

혈액관련 사고에 대한 공법상의 책임

강 동 세*

I. 서 설 1. 혈액과 관련한 법률문제 개관 2. 혈액관련 법률 3. 혈액관련 사고와 관련한 공법상의 문제	2. 수혈을 통한 에이즈 등 전염병 발생 방지를 위한 국가의 의무의 범위와 한계 3. 국가의 책임과 다른 책임자의 책임과의 관계
II. 수혈과 관련한 공법상의 책임 1. 공법상의 책임주장의 근거	III. 결 어

I. 서 설

1. 혈액과 관련한 법률문제 개관

혈액은 체내를 순환하면서 체내 항상성의 유지와 물질의 운반, 생체 방어 등 생명 유지를 위한 여러 가지 작용을 한다는 점에서 우리의 건강에 가장 중요한 요소들 중의 하나이다.

혈액과 관련하여 일어나는 사고로는 수혈과 관련한 것이 대부분이다.

즉, 1901년 K.란트슈타이너가 ABO식 혈액형을 발견함으로써 수혈에 새로운 장이 열렸는데, 수혈은 그 역사는 짧지만 의학의 발전에 따라 외과 수술에 있어 결정적인 역할을 하게 되어 그 중요성이 날로 증대되었으나 그와 상응하여 수혈에 따른 부작용이 발생하는 경우도 늘어나게 되었다.

우리나라에서는 6·25전쟁 중 미국에서 보내온 많은 전혈을 쓴 것이 수혈의 전환점이 되었다. 그 전에는 100cc 주사기에 항응고제로 시트르산나

*변호사

트립액을 넣어 채혈하여 수혈하는 것이 고작이었다고 한다. 휴전 후 군에서 수혈부를 먼저 만들었고, 1954년 민간혈액은행으로 백병원 혈액은행과 국립중앙혈액원이 혈액사업을 시작하였으며, 그 후 몇 개 대학부속병원과 국·공립 및 사립 혈액은행이 생겼다가 1958년 국립중앙혈액원이 적십자 혈액원이 되었다. 1976년 정부의 요구에 따라 전국의 혈액수급을 조절하고 수혈의 안전을 관리할 목적으로 대한혈액관리협회가 조직되어 이를 담당해 오다가 1981년 7월 1일을 기하여 정부는 국가혈액사업을 대한적십자사에 위탁한 이후로 대한적십자사에서 이를 전담하고 있다고 한다.

수혈과 관련한 사고에서 발생하는 문제점으로는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 수혈이 적절한 시기에 적합한 양으로 행하여지는가?

둘째, 수혈시 사용하는 혈액자체가 수혈에 적합한 것인가? 즉, 공혈자가 전염성 질환, 예컨대, 매독, 말라리아, 혈청간염, 에이즈 등에 감염된 환자는 아닌가?

셋째, 수혈자의 일치 여부와 그 혈액형은 적합한 것인가?

넷째, 수혈방법은 기술적으로 타당한가? 등을 들 수 있다.

2. 혈액관련 법률

혈액과 관련한 기본적인 법률로는 혈액관리법이 있는데, 이 법은 수혈 또는 혈액제제의 제조를 위한 혈액의 청결을 유지하고 헌혈자 및 수혈자를 보호하며 혈액관리의 적정을 기하여 국민보건의 향상에 기여함을 목적으로 하고 있으며(동법 제1조), 그 외에도 혈액과 관련한 법률로는 후천성면역결핍증예방법이 있는데, 혈액관리와 관련하여 이러한 법률에 규정된 실질적인 규정은 수개조문에 불과하여 혈액과 관련하여 발생할 수 있는 모든 문제를 망라하지 못하고 있어 구체적인 문제 발생의 경우에는 결국 법원의 판단에 맡기고 있는 실정이다.

3. 혈액관련 사고와 관련한 공법상의 문제

종래의 자유방임적 야경국가와는 달리 오늘날의 현대복지국가에 있어

서는 개인은 자급자족의 능력을 상실하여 국가에 의한 생활배려에 크게 의존하게 되고 이러한 생활배려 속에는 국민의 보건보호라는 측면이 중요한 위치를 차지하고 있으며 이에 우리 헌법도 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하고 있고(헌법 제36조 제3항) 나아가 국민건강의 보호증진, 각종 질병의 퇴치·예방을 위하여 관계 법령의 규정에 따라 스스로 각종 의료기관을 설치, 운영하거나, 의료에 종사하는 의료인의 자격을 제한, 심사하여 면허를 교부하고, 사실 의료기관의 설치, 운영에 관하여 각종의 규제, 감독조치를 취하며 의약품 및 의료용구의 제조, 판매등에 있어서도 허가나 검정등의 규제, 감독권을 국가가 장악하고 있으며 때로는 강제접종, 강제진료, 강제격리와 같이 의료행위를 국민에게 강제로 시행하기도 한다.”

이와 같이 국가가 의료에 관하여 직·간접으로 개입하는 영역이 확대됨에 따라 의료사고에 있어서 국가의 책임문제도 중요한 문제로 등장하게 될 것이다.”

혈액관련 사고와 관련하여 공법상으로 일어날 수 있는 문제는 앞서 본 바와 같이 주로 수혈과 관련한 문제인데, 앞서 본 네가지 문제 중 두 번째 문제점을 제외한 나머지 문제점들은 대체로 수혈방법상 적정성의 문제로서 이는 수혈자와 수혈을 시행하는 의료기관 사이에 일어나는 문제에 불과하여 국가나 지방자치단체가 개입될 여지는 극히 드물다.

이에 반해 수혈시 사용하는 혈액자체의 적합성이 문제가 되는 둘째 문제점, 즉, 수혈로 인하여 受血者가 전염성 질환, 예컨대, 매독, 말라리아, 혈청간염, 에이즈 등에 감염된 경우에는 공법상의 책임여부가 문제될 수 있다.

그 외에도 프랑스에서는 군병원의 정신과 병동에서 통상업무수행의 하

1) 고현철, 의료사고와 국가의 책임, 재판자료 27집 191면

2) 국가의 책임과 관련하여 발생하는 의료사고의 유형에 관하여는 국공립의료기관 소속 의료인에 의한 의료사고, 공물인 의료용구의 하자로 인한 의료사고, 강제접종·강제진료등에 의한 의료사고, 약화로 인한 의료사고, 기타의 의료사고등으로 크게 구분할 수 있고 기타의 의료사고에는 다시 조직적 진료에 의한 의료사고, 면허받은 비자격 의료인에 의한 의료사고, 의료제공의 불충분으로 인한 의료사고등으로 세분할 수 있다. 상세한 것은 고현철 전제논문 192면 이하 참조

나로서 정신병을 앓고 있는 환자 한 사람에게 채혈을 하던 군간호사에게 환자가 고의적으로 채혈병을 초과상을 입고 있는 간호사의 손에 부어버림으로써 군간호사가 에이즈에 감염된 경우 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 사례가 있었다.

그런데, 국가 또는 지방자치단체³⁾가 그 수혈의 목적이 된 혈액의 공급자가 아닌 이상 이 점과 관련하여 주로 논의되는 것은 주로 국가가 혈액에 대한 전염병의 감염여부검사 등을 소홀히 하였다거나 향후 예상되는 것으로는 에이즈 등 전염병에 대한 교육이나 홍보를 소홀히 하였다는 이유로 국가를 상대로 그 손해배상책임을 묻거나 입법을 청원하는 문제이다.

여기서 입법을 청원하는 문제는 공법상의 책임이라고는 할 수 없으므로 本稿에서는 논의를省略하고 주로 국가 등을 상대로 한 손해배상책임 문제를 중심으로 논의하기로 한다.

우리나라에서도 1985년 최초로 에이즈 흑사병 이래 인류가 겪는 가장 무서운 전염병의 하나인 에이즈⁴⁾환자가 공식적으로 발견된 이후 보사당

3) 오늘날과 같이 지방자치시대에 있어서는 지방자치단체도 위에서 말한 바와 같은 국가와 같은 역할을 일부 담당하고 있으나 여기에서는 국가만을 논의의 대상으로 한다.

4) 흑사병 이래 인류가 겪는 가장 무서운 전염병의 하나인 에이즈[그 정확한 명칭은 후천성면역결핍증(Acquired Immunodeficiency Syndrome, 약칭 AIDS라고 한다)]로서 후천적으로 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus, 약칭 HIV, 이하 에이즈바이러스라고 한다)의 감염에 의하여 야기되는 질병으로서 세포면역기능이 극도로 저하되고 그로 인하여 다른 병의 빈번한 감염을 일으켜서 거의 예외없이 수년 내에 사망하게 되는 질환이다.

HIV는 특히 인체면역기능을 저하시켜 여러 가지 다양한 임상증상을 나타낸다. 인체에 있어서 면역기능이란 중요한 신체 방어기전의 하나라 미생물등의 이물질(항원)이 신체 내로 들어오면 이에 대한 항체를 만들어 반응하는 것을 가르키는데 면역기전이 망가지면 에이즈의 경우와 같이 치명적인 결과가 나타난다. 에이즈는 임상증상에 따라 급성감염기, 비증상 감염기, 계속적인 임파선염기 등으로 나누고 기타 여러 가지 전신증상, 신경증상이 나타나기도 하고 병이 진행하면서 다른 균 등에 의한 이차 감염, 카포시 육종과 같은 종양이 이차적으로 발생하기도 한다. 일반적으로 감염 8-12주 후 바이러스에 대한 항체가 형성되며 약 95%가 5개월 이내 항체 양성자로 된다. 드물지만 3-4년 후 항체양성 자로 되는 경우도 있다고 한다. 감염 후 전형적인 증상을 나타내는 AIDS환자가 되는데 걸리는 시간은 평균 8-10년이고, 항체양성자 80-90% 사람이 3년 이내 면역기능의 저하가 나타나며 75% 에서는 관련된 증상이 있다. 남성 동성연애자, 정맥주사제(남용약물) 사용자들이 에이즈에 감염되기 쉬운 집단들이고 에이즈 어머니에서 아기로, 수혈이나 혈액 제제 등을 통한 에이즈의 전파 또한 중요한 부분을 차지한다. 특히 후자의 경우에는 최근 일본에서도 많은 법적, 사회적인 문제가 되었다. 감염된 혈액을 수혈 받은 사람의 89%가 감염되고, 감염률은 수혈을 많이 받을수록 증가 하는데 매우 드물기는 하지만 항체 음성인 피를 수혈 받고 감염된 경우가 있다고 한다. 최근 관련 제재

국의 에이즈방지를 위한 조치와 관련하여 수혈될 혈액의 안전성확보를 위하여 모든 혈액에 대한 에이즈검사를 실시하도록 조치를 취하지 않은 것이 위법한 직무행위에 해당하는 것인가? 즉, 공무원의 감독권한 등의 불행사, 즉 부작위로 인한 손해배상의 책임을 부담하여야 할 것인가의 문제⁵⁾와 관련된 대법원판결⁶⁾이 있는데, 이와 같이 헌혈 또는 수혈을 함에

에 대하여 열처리를 가하고 수혈자를 검사함으로써 이 위험성은 많이 감소되었다 한다. 에이즈뿐만 아니라 균에 의한 감염증의 경우 진단을 위한 검사방법에는 크게 균의 침입에 대해 인체에서 만들어 낸 항체를 검사하는 방법과 균 자체를 검사하는 항원검사법으로 나눌 수 있다. 에이즈에 있어 사용되는 항체검사법에는 Immunoprecipitation method, 효소면역측정법[enzyme linked immunosorbent assay, 약칭 엘라이저(ELISA)], Western blot 등이 있는데, Immunoprecipitation method의 경우 방법이 간편하여 많은 시료를 대상으로 한 경우에 적합한 위음성이 문제될 수 있고 Western blot의 경우 확인검사로 많이 이용되나 방법이 어렵고 비용도 많이 들어 모든 시료를 대상으로 일률적으로 사용하기에는 어려움이 따른다. 결국 상황에 따라 적절한 검사 방법을 선택해야 하는데 항체 검사방법에서 가장 문제가 될 수 있는 점은 항체미형성기가 존재한다는 점이다. 인체 내에서 외부 침입 균에 대하여 항체를 형성하려면 일정한 시간이 필요하고, 이 기간 동안에는 균이 있음에도 불구하고 항체를 통한 검사를 시행하여도 음성으로 나온다는 점이다. 또 특정의 경우에 균이 모두 소멸되었음에도 불구하고 항체는 존재할 수 있으므로(실제로 항체는 다시 균이 들어올 때를 대비하여 일정량이 항상 존재한다) 위음성의 가능성도 배제할 수 없다.

그런데, 항체검사법만으로는 항체미형성기간의 감염을 확인할 수 없으므로 이론상 감염자를 모두 찾아내려면 바이러스의 항원 자체를 검출하여야 하는바, 항원검사법은 바이러스를 검출하거나 바이러스에 특정한 염기서열을 확인하게 되는데 방법이 복잡하고 시간이 많이 걸릴 뿐만 아니라 항원의 감도가 낮아 안전성이 높아지지 않기 때문에 미국에서 개발은 되어 있으나 연구목적으로만 사용하도록 허가되어 있는 상태이고 수혈용 혈액의 집단 선별검사로 위 검사방법을 사용하고 있는 국가는 아직 없으며, 다만 최근 에이즈바이러스의 미세한 입자도 찾아낼 수 있는 종합효소연쇄반응법이 개발되었으나 아직 일반화되어 있지 아니하므로 현재로서는 항체미형성기간 동안의 혈액의 검사에 있어서 다른 검사를 추가하는 것은 도움이 되지 못하고 오히려 위험군의 헌혈자를 배제하기 위하여 헌혈자의 선별이 더욱 중요하다. 이에 비해 항원검사법은 바이러스를 검출하거나 바이러스에 특정한 염기서열을 확인하게 되는데 검사가 매우 어렵고 복잡하고 비용이 매우 비싸므로 아직까지 실험실에 국한하여 행해지고 있다.

에이즈바이러스에 감염되면 바로 체내에 항체가 형성되는 것은 아니고 일반적으로 약 3주 내지 12주 정도의 항체미형성기간(Window period)을 거쳐 항체가 형성되고 감염자의 95퍼센트 이상에서 5개월 내에 항체가 형성되지만 경우에 따라서는 수년이 걸리기도 하는데, 에이즈바이러스를 보유하고 있는 자를 병원체보유자, 항체가 형성된 자를 항체양성반응자, 감염된 후 인체의 면역기능이 저하되어 에이즈 특유의 임상증상이 나타난 자를 에이즈환자라고 하고, 널리 에이즈바이러스에 감염된 자라고 함은 위의 각 경우에 해당하는 자를 말한다(후천성면역결핍증예방법 제2조).

- 5) 다만 이는 국가가 감독권한을 적절히 행사하였더라면 손해의 발생 및 확대를 방지할 수 있음에도 불구하고 그 행사를 해태하였기 때문에 국민에게 손해가 발생한 경우의 손해배상책임을 말하는 것으로서 국가의 부작위책임 전부를 의미하는 것은 아니다. 따라서 처분의 유보, 지연과 같이 국가 자신이 직접적인 가해자인 경우와 불기소처분과 같이 성질상 감독권한의 불행사라고 할 수 없는 것도 제외되며 또한 입법의 부작위도

있어서 혈액의 에이즈검사를 하지 아니한데 대한 직접적인 책임을 묻는 것이 아니라 국가가 위에서 본 바와 같이 에이즈검사를 실시하도록 조치를 취하지 않은 것에 대한 책임을 물을 수 있느냐가 문제될 수 있는데 만약 이러한 책임을 물을 수 있다고 한다면 어떠한 경우에 그 책임을 물을 수 있는가. 나아가 국가의 책임과 에이즈검사를 하지 않은데 대한 직접적인 책임과는 어떠한 관계에 있는가가 문제로 된다.

II. 수혈과 관련한 공법상의 책임

1. 공법상의 책임주장의 근거

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하고 있고, 혈액관리와 관련하여 혈액관리법은 혈액관리업무는 의료기관과 대한적십자사, 보건복지부령이 정하는 혈액제제제조업자에 한하여 할 수 있되 혈액제제제조업자는 채혈은 할 수 없도록 규정하고 있다(동법 제6조). 또한 공혈자의 건강을 위하여 혈액원은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 채혈전에 헌혈자에 대하여 건강진단을 실시하여야 하고, 보건복지부령이 정하는 전염병환자 및 건강기준에 미달하는 자로부터 채혈하지 못하도록 규정하고 있으며(동법 제7조), 혈액의 안전성 확보를 위하여 혈액원은 채혈한 혈액에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 혈액의 적격 여부를 검사하고 확인하여야 하고, 검사결과 부적격혈액을 발견한 때에는 이를 폐기처분하도록 규정하고 있다(동법 제8조).

또한 수혈시의 부작용에 대한 조치로서 의료기관의 장은 수혈부작용이 발생한 경우에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 그 사실을 보건복지부장관에게 신고하여야 하고, 보건복지부장관은 수혈부작용의 발생 신고를 받은 때에는 그 발생원인의 파악등을 위한 역학조사를 실시하여야 한다. 이 경우 수혈부작용과 관련된 의료기관의 장과 혈액원은 역학조사

제외한다. 김춘환, '프랑스에 있어서 에이즈에 관한 국가배상소송', 현대공법과 개인의 권익보호 - 균제 양승두교수 화갑기념논문집 I 92면

6) 대법원 1995. 8.25.선고 94다47803 판결

에 협조하도록 규정하고 있다(동법 제10조).

전염병의 발생과 유행을 방지하여 국민보건을 향상 증진시킴을 목적으로 하고 있는 전염병 예방법(동법 제1조)은 국가 및 지방자치단체는 전염병의 예방 등 신속하고 정확한 방역대책을 마련할 수 있도록 전염병의 예방 및 관리대책의 수립, 전염병환자등의 보호 및 진료, 전염병에 관한 정보의 수집·분석 및 제공, 전염병에 관한 조사·연구, 전염병병원체 검사·보존·관리 및 약제내성감시등의 사업을 수행하여야 한다고 규정하고 있으며(동법 제3조의 2), 일정한 경우에는 국가나 지방자치단체가 전염병 예방, 치료를 위한 경비를 제공하거나 지원하도록 하고 있으며, 예방접종으로 인한 피해에 대해서도 국가가 보상하는 규정(동법 제47~51조, 제54조의 2, 3, 4)을 두고 있다. 그 외에도 후천성면역결핍증예방법 제9조는 혈액원 및 혈액제제를 수입하는 자는 원칙적으로 당해 혈액원에서 채혈된 혈액이나 수입혈액제제에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 인간면역결핍바이러스의 감염여부를 검사하여야 하고, 의사 또는 의료기관은 장기(인공장기를 포함)·조직의 이식 및 정액의 제공과 기타 인간면역결핍바이러스감염의 위험이 있는 매개체를 사용하기 전에 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 인간면역결핍바이러스의 감염여부를 검사하여야 하며, 검사를 받지 아니하거나 검사결과 인간면역결핍바이러스에 감염된 것으로 나타난 혈액·수입혈액제제·장기·조직·정액·매개체는 이를 유통·판매하거나 사용하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

또한 국민의 건강을 증진시키기 위해 제정한 법률인 국민건강증진법과 국민의 건강권 보장을 위한 국가의 책무, 국민·보건의료인의 권리·의무와 보건의료정책의 기본목표·추진방향 및 보건의료제공체계 등 보건의료에 관한 기본적인 사항을 규정한 법률인 보건의료기본법이 있다.

그런데 전염병 중에서도 에이즈를 제외한 다른 전염병은 그 폐해가 비교적 중하지 않은데 비하여 에이즈는 그 폐해가 치명적이고, 또한 그 검사방법도 다른 전염병에 비하여 비용이 훨씬 많이 소요되어 특히 문제가 되는바, 최근에는 수혈이라는 의료행위를 통하여 에이즈(AIDS)에 감염될 수 있음이 밝혀짐으로써 이제 에이즈는 전국민 누구나가 자신도 모르는 사이에 감염될지도 모르는 위험한 질병이라고 해도 과언이 아니게 되었다.

여기에서 수혈로 인하여 에이즈 등 전염병에 감염된 경우 국가가 채혈이나 수혈에 직접적으로 관여하지 않았음에도 불구하고 국가 등을 상대로 직접 손해배상을 청구하는 경우가 발생하게 되었는데, 그 논거는 헌법상 보장된 보건의에 관한 권리⁷⁾와 이러한 관계 법령의 규정을 들어 국가가 혈액에 대한 에이즈 등 전염병 검사 의무를 강화하거나 이를 강제 실시하도록 적절한 조치를 취하는 등의 직무상의 의무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 제대로 취하지 아니하였음을 이유로 하는 것이다.

이하에서도 수혈을 통해 에이즈 등 전염병이 감염된 경우와 관련하여 살펴보기로 한다.

2. 수혈을 통한 에이즈 등 전염병 발생 방지를 위한 국가의 의무의 범위와 한계

가. 국가배상책임의 요건

국가배상법 제2조 제1항은 국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있는데, 이와 같이 국가배상법 제2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위하여는 다음과 같은 요건들이 요구된다.

- ① 공무원이 직무를 집행함에 당하여 행한 행위일 것
- ② 공무원의 가해행위는 고의 또는 과실로 인한 행위일 것
- ③ 법령에 위반한 행위일 것
- ④ 타인에게 손해가 발생하였을 것
- ⑤ 공무원의 불법한 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있을 것

이들 국가배상책임의 성립요건중 위법과 과실은 국가배상책임의 책임요건이라고 불린다. 입법례에 따라서는 위법 또는 과실중 하나만을 국가배상책임의 책임요건으로 하는 입법례도 있으나, 우리나라의 국가배상법

7) 다만, 보건권은 추상적 권리이기 때문에 국가에 의한 입법과 그 입법에 의한 구체적인 조치가 있어야만 개개인은 국가를 상대로 보건에 관한 국가적 배려를 구체적·현실적인 권리로서 주장할 수 있다는 것이 다수설이므로 이 보건권만을 근거로 바로 손해배상을 구할 수는 없다고 하겠다. 김철수 헌법학개론(15전정판) 274면

은 국가배상책임이 성립하기 위하여는 가해행위가 위법할 뿐만 아니라 그것이 공무원의 고의 또는 과실에 의해, 행하여졌을 것을 요구하고 있다. 전통적 견해는 일반적으로 위법성을 국가배상책임의 객관적 책임요건으로, 과실을 주관적 책임요건으로 보고 있다.

이하에서는 국가가 전염병 검사의무를 강화하는 등의 조치를 취하지 않아서 수혈을 통하여 에이즈 등에 감염되었다고 주장하는 경우에 국가의 손해배상 책임 부담여부에 대하여 국가배상책임의 요건과 관련하여 몇가지 문제점에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 공무원의 부작위로 인한 손해배상책임의 유무

그런데 여기에서 말하는 공무원의 직무행위에는 권력작용과 비권력적 행정작용도 포함되고, '직무를 집행함에 당하여' 라고 함은 직무행위 자체는 물론 직무집행의 수단으로 행한 행위 및 직무와 밀접하게 관련하여 행한 부수적인 행위도 포함되는 데에는 이론이 없다.

나아가 공무원의 직무행위에는 적극적인 작위만이 포함되는가, 아니면 권한행사의 해태와 같은 소극적인 부작위까지 포함되는가?

종래의 전통적인 반사적 이익론의 입장에서는 행정권한을 행사하는 행정청이 규제권한을 행사하지 아니함으로써 개인이 손해를 입은 경우라 하더라도 그 개인이 국가를 상대로 한 손해배상청구는 부정해 왔다. 왜냐하면 공무원이 적극적으로 감독권등의 권한을 행사하여 손해를 미연에 방지함으로써 이익을 얻는다 하더라도 그것은 반사적 이익에 불과하므로 공무원의 부작위로 인하여 그와 같은 이익을 얻지 못하였다 하더라도 그것은 반사적 이익의 침해에는 해당할지언정 권리나 법률상 보호되는 이익에 대한 침해로서의 손해에는 해당하지 않는다는 것이다.⁸⁾

또한 행정상의 편의주의적 이론에서 보면 일반적으로 감독청과 같은 행정기관의 권한 행사는 재량행위에 해당하므로 그러한 권한의 불행사에 관해 위법성을 논할 수는 없지 않느냐 하는 것이다.

이러한 입장에 서면 행정청이 행정권의 행사에 관하여 부담하는 의무

8) 김남진 신판 행정법의 기본문제 1996, 법문사 452면, 일본에서는 藥禍로 인하여 피해를 입은 사람들이 국가를 상대로 그 손해배상을 구하는 소송에 있어서 이와 같은 입장에서는 견해가 있다. 阿部泰隆, “藥師法の性格と藥害にたいする國家賠償責任”, 判例タイムズ 376호 47면

는 국가공공에 대한 행정상의 의무일 뿐 국민 개개인에 대하여 부담하는 사법상의 의무는 아니라는 결론에 도달하게 된다.

그러나 오늘날의 현대복지국가에 있어서 국민의 권리구제의 범위를 확대시키기 위한 노력의 결과 법적으로 보호받는 법률상 이익과 반사적 이익의 한계가 모호해지고 공권 내지는 법률상 이익의 범위가 점차 확대되고 있을 뿐만 아니라 나아가 행정기관의 재량권의 행사에도 한계가 인정되어 사안에 비추어 보아 무엇인가 조치를 취하여야 함에도 불구하고 관계행정기관이 아무런 조치를 취하지 아니한 경우는 재량의 흠결, 재량의 해태라는 이름의 재량의 하자 이론을 전개함으로써 위법이 된다고 보는 것이 주류이고,⁹⁾ 판례도 이를 긍정하는 입장이다.¹⁰⁾

다만 그 이론적 근거로는 다음과 같은 견해들이 주장되고 있다.

첫째, 작위의무의 근거에 따라 공무원의 부작위를 분류하여 ① 법령 자체의 규정이나 그 해석에 의하여 작위의무가 一義적으로 인정되는 경우, ② 법령에 의하여 공무원에게 권한행사의 재량이 주어진 경우, ③ 공무원의 작위권한이 법령에 의하여 구체적으로 규정되어 있지 아니한 경우로 나누고, ③의 경우에는 원칙적으로 공무원은 부작위에 대하여 정치책임을 지는 것에 그치지만, 국민의 생명, 신체, 재산에 대한 절박하고 중대한 위험상태가 발생하여 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험배제에 나서지 아니하면 국민을 보호할 수 없는 경우에는 국가가 그와 같은 일을 하는 것은 국가 본래의 사명이므로 국가에 대하여 전법률질서의 명시적 혹은

9) 김남진, 전거서 453면

10) 이른바 '김신조사건'에서 간첩의 출현을 신고하였음에도 군인과 경찰관이 즉시 출동하지 아니하여 간첩으로부터 가족이 살해당한 유족들이 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사안에서 위 피해자의 사망사고는 경찰관등이 즉시 출동하지 아니한 직무유기행위로 인하여 발생한 것이라고 한 판례(대법원 1971. 4. 6 선고 71다124호 판결)와 이른바 '극동호 사건'에서 선박안전법이나 도선 및 도선업법의 각 규정은 공공의 안전외에 인명과 재화의 안전보장도 그 목적으로 하는 것이라고 할 것이므로 피고 대한민국의 선박검사관이나 피고 충무시 소속 공무원들이 직무상 의무를 위반하여 시설이 불량한 이 사건 극동호에 대하여 선박검사증서를 발급하고 해당법규에 규정된 조치를 취함이 없이 계속 운항하게 함으로써 이 사건 화재사고가 발생한 것이라고 볼 수 있는 것이라면 ...피고들은 그로 인한 손해배상책임을 부담하여야 한다고 판시하고 있으며(대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466호 판결) 그 외에도 식품공해, 藥害, 산업재해, 보건위생, 건축규제행정 등의 각 분야에서 이러한 행정청의 부작위에 대하여 국가배상책임이 문제되고 있다. 선재성, '행정의 부작위와 국가배상책임' 민사법연구 제4집 호남민사법연구회 1995, 124면 참조

묵시적 명령(조리)에 의한 작위의무를 인정하여야 한다고 하는 견해,¹¹⁾ 둘째, 국가책임을 국가활동 그 자체에 내재하는 위험에 대한 책임(직접가해형)과 국가활동의 대상인 사회의 내재하는 위험에 대한 책임(위험관리형)으로 양분하여 후자에 있어서는 손해의 직접적 원인은 자연현상이나 제3자의 작위 등에 있으나 국가가 손해발생을 방지하여야 한다고 여겨지는 경우이므로 전자 또는 작위에 의한 손해배상책임이론과는 다른 독자적 이론을 구성해야 한다고 하면서 그 요건으로 침해되는 법익이 생명, 신체의 안전, 건강 등으로 중대한 것(법익요건), 그러한 법익침해의 위험이 절박함을 예견하였거나 쉽게 예견가능할 것(예견조건), 행정권한을 행사하면 쉽게 결과발생을 방지할 수 있었을 것(회피조건), 사인으로서는 위험을 예견하고 이를 회피할 수단을 갖지 못하는 사정 등으로 사회통념상 행정권한의 행사를 기대하고 신뢰하는 것이 당연하다고 여겨지는 사정이 존재할 것(기대조건)의 요건을 제시하는 위험관리책임설.

셋째, 경찰단속법규에 의해 규제되는 관계를 행정과 피규제자, 규제 수익자라는 3각관계로 이해하는 것을 전제로 경찰권의 개입여부 등이 일반적으로 행정청의 재량사항으로 되어 있으나 국민의 생명, 신체, 재산 등 중대한 법익이 위험에 처해 있을 때에는 그에 대한 개입 즉 권한행사만이 행정기관이 취할 수 있는 유일한 길이며 이 경우 부작위는 의무의 해태이므로 위법이 된다고 보거나, 원래 법이 행정관에게 권한을 재량규정에 의하여 수권하는 취지는 장래의 모든 사태를 상정해서 그 때마다 취하여야 할 적절한 조치를 미리 결정하는 것이 인간의 예지능력의 한계에 의해 불가능하기 때문에 그 상황에 가장 적합한 해결을 도모할 것을 행정관에게 수권한 것으로 해석하여야 하고 따라서 행정관이 사안의 상황을 탐구하여 적절하고 합리적인 조치를 취하는 것을 게을리한 경우 과실 또는 위법으로 평가하여야 한다는 재량권수축설.

넷째, 약품, 식품공해 등의 사안에 있어서 행정청과 업자와의 관계에서 문제되는 작위의무개념을 배제하여 국민의 생명, 건강에 영향을 미칠 수 있는 물질을 국가가 규제하는 경우에는 국가배상법상의 위법의 요건은

11) 古崎慶長, “공무원의 부작위와 국가배상법 제1조의 책임” 민상법잡지 제78호 208, 230, 231면

국민의 기본적 권리인 생명, 건강의 권리를 보장하는 견지에서 공권력행사의 주의의무, 손해발생방지의무의 해태유무가 판정되어야 하고 업자에 대한 규제권한의 위법성의 판단을 개입시킬 필요가 없다고 하거나, 가령 식품, 약품행정이 소극행정이요 실정법성 국민의 생명, 신체, 건강의 안전 확보의무가 존재하지 않는다 해도 일정한 피침해이익이 있고 가해행위와의 인과관계나 과실의 존재 등 국가배상법상의 요건에 해당한다면 국가배상책임이 발생한다는 과실중시론 등이 주장되고 있다.¹²⁾

또한 현대행정에 있어서 국가배상제도는 손해배상청구를 통하여 손해의 전보라는 기능외에 행정통제방법으로서 중요한 의의를 가지는데 부작위에 의한 국가배상청구도 이러한 의의를 가진다고 하겠다.¹³⁾

다. 공무원의 부작위와 위법성

(1) 법령에 위반하여

여기에서 “법령에 위반하여”라고 하는 것은 위법성을 의미하는데, 국가배상법 제2조 제1항에 규정된 위법의 의미에 관하여 법령은 엄격한 의미의 법령위반만을 의미하는 것이 아니라 성문법, 불문법을 포함한 모든 법규를 의미한다는 견해¹⁴⁾와 법령위반은 엄격한 의미에서의 법령뿐만 아니라 인권존중, 권리남용의 금지, 신의성실, 공서양속도 포함하여 당해 직무행위가 객관적으로 정당성을 결한 경우라고 보는 견해¹⁵⁾로 크게 나뉘나, 후자가 다수설이다.

나아가 국가배상법상 위법개념을 두 측면에서 판단하여, 공권력행사의 법규위반으로 파악하는 것과 공무원의 직무상 의무 위반으로 이해하는 것으로 나누는 견해가 있으나,¹⁶⁾ 공권력은 공무원에 의하여 행사되는 것으로 공무원은 공권력을 행사함에 있어 관련법규를 위반하여서는 안 될 직무상의 의무를 부담하는 것이고, 법적의무로서의 공무원의 직무상 의무는 그 근거로서 법규범을 전제로 하는 것이어서, 공권력행사의 법규위반

12) 그 상세에 관하여는 선재성, 전계논문 127면 이하 참조

13) 선재성, 전계논문 124면

14) 김남진, 행정법(Ⅰ) 1994, 505면

15) 박윤혼 ‘최신행정법강의’ 1996, 박영사 648, 649면, 구체적 학설에 관하여는 선재성, 전계논문, 126면 참조

16) 박균성 “국가배상법상의 위법과 과실” 법학논총 제18집, 16면

으로서의 위법과 공무원의 직무상의무위반으로서의 위법은 결국 동일 사실을 다른 측면에서 본 것에 지나지 않는다고 할 수 있다.¹⁷⁾

또한 공무원의 부작위가 위법한 것이 되려면 공무원이 그 직무의무, 즉 작위의무에 위반한 경우이어야 하므로 부작위의 위법성은 결국 작위의무를 전제로 한다.

판례는 사실행위에 의하여 야기된 손해의 배상에 있어서는 행위 자체의 위법 뿐만 아니라 행위태양의 위법, 즉 공권력행사에 수반되는 직무상의 손해방지의무위반으로서의 위법을 인정하고 있다.¹⁸⁾

국가배상법상 위법의 판단 대상이 무엇인가 하는 점에 대하여는 ① 침해행위의 결과, 즉 손해의 불법을 의미한다고 하는 결과불법설, ② 행위의 법규범에의 위반을 의미한다고 하는 행위위법설, ③ 피침해이익의 성질, 종류 및 손해의 정도 등 기타의 사정을 고려하여 구체적 사건마다 종합적으로 판단하여야 한다는(따라서 위법성의 판단은 근거법령에 대한 관계와 피해자에 대한 관계에서 서로 다르다고 본다) 상대적위법성설 등의 학설의 대립이 있다.¹⁹⁾

(2) 작위의무의 유무

우리 헌법은 제34조 제1항에서 '모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.' 제36조 제3항은 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.'고 규정하고 있고 또한 이러한 헌법의 이념을 구현하기 위하여 의료법 제1조, 지역보건법 제1조, 국민건강증진법, 정신보건법, 공중위생법, 전염병예방법, 검역법, 모자보건법 제1조, 의료보호법 제1조, 학교보건법 제1조, 농어촌등보건의료위헌특별조치법 제1조, 혈액관리법 등이 국민의 건강증진을 위한 국가의 노력의무 등을 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 공무원의 위법한 부작위에 대하여 국가의 손해배상책임이 긍정된다고 하여 이러한 규정들을 근거로 바로 국가에게 의약품이나 채혈, 수

17) 今村成和, 國家補償法, 昭和 32, 109면: 乾昭三, 註釋民法 19권, 1965, 404면. 다만, 박균성 교수는 국가배상책임상의 위법성이 문제되는 구체적인 경우에 따라 공권력행사의 법규위반과 공무원의 직무상의 법적의무위반중 일방이 보다 유용한 도구개념이 된다는 측면에서는 양자의 구별의의가 있다고 한다. 박균성 전제논문 16면

18) 대법원 1968. 1. 23. 선고 67다2609 판결, 1980. 2. 26. 선고 79다2341 판결

19) 그 상세는 박균성, 전제 논문 5 내지 16면

혈을 비롯한 의료행위의 안전성을 확보함으로써 손해를 방지할 의무가 부과된다고 보아야 할 것인지가 문제 된다.

종래의 통설에 의하면, 이러한 규정들은 국민의 건강증진을 위한 국가의 일반적인 노력의무를 규정한 것일 뿐 구체적인 진료의무를 부과한 것은 아니므로 예컨대 무의촌이나 벽지 보건소와 같은 의료취약지역 등에서 의료사고가 발생한 경우에 있어서 위와 같은 일반적인 의무규정에 기하여 국가의 불충분한 의료제공을 이유로 한 국가의 손해배상책임을 인정하지 않는다.²⁰⁾

그러나 의약품이나 채혈 및 수혈등을 포함한 의료행위에 대한 규제권한은 그 불행사시 국민건강에 광범위하고도 심각한 피해를 가져올 것이 예상되고 의약품이나 채혈 및 수혈등을 포함한 의료행위는 질병의 치료, 예방을 위하여 필요한 것이기는 하나 동시에 그 부작용으로 인하여 국민의 생명이나 건강을 해할 위험성을 항상 내포하고 있고 이에 반하여 의약품을 사용하거나 채혈 및 수혈등을 비롯한 의료행위의 대상이 되는 국민이나 경우에 따라서는 의사나 약사까지도 의약품의 안전성이나 혈액의 안전성을 스스로 확인한다는 것은 거의 불가능한 일이다. 따라서 의약품의 제조업자나 채혈, 수혈을 담당하는 자에게는 뒤에서 보는 바와 같이 의약품이나 혈액의 안전성확보를 위하여 극히 고도의 주의의무²¹⁾가 부과되는 것이지만 의약품제조업자나 채혈, 수혈을 담당하는 자가 이윤의 추구에 급급한 나머지 혹은 능력의 부족으로 안전성을 경시하거나 이를 제대로 확보하지 못하는 경우에는 그 예상되는 피해를 고려할 때 국민을 대신하여 국가가 그

20) 일본 판례중에는 안과전문의가 없고 산부인과전문의만 배치되어 있는 낙도의 공립진료소에서 그 산부인과 전문의가 녹내장을 진단하지 못하고 고혈압으로 인한 안저출혈로 오진, 치료함으로써 결국 실명에 이르게 한 사안에서 안압측정기등의 진료기구도 없는 상태에서 산부인과 전문의가 녹내장임을 진단한다는 것은 기대하기 어렵다는 이유로 그 의사의 과실을 부정하고 따라서 그 의사의 배상책임과 그 의사를 고용한 지방자치단체의 사용자책임도 부인하며 나아가 주민의 건강관리나 진료는 전적으로 위 진료소에 의존하지 않을 수 없는 상황이므로 그 개설자인 촌은 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 국가배상책임을 주장하는 원고의 주장을 영조물자체의 하자로 인한 손해가 아니라는 이유로 배척한 하급심 판례가 있다. 東京地方裁判所 64. 6. 13. 판결. 그러나 이에 대하여는 반론이 있다. 下山瑛二 '醫療事故と國の責任' 現代損害賠償法講座 4卷 220면.

21) 대법원 1994.4.26.선고 93다59304호 판결에서는 "의사가 진찰, 치료등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어..... 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다"고 판시하고 있다.

안전성확보에 주력하지 않으면 안된다. 이렇게 볼 때 위 제반 법규에 의하여 국가가 가지는 각종 감시, 감독조치는 국가의 권한인 동시에 의약품이나 의료행위의 안전성확보를 위하여 국민 개개인에게 부담하는 의무라고 보아야 할 것이라는 주장이 있다.²²⁾ 경청할 만한 견해라고 본다.

(3) 판례

(가) 우리나라 판례

대법원은 공무원의 직무상 의무위반이 문제되는 사건에 관하여, 규범의 성질에 따라 국가배상책임을 달리 인정하고 있다. 그런데 부작위의 위법성문제와 인과관계의 문제는 엄밀히 말해 구분되는 개념이나 우리 판례는 이를 혼용하여 설명하고 있다.

즉, 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 당해 피해자에 대한 관계에서의 공무원의 직무상 의무위반 여부, 즉 위법행위 여부와 책임귀속에 관한 인과관계를 결정하여야 한다는 입장에서 있다.

이는 대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결에서 정립된 이래 계속 유지되어오고 있는바, 독일민법 제839조가 규정하는 공무상 의무위반 책임에 관한 독일의 판례·학설을 받아들인 것으로 해석되어 있다.²³⁾

위 판례 이후에도 대법원은 같은 입장을 반복하여 취하고 있는데, 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

① 대법원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결

공무원이 법령에서 부과된 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입은 경우에 제3자에게 손해배상청구권이 발생하기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반행위와 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 있지 아니하면 아니 되는 것이고, 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과한 법령

22) 森島昭夫 ‘스モン訴訟判決の總合的檢討(5)’ *ジュリスト* 745號 133면, 川井健 ‘グロロキン判決ト民事責任論’ *ジュリスト* 764號 18면, 福島地方裁判所 白河支部 83. 3. 30. 판결, *判例タイムズ* 493호 216면, 고현철, 전제 논문 231면

23) 손지열, 국가배상에 있어서의 위법성과 인과관계?, *민사판례연구*[XVI], 202면 이하.

기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것인바, 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 가사 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에는 법리상 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.

② 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다36285 판결

이는 호적법 및 그 시행령에 의한 관련 공무원의 호적부와 제적부의 보관에 관한 관리의무위반으로 인한 손해배상 청구사건에 대한 것으로서 그 의무가 단지 행정기관 내부에서의 호적부나 제적부의 보존·관리에만 있는 것이 아니라 호적부나 제적부가 외부로 반출되어 변조 또는 위조되는 것을 사전에 예방함으로써 국민 개개인의 이익을 보호하기 위한 목적도 있음을 인정하여 국가배상책임을 인정하였다.

③ 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다15646 판결

해수욕장을 개설한 지방자치단체의 담당직원은 해수욕장내의 제반시설의 하자로 인한 위험을 예방하거나 제거하기 위하여 시설을 직접 운영하는 탈의실업자 등을 감독하여야 할 의무고 있고, 이러한 감독의무는 그 해수욕장을 이용하는 일반 공중의 안전과 이익을 위하여 인정되는 것이 명백하다고 하여 국가배상책임을 인정하였다.

④ 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다12907 판결

이는 여수 오동도 관리사무소 근무자가 태풍경보시 위 사무소의·95재해대책업무세부추진실천계획·에 위배하여 차량과 사람의 통제를 제대로 하지 아니함으로 인해 발생한 손해에 대하여 지방자치단체의 배상책임을 인정한 사안이다.

⑤ 대법원 1999. 12. 21. 선고 98다29797 판결

삼풍백화점 붕괴사고에 대한 건축허가관청인 서초구청 소속 공무원들의 직무의무 위반으로 인한 서초구의 손해배상책임을 부인한 사안으로,·공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관의 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고, 전적으

로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인 이상, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 공무원이 소속한 국가나 지방자치단체가 배상책임을 지는 것이고, 이 때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적으로 결과 발생의 개연성은 물론 직무상의 의무를 부과하는 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결, 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결²⁴⁾ 등 참조). 구 건축법 제1조는 '이 법은 건축물의 대지, 구조, 설비의 기준 및 그 용도에 관하여 규정함으로써 공공복리의 증진을 도모함을 목적으로 한다.'고 규정하고 있고, 구 건축법의 각 규정은 기본적으로 공공복리의 증진을 위한 기준을 설정하고 일정 범위 내에서 이를 규제하는 것이므로 건축법에 규정된 업무를 담당하는 공무원은 원칙적으로 공공 일반의 이익을 '위한' 직무상의 의무를 수행하는 것이나, 다만 건축법령에 위반된 행위가 건축물의 붕괴 기타 안전사고 등 국민 개인의 안전과 이익을 침해하는 경우가 있을 수 있고, 건축법령에서 정한 각종 제한·규제 또는 기준, 특히 건축허가, 준공검사, 토지의 굴착, 구조내력(構造耐力), 건축재료 등에 관한 것 등은 공공의 이익과 질서 유지라는 측면 이외에 개인의 안전과 이익을 도모하기 위한 측면도 있다고 하겠다.·고 판시하는 한편, '이 사건 붕괴사고의 원인

24) 이 판결은 우암상가 화재사건과 관련하여 소방공무원의 직무상 의무 위반에 의한 국가 배상책임 성립 여부가 문제된 사안에서 그 책임을 부정하였던 것으로 국가배상책임이 인정되는 경우에 대하여, '일반적으로 공무원이 그 권한을 행사함에 있어서는 국민에 대하여 손해를 방지하여야 할 의무 내지 국민의 안전을 배려하여야 할 직무상의 의무를 부담한다고 할 것이고, 공무원이 직무를 수행함에 있어 그 근거되는 법령의 규정에 의하여 구체적으로 공무원에게 부과된 의무 가운데 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 그 직무상 의무가 국민의 이익을 위한 것이라도 개개의 국민을 염두에 둔 것이 아니라 오로지 공공 일반의 전체적인 이익을 조장하기 위한 경우에 불과할 때에는, 공무원이 그 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하였다고 하더라도 이에 관하여 그 공무원이 소속된 국가나 지방자치단체의 손해배상책임이 인정되지 않는 반면에, 이와는 달리 그 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가나 지방자치단체가 배상책임을 지는 것'이라고 하여 종전의 판례에 비하여 좀더 구체적으로 판시하였으나 종전 판례의 입장을 그대로 따른 것이라고 할 것이다.

은 어디까지나 건축주의 무계획적인 건축, 설계자의 부실 설계, 건축구조 기술사의 구조계산의 잘못, 시공자의 부실 시공 및 소유자의 관리·유지 상의 잘못이 경합된 것인데, 건축법령상 이 각 과정에서 피고 구가 실질적으로 관여·감독할 수 있거나 하여야 하는 부분이 거의 없으므로 피고 구 공무원들의 앞서 본 바와 같은 직무의무 위반으로 인하여 이 사건 붕괴사고가 발생할 개연성 자체가 인정되기 어렵고, 위 공무원들이 그 직무집행과 관련하여 뇌물을 받았다는 점에서 비난가능성이 높지만 그 직무의무 위반행위 자체만을 놓고 보면 그 정도가 가볍고 곧바로 위법상태가 해소된 점을 고려하면, 비록 이 사건 붕괴사고의 결과가 수많은 인명·재산피해를 가져온 참혹한 것이라고 하더라도 위 공무원들의 직무의무 위반행위와 이 사건 붕괴사고 사이에 상당인과관계가 있다고 인정할 수는 없다.'고 하여 서초구의 책임을 인정한 원심판결을 파기하였다.

⑥ 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001다45195 판결

일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다.

상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공일

반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국민에게 공급된 수돗물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마심으로써 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 또는 지방자치단체가 국민에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 또한, 상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용하여야 한다는 환경정책기본법령상의 의무 역시 위에서 본 수질기준 유지의무와 같은 성질의 것이므로, 지방자치단체가 상수원수의 수질기준에 미달하는 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다.

그 외에 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다55949 판결은 법령에 의한 공무원의 직무상 의무가 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인지 여부에 대한 판단 기준에 대하여 관련 법령 전체의 기본적인 취지·목적과 그 의무를 부과하고 있는 개별 규정의 구체적 목적·내용 및 그 직무의 성질 등 제반 사정을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 하는 것으로 판시하고 있는데, 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결도 위 판결들과 같은 법리를 취하고 있다.

(나) 일본 판례

일본 최고재판소는 시장이 토지구획정리사업의 시행자로서 개인에 대하여 그 택지에 관하여 환지예정지를 지정하면서 사용개시일을 정하지 않고 종전의 토지의 사용을 금지하였는바, 위 환지예정지상에는 제3자 소유의 건물이 있고 이것이 이전되지 않았기 때문에 그 개인이 종전의 토지와 환지를 모두 사용할 수 없게 된 사안에 대하여 시장에게는 위 환지예정지상의 건물을 이전 또는 제거하여 그 개인으로 하여금 위 토지를 사용할 수 있도록 할 의무가 있고 시장은 과실로 위 의무를 게을리한 위법한 부작위 때문에 위 개인에게 손해를 입혔다고 하면서 그 배상책임을

인정한 예가 있다.²⁵⁾

위 판결 이후 하급심에서도 작위의무를 위법성의 문제로 삼으면서 작위의무발생의 요건으로 국민의 생명, 신체, 건강에 대하여 구체적 위험이 절박한 것(위험의 절박), 행정청이 구체적 위험의 절박성을 알았거나 쉽게 예상할 수 있는 정황에 있었을 것(예견가능성), 행정청이 권한을 행사하면 쉽게 결과의 발생을 회피할 수 있었을 것(회피가능성), 행정청이 권한을 행사하지 않으면 결과발생을 회피하는 것이 불가능할 것(보충성), 피해자가 권한행사를 요청하고 기대하고 있는 경우 또는 그것이 용인되는 경우일 것(국민의 기대)²⁶⁾ 등으로 정리하는 판례들이 등장하게 되었다.

다만 위와 같은 이론구성과는 달리 구체적 사실관계하에서 권한 행사가 직무상의 의무로 된다고 한 판례²⁷⁾도 보인다.

(다) 독일 판례

독일에서는 독일 중부의 검은 숲 지대에 그 사업장을 가지고 있고, 임업 생산물이 주 수익원인 임·농업자가 원고가 되어 국가와 바덴-뷔템부르크 주를 상대로 산업시설, 가정용 난방시설, 교통기관 등에 의해 축적된 오염물질에 의한 숲의 사멸 즉, '새로운 형태의 숲의 죽음'(das neuartige Waldsterben)으로 인한 임생산물의 감소를 이유로 한 손해상청구소송에서 원고가 피고들이 이러한 오염물질의 방출을 고권적으로(hoheitlich) 허용하였기 때문에 직무상 책임(Amtshaftung)과 수용배상적 또는 수용적 침해의 원칙에 따라 원고가 입은 손해를 배상하여야 한다고 주장함에 대하여, BGH는 원고의 주장을 모두 배척하면서, 특히 직무상 책임에 관한 주장에 대하여는, 법령 제정자로서의 잘못(불충분한 규정의 제정, 그러한 규정의 개선 해태, 엄격한 방출 규정 또는 유효한 책임규정의 부제정 등)이 문제되는 범위에서는 공적 기관(die öffentliche Hand)이 원고에 대하여 제3자 관련 직무상의무를 위반한 바 없다는 이유를 들어 배척하였다. 또한, 법령제정자의 직무상 의무위반 행위는 경우에 따라 부작위로 파악될 수 있을 것이나, 그 경우도 공적 기관의 보호의무위반은

25) 日最判 1971. 11. 30. 民集 25卷 8號, 1389면

26) 선재성 전제논문 131면

27) 日最判 1982. 1. 19. 民集 36卷 1號, 19면

인정되지 않는다고 판시하였다.²⁸⁾

라. 부작위의 위법성 판단에 있어서의 구체적인 기준²⁹⁾

이와 같이 공무원의 부작위가 있다 하더라도 그것이 위법한 것이 되기 위해서는 작위의무가 전제로 되어야 한다. 따라서 형식적 법령에 근거가 없어도 조리에 의하여 공무원에 대하여 작위의무를 인정할 수 있는 경우가 있지만 그렇다 하더라도 작위의무가 성립하기 위하여는 일정한 요건이 갖추어져야 할 것이다.

종래부터 재량권수축론하에서 이 요건이 검토되어 왔는데, 재량권수축론의 입장에서도 재량권수축의 요건을 어떻게 파악할 것인가에 관하여는 견해가 일치하고 있지 않으며 최근에는 이 요건을 완화하려는 경향이 있지만 여기에도 일정한 한계가 있다고 할 것이다.

학설, 판례가 들고 있는 요건으로는 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 구체적 위험의 절박성

작위의무가 성립하기 위해서는 국민의 생명, 신체, 건강에 대한 구체적 위험의 절박성을 요건으로 한다. 경우에 따라서는 재산, 권리, 명예 등의 침해도 포함된다.

구체적 위험의 절박성에 관한 요건은 위험성의 정도와 절박성의 정도의 문제로 나누어 생각할 수 있다.

먼저 위험성의 정도에 관해서는 일반적으로 추상적 위험으로는 불충분하고 구체적 위험이어야 한다는데 학설·판례가 일치하고 있다. 추상적인 위험의 정도로는 행정의 부작위를 위법이라고 평가하기에는 불충분하기 때문이다.

다음으로 절박성의 정도에 관해서는 최근 이 요건을 완화하려고 하는 견해가 유력하다. 즉 국민의 생명·건강에 대한 위험은 반드시 절박하지 않더라도 그의 개연성이 있으면 충분하다고 한다.

생명·신체·건강의 안전성 확보라는 요청에서 본다면 이 요건을 완화

28) Staudinger BGB Kommentar III §§903-924(1996), S. 145., 이경춘, 상수원수가 법령이 정하는 수질기준에 미달한 경우 국가배상책임유무, 대법원판례해설(통권38호) 108면에서 재인용

29) 이하 설명은 김춘환, 국가배상법상 공무원의 부작위책임, 무등춘추 제4호 1996, 30~33면, 阿部泰隆 行政の危険防止策任(下) 判例批評 第233號 13면 참조

하는 방향으로 나아가는 것이 바람직할 것이나, 다만 위험의 절박성을 개연성으로 바꾸어 놓을 경우 추상적 위험성에 근접하기 때문에 지나친 완화는 문제가 있게 된다.

또한 구체적 위험의 절박성을 논함에 있어서는, 침해되는 국민의 법익, 혹은 손해의 내용에 따라 그 정도가 달라진다고 볼 수밖에 없다고 생각된다. 즉, 국민의 생명, 신체, 재산권 등의 절대권이 침해되는 경우에는 절박성의 정도를 완화할 수 있으나, 절대권인 법익의 침해는 인정하기 어려우면서 단지 손해가 발생하는 경우 - 예컨대 분노, 허탈감, 의구심 혹은 정신적 쾰慌 등으로 마음의 평화가 깨어지는 것과 같은 경우 -에는 상당한 정도의 절박성을 요구함이 타당하고, 이때에는 공무원의 작위의무도 그만큼 좁게 인정된다고 할 수 있다.

(2) 예견가능성

작위의무가 성립하기 위해서는 전술한 구체적 위험의 절박성을 행정청이 알았거나 쉽게 예상할 수 있는 정황에 있어야 한다.

최근에는 이 점에 관해서도 완화하려는 주장이 제기되고 있다. 이에 따르면 구체적 위험을 행정청측에서 용이하게 알 수 있는 경우뿐만 아니라 행정기관이 권한을 행사하여 조사하게 되면 그 위험을 알 수 있는 경우까지도 포함되어야 한다고 한다.

(3) 결과회피의 가능성

공무원이 권한을 행사하면 용이하게 결과발생을 방지할 수 있어야 한다. 왜냐하면 공무원에게 결과회피의 가능성이 없으면 그의 부작위를 비난할 수 없기 때문이다. 이 요건에 관해서는 학설·판례가 일치하고 있다. 다만, 결과회피의 가능성의 요건을 권한행사의 가능성과 협의의 결과회피의 가능성으로 구분하는 견해가 있으나, 권한행사의 가능성은 결과회피의 가능성의 당연한 전제이기 때문에 결과회피의 가능성을 논하는 것만으로 충분하다고 하겠다.

다만 여기서도 어느 정도 요건의 완화는 필요하다. 즉, 현대국가에 있어서 행정기능의 확대와 국민의 행정의존도의 증대에 비추어 보면 '용이하게' 라고 하는 것은 그다지 강조될 필요는 없어 보인다. 회피가능성의 유무는 행정청의 사정이 아닌 사회통념에 따라 판단되어야 한다. 따라서

법률·조례 등에서 규제권한이 명시적으로 수권될 필요도 없고, 또한 인원·예산부족도 반드시 회피가능성에 직결되는 것은 아니므로 구체적 위협의 예견가능성이 있는데도 인원·예산이 투입되지 않았다면 당연히 그 자체가 비난되어야 할 것이다.

(4) 보충성

행정청이 권한을 행사하지 않으면 결과발생을 회피하는 것이 불가능한 경우에 작위의무가 성립한다. 행정청이라고 하여 무한 책임을 지는 것은 아니기 때문이다.

다만 행정기능이 확대되고 국민의 행정의존도가 점차 증대되고 있는 현대국가에 있어서는 이 요건도 어느 정도 완화될 필요성이 있다.

(5) 규제권한발동의 기대가능성

국민이 권한행사를 요청하고 기대하고 있는 경우 또는 그것이 용인되는 경우에 작위의무가 성립할 수 있다.

즉, 피해자의 노력만으로 위험회피가 곤란하기 때문에 공무원에 의한 규제권한 발동이 기대된다는 사정이 있어야 한다. 이 요건을 고려하는 입장에 있어서도 엄격히 수용하려는 입장과 완화하려는 입장이 대립하고 있다. 그러나 국민에게는 위험성에 관하여 일반적으로 판단능력이 없다는 것을 고려하면 이 요건을 지나치게 엄격하게 해석해서는 안 될 것이다.

그러나 이 요건을 충족함에 있어서도 국민이 현실로 규제권한의 발동을 기대하고 있을 것까지를 요구하는 것은 무리이고 국민이 구체적 위협의 절박성(개연성)을 알 수 있다면 규제권한의 발동을 기대하리라는 사정이 인정되면 충분하다. 다만 구체적 위협의 절박성을 국민이 알 수 있다면 규제권한의 발동을 기대하는 것은 당연하기 때문에 결국 이 요건은 그다지 중요성을 가질 수 없게 된다.

또한 피해자의 노력으로 위험을 회피할 수 있는 경우에는 공무원이 스스로 그 위험을 창출한 것이 아닌 한 공무원에게 규제권한의 발동을 기대할 수는 없다. 피해자의 노력으로 위험을 회피할 수 있는가를 판단함에 있어서는 피해자가 판단자료와 방법을 가지고 있지 않음에 유의하여야 한다. 따라서 이 요건도 다소 완만하게 해석될 필요가 있다.

또한 요건이 충족되고 국가의 배상책임이 긍정되는 경우에도 과실상계

를 고려할 수 있는데 피해자측의 노력만으로도 위험회피가 가능한지 여부를 따져 과실상계가 이루어져야 할 것이다.

(6) 요건완화의 한계

위에서 검토한 바와 같이 학설·판례는 재량권수축의 요건에 대해 다소 이를 완화하는 방향으로 나아가고 있다. 그러나 재량권수축론은 작위의무를 도출하기 위한 법이론이고 작위의무는 위법성의 문제이므로 요건을 지나치게 완화하면 손해배상책임으로서의 성질을 희박하게 할 우려가 있다. 또한 이러한 경향은 행정청에게 위험방지를 위한 만전의 대책을 수립하도록 강요하는 것이 되므로 그 결과 역으로 법률상·사실상의 규제권한 행사를 강화하여 국민의 자유를 광범위하게 제약하는 사태를 초래할 우려도 없지 않다. 따라서 공무원의 부작위에 대한 비난가능성을 소멸시킬 우려가 있다.

마. 부작위에 있어서의 과실

전통적으로 국가배상책임의 성립에 있어서는 행위의 위법성과 함께 행위자인 공무원의 고의·과실을 요건으로 하고 있었다. 그러나 최근에 이르러 이와 같은 과실책임주의가 점차 그 본래의 기능을 잃어 책임요건으로서 과실을 요건으로 하지 않는 국가까지 나타나게 되었으며³⁰⁾ 과실책임주의를 취하는 국가에서도 이를 완화하여 무과실책임에로의 접근화현상을 보이고 있고 우리나라에서도 국가배상법의 해석·운용을 통하여 무과실책임주의에 가까운 결과를 얻어내려는 학설상의 시도가 이루어지고 있다.³¹⁾

한편 이와 함께 불법행위론에 있어서의 과실일원론이나 위법일원론의 영향으로 국가배상법이론에 있어서도 위법성과 과실을 융화하려는 경향이 있으나,³²⁾ 판례는 아직도 국가배상책임의 요건으로 과실을 따로 판단

30) 이른바 위법성책임을 실현하고 있는 나라로서는 스위스, 그리이스등을 들 수 있는데 스위스 연방책임법 제3조 제1항은 '공무원이 그 직무의 행사에 있어서 제 3자에게 위법하게 가한 손해에 대하여는 연방이 공무원의 과실을 가리지 않고 책임을 진다'고 규정하고 있다.

31) 그 상세에 관하여는 선재성, 전계논문 136면 이하 참조

32) 첫째, 위법성과 과실을 불가분적으로 이해하여 어느 한쪽이 입증되면 다른 쪽은 당연히 도출된다는 견해, 둘째, 위법한 행위의 결과발생으로부터 공무원에게 추상화, 객관화된 직무의무의 위반이 있다는 점을 추정하여야 한다는 견해, 셋째, 명시적인 법령위반등의 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 견해, 넷째, 부작위에 있어서는 결과회피 조치의무는 위법성의 문제에서 판단되고 예견가능성만이 과실의 문제로 남으며 여기서 예견가능성은 추상적 위험의 예견가능성이면 족하다는 견해 등이 있다. 그 상세에

하면서 그 내용을 당해공무원 개인의 주관적 과실이 아니라 평균적 공무원의 기준으로 한 주의의무를 게을리 한 것이라고 판시하고 있다.³³⁾ 이는 부작위에 있어서도 마찬가지로 하겠다.

다만 프랑스에서는 수혈센터에서 공급한 에이즈바이러스에 감염된 혈액제제를 사용함으로써 에이즈에 걸린 혈우병환자가 수혈센터가 아닌 국가를 상대로 감독권한 불행사를 이유로 한 손해배상청구소송에서 행정항소법원은 1992. 6. 16. 수혈의 役務가 국가의 公役務라고 할 수는 없으나 국가는 1985. 3. 12. 수혈에 의한 에이즈감염의 위험을 명백히 알게 되었음에도 불구하고 감염가능성이 있는 비가열혈액제제의 교부를 즉시 금지하는 조치를 취하지 아니하였음은 중과실이 인정된다고 판시하여 국가의 책임을 인정한 예가 있다.³⁴⁾

바. 인과관계의 문제

한편 공무원의 부작위로 인한 손해발생은 어느 범위까지 그 인과관계를 인정할 것인지는 작위의 경우에 비하여 불분명한 경우가 많다.

왜냐하면 종래의 통설, 판례인 상당인과관계설에 의하면 일정한 종류의 원인이 존재하면 일정한 종류의 결과가 발생하는 것이 보통이라는 경우에 양자 사이에 인과관계를 인정하게 되는데, 여기서 객관적 개연성이라는 척도를 제시할 뿐 구체적 판단기준을 제시하지는 못하고 있기 때문이다.

그리하여 위 이론을 수정하는 이론이 대두되는데, 우선, 인과관계의 개념을 법적인 인과관계의 관계로 이해할 필요는 없고 중요한 것은 손해배상의 기초를 이루는 규범의 보호목적과 보호범위이므로 책임의 한계는 구체적 규범의 의미와 사정거리에서 찾아야 한다는 규범목적설과 후속의 손해가 1차적 손해로부터 특별히 설정된 위험의 결과인 때에는 책임관계를 인정하나 1차적 손해에 수반되는 일반생활위험 또는 자기위험이 실현된 결과인 때에는 배상책임을 부정하는 위험범위설³⁵⁾ 등이 그것이다.

관하여는 선재성, 전계논문 137면 이하 참조

33) 대판 1987.9.22. 선고 87다카1164판결

34) 한건우 '수혈로 인한 후천성면역결핍증(AIDS)감염에 대한 법적 문제에 관한 연구 - 국가배상책임을 중심으로-성곡논총 26집 1권 1497면이하 참조. 위 판결에서는 1985.3.12.을 중과실유무 판단의 기준점으로 인정한 이유는 그 날 프랑스 행정기관의 내부문서에서 파리의 供血者에게서 준비된 모든 혈액제제가 HIV에 감염되어 있을지도 모른다는 사실을 인정하기 때문이다.

이에 관하여 대법원은 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서도 앞서 본 바와 같이 규범의 성질에 따라 이를 달리하고 있을 뿐만 아니라 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동 규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하고 있는데, 이러한 대법원 태도의 근거에는 인과관계론을 손해배상제도가 지향하는 공평과 정의의 이념을 실현하기 위한 도구로 보는 시각이 깔려 있다 할 것이고 따라서 부작위의 경우에도 이러한 관점에서 인과관계유무를 판단하여야 할 것이다.

3. 국가의 책임과 다른 책임자의 책임과의 관계

국가의 감독권한의 불행사로 인하여 국민에게 손해가 발생한 경우 일정한 경우에는 국가가 직접적인 가해자는 아니지만 그 손해를 배상할 책임이 있음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 국가의 배상책임과 직접적인 가해자의 손해배상책임과의 관계는 여하한가. 이에 대하여는 공동불법행위가 성립한다는 견해와 서로 전혀 별개의 책임으로서 부진정연대의 관계에 있을 뿐이라는 견해가 나뉘며 후자는 다시 그 배상의 범위와 관련하여 국가의 배상범위가 전손해에 미친다는 견해와 직접 가해자의 책임중 일부에 한하여 책임을 진다는 견해로 나뉜다. 생각건대 공동불법행위의 성립에 있어 객관적인 행위 관련성만 있으면 족하다는 통설과 판례의 입장에 따른다면 국가의 과실과 직접적인 책임자의 과실이 함께 손해에 대한 공동원인이 되는 것이므로 외부적으로는 공동불법행위책임을 지게되고 이들 책임상호간은 전손해에 대하여 부진정연대관계에 있다고 함이 타당하다고 본다. 그러나 내부적인 책임부담에 관하여는 국가책임이 2차적, 후견적이라고 하여 내부적 책임을 부정하는 견해³⁵⁾와 국가도 손해의 발생, 확대에 관여하는 한 관여정도에 따라 내부적 부담을 하여야 한다는 견해³⁶⁾가 나뉘나 부정설이 지배적이다.

35) 김형배, 채권총론 288면 이하

36) 고현철, 전제논문 238면

37) 김춘환, '프랑스에 있어서 에이즈에 관한 국가배상소송', 현대공법과 개인의 권익보호 - 균제 양승두교수 화갑기념논문집 I 92면

Ⅲ. 결 어

결국 모든 혈액에 대한 검사를 실시하도록 조치를 취하지 아니하였음을 이유로 국가에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있는지 여부에 관하여는 앞서 본 바와 같이 구체적 사실관계에 입각하여 피침해법익의 종류, 성질, 침해행위의 태양, 근거법규 및 권한근거규정의 취지, 목적, 요건, 손해방지의 용이성, 피규제자나 국민 자신의 손해방지 가능성, 국민의 행정청에 대한 기대여하 등등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이나, 행정기능이 확대되고 국민의 행정의존도가 점차 증대되고 있는 현대국가에 있어서는 이를 전진적으로 해석하여야 할 필요가 있다 할 것이고, 다만 국가의 재정상태, 의학의 수준에 따른 전염병 등의 검사기법의 발달정도³⁸⁾ 등도 아울러 감안하여야 할 것이다.

38) (가) 세계 의학의 수준

- 1) 1981. 6. - 세계 최초로 에이즈바이러스가 발견됨
- 2) 1985. - 에이즈가 새로운 바이러스에 의한 질병이라는 점과 그 감염경로(특히 수혈에 의한 감염가능성)가 의학계에 일반적으로 알려졌고, 그 후 에이즈는 급속도로 전 세계에 전파됨
- 3) 1985. 3. -. 에이즈감염 여부를 판별하는 항체검사방법이 개발되고 그 진단시약이 FDA의 공인을 얻어 판매되기 시작함
- 4) 1985. 5. - 미국에서 세계 최초로 현혈혈액에 대한 전면적인 에이즈 검사가 실시됨
- 5) 1986. 10. - 이 사건 채혈 시점인 1986. 10. 경에는 23개국에서 현혈혈액에 대한 에이즈검사가 실시되고 있었음

(나) 우리나라의 에이즈 방지 대책

- 1) 1985. 4. - 에이즈예방대책수립을 위한 보건관계자들의 협의회(피고 대한민국 산하 보건사회부의 관계 공무원들과 피고 대한적십자사, 국립보건원, 대한의학협회, 대한병원협회, 제약회사의 관계자들, 의과대학, 종합병원의 교수 및 의사들 참석)에서 진단시약의 수입, 피고 대한적십자사등에게 감염우려자로부터의 혈액채취를 금지시키기로 하고 그 이후 1985. 12. 23.까지 수 차례의 회의를 통하여 에이즈예방대책을 협의함
- 2) 1985. 6. - 진단시약 수입하여 주한미군주둔지역에서 표본추출혈액을 검사
- 3) 1985. 11. - 미군주둔지역의 윤락행위자 등 4,400명을 대상으로 에이즈 검사 실시
- 4) 1986. 1. - 에이즈검사를 전국적으로 확대하여 에이즈위험집단에 대한 검사 실시
- 5) 1987. 7. - 현혈혈액 전부에 대한 에이즈검사 실시
- 6) 1987. 11. 28. - 후천성면역결핍증예방법 공포(60일 후부터 시행)

■ 지정토론문 — 안 범 영*

대한의료법학회 2003년 추계학술발표대회
“혈액과 법” 토론사항

저는 박동진 교수님이 발표한 “혈액관련 사고에 대한 민사책임”에 관하여 몇 가지 사항만을 말씀드리겠습니다.

박교수님이 발표에서 논점 사안으로 다루고 있는 1995년 대법원 94다 47803 판결은 수혈과 관련한 대표적인 사례들 중의 하나로서, 민사의 불법행위책임에 있어 주요 판결례라고 할 수 있습니다. 저도 당시에 이 판결을 계기로 혈액과 수혈에 관한 민사책임에 관해 연구를 하고자 대한적십자 혈액원에 찾은 적이 있는데, 이 때에 오늘 토론에 함께 자리를 하시는 황유성 박사님을 만나게 된 인연이 있어 오늘 토론 자리는 새삼 의미가 있는 듯 합니다. 그 후 혈액에 관한 의학적 전문지식이 일천한 저로서는 한 동안 관계된 의학서적 등을 찾아보다가 여러 가지 한계를 느껴 연구를 중단한 아쉬움이 있었습니다. 그 후에 수혈과 관련된 의료사고가 수그러들 듯하다가 최근 다시 부각되어 그에 관한 법적 관심이 고조되고 있습니다.

박교수님의 발표는 불법행위책임의 성립요건으로서 주의의무위반의 위법 및 책임성 판단에 관한 학리적 논점을 심도 있게 정리하고 있으며, 또한 제조물책임법에 의한 손해배상책임에 관하여도 언급하고 있습니다. 우선 불법행위책임의 성립에 관하여는 기존의 판례와 학리적 논의에 비추어 별다른 문제점은 없다고 여겨집니다. 다만, 대한적십자의 채혈과 관리업무 수행에 있어서 요구되는 주의의무는, 혈액의료의 전문성과 법익침해의 심각성에 비추어, 상당히 객관화되고 고도화될 수밖에 없을 것으로 판단됩니다. 그리고 위법성 판단으로서 주의의무위반과 책임성 판단으로서 과실행위의 비난가능성은 분리되어야 한다는 점에서는 견해를 같이하는바, 혈액의료분야에서 요구되는 법적 책임에서 주관적인 책임성의 판단은 상당 부분 약화될 것으로

* 고려대 법대 교수

로 보입니다. 특히 혈액원의 각종 업무지침규정들의 준수 여부는 민사 불법 행위책임에서 소극적인 역할을 하는데 그치게 될 것입니다.

다음으로 무과실책임의 원칙을 기초로 하는 제조물책임의 성립에 관하여 적극적인 관점을 제시하고자 합니다. 특히 수혈용 혈액이 제조물인가라는 문제에 관하여 의문이 제기될 수 있는데, 민사법의 교조적 법리에 비추어 생체의 장기 등은 분리되지 않는 한 법적 거래의 대상이 될 수 없어 물건이 아니지만, 분리된 장기와 체액 및 혈액 등은 물건으로서 동산이라고 할 수 있을 것입니다. 따라서 인체로부터 분리 채취된 장기 및 혈액 등이 가공되어 의료에 투입되는 경우에는 제조물책임법이 적용될 수 있다고 판단됩니다. 그리고 이러한 가공에 해당하는 의학적 조치를 취하는 대한적십자 등의 혈액원은 제조자로서 제조물책임의 주체가 될 것입니다. 그렇지만 헌혈자를 제조자로 파악하는 것은 타당하지 않을 것입니다. 이는 사람의 자기 신체에 대한 권리는 인격권의 발현으로서 이를 경제적인 제조의 관점으로 파악하는 것은 헌법이 보장하는 인간의 존엄성에 반하는 것이기 때문입니다.

인체에서 채취된 혈액이 통상 적혈구제제, 혈소판제제, 알부민 제제, 혈액 응고인자제제 등으로 가공하여 사용되는 경우에는 제조물책임법 제2조 제1호의 제조물에 해당된다고 할 것입니다. 따라서 위 대법원 판결 사건에서와 같이 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus: HIV)에 감염된 혈액 등에 의해 야기되는 사고는 제조물책임법 제3조에 해당하여 결함 있는 제조물에 의한 생명·신체 등에 손해가 발생한 것으로 다루어질 수 있을 것입니다. 또한 혈액을 그 구성 요소로 분리하지 않은 전혈을 수혈하는 경우에도, 채혈로부터 수혈에 이르는 과정에서 그 보관 운반 등에 필요한 의학적 가공 조치가 수반되는 한, 제조물이 된다고 할 수 있을 것입니다. 그 밖에 각종 혈액제제도 가공에 의해 제조물이 되는 것으로 판단됩니다. 유럽 공동체 EU제조물지침이나 독일의 제조물책임법에서는, 혈액제제에 의한 HIV의 감염 사건을 계기로 분리·채취되어 가공된 혈액은 제조물로 취급하고 있으며, 특히 프랑스에서는 이를 명문으로 긍정하고 있습니다(프랑스 민법 제1368조의12 제1항 참조). 이와 달리 미국의 Restatement of The Law, Third, Torts: Products Liability 제19조 c에서는 인간의 혈액과 조직은 상업적으

로 공급된 것이라 하더라도 Restatement의 원칙이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다고 합니다.

이에 관해서는 저의 줄고, 독일 의약품법과 제조물책임법 - 결함 있는 의약품에 대한 제조물책임법의 적용을 위한 소고 - 의료법학(대한의료법학회), 제3권 제2호(2002. 12.), 135-187면과 의료와 제조물책임, 고려법학(고려대학교 법학연구원) 제40호(2003), 173-211면을 참조하시기 바랍니다.

나아가 수혈 등 의료를 위한 혈액의 채취 관리 등, 그리고 수혈과정에서 요구되는 의무를 위반한 경우에는 제조물책임법이 적용되는 이외에 동법 제8조에 의해 일반 민사의 불법행위책임이 성립될 것입니다. 특히 위 대법원 판결 사건에서 채혈된 혈액의 HIV 감염 여부가 그 항체 형성의 잠복기간 중이어서 검사할 수 없다든가 해당 시약의 조달을 기대할 수 없는 등의 사유로 제조물책임법 제4조의 제1항 제2, 3호의 면책사유, 즉 혈액원이 당시의 과학기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다든가 또는 당시의 법령이 정하는 기준을 준수하였다고 할지라도, 수혈용 혈액이 의료계에 배포된 이후에 그 감염 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 그로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 경고 및 회수 내지 폐기 등의 적절한 조치를 취하지 않은 경우에는 동조 제2항에 의해 그 면책을 주장할 수 없게 될 것이며, 나아가 민법 제750조의 일반 불법행위책임의 성립도 인정될 것입니다.

■ 지정토론문 — 양 승 옥*

1. 혈액관리부실에 대한 국가의 조사의무

부적격혈액이 유통되어 수술환자에게 수혈되거나 환자에게 의약품으로 투여되는 일들이 빈발하고 있습니다. 검사상 위양성률을 감안하더라도 부적격혈액 중에는 인간면역결핍바이러스, 간염 바이러스, 매독 균에 오염된 혈액이 있을 것으로 보이고, 부적격혈액을 수혈 및 투여받은 환자가 감염되는 일이 발생하였는데 아직 밝혀지지 않은 경우가 있을 수 있다고 보여집니다.

현재 혈액원이 전산자료와 병원기록을 이용하면 부적격혈액을 수혈 및 투여받은 환자들을 확인할 수 있을 것인데, 시급히 이들에 대한 역학조사가 이루어져야 한다고 생각합니다. 그래서 구체적인 피해를 밝혀내는 것이 가장 시급한 일이라 할 것입니다.

왜냐하면 국가의 역학조사를 거치지 않고서 에이즈, 매독, 간염 등 감염자가 수혈로 인한 감염인지 여부를 아는 것은 사실상 불가능한데, 자신의 감염경로를 알지 못한다면 사법상 구제를 받는 것이 어려울 것이고 국가의 부작위로 인해 감염자들의 재판청구권이 침해당한다고 할 수 있기 때문입니다.

따라서 부적격혈액의 유통이 사실로 밝혀진다면 국가가 지체 없이 역학조사에 착수하여야 할 것입니다. 향후에도 이와 유사한 부적격혈액이 유통되었을 때에는 국가가 책임지고 역학조사를 실시하여야 한다고 생각합니다. 혈액관리법에도 부적격혈액 유통사실이 밝혀진 경우에 국가의 역학조사의무를 규정하여야 할 것입니다.

2. 감염사실 통보관련

혈액관리법 시행규칙 제8조 제1항은 “혈액원은 법 제8조 제1항의 규정에 의하여 헌혈자로부터 혈액을 채혈할 때에는 지체 없이 그 혈액에 대한 검사를 실시하여야 한다”, 같은 조 제3항에서는 “혈액원은 제1항의 규정에 의

* 치과의사

한 검사결과(후천성면역결핍증 검사를 제외한다)를 헌혈자에게 통보하여야 한다”라고 하고 있는데, 후천성면역결핍증 검사만을 제외하고 있습니다.

이 예외규정은 종래 인간면역결핍바이러스 감염이 의심되는 고위험 헌혈자가 자신의 감염여부를 확인하기 위하여 헌혈하는 것을 막기 위하여 도입된 것입니다. 특히 이 예외규정은 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854에서 수혈로 인한 에이즈에 감염된 사람이 혈액원이 무료로 에이즈를 검사해 줄테니 헌혈하라고 권장하여 에이즈 환자를 배제하기는커녕 오히려 헌혈로 끌어들이었다는 혈액원의 과실이 인정된 이후에 개정되었던 것입니다.

그러나 이런 규정이 자신의 감염여부와 관련 없이 헌혈한 단순 헌혈자의 경우라면 알권리 침해의 문제가 발생할 수 있는 바, 기본권침해와 관련한 문제임에도 불구하고 법률이 아닌 혈액관리법 시행규칙에 규율하는 것은 기본권제한의 법률유보원칙에 반한다고 하지 않을 수 없습니다.