

부작위로 인한 국가배상책임에서의 위법성과 과실

- 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다211559 판결을 중심으로 -

이 진 형*

〈국문초록〉

대상 판결은 군대 내 자살을 방지하지 못한 소속대 관계자들의 직무행위의 부작위에 대하여 국가배상책임을 인정하고 있다. 특히 감염병 등을 비롯한 대형 재난의 잦은 발생으로 인하여 국민의 생명·신체·재산을 보호하여야 할 국가의 책임이 주목받고 있고, 적극행정 및 리스크행정이 강조되고 있는 시점에서 부작위로 인한 국가배상책임의 판단기준과 관련한 중요한 쟁점들을 확인하고 있다. 본 논문에서는 대상 판결에 나타난 부작위로 인한 배상책임의 요건들을 위법성의 전제로서의 작위의무의 도출근거 및 방법, 위법성과 과실의 관계를 중심으로 하여 검토하고자 하였다.

부작위책임의 위법성 판단의 핵심은 법적 작위의무의 유무이다. 대상 판결은 형식적 의미의 법령에 규정이 없더라도 일정한 경우 위법성을 판단할 수 있다고 보는 기존의 판례 법리를 확인하면서, 국민의 생명·신체·재산 등에 관한 위험을 배제하기 위한 국가의 초법규적 의무가 있다고 보아 작위의무를 인정하고 있다. 특히 상위법령과 연관하여 부대관리훈령, 군 사고예방규정 등 군대 내 자살예방절차를 규정하고 있는 행정규칙들을 상세하게 고려하면서 작위의무를 도출하고 있다는 특징이 있다. 대법원 판례에서는 재량권을 부여한 규정이 있는 경우 “권한의 불행사가 현저히 불합리한지 여부”에 따라, 법령의 규정이 없는 경우 “손해의 심각성·절박성, 관련 공무원의 예견가능성 및 회피가능성”에 따라 작위의무를 도출하는 두 가지 접근법이 나타난다. 전자의 경우 개별적 요건에 대한 판단이 명시적으로 드러나지 않을 수 있으므로 법관의 판단에 지나치게 좌우될 우려가 있다. 따라서 후자를 기초로 하여 개개의 요건에 대한 판단을 하면서도 구체적인 사안에서 타당성을 얻을 수 있는 접근법의 모색이 필요하다. 그리고 독일과 달리 우리나라에는 사익보호성을 요구하는 명문의 규정이 없으나 제3자에 대한 국가의 책임을 제한하는 측면에서 필요하다고 보는 견해가 있고, 판례 또한 기본적으로 사익보호성을 요구하고 있다. 그러나 대상 판결과 같이 작위의무가 법령에 규정되어 있지 않고 생명, 신체, 건강 등의 이익이 문제되는 경우 판례는 사익보호성에 대한 판단을 생략하거나 하지 않고 있다.

부작위에 있어 과실 판단의 가장 큰 특징은 작위의무를 도출하기 위한 전제, 즉 위법성 판단에서 이미 과실의 기준인 예측가능성이나 회피가능성의 판단이 포함

* 법학박사. 변호사.

되게 된다는 점이다. 따라서 부작위 배상책임에 관한 판례들에서는 위법성과 과실을 동시에 판단하는 경향이 나타나는데, 대상 판결에서도 예견가능성과 회피가능성의 인정에 의하여 작위의무가 도출이 될 수 있다면 별도의 판단없이 과실을 인정할 수 있다고 판시하고 있다. 따라서 예견가능성과 회피가능성의 판단이 가장 중요한 문제가 된다. 또한 대상 판결은 자살예방·방지를 위한 일련의 절차적 단계에 있어 개별적 조치를 제대로 이행하지 못한 하자가 발생하였다는 점과 관련 된다는 점에서 과실의 객관화 경향도 고려될 수 있을 것이다.

주제어 : 국가배상책임, 부작위, 위법성, 과실, 군 자살사고

• 투고일 : 2024.01.04. / 심사일 : 2024.01.22. / 게재확정일 : 2024.01.22.

I. 들어가며

오늘날 행정의 역할이 점점 커지고 적극적인 급부행정이 요청되는 영역이 널리 확대됨에 따라, 국가배상법의 영역에서도 공무원이 소극적으로 행위하지 않은 부작위로 인하여 손해가 발생한 경우에 대한 배상책임을 인정하는 경우가 증가하여 왔다. 특히 최근 대규모의 자연재해나 감염병 등을 비롯한 재난의 잦은 발생과 관련하여 국민의 생명·신체·재산을 보호하여야 할 국가의 책임이 큰 화두가 되고 있으며, 적극행정 및 리스크행정이 주목받고 있다. 이처럼 위험을 예방하고 방지할 국가의 책임이 주목받고 있는 시점에서 사후적 배상 수단으로서의 부작위로 인한 국가배상책임의 요건을 되짚어보고 검토하는 것은 중요한 의의가 있다. 국가배상책임은 당해 사건의 피해자구제기능 뿐만 아니라 추후 유사한 상황에서 공무원들에게 능동적으로 감독·예방조치를 촉구하는 위법억제 및 행정통제의 역할도 담당하고, 더 나아가 공적 손해 앞의 평등 및 사회연대적 분배를 실현하는 기능까지 가진다¹⁾는 점에서 더욱 그러하다.

그러나 국가가 과연 국민의 생명·건강·재산 등을 지키기 위해 어떤 범위까지 행위할 의무가 있고 어디까지 책임을 져야 하는가를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 특히 국가배상책임에서는 국가재정의 안정적 집행과 피해를 입은 국민의 구제라는 두 가지 가치가 충돌하기 때문에 균형적인 판단이 쉽지 않다. 또한 종래 국가배상책임의 요건과 관련하여 전개되어온 복잡한 견해 대립의

1) 朴正勳, “국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-”, 『행정법연구』 제62호, 행정법이론실무학회, 2020, 56면 참조.

양상에 부작위라는 특수한 성격이 더해짐에 따라 판단이 더욱 어려워진다.

대상 판결은 군대 내 자살자에 대한 국가의 배상책임에 관한 것으로 소속대 관계자들의 자살방지를 위한 절차적 행위의 부작위가 문제된 사안이다. 자살은 군대 내 사망사고의 가장 높은 비율인 약 69%(2012-2021년)²⁾를 차지하고 있는데, 군 복무 중 자살자가 국가유공자 또는 보훈보상대상자로 인정되기 상당히 어려운 점이 많아 이에 대한 보상체계는 미비한 점이 많다. 또한 이중배상 금지규정으로 인하여 이미 보상을 받은 경우 배상책임이 인정되지 않을 가능성이 높고, 국가배상책임 인정범위 자체도 넓지 않으며, 설령 인정되더라도 군 자살자의 경우 특히 과실상계비율이 높아져³⁾ 실질적 보상액이 크지 않은 경우도 있다. 다만, 이 글에서 집중하고자 하는 것은 대상 판결이 실시하고 있는 부작위로 인한 국가배상책임의 요건에 대한 분석과 검토이므로 다른 논의에 대해서는 추후의 연구과제로 남겨두기로 한다.

대상 판결은 국가배상책임이 비교적 넓게 인정된 사안으로 볼 수 있다. 다른 사안들과는 달리 소속대 관계자들의 직접적인 가해행위가 뚜렷이 존재하지 않았고,⁴⁾ 입대 전에는 표출된 적이 없던 개인의 내성적 성향과 우울증 등이 주요한 원인이 되어 사고가 발생한 사안에서 자살예방에 관한 절차상 의무의 부작위를 이유로 배상책임이 인정되었기 때문이다. 특히 법령의 규정이 없는 경우에도 국가의 초법규적인 의무에 기초하여, 또한 행정규칙상의 자살방지를

2) 군 사망사고 현황(전체 평균은 필자가 계산함).

단위: 명

연도	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
사망자	111	117	101	93	81	76	86	86	55	103
자살	72	79	67	57	54	52	56	62	42	83

“e나라지표”사이트 (https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1701) 참조.

- 하급심 사안에 관한 연구들에 의하면, 자살자의 책임을 통상적으로 70%~80%로 보고 과실상계가 되고 있는 것으로 보인다. 임성훈, “영내 구타·가혹행위로 인한 자살에 대한 배상과 보상”, 『행정판례연구』 제10권, 2005, 7면; 김민영·김윤진·신주영·이도감·정동일·지재욱, “군 자살자에 대한 국가보훈 및 국가배상 연구”, 『공익과 인권』, 통권 제17호, 서울대학교 공익인권법연구센터, 2017, 266-269면 참조.
- 기존의 군대 내 자살에 대한 국가배상책임이 인정된 사안은 주로 폭행·가혹행위라는 작위 또는 이에 대해 적절한 조치를 취하지 않은 관계자들의 관리·감독 소홀로 인한 경우가 많았다. 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다86147 판결(군대 선임병의 가혹행위 및 관계자들의 관리·감독 소홀에 따른 망인의 자살과 관련하여 국가배상책임이 성립한 사안); 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결(부대에 배치된 군인이 선임들에게서 구타와 가혹행위, 욕설과 폭언에 시달리다가 전입한 지 열흘도 지나지 않아 목을 매어 자살한 사안에 대해 국가배상책임을 인정) 등.

위한 절차상 의무의 위반에 주목하여 국가배상책임의 위법성을 인정하고 있다. 또한 원심 판결이 작위의무를 인정하면서도 과실을 부정한 것과는 달리, 대상 판결은 위법성과 과실의 판단을 같이 하고 있다는 점도 주목하여야 한다. 이하에서는 부작위로 인한 국가배상책임에서 핵심이 되는 법적 작위의무의 도출, 위법성과 과실의 관계를 기존 판례와 학설들의 논의를 중심으로 대상 판결을 분석하고자 한다.

II. 대상 판결의 개요

1. 사실관계

(1) 사건의 경과

망인은 2012. 9. 1. 하사로 임관하였는데, 입대 전까지 특별히 정신질환으로 치료받은 사실은 없었다. 망인은 해군교육사령부 임관 직후 받은 인성검사에서 ‘부적응, 관심(앞으로 군 생활에서 부적응이나 사고 가능성이 예측되지만, 적극적인 관심이나 도움을 통해 극복할 가능성이 높습니다), 자살예측’이라는 결과를 받았다.⁵⁾ 소속대 생활관 소대장인 하사 甲은 이를 토대로 망인과 면담을 하였는데,⁶⁾ 특이사항이 없다고 판단하여 망인의 교육사 담임 교관인 상사 乙에게 망인의 인성검사 결과 및 면담기록을 인계하지 않았다. 망인의 1차 신상관리 책임자인 교관 乙은 위 인성검사 결과를 알지 못한 채 망인과 2차례에 걸쳐 면담을 하며 특이사항이나 문제가 없다고 기록하였고, 소속 부대는 망인의 신상등급을 B급(개인적 고민으로 직무수행에 다소 지장을 초래하나 사고 발생의 우려는 없는 자)으로 분류하여 관리하다가 2012. 11.경 C급(신상에 문제없는 자)으로 변경하였다.

5) 또한 ‘적응척도’ 중 ‘조직적합성’ 항목에서 “매우 낮음”, “기본적인 능력이 부족하여 임무수행에 곤란을 겪거나 상관이나 동기로부터 지적을 받을 가능성이 있습니다.”라는 판정을 받았으나 그 외 나머지 부분에서는 모두 “높음” 판정을 받았고, ‘특수척도’ 중 가족관계 갈등, 대인관계 문제가 있어 구체적인 면담이 필요하다는 판정을 받았으나 자살생각, 자살의 도에 관해서는 그러한 판정을 받지 않았다.

6) ‘인성검사 시 가족 및 대인관계에서 문제점 있는 것으로 나왔으나, 동기들과 생활하는 문제는 크게 이상이 없으며 면담 시 항상 밝은 상태를 유지하였고, 앞으로 학생대 생활이나 실무 생활에 최선을 다할 것이라고 함. 특이사항 없음’이라고 면담내용을 기록하였다.

망인은 2013. 1. 7.경부터 해군 제2함대 ○○○함(이하 ‘이 사건 소속함’이라고 함)에 전입하였다. 이 사건 소속함의 신상파악 운영예규는 전입 시 1일 동안 자살예방교육, 심리검사 및 상담이 포함된 전입자 교육을 실시하도록 하고 있었으나, 망인은 교육을 따로 받지 못하였다. 망인은 전입 후 15일 정도가 지난 2013. 1. 22. 인성검사를 받았고, “양호”라는 판정을 받았으며, 이후 4차례의 면담과 검사에서 모두 문제없다는 판정을 받았다. 이후 이 사건 소속함은 망인의 신상등급을 신규 전입자임을 감안하여 B급(보호가 필요한 병사 등)으로 관리하다가, 2013. 4.경 C급(신상에 문제없는 자)으로 변경하였다. 망인은 비흡연자였다가 이 사건 소속함 전입 후 흡연을 시작하였고, 2013. 4. 8. 잠수함 승조부사관에 진출을 지원하였으며, 2013. 5. 8. 누나가 자신에게 사준 운동화를 선임에게 건네주었다. 망인에 대한 집단 따돌림, 구타, 가혹행위가 이루어진 적은 없다.

망인은 2013. 5. 24.로 예정된 음탐사 기량 경연대회를 준비하고 있다가 2013. 5. 13. 실시한 모의평가에서 60점의 성적을 받았다. 상사 丙은 망인과 다른 하사에게 ‘점수가 왜 이렇게 낮냐. 내일도 점수가 이러면 안 된다. O하사는 비슷하게라도 다 적었는데 빈칸이 많다’는 취지의 질책을 하였고, 망인은 다음 모의평가를 준비하던 중 2013. 5. 14. 목을 매어 사망하였다(이하 ‘이 사건 사고’라 함). 망인의 유족들은 피고 대한민국을 상대로 소속대 관계자들의 과실로 인한 손해에 대하여 국가배상청구소송을 제기하였다.⁷⁾

(2) 감정인에 의한 심리부검⁸⁾의 주요 내용

- 망인은 의존적 성향과 자책을 하는 내향적인 경향이 있었고, 자신의 감정을 억압하여 주변에 알리지 않아 주변에서 우울이나 불안 등을 알 수 없었던 것으로 보인다.
- 이 사건 소속함 전입 후 업무 스트레스를 내적으로 억압하는 것이 반복되어 점차 자존감이 낮아지게 되었고, 적응 장애를 거쳐 우울증으로 진행했을 것으로 보인다.
- ‘자살예측’이라는 판정이 나온 것은 매우 불안하거나 우울한 심리상태가 지속되어 있었다는 것을 의미하고, 2012. 9. 6. 실시된 1차 인성검사 결과

7) 다만, 망인의 과실비율이라고 인정하는 30%를 제외하고 소를 제기하였다.

8) 국립병원 원장인 감정인은 망인의 일기를 포함한 기록들, 이 사건 재판기록, 망인 주변인에 대한 인터뷰 등을 토대로 망인에 대한 심리부검을 실시하였다. 이하는 제1심 판결의 판시 내용 및 대상 판결의 판시 내용을 종합한 것이다.

로 당시 망인의 자살예측성이 높았다고 추정할 수 있다. 이후 실시된 2차 인성검사는 군대 적응 후 익숙한 질문에 답하는 것이라 이전 검사보다 신뢰도가 낮다.

- 입대 후 초기 평가 및 치료가 필요한 상황이었을 것으로 보이고, 망인의 성향상 접근 기회를 많이 주고 비밀보장에 대한 확신을 주는 전제에서 외부 전문가와 상담을 하였다면 큰 도움이 되었을 것이라 추정된다.

2. 소송의 경과

(1) 제1심⁹⁾ 및 원심¹⁰⁾ : 기각

제1심에서는 소속대 관계자들에게 귀책사유를 인정할 수 없다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 원심은 제1심의 결론과 내용을 대부분 유지하면서 귀책사유 유무의 판단과 관련한 내용을 일부 추가하였다.

(2) 대상 판결 : 파기 · 환송

대법원은 인성검사에서 자살예측의 결과가 나타난 이상 당시 망인에게 자살 가능성이 있음을 충분히 예견할 수 있는 사정이 있었는 데도 망인에 대한 신상 관리에 인성검사 결과를 제대로 반영하지 않은 것은 자살우려자 식별과 신상 파악 · 관리 · 처리의 책임이 있는 관계자가 인성검사 결과를 체계적으로 관리하고 그 결과를 활용하여 후속조치를 할 직무상 의무를 과실로 위반한 것이고, 그와 같은 직무상 의무 위반과 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 있다고 보아 원심 판결을 파기하고 환송하였다.¹¹⁾

9) 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2013가합551353 판결.

10) 서울고등법원 2017. 1. 20. 선고 2015나2049505 판결.

11) 원심 판결 후 대상 판결이 있기 전인 2017. 10. 11.경 피고 대한민국이 망인의 사망을 원인으로 한 유족연금 및 사망보상금을 망인의 유족 등에게 지급하였다. 파기환송심인 서울고등법원 2020. 12. 22. 선고 2020나2016554 판결에서는 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항 단서의 이중배상금지 규정과 관련하여 구 군인연금법 및 군인재해보상법이 정한 순직군인 등에 관한 보상 규정은 국가배상법 제2조 제1항 단서가 정한 '다른 법령'에 해당하는 것으로 보고, 순직군인의 유족 등이 구 군인연금법에서 정한 요건을 충족하여 사망보상금 및 유족연금을 수령할 수 있는 경우라고 판단하여 배상청구를 기각하였다. 다만, 본 논문은 부작위로 인한 국가배상청구의 요건에 관한 분석 및 검토에 중점을 맞추고 있으므로, 이중배상금지 규정에 관한 논의는 다른 기회에 다루기로 한다.

3. 판결요지

(1) 원심 판결의 요지¹²⁾

인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 국가의 불가침의 인권에 대한 보호의무에 관한 헌법 제10조, 국방의 의무에 관한 헌법 제39조 제1항, 남성의 병역의무에 관한 병역법 제3조 제1항, 군인복무규율의 내용을 고려할 때, 국가는 군인의 생명과 신체를 해치는 일이 없도록 건전한 군복무 환경을 조성하고, 지휘관과 상관관은 부하의 고충을 파악하고 해결하기 위한 적극적 조치를 할 보호의무를 부담한다. 이러한 의무는 망인과 같은 직업 군인에 대해서도 인정된다.

‘공무원의 직무집행상의 과실’은 공무원이 당해 직무를 수행함에 있어 그러한 직무를 담당하는 평균인이 통상적으로 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 말한다. 이하의 사실을 통하여 볼 때, 소속대 관계자들에게 그러한 주의의무를 게을리한 과실이 있다고 단정하기 어렵고, 소속대 관계자들이 자살이라는 특별한 사정에 관하여 예견할 수 있었다고 보기도 어렵다.

① 하사 甲이 인성검사 결과나 면담기록을 인계하지 않은 것, 하사 甲 또는 상사 乙이 망인을 A급 관심병사로 분류하고 보호, 관리하지 않은 것, ② 망인이 전입 후 전입자 교육을 받지 못한 것은 이 사건 사고에 대한 귀책사유로 볼 정도의 과실은 아니고, ③ 주관적으로 극단적인 스트레스 및 우울증상을 겪고 있었다고 하여 소속대 관계자들에게 그 책임을 돌리기는 어려우며, ④ 흡연을 시작하게 된 점, 부사관을 지원한 점, 운동화를 동료에게 준 점 등의 징후만으로 예견가능성이 있었다고 보기도 어렵다. 또한 ⑤ 망인의 2012. 9. 6.자 인성검사 결과가 이 사건 소속함에 인계되어 강화된 기준에 따라 관리를 하거나 외부 전문가에 의한 상담이 있었다고 하더라도 이 사건 사고를 막을 수 있었을 것으로 보기는 어렵다.

(2) 대상 판결의 요지

1) 국가배상법 제2조 제1항의 ‘법령 위반’이란 형식적 의미의 법령에 명시적으로 규정된 공무원의 작위의무를 위반하는 경우만 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실 등 공무원으로서 지켜야 할 준칙·규범을 지키지 않고 위반한 경우도 포함하여 널리 객관적인 정당성이 없는 행위를 한

12) 원심판결은 제1심 판결을 대부분 인용하고 일부 내용을 추가하였으므로, 이하의 내용은 원심 판결이 인용한 제1심 판결의 내용까지 포함하고 있다.

경우를 말한다. 국민의 생명·신체·재산 등에 관하여 절박하고 중대한 위험이 발생하였거나 발생할 우려가 있어 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 않으면 이를 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있다.

따라서 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임이 문제되는 경우 작위의무를 명하는 법령 규정이 없다면, 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2) 상급행정기관이 하급행정기관이나 소속 공무원에 대해 업무지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 ‘행정규칙’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 공무원의 조치가 행정규칙을 위반하였다고 해서 바로 위법하게 되는 것이 아니고, 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 공무원의 조치가 적법한지는 행정규칙 위반 여부가 아니라 상위법령의 규정 및 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

3) 「자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 법률」(이하 ‘자살예방법’이라 함) 제4조는 국가에게 자살위험자를 적극 구조하기 위하여 필요한 정책을 수립하고, 자살의 사전예방, 자살 발생 위기에 대한 대응 및 사후 대응의 각 단계에 따른 정책을 수립·시행할 책무가 있다고 정하고 있다. 구 「부대관리훈령」(2012. 12. 31. 국방부훈령 제1483호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘부대관리훈령’이라 함) 제4편 제4장 자살예방 관련 규정(제237조 내지 제247조)¹³⁾, 해군의 「군

13) 부대관리훈령에서는 군인의 자살을 감소·예방하기 위하여 징병검사·신병교육·자대복무 단계별로 자살우려자를 식별·관리·처리하는 절차를 상세히 정하고 있다. 교육기간 중 교관은 신상기록, 인성검사 결과, 면담을 통하여 자살우려자 식별활동을 하여야 하고, 조교는 교육 및 병영생활 간 일일관찰, 상황식 일일결산보고 등을 통해 자살우려자 식별활동을 꾸준히 실시하여야 한다. 지휘관은 교육기간 중 자살우려자 식별 즉시 정신과 군의관의 진단 등을 받도록 하고, 진단 결과에 따라 입원 또는 외래치료를 실시하는 등의 관리를 하며, 치료 중 의무조사 대상자로 판정되는 사람을 전역심사위원회에 회부하는 등으로 처리하여야 한다(제240조부터 제242조까지의 규정). 자대복무 이후에는 부대의 지휘관이 전입신병에 대하여 전입기간 단계별로 집중관리하면서 자살우려자와 보호·관심병사를 선정하여 자살우려자로 식별된 사람에 대해 정신과 군의관 상담 등을 받도록 하는

사고예방규정」(2012. 2. 24. 해군규정 제1797호)¹⁴⁾, 해군작전사령부 및 ○○○함의 신상파악 운영에 관한 예규(이하 ‘신상파악 운영에 관한 예규’라 함)¹⁵⁾ 등의 규정 내용을 종합하면, 자살우려자 식별 및 신상파악·관리·처리의 책임이 있는 소속대 관계자는 관련 규정을 준수하여 자살우려 장병을 식별하고, 자살가능성이 확인된 장병에 대해서는 정신과 군의관의 진단 등을 거쳐 적절하게 관리조치를 하여 사고를 방지하고 신체적·정신적 건강을 회복하도록 할 의무가 있다. 관계자가 이러한 조치를 취하지 않은 상황에서 소속 장병의 자살 사고가 발생한 경우, 사고가 발생가능성을 예견할 수 있었고 조치를 취했을 경우 결과를 회피할 수 있었다면, 특별한 사정이 없는 한 해당 관계자의 직무상 의무 위반과 이에 대한 과실이 인정되고, 국가는 국가배상법에 따라 배상책임을 진다.

4) 하사 甲은 망인에 대한 인성검사에서 ‘자살예측’의 결과가 나왔음에도 임의로 그 결과를 자살우려자 식별 및 신상파악의 책임이 있는 관계자 누구에게도 보고하지 않았다. 당시 신상파악 1차 책임자인 상사 乙은 인성검사 결과를 확인하지 않은 채 망인과 두 차례 면담을 하고 망인의 신상등급을 C급으로 조정하였고, 그 밖에도 인성검사 결과에 대한 전문가의 진단 등 후속조치를 한 적이 없다. 또한 이후에도 인성검사 결과가 반영되었다고 볼 만한 정황이 없다. 자살우려자 식별 및 신상파악의 책임이 있는 관계자가 교육사에서의 인성검사 결과를 반영하여 망인에 대해 부대관리훈령 등 관련 규정에 따른 조치를 포함한 망인의 자살을 방지하기 위한 조치를 취했다면 이 사건 사고를 막을 수 있었을 것이다.

결국 인성검사에서 자살예측의 결과가 나타난 이상 당시 망인에게 자살 가

등 관리·처리하여야 한다(제243조부터 제245조까지의 규정).

14) 장병의 자살예방을 위하여 전입기간 단계별로 자살우려자를 포함한 보호·관심병사 선정(식별), 자살우려자로 식별 시 정신과 군의관 상담 및 진단, 군병원 입원 치료, 필요 시 상급부대로 분리하여 상담 및 관찰보호(관리), 현역복무 부합 절차 의거 조치(분리)의 단계로 조치하여야 한다고 정하고 있다(제26조).

15) 해군, 해군작전사령부, 제2함대도 각 부대별로 신상파악 책임자를 정하여 이들로 하여금 면접, 대인관계, 관찰, 기록 등을 통해 장병의 신상을 파악하여 기준에 따라 장병의 신상을 분류하도록 하고, A급(자살우려자)으로 분류된 자는 부지휘관 또는 지휘관이 월 2회 이상 면담하고 이를 기록하는 등 신상파악 책임자부터 지휘관까지 전 계통이 해당 장병의 신상을 파악하고 교육, 지도, 전문가(심리학자) 또는 병영생활전문 상담관과의 상담 등의 선도를 실시하고 그에 대한 해결책을 강구해야 하며, 신상기록부 관리프로그램에 반드시 인성검사 결과를 파악하여 기록하도록 하는 내용의 신상파악 운영에 관한 규정을 두고 있다.

능성이 있음을 충분히 예견할 수 있는 사정이 있었는에도 신상관리에 인성검사 결과를 제대로 반영하지 않은 것은 자살우려자 식별과 신상파악·관리·처리의 책임이 있는 관계자가 인성검사 결과를 체계적으로 관리하고 그 결과를 활용하여 후속조치를 할 직무상 의무를 과실로 위반한 것이고, 그와 같은 직무상 의무 위반과 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 있다고 보아야 한다.

4. 대상 판결의 쟁점

대상 판결의 주요 쟁점은 소속대 관계자들의 자살방지의무를 위한 절차를 제대로 이행하지 않은 부작위로 인한 국가배상책임의 인정 요건이다. 부작위로 인한 국가배상책임에서도 작위로 인한 국가배상책임에서와 같이 국가배상법 제2조 제1항의 요건들이 충족되어야 하는데, 핵심적인 것은 위법성 및 과실의 판단이다.

국가배상책임의 위법성과 관련하여 종래 여러 견해들이 대립하여 왔고, 판례의 경우 ‘객관적 정당성’을 판단기준으로 하고 있는 일련의 판결들이 비판을 받고 있다. 그런데 부작위로 인한 배상책임에서는 일반적인 작위로 인한 배상책임의 경우와 달리 적극적인 행위가 존재하지 않기 때문에 담당 공무원의 행위가 위법했는지를 판단하기 위해서는 법적 작위의무의 존재 여부를 검토하여야 한다. 따라서 위법성 판단에 가장 중요한 것은 법적 작위의무의 도출인데, 대상 판결과 같이 법령에 직접적 근거가 존재하지 않고 행정규칙에만 절차적 의무가 존재하는 경우 작위의무를 어떻게 도출할 수 있는지를 살펴보아야 한다. 학설은 대체적으로 법령에 규정이 없더라도 조리에 의한 작위의무를 인정할 수 있는 것으로 보고 있고, 판례 또한 국가의 초법규적인 보호의무를 일정한 경우 인정하고 있다. 이와 관련하여 국가의 기본권보호의무, 행정규칙의 판단을 중심으로 하여 살펴본다.

작위의무의 도출과 관련하여 판례는 크게 두 가지의 접근법을 택하고 있다. 하나는 재량권을 수권하는 규정이 있는 경우 그 권한의 불행사가 ‘현저하게 불합리한지’ 여부를 기준으로 작위의무의 유무를 판단하는 것이고, 다른 하나는 법령에 규정이 없는 경우 ‘손해의 심각·절박성, 예견가능성, 회피가능성’을 중심으로 하여 판단하는 것이다. 따라서 이러한 두 가지 접근법의 의의, 재량권 수축이론과의 관계, 구별의 실익을 검토하고자 한다. 또한 대상 판결에서는 판시하고 있지 않지만 부작위 배상책임의 제한요소로서 널리 논의되는 사익보호성 요건의 요부에 관한 쟁점도 살펴본다.

그리고 부작위로 인한 배상책임에서의 과실 요건의 경우 위법성과 과실의 관계에 중점을 두고 검토할 필요가 있다. 원심 판결과 대상 판결은 모두 위법성을 전제로서의 작위의무를 인정하면서도 과실을 인정할 것인가 여부에 따라 결론을 달리하고 있기 때문이다. 즉, 원심 판결은 위법성의 전제가 되는 국가의 작위의무를 인정한 후¹⁶⁾ 다시 소속대 관계자의 주관적 책임요소인 과실을 부정하여 책임을 부정한 반면,¹⁷⁾ 대상 판결은 작위의무 도출에 이미 과실의 요소들인 예견가능성과 회피가능성이 포함되는 것으로 보고 작위의무가 인정되면 동시에 과실도 인정되는 것으로 보고 있다. 원심 판결의 태도는 위법하지만 무과실이라는 이유로 책임을 부정하였다는 점에서 국가배상책임의 성격에 관한 대위책임설과 자기책임설의 대립 및 위법성과 과실의 관계에 관한 논의와 관련된다. 이러한 위법성과 과실의 관계에 관한 일반론을 살펴본 후, 부작위로 인한 배상책임에서의 특수성을 다루기로 한다. 또한 대상 판결과 직접적으로 연관된다고 보기는 명확하지 않지만, 대상 판결의 판시에서는 군대 조직 내 자살을 방지하기 위한 일련의 절차적 단계 중 일부가 제대로 이행되지 못하여 후속 단계들도 제대로 진행되지 못한 점에 관한 내용도 있으므로 과실의 객관화 경향에 관한 논의에 대해서도 다루고자 한다.

III. 평석

1. 논의의 전제

(1) 부작위로 인한 국가배상책임의 요건

공무원의 부작위로 인한 국가배상책임은 작위로 인한 배상책임에서와 마찬가지로 국가배상법 제2조 제1항에 따라 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우에 인정된다.¹⁸⁾ 대상

16) 원심은 우선 헌법 제10조, 헌법 제39조, 병역법 등의 내용을 종합하여 국가 및 상관 등에게 건전한 군복무 환경을 조성하고 부하의 고충을 파악·해결하기 위한 적극적 조치를 강구할 보호의무가 있다고 보았다.

17) 물론 원심의 태도를 추상적인 국가의 의무는 인정되지만 예견가능성이 없어서 구체적이고 특정한 작위의무가 없다고 보아 위법성을 부정한 것이라고 해석할 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 일단 작위의무를 인정하고 통상적인 과실이 존재하지 않는다고 판시하고 있는 논리구조를 볼 때, 위법성이 존재하지만 과실이 없어서 책임이 부정된다는 어조가 더 강한 것으로 보인다.

판결에서 소속대 관계자들은 군인으로서 특정직 ‘공무원’에 속하고(국가공무원법 제2조 제2항), ‘직무’를 어떻게 파악하든 군대에서의 업무는 권력작용으로서 직무에 포함되며, ‘직무행위’의 내용에 공무원이 하여야 할 행위를 소극적으로 하지 않은 부작위로 포함된다는 점에는 문제가 없다.¹⁹⁾ 또한 국가배상법 제2조 제1항의 ‘타인’에는 가해자인 공무원과 위법한 직무행위에 관련된 자 이외의 모든 사람이 포함되므로 군인 또한 여기에 해당한다는 점에는 문제가 없다.²⁰⁾ 그러므로 이하에서는 “법령을 위반하여”(위법성) 및 “고의 또는 과실로”(과실)에 중점을 두고 작위로 인한 배상책임과 부작위로 인한 배상책임을 비교하여 살펴보기로 한다.²¹⁾

(2) 부작위의 개념과 유형

부작위로 인한 배상책임 요건의 검토에 앞서서 국가배상책임에서의 “부작위”가 어떠한 의미인지 정의할 필요가 있다. 직무의 부작위는 좁은 의미에서는 행정심판법 제2조 제2호 및 행정소송법 제2조 제1항 제2호에서 정의하고 있는 것처럼 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것”으로서 시민이 수익적 처분을 구하는 신청을 한 것에 대한 거부처분(또는 처분의 지연이나 무응답)을 의미한다. 반면, 넓은 의미에서는 행정청에게 법령상 작위의무가 있음에도 불구하고 감독·예방조치를 이행하지 않는 등 권한을 행사하지 않는 부작위 또한 포함된다.²²⁾ 즉, 국가배상책임에서의 부작위는 “신청을 전제로 하

18) 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결 등 참조.

19) 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 제27판, 2023, 661면; 김동희/최계영, 「행정법 I」, 박영사, 제27판, 2023, 545면; 김철용, 「행정법」, 박영사, 제12판, 2023, 762면 참조.

20) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 제22판, 2023, 649면 참조. 군인의 경우 국가배상법 제2조 제1항 단서 규정에 따라 이중배상금지 규정을 고려하여야 하나, 전술한 것과 같이 이에 대한 논의는 생략하기로 한다.

21) 손해와 인과관계의 문제도 있으나, 지금까지는 민법에서의 해석론에 영향을 받아 이에 관한 논의가 많지 않았던 것이 사실이다. 이러한 배경 및 공법상 개념으로서의 손해를 정립하려는 논의에 대해서는 김혜진, “공법상 개념으로서의 국가배상법상 ‘손해’ - 국가배상책임의 본질에 따른 고유한 법개념 정립을 위한 시론 -”, 행정법이론실무학회 제275차 학술대회 발표문, 2023, 29면 이하 참조.

22) 공무원의 직무행위로 인한 국가배상 사안은 공무원이 행하는 직무행위의 성질을 기준으로 하여 사실적 행위와 법적 조치로 분류될 수 있고, 법적 조치는 다시 공무원의 작위와 부작위로 구분되며, 작위에 의한 직무행위로는 개별적인 행정처분과 법령제정행위, 부작위에 의한 직무행위로는 수익적 행정처분의 발급을 거부 또는 지체하는 경우와 공무원의 권한 불행사, 즉 감독·예방조치를 불이행하는 경우로 설명된다. 朴正勳, 앞의 논문, 31-32면 참조.

는 처분의 부작위뿐만 아니라, 소극적 행정처분 및 거부처분의 의제까지 포함하여, 반드시 신청이 없더라도 공무원이 일정한 처분을 해야 할 의무를 위반한 부작위, 나아가서 처분 이외의 공법적 행정작용을 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 행하지 않은 경우의 부작위²³⁾”로 정의될 수 있다. 부작위의 구체적 내용 측면에서 행정부작위 외에도 입법부작위, 사법부작위 또한 국가배상책임에서의 부작위에 포함될 수 있으나, 이 글의 논의의 범위는 행정부작위에만 제한하기로 한다.

신청에 대한 부작위의 법률관계는 직접 가해자인 행정청과 피해자의 2면관계로 나타나는 반면, 감독·예방조치를 이행하지 않은 부작위, 특히 규제권한 불행사의 경우 가해자가 아니라 규제권한을 가진 규제자로서의 국가, 피규제자 및 제3자인 피해자의 3면관계가 문제된다. 3면 관계에서는 국가가 직접적인 가해자가 아니고 피해자인 국민은 제3자이며 직접적으로 규제를 받는 대상이 아님에도 불구하고 국가가 배상책임을 부담하는 특징이 나타난다.²⁴⁾ 이 경우 작위의무의 근거법령의 존부 및 법적 성격, 재량의 문제가 개입되기 때문에 2면관계보다 복잡한 상황이 발생하게 된다.²⁵⁾

대상 판결에서 다루어지는 소속대 관계자들의 부작위는 작위의무가 있음에도 불구하고 자살에 대한 감독·예방조치를 이행할 의무를 이행하지 않은 것인데, 자살행위에서는 직접적 가해자가 망인 자신이라는 특이점이 있다. 그러나 소속대 관계자들이 자살방지를 위한 최소한의 감독·예방조치를 제대로 수행하지 않은 부작위를 망인의 자살행위를 규제(즉, 예방)하기 위한 권한행사의 부작위로 해석한다면, 충분히 여기에서 문제되는 부작위로 인한 국가배상책임의 논의 대상이 될 수 있다고 생각된다.

이하에서는 이러한 전제를 바탕으로 위법성의 일반론 및 부작위의 특징, 법령에 규정이 없는 경우 작위의무의 도출, 재량행위와 관련한 판례의 두 가지 접근법, 사익보호성의 문제, 위법성과 과실의 관계를 검토한다.

23) 김유환, “행정청의 부작위에 대한 규제”, 『행정법연구』 제1호, 행정법이론실무학회, 1997, 49-50면 참조.

24) 朴貞勳, “행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석”, 『토지공법연구』 제63집, 한국토지공법학회, 2013, 168-169면 참조.

25) 김중권, “미니캡 켈리로 인한 직실사와 국가배상책임의 문제”, 『인권과 정의』 제419호, 대한변호사협회, 2011, 103면 참조.

2. 위법성 판단에 있어 부작위의 특징

(1) 위법성에 관한 일반론 및 부작위의 경우

국가배상에서의 위법성의 의미에 대해서는 행위위법설, 상대적 위법성설, 결과불법설 등이 대립하고 있다.²⁶⁾ 이러한 견해들은 국가배상제도의 의의와 관련하여 행정의 행위에 따른 통제와 피해자의 구제 중 어떠한 부분을 더 강조할 것인지 여부에 따라 차이를 보인다.²⁷⁾ 그리고 어떠한 견해를 택하느냐에 따라 항고소송의 위법성과 국가배상소송에서의 위법성의 범위의 이동(異同)에 대한 판단이 달라지게 된다.²⁸⁾

판례는 ‘법령 위반’의 의미를 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 그 밖의 사유를 종합하여 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우까지 포함하여 판단하고 있어 일반적으로 광의의 행위위법설로 평가된다.²⁹⁾ 그러나 2000년대 이후 항고소송에서 위법성이 인정된 이후에도 국가배상소송에서 ‘객관적 정당성의 상실’이 없다는 이유로 배상책임을 부정하는 일련의 판례들이 등장하였는데,³⁰⁾ 여기에 대해서는 상대적 위법성설을 택하고 있다고 평가하는 견해가 많

26) 이와 같은 학설의 소개에 대해서는 김남진/김연태, 앞의 책, 675면 이하; 김동희/최계영, 앞의 책, 551면 이하; 박균성, 앞의 책, 869면 이하 참조.

27) 안동인, “국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준”, 『행정법연구』 제41호, 행정법이론실무학회, 2015, 34-35면 참조.

28) 위법이 가해행위의 결과인 손해의 불법성을 의미한다고 보는 결과불법설은 권리구제 범위가 가장 넓고, 공권력 행위 자체의 법령 위반으로만 보는 협의의 행위위법설은 항고소송의 위법과 국가배상소송의 범위를 같은 것으로 보아 행위 자체의 위법성을 요구하므로 범위가 가장 좁다. 행위 자체의 위법성뿐만 아니라 공권력 행사의 방법·수단의 위법성까지도 의미한다고 보는 광의의 행위위법설은 국가배상소송의 위법의 범위가 취소소송의 위법의 범위를 포함한다고 보아서 협의의 행위위법설보다는 권리구제의 범위가 넓다. 여러 요소를 종합적으로 고려하여 행위가 객관적 정당성을 결여한 경우를 위법하다고 보는 상대적 위법성설의 경우 항고소송과 국가배상소송 위법성의 범위를 다르게 보기 때문에 더 넓게 볼 수도 있고, 더 좁게 볼 수도 있다. 이와 같은 학설의 소개에 대해서는 김남진/김연태, 앞의 책, 675면 이하; 김동희/최계영, 앞의 책, 551면 이하; 박균성, 앞의 책, 869면 이하 등 참조.

29) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결 등 참조.

30) 항고소송에서 행정처분의 위법성이 인정되어 취소되더라도 “그 기관력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것”이라고 보고, “행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것”이라고 하면서 “객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국

다.³¹⁾ 후자의 유형은 항고소송에서 위법성이 이미 인정되었음에도 불구하고 국가배상소송에서 다시 객관적 주의의무 위반에 대한 판단에서 객관적 정당성이라는 기준을 적용하여 배상책임의 범위를 제한한다는 점에서 학계에서 많은 비판을 받고 있다.³²⁾ 객관적 정당성 기준의 실체가 무엇인지 불분명하고,³³⁾ 국가배상책임의 성립에 관한 결론을 미리 내리고 이에 맞추어 역으로 논거를 구성하는 방식의 판단을 유도할 우려가 있다는 점³⁴⁾에서 이러한 기준을 남용하는 것은 문제가 있다.

그러나 부작위의 경우에는 상황이 다르다. 판례는 ‘객관적 정당성’ 기준에 의하여 위법성 판단의 대상이 되는 법령의 범위를 확대하고, 형식적 의미의 법령에 의해 규율되지 않거나 행정의 재량이 넓게 인정되는 영역에서 국가배상을 더 넓게 인정하는 수단으로 사용하고 있다.³⁵⁾ 대상 판결에서도 같은 형태의 판시를 하면서 법령에 규정이 없는 경우이지만 작위의무를 도출하고 있다. 즉, 군대 내 자살방지를 위한 절차적 의무들이 형식적 의미의 법령에 다 규정되어 있지 않지만 행정규칙상의 의무들까지 전체적으로 고려하여 국가배상의 범위를 확장하고 있다.

(2) 부작위의 구조적 특징

부작위가 국가배상법 제2조 제1항의 “법령에 위반하여”라는 요건에 해당하여 위법하기 위해서는 법적 작위의무가 전제되어야 한다. 이러한 구조는 공무원의 적극적 작위로 인한 국가배상책임과는 다르다. 작위로 인한 배상책임에서는 공무원의 직무집행행위라는 적극적 행위가 외형상 드러나기 때문에 이 행

가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.”고 판시한 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결 이후 이와 동일한 기준을 적용한 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789등 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다30946 판결 등의 판례들이 계속 나오고 있다. 김동희/최계영, 앞의 책, 553면 참조.

31) 김남진/김연태, 앞의 책, 677면; 박균성, 앞의 책, 872-873면 등.

32) 이에 대한 비판의 상세한 내용은 특히 朴正勳, 앞의 논문, 40-43면; 박현정, “국가배상청구소송의 관할법원”, 『서울대학교 법학』 제64권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2023, 159-161면; 안동인, 앞의 논문, 27면 이하; 최계영, “처분의 취소판결과 국가배상책임”, 『행정판례연구』 제18집 제1호, 한국행정판례연구회, 2013, 261면 이하 등 참조.

33) 안동인, 앞의 논문, 47-48면 참조.

34) 최계영, 앞의 논문, 291-292면 참조.

35) 최계영, 앞의 논문, 277-278면 참조; 따라서 원래 부작위로 인한 국가배상책임에서 위법성을 확대하기 위한 수단으로 사용되어 온 ‘객관적 정당성의 상실’이라는 기준을 대법원이 작위로 인한 국가배상책임을 제한하는 논리로 원용하는 것이 더욱 비판되기도 한다. 朴正勳, 앞의 논문, 42-43면 참조.

위 자체의 위법성에 대한 판단에 중점을 두게 되는 반면, 부작위의 경우 외형상 적극적 행위라는 것이 존재하지 않으므로 손해발생이라는 결과를 통해 역으로 공무원이 그러한 결과를 방지하지 못한 것이 위법한지 검토하게 된다.³⁶⁾ 그 결과 해당 공무원에게 법적 작위의무가 있었다고 보이는데도 이를 지키지 않았다면 위법성이 인정된다.³⁷⁾ 따라서 법적 작위의무가 어디에서 어느 범위까지 도출될 수 있는지가 부작위 배상책임의 핵심이다.

또한 이러한 특징으로 인하여 부작위에 있어서는 국가배상책임의 중요성이 더 부각된다. 우선 적극적인 작위에 의한 위법한 처분이 존재하지 않으므로 항고소송과는 무관하다. 그리고 부작위에 대해서는 현행법상 의무이행소송이 인정되지 않고, 부작위위법확인소송은 처분의 신청에 대한 부작위만을 대상으로 하기 때문에 특히 신청을 전제로 하지 않는 규제권한행사의 부작위에 대해서는 기능할 수 없다.³⁸⁾ 또한 현실적으로 부작위위법확인소송은 부작위로 인한 손해가 이미 발생하여 실익이 없는 경우가 대부분이므로 활용될 가능성이 낮고, 결국 손해를 전보받기 위한 권리구제수단으로서의 국가배상소송이 필요하게 된다.³⁹⁾

대상 판결에서는 ‘법령 위반’과 관련하여 명시적 법령 규정이 존재하지 않는 경우 어떻게 작위의무를 도출할 수 있는지 문제된다. 판례는 “국민의 생명·신체·재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 않으면 국민의 생명·신체·재산 등을 보호할 수 없는 경우”라는 판시를 하고 있는데, 사인인 제3자로부터의 침해는 방지한다는 측면에서 국가의 기본권보호의무를 우선 생각해볼 수 있다. 또한 대상 판결은 자살방지법상의 추상적 규정 이외에 부대관리훈령, 군 사고예방규정 등의 행정규칙 등을 작위의무의 도출에 활용하고 있는데, 위법성 판단에서 행정규칙이 어떤 역할을 하는지도 살펴보아야 한다.

그리고 과거 작위의무의 인정과 관련하여 행정편의주의에 따른 재량론⁴⁰⁾과 반사적 이익론이 걸림돌이 되어왔으나, 현재 행정편의주의나 반사적 이익론에

36) 방영철, “공무원의 직무상 위법한 부작위로 인한 국가배상책임 - 배상요건의 문제점 및 입법론을 중심으로 -”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2000, 25-26면 참조.

37) 방영철, 앞의 논문, 25-26면 참조.

38) 김유환, 앞의 논문, 55면 이하; 김창조, “의무이행소송”, 『법학논고』 제83집, 경북대학교 법학연구원, 2023, 55-56면 참조.

39) 최계영, 앞의 논문, 277-278면 참조.

40) 행정권의 행사는 권한을 부여받은 공무원의 자유재량에 달려 있으므로, 그 권한 행사를 의무로 규정하고 있는 법령이 없는 한, 그 공무원이 권한을 행사하여야 할 법적 의무를 부담하지 않는다는 법리가 재량행위론이다. 朴貞勳, 앞의 논문, 177면 참조.

의해 작위의무를 전면적으로 부정하는 견해는 거의 없다.⁴¹⁾ 오늘날에는 재량 행위에서 특정한 작위의무를 어떻게 이끌어낼 것인가, 그리고 근거법령의 사익 보호성을 판단하여 배상책임을 제한할 수 있는가의 논의가 중심을 이루고 있다. 이하에서는 이러한 쟁점들에 대하여 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

3. “법령에 규정이 없는 경우” 판단의 요소

(1) 일반론

살펴본 것과 같이, 판례⁴²⁾는 ‘법령 위반’을 형식적 의미의 법률 이외에 “인권 존중 · 권력남용금지 · 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 객관적인 정당성이 없는 행위를 한 경우를 포함”하여 판단한다. 다수설 또한 여기서의 “법령”이 의미하는 것은 성문법령뿐만 아니라 관습법이나 일반원칙, 조리 등의 불문법도 포함하는 것으로 보고 있다.⁴³⁾ 생각건대 국가배상제도에서의 위법은 법이 타인에게 손해를 가하는 것을 허용하는 것인지 여부에 의하여 결정되는 것이므로,⁴⁴⁾ 법치행정의 목적인 인권 및 기본권보장, 피해자 구제 및 행정의 다양한 기능을 고려할 때 법령의 규정이 없더라도 작위의무를 도출해낼 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁴⁵⁾ 또한 공무원의 적극행정을 강조하는 측면에서, 소극행정에 대해서는 국가배상을 확대해야 하므로 명문의 규정이 없는 경우에도 행정개입의무 또는 손해방지의무를 인정하는 것이 필요하다.⁴⁶⁾

(2) 기본권보호의무의 검토

부작위로 인한 배상책임, 특히 규제권한의 불행사가 문제되는 3면관계에서의 작위의무는 피규제자인 제3자로부터의 받는 피해자의 손해를 국가가 예

41) 朴貞勳, 앞의 논문, 170면, 177면 참조.

42) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결; 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 등 참조.

43) 김동희/최계영, 앞의 책, 551-552면; 김유환, 「현대행정법」, 박영사, 전정관, 2021, 598면; 박균성, 앞의 책, 868-869면; 이동식/전훈/김성배/손윤식, 「행정구제법」, 준커뮤니케이션즈, 제6판, 2023, 44면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 제31판, 2023, 836-837면 참조.

44) 김동희/최계영, 앞의 책, 552면 참조.

45) 강구철, “부작위와 국가배상책임”, 「고시계」, 제34권 제11호, 고시계사, 1989, 57면; 정영철, “국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제”, 「법학논고」 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 47면 참조.

46) 朴貞勳, “積極行政 實現의 法的 課題 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 試論-”, 「공법연구」 제38집 제1-1호, 한국공법학회, 2009, 347면 참조.

방·방지하여야 하는 의무라는 점에서 기본권보호의무와 그 구조가 유사하다. 기본권보호의무는 국가가 기본권을 사인인 제3자의 위법한 침해나 침해의 위험으로부터 보호해야하는 의무로,⁴⁷⁾ 독일연방헌법재판소는 이를 기본권의 객관적 가치질서에 근거하여 인정하고 있다.⁴⁸⁾ 기본권보호의무를 인정하는 전제에서, 기본권보호의무로부터 작위의무가 도출될 수 있는지 여부가 문제된다.

대상 판결의 사안은 생명에 직결되는 사안이므로 기본권보호의무에 의해 보호되는 법익임에는 분명하다. 그러나 자살이므로 가해자가 존재하지 않고 피해자가 스스로 자신의 생명에 대해 유발한 손해라는 특이점이 있다. 자살 외에 자해, 마약, 고도의 위험이 내재된 스포츠 등 피해자가 자초한 위험의 경우 가해자가 존재하지 않으므로 기본권보호의무가 아니라 국가와 행위자의 2면 관계의 측면에서 접근하여야 한다는 견해가 주장된다.⁴⁹⁾ 그러나 대상 판결과 같이 피해자가 스스로 독자적인 결정을 할 수 없는 상황, 즉 군대라는 폐쇄된 계급조직과 공간적 제약이 협소한 해군 함정 내에서 자살방지를 위한 최소한의 도움을 받지 못하여 불가피하게 자살에 이른 경우라고 본다면, 기본권보호의무를 인정할 수도 있을 것이다.⁵⁰⁾

그러나 기본권보호의무가 인정되더라도 이로부터 바로 특정한 행위에 대한 작위의무를 도출할 수 있는 것은 아니다.⁵¹⁾ 헌법재판소 또한 “국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고... 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다.”고 판시하고 있다.⁵²⁾ 별도의 수권규범 없이 기본권보호의무에 의하여 바로 작위의무를 인정하게 되면 법치주의원리에 반할 우려가 있다는 점도 지적된다.⁵³⁾

47) 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007, 123면 참조.

48) BVerfGE 39, 1 참조.

49) 이러한 견해로 최현선, “입법자의 기본권 보호의무”, 『동아법학』 통권 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 35면 참조.

50) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 통권 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 5면 참조.

51) 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무”, 『저스티스』 제140호, 한국법학원, 2014, 73면 참조.

52) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110 결정.

53) 특히 기본권보호의무가 제3자에 대한 국가의 무한한 개입을 정당화시키는 것을 주의하여야 한다고 보고 있다. 김중권, 앞의 논문, 110면 참조.

따라서 법령에 규정이 없는 경우에 작위의무를 인정하기 위해서는 기본권보호의무 외에도 관련 법령의 해석, 불문법원, 재량이 있는 경우 특정한 작위의무를 도출하기 위한 요건들을 종합적으로 고려하여야 한다. 특히 대상 판결에서는 관련 법령을 해석하면서 행정규칙을 상위법령의 규정 및 입법목적과 관련하여 검토하고 있는데, 행정규칙 또한 종합적 고려요소가 될 수 있는지를 살펴보기로 한다.

(3) 행정규칙의 판단

법령의 규정이 없는 경우 행정규칙으로부터 작위의무를 도출할 수 있는가와 관련하여, 학설은 행정규칙의 대외적 효력이 인정되는 예외적 경우를 제외하고는 대체로 이를 부정하고 있다.⁵⁴⁾ 즉, 행정규칙은 행정조직 내부에서 상급행정기관이 행정권에 내재하는 고유한 권능에 근거하여 하급행정기관에 대하여 행정의 조직이나 활동을 보다 자세히 규율하기 위하여 발하는 일반·추상적 명령⁵⁵⁾으로서 대외적인 법적 구속력이 없으므로, 원칙적으로 행정규칙 위반만으로는 국가배상책임의 법령 위반의 판단근거로 삼을 수 없다고 보고 있다.⁵⁶⁾ 이에 따르면 공무원의 조치가 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법목적 등에 따라 적합한지 여부에 따라 판단하여야 하고,⁵⁷⁾ 다만 행정규칙(재량준칙)의 위반이 평등원칙 등을 위반하여 위법으로 되는 경우가 있을 수 있다.⁵⁸⁾ 반면, 행정규칙 자체의 법규성은 인정하지 않더라도 법령위반을 일반원칙이나 조리도 포함하는 것으로 이해한다면, 행정작용의 객관적 기준을 설정하고 있는 행정규칙을 합리적 사유 없이 위반하여 특정인에게 불리한 처분을 한 행위는 경우에 따라서 법령위반에 해당하는 것으로 볼 수 있다는 견해도 주장된다.⁵⁹⁾

판례는 기본적으로 대상 판결의 판시와 같이 행정규칙의 위반이 바로 위법이 되는 것은 아니라고 보면서,⁶⁰⁾ 행정규칙의 위반이 평등원칙 등 일반원칙의

54) 박균성, 앞의 책, 890면; 홍정선, 앞의 책, 836면 참조.

55) 홍정선, 앞의 책, 284면.

56) 김남진/김연태, 앞의 책, 679면; 박균성, 앞의 책, 890면; 홍정선, 앞의 책, 836면 등 참조.

57) 다만, 총기사용 안전수칙 등 안전성확보의무를 정한 행정규칙을 위반한 가해행위는 해당 행정규칙이 위법이 아닌 한 위법성과 과실이 인정된다고 보면서, 이 경우에도 행정규칙을 위반하여 위법인 것이 아니라 조리상 손해방지의무(안전관리의무)를 위반하여 위법한 것이고, 해당 규칙을 모른 공무원의 과실이 인정된다고 보는 견해로 박균성, 앞의 책, 890면 참조.

58) 김남진/김연태, 앞의 책, 679면 참조.

59) 김동희/최계영, 앞의 책, 553-554면 참조.

위반이 되는 경우 또는 법령보충적 행정규칙의 경우 예외적으로 재판규범성을 인정하고 있다. 대법원은 국가유공자에 대한 주택구입대부제도에 대한 문의와 관련하여 담당 공무원에게 국가의 지급보증서제도 안내도 같이 해야 할 작위의무가 있는가를 판단하면서 형식적 의미의 법령뿐만 아니라 행정규칙의 성질을 지니는 국가보훈처의 ‘대부업무 처리지침’을 종합적으로 고려하여 그와 같은 의무가 없다고 판단하기도 하였다.⁶¹⁾

한편, 독일의 경우 행정규칙 위반 자체가 위법성 인정의 근거가 될 수 있다고 보고 있다. 독일의 국가배상책임의 구조는 민법 제839조 제1항⁶²⁾에서 공무원의 개인책임을 규정한 뒤, 기본법 제34조 제1문⁶³⁾에서 이를 국가에 이전(또는 인수)시키는 대위책임의 형태로 되어 있다. 독일에서는 국가배상법의 위법성의 요건인 제3자에 대한 직무상 의무(Amtspflicht)를 모든 고려할 수 있는 법원(헌법, 법률, 법규명령, 자치규칙, 관습법, 법의 일반원칙, 행정규칙 및 행정계약의 특별한 법적 구속관계)으로부터 도출될 수 있는 것으로 본다.⁶⁴⁾ 여기에서의 ‘직무상 의무’(Amtspflicht)는 내부관계에서 자신의 고용주체인 국가에 대한 공무원의 직무상 의무를 의미하는 것으로서 외부관계에서 국가가 국민에 대해 부담하는 법적 의무(Rechtspflicht)와 구별된다. 그러나 공무원의 직무상 의무 중 가장 중요한 의무가 국가의 법적 의무를 준수해야 하는 것이라는 점에서 직무상 의무의 위반은 통상적으로 법적 의무의 위반이 된다.⁶⁵⁾ 그러나 여전히 내부관계에서의 지침이나 행정규칙에서 도출되는 직무상 의무의 경우 양자의 구별이 중요하다고 보고 있다.⁶⁶⁾ 이처럼 독일의 경우 우리나라와 달리 법적 의무와 직무상 의무가 일치하지 않으므로 독일의 이론을 근거로 바로 행정규칙으로부터 작위의무를 끌어낼 수는 없고, 행정규칙의 종류에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다는 견해도 주장된다.⁶⁷⁾

대상 판결은 ‘행정규칙’은 기본적으로 대외적 효력이 없다고 보면서도, 「부대

60) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결; 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결 등.

61) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결.

62) 공무원이 고의 또는 과실로 그가 제3자에 대하여 직무상 의무를 위반한 때에는 제3자에 대하여 이로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

63) 공무원이 자신에게 위임된 공무를 수행하면서 제3자에 대한 직무상의 의무를 위반한 경우 그가 속한 국가나 단체가 원칙적으로 책임을 진다.

64) Ossenbühl/Cornils, 「Staatshaftungsrecht」, 6. Aufl., 2013, S.44 참조.

65) Maurer/Waldhoff, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 20. Aufl., 2020, §26 Rn. 16 참조; 이 일세, “국가배상에 관한 주요 판례분석 - “법령위반(위법성)”을 중심으로 -”, 「안암법학」 제43호, 안암법학회, 2014, 441-442면 참조.

66) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §26 Rn. 17 참조.

67) 김철용, 앞의 책, 766면 참조.

관리훈령」, 해군의 「군 사고예방규정」, 신상과약 운영에 관한 예규 등⁶⁸⁾의 행정규칙에 규정된 자살 예방 절차를 상세히 실시하여 그러한 절차의무를 위반하였다는 점을 중요하게 판단하고 있다. 대상 판결은 이러한 행정규칙을 위반한 점을 상위법령인 자살방지법의 규정과 함께 중요하게 실시한 후, 손해의 심각·절박성, 예측가능성, 회피가능성 등의 요건들을 고려하여 작위의무를 도출하고 있다. 이를 통해 볼 때, 법령의 규정이 없는 경우 행정규칙으로부터 바로 작위의무를 도출할 수 있는지의 논의와는 별개로, 최소한 행정규칙을 국가의 기본권보호의무, 상위법령의 목적 등 작위의무의 도출을 위한 종합적 고려요소 중 하나로는 판단할 수 있을 것이다.

4. 재량행위에서의 작위의무 도출

(1) 재량권 부여 규정의 유무에 따른 판례의 두 가지 접근법

종래 행정편의주의적 입장에서는 행정작용은 공무원의 재량사항이고 공익 실현을 위한 것이므로 이에 의하여 국민이 받게 되는 이익은 단순한 반사적 이익에 불과한 것으로 보아 공무원의 작위의무를 인정하지 않는 경우가 많았다.⁶⁹⁾ 그러나 오늘날에는 재량을 자의적으로 행사할 수 없고, 재량권 남용·일탈의 위법성을 다룰 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없다. 결국 문제되는 것은 행정청의 재량권이 있는 상황에서 어떻게 특정한 행위를 할 작위의무를 끌어낼 수 있는가 하는 것이다. 특히 규제권한의 불행사 유형에서는 리스크행정과 사전예방의 원리가 적용되기 때문에 주어진 재량권의 범위가 넓은 경우가 많기 때문이다.⁷⁰⁾

작위의무의 도출에서 최근 대법원의 판례는 크게 두 가지의 방법론으로 접근하고 있는 것으로 보인다.⁷¹⁾ 하나는 재량 권한을 부여한 법령 규정이 존재하는 경우, “그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황에서 해당 공무원이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어

68) 이 규정들은 군 또는 이 사건 소속함의 내부관계에서 조직이나 활동을 상세히 규율하기 위한 일반적·추상적 규범으로, 행정규칙의 성격을 가진다.

69) 김철용, 앞의 책, 773-774면 참조.

70) 최계영, “식품·의약품 영역에서 규제권한불행사로 인한 국가배상책임”, 「행정판례연구」 제18집제2호, 한국행정판례연구회, 2016, 85면 참조.

71) 재량이 부여된 행위라 하더라도 위법성 단계에서 작위의무 도출에 대한 뚜렷한 판단은 하지 않고 상당인과관계 단계에서 근거법령의 사익보호성만 고려한 판시들도 나타나기도 한다.

사회적 타당성이 없는 경우” 직무상 의무를 위반한 것으로 보는 것이다. 이러한 유형의 판시는 경찰의 재량이 인정되는 조치권한의 불행사에 관한 것이 가장 많고,⁷²⁾⁷³⁾ 이외에도 검사,⁷⁴⁾ 소방공무원,⁷⁵⁾ 교육감,⁷⁶⁾ 시장,⁷⁷⁾ 식품의약품안전청장 등⁷⁸⁾ 관련 법령에 의하여 부여된 재량권행사의 부작위가 문제되는 경

-
- 72) ① 경찰관직무집행법상의 범죄의 예방·진압 및 수사(제2조) 관련, 대법원 2007.10.25. 선고 2005다23438 판결(경찰관의 인질구출 직무수행에서 범인에게 돈을 전달하기로 한 인질의 아버지가 피살된 경우, 그 직무수행이 합리성을 현저히 결여한 것으로 볼 수 없다고 본 사례); 대법원 2008.4.24. 선고 2006다32132 판결(음주운전 단속시 운전자의 요구와 달리 호흡측정기에 의한 측정을 하고 추후에 채혈을 하였다는 사정만으로는 배상책임을 인정하기 어렵다고 본 사례); 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결(인질납치범이 운행하는 것으로 의심되는 승용차를 검문하는 과정에서 도주를 방지할 최소한의 조치를 취하지 않은 것에 대한 배상책임을 인정한 사례); 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017다228083 판결(경찰공무원들이 신고를 이전의 다른 신고와 오인하여 24분 동안 아무런 조치를 하지 않은 것에 대해 배상책임을 인정한 사례).
- ② 긴급구조조치(제5조) 관련, 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결(정신질환자인 세입자에 의해 살해당한 집주인의 유족이 가해자의 평소 행동에 대한 사법경찰관리의 수사 미개시 및 긴급구조권 불행사를 이유로 제기한 국가배상청구를 배척한 사례).
- ③ 범죄의 예방·제지(제6조) 관련, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결(감금된 채로 윤락을 강요받은 망인의 상황을 알 수 있는 상황이었는에도 불구하고 경찰관이 필요한 조치를 취하지 아니하고 오히려 뇌물을 수수하며 그와 같은 행위를 방치한 것에 대하여 국가배상책임을 인정한 사례).
- ④ 위험발생방지조치(제4조, 제7조) 관련, 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결(시위 중 도로에 방치된 트랙터 1대에 대해 위험발생방지조치를 취하지 아니한 채 방치하여 야간에 운전자가 충돌하여 상해를 입은 사안에서 배상책임을 인정한 사례).
- 73) 형사소송법 제216조 제3항(범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수조치의 부작위) 관련, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결(적발된 음주운전자가 도로 밖으로 차량을 이동하겠다고 경찰관으로부터 열쇠를 받아 몰래 운전하다가 사고를 일으킨 경우 배상책임을 인정한 사례).
- 74) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다29517 판결(이른바 “이태원 살인사건” 용의자의 출국정지 연장요청을 하지 아니한 검사의 부작위로 인하여 사건을 밝힐 기회를 사실상 상실하게 된 유족에게 정신적 고통으로 인한 위자료의 배상을 인정한 사례).
- 75) 대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결(주점에서 발생한 화재로 인하여 망인이 사망한 사건에서 소방공무원들이 피난계단에 대한 유지·관리의무를 다하지 않은 부작위에 대한 배상책임을 인정한 사례).
- 76) 대법원 2010.4.22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결(다수의견 : 교육감이 고등학교의 종교교육 실시와 퇴학처분 등에 대하여 적절한 시정·변경명령 권한 등을 행사하지 아니한 것을 위법하다고 볼 수 없다고 한 사례).
- 77) 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결(토석채취공사 중 위험방지시설 설치 및 사고예방 조치 부작위로 인하여 암석이 굴러 내려 가스시설에 화재가 발생한 사안에서 배상책임을 인정한 사안).
- 78) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결(미니캡 쉘리 질식사에 대하여 식품의약품안전청장등이 규제권한을 행사하여 수입·유통 등을 금지하는 조치를 취하지 않은 부작위에 대한 배상책임을 부정한 사안); 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008다67828 판결(미니캡 쉘리 질식사 사고가 연달아 발생한 뒤 다시 질식사 사고가 발생한 사안에서, 식품의약품안전청

우 나타나고 있다. “현저한 합리성”과 함께 “객관적 정당성” 기준이 더해진 판시도 다수 있다.⁷⁹⁾

다른 하나는 대상 판결과 같이 법령에 규정이 없는 경우 법익 침해나 손해의 심각성 및 절박성, 공무원의 예견가능성 및 회피가능성 등을 종합적으로 고려하여 작위의무의 유무를 판단하는 방식이다. 재량행위이나 기속행위이나의 판단은 우선 작위의무의 유무를 판단한 뒤의 문제라고 분리하여 볼 수도 있으나, 결국 최종적으로는 ‘특정한 작위를 할 의무’가 도출되어야 부작위의 위법성이 인정될 수 있다는 점에서 작위의무의 존재 및 그 재량의 수축에 대한 판단이 같이 이루어지는 방식이라고 할 수 있을 것이다. 여기에서 작위의무의 도출의 요건으로 제시하는 법익 침해나 손해의 심각성 및 절박성, 공무원의 예견가능성 및 회피가능성은 재량권수축이론의 판단요소들에 해당한다. 이러한 유형의 판시는 집중호우나 침수피해,⁸⁰⁾ 경찰·검찰의 신변보호조치,⁸¹⁾ 군 장병 자살방지절차(대상 판결), 에이즈검사 음성판정통보,⁸²⁾ 하천사업 인정 사실의 고

장 등이 유통을 금지하거나 기존의 규제조치보다 강화된 기준 및 규격 등을 마련하지 아니하였다고 하더라도, 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다고 볼 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다고 한 사례); 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다38417 판결(식면이 함유된 베이비파우더를 구입·사용한 영·유아와 부모들이 식품의약품안전청장 등이 규제권한을 행사하지 않음으로써 정신적 고통을 입었다고 하면서 국가배상청구를 한 사안에서, 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다고 보기 어렵다고 한 사례).

79) 위 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다759 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2005다23438 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다32132 판결; 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다38417 판결; 대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결 등.

80) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다57856 판결(침수피해와 관련하여 피고 대한민국에게 사후적으로 방지조치를 할 의무가 있음에도 필요한 조치를 신속하게 하지 않은 부작위로 인한 국가배상책임을 인정한 사례); 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다69652 판결(폭우로 인하여 차도 또는 하수도가 침수되어 인근 건물 지하 4층에서 잠을 자고 있던 경비원이 사망한 사안에서 인근 건물 내의 피해가 예상되는 상황에서 공무원들이 방지에 필요한 조치를 신속히 하지 않은 부작위로 인한 국가배상책임을 인정).

81) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다40031 판결(망인이 폭행·감금·협박을 당한 후 고소장을 접수하였으나 경찰이 신변보호조치를 취하지 않고 있는 상태에서 살해당한 사안에서 국가가 초법규격, 일차적으로 그 위험 배제를 위하여 신변보호에 나서지 아니하면 생명 등을 보호할 수 없는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다고 본 사례); 대법원 2009.9.24. 선고 2006다82649 판결(공판검사가 증인으로 소환된 자로부터 신변보호요청을 받았음에도 아무런 조치를 취하지 않아 그 증인이 공판기일에 법정에서 피고인의 칼에 찔려 상해를 입은 사안에서, 부작위로 인한 국가배상책임을 인정한 사례).

82) 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결(에이즈 검사 양성판정 후 수검자가 보건당국의 판리를 벗어나 취업금지업종에서 일하며 정기검진을 받았으나 국가 검사기관이 일부가 음성 판정되었음에도 불구하고 본인에게 통보하지 않고 후속조치도 없었던 사안에서, 국가가 이를 통보할 작위의무가 없다고 본 사례).

지,⁸³⁾ 국가유공자에 대한 지급보증서제도 안내,⁸⁴⁾ 개발제한구역 지목변경⁸⁵⁾ 등의 다양한 유형에서 나타난다. 항상 그러한 것은 아니지만,⁸⁶⁾ 손해가 생명·신체에 관한 것이 아니라 주로 재산권과 관련한 경우⁸⁷⁾ 법익 침해나 손해의 심각성 및 절박성을 인정하지 않는 경향이 있는 것으로 보인다.

그리고 위의 두 가지 방식을 결합하는 방식, 즉 재량을 부여하는 법령이 있는 경우에 법익 침해나 손해의 심각성 및 절박성, 공무원의 예견가능성 및 회피가능성 등을 고려하여 “현저한 불합리성” 여부를 판단하는 판시도 발견된다.⁸⁸⁾ 또한 최근에는 위치추적 전자장치를 부착하고 보호관찰을 받고 있던 범죄자가 피해자를 강간하려다 살해한 사건에서 직전 범행의 수사를 담당하던 경찰관이 전자장치 위치정보를 수사에 활용하지 않고 재범을 억제할 실질적인 조치를 하지 않은 것의 작위의무 위반을 판단하면서 두 가지 방식의 판시를 모두 하기도 하였다.⁸⁹⁾

(2) 재량의 소극적 남용론과 재량권수축이론

선행연구들에 의하면, 판례의 두 가지 접근법 중 합리성을 판단하는 전자는 소위 ‘재량의 소극적 남용론’, 법익 침해나 손해의 심각성 및 절박성, 공무원의 예견가능성 및 회피가능성 등을 고려하는 후자는 소위 ‘재량권수축이론’으로 설명된다.⁹⁰⁾ 재량의 소극적 남용론은 부작위가 재량의 한계를 넘은 일종의 재

83) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다53995 판결(하천사업에 편입되는 사정이 생겼다고 하여 점용허가 담당 공무원이 원고에게 그로 인해 점용허가가 취소될 수 있고 신축 비행장 등을 철거할 가능성이 있다는 사정을 알려 주어 손해를 입지 않게 할 주의의무가 있다고 할 수 없다고 본 사례).

84) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결(국가유공자에 대한 주택구입대부제도에 관하여 문의하고 대부신청서까지 제출하였으나 담당공무원에게서 지급보증서제도에 관한 안내를 받지 못하여 시중은행에서 대출을 받아 결국 더 많은 이자를 부담하게 된 것을 이유로 정신적 손해의 배상을 구한 사안에서 지급보증서제도에 관하여 알려주지 아니한 것이 현저하게 불합리한 것으로 볼 수 없다고 한 사례).

85) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결(원고들이 개발제한구역 내에 위치한 토지에 대해 경매를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 후 피고에게 단독주택 신축허가를 신청하였으나 개발제한구역 내임을 이유로 신청을 거부한 경우, 피고에게 해당 토지의 지목을 변경할 작위의무가 없다고 본 사안).

86) 예를 들어 위 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다40031 판결.

87) 위 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다53995 판결; 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결; 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결.

88) 위 대법원 2007.10.25. 선고 2005다23438 판결; 2008. 4. 24. 선고 2006다32132 판결 등.

89) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다290538 판결.

90) 일본 판례에서 발전된 것으로, 일본 판례에서도 이러한 두 가지 접근법이 병존한다고 한다. 朴貞勳, 앞의 논문 177-181면; 김현준, “규제권한 불행사에 의한 국가배상책임의 구조

량권 남용으로 보는 데 비하여, 재량권수축이론은 예견가능성 및 회피가능성 등의 특정 요건이 충족되면 재량권이 수축하여 특정한 작위의무가 발생한다고 본다.⁹¹⁾ 양자는 모두 재량행위에서 특정한 작위의무를 끌어내기 위한 방법론으로 기능하므로 “현저하게 불합리한 경우”를 재량권이 수축하여 이를 하여야 할 특정한 작위의무가 발생한다고 보면,⁹²⁾ 재량의 소극적 남용론 또한 재량권의 수축이론으로 설명이 가능하다고 생각된다. 또한 재량의 소극적 남용론을 택하고 있는 판례들도 상세한 판시를 살펴보면 “현저하게 불합리한 경우”를 판단함에 있어서 예견가능성과 회피가능성을 대부분 고려하여 그러한 판단을 내리고 있는 것을 알 수 있다. 즉, 양자는 본질적으로 다른 것이 아니라, 현저히 불합리한 경우를 재량권수축이론에 의한 객관적 성립요건 형태로 명확화하고 구체화한 것으로 이해할 수 있다고 보고 있다.⁹³⁾ 그러므로 이러한 구별은 판례의 판시 내용의 차이를 분석한다는 의의 정도에서만 의의가 있다고 보인다.⁹⁴⁾

재량권수축이론 또는 재량권의 0으로의 수축이론(Ermessensreduzierung auf Null)은 우리나라에서도 무하자재량행사청구권과 관련하여 일반적으로 인정되고 있다.⁹⁵⁾ 일찍이 독일에서 주로 경찰행정의 영역에서 경찰편의주의를 극복하고 재량에 대한 적절한 통제를 위하여 전개되어 왔고, 특히 국가배상책임의 영역에서는 경찰개입의무(행정개입청구권)의 발생과 관련하여 적용되어 왔다.⁹⁶⁾ 대상 판결을 비롯한 대법원 판례에서는 재량권수축의 판단기준으로 법의 침해나 손해의 심각성 및 절박성, 공무원의 예견가능성 및 회피가능성을 제

와 위법성 판단기준”, 「행정판례연구」 제16집 제1호, 한국행정판례연구회, 2011, 286-288면; 재량의 소극적 남용론은 “합리성 차원의 접근”이라고 지칭되기도 한다. 김중권, 앞의 논문, 113면 이하 참조.

91) 김현준, 앞의 논문, 287면 참조.

92) 김현준, 앞의 논문, 289면 참조.

93) 朴貞勳, 앞의 논문, 185-186면 참조.

94) 또한 이러한 두 가지 방식의 접근법이 명확한 기준에 의하여 분류되어 적용되는 것으로 보기는 힘들다. 재량의 소극적 남용론의 경우에도 직접 판시하지는 않더라도 “현저한 불합리성”의 판단과정에서 재량권수축이론에서와 같은 예견가능성이나 회피가능성에 대한 고려가 포함된다고 보아야 할 것이기 때문이다. 반대로 재량권수축이론의 경우에도 법령이 전혀 존재하지 않는 경우보다는 관련되는 여러 법령의 규정을 종합적으로 해석하는 경우가 많고, 다시 손해의 심각성 및 절박성, 예견가능성, 회피가능성을 검토하여 결론을 도출해내는 것이기 때문에 구체적 사안에서는 양자가 뚜렷하게 구별되지 않는 경우가 더 많을 것으로 보인다.

95) 김동희/최계영, 앞의 책, 282-283면 참조.

96) 김준환, “재량권의 영으로의 수축이론”, 「토지공법연구」 제3집, 한국토지공법학회, 1996, 96-97면 참조.

시하고 있다. 선행연구들에 따르면 재량권수축의 요건과 관련해서는 피해 법익의 중대성, 예견가능성, 회피가능성, 보충성, 행정권한 발동의 기대가능성 등이 논의된다.⁹⁷⁾

재량의 소극적 남용론에 대해서는 “현저한 합리성의 결여”라는 기준이 너무 추상적이므로 재량권수축이론이나 비례원칙 등 더 객관적 기준에 의하여야 한다는 비판이 제기된다.⁹⁸⁾ 특히 결론을 정해두고 요건 판단을 법관의 심증에만 위법성 판단을 전면적으로 맡기는 결과가 될 수 있다는 점이 지적된다.⁹⁹⁾ 뿐만 아니라, 전술한 것처럼 부작위로 인한 배상책임은 이미 적극적인 행위가 존재하지 않아 손해의 결과로부터 작위의무를 역으로 추론한다는 특징을 가진다는 점을 고려할 때, 추상적 요건 하나만 판단기준으로 삼으면 법관의 자의가 개입할 우려가 더욱 커지게 된다.

반면, 재량수축이론의 경우 경찰행정과 관련한 행정개입청구권에서 출발했다는 점에서, 침해의 중대성과 절박성, 예견가능성 및 회피가능성과 같은 여러 요건들을 지나치게 엄격하게 판단할 가능성이 있고, 결국 국가배상책임을 좁게 인정하고 규제권한의 불행사를 정당화하는 구실로 사용될 수 있다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾ 또한 두 가지의 접근법을 모두 활용하고 있는 판례의 태도에 대해서는 기준이 모호하고 사안의 임기응변적 해결에만 치중하며, 법관이 작위의무를 부정하는 것을 용이하게 할 수도 있다는 비판이 제기된다.¹⁰²⁾ 그러나 양자를 상호보완적인 것으로서 구체적 타당성을 기하는 것이 필요한 경우 재량의 소극적 남용론에 의거할 수 있고, 법령상 요건이 명확하지 않은 경우에는 재량권수축이론이 유용한 기준이 될 수 있으므로 판례의 태도를 긍정적으로 평가하는 견해도 존재한다.¹⁰³⁾

97) 상세한 판단기준의 분석에 대해서는 김현준, 앞의 논문, 293면 이하; 김춘환, 앞의 논문, 111면 이하 참조. 이와 관련하여 일본에서는 재량수축의 기준으로 3요건설(예견가능성, 회피가능성, 행정에 대한 기대가능성), 4요건설(피침해 법익의 중대성, 예견가능성, 회피가능성, 행정에 대한 기대가능성), 5요건설(위험의 절박성, 예견가능성, 회피가능성, 보충성, 국민의 기대 및 용이) 등이 논의되는데, 보충성은 기대가능성에 포섭되므로 4요건설과 5요건설의 차이는 사실상 없다고 한다. 朴貞勳, 앞의 논문, 182-183면 참조.

98) 박균성, 앞의 책, 889면 참조.

99) 김중권, 앞의 논문, 117-118면; 김현준, 앞의 논문, 289면 참조.

100) 朴貞勳, 185면; 김중권, 앞의 논문, 118-119면 참조.

101) 그리고 이러한 문제가 우리 대법원의 주류적 판례가 소극적 남용이론을 택하고 있는 현실적 원인이라고 보는 견해도 있다. 朴貞勳, 185면; 김중권, 앞의 논문, 118-119면 참조.

102) 김중권, 앞의 논문, 117면 참조.

103) 朴貞勳, 185-186면 참조.

(3) 판례의 접근법에 관한 검토

과실 요건 부분에서 후술하는 것처럼,¹⁰⁴⁾ 판례는 작위에 있어 위법성과 과실을 분리하여 판단하여 온 것과는 달리 부작위 배상책임의 판단에 있어서는 위법성과 과실판단을 동시에 하고 있으므로, 작위의무의 도출 자체가 책임 인정 여부와 직결된다. 따라서 현저하게 불합리한지 여부만을 판단기준으로 두게 되면 작위로 인한 책임에서 ‘객관성 정당성’ 기준을 적용한 판례들과 유사한 문제점이 발생할 수 있다. 즉, 지나치게 법관의 자의에 책임 인정 여부의 판단을 맡기거나, 개개의 요건을 무시하고 결론에서부터 논리를 역으로 맞추게 될 우려가 있다.

현저하게 불합리한지 여부만을 판단하는 판례들도 판시사항을 자세히 살펴보면 손해의 심각·절박성, 예견가능성, 회피가능성을 대부분 고려하고 있는 경우가 많으나, 실제로 요건들을 정립하여 두고 개개의 요건을 충족하는지를 판단하는 것과 현저하게 불합리한지 여부라는 한 가지의 추상적 요건의 충족 여부를 판단하면서 종합적으로 고려하는 것에는 차이가 있을 수밖에 없다. 따라서 결국 법령의 종합적 해석을 통하여 작위의무를 판단하는 경우에는 손해의 심각·절박성, 예견가능성, 회피가능성, 행정에 대한 국민의 기대가능성 등 재량권수축이론의 여러 요건들을 각각 판단하여 실시하는 것이 타당하다고 본다. 물론 재량권수축이론의 개별 요건의 충족을 너무 강조하게 되면 배상책임의 인정범위가 좁아지는 문제점이 있지만, 그러한 문제는 한 요건이 강하게 충족되면 다른 요건은 완화하여 충족 여부를 판단하는 등의 방법론으로 접근하여야 할 것으로 생각된다.

5. 사익보호성의 판단

법적으로 보호되는 이익과 반사적 이익의 구별에 관한 쟁점, 즉 사익보호성의 문제는 국가배상에서 중요하게 논의된다. 이는 공무원에게 작위의무가 부여된 직무의 내용이 오직 공익만을 보호하기 위한 것이 아니라, 최소한 부수적으로 개인의 이익을 보호하기 위한 것이어야 해당 개인이 부작위로 인한 배상책임을 청구할 수 있다는 것이다. 오늘날에는 특히 3면관계가 문제되는 상황에서 모든 ‘제3자’를 국가배상법상 보호대상으로 할 수 없으므로 보호되는 제3자의 범위를 설정하는 기준으로 작용하고 있다.¹⁰⁵⁾

104) 아래 6. 참조.

사익보호성의 개념은 독일의 국가배상책임에 관한 법률 규정에서 직무상 의무의 제3자 관련성(Drittbezogenheit)을 요구하는 것으로부터 비롯된 것이다.¹⁰⁶⁾ 앞서 행정규칙에 관한 논의에서 살펴본 것처럼, 독일에서는 헌법 제34조와 민법 제839조에 의하여 국가배상책임을 대위책임으로 구성하고 명문으로 “제3자에 대한” 직무상 의무일 것을 요구하고 있다. 독일의 주관적 국가배상소송체계에 있어서 위반된 직무상 의무 또는 위반된 법령의 주관적 보호목적의 제3자 관련성, 즉 적어도 피해당사자의 이익을 보호할 목적을 가지고 있는지 여부는 모든 국가책임의 핵심요소로 평가된다.¹⁰⁷⁾ 그러나 동시에 제3자 관련성을 판단할 수 있는 명확한 기준이 없다는 점에서 독일에서도 많은 판례들이 구체적인 근거의 제시 없이 제3자 관련성 유무의 결론에 도달하고 있고, 국가배상책임의 법적 안정성에 중대한 문제를 가져온다고 평가된다.¹⁰⁸⁾ 특히 국가의 규제권한 불행사 유형과 관련한 감독 및 감시의무 등에서 다소 일관성이 없는 모습을 보여준다는 비판을 받고 있다.¹⁰⁹⁾ 결국 개별 사안의 구체적 상황에 기초하여 제3자 관련성을 판단하는데, 특히 피해자와 행정청 간의 특별한 결합의 존재나 직무의무의 유형 및 보호목적, 피해자의 권리구제수단 등을 참고하여 판단하는 것으로 보인다.¹¹⁰⁾

그러나 우리 국가배상법에서는 제3자 관련성이나 사익보호성에 관한 명문의 규정이 없으므로 사익보호성의 판단이 필요한지 여부에 대하여 학설의 견해가 대립하고 있다. 우선 제3자성이 인정되는 경우에만 작위의무가 법적인 의무가 되므로 위법성 인정에 사익보호성이 필요하다고 보는 견해에 의하면, 공익만을 전적으로 추구하는 법령에 따라 개인이 받는 이익은 반사적 이익에 불과하므로 국가배상을 인정할 수 없다고 본다.¹¹¹⁾ 반면, 독일과 같은 명문의 규정이

105) 朴貞勳, 앞의 논문, 190-191면 참조.

106) 최계영, “식품·의약품 영역에서 규제권한불행사로 인한 국가배상책임”, 『행정판례연구』 제18집제2호, 한국행정판례연구회, 2016, 84면 참조.

107) Ossenbühl/Cornils, a.a.O., S.60-62 참조.

108) Ossenbühl/Cornils, a.a.O., S.60 참조. 또한 제3자 관련성에 관한 판례가 여전히 불확실하고 파악하기 어려우며 일관성이 없다는 점을 지적하고 있는 Papier/Shirvani in: 『Münchener Kommentar zum BGB』, 8. Aufl., 2020, § 839, Rn. 287 참조.

109) Papier/Shirvani in: 『Münchener Kommentar zum BGB』, §839, Rn. 298 이하 참조. 다만, 경찰행정에서 시민의 보호를 위한 경찰의 개입권한과 관련해서는 근거규정의 보호구범을 원칙적으로 인정하고 제3자 관련성이 상당히 넓게 인정되고 있는 것으로 보인다. Papier/Shirvani in: 『Münchener Kommentar zum BGB』, §839, Rn. 293 참조.

110) Ossenbühl/Cornils, a.a.O., S.60-62 참조.

111) 이에 따라 최근 사익보호성을 위법성이 아닌 상당인과관계부분에서 검토하고 있는 판례의 태도를 비판하고 있다. 정하중/김광수, 『행정법개론』, 법문사, 제15판, 2021, 521-522

없으므로 행정청이 피해자와의 관계에서 손해방지의무를 부담하는지 여부는 배상책임과는 관련이 없다고 보는 견해에 의하면, 위법한 부작위가 있고 이로 인하여 개인의 권익이 침해되었다면 배상책임이 인정되어야 한다고 본다.¹¹²⁾ 또한 사익보호성을 인정하더라도 그 위치와 관련하여 위법성이 아니라 직무¹¹³⁾ 또는 손해¹¹⁴⁾의 문제로 보아야 한다는 견해들이 주장되고 있다. 법치행정의 원칙상 법령을 위반한 행위는 원칙적으로 위법한 것으로 보아야 하므로,¹¹⁵⁾ 명문의 규정없이 사익보호성을 위법성의 요건으로 파악하여 국가배상책임을 제한하는 것에는 무리가 있다고 생각된다.¹¹⁶⁾ 또한 직무행위는 외형적 직무관련성이 있으면 인정된다고 보는 것이 통설과 판례¹¹⁷⁾의 태도이므로, 사익보호성을 직무의 요건에 추가하는 것도 힘들어 보이는 것이 사실이다.¹¹⁸⁾

대법원은 노후된 유람선에 대해 법에서 규정하고 있는 조치를 하지 않고 운행하여 인명사고가 발생한 소위 ‘극동호 사건’(대법원 1993. 2. 12. 선고 91다 43466 판결)에서 “직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익 또는 행정기관 내부의 질서 규율을 위한 것이 아니라 전적 또는 부수적으로 개인의 안전과 이익보호를 위해 설정된 것”인 경우 그 직무상 의무의 위반으로 인하여 개인이 입은 손해에 대해서는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가배상책임을 진다고 판시한 이래, 기본적으로 근거법령이 피해자의 사익도 보호하고 있을 것을 요건으로 하고 있다. 사익보호성의 위치와 관련하여 과거에는 사익보호성을 위법성의 요건으로 본 판례¹¹⁹⁾가 같이 혼재하였으나, 최근에는 상당

면 참조.

112) 김동희/최계영, 앞의 책, 545-546면 참조.

113) 이에 따르면 직무행위의 내용으로 사익보호성이 요구되어 공익만을 추구하는 직무의 경우 배상책임이 배제되게 된다. 홍정선, 앞의 책, 827면 참조.

114) 김남진/김연태, 앞의 책, 680면; 김중권, 앞의 논문, 100-111면; 박균성, 앞의 책, 879-880면; 朴貞勳, 앞의 논문, 174-176면 참조.

115) 박균성, 앞의 책, 882면 참조.

116) 김현준, 앞의 논문, 284면 참조.

117) 판례는 외형적 관련성 및 실질적 직무관련 여부를 기준으로 하고 있고, 둘 중 하나만 해당하면 직무관련성을 인정하는 것으로 평가하는 견해로는 박균성, 앞의 책, 866면 참조.

118) 김현준, 앞의 논문, 284면 참조.

119) 예컨대 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결(토석채취공사 중 위해방지시설 설치 및 사고예방조치 부작위로 인하여 암석이 굴러 내려 가스시설에 화재가 발생한 사안에서 배상책임을 인정한 사안), 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다759 판결(선도시설 또는 요양시설에서 담당공무원들이 수용자들에 대한 부당한 대우를 묵인한 부작위로 인한 배상책임을 인정한 사안)에서는 관계 법규상 해당 권한·의무의 내용은 적어도 부수적으로 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 것이므로, 담당 공무원의 의무 위반이 직무에 충실한 일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우 국가배상법 제2조에서 말하는 위법의 요건을 충족한다고 판시하고 있다.

인과관계의 문제¹²⁰⁾로 보고 있는 판례가 주류인 것으로 평가된다.¹²¹⁾

그러나 대상 판결과 같이 사익보호성을 판단하지 않거나 판단이 생략된 경우도 다수 있다. 대체적으로 볼 때, 판례는 대상 판결과 같이 법령에 규정이 없다고 보고 국가의 초법규적인 의무 및 재량권 수축이론에 근거하여 작위의무를 도출하는 경우에는 사익보호성을 별도로 논의하지 않는 경향이 있는 것으로 보인다.¹²²⁾ 그 이유는 명확하지 않은데, 대법원의 사익보호성에 관한 판

120) 위 대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결(‘극동호 사건’), 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결(감금된 채로 윤락을 강요받고 있는 상황을 쉽게 알 수 있었음에도 불구하고 경찰관이 필요한 조치를 취하지 아니하고 방치한 것에 대하여 배상책임을 인정한 사례), 대법원 2006.4.14. 선고 2003다41746 판결(안양천 점용허가권자가 허가를 받은 자에 대한 점검실시 및 시정조치를 부작위하여 토지위에 주차된 차량들이 침수피해를 입은 경우 배상책임을 인정한 사례), 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결(‘미니캡 켈리’ 질식사에 대하여 식품의약품안전청장등이 규제권한을 행사하여 수입·유통 등을 금지하는 조치를 취하지 않은 부작위에 대한 배상책임을 부정한 사안) 등에서 직무상의 의무의 내용이 전적 또는 부분적으로 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 경우 그 의무를 위반하여 피해자가 입은 손해에 대해서는 “상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이고...” 라고 판시하고 있다.

121) 박균성, 앞의 책, 880-882면 참조.

122) 예컨대 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다57856 판결(침수피해와 관련하여 피고 대한민국에게 사후적으로 침수피해 방지조치를 할 의무가 있음에도 필요한 적절한 조치를 신속하게 취하지 않은 부작위로 인한 국가배상책임을 인정); 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다69652 판결(폭우로 인하여 차도 또는 하수도가 침수되어 인근 건물 지하 4층에서 잠을 자고 있던 경비원이 사망한 사안에서 공무원들이 재해방지에 필요한 적절한 조치를 신속히 취하지 않은 부작위로 인한 국가배상책임을 인정); 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다53995 판결(토지가 하천사업에 편입되는 사정이 생겼다고 하여 점용허가 담당공무원에 대하여 그로 인해 이 사건 점용허가가 취소될 수 있고 신축한 비행장 등을 철거할 가능성이 있다는 사정을 원고에게 알려주어 손해를 입지 않게 할 주의의무가 있다고 할 수 없다고 본 사안); 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다40031 판결(망인이 폭행, 감금을 당한 후 고소장을 접수하였으나 경찰이 신변보호조치를 취하지 않은 상태에서 살해된 사안에서 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제를 위하여 망인의 신변보호에 나서지 아니하면 그 생명 등을 보호할 수 없는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다고 본 사례); 대법원 2009. 9. 24. 선고 2006다82649 판결(공판검사가 증인으로부터 신변보호요청을 받았음에도 아무런 조치를 취하지 않아 피고인의 칼에 찔려 상해를 입은 사안에서 검사의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정한 사례); 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결(보훈지청에 국가유공자 주택구입대부제도에 관하여 전화로 문의하고 대부신청서까지 제출하였으나 담당 공무원에게서 지급보증서제도에 관한 안내를 받지 못하여 시중은행에서 대출을 받아 결과적으로 더 많은 이자를 부담하게 되었다고 주장하며 국가를 상대로 정신적 손해의 배상을 구한 사안에서 공무원이 지급보증서제도에 관하여 알려주지 아니한 것이 객관적 정당성을 결여하여 현저하게 불합리한 것으로 볼 수 없다고 한 사례); 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결(개발제한구역 내의 토지에 임의경매를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 후 단독주택 신축허가를 신청하였으나, 개발제한구역 내의 토지라는 이유로 거부된 사안에서 피고의 이 사건 토지의 지목을 변경할 작위의무를 인정하지 않은 사안) 등의 경우, 사익보호성에 대한 판시가 없다.

시에 의하면 주된 기준은 “직무상 의무의 내용”이므로 판례가 근거법령이 없다고 사익보호성을 판단하지 않는 것으로 단정하기는 힘들다, 다만, 판례는 법령에 규정이 없는 경우와 관련하여 일관되게 작위의무의 도출을 위해서는 생명이나 신체, 재산 보호에 대한 위협을 배제할 국가의 초법규적 의무가 있어야 한다는 것을 전제로 하고 있으므로, 사익보호성 판단을 하지 않았거나, 또는 그와 같은 경우에는 사익보호성이 일반적으로 인정되는 것으로 보고 판시를 생략한 것이 아닐까 하는 추측을 해볼 수 있을 것이다.

명문의 규정이 있는 독일에서도 생명, 신체, 건강과 같은 이익은 제3자 관련성이 쉽게 인정되는 경향성이 있다는 점,¹²³⁾ 우리나라에서 사익보호성 요건이 필요하다는 견해에서도 국민의 생명·신체, 재산과 같은 법익을 보호하는 것을 지향하는 행정규제 일반의 경우 사익보호성이 있는 것으로 판단하는 것에 대해 긍정적으로 보는 경우가 있다는 점을 고려할 때 더욱 그러하다. 따라서 대상 판결과 같이 법령에 명시적 규정이 없으면서 피해자의 생명이 직접적으로 문제되는 사안에서 판례가 사익보호성을 별도로 언급하지 않는 경향이 있다는 점은 확인할 수 있다. 명문의 규정이 없는 사익보호성에 의하여 배상책임을 제한하는 것은 주의하여야 하므로, 이러한 판례의 태도를 긍정적으로 평가할 수 있다. 결국 대상 판결과 같이 법령에 규정이 없는 부작위로 인한 국가배상책임의 경우 법적 작위의무의 도출(위법성)의 요건이면서 동시에 과실의 판단 기준이 되는 예견가능성과 회피가능성이 책임 인정 여부의 핵심적 사항이 된다.

6. 부작위로 인한 국가배상책임에서의 과실 판단

(1) 국가배상책임의 성질과 과실 판단에 관한 일반론

국가배상법 제2조 제1항의 국가배상책임의 성질을 어떻게 파악할 것인가에 대해서는 여러 견해가 대립한다. 크게 볼 때 공무원 개인의 책임을 국가가 대신하여 지는 것이라는 대위책임설과 공무원의 행위에 대하여 국가가 직접 자기의 책임을 부담하는 것으로 보는 자기책임설이 주장되는데, 학계의 다수설은 자기책임설을 택하고 있다.¹²⁴⁾ 판례는 기본적으로 공무원의 경과실에 의한 손

123) 최계영, 앞의 논문, 84면 참조.

124) 김남진/김연태, 앞의 책, 695-696면; 김동희/최계영, 앞의 책, 565-567면; 박균성, 앞의 책, 852-854면; 朴正勳, “국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-”, 『행정법연구』 제62호, 행정법이론실무학회, 2020, 53면 이하; 박현정, 앞의 논문, 155면 이하; 정하중/김광수, 앞의 책, 512면; 하명호, 『행정법』, 박영사, 제5판, 2023, 491-492면; 홍정선, 앞의 책, 855면 등 참조. 또한 대위책임설을 택하더라도 입법론적으로는 자기책임설

해인 경우 국가 또는 지방자치단체가 전적으로 배상책임을 부담하지만, 공무원에게 고의·과실이 있는 경우 공무원 개인에게 배상책임을 부담시키되 외형상 직무집행으로 보이는 경우 국가 등이 중첩적으로 손해를 부담한다는 입장이다.¹²⁵⁾

국가배상책임의 성질에 대해 어떠한 견해를 취하느냐에 따라 특히 과실 판단의 기준이 달라지게 되는데, 대위책임설은 고의·과실을 공무원의 주관적 귀책요건으로 보고 개인의 주관적 인식을 기준으로 판단하는 반면, 자기책임설은 고의·과실을 국가의 자기책임을 인정함에 필요한 공무 운영상의 객관적 흠결의 존재로 판단한다.¹²⁶⁾ 판례는 일반적으로 과실의 의미에 관하여 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것”으로 본다.¹²⁷⁾ 그리고 일반적으로 위법한 처분으로 인한 국가배상이 문제되는 경우(즉, 작위로 인한 경우) 과실 판단은 주관적 책임요소로서 객관적 위법성 판단과 별도로 검토하고 있다. 이러한 판례의 태도는 과실을 위법성이 인정되는 처분임에도 불구하고 공무원의 과실을 인정할 수 없다는 이유로 국가배상책임을 부정하여 책임 인정의 범위가 좁아지고 배상책임의 공백이 발생한다는 점에서 비판¹²⁸⁾을 받고 있다.

(2) 부작위로 인한 배상책임에서 위법성과 과실의 관계

작위의 경우와는 다르게, 부작위로 인한 국가배상에서는 위법성과 과실이 같은 단계에서 함께 판단되는 경향이 강하다. 이는 앞서 살펴본 것과 같이 부작위 배상책임의 구조적 특성에서 비롯된다. 즉, 법적 작위의무의 도출에서 이미 과실 판단에 필요한 요소인 예견가능성 및 회피가능성에 대한 판단이 이루어짐에 따라 위법성이 인정되면 과실 또한 인정되는 것으로 보고 있다.¹²⁹⁾ 위

이 타당하다고 보기도 한다. 김유환, 앞의 책, 588면; 김중권, 앞의 논문, 119-120면 참조.

125) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 등. 이러한 판례의 태도에 대해서는 공무원의 경과실과 고의·중과실을 불문하고 전체적으로 자기책임설을 택하고 있다고 보는 견해(박균성, 앞의 책, 851면)와 경과실에 대해서는 자기책임, 고의·중과실에 대해서는 대위책임설을 택하고 있다고 보는 견해(김남진/김연태, 앞의 책, 696면)가 나뉜다.

126) 김철용, 앞의 책, 763면 참조.

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

128) 朴正勳, 앞의 논문, 30면 이하; 박현정, 앞의 논문, 166면 이하; 장운영, “레옹 뒤기(Léon Duguit)의 공법 이론에 관한 연구 : 객관주의 행정법을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2020, 198-199면 참조.

129) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 중 [대법관 박시환, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견]의 내용: 위법성 판단의 전제로서의 작위의무는 부작위로 인하여 침해된 법익 또는 발생한 손해의 심각·절박성, 예견가능성, 회피가능성 등을 중

험의 절박성, 예견가능성, 회피가능성에 대한 판단은 작위의무를 도출하기 위한 위법성 영역에서 행해지지만, 과실을 판단하기 위한 요소도 된다는 점에서 위법성 단계에서 과실유무의 판단도 병행하는 것이다.¹³⁰⁾ 대법원은 부작위가 문제된 대부분의 판례 사안에서 작위의무의 도출에서 예견가능성이나 회피가능성에 대한 판단을 한 후 위법성이 인정되면 별도로 과실 판단을 판시하지 않고 있다.¹³¹⁾ 또는 “그 권한을 행사하지 아니한 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것으로 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정된다.”고 하여 직접적으로 위법성과 과실 판단을 같이 하는 점을 판시하기도 한다.¹³²⁾

대상 판결 또한 자살 사고의 예견가능성 및 회피가능성이 있었다면, “특별한 사정이 없는 한 해당 관계자의 직무상 의무 위반과 이에 대한 과실이 인정되고, 국가는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 배상책임을 진다.”고 하여 작위의무의 위반과 과실을 함께 판단하고 있다. 반면, 원심 판결에서는 국가와 소속 대 관계자들에게 일정한 의무를 인정하면서도, 통상의 주의의무를 게을리한 과실이 있다고 단정하기 어렵다는 이유로 배상청구를 기각하였다. 원심 판결이 특정한 구체적 작위의무의 존재를 인정한 것인지는 분명하지 않으나, 우선 위법성의 전제가 되는 작위의무를 판단한 후 이와 분리하여 일반적인 과실 판단을 다시 하는 듯한 판시를 하고 있다. 그러한 경우라면 원심 판결의 태도는 위법성과 과실을 함께 판단하는 부작위 책임의 구조를 잘못 파악한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

부작위로 인한 배상책임에서는 위법성과 과실이 같이 판단됨에 따라 작위에서와 같이 위법하지만 과실이 없다는 이유로 배상책임이 기각되는 경우는 드물고, 예견가능성이나 회피가능성이 없어서 위법성의 전제인 작위의무가 인정

합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 국가배상법상 위법이라는 개념은 명문으로 정해진 작위의무의 위반뿐만 아니라 관련 법규 및 조리를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 직무상 손해방지의무에 대한 위반을 포함한다. 또한 이러한 사정에서 작위의무를 인정하는 결과, 작위의무의 판단 자체에 예견가능성이나 회피가능성이라는 과실에 관한 판단이 포함되므로 작위의무를 위반한 경우 특별한 사정이 없는 한 과실은 당연히 인정된다고 보아야 한다.

130) 朴貞勳, 앞의 논문, 188면; 김현준, 앞의 논문, 296면 참조.

131) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결; 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결; 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결; 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결; 대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결 등.

132) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결. 다만, 이 판결에서는 예견가능성의 부재 등을 고려할 때 재량행위가 현저하게 합리성을 잃었다고 볼 수 없으므로 작위의무, 즉 위법성을 인정하지 않았고, 과실도 없다는 판시를 하였다. 반면, 미니킵 셀리에 관한 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008다67828 판결에서는 과실을 별도로 언급하지 않고 있다.

되지 않는다는 이유로 기각되게 된다. 따라서 예견가능성이나 회피가능성은 재량권한을 부여하는 규정이 있거나 법령에 규정이 없는 경우 조리 등으로부터 특정한 행위를 할 법적 작위의무를 도출하여 위법성 판단의 요소가 됨과 동시에 과실 판단의 기준이 되는 것이므로, 부작위로 인한 배상책임의 인정 여부에 있어 결정적인 핵심 요건이라고 할 수 있다.

대상 판결에서는 예견가능성과 관련하여, 입대 직후 실시한 인성검사에서 ‘자살예측’이라는 결과가 나온 것은 망인의 자살 가능성을 충분히 예견할 수 있는 상황이라고 보았다. 특히 심리부검에 의한 전문가의 감정에 의할 때 최초의 인성검사 결과에 의할 때 망인의 자살가능성이 높았고, 이후의 이후에 진행된 검사나 면담 등에서 특이사항이 발견되지 않았더라도 이미 익숙한 질문에 답을 하는 것이므로 최초 검사 신뢰도가 낮다는 점을 고려하였다. 그리고 회피가능성과 관련해서는 최초 검사를 시행한 하사 甲이 이를 기록하거나 보고하지 않은 점, 그리고 1차 신상관리 책임자인 상사 乙이 인성검사 결과를 확인하지 않은 채 면담하고 신상등급 관리에 제대로 반영하지 않은 점을 핵심적 사항으로 보았다. 甲과 乙의 그러한 부작위로 인하여 자살우려자 식별이 처음부터 제대로 수행되지 않았고, 이후 자살방지를 위한 부대관리훈령, 해군 군 사고예방규정 등에 따른 군대 내 절차 체계가 제대로 운영되지 않게 되었다는 것이다. 즉, 최초 검사 이후 수차례의 검사, 면담에서 자살 가능성에 관한 특이점을 발견하지 못하게 되었으며, 자살우려자로 식별되게 되면 진행되는 정신과 군의관 상담이나 외부 전문가와의 상담, 더 높은 등급에 따른 신상관리 등을 하지 않게 되면서 결국 내향적 성격의 망인이 감정을 계속 억압하다가 이 사건 사고에 이르게 되었다고 판단하였다.

망인이 직업군인이고 이전에 자살 관련 정신과적 문제가 표출되지 않은 점, 군대 내에서 망인에게 직접적으로 신체적 가해행위나 모욕 등이 행해진 점이 없는 점을 고려할 때 대상 판결은 국가배상책임의 범위를 상당히 넓게 본 것이라고 할 수 있다. 그러나 자살방지에 있어서 최초의 징후를 포착하고 이에 연속되는 절차적 조치를 취하는 것이 핵심적이라는 점을 고려할 때, 대상 판결이 예견가능성과 회피가능성을 고려하여 작위의무를 인정하고, 동시에 과실도 인정한 점을 수긍할 수 있다고 생각된다.

(3) 과실의 객관화 경향

대상 판결은 최초 검사를 보고하지 않은 甲과 1차 신상관리 책임자로서 최초 검사를 파악하지 못하고 후속 조치를 취하지 않은 乙의 과실로 인하여 군

대 내에서 자살우려자 식별 및 자살방지를 위해 규정되어 있는 후속적 조치들이 제대로 작동하지 못한 점에 집중하고 있다. 물론 대상 판결에서는 귀책사유가 있는 가해공무원이 甲과 乙로 특정되어 검토되고 있기는 하지만, 자살방지를 위한 군대 내 일련의 절차에 있어 전체 시스템이 잘못 작동된 것으로서 조직과실, 나아가 자기책임설적 입장에서는 국가작용 전체로서의 흠이 발생했다고 볼 수도 있을 것이다. 따라서 과실의 객관화 경향에 관한 논의도 살펴볼 필요가 있다.

최근에는 피해자구제의 폭을 확대하기 위한 논거로서 국가배상법상의 과실개념을 객관화하거나, 독일의 조직과실(Organisationsverschulden)¹³³⁾ 또는 더 나아가 프랑스의 역무과실(la faute de service)과 접근한 판례 하에 판단하고자 하는 견해들이 주장되고 있다. 판례가 예전부터 과실을 개별적 공무원이 아니라 “당해 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것”으로 보아온 것도 과실의 객관화에 포함된다. 또한 가해공무원의 특징을 요구하지 않고, 피해자가 공무원의 위법행위에 의한 손해 발생을 입증하면 과실이 일응 추정되는 것으로 보거나, 더 나아가 자기책임설적 관점에서 과실의 주관적 요소를 배제하고 행정결정이 위법하면 과실도 인정되는 것¹³⁴⁾으로 보는 형태가 나타난다. 이는 행정이 점점 더 전문화되고 복잡해지는 오늘날 개별 공무원의 과실을 특정하여 입증하라는 것은 피해자에게 지나친 부담을 지운다는 점¹³⁵⁾에서 더 설득력을 얻고 있다. 그러나 지나친 과실의 객관화는 국가배상책임의 성립에 있어서 공무원의 고의·과실을 요구하고 있는 국가배상법의 해석론의 한계를 넘을 위험성이 있다는 비판도 제기된다.¹³⁶⁾

물론 대상 판결의 판시만으로는 조직과실을 고려하였다거나 자기책임설적인 태도를 취했다고 단정하기에는 무리가 있다. 그러나 위 두 명의 과실로 인하여 후속적 절차에서 망인의 자살방지를 위한 대비책들이 연속적으로 제대로 작동

133) 대위책임에 기초하고 있는 독일의 경우에도 과실이 객관화되는 경향이 나타나는데, 그러한 경향은 세 가지의 형태로 보여지고 있다고 설명된다. 첫째는 구체적으로 행위한 공무원이 아니라 “의무를 성실히 수행하는 평균적인 공무원”이라는 추상적 형태의 공무원을 기준으로 하는 것이고, 두 번째는 과실추정, 세 번째는 조직과실이다. 특히 조직과실의 핵심은 국가배상청구권자가 외부에서 알 수 없는 고도로 구별된 기능을 가진 행정조직과 마주한다는 점을 고려하여 과실이 있는 개별공무원을 특정할 것을 요구하지 않는다는 점이다. Ossenbühl/Cornils, a.a.O., S.78-79 참조.

134) 박현정, “헌법개정과 국가배상책임의 재구성 - 과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 『사법』 통권 제42호, 사법발전재단, 2017, 167면 참조.

135) 김철용, 앞의 책, 763-764면 참조.

136) 김유환, 앞의 책, 601면 참조.

하지 못한 것에 초점을 맞춘다면 조직과실, 더 나아가 자기책임설에 한층 가까워진 태도를 취한 것으로도 평가될 수 있다. 특히 대상 판결 이후인 2022년에 내려진 긴급조치 관련 대법원 판결¹³⁷⁾은 가해공무원을 특정하지 않고 대통령의 긴급조치 발령 및 발령된 긴급조치를 적용·집행하는 일련의 직무집행(수사기관의 직무행위, 법관의 직무행위 등)에 있어 전체적으로 객관적 주의의무 위반이 인정되면 충분하다고 보고 국가배상책임을 인정하였다.¹³⁸⁾ 이 판결에 대한 여러 가지 분석이 있으나, 다수의견이 가해공무원의 고의·과실을 개별적으로 엄격히 요구하지 않았다는 점에서 최소한 독일의 조직과실의 관념에 접근하였다는 점은 분명하다.¹³⁹⁾

IV. 대상 판결의 의의 - 결론에 갈음하여

이상에서 살펴본 것과 같이, 부작위로 인한 국가배상책임은 기존의 복잡한 국가배상책임의 요건에 관한 논의에 덧붙여 부작위의 특수성이 더해져서 판단이 쉽지 않다. 개개의 요건에 대한 더 심도있는 연구를 추후 과제로 남기면서, 대상 판결의 의의를 정리하는 것으로 결론에 갈음하기로 한다.

대상 판결은 부작위의 위법성 및 과실 판단에 관한 기존의 판례 법리를 확인하면서, 구체적 타당성을 고려하여 군대 내 자살방지를 위한 감독·예방의무에 관하여 국가배상책임을 상당히 넓게 인정하고 있다. 우선 위법성 판단의 전제로서의 작위의무와 관련하여 명시적 법령의 규정이 없는 경우에도 국가의 초범규적 의무가 인정될 수 있다면 작위의무를 도출할 수 있다고 보면서, 군대 내 자살 방지를 위한 행정규칙들을 종합적 고려요소 중의 하나로 중요하게 설치하고 있다. 대법원은 “현저한 불합리성”여부만을 판단하는 재량의 소극적 남용론적 접근법과 대상 판결과 같이 법령의 근거가 없는 경우 “손해의 심각

137) 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결.

138) 더 나아가 안철상 대법관의 별개의견은 다수의견이 여전히 대위책임적인 입장을 극복하지 않고 있는 점을 비판하면서, 국가배상책임은 국가 자신의 불법행위에 대해 직접 책임을 부담하는 자기책임으로 이해되어야 한다고 보고, 책임성립요건으로서의 고의·과실에는 ‘국가의 직무상 과실’이 포함되어야 한다는 주장을 판시하고 있다.

139) 다수의견 또한 공무원을 고의·과실 개념을 ‘국가’의 과실로 전제하였을 때 더 잘 이해할 수 있고, 따라서 프랑스의 역무과실 및 자기책임으로서의 국가배상책임에 한층 접근한 판결이라고 보는 견해로 “국가배상청구소송의 관할법원”, 「서울대학교 법학」 제64권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2023, 164-165면 참조.

성·절박성, 관련 공무원의 예견가능성 및 회피가능성”을 고려하는 재량권수축 이론적 접근법을 병용하고 있다. 전자의 경우 법관의 판단에 지나치게 좌우될 우려가 있으므로, 대상 판결과 같이 후자에 따라 개개의 요건을 판단하는 접근법을 기초로 하는 것이 타당하다. 다만, 이에 더하여 구체적 사안에서 탄력적으로 배상책임을 인정할 수 있는 방법의 모색이 필요하다. 사익보호성의 경우 대상 판결과 같이 작위의무가 법령에 규정되어 있지 않고 생명, 신체, 건강 등의 이익이 문제되는 사안에서는 판례가 대부분 사익보호성을 인정하거나 언급하지 않고 있다는 점은 긍정적이다. 명문의 규정이 없는 사익보호성에 의하여 배상책임을 제한하는 것은 주의하여야 하기 때문이다.

그리고 과실부작위의 특성상 작위의무를 도출하는 과정에서 이미 과실의 판단기준인 예측가능성이나 회피가능성의 판단이 포함되게 되는데, 대상 판결에서도 작위의무가 도출이 될 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 판단 없이 과실을 인정하고 있다고 보고 있다. 구체적 사안을 고려할 때 소속대 관계자들에게 예측가능성이나 회피가능성이 인정된다고 본 대상 판결의 결론에 동의할 수 있다고 생각된다. 또한 대상 판결은 자살예방·방지를 위한 일련의 절차적 단계에 있어 개별적 조치를 제대로 이행하지 못한 하자과 관련된다는 측면에서 과실의 객관화 경향의 관점도 고려될 수 있을 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 단행본

- 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 제27판, 2023.
김동희/최계영, 「행정법 I」, 박영사, 제27판, 2023.
김유환, 「현대행정법」, 진정판, 2021.
김철용, 「행정법」, 박영사, 제12판, 2023.
박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 제22판, 2023.
朴正勳, 「행정법 개혁의 과제」, 박영사, 2023.
이동식/전훈/김성배/손윤석, 「행정구제법」, 준커뮤니케이션즈, 제6판, 2023.
정하중/김광수, 「행정법개론」, 법문사, 제15판, 2021.
하명호, 「행정법」, 박영사, 제5판, 2023.
홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 제31판, 2023.

- 논문

- 강구철, “부작위와 국가배상책임”, 「고시계」, 제34권 제11호, 고시계사, 1989.
김민영 · 김윤진 · 신주영 · 이도감 · 정동일 · 지재욱, “군 자살자에 대한 국가보훈 및 국가배상연구”, 「공익과 인권」, 통권 제17호, 서울대학교 공익인권법연구센터, 2017.
김유환, “행정청의 부작위에 대한 구제”, 「행정법연구」 제1호, 행정법이론실무학회, 1997.
김중권, “미니킵 젤리로 인한 질식사과 국가배상책임의 문제”, 「인권과 정의」 제419호, 대한변호사협회, 2011.
김창조, “의무이행소송”, 「법학논고」 제83집, 경북대학교 법학연구원, 2023.
김춘환, “재량권의 영으로의 수축이론”, 「토지공법연구」 제3집, 한국토지공법학회, 1996.
김혜진, “공법상 개념으로서의 국가배상법상 ‘손해’ - 국가배상책임의 본질에 따른 고유한 법개념 정립을 위한 시론 -”, 행정법이론실무학회 제275차 학술대회 발표문, 2023.
김현준, “규제권한 불행사에 의한 국가배상책임의 구조와 위법성 판단기준”, 「행정판례연구」 제16집 제1호, 한국행정판례연구회, 2011.
朴正勳, “국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-”, 「행정

- 법연구」 제62호, 행정법이론실무학회, 2020.
- 朴正勳, “積極行政 實現의 法的 課題 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 試論-”, 「공법연구」 제38집 제1-1호, 한국공법학회, 2009.
- 朴貞勳, “행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석”, 「토지공법연구」 제63집, 한국토지공법학회, 2013.
- 박현정, “헌법개정과 국가배상책임의 재구성 - 과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 「사법」 통권 제42호, 사법발전재단, 2017.
- _____, “국가배상청구소송의 관할법원”, 「서울대학교 법학」 제64권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2023.
- 방영철, “공무원의 직무상 위법한 부작위로 인한 국가배상책임 - 배상요건의 문제점 및 입법론을 중심으로 -”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2000.
- 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무”, 「저스티스」 제140호, 한국법학원, 2014.
- 안동인, “국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준”, 「행정법연구」 제41호, 행정법이론실무학회, 2015.
- 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 「동아법학」 통권 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007.
- 이일세, “국가배상에 관한 주요 판례분석 - ”법령위반(위법성)“을 중심으로 -”, 「안암법학」 제43호, 안암법학회, 2014.
- 임성훈, “영내 구타·가혹행위로 인한 자살에 대한 배상과 보상”, 「행정판례연구」 제10권, 2005.
- 장윤영, “레옹 뒤기(Léon Duguit)의 공법 이론에 관한 연구 : 객관주의 행정법을 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2020.
- 정영철, “국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제”, 「법학논고」 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013.
- 최계영, “식품·의약품 영역에서 규제권한불행사로 인한 국가배상책임”, 「행정판례연구」 제18집제2호, 한국행정판례연구회, 2016.
- _____, “처분의 취소판결과 국가배상책임”, 「행정판례연구」 제18집 제1호, 한국행정판례연구회, 2013.
- 최현선, “입법자의 기본권 보호의무”, 「동아법학」 통권 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010.

2. 외국문헌

Maurer/Waldhoff, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 20. Aufl., 2020.

「Münchener Kommentar zum BGB」, Band 7, 8. Aufl., 2020.

Ossenbühl/Cornils, 「Staatshaftungsrecht」, 6. Aufl., 2013.

3. 자료

“e나라지표”사이트, 군 사망사고 현황

(https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1701).

[Abstract]

Illegality and Negligence in State Liability caused by Omission

- Supreme Court Decision No. 2017Da211559, Decided May 28, 2020 -

Lee, Jinhyung*

The Supreme Court Decision No. 2017Da211559, Decided May 28, 2020(hereafter “Decision”) recognizes the state’s liability due to the omission in the acts of duty by military officials who failed to prevent suicide. With the frequent occurrence of large-scale disasters, including infectious diseases, the state’s responsibility to protect the lives, bodies, and properties of its citizens is garnering attention. This article examines the important issues related to the criteria for judging the state’s liability due to omission.

The core of the illegality judgment is the state’s legal duty to act. The Decision recognizes the duty to act, asserting that there exists an duty of the state to eliminate risks to citizens’ lives, bodies, and properties, even if there is no formal legal provision. Notably, it derives the duty of commission by considering in detail the administrative regulations. In Supreme Court precedents, there are two approaches to deriving the duty to act: One is based on the “unreasonableness of non-exercise of authority” and this applies when discretionary provisions exist. The other one is “the severity and urgency of the damage, the foreseeability and avoidability by the relevant public officials” and this applies when there are no formal legal provisions. The latter approach requires a more concrete consideration of individual conditions, given the potential for excessive judicial discretion in the former. Additionally, unlike in Germany, there is no explicit provision requiring protection of private interests in South Korea, but some argue this is necessary to limit the state’s responsibility towards third parties, and precedents generally require the protection of private interests. However, in cases like the Decision, where the duty of action is not specified in legislation and involves interests such

* Attorney at Law, Ph.D. in Law.

as life, body, and health, precedents often omit or do not make judgments on the protection of private interests.

A significant aspect of the negligence judgment in omission is that the criteria for negligence, such as foreseeability and avoidability, are already included in the illegality judgment, which is a premise for deriving the duty to act. Therefore, in precedents related to state liability for omission, there is a tendency to judge illegality and negligence simultaneously. The Decision also states that if the duty of action can be derived based on the recognition of foreseeability and avoidability, negligence can be recognized without separate judgment. Thus, the judgment of foreseeability and avoidability becomes the most critical issue. Additionally, a review of the trend towards the objectification of negligence should also be considered.

Keywords : state liability, omission, illegality, negligence, military suicide
incident