

우리나라의 行政上의 損害賠償制度에 관한 研究

保健行政科 李 輔 泳
助 教 授

目 次

- I. 序 言
- II. 憲法的 內容과 國家賠償法의 本質
- III. 違法한 職務行爲로 인한 損害의 賠償
- IV. 國家賠償과 公務員의 個人責任
- V. 公共施設의 設置·瑕疵로 인한 損害의 賠償
- VI. 結 言

I. 序 言

國家 또는 地方自治團體가 不法行爲에 의하여 權利를 侵害하고 財産上의 損害를 주었을 경우에는 國家 또는 地方自治團體는 그 損害에 대하여 대하여 賠償의 責任을 지지 않으면 아니된다.

왜냐하면 他人의 權利를 違法으로 侵害하고서도 그에 대한 아무런 責任을 지지 않는다는 것은 그 利益을 權利로서 保障한 國家의 意思와 矛盾되는 것이 아닐 수 없기 때문이다¹⁾.

그러나 이러한 賠償制度는 各國에 따라 일정하지 않고 설사 그 制度를 인정한다 할지라도 그 方法이 國家觀에 따라 현저한 차이를 보여주고 있다.

國家 또는 地方自治團體의 公務員의 不法行爲에 대하여 누가 賠償의 責任을 져야 할 것인가의 問題는 國家(地方自治團體), 加害者인 公務員 그리고 被害者의 三者中 누구에게 어떠한 條件으로 負擔케 하는 것이 妥當한가의 問題이거나 그것은 동시에 行政의 適法 適當한 執行을 보장하는 問題이기도 한 것이다.

이러한 問題의 解決方法에 따라 두가지 形態를 생각할 수 있는 것이다.

첫째는 公務員의 使用者인 國家가 第一次으로 賠償責任을 지는 形態로서 大陸法系인 佛蘭西·獨逸등이 이 制度를 擇하고 있으며 이와 같이 國家賠償責任主義는 賠償能力이 풍부한 國家에 賠償責任을 認定함으로써 被害者에게 충분한 救濟를 줄수 있게 함과 동시에 行爲者인 公務員을 被害者의 直接追求로 부터 모면케 해 줌으로써 公務를 아무 支障없이

¹⁾ 北韓에서는 人民民主主義를 표방하던 舊憲法에서는 國家賠償制度를 인정하였던 것인데 社會主義를 표방하는 新憲法에 의하여 이 制度가 폐지되었으며 新憲法에서는 個人의 財産權이 인정되지 않기 때문이다.

執行케 하는데 그 목적이 있는 것이다²⁾.

그러므로 國家의 第一次의 賠償責任의 制度는 被害者의 救濟와 行政運營의 確保라는 두 가지 要請을 調整하는데 그 意義가 있는 것이다.

둘째는 行爲者인 公務員에게 個人的인 賠償責任을 지우게 하는 制度로서 英·美法系의 전통적인 原則으로 이는 公務員의 特權의 地位를 認定하지 않고 일반 私人和 똑같은 不法 行爲責任을 지게 함으로써 被害者를 救濟하고 동시에 公務員으로 하여금 違法行爲를 하지 못하도록 하는 데 이 制度의 意義가 있는 것이다. 그러나 이 制度는 被害者의 충분한 救濟라는 점에서 國家第一次賠償責任主義에 비하여 不足함을 면치 못할 것이다³⁾.

그러면 以下에서 우리 憲法에 나타난 內容과 國家賠償法의 本質을 알아 본 뒤 具體적으로 國家賠償의 類型을 公務員의 違法한 職務行爲로 인한 것과 公共施設의 設置·管理의 瑕疵로 인한 것의 둘로 나누어 說明한 뒤 結論을 맺고자 한다.

II. 憲法的 內容과 國家賠償法의 本質

우리나라는 憲法 第28條 第1項에 「公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 定하는 바에 따라 國家 또는 公共團體에 賠償을 請求할 수 있다. 그러나 公務員 自己의 責任은 免除되지 아니한다」라고 규정함으로써 國家의 一般的인 賠償責任을 憲法的으로 保障하고 있으며 國民이 違法한 行政作用으로 인한 權利侵害에 대하여 救濟를 받을 수 있는 경우의 하나로 損害賠償請求權을 明示하여 이로 請求權의 基本權으로 保障하고 있는 것이다.

行政上의 損害賠償에 關한 法律은 損害賠償請求權의 要件 內容 및 節次등에 關하여 定할 수 있을 뿐 憲法 第28條 第2項의 경우를 除外하고는 損害賠償請求權 自體를 否認하는 內容을 규정할 수는 없는 것이다.

또 損害賠償請求權의 要件이나 內容을 정함에 있어서도 損害賠償의 一般原理를 존중하고 그에 어긋나지 아니하여야 한다는 것은 損害賠償請求權을 基本權의 하나로 保障하고 있는 憲法精神에 비추어 당연한 일이라 하겠다.

그리고 損害賠償請求權의 性質에 대하여는 이를 財產權의인 것으로 보는 견해⁴⁾와 請求權의 하나로 보는 견해⁵⁾로 나뉘고 있으나 國家의 일정한 行爲(損害의 賠償)을 要求하는 內容으로 하는 權利라는 점에서 請求權說이 妥當하다고 보는 것이다.

²⁾ Vgl., Wolff, Verwaltungsrecht, I. 5Aufl., S.372.

³⁾ 英國의 Crown Proceedings Act가 어떻게 하여 제정되었는가 A. Denning, The Changing Law p.24. Freedom under the Law p.72.에 자세히 기술되어 있다.

⁴⁾ 大判 1971년 6월22일 70다1010. 小數意見 “憲法 第28條에서 인정한 損害賠償請求權이 위 憲法 第22條에서 말하는 財產權의 범주에 속하는 것임을 再論할 여지가 없다”.

⁵⁾ 金哲洙, “國家賠償請求權” 考試界, 1972년 9월호

다음으로 憲法 第28條 第1項의 規定에 따라 立法된 國家賠償法⁶⁾(改正 1980.1.4 法3235號)의 性質이 종래부터 公法說과 私法說이 對立되고 있는바 公法說은 權力作用은 民法이 예정하는 私經濟作用과는 根本的으로 성격을 달리 하는 것으로 民法과 國家賠償法 사이에 一般法 特別法의 關係가 成立될 수 없는 것이다.

그러므로 國家賠償法은 公權力 및 公共施設關係에서 발생한 賠償責任에 관하여 규정하여 특수한 法의 분야를 規律하고 있는 公法이라⁷⁾는 것이다.

다시 말하면 實定法上 公法과 私法의 二元的體系를 인정하고 있는 이상 公法的 原因에 의하여 발생한 損害에 대한 賠償法은 公法的 하나로 보지 아니할 수 없는 것이다.

反面에 私法說은 우리 憲法이 保障하고 있는 損害賠償請求權은 一般不法行爲論의 한 類型이지 公法的 특수한 責任理論이 아닐 뿐만 아니라⁸⁾ 損害賠償請求權은 原因行爲 그 自體의 法律效果라기 보다는 損害에 대하여 法이 부여한 法律效果라고 할 수 있기 때문에¹⁰⁾ 損害賠償請求原因이 公法的인 것인지 또는 私法的인 것인지를 가릴 필요가 없는 것이다.

따라서 國家賠償法은 私法制度 중에 있어서의 民法의 特別法의 地位에 있다고 보는 것이다.

또 行政訴訟法 第7條는 原狀回復 또는 損害賠償請求등의 訴訟을 行政訴訟에 併合할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 違法한 行政作用으로 인한 損害賠償의 請求는 원칙적으로 一般 民事訴訟節次에 의하는 것임을 전제로 하여 그와 같은 民事上의 請求를 특히 異質의인 行政訴訟에 併合할 수 있도록 한 데에 의의가 있는 것이다.

왜냐하면 만일 行政上의 損害賠償請求權이 公法的 性質의 것이라면 특별한 규정을 기다릴 것 없이 당연히 行政訴訟節次(當事者 訴訟)에 의할수 있는 것이기 때문일 것이다.

특히 國家賠償法 第8條에서 「이 法의 規定에 의한 것을 除外하고는 民法의 規定에 의한 다」라고 한 것은 바로 同法이 民法에 대한 特別法的 性格을 나타내는 것이라 볼수 있을 것이다.

大法院 判例에서도 私法說의 태도를 분명히 하였던 것이다(大判 1972.10.10.69다701)¹¹⁾.

이와 같이 볼때 國家賠償法은 私法으로서의 性格을 가지며 民法에 대한 特別法의 지위 있다고 할 것이다¹²⁾. 그러므로 國家賠償에 關하여 특히 정하는 法律이 따로이 없는 경우에는 民法이 정하는 바(民法750條 내지 766條)에 따라 損害賠償을 請求할 수 있다고 보아야 할 것이다.

⁶⁾ 1967.3.3 法律 1899號 改正 1973.2.5. 改正 1980.1.4.

⁷⁾ 有倉遼吉, 逐條國家賠償法解說, p.24.

⁸⁾ 金道稔, 全訂一般行政法論(上), 1978, p.380; 朴鈺炳, 最新行政法講義(上), 1977, p.326. 徐元宇·崔松和, 行政法, 1977, p.242; 尹世昌, 全訂版 行政法(上), 1978, pp.278~279.

⁹⁾ 今村成和, 國家賠償法, p.113.

¹⁰⁾ 雄川一郎, 行政訴訟法, p.113.

¹¹⁾ 金哲洙, 違憲法律審査制度의 研究, 1972, p.214.

¹²⁾ 同旨의 大法院判決; 1971..6.4(70다2955)

그리고 國家賠償法은 外國人이 被害者인 경우에는 相互의 保證이 있는 때에 限하여 적용하며 여기서 相互保證이라 함은 外國人(被害者)의 本國法에 우리나라 國家賠償法과 같은 규정이 있는 경우는 물론 判例 또는 法解釋에 의하여 韓國人도 外國에 대하여 賠償을 請求할 수 있는 原則이 확립되어 있는 경우를 말한다. 彼此의 法律의 要件이 서로 다른 경우에는 어떻게 되는 것인가? 外國法에 규정된 要件이 輕한 경우(例: 無過失責任)에 本法이 적용되는 것은 물론이거니와 그 반대로 그 要件이 중한 경우(例: 重過失에 限하는 경우)에는 國際條約에 의하여 解決될 것이다.

Ⅲ. 違法한 職務行爲로 인한 損害賠償

1. 國家賠償法 第2條

① 國家 또는 地方自治團體는 公務員이 그 職務를 執行함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 加하거나 自動車損害賠償 保障法의 規定에 의하여 損害賠償의 責任이 있는 때에는 그 損害를 賠償하여야 한다. 다만 軍人·軍屬·警察公務員 또는 鄉土豫備軍隊員이 戰鬪·訓練 기타 職務執行과 관련하거나 國防 또는 治安維持의 目的上 使用하는 施設 및 自動車 艦船 航空機 기타 運搬機具안에서 戰死殉職 또는 公傷을 입은 경우에 本人 또는 그 遺族이 다른 法令의 規定에 의하여 災害補償金, 遺族年金, 傷痍年金 등의 補償을 支給받을 수 있을 때에는 이 法 및 民法의 規定에 의한 損害賠償을 請求할 수 없다.

② 前項本文의 경우에 公務員이 故意 또는 重大한 過失이 있는 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 公務員에게 求償할 수 있다라고 하여 公務員의 違法한 職務行爲로 인한 賠償責任을 明示하였다. 그러므로 同條가 규정하는 要件이 갖추어지면 國家나 地方自治團體는 그 公務員의 選任 監督에 상당한 주의를 기울이지 아니한 때에도 使用者의 賠償責任에 관한 民法 第756條 第1項但書의 경우와는 달리 賠償責任을 지게 된다.

2. 賠償責任의 要件

國家가 賠償責任을 지는 것은 公務員이 그 職務를 執行함에 당하여 故意나 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 加한 경우이다. 그러므로 賠償責任의 要件으로는 公務員의 職務行爲, 職務行爲의 違法性 및 他人에 대한 損害의 發生을 들 수 있다.

(1) 公務員의 職務行爲

國家가 賠償責任을 지는 損害는 「公務員이 그 職務를 執行함에 당하여…」 입힌 것이어야 한다.

① 公務員의 範圍

여기서 公務員이라 함은 國家公務員法 및 地方公務員法上의 公務員 뿐만 아니라 널리 公務를 委任받아 그에 종사하는 모든 사람(租稅의 源泉徵收義務者, 執達吏, 別定郵遞局長, 囑託等)을 총칭한다고 보는것이 通說이며 大法院도 “國家賠償法 第2條에서 말하는 公務員은 國家公務員法 또는 地方公務員法에서 말하는 공무원의 신분을 가진자에 限하지 않고 널리 公務를 委託받아 실질적으로 公務에 종사하고 있는 자도 포함된다”라고 하여(大判 1970년 11월24일 70다2253), 같은 견해를 취하고 있다¹³⁾.

② 職務行爲의 範圍

職務行爲의 범위에 관하여는 ㉠權力作用만을 뜻한다는 說(狹意說)¹⁴⁾ ㉡權力作用과 管理作用을 포함한다는 說(廣意說)¹⁵⁾ ㉢權力作用 및 管理作用 뿐만 아니라 國家의 私經濟的作用까지를 총칭한다는 說(最廣意說)¹⁶⁾이 서로 엇갈리고 있다. 그러나 ㉠우리나라 憲法이 權力作用이나 非權力作用의 구별없이 國家의 賠償責任을 보장하고 있는점 및 ㉡國家賠償法이 國家의 賠償責任을 民法上의 使用者의 賠償責任의 경우보다 확대함으로써 過失責任의 범위를 넘어서고 있을 뿐만 아니라 ㉢국가의 賠償責任은 성질상 私法上의 責任이라는 점 등에 비추어 볼때 업무의 성질에 관계없이 公務員의 모든 職務行爲를 포함하는 것으로 보는 것이 타당하며 그러한 職務行爲는 作爲 不作爲를 不問한다. 우리나라의 判例의 태도는 한결같지 아니하며 不分明하나 이에 관한 大法院의 判決을 종합하여 볼때 最廣意說의 입장에 서는 경향이 짙음을 엿볼 수 있다¹⁷⁾. 다만 學者들의 견해는 위에 본바와 같이 서로 갈리어 通說을 찾기 어려운 것이 사실이다.

③ 職務를 執行함에 당하여

「職務를 執行함에 당하여」란 職務行爲 자체는 물론 객관적으로 職務의 범위내에 속하는 행위라고 인정되거나 職務와 밀접하게 관련된 행위라고 인정되는 경우를 말한다. 職務行爲인지의 여부의 判斷基準은 당해 행위가 현실적으로 정당한 權限內의 것인지 또는 行爲者인 公務員이 주관적으로 職務執行의 의사를 가지고 있는지의 여부와는 일응 관계없이 객관적으로 職務行爲의 外形을 갖추고 있는지의 여부 즉 外形主義에 의함이 妥當하며 이와 같이 보는 것이 通說인데¹⁸⁾ 大法院 역시 “國家賠償法 第2條 第1項에서 말하는 「職務를 行함에 당하여」라는 趣旨은 公務員의 行爲의 外觀을 客觀적으로 관찰하여 公務員의 職務行爲로 보

¹³⁾ 大法院은 ‘公務員’의 개념을 廣義로 풀이함으로써 執達吏, 召集中인 鄉土豫備軍隊員 및 市淸掃車運轉手를 國家賠償法 2條의 公務員에 포함시키면서도 근무중인 義勇消防隊員은 公務員이 아닌 것으로 다루고 있으나(大判 1963.12.12.63다467등), 그러나 이는 公務員에 속한다고 보아야 할 것이다(政府組織法 3條1項, 消防法 3條 참조).

¹⁴⁾ 李鍾極, 新行政法(上), 1961, p.516.

¹⁵⁾ 金道昶, 前掲書, pp.385~386.; 朴鈺炳, 前掲書, p.330.; 徐元宇, ‘行政上의 損害賠償’ 司法行政, 1966년 6월호.

¹⁶⁾ 尹世昌, 前掲書, pp.282~283.; 韓泰淵, 鄭熙探, 行政法學(上卷), 1963, p.102.

¹⁷⁾ 大判의 경우도 다소의 동요를 면치 못하고 있으나 가장 일반적인 태도는 職務行爲의 범위를 最廣義로 보고 있다.

¹⁸⁾ 金南辰, 行政法(訂正增補版), 1978, p.346.; 金道昶, 前掲書, p.387.; 朴鈺炳, 前掲書, p.330.; 徐元宇·崔松和, 前掲書, p.244.; 尹世昌, 前掲書, p.284.; 李尙圭, 新行政法論(上)p.423.

여질 때에는 비록 그것이 實質的으로 職務行爲이거나 또는 行爲者의 主觀的 意思에 관계없이 그 行爲는 公務員의 職務執行으로 볼 것이다”라고 하여(大判 1966년 6월 28일 66다781) 같은 태도를 취하고 있다¹⁹⁾.

그러므로 이는 民法 第35條 第1項의 「그 職務에 관하여」든지 同法 第756條 第1項의 「事務執行에 관하여」와 같은 관념의 것이다.

(2) 公務員의 職務上의 違法行爲

國家가 賠償責任을 지는 損害는 公務員이 職務를 行함에 있어서 「…故意 또는 過失로 法令에 違反하여…」 입힌 것이어야 한다.

① 故意·過失

故意·過失은 國家賠償責任의 主觀的 成立要件인데 이는 우리나라의 國家賠償法이 過失責任主義에 입각하고 있음을 나타낸다. 여기에서의 故意와 過失은 民法上의 不法行爲의 成立要件으로서의 故意·過失(民法 750條)과 같은 관념의 것이다. 즉 故意란 일정한 結果를 發生시킬 의사가 없다고 하더라도 일정한 結果의 發生을 인식하면서 그것을 認容하고 한 行爲(觀念主義)를 말하며, 過失이란 社會共同生活의 一員으로서 要求되는 정도의 주의를 태만히 하는것(抽象的 過失)을 가리킨다. 그러므로 우리나라에 있어서의 國家賠償의 요건의 하나인 過失은 종래의 獨逸에서 일반적으로 주장되던 것과 같은 重過失에 국한되는 것이 아니라, 民法의 경우와 마찬가지로 重過失 및 輕過失을 모두 포함한다. 이는 國家賠償法 第2條 第2項이 行爲者인 公務員에 대한 國家의 求償權에 관하여 「重大한 過失」을 특히 규정하고 있는 점으로도 알 수 있다.

위에서 본 바와 같은 故意·過失은 行爲를 한 公務員 자신에게 있어야 하며 따라서 故意·過失의 有無는 行爲者를 표준으로 판단하여야 한다. 公務員이 心神喪失 中에 한 行爲에는 故意·過失을 인정할 수 없음이 원칙이나 故意·過失로 心神喪失을 自招한 경우에는 예외이다(民法 754條 참조). 故意·過失의 立證 責任은 원칙적으로 國家賠償을 청구하는 被害者(原告)에게 있다고 볼 것이다.

② 法令違反

法令違反이란 違法性을 뜻한다. 違法性은 단순히 法令의 명문의 규정뿐만 아니라 法の 運用에 있어서 적용되는 法の 一般原則(general principles of law)을 기준으로 하여 판단하여야 한다. 다만 裁量權의 濫用 또는 逸脫에 이르지 아니하는 程度의 裁量의 過誤는 法令違反이라고는 보기 어렵다. 왜냐하면 이와 같이 보는 것이 「法令에 違反하여」라고 규정한 國家賠償法 第2條 第1項의 해석에 충실할 뿐만 아니라 裁量行爲에 대하여는 그에 포함된 전문적·기술적 내용으로 말미암아 行政訴訟事件에 대하여 法院의 審理對象에 한계를 인정하고 있는 취지에도 합당하기 때문이다.

¹⁹⁾ 大法院은 職務行爲인지의 여부의 判斷基準으로 약간의 예외는 있으나(主觀主義에 입각한 大判 1967.8.29.67다1128등) 거의 外觀主義로 일관된 태도를 보이고 있다.

여기에 특히 問題되는 것은 行政行爲의 公定力과 民事訴訟에 의한 損害賠償請求에 있어서의 違法性判斷에 관한 일인데 이에 관하여는 積極說과 消極說이 나뉘어 있다. 즉 積極說은 行政行爲의 公定力은 節次的 效力에 그치는 것이므로 당해 行政行爲의 效力을 직접 否定하는 것이 아닌 限 一般法院은 民事訴訟 節次에서도 行政行爲의 違法性을 인정할 수 있는 것이므로 行政行爲가 取消되기 前에라도 그 違法性을 주장하여 損害賠償을 請求할 수 있는 것으로 본다²⁰⁾. 이에 대하여 消極說은 行政行爲의 公定力과 抗告訴訟構造의 특수성을 理由로 當然無效인 行政行爲가 아니면 一般法院은 民事訴訟節次에서 行政行爲의 違法性을 審理判斷할 수 없다고 한다²¹⁾. 생각컨대 行政行爲는 그의 公定力으로 인하여 실록 당해 行政行爲에 瑕疵가 있는 경우라고 하더라도 그 瑕疵가 重大하고 明白하여 當然無效가 되는 경우를 除外하고는 權限있는 機關에 의하여 取消·變更될 때까지는 일응 適法한 것으로 推定된다. 그런데 行政訴訟에 관하여 일반 民事訴訟인 경우와 制度的 差異를 두지 아니한 國家에 있어서는 일반 民事訴訟과 같은 管轄法院이 같은 節次에 따라 行政行爲의 瑕疵에 관하여 審理·判斷할 수 있는 것이므로 損害賠償請求에 있어서도 行政行爲의 違法性을 스스로 審理·判斷하여 그로 인한 賠償責任의 有無를 가릴 수 있음은 물론이다. 그러나 그와는 달리 行政事件의 審判權이 一般法院으로부터 독립된 行政法院(Verwaltungsgericht)에 속하는 國家나 行政事件에 대하여 특수한 訴訟節次(訴願前置主義, 管轄法院등)가 마련되고 또 行政行爲의 公定力이 일반적으로 인정되는 국가(우리나라는 이에 속한다)에서는 당연히 無效가 아니고 取消할 수 있음에 그치는 行政行爲는 取消될 때까지는 일응 有效한 것이므로 損害賠償請求事件을 審査하는 法院은 스스로 當該 行政行爲의 違法性을 인정하여 賠償責任을 인정할 수는 없다. 결국 行政行爲의 違法性을 주장하여 그로 인한 損害賠償을 請求하는 경우에는 당해 行政行爲가 當然無效의 것이 아닌 限 所定の 行政訴訟節次에 의한 取消·變更을 求하는 것이 失行되거나 그 行政訴訟에 損害賠償請求를 併合하여야 한다고 하겠다.

(3) 他人에 대한 損害의 發生

① 他人의 범위

여기에서 「他人」이란 加害者인 公務員 및 그의 職務行爲에 加勞한 者 以外の 모든 사람을 가리킨다²²⁾. 다만 憲法 第28條 2第項은 「軍人·軍務員·警察公務員 기타 法律로 정한 者가 戰鬪·訓練등 職務執行과 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律에 정한 補償以外에 國

²⁰⁾ 金道昶, “行政行爲의 無效와 取消” 司法行政 1975.3.; 金詳源, “行政行爲의 公定力과 그것이 訴訟에 미치는 영향” 司法行政 1974.12.; 朴統忻, 前掲書, p.332.; 大判 1972.4.28. 72나337(大法院이 積極說을 취한 例); 大判 1974.3.12.(73누228)

²¹⁾ 金鐵容, “國家賠償法 第2條에서 정한 賠償責任의 要件”, 韓泰淵博士 回甲記念論文集, p.545.; 李在性, “民事訴訟에 있어서의 先決問題로서의 行政行爲의 效力”, 司法行政 1974.8.; 大判 1957.2.23. 4289 民上671(大法院이 消極說을 취한 例); 大判 1955.9.15. 4288 民上 263.; 大判 1966.11.29. 66나1619

²²⁾ 大判 1966.12.23. 66나1905(被害者가 加害者인 公務員과 同一 또는 同種의 機關에 근무하는 職業遂行중인 공무원이라 하더라도 그가 加害行爲에 關여한 것으로 인정될 수 없는 限 他人에 해당된다).

家나 公共團體에 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 賠償을 請求할 수 없다」고 규정하고 이를 받아 國家賠償法 第2條 第1項 但書는 「다만 軍人·軍屬·警察公務員 또는 郷土豫備軍隊員이 戰鬪·訓練 기타 職務執行과 관련하거나 國防 또는 治安維持의 目的上 사용하는 施設 및 自動車, 艦船, 航空機 기타 다른 法令의 規定에 의하여 災害補償·遺族年金 傷痍年金 등의 補償을 支給받을 수 있을 때에는 이 法 및 民法의 規定에 의한 損害賠償을 請求할 수 없다」고 규정하고 있으므로 위에서 열거한 사람들은 他人의 범위내에서 除外된다. 이들에 대해 우리나라 憲法과 國家賠償法이 二重賠償을 排除한 것은 英·美의 例²³⁾에 따라 職務의 性質上 일정한 위험을 간직하는 분야에 종사하는 公務員에 대해서는 그 職務上의 危險負擔에 대한 社會保障의 의미에서의 補償制度를 따로 保障함으로써 그 補償과 내용적으로 競合되기 쉬운 國家賠償請求를 배제하려는 취지라 할 수 있다²⁴⁾.

② 損害의 發生

損害란 利益의 侵害를 가리키는 바 財産的 損害·精神的 損害 또는 積極的 損害·消極的 損害를 가리지 아니한다²⁵⁾.

③ 職務上의 不法行爲와 損害와의 因果關係

國家는 「公務員이 職務上의 不法行爲로 인하여 발생한 損害」를 賠償할 責任이 있는 것이므로 그 違法한 職務行爲와 損害와의 사이에는 상당한 因果關係가 있지 않으면 안된다. 因果關係의 問題는 주로 損害賠償의 범위에 관하여 論議되는 것이 보통이나 賠償責任의 成立要件으로서도 문제가 된다.

加害行爲와 損害發生 사이의 因果關係는 우선 事實로서의 그 加害行爲로부터 損害가 發生하였는가라는 自然的 因果關係가 문제가 된다. 이 問題는 事實認定에 의하여 확정할 수 있는 것이나 그 범위가 매우 넓어질 수 있는 것이기 때문에 그 가운데에서 法律上의 賠償責任을 물을 만한 경우만을 限定할 필요가 있으며 이것이 法律上의 因果關係로서 일반적으로 把握되고 있는 이른바 相當因果關係이다. 相當因果關係란 法律上 因果關係가 問題되는 경우에 어떤 事實과 어떤 結果와의 사이에 條件的인 因果關係가 있는 경우에는 우리의 經驗的 知識에 비추어 그러한 事實이 있으면 그러한 結果가 發生하는 것이 일반적이라고 생각되는 範圍內에서의 因果關係를 말한다. 그러므로 公務員의 職務上 不法行爲와 損害發生과의 사이에는 相當因果關係가 있어야 하는 것이다²⁶⁾.

3. 賠償의 範圍

위에서 說明한 바와 같은 요건이 갖추어진 경우 損害賠償의 범위는 일반 民事上의 不法行爲로 인한 損害賠償의 경우(民法 750條)와 마찬가지로 그 加害行爲와 相當因果關係에 있

²³⁾ 英國國王訴追法(Crown Proceedings Act) 第10條; 美國 聯邦司法法(Federal Judicial Code) 第2680 條J項

²⁴⁾ 大判 1962.2.28. 94 民上 531.; 大判 1971.6.22(70다1010)

²⁵⁾ 大判 1959.4.30. 1958民上169(無形的 損害도 포함한다).

²⁶⁾ 大判 1970.7.24(70다560)

는 모든 損害이다. 따라서 損害賠償額의 算定은 公務員의 職務上 不法行爲로 인하여 발생한 모든 損害를 完全하게 賠償할 수 있도록 일반 民事上의 不法行爲에 있어서의 賠償額의 算定方法에 따라 算定하는 것이 原則이다. 그러므로 法律로 損害賠償의 내용을 정하는 경우에도 그 내용은 일반 民事上의 不法行爲로 인한 損害賠償의 경우와 균형이 유지될 수 있는 것이어야 함은 國家賠償責任을 보장한 憲法 第28條의 精神으로 보아 당연한 일이다.

다만 現行國家賠償法 第3條는 生命 身體上의 損害에 대한 賠償額의 基準을 규정하고 있다. 여기에서 問題되는 것은 生命·身體에 대한 損害의 경우의 賠償의 범위를 규정한 위 國家賠償法의 규정(3條)은 단순한 基準規定인지 아니면 制限規定인지 하는 것이다. 이에 관하여는 國家賠償法이 所屬長官이나 上級賠償審議會의 承認을 전제로 기준액의 超過支給을 예상하고 있다는 점(同法 13條3項)에 비추어 단순한 基準規定이라는 견해가 있고²⁷⁾ 大法院도 「國家賠償法 第3條1項과 3項의 損害賠償基準은 賠償審議會의 賠償支給基準을 정함에 있어서의 하나의 기준이 되는 것에 지나지 아니하는 것이고 이로써 損害賠償法의 上限을 제한한 것으로는 볼 수 없다」라고 하여(大判 1970년1월29일·68다1280)같은 태도²⁸⁾이나 制限規定이라고 보는 것이 妥當할 것이다²⁹⁾ 왜냐하면 이는 ㉠生命·身體의 損害에 대한 賠償의 범위를 객관적으로 明白히 하여 당사자 사이의 紛爭의 여지를 없애고 ㉡賠償額을 制限함으로써 國庫損失을 감소시키며 ㉢賠償의 범위를 決定化한 것은 곧 그에 의한 賠償額의 산정을 要求한 것이라고 할 수 있기 때문이다.

그러나 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害 중 生命·身體上의 損害만에 대한 賠償의 범위를 制限한 것은 ㉠一般 民事上의 不法行爲로 인한 生命·身體上의 損害에 대한 賠償의 경우에 비하여 몹시 균형을 잃은 것이 되며 ㉡財產上의 損害에 대한 賠償과의 사이에 균형을 잃는 것이라 할 것으로서 憲法 第28條의 精神에 어긋나는 問題가 있다.

4. 일정한 損害賠償請求權의 讓渡押留禁止

公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害賠償請求權中 生命·身體의 侵害로 인한 國家賠償을 받을 權利는 이를 讓渡하거나 押留하지 못한다(同法4條). 이는 被害者나 遺族을 보호하기 위한 조치라고 인정된다. 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害賠償請求權의 法的性質은 不法行爲로 인한 損害賠償請求權과 같이 私法上의 債權인 것이며 따라서 특히 一身專屬的인 것이라고 인정되는 경우가 아니면 讓渡나 押留의 目的物이 될 수 있음은 물론이다. 그런데 國家賠償法은 특히 生命이나 身體上의 損害를 받은 경우의 損害賠償請求權은 그 身體의 侵害를 받은 者나 遺族의 보호를 위하여 讓渡·押留를 禁止하였다³⁰⁾.

²⁷⁾ 金道利, 前掲書, p.390.; 朴統旿, 前掲書, p.334.; 徐元宇·崔松和, 前掲書, pp.246~247.

²⁸⁾ 大判 1970.1.29(69다1203)

²⁹⁾ 尹世昌, 前掲書, pp.287~288.; 李尙圭, 前掲書, p.428.

³⁰⁾ 李尙圭, 前掲書, p.429.

5. 賠償責任

(1) 賠償責任者

公務員의 職務上 不法行爲로 말미암아 他人에게 損害가 발생한 경우에는 國家 또는 公共團體는 그 損害에 대한 賠償責任을 지는 것이나 그 公務員의 選任監督을 맡은 자와 俸給·給與 기타의 費用을 負擔하는 者가 同一하지 아니할 때에는 그 費用을 負擔하는 者도 賠償責任을 진다(國家 賠償法 6條1項).

여기에서 賠償責任者로서의 國家가 무엇인지에 관하여는 의문의 여지가 없다. 또 公共團體는 널리 國家 밑에서 行政目的을 수행하는 公法人을 총칭하는 것으로서 地方自治團體·公共組合(農地改良組合, 山林組合등) 및 法人格있는 公共施設(營造物法人이라고도함)이 그에 포함되는 것이다. 憲法 第28條에서 賠償責任者로 규정하고 있는 「公共團體」가 이러한 一般的인 意味에서의 公共團體를 뜻하는 것임은 의심할 여지가 없다. 다만 現行 國家賠償法은 公共團體를 오직 地方自治團體만을 뜻하는 것으로 制限하고(同法 2條, 6條) 나머지의 것(公共組合과 法人格있는 公共施設)에 관한 部分은 民法의 規定에 맡기고 있는데 이는 憲法 第28條와의 關係에서 의문되는 점이 없지도 아니하다³¹⁾.

公務員의 選任·監督을 맡은 자와 그의 俸給·給與 기타의 費用을 負擔하는 者가 다른 경우란 國家公務員이 地方自治團體에서 근무하는 경우(地方自治法 115條1項)와 같이 公務員의 신분상의 소속과 직무상의 소속이 각각 다른 경우를 뜻한다. 賠償責任은 원래는 당해 公務員의 選任·監督에 대한 責任을 지는 자에게 있는 것이나 被害者에 대한 損害賠償의 दान을 기하기 위하여 公務員의 選任·監督을 맡은 자와 費用을 負擔하는 자가 같지 아니하는 경우에는 兩者中에서 선택적으로 損害賠償을 請求할 수 있도록 한 것이다. 이 경우에 損害를 賠償한 자는 內部關係에서 그 損害를 賠償할 責任이 있는 者에게 求償權을 行使할 수 있다(國家賠償法 6條2項).

(2) 選擇的 請求의 問題

被害者는 國家 또는 公共團體에 대해서만 賠償을 請求할 수 있는지 國家 또는 公共團體와 行爲者인 公務員 개인에 대하여 선택적으로 賠償을 請求할 수 있는지 하는 것이 問題된다. 이에 관하여는 學者들의 주장하는 바가 한결같지는 아니하나 이 問題는 賠償責任의 성질과 밀접한 關係를 가진다.

① 選擇的 請求를 인정하는 見解

주로 自己責任說의 立場에서 學者들의 견해로서 國家 또는 公共團體의 賠償責任과 行爲者인 公務員의 責任은 서로 무관한 것이며 이들 두 責任은 兩立할 수 있는 것이므로 被害者는 그의 選擇에 따라 國家 또는 公共團體나 公務員 자신에게 賠償을 청구할 수 있다고 한다³²⁾. 大法院도

³¹⁾ 李尙圭, 前掲書, p.429.

³²⁾ 文鴻柱, 韓國憲法, p.273.; 朴一慶, 維新憲法, p.241.; 韓東燮, 憲法 p.183.

「憲法 第28條 第1項 但書는 國家 또는 公共團體가 不法行爲로 인한 損害賠償責任을 지는 경우 公務員 自身の 責任은 免除되지 아니한다고 規定하여 公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民이 公務員 自身에게 대하여도 直接 그의 不法行爲를 理由로 損害賠償을 請求할 수 있음을 規定하여 國家賠償法의 公務員 自身の 責任에 관한 規定 如何를 기다릴 것 없이 公務員 自身이 不法行爲를 理由로 民事上的 損害賠償責任을 져야 할 法理이다」라고 하여(大判 1972년10월10일·69다701)같은 태도를 취하고 있다.

② 選擇的 請求를 否定하는 견해

國家賠償責任의 성질에 관하여 주로 代位責任說을 취하는 學者들은 代位責任의 성질상 被害者는 國家 또는 公共團體에 대해서만 賠償을 請求할 수 있으며 加害者인 公務員에게 직접 賠償請求를 할 수는 없다고 한다³³⁾. 이 견해를 취하는 學者들은 公務員의 責任에 관한 憲法 第28條 第1項 但書의 규정은 公務員이 國家 또는 公共團體의 求償에 응할 責任으로 본다.

以上에서 두가지 견해를 비교해 볼때 憲法 第28條 第1項이 國家 또는 公共團體의 賠償責任을 규정한 것은 바로 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害의 第1次的 賠償責任을 나타낸 것으로 볼 수 있다. 그 뿐만 아니라 ㉠國家 또는 公共團體의 損害賠償은 뒤에 說明하는 바와 같이 代位責任을 원칙적으로 한다는 점 ㉡公務員의 輕過失의 경우에는 求償을 인정하지 아니한 國家賠償法(2條2項)의 精神 및 ㉢賠償能力이 충분한 國家 또는 公共團體를 賠償請求의 相對方으로 함으로써 損害賠償의 滿足を 도모할 수 있는 점 등에 비추어 선택적인 賠償請求를 인정하지 아니함이 타당하다³⁴⁾.

(3) 賠償責任의 性質

公務員의 違法한 職務行爲에 대하여 國家 또는 公共團體가 지는 賠償責任의 성질에 관하여는 自己責任說·代位責任說 및 中間說이 대립되어 있다.

① 自己責任說

이는 國家 또는 公共團體의 賠償責任은 公務員의 책임을 대신하여 지는 것이 아니고 國家 또는 公共團體의 기관의 행위를 통하여 직접 자기의 責任으로서 負擔하는 것이라는 것이다. 이는 國家 및 公共團體는 그의 기관이 地位에 서는 公務員을 통하여 행위하는 것이기 때문에 그의 기관인 公務員의 행위의 效果는 違法 여부에 관계없이 國家 또는 公共團體에 귀속된다는 데에 근거를 두며 오늘날에는 이를 國家機能에서 우리나라는 危險責任과 연결시키는 주장이 有力하다³⁵⁾

② 代位責任說

이는 公務員의 違法行爲로 인한 損害賠償責任은 원래 公務員 자신의 것이나 國家 또는

³³⁾ 金道昶, 前掲書, p.393.; 尹世昌, 前掲書, p.291.; 金箕範, 憲法講議, p.204.; 韓泰淵·鄭熙彩, 前掲書, p.459.; 朴鈺旻, 前掲書, p.335.

³⁴⁾ 金鐵容, 國家賠償과 公務員의 個人責任, 考試界 1976.4. p.108.

³⁵⁾ 文鴻柱, 前掲書, p.256.; 朴一慶, 前掲書, p.241.; 大判 1966.4.19·65다2143(自己責任說을 취하는 듯한 인상을 주고 있다).

公共團體가 이를 대신하여 지는 데 불과하며 民法上的 使用者의 賠償責任(民法 756條)과는 다르다는 것으로서 우리 나라의 通說이다³⁶⁾. 公務員의 違法한 行爲는 別써 國家 또는 公共團體의 機關으로서의 行爲로는 볼 수 없으며 따라서 그 效果도 國家나 公共團體에 귀속될 수 없다는 데에 그 논거가 있다.

② 中間說

公務員의 故意 또는 重過失에 의한 違法行爲는 機關行爲로 볼 수 없는 것이므로 그에 의한 國家 또는 公共團體의 賠償責任은 公務員에 같은 代位責任인 것이나 公務員의 輕過失에 의한 違法行爲는 機關行爲로서의 성질을 인정하지 아니할 수 없는 것이므로 그 경우에는 自己責任으로서의 賠償責任을 진다고 한다³⁷⁾.

생각컨대 國家 또는 公共團體는 法人의 경우와 같이 그 機關의 지위에서는 自然人(公務員)을 통하여 行爲를 하게 되는 것이며 機關으로서의 公務員의 行爲의 效果는 곧 國家·公共團體에 귀속된다. 그러나 그것은 어디까지나 機關으로서의 公務員의 行爲에 한하는 것이며 公務員이 故意 또는 重過失로 法令에 위반하여 한 行爲는 別써 機關의 行爲로서 그 效力을 國家에 귀속시킬 수는 없다고 할 것이고 그 違法行爲로 인한 損害의 賠償責任은 公務員 개인인 것이다. 그러므로 이 경우에 憲法 第28條 第1項 및 國家賠償法 第2條 第1項에 의하여 國家 또는 公共團體가 賠償責任을 지는 것은 公務員인 개인에 같음하여 지는 責任 즉 代位責任이라고 하겠다. 그러나 公務員의 輕過失로 인한 違法行爲 다시 말하면 있을 수 있는 不注意로 인한 違法行爲는 國家 또는 公共團體의 機關行爲로 보지 아니할 수 없는 것이므로 國家나 公共團體가 그러한 違法行爲로 인한 損害의 賠償責任을 지는 것은 自己責任이라 하겠다. 이는 國家賠償法 第2條 第2項이 公共團體의 故意 또는 重過失의 경우에만 그 公務員에 대한 國家 또는 公共團體의 求償權을 인정하고 輕過失의 경우에는 이를 인정하지 아니한 취지로 보더라도 분명하다.

6. 求償權

여기에서 求償權이란 他人의 行爲에 의하여 賠償責任을 이행한 자가 그 他人에 대하여 가지는 返還請求權을 가리킨다. 公務員의 職務上의 不法行爲로 인하여 國家 또는 公共團體가 賠償責任을 진 경우의 求償의 問題로는 行爲者인 公務員에 대한 것과 公務員의 選任·監督者와 費用負擔者가 서로 다른 경우의 것이 있다.

(1) 公務員에 대한 求償

國家 또는 公共團體가 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害賠償을 진 경우에 그것이 公務員의 故意 또는 重過失로 인한 것인 때에는 國家 또는 公共團體는 당해 公務員에 대하여 求償權을 가진다(國家賠償法 2條2項). 公務員의 故意 또는 重過失로 인한 職務上의 不

³⁶⁾ 金道昶, 前掲書, p.392.; 朴鈺旻, 前掲書, p.328.; 徐元宇, 崔松和, 前掲書, p.248.

³⁷⁾ 尹世昌, 前掲書, p.293.

法行爲가 있는 경우의 國家 또는 公共團體의 賠償責任을 위에서 본 바와 같이 代位責任이라고 볼 때에는 行爲者인 公務員에 대한 求償은 당연한 일이다.

이와 같이 國家 또는 公共團體가 求償權을 가지는 경우에는 加害者인 公務員의 所屬機關의 長은 지체없이 求償權行使에 필요한 조치를 취하여야 함은 물론 法務部長官은 求償權行使에 필요한 조치를 취할 것을 關係機關에 要請할 수 있으며 그 요청이 있을 때에는 정당한 理由가 없는 한 그에 따라야 한다(國家賠償法 施行令 17條). 이는 國家 및 公共團體가 가지는 求償權의 实效性을 도모하기 위한 것이다.

(2) 公務員의 選任·監督者와 費用負擔者가 다른 경우의 求償

公務員의 選任·監督을 맡은 者와 그 公務員의 俸給·給與 기타의 費用을 負擔하는 자가 賠償을 한 때(國家賠償法 6條1項)에는 內部關係에서 그 損害를 賠償할 책임이 있는 자(選任, 監督者)에게 求償할 수 있다(同法 6條2項). 이는 원래의 賠償責任者(第一次的 代位責任者를 포함)이외의 자가 賠償責任을 진 경우에 관한 것이므로 求償權을 인정하는 것은 당연하다 하겠다.

7. 賠償請求權의 消滅時效

行政上의 損害賠償請求權은 被害者나 그 法定代理人이 損害 및 그 加害者를 안 날로부터 3년이 지남으로써 時效로 消滅한다(民法 766條1項)³⁸⁾. 國家賠償法 第8條는 「國家 또는 地方自治團體의 損害賠償法의 責任에 관하여는 이 법에 의한 것을 除外하고는 民法의 규정에 의한다」라고 규정하고 있으며 民法 第766條는 不法行爲로 인한 損害賠償請求權의 消滅時效期間을 3年으로 규정하고 있기 때문이다. 다만 國家賠償法은 行政上의 損害賠償을 請求하는 訴訟의 提起에 관하여 決定前置主義를 취하고 있으므로 國家賠償法 第9條에 따라 賠償審議會에 하는 損害賠償金支給申請은 民法 第168條의 時效中斷事由인 請求에 해당하는 것으로 볼 수 있고 그 申請에 대한 賠償審議會의 決定이 있는 때로부터 다시 時效期間이 進行하는 것이라고 할 것이다(民法 178條참조)³⁹⁾

8. 損害賠償의 請求節次

行政上의 損害賠償의 請求節次는 一般民事上의 不法行爲로 인한 損害賠償請求 節次와는 달리 賠償審議會에 賠償金支給申請을 하여 그 결정에 따라 賠償金을 支給받게 되며 만일 그 결정에 不服하거나 支給申請 후 3月이 지나도 아무런 결정이 없을 때에는 法院에 損害賠償請求訴訟을 제기할 수 있다(國家賠償法 9條). 다시 말하면 國家賠償法은 行政上의 損害賠償의 請求節次에 관하여 法院에 損害賠償請求의 訴를 제기하기 앞서 賠償審議會에 賠償金支

³⁸⁾ 大判 1974.11.26(74나1009)

³⁹⁾ 서高判 1976.5.11(75나2077)

給申請을 하게 하는 이른바 決定前置主義를 취하고 있다. 그러므로 損害賠償의 請求節次는 行政節次에 의하는 것과 司法節次에 의하는 것으로 나눌 수 있다.

(1) 行政節次에 의한 賠償請求

① 決定前置主義

國家賠償法은 「이 법에 의한 損害賠償의 訴訟은 賠償審議會의 賠償支給 또는 棄却의 決定을 거친후에 限하여 이를 提起할 수 있다」(國家賠償法 9條本文)라고 하여 行政上의 損害賠償請求節次에 관하여 決定前置主義를 취하였다.

國家賠償法이 行政上의 損害賠償請求節次에 관하여 決定前置主義⁴⁰⁾를 취한 理由는 ①國家는 그의 賠償責任이 있다고 인정하는 경우에는 法院의 判決을 기다릴 것 없이 스스로 賠償金을 支給함으로써 國民과의 사이에 일어날 수 있는 法律上의 紛爭을 미리 원만히 해결하도록 하고 ②損害賠償請求에 관한 경비의 절감을 도모하며 ③被害者가 迅速하고 간편한 節次에 의하여 賠償金을 支給받을 수 있도록 하기 위한 것이다.

決定前置主義는 行政訴訟에 있어서의 訴願前置主義와는 그 性質과 근거를 달리한다⁴¹⁾. 즉 行政訴訟에 있어서의 訴願前置主義(行政訴訟法 2條)와 行政上 損害賠償의 請求에 있어서의 決定前置主義는 法院에 일정한 內容의 訴訟을 제기하기 위한 前置節次로서의 行政節次라는 점에서는 같은 것이라고 하더라도 訴願前置主義와는 달리 行政廳의 반영이라거나 行政廳의 專門知識등과는 관계없이 오로지 ④行政的 便宜 및 ⑤費用과 時間의 절감을 도모하기 위하여 인정된 制度인 것이다. 아 물론 國家賠償法에 依하여 損害賠償을 請求하고자 하는 자는 그의 住所地·所在地 또는 賠償原因發生地를 管轄하는 地區審議會에 대하여 賠償金支給申請을 하여야 한다(同法 12條1項). 다만 決定前置主義에 대한 例外로서 賠償審議會에 賠償金支給申請을 한 날로부터 3月을 지나도 결정이 없을 때에는 그 결정을 거치지 않고 法院에 賠償請求訴訟을 제기할 수 있다(同法9條 但書). 賠償審議會의 決定을 받은 者가 그 決定에 不服하는 경우에 法院에 損害賠償請求訴訟을 제기할 수 있음은 물론인데(同法9條 本文참조) 數人이 公共으로 法院에 損害賠償請求訴訟을 提起하는 경우에는 各自가 訴願前置主義의 경우와는 달리 決定前置主義의 要件을 충족하여야 한다⁴²⁾.

② 賠償審議會

賠償審議會는 行政上의 損害賠償에 관하여 審의·결정하고 그 결정된 內容을 申請人에게 通知하는 權限을 가진 合義制 行政官廳이다(同法 10條 13條 14條참조). 賠償審議會에는 上級審議會인 本部賠償審議會 및 特別賠償審議會와 下級審議會인 地區賠償審議會가 있는데 本部賠償審議會는 法務部에 特別賠償審議會는 國防部에 두며 本部賠償審議會 소속 地區賠償

⁴⁰⁾ 美國聯邦司法法(F.J.C) 第2672條는 賠償額이 2500弗 미만인 때의 行政節次에 의한 損害賠償請求를 인정하고 있으나 그것은 必要的인 節次가 아니라 請求人의 選擇에 맡긴 任意的인 節次이다.

⁴¹⁾ 金敬宰, “行政救濟制度의 問題點”, 考試界 1967.6. p.90.(決定前置主義를 訴願前置主義와 같은 性質의 것으로 본 견해도 있다)

⁴²⁾ 大判 1971.11.15(71다1952)

償審議會는 서울 地方檢察廳을 除外한 각 地方檢察廳에 두고(서울 地方檢察廳의 管轄에 속하는 서울 特別市와 京畿道는 本部賠償審議가 直接管轄한다.) 特別賠償審議會 소속의 地方賠償審議會는 각 軍本部 및 陸軍軍司令部와 軍團司令部·陸軍戰鬥兵科教育司令部·陸軍軍需基地司令部·陸軍第三管區司令部·海軍統制部·空軍軍司令部 및 海軍上陸師團에 둔다(國防部소속 軍人 軍屬의 加害行爲로 인한 賠償申請事件은 特別賠償審議會가 직접 管轄한다).

特別賠償審議會 및 그에 소속하는 地區賠償審議會는 軍人 또는 軍屬이 加害者인 경우의 賠償申請事件을 심의·결정하기 위한 것이다(同法 10條1項但書). 賠償審議會는 法務部長官의 지휘를 받는다(同法 10條3項).

③ 賠償審議會의 심의·결정

賠償審議會는 賠償金支給申請을 받은 때에는 관계 사실에 대한 證據調查를 한 후 申請日로부터 4週日 이내에 賠償金의 支給 또는 棄却의 결정을 하고 그 결정일로부터 1週日 이내에 決定正本을 신청인에게 송달하여야 한다(同法 13條1項 14條). 賠償審議會는 신체·生命에 대한 賠償申請의 경우에 있어서 療養費나 葬禮費의 일부를 5만원의 한도내에서 前給하거나 所屬長官 또는 당해 地區賠償審議會가 소속하는 本部賠償審議會나 特別賠償審議會의 승인을 얻어 身體·生命의 損害에 대한 賠償基準額(同法 3條참조)을 초과하는 賠償金支給의 결정을 할 수도 있다(同法 13條2項 3項).

④ 賠償審議會의 決定의 効力

賠償審議會의 賠償決定은 신청인의 동의를 있음으로써 비로소 効力을 發生한다(同法 15條 16條). 신청인이 賠償審議會로부터 賠償決定을 받고 그 결정에 만족하는 경우에는 그 결정에 대한 동의서를 붙여 당해 賠償審議會를 거쳐 國家나 地方自治團體에 결정된 賠償金의 支給을 청구하며 國家나 地方自治團體는 그 청구를 받은 날로부터 1週日 이내에 賠償金을 支給하여야 하는데(同法 15條) 賠償審議會의 賠償決定은 신청인의 동의를 있거나 地方自治團體가 申請人의 請求에 따라 賠償金을 支給한 때에는 民事訴訟法에 의한 裁判上의 和解가 이루어진 것으로 看做된다(同法 16條)이와는 달리 신청인이 賠償審議會의 결정을 받고도 賠償金의 支給을 청구하지 아니하거나 그 결정에 동의하여 관계 地方自治團體에 賠償金의 支給을 請求하였음에도 불구하고 그 請求를 받은 날로부터 1週日 이내에 賠償金을 支給하지 아니한 때에는 적극적으로 결정에 대한 부동의의 意思表示를 할 필요 없이 그 결정에 동의하지 아니한 것으로 看做되므로(同法 15條3項) 管轄地方法院에 損害賠償請求의 訴訟를 提起할 수 있다. 다만 國家가 賠償責任者인 경우에는 地方自治團體가 賠償責任者인 경우와는 달리 신청인이 賠償審議會의 결정에 동의함으로써 賠償金의 支給 여부와는 관계없이 裁判上의 和解가 정립된 것으로 擬制되는 것이므로(同法 16條참조) 만일 國家가 賠償金支給請求를 받고 1週日 이내에 賠償金을 支給하지 아니한 때에는 그 請求人은 管轄地方法院으로부터 決定書正本에 執行文을 부여받아 強制執行을 할 수 있다(同法 施行令23條).

(2) 司法節次에 의한 賠償請求

司法節次에 의한 損害賠償의 請求는 法院에서의 訴訟節次에 따라 損害賠償을 請求하는 것인데 이는 다시 일반적인 節次에 의하는 경우와 특별한 節次에 의하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 그런데 司法節次에 의한 賠償請求는 위에서 說明한 決定前置主義로 말미암아 賠償審議會의 결정을 거친후 또는 賠償審議會에 대한 支給申請 후 3월이 경과하여도 결정을 하지 않을 때에 한하여 할 수 있다. 損害賠償請求訴訟의 제기에 있어서 決定前置主義를 충족하였는지의 여부는 당해 訴訟의 辯論終結時를 기준으로 판단하는 것이 判例⁴³⁾의 태도이다.

① 司法上の 一般節次에 의하는 경우

이는 賠償金請求에 관한 一般的인 司法節次를 가리키는 것으로 一般法院에서의 民事訴訟節次를 뜻한다. 그러므로 損害賠償請求事件의 管轄法院·當事者(被告는 國家 또는 公共團體가 됨)·訴訟費用·訴訟節次등은 모두 民事訴訟法이 정하는 바에 의한다.

國家가 被告人 경우에는 法務部長官(國家를 當事者로 하는 訴訟에 관한 法律1條)이 公共團體가 被告人 경우에는 그 代表者(地方自治 團體의 경우는 그 地方自治團體의 長(地方自治法 101條)가 각각 被告人 國家 또는 公共團體를 代表한다.

法院에 대하여 國家 또는 公共團體에 대한 損害賠償을 請求하는 일반적인 節次가 일반 民事訴訟節次에 의하는 것은 國家 및 公共團體의 賠償責任이 性質上的 책임이며 國家賠償法은 民法에 대한 特別法으로서 私法에 屬하는 당연한 결과라 하겠다. 다만 賠償責任者가 國家인 때에는 假執行宣告를 하지 못한다(民事訴訟에 관한 臨時措置法 3條1項 但書). 國家에 대한 財產權上的 청구에 관한 判決에서는 假執行宣告를 못 하게 한 것은 國家는 충분한 支給能力을 가지고 있다는 데에 緣由하는 것이나 반면에 財產權上的 請求에 관한 訴訟에 있어서 原告인 私인과 被告人 國家는 대등한 地位에 있는 당사자라는 점에서 「法 앞의 平等」의 원칙에 어긋나는 느낌이 없지 않다⁴⁴⁾.

② 司法上の 特別節次에 의하는 경우

이는 특별한 경우에 있어서의 賠償金請求에 관한 司法節次를 가리키는데 行政訴訟의 제기와 관련되는 損害賠償을 行政訴訟에 併合하여 請求하는 訴訟節次(行政訴訟法 7條)가 곧 그것이다. 行政訴訟法 第7條에서 違法한 行政行爲로 인한 損害賠償의 請求訴訟을 관련되는 行政訴訟과 併合하는 것을 인정한 것은 瑕疵 있는 行政行爲에 관련되는 紛爭을 한목에 해결함으로써 審理의 중복을 피하려는 訴訟經濟的인 요구에 의한 것이라 하겠다.

行政訴訟의 請求에 관련되는 損害賠償請求의 併合訴訟은 行政訴訟에 附帶되는 것이므로 第1審管轄法院은 당해 行政訴訟을 관할하는 高等法院이 됨은 물론이다. 行政訴訟에의 關聯請求(損害賠償請求)의 併合은 당해 行政訴訟을 제기할 때에 할 수 있음은 물론이나 行政

⁴³⁾ 大判 1976.9.28(76다1311)

⁴⁴⁾ 李尙圭, 前掲書, p. 437.

訴訟의 제기 후에라도 그 訴訟의 辯論이 종결될때까지에는 그 請求의 기초에 변경이 없는 한도내에서 請求의 趣旨 및 原因을 변경함으로써 賠償請求를 併合할 수 있다고 볼 것이다 (民事訴訟法 253條참조).

IV. 國家賠償과 公務員의 個人責任

1. 問題의 所在

國家賠償法 第2條 第1項의 規定에 의하여 國家 또는 地方自治團體가 賠償責任을 지는 경우에 加害者인 公務員 個人에 대해서도 損害賠償을 청구할 수 있는가에 관해서는 그것을 정한 직접적인 明文規定이 없다. 이른바 代位責任說에 의하는 경우에 있어서도 그것은 어디까지나 公務員 個人의 責任을 전제로 하는 것이기 때문에 加害公務員에 대하여 직접 損害賠償을 청구할 수 있는 것이 당연한 것인지 혹은 國家나 地方自治團體의 賠償責任을 인 정함으로써 個人責任은 그에 吸收되어 버린 것으로 생각해야 할 것인가는 반드시 명확하지 않다. 한편 自己責任說의 입장에서든 國家의 責任과 公務員個人의 責任은 별개의 問題로 생각할 여지가 있기 때문에 公務員 個人의 直接責任의 有無는 중요한 論議의 대상이 될 수 있는 것이다.

國家賠償法 第2條가 이 점에 관하여 직접적으로 답하고 있지 않고 또한 同法이 따로 明文의 규정을 두고 있지 않은 이상 이 問題는 理論에 의해 해결할 수 밖에 없다⁴⁵⁾.

2. 公務員의 個人責任에 관한 學說

(1) 否定說

이 說은 加害公務員은 어떠한 경우에라도 被害者에 대하여 損害賠償責任을 지지 아니한다고 한다. 즉 被害者는 國家 또는 地方自治團體에 대하여 損害賠償을 請求할 것이지 公務員 個人에게 直接 請求하는 것은 허용되지 아니한다고 하며 우리나라 行政法學者⁴⁶⁾들의 通說인 것이다.

이러한 否定說이 취하는 根據를 요약하면 ㉠被害者의 救濟에 重点을 두는 이상 國家 또는 地方自治團體가 損害賠償을 하면 被害者의 救濟는 完全히 만족되며 責任의 重複存在는 無意味하며 ㉡國家나 地方自治團體라고 하는 支拂能力이 완전한 者가 代位責任을 負擔하는 이상 經濟的으로 충분한 賠償能力이 없는 公務員個人에게 負擔시켜도 不法行爲의 目的達成을 위해 별 도움이 없으며 ㉢公務員의 不法行爲에 대해서 언제나 個人責任을 추궁하게 되면 訴追의 무거운 責任의 恐怖때문에 公務員의 職務執行을 위축시켜 도리어 行政事務의 원활한 運營을 저해하며 나아가서는 國民自身에게 不利益을 가져오게 되며 ㉣個人的責任을

⁴⁵⁾ 徐元宇, 前掲書, p.692.

⁴⁶⁾ 金道稔, 前掲書, pp.392~399.; 尹世昌, 前掲書, pp.292~293.; 李尙圭, 前掲書, p.342.

인정하는 것은 被害者의 報復的責任 추구를 만족 시킬 뿐이며 ㉔만약 公務員 개인에 대한 直接請求를 인정함으로써 公務員에 대한 監督作用을 기대할 수 있다고 한다면 그것은 行政上的 監督責任의 일부를 다른것에 轉嫁하는 것이 되어 國家賠償制度의 本旨에 반하며 ㉕解釋論으로도 第2條 第1項이 「國家 또는 地方自治團體는 그 損害를 賠償하여야 한다」고 규정하고 있으며 또한 同條 第2項에 求償權의 규정이 있는 것은 公務員의 個人責任을 부인하는 뜻으로 볼 수 있으며 ㉖故意·過失이 있는 경우에는 公務員에게 個人責任을 지우게 되며 同條 第2項의 求償이 故意·重過失인 경우에 한하여 한 것과 均衡이 맞지 않는다는 근거 등을 들고 있다.

(2) 制限的 肯定說

이 說은 公務員에게 故意 또는 重過失이 인정되는 경우에 限하여 加害公務員에게 被害者에 대한 直接的인 損害賠償責任을 인정한다는 내용으로 折衷說이라 볼 수 있으며 결론적으로는 公務員個人的 直接責任을 肯定하는 입장이라 할 수 있으며 단지 그 責任을 약간 輕減한 데 지나지 않으므로⁴⁷⁾ 종래 우리나라에서는 대체로 肯定說에 준하는 것으로 취급되어 왔다.

이 說의 주된 根據로는 ㉗第2條의 責任은 國家의 自己責任으로 볼 것이며 ㉘被害者에 대한 國家의 賠償責任과 公務員의 責任은 별개의 문제라고 하는 점을 들고 있거니와 보다 基本的으로는 國家賠償制度를 순수한 經濟救濟라는 觀點에서만 理解하는 것이 아니라 한 걸음 나아가서 公務執行의 適正을 擔保하는 機能 혹은 公務員에 대한 國民의 監督的機能까지를 찾아보자는 데 그 특징이 있는 듯하다. 이러한 입장에서는 또한 ㉙國家나 地方自治團體가 損害를 賠償한다 하더라도 결국 그것은 稅金에 의해 充당되지 않으면 아니 된다는 점 ㉚第2項의 求償權行使은 어디까지나 行政의 內部問題이며 行政의 現實에 있어서는 求償權行使의 適正을 보장할 制度 내지 意識이 그리 강하지 않다는 점 그리고 ㉛否定說이 내세우는 公務의 원활한 遂行保障이라는 요청은 輕過失의 경우에는 어느 程度 타당할는지 모르지만 故意나 重過失에 의한 違法한 權利侵害의 경우까지 個人責任을 인정하게 되며 現代의 行政活動이 극히 복잡다양화하여 公務員이 公務遂行에 있어 輕過失에 의한 違法한 權利侵害를 범하기란 흔히 있을 수 있는 일인 데도 불구하고 그런 경우까지 個人責任을 지우는 것은 너무 苛酷하다는 데에 이 學說의 個人責任輕減理由가 있다.

(3) 肯定說

이 學說은 故意나 重過失이 있는 경우는 물론 輕過失의 경우에도 加害公務員은 被害者에 대하여 損害賠償責任을 져야 한다는 입장이다.

그 論據로서 ㉜民法에서는 機關個人 또는 被用者 자신의 被害者에 대한 直接責任을 인정하고 있는 데 반하여 公務員에 대해서만은 다른 취급을 할 필요가 없다는 점 ㉝國家賠償法

⁴⁷⁾ 金鐵容, “國家賠償法 第2條에 관한 研究”, 博士學位 請求論文, 建國大學院, 1975. pp. 129~130.

이 公務員의 職權濫用에 대한 民衆에 의한 개별적인 監督的作用을 담당하고 있는 측면을 무시할 수 없기 때문에 公務員 개인에 대한 직접적인 賠償請求는 그 具體的表現으로서의 의미를 지닌다는 점 ㉔職權濫用은 加害公務員의 被害者에 대한 私的인 害惡에 의하여 향해지는 경우가 적지 않기 때문에 그에 대하여 被害者가 私的으로 個人賠償을 請求하는 것은 당연한 일이며 이러한 경우 被告를 잘못 지정했다는 이유로 請求를 棄却하는 것은 民衆의 權利感情에 반하는 것이 되며 ㉕輕過失의 경우에도 直接責任을 과하는 것이 求償權制度와의 對比에서 볼 때 均衡을 잃은 것처럼 보일지 모르나 求償權은 원래 國家나 地方自治團體와 公務員과의 內部關係의 문제요 그 制限은 內部關係에 있어서의 자속이지 對外關係를 拘束할 수 있는 것은 아니라는 것이다⁴⁸⁾. 이 學說은 國家賠償法을 被害者에 대한 損害擔保로서의 측면과 아울러 權濫用의 경고·제재로서의 측면이라고 하는 二元的運營을 強調함으로써 人權擁護의 온갖 方法에 의한 관철을 도모하고자 하는데 그 특징이 있다고 할 수 있다⁴⁹⁾

우리 나라에 있어서도 대부분의 憲法學者들이 이러한 肯定說의 입장을 취하고 있는데⁵⁰⁾ 그 理由를 종합 정리하면 ㉖憲法은 公務員自身の 責任이 免除되지 아니한다고 규정하고 있으며 ㉗自己責任說에서면 당연히 選擇의 請求가 가능하다고 보아야 하고 ㉘現行 國家賠償法에서 國家 또는 地方自治團體에 대해서만 損害賠償을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것은 西獨憲法規定과 우리 憲法規定과의 차이점을 무시한 것이며 ㉙憲法上的 賠償請求權은 被害者의 救濟를 목적으로 규정한 것인데 憲法에 賠償請求權行使에 아무런 制限도 없고 法律에 그 制限을 授權하지 않았음에도 불구하고 被害者의 賠償請求相對者의 選擇을 制限하는 해석은 부당하며 ㉚憲法이 請求할 수 있다고 한 것은 請求可能性을 의미한 것이지 請求하여야 한다는 것을 의미한 命令規定이 아니므로 公務員個人에 대하여도 請求할 수 있는 것이고 ㉛憲法은 「責任」이라고만 하였으므로 輕過失의 경우에도 責任이 免除되지 않고 ㉜國家에 대한 請求訴訟은 賠償審議會의 賠償決定을 거친 후가 아니면 提起할 수 없으므로 賠償審議會의 決定을 거치지 않고 公務員個人에 대하여 직접 책임을 추궁할 수 있게 하는 것이 被害者救濟라는 측면에서 보다 合理的이며 ㉝輕過失의 경우에는 刑事上의 책임을 지는 것이 원칙인데 民事上의 책임을 지지 않는다는 것은 均衡을 잃은 것이며 ㉞公務員 개인에게 責任을 課하는 것이 公務員을 위축시킨다고 하는 것은 이유가 되지 않으며 ㉟公務員 개인의 責任은 公務員에 대한 監視의機能을 하는 것이기 때문에 그것은 有效·適切한 것이며 ㊱不法行爲의 屬性의 하나가 懲罰의 意義를 갖는 것이기 때문에 重過失과 輕過失을 區分할 理由가 없다는 것이다⁵¹⁾.

⁴⁸⁾ 加藤一郎編「注釋民法(19)」pp.415~416(乾昭三).

⁴⁹⁾ 乾昭三, “國家賠償と賠償責任の負擔者”, 判例批評, 民商, 33卷 3號, p.99.

⁵⁰⁾ 文鴻柱, 前掲書, p.294.; 朴一慶, 前掲書, p.208.; 韓東燮, 前掲書, p.183.

⁵¹⁾ 韓昌圭, “國家補償法研究”, 博士學位請求論文, 成均館大學院, 1975. pp.84~85.

3. 公務員의 個人責任에 관한 判例

公務員 개인의 不法行爲責任의 인정 여부에 관한 우리 나라의 判例는 公務員 개인의 不法行爲責任을 否定하는 判例도 없지 않으나⁵²⁾ 肯定하는 判例가 지배적이다. 그리고 大法院은 執達吏의 不法行爲로 인한 國家賠償請求事件에서 「民事訴訟法 第493條는 執達吏의 職務上의 不法行爲로 인한 國家賠償法上의 國家의 損害賠償責任을 排除하거나 또는 國家의 損害賠償責任과 兩立하지 않는다는 뜻으로 규정한 趣旨로 해석할 수 없다」고 判示하고 있으며⁵³⁾ 市警所屬通勤버스運轉士의 不法行爲로 인한 國家賠償請求事件에서 「이 件 사고를 일으킨 위 訴外 運轉手が 被告隸下 國家公務員이므로 이 件 사고로 인한 損害賠償責任에 관하여 被告와 위 運轉手는 不眞正連帶債務者의 地位에 있다」라고 判示하고 있다⁵⁴⁾. 이상과 같이 대체로 이른바 制限的肯定說의 입장을 취해 오던 大法院은 1972.10.10 宣告 69다701의 判決에서 「公務員의 職務上의 不法行爲로 損害를 받은 國民이 國家 또는 公共團體에 賠償을 請求하는 경우 國家 또는 公共團體에 대하여 그의 不法行爲를 이유로 損害賠償을 求함은 國家賠償法이 정한 바에 따른다 하여도 이 역시 民事上의 損害賠償責任을 特別法인 國家賠償法이 定한 데 불과하며 憲法 第28條 但書는 國家 또는 公共團體가 不法行爲로 인한 損害賠償責任을 지는 경우 公務員 자신의 責任은 免除되지 아니한다고 규정하여 公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民이 公務員 자신에게 대하여도 직접 그의 不法行爲를 理由로 損害賠償을 請求할 수 있음을 규정하여 國家賠償法의 公務員 자신의 責任에 관한 規定 如何를 기다릴 것 없이 公務員 자신이 不法行爲를 理由로 民事上의 損害賠償責任을 져야 할 法理…」云云하여 公務員 개인의 不法行爲責任을 正面으로 인정하고 있다⁵⁵⁾.

V. 公共施設(營造物)의 設置管理의 瑕疵로 인한 損害의 賠償

1. 國家賠償法 第5條와 民法 第758條의 關係

國家賠償法 第5條는 公共의 營造物로 부터 발생하는 損害에 대한 國家나 地方自治團體의 賠償責任을 분명히 하고 있다. 이 規定은 國家의 不法行爲責任을 부정하던 이른바 「王은 惡을 行할 수 없다(king can do no wrong)」라는 法諺이 支配的이었던 時代의 主權免責特權(sovleign immunity)의 修正을 의미한다. 즉 過去에는 國家의 不法行爲責任에 관한 특별한 規定이 없었기 때문에 國家 또는 地方自治團體는 私人的 地位과 동일한 입장에서 행하는 私法上의 經濟活動으로 인한 不法行爲에는 民法의 適用이 인정되었으나 國家나 地方自治團體의 公行政作用으로 인한 不法行爲로 말미암은 私인이 입은 損害를 救濟받는 手段

⁵²⁾ 大判 1968.11.19(68다651), 參考判例 1.

⁵³⁾ 大判 1966.7.26(66다854).

⁵⁴⁾ 大判 1972.2.22(71다2535).

⁵⁵⁾ 金鐵容, 前揭論文, pp.137~138, 參考判例 3.

은 충분하지 못하였다.

그리하여 이상과 같은 과거의 상황을 배경으로 하는 憲法 第28條에 의거한 現行國家賠償法은 그 第2條에서 우선 과거에 전혀 부정되어 있었던 權力作用에 관한 國家나 地方自治團體의 不法行爲責任을 명확히 한 다음 이와 같이 權力作用에 관한 國家나 地方自治團體의 不法行爲責任이 肯定된 이상 公共의 營造物管理關係에서 발생하는 損害에 대해서도 최소한 民法 第758條의 私法上의 工作物責任과 같은 정도나 혹은 최소한 그것보다 약간 무거운 責任을 지게 할 필요가 있게 되어 그것을 國家賠償法 第5條가 단적으로 규정한 것이라 할 수 있다. 따라서 어떤 의미에서는 本條는 第2條의 論理必然的의 產物이라 말할 수 있을 것이다. 그런데 이와 같이 새로이 國家賠償法에서 규정된 公共의 營造物責任의 意義에 대해서는 특히 民法 第758條의 규정과의 對比에서 國家賠償法 第5條는 國家를 市民과 同列에 두는 市民的인 생각을 관철했을 뿐만 아니라 被害者인 개개의 市民과 國家와의 關係의 特殊性과 관련시켜 認識하려는 생각이 前提되어 있다는 것이다. 따라서 同條의 解釋에 있어서도 단순히 民法 第758條를 類推하는데 그쳐서는 아니되고 被害者인 개개의 市民과 강력한 國家와의 實質的 不平等이라든가 國家가 市民의 福祉를 配慮해야 할 役割등을 고려하지 않으면 아니된다고 한다.

2. 賠償責任의 要件

國家 또는 地方自治團體가 營造物責任을 지는 것은 國家賠償法 第5條가 규정하는 바와 같이 ① 道路河川 기타 公共의 營造物에 관하여 ② 그 設置 또는 管理에 瑕疵가 있기 때문에 ③ 他人의 財産에 損害를 발생하게 하였을 때이다. 이제 이러한 要件에 대하여 살펴보기로 한다.

(1) 公共의 營造物

公共의 營造物이라 함은 國家 또는 地方自治團體가 公共의 目的에 제공되는 物的施設을 말한다. 行政法學上 보통 營造物이라 함은 國家나 公共團體 등에 의하여 公共의 目的에 提供되는 人的 및 物的施設의 綜合體를 의미하고 있지만 本條에서 말하는 公共의 營造物에는 人的機構는 포함되지 않으므로 本來的意味의 營造物觀念보다는 약간 좁은 개념이며 보통 公共의 目的에 제공된 有體物 즉 公物을 뜻하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 이러한 公共의 營造物에는 어떤 것이 포함되는가에 관해서는 見解가 갈라지고 있다

첫째로 公共의 營造物에는 普通財産이 포함되는가가 문제된다. 國有財産法은 國有財産을 行政財産과 普通財産으로 구별하여(同法 第4條) 보통 말하는 公物에는 이 普通財産은 포함되지 않고 있다. 따라서 通說과 判例은 公共의 營造物에는 이러한 普通財産은 포함되지 않고 그에 대해서는 民法 第758條의 賠償責任의 문제가 생길 뿐이라고 한다(例: 國有林 市營住宅등). 그리고 通說과 判例에서는 公共用物은 물론 公用物도 포함되며 또한 그것이 國有公物이건 公有公物이건 혹은 私有公物이건 가리지 아니한다. 이에 대하여 公共

의 營造物속에는 國家나 公共團體가 所有하는 物 혹은 管理하는 物은 전부 本條의 通用을 받으며 따라서 普通財産도 그에 포함된다는 見解가 없지 않다⁵⁶⁾.

둘째로 自然公物이 公共의 營造物속에 포함되는가의 문제가 있다. 國家賠償法 第5條가 沿革的으로는 民法 第758條의 工作物責任에 관한 規定에서 緣由되는 것이며 條理上으로도 人爲的인 工作物에 관한 規定을 前提하는 것으로 생각할 수 있기 때문에 自然公物은 本條에서 말하는 公共의 營造物에는 포함되지 않는다는 見解도 없지 않으나⁵⁷⁾ 通說과 判例는 自然公物도 포함시키고 있다. 그러나 自然公物에 관해서는 예컨대 河川에 堤坊을 만들지 아니한 경우처럼 自然狀態 그대로 放置한 것만으로는 管理의 瑕疵가 없다는 見解가 有力하다⁵⁸⁾ 따라서 自然公物에 관해서는 그것이 營造物 속에 포함되는가 안되는가의 문제보다도 어떤 경우에 自然公物에 管理上의 瑕疵가 있다고 볼 것인가에 관해 다른 일반 營造物과는 약간 다른 考察이 필요하며 이 問題는 그러한 관점에서 주로 檢討되어야 할 것이다.

세째로 公共의 營造物 속에 動産이 포함되는가의 문제에 관해서는 通說과 判例는 消防自動車 警察犬 전널목自動警報器 公衆電話를 動産에 포함되는 것으로 보고 있다. 그러나 이와 같은 營造物 속에 일반적인 動産까지 포함시키는 通說과 判例의 立場에 대해서는 反對說이 없지 않다. 즉 營造物의 設置管理의 瑕疵責任의 本質을 일종의 危險責任으로 이해하는 이상 本條에서 말하는 營造物이란 당연히 그 자체 어떤 危險을 내포하는 것만을 의미하지 않으면 아니 되기 때문에 그것은 物的設備에 限定되어야지 警察犬이나 원총 같은 것까지 營造物속에 포함시키는 것은 의문이라고 하며⁵⁹⁾ 이런 경우에는 制度的으로 오히려 國家賠償法 第2條에 의해 그 目的을 달성할 수도 있는 것이고 警察犬의 경우에는 民法 第759條(動物의 占有者의 責任)의 문제로서 해결할 수 있을 것이라는 見解⁶⁰⁾가 그것이다.

2) 設置 管理의 瑕疵

瑕疵라 함은 그 物이 본래 갖추고 있어야 할 성질 또는 設備 등의 결함을 의미한다. 따라서 設置의 瑕疵란 營造物의 設定 또는 建造에 不完全한 점이 있음을 의미하며 管理의 瑕疵란 設置후 그 維持·管理過程에서 결함이 생긴 경우를 말한다. 그러나 이와같이 구별하여 생각하는 것은 求償權을 행사하는 경우를 除外하고는 별로 實益이 없다. 왜냐하면 위에서 보는 바와 같이 최근의 이론동향은 그 瑕疵가 設置上의 것이건 管理上의 것이건을 가리지 아니할 뿐만 아니라 특히 위험한 營造物에 관해서는 損害發生을 防止하기에 충분한 設備를 갖추지 못한 경우도 瑕疵있는 경우로 해석하고 있기 때문이다⁶¹⁾.

⁵⁶⁾ 乾昭三, 國家賠償法, 注釋民法⑩, p.419以下

⁵⁷⁾ 大坪憲三, 國家賠償法論解, p.710.

⁵⁸⁾ 金東熙教授는 國家賠償法 第5條가 營造物의 設置·管理上의 瑕疵에 관한 規定임을 감안할때 自然公物 그 자체로서는 本條의 營造物에 포함될 수 없고 그에 부수되어 설치된 工作物만을 의미한다고 한다. “國家賠償法 第5條에 관한 小考”, 「考試界」1975.10. p.48.

⁵⁹⁾ 雄川一郎, “行政上의 損害賠償”, 行政法講座三卷, 所收論文, p.19. 以下

⁶⁰⁾ 乾昭三, 前揭論文, p.419.

⁶¹⁾ 최근에는 이른바 客觀說과 관련하여 「營造物의 設置·管理의 瑕疵」라는 개념을 넓게 해석하여 通常갖추어야 할 安全性이라는 기준을 가지고 거꾸로 營造物을 判斷하고 예컨대 道路의 경우에는 交通安全을 위해 갖추어야 할 信號器, 落石防止設備등까지를 포함해서 營造物을 構成하는 方式을 취하고 있다. (成田外 三人共著, 現代行政法, p.282.

通說에 의하면 營造物의 設置·管理上의 瑕疵로 인한 責任은 國家賠償法 第2條와는 달리 管理者의 過失有無를 불문하고 營造物의 管理主體인 國家나 地方自治團體에 無過失責任을 인정한 것으로 보고 있다(客觀說)⁶²⁾. 그리고 종래의 大法院의 支配의 判例도 「營造物設置의 瑕疵라 함은 營造物의 築造에 不完全한 점이 있어 이 때문에 營造物自體가 통상 갖추어야 할 安全性을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다」고 判示하고 있다⁶³⁾. 이러한 通說이나 判例의 客觀說에 대해서는 「公共의 營造物을 安全良好한 상태로 확보하여야 할 作爲 또는 不作爲義務가 課해져 있는 管理者가 그러한 作爲 또는 不作爲義務에 反한 것이기 때문에」賠償責任이 인정된다고 하는 主觀說⁶⁴⁾과 「管理의 瑕疵에는 營造物 自體의 客觀的 瑕疵만이 아니라 그에 附隨한 人的措置도 고려되어 公共의 營造物을 安全良好한 상태를 확보 할 管理者의 行爲 또는 不作爲義務에 違反하는 것까지도 관련된다」고 하는 折衷說⁶⁵⁾ 등이 대립되고 있다. 요컨대 本條에서 말하는 瑕疵란 客觀的關係에 비추어 보아 營造物이 통상 갖추어야 할 상태나 設備을 구비하고 있지 못하는 경우 즉 安全性을 결여함을 의미하며 그 安全性缺如가 設置·管理上의 것인 이상 그 理由가 管理者의 管理義務違反에 의하는가의 여부는 문제되지 않는다고 할 것이다. 그리고 이러한 瑕疵는 결과에 대한 유일한 原因일 필요는 없고 自然力(地震이나 强風)이 近因이건 被害者의 行爲(危險표시를 무시하고 接近하는 경우)가 近因이건 가리지 아니한다. 또한 瑕疵의 存在에는 法令 또는 内部規則이 정하는 基準에의 合致與否는 그 判斷의 指針은 될지언정 그 一般적 基準은 될 수 없다. 요컨대 瑕疵의 存否는 營造物의 目的에 비추어 종합적으로 판단하지 않으면 아니될 것이다. 瑕疵의 存在와 관련하여 그 管理의 形式에는 具體的處分 또는 事實作用이외에 管理規則의 定立과 같은 抽象的作用도 포함되며 作爲·不作爲를 가리지 아니한다. 예컨대 河川의 土沙採取를 부당하게 행사하는 등 河川管理權의 행사를 잘못된 경우도 管理上의 瑕疵에 해당된다 할 것이다. 끝으로 瑕疵의 立證責任은 原則적으로 原告가 負擔한다. 公共의 營造物로 말미암아 損害가 發生하였음을 原告가 立證하면 일반적으로는 瑕疵가 존재하는 것으로 推定할 수 있는 것이고 그러한 瑕疵의 存在는 設置 또는 管理上의 瑕疵로 推定해도 상관없을 것이다⁶⁶⁾. 이런 경우 國家나 地方自治團體는 瑕疵가 없었다는 反證을 들어 그 推定을 뒤엎을 수 있음은 두말할 나위도 없다. 프랑스에서는 國家 기타 行政主體의 機能이 점점 방대하여지고 專門化되어 被害者에 의한 瑕疵의 立證이 불가능하지는 않다 하더라도 매우 어려운 분야가 점차로 확대되어 감에 따라 被害者保護의 견지에서 過失(瑕疵)推定을 원칙으로 하는 이른바 行政法上의 「正常維持의 欠缺原則」을 定立하고 있는데⁶⁷⁾ 주목할 만한 原則

⁶²⁾ 金道稔, 前掲書, p.395.; 尹世昌, 前掲書, p.297.; 李尙圭, 前掲書, p.349.

⁶³⁾ 大判 1967.2.21(66다1723), 參考判例2

⁶⁴⁾ 谷五佐夫, “公の營造物의 設置·管理의 瑕疵”, 所收論文, p.284.

⁶⁵⁾ 宇宮, 不法行爲論, p.187.

⁶⁶⁾ 최근의 日本의 學說에서는 國家賠償法 第5條(우리나라 第5條)의 瑕疵를 극히 擴大解釋하여 高速道路의 沿道居住者가 受忍의 限度를 넘어서는 騒音被害를 입은 경우까지 포함시키려는 주장까지 대두되고 있다.

⁶⁷⁾ 金東熙, 前掲論文, p.51.

이라 할 것이다.

(3) 損害의 發生

公共施設의 瑕疵로 말미암은 損害의 發生이어야 한다. 그 損害는 瑕疵로 인하여 즉 瑕疵가 원인이 되어 發生하여야 하는데 瑕疵와 損害와의 사이에 相當因果關係가 있어야 한다. 그러나 瑕疵와 損害의 發生과의 사이에 相當因果關係가 있으면 自然力 또는 第3者나 被害者의 行위가 그 損害發生의 원인으로 加勢하는 것은 무방하다.

다만 不可抗力의인 사유 예컨대 전혀 예상외의 強風이나 豪雨로 말미암아 道路 기타의 公共施設이 損壞되고 그로 인하여 損害가 발생한 경우에 公共施設에 瑕疵가 없더라도 損害가 발생할 정도의 것인 때에는 그 瑕疵와 損害의 발생 사이에는 因果關係를 인정할 수 없으므로 賠償責任이 생기지 아니하는데 이는 大法院의 判決로 알수 있다(大判 1964. 7.1463 다1098).

公共施設의 瑕疵로 말미암은 「損害」는 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害의 경우와 마찬가지로 財産의 損害·精神의 損害 또는 積極的 損害·消極的 損害를 가리지 아니한다. 國家賠償法 第5條는 「…他人의 財産에 損害가 발생하게 하였을때」라고 규정함으로써 財産的 損害에 限定되는 것같이 느껴지기도 하지만 同條同項後段에서 「生命 또는 身體를 害할 때」의 賠償基準을 아울러 정하고 있는 것으로 보아 여기에서의 損害를 財産的損害에 限定시켜 해석할 아무런 이유도 없다.

3. 賠償責任

위에서 고찰한 바와 같이 要件이 구비되어 있을 때에는 國家 또는 地方自治團體는 직접 賠償責任을 지게 되거니와 이러한 賠償責任이 일종의 危險責任의性質을 가진 無過失責任이라는 데 대해서는 이미 고찰한 약간의 論議를 제외하고는 거의 一致된 見解로 되어 있다. 民法 第758條에서는 第一次責任者인 占有者에게 免責事由를 인정하여 所有者에게 最終責任을 지우고 있는 데 反하여 國家賠償法에서는 그러한 免責條項은 두고 있지 않다. 이것은 私人的 所有物을 國家나 地方自治團體가 管理使用하고 있는 이른바 他有公物의 경우라 할 지라도 그것이 公物인 이상 이미 私權의 機能은 실질적으로 배제되어 있는 것이기 때문에 所有者에게 최종적인 責任을 지운다는 것은 不合理的한 일이기 때문이다⁶⁸⁾.

4. 賠償責任者

위와 같은 要件이 갖추어진 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 損害를 賠償할 責任을 진다. 이 경우에 그 公共施設의 設置·管理를 맡은 자와 公共施設의 設置·管理의 費用을 負擔하는 者가 다른 경우에는 그 費用負擔者도 賠償責任을 진다. 그러므로 그러한 때에는

⁶⁸⁾ 大判 1972.4.25(71다2447), 參考判例2.2)

被害者는 設置·管理者와 費用負擔者에 대하여 선택적으로 請求權을 行使할 수 있다. 第一次의 賠償責任者는 公共施設의 設置·管理者인 것이나 費用負擔者에 대하여도 아울러 賠償責任을 지운 것이다. 그러므로 費用負擔者가 賠償을 한 때에는 內部關係에서 設置·管理者에게 求償할 수 있다(同法 6條2項).

5. 求償權

公共施設의 設置·管理上의 瑕疵로 인하여 國家 또는 公共團體가 賠償을 한때에 求償權을 행사할 수 있는 것은 두 가지 경우가 있는데 그 하나는 公共施設의 設置·管理者의 費用負擔者가 다른 때에 볼 수 있으며 다른 하나는 損害의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있는 때의 것이다.

(1) 設置·管理者와 費用負擔者가 다른 경우의 求償

公共施設의 設置·管理를 맡은 자와 費用을負擔하는 자가 다른 경우(예: 河川의 所有者는 國家이나 그 管理費用은 관계 地方自治團體가負擔하는 경우)에는 設置·管理者가 원래의 賠償責任者라 함은 위에서 본 바와 같다. 그러나 國家賠償法은 費用負擔者에게도 賠償責任을 인정하고 있으므로(同法 6條1項) 費用負擔者가 賠償責任을 진 때에는 內部關係에서 그 損害를 賠償할 責任이 있는자(主로 管理·設置者)에게 求償할 수 있다(同法 6條2項).

(2) 損害의 원인에 대한 責任者에 대한 求償

國家 또는 地方自治團體가 賠償責任을 진 때에 그 「損害의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있을 때에는…그 자에 대하여 求償할 수 있다」(同法 5條2項). 「損害의 원인에 대하여 책임을 질 자」라 함은 故意 또는 過失로 公共施設의 設置 또는 管理上의 瑕疵를 생기게 한 자 다시 말하면 公共施設이 보통 갖추어야 할 安全性에 흠을 낸 자를 말한다. 예컨대 公共施設의 建造를 不完全하게 한 建造工事受給人, 橋梁을 損壞한 重量車輛의 運輸者, 기타의 損傷者 등과 같다.

6. 損害賠償의 請求節次

公共施設의 設置·管理의 瑕疵로 말미암아 損害를 받은 者가 國家 또는 地方自治團體에 대하여 損害賠償을 請求하는 절차는 위에서 說明한 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 損害의 賠償請求와 같다. 즉 그 損害賠償의 請求節次는 일반 民事上의 경우와는 달리 賠償審議會에 賠償金 支給申請을 하여 그 결정에 따라 賠償金을 支給받게 되며 만일 그 결정에 不服하거나 支給申請 후 3월이 지나도 아무런 결정이 없을 때에는 法院에 損害賠償請求訟을 提起할 수 있다. 다만 이들 損害賠償의 請求節次에 대한 구체적인 說明은 위에서 說明과 중복을 피하기 위하여 省略한다.

VI. 結 言

以上과 같이 최근의 一般不法行爲理論의 관심이 過失責任論으로 부터 社會生活에서 생겨난 損害를 여하히 分配할 것인가라고 하는 社會保險과 비슷한 責任論으로 그리고 企業등의 危險責任에 근거를 둔 無過失責任論으로 移行되어 가는 마당에 있어서 國家나 公共團體의 責任 또한 그것이 權力組織에 內在하는 危險의 歸責理由로서 成立하는 일종의 危險責任의 性質로 이해하여 國家나 公共團體의 賠償責任도 그러한 危險의 結果로서 나타내는 損害에 대한 직접적인 自己責任을 지는 것으로 이해하여야 할 것이다.

우리나라에 있어서의 行政機能의 擴大과 그것이 미치는 國民生活의 심각한 영향을 감안할 때 國家의 不法行爲 責任의 擴大는 “앞으로의 立法”에 기대할 것이 아니라 現行 國家賠償法의 “새로운 解釋에 기대하여야 할 것으로 생각한다. 이와 같이 權力作用에 관한 國家나 地方自治團體의 不法行爲責任이 肯定된 이상 公共의 營造物管理關係에서 發生하는 損害에 대해서도 國家賠償法 第5條가 단적으로 규정한 것이라 할 수 있다. 어떤 의미에서는 國家賠償法 第5條는 第2條의 論理必然의 事物로 보아야 할 것이다.

또한 하나의 不法行爲가 營造物의 瑕疵와 公務員의 行爲의 競合으로 이루어졌을 때에는 國家賠償法 第2條와 第5條의 兩責任이 重複的으로 成立된다는데에 대해서도 異論이 없는 것이다.

끝으로 行政上 損害賠償은 近世의 個人主義의 思想에 바탕을 두고 道義的 責任主義를 기 초원리로 한 것으로 團體主義의 思想을 기간으로 하여 社會的, 衡平的, 負擔主義의 實現을 基本理念으로 하는 損失補償制度和 다르다는 것을 첨언해 두는 바이다

參 考 文 獻

1. 康文用, 新版行政法(上), 一潮閣, (1964)
2. 金箕範, 憲法講義, 法文社, (1968)
3. 金南辰, 訂正增補版行政法, 華學社, (1978)
4. 金道昶, 全訂一般行政法論(上), 青雲社, (1978)
5. 金哲洙, 新憲法學概論, 博英社, (1980)
6. 文鴻柱, 韓國憲法, 海岩社, (1978)
7. 朴鈞炳, 改正最新行政法講義(下), 國民書館, (1977)
8. 朴一慶, 憲法, 一明社, (1980)
9. 尹世昌, 全訂版行政法(上), 博英社, (1978)
10. 尹世昌, 判例中心例解行政法, 日新社, (1971)
11. 徐元宇, 現代行政法論, 博英社, (1978)
12. 徐元宇·崔松和, 行政法, 博英社, (1977)
13. 李葵錫, 卅行政法, 弘人文化社, (1969)
14. 李尙圭, 改稿新行政法論(上), 法文社, (1979)

15. 李完永, 行政法總論, 新雅社, (1960)
16. 李鍾極, 新行政法, 普文閣, (1950)
17. 韓國司法行政學會編, 例解行政法, (1971)
17. 韓國行政科學研究所, 行政判例集, (1971)
19. 韓東燮, 憲法, 博英社, (1967)
20. 韓泰淵, 憲法學, 法文社, (1976)
21. 韓泰淵·鄭熙彩, 行政法學(上), 法文社, (1963)
22. 韓泰淵博士回甲記念論集, 法文社, (1977)
23. 今村成和, 國家補償法(法律學全集 ⑨), 有斐閣, (1957)
24. 古崎慶長, 國家賠償法, 有斐閣, (1971)
25. 雄川一郎, 行政爭訟法(法律學全集 ⑨), 有斐閣, (1961)
26. 下山英二, 國家補償法(現代法學全集 ⑬), (1973)
27. 雄川一郎, 行政爭訟法(法律學全集 ⑨), 有斐閣, (1961)
28. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 5 Aufl., (1974)
29. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, 4 Aufl., (1976)
30. W. Friedmann, *Law in Changing Society*. (1968)
31. C.K. Allen, *Law and Order*, (1956)
31. A. Denning, *The Changing Law*.
33. A. Denning, *Freedom under the Law*.

* 其他 論文 및 雜誌(考試界: 1967. 6月號; 1972. 9月號; 1975. 10月號; 1976. 4月號
司法行政: 1966. 6月號; 1974. 8月 및 12月號; 1975. 3月號等)

A Study on the Administrative Compensation for Damages in our Country

Bo-Yong Lee

Dept. of Health Administration

Gwangju Health Junior College

>Abstract<

When private individuals are suffered damage by a nation's and a private institution's operation without private individual's blame, it is a matter of course that, in view of the principle of justice and equity, a nation and a public institution should pay for damages.

This dissertation contains following contents. That is to say, the administrative compensation for damages is that, in such a case that, due to an official's illegal act and a fault of undertaking and equipment which a nation and a public institution manage and run, private individuals are suffered damages, a nation and a public institution should pay for damages.

Such an administrative compensation for damages is based on modern individualistic thought and is on the basis of individual and morals ense of responsibility.

But the system of compensation for damages is different from that of indemnity for losses which grow into the realization of fundamental principle, -social and balanced responsibility, -on the basis of collectivistic thought.

But in recent time, under the close connection with the operation of a nation and a public institution, not only do both systems pay for damages occurring in private individuals, but also is there growing tendency that they are harmonized with grand scale of enterprise and magnification of national function.

In our country, both systems are devided in the positive law.