

이른바 選擇的請求權의 問題

金 鐵 容

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

I. 처음에	1. 憲法 제 29 조의 변천
II. 우리나라의 學說과 判決	2. 國家賠償法 제 2 조의 변천
1. 우리나라의 學說의 정리	V. 國家賠償制度의 機能
2. 判例의 흐름	VI. 대법 1996년 2월 12일 선고 다 38677 전원합의체 판결
III. 각국의 상황	1. 事件概要 및 顛末
1. 미국의 상황	2. 大法院判決의 要旨
2. 프랑스의 상황	VII. 判決의 檢討
3. 독일의 상황	1. 반대의견에 대한 검토
4. 일본의 상황	2. 별개의견에 대한 검토
IV. 憲法 제 29 조와 國家賠償法 제 2 조의 변천	

I. 처음에

公務員이 그 職務를 집행함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우에 피해자가 國家 또는 地方自治團體(이하 國家 등이라 한다)에 대하여 損害賠償을 청구할 수 있다(國家賠償法 제 2 조). 나아가 피해자가 직접 행위자인 公務員에 대하여도 선택적으로 損害賠償을 청구할 수 있는 것인가? 이 문제에 관하여는 判例上 많은 논란의 대상이 되어 왔음은 주지하는 바와 같다.

필자는 수차례에 걸쳐 이 문제를 다룬 바 있다.¹⁾ 그리고 公務員個人的 不法行爲責任을 否定하는 대법 1994년 4월 12일 선고 93 다 11807 판결이 나왔을 때에는 즉시 이를 비평하는 글을 싣기도 하였다.²⁾ 그 동안 필자가 일관되게 주장해 왔던 見解와 동일한 결론의 판결, 즉 대법 1996년 2월 15일 선고 95 다 38677 전원합의체 판결이 나왔다. 이 판결에는 4인의 별개의견과 2인의 반대의견이 있다. 이 시점에서 이 전원합의체 판결을 검토해 보는 것은 적어도 필자에게

1) “國家賠償과 公務員의 個人責任” 考試界 1976. 4, “公務員個人的 不法行爲責任—미국의 경우를 중심으로—” 美國憲法研究(美國憲法研究所刊) 第6號.

2) “公務員個人的 不法行爲責任—對象判決: 大法院 1994. 4. 12 선고 93 다 11807 판결—” 判例月報 第290號.

는 매우 의미가 있다고 판단되었다. 이것이 본 고를 집필하게 된 이유이다.

II. 우리나라의 學說과 判決

1. 우리나라의 學說의 정리

公務員의 職務上 不法行爲로 손해를 받은 者는 國家 등에 대하여만 損害賠償을 청구할 수 있는가, 아니면 公務員 개인에 대하여도 선택적으로 損害賠償을 청구할 수 있는가. 이 문제에 대한 學說을 정리하여 보면 選擇의 請求權(公務員個人的 不法行爲責任)을 否定하는 見解와 이를 肯定하는 見解로 나누어진다. 전체적으로 보면 否定說이 우세하다. 이를 다시 나누어 보면 憲法學者들은 대체로 肯定說을 지지하고, 行政法學者들은 대체로 否定說을 지지한다.

否定說의 論據로는 國家賠償法 제2조의 國家賠償責任의 성질에 관한 代位責任說의 논리적 귀결로 보기도 하고,³⁾ 역시 同國家賠償責任의 성질에 관한 自己責任說의 논리적 귀결로 보기도 하나,⁴⁾ 行政上損害賠償制度(國家賠償制度)가 갖는 機能이 損害補填에 있다는 데에서 찾고 있다.⁵⁾ 그러나 기이하게도 憲法 제29조 제1항 단서에 대하여는 직접적인 언급을 피하고 있는 것이 보통이다. 문맥의 전후로 보아 憲法 제29조 제1항 단서의 責任을 內部責任으로 보고 있는 것으로 추측된다. 다만 許營 교수는 “제29조 제1항 단서는 제1차적으로는 공무원의 國家內部에서의 責任을 明示하는 규정이고, 제2차적으로는 公務員의 國民에 대한 責任, 즉 國民에 대한 刑事責任 및 정치적 책임을 밝히는 규정이라고 보아야 할 것이다”⁶⁾라고 분명히 하고 있다. 그러나 왜 그렇게 보아야 하는지는 설득력 있게 설명하지 못하고 있다.

肯定說의 論據로는 이것 역시 國家賠償法 제2조의 國家賠償責任의 성질에 관한 代位責任說의 논리적 귀결로 보기도 하고,⁷⁾ 또는 역시 同國家賠償責任의 성질에 관한 自己責任說의 논리적 귀결로 보기도 한다.⁸⁾ 그러나 대체로는 憲法 제29조 제1항 단서에서 찾고 있다.⁹⁾

2. 判例의 흐름

전국 이후 대법 1994년 4월 12일 선고 93 다 11807 판결이 나오기까지의 우리나라의 判例는 選擇的請求權을 肯定하는 입장을 취하여 왔다. 대법원은 執達官의 不法行爲로 인한 國家賠償請求事件에서 “民事訴訟法 제493조(1990. 1. 13 삭제)는 執達官의 職務上의 不法行爲로 인한 國

3) 金道稔, 一般行政法論(上), 1993, 637쪽.

4) 權寧星, 憲法學原論, 1996, 534쪽 참조.

5) 金道稔, 上揭書, 637쪽; 尹世昌, 行政法(上), 1981, 373쪽; 李尙圭, 新行政法論(上), 1995, 611쪽.

6) 許營, 韓國憲法論, 1994, 556쪽.

7) 金哲洙, 憲法學概論, 1994, 584쪽 참조.

8) 文鴻柱, 韓國憲法, 1987, 344쪽 참조.

9) 俞鎮午, 憲法解義, 1953, 97-99쪽; 文鴻柱, 上揭書, 346쪽; 丘秉朔, 憲法學 I, 1981, 748-749쪽.

家賠償法上の 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 취지로 해석할 수 없다”라고 판시하고 있었으며,¹⁰⁾ 市警所屬 通勤버스運轉手의 不法行爲로 인한 國家賠償請求事件에서 “이 건 사고를 일으킨 위 訴外 도인준(運轉手 筆者註)이 被告 隸下 國家公務員이므로 이 건 사고로 인한 損害賠償責任에 관하여 被告와 위 도인준은 不眞正連帶債務者의 지위에 있다”라고 판시하고 있었다.¹¹⁾ 또한 대법원은 1972년 10월 10일 선고 69 다 701 판결에서 “公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民이 國家 또는 公共團體에 賠償을 청구하는 경우 國家 또는 公共團體에 대하여 그의 不法行爲를 이유로 損害賠償을 구함은 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 정한 데 불과하며 憲法 제26조 단서(現行憲法 제29조 제1항 단서 筆者註)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 이유로 損害賠償을 청구할 수 있음을 규정하여 國家賠償法의 公務員 자신의 責任에 관한 규정 여하를 기다릴 것 없이 公務員 자신이 不法行爲를 이유로 民事上의 損害賠償責任을 져야 할 法理……”운운하여 選擇의請求權(公務員個人的 不法行爲責任)을 正面으로 肯定함과 동시에 그 根據가 당시의 憲法 제26조 단서임을 명백히 하였다.¹²⁾

그러던 것이 대법 1994년 4월 12일 선고 93 다 11807 판결¹³⁾이 “공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 사람은 국가 또는 공공단체를 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 수는 없는 것이다”라고 판시하여 종전의 판례를 뒤집어버렸다. 이와 같은 選擇의請求權을 否定하는 대법원의 판결이 1년여 개월 만에 대법원의 1996년 2월 15일 선고 95 다 38677 전원합의체 판결에 의하여 다시 뒤집어져 選擇의請求權을 肯定하는 종전의 판례로 되돌아갔다.

Ⅲ. 각국의 상황

選擇의請求權에 관한 각국의 상황을 특히 미국·프랑스·독일·일본을 중심으로 간략하게 살펴보기로 한다.

10) 대법 1966년 7월 26일 선고 66 다 854 판결(韓國行政科學研究所, 行政判例集(上), 1976, 1169쪽).

11) 대법 1972년 2월 22일 선고 71 다 2535 판결(韓國行政科學研究所, 行政判例集(中), 1976, 2326쪽).

12) 韓國行政科學研究所, 行政判例集(上), 1471쪽.

13) 법원공보 1994년 1416쪽.

1. 미국의 상황

美合衆國憲法은 選擇의請求權 즉 公務員個人的 不法行爲責任에 관한 규정이 없다. 그러나 그럼에도 불구하고 公務員個人的 不法行爲責任은 建國 이후 지금까지 계속하여 인정되어 왔다. 물론 公務員個人的 不法行爲責任을 正當化하는 根據로서의 違法行爲抑制機能에 의문을 제기하는 見解가 없는 것은 아니다. 그러나 그 見解도 公務員의 輕過失의 경우에 의문을 제기하는 것이지, 故意 또는 重過失의 경우에까지 그렇다는 것은 아니다.

또한 美國에서 國家賠償責任을 擴大하고, 公務員個人에 대한 賠償請求를 제한하는 방향으로서의 立法政策이 오랫동안 未解決問題이면서 좀처럼 실현되지 않는 커다란 이유 중의 하나는 刑事裁判·懲戒·求償制度 등의 기능이 온전하지 못한 現狀에서 公務員에 대한 賠償請求를 제한한다면 違法行爲의 抑制機能이 현저히 減退한다는 批判이 강하기 때문이다. 그리하여 심지어 國家賠償請求訴訟에서 勝訴한 原告는 違法行爲를 행한 公務員에 대한 懲戒節次를 청구하고 節次에 참가(증거의 제출·반대신문 등)할 뿐만 아니라 決定理由를 書面으로 告知토록 하여 決定에 不服이 있을 때에는 行政爭訟으로 이를 다룰 權利를 그에게 부여하여야 한다는 提案까지 행하여지고 있다.¹⁴⁾

2. 프랑스의 상황

프랑스에서는 革命 이전에는 主權理論에 의하여 國家賠償責任이 否認되었으나 19세기에 들어 오면서 學說과 判例(특히 Conseil d'Etat의 判例)에 의하여 특수한 國家賠償責任制度의 발전을 보게 되었음은 이미 주지하는 바와 같다.

1873년 2월 8일의 유명한 Blanco 判決에 의하여 公務員의 過失이 役務過失(faute de service)과 個人過失(faute personnelle)로 나누어져, 전자에 대하여는 國家賠償責任이, 후자에 대하여는 公務員個人的 不法行爲責任이 인정되었다. 個人過失은 職務執行에서 분리된 過失을 말하는 바 職務執行과 관련하는 경우에도 個人的 動機나 예외적으로 중대한 과실에 의한 경우 등이 이에 포함된다. 兩者의 賠償責任은 처음에는(Pelletier判決 이후) 상호 배타적이었다. 그러나 점차 일정한 경우에 과실의 경합(cumul des fautes)이 인정되기에 이르렀다. 이 경우 피해자는 2개의 賠償責任 중의 選擇權을 가지게 되었다.

여기서 하나 주목할 것은 오늘날 프랑스의 學說의 새로운 경향이 國家의 과실책임을 損害填補制度일 뿐만 아니라 行政에 대한 規範的 내지 懲戒의 機能을 갖는 制度로 이해하고 있다는 점이다. 즉 役務過失에 근거한 國家責任의 인정은 한편으로 잘못된 行政에 대한 非難의 의미를 함축하며 다른 한편으로는 法院은 過失의 判斷에 있어 行政主體의 行爲態樣에 대한 評價를 하면

14) P.H. Schuck, Suing Government-Remedies for official Wrongdoings, 1983, p. 141.

서 사실상 行政主體가 준수해야 할 行爲의 基準을 설정하고, 行政權의 行使의 濫用을 방지한다는 점이다.¹⁵⁾

3. 독일의 상황

독일에서는 公權力擔當者로서의 國家와 國庫擔當者로서의 國家와의 구별이 18세기에 확립되었다. 이에 따라 國家의 國庫活動으로 인한 損害에 대하여는 國家가 私인과 마찬가지로 責任을 지는 방향으로 발전되었으나, 國家의 公權力行使로 인한 損害에 대하여는 違法行爲를 행한 당해 公務員이 個人的으로 民法上の 不法行爲責任을 질 뿐이며, 國家의 賠償責任이 인정되지 않았다. 1896년의 독일 民法典 제정에 즈음하여 公務員의 公權力行使로 인한 損害에 대한 國家賠償責任을 民法典 속에 규정할 것이냐의 여부가 문제되기는 하였으나, 결국 公務員의 個人的不法行爲責任의 原理만이 民法 제839조에 의하여 통일적으로 규정됨에 그쳤다. 다만, 이 제839조에서 輕過失免責과 指示特權(제1항) 및 過失相計法理(제3)에 의하여 公務員의 不法行爲責任의 성립이 현저히 制限되었다.

그러다가 1910년 5월 22일 帝國責任法(Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten)이 제정됨으로써 公務員의 公權力行使로 인한 民法 제839조의 公務員責任은 國家가 免責의債務引受方式으로 公務員에 代位하여 責任을 지게 되었고, 公務員個人的 不法行爲責任은 對被害者와의 관계에서는 소멸되었다. 다만 故意 또는 重過失의 경우에는 國家의 求償權의 행사가 인정되었다. 이것이 1919년의 Weimar憲法 제131조에 정리되어 國家直接責任의 原則이 憲法上の 權利로 高揚되었다. 이 Weimar憲法 제131조가 나치스 시대에도 유효하게 지속되었으며 전후 Bonn基本法 제34조 즉 “누구든지 자기에게 委託된 公共의 職務의 執行에 당하여 제3자에게 부담하는 職務義務에 違反한 때에는 그 公務員을 사용하는 國家 또는 公共團體가 원칙적으로 책임을 진다. 故意 또는 重大한 과실이 있는 경우에도 求償權이 留保된다. 損害賠償請求權과 求償權에 대하여는 司法裁判所に 出訴하는 권리가 배제되어서는 아니된다”에 의하여 대체되었다.

1981년 7월 2일 공포된 新國家責任法¹⁶⁾에서는 國家責任의 構成이 종내의 代位責任에서 自己責任으로 전환되었으나, 公務員個人的 不法行爲責任에 관하여는 제1조 제3항에서 明文으로 否定하였다.¹⁷⁾

4. 일본의 상황

日本國憲法 제17조는 國家 및 公共團體의 賠償責任이라 제목하여 “누구든지 公務員의 不法行

15) 朴均省, “프랑스 行政法上の 行政上 損害填補責任의 根據”, 月刊考試 1990년 4월號, 102쪽 참조.

16) 新國家責任法은 憲法裁判所に 의하여 違憲으로 判決되어 소급하여 無效가 되었다.

17) H.J. Papier, Das neue Staatshaftungsrecht, NJW 1981, 2321ff.

爲로 損害를 받은 때에는 法律이 정하는 바에 따라 國家 또는 公共團體에 그 賠償을 청구할 수 있다”라고 규정하고, 國家賠償法은 이를 받아 제1조 제1항에서 “國家 또는 公共團體의 公權力行使에 당하는 公務員이 그 職務를 행함에 있어서 故意 또는 過失로 違法하게 他人에게 損害를 가한 때에는 國家 또는 公共團體가 이를 賠償할 責任을 진다”라고 규정함과 동시에 제2항에서 “前項의 경우에 公務員에게 故意 또는 重大한 過失이 있는 때에는 國家 또는 公共團體는 그 公務員에 대하여 求償權을 갖는다”라고 규정하고 있다.

日本の 裁判例은 公務員個人的 不法行爲責任을 否定하는 것이 多數이다.¹⁸⁾ 그러나 肯定하는 裁判例도 下級審判決에서 보인다.¹⁹⁾

日本の 憲法과 國家賠償法 아래에서도 肯定說이 주장되는 것은 求償制度가 거의 機能하지 못하고 있는 것도 큰 이유 중의 하나인 것 같고, 또 住民訴訟에 의한 求償權行使에 대한 監視制度가 있지만 그 制度 자체에 일정한 限界가 있을 뿐만 아니라 그 住民訴訟이 監視機能을 제대로 하고 있지 못하고 있다는 것도 그 중의 하나가 아닐까 여겨진다. 아무튼 日本은 그 憲法에서 우리 憲法 제29조 제1항 단서와 같은 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 公務員個人的 不法行爲責任을 肯定하는 判決이 행하여지거나 學說²⁰⁾이 有力하게 주장되고 있는 것은 주목할 만하다.

IV. 憲法 제29조와 國家賠償法 제2조의 변천

1. 憲法 제29조의 변천

現行憲法 제29조에 해당하는 制憲憲法 제27조는 公務員의 지위와 책임이라는 제목으로 “公務員은 主權을 가진 國民의 受託者이며 언제든지 國民에 대하여 責任을 진다. 國民은 不法行爲를 한 公務員의 罷免을 請願할 權利가 있다. 公務員의 職務上 不法行爲로 因하여 損害를 받은 者는 國家 또는 公共團體에 대하여 賠償을 請求할 수 있다. 但 公務員自身の 民事上이나 刑事上の 責任이 免除되는 것은 아니다”라고 규정하고 있었다. 1962년 憲法 제26조에서는 위 규정이 “公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 國家 또는 公共團體에 賠償을 청구할 수 있다. 그러나, 公務員 자신의 책임은 免除되지 아니한다”로 개정되었다. 1972년 憲法에서는 “① 公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 賠償을 청구할 수 있다. 그러나, 公務員 자신의 責任은 免除되지 아니한다. ② 軍人·軍屬·警察公務員 기타 法律이 정한 자가 戰鬪·訓練 등 職務執行과 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律이 정한 補償 이외에 國家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

18) 最判 昭 30. 4. 19 民集 9卷 5號 534項, 同 昭 47. 3. 21. 判時 666號 50項, 同 昭 53. 10. 20. 判時 906號 3項 參照.

19) 東京地判 昭 46. 10. 11. 判時 644號 50項, 福岡地久留米地判 昭 53. 1. 27. 判時 896號 50項 參照.

20) 芝池義一, “公權力的 行使와 國家賠償責任”, 杉村敏正 編, 行政救濟法 2, 1991, 136項 參照.

수 없다”로 다시 개정되었다. 1980년 憲法 제28조에서는 1972년 憲法 제26조 중 “國家 또는 公共團體에 賠償을 청구할 수 있다”를 “정당한 賠償”으로 하는 외에 약간의 자구 수정을 가하였다. 現行憲法 제29조에서는 “그러나, 公務員 자신의 責任은 免責되지 아니한다”가 “이 경우 公務員 자신의 責任은 免責되지 아니한다”로 개정된 것 외에는 1980년 憲法 제28조와 대체로 같다.

2. 國家賠償法 제2조의 변천

1951년 9월 8일 法律 제231호로 제정된 國家賠償法 제2조는 “公務員이 그 職務를 행함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 加하였을 때에는 國家 또는 公共團體는 그 損害를 賠償할 責任이 있다. 前項의 경우에 公務員에게 故意 또는 重大한 過失이 있을 때에는 國家 또는 公共團體는 그 公務員에게 求償할 수 있다”라고 규정하였다. 1967년 3월 3일 法律 제1899호로 전면 개정된 國家賠償法 제2조는 “① 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하였을 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 損害를 賠償하여야 한다. 다만, 軍人 또는 軍屬이 戰鬥·訓練 기타 職務執行 중에서 발생하였거나 國軍의 目的上 사용하는 陣地·營內·航空機 기타 運搬機具 안에서 발생한 戰死·殉職 또는 公傷으로 인하여 다른 法令의 規定에 의하여 災害補償金 또는 遺族一時金이나 遺族年金 등을 支給받을 수 있을 때에는 이 法 및 民法의 規定에 의한 損害賠償을 청구할 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 있다”라고 규정하였다. 1973년 2월 5일 法律 제2459호로 國家賠償法 제2조 제1항 단서의 개정이 있었다. 1980년 1월 4일 法律 제3235호로 國家賠償法 제2조는 “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 타인에게 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 戰鬥·訓練 기타 職務執行과 관련하여 國防 또는 치안유지의 目的上 사용하는 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 본인 또는 그 遺族이 다른 法令의 規定에 의하여 災害賠償金·遺族年金·傷痍年金 등의 賠償을 支給받을 수 있을 때에는 이 法 및 民法의 規定에 의한 損害賠償을 청구할 수 없다. ② 제1항 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 있다”로 改正되었으며, 1981년 12월 17일 法律 제3464호로 제2조 제1항 본문 중 “그 損害를 賠償하여야 한다”가 “이 法에 의하여 그 損害를 賠償하여야 한다”로, 同項 但書 중 “軍屬”이 “軍務員”으로 개정되어 오늘에 이르고 있다.

V. 國家賠償制度的 機能

國家賠償法이 갖는 機能이 무엇보다 損害補填機能에 있음은 말할 나위가 없다. 그러나 損害補填機能에만 한정되는 것은 아니고, 동시에 違法抑制機能에도 있음(어느 機能이 더 중요한 機能인 가는 차치하고라도)은 부인할 수 없다.

그 이유는 첫째로 우리 憲法 제29조 제1항 단서의 규정과 그 沿革에서 이를 推論할 수 있다고 생각한다. 우선 이미 각국의 상황에서 본 바와 같이 우리 憲法 제29조 제1항 단서와 같은 규정을 둔 憲法은 어느 國家에도 없다. 따라서 이것은 公務員의 責任을 직접 추궁함으로써 國家 등의 違法行爲를 억제하겠다는 강한 의지의 표현으로 보아야 한다. 이것은 憲法 제29조 제1항 단서를 소급하여 制憲憲法과 비교하여 보면 더욱 명백해진다. 制憲憲法 제27조의 규정은 위의 憲法 제29조의 변천에서 이미 보았다. 制憲憲法을 기초한 俞鎮午 선생에 의하면, 國會憲法起草委員會에 提出한 자신의 憲法草案을 놓고 申翼熙氏主導下의 行政研究會 멤버들과 協議하여 作成한 案이라는 것인데,²¹⁾ 俞鎮午 선생이 司法部法典編纂委員會에 提出한 憲法草案 제26조는 制憲憲法 제27조와 동일하고(“언제든지”만 빠져 있음), 行政委員會가 작성한 憲法草案 제68조는 “公務員이 違法으로 國民의 自由 또는 權利를 침해한 경우에는 法令에 의하여 懲戒를 받는 刑事 及 民事의 責任을 負擔. 被害國民은 其損害에 대하여 法律의 정한 바에 의하여 國家에 賠償을 請求함을 得함”²²⁾으로 규정되어 있었다. 이로써 알 수 있는 바와 같이 憲法 제29조 제1항 단서가 원래 不法行爲를 행한 公務員에 대한 非難 내지 制裁의 意圖가 있었음을 주지할 수 있다.

둘째로 미국의 國家賠償制度가 여러 立法政策이 제안되고 있음에도 불구하고 실현되지 못하고 있는 이유 중의 하나가 현재의 상황에서 公務員에 대한 賠償請求를 제한한다면 違法行爲의 抑制機能이 현저히 減退한다는 批判이 강하기 때문이라는 것을 이미 上述한 바와 같다.²³⁾

셋째로 이미 上述한 바와 같이 오늘날 프랑스의 學說의 새로운 경향도 國家의 過失責任을 損害補填制度일 뿐만 아니라 行政에 대한 規範의 내지 懲戒의 機能을 갖는 制度로 이해하고 있다는 점이 이를 뒷받침한다.

넷째로 독일이 최근 國家賠償의 파악을 統一賠償理論에서 오히려 行政爭訟과 마찬가지로 違法을 抑制하려는 이른바 法治國家의 復之手段으로 파악하려는 이른바 法治國家의 國家責任論의 등장(Hass, Luhmann)이 비록 독일의 특수한 사정이 반영되어 있음을 심분 감안하더라도, 이를 뒷받침한다.

21) 俞鎮午, 憲法起草回顧錄, 1980, 附·IV 參照.

22) 俞鎮午, 上揭書, 附·III 參照.

23) 미국의 1980년의 Carlson v. Green 判決에서는 公務員個人에 대한 損害賠償請求는 合衆國에 대한 損害賠償請求보다 違法行爲를 抑制하는 效果과 크다는 점이 지적되고 있다. 446 U.S. 14. 21(1980) 참조.

다섯째로 日本에서도 이러한 주장을 하는 사람이 적지 않다는 점이다. 예컨대 原野翹 교수 같은 사람은 “國家賠償法이 갖는 기능 중 중시할 것은 오히려 救濟를 통하여 행하여져야 할 違法行爲에의 非難・制裁機能이다”라고 말하고 있다.²⁴⁾

VI. 대법 1996년 2월 12일 선고 95 다 38677 전원합의체 판결

1. 事件概要 및 顛末

공군 방포사 제2여단 제277대대 운전병으로 근무하던 피고는 대대지휘관의 인솔하에 대대소속 군인들을 태우고 공군 제38전대 견학을 가기 위하여 대대소속 공 13-7022호 군용버스를 운전하여 가다가 1991년 7월 29일 11시경 충남 서천국 마서면 송내리 소재 21번지 국도상 철길 건널목 부근 편도 1차선을 서천방면에서 군사방면으로 시속 50킬로미터의 속력으로 진행하게 되었는데, 그곳 전방에는 철길건널목이 설치되어 있으므로 이러한 경우 피고로서는 버스의 속력을 줄이고 전방을 잘 살펴 진로의 안전함을 확인하고 진행하여 사고를 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리한 채 그대로 진행한 과실로 신호대기중이던 8820-1호 군용 쫘차가 정지하고 있는 것을 약 6미터 전방에서 뒤늦게 발견하고 급제동 조치를 취하였으나 미치지 못하여 쫘차의 뒷부분을 들이받아 그 충격으로 쫘차로 하여금 쫘차 앞으로 끼어 들어 서 행하던 충남 7 마 9000호 봉고트럭 뒷부분을 들이받고 이어서 때마침 그곳을 운행중이던 장항발 서울행 420호 통일호 열차와 충돌하게 하여 쫘차에 탑승한 대대지휘관을 즉사케 하였다. 이에 망인의 처와 아들들이 피고에 대하여 피고의 과실로 인한 불법행위로 인하여 손해를 입었음을 청구원으로 손해배상을 청구하였다. 제1심 법원(서울지방법원 북부지원 1995년 5월 21일 선고 94 가합 13163 판결)과 제2심 법원(서울고등법원 1995년 7월 28일 선고 95 나 21817 판결)은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 사람은 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 이 경우에 공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있을 뿐, 피해자가 공무원 개인을 상대로 직접 손해배상을 청구할 수 없다는 이유로 각각 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고들은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 입은 피해자는 국가 또는 지방자치단체에 대해서만 배상을 청구할 수 있는 것인가, 그렇지 않으면 국가, 지방자치단체와 공무원 개인의 양쪽에 대하여 선택적으로 청구할 수 있는가에 관하여는 전해가 갈리고 있다고 전제한 후, 우리 헌법은 불법행위를 한 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”라고 규정하고 있고, 여기의 공무원의 책임은 아무런 제한이 없으므로 국가 또는 공공단체에 대한 구상책임뿐만 아니라 피해자에 대한 책임을 모두 의미하는 것으로 해석되어야 하며 더구나 헌법소정의 배상청구권은 피해자의 구제를 목적으로 규정한 것인

24) 原野翹, “現代國家와 國家賠償法의 意義”, 自由와 正義, 第35卷 第11號 4項 以下 參照.

데 헌법의 명문규정이 없는 데도 불구하고 피해자의 배상청구 상대방의 선택을 제한하는 해석을 하는 것은 부당하다는 이유로 상고를 제기하였다.

2. 大法院判決의 要旨

(1) 다수의견

우리 헌법 제29조 제1항 단서 규정은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 또는 공공단체(이하 “국가 등”이라 한다)가 부담하는 국가배상책임과 공무원 개인의 불법행위책임은 별개라는 전제하에 국가 등이 국가배상책임을 지는 경우에도 이를 이유로 불법행위를 한 공무원 개인의 책임이 면제되지 아니함을 명백히 한 것이라고 할 것이다. 그리고 위에서 면제되지 아니하는 공무원 개인의 책임에는 민사상, 형사상의 책임이나 국가 등의 기관 내부에서의 징계책임 등 모든 법률상의 책임이 포함된다고 할 것이고 여기에서 특별히 민사상의 불법행위책임이 당연히 제외된다고 보아야 할 아무런 근거가 없다고 할 것이다.

이와 같이 헌법 제29조 1항 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. 원래 국가 등은 그의 기관의 지위에서는 공무원을 통하여 행위를 하며 공무원이 그 직무상 한 행위의 효과는 국가 등에 귀속되지만, 공무원이 직무수행중 위법행위를 저질러 타인에게 손해를 입힌 경우에도 그 효과(즉 배상책임)가 당연히 국가 등에게 귀속될 것인지가 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 것이 국가배상법이라고 할 것이다. 그런데 이 경우에 위법행위를 한 공무원 개인의 책임문제는 국가배상책임과는 또 다른 문제로서 현대에는 사회가 발전함에 따라 공무원이 취급하는 사무가 다양하고 복잡하며 광범위하여 공무원의 직무상의 사소한 잘못으로라도 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 공무조치를 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 기대할 수 없기 때문에 공무원이 위법행위를 저지를 가능성이 커지는 부작용이 있을 수 있는 것이

다. 그리고 국가배상책임과 공무원 개인책임을 책임의 귀속주체의 측면에서 보면 각각 별개의 것이지만 피해자인 국민의 권리구제라는 측면에서 보면 상호보완적이라고 할 것이다. 이렇게 보면 공무원 개인의 책임범위를 정하는 문제는 피해자 구제뿐만 아니라 공무원의 위법행위에 대한 억제·안정된 공무수행의 보장, 재정안정 등 서로 상충되는 다양한 가치들을 조정하기 위하여 국가배상법상 어떠한 법적 장치를 마련할 것인가 하는 입법정책의 문제라고 할 것이다. 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. 위와 같은 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 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 위와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로써 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. 만일 이렇게 해석하지 아니하고 국가배상법 제2조 제2항을 공무원의 국가 등에 대한 구상책임에 관한 것일 뿐 공무원 개인의 피해자에 대한

책임과는 전혀 무관하다고 하면서 공무원이 직무상의 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에도 공무원 개인의 피해자에 대한 손해배상책임을 부담하여야 한다고 해석한다면, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상책임을 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 입법의의도도 실현할 수 없게 되므로 이러한 해석은 타당하다고 할 수 없다. 이와는 달리 국민에게 봉사하여야 할 공무원이 고의나 중대한 과실로 국민에게 손해를 끼친 경우에도 공무원 개인이 아무런 배상책임을 지지 아니한다는 해석을 취한다면 공무원의 직무를 빙자한 불법행위를 감시·억제할 수 없고 아무런 합리적 이유 없이 공무원을 과잉보호하는 부당한 결과를 초래할 우려가 있다. 그러므로 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 경과실 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이라고 할 것이다. 그리고 이와 같이 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 앞에서 본 바와 같이 공무원수행의 안정성이란 공공의 이익을 위한 것이라는 점과 공무원 개인책임이 인정되지 아니하더라도 충분한 자력이 있는 국가에 의한 배상책임이 인정되고 국가배상책임의 인정요건도 민법상 사용자책임에 비하여 완화되고 있는 점 등에 비추어 볼 때 헌법 제37조 제2항이 허용되는 기본권 제한범위에 속하는 것이라고 할 것이다. 나아가 이러한 법리는 피해자가 헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서 소정의 공무원으로서 위 단서조항에 의하여 법률에 정해진 보상 외에는 국가배상법에 의한 배상을 청구할 수 없는 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 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 이어받아 이를 구체화하고 있지만 이는 군인 등이 전투·훈련 등과 관련하여 받는 손해에 한하여는 국가의 손해배상을 인정하지 아니하고 법률이 정한 보상만을 인정함이 타당하다는 헌법상 결단에 의한 것이기 때문이다.

(2) 별개의견

다수의견이 우리 헌법 제29조 제1항의 단서규정을 직무상 不法行爲를 한 공무원 개인의 책임이 면제되지 아니함을 명백히 한 것이라고 전제하 다음 그 면제되지 아니하는 공무원의 개인 책임에는 민사상·형사상 책임이 포함된다고 할 것이고 특별히 민사상의 불법행위 책임이 제외되어야 할 아무런 근거가 없다고 풀이한 데 대하여 전적으로 동의하는 바이다. 그러나 다수의견이 위와 같이 헌법 제29조 제1항 단서의 규정을 지극히 올바르게 해석하면서도 한편으로는 위 헌법조항의 단서는 직무상 불법행위를 한 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다고 한 다음 공무원 개인책임 범위의 문제는 입법정책의 문제인데 이 점에 관하여 국가배상법에 직접적으로 규정한 조항은 없다고 하면서 국가배상법 제2조 제2항이 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 국가 또는 공공단체의 공무원에 대한 구상권을 인정하고, 경과실의 경우에는 이를 인정하지 아니한 그 입법취지를 근거로 경과실로 인한 불법행위 책임을 헌법 제29조 제1항의 단서에서 정한 공무원 자신의 책임에서 제외하는 해석에는 동의할 수 없다. 위와 같은 해석은 반대의견도 적절히 지적하는 바와 같이 헌법 제29조 제1항의 명문규정에 대한 헌법해석의 정도를 벗어난 것이라고 여겨지기 때문이다. 우선 위 헌법조항의 단서가 공무원 개인의 구체적 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기 어렵다고 하는 다수의견의 견해에 의문이 있다. 위 헌법조항 단서의 공무원 개인책임은 그 본문과 연관하여 보면 이는 직무상 불법행위를 한 그 공무원 개인의 불법행위 책임임이 분명하며 여기에서 말하는 불법행위의 개념은 법적인 일반개념으로서 그것은 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 것을 의미하고 이때의 과실을 중과실과 경과실을 구별하지 않는다는 일반론에 의문을 제기할 여지가 없어 보인다. 우리의 법체제하에서의 “과실”개념은 일반적으로 “중과실”과 “경과실”을 포함하는 개념이고 양자를 구별할 필요가 있는 경우에는 예컨대 국가배상법 제2조 제2항이나 실화책임에 관한 법률 또는 형벌법규에서와 같이 “중과실”이라고 특별히 규정하여 이를 구별짓고 있다. 그러므로 위 헌법조항 본문에서 말하는 불법행위를 민법 제756조의 불법행위 개념과 달리 볼 아무런 이유가 없고 위 헌법조항 단서의 책임 또한 그러한 불법행위 책임에 다름 아닌 것이다. 이와 같이 본다면 위 헌법조항 단서의 공무원 개인책임의 범위를 더 이상 구체적으로 규정할 필요는 없는 것으로 생각된다. 국가배상법 제2조 제2항의 입법취지가 공무원의 직무집행의 안정성 내지 효율성의 확보에 있음은 의문이 없는 바이나 위 법 조항은 어디까지나 국가 등과 공무원 사이의 대내적 구상관계만을 규정함으로써, 즉 경과실의 경우에는 공무원에 대한 구상책임을 면제하는 것만으로써 공무원집행의 안정성을 확보하려는 것이고 대외적 관계, 즉 피해자(국민)와 불법행위자(공무원) 본인 사이의 책임관계를 규율하는 취지로 볼 수는 없다. 그것은 국가배상법의 목적이 그 제1조가 밝히고 있는 바와 같이 국가 등의 손해배상책임과 그 배상절차 즉 국가 등과 피해자인 국민간의 관계를 규정함에 있고 가해자

인 공무원과 피해자인 국민간의 관계를 규정함에 있는 것이 아닌 점에 비추어 보아도 명백하다.

(3) 반대의견

다수의견과 별개의견은 헌법 제29조 제1항 단서가 직무상 불법행위를 한 공무원 개인의 손해배상책임이 면제되지 아니함을 명백히 한 것이라고 해석하고 있다. 그러나 헌법 제29조 제1항 단서의 규정은 단순히 “책임”이라고 하였을 뿐 “민사책임” 내지 “배상책임”이라고 명시하지 아니하였을 뿐만 아니라, 헌법 제7조 제1항에서 공무원의 국민에 대한 책임을 규정하고 있다는 점에 비추어 보면, 헌법 제29조 제1항 단서에서 규정하고 있는 “책임”이 민사상의 손해배상책임을 포함하고 있다는 것이 법문상 명백하다고 단정할 수는 없다. 특히 공무원이 직무상 불법행위를 한 경우 만약 그 가해공무원이 국가 또는 공공단체의 대표기관인 지위에 있다면 그 위법행위는 곧 국가 또는 공공단체의 행위로 되어 국가 또는 공공단체만이 자기의 행위에 대한 책임으로서 배상책임을 부담하게 되므로 가해공무원 개인은 그의 배상책임을 적극적으로 인정하는 별도의 특별규정이 없는 이상 손해배상책임을 부담하지 않게 될 것이고, 나아가 변제자력이 충분한 국가 또는 공공단체가 배상책임을 부담하는 이상 피해자의 보호를 위하여 공무원 개인에게 중첩적으로 손해배상책임을 부담시킬 필요도 없다. 한편 앞의 경우와는 달리 가해행위를 한 공무원이 국가 등의 대표기관인 지위에 있지 아니한 때에는 헌법 제29조 제1항 및 국가배상법 제2조 제1항의 규정에 의한 국가 또는 공공단체의 배상책임은 결국 민법상의 사용자책임에서와 같이 타인의 행위에 대한 책임을 규정한 것인데 그럼에도 불구하고 국가 또는 공공단체는 공무원을 선임·감독함에 있어 과실이 없다는 것을 입증하여 그 책임을 면할 수도 없는 바, 이와 같이 헌법 제29조 제1항 및 국가배상법 제2조 제1항의 규정이 공무원의 직무상 불법행위에 대하여 자기의 행위에 대한 책임에서와 같이 국가 또는 공공단체의 무조건적인 배상책임을 규정한 것은 오로지 변제자력이 충분한 국가 또는 공공단체로 하여금 배상하게 함으로써 피해자구제에 만전을 기한다는 것에 그치는 것이 아니라, 더 나아가 국민 전체에 대한 봉사자인 공무원들로 하여금 보다 적극적이고 능동적으로 공무를 수행하게 하기 위하여 공무원 개인의 배상책임을 면제한다는 것에 초점이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 다수의견이나 별개의견은 직무상 불법행위를 한 공무원 개인으로 하여금 손해배상책임을 부담하게 함으로써 위법행위가 억제될 수 있다는 점을 강조하고 있으나, 손해배상제도는 본질적으로 손해의 전보에 그 의의가 있는 것으로서 불법행위의 억제는 배상책임의 이행에 따른 부수적인 기능에 불과하므로 공무원집행의 적법성을 확보한다는 명목으로 공무원 개인의 손해배상책임을 긍정할 것은 아니며, 공무원에 대하여 징계 등에 의한 내부적 감독이 제도화되어 있는 터에 공무원집행의 적법성을 확보하기 위하여 다시 공무원 개인의 손해배상책임을 인정하는 것이 반드시 필요한 것이라고 할 수도 없다. 오히려 다수의견이나 별개의견과 같이 직무상 불법행위를 한 공무원 개인이 피해자에 대한

여 손해배상책임을 부담하게 된다면 공무원들의 직무의욕을 저하시켜 행정사무가 정체되는 것을 방지하기 어려울 뿐만 아니라, 그 외에도 사적인 감정이나 불순한 동기에서 비롯된 불필요한 소송을 유발시켜 소송을 제기당한 공무원으로 하여금 공무에 전념할 수 없게 하는 등 그로 인한 피해만이 다대할 것임은 말할 나위도 없다. 따라서 헌법 제29조 제1항 단서의 규정은 직무상 불법행위를 한 공무원 개인의 손해배상 책임이 면제되지 아니한다는 것을 규정한 것으로 볼 수는 없고 이는 다만 직무상 불법행위를 한 공무원의 국가 또는 공공단체에 대한 내부적 책임 등이 면제되지 아니한다는 취지를 규정한 것으로 보아야 할 것이다.

VII. 判決의 檢討

필자는 이미 발표한 「公務員個人的 不法行爲責任」이라는 글²⁵⁾에서 필자의 견해를 밝힌 바 있고, 필자의 견해와 대법 1996년 2월 12일 선고 95 다 38677 전원합의체 판결의 다수의견과 일치하고 있으므로 여기서는 同判決의 별개의견과 반대의견에 대하여만 간단하게 검토해 보기로 한다.

1. 반대의견에 대한 검토

먼저 논의의 편의를 위하여 반대의견에 대하여 검토하여 보기로 한다. 반대의견은 이미 위에서 본 바와 같이 헌법 제29조 제1항 단서의 규정이 민사책임이라고 하지 아니하고 책임이라고만 하고 있다는 점과 국가배상제도의 기능이 損害補填機能에 있다는 점으로 요약할 수 있다. 전자에 대하여는 이미 위에서 밝힌 바와 같이 우리 憲法 제29조의 연혁에서 보아 民事責任이 責任 속에 포함되어 있다고 보아야 하며, 후자에 대하여는 國家賠償制度의 機能에서 이미 본 바와 같이 우리 憲法 제29조는 國家賠償制度가 비단 損害補填機能뿐만 아니라 違法行爲抑制機能도 갖고 있음을 명백히 하고 있다는 점에서 설득력이 없다.

생각건대, 國家賠償責任을 어떻게 構成할 것인가는 被害者의 救濟뿐만 아니라 違法行爲의 抑制, 公務의 適正執行의 擔保, 財政安定 등 다양한 價値를 고려하지 않으면 아니 된다. 이들 價値는 서로 상충관계에 있다. 이들 價値를 어떻게 調整하여 國家賠償責任을 構成하는가는 그 社會가 어느 目的을 어느 정도 重要視하는가의 價値判斷에 매여 있다. 따라서 建國初期에는 公務員의 恣意를 견제하여 진정한 國民全體의 봉사자로서의 자세를 견지케 하기 위하여 公務員에 대한 外部責任을 지을 필요가 있었지만 지금은 社會의 狀況이 변화해서 그런 필요가 없어졌으므로 賠償責任을 行政主體에 대해서만 지우는 國家賠償責任을 構成할 수도 있다. 그러나 그러기 위하여는 憲法 제29조 제1항 단서를 삭제하는 憲法改正이 先行되어야 한다고 생각한다. 왜냐하면 현재의 우리나라의 國家賠償責任의 構成에 있어서 어느 價値判斷이 重視되었는가의 判斷

25) 註 2)의 글.

은 第1次的으로 憲法의 規定에 依하여야 할 것이기 때문이다.

2. 별개의견에 대한 검토

별개의견의 근거의 요점을 헌법 제29조 제1항 단서가 責任이라고 한 것은 不法行爲責任이고 그 속에는 고의·과실이 모두 포함되며, 國家賠償法 제2조 제2항의 입법취지가 內部責任을 규정한 것이라는 점에 있다. 그러나 다수의견의 견해와 같이 헌법 제29조 제1항 단서가 공무원 자신의 민사상·형사상 책임이나 징계책임 등이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이지, 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 확정적으로 규정한 것인가는 의문이다. 憲法 제29조의 公務員 자신의 責任에는 內部責任과 外部責任을 모두 포함하는 것인바, 公務員의 外部責任이 違法한 職務執行을 방지하고 그 適正性을 담보하려는 것이고, 公務員의 內部責任인 求償權制度를 補完하는 기능을 하고 있으므로, 內部責任인 求償權의 要件이 고의 또는 중대한 과실임에 비추어, 公務員의 外部責任의 要件도 故意 또는 重過失의 경우에 한하도록 해석하는 것이 온당하지 않을까 생각한다. 立法論적으로는 憲法의 정신과 國家賠償法 제2조 제2항과의 조화를 위하여 公務員에 대한 직접적인 賠償請求의 경우에는 公務員의 故意 또는 重大한 過失의 경우에 한하도록 民法을 改正하는 것이 바람직하다.

參 考 文 獻

- 金道稔, 「一般行政法論(上)」 서울: 청운사, 1993.
 權寧星, 「憲法學原論」 서울: 법문사, 1996.
 尹世昌, 「行政法(上)」 서울: 박영사, 1981.
 李尙圭, 「新行政法論(上)」 서울: 법문사, 1995.
 許 營, 「韓國憲法論」 서울: 박영사, 1994.
 金哲洙, 「憲法學概論」 서울: 박영사, 1994.
 文鴻柱, 「韓國憲法」 서울: 해암사, 1987.
 俞鎮午, 「憲法解義」 1953.
 ———, 「憲法起草回顧錄」, 1980.
 丘秉朔, 「憲法學 I」 서울: 박영사, 1981.
 韓國行政科學研究所, 「行政判例集(上)(下)」.
 朴均省, 「프랑스 行政法上的 行政上 損害填補責任의 根據」 서울: 월간고시, 1990년 4월호.
 H.J. Papier, 「Das neue Staatshaftungsrecht」 NJW 1981.
 芝池義一, 「公權力의 行使와 國家賠償責任」 杉村敏正編 行政救濟法 2, 1991.
 原野翹, 「現代國家와 國家賠償法의 意義」 自由와 正義, 第35卷 第11號.

SUMMARY

Tort Liability of Public Officers

Chul-Yong Kim

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

The injured can demand compensation of the Nation in a foundation of the National Compensation Law, in case that a civil servants on performing their function do harm to another person by violation of laws and ordinances in intention or negligence.

In such a case, Could not the injured demand compensation of a deeder, a civil servant?

This dissertation treats the problem.

In this dissertation, with making observation a theory and a judicial precedent, examining legalization examples of other nation, considering a differentia of the positive law and a foreign country. This dissertation reaches a consent conclusion of R.O.K. Sup.Ct. Sent. 95. 다, 38677(Feb. 12, 1996).