

장애인의 접근권 침해와 국가배상책임

- 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022 다 289051 전원합의체 판결에
대한 평석을 중심으로 -

박 단 비* **

〈국문초록〉

장애인 접근권은 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 비장애인과 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 일상생활에서 타인의 도움 없이도 방해받지 않고 스스로의 의지에 따라 활동할 수 있는, 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리로서 헌법규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다. 이를 실현하기 위하여 여러 법령과 조약이 시행·발효되었다. 그런데, 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따른 같은 법 시행령 제3조가 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 소규모 소매점의 경우 바닥면적 300㎡ 이상으로 정하면서 그 시행 전에 설치된 경우는 아예 제외하여, 사실상 휠체어 장애인이 접근할 수 있는 곳이 거의 없게 되었다. 따라서 위 시행령 규정은 모법의 위임취지에 반한 위헌, 위법의 무효의 규정인데도 국가는 그로부터 24년이 지나도록 개선입법을 하지 않다가 대상판결의 제1심이 위 시행령 규정을 위법, 무효라고 판단하자, 그 직후 바닥면적을 50㎡ 이상으로 낮추었다. 부진정행정입법부작위의 경우, 부작위 자체가 아니라 불충분한 행정입법을 다투어야 하는 것이 원칙인데, 대상판결은 이에 대한 국가배상책임의 성립을 인정하여, 가장 유효한 규범통제 수단이자 실질적으로 유일한 구제수단으로서의 국가배상책임의 기능을 확인하였다. 장애인으로서 장애인 접근권이 헌법상 기본권으로 인정받았다는 점에서 그 의미가 크다. 앞으로 피고에게 장애인 접근권의 실질적 진전을 위한 전향적인 시행령 규정의 개선을 기대한다.

주제어 : 장애인 접근권, 헌법상 기본권, 위임의 취지와 범위, 행정입법의무부작위, 국가배상책임

• 투고일 : 2025.09.29. / 심사일 : 2025.10.27. / 게재확정일 : 2025.10.27.

* 상명대학교 시간강사, 장애학 박사
** 필자는 연세대학교 법학과 졸업 후 동대 사회복지대학원에서 사회복지학 석사를 취득하였고, 이 후 영국에서 장애학 석사 및 박사 학위를 취득하였음.

I. 글머리에

1. 헌법재판소는 법률입법부작위를 진정한 것과 부진정한 것으로 구분하여 전자는 헌법상 기본권 보장을 위한 명시적인 입법위임을 하였거나 헌법해석상 기본권 보장을 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백한 경우에 한하여 헌법소원의 대상이 될 수 있고, 후자는 제정된 법률에 대하여 청구기간 내에 헌법소원을 제기할 수 있다고 한다. 입법부작위를 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 구별하는 이론 구성은 행정입법영역에서도 통용되고 있다.¹⁾ 행정소송법상 부작위위법확인소송은 행정청이 어떤 행정처분 등의 행정작용을 하지 않은 부작위를 다투는 것이어서 진정행정입법부작위의 경우에 이용할 수 있는 구제절차가 아니고²⁾ 헌법소원이 인정된다.³⁾ 부진정행정입법부작위의 경우에는 부작위 자체가 아니라 불충분한 행정입법을 다투어야 하는 것이 원칙이나⁴⁾ 입법자는 입법 후에도 축적된 자료와 경험을 토대로 상황변화에 맞는 입법개선을 할 의무를 진다는 점 등을 근거로, 입법자가 입법개선의무를 이행하지 않아 기본권을 침해하는 경우 그 부작위 자체를 다퉴 수 있는 길이 있어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되어 왔다.

2. 때마침 규범적 불법이자 부진정행정입법부작위에 의한 국가배상책임을 효시적으로 인정한⁵⁾ 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022 다 289051 전원합의체 판결 (이하 ‘대상판결’이라 한다)이 선고되어 이를 검토하기로 한다.

이 사안의 주요 쟁점은 피고 대한민국이 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」(이하 ‘장애인등편의증진법’이라 한다) 시행령 제3조 (이하 ‘이 사건 쟁점규정’이라 한다)가 모법의 위임취지에 반하여 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 너무 좁게 설정하여 장애인의 접근권을 제한하고 또 이를 개선하지 아니한 것이 국가배상책임을 인정할 원인이 되는지

1) 송시강, “이른바 부진정행정입법부작위에 대한 사법심사 - 행정입법의 흠결에 관한 법학방법론 -”, 『행정법연구』, 행정법이론실무학회, 제71호, 2023, 116~117면, 임성훈, “행정입법부작위에 관한 행정소송 심사방식의 재정립”, 『법조』, 71권 4호, 법조협회, 2022, 271~276면, 박설아, “행정입법부작위와 국가배상책임- 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022 다 289051 전원합의체 판결에 대한 검토를 중심으로”, 『사법』, 사법발전재단, 72호, 2025, 382면.

2) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91 누 11261 판결

3) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96 헌마 246 결정

4) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94 헌마 108 결정

5) 김중권, “규범적 불법(부진정 행정입법부작위)에 대한 국가배상책임”, 『사법』, 71호, 사법발전재단, 2025, 517면.

여부다.

II. 사안의 개요

1. 당사자

1) 원고 A, B는 지체장애인으로 휠체어를 이용하여 이동하거나 일상생활을 영위할 수 있고, 원고 C는 영유아를 키우는 어머니로 유모차를 이용하여 외출하는 경우가 많다. 피고 대한민국은 장애인등편의증진법 및 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다)에 따라 장애인 등의 일상생활에서의 시설물 등 접근에 대한 시책을 마련하고, 장애인에 대한 차별방지와 구제 및 차별시정에 대한 적극적 조치를 하여야 할 책임 있는 지위에 있다.

2) 원고들은 당초 투썸플레이스(주), (주)지에스리테일, (주)호텔신라에 대하여도 투썸플레이스(주)가 가맹본부로 있는 카페, (주)지에스리테일이 가맹본부로 있는 편의점, (주)호텔신라가 운영하는 호텔에 대하여 휠체어를 이용하는 지체장애인의 접근권이 보장될 수 있는 편의시설을 설치할 것을 장애인차별금지법 제48조에 따른 적극적 구제조치로 구하였다.

2. 관련 법령의 내용

1) 장애인등편의증진법 제7조는 장애인 편의시설을 설치하여야 하는 대상은 공원(제1호), 공공건물 및 공중이용시설(제2호), 공동주택(제3호), 통신시설(제4호), 그 밖에 장애인 등의 편의를 위하여 편의시설을 설치할 필요가 있는 부대시설(제5호) 중 대통령령으로 정하는 것을 말한다고 하고, 그 위임을 받은 같은 법 시행령(2002. 4. 27. 대통령령 제32607호로 개정되기 전의 것) 제3조(이 사건쟁점규정)는, 법 제7조 본문의 규정에 의하여 편의시설을 설치하여야 하는 대상시설은 [별표 1]과 같다고 하면서 [별표 1]에서 공공건물 및 공중이용시설 중 수퍼마켓에 대하여, 일용품(식품·잡화·의류·완구·서적·건축자재·의약품·의료기기 등을 말한다) 등의 소매점으로서 동일한 건축물(하나의 대지 안

에 2동 이상의 건축물이 있는 경우에는 이를 동일한 건축물로 본다) 안에서 당해 용도로 쓰이는 바닥면적의 합계가 300㎡ 이상 1000㎡ 미만인 시설⁶⁾이라고 정하는 한편 제5조는, 법 제9조에서 ‘대통령령으로 정하는 주요 부분을 변경(용도변경을 포함한다)할 때’란 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때를 말한다고 하면서 제3호에서 [별표 1]의 공공건물 및 공중이용시설과 공동주택을 증축·개축·재축·이전·대수선 또는 용도변경할 때라고 정하였다.⁷⁾⁸⁾

2) 장애인차별금지법 제18조 제4항도 장애인에 대한 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 단계적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하였는데, 이에 따른 같은 법 시행령 제11조는 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 대상을 장애인등편의증진법 제7조에 해당하는 대상시설 중 2009. 4. 11. 이후에 신축·증축·개축한 시설물로 규정하고 있다. 그 결과 장애인차별금지법에 따라 정당한 편의제공 의무를 부담하는 시설물의 범위 또한 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 제정되는 대통령령에 규정된 범위로 한정되었다.

3. 편의시설 설치 현황

1) 전국 편의점 중 편의시설 설치의무가 있는 바닥면적 300㎡ 이상인 경우는 2006년 0.1%, 2019년 1.8%에 불과하였고, 음식료품 및 담배소매업의 경우 2019년에 전체의 2.2%에 불과하였다.

6) 아래와 같이 2022. 2. 10. 시행령 제3조가 무효라는 취지의 제1심 판결이 선고된 후 2022. 4. 27. 대통령령 제32607호로 개정되어 바닥면적 기준이 50㎡이상으로 완화되었다.

7) 주6)의 개정과 함께 제5조 제3호 단서가 다음과 같이 신설되었다. “다만 [별표 1] 비고로 정하는 공중이용시설의 경우에는 건축물이 있는 대지에 별개의 건축물로 증축할 때, 건축물 전부를 개축할 때와 건축물을 재축할 때로 한정한다”

8) 따라서 바닥면적 기준을 완화한 위 시행령은 편의시설 설치의무를 지게 되는 대상시설의 ‘변경’개념과 관련하여, 대상시설 면적이 편의시설 설치의무를 부담하는 최소면적 미만이었다가 이후 면적이 늘어나서 설치의무를 지게 되는 경우에는 통상의 경우와 달리 ‘변경’의 개념을 ‘기존 건물이 있는 대지에 별개 건축물로 증축할 때, 건축물 전부를 개축할 때, 건축물을 재축할 때’로 축소하여 ①이전·대수선·용도변경은 제외하고, ②기존 건물을 증축할 때나 건축물 일부를 개축할 때도 제외하여, 사실상 건물 전체를 완전히 새로 개축·재축하는 경우 외에는 변경을 해도 기존의 300㎡ 이상의 기준이 적용되는데, 바닥면적 50㎡ 이상의 변경기준의 적용을 최대한 줄이려는 의도로 보인다. 차성안, “바닥면적 설치시점에 따른 장애인 편의시설 접근권 제한 -서울중앙지방법원 2022. 2. 10. 선고 2018 가합 524424 판결 중 확정된 편의점 가맹분부를 상대로 한 청구 부분을 중심으로 -”, 『법학논집』, 이화여자대학교 법학연구소, 29권 2호, 2024, 477면.

2) 편의시설 설치의무가 면제된 소규모 공중이용시설 중 주출입구에 2cm 이상의 턱 또는 계단이 있는 곳이 전체의 82.3%, 그 중 경사로를 설치하지 않은 곳이 65%, 경사로를 설치하였으나 법적 기준을 충족하지 않은 곳이 57.1%로 조사되었다.

Ⅲ. 소송의 경과

1. 제1심

제1심 법원은 원고들의 청구 내용을 일부 반영한 ‘조정을 갈음하는 결정’을 하였고, 투썸플레이스(주)와 (주)호텔신라는 이에 승복하여 그들 부분은 확정되었으나 (주)지에스리테일과 대한민국은 이의신청을 하였다. 서울중앙지방법원 2022. 2. 10. 선고 2018 가합 524424 판결은 위와 같이 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 좁게 정한 이 사건 쟁점규정은 장애인등편의증진법 제7조의 위임범위를 벗어나고, 장애인의 행복추구권 및 위 권리에서 파생된 일반적인 행동자유권을 부당하게 침해하며, 헌법상 평등원칙에 위배되어 무효라고 판단한 후, 바닥면적 300㎡ 초과 여부와 관계없이 (주)지에스리테일에 대하여 일부 적극적인 구제조치를 명하는 판결을 하였으나, 원고 A, B의 대한민국에 대한 손해배상 청구 부분 중 장애인차별금지법에 의한 부분은 주장하는 차별행위의 내용이 불분명하다는 이유로, 민법상 불법행위에 의한 부분은 해당 시행령 개정 관련 사무를 담당하는 공무원들에게 다른 사회정책적 고려나 우리 사회의 장애에 대한 감수성 또는 사회문화적 성숙도와 관계없이 특정한 내용으로 위 시행령 규정을 개정해야 할 작위의무가 있었다거나, 위 공무원들이 고의 또는 과실로 직무를 게을리한 것이라고 볼 수 없고, 위와 같은 부작위가 현저히 객관적 타당성을 결여하여 위법한 것이라고 단정하기 어렵다는 이유로, 원고 C의 청구 부분 중 (주)지에스리테일에 대한 부분은 위 회사가 장애인등편의증진법 제3조를 위반하였다는 사정만으로 사회적 수인한도를 넘어서서 위 원고의 편의점에 대한 접근권, 평등권 등에 중대한 제한을 초래하는 불법행위를 하였다고 평가하기는 어렵다는 이유로, 대한민국에 대한 부분은 구체적인 주장이 없다는 이유로 모두 기각하였다.

2. 제2심

제1심 판결에 대하여 원고들만이 항소하여 피고는 대한민국만 남았다. 서울고등법원 2022. 10. 6. 선고 2022 나 2009024 판결은, 장애인차별금지법에 의한 손해배상 청구부분은, 국가가 같은 법 제8조 제1항의 의무를 다하지 아니한 것 자체를 차별행위의 한 유형으로 별도로 규정하지 않고 있고, 피고가 장애인 등에게 정당한 편의를 제공하는 대상 시설의 범위에서 바닥면적 및 건축일자를 기준으로 편의시설의 설치의무를 부담하는 내용의 시행령을 제·개정하는 행위 그 자체가 위 조항에서 열거하고 있는 차별행위 유형에 해당한다고 보기도 어렵다는 이유로, 불법행위에 의한 손해배상 청구부분은, 피고가 장애인 등에게 편의시설을 제공하여야 하는 대상시설의 범위를 바닥면적 기준으로 제한하는 장애인등편의증진법 시행령을 제정하거나 개정된 행위가 법령을 위반한 것이라 하더라도, 그 사실만으로는 피고가 위 시행령을 제·개정하는 과정에서 고의·과실이 있다고 인정하기 어렵다는 이유로, 또 장애인 등에게 정당한 편의가 제공될 수 있도록 여러 조치를 취하여야 한다는 장애인등편의증진법 제18조 제1, 2, 3 항으로부터 피고에게 구체적이고 개별적인 작위의무가 도출된다고 인정하기 어렵고, 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 피고가 배려하여야 하는 절박하고 중대한 위법 상태가 원고들의 생명·신체·재산 등에 관하여 발생하였다거나 발생할 우려가 있다고 인정하기에 부족하다는 이유로 원고들의 항소를 모두 기각하였다.

3. 제3심(대상판결)

1) 원고 A, B의 국가배상청구 부분: 파기자판, 위 원고들 일부 승소

(1) 장애인이 비장애인과 동등하게 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위해서는 장애인이 일상생활에서 이용하는 시설과 설비에 스스로의 힘으로 접근할 수 있는 권리, 즉 접근권이 보장되어야 하는바, 장애인의 접근권은 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리로서, 비록 헌법에 명시되지는 않았으나 헌법 규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다. 1998. 4. 11. 장애인등편의증진법, 2008. 4. 11. 장애인차별금지법, 2009. 1. 10. 장애인권리협약이 각 시행·발

효되는 등으로 장애인의 접근권은 접근에 대한 방해의 금지를 구하는 소극적·방어적인 수준을 넘어 비장애인과 동등한 수준의 접근을 보장할 수 있는 특정 시설과 설비를 설치할 것을 국가나 사인(私人)에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 구체화하였다.

한편, 국회가 법률로 행정청에 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정청이 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 또는 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 되고, 이는 행정청이 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임받은 사항을 전혀 입법하지 않은 경우는 물론 그 법률이 위임한 사항을 불충분하게 규정함으로써 법률이 위임한 행정입법의무를 제대로 이행하지 않은 경우도 마찬가지이다. 장애인의 접근권은 장애인이 헌법의 최고 가치인 인간의 존엄을 실질적으로 보장받기 위한 초석이 되는 헌법상 기본권의 일종이고, 장애인등편의증진법, 장애인차별금지법 및 장애인권리협약이 피고에게 장애인의 접근권을 실질적으로 보장할 의무를 거듭하여 부과하였으므로, 행정청이 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 행정입법을 통해 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 정할 재량이 있다고 하더라도, 그 재량은 장애인이 비장애인과 동등하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등권을 보장받을 수 있도록 장애인의 접근권을 단계적으로 확대하여 실현하는 방법으로 행사하여야 한다는 내재적 한계가 있다.

장애인등편의증진법이 처음 시행되었던 1998. 4. 11. 무렵으로부터 10년이 지난 2008. 4. 11. 장애인의 권리를 한층 더 보호하기 위해 장애인차별금지법이 시행되었음에도 피고가 95%가 넘는 소규모 소매점이 편의시설 설치의무 대상 시설에서 제외되는 이 사건 쟁점규정에 대하여 14년이 넘도록 개선입법의무를 불이행한 부작위는 위법하다.

(2) 법률이 행정청에 대하여 행정입법을 할 재량을 부여하였다 하더라도, 그 재량을 부여한 취지와 목적에 비추어 행정청이 행정입법의 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 그 부작위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있고, 그 경우에는 특별한 사정이 없으면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 공무원의 과실도 인정되는바, 피고가가 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무를 충분히 인식할 수 있었다는 점 등에 비추어, 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무를 14년 넘게 불이행한 피고의 부작위는 행정입법을 통해 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 정하

도록 제량을 부여한 장애인등편의증진법과 장애인차별금지법의 취지와 목적 및 내용에서 현저하게 벗어나 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 행위로서 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있으므로, 국가배상법 제2조 제1항이 정한 공무원의 ‘고의 또는 과실로 법령에 위반’ 한 행위에 해당한다.

(3) 장애인의 접근권이 침해된 경우에도 그로 인하여 장애인이 입게 되는 정신적 손해에 대한 국가의 위자료 지급 의무가 배제되지 않는다. 소규모 소매점에 대한 장애인의 접근권을 제약하는 이 사건 쟁점규정이 개선되지 않고 방치된 결과 인간의 존엄과 가치를 일상적으로 부정당한 장애인의 고통은 장기간 지속될 수밖에 없었고, 이 사건 쟁점 규정이 2022.4.27. 개정되었다는 사정만으로 장애인이 그 동안 일상생활에서 겪어 왔던 고통이 모두 회복되었다거나 그 고통이 존재하지 않는 것으로 평가할 수도 없다. 이 사건 쟁점규정에 대한 장기간의 행정입법 부작위로 인해 지체장애인이 일상생활에서 접근권을 보장받지 못함으로써 입은 불이익이 적다고는 볼 수 없으나, 그 불이익을 주장할 수 있는 피해자의 범위가 넓고, 피고 스스로도 2022. 4. 27. 이 사건 쟁점규정을 개정한 이래 추가적 개정을 계속해가는 등 행정입법의무 불이행으로 인한 위법을 해소하기 위한 노력을 기울이고 있는 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 위자료 액수는 각 10만 원이 적정하다.

2) 원고 A, B의 장애인차별금지법에 따른 손해배상청구 부분: 상고기각⁹⁾

장애인차별금지법 제46조 제1항 본문에 따른 손해배상은 ‘차별행위를 한 자’를 상대로 청구하여야 하는데, 피고가 이 사건 쟁점규정의 개정 등을 통해 편의시설 설치의무 대상시설을 확대하지 않은 부작위는 장애인차별금지법이 규정하는 차별행위에 해당하지 않는다는 원심의 판단은 정당하다.

3) 원고 C의 국가배상청구 부분: 상고기각

공무원의 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반한 경우라 하더라도 그러한 직무상 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계

9) 장애인차별금지법의 ‘이른바 차별행위 정의조항’에서 열거된 차별행위 유형에 포섭될 수 없는 사안에 대하여 장애인 차별행위로 인정하지 않는 대법원의 태도에 대한 비판으로는 박단비, “피환정후견인에 대한 능력제한조치의 장애인 차별행위예의 해당 여부 - 대법원 2023. 9. 27. 선고 2020다101308 판결에 대한 평석을 중심으로 -”, 『사회법연구』, 제55호, 한국사회법학회, 2025, 447면 이하 참조. 위 대법원 입장에 대하여는 박설아, 앞의 논문 379면도 의문이 없지 않다고 하고 있다.

가 인정되기 위해서는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 것이어야 하는바, 피고가 부담하는 이 사건 쟁점규정에 대한 개선 입법 의무의 내용은 장애인의 접근권을 보장하기 위해 설정된 것으로 보아야 하므로, 피고의 그 의무 불이행에 따라 상당인과관계가 인정되는 손해는 그 의무가 보호하고자 했던 장애인이 입은 손해에 한정된다. 따라서 비장애인인 원고 C가 피고의 위법한 부작위를 이유로 상당인과관계 있는 손해를 입었다고 보기는 어렵다.

아래에서는 장애인 접근권이 헌법상 기본권임을 밝히고, 이를 전제로 이 사건 쟁점규정 자체 및 이를 장기간 개선하지 않고 방치한 국가의 부작위의 위법성을 검토한 후, 이를 이유로 한 국가배상책임의 성립에 대하여 본다.

IV. 장애인 접근권의 헌법상 기본권 여부

접근권의 성질이 무엇인가에 따라 국가의 행위에 위법성이 인정될 여지, 원고들이 입은 정신적 고통에 대한 배상의 필요성 등에 영향을 미치므로 이 점부터 살펴본다.

1. 대법판결은 “장애인도 비장애인과 동등하게 헌법이 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 지니고, 국가가 이를 보장할 의무가 있음은 당연하며, 장애인이 비장애인과 동등하게 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위해서는 장애인이 일상생활에서 이용하는 시설과 설비에 스스로의 힘으로 접근할 수 있는 권리, 즉 접근권이 보장되어야 한다. 이처럼 장애인의 접근권은 헌법이 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리로서, 비록 헌법에 명시되지는 않았으나, 헌법 제10조, 제11조, 제34조 제1항, 제5항으로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다”고 판단하였다.

2. 이에 대하여, 국가가 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니라는 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002 헌마 52 결정을 근거로, 장애인 등의 접근권은 입법자가 장애인과 같은 사회적 약자들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건의 차원에서 접근해야 하고, 그 규정에서 장애인 등의 접근권을 격상시킬 수 있는 ‘인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여’라는 표현을 하지만, 그것은 사회국가의 궁극적 목표를 강조하기 위함이고, 그 자체로 장애인 등의 당연한 자연적 권리로서 입법자가 구속되도록 만들지는 못하며, 헌법 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 그 표현에도 불구하고 1차적으로 국가의 적극적인 사회국가적 활동과 급부를 통하여 모든 국민의 인간다운 생활을 실현해야 할 국가의 객관적인 목표의 성격을 가지는 이상¹⁰⁾, 장애인 등의 접근권에 대해서는 특히 사법심사에서 자유권에 통용되는 최대한 보호의 관점이 아니라, 국가의 객관적 목표에 따른 최소 보호의 관점에서 접근해야 한다는 반대견해도 있다.¹¹⁾

3. 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다” 라고 명시하고 있으므로, 장애인 접근권도 헌법에 명시되지 않다는 이유만으로 헌법상 기본권이 아니라고 볼 수는 없다. 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88 헌마 22 결정은, 국가에 의하여 비로소 형성될 수 있는 청구권적 성질을 갖는 ‘알 권리’도 헌법상 명시적 규정이 없음에도 기본권으로서의 지위를 인정하였다. 어떠한 자유 또는 권리가 헌법 제10조에서 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 불가결한 수단으로서 헌법적으로 보장되어야 할 자유와 권리인 경우에는 헌법 제37조 제1항에 따라 경시되어서는 아니 되는 기본권으로서의 지위를 갖는다고 이해되고 있다.¹²⁾ 즉, 해당 권리가 인간의 존엄과 가치 실현에 얼마나 밀접한 관련성이 있는지가, 헌법에 열거되지 않았으나 헌법이 보장하는 기본권인지를 판단하는 기준이 될 것이다. 또한 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007 헌마 369 결정은, 헌법에 열거되지 아

10) 한수웅, 「헌법학」 제14판, 법문사, 2025, 1079면.

11) 김중권, 앞의 논문, 519면.

12) 하정훈, “행정입법의무의 불이행으로 인해 소규모 소매점에 대한 접근권이 제한된 지체장애인에 대한 국가배상책임의 인정 여부”, 「사법」, 71호, 사법발전재단, 2025, 841면.

니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필수성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체, 즉 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이라고 판시하고 있다. 이를 차례로 검토하여 보면, 우선 장애인의 접근권은 장애인이 일상생활에서 타인의 도움 없이도 방해받지 않고 스스로의 의지에 따라 활동할 수 있는 인간의 존엄과 가치를 실현하는 데에 필수적인 전제가 된다. 또한, 장애인의 접근권이 보장되지 않을 경우 대중교통, 공중이용시설에 대하여 장애인이 스스로 접근함이 불가능한 결과가 초래되어 자립 및 기본적 자유의 보장을 위한 기회가 완전히 박탈될 수 있기 때문에 이를 기본권으로 보장할 필요성이 특별히 있다고 할 것이다. 나아가, 장애인 접근권은 장애인이 대중교통, 공중이용시설에 스스로 접근할 수 있도록 편의시설과 편의제공을 요구할 수 있는 권리로서, 그 이행을 국가에 대하여 요구할 수 있다는 점에서 구체적인 권리로서의 실체를 갖추었다. 장애인 접근권이 자유권, 평등권, 사회권의 복합적인 성격을 갖는다는 이유만으로 이를 헌법에 열거되지 않은 기본권으로 인정하는 데에 방해되지 않는다. 따라서 장애인 접근권은 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정되어야 한다.¹³⁾

장애인 접근권의 실질적인 보장을 위해서는 국가에 대하여 일상생활에서의 물리적 장벽의 제거 또는 인적 보조를 요구하거나(사회권적 기본권의 성질) 시설주와 같은 사인(私人)을 상대로 적극적인 조치를 취할 것을 요구하게 되나(기본권의 대사인적 효력), 장애인 접근권을 독자적인 기본권으로 인정하더라도 별도의 입법조치 없이 장애인이 헌법상 기본권만을 근거로 국가나 사인에 대하여 적극적인 조치를 이끌어 낼 가능성은 상당히 낮다. 대법관결도 “장애인의 접근권이 접근에 대한 방해의 금지를 구하는 소극적·방어적인 수준을 넘어 비장애인과 동등한 수준의 접근을 보장할 수 있는 특정시설을 설치할 것을 국가나 사인에 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 구체화되기 위해서는 이를 위한 법률이 필요하다고 할 것이고, 국가는 제한된 재정 능력과 사회·경제적 발전 수준 등을 고려하여 장애인에 대한 접근권이 적절히 보장되도록 필요한 조치를 취할 의무가 있다”고 판시하였다.

그런데, 1997. 4. 10. 장애인이 일상생활에서 안전하고 편리하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 보장하기 위하여 국가에 각종 시책을 마련할 의무를 지

13) 장애인 접근권을 헌법상 기본권으로 인정하는 것이 학계에서 다수의 견해이다. 차성안, 앞의 논문, 452면.

운 장애인등편의증진법이 제정되어 1998. 4. 11. 시행되었고, 2007. 4. 10. 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 위하여 장애인의 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 하고, 국가에는 장애인에 대한 모든 차별을 방지하고 이를 시행하기 위한 조치를 할 의무를, 시설물의 소유·관리자에게는 장애인이 시설물을 접근·이용하는 데 성별·장애의 유형 및 정도·특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반 수단과 조치(이하 '정당한 편의제공'이라 한다)를 정당한 사유없이 거부하지 않을 의무를 지운(제1조, 제4조 제1항 제3호, 제2항, 제8조, 제18조 제1, 3항) 장애인차별금지법이 제정되어 2008. 4. 11. 시행되었다. 또한 2009. 1. 10. 국내에 발효된 유엔의 「장애인의 권리에 관한 협약」(이하 '장애인권리협약'이라 한다)은 대중에게 개방 또는 제공된 시설에 대하여 장애인이 다른 사람과 동등하게 접근할 수 있도록 당사국이 적절한 조치를 취하여야 하는데(제9조 제1항), 평등권을 실현할 1차적인 방식으로 인적 보조를 통한 합리적인 편의제공을(제5조), 접근성 보장을 위한 '최소한의 기준과 지침' 마련을 [제9조 제2항 (가)목] 각 규정하였고, 유엔 장애인권리위원회는 전자는 협약 가입 즉시, 후자는 점진적으로 보장되는 권리의 성격을 갖는다고 보고 있다. 이와 같이 헌법상 열거되지 않은 기본권인 장애인 접근권의 보장을 위하여 여러 법률 등이 시행·발효된 상태에서 피고가 위 법률 등이 부과한 의무를 위법하게 불이행하였는지가 문제 되는 이 사안에서, 행정청이 부담하는 의무의 내용을 '최소 침해의 원칙'에 따라 형성된다고 볼 수는 없다¹⁴⁾.

V. 이 사건 쟁점규정 및 그 개선입법의무 부작위의 위법성

1. 이 사건 쟁점규정의 효력

위와 같이 제1심 판결은 이 사건 쟁점규정이 장애인등편의증진법 제7조의 위임범위를 벗어났고, 장애인의 행복추구권 및 위 권리에서 파생된 일반적인 행동자유권을 부당하게 침해하여, 헌법상 평등원칙에 위배되어 위헌, 위법하다는 판단을 하였다. 원고들은 상고심에서도 이 주장을 하는 듯하였으나 변론을 진행하는 과정에서 이 주장을 유지하지 않고, 이 사건 쟁점규정을 개선할 의무

14) 하정훈, 앞의 논문, 857면.

를 이행하지 않은 부작위가 위법하다는 주장만 하였고¹⁵⁾, 이에 따라 대상판결에서도 이 사건 쟁점규정의 위헌, 위법 여부에 대한 판단을 하지 않고 있다. 그러나 이 사건 쟁점규정이 당초부터 위헌, 위법하여 무효였느냐 여부는 장애인의 접근권 보장, 특히 이 사안에서는 개선입법의무 발생시기와 관련하여 중대한 문제이므로 여기에서 살펴본다.

위와 같이, 장애인의 접근권은 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리로서 헌법규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가지고, 이를 실현하기 위하여 여러 법령이 제정, 시행되었다. 비장애인 중심으로 이루어진 사회문화적 배경에 따른 간접차별로부터 장애인을 구제하기 위하여 장애인권리협약은 인적 보조에 의한 합리적 편의제공 방법과 접근성 보장의 방법을 정하고 있는바, 전자는 비용 부담 문제를 야기하지 않으므로 즉각 시행을, 후자는 비용 부담이 문제 될 수 있으므로 단계적 시행을 정하고 있다. 양자는 상호보완적 관계에 있으나, 접근성 보장이 없는 합리적 편의제공 방법만으로는 장애인의 자존감 상실을 해결할 수 없다.

1981. 6. 5. 시행된 심신장애자복지법이 1989. 12. 30. 장애인복지법으로 명칭이 바뀌며 전부개정이 되면서 장애인에 대한 편의시설 설치가 법적 의무사항이 되었다. 그런데 장애인복지법 제33조는 공중이 이용하는 시설에서의 장애인 편의시설 설치의무에 관한 구체적 내용을 대통령령에 위임하였고, 이에 따른 같은 법 시행령 제30조 제2항은 다시 세부설치기준 등을 보건사회부장관에게 위임하였으나 5년 동안 그 내용이 제정되지 않다가 1994. 12. 30. 「장애인 편의시설 및 설비의 설치기준에 관한 규칙」이 제정되어 1995. 1. 1. 시행되었는데, 위 규칙 제2조 제3호 [별표 1]에 따르면 장애인 편의시설 설치의무가 있는 대상시설은 바닥면적의 합계가 1000㎡ 이상의 도·소매점으로 하였다. 1998. 4. 11. 시행된 장애인등편의증진법의 위임에 따른 이 사건 쟁점규정은 바닥면적 300㎡ 이상의 소매점에 대하여 편의시설 설치의무를 부과하였으나 같은 법 시행 전에 설치된 대상시설은 대통령령으로 정하는 경우에만 신법이 적용된다는 같은 법 부칙(제5332호, 1997. 4. 10.) 제2조 제2항에 따른 위 시행령 부칙 제 15675호, 1998. 2. 24.) 제3조 [별표 4]에서 장애인등편의증진법 시행 이전에 설치된 대상시설 중 같은 법에 따라 편의시설 설치의무를 부담하는 시설에 소매점과 같은 제1종 근린생활시설이 포함되지 아니하여, 소매점의 경우 1998. 4.

15) 하정훈, 앞의 논문, 838면.

11. 이후에 설치되는 경우에는 바닥면적 300㎡, 그 전에 설치된 경우에는 1000㎡ 이상인 경우에만 편의시설 설치의무를 부담하였다. 2008. 4. 11. 시행된 장애인차별금지법제18조 제4항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제11조는 상당한 편의 제공 의무를 부담하는 시설물의 대상을 장애인등편의증진법 제7조에 해당하는 대상시설 중 2009. 4. 11. 이후에 신축·증축·개축한 시설물로 규정하여, 장애인차별금지법에 따라 상당한 편의제공의무를 부담하는 시설물의 범위는 이 사건 쟁점규정 등이 정하는 범위로 한정되었다. 한편 2009. 1. 10. 발효된 장애인권리협약은 평등권을 실현할 1차적인 방식으로 인적 보조를 통한 합리적인 편의제공과 함께 접근성 보장을 위한 ‘최소한의 기준과 지침’ 마련을 각 규정하였음은 앞서 본 바와 같다.

위와 같이 헌법상 기본권인 장애인 접근권을 실현하기 위하여 장애인등편의증진법, 장애인차별금지법, 장애인권리협약 등이 시행·발효된 이상, 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 피고 대한민국에게 행정입법을 통해 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 정할 재량이 있다고 하더라도, 그 재량은 장애인등편의증진법 제4조 등에서 요구하고 있는 바와 같이 장애인이 비장애인과 동등하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등권을 보장받을 수 있도록 행사되어야 한다는 내재적 한계가 있다. 그런데 이 사건 쟁점규정은 유엔장애인권리위원회의 권고와 달리, 장애인등편의증진법 시행 전의 시설에 대하여는 장애인 편의시설 설치의무를 전면적으로 면제하고, 그 이후에 시작하는 시설도 바닥면적 300㎡ 이상의 경우에만 장애인 편의시설 설치를 강제하는 등으로, 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 극히 제한하였다. 그 결과 전체 편의점 중 이 사건 쟁점규정에 따라 편의시설 설치가 강제되는 바닥면적 300㎡ 이상인 편의점 비율은 2006년에 0.1%, 2019년에 1.8%이므로 이 사건 쟁점규정이 만들어진 1998. 4. 11. 당시에는 기껏해야 0.1% 안팎이었을 것으로 보인다. 0.1%라는 것은 1000 곳 중의 1 곳이라는 이야기로, 사실상 장애인의 소규모 소매점예의 접근이 막혀 있다는 뜻이기도 하다. 물론 장애인등편의증진법 제7조가 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 그 종류만을 제시하고, 아무런 기준을 제시하지 않고 전적으로 대통령령으로 정하도록 한 것에 근본적인 문제가 있는 것이기는 하지만,¹⁶⁾ 이 사

16) 제1심은 이러한 위임이 “대상시설의 종류와 수, 장애인등의 이용수요 등에 따라 편의시설 설치 필요성과 편의시설 설치에 소요되는 사회·경제적 부담 및 사회적 수용성의 정도를 종합적으로 고려하여 장애인 등의 사회참여 및 접근권을 실질적으로 보장할 수 있는 한도에서 대상시설의 범위를 구체화하도록 한 것”으로, 이러한 고려를 통해 위임의 필요성

건 쟁점규정은 당초부터 대상시설의 범위를 지나치게 좁게 정하여, 장애인등편의증진법 제4조 등에서 요구하고 있는 것과 같이 장애인이 비장애인과 동등하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등권을 보장받을 수 있도록 장애인의 접근권을 보장한다는 취지를 몰각한 것이므로, 위헌, 위법의 무효의 규정이라 할 것이다.

2. 개선행정입법부작위의 위법성

1) 위법성 판단기준

대법원 2008. 5. 29. 선고 2004 다 33469 판결은, 국회위원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 국회의원의 입법 행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당한다고 볼 수 없다고 하였으나, 행정청은 국민의 민주적 의사가 대표되는 대의기관에서 제정한 법률에 따라 이를 집행하는 곳이므로, 법령의 위임범위 내에서 행정입법에 관하여 행사할 수 있는 재량의 한계를 준수하였는지가 위법한 행정입법부작위로 인한 국가배상책임의 성립 여부를 판단하는 기준이 된다.¹⁷⁾ 한편, 헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001 헌마 718 결정은, 위법한 행정입법부작위가 있다고 보기 위해서는 행정입법 작위의무가 존재하여야 하고, 그 행정입법을 시행하기 위하여 필요한 조치에 소요되는 합리적인 기간을 도과하였으며, 그 위임 입법에 따른 행정입법을 하지 않은 데에 정당한 이유가 없어야 한다고 하고 있다. 아래에서 차례로 본다.

2) 이 사건 쟁점규정의 위법성 - 개선행정입법 작위의무의 존재

어떠한 행정입법이 모법의 위임범위를 이탈하여 위법·무효인 경우에는 개선행정입법 작위의무가 있다 할 것인바, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019 두 53464 전원합의체 판결은, 행정입법이 모법이 위임한 범위를 이탈하였는지를

및 예측가능성을 확보할 수 있으므로 위 위임규정이 포괄위임 입법금지에 반하는 것은 아니라고 보았다. 그러나, 위 장애인등편의증진법 제7조의 규정만으로는 공중이용시설 중 어떤 종류의 시설들이 편의시설 설치대상에 포함될지, 그 안에서 다시 면적 제한 등이 적용될지 예측하기 어려우므로, 위 규정은 위헌심사의 대상이 될 수 있다. 차성안, 앞의 논문, 449면.

17) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006 다 3561 판결 등

판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 당해 법률규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계, 위임규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 고려하여야 한다고 하고 있다.

위법한 행정입법이 제정·시행된 경우에는 그 제정·시행 자체가 권리 침해를 구성하여 바로 국가배상책임이 문제 될 수 있으므로 ‘합리적인 기간의 도과’는 문제 되지 않으나, 이 사안에서 원고들은 상고심 변론과정에서 24년 넘게 대상시설의 범위를 확대하지 않은 피고의 부적위가 위법하다고 주장하였으므로, 대상판결이 이 사건 쟁점규정의 제정·시행 당시의 위법 여부에 대하여는 언급하지 않고 개선입법부작위만을 판단하였음은 앞서 본 바와 같다.

이 사건 쟁점규정은 바닥면적 300㎡ 미만이면 법령이 시행된 이후에 설치되는 신축건물이나 시설도 편의시설 설치의무의 대상에서 면제하였다. 또한 이 사건 쟁점규정은 그 시행 후에 새롭게 신축·개축되는 시설에 대하여만 편의시설 설치의무를 부과하고 있을 뿐이고 기존에 이미 설치된 건물·시설에 대한 편의시설 설치의무를 일괄적으로 면제하였다. 나아가, 물리적인 설치의무(접근성 보장방식)만을 규정하고 장애인권리협약에서 정한 ‘합리적 편의제공’ 방식에 대한 언급이 없다.¹⁸⁾

이 사건 쟁점규정에 따라 편의시설 설치의무를 부담하는 소매점의 비율이 지나치게 낮아, 사실상 장애인의 소규모 편의점의 접근이 막혀 있다는 점에다, 이는 신축 건물에 대하여는 즉각적으로, 기존시설에 대하여는 점진적으로 편의시설을 설치하여야 한다는 장애인권리협약을 위반한 데서 비롯되었다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 쟁점규정은 제정·시행 당시부터 위법하다고 할 것임은 앞서 본 바와 같다. 다만, 원고들이 위와 같이 제정 당시부터 위법하다는 주장을 하지 않은 상태에서 대상판결이 “장애인등편의증진법이 최초 시행되었던 1998. 4. 11. 무렵에는 소규모 소매점의 소유자·관리자에 대한 불측의 손해를 방지하고, 급격한 변화에 따른 사회·경제적 충격을 줄이고자 우선은

18) 다만, 이 점은 이 사건 쟁점규정의 미비에서 나온 것이라기보다는 장애인등편의증진법과 장애인차별금지법의 미비에서 나온 문제라 한 것이다.

편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 좁게 정할 정책적 필요가 있었다고 볼 수는 있다”¹⁹⁾고 하며 그 자체의 위법 여부 판단을 생략하면서 “행정청의 장애인등편의증진법 제7조의 위임에 따라 행정입법을 통해 장애인 편의시설 설치의무 대상시설의 범위를 정할 재량이 있다고 하더라도, 그 재량은 장애인등편의증진법 제4조 등에서 요구하고 있는 것과 같이, 장애인이 비장애인과 동등하게 시설과 설비를 이용할 수 있도록 함으로써 ‘인간으로서의 존엄과 가치’ 및 평등권을 보장받을 수 있도록 장애인의 접근권을 단계적으로 확정하여 실현하는 방향으로 행사되어야 한다는 내재적 한계가 있다”며 “이 사건 쟁점규정이 정한 편의시설 설치의무 대상시설의 범위가 지나치게 좁아 사회·경제적 발전 정도 및 장애인 편의시설 설치에 관한 사회적 공감대를 따라가지 못한다면, 그러한 규정은 법률이 보장하고자 한 장애인의 접근권을 침해하거나, 장애인의 접근권을 점진적으로 확대해 나아가고자 한 모법의 위임취지를 도외시한 것으로 평가될 수 있을 것이다. 이러한 경우 행정청에는 장애인을 위한 편의시설 설치가 강제되는 대상시설을 확대하여 장애인의 접근권을 실질적으로 개선하는 형태로 해당 행정입법을 개정할 구체적 의무가 발생한다고 할 것이고, 행정청이 정당한 이유없이 그 개선입법의무를 이행하지 않는다면 그 행정입법 부작위는 위법하다고 볼 것이다”라고 판시한 것은 모법의 위임 취지와 위임의 목적과 내용, 행정입법 부작위로 인한 기본권 침해 정도 등을 종합적으로 고려한 것으로 타당하다.²⁰⁾

3) 개선입법의무의 발생시점 - 상당한 기간의 도과

이 사건 쟁점규정이 제정·시행 당시부터 위법한 것으로 보면 개선입법의무의 발생시점이 그 때가 될 것이나, 제정 당시에는 위법한 것으로 보지 않을 때에는 개선입법의무의 발생시점이 문제 된다. 대상판결은 이 사건 쟁점규정이 시행된 1998. 4. 11. 로부터 10년이 되는 2008. 4. 11. 장애인의 완전한 사회참여와 평등권의 실현을 통하여 장애인의 인간으로서의 존엄과 가치를 실현함을 목적으로 하는 장애인차별금지법이 시행되었고, 그동안 편의시설 설치를 둘러싼 사회·경제적 여건도 많이 변화하였으며, 장애인권리협약이 2009. 1. 10. 국

19) 김중권 앞의 논문 527면을 이 사건 쟁점규정의 객관적 합리성 결여는 쉽게 확인할 수 있을뿐더러 그 상황 역시 수인할 수 없을 정도로 매우 심각하다며, 대법원의 이 부분 설시를 ‘바람직하지 않다’고 평가하고 있는바, 매우 적절한 지적이다.

20) 장윤영, “행정입법부작위에 대한 국가배상책임 — 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022다289051 전원합의체 판결에 대한 평석을 곁하여 —”, 『법학논총』, 42권 1호, 한양대학교 법학연구소, 2025, 40면.

내에 발효하여 국제법적으로도 장애인 접근권 보장에 관한 의무를 부담하게 되었으므로, 늦어도 2008. 4. 11. 무렵에는 개선입법의무가 발생하였다고 보아야 할 것이라고 하였는바, 그 시기를 되도록 앞당겼다는 점에서 타당하다. 따라서 그 때로부터 상당한 기간²¹⁾ 내에 개선입법이 이루어져야 하였으나, 그로부터 14년이 지나도록²²⁾ 이를 이행하지 않아 장애인의 접근권을 형해화시켰으므로 피고의 행정입법 부작위는 위법하다.

4) 정당한 사유의 부존재

이 점에 관하여 특별히 문제 될 것은 없다.

5) 소결

결국, 장애인 접근권을 침해하는 내용의 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무를 불이행한 피고의 입법부작위는 위법하다 할 것이다.

VI. 장애인 접근권 침해를 이유로 한 국가배상책임의 성립 여부

1. 국가배상책임의 성립 요건

국가배상법 제2조 제1항의 문언에 의하면, 국가배상책임이 인정되기 위해서는 ①공무원이 직무를 집행하면서(직무관련성), ②고의 또는 과실로 ③법령을 위반하여 ④타인에게 손해를 입힐 것을 요구하고 있고, ⑤공무원이 고의·과실로 법령을 위반한 행위와 타인이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 함은 물론이다. 한편 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008 다 77795 판결 등은 위 상당인과관계와 관련하여 공무원이 위반한 직무상 의무의 사익보호성을 요구하고, ⑥ 대법원 2000. 5. 12. 선고 99 다 70600 판결 등은 공무원의 직무가 ‘객관적 정당성을 상실’하였을 것을 요구한다. 이 사안에서 위 ①은 문제 될 것이 없으므로 나머지 점들만 검토하되, 국가배상책임의 본질을 어떻게 보느냐에 따라 위 ②, ③, ⑥에 대한 설명이 달라지므로, 우선 국가배상책임의 본질을 살펴본다.

21) 법령을 개정하는 데 소요되는 합리적인 기간으로, 그 내용에 따라 달라질 수 있다.

22) 더욱이 2022. 4. 27.의 개정이 큰 의미를 갖지 못함은 주8)에서 본 바와 같다.

2. 국가배상책임의 본질

1) 이에 관하여는 다음과 같이 여러 견해가 갈린다.

(1) 대위책임설: 공무원의 위법한 직무행위는 국가의 행위로 볼 수 없는 공무원의 행위이며, 그러한 행위의 결과는 국가에 귀속시킬 수 없기 때문에 손해배상청구권은 일단 공무원 개인에 대해 발생하나, 배상능력이 없는 공무원을 대신하여 재정적 능력이 있는 국가가 책임을 진다.

(2) 자기책임설: 국가는 그의 기관인 공무원을 통하여 행위하는 것이므로, 공무원의 직무행위는 그 위법 여부에 관계 없이 국가에 그 효과가 귀속되는바, 국가 등의 배상책임은 공무원을 대신하여 지는 책임이 아니고 국가가, 비록 형식적으로는 그의 기관인 공무원의 행위이기 는 하나, 실질적으로는 자신의 행위에 대하여 직접 책임을 지는 것이다.

(3) 중간설²³⁾: 공무원의 고의·중과실에 대한 책임은 대위책임이나 경과실에 대한 책임은 자기책임이다.

(4) 절충설: 공무원의 경과실의 경우에는 공무원의 직무행위는 기관행위의 품격을 갖기 때문에 국가는 자기책임을 부담하며, 공무원의 고의·중과실의 경우에는 기관행위의 품격을 상실하여 공무원 개인이 책임을 지나, 이 경우에도 공무원의 행위가 직무행위로서의 외형을 갖춘 경우에는 국가가 중첩적으로 책임을 부담하고 여기에서 국가의 책임은 자기책임의 성질을 갖는다.

(5) 검토: 공무원의 주관적 요소인 고의·중과실 여부에 따라 책임의 구조 등이 바뀐다는 것은 설득력이 없어 중간설이나 절충설은 납득하기 어렵다. 국가는 공무원을 통하여 행정작용을 하는 것이며, 그 공무원의 적법하거나 위법한 행위는 곧 국가의 행위로 보아야 하므로 국가배상책임은 자기책임으로 이해하여야 한다. 헌법 제23조 제3항은 국가의 적법한 행위로 인한 재산권의 박탈에 대하여도 보상을 하도록 규정하고 있는데, 국가의 위법한 행위로 국민이 손해를 입었음에도 공무원 개인의 고의·과실이 없었음을 이유로 국가배상책

23) 정형근, 「행정법」 제4판, 피앤씨미디어, 2016, 375면에서는 이를 중간설(절충설)로 설명하고 있다.

임이 부정되는 것은 형평에 어긋난다.²⁴⁾ 자기책임설은 국가배상책임을 통해 위법한 국가의 행위를 사법적으로 통제할 수 있다는 공법적 기능을 강조하기도 한다. 자기책임설이 헌법과 행정법학계의 다수설이다.²⁵⁾

2) 대위책임설을 따를 경우 국가배상책임은 공무원 개인의 민사적 불법행위 책임을 전제로 하므로 공무원 개인의 고의·과실을 필요로 한다. 이에 대하여 자기책임설은 국가가 저지른 위법행위로 초래된 손해를 국가가 직접 배상해야 한다는 것이므로, 공무원 개인의 민사적 불법행위책임이 반드시 전제될 필요가 없고, 따라서 공무원 개인의 고의·과실은 국가배상책임 성립에 절대적인 요소가 될 수 없다고 한다. 국가배상청구권을 규정한 헌법 제29조 제1항이 공무원의 고의·과실을 국가배상책임의 성립요건으로 규정하지 않고 단지 ‘직무상 불법행위’라고 하고 있는바, 헌법과 법령에 규정된 ‘불법행위’가 반드시 민법 제750조에서 정한 개인의 주관적 책임을 전제하는 개념으로 인정할 수 없다고 한다.²⁶⁾ 자기책임설에서는 국가배상법 제2조 제1항의 ‘고의 또는 과실’²⁷⁾은 공무원 개인의 고의 또는 과실이 아니고 국가 조직의 운영 상의 고의 또는 과실(조직과실)로 보거나 국가의 위법행위가 있는 경우 공무원의 고의 또는 과실이 추정된다고 한다.

3) 대법원의 태도

과거 대법원 1996. 2. 15. 선고 95 다 38677 전원합의체 판결이 절충설의 입장을 취하는 듯 보이기도 하였으나²⁸⁾ 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018 다

24) 대상판결의 별개의견 24면.

25) 한수웅, 앞의 책, 971면, 경하중/김광수, 「행정법개론」 제19판, 범문사, 2025, 530면, 정형근 앞의 책, 376면.

26) 민법 제320조에서 유치권이 성립되지 않는 원인으로 규정한 ‘불법행위’ 또한 행위자의 고의 또는 과실을 전제하고 있지 않다는 등 ‘불법행위’ 개념은 반드시 그 행위자의 고의 또는 과실을 요구하는 것이 아니라고 한다. 이에 대하여 위 별개의견은 그 취지나 필요성은 인정하지만 국가배상법을 개정하지 않는 한 받아들일 수 없다는 박철아, 앞의 논문 397면도 있다.

27) 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013 헌마 395 결정은 “최근에는 국가배상법 상의 과실관념의 객관화, 조직과실의 인정, 과실 추정과 같은 논리를 통하여 되도록 피해자에 대한 구제의 폭을 넓히려는 추세에 있다. 기본적으로 과실책임주의를 취하는 독일, 일본에서도 학설과 판례를 통하여 점차 국가배상책임을 확대하고 있다. 이와 같이 피해자구제기능이 충분하지 못한 점은 이 사건 법률조항의 해석·적용을 통해서 완화될 수 있으며, 이 사건 법률조항이 국가배상청구권을 형해화한다고 보기는 어렵다.”고 판시하였다.

28) 정형근, 앞의 책, 376면, 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2018, 881면.

212610 전원합의체 판결에서 “광범위한 다수 공무원이 관여한 일련의 국가작용에 의한 기본권 침해에 대해서 국가배상책임의 성립이 문제 되는 경우에는 전체적으로 보아 객관적 주의의무 위반이 인정되면 충분하다”고 하면서 “개별 공무원의... 고의 또는 과실을 개별적·구체적으로 엄격히 요구한다면 일련의 국가작용이 국민의 기본권을 침해한 경우에 오히려 국가배상책임이 인정되기는 어려워지는 불합리한 결론에 이르게 된다”고 하며 개별 공무원의 고의 또는 과실이 구체적으로 증명될 필요는 없다고 하여 조직과실론에 접근하는 듯 하였다.²⁹⁾ 그러나 아직은 대위책임설이 대세인 것으로 보인다.

4) 대상판결은 국가배상책임의 성질에 관하여 구체적인 언급을 피하면서 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무 위반의 고의·과실이 있었는지 검토하였다.³⁰⁾

3. 법령의 위반— 위법성

1) 법령 위반의 의미

법령 위반이라 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용 금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함하여, 널리 그 행위가 객관적 정당성을 상실하였음을 의미한다.³¹⁾ 항고소송의 위법성과 국가배상법 상의 위법성과 관련하여서는 견해가 갈린다.

(1) 결과위법설: 국가배상법 상의 위법성 판단은 항고소송의 위법성 판단과는 달리 피해의 결과에 따라야 한다.

(2) 행위위법설:

(가) 좁은 의미의 행위위법설(협의설): 국가배상법 상의 위법을 항고소송의 위법과 동일하게 보아, 법규범에 적합하게 행사된 이상 개인의 권리침해가 있다 하여 곧 위법이라고 할 수는 없다.

29) 다만, 그 판결의 별개의견에서 안철상 대법관이 자기책임설로의 명시적 변경을 해야 한다고 지적하였다.

30) 다만, 대상판결의 별개의견은 우리 헌법의 해석상 자기책임으로 이해하여야 한다고 하면서, 피고의 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무 위반이 인정되는 이상 특별한 사정이 없는 한 국가배상법 제2조 제1항이 정한 ‘공무원의 고의 또는 과실’이 인정된다고 하였다.

31) 대법원 2002. 5. 17. 선고 2000 다 22607 판결

(나) 넓은 의미의 행위위법설(광의설): 국가배상법 상의 위법성을 항고소송의 위법성보다 넓게 파악하여, 성문법 및 불문법 위반뿐만 아니라 인권존중, 사회질서, 공서양속 등의 위반도 포함하여, 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다.

(3) 상대적 위법성설: 국가배상법 상의 위법은 행위 자체의 위법뿐만 아니라 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양 등을 종합적으로 고려하여 행위가 객관적으로 정당성을 결하고 있는 것을 의미한다.

(4) 직무의무위반설: 국가배상법 상의 위법성은 공무원의 직위의무 위반 여부로 판단하여, 행정작용과 행정작용을 한 자와의 유기적 관련성 속에서 판단하는 점에서 행정작용의 측면에서만 판단하는 항고소송의 위법성과 다르다.

(5) 검토: 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니고, 광의설은 국가의 배상책임을 시대와 장소에 따라 변화하는 윤리칙에 결부시켜 책임의 한계를 불명확하게 하고 법적 불안정성을 초래할 우려가 있다는 점에서 협의설이 타당하다고 본다.

(6) 대법원 판례의 태도는 명확하지 않다. 협의설³²⁾, 광의설³³⁾에 입각한 것도 있고, 상대적 위법성설³⁴⁾을 취한 듯한 것도 보인다.

2) 항고소송의 판결의 기판력 문제

(1) 일원설(전부기판력긍정설): 항고소송의 위법 개념과 국가배상의 위법 개념은 동일하고, 따라서 전소인 항고소송의 판결의 기판력이 그 인용 여부를 불문하고 후소인 국가배상청구소송에 미친다.

(2) 이원설(전부기판력부정설): 결과위법설 또는 상대적 위법성설에 따라, 항고소송의 위법 개념과 국가배상의 위법 개념이 상이하므로, 전소인 항고소송의

32) 대법원 1997. 7. 25. 선고 94 다 2480 판결

33) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007 다 64365 판결

34) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99 다 70600 판결

판결의 기판력이 그 인용 여부를 불문하고 후소인 국가배상청구소송에 미치지 않는다.

(3) 제한적 기판력긍정설: 국가배상의 위법 개념이 항고소송의 위법 개념보다 넓으므로, 전소인 취소소송이 청구인용 판결이면 그 기판력이 후소인 국가배상청구소송에 미치나 청구기각 판결이면 후소인 국가배상청구소송에 그 기판력이 미치지 않는다.

(4) 검토: 위법의 개념을 다양화하는 것은 혼란을 가져올 뿐 아니라 분쟁의 일회적 해결 및 법질서의 일체성에도 반하므로 일원설이 타당하다.

(5) 판례의 태도

대법원 2003. 12. 11. 선고 2001 다 65236 판결은, 어떠한 행정처분이 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 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 상당하다고 판시하였고, 이 법리는 유지되어 오고 있다. 그런데, 위 법리가 적용된 사례들은 대부분 항고소송에서 공법상 위법하다는 판단을 받았음에도 국가배상책임이 성립하지 않는다고 판시한 사례들이다.³⁵⁾ 항고소송에서 승소하고 국가배상청구소송에서 패소한 당사자들이 과연 납득할 수 있는지 의문이다.

35) 이에 대하여, 어떠한 행정처분이 항고소송에서 위법하다고 판단되었음에도 국가배상법상 국가배상책임의 요건을 충족하지 않는 이유가 공무원의 ‘고의 또는 과실’ 요건이 충족되지 않았기 때문인지, 아니면 항고소송에서의 행정행위의 위법성 판단기준과 국가배상법에서의 위법성 판단기준이 서로 다르기 때문인지 불분명하고, 전자라면 과실 개념을 점차 객관화하여 조직과실 이론이 과실추정 이론으로 향해 나아가는 경향에 부합하지 않고, 후자라면 동일한 행정처분에 대해 항고소송과 국가배상책임소송에서 위법성 판단기준을 달리하는 것은 국민이 납득할 수 없어, 결국 행정처분으로 인해 입었다고 하는 손해를 국민의 세금으로 전보하는 것이 납득할 수 있는지에 귀결된다는 비판이 있다. 하정훈, 앞의 논문, 885~887면.

4. 객관적 정당성의 상실

1) 객관적 정당성의 체계적 지위

대법원은 국가배상책임의 성부를 판단함에 있어 ‘객관적 정당성의 상실’을 그 판단기준으로 요구하면서도 위 요건의 체계적 지위에 관하여는 다음과 같이 일관적이지 않은 태도를 보여왔다.

(1) 위법성 판단기준: ‘객관적 정당성의 상실’은 본래 공무원의 행위가 형식상의 법령이나 규칙을 위반하지 않았다고 하더라도 그 위법성을 긍정하도록 하는 기준으로서 도입된 개념으로, 위법성 판단기준이 형식적인 법령에 얽매이지 않고 실질적으로 위법성을 판단해야 한다고 하였으나, 이후 행정소송에서 위법성이 인정된 행정행위를 원인으로 한 국가배상소송에서 그 행위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 없는 한 국가배상책임이 성립하지 않는다는 설시로 이어졌다.

(2) 고의·과실 판단기준: 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009 다 30946 판결은, 공무원의 고의·과실이 인정되려면, 국·공립대학 교원 임용권자가 객관적 주의의무를 결하여 그 책임용거부처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이르러야 한다고 판시하였다.

(3) 독자적인 제3의 요건: 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013 다 206368 판결 등은 객관적 정당성 상실 유무를 판단하는 기준으로 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시킬 만한 실질적인 이유가 있는지를 고려해야 한다고 판시하고 있는바, 위와 같은 고려는 행정행위의 위법성을 판단하거나 고의·과실의 존부를 판단하는 기준이라고 보기 어렵다.

(4) 대상판결은, 법률이 행정청에 대하여 행정입법을 할 재량을 부여하였다 하더라도, 그 재량을 부여한 취지와 목적에 비추어 행정청이 행정입법의 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 그 부작위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있고, 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없으면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 공무원의 과실도 인정된다고 판시하였다.³⁶⁾ 이에 대하여 대상판결의 별개의견은 다수의견이, 국가배상책임이 공무원 개인의 주관적 불법행

위책임을 국가가 대위해서 부담하는 것(대위책임)임을 전제로 하여, 국가배상책임의 성립요건으로 국가의 행위가 공법상 위법하다는 것뿐만 아니라 공무원의 주관적 책임요소인 고의·과실, 즉 객관적 주의의무의 소홀과 객관적 정당성 상실이라는 별도의 위법성 판단기준을 요구하고 있다고 실시하고 있다.³⁷⁾

2) ‘객관적 정당성 상실’ 요건의 불필요성

‘객관적 정당성 상실’은 국가배상법 제2조 제1항에 규정되지 않았음에도 대법원이 인정하여 오는 국가배상책임의 성립요건이다. 그러나 위법성 판단에서 살피는 ‘법령 위반’의 의미에 사용되는 ‘객관적 정당성 상실’과 동일한 용어를 사용하여 위법성 판단기준을 복수로 적용함으로써 국가배상책임의 체계적 판단을 방해하여 혼동을 불러오고 있으며, 법적 지위도 불분명하다는 문제점을 가지고 있다.³⁸⁾ 불필요한 판단의 중복을 가져오고, 판단기준이 불합리하다는 문제점도 있다. 대상판결은, 공무원의 직무행위가 객관적 정당성을 잃었는지는 행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보 책임을 국가가 부담할 만한 실질적인 이유가 있는지도 살펴보아야 한다고 판시하고 있는바, ‘피해자의 관여 여부와 정도’는 과실상계 부분에서 다루어질 문제이고 ‘손해의 정도’, ‘손해의 전보 책임을 국가가 부담할 만한 실질적인 이유가 있는지’ 등은 국가배상책임의 성립 단계가 아닌, 책임제한 단계에서 고려할 사항이다. 특히 ‘손해의 전보 책임을 국가가 부담할 만한 실질적인 이유가 있는지’를 판단하기 위하여는 국민 세금으로 국가배상할 만한 사안인지, 국가의 재정부담이 커질 우려가 있는지 등과 같은 점을 고려하여야 하는바 이러한 사정이 책임을 배제할 수 있는 법적 근거는 될 수 없다. 행정입법 부작위를 다룰 수 있는 여지가 많지 않은 상황에서, 보충적인 구제수단에 불과한 국가배상청구소송에서 이미 위법하다고 판단한 행정작용에 대하여 ‘객관적 정당성 상실’을 추가로 판단하는 것은 피해자의 권리구제를 과도하게 제한한다. 국가배상청구소송에서 승소한다고 하여 피해자들이 궁극적으로 원하는 결과(대상판결에서 피해자들이 궁극적

36) 이에 대하여 장윤영 앞의 논문 42면에서는 ‘객관적 정당성의 상실’을 위법성 판단기준으로 보았다고 한다.

37) 이에 대하여 다수의견은 위법성 요건에서 보았던 객관적 정당성 상실 요건과 그 체계적 지위를 구분하기 위하여 ‘과실’ 판단기준으로 본 것이고, 객관적 정당성 상실 요건은 국가배상책임의 성격을 자기책임으로 보든, 대위책임으로 보든 불필요한 요건이라는 박설아 앞의 논문, 394~395면이 있다.

38) 박설아, 앞의 논문, 394면.

으로 원하는 것은 장애인의 실질적 접근권 보장이다)가 곧바로 실현되는 것도 아니다.

3) 이러한 점들을 고려할 때, 국가배상책임의 성립 자체를 어렵게 만들 가능성이 있는 추가적인 요건인 ‘객관적 정당성 상실’ 요건은 더 이상 국가배상책임 성립요건으로 남아 있어서는 아니 된다.³⁹⁾

5. 고의 · 과실

1) 위에서 본 바와 같이 국가배상책임의 본질을 대위책임으로 보는 입장에서는 공무원의 고의 · 과실을 국가배상책임의 성립요건으로 보나 자기책임으로 보는 입장에서는 그렇지 않다. 대상판결의 별개의견은, 국가배상법 제2조 제1항은 헌법 제29조 제1항에 규정되어 있지 않은 공무원의 ‘고의 또는 과실’을 국가배상책임의 성립요건으로 규정하였는데, 이는 헌법 제29조 제1항이 정한 국가배상책임의 성립요건인 ‘불법행위’를 구체화한 것으로 볼 수 있지만, 헌법상 불법행위가 민법 제 750조에서 정한 개인의 주관적 책임을 전제로 하는 개념이라고 볼 수는 없고, 국가의 위법한 행위로 인하여 국민이 손해를 입었음에도 공무원 개인의 고의 또는 과실이 인정되지 않는다는 이유로 국민으로 하여금 그 손해를 감내하도록 하는 것은 국가의 국민에 대한 기본권 보장의무나 법치국가의 원리에 충실한 결과라고 볼 수 없으므로, 이 사건 쟁점규정에 대한 행정입법 부작위가 공법상 위법하다고 판단되는 이상 특별한 사정이 없는 한 국가배상법 제2조 제1항이 정한 ‘고의 또는 과실로 법령을 위반’ 한 행위가 인정되어야 한다고 실시하고 있다. 그러나 헌법재판소 2020. 3. 26. 선고 2016 헌바 55 결정 등은, 국가배상법 제2조 제1항이 국가배상청구원의 성립요건으로서 공무원의 고의 또는 과실을 요구함으로써 무과실책임을 인정하지 않는 것이 행정입법의 범위를 벗어나 헌법 제29조에서 규정한 국가배상청구권을 침해한다고 보기는 어렵다고 하고 있고, 대상판결은 행정청에 대한 작위 또는 부작위가 사후적으로 위법하다고 판단되더라도 그것만으로 공무원의 고의나 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 보통 일반의 공무원을 표준으로 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 말미암아 그 직무행위가 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 때 국가배상법 제2조

39) 장윤영, 앞의 논문, 45~47면.

가 정한 국가배상책임이 성립할 수 있으며, 공무원의 직무행위가 객관적 정당성을 잃었는지는 행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보 책임을 국가가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지도 살펴보아야 하며, 한편 법률이 행정청에 대하여 행정입법을 할 재량을 부여하였다 하더라도, 그 재량을 부여한 취지와 목적에 비추어 행정청이 행정입법의 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 그 부작위가 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있고, 객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없으면 국가배상법 제2조 제1항이 정한 공무원의 과실도 인정된다고 판시하였다.

한편 부작위의 인정은 우선 작위의무를 전제로 한다는 점에서 이미 부작위의 성립 그 자체에 고의·과실의 주관적 요소가 개재되어 있어, 권한불행사의 위법성이 확인되면 과실도 쉽게 추인되어 다시 판단할 여지가 없다는 견해도 있다⁴⁰⁾.

2) 과실의 객관화 경향

국가배상책임의 성립에 공무원의 고의·과실이 필요하다고 하는 입장에서도, 현대 행정이 그 다단계성, 복잡성 등으로 인하여 개인이 공무원의 과실을 증명하기 어렵다는 점에서 근래 국가배상책임의 성립요건으로서의 과실 개념을 객관화하여 되도록 피해자에 대한 구제의 폭을 넓히는 추세에 있어 가해공무원의 특징을 포기하거나⁴¹⁾, 피해자 측이 공무원의 직무행위에 의하여 손해가 발생하였음을 입증하면 공무원에게 과실이 있는 것으로 일응 추정하려는 시도도 있다.⁴²⁾ 과실개념을 ‘공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠’으로 보는 조직과실론도 마찬가지이다.

3) ‘위법성’ 요건과 ‘과실’ 요건의 관계

(1) 대상관결이 위와 같이 “행정청이 행정입법의 권한을 행사하지 아니한 것이…객관적 정당성을 상실하였다고 볼 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없으면 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 공무원의 과실도 인정된다”고 하여 위법성 요건이 인정되면 과실 요건도 인정된다고 볼 여지도 있으나 “피고 소속 공

40) 김중권, 앞의 논문, 534면.

41) 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018 다 212610 전원합의체 판결

42) 정하중/김광수, 앞의 책, 544~545면.

무원들은 …이 사건 쟁점규정을 개정하지 않고 장기간 방치한 것이 국가의 장애인 접근권 보장의무의 위법한 불이행을 구성한다는 점을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다”고 하여 관련 공무원들의 개별적인 귀책사유로서의 인식가능성을 검토하고 있다.⁴³⁾

(2) 부작위로 인한 불법행위의 경우 ‘위법한 부작위’를 상정하기 위해 행위자가 준수하여야 하는 ‘객관적 주의의무’를 설정하여야 하고, 그 객관적 주의의무를 설정할 때 ‘예견가능성’, ‘회피가능성’ 등 ‘과실’을 판단하는 요소가 개입하여, 그 결과 위법한 부작위의 존재와 과실의 존재가 명확히 구분되기 어려운바, 이는 부작위로 인한 국가배상책임에서도 동일하다. 부작위의 전제가 되는 공무원의 직무상 작위의무는 ①법령에 규정되거나 ②직무상 권한 발동에 관한 규정이 법령에 아예 없거나 ③직무상 (재량적)권한발동에 관한 규정을 법령으로부터 도출할 수 있는 경우로 나누어볼 수 있는바, ①의 경우에는 위법한 부작위의 전제인 작위의무 위반과 관련하여 ‘과실’과 연계되는 ‘예견가능성’ 또는 ‘회피가능성’을 고려하지 않더라도 법령으로부터 직접 직무상 의무를 도출할 수 있어, 부작위의 위법성과 과실의 판단이 중첩되지 않으나, ②의 경우에는 국민이 절박하고 심각한 법익 침해에 대한 예견가능성과 회피가능성을 기준으로 그 부작위의 위법성을 판단하는데, 이때 위법성과 고의·과실 판단이 중첩적으로 이루어지고⁴⁴⁾, ③의 경우에는 그 권한을 행사하지 않은 것이 ‘현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우’ 그 부작위가 객관적 정당성을 상실한 것으로 평가할 수 있고, 그와 같이 위법성이 인정되면 특별한 사정이 없는 이상 과실이 추정된다고 한다.⁴⁵⁾

6. 상당인과관계

1) 국가배상책임이 성립하기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하는데, 상당인과관계가 인정되는지 여부는 민사상 손해배상에서와 마찬가지로이다.

2) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016 다 268848 판결은 “공무원이 법령에서 부과

43) 박설아, 앞의 논문, 398~399면.

44) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021 두 33838 판결

45) 하정훈, 앞의 논문, 890~895면.

된 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 제3자가 손해를 입은 경우에 제3자에게 손해배상청구권이 인정되기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반행위와 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무를 판단할 때 일반적인 권리 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과한 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 공무원에게 직무상 부과한 법령의 목적이 사회구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 설령 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다”고 판시하여, 상당인과관계의 인정에 직무의 사익보호성을 요구하고 있다. 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법 작위의무는 국회가 헌법상 기본권인 장애인의 접근권을 보장하기 위하여 2008년 장애인차별금지법과 2009년 장애인 권리협약의 시행 또는 발효를 통해 발생한 것으로, 행정청의 위 의무는 ‘장애인’이라는 사회구성원의 이익과 안전을 위한 것이라 할 것이므로 지체장애인인 원고 A, B가 입은 손해와 직무상 의무 위반 사이에는 상당인과관계가 인정된다.

위와 같이 국가의 개선입법의무 불이행에 따라 상당인과관계가 인정되는 손해는 그 의무가 보호하고자 했던 장애인이 입은 손해에 한정되므로, 영유아를 키우는 어머니로서 유아차를 끌고 외출하는 경우가 많은데 편의시설이 설치되지 않은 편의점 등을 이용하는 데에 불편을 겪었다는 것에 불과한 원고 C는 행정청의 위법한 부작위를 이유로 상당인과관계 있는 손해를 입었다고 할 수 없다.

7. 손해

1) 정신적 손해의 인정 여부

이 사안에서 피해법익은 장애인등편의증진법 제4조가 인정한, 헌법상 기본권인 접근권인데, 그것이 시행령에 의해 사실상 무의미하게 된 이상 법적 불이익이 구체적으로 발생하였다고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 이 사안은 입법부가 행정청에 행정입법 의무를 부과하였음에도 행정청이 정당한 사유 없이 이를 이행하지

46) 김중권, 앞의 논문, 535면.

아니하거나 그 이행을 장기간 지연함으로써 개인의 권리가 침해된 경우인바, 국가배상의 규범통제기능에 비추어 보더라도 정신적 손해는 인정되어야 한다. 대상판결은 “그로 인해 개인에게 위자료로 배상할 만한 정신적 손해가 발생하였는지는 법률이 행정입법을 위임한 목적과 취지, 위법한 행정입법 부작위로 침해된 권리의 헌법상 지위 또는 중요성, 그 침해의 정도와 지속기간, 행정입법의무가 이행되지 않은 경위, 행정입법의무가 사후적으로나마 이행되었다면 그 행정입법의무의 뒤늦은 이행으로도 회복되지 않은 정신적 손해가 여전히 남았다고 평가할 수 있는지 여부⁴⁷⁾ 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 행정입법의무 불이행에 대한 손쉬운 사법적 권리구제 수단이 마련되어 있지 않은 우리 법제에서 국가배상청구가 가장 유효한 규범통제 수단이자 실질적으로 유일한 구제수단으로서의 의의가 있다⁴⁸⁾는 점도 아울러 참작하여야 한다”고 하면서 “이 사건 쟁점규정에 관한 위법한 행정입법 부작위로 인해 장애인에게 겪었을 고통을 위자하는 것은 장애인에 대한 동정이나 시혜가 아니라, 위법한 행정입법 부작위로 인한 국가의 책임을 명확히 함과 동시에 국가에 대하여 적시의 적절한 행정입법의무의 이행과 적극적인 장애인 보호정책의 시행을 촉구하는 수단으로서 의미가 있다”며 정신적 손해에 대한 위자료를 인정하였다.

2) 위자료의 인정 범위

(1) 대상판결은 행정입법의무의 불이행으로 인한 국가배상의 경우 그로 인한 권리 침해는 추상적인 수준에 머물게 되고, 행정입법은 전체 국민을 수범자로 하므로 특정 집단 또는 개인을 구체적인 대상으로 하는 행정행위에 비해 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호할 직무상 의무 위반에 대한 비난가능성은 상대적으로 크지 않은 반면, 국가배상책임이 인정되는 상대방의 인적 범위는 과도하게 확대될 수 있으며, 나아가 행정입법의무의 불이행이 위법함을 선언하는 판결을 통해 피해자의 정신적 손해가 일정 부분 회복될 수 있음은 물론 국가의 위법한 행위에 대한 사법통제도 충분히 이루어질 수 있고, 여기에 더해 그로 인한 권리 침해가 통상 다수의 피해자들에게 균질하게 나타나는 성

47) 박설아, 앞의 논문 401면은, 이는 국가배상책임에서 위자료의 기능과 관련한 문제이나, ‘행정입법의 뒤늦은 이행만으로 이미 발생한 정신적 손해의 회복이 가능해지기도 한다’는 것이 과연 그러한지 의문이라고 하고 있는바, 타당한 지적이다.

48) 국가배상제도는 피해자 구제기능, 제재기능, 위법행위억제기능(규범통제기능) 외에 손해분산기능도 가진다고 설명되고 있다. 하명호, 「행정법」, 박영사, 2025, 476면.

질의 것인지 여부, 국가의 위법행위에 대한 제재와 예방의 필요 등을 종합적으로 참작하여 그 직권에 속하는 재량으로 위자료 액수를 정하여야 한다며, 지체장애인인 원고 A, B가 이 소를 제기한 주된 목적은 이 사건 쟁점규정의 위법성 확인에 있는 것으로 보이고, 위법한 행정입법의무의 불이행으로 인한 장애인 접근권 침해의 태양과 정도, 장애인이 겪었을 불편과 고통은 이 사건 쟁점규정의 개정으로 보호받게 될 장애인에게 균질적인 것으로 보이는 점, 이 사건 쟁점규정에 대한 장기간의 행정입법부작위로 인해 지체장애인이 일상생활에서 접근권을 보장받지 못함으로써 입은 불이익이 적다고는 볼 수 없지만, 그 불이익을 주장할 수 있는 피해자의 범위가 넓고, 피고 스스로도 2022. 4. 27. 이 사건 쟁점규정을 개정한 이래 추가적 개정을 계속해가는 등 행정입법의무 불이행으로 인한 위법을 해소하기 위한 노력을 기울이고 있는 것으로 보이는 점 등을 함께 고려하면, 이 사건 쟁점규정에 대한 위법한 개선입법 부작위로 인해 지체장애인인 원고 A, B가 입은 정신적 손해를 배상하기 위한 위자료 액수는 각 10만 원이 적정하다고 판시하였다.

(2) 대상판결이 위자료 10만 원을 인정한 근거로 삼은 사유를 검토하여 본다.

(가) 이 사건 쟁점규정에 대한 장기간의 행정입법 부작위로 인해 지체장애인이 일상생활에서 접근권을 보장받지 못함으로써 입은 불이익은 대상판결의 표현과 같이 ‘적다고 볼 수 없는’ 정도가 아니라 말할 수 없을 정도로 크다. 행정입법 부작위가 그 자체로 장애인의 권리의무에 직접적인 변동을 일으키는 것은 아니어서, 일반적으로는 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호할 직무상 의무 위반에 대한 비난가능성은 상대적으로 크지 않다고 할 수 있을지는 몰라도, 이 사안은 휠체어장애인이 하루에도 곳곳에서 수십 번 마주칠 수 있는 문제로 일반 행정입법 부작위보다 수십 배, 수백 배는 더 심각한 수준의 문제이다.

(나) 행정입법 부작위는 전체 국민을 수범자로 하므로, 국가배상책임이 인정되는 상대방의 인적 범위가 과도하게 확대될 수 있다는 점은 국가의 재정적 지출의 문제다. 근본적으로는 국가가 많은 국민에게 피해를 입혔으면 적은 국민에게 피해를 입힌 경우보다 많은 배상을 해야 하는 것이고, 이를 막기 위하여는 국가가 그와 같이 큰 잘못을 저지르지 않아야 하는 것이다. 따라서 국가 재정에 큰 위협이 되지 않을 정도라면 이 점은 제한적으로 적용되어야 할 것이다. 국가배상제도의 규범통제기능을 간과하여서는 아니 된다. 더구나 재산상 손해에 대하는 국가 재정 문제가 개입될 수 없다는 점⁴⁹⁾도 고려되어야 한다.

(다) 대상판결은 ‘피고 스스로도 2022. 4. 27. 이 사건 쟁점규정을 개정한 이래 추가적 개정을 계속해가는 등 행정입법의무 불이행으로 인한 위법을 해소하기 위한 노력을 기울이고 있는 것으로 보이는 점’을 위자료액 10만 원 산정 근거의 하나로 들고 있다. 그러나 2022. 4. 27. 개정되어 2022. 5. 1. 부터 시행된, 이 사건 쟁점규정에 대한 개정시행령은 장애인 편의시설 설치의무를 지는 대상시설을 바닥면적 300㎡ 이상에서 50㎡ 이상으로 그 기준을 낮추기는 하였으나 ①면적제한 기준을 완전히 철폐하거나 대안적 조치의무를 입법화하지 않았고, ②개정시행령 시행 전에 설치된 편의점에는 여전히 300㎡ 이상의 기준을 적용하도록 하였는바, 건물의 내구연한이 수십 년에 달한다는 점이 고려되지 않았으며, ③주8)에서 본 바와 같이 면적제한 하향 기준의 적용을 받는 경우 ‘변경’ 개념을 축소하는 등으로 보아 개선입법 부작위로 인한 위법을 해소하기 위한 노력을 기울였다고 보기 어렵고⁵⁰⁾, 추가적 개정을 계속해갔다는 근거가 무엇인지는 알 수 없다.

(라) 제도개혁소송이므로 액수는 문제가 아니어서 그 의의를 진작할 수 있는 적당한 수준이면 족하다거나⁵¹⁾ 대상판결을 통해 피고의 입법 부작위가 위법하다는 점이 확인됨으로써 위 원고들이 겪은 정신적 손해가 상당 부분 회복되었다는 점⁵²⁾도 고려되었을 것으로 보기도 한다.

(마) 행정입법의무 불이행에 대한 손쉬운 사법적 권리구제 수단이 마련되어 있지 않은 우리 법제에서 국가배상청구가 가장 유효한 규범통제 수단이자 실질적으로 유일한 구제수단으로서의 의의가있는 점에 비추어, 아무리 국가재정이 문제 되고 제도개혁소송이라는 점을 고려하더라도, 소송을 수행하면서 변호사 비용을 제외하고 법원에 들어간 비용에도 훨씬 못미치는 10만 원으로 정한 것은 지나치게 적은 것으로 보인다. 최소한 법원에 들어간 소송비용 정도는 되어야 제도개혁소송 등 공익소송이 활성화될 것으로 보인다.⁵³⁾

49) 하정훈, 앞의 논문, 911면.

50) 위 개정시행령의 문제점은 ‘1층이 있는 삶’으로 시작한 대법관 오경미, 대법관 신숙희의 다수의견에 대한 보충의견에서 잘 설명되고 있다. 이 점에 대한 본격적인 검토로는 차성안, “시설물에 대한 장애인 편의시설 규범 구조 개선방안”, 『가천법학』, 가천대학교 법학연구소, 18권 1호, 2025, 69~116면이 있다.

51) 김중권, 앞의 논문, 549면.

52) 하정훈, 앞의 논문, 915면.

53) 이에 대하여 일본에서는 재외국민의 참정권 기회 박탈과 관련하여 5000엔을 인정한 사례가 있고, 영미법계에서는 실제 손해는 발생하지 않았다고 보는 상징적(명목적)손해배상이

VII. 대상판결의 의의

1. 대상판결은 행정입법의무의 불이행에 대한 손쉬운 사법적 권리구제 수단이 마련되어 있지 않은 우리 법제에서 가장 유효한 규범통제 수단이자 실질적으로 유일한 구제수단으로서의 국가배상책임의 기능을 확인하였다. 다만, 국가배상책임의 성립에 법령에 없는 ‘객관적 정당성의 상실’을 그대로 요구하였다는 점에서는 아쉬움이 있다.

2. 장애인에게는 장애인의 접근권을 헌법상 기본권으로 인정하고 —위법한 부진정입법부작위에 대한 검토를 통하여— 국가배상책임을 인정하였다는 데 대상판결의 의의가 크다.

VIII. 맺는 말

위와 같이 대상판결은 장애인 접근권을 헌법상 기본권으로 인정하고, 결과적으로 이를 침해하는 이 사건 쟁점규정에 대한 개선입법의무를 이행하지 않은 피고의 국가배상책임을 인정하였으나, 피고는 그 취지를 따르지 않고 제1심 판결이 선고된 뒤인 2022. 4. 27. 마지못하여 생색만 내는 최소한의 개선입법만 하였다. 이에 다시 개정시행령의 위법·무효확인을 구하는 추가소송이 필요하게 되었다. 그러나 법원은 개정시행령 규정의 위법·무효확인을 하는 것이 한계일 뿐 적법한 내용으로 개정을 명할 권한은 없으므로, 결국 피고가 이에 따르지 않는다면 어쩔 수가 없게 된다. 국가는 더 이상 법률만 그럴 듯하게 만들어 대외적으로는 장애인 기본권이 충실히 지켜지는 듯하게 만들어 놓고 실제로는 시행령을 통하여 장애인 접근권을 형해화시키는 일이 없어야 할 것이다. 다시 소송으로 가기 전에 스스로 제대로 된 개선입법을 하기를 기대한다.

명시적으로 인정되고 있다고 한다. 하정훈, 앞의 논문, 911~914면.

[참고문헌]

1. 도서

- 박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2018.
정하중/김광수, 「행정법개론」 제19판, 법문사, 2025.
정형근, 「행정법」 제4판, 피앤씨미디어, 2016.
하명호, 「행정법」, 박영사, 2025.
한수용, 「헌법학」 제14판, 법문사, 2025.

2. 논문

- 김중권, “규범적 불법(부진정 행정입법부작위)에 대한 국가배상책임”, 「사법」, 71호, 사법발전재단, 2025.
- 송시강, “이른바 부진정 행정입법부작위에 대한 사법심사 - 행정입법의 흠결에 관한 법 학방법론 -”, 「행정법연구」, 행정법이론실무학회, 제71호, 2023.
- 박단비, “피한정후견인에 대한 능력제한조치의 장애인 차별행위예의 해당 여부 - 대법원 2023. 9. 27. 선고 2020다101308 판결에 대한 평석을 중심으로 -”, 「사회법연구」, 제55호, 한국사회법학회, 2025.
- 박설아, “행정입법부작위와 국가배상책임- 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022다289051 전원합의체 판결에 대한 검토를 중심으로”, 「사법」, 사법발전재단, 72호, 2025.
- 임성훈, “행정입법부작위에 관한 행정소송 심사방식의 재정립”, 「법조」, 71권 4호, 법조협회, 2022.
- 장윤영, “행정입법부작위에 대한 국가배상책임 - 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022다289051 전원합의체 판결에 대한 평석을 곁하여 -”, 「법학논총」, 42권 1호, 한양대학교 법학연구소, 2025.
- 차성안, “바닥면적, 설치시점에 따른 장애인 편의시설 접근권 제한 - - 서울중앙지방법원 2022. 2. 10. 선고 2018가합524424 판결 중 확정된 편의점 가맹본부를 상대로 한 청구 부분을 중심으로 -”, 「법학논집」, 이화여자대학교 법학연구소, 29권 2호, 2024.
- _____, “시설물에 대한 장애인 편의시설 규범 구조 개선방안”, 「가천법학」, 가천대학교 법학연구소, 18권 1호, 2025.
- 하정훈, “행정입법의무의 불이행으로 인해 소규모 소매점에 대한 접근권이 제한된 지적장애인에 대한 국가배상책임의 인정 여부”, 「사법」, 71호, 사법발전재단, 2025.

[Abstract]

Infringement of Disability Access Rights and State Liability for Damages

- Focused on the Supreme Court En Banc Decision of
December 19, 2024 (2022Da289051) -

Park, Dahn Bee*

The right of access for persons with disabilities is a constitutional guarantee of human dignity and equality, essential for individuals to live autonomously and participate fully in society. While Korean law and international treaties have mandated measures to realize this right, the Enforcement Decree of the Act on Promotion of the Convenience of Persons with Disabilities long restricted accessibility obligations for small retail businesses to spaces over 300m²—excluding many establishments and pre-existing facilities. As a result, wheelchair users faced persistent barriers and limited access to ordinary life. This provision contradicted the legislative intent of its parent statute, rendering it unconstitutional and void. Yet, legislative reform was delayed for 24 years, only occurring after a lower court ruled the decree unlawful and the threshold was reduced to 50m². The Supreme Court’s en banc judgment recognized state liability for damages caused by such imperfect administrative legislation, affirming judicial remedies as the principal avenue for enforcing constitutional rights. Crucially, the decision confirms access rights as constitutionally protected for persons with disabilities. True progress will require comprehensive legislative measures to ensure meaningful access and fulfill the constitutional mandate for equality.

Keywords : Right of access for persons with disabilities, Constitutional fundamental rights, Purpose and scope of delegation, Omission of administrative legislative duty, State liability for damages

* Adjunct Faculty, Sangmyung University, Ph.D in Disability Studies

