

헌법개정과 국가배상책임의 재구성

-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로
(Reformation of the State Liability System and
a Proposition for the Constitutional Revision
in South Korea
- Focusing on the “negligence” requirement)

박 현 정(Park, Hyun Jung)

한양대학교 법학전문대학원 교수

요 지

헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위”로 손해를 입은 국민의 국가배상청구권을 기본권의 하나로 인정하고 있으며, 국가배상법 제2조 제1항은 이를 구체화하여 공무원의 ‘고의·과실’에 기한 ‘위법’한 직무집행행위를 국가배상책임의 성립요건으로 요구하고 있다. 이 ‘위법성’과 ‘과실’ 요건을 어떻게 해석하고 그 판단 기준을 어떻게 세울 것인가가 국가배상책임 제도의 구성에 있어서 핵심적인 문제가 된다. 이를 위해서는 헌법 제29조 제1항과 국가배상법 제2조 제1항에 따른 국가배상책임을 먼저 규명할 필요가 있는데, 학자들의 절대다수와 판례는 모두 이를 대위책임이 아닌 자기책임으로 이해하고 있다. 위헌법률심사, 헌법소원, 항고소송 등의 사법제도를 통해 국가의 불법이 심판되고 그에 따른 법적 효과도 직접 국가에 귀속되는 헌법구조에 비추어 볼 때 유독 불법행위책임에 있어서만 그 법적 효과가 직접 국가에 귀속되지 않는다고 볼 이유가 없고, 항고소송 등과 국가배상청구소송 모두 행정주체의 잘못을 따져 그 책임을 묻는 것이라는 점에서 다를 바가 없기 때문이다.

국가배상책임에 관한 대법원판례를 ‘위법성’과 ‘과실’이라는 두 성립요건을 중심으로 유형화하여 검토해 보면 두 가지 문제점이 나타난다. 첫째는 행정처분이 위법하여 항고소송에서 취소되었음에도 그 직무집행이 “객관적 정당성”을 상실하였다고 볼 수 없다는 이유로 국가배상청구소송에서 ‘위법성’ 요건을 부인하는 것으로 의심되는 일련의 판례이다. 항고소송과 국가배상청구소송에서 위법성 판단 기준을 달리하는 것은 행정통제라는 공통의 목적을 고려할 때 선뜻 이해하기 어려우며, 사법작용에 대한 불신의 원인이 된다는 점에서도 문제가 있다. 둘째는 근거법령의 해석, 적용, 포섭, 또는 재량행위에서의 이익형량이 위법하다 하더라도 그에 대하여 공무원의 직무상 과실이 인정되지 않는다고 보는 판례인데, 요구되는 주의의무의 수준을 지나치게 낮게 설정하고 있을 뿐만 아니라 공무원 개개인을 기준으로 주의의무 위반 여부를 판단하는 것이라는 점에서 문제가 있다.

이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 ‘공무원’의 ‘과실’이라는 요건을 삭제하고 ‘공무수행상의 하자’ 또는 ‘국가 등의 위법한 공무수행’을 책임의 성립요건

으로 하여 국가배상책임의 객관적 성격을 강조하는 것이 중요하다. 아울러 재판작용 등 그 특성상 국가배상책임을 제한할 필요가 있는 일부 행정작용에 대하여는 ‘중대한’ 하자 또는 위법성을 요구하는 등으로 책임의 성립요건을 강화함으로써 ‘위법성(하자)’ 개념을 행정작용의 유형별로 또는 구제수단별로 달리 판단하여 구체적 타당성을 꾀하려는 시도를 차단할 필요가 있다. 헌법 제29조 제1항의 “공무원의 직무상 불법행위”라는 표현을 “공무수행상의 불법”으로 개정한다면 위와 같은 개정에 힘을 실어줄 수 있을 것이며 현행 국가배상법상 ‘공무원의 과실’ 개념을 좀 더 객관적으로 해석하는 계기가 될 수 있을 것이라 기대한다.

주제어: 국가배상책임, 자기책임, 대위책임, 위법성, 과실, 헌법개정, 공무원

◆논문접수: 2017. 10. 27. ◆심사개시: 2017. 11. 2. ◆게재확정: 2017. 11. 17.

헌법개정과 국가배상책임의 재구성^{*,**} - 과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로

박 현 정^{***}

I. 서론

1987년 헌법개정 이후 30년 만에 헌법개정의 가능성이 열렸다. 이번 헌법개정 특별위원회의 주된 관심사는 아무래도 정부형태의 재구성에 관한 것이겠지만, 쉽게 오지 않는 헌법개정의 기회에 기본권을 비롯하여 그동안 문제점이 지적되어 왔던 조문들에 대한 재검토가 필요하다. 그중 하나가 헌법 제29조의 국가배상청구권 규정이다.

현재의 개헌 논의에 반드시 포함되어야 하는 것 중의 하나로 헌법 제29조 제2항의 삭제제를 들 수 있다. “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.”라고 규정한 헌법 제29조 제2항은 헌법에 포함된 경위부터 문제가 있을 뿐만 아니라,¹⁾ 원래 입법의 주된 목적도 군인 등에 대한 국가배상금의 지출을 막아 재정적 부담을 줄여보겠다는 것²⁾이어서 그 정당성을 찾기 어려웠다. 입법 경위와 목적이 위와 같다 보니 위 규정은 평등권과 비례원칙 등 헌법상 다른 기본권 규정들과 조화를 이룰 수 없었다. 이를 해결하는 가장 간단하고 확실한 방법은 헌법 제29조 제

* 이 논문은 2017. 9. 22. 한국행정법학회 제32회 정기학술대회 발표문을 일부 수정한 것이다.

** 이 논문은 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었다(HY-2013년도).

*** 한양대학교 법학전문대학원 부교수(hyunjpark@hanyang.ac.kr)

1) 같은 내용의 국가배상법 조항을 위헌으로 선언한 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체 판결의 효력을 배제하기 위한 것이었다.

2) 이상철, “국가배상법 제2조 1항 단서의 위헌성”, 안암법학 1권(1993), 262~263 참조(군인 등에 대한 이른바 이중배상금지 규정이 도입된 1967년 국가배상법 개정 당시의 법안제안이유서, 국회법사위원회 회의록 등을 토대로 입법 경위를 위와 같이 설명하고 있다).

2항을 삭제하는 것이다. 군인 등에 대한 국가배상과 보상의 관계를 일정 부분 조정할 필요가 있다 하더라도 법률의 차원에서 관련 규정을 두어 다루면 족하다.³⁾ 이 문제에 관하여는 이미 많은 연구가 축적되어 있으므로,⁴⁾ 이 글에서 이를 다시 다루는 것은 적절치 않은 것 같다.

국가배상책임의 법적 성격과 구조의 기본 틀을 정한 헌법 제29조 제1항은 제2항과 달리 비난의 중심에서 비껴서 있었다. 이번 헌법개정 논의에 있어서도 위 조항의 개정 움직임은 없는 것으로 보인다. 그러나 위 조항이 국가배상법으로 구체화되어 운영되는 과정에서 몇 가지 문제점들이 제기되어 왔다. 헌법 제29조 제1항의 개정은 현행 국가배상제도의 실무상 운영에 전환을 가져오고 궁극적으로는 국가배상법 개정의 방향을 제시하는 역할을 수행할 수 있다. 이 글은 이러한 전제에서 국가배상제도 개선을 위한 쟁점들을 살펴보고자 한다. 먼저 국가배상책임의 법적 성격을 규명하고 책임의 성립 요건인 위법성과 과실 요건을 중심으로 국가배상책임이 어떻게 운영되고 있는지를 분석하였다(II). 다음으로 그동안 지적되어 온 문제점들을 종합하여 국가배상법의 개정 방안을 제시하였다(III). 마지막으로 국가배상법 개정의 틀을 제시하는 의미에서 헌법 제29조 제1항의 개정방안을 제안하였다(IV).

II. 국가배상책임의 현재

헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위”로 손해를 입은 국민의 국가배상 청구권을 기본권의 하나로 인정하고 있다. 국가배상법은 제2조 제1항에서 이를 구체화하여, “공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우”에 “국가나 지방자치단체”에게 배상책임이 있다고 규정하고 있다. 위 조항은 헌법에서 규정한 공무원의 직무상 ‘불법행위’라는 책임의 성립 요건을 공무원의 ‘고의·과실’에 기한 ‘위법’한 직무

3) 한수웅, 헌법학 5판, 법문사(2015), 940 참조.

4) 김병록, “이중배상금지조항의 위헌성”, 토지공법연구 14권(2001), 163~179; 송기춘, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 법원 및 헌법재판소의 해석과 헌법 제29조 제2항의 개정론”, 헌법학연구 7집 4호(2001), 262~301; 이상철(주 2), 259~280; 정극원, “헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰”, 공법학연구 18권 1호(2017), 18~21; 허완중, “헌법 제29조 제2항 ‘법률이 정하는 보상’의 적극적 해석”, 고려법학 51권(2008), 195~229 등 참조.

집행행위로 풀어진 것인데, 이 ‘위법성’과 ‘과실’ 요건을 어떻게 해석하고 그 판단 기준을 어떻게 세울 것인가가 국가배상책임 제도의 구성에 있어서 핵심적인 문제가 된다. 이를 위해서는 먼저 국가배상책임의 법적 성격이 규명되어야 한다.

1. 국가배상책임의 법적 성격⁵⁾

가. 행정주체의 자기책임

국가배상책임은 행정주체 자신의 귀책사유에 대한 책임인가 아니면 공무원의 불법행위책임을 자력 있는 국가가 대신 지는 것인가? 제헌 헌법 제27조가 공무원의 국민에 대한 책임과 국가배상책임을 함께 규정하고 있었음을 고려하면 원래 입법자의 의도는 대위책임설에 가까웠을지도 모른다. 그러나 현행 헌법은 국민의 권리와 의무에 관한 장에서 국가배상청구권에 대한 규정을 두고 공무원의 책임은 총장(제6조)에서 별도로 규정하고 있다.⁶⁾ 때문에 학계의 절대다수는 국가배상책임을 국가 등의 자기책임으로 이해하고 있다.⁷⁾ 공무원의 행위와 그에 따른 법적 효과는 공무원 개인이 아니라 국가에 귀속되기 때문에 국가배상책임 또한 국가 자신의 책임으로 보아야 한다는 것이다.⁸⁾

대법원은 1996년 판결에서, 공무원의 경과실은 “직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠”에 불과하므로 이는 여전히 국가 등 기관의 행위로서 그로 인한 손해배상책임도 국가 등에만 귀속되며, 고의·중과실에 기한 위법행위는 “그 본질에 있어서 기관 행위로서의 품격을 상실”한 것이나 이러한 경우에도 “그 행위의 외관을 객관적으로

5) 이하는 박현정, 프랑스 행정법상 ‘역무과실’(la faute de service)에 관한 연구: 역무과실과 위법성의 관계를 중심으로, 박사학위논문(2014), 194-206의 내용 중 이 글의 논지전개에 필요한 부분을 수정, 보완한 것이다. 특히 공무원의 과실책임에 관하여 자세한 내용은 위 부분을 참조.

6) 1962. 12. 27. 제5차 개정헌법에서부터 현행과 같은 구조를 취하게 되었다.

7) 국가배상책임을 대위책임으로 이해하는 견해로는 김도창, 일반행정법론(상) 4전정판, 청운사(1993), 636; 서원우, 국가배상법의 입법론상의 제문제, 국가배상제도의 제문제, 법무부 법무실(1991), 8-10 참조(모두 입법론으로는 자기책임으로의 국가배상법 개정을 지지한다).

8) 김남진·김연태, 행정법 I 21판, 법문사(2017), 624-625; 홍정선, 신행정법특강 16판, 박영사(2017), 449; 정하중, 행정법개론 11판, 법문사(2017), 526; 김중권, “국가배상법상의 과실책임주의의 이해 전환을 위한 소고”, 법조 제635호(2009), 64, 71-72(헌법 제29조는 국가배상책임을 국가의 자기책임으로 구성하고 있다고 이해해야 하며, 그러한 점에서 현행 국가배상법에 위헌의 소지가 있다는 견해); 정준현, “국가배상의 책임주체와 과실책임에 관한 연구”, 미국헌법연구 22권 1호(2011), 339-340; 정남철, “국가배상소송과 선결문제: 특히 구성요건적 효력, 기관력 그리고 위법개념을 중심으로”, 저스티스 116호(2010), 124-125 등 참조.

관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때”에는 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담한다는 입장을 제시한 바 있다.⁹⁾ 대법원의 입장에 대하여는 해석이 분분하다. 그러나 공무원의 행위가 그 외관상 직무집행 행위로 인정된다면 과실의 경중을 묻지 않고 그에 따른 법적 효과 및 책임이 국가에 귀속되는 것으로 본다는 점에서 대법원 또한 기본적으로 자기책임설의 입장에서 있다고 볼 수 있다. 이는 프랑스 역무과실책임 제도에 영향을 받은 절충설(신자기책임설)¹⁰⁾과 궤를 같이하는 것이다. 프랑스에서는 행정주체의 과실인 ‘역무과실’(la faute de service)과 공무원 개인의 책임으로 귀속되는 ‘개인과실’(la faute personnelle)을 구별하는데, 공무원의 과실이 개인과실로 평가되더라도 그것이 역무와의 관련성을 완전히 상실하지 않았다면 이 또한 행정의 과실로 의제되어 행정주체와 공무원 양자에게 책임이 인정된다고 설명한다.¹¹⁾ 개인과실/고의·중과실이라 하더라도 역무와의 관련성/직무행위의 외관이 인정된다면 이를 국가 등의 과실로 본다는 점에서 양자의 논리 구성의 유사성을 찾을 수 있다.

자기책임설의 법 이론적 근거는 다음과 같다. 먼저, 국가가 행정작용에 대하여 스스로 책임을 지는 것이 오늘날의 법치국가의 원리에 부합한다. 대위책임설은 국가가 스스로 불법을 행할 수 없음을 전제로 하는 것인데, 이는 위헌법률심사, 헌법소원, 항고소송 등의 사법제도를 통해 국가의 불법이 심판되고 그에 따른 법적 효과도 직접 국가에 귀속되는 헌법구조에 들어맞지 않는다. 불법행위책임에 있어서만 국가가 아닌 공무원 개인과 피해자 사이에 일차적인 법률관계를 인정하고 그에 따른 책임을 국가가 인수하는 구조를 취할 필요가 없다는 것이다.¹²⁾ 자기책임으로서의 국가배상책임은 국가배상책임의 공법적 성격에도 부합한다. 국가배상책임은 단순히 손해의 전보, 당사자 사이의 이익 조정만을 목적으로 하는 것이 아니라 행정활동에 대한 적법성 통제의 역할도 수행한다. 항고소송에서 행정청으로 대표되는 행정주체의 활동을 문제삼는 것과 마찬가지로 국가배상책임도 공무원의 직무

9) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결.

10) 김동희, 행정법 I 22판, 박영사(2016), 584-586; 박균성, 행정법론(상) 16판, 박영사(2017), 764-766 참조.

11) 경우에 따라서는 개인과실과 구별되는 역무과실이 별개로 인정되기 때문에 행정주체와 공무원 모두에게 책임이 인정되는 경우도 있다(과실의 중첩). 역무과실과 개인과실의 관계에 관하여 자세히는 박현정(주 5), 23-33 참조.

12) 김중권, 행정법, 법문사(2013), 654-655; 정하중, “우리 국가배상법의 개선방안”, 토지보상법연구 16집(2016), 12-13; 한수용(주 3), 934-936 참조.

수행을 평가하는 것이 아니라 행정주체에 귀속되는 행정작용의 잘잘못을 따지는 것이다.¹³⁾ 헌법 제29조 제1항에서 “공무원의 직무상 불법행위”라는 표현을 썼다고 하더라도 국가배상책임을 공무원 개인에게 민법상의 불법행위책임이 성립함을 전제로 국가 등의 책임을 인정하는 것으로 보아야 하는 것은 아니다. 위 조항은 제2문의 ‘공무원 자신의 책임’에 대응하여 ‘국가 자신의 책임’을 규정한 것으로도 볼 수 있기 때문이다.¹⁴⁾ 독일 헌법과 달리 위 조항에 ‘공무원에 대신하여’ 국가가 책임을 진다는 문구가 없다는 점에서도 그러하다.¹⁵⁾

나. 자기책임으로서의 국가배상책임의 의미

자기책임설을 취하더라도 공무원 개인에게 위법한 직무집행에 대한 고의·과실이 있는지를 따져서 이를 국가 등의 고의·과실로 인정하는 구조를 취한다면 대위책임설의 입장에서 국가배상책임을 구성하는 것과 결과에 있어서 달라지는 것이 없다.¹⁶⁾ 그러나 특히 최근에, 다수의 학자들이 주장하는 자기책임설은 이를 말하는 것이 아니다. 공무원의 불법행위책임(특히 고의·과실) 인정 여부와 관계없이 행정주체 스스로의 행위에 대한 법적 평가를 통해 책임을 지을 수 있어야 진정

13) 박헌정(주 5), 201~202 참조.

14) 박정훈, “국가배상법의 개혁, 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로: 위법한 처분에 관한 공무원의 과실 문제를 중심으로”(2010. 6. 25.), 한국공법학회·한국법제연구원 공동학술대회 발표문(미공간), 402 참조.

15) 박균성(주 10), 764; 홍정선(주 8), 449 등 참조.

16) 법인의 불법행위책임을 규정한 민법 제35조에 대한 해석방식이 이와 같은 것으로 보인다. 즉, 법인의 제설의 입장에서는 대표자 개인에게 불법행위책임의 성립요건이 충족될 때 법인이 그 책임을 병존적으로 인수한다고 보고, 실재설의 입장에서는 대표자의 행위가 곧 법인의 행위가 되므로 대표자를 기준으로 불법행위책임의 성립요건(위법성, 고의·과실)을 판단하여 이를 법인의 책임으로 인정한다는 구조를 취하게 된다. 어느 견해를 따르더라도 결론에 있어 차이가 없으므로 법인의 본질에 대한 이론은 적어도 민법 제35조의 해석에 있어서는 별 의미가 없다는 지적이 제기된다(지원림, 민법강의 15판, 홍문사(2017), 101; 박윤직(편), 민법주해 I, 박영사(1992), 589~604 등 참조; 민법 제35조 제1항은 법인책임의 유일한 형태가 아니며, 기관이 아닌 법인에게 직접 법령상 의무가 부과되는 경우에는 법인에게 직접 민법 제750조에 기한 일반불법행위책임을 인정할 수 있다는 견해로, 이동진, “법인 기관의 불법행위책임”, 비교사법 22권 4호(2015), 1604~1606 참조). 한편 민법에서 사용자책임이 자기책임이라고 말할 때의 자기책임은 일반적으로 사용자의 피용자에 대한 선임감독상의 과실을 이유로 한 책임을 말한다(법원이 사실상 면책을 인정하지 않기 때문에 민법 제756조 제1항 단서가 사문화되었지만 법문언만 놓고 보면 그러하다). 반대로 피용자의 불법행위책임을 사용자가 인수한 것이라고 보는 대위책임설이 오히려 사용자의 책임을 확대한 것으로 이해된다. 또한 대위책임설의 입장에 서면 사용자가 자신의 고의·과실 여부에 관계없이 책임을 지게 되므로 사용자책임은 일종의 무과실책임이 된다(지원림, 1712 참조).

한 의미의 자기책임이라 보는 것이다. 이것은 법 정책적 측면에서 국가배상책임 인정에 지나치게 소극적인 법원의 판례를 비판하고 책임의 확대를 요구하는 것과도 연결된다.

다. 국가배상책임과 공무원의 책임과의 관계

1) 공무원의 불법행위책임

국가배상책임의 성립과 별개로 공무원 개인이 직무집행상의 과실을 이유로 민법상의 불법행위책임을 지는가라는 문제는 책임의 법적 성격에 대해 어떠한 입장을 취하느냐에 따라 반드시 결론이 달라지는 문제는 아니다. 대위책임설 입장에서도 국가의 책임 인수를 면책적인 것으로 볼 것이냐 병존적인 것으로 볼 것이냐에 따라 결론이 달라지며, 자기책임설을 취하더라도 국가의 책임과 별도로 공무원 개인의 책임이 인정될 수 있다고 볼 수도 있다. 이 문제는 직접적으로는 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”라고 규정한 헌법 제29조 제1항 제2문 및 고의·중과실의 경우에만 공무원에 대한 구상권을 인정한 국가배상법 제2조 제2항의 해석문제로 연결되고, 국가배상책임의 법적 성격과 공무원의 책임을 인정 또는 부인할 정책적 필요성이 그 해석에 영향을 주는 관계에 있다.

대법원은 1996년 전원합의체 판결 이후 고의·중과실이 인정되는 경우에 한해 공무원 개인의 책임이 성립한다는 입장을 확고히 유지하고 있는데, 그 논거는 다음과 같다. ① 헌법 제29조 제1항 제2문에서 말하는 “공무원 자신의 책임”에는 불법행위책임도 포함되지만 책임의 구체적인 범위까지 헌법에서 확정된 것은 아니다. ② 고의·중과실에 기한 행위도 직무집행의 외관을 갖추었다면 국가의 행위로 인정되지만 그것은 국가와 공무원 사이에서는 기관행위로서의 품격을 상실한 것이다. ③ 이 경우 행위의 외관을 기준으로 국가가 중첩적으로 책임을 부담하되 구상권 행사를 통해 공무원 개인에게 궁극적 책임이 귀속되도록 할 수 있고, 피해자도 공무원 개인을 상대로 일반 불법행위책임을 물을 수 있다. ④ 국가배상법 제2조 제2항의 입법 취지는 (내부의 구상관계뿐만 아니라 대외적으로도) 공무원의 경과실 면책을 통해 “공무집행의 안정성”을 적정선에서 확보하려는 것이다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 다

17) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2012다36340, 36357 판결 참조.

18) 대법원의 입장에 동의하는 견해로는 김동희(주 10), 584-586; 김철용, 행정법 6판, 고시계사(2017), 606; 박균성(주 10), 826-827; 정종섭, 헌법학원론, 박영사(2016), 872 등 참조. 공무원 개인도 민법

만 이에 대하여는 국가배상법 제2조 제2항이 공무원의 내부적 구상관계만을 정하고 있을 뿐인데도 이를 공무원의 피해자에 대한 불법행위책임에까지 확대하는 것으로서 해석의 범위를 넘어서는 것이라는 비판이 있다¹⁹⁾

2) 공무원의 구상책임

국가배상법 제2조 제2항은 공무원에게 고의·중과실이 인정될 때에만 국가 등에 대하여 구상책임을 지도록 규정하고 있다. 이 또한 국가배상법의 법적 성격에 따른 논리적 귀결이라기보다는 공무집행의 안정성이나 공무원의 사기 진작 등을 고려한 입법정책적 결단의 측면이 강한 것으로 보인다. 대법원은 여기에 더하여 공무원에게 고의·중과실이 인정될 때에도 “해당 공무원의 직무내용, 불법행위의 상황과 손해발생에 대한 해당 공무원의 기여 정도, 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반 사정을 참작”하여 “손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내”로 구상책임의 범위를 제한한다.²⁰⁾

법원은 국가가 피해자에 대해 부담하는 손해배상금을 기준으로 국가와 가해 공무원 각자의 부담비율을 정한다.²¹⁾ 행정주체가 책임을 부담함에 따른 손해 전액을 기준으로 구상범위를 결정하는 것이 아니므로, 구상책임의 법적 성격을 국가에 대한 변상책임 내지 손해배상책임이라고 보기는 어렵다. 오히려 손해발생의 기여도를 고려하여 손해의 최종적 분담관계를 결정한다는 점에서는 국가와 공무원 사이의 구상관계도 일반 공동불법행위자 사이에서의 구상관계와 본질적으로 다르지 않은 것 같다. 단지 제3의 공동불법행위자가 있을 때 그 공동불법행위자와의 관계에서 국가와 공무원이 하나로 취급된다는 점이 다를 뿐이다.²²⁾ 행정주체와 공무원 사이의 이러한 구상관계도 국가가 공무원의 불법행위책임을 대신하여 부담한다는 대위책임설의 논리와는 잘 들어맞지 않는다.

제750조에 따라 경과실책임을 부담한다는 견해로는 김남진·김연태(주 8), 630(김연태 교수의 견해); 홍준형, 행정구제법, 도서출판 오래(2012), 93~95 등 참조. 공무원 개인에게는 민법상의 불법행위책임을 물을 수 없다는 견해로 김남진·김연태(주 8), 630(김남진 교수의 견해); 김중권(주 12), 655; 성낙인, 헌법학 15판, 법문사(2015), 1506; 정하중(주 8), 552~553; 홍정선(주 8), 450 등 참조.

19) 홍준형(주 18), 93~95 참조.

20) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다6764 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결 등.

21) 국가배상청구소송에서 피고로 응소함에 따른 소송비용 등은 포함되지 않는 것으로 보인다.

22) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결 참조.

구체적인 사건들을 살펴보면, 국가와 공무원 각자의 부담비율을 정함에 있어서 해당 부서 공무원들의 업무부담이 과중하였다거나,²³⁾ 용공세력에 대한 엄정대처가 강조되었을 뿐 해당 경찰공무원의 가혹행위에 대한 제지나 감독이 이루어지지 않았다는 점²⁴⁾ 등이 고려 요소에 포함되었다. 이러한 사정은 ‘과실’의 기준을 어떻게 설정할 것인가에 따라 가해공무원의 고의·과실과 함께 손해발생의 원인이 되는 국가 스스로의 과실(일종의 ‘조직과실’ 내지 ‘역무과실’)을 인정할 근거가 될 수도 있다. “공무원의 평소 근무태도”와 같은 사정은 손해와 직접적으로 관련된 요소는 아니다. 그러나 일반 공동불법행위자 사이의 구상관계에서도 경우에 따라서 손해와 직접 관련되지 않은 요소들이 신의칙을 매개로 고려되므로,²⁵⁾ 이를 들어 양자가 본질적으로 다르다고 볼 수는 없는 것 같다.

2. 책임의 성립요건으로서의 위법성

가. 위법성의 판단 기준

국가배상책임의 요건인 ‘법령 위반’, 즉 위법성이란 무엇을 의미하는가? 타인의 생명·신체·재산 등의 권리·이익에 대한 침해라는 결과에서 위법성의 근거를 찾는 결과불법설은 국가 등에게 공익을 위해 사익을 제한할 권한을 부여하고 이를 법적으로 통제하는 것을 기본으로 하는 공법관계에서는 타당하지 않다.²⁶⁾ 때문에 학계의 다수는 공권력의 행사·불행사가 법규범에 합치하는가를 기준으로 위법성을 판단하는 행위위법설의 입장에 서있다.²⁷⁾ 대법원 또한 행위위법설의 입장을 취하고 있는 것으로 이해하는 것이 일반적이지만,²⁸⁾ 최근에 국가배상책임을 부정한 일련의 판결(아래의 3유형)에서 이른바 상대적 위법성설의 입장을 취하였다고 평가되기도 한다.²⁹⁾ 판례에서 제시된 위법성 판단 기준을 유형별로 나누어 살펴보면 다음과 같다.

23) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다6764 판결.

24) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다56259 판결.

25) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다33607 판결.

26) 김동희(주 10), 570; 박균성(주 10), 781 참조.

27) 김동희(주 10), 570~571; 박균성(주 10), 785~787 등 참조.

28) 김동희(주 10), 570~571 등 참조.

29) 박균성(주 10), 784~785 등 참조.

나. 판례의 유형별 검토

1) 처분의 위법성(1유형)

첫 번째 유형의 판례는 과세처분이나 건축허가취소처분 등의 처분이 위법하다는 결론을 내린 다음 과실 등 다른 요건의 판단에 나아가는 경우이다.³⁰⁾ 이 경우 위법성 판단 기준은 항고소송에서 처분의 위법성을 판단하는 기준과 다르지 않은 것으로 보인다. 행위위법설과 궤를 같이하는 판례이다.

2) 권한행사 방식의 위법성, 부작위의 위법성(2유형)

두 번째 유형의 판례는 공무원이 준수해야 하는 주의의무 내지 행위기준을 법규상·조리상 도출하고, 공무원의 권한행사 방식 내지 행위태양이 이에 반하여 위법하다고 판단하는 경우이다. 법령상 명시적으로 규정된 의무를 위반한 것이 아니라도 “인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여”한 경우에 직무집행의 위법성이 인정된다고 보는 것이다.³¹⁾ 예를 들어, 경찰관이 범인식별실이 아닌 공개된 장소에서 성폭력 피의자들을 세워놓고 피해자에게 범인을 지목하게 하는 행위는 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호할 법규상·조리상의 의무에 반하여 위법하고,³²⁾ 여자 경찰관이 유치장 입감을 위한 신체검사를 하면서 여성 입감자들의 브래지어 탈의를 요구하여 제출받는 행위는 입감자의 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어지지 않은 것이어서 위법하다.³³⁾ 한편 공무원에게 “권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 …… 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.”³⁴⁾ 주로 경찰권이나 규제권의 불행사가 문제 되는 사건들인데, 대법원은 관계

30) 대법원 2001. 2. 9. 선고 98다52988 판결(건축허가취소처분이 위법함을 인정하고 공무원의 근거법령 해석상의 과실에 대해 나아가 판단함), 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다31018 판결(“어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 …… 공무원의 고의 또는 과실 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다”); 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결(의료원 폐업결정이 위법하나 그에 따른 손해가 발생하였음을 인정할 증거가 없다고 판단) 등 참조.

31) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결.

32) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결 참조.

33) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다200438 판결 참조.

법령과 신의칙 등 법규범 전체를 종합하여 작위의무를 도출하고 그 의무위반 여부를 판단한다.

3) 처분이 위법함에도 책임의 성립요건으로서의 위법성을 인정하지 않은 것으로 의심되는 경우(3유형)

2유형의 판례는 처분 자체의 위법성을 판단한 사례가 아니라 “성문의 법령에 의해 규율되지 않거나 규율의 정도가 매우 낮은 영역”³⁵⁾에서 위법성을 판단하기 위한 기준으로 “객관적 정당성”이라는 표현을 쓴 사례들이다. 반면에 처분이 위법함에도 국가배상책임이 인정되지 않는 근거로서 “객관적 정당성”이라는 기준을 제시한 일련의 판례가 있다. 대법원은 이 경우에 처분이 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 행정처분이 “객관적 주의의무를 결하여 …… 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에” 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 볼 수 있으며, 객관적 정당성 상실 여부는 “피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유”를 기준으로 판단한다는 일반론을 제시하고 있다.³⁶⁾ 이에 대하여는 그동안 많은 비판의 목소리가 있어왔다.³⁷⁾ 항고소송에서 처분의 위법성을 판단하는 기준과 국가배상소송에서 손해의 원인이 된 행위의 위법성을 판단하는 기준이 다르다고 보는 것이 타당한가라는 문제를 제외하고도 위 판례에는 몇 가지 문제가 있다.

먼저, 대법원이 제시하는 ‘객관적 정당성’ 기준이 위법성 판단 기준인지 과실의 판단 기준인지, 아니면 위법성과 과실을 통합하여 손해방책임의 성립 요건을 한꺼번에 판단하기 위한 기준인지 애매하다.³⁸⁾ 위 기준은 위법성, 과실, 손해, 인

34) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결.

35) 최계영, “처분의 취소판결과 국가배상책임”, 행정판례연구 18권 1호(2013), 277.

36) 국가배상책임을 부인한 예로 대법원 2000. 5. 21. 선고 99다70600 판결, 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000다12679 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789, 33796, 33802, 33819 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다65236 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결.

37) 김중권(주 12), 667~669; 박정훈(주 14), 379~405; 박현정(주 5), 212~232; 안동인, “국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준”, 행정법연구 41호(2015), 27~53; 최계영(주 35), 261~300 참조.

38) 안동인(주 37), 47~48 참조.

과관계, 피해자 과실 등 국가배상책임의 성립과 범위에 관한 여러 요소들 각자의 역할을 무너뜨린다는 점에서도 문제가 있다.³⁹⁾ 예를 들어 대법원이 객관적 정당성을 판단하기 위해 들고 있는 “행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 유무, 정도”나 “손해의 정도”⁴⁰⁾와 같은 요소는 국가배상책임의 성립 단계에서 판단할 문제가 아니라 과실상계나 손익상계 단계에서 판단할 문제이다.⁴¹⁾

또한 대법원이 제시하는 ‘객관적 정당성’의 판단 기준, 특히 대법원이 여러 사정을 종합하여 결론적으로 판단하도록 제시한 “손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부”라는 기준은 지나치게 불명확할 뿐만 아니라, 국가배상책임 인정에 대한 대법원의 소극적 입장을 극단적으로 드러내 보이는 것이어서 바람직하지 않다. 이러한 표현이 일반론으로 제시되면 하급심이 국가배상책임을 인정하는 데에 부담을 느낄 우려가 있으며, 법원의 판단에 대한 국민의 불신을 키우는 원인이 될 수 있다.⁴²⁾ 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 책임의 성립요건이 충족되면 국가 등에게 책임을 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있다고 봐야 할 것이며, 대법원이 제시하는 ‘책임을 부담시킬 실질적 이유’에 관한 사정들⁴³⁾은 신의칙상 책임을 감면할 예외적인 사유로서만 고려될 수 있다고 보아야 할 것이다.

4) 특수한 경우(인사처분의 위법성과 인격권 침해)

“공무원에 대한 전보인사가 법령이 정한 기준과 원칙에 위배되거나 …… 하더라도 그러한 사유만으로 그 전보인사가 당연히 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없고, 인사권자가 당해 공무원에 대한 보복감정 등 다른 의도를 가지고 인사채량권을 일탈·남용하여 객관적 정당성을 상실하였음이 명백한 전보인사를 한 경우 등 전보인사가 …… 사회상규상 도저히 용인될 수 없음이 분명”한 경우에 “위법하

39) 박현정(주 5), 232; 최계영(주 35), 292 참조.

40) 사법시험 1차 시험 불합격처분에 대한 국가배상청구사건에서 대법원은 원고들이 제2차 시험에 응시할 기회를 부여받아 불합격처분에 따른 정신적 고통을 상당정도 해소한 것으로 볼 수 있는 점을 판단의 근거 중 하나로 들었다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결).

41) 최계영(주 35), 290~291 참조.

42) 박현정(주 5), 232; 안동인(주 37), 48~49; 이윤정, “공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토: 대법원판례들의 분석과 평석을 중심으로”, 강원법학 47권(2016), 466~467; 최계영(주 35), 290~292 참조.

43) 사법시험 1차 시험의 객관적 시험으로서의 한계나 법학 과목의 특수성과 같은 사정을 예로 들 수 있다.

게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것”이 되어 불법행위책임이 인정된다.⁴⁴⁾ 대법원은 시장이 부패행위자로 신고된 데 대한 보복조치⁴⁵⁾로 소속 공무원을 전보하여 정신적 손해를 입혔다는 이유로 해당 공무원이 시장 개인을 상대로 위자료를 청구한 사건에서 위와 같은 일반론을 제시하고, 원고에 대한 전보조치의 위법성을 부인한 원심의 판단을 인정하였다. 이 사건은 비록 지방자치단체가 아닌 자치단체장 개인을 상대로 한 청구 사건이기는 하나, 국가배상청구 사건에서도 동일한 논리가 적용될 수 있다. 대법원은 부당해고를 이유로 한 위자료청구 사건에서 일반적으로 인정되는 법리⁴⁶⁾를 그대로 가져와서 위와 같은 판단을 하였는데, 이에 대하여는 인격권 침해의 특수성을 감안한 해석이 필요하다. 대법원의 위 판단은 인격권 침해라는 정신적 손해가 불이익한 인사처분 자체로 인한 것이 아니라 그 과정에서의 행위태양이나 의도의 위법성으로 인한 것임을 전제로 한 것이라 생각된다.⁴⁷⁾ 따라서 위 판결은 항고소송에서의 위법성 판단과 다른 기준에 따라 처분의 위법성을 판단한 사례는 아니라고 볼 수 있다.

5) 입법작용과 재판작용의 위법성(4유형)

대법원은 국회 입법작용과 법원 재판작용의 특수성을 고려하여 매우 예외적인 경우에만 그 위법성을 인정한다. 국회의원의 입법행위는 “그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우”에만 “국민 개개인의 권리에 대응”한 “법적 의무”를 위반한 것으로서 위법하다고 평가되며,⁴⁸⁾ 입법부작위는 “국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법 의무를 부담하고 있음에도 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 …… 입법 의무를 이행하지 아니하는 등”의 예외적인 경우에만 위법하다고 평가된다.⁴⁹⁾ 법관의 재판작용은 “당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가

44) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다16215 판결.

45) 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에는 부패행위 신고자가 신고 후의 불이익처우에 대하여 위원회에 원상회복 등을 요구하거나 법원에 원상회복 등에 관한 소를 제기하는 경우 해당 신고와 관련하여 불이익을 당한 것으로 추정하는 조문이 마련되어 있다(제63조).

46) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결 등 참조.

47) 인사처분이 항고소송에서 취소되면 공무원은 보수청구권을 행사하여 미지급보수 전액을 지급받을 수 있으므로 인사처분 자체로 인한 재산상 손해는 처분의 취소만으로도 회복될 수 있다.

48) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결.

49) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정”이 있어야 그 재판상 직무행위가 위법하다고 판단된다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 헌법재판소 결정으로 법률이 헌법에 반함이 선언되거나 재판이 상소나 재심에서 취소되는 것만으로는 부족하고 국회의원/법관의 직무상 주의의무의 위반이 있어야만 위법성이 인정되는 것이다.⁵²⁾

다. 위법성 판단에 있어서의 문제점

1) 항고소송에서의 위법성과 국가배상소송에서의 위법성

국가배상청구소송에서의 위법성과 항고소송에서의 위법성은 동일한 개념인가? 각기 다른 법령, 다른 제도에서 사용되는 용어의 표현이 같다고 하여 무조건 이들이 동일한 개념이라고 볼 수는 없다. 그러나 항고소송과 국가배상청구소송 모두 국민의 권리구제와 함께 법치행정의 보장을 위한 제도로서 행정작용의 적법성을 통제하는 기능을 수행한다. 행정 통제의 측면에서는 국가배상에서의 위법성을 항고소송에서의 위법성과 다르게 볼 하등의 이유가 없다.⁵³⁾ 이는 사법적 결정의 통일성이나 피해자 구제의 측면에서도 마찬가지다. 처분이 위법하여 취소되었음에도 국가배상소송에서 동일한 처분이 위법하지 않다는 판단을 한다면 일반인의 입장에서 이를 쉽게 납득하기 어려울 것이며, 이는 사법부에 대한 불신의 원인이 될 수도 있다.⁵⁴⁾ 이 문제는 동일한 처분이 위법함을 이유로 취소소송에 국가배상청구소송이 병합되어 제기되거나 관련 청구소송으로서 병합되는 경우에 극명하게 드러나게 될 것인데, 이러한 경우에 법원이 양자의 위법성을 다르게 판단하는 상

50) 대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결(헌법재판소 재판관이 청구서 접수일을 오인하여 청구기간 도과를 이유로 헌법소원심판청구를 각하한 것이 위법하다는 이유로 위자료 책임을 인정한 사건).

51) 또한 “재판에 대하여 따로 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우에는 …… 불복에 의한 시정을 구할 수 없었던 것 자체가 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 인한 것이라거나 그와 같은 시정을 구하지 아니한 결과 권리 내지 이익을 회복하지 못한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다(대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결, 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014다 215499 판결 등).”

52) 박균성(주 10), 772, 775 참조.

53) 김중권(주 12), 668 참조. 양자를 다르게 취급하는 것이 분쟁의 일회적 해결 및 법질서의 일체성에 반한다는 견해로 김철용, “취소소송판결의 기판력과 국가배상소송”, 고시계 30권 7호(1985), 149 참조.

54) 최계영(주 35), 290; 안동인(주 37), 37 참조.

황을 상상하기 어렵다.⁵⁵⁾ 국가배상책임에서의 위법성도 항고소송의 위법성과 같은 것으로 이해되어야 한다. 3유형의 위법성 판단 방식은 이러한 점에서도 지양될 필요가 있다.

3, 4유형을 제외하면 실제 제도의 운영에 있어서도 항고소송에서 처분의 위법성을 판단하는 근거가 되는 ‘법’규범과 국가배상소송에서 위법성을 판단하는 근거로 제시되는 ‘법’규범이 다르지 않은 것으로 보인다. ‘인권존중, 권력남용, 신의성실’과 같은 준칙 내지 규범은 행위태양이나 부작위가 문제 되는 경우뿐만 아니라 처분이 문제 되는 경우에도 그 위법성 판단의 기준이 될 수 있다. 단지 처분을 직접 규율하는 구체적인 근거법령이나 행정법의 일반원칙만으로도 처분의 위법 여부를 판단하기에 충분하기 때문에 대부분의 경우에 위와 같은 ‘준칙 내지 규범’이 판단 기준으로 언급되지 않을 뿐이다.⁵⁶⁾

2) 입법작용과 재판작용의 위법성 판단

입법작용과 재판작용의 위법성 판단에 관한 4유형의 판례는 처분의 위법성과는 직접 관계가 없으나 위법개념 내지 위법성 판단 기준의 동일성 여부라는 동일한 문제를 안고 있다. 대법원은 국회의원의 ‘입법행위’, 법관의 ‘재판행위’가 주의의무에 반하여 위법한지 여부를 판단하고 있는데, 입법행위나 재판행위가 위법하여 손해가 발생하였다는 말은 결국 위헌인 법률이 적용됨으로 인하여 손해를 입었거나 위법한 판결로 권리구제를 받지 못하거나 지연되는 등의 손해를 입었음을 의미하므로, 위헌법률심판 또는 상소·재심 절차에서와 국가배상청구소송에서의 위법성 판단 대상은 사실상 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 대법원은 법률이 헌법에 반하더라도, 판결이 위법하더라도, 아주 특별한 사정이 있을 때에만 국회의원이거나 법관의 직무수행이 주의의무를 위반하여 위법하다고 판단하고 있으므로, 사실상 법률의 위헌성·판결의 위법성에 대한 판단의 기준은 양 절차에서 다르게 된다. 그런데 국가배상청구소송에서 대법원의 판단 기준은 사실 입법작용이나 재판작용에 있어서의 직무상 주의의무의 설정에 관한 것이라기보다는 그 주의의무 위반의 정도에 관한 것이다. 즉, 대법원은 국회의원이거나 법관에게 고의·중과실이 인정되

55) 안동인(주 37), 38 참조.

56) 홍준형(주 18), 41~44; 김중권(주 12), 688 참조.

는 경우에만 직무상 주의의무의 위반이 있다고 판단함으로써 입법작용과 재판작용을 원인으로 하는 국가배상책임을 사실상 중과실책임으로 운영하고 있는 것이다.⁵⁷⁾ 중과실을 책임의 성립요건으로 하는 명문의 법규정이 없는 상황에서 그 공무원행위의 특수성을 고려하여 국가의 책임을 제한하기 위해 위법성 인정을 엄격하게 할 수밖에 없는 현실적인 사정은 이해할 수 있으나, 위법성을 부인하는 논리 자체의 설득력은 상당히 부족하다고 하겠다.

3. 책임의 성립요건으로서의 과실

가. 과실의 판단 기준

민법 교과서에서는 일반적으로 과실을 “일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있었어야 함에도 불구하고 부주의, 즉 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태”⁵⁸⁾라고 정의하지만, 사람의 심리상태를 판단한다는 것은 사실상 불가능하다. 그래서 보통의 평균인에게 요구되는 “선량한 관리자로서의 주의의무”를 위반하였는지를 기준으로 과실을 판단한다.⁵⁹⁾ 관례가 정의하는 국가배상책임에서의 과실도 마찬가지다. 과실은 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것”⁶⁰⁾을 말한다. 구체적인 사건에서 문제 된 가해공무원 개인을 기준으로 주의의무를 설정하는 것이 아니고, 가해공무원의 특징이 반드시 필요한 것도 아니라는 점에서 과실이 객관화되었다고 설명된다.⁶¹⁾ 과실의 판단에 있어서 손해의 예견가능성이나 회피가능성이 고려되나, 이것도 가해공무원 개인의 능력이나 심리상태를 기준으로 판단되는 것은 아니다. 다만 행위에 대한 판단이 아닌 사람(공무원)에 대한 판단이라는 점에서 보면 ‘과실’ 요건은 여전히 주관적인 것이라고 볼 수 있다.

처분 자체가 아니라 일정한 행위태양이나 부작위를 이유로 국가배상을 청구하는 사건(2유형)에서는 직무상의 주의의무 위반 여부가 위법성의 판단 기준으로 작

57) 정하중(주 8), 542~544 등 참조.

58) 박윤직(편), 민법주해 XVIII, 박영사(2005), 185 등.

59) 지원립(주 16), 1652 등.

60) 대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1164 판결 등.

61) 김남진·김연태(주 8), 610; 김동희(주 10), 574~575; 김철용(주 18), 590~591; 정하중(주 8), 539~540 등 참조.

용한다. 그런데 구체적인 상황에서 일정한 행위를 하거나 하지 말아야 하는 의무의 존부를 판단하는 단계에서 예견가능성이나 회피가능성에 관한 판단이 포함되게 되므로 위법성과 과실의 판단은 일치하게 된다.⁶²⁾ 대법원도 이 경우 문제된 작위나 부작위가 위법하다는 판단을 한 후 과실에 대한 별도의 판단 없이 책임의 성립을 인정하거나,⁶³⁾ 위법성이나 과실에 대한 언급 없이 직무상 의무에 반하여 손해를 가하였으므로 책임이 인정된다는 식의 판단을 하고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 처분 자체의 위법성이 문제된 사건에서는 대법원이 처분의 위법성과 별개로 공무원의 고의·과실이 인정되지 않는다는 이유로 국가배상책임을 부인한 사례가 다수 존재한다. 이하에서는 이러한 판례를 유형별로 나누어 과실 요건의 판단이 어떻게 이루어지는지를 살펴보고 문제점을 짚어보고자 한다.

나. 판례의 유형별 검토⁶⁵⁾

1) 법령해석

공무원이 법령의 해석을 잘못하여 위법한 처분을 하였다면 원칙적으로 그에게 과실이 인정된다. 그러나 ① “법령에 대한 해석이 그 문언 자체만으로는 명백하지 아니하여 여러 견해가 있을 수 있는데다가 이에 대한 선례나 학설, 판례 등도 귀일된 바 없어 의의(擬議)가 없을 수 없는 경우”에 ② “관계 공무원이 그 나름대로 신중을 다하여 합리적인 근거를 찾아 그중 어느 한 견해를 따라 내린 해석이 후에 대법원이 내린 입장과 같지 않아 결과적으로 잘못된 해석에 돌아가고, 이에 따른 처리가 역시 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었다고 하더라도 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기는 어려운 일”이므로 공무원에게 과실이 인정되지 않는다. 대법원은 위와 같은 기준에 따라 법령해석의 잘못이 문제된 다수의 사건에서 과실을 부인하였다.⁶⁶⁾

62) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 이홍훈, 전수안의 반대의견 참조.

63) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결 등.

64) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결 등.

65) 이하는 박현정(주 5), 237~244의 분석 내용을 수정·보완한 것이다.

66) 과실을 부인한 사례로 대법원 1973. 10. 10. 선고 72다2583 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 95다32747 판결, 대법원 1996. 11. 15. 선고 96다30540 판결, 대법원 1997. 5. 28. 선고 95다15735 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다31828 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다97925 판결 참조. 과실을 인정한 사례로 대법원 1981. 8. 25. 선고 80다1598 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 98다52988 판

대법원은 문제 된 법령에 해석상 다툼의 여지가 있는 경우 첫 번째 요건이 충족되었다고 인정하는 것으로 보인다. 그런데 법령의 개폐가 빈번히 일어나고 개별 행정법령의 주석서나 해설서가 있는 경우가 오히려 드문 것이 현실이므로, 원·피고 사이에 법령 해석에 대한 견해의 대립이 있는 사건의 대다수는 위 첫 번째 요건을 충족하게 될 것이다(당해 국가배상청구 사건에서 법령 해석에 다툼이 있다는 사정 자체가 위 요건이 충족됨을 보여주는 것일 수 있다). 게다가 관례에서 이를 인정할 사정으로 제시된 것들 중에는 당해 사건의 처분 이후에야 대법원판결로 해석이 확립되었다거나,⁶⁷⁾ 당해 사건의 원심에서 행정청의 해석이 적법하다고 판단했다거나, 관련 헌법소원사건에서 장관이 행정청의 해석과 동일한 의견을 제출하였고 피해자가 제기한 소청심사 사건에서 소청심사위원회도 같은 견해를 취하였다는 사정⁶⁸⁾도 있다. 이러한 사정이 법령 해석의 어려움을 보여주는 간접사실이 될 수 없다고 볼 수는 없으나, 그럼에도 문제는 있다. 상급관청인 장관의 의견은 사실상 피고의 의견이나 마찬가지로 대법원이 제시한 사정은 원고와 피고가 해당 법령의 해석에 대한 의견이 다르다는 것, 즉 원·피고 사이에 법령 해석을 두고 분쟁이 있다는 당연한 사실을 말하는 것에 불과하다. 또한 원심이나 관련 행정심판위원회가 피고의 해석과 같은 입장을 취하였다면 국가배상청구 사건의 원고가 상소하여 다투는 것이 사실상 무의미하게 된다.⁶⁹⁾ 첫 번째 요건은 이미 충족되었고 두 번째 요건을 갖추는 것도 아래에서 보는 것처럼 그리 어렵지 않기 때문이다.

공무원이 성실한 평균적 공무원에게 기대되는 정도의 해석을 위한 노력을 다하였다고 판단하는 근거로서 대법원이 인정한 사정들로는 공무원이 행정청 내의 오랜 관행과 업무처리 지침에 따라 법령을 해석하였고, 이전에는 행정소송이나 관련 기관의 유권해석으로 그 해석이 위법하다고 논의된 바 없다는 점,⁷⁰⁾ 주관 행정관청에 문의하고 주관기관의 질의응답집을 검토하였다는 점⁷¹⁾ 등이 제시된다. 그러나 첫 번째 사정은 해석의 어려움과 관계없이 기본적으로 이루어지는 업무처리

결 참조

67) 대법원 1996. 11. 15. 선고 96다30540 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다31828 판결 참조.

68) 대법원 1973. 10. 10. 선고 72다2583 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다83298 판결 참조.

69) 홍준형(주 17), 62 참조(유사한 독일 판결에 대하여 “국가배상소송이 지방법원에 의해 직무위반이 성립되지 않는다는 이유로 기각될 경우 항소 및 상고심이 아예 처음부터 전망을 잃게 되는 이상한 결과를 초래한다”는 마우러(Maurer)의 비판을 소개하고 있다.

70) 대법원 1995. 10. 13. 선고 95다32747 판결 참조.

71) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다97925 판결 참조.

방식에 불과하고, 두 번째 사정도 해석에 조금이라도 의문이 있다면 공무원이 마땅히 거쳐야 할 절차에 불과하다. 직접 업무를 수행한 공무원에게 과실이 인정되지 않는다 하더라도 상급기관 또는 감독기관의 지침이나 해석에는 과실이 없었는지에 대한 판단이 이루어지지 않았다는 점도 아쉽다.⁷²⁾ 물론 대법원판결의 판결문에 기재된 사실관계와 대법원의 표현만을 분석한 것이라는 한계가 있으나, 대법원의 이러한 판단을 종합해 보면, 법령의 해석상 다툼의 여지가 있는 경우 해당 법령에 대한 대법원의 유권해석이 있기 전에는 사실상 공무원의 법령해석상의 과실을 인정하기 어려울 것이라는 예측이 가능하다.⁷³⁾

2) 위법한 법규명령의 제정·적용

대법원은 행정처분의 근거법령이 위헌·위법하여 처분의 위법성이 인정되는 경우에도 법률전문가가 아닌 행정공무원에게 법령이 상위법규에 위배되는지 여부까지 사법적으로 심사하여 그 적용을 거부할 것을 기대할 수 없다는 이유로 과실을 부인한다.⁷⁴⁾ 그렇다면 위헌·위법한 법령을 제정한 데 대한 과실이 문제 될 수 있는데, 대법원은 이에 대하여 공무원이 “입법 당시의 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아” 법규명령을 제정하였다면 그 담당공무원에게 과실이 인정되지 않는다고 판단한다.⁷⁵⁾

3) 사실에 대한 법적 평가의 위법

추상적인 법해석의 문제와 그와 같이 해석한 법령을 구체적 사실관계에 적용하는 문제는 구별되는 것이지만 실제 사건에서는 그 구별이 쉽지 않다. 대법원은

72) 다만 문제 된 사건에서 법원이 이 점에 대하여 판단하지 않은 이유는 원고의 주장이 없었거나 상급기관의 귀속주체가 피고와 달랐기 때문일 것으로 추측된다.

73) “대법원의 판단으로 관계 법령의 해석이 확립되고 이어 상급 행정기관 내지 유관 행정부서로부터 시달된 업무지침이나 업무연락 등을 통하여 이를 충분히 인식할 수 있게 된 상태에서, 확립된 법령의 해석에 어긋나는 견해를 고집하여 계속하여 위법한 행정처분을 하거나 이에 준하는 행위로 평가될 수 있는 불이익을 처분상대방에게 주게 된다면, 이는 그 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것이 되어 그 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다31828 판결).” 이 판결에서 대법원은 대법원의 판결로 해석이 확립되기 전의 법령 해석에 관하여는 공무원의 과실을 부인하였다.

74) 대법원 1995. 7. 14. 선고 93다16819 판결, 대법원 1997. 5. 28. 선고 95다15735 판결, 대법원 1999. 9. 17. 선고 96다53413 판결 등.

75) 법령 제정상의 과실을 부인한 예로 대법원 1997. 5. 28. 선고 95다15735 판결, 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결. 법령 제정상의 과실을 인정한 예로 대법원 1995. 7. 14. 선고 93다16819 판결.

양자가 모두 문제 되거나 사실에 대한 법적 평가의 하자가 쟁점이 된 것으로 볼 수 있는 사건들에서 “행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당 집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특단이 사정이 없는 한” 공무원의 과실을 인정할 수 없다고 본다.⁷⁶⁾ 대법원은 서로 다른 법적 평가가 나올 수 있는 사실관계의 특수성과 정확한 판단을 위해 담당공무원이 기울인 노력을 종합하여 과실 여부를 판단한 다음, 담당공무원이 구체적인 사안의 포섭에 있어서 다른 판단을 할 여지가 충분히 있었다는 이유로 들어 공무원의 과실을 부인한 바 있다.⁷⁷⁾

4) 재량하자(비례원칙 위반)

영업정지나 허가취소 등 대상자의 법령위반(제재사유)을 이유로 하는 제재처분은 일반적으로 재량권이 인정되고 그 재량권의 행사 기준이 법령이나 행정규칙으로 정해져 있다. 일정한 행위가 제재사유에 해당하는지 여부에 대한 판단은 사실에 대한 법적 평가의 문제이나, 제재사유가 인정될 때 어떠한 종류의 제재처분을 선택할 것인가를 결정하는 것은 비례원칙에 따른 이익형량의 문제이다. 이 경우 대법원은 담당공무원이 “공익성, 합목적성의 인정, 판단을 잘못하여 그 재량권의 범위를 넘어선 행정행위를 한 경우가 있다 하더라도 공익성 및 합목적성의 적절여부의 판단 기준은 구체적 사안에 따라 각각 동일하다 할 수 없을 뿐만 아니라 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다.”라고 본다.⁷⁸⁾

영업허가 등 수익처분이나 그 거부처분의 경우에도 어떠한 사실관계가 처분요건을 충족하는지 여부에 대한 판단은 사실에 대한 법적 평가의 문제이나,⁷⁹⁾ 요

76) 대법원 1999. 9. 17. 선고 96다53413 판결.

77) 대법원 1999. 9. 17. 선고 96다53413 판결, 대법원 2001. 3. 13. 선고 2000다20731 판결, 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다31018 판결 등.

78) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카597 판결, 대법원 1994. 11. 8. 선고 84다26141 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001다62312 판결.

79) 법령의 해석상 이 부분에 재량이 인정되는 경우도 있고(불확정개념의 포섭 관련), 그렇지 않은 경우도 있다.

건이 충족되었을 때에 수익처분을 할 것인가에 대하여 결정재량이 부여된 경우 그에 대한 판단은 별개의 문제이다. 이에 관한 판례를 특정하기는 쉽지 않으나, 앞서 살펴본 객관적 정당성 기준에 따라 책임을 부인한 사례 중 일부는 여기에 해당한다고 볼 수 있다. 예를 들어, 대법원은 개발행위허가에 더하여 용도폐지되는 공공시설을 유상으로 매입하도록 하는 부담이 재량의 일탈·남용을 이유로 항고소송에서 취소된 사건에서는 “담당공무원이 당시 적법한 재량권을 행사하는 것이 용이한 것이었다고 보이지 않는 점”을 들어⁸⁰⁾ 과실을 부인하였다.

다. 과실 판단에 있어서의 문제점

1) 과실 인정에 엄격한 법원의 실무태도

공무수행의 행위태양이나 부작위의 위법성이 문제 되는 경우에는 구체적인 사정하에서의 특정한 행위나 부작위의 위법성을 판단하는 단계에서 주의의무 위반 여부가 판단되므로 위법성 요건이 인정되면 과실 요건도 인정되는 관계에 있다. 그러나 위법한 처분으로 인한 손해의 배상이 문제 되는 경우에는 현재의 소송 실무상 처분의 위법성과 별개로 그와 같은 처분에 이르게 된 것에 대하여 ‘공무원의 직무상 주의의무 위반’이 있는지가 중요한 쟁점으로서 다루어진다.

처분이 위법하나 담당공무원의 과실은 없다고 판단되는 4가지 대표적 유형, 즉 법령 해석의 하자, 위법한 법령의 제정·적용, 사실에 대한 평가의 위법, 재량권 행사에 있어서 비례원칙 위반의 경우 대법원이 과실을 부인하는 이유는 “그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어렵다.”라는 것이다. 즉 구체적인 사안에서 담당공무원이 위법한 처분이 무엇인지를 미리 알아(예견가능성) 이를 회피할 것이라는(회피가능성) 기대가능성이 없으므로 과실을 인정할 수 없다는 것이다. 대법원은 처분을 행함에 있어서 담당공무원에게 요구되는 주의의무를 ‘예견가능하고 회피가능한 한도 내’에서 적법한 처분을 하기 위해 ‘성실히 노력할’ 의무로 보아, 결과적으로 처분이 위법하다고 하더라도 일정 수준의 성실성을 보여주었다면 주의의무의 위반이 없다는 결론을 내리는 것으로 보인다. 그런데 앞서 본 바와 같이 법령 해석의 하자가 문제 되는 경우에 공무원에게 요구되는 노력의 수준은 상당히 낮아 보이고, 나머지 세 유형의 경우에도 이 점에 별반

80) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결.

차이가 없는 것 같다. 정확한 통계가 없는 상황에서 단언하기는 어렵지만, 관련 사건에서 처분의 위법성이 확정되는 등으로 그 위법성이 명백히 알려지는 특별한 사정이 없는 한 법령의 해석·적용이나 사실에 대한 법적 평가, 재량의 하자가 문제 되는 사건에서 공무원의 과실이 인정되기는 쉽지 않을 것으로 예상된다.

2) 자기책임으로서의 국가배상책임과 부조화

국가배상책임은 공무원 개개인의 책임을 국가가 대신하는 것이 아니라 국가 등 행정주체 자신의 불법행위에 대한 책임이다. 그렇다면 공무원의 직무수행이 매개되지만 공무원의 행위가 아닌 행정작용의 위법성을 판단하고, 공무원의 직무상 주의의무가 아닌 행정주체가 국민에게 지는 주의의무의 위반 여부를 판단하여 그 책임을 묻는 것이 자기책임으로서의 국가배상책임에 부합한다. 행정주체가 적법하게 행정작용을 수행하는 것은 법치행정 원칙 그 자체라 할 것인데, 적법하게 행위하기 위해 ‘성실히 노력’하기만 하면 그 주의의무를 다했다고 볼 수 있는지는 의문이다. 행위태양이나 부작위의 경우와 마찬가지로 처분이 문제 되는 경우에도 그 위법성이 인정된다면 위법성 판단 단계에서 일응 적법행위예의 기대가능성이 있었다고 추정하고, 적법한 결정을 내리는 것이 물리적으로 불가능하거나 헌법재판소의 위헌 확인이 있기 전이어서 위헌인 법률을 그대로 적용할 수밖에 없었던 경우와 같이 매우 이례적인 상황이 인정될 때에만 과실을 부인하는 것이 오히려 타당하지 않겠느냐는 것이다.

요컨대 국가배상책임에서 과실을 “공무원 개인의 주관적·도의적 책임요건”으로 이해하는 것은 자기책임으로서의 국가배상책임에 어울리지 않는다.⁸¹⁾ 이러한 주관적 요소를 배제하고 과실 개념을 “행정주체의 작용이 정상적인 수준에 미달한 상태”, “국가작용의 흠”으로 파악하고자 하는 객관적 과실론은 이러한 문제를 해결하기 위한 해석론이다.⁸²⁾ 이는 프랑스의 ‘역무과실’ 이론에 영향을 받은 것인데, 프랑스에서는 행정결정이 위법하면 과실도 인정된다고 본다. 위법성이 인정된다는 것은 그 자체로 이미 그 행정결정이 정상적인 수준에 미달한 것, 즉 행정작용의 흠에 해당하기 때문이다.⁸³⁾

81) 김동희(주 10), 575.

82) 김동희(주 10), 575~576; 박균성(주 10), 809~810; 박정훈(주 14), 402~404 등 참조.

83) 이에 관하여 자세히는 박현정(주 5), 120~192 참조.

Ⅲ. 국가배상책임의 재구성

1. 위법성·과실 요건의 재구성

가. 입법론⁸⁴⁾

현행 국가배상법하에서 국가배상책임의 성립요건인 ‘공무원의 과실’ 요건은 다음의 두 가지 점에서 문제가 있다. 먼저, 적어도 처분의 위법성이 문제 된 사건에서는 법원이 과실 인정에 지나치게 엄격한 경향이 드러난다. 이것은 단순히 재판 실무 운영상의 문제를 넘어서 ‘공무원의 과실’을 책임의 요건으로 하는 것이 자기 책임으로서의 국가배상책임의 구조에 들어맞지 않는다는 근본적인 문제로 연결된다. 이를 해결하기 위한 해석론은 결국 국가배상법의 개정론으로 이어지는데, 하나는 과실 요건을 삭제하는 것이고,⁸⁵⁾ 다른 하나는 위법성 및 과실 요건 대신 객관적 과실로서 ‘국가작용의 흠’, 즉 “공무수행상의 하자”라는 개념을 도입하는 것이다.⁸⁶⁾ 두 견해 모두 의도하는 바는 같다. 즉 국가배상책임에서 공무원 개개인에 대한 주관적 판단을 배제하고 객관적인 기준에 따라 책임 성립 여부를 판단하는 것이며, 처분의 위법성이 문제 되는 경우에는 손해와 인과관계라는 다른 요건을 충족하는 한 국가배상책임이 성립하는 구조를 만드는 것이다.

‘과실’ 요건을 삭제하는 방안은 국가배상책임의 성립을 판단함에 있어서 주관적 요소를 고려하지 않겠다는 입법의도를 확실히 드러낼 수 있고, 개념 정의나 판단 기준을 새로이 정립하는 수고를 덜 수 있다는 장점이 있다. 주관적 요소를 확실히 덜어내기 위해서는 ‘공무원’ 개념 자체를 국가배상책임의 성립요건에서 삭제하는 것이 좋을 듯하다. 즉, ‘공무원의 위법한 직무집행’이 아니라 ‘국가 등의 위법한 공무수행’ 내지 ‘위법한 행정작용’이라는 표현을 쓰는 것이 바람직하다. 다만 이 경우에 대법원이 처분이 위법하더라도 공무원의 직무수행은 위법하지 않다고 판단한 것으로 의심되는 일련의 판례(앞의 3유형)에서 내세운 “객관적 정당성” 기준이

84) 해석론적 측면에서의 논의로는 박현정(주 5), 244-245 참조.

85) 정하중(주 8), 32(“소속직원 또는 공무를 위탁받은 사인의 위법한 공무수행”); 정준현(주 8), 352(“공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 법령을 위반하여 …”) 참조. 위법성과 과실 중 어느 하나만 입증되어도 책임을 인정하자는 견해도 있으나(김훈, “과실책임과 국가배상”, 토지공법연구 36집(2007), 247-250 참조) 별도로 다루지는 않았다.

86) 박정훈(주 14), 404 참조.

일반적으로 확대될 가능성을 배제할 수 없다. 대법원이 “손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유”를 고려하여 담당공무원이 “객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도”에 이르렀는지를 판단하는 것을 위법성 판단의 일반적 기준으로 내세운다면, 법개정의 소기의 목적을 달성하지 못할 수도 있다.

“공무수행상의 하자”는 국가배상법 제5조에 따른 “영조물의 설치 또는 관리의 하자”와 유사한 개념이라고 할 수 있다. 대법원은 영조물 설치·관리상의 하자를 “영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음”을 의미한다고 설명하지만, 그 통상의 안전성을 판단할 때, 그 영조물의 설치·관리자인 국가 또는 지방자치단체가 “사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무”를 다하였는지를 기준으로 삼아 판단한다.⁸⁷⁾ 방호조치의무를 판단함에 있어서 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 고려되기는 하지만 이는 국가배상법 제2조의 과실과 달리 “객관적이고 고도화된” 개념으로 이해된다.⁸⁸⁾ “공무수행상의 하자”, 즉 행정작용의 하자는 영조물의 설치·관리상의 하자와 마찬가지로 그 행정작용에 통상적으로 기대되는 수준을 갖추지 못한 상태를 의미한다. 통상적으로 기대되는 수준을 판단함에 있어서 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 고려될 수는 있지만, 적어도 처분이 위법하다는 것은 그 자체로 공무수행상의 하자가 된다. 행정주체가 적법하게 공무를 수행하는 것은 법치국가에서 통상적으로 기대되는 것이기 때문이다. ‘공무원’이라는 개념 자체를 삭제함으로써 주관적 요소에 대한 판단이 배제됨을 명확히 할 수 있다는 점, 기존의 국가배상법 제2조와 제5조의 책임을 통합하여 하나의 기준으로 판단할 수 있다는 점은 “공무수행상의 하자” 개념을 도입하는 방안의 장점이 될 수 있다. 그러나 이 경우에도 법원이 ‘하자’ 요건을 판단할 때 통상적으로 기대되는 공무수행의 기준을 낮게 잡는다면 역시 마찬가지로의 문제가 발생할 수 있다.

나. 예상되는 반론에 대한 대응

1) 재정부담 증가 우려에 대하여

87) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다65678 판결 등.

88) 김동희(주 10), 593~594 참조.

과실 요건을 삭제하거나 “공무수행상의 하자” 요건으로 대체하는 입법론에 대하여는 책임이 확대됨으로써 국가의 재정부담 및 그에 따른 국민의 세금부담이 지나치게 증가할 것이라는 우려가 제기될 수 있을 것이다.⁸⁹⁾ 먼저 깊고 넘어갈 점은 처분이 위법하다고 해서 반드시 행정주체에게 국가배상책임이 인정되는 것은 아니라는 점이다. 국가배상책임의 다른 성립요건이 충족되어야 하고, 성립요건이 모두 충족된다 하더라도 책임 감면사유가 있으면 책임의 범위가 줄어들게 된다. 예를 들어, 징계처분이 취소되면 공무원은 감액된 만큼의 보수청구권을 회복하고, 과세처분과 같이 금전채무를 부과하는 처분이 취소되면 납세자는 기납부 금액에 대한 부당이득반환을 구할 수 있다. 이는 현재도 취소(무효확인)판결의 효력에 따라 인정되는 것이다. 그 이상의 손해를 주장하는 경우에 그것이 반사적 이익이 아닌 법적 이익의 침해라는 점, 그리고 위법한 처분이 원인이 되어 그 손해가 발생하였다는 점을 입증하는 것은 쉬운 일이 아니다.⁹⁰⁾ 인허가나 그 거부의 경우에도 인허가 신청자가 입은 영업상 손해나 인허가 준비비용 상당의 손해, 또는 제3자가 인허가로 인하여 입은 손해가 실제로 존재하고 그것이 위법한 처분으로 인한 것임을 입증하여야 한다.⁹¹⁾ 요컨대, 공무수행의 위법성 또는 하자라는 요건은 국가배상책임이 인정되기 위한 첫 단계에 불과한 것이다. 일단 국가배상책임이 성립하더라도 법원은 여러 이유를 들어 책임의 범위를 제한한다. 대표적인 책임 제한 법리로 과실상계⁹²⁾를 들 수 있지만, 그 밖에도 대법원이 “손해분담의 공평”을 이유로 책임을 제한하는 경우가 종종 있다.⁹³⁾ 최근 대법원은 국가가 납치범의 납치를 막지 못하여 피해자를 사망에 이르게 하였음을 이유로 납치범과 공동불법행위자로서 배상 책임을 지게 된 사건에서, 공동불법행위자들이 손해액 전액을 연대하여 책임지는 원칙을 깨고 국가의 책임을 전체의 30%로 제한한 바 있다.⁹⁴⁾ 주된 가해자가 별도

89) 최계영(주 35), 286~288 참조.

90) 특별한 사정으로 인한 손해의 배상을 구하기 위해서는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점도 입증되어야 한다(국가배상법 제8조, 민법 제63조, 제393조 제2항).

91) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015다210194 판결(근거법령의 사익보호성이 인정되지 않는다는 이유로 인과관계를 부인한 예).

92) 예를 들어, 제재처분에서 자신에게 유리한 사정을 밝히지 않았다는 점이 피해자의 과실을 고려될 수 있다.

93) 의료사건에서 “의료행위의 특성상 수반되는 불가피한 위험” 등을 들어 책임의 비율을 제한하는 경우가 대표적인데, 국가배상청구 소송에서도 비슷한 이유로 책임이 제한될 수 있다.

94) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결. 이 판결의 원심은 “법률상 주어진 의무에 반하여 범죄를 막지 못한 책임이 있는데 불과한” 국가를 범행을 저지른 납치범과 동일시하여 대등한 책임을 부

로 존재하고 행정주체가 그에 대한 규제·감독권의 불행사나 피해자 보호의무 위반 등을 이유로 공동으로 책임을 지는 다른 경우에도 위 법리가 적용될 수 있을 것으로 보인다. 국가배상법 개정으로 전체 손해배상액이 어느 정도로 증액될지를 예측할 수는 없으나, 현재의 국가배상소송 및 항고소송 청구건수를 고려하면 국가나 지방자치단체의 재정에 무리를 줄 정도로 손해배상액이 늘어날 것이라 볼 합리적 근거는 없는 것 같다.⁹⁵⁾

국가배상법이 개정되더라도 처분의 위법성이 문제 된 사건의 일부에서만 국가배상책임이 인정된다. 그 밖에 집행정지제도를 적극적으로 활용하고 가처분제도를 도입함으로써 손해의 확대를 일정 부분 예방할 수 있을 것이며, 경우에 따라서는 손해배상책임보험제도를 활용할 필요도 있을 것이다. 한편 위와 같은 장애를 극복하고 국가배상책임이 인정되었다면, 그 책임은 행정주체가 위법한 행정작용을 수행한 대가로 당연히 부담해야 하는 책임이며 행정활동 수행에서 기본적으로 고려해야 하는 비용으로 보아야 할 것이다.

2) 행정의 자율성 저하 우려 등 주장에 대하여

행정주체의 책임을 쉽게 인정하게 되면 행정의 자율성이 저하될 것이라는 주장도 있을 수 있다. 국가 등이 배상책임을 질 것을 우려하여 적극적인 행정활동으로 나아가지 못하게 될 수 있다는 것이다. 그러나 누군가에게 수익적인 처분이 다

과하는 것이 “손해의 공평·타당한 분배라는 이념”에 반한다는 이유로 국가의 책임을 제한하였고(대구고등법원 2013. 1. 25. 선고 2011나7148 판결) 대법원은 이를 그대로 받아들였다. 원심을 피고가 “범인에 대한 감독의무의 소홀이 아니라 범인을 검거하지 못함으로써 피해자인 땅인에 대한 보호의무를 위반한 것으로 통상적인 공동불법행위와는 구조를 달리한다는 점”도 책임 제한의 원인으로 들고 있으나, 이것이 대법원이 책임 제한을 인정한 결정적 이유는 아닌 것 같다. 대법원은 회계감사시에 회사의 주가조작 사실을 밝히지 못한 잘못을 들어 회계법인에게 회사와 공동으로 불법행위책임을 인정한 사건에서도 회계감사의 내재적 한계 등을 이유로 회사와 별도로 회계법인에게만 책임을 제한한 원심의 판단을 받아들인 바 있기 때문이다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다243163 판결). 위 판례가 나오기 전의 책임제한 주장으로는 박현정, “프랑스 국가배상책임제도에서 위법성과 과실의 관계”, 한양대학교 법학논총 29집 2호(2012), 24 참조.

95) 2015년 제1심법원에 접수된 국가배상청구 사건은 807건으로 전체 손해배상청구 사건의 2.8%에 불과하다(소액사건은 제외). 한편 2015년 제1심법원에 접수된 18,271건의 행정사건 중 상당수(2015년 접수사건 기준 37.7%)는 조세, 토지수용, 각종 부과처분취소, 산업재해(공무상재해) 등 일반적으로 국가배상청구소송으로 연결되지 않을 것으로 보이는 사건들이다. 같은 해 제1심법원이 처리한 사건 중 원고가 일부라도 승소한 사건 수는 전체의 17%에 해당하는 3,064건이지만, 이 중에서도 상당수는 국가배상청구소송으로 연결되지 않는 사건일 것으로 추측된다(법원행정처, 2016 사법연감, 531, 561 참조).

른 누군가에게는 침익적일 수 있는 상황에서는 어떠한 결정을 하든지 처분의 취소에 더하여 금전적 책임을 부담할 우려가 있게 되는 것이므로, 책임을 지게 될 부담이 오히려 신중하고 적법한 처분을 유도하는 원인이 될 수도 있다. 이것이 국가배상책임의 행정통제 기능이 의도하는 바이기도 하다.

국가배상책임의 확대가 오히려 항고소송에서 위법성 인정 범위의 축소로 이어질 수 있다는 우려도 있을 수 있다.⁹⁶⁾ 프랑스에서도 책임을 제한하기 위하여 특별한 논리를 만들어 행정결정의 위법성을 부인한 예가 없는 것은 아니다.⁹⁷⁾ 그러나 이는 아주 이례적인 경우이고, 이것이 월권소송에서 위법성의 인정에 예전보다 더 엄격한 잣대를 들이대는 추세로 이어지지는 않았다.⁹⁸⁾ 우리나라에서도 사정은 비슷하리라 생각된다. 다만 앞서 본 바와 같이 대법원이 이른바 상대적 위법성설에 따라 항고소송에서의 위법성과 국가배상청구소송에서의 위법성을 다르게 보는 판례를 일반화하거나(과실 요건을 삭제하는 경우), 공무수행의 하자를 판단함에 있어서 손해발생의 예견가능성이나 회피가능성이 없었다는 사정을 지나치게 쉽게 인정함으로써(공무수행의 하자 요건을 도입하는 경우) 책임 인정에 소극적인 기존의 기조를 유지할 우려는 여전히 남아 있다. 결국 이 문제는 법원의 인식 전환을 촉구하는 수밖에 없는 듯하다.

2. 부수적으로 개정이 필요한 부분

국가배상법 제2조의 책임성립요건을 재구성하는 외에 배상주체를 헌법 제29조 제1항과 같이 “국가 또는 공공단체”로 확대할 필요가 있으며, 그 밖에 다음과 같은 개정이 필요하다.

가. 재판작용 등 일정한 행정작용에 대한 국가배상책임의 제한

‘과실’ 요건을 삭제하거나 ‘공무수행상의 하자’ 개념을 도입함으로써 기대하는 효과는 처분이 위법함에도 공무원의 과실이 인정되지 않는다는 이유로 국가배상책임이 부정되는 것을 막고자하는 것이다. 그런데 이는 항고소송(또는 헌법소원

96) 최계영(주 35), 286~288 참조.

97) CE, 31 août 2009, Commune de Crégol, RJEJ 2010, n° 673, p. 34, conclusions Catherine de Salins.

98) 이에 대한 자세한 설명은 박현정(주 5), 172~177 참조.

등)에서의 위법성과 국가배상책임에서의 위법성이 동일하지 않으면 달성될 수 없는 목표이다. 여기서 명확히 벗어나는 예외가 입법작용과 재판작용이다. 대법원은 앞서 본 바와 같이 재판작용이나 입법작용으로 인한 손해가 문제 되는 경우에 표면적으로는 위법성을 부인하고 있으나, 실질적으로는 책임의 성립요건으로 고의·중과실을 요구하고 있다. 입법작용⁹⁹⁾과 재판작용 그 밖에 이와 유사한 작용으로서 국가배상책임을 제한할 필요가 있는 행정작용 유형을 찾아서 명시적으로 책임의 성립요건을 강화하는 규정을 둘 필요가 있다. 이렇게 하면 항고소송 등과 국가배상청구소송 모두에서 동일한 판단 기준에 따라 행정작용의 위법성을 판단할 수 있다. 이들 특수한 행정작용의 경우 중과실책임과 유사한 정도의 요건 강화가 필요할 것이지만, 책임의 성립요건에서 배제된 ‘과실’ 개념을 다시 도입하는 것은 체계상 타당하지 않을 것이다. ‘중과실’ 개념 대신 ‘중대한 위법’ 또는 ‘중대한 하자’와 같은 개념을 도입하는 것을 생각해 볼 수 있을 것이다.

나. 영조물책임과의 관계 재정립

“공무수행상의 하자” 개념을 도입하게 되면 국가배상법 제5조의 영조물책임과 제2조의 책임을 별도로 규율할 필요가 없다. 따라서 양자를 종합하여 하나의 조항에서 규율하는 것이 바람직하다. 과실 개념을 삭제하는 경우에도 위법한 행정작용에 대한 책임과 영조물책임을 한 조에서 같이 규정하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

다. 공무원 개인의 불법행위책임 범위 명시, 구상관계의 통일적 규율

공무원이 고의·중과실을 범한 때에만 공무원 개인에게 민법상 불법행위책임이 성립할 수 있다는 것은 대법원의 확고한 입장이다. 공무원 개인책임을 중과실책임으로 구성하는 것은 공무원의 대외적 책임의 범위와 내부관계에서의 구상 범위를 일치시킬 수 있다는 장점이 있다. 다만 여기에 대하여 반대하는 의견이 있음은 앞서 본 바와 같다. 공무원 개인에 대한 불법행위책임의 인정 여부 및 범위는 국가배상책임의 법적 성격과 입법정책상의 결단의 측면이 공존하는 문제이므로,

99) 다만 헌법재판소의 위헌판결의 소급효는 제한적으로만 인정되므로, 입법작용에 대하여도 국가배상책임의 성립요건을 강화할 것인지에 대한 심도 깊은 연구가 추가로 필요할 것이다(중과실책임으로 구성할 필요가 없다는 견해로, 정하중(주 12), 23 참조).

국가배상법에 이를 명시할 필요가 있다.

국가배상법 제2조는 공무원에게 고의·중과실이 있을 때 행정주체의 구상권을 인정하는 규정을 두고 있고, 국가배상법 제5조 제2항은 영조물책임이 인정되는 경우에 “손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있으면 국가나 지방자치단체는 그 자에게 구상할 수 있다.”라는 규정을 두고 있다. “손해의 원인에 대하여 책임을 질 자”의 의미가 명확하지는 않으나 여기에는 공무원(중과실책임) 또는 외부의 제3자(경과실책임) 모두가 포함된다고 볼 수 있을 것이다. 반면, 국가배상법 제2조의 책임에 대하여는 공무원에 대한 구상권 행사의 근거 규정만 국가배상법에 있고, 외부의 공동불법행위자 사이에서의 구상관계는 민법상 불법행위책임의 일반 법리에 따르게 된다. 공무원 개인의 불법행위책임 범위, 행정주체와 공무원, 행정주체와 제3의 공동불법행위자 사이의 구상 관계는 양자에 동일하나 국가배상법 제2조와 제5조에서 각각 별도의 규정이 있는 셈이다. 따라서 국가배상법 제2조에 기한 책임과 제5조에 기한 책임의 관계를 어떻게 재구성하는지와 관계없이 별도의 조항에서 위 세 가지 쟁점에 대한 통일된 규정을 두는 것이 바람직하다.

IV. 헌법개정의 방향

이상으로, 국가배상법 제2조에 따른 과실책임제도의 현상태를 책임의 성립요건인 위법성과 과실 요건을 중심으로 살펴보고, ‘위법성’ 또는 ‘공무수행상의 하자’를 요건으로 하는 책임제도로의 재구성 방안을 제시하였다. 주로 법률의 해석론 및 입법론의 차원에서 논의를 진행하였으나, 그 기본 전제가 되는 국가배상책임의 법적 성격 문제는 헌법 제29조 제1항의 해석 및 개정의 문제이기도 하다. 헌법 제29조 제1항의 “공무원의 직무상 불법행위”라는 표현에도 불구하고 그에 따른 국가배상책임은 공무원 개인의 불법행위책임 성부와 관계없이 행정주체가 스스로의 불법에 대하여 지는 책임으로 이해되어야 하며, 그 핵심은 책임의 성립요건에서 주관적인 요소로서의 ‘공무원’에 대한 판단을 배제하는 데 있다는 것이 이 글의 결론이다.¹⁰⁰⁾ 다만 국가배상책임을 자기책임으로 이해하더라도 그 구체적인 내용에 대

100) 국가배상책임을 주관적 과실 요건이 배제된 책임으로 재구성하게 되면, ‘과실’을 요건으로 하지 않는다는 의미에서 이를 무과실책임이라 부를 수 있을지 모른다. 그렇다 하더라도 국가배상책임은 위험책임으로서의 성격이 매우 약하다고 보아야 할 것이다. 행정주체에 책임을 인정하는 근거는

하여는 여러 가지 견해가 있을 수 있고, 헌법의 틀 안에서 국가배상법을 개정하는데 있어서도 다양한 견해가 제시될 수 있다. 따라서 국가배상책임의 구체적인 내용은 법률로 맡기고 자기책임으로서의 국가배상책임의 윤곽만을 제시하는 방향으로 헌법 제29조 제1항 전문을 개정하는 것이 바람직하다. 이러한 전제에서 ‘공무원의 직무’라는 표현을 삭제하고, 국가 또는 공공단체가 자신의 ‘공무수행상의 불법’에 대하여 책임을 지는 것으로 위 조항을 다듬을 것을 제안한다. ‘불법’이라는 표현은 민법상 불법행위책임에서의 ‘고의·과실에 기한 위법한 행위’보다 넓은 의미로 이해할 수 있으므로, 구체적인 책임성립 요건을 법률로 정하는데 ‘불법’ 개념이 장애로 작용하지는 않을 것이다. 또한 헌법 제29조 제1항이 개정되면 국가배상법 개정이 있기 전에도 현행 국가배상법상 ‘공무원의 과실’ 개념을 좀 더 객관적으로 해석하는 계기가 될 것으로 기대한다.

대법원은 1996년 전원합의체 판결에서 헌법 제29조 제1항 제2문에 따라 면제되지 아니하는 “공무원 자신의 책임”에는 “민사상, 형사상의 책임이나 국가 등의 기관 내부에서의 징계책임 등 모든 법률상의 책임”이 포함된다고 보았다.¹⁰¹⁾ 그러나 헌법 제29조는 공무원의 신분과 책임에 관한 규정(제7조)과 별개로 국민의 기본권 중 하나로서 국가배상청구권을 인정하는 조항이다. 국민의 기본권에 관한 조항에서 공무원의 형사책임이나 국가에 대한 책임을 같이 정하는 것은 체계에 부합하지도 않고, 헌법 차원에서 이 부분을 정할 필요도 없다. 다만 공무원 개인의 국민에 대한 배상책임의 인정 여부 및 그 범위는 국가배상책임의 법적 성격에 영향을 받는 동시에 정책적인 결단이 필요한 부분이며, 이에 대하여 아직도 견해의 대립이 있으므로, 이 부분을 헌법에서 명확히 하는 것이 바람직하다. 이와 같은 고민을 종합하여 헌법 제29조 제1항의 개정안을 아래와 같이 제시해 보고자 한다.

제29조

① 공무수행상의 불법으로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국민은 공무원에게도 법률이 정하는 바에 의하여 정당한 배상을 청구할 수 있다.

그 행정작용의 ‘하자’ 내지 ‘위법성’에 있다고 볼 수 있고, 그러한 의미에서 국가 등에 대한 사회적 비난은 여전히 남아있기 때문이다. 즉 국가배상책임은 위법행위에 대한 제재의 기능을 함께 한다는 점에서 일반적인 무과실책임 내지 위험책임과 다르다.

101) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결의 다수의견.

<참고문헌>

- 곽윤직(편), 민법주해 I, 박영사(1992).
 _____, 민법주해 XVIII, 박영사(2005).
 김남진·김연태, 행정법 I 21판, 법문사(2017).
 김도창, 일반행정법론(상) 4전정판, 청운사(1993).
 김동희, 행정법 I 22판, 박영사(2016).
 김중권, 행정법, 법문사(2013).
 김철용, 행정법 6판, 고시계사(2017).
 박균성, 행정법론(상) 16판, 박영사(2017).
 박현정, 프랑스 행정법상 ‘역무과실’(la faute de service)에 관한 연구: 역무과실과
 위법성의 관계를 중심으로, 박사학위논문(2014).
 법원행정처, 2016 사법연감(2016).
 서원우, 국가배상법의 입법론상의 제문제, 국가배상제도의 제문제, 법무부 법무
 실(1991).
 성낙인, 헌법학 15판, 법문사(2015).
 정중섭, 헌법학원론, 박영사(2016).
 정하중, 행정법개론 11판, 법문사(2017).
 지원림, 민법강의 15판, 홍문사(2017).
 한수웅, 헌법학 5판, 법문사(2015).
 홍정선, 신행정법특강 16판, 박영사(2017).
 홍준형, 행정구제법, 도서출판 오래(2012).
- 김병록, “이중배상금지조항의 위헌성”, 토지공법연구 14권(2001).
 김중권, “국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고”, 법조 635호(2009).
 김철용, “취소소송판결의 기관력과 국가배상소송”, 고시계 30권 7호(1985).
 김 훈, “과실책임과 국가배상”, 토지공법연구 36집(2007).
 박정훈, “국가배상법의 개혁, 사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로: 위법한
 처분에 관한 공무원의 과실 문제를 중심으로”, 2010. 6. 25. 한국공법학

회 · 한국법제연구원 공동학술대회 발표문(미공간).

박현정, “프랑스 국가배상책임제도에서 위법성과 과실의 관계”, 한양대학교 법학
논총 29집 2호(2012).

송기춘, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 법원 및 헌법재판소의 해석과 헌법
제29조 제2항의 개정론”, 헌법학연구 7집 4호(2001).

안동인, “국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준”, 행정법연구 41
호(2015).

이동진, “법인 기관의 불법행위책임”, 비교사법 22권 4호(2015).

이상철, “국가배상법 제2조 1항 단서의 위헌성”, 안암법학 1권(1993).

이윤정, “공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토:
대법원판례들의 분석과 평석을 중심으로”, 강원법학 47권(2016).

정극원, “헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰”,
공법학연구 18권 1호(2017).

정남철, “국가배상소송과 선결문제: 특히 구성요건적 효력, 기관력 그리고 위법개
념을 중심으로”, 저스티스 116호(2010).

정준현, “국가배상의 책임주체와 과실책임에 관한 연구”, 미국헌법연구 22권 1호
(2011).

정하중, “우리 국가배상법의 개선방안”, 토지보상법연구 16집(2016).

최계영, “처분의 취소판결과 국가배상책임”, 행정판례연구 18권 1호(2013).

허완중, “헌법 제29조 제2항 ‘법률이 정하는 보상’의 적극적 해석”, 고려법학 51권
(2008).

〈Abstract〉

**Reformation of the State Liability System and a
Proposition for the Constitutional Revision in South Korea
– Focusing on the “negligence” requirement**

Park, Hyun Jung

Article 29(1) of the Constitution of the Republic of Korea recognizes as one of the fundamental rights the state compensation claim of any citizen who have suffered from an “unlawful action by a public official” for damages against the State or other responsible administrative body (herein after the “State”). Article 2(1) of the State Compensation Act elaborates on this by requiring a public official’s “illegal” performance of duty by “intention or negligence.” How to interpret the “illegality” and “negligence” requirements and what their standards should be are the key questions in establishing the state liability system. To this end, it is necessary to first identify state liability under Article 29(1) of the Constitution and Article 2(1) of the State Compensation Act. Absolute majority of scholars and the precedent agree in construing “public official’s negligence” to mean the State’s direct liability for its own acts, as opposed to vicarious liability for public officials’ tort. This is because our constitutional structure is one in which the State’s unlawfulness is adjudicated through such judicial processes as the adjudication on the constitutionality of statutes, constitutional complaint, and appellate litigation, and the legal effect flowing therefrom is directly attributable to the State. In light of this, there is no reason not to view that the legal effect of tort liability is also directly attributable to the State, and appellate proceedings and state compensation claim do not differ in that both hold the administrative subject accountable for its error.

An analysis of the Supreme Court’s case law on state liability reveals two

main issues concerning the illegality and negligence requirements. First, there are a series of cases in which the Court seems to deny the illegality of a disposition on the ground that the public official's performance of duty cannot be deemed to have lacked "objective legitimacy", even though the same disposition was revoked in an appeal litigation because of its illegality. The differentiation of the standard against which to determine illegality in appellate proceedings and state compensation claim is unpersuasive in view of the common purpose of administrative control, and can be problematic in that it may undermine public confidence in judicial process. Second, there are also cases in which the Court denies any negligence on the part of the public official, even while admitting that there were illegality in the public official's interpretation, application, and subsumption of the underlying statutory provision or in the weighing and balancing of interests in exercising his/her discretion. This is problematic not only because these cases set the bar too low for the standard of care required, but also because the cases determine whether there was any breach of duty of care from the perspective of individual public officials.

To solve the second problem, it is important to emphasize the objective nature of state liability by requiring only "defect or error in the performance of public duty" or "illegal performance of public duty by the State, etc.", while removing the "public official's negligence" requirements. To solve the first problem, it is necessary to set a higher bar for establishing liability by, for instance, requiring a "gross" defect or illegality, for certain types of administrative process, such as judicial trials, which inherently require the limitation of state liability, and by so doing, remove any incentives to set different criteria for judging "illegality (defect)" by different types of administrative process or by different types of remedy, as a means to gain specific legitimacy. Revision of the phrase, "unlawful action by a public official", as stated in Article 29(1), into "unlawfulness in the performance of public duty" would help set the guidelines

for a future revision of the State Compensation Act, as well as for a more objective interpretation of the concept of “public official’s negligence” under the current Act.

Keywords: state liability, direct liability, vicarious liability, illegality, negligence, constitutional revision, public official