

국가배상법 제2조의 성립요건에 비추어 본 대법원 판결의 타당성

- 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다5570 판례 평석을 중심으로 -

이 희 훈*

목 차

- | | |
|---|---|
| I. 서론 | V. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 고의 또는 과실의 요건에 해당하는지에 대한 검토 |
| II. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 공무원의 요건에 해당하는지에 대한 검토 | VI. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 법령에 위반의 요건에 해당하는지에 대한 검토 |
| III. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무의 요건에 해당하는지에 대한 검토 | VII. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 타인에게 손해의 발생과 상당인과관계의 요건에 해당하는지에 대한 검토 |
| IV. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무를 집행함에 당하여의 요건에 해당하는지에 대한 검토 | VIII. 결론 |
| | IX. 여론(餘論) - 본 판결과 동일한 취지의 대법원 판례들의 고찰 |

I. 서론

성명을 알 수 없는 소외인이 허무인 국화정 및 한복순의 각 개인별주민등록표와 국화정을 세대주로, 한복순을 그의 처로 한 세대별 주민등록표를 각각 위조한 다음, 1988년 11월 19일에 마치 대전 용전동장이 보내는 것처럼 가장하여 등기우편으로 피고 산하 사직동장 앞으로 우송하였

* 선문대학교 법학과 교수, 법학박사

고, 사직동사무소에서 주민등록업무를 담당하고 있던 공무원인 소외 이향숙은 위 각 주민등록표를 접수함에 있어서 업무처리지침에 어긋나게 작성된 부분이 적지 않아 정상적으로 작성된 것으로 보기에 의심할 만한 여지가 많았음에도 불구하고, 이를 간과하고 전거주지에 확인하여 보는 등의 아무런 조치를 취하지 아니한 채 이를 접수하여 처리하였다. 그 후 위 성명불상인은 국화정 본인 또는 그 대리인으로 행세하며 1988년 11월 24일경 국화정이 서울 종로구 사직동 140번지(1통9반)로 전입한다는 내용의 전입신고서를 작성하여 사직동 제1통장인 이용선의 경유인을 받아 그 다음날 사직동사무소에 접수시킴으로써 전입신고를 마쳤는바, 사직동 제1통장인 이용선은 전입신고서에 국화정이 실제로 전입하여 왔는지의 여부 등을 전혀 확인하여 봄이 없이 국화정의 대리인이라는 위 성명불상인의 말만 믿고 경유인을 찍어 주어 국화정이 현재 서울 종로구 사직동 140번지에 거주하고 있다는 내용의 주민등록표와 그에 딸린 인감대장이 사직동 동사무소에 비치되자, 위 성명불상인은 국화정 본인으로 행세하며 국화정의 주민등록표등본과 인감증명서를 발급 받아 등기부상 국화정 명의로 소유자표시가 되어 있는 이 사건 토지가 자신의 소유라고 하면서 1988년 12월 22일 소외 김준길이 동아제분주식회사와 소맥분 대리점계약을 체결할 때 김준길이 원고에 대하여 부담하게 될 물품대금 채무의 담보로 사직동사무소로부터 발급 받은 주민등록표등본과 인감증명서를 이용하여 위 국화정 소유의 토지에 관하여 동아제분주식회사의 명의로 채권최고액을 금 5억원으로 한 근저당권설정등기와 존속기간을 30년으로 한 지상권설정등기를 경료하여 주었다.

그 후 김준길은 1989년 1월말 이래 행방을 감추었고 위 토지의 실제의 소유자인 소외 국화정이 1989년 1월 31일 원고를 상대로 서울민사지방법원 89가합4203호로 위 각 등기의 말소를 청구하는 소송을 제기하여 1989년 5월 11일 국화정 승소의 판결이 선고되어 동아제분주식회사 명의의 등기가 1989년 6월 17일에 말소되게 되었다. 이에 원고가 위 근저당

설정등기가 무효임이 밝혀져 물품대금을 사실상 회수할 수 없게 된 손해를 입게 된 것은 주로 위 성명불상인의 기망행위에 기인한 것이기는 하지만, 그 밖에 피고 소속 공무원인 소외 이향숙과 이용선의 잘못으로 인한 국가배상법 제2조에 따른 손해배상책임이 피고에게 있다하여 피고를 상대로 손해배상소송을 청구하여 승소하자, 이에 피고 서울특별시 종로구는 불복 상고하였는바, 대법원은 이에 대해 다음과 같은 두 가지 사유로 상고를 기각하였다.

첫째, 국가배상법 제2조 제1항 본문¹⁾의 “공무원”이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는바, 서울특별시 종로구 통·반 설치조례 제5조 제1항과 제2항²⁾과 동 조례 제7조 제1항 제3호³⁾에 의하면 통장은 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉하고 동장의 감독을 받아 주민의 거주·이동상황 파악 등의 임무를 수행하도록 규정되어 있고, 주민등록법 제14조⁴⁾와 동법 시행령 제7조 제2항⁵⁾ 등에 의하면 주민등록 전입신고를

1) 이 판결 당시 국가배상법 제2조 제1항 본문에서는 “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 그 손해를 배상하여야 한다.”라고 규정하였다.

2) 이 판결 당시 서울특별시 종로구 통·반 설치조례 제5조 제1항과 제2항에서는 “통에 통장과 반에 반장을 둔다. 통장은 다음 각호에 해당하는 자 중에서 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다. 1. 당해 통의 관할구역 내에 거주하는 주민으로 덕망과 신임이 있는 60세 이하의 민방위대에 편성된 활동적인 자”라고 규정하였다.

3) 이 판결 당시 서울특별시 종로구 통·반 설치조례 제7조 제1항 제3호에서는 “통·반장은 동장의 감독을 받아 아래 임무를 수행한다. 다만, 고지서 송달에 따른 보상금 지급은 협약에 의한다. 3. 주민의 거주, 이동상황 파악과 통·반적부 관리”라고 규정하였다.

4) 이 판결 당시 주민등록법 제14조 제1항에서는 “하나의 세대에 속하는 자의 전원 또는 그 일부가 거주지를 이동한 때에는 제11조 또는 제12조의 규정에 의한 신고의무자가 신거주지에 전입한 날부터 14일 이내에 신거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 전입 신고를 하여야 한다.”라고 규정하였고, 동법 제14조 제2항에서는 “신거주지의 시장

하여야 할 신고의무자가 전입신고를 할 경우에는 신고서에 관할이장(시에 있어서는 통장)의 확인인을 받아 제출하도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 보면 통장이 전입신고서에 확인인을 찍는 행위는 공무를 위탁받아 실질적으로 공무를 수행하는 것이라고 보아야 하므로, 통장은 그 업무범위 내에서는 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 판시하였다.

둘째, 동사무소 주민등록업무 담당공무원이 우송되어 온 주민등록표가 용지의 마멸 훼손상태, 정정방법, 기재내용 등이 비정상적이어서 위조의 의심이 있는데도 전주거지에 확인하여 보는 등의 조치를 취하지 아니한 채 접수한 잘못과 통장이 실전입 여부도 확인함이 없이 전입신고서에 날인하여 준 잘못으로 말미암아 동사무소에 허무인의 주민등록표와 인감대장이 비치되고, 그로 인하여 허위의 주민등록표와 인감증명서가 발급되어 무효인 부실의 근저당권설정등기를 마친 저당권자가 그 저당권의 불성립으로 손해를 입었다면 공무원의 그와 같은 직무상 과실과 그와 같은 손해 사이에는 상당인과관계가 있어 이를 믿고 물품을

·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의한 전입신고를 받은 때에는 지체 없이 전거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 전입신고서 사본을 첨부하여 주민등록표와 관련 공부의 이송요청을 하여야 한다.”라고 규정하였으며, 동법 제14조 제3항에서는 “주민등록법 제2항의 규정에 의한 이송요청을 받은 전거주지의 시장·군수 또는 구청장은 전출대상자가 세대원 전원이거나 세대주를 포함한 세대의 일부의 전출인 경우에는 개인별 및 세대별 주민등록표와 관련 공부를, 세대주를 제외한 세대의 일부의 전출인 경우에는 전출자의 개인별 주민등록표와 관련 공부를 이송요청을 받은 날부터 3일 이내에 정리하여 신거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 이송하여야 한다.”라고 규정하였다. 그리고 동법 제14조 제4항에서는 “신거주지의 시장·군수 또는 구청장은 제3항의 규정에 의하여 주민등록표와 관련 공부가 이송되어 온 때에는 제1항의 규정에 의한 전입신고서와 대조·확인한 후 지체 없이 주민등록표와 관련 공부를 정리 또는 작성하여야 한다.”라고 규정하였다.

- 5) 이 판결 당시 주민등록법시행령 제7조 제2항에서는 “시장·군수 또는 구청장은 법 제7조 제3항의 규정에 의하여 주민등록번호를 부여하고자 하는 때에는 반드시 본적확인을 하여야 한다.”라고 규정하였다.

외상판매한 피해자에 대하여 지방자치단체는 국가배상법 제2조 소정의 손해배상책임이 있다고 판시하였다.

본 판결에서 문제가 되는 것은 동사무소 주민등록업무 담당공무원인 이향숙과 종로구 사직동 통장인 이용선의 과실로 인해 허위의 주민등록표와 인감증명서가 발급되어 무효인 부실의 근거당권설정등기를 마친 원고가 그 저당권의 불성립으로 손해를 입었으므로, 이들의 행위가 국가배상⁶⁾법⁷⁾ 제2조 소정의 손해배상책임의 요건에 해당하여 피고인 서울특별시 종로구가 국가배상책임을 원고인 동아제분주식회사에게 져야 하는 것인가 하는 점이다. 따라서 이하에서는 본 사건에서의 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상의 요건에 비추어 이에 해당하는지 즉, 먼저 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 공무원의 요건에 해당하는지를 살펴본다(이하 Ⅱ). 다음으로 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무의 요건에 해당하는지를 고찰한다(이하 Ⅲ). 그리고 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무를 집행함에 당하여의 요건에 해당하는

6) 국가배상제도는 국가가 자신의 임무수행과 관련하여 위법하게 타인에게 손해를 가한 경우에 국가가 피해자에게 손해를 배상해 주는 제도로서, 이러한 제도는 법치국가에서 기본권을 존중하고 보장하기 위한 불가피한 제도라고 할 것이다. 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2009), 642쪽.

7) 우리나라 헌법 제29조는 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이를 구체화한 법률이 국가배상법이다. 이러한 국가배상법이 최초로 우리나라에 제정된 것은 1951년 9월 8일이었다. 한편 전 세계적으로 헌법적 차원에서 국가배상청구권이 최초로 규정된 것은 바이마르헌법 제131조였고, 제2차 세계대전 이후 세계 각국의 헌법들은 일반적으로 공무원의 직무상의 불법행위로 말미암아 발생한 손해에 대하여 국가나 기타의 공공단체가 배상책임을 지도록 규정하였다. 예를 들어보면 독일 기본법 제34조, 이탈리아 헌법 제28조, 일본 헌법 제17조 등이다. 김춘환, “국가배상법의 과제”, 법학논총 제5집(조선대학교 법학연구소, 1999), 105쪽; 박규하, “국가배상법상의 배상책임의 요건에 관한 연구”, 한국외국어대학교논문집 제32집(한국외국어대학교, 2000), 446쪽.

지를 검토한다(이하 IV). 또한 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 고의 또는 과실의 요건에 해당하는지를 살펴본 후(이하 V), 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 법령에 위반의 요건에 해당하는지를 고찰한다(이하 VI). 그리고 본 사건에서 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 타인에게 손해의 발생과 상당인과관계의 요건에 해당하는지를 검토하여(이하 VII), 본 사건에 대한 대법원 판결의 태도가 타당하다는 것을 결론에서 밝힌다(이하 VIII). 참고로 여론(餘論)에서는 본 사건과 동일한 취지의 전후(前後)의 대법원 판결들을 고찰한다(이하 IX).

II. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 공무원의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 공무원에 대한 의의

국가배상법 제2조상의 ‘공무원’의 개념에 대해 통설은 최광의의 공무원 개념으로 보고 있는바, 여기서 최광의의 공무원이란 국가배상법 제2조상의 공무원은 국가공무원인가, 지방공무원인가 또는 행정부 소속의 공무원인가 입법부 소속의 공무원인가 또는 사법부 소속의 공무원인가를 가리지 않고, 널리 공무를 위임·위탁받아 실질적으로 이에 종사하는 모든 사람을 포함한다는 것이다.⁸⁾ 즉, 국가배상법 제2조상의 ‘공무원’은 공무를 수행하는 공무수탁사인, 행정업무의 대행자, 행정보조자도 국가

8) 김남진/김연태, 행정법 I(법문사, 2009), 511쪽; 김도창, 일반행정법론(상)(청운사, 1970), 621쪽; 김동희, 행정법 I(박영사, 2009), 513쪽; 박규하, 앞의 논문, 453쪽; 박윤흔/정형근, 최신 행정법강의(상)(박영사, 2009), 595쪽; 홍준형, 행정구제법(한울, 2002), 100쪽.

배상법상의 공무원도 포함된다.⁹⁾ 따라서 사인이라도 공무를 위탁받아 공무를 수행하는 한 그것이 일시적인 사무일지라도 여기의 공무원에 해당한다.¹⁰⁾ 판례도 이와 같은 입장이다.¹¹⁾

설령 사인이 사법상 계약에 의하여 공무를 수행하여도 그 공무가 공법작용에 해당하면 -예를 들어, 차량견인업자가 경찰의 위탁에 의하여 불법주차차량을 견인하는 도중에 견인되는 차량에 피해를 입힌 경우- 그 사인은 국가배상법상 공무원에 해당한다고 볼 것이다.¹²⁾ 이밖에 판례는 소집중인 향토예비군대원¹³⁾, 집행관¹⁴⁾, 미군부대의 카투사¹⁵⁾, 시청소차운전수¹⁶⁾, 파출소에 근무하는 방법대원¹⁷⁾ 등을 국가배상법상 제2조의 ‘공무원’에 속한다고 판시하였다.¹⁸⁾

9) 박균성, 행정법론(상)(박영사, 2009), 651쪽.

10) 홍정선, 앞의 책, 648쪽.

11) 피고가 ‘교통할아버지 봉사활동’ 계획을 수립한 다음 관할 동장으로 하여금 ‘교통할아버지’ 봉사원을 선정하게 하여 그들에게 활동시간과 장소까지 지정해 주면서 그 활동 시간에 비례한 수당을 지급하고 그 활동에 필요한 모자, 완장 등 물품을 공급함으로써, 피고의 복지행정업무에 해당하는 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 이를 집행하게 하였다고 보아, 소외 김왕금은 ‘교통할아버지’ 활동을 하는 범위 내에서는 국가배상법 제2조에 규정된 지방자치단체의 ‘공무원’이라고 봄이 상당하다고 판단한 것은 수긍되고 거기에 법리오해 등 상고이유로 주장된 바와 같은 위법은 없다. 이에 대한 것은 대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결 참조. 이밖에 판례는 소집중인 향토예비군(대법원 1970. 5. 26. 선고 70다471 판결), 미군부대의 카투사(대법원 1969. 2. 18. 선고 68다2346 판결), 시청소차운전수(대법원 1980. 9. 24. 선고 80다1051 판결), 집행관(대법원 1966. 7. 26. 선고 66다854 판결), 통장(대법원 1991. 7. 9. 선고 91다5570 판결) 등을 공무원에 포함된다고 판시하였다.

12) 홍정선, 위의 책, 648쪽.

13) 대법원 1970. 5. 26. 선고 70다471 판결.

14) 대법원 1966. 7. 26. 선고 66다854 판결.

15) 대법원 1969. 2. 18. 선고 68다2346 판결.

16) 대법원 1980. 9. 24. 선고 80다1051 판결.

17) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90도2930 판결.

18) 이일세, “국가배상법 제2조 1항에 관한 연구 -판례를 중심으로-”, 강원법학 제8권(강원대학교 비교법학연구소, 1996), 210쪽. 그러나 대법원은 의용소방대원은 국가배

이렇듯 우리나라에서 국가배상법 제2조상 ‘공무원’의 개념을 최광의로 보는 것과 같이 독일과 일본에서도 국가배상법상 ‘공무원’의 개념을 최광의의 개념으로 보고 있다.

즉, 독일 민법 제839조 제1항에서 “공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대한 직무상의 의무를 위반한 때에는 그 제3자에 대하여 이로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.”라고 규정하여 공무원이라는 단어를 명시적으로 쓰고 있는 것에 반해 독일 기본법 제34조에서는 “공무를 집행하는 자가 자기에게 부여된 공무를 수행하던 중 제3자에게 그의 직무의무를 위반할 때에는 그가 속한 국가나 단체가 책임을 진다.”라고 규정하고 있다. 따라서 민법상 손해배상책임의 주체로서 국가법적 공무원의 개념과는 달리 독일 기본법상 국가배상책임의 주체로서의 ‘공무를 집행하는 자’는 널리 공무를 수행할 권한을 가지고 있는 자를 모두 포함하는 것으로 보는 것이 통설이다.¹⁹⁾ 따라서 독일에서도 우리나라에서와 같이 독일 기본법상 국가배상책임의 주체로서의 ‘공무를 집행하는 자’에는 협의의 공무원뿐만 아니라 독일 연방 및 란트의 장관, 독일 연방 의회의원, 시장, 지방의회의원 등과 같은 특별한 공법상의 근무관계에 있는 자 및 의용소방대원, 중재인 등과 같이 특정한 고권적 업무의 처리를 일시적으로 또는 계속적으로 위탁받아 행하는 공무수탁사인이나 행정보조인 등도 널리 포함된다고 해석되고 있다.²⁰⁾

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 공무원의 요건에 해당하는지의 여부

먼저 본 사건에서 이향숙은 동사무소 주민등록업무를 담당하는 공무

상법 제2조상의 공무원으로 보지 않았다. 대법원 1978. 7. 11. 선고 78다584 판결.
19) Fritz Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 4. Aufl.(C.H. Beck, 1991), 12쪽.

20) 이일세, “국가배상법상의 “공무원의 직무를 집행함에 당하여”에 관한 고찰(상)”, 사법행정 제38권 제5호(한국사법행정학회, 1997), 19쪽 이하.

원이므로, 국가배상법 제2조상 ‘공무원’의 요건에 당연히 해당한다.

또한 본 사건에서 이용선은 비록 지방공무원법상 공무원은 아닐지라도 서울특별시 종로구 통·반 설치조례에 의거하여 동장의 추천을 받아 구청장에 의하여 위촉되고, 매월 일정액의 수당과 연 2회의 상여금을 지급 받으며 동장의 감독 하에 주민의 거주·이동상황 파악 등의 업무를 수행하였는바, 그 업무범위 내에서는 국가배상법 제2조상 ‘공무원’의 요건에 해당한다고 할 것이다.

Ⅲ. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 직무에 대한 의의

국가배상법상 제2조의 ‘직무(행위)’²¹⁾의 범위에 대해서는 다음과 같이 크게 세 가지의 견해가 있다.

첫째, 국가배상법상 제2조의 ‘직무(행위)’는 공법상의 권력작용만을 의미한다고 보는 협의설이다.²²⁾ 이 견해는 과거 천황주권사상에 근거하여 국가무책임의 원칙이 지배하던 국가배상책임이 부인되었던 것에 대

21) 대법원은 국가배상법 제2조상 직무(행위)란 사인의 보호를 위한 직무를 뜻하며, 사회 일반의 공익만을 위한 직무는 이에 포함되지 않는다고 판시하였다. 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결; 동 2003. 2. 14. 선고 2002다62678 판결; 동 2003. 4. 25. 선고 2001다59842 판결; 동 2006. 4. 14. 선고 2003다41746 판결. 즉, 대법원은 공무원에게 일정한 의무를 부과한 법령의 규정이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것인지 아니면 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인지 여부에 따라 국가 등의 배상책임을 인정한다. 홍정선, 앞의 책, 650쪽.

22) 이종극, 신행정법(상)(서울고시학회, 1961), 516쪽.

한 반작용으로, 헌법이나 국가배상법이 공무원의 행위에 대한 국가배상 책임을 특히 인정한 의의는 바로 과거에 부인되었던 권력작용으로 인한 손해에 대해 국가의 배상책임을 인정하는 것에 있다고 한다. 그러나 현재 이 견해를 취하고 있는 학자는 없다.²³⁾ 한편 이 견해를 취했던 대법원 판례는 1969년 4월 22일 선고 68다2225 판결을 들 수 있다.

둘째, 국가배상법상 제2조의 ‘직무(행위)’는 공법상의 권력작용 및 공법상 비권력작용(관리작용)까지 포함한다고 보는 광의설이다. 이 견해는 사경제적 행정작용으로 인한 손해에 대해서는 종래부터 민사상의 책임이 인정되어 왔으나, 공행정작용, 특히 권력작용에 대해서는 국가책임이 부인되어 왔던바, 헌법 제29조 및 국가배상법은 이러한 공행정작용으로 인한 손해에 대한 국가책임을 인정한 것에 그 의의가 있다는 점과 사경제적 행정작용에 대하여 민법 제756조를 적용하게 되면 국가가 면책될 우려가 있다는 주장은 일면 타당하지만, 동 규정의 사용자책임은 피해자보호를 위한 무과실책임·위험책임·보상책임의 성질을 가진 것이므로 면책사유가 적용될 여지는 거의 없다는 점 및 같은 법률관계는 같은 법에 의하여 규율되어야 하는 것이므로, 사법에 의하여 규율되는 사경제적 행정작용의 경우에 그로 인한 손해도 사법인 민법규정에 의하여 규율되어야 한다고 보아야 할 것이라는 점, 그리고 국가배상법은 본래 국가의 공법적 작용의 배상책임을 위해 특별히 제정된 것으로 보아야 한다는 점 및 국가(지방자치단체 포함)가 사법적으로 활동을 하는 경우에는 사인과 달리 취급할 필요가 없다는 점 등을 그 논거로 한다.²⁴⁾

한편 이 견해를 취했던 대법원 판례는 1970년 7월 28일 선고 70다961 판결²⁵⁾과 대법원 1970년 11월 24일 선고 70다1148 판결²⁶⁾ 등을 들 수

23) 이일세, 앞의 논문(주 12), 210쪽.

24) 김남진/김연태, 앞의 책, 513쪽; 김도창, 앞의 책, 623쪽; 김동희, 앞의 책, 514쪽; 김춘환, 앞의 논문, 112쪽; 박규하, 앞의 논문, 454쪽; 박윤훈/정형근, 앞의 책, 596쪽; 홍정선, 앞의 책, 649쪽; 홍준형, 앞의 책, 100쪽.

25) 대법원은 본 판결에서 “국가배상법 제2조의 규정은 공무원이 국가통치권에 기인한

있다.

셋째, 국가배상법상 제2조의 ‘직무(행위)’는 권력행위와 관리행위 및 직무와 관련된 사법상의 행위까지 포함된다고 보는 최광의설이다. 이 견해는 헌법상 권력행위에 한한다는 명문의 규정이 없다는 점과 국가배상책임의 법적 성질은 사법상의 책임이므로, 사경제작용에 대해서도 국가배상법이 적용될 수 있다는 점 등을 그 논거로 한다.²⁷⁾ 한편 이 견해를 취했던 대법원 판례는 1964년 12월 15일 선고 64다1039 판결과 대법원 1967년 9월 26일 선고 67다1564 판결 및 대법원 1972년 2월 22일 선고 71다1599 판결, 그리고 대법원 1980년 9월 24일, 선고 80다1051 판결 등을 들 수 있다.

생각건대 이 견해들 중 국가배상법상 제2조의 ‘직무(행위)’는 국가의 사경제작용으로 인한 배상책임이 국가배상법 이전부터 인정되어 온 점에 비추어 볼 때 광의설이 타당하다고 할 것이며, 판례도 주로 광의설을 취하고 있다.²⁸⁾ 따라서 국가배상법 제2조상 ‘직무(행위)’에는 행정 뿐만

우월적인 의사발동으로서의 작용 또는 기타 공권력의 행사에 있어 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 다른 사람에게 손해를 끼쳤을 때 국가 또는 공공단체에게 손해배상의 책임을 지우는 규정이지 국가 또는 공공단체라 하여도 단순한 사경제의 주체로서 활동하였을 때까지 책임을 지우는 규정이 아니라 함이 본원판례로 하는 바 (대법원 1962. 2. 28. 선고 61민상898 판결, 동 1969. 4. 22. 선고 68다2226 판결 참조)원심이 피고 서울특별시가 운영하던 서울시내 전차운송사업을 사경제적인 주체로서의 활동으로 보는 전제 아래 원고들의 본소 청구를 민법상의 사용자로서의 배상을 구하는 것으로 인정하여 본건에 있어 소론 국가배상법 제9조에 따른 배상금 지급결정을 거칠 필요가 없다고 판단하였음은 정당하다.”라고 판시하였다.

26) 대법원은 본 판결에서 “국가 또는 지방자치단체라 할지라도 공권력의 행사가 아니고 순전히 대등한 지위에 있어서의 사경제의 주체로 활동하였을 경우에는 그 손해배상의 책임에 국가 배상법의 규정이 적용될 수 없고 민법규정이 적용된다.”라고 판시하였다.

27) 김철수, 헌법학신론(박영사, 2009), 936쪽; 변재욱, 행정법 강의 I(박영사, 1990), 502쪽; 이상규, 신행정법론(상)(법문사, 1997), 596쪽.

28) 국가배상법 제2조에서 말하는 공무원법 또는 지방공무원법에서 말하는 공무원의 신분을 가진 자에 한하지 않고 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 자도 포함된다고 할 것이다. 이에 대해서는 대법원 1970. 11. 24. 선고 70다1148

아니라 입법²⁹⁾ 및 사법³⁰⁾의 모든 직무를 위임한다. 다만 구체적인 경우 입법상의 불법³¹⁾이나 사법상의 불법에 대하여 배상책임을 인정하는 것은 쉽지 않다. 한편 국가배상법 제2조상 직무행위는 명령적 행위, 형성적 행위, 준법률행위적 행정행위, 사실행위, 특별행정법관계에서의 행위 등을 모두 포함한다. 그러나 통치행위는 사법적 통제의 밖에 놓이게 되므로 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.³²⁾

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무의 요건에 해당하는지의 여부

본 사건에서 이향숙의 허위의 주민등록표등본과 인감증명서 발급행위와 이용선의 국화정의 실제 전입여부의 확인 없이 전입신고서에 날인하여 준 행위는 모두 행정법상의 권력작용 중 준법률행위적 행정행위에 해당한다. 따라서 이 두 사람의 행위는 각각 국가배상법 제2조상 ‘직무(행위)’의 요건에 해당한다.

판결 참조.

29) 여기서 입법은 광의로 법률의 제정이나 개정뿐만 아니라 법규명령과 조례 등의 행정입법의 제정이나 개정도 포함된다고 할 것이다. 그리고 입법부작위로 인한 경우도 포함된다고 할 것이다. 박균성, 앞의 책, 652쪽.

30) 여기서의 사법에 국가배상책임을 인정하기 위해서는 판결의 위법성을 인정해야 함으로 확정 판결로 인한 국가배상책임을 인정은 기관력을 침해한다고 보는 것이 타당하고, 심급제도는 법관의 오류를 방지하여 정확한 재판을 하기 위해 인정된 제도임에 반하여 국가배상책임제도는 위법한 공권력 행사에 의해 국민에게 발생한 손해의 발생을 위한 제도이므로 양자는 각각 다른 목적을 가진 제도이기 때문에 심급제도를 국가배상책임을 제한근거로 보는 것은 타당하지 않다. 그리고 국가배상청구는 판결이 내려진 후에 행해지므로 국가배상책임을 인정은 법관의 독립을 직접 침해하지 않는다고 할 것이며, 판결이 상소심이나 재심에서 취소되었다는 것만으로 국가배상법상 위법이 인정되지는 않는다고 할 것이다. 박균성, 위의 책, 655쪽 이하.

31) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결.

32) 홍정선, 앞의 책, 649쪽 이하.

Ⅳ. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무를 집행함에 당하여의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 직무를 집행함에 당하여에 대한 의의

국가배상법 제2조상 ‘직무를 집행함에 당하여’란 통상 공무원이 행하는 행위인 직무집행행위뿐만 아니라 널리 객관적으로 외형상으로 그 공무원의 직무집행과 관련 있는 행위를 포함하는 외형설이 통설이다.³³⁾ 즉, 통설은 국가배상법 제2조상 ‘직무를 집행함에 당하여’는 공무원의 직무행위 자체는 물론 객관적으로 직무의 범위에 속한다고 판단되는 행위 및 직무와 밀접히 관련된 행위를 포함한다.

또한 그 판단에 있어서는 당해 행위가 실제로 공무원의 정당한 권한 내의 것인지 또는 공무원이 주관적으로 직무집행의 의사를 갖고 있는지의 여부와 관계없이 객관적으로 직무행위의 외관을 갖추고 있는지의 여부에 따라 판단해야 한다는 입장이다.³⁴⁾³⁵⁾ 판례도 통설과 같이 “국가배상법 제2조 제1항의 ‘직무를 집행함에 당하여’라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도

33) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2009), 618쪽; 김남진, 앞의 책, 517쪽; 김도창, 앞의 책, 626쪽; 김동희, 앞의 책, 519쪽; 김철수, 앞의 책, 936쪽; 박규하, 앞의 논문, 457쪽 이하; 박윤흔/정형근, 앞의 책, 600쪽; 홍정선, 앞의 책, 653쪽; 홍준형, 앞의 책, 101쪽.

34) 이일세, 앞의 논문(주 12), 216쪽.

35) 이에 대해 “직무를 집행하면서”는 국가 등의 배상책임의 범위를 정하는 책임요건의 하나이므로, 실질적 직무관련성을 기준으로 “직무를 집행하면서”를 판단하는 것이 타당하다는 즉, 외형설이 아닌 실질적 직무관련설을 주장하는 견해가 있다. 박군성, 앞의 책, 661쪽.

도 그 행위는 공무원이 ‘직무를 집행함에 당하여’한 것으로 보아야 한다.”라고 판시하였다.³⁶⁾

참고로 독일은 독일 기본법 제34조상 ‘공무를 수행하는 중’의 범위에 는 널리 모든 공법적 작용이 포함되는 것으로 해석하는 것이 통설이다.³⁷⁾

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 직무를 집행 함에 당하여의 요건에 해당하는지의 여부

먼저 본 사건에서 이향숙은 허위의 주민등록표등본과 인감증명서를

36) 대법원 1995. 4. 21. 선고 93다14240 판결. 그리고 대법원은 통설과 같이 ‘직무를 집행함에 당하여’의 요건을 외형설의 입장에서 “군용차량의 운전수가 동 차량을 운전하고 식사차 서울 시내를 배회하다가 그의 누님 집으로 가던 중 발생한 교통사고에 있어 위 차량운행행위는 외관상 군공무원의 공무수행을 위한 행위로 볼 수 있다.”라고 판시하였다. 대법원 1972. 4. 25. 선고 71다2804 판결 또한 대법원이 통설과 같이 ‘직무를 집행함에 당하여’의 요건을 외형설의 입장에서 “국가배상법 제 2조 소정의 ‘공무원이 그 직무를 집행함에 당하여’라고 함은 직무의 범위 내에 속하거나 직무와 밀접한 관련이 있는 것이라고 객관적으로 보여지는 행위를 함에 당하여라고 해석하여야 할 것인바, 미군부대 소속 선임하사관이 소속부대장의 명에 따라 공무차 예하부대로 출장을 감에 있어 부대에 공용차량이 없었던 까닭에 개인소유의 차량을 빌려 직접 운전하여 예하부대에 가서 공무를 보고나자 퇴근시간이 되어서 위 차량을 운전하여 집으로 운행하던 중 교통사고가 발생하였다면 위 선임하사관의 위 차량의 운행은 실질적, 객관적으로 그가 명령받은 위 출장명령을 수행하기 위한 직무와 밀접한 관련이 있는 것이라고 보아야 한다.”라고 판시하였다. 대법원 1988. 3. 22. 선고 87다가1163 판결 또한 대법원은 통설과 같이 “울산세관의 통관지원과에서 인사업무를 담당하면서 울산세관 공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원인 소외인이 울산세관의 다른 공무원의 공무원증 등을 위조하는 행위는 비록 그것이 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 적어도 외관상으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 직무집행으로 보여지므로 결국 소외인의 공무원증 등 위조행위는 국가배상법 제2조 제1항 소정의 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위로 인정된다.”라고 판시하여 ‘직무를 집행함에 당하여’의 요건을 외형설의 입장으로 보았다. 이밖에 이와 같은 취지의 판례로는 대법원 1966. 3. 22. 선고 66다117 판결; 동 1993. 1. 15. 선고 92다8514 판결; 동 1994. 5. 27. 선고 94다6741 판결 등.

37) Fritz Ossenbühl, 앞의 책, 25쪽.

발급하여 주었는바, 이러한 행위는 동사무소 주민등록업무를 담당하는 공무원인 이향숙이 통상 행하는 직무집행행위에 해당하므로, 국가배상법 제2조상 ‘직무를 집행함에 당하여’의 요건에 해당한다.

또한 본 사건에서 종로구 사직동의 통장인 이용선은 서울특별시 종로구 통·반 설치조례에 의거하여 동장의 추천을 받아 구청장에 의하여 위촉되고, 매월 일정액의 수당과 연 2회의 상여금을 지급 받으며 동장의 감독 하에 주민의 거주·이동상황 파악 등의 업무를 수행할 수 있는 권한이 있다. 따라서 통장인 이용선이 본 사건에서 국화정에게 전입신고서에 날인하여 준 것은 통상적으로 통장의 직무집행행위에 속하므로, 국가배상법 제2조상 ‘직무를 집행함에 당하여’의 요건에 해당한다.

V. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 고의 또는 과실의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 고의 또는 과실에 대한 의의

민법은 과실책임주의를 원칙으로 한다.³⁸⁾ 따라서 고의나 과실로 상대방에게 손해를 입힌 경우 손해배상의 책임을 인정하는바, 국가배상법도 가해공무원에게 고의 또는 과실³⁹⁾이 있으면 국가 등은 피해자에 대하여 국가배상책임을 진다.⁴⁰⁾

38) 민법 제750조에서는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있다.

39) 국가배상법상의 과실은 민법에서의 추상적 과실이론이 준용되어 구체적 과실이 아닌 추상적 과실을 뜻한다. 즉, 여기서의 ‘과실’은 특정 공무원 개인의 지식 능력과 경험의 여하에 따라 주관적으로 정하여지는 것이 아니라, 그 공무원의 직종과 지위에서 요구되는 평균적 공무원의 객관적인 주의의무위반을 뜻한다. 박규하, 앞의 논문, 459쪽.

40) 유희일, “국가배상법의 고찰”, 새올법학 제3집(대전대학교 법문화연구소, 1999), 49쪽.

여기서 ‘고의’란 자기의 행위로 인하여 어떠한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 그러한 행위를 행하는 것을 뜻하고, 과실이란 정상인의 주의를 기울였다면 자기의 행위로 인하여 어떠한 결과가 발생하리라는 것을 알 수 있었음에도 불구하고 부주의로 알지 못하고 그러한 행위를 행하는 심리상태를 뜻한다.⁴¹⁾ 즉, ‘고의’란 어떠한 위법행위의 발생가능성을 행위자가 인식하고 그 결과를 인용하는 것을 뜻하고, ‘과실’이란 행위자가 부주의로 인해 어떠한 위법한 결과를 초래하는 것을 뜻하는바, 국가배상법 제2상 공무원의 직무집행상의 ‘과실’⁴²⁾이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통(통상) 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 뜻한다.⁴³⁾

이와 관련하여 판례는 “법령에 대한 해석이 복잡·미묘하여 워낙 어렵고, 이에 대한 학설·판례조차 귀일되어 있지 않는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다.”라고 판시하였다.⁴⁴⁾ 또한 판례는 “엠 16소총 및 실탄은 인명살상용으로서 이를 가지고 탈영하는 것은 사고발생의 위험성이 있을 것으로 예견할 수 있는 점에 비추어 위 탈영병의 총기난사 행위로 인한 피해는 위 지휘관의 병력관리 소홀과 지휘관 및 위병소 근무자들의 군무집행을 함에 있어서 법령에 규정된 의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것으로 인정할 수 있다.”라고 판시하였다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

41) 이일세, 앞의 논문(주 12), 224쪽.

42) 헌법 제29조의 규정과 국가배상법 제2조에 의할 때 국가배상법은 원칙적으로 과실책임주의에 입각하고 있다고 할 것이다.

43) 홍정선, 앞의 책, 654쪽; 대법원 1997. 7. 11. 선고 97다7608 판결.

44) 대법원 1981. 8. 25. 선고 80다1598 판결.

45) 대법원 1985. 7. 9. 선고 84다카1115 판결.

46) 이와 달리 대법원이 국가배상법 제2조상 공무원의 과실이 없다고 본 판례로는 “본건

다만 국가배상법에서 가해공무원⁴⁷⁾에게 중과실이 있을 때에는 국가 등이 배상한 후 가해공무원에게 구상권을 행사하지만, 경과실이 있을 때에는 구상하지 아니함으로써 과실을 중과실과 경과실로 구분하여 공무원의 책임범위를 달리 하고 있는 점이 민법과 다르다고 하겠다. 그러나 이러한 국가배상법상 가해공무원의 중과실과 경과실의 구분은 국가 배상 후의 구상권과 관련이 있기 때문에 가해공무원에게는 중요한 의미가 있지만 피해 국민에게는 국가나 가해공무원에게나 결국 배상을 받게 되므로 별로 큰 의미는 없다고 하겠다.⁴⁸⁾

한편 국가배상법상 고의·과실의 입증책임은 피해자 측이 가해 공무원의 위법한 직무행위에 의하여 손해가 발생하였음을 입증하게 되면 가해 공무원에게 고의·과실이 있는 것으로 추정하여 피고인인 국가 측에서 반대의 입증을 통해 그러한 추정을 번복하지 못하는 한 국가배상책임을 지는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁴⁹⁾

사고는 소의 광O진이 위 부대 내 철조망부근을 이동하면서 진지막사 전면을 경계하는 동초 근무 중 밤 9시 05분경 일어난 사고이고 야간에 식별하기 어려운 교련복차림으로 군부대진지 정문을 향하여 전방 20미터 지점을 접근하여 오는 위 피해자를 발견하고 수하를 하였으나 위 피해자가 이에 응답을 하지 않고 계속 정문 앞 4미터 지점까지 걸어오므로 위 피해자를 불순분자로 오인하고 가지고 있던 엠 16소총을 발사하였다는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 위에서 본 바와 같은 상황 아래서 위 피해자를 불순분자로 오인하여 발사한 소의 광O진에게 과실이 있는 것이라고는 보기 어렵다.”라고 판시하였다. 대법원 1984. 3. 27. 선고 83다카247 판결.

47) 여기서 국가배상법 제2조상의 책임이 성립되기 위해서는 가해공무원의 특징이 필수적인가에 대해서는 누구의 행위인지가 판명되지 않더라도 손해의 발생상황으로 보아 공무원의 행위에 의한 것이 인정되면 국가는 배상책임을 지게 된다고 보는 것이 타당하다. 홍정선, 앞의 책, 656쪽.

48) 유희일, 앞의 논문, 49쪽.

49) 김남집, 행정법 기본문제(법문사, 1992), 574쪽; 김춘환, 앞의 논문, 116쪽.

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 고의 또는 과실의 요건에 해당하는지의 여부

먼저 본 사건에서 이향숙의 행위는 주민등록표 접수업무를 수행하면서 우송되어 온 국화정의 주민등록표가 용지의 마멸 훼손상태·정정방법·기재내용 등이 비정상적이어서 위조의 의심이 있음에도 불구하고 국화정이 전주거지에 확인하여 보는 등의 아무런 조치를 취하지 아니한 채 주민등록표를 접수하였으므로, 주민등록표 접수업무를 하는 공무원의 평균적 주의의무를 게을리 한 과실이 있다. 따라서 본 사건에서 이향숙의 행위는 국가배상법 제2조상 ‘고의 또는 과실’ 중 ‘과실’의 요건에 해당한다고 할 것이다.

또한 본 사건에서 통장인 이용선의 행위는 국화정의 실전입 여부도 확인함이 없이 전입신고서에 날인하여 주어 통장 공무원의 평균적 주의의무를 행하지 않은 과실이 있다. 따라서 본 사건에서 이용선의 행위는 국가배상법 제2조상 ‘고의 또는 과실’ 중 ‘과실’의 요건에 해당한다고 할 것이다.

Ⅵ. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 법령에 위반의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 법령에 위반에 대한 의의

먼저 ‘법령’이란 법률과 명령, 즉 법규를 의미하는 바, 여기에는 널리 성문법 이외에 불문법과 인권존중, 신의성실, 권리남용의 금지, 공서양속 등도 널리 포함된다고 할 것이다.⁵⁰⁾ 또한 고시·훈령형식의 법규명령도 이에 포함된다. 그러나 행정규칙은 원칙적으로 법규성을 갖지 아니하

므로 법령에 해당하지 않으나,⁵¹⁾ 직접적인 외부적 구속효를 갖는 경우에는 법령에 해당한다.⁵²⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 “이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니다. 다만 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적인 내용을 보충할 권한을 부여한 경우 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다.”라고 판시하였다.⁵³⁾

그리고 ‘위반’이란 법령에 위배됨을 의미하는 바, 여기에는 작위에 의한 위반과 부작위에 의한 위반이 포함된다. 물론 부작위의 경우에는 작위의무가 있어야 한다.⁵⁴⁾ 기속행위에는 통상 작위의무가 있지만 재량행위는 재량이 영으로 수축되는 경우에 작위의무가 있다. 한편 재량행위의 경우 재량권 남용이나 재량일탈에 이르지 아니한 부당한 재량행사는 여기서 말하는 위반에 해당하지 아니한다.⁵⁵⁾ 또한 이때 공무원 개개인의 주관적 사정을 고려하여 법령에 위반된 행위를 판단하는 것이 아니라 평균적 공무원을 기준으로 객관적으로 판단한다. 왜냐하면 개개 공무원의 주관적 사정을 고려하여 과실의 유무를 판단한다면 피해자에 대하여

50) 박규하, 앞의 논문, 460쪽.

51) 이와 관련하여 대법원은 “국민의 권익보호를 위한 행정절차에 관한 훈령(1989. 11. 17, 국무총리훈령 제235호)은 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 발하는 일반적 인 행정명령으로서 행정기관 내부에서만 구속력이 있을 뿐 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니다.”라고 판시하였다. 대법원 1994. 8. 9. 선고 94누3414 판결.

52) 김도창, 앞의 책, 629쪽; 홍정선, 앞의 책, 657쪽; 홍준형, 앞의 책, 104쪽.

53) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 90헌마13, 헌법재판소판례집 제2권, 303쪽.

54) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결; 동 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결; 동 2005. 3. 10. 선고 2004다65121 판결.

55) 홍정선, 위의 책, 657쪽.

어떤 경우에는 가해공무원의 과실이 인정되고, 다른 경우에는 가해공무원의 과실이 부정되어 피해자에게 불공평하게 될 수 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 이와 관련하여 대법원은 일반적으로 공무원이 직무를 집행함에 있어서 관계법규를 알지 못하였거나 필요한 지식을 갖추지 못하여 법규의 해석을 그르쳐서 잘못된 행정처분을 할 때에는 그 공무원이 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하더라도 과실이 없다고 할 수는 없다고 판시하고 있다.⁵⁷⁾

한편 가해공무원의 법령위반여부의 판단시점은 공무원의 가해행위의 행위불법을 문제 삼는 것이지 결과의 불법을 문제 삼는 것이 아니기 때문에 공무원이 가해행위가 이루어지는 행위시가 된다고 할 것이며,⁵⁸⁾ 국가배상법상 법령위반의 개념은 공무원의 행위 자체가 법에 위반되는 것뿐만 아니라 명문의 규정이 없더라도 공권력 행사의 근거법규와 관계법규 및 조리를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 직무상의 손해방지의무의 위반을 포함한다고 보는 행위불법설이 타당하다고 할 것이다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 공법상의 법률관계는 사인 상호간의 관계와는 다른 특수성이 있기 때문이다. 즉, 법률에 의한 행정의 원칙상 공권력 행사는 법률에 의하여 규율되고 있는바, 공법 중에는 공권력 행사에 의한 국민의 법익에 대한 침해를 예정하고 있는 경우에는 타인의 손해를

56) 유희일, 앞의 논문, 50쪽.

57) 유희일, 위의 논문, 50쪽 이하.

58) 홍정선, 앞의 책, 659쪽.

59) 박균성, 앞의 책, 661쪽 이하; 이밖에 국가배상법상 법령의 위반을 가해행위의 결과인 손해의 불법을 의미한다고 보아 항고소송에서 행정처분이 법정의 행위준칙에 적합한 것인지의 여부가 심사되는 것과 달리 민법상 손해배상책임에서처럼 국민이 받은 손해가 결과적으로 시민법상의 원리에 비추어 수인되어야 할 것인가의 여부가 그 기준이 된다고 보는 결과불법설이 있다. 박균성, 위의 책, 661쪽; 한편 국가배상법상 법령의 위반을 행위자체의 적법이나 위법뿐만 아니라 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양 등을 종합적으로 고려하여 행위가 객관적으로 정당성을 결여한 경우를 의미한다고 보는 상대적 위법성설도 있다. 박균성, 위의 책, 662쪽.

야기하는 공권력 행사도 적법한 것이 되고 공권력 행사의 수권법률에서 피침해이익의 성질 및 침해행위의 태양 등을 정하는 경우가 많기 때문에 위법한 공권력 행사에 의한 손해의 배상을 목적으로 하는 국가배상소송에 있어서는 제1차적으로 공권력 행사의 요건법규에의 적합성 여부를 판단해야 할 것이다. 또한 법률에 의한 행정의 원칙 하에서는 국가배상소송을 항고소송과 함께 행정통제의 기능을 갖는 제도로 이해하기 위해서는 행위불법설이 타당하며, 공무원의 법령준수의무뿐만 아니라 일반적으로 그의 권한행사에 있어서 국민에 대해 손해의 발생을 방지하여야 하거나 안전을 배려해야 할 직무상의 의무가 있다고 보아야 할 것이기 때문이다.⁶⁰⁾ 대법원 판례도 원칙적으로 이러한 행위불법설을 따르고 있다고 할 것이다. 즉, 대법원은 명문의 규정이 없더라도 일정한 경우 공무원의 손해배상책임을 인정하고 있다.⁶¹⁾

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 법령에 위반의 요건에 해당하는지의 여부

먼저 본 사건에서 먼저 사직동사무소에서 주민등록업무를 담당하고 있던 공무원인 이향숙은 주민등록표를 접수함에 있어서 성명을 알 수 없는 소외인이 허무인 국화정 및 한복순의 각 개인별주민등록표와 국화정을 세대주로, 한복순을 그의 처로 한 세대별 주민등록표를 각각 위조하여 1988년 11월 19일에 마치 대전 용전동장이 보내는 것처럼 가장하여 등기우편으로 사직동장 앞으로 우송하였던 것에 대하여 각 주민등록표를 접수함에 있어서 업무처리지침에 어긋나게 작성된 부분이 적지 않아 정상적으로 작성된 것으로 보기에 의심할 만한 여지가 많았음에도 불구하고, 이를 간과하고 전거주지에 확인하여 보는 등의 아무런 조치를

60) 박균성, 앞의 책, 663쪽 이하.

61) 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결; 동 2000. 11. 10. 선고 2000다26807 판결.

취하지 아니한 채 이를 접수하여 처리하였다. 즉, 이향숙은 주민등록표를 접수함에 있어 본인확인을 하지 않음으로써 부당하게 주민등록표가 사용될 수 있고, 이와 관련하여 관련자의 손해가 발생할 것임을 충분히 예견할 수 있었을 것이다. 따라서 주민등록업무를 담당하고 있던 공무원인 이향숙은 과실로써 주민등록표를 접수함에 있어 업무처리지침을 위반한 것은 국가배상법 제2조상 ‘법령에 위반’의 요건에 해당한다고 할 것이다.

또한 본 사건에서 사직동 제1통장인 이용선은 전입신고서에 국화정이 실제로 전입하여 왔는지의 여부 등을 전혀 확인하여 봄이 없이 국화정의 대리인이라는 본 사건의 성명불상인의 말만 믿고 경유인을 찍어 주어 국화정이 현재 서울 종로구 사직동 140번지에 거주하고 있다는 내용의 주민등록표와 그에 딸린 인감대장이 사직동 동사무소에 비치되게 하였다. 즉, 이용선은 국화정이 실제 거주하고 있는지를 확인하지 않음으로써 부당하게 주민등록표와 인감대장이 사용될 수 있고, 이와 관련하여 관련자의 손해가 발생할 것임을 충분히 예견할 수 있었을 것이다. 따라서 사직동 제1통장인 이용선은 과실로써 전입신고서에 국화정이 실제로 전입하여 왔는지의 여부 등을 전혀 확인하지 않은 것은 국가배상법 제2조상 ‘법령에 위반’의 요건에 해당한다고 할 것이다.

VIII. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 타인에게 손해의 발생과 상당인과관계의 요건에 해당하는지에 대한 검토

1. 국가배상법 제2조상 타인에게 손해의 발생과 상당인과관계에 대한 의의

국가배상법 제2조상 ‘타인’이란 위법한 행위를 한 자나 바로 그 행위에 가담한 자를 제외한 모든 피해자(자연인·법인 포함)를 의미한다.⁶²⁾

즉, 여기서 ‘타인’이란 가해자인 공무원과 그의 위법한 직무행위에 가담한 자 이외의 모든 사람을 뜻한다. 따라서 피해자가 자연인이든 법인이든 사인이든 공무원이든 불문한다. 다만 피해자가 군인·군무원·경찰공무원·향토예비군대원일 때에는 헌법과 국가배상법에 특례가 규정되어 있어 국가배상청구권이 제한된다.⁶³⁾ 그리고 국가배상법 제2조상 ‘손해’란 가해행위로부터 발생한 일체의 손해를 뜻한다. 그러나 반사적 이익의 침해는 여기의 손해에 해당하지 아니한다. 적극적 손해인가 또는 소극적 손해인가, 재산상의 손해인가 또는 생명·신체·정신상의 손해인가를 가리지 아니한다.⁶⁴⁾

이와 관련하여 대법원은 “국가배상법 제3조 제5항에 생명, 신체에 대한 침해로 인한 위자료의 지급을 규정하였을 뿐이고 재산권 침해에 대한 위자료의 지급에 관하여 명시한 규정을 두지 아니하였으나 같은 법조 제4항의 규정이 재산권 침해로 인한 위자료의 지급의무를 배제하는 것이라고 볼 수는 없다.”라고 판시하였다.⁶⁵⁾

한편 가해행위인 직무집행행위와 손해의 발생 사이에는 ‘상당인과관계’가 있어야 한다. 인과관계 유무의 판단은 관련 법령의 내용, 가해행위의 태양, 피해의 상황 등 제반사정을 복합적으로 고려하면서 이루어져야 할 것이다.⁶⁶⁾ 여기서 ‘상당인과관계’란 민법에서와 같이 우리 사회생활상의 경험법칙상 어떠한 선행사실로부터 보통 일반적으로 초래되는 후행사실이 발생하는 범위 안에서만 법률이 요구하는 인과관계를 인정하는 것을 의미한다.⁶⁷⁾ 참고로 독일은 독일 기본법 제34조상 ‘공무를 집행하는 자’가 행한 손해와 공무수행과의 사이에 내적 연관성을 가질 것을

62) 박규하, 앞의 논문, 462쪽; 홍정선, 앞의 책, 659쪽.

63) 이일세, 앞의 논문(주 12), 233쪽.

64) 이일세, 위의 논문(주 12), 234쪽; 홍정선, 위의 책, 660쪽.

65) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다6033 판결.

66) 홍정선, 위의 책, 660쪽.

67) 박규하, 위의 논문, 462쪽; 박윤훈/정형근, 앞의 책, 609쪽.

요하는 것으로 보는 것이 통설이다.⁶⁸⁾

이와 관련하여 대법원은 “자연석 채취허가 당시에 채취허가지역 내에 허가량 상당의 자연석 등이 부존하지 않았다면 허가량에서 부족한 부분은 원시적으로 채취할 수 없었던 것이어서 군의 담당공무원이 부존량을 제대로 잘 조사하여 정확한 부존량에 관한 입찰공고를 하고 이에 기하여 점용료를 징수하였다고 하더라도 허가받은 자로서는 부족분에 해당하는 점용료를 초과 부담한 것일 뿐이지 허가량에 부족한 자연석 등을 채취, 판매할 수 있었던 것은 아니므로 군 소속 담당공무원의 불법행위와 허가받은 자가 허가량에 부족한 자연석 등을 채취, 판매하지 못하여 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.”라고 판시하였다.⁶⁹⁾

한편 국가배상법 제3조의 2 제1항에 의하여 피해자가 손해를 입은 동시에 이익을 얻은 경우에는 손해배상액에서 그 이익에 상당하는 금액을 공제해야 한다.

2. 이향숙과 이용선의 행위가 국가배상법 제2조상 타인에게 손해의 발생과 상당인과 관계의 요건에 해당하는지의 여부

먼저 본 사건에서 피해자인 원고 동아제분주식회사는 여기서의 타인에 해당하고, 동아제분주식회사는 근저당설정등기가 무효임이 밝혀져 물품대금을 사실상 회수할 수 없게 된 손해를 입었다.

또한 본 사건에서 원고 동아제분주식회사는 통장인 이용선이 실전입 여부도 확인함이 없이 전입신고서에 날인하여 주지 않았더라면 또한 동사무소 주민등록업무를 담당하는 공무원인 이향숙이 국화정의 주민등록표가 용지의 마멸 훼손상태·정정방법·기재내용 등이 비정상적이

68) Fritz Ossenbühl, 앞의 책, 24쪽.

69) 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다29528 판결.

어서 위조의 의심을 하고 전주거지에 확인하여 보는 등의 조치를 취하였더라면 허위의 주민등록표등본과 인감증명서를 발급되지 않아 부실의 근저당권설정등기로 인한 손해를 보지 않을 수 있었다. 따라서 이용선과 이향숙의 직무집행상 과실행위와 동아제분주식회사의 손해사이에는 국가배상법 제2조상의 상당인과관계가 인정된다.

VIII. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 대법원이 본 사건에서 피고산하 공무원인 이향숙과 이용선은 국가배상법 제2조상 공무원의 요건에 해당하고, 동법 제2조상 직무의 요건에도 해당하며, 동법 제2조상 직무를 집행함에 당하여의 요건과 동법 제2조상의 고의 또는 과실의 요건 및 동법 제2조상의 법령에 위반의 요건에 각각 해당한다. 그리고 피고산하 공무원인 이향숙과 이용선의 직무상 과실과 원고인 동아제분주식회사의 담보권 상실로 인한 손해 사이에는 상당인과관계가 있어 피고인 서울특별시 종로구는 원고인 동아제분주식회사에게 국가배상법 제2조상의 손해배상책임을 져야 한다고 판시한 것은 타당하다.

IX. 여론(餘論) - 본 판결과 동일한 취지의 대법원 판례들의 고찰

위에서 살펴본 대법원 판결과 동일한 취지로 대법원은 주민등록 또는 인감증명의 업무를 담당하는 공무원이 허위의 주민등록표 또는 인감증명원의 발급시 국가배상법상 제2조상의 요건에 충족되어 지방자치단체

에게 손해배상책임이 있다고 계속 판시하였다.

먼저 대법원은 위에서 살펴본 대상 판결과 동일한 취지로 “담당공무원은 인감증명이 타인의 권리의무에 관계있는 일에 사용되어 진다는 것을 예상하고 법규에 따라 신중히 고려하여 인감증명을 발급함으로써 부정행위의 발생을 방지할 직무상의 주의의무가 있다. 따라서 지방자치단체는 주민등록 전입신고를 접수하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어 관계법규를 준수하지 아니하여 허위의 전입신고를 하게하고, 그에 따라 허위의 인감증명원이 발급되게 하여 부동산에 관한 부실의 소유권이전등기가 경유되고 이를 정당한 소유권이전등기라 믿고 저장권설정등기라 믿고 저장권설정등기를 경료한 저장권자가 저장권 불성립으로 인하여 손해를 입었다면 지방자치단체는 국가배상법 제2조에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판시하였다.⁷⁰⁾

다음으로 대법원은 위에서 살펴본 대상 판결과 동일한 취지로 “인감증명은 인감 자체의 동일성과 거래행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 갖고 있는 것이므로 인감증명사무를 처리하는 공무원으로서는 그것이 타인과의 권리의무에 관계되는 일에 사용되어 지는 것을 예상하여 그 발급된 인감으로 인한 부정행위의 발생을 방지할 직무상의 의무가 있고 따라서 발급된 허위의 인감증명원에 의하여 그 인감명의인과 계약을 체결한 자가 그로 인한 손해를 입었다면 위 인감증명원의 교부와 그 손해 사이에는 상당인과관계가 있어, 지방자치단체는 국가배상법 제2조에 따라 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판시하였다.⁷¹⁾

그리고 대법원은 위에서 살펴본 대상 판결과 동일한 취지로 “소유자를 사칭한 자 등이 진정한 소유자의 개인별 주민등록표를 위조하여 동사무소에 우송하자 동사무소의 담당직원이 확인의무를 다하지 아니한 과

70) 대법원 1976. 1. 27. 선고 75다322 판결.

71) 대법원 1991. 3. 22. 선고 90다8152 판결.

실로 위조된 주민등록표를 그대로 접수하여 동사무소에 비치하였고, 이에 기하여 허위의 인감증명서를 발급함으로써 피해자들이 매대로 인한 중도금 명목의 금원을 지급하게 되었다면 동사무소 담당직원의 직무상의 과실과 피해자들의 그와 같은 손해와는 상당한 인과관계가 있어 지방자치단체는 국가배상법 제2조에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판시하였다.⁷²⁾

또한 대법원은 위에서 살펴본 대상 판결과 동일한 취지로 “통장이 전입신고자의 실전입 여부를 확인함이 없이 전입신고서에 날인하여 주어 동사무소에 전입신고자의 인감대장이 비치되고, 그로 인하여 허위의 인감증명서가 발급되게 한 잘못은 손해배상책임 발생의 한 원인이 되었으므로, 지방자치단체는 국가배상법 제2조에 따라 원고의 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판시하였다.⁷³⁾

끝으로 대법원은 위에서 살펴본 대상 판결과 동일한 취지로 “주민등록법 관계 법령이 본적지와 다른 주민등록지에서 주민의 성명 등과 같은 중요한 기본적 신분사항을 신규등록하거나 이를 사후적으로 변경할 경우에 주민등록지의 관할관청에게 본적지의 관할관청에 대한 통보의무 및 본적지의 관할관청에게 그 등록사항에 관한 확인대조의무와 상이한 사항에 관한 통보의무를 각기 부과하는 한편 그 사무처리 과정에 있어서 관련 장부의 비치와 기재, 관계공무원의 날인 등과 같은 사무처리 방식을 엄격하게 규율하고 있는 취지는 사람의 신분사항을 기재한 기초적인 공부로서 그 기재 내용이 진실에 부합되는 것으로 추정을 받고 있는 호적부의 기재사항을 중심으로 주민등록의 신분사항을 일치시키고, 만일 그 주민등록에 있어서의 신분사항이 불법적으로 변조 또는 위조되는 사태가 발생하게 되면 그것을 기초로 하여 발급된 허위내용의 주민등록 등·초본, 인감증명서나 주민등록증이 부정 사용됨으로써 국민 개개인이

72) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다39973 판결.

73) 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다32903 판결.

신분상·재산상의 권리에 관하여 회복할 수 없는 손해를 입게 될 개연성이 높을 것이기 때문에 그와 같은 사태의 발생을 예방하기 위하여 각 관할관청에게 그러한 통보, 대조의무 등을 부과하고 그 사무처리 과정에서의 책임소재를 명확하게 하고자 함에 있다고 할 것이므로 주민등록사무를 담당하는 공무원으로서는 만일 개명과 같은 사유로 주민등록상의 성명을 정정한 경우에는 위에서 본 바와 같은 법령의 규정에 따라 반드시 본적지의 관할관청에 대하여 그 변경사항을 통보하여 본적지의 호적관서로 하여금 그 정정사항의 진위를 재확인할 수 있도록 할 직무상의 의무가 있다고 할 것이고, 이러한 직무상 의무는 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고, 전적으로 또는 부분적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이다. 따라서 주민등록사무를 담당하는 공무원이 개명으로 인한 주민등록상 성명정정을 본적지 관할관청에 통보하지 아니한 직무상 의무위배행위와 甲과 같은 이름으로 개명허가를 받은 것이 호적등본을 위조하여 주민등록상 성명을 위법하게 정정한 乙이 甲의 부동산에 관하여 불법적으로 근저당권설정등기를 경료함으로써 甲이 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 보아 지방자치단체는 국가배상법 제2조상의 배상책임을 원고에게 져야 한다.”라고 판시하였다.⁷⁴⁾

(투고일 2009년 5월 18일, 심사일 2009년 5월 25일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 국가배상법 제2조, 공무원, 직무, 손해배상책임, 상당인과관계

74) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2001다59842 판결. 이밖에도 본 대상판결과 동일한 취지의 판례로는 동 1991. 11. 22. 선고 91다26980 판결과 동 1992. 6. 23. 선고 91다8166 판결 및 동 1992. 6. 26. 선고 91다40498 판결, 그리고 동 1993. 7. 13. 선고 93다15250 판결, 동 1996. 12. 6. 선고 95다33610 판결 등이 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
 김남진, 행정법 기본문제, 법문사, 1992.
 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2009.
 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1970.
 김동희, 행정법 I, 박영사, 2009.
 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2009.
 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2009.
 박윤훈/정형근, 최신 행정법강의(상), 박영사, 2009.
 변재옥, 행정법 강의 I, 박영사, 1990.
 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1997.
 이종극, 신행정법(상), 서울고시학회, 1961.
 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2009.
 홍준형, 행정구제법, 한울, 2002.
 Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991.

2. 논문

- 김춘환, “국가배상법의 과제”, 법학논총 제5집, 조선대학교 법학 연구소, 1999.
 박규하, “국가배상법상의 배상책임의 요건에 관한 연구”, 한국외국어대학교 논문집 제32집, 한국외국어대학교, 2000.
 유희일, “국가배상법의 고찰”, 새울법학 제3집, 대전대학교 법문화연구소, 1999.

이일세, “국가배상법 제2조 1항에 관한 연구 -판례를 중심으로-”, 강원법학 제8권, 강원대학교 비교법학연구소, 1996.

이일세, “국가배상법상의 “공무원의 직무를 집행함에 당하여”에 관한 고찰(상)”, 사법행정, 한국사법행정학회, 1997.

[Abstract]

**Validity of Precedent of the Supreme Court based
on an Essential Condition of the Clause 2 of the
State Tort Liability Act**

– Focused on the Annotation of 91 da 5570
in the Precedent of the Supreme Court on July 9, 1991 –

Hie-Houn Lee*

This judgement especially regards the term officials on the Clause 2 of the State Tort Liability Act not as the narrower concept which implies ones who are officials in the National Officials Act or the Local Officials Act, but as the wider concept which implies ones who actually are entrusted and execute official duties. It is reasonable that for that reason it decides that officials imply tonggang(subdivision of a city's district).

And this judgement especially applied the clause 2 of the state tort liability act to the defendant Jongrogu and decided that it has the damage liability. It is because the judicial decision judged that there was a considerable causation between the loss of security interest of the plaintiff Donga milling Co. and the professional negligence of the its offices, Lee Hyangsook and Lee Yongsun. In my estimation, this judgement is reasonable.

Key Words : Clause 2 of the state tort liability Act, Officials, Duties, Damage liability, Considerable causation

* Professor, Department of Law, Sunmoon University