한다.<sup>45)</sup> 이들 견해는 대체로 공무원

44) 金哲洙, 憲法學新論, 401. 이 견해는 공무원에 대한 직접청구를 허용하면 특히 배상심의위원회를 거치지 않고 국가배상법의 기준적용도 받지 않으므로 피해자에게 유리하다는 점을 감안한 것이라고 한다.

45) 金東熙, 行政法 I, 417. 여기서 金東熙 교수는 이 견해가 국가배상법의 장래의 발전방향을 제시하고 있다는 점에서 의의가 크지만 適法·無過失의 경우에도 국가책임이 인정될 수 있다는 점에서 違法·過失을 책임요건으로 하는 행정상 손해배상의 이론으로서는 문제가 있다고 지적한다.

의 개인책임을 인정하고 있다.

일본에서도 국가배상책임을 이와같은 의미의 자기책임으로 파악하는 견해가 있다. 우리나라 국가배상법 제2조에 해당하는 규정인 일본 국가배상법 제1조에 의한 책임은 국가의 자기책임이라고 하면서 국가의 책임과 공무원 개인의 책임과는 별개의 문제이며 따라서 원칙론으로는 국가가 책임을 부담한다고 하여 공무원의 책임이 배제된다고 보아야 할 근거는 없으므로 공무원도 국가와 병행적으로 개인책임을 지는 것이라는 견해<sup>46)</sup>가 그것이다. 그러나 이에 대하여는 자기책임설로부터 공무원의 개인책임이 당연히 도출되는 것은 아니며, 오히려 공무원은 그 직무를 집행하는 경우에는 국가라는 장치의 일부인 것이므로 공무원의 책임도 국가의 책임에 흡수되어 개인으로서는 책임을 지지 않는다는 비판이 있다.<sup>47)</sup>

반면 자기책임설의 입장을 취하면서도 대외적으로는 국가책임만 인정하고 공무원의 개인책임은 부정하는 견해도 있으며,<sup>48)</sup> 또 자기책임설의 입장에 서면서도 고의·중과실의 경우에 한하여 선택적 청구권을 인정하는 견해도 있다. 즉 경과실의 경우에도 민법의 규정에 따라 공무원이 개인책임을 지게 되는 것은 국가배상법 제2조 제2항이 경과실의 경우에는 공무원이 국가에 대해 지는 구상책임을 면제한 것과 균형이 맞지 않으므로 그 입법취지를 고려하여 공무원의 민사상 배상책임도 고의·중과실의 경우에 한정되는 것으로 보아야 한다는 것이다.<sup>49)</sup>

### (3) 中間說과 公務員 個人責任

중간설이란 국가의 배상책임을 공무원의 위법행위가 輕過失에 기한 것인 때에는 自己責任으로, 故意·重過失에 의한 것인 때에는 代位責任으로 보는 견해이다. 그러나 선택적 청구권의 인정여부에 관한 중간설의 설명은 한결같지 않다. 경과실의 경우 공무원의 행위는 국가기관행위가 되고 국가가 그에 대한 자기책임으로 배상책임을 지는 것이라는 이유에서, 그리고 고의·중과실의 경우에는 국가가 공무원을 대신하여 책임을 지는 것이라는 이유에서 선택적 청구권을 부정하는 견해가 있는 반면, 고의·중과실의 경우에 한하여 선택적 청구권을 인정하는 견해도 있기 때문이다.<sup>50)</sup>

46) 今村成和, 國家補償法, 有斐閣, 1957, 122.

47) 塩野 宏, 行政法 II, 251-252.

48) 徐元宇, 現代行政法論, 上, 701.

49) 金鐵容, 國家賠償法 제2조에 관한 연구, 건국대학교 박사학위논문, 1975, 129.

50) 이와 관련하여 朴鎭炳 교수(『最新行政法講義』, 640)는 대법원의 1996년 2월 15일 자 전원합의체판결(95다38677)을 국가배상책임의 본질에 관한 중간설의 입장을 취한 것이라고 보고 있는데 이는 아마도 대법원이 “공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이

## (4) 評價

위에서 살펴 본 국내의 학설상황은 국가배상책임의 본질을 어떻게 볼 것인가 하는 문제와 공무원 개인의 책임을 인정할 것인가 하는 문제가 반드시 논리필연적인 관계에 있지 않다는 것을 보여준다. 그러나 이러한 결론을 내리기는 아직 이르다. 각 학설을 주장하는 사람에 따라 그 내용이 일치하지 않고 있기 때문이다. 다음의 진술은 바로 그 사실을 가장 극명하게 보여주고 있다.

국가배상책임의 본질을 자기책임이라고 이해하는 경우에는 국민에 대한 배상책임자는 마땅히 국가가 되고, 국민은 국가에 대해서만 배상청구를 할 수 있게 된다(대국가적 청구권설). …… 그러나 대위책임설에 따르는 경우에는 국가와 가해공무원이 모두 배상책임자가 되고 국민은 국가에 대한 배상청구와 가해공무원에 대한 배상청구를 선택적으로 할 수 있다는 결론에 도달하게 된다(선택적 청구권설). 따라서 자기책임설에 따르면 선택적 청구권설을 주장하거나 대위책임설을 따르면 대국가적 청구권설을 주장하는 것은 법리상 문제가 있다고 생각한다.<sup>51)</sup>

직무상 불법행위에 대한 공무원 개인책임, 즉 선택적 청구권을 인정할 것인가

---

있는 것에 불과하므로 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 직무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 위와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것”이라고 판시한 것을 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 대법원은 이를 국가배상본질로부터 도출하고 있지는 않으며, 오히려 “공무원 개인의 책임 범위를 정하는 문제는 피해자 구제뿐만 아니라 공무원의 위법행위에 대한 억제, 안정된 공무 수행의 보장, 재정 안정 등 서로 상충되는 다양한 가치들을 조정하기 위하여 국가배상법상 어떠한 법적 장치를 마련할 것인가 하는 입법정책의 문제”라고 보았다. 따라서 이러한 대법원의 판례는 이를 선택적 청구권의 인정여부에 관한 제한적 긍정설로 취급해야지 국가배상책임의 본질에 관한 중간설을 취한 것으로 다룰 수는 없을 것이다. 국가배상책임의 본질과 선택적 청구권의 인정여부의 문제가 서로 논리필연적인 관계에 있지 않다는 것은 朴鎭煥 교수(같은 책, 657 각주 1)도 인정하는 바이기도 하다.

51) 許營, 『韓國憲法論』, 1995, 552. 許營교수는 여기서 전자에 해당하는 견해로 文鴻柱, 346; 丘秉湖, 636을, 후자의 견해로 金道昶, 581; 石琮顯, 622를 각각 인용하고 있다.

하는 문제가 국가배상책임의 본질이해와 관련성을 지니는 것은 사실이다.<sup>52)</sup> 가령 대위책임설은 그 독일에서의 이론구성에 따른다면, 선택적 청구권을 부인하는 견해로 귀결된다. 본래 공무원 개인이 저야 했을 책임을 국가가 인수한 이상 별도로 공무원이 질 책임은 남지 않게 되기 때문이다. 반면 자기책임설은 그 주류적 이해에 따른다면 국가책임은 공무원책임과 별도로 성립하는 것이라고 이해하므로 공무원의 개인책임을 인정하는 쪽으로 결론을 내리게 된다. 이렇게 볼 때 “자기책임설에 따르면 선택적 청구권설을 주장하거나 대위책임설을 따르면서 대국가적 청구권설을 주장하는 것은 법리상 문제가 있다”는 지적은 학설의 의미내용과 전개상을 오해한 결과로서 타당하지 않다.<sup>53)</sup> 물론 자기책임설의 또 다른 버전(Version)에 따를 경우 직무집행의 범위안에서 행해진 공무원의 불법행위로 인해 국가가 자기책임으로서 배상책임을 지는 이상 그 공무원이 개인책임을 질 여지는 없게 되며<sup>54)</sup> 따라서 선택적 청구권을 부정하는 결론을 내릴 수도 있겠지만 이는 우리나라에서는 극히 이례적인 견해일 뿐이다. 한편 자기책임설을, 개인책임을 인정범위 여하를 떠나, 공무원의 개인책임을 인정하는 것으로 단순화시킬 경우, 국가배상책임을 경과실의 경우 자기책임으로 보고 고의·중과실의 경우 대위책임으로 보는 중간설은 고의·중과실의 경우에는 국가만이 책임을 지는데 비해 그보다 비난의 정도가 약하다고 할 수 있는 경과실의 경우에는 공무원 자신도 책임을 진다는 매우 이상한 결론에 이를 수도 있다. 이러한 문제점 때문에 경과실의 경우 공무원의 행위가 기관행위로서 그로 인한 책임도 국가에 귀속되는 것으로 보아 선택적 청구권을 전면적으로 부정하는 결론이 나왔을 것이다.

이러한 학설상황을 고려할 때 우리는 결국 양자사이의 관계가 논리필연적인 것이 아니라는 점을 재확인하게 된다.<sup>55)</sup> 이는 앞에서 살펴 본 외국의 예를 통해서도 분명히 드러난 바 있다. 또 우리나라의 경우 이 문제에 관한 논의에 있어 단순한

52) 朴均省, 公務員 賠償責任의 理論과 判例, 判例月報 1995/6, 41은 공무원의 국민에 대한 배상책임의 인정의 문제와 국가책임의 성질의 문제가 본질적으로 연관된 것으로 보는 것은 타당하지 않지만, 양자를 전혀 무관한 문제로 보는 것도 타당하지 않다고 한다. 이론적으로 일관성있는 해결을 위하여 양자가 어느 정도 연결되어 있다는 것을 부정해서는 안된다는 것이다.

53) 許營, 『韓國憲法論』, 1995, 552.

54) 이 경우 직무집행의 범위 외에서 행해진 행위로 인한 손해배상책임을 공무원 개인이 부담하게 되지만 이는 전혀 별개의 문제라고 본다.

55) 徐元宇, 國家賠償과 公務員의 賠償責任, 考試界 1976/2, 29; 朴鈺妍, 上, 657; 金南辰, 行政法 I, 515; 김기동, 國家賠償과 公務員의 個人責任, 法曹 1994/10, 138; 拙著, 행정구제법, 78; 下山瑛二, 國家補償法, 1973, 246-247; 稻葉馨, 公權力の行使にかかわる賠償責任, 現代行政法大系 6, 1983, 53.

〈국가배상책임의 본질론과 선택적 청구권의 인정여부의 관계〉

학설	결론	선택적 청구권	고의·중과실에	선택적 청구권	논 거
		전면인정	한하여 인정	전면부정	
대 위 책임설	I			○	배상자력이 충분한 국가가 배상하는 이상 피해자구제에 지장이 없다.
	II		○		공무원 직무수행 위축효과 방지
	III	○			피해구제 뿐만 아니라 공무원의 위법억제·제재가 필요하다.
자 기 책임설	I	○			국가책임과 공무원 개인책임은 각각 별도로 성립하는 것이다.
	II		○		경과실의 경우 공무원의 행위는 기관행위로서 그 개인책임의 문제를 남기지 않으며 또 구상책임을 고의·중과실에 한정한 것과 균형상 공무원개인책임을 면제되는 것으로 보아야 한다.
	III			○	국가가 배상책임을 지는 이상 공무원 개인의 책임은 성립할 여지가 없고 위축효과를 방지할 필요가 있다.
중간설	I		○		고의·중과실의 경우 이미 국가행위로서 품격을 상실한 것이지만 이를 국가기관행위로 보아 국가가 배상하는 것. 따라서 공무원개인의 책임인정
	II			○	고의·중과실의 경우에도 공무원의 직무수행 위축효과를 방지하기 위하여 책임을 면제해야 한다.

법해석론을 넘어서는 법정정책적 고려가 추가되고 있어 국가배상책임의 본질이해당으로는 문제의 해법을 찾을 수 없다는 점도 고려될 필요가 있다. 오히려 대위책임설·자기책임설·중간설에 따른 결론을 내리기 보다는 막바로 선택적 청구권의 인정여부에 관한 긍정설·제한적 긍정설·부정설로 분류하거나 독일·일본식 해결책·프랑스식 해결책 등으로 분류하는 것이 논의의 혼란을 막는 길일 수도 있다. 더욱

이 공무원 개인의 책임이 인정된다고 보는 경우에도 국가배상책임의 본질을 어떻게 이해하느냐에 따라 공무원 개인의 책임이 인정되는 범위가 좌우되는 것은 아니다. 선택적 청구권의 인정범위에 관한 한, 국가배상책임의 본질보다는 실정법의 해석과, 만일 실정법의 태도가 불명확하다면 그와 아울러 문제의 법정책적 측면에 관한 논의를 준거로 삼는 것이 옳다.

## 2. 公務員 個人的 責任에 대한 法解釋論的 考察

이미 앞에서 선택적 청구권의 인정여부가 국가배상책임의 본질을 어떻게 이해하느냐에 따라 논리필연적으로 좌우되는 것이 아니라는 사실이 밝혀졌다. 그러므로 문제해결의 관건은 어디까지나 우리나라 실정법상 이 문제가 어떻게 규율되고 있는가를 규명하는데서 찾아야 한다. 그 출발점은 헌법 제29조 제1항 단서의 해석에서 주어진다. 물론 헌법 제29조 제1항 단서의 문언상 표현만 가지고는 이 문제에 관한 해결책이 직접 주어지는 것은 아니다. 그러나 가장 핵심적인 쟁점은 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정하고 있는 헌법 제29조 제1항 단서에서 ‘공무원 자신의 책임’이 무엇을 의미하는가, 그것은 국가배상법 제2조 제2항이 규정하고 있는 求償權과는 어떠한 관계에 있는가 하는데 있다.

이에 관하여는 헌법 제29조 제1항 단서의 ‘책임’이란 행정내부적인 구상책임을 의미하는 것이라고 보는 견해가 있다. 그러나 이는 무엇보다도 헌법 제29조 제1항의 문언이나 그 연혁적 배경을 고려할 때 해석론상 유지되기 어렵고 나아가 헌법 제29조 제1항의 규정을 해석함에 있어 구상책임을 규정한 국가배상법 제2조 제2항의 기준에 따라 그 의미를 한정하려는 시도는 이를테면 ‘법률적합적 헌법해석’으로서 용인될 수 없다. 적어도 헌법 제29조 제1항 단서에서 ‘면제되지 아니한다’고 규정된 공무원의 책임은 이를 비단 구상책임 등 행정내부에서의 책임 뿐만 아니라 공무원의 민·형사상의 책임 일반을 포함하는 것으로 해석하는 것이 옳다.<sup>56)</sup> 이 점은 앞에서 소개된 대법원의 1996년 2월 15일자 전원합의체판결의 다수의견과 별개의견에 의해 분명히 확인된 바 있다. 즉 대법원은 「“이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 위 단서 규정은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 또는 공공단체(이하 ‘국

56) 許營, 『韓國憲法論』, 1995, 552, 763. 따라서 “일부 학자가 공무원의 직무상 불법행위로 인한 공무원자신의 책임(제29조 제1항 단서)과 공무원의 국민에 대한 책임(제7조 제1항)을 별개의 것으로 이해하는 것은 우리 헌법이 지향하는 직업공무원제도의 정신과 조화되기 어렵다고 생각한다”고 한다.

가 등'이라 한다)가 부담하는 국가배상책임과 공무원 개인의 불법행위 책임은 별개라는 전제하에 국가 등이 국가배상책임을 지는 경우에도 이를 이유로 불법행위를 한 공무원 개인의 책임이 면제되지 아니함을 명백히 한 것이라고 할 것이다. 그리고 위에서의 면제되지 아니하는 공무원 개인의 책임에는 민사상, 형사상의 책임이나 국가 등의 기관 내부에서의 징계책임 등 모든 법률상의 책임이 포함된다고 할 것이고 여기에서 특별히 민사상의 불법행위 책임이 당연히 제외된다고 보아야 할 아무런 근거가 없다고 할 것」이라고 판시했다. 즉 헌법 제29조 제1항 단서는 국가배상책임의 본질과는 무관하게 피해자구제의 만전을 기하기 위하여 특별히, 헌법적 결정을 통해 공무원 자신이 면책되지 않음을 규정한 것이고 여기서 '공무원 자신의 책임'이란 국가에 대한 求償責任 뿐만 아니라 피해자의 選擇的 請求에 대한 賠償責任까지도 포함하는 공무원 개인의 법적 책임 일반을 말하는 것이라고 해석된다. 이는 한국헌법 특유의 헌법적 결정에 따른 것이므로 설사 국가배상책임을 대위책임으로 이해한다고 해도 결과가 달라지지는 않는다. 대법원이 종래 직무상 불법행위를 한 공무원은 국가배상법상의 공무원 자신의 책임에 관한 규정여하에 관계없이 손해를 입은 자에 대하여 민사상의 손해배상책임을 진다고 판시했던 것도 바로 이러한 헌법규정에 입각한 결과라고 볼 수 있다. 이러한 해석은 국가배상제도가 피해자구제 뿐만 아니라 국가 및 공무원의 위법억제 또는 제재에도 그 목적을 두는 것이라는 국가배상제도의 목적·기능에 대한 현대적 이해와도 부합된다. 따라서 바로 이 헌법조항을 근거로 선택적 청구권은 인정된다고 보아야 한다.

문제는 선택적 청구권이 인정되는 범위, 다시 말해 선택적 청구권을 輕過失의 경우에도 인정할 수 있는가 하는데 있다. 이는 앞에서 논의된 선택적 청구권의 인정여부와는 별개의 문제이다. 그러나 이 문제에 관한 준거법은 어디서 찾아야 할 것인가. 이와 관련하여 1996년 2월 15일자 전원합의체판결에서 표명된 대법원의 견해는 정확하다.

“그러나 이 점에 관하여 국가배상법에 직접적으로 규정한 조항은 없고, 다만 국가배상법 제2조 제1항 본문은 “국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나, 자동차손해배상보장법의 규정에 의하여 손해배상의 책임이 있는 때에는 이 법에 의하여 손해를 배상하여야 한다.”고 규정하고 제2항은 “제1항 본문의 경우에 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다.”고 규정함으로써 민사상 사용자책임에 있어서 사용자의 피용자에 대한 구상권을 규정한 민법 제756조 제3항이 피용자의 귀책사유의 정도(고의·중과실 또는 경과실의 구분)에 관계없이 구상권을 인정하고 있는 것과는 달리 직무상 불법행위를 한 공무원에게 고의·중과실이



있는 경우에 한하여 국가 등의 공무원에 대한 구상권을 인정하고 경과실의 경우에는 구상권을 인정하지 아니하고 있으며, 한편으로 국가배상법은 민법상의 사용자책임을 규정한 민법 제756조 제1항 단서에서 사용자가 피용자의 선임감독에 무과실인 경우에는 면책되도록 규정한 것과는 달리 이러한 면책규정을 두지 아니함으로써 국가배상책임이 용이하게 인정되도록 하고 있다.”<sup>57)</sup>

이 문제를 해결하기 위한 준거도 다시금 헌법 제29조 제1항 단서에서 찾아야 할 것이다. 국가배상법은 공무원 개인책임에 관한 한, 구상책임외에는 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 앞의 판결에서 대법원은 헌법 제29조 제1항 단서가 공무원이 한 직무상 불법행위로 인하여 국가 등이 배상책임을 진다고 할지라도 그 때문에 공무원 자신의 민·형사책임이나 징계책임이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이라고 인정하면서도 “그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다”는 해석론을 전개했다. 이는 대법원의 다수의견을 끌어내기 위한 결정적인 논거가 되고 있다. 헌법 제29조 제1항 단서의 규정을 선택적 청구권을 인정하는 근거로만 국한시키되 그 인정범위에 관한 상관성을 부정한 다음 공무원 개인책임에 관한 입법정책적 측면과 공무원에 대한 국가의 구상을 규정한 국가배상법 제2조 제2항에 대한 고려를 통하여 경과실면책을 도출한다는 것이 대법원의 전략이었다.

그러나 이 판결의 다수의견이 천명한 바와 같이 헌법 제29조 제1항 단서의 규정 자체가 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다고 할지라도, 국가배상법 제2조 제2항을 해석함에 있어 그 문언과 적용영역을 무시한 채 주로 입법정책적 취지에 의존하여 경과실면책을 이끌어내는 데에는 경과실면책이 법정책적으로 타당한지 여부를 떠나서, 법해석론상 무리가 있는 것이 사실이다. 별개의견이 정확히 파악한 바와 같이, 위 법 조항은 어디까지나 국가 등과 공무원 사이의 대내적 구상관계에 관한 규정이기 때문이다. 이 조항은 경과실의 경우 오로지 공무원에 대한 ‘구상책임’만을 면제하고 있을 뿐이다. 물론 이로써 그 한도에서 공무원집행의 안정성을 확보하려는 데 법의 취지가 있음에는 틀림이 없으나, 그렇다고 하여 이 조항이 대외적 관계 즉 피해자(국민)와 불법행위자(공무원) 본인 사이의 책임관계에 관한 규정이라는 해석은 나올 수 없다. 마찬가지로 이유에서 “국가배상법에서 경과실의 경우에 공무원의 국가 등에 대한 구상책임이 면제되고 있는 것은 이 경우는 전적으로 국가 등의 배상책임만이 성립하는데

57) 大判 1996. 2. 15, 95다38677.

따르는 논리필연적 귀결이라고 본다”는 견해<sup>58)</sup> 역시 타당하다고 볼 수 없다.<sup>59)</sup> 요컨대 국가배상법 제2조 제2항은 가해자인 공무원과 피해자인 국민간의 관계를 규정한 것이 아니므로, 이를 공무원개인책임에 있어 경과실면책의 근거로 삼은 다수의견은 이론적으로 지지하기 어렵다. 위 판결의 다수의견은 ‘공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것’이라고 실시하여 국가배상법 제2조 제2항의 적용영역을 가해공무원과 피해자간의 관계에까지 확장시키고자 시도하고 있으나, 이는 같은 조항의 문언과 적용영역을 무시한 입론이다. 대법원은 이 사건 판결에서 법해석의 이름으로 국가배상법 제2조 제2항에서 규정되지 않은 부분을 사실상 규정된 것처럼 취급하는 우를 범하고 있으며, 이는 입법자가 본래 의도하지 않았던 바이다.

### 3. 公務員 個人的 責任에 대한 法政策論的 考察

#### (1) 法政策論의 課題로서 公務員個人責任

대법원의 1996년 2월 15일자 전원합의체판결은 이해적으로 국가배상법상 공무

58) 金東熙, “公務員이 職務執行中 不法行爲로 타인에게 損害를 입힌 경우, 公務員의 個人責任 成立與否”, 判例月報 1996/6(309號), 31. 金東熙교수는 여기서 “경과실의 경우 공무원 개인이 배상한 경우에는 불문법원리로서의 법의 일반원리에 따라 당해 공무원은 국가 등에 대하여 당해 배상액의 전보를 구할 수 있는 권리가 인정된다고 한” 예로 「뫼세유데따」의 1963. 4. 26. 브장송 지방병원판결(C. E. Sect. 1963. 4. 26, Centre hospitalier régional de Besançon, Rec. 243, concl. Chardeau: Gr. Ar., p. 479)을 인용하고 있다. 그러나 이 판결은 후술하는 바와 같이 직무수행으로부터 분리될 수 있는 개인과실(faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions)을 범하지 않았는데도 민사법원에 의해 배상판결을 선고받은 공무원에게 행정에 대한 배상액전보청구권을 인정한 것으로 보아야 할 것이다.

59) 프랑스의 경우 선택적 청구권이 인정되는 동시에 공무원의 구상책임이 인정되고 있지만 後者が 반드시 고의·중과실의 경우 선택적 청구권이 인정된다는 것에 의존하는 것은 아니다. 이 점은 독일의 1981년 國家責任法이 선택적 청구권을 부정하면서도 故意·重過失의 경우 공무원의 求償責任을 인정하고 있었던 것(Maurer, § 30 Rn. 35)을 보더라도 분명하다.

원 개인책임의 인정여부를 둘러싸고 전개된 다양한 학설과 입법례 뿐만 아니라 문제의 법정정책 측면을 상세히 검토하고 있다. 대법원이 공무원 개인책임의 법정정책 측면을 논의의 대상으로 삼은 것 자체는 타할 바가 못된다. 헌법의 규정과 국가배상법의 규정을 아울러 고찰할 때 공무원 개인책임의 문제를 해결함에 있어 결정적인 단서가 될 수 있는 법적 근거를 찾을 수 있는지 의문이 없지 않고 따라서 논의가 해석론적 수준을 넘어 그와같은 법정정책 국면으로 이행되는 것은 불가피한 결과라고 할 수 있다.<sup>60)</sup> 또한 최고법원으로서 일국의 법질서를 통일하고 향도해야 할 대법원의 법정정책 역할기대에 비추어 볼 때 이러한 논의방식은 오히려 바람직한 결과라고도 볼 수 있다. 대법원은 먼저 국가배상법의 입법목적을 “원래 국가 등은 그의 기관의 지위에서는 공무원을 통하여 행위를 하며 공무원이 그 직무상 한 행위의 효과는 국가 등에 귀속되지만, 공무원이 직무수행 중 위법행위를 저질러 타인에게 손해를 입힌 경우에도 그 효과(즉 배상책임)가 당연히 국가 등에게 귀속될 것인가가 문제가 되므로 우리 헌법 제29조 제1항 본문은 그 공무원으로 하여금 그 직무에 종사하도록 하였고 그 직무행위로 빚어진 이익의 귀속주체인 지위에 있으며 충분한 배상자력을 가지고 있는 국가 등이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하도록 함으로써 국민의 재산권을 보장하려는 취지라고 할 것이고 이를 구체적으로 실현하기 위하여 제정된 것”이라고 실시하고 있다. 이 점에 관한 이론의 여지가 없을 것이다. 대법원은 여기서 한 걸음 더 나아가 “그런데 이 경우에 위법행위를 한 공무원 개인의 책임 문제는 국가배상책임과는 또 다른 문제로서 현대에는 사회가 발전함에 따라 공무원이 취급하는 사무가 다양하고 복잡하며 광범위하여 공무원의 직무상의 사소한 잘못으로도 막대한 손해가 발생할 수 있는데 이러한 경우에도 언제나 공무원 개인에게 손해배상책임을 부담시킨다면 형평의 원칙에도 어긋나는 결과가 초래될 뿐만 아니라, 이로 인하여 공무원의 사기가 저하되고 공무원이 자기방위를 위하여 필요·적절한 공무초차 회피하는 태도를 취할 가능성이 크기 때문에 원활한 공무수행에 지장을 초래할 우려가 있는 반면, 다른 한편으로는 공무원의 직무상 위법행위로 인하여 손해가 발생한 경우에도 국가 등이 국가배상책임을 진다는 이유로 공무원 개인의 손해배상책임을 전적으로 배제하게 되면 공무원 개인책임을 통하여 공무원의 위법행위를 감시·억제하는 효과를

60) 阿部泰隆(앞의 책, 65)도, 우리나라 헌법 제29조 제1항 단서와 같은 규정이 없는 일본의 법상황을 전제로 피해자로부터 공무원에 대하여 직접 배상을 구할 수 있는지 여부가 국가배상법상 명시되고 있지 않기 때문에 문제가 해석론으로서 논의되고 있으며, 또한 조문상 결정적인 근거를 찾을 수 없기 때문에 어느정도 입법정책론과 접하게 된다고 서술하고 있다.

기대할 수 없기 때문에 공무원이 위법행위를 저지를 가능성이 커지는 부작용이 있을 수 있는 것”이며, “국가배상책임과 공무원 개인책임을 책임의 귀속주체의 측면에서 보면 각각 별개의 것이지만 피해자인 국민의 권리구제라는 측면에서 보면 상호보완적”이라고 전제한 후, “공무원 개인의 책임 범위를 정하는 문제는 피해자 구제뿐만 아니라 공무원의 위법행위에 대한 억제, 안정된 공무 수행의 보장, 재정 안정 등 서로 상충되는 다양한 가치들을 조정하기 위하여 국가배상법상 어떠한 법적 장치를 마련할 것인가 하는 입법정책의 문제”라고 보았다. 그러나 이미 앞에서 살펴 보았던 국내학설이나 비교법적 고찰의 결과에 비추어 볼 때 극히 타당한 대법원의 법정책론은 다음과 같은 논의에 이르러서는 간과할 수 없는 정책적 편향을 드러내고 있다.

“국가배상법의 입법취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 결과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 위와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당할 것이다.”

대법원은 이와 같이 국가배상법의 입법취지를 ‘해석’하고 나서 이를 별개의견과 반대의견의 문제점을 지적함으로써 정당화하려고 시도했다. 즉 대법원은 별개의견에 대하여는 “만일 이렇게 해석하지 아니하고 국가배상법 제2조 제2항은 공무원의 국가 등에 대한 구상책임에 관한 것일 뿐 공무원 개인의 피해자에 대한 책임과는 전혀 무관하다고 하면서 공무원이 직무집행상의 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에도 공무원 개인이 피해자에 대한 손해배상책임을 부담하여야 한다고 해석한다면, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상을 청구하면 공무원 개인이 그 배상책임을 부담하게 되지만 국가 등을 상대로 국가배상을 청구하면 그 책임을 이행한 국가 등으로서는 공무원 개인에게 이를 구상할 수 없어 궁극적으로 공무원

개인은 책임을 부담하지 아니하게 되는 바, 이러한 결과는 피해자의 임의적 선택에 따라 그 배상책임의 궁극적 귀속자가 달라지게 된다는 점에서 불합리할 뿐만 아니라 경과실의 경우에는 공무원 개인의 책임을 궁극적으로 면제시켜 공무원으로 하여금 안심하고 적극적으로 공무를 수행하도록 하려는 입법의도도 실현할 수 없게 되므로 이러한 해석은 타당하다고 할 수 없다”고 지적하는 한편, 반대의견에 대하여는 “국민에게 봉사하여야 할 공무원이 고의나 중대한 과실로 국민에게 손해를 끼친 경우에도 공무원 개인이 아무런 배상책임을 지지 아니한다는 해석을 취한다면 공무원의 직무를 방자한 불법행위를 감시·억지할 수 없고 아무런 합리적 이유 없이 공무원을 과잉보호하는 부당한 결과를 초래할 우려가 있다”고 반박한 것이다.

여기서 읽을 수 있는 대법원관결(다수의견)의 논리구조는 국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법취지를 어떻게 해석하느냐에 따라 이러저러한 부당한 결과가 발생할 수 있으므로, 고의·중과실의 경우에만 공무원개인책임을 인정하려는 취지로 해석해야만 그러한 부당한 결과를 회피할 수 있다는 것이다. 그렇다면 별개의견이나 반대의견을 취할 경우 과연 그러한 부당한 결과가 나타나며 또 그 결과는 회피할 수 없는 것인지, 나아가 다수의견을 취하면 과연 합당한 결과가 생기는지가 문제되어야 한다. 이것은 실은 법률문제이기 앞서 사실문제이며 또 아직은 충분히 과학적인 검증을 거치지 못한 문제이기도 하다. 과연 공무원 개인책임을 인정하면 직무수행의 위축효과가 발생하는가? 공무원의 개인책임을 인정하는 결과 나타날지도 모르는 위축효과를 그 책임이 인정되는 범위를 고의·중과실에 국한시킴으로써 의미있게 완화시킬 수 있는가? 다수의견이 지적하는 바와 같이 경과실의 경우에 피해자에 대한 공무원 개인의 책임을 인정한다고 해석하면 피해자의 임의적 선택에 따라 그 배상책임의 궁극적 귀속자가 달라지게 되어 불합리하게 된다 하더라도 그 결과는 치유되거나 다른 방법에 의해 해소될 수 없는 것인가? 이 모든 의문들은 바로 공무원 개인책임이 가지는 법정정책적 효과에 관한 문제들이다.

## (2) 公務員 個人責任의 法政策的 效果

국가가 배상책임을 지는 것과 별도로 공무원 개인이 피해자에게 직접 자기의 행위로 인한 배상책임을 지도록 해야 하는가 하는 문제는 헌법해석의 차원에서 해결되어야 할 문제이지만 동시에 고도의 정책적 판단을 요하는 문제이기도 하다. 가령 지방자치단체의 재정규모가 확대되는 가운데 각종개발사업의 인허가를 담당하는 일선공무원들이 그 직무상의 잘못으로 언제나 피해자에 대해 직접 배상책임을 추궁당할 수 있다고 한다면 이는 직무수행의욕을 감퇴시킴은 물론 경우에 따라서는 이른

바 ‘伏地不動’을 강요하는 결과가 될 수도 있기 때문이다. 그러나 이러한 효과는 객관적으로 검증되지 않은 하나의 가능성에 지나지 않으며, 공무원 개인책임의 법정책적 효과는 훨씬 다양하고 복잡하다. 다음의 표는 공무원 개인책임을 부정하는 경우, 고의·중과실에 한하여 인정하는 경우 그리고 전면적으로 인정하는 경우 기대되는 효과를 요약해서 보여주기 위한 것이다. 다만 이 표에 나타난 기대효과들은 객관적·일반적으로 판명된 기대효과가 아니라 공무원 개인책임에 관한 기존의 학설들이 주장하고 있는 이유들로서, 그 자체가 하나의 연구와 검증의 대상 또는 가설일 뿐이다. 가령 시대·사회적 상황이나 민주화의 정도, 공직의 정착도, 공무원의 직종이나 업무의 성질, 공무원의 보수, 업무수행에의 열성(motivation) 등 다양한 요인에 따라 그 기대효과와 내용이나 강도가 달라질 수 있기 때문이다.

〈각 학설의 법정책적 기대효과와 비교〉<sup>61)</sup>

기대효과	학설		
	부정설	제한적 긍정설	전면긍정설
피해구제(피해자의 입장)	±(0)	+ (1)	++ (2)
위법의 억지·제재	- (-1)	+ (1)	++ (2)
위축효과(부작위로의 도피현상)의 방지	++ (2)	+ (1)	- (-1)
구상권과의 균형유지	- (-1)	±(0)	- (-1)
남소의 폐단억제	++ (2)	+ (1)	- (-1)
부담의 공평유지	- (-1)	++ (2)	+ (1)
총 합	+ (1)	+++++ (6)	++ (2)

위 표에서 볼 수 있는 바와 같이 공무원 개인책임의 인정여부 및 범위에 관하여 어떠한 입장을 취하느냐에 따라 그 법정책적 효과면에서 다양한 결과가 기대될 수 있다. 위 표에서는 각각의 학설별로 기대효과를 ‘+’ ‘-’ ‘±’로 표시하여 이를 수치화하여 종합적 평가결과를 비교했다. 그러나 이러한 종합적 평가는 실은 유보적인 가능성만을 의미할 뿐 그 자체로서 각학설의 법정책적 우열을 판가름해주는 요인이 될 수 없다. 가령 제한적 긍정설은 그 법정책적 기대효과면에서 가장 우수한 것으로 나타나고 있으나 만일 그 기대효과와 중요한 부분이 제대로 발휘되지 못한다면 그같은 종합적 평가는 유지될 수 없게 될 것이기 때문이다. 따라서 이러한 도식은 각학설이 내세우는 법정책적 논거를 역으로 검증해 나가기 위한 하나의 작

61) 阿部泰隆, 『國家補償法』, 65 이하를 참조하고 필자의 견해를 덧붙여 작성한 것임.

되던 기간중에 발생한 공무원의 위법행위의 빈도나 정도가 판례가 갑자기 부정설로 선회한 이후 현저히 늘거나 악화되었다는 증거는 없을 뿐만 아니라 그러한 변화의 추이가 측정될 수 있다 하더라도 그것이 공무원 개인책임의 인정여부나 인정범위와 상관성을 갖는지는 미지수이기 때문이다. 그러나 공무원이 자기의 직무집행상의 위법행위에 대한 개인적 책임을 지게 되고 또 그러한 사실을 스스로 또는 공무원교육을 통하여 인식할 수 있다면 일반적으로 위법행위를 억제하는 효과가 나타날 것이라고 기대할 수 있을 것이다. 이러한 가정은 우리의 사회통념과도 부합한다. 다만 공무원 개인의 책임을 고의·중과실에 한하여 인정하는 경우 그 위법행위의 억제효과가 과연 유의미하게 차별적으로 나타날지는 불분명하다. 반면 불법행위제도(특히 국가배상법)의 목적이 손해의 전보인가, 위법행위의 억지인가 또는 그 두 가지 모두인가 하는 것은 일용 입법정책적인 선택의 문제처럼 보이지만 실은 헌법과 국가배상법의 관련규정들의 해석을 통해 판단되어야 할 문제이며, 위법행위에 대한 제재의 문제 역시 사실적 기대효과가 아니라 법치국가원칙의 당위적인 요구라 할 수 있다. 이렇게 본다면 결국 위법의 억지·제재란 공무원이 자기의 직무집행상의 위법행위에 대한 개인적 책임을 지게 될 것이라는 예측가능성이 확보될 때 가시화될 수 있는 기대효과로서, 헌법과 국가배상법의 관계규정의 취지 및 법치국가원칙의 당위적 요구에 의해 뒷받침되는 규범적 측면을 지닌 변수임을 확인할 수 있다.

### 3) 위축효과의 방지

공무원의 개인책임임을 인정하게 되면 공무원의 직무수행의 위축을 가져온다는 주장은 부정설이나 제한적 긍정설이 내세우는 가장 중요한 근거의 하나이다. 이러한 위축효과-부작용으로 도피할 위험의 대표적인 형태가 이른바 ‘복지부동’현상이라 할 수 있다.

“우리는 지금 공무원들에게 배전의 분발과 솔선적 개혁노력을 기대하고 요구한다. 공무원들이 과도기적 난국을 헤쳐 나가는데 선봉이 되어 주기를 기대한다. 그러나 공무원들은 폭증된 역할기대와 행동요청에 오히려 역행하는 반발전적 행태를 보인다는 비판을 받고 있다. 정부는 그러한 부정적 행태를 집약해서 ‘복지부동’(伏地不動)이라 부르고 있다. …… 복지부동이란 엎드려 눈치만 살피고 ‘개혁바람’, ‘사정한파’(司正寒波)가 지나가기를 기다리면서 움직일 생각을 하지 않는다는 말이다. 그것은 일하지 않고 살아남는 무사안일주의적·보신주의적 행태이다. 그것은 업무수행의 외형만 꾸미고 직무수행의 질과 내실은 소홀히 하는 형식주의이며 양적(量的) 복종주의이다. 그것은 피동적 무책임주의이다. 그것은 온갖 불만을 앞세워 정부시책에 소리없이 저항하는 행태이다. 공직의 행동규범을 어기고 부패를 저지르는 등 적극적으로 ‘갯밥을 챙기는’ 행위

도 복지부동의 한 국면으로 보아야 한다.”<sup>65)</sup>

복지부동은 공무원 개인책임이 전면적 또는 부분적으로 인정됨에 따라 발생할 수 있다고 주장되는 ‘위축효과’의 가장 단적인 표현이라 할 수 있다. 복지부동의 원인에 관한 한 행정학적 연구는 조직구조의 집권화·공식화, 적당주의풍토, 처벌 위주의 감사제도(상황요인), 情誼主義, 형식주의, 가족주의(개인요인) 및 직종 등의 의미있는 요인들을 식별했고, 이중 상황요인이 개인요인보다 2~3배 강한 것으로 나타났으며, 복지부동의 개선을 위해서는 관료의 의식개혁보다는 조직구조나 제도개혁이 더욱 효과적이라는 사실을 밝혔다.<sup>66)</sup> 이는 복지부동이나 위축효과나 하는 현상을 공무원 개인책임이라는 단일 변수에 의해 설명할 수 없다는 사실을 간접적으로 말해준다. 물론 공무원 개인책임이라는 요인이 복지부동에 기여할 수는 있을지 모르지만, 과연 얼마나 어떠한 경로를 통해 기여하는 것인지는 현재로서는 미지수라고 할 수밖에 없다.<sup>67)</sup> 특히 공무원의 개인책임을 전면적으로 인정하는 경우와 고의·중과실에 한하여 인정하는 경우 그 위축효과가 유의미하게 차별적으로 나타날지는 더 더욱 불분명하다.

#### 4) 구상권과의 균형유지

국가배상법은 제2조 제1항 본문에 의하여 국가가 배상책임은 진 경우 당해 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 지방자치단체가 그 공무원에게 구상할 수 있도록 하고 있다(§ 2 ②). 이것은 공무원이 국가 등에게 고의 또는 중대한 과실로 국가배상책임을 발생시킨 이상 그 공무원에 대해 求償(Rückgriff, Innenregreß, action récursoire)을 할 수 있게 하는 것이 손해부담의 공평을 기하는 길이 된다는 견지에서 인정된 것이다(求償留保: Rückgriffsvorbehalt).<sup>68)</sup> 고의·중과실은 국가 등의 구상권행사를 위한 요건인 동시에 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 구상책임을 지운다는 점에서 구상책임의 성립범위를 제한하

65) 吳錫泓, 『한국의 행정』, 경세원, 1995, 235-236.

66) 金虎楨, “韓國官僚行態의 決定要因”, 『韓國行政學報』, 1994·겨울(28권 4호), 1255-1277. 이 연구는 복지부동에 관련된 행태로 보신적 안일행태, 형식적 행태, 권위적 행태를 들고(1259), 행정공무원들에 대한 설문조사를 통하여 복지부동의 원인이 되는 상황변수들을 비교분석한 것이다.

67) 반면 阿部泰隆(앞의 책, 67)은 위축효과를 과학적으로 입증하기는 어렵지만 인간의 행동원리에 비추어 일용 예상될 수 있는 것이라고 한다. 실제로 일본의 공립학교 교사는 국가배상법상 개인책임은 추궁당하지 않지만 사회적 책임을 추궁받게 되어 부작위로 도피하기 쉬운 것으로 인식되고 있다고 한다.

68) 공무원의 내부적 책임(Innenhaftung)으로는 이러한 구상책임 말고도 공무원법상의 변상책임 등 여러 가지가 있음은 물론이다.



는 기능을 한다. 즉 그것은 求償制限(Rückgriffslimit)의 요인이라 할 수 있다.<sup>69)</sup> 고의 또는 중과실의 개념은 앞에서 본 바와 같이 민법상의 그것에 따르며 중과실이란 사회통념상 요구되는 주의의무의 위반의 정도가 특별히 중대한 경우를 말한다. 그것은 가장 용이하고 누구나 시인할 수 있는 정도의 주의조차 기울이지 않은 경우를 말한다. 즉, 조금만 주의를 하였다면 사고를 일으키지 않을 수 있었다고 판단되는 경우이다.

구상권과의 균형을 유지해야 한다는 것은 제한적 긍정설의 가장 유력한 논거가 되어 왔다. 앞서 인용한 대법원의 전원합의체판결에서 다수의견은 “국가배상법 제2조 제2항은 공무원의 국가 등에 대한 구상책임에 관한 것일 뿐 공무원 개인의 피해자에 대한 책임과는 전혀 무관하다고 하면서 공무원이 직무집행상의 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에도 공무원 개인이 피해자에 대한 손해배상책임을 부담하여야 한다고 해석한다면, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상을 청구하면 공무원 개인이 그 배상책임을 부담하게 되지만 국가 등을 상대로 국가배상을 청구하면 그 책임을 이행한 국가 등으로서는 공무원 개인에게 이를 구상할 수 없어 궁극적으로 공무원 개인은 책임을 부담하지 아니하게 되는 바, 이러한 결과는 피해자의 임의적 선택에 따라 그 배상책임의 궁극적 귀속자가 달라지게 된다는 점에서 불합리할 뿐만 아니라 경과실의 경우에는 공무원 개인의 책임을 궁극적으로 면제시켜 공무원으로 하여금 안심하고 적극적으로 공무를 수행하도록 하려는 입법의 의도도 실현할 수 없게 되므로 이러한 해석은 타당하다고 할 수 없다”고 판시했다.

##### 5) 남소의 폐단억제

공무원의 개인책임을 전면적 또는 제한적으로 인정할 경우 피해자로부터 소송이 남발될 우려가 있는 것은 사실이다.<sup>70)</sup> 그로 인하여 소송으로 인한 비용이 증가되고 공무의 능률이 떨어지는 결과가 발생할 수도 있다. 이것은 주로 부정설의 입장을 뒷받침하는 논거가 된다. 제한적 긍정설도 이를 논거로 동원할 수 있으나 공무원이 경과실을 범했는지 아니면 중과실·고의를 범했는지는 소송을 통해서야 비로소 확인될 수 있는 것이라는 점을 고려할 때 공무원의 개인책임을 고의·중과실에 국한시킬 때 그러한 효과를 기대할 수 있을지 불분명하므로, 제한적 긍정설이 이를 주장하는데에는 한계가 있다. 과연 공무원 개인책임을 인정할 경우 남소의 폐단이 나타나며, 이를 부정하면 그러한 폐단을 막을 수 있다는 사실을 뒷받침할 객

69) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 10 2, S.98.

70) 阿部泰隆, 68-69.

판적인 증거는 없다. 이는 국민의 법의식과 소송에 대한 태도에 따라 달라질 수 있는 문제로서, 현재로서는 미지수이다.

#### 6) 부담의 공평유지

긍정설은 국가 등이 언제나 충분한 배상자력을 가지고 있으므로 피해자구제에 문제가 없다고 주장하는 부정설을 정태적이고 피상적인 견해라고 비판한다. 오히려 국가나 지방자치단체는 충분한 자력을 가지고 있기 때문에 당해사건의 승패에 따른 비용효과를 분석하지 않고 다른 일반적인 영향을 이유로 또 당해공무원의 의지에 따라 조직의 총력을 기울여 소송을 계속함으로써 자신의 입장을 방어하려 들 가능성이 있으며 그 자력이나 소송수행능력면에서 피해자 보다는 월등 우월한 위치에 있기 때문에 원고가 소송에 지쳐 패소할 가능성도 적지 않다고 한다.<sup>71)</sup> 이와는 달리 공무원 개인을 피고로 할 수 있다면 그 자력이나 소송수행능력면에서 대등한 경우가 일반적일 것이므로 원고가 승소 또는 화해 등을 통하여 소기의 목적을 달성할 기회가 늘어나게 된다는 것이다. 반면 부정설의 입장에서는 공무원 개인책임을 인정하면 소송을 통하여 일종의 공무원 ‘이지메’(いじめ), 즉 공무원 ‘괴롭히기’ 현상이 발생할 수도 있으며 또 그로 인하여 공무원이 소송에 지쳐 화해를 한 경우 국가나 지방자치단체에 역구상해도 그 스스로 화해한 것이기 때문에 배상액을 반환받을 보장이 없게 되는 불합리한 결과가 나타날 것이라고 반박한다. 그러나 이들 대립되는 어떤 주장도 과학적·객관적으로 증명된 것은 아니다. 이들은 모두 가정적 상황을 전제로 한 논거들이기 때문이다.

#### 7) 종합

이제까지 살펴 본 것처럼 앞의 표에서 제시된 각학설의 기대효과를 종합하여 평가하는데에는 많은 가정과 유보가 따른다. 따라서 각학설의 법정정책 기대효과와 종합은 그 자체로서는 종국적인 의미를 가지지 못하며, 각학설이 내세우는 논거의 전제조건이 충족되는 경우에만 의미를 발휘할 수 있을 뿐이라는 것을 다시금 음미할 필요가 있다. 이러한 견지에서 볼 때 잠정적으로 제한적 긍정설이 바람직한 법정정책 효과를 기대할 수 있는 방향이며, 부정설은 그 법정정책 기대효과가 가장 작다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 판단의 궁극적인 타당성은 문제의 법정정책 효과를 실증적으로 조사·연구함으로써만 밝혀질 수 있음은 물론이다.

71) 阿部泰隆, 69.

#### 4. 小結

이제까지의 논의를 바탕으로 도달할 수 있는 결론은 다음과 같다. 즉 해석론상 으로나 법정책론상으로나 부정설은 설득력이 약하며, 문제는 공무원 개인책임을 전면적으로 인정할 것인가 아니면 고의·중과실의 경우에 한하여 인정할 것인가로 모아지고 있다. 제한적 긍정설과 전면긍정설간의 핵심적 쟁점은 무엇보다도 국가배상법 제2조 제2항의 구상권규정을 어떻게 이해할 것인가에 있다. 공무원의 개인책임을 고의·중과실에 한정하지 않고 경과실에도 인정하는 전면적 긍정설은 구상권규정과 균형을 기할 수 없다는 문제점을 지니고 있는 것이 사실이다. 그러나 그렇다고 구상권제도의 본래취지에 비추어 볼 때 그러한 문제가 치유될 수 없는 것이라고는 말할 수 없다. 대법원의 다수의견에서 지적한 피해자의 임의적 선택에 따라 그 배상책임의 궁극적 귀속자가 달라지게 된다는 불합리한 결과는 오히려 경과실에 대하여 공무원 개인책임(선택적 청구권)을 인정하는 경우에도 배상책임을 진 공무원이 다시 국가에 대하여 국가배상법 제2조 제2항을 근거로 국가에 대한 구상관계에서 경과실면책을 주장하여 국가에게 구상할 수 있다고 봄으로써 해소될 수 있기 때문이다. 그렇게 해도 국가가 자기책임으로서 국가배상책임을 지는 것인 이상, 대법원이 우려하는 바와 같은 문제점, 즉 피해자의 임의적 선택에 따라 그 배상책임의 궁극적 귀속자가 달라지게 되며, 경과실의 경우 공무원 개인의 책임을 궁극적으로 면제시켜 공무원으로 하여금 안심하고 적극적으로 공무를 수행하도록 하려는 입법의도도 실현할 수 없게 된다는 결과는 회피될 수 있기 때문이다. 공무원 개인책임을 지느냐 하는 문제가 아니라 피해자가 가해공무원에 대해서도 직접 손해배상을 청구할 수 있느냐 하는 문제이다. 가해공무원이 피해자에게 배상책임을 진 경우 그에 따라 발생하는 당해 공무원과 국가간의 문제, 즉 구상문제는 이와는 일단 별개의 문제이다.

구상권은 비단 국가의 공무원에 대한 권리로서 뿐만 아니라 공무원의 국가에 대한 권리로서도 구체화될 수 있다. 현행법상 개인책임을 진 공무원에게 국가에 대한 구상권을 인정할 수 있는가에 관하여는 국가배상법 제2조 제2항 같은 명문의 규정은 없으나, 국가배상법 제2조 제2항을 반대해석하면 경과실의 경우 구상권을 행사할 수 없으므로 경과실의 경우 공무원이 개인책임을 진 경우에는 당해 공무원이 이를 국가에 대하여 구상할 수 있다는 해석도 가능하다. 이는 행정과 공무원, 공무원과 행정의 상호관계(rapport réciproque)에 있어 구상소송(actions récur-

soires)을 인정하고 있는 프랑스에서의 구상권이해와 상통하는 점이다.

「공세유데따」의 1963. 4. 26. 브장송 지방병원판결<sup>72)</sup>은 직무수행으로부터 분리될 수 있는 개인과실(faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions)을 범하지 않았는데도 민사법원에 의해 배상판결을 선고받은 공무원에게 배상액전보청구권, 즉 행정에 대한 구상권을 시인하였다. 이 판결에서는 이미 민사법원의 판결에 의해 공무원의 피해자에 대한 개인책임이 인정되었다는 사실이 전제되고 있으므로 그 한도내에서 사실상 선택적 청구권이 인정된 것과 마찬가지로의 결과가 되었다. 경과실의 경우 배상책임을 진 공무원이 국가에 대해 구상을 한다는 것은 경과실의 경우 공무원이 개인책임을 지지 아니한다는 것과는 같지 않으며, 오히려 경과실의 경우에도 선택적 청구가 가능하다는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

문제는 공무원이 국가에 대하여 또는 국가가 공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우 그 구상이 전액구상을 의미하는지 아니면 행위자의 배상책임에 대한 기여, 즉 책임부담부분에 상응하는 범위내에서의 구상을 의미하는지에 있는데, 이 점에 관한 한 헌법이나 국가배상법은 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 구상권제도는 본래 자기의 귀책사유에 속하지 않는 배상액을 되돌려 받도록 한다는 원인자책임의 논리에 따른 것이므로, 자신의 부담부분을 넘는 부분에 관하여는 이를 국가로부터 또는 공무원개인으로 부터 구상받을 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 이 점은 공무원의 고의·중과실에 의해 국가배상책임이 성립하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 즉 고의·중과실의 경우 공무원이 개인책임을 진 경우에도 자기의 부담부분을 넘는 부분에 대해서는 국가에 대하여 구상을 요구할 수 있다고 보아야 한다. 또한 국가가 공무원에 대해 구상하는 경우에도 당해 공무원은 자기의 부담부분을 넘는 부분에 대해서는 국가의 구상권이 성립하지 않는다고 항변할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 만일 공무원이 고의에 의해 직무상 불법행위를 범한 경우에는 공무원 개인이 전부책임을 지게 될 개연성이 크다고 볼 수 있을 것이다. 한편 국가배상법 제2조 제2항은 '공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에' 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다고만 규정할 뿐 구상권행사를 의무화하고 있지는 않다. 즉 국가 등의 求償義務(Rückgriffspflicht)는 성립하지 않으며<sup>73)</sup> 구상권은 하나의 가능성에 불과하다. 물론 이 규정을 목적론적으로 해석할 때 국가 등은 그 예산보전의 견지에서 특별한 사정이

72) C. E. Sect. 1963. 4. 26, Centre hospitalier régional de Besançon, Rec. 243, concl. Chardeau: Gr. Ar., p. 479.

73) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, § 10, S.96; Bettermann, in: Die Grundrechte III/2, S.848; Dagtoglou, in: BK, Art. 34 Rn. 348.

없는 한 구상권을 행사하여야 한다고 볼 여지도 없지 않다. 또 고의나 중과실로 국가 등에게 배상책임을 발생시킨 공무원에 대해 그로 인한 책임을 부담하도록 하는 것이 공평의 원리에 부합된다고 볼 수 있다. 그러나 판례는 거꾸로 국가 등의 구상권행사를 신의칙상 상당성의 기준에 의해 제한하는 입장을 보이고 있다.

“국가 또는 지방자치단체의 산하 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 중대한 과실로 인하여 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가함으로써 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 부담하고, 그 결과로 손해를 입게 된 경우에는 국가 등은 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반사정을 참작하여 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다.”<sup>74)</sup>

이러한 판례는 공무원이 고의나 중과실로 국가 등에게 배상책임을 발생시키고도 구상책임에서 면제되는 불합리를 막아야 한다는 당연한 책임주의의 논리보다는 공무원을 예외없이 국가 등에 대한 구상책임에 노출시킴으로써 자칫 공무원의 직무수행이나 사기를 위축시킬 수 있기 때문에 이를 구체적 타당성의 기준으로 완화할 필요가 있다는 정책적 고려를 우선시킨 결과라고 할 수 있다. 물론 이러한 판례의 태도에도 일리가 없지는 않다. 국가배상책임과 관련하여 정부가 공무원의 고의 또는 중과실을 이유로 구상권을 행사하는 것이 공무원에 대해 위법억지의 기능을 가질 수 있는지 여부는 불확실하다. 그러한 결과는 이론적으로는 충분히 가능하고 또 소망스럽기도 하다. 그러나 현실적으로 그러한 구상권의 행사가 이루어지고 있는지는 극히 부정적이다. 사실 우리나라의 구상권제도는 그것이 행사되는 경우가 드물기 때문에 거의 유명무실한 것으로 밝혀지고 있다.<sup>75)</sup> 일본이나 프랑스에서도 실제로 구상권이 행사된 예는 근소한 것으로 보고되고 있다.<sup>76)</sup>

이렇듯 전반적으로 저조한 구상권행사의 실태를 고려할 때 공무원이 고의나 중과실로 국가 등에게 배상책임을 발생시키고도 구상책임을 면하게 되는 불합리한 결과가 생길 수 있다는 점을 확인할 수 있다. 물론 구상권행사의 요건이 구비된 경우 구상권행사를 강화하는 법정정책적 노력이 이루어질 수도 있겠지만, 거기에는

74) 大判 1991. 5. 10, 91다6764.

75) 金鐵容교수의 조사에 따르면, 1991년 한 해 국가배상전체건수는 2845건이었고(法務部 法務年鑑 1992, 283) 이 중 구상권행사요건이 충족된 고의·중과실의 경우가 334건인데 구상권행사는 고작 2건에 불과했다고 한다(金鐵容, “公務員個人的 不法行爲責任”(判例月報 1994, 290), p. 31 각주 25).

76) 阿部泰隆, 66; Rivero/Waline, n° 303.

위와 같은 관례의 태도에 비추어 한계가 있을 수밖에 없다. 현실적으로도 고의·중과실로 국가배상책임을 발생시킨 공무원에 대한 구상권의 행사에는 적지 않은 제약이 따르는 것도 사실이다. 실제로 공무원의 상대적으로 낮은 처우를 근거로 가해공무원의 처지에 대한 배려를 당연시하는 것이 공무원사회의 전반적 분위기임을 고려할 때 그러한 구상권행사의 확대를 기대하기는 곤란하다. 이와 같은 결과는 국가예산의 낭비를 초래할 뿐만 아니라 궁극적으로는 원인자책임원리에 의한 책임의 귀속 및 위법역지라는 구상권제도의 본래취지를 손상시킬 우려가 있다는 이유에서 시정을 요하는 문제라 할 수 있다. 그러나 여기서 인식해야 할 것은 그러한 구상권제도의 실태를 고려할 때 실현가능성이 희박한 구상권과의 균형을 유지해야 한다는 논거는 현실성이 박약하다는 사실이다.

사실 구상권제도는 단순히 손해분담의 공평을 기하기 위한 것만은 아니다. 구상제도는 오히려 일종의 징계적 성격을 아울러 지니고 있기 때문이다.

프랑스에서는 이른바 구상소송의 독자성(L'autonomie des actions récursoires)이 인정되고 있으며, 이에 따라 구상관계에 관한 소송은 공법원리의 적용대상이며 또 그 당연한 결과로서 행정재판소의 관할에 속하는 것으로 다루어지고 있다. 이러한 구상소송의 독자성은 공무원의 국가에 대한 책임 뿐만 아니라 국가의 공무원에 대한 책임이 전적으로 공역무의 내적 기능과 그 구성원과의 관계를 위태롭게 한다는데 이유를 둔 것으로 이해되고 있다.<sup>77)</sup> 그런 까닭에 공무원의 국가에 대한 소송과 국가의 공무원에 대한 소송은 피해자의 국가배상소송의 연장으로서가 아니라 행정과 공무원을 상호적 관계(rapports réciproques)로 결부시키는 고유한 법에 의하여 수행될 수 있다고 보는 것이다. 「공세유테마」(C. E.)는 이러한 소송들을 사법상 불법행위책임에 준하는 배상책임의 전통적 법리에 의해 판단하기 보다는 오히려 특히 공역무의 조직과 선량한 행정의 필요를 고려하고 있으며, 이들 소송에 일종의 징계절차와 같은 성격(coloration disciplinaire)을 부여하고 있다고 한다.<sup>78)</sup> 물론 이러한 징계절차적 성격은 직무수행으로부터 분리될 수 있는 개인과실을 범하지 않았는데도 민사법원에 의해 배상판결을 선고받은 공무원이 행정에 대하여 그 배상액의 전보를 청구한 경우<sup>79)</sup>에는 인정되지 않는다.

이와 같이 구상권제도를 일면 원인자책임원리에 의한 책임귀속의 형평과 타면 공무원의 위법행위에 대한 제재의 필요에 취지를 두는 것으로 이해한다면 국가배상법 제2조 제2항의 규정을 근거로 선택적 청구권을 고의·중과실의 경우에 한하여 인정한 제한적 긍정설이나 대법원의 1996년 2월 15일자 판결이 부당하다는 결

77) Gr. Ar., n° 83, 28 Juill. 1951, Laruelle et Delville, p. 479.

78) Gr. Ar., n° 83, 28 Juill. 1951, Laruelle et Delville, p. 479.

79) C. E. Sect. 1963. 4. 26, Centre hospitalier régional de Besançon, Rec. 243, concl. Chardeau: Gr. Ar., p. 479.

론에 한걸음 더 가까이 접근할 수 있게 된다.

한편 1996년 2월 15일자 대법원판결의 다수의견이 피해자가 헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서 소정의 공무원으로서 위 단서조항에 의하여 법률에 정해진 보상 외에는 국가배상법에 의한 배상을 청구할 수 없는 경우에도 마찬가지로 법리를 인정하는 것은 기본적으로 타당하다. 대법원은 “헌법 제29조 제2항은 군인, 군무원, 경찰공무원, 기타 법률이 정한 공무원(이하 ‘군인 등’이라 한다)의 경우 전투, 훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여 법률이 정하는 보상 외에 국가 등에 대하여 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할 수 없도록 규정하고 있고 국가배상법 제2조 제1항 단서도 이를 이어 받아 이를 구체화하고 있지만 이는 군인 등이 전투, 훈련 등과 관련하여 받은 손해에 한하여는 국가의 손해배상을 인정하지 아니하고 법률이 정한 보상만을 인정함이 타당하다는 헌법적 판단에 의한 것이기 때문”이라고 논증하고 있다. 이에 대하여는 헌법 제29조 제2항의 법정신을 손상시키는 결과가 된다는 비판이 제기된 바 있다. 그러나 일국의 최고법원에 의해 위헌으로 판정된 법률조항<sup>80)</sup>이 얼마 지나지 않아 헌법개정을 통해 헌법의 자리를 찬탈하고 들어앉음으로써 현대법치주의의 가장 핵심적인 요소인 법률의 헌법적합성의 원칙을 치명적으로 유린했던 수치스런 헌법사적 배경을 지닌 헌법 제29조 제2항의 법정신(?)보다는 그 경우 국가배상책임이 배제되었음에도 불구하고 공무원 개인책임이 성립할 수 있다는 법리적 결과가 시사하는 바를 주목할 필요가 있다. 그것은 다름 아니라 공무원 개인책임이 국가배상책임의 성립여부에 절대적으로 의존하는 것은 아니라는 사실이다.

## V. 結 論

이제까지의 논의를 통하여 우리는 법해석론과 법정책론 모든 면에서 공무원 개인책임, 즉 선택적 청구권은 고의·중과실이나 경과실을 불문하고 인정되는 것으로 보는 것이 옳으며, 다만 경과실의 경우 공무원이 개인책임을 진 경우에는 국가배상법 제2조 제2항의 규정을 구상책임의 경과실면제의 보장으로 반대해석하여 공무원 개인이 국가에 대해 자신의 부담부분을 넘는 부분에 대한 구상권을 행사할 수 있도록 함으로써 공무원이 그 직무집행행위로 인한 직접적 손해배상책임에 노출됨으로 인하여 발생할 수 있는 법정책적 문제점과 구상책임과의 불균형을 해소할 수 있다는 사실을 확인할 수 있었다. 물론 공무원이 그의 위법한 직무수행의 결과 자칫 피해자로부터 직접 손해배상청구를 당할 가능성을 인정함으로써 그 직무수행의 의욕과 사기를 저하시킬 수 있다는 우려에도 충분한 현실적 근거가 있

80) 大判(全合) 1971. 6. 22, 70다1010.

다.<sup>81)</sup> 일면 輕過失의 경우에는 국가배상법 제2조 제2항에 의해 공무원의 구상책임이 면제되는데 반해 피해자에 대한 개인책임은 인정되게 된다는 불균형한 결과와, 타면 경과실면책을 규정한 국가배상법 제2조 제2항의 입법취지를 고려하여 선택적 청구권을 고의·중과실의 경우에 한정하는 견해도 그런 이유에서 법해석론적 차원에서 보다는 법정책론적 차원에서 현실적인 타당성을 갖는다. 그러나 이러한 견해 역시 공무원보호라는 현실적·정책적 이유를 바탕으로 법률의 규정에 의하여 헌법규정의 의미를 부당하게 제한하는 것이라는 비판으로부터 자유롭지는 못하다.<sup>82)</sup> “법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”는 헌법 제29조 제1항 본문의 규정에 의해 주어진 입법권자의 입법적 형성의 자유는 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정한 같은 조 단서에 의해 제약을 받는 것이다. 앞에서 이미 살펴 본 바와 같이 輕過失의 경우 공무원 개인의 책임을 면제해 줄 정책적 필요성은 부인할 수 없을지라도 이는 輕過失免責을 인정할 명문의 법적 근거가 없는 이상, 헌법 및 법률의 개정 등 입법적 해결책을 통해서만 관철될 수 있으며, 따라서 해석론상으로는 공무원의 개인책임을 전면적으로 인정하지 않을 수 없다. 경과실의 경우 공무원 개인책임을 인정하는데 따르는 구상책임과 선택적 청구권간의 불균형이나 직무수행의 위축이나 사기저하 등과 같은 문제는 경과실의 경우 배상책임을 진 공무원에게 국가에 대한 구상권을 인정하거나, 국가배상제도를 합리적이고 효율적인 손해전보제도로 개선하여 민사상 손해배상책임제도에 대해 우월한 경쟁력을 갖추도록 하려는 입법적 노력을 통하여 또는 가해공무원의 책임을 민사소송을 통해 추궁하는데 따르는 책임재산보전의 문제나 과실의 입증 등과 관련된 법적 불편을 통한 국가배상법에 의한 해결책을 이용하도록 유인하는 방법에 의해 해소되어야 하지,<sup>83)</sup> 위법행위를 한 공무원의 피해자에 대한 면책을 인정함으로써 회피될 것은 아니라는 점을 인식할 필요가 있다.

81) 金鐵容, 公務員個人的 不法行爲責任, 判例月報 290호(1994), 31. 그런 이유에서 美國의 경우 적지 않은 주에서 공무원의 불법행위에 대한 개인책임을 故意, 惡意, 汚職 등의 사유가 존재하는 경우에 한하여 인정하는 故意主義를 취하고 있으며 過失主義를 취하는 경우에도 대위지불제도에 의하여 고의·악의 등이 없는 공무원은 최종적인 배상책임을 부담하지 않게 되는 경우가 많다고 한다. 즉 공무원에게 고의가 없는 한 명목상으로는 몰라도 실질적으로는 공무원에게 개인책임을 묻지 않는 것이 대세라고 보아도 지장이 없다는 것이다(植村榮治, 전거서, 146-147).

82) 同旨 金東熙, 行政法 I, 417.

83) 이로써 현실적으로 피해자의 입장에서는 배상자력이 충분한 국가로부터 배상을 받는 것이 더 안전하고 편의롭다는 인식이 국민에게 공유될 수 있다.



한편 입법론으로는 오히려 국가책임은 공무원의 주관적 과실, 즉 주의의무 위반여부에 의존시키는 종래의 접근방식이 이미 한계를 드러냈다는 사실을 직시하여, 과실을 프랑스의 객관화된 과실개념, 즉 'faute'와 같은 흠(瑕疵)으로 바꾸고, 국가작용으로서의 흠 외에 직무수행과 관련하여 개인의 귀책사유가 인정되는 경우에는 그에 상응하는 개인적 배상책임을 물을 수 있는 체제로 전환해야 할 것이다. 개인의 귀책사유에 관하여는 이를 국가배상법 제2조 제2항과 균형을 고려하여 고의·중과실로 한정하는 것이 바람직할 것이다.<sup>84)</sup>

이제까지의 논의를 통하여 국가배상책임과 공무원 개인책임의 문제가 비단 법해석론의 문제일 뿐만 아니라 법정정책적 접근을 필요로 하는 문제라는 사실이 인식될 수 있었다. 반면 문제의 법정정책적 측면에 대한 행정학이나 정책학으로부터의 기여는 극히 빈곤한 수준에 머물러 있다. 그 이유는 우선 기존의 행정학·정책학이 공법에서 제기되는 문제를 제대로 인식하지 못했다는데서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 법학과 행정학·정책학의 학제적 접근이 이루어지지 않았다면, 그것은 무엇보다도 공법학이 법학적 방법론의 한계를 직시하지 못했고 따라서 그와같은 법적 문제의 정책적 측면에 관한 문제를 제기할 수 없었다는데 책임을 돌려야 할 것이다. 행정학이나 정책학 진영에서도 그와같은 학문적 협동의 요구는 거의 응답되지 않았다. 결국 공무원 개인책임의 문제는 바로 그러한 학문적 협동이 필요한 대표적인 문제영역임에도 주로 공법학에서만 다루어졌던 것이다. 앞으로 이같은 문제들에 대한 법학과 행정학·정책학간의 공동노력이 이루어지기를 희망하면서 논의를 마친다.

84) 이렇게 한다면 국가배상법 제5조와 제2조의 차이는 상대적으로 완화되며, 민법상 불법행위책임과의 연혁적 관련이나 사용자책임과의 연관도 그만큼 떨어지는 결과가 될 것이다. 국가배상법 제5조에 의한 영조물책임은 이를 공무원의 직무집행과 결부되지 않는 순수한 객관적 무과실책임으로 살려나가는 것이 바람직하다고 본다.