

## 중국 개정국가배상법의 주요내용과 평가

### I. 서론

국가배상제도라 함은 국가 또는 공공단체가 공무원의 고의 또는 과실 혹은 영조물의 설치 관리상의 하자로 국민에게 손해를 끼친 경우 이를 배상하는 제도를 말한다.

1919년 독일의 바이마르 헌법이 최초로 국가 배상책임과 관련된 내용을 헌법에 명문으로 규정한 이후, 현재 세계 각국의 헌법은 공무원의 직무상 불법행위로 인해 발생한 손해에 대하여 국가 또는 공공단체에 배상청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 국가배상제도는 해당 국

가의 기본권 보장과 법치주의 수준을 가늠할 수 있는 하나의 중요한 척도가 되고 있기도 하다.

중국은 사회주의국가라는 특성상 1949년 新중국 수립 이후 개혁개방이 본격적으로 시작된 1980년대까지 현대적 의미에서의 국가배상체계를 갖추지 못하고 있었다.<sup>1)</sup>

그러나 1994년 5월 12일 제8기 전국인민대의원대회 상무위원회(이하 ‘전인대 상무위원회’로 한다) 제7차 회의에서 ‘중화인민공화국 국가배상법(中華人民共和國國家賠償法)’을 통과시키고 다음 해 1월 1일부터 시행함으로써 비로소 현대적 의미의 국가배상체계를 갖추게 되었다.



1) 국가배상제도와 관련한 중국의 입법적 변천과정을 살펴보면 다음과 같다. 우선 1954년 헌법 반포 전에는 중국 공산당 중앙위원회에서 발표한《과거 각급 인민법원에서 발생한 잘못된 체포, 구류, 판결, 사형 사건 문제 처리에 관한 지시(關於處理各級人民法院在過去時期所發生的錯捕‘錯押’錯判‘錯殺問題的指示)》를 통해 잘못된 사법집행으로 인한 피해자 및 가족에 대하여 사죄, 석방, 재심, 명예회복 등의 조치와 구휼 또는 구제 등의 물질적 보상조치를 시행하도록 규정하였다. 이후 1954년 헌법 제97조에서는 ‘국가기관의 공무원이 국민의 권리를 침해함으로써 손해를 입은 자는 배상을 받을 권리가 있다’라고 규정하였고, 이를 바탕으로 국무원은 오심으로 인한 피해자 및 그 가족들에 대한 보상 조치를 발표, 시행하였다(國務院[56] 國一內羅字第129號批復). 그러나 문화대혁명 기간 동안 중국의 사법시스템은 완전히 붕괴되었고 그와 동시에 이러한 국가배상에 대한 원칙적 규정들조차 무용지물이 되어 버리게 되었다. 이러한 국가배상청구권에 대한 규정은 개혁개방이 본격적으로 실시된 이후야 비로소 부활하게 되었는데, 1982년 헌법 제41조 제3항, 1986년 민법통칙 제121조, 1989년 행정소송법 제67조 제1항 등에서 국가배상청구권을 규정하고 있었다.

이러한 국가배상법의 제정 및 시행으로 인하여 중국 국민들의 기본권 보장은 상당 부분 개선된 것으로 평가되고 있다. 중국 사법부의 통계에 따르면 국가배상법이 시행되기 시작한 1995년 1월부터 2010년 3월까지 전국 법원에 접수된 국가배상 관련 사건은 총 93,342건<sup>2)</sup>으로, 그 중 19.4%에 해당하는 18,112건이 배상확정판결을 받은 것으로 조사되었다.<sup>3)</sup>

그러나 국가배상법 시행 이후 중국 경제의 고속성장, 국민들의 권리의식 강화, 사회 각 분야의 급속한 변화들이 수반되면서 국가배상법은 여러 가지 문제점들을 드러내게 되었고, 이에 따라 국가배상법 개정에 대한 논의도 점차 본격화되기 시작하였다.

이에 전인대 상무위원회에서는 2005년부터 국가배상법의 개정작업에 착수, 이후 4차례의 심의과정을 거쳐 2010년 4월 29일 제11기 전인대 상무위원회 제14차 회의에서 ‘중화인민공화국 국가배상법 개정안’을 통과시키게 되었다.<sup>4)</sup> 동법은 금년 12월 1일부터 본격적인 시행에 들

어가게 된다.

이하에서는 개정된 국가배상법의 주요내용을 살펴보고, 이에 대한 전반적인 평가와 우리나라에 대한 시사점을 찾아보고자 한다.

## II. 개정의 배경

1995년부터 시행된 국가배상법(이하 ‘舊국가배상법’이라 한다)이 중국 국민의 기본권 보장에 일정한 기여를 하였음에도 불구하고 여러 가지 문제점들로 인하여 개정논의가 불거졌던 것은 이미 살펴본 바와 같다.

이러한 구국가배상법의 주요한 문제점은 4가지로 파악되는데, ‘국가배상 신청의 문턱은 높은 반면 배상액은 적고, 법관의 재량권은 넓은 반면 배상책임의 성립범위는 좁다’<sup>5)</sup>는 것으로 요약될 수 있다.

따라서 국가배상법의 주요 개정내용 역시 그동안 문제점으로 지적되어 왔던 것들에 초점이



2) 그 중 행정배상청구(행정기관 및 해당 공무원의 행정권 발동과 관련한 국가배상청구)는 전체의 68.3%인 63,761건, 형사배상청구(수사기관, 형사소추기관 또는 법원 및 해당 공무원의 직무행위와 관련한 국가배상청구) 및 비형사배상청구(민사소송 및 행정소송에 있어서 인민법원의 재판활동과 관련한 국가배상청구)는 전체의 31.7%인 29,581건을 차지한 것으로 나타났다(江必新·胡任浩·蔡小雪, 國家賠償法, 中國法制出版社, 2010年, 3頁에서 재인용).

3) 江必新, 胡任浩, 蔡小雪, 위의 책, 3頁.

4) 정식명칭은 ‘전국인민대표대회 상무위원회 <중화인민공화국 국가배상법> 수정에 관한 결정(《全國人民代表大會常務委員會關於修改〈中華人民共和國國家賠償法〉的決定》)’이다.

5) 申賠門檻高, 賠償數額低, 法官裁量權寬, 賠償範圍窄.

맞춰져 있다고 할 수 있다. 이에 본고에서는 그동안 문제점으로 지적되어 온 주요 쟁점을 먼저 살펴보고자 한다.

### 1. 국가배상 신청의 높은 문턱

舊국가배상법 제3조에서 국가배상 신청의 문턱을 높인 주요 원인으로 지적되어 온 것이 바로 국가배상책임 신청절차의 비합리성이었다. 즉 舊국가배상법 제9조 제1항에서는 ‘배상의무 기관이 본법 제3조와 제4조에서 규정한 정황<sup>6)</sup>에 해당된다고 확인한 경우, 당해 기관은 배상하여야 한다’라고 규정하고 있었다.<sup>7)</sup> 그런데 동 규정에 따르면 국가배상의 신청이 있더라도 배상의무 기관이 ‘확인’을 하지 않거나 ‘확인’ 자체를 거부하는 경우에는 다음 배상절차를 진행할 수 없다는 문제점이 있었다.

때문에 상당수 국가기관들이 ‘확인’을 차일피일 미루거나 ‘확인’ 자체를 거부하는 사례들이 발생하였고, 이로 인해 동 조항을 개정해야 한다는 목소리가 점차 힘을 얻게 되었다.

이러한 현실적인 문제 이외에도 배상의무 기관 자신이 스스로의 위법적 행위를 ‘확인’한다는 것 자체가 공정성과 형평성을 잃은 것이라는

비판과 ‘확인’행위에 대한 구체적인 절차나 위반 시 제재조항 등이 없다는 지적도 끊임없이 제기되었다.<sup>8)</sup>

### 2. 적은 배상액

주지하다시피 1995년 舊국가배상법이 시행된 이후 지금까지 15년 동안 중국은 세계가 모두 놀랄 정도의 초고속 성장을 이어왔다. 이러한 경제성장과 더불어 사회 역시 급속하게 변화하면서 15년 전의 현실상황을 고려하여 제정된 舊국가배상법에 따라 산정된 배상액은 점차 피해자의 현실적 손해를 만족시키기 어렵게 되었고, 그 결과 현실과 동떨어진 舊국가배상법의 배상액 산정 규정들에 대하여 불만들이 계속 쌓여 갔다. 더욱이 유사한 민사손해배상과 비교 시 국가배상사건의 경우에는 피해자에 대한 손해전보가 미흡하게 이루어지면서 이러한 불만들은 더욱 고조되어 갔다. 앞서 언급한 ‘국가배상신청의 높은 문턱’을 어렵사리 넘었다하더라도 실제 수령할 수 있는 배상액은 너무나 적었기 때문에 국가배상법을 ‘國家不賠法’이라 평가절하하며 그 존재 의의에 대해서까지 의구심을 갖는 의견들조차 등장하게 되었다.



6) 제3조와 제4조는 국가기관 또는 공무원의 직무행위로 인해 국가배상책임이 성립하는 경우를 나열해 놓은 것이다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 설명한다.

7) 동조는 행정배상에 대한 규정이나, 형사배상에 대해서도 舊국가배상법 제20조 제1항에서 동일한 내용으로 규정하고 있었기 때문에 행정배상을 중심으로 설명하기로 한다.

8) 江必新, 胡任浩, 蔡小雪, 앞의 책, 28頁~29頁.

### 3. 법관의 넓은 재량권

舊국가배상법 제22조 제2항에서는 '(형사배상사건에 있어) 배상청구인이 (배상의무기관의 배상 불가 결정이 있거나 배상청구인이 배상액에 대하여 이견이 있어 상급기관에 재심을 청구한 경우) 재심 결정에 불복할 때에는 재심기관과 동급의 인민법원 배상위원회에 배상결정을 신청할 수 있다'고 규정하고 있었다. 이 규정에 따라 배상 여부와 배상액에 대한 최종 결정은 중급법원 이상에 설치된 인민법원 배상위원회에서 내리게 되었다.

그러나 대부분의 인민법원 배상위원회는 이미 많은 업무를 맡고 있는 각 법원의 주요 재판장들로 겸임하도록 되어 있어 실무적으로는 인민법원 배상위원회 산하에 설치된 판공실에서 해당 사건을 처리하게 되었고, 그 결과 해당 판공실의 주임이 배상결정을 좌지우지하는 상황이 나타나게 되었다.<sup>9)</sup>

이러한 문제점 때문에 학계에서뿐만 아니라 최고인민법원에서도 국가배상법을 개정하여 국가배상 전문 재판정을 설치해야 한다는 목소리가 높아지게 되었다.

### 4. 좁은 배상책임 성립범위

그동안 가장 주요하게 지적되어 온 문제점은 바로 '국가배상책임의 성립범위가 지나치게 좁다'는 것이었다. 이에 대한 문제점은 다시 다음 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

#### (1) 국가배상책임 성립의 요건으로서 위법성의 문제

舊국가배상법 제2조 제1항에서는 '국가기관과 국가기관 공무원<sup>10)</sup>의 위법한 직권행사로 공민, 법인 또는 기타 단체의 합법적 권익을 침해하여 손해를 가한 경우, 피해자는 본 법에 따라 국가배상의 권리를 취득한다'라고 규정하였다.

동 규정에 대해서는 국가배상책임의 성립요건으로서 과실책임을 표현한 것이라는 견해, 과실책임과 무과실책임을 혼합한 것이라는 견해, 위법성을 나타낸 것이라는 견해 등이 주장되고 있었으나,<sup>11)</sup> 성립요건으로서 위법성을 표현한 것이라고 이해하는 것이 통설의 입장이었다.<sup>12)</sup> 이러한 통설의 입장에 따르면 공무원의 공무원집행행위가 위법하기만 하다면, 공무원의 고의, 과실 유무를 불문하고 국가배상책임이 성립하게



9) 法制今報, “人民法院应设立专门的国家赔偿审判庭”(2008年 12月1日, <http://www.fzjb.net.cn/newslist.asp?id=4367&ctlgid=98>).

10) 국가배상법에서 말하는 공무원에는 국가로부터 급여를 받으며 국가공무원 체계에 편성되어 있는 자뿐만 아니라, 임시직으로 국가로부터 직권행사를 위임받아 대리행사하는 자도 포함된다(江必新, 中華人民共和國國家賠償法-條文理解與適用, 人民法院出版社, 2010年, 48頁). 이는 한국의 통설, 판례가 국가배상법의 해석에 있어 공무원의 범위에 대하여 '기능적 공무원개념'을 채용하고 있는 것과 일치한다.

11) 劉嗣元, “論我國國家賠償法的歸責原則”, 中國法學 2000年 第2期, 97頁.

12) 江必新, 胡任浩, 蔡小雪, 앞의 책, 10頁, 王曉涵, “解讀<國家賠償法修正案>草案”, 金卡工程(經濟與法) 2010年 1期, 87頁.

된다(이른바 위법책임의 원칙).<sup>13)</sup>

그러나 이러한 舊국가배상법 제2조 제1항의 규정에 대해서는 국가배상책임의 성립범위를 협소하게 만든다는 등의 지적이 끊임없이 제기되어 왔다. 즉, 위법성이라는 표지를 실무에서는 좁게 해석하고 있으며, 그 결과 국가배상책임의 범위가 협소해진다는 것이다. 또 이론상으로 舊국가배상법에는 위법책임의 원칙의 예외에 해당되는 규정들<sup>14)</sup>이 있어 조문간에 충돌을 일으키고 있으며, 이 때문에 이를 국가배상책임 성립의 원칙으로 삼기에는 어렵다는 지적도 함께 제기되었다.

또 현실적으로 상당수의 국가기관들이 피해자에게 국가배상을 하고 싶어 하더라도, ‘위법성’이라는 징표에 대한 거부감 때문에 국가배상책임을 회피하려 하는 현실도 국가배상의 범위를 좁게 만드는 주요 원인으로 지적되고 있었다.<sup>15)</sup>

## (2) 국가배상책임 성립의 요건으로서 행위태양의 문제

우리나라의 국가배상법 제2조가 공무원의 위법한 직무행위의 태양에 대하여 포괄적으로 규정하고 있는 것과는 달리 중국의 舊국가배상법은 국가기관 및 공무원의 위법한 직무행위 태양에 대하여 열거하는 방법을 취하고 있었다. 이로 인하여 舊국가배상법은 제정 이후 끊임없이 ‘배상범위가 좁다’라는 비판을 받아 왔었다.

특히 舊국가배상법 제3조와 제15조 등에서는 공민의 신체에 상해를 가하거나 사망에 이르게 하는 위법한 직무행위의 태양 중 실제에서 상당한 비중을 차지하는 ‘학대행위’나 ‘방임에 의한 구타, 학대행위’에 대하여는 규정을 두고 있지 않아 문제점으로 지적되어 왔다.

이번 개정 과정에서도 ‘배상범위’에 대한 문제는 가장 핵심적인 쟁점으로 떠올라 의견이 첨예하게 대립하면서 개정안 통과를 지연시킨 주



13) 이는 공무원의 고의, 과실을 국가배상책임의 성립요건으로 삼고 있는 우리의 국가배상법(제2조)과의 차이점이다.

14) 이에 해당되는 규정으로는 舊국가배상법 제3조 제2항과 제3항(개정 국가배상법 제3조 제2항, 제3항에 해당), 舊국가배상법 제4조 제3항(개정 국가배상법 제4조 제3항에 해당)과 舊국가배상법 제15조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항(개정 국가배상법 제17조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항에 해당), 舊국가배상법 제16조 제2항(개정 국가배상법 제18조 제2항에 해당) 등을 들고 있다.

15) 王曉涵, 앞의 글, 87頁.

범으로 인식되었다. 하지만 2009년에 이른바 ‘뒤마오마오(躲猫猫) 사건’<sup>16)</sup>이 발생하면서 이에 대한 논의는 급진전되게 되었다.

두 번째로 문제가 되었던 것은 舊국가배상법 제15조였다. 동조 제1항과 제2항에서는 수사, 검찰, 재판기관이나 교도행정기관 등이 범죄사실이 없거나 범죄사실에 대한 증거가 없는 피의자에 대하여 잘못된 체포, 구류를 한 경우 이를 배상하도록 규정하고 있었다. 그러나 실무에서는 ‘잘못된 체포, 구류’가 구체적으로 무엇을 의미하는 것인지, 위법한 것이어야 하는지 등에 대하여 논란이 많았고, 이 때문에 학계를 비롯한 각 계각층에서 동조에 대한 개정의견이 제기되었다. 또 동조 제1항과 제2항에 따르면 피의자가 범죄사실이 없거나 범죄사실에 대한 증거가 없어 무죄로 판명되는 경우에만 국가배상책임을 물을 수 있어 국가배상책임의 성립범위가 너무 좁다는 비판도 제기되었다.<sup>17)</sup>

### Ⅲ. 개정의 주요내용

이처럼 舊국가배상법은 중국 최초의 국가배상법이라는 측면에서 적지 않은 의의를 가지고 있었지만, 앞서 살펴본 것처럼 체계상의 문제와 빠르게 변화하는 시대상황에 부응하지 못하였고 결국 이번에 대폭 개정되게 되었다. 이하에서는 앞에서 언급한 주요 개정 배경을 중심으로 개정안이 상술한 문제점들을 어떻게 해결, 반영하고자 하였는지 살펴보고자 한다.

#### 1. 국가배상 신청절차의 합리화

앞서 살펴본 것처럼 舊국가배상법 체제하에서 국가배상 신청의 문턱을 높이는 주요 원인으로 지적되어 온 것이 바로 동법 제9조 제1항에서 규정한 ‘확인’ 절차였다. 개정 국가배상법에서는 그동안 제기되어 온 이러한 지적을 받아들여 舊국가배상법상의 ‘확인’ 절차를 폐지하였다.



16) 원래 ‘뒤마오마오’란 어린 아이들이 즐겨 하는 일종의 술래잡기 놀이를 말한다. 소위 ‘뒤마오마오 사건’이란 수감자가 구치소 수감 기간 중 다른 동료 수감자들로부터 상습폭행을 받다 사망한 사건을 말한다. 사건 당일 구치소 관리자들의 근무시간 중 동료 수감자들은 ‘뒤마오마오’를 하자는 미명하에 강압적으로 피해자의 눈을 가리고 폭행하였고 그 와중에 피해자는 구치소 벽에 머리를 부딪혀 사망하였다. 이에 해당 구치소는 가해자들의 진술을 바탕으로 피해자는 ‘뒤마오마오’를 하던 중 본인의 과실로 구치소 벽에 머리를 부딪혀 사망하였다고 발표하였으나, 이에 의문을 제기하는 여론이 들끓으면서 결국은 최고인민검찰원까지 나서 진상조사에 착수하게 되었고, 그 결과 진실이 밝혀지면서 책임자들은 처벌되거나 징계를 당하였다. 그러나 舊국가배상법 제17조에서는 ‘방임에 의한 구타, 학대행위’를 규정하고 있지 않아 많은 논란이 일게 되었다.

17) 江必新, 앞의 책, 166頁 ~ 167頁.



즉 개정 국가배상법 제9조 제1항은 ‘배상의무 기관이 본법 제3조 및 제4조에서 규정하고 있는 정황에 해당되는 경우, 당해 기관은 배상하여야 한다’라고 규정하여 舊국가배상법상의 ‘확인’을 삭제하였다.<sup>18)</sup> 이로 인하여 손해를 야기한 행위가 동법 제3조 및 제4조에서 규정하고 있는 정황에 해당하지만 하면, 별도의 ‘확인’ 절차가 없더라도 배상의무기관은 동법 제13조<sup>19)</sup>의 배상 결정절차를 바로 진행할 수 있게 되었다.

이에 대해서는 배상의무기관이 동법 제13조에 따라 행하는 배상결정절차 자체가 자신의 행정위에 대한 위법성을 확인하는 절차이기 때문에 舊국가배상법상의 ‘확인’ 절차는 불필요한 것이었고, 따라서 금번 개정에서 이를 삭제한 것은 당연한 것이라는 평가도 내려지고 있다.<sup>20)</sup>

## 2. 배상범위의 확대

그동안 제기되어 왔던 ‘적은 배상액’에 대한 불만은 금번 개정 국가배상법에서 주요하게 다 음의 네 가지 측면으로 반영되었다.

우선, 첫 번째로는 舊국가배상법에서는 규정이 없던 ‘정신적 손해배상’이 명문으로 규정되었다는 점이다. 개정 국가배상법 제35조에서는 ‘본법 제3조 또는 제17조에서 규정하고 있는 정황이 있고 타인에게 정신적 손해를 가한 경우에는 불법행위의 영향이 미치는 범위 내에서 피해자를 위하여 그 영향을 제거하고 명예회복 및 사죄 등을 하여야 한다. 심각한 결과를 초래한 경우에는 그에 상응하는 정신적 손해에 대한 위로금을 지급하여야 한다’라고 규정하였다.

동조의 가장 중요한 의의는 舊국가배상법 제30조에서 피해자의 명예권과 영예권을 침해한 경우만을 규정한 것에서 진일보하여 정신적 손해에 대한 개념을 명문으로 인정하였다는 것이라고 할 수 있다. 또 심각한 결과를 초래한 경우에는 정신적 손해에 대한 금전적 배상도 인정하고 있다는 점 역시 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

두 번째로는 공민의 생명권과 건강권을 침해한 경우 배상액 산정 시 적용되는 기준이 확대되었다는 점이다. 舊국가배상법 제27조 제1항 제



18) 형사배상에 대하여 동일한 내용을 규정하고 있던 舊국가배상법 제20조 제1항 역시 ‘확인절차’가 삭제되었는데, 개정 국가배상법 제22조 제1항에서는 ‘배상의무기관이 본법 제17조, 제18조에서 규정하고 있는 정황에 해당되는 경우, 당해 기관은 배상하여야 한다’라고 규정하고 있다.

19) 제13조 ① 배상의무기관은 신청을 수리한 날로부터 2개월 이내에 배상여부를 결정하여야 한다. 배상의무기관은 배상결정 과정 중 배상청구인의 의견을 충분히 청취하여야 하며, 배상청구인과 배상방법, 배상항목 및 배상액에 대하여 본법 제4장에 규정된 절차에 따라 협의를 할 수 있다. ② 배상의무기관이 배상을 결정한 경우에는 배상결정서를 작성하고 작성일로부터 10일 이내에 배상청구인에게 송달하여야 한다. ③ 배상의무기관이 배상을 하지 않기로 결정한 경우에는 결정일로부터 10일 이내에 서면으로 배상청구인에게 통지하고 배상 거부 이유를 설명하여야 한다.

20) 江必新, 胡任浩, 蔡小雪, 앞의 책, 28頁.

1호에서는 ‘신체 상해를 야기한 경우에는 의료비 및 그로 인해 발생한 소득감소를 배상하여야 한다’라고 규정하였으나, 개정 국가배상법 제34조 제1항 제1호에서는 여기에 ‘간호비’를 추가하였다.

또 전부 또는 부분 노동력 상실의 경우 舊국가배상법 제27조 제1항 제2호에서는 ‘의료비 및 장애배상금’으로만 규정하고 있었으나, 개정 국가배상법 제34조 제1항 제2호에서는 ‘간호비’와 ‘의료보조기구비’, ‘건강회복비’ 등 장애로 인하여 증가된 필요지출 비용 및 지속적인 치료를 위해 필요한 비용을 추가하여 배상액 산정의 기준을 크게 확대하였다.

셋째, 舊국가배상법 제28조 제1항에서는 과태료, 벌금, 추징, 몰수 등의 처분이나 국가규정에 위반한 공용수용, 비용부과 등이 공민, 법인, 기타 단체의 재산권을 침해하여 손해를 가한 경우에는 재산을 반환하도록 규정하고 있었을 뿐 다른 추가적인 내용은 규정하지 않고 있었다. 그러나 개정 국가배상법 제36조 제7항에서는 ‘이미 집행된 과태료, 벌금, 추징, 몰수된 금전을 반환하거나 계좌 동결이 해제된 경우에는 같은 기간

동안의 은행 예금금리를 지급해야 한다’고 규정함으로써 재산권 침해에 대한 배상기준을 확대하였다.

넷째, 舊국가배상법 제28조 제5항에서는 경매를 통해 이미 재산이 처분된 경우 경매로 취득한 금액을 지급하도록 규정하고 있었으나 법원의 매각조치(變賣)<sup>21)</sup>를 통해 재산이 이미 처분된 경우에 대해서는 규정이 없어 많은 논란이 제기되었다. 이를 반영하여 개정 국가배상법 제36조 제5항에서는 경매나 법원의 매각조치를 통해 재산이 이미 처분된 경우에는 경매 또는 매각조치로 취득한 금액을 지급하도록 규정하였고, 매각조치로 취득한 금액이 재산가치에 현저하게 미달할 때에는 상응하는 배상금을 지급해야 한다고 규정함으로써 그동안의 논란을 잠재우고자 하였다.

### 3. 법관재량권의 축소시도

앞서 언급한 것처럼 舊국가배상법 체제하에서 형사배상 사건에 대한 최종적인 배상여부 결정은 중급 인민법원 이상의 인민법원 배상위원회에서 처리하도록 되어 있었다. 그러나 실제로



21) 채무자에게 변제의 의사가 있는 경우 법원이 채무자의 재산을 관련 부서에 위탁 처리하도록 하여 현금화하는 것을 말한다. 한국 법률용어에 정확히 대응하는 부분이 없는 것 같아 일단 매각조치라고 번역하였다.



는 조직구성상의 문제로 인하여<sup>22)</sup> 인민법원 배상위원회 산하에 설치된 판공실에서 배상여부를 심사하고, 형식적인 결정은 배상위원회에서 하는 구조가 되게 되었고,<sup>23)</sup> 그 결과 해당 판공실의 주임이 배상결정을 좌지우지하는 상황이 나타나게 되었다.

금번 개정 과정에서도 이에 대한 문제점을 인식하고 배상위원회 판공실을 대체할 수 있는 법관 3~5인으로 구성된 합의부를 두자는 의견이 제기되었으나,<sup>24)</sup> 최종적으로는 현 시스템을 유지하는 것으로 결정되었다.

#### 4. 배상책임 성립범위의 확대

이번 개정에서 가장 의미 있는 개정으로 평가 받고 있는 것이 바로 '배상책임 성립범위'에 관한 것이다. 종합적으로 이야기하면 개정 국가배상법에서는 舊국가배상법에 비해 '배상책임의 성립범위'가 확대되었다고 할 수 있는데 이에 대해서는 다음에서 좀 더 상세하게 살펴 보기로 한다.

##### (1) 국가배상책임 성립의 요건으로서 위법성의 문제

舊국가배상법 제2조 제1항에서는 '위법성'을 국가배상책임의 성립요건으로 규정하였고, 이로 인하여 국가배상책임의 성립범위가 좁아진다는 비판이 제기되어 왔음은 전술한 바와 같다.

개정 국가배상법 제2조 제1항에서는 '국가기관과 국가기관 공무원의 직권행사로 본법에서 규정하고 있는 공민, 법인 또는 기타 단체의 합법적 권익을 침해한 정황이 있고 손해를 가한 경우, 피해자는 본법에 따라 국가배상의 권리를 취득한다'라고 규정함으로써, 舊국가배상법에서의 '위법'이라는 단어를 삭제하고, '본법에서 규정하고 있는 정황'이라는 표현을 추가하였다.

동 규정에 대해서는 개정 국가배상법이 '위법책임원칙'을 국가배상책임의 원칙으로 삼던 태도를 포기한 것이라고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>25)</sup> 즉 개정 국가배상법은 '위법책임'과 '과실책임' 및 '무과실책임'을 모두 포함하는 이른바 '다원화된 책임귀속' 원칙을 채택한 것이라고



22) 1996년 최고인민법원이 발표한 《인민법원 배상위원회의 배상사건 심리 절차에 관한 잠정규정(人民法院賠償委員會 審理賠償案件程序的暫行規定)》 제25조에서는 '배상위원회는 인민법원의 배상사건을 심리하는 재판조직이다. 배상위원회는 산하에 판공실을 설치하고 구체적인 업무에 대한 책임을 맡길 수 있다'라고 규정하고 있었다. 동 규정과 앞서 언급한 조직 구성상의 문제로 인하여 국가배상 사건에 대한 구체적인 심리는 인민법원 배상위원회 판공실이 맡게 되었다.

23) 이러한 현상을 두고 중국에서는 '배상위원회는 결정은 하나 심리는 하지 않고, 배상위원회 판공실은 심리는 하나 결정은 하지 않는다(賠償委員會決而不審, 賠償辦審而不決)'고 표현하고 있다.

24) 江必新, 앞의 책, 277頁 ~ 278頁.

25) 江必新, 앞의 책, 46頁, 馬懷德, "國家賠償法修改的五大亮點專家解毒" (2010年5月19日, <http://china.findlaw.cn/info/guojiafa/gipe/hot/newgipe/20100519/114563.html>).

이해하면서 ‘위법책임원칙’을 포기함으로써 개정 국가배상법에서는 국가배상책임의 성립범위가 확대되었다고 이해한다. 다만 ‘본법에서 규정하고 있는 정황’이라는 문구를 추가한 것은 ‘위법’이라는 용어 삭제로 인해 국가배상책임이 합법적 직권행사의 경우에도 성립한다고 오해하는 경우를 방지하기 위한 것이라고 설명하고 있다.

반면 동 규정은 법문의 표현이 바뀌었을 뿐 여전히 ‘위법책임원칙’을 표현한 것으로 해석하는 견해도 있다.<sup>26)</sup> 동 견해는 앞서 언급한 舊국가배상법상 위법책임원칙의 예외에 해당되는 규정들이 대부분 ‘위법’이라는 용어가 추가되었거나, ‘위법’이라는 용어로 변경된 점을 근거로 개정 국가배상법은 ‘위법책임의 원칙’을 포기한 것이 아니라 오히려 강화한 것이라고 이해하고 있다. 특히 대부분 위법한 상황을 규정하고 있는 ‘본법에서 규정하고 있는 정황’이라는 문구를 추가함으로써 이러한 내용을 강조한 것이라고 설명한다. 다만 법문에서 ‘위법’이라는 단어를 삭제한 것은 그동안 제기되었던 ‘위법책임의 원칙’에 대한 문제제기와 불만을 어느 정도 누그러뜨리기 위한 일종의 ‘간판 바뀌달기’일 뿐 내용에 있어서는 차이가 없다고 이해한다. 그 결과 제2조 제1항의 규정만으로는 개정 국가배상법의 성립범위가 舊국가배상법보다 넓어졌다

고 이해하기는 어렵다는 입장을 보이고 있다.

하지만 개정 국가배상법 제2조 제1항에서 ‘위법’이라는 용어를 삭제함으로써 국가배상책임의 성립범위가 실제로 확대되었는지의 여부는 중국 국가배상법의 전체적인 체계하에서 종합적으로 고려해 보아야 한다고 생각된다.

앞서 언급한 것처럼 중국의 국가배상법은 총칙에 해당하는 제2조 제1항에서 국가배상책임 성립의 원칙을 규정하고 있지만, 실제로 국가배상책임이 성립하는 경우는 다시 각칙에서 구체적으로 열거하는 방식을 취하고 있다. 즉, 행정배상에 있어서는 제3조(신체의 자유를 침해하는 경우)와 제4조(재산권을 침해하는 경우)에서 구체적으로 규정하고 있으며, 형사배상에 있어서는 제17조(신체의 자유를 침해하는 경우)와 제18조(재산권을 침해하는 경우)에서, 그리고 민사소송과 행정소송에 있어서의 사법배상에 대해서는 제38조(舊국가배상법 제31조)에서 구체적인 요건을 규정하고 있다.

이처럼 구체적으로 국가배상책임이 성립하는 경우는 각칙의 규정에 따라 결정되게 되는 구조를 취하고 있기 때문에 제2조 제1항에서 ‘위법’이라는 단어를 삭제하였다 하더라도 국가배상책임의 성립범위가 넓어졌다고 이해하기는 어렵다고 생각된다.



26) 皮純協·馮軍 主編, 國家賠償法 釋論(第3版), 2010年 8月, 中國法制出版社, 62頁 ~ 64頁.

따라서 전자보다는 후자의 견해가 조금 더 설득력이 있다고 생각되며, 개정 국가배상법에서 국가배상책임의 성립범위가 확대되었는지의 여부는 구체적으로 ‘행위태양’을 규정하고 있는 각칙을 살펴보아야 비로소 확인될 수 있는 문제라고 보인다.

## (2) 국가배상책임 성립의 요건으로서 행위태양의 구체화 및 확대

전기한 바와 같이 중국의 국가배상법은 국가기관 및 공무원의 위법한 직무행위 태양에 대하여 열거하는 방법을 취하고 있었기 때문에 ‘배상범위가 좁다’라는 비판을 받아 왔었다. 이러한 점을 반영하여 개정 국가배상법에서는 ‘행위태양’에 대하여 상당부분을 수정하였다.

우선, 개정 국가배상법에서는 위법한 직무행위의 태양 중 실제에서 상당한 비중을 차지하는 ‘학대행위’나 ‘방임에 의한 구타, 학대행위’에 대하여 규정을 두고 있지 않아 문제점으로 지적되어 왔던 것을 반영하여 제3조와 제17조에서 이를 추가하였다.

제3조 제3항에서는 舊국가배상법상 ‘구타 등 폭력행위’로 규정되어 있던 부분을 ‘구타, 학대 등의 행위’로 수정하였으며, ‘방임에 의한 구타, 학대행위’를 추가하였다. 또 제17조 제4항에서도 舊국가배상법 제15조 제4항상 ‘구타 등 폭력행위’로 규정되어 있던 부분을 ‘구타, 학대 등의 행위’로 수정하였으며, ‘방임에 의한 구타, 학대행위’를 추가하였다.

두 번째로 문제가 되었던 舊국가배상법 제15

조 제1항과 제2항에서의 ‘잘못된 체포, 구류’ 부분에 대해서도 수정을 가하였다. 우선 개정 국가배상법에서는 체포와 구류를 구분하여 제1항에서는 구류를 제2항에서는 체포를 규정하는 방식을 취하였다.

즉, 제17조 제1항에서는 ‘잘못된 구류’라는 표현 대신에 ‘형사소송법 규정에 위반한 구류’라는 표현을 사용함으로써 그동안 ‘잘못된 구류’라는 표현을 두고 벌어진 논쟁에 종지부를 찍었다.

반면 체포에 대한 제17조 제2항은 ‘공민을 체포한 이후, 입건취소, 불기소처분 또는 무죄선고 등이 내려져 더 이상 형사책임을 물을 수 없게 된 경우’라고 규정함으로써 위 제1항과는 다른 방식을 취하고 있다. 즉, 舊국가배상법 제15조 제2항의 ‘잘못된 체포’라는 표현 대신 단순히 ‘체포’라는 용어를 사용함으로써 해석상의 논란을 차단시켰을 뿐만 아니라 체포절차의 합법, 위법을 불문하는 것으로 확대하였다.

둘째, 舊국가배상법 제15조 제1항에 따르면 피의자가 범죄사실이 없거나 범죄사실에 대한 증거가 없어 무죄로 판명되는 경우에만 국가배상책임이 성립하기 때문에 성립범위가 너무 좁다는 비판을 어느 정도 수용하여 이에 대하여도 수정을 가하였다.

우선 구류에 관한 제17조 제1항에서는 형사소송법의 규정에 위반하여 구류된 자가 추후 입건취소, 불기소처분 또는 무죄선고 등을 받아 더 이상 형사책임을 추궁할 수 없게 된 경우에도 국가배상책임을 물을 수 있도록 하였다. 또 적법한

절차에 따라 구류되었으나 구류기간이 형사소송법 규정 시한을 초과한 경우를 신설하여 위와 같이 입건취소,<sup>27)</sup> 불기소처분 또는 무죄선고 등이 결정돼 더 이상 형사책임을 물을 수 없게 된 때에도 국가배상책임의 성립을 인정하였다.

체포에 관한 제17조 제2항에서는 체포절차의 합법, 불법을 불문하고 입건취소, 불기소처분 또는 무죄선고 등의 결과가 발생되지만 하면 국가배상책임이 성립하는 일종의 무과실책임을 인정하여 舊국가배상법보다 국가배상책임의 성립범위를 확대하였다.

이 밖에 개정 국가배상법 제4조 제3항에서는 舊국가배상법 제4조 제3항의 ‘국가규정을 위반하여 재물을 공용수용하거나 비용을 부담하게 한 경우’를 ‘위법하게 재산을 공용수용하거나 공용사용한 경우’로 수정하여 재산권 침해에 대한 국가배상성립범위를 확대하였다.

또 개정 국가배상법 제17조, 제18조와 제19조에서는 ‘뒤마오마오 사건’의 전례를 고려하여 형사배상에 있어서의 국가배상의무기관에 ‘구치소’를 추가하였다.

## IV. 맺음말

금번 개정된 중국의 국가배상법은 앞서 살펴본 것처럼 그동안 논의되어 오던 문제점들을 어느 정도 반영하였다는 점에서 舊국가배상법에 비해 진일보한 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 국가배상책임이 성립하는 국가기관 및 공무원의 행위태양에 대하여 여전히 열거주의를 취함으로써 국가배상책임의 성립범위를 제한하고 있는 점과 형사배상에 있어 인민법원 배상위원회가 여전히 최종적인 결정권을 행사하도록 한 부분 등 앞으로 개선되어야 할 부분도 적지 않다. 또 그동안 학계와 실무 일각에서 제기되어 온 영조물 책임과 인민법원 배상위원회의 결정에 대한 불복절차 등도 이번 개정에서는 빠져 있다는 점에서 중국의 국가배상법제는 아직 갈 길이 멀다고 보인다.

개혁개방 이후 중국은 서구의 법제를 받아들이며 사회에 대한 충격파를 최소화시키기 위해 매우 신중한 태도를 취해 왔다. 국가배상법에 관한 문제 역시 중국 학자들이 말하는 것처럼 소위 ‘중국의 현실(國情)’을 충분히 고려하여 점진적인 방식으로 개선, 보완되어 나갈 것으로 예상된다. 하지만 토지수용에 대한 보상을 제대로 받지



27) 입건취소(撤回案件)란 1) 사안이 현저히 경미하고 위해성이 작아 범죄로 인정되지 않는 경우, 2) 범죄가 이미 공소시효를 도과한 경우, 3) 특별사면에 의하여 형벌이 면제된 경우, 4) 친고죄에 있어서 고소가 없거나 고소가 취하된 경우, 5) 피의자, 피고인이 사망한 경우, 6) 기타 법률규정이 형사책임을 면제한 경우, 수사기관(공안기관이나 인민검찰원)이 입건을 취소하는 것을 말한다(중국 형사소송법 제15조). (한국과 중국의 ‘입건제도 異同’에 대해서는 노정환, “한중 피의자 인신구속제도에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2007년 2월, 30면 이하 참조)

못한 서민들이 분신을 하며 저항하거나 정부의  
위법한 행정행위에 대하여 대규모 시위로 대항  
하는 등의 사례가 빠르게 늘어나고 있음을 고려  
해 볼 때, 중국 정부가 ‘중국의 현실’을 방패삼  
아 현실에 안주할 수 있는 여유는 그리 많아 보  
이지 않는다.

### 백 문 힘

(법제처 법제관)