

교정 영조물 국가배상책임에 대한 기본권 효력에 관한 해석론

주 민 호*

〈국문초록〉

기본권은 국가권력에 대한 방어권적 지위 혹은 위협에 대한 국가의 보호의무를 주장할 수 있는 다차원적 지위를 모두 가지고 있다. 과밀수용에 대한 결과적 불법성의 존재와 달리, 공무원의 고의와 과실을 인정하는 것이 정합적이지 않는 경우, 기본권의 효력을 직접 적용하거나, 그 대안적인 법적 근거를 기본권 해석에 비추어 개별 법령의 해석에 맞추어가는 것이 타당하다.

대법원은 교정시설의 과밀수용에 대한 국가배상 인정에 있어서 국가배상법 제2조에 의한 엄격한 법령 위반 뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실 위반을 포함하고 있다. 교정시설의 인권 침해에 대하여 책임을 인정하지 않은 관행에 대하여 진일보한 판결임에는 분명하지만, 이론적 측면에서 위법상태의 책임에 대하여 기본권의 직접효를 인정함과 동시에 기본권의 간접적 효력으로 인정한 듯하다.

교정시설의 공무원의 책임을 국가배상법 제2조를 적용하여 인정하기 위하여는 직무상 고의, 과실로 법령을 위반하여 손해를 입힌 경우이어야 한다. 판례는 인권 침해를 근거로 배상책임을 인정한 것으로 보이지만, 실질적으로 제2조를 적용하는 데에는 무리가 있다.

오히려 기본권의 직접적 효력을 인정하여 국가배상법 제5조의 영조물 책임을 적용하는 것이 논리적으로 타당하여 보인다. 즉 대법원 판결은 공무원의 과실에 대한 책임이 아니라, 국가 자체의 책임으로서 무과실 책임을 긍정하는 논리로 구성될 필요가 있다. 이는 위법한 결과와 공무원의 행위 사이의 인과관계를 인정하기 힘든 점에 기인하며, 사전적으로 국가가 교정시설을 확충하지 못한 것에 대한 결과적 책임이라고 생각된다.

주제어 : 기본권의 직접적 효력, 국가배상법, 영조물 책임, 무과실 책임, 인과관계

• 투고일 : 2025.07.10. / 심사일 : 2025.07.22. / 게재확정일 : 2025.07.24.

I. 서론

헌법재판소는¹⁾ 2016년 구치소 내 과밀수용에 대하여 인간의 존엄과 가치를 침해하였다는 판결을 한 바 있다.²⁾ 본 판결에서 “헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치는 국가형벌권이 사람을 단순한 객체로 취급하거나 비인간적이고 잔혹한 형벌을 금지하고, 행형에 있어 인간 생존의 기본조건이 박탈된 사람을 수용하는 것을 금지하고, 구금의 목적 달성을 위하여 필요최소한의 범위 내에서는 수형자의 기본권 제한이 불가피하다 하더라도, 국가는 어떠한 경우에도 수형자의 인간의 존엄과 가치를 훼손할 수 없다.”라고 국가형벌권 행사의 한계를 명시하였다.

행형에 있어서 과밀수용이라는 권력적 사실행위가 인권의 침해가 된다는 헌법재판소의 결정에 따라, 최근 대법원은 과밀수용에 대한 손해배상을 인정한 판례가 이어지고 있고,³⁾ 기본권 보장의 확대라는 측면에서 헌법재판소와 대법원의 판결을 높이 평가할 수 있겠지만, 손해배상을 인정한 원심판결⁴⁾에서부터

1) 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142

“수형자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에 수용되어 인간의 존엄과 가치를 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용면적뿐만 아니라 수형자 수와 수용시설 현황 등 수용시설 전반의 운영 실태와 수용기간, 국가 예산의 문제 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있다. 그러나 교정시설의 1인당 수용면적이 수형자의 인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소하다면, 이는 그 자체로 국가형벌권 행사의 한계를 넘어 수형자의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다.

이 사건의 경우, 성인 남성인 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간 동안 1인당 실제 개인 사용가능면적은, 2일 16시간 동안에는 1.06㎡, 6일 5시간 동안에는 1.27㎡였다. 이러한 1인당 수용면적은 우리나라 성인 남성의 평균 신장인 사람이 팔다리를 마음껏 뻗기 어렵고, 모로 누워 ‘칼잠’을 자야 할 정도로 매우 협소한 것이다. 그렇다면 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간, 집건 및 운동으로 이 사건 방실 밖에서 보낸 시간 등 제반 사정을 참작하여 보더라도, 청구인은 이 사건 방실에서 신체적·정신적 건강이 악화되거나 인격체로서의 기본 활동에 필요한 조건을 박탈당하는 등 극심한 고통을 경험하였을 가능성이 크다. 따라서 청구인이 인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진 이 사건 수용행위는 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다.”고 판시하였다.

2) 이 사건의 경우, 성인 남성인 청구인은 6인이 수용되었던 2일 16시간 동안 1인당 수평투영면적 1.49㎡(내부치수 1.21㎡), 실제 개인사용가능면적 1.06㎡인 이 사건 방실에서 생활하였고, 5인이 수용되었던 6일 5시간 동안 1인당 수평투영면적 1.79㎡(내부치수 1.45㎡), 실제 개인사용가능면적 1.27㎡인 이 사건 방실에 수용되었는데, 위와 같은 1인당 수용면적은 우리나라 성인 남성의 평균 신장인 174cm(2010년 국가기술표준원 실시 제6차 한국인 인체치수 조사 결과) 전후의 키를 가진 사람이 팔을 마음껏 펴기도 어렵고 어느 쪽으로 발을 뻗더라도 발을 다 뻗지 못하며, 다른 수형자들과 부딪치지 않기 위하여 모로 누워 칼잠을 자야할 정도로 매우 협소한 것이다.

3) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다280392 판결; 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결; 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020다253287 판결

대법원 판결까지 5년이라는 장시간이 걸렸다는 점에서 볼 수 있듯이, 교정시설의 재정적, 시설의 여건 문제와 이에 대한 국가배상법 제2조에 따른 공무원의 법령 위반 적용에는 많은 고심이 있었던 것으로 추측된다.

대법원 판결에 따르면 “국가배상책임에서 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 하는데, 여기서 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반 뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻한다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결 등 참조). 따라서 교정시설 수용행위로 인하여 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되었다면 그 수용행위는 공무원의 법령을 위반한 가해행위가 될 수 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2013다44720 판결 참조)” 판시하고 있다. 법령위반의 사유로 신의성실이나 권리남용이 포함될 수 있다는 것에서 볼 수 있듯이 대법원은 국가배상법을 민사법적 관점에서 바라보고 있고 있음을 짐작하게 된다. 그러나 대법원 판례에서 실시한 바대로 손해배상에 관한 주문을 제외하고는 헌법재판소의 논증구조와 크게 다르지 않다.

또한 본 판결은 국가배상법의 적용의 범위에 대한 새로운 고민을 가중시키고 있다고 할 수 있다. 독일 형형법 제146조에는 원칙적으로 과밀수용을 금지하는 명문의 규정⁵⁾을 가지고 있는 바와는 달리, 판결 당시 형집행법이 2007. 12. 21. 법률 제8728호로 전부 개정되어 2008. 12. 22. 시행되기 이전 구 형형법에서는 교정시설의 설비 수준에 관한 형집행법 제6조 제2항과 같은 규정을 두지 않았고⁶⁾, 단지 제1조의3에서 ‘수용자의 기본적 인권은 최대한 존중되어야 한다.’는 취지의 규정만 두고 있었다는 점에서 교정 공무원의 법령위반을 적용

4) 부산고법 2017. 8. 31. 선고 2014나50975 판결

5) Strafvollzugsgesetz § 146 Verbot der Überbelegung

(1) Hafträume dürfen nicht mit mehr Personen als zugelassen belegt werden.

(2) Ausnahmen hiervon sind nur vorübergehend und nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde zulässig.

6) 개정법에는 이에 관한 내용을 담고 있다.

「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하, 「형집행법」) 제6조(교정시설의 규모 및 설비) ① 신설하는 교정시설은 수용인원이 500명 이내의 규모가 되도록 하여야 한다. 다만, 교정시설의 기능·위치나 그 밖의 사정을 고려하여 그 규모를 늘릴 수 있다. <개정 2020. 2. 4.>② 교정시설의 거실·작업장·접견실이나 그 밖의 수용생활을 위한 설비는 그 목적과 기능에 맞도록 설치되어야 한다. 특히, 거실은 수용자가 건강하게 생활할 수 있도록 적절한 수준의 공간과 채광·통풍·난방을 위한 시설이 갖추어져야 한다.③ 법무부장관은 수용자에 대한 처우 및 교정시설의 유지·관리를 위한 적절한 인력을 확보하여야 한다. <신설 2019. 4. 23.>

하여 국가배상법을 적용하는 것이 적절한가라는 점과 과밀수용이라는 명백한 인권침해에 대하여 손해배상을 매개하는 우리 국가배상법의 한계, 그리고 상대화되는 국가배상과 손실보상 제도에 대한 변화에 대한 고민이 있다고 할 수 있다. 따라서 본고에서는 대법원 판결을 기초로 독일의 국가배상구조와의 비교법적 고찰을 통하여 국가배상법의 제2조 제1항의 법령위반과 아울러, 특수한 환경이라 할 수 있는 교정시설과 같은 국가 영조물에 있어서 배상책임을 규정하고 있는 동법 제5조의 영조물 책임에 관하여 논증할 필요성이 있다고 생각된다.

국가의 위법행위에 대하여 가지는 기본권의 효력은 방해배제청구권(이를 근거로 취소소송), 결과제거청구권(침해로 인한 발생한 결과 제거 및 원상 회복), 손해배상청구권(금전적 보전)으로 나타날 수 있다. 해당 판례는 시기적으로 방해배제청구권과 결과제거청구권의 행사는 불가하므로, 손해배상청구로만 귀결된다. 그러나 손해배상의 청구 이전에 다른 수단에 관하여 어떠한 판시도 볼 수 없으며, 사건의 행정 구제 절차에 대하여도 논의된 것을 확인할 수 없다.

국가배상청구권은 헌법상 기본권이며, 이는 국가배상법으로 구체화된다. 따라서 기본권 침해에 대응하여 그 배상을 인정할 필요성이 제기될 때마다 부득이 국가배상법 제2조의 적용범위를 넓혀온 것이지만, 이는 법체계상 정합적이라 할 수 없다.

전통적으로 우리나라 국가배상법 제2조는 공무원의 고의·과실에 의한 법령위반을 동법 제5조는 무과실책임에 근거하는 것으로 보고 있다. 개별 공무원의 유책행위를 특정할 수 없거나, 제반 상황에 비추어 다른 대체 행위를 기대하기 어려운 경우, 영조물책임 혹은 조직 전체에 책임을 부여하는 것을 기대할 수 있을 것이다.

II. 교정영조물 과밀수용에 대한 기본권 방어 및 보호조치에 관한 논의

1. 대법원판결

구치소 등 교정시설에 수용된 후 출소한 갑 등이 혼거실 등에 과밀수용되어 정신적, 육체적 고통을 겪었다고 주장하며 국가를 상대로 위자료 지급을 구한

사안에서, 국가는 갑 등이 2㎡도 되지 않는 1인당 공간을 사용해야 했던 과밀 수용기간 동안 입은 정신적 손해를 배상할 의무를 인정한 부산고등법원⁷⁾의 판결이 5년이 지난 후, 대법원은 “수면은 인간의 생명 유지를 위한 필수적 행위 중 하나인 점, 관계 법령상 수용자에게 제공되는 일반 매트리스의 면적은 약 1.4㎡인데(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙」 제7조 제2호, 제9조, 「수용자 피복관리 및 제작·운영에 관한 지침」 제2조 [별표 7] 제2항 등), 이는 수용자 1인당 수면에 필요한 최소한의 면적으로 볼 수 있는 점, 교정시설에 설치된 거실의 도면상 면적은 벽, 기둥의 중심선으로 둘러싸인 수평 투영면적(「건축법 시행령」 제119조 제1항 제3호 참조)을 의미하는데, 벽, 기둥 외의 실제 내부 면적 중 사물함이나 싱크대 등이 설치된 공간을 제외하고 수용자가 실제 사용할 수 있는 면적은 그보다 좁을 수밖에 없는 점 등을 고려하면, 원심판결 이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심이 수용자 1인당 도면상 면적이 2㎡ 미만인 거실에 수용되었는지를 위법성 판단의 기준으로 삼아 피고의 원고들에 대한 국가배상책임을 인정한 것은 수긍할 수 있다.”라고 판시하였다.

이는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 개별 손해배상 사건에 직접 적용한 것이었고, 국가배상책임에서 공무원의 행위가 법령을 위반하였다는 의미 및 교정시설 수용행위로 인하여 수용자의 인간의 존엄과 가치가 침해된 경우 그 수용행위가 공무원의 법령을 위반한 가해행위가 될 수 있음을 긍정한 판례이다.

2. 기본권 차원의 이론적 근거

(1) 방어권

교정적 의미로서 기본권은 소극적 지위에 속하는 자유권의 방어에 있으며, 이에 대한 제한은 형식적으로는 법률유보에 의하며, 실질적으로는 과잉금지원칙에 따라 정당화된다. 기본권은 다차원적인 성격을 가지고 있으므로 경우에 따라서 방어권 혹은 보호의무를 원용하기도 한다. 그럼에도 불구하고 전통적 의미의 방어권에 관한 주장이 여전히 여전한 것은 보호의무의 심사기준이 과소보호금지원칙에 따른 명백성 통제에 그치고 있음으로 인한 권리구제를 위한 기본권 효력의 약화가 그 원인으로 생각된다.

교정시설에 대한 수용은 헌법 제12조에서 정하는 적법절차에 따른 것으로

7) 부산고등법원 2017. 8. 31 선고 2014나50975 판결

그 정당성이 추정되지만, 이에 더하여 과밀수용으로 인권침해는 또 다른 영역에 대한 새롭게 제기되는 방어권에 대한 것으로서 이에 대한 정당성이 평가되어야 한다.

(2) 기본권보호의무

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다.

국가가 소극적 방어권으로서의 기본권을 제한하는 경우 그 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하고, 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없으며 그 형식은 법률에 의하여야 하고 그 침해범위도 필요최소한도에 그쳐야 한다. 그러나 국가가 적극적으로 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무를 부담하는 경우에는 설사 그 보호의 정도가 국민이 바라는 이상적인 수준에 미치지 못한다고 하여 언제나 헌법에 위반되는 것으로 보기 어렵다. 국가의 기본권 보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 입법자가 제반사정을 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문이다.

이러한 취지에도 불구하고 헌법재판소는 기본권 보호의무의 심사기준을 “물론 입법자가 기본권 보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 그러한 이상적 기준이 헌법재판소가 위헌 여부를 판단하는 심사기준이 될 수는 없으며, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 기본권 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”⁸⁾고 하여 명백성 통제에 그치고 있다.

즉 권력분립의 관점에서 입법부가 최소한의 적절하고 효율적인 보호조치를 취하고 있는가를 기준으로 심사하고 있다. 따라서 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있는 것이다.

교정행정에 있어서도 국가는 수형자의 생명·신체·인격적 존엄에 대하여 적극적으로 방어할 의무를 가진다. 여기서의 보호의무는 국가가 제3자의 침해뿐만 아니라 국가기관 내부 즉, 교정시설에서의 인권침해에 대하여 방지할 의무가 있다고 할 수 있으며, 이에 대한 조치로서 적절한 수용시설의 확충, 수용인원의 조정, 수용자 관리 제도의 개선이 의무에 해당한다고 할 수 있다.

(3) 인간의 존엄의 권리성 인정과 객관적 법으로의 성격

인간의 존엄의 보장은 그 자체로 존엄권을 보장하고 타 기본권에 대하여 독자성을 형성하고, 이로써 더욱 구체화된다.⁹⁾ 실제 인간의 존엄은 객관적 가치질서로는 당연히 받아들여졌지만, 주관적 권리로 인정되는 데에는 보호영역을 명확하게 확정하기 어려울 뿐만 아니라 전통적인 헌법 해석에 있어서 지나온 관성에 기초하여 적극적인 해석은 무리라는 측면이 존재하였고, 최근의 생명윤리적인 영역에 있어서는 미리 예단을 자제하고자 하는 점도 있다고 할 수 있다.¹⁰⁾

인간의 존엄과 가치는 침해로부터의 방어권뿐만 아니라 기본권보호를 수반하는 보호권적 기능과 이에 대한 위협을 사전에 예방하기 위한 각종의 수단에 필요한 절차를 창설하거나 보충할 수 있는 범규정을 제정과 일정한 보호수준을 제정할 수도 있다. 이에 더하여 인간의 존엄과 가치는 다른 개별적 기본권에 의한 행위가 제3자에 대한 침해로 이어질 경우에 있어서 제한의 기능도 할 수 있다.

따라서 인간의 존엄과 가치는 개인의 주관적 권리일 뿐만 아니라 법질서 전반에 적용되는 객관적 가치질서를 형성해야 하고, 이는 모든 국가작용을 기속한다. 따라서 교정행정 또한 인간의 존엄과 가치를 최우선으로 해야 한다.

8) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81

9) 박진완, 유럽연합의 기본권으로서의 인간의 존엄의 보장에 대한 검토, 공법연구 제35집 제3호, 2007, 89면

10) 박진완, 위의논문, 90면

3. 기본권 침해에 대한 개인의 다자원적 기본권 지위

기본권적 지위는 G Jellinek에 의해 도입된 개념으로 소극적 지위는 국가의 부당한 간섭으로부터 개인의 방어권으로 고전적 기능을 의미하며, 국가는 이에 상응하는 기본권을 존중할 의무를 지게 되고, 시민은 국가에 부작위를 요구할 수 있다. 이에 반하여 적극적 지위는 기본권을 국가를 상대로 소를 제기하여 적극적인 불법상태의 제거를 요구할 수 있는 청구권적 지위를 가지게 된다.¹¹⁾

이러한 다차원적 기본권이론에 따르면 국가는 기본권의 잠재적 침해자라는 성격과 더불어 기본권의 보호자라는 성격을 모두 가지고 있으며, 상황에 따라 방어권 혹은 기본권 보호의무를 주장할 수도 있을 것이다. 즉 방어권은 국가에 대하여 부작위의무를 보호의무는 행위의무와 기본권적 맥락에서 급부의무를 부과한다.¹²⁾

여기서 기본권 보호의무상의 보호청구권의 절차적 유무에 대한 논의가 제기될 수 있는데, 기본권의 효력은 불법에 의한 국가 혹은 사인의 침해에 대한 국가의 기본권 구제에 있어, 입법적으로 부존재하거나, 존재하더라도 불완전한 경우, 즉 청구권의 입법상 미비로 인하여, 혹은 법적 근거가 부족한 경우에 있어서, 일정 부분을 확장해석하거나, 아니면 기본권의 효력이 직접 적용되도록 할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다.

따라서 이러한 지위에 기한 기본권 침해에 대한 기본권 효력은 당연히 권리구제로 이어져야 하지만, 권리구제의 수단이 존재하지 않거나, 실제로 권리구제가 이루어지지 않는 경우, 즉 손해배상을 인정할만한 법률적 근거가 없는 명확하지 않는 경우가 문제가 된다. 이러한 기본권의 효력에 비추어 본고에 전제된 과밀수용의 불법성에 기초한 국가배상법의 손해배상청구의 근거 조항을 찾는 데에 기본권 효력과의 범정합성에 주의를 두는 것이 바람직한 것이다.

11) Christian Calliess, *Fundamental Rights Protection in Germany: The Multifaceted Dimensions of Freedom Defined by the Duty to Respect and the Duty to Protect*, Freie Universität Berlin, 2021, p. 3

12) 정혜영, 방어권과 기본권의보호의무 : 보호의무사안의 방어권적 재구성에 관한 논의를 중심으로, 아주법학 제7권 제4호, 142면

Ⅲ. 국가배상법 제2조의 법령위반에 대한 검토

1. 국가배상 책임의 본질

국가배상은 공무원의 개인책임, 국가의 대위책임, 국가의 자기책임으로 구분된다.

(1) 공무원의 개인책임

국가무책임 사상이 지배하던 경찰국가시대에는 공무원의 위법한 직무집행을 통하여 개인에게 손해가 발생하였을 때, 국가가 책임지는 것은 용납하기 힘들었다. 국가와 공무원의 관계는 사법상 위임계약으로 보는 것이 일반적인 것으로 위법하게 직무를 수행하여 위임의 한계를 일탈한 경우에는 그 행위의 효과가 국가에게 귀속하는 것이 아니라 공무원이 사인의 지위에서 책임을 져야한다는 것이 공무원의 개인책임이다.¹³⁾

(2) 국가의 대위책임

독일 민법 제839조는 공무원의 개인책임을 전제로 하여, 기본법 제34조에 의하여 국가대위책임으로 구성하고 있다. 공무원이 직무상 의무¹⁴⁾를 위반하여 제3자에게 손해를 발생시키는 것에 대하여 국가가 대신하여 그 직무책임을 지는 것이다. 이는 국가의 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성할 수 없다는 법실증주의를 바탕으로 한 것으로, 책임이 공무원 개인에게 귀속되어야 하나, 재정능력을 가진 국가가 면책적 채무인수를 한다는 의미를 가지고 있다.¹⁵⁾

(3) 국가의 직접책임

개인의 법률관계의 상대방은 국가이며, 공무원은 국민에 대하여 직접적인 법률관계가 성립하지 않으므로 공무원은 단지 국가가 국민에 대하여 갖고 있는 권리와 의무의 집행자로서만 외부에 나타나며 그의 법적 효과는 적법하든 위법하든 모두 국가에 귀속된다. 따라서 국가는 비록 공무원에 의하여 행하여진 법적 의무위반에 대하여 피해자인 개인에게 직접 책임을 져야 하는 것이며,

13) 정하중, 국가책임과 공무원책임, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012, 341면

14) 여기서 직무의무는 관례의 축적을 통하여 형성되어왔고, 헌법과 법률 및 관습법과 일반원칙, 행정규칙을 통해서도 도출된다.

15) 정선균, 국가배상법상 공무원, 제주대학교 법과정책연구원, 법과정책 제29권 제1호, 2023, 182면

공법상의 법률관계의 구조로부터 국가의 직접적인 책임이 인정되며 동시에 공무원 개인의 외부적 책임은 논리적으로 부정된다.¹⁶⁾

2. 국가배상법의 성격과 구조

Ⅲ장과 Ⅳ장의 국가배상법 제2조와 제5조의 해석 위하여는 헌법과 국가배상법의 해석론이 필요하다. 우선 헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권은 개인적 자유주의가 지배하는 기본권의 측면이기 보다는 제28조 형사보상청구권과 제30조 범죄피해보상청구권 사이에 규정됨으로써, 국가 공동체적 관점이 고려되는 기본권임이 분명하다고 할 수 있다. 이러한 측면에서 공무원의 직무집행상의 고의 또는 과실에 대한 책임은 공무원 개인의 책임이 아니라 국가의 대위 책임 혹은 국가의 자기책임으로 이해하는 것이다. 국가라는 추상적인 법인격의 직무 수행은 공무원이라는 개인 혹은 개별 기관에 의하여 수행되는 것이므로, 국가배상의 책임은 국가의 자기책임으로 보는 것이 타당하다고 본다. 그럼에도 불구하고 독일의 국가배상이 독일 민법 제839조에 따른 직무의무의 평가에 집중되어 있는 것에 비하면, 우리의 국가배상법은 제2조의 법령위반과 제5조의 영조물 책임으로 이분되어 있는 것으로부터 생각해본다면, 제2조와 제5조의 포괄적인 책임이 독일 민법 제839조에 상응한다고 볼 수 있다. 따라서 제2조는 법령위반은 엄격한 적용범위를 가지는 것으로 해석하고, 제5조의 관리책임 또한 고의 과실과 무관하게 책임이 형성되는 것이라 볼 수도 없으므로, 무과실 혹은 공무원에게 유책을 인정하기 곤란한 경우의 영조물 책임에 대하여 인정하는 것이 타당해보인다.

3. 법적 근거와 위법성 판단

헌법

제29조 ①공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

제23조 ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

국가배상법

제2조 ①국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이

16) 정하중, 국가책임과 공무원책임, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012, 344면

직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다. <개정 2009. 10. 21., 2016. 5. 29.>

제5조(공공시설 등의 하자로 인한 책임) ① 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 제2조 제1항 단서, 제3조 및 제3조의2를 준용한다.

우리나라의 경우 국가배상책임의 성립요건으로 법령 위반, 즉 위법성이 요구된다. 위법성의 판단과 관련하여 행위위법설, 결과불법설 등이 있으며, 최근에는 처분이 위법함에도 불구하고 국가배상책임 성립요건으로서의 위법성을 인정하지 않는 상대적 위법성이 제기된다. 이에 따르면 가해행위가 피해자에 대한 손해배상이라는 관점에서 객관적으로 정당성을 상실한 경우에만 국가배상법적 의미에서 위법으로 본다.¹⁷⁾ 이는 국가배상법상 공무원의 책임은 과실 책임주의에 따르고 있으므로, 고의 또는 과실이 없는 경우에는 배상이 불가능하기 때문이다. 고의와 과실을 좁게 해석하게 되면 국가배상의 범위를 범률로 정하고 있는 헌법 제29조 제1항에 근거한 국민의 국가배상권을 침해할 우려가 있으므로 그 폭을 넓히려는 추세를 고려하여 국가배상법 제2조 제1항의 위헌 소원을 인용하지 않은 헌법재판소의 판시와도 동일한 맥락을 가진다.¹⁸⁾

이와는 달리 우리 학계의 주류는 상대적 위법성설을 배척하고 있으며, 위법성 판단을 행위위법설에 따르고 있다.¹⁹⁾ 행위위법설은 다시 광의설, 협의설, 직무의무위반설로 나뉜다.

(1) 협의설과 광의설

협의설과 광의설은 공통적으로 국가배상법상 위법을 직무행위의 법령위반으로 이해하지만, 위법성 판단의 척도가 되는 법령의 범위와 위법성 판단의 대상의 측면에서 견해를 달리한다. 협의설은 국가배상법상 위법이란 공권력의 행사 또는 불행사로서의 행위 그 자체의 범규위반을 의미하는 것이다. 따라서 협의

17) 서주연 외 3인, 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 한국형사·법무정책연구원, 연구총서 22-A-03, 55면.

18) 헌법재판소 2015. 4. 30 자 2013헌바395 결정

19) 최인호, 국가배상법상 위법성에 관한 소고-제2조의 위법·과실요건을 중심으로-, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제32권 제2호, 2021, 146면

설에 의하면 위법개념은 행정쟁송법상의 개념과 일치하게 되며, 이에 해당하는 법규의 범위는 불문법원인 행정법의 일반원칙을 비롯한 근거법규 또는 관계법규의 권한, 형식, 절차 또는 내용에 관한 요건규정이 포함되며, 위법성과 과실 판단은 상호 분리되는 경향을 가진다. 따라서 적용 범위에서 법규성이 부인되는 행정규칙은 제외되며, 부당한 재량행위를 위법한 것으로 취급할 수 없다.²⁰⁾

그러나 광의설은 직무행위 그 자체의 법규위반 뿐만 아니라 행위의 태양(권한이 행사되는 방법이나 수단)을 근거법규 및 관계법규의 관련 규정, 조리(즉 헌법의 취지나 정의관념) 등에 비추어 손해가 발생하기까지의 구체적인 사정과 함께 종합적으로 검토하여 ‘공무원의 직무상 손해방지의무 위반’이 있다고 볼 수 있는 경우까지 위법으로 보게 된다.²¹⁾ 광의설에 따르면 손해방지의무의 근거는 헌법 제10조에 의한 기본권보호의무에 기반한다. 즉 기본권적 인권이나 생명, 신체 또는 재산에 대한 법익을 보호해야 할 추상적인 의무인 국가의 기본권보장주의는 사안에 따라 특정 국민과의 관계에서 구체적인 의무인 직무상 손해방지의무로 전환되는 것이므로 이러한 의무의 존재 및 위반 여부를 판단할 때 필연적으로 행위의 태양을 고려할 수밖에 없게 된다. 광의설에 의하면 권리구제의 범위가 확장될 수 있으나 행정쟁송법상의 위법성과는 다르게 되어 각자의 판단을 요한다.

(2) 직무의무위반설

직무의무위반설은 앞서 소개한 바와 같이 독일 민법 제893조 제1항과 기본법 제34조에 근거하여 직무행위의 위법성은 사익보호성 있는 직무상 의무의 위반이 된다.²²⁾ 이에 따르면 국민과의 관계에서 공무원이 직무상 주의의무를 다하지 못한 것을 위법개념으로 이해하기 때문에 당연히 행정쟁송법상 위법개념과 구별되며, 직무상 주의의무의 위반 여부를 판단함에 있어서 구체적인 사안에서 당해 직무행위의 성질과 내용을 기준으로 직무상 의무를 도출하면서 가해자인 공무원의 인식이라는 주관적 측면을 동시에 고려하게 되어 위법성과

20) 최인호, 국가배상법상 위법성에 관한 소고-제2조의 위법·과실요건을 중심으로-, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제32권 제2호, 2021, 149면

21) 박근성, “國家賠償法上의 違法과 過失에 관한 理論과 判例”, 행정법연구 제1호, 1997. 6-7면 ; 김동희, 『行政法I』, 박영사, 2018, 570면 ; 최인호, 국가배상법상 위법성에 관한 소고-제2조의 위법·과실요건을 중심으로-, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제32권 제2호, 2021, 149면

22) 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학 제5권, 1993, 97면.

과실의 판단이 일원화되는 경향을 가지고 있으며, 그 적용이 행정처분에까지 확대되고 있는 추세에 있다고 평가되고 있지만, 입법작용과 사법작용의 경우와 같이 법률의 규율밀도가 지극히 낮은 반면 직무의 독립성과 재량이 폭넓게 인정되는 특수한 영역에서 주로 채용되고 있다.²³⁾

그러나 직무의무위반이 독일 법제에 근거하고 있어, 우리 실정법상의 근거로 원용할 수 없을 뿐만 아니라 직무상임무의 개념 또한 모호하므로 법적 혼란을 야기할 수 있으므로 본 학설을 지지하는 학자는 소수에 그친다.

4. 위법과 과실의 관계

공무원의 행위가 기속행위인 경우에는 과실과 위법성의 판단은 특별한 사정이 없는 한 과실은 추정되어 과실의 입증 문제는 발생하지 않지만, 정당한 법령의 해석·적용에 대한 법적 불확실성, 재량의 하자 문제, 그리고 국가배상법 제2조의 문언에 근거하여 위법성에 대한 가해자인 공무원의 주관적 인식을 요구하는 판례의 경향은 과실의 입증 문제의 어려움을 가중시키고 있다. 이러한 판례의 경향은 국가배상법을 민법의 특별법으로 보는 민사법적 사고에 바탕을 둔 것으로 보이며, 권리구제를 위한 배상책임 인정의 필요성에 따른 것으로 보이지만, 국가배상제도는 행정통제기능 이외에도 제이익 간의 조정을 통한 공적 위험의 분배와 같은 공법영역에서 특별한 의미를 가지는 손해의 공평한 부담의 기능을 결정적으로 간과한 것으로 보인다.²⁴⁾

이는 손해 및 인과관계라는 규범적 개념이라는 점에서 국가배상책임의 목적과 체계를 파악하지 못한 것으로서 민법상의 손해의 개념과 범위가 개별 손해배상제도의 목적에 따라 달리 파악되는 것과 마찬가지로 국가배상은 그 목적에 알맞은 지위를 가지도록 해석하는 것이 타당하다.²⁵⁾

23) 신봉기·조연팔, 국가배상법상 위법성의 개념에 관한 분석-일본의 학설 및 판례에서 사용되는 척도를 중심으로-, 토지공법연구 제57집, 2012, 281-285면; 정승윤, 국가배상법상 위법과 고의·과실에 관한 대법원 판례 분석·비평, 조선대 법학논총 제19집, 16-18면; 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학 제5권, 1993, 각주 7; 강구철, “입법·사법상의 불법과 국가배상에 관한 연구”, 국민대 법학논총 제16집, 2004. 2., 71-72, 78-80, 81-82면.

24) 최인호, 국가배상법상 위법성에 관한 소고-제2조의 위법·과실요건을 중심으로-, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제32권 제2호, 2021, 164면

25) 김혜진, 공법상 개념으로서의 국가배상법상 손해-국가배상책임의 본질에 따른 고유한 법개념 정립을 위한 시론, 공법연구 제52집 제2호, 583면

IV. 영조물 책임을 규정한 국가배상법 제5조의 적용

1. 영조물 책임의 의의와 기능

(1) 법5조의 공공시설 및 영조물의 책임 분리

영조물 책임은 공공시설의 관리 하자와는 다른 개념으로 분리되어 있다.

「국가배상법」 제5조 제1항은 “도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)(밑줄 저자)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)”로 적용범위를 도로·하천과 같은 자연 시설에 대립하는 의미에서 공공의 영조물을 공적 목적으로 제공된 물건으로 공물이라 보는 견해가 다수의 입장이다.²⁶⁾ 이러한 견해는 “국가배상법 제5조 제1항 소정의 공공의 영조물이라함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반 공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다”라고 한 대법원 판결에서 기인하고 있다.²⁷⁾

특히 공법상 영조물이용관계에서 본 손해배상 판결의 대상이 된 교정시설에서 수용자와의 관계에서 광범위한 재량이 인정되는 영역으로 재량권의 일탈·남용에 대하여는 취소소송 등을 통하여 권리구제를 받을 수 있다는 것도 정립되어 있으나, 국가배상의 문제에서 공무원의 재량 혹은 권력적 사실행위를 어떻게 보는 것이 타당한가의 논의가 있다고 할 수 있다.²⁸⁾ 교정당국의 수형자의 수용행위를 무엇으로 볼 것인가는 이견이 존재할 수 있다고 생각된다. 당시 교정시설에 관한 수용인원에 관한 법규가 존재하지 않았고, 이에 대한 수용 결정은 인권침해와 관련을 가지는 것이므로 권력적 사실행위와 재량이라는 측면이 모두 고려될 수 있다. 다만 재량으로 보는 견해에서는 미국 연방불법행위청구법(FTCA)상 재량기능예외의 적용을 통하여 면책이 가능하다고 볼 수 있다.²⁹⁾³⁰⁾

26) 강현호, 국가배상법 제5조의 하자의 의미, 성균관 법학 제16권 제1호, 2004, 310면.

27) 대법원 1995. 1. 24. 94다45302; 대법원 1998. 10. 23. 선고 98다17381 판결 등

28) 정하명, 미국 연방불법행위청구법(FTCA)상 재량기능예외와 그 시사점 - 대상판결: 대법원 2022.7.14. 선고 2017다266771 판결-, 전남대학교 법학논총 제43권 제2호, 2023, 321면

29) 정하명, 미국 연방불법행위청구법(FTCA)상 재량기능예외와 그 시사점 - 대상판결: 대법

(2) 하자의 의미

영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 통상적으로 갖추어야 할 안전성을 결여하고 있음을 의미하며, 이로 인하여 국가나 지방자치단체의 배상 책임에 대하여는 과실을 필요로 하지 않는다. 따라서 영조물의 성질이나 상태 및 구조 등에 물적 하자가 있어서 통상 갖추어야 할 안전성을 결하고 있다면 그 관리자에게 과실이 없더라도 손해를 발생하여야 한다. 이 경우 재정력의 부족 등이 면책사유가 될 수 없다. 즉 영조물의 물적 안정성 결여, 무과실책임, 재정적 이유가 면책사유가 되지 않는 것이 국가배상법 제5조의 책임원칙으로 확립되어 있다.³¹⁾

또한 하자의 판단 기준에 대하여 대법원은 “안전성의 구비 여부는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아 판단하여야 하고, 다른 생활필수시설과의 관계나 그것을 설치하고 관리하는 주체의 재정적, 인적, 물적 제약 등을 고려하여 그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치 관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다.”고 판단하여 손해발생의 예견가능성과 회피가능성을 판단기준으로 하고 있다.³²⁾

국가배상책임의 영역에서 과실의 유형은 그 입증정도에 따라서 입증과실, 추정과실, 무과실로 구분된다. 첫째, 입증과실이란 과실책임의 전형적인 예로

원 2022.7.14. 선고 2017다266771 판결-, 전남대학교 법학논총 제43권 제2호, 2023, 324면

30) 연방불법행위청구법(FTCA)상 면책 사항은 법률이나 규칙의 적용여부를 불문하고 공무원이 주의의무(duty of care)를 다하여 집행한 경우, 또는 연방 행정청이나 그 직원의 재량적 권한 행사(재량권의 남용여부는 불문)로 인한 손해, 우편물의 분실, 배달착오, 미전달 등으로 인한 손해, 국제·관세의 산정이나징수, 세무공무원·세관공무원 기타 법집행공무원에 의한 물건의 압류로 인한 손해, 미합중국에 대한 해상소송에 규정하고 있는 권리구제에 관한 청구, 전쟁과 국방에 관한 업무에 종사하는 공무원들의 작위나 부작위에 기인하는 청구, 미합중국의 검역활동으로 인해 야기된 손해, 공무원의 폭행·불법감금·불법체포·악의적 기소·소송절차의 남용·명예훼손·비방·기망·계약상권리방해 등의 행위로 인한 손해 등이 규정되어있다.(정하명, 앞의 논문, 324면, 각주 17)

31) 김명길, 국가배상법의 영조물책임의 배분을 위한 시론, 부산대학교 법학연구 제47권 제2호, 2007, 2면.

32) 대법원 2008. 9. 25 선고 2007다88903 판결

손해배상을 청구하는 피해자가 국가의 과실을 명백히 입증한 경우로, 이 경우 입증된 과실은 당연히 하자에 포함된다. 둘째, 추정과실이란 피해자측에서 국가의 행위로 손해가 발생한 것을 입증하면 이에 대하여 국가는 과실이 없음을 입증하여야 하므로 과실의 입증책임이 국가로 전환되고, 이를 입증하지 못하면 주관적 요소인 과실이 객관화하여 국가에 추정된다는 것이다. 마지막으로 무과실은 피해자가 비정상적인 손해의 발생을 입증하고 그 손해와 국가의 행위 사이의 인과관계를 증명하면 과실의 추정 없이 국가 배상이 인정되는 것이다.³³⁾

2. 국가배상법 제5조의 해석상 의미

(1) 제2조의 고의·과실의 범위에 대한 확장 해석 제한

「국가배상법」 제2조는 공무원의 고의·과실에 기반한 법령위반에 대한 책임으로서 원칙적으로 무과실책임과는 거리가 있다. 그럼에도 불구하고 독일의 국가배상규정이 민법 제839조에 규정된 것과 같이 민법상의 신의성실, 권리남용의 일반적 규정을 통하여 기본권의 간접 적용을 의미하는 듯한 대법원의 판례는 법령위반에 대한 확장 해석일뿐만 아니라 법논리 측면에 있어서 다소 낮설게 느껴진다.

「국가배상법」 제2조 제1항의 공무원 개인 과실이라할 수 있는 고의·과실에 더하여 직무수행상의 하자를 추가하자는 입법론의 주장은 국가의 자기 책임을 명확히 두어 해석상의 오류가 없도록 하는 것으로 이해된다.³⁴⁾ 다만 이러한 주장은 제5조의 영조물 책임에 대하여 영조물을 공물로 인식하는 것을 전제하는 것으로, 공물과 영조물을 달리 보는 시각에서는 제5조를 통한 공무원의 무과실 책임 혹은 제정 여력의 부족에 따르는 국가의 자기 책임을 포섭할 수 있다고 볼 수 있다.

이는 「국가배상법」 제5조와 같은 규정은 우리나라와 일본에만 존재하고, 독일에는 없는 규정이라는 점에서 해석을 달리할 수 있는 것이다. 즉, 독일은 공무원의 직무의무 책임으로 인한 국가배상책임을 독일 민법에 규정하고 있고, 우리의 국가배상법 제5조의 역할을 민법상 공작물 설치규정으로 같음하고 있다는 측면에서 이해한다면, 실제 국가배상법 제5조는 민법상 공작물 책임의 지

33) 이광윤, 행정법이론, 선균관대출판부, 2000, 196면 ; 강현호, 국가배상법 제5조의 하자의 의미, 성균관 법학 제16권 제1호, 2004, 314면.

34) 박정훈, 국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 행정법이론실무학회, 행정법연구 제62호, 2020, 57면.

위를 가진다고 할 수 있을 것이다.

따라서 법 제5조의 영조물 책임은 공무원의 과실을 논하기 어려운 경우에는 손해배상의 문제로 볼 것이 아니라 행정상 손해전보제도에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.³⁵⁾

(2) 기본권 효력과의 규범적 정합성

「국가배상법」 제2조의 고의·과실로 인한 법령위반의 책임과 제5조의 영조물의 관리하자로 인한 무과실책임을 포함하고 있다. 대법원은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 근거로 국가배상법 제2조를 적용하여 교정영조물에 수용행위를 공무원의 가해행위로 인정하였다.

적법절차에 따른 자유권의 박탈의 정당성은 추정되고, 과밀수용으로 인한 불법성도 인정된다. 그러나 그 불법성의 인과관계가 공무원의 고의 과실로부터 그 결과불법이 그대로 인정되는 것은 다소 무리가 있어보인다.

미결수용자의 입장에서 과밀수용으로 인한 인권침해에 대하여는 헌법상 침해된 국가행위로부터 방어권 행사를 통하여 불법상태를 제거할 수도 있으며, 또한 기본권 보호의무에 기반한 국가의 작위를 요구하는 것도 가능하다고 본다. 수용시설의 완비로 인한 불법의 상태는 공무원의 직무상 과실에 따른 가해행위로 보는 것은 타당하지 않다. 오히려 수용시설의 미비는 충분한 수용시설을 갖추 의무를 가지는 국가에 대한 무과실책임이며, 이러한 해석이 기본권 침해에 대한 기본권해석과 정합성을 이루는 것으로 볼 수 있을 것이다.

V. 결론

과밀수용에 대한 대법원 판례는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치라는 기본권 조항이 재판에 직접적용된 사례라 할 수 있고, 국가배상법 제2조의 법령위반의 범위에 공무원의 수용행위를 가해행위를 포함시킨 경우이다.

실제 제2조를 적용하여 과실책임을 인정하는 것은 국가배상법의 입법목적이 일반 민법상의 손해배상의 목적과 동일할 수는 없다는 견지 아래, 수형자의 인권 침해는 그 무게가 중하여, 법의 해석과 적용에 있어서, 기본권의 효력에 기대어 제2조의 법령위반을 확장해석하기 보다 무과실 책임이 인정될 수 있는

35) 정선균, 민법상 공작물책임과 국가배상법상 영조물책임의 관계, 행정법학 제28호, 2025, 136면

제5조의 영조물 책임을 적용하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

독일의 국가배상은 독일 민법 제839조의 공무원의 제3자에 대한 직무의무위반에 근거하고 있다. 직무의무위반은 명시적으로 정하여진 것이 아니라 판례로 형성되어 왔다. 그 적용 범위와 위법성 판단 기준은 우리나라의 국가배상법 제2조의 위법성 판단의 학설이라 할 수 있는 광의설과 협의설의 중간 정도에 위치하는 것으로 보이는데, 그 적용의 명확성이 상대적으로 부족하여 보인다.

반면, 우리나라 국가배상법 제2조는 과실 책임에 기반하는 것이 명백하고, 이에 대하여 제5조의 영조물 책임은 과실 및 무과실 책임이 가능하며, 영조물이 국가 특수 행정목적에 위하여 조직된 인적, 물적 자원의 총체라는 개념적 정의에서 볼 수 있듯이 이는 명백한 공무원의 고의적이거나 중과실이 아닌 경우에 발생하는 인권침해 등에 관한 문제에 대하여 기관 책임의 적용이 가능하다는 측면에서 교정시설의 과밀수용의 문제에 적용하기에는 법리적 타당성이 더할 것이라 볼 수 있다.

또한 공법영역의 손실보상과 손해배상의 개념은 존재해야 할 보상의 법률의 유무에 따라서 국가의 공권력의 행사가 법률에 근거함에도 불구하고 위법의 영역으로 판단될 수 있다는 점에서 상대화되는 개념으로 보는 시각이 증가하고 있다. 이는 보상에 관한 법률이 선제적으로 예측가능한 범위에서 모두 제정될 수 없다는 입법자의 한계와 맞물려 있는 것으로써, 경계이론과 분리이론의 근원지인 독일에서조차 수용적 침해 혹은 수용유사적 침해를 판례로써 인정하고 있는 것에 비하여 우리나라의 경우 다소 분리이론에 경도되어 있음을 지적하지 않을 수 없다.

과밀수용에 관한 손해배상인정 사건은 인권에 대한 존중이 국법 질서내에 실현되고 확대되어 가고 있음을 입증하고 있다고 할 수 있지만, 상대적으로 손해배상과 손실보상에 대한 법규정을 의미있는 수준으로 개정해야 할 논의의 하나로 기화되기를 바란다.

[참고문헌]

- 강현호, 국가배상법 제5조의 하자의 의미, 성균관 법학 제16권 제1호, 2004, 310면.
- 김명길, 국가배상법의 영조물책임의 배분을 위한 시론, 부산대학교 법학연구 제47권 제2호, 2007.
- 김혜진, 공법상 개념으로서의 국가배상법상 '손해'-국가배상책임의 본질에 따른 고유한 법개념 정립을 위한 시론-, 공법연구 제52집 제2호, 2023
- 박정훈, 국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 행정법이론실무학회, 행정법연구 제62호, 2020
- 박진완, 유럽연합의 기본권으로서의 인간의 존엄의 보장에 대한 검토, 공법연구 제35집 제3호, 2007.
- 서주연 외 3인, 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제, 한국형사·법무정책연구원, 연구총서 22-A-03
- 이광윤, 행정법이론, 선균관대출판부, 2000, 196면 ; 강현호, 국가배상법 제5조의 하자의 의미, 성균관 법학 제16권 제1호, 2004
- 이일세, 독일 국가배상 책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구, 강원법학 제5권, 1993
- 정선균, 국가배상법상 공무원, 제주대학교 법과정책연구원, 법과정책 제29권 제1호, 2023
- _____, 민법상 공작물책임과 국가배상법상 영조물책임의 관계, 행정법학 제28호, 2025
- 정하명, 미국 연방불법행위청구법(FTCA)상 재량기능예외와 그 시사점 -대상판결: 대법원 2022.7.14. 선고 2017다266771 판결-, 전남대학교 법학논총 제43권 제2호, 2023, 321면
- 정하중, 국가책임과 공무원책임, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012, 344면
- 최인호, 국가배상법상 위법성에 관한 소고-제2조의 위법·과실요건을 중심으로-, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제32권 제2호, 2021, 164면
- 홍강훈, 국가배상법상 위법성 개념의 해석 및 나머지 구성요건과의 관계에 관한 연구-취소소송의 기판력이 국가배상소송에 안 미칠 수 있는가?-, 공법연구 제53집 제4호, 2025

Christian Calliess, Fundamental Rights Protection in Germany: The Multifaceted Dimensions of Freedom Defined by the Duty to Respect and the Duty to Protect, Freie Universität Berlin, 2021

HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl., 2021, BGB § 839 Rn. 12.

Peter Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Duncker & Humblot · Berlin, 2000

[Abstract]

Interpretive Theory on the Effect of Fundamental Rights on State Liability for Correctional Artifacts

Joo, Minho*

Fundamental rights possess both the status of a right to defend against state power and the status of a claim to assert the state's duty of protection against danger. Unlike the existence of the resulting illegality of overcrowding, in cases where it is inconsistent to acknowledge the intent or negligence of public officials, it is more appropriate to directly apply the effect of fundamental rights or to find an alternative legal basis.

In recognizing state compensation for overcrowding in correctional facilities, the Supreme Court included not only strict statutory violations under Article 2 of the State Compensation Act, but also violations of respect for human rights, prohibition of abuse of power, and breach of good faith. Although the decision is a step forward from the practice of not recognizing tort liability for human rights violations in correctional facilities, it can be said to be contradictory in theory as it recognizes the direct effect of fundamental rights on tort liability while expressing the indirect effect of fundamental rights.

In order to recognize the liability of correctional facility officials by applying Article 2 of the State Compensation Law, they must have intentionally and negligently violated the law and caused damage. Although case law seems to recognize liability based on human rights violations, it is difficult to apply Article 2 in practice.

Rather, it seems logical to apply Article 5 of the State Compensation Act in recognition of the direct effect of fundamental rights. In other words, the Supreme Court's ruling needs to be framed in a logic that affirms strict liability as the responsibility of the state itself, rather than liability for the negligence of public officials. This is due to the difficulty in recognizing the causal

* Lecturer, School of Law, Kyungpook National University, Ph.D/Law

relationship between the illegal outcome and the public official's act, and is thought to be a consequential liability for the state's failure to expand correctional facilities in advance.

Keywords : Direct Effect of Fundamental Rights, State Compensation Law,
Liability for damage caused by defects in public structures,
No-fault Liability, causation