제6회 3개 거점 국립대 법학연구소(원) 공동학술대회

○ 일　　시 : 2021년 12월 15일 수요일

○ 장　　소 : ZOOM

경북대학교 법학연구원　전남대학교 법학연구소　부산대학교 법학연구소

제6회 3개 거점 국립대 법학연구소(원) 공동학술대회

○ 일　　시 : 2021년 12월 15일 수요일

○ 장　　소 : 회의 ID: 860 1490 9300 (암호: 1215)
https://us02web.zoom.us/j/86014909300?pwd=N2swc3kxRG9uYTFKa2lBTUl2dS9NZz09

○ 주　　최 : 경북대학교 법학연구원
전남대학교 법학연구소
부산대학교 법학연구소

등록 및 ZOOM 점검(오전 11시부터 접속가능, 미리 접속하여 점검)

전체사회 : 정대익 교수님(경북대 법학전문대학원 교수)

개회식 [ZOOM URL 메인회의실]	13:10~13:30	개회사 : 채형복 교수님 (경북대 법학연구원장) 축　사 : 차선자 교수님 (전남대 법학연구소장) 정대근 교수님 (부산대 법학연구소장) 환영사 : 정하명 교수님 (경북대 법학전문대학원장)

Section 1 공동 [ZOOM 메인회의실]	13:30~14:30	■ **제1주제 : 변호사시험을 통해 본 법학전문대학원에서의 민사소송법 교육의 방향성** 발표자 : 김　연 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 최환주 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김상영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 김창조 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
	14:30~15:10	■ **제2주제 : 지방대학의 위기와 지방대학 육성정책 및 법제의 개선** 발표자 : 방동희 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 신봉기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 홍관표 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 김배원 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
	15:10~15:40 **(집담회)**	■ **제3주제 : 법학전문대학원 학생지도의 방식과 대안마련을 위한 논의** 발표자 : 차선자 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 배대헌 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김미라 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 자유토론 : 참여교수님 전체
	15:40~16:00	Coffee Break

Section 2 민사법 [ZOOM 소회의실- Section2]	16:00~16:40	■ **제1주제 : 사외이사 제도에 대한 통찰** 발표자 : 최민용 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 임병석 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김이수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 김문재 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
	16:40~17:20	■ **제2주제 : 온라인 게임 및 앱에서 미성년자가 결제한 경우 취소권의 제한에 관하여** 발표자 : 이준민 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 이은정 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김현수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 박종미 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
	17:20~18:00	■ **제3주제 : 공제에서의 견련성** 발표자 : 박근웅 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 박세민 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 최광선 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 윤용석 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

Section 3 형사법 [ZOOM 소회의실- Section3]	16:00~16:40	■ **제1주제 : 북한형사소송법상 비상상소제도** 발표자 : 권오걸 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 류전철 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 류화진 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 김효신 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
	16:40~17:20	■ **제2주제 : 무죄추정 원칙의 의미와 적용범위** 발표자 : 최병천 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김성룡 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 안원하 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 김현철 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
	17:20~18:00	■ **제3주제 : 판례변경과 소급효금지** 발표자 : 조충영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 민수영 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김봉수 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 민영성 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

Section 4 공법 [ZOOM 소회의실- Section4]	16:00~16:40	■ **제1주제 : 형량재량과 헌법재판** 발표자 : 강일신 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김연미 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김해원 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 조홍석 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
	16:40~17:20	■ **제2주제 : 행정기본법상 이의신청에 관한 고찰** 발표자 : 정 훈 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 이동식 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 김재선 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 민병로 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
	17:20~18:00	■ **제3주제 : 법인의 정치자금 기부에 관한 연구-미국의 경우를 중심으로** 발표자 : 허진성 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 성중탁 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 허완중 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 이기춘 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

Section 5 기타법 [ZOOM 소회의실- Section5]	16:00~16:40	■ **제1주제 : 산업재해보상보험법상 업무상 개념과 인과관계** 발표자 : 이달휴 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 윤석찬 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 사회자 : 이충상 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
	16:40~17:20	■ **제2주제 : 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성** 발표자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 문무기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 오상호 교수님 (창원대 법학과 교수) 사회자 : 박인호 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
	17:20~18:00	■ **제3주제 : 지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려한 입법 및 해석 방향- 일반적인 법리 적용과 엄격한 귀책사유 판단의 필요성을 중심으로-** 발표자 : 강명수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 차상육 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수) 토론자 : 민경재 박사님 (전남대 법학연구소 지식재산권법센터 연구원) 사회자 : 계승균 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

폐회식 [ZOOM URL 메인회의실]	18:00~18:10	**폐회사 : 채형복 교수님 (경북대 법학연구원장)**

* **개회식과 폐회사은 ZOOM URL(메인회의실)에서 진행: 개회식 후 하단의 소회의실 버튼을 통해 각 세션별로 민사법(Section2), 형사법(Section3), 공법(Section4), 기타법(Section5)으로 이동**

* Zoom연결/기술문제 문의 : 경북대학교 법학연구원 김태형 조교 (053-950-6889)
* 경북대 법학연구원 : 남서련 연구원 (053-950-6889, 010-6595-1589, lawins@knu.ac.kr)
  주민호 연구원 (053-950-6824)

차 례

Section 1 공동

- 제1주제 : 변호사시험을 통해 본 법학전문대학원에서의 민사소송법 교육의 방향성 / 3
  - 발표자 : 김 연 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 최환주 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 김상영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 제2주제 : 지방대학의 위기와 지방대학 육성정책 및 법제의 개선 / 27
  - 발표자 : 방동희 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 신봉기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 홍관표 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 제3주제 : 법학전문대학원 학생지도의 방식과 대안마련을 위한 논의 / 51
  - 발표자 : 차선자 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 배대헌 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 김미라 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
  - 자유토론 : 참여교수님 전체

Section 2 민사법

- 제1주제 : 사외이사 제도에 대한 통찰 / 69
  - 발표자 : 최민용 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 임병석 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 김이수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 제2주제 : 온라인 게임 및 앱에서 미성년자가 결제한 경우 취소권의 제한에 관하여 / 95
  - 발표자 : 이준민 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 이은정 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 김현수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 제3주제 : 공제에서의 견련성 / 125
  - 발표자 : 박근웅 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 박세민 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 최광선 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

Section 3 형사법

- 제1주제 : 북한형사소송법상 비상상소제도 / 151
  - 발표자 : 권오걸 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 류전철 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
  - 토론자 : 류화진 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 제2주제 : 무죄추정 원칙의 의미와 적용범위 / 171
  - 발표자 : 최병천 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 김성룡 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 안원하 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

▸ 제3주제 : 판례변경과 소급효금지 / 225
- 발표자 : 조충영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 민수영 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김봉수 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

Section 4 공법

▸ 제1주제 : 형량재량과 헌법재판 / 251
- 발표자 : 강일신 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김연미 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김해원 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

▸ 제2주제 : 행정기본법상 이의신청에 관한 고찰 / 273
- 발표자 : 정 훈 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 이동식 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김재선 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

▸ 제3주제 : 법인의 정치자금 기부에 관한 연구 - 미국의 경우를 중심으로 / 301
- 발표자 : 허진성 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 성중탁 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 허완중 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

Section 5 기타법

▸ 제1주제 : 산업재해보상보험법상 업무상 개념과 인과관계 / 335
- 발표자 : 이달휴 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 윤석찬 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

▸ 제2주제 : 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성 / 363
- 발표자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 문무기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 오상호 교수님 (창원대 법학과 교수)

▸ 제3주제 : 지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려한 입법 및 해석 방향 - 일반적인 법리 적용과 엄격한 귀책사유 판단의 필요성을 중심으로- / 389
- 발표자 : 강명수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 차상육 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 민경재 박사님 (전남대 법학연구소 지식재산권법센터 연구원)

Section 1

공동

[주제발표]

제1주제 : 변호사시험을 통해 본 법학전문대학원에서의 민사소송법 교육의 방향성

- 발표자 : 김 연 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

제2주제 : 지방대학의 위기와 지방대학 육성정책 및 법제의 개선

- 발표자 : 방동희 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

제3주제 : 법학전문대학원 학생지도의 방식과 대안마련을 위한 논의

- 발표자 : 차선자 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

[제1주제]

변호사시험을 통해 본 법학전문대학원에서의 민사소송법 교육의 방향성

김 연 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 최환주 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김상영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

변호사시험을 통해 본 법학전문대학원에서의 민사소송법 교육의 방향성

김 연(경북대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가며

2009년 법학전문대학원(이하 “로스쿨”이라 줄임) 개설에 발맞추어 제1회 변호사시험이 2012년초 시행됨과 함께 우리나라의 법학교육에 일대 변혁이 일어났다. 그전까지 법과대학, 법학부 내지 법학과에서 행해지던 법학교육은 사법시험을 통한 판사, 검사, 변호사 외에도 관공서에 근무하는 공무원이나 기업 등에서 법률관련 사무에 종사하는 사람까지 그야말로 전방위적 법률가 양성을 위한 것이었다면, 이후의 로스쿨에서의 교육은 그야말로 변호사로 대표되는 법률실무자의 양성을 위한 것으로 바뀌었다고 할 수 있기 때문이다. 종래 법과대학을 졸업한다고 해도 변호사가 되는 것은 그야말로 극히 일부에 지나지 않았기 때문에,[1] 법학교육은 오히려 법률실무에 얽매이지 않고 법학의 전반적인 내용을 두루 교육하는 것이 일반적 모습이었다. 그러나 로스쿨에서의 교육은 변호사시험에 발맞추어 법률실무의 비중이 급격히 증가하는 모습으로 변화하였다.[2]

그 와중에서 민사소송법의 중요도는 이전에 비하여 증가하였다고 할 수 있는가. 상식적으로 생각해본다면 법률실무의 기반을 이루는 것이 민사소송법이라고 할 것이고, 민사소송법을 제대로 공부하지 않고서는 변호사 업무를 할 수 없다고 하여야 할 것이다. 그렇다면 법과대학 시절에 비하여 민사소송법의 비중이 상당부분 증가하였어야 정상이다. 마찬가지로, 변호사시험에 있어서도 민사소송법의 비중이 절대적인 부분을 차지하여야 할 것이다.[3] 그러나 실제 민사소송법이 그러한 비중을 가지고 있는지는 의문이 적지 않다.

이 글에서는 이러한 의문을 토대로 하여, 특히 변호사시험에 있어서 민사소송법이 얼마만큼의

---

* 이 글은 2019년 민사소송법학회에서 “변호사시험과 민사소송법”이란 제목으로 발표되고, 그 해 “민사소송”지에 게재된 것을 2021년 3개교 공동학술대회 발표에 맞추어 보완한 것이다. 다만 본래의 원고는 1회 시험에서 7회 시험까지 분석한 것이나, 이후 실시된 8회 내지 10회 시험도 이번기회에 필요한 범위에서 분석을 추가하였음을 일러둔다.

1) 교육부 전공 소계열 분류에 의하면 2007년의 경우 전국 법학과 입학자 수는 11,763명이라고 하는데, 이와 직접적으로 연결되는 것은 아니지만, 2007년 제49회 사법시험 최종합격자 1,011명 중 법학전공자는 790명으로서 전체 합격자의 78.14%를 차지하였다. 이를 보면 대략 입학자의 6-7% 정도가 사법시험에 합격하는 정도라고 할 수 있다. 각 교육부 및 법무부 관련 통계 참조.

2) 로스쿨에서의 교수법도 궁극적으로 변호사시험의 방향을 고려하지 않을 수 없기 때문이라는 지적으로, 전형배, 변호사시험과 상법 교육방법론, 저스티스, 2010.8, 278면.

3) 초기의 모의시험에서도 민사소송법에 대한 이러한 기대를 숨기지 않고 있었다. 변호사시험 모의시험 평가보고서, 법학전문대학원 협의회, 2011. 11., 127-128면.

비중을 차지하고 있는지를 살펴보고, 그 내면에 있어서 민사소송법에 관한 시험이 교육적인 차원에서 고려되어 있는지, 또 법률실무나 법학연구에 기여하고 발전을 도모할 수 있는지 등의 내용을 중심으로 살펴보겠다.

Ⅱ. 변호사시험에서의 민사소송법의 비중

1. 사법시험에서의 민사소송법의 비중

변호사시험에서 민사소송법이 어느 정도 비중을 차지하고 있는지를 실감하기 위해서는 그 전에 사법시험 당시 민사소송법의 비중이 어떠했는지를 먼저 알아볼 필요가 있다.

주지하는 바와 같이 폐지되기 전의 사법시험은 제1차 선택형 시험과 제2차 논술형 시험 그리고 제3차 면접시험으로 구성되었는데, 제1차 시험이나 제3차 시험에는 민사소송법이 응시과목으로 되어 있지 않았고, 제2차 시험에서 7개 과목 중의 하나로서 출제되었다.[4] 당시 제1차 시험에 합격하여야 제2차 시험에 응시할 수 있었으므로 1-2차 시험을 합하여 평면적으로 구성비를 다루는 것은 의미가 없고, 사실상 제2차 시험으로 합격여부가 가려졌기 때문에 제3차 시험의 의미도 그다지 크다고 할 수 없었다. 이러한 관점에서 2차 시험을 중심으로 하여 비중을 생각해보면, 민법 과목이 2007년 제49회부터 다른 과목 만점의 15할로 규정되었기 때문에[5] 제2차 시험의 총점은 750점이었고, 이 중 민사소송법은 다른 5개 과목과 마찬가지로 100점 만점으로 구성되어 있었고, 그 비중은 13.33%를 차지하고 있었다고 분석된다.

2. 변호사시험에서의 민사소송법의 비중

변호사시험에서 민사소송법 부분이 출제되는 것은 선택형, 사례형, 기록형 시험이다. 종래의 사법시험에 비하여 민사소송법 부분의 시험이 많이 이루어지고 있는 것은 변호사시험의 성격을 생각할 때 당연한 것으로 생각된다.[6] 그러나 실질적으로 민사소송법의 비중이 그만큼 인정되어 있는지는 좀더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

---

4) 제2차 시험 과목 중에는 1973년부터 1980년까지는 국사가, 1981년부터 1996년까지는 국민윤리가 포함되어 있었으므로 당시에는 8개 과목이었다.

5) 사법시험법시행령 제5조 2항 후문<개정 2005. 11. 11. 대통령령 제19125호>

6) 물론 최근의 주장 중에는 로스쿨에서의 수험부담이 지나치다는 것을 근거로 해서 헌민형을 중심으로 하는 시험, 즉 거의 사법시험 수준으로 회귀하자는 주장이 있고, 이에 근거한 개정법안이 국회에 제출되어 있다. 그러나 변호사를 뽑는 시험에 절차법을 빼고 실체법으로만 시험을 보자는 것은 아무래도 이해하기 어렵다. 이 법안이 시행되면 더 나빠질 것이지만, 아직 확정되지 않은 관계로 기존의 제도에 기하여 논의하고, 후반부에서 간단히 언급한다.

표 1 변호사시험의 구성

분류	출제유형	세부과목	배점	총 문항수	세부 배정
민사법	선택형	민법	175점	70문항	35문항
		민소법			18문항 (10+4+4)
		상법			17문항 (13+4)
	사례형	민법	350점	1문(150)=민법+민소 2문(100)=민법 3문(100)=상법	250점
		민소법			
		상법			100점
	기록형	민사법	175점		
형사법	선택형	형법	100점	40문항	20문항
		형소법			20문항
	사례형	형법	200점		100점
		형소법			100점
	기록형	형사법	100점		
공법	선택형	헌법	100점	40문항	20문항
		행정법			20문항
	사례형	헌법	200점		100점
		행정법			100점
	기록형	공법	100점		
선택과목	사례형	국제법 국제거래법 노동법 조세법 지적재산권법 경제법 환경법	160점		
총점			1,660점		

1) 선택형

선택형 시험은 공법, 형사법, 민사법 3개 영역에서 이루어지는데, 당연한 것이지만 민사소송법 시험은 민사법의 일부분으로 되어 있다. 민사법 선택형 문제는 70문항이며, 1문당 2.5점으로서 합계 175점이다. 이중 민법 영역이 35문, 상법 영역이 17문, 민사소송법 영역이 18문으로 구성되어 있으나,[7] 이들 중에는 통합문제가 포함되어 있으므로 구체적인 구성은 조금 다르다. 민법 영역의 35문 중에는 통합문제가 없으나, 상법 영역에는 민법+상법 통합문제가 4문, 민사소송법 영역에는 민법+민사소송법 통합문제 4문, 상법+민사소송법 통합문제 4문이 포함되어 있다.

이를 보면 통합문제를 제외한 순수한 각 영역의 문제수는 민법 35문, 상법 13문, 민사소송법 10문이 된다. 만약 통합문제를 50%씩 반영하여 각 과목이 차지하는 문제수를 계산한다면 민법

7) 구체적인 내용은 공개되어 있지 않으나, 통상 이러한 기준 하에서 출제가 이루어진다.

은 35+4×½+4×½=39문, 상법은 13+4×½+4×½=17문, 민사소송법은 10+4×½+4×½=14문씩을 차지한다는 계산으로 된다. 점수로 환산하면 민사소송법의 경우 14×2.5=35점인데, 이에 비하면 민법은 39×2.5=97.5점, 상법은 17×2.5=35점으로 된다.[8] 이를 민사법 영역 내에서의 비중으로 계산하면, 민법은 55.71%, 상법은 24.29%를 차지하는 것으로 되고, 이에 비하여 민사소송법의 비중은 20.00%에 불과한 것으로 된다. 이를 다시 형사법(100점), 공법(100점)을 포함하는 선택형 전체에서 살펴보면 35÷(175+100+100)×100=9.33%에 불과한 것으로 나타난다. 다만 후술하는 바와 같이 통합문제는 실제 여러 방식으로 다양하게 구성할 수 있기 때문에 해마다 실질적인 비중은 일정하지 않다.

표 2 선택형 시험에서의 민사소송법의 비중

출제 유형	세부 과목	배점	총 문항수	세부 배정	실제 문항수	실제 점수	민사법내 비중	전체 비중
민사법 선택형	민법	175점	70문항	35문항	39문항	97.5점	55.71%	26.00%
	민소			18문항 (10+4+4)	14문항	35점	20.00%	9.33%
	상법			17문항 (13+4)	17문항	42.5점	24.29%	11.33%

2) 사례형

민사법 사례형 시험은 모두 3문으로 구성된다. 제1문은 통합문제로서 150점 만점이고, 제2문은 100점, 제3문도 100점 만점으로 되어 있다. 제2문과 제3문은 각각 순수한 민법 및 상법 문제로 출제되므로, 민사소송법이 정식으로 출제되는 것은 제1문 통합문제이다.

사례형의 경우에는 선택형과 같은 출제비중에 관한 구체적 지침이 없기 때문에 150점 중에서 민사소송법의 비중이 어떻게 될 것인가는 출제과정에서 정해진다. 대략 민사소송법 출제자는 민법이 제2문에서 100점이 보장되어 있으므로 제1문에서는 민법 비중은 50점 정도로 하고 나머지 100점은 민사소송법에서 출제하자고 주장하는 반면, 민법측 출제자는 통합문제의 성격을 들며 5:5의 비중, 즉 민법과 민사소송법을 75점:75점으로 하자고 주장하는 것이 보통이다. 이러한 이유에서 사례형에서의 민사소송법 문제의 비중은 해마다 다르다.

민사소송법의 비중을 산정하기 위해서는 출제된 문제가 어느 영역에 속하는지를 먼저 구분해야 하는데, 사실 통합문제에서 출제된 문제가 민법 영역인지 민사소송법 영역인지 판단하기 곤란한 문제가 적지 않다. 본래 각 법률의 근거규정에서 출발하면 가장 수월하겠지만 양 과목에서 중

8) 공법 영역에서는 산술적으로 계산하더라도 헌법이나 행정법이 각각 50점씩 차지하는 것으로 생각할 수 있고, 형사법 영역에서 형법이나 형사소송법도 마찬가지라고 여겨진다. 이들은 전체에서 각각 50÷375×100=13.33%를 차지한다.

첩해서 가르치는 부분이 적지 않고, 또 집행이나 가압류·가처분의 경우와 같이 실제 소송법 보다는 민법과 같이 실체법 영역에서 많이 논의되는 것도 많기 때문이다. 그럼에도 불구하고 필자가 이를 개략적으로 분석해본 결과는 다음 표와 같다.[9)]

표 3 사례형에서의 민사소송법 비중 (단위: 점, %)

	제1회	제2회	제3회	제4회	제5회	제6회	제7회	제8회	제9회	제10회	평균
점수	100	90	82	75	70	80	55	100	115[10)]	70	83.7
민사법 내 비중	28.57	25.71	23.43	21.43	20.00	22.86	15.71	28.57	32.86	20.00	23.91
사례형 전체[11)] 비중	10.99	9.90	9.01	8.24	7.69	8.79	6.04	10.99	12.64	7.69	9.20

위에서의 검토를 바탕으로 사례형에서의 민사소송법 비중을 살펴보면, 민사법 내에서 350점 만점을 기준으로 볼 때 제1회 28.57%, 제2회 25.71%, 제3회 23.43%, 제4회 21.43%, 제5회 20.00%, 제6회 22.86%, 제7회 15.71%를 차지한 것으로 생각되고, 이를 평균하면 20.31%인 것으로 나타난다. 여기서 주목할 점은 민사소송법의 비중이 해마다 낮아지고 있다는 것이다.

3) 기록형

얼핏 보면 기록형 문제에서 민사소송법의 비중이 상당할 것 같지만 실상은 그렇게 보기 어렵다. 현재까지의 민사기록형의 문제는 제3회 시험에서 20점짜리 답변서를 작성하는 문제가 포함된 경우 외에는 모두 소장을 작성하라는 것인데, 물론 소장의 필수적 기재사항이라든가 기타 소장의 작성방법과 같은 것은 소송법적 지식이 필요하겠지만, 실상 대부분의 내용을 차지하여 배점의 대부분을 차지하는 것은 청구원인 중의 당사자 사이의 법률관계에 관한 주장으로서 민법이나 상법 등의 실체법 지식을 바탕으로 하는 것이고, 드문드문 소송요건에 관한 내용이 포함된 경우도 없지 않았지만 그 비중은 크지 않았던 것으로 보인다.[12)]

소장 중에서 당사자의 표시 부분은 대략 5-10점 사이, 청구취지는 50점 내외, 청구원인은 대략 110점 내외, 전체적인 구성 등 10점 정도로 배점하는 것이 보통이라고 생각할 때, 민사소송법이 반영되는 부분은 문제의 구성에 따라 조금씩 차이가 있겠지만 아무리 많아도 50점을 넘기

9) 여기서는 지나치게 구체적인 분석은 제외하였으나, 원래의 분석내용은 졸고, 변호사시험과 민사소송법, 민사소송 제23권 1호, 2019. 2, 한국민사소송법학회, 81-121 참조.
10) 이때 15점은 민법에서 집행관련 문제를 출제하였기 때문에 이를 포함한 결과이다.
11) 선택과목을 포함한 사례형 전체의 만점은 910점이다. 여기서 헌법, 행정법, 상법, 형법, 형사소송법은 각각 100점 만점으로서 10.99%씩을 차지한다.
12) 권혁재 교수님은 기록형에서 민사소송법 관련 논점은 없다고 단언한다. 권혁재, 변호사시험과 민사소송법, 법률신문, 2018. 11. 8. 자(4650호), 13면.

는 어려운 것이 현실이라고 생각된다. 이렇게 보면 총점 175점 중 민사소송법을 바탕으로 하는 부분은 극히 미미하기 때문에 기록형에서도 민사소송법의 비중은 크지 않다고 할 수밖에 없다.

3. 평가

앞에서 본 바와 같이 사법시험 제2차 시험에서의 민사소송법 비중이 13.33%였다는 사실은 법조실무가를 양성, 선발하는 로스쿨 및 변호사시험 체제에서는 이보다 더 커져야 한다는 것을 의미한다. 민사소송법이야말로 법조실무가에게 있어서는 필수불가결의 도구이기 때문이다.[13] 그럼에도 불구하고 민사소송법은 사법시험 당시에 비해서도 그 비중이 줄어들어 있고, 시험과목 중 다른 어느 과목보다도 적은 비중을 차지하고 있는 실정이다. 어떠한 법률실무자도 민사소송법을 떠나서 법률실무를 할 수는 없다는 점을 생각할 때 위에서 살펴본 변호사시험에서의 민사소송법의 비중은 비참하다고 할 수 있을 정도이다.

III. 변호사시험 민사소송법 관련 문제의 내용적 검토

1. 논의의 내용

앞에서 변호사시험에서의 민사소송법이 얼마나 비중 있게 다루어지고 있는가를 살펴보았다면, 그 다음으로 민사소송법이 얼마나 실질적으로 시험에 반영되고 있는지를 알기 위해서 민사법 영역의 문제들 중에서 민사소송법과 관련 있는 문제들이 실제 어떻게 출제되었는지를 살펴볼 필요가 있다.

이를 위하여 넓은 의미의 민사소송법 중에서 좁은 의미의 민사소송법은 사실상 전범위에서 출제되고 있기 때문에 구체적으로 어떠한 범위에서 출제되었는가를 살피는 것은 그다지 필요하지는 않을 것으로 생각된다. 따라서 여기서는 민사소송법이 아니라, 민사집행법과 아울러, 보전절차 등의 영역까지 포함하여 살펴보고자 한다. 이러한 것이 이미 출제기준으로서 범주가 정해져 있는 부분이기는 하지만, 그것이 적정한지 살펴볼 필요도 있기 때문이다.

이와 함께 현행 변호사시험이 지나치게 판례 위주의 출제로 편향되어 있다는 지적에 대해 살펴볼 필요가 있다고도 생각된다. 판례위주의 문제가 얼마나 출제되고 있는지의 문제는 이러한 것이 민사소송법 교육에 많은 영향을 미치는 문제 중의 하나이기 때문이다.

---

13) 그럼에도 불구하고, 대부분의 실무가 출신들이 변호사시험에서 실무시험의 중요성을 강조하면서도 소송법 얘기를 도외시하고 있는 것은 일종의 아이러니이다. 예컨대, 차진아, 변호사시험에 있어서 헌법 기록형 문제의 출제방향에 관한 연구, 인권과 정의, 2011. 11, 85면 이하 참조.

2. 변호사시험에서 민사소송법 시험의 범위

가. 문제의 제기

우리나라에서 전통적으로 민사소송법은 재판절차와 집행절차, 그리고 보전절차를 아우르는 것이라고 할 수 있다. 그런데 변호사시험은 민사소송법 영역에 관하여 현행의 「민사소송법」을 중심으로 하고, 「민사집행법」은 민법이나 민사소송법과 관련하는 범위 내에서만 출제되는 것으로 하고 있다.[14] 아마도 형식적 법체계에 기초하여 판단하고 있는 것으로 생각된다.[15] 다시 말하면, 민사집행법은 원칙적으로 시험범위가 아니고, 민법이나 민사소송법에 관련하는 범위가 아니라면 독자적으로 출제되지 않는다는 의미로 이해된다. 이러한 법무부의 결정은 변호사시험 문제유형 연구 태스크포스 및 각 과목별 변호사시험 문제유형 연구위원회를 구성하여 결정한 것이라고 스스로 밝히고 있다.

그러나 이미 사법시험 당시에도 채무명의(제23회, 1981, 25점)나 집행문(제26회, 1984, 25점), 집행기관의 종류(제28회, 1986, 25점) 등이 출제된 적이 있음을 고려할 때 변호사시험이 민사집행법을 부속법령 정도로 격하한 것은 민사집행법이 실무에서 가지는 중요성이나 활용도에 비하여 다소 의문이 있는 조치라고 생각된다.

이러한 입장에서 민사집행법의 분야, 특히 집행과 보전 분야가 변호사시험에서 어떻게 출제되었는지를 살펴보는 것은 의미가 있다고 생각한다. 다만 기록형 시험은 현재까지 소장 등을 중심으로 출제되었기 때문에 집행법 관련 논의에서 일단 제외하였다.

나. 변호사시험에서 민사집행법의 출제 상황

1) 선택형

변호사시험 민사법 선택형에서도 집행이나 보전 관련 문제가 상당히 출제되고 있는 것으로 생각된다. 대략적으로 이들을 정리해보면 다음과 같다.[16]

---

14) 법무부, 변호사시험 출제대상 부속 법령(유인물), 2011. 2., 3면.
15) 그러나 예컨대 「어음법」이나 「수표법」은 형식적 「상법」 법전과 별도의 단행법으로 되어 있음에도 불구하고 당연히 시험과목에 포함되어 있는 것으로 간주되고 있는 것을 생각하면, 이해할 수 없는 일이다. 법무부, 변호사시험의 실시에 관한 공청회자료집, 2009, 20면 이하.
16) 여기서 '문제'라고 함은 해당 문제 전반에 관련된 사안을 뜻하고, '지문'이라 함은 그 문제 중의 특정 선택지에 집행법 관련 내용이 제시되어 있음을 의미한다.
17) 편의상 문제로 출제된 것과 지문으로 출제된 것을 균등한 것으로 보고 합산하였다.
18) 집행법 분야와 보전분야가 중복하는 경우에는 집행분야로 산정하였다.

표 4 선택형 문제에서 집행법 관련 출제 상황

	민법영역				상법영역		민소법영역				계[17]		
	집행분야[18]		보전분야		보전분야[19]		집행분야		보전분야		집행	보전	합계
	문제	지문[20]	문제	지문	문제	지문	문제	지문	문제	지문			
제1회	2	1		2				1		1	4	3	7
제2회	3	4									3	4	7
제3회	1	6		2					1		7	3	10
제4회	2	5	1					2	1	1	9	3	12
제5회	5		1	2			2	2	1		9	4	13
제6회	5	1		2	1			1	1		7	4	11
제7회	2	4	1	1				1			7	2	9
제8회		13		6		1		7		6	20	13	33
제9회		6				1	3	12	2	7	21	10	31
제10회		11		3			1	7	1	4	19	8	27
계	20	51	3	18	1	2	6	33	7	19	106	54	160

선택형의 경우 예상한 것과 달리 상당히 많은 집행 내지 보전 관련 내용이 문제로 다루어지고 있음을 알 수 있다. 다만 역시 상법 영역에서는 거의 출제되고 있지 않고, 민소 영역이나 민법 영역에서 주로 출제되고 있기는 하지만 민법 부분에서 절대적으로 많이 다루어지고 있는 상황이다. 특히 민법과의 관련성이 보다 큰 집행절차에 관한 문제가 보전절차의 2배 정도 출제되고 있다. 최근에 특히 주목할 만한 사실은 직접적으로 집행이나 보전에 관한 문제가 적지만 출제되고 있다는 점이다.[21] 앞으로의 경향이 주목된다.

2) 사례형

변호사시험 민사법 사례형에서 민사집행법 문제가 어떠한 내용으로 출제되었는지를 개략적으로 살펴본 바를 정리하여 보면 다음과 같다.[22]

전반적으로 볼 때, 사례형 문제에서는 집행이나 보전 관련 문제가 본문제는 아니라도 꾸준히 출제되고 있음을 알 수 있다. 다만 이들 중에는 그만한 배점이 있다고 할 수 없을 정도로 기본적이거나 배경으로만 출제되는 경우도 상당히 보인다. 또한 그러면서도 민소영역이 포함된 통합문제와 민법 영역의 제2문을 비교할 때 어느 영역에서 더 많이 또는 더 자주 출제되고 있다고 할 수 없는 정도이다. 역시 상법 영역에서는 집행법 관련 사안이 잘 출제되지는 않는 것으로 보인다.

19) 상법 영역에 집행관련 출제는 없거나 관련문제가 있더라도 미미하여 이 부분은 제외하였다.
20) 하나의 문제에 여러 개의 관련지문이 있는 경우 모두 따로 산정하였다.
21) 예컨대, 민사법 선택형 제1책형 제9회 59번(가압류), 62번(가압류, 압류명령, 전부명령), 63번(채권압류 및 추심명령), 제10회 67번 문제(전부명령과 추심명령) 등이 그 예이다.
22) 역시 구체적 내용은 위 변호사시험과 민사소송법 논문 참조. 다만 이 표에서의 배점은 해당 문제의 총점을 가리키기 때문에 해당 점수가 강제집행이나 보전처분에 관련된 문제라는 의미는 아니다.

표 5 사례형 문제에서 집행법 관련 출제 상황 (단위: 건, 점)

	제1회			제2회			제3회			제4회			제5회			제6회			제7회			제8회			제9회			제10회		
	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문	1문	2문	3문
집행				2	1		1			1	1			3		1	1		1	1		1	1		1	3				
보전	2	1			1						1		1									1						1		
배점	20	40		25	40		15			25	9		10	N/A		N/A	N/A		N/A	10		30	20		15	55		N/A		

다. 집행법 분야의 출제와 관련된 반성

위에서 거칠게 살펴본 바에 의하면, 민법 영역에서 집행이나 보전분야의 출제가 상당히 이루어지고 있으나, 상법 영역에서는 이사 등의 직무집행정지 가처분 정도가 다루어지고 있을 뿐이다. 민사소송법 영역에서도 집행이나 보전 분야에 대한 출제가 없지는 않지만 충분하게 이루어지고 있는 것도 아니라는 점을 알 수 있다.

3. 변호사시험에서의 판례 문제

가. 문제의 심각성

변호사시험에서 판례에 관한 문제가 출제되는 것은 자연스러운 현상이라고 할 수 있다. 법률실무가에게 있어서 대법원 판례는 실무상 중요한 지침이 되는 것이기 때문이다. 사법시험에서도 판례가 많이 출제되었고, 어느 누구도 변호사시험에서 판례을 필요성을 부정하거나 그 가치를 낮게 보지는 않는다.

그러나 현재 변호사시험에서 판례가 출제되는 것을 보면 좀 지나치지 않은가 하는 우려가 많은 사람들로부터 지적되고 있다. 좀 심하게 표현하면 변호사시험은 판례시험이라고 하는 것도 가능하다는 것이다. 특히 선택형 시험에 있어서는 그러한 양상이 더욱 두드러진다. 사법시험 당시에는 민소법은 출제과목이 아니었으나 당시의 객관식 민법시험도 거의 판례시험이라는 지적이 없지 않았는데, 변호사시험은 시험방법을 불문하고 판례에 너무 집중하고 있다는 지적이다.[23)]

변호사시험이 이렇게 판례에 매몰되면 궁극적으로 학생들은 판례공부에만 치중하게 될 것이고, 이러한 것은 민사소송법에 있어서도 교육과 학문적 발전에서 커다란 저해요소로 작용하게 될 것이기 때문에 이 부분에 대해서도 간략히 살펴볼 필요가 있을 것이다.

다만 여기서도 기록형은 일응 논의대상에서는 제외한다.

23) 사법시험이 판례시험이라는 지적을 받으면서, 이를 개선하기 위한 시험제도인 변호사시험이 실제 그러한 역할을 하고 있는지는 의문이다. 전형배, 앞의 논문, 280면 참조.

나. 변호사시험에서 판례문제의 상황

1) 선택형

앞에서 본 바와 같이 사법시험 당시부터 선택형의 문제들은 대개 판례에 근거하여 출제되었다고 할 수 있는데, 변호사시험 민사소송법 문제들도 그러한 상황을 답습하고 있는 것으로 생각된다. 그러한 것을 가장 명확하게 나타내주고 있는 것이 문제에 "다툼이 있는 경우에는 판례에 의함"이라고 하는 표시를 한 것이다. 이러한 문제들은 어떠한 형태로든 판례에 근거하여 정답을 결정하려는 것으로 생각된다.[24]

이를 근거로 하여 민사소송법 선택형 문제를 살펴본 결과는 놀라웠다고 할 수 있다. 제1회 시험에서는 통합형 문제를 포함하여 18문제 중 5개의 문제를 제외한 13문제에 이러한 표시가 되어 있었는데, 이것이 제2회 시험에서는 단 한 문제를 제외한 17개의 문제에 표시되어 판례 아닌 부분에서도 출제되는 경우가 있다고 할 수 있었다. 그러나 제3회 시험 이후 제10회 시험까지는 단 하나의 문제의 예외도 없이 모든 문제에 이러한 표시가 행해지고 있다.

표 6 선택형 민사법 1책형의 "판례에 의함" 표시 상황

	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	×수
제1회	○	×	○	×	○	×	×	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	×	5
제2회	○	○	○	○	○	×	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	1
제3회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제4회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제5회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제6회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제7회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제8회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제9회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0
제10회	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	0

물론 그렇다고 해서 이러한 표시가 있는 모든 문제를 전부 판례문제라고 할 수 없을지 모른다. 왜냐하면 문제나 선택지 중에서 하나라도 판례에 근거하고 있는 경우에는 시비를 피하기 위해서 이러한 표시를 하는 것이 보통이기 때문이다. 따라서 그러한 표시가 있는 경우라도, 문제가 판례에 근거하고 있지 않은 경우도 있을 수 있고, 또 일부의 선택지라도 판례에 근거하지 않은 것은 전혀 없다고 할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 문제를 전부 판례문제로 보아야 하는 이유는 그 문제의 일부분이라도 판례에 입각하여 정답을 가리는데 쓰였기 때문이고, 이러한 점에서 판례에 관한 문제라고 할 수밖에 없다는 것이다.

24) 이러한 표시를 출제자의 면책조항으로 보는 입장으로, 앞의 모의시험 평가보고서, 128면.

2) 사례형

사례형에서도 물론 판례에 입각한 문제가 절대적이라는 점은 부인할 수 없을 것이다.

표 7 사례형 제1문 민사소송법 영역에서 판례 관련 출제 상황 (단위: 점, %)

	제1회	제2회	제3회	제4회	제5회	제6회	제7회	제8회	제9회	제10회
배점	100	90	82	75	70	80	55	100	115	70
판례 문제	100	90	72	65	60	65	45	100	115	50
非판례 문제	0	0	10	10	10	15	10	0	0	20
판례문제의 비중	100	100	87.80	86.67	85.71	81.25	81.82	100	100	71.43

이렇게 보면 1-2회의 경우는 전적으로 판례에 기초하여 출제된 것으로 보이나, 그 후에도 해마다 대부분의 문제는 판례에 근거하여 출제되었다는 것을 알 수 있고, 기껏해야 10점 정도의 문제가 판례 근거 없이 출제되었다는 것을 알 수 있을 것이다. 다만 제10회의 경우에는 사례형 문제의 유형이 그 이전의 문제와 상당히 달라져서 이후 상황을 주목할 필요가 있을 것 같다.

다. 판례 출제와 관련한 제언

변호사시험에서 판례의 중요성은 누구도 부인할 수 없는 것이라면 판례가 출제되는 것을 나무랄 수는 없을 것이다. 그럼에 이 문제를 거론하는 것은 그 경향이 너무 지나치기 때문이다. 판례가 중요하다고 하여도 판례가 모든 것을 다 해결해주는 것은 아니다. 또 법발전의 측면에서 볼 때 판례와 다른 이론적 교육도 반드시 필요하다는 것이다. 이러한 점에서 판례의 비중을 좀 조정할 필요가 있고, 이를 위하여 표준판례를 제시하여 범위를 한정할 필요도 있다.[25] 이와 함께 어느 정도는 법이론에 대한 출제도 필요하다고 할 수 있다는 것이다.

IV. 민사소송법과 관련한 변호사시험의 개선 방안

1. 민사소송법 분야의 기본적 비중의 확보

가. 적정 비중 확보의 필요성과 원인

대부분의 법률가에게 소송법적 지식은 실무를 수행하는데 있어 기본적 소양이라고 할 수 있다.

25) 지원림, 변호사시험의 바람직한 방향-민사법, 법학전문대학원 현안관련 토론회 자료, 2014. 5, 61면.

법률가가 다루는 대부분의 사건에 실체법은 달리 적용되더라도 절차법은 대부분 한 가지로 적용된다. 민사사건이라고 해서 모든 사건에 민법이 적용되는 것도 아니고, 사건마다 적용되는 실체법은 다를 수밖에 없지만, 이들 사건이 소송법을 거치지 않고 해결되는 경우는 있을 수 없다는 것이다. 사법연감에 의하면 2017년을 기준으로 우리나라 법원이 접수한 민사본안사건은 4,826,944건인데,[26] 민법이 이만큼 적용된 것은 아니라 할 수 있지만, 민사소송법은 이만큼 적용되었다고 할 수 있는 것이다. 이러한 점에서 볼 때 법률가를 선발하는 변호사시험에서 민사소송법의 비중이 적정하게 유지되지 못하고 있다는 것은 문제가 있다.[27]

근본적으로 민사소송법이 제대로 대접을 받지 못하고 있는 것은 민사소송법에 대한 인식부족에서 기인하는 것이 아닌가 생각되는데, 대학에서는 민사소송법을 전공하지 않은 교수들에게는 어렵기만 한 법으로 인식되고 있고, 학생들도 난이도만 따지면 상급의 과목이라고 지목한다. 그러나 막상 실무자들은 날마다 민사소송법을 통해서 일하면서도 민사소송법을 의식하지 않고 있는 듯 보인다. 왜 그런지 명확히 알 수는 없으나 이렇게 민사소송법에 대한 낮은 인식이 기본적으로 변호사시험의 설계에서 시작하여 시험출제과정에서도 비슷하게 나타난 것이 아닐까 여겨진다.[28]

이러한 점에서 민사소송법의 비중이 어느 정도 확보되도록 노력하여야 할 필요가 반드시 있다고 생각된다.

나. 적정비중 확보 방안

1) 민사소송법의 적정 비중

변호사시험에서 민사소송법의 적정비중은 어느 정도여야 하는지 생각하기는 쉽지 않다. 개인적으로는 민법과 비교해서 약 2/3 내지 4/5 정도 되는 것이 적절하지 않을까 생각하는데, 통상 비교되는 상법 외에도 헌법, 행정법, 형법, 형사소송법 등과 동등한 비중은 가져야 한다고 생각한다.

2) 선택형

앞에서 본 바와 같이 법무부는 선택형 시험과목을 대폭 줄이는 개정안을 발표하였는데, 이러한 방향은 심히 그 정당성을 의심스럽게 한다. 법무부는 수험생의 부담을 줄인다고 하는 것을 그 개

26) 사법연감, 법원행정처, 2018, 545면.
27) 변호사의 기본업무인 송무는 실체법을 소송의 등에 얹혀서 언덕을 올라가는 과정으로 이 과정은 실체법과 절차법을 유연하고 적절하게 구사할 수 있는 능력을 요구한다는 지적으로, 전형배, 앞의 논문, 283면.
28) 이와 같이 된 이유가, 법원 재판의 모든 해답은 민법을 정점으로 하는 실체법에 있다는 신앙과도 같은 도그마에 있다고 하는 분석으로, 권혁재, 앞의 법률신문 소수 변호사시험과 민사소송법, 13면.

정취지로 밝히고 있으나, 몇몇 과목의 선택형을 줄인다고 하는 것이 수험부담을 줄이는 것인지 과연 의심스럽다. 즉 민사소송법에 한정하여 보더라도 선택형 시험을 보지 않는다는 것이 수험생들이 민사소송법을 공부하지 않아도 된다고 하는 의미가 될 수는 없다. 그러한 방법은 시험장에서 시험보는 시간을 줄일 뿐이다. 그렇다면 어차피 학생들은 특정 과목에 대해 선택형이 부과되건 아니건 간에 해당과목에 대해 공부해야만 하는 것이다. 이는 수험부담이 이러한 방법으로 줄어드는 것은 아니라는 점을 말해준다.

오히려 이러한 방법으로 해당 과목에 대한 시험의 비중을 줄이는 것은 해당 과목에 대한 경시를 불러올 것이고, 결국은 그 과목에 대한 능력이 떨어지는 상태에서 법률가가 된다는 의미로 된다. 민사소송법만 하더라도 구체적인 부분에 대한 지식이 모자란다면 아마도 실무를 수행하는데 상당한 지장을 받게 될 것이다. 이는 사법시험 시절 선택형 시험이 헌민형 3과목에 집중되어 비판받았던 과오를 되풀이하는 것에 다름 아니다.

이렇게 볼 때 법무부의 개정안을 철회되는 것이 마땅하다. 이러한 견지에서 여기에서는 현행 제도 즉 기존의 시험방법을 중심으로 분석하여 보기로 한다.

선택형의 경우 헌법을 비롯한 대부분의 필수과목은 통상 20문, 즉 50점의 배점을 차지하고 있다. 거기에 비해 민사소송법은 18문이나 통합문제를 고려하면 14문항, 즉 35점에 불과하다. 통합문제를 제외한다면 순수한 민사소송법 문제는 10문, 즉 25점이라고 하는 초라한 비중을 가지고 있다는 것이고, 이는 여타 과목 수준의 증가가 있어야 한다는 뜻이다.

이를 위하여 생각할 수 있는 방안은 다음과 같다.

첫째, 민법의 비중을 고려한다면 70문제 중에서 민사소송법과 상법이 각각 20문항씩 출제하고 나머지 30문항을 민법이 출제하는 것을 생각해볼 수 있으나, 민법의 비중을 줄이라는 것은 쉽지 않다. 그렇다면 민사소송법의 비중을 늘리기 위해서는 선택형에서 민사법의 점수를 좀 더 증가시키는 방안을 생각해볼 수 있을 것이다. 현재 175점인 배점을 200점 정도로 하는 것이 이상적일 수 있으나, 지나치게 문제수를 늘리는 것은 시험부담을 증대시키는 문제가 생기므로 민법의 문제수는 동결하되 민사소송법과 상법을 각각 20문제씩으로 늘려, 총 75문 내외로 하는 방안을 생각해볼 수 있다. 다만 이렇게 하면 민사법 선택형의 총점이 187.5점이 되어 계산이 복잡해지는 문제가 생기므로 이 방안은 다른 부분에서 다시 조정을 해야 할 필요를 수반한다.

둘째, 첫째 방안이 쉽지 않다면 과도기적으로 민사소송법 영역에서 출제되는 통합문제의 비중을 줄이는 것을 생각해볼 수 있다. 매년 시험을 마치고 나면 선택형 문제에 관해 민사소송법 문제가 전년도에 비해 줄었다는 얘기를 듣는 경우가 있는데, 대개 그 원인은 통합문제에 있는 것으로 보인다. 학생들은 통합문제에 대한 인식을 잘 못하기 때문에 한 문제를 특정 과목의 문제로 인식하기가 쉬운데, 통합문제는 그 구성에 따라 어느 과목의 문제인지 인식이 달라질 수 있다는 것이다. 또 이러한 생각을 해보는 이유 중에는 통합문제가 진정한 통합문제인지 의문인 경우도 많이 있다는 것이다. 특정 사안을 통합적으로 구성해서 선택지를 구성한다면 좋겠지만, 실제 그

렇게 할 수 있는 경우는 많지 않아서 단순히 선택지를 배분해서 통합문제라고 하는 경우도 꽤 있기 때문이다. 궁극적으로 통합문제는 권고사항으로 해두고 출제과정에서 자연스럽게 통합문제도 출제될 수 있도록 함으로써 특정과목의 정체성을 살려주는 것이 오히려 시험을 통해서 얻는 것이 더 많아지지 않을까 생각하는 것이다.

3) 사례형

사례형에서 민사소송법의 비중이 해마다 낮아지고 있는 이유는 민사소송법 문제가 출제되는 방식이 애매하다는 것이다. 민법이나 상법, 다른 모든 법은 고유한 시험영역이 존재하는데 비하여 전체 시험과목 중에서 유독 민사소송법만 고유영역이 없다. 즉 민사법 제1문 통합문제에서 민법과 공동살림을 하다 보니 문제가 들쑥날쑥할 수밖에 없다는 것이다. 이 점에서 민사소송법의 비중을 적정선으로 유지하는 방안은 다음과 같이 생각해볼 수 있을 것이다.

첫째, 통합문제를 지켜야 한다면 제1문에서 원칙적인 민사소송법의 배점을 정하는 것이다. 이때 민법은 따로 제2문에서 100점을 확보하고 있으므로, 제1문에서는 민사소송법에 100점을 주어야 한다. 앞에서 본 바와 같이 여타 과목들은 모두 100점을 확보하고 있는데, 민사소송법만 그보다 적은 점수를 가진다고 하는 것은 납득할 수 없기 때문이다.

둘째, 통합문제에서 민법과 민사소송법이 동거하는 것은 여러모로 불편할 수 있으므로 첫째 방식보다 더 낫다고 생각되는 것은 민법이 제1문을 출제하고, 제2문을 민사소송법 문제로 바꾸는 것이다. 상법도 제3문으로서 따로 출제하고 있으므로 이러한 방식이 가장 좋을 것이다. 그러면서 통합문제는 자연스럽게 각 과목에서 적절하게 출제하는 것으로 하면 될 것으로 생각한다.[29]

2. 민사소송법의 출제범위

가. 출제범위에 속한 법령의 재정비

변호사시험에서 민사소송법의 출제범위와 관련하여 「민사소송법」 외에 여기에 포함된 것은 「소송촉진 등에 관한 특례법」과 「민사집행법」 등 두 개의 법률이다. 이는 헌법을 비롯한 여타 과목이 많게는 수십 개의 법령을 포괄하고 있는 것[30]과 비교하면 꼭 필요한 법령들조차 포

29) 변호사시험의 계획단계 내지 시험실시 초기에는 통합문제를 확대하고 각 개별과목의 문제는 축소하는 방안이 제시되었고(예컨대, 변호사시험 문제유형 연구위원회는 민사법 사례형에서 민법·상법·민사소송법을 각 40점씩 출제하고, 통합형문제로 90점을 출제한다는 안을 제시하였다.), 이러한 방안은 주로 실무자출신 교수들에 의해 지지되었다. 예컨대, 전형배, 앞의 논문, 283면. 그러나 실제 통합문제라고 출제된 문제들을 살펴보면 그러한 기대를 충족하고 있는지 의문이다. 통합문제를 화학적 통합이 아니라 물리적 통합에 그쳤다는 지적으로, 앞의 모의시험 평가보고서, 142면.

30) 헌법: 43개 법령, 민법: 9개 법령, 형사법: 21개 법령. 행정법 분야는 아예 "지방자치법 등 강학상 행정법 각론 해당 법령"으로 표시하고 있으며, 형사법 관련법령 중에는 형사소송법 분야에 속하는 「법원

함하지 못하고 있다는 느낌을 받게 한다.[31] 따라서 예컨대 관할만 보더라도 「법원조직법」이나, 「각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률」, 「민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙」과 같은 것은 가장 기본적인 법령임에도 이 부분을 출제할 수 있는지 의문이 생기게 하고 있고, 「소액사건심판법」이나 「가사소송법」, 「비송사건절차법」과 같은 것도 빠져 있다는 것이다.[32] 여기서는 일일이 모두 다 열거하지는 못하지만, 기본적으로 민사소송법의 일반적 부속 법령은 모두 포함될 수 있도록 하여야 할 것이라는 점을 지적해 둔다.

나. 민사집행법

1) 집행절차

주지하는 바와 같이 변호사 업무는 집행절차와는 그다지 친하지 않은 것도 또한 사실이다. 그래서 그런지 민사소송법에서 집행관련 문제를 소송절차와 관련하여 출제할 수 있음에도 전술한 바와 같이 그 내용은 오히려 민법 영역보다 적은 실정이다. 이는 민법이 오히려 집행절차와 관련성을 크게 가지고 있기 때문이라는데 기인한다고 할 수 있으나, 이렇게 민사집행법을 민사소송법 영역에서 버린 자식 취급하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

적어도 이행소송은 집행절차와 밀접불가분의 관련성을 가지는 것이므로 집행절차를 이해하지 못하면 소송절차의 상당부분은 사상누각이 될 수도 있는 것이고, 당사자의 입장에서는 소송에서 승소하였더라도 집행에 실패한 변호사를 평가할 수 있겠는가 하는 점에서 볼 때 어느 정도 집행절차에 관한 소양은 변호사로서 필수조건이 된다고 생각한다.[33]

따라서 민사집행의 전 범위가 부담이 된다면 적어도 기본적인 집행절차에 관한 문제가 선택형이나 사례형을 막론하고 꾸준히 출제될 필요가 있다.

2) 보전절차

사법연감에 의하면 전국 지방법원에 2017년 한 해에 접수된 가압류 건수는 219,089건이고,

조직법」, 「검찰청법」, 「경찰관직무집행법」, 「즉결심판에 관한 절차법」, 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」, 「소송촉진 등에 관한 특례법」 등이 포함되어 있는 사실이 주목된다. 앞의 변호사시험 출제대상 부속 법령(유인물), 2-3면.

31) 변호사시험에서 민사소송법의 출제범위를 좀 더 확대하여야 한다는 의견으로, 하현국, 변호사시험 민사법에 대한 토론문, 변호사시험의 실시에 관한 공청회 자료집, 법무부, 2009, 87면.

32) 그럼에도 불구하고 특이한 것은, 변호사시험장에서 제공하는 법무부 발간의 법전에는 민사소송법 분야에, 「민사소송법」 외에도, 「민사소송규칙」, 「민사집행법」, 「상고심절차에 관한 특례법」, 「소송촉진 등에 관한 특례법」, 「소액사건심판법」, 「가사소송법」이 등재되어 있다.

33) 사법시험의 계획단계에서는 수험생들의 부담을 줄여주기 위해서 민사법 기록형 영역에서는 민법에서 가족법, 상법에서 해상법, 민사소송법에서는 강제집행법을 제외하려는 논의가 있었다고 한다. 김동호, 법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육의 조화 및 변호사시험, 인권과 정의, 2010. 6, 61면.

가처분은 45,829건[34]으로서 이들을 합하면 모두 264,918건이다. 이 외에도 고등법원이나 대법원에 접수된 보전사건도 있으나 그다지 주목할 만한 건수는 아니다.[35]

이는 민사본안사건에 비하면 미미한 숫자일 수 있으나, 그 기능이 엄청나다는 것은 대부분 다 아는 사실이다.[36] 때문에 변호사들 중에서 보전절차에 대해 따로 공부하는 사람이 적지 않다.

그럼에도 불구하고 변호사시험에서 출제된 것은 가압류 몇 건, 처분금지가처분, 그리고 직무집행정지 가처분 정도이다. 문제는 이 정도로는 학생들에게 보전절차에 대해 공부하여야 한다는 유인책이 되기에는 절대 부족하다는 것이다.

결국 신청-심리-결정-집행-이의나 취소절차로 이어지는 보전절차는 변호사가 된 후 따로 공부하여야 하는 항목이 되며, 그 외에 보전과 관련된 여러 가지 문제는 이해하기 어려운 문제로서 변호사들이 학교에서 배운 것이 없다는 푸념을 하게 하는 요인이 된다는 얘기도 듣게 하는 원인으로 작용한다는 것이다.

따라서 이러한 부분에도 이제 관심을 돌려야 할 것이 아닌지 생각해보는 것이다.

3. 기타 사항(모의시험과의 관계)

현재 전국적으로 실시되는 변호사시험 대비 모의시험으로는 법학전문대학원협의회의 주관으로 실시하는 모의시험이 있고, 그 외에도 몇몇 대학들이 서로 교류하면서 공통으로 실시하는 경우[37], 각 대학이 개별적으로 실시하는 경우 등 다양한 형태가 있는 것으로 보인다.

이 중에서 특히 협의회 주관으로 실시하는 모의시험이 아무래도 가장 큰 영향력이 있어 보이는데, 이 점에서 모의고사의 실시방법과 같은 것은 주목할 만한 것으로 생각된다.

통상 본시험과 모의고사라고 하면 모의고사가 본시험의 방식을 좇아가는 것이 보통이다. 왜냐하면 모의고사는 결국 본시험을 대비하기 위한 성격을 가지기 때문이다. 협의회 주관의 모의시험도 대체로는 이러한 방향성을 가지고 있는 것으로 생각할 수 있다. 그런데 이 모의시험과 변호사시험의 경우 미묘한 차이도 발견되는데, 아마도 주관하는 기관도 다르고 시험의 출제방법도 다소 차이가 있기 때문이 아닌가 생각된다. 특히 변호사시험에 비해 모의시험의 출제는 다소 심정적으로 여유가 있는 것처럼 느껴지는 부분이 있기 때문에 다소 실험적인 시도도 할 수 있다는 점이다.

때문에 특히 민사소송법 출제과정에서 협의회측과 얘기가 비교적 부드럽게 될 수도 있고, 민법과의 협의도 좀 더 유연하게 행해질 수 있다는 점에서 민사소송법의 비중을 얘기하기가 비교적

34) 앞의 사법연감, 571면. 2020년의 경우 가압류 211,610건이고, 가처분은 48,213건이다. 사법연감(2021). 854면.
35) 고등법원 3,206건, 대법원 1,128건이다. 앞의 사법연감, 571면.
36) 예컨대 '가처분의 본안화'라는 것만 보더라도 보전절차를 통해 거의 본안과 마찬가지의 역할을 하는 경우도 없지 않다. 졸저, 민사보전법, 법문사, 2010, 11면.
37) 예컨대 몇몇 국립대들은 몇 년 전까지만 하더라도 별도의 모의고사를 공통으로 실시하고 있었다.

손쉬운 것은 아닌가 생각되고, 판례를 벗어난 출제도 비교적 수월하게 할 수 있는 것은 아닌가 생각된다. 물론 그렇다고 해서 현재 모의시험이 그렇게 되고 있다는 의미는 아니지만, 특히 모의시험에서의 개선을 통해서 자연스럽게 출제자들이 개선된 모습을 당연시할 수도 있는 것이 아닌가 여겨지는 부분이 있다.

Ⅴ. 결론

그전에도 그러하였고, 또 현재에도 마찬가지이지만, 제7회 변호사시험을 예로 들면, 민사소송법의 전체시험에서의 비중이 선택과목보다도 적었다는 점은 민사소송법이 변호사시험에서 얼마나 홀대받고 있는지를 웅변으로 말해주고 있다. 이러한 점은 물론 제도적인 측면에서 생긴 것도 있지만, 법학이나 법실무 전반에서 소송법을 이상하리만치 가볍게 보고 있다는 증좌인 것으로 보인다.

이러한 현상은 이미 대학에 따라서는 민사소송법 교육과정에서 나타나고 있으며, 앞으로 학생들의 인식뿐만 아니라 후세대 교육자들에게도 결코 좋은 징표가 되지 못한다는 것은 분명하다. 민사소송법과 같은 실무자의 도구로 항상 필요한 과목에 대한 이해가 부족하다는 것은 법률가로서의 자질이 부족하다는 것으로 나타날 수도 있기 때문이다. 따라서 조속한 시일 내에 필요성에 상응하는 실질적인 지위를 회복하여야 할 것으로 생각되며, 이를 통하여 보다 우수한 법률가를 길러내기 위한 노력이 계속되어야 할 것이다.

토 론 문

최 환 주(전남대학교 법학전문대학원 교수)

1. 발표자는 2009년 법학전문대학원이 출범하면서 종전의 전방위적 법률가 양성을 위한 법학교육이 변호사로 대표되는 법률실무자의 양성을 위한 것으로 바뀌었다며, 변호사시험에 있어서 민사소송법이 얼마만큼의 비중을 차지하고 있는지를 살펴보고, 그 내면에 있어서 민사소송법에 관한 시험이 교육적인 차원에서 고려되어 있는지, 또 법률실무나 법학연구에 기여하고 발전을 도모할 수 있는지 등의 내용을 중심으로 심도 있게 검토해 주시고 그 문제점에 대한 개선방향까지 제시해 주셨다. 토론자로서 발표문을 읽으면서 발표자의 의견에 전적으로 동의하고 이 주제에 대해 공부할 수 있게 해 주신데 대해 감사를 드리면서 몇 가지 소견을 피력해 본다.

2. 변호사 시험에서의 민사소송법의 비중 확보와 관련하여

가. 선택형의 비중 확대

(1) 현황

<표 1 선택형 시험에서의 민사소송법의 비중>

출제 유형	세부 과목	배점	총 문항수	세부 배정	실제 문항수	실제 점수	민사법내 비중	전체 비중
민사법 선택형	민법	175점	70문항	35문항	39문항	97.5점	55.71%	26.00%
	민소			18문항 (10+4+4)	14문항	35점	20.00%	9.33%
	상법			17문항 (13+4)	17문항	42.5점	24.29%	11.33%

(2) 개선방안

① 민사법 문제를 187.5점(75문항)으로 증가 방안 : 민소, 상법 각 20문제로 늘려 총 75문항 187.5점으로

② 통합 문제 비중 축소 방안

③ (보충) 통합 문제 균등 출제 방안 : 민법, 민소, 상법이 각 통합문제를 4문제씩 출제 민법(31+4), 민소(14+4), 상법(13+4)

나. 사례형의 비중 확보

(1) 현황

<표 2 사례형에서 민사소송법 비중> (단위: 점, %)

	제1회	제2회	제3회	제4회	제5회	제6회	제7회	제8회	제9회	제10회	평균
점수	100	90	82	75	70	80	55	100	115	70	83.7
민사법 내 비중	28.57	25.71	23.43	21.43	20.00	22.86	15.71	28.57	32.86	20.00	23.91
사례형 전체 비중	10.99	9.90	9.01	8.24	7.69	8.79	6.04	10.99	12.64	7.69	9.20

(2) 개선방안

① 제1문에서 민소 배점 100점 확보

② 제1문 민법 150점, 제2문 민소 100점

③ (보충) 제1안에 동의, 해결되어야 할 문제들

ⅰ) 제1문 출제위원에 반드시 민소 전공 교수 참여

몇회 변시에는 1문 출제에 민소 전공 교수가 없이 민법 교수가 출제한 적이 있었다고 함

ii) 제1문 150점을

민소 80점, 민법 30점 각 먼저 출제한 후 거기에 민법 20점, 민소 20점을 각 부가하여 출제하면 됨

iii) 제1문 출제위원을 3명에서 4명으로 증원

현재 2문, 3문 각 100점 출제에 3명씩임. 150점이면 적어도 4명으로 증원

3. '시험을 통한 선발'로부터 '교육을 통한 양성' (-민사소송법 표준판례를 통한 교육 및 시험-)

- 법학전문대학원제도의 도입은 '시험을 통한 선발'로부터 '교육을 통한 양성'으로 법률가양성제도의 중심축을 옮기는 것을 의미함
- 변호사가 되기 위한 민사소송법의 최소한의 교육 내용은?
- 2021년 민사소송법 표준판례집 제작 배포 : 419선, 법전원 협의회 제작
- 최소한 위 판례와 그와 관련된 법리를 교육
- 시험(변호사, 모의, 학교)에서도 표준판례 관련 된 것을 70%이상 출제
  (전남대는 금년 1, 2학기부터 학교시험에서 이대로 실시, 통합출제)
- 이를 통해 발표문에서 제기한 문제점들을 해결
  · 지엽적인 판례 출제 지양
  · 민사집행법 출제 분야도 한정 및 예측가능성

이상 감사합니다.

토 론 문

김 상 영(부산대학교 법학전문대학원 교수)

1. 변호사시험 사례형에서 민사소송법의 출제비중 문제

먼저 민사소송법이 다른 과목에 비하여 변호사시험에서 홀대를 받고 있다는 발제자의 지적에 대하여 공감하고 있다는 말씀을 드립니다.

민사법 사례형 제1문에서는 150점 배점으로 민법+민사소송법 통합형으로 출제하도록 되어 있지만, 실제 짧은 출제시간(실제로 합숙출제장소에 도착한 날 바로 문제 초안이 완성되어야 함) 내에 통합문제(특히 물리적이 아닌 화학적 통합문제)를 출제하기가 쉽지 않고, 대체로 순수한 민사소송법문제 100점 이하, 순수한 민법문제 50점 이상을 출제하고 있는 것이 현실입니다.

그리고 법무부에서도 명확하게 민사소송법의 배점을 100점으로 하도록 하는 가이드라인도 주지 않고 있습니다.

그러다 보니 출제위원이 누구냐에 따라서 민사소송법의 출제비중이 들쑥날쑥하고 있는 실정입니다.

민사법 사례형 제1문의 경우 대학교수 또는 변호사 2인과 사법연수원교수 1인으로 해서 총 3인이 출제에 관여하는데, 변호사나 사법연수원교수의 경우는 말할 것도 없고 민사법 관련 대학교수의 주전공이나 주로 교육하는 분야가 민사소송법이 아닌 경우도 많고, 과목별 배점에 대한 명확한 가이드라인의 부재로 인해 그런 현상이 발생하고 있다고 봅니다.

따라서 현행과 같이 실정에 맞지 않게 민사법 사례형 제1문을 민법+민사소송법 통합형으로 둘 것이 아니라 근본적으로 제1문을 민법 150점, 제2문을 상법 100점, 제3문을 민사소송법 100점으로 바꾸는 것이 합리적이라고 할 것이며, 통합문제출제는 각 과목 별로 일정 부분 출제하는 것을 권고사항으로 해두고 출제과정에서 자연스럽게 통합문제도 출제될 수 있도록 하자는 발제자의 의견에 전적으로 동의합니다.

2. 변호사 시험 선택형에서 민사소송법 분야 제외의 문제

발제자는 선택형에서 민사소송법을 제외하고 기본3법에 대해서만 선택형을 두자는 법률개정안에 대하여 반대하시는 입장인데, 저는 관점을 달리 합니다.

통상 시험에서 선택형을 두는 취지는 기본적으로 각 과목의 전 영역에 걸쳐 고르게 학습을 하도록 하려는 데 있지만, 응시인원이 많을 때 시험정책적 측면에서 본시험에서의 적정한 응시인원

으로 압축하기 위한 경우도 있습니다. 사법시험은 선택형의 시험성적은 전혀 고려하지 않는 후자의 경우였습니다. 그러나 변호사시험은 그렇지 않고 선택형의 시험성적도 총점에 산입되고 있습니다.

저는 변호사시험에서 응시인원을 압축시키는 기능도 없는 선택형을 존치할 필요가 없다고 생각합니다. 기본3법에서조차 말입니다.

현재 법무부에서 변호사시험 합숙출제기간 중에 가장 많은 시간과 에너지를 쏟고 있는 것이 바로 선택형시험입니다. 정답이의신청이 가장 많이 들어오고 대응하기가 골치 아프기 때문일 것입니다. 출제위원들의 경우에도 선택형시험을 출제하기가 가장 어렵고 피곤합니다. 정답이의신청 가능성을 염두에 두고 복수정답이 나오지 않는 완벽한 문제를 출제하여야 하기 때문입니다. 따라서 이론, 학설 문제나 애매한 점이 있는 문제는 출제에서 철저하게 배제됩니다. 비교적 정답이라고 할 수 있는 것이 존재하는 판례문제가 대세를 이루게 된 것은 그 당연한 결과라고 하겠습니다.

따라서 저는 선택형에서 민사소송법 분야 출제를 제외하는 것의 당부와 같은 과목이기적 차원에서의 논의는 별로 의미가 없고, 3년의 짧은 교육기간에서 각 과목의 기본적이고 중요한 문제를 잘 학습하였는가를 테스트하는 사례형이나 기록형 출제로 충분하다고 생각합니다. 거기에다가 선택형까지 부과하는 것은 학생들과 출제위원 등에게 쓸데없는 부담을 주고 학설이나 이론이 아니라 판례요지만 달달 외우도록 편향된 교육과 학습을 유도하는 부작용만 초래할 뿐입니다.

이와 관련하여 발제자의 의견은 어떠하신지요?

3. 민사집행법 출제 문제

민사집행법의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않지만, 수험생들의 학습부담과 관련해서 출제범위에 대하여는 논란이 있으며, 막연하고 애매한 부분이 있는 것도 사실입니다. 저는 민사집행법에 대하여는 출제범위를 매우 구체적으로 정하여 수험생들이 학습범위를 확실하게 알 수 있도록 하고, 민사집행법에대하여도 일정 부분 출제하는 것을 권고사항으로 해두고 출제과정에서 자연스럽게 민사집행법문제를 독립적으로 또는 통합적으로 출제될 수 있도록 하는 것이 좋다고 생각합니다. 이에 대하여 발제자의 의견은 어떠하신지요?

[제2주제]

지방대학의 위기와 지방대학 육성정책 및 법제의 개선

방동희 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 신봉기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 홍관표 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

지방대학의 위기와 지방대학 육성정책 및 법제의 개선

방 동 희 (부산대 법학전문대학원 교수)

목차

I. 서론

II. 지방대학의 실태와 위기의 원인 분석과 평가

1. 학령인구 급감에 따른 미충원 가속화
2. 일자리 교육여건 미비와 청년층 수도권 이동
3. 중앙집중식 정책추진에 따른 대학간 격차 심화

III. 정부의 지방대학 육성정책과 제도 및 그 한계

1. 역대 정부의 대학정책 연혁 및 개관
2. 지방대학 육성정책의 한계와 문제점
3. 지방대육성법의 시행과 그 내용
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

IV. 지방대 육성 정책 및 제도의 개선

1. 해외의 지방대학 육성 사례
2. 지방대학 육성정책의 개선
3. 지방대육성법 및 관련 유관 법제의 개선

V. 결어

I. 서론

- 지역의 발전은 그 지역 소재의 대학의 발전과 육성의 없이는 불가능함
- 대학은 지역의 상징이 되고 기업과 비견될 수 없을 만큼의 경제적 파급효과를 낳음
- 대학은 산업체의 경제활동을 주도하는 연구개발에 필요한 지식과 기술을 공급함과 동시에 지역 경제 활성화에 이바지하는 인적자원을 양성하는 중추적인 역할을 담당함

* 박선형, 지방분권화 시대의 지방대학 발전 전략 탐색, 서울행정학회 학술대회 발표논문집. 2003-12 2003(12):13-31 참조

- 그러나 현재 지방대학은 생존의 기로에 있는 놓여 있는 상황임
- 정치 경제 사회 문화의 수도권 초집중화가 가속화 되고 있으면서 지방과 지방대학은 동시에 퇴로의 길을 걸을 수 밖에 없는 상황에 처해있음
- 국가의 권한 독점, 지방의 예산과 발전전략의 미비, 학령인구 급감에 대한 교육부 및 지방대학의 선제적 대비의 부재로 인하여 지방대학은 고사위기에 처해 있음
- 본 글은 지방대학이 처해 있는 위기상황의 분석, 정부의 대응전략의 개관, 특히 지방대학육성법을 검토하고, 이에 대한 개선방향과 전략에 대한 공론의 장을 만들이 위하여 작성

3

II. 지방대학의 실태와 위기의 원인
1. 학령인구 급감에 따른 미충원 가속화

- 2020년은 대학 모집정원(49만 7,218명)이 대입가능자원(47만 9,376명)보다 많은 최초의 해였음, 2021년 대학 모집정원은 454,923명이었으며, 대입가능자원은 441,941명 이었음.

- 이러한 상황은 더욱 악화되어 2024년에는 2019년 대학 모집정원 대비 124,000명의 입학생이 부족해지고(교육부 보도자료, 2019.8.6.), 2040년 대입가능자원은 28만 명 수준으로 급감하여 2021년 대비 40%로 감소(통계청 보도자료, 2019.3.28.).

- 2021년 전국 대학의 신입생 충원율은 91.4%로 40,586명의 미충원이 발생하였고, 미충원의 75%가 비수도권에서 발생함(교육부 보도자료, 2021.5.20.)

- 전체 추가모집 인원 중 지방대학이 차지하는 비율은 85.8%에 이르렀으며(세계일보, 2021.3.1.), 최초 추가모집에 나선 167개교 가운데 최종적으로 미달된 77개교는 대다수가 지방 소재 대학인 것으로 나타남(e-대학저널, 2021.3.2.).

- <고등학교 3학년 학생 수 추계>

2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030
441,941	427,292	403,102	417,539	458,955	435,025	416,680	440,254	443,712	457,727
2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	2040
415,734	416,355	386,192	339,999	310,042	276,186	285,660	270,860	268,594	278,508

* 김도기, 이재덕, 이길재(2021). 고교학점제 도입 시 수업학급 및 시수 변화에 따른 필요 교원 규모 추산 연구. 한국교육개발원. p.30

- 교육부는 2021.5.20. 권역별로 30~50%까지 대학모집정원의 규모를 축소하겠고 발표함

* 교육부 보도자료. (2021.5.20.). 대학의 체계적 관리 및 혁신 지원 전략 발표.

4

II. 지방대학의 실태와 위기의 원인
2. 일자리 교육여건 미비와 청년층 수도권 이동

- 비수도권 청년인구의 수도권 집중이 점차 심화되고 있음(통계청, 2020.06.29.).

- 2019년 수도권과 세종을 제외한 13개 시·도에서 20대 인구의 순유출이 발생, 2020년을 기점으로 수도권의 20대 인구는 여타 지방 전체의 20대 인구를 추월함

- 수도권의 최근 10년(2009-2019) 간 10대의 순 인구유입 비율은 0.2%에서 0.4%로 증가하였으며, 20대는 1.4%에서 2.1%로 증가

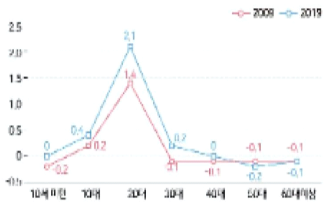
- 수도권 지역으로 이동의 원인은 (1) 일자리 (2) 교육 (3) 주택으로 나타남

- 비수도권 청년인구의 수도권으로의 이동은 1차로 대학 진학에 따른 교육, 2차로 구직에 따른 취업으로 발생함(통계청, 2020.06.29.)

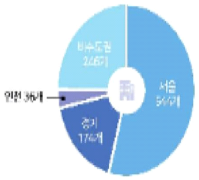
통계청. (2020.06.29.). 최근 20년간 수도권 인구이동과 향후 인구전망. 통계청 보도자료.

- 지방대학은 인구구조의 변화에도 불구하고, 대학의 기능적 변화에 민첩하게 대응하지 못한 채 백화점식으로 기존의 학사구조를 지속적으로 운영함

- 또한 지역사회와의 적극적인 연계구조를 창출하지 못하고 지역 내 대학 간 경쟁구도 속에서 대학의 혁신에 대한 역량을 발휘하고 있지 못한 상황



연령별 수도권 유입 인구 추이(통계청 2020. 6. 29.)



'19년 매출액 전국 1,000대 기업 (부산상공회의소 2020)

II. 지방대학의 실태와 위기
3. 중앙집중식 정책추진에 따른 대학간 격차 심화

- 정부의 대학구조개혁은 대학 학령인구의 급감과 같은 급격한 환경변화에 선제적으로 대비할 필요와 부실대학에 정부재정지원이 이루어져서는 안 된다는 사회적 요구에 의해 시작됨 (교육과학기술부, 2011.7.27)

- 그러나 실제 대학구조개혁의 1주기 평가 결과 지방대학이 정원감축의 주 대상이됨

* 유은혜, 2016년 국정감사 정책자료집, 교육부 1주기 대학정원감축정책 평가와 진단, 2016.

- 2013년 대비 2016년 비수도권 대학의 83%에 해당하는 101개 대학에서 16,914명의 대입정원이 감축되었고, 이는 대입정원 총 감축규모의 77.4%를 차지하였다.

- 반면, 수도권 대학은 40개 대학에서 4,953명(22.6%)만을 감축하였고, 특히 서울은 1,645명(7%)을 감축하는 데 그침

< 2013년 대비 2016년 정원 감축 대학 지역별 비교 >

구분	소재대학수	정원감축 대학수	2013년 입학정원	입학정원감축규모	2013년 입학정원 대비 입학정원 감축 비율
서울	39	19(49%)	76,535	1,645(75%)	2.1%
수도권	71	40(56%)	122,708	4,953(22.7%)	4.6%
비수도권	121	101(83%)	219,583	16,914(77.3%)	7.3%
전국평균	192	141(73%)	342,291	21,867(100%)	6.4%

III. 정부의 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
1. 역대정부 대학정책 연혁 및 개관

- 역대 정부는 대학 서열화 문제 해소, 지역 간 균형 발전의 요구에 따라 지방대학 육성정책을 지속 추진함(교육부, 2013.10.)
- 김대중 정부는 세계적 경쟁력을 갖춘 대학 육성을 목표로 연봉제, 성과급, 연구비 차등지급 등 자율 경쟁을 통한 재정의 차등 지원을 대학의 경쟁력 강화를 위한 수단으로 활용

  - 지방대학육성사업으로 '특성화 우수대학/지방대학육성사업', 'BK21 사업(지역우수대학육성사업)', '지역혁신인력양성사업' 등을 핵심 정책으로 추진

- 노무현 정부는 김대중 정부가 추진해온 고등교육 정책을 계승·확대하면서도 평가와 경쟁체제로의 전환을 위한 선택과 집중, 차등지원방식을 고수

  - 지방대학 육성정책으로 '지방대학혁신역량강화사업(New University for Regional Innovation, 이하 누리사업)', '산학협력중심대학육성사업' 등을 추진

- 이명박 정부는 대학의 구조조정과 재정지원 정책을 연계하고, 대학의 자율성 확대, 재정운영의 효율성 제고 차원에서 선택과 집중에 따른 재정지원의 기조를 유지·확대

  - 누리사업', '수도권대학특성화사업', '전문대특성화사업' 등을 통합하여 '교육역량강화사업'으로 개편하고, 지원 방식으로 공시된 정량지표를 통한 포뮬러 방식을 활용

- 박근혜 정부는 **「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」의 제정**을 통해 지방대학 지원을 위한 법적 토대를 마련

  - 이명박 정부가 추진하던 교육역량강화사업을 수도권과 지방으로 구분하여 지방대학 특성화사업을 추진

7

III. 정부의 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
2. 지방대학 육성정책의 한계와 문제점

- 첫째, **지방대학 육성정책의 일관성 부재 및 정권의 정치적 성향에 따른 변화로 정책 혼선**(지방대학을 육성하는 정책이 정권이 바뀔 때마다, 혹은 같은 정권 내에서도 일관된 방향성을 가지고 추진되지 못함)

  - 이명박 정부는 지방대학에만 지원하던 사업(누리사업)과, 수도권대학, 전문대학에 지원하던 사업을 통합해 운영함으로써 노무현 정부에서 지방대학육성사업으로 추진했던 누리사업을 개선·확대시키지 못함

  - 박근혜 정부의 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」은 지방대학의 수도권 이전과 신설을 가능하게 하는 「수도권 정비계획법 시행령」 개정안과 상충

- 둘째, **지방대학 육성 정책의 추진 전략 및 방법, 내용에 있어서 모순**(지방대학을 육성하기 위한 정책들을 제안하면서도 지원 방식은 자율과 경쟁, 선택과 집중의 논리에 의존함으로써 결국 수도권 대학이 더 많은 지원을 받음)

  - 김대중 정부의 핵심 사업이었던 1단계 BK21은 수도권 대학 편중 지원으로 귀결되었고, 2단계 BK21사업 역시 수도권 편중지원 문제를 해소하지 못하고 수도권 대학 지원을 오히려 강화하는 정책적 딜레마를 야기하였음

  -대학교육역량강화사업 역시 수도권 대학들이 주로 수혜대상이 됨으로써 반값 등록금 정책으로 인해 재정난에 허덕이는 지방대학의 경쟁력은 더욱더 약화됨

8

III. 정부의 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
2. 지방대학 육성정책의 한계와 문제점

- 셋째, **지방대학 육성정책의 집행과정상 문제점 노정 및 평가와 피드백의 부재**(지방대학 육성을 위한 정책들은 집행 과정의 한계로 인해 제대로 된 성과를 달성하지 못함)

  - 노무현 정부의 누리사업은 전례 없는 지방대학 집중 지원 정책이었으나 중간 평가에서 교원확보 증가율, 졸업생 취업률 등 미흡한 성과를 보인다는 판단 하에 사업비가 대폭 삭감

  - 지방연구중심대학사업은 지방의 우수 이공계 대학을 지방의 연구중심대학으로 육성하는 것을 목표로 하였으나, 일부 특성화 학과 중심으로만 성장하면서 개별 대학 내에서도 고착화되는 결과로 이어짐.

- (소결) 역대정부의 지방대학 육성정책은 유의미한 기여를 하지 못함

  - 지방대학 육성정책은 오히려 수도권 대학, 대규모 대학, 대학내 지원 대상 학과에 지원 편중, 이로 인한 서열화를 강화시키며 양극화를 가속

  - 지역간 불균형 심화 및 국가균형발전에 심각한 위기 초래했다고 평가

9

* 이길재, 조성은, 김지선, 박태양, "지방대학 위기의 원인과 해결방안에 대한 고찰, 교육행정학연구, 39(4), 2021, 91면 참조

III. 정부의 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
2. 지방대학 육성정책의 한계와 문제점

- 지금까지 시행되어 온 정책 및 사업은 지방대학에 대한 재정지원과 수도권내 대학신증설 및 정원억제가 중심이어서 종합적이고 장기적인 비전이 **없었으며 타부처 및 지방자치단체와의 연계성도 없었음**
- 정부교체에 따른 사업정책의 변화에 따라 안정적인 추진이 어려우므로, **입법을 통해 지방대학의 경쟁력을 강화하고 지방과 수도권 간의 교육격차를 해소하기 위하여 특별법 제정의 필요성이 제기**
- 지방대학의 경쟁력을 강화하고 지방과 수도권간 교육격차를 해소하기 위하여 지방대학을 위한 특별법을 제정할 필요성으로 "지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 " **[법률 제12337호, 2014. 1. 28., 제정] [시행 2014. 7. 29.]**
- * 이종근, "지방대학·지역인재 육성지원을 위한 '지방대학 육성법' 실효성 확보 방안", 교육부, 2015.11

10

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
3. 지방대육성법의 시행과 내용

지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률[시행 2014. 7. 29.] [법률 제12337호, 2014. 1. 28., 제정]의 제정 취지

- (지방의 역할과 중요성) 지역의 경쟁력이 국가 경쟁력의 근원이 되는 지방화시대에 지방대학은 지역발전의 주체로서 중요한 역할과 기능을 담당하고 있음
- (지방대학의 위기와 실태) 그럼에도 불구하고 지방대학 졸업생의 취업난과 지방대학의 열악한 교육여건 등으로 지방대학의 경쟁력이 저하되고 있음
- (수도권대학과 지방대학의 격차) 또한 수도권 대학과 지방대학의 불공정한 경쟁구도와 대학 간 수직적 서열구조로 지역 간 불균형 문제가 심각한 실정임
- (지방대학의 역할과 기능 정립) 지방대학의 경쟁력 저하에 따른 우수인력 유출로 지역산업이 침체되고 일자리가 부족해져 지역인재가 다시 유출되는 악순환을 막고 지역인재가 해당 지역에 정주하면서 지역발전에 공헌하도록 할 필요가 있음
- (동법을 통한 지방대학 발전 도모) 지방대학에 대한 종합적인 지원대책을 수립하고 지역발전을 위한 지역인재 육성의 법률적 토대를 마련함으로써 장기적이고 균형적으로 지역인재를 양성하고 지방대학의 경쟁력을 강화하여 지역의 균형발전을 도모

11

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
3. 지방대육성법의 시행과 내용

◇ 지방대육성법의 주요내용 (현 제6장 제24개 조문으로 구성)

- **"지방대학"** 이란 「수도권정비계획법」 제2조제1호에 따른 수도권이 아닌 지역에 소재하고 「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교(원격대학 및 각종학교는 제외한다)를 의미하고, **"지역균형인재"**(이하 "지역인재")란 지방대학의 학생 또는 지방대학을 졸업한 사람을 말함(제2조).
- **국가와 지방자치단체**는 지방대학 및 지역인재의 육성을 지원하기 위하여 필요한 **종합적인 시책을 수립 · 시행하고, 필요한 예산을 확보하는 등 재정적 지원방안을 마련**하도록 함(제3조).
- **교육부장관**은 지방대학 및 지역인재의 육성 · 발전을 위하여 **지방대학 및 지역균형인재 육성지원 기본계획을 5년마다 수립**함(제5조).
- 지방대학 육성지원에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 **교육부장관 소속으로 지방대학 및 지역균형인재 육성지원위원회를 설치**함(제8조).

12

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
3. 지방대육성법의 시행과 내용

◇ 지방대육성법의 주요내용 (현 제6장 제24개 조문으로 구성)

- 교육부장관은 지역전략산업 및 지역선도산업에 필요한 전문인력을 양성하기 위하여 적합한 지방대학을 **특성화 지방대학**으로 지정하고, **행정·재정적 지원**을 할 수 있음(제17조).
- **중앙행정기관의 장과 시·도지사**는 소관 정책 또는 법령이 지역인재의 고용 등에 미치는 영향을 분석·평가하는 **지역균형인재 고용영향평가**를 실시함(제20조).
- **대학과 지역이 협업하여 지역 수요를 기반으로 한 과제**를 도출하고 이를 수행하는 **지역혁신 협업체계의 구축을 지원**하기 위한 기반(**행재정 지원, 전담기관 지정, 지역협업위원회 구성운영**)을 마련함(제21조).
- **고등교육혁신특화지역**을 선정운영함으로써 **기존의 고등교육과 관련된 규제를 우선적으로 완화 적용**하고, 발굴된 성공모델을 바탕으로 이를 전국적으로 확산함(제22조)

13

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
3. 지방대육성법의 시행과 내용

◇ 지방대육성법의 주요내용 (현 제6장 제24개 조문으로 구성)

- 국가와 지방자치단체는 매년 선발하는 공무원 중 지역인재가 일정비율 이상 확보될 수 있도록 시행계획을 수립·실시하고, 행정안전부장관 및 인사혁신처장은 시행계획 및 그 결과 등을 국회에 보고함(제12조).
- 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관과 상시 근로자의 수가 **300명** 이상인 기업은 신규 채용인원의 일정비율 이상을 지역인재로 채용하도록 노력하고, 국가와 지방자치단체는 지역인재의 채용실적이 부진한 경우 채용실적을 공개하고, 지역인재 채용을 확대하여 줄 것을 요청할 수 있음(제13조).
- 지방대학의 장은 의과대학, 한의과대학, 치과대학, 약학대학 및 간호대학이나 법학전문대학원, 의학전문대학원, 치의학전문대학원 및 한의학전문대학원 입학자 중 해당 지역 학교 출신자가 학생 모집 전체인원의 일정비율 이상이 되도록 하여야 함(제15조).

14

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- **첫번째, (지역의 자치고권을 가진 지방자치단체의 주체적 참여권 보장 미흡)** 국가 (교육부) 주도의 계획 수립 및 사업 시행으로 지방자치단체의 환경과 실정을 제대로 반영하지 못하고 있는 피상적으로만 보여주기식 단편적 결과만 낳고 있는 상황

- 정부주도의 정책으로, 지역혁신주체인 지자체, 대학, 산업체 간 협업체계 미비로 인하여 지역별 특성화 및 지역 청년들의 취업 질 개선을 통한 정주여건 개선 효과는 매우 제한적인 상황

- 중앙집권적 교육부의 대학정책, 특히 지방대학 육성정책은 국가 중심의 균형 발전의 가치에만 집중하고 있어 지역의 상황과 실정을 제대로 반영하지 못하여, 정책과 제도의 실질적인 효과가 나타나고 있지 못한 것이 현실임

- 지방대학의 육성의 목표는 해당 지역의 동반 성장과 발전 등 지방의 일자리 확보, 취업의 기회 확대, 관련 산업의 발전, 서비스와 정주여건의 개선으로 연결되어 지방자치단체의 지역과 주민의 삶의 질의 전체적인 향상에 있음에도 현 지방대육성법은 현상적으로 매우 제한적인 일자리의 취업이라는 단편적 성과만 낳고 지역산업육성과 정주여건 개선과는 단절되어 있음

15

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- **두번째, (지역 산업 및 일자리 확보 등을 통한 지방대학 및 지역인재의 선순환 발전 체계 및 구조 부재)** 지역에서의 지방대의 기능과 위상을 강화하거나 지역인재의 일자리를 확대하는 등 지역 및 산업의 발전, 지방대학의 역할 강화, 지역인재의 취업 기회 보장이라는 선순환의 체계나 구조를 만드는데에는 한계가 있음

- 지방대육성법은 지방대 재정지원, 지방대 소속 교원의 위원회 참가, 지역인재의 해외연수기회 제공, 공공기관 및 기업의 취업 기회 보장, 의과대학, 전문대학원 등의 입학기회 보장 등을 법률로서 규정함으로써 단절적이고 단편적인 성과를 낳는데 치중하고 있음

- 지역산업체, 지방공공기관, 주민, 지방자치단체, 지방대학 등의 지방 중심의 협력적 거버넌스를 통한 지방대 및 지역인재의 육성을 위한 근본적 문제해결 방식을 취하지 못하고 임시방편적인 대책으로 지방대 및 지역인재의 육성과 지방산업 및 지방자치단체의 발전이 연계되지 못하고 있는 것이 현실임 (지방소멸 및 지방공동화를 막지 못하면 대학육성 및 지역인재육성은 단순 미봉책에 불과한 것임)

16

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- 세번째 (지방대육성법 개별 조항의 실효성 및 명확성 미비)
- 제3조(국가와 지방자치단체의 책무) 공공기관과 기업은 지역인재의 취업을 촉진하기 위한 국가와 지방자치단체의 대책에 적극 협조하여야 한다

  - 본 규정 의 강제성 확보에 어려움이 있음

- 제4조(다른 법률과의 관계) 지방대학 및 지역인재 육성에 관하여는 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

- 동법은 타법과의 관계에 있어 분절적인 상태로 존재하고 있음 , 따라서 동법의 실효성 확보 내지 추진상황은 매우 미진한 상태임 - 이러한 한계를 극복하기 위해서는 내용상 관련을 갖는 법령과의 연결고리가 필요한 바, 이러한 연결고리의 역할을 하는 장치가 제대로 마련되지 못해 체계적 지속적 추진이 어려운 상황임

17

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- 제10조(교원의 참여 확대) 중앙행정기관의 장은 소속 위원회별로 지방대학 교원이 대통령령으로 정하는 비율 이상 참여하도록 하여야 한다. 다만, 중앙행정기관의 장이 불가피한 사유가 있다고 인정하는 경우에는 예외로 한다.
- 제11조(해외교류 · 연수의 기회균등) ② 국가와 지방자치단체는 지방대학 학생의 능력을 기르기 위하여 해외교류 및 연수계획을 수립하여 실시하도록 노력하여야 한다.
- 제12조(지역인재의 공무원 임용기회 확대) ① 국가는 신규 임용하는 국가공무원 중 지역인재가 일정비율 이상 확보될 수 있도록 시행계획을 수립 · 실시하여야 한다.

- 지역인재추천채용제에 의한 선발인원이 꾸준히 증가하고 있으나, 전체 공무원 선발 규모에 비하면 아직도 낮은 수준임

18

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

▸ 제13조(공공기관 등의 채용 확대 등) ① 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관과 상시 근로자의 수가 300명 이상인 기업(이하 이 조에서 "기업"이라 한다)은 신규 채용인원의 일정비율 이상을 지역인재로 채용하도록 노력하여야 한다.

② 국가와 지방자치단체는 제8조제2항제3호에 관한 위원회의 심의 결과 지역인재의 채용실적이 부진한 공공기관 및 기업에 대하여 그 채용실적을 공개하고, 지역인재 채용을 확대하여 줄 것을 요청할 수 있다.

③ 국가와 지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 경우 공공기관 및 기업에 대통령령으로 정하는 바에 따라 필요한 지원을 할 수 있다.

- 본 조의 추진에 있어 국가와 지방자치단체의 요청만 있으면 공공기관 및 기업에서 채용을 확대할 수 있을 지, 정책 추진의 현실성을 담보하기 어려움 또한 경영권 침해 우려 등 위헌의 소지가 있어 지역인재 채용정책을 강력하게 추진하기는 어려운 실정

- 본 조 제3항에 따르면 국가와 지방자치단체는 필요한 지원을 할 수 있다고 규정하고 있으나 실제 이를 유인하기 위한 재원이나 공공기관 및 기업이 지역인재를 대통령령이 정하는 일정비율 이상 채용한 경우 융자·투 자·자금 조달(동법 시행령 제9조 제1항 제2호)을 위한 재원 등이 마련되어 있지 않은 상태여서 본 조의 실효성이 의문시됨

19

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대학 육성법의 한계와 문제점

▶ 혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법 제29조의2(이전공공기관등의 지역인재 채용 등) ① 이전공공기관과 그 밖에 이에 준하는 공공기관으로서 대통령령으로 정하는 공공기관(이하 "이전공공기관등"이라 한다)의 장은 해당 기관이 이전하거나 이전한 지역(이하 "이전지역"이라 한다)에 소재하는 지방대학(「수도권정비계획법」 제2조제1호에 따른 수도권이 아닌 지역에 있는 「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교를 말한다) 또는 고등학교(「초·중등교육법」 제2조제3호에 따른 고등학교·고등기술학교를 말한다. 이하 같다)를 졸업하였거나 졸업예정인 사람을 이전공공기관등의 채용규모, 이전지역의 학생 수 등을 고려하여 채용 비율 및 기준 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 채용하여야 한다. 다만, 이전지역에서 고등학교를 졸업한 후 다른 지역에서 「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교를 졸업하였거나 졸업예정인 사람은 해당 이전지역의 채용의무 대상에서 제외한다.

기관명	2019년도			2020년도		
	채용목표제 대상인원 (A)	지역인재 채용인원 (B)	지역인재 채용률(%) (B/A)	채용목표제 대상인원 (A)	지역인재 채용인원 (B)	지역인재 채용률(%) (B/A)
부산	480	154	32.7	295	101	33.9
가정폭력관련상담원	.	.	.	.	.	.
경상남동물위생원	.	.	.	.	.	.
경찰인재개발원	60	50	83.3	60	20	33.3
국립정신건강센터	.	.	.	.	.	.
국립중앙의료원	.	.	.	.	.	.
국립해양생물자원관	.	.	.	.	.	.
국립해양조사원	.	.	.	.	.	.
국민건강보험공단	195	85	43.6	120	37.0	40.2
국민연금공단	140	60	42.8	60	20.0	33.8
국민체육진흥공단	125	125	23.4	155	145	26.1
국방과학연구소	110	130	26.0	150	120	34.3
근로복지공단	260	110	33.3	450	130	30.2
부산교통공사	.	.	.	100	120	20.9
기술보증기금				150	120	20.3

20

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- 제14조(대학 등의 지역인재 우대 채용) 대학 및 정부출연연구기관의 장은 소속 교수 또는 연구원 등을 채용함에 있어 지역인재를 우대하여 채용할 수 있다.‥

· 본 규정에도 불구하고, 지방대학 및 지방소재 정부출연연구기관 등은 교원 및 연구원의 채용에 있어 수도권 대학 출신자의 채용을 선호

- 제15조(대학의 입학기회 확대) ① 지방대학의 장은 「고등교육법」 제34조에 따른 특별전형으로 해당 지역의 고등학교(「초·중등교육법」 제2조에 따른 고등학교를 말한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 지방대학을 졸업한 사람(졸업예정자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 선발할 수 있다. <개정 2021. 3. 23.>
② 지방대학의 장은 지역의 우수인재를 선발하기 위하여 의과대학, 한의과대학, 치과대학, 약학대학 및 간호대학 등의 입학자 중 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 사람의 수가 학생 입학 전체인원의 일정비율 이상이 되도록 하여야 한다. 이 경우 지방대학의 장은 해당 지역의 시·군·구 간 균형있는 선발을 하기 위하여 노력하여야 한다. <개정 2018. 12. 18., 2021. 3. 23.>
1. 수도권이 아닌 지역에 소재한 중학교를 졸업할 것
2. 해당 지방대학이 소재한 지역의 고등학교를 졸업할 것(졸업예정자를 포함한다)
3. 제1호 및 제2호에 따른 학교의 재학기간 내에 해당 학교가 소재한 지역에 거주할 것
③ 지방대학의 장은 지역의 우수인재를 선발하기 위하여 법학전문대학원, 의학전문대학원, 치의학전문대학원 및 한의학전문대학원 입학자 중 해당 지역의 지방대학을 졸업한 사람의 수가 학생 입학 전체인원의 일정비율 이상이 되도록 하여야 한다. <개정 2021. 3. 23.>

동법 시행령이 규정하는 권역별 지역인재 선발비율은 학부 30%(강원.제주권 15%), 전문 대학원 20%(강원.제주권 10%)이고, 해당 권역은 충청권, 호남권, 대구.경북권, 부산.울산. 경남권, 강원권, 제주권이며, 한의학전문대학원의 경우 비수도권 지역 전체를 해당 권역 으로 설정하고 있음

· 본 규정을 통하여 지역인재의 대학 입학기회의 확대가 확보되고 있음, 다만 지역인재 대상자가 졸업한 경우 해당 지역에서 일정기간 취업 내지 창업을 하도록 함으로써 지역사회의 발전에 기여할 수 있도록 하는 방안 고

21

III. 지방대학 육성 정책과 제도 및 그 한계
4. 지방대육성법의 한계와 문제점

- 관련 유관 법령간 연계성 확보 미흡 (지방대육성법이 그 입법취지를 살리고 관련정책을 효율적으로 추진하기 위하 여 위해서는 재정확보, 정책추진실태 관련조사, 관련 정책의 추진과의 연계성과 체계성이 확보되어야 함

· 국가균형발전 특별법 - 지역발전특별회계 관련 - 지역발전관련 회계 설치 및 관리, 운용, 계정구분과 관련한 조항 - 회계수입관련 제반사항 제시 등

· 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 - 현황조사 및 성과분석 등 - 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률에서는 현황조사 및 육성계획 의 성과분석에 대해 정의하고 있음 - 동법 시행령에서는 육성계획의 성과분석시 포함되어야 하는 사항에 대해 명시 하고 있음

· 청년고용촉진 특별법 - 청년고용촉진과 관련한 주요 사항에 대한 심의·평가를 위하여 특별위원회 설 치에 관련한 사항을 명시하고 있음

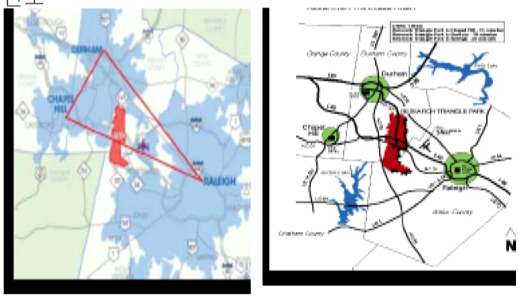
· 혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법 - 이전공공기관등의 지역인재 채용

22

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
1. 해외의 지방대학 육성 사례 등

- 산학협력파트너십 사례 : RTP(Research Triangle park)

- 노스캐롤라이나의 Durham, Raleigh, Ghapel-hill의 지역을 중점으로 North Carolina State University, Duke University 그리고 University of North Carolina 대학들이 중심이 되어 산학협력을 적극적으로 실시하여 혁신적이고 살기 좋은 지역으로 변모



RTP(Research Triangle Park)사례

23

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
1. 해외의 지방대학 육성 사례 등

- 주정부에 의한 대학기능을 특성화하여 지원하는 유형 : California State
- - California State는 1960년대 고등교육발전전략에 따라 주의 고등교육 체제를 3가지로 나누어 대학의 효율성 및 전문성을 높임
- - 중복투자를 방지하고 고등교육체제의 효율성 및 전문성을 높이기 위한 주 정부의 의지가 담겨져 있음(Bracco & Callan, 2002)



24

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
1. 해외의 지방대학 육성 사례 등

▶ 지역재생의 핵심이 되는 대학 만들기(COC : Center of Community)

- 학생이 주체적으로 배우고 차세대를 살아가는 힘을 기르는 것을 전제로 시행
- 대학의 교육 연구가 더 현실적인 과제를 직시하고 또한 지역 사회의 대학에 대한 이해 증진
- 학생들이 사회의 현실 과제 해결에 참여함으로써 실천력, 학습 의욕 자극
- 대학 조직으로 지역과 연계함으로써 대학의 다양한 자원을 유기적 결합을 통해 과제 해결을 위한 교육 연구 활동도 활성화에 기여함



25

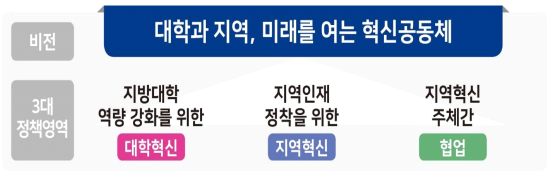
Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

▶ 정부(교육부) '제2차 지방대학 및 지역균형인재 육성지원 기본계획' 발표 2021. 2. 26.

- 관계부처 및 14개 시도(비수도권) 합동으로 5개년(2021~2025) 기본계획 수립 -

- 제2차 기본계획은 지역인재 유출 및 학령인구 감소에 대응하여, 인구유출을 막는 '댐'으로서의 지역 협업시스템 구축과 그 핵심 축으로서의 지방대 역할을 재정립하는 데 중점을 두었다.

- 이를 위해 '대학과 지역, 미래를 여는 혁신 공동체'라는 비전을 가지고 '지방대학 역량 강화를 위한 대학 혁신', '지역인재 정착을 위한 지역 혁신', '지역혁신주체 간 협업 촉진'이라는 세 가지 정책의 틀을 바탕으로 주요 과제를 설정하였다.



26

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

지방대학 역량 강화를 위한 대학 혁신

- ❖ (방향) 협업에 기반한 **동반성장형 지방대학 혁신 지원**
- ❖ (핵심과제) **공유성장형 고등교육 생태계** 구축, 지방대 **전략적 특성화**(글로벌, 디지털), 대학 적정규모 관리 및 한계사학 등에 대한 **체계적 관리 강화**

지역인재 정착을 위한 지역혁신

- ❖ (방향) **양질의 일자리 창출** 및 **지역인재 친화적 정주여건 조성**
- ❖ (핵심과제) 산학협력 촉진을 위한 **캠퍼스 등 공간혁신**, 지방대 연구개발(R&D) 역량 강화

지역혁신주체 간 협업 촉진

- ❖ (방향) **중앙-중앙, 중앙-지자체** 다양한 층위의 **협업 유도**
- ❖ (핵심과제) **지자체 위상 강화, 지역 인재양성 거버넌스 재구축**



27

⇒ 지역 교육·혁신역량의 핵심으로서의 지방대 역할 정립을 바탕으로 지역 내 협업시스템을 구축하여 인구 유출을 막는 '댐' 구축 제시

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

1. 지방자치단체 중심의 대학-지역사회 연계 강화 지역대학거버넌스 구축 (대학사무의 지자체 이양 검토)

1) 중앙정부 중심의 정책 추진과 집행이 갖는 근본적인 한 계를 넘어서는 거버넌스(governance) 확립을 통해 지방대학의 경쟁력을 강화시키기 위 한 해결책을 모색할 필요가 있음

2) 지자체가 지역 실정에 적합한 지역대학의 특성화 방향 수립, 지속적이고 안정적인 예산의 지원, 지역산업체-연구소-공공기관과 연계한 지역인재 활용 방안의 수립, 지역대학 육성을 위한 중장기 계획 수립 및 추진에 지자체가 구심적 역할을 수행하여야 함

3) 지역대학의 문제를 해결하고 지역대학의 경쟁력을 도모하기 위해 구축되는 지역대학 거버넌스(local governance for the university)는 지방자치단체와 지역사회의 다양한 이 해관계자들이 네트워크를 구성하고, 소통과 협상, 조정 등 구조화된 협력에 기반하여 정 책을 결정하고 집행하는 통치방식으로 운영되어야 함

28

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

1. 지방자치단체 중심의 대학-지역사회 연계 강화 지역대학거버넌스 구축 (대학사무의 지자체 이양 검토)

4) 이를 위해 지방정부와 지역대학 간의 실질적인 협업의 활성화, 상생을 유도할 수 있도록 지역과 대학 간의 협업 및 상생의 발전을 위해 구체적으로 지역대학거버넌스 구축에 관한 조항을 마련하고 구성원 및 역할에 대해 세부적으로 명시할 필요가 있다.

5) 권역별 고등교육의 경쟁력 강화를 위해 권역별 조정위원회의 조직과 운영을 위 한 법적 근거를 마련 - 이를 통해 권역 내 대학 간 대입가능자원에 대한 조정, 대학 간 특성화 및 기능 분화를 위한 조정 등 권역 내 대학교육의 전반적인 방향을 설 정하는 데 있어 발생할 수 있는 대학 간 이견을 조정하는 역할을 수행

6) 지역대학 거버넌스의 구체적인 역할에 대해서도 조례를 통해 구체적으로 명시할 필요가 있음

29

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

2. 대학구조조정을 위한 지역대학의 기능 분화

1) 대학구조조정을 위해서는 권역 내에서의 대학 간 전략적 기능 분화 작업이 선행될 필요가 있음

2) 1960년 캘리포니아에서도 대학 간 학문의 중복성, 학위의 남발, 특성화 상실, 규모의 경제 부족 등 비효율적인 고등교육 체제 개선을 위해 세 개 층위의 대학 체계를 구성한 바가 있음.

3) 대학원 교육 중심의 캘리포니아 대학 시스템 (University of California)은 박사학위를 제공하는 독점적 권위를 가진 캘리포니아 최고 의 연구중심기관이며,

4) 캘리포니아 주립대학 시스템(California State University)은 학사 학위와 석사학위를 제공하는 교육중심기관으로 인문학, 자연과학, 2년 이상의 대학교육을 담당

5) 전문대학 시스템(California Community College)은 2년 제 대학들로 일반 인문 강좌, 취업 강좌, 차상급 편입을 위한 대학 기본 과정을 개설하 여 운영하며 학위는 초급학사를 수여

6) 이러한 캘리포니아 주 전체의 대학체계 변화는 선택과 집중의 효율성에 기반하면서도 국립대학의 공공성 강화, 지역 간 균형발전을 동시에 달성한 전략적 대응이었다는 점에서 긍정적 평가를 받고 있음

30

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선

2. 대학구조조정을 위한 지역대학의 기능 분화

1) 우리나라 역시 권역 내 대학 간의 기능 분화 모델을 설정하여 대학의 전략적 구조조 정을 진행할 필요가 있음

2) 국가 차원의 획일적인 지방대학 구조조정이 아닌 지역 의 인구구조, 산업 특성 등을 반영한 '지역 내 대학 간 자발적 역할 분담'을 통한 권역 별 대학 체제 구축이라는 점에서 의미가 있음.

3) 우리나라 역시 권역별 대학 체제는 크게 연구중심대학과 학부중심대학, 지역교육대학으로 구분하여 진행하는 방안이 검토될 수 있음.

4) **연구중심대학**은 권역 내 박사학위를 제공하는 최고의 연구중심기관으로, 해당 지역에 필요한 전문분야 연구 인력을 양성하는 역할을 담당해야 함. 연구중심대학은 **지방의 거점국립대학을 중심으로** 사범대학 및 연구역량을 갖춘 사립대학을 통합하여 캠퍼스별 특성화 영역을 구축하고, 특히 연구중심대학 체제에 통합되는 **사립대학은 장기적으로 국공립화를 추진**하는 것이 바람직함

5) 학부중심대학은 권역 내에서 직업인력 양성을 목적으로 한 종합대학, 산업대학, 방송통신대학, 기술대학을 중심으로 학사학위와 석사학위를 제공하는 역할을 담당할 수 있음. 학부중심대학은 지역 산업과 연계하여 지역전략산업 및 지역선도산업연계 특성화 공동교육과정 운영을 통해 지역 산업과 밀착시킬 필요가 있음. 이를 통해 학부중심대학은 지역형 인재 육성, 지역 고 용 촉진 및 확대, 지역 정주 활성화에 기여할 수 있다는 점에서 장기적으로 지자체의 지원 속에 운영되는 공공서비스재로 전환될 필요가 있음

6) 지역교육대학은 2년제 대학들로 일반 인문 강좌, 취업 강좌, 자상급 편입 을 위한 대학 기본과정을 개설하는 기관으로 전문학사학위 혹은 자격을 부여하는 기능 을 담당할 수 있음. 지역교육대학은 권역 내 전문대학의 기능 전환 및 권역 내 주민을 대상으로 한 고등교육 및 평생교육 제공을 목적으로 하기 때문에 장기적인 관점에서 등록금 무상화를 추진할 필요가 있음

7) 이러한 권역 내 대학의 다양한 기능 분화는 앞서 제시한 권역별 조정위원회를 통해 자율적으로 결정되어야 함.

31

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선(현 정부 사례 포함)

3. 입학정원 관리를 위한 권역별 대입정원 쿼터제 도입

1) 대학정원의 급감에 따른 대학의 정원감축은 현실적으로 불가피한 조치이나, 단순히 시장경쟁의 논리에 따른 감축은 지방대학의 위기를 심화시키고, 지역 경제의 위축 및 일자리 감소 등 지역 발전에 악영향을 끼칠 수 있음

2) 따라서 감소하고 있는 대학 입학 자원을 고려한 권역별 균형 있는 대입정원감축을 위해서는 권역별 입학정원 쿼터제를 도입하는 방안을 검토해 볼 필요가 있음

3) 대학정원 관리를 위한 권역별 쿼터제는 체계적이고 객관적인 데이터에 기반한 통계학적 근거가 수반되어야 함

4) 권역별 대학입학정원 쿼터제의 도입은 국가균형발전을 위해 수도권 및 비수도권의 모든 대학들이 대학 학령인구 급감에 따른 위기를 통감하면서 고등교육기관으로서 상생과 협력을 통해 대학 및 지역의 위기를 극복하는 동반 성장의 방안이 될 수 있음

32

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
2. 지방대학 육성 정책의 개선(현 정부 사례 포함)

4. 대학-산업체 연계 강화

- 지방대학 차원에서 대 학의 사회적 역량 강화를 통해 지역인재를 양성하고 양질의 일자리 확대 및 경제 활 성화에 기여하기 위해서는 무엇보다 지역산업과 연계한 지역청년들의 지역 정주 방안 마련 필요.

1) **지역 특화 산업 중심의 대학-산업체 인적·물적 자원 공유 기반 플랫폼 구축** - (선취업후진학전형 제도)지방대학은 지역 산업 혁신 및 고도화에 따른 산업체 인력의 직업훈련 및 재교육을 위한 맞춤형 학위과정을 운영하고, 학위과정 외에 특정 기술이나 지식에 대한 자격 과정을 운영함으로써 지역 산업 인력의 지속적인 재교육과 전문성 향상
2) **지역산업 중심의 대학 학사구조 및 교육과정을 개발하고 운영** - 지역의 특화 산업 중심으로 대학간 체계적이고 차별화된 학사구조 특성화 전 략을 수립하고 지역산업의 수요에 부응하는 학사구조의 개편
3) 대학과 산업계 간 공동 고등교육체제를 구축 - 산업 전문가 겸임교원 제도를 확대 운영, 산학협력 중점 전임교원 채용

- 분절적인 형태의 국가 재정지원사업의 일환으로 시도되었던 단순 교류 중심의 연계협력이나 대학 중심의 재정지원사업은 지양

33

Ⅳ. 지방대학 육성 정책 및 제도의 개선
3. 지방대육성법 및 관련 법제 개선

지방대육성법 및 관련 유관 법제의 개선 필요

- 1. 지방대육성법의 개선

1) 현 지방대육성법 개별조항의 실효성 강화(노력하여야 한다 → 시행하여야 한다) 훈시규정 보완, 공공기관 및 기업의 임용 및 채용률 명확화,
2) 지방자치단체 중심의 대학-지역사회 연계 강화 지역대학거버넌스 구축 (대학사무의 지자체 이양)
3) 지역대학의 기능 분화
4) 권역별 대입정원 쿼터제 도입
5) 대학 산업체 연계 강화 제도 강화

- 2. 관련 유관 법제의 개선

1) 국립대학법 제정 - 연구중심대학으로서 국립대학예산확충, 국립대학의 지위 및 위상의 강화, 국립대학 학생 무상 교육
2) 지방자치법, 지방교육자치법, 고등교육법 등 개정 - 대학사무의 지방자치단체 이양방안 검토 - 지방자치단체의 교육자치권 강황
3) 법학전문대학원 설치법의 개선 - 해당 지역의 법률가 법조인 양성 역할 강화, 전문자격증 관련 법률 상 발급 및 개업에 있어서 지방자치단체의 참여 거버넌스 체계 구축

34

Ⅴ. 결어

- 지방대학은 지역의 인재를 양성하고 지역산업의 발전을 위한 토대가 되는 연구를 수행하며, 지역사회에 봉사하는 역할을 수행
- 지방대학의 위상과 기능은

  - 지역사회가 필요로 하는 지역전문인력의 양성과 공급, 재교육을 담당하는 교육기관

  - 지역 기업과의 협력을 통해 R&D의 중추적인 역할을 수행하고, 지역 특성화 산업의 성장 동력으로서 기술 혁신, 지역의 신산업과 고용 창출을 통한 내생적 지역 발전을 유도하는 연구기관

  - 아울러 지역의 잠재적 성인학습자를 위한 평생교육 및 사회교육 프로그램을 운영함으로써 지역주민의 의식 성장, 삶의 질 향상에 기여하는 봉사기관

- 이를 위해 지방지차단체 및 지방대학을 중심으로한 지역산업플랫폼 구축, 고등교육의 재구조화, 대학과 산업체의 긴밀한 연계가 절실히 필요하며, 지방대육성법 및 관련 유관법제의 제정 및 개정을 통하여 제도적 기반을 갖출 필요가 있음 <끝>

35

토 론 문

신 봉 기(경북대 법학전문대학원 교수)

Memo

토 론 문

홍관표(전남대 법학전문대학원 교수)

Memo

[제3주제]

법학전문대학원 학생지도의 방식과 대안마련을 위한 논의

차선자 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 배대헌 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김미라 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)
- 자유토론 : 참여교수님 전체

법학전문대학원 학생지도의 방식과 대안마련을 위한 논의

차 선 자(전남대학교 법학전문대학원 교수)

I. 문제의 제기

법학전문대학원 개원 시 부터 학생지도는 기존의 법학부에서와는 다르게 중요성이 강조되었음. 때문에 법학전문대학원 평가 기준에서도 학생지도 항목을 포함시켰고 이에 대비하기 위하여 모든 법전원은 학생지도 프로그램을 두고 있음.

법학전문대학원의 성공 여부는 결국 구성원이 학생들의 만족도 그리고 이들이 꿈꾸는 변호사로서의 미래를 학교가 얼마나 잘 실현할 수 있도록 지원이 이루어지는지 여부에 좌우될 것임. 무엇보다도 구성원이 학생들 상호간에 그리고 교수와 학생 간에 갈등이 없어야 하고 소통이 잘 이루어져야 학업에서도 좋은 결과로 이루어질 것임. 그러나 실제 학생지도를 담당하고 있는 교수의 입장에서 구체적인 지도 방식과 내용에 대한 부분이 전혀 명확하지 않아 효율적인 학생지도의 어려움 점을 경험하였음.

이러한 이유로 오늘 집담회에서는 모든 법전원 교수님들께서 실제 공통으로 하고 계시는 학생지도 업무가 어떻게 조직되고, 어떤 내용으로 지도가 이루어지는 것이 좋을지 함께 고민하고 대안을 공유하기 위하여 마련하였음.

이하에서는 전남대 법전원의 사례를 중심으로 먼저 그간 학생지도에 대해 우리 대학이 대처해 왔는지 소개하고 실제 학생지도를 하고 있는 제 경험을 바탕으로 학생지도의 분야와 내용 등 고민 사항을 정리해 발포하도록 함.

II. 법학전문대학원평가위원회 평가기준과 전남대 법전원의 대응

1. 법학전문대학원평가위원회 평가기준의 변천

(1) 1주기 평가기준

○ 교수에 의한 학생지도가 충실히 이루어지고 있는지
1. 지도교수가 학생 1인당 매학기 2시간 이상 지도하고 있는지
2. 교수 1인당 배정된 학생 수는 적정한지(15인 이하)
3. 교수의 지도활동을 지원하고 평가하기 위한 적절한 체제가 마련되어 있는지

○ 지도교수 배정에서 학생의 선택권이 존중되고 있는지
1. 학생의 선택권이 존중되는지
2. 교수의 전공 경력에 대한 충분한 정보가 사전에 제공되고, 선택이전에 적절한 조언을 받을 수 있는지
3. 특정 교원에 대한 선호집중이나 해당 교원의 사정 등 특별한 사정으로 인해 학생의 선택권을 존중할 수 없을 경우 배정기준이 공평하고 적정한지
4. 지도교수의 변경 또는 추가가능성이 보장되는지

○ 진로•취업지도 등을 위한 전문적인 학생지도센터가 설치되어 있고, 적정 수준의 재정지원 및 전문 상담요원을 확보하고 있는지
1. 상담실 등 상담에 적합한 독립된 공간과 물적 시설이 있는지
2. 적정수준의 재정이 확보되어 있는지
3. 상담 전문인력이 배치되어 있는지
4. 진로지도, 취업지도 등 도움 되는 지도를 하였는지
5. 학생지도센터의 활동을 평가하고 그 결과를 적절히 반영하는 제도가 마련되어 있는지
6. 진로상담 외 전문적인 심리 상담을 받을 기회가 제공되는지
7. 학생들이 실제로 활발히 이용하고 있는지

(2) 2주기 평가기준

○ 교수에 의한 학생지도의 충실성 및 적절성
1. 지도교수가 학생 1인당 매학기 2시간 이상 또는 학기별 교수 1인당 20시간 이상 지도를 충실히 하고 있다
2. 교수 1인당 배정된 학생 수가 적정하다(15인 이하)
3. 지도교수 배정과 관련하여 교수의 전공 경력에 대한 충분한 정보가 사전에 제공되고, 선택이전에 적절한 조언을 받을 수 있는 상태에서 학생의 선택권이 존중되고 있다
4. 특정 교원에 대한 선호집중이나 해당 교원의 사정 등 특별한 사정으로 인해 학생의 선택

권을 존중할 수 없을 경우 배정기준이 공평하고 적정하다
5. 지도교수의 변경 또는 추가 가능성이 보장되고 있다
6. 교수의 지도활동에 소요되는 경비 또는 수당(보수)을 지급하고 있다
7. 학생의 만족도 조사가 이루어지고 있다.

○ 학생지도센터의 설치와 운영
1. 진로지도, 취업지도 등을 위한 상담실 등 상담에 적합한 독립된 공간과 물적 시설을 갖춘 학생지도센터가 설치되어 있다.
2. 학생지도센터가 적정수준의 재정을 확보하고 있다.
3. 학생이 전문적인 심리 상담을 받을 수 있도록 상담 전문인력이 배치되어 상담을 받을 기회가 제공되고 있다.
4. 학생지도센터의 활동을 평가하고 그 결과를 적절히 반영하는 제도가 마련되어 있다.
5. 학생들이 학생지도센터를 실제로 활발히 이용하고 있다.

(3) 3주기 평가기준

○ 교수에 의한 학생지도의 충실성 및 적절성
1. 지도교수가 학생 1인당 매학기 2시간 이상 또는 학기별 교수 1인당 20시간 이상 지도를 충실히 하고 있다
2. 교수 1인당 배정된 학생 수가 15인 이하이다
3. 지도교수 배정과 관련하여 교수의 전공 경력에 대한 충분한 정보가 사전에 제공되고, 선택 이전에 적절한 조언을 받을 수 있는 상태에서 학생의 선택권이 존중되고 있다
4. 특정 교원에 대한 선호집중이나 해당 교원의 사정 등 특별한 사정으로 인해 학생의 선택권을 존중할 수 없을 경우에도 공평하고 적정한 배정기준을 적용하고 있다.
5. 지도교수의 변경 가능성이 보장되고 있다
6. 교수의 지도활동에 소요되는 경비 또는 수당을 지급하고 있다
7. 학생의 만족도 조사가 이루어지고 있다.

○ 학생지도센터의 설치와 운영
1. 진로지도, 취업지도 등을 위한 상담실 등 상담에 적합한 독립된 공간과 물적 시설을 갖춘 학생지도센터가 설치되어 충실히 운영되고 있다.
2. 학생지도센터가 적정수준의 재정을 확보하고 있다.
3. 학생이 전문적인 심리 상담을 받을 수 있도록 상담 전문인력이 배치되어 상담을 받을 기

회가 제공되고 있다.

4. 학생지도센터의 활동을 평가하고 그 결과를 적절히 반영하는 제도가 마련되어 있다.

(4) 소결

법전원 평가기준 항목은 크게 “교수에 의한 학생지도의 충실성 및 적절성” 항목과 “학생지도센터 설치와 운영” 항목으로 나누어 평가기준이 제시되고 있음. 제1주기 평가기준부터 제3주기 평가 기준에 이르기까지 평가 항목의 내용상 변화는 거의 없음.

“교수에 의한 학생지도의 충실성 및 적절성” 평가 항목에서 강조하는 것은 다음과 같음

① 일정시간 이상의 학생 지도가 이루어졌는지

② 교수 1인당 담당하는 학생의 수가 15인 이하

③ 교수의 전공 경력 등의 정보가 제공된 상태에서 학생이 선택권이 존중되었는지

④ 특정교원 선호집중 시 학생의 선택권이 존중되기 어려울 때 공정한 기준으로 배정하고 있는지

⑤ 지도교수 변경가능성 보장 여부

⑥ 교수지도활동에 대한 경비 등 지원 여부

⑦ 학생만족도 조사여부

“학생지도센터 설치 운영” 항목 중 물적 재정적 평가항목을 제외하고 내용적인 학생지원 역할과 관련한 평가항목을 아래와 같음.

① 학생이 전문적 심리 상담을 받을 수 있는지 여부

② 학생지도센터 평가와 결과 반영제도 마련 여부

③ 학생들의 이용이 활발한지 여부

2. 전남대 법전원의 대응

(1) 전남대학교 학생지도 운영 현황

① 신입생 등록자를 대상으로 무작위 배정(성별, 연령, 출신대학, 학부전공 고려)

② 14~15명의 조원을 대상으로 법학전문대학원 전임 교원을 지도교수로 배정

③ 지도 반 운영에 따른 학생지도비용 지원

④ 휴·복학 등으로 학적변경 시 본인 희망에 따라 지도교수 변경 신청 가능(매학기)

(2) 학생지도 운영에 따른 문제점

① 학생지도 대상이 많아서 학생지도의 내실을 기하기 어려움
② 동기로 구성되는 조 특성상 신입생 시절 학교생활 적응을 위한 별도의 프로그램이 필요
③ COVID-19 상황에 따른 비대면 활동 증가로 지도교수와 지도학생 간 친밀도 하락
④ 외부활동(변론경연대회, 봉사활동, 법률상담 프로그램 참여 등)에 지도교수의 전문분야가 아닌 경우 학생지도에 실질적 도움을 주지 못함
⑤ 지도교수의 부재에 따른 활동에 제약(외부활동, 연구년 등)
⑥ 상담 전문인력이 법학전문대학원에 소속되어 있지 않고 전남대학교 학부생 전체를 관할하고 있어 활용도가 떨어짐
⑦ 학생지도센터 배정예산이 변호사시험 준비를 위한 용도로 활용되고 있어 학생지도 및 조별 활성화에 예산이 부족함
⑧ 평가기준 충족을 위한 학생지도 활동 내역으로 학생상담일지를 작성하여 실적으로 제출하고 있으나 개인정보 활용 등 학생지도 증빙에 곤란
⑨ 장기 휴학 등 지도학생에 대한 부담 가중
⑩ 변호사시험 과목 및 실무교수에 대한 선호 등으로 지도교수 편향

(3) 개선 방안

① 체육대회, 지도반 워크숍 등 활동에 대한 지원
② 전문지도교수 활성화 (검찰지도반, 재판연구원지도반, 변호사시험 TF팀 등)
③ 외부활동(변론경연대회, 봉사활동, 법률상담 프로그램 참여 등)에 대한 지원 확대(예산 반영)
④ 각 지도반 별 배정학생 축소(지도반 수 확대)
⑤ 각 지도반 별 2명의 지도교수 배정(연구교수+실무교수 조합 등)
⑥ 지도반 구성방식 변경 (입학동기로 조 구성 → 1학년 O명 + 2학년 O명 + 3학년 O명)
⑦ 지도반 구성에 대한 특성화 도입(전공별 지도반 구성)
ex) 인문사회계열, 자연과학계열, 법학계열, 보건의료계열 등
⑧ 학회·동아리 활동과 외부 변론 경연대회 연계 등 학생지도 영역 확대

III. 지도교수의 학생지도의 한계와 개선안에 대한 제안

1. 학생지도의 범위의 어려운 점

(1) 학습지도

학생지도를 담당하면서 신학기에 지도학생 파악을 위해 면담을 실시하였음. 학생 1인당 30분 정도를 할애하여 2~3일에 걸쳐 입학 당시 법학과목 학업정도를 파악함. 학생들은 학습의 방법과 시험지 작성 방법 등에 대한 구체적인 이해가 없는 경우가 많아 교재의 선택, 학습방법 등에 관한 질문을 많이 하였음.

지도교수로서 느낀점과 어려움과 그에 대한 대안을 다음과 같이 제안함.

① 각 교과목의 특성이 다른 법학의 특징상 모든 교과목에서 사용되어야 하는 교재로 무엇을 선택할지 추천하는 어려움이 있었음.

: 학기 시작할 때 변시 과목 담당 교수님들께서 추천하는 교재 또는 강의 시 사용하는 교재에 대한 안내를 모든 지도 교수들에게 전달해 주시면 도움이 될 것으로 생각함.
: 특히 기본서 중심으로 정독하지 않고 간략한 요약서로 문제풀이를 먼저 접근하는 학생들이 상당히 많은 것으로 파악되었는데 이러한 문제를 신입생 때부터 바로잡기 위해서는 기본서의 중요성을 강조하고 지도교수가 학생들에게 추천할 수 있도록 할 필요가 있다고 생각함.

② 학업방식에 대한 지도 역시 학생들이 구체적인 설명을 받을 곳이 없는 것이 현실임. 대다수의 학생들은 지인인 선배들로부터 수강신청 방법, 학기별 집중해야 할 과목 및 공부 방식 등을 조언을 듣고 이에 따르고 있다고 응답하였으나 지도교수의 입장에서 선배 학생들이 제시하는 방법이 체계적인 공부 방법이 아닌 것 같다는 생각을 하게 됨.

: 학생들마다 신입생 단계에서 이미 학업진도의 차이를 가지고 있는 것으로 파악됨. 따라서 일률적인 단계별 학업지도를 하는 것은 어렵겠으나 최소한 신입생부터 3학년까지 일 년 단위로 학기 중과 방학기간을 구별하여 매진해야 할 학습 플랜의 모델을 학교에서 마련하여 지도교수들에게 전달하면 학생지도에 도움이 될 것으로 생각함.
: 이러한 모델 제시가 있으면 학생들 간의 학업 격차에 따라 융통성 있게 지도학생과 의논하여 각자에게 맞는 학습계획을 결정할 수 있을 것 같으며 특히 이에 맞추어 수강신청 등도 이루어질 수 있을 것으로 생각함.
: 현재의 학년별 교과목 분류에 따른 단계별 학습(안)이 있으나 이는 교과목에 따른 학업발전

을 위한 접근 방식으로 학생들 개인의 단계별 학습과는 다른 형태로 생각됨.

: 특히 이러한 학습모델(안)을 가지고 학생지도를 하면 각 학생들의 부족한 부분에 대한 것을 명확하게 파악할 수 있는 장점이 있으며 이를 근거로 학생들이 집중해야 할 부분을 독려하는데 도움이 될 것 같음.

③ 특히 학습시간과 학습 장소에 대한 조언을 구하는 경우도 많았음. 즉 몇 시간 공부를 해야 하는지 ? 정독실 이용에 대한 확신이 없는 학생들이 학습 장소에 대한 고민을 할 경우 대안을 어떻게 할지 판단하기 어려움.

: 학습시간과 장소에 대한 고민은 지나치게 개인적인 판단의 영역이지만 여전히 이러한 질문을 하는 학생들이 있으며 얼마나 공부를 해야 하는지에 대한 고민이 실제 스스로를 지나치게 강박적으로 만들기도 하며 그 결과 도리어 학습에 단점으로 작용하는 경우도 있는 것으로 나타남.

: 개인적으로 스스로 자율적 공부가 어렵다고 답한 학생들은 정독실을 권하고 정독실에서의 학습이 긴장감이 낮아지는 시점에 다른 도서실을 이용하도록 조언하였으나 실질적으로 이에 대한 효과는 판단하기 어려움

: 학교에서 정독실 운영 방법과 법전원 도서실 이외의 중앙도서관, 나아가 학업이 가능한 학교 근처 외부 공간 등 이용 가능한 학습 공간에 대한 정보를 제공해주먼 도움이 될 것 같다고 생각함.

④ 강의이수의 어려움이 있는 학생에 대한 학업지도

지도학생들 중에는 학생 간 격차가 상당이 보였고 신입생 때 1회차 면담을 통해 학부에서 법학을 전공하지 않은 학생들 중 몇몇은 향후 수업을 이수하는 것이 어렵겠다고 개인적으로 판단하게 되었음.

: 현실적으로 가장 지도하기 어려운 학생유형으로 생각됨. 이러한 학생들은 특히 학습계획을 세우는 것도 어려워하는 경우가 많음. 무슨 과목부터 시작해야 할지 여부가 고민의 시작임.

: 지도교수 입장에서도 이러한 학생에게 조언이 막연함. 개인적으로 학업내용의 난이도의 문제인지 학업내용이 방대함의 문제인지 먼저 질문하고 양자를 나누어 학생의 학업 문제를 접근하고 있음. 학업내용의 방대함으로 어려움을 호소하는 학생은 효율적 시간활용 공부방법 등을 조언함.

: 학습 난이도의 문제로 학습이 막연하게 느끼는 학생에 대한 조언은 한계가 있음. 이 경우 상대적으로 좋은 학습 성과를 보이는 다른 지도 학생과 함께 공부하는 방법 등을 마련하거나 하였음. 그러나 그 효과는 불분명함.

: 지도학생들이 모여서 선택형 문제를 풀거나 하는 등 학습 스터디를 하는 경우가 있는데, 신입생 때 이들이 스터디 교재로 사용하는 것을 파악해 보니 사례풀이가 지나치게 어려워 법학을 전공한 학생들이나 학습에 훈련된 학생들은 가능하지만 지도학생들 사이에 학습정도의 격차가

있어 함께 사용하는 교재로 적당하지 않은 것으로 판단하여 지도학생들 상호간의 스터디도 조심스럽게 구성되어야 할 것으로 생각함.

(2) 심리지원

많은 학생들이 시간이 지나며 학습시간에 대한 강박, 우울감, 진로에 대한 불명확에 대한 공포 및 경제적 어려움에서 오는 초조함을 호소하였음. 또한 체력적으로 여학생들이 남학생보다 어려움을 호소하고 있음.

신입생 때는 강박적으로 많은 공부 시간에 집착하고 긴장된 상태에서 생활하며 성고를 내던 학생들이 학년이 올라가면서 신입생 시기만큼 집중하지 못하는 자신을 자책하는 경우가 많음.

: 심리지원은 전문적인 분야로 매우 조심스럽지만 현재 학생지도 구조가 법전원 학생만을 대상으로 하는 심리지원 담당자가 없기 때문에 결국 지도교수가 그 역할을 할 수 밖에 없게 됨. 학생의 상담에 응할 경우 학생이 어려워하는 심리적 문제의 핵심을 명확히 인지하고 접근해야 하지만 비전문가로서 들어주고 간단한 조언만 하는 것이 가능한 점에서 한계를 느낌.

: 법전원 학생만을 위한 심리지원 전문가를 모든 대학에서 채용할 수 없더라도 권역별로 예컨대, 전남대, 전북대, 원광대가 함께 1인을 채용 요일별로 상이 가능하도록 하는 것도 고려해 보면 좋을 듯함.

(3) 인간관계 지원

인간관계지원은 심리지원 문제와 밀접하게 연결됨. 법전원 3년의 기간이 학업스트레스가 가중되는 시기이므로 학생들 모두 예민하고 그에 따라 다소 공격적인 성향을 타인에게 나타내는 경우도 있음. 지도학생들 상호간의 관계가 얼마나 원만하게 형성되어 있는지 여부는 지도교수로서 매우 중요한 문제임.

: 중요한 것은 지도학생들 상호간에 학습과 학업성과 격차에서 오는 차이가 관계를 악화시키지 않도록 학생 상호간의 관계를 유지시키는 것임. 상호 이해가 잘 되는 경우 학습과 생활 모든 면에서 서로 도움을 줄 수 있다는 점을 상기시키고 주기적으로 지도교수가 학생들 상호간의 관계를 우호적으로 하기 위한 만남을 할 필요가 있음.

: 지도교수가 학생들 상호간의 관계를 위해 어느 정도의 개입을 해야 하는지에 대한 지침으로

지도학생과의 면담 시간 관련 최소 교수 1인당 20시간 이상 학기별 지도를 원칙으로 하고 학생 1인당 2시간 이상의 지도를 요구하고 있는데 현재 지도학생이 12~13명인 상황에서 교수에게는 상당한 과부담이 있음.

: 또한 지도학생 상호간의 관계를 원만하게 하기 위해서는 전체가 참여하는 활동이 필요한데 지도교수가 이를 구성하기 어려운 점이 있음.

: 대안으로 지도학생 수를 줄이는 것이 가능할 수 있으면 좋겠음. 또 지도학생과 단체 교류를 할 수 있는 체계가 구축되면 좋겠음.

2. 학생지도 방식에서의 어려움

(1) 개입의 방식에 대한 난이성

학생들의 성적향상정도 등을 검토할 때, 개인적인 정보를 모두 직접 확인해야 하는지 고민되는 지점이 있음. 특히 학업진도를 검사하는 것이 학생지도의 방식으로 포함시켜야 하는지 고민됨.

학생들의 개인적 자율성을 최대한 존중하여 스스로 어려움을 인정하고 도움을 청하는 학생들에게 상담과 지원을 하고 있으나, 실제 문제가 있다고 생각되는 학생들이 요청하지 않을 경우 지도교수가 직접 먼저 개입해야 하는지 고민됨.

특히 강의 진도를 따라가는 것이 어려워 보이는 학생들이 그냥 의미 없이 3년 과정을 따라가도록 방치해야 하는지 지도교수가 이러한 상황에 개입하여 휴학 후 공부를 추가로 하고 다시 다니도록 권고를 해야 하는지 매우 조심스러운 점이 있음.

(2) 휴학 후 복학 학생에 대한 지도

휴학 후 복학한 학생들이 지도교수를 선택할 때 휴학 전 지도교수를 다시 선택할 경우 지도학생들 간에 학년차이가 있어 단체 모임이 어려운 점이 있음. 결과적으로 지도교수는 두 학년에 걸쳐 지도학생이 있기 때문에 모임 등을 2개로 나누어 구성해야 하고 이는 상당한 부담으로 작용하기도 함.

(3) 학생들마다 서로 다른 상황에 지도교수로서 개입의 어려움

학생들과 면담을 통해 알게 된 것은 가정형편의 어려움을 호소하는 경우가 있음. 현재 소득 수준에 따라 학비에 대한 지원은 이루어지고 있으나 생활비에 대한 지원은 없기 때문에, 학업과 아르바이트를 병행하는 경우가 있음.

문제는 3년의 기간이 학업과 시험 준비에도 어려운 현실을 전달하고 싶으나 이러한 문제에 개입여부에 지도교수로서 주저하게 되기도 함.

또한 학생들 중 신체적 건강문제 뿐만 아니라 정신건강의 어려움이 있는 경우도 있음. 이 경우 지도교수가 학생의 부모와 연계가 잘 되어야 할 사항으로 생각하지만 현실적으로 학생이 이미 성년인 상황에서 어떤 방법으로 부모에게 연락을 취해야 할지 판단하기 어려움. 특히 정신건강에 대한 전문가가 아닌 입장에서 어떤 판단을 내리는 것이 쉽지 않음. 또한 부모와의 관계가 좋지 않거나 파탄된 경우 부모와 연락하는 것은 더욱 어려운 일임.

Ⅳ. 나가며

이상은 지도교수를 하면서 느낀 개인적인 어려움을 간단히 정리한 것임. 법학전문대학원 지도교수는 후견인이 아니라 학교생활에 대한 조언을 하는 것이 본래의 업무일 것이나, 나날이 어려워가는 변시 합격에 대한 압박 부모와 떨어져서 그리고 지역적으로도 타 지역에 와서 학교를 다니고 있는 학생들 입장에서는 학업, 인간관계, 심리적 취약함, 건강 등, 학교생활과 관련된 모든 문제에서 일차적으로 문의할 수 있는 대상임.

이러한 이유로 법학전문대학원 지도교수는 마치 성인이 된 학생들의 후견인과 같은 역할을 하게 되는 경향이 발생함. 이 과정에서 개입의 범위와 방법에 대해 매우 조심스러운 상황에 처하는 경험을 하게 됨. 이러한 어려움을 해소하고 학생지도가 원활하게 이루어지기 위해서 학교가 제공할 정보에 대한 것을 통일하고 구체적인 지도 매뉴얼을 만들 수 있으면 도움이 될 것으로 생각함.

토 론 문

배 대 헌(경북대학교 법학전문대학원 교수)

차 교수님의 발표내용을 통하여 전남대의 학생지도와 관련된 내용을 보다 상세히 알 수 있게 되었고, 모든 법전원이 겪는 어려운 사정을 재차 확인하는 계기가 되었다는 말씀을 드린다. 오늘 논의의 출발점이 법전원 학생들에 대한 종래의 '학생지도'와 다른 관점에서 마련할 '어떤 것'을 논의하는 장이라는 점에서 그 안목을 넓혀 나아가는 것이 필요할 것이다.

학생지도의 실체는 학부학생의 경우와 크게 다른 현실에서 생활지도가 거의 미치지 못하는 사정에 비추어 본다면 법학공부와 관련된 상담 및 심리적 고충을 듣고 필요에 따라 상담학생에게 추가적 상담치료 등을 적극적으로 권고하거나 그 밖의 방법을 제시하는 것이 요구된다.

1. 현행 학생지도제의 근간 및 그 반성

현행 학생지도제는 종래 학부 학생의 생활지도를 포함한 진로지도 등을 중심으로 마련된 내용을 그대로 법전원 학생지도 및 그 평가제도에 반영하여 운영하고 있다. 학부학생과 전문대학원 학생의 연령·성향·공부내용 등의 차이를 고려하지 아니한 채 동일한 명칭의 학생지도로 규정하여 이를 정착하려는 노력을 기울였으나, 실제 학생지도는 제자리를 잡지 못한 채 현실과의 차이를 잘 드러내고 있다.

학부 이상의 학력을 갖춘 법전원 재학생은 입학 당시부터 선택한 직업군이 정하여졌고, 향후의 진로도 크게 달라지지 않을 것이라는 점에서 학부학생과 큰 차이를 가진다. 학습지도, 진로지도·취업지도 등에 학생지도의 주안점을 둔 학부학생과 달라 법전원의 학생에 대한 방향성은 이 점과 크게 상이함을 재고할 필요가 있다. 이에 학생지도에 갈음하는 심리상담 및 관련 지원센터를 중심으로 학생의 고충을 듣고 해결방안을 모색할 수 있는 프로그램을 적극적으로 제시하는 것이 필요하다.

2. 법전원 평가제도의 문제점 등

법전원의 운영현실에서 비추어 볼 때, 지나친 경쟁체제에서 학생들의 고충은 변호사시험의 합격에 대한 불안이라는 점에서 오는 정서적 혼란 및 심리적·정신적 불안감 등이다(예컨대, 강박, 우울감, 공황장애 등을 포함). 이에 관하여 1차적으로 상담이 필요하고 지속적으로 도와줄 수 있는 체제가 마련되어야 한다. 이를 법전원에서 얼마나 적극적으로 관심을 가지고 노력하고 있는지

가 중요한데, 이 점의 필요성에 따른 관심이 미치는 정도와 범위가 크게 미치지 못한다.

제3주기 평가기준에 어떤 태도로 임하고 있는지 잘 보여준다. “3. 학생이 전문적인 심리 상담을 받을 수 있도록 상담 전문인력이 배치되어 상담을 받을 기회가 제공되고 있다”는 항목이 그 예이다. 얼마나 적극적으로 관련 상담을 수행하고 있으며, 법전원이 노력하고 있는지 등의 관심사항이 드러나 있지 않다.

3. ‘30대 학생을 지도한다’는 비현실에 놓인 법전원의 학생지도 방향

학생지도뿐만 아니라, 법전원평가 항목이 대폭 수정되어 현실적으로 요구되는 사항이 반영되어야 한다. 법전원에서 공부가 심리적·정신적 불안감에 가득 찬 분위기에서 벗어나지 못한다면 장차 이런 법조인이 사회에 미치는 영향은 어떤 것인가? 법전원에는 교육은 없고 시험공부만을 남게 되고 그 집단에서 공부하여 사회로 나간 법조인이 우리 사회에 어떤 기여를 할 수 있을까?

학생지도에 대한 전반적 논의대상을 현실적 안목에서 재평가하고 학생지도가 아닌 학생상담으로 전환하고, 교수는 상담할 학생과 rapport를 형성하여 학생이 안정감을 되찾아 학습과 생활을 이끌어갈 것인지에 도움을 줄 수 있는 역할 수행자가 되어야 할 것이다.

토 론 문

김 미 라(부산대 법학전문대학원 교수)

Memo

Section 2

민사법

[주제발표]

제1주제 : 사외이사 제도에 대한 통찰
- 발표자 : 최민용 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

제2주제 : 온라인 게임 및 앱에서 미성년자가 결제한 경우 취소권의 제한에 관하여
- 발표자 : 이준민 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

제3주제 : 공제에서의 견련성
- 발표자 : 박근웅 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

[제1주제]

사외이사 제도에 대한 통찰

최민용 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 임병석 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김이수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

사외이사 제도에 대한 통찰

최 민 용(경북대학교 교수, 변호사)

Ⅰ. 들어가며

사외이사란 상무에 종사하지 않으면서 다른 이사의 직무를 감시하는 이사이다. IMF 위기 이후 도입되었으니, 이미 20년을 훌쩍 넘긴 제도이다. 그간에 어떤 요건을 추가하여야 하고, 어떻게 운용하여야 하는지에 대하여 많은 연구들이 있었고, 고심의 흔적이 법제도에 반영이 되기도 했지만, 이 제도의 현실적 기능에 대하여서는 회의적인 견해가 지배적이다. 왜 그런 것일까? 이런 의문이 이 글의 출발점이다. 이런 초라한 성적표는 우리사회가 혈연과 지연으로 얽혀 법제도로는 끊을 수 없는 그런 끈끈한 관계에 기반하고 있기 때문인 것일까?

한 연구에 의하면 한국의 경우 사외이사 비율이 Tobin Q[1]로 측정된 기업가치에 영향을 미치고 있지 않지만, 미국의 경우는 독립이사의 비율이 기업가치에 긍정적인 영향을 미친다고 한다.[2] 미국의 제도는 오랜 역사를 통하여 사회적 제도로 안착한 것이므로 운용의 현주소가 우리와 다름은 당연하다. 그러나 우리가 이 제도를 도입하였고, 그것이 잘 작동하고 있지 않다고 평가되고 있는 현 상황에서는 방향성을 점검할 필요가 있다.

Ⅱ. 제도의 연혁

IMF 위기 이후 이사회의 경영감시 기능을 회복하기 위하여 도입된 이 제도는 상장회사에 우선 의무화되었다. 1998년 개정 유가증권 상장규정이 주권 상장법인은 이사 최소 1인을 그리고 이사의 1/4 이상을 사외이사로를 선임하도록 하였다. 2000년 개정 구 증권거래법은 주권 상장법인은 이사 총수의 1/4 이상을 사외이사로 선임하도록 하고, 금융기관과 대규모 상장회사(자산 총액 2조원 이상, 이하 “대규모 회사”라 한다)는 이사 총수의 1/2, 그리고 최소한 3인 이상의 사외이사를 두도록 하였다. 2001년에는 대규모 회사의 사외이사추천위원회와 감사위원회 설치를 의무화하였고, 2003년에는 코스닥 상장법인 역시 사외이사 선임을 의무화하였다. 2009년 상법에

1) 자산의 시장가치를 장부가치로 나눈 값으로 기업 내 자산 활용에 대한 시장의 기대치를 반영한다.

2) 이창민· 석우남, “사외이사, 독립이사 그리고 기업가치: 한국과 미국의 비교 연구”, 「비교경제연구」 제24권 제1호, 한국비교경제학회, 2017. 48면. 이러한 다른 결과를 미국의 투자자들이 독립성을 매우 중요하게 생각하나 한국은 그렇지 않고, 한국의 투자자들은 사외이사의 독립성에 의구심을 품고 있다고도 해석하고 있다.

사외이사 제도를 규정함으로써 이 제도는 비상장회사로 확장되었다.

2020년 1월 최근 상법 시행령[3]은 상장회사의 사외이사 결격사유를 확대하여 해당 상장회사의 계열회사에서 최근 2년 이내에 상무에 종사하는 였던 자를 결격사유로 하던 것을 최근 3년으로 기간을 늘렸고, 상장회사에서 6년을 초과하여 사외이사로 재직하였거나 해당 상장회사 또는 그 계열회사에서 각각 재직한 기간을 더하면 9년을 초과하여 사외이사로 재직한 자는 사외이사가 될 수 없도록 하였다.

III. 사외이사의 독립성

1. 독립성과 전문성

사외이사에게 요구되는 자질은 독립성과 전문성이다. 독립성은 경영진과 지배주주를 견제하기 위하여 요구되는 덕목이고, 전문성은 이사회 의사결정 시 그들이 가진 전문성을 반영하여 보다 회사를 위한 결정에 도움이 될 수 있도록 하기 위함이다. 이 두 요소 중 우리나라는 사외이사의 독립성에 주안점을 두어 왔다. 기업집단과 지배주주가 존재하는 우리의 독특한 지배구조 특성 하에서는 경영진과 지배주주의 독주를 막아야 한다는 점이 무엇보다 중요한 현안이었기 때문이다. 이 때문에 사외이사의 전문성은 후순위에 놓이게 되었다. 그러나 앞으로는 사외이사의 전문성이라는 요소를 더 활발히 논의하고, 전문성을 갖춘 사외이사가 적극적으로 역량을 발휘하도록 하여 궁극적으로 사외이사의 역할이 활성화될 수 있도록 할 필요가 있다. 전문적인 사외이사는 경영진이 주도하는 방향의 잘못된 점을 더 잘 찾아낼 수 있고, 주도하는 바를 달성할 수 있도록 다른 이사들을 회유할 때 영향을 받지 않을 수 있을 것으로 기대된다.

그런데 사외이사가 독립성을 갖는다는 것은 구체적으로 무엇을 의미하는가? 사외이사가 참석한 이사회에서 안건을 심의할 때를 포함하여 회사에서 일어나는 일들을 “객관적이고 비판적으로” 검토한다는 뜻이다. 그런데 이 과정은 인간의 개별적 의사결정과 판단을 수반하는 것이어서 그 과정에서의 독립성을 보장하는 것은 불가능하다.[4] 따라서 독립성을 확보할 수 있는 제반의 여건을 만들어 주는 수밖에 없는데, 우리 법은 특히 사외이사의 선임단계에서 독립성을 훼손할 여지를 줄이는 데 주안점을 둔다. 구체적으로는 대규모 회사의 경우 사추위에서 후보를 선임하도록 하고, 광범위한 결격사유를 두고 있다. 최근 개정에서는 결격사유로서 재임기간의 제한을 추가하였을 뿐만 아니라, 감사위원인 사외이사 선임 시 최소한 1인은 분리하여 선출하도록 하고, 감사

3) 대통령령 제30363호로 2020. 1. 29. 개정되어 동 일자로 시행됨.
4) 독립적인가의 판단은 결국 안건에 대한 반대표로 가늠하고 있는 데, 주지하듯이 이사회 안건에 대한 반대표 행사 비율은 매우 낮다.

위원 선임 시 3% 초과의결권을 제한하도록 함으로써 지배주주의 영향으로부터 독립성을 확보하고자 하였다. 이하 이에 관하여 살펴보도록 한다.

2. 사외이사 결격사유

결격사유 이러한 독립성을 확보하기 위하여 사외이사 결격사유를 넓게 정하고 있다. 상법이 정하고 있는 결격사유는 다음과 같다(제382조 제3항).

① 회사의 상무에 종사하는 이사·집행임원·감사 및 피용자(임원 및 피용자) 또는 최근 2년 이내의 회사의 상무에 종사한 임원 및 피용자,
② 최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존속·비속(이하 "존비속"),
③ 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 임원 및 피용자,
④ 이사·감사·집행임원의 배우자 및 직계 존비속,
⑤ 회사의 모회사 또는 자회사의 임원 및 피용자,
⑥ 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 임원 및 피용자,
⑦ 회사의 이사·집행임원 및 피용자가 이사·집행임원으로 있는 다른 회사의 임원 및 피용자

상장회사의 경우에는 위의 사유 이외에도 다음과 같은 추가적 결격 사유가 있다.

① 미성년자, 금치산자, 한정치산자, ② 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자, ③ 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 후 2년이 지나지 아니한 자, ④ 소정의 법률을 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 아니한 자, ⑤ 최대주주 및 그의 특수관계인,[5] ⑥ 주요주주 및 그의 배우자와 직계 존비속, ⑦ 그 밖에 대통령령이 정하는 자로서 다음과

5) 1. 본인이 개인인 경우
가. 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다)
나. 6촌 이내의 혈족
다. 4촌 이내의 인척
라. 본인이 단독으로 또는 본인과 가목부터 다목까지의 관계에 있는 사람과 합하여 100분의 30 이상을 출자(이하 "30% 출자")하거나 그 밖에 이사·집행임원·감사의 임면 등 법인 또는 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사(이하 "사실상 영향력 행사")하고 있는 경우에는 해당 법인 또는 단체와 그 이사·집행임원·감사(이하 "임원 등")
마. 본인이 단독으로 또는 본인과 가목부터 라목까지의 관계에 있는 자와 합하여 30% 이상을 출자하거나 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 해당 법인 또는 단체와 그 임원 등
2. 본인이 법인 또는 단체인 경우
가. 임원 등
나. 계열회사 및 그 임원 등
다. 단독으로 또는 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 합하여 본인에게 30% 이상을 출자하거나 사실상 영향력을 행사하고 있는 개인 및 그와 제1호 각 목의 관계에 잇는 자 또는 단체(계열회사는 제외한다. 이하 이 호에서 같다)와 그 임원 등

같은 자는 결격이다.

i) 해당 상장회사 계열회사의 상무에 종사하는 임원 및 피용자거나 최근 3년 이내에 계열회사의 상무에 종사하는 임원 및 피용자였던 자

ii) 다음 각 목의 법인 등의 임원 및 피용자(사목에 따른 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 변호사 2명 이상이 사건의 수임·처리나 그 밖의 변호사 업무수행 시 통일된 형태를 갖추고 수익을 분배하거나 비용을 분담하는 형태로 운영되는 법률사무소, 합작 법무법인, 외국법자문법률사무소의 경우에는 해당 법무법인 등에 소속된 변호사, 외국법인자문사를 말한다)이거나 최근 2년 이내에 임원 및 피용자였던 자

가. 최근 3개 사업연도 중 해당 상장회사와의 거래 실적의 합계액이 자산총액(해당 상장회사의 최근 사업연도 말 현재의 대차대조표상의 자산총액을 말한다) 또는 매출총액(해당 상장회사의 최근 사업연도 말 현재의 손익계산서상의 매출총액을 말한다)의 100분의 10 이상인 법인

나. 최근 사업연도 중에 해당 상장회사와 매출총액의 100분의 10 이상의 금액에 상당하는 단일 거래계약을 체결한 법인

다. 최근 사업연도 중에 해당 상장회사가 금전, 유가증권, 그 밖의 증권 또는 증서를 대여하거나 차입한 금액과 담보제공 등 채무보증을 한 금액의 합계액이 자본금의 100분의 10 이상인 법인

라. 해당 상장회사의 정기주총일 현재 그 회사가 자본금의 100분의 5 이상을 출자한 법인

마. 해당 상장회사와 기술제휴계약을 체결하고 있는 법인

바. 해당 상장회사의 감사인으로 선임된 회계법인

사. 해당 상장회사와 주된 법률자문·경영자문 등의 자문계약을 체결하고 있는 법무법인, 법무법인(유한). 법무조합, 변호사 2명 이상이 사건의 수임·처리나 그 밖의 변호사 업무수행 시 통일된 형태를 갖추고 수익을 분배하거나 비용을 분담하는 형태로 운영되는 법률사무소, 합작법무법인, 외국법자문법률사무소, 회계법인, 세무법인, 그 밖에 자문용역을 제공하고 있는 법무법인

iii) 해당 상장회사 외의 2개 이상의 다른 회사의 이사·집행임원·감사로 재임 중인 자

iv) 해당 상장회사에 대한 회계감사 또는 세무대리를 하거나 그 상장 회사와 법률자문·경영자문 등의 자문계약을 체결하고 있는 변호사(소속 외국법자문사를 포함한다), 공인회계사, 세무사, 그 밖에 자문용역을 제공하고 있는 자

v) 해당 상장회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제133조 제3항에 따른 보유를 의미함)하고 있는 자

라. 본인이 단독으로 또는 본인과 가목부터 다목까지의 관계에 있는 자와 합하여 30% 이상을 출자하거나 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우 해당 단체와 그 임원 등

vi) 해당 상장회사와의 거래 잔액이 1억원 이상인 자
vii) 해당 상장회사에서 6년을 초과하여 사외이사로 재직했거나 해당 상장회사 또는 그 계열회사에서 각각 재직기간을 더하면 9년을 초과하여 사외이사로 재직한 자

3. 결격사유의 공시

상장회사가 이사, 감사의 선임에 관한 사항을 목적으로 하는 주주총회를 소집통지 또는 공고하는 경우에는 이사, 감사 후보자의 성명, 약력, 추천인 기타 대통령령이 정하는 사항을 통지하거나 공고하여야 한다(상법 제542조의 4 제2항). 대통령령은 후보자와 최대주주의 관계, 후보자와 해당 회사와의 최근 3년간의 거래 내역을 공개하도록 하였는데, 최근 상법 개정에서 "최근 5년 이내에 국세징수법이나 지방세징수법에 따른 체납처분을 받은 사실이 있는지 여부, 최근 5년 이내에 후보자가 임원으로 재직한 기업이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 회생절차 또는 파산절차를 진행한 사실이 있는지 여부, 법률에서 정한 취업제한 사유 등 이사, 감사의 결격사유의 유무"를 새로운 통지 또는 공고 내용에 포함시키고 있다(동 시행령 제31조 제3항). 또한 상장회사가 주주총회 소집의 통지 또는 공고를 하는 경우에는 사외이사 등의 활동내역과 보수에 관한 사항, 사업개요 등 대통령령으로 정하는 사항을 통지 또는 공고하여야 하는데(상법 제542조의 4 제3항), 이에 따라 기존에는 사외이사, 그 밖에 해당 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사의 이사회 출석률, 이사회 의안에 대한 찬반 여부 등 활동내용과 보수에 관한 사항, 상법 제542조의 9 제3항 각호의 거래 내역 등을 통지 또는 공고하여야 하였다. 최근 상법 개정에 따라 여기에 더하여 자본시장에 따른 사업보고서와 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률에 따른 감사보고서를 통지, 공고하여야 한다(동 시행령 제34조 제4항). 개정 이유를 보면, "이사 및 감사 선임 시 해당 후보자의 독립성 및 전문성을 판단할 수 있는 정보를 공고하도록 하여 내실있는 주주권 행사를 통하여 기업 경영의 투명성과 건전성 확립을 꾀한다"고 되어 있다.

새로운 통지, 공고 사유 중 "취업제한 사유 등 이사, 감사의 결격사유 유무"의 경우, 사추위가 결격이 있다고 판단한 이사나 감사를 추천하지 않을 것이므로 "결격사유 없음" 정도로 간략히 기재될 것이어서 관련 개정이 큰 의미가 있는지 알 수 없다. 최근의 개정 전에 공시내용에 대하여 해당 공시정도 충분하지 않으며, 학연의 경우 우리 사회에서 강력한 인적네트워크를 형성하는 점에서 최소한 출신고등학교까지는 학력사항이 공시되어야 하며, 후보자의 경력사항 또한 최소 10년 정도의 기간까지는 공시되는 것이 타당하다는 견해도 경청할 만하다.[6)]

6) 김한종, "상법상 주식회사의 사외이사 제도에 관한 연구-상장회사 사외이사의 독립성 제고 방안을 중심으로", 「홍익법학」 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016., 496면.

4. 결격인 사외이사의 선임

사외이사 역시 이사이므로 주주총회에서 선임한다. 대규모 상장회사의 경우는 사외이사가 과반인 사외이사추천위원회(이하 "사추위")를 의무적으로 설치하여야 하고, 이때의 사추위는 과반의 사외이사로 구성하여야 한다(상법 제542의 8 제4항).

결격사유가 있는 사외이사는 법리적으로는 이사로서의 자격이 없는 자를 선임한 것이어서 선임이 무효라 보아야 하겠지만, 실제로 이것이 밝혀지기 전까지는 사외이사로 활동할 가능성이 크고 결격이 밝혀진 경우 당해 이사가 사임하는 형식을 취하게 될 것이다. 결격 사유가 있는 이사가 선임되어 사임 전까지의 활동한 것에 대하여 어떠한 책임을 지는가?

이와 관련하여 우리 법원은 결격사유가 발생한 순간부터 사외이사로서의 지위를 상실하고, 따라서 사외이사로서의 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다.

사안은 코스닥 상장법인의 사외이사로 재직한 자에 대하여 주주들이 금융투자업과 자본시장에 관한 법률(이하 "자본시장법") 제162조에 기하여 사업보고서 허위기재로 인한 책임을 추궁한 경우이다. 피고의 사외이사로서의 재직기간은 2008년 12월 12일부터 2009년 4월 7일까지였고, 2009년 1월 30일 회사의 발행주식 10.11%를 보유하게 됨에 따라 최대주주가 되었다. 대법원은 사외이사의 감시의무가 존재함을 전제한 다음, 피고가 출근을 하지 않고 이사회에 참석하지 않은 것은 직무를 수행하지 않았다는 점을 나타내는 사정일 뿐 피고의 지위에 따른 상당한 주의를 다하였다는 사정이 아님은 물론이고 상당한 주의를 다하였더라도 허위기재 사실을 알 수 없었다고 볼 사정도 되지 않는다고 판시하여 사외이사로서의 책임을 인정하였다.[7] 그러나 파기환송 후 서울고등법원[8]은 피고가 최대주주가 된 날에 사외이사의 직을 상실하였고, 이는 문제된 사업보고서가 금융위원회에 제출되기 전에 발생하였음을 인정하여 사외이사로서의 책임을 인정하지 아니하였다.

결격사유가 발생하였을 때에 그럼에도 불구하고 사외이사로서의 지위를 유지한다면 결국 자격없는 자의 이사로서의 지위를 인정한다는 논리적 문제가 발생한다. 이런 점이 대법원 판시의 주된 근거가 된 듯하다. 이런 논리는 모회사의 감사가 자회사의 사용인으로 선임된 경우 그 피선임자는 별도의 의사표시없이도 사용인의 직책을 수락하는 순간 감사의 지위를 사임한 것으로 본다는 대법원 판시에서도 같다.[9] 그러나 바로 이러한 점 때문에 광범위한 결격 사유가 오히려 사외이사의 책임을 면하여 주는 사유로 작용할 수 있어 규제의 공백을 빚어낸다. 결국 독립성을 확보하기 위하여 많은 결격사유를 추가하는 것만이 실효성을 확보하지 못하고 있다.

---

7) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결.

8) 서울고등법원 2015. 10. 29. 선고 2015나948 판결. 상당한 주의는 이사별로, 지위별로 다른 행위 규범이 필요하다는 취지에는 천경훈, "재무정보의 부실공시에 대한 상장회사 이사의 책임과 상당한 주의의 항변", 「증권법연구」 제218권 제2호, 한국증권법학회, 2017.

9) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

5. 미국의 제도

가. 준거법

미국에는 기업지배구조를 획일적으로 규율하는 단일의 법제는 존재하지 않는다. 각 주의 회사법은 각별로 매우 다양하고, 연방차원의 규제인 증권법(The Securities Act of 1935), 증권거래법(The Securities Exchange Act of 1936), Sarbanes-Oxley Act는 산발적으로 기업지배구조 관련된 규정을 두고 있을 뿐이다. 대부분의 주 회사법은 이사와 집행임원에 대하여서만 규정하고 있고, 사외이사의 설치나 이사회 내 각종 위원회의 설치에 관한 규정은 이를 두고 있지 않다.

상장회사의 지배구조에 관한 세부적 사항은 전국적인 규모의 증권거래소가 제정한 상장규정이 규율하고 있다. 대표적인 것이 NYSE Listed Company Manual(이하 "NYSE 상장규정")인데, 동 규정상 기업지배구조 기준(Corporate Governance Standards)이 관련 규정을 두고 있다. 이 기준에 의하면,[10] 상장회사는 이사회 구성원의 과반수를 독립이사로 구성하여야 하고 이때의 독립이사는 동 규정 상 독립성 요건을 충족하여야 한다. 이사회 내부에는 감사위원회를 설치하여야 하는데, 감사위원회는 전원이 독립이사로 구성되어야 하며, 이사는 최소 3인이 되어야 한다. 또한 전원이 독립이사로 구성된 보수위원회와 지명/기업지배구조위원회를 두어야 한다.

나. 독립이사의 자격과 선임

독립이사란 회사와 중요한 관계를 갖지 않은 자(no material relationship with the listed company)를 의미하는데, 이때 중요한 관계란 직접적으로 그러한 관계를 갖는 경우와 그러한 관계를 가진 조직의 파트너, 주주, 임원인 경우를 포함한다. 이 독립성 요건은 이사회가 판단한다.[11] 다음의 경우는 독립성을 결여한 경우이다.[12][13]

i) 과거 3년 이내에 해당 상장회사의 피용자이었거나, 직계가족이 과거 3년 이내에 해당 상장회사의 집행임원이었던 경우

ii) 해당 이사 또는 직계 가족이 과거 3년 이내 연속되는 12개월의 기간동안 이사 및 위원회의 보수 및 연금, 그밖의 다른 형태의 근무에 대한 이연보수 외에 상장회사로부터 120,000달러 이상의 직접적인 보상을 받은` 경우

---

10) NYSE Listed Company Manual §303A.01.
11) NYSE Listed Company Manual §303A 02(a).
12) NYSE Listed Company Manual §303A 02(b).
13) NASDAQ 상장규정도 대동소이한 독립성 판단규정을 두고 있다. NASDAQ Listing Rules §5605(a).

iii) 상장회사의 내부감사 또는 외부감사법인의 현재 파트너 또는 피용자인 경우

iv) 상장회사의 외부감사법인에 직계가족이 현재 파트너로 있는 경우

vi) 해당 이사가 지난 3회계연도 동안 재화 또는 용역의 대가로 100만 달러 또는 연결 총매출액의 2% 중 큰 금액을 초과하여 상장회사에 지불하였거나 지불을 받고 있는 회사의 현재 피용자이거나 해당 이사의 직계 가족이 집행임원으로 있었던 경우

여기에서 회사는 해당 회사의 모회사 또는 자회사를 포함하며, 중요한 관계는 상거래, 동종업계, 금융, 자문, 법률, 회계 등의 관계를 말한다.

사외이사 역시 여느 이사와 마찬가지로 주총에서 선임하는데, 상장회사의 경우는 지명/기업지배구조위원회(nominating/corporate governance committee)(이하 "지명위")[14]에서 후보를 추천한다. 동 위원회는 전원이 사외이사로 구성되고, 이사 후보자의 독립성 판단을 위해 자격 충족 여부를 검증하고, 주주총회에서 이사 후보자의 선정을 권고한다.[15] 중요한 점은 회사는 사외이사가 독립되었다는 판단을 하는데,[16] 회사는 독립이사의 명단과 그 독립성 판단의 근거를 연차보고서(form 10-K)[17]와 위임장 설명서(Proxy Statement)에 기재한다는 점이다. 중요한 관계가 없다는 판단은 회사가 하기 때문에 이 판단에 관하여는 회사의 재량이 인정된다.[18] 2015년 조사에 의하면 기관투자자의 62%가 위임장 설명서의 이사의 독립성 부분을 읽어보고 투표에 참고한다고 한다.[19]

다. 독립이사 업무 영역의 확대-공시

2010년 중반에 이르러 대규모 상장사들을 중심으로 이사회의 자기평가가 주요한 지배구조 요소로 부상하였다. NYSE 규정상 상장회사가 채택 및 공개하여야 하는 기업지배구조 가이드라인(Corporate Governance Guidelines)에는 이사의 자격기준, 이사의 책임, 경영진에 대한 이사의 접근성, 이사의 보수, 이사의 계속 교육 등이 포함되었는데, 2014년 공포한 동 가이드라인은 이에 더하여 이사회 실효성 평가에 관한 항목을 공시대상으로 정하였기 때문이다.[20] 이에 따라 회사는 정기적으로 이사회 실효성 평가를 정기적으로 실시해야 하고 평가 결과를 제외하고 관련된 제반 절차와 관련 사항들을 공시해야 하게 되었다. 지명위는 이 업무를 담당하고 있으며, 가이드

14) 우리의 사추위에 해당한다.
15) NYSE Listed Company Manual §303A.04(b)(i).
16) NYSE Listed Company Manual §303A 02.
17) 대규모 공개회사는 34년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934) 규정에 따라 연차보고서(Form 10-K)를 증권거래위원회(SEC)에 제출하여야 한다.
18) Nily, *Out of Sight Out of Mind: The Case for Improving Director Independence Disclosure*, 43. J. Corp. L. 34, 44(2017).
19) David F. Larcker et al, 2015 *Investors Survey: Deconstructing Proxy Statement-What Matters to Investors*, 8(2015).
20) 자세한 사항은 https://www.nyse.com/cguide 참조.

라인은 독립이사의 활용에 따라 각 항목의 실효성이 좌우된다는 점을 강조하고 있다.

사실 사외이사가 기업공시제도에서 일익을 담당하여 투자자의 신뢰를 끌어올린다는 발상은 이미 오래전 시작되었다고 본다. NYSE 규정이 1957년 신규 상장기업에 최소한 2인의 사외이사 선임을 요구한 이래 1964년 모든 상장기업에 2인 이상의 사외이사를 의무적으로 하도록 하면서 그 취지를 "투자자에 대한 충실한 정보의 공시"를 위한 것이라고 밝히고 있다는 점에서 그러하다. 미국에서는 이미 많은 투자자들이 이사회 평가에 관한 공시를 회사의 가치판단에 있어 중요한 정보로 인식하고 있다. 더불어 개별 이사에 대한 구체적 정보보다는 이사회의 전반적인 절차와 그 개선에 관심을 가진다고 볼 수 있다.

미국기관투자자협의회(Council of Institutional Investors)는 "Board Evaluation Disclosure"라는 보고서에 이사회 평가공시 우수사례를 소개하고 있다. 우수사례에 해당하는 10개 회사의 경우를 토대로 다음과 같이 7개의 핵심지표를 선정하였다. 이중 인상적인 사항은 다음과 같다.

① 3가지 국면의 검토(Three-Tiered Review)
이사회, 소위원회, 개별 이사에 대한 효과적인 평가절차를
마련하고 유연한 검토과정을 거치고 있는지를 검토함.

② 동료평가(Consideration of Peer Review)
이사회가 개별 이사에 대한 평가절차를 익명의 동료평가로 확대할지 여부를 검토하였는지를 검토함.

③ 사후 모니터링(Evidence of Follow-Through)
평가 후 내부적으로 어떤 변화가 있었는지 설명하고, 이사회 평가의 효과성을 평가하고 평가절차를 개선시키는 과정에서 주주의 역할이 무엇인지를 설명하도록 권하고 있음.

④ 강력한 독립이사의 리더쉽
사외이사가 어떤 방식으로 다양한 정보를 필터링하고 개별 면담을 하였는지를 설명하고 있음. 독립적 이사회 의장이 존재하고, 독립이사가 평가절차상 중요한 역할을 할 때 더욱 효과적임.

5. 생각해 볼 점들

가. 결격사유 확장과 독립성 보장

미국의 사외이사 결격사유는 우리보다 적다. 지배주주, 대규모기업집단이 존재하는 우리 기업지배구조의 특성상 독립성 확보를 위하여 결격사유에 특수관계인, 계열회사 등이 포함되기 때문이다. 문제는 사유의 광협에 있다기보다는 이러한 결격사유가 어떻게 독립성을 보장하느냐에 있

다. 그런 면에서 넓은 범위의 결격 사유와 선임 후 사유발생 시 책임을 지지 않는다는 판시가 합하여서 오히려 넓은 범위의 면책 가능성이라는 아이러니를 빚고, 사외이사로서의 책임에는 공백이 생긴다. 사외이사가 안건에 대하여 반대표를 행사하지 않거나 못하는 것은 법규에 나열된 결격사유보다 사회에 만연한 학연, 지연으로 형성된 친밀함 때문일 수 있는데, 이런 사유는 법으로 포섭되거나 포함할 수 없다. 결격사유를 확장하는 방법에 주로 의존하여 독립성을 확보하려는 방식이 갖는 취약점이다.

또한 결격사유 중 사외이사가 당해 법인의 주식을 1% 이상 보유하게 된 경우를 결격사유로 둔 것은 다시 검토할 필요가 있다. 이사의 보수가 스톡옵션 등으로 부여될 수 있다는 점, 자본시장법상의 보유라는 개념이 상당히 복잡한 개념이어서 보유자는 스스로가 보유하고 있다는 것을 모를 수 있다는 점 등을 차치하기로 해도, 1% 주식을 보유하고 있는 것이 어떤 이유로 결격 사유가 되는 것인가 납득하기 어렵다.

현실적으로 우리 기업들은 사외이사의 의무적 비율을 준수하기 위하여 이사회의 규모를 축소하여 가능한 적은 사외이사를 두고 있다. 특히 대규모 상장 회사의 이사회 규모는 점차 축소되고 있다.[21] 2018년 KOSPI 100 기업의 경우 이사회 구조는 사내이사 3명, 사외이사 4명으로 구성된 4/7 구조가 가장 많았는데, 이 수치는 수년 동안 점차로 줄어든 숫자이다.[22] 또한 2019년 사업보고서 기준 약 95% 기업에서 대표이사를 포함한 사내이사가 이사회의장을 겸직하고, 사외이사가 의장을 맡는 비율은 4.63%에 불과하였다.[23]

우리 법이 사추위를 과반의 사외이사로 구성하면서, 사내이사가 참여할 수 있고, 현실적으로는 지배주주나 대표이사가 사추위에 참여하여 처음부터 그 친화적 인물이 후보로 추천될 가능성이 높다. 실제로 대규모기업집단의 경우 지배주주나 그 일가로 등기된 이사들은 위원회 중 사추위에 적극적으로 참여하고 있다.[24] 2017년 공정위 지정 상호출자제한기업집단의 사추위 중 대표이사가 그 위원인 경우는 61%, 지배주주가 그 위원인 회사는 14%에 이르렀다.[25] 사추위가 후보를 추천하는 때 이들의 영향을 받을 것이어서, 선임 단계에서의 실질적 독립성이 확보되기 어려워, 결국 독립성의 첫단추가 여기에서부터 잘못 끼워진다는 것이다.

독립성을 보장하기 위하여 법이 규율하는 관계가 “실질적 친밀함”에서 오는 독립성 저해를 막지 못하는 현실은 미국도 다르지 않다. 이사회 내에서 CEO에 대해 논박하기를 꺼리거나 이로

---

21) 이수원, “국내 상장기업의 이사회 규모 및 구성 추이”, 「KCGS 리포트」 제9권 제3·4호, 4면, 한국기업지배구조원, 2019.

22) 윤소정, “2018년 사외이사의 선임 현황 및 이사회 실태 분석”, 「KCGS 리포트」 제8권 제7호, 17면, 한국기업지배구조원, 2018.

23) 박나은, “최근 국내 상장기업의 대표이사-이사회의장 분리현황”, 「KCGS 리포트」 제10권 제2호, 40면, 한국기업지배구조원, 2020.

24) 상호출자제한 기업집단의 경우 지주회사 전환집단은 총수일가가 이사로 등재된 회사의 비율이 69.2%로 높다. 이러한 회사는 사추위 설치비율이 높고 총수일가 이사는 이 위원회에 집중적으로 참여하고 있다. 2018. 8. 3. 공정위 보도자료, “지주회사의 수익구조 및 출자 현황 분석 결과”.

25) 정유진, “상호출자제한기업집단 소속 상장회사의 사외이사추천위원회 독립성 검토”, 「KCGS 리포트」 제8권 제11호, 7면, 한국기업지배구조원, 2018.

인한 재선임 좌절에 대한 우려하는 경향은 미국 내에서도 존재한다.[26] 사외이사가 압도적 다수인 이사회 구조, 사외이사들만의 정기적 집행회의(executive sessions) 등은 이런 심리적 장벽을 극복하는 제도적 장치로 이해된다. 미국은 평균 10.7명의 이사가 이사회 내 존재하고 이중 독립이사가 9.1명, 비독립이사가 1.6명이며, CEO가 유일한 비독립이사의 비중도 63%에 이를 뿐만 아니라 증가 추세이다. 또한 의장과 CEO가 분리된 경우가 55%이다.[27]

나아가 피추천자가 "독립되었다"는 판단에 대하여 책임을 묻는 제도도 중요하다. 사외이사들로만 구성된 지명위원회에서 사외이사후보를 추천하면서 독립성 판단과 근거를 기재하도록 하고, 이 내용이 연차보고서와 위임장 설명서에 기재된다. 투자자에게 공시주의 원칙에 따라 책임을 진다. 사외이사 규정과 운용 현황을 보면 사외이사이가 적극적 역할을 수행하고 있다.

결국 사외이사의 독립성을 확보하기 위하여 가능한 한도에서 많은 결격사유를 추가하는 것은 실질적으로 큰 도움이 되지 않을 수 있다. 결격 사유의 자의 사외이사 진입을 차단할 수 있지만, 이는 선언적 의미에 그치고 실제로 결격 사유가 있는 사외이사가 선임된 경우 그 사외이사를 포함하여 어느 누구도 관련된 책임을 부담하지 않기 때문에 실효성이 뒷받침되지 않는다. 우리나라도 추천위에서 사외이사 후보를 추천할 때 독립성 판단과 그 근거를 적시하도록 하여 책임의 사유를 분명히 하고, 적어도 후보 추천의 일이 형식적으로 판단을 하고 공을 주주총회에 넘기면 되는 그런 일이 아니라 추천에 대한 의견 자체가 추천위에 소속한 위원으로서, 그리고 이사로서 책임을 부담하는 일임을 각인할 필요가 있다.

나. 사외이사의 전문성

전문성은 독립성과 함께 사외이사의 덕목으로 요구되는 자질이다. 우리나라에서는 독립성이 중요한 요소로 부각되어 전문성은 상대적으로 주목받지 못하였다.[28] 그러나 법이 과반의 이사가 사외이사인 이사회를 요구하고 있고, 이사회는 회사의 주요 경영사항을 결정하는 기관인 점을 감안한다면 사외이사는 전문성을 구비함이 마땅하다. 사내이사가 제안하는 의안의 방향에 대하여 반대하거나 이의를 제기할 수 있으려면 전문성이 뒷받침되어야 한다. 전문성이 약한 사외이사일수록 사내이사의 설득에 회유되기 쉽다는 연구결과[29]를 들지 않더라도 이 점을 어렵지 않게 짐작할 수 있다..

우리의 사외이사는 교수출신, 관료출신이 많고 그 다음이 법조인, 재계 출신 순이다. 어떤 기

---

26) Nicola Faith Sharpe, *The Cosmetic Independence of Corporate Boards*, 34 Seattle U. L. Rev. 1435(2011)

27) 2020 Spencer Index at 10.

28) 최근 상법 개정에서 상무 종사한 때로부터 장기가 경과하도록 하거나 재직기간을 제한하여 경력을 제한하는 것은 전문적 사외이사의 선임의 측면에서는 부정적일 수 있어 획일적 규제보다는 기업특성, 업무 등을 고려하여 탄력적으로 설정함이 필요하다는 견해에, 박인호, "이사 및 이사회 관련 2020년 개정 상법의 쟁점", 「경영법률」 제31집 제4호, 한국경영법률학회, 2021. 제98면.

29) Mule and Elson 2014.

업을 표본으로 하느냐에 따라 다르지만, 대규모 기업집단의 경우 교수(35.4%)와 관료출신(25.4%)의 비율이 기업인보다 압도적으로 높고, 재계 출신(18%), 법조인(약 14%)이 그 뒤를 이었다.[30] 또 공정거래위원회나 국세청으로부터 처분을 받아 관련 이슈에 직면한 법인이 관할 청에 몸담았던 관료 출신을 사외이사로 선임하거나, 경영권 분쟁이 있는 때에는 법조인을 선임하는 등 현실적 모습을 보면, 사외이사란 제도를 기업이 처한 상황을 방어하기 위한 목적으로 사용하고 있음을 알 수 있다. 전문성의 측면에서 가장 바람직한 직역은 동종 업계에 몸담았던 재계출신자인데, 미국의 경우는 이러한 배경을 가진 사외이사가 압도적으로 많다.[31]

더불어 사외이사의 전문성을 중요하게 보아야 하는 또 하나의 이유는 경영판단의 법칙이다. 사외이사는 상무에 종사하지 않지만 이사회에 서 회사의 중요한 사항에 대하여 의사결정권을 갖기 때문에 경영판단의 법칙의 보호를 받는다고 보아야 한다. 경영판단법칙의 기초는 이사가 갖는 경영에 관한 고도의 전문성, 판단력에 대한 신뢰이다. 이런 측면에서 감시의무의 주체로서 경영진이나 지배주주로부터 독립성을 발휘하여 회사와 일반주주의 이익침해를 막아야 하는 사외이사에게 과연 사내이사와 동일한 경영판단의 법칙을 향유토록 할 것인지 등은 깊이있게 검토할 문제이다. 아무튼 사외이사가 경영판단의 법칙의 방패를 갖는 이상 그에 걸맞은 전문성을 구비하여야 한다. 이에 관한 자세한 사항은 후술하기로 한다.

Ⅳ. 사외이사의 감시의무

1. 사외이사 감시의무

사외이사는 경영진이나 업무집행이사의 업무집행이 위법 또는 정관위반이 없이 적절하게 이루어지고 있는지를 감시하고, 그러한 위반이 일어나지 않도록 필요한 조치를 취할 의무를 부담한다. 이러한 감시의무는 사외이사 본연의 업무이다. 업무집행이사 역시 다른 이사의 업무를 감시할 의무를 부담하기 때문에 두 이사의 감시의무는 동일한 것인가 의문이 제기된다. 사외이사는 상무에 종사하지 않기 때문에 상무종사 이사들과는 회사에 대한 정보접근성의 측면에서 열위에 있으면서도, 다른 한편으로는 그 존재 이유는 감시의무 수행에 있는 것이어서 기준을 낮출 수 없다는 점 때문에 견해가 대립한다.

우리 판례는 이때의 주의의무를 해당 안건이 이사회에 회부되었는가에 따라 나눈다. 회사의 외부에서 본업에 종사하는 사외이사가 회사의 내부 업무에 대해서 알 수 있는 기회는 주로 이사

30) 유고은, “유가증권 상장회사의 사외이사 임기제한 분석 및 효과적 이사회 승계를 위한 제안”, 「KCGS 리포트」 제8권 제7호, 17면, 한국기업지배구조원, 2020.
31) 2020 Spencer Index at 18.

회 개최를 통해서이기 때문이다. 이사회에 안건이 회부된 사항에 대한 감시의무, 즉 소극적 감시의무에 대해서는 다른 업무집행이사와 동일한 감시의무를 부담한다고 본다.

이사회에 안건이 회부되지 않은 사항에 대하여서도 사외이사는 적극적 감시의무를 부담한다고 보는 것이 보편적인 견해인데, 우리 법원은 그 기준에 대하여 "평이사가 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있으므로, 업무집행이사의 업무집행이 위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시이무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대해서 배상책임을 진다."고 판시하였다.[32)]

그러나 회사의 업무가 업무가 고도로 분화된 경우라면 의심할 만한 사정을 발견하기가 어렵다. 우리 법원은 이때에는 "이러한 회사에서 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다"고 판단하였고, 그러나 "이러한 시스템을 구축한 경우에도 회사의 감시나 감독을 의도적으로 외면한 경우에는 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수 없다"고 판시하였다.[33)] 결국 이러한 시스템 구축의무를 사외이사에게도 부과하고 있다.

2. 기준 정립의 필요성

현재 우리 판례상의 기준은 결국 의심할 만한 사유의 기준이거나 내부통제시스템 구축의무로 정리되고, 사외이사와 사내이사 사이에 적어도 적용기준에 대하여서는 특별한 차이가 없다. 업무집행이사의 감시의무에 대하여서도 판례는 "이사는 다른 업무담당이사의 업무집행을 전반적으로 감시할 의무를 지며, 다른 업무담담이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다"고 판시[34)]하고 있기 때문이다.

물론 동일하게 의심할 만한 사유의 기준을 적용하더라도 업무집행이사와 사외이사는 회사에 대한 정보접근에 있어 차이가 있으므로 실질적으로 다른 기준이라는 해석도 가능하다. 그러나 그 실질적 차이가 어떠한 것인지에 대하여는 현재까지 구체적인 판단기준이 없다.

생각건대, 사외이사 제도의 실효성을 확보하기 위해서는 사외이사는 "어떠한 의무이행을 하여야 하는가, 어떤 기준을 적용하여야 하는가"에 관한 논의가 정립되어야 한다. 사외이사 제도의 취지가 경영진, 업무집행이사, 지배주주를 견제하기 위한 것이라면 이 부분은 제도의 가장 중심적 부분이기 때문이다. 한편, 이사들은 경영판단의 법칙에 의하여 보호를 받는데, 사외이사들은

32) 대법원 1985. 6. 25. 84다카1954 판결.
33) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.
34) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467·60474 판결.

어떠한지도 관련되는 부분이다. 사외이사의 의무기준이 사내이사와 동일하면 결국 경영판단의 법칙 또한 동일한 기준으로 적용될 수 있어 혼란을 야기한다. 사외이사의 의무이행의 기준은 곧 책임이 기준이기도 하다. 사외이사가 제도는 애초의 취지에 맞는 역할을 수행하지 못한다는 부정적인 평가가 많은데, 사외이사가 어떤 역할을 어떻게 수행하여야 하고, 이러한 역할을 다하지 못하면 책임을 진다는 기준에 대한 논의가 뒷받침되고 있지 못하다.

3. 이익충돌과 감시의무

가. 감시의무와 경영판단의 법칙

사외이사는 경영진이나 업무집행이사, 지배주주가 나머지 주주의 이익의 희생 하에 이익을 추구하는 이른바 이익충돌의 경우에 가장 중심적 역할을 하여야 한다. 따라서 이익충돌 상황에서 어떤 기준의 감시의무가 적용되어야 하는지는 매우 중요하다. 우리나라에서는 경영진과 일반 주주 사이의 이익충돌 보다 지배주주와 일반 주주 사이의 이익충돌이 더 빈번히 문제되는데, 이때의 이익충돌은 거래의 형식이 아니라 실질적인 개념으로 포섭하여야 한다. 그것이 이익충돌을 규제하는 취지에 부합하기 때문이다. 따라서 회사법상 자기거래에 국한되지 않으나 편의상 자기거래의 예를 들어 조금 분석을 단순화하고자 한다.

주식회사 갑은 이사 A와 사이에 A에게 갑의 부동산을 저가에 매도하는 계약을 체결하였다. 계약 체결 전 이사회에서는 업무집행이사들 전원과 사외이사 D가 동 매도계약을 승인하였다.

사외이사의 소극적 감시의무는 업무집행이사의 기준과 동일하다는 것이므로, 의심할 만한 사유의 기준에 따른다. 문제는 이 경영상의 의사결정에 대하여 경영판단의 법칙에 의해 보호받는다는 점이다. 자기거래는 법령위반으로 경영판단법칙의 수혜 범위 밖의 것이나,[35] 적법한 자기거래의 요건을 충족하면 다시 그 보호범위로 들어온다. 이익을 충돌시킨 이사 A는 이 법칙의 요건을 충족한 경우 경영판단의 법칙으로 보호된다. 자신의 행위가 감시의무의 대상이 되었으므로 그 감시의무위반은 검토의 필요가 없다.

나머지 업무집행이사들은 어떠한가? 이들은 업무집행이사로서 회사를 위하여 적극적 경영상의 결정을 할 의무와 이익충돌과 같이 회사에 손해를 주는 행위를 감시하여야 할 의무 모두를 부담한다. 그러나 자기거래의 적법성 요건을 충족한 경우라면 이때는 위법의 영역은 아니고 적절부적

35) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결. 미국의 경영판단 법칙은 이익의 충돌 시 경영판단의 법칙을 배제하지만, 우리 판례는 이처럼 이익충돌이 있어서 동 법칙을 배제한다는 입장이 아니라 경영판단법칙은 법령위반의 경우는 적용이 없고, 자기거래는 법령위반이므로 이 원칙을 적용하지 않는다는 것이다.

절의 문제가 된다. 따라서 경영판단의 영역에서 적극적 의사결정을 보호할 수 있다.

사외이사는 어떠한가? 사외이사 역시 이사회에서 다른 이사들과 마찬가지로 의결권이 있고, 이사회 부의사항이 경영상의 의사결정에 관한 것인 때에는 경영판단의 법칙으로 보호된다. 만약 그렇게 해석하지 않으면, 현행법은 이사회에 최소한에 사외이사가 존재하여야 하는 수를 정하고 있지만 그 수를 넘어 대부분의 사외이사가 이사회를 구성하는 경우도 가능한데,[36] 이때 사외이사가 대부분인 이사회는 경영판단을 누리는 이사가 적거나 유일하게 된다는 논리모순이 생긴다.

감시의무는 문제의 소지를 탐지할 의무로 시작하므로 이를 발견하기 위하여 할 수 있는 합리적 조사를 다하였는가가 기준이 될 수밖에 없고, 경영판단의 법칙의 요건으로서 충분한 정보에 기초한 신중한 의사결정은 이 합리적 조사의무와 만나게 된다. 경영판단의 법칙 상 합리적 조사는 감사의무 이행으로서 합리적 조사를 포섭하는가? 그리하여 경영판단을 충족하면 감시의무를 이행한 것으로 볼 것인가? 만약 이를 긍정한다면 경영판단원칙과 감시의무의 기준이 합리적인 조사와 충분한 검토로 수렴되어 구체적 사안에서 모순없이 작동할 수 있다는 결론을 도출하게 된다. 이러한 실용적 관점은 일단 차치하고, 일단 사외이사에게도 업무집행이사와 똑같은 경영판단의 법칙을 적용하여야 하는가의 의문이 있다.

사외이사의 역할은 업무집행이사의 그것과 다르다. 업무집행이사는 적극적 경영상의 의사결정을 함으로써 회사와 주주일반의 이익을 극대화하여야 하지만, 사외이사는 이사들의 행위가 법령, 정관위반 혹은 주주들의 권리를 침해하는지를 감시감독하는 주체이다. 사외이사제도는 감사제도에 준한다는 점을 상기해 보면 이점은 분명하다. 그렇다면 이사회에서 의결할 권리가 없는 감사와 동일한 역할을 수행하는 사외이사에게 의결권을 준 이유는 무엇인가? 이사회의 구성원이기에 의사결정에 참여할 수 있고, 이에 따라 경영상의 의사결정권이 있기도 하지만, 안건에 문제가 있다고 판단될 때 반대할 권한을 행사함으로써 실질적으로 감시의무를 행사할 수 있다.

경영상 의사결정시 경영판단의 법칙이 전제하는 회사의 "수익추구성", 손해의 리스크를 감수한 의사결정의 "적극성"은 사외이사의 감시의무와 잘 맞지 않는 면이 있는데 특히 이익의 충돌과 같은 상황이 그러하다. 경영판단이나 감시의무나 합리적으로 기대되는 충분한 조사를 하였는가를 검토하여야 한다는 지점에서 공통되지만, 조사의 중점은 다르다. 경영판단의 경우는 수익을 중심으로 한 회사와 주주일반의 이익에 주안점이 있다면, 감시의무는 법규나 정관 위반, 이익충돌을 통한 주주 이익의 침해 등에 중심이 있다.

우리의 사외이사는 감시의무를 위하여 만들어진 제도이다. 물론 업무집행의 의사결정이 감시의무의 이행과 모순없이 양립되는 경우도 있다. 회사의 내부통제시스템을 어떻게 도입할 것인가에 관한 의사결정과 같다. 그러나 자기거래를 주도한 이사가 해당 안건을 이사회에 회부하여 이사회의 승인을 얻으려 할 때에는 양자가 그런 관계에 있지 않다. 이때에도 업무집행이사와 마찬가지로 자기거래가 적법하면 경영판단의 법칙의 보호를 받는다고 결론을 내린다면, 이는 업무집

36) 미국의 경우 이사회 내 CEO가 유일한 업무집행이사는 회사도 63%에 이른다.

행의 의사결정권의 관점만을 중요하게 본 것이고, 본격적으로 감시의무를 발동하여 이익충돌을 막아야 한다는 본연의 의무를 간과한 것이다. 이익충돌과 같이 사외이사의 역할이 가장 중요한 사안에서는 사외이사의 주된 업무인 감시의무 이행의 관점에서 동 의무를 다하였는가를 중점적으로 그리고 강화하여 검토하여야 할 것이다.

우리 판례는 사외이사의 감시의무를 경영판단의 법칙과의 관계에서 면밀히 따지고 있지 않다. 경업금지 사안에서 충분한 정보를 수집, 분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 실권하기로 결정하였다면, 이는 모회사의 사업기회를 포기하는 경영판단으로 존중되어야 하고, 그 후 모회사의 이사가 실권주를 인수함으로써 그 사업기회를 이용하게 되었더라도 승인결의에 참가한 이사들이 선관주의무를 위반했다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.[37] 이때 이사들을 사외이사와 사내이사로 구분하여 보고 있지 아니하다. 이처럼 이사들이 누리는 경영판단의 법칙이 이익충돌의 국면에서 어떻게 되느냐 하는 쟁점이 감시의무와 엮이면서 혼란스러울 뿐만 아니라 경영판단법칙이 적용되면서 감시의무 이행여부 판단이 누락될 가능성마저 있다. 따라서 이익이 충돌되는 경우에는 경영판단원칙을 먼저 적용할 것이 아니라 사외이사들이 감시의무를 어떻게 이행하였는지를 우선적으로 검토할 것이다.

한편, 미국에서도 감시의무 위반과 경영판단의 법칙의 관계에 대하여 이사의 의무위반이 작위에 의한 경우 경영판단에 의하여, 부작위에 의한 경우는 감시의무에 의하여 포섭된다는 지극히 형식적인 논의가 있을 뿐,[38] 이를 면밀하게 분리하여 분석하고 있어 보이지는 않는다. 그 이유는 아마도 업무집행의 의사결정과 감시의무의 이행이 모두 주의의무에 속하는 것으로 분류되는 것과 관련이 있다고 짐작한다. 이사의 선관주의의무를 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)로 나누고 있고, 이때 주의의무는 이사가 업무집행의 의사를 결정하거나 감독의무를 이행하는 과정에 관한 것으로, 이를 위하여 충분한 검토하고 합리적 근거에 기초한 것인가에 관련되는 문제이다.[39] 이처럼 업무집행의 의사결정과 감시의무 모두 주의의무에 포함된다고 보고, 주의의무는 이처럼 충분한 검토를 하여야 하는 의무이므로 그러한 검토를 하면 책임을 면제한다는 경영판단의 법칙으로 이어진다. 이러한 구조적 위치 때문에 감시의무, 특히 사외이사의 감시의무와 경영판단의 법칙은 사내이사의 경영판단의 법칙 검토, 그리고 그에 따른 업무집행상 그리고 감시의무이행상 의무를 면제로 분석되고, 경영판단의 법칙이 적용되는가 하는 것이 중요하게 부각된다.

여기에 더하여 주주대표 소송제도의 운용도 원인이 되는 것으로 본다. 주주대표소송 제기 시 이사회에 대한 제소청구를 함이 원칙인데, 일정한 경우 제소청구없이 막바로 법원에 소를 제기할 수 있는데,[40] 이때 면제 판단에 있어서도 경영판단의 법칙을 적용하고 있다. 즉 “원고가 이해관

37) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결.

38) In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106(Del. ch. 2009). 이러한 분류에 대한 비판에 최민용, 전게 논문, 464-467면.

39) James D. Cox & Thomas Lee Hazen, Corporation, Aspen Publishers 2002(2nd ed.), pp. 203-204.

계가 없는 독립이사에 대한 소송을 계속하려면 경영판단 법칙의 추정을 깰 수 있는 충분하게 구체적인 사실을 제시할 것"이라고 하고 있다.[41]

이처럼 사외이사의 경영상의 의사결정에 대하여 경영판단의 법칙을 전면에 내세워 업무집행이사의 경영판단과 동일한 기준으로 검토하면, 사외이사의 감시의무이 이행의 관점이 제대로 검토의 기회조차 없이 경영판단 속에 매몰된다. 우리나라 기업지배구조에서 지배주주와 나머지 주주들의 이익충돌의 문제는 회사법 곳곳에 쟁점을 양산하지만, 이런 이익충돌을 해소할 수 있는 회사법적 제도는 극히 불충분하다. 따라서 이익충돌 중 자기거래로 법제화되어 있지 않은 많은 경우들은 자기거래와 같이 법렵위반이므로 일단은 경영판단의 법칙의 바깥이라는 보호조차 받지 못하고, 막바로 경영판단의 법칙을 적용하게 되어 더욱 문제이다.

따라서 이익이 충돌되는 거래에서는 사외이사가 감시의무를 다 하였는가의 관점에서 우선적 검토를 하여야 한다. 또한 사외이사의 가장 중요한 역할은 이익충돌 시 적확한 감시의무를 이행하여 주주의 이익이 부당하게 침해되지 않도록 하는데 있다는 점에서 이 행위기준은 엄격하게 도안되어야 한다. 우선 사외이사는 회부된 안건에 이익충돌의 여지가 없는지 다각도로 검토할 의무가 있다. 거래의 상대방, 보증이라면 수혜자, 당사자(회사) 뿐만 아니라 관련자(회사)의 주주구성 등을 살피고, 나머지 주주들에게 거래와 관련된 어떤 이해관계가 없는지도 질문하여야 한다. 이익의 충돌이 있는 경우 그럼에도 불구하고 주주의 이익을 침해하지 않고 주주 일반에게도 도움이 되는 이례적인 경우로 판단된 경우는 찬성표를 행사할 수 있고, 경영판단의 법칙으로 보호받을 수 있다. 입법적으로는 사외이사는 이익이 충돌되는 거래에서 찬성의 의결권을 행사할 때 그 판단의 근거를 남겨두도록 함이 타당하다.

나. 이익충돌 시 의심할 만한 사유의 기준

한편, 이러한 탐지의 기초가 되는 "의심할 만한 사유"는 모든 이사들에게 공통된 것인가? 이에 대하여 사외이사가 접하는 정보가 제한되어 있으므로 업무집행이사의 기준보다 낮다는 견해도 있고, 사외이사 제도 자체가 그 역할을 위한 것이므로 기준을 낮추는 것은 옳지 않다는 시각도 있다. 후자가 사외이사 제도의 지향점이 되어야 하리라고 생각한다. 이기준은 정보접근권과 밀접하게 연계되어 있고, 사외이사는 정보접근권이 제한되어 있는 것도 현실이어서 결국 정보에 접근할 수 있는 제도적환경을 조성하여야 한다. 사외이사에 대한 정기적 교육, 사외이사들만의 정기적 모임, 회사에 대하여 관련 정보를 요구할 수 있는 권리, 회사의 비용으로 필요한 정보나 전문의견을 들을 수 있는 권리 등을 보장하여야 한다. 독립성 이외에 사외이사의 자질로서 요구되는 전문성 또한 이 기준을 상향할 수 있는 좋은 근거이다. 범인의 탐지력과 전문가의 그것이 현격히

40) Fedeal Rules of Civil Procedure 23.1
41) Rales v. Blasband, 634 A, 2d 927(Del, 1993).

차이가 날 수밖에 없기 때문이다. 우리 법제에서 늘 문제가 되고 있는 이익충돌의 실질, 유형, 문제점 등에 대해서는 더욱 특별한 교육이 필요하다.

4. 내부보고통제 시스템 구축의무

의심할 만한 사유의 기준은 회사 내에 독립된 사업부서들이 있어 부서 상호간 정보나 업무교류가 없는 경우에는 무력하다. 의심할 만한 사유를 찾기에 부서 사이를 가로막는 보호막(chinese wall)이 너무 견고하고 높기 때문이다. 이때 감시의무의 기준은 내부보고통제시스템 구축의무가 갈음한다. 이른바 Caremark 기준인데, 이때에는 이사들은 이러한 문제점을 파악하고 필요한 절차를 취할 수 있는 내부보고통제시스템을 구축하여야 하며, 이러한 시스템을 구축하였다고 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시, 감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면 이사는 감시위반이 된다. 우리 법원은 대우 분식회계 사안[42]에서 이를 수용하였다.

고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서는 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하여야 하는 의무가 분식회계와 관련된 회계부분에 국한되는지 의문이 있었다. 최근 대법원은 담합행위로 공정거래위원회로부터 과징금을 약 320억 원을 부과받은 사안에서 이러한 내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라 회사가 사업운용상 준수하여야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다고 판시하여,[43] 그 구축의무가 단순히 회계부분에 국한되지 않음을 분명히 하였다. 사안은 대표이사에 대한 것이지만, 우리 법원은 이러한 구축의무를 다른 업무집행이사, 사외이사에 대하여서도 구분없이 적용하고 있다.

그러나 사외이사에게도 이러한 의무를 그대로 적용하는 것이 타당한지 의문이 있다. 사외이사에 대하여서는 업무집행이사와 달리 이를 완화하여야 한다는 견해가 있는데, 시스템 구축이나 운영에 대하여 의견을 제시하거나 발견되는 시스템상의 문제에 대하여 이를 이사회에 보고하는 등으로 축소하여 운용하여야 한다는 견해[44] 등이다. 사외이사는 중요한 안건에 대하여 이사회 성원으로서 의사결정에 참여하지만 결정된 사항을 집행할 권한이 없고, 구체적 시스템의 구축은 업무의 집행을 통해서 달성되므로 업무집행이사에 대한 경우처럼 시스템이 없는 결과에 대하여 막바로 책임을 묻기는 어렵다. 그러나 이 의무가 적용되는 대규모 상장회사의 사외이사라면 시스템 구축의무가 있다는 것을 알고 있어야 하며, 아직 이러한 시스템이 없는 회사라면 적극적으로 시

42) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.
43) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결.
44) 김재범, “이사 감시의무·감독의무의 범위와 이행-대상판결: 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결”, 「상사판례연구」 제24집 제3호, 한국상사판례학회, 2011.

스템 구축을 촉구하여야 한다.

다만 이 시스템이 포섭하는 모니터링의 범위와 관련하여서는 업무집행이사와 다른 사외이사의 업무 내용과 연관지어 생각할 필요가 있다. 사외이사는 회사의 수익 극대화가 아니라 회사에 법 위반, 비위 등을 감시하는 것이 주된 의무이므로 이를 감시하는 시스템 구축에 대하여 의무가 있다고 보아야 한다.

미국의 경우 Caremark International[45] 사건에서 델라웨어 주 형평법원은 감시의무의 범위와 관련하여 적절한 정보의 취득을 통하여 위법행위에 의한 피해방지는 물론 "영업활동상의 손실"까지 막는 것을 그 대상으로 한다고 판단하여 감시의무의 범위를 넓게 해석하였으나,[46] 이후 Citigroup 사건[47]에서는 감시의무 이행을 통해 합리적인 정보 보고시스템을 마련하는 것은 부정행위나 범죄행위를 감독하여 회사의 손실을 방지하기 위한 것이지 회사의 영업상 위험을 감지하기 위한 것이 아니며 이러한 영업위험까지 감시의무의 범위로 확대한다면 회사의 경영판단을 침해하는 것이라고 판시하였다.[48] 결국 이사의 경영판단과 감시의무의 영역 문제라 할 것인데, 사외이사의 경우는 위 분석한 바와 같이 손실을 방지하기 위하여 필요한 시스템구축의무까지는 없다고 본다. 위 최근의 대법원 판결도 위법행위에 대한 감시의무를 인정한 것이다. 그러나 사외이사는 이익의 충돌되는 제반의 거래 등에 대하여 이를 감시할 의무가 있고, 대부분의 실질적 이익충돌은 아직 입법으로 유형화되어 있지 않기 때문에 이러한 이익충돌에 대한 시스템 구축의 촉구의무는 사외이사에게 지워야 할 것이다.

V. 맺는 글

사회에서 어떤 문제가 발생하면 국가는 그 문제를 해소하기 위하여 새로운 제도를 도입한다. 문제를 개선하기 위하여 해외의 법제에 눈과 귀를 열어 씨앗을 들여오고 심은 씨앗이 우리의 토양에 뿌리내릴 수 있도록 정성을 기울인다. 그러나 어떤 순간에 새로운 제도가 우리의 현실에서는 우려했던 그 문제를 해소하는 데 실효적이지 않다는 점을 발견하기도 한다. 그럼에도 도입한 제도를 폐지한다는 것은 매우 어렵다. 이미 되돌아가기에는 먼 길을 와 버렸고, 되짚어 간다한들 마땅한 대안이 없기 때문이다. 이러한 경과는 사외이사 제도에서도 비슷하게 관찰된다. 무엇이 문제인 것일까?

독립이사의 존재가 Tobin Q 지수에 반영된다는 미국의 운용 모습은 이러하였다. 독립이사들로

45) *In re* Caremark Int'l, Inc. Deriv, Litig., 698 A.2d 959(Del. Ch. 1966)
46) *Id.* at 970.
47) *In re* Citigroup, Inc. Shareholder Deriv. Litig., 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009)
48) 미국의 두 사례에 관한 분석은 최민용, "리스크 관리와 이사의 감시의무", 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011.

만 구성된 지명위원회에서 기업현장에서 오랜 실무 경력을 쌓은 베테랑 독립이사후보를 추천하고, 이들은 이사회의 압도적 다수가 된다. 이들 선임된 이사들이 독립이사인지 판단과 그 근거를 회사의 공시서류에 기재한다. 독립이사들은 전통적 역할인 이사회에서의 업무집행의사결정에 참여하고, 이사들을 감시할 뿐만 아니라 그 이사회가 법을 준수하여 제대로 운영되고 있는지를 평가하여 공시한다. 자율규제기관인 투자협의회는 잘된 이사회 평가를 선발하여 공개하므로, 회사들은 기업가치를 제고하고 투자자들에게 투자성을 어필하기 위하여 이사회 평가에 매우 신경을 쓴다. 회사들은 개별 이사들의 면면이 아니라 이사회 구성을 전체적 관점에서 조망하고 있으며, 제반의 요소들이 균형있게 어우러진 이사회가 되기 위하여 역량, 성별 등을 장기적 관점에서 계획하고 개선점을 반영해 나간다. 미국에서도 물론 사외이사 무용론은 존재한다. 그러나 사외이사를 통한 공시, 공시를 통한 투자자 신뢰의 확보, 기업가치를 높이기 위하여 바람직한 이사회의 구성 및 운용을 을 향한 노력 등을 관찰할 수 있었고, 시장은 적어도 독립이사의 이러한 역할수행을 신뢰하고 있다.

우리의 경우는 가급적이면 많은 사외이사 결격 사유를 확보하여 진입단계에서 독립적이지 못한 사외이사의 진입을 막고 있다. 그러나 이러한 진입장벽을 통과한 사외이사들에게 어떤 권한과 책임을 부여할 것인지에 대해서는 구체적 논의와 규제의 공백이 커 보인다. 선임 이후 결격사유가 발견되면 사외이사로서 책임을 지지 않는다 하여 오히려 광범한 결격사유는 광범한 면책사유가 될 모순상황이 빚어진다.

한편, 사외이사는 이사회구성원으로 업무집행의 의사결정도 하지만, 그 본연의 업무는 감시의무이다. 또 감시의무 중 지배주주나 경영진이 벌이는 이익충돌은 가장 사외이사가 감시의무를 발휘하여야 할 영역이다. 업무집행의 의사결정권을 갖는다는 면에서 경영판단의 법칙의 수혜를 누려야 하겠지만, 이것이 감시의무와 만나는 국면에서 어떻게 조정되고 해석되어야 하는지에 관한 정치한 논의가 필요하다. 우리 판례는 사외이사나 사내이사에 대한 구분없이 이사회 승인을 한 “이사들”을 뭉뚱그려 그들에 대하여 일괄적으로 경영판단의 법칙을 적용하여 면책하는 이론구성을 취한다.

이익충돌 중 자기거래와 같이 법이 규제하고 있는 경우는 수많고 다양한 이익충돌 중 빙산의 일각에 불과한데, 법령위반이 아닌 대부분의 이익충돌은 어려움없이 경영판단의 법칙으로 보호받을 수 있고, 이런 경우에 가장 중요하게 역할을 수행하여야 할 사외이사는 어떤 감시의무를 수행했었어야 하는지는 검토되지 않은 채, 면책의 결론으로 나아간다. 내부통제시스템 구축의무도 모든 이사들에 대하여 동일한 의무를 부과하고 있다. 이 시스템은 집행을 통한 구축이 필수적이기에 사외이사는 시스템의 촉구의무를 부담하고, 구축된 시스템에 대한 개선 및 보완의견을 개진하는 것이 그 의무가 된다. 이러한 의무는 이익충돌의 모니터링에 대해서는 더욱 적극적이고 무거운 것이 되어야 한다.

토론문

임 병 석(전남대학교 법학전문대학원 교수)

오늘 최민용 교수님의 발표 잘 들었습니다. 평소 사외이사 제도의 실효성에 대하여 비교적 회의적이었는데, 마침 동일한 생각을 근저에 두고 사외이사 제도에 관한 미국과 한국의 현실 및 법제도에 대하여 폭넓게 고찰하신 이 글을 읽으면서 오늘날 한국의 사외이사 제도가 나아가야 할 방향에 대하여 지침을 얻게 되었습니다.

다만 글의 완성도를 높일 수 있다면 더 바랄 것이 없겠다는 소박한 마음에 몇 자 적어봅니다.

먼저, 앞 부분에서 소개한 관련 규정들이 꼭 이 글의 본문이나 각주에 구체적으로 소개할 필요가 있었을까 하는 생각이 들었습니다. 저처럼 사외이사 제도에 대하여 잘 알지 못하는 사람은 이 글을 읽는데 많은 도움이 되었지만, 저와 달리 적어도 이 글을 읽는 분들은 어느 정도 배경지식을 가지고 있어서 관련 규정 정도는 표기만 해두어도 이미 알고 있거나 또는 손 쉽게 찾아볼 수 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

그리고, 이 글의 가장 핵심적인 부분은 21면 이하의 'Ⅳ. 사외이사의 감시의무'로 보이는데, 여기서 그 내용 전개 순서를 보면 '1. 사외이사 감시의무, 2. 기준 정립의 필요성, 3. 이익충돌과 감시의무, 4. 내부보고통제 시스템 구축의무'로 되어 있어, '사외이사의 감시의무' 관련 내용들, 가령 1., 3. 그리고 4.의 내용과 2.의 내용이 유기적으로 연결되어 있지 못하다는 느낌을 받았습니다. 1.,3.,4.와 2.는 사외이사의 감시의무 관련 적어도 병렬적인 내용으로 보이지는 않기 때문입니다. 또한, 가령 28면의 '나. 이익충돌 시 의심할 만한 사유의 기준'에 관한 서술에서 각 대립하는 견해와 발표자의 견해를 밝히면서 그 출처나 논거 등을 좀 더 명확히 밝혔으면 좋겠다는 생각을 했습니다.

마지막으로, 가령 12면의 '5. 미국의 제도'와 16면의 '5. 생각해 볼 점들' 등과 같이 오탈자가 곳곳에 보였습니다.

사외이사 제도의 실효성에 대한 의문을 품고 있던 토론자에게 많은 도움을 주신 발표자께 다시 한 번 감사드립니다.

토론문

김이수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

Memo

[제2주제]

온라인 게임 및 앱에서 미성년자가 결제한 경우 취소권의 제한에 관하여

이준민 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 이은정 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김현수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

온라인 게임 및 앱에서 미성년자가 결제한 경우 취소권의 제한에 관하여

— 수원지방법원 2018. 9. 20. 선고 2017나69021 판결을 중심으로 —

이 준 민(전남대학교 법학전문대학원 부교수)

수원지방법원 2018. 9. 20. 선고 2017나69021 판결[1)]

[사실의 개요]

1. 사실관계

원고는 미성년자인 자녀의 법정대리인이고, 피고는 모바일 게임 이용자들이 모바일 게임 아이템을 구매할 때 필요한 '모바일 인앱 결제 시스템'[2)](이하 '이 사건 결제 시스템'이라고 한다)이라는 유료결제 서비스를 제공하는 회사이다.

위 미성년자 자녀는 2015. 4. 2. 스마트폰으로 모바일 온라인 게임을 하던 중 원고의 허락을 받아 이 사건 결제 시스템에 자신의 피고 회사 아이디와 비밀번호 및 원고의 신용카드 정보를 입력하고 미화 20.04달러 상당의 게임 아이템을 구매하였다. 그런데 이 사건 결제 시스템은 최초 구매시 입력된 신용카드 정보를 그대로 저장하여 차회에 아이템을 구매할 때에는 신용카드 정보를 따로 입력할 필요 없이 아이템 구매자의 피고 회사 아이디와 비밀번호만 입력하면 족하게 설계되어 있었다.

이후 위 미성년자 자녀는 위 게임을 하면서 이 사건 결제 시스템을 통해 2015. 4. 5.부터 2015. 4. 17.까지 25회에 걸쳐 합계 1,819,496원 상당의 게임 아이템을 추가로 구매하였고, 그 과정에서 원고의 허락 없이 원고의 신용카드 정보가 계속 사용되었다. 원고는 위 아이템 구매대금 중 일부인 1,368,149원이 포함된 신용카드대금 청구서를 받아본 후에야 자신의 신용카드 정보가 위와 같이 무단으로 사용된 사실을 알게 되었고, 피고에게 '법정대리인의 동의 없이 결제된 금액을 반환해달라'고 요청하였으나 피고는 이를 거절하였다.

이에 원고는 피고에게 '법정대리인의 동의 없이 결제된 금액을 반환해달라'고 요청하였으나, 피고는 이를 거절하였다. 원고는 피고의 행위와 불법행위에 해당한다며 1,368,149원 및 이에 대

---

1) 이하 '대상 판결'이라고 한다

2) 어플리케이션 마켓 플랫폼(구글의 플레이스토어나 애플의 앱스토어가 대표적인 예이다)을 통해 설치된 어플레이케이션 내에서 사용자가 유료 결제를 하려고 할 때 플랫폼 사업자(구글이나 애플)를 통해서 결제를 하도록 한 뒤 플랫폼 사업자와 어플리케이션 사업자가 수익금을 분배하는 구조를 의미한다.

한 지연손해금에 해당하는 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

2. 당사자들의 주장

원고는, 피고는 유료결제 서비스를 제공하는 자로서 신용카드 정보가 무단 사용되지 않도록 하거나 미성년자가 사용하는 경우 신용카드 정보를 새로 입력하게 하는 방법 등으로 확인할 주의의무가 있다고 주장하였을 것으로 예상된다. 피고는 그러한 의무가 인정되지 않는다고 부인하였을 것으로 예상되고, 대신 그러한 의무가 인정된다고 하더라도 피고는 원고 앞으로 손해배상금을 변제공탁하여 피고의 손해배상지급채무는 모두 소멸하였다고 항변하였다.

[소송의 경과]

1. 제1심 판결(수원지방법원 2017. 6. 22. 선고 2016가소306481 판결)

제1심은 피고의 변제공탁의 효력 유무에 대해서만 판단하여 원고의 청구를 기각하였고, 피고에게 원고가 주장한 바와 같은 의무가 인정되는지 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니하였다.

2. 제2심 판결(대상 판결)

제2심에서는, 피고는 원고의 미성년자 자녀가 게임 아이템을 구매할 때에 피고 회사 아이디와 비밀번호를 입력하면 이 사건 결제 시스템에 저장되어 있던 원고의 신용카드 정보를 그대로 이용하여 구매대금이 결제되도록 하였을 뿐, 원고의 신용카드 정보가 원고의 의사에 의해 사용되는 것인지 여부를 확인하지 않았고, 이로써 피고는 미성년자 자녀가 권한 없이 원고의 신용카드를 부당하게 사용하는 것을 과실에 의해 용이하게 하였다고 하였다. 그리고 이러한 주의의무 위반은 원고에 대하여 불법행위를 구성하므로, 피고는 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 하였다. 그러나 피고의 변제공탁으로 원고에 대한 손해배상채무는 소멸하였음을 이유로 원고의 항소를 기각하였다.

[연구]

Ⅰ. 들어가며

대상 판결은 모바일 인앱결제 시스템에서 미성년자가 부모 등 타인의 신용카드 정보를 이용하여 거래를 한 경우 인앱결제 사업자에게 관리의무 및 그에 따른 손해배상책임을 인정한 최초의 판결이라고 할 수 있다. 위 판결이 선고되자, 각 언론사들은 이에 대해서 기사를 게재하기 시작하였고[3], 원고 소송대리인과의 인터뷰 기사까지 게재된 바 있다[4]. 피고였던 구글[5](이하 '구글'이라고만 한다)에 대한 청구는 기각되었지만 판결 이유에서 구글의 관리의무를 인정한 다음 변제 공탁을 이유로 기각을 한 것이었기 때문에 2018년 엔터테인먼트법 관련 중요 판례로 선정되기까지 하였다[6].

아래에서 살펴보는 바와 같이, 대상 판결은 구글 계정 이용자가 미성년자인 경우에 한정하여 주의의무를 인정한 것으로 판결 이유에는 명확히 나타나 있지는 아니하나 기본적으로 미성년자에 대한 보호제도인 취소권에 전제한 결론을 내린 것으로 볼 수 있다. 그런데 적어도 인터넷 분야에서는 미성년자가 압도적인 사용률을 보여 왔고 그 영향력 또한 증가하고 있는 것이 현실이어서[7], 법률행위가 주로 대면으로 이루어지던 시대의 무능력자 보호제도의 법리가 인터넷과 온라인 게임 등 비대면 거래 위주로 이루어지는 현대 사회에서도 같은 기준으로 적용된다고 보아야 할 것인지는 행위무능력자 보호제도의 본질과 관련하여서도 문제가 된다.

이하에서는 미성년자의 취소권이 인터넷 및 온라인 게임 등에서 이루어지는 비대면 거래(이하 '온라인 거래'라고 한다)에서 제한될 여지는 없는지에 대하여 살펴본다.

Ⅱ. 이 사건 거래 구조의 특수성

1. 미성년자의 신용카드 거래시 법률행위의 구조

미성년자가 법정대리인의 신용카드 정보를 이용하여 온라인 거래를 하고 이후 관련 분쟁이 발

3) 리걸타임즈, "[손배] 10세 아들이 어머니 신용카드로 게임 아이템 구매…구글도 50% 책임", 2018. 10. 7.; https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=42583(2021. 12. 4. 기준)조선일보, "부모 몰래 구글 ID로 카드 결제… 구글, 50% 환불해야", 2018. 9. 29.; https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2018/09/29/2018092900131.html(2021. 12. 4. 기준); 연합뉴스 "법원 "부모카드로 게임아이템 구매…구글도 50% 책임"" , 2018. 9. 28.; yna.co.kr/view/AKR20180928038600061?input=1195m(2021. 12. 4. 기준)

4) 중앙일보, ""구글 결제시스템 바꾸려고"…래리 페이지 이긴 한국 변호사", 2018. 10. 2.; https://www.joongang.co.kr/article/23012525(2021. 12. 4. 기준)

5) 대상 판결의 피고 표시에는 구글(Google Inc.) 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 94043, U.S.A. 대표자 래리 페이지라고 표시되어 있는데, 이는 각주 4 기재 기사에서 보는 바와 같이 구글 코리아 유한회사가 아닌 구글 본사에 송달을 해야 했기 때문으로 보인다.

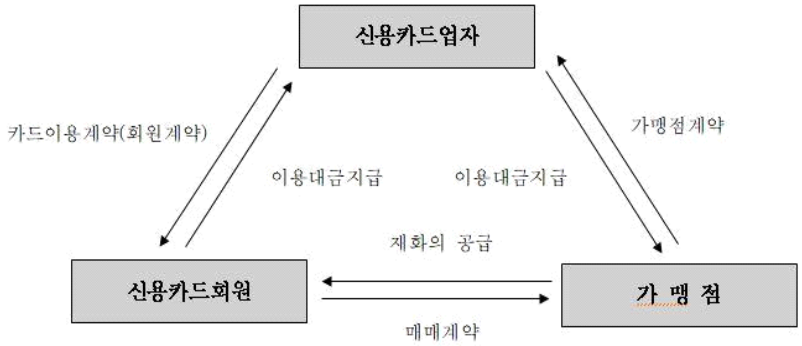
6) 법률신문, "[2018년 분야별 중요판례분석] 27. 엔터테인먼트법", 2019. 8. 8.; https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=154920(2021. 12. 4. 기준)

7) 오병철, "인터넷에서의 미성년자의 행위능력과 그 보호", 인터넷법률 제12호, 2002, 진보네트워크센터, 2면에서는 이를 기존 물리적 공간에서의 거래보다 더 현실적 중요성을 갖는다고 보고 있다.

생하는 경우는 매우 빈번하다고 할 수 있다. 먼저 이와 같은 경우에 당사자들 사이의 법률관계가 어떻게 되는지에 대해서 알아본다.

가. 신용카드 이용시 3면 계약 구조

아래 그림에서 보는 바와 같이, 신용카드를 통한 재화나 용역 공급계약을 체결하게 되면 ① 소비자인 신용카드회원과 가맹점 사이의 기본 거래계약, ② 신용카드회원과 신용카드업자사이의 신용카드 이용계약, ③ 가맹점과 신용카드업자 사이의 가맹점계약이라는 3면 관계가 발생하게 된다[8].



나. 3면 계약 구조의 법적 성격에 대한 학설

이 때 신용카드회원과 가맹점 사이의 경우 통상의 거래에 해당하는 계약이 체결되나 그 대금의 지급과 관련하여 2면의 계약이 추가로 발생하는 셈이다. 이 때 가맹점이 신용카드업자로부터 대금을 지급받는 경우 그 법적 성격에 대해서는 아래와 같은 견해들이 존재한다[9].

1) 채권양도설 – 가맹점이 신용카드회원에 대한 거래계약상 대금채권을 신용카드업자에게 양도하고, 신용카드업자는 신용카드회원에게 이를 지급청구하는 구조로 보는 견해이다.

2) 직접채무설(또는 직접대부설) – 기본 거래시 신용카드업자가 신용카드회원을 대신하여 가맹점에 직접 채무를 부담하거나 신용카드회원에게 직접 대부를 해주는 구조라는 견해이다.

---

8) 김대원, "미성년자가 신용카드거래 후 신용카드 이용계약을 취소한 경우의 법률관계", 상사판례연구 VI, 2006, 박영사, 566면

9) 김대원, 전게논문, 567면 이하; 장수영, "미성년자가 법정대리인의 동의 없이 체결한 신용구매계약의 취소 및 그 제한", 민사판례연구 31권, 2009년, 민사판례연구회, 14면 이하; 조병구, "未成年者의 信用카드 利用契約이 取消된 경우 不當利得의 問題", 민사판례연구 28권, 2006년, 민사판례연구회, 362면 이하

3) 지급지시설 - 신용카드회원이 매출전표에 서명을 함으로써 신용카드업자로 하여금 가맹점에 대금을 지급하여 줄 것을 지시하는 구조로 보는 견해이다.

4) 체당지급설 - 신용카드업자가 신용카드회원의 위탁에 따라 가맹점에 체당지급을 한 뒤 체당금을 신용카드회원에게 구상하는 구조라는 견해이다.

5) 이원설 - 신용카드업자와 가맹점 사이 법률관계와 신용카드업자와 신용카드회원 사이의 법률관계를 나누어서, 전자는 면책적 채무인수로 후자는 채권양도와 같이 이원적으로 구성되어 있는 것으로 보는 견해이다.

6) 판례 - 이에 대하여 명시적으로 밝히고 있는 판례는 없으나 형사 사건에서"카드회사가 그 대금을 가맹점에 결제하고, 카드회사는 카드사용자에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고"라고 판시하거나[10] "해외에서 현금서비스를 받는 경우의 법률관계는 거주자인 신용카드 회원과 역시 거주자인 국내 신용카드 발급회사 사이의 신용카드 거래계약에 따른 것으로서 그들 사이의 금전의 대차계약으로 봄이 상당하다."라고 판시한 것[11]에 비추어 직접채무설 또는 직접대부설의 입장으로 해석하는 견해가 다수이다[12].

2. 미성년자의 신용카드 거래 취소시 발생하는 법률관계

미성년자가 신용카드를 이용한 거래를 하였을 경우, 앞서 본 바와 같이 가맹점과 신용카드업자와의 각 계약을 체결하게 되므로 어떠한 계약을 취소하느냐에 따라 법률관계(특히 미성년자가 누구를 상대로 어떠한 반환청구를 할 것인가에 대하여)는 달라지게 된다.

가. 가맹점과의 계약을 취소하는 경우[13]

이에 대해서 각 학설에 따른 결론으로는, ① 채권양도설에 따르면 신용카드업자가 무효인 채권을 양수한 것이 되어 신용카드회원은 신용카드업자에게 이미 지급한 대금의 반환을 청구할 수 있게 될 것이나 가맹점을 상대로는 대금의 반환을 청구할 수 없게 되고(가맹점으로서는 채권을

10) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결
11) 대법원 1997. 10. 10. 선고 96도2293 판결
12) 김대원, 전게논문, 569면, 장수원 전게논문, 16면
13) 김대원, 전게논문, 572면 이하는 신용카드업자가 가맹점에 대금을 지급하지 않은 경우와 이미 지급된 경우를 나누고 있으나 본 사안과 관련된 부분은 이미 지급된 경우에 대한 것이므로 후자에 대해서만 살펴본다.

이미 양도한 대가로 거래대금을 지급받은 것이므로 이후 양도된 채권이 무효가 되는 것은 담보책임의 문제가 발생할 수 있을 뿐이기 때문이다), ② 직접채무설이나 지급지시설에 따르면 신용카드회원과 가맹점 사이의 계약상 문제로 신용카드업자에게 대항할 수 없으므로 신용카드회원은 가맹점을 상대로 대금의 반환청구를 할 수밖에 없다고 보며, ③ 체당지급설에 의하면 가맹점과의 거래계약 취소시 체당위탁계약(신용카드 이용계약)도 함께 효력을 잃는지에 따라 결론이 달라지게 된다[14].

나. 신용카드 이용계약을 취소하는 경우

반면 미성년자가 신용카드업자와의 신용카드 이용계약만을 취소하는 경우도 있을 것이다. 이 때에는 신용카드회원과 가맹점 사이의 계약은 취소되지 않았으므로 신용카드회원과 신용카드업자 사이의 원상회복관계가 문제된다. 신용카드회원은 신용카드업자에게 지급된 카드대금을 부당이득으로 반환할 것을 구할 수 있으나, 신용카드업자가 미성년의 신용카드회원에게 반환을 청구함에 있어서는 민법 제141조 단서에 따라 현존하는 이익을 한도로 한다는 점에서 반환대상이 무엇인지 문제된다.

이에 대해 ① 미성년자가 신용카드 이용계약을 통해 취득한 것은 가맹점으로부터의 상품 또는 용역이므로 신용카드업자에게 반환하여야 하는 것도 위 상품 또는 용역 중 현존하는 것을 반환하면 된다는 현물반환설과 ② 가맹점과의 거래계약은 취소된 바 없으므로 미성년자가 보유하는 상품 또는 용역이 반환대상이라고 보기는 어렵고 대금채무를 면제받은 경제적 이익이 현존하는 이익에 해당하므로 대금 상당의 금전을 반환해야 한다는 금전반환설이 있다[15].

판례는 “미성년자가 신용카드발행인과 사이에 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드거래를 하다가 신용카드 이용계약을 취소하는 경우 미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있는바, 신용카드 이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 신용카드 이용계약취소와 무관하게 유효하게 존속한다 할 것이고, 신용카드발행인이 가맹점들에 대하여 그 신용카드사용대금을 지급한 것은 신용카드 이용계약과는 별개로 신용카드발행인과 가맹점 사이에 체결된 가맹점계약에 따른 것으로서 유효하므로, 신용카드발행인의 가맹점에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었으며, 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정된다.”라고 판시하여[16], 현물반환설이 아닌 현금반환설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

---

14) 김대원, 전게논문, 575면
15) 조병구, 전게논문, 377~378면
16) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다60297,60303,60310,60327 판결

다. 거래계약과 신용카드 이용계약을 모두 취소하는 경우

미성년자가 가맹점과의 거래계약과 신용카드업자와의 신용카드 이용계약을 모두 취소하는 경우의 법률관계, 특히 신용카드업자가 미성년자에게 반환을 청구할 때 그 대상이 무엇인지에 대해서도 견해가 대립된다.

① 가맹점과의 거래계약도 취소되었으므로 미성년자가 보유하고 있는 현존 이익은 거래 목적물인 상품 또는 용역에 해당한다는 현물반환설[17], ② 미성년자가 보유하고 있는 현존 이익은 취소 후 가맹점에 대해서 보유하고 있는 신용카드대금 상당의 부당이득반환채권이므로 이를 양도해야 한다는 부당이득반환채권 양도설[18], ③ 미성년자가 보유한 현존 이익은 어디까지나 신용카드대금을 면제받은 경제적 이익이므로 동액의 금전 상당을 반환해야 한다는 금전반환설이 있다[19].

현물반환설의 경우 비록 가맹점과의 거래계약이 취소되었다고는 하나 신용카드업자와 신용카드회원 사이의 법률관계에서 가맹점으로부터 취득한 현물이나 용역 등을 부당이득으로 보기는 어렵다고 판단된다. 부당이득반환채권 양도설과 금전반환설의 결정적 차이는 취소 이후 미성년자가 실제 현실적인 금전 반환의무를 부담하느냐의 여부에 있다고 할 수 있다. 따라서 미성년자 보호를 중시할 경우 부당이득반환채권 양도설을 취하게 될 것이고[20], 금전반환설의 경우 미성년자와 신용카드업자 사이의 계약의 법적 성격만을 중심으로 판단하고 있는 것으로 볼 수 있다[21]. 특히 판례와 같이 직접지급설의 입장에서 본다면 금전반환설의 결론이 더 타당할 것으로 보이고, 무엇보다 가맹점과의 거래계약을 취소하였다는 이유로 위 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다60297 판결과 부당이득의 반환대상을 달리 보아야 하는지도 의문이다.

3. 이 사건 거래의 구조상 특수성

위에서 살펴본 바와 같이, 미성년자인 신용카드회원과 가맹점, 신용카드업자로 이루어진 3면의 계약관계라면 그에 따라 취소 및 부당이득반환을 청구하는 결과가 발생할 것이다. 그런데 대상판결의 사안에서는 아래와 같은 사실관계상 차이가 존재한다.

---

17) 정대익, "미성년자의 신용카드 사용에 대한 사법적 고려". 경영법률 제13집 제1호, 2002, 한국경영법률학회, 505면

18) 이동원, "미성년자의 신용카드 이용계약 취소와 부당이득의 반환", 재판과 판례 15집, 2007, 대구판례연구회, 75면

19) 김형석, "지급지시·급부관계·부당이득", 법학 47권 3호, 2006, 서울대학교 법학연구소, 325면은 금전 지급을 지시한 자는 출연자로부터 금전을 급부 받은 것이라고 하고 있으므로 지급지시 관계가 있음을 전제로 하고 금전반환설의 입장을 취한 것으로 볼 수 있다.

20) 장수영, 전게논문, 49면

21) 판례와 같이 직접지급설을 택한다면 금전반환설의 결론이 이루어져야 할 것이고, 특히 가맹점과의 거래계약을 취소하였다는 이유로 위 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다60297,60303,60310, 60327 판결과 부당이득의 반환대상을 달리 보아야 하는지도 의문이다.

가. 대상 판결 사안에서의 차이점

대상 판결의 사안은, 첫 번째로 법정대리인이 신용카드 사용을 허락함에 따른 것으로 미성년자가 신용카드업자와 신용카드 이용계약을 체결한 것이 아니라는 점에서, 두 번째는 위 3당사자 외에 구글이 인앱 결제의 주체로 관여하고 있으므로 4당사자 또는 가맹점과의 공동 당사자로 거래구조에 참여하고 있다는 점에서 차이가 있다.

나. 대상 판결 사안에서의 주장 경위 예측

대상 판결의 판결 이유에서 나타나는 바와 같이 원고는 구글을 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구를 하였을 뿐 미성년자로서의 취소권을 행사한 것에 따른 원상회복청구를 하지는 않은 것으로 보인다. 미성년자로서 취소권을 행사함에는 특별한 제약이 없을 만한 연령임에도 불구하고[22], 더구나 취소에 따른 부당이득반환청구 등을 하는 경우와는 달리 불법행위책임을 묻게 될 경우 과실상계로 인용액이 적어질 위험이 있음에도 불구하고[23] 후자를 택한 이유를 명확히 예상하기는 쉽지 않다.

다만 앞서 살펴본 신용카드계약 당사자 구조 및 법률관계에 비추어 볼 때 아래와 같은 이유를 예측해볼 수는 있다.

첫째로, 법정대리인인 원고가 신용카드업자와 체결한 신용카드 이용계약을 취소할 아무런 근거를 찾기가 어렵기 때문이다. 특히 미성년 자녀가 최초 신용카드 결제를 할 당시 원고가 신용카드 정보를 제공한 바 있으므로, 미성년자가 체결한 것이라는 이유로만 취소 자체가 인정되지 않을 우려가 있다.

둘째로, 가맹점이라고 할 수 있는 온라인 게임 업체에 취소 청구를 하더라도 게임 업체는 구글의 인앱결제를 통해 이루어진 결과로서 아이템 등을 사용자에게 지급하였을 뿐이므로 거래계약 당사자로서의 지위는 구글 측에 있다고 주장할 가능성이 있다.

셋째로, 인앱결제 이후 이에 대한 사설 환불 대행 업체가 생길 정도로[24] 구글이나 애플, 아마존과 같은 글로벌 인앱결제 업체를 상대로 한 분쟁이 다수 발생[25]함에 따라 생성된 사회적 분

22) 대상 판결에는 나타나 있지 않으나, 각주 4 기재 기사의 인터뷰 내용에는 원고의 미성년 자녀의 연령은 당시 10세였다.

23) 실제 대상 판결에서는 50%의 과실상계를 하였다.

24) 데일리시큐, "사용한 아이템까지 환불이 가능...구글 환불-애플 환불 대행 업체 '환불페이'", 2019. 5. 1.; https://www.dailysecu.com/news/articleView.html?idxno=49827(2021. 12. 4. 기준)

25) "미 FTC, Amazon의 인앱결제 불공정행위 강력 제재", 동향과 전망 : 방송·통신·전파 제78호, 2014, 방송통신진흥본부 방송통신기획부에 따르면 미국 FTC(Federal Trade Comission)는 2014. 1. 15. 애플의 미성년자 인앱결제에 대해 조사를 행한 뒤, 애플로 하여금 3,250만 달러의 규모 합의 환불을 이끌어냈고, 2014. 7. 10. 아마존의 인앱결제에서 유사한 문제를 조사하였음에도 아마존이 환불을 거부하자 연방법원에 제소를 한 바 있다.

위기상 이에 대한 책임을 묻기에는 상대적으로 쉬운, 즉 피고로 삼기에는 구글이 가장 적합하였기 때문도 이유 중 하나였을 것으로 예상된다.

다. 대상 판결 사안에서의 주장 경위 예측

위와 같이 예상되는 이유로 대상 판결에서는 취소권 행사가 가능한지 여부에 대해서 주장 및 판단이 이루어지지는 않은 것으로 보인다. 그러나 구글의 손해배상책임 존부에 대한 판단 이유 중 "원고는, 소외인의 게임 아이템 구매를 취소하기 위하여 피고에게 환불을 요구하였으나 피고는 게임 개발사에게 책임을 떠넘기기만 하여 정신적 피해를 보았다고 주장하면서"라고 기재된 점에 비추어 보면, 이미 원고가 미성년 자녀의 취소권을 행사한 것으로 볼 여지가 충분히 있었다. 하지만 원고가 취소권 주장을 명백히 하지는 않은 것으로 예상된다.

이와 같이 대상 판결에서 미성년자의 취소권 행사에 대해서 명시적으로 판단하지는 않았으나, 구글에게 신용카드 정보를 확인할 주의의무를 부과하는 것은 미성년자가 부주의하게 신용카드 거래를 하더라도 이와 같은 법률관계의 구속으로부터 미성년자를 보호하기 위한 목적, 즉 미성년자의 취소권 제도가 무능력자를 보호하기 위하여 인정된다는 목적과 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다. 그 결과 대상 판결은 미성년자 보호를 위하여 구글에게 "구글 계정 이용자가 미성년자인 경우 신용카드 정보가 신용카드 명의인의 의사에 따라 사용되는 것인지 여부를 신용카드 정보를 새로 입력하게 하는 방법 등으로 확인할 주의의무"를 인정하였다. 즉, 거래관계 자체의 취소는 인정하지 않으면서도 경제적 이익은 돌려주게 함으로써 취소권을 행사한 것과 유사한 결과를 발생시킨 것이다.

그러나 미성년자를, 특히 온라인 거래에서는 무조건 보호하는 것에도 일정한 제한이 필요한 바 이하에서는 미성년자의 취소권을 일정한 경우 제한하여야 할 필요성에 대해서 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 온라인 거래에서의 미성년자 취소권 제한 가능성

1. 미성년자 취소권 일반론

민법상 행위무능력자제도는 행위능력을 갖추지 못한 자에 대한 보호를 최우선 목적으로 한다. 그 결과 행위무능력자와 거래하는 상대방으로서는 어떠한 주의의무를 기울였는지 여부와 무관하게 법률행위가 취소될 수 있는 위험을 감수하여야 한다. 즉 행위무능력자제도는 거래의 안전을 희생하게 되더라도 무능력자 보호를 더 우선하는 것을 원칙으로 한다[26].

하지만 거래의 안전이라는 것도 무조건 희생시킬 수는 없다. 무능력자를 보호하는 목적에 반사적으로 그 거래 상대방을 불안정한 지위에 무조건 놓는 것이 아니라 상대방 또한 적절하게 보호할 보완책 역시 필요하다[27]. 또한 미성년자 제도 또한 개인 본위의 사상에 근거한 것이므로 해석 및 적용에 있어서도 제도의 취지에만 반하지 않는다면 거래안전과의 조화를 꾀하여야 한다는 주장 및 더 나아가 어떠한 정형적·집단적·대량적 거래나 특정 조직체 구성원으로서의 법률행위를 함에 있어서는 행위능력 유무를 따지지 않아야 한다는 견해[28]까지 있다.

이와 같은 해석론과는 별도로, 우리 민법은 미성년자의 취소권을 일정한 경우 인정하지 않고 있는데 ① 법정대리인의 동의를 받거나(민법 제5조 제1항) 추인을 받은 경우(민법 제143조, 제140조), ② 법정대리인의 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 경우(민법 제6조), ③ 미성년자라 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우(민법 제17조 제1항)가 그러하다[29].

이하에서는 대상 판결과 같은 온라인 거래에서 민법이 인정하고 있는 예외에 해당하여 취소권이 인정되지 않을 가능성이 있는지, 그리고 기타 취소권이 제한될 가능성이 있는지를 검토한다.

2. 예외 검토 이전에 고려되어야 할 사항

미성년자의 취소권이 제한되어야 할 필요가 있는지를 일반적으로 검토하기에 앞서 온라인 거래에서 미성년자가 가지는 특수한 지위에 대해서 고려를 해야 할 필요가 있다.

가. 인터넷, 온라인 거래에서 미성년자가 가지고 있는 지위

미성년자를 행위무능력자로 보호하는 이유는 어디까지나 미성년자를 보호해야 할 필요성, 즉 미성년자가 미성숙하다는 점으로부터 찾을 수 있다. 그러나 인터넷과 온라인 게임 등의 분야에서 과연 성년의 이용자가 미성년자보다 경험이 부족하거나 미숙하다고 볼 수 있을까. 비록 2021년 현재로서는 전국민의 연령대별 인터넷 이용률이 거의 100%에 육박하는 상황이지만[30], 2001년 기준으로는 100명 기준으로 7~12세는 74.6%, 13~19세에서는 93.3%, 30~39세는 64.3%, 40~49세는 53%, 50세 이상은 17.8%에 불과하였다[31]. 이를 두고 2000년대 초반에는 기성세대가 인터넷은 청소년들의 전유물처럼 느껴져 그 속도를 따라갈 수 없다는 자조적인 포기의 목소리가 나온다는 정도로 표현[32]된 바도 있다. 결국 10대의 경우 적어도 인터넷에서만큼은 성년보

26) 이은영, "민법총칙" 제5판, 2009, 박영사, 162면
27) 남기연, ""무능력자제도의 본질과 상대방 보호 - 상대방 보호를 위한 '사술'의 범위를 중심으로-", 법학논문집 제32집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2008, 143면
28) 김용덕 편집 대표, 주석민법, 제1권, 2019, 한국사법행정학회, 278면
29) 이은영, 전게서, 170면 이하
30) "2020년 인터넷이용실태조사 요약보고서", 2021, 과학기술정보통신부·한국지능정보사회진흥원 5면
31) "2001 국민정보생활 및 격차 현황", 2001, 한국정보문화센터(오병철 전게논문 2면에서 재인용)
32) 윤주희, "인터넷상 미성년자에 대한 법정대리인의 동의의 문제", 사회과학논총 6권, 2004, 숭실대학교

다 높은 이용률을 가진 지가 벌써 20년 정도 되었다는 것이고, 인터넷 관련 노하우나 경험은 젊은 세대에게 더 많이 축적되어 있는 것으로 쉽게 예측할 수 있다.

그 결과 일부 미성년자의 경우 구글이나 애플과 같은 인앱결제 사업자에게 환불을 요청하여 요금은 환불을 받으면서도 게임 내 아이템은 그대로 보유할 수 있게 되는 형태의 환불 구조를 악용하여[33] 10회 이내 10만 원 정도의 환불을 넘어서서 5회 1,000만 원이 넘는 환불과 30회 넘는 결제금액을 모두 환불하는, 환불 악용사례가 미성년자들에게서 발생하고 있다[34].

이와 같은 사정들을 고려할 때, 적어도 온라인 거래에서만큼(특히 금융 등 거래구조가 복잡한 경우가 아니라 단순히 재화나 용역 지적재산권을 구매하는 것과 같이 단순한 매매를 하는 것에 불과한 경우)은 미성년자를 성년인 사용자에 비하여 경험이 부족한 존재 또는 거래의 안전을 희생하면서까지 반드시 보호해야 할 존재로 보아야 할지는 매우 의문이다.

만약 미성년자에 대한 보호를 최우선시하게 될 경우, 그것이 미성년자들에 대한 진정한 복리 후생의 최선치에 이르게 될지 또한 의문이라는 점도 고려되어야 한다.

나. 인터넷, 온라인 거래에서 미성년자 보호 만능주의가 가져올 수 있는 결과

일각에서는 온라인 게임 등에서 미성년자의 가입을 배제하거나 아니면 가입하더라도 유료 결제 자체를 할 수 없도록 설정해두면 되지 않냐고 주장할 수도 있다. 이와 같은 정책이 게임 회사와 같은 인터넷 기업들의 헌법상 영업의 자유를 침해하게 되는지나 청소년의 게임 중독에 대한 문제는 별론으로 하더라도, 앞서 본 바와 같이 인터넷 업계에서 10대는 가장 큰 고객집단이라고 할 수 있는데 이를 배제하거나 성년 이용자에 비하여 강한 차별을 두게 되면 해당 사업의 영위 자체가 힘들어지거나 글로벌한 경쟁력을 갖추지 못하게 될 것을 예측하기는 어렵지 않다. 10대에 유입된 이용자들이 성년이 되고 나서도 계속 해당 게임을 즐기고, 이후 경제력을 갖추게 되면서 매출 또한 증가하는 것이 게임업계의 성공의 공식 중 하나이기 때문이다[35].

또한 미성년자 측면에서 보더라도 특정 서비스에 가입을 하지 못하거나 또는 한정된 범위의 서비스만을 제공받아야 한다면, 그것이 미성년자에게 과연 유리한 것인지에 대한 고려는 반드시

사회과학연구소, 369면

33) 김상태・허준영, “미성년자 게임결제 관련 분쟁 해결을 위한 법제개선 연구”, 한국게임학회 논문지 18권, 2018, 한국게임학회, 122면

34) 전자신문, “환불이 청소년 보호장치? 업계, "현실 너무 몰라"”, 2018. 10. 31.; https://www.etnews.com/20181031000158#(2021. 12. 4. 기준) 위 기사를 보면 환불을 악용하는 이용자는 게임 내 유료 아이템을 최대한 이용한 뒤 환불하고 나서 그 게임을 탈퇴하면서 이를 ‘투자 회수’라는 용어를 사용한다고 한다.

35) 매일경제, “엔씨소프트 리니지W '동남아·중동 린저씨' 사로 잡을까”, 2021. 11. 2.; https://www.mk.co.kr/news/it/view/2021/11/1039008/(2021. 12. 4. 기준)
‘린저씨’라는 용어는 리지니를 하는 아저씨의 줄임말로서 1998년도에 출시되었던 온라인 게임 리니지를 즐기던 세대가 이제 4,50대가 되어서도 계속 위 게임을 즐기는 현상을 일컫는 용어로서, 위 게임에 대한 이용자들의 맹목적인 충성도를 의미하는 용어로도 쓰인다.

필요하다.

현재 인터넷 관련 서비스는 범국가적으로 제공되는 것이 원칙이다. 대한민국에서 미성년자 보호를 이유로 가입이나 활동의 제한을 둔다고 할 때, 이는 이미 다른 국가 미성년자들과 비교할 때 단순한 차별을 넘어서서 해당 사업 분야에서 이용자들의 지위상 더딘 발전 속도라는 결과로 이어질 가능성이 농후하다.

취소권 문제와 직결되는 것은 아니나, 개인정보보호법 제39조의3 제4항은 “정보통신서비스 제공자는 만 14세 미만의 아동으로부터 개인정보 수집・이용・제공 등의 동의를 받으려면 그 법정대리인의 동의를 받아야 하고, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법정대리인이 동의하였는지를 확인하여야 한다.”라고 규정하여 만 14세 미만의 아동의 경우 법정대리인의 동의에 대해 엄격한 방법으로 제한을 해두고 있다. 그러자 핀테크 사업자들은 모두 법정대리인의 동의를 얻는 방법을 택하기보다는 14세 미만 미성년자들의 가입을 받지 않게 되었다.

그 결과는 코로나 바이러스감염증 19 이후 국가가 초등학생에게 제공한 희망급식 바우처가 스마트폰을 통해서 제로페이 등 앱을 통해 지급되었으나 스마트폰을 가지고 있더라도 위 앱에 가입할 수 없기에 부모들 스마트폰으로 제공되었고, 그 결과 낮에 부모가 집에 있지 않으면 사용할 수 없는 결과가 발생하게 된 것은 공지의 사실이다[36].

다. 소결

미성년자의 보호를 기계적으로 적용하는 것은, 적어도 온라인 거래에서는 미성년자만큼의 이해도나 활용도를 갖고 있지 않은 성년들이 일률적으로 미성년자를 인터넷 서비스로부터 분리시킴으로써 보호의무를 방기하는 것이 아닌지를 반드시 생각해 볼 필요가 있다. 이는 책임무능력자 제도에 대해 전통적으로 제기되어 왔던 비판적 견해들, 즉 ① 거래의 안전을 보호하는 데에 중점을 두어야 한다는 입장을 벗어나, ② 온라인 거래 시장에서 원활한 거래와 미성년자의 보호의 적절한 균형점을 찾아야 한다는 입장[37]을 넘어서, ③ 미성년자들로 하여금 미래의 서비스 산업에 대한 활용 기회를 확보해 주는 것이 진정한 보호에 해당된다는 입장을 취할 때가 왔다는 것을 인식하는 것이 중요하다고 생각된다.

그러므로 미성년자의 취소권을 제한하는 것이 미성년자에 대한 보호를 제한하는 것이 아니라 미성년자의 사회적 발전에 기여하는 측면도 있음을 먼저 제언하고, 이하 그 제한 방안을 검토하고자 한다.

---

36) 전자신문, “14세 미만 아동 핀테크 서비스 이용 제한에 '공공바우처'도 불편”, 2021. 5. 30.; https://www.etnews.com/20210528000113#(2021. 12. 4. 기준)

37) 남기연・장필재, “디지털콘텐츠의 이용과 미성년자 보호에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제4호, 2014, 홍익대학교 법학연구소, 676면

3. 예외 1 – 묵시적 동의 해당 여부에 대한 검토

가. 묵시적 동의 유무 판단의 필요성

대상 판결 사안과 같은 온라인 거래에서 법정대리인의 동의가 있었다는 항변을 하기는 쉽지 않을 것이다. 법정대리인이 동석하거나 법정대리인이 작성한 문서가 제공되는 등의 형태로 거래가 이루어지는 것이 아니라 사업자가 미리 마련해둔 온라인 서식을 통해 동의절차가 이루어지기 때문에, 미성년자나 법정대리인 측은 실제로는 법정대리인의 동의가 없었다는 주장을 하게 된다. 판례 또한 "미성년자가 토지매매행위를 부인하고 있는 이상, 미성년자가 그 법정대리인의 동의를 얻었다는 점에 관한 입증책임은 미성년자에게 없고 이를 주장하는 상대방에게 있다."라고 하여 동의 유무에 대한 증명책임을 거래 상대방 측에 부담시키고 있는데[38], 사업자로서는 대면 방식의 거래가 아니기에 미성년자와 법정대리인 사이에 어떠한 의사표시가 오고 갔는지 알 수가 없으므로 동의 존재 증명을 하는 것이 사실상 불가능하다.

그러나 민법 제5조에서의 동의는 반드시 명시적일 필요는 없고, 묵시적인 동의도 가능하다[39]. 따라서 명시적 동의는 증명할 수는 없다고 하더라도 묵시적 동의로 인정될만한 사정이 없는지 살펴볼 필요는 있다.

나. 묵시적 동의 유무에 대한 판단 기준

판례는 묵시적 동의가 있는지 여부를 위한 판단 기준에 대하여 "미성년자의 법률행위에 있어서 법정대리인의 묵시적 동의나 처분허락이 있다고 볼 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 미성년자의 연령·지능·직업·경력, 법정대리인과의 동거 여부, 독자적인 소득의 유무와 그 금액, 경제활동의 여부, 계약의 성질·체결경위·내용, 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이고, 위와 같은 법리는 묵시적 동의 또는 처분허락을 받은 재산의 범위 내라면 특별한 사정이 없는 한 신용카드를 이용하여 재화와 용역을 신용구매한 후 사후에 결제하려는 경우와 곧바로 현금구매하는 경우를 달리 볼 필요는 없다."라고 판시하여[40], 다양한 요소를 그 판단 기준으로 고려하고 있다(다만 앞서 살펴본 바와 같이 신용카드로 구매한 경우와 현금으로 구매한 경우는 거래당사과 법률행위의 효력 구조상 차이가 있을 뿐만 아니라 당사자들의 인식에도 큰 차이가 있음에도 두 경우를 달리 볼 필요가 없다고 한 점에서는 아쉬움이 있다).

---

38) 대법원 1970. 2. 24. 선고 69다1568 판결
39) 김용덕 편집대표, 전게서, 291면
40) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659 판결

다. 온라인 거래에서 미성년자가 법정대리인의 신용카드정보를 사용한 경우에의 적용

특히 위 판례의 태도에 의할 때 온라인 거래에서의 거래 유형이나 결제 관행 및 생체인식 기술의 발전과 이에 대한 사용자의 인식 등은 당연히 고려되어야 한다. 미국의 경우 오래된 소비자 보호단체인 Consumer Alert에서 부모의 동의를 얻는 방법으로 신용카드 번호를 입력할 것을 요구하도록 추천한 바 있는 것처럼[41], 신용카드 번호를 미성년 자녀에게 제공하는 것은 묵시적 동의를 한 것으로 볼 수 있는 강한 판단 근거가 될 수 있다고 본다. 물론 법정대리인이 미성년 자녀의 최초 결제시 신용카드 관련 정보와 비밀번호 등을 제공하여 주었다고 하더라도 그것만으로 이후 이를 이용한 결제까지 포괄적으로 동의한 것으로 볼 수 없다는 견해[42]에는 찬동한다.

하지만 법정대리인이 본인 신용카드 정보가 미성년 자녀의 스마트폰에 그대로 저장되어 있고 이를 미성년 자녀의 생체인식만으로 결제에까지 사용될 수 있다는 것을 명확히 인식하고 있는 경우는 어떤가. 그 정도가 아니라고 하더라도 미성년 자녀의 온라인 게임 내에서 결제가 된 신용카드 대금을 지급한 적이 있는 경우라든가 위와 같이 결제된 내역을 이메일이나 핸드폰 문자 서비스 등을 통해 인식한 때로부터 일정한 기간이 경과한 경우는 어떤가.

더구나 독일에서 인정되는 묵인대리(Duldungsvollmacht) 또는 외관대리(Ansheinsvollmacht) 이론에 의하면 자신이 대리인이라고 칭하면서 반복적인 법률행위를 하는 것을 알면서도 이를 금지하지 않았다면 본인에게도 그러한 행위자의 행위에 대한 책임을 물을 수 있다는 것이고 실제로 연방법원이 외관대리가 인정되기 위해서는 자칭대리인이 권한 없이 어느 정도 빈번하게 또는 일정한 기간 동안 지속적으로 본인의 이름으로 행위를 하여야 한다고 판시하였으므로[43], 부모가 미성년 자녀가 부모의 아이디와 비밀번호를 무단으로 이용하게 방치하였을 경우 위 법리에 근거하여 부모가 책임을 지는 것이 타당하다는 견해[44]도 있다.

라. 소결

그렇다면 비록 법정대리인의 아이디를 사용한 경우가 아니라고 하더라도 미성년 자녀가 법정대리인의 신용카드 정보를 사용하여 결제하도록 하였고 이후 이를 인식하고 있었다면, 이는 단순 방치한 경우보다 책임을 지워야 할 필요성이 크다고 할 것이므로 묵시적 동의가 있었던 것으로 보아야 할 필요성과 법리적 타당성은 매우 크다고 생각된다.

---

41) 윤주희, 전게논문, 375면

42) 김상태・최현태, "미성년자의 게임비용 결제와 환불에 관한 법률문제", 한양법학 제31권 제1집, 2020, 한양법학회, 194면

43) 위계찬, "미성년자의 행위능력과 온라인 게임 - 독일법을 중심으로-", 법과 정책연구 제19편 제1호, 2019, 한국법정책학회, 210~212면

44) 위계찬, 전게논문, 221면

4. 예외 2 – 처분을 허락한 재산 해당 여부에 대한 검토

민법 제6조는 '법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다'라고 하여, 처분을 허락한 재산에 대한 법률행위에 대한 취소권을 제한하고 있다.

가. 처분을 허락한 재산에 대한 판단 기준

이 때 '처분을 허락한 재산'의 의미에 대해서 견해가 대립된다. 처분이 허락된 재산의 범위 안이면 그 목적과 상관 없이 임의로 처분이 가능하다고 보는 견해와 처분이 허락된 재산의 사용목적도 함께 고려되어야 한다는 견해로 나뉘나[45], 전자의 견해가 통설에 해당한다[46].

그리고 처분 허락은 명시적인 방법 외에 묵시적으로도 가능하다고 보는데[47], 이 때의 판단 기준은 앞서 살펴본 판례에서의 판단 기준과 같이 "미성년자의 연령·지능·직업·경력, 법정대리인과의 동거 여부, 독자적인 소득의 유무와 그 금액, 경제활동의 여부, 계약의 성질·체결경위·내용, 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것"[48]이다. 실제로 위 판례 사안에서는 미성년자이기는 하나 이미 19세 2개월 정도의 나이였고 영어 과외를 통해 월 60만 원 가량의 수입을 얻고 있었으며, 거주지에 미성년자 단독으로 주민등록 전입신고까지 된 경우였는데[49], 2개월 간 224만 원 가량의 소비를 한 뒤[50] 이를 취소하겠다는 것이었다. 그리도 대법원은 위와 같은 경우 "이 사건 각 신용구매계약은 위와 같이 처분허락을 받은 재산범위 내의 처분행위에 해당한다고 볼 수 있다 할 것"이라 하여[51], 묵시적인 처분 허락을 인정하였다.

나. 법정대리인의 신용카드 정보를 사용한 경우에 대한 적용

물론 법정대리인이 미성년 자녀에게 신용카드 정보를 알려줬을 때 결제되는 부분에 대해서 처분이 허락된 재산이라고 볼 수 있을 것이나, 향후 결제되는 부분에 대해서까지 포괄적으로 허락하였다고 보기는(특별한 사정이 없는 한) 쉽지 않을 것이다.

그러나 위 판례에서 나타난 바와 같이, 미성년 자녀라고 하여도 단순하게 획일적으로 판단할 것이 아니라 자녀의 연령이나 경제적 상황까지 반드시 고려되어야 할 것이고 특히 묵시적 동의와 마찬가지로 법정대리인이 결제 내역 등을 모두 인식하면서도 방치하였을 경우에는 처분 허락

45) 양재모, "무능력자제도에 관한 몇 가지 문제점의 검토". 한양법학 제15권, 2004, 한양법학회, 261면
46) 김용덕 편집대표, 전게서, 301면
47) 김용덕 편집대표, 전게서, 301면
48) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659 판결
49) 장수영, 전게논문, 3면
50) 장수영, 전게논문, 51면
51) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659 판결

에 대해 더 쉽게 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

5. 예외 3 – 속임수 해당 여부에 대한 검토

가. 속임수의 개념 및 범위

민법 제17조는 미성년자를 포함한 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우나 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에는 취소권을 행사할 수가 없다고 규정한다.

이 때 속임수의 범위를 어떻게 해석할 것인가에 대하여, ① 능력자라고 믿도록 하기 위한 적극적 기망수단을 사용한 경우로 한정되므로 상대방이 능력자로 믿는 것에 대해 단순히 묵인하거나 침묵하는 것만으로는 속임수로 볼 수 없다는 견해(적극설)와 ② 적극적 기망수단 외에도 침묵 등 부작위를 포함하는 기망수단을 통하여 상대방으로 하여금 착오 유발 내지 강화시키는 경우도 포함한다는 견해(소극설)로 나뉜다[52].

판례의 경우 "민법 제17조에 소위 「무능력자가 능력자인 것을 믿게하기 위하여 사술을 쓴 때」라 함은 무능력자가 상대방으로 하여금 그 능력자임을 믿게하기 위하여 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것으로서 단순히 자기가 능력자라 칭한 것만으로는 동조에 소위 사술을 쓴 것이라 할 수 없다"라고 판시한 경우[53]와 "민법 제17조에 이른바 '무능력자가 사술로써 능력자로 믿게 한 때'에 있어서의 사술을 쓴 것이라 함은 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것이고 단순히 자기가 능력자라 사언함은 사술을 쓴 것이라고 할 수 없다."라고 판시한 것에 비추어[54], 적극설의 입장을 취하고 있다고 봄이 일반적이다.

나. 온라인 거래에서 속임수에 해당하는지 여부에 대한 판단

일단 미성년자가 법정대리인의 동의에 해당하는 정보를 적극적으로 사용하는 것은 속임수라고 볼 가능성이 크다. 나아가 대상 판결의 사안과 같이 이미 스마트폰에 저장되어 있던 신용카드 정보가 사용됨을 알면서도 결제에 나아간 경우에는 비록 적극적인 기망행위를 한 것이 아니기에 기존 판례의 입장에서는 묵인 등 소극적인 기망행위만을 한 것이어서 속임수에는 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다.

그러나 위 판례에서 나타난 사실관계는 이미 40년 이상 과거의 일이어서 미성년자를 바라보는 사회적 시각에 이미 큰 차이가 발생하였을 뿐만 아니라 특히 온라인 거래에서의 미성년자를 과

52) 김용덕 편집대표, 전게서, 380면
53) 대법원 1954. 3. 31. 선고 4287민상77 판결
54) 대법원 1971. 12. 14. 선고 71다2045 판결

거의 시각으로 바라보아서는 안 된다는 점은 앞에서 밝힌 바와 같다. 더구나 온라인 거래가 아닌 일반적인 거래에서도 미성년자가 단순 기망행위나 묵인 등을 사용한 경우는 미성년자의 보호보다는 거래안전에 더 중점을 두어야 한다는 근거로 속임수에 해당한다고 보아야 한다는 입장이 유력하다. 따라서 비대면으로 이루어지는 온라인 거래에서 판례와 같이 적극적인 기망수단만을 속임수로 인정하는 태도는 변경되어야 할 필요가 크다[55].

특히 ① 부모의 아이디와 비밀번호를 이용한 경우[56]나 ② 부모의 정보를 이용하여 부모인 것처럼 가입 및 결제한 경우[57], ③ 부모의 정보를 알아내어 이를 입력함으로써 부모의 동의가 있는 것처럼 처리한 경우[58], ④ 부모의 신용카드번호 및 비밀번호를 입력하여 결제하는 경우[59] 모두 속임수를 쓴 것에 해당하여 취소권이 배제된다는 입장을 취하고 있는바, 스마트폰에 법정대리인의 신용카드 정보가 저장되어 있음을 인식하고 이를 이용하여 결제한 경우만을 속임수에서 제외하여야 할 이유를 찾기가 오히려 힘들 것이다.

6. 기타 제한 가능성 - 신의칙에 의한 제한

위와 같이 민법상 명시적으로 인정되는 경우들 외에 취소권을 제한할 수 있는 근거로는 신의성실의 원칙을 생각해볼 수 있다. 특히 판례가 민법 제17조의 속임수에 대해서 적극적인 기망행위로 제한하는 입장이므로, 소극적 기망행위만 이루어진 경우에 취소권 제한의 공백이 발생하게 된다. 이 경우를 보충할 수 있는 법리로 신의칙에 의한 제한을 생각해보지 않을 수 없다.

가. 대법원 판결에 나타난 신의칙에 의한 제한

앞서 살펴본, 19세 미성년자가 신용카드를 사용한 경우 처분을 허락한 재산이라고 보았던 대법원 판결(대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659 판결)의 원심에서는 "국민의 교육수준이 높아지는 등 시대상황이 바뀌었으므로 성년 연령을 만 20세 이하로 낮추는 것이 추진되고 있고 개별적인 특별법에 따라서는 만 18세 또는 만 19세를 기준으로 그 이상 연령의 미성년자를 성년자와 동일하게 취급하고 있는 상황인 점을 감안하면, 만 18세 이상으로서 성년에 거의 근접하는 나이에 경제활동에 종사하는 미성년자가 일상생활 속에서 생활 필수품을 구입하거나 음식점을 이용하는 등 비교적 소규모의 거래를 한 사안으로서 미성년자에게 재산적 손실이 있다고 보기 어렵거나 손실이 있다고 하더라도 미미한 경우까지 법률행위의 취소를 인정하여 거래의 안전 내

55) 김상태・허준영, 전게논문, 125면도 이와 같은 입장이다.
56) 위계찬, 전게논문, 221면
57) 김상태・최현태, 전게논문, 200면
58) 오병철, 전게논문, 16면
59) 윤주희, 전게논문, 391면

지 거래 상대방의 재산권을 무한정 희생시키는 것은 민법 제5조의 입법취지에 부합하지 않으며 신의칙에 위배될 수 있을 것이다. 따라서 만 18세 이상의 미성년자가 그러한 유형의 거래를 한 후 법률행위의 취소를 주장하는 경우에는, 미성년자의 연령, 경제활동 여부, 개별 거래액이 미성년자의 월 수입을 초과하는지의 여부, 미성년자가 입게될 재산상 손실, 법률행위가 취소된 후 원상회복이 가능한지의 여부 등을 종합적으로 검토하여, 미성년자의 법률행위 취소가 신의칙에 위반되어 허용될 수 없는지의 여부를 판단하여야 할 것이다."라고 판시함으로써[60](밑줄은 필자 추가) 미성년자가 체결한 계약에 대한 취소권 행사에서도 신의칙에 따른 제한이 가능하다는 것을 전제한 뒤 미성년자와 가맹점 사이에 체결된 신용구매계약의 취소를 신의칙상 허용할 수 없다고 하였다.

이에 대해 대법원은 "미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정인데, 위 규정에 반하여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다면, 이는 오히려 위 규정에 의해 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 미성년자 제도의 입법 취지를 몰각시킬 우려가 있으므로, 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 사유로 들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다."라고 하여 신의칙에 의한 취소권 제한은 인정하지 아니하였고, 대신 처분을 허락한 재산의 범위에 속한다고 보았음은 앞서 살펴본 바와 같다.

나. 현행 민법상 발생하는 공백에 대한 해결 방안의 필요성

결국 대법원도 신용구매계약의 취소권 행사를 허용하지 않는다는 결론에는 원심 판결에 찬동하되, 신의칙보다는 가능하면 민법 조문의 법리 내에서 사안을 해결하려고 했을 것이라는 점에서 대법원 판결의 태도가 이해가 가지 않는 것은 아니다[61].

그러나 위 대법원 판결의 사안과는 달리 법정대리인이 처분을 허락한 범위를 넘어서는 재산을 처분한 것은 명백하지만 미성년자의 얻고 있는 경제적 이익의 규모나 거래 경험에 비추어서 취소권을 행사하는 것이 미성년자 보호제도라는 법리 뒤에 서서 거래의 안전을 해치더라도 오직 미성년자 본인의 이익을 극대화하는 결과만 추구하는 사안이 발생한 경우는 어떻게 해야 할 것인가.

또한 법정대리인이 미성년자의 취소권을 대신하여 행사하는 경우가 매우 많을 것인데, 이러한 경우는 어떠한가. 중학교 이상의 미성년자는 성년의 부모보다 인터넷과 온라인 거래에 대한 이해도가 더 높은 경우가 많을 것이다. 법정대리인의 이해도가 더 낮은데도 이해도가 더 높은 미성년

60) 서울고등법원 2005. 10. 14. 선고 2005나15057(본소),2005나15064(반소),2005나15095(반소) 판결
61) 장수영, 전게논문, 27면에 따르면 대법원 또한 ① 신의칙에 의한 취소권 제한이 허용되지만 해당 사안에서는 취소권 행사가 가능하다는 것인지 ② 아니면 미성년자의 취소권은 신의칙에 의해 제한될 수 없다는 것인지는 명확치 않고 추가적인 검토를 요한다고 한다.

자의 법률행위를 무조건 취소할 수 있도록 한다면, 이는 미성년자를 보호하기 위한 목적을 달성하는 것이 아니라 미성년자 보호를 빙자하여 법정대리인이 스스로의 경제적 이익을 보호하는 수단으로 악용하는 결과가 될 수 있다.

심지어 법정대리인이 온라인 결제 구조에 대해서 굉장히 잘 파악하고 있음에도 미성년자에게 결제 정보를 제공한 뒤 이후 결제된 것에 대한 취소권을 행사하는 경우 법정대리인은 상대방이 동의 여부 등을 증명할 수 없으므로 취소 효과를 그대로 용인하여야 할 것인데, 이와 같은 경우 민법상 허용된 위 3가지 예외만으로는 취소권을 제한하기는 어려울 것이다. 법정대리인이 방치 내지 용인한 책임을 져야 하나 이는 미성년자 보호라는 목적 안에서 소실되어 버리게 되는 것이다.

적어도 미성년자에 대한 취급을 연령이나 구체적인 책임능력을 구분하지 않는 우리 법제에서는 구체적인 사실관계를 최대한 고려하여 이를 전제로 취소권 행사를 허용할 것인지 판단하는 것이 타당하다고 생각되며, 이로써 미성년자 보호제도의 목적이 더 충실하게 달성될 수도 있다.

5. 미성년자의 취소권 법리에 대한 제언

가. 미성년자 취소권 제한의 대전제

위에서 살펴본 각 제한사유들에 대한 검토의 목적이 미성년자에 대한 보호에서 후퇴하자는 것이 결코 아니다. 개별적인 사안에서 미성년자들에 대한 보호에 치중하다 보면, 전체 미성년자들이 비슷한 유형의 거래에서 배척되게 되고 그 결과 대부분의 미성년자들은 경제적 거래 등을 통해 발생하는 혜택을 누릴 수 없게 될 수 있다. 즉, 일부 미성년자들에 대한 보호로 인한 이익을 증가하더라도 전체 미성년자들의 법익의 총량은 줄어들게 되는 결과를 의욕해서는 안 된다는 것이다.

나. 미성년자의 거래 상대방에 대한 의무의 강화

물론 미성년자와 온라인 거래를 하는 사업자들에 대한 의무 강화가 우선되어야 함은 말할 필요가 없다.

법정대리인의 동의를 받는 절차 외에도 동의를 받는 기술적 수단에도 발전적인 결과가 도입되어야 할 것이고(예를 들어, 애플의 앱스토어나 구글의 플레이스토어에서 미성년자 계정과 법정대리인의 계정이 연동되도록 하는 방안)이나 중국의 인터넷 기업인 텐센트와 같이 미성년자가 1일

당 일정 금액 이상을 결제할 경우 결제 계좌 소유자에게 이를 통보하는 제도[62], 결제 상한선을 정해 놓고 초과시 법정대리인의 추가 동의를 구하도록 하는 방안[63] 또한 긍정적으로 고려해볼 만 하다.

다. 법정대리인에 대한 의무의 강화

법정대리인 측의 주의의무 또한 그 요구 수준이 높아져야 하고, 이는 취소권 제한 여부에 대해 적극적으로 반영되어야 할 것이다.

우선 대상 판결에서 "원고도 위 소외인의 친권자이자 위 신용카드의 소유자로서, 미성년 자녀인 소외인이 자신의 승낙 없이 임의로 신용카드를 이용해 게임 아이템을 구매하지 않도록 지도, 교육할 의무"를 인정하는 판시를 한 바와 같이, 온라인 거래에 적합한 지도, 교육 의무가 미성년자 보호를 위하여 반드시 실시되어야 한다.

나아가 미성년자의 결제시 결제 사실이 통지되었음에도 일정 기간이 경과하도록 아무런 이의를 제기하지 않았거나, 특히 카드대금을 지급하고 나서도 상당한 기간이 경과하고 나서 취소권을 행사하는 경우 등에는 묵시적 동의를 인정하거나 취소권을 제한하여 법정대리인으로 하여금 미성년자의 결제에 대한 주의의무를 환기시킬 필요성이 크다(기타 독일의 묵인대리 법리를 적용할 필요성이 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다).

라. 법원의 취소권 제한 여부에 대한 종합적 판단 필요

법원은 미성년자를 연령이나 구체적인 책임능력과 무관하게 일률적인 기준으로 판단하기보다는 미성년자는 성년으로 접근해가는 존재임을 전제[64]로 구체적인 사안 별로 사실관계를 종합적으로 판단하는 것에 힘을 쏟을 필요가 있다. 그러한 점에서 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659 판결에서 판단 요소들을 제시한 점과 그에 따라 미성년자의 연령, 경제적 활동에 따른 이익 액수 등을 고려하여 취소권을 제한한 결론 자체에는 깊이 동감한다(대상 판결의 경우 구글 측의 주의의무와 법정대리인 측의 지도, 교육의무 등에 대해서 판단하고 있으나, 미성년 자녀의 연령이 얼마인지에 대해서는 밝히지 않음으로써 어떠한 연령의 미성년자가 법률행위를 하였을

62) 뉴시스, "'당신자녀가 게임에 돈을 많이 씁니다 ・・・텐센트, 부모에 통보", 2018. 6. 21.; https://newsis.com/view/?id=NISX20180621_0000342830(2021. 12. 4. 기준)

63) 윤주희, 전게논문, 386면

64) 이은희, "프랑스민법상 미성년자의 법률행위", 민사법학 제67권, 2014, 한국민사법학회, 340면; 이진기, "프랑스민법에서 미성년자 후견과 성년해방", 민사법학 제54권, 2011, 한국민사법학회, 389~390면에서 나타나는 바와 같이 미성년자의 지위를 무능력과 능력 사이로 잘라 구분하지 않고 점진적으로 능력을 취득하는 것을 인정하는 태도는 답습할 만 하다.

때에 양 측에 그러한 의무가 인정되는지를 명확히 하지 않은 점에서 아쉬움이 있다). 향후 이에 대한 법원의 적극적인 법리 적용과 판단이 기대된다.

Ⅴ. 나가며

미성년자에 대한 보호는 이미 기득권을 가진 사회적 구성원들이 약자를 배려한다는 숭고한 목적을 갖고 있다. 그러나 위와 같은 목적이 거래의 안전에 대한 침해를 무조건 정당화할 수는 없고, 무엇보다 미성년자들의 보호 목적에 궁극적으로 위배되는 경우까지 주장될 수 있는 권리라고 볼 수는 없을 것이다.

온라인 거래에서 어떠한 연령의 미성년자는 성년자보다 미숙하고 경험도 부족할 것이지만 특정 연령을 넘어서면 이미 성년자를 넘어서는 이해도와 숙련도를 갖게 된다. 현행 민법에서 미성년자의 범위를 세분하고 있지 않는 한, 결국 구체적인 사정을 고려하여 미성년자를 보호할지에 대한 적극적인 판단이 이루어져야 할 것이고, 이는 미성년자의 취소권이 제한 없이 인정되어서는 안 된다는 고려로부터 출발해야 한다고 본다. 미성년자 보호는 거래 상대방과 법정대리인의 배려와 보호의무를 통해 강화될 수 있지만 동시에 이를 악용하는 미성년자나 법정대리인으로부터는 분리될 필요가 있다. 그리고 이는 적어도 현행 민법이 개정되기 이전에는 법원의 적극적인 판단에서 가능할 것이다. 이에 대한 사례들이 쌓여가 미성년자들에 대한 보호가 더욱 높은 수준에서 달성되기를 기대한다.

참 고 문 헌

<단행본>

김용덕 편집 대표, 주석민법, 제1권, 2019, 한국사법행정학회
이은영, 민법총칙 제5판, 2009, 박영사
2020년 인터넷이용실태조사 요약보고서, 2021, 과학기술정보통신부・한국지능정보사회진흥원
2001 국민정보생활 및 격차 현황, 2001, 한국정보문화센터

<논문>

김대원, “미성년자가 신용카드거래 후 신용카드 이용계약을 취소한 경우의 법률관계”, 상사판례연구 VI, 2006, 박영사
김상태・최현태, “미성년자의 게임비용 결제와 환불에 관한 법률문제”, 한양법학 제31권 제1집, 2020, 한양법학회
김상태・허준영, “미성년자 게임결제 관련 분쟁 해결을 위한 법제개선 연구”, 한국게임학회 논문지 18권, 2018, 한국게임학회
김형석, “지급지시・급부관계・부당이득”, 법학 47권 3호, 2006, 서울대학교 법학연구소
남기연, “”무능력자제도의 본질과 상대방 보호 - 상대방 보호를 위한 ‘사술’의 범위를 중심으로-“, 법학논문집 제32집 제1호, 중앙대학교 법학연구원
남기연・장필재, “디지털콘텐츠의 이용과 미성년자 보호에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제4호, 2014, 홍익대학교 법학연구소
양재모, “무능력자제도에 관한 몇 가지 문제점의 검토”. 한양법학 제15권, 2004, 한양법학회
오병철, “인터넷에서의 미성년자의 행위능력과 그 보호”, 인터넷법률 제12호, 2002, 진보네트워크센터
위계찬, “미성년자의 행위능력과 온라인 게임 - 독일법을 중심으로-”, 법과 정책연구 제19편 제1호, 2019, 한국법정책학회
윤주희, “인터넷상 미성년자에 대한 법정대리인의 동의의 문제”, 사회과학논총 6권, 2004, 숭실대학교 사회과학연구소
이동원, “미성년자의 신용카드 이용계약 취소와 부당이득의 반환”, 재판과 판례 15집, 2007, 대구판례연구회
이은희, “프랑스민법상 미성년자의 법률행위”, 민사법학 제67권, 2014, 한국민사법학회
이진기, “프랑스민법에서 미성년자 후견과 성년해방”, 민사법학 제54권, 2011, 한국민사법학회
장수영, “미성년자가 법정대리인의 동의 없이 체결한 신용구매계약의 취소 및 그 제한”, 민사판례연

구 31권, 2009년, 민사판례연구회

정대익, “미성년자의 신용카드 사용에 대한 사법적 고려”. 경영법률 제13집 제1호, 2002, 한국경영법률학회

조병구, “未成年者의 信用카드 利用契約이 取消된 경우 不當利得의 問題”, 민사판례연구 28권, 2006년, 민사판례연구회

<기사>

리걸타임즈, “[손배] 10세 아들이 어머니 신용카드로 게임 아이템 구매…구글도 50% 책임”, 2018. 10. 7.

조선일보, “부모 몰래 구글 ID로 카드 결제… 구글, 50% 환불해야”, 2018. 9. 29.

연합뉴스 “법원 "부모카드로 게임아이템 구매…구글도 50% 책임"” , 2018. 9. 28.

중앙일보, “"구글 결제시스템 바꾸려고"…래리 페이지 이긴 한국 변호사”, 2018. 10. 2.

법률신문, “[2018년 분야별 중요판례분석] 27. 엔터테인먼트법”, 2019. 8. 8.

데일리시큐, “사용한 아이템까지 환불이 가능...구글 환불-애플 환불 대행 업체 ‘환불페이’”, 2019. 5. 1.

전자신문, “환불이 청소년 보호장치? 업계, "현실 너무 몰라"”, 2018. 10. 31.

매일경제, “엔씨소프트 리니지W '동남아·중동 린저씨' 사로 잡을까”, 2021. 11. 2.

전자신문, “14세 미만 아동 핀테크 서비스 이용 제한에 '공공바우처'도 불편”, 2021. 5. 30.

뉴시스, “‘당신자녀가 게임에 돈을 많이 씁니다 ・・・텐센트, 부모에 통보”, 2018. 6. 21.

토론문

이 은 정(경북대학교 법학전문대학원 교수)

발제문은 법률행위가 주로 대면으로 이루어지던 시대의 제한능력자 보호제도의 법리가 비대면 거래 위주로 이루어지는 현대 사회에서도 같은 기준으로 적용된다고 보아야 할 것인지를, '온라인 거래'에서 미성년자의 취소권 제한을 중심으로 논의하고 있다. 특히 발제자는 미성년자의 취소권을 제한하여 미성년자에게 미래의 서비스 산업에 대한 활용 기회를 확보해 주는 것이 미성년자를 보호하고 미성년자의 사회적 발전에 기여하는 측면도 있다는 견해를 주장하면서, 미성년자의 거래 상대방과 법정대리인에 대한 의무의 강화, 법원의 취소권 제한 여부에 대한 종합적 판단 필요 등의 방안을 제시하고 있다.

토론자는 가족법 전공자로서 발제문을 통하여 아동의 권리와 친권에 대하여 다시 한번 생각할 기회를 얻게 된 점에 대하여 깊이 감사드린다. 발제자의 견해에 대체로 동의하며, 다음에서 약간의 질문으로 토론에 갈음하고자 한다.

1. '온라인 거래에 대한 이해도'와 '합리적 판단 능력'의 관계

발제문 13면 17째줄 이하 "적어도 온라인 거래에서만큼은 미성년자를 성년인 사용자에 비하여 경험이 부족한 존재 또는 거래의 안전을 희생하면서까지 반드시 보호해야 할 존재로 보아야 할지는 매우 의문이다."

발제문 22면 23째줄 이하 "중학교 이상의 미성년자는 성년의 부모보다 인터넷과 온라인 거래에 대한 이해도가 더 높은 경우가 많을 것이다. 법정대리인의 이해도가 더 낮은데도 이해도가 더 높은 미성년자의 법률행위를 무조건 취소할 수 있도록 한다면, 이는 미성년자를 보호하기 위한 목적을 달성하는 것이 아니라 미성년자 보호를 빙자하여 법정대리인이 스스로의 경제적 이익을 보호하는 수단으로 악용하는 결과가 될 수 있다."고 서술하고 있는데,

'온라인 거래에 대한 이해도'가 아이템 구입 등 온라인 거래 등에 대한 '합리적 판단 능력'과 일치하는지는 의문이다. '아동의 미성숙성'으로 인하여 아동이 성인에 비하여 충동적으로 거래하는 경우가 많을 것이다. 이는 '온라인 거래에 대한 이해도'가 높아도 '합리적 판단 능력'은 미흡할 수 있다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 미성년자를 보호하는 것은 이러한 미성숙성 즉 '합리적 판단 능력의 부족' 때문이다.

2. 미성년자의 책임능력을 구분하는 입법례 소개

발제문 23면 7째줄 이하 “미성년자에 대한 취급을 연령이나 구체적인 책임능력을 구분하지 않는 우리 법제”라고 서술하고 있는데,

우리 법제와 달리 미성년자의 책임능력을 구분하는 법제가 있으면 소개 부탁드린다.

3. 미성년자의 취소권 제한에 대한 입법론

미성년자의 취소권 제한을 위하여 민법이 개정되어야 할 부분이 있는지 발제자의 견해를 여쭌다.

토론문

김 현 수(부산대학교 법학전문대학원 교수)

안녕하세요? 부산대학교 김현수입니다.

먼저 이준민 교수님의 발표에 감사의 말씀을 드립니다. 교수님께서는 먼저 온라인 게임 등에서 미성년자가 결제한 경우에 관한 판결을 소재로 이 사건 거래의 특수한 법률관계를 소개해 주셨습니다. 그리고 온라인 거래에서의 미성년자의 취소권 제한 가능성에 대해 인터넷, 온라인 거래에서 미성년자가 가지고 있는 지위를 기초로, 이러한 형태의 거래에서 미성년자 보호 만능주의에서의 고려사항, 그리고 현행 법리의 예외 해당 여부를 정리해 주시고, 미성년자 취소권 법리에 대한 제언을 구제적으로 제시해 주셨습니다. 이 주제에 대해 그간 많이 생각해 보지 못했기 때문에 이교수님의 발제문을 읽으면서 해당 쟁점에 대해서 깊이 생각해 볼 수 있었고, 제 나름대로 이해의 폭을 넓힐 수 있는 기회가 되었습니다.

이준민 교수님께서 발제를 통해 제기한 문제의식과 이에 대한 교수님의 논지에는 대부분 동의하며 큰 이견은 없습니다. 그래서 이 교수님의 발제문을 읽으면서 들었던 제 생각과 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

애초 무능력자 보호 법리는 전통적인 대면 거래를 상정하여 만들어졌습니다. 그렇지만, 발제문에서도 말씀해 주신 바와 같이, 인터넷이나 모바일 환경이 급속히 변화하면서 온라인 게임 등 비대면 거래가 강화되면서 종래와는 달리 미성년자의 거래를 둘러싼 계약의 환경에도 많은 변화가 있습니다. 이와 같은 계약 환경의 변화는 무능력자 보호를 둘러싼 법리의 변용에 대한 현실적인 유인으로 작용하고 있다는 이교수님의 말씀에 많은 공감이 됩니다.

다만, 구체적인 방법을 탐색하는 과정에서는 여러 가지 점을 고려해야 할 것이지만, 결국 미성년자 보호와 거래 상대방인 산업계의 활성화라는 두 가지를 조화롭게 취할 수 있는 기준을 찾는 것이 민법이나 개별법을 통한 입법적인 개선이나 법원의 구체적인 판단을 위해서도 이루어져야 할 과제인 것으로 보입니다.

첫 번째 질문은 발제문에서 잠깐 소개해 주신 프랑스의 사례 즉, 미성년자의 지위를 무능력과 능력이라는 절대적 이분법으로 보지 않고 점진적으로 능력을 취득한다고 하는 방식이 이러한 균형점을 찾는 하나의 대안이 될 수 있을 것 같습니다. 이에 대하여 그 기준 또는 기준의 적용사례

등과 관련하여 조금 더 구체적인 설명을 해 주시면 감사하겠습니다. 아울러 비교법적으로 이와 유사한 방식이나 관점을 택하고 있는 국가가 있는지요?

두 번째는 미성년자의 취소권 법리에 대한 제언과 관련한 것입니다. 우선 대전제로 이교수님께서 말씀해 주신 부분에 대해 이해가 부족하여 한가지 여쭙겠습니다. 발제문에서 이교수님께서는 “일부 미성년자들에 대한 보호로 인한 이익을 증가하더라도 전체 미성년자들의 법익의 총량은 줄어들게 되는 결과를 의욕해서는 안된다”고 말씀해 주셨는데, 이때 일부 미성년자 보호 법리를 통한 이익과 전체 미성년자들의 법익은 구체적으로 어떻게 이익형량할 수 있는지요?

다음으로 구체적인 법리로 제안해 주신 미성년자의 거래 상대방에 대한 의무 강화, 법정대리인에 대한 의무의 강화에 대한 교수님의 의견에는 대부분 공감합니다. 다만, 그 방법과 관련해서는 말씀해 주신 바와 같이 거래 상대방이나 법정대리인에 대한 의무 강화라는 요소를 적극적으로 법원이 판단하는 방법이 있을 것으로 생각됩니다.

이와 함께, 입법적으로 이를 해결하는 방법에 대해서도 고려해 볼 수 있을 것 같습니다. 이 경우 민법상 행위무능력자 제도로서 미성년자 보호법리를 개정하는 방안과 전자상거래법의 청약철회권을 통한 해결이나 청소년보호법과 같은 개별법의 개정을 통하는 방법이 가능할 것 같습니다. 이처럼 입법을 통한 해결방안을 상정하는 경우, 그 방식과 구체적 내용에 대하여 교수님의 견해를 여쭙습니다.

앞으로도 온라인 환경에서의 거래가 증가할 것으로 생각되며, 이에 따라 미성년자의 취소권 법리에 대한 지속적인 논의가 필요할 것으로 생각됩니다. 새로운 환경에서의 미성년자의 취소권 법리에 대한 방향성에 대해 좋은 발표를 해 주신 이교수님께 다시 한번 감사드리며 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

[제3주제]

공제에서의 견련성

박근웅 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 박세민 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 최광선 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

공제에서의 견련성

박 근 웅(부산대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 들어가는 말

‘공제’의 법리는 실무를 중심으로 그 내용이 형성되고 있다. 과거에는 그 논의가 파편적이었지만,[1] 2018년도 선고된 대법원 판결을 통해 그와 관련한 일반론이 어느 정도 정립되었다고 생각된다.[2] 2018년 대법원 판결은 공제와 관련한 여러 흥미로운 쟁점들을 보여준다. 특히 대법원은 “공동수급체의 구성원들 사이에 ‘출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 특약’을 하는 것도 계약자유의 원칙상 허용된다.”고 전제하고, 나아가 “금전을 출자하기로 한 구성원이 출자를 지연하는 경우 그 구성원이 지급받을 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 ‘공제’하기로 하는 약정을 할 수도 있다.”고 하여, 약정에 의한 공제를 인정하였다. 그러나 공제의 강력한 담보적 효력에 비추어 이와 같은 결론을 지지할 수 있는지는 숙고가 필요해 보인다. 이러한 문제의식이 이 글의 출발점이다.

이 글에서는 공제의 법리를 적용할 수 있는 상황적 요건이 무엇인지 논하고자 한다. 결론적으로 이른바 ‘고양된 견련성’의 관계 하에서 그 적용이 정당화될 수 있다는 생각이고, 공제에서 필요한 견련성의 의미가 무엇이며 그 정도는 어떠해야 하는가의 점을 다루고자 한다(Ⅲ). 다만 ‘공제’의 법리 자체가 아직 민법학계에 보편적으로 수용된 상황은 아니라 생각되므로 필요한 범위 내에서 일반론의 소개가 필요할 것으로 보인다. 법원의 판결례를 통해 그 내용을 살펴보도록 한다(Ⅱ).

Ⅱ. 공제에 관한 대법원 판결례

1. 공제를 인정한 사례

1) 공제에 관한 판례의 법리는 임대차계약관계, 공사도급계약관계, 생명보험계약관계, 물품구매계약관계 등 개별 사건에서 원용되어 왔다.

2) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결. 이 판결과 관련한 평석으로는 남관모, 공제와 상계의 구별 및 공동수급체가 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금을 공제하기 위한 요건, 저스티스 통권 제167권, 한국법학원, 2018, 306면 이하. 박근웅, 대법원 판례에서의 공제 법리, 법학논집 제23권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2019, 169면 이하 등 참조.

(1) 임대차보증금

과거부터 판례에 의해 공제의 법리가 가장 적극적으로 원용되어 오고, 또 학계에서도 그 의미에 대한 접근이 다양하게 시도되었던 주제는 보증금 수수의 법률관계이다. 가령 판례는 “건물임대차에 있어서의 임차보증금은 임대차존속중의 임료뿐만 아니라 건물명도 의무이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것으로서 임대차 종료후에 임차건물을 임대인에게 명도할 때 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관한 임차인의 보증금반환청구권이 발생하고 이와 같은 임차보증금을 피전부채권으로 하여 전부명령이 있은 경우에도 제3채무자인 임대인은 임차인에게 대항할 수 있는 사유로써 전부채권자에게 대항할 수 있는 것이다. 따라서 건물임대차보증금의 반환채권에 대한 전부명령의 효력이 그 송달에 의하여 발생한다고 하여도 위 보증금반환채권은 임대인의 채권이 발생하는 것을 해제조건으로 하는 것이며 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다고 할 것”이라고 밝혀 왔다.[3)]

한편 임대차에서 공제법리와 관련하여 흥미로운 점 중 하나는, 공제를 임대차 종료 여부에 따라 당연공제와 의사표시가 필요한 공제로 구분하고 있다는 점이다. 즉 대법원은 “부동산 임대차에 있어서 수수된 보증금은 임료채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다.”고 하여 당연공제를 원칙으로 두면서도,[4)] 반면에 “임대인에게 임대차보증금이 교부되어 있더라도 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 임대차보증금에서 연체차임을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있다. 따라서 임대차계약 종료 전에는 공제 등 별도의 의사표시 없이 연체차임이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것은 아니고, 임차인도 임대차보증금의 존재를 이유로 차임의 지급을 거절할 수 없다.”고 하여 임대차계약 종료 전의 공제는 의사표시를 요하는 것으로 보았다.[5)]

---

3) 대법원 1976. 8. 24 선고 76다1032 판결; 1964. 11. 24 선고 64다864 판결; 1987. 6. 9 선고 87다68 판결; 대법원 1988. 1. 19. 선고 87다카1315 판결; 대법원 1988. 10. 20. 선고 98다31905 판결 등. 다만 판례는 임대차보증금반환채권이 잔액이 있을 것을 조건으로 발생한다고 하면서도 그 성질을 해제조건부 채권이라고 명명하고 있어 그 의미가 분명하지는 않다.

4) 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다50729 판결.

5) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결; 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다49608, 49615 판결 등. 당연공제는 뒤에서 다를 선급금의 법률관계에서는 비교적 적절한 설명이 될 수 있다. 그러나 임대차보증금의 법률관계와 같은 담보적 법률관계에도 적절한지는 의문이다. 예컨대 당연공제에 따르면 임대차관계가 종료된 후에는 연체차임채권 등은 더 이상 그 독립적 존속을 인정하지 않는 것이 논리적이다. 그러나 소멸시효가 완성된 연체차임채권을 자동채권으로 한 상계는 부정하였으나 공제는 긍정하였던 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결을 통해서도 확인할 수 있듯이 대법원 스스로 연체차임채권의 존속을 전제로 그 상계 가능성을 검토하고 있다. 공제는 독립적인 두 개의 채권이 서로 대립할 필요가 없다는 명제는 당연히 타당하겠으나(이 때의 공제는 당연공제로 포섭할 수 있을 것임), 독립된 두 개의 채권이 존속하는 경우 공제가 성립하지 못한다고 볼 것은 아니다. 후자의 경우에는 의사표시를 요하

공제의 법리가 갖는 실천적 의미는 강력한 담보적 효력과 관련한다. 이는 임대차보증금의 법률관계에서도 확인할 수 있다. 종래 판례는 "임대인의 임대차보증금 반환의무는 임대차관계가 종료되는 경우에 임대차보증금 중에서 목적물을 반환받을 때까지 생긴 임차인의 모든 채무를 공제한 나머지 금액에 관하여서만 비로소 이행기에 도달하는 것이므로, 임차인이 다른 사람에게 임대차보증금 반환채권을 양도하고, 임대인에게 양도통지를 하였어도 임차인이 임대차목적물을 인도하기 전까지는 임대인이 위 소송비용을 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다"고 하고,[6] 나아가 "임차보증금을 피전부채권으로 하여 전부명령이 있을 경우에도 제3채무자인 임대인은 임차인에게 대항할 수 있는 사유로서 전부채권자에게 대항할 수 있는 것이어서 건물임대차보증금의 반환채권에 대한 전부명령의 효력이 그 송달에 의하여 발생한다고 하여도 위 보증금반환채권은 임대인의 채권이 발생하는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다"고 하였다.[7] 이는 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었던 경우에도 동일하다. 즉 "임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다"고 하여, 압류 이후에 발생한 차임채권으로도 보증금에서 공제되는 것으로 해석하고 있다.[8] 또한 판례는 "보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권이 양도되었다고 하더라도, 임차인은 임대차계약이 종료되어 목적물을 반환할 때까지 연체한 차임 상당액을 보증금에서 공제할 것을 주장할 수 있다"고 한다.[9]

(2) 생명보험계약에서 보험약관대출

판례는 보험약관에 따른 대출금의 법적 성질을 해약환급금의 '선급금'으로 파악하고 상대방의 해약환급금채권과 보험회사의 대출금채권은 상계가 아닌 공제의 법리가 적용되는 것이므로 회사정리절차의 상계 제한 규정의 적용을 받지 않는다고 보았다. 즉 "생명보험계약의 약관에 보험계약자는 보험계약의 해약환급금의 범위 내에서 보험회사가 정한 방법에 따라 대출을 받을 수 있고, 이에 따라 대출이 된 경우에 보험계약자는 그 대출 원리금을 언제든지 상환할 수 있으며, 만약 상환하지 아니한 동안에 보험금이나 해약환급금의 지급사유가 발생한 때에는 위 대출 원리금을 공제하고 나머지 금액만을 지급한다는 취지로 규정되어 있다면, 그와 같은 약관에 따른 대출계약은 약관상의 의무의 이행으로 행하여지는 것으로서 보험계약과 별개의 독립된 계약이 아니라 보험계약과 일체를 이루는 하나의 계약이라고 보아야 하고, 보험약관대출금의 경제적 실질은

지 않을 이유는 없다.
6) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490 판결.
7) 대법원 1988. 1. 19. 선고 87다카1315 판결.
8) 대법원 2004. 12. 23. 선고 2004다56554 판결.
9) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2013다77225 판결.

보험회사가 장차 지급하여야 할 보험금이나 해약환급금을 미리 지급하는 선급금과 같은 성격이라고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 약관에서 비록 '대출'이라는 용어를 사용하고 있더라도 이는 일반적인 대출과는 달리 소비대차로서의 법적 성격을 가지는 것은 아니며, 보험금이나 해약환급금에서 대출 원리금을 공제하고 지급한다는 것은 보험금이나 해약환급금의 선급금의 성격을 가지는 위 대출 원리금을 제외한 나머지 금액만을 지급한다는 의미이므로 민법상의 상계와는 성격이 다르다. (중략) 따라서 이 사건 생명보험계약의 해지로 인한 해약환급금과 보험약관대출금 사이에서는 상계의 법리가 적용되지 아니하고, 생명보험회사는 생명보험계약 해지 당시의 보험약관대출 원리금 상당의 선급금을 뺀 나머지 금액에 한하여 해약환급금으로서 반환할 의무가 있다고 할 것이므로, 생명보험계약이 해지되기 전에 보험회사에 관하여 구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 의한 회사정리절차가 개시되어 정리채권신고기간이 만료하였다고 하더라도 같은 법 제162조 제1항의 상계제한 규정은 적용될 여지가 없다"고 한다.[10]

(3) 공사도급계약에서의 선급금

판례는 공사도급인의 선급금반환채권과 공사수급인의 기성공사대금 상호 간에 공제의 법리를 인정한다. 즉 "공사대금의 지급에 관하여 규정하고 있는 공사계약일반조건 제21조와 제21조의3 제1항 제2호 및 선금이 지급된 경우에 그 처리에 관하여 규정하고 있는 공사계약특수조건 제14조의 규정과 원래 선금급은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재 확보, 노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여, 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 선급 공사대금이며, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 선급 공사대금이라는 점에 비추어, 선금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되거나 선금급 조건을 위반하는 등의 사유로 중도에 선금을 반환하게 되었다면 선금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 하도급을 주었는지 여부를 불문하고 선금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되고 그래도 공사대금이 남는다면, 그 금액만을 지급하면 되는 것이고, 거꾸로 선금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선금에 관하여 도급인이 반환채권을 가지게 된다고 보는 것이 선금급의 성질에 비추어 타당하고, 하도급대금 직불에 관한 조항이 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여 계약자가 하수급인에게 대가 지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 수급인에게 직접 지급하여야 한다고 규정하고 있는 것은 선금급으로써 기성고에 대한 공사대금에 충당하고 남은 공사대금이 있을 경우에 그 중 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 함을 규정한 것으로 봄이 타당하다"고 한다.[11]

---

10) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 전원합의체 판결.

나아가 대법원은 다른 판결례에서 위와 같은 일반론의 취지를 확인한 다음에, “원심이 같은 취지에서, 피고는 1996. 8. 2. A산업개발 주식회사(다음부터는 'A산업'이라고 한다)와 사이에 A산업이 이 사건 공사를 금 847,796,722원에 도급받아 시행하기로 하는 공사도급계약을 체결하고 A산업에게 선급금으로 금 418,000,000원을 지급하였는데, A산업은 공사를 시행하다가 1997. 3. 26. 당좌거래정지처분을 받아 공사를 중단함으로써 도급계약시의 약정에 따라 피고에게 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였고, 당시까지 A산업이 시행한 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 금 123,959,000원 정도인 사실, 한편 원고는 그 후 같은 해 4. 3. A산업의 피고에 대한 위 공사대금채권 중 금 56,163,110원을 가압류한 후(가압류결정정본은 같은 달 7. 피고에게 송달되었다) 같은 해 12. 2. 가압류를 본압류로 전이하는 채권압류 및 전부명령을 받은 사실을 인정한 다음, 원고가 전부받은 공사대금채권은 가압류 이전에 이미 피고가 지급한 선급금 중 일부로 충당되어 전부 소멸하였다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 법리오해 등의 위법이 없다. 피고가 가압류 이전에 상계의 의사표시를 한 일이 없다거나 피고와 A산업 사이의 도급계약이 가압류 후에 해지되었다 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 하여 그 담보적 효력을 강하게 인정하고 있다.[12)]

(4) 물품구매계약에서의 선급금

판례는 매수인이 물품대금을 선급한 경우에 이러한 선급금에 대해서 물품대금채권에서 당연히 공제된다는 취지를 밝히고 있다. 즉 “갑이 을과의 물품구매기본계약을 체결함에 있어 지원자금 명목으로 선급금을 지급하면서 장차 이를 물품대금과 분할 상계처리하기로 약정한 경우, 그 선급금은 향후 을이 납품하게 될 물품의 대금조로 미리 지급한 것이고, 또한 선급금상환채무와 물품대금채무는 동일한 물품구매기본계약에서 발생한 것으로서 상호 그 이행에 있어서 고도의 견련성이 있으므로 위 선급금은 원칙적으로 을이 납품한 물품대금에 당연히 충당되는 성질의 것이라 할 것인데, 다만 을이 갑에게 처음 납품하는 물품대금 중 선급금에 해당하는 금액 전부가 선급금으로 일시에 충당되는 경우 대기업협력업체의 자금운용을 도와준다는 애초의 목적을 달성할 수 없게 된다는 점에서 을의 이익을 위하여 위 선급금을 을이 갑에게 납품한 물품대금과 10개월간 순차적으로 분할 상계처리하기로 약정한 것이므로, 갑과 을 간의 거래관계가 을측의 부도로 인하여 계약 체결일로부터 1개월도 지나기 전에 종료되게 된 경우, 을로서는 분할상계의 이익을 상실하였다고 할 것이고, 따라서 갑이 을에게 지급한 선급금으로서 거래종료 당시 정산되지 않은 선급금은 물품대금조로 미리 지급되는 선급금의 성격과 그 물품대금과의 견련성 등에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계의 의사표시 없이도 을이 갑으로부터 지급받지 못한 나머

11) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다5060 판결.
12) 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결.

지 물품대금채권에 당연히 충당된다고 봄이 상당하다"고 한다.[13]

(5) 검 토

이상과 같은 대법원의 선례들을 살펴보면 몇 가지 공제에 관한 유의미한 내용을 발견할 수 있다. 우선 물품구매계약에서의 선급금의 공제와 관련한 대법원 1997. 5. 23. 선고 96다41625 판결도 밝히고 있듯이 '고도의 견련성'이 공제의 조건이 된다. 아울러 종래 선례들은 선급관계와[14] 담보관계에서[15] 공제를 논의해 왔음을 알 수 있다. 또한 그와 같은 공제의 법리와는 상계와는 구분되는 것으로서 보다 강력한 담보적 효력을 부여한다.[16]

그런데 하나의 법률관계에서 일정한 채무의 이행이 다른 채무와 관련하여 이른바 대가관계를 갖는 경우까지 이와 같은 채무 사이의 '고도의 견련성'을 인정할 수 있는지는 분명하지 않았다. 가령 건설공동수급체의 구성원인 조합원의 출자의무와 이익분배채권 사이의 관계가 그것이다.[17] 다만 과거 판결례 중에는 "건설공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지는 것인데, 건설공동수급체의 구성원인 조합원이 그 출자의무를 불이행하였더라도 그 조합원을 조합에서 제명하지 않는 한 건설공동수급체는 조합원에 대한 출자금채권과 그 연체이자채권, 그 밖의 손해배상채권으로 조합원의 이익분배청구권과 직접 상계할 수 있을 뿐이고, 조합계약에서 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두지 않는 한 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수는 없다."고 하여,[18] '출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약'의 유무를 단서로 삼은 것이 있었다. 최근 이와 관련한 주목할 만한 판결이 선고되었는데, 자세한 내용은 다음 항에서 다룬다.

2. 이익분배금채권에서 출자금채무의 공제를 인정한 사례

(1) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결

1) 사실관계

13) 대법원 1997. 5. 23. 선고 96다41625 판결.
14) 공사도급계약과 물품구매계약에서의 명시적 선급금뿐 아니라, 생명보험계약에서 보험약관대출에 대해서도 판례는 '선급금'으로 평가한다.
15) 판례는 앞서 살핀 것처럼, "임차보증금은 임대차존속중의 임료뿐만 아니라 건물명도 의무이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것"이라는 표현을 사용한다.
16) 가령 판례에 따르면 공제에는 제498조의 규정이 적용되지 않는다.
17) 조합인 공동수급체의 출자분담금채권과 구성원의 이익분배청구권이 쌍무계약상 고유의 대가관계는 아니라 하더라도 구체적 법률관계에서 개별 약정내용에 따라 서로 대가적 의미를 가질 수 있다는 전제로 남관모, 앞의 글(주 2), 331-333면 참조.
18) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 판결.

이 사건은 두 개의 공사와 관련되어 있다.

우선 피고인 乙은 부산국제금융센터 복합개발사업 1단계 신축공사(이하 '부산공사'라 한다)와 관련하여 2010. 5.경 주식회사 KC건설, S건설 주식회사를 포함한 11개 회사와 공동이행방식의 공동수급체를 결성하여 2010. 5. 10. P 주식회사로부터 18,896,900,000원에 도급받았고 원고 甲은 2010. 8.경 S건설 주식회사를 승계하여 위 공동수급체에 참여하였다. 乙은 부산공사와 관련한 공동수급체 대표자의 지위에 있었다.

또한 乙은 2010. 12.경 甲, KO건설 주식회사, 주식회사 H 등과 공동이행방식의 공동수급체를 결성하여 2010. 12. 31. HS 주식회사로부터 '대구경북과학기술원 학위과정시설 임대형 민자사업 건설공사'(이하 '대구공사'라 한다)를 356,480,080,000원에 도급받았다. 乙은 대구공사와 관련하여서도 공동수급체 대표자의 지위에 있었다.

그런데 부산공사의 운영협약서에는 공동수급체의 구성원이 공동분담금 지급을 지체한 경우 乙이 해당 구성원에게 지급할 기성금에서 미납 분담금을 선공제함을 정하고 있었고, 반면 대구공사의 경우 그 운영협약서에 공동수급체 구성원 상호 간의 이익분배를 출자의무이행과 연계하는 약정이 없었다.

부산공사 및 대구공사에 관해 乙은 2013. 6. 21.과 2013. 6. 20.에 각 발주처로부터 기성금을 지급받았는데, 乙은 甲의 각 공사에 있어서의 출자의무불이행을 이유로 이 중 甲의 지분에 해당하는 대금을 지급하지 않았다.

甲은 2013. 5. 8. 서울중앙지방법원 2013회합85호로 회생절차 개시결정을 받았고, 甲의 대표이사인 A가 관리인이 되어 기성금청구의 소를 제기하였다. 乙은 공동수급체 대표자로서 부산공사, 대구공사와 관련하여 甲에 대한 공동분담금채권을 회생채권으로 신고하였다.

2) 사건의 경과

1심법원과[19] 원심법원은[20] 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두었는지 여부를 단서적으로 제시했던 종전 대법원 판결을[21] 인용하여 부산공사와 대구공사의 결론을 달리 보았다.[22]

부산공사의 경우, 부산공사 협약서에 별도의 상계의사표시 없이 공제할 것을 약정하여 乙은 별도의 상계의사표시 없이 甲에 지급할 공사대금에서 미지급 공동분담금을 공제할 수 있고, 甲의

19) 서울중앙지방법원 2014. 10. 1. 선고 2014가합4281 판결.
20) 서울고등법원 2015. 10. 27. 선고 2014나52355 판결.
21) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 판결.
22) 공제의 법리에 있어서 1심과 원심의 판단은 거의 동일하기에 별도로 구분하지 않고 같은 체계에서 논하기로 한다.

乙에 대한 기성금채권은 더 이상 존재하지 아니한다고 하였다.[23]

반면 대구공사의 경우 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두고 있지 않았다고 결론내린 후, 이와 같이 조합계약에 달리 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두지 않는 한 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수는 없다고 하였다. 나아가 채무자회생법은 회생채권자가 회생절차개시 후에 채무자에 대하여 채무를 부담한 때에는 회생채권으로 상계하지 못한다고 규정(제145조 제1호)하고 있는바, 회생절차개시일인 2013. 5. 8. 당시에는 아직 乙이 甲에 대하여 2013년 5월분 기성금 지급의무를 부담하지 않고 있었으므로(2013. 6. 20. 무렵 지급받았다), 乙이 甲의 기성금채권을 수동채권으로 하여 상계권을 행사할 수 없다고 하였다.

3) 대법원 판결요지

[1] 당사자들이 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 도급인으로부터 공사를 수급받는 경우 공동수급체는 원칙적으로 민법상 조합에 해당한다. 건설공동수급체 구성원은 공동수급체에 출자의무를 지는 반면 공동수급체에 대한 이익분배청구권을 가지는데, 이익분배청구권과 출자의무는 별개의 권리·의무이다. 따라서 공동수급체의 구성원이 출자의무를 이행하지 않더라도, 공동수급체가 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수도 없고, 그 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금이나 그 연체이자를 당연히 공제할 수도 없다. 다만 구성원에 대한 공동수급체의 출자금 채권과 공동수급체에 대한 구성원의 이익분배청구권이 상계적상에 있으면 상계에 관한 민법 규정에 따라 두 채권을 대등액에서 상계할 수 있을 따름이다.

[2] 공동수급체의 구성원들 사이에 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 특약'을 하는 것도 계약자유의 원칙상 허용된다. 따라서 구성원들이 출자의무를 먼저 이행한 경우에 한하여 이익분배를 받을 수 있다고 약정하거나 출자의무의 불이행 정도에 따라 이익분배금을 전부 또는 일부 삭감하기로 약정할 수도 있다. 나아가 금전을 출자하기로 한 구성원이 출자를 지연하는 경우 그 구성원이 지급받을 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 '공제'하기로 하는 약정을 할 수도 있다. 이러한 약정이 있으면 공동수급체는 그 특약에 따라 출자의무를 불이행한 구성원에 대한 이익분배를 거부하거나 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 공제할 수 있다.

---

23) 1심법원 판결문 9-10면은 다음과 같이 다른 표현을 사용하기도 한다. "위에서 본 법리에 의하면 부산공사 협약서의 위 규정들은 조합계약에서 정한 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약에 해당하여, 채무자회생법 제144조 제1항의 상계권 행사의 시기제한을 받지 아니하고 乙의 별도의 상계의 사표시 없이 상계적상에 있은 당시에 대등액에서 소멸한다고 봄이 타당하다. 또한 이는 甲의 회생절차개시신청 이전에 당사자들이 협의로 정한 사항으로서, 甲에 대한 회생절차 개시결정을 이유로 회생채권자의 상계권행사제한을 잠탈하는 규정이 된다고 보기 어렵다." 이러한 표현은 원심법원 판결문에서도 그대로 차용하고 있다.

이러한 '공제'는 특별한 약정이 없는 한 당사자 쌍방의 채권이 서로 상계적상에 있는지 여부와 관계없이 가능하고 별도의 의사표시도 필요하지 않다. 이 점에서 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 별도로 의사표시를 하여야 하는 상계(민법 제493조 제1항)와는 구별된다. 물론 상계의 경우에도 쌍방의 채무가 상계적상에 이르면 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약을 할 수 있다. 그러나 공제 약정이 있으면 별도의 의사표시 없이도 당연히 공제되는 것이 원칙이다.

[3] 공동수급체의 구성원들 사이에 작성된 공동수급협정서 등 처분문서에 상계적상 여부나 상계의 의사표시와 관계없이 당연히 이익분배금에서 미지급 출자금 등을 공제할 수 있도록 기재하고 있고 그 처분문서의 진정성립이 인정된다면, 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 공제 약정이 있었던 것으로 보아야 한다.

[4] 출자의무를 이행하지 않은 구성원에 대하여 회생절차가 개시되었더라도 그 개시 이전에 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하기로 하는 특약을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 공제의 법적 효과가 발생함에는 아무런 영향이 없다.

(2) 검 토

대법원도 밝히고 있듯이 이익분배청구권과 출자의무는 별개의 권리·의무이다. 상계의 제한사유에 해당하지 않는 한, 두 채권을 상계할 수 있는 것은 그다지 이론의 여지가 없다. 이 판결이 흥미로운 지점은, 당사자가 이익분배금에서 출자금 등을 공제하기로 하는 약정을 할 수 있다는 판시 부분이다. 판례는 근거로 단지 '계약자유의 원칙'을 언급하고 있다. 그런데 계약자유의 원칙은 가령 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제144조 제1항의 적용을 면하는 근거로 충분한지는 의문이다.

한편 공제의 일반론을 논급하는 부분도 의미가 있다. 특히 대법원은 별도의 의사표시 없이 당연공제되는 지점에서 상계와 공제는 구분된다고 밝히고 있다.[24]

다음 항에서 특히 앞의 문제를 다루고자 한다.

Ⅲ. 공제의 상황요건 – 견련성

1. 당사자 약정에 의한 공제

24) 공제에서 별도의 의사표시가 필요하지 않다는 일반론은 종전 공제의 적용례 중 담보관계 등에는 적정치 않다는 지적으로 박근웅, 앞의 글(주 2), 189-191면 참조. 공제는 원칙적으로 상대방에 대한 의사표시를 필요로 한다는 입장으로 남관모, 앞의 글(주 2), 325-326면 참조.

계약자유의 원칙, 나아가 당사자 사이의 약정이 공제의 근거가 된다는 것이 앞선 판례의 취지로 보인다. 결론적으로 당사자 약정의 대세적 효력을 인정하는 셈이 된다.

그런데 이와 같은 접근은 공제에 대한 당사자의 기대이익을 보호하는 데는 충분하지만, 공제를 통해 발생하는 효과가 공평한가에 대한 의문에는 적절한 답을 주지 못한다.[25] 특히 제3자의 이해관계에 지대한 영향을 미치는 공제에 있어서는 더욱 그 이유를 수긍하기 어렵다.[26] 공제의 근거는 법률관계의 당연한 성질로부터 추론하는 것이 적정할 것이다.[27] 그 법률관계의 성질은 당사자의 주관적 의사에 따라 결정되는 가변적인 것이어서는 안 되고 객관적으로 결정될 수 있는 것이어야 한다. 담보물권과는 달리 공시가 안 되므로 공평성의 담보를 위해 부득이하다.

결과론적으로는 개별 법률관계를 각론적으로 살펴야 하는데 이때 법률관계를 유형화하는 것이 이해에 도움이 된다.[28] 이하에서는 우선 공제에서의 견련성의 의미를 살펴보고 이를 토대로 대가관계에서의 공제법리 적용가능성을 논하기로 한다.

2. 견련성의 의미

공제의 근거를 찾는다면 그것은 법률관계의 객관적 성질에 비추어 견련성이 인정된다는 점일 것이다. 판례도 선급금상환채무와 물품대금채무의 관계에 대해, “동일한 물품구매기본계약에서 발생한 것으로서 상호 그 이행에 있어서 고도의 견련성이 있으므로 위 선급금은 원칙적으로 을이 납품한 물품대금에 당연히 충당되는 성질의 것”이라 판시한 바 있다.[29]

---

25) 상계의 담보적 기능에 대해 이와 같이 기대논변과 형평논변으로 접근하는 문헌으로 이동진, 상계의 담보적 기능의 정당성과 그 한계, 민사법학 제70호, 한국민사법학회, 2015, 466면 이하 참조.

26) 남관모 판사도 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결을 평석하며 연계특약을 통해 대가관계의 요건구비여부가 달라질 수 있다는 취지의 서술을 하면서도 한편, 당사자 쌍방 간의 의사만으로 공제의 허용범위가 무한정으로 확대됨으로써 공제로 인하여 오히려 공평에 어긋나는 부당한 결과가 초래될 수 있음을 지적하고 있다[남관모, 앞의 글(주 2), 332-333면, 특히 주 102 참조]. 김기환 교수 또한 공제가 상계의 제한 사유에서 자유롭게 취급되는 이유로 합의는 올바른 답이 되지 못한다는 점을 지적한다(김기환, 채무의 견련관계가 상계에 미치는 영향. 민사법학 제67호, 한국민사법학회, 2014, 74-75면 참조).

27) 종전에 공제가 적용되는 것과 관련하여 그것이 당해 법률관계의 당연한 성질로부터 귀결된다거나 그 자체가 약정의 내용이라는 설명이 있었다(양창수, 2005년도 민사판례 관견, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 329면). 즉 임차인이 임대차 종료 후 목적물을 반환하는 때에 차임채권이 당연히 보증금으로부터 공제되는 것은 보증금의 성질로부터 귀결되며, 달리 말하면 그것이 보증금지급약정의 내용이라고 설명한다.

28) 선행연구 중 견련성을 유형화 하여 접근하고 있는 것으로 남관모, 앞의 글(주 2), 322면 이하. 남관모 판사는 견련관계를 선급관계, 대가관계, 원상회복관계로 분류한다. 다만 대법원의 판결례를 살펴보면 선급관계, 담보관계, 대가관계로 현재는 분류할 수 있을 것으로 보이고, 이 글 또한 이하에서 이러한 분류를 따른다. 이와 같은 구분법에 따라 실질적 차이가 발생하는 것은 아니고 단지 임차보증금을 선급관계로 포함시켜 볼 것인지, 담보관계로 별개로 구분할 것인지 등에서 차이가 발생할 뿐이다. 이외에 남관모 판사는 계약해제에 따른 원상회복관계에서 계산의 간명화를 위한 공제관계를 원상회복관계라 명명하는데, 다만 특별한 사정이 없다면 굳이 공제를 인정할 실익은 적을 것이라고 평가한다(같은 글, 325면, 또한 주 78).

이 판결로부터 두 가지 표징을 추출한다면, 하나는 양 채권이 '동일한 물품구매 기본계약에서 발생'하였다는 점이고, 다른 하나는 양 채권이 '상호 이행에 있어서의 고도의 견련성'을 갖는다는 것이다. 다만 앞의 내용은 뒤의 징표를 위한 하나의 판단요소로 보이고, 핵심 표지는 역시 '고도의 견련성'이라 할 수 있다. 공제에서 견련성의 의미는 공제의 유형에 따라 차이를 두고 바라볼 수도 있다.

선급관계의 경우, 금전의 수수가 향후 부담하게 될 채무의 일부 변제, 즉 선급금의 의미를 갖는다. 가령 공사대금의 일부를 선급하였는데 이후 도급계약이 해제되어 기성금 지급채무를 부담하는 경우, 이미 지급한 선급금을 공제하고 나머지만을 지급하는 것은 당연한 결론이다. 이때에는 선급금반환채권과 기성금지급채권이 대립한다고 보기보다는 그 자체 당연공제되는 것으로 보는 것이 간명하고 당사자 의사에 부합한다. 공제를 수학적 개념으로 협소하게 정의하는 경우 이와 같은 선급관계만이 공제의 개념에 포함될 것이다. 이와 같은 선급관계에서는 선급금의 개념 자체로 고도의 견련성을 갖는다고 평가될 수 있다. 채권의 일부를 구성하는 것이기 때문이다.

한편 담보관계의 예로는 임차보증금 수수 관계를 들 수 있다. 여기에서는 금전의 수수가 채권에 대한 담보의 의미로 이루어진다. 판례와 같이 보증금채권 등의 발생 또는 소멸을 조건적 시각에서 접근하게 된다면 연체차임이나 손해배상채권 등의 독자적 존속을 설명하기 곤란하므로, 조건부 법률행위가 아닌 '고도의 견련성'을 전제로 한 공제 고유의 법리로 바라볼 필요가 있다.[30]

이와 같은 보증금수수관계에서 연체차임채권 등의 보증금반환채권에 대한 공제가 이루어지는 것은, 쌍무계약에서의 견련성과 구분되는 담보물권, 그 중 유치권과 유사한 견련성이 인정될 수 있기 때문이라는 지적이 있다.[31] 기본적으로 공제법리가 내포하는 강력한 담보적 효력을 뒷받침하기 위해서는 쌍무계약에서의 견련성만으로는 부족하므로 이와 같은 전제가 충족되어야 함은 물론이지만, 그 성질의 측면에서도 하나의 채권이 일방향적으로 다른 채권에 대한 담보적 기능을 수행한다는 점에서 쌍무계약에서의 이행·존속상 견련성과는 다르고 오히려 담보물권의 구조에 가깝다.[32]

---

29) 대법원 1997. 5. 23. 선고 96다41625 판결.

30) 상세한 내용은 박근웅, 앞의 글(주 2), 184-186면 참조.

31) 최준규 교수는 공제법리에 기초한 견련성 개념은 유치권이 성립하기 위하여 요구되는 피담보채권과 채권자가 점유하는 물건 사이의 견련성(민법 제320조 제1항)과 유사하다고 평가한다(최준규, 쌍무계약, 신용거래 그리고 채권자평등주의 - 대법원 2021. 4. 14. 선고 2018다255143 판결의 비판적 검토 -, 사법 제57호, 사법발전재단, 2021, 395면). 이동진 교수 또한 견련 채권 사이의 상계를 검토하며, "적어도 견련관계가 있는 두 채권 중 하나가 금전을, 다른 하나가 물건인도를 지향하였을 때에는 형평 내지 공평의 원칙상 물권적 유치권이 인정되어 집행 및 도산절차에서도 그 지위가 유지되는데, 둘 다 금전급여로 바뀜으로써 갑자기 담보권적인 지위를 잃는다면 이를 옳다고 하기는 어려울 것"이라고 설명한다[이동진, 앞의 글(주 25), 475면].

32) 유사한 맥락에서 최준규 교수는 공제에서의 견련성은 유치권이 성립하기 위해 요구되는 피담보채권과 채권자가 점유하는 물건 사이의 견련성과 유사하고 이행·존속상 견련성과는 구별되는 개념이라 지적한다(최준규, 위의 글, 394-396면 참조). 그 구별 점으로 공제에서는 공여받기 위하여 공여한다는 대가관계가 없다는 점, 공제에서 담보가 되는 채권은 계약이 종료된 경우에 비로소 문제된다는 점(계약이 유효하게 존속하는 상황에서 발생한 물품대금채권과 이행·존속상 견련성이 인정된다고 할 수 없다는 취지). 이행·존속상의 견련성에서의 담보적 기능은 쌍방 계약당사자가 모두 누리는 쌍방향의 담보적 기능이라

한편 유치권에서의 견련관계에서 대해서는 일원설과 이원설 등의 견해대립이 있음은 주지의 사실이다.[33] 판례는 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함한다고 밝히고 있으나,[34] 견련성이 인정될 수 있는 구체적 기준이 분명하지는 않다. 양 제도의 유사성에 천착하여 보더라도, 유치권에서의 견련성의 구조가 어떻게 공제에서의 견련성에 연결될 수 있는지 고민이 되는 부분이 있다. 다만 비교적 분명한 점은, 보증금을 수수하는 것 자체가 그것으로 연체차임 등에 충당하겠다는 의미의 법률관계인 것이고, 이와 같은 거래관행은 이미 공고한 사회 일반의 법적 확신에 의해 지지되고 있다는 사실이다. 최소한 보증금 수수에 관한 담보관계를 공제의 법리로 풀더라도 제3자의 예기치 못한 피해가 야기될 우려는 크지 않다.

견련성의 의미를 파악하는데 있어서 당연히 개념 그 자체의 징표를 도출하는 것이 중요하다. 다만 이와 동시에 도출된 개념이 제도의 기능에 부합해야 함도 물론이다. 공제에 있어서는 앞서 언급한 것처럼, 공제에 대한 당사자의 의사 또는 공제의 기대를 독자적 법리를 통해 구현하는 것이 그 주요한 기능이겠으나, 다른 한편으로는 그것이 형평한 결과를 가져와야 한다는 지점을 염두에 두어야 한다. 형평성의 판단에 있어 제3자의 이해가 고려되어야 함은 물론이며, 특히 담보물권과 같이 그 권리가 공시되기 어려운 특성상, 공제에 있어 견련관계 유무를 판단함에 있어서 주관적 견련성을 넘어서는 객관적 견련성이 인정되는지가 고려되어야 한다. 앞서 언급한 것처럼 단순히 공제의 약정이 있는 것만으로 견련관계를 인정하는 것은 동의하기 어렵다. 이와 같은 맥락을 중심으로 대가관계에서의 공제를 별도 항으로 다루도록 한다.

3. 대가관계에서의 공제

대가관계에까지 공제의 견련성을 인정할 수 있는지는 숙고가 필요하다. 문헌에 따라서는 공제가 이루어지는 일부 법률관계 내에서는 양 채권이 서로 대가관계에 있어 어느 한 채무 전부의 이행이 다른 채무 이행의 전제가 되는 경우가 있고 이 경우 서로 대가관계에 있는 양 채무 중 어느 한 채무가 전부 이행되지 않은 상태에서 반대채무를 이행하게 될 때 양 채권 사이에 공제가 허용된다고 한다.[35] 가령 손해보험계약에서 보험자의 체납보험료채권과 피보험자의 보험금청구권 사이의 관계가 그에 해당한다고 한다. 즉 보험료와 보험금은 서로 대가관계에 있어 보험료의 전액지급은 보험금 지급의 전제가 되므로 상법 제677조는 보험자가 보험금을 지급하되 피보험자에 대한 보험금지급채무와 보험계약자에 대한 체납보험료채권을 공제할 수 있도록 하였다고

는 점 등을 제시한다.

33) 상세하게는 주석민법/홍동기 집필부분, 물권 3, 한국사법행정학회, 2019, 460면 이하.

34) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결 등.

35) 남관모, 앞의 글(주 2), 324-325면.

해석하는 것이다.

그런데 대가관계 일반을 공제가 인정되는 소위 '고도의 견련관계'에 포함시킬 수 있는지 의문이 있다. 한편 공제와 직접 관련한 것은 아니지만, 판례는 부동산 매수인의 매매잔대금 지급의무와 매도인의 가압류기입등기말소의무가 동시이행관계에 있었는데 위 가압류에 기한 강제경매절차가 진행되자 매수인이 강제경매의 집행채권액과 집행비용을 변제공탁한 경우 매도인은 매수인에 대해 대위변제로 인한 구상채무를 부담하게 되고, 그 구상채무는 가압류기입등기말소의무의 변형으로서 매수인의 매매잔대금 지급의무와 여전히 대가적인 의미가 있어 서로 동시이행관계에 있으므로, 매수인은 매도인의 매매잔대금채권에 대해 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령을 받은 채권자에게 가압류 이후에 발생한 위 구상금채권에 의한 상계로 대항할 수 있다고 한 바 있다.[36] 민법 제498조에도 불구하고 이와 같은 결론을 내리게 된 점에 대해 판례는 '동시이행관계'를 제시하고 있지만 보다 본질적인 지표는 견련관계라는 평가가 있다.[37] 한 걸음 더 나아가 그 근거는 판례가 바로 직전에 언급하고 있는 '대가적인 의미' 부분에 있을 수 있다.[38]

그러나 과연 고도의 견련성이라는 것이 이와 같이 대가적 의미에 있다는 이유만으로 인정될 수 있을지 조심스럽다. 앞서 살핀 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결은 공제에 관한 직접적 판결례이다. 이 판결에 대해서는, 공제가 허용되는 유형으로 넣을 수 있다는 평가가 있다. 그 사실관계에서 부산공사는 연계특약에 의하여 공동수급체의 미지급 출자분담금채권과 구성원의 이익분배청구권 사이에 대가관계에 있었기 때문에 견련관계 요건이 구비되어 있었던 반면, 대구공사는 연계특약이 없었으므로 출자분담금채권과 이익분배청구권 사이에 대가관계, 즉 견련관계 요건이 불비 되었던 차이가 있었다고 평가한다.[39] 그런데 우선 의문이 생기는 부분은 '연계특약 유무'에 따라 대가관계 여부 판단이 달라지는가 하는 점이다. 개념 정의의 문제로 볼 수 있겠지만, 연계특약이 없었더라도 하나의 협약을 통해 출자의무와 이익분배의무가 각 부여된 점 등에 비추어 그 자체로 일단은 대가관계에 포섭하는 것이 자연스럽게 느껴진다. 나아가 연계특약에 따라 공제 가능성이 달라진다면 그야말로 고도의 견련성과는 거리가 있는 것으로 보아야 한다. 해당 판결에서 대법원은 이익분배청구권과 출자의무가 별개의 권리·의무임을 전제로 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금이나 그 연체이자를 당연히 공제할 수 없다는 원칙론을 확인

---

36) 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결.
37) 김기환, 앞의 글(주 26), 95-98면.
38) 김기환 교수는 견련관계 있는 상계를 공제와 개념적으로 구분하면서도 공제에 적용되는 법리로 규율할 필요가 있다고 전제하는데(위의 글, 108면), 견련관계 판단에 있어서, ① 양 채무가 같은 법률관계에서 발생하였다면, 같은 기회에 서로 소멸하게 하는 것이 부당하다고 볼 특별한 사정이 없는 한, 견련관계가 있다고 하고, 또 ② 양 채무가 서로 다른 법률관계에서 발생한 경우라도 관련 법률관계를 종합적으로 고찰하여 하나의 법률관계라고 볼 수 있는 경우이거나 양 채무가 서로 다른 법률관계에서 발생하였지만 같은 기회에 서로 소멸하게 하여야 할 밀접한 경제적 연관성이 있는 경우에는 견련관계에 있다고 주장한다(같은 글, 110면).
39) 남관모, 앞의 글(주 2), 332-333면.

하고 있는데, 일반적인 대가관계는 이와 같이 고도의 견련성을 갖는다고 보기 어렵다.

또한 대가관계를 공제에 있어서의 견련관계로 인정하는 것은 형평한 결과라 보기 어렵다. 일반적인 대가관계에서 당사자가 공제의 보호할만한 기대를 갖는다고 보기 어렵고, 연계특약을 통해 그와 같은 기대를 갖고 있다고 하더라도 공시되지 않는 이와 같은 약정에 기초해 제3자에 우선하는 효과를 부여하는 것은 형평하지 않다.[40]

4. 소 결

공제의 적용요건과 관련해 대법원은 '고도의 견련성'을 제시한 바 있다. 부가된 '고도의'라는 수식어는 '견련성'의 정도를 분명하게 하기 위한 표현이겠지만, 다른 한편으로 당사자 이외의 관계에서 공제를 정당하게 하는 요소로 작용한다. 어떤 측면에서는 당사자 사이의 '공제'의 의사와 기대가 제3자에게 확장되기 위한 일종의 공시의 의미로도 이해되기도 한다.

단견이지만, 공제의 상황요건으로는 고도의 개연성이 필요하다는 생각이고, 고도의 개연성은 기능적으로는 제3자가 공제의 가능성을 예견할 수 있을 정도를 의미하는 것이라 생각한다.

Ⅳ. 맺는 말

종래 판결례를 통해 형성되어 온 공제의 법리는 2018년 대법원 판결을 통해 일반 법원리로 자리 잡아가고 있다.

중요한 앞으로의 과제는 실제 공제의 법리가 적용될 수 있는 구체적인 적용상황을 밝히는 것이다. 결론적으로는 '고도의 견련성'이 인정되는 사안에서 공제의 우월한 담보적 효력이 정당성을 가질 수 있을 것이다. 단순히 계약자유의 원칙이나 당사자의 약정이 공제상황을 정당화해 줄 수는 없다.

'고도의 견련성'은 쌍무계약에서의 이행·존속의 견련성과는 구별되는 개념이다. 공제의 구조는 담보물권의 구조에 가깝고, 공제에서의 견련성은 유치권에서의 견련성과 맥락적으로 유사하다는 지적도 유력하다.

공제의 유형을 나누어 보았을 때, 판례가 종전에 선급관계나 담보관계로 평가하던 사례군은 이와 같은 '고도의 견련성'을 구비한 것으로 평가될 수 있다. 그러나 이른바 대가관계의 경우에

40) 상법 제677조는 보험자가 손해를 보상할 경우에 보험료의 지급을 받지 아니한 잔액이 있으면 그 지급기일이 도래하지 아니한 때라도 보상할 금액에서 이를 공제할 수 있다고 한다. 분류하자면 보험료와 보험금은 대가관계에 있다고 평가할 수 있다. 다만 상법 제677조는 공제를 인정하는 특별규정이지 이 조항을 근거로 대가관계 일반에 공제의 법리를 적용할 수는 없다. 특히 보험금에서 미납 보험료를 공제하는 것은 명문의 근거를 두고 있으므로 보험금채권 자체가 대외적으로 공제의 효과가 공시되는 것으로 볼 수 있다.

는 일반적으로 공제에서 요구되는 견련성을 갖추었다고 볼 수 없다. 개념적으로 채권들 사이의 견련관계의 정도가 깊지 않고 무엇보다 당사자가 특약을 통해 공제의 기대를 가지고 있다고 하더라도 이와 같은 기대를 계약의 당사자가 아닌 제3자에게 까지 우선하는 것으로 취급하는 것이 형평하지 않기 때문이다.

토론문

박 세 민(경북대학교 법학전문대학원 교수)

법령상 확인되지 않고 그 의미도 명확하지 않은 '공제'라는 개념에 관하여 평소 여러 가지로 의문을 가지고 있었는데, 박근웅 교수님의 발제문을 통하여 간단하게나마 저 나름대로 이런저런 생각을 하며 공부할 수 있는 기회를 가질 수 있었습니다. 깊이 감사드리고자 합니다.

우선 공제라는 최우선 변제의 효과를 가져오는 채권을 계약 당사자 간의 약정을 통해 간단히 성립시킬 수 있다는 것에 회의론을 제기하신 교수님의 생각에 동의합니다. 더욱이 교수님께서 지적하신 바와 같이, 일관된 규칙에 따라 객관성과 엄정성을 유지해야 할 도산절차와 같은 경우에도 그와 같은 계약자유의 원칙을 통하여 효력상 영향을 미칠 수 있게 하는 것은 적절하다고 할 수 없습니다. 기본적인 입장에서 교수님의 견해에 찬동하며, 이하에서는 발제문을 읽으면서 떠오르는 몇 가지 생각과 의문을 말씀드리고, 교수님의 생각을 여쭙고자 합니다.

교수님께서는 임대차보증금의 관한 다양한 판례를 들어 공제의 법리를 통한 강력한 담보적 효력을 설명하셨습니다. 이것과 관련된 여러 대법원판결들을 소개해주셨는데, 그 기본적인 법리는 상계의 경우와도 자연스럽게 비교될 수 있었습니다. 즉 임대차보증금 반환채권이 양도되더라도 임대인으로서는 양도 통지 이전에 생긴 사유라고 할 수 있는 보증금 약정의 효력을 계속 주장할 수 있고, 반대로 차임채권이 양도되거나 압류 및 추심명령이 있었던 경우에도 마찬가지여서, 목적물이 반환될 때까지 연체되거나 추심되지 아니한 채권 상당액을 보증금에서 공제할 수 있습니다. 상계도 사실상 우선변제와 같은 효력을 가지는 것인데, 그것에 대한 기대이익이 채권양도 등의 후발적인 사정에 의해 훼손될 수 없다는 취지는 공제의 경우와 별반 다르지 않을 것입니다. 오히려 다른 모든 채권에 우선하여 변제가 이루어지는 공제의 경우에는 상계보다 더 강력한 담보적 효력이 요구될 것이기에, 기대이익의 보호에 관한 원리는 더 엄격하게 준수되어야 할 것 같습니다.

다만 양제도의 차이를 대립하는 독립적 채권이 존재하는지 여부에서 찾는 입장도 있는 것 같습니다. 교수님께서 공제는 독립적인 두 개의 채권이 대립할 필요가 없겠으나, 독립적으로 대립하는 두 채권이 존재하는 경우에도 공제의 성립을 부정해야 할 이유가 없다고 하신 것은 바로 그와 같은 점을 의식하신 것으로 보입니다.

그렇다면 독립적인 두 채권이 존재하는 경우에도 공제의 의사표시가 요구된다고 해야 하는지요. 가령 공사도급계약과 같은 경우 선급금이 지급된 경우를 살펴보면, 선급금을 지급한 시점에 이미 기성고와 관계없이 약정된 전체 공사대금의 일부 변제가 이루어진다고 볼 수도 있고, 아니

면 기성고에 기한 일부 공사대금채권이 발생한 때에 변제에 충당됨으로써 변제된다고도 할 수 있을 것이고, 또는 극단적으로는 보증금반환채권의 경우처럼 선급금반환채권의 발생이 예정되어 있어서 선급금반환채권이 발생할 당시까지 공사대금채권과의 사이에 공제의 의사표시를 통하여 미지급된 공사대금채권의 상당액과 상호간에 변제되는 것도 생각해볼 수 있을 것 같습니다. 교수님은 선급금반환채권과 기성금지급채권이 대립한다고 보기보다는 당연 공제된다고 하셨으므로, 두 번째 경우로 이해하신 것으로 보입니다. 그런데 판례는 도급계약이 해제 또는 해지되거나 선급금반환조건이 충족되어 선급금반환채권이 발생하는 경우처럼 두 채권이 대립하는 경우에도 판례는 별도의 의사표시 없이 선금이 공사대금에 당연히 충당된다고 하였는데, 이것은 대립하는 두 채권의 존재와 관계없는 선급금 고유의 강력한 담보적 효력에 기인하는 것으로 이해하면 되는지요.

이에 비하여, 임대차보증금의 경우에 판례는 임대차계약의 존속기간 내인지 종료후인지에 따라 공제의 의사표시의 필요 여부를 결정하고 있습니다. 그런데 교수님께서는 임대차 종료후에도 임대인의 연체차임채권이나 손해배상채권의 독자적 존속을 인정해야 할 필요가 있고, 그런 경우에도 공제가 가능하며, 또한 공제의 의사표시가 필요하다고 하셨습니다. 개인적으로는 임대차보증금반환채권이 임대차종료시에 발생하며, 보증금의 담보적 기능에 따라 목적물을 반환할 시점까지의 모든 채권을 담보하는 것으로 이론구성하는 것이 타당하다는 생각인데, 교수님의 의견은 어떠하신지요. 또한 이 경우에 공제의 의사표시가 필요하다는 입장이시라면, 앞서 언급한 선급금의 경우와는 어떤 차별점을 염두에 두어야 할 것인지를 여쭙고 싶습니다.

마지막으로 한 가지 질문 드리고 싶은 것은, 공제의 적용요건과 관련하여 대법원이 제시한 “고도의 견련성”에 관한 것입니다. 이것과 관련해서는 당사자 사이의 공제의 의사와 기대, 그리고 제3자에 대한 공시의 의미로 해석해주셨는데, 제3자가 공제 가능성을 예견할 수 있는 정도에 해당하는 것은 보증금과 선급금의 경우 정도이며, 그 밖의 상황에서는 공시 효과를 얻기가 상당히 곤란하지 않을까 생각됩니다. 어떤 경우가 공제의 가능성을 예견할 수 있는 경우에 포함될 수 있을지 예를 부탁드리고자 합니다.

교수님 노고에 감사드립니다.

토론문

최 광 선(전남대학교 법학전문대학원 교수)

공제의 법리는 종전 임대차보증금을 둘러싸고 발전해 온 것으로 보입니다. 임대차보증금반환채권은 임대차 종료 후 목적물을 임대인에게 인도할 때까지 발생하는 차임, 관리비, 부당이득금, 손해배상금 채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관하여 발생하는 정지조건부 권리로 보고 있습니다.[1] 임대차보증금은 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 담보적 효력을 가지며 그 결과 임대인은 임대차와 관련된 자신의 채권을 우선변제 받을 수 있게 됩니다. 이때 임대인의 우선변제권 행사를 실무상 공제라고 표현해 왔던 것입니다.

그런데 본 논문에서는 대법원 판례가 공제의 법리를 확대하고 있는 판결을 제시하며 공제의 법리를 일반화시키기 위한 노력을 하고 있습니다. 그 중에서 공제에서의 견련성이라는 개념을 추출하여 명확한 개념화와 실천적 의미를 다지고자 하는 집필의도를 보여주고 있습니다. 이는 판례법리의 발전을 점검하고 보다 일반적인 법리로 안착시키고자 하는 유용한 시도로서 향후 판례법리의 발전은 물론 입법론에서도 큰 시사점을 줄 수 있다고 생각합니다.

여기서는 글을 읽다가 몇 가지 의문점이 있어 질문을 드리면서 토론에 갈음하고자 합니다.

1. 10면에서 보면 대법원은 별도의 의사표시가 필요하지 않은 당연공제가 상계와 구별된다고 표현해 주셨습니다. 이것이 2면에서 임대차보증금과 관련하여 의사표시가 필요없는 공제와 의사표시가 필요한 공제로 설명한 부분과 어떻게 조화롭게 해석될 수 있을까요? 2면의 공제 법리는 임대차보증금에 관한 공제의 법리이고 10면의 공제 법리는 공제의 법리가 일반화되면서 나온 것인가요?

2. 상계의 법리와 구별을 보다 명확히 할 필요가 있는 것은 아닌지 검토할 필요가 있습니다. 잘 지적해 주신 것처럼 견련성이라는 공제 고유의 징표를 보다 구체적으로 확정해 나간다면 보다 명확하게 구별될 수 있다고 보입니다. 단순히 공제가 담보적 효력에 따른 우선변제 효력을 가지므로 상계와 다르다는 일각의 설명은 상계에도 담보적 효력이 있다고 설명되기 때문에 분명하지 않은 것 같습니다.

---

1) 대법원 1987. 6. 23. 선고 87다카98 판결 등.

3. 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결에 관한 질문입니다.

“임대차보증금은 차임의 미지급, 목적물의 멸실이나 훼손 등 임대차 관계에서 발생할 수 있는 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이므로, 차임의 지급이 연체되면 장차 임대차 관계가 종료되었을 때 임대차보증금으로 충당될 것으로 생각하는 것이 당사자의 일반적인 의사이다. 이는 차임채권의 변제기가 따로 정해져 있어 임대차 존속 중 소멸시효가 진행되고 있는데도 임대인이 임대차보증금에서 연체차임을 충당하여 공제하겠다는 의사표시를 하지 않고 있었던 경우에도 마찬가지이다. 더욱이 임대차보증금의 액수가 차임에 비해 상당히 큰 금액인 경우가 많은 우리 사회의 실정에 비추어 보면, 차임 지급채무가 상당기간 연체되고 있음에도, 임대인이 임대차계약을 해지하지 아니하고 임차인도 연체차임에 대한 담보가 충분하다는 것에 의지하여 임대차관계를 지속하는 경우에는, 임대인과 임차인 모두 차임채권이 소멸시효와 상관없이 임대차보증금에 의하여 담보되는 것으로 신뢰하고, 나아가 장차 임대차보증금에서 충당 공제되는 것을 용인하겠다는 묵시적 의사를 가지고 있는 것이 일반적이다.

한편 민법 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 ‘자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것’을 요건으로 하는데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양 채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없지만, 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다.”

위 판례에서는 연체차임을 민법 제495조를 유추적용하였습니다. 그런데 차임채권의 소멸시효가 완성되었다고 하더라도 차임채권의 공제법리는 여전히 독자적으로 존속할 수 있어야 할 것으로 보이는데 여기에 굳이 상계에 관한 규정을 유추적용해야 할 실익이 있는 것인가요? 공제 법리의 견련성과 관련하여 이 판례를 어떻게 평가해야 좋을지요.

4. 15면에서 공제의 상황요건으로 고도의 개연성이 필요하다고 서술하셨고 고도의 개연성은 제3자가 공제의 가능성을 예견할 수 있는 정도를 의미한다고 하셨습니다. 이는 공제의 성격이

우선변제력을 담보하기 위한 성격을 갖기 때문으로 생각됩니다. 문제는 공제 역시 채권관계에서 주로 문제되는 것인데 대인적 성격을 가지는 채권에 대하여 제3자가 공제 가능성을 예견하는 것은 어떤 사례를 들 수 있을까요? 또한 예견가능성을 보다 일반화 시키기 위하여는 어떠한 해석 작업이 전제가 되어야 할까요?

5. 14-15면에서 대가관계가 있다는 이유만으로 고도의 견련성을 인정하는 것은 부당하다는 취지에는 동감합니다. 그런데 결국 공제도 판례법리에 따라 인정되고 있는 바, 향후 입법이 직접적으로 필요한지, 필요하다면 어떤 내용이 반드시 들어가야 바람직할지요.

학교에서 학생들을 가르치면서 기계적으로 다루기 쉬운 공제의 법리에 대하여 다시 한 번 생각해 보게 된 뜻깊은 시간이었습니다. 이 기회에 공제의 법리가 보다 확고히 정착되기를 희망합니다.

Section 3

형사법

[주제발표]

제1주제 : 북한형사소송법상 비상상소제도
- 발표자 : 권오걸 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

제2주제 : 무죄추정 원칙의 의미와 적용범위
- 발표자 : 최병천 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

제3주제 : 판례변경과 소급효금지
- 발표자 : 조충영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

[제1주제]

북한형사소송법상 비상상소제도

권오걸 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 류전철 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 류화진 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

북한 형사소송법상 비상상소제도

권 오 걸(경북대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서론

북한에서 형사소송법이 처음 제정된 것은 1950.3.3.로서,[1] 범죄에 대한 처벌절차를 규정하는 것이 체제 유지에 필요하다고 판단한 것으로 보인다. 제정 당시 25장 281조로 구성된 제정 북한 형사소송법은 구 소련법의 영향을 받아[2] 수사와 재판 사이에 우리 형사소송법에는 그 용어 조차 없는 예심제도를[3] 두고 있는 점이 독특하다.[4] 그후 1976.1.10. 및 1992.1.25. 각기 전면 개정되었다가 2004.5.6. 최고인민위원회 정령 제436호로 자시 전면 개정되었는데, 이것이 현행 북한 형사소송법의 기본 틀을 형성하고 있다.[5] 그 후 2011.10.19. 최고인민위원회의 상임위원회 정령 1913, 2012.5.14. 정열2387호로, 그리고 2016. 8월 10일 최고인민회의 상임위원회 정령 제1245호로 수정 보충되어 현재에 이르고 있다. 따라서 이 연구는 2016년 8월 10일 수정 보충된 법률을 바탕으로 진행되었다.

형사사법제도의 실제적인 운영에 대해서 북한에서 발간한 자료에 대한 접근이 제한적이어서 북한의 형사법 규정이 어떻게 해석되고 적용되는지 그리고 형사사법기관이 실제 어떻게 운영되는지에 대한 실태를 정확히 확인할 수는 없다. 다만 국내에 소개된 북한형사소송법에 의하면 북한에도 판사, 검사, 변호사의 소송주체의 개념도 존재하고, 수사와 공판의 분리 및 심급제 등 체계를 갖춘 형사사법제도가 존재함을 알 수 있다.[6] 그리고 이 연구의 주제인 비상구체절차도 존재하고 있음을 알 수가 있다.

확정된 판결, 판정에 대해 시정할 수 있는 제도가 비상구제 절차이다. 북한 형사소송법상 비상구제 절차로는 비상상소와[7] 재심 두 가지 제도가 있다. 이점은 우리의 형사소송법과 같다.

---

1) 북한 형사소송법에서는 '프롤레타리아 독재를 실현하고 국가·사회재산을 옹호하고 사회주의 건설을 법적으로 보장하는 당의 사법정책 관철을 위한 강력한 무기'로서 형사소송법을 제정한 것이라 밝히고 있다; 법무부, 개정 북한형사법제 해설, 2005, 23면

2) 1950년 북한형법은 1926년의 러시아소비에트연방사회주의공화국(RSFSR)형법과 1950년 북한형사소송법은 1923년의 러시아소비에트연방사회주의공화국(RSFSR)형사소송법과 매우 유사하며, 소련법의 이론과 실제가 북한법률체계의 근본구조에 큰 영향을 주었다; 강구진, 북한법의 연구, 박영사, 1975, 20면.

3) 북한 예심 제도에 대한 보다 상세한 설명은 권오걸, 북한 형사소송법상 예심절차, 법학논고 제25호, 경북대학교 법학연구소, 2006, 61-92면 참조.

4) 최기식, " 장성택 처형 과정에 비추어 본 북한의 형사법제,", 법무부, 통일과 법률, 2016.08, 6면.

5) 법무부, 북한 형사소송법 주석 개정 소위원회 자료집, 2021, 3면.

6) 김정환, " 북한 형사보상제도의 존부 확인을 통한 북한 형사소송제도의 이해", 한국형사법학회, 형사법연구3, 2019.03, 213면.

7) 우리는 비상상고라는 명칭, 북한은 비상상소라는 명칭을 사용하고 있다.

이 연구에서는 아직까지 북한의 비상구체절차에 대해 연구한 문헌이 없는 실정에서[8][9] 남북한 형사소송법상의 비상구제절차를 조문을 중심으로 비교 해석하고자 한다. 그리고 그 해석의 방법은 주로 문리해석을 중심으로 진행하고자 한다. 북한 형사소송법의 비상상소제도는 1992년 개정형사소송법에서 처음으로 규정되었고(제275조), 2004년 개정형사소송법이 "비상상소심의 임무"라는 제명을 붙였으며(제384조), 2012년 개정형사소송법(제383조)은 이를 이어받았다. 2016년 개정형사소송법(제383조)도 이와 같다. 비상상소 제도는 확정된 판결이나 판정을 대상으로 하는 비상구제 절차이기 때문에 제기권자·심리권한·심리절차 등에 있어서 상소 제도와 본질적인 차이가 있다.[10] 북한 형사소송법상 비상상소는 확정된 사건에 대하여 본질적인 법령위반이 있는 경우에 중앙재판소 소장 및 중앙검찰소 소장이 제기할 수 있으며 청구기간의 제한이 없다. 반면 북한 형사소송법상 재심은 확정된 사건에 관하여 새로운 사실이 발견된 경우에 이해관계가 있는 개인·기관·기업소·단체 또는 검사의 신청으로 중앙 검찰소 소장이 제기할 수 있으며 청구기간의 제한이 없는 것은 마찬가지다.

Ⅱ. 북한 형사소송법상의 비상상소의 주요내용

우리의 비상상고제도는 7개의 조문으로 구성되어 있으나, 북한의 비상상소제도는 19개의 조문으로 규정되어 우리에 비해서 제기의 절차 등이 상세하게 규정되어 있다.

1. 비상상소의 의의

북한 형사소송법상 비상상소는 확정된 판결, 판정이 법의 요구에 어긋났을 경우 그것을 바로잡는 제도이다(북한 형소법 제383조). 확정판결에 대한 구체절차인 점에서 미확정판결을 대상으로 하는 상소제도와 구별되고, 재심과 유사하다. 용어에 있어서 우리의 경우에는 공식적인 상

8) 북한 형사소송법에 대한 국내 문헌으로는, 김소라," 북한 형사소송법상의 인권보호 조항과 그 적용사례: 모성보호 조항을 중심으로", 북한학연구소, 북한학연구16(2) pp.207~246, 2020.12; 김정환, " 북한 형사보상제도의 존부 확인을 통한 북한 형사소송제도의 이해", 한국형사법학회, 형사법연구 31(1)pp.211~239, 2019.03; 손영조, " 북한 예심제도의 변화와 의미 - 실행 조직과 적용 실태를 중심으로", 심연북한연구소, 현대북한연구15(3)pp.59~99, 2012.12; 이규창, " 북한의 외국인 형사재판과 영사접견권", 대한변호사협회, 인권과 정의(450)pp.39~53, 2015.06; 이은영, " 북한의 사법제도 고찰: 변화된 북한의 민사소송 및 형사소송 제도", 법무부, 통일과 법률(38)pp.33~62, 2019.05; 정승환, "북한의 형사사법절차에 대한 체제 내외적 평가 — 미국 여기자 억류사건을 중심으로 — 안암법학(32)pp.117~142, 2010 , 안암법학회; 최기식, " 장성택 처형 과정에 비추어 본 북한의 형사법제,", 법무부, 통일과 법률(27)pp.1~30, 2016.08; 하태훈, " 국제인권기준에 비추어 본 북한 개정 형사소송법(2004년)", 중앙법학회, 중앙법학11(2) pp.193~217, 2009.08. 등이 있다.

9) 국내에서 북한의 비상상고제도를 직접 소개하는 연구문헌은 아직 없는 것으로 파악된다.

10) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993, 751면.

소제도가 아닌 예외적 비상구제라는 점이 강도된다면, 북한의 경우에는 비상'상소'라고 함으로서 상소의 기능을 가지고 있다는 점을 강조하는 것으로 보인다.[11]

북한에서 비상상소는 이미 확정되어 집행되었거나 집행 중에 있는 판결이나 판정을 시정하기 위한 소송상 제도이기 때문에 이를 남용하는 경우에는 법령과 같은 효력을 가지고 있는 확정판결이나 판정의 존엄성과 권위를 유지할 수 없을 뿐만 아니라 비상상소 제도의 의의가 상실되므로 북한에서도 이는 극히 예외적인 경우에만 인정된다.[12] 우리의 비상상고는 3심제를 통한 모든 소송절차가 완료된 다음에 법령위반을 바로잡기 위한 제도임에 비해, 북한의 비상상소는 북한에서 2심제를 채택하고 있기 때문에 최종적인 상소심이 통일되어 있지 않음으로 인한 법령 해석상의 혼란을 방지하고 확정판결의 법령상 오류를 시정하기 위한 제도라고 볼 수 있다.[13]

2. 비상상소의 대상과 범위

북한의 비상상소심에서는 비상상소의 대상은 판결, 판정이 확정되어 이미 집행되었거나 현재 집행 중에 있는 범죄사건과 판결, 판정이 확정되어 소송 절차가 끝난 범죄사건이다. 예를 들면 제1심 재판소에서 내린 유죄 및 무죄판결과 사건 기각 판정이 확정된 경우, 사건 기각 판정에 대한 상소, 항의 사건을 제2심 재판소가 재판하고 제1심 재판소가 내린 판결을 지지한 판정, 중앙재판소 제1심 재판소가 내린 판결 같은 것을 의미한다.[14] 다만 형벌집행이 끝난 범죄사건에 대하여 이미 집행한 형벌이 낮다는 이유로 비상상소제기신청을 한 경우 형사소추시효기간이 지난 범죄사건은 비상상소를 제기할 수 없다(제391조).

우리 형사소송법에서도 비상상고의 대상은 확정된 판결이라는 점은 동일하다. 재심의 경우와 달리 유죄의 확정판결에 제한되지 않는다. 따라서 유죄판결, 무죄판결, 공소기각의 판결, 관할위반의 판결, 면소판결은 모두 비상상고의 대상이 된다. 공소기각결정, 항소기각결정, 상고기각결정[15] 등도 판결은 아니지만 그 사건에 대한 종국재판이기 때문에 비상상고의 대상으로 된다. 우리의 비상상고제도에서 대법원은 비상상고 신청서에 포함된 이유에 한하여 조사하여야 하고, 법원의 관할, 공소의 수리와 소송절차에 관하여는 사실조사를 할 수 있다.(제444조).이 경우에 비상상고는 원판결의 법령위반을 이유로 한다. 따라서 사실오인은 그 대상이 되지 않는다.

북한 형사소송법에서 비상상소의 범위는 비상상소제기사유에 근거하여 범죄와 그것을 증명한 증거가 맞는가, 피소자를 정확히 확정하였는가, 이 법에 규정된 요구와 절차를 어긴 것은 없는

---

11) 한편 우리 형사소송법상 비약적 상고(제372조)는 제1심 판결에 대한 상고라는 점에서 확정판결에 대한 비상구제절차인 비상상고와 다르다
12) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993, 749면.
13) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993, 750면.
14) 이 문단은 조선형사소송법해석, 2004, 291면.
15) 대법원 1963. 1. 10. 62오4【비상상고】: 사면된 범죄에 대하여 사면된 것을 간과하고 상고기각의 결정을 한 때에는 그 결정은 법령에 위반한 것이 되어 비상상고를 할 수 있다.

가, 형벌을 정확히 적용하였는가와 같은 판결, 판정의 합법성, 근거성을 전면적으로 심리한다(북한 형소법 제397조) 결국 확정판결이 절차적 문제와 판결의 근거에 대한 실체적 측면 모두가 심리의 범위에 속한다고 할 수 있다.

3. 비상상소의 사유

북한 형사소송법상 비상상소의 제기는 범죄사건 처리에서 법을 본질적으로 어겼다는 것이 판결, 판정이 확정된 사건기록에 나타났을 경우에 한다(제390조). 우리 형사소송법에서는 심판이 법령에 위반한 경우가 비상상고의 사유가 된다. 즉 법령의 위반 여부가 심리의 대상인 동시에 범위라고 할 수 있다. 북한에서는 범죄사건의 처리가 법을 본질적으로 여겼을 때임에 비해, 우리는 법령에 위한 한 경우이다.

북한의 비상상소에서 '법을 본질적으로 어겼을 경우'란 사건기록에 있는 사실자료를 전면적으로 심리·해결하지 않았거나 또는 상소, 항의에 제기된 내용을 구체적으로 해결하지 않았거나 인정한 범죄에 비하여 형벌을 잘못 적용하였거나 소송법의 절차를 심하게 어김으로써 판결에 영향을 주었다고 인정되는 경우 같은 것이다.[16] 우리의 경우에 심판이 법령에 위반한 것은 확정판결에 이르게 된 심리와 재판의 내용은 물론 그 절차에 있어서 위반한 경우를 포함한다. 즉 판결의 법령위반과 소송절차의 법령위반을 말한다. 문제는 판결의 법령위반과 소송절차의 법령위반의 구별과 사실오인으로 인하여 법령을 위반한 때에도 비상상고의 이유가 되는가에 있다.[17]

4. 비상상소의 제기

1) 비상상소의 제기권자 : 북한 형사소송법상 비상상소는 중앙재판소 소장 또는 중앙검찰소 소장이 중앙재판소에 제기한다(제387조).[18] 중앙재판소 소장, 중앙검찰소 소장은 아래 기관들의 사업정형을 검토하는 과정에 비상상소심 대상으로 될 수 있는 범죄사건을 발견하였거나 하급기

16) 조선형사소송법해석, 2004, 291면.

17) 이에 대해서는 견해가 대립하고 있지만, 생각건대 사실오인으로 인한 법령위반이 비상상고의 이유가 되는 가의 문제는 근본적으로는 비상상고의 목적 내지 기능을 무엇으로 보는가의 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 만약 비상상고의 목적이 주로 법령의 해석 및 적용의 통일에 있다고 보는 경우에는 소극설의 입장이 타당하며, 이것은 근본적으로는 법적 안정성에 가치우위를 두는 입장이라고 할 수 있다. 그러나 비상상고는 법령의 해석 및 적용의 통일뿐만 아니라 피고인의 구제에도 있다고 보아야 하고 법적 안정성과 동시에 구체적 타당성도 비상상고의 이념에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 사실오인이 소송법적 사실인 경우뿐만 아니라 실체법적 사실인 경우에도 사실조사에 의하여 그 사실이 용이하게 밝혀질 수 있는 경우에는 비상상고를 허용하는 것이 타당하다고 생각한다.

18) 북한 형사소송법은 2004년 총 12장 439조였던 것을 2012년 개정으로 총 9장 438조로 편제를 변경하면서, 제2심 재판에 관한 규정은 제10장에서 제7장으로 바뀌었다. 제2심 재판에 관한 각 조문의 내용은 2004년 개정형사소송법의 규정을 거의 그대로 이어받았다. 북한 형사소송법은 2016년 한 차례 더 개정이 되었는데 '최고재판소, 최고검찰소'를 '중앙재판소, 중앙검찰소'로 명칭을 변경하였다.

관 또는 피소자, 변호인을 비롯하여 개별적 공민이나 기관, 기업소, 단체의 일군들이 비상상소를 청원하는 경우 근거가 있다고 인정되면 비상상소를 제기하여야 한다.[19][20] 우리 형사소송법상 비상상고의 제기권자는 검찰총장이다(제441조). 북한의 경우에는 중앙재판소장, 중앙검찰소 소장이 제기권자로서 재판기관과 소추기관이 모두 비상상소를 제기할 수 있음에 비해, 우리의 경우에는 소추기관이 검찰총장만이 비상상고의 제기권을 가진다. 또한 우리의 경우에는 검찰총장이 비상상고를 제기할 수 있는 것은 의무적 규정이 아니라 재량적 규정이다.[21] 그러나 북한 형소법에서의 비상상소는 법의 본질적 위반이 나타난 경우에 중앙재판소장, 중앙검찰소 소장이 의무적으로 비상상소를 제기하여야 하는 의무적 규정이다. 이점에서 북한에서의 비상상소제도는 우리의 비상상고제도와 달리 실무적으로 그 활용의 범위가 크다고 추정할 수 있다.

2) 비상상소의 제기기간 : 북한 형사소송법은 비상상소의 제기기간에 대해 '비상상소는 제기기간에 제한이 없다. 유죄판결에 대한 비상상소는 판결을 받은 자가 죽은 다음에도 제기할 수 있다(제389조)'.라고 규정하여 적극적으로 제기기간이 없음을 명문화하고 있다. 그러나 우리의 비상상고에서는 제기기간에 대한 규정 자체가 존재하지 않는다. 따라서 해석론으로 제기기간의 제한이 없는 것으로 해석할 수 있다.

3) 비상상소의 제기신청 : 북한 형사소송법상 비상상소를 제기할 범죄사건은 해당한 의견을 붙여 사건기록을 중앙재판소 소장 또는 중앙검찰소 소장에게 보낸다. 각급 재판소와 검찰소는 비상상소 제기를 신청하기 위하여 관할지역에서 처리된 사건기록을 요구할 수 있다(제392조). 지방 각급 재판소 소장과 검찰소 소장은 첫째, 확정된 판결, 판정에서 비상상소를 제기할 수 있는 잘못을 발견하였거나 둘째, 유죄판결을 받은 자나 그의 변호인, 개별적 공민이나 기관, 기업소, 단체 일군들로부터 확정된 판결, 판정에 잘못이 있으므로 다시 재판하여줄 것에 대한 상소, 청원을 받은 경우 근거가 있다고 인정되면 중앙재판소 소장 또는 중앙검찰소 소장에게 비상상소를

---

19) 조선형사소송법해석, 2004, 290면.

20) 중앙재판소 소장과 중앙검찰소 소장만이 비상상소를 제기할 수 있도록 규정한 이유에 대해 북한은 첫째, 확정된 판결, 판정의 안정성을 보장하기 위해서이고, 둘째, 비상상소를 제기하는 것이 정책적으로, 법적으로 옳은가 하는 것을 책임적으로 판단하고 결심해야 할 사정과 관련되며, 셋째, 법집행에서 동일성과 정확성을 보장할 책임을 지고 있기 때문이라고 설명한다; 조선형사소송법해석, 2004, 290면 참조.

21) 다만 군사법원 담당 사건에 대해 고등검찰부 검찰관은 검찰총장에게 비상상고 제기를 청구할 수 있다 [군 검찰 사무규칙 제170조(비상상고의 제기 청구) ① 고등검찰부 검찰관이 「군사법원법」 제493조와 「군검찰사무운영규정」 제32조제2항에 따라 검찰총장에게 비상상고 제기를 청구하는 경우에는 별지 제222호 서식의 비상상고 제기 청구서에 의한다. ② 비상상고를 신청한 때에는 검찰서기는 별지 제205호 서식의 항소사건부·상고사건부와 별지 제223호 서식의 비상상고 사건부에 소정의 사항을 적어야 한다. ③ 비상상고 기록을 대법원에 보내는 경우에는 별지 제224호 서식의 비상상고 기록 및 증거물 송부서에 의한다].

제기하여 줄 것을 신청할 수 있다.[22)23)] 중앙재판소 소장과 중앙검찰소 소장은 비상상소 제기의 사유가 있을 경우 비상상소 제기서를 만들어 사건기록과 함께 중앙재판소에 보낸다. 중앙재판소 소장이 제기한 비상상소 사건은 비상상소심을 하기 전에 사건기록을 중앙검찰소에 보낸다(제395조).

우리의 경우에는 검찰총장이 심판의 법령위반을 직접적으로 발견하고 이를 이유로 비상상고를 제기하여야 함에 비해, 북한의 비상상소는 중앙재판소 또는 중앙검찰소의 하위기관에서 비상상소에 해당하는 범죄를 먼저 확정하여야 한다.[24)] 즉 우리의 경우에 비상상고제도는 당사자인 검사나 피고인의 이해 여부와 관계없이 법령위반이라는 점만을 이유로 비상상고가 제기됨에 비해, 북한의 경우에는 피고인, 변호인, 개별 공민이나 기업 등과 같이 광범위한 범위에서 비상상소의 제기를 신청할 수 있다는 점에서 사실상 국민청원과 같은 성격을 가지고 있고, 또한 이 점에서 2심제인 북한 형사소송법체계에서 사실상 3심제와 같은 역할을 수행하고 있다고 평가할 수 있다.

4) 비상상소심 날짜의 통지 : 우리의 경우에는 비상상소심의 닐짜에 대한 규정이 없다. 그러나 북한에서는 중앙재판소는 비상상소심 날짜를 재판하기 3일 전에 중앙검찰소에 알린다(제396조). 이는 중앙재판소 판결, 판정에 대한 비상상소 사건에는 중앙검찰소 소장이, 그 외에는 중앙검찰소 검사가 참가해야 하는데(제387조 참조), 그 참가권을 보장하기 위함이다. 다만 검사가 참가하지 못한 경우에도 비상상소심을 할 수 있다[25)].

5. 비상상소심의 심리

1) 재판정의 구성 : 우리의 비상상고에서는 검찰총장이 대법원에 비상상고를 제기하고, 이에 대한 심리는 대법원에서 한다. 북한의 비상상소에서는 비상상소를 심리하는 재판정의 구성에 대해 2원적으로 규정하고 있다. 중앙재판소 이외의 모든 재판소의 확정된 판결, 판정에 대한 비상상소 사건은 중앙재판소 판사 3명으로 구성된 재판소가 심리·해결한다. 이 경우 어느 한 판사가

---

22) 조선형사소송법해석, 2004, 293면 참조.

23) 이러한 점은 북한 형사소송 절차에는 일반대중이 여러 형태로 직접 관여하고 있다고 평가할 수 있다. "형사사건의 취급처리에서 군중의 힘과 지혜에 적극 의거"(제3조)하고 "증거는 군중의 힘과 지혜에 의거"(제33조)함을 밝히고 있다. 민사소송법에서는 이러한 규정들이 삭제된 것과 대조되는 것과 대조적이며, 북한의 형사소송은 민사소송보다 여전히 인민재판적 성격이 많이 남아있다고 볼 수 있을 것이라고 평가하는 견해는 이은영, "북한의 사법제도 고찰 – 변화된 북한의 민사소송 및 형사소송 제도 –", 통일과 법률, 법무부, 2019. 56면.

24) 피소자 등 재판관계자들이 비상상소의 제기를 요청할 수 있는 권리는 소송상의 권리가 아니라 공화국 공민들이 일반적으로 가지고 있는 신소권에 기초한 것이라고 한다. 여기서 신소권이라 함은 근로자들이 국가기관·기업소·사회협동단체와 공무원들의 직무상 활동 과정에서 나타나는 개별적 공민이나 조직체들의 권리와 이익에 대한 침해를 미리 막거나 또는 침해된 권리와 이익을 회복시켜 줄 것을 해당 기관에 요구하는 권리를 의미한다; 이 문단은 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993, 752면.

25) 조선형사소송법해석, 2004, 295면 참조.

재판장으로 된다(제384조).[26] 그리고 중앙재판소의 판결, 판정에 대한 비상상소 사건은 중앙재판소 판사회의에서 심리·해결한다. 중앙재판소 판사회의는 중앙재판소 소장, 부소장, 판사들로 구성한다. 중앙재판소 판사회의는 성원 전원의 3분의 2 이상이 참석하여야 성립된다. 판사회의 판정은 거수가결의 방법으로 회의에 참석한 성원의 반수 이상이 찬성하여야 채택한다(제386조).[27]

한편 우리의 비상상고제도와 마찬가지로[28] 북한의 경우에도 검사는 비상상소심 심리에 참가한다. 중앙재판소 판사회의에는 중앙검찰소 소장이 참가한다. 중앙재판소 판사 3명으로 구성된 재판소의 비상상소심에는 중앙검찰소 검사가 참가한다(제387조). [29]

2) 비상상소심의 심리 절차와 심리기간 : 북한 비상상소심은 사건보고로부터 시작하여 필요한 심리를 한 다음 중앙검찰소 소장 또는 검사의 의견을 듣고 해당한 판정을 한다(제398조). 비상상소 사건의 심리는 제1심 재판 심리와 성격이 다르기 때문에 공개하지 않는다.[30] 우리 비상상고에서는 심리의 절차에 대한 직접적인 규정은 없다. 대법원은 신청서에 포함된 이유에 한하여 조사하여야 한다(제444조)라고 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 준용규정(제444조 제3항)을 통해 비상상고를 담당한 대법원 재판부는 필요하다고 인정한 때에는 비상상고의 청구의 이유에 대한 사실조사를 명하거나 다른 법원판사에게 이를 촉탁할 수 있다. 그리고 이 경우에 수명법관 또는 수탁판사는 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다. 즉 비상상고의 심리 절차 내에서 사실조사를 할 수 있다고 해석할 수 있다.[31]

북한 비상소심의 절차는 다음과 같다. 첫째, 사건보고로부터 시작한다. 판사 3명으로 구성된 재판소가 비상상소 사건을 심리할 경우에는 재판장이 사건보고를 한다. 그러나 중앙검찰소가 비상상소를 제기한 경우에는 재판에 참가한 검사가 사건보고를 할 수 있다. 판사회의에서 비상상소 사건을 심리할 경우에는 재판장이 사건보고를 한다. 둘째, 재판소 성원들과 중앙검찰소 소장 또는 검사의 질문을 받고 범죄사건을 면밀하게 검토한다. 셋째, 재판장은 중앙검찰소 소장 또는 검사에게 범죄사건 심리와 관련하여 의견을 말하게 한다. 넷째, 재판장이 사건 심리와 관련하여 결

---

26) 비상상소 사건 심리를 위한 재판소 구성에는 그 사건에 대하여 제1심 또는 제2심 재판을 한 판사는 현재 중앙재판소 판사로 있어도 참가할 수 없다; 조선형사소송법해석, 2004, 288면.

27) 중앙재판소 판사회의에는 비상상소심의 대상으로 된 범죄사건의 제1심 또는 제2심 재판에 참가하였던 판사들도 현재 중앙재판소 판사로 있을 경우에는 참가할 수 있다; 조선형사소송법해석, 2004, 289면.

28) 제443조(공판기일)공판기일에는 검사는 신청서에 의하여 진술하여야 한다.

29) 중앙검찰소 소장이 직접 참가하지 못할 사정이 제기되는 경우에는 그의 대리인이 참가할 수 있다. 또한 특별한 사정으로 비상상소심에 검사 또는 중앙검찰소 소장이 참가하지 못한 경우에도 심리를 할 수 있다; 조선형사소송법해석, 2004, 289면.

30) 조선형사소송법해석, 2004, 296면.

31) 한편 북한 비상상소제도에서는 중앙재판소 소장과 중앙검찰소 소장은 비상상소를 제기하기 위하여 어느 재판소에서 처리한 범죄사건이든지 기록을 요구할수 있고, 비상상소를 제기하지 않을 사건기록은 곧 돌려보낸다(제 393조). 결국 우리의 경우에는 비상상고의 심리 과정에서 사실조사를 요구할 수 있다면, 북한의 경우에는 비상상소의 심리 이전에 비상상소의 제기과정에서 하위 재판소에 사건기록을 요구할 수 있다.

속[32]을 한다. 다섯째, 해당한 판정을 채택한다. 판사 3명으로 구성된 재판소가 비상상소 사건을 심리한 경우에는 재판소 성원들이 합의실에 들어가서 어떤 판정을 채택할 것인가를 토의하고 재판정에 나와서 판결서를 읽어야 한다. 판사회의에서 비상상소 사건을 심리한 경우에는 재판장이 사건 심리와 관련한 결정을 한 다음 회의에 참가한 성원들의 다수가결로 판정을 채택한다.[33]

북한 비상상소에서는 심리기간에 대한 규정이 있다. 이에 의하면 중앙재판소는 비상상소 사건 기록을 접수한 날부터 1개월 안으로 심리·해결한다(제385조). 그러나 우리 비상상고에서는 심리의 기간에 대한 직접적인 규정이 없다.

6. 비상상소에 대한 판정 과 후속 절차

1) 비상상소에 대한 판정의 유형 및 효력 : 우리의 비상상고에서는 기각과 인용(파기)판결의 2원적으로 규정하고 있다. 즉 비상상고가 이유 없다고 인정한 경우의 기각판결과 이유 있다고 인정하는 경우의 파기판결로서 비상상고는 종결된다. 그리고 후자의 파기판결에 있어서는 원판결이 법령에 위반한 때에는 그 위반된 부분을 파기하여야 한다. 단, 원판결이 피고인에게 불이익한 때에는 원판결을 파기하고 피고사건에 대하여 다시 판결을 한다. 그리고 원심소송절차가 법령에 위반한 때에는 그 위반된 절차를 파기한다(제446조). 그리고 파기 인용이후의 절차에 대해서는 상세한 규정이 없다.

북한 비상상소에서의 판정은 원칙적으로 지지, 반송, 기각으로 구별된다. 즉 비상상소사건을 심리한 중앙재판소는 이 법 제374조-제378조에 따라 범죄사건을 처리한다(제399조).

첫째, 비상상소 제기가 이유 없을 때에는 제1심 재판소 또는 제2심 재판소에서 채택하여 확정된 판결, 판정을 지지하는 판정을 한다. 둘째, 예심 또는 제1심 재판소에서 판결에 영향을 줄 정도로 범죄사건을 충분히 증명하지 못하였거나 이 법에 규정된 절차를 심하게 어겼거나 인정한 사실과 맞지 않게 법조항을 적용하였거나 형벌을 정하였을 경우에는 그 판결을 취소하고 범죄사건을 검사 또는 제1심 재판소에 반송하는 판정을 한다. 셋째, 기각하여야 할 범죄사건을 기각하지 않았을 경우에는 직접 그 판결을 취소하고 범죄사건을 기각하는 판정을 한다. 넷째, 제2심 재판소가 제1심 재판소의 판정을 취소하고 범죄사건을 기각하였거나 법조항 또는 형벌을 가볍게 고친 판정을 한 경우에는 제2심 재판소의 판정을 취소하고 제1심 재판소의 판결을 되살릴 수 있다. 이때 제1심 재판소의 판결을 고치거나 고치지 않고 제1심 판결을 지지하는 판정을 한다.[34]

우리의 비상상고에서는 원판결이 피고인에게 불이익하여 원판결을 파기하고 피고사건에 대하

32) '결속'의 사전적 의미는 하던 일에 일정한 결말을 가져오는 것을 말하여, '결속하다'는 것은 끝맺다, 끝나다의 의미를 가지고 있다. 사회과학출판사, 조선말대사전Ⅰ, (평양: 사회과학출판사, 1992), 173면, 법원행정처, 북한의 형사법, 2006, 502면에서 재인용

33) 조선형사소송법해석, 2004, 296면

34) 조선형사소송법해석, 2004, 297면을 참조

여 다시 판결을 하는 경우 외에는 판결의 효력이 피고인에게 미치지 않는다.(제447조). 이에 반하여 반면 북한 비상상소 판결의 효력은 일반적으로 피소자에게 미치는 것으로 되어 있다.[35]

2) 비상상소심 판정의 집행 및 결과의 통지 : 우리의 경우 비상상고 종결 후의 절차에 대한 규정은 없다. 그러나 북한의 경우에는 비상상소심이 종결된 후의 판결 결과 통지와 집행에 대한 규정을 두고 있다. 북한의 비상상소 사건을 심리한 재판소의 판정은 확정기간이 없이 즉시 집행한다(제400조). 비상상소 사건을 심리한 재판소가 채택한 판정은 더 이상 상소, 항의를 제기할 수 없으므로(제358조 제2호 참조), 확정기간이 없이 즉시 집행된다. 비상상소 사건을 심리한 재판소는 판정을 한 날부터 2일 안으로 비상상소 제기를 신청 또는 청원한 자에게 판정서 등본을 보내준다(제401조). 비상상소의 제기 신청은 각급 재판소와 검찰소가 할 수 있으며(제392조 참조), 비상상소의 청원은 피소자 등 재판관계자 등이 신소권에 근거하여 하는 것이다. 재판소는 비상상소를 청원한 자에게는 직접 말로 알려줄 수 있다[36].

이처럼 북한의 비상상소에서 결과 통지와 집행에 대해 비교적 상세히 규정하고 있는 것은 앞서 언급한 것처럼 북한의 경우 비상상소를 제기할 수 있는 자의 범위가 광범위하다. 즉 소추기관뿐 아니라 재판기관, 심지어 개인과 기관 등도 신청권을 가지고 있다는 점, 우리와 달리 비상상소 판결의 효력이 피고인에게 미친다는 점 등이 우리와 다르다.

Ⅲ. 북한 비상상소 제도의 특징

1. 북한의 비상상소제도는 우리에 비해서 많은 조문으로 구성되어 있다. 즉 우리의 경우에는 9개 조문으로 구성되어 있는 반면에, 북한 비상상소는 19개 조문으로 구성되어 있다. 이것은 비록 형식적인 측면이지만 우리의 경우에는 비상상고제도에 대한 국민의 관심이 거의 없다고 할 수 있지만, 북한은 일반 개인도 비상상소를 신청할 수 있다는 점에서 일반 시민의 관심이 우리에 비해 매우 높은 것으로 추정할 수 있다.[37]

2. 북한의 비상상소제도는 법적인 측면에서 뿐만 아니라 정치적 측면에서 활용가능성이 높은

35) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993, 750면.
36) 조선형사소송법해석, 2004, 298면.
37) 실제로 북한에서 비상상소나 재심은 다른 제도에 비해서 활발히 이용된다고 한다. 2015년 이후의 북한이탈주민 50명을 대상으로 조사한 결과를 보면, 비상상소나 재심의 절차가 존재하는 것을 응답자 50명 중 26명(52%)이 알고 있고 50명 중 11명(22%)은 본인이나 주위에서 비상상소나 재심의 절차를 이용한 것을 경험했다고 했으며, 비상상소나 재심의 절차를 통해 판결이 바로 잡혔다고 응답한 사람도 4명(8%)이 있었다고 한다; 김정환, " 북한 형사보상제도의 존부 확인을 통한 북한 형사소송제도의 이해", 한국형사법학회, 형사법연구3, 2019.03, 221면.

제도라고 추정할 수 있다. 즉 북한의 경우에는 정치적으로 강제적으로 퇴진하거나 한 사람들을 비상상소제도를 통해 다시 정치적 지위를 회복시켜 주는 법적 수단으로 활용될 수 있을 것으로 추정할 수 있다.

3. 우리의 비상상고는 검찰총장이 직접 대법원에 청구할 수 있다. 그리고 우리의 경우에는 비상상고에 있어서도 탄핵주의적 구조를 유지한다. 소추기관인 검찰총장이 비상상고를 제기하고 재판기관인 대법원이 이를 심판하는 것이다. 그러나 북한의 비상상소제도는 신청권자와 제기권자가 분리되어 있다는 점에서 이원적이다. 즉 제기권자는 중앙재판소 소장과 중앙검찰소 소장이며, 제기신청권자는 각급 재판소와 검찰소, 그리고 일반 개인과 단체는 신청권자이다. 또한 제기권자에 있어서 소추기관인 중앙검찰소 소장과 재판기관인 중앙재판소 소장이 모두 비상상소제기권을 가지는 점이 특징이다. 특히 재판기관이 스스로 비상상소를 제기하여 자신 들이 행한 판결이 법의 본질적으로 어겼는 지의 여부를 심판하는 것이 주목할 만하다.[38)]

4. 우리 형사소송법에서는 확정판결의 법령위반을 다투는 비상상고제도와 확정판결의 사실오인을 다투는 재심이 명확히 구별된다. 그러나 북한의 비상상소제도는 비상상소제기사유에 근거하여 범죄와 그것을 증명한 증거가 맞는가, 피소자를 정확히 확정하였는가, 이 법에 규정된 요구와 절차를 어긴 것은 없는가, 형벌을 정확히 적용하였는가와 같은 판결, 판정의 합법성, 근거성을 전면적으로 심리 해결하는 절차이다(북한 형사소송법 제397조). 이 절차에서는 확정판결에 이르게 된 증거의 적법성과 증명력도 심리할 수 있기 때문에 사실상 확정판결에서의 사실인정의 오류를 지적하는 것도 가능하다. 따라서 새로운 사실에 기초하여 확정된 판결, 판정의 잘못을 바로잡는 재심(북한 형사소송법 제402조)과 유사한 측면이 있다. 우리의 재심에서는 확정판결의 당사자가 직접 원판결을 한 법원에 제기한다. 그러나 북한의 경우에는 중앙검찰소 소장이 제기한다. 결국 우리의 경우에는 비상상고는 검찰총장이, 재심은 당사자 개인이 제기할 수 있다. 그러나 북한 형사소송법에서는 비상상소는 중앙재판소 소장과 중앙검찰소 소장이 제기하지만, 재심은 중앙검찰소 소장만이 중앙 재판소에 제기할 수 있고, 일반 개인과 기관, 단체 등은 검사에게 재심의 제기를 신청할 수 있을 뿐이다. 북한 형사소송법상 비상상소와 재심을 상당히 유사한 점을

38) 헤겔은 자신의 내부에 있는 모순에 의해 대립을 낳고 그것을 지양함으로써 더 높은 차원으로 나아가는 이 운동을 관념론적 입장에서 개념의 자기 전개로 정착시켰다. 즉 최초의 확정판결을 정(These)로, 그리고 이에 대한 비상상소가 반(Anti-these)로, 그리고 비상상소의 결과가 합(Syn-these)로 작용하하는 것이다. 이러한 헤겔의 관념론적 변증법을 마르크스, 엥겔스, 레닌 등이 ' 의식이 물질의 반영이라는 유물론과 우리가 대상을 인식(Intuition)할 때 대상의 고정적인 면을 보는 것이 아니라, 대상의 전체적인 연관과 함께 그 끊임없는 발전을 본다는 변증법이라는 두 축을 중심으로 세계를 해석하는(' https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B3%80%EC%A6%9D%EB%B2%95%EC%A0%81_%EC%9C%A0%EB%AC%BC%EB%A1%A0; 2021. 11. 10, 12:16 방문) 변증법적 유물론으로 전개하였고, 이 변증법적 유물론에 바탕하여 사회주의 국가의 법과 정치이념이 구제화 되어 오늘에 이르고 있다. 따라서 북한의 비상상소제도는 프롤레타리아 독재의 수단으로서의 법의 본질을 자아비판을 통해 회복한다는 과정으로서 활용되고 있다고 해석할 수 있을 것이다.

가지고 있고, 재심과 비상상소제도 모두 일반 개인의 권리구제라는 측면 보다는 정치적인 권리 회복의 절차로 활용될 가능성이 높다고 해석할 수 있다.

Ⅳ. 결 론

이상에서 북한 형사소송법상의 특별구제 절차의 하나에 속하는 비상상소제도를 우리의 비상상고제도와 비교하면 살펴보았다. 물론 이 연구는 북한 형사절차의 현실을 정확히 알 수 없기 때문에 북한 형사소송법 규정의 해석론을 중심으로 분석하였다. 북한 체제의 폐쇄성으로 볼 때[39] 북한 형사소송법사의 규정들이 그대로 실무에서 전개되는 지의 여부 즉 규범과 현실의 일치의 정도를 확인하기는 매우 어렵다. 또한 북한에서는 최고지도자의 지시, 노동당 강령과 규약 및 이를 구체화한 노동당의 사법정책이 모든 법률의 상위규범이 되어 형사법의 법규범성은 근본적 한계를 가진다.[40][41]

특히 북한에서의 형사소송법은 우리와 같이 형벌권의 실현해가는 과정에서 인권보장과 절차적 정의를 확보하기 위한 기본 규범으로 작용하기 보다는, 당의 영도 아래 범죄의 형태를 띠는 적대계급들의 반항과 낡은 사상 잔재의 침해로부터 혁명위업을 보위하고 그 성과적 수행을 보장하는 데 그 근본목적이 있다고 설명한다.[42][43] 또한 북한 형사소송법 제2조는 "국가는 반국가 및 반민족범죄와의 투쟁에서 적아를 엄격히 가려내어 극소수의 주동분자를 진압하고 다수의 피동분자를 포섭하며 일반범죄와의 투쟁에서 사회적교양을 위주로 하면서 법적제재를 배합하도록 한다"고 규정하여 형사소송 절차에서 계급로선을 관철하겠다는 원칙을 밝히고 있다.[44] 또한 북한에서 상소제도는 소송관계인의 이익을 보장하기 위한 것이 아니라 당의 사법정책이 관철될 수 있도록 통제를 하는 데 더 큰 의미가 있다.[45] 결국 북한 형사소송법은 국민의 인권 보장의 수단이 아니라, 북한 노동당의 체제 유지를 위한 수단으로 작동하고 있다고 할 수 있다.[46]

---

39) 국제인권기구의 보고서 내용, 북한이 강조하는 '우리식 인권'의 주장, 북한 법현실에 대한 공개자료, 탈북자들의 증언내용 등에 의하면 공개된 법률의 내용과 법의 현실은 많은 차이가 있어 북한의 형사사법절차는 여전히 불투명하고 베일에 싸여 있다고 할 수 있다; 정승환, "북한의 형사사법절차에 대한 체제 내외적 평가 — 미국 여기자 억류사건을 중심으로 — 안암법학(32)pp.117~142, 2010 , 안암법학회, 38면.

40) 정승환, 위의 논문, 123면.

41) 한편 북한 법제는 북한식 사회주의 전개과정의 영향을 받으면서 형성, 변화되어 왔으며, 그 과정에서 북한 사회주의헌법의 경우 개인권력의 절대화, 국가권력의 사유화 및 세습의 정당화를 공고화하는 통치수단으로 적극 활용되어 왔다는 견해는 황의정, " 김정은 시대 북한식 사회주의법치의 의미와 한계 – 법의 지배(rule of law)의 일반론적 시각을 중심으로 –", 東北亞法硏究 第12卷 第3號 (2019년 1월), 전북대학교 동북아법연구소, 109면.

42) 리재도, 형사소송법학, 1987, 48면.

43) 물론 북한에서도 형사소송법의 직접적인 사명은 "수사, 예심, 기소, 재판에서 제도와 질서를 엄격히 세워 형사사건을 정확히 취급처리하는 데 이바지한다"고 규정하고 있다(제1조).

44) 최기식, " 장성택 처형 과정에 비추어 본 북한의 형사법제,", 법무부, 통일과 법률(27), 2016.08, 6면,

45) 김수암, 북한의 형사법제상 형사처리절차와 적용 실태, 통일연구원, 2005, 94면.

형식적으로 북한은 3급 2심제를 택하고 있으면서도, 중앙재판소가 제1심사건을 직접 재판할 수 있도록 하여[47] 이 경우 피고인은 단 한 번의 재판으로 형벌을 받게 될 수 있다는 점에서 피고인의 심급의 이익이 보장되어 있지 않다는 점을 지적할 수 있다. 즉 형사절차에서의 심급별 판단을 통한 실체적 진실발견이라는 구조가 지켜지는 것이 아니라, 정치적 특수 상황에 따라서는 심급별 판단의 단계가 해체되어 절차적 정의가 훼손될 우려가 매우 크다.[48][49]

이러한 북한 형사소송법의 특징은 비상상소제도에서도 그대로 반영되고 있다고 평가할 수 있다. 3심제를 취하고 있는 우리의 경우에 3심인 대법원의 판결로서 법적 분쟁은 종료된다. 따라서 비상상고제도는 그 적용가능성이 매우 낮은 특별절차에 해당한다. 이에 따라 검찰총장만이 비상상고를 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 2심제를 채택하고 있는 북한의 형사소송절차에서는 비상상소제도를 그 활용 가능성이 상대적으로 높다고 하지 아니할 수 없다. 이에 따라 북한의 비상상소에서는 일반 개인과 기관 단체도 비상상소의 제기를 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 소추기관이 검찰총장 비상상고를 제기하고 대법원이 재판하는 탄핵주의적 구조와 달리, 북한의 비상상소에서는 재판기관인 중앙재판소 소장도 비상상소를 제기할 수 있기 때문에 규문주의적 구조와 탄핵주의적 구조가 혼합되어 있다고 할 수 있다. 그리고 북한의 비상상소제도는 법적인 구제라는 측면과 함께 정치적 구제의 목적으로 활용될 가능성이 높다고 추정할 수 있다. 법과 정치가 엄격히 구별되는 우리와 달리 법과 정치가 모두 하나의 당-노동당-에 의해 사실상 지배되고 있는 북한 체제와 무관하지 않을 것이다. 앞으로 활발한 남북의 학술교류를 통해 형사소송법 분야의 상호 교류와 이해의 장이 마련되기를 함께 기대한다. 북한 형사소송법상의 비상상소제도를 해석론으로 분석하는 것에 그치지 않고 앞으로 더 많은 논의의 출발점이 되기를 기대하면서 이 연구를 마무리하고자 한다.

---

46) 이에 대해 “북한형사소송법 제5조에서 “전면성과 과학성, 객관성, 신중성, 공정성을 보장”하며 제6조에서 “인권을 철저히 보장”하는 원칙을 밝히고 있다는 점에서 특정계급 및 사회주의제도를 보호하는 북한 형사소송법의 보호적 성격은 현재 북한 형사소송법상으로는 상당히 완화된 것으로 보인다는 견해는 이은영, “북한의 사법제도 고찰 – 변화된 북한의 민사소송 및 형사소송 제도 –”, 통일과 법률, 법무부, 2019. 55면.

47) 북한 형사소송법제53조 (중앙재판소관할) 중앙재판소는 도(직할시)재판소, 특별재판소의 제1심재판에 대한 상소, 항의사건을 제2심으로 재판한다. 필요에 따라 어느 재판소의 관할에 속하는 제1심사건이든지 직접 재판하거나 같은 급 또는 같은 종류의 다른 재판소에 보낼 수 있다.

48) 이를 단적으로 보여준 것이 장성택에 대한 형사재판 및 사형 집행이라 할 수 있다는 견해는 , 이은영, “북한의 사법제도 고찰 – 변화된 북한의 민사소송 및 형사소송 제도 –”, 통일과 법률, 법무부, 2019. 57면.

49) 북한 형사소송법이 사형에 처하는 경우까지도 중앙재판소나 1심 재판소의 판결에 대해 단심으로 확정할 수 있는 다양한 길을 열어놓았다는 것이다. 이는 항소, 상고를 통해 세 번이나 자신의 무죄를 다툴 수 있는 우리의 법체계와는 매우 다른 반인권적인 부분이라고 하겠다는 견해는 최기식.

< 참고 문헌 >

리재도, 형사소송법학, 1987

북한 사회과학원 법학연구소, 법학사전, 사회과학출판사, 1971

법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ):형사관계법, 1993.

법무부 북한 형사소송법 주석(1), 2015

조선형사소송법해석, 2004

법원행정처, 북한의 형사법, 2006

권오걸, 북한 형사소송법상의 예심절차, 법학논고 25호, 경북대학교 법학연구소, 2006

김정환, " 북한 형사보상제도의 존부 확인을 통한 북한 형사소송제도의 이해", 한국형사법학회, 형사법연구3, 2019.03

김소라," 북한 형사소송법상의 인권보호 조항과 그 적용사례: 모성보호 조항을 중심으로", 북한학연구소, 북한학연구16(2) pp.207~246, 2020.12

손영조, " 북한 예심제도의 변화와 의미 – 실행 조직과 적용 실태를 중심으로", 심연북한연구소, 현대북한연구15(3)pp.59~99, 2012.12

이규창, " 북한의 외국인 형사재판과 영사접견권", 대한변호사협회, 인권과 정의(450)pp.39~53, 2015.06

이은영, " 북한의 사법제도 고찰: 변화된 북한의 민사소송 및 형사소송 제도", 법무부, 통일과 법률(38)pp.33~62, 2019.05

정승환, "북한의 형사사법절차에 대한 체제 내외적 평가 — 미국 여기자 억류사건을 중심으로 — 안암법학(32)pp.117~142, 2010 , 안암법학회

최기식, " 장성택 처형 과정에 비추어 본 북한의 형사법제,", 법무부, 통일과 법률(27)pp.1~30, 2016.08

하태훈, " 국제인권기준에 비추어 본 북한 개정 형사소송법(2004년)", 중앙법학회, 중앙법학 11(2) pp.193~217, 2009.08

토론문

류 전 철(전남대학교 법학전문대학원 교수)

형사소송법상 비상구제 절차인 비상상고제도가 최근 형제복지원 사건에 대한 대법원의 판결을 통해 새로운 관심을 받고 있는 상황에서 권교수님의 「북한 형사소송법상 비상상소제도」에 관한 발표 논문은 우리 형사소송법상 비상상고제도를 다양한 관점에서 재고할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 권교수님이 지적한 바와 같이 북한의 형사법 규정이 어떻게 해석되고 적용되는지 그리고 형사사법기관이 실제 어떻게 운영되는지에 대한 실태를 정확히 확인할 수는 없다는 한계를 인정하더라도, 북한 형사소송법상 규정된 비상상소제도를 살펴볼 수 있는 기회는 많지 않다. 이런 의미에서 이번 발표는 그 의미가 적지 않다고 생각한다. 북한 형사소송법에 대한 알지 못하는 입장에서 발표문에서 개진하지 못한 북한의 비상상소제도에 대한 발표자의 의견과 우리 형사소송법상 비상상고와 관련해서 두 가지 질의로 토론을 대신하고자 한다.

1. 북한 형사소송법은 2심제를 채택하고 있고, 확정판결의 절차적 문제뿐만 아니라 판결의 근거에 대한 실체적 측면 모두를 비상상소의 심리범위로 하고 있으며, 제기신청권자를 각급 재판소와 검찰소 뿐만 아니라 일반 개인과 단체로 하는 것으로 미루어 보아서 우리 형사소송법상 상고제도의 의미로 이해할 수도 있을 것 같은데 이에 대한 의견을 듣고자 합니다.

2. 확정판결에 대하여 그 심판의 법령위반을 이유로 인정되는 비상구제절차이고, 대법원은 비상상고 제도는 이미 확정된 판결에 대하여 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 그 목적이 있다는 입장이다. 그런데 지금까지 비상상고와 관련하여 판례를 보면 대부분 법원의 오류로 발생한 확정판결을 시정하는 것이다. 그렇다면 피고인의 이익을 비상상고제도의 부차적인 목적이라고 인정하더라도, 사실은 사법의 오류판단을 사후적으로 정정함으로써 사법역사의 기록에 오류를 남기지 않으려는 노력을 '법령의 해석·적용의 통일'이라는 용어로 가장(假裝)하는 것으로 혹평할 수 도 있다. 이런 의미에서 북한의 비상상소제도에서 중앙재판소 소장을 비상상소제기권자로 하고 있는 것은 우리의 비상상고제도의 (실질적인) 본질에 부합할 수 있다고 생각되는데, 이에 대한 의견을 듣고자 합니다.

토론문

류화진(부산대학교 법학전문대학원 교수)

이 연구는 우리의 비상상고 제도에 해당하는 북한의 '비상상소 제도'에 관하여는 국내 최초의 연구 결과물로서, 관련 문헌도 제한적인 우리 학계에 매우 이바지하는 바가 큰 연구라고 생각한다. 북한 형사법에 대한 이해와 비교분석은 우리에게 중대한 과제임을 이번 연구에 관한 토론의 기회에 다시 한번 깨닫게 되어, 발표자께 감사와 존경의 마음을 표한다.

이 연구를 통해 새로운 점을 많이 알게 되었고, 특히 북한의 비상상소 제도의 절차와 심리 기간에 관한 규정이 19개로, 7개 조문으로 구성된 우리 형사소송법상 비상상고 제도 보다 구체적이고 상세한 점과, 제기권자, 심리 권한, 심리절차 등에 있어서 우리의 비상상고 제도와는 본질적인 차이를 보인다는 점이 인상적이다.

비상상소를 제기할 수 있는 주체가 다양하고, 심지어 재판기관이 스스로 비상상소를 제기할 수 있다는 점 또한 이러한 많은 규정이 단순히 형식적으로 존재하는 것에만 머무르지 않고, 실제로도 비상상소 제도가 활발히 이용되고 있다는 점은 우리에게 많은 시사점을 주고 있다고 생각한다.

발표자께 다음 사항에 관한 발표자의 고견을 여쭙고자 한다.

첫째는, 단지 규정만 문리적으로 보았을 때는 우리의 비상상고 제도의 규정은 그 절차에 관한 규정이나 내용이 북한법보다 상대적으로 부족해 보인다. 전체적인 규정의 체계로 보아서 비상상고 제도에 있어서는, 북한의 비상상소 제도의 규정이 더욱 상세하고 구체적인 점에 있어서, 우리의 비상상고 제도의 규정 체계보다 우수하다고 말할 수 있는 것인지, 아니면 우리의 삼심제와 달리 이심제를 취하고 있는 북한의 형사절차 체계나, 우리와 다른 재심 절차 등의 이유로 비상상소 제도 규정의 상세화는 불가피한 것으로 보이는지 발표자의 평가를 여쭙고 싶다.

둘째, 비상상소를 제기할 수 있는 주체에서는, 검찰총장으로 제한된 우리의 비상상고 제도와 달리, 북한은 중앙재판소 소장 또는 중앙검찰소 소장이 제기하는데, 특히 하급 기관 또는 피소자, 변호인을 비롯하여 개별적 공민이나 기관, 기업소, 단체의 일군들이 청원할 때는 근거가 있다고 인정되면 비상상소를 의무적으로 제기하도록 하고 있어서, 규정의 형태 자체는 의무적 규정

이라는 점에 공감한다. 다만, '근거가 있다고 인정되면'이라는 조건이 달려서, 그 근거가 인정되지 않으면 비상상소 제기 의무는 없게 되는 것이므로, 의무적인 규정과 달리 재량적으로 운용될 가능성이 있어 보이는데, 이 점에 관한 발표자의 고견을 듣고 싶다.

셋째는, 북한의 비상상소 제도 정치적 측면에서 활용 가능성이 있다고 추정한 점에 관하여 공감하면서도, 비단 이뿐만 아니라 세계의 모든 법과 제도는 정치적 활용이 가능하고 실제로 활용되고 있다고 생각한다. 여기서 발표자께서 언급하신 정치적 활용 가능성도 이런 비슷한 의미에서인지, 어떤 특별한 다른 의미나 상황을 전제로 하는 것인지 궁금하다.

넷째는, 발표자께서는 이전에도 북한의 예심절차에 관한 연구를 하신 바가 있어서,[1] 북한법을 연구하시는 기본관점이나 방향성이 궁금하다. 이전의 연구에서도 "어떤 당위가 법규범에 담겨 있어야만 한다는 기대"가 아닌 규정의 문리해석을 하고 있고, 이번 연구 역시 규정 그대로 북한의 비상상소 제도는 어떤 규정이 있는지를 소개하고, 우리 규정과의 체계적 비교연구를 중립적이고 객관적으로 하는 것 같다. 그러나 북한은 분명 독일, 영국 등의 외국과 달리, 북한은 '통일'이라는 과제를 가지고 있는 한반도의 분단된 일부분이라 할 수 있을 것이다. 발표자께서는 북한법을 연구하실 때 향후 법체계의 통일이나 조화에 대하여는 어떤 관점이나 방향성을 가지고 계시는지 고견을 여쭙고 싶다. 또한 후발 연구자들에게 북한법 연구에 대해 어떤 조언을 해 주시고 싶은지 여쭙고 싶다.

1) 권오걸, 북한 형사소송법상의 예심절차, 법학논고 25호, 경북대학교 법학연구소, 2006

[제2주제]

무죄추정 원칙의 의미와 적용범위

최병천 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 김성룡 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 안원하 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

무죄추정원칙의 의미와 적용범위

최병천 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서론

추정은 일반적으로 어느 사실(전제사실)에서 다른 사실(요증사실)을 추인하는 것을 말한다.[1] 추정에는 법률상의 추정과 사실상 추정이 있다. 사실상 추정은 일반적 경험법칙을 적용하여 행하는 추정을 말한다. 사실상 추정은 법관이 경험법칙을 적용하여 일정한 전제사실로부터 증명할 사실을 추정하는 것이므로 자유심증주의의 과정이다.[2] 사실상 추정은 추정된 사실이 진실인지에 관하여 의심을 품게 할 반증으로 깨뜨려진다. 법률상 추정은 이미 법규화된 경험법칙, 즉 법률상 추정규정을 적용하여 행하는 추정을 말한다. 법률상 추정은 일반적으로 법률상의 규정에 의하여 예외적으로 법률의 해석에 의하여 인정되고, 주장사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증명이 있어야 깨뜨려진다.[3]

무죄추정의 원칙에서 무죄를 추정한다는 것은 무슨 의미일까? 사실상 추정일까? 만약 사실상 추정이라면 피의자가 임의로 자백하거나, 피의자의 범행을 입증할 CCTV 등 객관적 증거가 명확한 때에는 무죄추정은 깨어진다고 보아야 할 것이다. 그러나 학설과 판례는 일치하여 무죄추정의 원칙은 유죄가 확정될 때까지는 깨뜨려지지 않는 것이므로 반증은 허용되지 않는다고 본다. 즉, 무죄추정에 있어서는 주장사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증명에 의해 추정을 깨뜨릴 수 없다. 그렇다면 무죄추정원칙에서의 추정은 사실상 추정이 아니라고 볼 수밖에 없다. 또한, 무죄의 추정은 피의자 또는 피고인이라는 신분을 가진 모든 사람에게 이루어지기 때문에, 무죄를 추인 내지 추정할 수 있기 위해서는 그 전제사실이 존재할 필요가 없다. 이러한 점에서도 무죄추정원칙에서의 추정은 사실상 추정이 아니다.

전제사실의 존재가 무죄추정의 성립요건이 아니라는 점에서 무죄추정의 원칙은 법률상 추정이라고 볼 수도 없다.

결론적으로 무죄추정원칙에서의 추정은 민사소송이나 형사소송에서 말하는 통상적인 의미의 추정과는 전혀 다른 성격의 것이다.

그렇다면 무죄추정원칙에서 추정의 의미는 무엇일까?

피의자와 피고인은 유죄가 확정되기까지 무죄로 추정된다. 그럼에도 불구하고 피의자와 피고인을 체포·구속하여 유치장과 구치소에 수용함으로써 그들의 신체의 자유를 현저히 침해하는 실무

---

1) 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2016, 711면.
2) 정재훈, "법률상 추정과 사실상 추정", 민사증거법(상), 재판자료 25집, 1985, 313면 이하.
3) 민법 제30조의 법률상추정에 관한 대판 1998. 8. 21. 98다8974 참조.

는 당연한 것으로 여겨진다. 수사기관과 사법기관은 무죄가 추정되는 피의자, 피고인들을 체포·구속하여 수갑 등 계구를 착용시키고, 더 나아가 체포·구속으로 인하여 시설에 수용된 사람들의 접견, 편지수수, 전화통화, 종교와 문화활동 등에 제한을 가하고 있다. 피의자, 피고인을 체포·구속하고 시설에 수용함에 있어 무죄추정의 원칙은 어떠한 기능을 하는 것일까?

수사기관이 피의자를 체포하거나 구속영장을 청구하는 것은 범죄사실이 체포·구속을 할 수 있을 만큼 상당한 정도로 소명되었다는 판단을 하였음을 의미한다. 법원이 검사가 청구한 구속영장을 발부하거나, 피고인을 구속하는 것 역시 범죄사실이 상당한 정도로 소명되었다는 판단이 전제된다. 수사기관과 법원이 피의자, 피고인에 대해 범죄사실이 상당한 정도로 소명되었다고 판단하는 것은 유죄가 확정될 때까지 반증이 허용되지 않을 정도로 무죄가 추정된다는 무죄추정의 원칙에 반하지 않을까?

유죄를 선고하기 위해서는 검사가 범죄를 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 입증하여야 한다는 입증원칙은 무죄추정원칙과 어떤 논리적 연관성을 가지는 것일까?

무죄추정은 수사기관과 사법기관이 수사와 재판을 하는 과정에서만 적용되는 원칙인지 불분명하다. 예컨대 언론이 특정한 범죄에 관하여 수사과정과 피의자·피고인의 신상정보를 명시적, 묵시적으로 보도하는 것이 무죄추정의 원칙에 반하는지가 문제된다. 무죄추정의 원칙을 극단적으로 적용한다면 이러한 경우에 언론은 무조건 피의자·피고인은 무죄라고 보도하여야 하는 것은 아닐까? 지방자치단체의 장이 구속되어 자치단체 업무를 정상적으로 처리하기 곤란하게 되었을 때 그 자치단체장을 업무에서 직무배제하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하는 것일까?

피의자와 피고인에 대해서 무죄를 추정하는 이유는 무엇이고, 그러한 무죄추정을 어느 범위에서 인정하여야 할까?

이 논문은 무죄추정을 둘러싼 이상과 같은 의문점들을 염두에 두고, 무죄추정원칙에 관한 기존의 논의를 간단히 정리한 다음, 서구, 특히 미국에서 무죄추정의 원칙이 전개되어온 역사적 과정을 살펴보고 이를 토대로 무죄추정의 의미와 적용범위에 관한 의견을 개진하였다.

Ⅱ. 무죄추정원칙의 적용범위에 관한 논의의 개관

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 형사소송법 제275조의2도 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있다.

헌법과 형사소송법은 무죄의 추정을 피고인에게 적용하는 것처럼 표현하고 있지만, 무죄추정의 원칙이 피의자에게도 적용된다는 점에 대해서는 대부분의 견해가 일치되고 있다.[4] 따라서 무죄

4) 김미라, “법정구속과 무죄추정원칙”, 법학논총 제39권 제3호(2019. 8.), 175면. 대판 2017. 10. 31.

추정의 원칙은 피의자라는 신분이 시작되는 수사의 개시에서부터 피고인이라는 신분이 소멸되는 유죄판결의 확정시까지 적용된다.

헌법재판소는 무죄추정의 원칙에 관하여 "피고인이나 피의자를 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주어서는 아니 된다는 것을 뜻하고, 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다"라고 정의하였다.[5] 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함되며, 공소제기된 변호사에 대한 법무부장관의 업무정지명령도 이에 해당한다.[6]

무죄추정원칙의 헌법적 법적 성격에 대해서는 헌법학자들을 중심으로, 1) 헌법의 원칙으로 보는 입장과 2) 기본권으로 파악하는 입장, 3) 두 가지 성격을 모두 가지고 있다고 보는 입장으로 나뉘고 있다.[7] 헌법재판소는 기본권으로 판시하기도 하였으나, "무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리"라며 기본적으로는 헌법원칙으로 파악하고 있다.[8] 대법원도 무죄추정의 원칙에 관하여 '수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙으로서, … 우리 형사법의 기초를 이루고 있다'고 판시함으로써 기본적으로 헌법원칙으로 파악하고 있다.[9]

무죄추정의 구체적인 내용에 대해서는 1) 인신구속 등 강제처분의 제한, 2) 불이익한 처우의 금지, 3) 증명의 기본원칙(의심스러울 때는 피고인의 이익으로)으로 분류하는 것이 일반적이다.[10] 헌법재판소는 무죄추정의 원칙이 제도적으로 표현된 것으로는 거증책임을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 그리고 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등이 있다고 한다.[11]

무죄추정의 적용범위는 대부분 헌법재판소의 결정에서 다루어지고 있으므로 이하에서 헌법재판소의 결정을 통해 무죄추정의 적용 범위를 살피되, 무죄추정이 문제되는 영역을 형사절차, 민사절차, 행정절차로 분류한다.

2016도21231은 '무죄추정의 원칙은 수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙'이라고 판시하였다. 무죄추정원칙이 피의자에게 적용된다는 헌법재판소의 결정으로는 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마 728; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25; 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111; 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82 등.

5) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바298; 헌재 2015. 2. 26. 2012헌바435; 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마461; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302.

6) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48.

7) 김미라, "법정구속과 무죄추정원칙", 법학논총 제39권 제3호(2019. 8.), 174면.

8) 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마 728.

9) 대판 2017. 10. 31. 2016도21231

10) 김미라, "법정구속과 무죄추정원칙", 법학논총 제39권 제3호(2019. 8.), 174면.

11) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41.

1. 형사절차

가. 구속

1) 불이익한 처우의 금지

무죄추정의 원칙은, 피고인이나 피의자를 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주어서는 아니 된다는 것을 뜻하고, 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다.[12)]

2) 불구속수사·재판의 원칙

무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사, 불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이다.[13)]

3) 구속기간의 최소한

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사와 재판은 원칙적으로 불구속상태에서 이루어져야 한다. 그러므로 구속은 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 예외적인 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 한다.[14)]

4) 구속사유 심사 시의 고려사항

'법원의 구속사유 심사 시 고려사항(형사소송법 제70조 제2항)을 수사기관의 피의자 구속에 관하여 준용하는 것은, 형사피의자를 일단 유죄라고 추정한 위에 사안의 중대성 등의 실체적 사유를 고려하여 구속 여부를 결정하도록 하려는 입법이 아니라, 범죄의 상당한 소명을 전제로 형

12) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바298; 헌재 2015. 2. 26. 2012헌바435; 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마461; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302.
13) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111; 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82.
14) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25.

사절차 확보를 위한 구속에 있어서 고려하여야 할 사유를 객관화하여 구체적으로 거시한규범이므로 오히려 헌법상 무죄추정의 원칙에 충실하고 또한, 위 조항은 구속에 있어서의 비례의 원칙을 재확인하여 구속판단의 신중을 기하려는 데에 입법취지가 있으므로 이로 인하여 도주 또는 증거인멸의 가능성 내지 개연성이 없는 피의자까지도 구속될 위험이 높아져 불구속 수사·재판 원칙에 반하게 되는 결과를 초래하는 것도 아니므로 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 수 없다.[15]

5) 구속 이전과 이후의 미결수용자에 대한 처우

구금 자체의 폐단을 최소화하고 필요이상으로 자유와 권리가 제한되는 것을 피하기 위해서, 그리고 이들의 형사절차상 방어권의 실질적 보장을 위해서는 규율수단의 선택에 있어 충돌되는 이익들간의 신중한 비교교량을 요하며, 통제의 효율성에만 비중이 두어져서는 아니 된다. 아직 구속 여부에 관한 종국적 판단조차 받지 않은 잠정적 지위에 있는 미결수용자에 대한 기본권 제한은 구속영장이 발부·집행된 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 한다.[16]

6) 구속피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리

헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것이다.[17]

나. 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한

1) 원칙

무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안 된다.[18]

---

15) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바8.
16) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527; 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마623; 헌재 2016. 4. 28. 2012헌마549.
17) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111.
18) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등.

2) 구속된 피의자에 대한 신체자유의 제한

무죄추정을 받는 피고인이라고 하더라도 그에게 구속의 사유가 있어 구속영장이 발부, 집행된 이상 신체의 자유가 제한되는 것은 당연한 것이므로, 이러한 조치가 무죄추정의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수는 없다.[19]

3) 미결수용자의 의복착용

미결수용자가 수사 또는 재판을 받기 위해서 구치소 밖으로 나올 때에 사복을 입지 못하게 하는 경우, 수사 및 재판단계에서 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 미결수용자로 하여금 모욕감이나 수치심을 느끼게 하고, 심리적인 위축으로 방어권을 제대로 행사할 수 없게 하여 실체적 진실의 발견을 저해할 우려가 있으므로 무죄추정의 원칙에 반한다.[20]

다만, 구치소 안에서 미결수용자에게 사복을 입지 못하게 하는 것은 구금 목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성·합리성을 갖춘 재량의 범위 내의 조치이다.[21]

4) 미결수용자의 보호장비 착용

무죄추정의 원칙 등에 따라 구금된 피의자는 형의 집행에 관한 법률 제97조 제1항 각호에 규정된 사유에 해당하지 않는 이상 보호장비 착용을 강제당하지 않을 권리를 가지므로 검사는 조사실에서 피의자를 신문할 때 교도관에게 보호장비의 해제를 요청할 의무가 있고, 교도관은 이에 응하여야 한다.[22]

5) 미결수용자의 신문기사 구독

미결구금에 의한 수용자가 구독하는 신문기사를 삭제하여 구독하게 한 처분은 청구인의 유죄를 전제한 것이 아니므로 무죄추정의 원칙을 침해하였다고 볼 수 없다.[23]

---

19) 대판 2001. 11. 30. 2001도5225.
20) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137. 같은 취지로는 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209; 헌재 2015. 12. 23. 2013헌마712.
21) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137.
22) 대결 2020. 3. 17. 2015모2357.
23) 헌재 1998. 10. 29. 98헌마4.

6) 미결수용자에 대한 징벌처분

미결수용자가 교정시설 내에서 규율위반행위 등을 이유로 금치처분을 받은 경우 금치기간 중 서신수수, 접견, 전화통화를 제한하는 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 조항들은 수용시설 내에서의 징벌처분에 관한 것이어서 위 조항들이 미결수용자에게 유죄 인정의 효과로서 불이익을 가한다고 보기 어렵다. 따라서 위 조항들은 헌법상 무죄추정의 원칙에 반하지 아니한다.[24)]

7) 미결수용자에 대한 국민건강보험급여의 정지

교도소에 수용된 때에는 국민건강보험급여를 정지하도록 한 것은 수용자에게 불이익을 주기 위한 것이 아니라, 국가의 보호, 감독을 받는 수용자의 질병치료를 국가가 부담하는 것을 전제로 수용자에 대한 의료보장제도를 합리적으로 운영하기 위한 것으로 미결수용자에게 어떤 불이익을 주기 위한 것은 아니므로 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.[25)]

8) 미결수용자에 대한 국민기초생활보장 수급권 제외

'국민기초생활 보장법'상의 수급권자가 구치소에 수감되어 형이 확정되지 않은 상태에서 개별가구에서 제외되는 것은 위 법의 보충급여의 원칙에 따라 다른 법령에 의한 생계유지의 보호를 받게 되는 경우, 중복적인 보장을 피하기 위한 것으로서 이를 '유죄인정의 효과'로서의 불이익이라고 보기 어려우므로, 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.[26)]

9) 마약류사범에 대한 특별 관리

마약류 사범에 대하여 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 범위에서 다른 수용자와 달리 관리할 수 있도록 한 법률조항은 그 마약류 사범이 미결수용자인지 또는 수형자인지 여부를 불문하고 마약류에 대한 중독성 및 높은 재범률 등 마약류사범의 특성을 고려한 처우를 할 수 있음을 규정한 것일 뿐, 마약류사범인 미결수용자에 대하여 범죄사실의 인정 또는 유죄판결을 전제로 불이익을 가하는 것이 아니므로 무죄추정원칙에 위반되지 아니한다.[27)]

---

24) 헌재 2016. 4. 28. 2012헌마549등.
25) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마31등.
26) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등.
27) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바63.

10) 미결구금일수에 대한 보상과 본형산입

미결구금은 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 박탈하고 있다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 유사하기 때문에, 무죄추정의 원칙에 따라 그 구금기간에 대한 정당한 평가와 보상이 이루어져야 한다. 구금된 피고인이 무죄판결을 받은 경우 형사보상법 등에 의하여 미결구금일수에 따른 금전적 보상을 받을 수 있고, 유죄판결을 받은 경우에는 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다.[28)]

다. 공판절차

1) 증인신문사항의 제출

재판청구권에 더하여 무죄추정의 원칙을 종합하면, 형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며, 검사에 대하여 "무기대등의 원칙"이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.[29)]

다만, 재판장이 필요하다고 인정할 때에는 증인의 신문을 청구한 자에 대하여 신문사항을 기재한 서면의 제출을 명할 수 있고, 법원은 위 명을 받은 자가 신속히 그 서면을 제출하지 아니한 경우에는 증거결정을 취소할 수 있는 소송지휘권은 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하였다고 할 수 없다.[30)]

2) 피고인에 대한 출국금지

형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있다는 규정은 형사재판에 계속 중인 사람이 국가의 형벌권을 피하기 위하여 해외로 도피할 우려가 있는 경우 법무부장관으로 하여금 출국을 금지할 수 있도록 하는 것일 뿐으로, 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익 즉, 유죄를 근거로 형사재판에 계속 중인 사람에게 사회적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이라고 보기 어렵다.[31)]

---

28) 헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13등. 미결구금일수의 본형산입에 관하여 같은 취지로는 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25.
29) 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46.
30) 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46.
31) 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302.

3) 경찰공무원의 증인적격

경찰 공무원은 당해 피고인에 대한 수사를 담당하였는지의 여부에 관계없이 그 피고인에 대한 공판과정에서는 소송당사자가 아닌 제3자라고 할 수 있어 증인의 지위에 있을 수 있음을 부정할 수 없고, 이러한 증인신문 역시 실체적 진실을 발견하기 위한 것이지 피고인을 유죄로 추정하기 때문이라고 인정할 만한 아무런 근거도 없다는 점에서, 무죄추정의 원칙에 반한다고 말할 수는 없다.[32]

4) 공소장일본주의 목적

공소장일본주의는 당사자주의 구조를 기본으로 하는 우리 형사소송절차에서 공판중심주의, 증거재판주의, 직접심리주의 및 무죄추정의 원칙을 실현하기 위한 중요한 원칙이다.[33]
공소사실에 피고인이 전에 받은 소년부송치처분과 직업 없음을 기재한 것은 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하므로 헌법상의 무죄추정조항에 위배되지 않는다.[34]

5) 무기대등의 원칙

무죄추정의 원칙에 따라 형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며, 검사에 대하여 '무기대등의 원칙'이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.[35] 그러나 무기대등의 원칙은 형사피고인에게 유리한 모든 절차적 권리를 절대적으로 보장하는 것은 아니다. 형사재판절차는 소극적 진실주의 뿐만 아니라, 적극적 진실주의, 신속한 재판을 받을 권리 등도 종합적으로 고려되어 구성되어야 하기 때문이다.[36]

6) 국민참여재판 대상사건의 제한

국민참여재판의 대상사건을 형사사건 중 합의부 관할사건으로 한정한 '국민의 형사재판 참여에 관한 법률' 조항에 관하여, 기소된 범죄가 합의부 관할사건인 경우에만 피고인에게 국민참여재판 신청권을 부여하는 것은 피고인에 대한 범죄사실 인정이나 유죄판결을 전제로 하여 불이익을 과

32) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41.
33) 대판 2009. 10. 22. 2009도7436 전합.
34) 대판 1990. 10. 16. 90도1813.
35) 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1.
36) 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바221.

하는 것이 아니므로 무죄추정의 원칙과 무관하다.[37]

7) 피고인의 국민참여재판 배제

국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우 법원이 국민참여재판 배제 결정을 할 수 있도록 한 것은 국민참여재판의 특성에 비추어 그 절차로 진행함이 부적당한 사건에 대하여 법원의 재량으로 국민참여재판을 하지 아니하기로 하는 결정을 할 수 있도록 한 것일 뿐, 피고인에 대한 범죄사실 인정이나 유죄판결을 전제로 하여 불이익을 과하는 것이 아니므로 무죄추정원칙에 위배된다고 볼 수 없다.[38]

8) 청문절차 없는 압수

관세법상 몰수할 것으로 인정되는 물품을 압수한 경우에 있어서, 재판이나 청문의 절차도 밟지 아니하고 압수한 물건에 대한 피의자의 재산권을 박탈하여 국고귀속시킴으로써 그 실질은 몰수형을 집행한 것과 같은 효과를 발생하게 하는 것이므로 무죄추정의 원칙에 위배된다.[39]

라. 입증책임

무죄추정의 원칙은 '의심스러운 때에는 피고인의 이익으로'라는 증명의 기본원칙이 된다.[40]

1) 배심재판에서 무죄추정의 원칙에 관한 설명의무

재판장은 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제1항과 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제37조 제1항에 따라 배심원이 올바른 평결에 이를 수 있도록 '피고인의 무죄추정'에 관하여 설명할 의무가 있고, 이를 설명하지 않는 것은 원칙적으로 위법하다.[41]

2) 공소사실에 부합하는 증언의 신빙성을 배척하기 위한 요건

항소심은 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유를 들어 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니된다. 특히 공소사실을 뒷받침하는 증

37) 헌재 2015. 7. 30. 2014헌바447.
38) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바298.
39) 헌재 1997. 5. 29. 96헌가17.
40) 대판 2017. 10. 31. 2016도21231.
41) 대판 2014. 11. 13. 2014도8377.

인의 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 뒤집는 경우에는, 무죄추정의 원칙 및 형사증명책임의 원칙에 비추어 이를 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우라야 한다.[42]

3) 원진술자의 진술불능과 전문증거의 증거사용

진술을 요할 자가 외국거주로 인하여 진술할 수 없는 경우에 예외적으로 전문증거의 증거능력을 인정하는 규정은 피고인을 유죄라는 전제에서 예외적으로 전문증거의 증거능력을 인정하는 것이 아니라 외국거주의 사유로 원진술자가 법정에서 진술할 수 없어 부득이 피고인이 반대신문을 할 수 없는 경우에 관한 것이므로 무죄추정의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다.[43]

4) 성폭력 피해자의 진술이 수록된 영상녹화물의 증거사용

동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 성폭력 피해아동의 진술이 수록된 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 한 증거능력 특례조항은 피고인이 유죄라는 전제에서 전문증거의 증거능력을 인정하는 것이 아니라, 피해아동이 법정에서 피해경험을 진술함으로 인하여 입을 수 있는 2차 피해를 방지하는 데 목적이 있을 뿐이고, 아동진술의 특수성에 비추어, 사건이 발생한 초기에 이루어진 피해아동의 진술을 영상녹화하여 전문적이고 과학적인 방법을 통해 그 신빙성을 검증하는 것이 피고인의 무고함을 밝히는 데 보다 적합한 수단이 될 수도 있으므로, 증거능력 특례조항이 피고인이 유죄임을 전제로 한 규정이라고 볼 수 없다.[44]

마. 소년보호사건

소년보호사건은 소년의 개선과 교화를 목적으로 하는 것으로서 통상의 형사사건과는 구별되어야 하고, 법원이 소년의 비행사실이 인정되고 보호의 필요성이 있다고 판단하여 소년원 송치처분을 함과 동시에 이를 집행하는 것은 무죄추정원칙과는 무관하다. 소년보호사건에서 소년은 피고인이 아닌 피보호자이며, 원 결정에 따라 소년원 송치처분을 집행하는 것은 비행을 저지른 소년에 대한 보호의 필요성이 시급하다고 판단하였기 때문에 즉시 보호를 하기 위한 것이지, 소년이 비행을 저질렀다는 전제하에 그에게 불이익을 주거나 처벌을 하기 위한 것이 아니다. 또한 항고심에서는 1심 결정과 그에 따른 집행을 감안하여 항고심 판단 시를 기준으로 소년에 대한 보호의 필요성과 그 정도를 판단하여 새로운 처분을 하는 것이다. 따라서 1심 결정에 의한 소년원

42) 대판 2010. 3. 25. 2009도14065.
43) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45.
44) 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108.

수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 않더라도 이는 무죄추정원칙과는 관련이 없으므로 위 조항은 무죄추정원칙에 위배되지 않는다.[45]

바. 수형자

수형자의 경우에는 이미 유죄판결이 확정된 자이므로 무죄추정의 원칙이라든가 방어권이 문제될 여지가 없다.[46]

2. 민사절차

무죄추정원칙이나 방어권은 원칙적으로 형사재판에서 문제되는 기본권인데, 청구인이 출정한 재판은 청구인이 국가를 상대로 제기한 민사재판이었고, 민사재판에서의 법관이, 당사자가 운동화가 아니라 고무신을 신었다는 이유로 불리한 심증을 갖거나 불공정한 재판진행을 하게 될 우려가 있다고 볼 수는 없다. 따라서 수형자인 청구인의 민사재판 출정시 운동화착용을 불허하였다고 하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 여지는 없다.[47]

3. 행정절차

가. 직무배제

1) 기소된 공무원에 대한 필요적 직위해제

형사사건으로 기소되면 필요적으로 직위해제처분을 하도록 한 국가공무원법에 관하여, 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있는가의 여부에 무관하게 경우에 따라서는 벌금형이나 무죄가 선고될 가능성이 큰 사건인 경우에 대해서까지도 당해 공무원에게 일률적으로 직위해제처분을 하지 않을 수 없도록 한 것은 무죄추정의 원칙에 위반된다.[48]

2) 금고 이상의 형을 선고받은 지방자치단체장을 대신하는 권한대행제도

지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대

45) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌마768.
46) 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209.
47) 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209.
48) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가12.

행하도록 한 것은, 사회적 비난 내지 부정적 의미의 차별을 가하기 위하여 그를 직무에서 배제하는 것이 아니고, 사회적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이 아니라 신뢰를 상실한 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 권한대행제도의 부수적 산물이란 점에서 그와 같은 불이익은 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 볼 수 없으므로 사회적·윤리적 비난을 수반하는 불이익이라거나 유죄를 근거로 하는 부정적 의미의 기본권 제한이라고 볼 수 없어 무죄추정의 원칙에 저촉되지 않는다.[49]

4) 금고 이상의 형을 선고받은 지방자치단체장을 대신하는 권한대행제도

지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 제111조 제1항 제3호는 '금고 이상의 형이 선고되었다.'는 사실 자체에 주민의 신뢰가 훼손되고 자치단체장으로서 직무의 전념성이 해쳐질 것이라는 부정적 의미를 부여한 후, 그러한 판결이 선고되었다는 사실만을 유일한 요건으로 하여, 형이 확정될 때까지의 불확정한 기간 동안 자치단체장으로서의 직무를 정지시키는 불이익을 가하고 있으며, 그와 같이 불이익을 가함에 있어 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정하지도 않았으므로, 무죄추정의 원칙에 위배된다.[50]

4) 지방자치단체장이 공소제기 후 구금된 경우 부단체장의 권한대행제도

지방자치단체의 장이 '공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우' 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 제111조 제1항 제2호는 공소제기된 자로서 구금되었다는 사실 자체에 사회적 비난의 의미를 부여한다거나 그 유죄의 개연성에 근거하여 직무를 정지시키는 것이 아니라, 구속되어 있는 자치단체장의 물리적 부재상태로 말미암아 자치단체행정의 원활하고 계속적인 운영에 위험이 발생할 것이 명백하여 이를 방지하기 위하여 직무를 정지시키는 것이므로, '범죄사실의 인정 또는 유죄의 인정에서 비롯되는 불이익'이라거나 '유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난'이라고 볼 수 없다. 따라서 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다.[51]

5) 공소제기된 변호사에 대한 법무부장관의 재량적 업무정지명령

법무부장관은 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다는 구 변호사법 제15조에 관하여, 공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의

49) 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등.
50) 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418.
51) 헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474.

확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다는 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 반한다.[52]

6) 공소제기된 변호사에 대한 법무부장관의 재량적 업무정지명령

변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우 법무부변호사징계위원회의 결정을 거쳐 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있도록 한 변호사법은 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다. 공소제기된 변호사에 대하여 유죄의 개연성을 전제로 한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 중대한 공익을 보호하기 위한 잠정적이고 가처분적 성격을 가지는 것으로, 법무부장관의 청구에 따라 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령을 발할 수 있도록 하는 한편, 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하고, 그 기간 또한 원칙적으로 6개월로 정하도록 함으로써, 그러한 불이익이 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있기 때문이다.[53]

7) 기소된 교원에 대한 필요적 직위해제처분

형사사건으로 기소된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정한 구 사립학교법 제58조의2 제1항 단서에 관하여, 당해 교원이 자기에게 유리한 사실의 진술이나 증거를 제출할 방법조차 없이 일률적으로 판결의 확정시까지 직위해제처분을 하는 것은, 무죄추정의 원칙에 반한다.[54]

8) 기소된 공무원에 대한 재량적 직위해제처분

형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 한 규정은 직위해제처분을 받은 공무원에 대한 범죄사실 인정이나 유죄판결을 전제로 하여 불이익을 과하는 것이 아니므로 무죄추정의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.[55]

---

52) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48.
53) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45.
54) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3.
55) 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12.

나. 행정제재

1) 과징금 부과

형사처벌이 아니라 행정상의 제재인 과징금 부과에 관하여, 행정소송에 관한 판결이 확정되기 전에 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.[56]

2) 징계부가금

공무원의 징계 사유가 공금 횡령인 경우 해당 징계 외에 공금 횡령액의 5배 내의 징계부가금을 부과하도록 한 지방공무원법 조항에 관하여, 징계부가금은 공무원이 법 위반행위로 기소되었다는 사실만으로 부과되는 불이익이 아니라, 지방공무원법상 징계사유가 인정됨을 전제로 이루어지는 행정상의 제재이다. 공무원의 공금 횡령 행위를 근거로 별도의 행정절차를 거쳐 부과되는 징계부가금은 '범죄사실의 인정 또는 유죄의 인정에서 비롯되는 불이익'이라거나 '유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난'이라고 볼 수 없다. 행정소송에 관한 판결이 확정되기 전에 행정청의 처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정하는 것은 징계부가금에 국한되는 것이 아니라 우리 행정법체계에서 일반적으로 채택되고 있는 것이므로, 징계부가금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 곧바로 무죄추정원칙에 위배된다고 할 수 없다.[57]

3) 가짜석유제품 판매에 제공된 시설에 대한 석유판매업 등록 제한

가짜석유제품 판매와 관련이 없는 임대인에게도 2년 동안 가짜석유제품 판매에 제공된 시설을 이용하여 석유판매업 등록을 하지 못하도록 한 것은, 가짜석유제품 판매 등에 제공된 시설 자체에 대한 이용제한일 뿐, 가짜석유제품 판매와 무관한 임대인에 대하여 범죄사실의 인정 또는 유죄판결을 전제로 불이익을 가하는 것이 아니므로 무죄추정원칙에 위배되지 아니한다.[58]

4) 공정거래법을 위반한 사업자단체에 대한 공정거래위원회의 재량적 법위반사실 공표명령

56) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25.
57) 헌재 2015. 2. 26. 2012헌바435.
58) 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마461.

공정거래위원회가 사업자단체의 공정거래법 위반행위가 있을 때에 당해 사업자단체에 대하여 '법위반사실을 공표하도록 명령할 수 있게 한 구 독점규제및공정거래에관한법률 제27조는 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분이다.[59]

Ⅲ. 무죄추정원칙의 역사적 전개

1. 로마법에서의 무죄추정[60]

미국의 연방대법원은 1895년에 Coffin 판결[61]에서 무죄추정의 역사적 전개에 관하여 상세히 언급하였다. Coffin 판결은 스파르타와 아테네의 법에 무죄추정이 실질적으로 구현되어 있다는 Greanleaf의 연구를 소개한 다음, 로마법대전(Corpus Juris Civilis) 중 법률문헌(Digesta and Pandectae)과 법전(Codex) 부분에 산재한 무죄추정 관련 표현들을 발췌하여 서술하였는데 그 일부는 다음과 같다.[62]

> "모든 기소하는 사람들은, 범죄사실이 '적합한 증인, 결정적인 문서 또는 정황증거'에 의해 '의심의 여지가 없는 증명(indubitable proof)'에 이르고 낮보다 밝은 정도로 입증될 수 있지 않으면 기소하지 않아야 한다는 사실을 이해하여야 한다".
> "트라야누스(Trajan) 황제는 죄를 지은 사람이 무죄 방면되는 것이 무고한 자가 사형을 선고받는 것보다 바람직하니 어떤 사람도 그의 불출석 상태에서 사형을 선고받아서는 안 된다는 글을 썼다".
> "의심스러운 때에는 언제나 사실관계를 가장 자비로운 방법으로 해석하는 것을 선택하여야 한다".

Coffin 판결은 "위와 같은 격언들은, 로마법이 널리 무죄추정에 의해 형법을 시행하였다는 점에 대해 의문이 없음을 보여주고 있다"라고 판단하면서 무죄추정원칙의 배후에 존재하는 로마의

59) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43.
60) Rinat Kitai, "PRESUMING INNOCENCE", 55 Okla. L. Rev. 257, 261 (2002)에 의하면 무죄추정의 뿌리를 로마법에서 찾는 견해로는, Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454-55 (1895); Cathy Lynne Bosworth, Note, Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence, 47 Ohio St. L.J. 277, 279 (1986); Jeff Thaler, Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial, 1978 Wis. L. Rev. 441, 460 (1978) 등이 있다.
61) Coffin v. United States, 156 U.S. 432(1895).
62) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454(1895).

철학을 설명하기 위해 율리아누스(Julian) 황제의 아래 일화를 소개하였다.[63]

Narbonensis의 총독인 Numerius에 대한 재판이 황제 앞에서 열렸다. Numerius는 범행을 부인하였고, 그의 범행이 충분히 입증되지는 않았다. Numerius를 기소한 Delphidius는 열정적인 사람이었는데, 범죄사실의 입증에 실패할 수밖에 없다는 사실을 알고 스스로를 자제하지 못한 채 "위대한 황제여! 만약 부정하는 것만으로 충분하다면, 앞으로 범죄자는 어떻게 됩니까?"라고 외쳤다. 이에 대해 율리아누스 황제는 "만약 기소하는 것만으로 충분하다면, 무고한 자는 어떻게 되는가?"라고 대답하였다.

Coffin 법원은 위 일화를 마음에 새긴 채 의심스러운 때에는 유죄평결이 가져올 복잡하고 곤란한 결과로부터 자유로운 무죄판단을 하여야 한다고 반복하여 설시하였다.[64] 따라서, Coffin 법원의 주장은 공판절차 이전에 구금된 사람은 공판절차에서 유죄평결이 이루어지지까지는 무죄추정이 보호하는 범위 안에 머문다는 것이다.[65]

2. 중세 이탈리아에서의 무죄추정

무죄추정의 원칙이 12세기 이탈리아 법에서부터 전개되었다고 보는 견해도 있다.[66] 중세 이탈리아에서 무죄추정의 원칙은 다양한 학파에 따라 서로 다른 특성을 가졌는데, 무죄추정의 원칙은 과거의 사회적 지위나 과거의 행동에 좌우되는 선택적인 추정이었고, '인성, 성격 그리고 과거'에 의해 품위 있는 행동을 했을 것으로 보이는 사람들만 무죄추정을 향유할 수 있었다고 보는 학파도 존재한다.[67] 이러한 견해에 의해 무죄추정은 그 자체가 하나의 증거로 되었고 그 결과 피고인에게 무고함을 입증하는데 도움을 주기도 하였다. 그렇지만 유죄의 증거가 강할 때는 피고인이 올바른 생활을 영위하였음을 입증하는 것이 곤란하였다.[68] 검사가 무죄추정을 신빙성 있게 탄핵한 때에는 공판절차에서 무죄추정의 역할이 끝나는 것이다. 현재의 무죄추정의 원칙은 일반원칙으로 간주되어 무죄가 아직 공식적으로 결정되지 않은 모든 개인에게 평등하게 적용되기 때

63) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 455(1895).
64) Cathy Lynne Bosworth, Note, Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence, 47 Ohio St. L.J. 277, 278 (1986).
65) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문 278면.
66) Rolf-J rgen K ster, Die Rechtsvermutung der Unschuld, note 13, at 8 (1979)(Rinat Kitai, 앞의 논문, 261면에서 재인용함).
67) People v. Conrow, 200 N.Y. 356, 360-62 (1911); John A. Seiff, The Presumption of Innocence, 25 J. Crim. L. & Criminology 53, 60-63 (1934).
68) K ster, supra note 13, at 18. 이와 같이 16세기 독일의 캐롤라인 법에서는 강력한 유죄의 증거가 제출되었을 때에는 판사가 피고인의 평판이 좋다는 사실에 근거한 판단을 하지 못하도록 금지하였다. Id. at 47.

문에, 중세 이탈리아의 선택적이고 제한적인 무죄추정은 현재의 무죄추정과 공통되는 속성을 가진 것은 아니다.

이와 달리 교회법은 무죄추정을 일반원칙으로 취급하여 모든 개인에게 적용 가능한 것으로 보았는바, 이러한 접근법은 모든 사람이 성질상 선하다는 전제에 기초하고 있다.[69] 15세기에 이탈리아의 세속법은 무죄추정이 자연법에서 비롯되는 일반원칙이라고 보았다.[70]

3. 영국 보통법(common law)에서의 무죄추정[71]

영국에서 무죄추정과 관련된 법언으로는 다음과 같은 것들이 있다.

England의 초기 법률보고서(law reports)로 12세기의 Edward 1세 때 발행된 연보(Year Books)에는 트라야누스 황제가 글로 썼다는 무죄추정에 관한 법언이 거의 동일한 형식으로 발견된다.[72] 15세기에 Fortescue는 "나는 진심으로 무고한 한 사람이 부당하게 사형선고를 받는 것보다 죄 있는 20명이 동정심을 통해 죄를 면하게 하고 싶다"라고 말하였다.[73]

그로부터 2세기 후에 Lord Hale은 "피고인이 그 범행을 저질렀다는 '사실에 대한 명시적인 증명(express proof of the fact)'이 없음에도 불구하고 피고인이 그 범죄를 저질렀을 것 같다는 정도의 증거에 의해 피고인을 유죄로 평결하는 경우들이 있는데, 무고한 1명을 '사형에 처하는 것(condemned)'보다 죄가 있는 5명이 처벌받지 않는 것이 더 좋기 때문에 이러한 때에는 매우 조심해서 결정을 내려야 한다"고 말하였다.[74]

18세기에 Blackstone은 "무고한 한 사람이 고통을 겪는 것보다 죄 있는 10명이 죄를 면하는 게 더 좋다"라고 말하였다.[75] Blackstone은 Lord Hale의 위 표현에 변경을 가함으로써, 무고한 사람이 곧 사망하게 되는 급박한 상태에 있지 않고 다만 고통을 겪게 될 뿐이라고 하더라도 법원이 무죄추정의 원칙에 의해 그를 보호해야 함을 주장한 것이다. 다시 말하면 무고할 수도 있는 1명이 억울하게 고통을 겪게 된다는 사정만으로도 무죄추정의 심사를 엄격하게 거치게 할 충분한 가치가 있다는 것이다.[76] 위 10:1은 '블랙스톤 비율(Blackstone ratio)'로 불리우는데, 오늘날 법률가들은 블랙스톤 비율을 로스쿨에서 일찍부터 교리처럼 주입받으며 학교에서도 이를 가르친다.[77]

---

69) Rinat Kitai, 앞의 논문, 262면.
70) Rinat Kitai, 앞의 논문, 262면.
71) Rinat Kitai, 앞의 논문, 262면에 의하면 영미법(Anglo-American law)이 무죄추정의 원천이라고 보는 견해로는 Elibol, supra note 18, at 35-36, 44; John Hatchard, Barbara Huber & Richard Vogler이 있다,
72) Y. B. 30 and 31 Edw. 1., 538 [James Bradly Thayer, "The Presumption of Innocence in Criminal Cases", 6 Yale L.J. 185, 187 (1897)].
73) James Bradly Thayer, 앞의 논문, 187면.
74) James Bradly Thayer, 앞의 논문, 187면; Coffin 면.
75) 4 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 352 [Alexander Volokh, "N Guilty Menn", 146 U. Pa. Rev. 173 (1997)에서 재인용함].
76) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문 278면.

19세기 초에 아일랜드에서는 "무고한 1명이 처벌받는 것보다는 99명의 범죄자가 죄를 면하는 것이 더 좋다"라는 일련의 판결들이 있었다.[78]

Coffin 판결은 초기 보통법 시기의 법원리에 있어서 무죄추정이 중요했음을 설명하기 위해 법의 원리에 대한 해석과 설명을 통해 현행 법학의 기초를 이룬 3명의 학자들을 인용했는데,[79] 위 3명의 학자들은 위에서 본 Lord Hale, Blackstone 그리고 다음의 Lord Gillies이다.

McKinley 사건에서 Lord Gillies는, "나는 무죄추정이 이성, 종교 그리고 인본주의를 그 기초로 삼고 있는 모든 법률에 존재하여야 한다고 생각한다. 이는 모든 법관의 마음에 지워지지 않는 문자로 새겨져야 할 법언이다. 무죄추정을 번복하기 위해서는 '절대적인 확실성에만 미치지 못할(short only of absolute certainty)' 수준의 유죄평결을 할 수 있는 유죄의 법률적 증거가 존재하여야 한다."라고 판시하였다.[80]

위에서 살핀 것처럼 무고한 1명이 억울하게 처벌받지 않도록 하기 위해서는, 몇 명의 범죄자가 처벌을 면하는 것을 감수하여야 할 것인지에 관하여 다양한 표현들이 존재한다.[81] 무고한 1명을 처벌하지 않기 위해 무죄 방면하는 것을 감수해야 할 범죄자의 숫자를 특정하려는 견해도 있다.[82] 이와 달리 1명이 억울하게 처벌받지 않도록 하기 위해서는, 처벌을 면하는 것을 감수하여야 할 범죄자의 숫자가 다양하게 제시되는 데 대해 그러한 숫자들을 문언 그대로 이해할 것이 아니고 이들은 모두 무고한 자를 처벌하는 것보다는 죄 있는 자를 무죄 방면하는 위험을 감수하는 것이 더 좋다는 것을 강조하는 정도의 차이일 뿐이라는 견해도 있다.[83]

보통법에서 정확히 언제부터 '피의자·피고인을 무죄로 추정'하는 것이 명확하게 '무죄추정'이라는 용어로 서술되었는지 분명하지 않다.[84] 영국 법원이 무죄추정을 증명의 원칙으로 공식화한 최초의 기록(The earliest recorded formulation of the presumption of innocence as a rule of proof)은 1657년도의 지방법원[85] 판결로서, 위 법원은 "법의 눈으로 보았을 때, 법률적으로 반

---

77) Alexander Volokh, 앞의 논문, 173-174면.
78) James Bradly Thayer, 앞의 논문, 187면.
79) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문 278면.
80) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문 278면.
81) 이에 관하여 Bentham은 다음과 같이 설명하였다(William S. Laufer, "THE RHETORIC OF INNOCENCE", 70 Wash.L.Rev. 329, at footnote 17, 1995).
우리는, 무고한 사람의 안전을 확보한다는 미명 하에 범죄에 대해 면책을 부여하려는 경향이 있는 심정적인 과장을 경계하여야 한다. 처음에는 한 사람의 무고한 사람을 처벌하는 것보다 죄가 있는 몇 사람을 방면하는 것이 좋다고 말해졌다. 이러한 법언을 보다 자극적으로 표현하기 위해 다른 사람들은 방면할 사람들의 숫자를 10으로 정했다. 사람들은 다시 10을 100으로 바꾸었다가 100을 1,000으로 변경하였다. 이와 같이 인본주의자로 칭송받고자 하는 자들도, 다시, 증거가 수학적인 확실성 내지 절대적인 확실성에 이르지 못하는 한 어떤 경우에도 처벌해서는 아니 된다고 주장하는 수많은 사람들에 의해 압도되었다. 이러한 법언에 따르면 무고한 사람의 처벌을 회피하기 위해서는 아무도 처벌할 수 없게 된다.
82) Alexander Volokh, 앞의 논문, 173-174면은 수많은 문헌을 통해 무죄 방면을 감수할 범죄자의 숫자가 시대적으로, 그리고 형벌의 종류(사형, 징역형, 벌금형 등)에 따라 다를 수 있음을 검토한 다음, 그러한 숫자를 확정하기 위한 공식을 제시하고 있다.
83) James Bradly Thayer, 앞의 논문, 187면.
84) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 455(1895).
85) 판결을 선고한 법원은 'the General Court of the Massachusetts Bay Colony'이다.

대로 입증되지 않는 한 모든 사람은 정직하고 무고하며, 법원과 배심원은 민·형사사건에 있어서 '만족할만한 증거에 의해 확신이 들지 않는 한 피고(인)에게 유리하게 사실판단을 하여야 한다." 라고 판시한 것이다.[86] 보통법에 관한 서적 중에서 가장 먼저 무죄추정이라는 용어를 명시적으로 언급한 것은 1802년에 출간된 McNally의 증거법이다.[87] 무죄추정의 원칙이 영국의 법과 관습에 관한 일반적인 논문과 백과사전에서 명시적으로 표현된 것은 18세기 중반 이전이다.[88]

4. 대륙의 무죄추정

이상에서 살펴본 바와 같이, 무죄추정의 원칙은 영미 사법을 기초로 하여 시간이 흘러감에 따라 전 세계로 퍼져나갔고 따라서 무죄추정 원칙의 근원이 영미법이라는 견해도 있을 수 있으나, 무죄추정은 유럽대륙과 영미법에서 평행하고 독립적인 길을 따라 발전되었다고 보아야 한다.[89]

무죄추정은 그 뿌리가 비교적 초기부터 나타나지만, 인간의 권리이자 정치적 도덕률이라는 원리로서 구체적으로 헌법적 성격을 가지고 헌법으로 편입된 것은 계몽시대에서의 일이다.[90] 무죄추정이 처음으로 선언된 것은 이 시기에 1789년의 프랑스의 인간과 시민의 권리 선언이다.[91] 무죄추정의 원칙은 18세기 후반에 모든 사람에게 부여된 헌법상의 기본권으로 인정되었다.[92] 무죄추정에 대한 종전의 이해가 이 시기에 확장되었고, 이는 추정을 다른 규정이나 법률이 파생되는 법률체계의 근본 원리로서 보는 견해를 반영하게 된 것이다. 그 이후인 19세기에 무죄추정의 원칙은 현대 법률체계의 기본 원리로 확고하게 자리 잡았다.[93]

5. 미국에서의 무죄추정

보통법이 발전하는 초기 시대에 구금은 사법적 판단의 대상이 된 경우가 거의 없고, 영국 군주에 의해 자의적으로 사용되었다. 하지만 마그나 카르타의 가장 저명한 조항에 의해 왕의 신하는 법률의 적정한 절차에 의하지 아니하고는 구금 기타의 처벌을 받지 않도록 보호되었다. 마그

86) François Quintard-Morénasa1, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE FRENCH AND ANGLO-AMERICAN LEGAL TRADITIONS, 58 Am. J. Comp. L. 107 (2010).
87) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 455(1895).
88) 이에 관하여 François Quintard-Morénasa1, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE FRENCH AND ANGLO-AMERICAN LEGAL TRADITIONS, 58 Am. J. Comp. L. 107, 131 (2010)은 논문은 "사람은 … 동료에 의해 사실인정이 달리 될 때까지는 무죄로 추정되어야 한다"는 1736년도의 논문과 "일부 사건에서는 (유죄임에 대한 충분한 증명이 있을 때까지는 언제나 무죄로 추정되어야 할) 사람에게 그가 방어할 수 있도록 돕기 위하여 공소장 사본을 이용할 수 있도록 허용되어야 한다."는 1759년의 백과사전을 인용하고 있다.
89) K ster, supra note 13, at 67-68; Paeffgen, supra note 14, at 46. Rinat Kitai, 앞의 논문, 262면.
90) Rinat Kitai, 앞의 논문, 263면.
91) Rinat Kitai, 앞의 논문, 263면.
92) Id. at 62-63, 77-78, 97-98; Paeffgen, supra note 14, at 46.
93) Rinat Kitai, 앞의 논문, 263면.

나 카르타 이후 수 세기 동안 적정 절차와 무죄추정은 보통법에서 그 내용을 채우게 되었다. 그 이후에도 군주의 권한남용이 이어지자 마침내 의회가 이러한 보통법상의 원칙을 보강하기 위해 조치를 취하였다. 이러한 보통법상의 원칙이 식민주의자와 함께 대서양을 건넜다. 미국에서는 역사적으로 무죄추정과 적정절차에 의해 피고인을 범죄로 처벌하기 위해서는 공판절차에서 법률적 결정이 이루어질 것을 요구되었다. 적정절차에 의하여 사람은 자유를 유지하고 적당한 법적 조치에 의하지 않고는 구금되거나 처벌되지 않도록 요구되었다.[94]

더구나 미국 형법의 근본원칙은 무죄추정에 의해 모든 '사형에 처할 수 없는 사건들(noncapital cases)'은 원칙적으로 보석이 허가되는 것으로 취급되었다.[95] 또한 보석의 주된 목적이 피고인으로 하여금 법정에 출석하도록 하는 데 있었기 때문에, 무죄추정의 원칙에 따라 판사는 피고인이 석방되면 범죄를 저지를 것 같다는 이유로 피고인을 구금할 수 없었고, 공판절차 이전 단계에서 피고인을 석방할지를 결정함에 있어 유죄에 대한 소명의 정도를 따질 수 없었다.[96]

미국의 판례는 무죄추정이 헌법에 근거하는지에 관하여, "무죄추정이 미국 헌법에 의해 요구되는 것은 아닐 수도 있지만, 유죄는 증명력 있는 증거에 의해 합리적 의심을 넘는 정도로 입증되어야 한다는 원칙이 훼손되지 않도록 하기 위해서는 수정헌법 제14조의 적정절차 조항을, 그러한 안전장치로 기능할 수 있도록 마음에 새겨야 한다."라고 판시하였다.[97]

Ⅳ. 무죄추정과 합리적 의심을 넘는 증명과의 관계(Coffin 판결)

1. Coffin 판결의 개요

Coffin 판결은, 판사가 무죄추정에 관하여 배심원에게 설명해주도록 요구받았음에도 이를 거부한 채 다만 합리적 의심을 넘는 입증이 없는 때에는 유죄평결을 하지 말라고만 설명해준 사안에

---

94) 이상의 내용은 Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454-55 (1895)을 인용하였다. 위 판결이 위와 같이 판사한 논거는 Erc ment Elibol, Die Vermutung der Unschuld im deutschen und t rkischen Strafverfahren 35 (1965); Cathy Lynne Bosworth, Note, Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence, 47 Ohio St. L.J. 277, 279 (1986); Jeff Thaler, Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial, 1978 Wis. L. Rev. 441, 460 (1978) 등이다.
Shima Baradarana1, 732는 역사적으로, 적정절차조항에 뿌리를 두고 있는 무죄추정에 의해 사형에 처할 수 없는 범죄로 기소된 피고인은 보석에 의해 석방되어야 하고, 공판절차 이전단계에서는 유죄의 결정을 해서는 아니 된다고 한다.

95) K ster, supra note 13, at 8.

96) Shima Baradarana1, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 728 (2011).

97) Estelle v. Williams, supra, 425 U.S., at 503; Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 485-486 (1978).

서, 무죄추정의 역사적 전개 과정을 상세히 살펴보고 무죄추정의 의미를 정의한 다음, 무죄추정과 입증책임과의 관계를 분석하여 양자가 서로 다른 개념이라는 결론에 이르게 되었다.

2. Coffin 판결이 정의한 무죄추정의 의미

Coffin 판결은 무죄추정에 관하여, "피의자·피고인에게 유리하게 그들의 무죄를 추정한다는 원리는 의심할 수 없는 법률이고,[98] 자명하며 기본적인 것이다. 무죄추정의 실행을 강제하는 것은 형법의 집행에 있어서 초석을 이룬다(The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law)"라고 정의하였다.[99] Coffin 판결은 위와 같은 정의가 문헌에서 '의문의 여지가 없는 것으로(unquestioned)' 서술되고, 연방과 몇 개의 주 법원 판결에서 '당연한 것으로(as a matter of course)' 언급되고 있다면서 8개의 문헌과 11개의 판결을 그 논거로 제시하였다.[100]

3. 무죄추정과 합리적 의심을 넘는 증명과의 관계

가. 검토의 경과

Coffin 판결에서 국가은행(National Bank)의 임원들인 피고인들이 은행 기금을 고의로 유용하거나 이와 관련된 범죄로 기소되어 1심에서 유죄평결을 받았다. 당시 판사는 피고인들로부터 배심원들에게 무죄추정에 관하여 설명해줄 것을 요구받고도 이를 거부하였고 다만 합리적 의심을 넘는 입증이 없는 때에는 유죄평결을 하지 말하는 설명을 해주었다. 연방대법원은 위와 같은 형태의 설명이 원심을 파기할 '위법한 사유(Error)'에 해당하는지는 판단하기 위해 무죄추정과 합리적 의심을 넘는 입증과의 관계에 관하여 판단하였다.[101]

Coffin 판결의 원심에서 판사가 무죄추정에 관하여 배심원에게 설명해주도록 요구받은 내용은, "법률은 피고인들이 증거능력있는 증거에 의해 유죄가 증명될 때까지 무죄라고 추정하고 있다. 피고인들은 모두 이러한 추정으로 인한 이익을 향유할 권리를 가지고 있다. 이러한 추정은, 피고인들의 유죄를 합리적 의심을 넘는 정도로 입증하는 증거에 의해 제거되지 않는 한, 피고인들을

98) 따라서 무죄추정은 헌법에 근거하고 있지 않다. Estelle v. Williams, 425 U.S. 501, 503 (1976)도 무죄추정은 미국 헌법에 명시적으로 표현되어 있지는 않다고 판시하였다. 이와 달리, 무죄추정은 적정절차를 규정한 미국 수정헌법 제14조에서 도출되는 헌법상의 원리라는 견해도 있다.

99) 리낫 키타이 260, 261은, 무죄추정이 자명하다는 주장이 역사적 사실과 항상 일치하는 것은 아니며, 과거에는 많은 피의자·피고인들이 무죄추정의 혜택을 받지 못하였다고 한다.

100) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453-454 (1895).

101) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 451-463(1895).

위한 충분한 보호장치로서의 지위를 유지하여야 한다(The law presumes that persons charged with crime are innocent until they are proven, by competent evidence, to be guilty. To the benefit of this presumption the defendants are all entitled, and this presumption stands as their sufficient protection, unless it has been removed by evidence proving their guilt beyond a reasonable doubt.)"라는 것이다.[102]

원심의 판사는 위와 같은 요구에 응하지 않았지만, 그 대신에 배심원에게 아래와 같이 설명해 주었다. "피고인을 유죄라고 판단하기 위해서는 배심원단이 … 기소된 범죄의 유죄에 관하여 합리적 의심을 넘어 만족할 정도에 이르러야 한다(Before you can find any one of the defendants guilty, you must be satisfied of his guilt, as charged …, beyond a reasonable doubt.')."라고 말하고 다시 "배심원들은, 증거가 공소사실에 대한 유죄판단을 합리적 의심을 넘는 정도로 정당화하고 있다는 점에 대해 만족할 수 있다면, 그 때 비로소 피고인들을 유죄라고 판단할 수 있다(You may find the defendants guilty …, if you are satisfied that, beyond a reasonable doubt, the evidence justifies it.)"라고 말한 다음 마지막으로 "유죄평결을 정당화하기 위해서는, 그 증거가, 모든 합리적인 의심을 배척할 정도로 배심원들의 판단을 만족시키는 그러한 성격을 가져야 한다. 그러므로 만약 피고인이 무죄라는 점에 부합하는 합리적인 가정이 존재하고 그러한 가정이 증거와 양립가능하다고 판단되는 때에는 배심원은 무죄로 판단하여야 한다. 모든 입증을 비교형량하고 그러한 입증만을 대상으로 삼아 공정하고도 정직하게 판단했을 때 피고인이 공소사실의 범죄를 저지르지 않았을 것이라는 믿음을 가질 수 있다면, 피고인은 그러한 의문으로 인한 이익을 향유할 권리가 있고, 배심원들은 피고인을 무죄 방면하여야 한다. 그렇다 하여 피고인의 유죄를 절대적인 확실성에 이를 정도로 입증하여야 하는 것은 아니고, 다만, 모든 증거에 의했을 때 피고인이 합리적인 의심을 넘는 정도로 유죄라는 점을 믿지 못한다면 유죄평결을 해서는 아니 된다는 것을 의미할 뿐이다.[103]

Coffin 법원은 위와 같은 사실관계를 인정한 다음, 원심 법원이 무죄추정에 관하여 설명하기를 거부하였지만, 합리적 의심에 대해서는 충분히 설명하였다고 판단하고,[104] 판사가 배심원에게 해주도록 요청받은 설명을 정확히 그대로 하지는 않았더라도, 실제 행한 설명이 요청받은 설명의 내용을 합당하게 포함하고 있다면 위법하지 않다는 확립된 법원칙을 원용하여,[105] 피고인의 범죄가 합리적 의심을 넘는 정도로 입증되지 않았다면 유죄평결을 해서는 아니 된다는 설명이, 무죄추정의 설명을 모두 구현하고 있는지에 관하여 검토한 내용은 다음과 같다.

---

102) James Bradly Thayer, 앞의 논문, 202면.
103) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454(1895).
104) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453(1895).
105) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 456(1895).

나. Coffin 판결 이전의 판례

Coffin 판결은 무죄추정과 합리적 의심을 넘는 증명과의 관계에 관하여 적용할 '전거(authority)'는 거의 없거나 불만족스럽다면서, 그 원인을, 무죄추정이 기본적인 것이어서 그에 대한 설명을 거절하는 사례가 드물게 발생했기 때문이라고 보았다.[106] Coffin 판결이 위와 같이 드물게 발생한 사례들에 관하여 검토한 판례는 다음과 같다.[107]

○ 택사스 법원: 법원은 설명 요구가 있는지 여부와 무관하게 무죄추정을 합리적 의심의 원칙과 함께 설명할 의무가 있다.
○ 인디애나 법원: 설명을 요구받았음에도 불구하고 무죄추정에 관하여 설명해주지 않은 경우에는, 배심원에게 합리적 의심을 넘는 증명이 이루어지지 않은 한 유죄평결을 해서는 아니 된다고 말해주었더라도 위법하다.
○ 미시간 법원: "합리적 의심의 원칙에 관하여 충분하고 합당하게 설명해주었고, 무죄추정에 관한 설명요구가 없었다면, 무죄추정에 관하여 언급하지 않은 것은 위법하지 않다", "무죄추정에 관하여 설명요구가 있었음에도 설명하지 않은 때에는, 합리적 의심에 관하여 배심원에게 충분히 설명해주었더라도 위법하다.".
○ 오하이오 법원: 국가는 법률상 범죄의 성립요소를 합리적 의심을 넘는 정도로 입증할 의무를 진다고 설명해준 경우에는 무죄추정에 관한 설명을 거부하였더라도 위법하지 않다.
○ 일부 판례: 무죄추정과 합리적 의심의 법칙을 동의어로 취급한 일부 판례는, 무죄추정과 합리적 의심의 법칙이 '법률적으로 동등한(legally equivalent)' 것인지에 관하여 직접적인 문제제기를 하지 않고 양자가 사실상 동일하다는 묵시적 전제 하에 양자 모두를 배심원에게 설명해주었다.

위와 같이 Coffin 판결 당시 무죄추정과 합리적 의심의 원칙의 관계에 관한 판례들은 서로 모순되어 결정적인 해결책이 되지 못하고 있었고, 학설도 비슷한 상황이었다.[108]

다. 무죄추정을 증거라고 본 Coffin 판결

Coffin 판결은 Greanleaf, Wills, Best 등의 학자나 일반인이 무죄추정을 '법률상의 추정(presumptio juris)'으로 인정하고 있다는 사실을 근거로 하여, 무죄추정은 피고인에게 유리하게 작용하는 증거이고, 합리적인 의심(reasonable doubt)은 필연적으로, 공소사실(또는 민사소송의

106) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 457 (1895).
107) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 457-458 (1895).
108) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 458 (1895).

청구원인)에 있어서 증거에서 도출되는 증명의 결과 생겨나는 마음의 상태(condition of mind)일 수밖에 없다고 보았다.[109] Coffin 판결에 의하면 합리적인 의심은 증명 자체가 아니라 증명으로 인한 결과이고, 반면에 무죄의 추정은 증명 도구의 하나로서 입증을 가져오는 것이어서 이러한 입증에서 합리적인 의심이 생겨난다. 이와 같이 무죄추정은 원인이고 합리적인 의심은 결과이어서, 양자는 동등하다(the one is the equivalent of the other).

라. Thayer의 비판

Coffin 판결 직후, Thayer는 소위 추정(presumption)이, 증거가 아님은 물론 증거의 세계에서 사실로부터 이끌어낸 추론(inference)도 아니며, 오히려 검사가 유죄의 증거를 제출하고 합리적 의심을 넘는 정도로 배심원을 확신시켜야 할 의무를 서술하는 하나의 방법이라는 점을 지적하면서, '무죄추정과 합리적 의심을 넘는 정도의 입증'의 구별에 관한 Coffin 판결의 오류를 솜씨 좋게 드러내었다.[110]

마. Agnew 판결

Agnew 판결은 판사가 배심원에게 증거에 의해 유죄가 입증될 때까지 피고인은 무죄의 추정을 받는다고만 설명하였을 뿐, '무죄추정이 피고인에게 유리하게 작용하는 증거'라는 Coffin 판결 등에서 판시한 법리에 대해서는 설명하지 않은 사안서, 무죄추정에 관한 Coffin 판결 등에서의 판시를 그대로 따를 필요는 없으며 오히려 '무죄추정이 피고인에게 유리하게 작용하는 증거'라고 설명했더라면 배심원을 혼동에 빠뜨렸을 것이라는 이유로 적법하다고 판시하였다.[111] Thayer의 위와 같은 비판이 있은 직후 선고된 Agnew 판결은 무죄추정을 증거라고 본 Coffin 판결의 입장에서 물러선 것이라고 평가된다.[112]

바. Taylor 판결

1978년에 선고된 Taylor 판결은 무죄추정과 입증책임에 관하여 다음과 같이 판시하였다.[113]

---

109) Coffin, 459은 이에 관하여, "왜냐하면 모든 법체계에 있어서, 법률상의 추정은, 그 추정의 효과가 최대한 발휘되는 정도로 추정에 따른 증명이라는 결과를 가져오는 증거로 취급되기 때문이다"라고 설명하였다.

110) James Bradley Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence 566-575 (1898)[Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, n.12 (1978)에서 재인용함].

111) Agnew v. United States, 165 U.S. 36, 51-52 (1897).

112) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. at 484, n. 12 (1978).

113) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. at 484, n. 12 (1978).

검찰이 입증책임을 지고 증거를 제출하여 (판사나 배심원을: 필자가 추가함) 설득하는 효과를 발생시킬 때까지는 피고인이 활동을 하지 않아도 안전한 상태를 유지하는 권리를 가지는데, 무죄추정은 피고인의 위와 같은 권리를 부정확하고 축약적으로 묘사한 것이라는 점이 오늘날 일반적으로 받아들여지고 있다. 다시 말하면, 민·형사의 피고나 피고인은 '유죄가 아닌 것으로 추정된다(presumed not to be guilty)'고 말하는 것은, 원고나 검사가 증거에 의해 청구원인이나 공소사실을 입증해야 한다고 말하는 것과 같다. 가장 중요한 부정확한 점은, 무죄추정이 기술적으로 '추정 즉, 증거의 세계에서 사실로부터 반드시 일정한 추론을 이끌어내야하는 것(presumption—a mandatory inference drawn from a fact in evidence)'이 아니라는 사실이다. 오히려 무죄추정은 '반대의 증거가 없을 때 마음껏 누릴 수 있도록 (무죄 상태를) 인정하는 것(an assumption that is indulged in the absence of contrary evidence)'이라는 특성을 가진다고 이해하는 것이 더 좋다.[114]

사. Coffin 판결의 결론과 의미

따라서 배심원에게 설명할 때 '법률적인 증거(즉, 무죄추정)'를 배제할 수 있고, 배심원이 실제로 자기들 앞에서 이루어진 입증을 기초로 하여 결론에 이르는 방법에 대해서 올바르게 설명이 행해진다면 위와 같은 배제로 인한 잘못은 치유된다. 다시 말하면, 배심원이 올바른 설명을 토대로 사실확인에 이르렀다면 입증에 있어서 중요한 요소를 배제한 것은 문제되지 않는다.[115]

Coffin 판결은 반복하여 의심스러운 때에는 무죄 방면하여야 한다고 판시하였고, 이로써 공판절차 이전 단계에서 구금된 자도 공판절차에서 유죄평결이 이루어질 때까지는 무죄추정의 보호범위 안에 남아 있게 되었다.[116]

---

114) 필자는 이 부분의 의미가, "무죄추정은 '전제사실로부터 인정되는 사실을 추론하는 추정'이 아니라, '반대의 증거가 없을 때 무죄라고 인정해주는 것'이라고 이해하는 것이 바람직하다."라는 것이라고 생각한다.

115) 필자는 Coffin 판결이 이 부분에서 전개한 논리를 다음과 같이 이해하였다.
무죄추정은 일종의 증거법칙이다. 즉, 무죄추정 자체가 증거로서 기능한다. 그런데 원심 판사가 배심원에게 무죄추정에 관하여 설명해주지 않았다. 그렇기 때문에 배심원이 사실확인을 함에 있어 증거로서 기능하는 무죄추정을 증거로 사용하지 못한 채 배제하였다. 그렇지만 배심원들은 무죄추정과 동등한 입증책임에 관하여 판사로부터 올바른 설명을 들었다. 배심원들이 무죄추정에 관한 설명을 듣지 못하였지만 그와 동등한 입증책임에 관한 설명을 듣고, 그들 앞에서 이루어진 증거조사에 따른 증명에 의해서 사실을 확인한 것은 적법하다.

116) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 278면.

Ⅴ. 보석과 무죄추정

1. 사형에 처할 수 없는 사건에서 보석허가의 원칙과 공판절차 이전 단계의 유죄판단 금지

1791년에 비준된 미국의 수정헌법 제8조는 과도한 보석금의 책정을 금지하였다(Excessive bail shall not be required).[117] 수정헌법 제8조는 보석에 의해 석방될 수 있는 절대적인 권리를 부여한 것은 아니고, 석방의 조건을 재정적 담보의 제공에 결부시킴으로써 '공판 전 단계에서 피고인이 자유로워야 한다는 것 및 사회가 피고인의 자유를 위한 책무를 진다는 것'과 '피고인의 공판정 출석을 확보할 필요가 있다는 것' 사이에서 조화를 도모한다.[118] 보석의 기능은 피고인이 공판절차에 출석하도록 보장하는 것에 한정되므로, 미국의 연방대법원은, 이러한 목적을 수행하기 위해 합리적으로 계산된 액수보다 더 고액으로 보석금을 책정하는 것은 수정헌법 제8조의 의미에서 과도한 보석으로 보았다.[119]

1789년에 제정된 미국의 '법원조직법(the Judiciary Act) 제33조는 "형사사건에서 체포가 이루어진 때에는 보석을 허가하여야 한다. 다만, '사형에 처할 수 있는 범죄(capital crime)'에 대해서는 보석을 허가하여서는 아니 되지만, 그러한 경우에도 연방 대법원 등은 범죄와 증거의 성격과 정황, 법조 관행 등을 고려하여 재량에 따라 보석을 허가할 수 있다."라고 규정하였다.[120] 사형에 처할 수 있는 범죄에 있어서는, 사형이 선고될 수도 있어서 피고인이 도주하려는 강한 동기를 가질 것이기 때문에, 보석을 허가하지 않되 재량에 의해 보석을 허가할 수 있도록 한 것이다.[121]

Stack 판결은 보석과 무죄추정과의 관계에 관하여, "보석은 방해받지 않은 상태에서 방어를 준비할 수 있게 하고 유죄평결 이전에 형사처벌이 가해지지 않도록 예방하는 데 기여하며, 공판절차 이전 단계에서 이러한 보석에 대한 권리가 보존되지 않는다면, 수세기에 걸친 투쟁 끝에 확보한 무죄추정은 그 의미를 잃게 될 것이다"라고 설명하였다.[122]

이상과 같이 재량의 여지가 있었고 모든 범죄에 대해 보석이 반드시 허가되는 것은 아니었지만, 보석이 원칙적으로 허가된 것은 주로 무죄추정 때문이었다.[123]

---

117) 이러한 내용은 1689년에 제정된 영국의 권리장전(Bill of Rights) 중 '과도한 보석금의 책정 금지(excessive bail ought not to be required)' 규정에 뿌리내리고 있고, 미국의 독립전쟁(1775-1783) 기간 동안에 채택된 다수의 주 헌법에도 담겨 있다[Sistrunk v. Lyons, 646 F.2d 64, 69 (3d Cir. 1981)].
118) Sistrunk v. Lyons, 646 F.2d 64, 68 (3d Cir. 1981).
119) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 5 (1951)[Sistrunk v. Lyons, 646 F.2d 64, 68 (3d Cir. 1981)에서 재인용함].
120) 1 Stat. 73, 91.
121) Shima Baradaran a1, 730.
122) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).
123) Shima Baradaran a1, 730; State v. Mairs, 1 N.J.L. 335, 336 (1795); Shore v. State, 6 Mo. 640,

무죄추정은 피의자가 체포되고 입건되면 그 효력을 발휘하였다.[124] 무죄추정에 수반하여 발생하는 가장 현저한 보호는 보석을 통해 공판절차 이전단계에서 석방될 헌법상의 권리였다.[125]

법원은 유죄를 공판절차 이전 단계가 아니라 공판절차에서 결정하여야 하며, 그 근거는 무죄추정과 적정절차였다.[126] 그렇기 때문에 보석의 허가는 유죄의 인정 여부가 아니라 피고인의 재정적 상황에 좌우되었다.[127] 더욱이 피고인은 공판절차에서 증거에 의해 유죄가 입증될 때까지는 무죄상태를 유지하므로, 판사들은 보석결정을 함에 있어 범죄의 소명에 관한 증거판단을 하지 않았다.[128]

그렇지만 1944년에 연방형사소송규칙은 법원이 보석조건을 책정함에 있어 피고인이 법정에 출석하는 것을 담보할 수 있도록 하기 위하여 피고인의 범죄에 대한 소명 정도 등을 포함하여 몇 가지 요소들을 고려할 수 있게 하는 규정을 두었다. 위 규칙 46조는 위와 같이 고려할 요소를 피고인이 법정에 출석하는 것과 관련되는 것에 한정하였기 때문에 위 규정에 의해 종래의 법원조직법 하에서 행해지던 조사방법을 변경한 것은 아니었다. 법원으로 하여금 모든 사건에서 범죄에 대한 소명 정도를 고려할 수 있게 함으로써 (종래의 법원조직법에서는 이러한 고려가 사형에 처할 수 있는 사건에 있어서만 행해질 수 있었음) 나중에 배심원에 의한 공판절차가 이루어지기 이전 단계에서 피고인의 유죄판단을 폭넓게 할 수 있는 길을 열게 된 것이다.

2. 보석의 목적은 법원에 출석하게 하는 것이고 추가적 범죄의 예방에 있지 않음

보석은 역사적으로 피고인으로 하여금 법원의 공판절차에 출석하도록 하는 유일한 목적에만 기여하였고, 추가적인 범죄를 저지르지 않도록 방지하는 데 기여하지는 않았다. 영국의 판사들은 피고인으로 하여금 법원에 출석케 담보한다는 하나의 목적만을 가지고 보석조건을 결정하였다.

피고인이 석방되기 위해서는 보증인(surety)을 입보하여야 했다. 보증인은 피고인이 법정에 출석하도록 보증하거나 벌금을 납부할 가족 또는 친구였다. 피고인은 아마도 보증인들이 처벌받는 것을 원치 않을 것이기 때문에 도주하지 않을 것이고, 보증인들도 벌금을 납부하고 싶지 않을 것이기 때문에 피고인으로 하여금 법정에 출석하게 하려고 하였을 것이다. 피고인이 새로운 범죄를 저지른 때가 아니라 피고인이 공판절차에 출석하지 않는 경우에 한정하여 보증인들은 보관한 보

641 (1840); Ex parte Tayloe, 5 Cow. 39 (N.Y. Sup. Ct. 1825); Dickinson v. Kingsbury, 2 Day 1, 11 (Conn. 1805); State v. Connor, 2 S.C.L. (2 Bay) 34, 35 (1796).

124) Shima Baradaran a1, 728.

125) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 8 (1951)은, "보석제도의 정신은 피고인으로 하여금 공판절차를 통해 유죄가 인정될 때까지 구치소 밖에 머물도록 하는 것이기 때문에 피고인은 유죄가 입증될 때까지 공판전 단계에서 석방될 권리를 가진다"라고 판시하였고, Hunt v. Roth, 648 F.2d 1148, 1156 (1981)은, "과도한 보석금의 금지를 통해 피의자·피고인을 보호하는 것은 무죄추정과 직접 관련되는데, 이러한 무죄추정은 수정헌법 제14조에서 묵시적으로 인정되고 있다"고 판시하였다.

126) Shima Baradaran a1, 730.

127) Shima Baradaran a1, 730.

128) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 452 (1895).

증금을 몰취당하였다. 공공의 안전이나 피고인에 의해 야기되는 위험성을 이유로 보석을 기각하는 것은 정당화될 수 없었고, 보석은 오로지 법원이 피고인이 법정에 출석할지에 관하여 확신을 갖지 못할 때에만 기각되었다.[129]

미국법 하에서도 보석의 목적은 피고인이 공판절차나 법원의 재판에 복종하도록 법정에 출석하는 것을 담보하기 위함에 있었고 미래의 범죄를 예방하기 위함에 있지 않았다. Stack 판결[130]에서 보석의 목적은 미래의 범죄 예방이 아니라 피고인이 공판절차에 출석하는 것을 담보하는 데 있다는 점을 다음과 같이 판시하였다.

> 4명의 피고인은 공산주의자 활동을 한 결과 연방 법률들을 위반한 혐의로 기소되었다. 피고인들의 보석 조건이 극히 높게 책정되었고, 정부는 특정한 증거를 제출하지도 않은 채 기소된 범죄에만 근거하여 보석을 유지하고자 하였다. 이에 법원은 오로지 공소사실에만 근거하여 보석의 조건이 이례적으로 높게 책정되어서는 아니 된다고 판시하면서 정부의 주장을 기각하였다. 특정 피고인에 대한 보석조건의 책정은 피고인의 출석을 담보하기 위한 목적과 관련되는 표준적인 기준에 근거하여야 한다.[131]

공산주의자들의 위협에 직면하여 하급심 법원들은 Stack 판결의 법리를 충실히 적용하여 피고인이 범죄를 추가적으로 저지르지 않도록 예방할 목적으로 구금하여서는 아니 된다고 판시하였다. 폭력에 의한 미국 정부의 전복을 옹호하고 교사하는 것을 공모하였다는 혐의로 유죄평결이 내려진 공산당 지도자에 대한 사건에서 제2순회법원의 판사는 심지어 항소심에 있어서조차 범죄가 예견된다는 이유로 구금하는 것을 회피하였다.[132]

요컨대, 역사적으로 보석의 목적은 공판 이전의 단계에서 피고인을 석방하는 것이다. Stack 판결에서 법원은 피고인이 장차 범죄를 저지르지 못하도록 예방하기 위하여 보석을 불허하는 것은 허용될 수 없다는 점을 분명히 한 것이다.

3. 피고인은 구금되거나 처벌되지 않음

역사적으로 적정절차나 무죄추정의 원칙에 따라 피고인은 유죄평결을 받기 전에는 처벌되지 않는다. 개인은 공개 법정에서 이루어진 자백이 있거나 합리적 의심을 넘는 정도로 유죄가 입증되지 않는 한 무죄추정의 원칙에 따라 구금되지 않도록 보호된다.[133]

---

129) 2 Year Books of the Reign of King Edward the First: Years XXI and XXII, at 56-57 (Alfred J. Horwood ed. & trans., London, Longman & Co. 1873) [hereinafter King Edward] (citing a decision of the Court of Common Pleas of 1293); Quintard-Morenas, supra note 11, at 126 n.176.
130) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).
131) Stack v. Boyle, 342 U.S. 5 (1951).
132) Williamson v. United States, 184 F.2d 280, 280 (2d Cir. 1950).

피고인은 공판절차 이전 단계에서는 처벌되지 않는다는 격언은 역사적으로 중요한 의미를 가졌다. 예컨대 피고인이 기소되었지만 유죄평결을 아직 받지 아니한 때에는 성찬식(communion)이 금지되지 않으므로 간통으로 기소된 성직자도 그의 책무를 이행할 수 있다.[134] 공무원이 기소되더라도 유죄평결을 받을 때까지는 그 직을 유지하는 것은[135] 피고인이 무죄추정에 의해 유죄평결이 이루어지기 이전까지 처벌받지 않고 보호되는 것을 보여준다.[136] 이러한 격언은 나아가 공공장소에서 체포하는 것을 공판절차 이전단계에서 일종의 처벌이 될 수 있다는 이유로 금지하기도 하였다.[137] 마찬가지로 잉글랜드에서는 피고인이 아직 유죄평결을 받지 아니한 때에 언론에서 그의 유죄에 대해 언급하는 행위가 비난되기도 하였다.[138]

요컨대 적정절차 원리에 뿌리를 두고 있는 무죄추정으로 인하여 법원은 일반적으로 형벌을 부과하거나 구금하는 것을 공판절차가 종료될 때까지 기다렸다.

4. 적정절차의 중심이 공판절차에서의 유죄입증에 놓임

역사적으로 적정절차에 따른 권리에 의해 피고인의 유죄를 법적으로 공판절차에서 입증하고 공판 전 단계에서는 무죄상태를 유지하는 것이 중요하였다. 적정절차에 따른 권리와 무죄추정을 보호하기 위하여 초기부터 판사들이 유죄판결을 하기 위해서는 공판절차와 법률적 기초에 집착하였다. Coffin 판결은 법적 부담으로서의 무죄추정을 강조하였고 특히 '무죄추정'과 '마찬가지로 기본적인 원리인 검사가 합리적인 의심을 넘는 정도의 입증책임을 진다는 것'은 별개의 것으로 구별된다고 보았다.[139] 연방대법원은 처음에는 무죄추정과 검사의 입증책임이 별개의 것으로 구별된다는 점을 분명히 하였으나 나중에는 두 개의 원리가 '공판절차에서의 검사의 부담'으로 통합되었다.[140] 두 개의 원리를 별개로 보는 것은 무죄추정을 공판 전 절차에서 적용함에 있어 결정적으로 중요한 역할을 수행하는데 이후의 사건에서는 무죄추정을 검사의 부담과 결합시켜 버렸기 때문에 무죄추정은 무시되었다.[141]

---

133) Cooley, supra note 34, at 311; People v. Van Horne, 8 Barb. 158, 167 (N.Y. Gen. Term 1850).
134) Quintard-Morenas, supra note 11, at 114 n.62.
135) Quintard-Morenas, supra note 11, at 113 n.49.
136) 몇몇 중대한 범죄에 있어서는 공판절차 이전에 구속되었지만 엄하게 취급되지는 않았고, 공판절차를 빨리 진행하여 무고한 자가 석방될 수 있게 하였다(Quintard-Morenas, supra note 11, at 113).
137) Quintard-Morenas, supra note 11, at 117, 126-30; Bryan v. Comstock, 220 S.W. 475 (Ark. 1920)은 공공장소에서 체포하는 것이 이전에는 침익적인 것으로 여겨졌으므로 일요일에 체포하는 것은 금지되었다고 한다.
138) Uintard-MorQenas, supra note 11, at 128 (citing Henry Fielding, The Covent-Garden Journal and a Plan of the Universal Register-Office 85 (Bertrand A. Goldgard ed., Clarendon Press 1988) (1752)) (여성이 아직 유죄평결을 받지 않았음에도 그 여성이 남편을 독살하였다고 보도한 언론을 비난하였다).
139) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 458-461 (1895).
140) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 458-461 (1895).
141) In re Winship, 397 U.S. 358, 361-63 (1970).

시간이 지남에 따라 무죄추정의 중점은 공판 전 절차가 아니라 공판절차에서 법률적 유죄의 입증에 맞추어지게 되었다. 그리고 무죄추정은 검사가 합리적 의심을 넘는 정도로 유죄를 입증하여야 할 부담과 동의어로 되었다.[142] 이와 같이 유죄가 입증될 때까지는 무죄라는 격언은 배심원이 범죄가 행해졌다는 충분한 증거가 있는 때에만 유죄평결을 한다는 것을 의미하게 되었다. 이로써 무죄추정은 공판절차 이전 단계에서 유죄를 추론하거나 유죄를 확인하는 것을 금지하는 보호기능을 크게 잃어 버렸다.[143] 이러한 변화로 인하여 판사들이 공판 전 단계에서 피고인이 법률적으로 유죄인지를 판단하는 길이 열렸는데, 이는 그 이전에는 적정절차 원리에 의해 허용되지 않았던 것이다.

5. 구금된 자의 권리 보호 – 부득이한 필요성 심사(compelling necessity test)

법원은 Coffin 판결 이후부터 Bell 판결에 이르기까지는 무죄추정의 원칙을 엄격히 준수함으로써 공판전 단계에서 구금된 자의 권리보호에 충실하였다. 따라서 부득이한 필요성이 있는 경우에만 피의자·피고인을 공판절차 이전의 단계에서 구금할 수 있었다.[144]

이러한 '부득이한 필요성 심사(compelling necessity test)' 방법을 엄격하게 적용한 사례로 Malcolm 판결[145]이 자주 인용된다. Malcolm 판결에서 Brooklyn과 Queens의 구금시설에 수용된 수용자들은 형사사건의 적체로 인하여 1인용 수용실에 2인을 수용하는 것은 위헌이라고 주장하였다. 위 구금시설에서 바닥 면적이 40피트(=5×8피트)인 1인용 수용실에 침대 2개(2층 침대), 식탁, 테이블, 칸막이 없는 화장실, 거울 1개씩을 설치하고 2인을 수용하였기 때문에 2인이 동시에 움직이는 것이 곤란하였고, 한 사람이 식탁에 앉아 식사를 하면 다른 사람은 침대나 화장실에서 식사를 해야 하며, 기타 화장실, 체육시설의 이용 등에 많은 불편이 있었다. 이에 대해 Malcolm 법원은 다음과 같이 판시하였다.

"공판절차 이전 단계에 구금되어 있는 사람은 법정 출석과 구금시설의 안전을 확보할 필요가 있다는 점을 제외하고는, 공판절차를 기다리고 있는 피고인에 불과하므로 무죄추정, 신속한 재판 그리고 보석에 의해 석방된 사람이나 통상의 시민이 가지는 모든 권리를 향유할 자격을 가지고 있다. 구금 자체에 필요한 범위를 넘어서 피구금자들의 권리를 박탈하거나 제한하는 것은, 부득이한 필요(compelling necessity)가 있는 경우에만 정당화될 수 있다.[146] 재정이 부족하다는 사정은 한 번도

142) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 484 (1978); Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 533 (1979).
143) Shima Baradaran, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 738 (2011).
144) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 278면.
145) Detainees of Brooklyn House of Det. for Men v. Malcolm, 520 F.2d 392 (2d Cir. 1975).
146) 이 부분의 논거로는, Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971); Williams v. Illinois, 399 U.S. 235 (1970); Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960); Collins v. Schoonfield, 344 F.Supp. 257 (D.Md.1972); Seale v. Manson, 326 F.Supp. 1375 (D.Conn.1971);

피구금자들의 헌법적 권리를 박탈하는 데 대한 면책사유로 인정받지 못하였다.[147] Brooklyn과 Queens의 두 구금시설에서 과밀수용하고 1인실에 2인을 수용한 것은 피구금자의 적법절차와 평등한 보호를 받을 헌법상의 권리를 박탈한 것이다(unconstitutional deprivation of their due process and equal protection rights).

부득이한 필요성이 존재하는지를 판단함에 있어서 법원은 개인의 권리를 보호하려고 하였고, 피구금자에게 유리한 동정적인 정책을 원용하고자 하였는데, 다음의 Marcera 판결[148]이 그러하다.[149]

Marcera 판결에서, Monroe County의 교도소 수용자들인 Joseph Marcera와 John Dillman이 천장과 높은 벽으로 가로막힌 채 아크릴수지 창을 통해 얼굴을 보면서 전화로 대화를 나누는 방식으로만 면회를 허용하는 New York 주의 42개 County 보안관들(sheriffs)을 상대로 방문자와 수용자가 직접 접촉할 수 있는 대면면회(contact visitation)를 허용해달라는 집단소송(class action)을 제기하였다. 이에 대해 Marcera 법원은 다음과 같이 판시하였다.

재소자가 구금되어 공판절차를 기다리는 동안에 재소자에게 통상적인 대면 접견을 거부하는 것은 헌법에 반한다. 이러한 권리는 우리 형사사법의 기반(bedrock)에 기초하고 있고, 기소된 개개인은 무죄로 추정되어 배심원이 합리적 의심을 넘는 정도로 유죄를 확인할 때까지는 처벌되지 아니한다.[150]

Marcera 법원은 위와 같이 무죄추정을 피구금자의 헌법적 권리의 한 측면으로 보았다.[151]

Jackson County의 구치소에 구금된 공판전 피구금자 등이 구금상황을 문제 삼아 인권소송을 제기하면서 인권침해를 이유로 한 손해배상을 청구한 사안에서, Diamond 법원은 다음과 같이 판시하였다.[152]

공판전 피구금자는 아직 유죄평결을 받지 않았고 이들이 공판절차에 회부되더라도 무죄추정을 받지만, 이들이 범죄를 저질렀을 것이라는 상당한 이유가 인정되어 구금되어 있는 것도 사실이다. 구

Davis v. Lindsay, 321 F.Supp. 1134, 1139 (S.D.N.Y.1970); Note, Constitutional Limitations on the Conditions of Pretrial Detainees, 79 Yale L.J. 941 (1970)이 제시되었다.

147) 이 부분의 논거는, Rhem v. Malcolm, supra, at 341, n. 20; Gates v. Collier, 501 F.2d 1291, 1320 (5th Cir. 1974); Jackson v. Bishop, 404 F.2d 571, 580 (8th Cir. 1968); Hamilton v. Love, supra; Jones v. Wittenberg, supra이 제시되었다.

148) Marcera v. Chinlund, 595 F.2d 1231 (2d Cir.).

149) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 280면.

150) Marcera v. Chinlund, 595 F.2d 1231, 1237 (2d Cir.).

151) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 280면.

152) Jones v. Diamond, 594 F.2d 997 (1979).

치소가 사람의 거주에 부적합하다는 점을 인정할 증거가 없다. 이 구치소의 환경이 비문명적이거나 야만적이거나 아니면 비인간적인 것은 아니다.[153]

이전의 판결이 유죄판결이 이루어지지 않았다는 점에 초점을 맞추어 구치소 수용자의 자유제한 등에 관한 부득이한 필요성이라는 기준을 사용해왔던 것과 비교하면, 다이아몬드 판결이 수용자의 유죄에 관한 상당한 혐의가 인정된다는 점을 중시하여 구치소 수용자들의 청구를 기각한 것은 상당한 변화이다. 이러한 변화가 후술하는 Bell 판결이 등장하게 되는 배경이 되었다.[154]

구치소 공무원들이 재소자의 권리에 대해 부과한 제한은 교정체계의 목적이라는 관점에서 분석되어야 한다는 Saxbe 판결,[155] 법원은 교도소의 환경이 자유제한적이고 독특한 상황에 놓여 있다는 점을 인정하고 교도소 공무원의 결정에 대해 적절히 존중하여야 한다는 Jones 판결[156] 등도 다이아몬드 판결과 맥락이 유사하다.

한편, 구금된 자의 권리를 보호하기 위해서는 부득이한 필요성이 존재하여야 된다는 것은 피고인이 법정에 출석할 때 구치소나 교도소의 수용자용 의복을 착용하도록 강제할 수 있는지, 법정에서 피고인에 대해 발에 쇠고랑을 채우거나 입에 재갈을 채운 상태에서 공판절차를 진행할 수 있는지에 대해서도 적용되었다. 청구인이 제1심의 공판절차에서 민간인 복장이 아니라 구치소의 수용자용 의복을 입고 재판을 받았다는 이유로 인신보호(habeas corpus) 구제를 청구한 사안에서, Estelle 법원은 다음과 같이 판시하였다.[157]

법원은 피고인이 구치소나 교도소의 복장을 착용하고 법정에 출석하게 되면 무죄추정이 훼손될 우려가 있으므로, 약간의 예외를 제외하고는, 피고인이 법정에 출석할 때 구치소나 교도소의 복장을 입도록 강요되어서는 아니 된다고 반복적으로 판시하여 왔다. 변호사협회(ABA)도 구치소나 교도소의 복장을 강요하는 실무에 반대하고 있다. 이는 구치소 수용자용 의복이라는 사실이 명확히 식별될 수는 의복을 착용하는 것은 배심원의 판단에 영향을 줄 수 있음을 인정한 것이다.
그렇지만 피고인의 자유에 대한 물리적 제약을 늘 회피할 수는 없으므로, 법원은 피고인의 발목에 쇠고랑을 채우거나 입에 재갈을 물리면 배심원이 현저히 특정한 감정을 가지게 된다는 점을 인정하면서도, 반항하는 피고인을 통제하는 데 필요한 경우에는 그러한 실무를 인정하였다.[158] 그렇기 때

153) 다이아몬드, 1003-1032.
154) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 281면.
155) Saxbe v. Washington Post Co., 417 U.S. 843 (1974).
156) Jones v. N. Carolina Prisoners' Labor Union, Inc., 433 U.S. 119 (1977).
157) Estelle v. Williams, 425 U.S. 501, 505, (1976). 이와 유사한 취지로 United States v. Samuel, 431 F.2d 610, 614-15 (4th Cir. 1970)는, "피고인이 제1심 공판정에서 증언하기에 앞서 수갑을 풀어달라고 요구하였으나 판사가 피고인 앞에 의자를 놓아 배심원들이 피고인이 수갑을 찬 사실을 알지 못하도록 조치하였을 뿐 수갑을 풀어주지는 않은 사안에서, 사무엘 법원은 피고인에게 수갑을 채우는 것은 그가 명백히 나쁜 사람이라는 표시를 하거나 피고인이 유죄라는 사실이 이미 결정되었음을 암시하는바, 무죄추정의 권리가 있는 피고인에 대해서는 원칙적으로 수갑을 제거하여야 한다"라고 판시하였다.
158) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

문에 법원은 재판의 진행을 방해하는 피고인을 법정 밖으로 끌어내고 또는 그러한 피고인이 법정에서 합당하게 행동하는 데 동의할 때까지 포승줄로 묶거나 재갈을 물릴 수 있도록 해왔다.
피고인에게 쇠고랑을 채우거나 재갈을 물리는 것과 같은 육체적 제약을 가하는 것은 피고인의 반항에 대응한다는 국가의 정책적 필요성이 존재하지만, 피고인에게 구치소 복장을 착용케 하는 데에는 그러한 정책적 필요성이 존재하지 않는다. 이 사건 피고인은 보석 조건을 이행하지 못하여 석방되지 못한 것일 뿐이므로 이러한 피고인에게 구치소 복장의 착용을 강제하는 것은 수정헌법 제14조에 구현된 동등한 법적 보호에 반할 수 있다.[159]

6. 무죄추정과 적정절차의 변화

1950년대까지만 해도 판사는 사형에 처할 수 없는 모든 범죄에 대해 보석허가를 원칙으로 하였고 여기서 도주의 우려(risk of flight)가 있는 때에만 보석을 불허할 수 있었다. 그렇지만 1960년대 말 이후로는 범죄의 소명이 얼마나 이루어졌는지, 피고인의 석방이 사회의 안전에 어떠한 영향을 미치는지와 같은 다양한 요소들을 고려하였다. 1960년대부터 1980년대에 이르기까지 보석제도를 개혁하려는 실정법상의 변화가 판사로 하여금 유죄가 예상되는지, 미래에 범죄를 저지를 가능성이 있는지를 판단할 수 있게 함으로써 구금이 증가하게 되었다. 그 결과 대부분의 경우에 보석은 더 이상 당연히 허가되는 것으로 여겨지지 않게 되었고(bail is no longer presumed), 판사는 피고인을 보석에 의해 석방할지를 결정함에 있어 추가적인 요소들을 고려하게 되었다.

가. 소명의 정도(weighing of evidence)를 고려할 수 있도록 허용한 1966년의 법

1966년의 연방보석개혁법(Federal Bail Reform Act)은 공판 전 단계에서 피고인을 석방하는 것을 강력하게 선호하였는데, 이는 보석은 사형에 처할 수 없는 모든 범죄에서 원칙적으로 허가되어야 한다는 역사적 관념과 궤를 같이 하는 것이었다. 의회는 많은 판사들이 보석의 조건을 너무 엄격하게 책정함으로써 피고인이 이를 충족시키지 못하고 이로써 피고인들이 보석제도를 이용하지 못한다는 사실을 알게 되었다. 1966년의 법은 피고인이 법정에 출석하지 않을 경우에만 보석은 불허될 수 있다는 입장을 유지하였다.

1966년의 보석개혁법은 피고인을 보석에 의해 석방함에 있어 판사가 고려할 사항을 확장하였다. 위 법은 피고인이 범죄를 저지를 위험성에 대한 인식은 고려요소로 삼지는 않았지만, 보석을 합법적으로 불허할 사유들을 확장한 것이다. 게다가 1966년의 법은 피고인을 석방할지를 결정함에 있어 소명의 정도를 고려할 수 있도록 허용하였다. 그러한 경우에 위 법은 판사가 보석의 불

159) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

허를 포함하여 피고인의 석방에 대해 여러 단계의 제한을 가할 수 있게 한 것이다.

1966년의 법에서 판사의 피고인 석방권한에 대한 몇 가지 제한이 부과되었지만, 위 법 시행 후 전체적으로 석방된 피고인의 수는 증가하였고, 공판 전 단계에서의 무죄추정은 유지되었다. 위 법이 석방을 더 선호하였고, 몇 가지 추정에 의하면 석방률이 40% 증가하였지만 이는 의도치 않게도 피고인이 석방될 권리를 제한하는 길을 열게 되었다. 법무부는 1966년의 법을 옹호하면서 순전히 증거에 관한 규칙에 불과한 무죄추정은 공판 전 절차에는 적용되지 않을 것임을 명확히 하였다. 무죄추정의 중요성이 약화되면서 법원이 공판 전 단계의 결정을 함에 있어 보다 넓은 재량을 가지게 됨에 따라 1966년의 법은 법원이 보석에 의한 석방결정을 함에 있어 도주우려 외에 추가적인 요소를 고려할 수 있도록 길을 닦은 것이다. 이와 같이 재량이 늘어나자 1966년의 법은 사람들로 하여금 공판 전 단계에서 석방된 피고인들이 저지른 폭력범죄를 정밀하게 조사하게 만들도록 이끌었다. 1966년의 법률에서는 피고인의 위험성을 고려할 수 없도록 명시적으로 규정하고 있었음에도, 위와 같은 조사결과에 따라 판사가 피고인의 위험성을 고려할 수 있도록 허용하는 법률이 제정되기도 하였다.

1966년의 법이 가져온 단기적인 효과는 더 많은 피고인이 석방되는 것이었는데, 장기적으로는 구금을 증대시키는 논거로 작용하게 된 것이다. 위 법은 공판 전 단계에서 유죄의 소명 정도를 고려할 수 있는 재량의 범위를 확장시켰는데, 이는 이러한 고려가 공판절차에서만 행해질 수 있다는 적정절차를 침해하는 것이다.[160] 판사들은 피고인이 다른 범죄를 저지를 것인지에 관한 예측을 함에 있어 더 넓은 재량을 가지게 되었는데 이는 역사적으로 도주의 우려에 의해서만 보석은 불허될 수 있다는 무죄추정의 원칙을 침해한 것이다.[161]

1966년의 법을 따라 법원은 적정절차의 원리와 무죄추정을 명시적, 묵시적으로 결합하였다.[162]

나. Bell 판결[163]

공판절차 이전 단계에서 뉴욕 시의 연방구치소에 구금된 사람들이 1인실에서 2명씩 수용되고, 출판사 등에서 직접 우송되지 아니한 책과 음식이나 개인 소지품의 반입금지, 외부인과의 접촉면회(contact visit) 이후 시행되는 체강(body-cavity)수색(體腔搜索) 등이 위헌이라는 집단소송을 제기하였다. 1심과 2심 법원은, "공판절차 이전 단계에서 구치소에 수용된 사람들은 무죄추정을 받고 법정출석을 확보할 목적 하에서만 구금될 수 있으므로, 구금 자체를 위해 필요한 범위를 넘

160) Shima Baradaran, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 741 (2011).
161) United States v. Motamedi, 767 F.2d 1403, 1406 (9th Cir. 1985).
162) 연방대법원은 적정절차가 검사가 사실확인자(판사와 배심원)를 확신시킬 정도로 입증할 책임을 지지 않는다면 누구도 자유를 잃지 않음을 명확히 하였다". In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970).
163) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520 (1979).

어서서 수용자들의 권리를 박탈하거나 제한하는 것은 부득이한 필요성에 의해 정당화되지 않으면 아니된다."라는 기준을 적용하여 뉴욕 시 연방구치소의 위와 같은 조치에 대해 금지명령을 발령하였다. 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

우리는 부득이한 필요성이라는 기준에 대한 헌법상의 근거를 찾지 못했다. 원심과 제1심의 판단은 수용자들이 부득이한 필요성에 의해 정당화되지 못한 구금으로부터 자유로워야 한다는 원칙의 근거인 무죄추정에 의존하였다. 그러나 무죄추정은 위와 같은 원칙의 논거가 되지 못한다.
무죄추정은 형사공판절차에서 입증책임을 배분하는 정책(doctrine)이고, 또한 배심원으로 하여금 공판정에 제출된 증거에 의해서만 피고인의 유무죄를 판단하고, 피고인이 체포, 기소 또는 보호조치되었다는 사실이나 기타 공판정에서 증거로 제출되지 아니한 사항에서 발생할 수도 있는 의심에 근거하여 판단해서는 아니 된다는 '경고 내지 훈계(admonishment)'로서 기능할 수도 있다.
무죄추정은 공판절차가 시작도 되기 이전에 구금되어 있는 수용자의 권리를 결정하는 데에 적용되지 않는다.
적정절차 조항 하에서, 피구금자는 유죄판단을 받기 전에는 형사처벌되지 않는다. 정부는 공판정 출석을 확보하기 위하여 피수용자를 구금할 수 있는바, 형벌에 이르지 아니하는 범위 내에서만 피수용자를 구금시설의 상황과 제한 하에 복종시킬 수 있고 그렇지 않다면 헌법에 반한다. 따라서 우리는 부득이한 필요성이라는 판단 기준을 폐기한다.
1인실에 2인을 수용하는 등 뉴욕 시의 연방구치소에서 시행되는 여러 조치들은 형벌이 아니므로 헌법에 반하지 않는다.

Bell 판결은 위와 같이 '구금 자체에 필요한 범위를 넘어서 피구금자들의 권리를 박탈하거나 제한하는 것은, 부득이한 필요가 있는 경우에만 정당화된다'는 '부득이한 필요성 판단(compelling necessity test)'의 법리를 폐지하고, 무죄추정의 적용범위를 입증책임으로 한정하였다.[164] 따라서 무죄추정의 원칙은 공판 전 단계(pretrial stages)에서는 적용될 수 없게 되었고 Coffin 판결 이래 의문의 여지없는 법으로서 1세기 가까이 형법 시행의 기초를 이루었던 무죄추정은 Bell 판결에 의해 부정된 것이다.[165] 또한 Bell 판결에 따라, 공판전 미결수용자에 대한 권리의 제한은 부득이한 필요성이 아니라 그러한 권리의 제한을 형벌로 볼 수 있을 것인지라는 기준에 의해 위헌 여부가 결정되는 것이다. 그렇기 때문에 Bell 판결에 의하면, 법원은 구치소 공무원들이 수용목적을 달성하기 위해 행하는 조치들을 보다 존중하여야 한다.[166]

무죄추정에 의하면 체포에서부터 공판절차에 이르기까지 자유에 대한 제한을 가하는 것이 금지되는데, Bell 판결은 이러한 무죄추정에 의해 공판절차 이전 단계에서는 구금이 이례적인 예외

164) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 281-282면.
165) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 277면.
166) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 282면.

(rare exception)에 해당하여야 한다는 원칙에 대한 의문을 제기하였다. Bell 판결에서, 임시구금 센터에 구금된 피고인들은 방을 공유하고, 특정한 책이나 소포의 수발이 금지되었으며, 외부인이 방문한 후에는 의무적으로 체강(body-cavity)수색(體腔搜索)을 받아야 하였는데 이러한 구금조건이 합헌인지를 심리하였다. Bell 판결은 무죄추정의 적용을 무시하고 위와 같은 공판 전 절차에서의 구금을 합헌이라고 판단하였다. 이러한 법원의 입장은 무죄추정이 형사공판절차에서 입증책임을 분배한 것이라는 Taylor의 주장에 영향을 받은 것이었다.[167]

다. Bell 판결 이후의 변화

Bell 판결 이후 구금시설 수용자에게 우호적인 대우를 하기 위해 Bell 판결에서 벗어나려는 시도와 구금시설 업무담당자들의 전문성에 대한 존중이라는 새로운 기준의 반영이라는 두 가지 측면이 등장하였다.[168] 법원이 구금시설 업무담당자들의 전문성을 존중하여야 한다는 새로운 원칙을 적용한 판례로는 다음의 Sistrunk 판결이 있다.

일급살인죄 등으로 기소된 Sistrunk는 법원이 보석금을 200만 불로 하여 보석허가결정을 한 것[169]은 무죄추정을 침해한다고 주장하였으나, 법원은, "Bell 판결 이후 공판절차 이전 단계에서 구금된 사람은 위헌이라고 주장함에 있어 더 이상 무죄추정을 그 근거로 삼을 수 없게 되었다. 무죄추정이 형사사법체계에서 중요한 역할을 하고 있지만, Bell 판결에 의하면 무죄추정은 공판절차에 들어가기 이전 단계에서 구금된 사람의 권리에 대한 결정에 적용될 여지가 없기 때문이다."라고 판시하였다.[170]

Hewitt 판결은[171], "우리는 교정 공무원이 그들이 운영하는 기관에 대해 행정적이고 재량적인 권한을 광범위하게 가진다는 점과 합법적으로 수용된 사람들은 좁은 영역에 있어서만 자유를 보장받는다는 점을 반복하여 말하여 왔다"라고 판시하였다. 이어 Block 판결은,[172] 교도소의 안전을 유지하기 위해서는 교정 공무원의 결정을 널리 존중하여야 한다고 판시하였다.

이어지는 Salerno판결에서 연방대법원은 6:3의 다수의견으로 예방적 구금(preventive detention)에서 무죄추정원칙을 고려하지 않기로 하였다. 연방대법원의 위와 같은 접근법은 무죄추정의 원칙과 합리적 의심을 넘는 유죄의 입증책임을 동일한 개념으로 보는 다수 학자들의 견해를 반영한 것이다.[173]

---

167) Bell, 441 U.S. at 533.
168) Cathy Lynne Bosworth, 앞의 논문, 284면.
169) 펜실베니아 주는 10퍼센트라는 보석체계를 사용하였다. 따라서 시스트렁크는 보석금 200만 불의 10퍼센트인 20만 불을 현금 내지 부동산으로 제공해야만 석방될 수 있었다. Sistrunk v. Lyons, 646 F.2d at footnote No. 3 (3d Cir. 1981).
170) Sistrunk v. Lyons, 646 F.2d 64, 65 (3d Cir. 1981).
171) 459 U.S. 460, 467 (1983).
172) Block v. Rutherford, 468 U.S. 576 (1984).
173) Rinat Kitai, "PRESUMING INNOCENCE", 55 Okla. L. Rev. 257, 258 (2002).

라. 사회안전에 근거하여 공판 전 절차에서의 자유를 제한한 1984년의 입법

1984년에 다음의 Schall판결은 범죄를 저지를 위험성이 있는 때에는 공판 전 절차에서의 구금이 허용된다고 판단하였다.

뉴욕가정법원법(New York Family Court Act)에 의해 구금된 소년이 위 법이 적정절차에 반하는지에 관하여 구속적부심사청구(habeas corpus action)를 하였다. 뉴욕남부지방법원은 위 법률이 위헌이라고 판단하였다. 제2순회법원은 지방법원의 위 판단을 유지하였다. 연방대법원은, 석방된 소년이 법정에 출석하기 이전에 일정한 행위를 하고 그러한 행위가 성인에 의해 저질러진 경우 범죄를 구성할 '심각한 위험(serious risk)'이 존재하는 때에는 기소된 위 소년 피고인을 공판절차 이전 단계에서 구금할 수 있게 한 뉴욕가정법원법은 적정절차조항에 위반되지 않는다.[174]

연방대법원은 위와 같이 소년범에 대해 부과된 자유제한적 조치는 행정적인 규제 목적(regulatory purpose)을 만족시키므로 적정절차의 침해에 해당하지 않는다고 판시한 것이다.[175] 위 Schall 판결은 정부가 법정출석 이외의 목적에 의해 피고인을 구금한 사례에 관하여 판단한 최초의 판례 중의 하나이다.[176] 미래의 범죄로부터 사회를 보호하기 위한 구금을 정당하다고 지지한 위 판례에 의해 공판 전 절차에서의 구금을 대규모로 정당화하는 길이 열렸다.

Schall 판결에 의해 고무된 의회는 위 판결이 이루어진 지 수 개월 내에, 1984년의 보석개혁법을 통과시켰다. 1984년의 법은 국민이 공판 전 절차 단계에서 행해지는 범죄가 많다고 인식하고 있는 사정을 반영하였다. 1984년의 법은, 피고인의 법정 출석이 합리적으로 담보되는 때에는 피고인의 보석이 허가되어야 한다는 1964년의 법의 문언을 많이 담고 있었지만, 공판절차에서 피고인의 출석을 확보할 목적으로만 공판절차 이전의 구금이 허용되어야 한다는 오래된 전통으로부터 현저하게 이탈하는 것이었다. 이와 같이 1984년의 법은 처음으로 법원이 보석결정을 함에 있어 석방된 피고인이 사회에 위험을 야기할 것인가를 고려할 수 있도록 하였다. 이에 대해 적정절차조항에 위반되는 것이 아닌지의 위헌 논란이 발생하였는데 대부분의 법원은 합헌이라고 판단하였는데, 제2순회법원은 위헌이라고 보았다.

Salerno 판결은, 공판 전 절차에서 피고인을 구금하는 것은 형벌이 아니므로 적정절차 조항에 위반되지 않는다고 판시하였다.[177] Salerno 판결에서 연방대법원은 피고인이 증인에 대한 위험성을 나타내고 있으면 피고인을 구금할 수 있으며, 국가는 일반적인 위험성으로부터 사회를 보호

174) Schall v. Martin, 467 U.S. 253 (1984)
175) Schall v. Martin, 467 U.S. 253, 269-71 (1984).
176) Shima Baradaran, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 747 (2011).
177) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

하여야 할 회피할 수 없는 이해관계(compelling interest)를 가진다고 판시하였다. Salerno 판결에서 연방대법원은 무죄추정에 관하여 언급조차 하지 않았다.[178]

위와 같이 새로운 법률이 무죄추정의 적용범위를 좁혔기 때문에 법원이 공판 전 단계에서 구금을 할 정당화사유는 ① 소명의 정도, ② 법원 자신의 절차의 확보 그리고 ③ 사회의 안전을 포함하게 되었다.[179]

Ⅵ. 무죄추정의 의미와 무죄추정의 원칙에 대한 비판

1. 무죄추정의 원칙의 의미

무죄추정의 정확한 의미가 무엇인지에 관하여 오랫동안 논쟁이 있어 왔다. 그러한 논쟁의 대표적인 것은 무죄추정이 사실에 관한 증거로서 기능한다고 보는 견해와 규범적인 성격의 것이라는 견해의 대립이다.[180] 무죄추정은 합리적 의심은 넘는 입증의 대체물(proxy)로서 양자는 동일하다는 견해[181]와 양자는 별개로 서로 구별된다는 견해의 대립도 있다.[182]

Coffin 판결은 양자를 구별하면서 무죄추정은 원인이고 합리적 의심을 넘는 입증은 결과물(corollary)이라고 보았다. Coffin 판결에 의하면 무죄추정은 증거에 의해 사실을 확인하는 과정에서 어떤 공정성이 작동하도록 함으로써 합리적 의심을 넘는 입증의 원칙이 준수되도록 담보한다.[183] 이와 달리 무죄추정은 합리적 의심을 넘는 입증의 원인 이상의 역할을 수행한다고 보는 견해도 있다.[184] 가령 Thayer는 무죄추정의 역할을, 입증책임이 부당하게 불균형을 이루지 않도록 방어하는 데 머물지 않고 피고인이 제기하는 무죄 주장의 신빙성을 보호함으로써 피고인이 유죄라는 편견을 가지지 않도록 하는 것이라고 주장한다.[185]

2. 무죄추정의 원칙에 대한 비판

오늘날 무죄추정은 거의 보편적으로 받아들여지고 있음에도 불구하고, 무죄추정을 강력하게 반

178) Shima Baradaran, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 750 (2011).
179) Shima Baradaran, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723, 751 (2011).
180) William S. Laufer, "THE RHETORIC OF INNOCENCE", 70 Wash.L.Rev. 339, April, 1995.
181) William S. Laufer, 앞의 논문, 340-341면.
182) William S. Laufer, 앞의 논문, 341면.
183) William S. Laufer, 앞의 논문, 343면.
184) William S. Laufer, 앞의 논문, 344면.
185) William S. Laufer, 앞의 논문, 344면.

대하는 법률가도 일부 존재하고 있다. 무죄추정을 반대하는 견해의 논거는 다음과 같다.

가. 무죄추정은 다른 법률상의 추정과 다름

특정한 공공 정책의 증진을 위해서 추정을 인정하는 견해가 있는 반면, 전제사실(basic fact)과 추정되는 사실(presumed fact) 사이에 명확한 관계가 인정될 때에만 추정을 인정하는 견해가 있다.

무죄추정은 반증에 의해 깨뜨릴 수 있어야 한다. 무죄의 추정을 번복할 수 없다면 유죄판결을 선고할 수 없어 형사절차의 진행이 무의미하기 때문이다. 그렇지만 무죄추정의 성격을 '사실에 근거하여 번복가능한 추정'으로 볼지 아니면 '규범적인 추정'으로 볼지는 의문으로 남는다.[186]

유죄평결 이전에는 무죄로 보라는 법원칙은 구속력이 있는 것이긴 하지만 반드시 현실 상황을 반영하고 있다고 볼 수는 없다. 사람이 일반적으로 범죄를 저지르지 않는다고 보기는 어렵고 특히 입건되거나 기소된 이후의 피의자·피고인은 최종적으로 무죄보다 유죄로 인정되는 경우가 더 많은 것이다. 이러한 사정을 고려하여 무죄추정을 단순한 허구라고 보는 견해도 있다. 이러한 이유로 오히려 유죄추정(presumption of guilt)이 현실을 더 정확히 반영한다고 보는 견해도 있다.

무죄추정은 보편적인 것으로서, 수사와 재판절차가 개시되기 이전부터 모든 사람에게 부여되었으며, 그 사람의 사회적 지위, 증거에 의해 혐의가 인정되는 정도, 전과 등과 같은 선행 사정과 무관하게 인정된다. 그렇기 때문에 무죄추정은 통상적인 법률상의 추정과는 다르다.[187]

나. 수사 및 공소제기와의 논리적 불일치

무죄추정을 인정하여 합리적 의심이 없을 정도로 입증이 될 때까지는 무죄라고 본다면, 무죄라고 인정되는 자에 대해 수사를 하는 이유를 설명할 수 없고, 검사는 무죄로 인정되는 자에 대해 근거 없이 공소를 제기한다는 황당한 논리적 귀결에 이르는 것을 피할 수 없게 된다.[188]

다. 무죄추정은 효율적인 법집행을 방해함

무죄추정은, 가령 유죄가 인정되기 전까지는 체포·구속을 할 수 없게 만듦으로써 효율적인 법집행을 방해한다. 피의자·피고인이 위법·부당하게 자유를 박탈당하지 않게 함에 있어 무죄추정이 필수적인 것은 아니며, 이는 피고인에게 부여되는 과잉의 보호장치이다.[189]

---

186) Rinat Kitai, 앞의 논문, 265면.
187) Rinat Kitai, 앞의 논문, 266-267면.
188) Rinat Kitai, 앞의 논문, 269면.
189) Rinat Kitai, 앞의 논문, 270면.

라. 형사사법체계의 목적

형사사법제계는 피의자·피고인에게 도덕적인 사면을 부여하거나, 범죄를 저지르지 않았다는 사실을 선언하는 것이 아니라 유죄를 입증하기 위하여 고안되었다.[190] 피고인에게 무죄가 선고되었다 하여 피고인의 무고함이 추론되는 것은 아니지만, 피고인에게 유죄를 선고하는 것은 피고인의 유죄가 확실하다는 사실을 암시하는 것이다.[191] 개인의 자유가 대단히 중요함은 물론이지만, 그것이 형사사법체계가 작동하는 이유는 아니다. 형사절차의 주된 목적은 법률의 준수를 강제함에 있고 따라서 무고한 사람을 방면함에 있는 것이 아니다.

마. 공공의 이익

무죄추정을 반대하는 논거로 제시되는 것 중의 하나는, 범죄와의 전쟁에 있어서 공공의 이익이 무죄추정보다 앞선다는 것이다. 가령, 이탈리아와 독일에서 파시즘과 나찌즘을 옹호하면서 무죄추정을 거부한 법률가들이 있었다.[192]

Ⅶ. 형사절차와 무죄추정원칙의 구현

이상의 고찰에서 알 수 있는 바와 같이, 무죄추정의 원칙은 그 의미가 막연하고 모호하여 수사나 공판절차에서 실제로 기능하고 있는지 그렇다면 어떠한 기능을 수행하고 있는지조차 불분명하다. 그렇지만 무죄추정의 원칙이 헌법과 형사소송법에 규정된 우리나라에서, 무죄추정의 원칙을 부정할 사람은 거의 없을 것으로 생각된다. 헌법재판소와 대법원도 최소한 형사절차에서 무죄추정원칙의 적용되는 것은 당연하다고 보고 있다.

1. 형사절차가 작동하기 위한 요건과 피의자·피고인의 불이익

무죄추정원칙의 의미를 무죄로 추정되는 사람에게 형사절차상의 불이익을 가해서는 아니 된다는 것으로 이해한다면, 형사절차의 여러 단계에서 피의자·피고인에게 불이익한 처분을 한다는 것은 무죄추정이 배제되었기 때문이라고 할 수 있겠다. 이러한 관점에서 다음 표는 형사절차가 각

190) Rinat Kitai, 앞의 논문, 270면.
191) Rinat Kitai, 앞의 논문, 270면. 우리 대법원도 형사재판에서의 무죄판결은 공소사실에 대하여 증거능력 있는 엄격한 증거에 의하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가지게 하는 입증이 없다는 의미일 뿐 공소사실의 부존재가 증명되었다는 의미는 아니라고 판시하였다(대판 1998. 9. 8. 98다25368; 대판 2005. 12. 23. 2004다46366)
192) Rinat Kitai, 앞의 논문, 271면.

단계별로 어떤 요건 하에 무죄추정을 배제하고 피의자·피고인에게 불이익한 처분을 하게 되는지를 분석하였다.

	형사절차	요건	피의자·피고인의 불이익
수사절차	수사의 개시	입건(고소, 고발, 인지, 자수)	입건되면 수사 대상이 되어 피의자로서 출석의무 등을 지게 됨
	체포	범죄혐의와 도주 및 증거인멸의 우려 등	구인, 구금/ 수용시설에 수용된 자들에 대한 처우
	구속	범죄혐의의 상당성과 도주 및 증거인멸의 우려 등	구인, 구금/ 수용시설에 수용된 자들에 대한 처우
	압수·수색·검증	필요성, 관련성 등	압수·수색·검증에 의해 재산권, 자유권 등 침해
	공소의 제기	공소권남용이 아닐 것 등	공소가 제기되면 재판의 대상이 되어 출석의무 등을 지게 됨
재판절차	공판절차	검사의 공소제기	구속·압수·수색·검증에 의해 자유권, 재산권 침해 등
	보석	필요적 보석과 임의적 보석	보석요건 불충족시 구금상태 유지
	입증책임	합리적 의심을 넘는 정도의 입증	형벌 부과

2. 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동한다고 보는 견해

만약 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동하고 있다고 본다면, 무죄추정의 원칙은 수사 및 재판의 전 과정에서 모든 사람에게 획일적으로 적용된다고 보아야 한다. 무죄추정의 원칙이 수사와 재판의 일부 과정에서만 작동한다거나, 특정한 사람에게만 적용된다고 보는 것은 합리적일 수 없기 때문이다. 그렇기 때문에 무죄추정의 원칙은 일정한 전제사실을 요건으로 하지도 않는다. 이러한 특성은 무죄추정에서의 추정이 "증명이 되지는 않았지만 일단 어떤 것이 옳다고 믿는다."라는 뜻을 가진 영어의 presumption을 번역한 용어라는 점에서도 발견된다.

형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동한다고 보면, 무죄인 사람에게 형벌을 가한다거나 무죄인 사람을 체포·구속하는 것은 허용될 수 없다. 예컨대 고소·고발이 이루어지더라도 그 고소·고발 자체에 의해 피고소·고발인의 범죄혐의 없음이 명백한 때에는 그 고소·고발을 각하하여야 하고, 범죄혐의 없음이 명백한 피고소·고발인을 상대로 수사절차를 진행하는 것은 위법하다고 보아야 한다.[193] 무죄가 증명되지는 않았지만 무죄로 추정되는 사람에 대해서도 마찬가지로 취급하여야 한다. 그렇지 않다면 무죄추정이 무의미할 것이기 때문이다. 따라서 형사절차에서 체포·구속 등

193) 검찰사건사무규칙 115조 제3항 제5호, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제51조, 제52조 참조.

과 같이 피의자·피고인에게 불이익한 처분을 한다는 것은 무죄추정을 배제하였다거나 무죄추정이 번복되었음을 의미한다.

그런데 언제 무죄추정을 배제하여 수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등을 할 수 있다고 볼 것인지를 정함에 있어서는, 무죄추정의 원칙 외에도 실체적 진실발견의 필요성, 피의자·피고인의 인권보장, 비례성의 원칙, 절차 진행의 신속성 등의 형사절차의 여러 원리가 복합적으로 작동된다고 보아야 한다. 수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등이 무죄추정의 원칙만에 의해서 규율된다고 볼 수는 없기 때문이다.

다시 말하면 수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등 형사절차는 실체적 진실발견의 필요성, 피의자·피고인의 인권보장, 비례성의 원칙, 절차 진행의 신속성 등 여러 원리에 의해 규율되고 무죄추정의 원칙은 그러한 형사절차를 지배하는 여러 원리 중의 하나인 것이다.

3. 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동하지 않는다고 보는 견해

수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작용하지 않는다고 보는 것도 가능하다. 실체적 진실발견의 필요성, 피의자·피고인의 인권보장, 비례성의 원칙, 절차 진행의 신속성 등 무죄추정의 원칙을 제외한 나머지 원리들에 의해서도 제반 형사절차의 요건과 효과를 설명할 수 있기 때문이다. 사실 실체적 진실발견의 필요성, 피의자·피고인의 인권보장, 비례성의 원칙, 절차 진행의 신속성 등의 원리는 그 자체로 의미가 분명하고 그러한 원리들이 형사절차에 반영되어야 한다는 점에 별다른 의문이 없어 보인다. 그렇지만 수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등 제반 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 어떤 기능을 수행했는지 또는 수행하여야 하는지는 명확하지 않다.

4. 무죄추정의 원칙이 필요한 이유

이상과 같이 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동하고 있는지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 그러므로 형사절차에서 무죄추정의 원칙을 적용할 필요성이 있는지 그리고 실제로 그러한 필요성에 따라 형사절차가 설계되어 있는지를 따져 보는 것이 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동하고 있는지를 알기 위한 방법이 될 수 있다.

예컨대 공무원인 갑이 을을 살해한 가상의 사례에서 갑을 처벌하는 형사절차, 갑에 대해 손해배상을 구하는 민사절차, 갑을 징계하는 행정절차가 각각 진행된다고 하자. 민사절차와 행정절차

에서 그러한 절차가 진행되는 사유가 범죄 이외의 것인 경우에는 무죄추정의 원칙이 적용될 여지가 없는데 반하여, 갑이 범죄를 저지른 경우에만 무죄추정의 원칙을 적용하여 갑의 범죄가 확정될 때까지는 갑에게 손배배상을 하라고 판결하거나, 갑을 징계할 수 없다고 한다면 범죄자를 부당하게 우대하는 것이 되므로 민사절차와 행정절차에서 범죄자에 대해 무죄추정의 원칙을 적용하는 것은 타당하지 않다. 그러므로 민사절차와 행정절차에서는 무죄추정의 원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

민사절차와 행정절차에서와 달리 오로지 형사절차에서만 범죄자에 대해 무죄를 추정해야 할 필요성은 무엇일까? 이에 대해 생각해볼 수 있는 논거로는 ① 인권보장의 필요성, 즉 무고한 사람이 처벌받을지도 모를 위험성을 제거할 필요성, ② 형벌의 부과 주체인 국가는 자의적인 형벌권을 행사할 우려가 있으므로 이를 억지할 필요성, ③ 약간의 증거에 의해서라도 특정인이 범인이라고 의심되면 수사기관은 그로부터 자백을 받기 위한 강압수사를 하는 경향이 있고, 일반 국민은 그를 범인으로 단정하여 맹목적으로 비난하는 경향이 있으므로 이를 억지할 필요성이 있다는 점 등을 들 수 있다.

무고한 사람이 처벌될 가능성을 제거한다는 목적은 입증의 정도를 달리함으로써 합리적으로 조정, 달성될 수 있다. 우리는 범죄사실이 합리적 의심을 넘는 정도로 입증된 경우에 유죄판결을 할 수 있다는 입증책임의 원리에 의해 '범인은 처벌하여야 한다는 원칙'과 '무고한 사람이 처벌되어서는 아니 된다'는 원리의 조화를 이루고 있다. 따라서 무고한 사람이 처벌될 가능성을 제거하여야 한다는 목적은 입증책임의 분배에 의해서도 충분히 달성할 수 있으므로 그러한 목적은 무죄추정이 필요하다는 논거가 되지 못한다.

국가의 자의적 형벌권 행사, 수사기관의 강압수사 및 국민의 맹목적인 비난 경향을 억지하는 기능은 피의자·피고인의 인권보장을 위한 제반 제도, 적법절차, 피의사실의 공표나 명예훼손 행위의 처벌 및 손해배상 등을 통해서도 충분히 수행할 수 있다.

위와 같이 무죄추정의 원칙이 형사절차에서 구체적인 기능을 수행하고 있다고 보기 어렵고, 무죄추정원칙이 형사절차에서 필요하다고 볼만한 뚜렷한 논거도 발견되지 않는다. 그 배경에는 다음과 같은 사정들이 놓여 있다고 생각된다.

범죄사실의 증명은 사건마다 다르고 동일 사건에서도 시간의 진행 경과에 따라 달라진다. 예컨대 범행 장면이 다수인에 의해 목격되거나 CCTV 등에 의해 녹화되는 경우에는 처음부터 범죄사실이 사실상 증명되었다고 볼 수 있는 반면에, 범인이 누구인지를 알 수 있는 증거가 전혀 발견되지 않는 경우도 있을 수 있다. 무죄추정의 원칙은 무죄를 획일적으로 추정함으로써 사건마다 범죄의 증명 정도가 참으로 다양한 현실에 부합하지 못하고 있는 것이다.

또한 수사의 개시, 체포·구속, 공소의 제기, 보석불허가 또는 범죄사실의 입증 등 제반 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동한다고 하더라도 무죄추정의 원칙은 각 단계에서 서로 다른 정도로 작동하고 있다. 즉 무죄추정을 번복 또는 배제하기 위해서는, 수사의 개시에 있어서는 고소·

고발, 인지, 자수라는 입건 사유만 존재하면 되고, 체포에 있어서는 체포의 요건을 구비하여야 하지만 구속에 있어서는 구속사유의 충족이라는 상당히 엄격한 요건이 존재하여야 하고, 유죄판단에 있어서는 합리적 의심을 넘는 정도의 입증이 있어야 하는 것이다. 단일하고 고정된 개념의 무죄추정의 원칙은 위와 같이 형사절차의 각 단계별로 달라지는 무죄추정의 정도를 제대로 반영하지 못하고 있는 것이다.

이와 같이 각 사안에서 있어서 특정인이 죄를 범하였다고 볼 혐의의 정도가 다르고, 형사절차의 여러 단계에서 무죄추정을 번복하여 피의자·피고인에게 불이익한 처분을 하기 위한 요건이 다른 상황에서 획일적인 무죄추정의 원칙을 적용하려고 시도하는 것은 혼동을 초래하고 무익하다고 생각된다.

그렇다고 하여 형사절차에서 무죄추정의 원칙이 작동할 여지가 전혀 없는 것은 아니라고 생각된다. 무죄추정의 원칙을 “모든 사람을 일응 무죄로 추정하여, 범인으로 의심되는 사람이라고 하더라도 그에게 인권침해를 하지 말고, 고도로 입증되지 않으면 유죄판결을 하지 말라”라는 의미로 이해하고 이것이 형사소송법의 지도원리로 작동하도록 하는 것이 합리적이라고 생각된다.

Ⅷ. 결론

무죄의 추정은 형사절차에서만 문제될 뿐이고, 보안처분을 부과할 때에도 무죄추정의 원칙을 적용할지에 대해서는 논란이 있다. 그렇지만 무죄추정의 원칙은 민사소송절차나 행정소송절차에서는 적용할 여지가 없다고 보아야 할 것이다.

예를 들어, 갑이 을에게 상해죄를 저질러, 그 피해자인 을이 그 범인인 갑을 상대로 상해죄가 불법행위를 구성한다고 주장하면서 손해배상청구소송을 제기하였다고 가정해보자. 여기서 을의 청구를 인용할지 여부는 을이 청구원인인 불법행위의 성립요건을 모두 주장, 입증하였는지에 따라 판단하면 된다. 을의 청구원인인 불법행위의 내용이 범죄라 하여, 형사절차를 통해 피고의 유죄판결이 확정되기 전까지 갑에게 무죄를 추정해줌으로써 을에게 승소판결을 선고할 수 없도록 하는 것은 그렇게 할 합리적인 근거가 존재하지 않고 부당할 뿐이다. 피고의 패소가 확정되기 이전까지는 피고가 불법행위를 저지르지 않은 것으로 인정해줄 필요가 없기 때문이다.

따라서 피해자인 원고는 피고에 대한 유죄판결이 확정되기 이전에도 불법행위의 성립요건을 모두 주장, 입증함으로써 승소의 확정판결을 받아 강제집행으로 나아갈 수 있다.

마찬가지로 공무원이 횡령죄를 범한 경우에, 횡령죄에 관하여 유죄판결이 선고, 확정되기 이전이라도 횡령죄를 징계사유로 삼아 공무원에게 징계처분을 할 수 있다. 이러한 이치는 가사소송이나 특허소송에서 그 청구원인이 범죄와 관련되었다고 하더라도 동일하게 적용된다.

무죄추정의 원칙에 있어서의 추정을 민사소송법에서 사용되는 통상적인 추정이라고 볼 수는

없다. 왜냐하면 무죄추정원칙상의 추정에 있어서는 무죄를 추인하기 위한 전제사실이 필요하지 않고, 반증도 허용되지 않기 때문이다. 무죄추정의 원칙에 있어서의 추정은 통상적인 추정이 아니라 규범적인 추정(normative presumption)이라고 보아야 한다.

학계와 판례 모두 무죄추정의 원칙이 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙이라고 본다. 이러한 기존의 견해는 체포, 구속, 보석 제도를 어떻게 운용하여야 할 것인가라는 질문에 대하여 무죄추정의 원칙을 적용하여 불구속 수사와 재판이 원칙이라고 대답할 뿐이다. 이러한 대답은 지극히 막연하다. 왜냐하면 불구속 수사와 재판이 원칙이라고 했을 때 언제 체포와 구속을 할 수 있느냐고 묻는다면 기존의 견해는 아마도 형사소송법의 체포, 구속에 관한 규정에 따르면 된다고 답변할 수 밖에 없을 것이기 때문이다. 그렇다면 무죄추정은 재판이 확정되기 이전 단계에서는 선언적인 의미를 가질 뿐 실천적인 효력을 발생하는 것이 아니다. 왜냐하면 체포, 구속, 보석은 무죄추정의 원칙과 전혀 무관하게 체포와 구속 그리고 보석 제도 자체의 논리에 의해 운용되기 때문이다.

그렇다 하더라도 무죄추정의 원칙은 형사절차에 있어서 일정을 기능을 수행하여야 한다. 무죄추정의 원칙이 수행할 기능을 찾기 위해서는 무죄추정이 왜 필요한지를 검토할 필요가 있다.

참 고 문 헌

Alexander Volokh, "N Guilty Menn", 146 U. Pa. Rev. 173 (1997).

Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520 (1979).

Cathy Lynne Bosworth, Note, Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence, 47 Ohio St. L.J. 277, 279 (1986).

Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454-55 (1895)

François Quintard-Morénasa1, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE FRENCH AND ANGLO-AMERICAN LEGAL TRADITIONS, 58 Am. J. Comp. L. 107 (2010)

James Bradly Thayer, "The Presumption of Innocence in Criminal Cases", 6 Yale L.J. 185 (1897).

Jeff Thaler, Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial, 1978 Wis. L. Rev. 441, 460 (1978).

Rinat Kitai,, "PRESUMING INNOCENCE", 55 Okla. L. Rev. 257, 258 (2002).

Shima Baradaran a1, "RESTORING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE", 72 Ohio St. L.J. 723 (2011).

Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

William S. Laufer, "THE RHETORIC OF INNOCENCE", 70 Wash.L.Rev. 329, April, 1995.

토론문

김 성 룡 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

전남대학교 최병천 교수님의 귀한 발표를 잘 듣고 많은 것을 배울 수 있어서 감사드립니다. 이렇게 비록 비대면 세미나지만 3개 대학 법학연구원의 공동행사로 글도 같이 읽고, 얼굴을 보고 인사를 나눌 수 있어서 감사하게 생각합니다.

교수님이 발표하신 내용에 대해서는 특별히 그 당부를 논할 토론을 하기는 어려워 보이고, 다양한 미국의 선례와 법규들을 섭렵하시고 사적으로 이론적으로 깊이 있는 지적 자극을 주셔서 감사드립니다.

토론자의 역할을 조금아니마 하기 위해 몇 가지 질문을 드리는 것으로 저의 책임을 다하고자 합니다.

1. 먼저 국내의 관련 연구도 적지 않게 있고, 대륙법 전통 국가에서도 관련 접근들이 많은 데, 주로 영미의 자료를 참고하시고 소개하신 특별한 이유가 있으신지요?

2. '무죄추정의 원칙'과 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게 원칙'은 형사소송의 전반에 걸쳐서 언급되는 원칙들인데, 제가 추적한 바로는 양자 모두 어디에서 어떻게 기원했는지에 대한 정설이 없는 상태라고 알고 있습니다.
   혹시 교수님의 연구 중에 이에 대해 설득력있는 서술을 발견하신 경험이 있으신지요?

3. 예를 들어 독일 Wiki "Unschuldsvermutung"에서는 무죄추정은 프랑스의 추기경 Jean Lemoine(1250-1313)에 소급하고, 1631년 독일어를 사용하는 지역에서 'in dubio pro reo'(Im Zweifel für den Angeklagten)라는 표현으로, 당시 악명높은 마녀사냥에 반대하는 Friedrich Spee의 Cautio Criminalis라는 문헌에서 심화되었다고 소개하고 있습니다. 1764년 계몽철학자이자 법철학자인 Cesare Beccaria에 의해 실정법원칙으로 규정되었다고 합니다.[1)]

4. 이에 비해 의심스러울 때는 피고인에게 유리하게 원칙은 아리스토텔레스에 소급하는 그리스의 법이론이자 로마법에 영향을 미쳤다고 하고, 그 정확한 형태의 표현은 1487년에서 1546

1) Cesare Beccaria: Dei delitti e delle pene (Von den Verbrechen und von den Strafen, 1764), Kapitel 4, § 12 Abs. 2.

년까지 살다간 마이랜드의 법학자 Egidio Bossi였따고 합니다. 독일에서는 앞서 언급한 바와 같이 Friedrich Sppe 에 의해 1631년 자리를 잡았다고 합니다.

5. 만약 피고인이 수사절차에서 피의자신문을 받는 과정에 강압이나 고문 등의 위법행위를 당하였다는 취지로 수사과정의 적법성과 조서의 임의성을 부인한다고 할 때, 대한민국의 비롯한, 일본, 독일, 미국, 영국 등의 사실심 법원의 판사(직업 또는 배심, 참심 등)들이 그 수사상의 진술이나, 진술을 기재한 서류, 또는 조사자의 증언을 듣기 위해서 수사과정의 적법성과 임의성이 어느 정도 증명되어야 하는 것인지에 대해 무죄추정의 원칙 또는 의심법칙에 따라 설명할 수 있을지요?

6. 무죄추정이 교수님의 표현처럼 법적 추정이라고 하면, 의심법칙은 판단규칙, 즉 유무죄의 판단을 내릴 때의 규칙을 말하는 것인데, 양자의 관계가 작용하는 시점이나 대상의 이동(異同)에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

늘 의심스런 생각으로 연구해보자고 마음 먹으면서도 미루어둔 과제를 최 교수님의 발표로 많이 배우게 되어 다시 한번 감사드립니다. 토론자의 의무라고 생각하시고 말이 되는 질문에 대해서만 간단히 답해주시면 감사하겠습니다.

귀한 발표 다시 한번 감사드리고 이렇게 뵙게 되어 영광이고 조만간 좋은 세미나에서 다시 뵙게 되기를 바랍니다.

(끝)

토론문

안원하 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

Memo

[제3주제]

판례변경과 소급효금지

조충영 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 민수영 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김봉수 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

판례변경과 소급효금지*

조 충 영(부산대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 들어가며

죄형법정주의는 국가의 형벌권 행사를 통제할 수 있는 원칙으로서 오늘날 모든 문명국가에서 채택하고 있는 원리가 되었다. 우리나라도 헌법 제12조 제1항(누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다), 제13조 제1항(모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며), 제37조 제2항 및 형법 제1조 제1항(범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다)에서 이러한 원리를 구체화하여 규범화하였다. 이 원칙은 국민의 법적 안정성을 보호하고 국민에게 예측가능성과 신뢰보호를 통하여 국가 형벌권의 자의적인 행사로부터 국민의 권리와 자유를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙이다. 그 내용의 하나인 소급효금지의 원칙은 범죄에 대한 형벌은 행위시의 법률에 따라야 하며, 행위후에 제정된 법률을 소급하여 적용해서는 안된다는 원칙이다. 그러나 이러한 원칙이 판례를 변경하는 경우에도 적용될 것인가에 대하여는 1999년도에 대법원 전원합의체 판결이 있었고 이후 많은 논란이 있었다. 그러나 최근 대법원은 저작권법위반 사건에서 종전의 판결을 다시 한 번 확인한 바 있다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결). 따라서 위 판결들의 내용과 그 동안의 견해들을 살펴보고 이에 대하여 비판적으로 고찰해 보도록 한다.

Ⅱ. 판례의 내용

1. 판결 내용

(1) 대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결

[다수의견에 대한 보충의견]

---

* 본고는 2021. 12. 15. 개최되는 <3개대 학술대회>에서 발표하고 투고할 예정입니다. 아직 미완성 글이므로 인용은 삼가 주시기 바랍니다.

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 구 건축법 제57조에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 위 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 위 법률조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.

[반대의견]

우리 법제와 같은 성문법주의 아래서는 최고법원의 판례라고 하더라도 이것이 바로 법원(법원)이 되는 것은 아니지만, 실제의 법률생활에 있어서는 특히 최고법원 판례의 경우 사실상 구속력을 가지고 국민에 대하여 그 행동의 지침을 부여하는 역할을 수행하는 한편 당해 사건을 최종적인 판단에 의하여 해결하는 기능뿐만 아니라 법령해석의 통일이라는 제도적 기능도 아울러 가지고 있음을 고려할 때, 종래 대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1219 판결 등 다수의견이 변경하고자 하는 대법원판례가 구 건축법의 양벌규정이 행위자 처벌의 근거 규정이 될 수 없다고 일관되게 해석하여 옴으로써 국민의 법의식상 그러한 해석이 사실상 구속력이 있는 법률해석으로 자리잡게 되었다고 할 수 있음에도 불구하고 단지 다른 법률의 양벌규정과 해석을 같이 하려는 취지에서 국민에게 불이익한 방향으로 그 해석을 변경하고 그에 따라 위와 같은 대법원판례들을 소급적으로 변경하려는 것은 형사법에서 국민에게 법적안정성과 예측가능성을 보장하기 위하여 소급입법 금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법의 정신과도 상용될 수 없는 것이다.

따라서 위와 같은 양벌규정에 근거하여 행위자를 처벌하려고 한다면, 공직선거및선거부정방지법 제260조의 "회사의 임원이나 구성원이 그 업무에 관하여 이 장(벌칙을 정한 같은 법 제16장을 가리킴)에서 정하는 죄를 범한 때에는 당해 회사 등이 한 것으로 보아, 그 행위자를 해당 각 조의 형에 처하는 외에 당해 회사 등에 대하여도 해당 각 조의 벌금형에 처한다."라는 규정과 같이 행위자의 처벌규정이라고 해석할 수 있도록 법률개정을 통하여 그 문언이 변경된 경우에 한하여 가능하다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 그 내용이 명확하지 아니한 구 건축법의 양벌규정을 행위자 처벌의 근거 규정이라고 해석하기 위하여 종래 일관되게 유지되어 온 판례들을 변경하려고 하는 것은 법기능적 해석방법으로는 옳을는지 몰라도 국민의 법적안정성과 예측가능성을 훼손하여 판례만 바꾸면 언제라도 국민에 대한 형벌권행사가 가능하다고 생각케 함으로써 국민의 자유와 권리의 보장이라는 더 큰 가치를 잃게 되었다고 하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건에서도 구 건축법의 양벌규정을 근거로 피고인 2와 피고인 3을 처벌하여서는 안된다고 할 것이다.

(2) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결 [저작권법위반방조]

[다수의견에 대한 보충의견]

반대의견은, 종전 판례를 변경하여 이 사건 링크 행위를 방조범으로 처벌하는 것이 헌법상 형벌불소급의 원칙이나 평등의 원칙과 조화되기 어렵다고 한다.

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니다. 형법 조항에 관한 판례의 변경은 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 않아 이로써 법률조항 자체가 변경된 것이 아니다. 행위 당시의 판례에 따르면 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 해서 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결 등 참조). 물론 변경되는 판례에 대한 피고인의 신뢰와 그 보호의 필요성에 비추어 구체적인 사안에 따라서는 형법 제16조에서 정한 법률의 착오에 해당하는지 여부를 심리하여 판단할 필요가 있을 수 있다.

[반대의견]

-판례 변경의 정당성에 관하여

대법원이 일정한 유형의 행위에 대하여 처벌의 대상이 아니라고 명시적인 견해를 밝힌 경우 법령 개정 등의 사정변경 없이 그 견해를 바꾸어 처벌의 대상으로 판단하는 것은 판례의 모순·저촉 상황을 해소하기 위해 불가피한 경우, 시대 상황이 근본적으로 바뀌어 종전 견해를 고집하면 현저히 정의에 반하게 되는 경우 등이 아니면 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 대법원이 처벌법규의 해석을 통해 일정한 유형의 행위가 처벌의 대상이 되는지를 판단하면, 이러한 판단은 처벌법규와 어우러져 국민들이 준수할 행위 준칙으로서의 기능을 하게 된다. 특히 대법원이 특정 유형의 행위에 대하여 처벌의 대상이 아니라고 명시적인 견해를 밝힌 경우 그러한 판단을 신뢰하여 행동한 국민들은 법적으로 보호받아 마땅하다. 대법원이 확립된 판례를 통해 처벌의 대상이 아니라고 본 행위를 한 사람을 법령 개정 등의 사정변경 없이 처벌하는 것은 헌법상 형벌불소급의 원칙 및 평등의 원칙과 조화되기 어렵고, 대법원이 세워놓은 판단기준을 허물어 처벌의 영역을 확장하는 것은 국민들에게 행위 준칙을 제공하는 역할을 포기하는 것과 다를 바 없다. 이 사건 공소사실 행위는 대법원이 종전 판례를 통해 링크 행위는 저작권법 위반 방조죄를 구성하지 않는다고 판단한 직후에 행해진 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건에서 종전 판례를 변경하여 유죄로 판단할 정당성은 더욱 인정되기 어렵다고 하지 않을 수 없다.

2. 형사사건에서 무죄를 선고한 것을 유죄 취지로 변경한 대법원의 판결

구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조에서 규정한 강간죄의 객체인 '부녀'에 법률상 처(妻)가 포함되고, 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한

경우 강간죄가 성립한다고 인정한 판결(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결), 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분한 경우 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자가 아니라도 횡령죄가 성립한다는 판결(대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결), 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다는 판결(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결), 위계에 의한 간음에서 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체 외에 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다고 인정한 판결(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결) 등이 있다.

Ⅲ. 학설의 내용

1. 소급효 긍정설

소급효금지는 헌법 제13조 제1항에서 '법률'의 소급효를 제한하고 있는 것에서 알 수 있듯이 '실정법'의 소급효만을 금지하는 것이어서 실정법이 아닌 판례는 이러한 소급효금지 원칙에 의한 제한을 받지 않는다는 것이 주된 근거이다. 이를 구체화하여 형법 제1조 제1항은 '행위시의 법률'이라고 규정하여 소급적용을 법률에 한하고 있기에, 법관이 하는 판례의 변경은 입법작용으로 이해할 수 없다고 하거나,[1] 소급효금지의 원칙은 법률의 소급적용을 금지하는 것이므로 법률인 입법과 판례인 사법을 동일시할 수는 없으며, 새로운 법률의 해석은 소급적으로 처벌하는 것이 아니라 이미 존재하던 법률의사의 새로운 정확한 인식작용에 불과하고, 법관이 법을 적용하는 것은 이미 법률에 포함되어 있는 내용을 단지 더 자세히 구체화한다는 것이다.[2]

판례변경으로 인한 소급처벌에 대한 피고인의 신뢰보호는 법률의 착오의 법리를 활용함으로써 충분히 보호될 수 있으며, 판례의 효력을 장래에 대하여서만 유효하게 하는 상고심에서 원심판결을 유지하면서 종래의 판례만을 변경하는 것은 상고심의 기능과 일치하지 않는다고도 하며,[3] 소급효금지의 원칙은 죄형법정주의의 표현으로 이는 "법률"에 대한 국민의 신뢰와 법적 안정성을 보호함과 동시에 행위자에게 의사결정규범으로서의 기능을 보장하기 위함이고 따라서 판례의 변

1) 오영근, 형법총론, 제6판, 박영사, 2021, 36면.
2) Hettinger/Engländer, Täterbelastende Rechtsprechung im Strafrecht, Festschrift für Lutz Meyer Grossner, 2001, S.154.
3) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제10판, 박영사, 2019, 24면.

경이 법관의 법발견 활동인가 법창조 활동인가라는 법해석의 문제와는 분리하여, 소급효금지 원칙의 본질과 기능적 측면을 고려하여야 한다고 하며, 한편으로는 행위자가 행위당시 법률 외에 판례에 대한 신뢰를 가지는 것이 일반적인가 아니면 판례가 행위자에게 의사결정규범으로서 실질적으로 기능하는 것인가를 고려한다면 원칙적으로 소급효를 부정할 이유가 없다고도 한다. 또한 당해 행위자의 행위에 대한 판결은 언제나 사후에 결정되어지는 법원의 법해석에 해당하므로 판례의 소급효를 부정하게 되면 행위자에 대한 판결을 오히려 당해 행위에는 적용할 수 없는 모순이 발생한다. 따라서 판례변경에 대하여는 소급효를 인정함이 타당하고도 한다.[4)]

그리고 판례의 변경에 소급금지원칙을 적용하기에는 실정법이 '법률'에 대하여만 규정하고 있기 때문에 실정법상의 난점이 따르며 법률만이 법적용자(법관)에 대해 구속력을 가지고 있는 대륙법계하에서는 상급법원의 판례는 하급법원에 대해서만 기속력을 가질 뿐이므로 영미법계에서와 같은 선판례구속력을 인정할 수 없고, 따라서 판례의 변경은 입법작용과 성격을 달리하기 때문에 판례에 법원성을 인정할 수 없다. 모든 국가작용에서 똑 같은 정도의 신뢰보호를 인정할 수 없고 사법과 행정에 비해 입법의 신뢰보호가 보다 두텁게 보호된다. 법원이 하는 법률의 해석행위는 법의 획득 내지 발견일 뿐 법 '창조'가 아니기에 원칙적으로 신뢰보호가 약화되어 소급금지원칙의 적용 밖이라고 한다. 즉 판례는 법을 제정하는 것이 아니라 법을 인식하는 것이라는 주장이다.

물론 이러한 주장을 하면서도 이로 인한 여러 불합리한 결과가 올 수 있는 점을 보완하기 위하여 법원의 판결이 입법작용과 유사한 기능을 하는 경우 법원의 판결을 통해 표현된 법적 견해가 사실상의 구속력을 가지므로 이에 대한 시민의 신뢰보호가 필요할 수 있으며 이때에도 법률(입법)에 대해 요구되는 수준은 아니며 변경된 판결이 헌법적 요청에 부합하는 신뢰보호의 수준이 되기 위하여는 '예견가능한 범위밖의 법발견'이어야 하며 변경전의 판례가 지속적으로 확립된 판례이어야하고, 지속되고 확립된 판례라도 변경될 수 있지만 그 변경이 충분히 근거지워져서 자의적인 변경이 아니라는 평가를 받을 수 있어야 하고 그렇지 않으면 '사법적 불법'이라고 할 수 있기에 당사자의 구제책이 마련되어야고도 한다.[5)]

2. 소급효 부정설

이의 근거는 수범자인 국민들의 법규범에 대한 예측가능성과 신뢰보호의 원칙을 근거로 든다. 구체적으로는 당사자와 국민의 입장에서 보았을 때 판례가 동일한 기능을 하여 일정한 가벌조건을 창설할 경우에는 달리 취급해야 할 필요가 있다는 것이다. 피고인의 신뢰보호를 위해서는 판례가 법률보충기능을 하면 역시 소급효 금지의 적용을 받아야 한다고 하며 판례가 법률보충을 해야 하는 원인은 입법자가 명확성원칙을 제대로 실현하지 못한 것으로 법관에 대한 판결기준의 흠

4) 이형국·김혜경, 형법총론, 제6판, 법문사, 2021,53면.
5) 김성돈, 형법총론, 제7판, SKKUP, 2021, 88면.

결을 초래한 것으로 입법자가 제공한 것으로 보아야 하고 이것이 당사자의 불이익을 초래하는 판례의 소급효 문제까지 이른 것이기에 법률보충적 판례에 대해서는 입법자가 제정하는 법률과 마찬가지로 소급효금지원칙이 적용되어야 할 필요가 있다고도 한다.[6] 또한 판례 그 자체는 법률이 아니나 법원의 유권 해석을 통하여 법의 내용이 확정되고 사실상의 구속력도 가지게 되며, 국민이 이를 신뢰하며 일상을 영위하고 있기에 법에 충실한 국민의 법적인 안정성을 위해서 판례의 소급효금지의 원칙이 인정되어야 한다고 주장하는 견해도 있다.[7] 다른 한편으로는 대법원판례가 지지하는 소급효긍정설은 지나치게 형식논리에 집착하고 있으며 법적 안정성과 국민의 신뢰보호를 소홀히 취급하는 흠이 있으며 시민들에게 법적 안정성을 보장하고 신뢰보호가 깨지는 상황을 방지하려면 역시 소급효금지의 원칙에 입각하여 판례변경의 소급효를 부정하는 것이 타당하고 여기에는 피고인에게 유리한 유추해석은 허용된다는 법리도 함께 고려할 필요가 있고 따라서 소급효부정설에 의해 신판례는 판결선고 이후에 발생한 범죄에 대하여 적용되게 된다고 한다.[8]

3. 형법 제16조 '법률의 착오' 원용설

이는 피고인에게 불리하게 판례가 변경될 경우 그 소급효를 인정하는 소급효긍정설의 입장에서, 변경된 판례를 소급적용하는 것에 따른 피고인의 불이익을 구제하는 방안으로 위법성의 착오 규정을 원용한다. 판례변경의 소급효를 인정하기에 판례변경으로 인한 불이익을 입게 되는 경우에도 그것을 감수할 수밖에 없지만, 다만 국가는 국민들이 변경전의 판례를 신뢰하여서 자신의 행위가 불법이 되지 않는다고 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 판단되는 경우, 형법 제16조의 위법성의 착오를 이유로 형사책임을 제한함으로써 판례에 대한 신뢰를 보호해 줄 수 있다는 것이다.[9]

앞서 본 대법원 2017도19025 전원합의체 판결에서도 "물론 변경되는 판례에 대한 피고인의 신뢰와 그 보호의 필요성에 비추어 구체적인 사안에 따라서는 형법 제16조에서 정한 법률의 착오에 해당하는지 여부를 심리하여 판단할 필요가 있을 수 있다."고 설시하여 이러한 견해에 찬성하고 있는 것으로 보인다.

그러나 형법 제16조 '법률의 착오'를 원용하여 문제를 해결하는 것에는(예를 들면, 행위자가 판례의 취지를 신뢰하여 자기행위가 금지되지 않은 것으로 착오한 경우에 불가벌로 한다는 입장) 우리 형법이 "법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것"으로 규정하고 있기에 이 법령에 판례를 포함시킬 수 없다는 난점이 있다거나,[10] 금지착오원용설은 피고인의 입장을 배려하려는 취지에

6) 배종대, 형법총론, 제15판, 홍문사, 2021, 65면.
7) 장영민, "판례변경의 소급효(Ⅰ), 법학논집 제4권 제4호, 이화여대 법학연구소, 2000, 43면.
8) 신동운, 형법총론, 제13판, 법문사, 2021, 51-52면.
9) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 24면. 천진호, "피고인에게 불리한 판례변경과 소급효금지원칙", 형사판례의 연구Ⅰ(지송 이재상교수화갑기념논문집), 2003, 24면. 등
10) 배종대, 앞의 책, 65면.

서 주장된 것이기는 하지만 소급효금지의 문제를 정면에서 제대로 대처하지 못하는 흠이 있고, 자신의 행위가 죄가 되는 것인지 몰랐다고 하는 금지착오의 주장은 형법 제16조의 법리에 따라서 해결되는 것일 뿐이며 소급효금지의 법리와는 무관하다고 하거나,[11] 또한 독일 형법 제17조 금지착오 규정이 "불법을 행한다는 인식을 결여한 경우"라고 규정하고 있어 판례에 대한 신뢰도 금지착오의 대상으로 볼 수 있으나, 이와는 달리 우리 형법 제16조는 "법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것"으로 규정하고 있기에 이 "법령"에 판례를 포함시킬 수 없다는[12] 등의 취지로 비판하는 견해들이 있다.

Ⅳ. 각국의 입법례

대륙법계의 독일과 영미법계의 미국에서의 상황에 대하여만 간단하게 살펴보기로 한다.

1. 독일의 경우

영미법에서와 다르게 대륙법 국가는 선례구속의 원칙이 주로 인정되지 아니하여 상급심 법원은 스스로의 판례도 변경할 수 있으며, 하급심 법원이 상급심 법원의 판결에 법적으로는 반드시 기속되지도 아니한다. 이러한 대륙법 국가에서 장래효만을 갖는 판례변경이 문제되나, 독일에서는 변경된 판례가 소급하여 적용된다는 것이 원칙이다. 피고인에게 불이익한 판례변경이 문제되었던 것으로 독일의 제국법원이 1910년 종래 「법적으로 보호되는 재산」 개념을 떨치고 「순수하게 경제적인 재산」 이라는 개념을 채택하여 불법낙태를 원하는 여성에게 효능이 없는 가루를 낙태약으로 기망하여 판매한 행위에 대한 사기죄의 성립을 인정하며 변경된 판례를 소급하여 적용한 것을[13] 비롯, 이후 독일형법 제315조a, 제315조c, 제316조에 따라 자동차 등을 운전하여서는 안되는 절대적인 운전부적합에 대한 혈중알코올농도가 얼마인가에 관한 여러 판례들의 변경이다. 연방대법원은 1953년 이전의 기준 1.8‰을, 1.5‰로 낮추고는 피고인을 음주운전으로 처벌하였다.[14] 연방대법원은 1966년 이 기준을 다시 1.3‰로 더 낮추었고,[15] 1990년에는 1.1‰로 더욱 낮추었다.[16] 1966년 제2차 혈중알코올농도와 관련된 판결에서 연방대법원은 "형벌은 책임을 전제한다는 불가침적인 원칙"에 기초하여 행위자에게 불법의식이 있거나 적어도 양심의 긴장 아래에서 이를 인식할 수 있어야 한다는 요청을 도출하고, 판례에 대한 신뢰는 이러한

11) 신동운, 앞의 책, 51면.
12) 구모영, "판례의 변경과 소급효금지원칙", 비교형사연구(한국비교형사법학회) 제2권 제1호, 2000, 187면
13) RGSt 44, 230.
14) BGHSt 5, 168.
15) BGHSt 21, 157.
16) BGHSt 37, 89.

금지착오 법리에 의하여 보호될 수 있다면서도 통상 신뢰의 원칙은 연방헌법재판소가 인간의 존엄과 법치국가원칙에서 도출하는 책임요건을 통하여 충분히 고려될 수 있을 것이라고 하여 금지착오설고 해결하여야 한다는 견해를 채택하였고 이후 판례와 통설이 되었다. 1990년 제3차 혈중알코올농도 판결은 이에 대한 헌법소원도 제기되었지만 위 사건에서 연방헌법재판소도, 만약 판례변경이 소급효금지에 반한다고 하면 "확립된 판례가 그 뒤의 보다 나은 인식에 비추어 유지될 수 없음이 드러난 때에도, 종래의 판례에 구속되게 할수 있고, 가벌성의 바탕은 운전에 적합한 것인가 하는 것이지 특정의 혈중알코올농도가 아니라는 등의 이유를 들면서 "소급효금지와 신뢰보호원칙으로부터 도출되는 결론이 곧바로 법원의 재판에 적용되는 것은 아니다"고 하여 소급적 판례변경이 원칙임을 밝혔다.[17]

2. 미국의 경우

미국의 연방대법원은 1980년대 초까지는 비록 비판적인 여러 의견들이 있기는 하였으나 이른바 'Linkletter-Stovall Doctrine'원칙에 따라 개별 사건에서 판례를 소급적용할 것인지 여부를 case by case식으로 해결하여 왔다.

그러나 미확정 판결의 상고사건에서는 헌법을 위반하였다고 판단하고는 피고인을 석방하는 이상 그와 비슷한 유형에서도 같은 구제를 허용하여야 하는 반면, 인신보호영장 사건에서는 새로운 판례의 목적과 그에 대한 신뢰 및 그 사건에 대한 법집행 등에서 기존 판례의 소급 여부에 대한 결정기준이 고려되어져야 한다면서, 원칙적으로는 판결의 확정성을 존중하여 소급효를 부정하여야 하지만, 헌법해석상 특정한 개인의 행동을 실체적 적법절차가 문제되거나 변호인의 권리와 같은 절차적 요소에 대한 이해가 기본적인 부분에서 변화하는 특정 유죄판결의 공정성이 문제되는 경우에는 그렇지 않다고 하였다. 연방대법원이 미확정 유죄판결에 관하여 1982년 U.S. v. Johnson 사건 판결과 1987년 Griffith v. Kentucky 사건에서, 인신보호영장 신청사건에 관하여는 1989년 Teague v. Lane 사건 판결에서 이러한 내용을 유지하였다. 한편, 연방대법원은 2001년 Rogers v. Tennesse 사건 판결에서는 사후입법의 금지는 사법작용이 아닌 입법작용에 대하여만 적용되고, 사법작용은 본질적으로 소급적이기에 이를 적법절차 위반이라고 할 수 없다고 하면서 피해자가 범죄행위 후 1년 1일 뒤에 사망한 경우에는 살인죄를 적용할 수 없다는 "1년 1일" 법리를 폐기한 주(州) 대법원의 판례변경을 피고인에게 불리하게 소급적용하는 것은 연방헌법 제1조의 사후입법금지에 위반된다는 피고인의 주장을 받아들이지 아니하였다.[18]

결론적으로 미국에서는 판례변경의 소급효를 개별적으로 판단하였으나 위 1987년 Griffith v. Kentucky 사건과 1989년 Teague v. Lane 사건을 거치면서는 사안별로 적용하는 개별적용을 지

17) BVerfGE 74, 102.
18) 이동진, "판례변경의 소급효", 민사판례연구 제36권, 1115면

양하고 일반적인 원리나 법리에 의해 해결하려고 하였다. 이에 미확정 판결에 대한 상고의 경우는 원칙적으로 전면 소급효를 인정하고 선택적인 장래효는 인정하지 않는 방향으로 나아가려고 하지만 형사영역의 인신보호(habeas corpus) 사건에서는 판례변경의 소급효를 인정하지 않고 있다고 한다.[19]

Ⅴ. 판례와 소급효긍정설에 대한 비판

1. 헌법 제13조의 의미와 적용

소급효긍정설이 실정법에 바탕을 두고 논리적으로 설명을 하려는 것에는 이해가 간다. 그렇지만 이는 너무 형식 논리적이다. 소급적용을 인정하는 견해는 우선 헌법 제13조가 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위"라고 규정하여 "법률"에 한정하기 때문에 판례의 변경은 포함되지 않는다고 한다. 즉 헌법은 실정법에 의한 소급적용을 금지하는 것이어서 실정법이 아닌 판례는 이러한 제한을 받지 않는다는 것이다. 그러나 이러한 주장에 동의하기 어렵다. 죄형법정주의는 죄와 형벌은 법률로 정하는 것이기 때문에 죄와 형벌을 소급하여 규정하는 법률을 정하여서는 안된다는 것을 규정한 것이지 "법률"이라는 형식으로만 소급입법을 하여서는 안된다고 규정한 것은 아니라고 보아야 한다. 다시 말하면 법률이외에는 다른 형태로 죄와 형벌을 규정할 수는 없다는 전제에서 소급하여 적용하는 법률을 제정하여서 안된다는 원칙을 규정하고 있는 것이다. 따라서 이는 어떠한 형태로든 소급해서 국민을 처벌하여서는 안된다는 의미를 이미 내포하고 있다고 보아야 한다. 이렇듯 헌법의 규정을 비록 법률의 형식이라'도' 소급해서 처벌하는 입법을 하여서는 안된다는 의미로 해석을 하여야지 법률의 형식으로'만' 소급해서 처벌하는 입법을 하면 안된다는 의미로 해석할 수는 없다. 왜냐하면 후자로 해석하게 되면 '법률'의 형식만 아니면 처벌이 가능하다는 해석이 되는데 이는 헌법과 죄형법정주의의 정신과 목적에 반하기 때문이다. 헌법 제13조는 '국민'이 어떤 형식으로든 심지어 그것이 법률이라는 형식을 빌리더라도 소급해서 처벌해서는 안된다고 해석되어져야 한다. 헌법 제13조의 방점은 '국민'에 있지 '법률'에 있지 않다. 국민에게 있어서 행위시에 처벌되지 않았던 것이 소급해서 처벌된다면 그것이 법률이든 판례이든 아무런 상관이 없기 때문에 어떠한 방법으로도 처벌할 수 없다는 것이 헌법을 합목적적으로 해석한 것이다. 이러한 측면에서 보면 어떠한 형태라도 소급적으로 국민의 행위를 처벌하는 것은 오히려 위헌이라고 볼 여지가 있는 것이다.

한편, 소급효부정설의 입장에서 실정법적 근거로 헌법 제13조를 준용하거나[20] 유추적용하자

19) 이우영, "미국법상 판례변경의 소급효 및 그 제한의 법리에 대한 헌법적 분석", 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013, 274~275면

는 견해[21]도 있다. 그 중에는 판례를 포함시키는 유추적용은 행위자에게 '유리'한 경우이기 때문에 이것이 반드시 유추적용을 금지하는 것에 반한다고는 할 수 없다고 한다.[22] 그러나 위에서 본 바와 같이 '법률'의 의미가 형식적인 의미가 아니고 법률이어도 안된다고 해석되어진다면 어떤 형식으로 소급하여 처벌하는 것에는 헌법 제13조가 직접 바로 적용되는 것이지 유추나 준용을 통하여 적용되는 것이 아니게 된다.

법은 당해 법령 전체에 있어서 각 조항간의 구성적인 연관, 법질서 전체와의 논리적인 연관, 입법의 목적·취지 등을 고려하며 입법자가 지향하는 법의 정신을 고려하는 논리적·목적론적인 해석을 통하여 얼마든지 판례의 변경에 대하여도 헌법 제13조를 바로 적용하여 이를 소급적용하면 위헌이라고 선언할 수 있는 것이다. 한편, 대법원은 위 2017도19025 전원합의체 판결에서 "대법원이 기존 판결의 오류를 바로잡는 것은 헌법에서 부여받은 권한이자 의무이지 법적 안정성을 훼손하는 일이 아니다."고 한다. 그러나 이는 너무나 당연한 것이고 판례의 소급효를 인정하느냐 마느냐 하는 것은 그렇게 변경한 판결을 어느 시점을 기준으로 적용할 것인가의 문제이기에 전혀 다른 것이다.

2. 법원조직법 제8조의 문제

판례의 소급효를 인정하지 않는다면 판례를 변경하더라도 장래효를 갖게 될 뿐인데 그렇다면 우리나라의 실정법과 모순이 생긴다고 한다. 즉 우리나라 법원조직법 제8조가 "상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속한다"고 규정되어 있기에 현행법상 법원은 장래의 사건들에 대하여는 기속력이 있는 판결을 내릴 수 없으며 이러한 판결형식은 현행법을 개정하지 않고는 불가능하며 또 판례의 기속력이 당해 사안에 대하여만 인정되기에 판례의 법원성이 인정되지 않는 우리 법제하에서는 인정할 수 없다고도 한다.[23] 그러나 이는 예를 들면 종래 무죄취지의 판례를 유죄 취지로 변경하게 될 경우에 주문에 무죄를 표시하고 이유에서 유죄취지로 판례를 변경하지만 당해 사건에 소급하여 적용할 수 없기 때문에 무죄라는 취지의 판결을 하면 충분히 해결될 수 있다고 생각하고[24] 그 실정법상의 근거는 위에서 살펴본 바와 같이 헌법 제13조로 해결할 수 있다고 본다. 이렇게 하면 당해 사건에 적용되는 것은 무죄판단이며 판례는 대륙법계에서 법원(法源)은 아니나 실질적으로 하급심을 구속하는 힘은 있기에 앞으로 하급심에서 변경된 판례의 취지에 따라 판결을 할 수 있게 된다.[25]

---

20) 하태영, "판례변경과 적극적 일반예방", 고시계, 2000, 53면.
21) 김성돈, "판례의 의의와 판례변경판례의 소급효", 형사법연구 27, 2015, 111면. 여기서는 "판례가 헌법과 법률이 소급금지원칙의 적용대상으로 못 박고 있는 '법률'이 아니라는 점은 죄형법정주의에 관한 헌법과 법률의 규정을 -피고인에게 유리하게- 유추하는 방법을 통해 해결할 수 있다."고 한다.
22) 임웅·소재용, "소급효금지원칙과 판례변경의 소급효", 성균관법학 제16권 제1호, 2004, 504면.
23) 장영민, 앞의 논문, 44면.; 천진호, 앞의 논문, 17면.
24) 같은 취지, 김선복, "판례변경 시 소급효금지의 원칙", 비교형사법연구 제10권 제2호, 2008.
25) 소급효 긍정설 중에는 판례가 법원(法源)이 아니어서 하급심은 대법원의 종래 판결과 얼마든지 다른

형식도 중요하며 형식이 실질을 규정하는 경우도 있다. 그렇지만 형식이 실질을 뛰어넘어 형식만 중요하게 여겨져서는 안된다. 앞에서 보았듯이 현행 헌법 아래에서도 얼마든지 판례의 소급적용을 부인할 수 있는 충분한 근거가 있음에도 법규범의 형식논리적인 해석론으로 판례의 소급적용을 인정하는 것은 헌법의 가치를 뛰어 넘는 것이어서 부당하다. 법원조직법 제8조도 당연하게 헌법에 맞도록 해석되어져야 하며 헌법의 취지나 목적을 넘어서 해석되어질 수는 없다.

우리 대법원도 비록 민사사건이기는 하지만 변경된 견해를 구체적으로 문제된 대상사건과 그 판결 이전의 행위에 대하여는 적용하지 않고 판결 이후의 사건에 대하여 향후 반영하겠다며 실질적으로 판결에서 소급적용을 부정한 사실도 있다. 즉 대법원 2015. 7.23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결에는 "이러한 사정들을 종합하여 보면, 종래 이루어진 보수약정의 경우에는 보수약정이 성공보수라는 명목으로 되어 있다는 이유만으로 민법 제103조에 의하여 무효라고 단정하기는 어렵다. 그러나 대법원이 이 판결을 통하여 형사사건에 관한 성공보수약정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 평가할 수 있음을 명확히 밝혔음에도 불구하고 향후에도 성공보수약정이 체결된다면 이는 민법 제103조에 의하여 무효로 보아야 한다고 하였다."고 하면서 대법원 판결을 대상사건이 아닌 앞으로의 사건에 한하여 적용하겠다고 하였다. 그렇다면 형사사건에 있어서도 만약, 대법원의 견해를 변경하여야 할 필요가 있다면 마찬가지로 대상 사건에서 판례를 변경한다는 판단을 하고 그 적용은 판결 이후 사건에만 적용한다는 형식으로 하면된다. 이렇게 하여 소급효를 인정하지 않는 것이 오히려 헌법에 합치된다고 하겠다.

한편, 이를 형사소송법상 불이익금지변경금지의 원칙을 적용하는 것처럼 하자는 견해도 있는데 불이익금지변경원칙을 적용하는 결과, 상급심에서 가중된 형을 선고하지 못하는 경우가 인정되는 것처럼, 소급효금지의 원칙이 적용되는 결과 판례는 변경하더라도 당해 사건에서 변경된 판례에 의해 처벌 또는 가중처벌하지 않는 경우도 인정될 수 있다고하여 소급효를 부정하는데[26] 법원조직법 제8조를 판례의 소급효를 긍정하는 논거로 삼아서는 안된다는 의미에서 그 취지는 같다고 하겠다.

3. 형법 제16조 "법률의 착오"(금지착오) 적용 문제

대법원도 2017도19025 전원합의체 판결에서 형법 제16조 법률의 착오 규정이 적용되는 경우가 있다고 하여 판례의 소급효를 인정하되 개인적으로 불이익은 형법 제16조를 적용하여 해결하려는 입장임을 앞서 보았다. 또한 형법 제16조를 적용하는데 대한 여러 비판에 대하여도 살펴보았다.

판단을 내릴 수 있고 그렇더라도 위법은 아니기에 판례는 규범력이 없어 법률의 소급효를 부정하는 것과는 다르게 판례에 대하여는 소급효는 긍정하여야 한다는 취지의 주장을 하는 견해도 있지만, 실무에서 과연 대법원 판결의 존재를 알면서 이와 배치되는 하급심 판결을 할 수 있을지는 의문이다.

26) 조기영, "판례변경과 소급효금지의 원칙", 동북아법연구 제11권 제1호, 2017, 143면.

그러나 판례를 소급적용하는가의 문제는 개인이 이러한 판례를 신뢰하였느냐 아니냐에 따라 그 결과가 달라지는 개인적인 문제가 아닌 사법작용이라는 국가작용의 신뢰에 대한 문제이다. 헌법 제13조가 천명하고 있는 부분도 이러한 것이다. 행위시에 처벌하는 규범이 없다면 처벌하지 않겠다는 국가의 약속이다. 그리하여 개인은 국가를 신뢰하고 국가는 이러한 개인의 신뢰를 보호하고 자신의 행위 결과에 대하여 처벌받지 않으리라는 예측을 할 수 있는 것이다. 그런데 판례의 소급효를 인정한다면 행위시에 처벌받는 아무런 규범이 없었음에도 개인은 처벌을 받게 되는 것이다. 법률이 제정되고 이후 최초로 내려진 법원의 판결에 의하여 처벌받는 것은 당연하다. 그러나 법원에서 처벌하지 않던 행위에 대하여 판례를 소급하여 처벌하게 되면 사법부를 통하여 국가의 사법체계의 신뢰에 문제가 생기게 된다. 수범자인 개인에게 행위시가 아닌 행위가 끝난 뒤에 자신의 행위가 처벌될지 안될지가 행위 이후에 결정된다고 한다면 더욱이 이때까지 처벌하지도 않았던 사안에 대하여 행위후에 처벌될지가 결정지어진다고 한다면 어떻게 국가-사법부-를 신뢰할 수 있을까. 앞서도 상술한 것처럼 헌법 제13조의 방점은 "법률"에 있지 않고 "모든 국민"에 있다. 모든 국민이 행위시에 자신을 처벌하는 어떠한 규범도 있지 않다면 그것이 법률이든, 판례든 행위후에 자신을 처벌할 수 없다는 뜻을 나타낸 것이다. 이것이 국가가 국민에게 약속한 것이다.

따라서 판례의 소급효를 인정하고 개인에 대한 구체적인 권리구제는 형법 제16조에 따른다는 견해는 찬성할 수 없다. 판례의 소급효 인정 문제는 개인의 신뢰에 따라 달라지는 것이 아니고 국가-사법부- 신뢰의 문제이므로 소급효 자체를 인정하여서 안된다. 논어에 민무신불립(民無信不立)이라는 말이 나온다. 믿음이 없으면 국가가 존립할 수 없다는 말이다. 법원의 형식논리로 국민들의 사법부에 대한 신뢰가 무너진다면, 사법부가 이때까지 무죄라고 판단하였던 사안을 이제부터 유죄라고 판단하여 그 의견을 소급하여 구체적 타당성을 위하여 개인을 처벌하는 것보다 훨씬 더 많은 불이익을 초래할 것이다.

4. 법원칙에서의 접근

(1) 법적안정성과 구체적 타당성의 문제

현실의 행위에 지금 시행되고 있는 법을 적용하자면 구체적으로 타당성을 잃게 되는 경우가 있고, 법적안정성을 도모하고자 하면 구체적 타당성을 잃게 되는 경우가 있다. 이런 경우에 법률을 개정하여 현실에 맞게 고치는 것이 최선이지만 그렇지 못한 경우 구체적 타당성과 법적안정성 중에 무엇을 우위에 두어야 하는지는 오래된 법철학적 과제이지만 아직까지도 견해가 일치되었다고 보기는 어렵다. 그러나 적어도 죄형법정주의원칙을 취하고 있는 형법에서는 현실에 맞는 법률이 없다면 구체적 타당성을 위하여 법률을 유추하는 등의 방법으로 이를 적용할 수 없다는

것은 명확하다. 즉 형법의 영역에서는 너무나 당연한 것이 구체적 타당성보다는 법적안정성이 먼저인 것이다. 국민들에게 이때까지 처벌되지도 않았던 법률을 유추할 수 없어 비록 아무리 사회에 해악을 끼치는 나쁜 행동이었다고 하더라도 비슷한 유형의 법률을 유추적용하여 그를 처벌할 수는 없다. 이게 죄형법정주의의 대원칙이다. 법률로서도 이럴진대 하물며 판례가 구체적 타당성을 지키겠다고 새로운 입법이 없는데도 자신들의 견해를 바꾸어 행위 당시 처벌되는 아무런 근거 없는 행위에 대하여 사후적으로 처벌하는 것으로 법적안정성-정확히는 규범적 안정성이라고 할 수 있다-을 뒤흔드는 것이 맞다고 할 수 있을까. 그러한 논란을 피하기 위하여 판례는 법률이 아니라는 지극한 형식적인 논리로 피해갈 수 있는 것은 아니라고 생각한다. 죄형법정주의의 원칙도 법적안정성에서 출발하는 것이지 구체적 타당성과는 거리가 멀다. 그런데 판례를 소급적용함으로써 이러한 질서에 혼란을 초래하게 되는 것은 꼬리가 몸통을 흔드는 격이다.

법률을 제정하여 아직 판례가 나오기 전이라면 국민으로서는 그 내용의 불분명으로 인하여 자기의 행동을 조정하여야 하는 불이익이 있을 수 있다. 이러한 법제정에 따른 법적 불확실성의 위험은 그 수범자인 국민이 감내하여야 하는 부분이라는 점은 충분히 수긍이 된다.[27] 그러나 이에 대하여 법원이 명확히 해석을 내리고 있는 부분을 신뢰하여 행동한 것 조차 나중에 판례의 변경으로 처벌받을 수 있는 위험까지 감수하라고 할 수는 없을 것이다.

(2) 헌법적 가치

판례의 소급효를 부정하는 견해가 실현하려는 헌법적 가치는 직접적으로는 죄형법정주의와 이에 따른 국민들의 신뢰보호라고 할 수 있다. 판례의 소급효를 인정하는 견해들은 소급효 부정설이 근거로 들고 있는 죄형법정주의나 신뢰보호 등에 관하여 이에 해당되지 않을 뿐이라고 지적하는 견해가 대부분이다. 그리고 적극적으로 헌법적 가치를 주장하기 보다는 소급효를 인정함으로써 발생하는 부작용이 있기는 하지만 법논리적으로는 소급효를 부정할 수는 없다는 견해가 대부분이다. 그러나 이에 대하여는 위에서 본 것처럼 법논리적으로도 충분히 판례의 소급효를 부정하는 이론을 도출할 수 있다고 생각한다.

Ⅵ. 결론

판례의 소급효를 인정하느냐는 문제는 대법원이 기존의 형사 판례를 변경하여 이때까지 처벌되지 않았던 행위를 처벌한다고 변경한 뒤 이를 당해 사건에 적용할 수 있을까 하는 문제이다. 판례는 법률이 아니어서 죄형법정주의의 내용에 포함되지 아니하기에 판례를 변경하여 당해 사

27) 이동진, "판례변경의 소급효", 민사판례연구 제36권, 1143면.

건에 적용하는 것은 문제가 없다는 소급적용 긍정설이 있다. 법원은 법원(法源)에 구속되어 재판을 하여야 하지만 종래의 판례와 어긋나는 판결을 하더라도 판례는 법원(法源)이 아니어서 위법하지 않으며 오히려 판례를 소급적용하지 않는 것이 잘못되었다는 것이다. 그러나 형사법 분야에서 국민들이 신뢰하는 법적안정성은 최고의 가치 중의 하나이며 이것이 표현된 것이 죄형법정주의라고 할 수 있다.[28] 따라서 더 나은 헌법적 가치나 국민의 공감대가 있다면 모르지만 그렇지 않다면 법률은 물론이고 법해석을 통해서라도 이를 해치는 소급적용은 하여서는 안된다.

28) 논어 자로편에는 "형벌이 적중하지 않으면 백성들이 손발을 둘 곳이 없다고 한다(刑罰不中則 民無所措手足)"

토론문

민 수 영(경북대학교 법학전문대학원 조교수)

판례변경과 소급효금지원칙에 관한 학계, 판례 및 비교법적 논의를 체계적으로 다룬 발표문을 읽으면서 많은 생각을 할 수 있었습니다. 먼저 발표자님의 노고에 깊이 감사드립니다.

1. 소급효금지 원칙과 신뢰보호의 원칙에 관하여

발표자께서는 판례변경 시 소급적용을 하여서는 안된다는 입장이고, 이에 대해서는 신뢰보호의 원칙을 가장 큰 근거로 제시하고 있는 것으로 보입니다. 학계에서도[1] 대부분 발표자님의 의견과 같은 견해에 서 있는 것으로 보입니다. 판례의 변경이 피고인에게는 실질적으로 소급입법과 같은 효과를 발생시킨다는 점, 이러한 피고인의 신뢰이익이 보호됨이 마땅하다는 점에 관하여 널리 공감대가 형성되어 있기 때문이라 생각합니다. 그러나 한편으로 판례는 법률 그 자체가 아니라 법해석 작용이기 때문에, 오로지 형식적인 측면에서뿐만 아니라 실질적인 측면에서도 법률 그 자체와는 차이가 있음이 분명합니다.

신뢰보호의 원칙 관점에서도, 기존 판례의 법 해석에 대한 국민들의 신뢰가 언제나 보호가치가 있는 신뢰로서 국가가 보호해야 마땅한 신뢰인지에 대해서는 의문이 있습니다. 물론 판례가 국민들에게 일정한 신뢰를 부여한 경우로서 그러한 신뢰이익을 보호해야 할 경우도 있을 것입니다. 그러나 몇 가지 경우를 상정해보겠습니다. 발표문에서 언급된 사안들(발표문 제4~5쪽) 중 강간죄의 객체인 부녀에 법률상 처가 포함되지 않다가 법률상 처가 포함되었다고 본 판례[2], 위계에 의한 간음에서 '간음'의 의미 등에 관한 판례[3] 등의 경우입니다. 이러한 경우, 피고인이 강간죄의 객체에는 법률상의 처가 포함되지 않으므로 폭행이나 협박을 통해 처를 강간한 행위에 대해 '자신의 행위가 불가벌'로 믿었던, 수규범자의 신뢰를 보호할 만한 가치 있는 것으로서 국가가 보호하는 것이 타당한 것인지는 의문입니다. 위계에 의한 간음 관련 판례에서도, 피고인이 '간음행위 자체와 수반된 위계'만이 처벌된다는 신뢰 하에 행한 것인지도 의문이며, 기존 판례를 통해 그러한 신뢰를 가지고 있었다 하더라도 '간음행위 자체가 아닌 성행위의 상대방에 대한 위계'는

---

1) 본 발표문을 포함, 학계의 다수 의견-김성천·김형준, 형법총론(제8판), 2018, 31면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제13판), 2018, 46면; 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 2011, 39면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제9판), 2017, 23면; 임웅, 형법총론(제10정판), 2018, 28면-은 판례 변경에 소급효를 부정하는 입장에 서 있는 것으로 보인다.

2) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결

3) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결

처벌되지 않는다는 신뢰 하에 그러한 행위에 나아간 것을 보호 가치있는 신뢰로 보고 당해 사건에서 소급효를 부정해야 하는지는 의문입니다.

사법작용에 대한 신뢰의 문제(발표문 제15쪽) 역시 마찬가지입니다. 시간이 지남에 따라 기존 판례의 법 해석이 사회적 동의를 얻지 못할 때, 판례는 그 입장의 변경을 통해서 오히려 신뢰를 얻을 수도 있습니다. 오로지 기존의 입장을 고수할 때에야만 사법작용이라는 국가작용에 대한 신뢰를 줄 수 있다는 것은 동의하기 어렵습니다. 이러한 점에서 판례 변경에 대한 소급효를 부정하는 근거로서 신뢰보호의 원칙이 항상 유효한 것인지는 다각도에서 논의해볼 필요성이 있다는 생각이 들었습니다.

2. 판례 변경과 그 효력

발표자께서는 '만약 대법원의 판례를 변경하여야 할 필요가 있다고 하더라도, 그 적용은 판결 이후 사건에만 적용하는 형식으로 소급효를 인정하지 않는 것이 헌법에 합치'되는 것이라 하셨습니다(발표문 제14쪽). 발표자께서도 사안에 따라, 그리고 시대의 흐름에 따라 기존의 대법원 판례가 변경될 필요성이 있다는 점에 대해서는 수긍하는 것으로 보입니다. 이 때 판례변경에 소급효를 부정할 경우, 변경된 판례의 적용범위는 구체적으로 어떻게 되어야 한다고 생각하시는지 궁금합니다. 만일 소급효부정설의 논리와 피고인의 신뢰보호라는 논리를 일관되게 관철하기 위해서는 '범행 일시'가 판결 이후인 사건이어야 할 것으로 보입입니다.

그러나 해당 사건에 적용되는 법률에 관한 해석을 변경하면서, 변경된 해석을 당해 판결에는 적용하지 못한다고 보는 것이 사법작용의 본질상 타당한 것인지 의문이 들었습니다. 발표문에서 언급된 바와 같이 '사법작용은 입법작용과 달리 본질적으로 소급적'(발표문 제10쪽)이기 때문입니다[4]. 또한 판례 변경의 경우는, 소급 입법의 경우와는 달리 행위 당시 처벌되는 아무런 근거가 없는 행위(발표문 제16쪽)로 단정하기도 어렵습니다. 앞서 예를 든 강간죄의 객체인 부녀에 법률상의 처가 포함된다는 취지의 판례에 대해 보더라도, 행위 당시에 법률 자체는 존재하고 있고(형법 제297조 강간죄), 그 법률의 해석(강간죄의 객체인 '부녀' 또는 '사람'에 법률상의 처도 포함되는지 여부)에 관하여 판례의 변경이 있었을 뿐이기 때문입니다.

대법원 판례가 변경되기 위해서는 기존 판례에 대한 학계와 타 전문 영역의 지속적인 비판, 연구, 논문의 발표, 다양한 논의들을 거쳐 이루어지는 경우가 대부분입니다. 이러한 여러 논의를 사회적으로 거쳐 대법원에서도 해당 법률에 대한 해석을 변경하기로 결정하였다면 당해 사건에

4) 형벌불소급의 원칙은 소급입법금지의 원칙과 구별하여야 한다. 후자는 입법에 관한 원칙으로서 입법자를 구속하는 것임에 대하여 전자는 법률의 적용에 관한 원칙이다. 이미 절차적으로 완료된 행위를 사후에 다시 평가한다는 의미(이른바 진정소급)이 아니라 행위는 이미 실행되었으나 아직 확정판결에 이르지 아니한 경우(부진정소급)가 문제되는 것이다. 형벌불소급의 원칙은 형법의 시적 적용범위에 관한 행위시법주의의 원칙과 같은 것을 다르게 표현한 것이다. – 『주석형법』, 김대휘, 편집대표 : 박상옥, 김대휘, 한국사법행정학회, 2020, 50쪽

서부터 변경된 법리를 적용하여, '행위 당시부터 있었던 법률'을 적용하여 처벌하는 것이 사법작용의 본질에 부합하는 모습은 아닌지도 생각해보았습니다. 물론 이에 대해서도 여러 다양한 논의가 가능할 것입니다.

본 주제에 관하여 심도깊은 발표문을 작성해주시고, 이를 통해 다양한 논의를 가능하게 해 주신 발표자님께 다시 한 번 깊이 감사를 드립니다.

토론문

김 봉 수(전남대학교 법학전문대학원 교수)

‘판례변경과 소급효금지’는 형법의 논쟁사에서 오래된 주제이기 하지만, 늘 현재를 사는 늙지 않는 판례의 속성과 죄형법정주의의 핵심내용인 소급효금지원칙이 충돌하는 영역으로서 여전히 쟁점으로서의 중요성과 가치가 인정된다. 이런 의미 있는 주제에 대한 좋은 발표에 토론자로 참여할 수 있는 기회를 주신 3개 대학 법학연구소와 발표자께 감사드린다.

이하에서는 토론자로서의 책무를 다하기 위하여 발표문과 관련한 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론을 갈음하고자 한다.

1. ‘과거’와 ‘현재’의 시간 충돌

‘판례변경과 소급효금지원칙’, 양자 사이에서 많은 것들이 충돌한다. 예컨대 발표문에서도 언급되고 있는 95도2870 전합체판결 사안, 즉

“동일한 법규정의 해석과 관련하여 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 행위가 변경된 판례에 따라 처벌의 대상이 된 경우”

에서는 ‘과거시간’과 ‘현재시간’이 충돌한다. 법규정의 해석을 중심으로 ‘과거’의 해석과 ‘현재’의 해석이 충돌하는 것이다. 그리고 여기서 과거(시간)의 ‘법적 안정성’과 현재(시간)의 ‘처벌 필요성’이라는 규범적 가치의 대립이 발생한다.

2. ‘고정된’ 법규정과 ‘흐르는’ 해석의 충돌

위 문제상황은 변하지 않는/고정된 법규정과 시간의 흐름에 따라 유동적인/흐르는 해석의 충돌이기도 하다. 특히 우리 형법은 ‘법률의 변경’에 따른 소급효의 문제에 대해서는 형법 제1조에 명문의 규정을 두고 있지만, ‘판례의 변경’에 대해서는 그렇지 못하다. 때문에 소급효를 둘러싼 견해의 대립이 있고 대법원은 변경된 판례에 의한 소급처벌, 즉 판례 변경에 의한 소급효를 긍정하고 있다. 그리고 소급효를 긍정하는 입장에서는 (발표문 5면에서도 인용한 바와 같이)

“새로운 법률의 해석은 소급적으로 처벌하는 것이 아니라 이미 존재하던 법률의사의 새로

운 정확한 인식작용에 불과하고, 법관이 법을 적용하는 것은 이미 법률에 포함되어 있는 내용을 단지 더 자세히 구체화한다는 것"

이라는 논거를 제시한다.

법률의 변경은 헌법에 따라 엄격한 요건 충족하에만 이루어질 수 있기 때문에 시간의 흐름에 따라 급변화는 법현실을 즉각적으로 반영하기 어렵고, 이러한 상황에서 해석은 규정의 경직성과 변화된 법현실 사이의 마찰/충돌을 완화해주는 일종의 '윤활제' 내지 '완충제'로서 기능할 수 있다. 판례도 법원이라는 공권력의 해석이라는 점에서 유사한 의미와 기능을 수행한다.

문제는 판례의 변경에 따른 규범적 의미가 극단적으로 변화하는 경우이다. 즉 형사사건과 관련하여 '유죄/무죄', '처벌/불처벌'을 횡단하는 극단적인 판례변경, 그 중에서도 특히 '피고인에 불이익한 판례변경'에 대해 소급효를 인정할 것인지가 핵심적 쟁점이 된다.

결국 판례변경의 소급효 인정의 문제는 '해석의 변경 폭(幅)'과 그 결과에 대한 (사회적) '수용가능성'의 문제로도 읽을 수 있다. 바로 이 지점에서 어느 정도의 판례변경을 해석의 순기능으로 허용하고, 어디까지를 피고인에 대한 불이익한 변경으로 보아 그 소급적용을 금지할 것인지에 대한 가치판단이 개입하게 된다. 예컨대, 처음에는 '한시법'이라는 특수한 영역에 제한적으로 적용되었지만 현재는 법률이 변경되어 행위시의 처벌규정이 재판시에 폐지된 일반적인 경우에까지 확대 적용되고 있는 '동기설(법률변경의 동기가 '법률이념의 변경'인지 '단순한 사실관계의 변화' 인지에 따른 구별)'의 법리도 (비록 '법률'이 변경된 경우이긴 하지만) '변화의 폭과 그 수용의 범위'와 관련하여 법원의 가치판단이 개입되는 대표적인 사례라 볼 수 있다.

그렇다면 현재 피고인에게 유리한 법률의 변경에 있어서 형법 제1조 제2항 및 제3항의 적용를 제한하는 법리로까지 기능하고 있는 대법원의 동기설을 역전된 상황, 즉 '불리한 판례변경의 소급효 인정' 문제에도 적용함으로써, 현재 전면적으로 소급효를 긍정하고 있는 대법원의 해석을 그들의 논리(동기설)를 통해 제한하는 것도 가능해 보인다.

Q. 변경된 판례의 소급효 인정에 대해서 비판적이신 발표자께서는 소급효의 금지 내지 제한과 관련하여 어떠한 생각/방안을 가지고 계신지 말씀을 부탁드립니다.

3. '입법'과 '사법'의 충돌

변경된 판례의 소급적용을 긍정하는 또 하나의 논리는 다음과 같다.

"판례의 변경은 입법작용과 성격을 달리하기 때문에 판례에 법원성을 인정할 수 없다. (…중략…) 사법과 행정에 비해 입법의 신뢰보호가 보다 두텁게 보호된다. 법원이 하는 법률

의 해석행위는 법의 획득 내지 발견일 뿐 법 '창조'가 아니기에 원칙적으로 신뢰보호가 약화되어 소급금지원칙의 적용 밖이(다)"

하지만 오히려 동일한 이유에서 판례변경 역시 소급효금지 원칙의 적용대상이 되어야 하는 것 아닌가 한다. 즉 '입법'와 비교하여 국민의 신뢰도 낮은 사법부가 해석(판례)의 변경을 통해 '국민의 법적 안정성'을 극단(불가벌➔가벌)적으로 변경하는 것은 오히려 (신뢰침해의 정도 면에서는) 더 심각하다고 볼 수 있기 때문에 소급효금지원칙의 적용대상에 포섭시키는 것이 바람직하다는 정반대주장의 논거도 될 수 있다고 생각한다.

Q. 발표자께서는 발표문에서 비교법적 검토를 하셨는데, 판례변경에 의한 소급효 반대입장에서 의미있는 논리나 논거로서 시사성이 있는 입법례나 법리가 있었다면, 어떠한 것이 있고 어떠한 관점과 차원에서 우리에게 유의미한지 설명을 부탁드립니다.

그럼, 좋은 주제발표로 배울 수 있는 기회를 주신 발표자께 감사드리며, 이상의 질문들로 저의 토론을 마칩니다. 감사합니다.

Section 4

공 법

[주제발표]

제1주제 : 형량재량과 헌법재판

- 발표자 : 강일신 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

제2주제 : 행정기본법상 이의신청에 관한 고찰

- 발표자 : 정 훈 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

제3주제 : 법인의 정치자금 기부에 관한 연구-미국의 경우를 중심으로

- 발표자 : 허진성 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

[제1주제]

형량재량과 헌법재판

강일신 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 김연미 교수님(전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김해원 교수님(부산대 법학전문대학원 교수)

형량재량과 헌법재판*

강일신(경북대학교 법학전문대학원 조교수)

Ⅰ. 들어가는 말

법익형량은 일반조항을 매개로 형평을 실현하고 법흠결을 보충하는 법적사고로,[1] 혹은 그 적용에 본질적으로 다른 규범과의 조화·조정을 요청하는 기본권규범과 같은 '원칙규범'(principle) 적용방식으로,[2] 법학방법론 차원에서 논의되어온 주제이다. 헌법학 영역에서는 법률에 대한 위헌심사 기준으로 비례성원칙 혹은 과잉금지원칙이 전세계적으로 수용됨에 따라,[3] 법익형량이 헌법재판을 지배하는 중요한 방법론적 도구로 자리잡았다. 우리 헌법재판소 또한 출범 초기부터 과잉금지원칙을 핵심적인 심사척도로 활용해왔다.[4]

헌법실무에서 빈번하게 그리고 중요하게 법익형량적 사고가 작동하는 영역은 아마도 기본권제한입법 위헌성을 따지는 경우일 것이다. 그럼에도 불구하고, 여하한 의미로든 법익형량을 수행한다는 것이 도대체 어떤 사고과정을 지칭하는지 등에 대한 이론적 해명은 상당부분 불명확한 상태로 남아있다.[5] 사법판단이 구체적 사건성을 그 본질로 하는 한 '사법적'(judicial) 형량 또한 구체적 상황조건하에서 이루어지는 법판단이며, 이러한 상황조건속에서 충돌하는 법익들중 우선순위를 결정하는 작업이다. 이러한 사법적 형량은 그것이 헌법 제37조 제2항에 근거를 둔 것이든 아니면 기본권의 본질에 근거를 둔 것이든 사법심사에서 불가피한 것이다. 그럼에도 불구하고, 사법권의 법익형량에 대해서는 마치 마술사의 마술모자처럼(마술사는 마술모자 속에 미리 무언가를 감추어두고 그것을 다시 끄집어내면서 이를 마술이라고 우긴다!), 자의적인 가치판단을

---

* 이 발표문은 발표자가 작성한 연구보고서 "과잉금지원칙에서 법익형량" (헌법재판연구원, 2018) 내용을 토대로 하여 작성하였음을 밝힘.

1) Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris(허일태 옮김), 법학방법론, 세종출판사, 2000, 143면 이하.

2) Robert Alexy(이준일 옮김), 기본권이론, 한길사, 2007, 111면 이하. Robert Alexy(Julian Rivers trans.), A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002, p. 388ff.; Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", 16(4) Ratio Juris, 2003, p. 433ff..

3)Alec Stone Sweet & Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 47 Columbia Journal of Transnational Law, 2008; Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, 2012 참조.

4) '비례의 원칙' 내지 '과잉금지의 원칙'이 최초로 언급된 결정례로는, 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 13, 20 참조; 과잉금지원칙 부분원칙으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 처음으로 설시된 결정례로는, 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 373 참조.

5) 종래 국내에서 과잉금지원칙 적용 일반 내지 법익형량에 대한 법이론적 연구들이 있었음에도 불구하고, 헌법실무와 관련하여 법익형량의 논증구조를 해명하고 바람직한 논증방식을 제시하는 연구는 '상대적으로' 적었다. 법이론적 층위에서 법익형량의 구조를 검토한 연구로는, 이준일, 법학입문, 박영사, 2004; 김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008 참조.

객관적 용어를 빌어 포장하는 것에 불과하다는 비판도 적지않다.[6] 이에 대응하여 사법판단의 자의성을 제한하여 사법작용의 민주적 정당성의 문제를 방법론적으로 통제하려는 이론적 시도들 또한 끊임없이 있어왔다. 따라서, 헌법재판에서 법익형량의 본질이 무엇이며, 어떠한 요소들에 대하여, 어떠한 방식으로, 얼마만큼 논증하여야 하는지 여부는, 비록 그것이 정답도출절차가 될 수는 없다고 할지라도, 여전히 심도있게 해명되어야할 주제영역이다. 이러한 문제의식하에서, 본 발표문에서는 법익형량의 본질을 법이론적으로 검토하고 사법재량으로서 형량재량 통제라는 관점에서 그 한계를 고찰해본다.

Ⅱ. 법익형량의 본질: (헌)법이론적 검토

1. 법익형량 일반론

이익형량 혹은 법익형량은 법학방법론의 한 내용으로서 규범충돌을 해결하는 수단으로서 활용되어왔다. 민사법에서 형량은 일반조항을 매개로 법관이 부조리를 시정하고 법을 형성하는 방법론이다. 형량은 규범저촉을 해결하고 규범의 적용영역을 정서(整序)함으로써 권리를 구체화하는데 봉사한다. 형평의 이념하에서 수행되는 사법적(私法的) 법판단에서 형량은 반대되는 법익간에 비례적 조정을 시도한다.[7] 예컨대, '과도한' 권리행사는 형평 이념하에 일반조항인 신의성실원칙을 통해 조정된다. 이처럼 '개별사안속에서 이익형량'(Güterabwägung im Einzelfall)은 명시적·묵시적 규범충돌을 해결하는 방법이다. 기본권 도그마틱에서도 이러한 해결방법은 저촉되는 헌법적 가치, 즉 헌법적 공익[8]과 기본권적 법익의 적용범위를 상호 경계짓고, 일반적 행동자유권 범위와 같이 내용이 개방적으로 남아있는 기본권을 구체화하는데 원용되는 법적용·법형성의 한 방법으로 이해된다.[9]

헌법재판소를 포함한 최고법원들에서 법익형량 방법론이 빈번히 사용되고 있지만 그 정당성뿐만 아니라 내용이나 구조에 대해서는 여전히 다툼이 많다.[10] 기본권이론을 중심으로 법익형량의

---

6) 대표적으로, Jürgen Habermas(한상진·박영도 옮김), 사실성과 타당성, 나남출판, 1992, 311면 이하.
7) Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris, 법학방법론, 147면.
8) 여기에는 대립하는 다른 기본권적 법익이 포함될 수 있다.
9) Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris, 법학방법론, 313면. 기본권 보호영역 획정과정에서 공익을 고려하는 해석적(interpretive) 형량과, 기본권과 헌법규범간 충돌을 해결하는 헌법적(constitutional) 형량을 구별하는 견해로는, Aharon Barak, Proportionality, p. 75. 반대로, 보호영역 획정은 헌법해석 문제로서 이 단계에서는 공익을 이유로 기본권 범위를 제한하는 '제한정향적'(eingriffsorientiert) 해석이어서는 안된다는 입장으로는, BVerfGE 85, 386, 397 참조. '음란표현'이 헌법 제21조 보호영역에 속하는지를 둘러싸고 벌어진 논란에 대해서는, 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 340-341; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1(하), 545, 557-559 참조.
10) 이익형량 내지 법익형량은 과잉금지원칙뿐만 아니라, 신뢰보호원칙, 평등원칙 적용시에도 문제된다. 여기서는, 기본권과 헌법적 공익이 '직접적으로' 대면하는 것이 아니고 신뢰이익과 헌법적 공익이, 차별취

내용·구조를 분석적 측면에서 해명한 이가 독일의 법철학자이자 헌법학자인 Alexy이다. Alexy는 기본권규범은 '원칙규범'으로서 그 적용과정에서 필연적으로 다른 법원칙과 대면을 요구하며,[11] 그러한 대면을 적절히 해결하는 법적방법론으로서 법익형량은 합리적인 구조를 갖는다고 언급해왔다. 현대법이론에서, 무엇보다 기본권제한입법에 대한 비례성원칙 적용과 관련하여, 법익형량을 둘러싼 논쟁은 상당부분 이러한 Alexy 이론에 대한 비판과 재반박에 기초하고 있다. 이하에서는 Alexy 이해에 기초하여 법익형량의 의미와 구조를 고찰한다.

(1) 법익형량 의미: 원칙규범 적용방식으로서 법익형량

Alexy에 따르면, 법체계안에는 본질적으로 다른 속성을 갖는 두 종류의 규범이 존재한다. 법규범을 구성요건과 법률효과가 비교적 명확하게 규정된 법규범과 추상적이고 이상적인 가치를 담고있는 법규범으로 나누고, 전자를 '규칙규범'(rule), 후자를 '원칙규범'(principle)으로 명명한 이는 Dworkin이다.[12] Alexy는 Dworkin의 규범구별론을 수용하여 두 법규범 적용방식이 다르다는 점을 지적한다.[13] 예컨대, 헌법 제67조 제4항은 "대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다."고 규정한다. 이 규범문장은 '선거일 현재 ⓐ 국회의원 피선거권이 있고, ⓑ 40세에 달한 자라면, ⓒ 대통령으로 선거될 수 있다'로 재구성될 수 있다. 이에 따르면, 어떤 사람이 구성요건 ⓐ, ⓑ를 충족하면, 법률효과 ⓒ가 발생하게 된다. 이처럼 헌법 제67조 제4항을 적용하는 방식은 일정한 사태가 문제되는 규범이 정한 구성요건을 충족하는지 여부를 판단하여 법적효력을 부여할지를 결정하는 것, 다시 말해 '포섭'이 된다.

반면, 법원칙이란 "다른 법가치들과의 관련 속에서 그리고 현실적으로 주어진 조건 안에서 자신이 규정하고 있는 내용이 가능한 한 최대로 보장될 것을 요청하고 있는 이상적 당위의 성격을 가지는 법규범"이다.[14] 여기서 사실적인 상황들이 사실적으로 가능한 범위를 결정하는 반면, 대

급 효과와 헌법적 공익으로서 차별취급 목적이 대면한다. 다만, 이 경우에도, 신뢰이익, 차별취급 효과를 판단함에는 '실체적' 기본권이 고려된다는 점에서 기본권적 법익이 간접적으로 문제될 수 있다.

11) 원칙 규범으로서 기본권규범, 그에 대한 비판, 비판에 대한 재비판으로는, Martin Borowski(정종섭·박진완 옮김), "기본권규범으로서 원리", (서울대학교) 법학 제44권 제1호, 2003 참조.

12) Ronald Dworkin(염수균 옮김), 법과 권리, 한길사, 2010, 71면 이하. '법과 권리' 단계에서 Dworkin은 법실증주의 사법재량론을 비판하는 맥락에서 원칙규범 존재를 언급한다. 한편, '법의 제국' 단계에서 Dworkin은 비판법학진영의 법회의주의에 대응하는 맥락에서 원칙규범이 충돌할 수 있음을 인정하고 적용논리로서 '적절성'(appropriateness)을 언급한다. 이러한 '상황적절성'에 기초한 해결방법은 Günther에 의해 수용된다. Klaus Günther(John Farrell trans.), The Sense of Appropriateness, State University of New York Press, 1993 참조, Alexy와 Günther의 상이한 원칙규범충돌 해결방식에 대해서는, 강일신, "정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서", 법철학연구 제17권 제1호, 2014 참조.

13) 규칙 적용논리로서 '포섭'(subsumption), 원칙 적용논리로서 '형량'(balancing) 차이에 대해서는, Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison" 참조. 우리 최고법원 선례들을 원용하여 양자의 적용논리에 있어서 차이를 상세히 해명한 연구로는, 김도균, 권리의 문법, 195면 이하 참조.

립하는 법원칙들과 법규칙들이 법적으로 가능한 범위를 결정한다. 헌법상 기본권규범들은 대체적으로 이러한 법원칙 성격을 갖는다. 어떤 법원칙이 실현되는 것과 관련하여 최대로 가능한 것을 확정하기 위해서는 그것을 대립하는 법원칙과 대면시키는 것이 필요하다. 법원칙은 그 적용과정에서 필연적으로 다른 법원칙과 충돌하는데 통상 양자는 해당 상황에서 양립불가능한 규범들이다. 구체적인 상황에서, 하나는 어떤 행태를 금지하고 다른 하나는 그 행태를 명령하는 것과 같은 경우이다. 하나의 사태속에서 둘 모두를 만족시킬 수는 없으며 법익형량은 이러한 법원칙들간 충돌시 우선순위를 정하는 법적방법이 된다. 이처럼 구체적인 사안에서 상호충돌하는 법원칙들을 비교하여 그 중 어느 하나가 해당 사안에서 다른 것보다 더 중요하다고 판단하고 이를 선택하는 실천적 법판단을 법익형량이라고 한다.[15]

양심에 따른 병역거부 사건을 예로 들어본다. 집총을 거부하는 형태로 실현되는 종교적 양심은 구체적 사실상황 속에서 대립하는 헌법적 법익, 예컨대 국가안보와 조정을 통해 실현정도가 결정된다. 이러한 충돌에서 중요한 사실상황 요소들을 헌법재판소는 ⓐ 남북 대치상황, ⓑ 열악한 군복무여건, ⓒ 양심적 병역거부를 둘러싼 사회적 논란으로 제시하면서, 이러한 상황요건하에서는 양심실현의 자유는 헌법적 공익으로서 국가안보(구체적으로는 병역자원의 확보와 병역부담의 형평)보다 후순위에 놓인다고 판단한 바 있다.[16] 이처럼 원칙규범 충돌을 추상적 수준에서 해결하는 것이 아니고 구체적인 상황속에서 조정하는, 그리하여 그러한 상황하에서 금지되는 행위와 허용되는 행위가 무엇인지를 확정하는 법적방법론을 법익형량이라고 한다.

(2) 법익형량 구조: Alexy 형량공식

Alexy는 '기본권이론' 영역본 'Postscript'에서[17] 그리고 이후 저작에서[18] 법익형량 방법론을 구체화한다. Alexy는 수식을 활용하여 법익형량의 구조를 표현하면서 법익형량에서 고려하여야 할 요소들을 제시한다. 첫째, 형량판단 과정에서는 한편으로는 실현하고자 하는 법원칙의 중요도와 더불어 다른 한편으로는 충돌하는 상대방 법원칙이 침해됨으로써 발생할 해악의 정도가 측정되어야 한다.[19] 양심에 따른 병역거부 사건을 예로 들면, 입법수단이 양심의 자유를 제한하는 정도, 양심의 자유 실현시 국가안보에 미치는 해악의 정도가 측정되어야 한다. 둘째, 이렇게 충

14) Robert Alexy, 기본권이론, 131면 이하.
15) 김도균, 권리의 문법, 221면 이하.
16) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2(상), 191-196. 이를 적용구조 측면에서 바라보면, 남북 대치상황, 열악한 군복무여건, 양심적 병역거부를 둘러싼 사회적 논란은 양심의 자유(조항)을 적용하지 말아야 하는 상황구성요건들을 뜻하게 된다. Robert Alexy, 기본권이론, 127면.
17) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, p. 388ff.
18) Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", p. 433ff.; Roberto Alexy, "Proportionality and Rationality", in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet(eds.), Proportionality: New Frontiers, New Challenges, Cambridge University Press, 2017, pp. 13-29.
19) 이 중요도는 반대되는 법원칙, 즉 기본권의 완전한 실현시 손상되는 공익의 정도라고 할 수 있다.

돌하는 법원칙이 갖는 추상적 중요도 또한 고려되어야 한다. 통상 헌법적 법익간에 추상적 중요도에는 차이가 없지만, '추상적' 수준에서 생명권이 갖는 중요성이 재산권보다 우월하다고 말할 수는 있다. 셋째, 기본권보호를 요청하는 전제들이나 공익을 실현하려고 하는 전제들에 대한 신뢰도를 판단하여야 한다. 신뢰도는 양심의 자유 비중을 높이 평가하는 논거들과 같은 규범적 전제에 관한 신뢰도와 병역거부를 인정하였을 경우 병역자원 손실이 발생될 개연성과 같은 경험적 전제에 관한 신뢰도로 나뉜다. 공익을 실현하는 것을 지지하는 전제들의 신뢰도가 높을수록 기본권에 강한 제한이 부과될 수 있다. Alexy는 이를 다음과 같이 수식으로 표현한다.[20]

$$W_{i,j} = \frac{I_i * W_i * Re_i * Rn_i}{I_j * W_j * Re_j * Rn_j}$$

우변의 Wi, Wj는 충돌하는 두 원칙, Pi, Pj 각각의 추상적인 비중을 뜻한다. 원칙들의 추상적인 비중은 구체적인 사건의 상황과는 무관하다. 우변의 Ii, Ij는 두 원칙 각각의 중요도 내지 침해 강도를 표현한다. 추상적 비중과는 반대로, Ii, Ij는 항상 특정한 사안속에서 중요도를 뜻한다. 우변의 Rei, Rej 그리고 Rni, Rnj 변수쌍은 하나의 법원칙의 실현과 그에 상응한 상대방 법원칙의 비실현을 지지하는 경험적·규범적 전제들의 '신뢰도'(reliability)를 지칭한다. 좌변의 Wi, Wj는 형량결과로서 구체적인 상황에서 두 법원칙, Pi, Pj의 '상대적인' 비중을 뜻한다.

그렇다면, 추상적 비중, 침해 강도, 신뢰도는 어떻게 측정될 수 있을까? Alexy는 독일 연방헌법재판소 선례들을 참조하여, 기본권 침해 강도와 공익 실현의 중요도를 세 등급으로 구분한다. 법원리 Pi가 침해되는 정도를 '경미한 침해', '중간의 침해, '중대한 침해'라는 세 등급으로 구분하고, 이에 대응하여 침해되는 법원칙 Pi와 충돌관계에 있는 상대방 법원리 Pj가 실현되어야 할 중요도 또한 동일하게 세 등급으로 구분한다. 이러한 서수적 비교를 넘어서, Alexy는 기수적 비교 척도를 도입한다.[21] '경미한', '중간의', '중대한'이라는 척도에는 각각 숫자, 2^0, 2^1, 2^2이 부여된다. 한편 경험적 전제들의 신뢰도는 불확실성이 증가함에 따라 2^0, 2^{-1}, 2^{-2} 순으로 기하급수적으로 감소한다.

형량결과 좌변의 Wi,j의 값이 1보다 크면, Pi가 Pj보다 우선한다. 반면, 좌변의 Wi,j의 값이 1보다 작으면, Pj가 Pi보다 우선한다. 그 값이 1이면, 형량 결과는 '교착상태'(stalemate)에 빠지는데 이 경우 형량공식은 결론을 내려주지 못한다. Alexy는 이 교착상태를 타개하는 두 개의 모순되는 방식을 제시한다. '기본권이론' 본문에서, Alexy는 교착상태 해결이 국가철학적 입장들과 관련되어 있음을 지적하면서 이 경우 법적 자유와 법적 평등이 우선한다는 취지로 언급한다.[22]

---

20) Roberto Alexy, "Proportionality and Rationality", p. 18.
21) Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", pp. 443-448.
22) Robert Alexy, 기본권이론, 665-660면.

이는 '의심스러울 때에는 자유의 이익으로'(in dubio pro libertate)라는 원칙으로 표현될 수 있다. 더 강력한 논거들이 제시되지 않는 한 법적 자유, 법적 평등과 충돌하는 어떤 공익도 문제되는 사례에서 적용될 수 없다는 것이다. '기본권이론' 영역본 'Postscript'에서, Alexy는 다른 해법을 옹호한다. 교착상태에서 의회가 명령한 제한은 비례적인 것이고, 따라서 헌법적합적인 것으로 선언되어야 한다고 한다. 이것이 헌법의 권한배분질서 내지 입법자의 민주적 정당성을 존중하는 길이라는 것이다.[23]

수식구조로 표현하고 있지만, Alexy 형량공식은 사실상 독일 연방헌법재판소 법익형량 실무에 대한 분석적 측면에서 '재진술'(restatement)이라고 할 수 있다. 연방헌법재판소는 통상적으로 제한되는 기본권의 제한도를 판단하고,[24] 대립하는 공익이 갖는 중요도를 결정한다. 이들 기본권과 공익 중요도를 저울에 올려놓고 판단한다.[25] 기본권에 대한 제한 정도가 심할수록 대립하는 공익도 중요하고 긴절하여야 하며 그 공익을 떠받치는 전제들의 신뢰도 또한 높아야 한다.[26] 요컨대, 기본권이 중요하고 제한이 강할수록 반대되는 공익은 중요하고 긴절하여야 하며, 그 공익을 인정하는 사실적·규범적 전제들은 확실한 것이어야 한다. 형량공식은 이를 하나의 수식으로 표현하고 있을 뿐이다.

양심에 따른 병역거부 사건으로 되돌아가 본다.[27] 양심에 따른 병역거부를 인정하지 않는 입법은 "양심을 꺾고 병역의무를 이행하거나 그 신념을 유지하여 형사처벌을 감수하는 두 가지 중 하나의 선택만이 가능하(도록)" 하여 어떤 선택을 하더라도 인간으로서 존엄과 가치는 치유될 수 없는 큰 손상을 받을 수밖에 없으므로 기본권에 대한 '중대한' 제한이 된다. 마찬가지로, 반대의견이 언급한 바와 같이 양심의 자유(보장)은 "인간으로서의 존엄과 가치의 바탕이 되는 개인적 양심을 보장하기 위한 것이며 나아가 대다수의 사회구성원과 생각을 달리하고 다른 윤리적 가치관을 가진 소수의 국민을 관용으로 받아들임으로써 민주사회에 있어서의 다양성과 개별화를 보장하여 우리사회의 동화적 통합을 추구하기 위한 것"으로서 추상적으로도 '중요한' 기본권이 된다. 남은 문제는 대립하는 공익(국가안보, 효율적인 병력자원 수급 내지 병역형평)[28]이 이러

23) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, p. 410ff.

24) 제한 정도 판단과 함께 당해 기본권의 헌정질서내 중요성도 판단한다.

25) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland(Bd. III/2): Allgemeine Lehren der Grundrechte, Beck, 1994, S. 819.

26) 이 신뢰도 판단은 입법자가 인정한 입법사실, 그 입법사실에 대한 평가 존중과 관련이 있기 때문에, 심사강도 내지 통제밀도 문제로 연결된다. 연방헌법재판소는 주로 수단적합성, 침해최소성 단계에서 이러한 입법사실, 그에 대한 평가 존중 문제를 명시적으로 언급하고 있으나, 이 문제는 법익균형성 단계에서도 동일하게 발생한다. 연방헌법재판소는 침해되는 기본권적 법익의 중요성과 침해 강도에 따라, 명백성통제, 납득가능성통제, 내용통제 순으로 입법자의 사실인정, 사실평가에 대한 통제밀도를 높여간다. BVerfGE 50, 290, 333ff. 관련 독일 논의는, 김문현 外, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판소, 2008, 46-51면 참조.

27) 이러한 논증방식에 대해서는, 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2(상), 203-210, 재판관 이강국, 재판관 송두환의 한정위헌의견; 최근 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 결정중 법정의견 참조.

28) 입법목적, 즉 공익을 '식별'(identification) 하는 작업은 이후 논증단계에 영향을 미친다. 이 사건에서, 국가안보라는 추상적 공익보다는, 효율적인 병역자원 확보 내지 병역형평을 가지고 형량을 진행했다면, 사실적·규범적 전제들에 대한 평가가 더 수월했을 것이다. 다만, 헌법실무가 공익을 넓혀 잡고 그 질이

한 중요한 기본권에 대한 중대한 제한을 정당화할만큼 중요하고 긴절한지, 그리고 그러한 공익의 중요성·긴절성을 지지하는 사실적·규범적 전제들이 확고한 토대를 가지고 신뢰할 수 있는 것인지를 판단하는 과정이다. 이것이 긍정된다면 기본권제한은 비례적인 것이지만, 부정된다면 기본권제한은 균형을 상실한 것이 된다.

2. 법익형량 비판과 그 대응

법익형량에 대한 비판은 두 부류로 나누어볼 수 있다.[29] 그 하나는 그 구조를 향한 내재적 비판이며, 다른 하나는 그 전제를 향한 외재적 비판이다. 이하에서는 형량을 비판하는 논거들과 그에 대한 대안들이 무엇인지, 대안들은 적절한 해결책이 될 수 있는지를 검토한다.

(1) 비판의 두 유형

(a) 내재적 비판

법익형량을 수학적 공식의 구조로 전환하려면 다양한 요소들을 각각 곱셈과 나눗셈으로 관계지울 수 있어야 한다. 비교되는 법익들이 동일한 척도에 따라 측정될 수 있을 경우에만 이 공식은 유효하다. 그러나, 헌법적 원칙의 가치를 '비율'(ratio) 척도에 따라 결정하는 것은 사실상 불가능하다. 예컨대, 양심의 자유와 국가안보라는 헌법적 법익들은 동일한 척도에 따라 비교하기 어렵다. Alexy 형량공식을 서수적(ordinal) 가치판단 과정으로 전환하더라도, 어떤 헌법적 법익의 서수적 서열 판단에서부터 이미 형량 결과를 선취할 수밖에 없게 되는 난점이 발생한다.[30]

이처럼 형량에 대한 내재적 비판은 합리적 기준 부재에 초점을 맞춘다. 과학적 방법이라는 허울을 쓰고 있지만, 법익형량은 직관과 경솔 이외에 아무것도 아니라는 것이다. 이 비판에 따르면 충돌하는 법원칙들간 비교가 가능하려면 법원칙들을 '공통분모'(common denominator)로 나눌 수 있어야 하는데, 충돌하는 법원칙들은 공통분모를 갖지 않고, 따라서 '공통분모로 쪼갤 수 없는'(incommensurable) 것이 된다. '형량은 어떤 선이 어떤 바위가 무거운 만큼이나 긴지 여부를 판단하는 것과 같다'는 Scalia 대법관의 비유가 이를 적절히 표현하고 있다.[31] 이처럼 법익형량은 객관적인 척도를 결여하고 있으며 형량을 행하는 사람의 주관적인 고려에 의존한다는 비판에 직면한다.[32] 그 결과, 유사한 사건들이 다른 취급을 받게 되고, 사법판단은 자의적인 것이 되며

나 양을 과장하는 논증방식을 선호하는 모종의 이유는 아마도 공익을 좁게 설정할 경우 세밀한 논증이 쉽지 않기 때문일 수 있다.

29) Aharon Barak, Proportionality, p. 481.

30) 법익형량에 대한 비판으로서 '통약불가능성'(incommensurability) 문제에 대해서는, Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism, pp. 40-54 참조.

31) Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises Inc., 486 US 888, 897 (1988).

이는 근본적으로 사법정의를 훼손하는 것이 된다고 한다.

(b) 외재적 비판

다른 비평가들은 법익형량이 인권보호에 충실하지 못하다고 비판한다.[33] 여기에는 권리는 형량될 수 있는 가치가 아니라는 인식이 깔려있는데, 권리를 집합적 공익과 관련된 정책보다 우선하는 것으로서 "으뜸패"(trump)로 보는 Dworkin이 대표적인 주장자이다.[34] 이 비판은 개별상황에서 법익형량이 인정될 경우 소수자의 인권이 항상 공익 아래에 놓이게 될 것이라는 우려를 표명한다. 법익형량 방법론 원용은 시민적 자유 보호라는 사법부의 책임을 방기하는 것이 된다는 것이다.[35]

자유주의 이념에 따르면, 누군가 무언가에 대하여 권리를 갖는다면, 설령 그렇게 하는 것이 공익실현에 도움이 된다고 하더라도, 정부가 해당 권리를 부정하는 것은 잘못이다.[36] 권리는 '반공리주의적인'(anti-utilitarian) 것이고 인권을 비용·편익 분석에 따라 계산하는 것은 불합리하다고 주장하는 점에서, 이 테제는 법익형량론과 정면으로 배치된다. 자유주의는 한 사람의 선호가 다른 사람의 선호보다 무가치하다고 보지 않으며 각 선호를 대등한 것으로 취급한다. "평등한 배려와 존중"(equal concern and respect)이라는 생각이 이 권리론의 기둥을 형성하고 있는데, 권리제한은, 설령 가능하다고 하더라도,[37] 정부 행위의 결과가 아닌 정부의 행위의 이유에서 정당성을 발견해야 한다고 한다.[38] 이 경우 권리제한 정당성심사는 목적의 정당성과 그 합리적 연관성에 중점을 두게 되며 공익과 인권간 형량은 부정한다.

---

32) Bernhard Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", in Peter Badura und Horst Dreier(hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Ⅱ, Mohr Siebeck, 2001, S. 445.

33) Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", 7(3) International Journal of Constitutional Law, 2009 참조.

34) Ronald Dworkin, "Rights as Trumps", in Jeremy Waldron(ed.), Theories of Rights, Oxford University Press, 1984, p. 153.

35) Gerald Gunther, "In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell", 24 Stan. L. Rev., 1972, p. 1005.

36) Kumm은 이러한 주장을 '권리의 우위'(priority of rights) 테제라고 부른다. 그는 이 테제 배후에는 세 가지 다른 생각이 있음을 지적한다. 첫째는 반완전주의이며, 무엇이 선한 삶인지를 국가가 결정하고 개인에게 강요해서는 안된다는 생각이다. 둘째는 반집합주의이며, 개인의 권리는 일반적인 이익과 공동선에 우선한다는 생각이다. 셋째는 반결과주의이며, 권리는 불가침의 가치로 간주되어야 하며, 공익 달성을 위해 안이하게 희생되어서는 안된다는 생각이다. Mattias Kumm, "Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", p. 141ff.

37) 이 견해에 따르면, 권리를 제한할 수 있는 근거는 오직 다른 사람의 권리이며, 어떤 권리를 '집합적 선'(collective good)을 가지고 제한해서는 안된다.

38) 예컨대, 원칙적으로 형량을 부정하는 미연방대법원 헌법적 권리 사법심사는 주로 국가행위의 불법적인 동기를 탐지하는 것이라고 한다. Richard Fallon H. Jr., "Strict Judicial Scrutiny", 54 UCLA L. Rev., 2007 참조.

(2) 대안의 두 방향

(a) 법익형량 배제론

형량의 합리성을 부정하는 입장에서 대안은 기본권제한입법에 대한 사법심사에서 법익형량을 배제하는 것이다.[39] Schlink는 어떤 입법의 헌법적합성에 대한 사법심사에서 과잉금지원칙은 협의의 비례성을 제외하고 적용되어야 한다고 말한다.[40] Schlink에 따르면, 헌법적 법익간 서수적 질서를 구상하는 것이 가능할지도 모르지만, 기본권이 문제되는 구체적인 사건에 있어서 유용한 기수적 질서를 구상하는 것은 어렵다고 한다. 따라서, 형량이 가능하다고 하더라도 이익 자체의 비교가 아닌 이익에서 얻어지는 효용의 비교를 실시할 수밖에 없다고 한다.[41] 양심의 자유와 국가안보는 그 자체로 비교할 수 없으며 비교할 수 있는 것은 이익 그 자체가 아닌 그러한 이익을 추구하는 과정에서 달성되는 효용뿐이라고 한다.

관련하여 Schlink는 '예측'(Prognose)과 '평가'(Bewertung)를 구별한다.[42] 그에 따르면, 예측은 미래 상태에 대한 진술이며 과거·현재 지식 수준에 따라 수행되고 미래에 진실 혹은 거짓이 판명된다. 반면 평가는 둘 중 어느 하나를 선택하는 결정이며 진실 혹은 거짓이 판명될 수 없다고 한다. 예측은 정확하거나 정확하지 못한 것, 진실이거나 거짓인 것과 관련된다. 반면 평가는 동의나 거부에 의해 성공·실패가 결정되는데, 이는 동일한 사항을 달리 결정할 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 평가를 수반하는 형량에서 합리성은 동의를 구하는 것으로서 이는 정치의 영역인 반면 효용성 판단을 뜻하는 예측에서 합리성은 과학의 영역이라고 한다. 따라서, 예측이 문제되는 경우 의회의 인식이 부정확하다면 헌법재판소의 판단으로 대체하더라도 무방하지만, 선택된 수단과 대안적 수단간 '파레토 최적'(Pareto optimality)이 달성된 경우 어느 쪽을 우선해야 하는지는 헌법이 명령하고 있지 않으며 이러한 유형의 가치판단은 민주적 정당성을 갖는 의회가 수행해야 한다고 한다.

(b) 헌법해석 중시론

권리의 우위를 중시하는 입장에서 형량을 대체하는 대표적인 방법론적 대안은 이른바 '범주적인 접근법'(categorical approach)이다.[43] 이 접근법은 미연방대법원의 사법심사 방법론에서 전

39) Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot, 1976, S. 180ff.
40) Schlink는 축약된 비례성심사를 언급한다. 그는 침해최소성에 중요한 의미를 부여하면서 법익균형성을 배제하고 대신 '최저지위' 보장을 언급하고 있다. 균형성심사는 일종의 '부조리통제'로서 보조적 기능만을 수행한다. Bodo Pieroth, Bernhard Schlink, Thorsten Kingreen, Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht Ⅱ, 31. Aufl., Müller, 2015, S. 75f.
41) 예컨대, 사과와 배는 고유한 가치 측면에서 비교불가능하다. 그럼에도 불구하고 그것들은 일상생활에서 비교대상이 된다. 도구적(instrumental) 가치를 공통의 통화(예컨대, 화폐)로 환산함으로써 그러하다.
42) Bernhard Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", S. 455f.

형적으로 나타난다.[44] 권리에 대한 범주적 접근방식은 어떤 국가행위가 개인의 권리를 침해하여 위헌인지 여부를 판단하는 사법심사의 기준으로 엄격성의 정도를 달리하는 '합리성심사'(rational basis test), '중간심사'(intermediate scrutiny test), '엄격심사'(strict scrutiny test)로 '단계 심사기준'(three-tiered standards of review)을 정립하고, 일단 각각의 위헌심사기준의 적용영역과 적용요건이 정해지고 나면 형량을 수행하지 않고 일종의 법규칙규범 적용과 같이(rule-based) 합헌성 여부를 판단하는 방식이다.[45]

이 접근법은 형량은 권리(rights)와 이익(interests)의 구별을 모호하게 함으로써 공익을 위해 권리를 쉽게 경시하고, 권리보호를 위해 설정된 국가권력에 대한 헌법상의 제한들을 무력화할 수 있다는 문제의식에서 출발한다. 형량은 해석보다는 전망적이고 결과론적인 측면을 수반하므로 법문에 근거한 문리적 해석을 방해한다는 것이다. 미연방헌법은 권리를 가치라는 측면에서 규정하지 않고 명시적으로 나열하는 방식으로 규정하고 있으며, 연방대법원은 권리의 범위를 한정하거나 그 범위로부터 특정 행위를 제외함으로써 권리를 좁게 해석하는 방법론을 선호한다. 특정한 범주의 언론을 언론의 자유의 보호영역에서 제외시키는 것이 전형적인 예가 된다.[46] 형량은, 그것이 존재한다면, 새로운 범주를 창설하는 과정이나 이미 정해진 범주를 수정하는 과정에서만 드러나게 된다.

---

43) 넓은 범위에서 형량이 아닌 해석을 통한 권리 사법심사를 중시하는 입장으로는, 범주적 접근법 이외에도, 사법부는 의회가 설정한 권리 보호범위를 존중하여 그대로 적용하여야 한다는 '절대적 권리'(absolute rights) 이론, 형량이 아닌 헌법적 권리의 '핵심영역'(core) 보호에 사법부의 권한을 제한하여야 한다는 핵심영역 보호 이론 등이 존재한다. 다양한 접근법에 대해서는, Lorenzo Zucca, Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA, Oxford University Press, 2007, pp. 67-94; Aharon Barak, Proportionality, pp. 493-502 참조.

44) Heller 판결에서, Breyer 대법관은 위헌성 심사는 개인의 권리보호와 국가적 이해관계의 형량을 수반하는 것이라고 주장한다. 이러한 Breyer 대법관의 견해에 대하여 Scalia 대법관이 작성한 다수의견은 형량은 헌법적 권리의 격을 떨어뜨린다는 이유로 거부한다. 그는 헌법에 권리를 열거한 사실 그 자체가 권리를 진정 보호할 가치가 있는지 여부를 경우에 따라 달리 결정할 수 있는 권한을 사법부로부터 박탈하는 것이라고 한다. 형량은 법관들에 대하여 헌법의 문언을 침해하여 개인의 권리와 그로 인하여 추구되는 공익의 적절한 균형에 대한 자신들의 견해를 불법적으로 보충하는 것을 허용하는 것이라고 비난한다. District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). 이 논쟁에 대해서는, 이종근, "미연방헌법과 비례의 원칙: 독일 헌법상의 비례원칙 도입논의를 중심으로", 헌법학연구 제16권 제2호, 2010, 489면 이하 참조.

45) 예컨대, 어떤 권리가 '근본적 권리'(fundamental rights)에 속하면 엄격심사기준이 적용되는데, 이 경우 "긴절한 국가목적"(compelling state interest)을 위한 조치라는 것과 그러한 국가목적의 달성을 위해 문제되는 조치는 "좁게 선택된"(narrowly tailored) 수단이라는 요건을 충족하여야만 합헌성이 인정된다. 실질적으로는 엄격심사기준이 적용되면 거의 모든 경우에서 위헌으로 판단된다는 점에서, 형량이라기보다 요건판단이라고 하는 것이 더 적절할 것이다. 형량과 유사한 심사가 경우에 따라서는 국가목적 판단단계에서 행하여질 수도 있으나, 국가행위가 "가장 덜 침해적인 수단 심사"(least restrictive means test)를 통과하고도 그것이 비례적이지 못하다는 이유로 권리를 침해하는 것으로 판단할 수 있는지 여부는 불분명하다는 점에서, 전형적인 형량과는 거리가 있다. 이종근, "미연방헌법과 비례의 원칙: 독일 헌법상의 비례원칙 도입논의를 중심으로", 490-491면.

46) 이러한 문리적 해석 중시 경향이 구체적인 법익형량을 꺼리는 이유로 제시된다. 대표적으로, 표현의 자유 영역에서 법익형량을 강력하게 반대했던 Frantz는 법익형량은 헌법을 마치 법이 아닌 것처럼 취급함으로써 법원으로 하여금 국가의 어떤 결정에 대한 합법성이 있었는지를 판단하도록 하기보다는 그 결정에 분별력이 있었는지를 추정하는 것을 허용하도록 한다고 비판한다. Laurent B. Frantz, "The First Amendment in the Balance", 71 Yale L. J., 1962. p. 1433.

(3) 대안에 대한 평가

법익형량이 합리적 기준을 결여하고 있다는 점을 지적하면서 Schlink는 가치질서로서 기본권 이해를 부정하는 한편 법익균형성 심사를 배제하는 독특한 과잉금지원칙 이해를 도입한다.[47] 대신 효용 비교 형태의 사실판단 문제로 사안을 해결하려고 한다. Schlink처럼 사법심사를 단지 사실판단에 묶어두려는 전략에 대해서는 효용 또한 객관적으로만 산출되는 것이 아니며 필요성 단계에서 묵시적 형량이 수행될 수밖에 없는(혹은 수행되고 있는) 현실을 지적할 수 있다.[48] 기본권 사법심사가 소수자의 헌법적 권리를 보호하는 기능을 수행한다는 점을 고려하면,[49] 효용 비교라는 사실적 관점이 아닌 '규범적' 관점에서 권리보호 필요성을 고찰하는 과정이 필요하다는 점도 지적되어야 한다.

범주적인 방법론은 기본권심사를 헌법 해석·적용 문제로 환원하려고 하지만 헌법적 권리의 내용을 확정하고 범주를 구분하는 단계에서 공익이 고려된다는 점을 고려하면 형량적 사고로부터 완전히 벗어난 것이라고 할 수는 없다. 범주적인 접근법에서는 형량이 사라지는 것이 아니고 단지 선취될 뿐이다.[50] 목적·수단간 합리적 연관성 분석에는 이미 형량적 사고가 내재되어 있을 수밖에 없으며 엄격심사의 결과를 제한하는 과정에서도 형량이 문제될 수 있다는 점도 지적되어야 한다.[51] 이 접근법은 구체적인 타당성보다 법적안정성을 우선하는 것인데 '개별사안별' 형량이 자의적 판단을 초래하고 사법의 통일성을 훼손할 수 있다는 점을 그 근거로 한다. 그러나 기본권 사법심사에서 법익형량은 구체적 맥락에서 기본권제한이 합리적인 것인지를 검토하는 과정으로서 사법심사의 근본적 기능과 관련이 있다.[52] 또한 역설적이게도 '원의주의'(originalism)는 선례변경에 취약하다는 비판을 고려하면[53] 선례변경을 통해 범주를 변경할 경우 범주적인 접근

---

47) Schlink가 궁극적으로 비판의 대상으로 삼고자 한 것은 헌법적 판단의 방법으로 법익형량론을 넘어 그 법익형량론을 떠받치는 기본권의 가치질서라는 사고, 다시 말해 권리를 여타의 공익과 같은 헌법적 가치로 보고, 공익과 형량할 수 있다는 사고방식이다. 같은 취지의 비판에 대해서는, Ernst Wolfgang Böckenförde(김효전·정태호 옮김), "기본법제정 40주년에 따른 기본권해석의 상태", 김효전·정태호 편역, 헌법과 민주주의: 헌법이론과 헌법에 관한 연구, 법문사, 2003, 120면 이하 참조.

48) 이러한 비판으로는, Niels Petersen, Proportionality and Judicial Activism, pp. 130-132. 양심에 따른 병역거부 사건을 예로 들어보면, 설령 양심에 따른 병역거부를 인정함으로써 손실되는 공익의 양을 금전적으로 환산할 수 있다고 하더라도, 그것을 인정하지 않음으로써 개인의 기본권에 가해지는 제한의 정도를 금전적으로 측정하는 것은 쉽지 않다.

49) 사법심사의 소수자 보호기능 내지 대표보강적 기능에 대해서는, John Hart Ely(전원열 옮김), 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남, 2006 참조.

50) Aharon Barak, Proportionality, pp. 526-527.

51) Fallon은 전자를 '수단적'(instrumental) 형량, 후자를 '예외적'(residual) 형량이라고 부른다. Richard Fallon H. Jr., "Strict Judicial Scrutiny", pp. 1302-1311.

52) 과잉금지원칙이 '개별적 형량'을 요청하고 이는 '개별적 정의'의 표현이라고 보면서, 우리 헌법재판소가 미연방대법원 범주적 접근방식(이중기준론)을 따르지 않고 제한되는 자유영역의 의미와 중요성에 따른 기본권제한의 효과를 기준으로 '사안별로' 판단하고 있음을 언급하는 견해로는, 한수웅, 헌법학, 법문사, 2014, 466, 490-493면 참조.

53) 원의주의와 선례변경의 상호 관련성에 대해서는, 강일신, 헌법재판소 선례변경에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2017, 36-39면 참조.

법이 법적안정성을 실현하는데 더 유용한 방법이라는 논거 또한 힘을 잃게 된다.

Ⅲ. 헌법재판에서 형량재량의 통제 방안

1. 기본권논증에서 법익형량

어떤 입법이 헌법상 기본권규범에 위반하는지, 결과적으로 헌법에 위반하는지는 단순한 포섭과정을 통해 판단되지 않는다. 헌법재판소는 우선 해당 입법이 특정 기본권의 보호영역을 건드리는지 판단하게 된다. 따라서 기본권의 해석과 해당 입법의 그러한 기본권 보호영역에의 포섭이 일차적 판단이 된다. 그러나 어떤 입법이 특정 기본권의 보호영역을 건드린다고 하여 그것이 곧바로 기본권침해, 곧 헌법 위반이라는 법률효과를 갖는 것은 아니다. 이 단계에서는 기본권의 '일응'(prima facie) 침해가 인정될 뿐이다.[54] 그러한 침해는 또 다른 헌법적 가치에 의해 정당화될 수 있다. 이제 침해되는 기본권을 대립하는 헌법적 공익과 대면시키는 것이 요청된다. 헌법재판소는 우선 헌법적 공익을 확인한다. 이는 주로 해당 입법에 대한 법률 해석을 통해 수행된다. 만일 해당 공익이 헌법적 질서에 위반하지 않는 공익이라는 점이 승인된다면 문제되는 것은 구체적 상황하에서 그러한 공익과 기본권간 무게 재기가 될 것이다. 더 정확히 말하면, 특정한 입법이 초래한 기본권제한과 그러한 입법이 달성하는 공익간 형량이 될 것이다. 그 형량 결과 비례성이 인정되면 해당 입법은 종국적으로 기본권규범 침해가 아닌 것이 되고, 비례성을 상실하면 기본권규범 침해로 헌법 위반이 된다.

2. 형량재량의 의미와 논증부담으로서 형량명령

앞서 검토한 바와 같이, 법익형량을 헌법재판에서 제거하는 것은 사법재량을 통제하는 적절한 수단이 될 수는 없다. 형량재량의 불가피성을 승인하는 전제하에서 그 실효적인 통제방안을 모색하는 것이 필요하다. Alexy가 수행해온 작업은 형량과정을 합리화함으로써 법익형량의 정당성을 옹호하려는 시도라고 할 수 있다. 하지만, 수식 구조를 통해 법익형량을 합리화하고자 함에도 불구하고 형량공식은 정답도출절차는 아니다. '사법재량'(judicial discretion)은 법익형량에서도 여실히 드러나는데, 우선 교착상태에서 헌법재판소가 어떤 선택을 하게 될지는 가치판단의 문제로 연결된다. 자유를 우선할지, 공익을 우선할지 선택하는 순간 이미 '정치적' 고려를 사법판단으로

54) 주류적인 기본권도그마틱은 기본권의 '제한'과 '침해'를 구별한다. 여기서, 일응 침해라고 표현한 것은 이러한 주류적인 이해방식에 따를 때, 제한에 해당한다. 한편, '제한'으로 번역되는 독일어 'Eingriff'는 자유의 보호영역에 대한 일체의 저촉 내지 개입을 뜻하는 것이다.

진입시키는 것이다. Alexy는 이를 '구조적 재량'(structural discretion) 문제로 본다. 다른 한편으로, 기본권 침해 강도, 공익 중요도, 기본권 추상적 중요도를 판단하는 과정에서 경험적·규범적 전제 신뢰판단 문제가 발생한다. 어떤 경험적·규범적 전제를 얼마만큼 믿을지는 헌법재판소 재량하에 놓여있다.[55] Alexy는 이를 '인식론적 재량'(epistemic discretion)이라고 부른다.[56] 결국, 교착상태에서 어떤 선택을 할 것인지는 법관이 가진 이데올로기에 의존할 수밖에 없으며, 전제들중 어느곳에 얼마만큼 비중을 부여할지도 법관의 '주관적' 판단으로 소급될 수 있다. 이로 인해 형량은 주관적 자의에 노출될 수밖에 없으며 합리적인 구조를 갖추지 못한다는 비판에 직면한다.

법익형량이 법관에게 재량을 부여하고 헌정국가에서 근본적 권한배분의 질서를 훼손한다는 비판은 이유있는 것들이다. 다만 비단 법익형량이 아니더라도 사법작용에는 어쩔수없는 재량이 존재한다. 한편 방법론적으로 법익형량에서 나타난 재량은 '구조화된'(structured) 재량이다.[57] 이처럼 방법론적으로 단계지워진 재량행사는 법익형량을 수행하는 법관으로 하여금 분석적으로 사고하도록 하며, 형량요소들을 빼먹지 않고 고려하고, 그 판단결과를 공개하도록 한다는 점에서, 합리적인 재량행사를 가능케 한다.[58] 이로써 결정이 기초하고 있는 근거들은 공중에게 제공되고 그러한 결정들을 비판하는 것 또한 더 용이해진다.

반면 형량 반대론자들은 어떠한 형량 이론도 충분한 방법론적 제약을 부과하지는 못한다고 한다. 그러나 형량요소들은 그것이 법관의 사고과정을 사전적으로 규제한다기보다는 법관이 법치국가적 이유제시 의무를 이행하는 과정에서 적절히 논증해야할 대상이 된다.[59] Alexy 형량공식은 형량의 내부적 정당화구조를 보여줄 뿐이다.[60] 중요한 것은 어떤 가치에 더 큰 비중을 두는 이유를 합리적으로 설시할 수 있어야 한다는 점이다. 충돌하는 법익들에 대한 적절한 비중 부여는 외부적 정당화의 영역이며, 이는 형식적·논리적 논증절차 준수 문제를 넘어서는 근거제시 문제라고 할 수 있다.[61] 따라서 형량을 회피하는 것보다 명시적으로 드러내는 것이 필요하며 그럼으로

---

55) 통상적으로 헌법재판소는 이 재량을 적극적으로 행사하지 않는다. 입법자의 평가를 존중하는 차원에서, '사법적 자제'(judicial deference) 태도를 견지한다. 앞서 언급한 바와 같이, 이 인식론적 재량 문제는 헌법재판소의 입법에 대한 통제밀도 내지 심사강도 문제로 연결된다.

56) 형량에서 발생하는 인식론적 재량 문제에 대해서는, Matthias Klatt, Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, 2012, p. 109ff. 참조.

57) David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, Oxford University Press, 2004, p. 172; Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", 65 Cambridge L. J., 2006, p. 176.

58) Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula", in Agustin. J. Menéndez and Erik. O. Eriksen(eds.), Arguing Fundamental Rights, Springer, 2006, pp. 101, 106.

59) 논증부담으로서 법치국가적 이유제시의무에 대해서는, 강일신, 헌법재판소 선례변경에 관한 연구, 30면 참조.

60) 내부적 정당화와, 외부적 정당화 구별에 대해서는, Jerzy Wróblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", 5 Rechtstheorie, 1974 참조. 내부적 정당화는 논증이 일정한 논리적 구조를 따르는 것을 지칭한다. 예컨대, 포섭에서 삼단논법(syllogism), 형량에서 형량공식을 따르는 것이 이에 해당한다. 외부적 정당화는 그러한 내부적 정당화에 동원되는 전제들, 명제들의 설득력과 관계된다. 예컨대, 포섭에서 대전제로 작용하는 법해석, 형량에서 공익이나 기본권의 중요도를 지지하는 논거들의 설득력 제시가 그에 해당한다.

써 투명성이 증대되고 사법신뢰 또한 확보된다.

2. 입법자의 판단여지 존중과 심사강도

Alexy는 민주주의원칙 혹은 권력분립원칙과 같이 실질적 내용을 갖지 않으면서, 권한배분과 연관되는 원칙을 형식적 원칙이라고 명명하였다. Alexy 형량공식에서 경험적이고 규범적인 전제들의 신뢰도를 뜻하는 변수 R은 형식적 원칙의 기능을 수행한다. 예측적 판단과 평가를 수반하는 영역에서 신뢰도 R은 입법자의 평가우선권을 형량공식에 도입하는 통로 역할을 한다. 법익형량을 수반하는 비례성판단이 올곧이 규범판단이 아니고 사실판단을 수반한다는 점을 인식해야 한다.[62] 비례성원칙을 적용하는 방식으로 이루어지는 규범통제는 규범 대 규범의 객관적 비교평가를 통해서만 수행되는 것이 아니고 사실, 사실에 대한 평가・예측의 정확성・적절성을 기초로 형량을 수행하는 방식으로 진행된다. '입법사실'(legislative facts)이란 어떤 입법의 정당성(반대로, 불필요성 내지 부당성)을 기초짓는 사실이다.[63] 헌법재판소는 문제되는 입법이 비례성원칙의 단계요건을 충족하는지 여부를 검토하면서 그 과정에서 일정한 사실 인정과 그러한 사실에 대한 평가・예측의 정확성・합리성을 검토한다.

이처럼 입법자의 입법사실 확인・평가에 대하여 그 존중 정도를 결정하여 사법심사의 강도를 결정하기 위해 동원되어온 관념이 심사강도론 내지 통제밀도론이다. 독일 연방헌법재판소는 규율대상의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 관련 법익들의 의미와 비중 등에 따라 심사강도를 명백성통제(Evidenzkontrolle), 납득가능성통제(Vertrebarkeitskontrolle), 강화된 내용통제(intensivierte Inhaltskontrolle)로 나누어 단계화했다.[64] 규율대상이 복잡하고 확실한 판단의 가능성이 낮은 경우 입법자의 판단재량이 존중되어야 할 것이다. 입법자의 판단을 존중하고 그것을 헌법재판소 스스로 판단으로 대체하지 않아야 하는 영역에서는 헌법재판소 스스로 심사강도를 완화하여야 한다.

---

61) 김도균 교수는 이를 다음과 같이 표현한다. "각자의 실질적 논거들을 명확하게 제시하는 공공적 논증과정 속에서 충돌하는 가치들 또는 법원리의 상대적 비중을 보다 설득력 있는 실질적 논거들로써 측정하는 이익형량이 승리하여야 할 것이다." 김도균, 권리의 문법, 292면. 이준일 교수는 이를 다음과 같이 표현한다. "일정한 목적의 실현을 우선시키는 '관점'의 논거와 다른 목적의 실현을 우선시키는 '관점'의 논거가 논쟁을 벌이는 가운데 각각의 '논거의 질'(quality of argument)에 따라 규범적으로 결정된다. 여기서 논거의 질이란 더 많은 사람의 동의를 얻을 수 있는 '논거의 합리성'에 따라 판단된다." 이준일, "헌법상 비례원칙", 33면.

62) Alexy 형량이론에서 형식적 원칙의 의미와 기능에 대한 비판적인 검토로는,

63) 통상의 재판절차에서와 달리 헌법재판에서 이러한 입법사실의 중요성이 간과되어왔다. 비록, 변론주의가 적용되지 않는 헌법재판절차라고 할지라도 일종의 주요사실로서 쟁점이되고(변론주의하에서는 주장책임) 증명되어야할(변론주의하에서는 증명책임) 사실이 무엇인지 그것의 소송법적 취급은 어떠해야 하는지에 대한 관심은 필요하다. 공법적 판단에서 입법사실의 소송법적 취급에 대해서는, 巽智彦, "公法関係訴訟における事実認定について: 憲法訴訟を端緒として", 成蹊法学 第85号(2016) 참조.

64) BverfGE 50, 290.

Ⅳ. 결론

헌법재판에서 비례성원칙을 매개로 이루어지는 법익형량의 방법론은 헌법재판소에 통상적인 사법판단에서보다 더 많은 사법재량을 허용하게 된다. 이 발표문에서는 헌법재판에서 법익형량이 어떻게 작동하고 있으며, 그러한 법익형량의 과정에서 헌법재판소가 어떠한 내용의 재량을 얼마만큼 행사할 수 있는지 혹은 행사하여야 하는지에 대해서 검토하였다. 헌법재판소는 형량의 요소들에 대해서 빠짐없이 고려하고 형량의 요소들에 대한 판단의 기초를 제시하여야 할 것이다. 이러한 논증이론적 정당화를 통해서만 법익형량은 최소한의 합리성을 획득하고 당사자와 국민일반을 설득할 수 있게 된다. 아울러 Alexy 형량공식의 변수 중 신뢰도 R이 함의하는 바와 같이 불확실성 속에서 내려지는 입법자의 판단에 대해서 헌법재판소는 자제적 태도를 견지해야 할 것이다.[65]

65) 신뢰도 R이라는 변수는 형량공식안으로 민주주의원칙과 권력분립원칙이라는 형식적 원칙을 끌어들이는 매체로서 심사강도와 연결된다고 할 수 있다. 이에 대한 해명과 Alexy 형식적 원칙 이해방식에 대한 비판적 검토로는, Martin Borowski, “Limited Review in Balancing Fundamental Rights”, Draft Paper (Lisbon, 31 May 2019), p. 23 이하 참조.

토론문

김 연 미(전남대 법학전문대학원 교수)

Memo

토론문

김 해 원(부산대 법학전문대학원 교수)

Memo

[제2주제]

행정기본법상 이의신청에 관한 고찰

정 훈 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 이동식 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 김재선 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

「행정기본법」 상 이의신청에 관한 고찰

정 훈(전남대학교 법학전문대학원 교수)

I. 문제의 제기

행정청의 일정한 처분에 대한 권리구제 혹은 불복절차는 다양하다. 최종적이고 궁극적인 권리구제절차는 당연히 「행정소송법」 상 행정소송절차이고, 「행정심판법」 상 행정심판제도도 일반적인 권리구제절차이다. 그런데 각 개별 행정법에는 다양한 형태의 불복절차를 두고 있다. 가령, 「국가공무원법」 이나 「지방공무원법」 및 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법(이하 '교원지위법'이라 함)」 상 소청이나, 「국세기본법」 상 이의신청, 심사청구, 심판청구가 있고, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 함)」 상 이의신청, 「민원처리에 관한 법률(이하 '민원처리법'이라 함)」 상 이의신청, 「난민법」 상 이의신청, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 함)」 상 이의신청 등이 많은 법령에서 다양한 형태의 이의신청에 대해 규정하고 있다. 한 연구에 따르면 현행 개별법령에 근거를 두고 있는 것으로서 이의신청으로 분류할 수 있는 것은 전체 307개에 이른다고 한다[1].

문제는 이렇게 다양한 이의신청제도의 성격이 무엇으로 볼 것인지 하는 것이다. 다양한 이의신청에는 특별 행정심판으로서 이의신청이 있고, 그렇지 아니한 이의신청이 있다. 일정한 이의신청을 특별 행정심판으로 볼 수 있는지 여부는 권리구제와 직접 관련되어 있다[2]. 즉 어떤 이의신청을 특별 행정심판으로 볼 경우 이의기각결정은 처분성이 인정되고 제소기간의 기산점은 이의기각결정시이다. 그러나 특별 행정심판이 아닌 경우 이의기각결정은 처분이 아니고 제소기간의 기산점도 원래의 처분을 기준으로 한다. 그런데 각 개별법상 다양한 이의신청에 대해 규정하고 있으나 행정심판 및 행정소송과의 관계에 대해 규정하고 있지 아니한 것이 대부분이고 이의신청절차가 행정심판이나 행정소송에 필수적인 절차인지 여부, 이의신청결과에 대해 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 행정심판이나 행정소송을 제기하는 경우 쟁송제기기간의 기산점 등에 대해 명확하지 않다[3].

이렇듯 다양한 이의신청에 관한 개별 법령의 규정들을 통일적으로 규율하기 위해 2021년 3월

---

1) 백옥선, '행정기본법(안)의 이의신청 조항에 대한 검토 및 향후 법적 과제', 「법제연구」 제59호, 2020년, 75쪽

2) 김남철, '행정심판과 행정절차제도와의 조화방안 - 특히 이의신청절차와 행정심판과의 조화방안 모색을 중심으로 -'「법학연구」53(4), 2012.11, 118쪽; 강지은, '이의신청절차와 제소기간', 「행정판례연구」 20(1), 2015, 367쪽

3) 류광해, '개별 행정법상 이의신청제도의 현황 검토', 「법조」 63권 2호, 2014, 177쪽 이하

23일에 제정되어 2021년 9월 24일에 시행에 들어간 「행정기본법」 제36조는 처분에 대한 이의신청에 대해 규정하고 있다. 다만, 이 조항은 2023년 3월 24일부터 시행된다.

그런데, 행정기본법상 이의신청에 관한 규정만으로 기왕의 이의신청과 권리구제에 관한 모든 문제가 다 정리된 것은 아니며 이에 대한 몇 가지 문제가 여전히 남아 있으므로 이 글에서는 이의신청 일반과 현황에 대해 고찰하고 행정기본법상 이의신청의 의미 등에 살펴 본 후 향후 개선점에 대해 기술하고자 한다.

II. 이의신청의 의의 및 현황

1. 이의신청의 의의

(1) 이의신청의 개념

이의신청의 개념에 대한 국내의 문헌은 대체로, 통상 처분청에 제기하는 처분에 대한 불복절차[4], 위법·부당한 행정작용으로 권리나 이익이 침해된 자가 행정청에 대하여 그러한 행위를 시정을 구하는 절차[5], 행정청의 위법·부당한 처분으로 인하여 그 권리이익이 침해된 자의 청구에 의하여 처분청 자신이 이를 재심사하는 절차[6], 위법·부당한 행정작용으로 인해 권리(법률상 이익)가 침해된 자가 처분청에 대하여 그러한 행위를 취소를 구하는 절차[7], 행정청의 처분이나 부작위에 대하여 당해 행정청에 다시금 불복을 제기하여 권리구제를 강구하는 제도[8], 위법·부당한 행정작용으로 인하여 권리·이익을 침해당한 자가 처분청에 대하여 그러한 행위의 취소나 변경등 불복을 신청하는 임의적 절차[9], 처분청의 위법·부당한 처분으로 인하여 그 권리 또는 이익을 침해 받은 자의 청구에 대한 행정내부적 통제[10] 등으로 정의하고 있다.

이를 정리하면, 이의신청은 우선 '처분청'에 대해 하는 것이고 '처분'을 대상으로 하며, 처분으로 인해 '권리나 이익을 침해당한 자'가 제기하는 '불복절차'로서 처분청으로 하여금 자신의 처분을 '재심사'하는 절차라는 점이다.

---

4) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2019년, 638쪽
5) 정하중·김광수, 「행정법개론」, 법문사, 2021년, 611쪽
6) 김동희, 「행정법I」, 박영사, 2011년, 621쪽
7) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2011년, 800쪽
8) 김용섭, '개별법상 이의신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제 - 이의신청과 행정심판의 관계정립을 중심으로 -', 「행정법연구(42)」, 2015.7, 82쪽
9) 백옥선, '행정기본법(안)의 이의신청 조항에 대한 검토 및 향후 법적 과제', 「법제연구」 제59호, 2020년, 70쪽
10) 이종영, '이의신청의 사물관할', 「중앙법학」 5(2), 2003.10, 57쪽

(2) 이의신청의 대상

이의신청의 대상이 '처분'에 한정되는 것인지, 아니면 행정청의 행정작용 일반도 포함하는 것인지에 대해 다툼이 있을 수 있으나 「행정기본법」 제36조 제1항은 명문으로 '행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다)'에 대해 이의신청을 할 수 있다고 규정함으로써 이의신청의 대상이 '처분'임을 명확히 밝히고 있다. 그러나 「행정심판법」상 '처분'의 의미와 관련하여 동법 제2조 제1호에서 정의하는 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용' 속에는 좁은 의미의 행정행위 외에도 권력적 사실행위(대법원 1992.8.7.자 92두30 결정[11]), 구속적 행정계획(대법원 2000. 12. 8. 선고 99두9957 판결[12]), 처분적 행정입법(대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정[13]), 한계를 넘는 행정지도(대법원 2008.4.24. 선고 2008두3500 판결[14])까지 포함되므로 이의신청의 대상은 해석론상으로나 당사자의 권리구제 측면에서도 넓게 인정하는 것이 바람직하다.

한편, '민원처리법' 제35조 제1항은 이의신청의 대상을 거부처분으로 한정하고 있으나 행정기본법은 처분(불이익처분과 거부처분)을 이의신청의 대상으로 삼고 있다.

(3) 부작위의 이의신청 대상성

한편, 부작위가 이의신청의 대상인지와 관련하여 「행정기본법」 제36조 제1항은 '행정심판법 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분'이라고 규정하고 있다. 그런데 행정심판법 제3조는 표제를 '행정심판의 대상'이라고 하고 제1항은 '행정청의 처분 또는 부작위'에 대해 행정심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 행정심판의 대상은 '처분이나 부작위'이지만 행정기본법상 이의신청의 대상은 '행정심판의 대상이 되는 처분'이라고 규정하고 있다. 따라서 법문상 행정청의 부작위는 행정기본법상 이의신청의 대상이 되지 않는다.

---

11) 미결수용중인 재소자에 대한 이송처분의 처분성을 인정한 사례

12) 대법원 2000. 12. 8. 선고 99두9957 판결 【토지수용재결처분취소】 –"도로 등 도시계획시설의 도시계획결정고시 및 지적고시도면의 승인고시는 도시계획시설이 설치될 토지의 위치, 면적과 그 행사가 제한되는 권리내용 등을 구체적, 개별적으로 확정하는 처분"

13) 대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정 【집행정지】 – "고시가 불특정의 항정신병 치료제 일반을 대상으로 한 것이 아니라 특정 제약회사의 특정 의약품을 규율 대상으로 하는 점 및 의사에 대하여 특정 의약품을 처방함에 있어서 지켜야 할 기준을 제시하면서 만일 그와 같은 처방기준에 따르지 않은 경우에는 국민건강보험공단에 대하여 그 약제비용을 보험급여로 청구할 수 없고 환자 본인에 대하여만 청구할 수 있게 한 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분 . . ."

14) 대법원 2008.4.24. 선고 2008두3500 판결 【행정처분부존재확인등】 – "구청장이 사회복지법인에 특별감사 결과 지적사항에 대한 시정지시와 그 결과를 관계서류와 함께 보고하도록 지시한 경우, 그 시정지시는 비권력적 사실행위가 아니라 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다"

그런데, 당사자가 일정한 처분을 신청하였으나 행정청이 부작위한 경우에 당사자의 처분 촉구에 대해 행정청이 거절의 의사표시를 했다면 이러한 거절의 의사표시를 이의신청에 대한 기각결정으로 볼 것인지는 논의의 여지가 있다. 즉, 이의기각결정에 대해 그 결과를 통지받고 이에 대해 '행정기본법' 제36조 제4항에 따라 행정심판이나 행정소송의 제기를 허용할 것인지가 문제이다. 만일 이를 허용한다면 결과적으로 부작위에 대한 이의신청을 인정하는 것이 될 것이다.

다른 한편 이 경우 이의기각결정의 성격을 무엇으로 볼 것인지가 문제이다. 신청에 대해 아무런 응답이 없다가 당사자의 촉구에 대해 거절의 의사표시를 하였으므로 거부처분으로 보는 것이 타당할 것이다. 판례에 따르면 상근강사 근무기간 종료 후 바로 甲을 정규교원으로 임용하는 처분을 하지 아니하였음은 물론 그 임용을 거부하는 처분도 한 바가 없었던 부작위상태에 있었던 것이어서 그 상당한기간의 경과에 의하여 피고의 위 부작위는 위법함을 면치 못하게 되었으나, 그 후 피고는 甲의 요청에 의하여 민원서류처리결과통보라는 형식으로 그 임용거절의 의사를 명백히 함으로써 적어도 이 무렵에는 피고가 원고에 대하여 거부처분을 하였다고 보아야 한다고 하였다[15]. 일반적으로 행정청의 '거부'가 항고소송의 대상이 되는 '거부처분'이 되기 위해서는 ① 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며(대법원 1989. 12. 12. 선고 89누5348 판결, 1998. 2. 24. 선고 96누5612 판결 등 참조), ③ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 한다(대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결, 1996. 5. 14. 선고 95누13081 판결 등 참조). 이의신청을 한 당사자에게 이러한 신청권이 인정되는 경우에 신청에 대한 응답촉구에 대한 행정청의 거절은 거부처분으로 보는 것이 타당하다.

따라서 당사자의 신청에 대해 행정청이 아무런 응답이 없는 상태에서 당사자가 처분을 촉구하고 이에 대해 행정청이 거절의 의사표시를 했다면, 이러한 거절의 의사표시는 이의신청에 대한 기각결정으로 볼 것이 아니라 신청에 대한 거부처분으로 보아야 하고, 이 거부처분에 대해 당사자는 행정기본법 제36조 제1항에 따라 이의신청을 할 수 있다고 보는 것이 행정기본법의 입법취지에 부합하는 해석이 될 것이다.

2. 이의신청의 성격과 법적 의미

행정심판이 아닌 이의신청에 따라 한 처분청의 결정통지는 새로운 행정처분이다. 처분을 취소하는 것은 직권취소이고, 변경하는 결정통지는 종전의 처분을 대체하는 새로운 처분이다. 기각하는 결정통지는 종전의 처분을 확인하는 행위로서 독립한 처분이 되지 아니한다. 그러나 이의신청도 처분에 대한 불복제도이므로 이의신청에 따른 직권취소에도 불가변력이 인정된다[16]. 즉 국세

15) 대법원 1990.9.25. 선고 89누4758 판결 【교원임용의무불이행위법확인등】
16) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2015년, 989쪽

기본법상 심사청구나 심판청구에 앞서 할 수 있는 이의신청은 특별 행정심판이 아닌 이의신청이지만, 과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 번복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2010.9.30. 선고 2009두1020 판결; 대법원 1978. 1. 31. 선고 77누266 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007두18161 판결 등 참조).

각 개별법상 이의신청은 그 자체가 행정심판에 해당하는 것도 있고, 이의신청에 대해 행정심판을 청구할 수 있는 경우도 있으며, 이의신청과 별도로 행정소송을 제기하기 위한 불복절차를 두는 경우도 있다.

즉 어떤 이의신청을 특별 행정심판으로 볼 경우 이의기각결정은 처분성이 인정되고 제소기간의 기산점은 이의기각결정시이다. 그러나 특별 행정심판이 아닌 경우 이의기각결정은 처분이 아니고 제소기간의 기산점도 원래의 처분을 기준으로 한다. 그런 행정기본법의 제정으로 특별 행정심판이 아닌 이의신청의 경우에도 이의기각결정에 대해 기각결정시를 쟁송제기기간의 기산점으로 삼게 되었다.

3. 외국의 입법례: 독일의 이의신청 혹은 행정심판

독일 연방 행정법원법(VwGO) 제68조 제1항은 취소소송과 의무이행소송을 제기하기 전에 사전절차(Vorverfahren)를 통해 행정행위의 적법성과 합목적성이 심사되어야(nachzuprüfen) 한다고 규정하고 있는데, 이에 대한 예외로 ① 다른 법률에 달리 규정하고 있는 경우, ② 법률에서 심사를 할 수 있다고 규정하는 경우가 아닌 한, 행정행위가 연방의 최상급 행정청이나 주의 최상급 행정청에 의해 발급된 경우, ③ 처분에 대한 시정결정(Abhilfebescheid)이나 이의신청에 대한 결정(Widerspruchsbescheid)으로 인해 비로소 권리침해를 받게 되는 경우(가령, 경업자간 혹은 인인간의 법률관계에 있어서 A에 대한 인·허가에 대해 B가 Widerspruch절차를 통해 인용결정을 받은 경우, A는 이러한 인용결정으로 인해 비로소 권리침해 받게 되므로 A는 Widerspruch절차를 거침이 없이 바로 행정소송을 제기할 수 있다)를 들고 있다[17]. 그리고 제69조는 이러한 사전절차는 Widerspruch[18]의 제기로 개시된다고 규정하고 있다[19].

이러한 Widerspruch는 행정절차와 행정소송의 사전절차로서 이중적 성격을 가지며 개인의 권리

17) § 68 (1) Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Einer solchen Nachprüfung bedarf es nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt oder wenn
1. der Verwaltungsakt von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt, oder
2. der Abhilfebescheid oder der Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwer enthält.

18) Widerspruch는 한국에서는 통상 행정심판으로 이해하지만, 그 성격이 한국의 행정심판과 동일하지 않으므로 이 글에서는 Widerspruch로 표기한다.

19) § 69 Das Vorverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs.

구제와 행정의 자기통제 및 행정법원의 소송부담경감이라는 세 가지 기능을 한다[20].

한편, 독일 연방 행정절차법(VwVfG) 제79조에 의하면 행정행위에 대한 공식적인 권리구제를 위해 다른 법률에서 정하지 않는 한, 행정법원법에 의하고 이를 위한 세부적인 사항은 법규명령으로 정하며 그 밖의 경우에는 행정절차법이 정한 바에 따른다[21]. 행정절차법상 일반적인 권리구제절차는 행정법원법의 Widerspruch에 대해 보충적인 역할을 한다.

독일의 이러한 Widerspruch는 한국에서는 '행정심판'이라고 보통 칭하지만, 이는 엄밀한 의미에서 한국의 행정심판법상 행정심판과 다르고 오히려 개별법률에서 규정하고 있는 '이의신청'으로 해석하는 것이 타당하다고 한다[22]. 즉 독일은 법원의 재판을 통한 권리구제가 잘 발달되어 있어서 행정심판과 같은 제도의 효용성이 적고, 다수의 민간인으로 구성된 준사법기관으로서 행정심판위원회와 같은 기관에서 심리·의결하는 형태가 아니라는 것이 그 이유이다[23].

그러나 독일 행정법원법 제68조부터 제73조에서 규정하고 있는 Widerspruch절차는 동법 제8절 '취소소송과 의무이행소송을 위한 특별규정(Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen)'에서 정하고 있는데, 이는 Widerspruch가 행정법원법상 소송상 하나의 절차라는 점과 원칙적으로 소송을 위한 필요적 절차라는 점에서 한국의 개별법에서 정하고 있는 이의신청과는 명백히 다르다. 물론 한국의 이의신청도 특별 행정심판절차로서 이의신청과 특별 행정심판이 아닌 이의신청이 있는데, 독일의 Widerspruch는 준사법기관에 의한 심리·의결을 하지 않는다는 점에서 한국의 특별 행정심판과는 다르고, 또한 소송전 단계의 절차로서 원칙적으로 필요적 절차라는 점에서 한국의 특별 행정심판이 아닌 이의신청과도 다른 독특한 권리구제 절차로 보는 것이 타당할 것이다.

4. 개별법상 이의신청의 현황

(1) '토지보상법'상 수용재결에 대한 이의신청: 특별 행정심판

- 지방토지수용위원회나 중앙토지수용위원회의 재결에 대해서는 중앙토지수용위원회에 이의신청할 수 있다.('토지보상법' 제83조)
- 당사자는 토지수용위원회의 재결에 대해 바로 행정소송을 제기하거나(법 제85조 제1항[24]),

20) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Auflage, 2017, Rn.75

21) § 79 Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte
Für förmliche Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte gelten die Verwaltungsgerichtsordnung und die zu ihrer Ausführung ergangenen Rechtsvorschriften, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist; im Übrigen gelten die Vorschriften dieses Gesetzes.

22) 이종영, '독일의 행정심판제도', 「중앙법학」 제4집 제3호, 2002.12, 29쪽

23) 이종영, 앞의 논문, 29쪽

24) "사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터

중앙토지수용위원회에 이의신청을 한 후 이의재결에 대해 행정소송을 제기할 수 있다(법 제85조 제1항[25])

- 이의재결에 대해 행정소송을 할 수 있고, 제소기간은 재결시가 아니라 이의재결시부터 기산하므로 이의신청은 행정심판절차이다.
- 그러나 이의신청을 거치지 않고도 재결에 대해 바로 소송을 제기할 수 있으므로 이의신청은 임의적 전치절차이다.
- 또한 재결과 이의재결 중 소송의 대상은 원처분주의에 따라 재결이다.[26]
- 토지수용위원회의 재결에 이의가 있는 경우, 이의절차는 행정심판의 성격을 갖는 것이므로, '토지보상법'에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「행정심판법」의 규정에 따른다(대법원 1992.6.9. 선고 92누565 판결 【토지수용재결처분취소등】)
- 중앙토지수용위원회의 재결에 이의가 있는 경우에는 중앙토지수용위원회에, 지방토지수용위원회의 재결에 이의가 있는 경우에는 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙토지수용위원회에, 재결서의 정본을 받은 날부터 30일 이내에 이의신청해야 한다.(법 제83조)
- 토지수용위원회의 수용재결에 대해 이의신청을 하지 않고 직접 항고소송을 제기할 수 있으며, 소송의 대상은 토지수용위원회의 수용재결이다.
- 이의신청을 거쳐 이의재결이 있는 경우 소송의 대상이 수용재결인지, 이의재결인지에 대해 통설과 판례는 원처분주의에 따라 수용재결을 대상처분으로 본다.
- 「행정소송법」상 원처분주의나 '토지보상법'의 규정에 비추어 보아도 수용재결설이 타당하다.[27]

대법원 2010.1.28. 선고 2008두1504 판결 【수용재결취소등】

"공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여

90일 이내에, . . . 행정소송을 제기할 수 있다"

25) "사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 . . . 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다"

26) 대법원 2010.1.28. 선고 2008두1504 판결 【수용재결취소등】 – "수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다."

27) '토지보상법' 제85조 제1항: 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다.

보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다."

(2) 「난민법」 상 난민신청결과에 대한 이의신청: 특별 행정심판

- 난민신청에 대한 불인정이나 난민인정이 취소나 철회된 경우 법무부장관에게 이의신청할 수 있고(법 제21조 제1항), 이의신청을 한 경우 행정심판을 제기할 수 없다(제21조 제2항)
- 이의신청에 대해 난민위원회의 심의를 거쳐 결정한다(제21조 제4항~6항)
- 한편 「행정기본법」 제36조 제7항은 이 법의 적용이 없는 사항으로서 '외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항'을 들고 있다.

(3) 「국세기본법」 상 이의신청: 행정심판 아님

- '국세기본법'상 처분에 대한 심사청구나 심판청구에 앞서 이의신청을 할 수 있다.(제55조 제3항)
- 이의신청은 행정심판법의 규정을 준용하지 않으므로 행정심판절차가 아니고, 또한 심사청구나 심판청구를 위한 필요적 절차도 아니다.
- 심사청구나 심판청구는 행정심판법의 규정을 준용하고 심사청구나 심판청구를 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없으므로, 행정심판절차이고 필요적 절차이다(제56조 제1항 단서, 제2항)

※ 그러나 '지방세법'상 심사청구는 행정심판절차이지만, 필요적 절차는 아니다.[28]

(4) '정보공개법'상 결정에 대한 이의신청: 행정심판 아님

- 정보공개와 관련한 결정에 대해 이의신청할 수 있다.(제18조 제1항)
- 이의신청에 대한 결정에 대해 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다(제18조 제4항)
- 그러나 이의신청 없이 행정심판청구할 수 있고(제19조 제2항), 이의신청이나 행정심판청구 없이 바로 행정소송을 제기할 수 도 있다(제20조 제1항)

---

28) 대법원 2001. 9. 18. 선고 2000두2662 판결 【취득세등부과처분취소】 – "납세자로서는 지방세법상의 이의신청 및 심사청구를 거치지 아니하고 취소소송을 제기하거나 혹은 임의적으로 이의신청 및 심사청구를 모두 거친 후 취소소송을 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 임의적으로 이의신청만을 하여 그 결정을 받은 후 바로 취소소송을 제기할 수도 있는 것이라고 해석할 수밖에 없고 . . ."

- 이의신청은 임의적 절차이고 행정심판절차는 아니며, 이 법에서 정한 행정심판도 임의적 절차이다.

(5) '민원처리법'상 이의신청: 행정심판 아님

- 다른 법률에 거부처분에 대한 이의신청에 관한 규정이 없는 경우 이 법에 따라 이의신청을 할 수 있다.(제3조)
- 거부처분에 대해 60일 이내에 이의신청할 수 있고(제35조 제1항), 행정기관의 장은 이의신청을 받은 날부터 10일 이내에 인용여부를 결정하여 통지해야 한다.(제2항)
- 그러나 민원인은 이의신청 여부와 관계 없이 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다.(제35조 제3항)
- 이의신청은 행정심판이 아니고, 제소기간도 이의신청에 대한 결정시가 아니라, 거부처분시라는 것이 판례의 입장이다.(대법원 2012.11.15. 선고 2010두8676 판결 【주택건설사업승인불허가처분취소등】)

대법원 2012.11.15. 선고 2010두8676 판결 【주택건설사업승인불허가처분취소등】

"이 사건 이의신청이 민원사무처리법 제18조 제3항에 따른 민원 이의신청으로서 이 사건 거부처분에 대한 행정심판청구에 해당한다고 볼 수 없다 . . . 이 사건 이의신청은 이 사건 거부처분에 관한 취소소송의 제소기간에 어떠한 영향을 미치지 못한다."
"민원 이의신청은 . . . 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. . . . 이의신청을 받아들이지 아니하는 경우에는 다시 거부처분을 하지 아니하고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다."

(6) 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 상 이의신청: 특별 행정심판 아님

- 보훈처장의 처분에 대해 보훈처장에게 이의신청을 할 수 있다.(법 제74조의18 제1항)
- 이의신청에 대해 보훈심사위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하고 그 결과를 이의신청인에게 통보한다(제3항)
- 이의신청과 관계 없이 행정심판을 청구할 수 있고, 이의신청을 하여 결과를 통보받은 경우에는 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다(제4항)
- 국가유공자등록신청거부에 대한 이의신청을 받아들이는 결정은 당초의 등록신청을 받아 들

이는 새로운 처분이고, 이의신청을 받아들이지 않는 결정은 종전 결정을 그대로 유지하는 결정이므로 항고소송의 대상이 되지 않는다. 따라서 당초의 거부결정을 대상으로 소송을 제기해야 한다. 그런데 이의신청을 제기하여 그 결과를 통보받은 경우에는 90일 이내에 행정심판을 제기할 수 있으므로, 이 기간 안에 행정심판을 제기하거나 행정심판을 제기하지 않고 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.(대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결 【국가유공자(보훈보상대상자)비해당처분취소】)

(7) 「도로교통법」 상 이의신청: 행정심판 아님

- 운전면허 취소나 정지처분 등에 대해 이의신청할 수 있다(제94조 제1항)
- 이의신청과 관계 없이 행정심판을 청구할 수 있고, 이의신청하여 그 결과를 통보받은 사람(결과를 통보받기 전에 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구한 사람은 제외한다)은 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다(제94조 제3항)
- 행정심판을 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없다(제142조)

(8) 「부동산 가격공시에 관한 법률」 상 이의신청: 행정심판 아님

- 개별공시지가에 이의가 있는 자는 그 결정·공시일부터 30일 이내에 서면으로 시장·군수 또는 구청장에게 이의를 신청할 수 있다.(제11조 제1항)
- 이의신청의 내용이 타당하다고 인정될 때에는 해당 개별공시지가를 조정하여 다시 결정·공시하여야 한다.(제11조 제2항)
- 판례에 의하면 이의신청은 특별 행정심판절차가 아니다. 개별공시지가결정에 불복하고자 하는 자는 바로 행정소송을 제기할 수도 있고, 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있으며, 이의신청과 행정심판을 모두 거친 후 행정소송을 제기하거나 이의신청과 행정심판 중 어느 하나를 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다.

대법원 2010.1.28. 선고 2008두19987 판결 【개별공시지가결정처분취소】

- 원고가 자신의 토지에 대한 개별공시지가결정에 대해 이의신청 후 행정심판을 제기했으나 행정심판청구가 부적법하다는 이유로 각하됨
- 원고가 본소 제기
- 피고는 개별공시지가결정에 대해서는 행정심판을 제기할 수 없으므로, 이의신청 후 90일 이내에 곧 바로 행정소송을 제기해야 하는데, 원고가 행정심판 절차를 거치느라 90일이 도과하였으므로 제소기간을 도과한 부적법한 소라고 항변함(피고는 이의신청을 특별 행정심

판으로 보고 있음)

"관련 법령의 규정 내용 및 취지와 아울러 가격공시법에 행정심판의 제기를 배제하는 명시적인 규정이 없고 가격공시법에 따른 이의신청과 행정심판은 그 절차 및 담당 기관에 차이가 있는 점을 종합하면, 가격공시법이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 행정심판법 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 ① 곧바로 행정소송을 제기하거나 가격공시법에 따른 ② 이의신청과 행정심판법에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라, ③ 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다고 보아야 하고, 이 경우 행정소송의 제소기간은 그 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 기산한다."

(9) 기타 이의신청

0 한국토지주택공사의 생활대책대상자 부적격통보에 대한 이의신청은 행정심판이 아니며, 이의신청에 대해 이를 수용하지 않는 취지의 재심사통보는 부적격통보와 별개의 새로운 거부처분으로서 행정소송의 대상이 된다.

대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두58645 판결 【생활대책용지공급대상자부적격처분취소】

- 피고 한국토지주택공사가 택지개발사업의 시행자로서 일정 기준을 충족하는 손실보상대상자들에 대하여 생활대책을 수립·시행하였는데, 직권으로 甲 등이 생활대책대상자에 해당하지 않는다는 결정을 하고('부적격통보'), 갑 등의 이의신청에 대하여 재심사 결과로도 생활대책 대상자로 선정되지 않았다는 통보를('재심사통보') 한 사안
- 피고는 부적격통보시 이의가 있는 경우 이의신청을 하라고 하면서 아울러 행정심판 및 행정소송은 부적격통보를 받은 날부터 90일 이내에 제기할 수 있다고 고지함
- 피고는 재심사통보시 다시 이의가 있는 경우 통보를 받은 날부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다고 고지함

<판결요지>

"당사자로서는 당초의 이 사건 부적격통보에 대해서는 이의신청을 하여 재심사를 받거나 곧바로 행정소송 등을 제기하는 방법 중에서 선택할 수 있다고 이해하게 될 것이고, 그중 이의신청을 한 당사자로서는 그에 따른 재심사 결과에 대하여 따로 행정소송 등을 제기하여 다툴 수 있을 것으로 기대한다고 하여 이를 잘못이라고 할 수는 없다 . . . 그러므로 행정상 법률관계에서의 신뢰보호의 원칙에 비추어 보더라도 이 사건 재심사통보는 당초의 이 사건 부적격통보와 별개의 행정처분이라고 봄이 상당하다.. . . 거부처분이 있은 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청

의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절한 이상 새로운 거부처분이 있은 것으로 보아야 한다(대법원 1992. 10. 27. 선고 92누1643 판결). 이러한 법리에 비추어 보더라도 당사자의 신청 없이 피고가 이 사건 부적격통보에 의하여 일방적으로 생활대책대상자 해당 여부의 심사결과를 통보한 데 대하여 원고가 이의신청에 의하여 불복하는 형식으로 재심사를 신청한 이 사건 신청 경위로 볼 때, 이 사건 재심사통보는 그와 같은 신청에 대한 거부처분의 성격을 가진다고 볼 수도 있다."

0 마찬가지로 '감염병예방법'상 규정이 없는 이의신청은 행정심판으로 볼 수 없고, 행정소송을 제기할 경우 제소기간의 기산점은 이의신청에 대한 기각시가 아니라 당초의 거부처분시이다.

대법원 2019. 4. 3. 선고 2017두52764 판결 【예방접종피해보상거부처분취소】

<당사자> 원고/피상고인: 000, 피고/상고인: 질병관리본부장

<사건 경위>

- 원고는 00구 보건소에서 폐렴구균 예방접종을 받은 후, 안면마비증상 발병
- 원고가 예방접종피해신청하였고, 피고는 피해보상 기각결정 (제1차 거부통보)
- 원고는 피고가 내부적으로 정한 절차에 따라 이의신청을 함('감염병예방법'에는 이의신청에 관한 규정이 없음)
- 피고 이의신청 기각(제2차 거부통보)
- 원고 제2차 거부통보에 대해 행정심판 청구, 기각재결
- 원고 제2차 거부통보의 취소를 구하는 소 제기
- 1심법원: 청구취지에 기재된 처분일자를 제1차 거부통보일로 변경하도록 보정명령을 함. 이에 따라 원고가 처분일을 정정함

<판결요지>

"감염병예방법령은 예방접종 피해보상 기각결정에 대한 이의신청에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 피고가 원고의 이의신청에 대하여 스스로 다시 심사하였다고 하여 행정심판을 거친 경우에 대한 제소기간의 특례가 적용된다고 볼 수 없다.

따라서 제1차 거부통보에 대한 제소기간은 원고가 그 처분이 있음을 알았던 2014. 4. 10.부터 기산되므로, 이 사건 소 제기 당시 이미 그에 대한 제소기간을 도과하였다.

그런데도 원심은 원고가 제1차 거부통보의 취소를 구하고 있다고 보면서도 그에 대한 제소기간이 도과하지 아니하였다는 전제 아래 그 본안에 들어가 판단하였으므로, 이러한 원심판단에는 제소기간에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다."

5. 이의신청과 행정심판

(1) 이의신청이 행정심판인지 여부

이의신청과 행정심판을 구별하는 기준의 하나로, 이의신청은 처분청에 대해 하는 것이라는 점에서 상급행정청이나 행정심판위원회에 하는 행정심판과 다르다는 점을 들기도 한다[29]. 한편, 지방토지수용위원회의 재결과 중앙토지수용위원회의 재결에 대해서는 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하도록 되어 있는데, 이 경우의 이의신청은 특별행정심판이다.

행정심판이 아닌 이의신청의 경우, 이의기각결정은 소송의 대상이 되는 처분이 아니고 쟁송제기기간도 이의기각결정시가 아니라 당초의 처분시인 경우도 있고, 행정심판은 아니지만 이의신청에 대해 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하는 경우 당연히 이의기각결정은 처분성이 인정되고, 쟁송제기기간의 기산점은 이의기각결정시이다.

'이의신청' 혹은 다른 명칭의 불복절차가 행정심판에 해당하는지 여부에 대해서는 해당 법률의 규정과 심판기관의 독립성과 중립성, 심판절차의 준사법절차 등의 요건을 갖추었는지 여부에 따라 판단해야 한다.(헌법재판소 2001. 6. 28. 선고 2000헌바30 전원재판부 【구지방세법제74조제1항등위헌소원】).

(2) 준사법절차의 의미[30]

헌법 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로서 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다"라고 규정하고 있다. 여기에서 '사법절차의 준용'이 의미하는 것이 무엇인지에 대해 행정심판의 기능이나 존재이유와 관련하여 많은 논란이 있다. 혹자는 우리 나라 행정심판의 역사는 곧 사법절차 준용의 역사이며, 소원법 시대에 행정심판은 권리구제기능을 발휘하기는커녕 행정소송에 대한 장해물로 작용하였으며, 이에 대한 반성으로 행정심판에 사법절차를 준용할 것을 명하였다고 한다.[31]

이 규정의 의미에 대해, 헌법재판소는 근로복지공단이 업무상 재해로 인한 사망사고와 관련하여 이미 지급한 유족일시금을 청구인에게 징수하는 처분을 하자 청구인이 이에 불복하여 근로복지공단에 심사청구를 한 사안에서 다음과 같이 결정하였다. 우선, ① 행정심판이 전심절차로서만 기능하여 하고, 그 절차는 사법절차가 준용되어야 한다는 것이다. 즉 "행정심판은 어디까지나 재

29) 홍정선, 앞의 책, 800쪽; 정하중·김광수, 앞의 책, 611쪽; 박균성, 앞의 책, 642쪽; 김용섭, 앞의 논문, 82쪽

30) 이하의 내용은, 정 훈, '행정심판제도에 대한 재조명과 규범통제의 필요성에 대한 시론', 「공법연구」 제47집 제2호, 2018.12, 37쪽 이하의 내용을 전재하였음을 밝힘

31) 최진수, "행정심판 제도의 구조에 관한 고찰", 「공법연구」 제43집 제2호, 2014.12, 183쪽

판의 전심절차로서만 기능하여야 한다는 점과 행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다는 점은 헌법이 직접 요구하고 있으므로 여기에 입법적 형성의 한계가 있다. 따라서 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다 할 것이다. 반면 어떤 행정심판절차에 사법절차가 준용되지 않는다 하더라도 임의적 전치제도로 규정함에 그치고 있다면 위 헌법조항에 위반된다 할 수 없다. 그러한 행정심판을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기할 수 있는 선택권이 보장되어 있기 때문이다."라고 하였다. 다음으로 ② 사법절차의 의미와 관련하여 "사법절차를 특징 지우는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적(대심적) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있을 것이다."라고 하였으며, ③ 준용의 의미와 관련하여 "헌법 제107조 제3항은 행정심판에 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 하더라도 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 "준용"의 요구에 대하여는 위반된다고 할 것이다"라고 하였다.[32] 이를 정리하면 사법절차의 준용, 즉 '준사법절차'는 행정처분에 대한 불복제도 중에서 처분청에 직접 불복을 신청하고 처분청이 재결청이 되는 경우에는 사법절차가 준용되지 않으며, 이러한 경우에는 사안이 전문성·특수성을 띄는 경우로 상대방에 대한 신속한 구제와 행정의 자기통제를 목적으로 운용되어야 할 것이다.[33]

또한 헌법재판소는 행정심판의 기능에 대해 "행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차를 말한다."[34]라고 하여 행정심판이 쟁송절차라고 하였다. 물론 행정쟁송이 반드시 소송만을 말하는 것은 아니며 행정심판까지 포함하는 의미이지만, 「법원조직법」 제2조에서 법원의 권한으로 '모든 법률상의 쟁송을 심판'한다고 하여, 쟁송을 법원이 수행하는 법률상의 계쟁에 대한 해결이라고 한 것에 비추어 보면 헌법재판소가 행정심판을 행정쟁송절차라고 한 것은 법원조직법에서 말하는 쟁송에 한정할 것은 아니지만 그에 준하는, 즉 준사법절차로 이해하고 있다고 생각된다.

이와 관련하여 구 '지방세법'에서 심사청구를 거친 후에야 행정소송을 제기할 수 있고 심사청구를 위해서는 이의신청을 하도록 규정하고 있으나, 이의신청이나 심사청구에 대한 결정을 하는 '지방세심의위원회'가 심판기관으로서 독립성과 중립성이 빈약하고, 심판절차가 사법절차에 준한다고 보기 어려워서 필요적 전심절차로 하는 것은 위헌이라는 것이 헌법재판소의 입장이다.

---

32) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바8 전원재판부 【산업재해보상보험법제94조제2항등위헌소원】
33) 유진식, '헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 '준사법절차'의 의미', 「공법학연구」 제13권 제4호, 한국비교공법학회, 2012.11, 416쪽
34) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바40 전원재판부 【도로교통법제101조의3위헌소원】

헌법재판소 2001. 6. 28. 선고 2000헌바30 전원재판부 【구지방세법제74조제1항등위헌소원】

<심판대상 법률조문>
구 「지방세법」 제74조 (심사청구) ① 심사청구를 하고자 할 때에는 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 60일이내에 도지사의 결정에 대하여는 내무부장관에게, 시장·군수의 결정에 대하여는 도지사 또는 내무부장관에게 각각 심사청구를 하여야 한다.
제78조(다른 법률과의 관계) ② 제72조제1항에 규정된 위법한 처분 등에 대한 행정소송은 행정소송법 제18조제1항 본문·제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 이 법에 의한 심사청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.
<참조조문>
제73조 (이의신청) ① 이의신청을 하고자 할 때에는 그 처분이 있은 것을 안 날(처분의 통지를 받은 때에는 그 통지를 받은 날)부터 60일이내에 . . . 도세 . . . 에 있어서는 도지사에게, 시·군세 . . . 에 있어서는 시장·군수에게 이의신청을 하여야 한다.
제77조 (결정등) ①제73조 및 제74조의 규정에 의한 이의신청 또는 심사청구를 받은 지방자치단체의 장 또는 내무부장관은 그 신청·청구를 받은 날부터 60일이내에 지방세심의위원회의 의결에 따라 다음 각호의 1에 해당하는 결정을 하고 신청인 또는 청구인에게 이유를 함께 기재한 결정서를 송달하여야 한다.

<결정요지>
① 제74조 제1항에 대한 판단: 이의신청 후 심사청구를 하도록 함
"이 조항은 심사청구제도를 규정하고 있을 뿐, 행정소송과의 관계에 관하여는 아무런 규율도 하고 있지 않다 . . .당해사건에 직접 적용되고 그 위헌여부에 따라 재판에 영향을 미치는 법률조항은 제78조 제2항이고, 제74조 제1항은 제78조 제2항의 규범적 작용을 위한 하나의 배경요소에 불과하여 그 위헌여부에 관한 판단은 당해사건의 해결에 불가결한 것이 아니다. 그렇다면 제74조 제1항에 대하여는 재판의 전제성을 인정할 수 없다 할 것이므로 이 부분 심판청구는 부적법하다."

② 제78조 제2항에 대한 판단: 심사청구를 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없음
- 헌법상 전심절차로서 행정심판의 요건
"입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항[35], 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다 할

35) 헌법 제107조 제3항: "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하

것이다. 반면 어떤 행정심판절차에 사법절차가 준용되지 않는다 하더라도 임의적 전치제도로 규정함에 그치고 있다면 위 헌법조항에 위반된다 할 수 없다. 그러한 행정심판을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기할 수 있는 선택권이 보장되어 있기 때문이다(
헌재 2000. 6. 1. 98헌바8, 판례집 12-1, 590, 598).
한편, 헌법 제107조 제3항은 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으나 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 현저히 결여하고 있다면 "준용"의 요청에마저 위반된다고 하지 않을 수 없다(헌재 2000. 6. 1. 98헌바8, 판례집 12-1, 590, 601-602).”
- 지방세법이 이의신청과 심사청구를 필요적 절차로 하고 있으면서도 이러한 전심절차가 헌법이 요구하는 행정심판의 요건으로 ‘사법절차에 준하는’ 절차로 볼 수 없음
“지방세법상의 이의신청·심사청구제도는 그 판단기관의 독립성·중립성도 충분하지 않을 뿐 아니라[36], 무엇보다도 그 심리절차에 있어서 사법절차적 요소가 매우 미흡하고 특히 당사자의 절차적 참여권이라는 본질적 요소가 현저히 흠결되어 있어[37] 사법절차 "준용"의 요청을 외면하고 있다고 하지 않을 수 없다. 이와 같이 이의신청·심사청구라는 2중의 행정심판을 필요적으로 거치도록 하면서도 사법절차를 준용하고 있지 않으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제107조 제3항에 위반될 뿐만 아니라, 사법적 권리구제를 부당히 방해한다고 할 것이어서 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조 제3항에도 위반된다고 할 것이다.”
- 불필요한 전심절차 강요
“행정소송법 제18조 제1항은 원칙적으로 임의적 행정심판전치주의를 취하되, 개별법률에서 필요적 전치주의를 취할 경우에는 거기에 따르도록 하고 있으며, 동조 제2항, 제3항은 필요적 전치주의를 취하더라도 일정한 사유가 있는 경우에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 또는 행정심판을 청구함이 없이 곧바로 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있다.”
“이 사건 법률조항은 . . . 예외 없이 이의신청·심사청구 절차를 거치지 않고서는 행정소송을 제기할 수 없도록 하고 있는바, 행정소송법 제18조 제2항, 제3항에 규정된 사유를 보면, . . . 이러한 경우에도 행정심판의 전치를 요구하는 것은 무용한 절차를 강요하는 셈이어서 납세의무자에게 가혹하고 법원을 통한 국민의 권리구제에 장애를 초래할 뿐”

되, 사법절차가 준용되어야 한다”
36) ‘지방세심의위원회’의 구성과 운영면에서 독립성과 중립성이 미흡
37) 대심적(당사자주의적) 심리구조가 빈약하고, 당사자의 절차적 권리보장 요소가 결여되어 있음. 또한 지방세의 경우 국세심판에서 갖추고 있는 절차들(심판관에 대한 제척·기피·회피, 자유심증주의, 당사자의 질문검사 신청권, 구술심리주의, 불고불리원칙, 불이익변경금지원칙, 재결의 방식 등)에 관한 규정을 준용하고 있지 아니함.

III. 행정기본법상 이의신청

1. 규정 내용과 의미

가) 이의신청의 대상

- 행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다(제36조 제1항).
- 행정청은 신청을 받은 날부터 14일 이내에 결과를 신청인에게 통지하여야 하고, 부득이한 경우 기간 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있다(제36조 제2항)

나) 이의신청의 상대방

이의신청의 상대방은 처분을 한 처분청이다(제36조 제1항). 이러한 점에서 통상 처분의 직급 상급행정청에 제기하는 행정심판과 다르다.

다) 이의신청과 행정쟁송

- 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(제36조 제3항).
- 당사자는 이의신청과 관계 없이 행정심판이나 행정소송을 제기할 권리구제의 길이 쟁송제기기간 내에는 언제나 열려 있으므로 이의신청을 특별 행정심판으로 볼 수 없다.

라) 쟁송제기기간

- 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다(제36조 제4항).
- 이 규정은 '민원처리법'등 이의신청에 관한 규정을 두면서도 쟁송제기기간을 명시적으로 규정하지 아니하여 해석에 맡기고 있었던 종래 개별법들에 대한 입법개선 조치라고 할 수 있

으며, 당사자의 권익신장에 큰 기여를 하게 되었다.

마) 적용 제외 사항(제36조 제7항)

– 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.

1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
4. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

바) 이의기각결정의 의미

이의신청에 따라 한 처분청의 결정통지 즉 인용결정은 새로운 행정처분이다. 종전 처분을 취소하는 것은 직권취소이고, 변경하는 결정통지는 종전의 처분을 대체하는 새로운 처분이다. 반대로 이의를 기각하는 결정통지는 종전의 처분을 확인하는 행위로서 독립한 처분이 되지 아니한다. 그러나 이의신청도 처분에 대한 불복제도이므로 이의신청에 따른 직권취소에도 불가변력이 인정된다[38].

이의기각결정 후 쟁송제기기간의 기산점은 당초의 처분시가 아니라 이의기각결정을 통지받은 날이다(제36조 제4항). 그러나 이의신청은 행정심판절차가 아니므로 이의기각결정은 행정심판의 재결과 같은 '처분'으로 볼 수 없다[39].

2. 쟁점

(1) 이의신청의 주체

이의신청의 주체는 당사자이고(법 제36조 제1항), 당자자는 처분의 상대방을 말한다(법 제2조 제3호). 한편, '민원처리법' 제35조 제1항은 이의신청의 대상을 거부처분으로 한정하고 있으므로 제3자가 이의신청할 이유는 없다. 그런데 거부처분이나 불이익처분에 대한 이의신청에 대해 인

38) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2015년, 989쪽

39) '행정기본법'이 2021년 3월에 시행된 법률이고, 이 조항은 2023.3.24.부터 시행예정에 있으므로 아직 이에 대한 판례는 없지만, '민원처리법'이나 '국가유공자법'에 관한 종래의 판례 입장에 비추어 처분성을 인정하지 않을 것으로 생각된다.

용하는 결정을 한 경우, 그 의미는 새로운 처분이거나 종전의 처분을 대체하는 새로운 처분이므로 거부처분에 대한 이의신청에 대해 인용하는 결정을 한 경우 이로 인해 새롭게 권리나 이익이 침해되는 제3자가 나타날 수 있다. 이 경우 제3자는 행정청의 인용결정이 새로운 처분이므로 당연히 그 처분으로 인해 권익의 침해를 받았다면 권리구제의 절차를 밟을 수 있어야 한다.

그러나 행정기본법은 이의신청의 주체를 '처분의 상대방'이라고 명시하고 있으므로, 제3자는 이의신청에 대한 인용결정으로 인해 새롭게 권익이 침해되는 경우라고 하더라도 행정심판이나 행정소송을 제기함은 별론으로 하고 행정기본법에 의한 이의신청은 할 수 없다.

(2) 이의기각결정에 대한 불복시 대상처분

1) 일반

이의신청에 대해 처분청이 기각하는 결정을 한 경우 결정통지를 받은 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있는데, 이 경우 대상처분이 당초의 처분인지 이의기각결정인지 하는 점에서 의문이 있을 수 있으나 이의신청을 행정심판으로 보지 않더라도 행정심판의 재결에 대해 행정소송을 제기하는 경우 원처분주의를 취하고 있는 우리 행정구제법제의 취지나 행정기본법 제36조의 의미에 비추어 당초의 처분을 대상처분으로 하되 쟁송제기기간만은 이의기각결정시로부터 기산하는 것이라고 보아야 한다. 즉 제36조 제1항은 '처분'에 대해 이의신청을 하고, 제3항은 '처분'에 대해 이의신청을 한 경우에도 이의신청과 관계 없이 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있으며, 제4항은 '처분'에 대한 이의신청의 결과를 통지받은 경우 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다고 읽어야 하므로 대상처분은 이의기각결정이 아니라, 이의신청의 대상이 되는 당초의 처분이다.

2) 변경결정의 경우

이의신청에 대해 처분청이 당초의 처분을 변경하는 경우가 있을 수 있다. 변경하는 경우도 유리한 변경 즉 감경하는 결정과 불리한 변경 즉 확장하는 결정 및 다른 처분으로 변경하는 경우를 들 수 있다.

① 감경결정

가령 영업정지 3개월의 처분에 대한 이의신청에 대해 1개월로 감경하는 경우에 일반적인 감경결정에 대한 법리에 따라 감경되고 남은 당초처분을 대상처분으로 한다[40].

40) 대법원 2008.2.15. 선고 2006두3957 판결 【과징금납부명령무효확인등】 – "과징금 부과처분에 있어

② 확장하는 결정

이 경우에도 일반 법리에 따라 당초의 처분은 확장하는 처분에 흡수되어 소멸하고 확장하는 처분만이 대상처분이 된다[41].

③ 적극적 변경 결정

양적인 감액이나 증액이 아니라 질적인 변경이 있는 경우에는 후속 처분이 종전 처분을 완전히 대체하거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는지 여부, 또한 변경된 부분이 가분적인지 여부에 따라 대상처분이 달라진다(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결).

따라서 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 된다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두12224 판결 등 참조).

그러나 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다.

Ⅳ. 향후의 입법 개선

'민원처리법'상 이의신청은 앞에서 기술한 바와 같이 특별 행정심판이 아니고, 이의기각결정이 있는 경우에 행정심판이나 행정소송을 제기함에 있어서 쟁송제기기간의 기산점은 이의기각결정시가 아니라, 당초의 거부처분시라는 것이 판례의 입장이다(대법원 2012.11.15. 선고 2010두8676 판결). 따라서 '민원처리법'에 의할 경우 이의신청을 하고 그 결과를 기다리는 동안 쟁송제기기간이 도과한 경우 권리구제를 받을 수 없게 된다. 그러나 「행정기본법」 제36조 제4항에 따라 이의신청의 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 쟁송을 제기할 수 있게 되었다. 그리고 행정기본법 제36조 제5항에서 '법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경

행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 당초 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 당초 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우, 항고소송의 대상은 당초 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고, 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다."

41) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006두17390 판결 – "증액경정처분이 있는 경우 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립된 존재가치를 잃게 된다고 보아야 할 것이므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다."

우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다'고 규정함에 따라 '민원처리법'상 이의신청에 관한 조항 중 쟁송제기의 기간에 관해서는 행정기본법이 적용되므로 민원처리법의 적용이 배제되고 이에 관한 한 판례의 법리도 유지될 수 없다.

또한 민원처리법상 이의신청의 대상은 '거부처분'이고(민원처리법 제35조 제1항), 행정기본법상 이의신청의 대상은 '처분'인데, 이 경우 처분의 의미에 대해서는 행정심판법 제3조에 따른 처분이라고 규정하고 있다(행정기본법 제36조 제1항). 행정심판법상 처분에는 거부처분이 당연히 포함된다. 그리고 행정기본법상 이의신청의 주체는 당사자이고(제36조 제1항) 이 경우 당사자는 처분의 상대방이다(행정기본법 제2조 제3호). 그러므로 처분의 상대방인 당사자가 제기하는 이의신청의 대상은 불이익 '처분'이거나 신청에 대한 '거부처분'일 것이다. 따라서 '민원처리법'의 대상이 아닌 불이익처분에 대한 이의신청도 행정기본법에 의해 가능하게 되어 '민원처리법'상 이의신청의 규정은 사문화 되었다고 보아야 한다.

한편, '민원처리법' 제3조 제1항은 민원에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있고, '행정기본법' 제5조 제1항은 '행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.'고 규정하고 있으며, 제36조 제5항은 '다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.'고 규정하고 있다. '민원처리법'은 민원에 관한 일반법이고 있는데, 행정기본법도 행정에 관한 일반법이다.

양 법이 모두 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이법에서 정하는 바에 따른다'고 규정하고 있는데, 행정기본법상 '행정'이 '민원처리법'상 민원의 처리에 관한 것인 경우나 '민원처리법'상 '민원'이 행정기본법상 행정의 대상인 인·허가 등인 경우 양 법은 충돌하게 된다. 한국에서 '법률'의 하나인 기본법의 규범상 위계 등에 관한 논란이 있지만 기본법도 헌법 하위의 법률임은 분명하고 기본법이 법률보다 우위에 있다고 볼 수 있는 헌법적 근거는 없다.

일정한 법률이 규율 사항의 일부를 다른 법률로 정하도록 명시적으로 규정(입법위탁? 입법양보?)하고 있는 예는 많다. 가령, 「지방자치법」 제14조는 주민투표에 관한 세부사항은 '법률'로 정하도록 하였는데 이로 인해 제정된 법률이 「주민투표법」이고, 같은 법 제20조는 주민소환에 관한 세부사항을 '법률'로 정하도록 하여 이로 인해 제정된 법률이 「주민소환에 관한 법률」이다. 또한 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조는 개발제한구역의 지정에 관해 따로 '법률'로 정하도록 하여 제정된 법률이 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」이다. 이렇듯 법률과 법률간에 규범상 위계관계에 있지 않더라도 일정한 법률이 자신이 규율할 사항을 다른 법률로 정하도록 한 경우에는 입법자의 입법기술적·의지의 소산이므로 정당성과 규범간 정합성의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 '민원처리법'에서 행정기본법에 이러한 형식의 입법양보를 하고 있지 않음에도 행정기본법이 우선하여 적용될 근거는 무엇인가? 행정기본법이 '민원처

리법'의 상위법은 아니다. 또한 행정기본법을 '민원처리법'의 특별법이라고 할 수도 없다. 그렇다면 행정기본법에 의해 '민원처리법'의 규정을 대체할, 혹은 행정기본법이 '민원처리법'에 우선하여 적용되는 근거는 무엇인가? 상위법도 아니고 특별법도 아니라면 '신법우선의 원칙'에 의해 행정기본법이 '민원처리법'에 우선하여 적용된다는 것 밖에 남지 않는다. 그런데 이후에 '민원처리법'의 이의신청에 관한 규정이 행정기본법과 달리 개정된다면 다시 민원처리법이 우선하게 되는 불합리함이 발생하게 된다. 따라서 이러한 부자연스러움을 해소하기 위해서는 행정기본법의 시행과 더불어 '민원처리법'의 입법개선 조치가 뒤따라야 할 것이다. 이는 비단 '민원처리법'만의 문제는 아니고 이의신청에 관한 규정을 두고 있는 많은 개별법률의 경우에도 마찬가지이다.

토론문

이 동 식(경북대 법학전문대학원 교수)

Memo

토론문

김 재 선(부산대 법학전문대학원 교수)

Memo

[제3주제]

법인의 정치자금 기부에 관한 연구 - 미국의 경우를 중심으로

허진성 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 성중탁 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 허완중 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

법인의 정치자금 기부에 관한 연구*

– 미국의 경우를 중심으로 –

허 진 성(부산대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서론

법인의 정치자금 기부를 허용할 것인가의 문제는 현실적으로 어떠한 정치적 효과를 발휘하게 될 것인가는 물론이고 이론적으로 그것이 가능하고 타당한지에 대한 여러 평가를 포함하는 중요한 사안이라고 할 것이다. 미국은 정치자금 기부 문제에 대해 이를 정치적 표현의 자유 관점에서 바라보면서 민주적 정치 과정의 왜곡을 막는다는 이유에서 이러한 영역에 대해 정부가 통제를 행하는 것에 대해 부정적으로 인식하는 입장이 상당히 우세한 모습을 보이는 특별한 사례라고 할 수 있다. 아래에서는 법인의 정치자금 기부 여부를 포함하여 미국의 정치자금 관련 법제가 어떻게 구성되어 있는지를 살펴보고 이러한 문제와 관련하여 기념비적인 의의를 지니는 것으로 평가되는 대표적인 연방대법원 판결을 검토함으로써 사안을 구성하는 여러 측면을 살펴보고 우리 법제의 개선방안을 모색하는 데 도움이 될 만한 지침을 찾아 보고자 한다.

Ⅱ. 미국의 정치자금 법제 개관

1. 서설

미국에서 법인의 기부금 법제가 어떻게 구성되어 있는지를 이해하기 위해서는 정치자금 내지 선거운동 자금이 어떻게 누구에 의해 기부되고 수령될 수 있는지에 대한 제도의 개략적인 모습을 파악하는 것이 필요하다. 아래에서는 우선 관련 제도의 기본적인 요소들을 살펴보면서 법인의 기부금 법제에 대한 이해로 나아가도록 한다.

---

* 이 글은 한국헌법학회에서 2021.12. 중앙선거관리위원회에 제출 예정인 연구보고서「법인 및 단체의 정치자금 기부에 대한 비교법적 연구」원고의 일부 내용을 토대로 수정·보완한 것으로서 발표를 위해 준비한 글이니 인용을 삼가 주시면 감사하겠습니다.

2. 연방선거운동법[1)]

연방선거운동법(Federal Election Campaign Act, FECA)은 1971년 연방 선거에서의 자금 모금 및 지출을 규제하기 위해 도입되었다. 동법에서는 연방 선거에서 후보자와 정당에 합법적으로 이루어지는 현금 또는 그 밖의 기부 규모에 한도를 설정하고 연방 공직을 위한 선거운동과 관련한 기부 및 지출의 내역을 공개하도록 의무화하였다. 동법에서는 또한 일정한 법인과 노동조합의 기부 등을 명확히 금지하였다.

이 법은 몇 차례 개정을 거쳤다. 1974년 워터게이트 사건 이후, 1976년 연방대법원에서 *Buckley v. Valeo* 사건[2)]을 통해 몇몇 규정이 위헌임을 선언한 이후, 그리고 2002년에 초당파 선거운동 개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act, BCRA)에 의해 개정이 이루어졌다. BCRA는 2002년 선거 이후 즉시 시행되어 모든 연방 선거에 적용이 되었으나 2010년 연방대법원이 *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건[3)]에서 법인과 노동조합의 독립적인 정치광고에 대한 지출 금지를 무효화하였다. 2014년 *McCutcheon v. Federal Election Commission* 사건[4)]에서는 연방대법원이 개인이 복수의 연방 선거 후보자, 정당 그리고 정치 행동 위원회(PAC)에 대해 한 기부에 총계 한도를 부과하는 개정 조항들을 위헌이라고 하였다.

3. 연방선거위원회

1) 의의 및 업무[5)]

연방선거위원회(Federal Election Commission, FEC)는 연방 선거운동 자금 관련 법의 운영과 집행을 책임지고 있는 독립적인 규제 기관이다. 연방선거위원회는 투명성을 제공하고 연방 선거운동 자금 관련 법의 공평한 집행과 운영을 통해 연방 선거운동 재정 과정의 온전성을 보호하는 것을 사명으로 한다.

연방선거위원회는 미국 하원, 상원, 대통령 그리고 부통령직을 위한 선거운동 자금을 관장 업무 분야로 하고 있다. 연방 선거운동 자금 관련 법은 세 개의 넓은 주제를 다루는데, 연방 선거에 영향을 미치기 위한 자금의 모금 및 지출 내역의 공개, 연방 선거에 영향을 미치기 위한 기부와 지출의 제약, 대통령 선거운동의 공적 자금 조달 등이 그것이다.

---

1) Federal Election Campaign Act, Britannica. <https://www.britannica.com/topic/Federal-Election-Campaign-Act> (2021.11.30. 최종 방문)
2) 424 U.S. 1.
3) 558 U.S. 310.
4) 572 U.S. 185.
5) Mission and history, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/about/mission-and-history/> (2021.11.30. 최종 방문)

2) 연혁[6)]

1905년 시어도어 루즈벨트(Theodore Roosevelt. Jr.) 대통령은 선거운동 재정 개혁의 필요성을 인식하고 회사 등의 정치적 목적에 기한 기부를 금지하는 입법을 요청하였다. 이에 응하여 의회는 1907년과 1966년 사이에 수 개의 법률을 도입하였다.

1971년 의회는 종래의 개혁 방안들을 병합하여 연방선거운동법을 제정함으로써 연방 선거 후보자, 정당, 정치 행동 위원회(PAC)에 대한 더 엄중한 공개 요건을 제도화하였다. 그러나 아직 중앙의 행정 기구가 부재한 상황에서 선거운동 자금 관련 법률들을 집행하는 데는 어려움이 있었다.

1972년 대통령 선거운동과 관련한 심각한 재정적 남용에 대한 보고서에 따라 의회에서는 1974년 연방선거운동법을 개정하여 개인, 정당 그리고 PAC에 의한 기부에 한도를 설정하였다. 1974년의 개정을 통해 독립 기구인 연방선거위원회 또한 설치되었다. 연방선거위원회는 1975년에 업무를 시작하였다.

3) 조직 구성[7)]

연방선거위원회는 300명이 넘는 구성원을 보유한 독립적인 규제 기관으로서 6인의 위원으로 구성된다. 위원은 대통령에 의해 임명되고 상원에서 승인을 받는다. 법에 의하여 3인을 초과하는 위원들이 같은 정당을 대표할 수는 없고, 공식적인 위원회 업무를 위해서는 최소 4인의 찬성표가 요구된다. 이러한 구조는 초당파적 결정을 권장하기 위해 만들어졌다.

위원들은 시차를 두고 6년의 임기 동안 직무를 수행한다. 두 개의 위원직은 격년으로 임명된다. 위원장은 매년 교체되는데 어떠한 구성원도 임기 중 1회를 초과하여 그 직을 담당할 수 없다.

위원회는 법에 따라 비밀이 유지되어야 하는 사안을 논의하기 위해 비공개 회의를 하고, 법적이고 행정적인 문제에 대해 정책을 형성하고 표결을 하기 위해 공개적으로 만난다.

4. 2020년 상·하원 정당별 의원 자금 조달의 원천 비교[8)]

의회 의원 선거운동을 위한 기부는 네 개의 주요 원천으로부터 이루어진다. 이는 정치 행동

---

6) 위의 자료.

7) Leadership and structure, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/about/leadership-and-structure/> (2021.11.30. 최종 방문)

8) Where the Money Came From, OpenSecrets. <https://www.opensecrets.org/elections-overview/where-the-money-came-from?cycle=2020> (2021.11.30. 최종 방문)

위원회 또는 PAC, 200달러를 초과하는 고액 개인 기부, 200달러 이하의 소액 개인 기부 그리고 후보자 개인 자금이다.

Members' source of funds comparison by chamber/party, 2020

Chamber/Party	PACS	Large Individual Contributions	Small Individual Contributions	Self-Financing
House Democrats	29.4%	49.5%	16.9%	0.8%
House Republicans	30.1%	40.3%	22.1%	0.2%
Senate Democrats	8.6%	50.3%	36.5%	0.0%
Senate Republicans	8.4%	49.2%	30.3%	3.5%

Democrats Republicans

※ 모든 기부는 2019-2020년 선거 주기 중 이루어졌고 연방선거위원회에 의해 2021년 1월 19일 12:00AM에 공개되었다.

다른 수입에는 배당금, 이자 그리고 달리 획득한 자금이 포함된다. 위 표에서는 각 선거 주기에서 선거에 출마한 의회 의원들에 의해 모금된 자금을 보여준다.

PACs 항목: 정치 행동 위원회 또는 PAC으로부터의 기부는 1950년대 이래, 특히 워터게이트 사건에 따른 선거운동 자금 개혁 이후 연방 선거운동의 중심을 이루어왔다. 하원 의원들은 전형적으로 선거운동에 소요되는 자금의 대략 40%를 PAC에 의존해왔는데, 이 수치는 근래 수 년간 상당히 꾸준히 지속되었다. 상원에서는 선거운동에 드는 비용이 더 많은데 PAC은 일반적으로 하원의 경우보다 비중이 낮다.

고액 개인 기부자 항목: 전통적으로 개인 기부자로부터의 200달러를 초과하는 고액 기부는 상원 의원들에게는 선거운동 자금의 가장 중요한 원천으로 하원 의원에게 있어서의 PAC과 대체로 동등한 위상을 갖는다. 이는 연방 선거 후보자에 대한 최대 기부액이 선거당 1,000달러였던 때였다. 맥케인-파인골드(McCain-Feingold) 선거운동 자금 법안의 통과로 2004년 선거에서 그 한도가 2,000달러로 두 배가 되었고 2년마다 인플레이션에 따라 증가하였다. 이는 고액 개인 기부자가 차지하는 비중을 더욱 중요하게 만들었다.

소액 개인 기부자 항목: 실제 기부 건수라는 규모의 측면에서 이 항목은 최대의 것이다. 1,000달러 기부보다 더 많은 50달러 또는 100달러 수표 또는 온라인 기부가 선거운동 본부에 접수된다. 그러나 그 금액의 총계라는 측면에서 소액 기부자들은 전체 자금 규모에서 작은 비중, 일반적으로 대개의 의회 의원들에게 있어 15% 미만에 머문다. 소액 기부는 정당의 자금 조달에서 더 큰 역할을 한다. 공화당은 전통적으로 매년 수천만 달러를 모금하는 생산적인 우송 광고 운영에 의존해 왔다. 민주당은 우편에 의한 소액 기부자 모금에 있어 뒤처졌지만 인터넷을 이용한 모금에 있어서는 공화당과 치열한 접전을 벌이고 있다.

자기 조달 항목: 의회 선거에서의 성공의 비밀은 단지 많은 자금을 보유하는 것만이 아니라 다른 사람들로부터도 많은 자금을 확보하는 데에 있다. 소수의 백만장자 후보자들은 처음 선거운동을 시작하면서 자신의 자금으로 재정을 운영하였지만, 재임 중인 의원들은 재선에 도전하면서는 대부분 전혀 자신의 자금을 쓰지는 않는다. 따라서 이 항목은 가장 작은 비중을 갖는다.

5. 정치자금 운용의 주체들

1) 후보자와 그의 공인 위원회

가) 개념[9)]

상원이나 하원 의원직 또는 대통령직을 위해 출마하는 개인은 그가 기부금이나 지출로 5,000달러를 초과한 금액을 모금하거나 사용하면 후보자가 된다.

대통령, 하원, 상원 의원 선거의 후보자들은 반드시 선거운동 위원회를 지명해야 한다. 이들 공인 위원회는 선거운동을 위해 기부금을 받고 지출을 할 수 있다.

나) 수령물[10)]

수령물은 금전, 재화, 서비스, 또는 부동산 등 가치 있는 것으로서 정치 위원회가 수령한 것을 말한다. 공인 위원회는 후보자의 선거운동을 위한 모든 수령물을 받는다. 기부금에는 기부금과 다른 형태의 지원이 모두 포함된다.

일단 회계 담당자나 공인된 담당자가 수령물을 받으면, 그는 이를 10일 이내에 예치해야 한다. 10일 이내에 예치되지 않은 기부금은 기부자에게 반환되어야 한다.

---

9) Candidates and their authorized committees, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/> (2021.11.30. 최종 방문)

10) Taking in receipts, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/> (2021.11.30. 최종 방문)

2) 정당 위원회[11)]

가) 개요

정당 위원회는 지방, 주 또는 국가 단위에서 정당을 대표한다. 정당 위원회의 예를 들자면 민주당 전국 위원회, 미국 녹색당, 리버테리언당 전국 위원회, 그리고 공화당 전국 위원회와 같은 것들이 있다.

정당 위원회는 연방 선거에 영향을 미치기 위해 기부를 받고 지출을 할 수 있다.

나) 정당의 법적 성격[12)]

법원에서는 통상 정당을 권리 능력 없는 비영리 사단의 범주에 속하는 것으로 본다. 이에 따르면 정당은 그 구성원 개개인과 별도로 존재하는 것이 아니다. 보통법 규율에 따르면 권리 능력 없는 사단은 원고 또는 피고로서 모든 구성원들의 이름을 결합하는 것 이외에는 소송을 제기하거나 제기당할 수 없다. 그 결과 정당은 소송 절차에서 당사자로 등장할 수가 없는 것이다.

따라서 정당은 유증을 받을 수 없고 재산을 소유하거나 계약을 체결할 수 없다. 그러나 실제에 있어 이러한 제약이 별 문제를 야기하지 않는 것은 정당의 대표자로 활동하는 개인들이 재화와 용역, 부동산 임대차를 위한 계약을 유효하게 체결할 수 있기 때문이다. 정당이 부동산을 보유하기를 원한다면 신탁 관리자를 지정하여 권한을 부여할 수 있다. 정당을 대표하는 개인들은 자금을 대출하거나 다른 방식으로 책임을 발생시킬 수 있다. 그러나 그러한 의무에 대해 정당에게 책임을 물을 수 있는 방법은 없다.

3) 법인과 노동조합[13)]

법인과 노동조합은 연방 선거 후보자에게 기부를 할 수 없으나, 특별한 종류의 정치 위원회를 설립하여 운영할 수 있는데, 이를 독립 분리 자금(Separate Segregated Fund, SSF)라고 한다. 법인이란 오직 책임 목적을 위해서 법인으로 설립된 정치 위원회 이외에 별도로 설립된 법인체를 말하는 것이다(11 CFR 100.134(l) 및 114.12(a)).

---

11) Political party committees, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=political-party-committees> (2021.11.30. 최종 방문)

12) Joseph R. Starr, *The Legal Status of American Political Parties, II,* 34 American Political Science Review 685, 693-694 (1940).

13) Corporations and labor organizations, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=corporations-and-labor-organizations> (2021.11.30. 최종 방문)

독립 분리 자금에서는 제한된 그룹으로부터 기부금을 모금할 수 있다. 그들은 후보자들에게 기부를 할 수 있고, 후보자들과 조정된 지출을 할 수 있다.

연방선거운동법에서는 일반적으로 법인과 노동 단체가 그들의 일반 재정 자금에서 연방 선거 후보자, 정당 위원회의 연방 계좌, 그 외 다른 정치 위원회(PAC)에 기부하는 것을 금지한다. 그러나 그들은 독립 지출에 자금을 대거나 오로지 독립 지출에 자금을 조달하기 위해 설립된 정치 위원회(수퍼 PAC) 또는 혼합 PAC의 비기부금 계좌에 기부할 수는 있고, 독립 분리 자금을 설립할 수 있다.

4) 정치 행동 위원회(Political Action Committee, PAC)

가) 개요[14)]

후보자의 공인 위원회, 정당 위원회 또는 독립 분리 자금이 아니면서 정치 행동 위원회를 설립하기를 원하는 그룹은 비연결 위원회(nonconnected committee)라고 불리는 유형의 PAC을 설립할 수 있다.

여기에는 혼합 PAC, 리더십 PAC, 수퍼 PAC과 같은 몇 가지 유형의 것들이 존재한다. 이 중 수퍼 PAC의 경우 독립 지출 위원회라고도 불린다.

비연결 위원회는 연방 선거에 영향을 미치기 위해 기부를 받고 지출을 할 수 있다.

나) 유형

(1) 서설[15)]

개인이나 그룹은 정당 위원회, 후보자의 공인 위원회, 법인이나 노동조합에 의해 설립된 독립 분리 자금 중 어느 하나에 해당하지 않는 정치 행동 위원회를 설립할 수 있는데, 이러한 위원회를 비연결 위원회라고 한다.

의회 의원이나 다른 정치 지도자들은 종종 리더십 PAC이라 불리는 비연결 위원회를 설립한다. 리더십 PAC은 보통 다양한 연방 또는 비연방 직위를 위한 후보자들을 지원하기 위한 것이다.

수퍼 PAC과 혼합 PAC은 비연결 위원회의 다른 유형이다.

---

14) Political action committees (PACs), Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=political-action-committees> (2021.11.30. 최종 방문)

15) Registering as a PAC, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/> (2021.11.30. 최종 방문)

(2) 비연결 위원회의 이해[16]

비연결 위원회는 정당 위원회, 후보자의 공인 위원회, 또는 법인이나 노동조합에 의해 설립된 독립 분리 자금이 아닌 정치 위원회를 말한다.

비연결 위원회와 법인이나 노동조합의 독립 분리 자금이 모두 통상 정치 행동 위원회나 PAC으로 불리기는 하지만, 비연결 위원회는 다음과 같은 기본적 속성에서 독립 분리 자금과 구별된다.

(가) 연결된 조직의 부재

비연결 위원회는 연결된 조직을 갖고 있지 않다. 다시 말해 어떤 법인이나 노동 단체가 이 비연결 위원회를 설립, 운영하거나 자금을 대지 않는다. 독립 분리 자금은 개념상 언제나 이를 후원하는 법인이나 노동 단체를 갖는 것이다.

그러나 그럼에도 불구하고 비연결 위원회는 파트너십이나 비법인 단체와 같은, 법인이나 노동 단체가 아닌 후원 기관으로부터 제한된 재정적, 행정적 지원을 받을 수 있다.

(나) 제한된 후원

비연결 위원회가 후원 기관으로부터 받은, 금전과 다른 가치 있는 것들을 포함하는 모든 형태의 지원은 기부금으로 간주되고, 이는 연방선거운동법상의 연간 한도, 제한, 공개 요건의 적용을 받는다.

이와 대조적으로 독립 분리 자금은 일반적으로 연결된 조직으로부터 제한 없는 행정적 지원을 받을 수 있고, 그러한 지원은 통상 연방 공개 요건의 적용을 받지 않는다.

(다) 모금 대상의 무제약성

독립 분리 자금과 달리 비연결 위원회는 연방 선거와 관련하여 합법적으로 기부할 수 있는 일반 국민 누구로부터도 기부를 받을 수 있다.

독립 분리 자금은 이와 대조적으로 단지 연결된 조직과 특정한 관련을 맺고 있는 제한된 부류의 개인들, 즉 연결된 조직의 주주 또는 구성원 그리고 일정한 고용인과 그 가족들로부터만 모금을 할 수 있다.

---

16) Understanding nonconnected PACs, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/understanding-nonconnected-pacs/> (2021.11.30. 최종 방문)

(3) 비연결 위원회의 유형[17)]

(가) 서설

비연결 위원회의 유형은 하고자 하는 업무에 따라 구분된다. 이러한 업무는 연방 선거 후보자에 대한 기부, 주와 지방 선거 후보자에 대한 기부 그리고/또는 연방 선거 후보자를 지지하거나 반대하기 위한 독립 지출로 구성된다.

(나) 전통적 유형

전통적 비연결 위원회는 후보자에 대한 기부를 할 수 있다.

만약 연방 PAC이 주와 지방 선거 후보자에 대해 기부를 하고자 한다면, 연방과 주법에 따라 연방과 주 차원 모두에서 연방 PAC을 이용하여 기부를 할 수 있고, 또는 주와 지방 차원에서 주법에 따라 기부를 하기 위한 비연방 PAC을 달리 구성할 수도 있다.

기부와 다른 재정적 지원에 더하여 전통적 비연결 위원회는 독립 지출을 포함하여 후보자와 정당을 지원하는 커뮤니케이션을 배포할 수 있다.

전통적 비연결 위원회의 몇 가지 유형은 다음과 같이 정리된다.

- 법인이나 노동 단체와 같은 후원 조직이 없이, 연방 선거 후보자에게 기부하는 연방 PAC
- 후보자나 공직자가 구성하는 리더십 PAC
- 연방 선거 후보자에게 기부하는 파트너십이나 유한책임회사(LLC)(또는 그 밖의 비법인 단체)

① 법인이나 노동 단체 후원자가 없는 그룹

만약 개인들이 연방 선거에 영향을 미치기 위해서 그룹으로서 함께 움직이며 활동을 벌인다면, 그 그룹은 정치 위원회가 될 수 있다. 일반적으로 연방 선거에 영향을 미치기 위해서 연 1,000 달러를 초과하여 모금하거나 지출하는 그룹은 등록하고 재정적 거래에 대한 기록을 보관하며 위원회의 활동에 대해 보고서를 제출해야 한다.

② 리더십 PAC[18)]

17) Types of nonconnected PACs, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/types-nonconnected-pacs/> (2021.11.30. 최종 방문)

18) Types of nonconnected PACs, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/types-nonconnected-pacs/>; Leadership PACs contributions to ca

의회 의원들과 다른 정치 지도자들은 종종 비연결 위원회를 설립하는데 이는 일반적으로 다양한 연방 및 비연방 공직 선거의 후보자를 지원하는 리더십 PAC으로 불린다. 리더십 PAC은 직접 또는 간접적으로 후보자 또는 연방 공직에 재임 중인 개인에 의해 설립, 자금 조달, 유지 또는 통제되나 후보자나 공직자의 공인 위원회는 아니고 후보자나 공직자의 공인 위원회에 연계되지도 않은 정치 위원회로 정의된다. 리더십 PAC은 정당 위원회를 포함하지 않는다.

많은 정치인들은 또한 리더십 PAC을 통해 자금을 마련한다. 그들 정당의 구성원들에게 기부를 함으로써 야심찬 입법자들은 자신들의 리더십 PAC을 이용하여 동료들 사이에서 영향력을 얻고, 지도부나 위원장 직책을 위한 노력에 힘을 더할 수 있다. 정치인들은 또한 리더십 PAC을 이용하여 더 높은 직위를 위한 선거운동의 토대를 다질 수도 있다. 정치인이 리더십 PAC 자금을 어떻게 써야 하는지에 대한 제한은 특별히 엄격하지 않다.

이러한 PAC은 연방 선거 후보자와 연결될 수 있으면서도 법적으로 달리 후보자의 공인 위원회로도 알려져 있는 주된 선거운동 위원회와 연계되지 않고 다른 비연결 위원회와 같은 규정에 의거하여 운영될 수 있다. 후보자의 공인 위원회로부터의 리더십 PAC에 대한 재정적 지원은 리더십 PAC에 대한 기부금이다.

다른 비연결 위원회에 적용되지 않는 추가적인 요건들이 리더십 PAC에 적용된다. 연방 선거 후보자가 모금하거나 지출할 수 있는 자금의 유형에 대한 제약으로 인해 연방 선거 후보자에 의해 직접 또는 간접적으로 설립, 자금 조달, 유지 또는 통제되는 PAC은 연방선거운동법에 따른 한도와 금지 이외에 11 CFR 100.24에서 규정된 연방 선거 활동을 포함하는 연방 공직 선거와 관련된 자금의 요청, 수령, 지시, 이전, 사용 또는 지출을 할 수 없다. 그러한 PAC은 비연방 선거와 관련한 자금의 요청, 수령, 지시, 이전, 사용 또는 지출을 할 수 있는데, 단지 그 규모와 원천이 주 법에 부합하고 연방선거운동법의 기부금 한도와 원천 관련 금지 조항이 준수될 때에만 가능하다.

③ 파트너십 PAC

직접적인 기부에 더하여 파트너십은 비연결 PAC을 후원함으로써 연방 선거에 참여할 수 있다.

파트너십은 예를 들어 사무실 공간과 전화와 같은, 그 비연결 PAC에 주는 상환되지 않은 지원의 규모에 있어 제한된다. 그러한 지원은 기부금으로 간주되기 때문이다.

(다) 수퍼 PAC[19)]

ndidates, 2021-2022, OpenSecrets. <https://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/industry-detail/Q03/2022> (2021.11.30. 최종 방문)

19) Types of nonconnected PACs, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/types-nonconnected-pacs/>; What Is a PAC?, OpenSecrets. <htt

독립 지출 전문 정치 위원회(Independent expenditure-only political committee) 또는 수퍼 PAC은 개인, 법인, 노동조합 및 다른 정치 행동 위원회로부터 독립 지출 및 그 밖의 독립적인 정치 활동의 자금 조달을 위해 무제한으로 기부를 받을 수 있고, 정치 후보자들을 명확하게 옹호 또는 반대하기 위해 무제한으로 자금을 사용할 수 있는 위원회이다.

전통적인 PAC과 달리 수퍼 PAC은 자금을 직접 정치 후보자나 정당에 기부하는 것이 금지된다. 독립 지출은 웹 사이트, 신문, TV 또는 우송 광고와 같은 커뮤니케이션을 위한 지출을 말한다. 이러한 커뮤니케이션은 명확히 특정된 후보자의 당선 또는 낙선을 명시적으로 옹호하는 것으로, 어느 후보자 또는 그의 공인 위원회나 대리인, 또는 정당 위원회나 그 대리인과 협의 또는 협력하여, 또는 그 요청이나 제안에 의하여 만들어지지 않은 것을 말한다.

2021년 11월 29일 현재 수퍼 PAC으로 조직된 1,841개의 그룹이 2021-2022년 선거 주기에 267,038,873달러의 총 수령액 및 38,675,801달러의 총 독립 지출액을 보고했다.

(라) 혼합 PAC

비기부금 계좌를 가진 정치 위원회 또는 혼합 PAC은 연방 선거 후보자에게 기부를 할 수 있는, 모든 법적인 한도 제한과 원천 관련 금지에 따른 분리된 은행 계좌를 유지하면서, 개인, 법인, 노동 단체 및 그 밖의 정치 위원회로부터 독립 지출 등의 자금 조달을 위해 분리된 은행 계좌로 무제한적인 기부금을 요청하고 수령할 수 있다.

6. 기부를 할 수 있는 자와 할 수 없는 자[20]

1) 기부를 할 수 있는 자

가) 개인

개인은 후보자와 그의 공인 위원회에 한도 내에서 기부를 할 수 있다.

나) 일정한 유한책임회사(Limited Liability Company, LLC)

---

ps://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/what-is-a-pac>; Super PACs, OpenSecrets. <https://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/super-pacs/2022> (2021.11.30. 최종 방문)

20) Who can and can't contribute, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/who-can-and-cant-contribute/> (2021.11.30. 최종 방문)

기부금 한도 및 금지와 관련하여 유한책임회사는 법인이나 파트너십으로 간주된다.

만약 유한책임회사가 국세청 규정에 의거하여 법인으로 서류 제출할 것을 선택하거나 공개적으로 지분을 거래하는 경우에는 법인으로 간주되고, 파트너십으로 서류를 제출할 것을 선택하거나, 법인인지 파트너십인지에 대해 아무런 선택을 하지 않은 경우에는 파트너십으로 간주된다.

만약 유한책임회사가 법인으로 간주된다면 후보자 공인 위원회에 기부하는 것은 금지되나 독립 분리 자금을 설립할 수는 있다. 유한책임회사가 파트너십으로 간주된다면 파트너십의 기부 한도의 적용을 받는다.

다) 파트너십

파트너십은 특별한 규정에 의거하여 기부를 할 수 있다. 달리 기부가 금지되지 않은 파트너십이나 파트너는 개인의 기부금 한도 내에서 기부할 수 있다.[21] 후보자의 공인 위원회가 파트너십으로부터 받는 기부금은 한도를 넘어서는 안 된다. 추가로 파트너십으로부터의 기부금은 동일한 후보자에 대한 각 참가 파트너 자신의 한도에 있어 비례적으로 계산된다.

라) 정당 위원회

정당 위원회는 연방 선거 후보자를 기부금을 포함한 여러 방식으로 지원할 수 있다.

마) 정치 행동 위원회(Political Action Committee, PAC)

정치 행동 위원회는 대중적으로 정당 위원회나 후보자의 공인 위원회가 아닌 정치 위원회를 말한다. 법인이나 노동 단체에 의해 직접 또는 간접적으로 설립, 운영 또는 재정적으로 지원되는 PAC은 독립 분리 자금(Separate Segregated Fund, SSF)이다. 이러한 법인이나 노동 단체 후원자가 없는 PAC은 비연결 PAC으로 불린다.

독립 분리 자금은 후보자와 그 공인 위원회에 기부할 수 있다.

바) 비연결 PAC

일반적으로 비연결 PAC은 연방선거운동법의 한도와 보고 요건에 따라 연방 선거에 영향을 미치기 위해 기부를 할 수 있다.

---

21) Partnership and LLC contributions, Federal Election Commission. <https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/partnership-llc-contributions/> (2021.11.30. 최종방문)

개인, 법인, 노동 단체 및 그 밖의 정치 위원회들로부터 무제한으로 기부금을 요청하고 수령할 수 있는 비연결 PAC으로서 수퍼 PAC과 혼합 PAC은 후보자에게 기부를 하지 않는다.

사) 다른 연방 선거운동

후보자의 공인 위원회는 다른 연방 선거 후보자의 공인 위원회로부터 선거당 2,000달러까지 기부금을 받을 수 있다.

아) 주 PAC, 등록되지 않은 지역 정당 기구 및 비연방 선거운동 위원회

주 PAC, 등록되지 않은 지역 정당 기구 및 비연방 선거운동 위원회는 일정한 상황에서 연방 선거 후보자에게 기부할 수 있다.

그러나 기부를 구성하는 자금은 연방선거운동법에 의해 허용되는 원천으로부터 조달된 것이어야 하고, 기부는 비연방 선거운동 위원회로 하여금 연방 법령에 의거하여 연방선거위원회에 연방 정치 위원회로서 등록할 것을 요구할 수 있다.

자) 후보자

후보자가 선거운동 목적으로 자신의 개인 자산을 사용하거나 대출하는 경우 그는 자신의 선거운동에 기부를 하는 것이다. 다른 기부금과 달리 이러한 후보자 기부금은 어떠한 한도의 적용을 받지 않는다.

2) 기부를 할 수 없는 자

가) 서설

선거운동은 일정한 유형의 단체와 개인들로부터 기부금을 받을 수 없다. 여기에는 비영리 법인을 포함한 법인(책임 목적만을 위해서 법인으로 설립된 정치 위원회 이외에 별도로 설립된 법인체, 11 CFR 100.134(l) 및 114.12(a) 참조), 노동 단체(법인과 노동 단체의 경우 독립 분리 자금을 이용한 자금 조달은 허용), 연방정부 계약자(11 CFR 115.1. 참조), 외국 국적자(11 CFR 110.20(a)(3) 참조), 타인 명의의 기부(11 CFR 110.4(b) 참조)가 포함된다.

나) 법인, 노동 단체, 국법 은행

(1) 개요

선거운동은 법인, 노동 단체 또는 국법 은행의 재정 자금으로부터 기부금을 받을 수 없다. 이러한 금지는 비주식회사, 동업자 단체, 회원 단체(11 CFR 100.134(e) 및 114.1(e)(1) 참조) 그리고 협동조합을 포함하는 법인 단체에 적용된다.

그러나 선거운동은 법인, 노동 단체, 회원 단체, 동업자 단체 및 국법 은행에 의해 설립된 PAC으로부터 기부금을 받을 수 있다. 게다가 연방선거운동법은 법인, 노동 단체, 회원 단체, 동업자 단체 및 국법 은행이 그들의 재정 자금을 후보자를 이롭게 하는 일정한 선거 관련 행위에 쓸 수 있도록 허용한다.

(2) 전문직 법인

로펌, 의사 업무 그리고 유사한 직역의 경우 종종 파트너십으로 조직되기는 하지만, 이들 비즈니스 중 일부는 그 대신에 전문직 법인이 될 수 있다. 파트너십과 달리 전문직 법인은 기부를 하는 것이 금지된다. 법인에 의한 기부는 위법이기 때문이다.

(3) 법인 파트너 또는 구성원이 있는 파트너십 또는 유한책임회사

법인으로부터의 기부가 금지되기 때문에 파트너십이나 유한책임회사는 기부금의 어떤 부분을 법인 파트너 또는 구성원의 몫으로 귀속시킬 수 없다.

오직 법인 파트너나 구성원으로만 구성된 파트너십 또는 유한책임회사는 어떠한 기부도 할 수 없다.

(4) 외국 국적자가 있는 파트너십 또는 유한책임회사

비슷하게 외국 국적자에 의한 기부가 금지되기 때문에 파트너십이나 유한책임회사는 기부금의 어떤 부분을 외국 국적인 파트너나 구성원의 몫으로 돌릴 수 없다.

(5) 교회 및 그 밖의 자선 단체

다른 법인의 경우와 같이 자선 단체도 연방 선거와 관련하여 기부하는 것이 금지된다. 대개의 다른 법인과 달리 자선 단체는 내국세입법 규정에 따라 정치적 행위에 대한 추가적인 제약을 받게 된다.

다) 연방 정부 계약자

(1) 개요

선거운동에서는 연방 정부 계약자들로부터 기부금을 받거나 모집할 수 없다. 연방 정부 계약자는 연방 정부의 어느 기관이나 부서와 계약을 체결하거나 그러한 계약에 입찰하여 서비스, 재료, 설비, 물자, 토지 또는 건물에 대해 의회에 의해 책정된 자금으로 지불을 받거나 받을 자를 말한다. 법인의 기부는 이미 금지되어 있기 때문에 정부 계약자 기부 금지는 정부 계약에 있어 주로 파트너십 또는 유한책임회사에 적용된다.

(2) 정부 계약에 있어 파트너십 또는 유한책임회사

연방 정부와 계약을 협상 중이거나 그러한 계약의 이행을 완결하지 않은 파트너십 또는 유한책임회사는 기부를 할 수 없다. 그러나 그러한 회사의 개인 파트너는 파트너십 계좌에 의한 자산이 아니라 개인 자산으로부터 기부를 할 수는 있다.

III. 단체의 정치자금 기부 허용의 타당성 검토

1. 서설

단체의 정치자금 기부를 허용할 것인가의 문제에 대해 2002년 초당파 선거운동 개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act, BCRA)과 관련한 미국 연방대법원 사건의 내용을 살펴보는 것이 도움이 될 것이라고 본다.

2. 초당파 선거운동 개혁법의 주요 내용

초당파 선거운동 개혁법에서는 종래보다 기부금 한도를 증액하고 정당과 연방 공직 후보자에 의한, 연방선거운동법상 제한을 받지 않는 이른바 소프트 머니(soft money)[22]의 모금을 금지하였으며, 또한 예비 선거 이전 30일 또는 본 선거 이전 60일 동안 공직 선거 후보자의 이름이 언급되는 방송 광고를 '선거운동 광고(electioneering communications)'로 정의를 하였고(2 U.S.C.

22) 김선화, 미국의 정치자금법제연구 - 2002년 연방선거운동개혁법을 중심으로 -, 한국법제연구원, 2002, 21면.

441b), 법인이나 노동조합이 이러한 광고를 위해 그 일반 재정 자금에서 지출을 하는 것을 금지하였는데, 이러한 내용은 1970년 이래 연방선거운동법상의 가장 중요한 변화로 이해된다.[23]

3. *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건

1) 다수 의견

미국 연방대법원은 2010년 *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건[24]에서 법인과 노동조합에 의한 모든 독립 지출을 금지하는 초당파 선거운동 개혁법 제203조 규정에 대해 이것이 수정헌법 제1조에 의거한 표현의 자유 보장에 위배된다는 이유로 위헌으로 판단하였다.[25] 이에 따르면 수정헌법 제1조의 효력은 의회가 단지 정치적인 표현에 연루되었다는 이유에서 시민이나 그 모임에 대해 벌금을 부과하거나 투옥하는 것을 금지하는 것으로 이해되고, 여기서 미디어와 다른 법인이 구별되는 것이 아니기 때문에 이러한 제한은 의회로 하여금 신문, 서적, 텔레비전과 블로그에서의 정치적 표현을 억압할 수 있도록 할 것이라고 하였다. 선거에 출마한 후보자에 대한 지지 또는 반대를 위하여 법인이 그 자금을 쓰는 것을 금지한 미시건주 선거운동 자금법이 수정헌법 제1조와 제14조를 위반하지 않는다고 한 1990년의 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* 판결[26]이 번복되었고, 초당파 선거운동 개혁법의 선거운동 광고에 대한 법인의 지출을 제한하는 조항을 지지한 2003년 *McConnell v. Federal Election Commission* 판결[27]의 일부 또한 번복하였다.

2) 스티븐스 대법관의 일부 반대 의견[28]

스티븐스(Stevens) 대법관은 부분적으로 반대 의견을 제시하였다. 이에 따르면 연방대법원의 판결을 뒷받침하는 기본적인 전제는 수정헌법 제1조가 법인으로서의 지위를 포함하여 표현하는 주체의 신분에 근거한 규제상의 구별을 금지한다는 주장을 반복하고 지속적으로 반복하는 것이

---

23) 김선화, 미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점, 세계헌법연구 제15권 2호, 2009, 156면; 성중탁, 정치자금법제에 대한 비교법적 검토와 그 시사점: 헌법재판소 2015.12.23. 2013헌바168 결정에 대한 평석을 겸하여, 선거연구 제9호, 2018, 120면.

24) 558 U.S. 310.

25) 이하 판결의 내용은 성중탁, 헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금 규제의 관계에 관한 소고 - 최근 미국 연방대법원 관련 판결을 중심으로 -, 법학연구 제18집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2015, 67-68면 참조.

26) 494 U.S. 652.

27) 540 U.S. 93.

28) *Citizens United v. FEC*, No. 08-205, slip op. (U.S. January 21, 2010) at 1-2 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part). <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> (2021.11.30. 최종 방문)

다. 그 눈부신 일반성이 수사적인 호소력은 있으나, 그것은 법에 관한 정확한 진술이 될 수는 없다. 또한 그것은 언제 법인이 그 주주 중 일부가 반대하는 선거운동에 관여할 수 있는지를 말해주지도 않는다. 그것은 시민 연합(Citizens United)이 그 PAC의 돈으로 그 일부 메시지에 대한 자금 조달을 해야 하는지 여부에 대한 특정한 질문을 해결해 주지도 않는다. 정치 영역에서 법인이 자연인들과 똑같이 취급되어야 한다는 유별난 생각은 부정확할 뿐만 아니라 또한 이 사건에서 법원의 판단을 정당화하기에도 부적절하다.

공직 선거의 맥락에서 표현의 주체로서 법인과 자연인 간의 구별은 중요하다. 그것들이 우리 사회에 막대한 기여를 하기는 하지만, 법인들은 사회의 실제적인 구성원은 아니다. 그들은 투표를 하거나 공직을 위해 출마할 수도 없다. 그들은 비거주자에 의해서도 관리되고 통제될 수 있기 때문에 그들의 이해관계는 근본적인 차원에서 자격 있는 투표자들과 충돌할 수도 있다. 법인의 재정적인 자원들, 법적 구조, 수단적 지향은 선거 과정에서 그들의 역할에 대한 정당한 우려를 야기한다. 우리의 입법자들은 민주적 의무는 아니라 할지라도 지역적, 국가적 경쟁에서 법인이 지출을 하는 경우의 잠재적으로 유해한 효과에 대항하기 위하여 고안된 조치를 취할 강력한 헌법적 근거를 가지고 있다.

4. 검토

이 사건에서 판시된 내용 중에는 선례 인용의 적절성과 같은 미국 헌법 고유의 문제들 이외에도 국경을 넘어 법인의 정치자금 기부와 관련하여 발생할 수 있는 쟁점들에 대해 참고할 만한 사항들이 작지 않다고 본다. 법인의 정치자금 기부를 제한하는 것이 민주적 의사 결정 과정을 합리적으로 운영하는 데 더 적실한 방안이 될 것이라고 보는 것이 통념적으로 보이기 때문에 과연 그러한 전제가 반드시 설득력을 갖는 것인가 하는 측면에서 관련된 문제들의 여러 부면들을 고려해 보고자 한다.

법인의 정치자금 기부가 민주적 의사 결정 과정에 미치게 되는 영향에 대해 생각할 때 통상 떠올리게 되는 것은 막대한 자금을 보유한 거대 기업이 정치인들을 마음대로 조종하여 그 이익을 실현시키게 될 가능성이 높다는 것일 것이다. 그러나 이러한 이슈에 대해 논의하는 과정에서 대두되는 문제의 다른 측면은 중소 규모의 법인이 정치자금을 기부하지 못하게 되는 점에 초점을 두고 있다. 다시 말해 막대한 재산을 보유한 개인이나 저명한 정치 평론가의 경우에 비해 작은 법인은 자신의 정치적 표현을 할 수 있는 가능성을 차단당해야 할 이유가 무엇인가 하는 점이다.

스티븐스 대법관이 지적하고 있듯이, 기업은 인위적으로 창조된 법적 실체로서 자연적인 수명의 한계를 갖지 않으며 큰 규모의 자금을 모을 수 있고 제한적인 책임을 지는, 이윤 추구를 목적으로 하는 존재이다. 이는 민주주의에서 상정하는 존엄하고 자유롭고 평등한 개인과는 본질적으

로 상이한 존재이고 개인에게 기대되는 도덕이나 충성과 같은 가치와는 거리가 멀다고 할 것이다. 즉 기업은 일반 국민과 대등한 위치에서 법규범의 제·개정에 참여할 수 없고 투표를 할 수도 없는 것이다.

그러나 다른 측면에서 생각해보면, 사람들은 사적 영역에서 나름의 개성을 발휘하고 인격을 신장하기 위해 타인과 교류하며 모임을 형성하고 사회 속에서 그러한 목적을 달성하기 위한 관련 활동을 하게 마련이다. 공동체 전체에 영향을 미치는 정치의 영역에 있어 개인들이 고유한 목적을 추구하기 위해 구성한 모임이나 단체는 이러한 국민적 의사 결정의 과정에 있어 자신의 관점과 견해를 전파하고 반영하기 위한 유용한 수단이 될 수 있다. 정당이 국민의 정치적 의사를 집약하여 공권력으로까지 매개하는 중개체적 역할을 수행한다고 하여 국민의 정치적 의사를 표현할 수 있는 사회적 실체가 정당이라는 특수한 유형의 모임에 한정된다고 보는 것은 현실에 부합하지도 않고 바람직하다고 할 수도 없다. 사회의 가치관과 이익이 개개인에게 산재되거나 잠재된 차원을 넘어 실재하는 비중을 지닌 목표 내지 기획으로서 성숙되도록 돕는 것은 다양한 수준과 밀도의 여러 사회적 모임을 통해서도 가능하며 단지 그 본질과 핵심적 역할에 있어 전적으로 정치적인 성격의 모임이라고 할 수 있는 정당과 구별된다고 할 것이다. 그렇다면 작은 규모의 법인이 정치자금의 기부를 통해 정치적 의사를 표현하는 것이 차단된다는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 개인으로서 기부를 할 수 있는 규모가 현실적으로 제한된 사람들이 일정한 단체 차원의 기부를 통해 스스로의 목소리를 정치 과정에 전달할 수 있는 여지가 마련된다는 것은 중대한 의의가 있다고 볼 수 있다.

그러나 다른 한편으로 제기되는 문제는 바로 그렇다고 하더라도 법인의 정치자금 기부가 상당 수준 활성화된 상황을 전제로 할 때 역시 사정을 좌우할 수 있는 힘은 거대 기업과 같은 큰 규모의 법인에게 있을 것이고 이러한 존재들이 압도적인 금액을 기부함으로써 정치적 영향력을 행사할 것인 이상, 중소 규모의 법인들의 정치자금 기부는 이러한 측면에서 거대 기업의 그것에 비하여 의미 있는 비중을 갖기는 힘들 것이고, 이는 결과적으로 민주적 의사 결정 과정이 금전적 크기에 따라 좌우되는 결과에 이름에 따라 민주주의의 파괴 내지 왜곡을 부를 것이라는 점이다.

이와 같은 문제에 대해서는 사실의 차원에서 다른 관점이나 평가가 가능하다. 법인의 기부금 내역이 투명하게 공개된다고 할 때, 예를 들어 거대 기업의 막대한 자금 기부로 인해 정책적 방향이 다수 국민의 기대와 무관하게 결정된다든가, 상당 규모의 자금 유입과 정치인들의 활동 자체가 밀접한 연관성을 보여주는 경우에 유권자 일반에게 야기되는 불신과 혐오 내지 무력감이나 반발이 있을 수 있다. 이러한 부작용 내지 반작용은 가장 근본적인 차원에서는 민주주의와 정부에 대한 신뢰 상실로 이어질 수도 있고 더 직접적이고 단기적인 차원에서는 개별 정책이나 정치인 또는 관련 기업에 대한 정치적, 경제적 불이익의 발생으로 연결될 가능성도 있다. 이러한 이유로 인해 단순히 금전의 크기로 정치 과정 전체가 좌우될 여지가 현실적으로는 견제를 받게 될 것이라는 전망에 따라 법인의 정치자금 기부 허용은 그 긍정적 측면에 비해 단점의 비중이 우려

할 만한 실질을 갖지는 못할 것이라는 판단 또한 가능하다.

반면 정치 과정에서 발생할 수 있는 불공정과 부패의 여지를 최소화하기 위해 필수적으로 요청되는 것으로 여겨지는 투명성의 요구에 대해서도 다른 관점에서의 접근이 가능하다. 토마스 대법관의 의견에서 확인되듯이 어떤 법인이 어떤 정치인에게 얼마만큼의 기부를 했는지가 모두 공개되는 경우에 발생할 수 있는 보복의 문제가 고려될 수 있다. 관여 당사자 내지 사회 전반의 치열한 의견 대립이 존재하는 민감한 사안의 결정 방향과 관련하여 일정한 법인이 어떤 결론을 관철시키기 위하여 상당한 기부를 하였다고 할 때, 그 내역이 모두 공개되는 것은 그러한 선택과 활동에 반대하는 세력에 의해 손쉬운 보복의 대상이 될 수 있도록 하는 단서를 제공하는 격이 될 것이라는 점이다. 이는 결국 법인의 정치적 표현의 자유가 온전히 보장되지 못하는 결과가 될 것이기 때문에 투명성은 통념에 반하게도 지지해 줄 수 없는 방안이 되고 만다.

그러나 법인의 정치자금 기부 내역이 적절한 공개의 대상이 되지 않을 때는 대의민주주의의 성공적 운영을 위해 필연적으로 요청된다고 할 수 있는 제도 운영과 관련한 정직성 내지 온전성의 구현을 충실히 기대하기 힘들게 된다. 국민이 주권자로서 국가기관을 구성하고, 선출된 대표자가 정책 결정을 담당하되 국민은 대표자의 국정 운영을 감시하고 대표자는 국민 앞에 책임을 지는 대의제하에서 자금의 유입과 지출은 공정한 국가 의사 결정이 적절히 이루어지고 있는지를 확인할 수 있는 유용한 판단 자료에 해당한다고 할 것이고 따라서 그 내역이 정치적 반대 세력에 의한 보복의 가능성을 이유로 하여 공개되지 않는 것은 합리적이라고 볼 수 없다고 할 것이다. 그것이 정치적 '표현'인 이상 정부에 의한 통제 대상은 되지 않는다 할지라도 국민들의 평가와 비판의 대상은 될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 사실의 차원에서 설사 기부 행위에 대한 대중의 비판 내지 이를 빌미로 한 공격의 가능성이 법인의 정치적 표현을 자제토록 하는 작용을 할 수도 있겠지만, 이는 다른 한편으로 기부를 하는 이상 높은 확률로 일정 수준 수반될 것으로 예상되는, 정치 과정에의 일정한 접근 가능성이 반대 방향으로 유인 요소로서 작용할 것임을 감안하면 사정이 단지 일방적이기만 한 것은 아니라는 것을 생각할 수 있다.

이상 살펴본 바와 같이 법인의 정치자금 기부의 긍정·부정적 효과에 대해서는 여러 측면에서의 다른 논의가 가능하다. 사정이 반드시 금전의 힘에 의한 정치 과정의 왜곡이라는 표현만으로 단순히 처리될 수 있을 만큼 간단한 것은 아닐 수 있다. 생각건대 문제의 핵심에는 정부의 역할과 위상에 대한 근본적인 관점의 차이가 개재되어 있을 것이라고 판단한다. 예를 들어 자유롭고 평등한 개인들의 자연적 자율권을 보장하기 위해 이른바 계약에 의해 탄생한 것으로 관념되는 공공 서비스의 제공자로서 정부를 바라보는 관점에서는 법인의 정치자금 기부를 허용함에 따라 발생하는 자금력의 차이에 따른 영향력의 격차를 완화 내지 저지하기 위해 정부가 표현의 자유 자체를 배급하듯이 그 주체에 따라 제한하는 행위에 대해 부정적인 판단을 견지한다고 할 수 있다. 반면 정부를 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 국가의 과업 실현을 담당하는 존재로서의 의의에 중점을 두고 바라보는 시각은 상대적으로 국가 단위에서 국민의 기본권이 실현된 상

태를 보장해내기 위해 결과에 있어 적실한 조치를 취해야 할 필요성에 더 집중하게 된다고 하겠다. 법인의 정치자금 기부 허용에 따라 자금력의 차이에 의하여 정치 과정에의 접근 가능성에 차등이 유발된다면 이를 완화 내지 조정하기 위한 국가의 개입은 정당한 것으로서 평가되게 된다. 전자의 경우에 표현의 자유 보장에 있어 정부 역할의 평가가 자유와 권리에 대한 가장 오래되고 가장 강력한 침해자로서의 망각될 수 없는 본질에 기반하고 있다면 후자의 경우에는 이러한 자유에 대한 억압의 상징과 같은 국가의 존재는 그 권력의 원천과 정당성이 바로 주권자인 국민의 의사에 뿌리를 두고 있다는 점에서 그 부정적 인상이 한층 완화되며 나아가 권력 행사 과정 자체가 기본권적 가치의 실현을 위한 것이자 그러한 가치에 기속되어야 한다는 설명에 이르게 되면 권리의 침해자가 아니라 보호자 내지 구현자로서의 의미까지도 띠게 된다.

관점의 차이가 사정의 특정한 측면에 초점을 둔 인식의 체계화 과정에서 필연적이라고 할 때 이를 단순히 융합할 수 있다고 믿거나 어느 한 쪽을 편리하게 취하여 지지하고 마는 것이 최선의 선택은 아니라고 할 것이다. 법은 법에 대한 구성원들의 감각과 이해 등을 포함하는 해당 국가의 고유한 사정과 같은 요소들에 의해 구체적인 내용이 규정되고 영향을 받기 때문에 가장 적실한 판단에 이르기 위해서는 가능한 한 다양한 관점에서의 설명을 아울러 고려하는 가운데 실제적인 사정을 감안하여 무엇이 현실적으로 규범적 기대에 가장 효과적으로 부응하는 결과를 산출해낼 수 있을지에 대해 숙고하는 것이 필요하다고 본다.

법인의 정치자금 기부가 허용되는 상황에서 이로 인해 발생 가능한 부정적 효과를 가능한 한 최대로 저지하거나 완화하기 위해 필요한 것은 실제로 그러한 조치가 작동할 것인가에 대한 긍정적 대답이다. 이것이 가능하기 위해서는 예를 들어 법인의 정치자금 기부가 개인의 표현의 자유 보장이라는 헌법적 가치와 연결되어 보완적이고 확장적인 의의를 인정받을 수 있기 위한 차원에서 사회 제반 이익과 관점의 적절한 자발적 조직화가 활발하게 이루어지고 있는지, 거대 기업의 정치자금 기부와 관련하여 경제적 세력이 정치적 결정과 관계 맺는 양상에 대하여 유권자 일반의 독립적이고 비판적인 판단이 충분한 수준에서 기대될 수 있는지, 정치자금 운용과 관련한 투명성 확보가 어느 정도로 이루어질 수 있는 상황인지, 정치적 표현과 이에 대한 비판 및 의견 교환이 어느 정도 개방적이고 합리적인 방식으로 이루어지고 있는 상황인지 등의 여러 요소에 대한 종합적인 고려가 필요하다.

Ⅳ. 결론

법인의 정치자금 기부 허용은 그 규범적 당위성 내지 현실적 타당성과 관련하여 여러 가지 견해가 있을 수 있는 어려운 문제이다. 미국의 사정은 이러한 문제를 다루기 위한 좋은 참고 자료가 될 수 있다고 본다. 경제적 영향력을 활용하여 민주적 의사 결정 과정이 왜곡될 가능성을 우

려하여 법인의 정치자금 기부를 허용하지 않는 것이 타당하다고 보는 것이 통념적 관점이라면 미국은 이러한 시각과 상반되는 입장에서 특별한 사례로서 관심의 대상이 될 만하다고 본다. 이러한 관점에서 우리나라의 사정을 전제로 생각해 본다면 법인의 정치자금 기부를 통한 정치적 표현의 활성화와 같은 효과보다는 정치적 거래와 부패와 같은 부정적 요소와 더 연결성을 긴밀히 가질 것이라는 전망이 불합리하지 않다고 판단된다. 따라서 법인의 정치자금 기부를 허용하는 문제에 대해서는 신중하고 면밀한 검토가 요청된다고 할 것이다.

<참고문헌>

I. 논문

김선화, 미국의 정치자금법제연구 - 2002년 연방선거운동개혁법을 중심으로 -, 한국법제연구원, 2002.

_____, 미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점, 세계헌법연구 제15권 2호, 2009.

성중탁, 정치자금법제에 대한 비교법적 검토와 그 시사점: 헌법재판소 2015.12.23. 2013헌바168 결정에 대한 평석을 겸하여, 선거연구 제9호, 2018.

_____, 헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금 규제의 관계에 관한 소고 - 최근 미국 연방대법원 관련 판결을 중심으로 -, 법학연구 제18집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2015.

Joseph R. Starr, *The Legal Status of American Political Parties, II,* 34 American Political Science Review 685 (1940).

II. 인터넷 자료

Candidates and their authorized committees, Federal Election Commission.
<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/>

Citizens United v. FEC, No. 08-205, slip op. (U.S. January 21, 2010).
<https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>

Corporations and labor organizations, Federal Election Commission.
<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=corporations-and-labor-organizations>

Federal Election Campaign Act, Britannica.
<https://www.britannica.com/topic/Federal-Election-Campaign-Act>

Leadership and structure, Federal Election Commission.
<https://www.fec.gov/about/leadership-and-structure/>

Leadership PACs contributions to candidates, 2021-2022, OpenSecrets.
<https://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/industry-detail/Q03/2022>

Mission and history, Federal Election Commission.
<https://www.fec.gov/about/mission-and-history/>

Partnership and LLC contributions, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/partnership-llc-contributions/>

Political action committees (PACs), Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=political-action-committees>

Political party committees, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/guides/?tab=political-party-committees>

Registering as a PAC, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/>

Super PACs, OpenSecrets.

<https://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/super-pacs/2022>

Taking in receipts, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/>

Types of nonconnected PACs, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/types-nonconnected-pacs/>

Understanding nonconnected PACs, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-pac/understanding-nonconnected-pacs/>

What Is a PAC?, OpenSecrets.

<https://www.opensecrets.org/political-action-committees-pacs/what-is-a-pac>

Where the Money Came From, OpenSecrets.

<https://www.opensecrets.org/elections-overview/where-the-money-came-from?cycle=2020>

Who can and can't contribute, Federal Election Commission.

<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/candidate-taking-receipts/who-can-and-cant-contribute/>

토론문[1]

성 중 탁(경북대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서설

지금으로부터 정확히 10년 전인 2011년도에 중앙선관위가 법인과 단체의 정치자금 후원을 일부 허용하고 정당 후원회를 부활하는 내용의 정치자금법 개정 의견을 내부적으로 정리하여 국회에 제출하기로 하였다가 참여연대를 위시한 시민단체 등의 강한 부정적 여론을 의식하여 철회한 바 있다. 위 선관위개정안에는 법인과 단체에서 후원받을 수 있는 한도는 연간 1억5천만원이며 중앙당과 시도당 후원회는 각각 연간 50억원과 5억원씩 모금을 할 수 있도록 하는 내용을 담고 있었다. 법인 및 단체의 정치자금 기부를 금지한 것은 지난 2004년이다. 그 당시 법인과 단체의 정치자금 기부를 금지하게 된 배경에는 기업의 이해를 대변해주는 특정정당이 기업의 후원금을 독식하다시피 했으며 이는 정경유착의 고리를 더욱 견고하게 만들어주면서 각종 폐해가 양산되었기 때문이다. 2011년도 당시 선관위에서는 법인과 단체의 기부금의 50%는 후원 정당이 가져가고 나머지 50%는 국고보조금 배분 방식에 따라 각 정당에 분배하겠다면서 특정 정당의 독식을 막겠다는 의견을 제시하였지만, 기업의 이해관계를 대변해주는 특정정당으로의 기업의 기부금이 쏠리게 될 것은 충분히 예상이 될 수 있기 때문이다. 법인, 단체의 정치자금이 금지된지 17년이 지난 지금의 상황은 어떤가? 이러한 정치개혁의 노력으로 정치자금 모금이 소액다수제로 변화하면서 정치자금의 투명성이 크게 확보된 것은 분명 사실이며, 법인과 기업의 정치자금 기부에 대한 국민들의 의심과 우려는 여전히 가시지 않은 상황이다. 그럼에도 불구하고, 4차산업 혁명시대를 살아가고 명실 공히 선진국 대열에 합류한 대한민국 시민사회의 성숙한 민주의식을 감안할 때 법인과 단체의 기부도 이제는 어느 정도 허용할 필요성도 있다고 생각된다. 물론 기본적으로 선거권·피선거권 등 헌법이 보장한 정치활동의 주체는 개인인 만큼 이에 대한 후원 역시 개인을 통한 정치자금 후원이 가장 큰 원칙이며 중심이 되어야 한다. 법인과 단체의 후원을 전면 허용하게 되면 개인보다는 큰 금액의 후원을 손쉽게 받기 위해 각 정당들은 이들의 입맛에 맞는 활동을 노골적으로 펼칠 가능성이 높으며 이로 인해 소액다수제라는 정치자금의 큰 원칙이 사라지게 될 것이기 때문이다.

---

1) 수년간 이어져 이제는 소중한 전통이 된 3개 국가거점국립대 법전원 공동학술대회에서 토론을 하게 되어 영광입니다. 발제자의 발제문을 통해 다시 한번 법인과 단체의 정치자금기부에 대해 고민해 보는 뜻깊은 시간을 가졌습니다. 이하 본론에서는 경어를 생략함을 미리 양해 부탁드립니다.

Ⅱ. 허용 필요성

우리나라는 기업이 정부 정책의 수립과정에 영향력을 행사하기 위해 로비활동을 하거나 정당 또는 정치인을 지지하며 금전적인 기부를 하는 것을 정경유착의 행위로 간주하며 부정적으로 바라보는 경향이 강하고, 실제로 정치자금법 제31조에서 기업의 정치자금 기부를 명시적으로 금지하고 있다. 그러나 현실적으로, 이익집단인 기업이 정치활동에 전혀 관여를 하지 않을 수 없고, 법률로 금지한다 해도 음성적으로 정계와 기업 간 불법 자금이 오고 가기 마련이다. 이에 북미 및 유럽 지역에서는 기업의 정치활동을 무조건적으로 금지하기보다는 정치활동의 내용 및 정치자금의 금액과 사용처에 관한 공시 의무 강화, 이사회 감독강화, 주주승인 절차 의무화 등을 통해 주주의 권리를 보호하고 있다. 무엇보다 헌법상 기업이나 단체는 헌법상 보장된 정치적 표현을 할 수 있는 기본권 주체임은 부인할 수 없는 사실이다. 따라서 기업으로 하여금 음성적인 정관계 로비관행에서 벗어나 정치활동을 일부 허용하는 대신 정치적 표현행위와 관련된 정치활동 비용의 지출항목과 태양을 보다 투명하게 공개하도록 함으로써 기업들도 정치적 표현을 할 수 있는 여건을 이제는 어느 정도 재허용할 필요가 있다. 이는 미연방 대법원 판결과 같이 기업과 단체의 정치적 표현을 충분히 허용하되 엄격한 사후관리를 통하여 부정부패를 방지하는 것이 중요하다는 점에서도 거듭 확인된다.[2] 다만, 발제문에서도 지적하고 있는바와 같이 일반 사인에 비해 엄청난 자금력을 가진 기업의 정치자금 기부로 인한 정치적 표현의 불평등 문제는 기업의 정치적 표현을 위한 기부금 내지 지출금액에 개인과 마찬가지로 엄격한 상한을 두어 해결할 수 있을 것이다. 경제적 불평등이 정치적 불평등과 불공정으로 무조건 연결될 수 있다고 마냥 불안해하는 모양새는 21세기 초고도 인터넷시대를 살아가는 우리 국민의 의식 수준을 지나치게 무시하는 협소한 시각을 이제는 개혁의 대상으로 삼아봄직도 하다. 기부상한 금액설정 이외에도 보다 구체적인 방안으로서 정치자금 기부액의 규모에 대해 주주총회 (혹은 이사회)에서 승인을 요하도록 한다면, 기업이 정치권으로부터 받을 수 있는 부당한 정치자금의 압력에서 어느 정도 정당하게 벗어날 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다. 한 기업이 회사의 형편에 따라 지출할 수 있는

2) 미국 연방선거법 FECA 제431조는 기부를 하는 주체와 기부를 받는 주체에 따라 그 범위를 자세히 규정하고 있었으며, '국립은행 또는 기업체, 노동단체'의 기부(제441조의b)를 특별히 금지하고 있었다. 그러나, 위 조항은 2010년 연방대법원이 Citizens United States v. FEC 판결에서 위헌 결정되었다. 또한, BCRA 제441조(기업의 정치광고 금지) 규정과 관련하여, 2003년 McConnell v. FEC 판결에서는 선거일로부터 60일(예비경선의 경우 30일) 전부터는 기업이 후보자를 대신하여 광고비용을 지출하여 정치광고를 할 수 없도록 한 위 조항에 대하여 합헌으로 판단하였으나, 2010년 Citizens United v. FEC 판결에서는 위헌 판결을 하였다. 두 판결 모두 정치적 표현은 민주주의의 전제이며 정부가 정치적 표현을 제한하려면 필요 최소한의 방법으로 이루어져야 함을 전제하였으나, 위 McConnell 판결과 달리 Citizens United 판결은 위 법 조항이 정치적 의사의 왜곡을 방지하며 부패를 막는 수단으로서 의미가 전혀 없다고 판단하면서, **주주보호를 이유로 비영리기업을 포함하여 모든 기업에 대해 일률적으로 정치적 표현을 제한하는 것은 수정헌법 제1조의 이념에 반한다**고 판시하였다. 한편, 2014년에는 McCutcheon v. FEC 사건에서 위 BCRA §441a(a)(3)의 (A)와 (B) **개인의 기부금 총액제한 규정은 수정헌법 제1조에서 규정하고 있는 표현의 자유에 대해 불필요한 기본권 침해를 야기하므로 위헌무효**라고 판시하였다.

정치 자금 기부액의 한도를 미리 정하고 이에 대해 내부의 승인을 구하게 되면, 기업은 스스로의 판단에 따라 정해진 예산 가운데 적절하게 정치 자금을 사용할 수 있게 될 것이고, 또 그 규모를 넘어서는 정치권의 무리한 요구에 대해서는 이를 거부할 수 있는 합당한 근거가 될 것이라고 생각된다.

Ⅲ. 결론

우리 헌법은 대의민주주의 이념에 따라 주권자인 국민의 자유로운 정치참여를 보장하고 있다. 그러나 우리 공직선거법은 선거과정에서 주권자인 국민의 자유로운 정치참여활동을 상당히 제약하고 있음이 많은 사례를 통해 밝혀지고 있다. 특히 현행 공직선거법에서 규정하고 있는 선거운동 관련 상당수 조항들은 선거운동과정의 불공정성을 전제로 그 불공정함이 당연히 발생하리라 예단하고 있다는 점이다. 선거의 자유와 더불어 선거의 공정성도 충분히 보장되어야 하겠지만 본말이 전도되어 선거의 공정성을 위한 규제가 선거의 자유를 억압하고 제한하는 수단으로 작용하여서는 결코 안 될 것이다. 따라서 선거의 자유와 공정성의 합리적 균형점을 찾을 필요가 있다. 이를 위해 선거의 공정, 특히 선거운동의 공정에 있어 공정에 대한 개념과 그 적용대상에 있어 재정립이 요구되는바, 선거운동의 자유를 제약하지 않고 공정성을 보장하기 위해서는 현행 규제중심의 공직선거법을 자유를 보장하는 방향으로 대폭 삭제, 개정할 필요가 있다. 이와 함께 단체와 법인, 기업등의 정치자금기부 등의 선거운동도 일정부분 보장하는 한편 선거비용의 한도도 우리나라 경제규모와 현실에 맞춰 충분히 상향하되 이를 사후적으로 투명하게 관리하는 방향으로 관련 법령의 개정이 요구된다.

토론문

허 완 중(전남대학교 법학전문대학원 교수)

법인의 정치자금 기부에 관한 논의는 정치자금에서 중요한 논제의 하나이다. 하지만 적어도 한국 헌법학계에서는 이에 관한 논의가 활발하다고 보기는 어렵다. 이러한 상황에서 미국을 중심으로 이러한 문제를 다루는 허진성 교수님의 발표문은 의미가 있다고 생각한다. 특히 미국에서 논의되는 법인의 정치자금 기부 문제가 국내에 제대로 소개되지 않은 상황에서는 더욱 그렇다. 토론자도 이에 관해서는 거의 알지 못한다. 따라서 발표문을 읽으면서 많은 것을 알게 되었고 이것저것 다양한 고민을 하게 되었다. 이에 여기서는 발표문을 읽으면서 떠오른 몇몇 의문을 묻는 것으로 토론을 갈음하고자 한다.

1. 먼저 발표문 6쪽 13줄 이하를 보면 미국의 권리 능력 없는 사단은 한국에서 논의하는 권리 능력 없는 사단과 다른 것으로 보인다. 한국과 마찬가지로 미국도 정당을 권리 능력 없는 사단으로 보는 상황에서 미국의 정당을 제대로 이해하려면 미국의 권리 능력 없는 사단이 한국의 권리 능력 없는 사단과 어떻게 다른지를 알아야 할 것 같다. 이에 발표자에게 이에 관한 설명을 부탁드린다.

2. 미국에서는 일정한 법인과 노동조합의 정치자금 기부가 금지된다고 한다. 그럼 이와 관련하여 권리 능력 없는 사단의 정치자금 기부는 가능한 것인지, 나아가 법인의 정치자금 기부에 관한 내용이 권리 능력 없는 사단에도 적용되는지 궁금하다.

3. 2쪽 5줄 이하에서 여러 사건이 언급된다. 이중 *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건에 관해서는 뒤에 설명이 있으나, 다른 사건에 관해서는 아무런 언급이 없다. *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건도 다수의견과 소수의견에 관해서만 소개하고 있지 구체적인 사건 개요는 보이지 않는다. 이에 이러한 사건들에 관한 구체적인 소개가 필요하다고 생각한다.

4. 미국의 정치자금 기부와 관련하여 가장 중요한 특징은 정치 행동 위원회(PAC)의 인정인 것으로 보인다. 미국에서 법인과 노동 조항의 정치자금 기부를 금지하면서 정치 행동 위원회(PAC)를 인정하는 이유는 무엇인지 자세한 설명을 부탁드린다. 특히 이를 인정함으로써 얻는 구체적인 실익이 무엇인지 궁금하다.

5. 후보자의 공인 위원회가 언급되는데, 이것이 무엇인지 설명을 부탁드린다. 특히 이것이 한국의 후원회와 비교할 만한 것인지 궁금하다.

6. 미국에서 논의되는 단체의 정치자금 기부 허용 논의와 관련하여 한국 상황에 비추어 한국에서도 제기될 수 있는 찬반 논거가 무엇인지 설명해 주시기 바란다.

7. 마지막으로 미국의 정치자금 논의를 살펴보시면서 우리 법제 개선방안에 도움이 될 만한 지침을 찾으셨다면 말씀해 주시기 바란다.

Section 5

기타법

[주제발표]

제1주제 : 산업재해보상보험법상 업무상 개념과 인과관계
- 발표자 : 이달휴 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

제2주제 : 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성
- 발표자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

제3주제 : 지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려한 입법 및 해석 방향- 일반적인 법리 적용과 엄격한 귀책사유 판단의 필요성을 중심으로-
- 발표자 : 강명수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

[제1주제]

산업재해보상보험법상 업무상 개념과 인과관계

이달휴 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 윤석찬 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

산업재해보상보험법상 업무상 개념과 인과관계

이 달 휴(경북대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 들어가기

산업안전보건법은 산업재해를 방지하기 위하여 사업주에게 산업안전보건의무를 부과하는 법이다. 실상 우리나라 산업안전보건법은 제도적인 관점에서 보면 근로자의 산업재해를 방지하기 위하여 상세한 내용과 체계성을 가지고 있는 매우 훌륭한 법이라고 할 수 있다. 이러한 훌륭한 법이 있음에도 우리나라는 산업재해의 왕국으로서 오명이 높다.

우리나라의 사망만인율은 1.09이고 그 중 질병사망만인율은 0.62이며, 사고사망만인율(노동자 만명 당 재해사고로 사망한 사람의 수)은 2020년 기준 0.46으로 영국의 0.04(2016년), 독일의 0.15(2015년), 일본의 0.16(2016년), 미국의 0.37(2016년)보다 높다.

2020년 근로자의 사망자수 2,062명이며 그중 사고 사망자수는 882명, 질병 사망자수는 1,180명이다. 질병 사망자를 질병의 종류에 따라 분류해보면 **뇌심질환**(463명, 39.2%), **진폐**(412명, 34.9%), **직업성 암**(162명, 13.7%) 순으로 많이 발생하였다. 2020년 재해자수는 108,379명이며, 그 중 사고 재해자수: 92,383명, 질병 재해자수: 15,996명이다. 그리고 재해율은 0.57%이며 그 중 사고 재해율은 0.49%, 질병 재해율은 0.08%이다.[1)]

이는 통계에 포함된 경우를 말하는 것이므로 실상 통계에 포함되지 않은 재해자수를 고려하면 재해자수와 재해율은 더 증가하리라 생각한다. 이러한 재해자수는 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법'이라 한다)이 적용되는 숫자를 말한다고 할 수 있다.

이와 같이 산재로 인한 사망자수를 주요 선진 OECD국가와 비교하면 상당히 높은 편이라고 할 수 있다. 경제규모 세계 10대국가로의 성장이 담고 있는 우리나라의 어두운 면이라고 할 수 있다.

산업재해에 대하여는 무엇보다도 산업재해를 방지하기 위하여 최선의 노력을 다하는 것이 최고다. 그럼에도 불구하고 산업재해가 발생하였을 경우, 산재보험법에 근거하여 산업재해를 당한 근로자에게 재해보상을 하는 것이 필요하다. 즉 산업재해를 당한 근로자는 노동능력의 감소나 상실이 오기 때문에 소득능력이 감소되거나 상실된다. 소득능력의 감소나 상실은 생활의 곤란을 초래하므로 산업재해를 당한 근로자에게 생활보장을 해주어야 한다.

생활보장을 위하여 산재보험법상 산재급여가 피재근로자 또는 유족에게 지급되어야 한다. 그

1) 고용노동부(산재예방정책국 산재예방정책과) 2020.12월말 산업재해발생현황.

런데 업무상의 재해가 아니면 피재근로자는 산재급여를 받지 못하므로 “업무상 재해”이냐에 따라 산재급여를 받든지 받지 못하든지의 결과가 나타난다.

우리 법원은 업무상의 판단을 상당인과관계로 판단한다. 그런데 이러한 상당인과관계로 업무상을 판단하는 경우 문제가 발생한다. 즉 상당인과관계로 판단할 수 없는 경우임에도 상당인과관계로 판단하는 경우가 발생한다.

이러한 경우 피재근로자가 산재보험법상 산재급여를 받을 수 있는 산재사고임에도 불구하고 산재급여를 지급받지 못하는 경우가 발생한다. 더구나 최근에 이러한 문제의 해결에 있어서 가장 중심적인 산재보험법 규정인 제37조에 대한 입증책임이 문제되었고, 이에 대한 대법원 전원합의체의 판결이 나왔다. 대법원전원합의체 판결을 계기로 산재보험법에서 가장 중요한 제37조의 규정을 분석·정리할 필요가 있다고 생각한다.

이에 산재보험법 제37조를 구체적으로 분석하여 “업무상”개념을 명확하게 하고, 이에 근거하여 산재보험법 제37조의 문제점을 지적하면서 대법원전원합의체 판결에 대한 사견과 입법개정의 필요성을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 산재보험법규정의 업무상 개념과 연혁

1. 산재보험법규정상 업무상 개념

산재근로자가 급여를 받기 위해서는 ‘업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우 또는 사망한 경우’라야 한다. 따라서 근로자가 부상, 질병, 사망하였더라도 그 재해가 ‘업무상’이 아니면 급여를 받지 못한다(산재보험법 제40조 요양급여, 제52조 휴업급여, 제57조 장해급여, 제62조 유조급여, 제71조 장례비). 따라서 업무상의 개념을 이해하는 것이 매우 중요하다.

그리고 산재보험법 제5조에는 개념을 규정하고 있는데, 동조 제1호에는 “업무상 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.”고 규정하고 있다. 업무상 재해에서 재해란 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말하므로 ‘업무상’은 ‘업무상의 사유’라는 것을 알 수 있다.

사유가 까닭을 의미하고, 까닭은 일이 생기게 된 원인이나 조건[2]을 말하기 때문에 업무상 재해는 “업무를 조건이나 원인으로 발생한 재해”라는 의미이다. 이러한 정의는 매우 단순하기 때문에 구체적 기준이 필요하다. 이에 산재보험법 제37조에 ‘업무상의 재해의 인정 기준’을 정하고 있다. 이 규정의 제1항을 보면 “근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관

2) NAVER사전, 까닭(표준국어대사전).

계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 동 조항에서 말하는 각호는 다음과 같이 규정되어 있다.

1. 업무상 사고

가. 근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고
나. 사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고
다. 삭제
라. 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고
마. 휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고
바. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고

2. 업무상 질병

가. 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병
나. 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병
다. 「근로기준법」 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병
라. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병

⑤ 업무상의 재해의 구체적인 인정 기준은 대통령령으로 정한다.

2. 제37조 "업무상"의 입법 연혁

우리의 산업해보상보험법은 법률 제1438호로 1963. 11. 5. 제정되었고, 이 법은 1964. 1. 1. 시행되었다. 이 법의 제1조 목적을 보면 " 제1조(목적) 이 법은 산업재해보상보험 사업을 시행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하며, 재해근로자.....한다."고 규정되어 있다. 그리고 제3조에 업무상의 재해에 해당하기 위하여 업무수행성과 업무기인성이 필요하다고 규정하고 있다. 즉 제3조는 " ①이 법에서"업무상의 재해"라 함은 업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다."고 규정하고 있다.

산재보험법은 제정 당시 법률에 '업무상의 재해'의 정의 규정을 두고, 업무상의 재해는 업무수행성과 업무기인성을 요건으로 하고 있다. 그러나 업무수행성과 업무기인성에 대한 구체적인 인정기준에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 업무상의 재해의 구체적인 인정기준은 노동부의 예규 형식으로 존재하다가, 1995. 4. 29. 구 「산재보험법 시행규칙」(노동부령 제97호)에서 규정하게 되었다(제32조 및 제33조).[3)]

노동부령 제97호 산재보험법 시행규칙에서 규정한 업무상 규정에 대한 입장은 원칙적으로 업무수행성과 업무기인성을 수용하고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 동 시행규칙 제32조와 제33조[4)]를 보면 업무수행성(동법 시행규칙 제32조 제1호:업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태)과 업무기인성(동법 시행규칙 제32조 제2호: 사고와 근로자의 사상간에 상당인과 관계가 있을 것)을 취하는 문구를 사용하고 있기 때문이다.

그런데 위 인정기준은 입법형식상 상위법령에 근거를 두지 아니한 것으로서 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 일반국민을 기속하는 효력이 없다는 문제가 제기되자, 산재보험법은 1999. 12. 31. 법률 제6100호 개정을 통하여 '업무상의 재해'의 정의 규정인 제4조 제1호에 "이 경우 업무상의 재해의 인정기준에 관하여는 노동부령으로 정한다."라는 제2문을 신설함으로써, 법률에 업무상의 재해 인정기준의 구체적인 내용을 하위 규정에 위임할 수 있는 근거를 마련하였다.[5)]

이후 2007년 개정 시 산재보험법에 이 사건 조항을 신설하여 구 노동부령에 위임했던 업무상

---

3) 대법원 2021. 9. 9.선고 2017두45933 판결.

4) 산업재해보상보험법시행규칙[시행 1995. 5. 1.] [노동부령 제97호, 1995. 4. 29., 전부개정]
제32조 (업무상 사고) 사고로 인한 근로자의 사상이 다음 각호의 요건에 해당되는 경우에는 이를 업무상 재해로 본다.
1. 근로자가 근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 사고가 발생하거나 사업주가 관리하고 있는 시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 사고가 발생하여 사상하였을 것
2. 사고와 근로자의 사상간에 상당인과 관계가 있을 것
3. 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 사상이 아닐 것
제33조 (업무상 질병) ①근로자의 질병에의 이환이 다음 각호의 요건에 해당되는 경우로서 그 질병이 근로기준법시행령 제54조의 규정에 의한 업무상 질병의 범위에 속하는 경우에는 업무상 요인에 의하여 이환된 질병이 아니라는 명백한 반증이 없는 한 이를 업무상 질병으로 본다.
1. 근로자가 업무수행과정에서 유해요인을 취급하거나 이에 폭로된 경력이 있을 것
2. 유해요인을 취급하거나 이에 폭로될 우려가 있는 업무를 수행함에 있어서 작업시간·근무기간·폭로량 및 작업환경등에 의하여 유해인자의 폭로정도가 근로자의 질병 또는 건강장해를 유발할 수 있다고 인정될 것
3. 유해요인에 폭로되거나 취급방법에 따라 영향을 미칠 수 있는 신체부위에 그 유해인자로 인하여 특이한 임상증상이 나타났다고 의학적으로 인정될 것
4. 질병에 이환되어 의학적인 요양의 필요성이나 보험급여 지급사유가 있다고 인정될 것
②업무상 부상으로 인하여 질병에 이환된 근로자의 상태가 다음 각호의 요건에 해당되는 경우에는 이를 업무상 질병으로 본다.
1. 부상으로 인한 신체의 손상과 질병간에 신체부위 및 시간적·기능적 관련성이 의학적으로 인정될 것
2. 부상의 원인·정도 및 상태등이 질병의 원인임이 의학적으로 인정될 것
3. 기초질환 또는 기존질병이 있는 근로자의 경우 그 질환 또는 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것

5) 대법원 2021. 9. 9.선고 2017두45933 판결.

의 재해의 인정기준을 법률에서 유형별로 직접 규정하고, 구체적인 인정기준은 대통령령으로 정하도록 하였다(제37조 제3항).[6)]

3. 현행 산재보험법 제37조 규정의 문제점

우리 산재보험법 제37조 규정은 업무상 재해일 경우 산재보험법의 보호를 받을 수 있도록 하고 있으며, 업무상을 업무와 재해간 상당인과관계로 해석한다. 그런데 제37조 제1항 제1호 바와 동조 제1항 제2호 라에서 “그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고(질병)”라는 규정을 두고 있는데 이것이 어떤 의미를 갖느냐에 따라 업무상을 상당인과관계로 규정하는 법조항에 문제가 발생한다.

만약 이 문구가 학설이 말하는 업무관련성을 말한다면 문제가 발생한다. 즉 상당인과관계의 상당성보다 업무관련성의 범위가 넓다. 이는 하부조항이 더 넓은 보호범위를 보이고 있기 때문에 문제가 발생한다는 것이다. 그렇지 않고 사고행위와 업무와의 관계, 즉 업무관련행위를 말한다면 행위와 업무와의 관계는 인과관계에 포함되지 않는다는 의미이다. 이는 상당인과관계와 관계가 없기 때문에 문제를 발생하지 않는다고 생각할 수 있다.

다음에서는 이를 밝히기 위해서 먼저 업무상 개념이 어떤 의미를 가지고 있는지, 그것을 알기 위해서 입법의 의미를 살펴보고, 그리고 업무관련행위가 인과관계에 포함되는지 되지 않는지를 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 업무상 용어의 의미와 판단

민법이나 형법에서는 어떤 행위와 결과 사이를 연결하기 위해서 인과관계를 사용하는데, 왜 산재보험법은 업무상이라는 단어를 사용했을까.

이를 서술하기 전에 법에서 인과관계가 어떠한 의미이고 어떤 기능이 있느냐를 먼저 알아보기로 한다.

1. 인과관계와 법적 인과관계

1) 인과관계의 의미

라틴어 ‘사이엔티아(scientia)'에서 유래한 '과학(science)'이라는 개념은 인과적 지식 혹은 원인에 관한 인식을 의미한다. 원인 혹은 인과성은 과학을 규정하는 핵심요소이자 과학 그 자체의

6) 대법원 2021. 9. 9.선고 2017두45933 판결.

목표인 셈이다.[7] 인과성 또는 인과관계는 일반적으로 객관적 실재의 사물들, 과정들, 체계들 사이에 존재하는 연관작용의 한 형식으로서 원인이라고 불리는 하나의 현상이 일정한 조건 아래서 결과라고 불리는 특정의 현상을 필연적으로 산출하는 것을 말한다.[8]

이러한 인과성은 꽁트(Comte)에 의하여 근대적 책임윤리가 되었다. 즉 근대합리주의는 확실하지 않은 사항에 대해서는 최종적인 판단을 유보한다. 이러한 태도는 꽁트의 실증주의를 통해 가장 뚜렷하게 나타났다. 꽁트의 실증주의에서는 신학적 단계와 형이상학적 단계를 넘어선 실증적 사고의 단계에 이르게 되고, 여기에는 현상을 현상으로 설명하는 인과적 사고가 지배하게 되고, 이러한 사고에 기초할 때 인간이 책임져야 할 사항은 자신의 행위에 한정되어야 한다고 한다.[9]

2) 법적 인과관계

법적 인과관계가 있다고 하기 위해서는 먼저 사실상의 인과관계가 인정되어야 한다. 이러한 의미에서 인과관계는 사실상 인과관계와 법적 인과관계로 나누어 검토되어 진다.[10]

법적 관점에서 인과관계를 고찰할 때에는 결과를 발생시킨 많은 조건들 중에서 법적 관점에서 보아 결과 발생의 원인으로 인정되는 일정한 조건만을 결과 발생에 대한 원인이라고 보고 있다. 따라서 법학에 있어서 인과관계는 가치론적 관점에서 정립된 법적 개념이며, 법적 인과관계이론은 어느 조건에 법적 효과를 부여하기 위한 귀책이론 또는 귀속이론이다. 따라서 각 법의 목적에 따라 인과관계가 달리 나타날 수 있다.[11] 하지만 인과관계가 그 결과를 발생시킨 구체적 타당성을 찾는 것이지만 이 외에 인과관계는 미래사안을 예측할 수 있는 가능성을 보장하는 기능을 가지고 있다.[12]

3) 산재보험법상 의학적 인과관계요건

우리 산재보험법 시행령 제37조에는 산재보험법 제37조 제1항의 “업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병”을 인정하기 위해서는 「1. 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정

---

7) 박찬종, “사회학에서 인과성의 문제”, 경제와 사회 94호, 비판사회학회, 2012, 178면.
8) 한국철학사상연구회 편, 철학대사전, 동녘, 1989, 1095면.
9) 차진아, “사회적 약자의 인권에 관한 연구”, 공법학연구 제13권 제2호, 한국공법학회, 2012, 197면
10) 그런데 인과관계를 사실상의 인과관계만으로 볼 때에는 인과관계가 무한히 영속될 수 있기 때문에 이를 합리적으로 제한하기 위하여 영미법계 국가에서는 “근접한 원인(promixty cause)”이라는 개념을 사용하고 있는 반면에 독일에서는 상당한 원인이라는 개념을 사용하고 있다(Honoré, Anthony, Causation and Remoteness of Damage Chap. 7 of vol, 11(Torts) in International Encyclopedia of Comparative Law sec. 20, 80-90; Shavell, Steben, Economic Analysis of Accident Law, 1987, p. 114(오용호, “불법행위소송에 있어서 인과관계의 입증”, 법조 48권 12호 , 법조협회, 240면에서 재인용).
11) 이상광, “산재보상보험법의 인과관계에 관한 고찰” 노사포럼 23, 한국경영자총회, 2004, 200-201면.
12) 이상돈 ; 홍승희 ; Hilgendorf, E ., “근대인과론의 의미에서 합법칙적 관계”, 안암법학, 안암법학회, 1999, 195면.

될 것 2. 기초질환 또는 기존 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것」 이 요구되고 있다.

이러한 의학적 인과관계를 요구하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 즉 업무상 질병에 있어서 엄격한 의학적 인과관계를 요구하는 것은 산재보상제도의 사회보장법적 성격을 볼 때 합리적인 것은 아니다. 업무의 관련성이 일정 정도 인정할 수 있을 때 업무상으로 인정하여 산재보험급여를 행하는 것은 근로자의 생활보장의 목적에 비추어 기업에 대해서 부당한 부담을 강요하는 것은 아니다.[13)]

우리 대법원은 아래의 판례(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두46155 판결)에서 나타나듯이 엄격한 의학적 인과관계를 요구하지 않고 있다. 법적 인과관계의 논리에 따라 산재보험법의 목적과 성질에 근거한 합리적 판결이라고 생각한다.

4) 판례(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두46155 판결)

우리 판례는 다음과 같이 "업무상 사유"를 인과관계로 보며, 어느 정도의 인과관계를 요구하는가에 대해서는 상당인과관계를 취하고 있다고 할 수 있다. 그런데 질병의 유발이나 악화에 있어서 상당인과관계의 적용을 보면, 업무가 질병의 유발이나 악화의 공동원인으로 작용했다면 상당성을 인정한다고 할 수 있다.

『산재보험법 제5조 제1호에서 정한 '업무상의 사유에 따른 질병'으로 인정하려면 업무와 질병 사이에 인과관계가 있어야 한다. 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 하고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명하여야 하는 것은 아니고 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 증명이 있다고 보아야 한다. 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무의 과중 등이 원인이 되어 자연적인 진행속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 증명이 있는 경우에 포함된다. 그리고 이때 업무와 질병과의 인과관계 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두23764 판결, 대법원 2020. 5. 28. 선고 2019두62604 판결 등 참조).』

2, 업무상 용어의 연원과 존재이유

1) 업무상의 연원과 의미

우리 산재보험법은 왜 근로자가 업무상 부상·질병·사망의 경우에 산재보험법의 보호를 받는다

13) 荒木誠之, 勞災補償法の硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 163-164쪽.

고 했을까? 이에 대해서는 다음과 같은 이유가 있을 것이다.

첫째, 우리 산재보험법이 모델로 한 일본법에 업무상이라는 단어가 나타나기 때문이다. 보통 각 법을 제정할 때 일반적으로 선진제국의 법을 계수하는 경향이 강하다. 즉 선진제국의 법을 모델로 하여 법을 제정하는데, 그러한 선진제국의 법으로서 일본, 프랑스, 영국, 독일을 생각할 수 있다.

그 중 일본법이 우리에게 직접적인 영향을 주었다고 할 수 있다. 왜냐하면 영국, 프랑스, 독일 같은 나라는 산재보험법의 적용요건으로서 "업무상"이라는 단어를 사용하지 않고 있다. 업무상이라는 단어를 사용하는 나라는 일본밖에 없기 때문이다.

일본의 산업재해보험에 대한 연혁을 간단히 살펴보면, 일본의 노재보상의 법제도가 일응의 형태로 갖춘 것은 명치 말기에 제정된 공장법이었다. 그 법에 포함된 재해부조의 규정이 일응의 형태였다. 그 이전에 법령이 단편적으로 나타났지만 매우 불충분하였다. 재해부조의 규정은 그 후 약간의 수정이 있었지만 기본적으로 변경없이 제2차 대전 후의 노동기준법의 재해보상규정과 노동자재해보상보험법으로 이행되었다.[14]

공장법에서 "업무상"이라는 단어가 처음 나오는데 그 이전의 "취업상"이 업무상으로 바뀌었다고 생각한다. 즉 공장법 이전 명치 23년 광업조례 제72조에 취업상이라는 용어가 다음과 같이 나타난다. 광부가 "자기의 과실에 근거하지 않고 취업상 피재를 당한 경우"[15] 광업주에게 구휼의무를 부과하였다.[16].

일본의 노동재해보상보험법(약칭하여 "노재법"이라 한다)은 1957년 법률 제50호로 제정되었는데, 이 법이 지금까지 적용되고 있다. 제1조와 제2조의2에 '업무상의 사유'라는 단어가 나타나고 있다. 특히 제2조의 2를 보면 "제1조의 목적을 달성하기 위하여 업무상의 사유, 복수사업노동자의 2 이상의 사업의 업무를 요인으로 하는 사유 또는 통근에 의한 노동자의 부상, 질병, 사망 등에 관하여 보험급부를 행하는 외 사회복귀촉진사업을 행할 수 있다로 규정되어 있다. 이러한 일본의 노재법을 모델로 하여 우리도 업무상의 단어를 사용하였다고 본다.

둘째, 그러면 일본은 왜 인과관계라 하지 않고 업무상이라고 했을까 이는 영국이나 프랑스법을 참고로 하여 그렇게 했을 것이다. 특히 일본은 영국의 산재보험법의 영향을 많이 받았다.[17] 즉 영국의 accident arising in thr course of employment 그리고 out of the employment 때문에 업무상으로 규정하였다고 추측할 수 있다.

2) 업무상의 의미

그렇다면 일본의 노재법에서 규정된 "업무상"이라는 단어의 구체적 의미가 무엇이냐이다. 이를

14) 荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 47면.
15) "自己ノ 過失ニ 非スシテ 就業上 被災"(明治23年 鑛業條例 제72조).
16) 荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 51면
17) 荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 144면

알기 위해서 일반적으로 산업재해보상보험제도가 형성되기 전의 과정을 살펴볼 필요가 있다. 처음에는 민법의 불법행위와 채무불이행에 의한 손해배상으로 근로자가 입은 산재를 해결하였다. 특히 불법행위에 의한 손해배상청구을 통하여 근로자가 산재보상을 해결하였는데, 이러한 청구는 피재근로자가 불법행위의 요건을 입증하여야 한다. 더하여 사용자는 면책의 항변을 사용할 수 있었다. 즉 위험인수, 공동작업, 기여과실의 논리에 따라 사용자는 산재책임을 피할 수 있었다.

그러나 산재의 증가에 따른 피재근로자의 생활곤란으로 인하여 이러한 민법적 시각의 산재보상해결에 대한 비판이 일어났다. 그리하여 사용자에 대한 무과실책임이 주장되고 이것을 받아들여 사용자책임보상법의 형태가 나타났다. 그런데 이러한 사용자책임보상법의 제도도 사용자가 산재보상을 할 수 있는 재정능력이 없으면 유명무실한 제도로 될 수 밖에 없었다.

이에 사회보험형태로서 산업재해보상보험제도가 고안되어 산재보험법이 독자적으로 만들어지거나 사회보장법전에 통합되어 나타나는 형태로 되었다.

이러한 산업보상제도의 발전사에서 업무상이라는 단어는 사용자책임법과 관련이 있다. 즉 개인사업주의 책임을 나타내기 위해서 업무상이라는 단어를 사용하였다. 왜냐하면 사용자책임법에서는 사용자가 산재에 대해서 무과실책임을 지는데, 사용자의 무과실이라고 하더라도 사용자의 지배영역이 미치지 않는 일반적인 근로자의 생활영역에서 생활하다가 발생한 사고는 사용자가 책임을 지지 않는다는 것이다. 이를 표현하기 위해서 업무상이라는 단어를 사용하였다.[18] 실상 사회보험제도로서 산재보상제를 생각한다면 사용자 전체에 책임을 부과하는 것이 원칙이지만 산재보상제도의 이면에는 개인 사용자의 책임의 논리와 결부되어 있다고 할 수 있다. 이는 산업안전보건법에서 개인 사업주에게 안전보건조치의무를 부과하는 규정과 결부되어 있다고 할 수 있다.[19]

3. 업무상 판단의 학설과 판례

(1) 산재보험법상 "업무상"이란 업무상 사유란 의미이다. 산재보험법 제5조의 정의규정을 보면, 제1호에 「"업무상의 재해"란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.」고 규정하고 있다. 그리고 산재보험법 제40조의 요양급여규정 제1항을 보면, 「요양급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급한다.」고 규정하고 있으며, 휴업급여, 장해급여, 유족급여도 업무상의 사유가 명시되어 있다.

산재보험법은 재해를 당한 근로자, 즉 재해가 발생하였을 경우 산재보험법의 보호를 받느냐의 문제인데, 업무상의 재해일 경우 산재보험법의 보호를 받는다는 것이다.

재해가 없는 경우에는 업무상을 논할 필요가 없기 때문에 업무상의 재해는 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망이 업무상의 사유로 일어난 재해라야 한다. 즉 업무상과 재해 사이에 인과관계

18) 荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 142면
19) 荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 141-143면

가 있어야 한다는 것이다. 그리고 산재보험법 제37조에 의하면, 이러한 인과관계가 인정되는데 있어서 어느 정도의 인과관계를 요구하느냐의 문제가 발생한다.

실상 이렇게 해석하는 경우 행위가 업무에 해당되는가의 판단은 인과관계에 포함되는가 그렇지 않는가의 문제가 발생한다. 이러한 문제를 알아보기 위하여 먼저 학설을 살펴보고자 한다.

(2) 학설

a) 상당인과관계설

업무와 상병 등의 재해간에 업무가 일반인의 생활경험상 그러한 결과를 발생시켰다는 고도의 개연성이 있어야 한다는 상당인과관계설이 있다.[20] 따라서 상당인과관계설은 행위와 사고 그리고 사고와 재해간에 상당인과관계가 있어야 한다는 의미이기 때문에 이중의 인과관계라고 할 수 있다. 그런데 어떤 행위가 업무이냐에 대한 판단도 인과관계로서 이해하고 상당성이 있어야 업무로 인정한다고 한다면 3중의 인과관계가 요구된다고 할 수 있다.

b) 2요건설(업무수행성과 업무기인성)

영국에서 1897년도 처음으로 사용되었고, 세계적으로 영어권 국가에서 2요건설을 채택하고 있다. 실상 이에 대한 분쟁이 늘어나고 있는데, 이는 빈약한 입법기안의 결과가 아니라 이 문구에 내재하는 결과이다. 즉 그것은 업무상 부상을 다른 것과 구별하려는 바로 그 시도에 기인한다.[21]

업무상을 업무기인성과 업무수행성으로 판단하는 것이 2요건주의이며 영국이 기원이다. 영국은 상병의 산재보험법보호 요건으로서 첫째, 정신적 육체적 부상이 있어야 한다. 둘째, 사고가 원인이 되어야 한다. 셋째, 그 사고는 업무로 인하여 발생하여야 하고, 그리고 업무 중에 발생하여야 한다.[22] 즉 업무수행 중에 업무에 기인하여 발생한 사고로 인한 상병은 모두 산재보험법이 보호를 받는다.[23] 이러한 요건을 요구하는 대상은 재해성 부상의 경우이다.[24] 즉 질병은 원칙적

---

20) 상당인과관계설을 설명할 때 보통 책이나 논문에는 개연성으로 설명되는데, 소송법상 상당인과관계를 입증하는데 있어서는 고도의 개연성이 있어야 상당인과관계를 인정한다.

21) 김성권,“영국의 업무상 사고 인정기준에 관한 연구(경북대학교 법학석사학위논문)”, 경북대학교 대학원, 2007, 13면; Richard Lewis, Employers' Liability and Workers' Compensation: England and Wales, 2010,p.145.

22) N.J Wikeley MA/ A I Ogus CBE BCL MA, THE LAW OF Social Security Law, Butterworth, 2002, p.721

23) 김성권,“영국의 업무상 사고 인정기준에 관한 연구(경북대학교 법학석사학위논문)”, 경북대학교 대학원, 2007, 13면.

24) 安枝英呻, “イギリス”, 勞動災害補償法論, 法律文化社, 1985, 26면.

으로 제외된다는 것이다.

2요건주의는 산재보험법상 업무상을 업무수행성으로 보는 관점이다. 왜냐하면 업무기인성은 업무와 재해간에 인과관계가 있어야 한다는 의미이고, 어떤 행위를 하다가 사고가 발생하면 그 사고로부터 재해가 발생하는 것은 명백하므로 어떤 행위가 업무이냐의 판단만 남아있다고 할 수 있다. 즉 어떤 행위가 업무이냐의 판단은 업무수행성으로 판단한다는 의미이다.

c) 업무관련성설

업무관련성은 재해와 위험 사이에 매개된 업무와 상병의 사이에 시간적 관련성과 공간적 관련성의 이중의 관련성이 있어야 한다는 것을 의미한다. 공간적 관련성은 보상제도의 목적에 의거하여 널리 종속노동관계로서 규정된 노동자의 행동이나 상태에 재해의 위험이 작용하여 혹은 작용한 것이라는 추정된 관계를 말한다. 즉 업무와 재해 사이의 위험의 관련성을 말한다.

시간적 관련성은 공간적 관련성에서 작용한 재해의 원인인 위험이 시간적 경과 속에서 상병 등의 재해로서 현실화하고 혹은 현실화된 것으로 추정된 관계를 말한다. 즉 재해의 원인인 재해의 위험과 재해의 관련을 의미한다.[25] 이러한 업무관련성설과 유사한 요건을 취하는 국가로서 프랑스와 캐나다 퀘벡법이 있다.

가) 프랑스

프랑스는 1945년 ordonnance에 산재보상제도를 사회보장제도의 일환으로 제도화 한다는 것을 규정하였다. 이 ordonnance에 따라 1946년 10월 30일"산업재해직업병의 예방 및 보상에 관한 법률"(Loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles)이 제정되었다.[26]

이 법에서는 노동재해로서 법의 보호를 받기 위해서는 재해와 노동 사이에 일정의 관련이 존재하여야 한다, 즉 재해가 업무를 수행하는 것에 의하여 또는 업무에 관하여(업무의 기회에)[27] (par le fait ou à l'occasion du travail) 발생하는 것이 필요하다(art. L. 415 C. S. S.).[28] 이 조건은 재해를 일반의 일상생활사에서 나타나는 재해와 구별하고 이것에 직업적 셩격을 부여하는 요건이다.

입증은 사고성 재해의 경우 산업재해로서 추정된다. 노동시간에서 노동장소에서 돌발한 모든 사고는 반증이 없는 한 산업재해로 추정된다. 즉 그것이 노동과 전적으로 무관계한 원인을 갖는

25) 김교숙, "산재보상법리에 관한 연구", 법학박사학위논문, 부산대대학원, 1988, 120면.
26) 水野勝, "フランス", 勞動災害補償法論, 法律文化社, 1985, 101면.
27) 업무의 기회로 번역하는 경우도 있다(荒木誠之, 勞災補償法의 硏究, 總合勞動硏究所, 1981, 37면).
28) 水野勝, "フランス", 勞動災害補償法論, 法律文化社, 1985, 104면.

것이 입증되지 않는 한 산업재해로 추정된다.[29]

나) 캐나다 퀘벡법

노동으로 일어난 손해의 책임과 손해의 보상에 관한 퀘벡법[30]은 1909년부터 “업무수행”과 “업무에 관하여(노동의 기회로) 발생한 사건”(accidents survenant par le fait du travail ou à l'occasion du travail)라는 개념[31]에 대해서 언급하고 있다. 업무수행은 노동의 실행이나 습관적인 업무의 실행을 말한다. 업무관련성(업무의 기회로)은 재해와 노동 사이에 명확한 관계가 나타나지 않은 상황을 말한다. 즉 직접적 원인없이 피재근로자의 노동이 업무와 관련된 또는 다소 업무수행에 유용한 행위로 나타나야 법의 보호를 받는다.[32]

d) 사견

우리 산재보험법은 제37조에서 보는 바와 같이 산업재해에 부상뿐만 아니라 직업성 질병 나아가 직업관련질병도 포함하고 있다.

그런데 업무상 부상과 업무상 질병의 경우 인과관계 경로가 다르다. 업무상 부상의 경우 ㄴ자형으로, 업무상 질병은 l 자형으로 이해하면 쉽게 차이를 알 수 있다. 즉 업무상 부상의 경우 위에서 ⓑ업무<-ⓐ행위->ⓒ사고->ⓓ부상의 형태이고 업무상 질병의 경우에는 ⓐ업무 또는 환경-ⓑ질병의 형태로 나타난다. 업무상 부상의 경우 ⓐ행위와 ⓑ 업무 사이에 관련성이 있어야 하고, ⓐ행위와 ⓒ사고 사이에 인과관계가 있어야 하고, ⓒ사고와 ⓓ부상사이에 인과관계가 요구된다. 그래서 업무상 부상의 경우 이중의 인과관계가 요구된다고 한다. 즉 ⓐ행위와 ⓒ사고 사이의 인과관계와 ⓒ사고와 ⓓ부상사이의 인과관계가 요구된다. 이중의 인과관계에 의하면 앞의 ⓑ업무와 ⓐ행위 사이를 인과관계로 보지 않는다.

독일에서는 ⓑ업무와 ⓐ행위 사이를 내적 인과관계 또는 객관적 인과관계라 하고, 즉 ⓑ행위와 ⓒ사고 사이를 사고의 인과관계, ⓒ사고와 ⓓ부상사이를 책임을 근거짓는 인과관계라 한다.[33]

업무상 부상의 경우 이중의 인과관계는 중요하지 않고 내적 또는 객관적 인과관계가 중요하다. 왜냐하면 이중의 인과관계는 명확하게 증명이 되기 때문이다. 그러므로 업무상 부상의 경우 행위

29) 水野勝, “フランス”, 勞動災害補償法論, 法律文化社, 1985, 106면.
30) Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent, SQ 1909, c 66 [Loi de 1909].
31) Loi de 1909, ibid, art 1,15.
32) G., Martel, N. & Vallée, G. « À l'occasion du travail » : une notion classique utile à la reconnaissance de l'obligation de disponibilité des travailleurs? Une exploration de la jurisprudence. Revue générale de droit,48(2), Érudit, 2018, pp.263-264.
33) 김영미 역, 독일 재해보험법 해설(상), 근로복지공단 근로복지연구원, 2019, 121면.

가 업무에 해당하느냐의 내적 인과관계의 문제로 나타난다.

우리 법은 이를 업무관련행위로까지 확장하였다고 할 수 있다. 따라서 업무상 부상의 경우 업무관련성이란 업무관련행위와 일치한다고 할 수 있다. 이 경우 상당인과관계설에 의하면 행위가 업무에 해당하느냐를 상당성으로 판단한다는 것이다.

그런데 업무상 질병의 경우 업무상 부상의 경우에 나타나는 행위가 업무이냐의 문제가 원칙적으로 나타나지 않는다. 왜냐하면 사고성 질병을 제외하고는 업무상 질병의 경우 사고가 나타나지 않기 때문이다. 그러므로 업무 그 자체인 업무행위 또는 업무환경과 질병간에 인과관계가 인정되느냐의 문제로 나타난다. 이 경우 업무관련성설은 상당인과관계가 없더라도 질병이 업무 그 자체인 업무행위 또는 업무환경과 관련성이 있다면 업무상으로 된다는 것이다.

인과관계가 책임의 본질이기 때문에 업무관련성설은 보호적 인과관계라 할 수 있다. 즉 인과관계를 인정할 때 어느 정도까지 요구하느냐의 문제가 나타난다. 업무관련성설은 업무와 재해의 직접적 원인을 밝히지 않더라도 업무와 재해간 관련이 있다는 것만으로 인과관계를 인정한다고 할 수 있다.

그러므로 산재보험법 제37조 제1항 제2호의 라의 규정은 업무관련성을 나타내고 이는 상당인과관계와 조화되지 않는 문제를 발생시킨다.

Ⅳ. 산재보험법상 입증책임

1. 산재보험법 제37조 업무상의 입증책임원칙

산재보험법 제37조의 입증문제는 매우 중요하다. 왜냐하면 산재보험법의 적용요건을 충족해야만 산재보험법의 적용을 받아 피재근로자 및 그 가족이 급여를 받을 수 있기 때문이다. 실상 요건의 충족을 입증하기가 매우 어려운 경우가 있다. 특히 근로자가 직업병이 발생하였을 경우나 직업관련질병이 발생하였을 경우 이러한 질병의 원인을 규명하는 것은 더욱 곤란하다. 왜냐하면 질병은 장기간에 서서히 발병하기 때문에 질병이 발생한 근로자가 퇴직을 하고 난 후 또는 직장을 옮기고 발병하는 경우 등이 있기 때문이다.

산재보험법 제1항의 규정을 보면, 본문규정은 간주규정이니까 피재근로자측에 입증의 책임이 있고, 단서규정은 사용자에게 입증책임이 있다고 할 수 있다. 그런데 우리 대법원 전원합의체판결은 단서규정에 대한 입증책임은 근로자에게 있다고 하였다.

이러한 대법원 전원합의체의 판결에 의하여 향후 단서규정에 대한 입증책임이 근로자에게 있다고 할 수 있는가의 문제가 나타난다. 이에 대법원 전원합의체 판결을 분석하고자 한다.

2 판례분석(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결)

1) 사건의 개요 및 경과

가. 원고의 아들 소외인(생년월일 생략, 이하 '망인'이라고 한다)은 2014. 2. 24. 주식회사 삼성에이치알엠에 입사한 후 협력업체인 (상호 생략)에 파견되어 근무하면서 휴대전화 내장용 안테나의 샘플을 채취하여 품질검사를 하는 등의 업무를 수행하였다.

망인은 2014. 4. 19. 출근 후 09:54경 동료 직원과 함께 약 10분 동안 약 5kg의 박스 80개를 한 번에 2~3개씩 화물차에 싣는 일을 한 후 사무실로 걸어가다가 갑자기 쓰러져 병원으로 옮겨졌으나 '박리성 대동맥류 파열에 의한 심장탐포네이드(Cardiac Tamponade, 이하 '이 사건 상병'이라고 한다)'로 사망하였다.

원고는 2014. 7. 1. 피고에게 산재보험법상 유족급여 및 장의비 지급을 청구하였으나, 피고는 2014. 9. 22. '망인의 사망원인인 이 사건 상병과 업무 사이의 상당인과관계를 인정하기 어려워 업무상 질병으로 인정되지 않는다.'는 이유로 유족급여 및 장의비 부지급처분(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)을 하였다.

나. 원고는 망인의 사망은 과로와 스트레스로 인한 업무상의 재해에 해당한다고 주장하면서 이 사건 처분의 취소를 구하였다.

원심은 산재보험법 제5조 제1호의 업무상의 재해로 인정하려면 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 이 경우 근로자의 업무와 재해 사이의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다는 확립된 대법원 판례 법리를 전제한 다음, 원고가 들고 있는 사정만으로는 망인이 과중한 업무로 인하여 이 사건 상병을 일으켜 사망하였다고 추단하기 어려우므로 망인의 업무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다.

2) 대법원 판결

[다수의견] 산업재해보상보험법상 보험급여의 지급요건, 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부 개정된 구 산재보험법(2017. 10. 24. 법률 제14933호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 산재보험법'이라 한다) 제37조 제1항 전체의 내용과 구조, 입법 경위와 입법 취지, 다른 재해보상제도와의 관계 등을 고려하면, 2007년 개정으로 신설된 구 산재보험법 제37조 제1항은 산재보험법상 '업무상의 재해'를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 근로복지공단(이하 '공단'이라 한다)에 분배하거나 전환하는 규정으로 볼 수 없고, 2007년 개정 이후에도

업무와 재해 사이의 상당인과관계의 증명책임은 업무상의 재해를 주장하는 근로자 측에게 있다고 보는 것이 타당하므로, 기존 판례를 유지하여야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 산재보험법상 업무상 재해의 개념, 보험급여의 지급요건 및 구 산재보험법 제37조 제1항 전체의 내용과 구조를 종합적으로 살펴보면, 구 산재보험법 제37조 제1항에서 말하는 업무상의 재해에 해당하기 위해서는 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고 이는 보험급여의 지급요건으로서 이를 주장하는 근로자 측에서 증명하여야 한다고 볼 수 있다. 구 산재보험법 제37조 제1항은 본문에서 업무상 재해의 적극적 인정 요건으로 인과관계를 규정하고 단서에서 그 인과관계가 상당인과관계를 의미하는 것으로 규정함으로써, 전체로서 업무상의 재해를 인정하기 위해서는 상당인과관계를 필요로 함을 명시하고 있을 뿐, 상당인과관계의 증명책임을 전환하여 그 부존재에 관한 증명책임을 공단에 분배하는 규정으로 해석되지 아니한다.

(나) 구 산재보험법 제37조 제1항의 입법 경위와 입법 취지, 특히 구 산재보험법 제37조 제1항 단서가 자구 수정과정에서 비로소 추가된 점 등에 비추어 보면, 2007년 개정 당시 구 산재보험법 제37조 제1항의 신설은 노동부령에 위임했던 업무상 재해의 인정기준을 법률에서 유형별로 직접 규정한 다음 구체적인 인정기준은 대통령령으로 정하도록 함으로써 포괄위임 논란을 해소하고, 업무상 재해의 인정 요건으로 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 필요하다는 원칙을 분명하게 하려는 데에 취지가 있었다. 이에서 더 나아가 구 산재보험법 제37조 제1항 단서 규정을 통하여 상당인과관계 증명책임의 전환과 같이 산업재해보상보험제도 운영에 근본적인 변화를 가져올 수 있는 사항의 변경까지 의도하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어렵다.

(다) 구 산재보험법 제37조 제1항에 따른 업무상 재해의 인정 요건에 관하여만 공단이 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 부존재를 증명하여야 한다고 해석하는 것은, 산재보험법상 진폐 등에 관한 규정 및 관계 법령들에 따른 재해보상제도의 전반적인 체계와 조화되지 아니하고 입법자가 전혀 예정하지 않았던 상황을 초래하므로 수긍하기 어렵다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이흥구의 반대의견] 다수의견은 산재보험법 제5조 제1호에서 정한 '업무상의 재해'를 주장하는 당사자에게 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임이 있다는 기존 판례가 타당하다고 한다.

그러나 이러한 태도는 2007년 산재보험법 개정 이전에 형성된 판례를 그대로 따르는 것으로서 2007년 산재보험법 개정으로 신설된 구 산재보험법 제37조 제1항의 의미를 등한시하는 해석이다. 구 산재보험법 제37조 제1항에 따르면, '업무상의 재해'의 인정 요건 가운데 본문 각호 각 목에서 정한 업무관련성이나 인과관계에 대해서는 이를 주장하는 자가 증명하고, 단서에서 정한 '상당인과관계의 부존재'에 대해서는 상대방이 증명해야 한다고 보아야 한다. 이것이 법률해석에

관한 일반 원칙에 부합한다. 따라서 '업무상의 재해'에 관한 이러한 증명책임 원칙에 반하는 판례는 변경되어야 한다.

3) 판례에 대한 사견

(1) 본 사건의 특징

본 판결의 대상이 된 사건은 직업관련질병이다. 이러한 직업관련질병은 일반적으로 업무로 발생하는 질병(직업병)과는 다른 특징을 보인다. 즉 직업관련질병은 직업과 관련없는 기존 질병인 기저질환이 있다. 이러한 기저질환이 업무로 인하여 악화되거나 사망한 경우에 산재보험법상 급여의 대상이 되는가가 문제이다.

우리 판례의 논리에 따르면 개인이 업무와 관계없이 발생한 기저질환은 원칙적으로 업무상 재해가 아니다. 직업관련질병이 업무상 재해가 되기 위해서는 업무가 기저질환을 악화시키거나 사망케 하여야 한다.

2) 직업관련질병의 업무상 판단의 학설과 판례

a) 상대적 유력원인설과 공동원인설

학설은 상대적 유력원인설과 공동원인설로 나뉜다. 즉 기저질환의 악화나 사망의 원인으로서 업무와 업무 이외의 원인 중 어느 것이 결정적으로 작용했느냐에 의하여 판단하는 것이 상대적 유력원인설이고, 이 두 가지 원인 중 상대적으로 유력하게 작용했느냐에 대한 판단없이 양자가 공동으로 작용했다면 업무상의 재해를 인정하는 것이 공동원인설이다.[34] 기저질환의 악화나 사망에 대하여 업무가 기여했다면 공동원인으로서 인정된다고 할 수 있다.

우리 법률은 상대적 유력원인설에 비중을 두고 있다.[35] 상대적으로 유력하다는 판단은 업무가 과중부하이냐로 판단한다. 즉 평상시의 업무와 달리 과중한 업무가 부과되고, 그러한 과중한 업무로 인하여 근로자의 기존질환이 악화되었다는 것이다.

b) 법적 인과관계와 공동원인설

34)) 상세한 설명은 이달휴, "과로사에 관한 고찰", 정파배병우박사화갑기념 노동법과 사회정의, 지학사, 1994, 189-200쪽; 上畑鐵之丞, "過勞と過勞死", 勞働の科學48卷12號, 勞働科學研究所, 1993.12, 3-5면 참조.

35) 산재보험법 시행령 별표[3] "업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준"(제34조제3항 관련) 1호 참조.

법학에 있어서 인과관계는 가치론적 관점에서 정립된 법적 개념이며, 법적 인과관계이론은 어느 조건에 법적 효과를 부여하기 위한 귀책이론 또는 귀속이론이다. 따라서 각 법의 목적에 따라 인과관계가 달리 나타날 수 있다.[36]

공동원인설은 기저질환의 악화나 사망에 대하여 많은 조건이 작용하였지만 그러한 결과를 발생시킨 많은 조건들 중에서 법적 관점에서 보아 결과 발생의 원인으로 인정되는 일정한 조건만을 결과 발생에 대한 원인이라고 보고 있다. 즉 업무가 기저질환의 악화나 사망을 가져오게 한 기여원인이 되면 충분하다.

일반법에서 관련성은 사건의 법적 요소 중 하나를 입증 또는 반증하거나 사건의 요소 중 하나를 더 가능성이 있도록 만드는 입증가치를 갖는 특정 증거 항목의 경향이다.[37] 업무관련성설은 업무가 기저질환의 악화나 사망에 관련되어 있다는 것만으로 공동원인설이 인정된다는 것이다, 왜냐하면 제37조 제1항의 제1호 바목과 제2호 라목에서 업무와 재해간에 관련성만 있으면 업무상 재해로 간주되기 때문이다. 즉 재해가 비업무로 발생하였다는 상당인과관계가 인정되지 않는 이상 업무상 재해로 간주되기 때문이다.

c) 업무관련성의 입증

일반적으로 관련성은 증거사항의 본질적인 특성은 아니며 그 사건에 있어서 증거사항과 적절하게 증명할 수 있는 문제 사이의 관계로서만 존재한다[38]. 그러므로 관련성은 전부 또는 전무의 문제가 아니라 정도의 문제로서[39] 관련성 있는 증거는 사건에서 사실의 존재의 개연성에 대한 평가에 영향을 미치는 능력이다. 즉 관련성은 "증거가 없는 경우보다 행위의 존재를 결정하는데 있어서 그 행위가 더 높거나 더 낮은 존재가능성을 보여주는 경향이 있다.[40] 이를 논리적 관련성이라고 한다. 논리적 관련성은 단지 증거가 사건의 사실과 논리적 연관성이 있다는 것을 요구할 뿐이다.[41] 그러므로 소송에서 문제의 사실의 평가에 합리적 또는 간접적으로 영향을 미칠 수 있는 증거인 경우 관련성이 존재한다.[42]

산재보험법에서 사고가 업무와 관련되어 있어야 한다는 것은 산재보험법의 본질이며, 업무관

---

36) 이상광, "산재보상보험법의 인과관계에 관한 고찰" 노사포럼 200-201면.

37)Hill, Gerald N., and Kathleen T. Hill. "Probative Legal Definition of Probative." The Free Dictionary by Farlex. July 2007. Farlex Inc. 2 July 2007. https://encyclopedia.thefreedictionary.com/Probative#cite_ref-29

38) Advisory Committee's Note to Rule 401, Fed. R. Evid.

39) DEIRDRE WILSON & DAN SPERBER, "Relevance Theory", Handbook of Pragmatics , Blackwell, 2004, pp.251-252.

40) The meaning of "relevance" in U.S. law is reflected in Rule 401 of the Federal Rules of Evidence(Relevance, Wikipedia, the free encyclopedia).

41) HIGH COURT OF AUSTRALIA IMM v The Queen [2016] HCA 14.14 April 2016 D12/2015

42) Evidence Act 1995, s55; Smith v The Queen [2001] HCA 50(Date of Order: 21 June 2001, Date of Publication of Reasons: 16 August 2001, S233 and S234/200).

련성은 이러한 논리적 관련성만으로 업무와 재해 사이의 인과관계를 인정한다는 것이다. 즉 불법행위제도는 피해자가 입증을 요구하는데 반하여 업무관련성은 어떻게 산재가 발생하였느냐와 관계없이 업무관련성만 입증하면 된다.[43]

d) 판례(대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두39297 판결)

"산재보험법 제5조 제1호에서 정한 '업무상의 사유에 따른 사망'으로 인정하려면 업무와 사망의 원인이 된 질병 사이에 인과관계가 있어야 한다. 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 하고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명하여야 하는 것은 아니고 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 증명이 있다고 보아야 한다. 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무의 과중 등이 원인이 되어 자연적인 진행속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 증명이 있는 경우에 포함된다. 그리고 이때 업무와 질병 또는 사망과의 인과관계 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2019두62604 판결 등 참조)."

우리 대법원은 질병이 자연발생적인 경로로서 질병이 악화 또는 사망이 아니라면 직업관련질병에 대하여 업무상의 재해로 인정한다. 즉 산재보험법의 보호를 받는다. 이는 공동원인설에 근거하고 있다고 할 수 있다.

3) 사견

본 사건의 경우 직업관련성질병에 대한 업무상 판단의 문제이다. 이와 관련하여 산재보험법 제37조의 입증책임이 문제되었다.

그런데 이에 대해서는 본 사건의 입증책임문제와 산재보험법 제37조의 입증책임문제는 구별되어야 한다. 왜냐하면 산재보험법 제37조의 입증책임은 본문은 근로자가 단서는 사용자가 입증을 하는 것이 논리적이면서 민소법상 입증책임분배논리와 일치한다고 할 수 있다.

하지만 본 사건은 직업관련질병의 악화나 사망문제이기 때문에 근로자가 업무로 인하여 악화나 사망하였다는 것을 입증하여야 한다. 왜냐하면 직업관련질병은 업무가 아닌 일상 개인생활로부터 발병하였기 때문에 업무상이 아니다. 따라서 직업관련질병이다라는 것에 대해서는 사용자가 입증책임을 부담하여야 한다. 사용자가 직업관련질병을 입증하면 근로자는 산재보험법의 보호를

43) Ken Oliphant & Gerhard Wagner, Employers' Liability and Workers' Compensation, De Gruyter, Inc, 2012, p.137.

받지 못한다. 다만 그러한 일상생활로 인한 기저질환이 업무와 관련하여 악화나 사망이 발생하였다는 것을 근로자가 입증하면, 즉 그 악화나 사망에 대한 업무관련성을 근로자가 입증하면 산재보험법의 보호를 받는다.

Ⅴ. 결론

산재보험법 제37조는 '업무상의 재해의 인정 기준'을 정하고 있다. 그 규정의 제1항을 보면 "근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다라고 하고 있기 때문에 이는 부상에 있어서는 업무관련행위를 말하고, 질병에 있어서는 업무관련성을 말한다고 할 수 있다. 단서의 규정은 그러한 업무관련성 중에서 재해가 업무와 관련이 없다고 명백히 인정되는 경우, 즉 업무와 관련성이 없다는 징표, 즉 업무와 관련이 없다는 상당인과관계가 있는 경우에는 업무상으로 인정하지 아니한다고 해석되어야 한다. 따라서 단서의 규정은 "업무와 재해사이에 관련성이 없다는 상당인과관계가 있는 경우에는 그러하지 아니하다"로 규정되어야 한다.

그리고 본 조항에 대한 입증책임은 본문은 근로자가, 단서는 사용자가 입증하여야 한다. 단 직업관련질병의 경우에는 직업관련질병이라는 것을 사용자가 입증을 부담하고, 그러면 근로자는 기저질환이 업무와 관련하여 악화되었거나 사망하였다는 것을 입증해야할 책임이 있다고 할 수 있다. 이렇게 해석하여야 제37조의 규정과 조화를 이룰 수 있다고 생각한다.

토론문

조 상 균(전남대학교 법학전문대학원 교수)

1. 발제문의 요지와 의의

「산업재해보상보험법(이하 '산재보험법'이라 한다.)」 제5조에서는 업무상 재해에 대하여, '업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장애 또는 사망'으로 정의하고 있습니다. 동시에 구체적인 사안에서 업무상 재해를 인정하는 기준에 대해서는 종래 「노동부예규」, 「산업재패보상보험법 시행규칙」에서 업무상 재해의 인정기준을 규정하고 있었지만, 이들 규정이 국민을 직접 구속하는 법규성을 인정할 수 없거나[1] 입법형식상 상위법령에 근거를 두고 있지 않는다는 이유[2]로 2007년 12월 14일 전면 개정된 산재보험법에 업무상 재해의 인정기준을 직접 규정하여 산재보험법 제37조가 성립되었다고 할 수 있습니다. 그러므로 산재보험법 제5조에서 업무상의 재해에 대한 정의규정을 두고, 업무상 재해의 구체적인 인정기준에 관해서는 제37조에서 별도로 규정하고 있다고 할 수 있습니다..

이러한 과정을 통해서 성립된 현행 산재보험법 제37조제1항은 구체적인 업무상 재해의 인정기준에 대해 '근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니한다'고 규정하여, 업무상 사고(제1호), 업무상 질병(제2호), 출퇴근 재해(제3호) 등에 대해서 규정하고 있습니다.

발제문은 이러한 산재보험법 제37조와 관련하여 해석상 논란이 될 수 있는 문제로 첫째 산재인정기준인 '업무상'의 개념에 대한 해석을 둘러싼 문제와 둘째 같은 법 제37조제1항이 규정체계상 단서조항이 기존 해석과 달리 업무상 재해에 관한 분쟁에서 업무와 재해 사이에 상당인과관계에 대한 증명책임을 전환하자는 취지인지에 대한 해석상 논란에 대한 해명을 주된 목적으로 기술하고 있는 것으로 이해됩니다.

특히 발제문은 업무상 재해의 인정에 관한 원론적인 '업무상'이라는 개념 확정을 시도하고 있고, 증명책임의 전환문제를 다룬 최근의 대법원판결을 논거의 대상으로 삼고 있다는 점에서 학계 및 실무에 던지는 시사점이 매우 크다고 생각되고, 개인적으로 공부할 기회를 주신 점에서 감사드립니다.

---

1) 대법원 1990.9.25.선고 90누2727 판결에서 대법원은 '업무상재해인정기준에 관한 노동부예규는 그 규정의 성질과 내용이 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 데 불과한 것이어서 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니(다)'고 판단하여 노동부예규의 법규성을 부정하였다.
2) 대법원 1997.3.28.선고 96누18755 판결

이하에서는 발제문의 내용을 토대로 제가 가진 의문에 대해서 질문드리는 것으로 토론에 갈음하고 합니다.

2. 몇 가지 질문

1) '업무상' 개념의 확정과 관련하여

① 발제의 관심중 하나는 산재보험법 제37조의 산재인정기준으로서의 '업무상'개념을 명확히 하자는데 있는 것 같습니다. 그런데 기본적으로 산재로 인정되기 위해서는 산재법 제5조의 업무상의 재해에 대한 정의규정에 합치해야 하므로, '업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장애 또는 사망'을 업무상의 재해라고 할 수 있습니다.

그런데 2007년 산재보험법이 개정되기 이전과 이후를 구분해 보면 법률상 '업무상재해인정기준'이 법원을 구속하는지, 구속하지 않는지에 대한 형식적인 차이일 뿐 실제 판단은 업무수행 중(업무수행성)에 업무에 기인(업무기인성)하여 발생한 재해를 '업무상'의 요건 또는 판단기준으로 삼고있고, 업무와 재해사이의 인관관계가 존재해야 함에도 다른 점이 없습니다.

그럼에도 불구하고 '업무상'의 개념을 명확히 해야 한다는 실익은 어디에서 찾아야 하는지 궁금합니다.

② 인과관계와 관련한 기술에서 산재보험법 제37조제1항제1호와 제2호의 인과관계 경로에 대한 구분하시면서 제37조제1항제2호의 라의 규정은 상당인과관계와 조화되지 않는 문제를 발생시킨다고 하셨는데, 그렇다면 어떻게 해야 하는지에 대한 해명이 결론부분에 나타나 있지 않는 것 같습니다. 이에 대한 구체적인 대안에 대한 설명을 부탁드립니다.

2) 증명책임 전환과 관련하여

증명책임과 관련하여 발제문에서 들고 있는 2021.9.9.선고 2017두45933 판결은 기본적으로 공단의 처분에 대한 취소를 구하는 행정소송으로 업무와 재해 사이에 상당인과관계에 대해서 종래와 마찬가지로 이를 주장하는 측에 입증책임이 있다는 점을 확인한 판례라고 할 수 있다. 그러므로 제37조제1항 본문 및 단서 모두 일체로 보아 증명책임을 전환하는 것으로 해석되지 않는 것으로 판단하고 있다.

그런데 이 문제에 대해서 발제자는 제37조제1항 본문에 대한 상당인과관계에 대해서는 이를 주장하는 근로자측이 부담한다고 하면서도 단서조항의 '상당인과관계의 부존재'는 사용자가 부담해야 한다고 주장하고 계십니다.

이러한 주장은 무과실책임을 인정하고 있는 현행 산업재해보상체계와 관련해서도 납득할 수 없고, 판결의 반대의견의 '상당인과관계의 부존재'에 대해서도 상대방이 증명하는 것이 법률해석에 관한 일반 원칙에 부합한다'는 주장에서의 상대방도 공단을 의미하는 것으로 해석된다는 점을 감안하면 다소 무리한 주장이 아닌가 생각됩니다. 게다가 행정소송에서 당사자가 아닌데 사용자가 이를 증명해야 한다는 논거는 증명책임의 이론에도 부합하지 않는 것으로 생각됩니다. 이러한 반론에 대한 발제자의 견해는 어떤지 궁금합니다.

토론문

윤 석 찬(부산대학교 법학전문대학원 교수)

먼저 이달휴 교수님의 발제를 통하여 많은 점을 배웠습니다. 왜냐하면 노동법을 전공하지 않는 저에게는 “산업안전 보건법 그리고 산업재해 보상보험법”에 관하여 논의할 기회조차 없었기에 토론자로서의 소중한 기회를 통하여 이번 논제에 관하여 깊이 있게 공부하고, 생각할 수 있는 기회를 가져서 더욱 의미가 깊었습니다. 그리하여 감사의 말씀을 전하고 싶습니다. 이하에서는 발제와 관련하여 몇가지 의문이 있기에 이에 대한 질의를 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

첫째는 원론적인 질문으로서 1 면에서 발제자님은 “우리나라의 산업안전보건법은 그 내용의 상세성이나 체계성에 있어서 매우 훌륭한 법이라고 평가하셨는데, 그럼에도 불구하고 우리나라는 산업재해의 왕국으로서의 오명이 높다”고 평하셨는데 이처럼 우리나라에서 이처럼 “법과 현실”의 괴리가 나타나게 되는 근본적인 이유가 무엇인지를 질의합니다.

둘째는 2 면에서 발제자님은 “업무상 재해”를 “업무를 조건이나 원인으로” 해석하셨는데, 이는 결국 “업무로 因하여”라 해석되고 여기서의 原因 혹은 因은 결국 인과관계에서의 因이라 볼 수 있습니다. 그렇다면 어디까지를 因으로 볼 것인가가 문제인데, 2 면과 4 면에서 발제자님이 산재 보상보험법 제 3 7 조 제 1 항을 언급하신 바와 같이, 동규정의 단서에 의하면 결국은 업무와 재해 사이에 “상당인과관계”가 있어야만 업무상의 재해로 본다는 취지입니다. 그런데 4 면에서 산재 보상보험법 제 3 7 조 제 1 항 제 1 호 (업무상 사고) 의 “바”에서의 “그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고”를 학설상의 “업무 관련성”으로 파악한다면 상당인과관계의 상당성보다 업무 관련성의 범위가 넓기에 하부조항이 더 포괄적인 보호범위를 보인다고 비판하셨는데,

저의 소견으로는 산재 보상보험법 제 3 7 조 제 1 항 제 1 호 (업무상 사고) “바”에서의 “그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고”라고 규정한 입법자의 입법의도는 다음과 같다고 보입니다. 산재 보상보험법 제 3 7 조 제 1 항 제 1 호 업무상 사고) 라는 목차에서의 “가, 나, 다 (삭제), 라, 마”는 상기에서의 제 1 호 (업무상 사고) 에 관한 대표적인 예시 사유들이고, 이러한 예시 사유들에 준하여 취급할 수 있는 예시되지 않은 많은 사유들을 포섭하기 위하여 일반조항적 성격으로서 “기타 업무상 사고”라는 규정을 두었기에 결국 이들 모두가 산재 보상보험법 제 3 7 조 제 1 항 단서의 해석에 근거하여 모두 “상당인과관계”가 있다는 전제에서 입법한 것으로 파악할 수 있게 됩니다. 발제자님의 고견을 듣고 싶습니다.

이상입니다.

[제2주제]

축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성

조상균 교수님 (전남대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 문무기 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 오상호 교수님 (창원대 법학과 교수)

축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일 배제의 위헌성

– 헌법재판소 2021.8.31. 2018헌마563 결정 –

조 상 균(전남대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 사실관계

1. 청구인(이하 'X'라 한다)은 2017.8.25.부터 같은 해 10.14까지 이 사건 사용자(이하 'Y'라 한다)의 농장에서 소들의 관리, 사료 제공, 분뇨 정리 등의 업무를 Y가 제공하는 농장 숙소에서 생활하며 근무하던 근로자이다.

2. X는 Y의 농장에서 위 기간동안 토요일과 공휴일을 포함하여 매일 오전6시부터 오후 18시까지 점심시간을 제하고 총 11시간의 근로를 제공하였음에도 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금을 지급받지 못하였다.

3. X는 Y의 농장에서 퇴직후 2017.11.14. 근로감독관으로부터 근로기준법에 근거하여 축산업 종사자에 대해서는 가산임금을 청구 할 수 없음을 알게 되었다.

4. X는 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로기준법에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 「근로기준법」 제63조제2호(이하 '심판대상조항'이라 한다.)가 인간의 존엄성을 보장받을 권리 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 2018.1.29. 국선대리인 선임신청을 하였고[1], 2018.6.1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

5. X의 헌법소원심판 청구에 대해서 판단한 것이 이 사건 결정이다.

---

1) 「헌법재판소법」 제25조제3항에서는 '각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다'고 규정하여 변호사강제주의를 취하고 있고, 같은 법 제70조제1항에서는 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력(資力)이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있고, 이 경우 헌법소원심판의 청구기간은 국선대리인의 선임신청이 있는 날을 기준으로 정한다고 규정하고 있다. 그러므로 이 사건의 경우 같은 법 제69조의 청구기간 도과여부에 대한 기준일은 선임된 국선대리인이 심판청구서를 제출한 날이 아니라, 청구인이 국선대리인 선임신청을 한 2018.1.29.이 된다고 할 수 있다.

Ⅱ. 결정의 요지(이하 '판지'라고 한다) – 심판청구 기각

1. 헌법소원 청구기간[2]을 준수하였는지 여부(판지1)

「법령에 대한 헌법소원은 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다. 여기서 청구기간 산정의 기산점이 되는 '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'이란 '법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날'을 가리킨다 할 것이고, 나아가 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다」

「청구인은 2017.8.25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018.1.29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'로부터 1년의 청구기간을 준수하였다.」

「청구인은 2017.11.14. 경 심판대상조항으로 인하여 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 할 것이므로, 그때로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.」

2. 헌법 제32조제3항 근로의 권리(근로조건 법정주의) 침해여부(판지2)

「헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 입법자가 이를 민주적으로 조정할 필요가 있으며, 경제적·사회적 상황의 변화에 따라 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건에 관한 기준을 탄력적으로 구체화하기 위함이다. 따라서 인간의 존엄에 상응하는 근로조건의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이므로, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하고 있

2) 「헌법재판소법」 제69조제1항에서는 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.'고 규정하고 있고, 어느 한 기간이라도 도과하게 되면 심판청구는 부적법하게 된다.

는지 여부에 달려있다.」

「심판대상조항은 근로기준법상의 근로시간이나 휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용하도록 하는 대신 축산업의 계절적 특성 등을 고려하여 사용자와 근로자가 사업특성에 맞는 근로조건을 자율적으로 정하도록 한 것이므로, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다.」

3. 평등권 침해여부(판지3)

「특정 산업에 대하여 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 해당 산업의 특성, 근로실태, 근로자보호의 필요성 및 사용자의 법 준수능력뿐만 아니라 근로기준법을 적용하는 경우 관련 산업의 운용 및 고용에 미칠 전반적인 영향에 대한 장래예측도 수반되는 전문적인 경제·노동정책의 문제이므로 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정된다. 따라서 심판대상조항의 평등권 침해여부에 대한 판단에는 합리성 심사기준이 적용된다.」

「심판대상조항은 위와 같은 축산업의 특성을 고려하여 획일적으로 근로기준법상의 기준을 강요하는 대신 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것이므로, 차별취급의 합리성을 인정할 수 있다.」

4. 결론

「청구인의 심판청구를 기각한다[3].」

Ⅲ. 평석

1. 결정의 의의와 특징

이 사건은 「근로기준법」 상 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로시간 및 휴일의 적용을 제외하고 있는 심판대상조항이 청구인의 권리를 침해하고 있는지 여부가 다루어진 사건으로, 구체적으로는 본안이전의 적법요건에 대한 판단으로 이 사건 심판청구가 청구기간을 준수하였는지, 본안에 들어가서 심판대상조항이 「대한민국헌법」 제32조제3항의 근로조건법정주의에 따라 인

3) 이 사건에서 총9인의 재판관중 재판관 1인은 기각의견, 재판관 5인은 헌법불합치의견, 재판관 3인은 각하의견으로 결정되어, 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수였지만, 「대한민국헌법」 제113조제1항, 「헌법재판소법」 제23조제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용 결정을 위한 6인의 심판정족수에 이르지 못하여, 결국 이 사건 심판청구는 기각되었다.

간의 존엄성을 유지하기 위한 최소한의 합리성을 담보하고 있는지 여부와 축산업에 종사하는 근로자 전부를 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 「근로기준법」 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용을 제외하는 것이 평등권을 침해하는지 여부 등이 쟁점으로 할 수 있다.

현행 「근로기준법」 제63조는 농수산업 종사자(제1호 및 제2호 관련), 감시·단속적 근로 종사자로서 고용노동부장관의 승인을 받은 사람(제3호 관련), 감독·관리·기밀 취급 종사자(제4호 및 동법 시행령 제34조 관련)에 대해서 산업 및 업무의 특수성을 감안하여 근로시간 등을 엄격히 규제할 필요가 높지 않다는 이유를 들어 동법 제4장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정을 제외하고 있다[4]. 그러므로 「근로기준법」 상 법정근로시간(제50조), 주휴일과 공휴적용휴일(제55조), 가산임금(제56조) 등은 이들 근로자에게 적용이 배제된다.

종래 「근로기준법」 제63조를 둘러싼 법적인 쟁점은 주로 해당 사업 또는 직무가 심판대상조항에서 규정하는 근로시간 등의 적용 제외에 해당되는지 여부에 관한 문제라든지[5], 「근로기준법」 제63조의 '적용하지 아니한다'의 법적해석과 관련하여 적용제외 사업에 종사하는 근로자를 대상으로 별도의 취업규칙에서 연장근로수당이나 휴일근로수당를 부여한다는 규정을 두는 경우에 그 효력의 문제[6] 등 심판대상조항상의 적용여부 및 규정해석이 중심이었고, 「근로기준법」 제63조와 관련된 근로자의 기본권 침해의 문제는 동법 제63조제3호의 감시·단속적 근로자에 대한 근로시간, 휴일 규정의 배제에 국한되어 다루어져 왔다. 다만, 몇 차례 제기된 감시·단속적 근로자에 대한 근로시간, 휴일 규정의 배제를 규정하고 있는 동법 제63조제3호에 대한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 집행행위 없이 법령이 바로 기본권을 침해하여야 한다는 헌법소원의 요건(기본권침해의 직접성)이 결여되어 있다는 이유로 각하하거나[7], 청구기간의 도과를 이유로 각하되거나[8], 또는 헌법재판소가 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판청구를 하여 각하되어[9] 사실상 본안에 들어가서 이 문제에 대해서 판단한 경우는 없었다고 할 수 있다. 게다

---

4) 구체적으로 농수산업 종사자의 경우에는 일반적으로 자연조건의 영향을 강하게 받게 되므로 인위적으로 근로시간을 규제하기 어렵다는 점을, 감시·단속적 근로 종사자의 경우에는 정신적·육체적 피로가 적거나, 휴게시간 또는 대기시간이 많아 근로시간을 엄격히 규제할 필요가 높지 않다는 점을, 감독·관리·기밀 취급 종사자의 경우에는 그 직무의 성질상 경영자와 일체적 지위에서 출·퇴근 등에 재량을 가지므로 엄격한 제한을 받지 않더라도 보호에 소홀함이 발생하지 않는다는 점을 적용 배제의 이유로 들고 있다. 임종률, 『노동법(제19판)』 박영사, 2021.2.25. 492~493쪽; 김형배, 『노동법(제27판)』 박영사, 2021.9.30. 555~557쪽; 하갑래, 『근로기준법(제34판)』, ㈜중앙경제, 2021.5.17. 292~296쪽 참조.

5) 대법원 2020.2.6.선고 2018다241083 판결(제1호 적용여부); 대법원 1989.2.28. 선고 88다카2974 판결(제4호 적용여부)

6) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결; 이들 판례에서는 「근로기준법」 제63조의 '규정을 적용하지 아니한다'는 것은 사용자에게 근로시간 등에 관한 규정을 준수할 의무가 없다는 것일 뿐, 사용자의 취업규칙 등에 대상 근로자에게 근로시간 등을 적용한다는 취지의 규정을 둔 경우에는 그 효력이 있다고 판단하고 있다. 다만 감시·단속적 근로자로 고용노동부장관의 승인을 받은 근로자의 경우에는 별도의 취업규칙에서 근로시간과 휴일,휴게 등에 관하여 규정하고 있다고 하더라도 고용노동부장관의 인가를 받은 근로자에 대하여는 적용할 수 없다는 판단도 있다(대법원 1997.7.11. 선고 96다45399 판결)

7) 헌법재판소 2020.2.18. 선고 2020헌마132 결정; 헌법재판소 2008.5.29.선고 2006헌마1291 결정

8) 헌법재판소 2000.1.12.선고 99헌마746 결정; 2012.11.27.선고 2012헌마891 결정;

9) 헌법재판소 2014.12.16. 선고 2014헌마1083 결정; 2013.1.29.선고 2013헌마33 결정

가 이 문제에 대한 학계의 논의도 그동안 근로자에 대한 근로시간에 대한 규제가 최근의 이슈였음에도 불구하고, 상대적으로 충분한 논의가 이루어져 왔다고 보기도 어렵다.

이러한 상황에서 나온 이 결정은 「근로기준법」 제63조에 따라 근로시간 및 휴일 규정이 배제된 근로자의 기본권 침해여부를 본안에서 다룬 최초의 헌법재판소 결정이라는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있고, 사안의 측면에서는 헌법소원의 청구인으로서 대부분을 차지하고 있었던 감시·단속적업무에 종사하는 근로자(제3호 관련)가 아닌 축산업에 종사하는 근로자(제2호 관련)라는 점이 특징이라고 할 수 있을 것이다.

무엇보다도 이 결정은 9인의 재판관중 5인의 재판관이 헌법불합치 결정을 내렸음에도 헌법소원 인용결정 정족수인 6인이 되지 못해 결론적으로 기각결정이 내려졌지만, 앞으로 전개될 심판대상조항을 둘러싼 학계의 개선을 위한 논의를 시작할 계기를 마련해 주고 있음은 물론, 헌법불합치 결정을 내린 다수의견에서 추가적으로 몇 가지 개선방안까지 제시하여 이 조항을 둘러싼 구체적인 논의 방향 및 내용까지 제시하고 있다는 점에서 큰 의미를 갖는 결정이었다고 평가할 수 있을 것이다.

2. 헌법소원 청구기간[10]을 준수하였는지 여부(판지1)

1) 판지의 요점 및 문제제기

판지1에서는 이 사건 심판청구의 적법요건에 대한 판단으로 이 사건 심판청구가 「헌법재판소법」 제69조제1항에서 규정하고 있는 청구기간을 준수하고 있는지에 대해서 판단하면서, 이 사건과 같은 법령에 대한 헌법소원은 '법령이 시행된 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다'는 종래의 헌법재판소의 결정 법리를 인용하면서 헌법소원 청구기간을 준수하였다고 판단하고 있다.

「헌법재판소법」 제69조제1항은 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년이내에 청구하여야 한다'고 규정하여 그 청구기간에 대한 규정을 두고 있다. 그런데 이 사건 심판청구와 같이 법령에 의한 기본권 침해의 경우, 같은 법 제69조제1항의 '그 사유'를 '법령의 시행'이라고만 해석하여 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일, 시행된 날로부터 1년을 도과하였다는 이유로 심판청구가 각하된다면 보편적으로 기본권 침해 사실을 인지하기 어려운 일반 국민의 헌법소원심판청구권을 과도하게 제한하는 결과가를 야기할 수 있다[11]. 이러한 문제 때문에 헌법재판소는 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우

10) 「헌법재판소법」 제69조제1항에서는 '헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.'고 규정하고 있고, 어느 한 기간이라도 도과하게 되면 심판청구는 부적법하게 된다.

와 법령이 시행된 뒤에 비로서 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우를 구분하여 후자의 경우는 '그 법령에 해당하는 사유가 발생하는 날'을 '법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날'로 이해하여 청구기간 산정의 기산점으로 삼고 있다[12]. 나아가 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우에는 가능한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다고 판단하고 있다[13].

이 사건의 경우 X가 Y의 농장에서 축산업에 종사하기 시작한 2017.8.25.에 비로서 심판대상조항에 의한 구체적·현실적인 기본권 침해가 발생했다고 볼 수 있다. 그러므로 「헌법재판소법」 제70조제1항에 따라 그 신청일로 삼고 있는 국선대리인의 선임 신청이 2018.1.29.에 이루어짐으로써 기본권의 침해가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 제기해야 한다는 조건은 충족되었다고 할 수 있다.

다음으로 X가 기본권 침해 사실을 안 시점이 언제인가에 대한 해석문제가 남는다. 이 문제에 대해서 소수의견으로 제시된 재판관 3인은 청구인이 주장하는 시점에 얽매일 것이 아니라 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 판단해야 한다는 전제하에 X의 '근무를 시작한 2017.8.25.부터 퇴사일인 같은 해 10.14. 까지 오전 6시부터 오후 18시까지 하루의 휴무도 없이 일을 하였다'는 주장을 근거로 '근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작일인 2017.8.25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017.9.1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 첫 임금을 수령한 2017.10.10.에 기본권침해 사실을 알았다'고 보아 심판청구일인 2019.1.29.을 기점으로 역산하여 90일이 지났기 때문에 심판청구가 부적법하다고 보았다. 결국 청구인이 명확하게 기본권 침해사실을 언제 알았는지 알 수 없는 경우에 소수의견은 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 파악해야 한다고 하면서도 축산업 근로관계의 특징이나 근로자가 기본권침해를 당한 사실을 알았는지 여부를 객관적·합리적으로 살펴보지 않고 근무 시작후 1주일이 지난 시점에 휴일을 부여받지 않았다 등의 사실로부터 청구인이 기본권 침해 사실을 알았다고 판단하였던 것이다.

반면에 다수의견은 X가 퇴직후 2017.11.14. 근로감독관으로부터 근로기준법에 근거하여 축산업 종사자에 대해서는 가산임금을 청구 할 수 없음을 알게 되었다는 X의 주장[14] 이외에 기본권 침해 사실을 알았다고 볼만한 명백한 자료가 발견되지 않아, 청구인에게 유리하게 해석해야 한다는 종전 결정의 법리에 따라 2017.11.14.을 청구기간의 기간점으로 보아, 2017.11.14.로부터 90

11) 같은 취지로 오훤, '법령 헌법소원의 청구기간에 관한 몇 가지 쟁점' 「헌법판례연구」, 12, 2011.3. 276쪽 참조.

12) 헌법재판소 1990.6.25. 89헌마220 결정; 헌법재판소 1994.6.30. 91헌마162 결정 등: 이와 같이 기본권 침해 사실을 구체적·현실적으로 보는 이유는 법령에 의한 기본권 침해에 대한 인식가능성을 제고함으로써 국민의 재판청구권을 신장시키는데 기여하기 때문이다. 오훤, 앞의 논문, 286 참조.

13) 헌법재판소 2012.6.27. 2010헌마716 결정

14) 구체적인 사실관계는 결정문에서 찾아 볼 수 없었으나, X가 2017.10.14.자로 퇴직후 임금 미지급 등을 이유로 고용노동청에 진정을 제기하여 2017.11.14. 근로감독관으로부터 회신을 받은 것으로 보인다.

일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 헌법소원의 청구기간을 준수하였다고 판단하고 있다.

2) 평가

헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해당한 자가 기본권을 구제받을 수 있는 최후의 권리구제절차로 이해할 수 있다. 그러므로 헌법소원의 청구기간 기산점을 정하는 것은 국민의 권리구제를 충실히 보장하는 방향으로 해석되어야 한다. 그렇다고 해서 청구기간을 두고 있는 취지인 법적 안정성을 전혀 도외시 하는 것도 허용될 수 없다. 그런 관점에서 보면 해당 공권력의 특성은 반드시 고려되어야 하고, 공권력 가운데 법령에 의해서 발생하는 기본권 침해는 기본적으로 그 인식가능성이 낮다는 특징을 가진다[15]. 즉 법률의 규정의 존재유무와 적용여부에 대한 전문지식을 가지기 어려운 일반인을 기준으로 하였을 때, 자신의 상태가 법령의 적용을 받아 기본권을 침해받고 있다고 인식을 가지는 것은 쉽지 않은 문제이다.

이 사건에서 X는 주휴일을 부여받지 못한 시점인 2017.9.1.이나 가산임금을 지급받지 못한 2017.10.10.에 바로 심판대상조항에 의한 기본권 침해를 받았다고 인식할 가능성은 그리 높지 않다. 게다가 X는 취업이후 퇴직 전까지 하루도 쉬지 않고, 오전6시부터 오후18시까지 하루도 쉬지 않고 일을 했다는 점에서 그러한 추론은 과도하다고 할 수 없다. 그러므로 X가 퇴직 후 어느 시점에 기본권이 침해당하고 있다고 의문이 있었고, 종국적으로 근로감독관에 의하여 심판대상조항이 X에게 적용된다는 사실을 알게 된 2017.11.16.을 기본권 침해를 안 날로 본 다수의견은 정당해 보인다. 굳이 불명확한 경우 청구인에게 유리하게 해석해야 한다는 법리를 차용할 필요도 없이 소수의견이 판단에 활용한 '건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 파악해야 한다' 기준하에서도 이러한 판단은 가능하다고 할 수 있을 것이다.

3. 헌법 제32조제3항 근로의 권리(근로조건 법정주의) 침해여부(판지2)

1) 판지의 요점 및 문제제기

이 사건 기각의견에서는 판지2의 법리에 따라 심판대상조항이 「대한민국 헌법」 제32조제3항의 근로의 권리(근로조건 법정주의)를 침해하는지 여부에 대해서 심판대상조항이 강한 계절성을 특징으로 하는 축산업이 가지는 특수한 근로환경을 고려하고 있는 점, 심판대상조항에서 적용배제된 근로조건 이외의 야간근로, 휴가에 관한 규정이 적용되어 인간의 존엄을 보장할 수 있는 근로조건에 관한 규정이 전혀 적용되지 않는다고 볼 수 없는 점, 심판대상조항은 근로자와 사용자 사이의 사적 합의마저 금지하고 있지 않은 점, 축산업의 고용노동시장과 상황을 포함한 여러

15) 오훤, 앞의 논문, 276쪽 참조

가지 사회적·경제적 여건 등을 고려해 보았을 때 현재 우리나라의 축산업은 대부분이 영세하여 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 전부 적용하는 경우 인건비 상승 등이 우려되어 반드시 해당 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어려운 점 등을 들어 결국 심판대상조항은 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려워, X의 근로의 권리를 침해하지 않는다고 판단하고 있다.

원래 X는 심판대상조항이 인간의 존엄성을 보장받을 권리를 침해한다고 주장했으나, 헌법재판소는 심판대상조항이 헌법 제32조제3항에서 '근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다'는 근로조건 법정주의에 따라 인간의 존엄성을 유지하기 위한 최소한의 합리성을 담보하고 있는지 여부도 함께 판단해야 한다는 점을 들어 헌법재판소의 직권주의[16]에 따라 인간의 존엄성 침해 여부는 별도로 판단하지 않고, 침해되는 기본권을 근로의 권리로 변경하여 판단하고 있다.

「대한민국 헌법」 제32조제3항의 근로조건 법정주의는 개별적 근로관계의 법적 규율의 기본원칙을 밝히고 있는 것으로서, 국가로 하여금 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있을 정도의 수준을 근로조건의 최저기준으로 정하도록 하는 정책의무를 부담시켜, 이러한 정책의무에 명백히 반하는 국가의 입법을 무효로 하는 효과를 갖게 된다[17]. 이러한 성격에 따라 우리 헌법재판소는 판지2에서 밝히고 있는 심판대상조항이 근로의 권리에 침해되는지 여부에 대한 심사기준으로 우선 심판대상조항이 개별 근로자의 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건인지 여부를 판단하고, 여기에 해당한다 하더라도 그 구체적 내용을 어느 정도로 정할 것인지 여부에 대해서는 기본적으로 입법자에게 입법형성의 재량이 있다는 전제하에, 구체적으로 입법자가 근로자를 보호할 의무를 전혀 이행하지 아니하거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부에 달려있다[18]는 태도를 보이며 기본적으로 광범위한 입법형성권을 인정하고, 합리성원칙, 자의금지원칙을 기준으로 판단하고 있다고 할 수 있다.

그러므로 이 사건 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부도 입법자가 보호할 의무를 전혀 이행하지 않거나, 재량권을 벗어나 있는지 즉 합리성 심사기준으로 판단해야 할 것이고, 판지2도 이점을 확인해 주고 있다.

2) 심판대상조항의 근로의 권리 침해여부에 대한 기각의견과 헌법불합치의견의 비교

16) 헌법재판소 2002.8.29. 2000헌가5; 이 결정에서 헌법재판소는 '헌법소원절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는지를 심사해야 한다'고 판단하여 신청인이 주장하는 법적관점에서 뿐만 아니라 모든 헌법적인 관점에서 심사한다는 직권주의를 인정하고 있다.

17) 임종률, 같은 책, 20~21쪽 참조.

18) 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌마408 결정(계속근로기간 1년 미만인 근로자를 퇴직급여 지급대상에서 제외하는 것이 근로조건 법정주의에 위반하는 지 여부) 헌법재판소 2015.12.23. 2014헌바3 결정(월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도의 적용제외 사유로 규정하는 것이 근로의 권리를 침해하는지 여부에 대한 판단),

가. 심사기준에 대한 비교

일단 이 사건에서 판지2는 헌법재판소는 헌법 제32조제3항의 지위를 사회권적 기본권으로 판단하면서 국가의 근로조건에 대하여 인간의 존엄성이 보장되도록 규정할 정책적 의무가 있다고 하면서도 인간의 존엄에 상응하는 근로조건의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 입법자의 형성의 자유에 속하는 영역으로 이해하고 있다. 다만, 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 이탈하고 있는지 여부를 살펴보아야 한다고 하고 있다. 반면에 헌법불합치의견에서는 심사기준에 대해서 언급하면서 기본적으로 근로시간 등의 적용대상을 결정하는 것은 입법자의 입법형성권이 인정된다는 점에서 동일하게 판단하면서도, 합리성 판단에 대한 추상적인 기준을 언급하는 것 대신에, 보다 구체적으로 '근로자의 일과에 따른 근로시간 제한 및 휴일의 부여가 적절하지 않는지, 법정근로시간을 초과하는 근로 또는 휴일 근로로 인한 피로를 해소할 수 있는 휴식이 보장되었는지'를 판단해야 한다고 하고 있다.

나. 구체적인 적용에 대한 비교

먼저 기각의견은 위와 같은 판지2의 심사기준에 따라, 축산업의 특수한 근로환경을 고려하여, 축산업은 계절의 영향을 강하게 받기 때문에 근로시간 등에 관한 규정을 이들 사업에 종사하는 근로자들에게는 적용하기기 적절하지 않다고 판단하고 있다. 이러한 판단에는 심판대상조문의 1953년 「근로기준법」이 제정당시부터 일관되게 인정되어 왔던 취지를 그대로 답습하고 있다고 해도 좋을 것이다[19].

반면에 헌법불합치의견은 심판대상조항이 1953년에 도입할 당시에는 축산업의 특성상 다른 여타의 근로자들과 동일하게 근로시간 등을 규율하기 곤란하더라도, 심판대상조항이 도입된 이후의 축산업의 특성 및 근로여건의 변화를 전혀 반영하지 않은 채 축산업에 종사하는 근로자에 해당하기만 하면 직종이나 업무의 내용에 관계없이 심판대상조항이 일률적으로 적용되어, 저임금·장시간 노동을 조장하고, 축산업의 발전마저도 저해되고 있다고 하면서 심판대상조항은 헌법에 반한다는 입장에 서 있다.

그리고 기각의견은 심판대상조항이 근로자와 사용자 사이의 사적 합의마저 금지하고 있지는 않다는 종래의 대법원 판결[20]의 입장을 들어 사용자와 근로자가 사적 합의에 의하여 축산업의 특성에 부합하는 근로조건을 정할 수 있다고 하여 기각의견의 근거로 삼고 있는 반면에, 헌법불

---

19) 주지하는 바와 같이 「근로기준법」 제63조는 1953.5.10. 「근로기준법」이 제정된 이래, 조문번호와 약간의 문구의 변동을 제외하면 현재까지 동일한 내용·구조를 가지고 있고, 그 취지 또한 현재에도 동일하게 설명되고 있다. 다만, 같은 조 제3호의 경우는 감시·단속적 근로에 종사하는 근로자에 대한 적용배제를 위한 승인(인가)의 주체와 관련하여 제정법(사회부), 1989.3.29.개정(노동위원회), 1997.3.13.개정(노동부장관), 2010.6.4.개정(고용노동부장관)에서 일부 변동이 있었을 뿐이다.

20) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결

합치의견에서는 축산업에 종사하는 법적·사회적 지위가 불안정한 근로자(특히 일용직, 임시직 근로자)가 사적 합의에 의해 유리한 근로조건을 정할 수 있다고 기대하기 어렵다는 현실에서 심판대상조항은 최소한의 보호마저도 배제되고 있다고 판단하고 있다.

또한 기각의견은 축산업에 종사하는 근로자에게 근로기준법의 내용 전부가 적용에서 배제되지 않고, 야간근로 및 야간근로수당이나 연차유급휴가 등 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되고 있으므로 인간의 존엄성을 보장할 수 있는 최소한의 규정은 적용된다고 보고 있는 반면에, 헌법불합치의견은 축산업에 종사하는 근로자들의 작업특성상 휴식보장과 경제적 보상의 필요가 적지 않음에도 불구하고 근로시간 제한 등의 규정이 전면적으로 적용 제외되고 있고, 관련법령역시 존재하지 않아 최소한의 법률적 보장도 받지 못하고 있다고 현실을 강조하고 있다.

그 이외에 기각의견에서는 축산업에 종사하는 근로자들에게 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법을 전부 적용하는 경우에는 인건비 상승에 따른 생산비 증가, 수입육의 비중 증가, 영세농가의 도산이나 폐업 등으로 이어져, 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어렵고, 오히려 편법적인 근로계약의 성행, 불법체류자를 고용하는 부작용이 초래된다는 점을 주요한 논거의 하나로 제시하고 있다.

결론적으로 기각의견은 '심판대상조항은 근로기준법상의 근로시간이나 휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용하도록 하는 대신 축산업의 계절적 특성 등을 고려하여 사용자와 근로자가 사업특성에 맞는 근로조건을 자율적으로 정하도록 한 것이므로, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다.'고 판시하여 청구인의 근로의 권리를 침해하고 있지 않다고 보고 있는 반면, 헌법불합치의견은 '심판대상조항이 축산업에 종사하는 근로자들 전부에 대해서 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 것은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 규정하지 않은 것이므로 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다'고 결론을 내리고 있다.

3) 평가-근로조건법정주의의 의미 및 기본정신을 기준으로

헌법재판소는 「대한민국 헌법」 제32조제3항에서 규정하고 있는 '근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다'는 이른바 근로조건법정주의의 의미에 대해서, '인간의 존엄성에 대한 판단기준도 사회적 경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것'으로 이해하고 있다[21]. 그러므로 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건의 기준은 절대적일 수 없고, 항상 시대상황에 따라 변화를 요구받고 있기 때문에 탄력적으로 보장할 수 있도록 법률에 유

21) 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌마408 결정

보한 것으로 근로조건법정주의의 의미를 설명하고 있다.

그러나 이 사건 심판대상조항은 '축산업의 경우 가축의 수정, 분만, 양육, 출하를 그 내용으로 하고 있어 가축의 생애 및 성장주기에 절대적으로 구속되고, 기상·기후 등 자연조건에 크게 영향을 받으므로 근로시간과 휴식에 관한 규정을 획일적으로 적용할 수 없다는 정책적 판단에 따른 것이다'는 취지하에 「근로기준법」이 1953년 제정된 이래 70여년이 지난 현재까지 동일한 내용을 유지하고 있다[22].

이점에서 심판대상조항은 축산업의 변화하는 사회경제적 변화상을 제대로 반영하지 못하고 있다는 비판에 자유롭지 못하고 있다[23]. 심판대상조항이 처음 「근로기준법」 제정 당시의 상황과 지금의 상황이 결코 같지 않고 많은 변화가 있었음에도 불구하고, 그 규정내용이 70여년이 지난 현재까지 그대로라는 것은 입법자의 인간의 존엄성이 보장되도록 규정할 정책적 의무의 해태든지, 입법권의 남용에 지나지 않는다고 생각된다.

또한 헌법상 근로조건법정주의의 기본정신은 근로조건에 관한 기준을 근로자와 사용자에게 맡겼을 때 나타날 수 있는 문제 즉 사용자에게 일방적으로 유리한 조건으로 근로계약이 체결되어 근로자의 존엄성이 위협 받게 되는 상황을 염려하여 규정된 것이다[24]. 그러므로 「근로기준법」 등 개별적 근로계약관계를 규율하는 근로관계법은 모두 근로자의 생존권을 보장하기 위한 최소한의 최저기준을 정하여 규율하고 있는 것이다.

그러나 심판대상조항은 대상 산업에 종사하기만 하면 근로시간, 휴일에 관한 규정을 전면적으로 적용 배제하고 있다. 자연조건에 영향을 많이 받는 산업의 특성상 불규칙하고 장시간 노동에 종사할 수 밖에 없는 점을 감안하면 근로시간에 대한 적용여부는 별론으로 하더라도, 근로자의 생존권을 위한 최소한의 휴일을 보장받을 필요성이 다른 근로자에 대해 높다는 점을 간과하고 있는 것이다.

물론, 기각의견이 제시하고 있는 바와 「근로기준법」 제63조의 '규정을 적용하지 아니한다'는 것은 사용자에게 근로시간 등에 관한 규정을 준수할 의무가 없다는 것일 뿐, 사용자의 취업규칙 등에 대상 근로자에게 근로시간 등을 적용한다는 취지의 규정을 둔 경우에는 그 효력이 있다[25]. 문제는 축산업에 다수 종사하고 있는 일용직 근로자 등 단기간의 계약직 근로자 등 신분이 불안정하거나 원칙적으로 사업장변경이 어려운 외국인 근로자의 경우, 사적 합의에 의해 유리한 근로조건을 정할 수 있다는 기대가 가능한지 의문이다[26].

---

22) 심판대상조항의 입법배경에 대하여 구체적으로 설명하고 있는 것으로 전윤구, '근로시간 적용제외에 관한 근로기준법 제63조의 기원에 관한 연구' 「동북아법연구」 제11권제1호, 2017.5.

23) 같은 취지로, 김홍영, '근로기준법상 근로시간 및 휴일의 적용제외사업(식물재배사업)에서 초과근로에 대한 근로수당의 지급의무' 「노동법학」 제33권, 2010.3. 268쪽

24) 김형배, 같은 책, 120쪽 참조.

25) 대법원 1990.11.27.선고 89다카15939 판결; 대법원 2009.12.10.선고 2009다51158 판결

26) 농축산업분야에서 외국인고용허가제의 운영실태를 분석하면서 근로기준법 제63조의 위헌성을 검토하고 있는 논문으로 권민지 등 5인, '2015 농축산업 이주노동자 근로환경 관련 법제 연구' 「공익과 인권」 통권 제15호, 2015; 전윤구, '외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성' 「노동법

그러므로 입법자는 근로조건법정주의의 취지에 따라서 축산업 근로자들을 보호하기 위한 최소한의 근로조건을 마련해야 하고, 그 위에서 사적합의 가능성에 대해 언급해야 함에도 불구하고, 축산업에 종사하는 근로조건에 대해서 달리 규율하고 있는 관계법령이 존재하지 않는 상황에서 일률적인 적용배제는 인간의 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 정하지 않는 것과 마찬가지로 입법재량의 범위를 일탈한 것이라고 할 수 밖에 없다.

결과적으로 필자는 인간존엄성의 상대성에 기반한 근로조건법정주의의 취지를 반영하지 못하면서 근로시간 및 휴일에 관한 최소한의 근로조건도 정하지 않으면서 일률적으로 그 적용을 배제하고 있는 심판대상조항은 헌법상 근로조건법정주의에 반하여 청구인의 근로의 권리를 침해하고 있다고 생각하여 이를 지적하고 있는 헌법불합치 의견에 찬성할 수 밖에 없다.

4. 평등권 침해여부(판지3)

1) 판지의 요점 및 문제제기

판지3에서는 청구인의 심판대상조항의 규제대상 사업 중에서도 달리 취급할 업무에 종사하는 근로자가 존재함에도 불구하고, 이들 사업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 취급하여 평등권을 침해한다는 주장에 대해서, 특정 산업에 대해서 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정되고, 심판대상조항은 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것이므로 차별취급의 합리성을 인정할 수 있다고 하여 평등권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다.

헌법상 평등권 위반여부에 대하여 그동안 헌법재판소는 엄격한 심사기준에 의할 것인지, 완화된 심사기준에 의할 것인지 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달리 판단해 왔으며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 엄격한 심사기준을[27], 반면에 특별히 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있지 않거나 입법자에게 광범위한 입법형성권을 인정하는 경우에는 완화된 심사기준을 사용하여 그 차별이 합리적인지 여부(자의금지의 원칙)[28]를 가지고 판단해 왔다.

이 사안의 경우 헌법이 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 특별히 평등을 요구하거나 차별금지를 규정하고 있지 않다는 점에서 완화된 심사기준을 가지고 차별에 합리성 여부를 가지고 판

논총」 제33집, 2015.4.

27) 엄격한 심사기준은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 않고, 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준을 심사한다는 것을 의미하고, 대표적인 것으로 군제대자에 대한 가산점 적용의 평등권 침해 여부에 대해서 판단한 헌법재판소 1999.12.23. 98헌마363 결정이 있고, 헌법재판소는 이 사안의 경우 엄격한 심사기준을 적용하여야 하는 두 경우에 모두 해당한다고 판단하고 있다.

28) 대표적인 것으로 근로기준법의 전면적인 적용대상을 상시 근로자 5명 이상의 사업장에 한정하고 있는 조항의 평등권 침해 여부에 대해서 판단한 헌법재판소 1999.9.16. 98헌마310 결정이 있다.

단하였고, 결과적으로 차별취급의 합리성을 인정하여 X의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다. 그러므로 여기에서의 문제는 심판대상조항이 다른 사업에 종사하는 근로자들과 달리 특정 사업을 기준으로 이들 사업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 근로시간 및 휴일에 관한 「근로기준법」 제4장 및 제5장에 관한 근로시간 및 휴일의 규정을 적용배제하고 있는 차별이 합리적인지 여부가 될 것이다.

2) 심판대상조항의 평등권 침해여부에 대한 기각의견과 헌법불합치의견의 비교

심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부에 관해서 기각의견은 첫째 계절과 기후의 영향을 크게 받는 축산업에 종사하는 노무의 성격과 다른 국가의 입법례, 게다가 ILO에서도 이들 근로자들에 대하여 협약의 규율대상에서 제외하고 있다는 사정 등 사업의 특수성, 둘째 사용자의 영세성으로 인하여 「근로기준법」상 근로시간 및 휴일을 보장하는 경우 사용자의 사업운영에 경제적 부담의 우려, 셋째 축산업에 종사하는 근로자는 자신의 근로조건을 근로개시 이전에 충분히 예측할 수 있으므로 구체적인 상황에 맞는 근로계약체결 가능성 등을 들어 차별에 합리성이 있다고 인정하고 있는 반면, 헌법불합치 의견은 첫째 축산업 근로자들이 모두 계절과 기후의 영향을 크게 받는 업무에만 종사한다고 단정할 수 없음에도 심판대상조항이 '사업'을 적용제외대상의 기준으로 채택하여 개별근로자들의 구체적인 업무에 대한 고려가 없는 점, 둘째 「근로기준법」에는 제59조의 '근로시간 및 휴게시간의 특례'와 같이 근로내용의 특수성을 고려하면서도 근로자를 보호하는 규정이 마련되어 있고, 지속적으로 개선이 이루어지고 있는 점, 셋째 심판대상조항은 제정 당시의 근로조건 기준만을 고수하여 일반 근로자들과의 격차만 벌어지고 있는 점 등을 고려하면 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 다른 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적 이유 없는 차별에 해당하여 X의 평등권을 침해한다고 판단하고 있다.

결국 기각의견은 축산업에 종사하는 노무의 특수성에 주안점을 두고 일률적인 적용에 찬성하고 있는 반면, 헌법불합치의견은 특수성을 인정하면서도 환경변화에 주목하면서 보다 세분화된 규제 필요성을 주장하고 있다는 차이점이 있다.

3) 평가

가. 사업을 기준으로 일률적인 적용제외의 합리성

이들 상반된 의견에 대해서 검토해 보면, 우선 기각의견은 축산업은 계절과 기후의 영향을 크게 받아 다른 사업의 근로내용과 크게 상이한 특성을 가지고 있어, 축산업에 종사하는 근로자들에게 근로시간 등 「근로기준법」상의 보호규정을 그대로 적용하는 것이 합당하지 않다는 점을

기각의견에 주요한 근거로 삼고 있으며, 또한 심판대상조항이 산업을 기준으로 일률적으로 근로조건 적용대상에 제외하고 있다는 점에 대해서 다른 사업의 일반 근로자들이 비록 근로조건 및 내용이 불규칙한 사업장이 있더라도 이는 사업장의 개별적 특성에서 기인한 것이지 해당 사업의 특성으로 보기 어렵다는 점을 이유로 차별에 합리성이 있다고 판단하고 있다.

그러나 기본적으로 근로시간 및 휴일에 관한 「근로기준법」 규정은 임금과 더불어 인간의 존엄성 보장의 기본전제가 되는 근로조건 중 하나이고, 이들 보호규정은 원칙적으로 모든 근로자들에게 이를 차별 없이 보장되어야 한다는 점에서 보면 기각의견은 근로시간 및 휴일에 관한 근로조건의 중요성을 간과하고 있다는 의심이 들 수밖에 없으며, 근로시간에 대한 보장규정이 공장직이나 사무직근로자를 전제로 하여 제정되었다는 점도 근로기준법이 갖는 근로자의 기본적 생활을 보장하는 보편적인 기준이라는 성격과 거리가 있고[29], 게다가 산업의 변화에 따른 업무의 세분화로 인하여 다양한 형태의 근로가 존재하게 되었음에도 불구하고 하나의 사업으로 일반화시키고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

물론, 기각의견에서 제시하고 있는 바와 축산업을 포함하여 자연조건에 영향을 받는 농업 및 수산업에 종사하는 근로자들에 대해서 대부분의 국가에서 다른 사업에 종사하는 근로자들과 다른 대우를 하고 있는 것은 사실이고, ILO협약에서도 농업, 축삭업 등에 종사하는 근로자들을 위한 별도의 협약을 두지 않는 방식으로 규제 대상에서 제외함으로써 해당 사업의 특수성을 인정하고 있다. 그러나 심판대상조항의 모법이라고 할 수 있는 일본의 「노동기준법」 제41조에서 적용제외 사업으로 규정되어 있었던 임업이 1993년 같은 법 개정으로 삭제되어 현재에는 근로시간 등의 규제가 적용되는 등[30] 산업의 변화를 일부 감안한 입법개선이 이루어지고 있고, 독일의 경우에도 당초 「근로시간령」에서 농업, 축산업, 임업 등을 근로시간 규제에서 적용을 배제하는 입법체계를 가지고 있었으나, 1994년 제정된 「근로시간법(정식 명칭은 '근로시간법의 통일화와 유연화를 위한 입법')」에 농업이나 축산업의 경우 근로시간, 휴게, 휴일에 대한 규제의 내용을 두고 있으나, 대상을 사업 전체가 아닌 원칙적으로 1차적 생산행위(경작, 수확, 사육 등)에 한하여 규제하고 있고, 규제방식도 적용제외가 아닌 적용특례의 형태로 규율하여 단체협약 등을 통한 유연한 근로시간법제를 가지고 있다[31].

그러므로 자연환경의 영향으로 인하여 근로시간이 불규칙하다는 이유로 축산업에 종사하는 근로자들을 근로시간, 휴일 등의 적용을 일률적으로 배제하는 것은 더 이상 합리적 이유 없는 차별이라고 할 수 있을 것이다.

---

29) 「근로기준법」 제1조(목적)는 '이 법은 헌법에 따라 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다'고 규정하고 있다.

30) 菅野和夫, 『労働法(第12版)』 弘文堂, 2020.6. 490쪽 참조.

31) 구체적인 독일 근로시간법의 내용에 관해서는 박지순·전윤구, '근로시간특례제도의 문제점과 개선방안' 「노동법논총」 제23집, 2011.12.; 오상호, '근로시간 적용제외규정에 관한 비교법적 연구(독일 근로시간법을 중심으로)' 「노동법논총」 제42집, 2018.4.; 김기우 등 4인, 『근로기준법 적용의 실효성 제고를 위한 제63조의 적용제외사업에 관한 연구』 한국노총 중앙연구원, 2014.8. 참조

나. 업무내용과 무관한 적용제외의 합리성

또한 기각의견에서는 이에 대한 구체적인 언급은 하지 않고 있지만, 실제로 심판대상조항은 축산업에 종사하는 근로자와 다른 사업에 종사하는 근로자들과의 일률적 차별문제뿐만 아니라, 축산업에 종사하는 근로자 중 다른 사업에 종사하는 근로자와 업무에 하등의 구별이 없음에도 불구하고 자신이 속한 업무가 축산업에 속한다는 이유로 차별을 당할수 있다는 문제를 야기하고 있다. 즉, 「근로기준법」 제63조제3호·제4호가 업무의 특수성을 감안한 규제임에 반하여 같은 조 제1호·제2호는 이들 산업에 종사하기만 하면 개별근로자의 업무 특수성을 감안하지 않고, 그리고 업무내용과 무관하게 근로시간 등 규제에서 적용을 배제하고 있는 것이다.

이 문제와 관련된 종래 행석해석에는 '「근로기준법」 제61조 제2호는 그 적용대상을 '사업'으로 하고 있으므로 동조 동호의 사업에 해당하면 직종에 관계없이 전 근로자에 대하여 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정이 적용되지 않는다[32]'거나, '근로기준법 제1호 또는 제2호에 해당하는 사업 내에서 일부 근로자들이 주된 사업내용과 구분되는 다른 업종 또는 직종에 있더라도 원칙적으로 그 일부만을 대상으로 동 규정을 적용하지 아니할 수 없다[33]'고 판단하여 심판대상조항에 해당하기만 하면 업무의 특수성은 적용여부에 고려대상이 아니라는 해석을 유지해 왔다. 그러므로 반대의 결과로 근로기준법 제61조 제1호 또는 제2호의 사업이 아닌 사업장(관공서)에서 일부 업종(조화 목적의 양묘장)의 종사자에 대해서는 동 규정을 적용할 수 없다[34],는 해석은 종전 해석의 당연한 귀결로 이해 된다.

또한 최근 대법원에서도 근로기준법 제63조제1호와 관련하여 '그 밖의 농림사업'에 대한 해석법리로서 '그 밖의 농림 사업은 같은 호에 규정된 토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취 사업과 유사한 사업으로서 제1차 산업인 농업·입업 및 이와 직접 관련된 사업을 의미한다고 보아야 한다. 만약 사용자가 농업·임업을 주된 사업으로 영위하면서 이와 구별되는 다른 사업도 함께 영위하는 경우라면, 그 사업장소가 주된 사업장소와 분리되어 있는지, 근로자에 대한 지휘·감독이 주된 사업과 분리되어 이루어지는지, 각각의 사업이 이루어지는 방식 등을 종합적으로 고려하여 그 사업이 그 밖의 농림 사업에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다'고 판단하고 있으나[35], 이 판결은 어디까지나 '그 밖의 농림 사업'에 해당여부에 대한 명확한 해석기준을 제시할 뿐[36] 지금까지의 견해와 다른 해석기준을 제시하고 있다고는 할 수 없다.

결국 이러한 해석에 따른다면, 이 사건의 전제가 되는 축산업은 '동물의 사육 및 그 밖의 축산' 사업으로 정의할 수 있고, 여기에 해당되는 사업에 종사하는 근로자는 물론, 동물의 사육업무에

32) 근로기준과 68207-2012, 2002.5.21.
33) 근로기준과-5186, 2004.9.23.
34) 근로기준과-3204, 2005.6.16.
35) 대법원 2020.2.6. 선고 2018다241083 판결
36) 방강수, '근로기준법 제63조의 적용단위' 「노동법학」 제75권, 2020.9. 271쪽 참조.

직접 종사하지 않고, 배송업무나 경리업무를 수행하는 근로자의 경우에도 근로시간 및 휴일이 적용되지 않는다고 해석할 수 밖에 없다.

이러한 해석에 대해서, '이들 사업체의 근로자에 대해서 일부 규정의 적용을 제외한 것은 근로자가 소속된 사업장의 업무의 특성 때문이므로 사업장에 소속된 근로자의 근로기준법 적용범위는 동일하게 결정되는 것이 타당하다'고 보고 있거나[37], 이들 사업의 영세성으로 인하여 업무의 분업화에 한계가 있기 때문에 업무의 시기적 필요성에 따라 생산 작업에도 대체 투입되는 일이 일어날 수 있다는 점[38]을 들어 이러한 해석에 찬성하는 견해가 전혀 없는 것은 아니나, 주지하는 바와 같이 과학기술의 발전과 더불어 1차 사업의 대형화·산업화는 물론 업무의 다양화·전문화 등에 따라 입법 당시와는 비교도 할 수 없을 만큼 변화된 현재의 상황에서 사업이라는 기준 하나만으로 일률적인 적용배제를 의도하는 것은 더 이상 합리적인 차별이라고 볼 수 없을 것이다[39].

다. 근로시간이 불규칙한 다른 근로자와의 차별의 합리성

마지막으로 심판대상조항은 축산업과 같이 동일하게 근로시간 및 휴식시간이 불규칙한 특성을 갖는 사업에 종사하는 근로자들과의 차별이 문제될 수 있다. 즉 심판대상조항의 대상에 해당되는 사업에 종사하는 근로자를 「근로기준법」 상 적용제외를 하는 이유로 들고 있는 가장 핵심적인 이유는 역시 근로시간 및 휴식시간이 불규칙하다는 점이다. 그러나 이들 사업이외에도 근로시간이 불규칙한 업무에 종사하여 근로시간 규제가 어려운 운송업 등과 같은 사업은 다수 존재하고 있고, 운송업과 같은 사업에 대해서는 「근로기준법」 제59조에 따라 근로시간 및 휴게시간에 대한 특례규정을 두어 이들 근로자들의 기본적인 생활을 보장하고 있을 뿐만 아니라, 특례규정 내용도 점차 근로자의 건강 등을 고려하는 방향으로 입법개선이 이루어지고 있다[40]. 그러나 심판대상조항은 제정당시부터 70여년간 주된 내용의 변경없이 현재까지 유지되어 근로조건 개선 혜택을 전혀 받지 못할 뿐만 아니라, 오히려 이들 근로자들과의 근로조건 격차는 점점 더 벌어지고 있는 실정이다.

---

37) 근로기준법상 '농림사업 등'에 대한 해석기준(법 제63조제1호 및 제2호 관련) 근로기준과-27, 2010.1.5.

38) 고려대학교 산학협력단, 『농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구』 노동부, 2009.7. 14쪽 참조.

39) 같은 취지로, 최석환, '근로시간 적용 제외 제도' 『장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)-장시간 노동과 노동법제』 한국노동연구원, 2011.12. 117~118쪽; 박종희, '근로시간 제도의 합리적 구축방안에 관한 연구' 「노동법포럼」 제9권, 2012.10. 119~120쪽

40) 최근 제59조의 특례업종에 대한 개정은 종전의 '공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요'한지 여부의 관점에서 벗어나 근로자 생활보호의 관점에서 이루어졌으며, 구체적으로 종래 26개 업종에서 5개 업종으로 특례업종을 변경하고, 11시간 이상의 휴식시간 보장규정을 추가하는 등 입법개선이 이루어 졌다. 임종률, 같은 책, 460쪽 참조.

4) 소결

이상의 논의에서 기각의견과 헌법불합치의견에서 공통적으로 다루고 있는 세 가지 쟁점을 중심으로 차별의 합리성에 대해서 검토해 보았다.

결국 심판대상조항은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별 취급이 불합리한 경우가 있음을 고려하지 않은 채, 축산업에 종사하는 근로자들 전부를 일률적으로 차별하고 있고, 근로시간 등이 불규칙한 다른 사업 근로자들과 비교할 때도 합리적 이유 없이 이들 근로자들에 대해서만 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용 배제하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 생각된다. 그러므로 기각의견에 반대할 수밖에 없다. 다만 그렇다고 해서 축산업 등 농어업에 종사하는 근로자들을 모두 동일한 근로조건이 적용되어야 한다고 주장하는 것은 아니다. 여기서 문제는 축산업에 종사하는 모든 근로자들에 대해서 「근로기준법」 상 근로시간 및 휴일근로를 일률적으로 적용 배제하고 있는 차별이 과연 합리적인가에 있고, 축산업의 산업의 특성과 근로의 현실을 고려하면서도 최소한의 근로자보호에 접합한 근로조건을 보장하여 심판대상조항이 갖고 있는 위헌성을 회피할 수 있는 적절한 규제가 필요하다는 점을 말하고 싶은 것이다.

Ⅳ. 결론-이후의 과제를 중심으로

이 사건 헌법소원심판은 축산업에 종사하는 근로자에 대한 근로시간 및 휴일의 적용을 배제하고 있는 「근로기준법」 제63조제2호가 청구인의 근로의 권리 및 평등권 등 헌법상 기본권을 침해하고 있는지가 직접적인 문제로 된 것 사건이다.

이 사건에서 헌법재판소는 재판관 총9인중 재판관 5인이 심판대상조항이 헌법에 합치되지 않는다는 판단을 하여, 결과적으로 심판인용 정족수인 6인을 확보하지 못해 기각되었지만, 행정부나 국회에 같은 법의 적용제외특례조항의 입법개선촉구를 위한 중요한 계기로서 작용할 수 있다는 점에서 이 결정이 갖는 의의가 결코 작지 않을 것으로 보인다[41]. 또한 이 사건의 전제가 되고 있는 축산업에 종사하는 근로자뿐만 아니라, 같은 이유로 근로시간 등의 적용이 배제되어 온 농어업에 종사하는 근로자에까지 이 사건 결정의 효과가 미칠 것이기 때문에 그 확장성도 충분히 예상해 볼 수 있을 것이다.

---

41) 구 노동조합 및 노동관계조정법 제62조제3호에 규정되어 오랫동안 해당 근로자의 단체행동권을 침해한다고 비판받아왔던 '직권중재제도'와 같이 몇 번에 걸쳐 이루어진 헌법재판소의 헌법소원 및 위헌제청 사건에서도 인용정족수를 채우지 못해 청구가 기각 당했음에도 불구하고 결국 2006년 12월 같은 법의 개정으로 폐지된 경우도 있다. 헌법재판소 1996.12.26.90헌바41, 90헌바49(병합)(합헌의견 4인, 위헌의견 5인); 헌법재판소 2003.5.15.2001헌가31 결정(합헌의견 5인, 위헌의견 4인)

다행히 이 사건의 헌법불합치의견에서 헌법불합치결정의 필요성에 대해서 부언하면서 몇 가지 개선방향을 들고 있는 점은 앞으로의 논의를 진전시키는데 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 구체적으로 첫째 '입법자는 기계화·산업화 등의 진전 상황에 따라 적용제외의 대상이 되는 축산업의 범위를 축소하거나, 축산업 내부에 존재하는 다양한 업무의 내용을 분류하여 실내작업이나 제조·서비스·사무 등 계절과 무관하게 수행 가능한 작업에 대하여는 타 사업 종사자와 동일하게 근로기준법의 관련 규정을 적용하는 방안, 둘째 축산업의 특성을 고려한 탄력적인 근로시간 및 휴일에 관한 보완규정을 마련하는 방안, 셋째 감시·단속적 근로자의 경우와 마찬가지로 고용노동부장관의 승인을 요건으로 하는 방안, 넷째 원칙적으로 근로기준법을 전면 적용하되, 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 법이 정하는 하한선내에서 단축하여 적용하려는 경우 그 내용과 범위를 단체협약 또는 취업규칙으로 정하도록 하는 방안' 등을 제시하고 있다. 물론 제시한 4가지 방안이 각기 다른 방향에서 개선을 꾀하고 있어 한꺼번에 논의되기는 어려울 수 있겠지만, 적어도 사업의 특수성을 고려하면서도 노동법 적용의 사각지대를 피할 수 있는 최소한의 입법개선조치 즉 적용배제의 대상을 자연환경의 영향을 크게 받는 1차 생산과 관련된 업무로 한정하는 등 최소한의 범위로 축소하고[42], 적용을 받는 1차 생산관련 업무라 하더라도 최소한의 휴식시간을 보장받을 수 있는 방안을 중심으로 시급히 입법개선이 이루어지길 기대해 본다.

42) 다만 이 경우에도 첨단기술을 활용하여 자연조건에 전혀 영향을 받지 않는 '스마트팜'과의 구별도 고민해야 할 것으로 보인다.

< 참고 문헌>

김형배, 『노동법(제27판)』 박영사, 2021.9.30.
임종률, 『노동법(제19판)』 박영사, 2021.2.25.
하갑래, 『근로기준법(제34판)』, ㈜중앙경제, 2021.5.17.
菅野和夫, 『労働法(第12版)』 弘文堂, 2020.6.

고려대학교 산학협력단, 『농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구』 노동부, 2009.7.
김기우 등 4인, 『근로기준법 적용의 실효성 제고를 위한 제63조의 적용제외사업에 관한 연구』 한국노총 중앙연구원, 2014.8.
최석환, '근로시간 적용 제외 제도' 『장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)-장시간 노동과 노동법제』 한국노동연구원, 2011.12.

권민지 등 5인, '2015 농축산업 이주노동자 근로환경 관련 법제 연구' 「공익과 인권」 통권 제15호, 2015.
김홍영, '근로기준법상 근로시간 및 휴일의 적용제외사업(식물재배사업)에서 초과근로에 대한 근로수당의 지급의무' 「노동법학」 제33권, 2010.3.
박종희, '근로시간 제도의 합리적 구축방안에 관한 연구' 「노동법포럼」 제9권, 2012.10.
박지순·전윤구, '근로시간특례제도의 문제점과 개선방안' 「노동법논총」 제23집, 2011.12.
방강수, '근로기준법 제63조의 적용단위' 「노동법학」 제75권, 2020.9.
오상호, '근로시간 적용제외규정에 관한 비교법적 연구(독일 근로시간법을 중심으로)' 「노동법논총」 제42집, 2018.4.
오훤, '법령 헌법소원의 청구기간에 관한 몇 가지 쟁점' 「헌법판례연구」, 12, 2011.3.
전윤구, '외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성' 「노동법논총」 제33집, 2015.4.
_____, '근로시간 적용제외에 관한 근로기준법 제63조의 기원에 관한 연구' 「동북아법연구」 제11권제1호, 2017.5.

토론문

문 무 기(경북대학교 법학전문대학원 교수)

조상균 교수님의 발제문을 재미있게 읽었습니다. 먼저 새로운 노동법학적 쟁점을 좀 더 깊이 있게 공부할 수 있는 기회를 주신 조상균 교수님과 이번 3개 국립대 공동학술대회의 주최 측에 감사드립니다.

발제문은 한우영농조합법인에 근무하는 근로자의 연장근로 및 휴일근로 수당(임금) 부지급과 관련하여 근로기준법 제63조 제2호 중 '동물의 사육' 가운데 '제4장에서 정한 근로시간, 휴일에 관한 규정'에 관한 부분이 헌법상 근로자의 근로의 권리(근로조건 법정주의) 및 평등권을 침해하는지 여부에 대하여, 2021년 8월 말에 있었던 헌법재판소 전원재판부의 결정을 심도 있고 입체적으로 분석하고 있습니다. 아울러 근로자의 헌법소원 심판청구의 청구기간 준수여부와 관련해서도 체계적인 검토를 진행하였습니다.

토론자는 전반적으로 조상균 교수님의 견해에 동의하는 바이며, 따라서 아래와 같은 몇 가지 사항을 언급하는 것으로 토론에 갈음코자 합니다.

먼저, 14쪽의 "마. 소결"은 "4) 소결"의 오타가 아닌가 싶습니다.

둘째, 헌법재판소 결정의 내용을 서두에서 요약·정리함에 있어서 "다수의견, 소수의견" 등으로 구분·서술하는 것 보다는, "헌법불합치 의견(5인 의견), 기각 의견(1인 의견), 각하 의견(3인 의견)" 등으로 구분하여 서술하는 것이 좀 더 독자의 이해를 도와줄 수 있지 않을까 싶습니다.

셋째, 발제문의 말미에서 언급하고 있는, 이 사건 헌법불합치 의견의 "농어업 종사자로의 확장 가능성" 및 헌법불합치 의견에서 부언하고 있는 "입법자의 위헌성 시정방안"과 관련하여, 조상균 교수님께서 생각하시는 접근방법이 무엇인지를 좀 더 구체적으로 설명해 주시면 좋겠습니다. 토론자가 이해하기로는 특히 첫 번째 시정방안을 염두에 두고 계시는 듯한데, ① 일반적인 농림어업(제63조 제1호)과 축산·양잠·양식·수산업(제63조 제2호)을 "구분하는 기준" 및 ② 동일한 사업 내에서 "기술발전이 미치는 영향"을 어떻게 설정해야 하는지에 대한 추가 설명을 듣고 싶습니다.

넷째, 조상균 교수님께서는 이 사건 헌법불합치 의견이 관련 제도의 입법적 개선에 상당한 영향을 미칠 것으로 내다보시면서, 필수공익사업에서의 직권중재제도가 폐지되고 필수유지업무제도가 도입된 전례를 들고 계시는데, 관련 제도개선을 위한 입법의 구체적인 전개과정을 어떻게 상정하고 계시는지 궁금합니다. 토론자의 기억에 따르면, 필수공익사업에 대한 직권중재제도의 폐단을 시정하기 위해 여러 차례 노동관계법 개정 시도가 있었고, 중앙노동위원회 등에서 직권중재 회부를 가급적 신중하게 결정하기 위한 다각적인 노력도 있었습니다. 특히 근로기준법 제63조 제1, 2호의 개정을 위한 산업·업종 내지 노동조합·사회단체 등의 논의·노력은 어떻게 전개되고 있는지를 소개해 주시면 고맙겠습니다.

토론문

오상호 교수님 (창원대 법학과 교수)

Memo

[제3주제]

지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려한 입법 및 해석 방향
- 일반적인 법리 적용과 엄격한 귀책사유 판단의 필요성을 중심으로-

강명수 교수님 (부산대 법학전문대학원 교수)

- 토론자 : 차상육 교수님 (경북대 법학전문대학원 교수)
- 토론자 : 민경재 박사님 (전남대 법학연구소 지식재산권법센터 연구원)

지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려한 입법 및 해석 방향
– 일반적인 법리 적용과 엄격한 귀책사유 판단의 필요성을 중심으로–

강 명 수(부산대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서론

특허권 등 지식재산권은 무형의 지적 창작 결과물에 대한 보호를 전제로 하고 있는데, 이러한 특징으로 인해 유체물에 대한 보호와 달리 그 보호범위를 특정하기가 어렵고 같은 이유에서 제3자의 행위가 지식재산권 침해에 해당하는지를 판단하기 곤란하다는 특징이 있다. 시각으로 확인할 수 없는 무형의 관념에 대한 보호라는 점에서 그와 같은 특징은 충분히 수긍이 된다. 문제는 그러한 지식재산권의 특징(보호범위가 불명확하고, 침해 여부 판단이 어렵다는 점)이 지식재산권의 침해 판단에서 어떻게 반영되는지 여부이다. 이에 대해서는 두 가지 관점에서 생각해 볼 수 있는데, 일반 민형사 사건에서의 책임성립 요건과 지식재산권 침해 사건에서의 책임성립 요건을 달리하는 것이고, 두 번째는 책임성립 요건 자체는 동일하게 하되 무형의 창작에 대한 보호라는 특수성을 감안하여 침해자의 고의 또는 과실 등 귀책사유 인정을 엄격하게 하는 것이다. 첫째 방안은 책임성립 요건 자체를 일반 민형사상 책임요건과 달리하여 지식재산권 침해의 특징을 명확하게 보여줄 수 있다는 점에서 장점이 있지만, 지식재산권의 특수성이 책임성립 요건 자체에 영향을 줘야 할 법리적 근거가 부족하다는 단점이 있다. 즉, 금지청구의 대상은 권리침해가 성립하는 것으로 족하고, 손해배상청구의 대상은 권리침해에 침해자의 귀책사유가 있어야 하며, 형사처벌을 위해서는 권리침해와 침해자의 고의가 있어야 한다는 기본적인 법리 자체를 달리할 근거가 부족하고 또한 이에 의하면 권리 침해와 그 구제에 관한 기본적인 법리가 흔들린다는 단점이 있다. 이와 달리 책임요건은 동일한 기준을 적용하되, 지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려하여 가사 법원에서 침해라고 판단되었더라도 침해자에게 귀책사유가 있는지를 꼼꼼하게 따져보아 귀책사유가 인정되지 않는다면 이를 전제로 한 손해배상책임이나 형사처벌을 적용하지 않도록 하는 방안은, 법리적 통일성을 유지하면서도 지식재산권의 특수성을 잘 반영한 장점이 있다고 생각된다.

그런데 현행 우리나라 법에서는 권리침해 자체의 성립에 귀책사유를 필요로 하는 규정, 손해배상책임의 성립요건으로 과실이 아닌 고의를 요건으로 하는 규정 등 기본적인 법 체계와 안 맞는 책임성립요건을 규정하고 있으면서, 침해 판단의 곤란성을 고려하여 침해자의 귀책사유를 부정하는 경우는 가처분에서의 손해배상책임 부정에 관한 예외적인 경우에 한정된다. 형사책임에

있어서도 침해가 인정되면 침해자에게 고의가 당연히 존재한다고 단정할뿐더러, 전문가의 검토의견에 따른 행위에 대해서도 고의를 인정하는데 주저함이 없다. 이러한 법 규정 및 해석기준은 지식재산권 침해의 특수성을 고려한 것으로 이해되지만, 이를 책임성립 요건 자체에 반영한 것은 기본적인 법체계에 맞지 않고, 또한 침해자체의 기준은 달라질 이유가 없으며 지식재산권의 특징은 침해자의 귀책사유 판단에 반영하는 것이 법리적 정합성에도 부합한다. 결국 현행법 체계는 지식재산권 침해의 특수성을 잘못된 방향으로 반영함으로 인해 입법 체계상 혼란을 초래하고, 침해자의 귀책사유 판단을 등한시하는 문제를 초래하는 등 문제가 있어 이를 현행법 체계에 맞도록 수정하고, 귀책사유에 대한 엄격한 법리적 판단을 통해 지식재산권 침해의 특징을 실무적으로 잘 반영될 수 있도록 운영해야 한다는 점을 제시해 보기로 한다.

Ⅱ. 권리침해에 대한 구제 요건과 지식재산권 특징의 반영 방안

1. 권리침해에 대한 구제 수단 일반론

특허권 등 지식재산권을 포함하여 일반적인 권리침해에 대해서는 공통적으로 침해금지가처분 등 보전처분, 민사상 구제로서의 금지청구와 손해배상청구, 형사상 구제로서의 형사처벌이 공통적인 구제수단으로 인정된다. 이러한 구제수단의 공통요건은 당연히 보호되는 권리에 대한 침해행위, 즉 권리침해가 있어야 한다는 것이다. 그리고 침해행위가 존재하면 민사상 본안구제로서 금지청구권 행사가 가능하며, 침해행위에 귀책사유가 있는 경우 손해배상청구,[1] 침해행위에 대한 고의가 있는 경우 형사처벌의 대상이 된다. 한편, 침해금지가처분 등 보전처분의 경우 보전소송의 특유한 요건으로서 권리침해 이외에 보전의 필요성이 인정되어야 한다.[2]

먼저 금지청구권의 요건으로 권리침해가 있으면 족하고 침해자의 귀책사유나 보전의 필요성 등은 요건으로 하지 않는다(민법 제214조). 금지청구권이라는 것은 침해행위 자체를 배제하기 위한 것이지 침해자에게 그에 따른 책임을 묻는 것이 아니기 때문에 귀책사유를 요구할 이유가 없는 것이다.[3] 또한 침해금지청구는 현재 또는 침해의 개연성이 높은 장래에 한하여 가능하다는 점[4]에서 과거의 침해에 대한 구제로서의 금전배상이나 원상회복과는 성질을 달리한다.[5] 같은

1) 고의 또는 과실에 의한 침해행위의 경우 손해배상청구 이외에 명예훼손 도는 신용실추 사실이 인정되면 명예회복조치청구권이나 신용회복청구권 행사가 가능함이 일반적이다(민법 제764조, 특허법 제131조). 비록 민법 제764조에서는 귀책사유를 요건으로 규정하고 있지 않지만, 주의의무위반으로 인한 위법한 가해행위라는 점에서 불법행위의 요건, 즉 귀책사유가 있어야 한다(한위수, “명예의 훼손과 민사상의 제문제”, 사법논집 제24집, 법원도서관, 1993, 441면 참고). 즉, 침해행위 이외에 침해자의 귀책사유가 있어야 한다는 점에서 손해배상청구와 신용회복청구의 공통점이 있는데, 따라서 이하의 손해배상청구에 대한 논의는 신용회복청구에도 동일하게 적용된다고 할 것이다.

2) 대법원 2005. 10. 17.자 2005마814 결정.

3) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 221면.

이유에서 금지청구를 인정할 것인지의 판단은 사실심 변론종결 당시를 기준으로 한다.[6] 다음으로 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 고의 또는 과실이 있어야 하는데(민법 제750조) 고의의 입증이 쉽지 않고 민사적 구제에 있어 고의와 과실의 구별 실익이 거의 없기 때문에 실질적으로는 과실에 의해 판단되는 것이 일반적이다.[7] 불법행위가 성립하기 위한 요건으로서 고의라 함은 자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생할 것을 인식하면서 그 결과의 발생을 용인하고 그 행위를 감히 행하는 심리상태를 말하고 이에 비하여 과실이라고 함은 자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생하는 것을 인식하여야 함에도 부주의 때문에 그 결과의 발생을 인식하지 못하고 그 행위를 하는 심리상태를 말하며 여기서 말하는 일정한 결과의 발생이라고 하는 것은 타인에 대한 위법한 권리침해의 발생을 의미하는 것이다.[8] 한편, 권리침해에 대한 형사적 구제를 위해서는 침해자에게 고의가 있어야 하고, 과실범을 처벌하기 위해서는 법률에 특별한 규정이 있어야 하며(형법 제14조), 형벌법규의 성질상 과실범을 처벌하는 특별규정은 그 명문에 의하여 명백·명료하여야 한다.[9] 고의는 지적 요소로서 불법을 형성하는 요소를 인식할 것과 의지적 요소로서 구성요건적 불법을 실현하는 의사결정이 있어야 한다.[10] 특히 불확정적 고의의 하나인 미필적 고의가 인식있는 과실과 어떻게 구별되느냐에 대해 통설은 용인설을 취하고 있으며, 판례도 “미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다”고 하여 같은 입장을 취하고 있다.[11]

그 이외에 실무적으로는 본안소송 못지 않게 중요한 분쟁처리 수단으로서 가압류·가처분 등 보전소송이 있는데, 민사집행법 제300조에 따른 가처분 신청을 위해서는 피보전권리(권리침해) 이외에 보전의 필요성이 있어야 한다. 민사집행법은 '현저한 손해'를 피하거나 '급박한 위험'을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에는 가처분에 의하여도 가능하다고 하고 있는바, 이와 같이 현저한 손해나 급박한 위험 등 가처분에 의하여 청구할 필요가 있는 것을 보전의 필요성이 있다고 한다.[12] 피보전권리의 존재와 보전의 필요성은 별개의 독립된 요건이기 때문에

---

4) 加戸守行, 「著作権法逐条講義(改訂新版)」, 著作権情報センター, 1994, 547頁.
5) 박성수, “특허침해와 손해의 개념”, 민사재판의 제문제 제17권, 한국사법행정학회, 2008, 129-130면.
6) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다22722 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다22043 판결. 한편, 권리자의 특허권 등 권리가 소멸한 후에는 침해금지를 주장할 수 없다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2007다45876 판결).
7) 김준호, 「민법강의 제27판」, 법문사, 2021, 1208면.
8) 이균용, “상표권침해로 인한 금지청구 및 손해배상청구소송에 관한 소고”, 법조 제40권 제9호, 법조협회, 1991, 64면.
9) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2467 판결.
10) 이재상, 「형법총론(제7판)」, 박영사, 2011, 160면.
11) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결; 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7507 판결; 대법원 1987. 2. 10. 선고 86도2338 판결; 대법원 1985. 6. 25. 선고 85도660 판결 등.
12) 박성수, “상표권 침해금지 가처분의 피보전권리와 보전의 필요성”, 대법원판례해설 제74호, 법원도서관, 2008. 7., 19면.

그 심리에 있어서도 상호 관계없이 독립적으로 심리하여야 한다.[13] 그리고 가압류나 가처분 등 보전처분은 법원의 재판에 의하여 집행되는 것이기는 하나 그 실체상 청구권이 있는지 여부는 본안소송에 맡기고 단지 소명에 의하여 채권자의 책임하에 하는 것이므로, 그 집행 후에 집행채권자가 본안소송에서 패소확정되었다면 그 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, 따라서 그 부당한 집행으로 인한 손해에 대하여 이를 배상하여야 할 책임이 있다는 것이 판례의 입장이다.[14]

2. 지식재산권의 특징과 권리구제 요건에의 반영 방안

가. 지식재산권의 특징

지식재산권은 인간의 문화 또는 산업의 영역에 있어 유용한 지적산물을 보호대상으로 하는 만큼 통상의 유체재산에 관한 권리와 다른 특징이 있다.[15] 즉, 일반재산과 비교되는 지식재산의 가장 큰 특징은 어떠한 '물리적이고 유형적인 형태'를 갖추지 않는다는 것이다.[16] 이러한 특징으로 인해 지식재산권은 무형의 창작적 성과를 보호하는 것으로서, 유체물에 대한 권리와 달리 그 권리 범위를 특정하기가 쉽지 않다는 권리 범위의 모호성, 직접 물리적인 침해행위를 수반하게 되는 유체물에 대한 침해와 달리 지식재산권에 대한 침해는 무형의 자산을 그대로 활용하는 것으로서 권리자의 실시를 배제하는 것이 아니기 때문에 그 침해가 용이하게 일어난다는 침해의 용이성, 무형의 지적자산에 대한 침해의 경우 일반적인 유체물에 대한 침해와 달리 그 재산적 가치에 미치는 피해가 매우 중대(즉, 침해로 인해 단순히 직접적인 재산적 손해를 받는 것에 그치는 것이 아니라, 자신의 무형적 자산이 가지고 있는 가치 자체가 하락하여 회복하기 어려운 피해를 입게 됨)하다는 피해의 중대성, 무형의 자산으로서 그 권리 범위가 모호하다는 것과 함께 제3자의 침해행위가 발생한 경우 권리 침해에 해당하는지 여부를 입증하기가 쉽지 않다(즉, 그 대

13) 대법원 2005. 8. 19.자 2003마482 결정(보전처분에 의하여 제거되어야 할 상태가 채권자에 의하여 오랫동안 방임되어 온 때에는 보전처분을 구할 필요성이 인정되기 어렵다고 할 것인바, 신청인이 피신청인들의 업종제한약정 위반을 알고도 그러한 상태를 장기간 아무런 조치를 취하지 아니한 채 방치하고 있었다면, 현재의 상태가 더 지속됨으로써 신청인에게 비로소 현저한 손해가 발생할 우려가 있다는 등 임시의 지위를 정하는 가처분을 하여야 할 긴급한 보전의 필요성이 없다고 한 사례).

14) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다8453 판결은 그와 같은 법리가 '당원의 견해로 되어 있다'고 하면서 '1976. 7. 27. 선고 76다570 판결; 1977. 6. 7. 선고 77다294 판결; 1978. 7. 25. 선고 78다677 판결; 1980. 2. 26. 선고 79다2138, 2139 판결; 1983. 2. 8. 선고 80다300 판결'을 원용하고 있다. 같은 취지의 판결로 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다46184 판결, 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다34764 판결 등.

15) 지식재산권의 특징으로 추상성, 정책성, 경쟁성, 인격성을 제시하는 견해로는 민형기, "지적소유권의 형사상 보호", 재판자료 제57집, 법원도서관, 1992, 237-238면.

16) 이규홍·정필운, "헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고-지적재산권조항의 재정립에 관하여-", 법조 제650호, 법조협회, 2010, 101면.

상을 물리적으로 인식하기가 어려워 이에 대한 현실적인 지배나 관리가 명확하지 아니하여 제3자에 의한 일방적인 실현이나 실시가 용이하며, 그 침해행위 자체의 발견이나 인식이 쉽지 않음[17])는 침해 사실 입증의 난해성, 무형의 지적자산에 대한 침해행위가 발생하면 사후적으로 피해구제를 통해 보호받는데 한계가 있으며(원상태로의 복귀 어려움, 금전적 배상의 불충분[18]) 등), 따라서 사전적 침해예방 조치의 필요성이 높다는 피해 구제의 한계, 그 이외에 지식재산은 한 사람이 지적재산을 소비하여도 다른 사람이 이 재화를 소비하는데 제한을 받지 않는 '비경합성(non-rivalry)', 일반인이 이를 소비하는 것을 막을 수 없다는 '비배제성(non-excludability)', 강한 사회적 기속성 등의 특징이 있다.[19] 이러한 특징 중 핵심은 결국 눈에 보이지 않는 무형의 자산에 대한 보호라는 점에서 권리범위 판단이 어렵고 따라서 침해여부를 판단하기가 매우 곤란하다는 것이다.[20]

나. 권리구제 요건에의 반영 방향

일반적인 권리침해에 대한 구제수단으로서 금지청구권, 손해배상청구권, 형사처벌, 침해금지가처분 등이 인정되며 그에 대한 각각의 요건에 대해서는 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 지식재산권의 특징(특히 침해여부 판단의 곤란성)은 권리침해에 대한 구제수단 판단에 있어 어떻게 반영될 수 있을지 생각해 볼 문제이다. 물론 지식재산권도 권리의 한 유형이기 때문에 비록 무형의 권리라는 특징이 있다고 하더라도 권리구제의 각 요건에 대해서는 특별한 배려보다 동일한 기준이 적용되어야 한다고 볼 수도 있고, 실제 지식재산권 분야의 고유한 법적요건에 대한 연구들은 찾아보기 어렵다는 점에서도 그러한 입장이 현재까지는 일반적인 것으로 이해된다. 하지만 일반적인 권리침해 요건으로 침해자의 귀책사유를 요하지 않는 것[21]과 달리 우리 특허법 제94조 제2항에서는 고의에 의한 행위만을 침해로 보는 규정을 두고 있고, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 함) 제5조 및 제6조에서는 제2조 제1호 다목의 부정경쟁행위에 대해 고의에 의한 행위만을 손해배상청구 및 신용회복조치청구의 대상으로 규정하는 등의 특유한 규정들을 두고 있다. 비록 그와 같은 규정들이 지식재산권 침해의 곤란성을 반영한 입

17) 강동세, 「지적재산권의 형사적 이해」, 세창출판사, 2003, 13면
18) 우리나라 실무에서 인정되는 특허권 침해에 대한 손해배상액에 대해서는 그 금액이 과소하다는 주장이 많지만, "각국의 시장 크기를 고려하면 과거 우리나라 법원이 인정한 손해배상액이 현저히 적다는 비난은 타당하지 않"고 "특히 미국과 비교하면 손해배상액 평균이 우리나라의 약 22배가 되는 점에서 배상액이 턱없이 적다고 하지만 GDP 차이를 고려하면 그리 큰 차이는 아니"라는 주장도 있다.
충남일보 2017. 6. 27. (http://www.chungnamilbo.com/news/articleView.html?idxno=407169)
한편, 일본에서도 실무에서 인정하는 손해액이 과소하다고 하여 1998년 특허법 제102조가 개정되었다는 점에 대해서는 中山信弘, 「特許法(第二版)」, 弘文堂, 2012, 359頁.
19) 이규홍·정필운, 앞의 논문, 101-103면.
20) 특허침해 판단에 있어 청구범위 판단의 곤란성에 대해서는 Stephen M. McJohn, Intellectual Property(4nd ed), Wolters Kluwer, 2012, pp.329-331 참고.
21) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결 참고.

법이라고 단정할 수는 없지만, 다른 법규정에서는 찾아보기 어려운 특유한 규정인 점은 분명하다.

지식재산권의 특징을 일반 권리침해 및 구제 법리에 반영하는 방법으로는 이와 같이 권리침해나 손해배상청구 등의 요건에 추가적인 요소를 부가하는 방안(특허법 제94조 제2항이나 부정경쟁방지법 제5조 및 제6조의 괄호부분)이나 일반적인 법적 요건은 동일하게 적용하되 침해판단의 곤란성을 고려하여 침해자의 귀책사유(고의 또는 과실)를 엄격하게 판단하여 고의나 과실이 없다고 볼만한 합리적인 이유가 있다면 귀책사유를 부정하는 방안이 있을 수 있다. 그런데 전자의 방안은 우리의 일반적인 법 체계와 맞지 않다는 문제가 있을 뿐만 아니라 지식재산권 영역에서만 유독 그와 같은 예외적 요건을 부가할 합리적 이유를 찾기 어렵다는 문제가 있다. 이에 반해 후자의 방안은 우리의 법 체계와 부합할 뿐만 아니라, 고의 또는 과실의 판단과 관련하여 침해자의 주관적 요건에는 침해판단의 곤란성이 반영될 필요가 있다는 정당성의 관점에서도 타당한 측면이 있다. 하지만 현재 지식재산권 침해 판단에 있어 침해자의 귀책사유를 엄밀하게 판단하자는 법리나 실무례는 찾아보기 어렵고, 오히려 앞에서 본 바와 같이 특유한 요건을 부가하는 입법이 존재할 뿐이다. 침해에 대한 구제수단을 중심으로 침해금지가처분이나 형사처벌 요건에 대한 특유 규정은 없고, 금지청구의 대상인 침해행위와 손해배상청구의 요건에서 특유 규정을 두고 있는데 이하에서 그 타당성을 검토해 보기로 한다.

Ⅲ. 지식재산권 침해의 특유 규정들에 대한 검토

1. 방법발명에 대한 특허침해의 요건

가. 특허법 규정과 특징

특허법상 방법발명의 실시행위는 '그 방법을 사용하는 행위 또는 그 방법의 사용을 청약하는 행위'를 말하며(제2조 제3호 나목), 이 중 후자인 방법의 사용을 청약하는 행위의 경우 특허권의 효력은 그 방법의 사용이 특허권 또는 전용실시권을 침해한다는 것을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위에만 미친다(제94조 제2항). 종래 방법발명의 경우 '그 방법을 사용하는 행위'만이 실시행위에 해당하였는데, 2019. 12. 10. 개정 특허법에서 '그 방법의 사용을 청약하는 행위'를 제2조 제3호 나목에 추가하면서 제94조 제2항도 함께 신설하였다.[22)]

22) 동 규정은 영국 특허법 제60조(1)(b)(where the invention is a process, he uses the process or he offers it for use in the United Kingdom when he knows, or it is obvious to a reasonable person in the circumstances, that its use there without the consent of the proprietor would be an infringement of the patent)를 참고한 것으로 이해되는데, 영국 특허법에서는 고의 이외에 제반 사정에

이러한 개정법의 취지는 "개정전에는 소프트웨어 등과 같은 방법의 발명인 경우 그 방법을 사용하는 행위만을 특허를 받은 발명의 실시로 규정하고 있어 소프트웨어 등을 정보통신망을 통하여 전송하는 행위가 특허를 받은 발명의 실시에 해당하는지 불분명하여 보호하기 어려운 측면이 있었는바, 방법의 발명인 경우에 그 방법의 사용을 청약하는 행위를 특허를 받은 발명의 실시에 포함되도록 하되, 이로 인한 소프트웨어 산업의 위축을 방지하기 위하여 특허를 받은 발명의 실시가 방법의 사용을 청약하는 행위인 경우 특허권의 효력은 그 방법의 사용이 특허권 또는 전용실시권을 침해한다는 것을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위에만 미치도록 한 것"으로 설명되고 있다.[23]

우선 위 개정취지에서 확인할 수 있듯이 '방법의 사용을 청약하는 행위'에 대한 판단(즉, 권리침해 해당성)이 어렵다는 점을 반영한 것은 아니고, '소프트웨어 산업의 위축을 방지'하기 위한 것인데 특허권 침해에 해당하는 소프트웨어 산업까지 보호할 필요가 있는지에 대한 의문에 더해, 유독 소프트웨어 산업 분야에 대해서만 그러한 위축의 우려를 고려하여 침해요건을 가중한 것이 다른 산업 분야와의 형평에 맞는지의 문제도 있다. 무엇보다도 동 규정에 의하면 방법발명의 경우 그 방법의 사용을 청약하는 행위가 방법발명의 실시에 해당함(즉, 침해에 해당함)에도 불구하고 그러한 사실을 알면서(고의) 그 방법의 사용을 청약하는 행위에 대해서만 특허권의 효력이 미친다는 것으로서, 결국 객관적인 침해행위 이외에 침해자의 고의가 있어야 침해가 성립할 수 있다는 것이다. 하지만 이는 침해행위 자체의 성립과 귀책사유가 부가되어야 하는 구제수단의 대상을 혼동한 것으로 현행법 체계와 맞지 않을뿐더러, 무엇보다도 방법의 사용을 청약하는 행위가 존재함에도 불구하고 고의 입증이 없으면 특허권의 효력 자체가 미치지 않아 권리침해가 아니고 따라서 침해금지청구권 행사도 불가하다는 결론에 이르게 된다.

나. 금지청구권 행사의 요건과 침해자의 귀책사유

권리침해에 대한 구제수단 중 하나인 금지청구권은 손해배상청구에 비해 침해행위 자체를 금지시킬 수 있고 그에 따른 부대청구로서 침해행위를 조성한 물건 등의 폐기처분도 가능하다는 점에서 강력한 보호수단이다. 따라서 금지청구권을 포함한 반환청구 등 물권적 청구권은 대세적 효력이 있는 물권의 본질적 효력으로서 이해되고,[24] 비록 인격권 침해에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정한 경우가 있지만[25] 불법행위(민법 제750조)에 대한 채권적 구제수단으로 인정

의해 그와 같은 사실을 알았을 것이 분명한 경우를 포함하고 있다.

23) https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=212229&ancYd=20191210&ancNo=16804&efYd=20200311&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000

24) 대세권·절대권으로서의 물권적 특징에 의해 인정되는 지위가 물권적 청구권과 우선적 효력이다.

25) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정(명예는 생명, 신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예를 위법하게 침해당한

되는 않는다고 보는 것이 종래 판례의 입장인 것으로 이해된다.[26]

다만 위법행위에 대한 금지청구권의 인정여부에 관한 ① 불법행위제도는 위법행위로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 것이므로 현재 이루어지고 있는 위법행위의 배제·정지나 장래 있을 위법행위의 예방청구권 등은 불법행위 자체로부터는 인정될 수 없다는 부정설과 ② 불법행위를 이유로 손해배상을 인정하면서 그 손해를 발생케 한 위법행위를 배제·예방할 수 없다면 불법행위제도의 취지에 어긋나므로 당연히 그러한 침해의 배제·예방을 청구할 수 있다고 하는 긍정설, ③ 어떠한 법익에 관하여 어느 정도의 구제수단을 인정할 것인가는 전적으로 입법정책의 문제라고 하는 절충설이 있었다.[27] 이러한 상황에서 특정 프로그램을 이용하여 국내 최대 인터넷 포털 사이트 네이버의 광고영업의 방해가 문제된 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정에서 "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."고 판시한 것은 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.[28] 동 판례에 대해서는 다수의 선행 연구들이 있고,[29] 여기에서 다루고자 하는 주제와 직접적인 관련성이 적어서 금지청구권 인정의 타당성이나 문제점에 대해서는 따로 논하지 않기로 하되, 금지청구를 인정한 취지가 '무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우'라고 하여 계속적인 침해행위에 대한 구제의 실효성을 강조한다. 한편, 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정에서는 '현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다.'고 한다.

이와 같이 결국 위법한 침해행위가 있게 되면 그에 대한 실효적인 권리구제를 위해 금지청구권 행사가 인정되며, 행위의 위법성을 판단함에 있어 타인의 권리를 침해하고 있다는 점이 명확

자는 손해배상 또는 명예회복을 위한 처분을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다). 민법상의 물권적 청구권(민법 제214조 참조)과는 달리 현행법상 금지청구를 인정하는 명문규정이 없어 이를 인정하기 위한 해석논적 근거에 대해 불법행위설, 인격권설의 견해 대립이 있다(한위수, 앞의 논문, 451면 참고).

26) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결, 대법원 1979. 5. 8. 선고 79다242 판결 등.

27) 박시훈, "위법행위에 대한 금지청구권의 연구 – 위법성 판단의 문제를 중심으로 –", 민사법학 제71호, 한국사법행정학회, 2015. 6., 64면.

28) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.

29) 박시훈, 앞의 논문 및 김관식, "인터넷상에서 광고의 차단·삽입과 그 법적문제 : 지적재산권법과 불법행위법의 경계", 비교사법 17권 3호 (통권50호), 한국비교사법학회, 2020. 9. 등.

하면 위법성이 인정될 것이지만 그러하지 않은 경우에도 법률상 보호할 가치가 있는 타인의 이익을 해하는 경우에는 위법성이 인정될 수 있다.[30] 어느 경우이든 금지청구권 행사의 요건으로서 침해행위의 위법성 이외에 침해자의 귀책사유가 그 요건이 아니고 이점에서 손해배상청구요건과 다르다는 점은 의문의 여지가 없다.[31]

다. 특허법 규정의 문제점

권리침해에 대한 구제수단으로서 금지청구권을 인정하는 것은 침해행위 자체를 배제(제거)하기 위함이지 침해자에게 침해행위에 대한 손해배상 등 책임을 묻고자 하는 것이 아니다. 그러한 이유에서 금지청구권 행사 요건에 귀책사유를 요하지 않는 것이다.[32] 그럼에도 불구하고 우리 특허법 제94조 제2항에서는 제2조 제3호 나목에 따른 실시행위, 즉 방법발명의 침해행위가 분명함에도 침해자의 고의가 없으면 특허권의 효력 자체가 미치지 않는다고 하여 특허법 제126조에 의한 금지청구는 할 수 없다고 하는 것은 법 체계와도 맞지 않을뿐더러, 금지청구권 인정의 취지에도 부합하지 않는다. 동 규정에 의하면 방법발명의 침해행위가 분명함에도 불구하고, 침해자의 고의가 인정되지 않으면 침해행위 자체의 금지(배제)를 주장할 수 없고 위법한 침해행위를 그대로 방치해 둬야 한다는 것이다. 이에 대해서는 권리자의 침해주장이 있으면 침해자에게 고의가 인정될 수 있기 때문에 실질적으로는 문제되지 않는다고 주장할 수도 있지만,[33] 고의 입증을 엄격하게 해야 한다는 입장 또는 고의 입증이 쉽지 않은 상황을 상정해 보면 위법행위를 그대로 방치해 둬야 한다는 결론은 받아들이기 어려운 것이다.[34] 특히 그 입법취지가 소프트웨어 산업의 위축 방지라는 것은 권리침해를 용인해 가면서까지 해당 산업을 보호해야 한다는 것인지의 문제와 함께 권리침해 자체는 그 침해행위의 배제(제거) 대상일 뿐 침해자에게 손해배상이나 형사처벌을 묻는 것이 아니라는 점에서 이해하기 어려운 주장이다. 또한 개정법의 의미에 대해 특허청은 "개정법은 침해한다는 것을 알면서도 SW를 불법으로 유통하는 판매자의 특허침해를 방지하려는 것으로, 개인적인 사용 또는 가정에서의 선량한 사용은 침해행위에 해

30) 김관식, 앞의 논문, 426면.
31) 田村善之, 「知的財産法(第5版)」, 有斐閣, 2010, 311頁; 中山信弘, 前揭書, 348頁.
32) 윤선희, 「특허법 제6판」, 법문사, 2019, 737면; 최민수, "부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권", 법조 제676호, 법조협회, 2013. 1., 294면; 정상조·박성수 공편, 「특허법 주해 Ⅱ」, 박영사, 2010, 301면(박성수 집필).
33) 뒤에서 보는 바와 같이 지식재산권 침해에 대한 고의가 널리 인정되고 있는 실무 상황에 맞는 주장일 수 있다. 하지만 지식재산권 침해의 경우 고의 판단을 엄격하게 해야 한다는 입장에 의할 때 그러한 주장은 설득력이 떨어질 수밖에 없다.
34) 한편, 일반 불법행위로 인한 손해배상책임(민법 제750조)과 마찬가지로 특허권 침해로 인한 손해배상청구도 침해자의 고의 또는 과실이 있어야 하는데(특허법 제128조 제1항) 고의가 아닌 과실만 있어도 무방하다. 하지만 침해 자체의 요건으로 고의가 필요하다는 규정에 의하면, 과실에 의한 침해가 있더라도 침해 자체가 성립되지 않기 때문에 손해배상청구가 인정되지 않게 된다. 이러한 결론의 부당은 후술하는 희석화 방지 규정에 대한 문제와 마찬가지라 할 수 있다.

당하지 않도록 했다."고 하는데,[35] 특허권의 효력 자체가 업으로 실시에 한정되기 때문에(특허법 제94조 제1항) 위와 같은 규정을 통해 '개인적 또는 가정에서의 사용은 침해행위에 해당하지 않도록 했다'거나, 침해여부(및 이로 인한 금지청구권 인정 여부)는 귀책사유와 상관 없는 것이기 때문에 동 규정에 따라 '선량한 사용은 침해행위에 해당하지 않도록 했다'는 설명은 받아들이기 어려운 것이다.[36]

2. 희석화 방지 규정 위반에 대한 손해배상청구의 요건

가. 부정경쟁방지법 규정 및 취지

부정경쟁방지법 제2조 제1호에서는 가목부터 카목까지 총 11가지의 부정경쟁행위를 규정하면서, 그 위반행위에 대해 금지청구(동법 제4조), 손해배상청구(동법 제5조)[37]를 규정하고 있다. 그런데 제5조에서는 "고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조 제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다."고 규정하여, 제2조 제1호 다목의 소위 '희석화 방지 규정'[38] 위반에 대해서는 침해자에게 고의가 있을 때에만 손해배상청구가 가능하도록 규정하고 있다. 동 규정은 세계지적재산권기구 상표법 조약(WIPO Trademark Law Treaty) 가입을 위하여 2001. 2. 3. 개정법에서 신설되었는데, 유명상표와의 혼동외에 비상업적 사용등 정당한 사유없이 유명상표의 표지의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 추가하고, 이러한 손상 행위에 대하여는 다른 부정경쟁행위와 달리 고의가 있는 경우에만 손해배상 및 신용회복의 책임을 묻도록 한 것이다.[39]

이와 같이 부정경쟁방지법 제5조의 괄호부분에서 제2조 제1호 다목 위반행위에 대해서는 고

---

35) 특허청, "온라인으로 무단 유통되는 SW, 특허로 차단한다-온라인 전송 SW 보호 관련 개정법 시행 예정('20.3.11)", 2019. 12. 9. 보도자료, 2면.

36) 우리법에 참고된 것으로 보이는 영국 특허법과의 차이점은 앞서 본 바와 같으며, 그 이외에 영국에서도 'offers it for use'를 실제 침해 판단에 적용한 판결례는 매우 적은 것으로 보인다는 점(양동현·차경수, [리걸타임즈 칼럼] 소프트웨어의 온라인 전송 보호 강화, 2020. 4. 6., https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=52206)도 참고될 수 있을 것이다.

37) 제6조의 신용회복조치 청구도 제5조와 동일한 형태로 규정하고 있어, 제5조에 대한 논의는 제6조에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다.

38) 다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위

39) https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=53243&ancYd=20010203&ancNo=06421&efYd=20010701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000

의가 있을 경우에 한하여 손해배상청구를 인정한 취지에 대해서는 "다목의 행위는 소비자에게 직접적인 손해를 가져오는 다른 부정경쟁행위와 다르므로 고의가 있는 경우에만 손해배상과 신용회복의 책임을 묻도록 한 것"이라거나,[40] 그에 더하여 "가목 및 나목과 달리 혼동을 요건으로 하지 않고 그 외에 부정경쟁의 목적 여부도 불문하여 저명표지의 보호범위가 너무 확대될 우려가 있으므로 이를 조정하기 위한 의도"라고 하는 견해가 있다.[41]

나. 손해배상청구의 요건

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 손해배상의 책임을 진다(민법 제750조). 특허권 등 지식재산권 침해로 인한 손해배상청구도 결국 민법 제750조의 한 유형에 해당하므로 동일한 기준이 적용된다. 금지청구권 행사의 요건인 권리침해 이외에 침해자의 귀책사유(고의 또는 과실)가 있어야 한다. 손해배상청구의 요건으로 귀책사유 중 고의와 과실을 구별할 실익은 많지 않기 때문에,[42] 과실을 기본으로 하여 손해배상청구가 제기됨이 일반적이다.

이와 같이 불법행위의 경우 우리 법은 원칙적으로 과실책임주의를 취하고 있으므로(민법 제750조 등), 종래의 판례에 따라 자신의 행위가 불법적이지 아니하다고 믿고 가해행위를 한 사람은 불법행위책임을 지지 않을 수 있다. 불법행위법상 과실책임주의는 개인의 행동자유를 보호하는 데 그 취지가 있으므로, 가해자의 법률의 착오가 피해자에게 귀속될 수 없다 하더라도 가해자의 고의·과실이 부정되는 한 그로 인한 손해도 피해자가 부담하는 수밖에 없다. 이러한 법리는 계약책임에서도 마찬가지이다.[43] 불법행위책임이 성립하기 위한 요건으로서 과실에 대해 판례는 주의의무위반으로 해석하기도 하며,[44] 고의에 대해서는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태로서, 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 되고 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니라고 한다.[45]

결국 과실책임의 원칙에 따라 귀책사유가 있는 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 손해배상책임이 있으며, 이 경우 피해자에게 발생한 피해 회복의 목적이 있기 때문에 가해자의 귀책사유로는 과실로 족하며 고의가 있을 때에만 민사상 손해배상책임을 인정하는 것은 우리 법 체계

---

40) 송영식·이상정·황종환·이대희·김병일·박영규·신재호, 「지적소유권법(하) 제2판」, 육법사, 2013, 406면.
41) 윤태식, 앞의 책, 122면 주143).
42) 구분실익이 있는 경우로는 배상액의 경감청구 가부(민법 제765조), 고의 침해에 대한 징벌적 손해배상(특허법 제128조 제8항, 제9항) 등이 있다.
43) 이동진, "판례변경의 소급효", 민사판례연구 제36권, 민사판례연구회, 2015, 1161-1162면.
44) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다73332 판결(놀이공원 내 경사지에 설치된 자동보행기(moving way)에 유모차를 몰고 탑승한 탑승자가 출구에서 제대로 내리지 못하는 바람에 뒤따르던 탑승자들이 차례로 겹치면서 피해자가 상해를 입은 사안에서, 유모차 등의 승차를 제한하거나 그 하차를 돕기 위하여 안전요원을 배치하지 않는 등 놀이시설 운영자가 안전사고 예방과 이용객 보호를 위하여 필요한 주의의무를 다하지 못하였다고 볼 여지가 충분하다고 한 사례).
45) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결(과실로 판단한 원심을 파기한 사례).

와 맞지 않는다.

다. 부정경쟁방지법 규정의 문제점

부정경쟁방지법 제5조의 괄호 부분은 희석화 방지 규정 위반에 대해 고의가 있을 경우에만 손해배상책임이 있다고 규정하여 민사상 불법행위책임 법리와 맞지 않는 문제가 있다. 동 규정의 취지와 관련하여 소비자에게 직접적인 손해를 가져오는 다른 부정경쟁행위와 다르다는 주장[46]은 손해배상책임이라는 것이 손해가 발생하였을 때 그 회복을 위해 인정되는 구제수단이라는 점에서 수긍하기 어렵다. 그런 점에서 저명표지의 보호범위가 너무 확대될 우려가 있어 이를 조정하기 위한 의도라는 견해[47]가 보다 타당성이 있다고 생각된다. 다만 보호범위가 너무 확대될 우려가 있다면 제2조 제1호 다목의 요건 자체에서 이를 제한하는 규정을 둬야 하는 것이지, 동 규정에 따른 부정경쟁행위에 해당함은 인정하면서 손해배상책임을 인정하기 위한 요건으로 과실이 아닌 고의로 한정하는 것은 수긍하기 어렵다. 제2조 제1호 다목의 적용범위가 가목이나 나목에 비해 확대되어 있는 것은 제도 자체의 취지에 내포되어 있는 것이고, 침해자가 과실이라는 귀책사유로 인해 그러한 침해행위를 한 것임에도 불구하고 고의가 없다는 이유로 피해자에 대한 손해배상책임 자체를 부정한다는 것은 손해배상제도의 체계와도 맞지 않는 문제가 있다.[48]

오히려 동 규정의 적용범위가 넓다는 점은 그만큼 다목의 행위에 해당하는지의 판단이 어렵다는 것을 말하고, 따라서 손해배상책임의 요건으로 과실을 배제할 것이 아니라 오히려 과실이 있는지 여부를 엄격하게 판단하여 과실을 인정할 수 없다면 귀책사유가 없으므로 손해배상책임을 부정하는 방향으로 해석적용하여야 하는 것이지, 손해배상책임의 성립요건 자체를 고의로 한정하는 것은 타당하지 않다.

더욱이 2018. 4. 17. 개정법에서는 “타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관”을 나목 및 다목의 괄호 안에 추가하여 부정경쟁행위에 포함시켰다. 이는 영업제공 장소에 관한 ‘전체적인 외양과 느낌(look and feel)’ 또는 ‘트레이드 드레스(trade dress)’를 보호하기 위한 규정이다.[49] 그런데 식별력 손상에 비해 트레이드 드레스 침해 해당성 판단이 용이하다고 단정할 근거는 없으며, 오히려 식별력 손상이 상표법 등에서 인정되어 왔던 보호임에 반해 트레이드 드레스는 미국 법리를 받아들인 것으로서[50] 그 판단요건은 매우 추상적이다.[51] 그런 점에서 보호범위가 확

46) 송영식 외6, 앞의 책, 406면
47) 윤태식, 앞의 책, 122면 주143).
48) 이와 관련하여 고의 주장에 과실 주장이 포함되어 있는지와 관련하여 긍정함이 일반적인 견해이며(곽윤직 대표편집, 민법주해 [ⅩⅧ], 박영사, 2005, 184면 주)16(이상훈 집필)), 판례도 고의에 의한 불법행위를 원인으로 한 손해배상 책임의 주장에는 만일 고의는 없으나 과실이 인정될 경우에는 과실에 의한 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 바라는 주장도 포함되어 있다고 한다(대법원 1995. 12. 22. 선고 94다21078 판결).
49) 편집대표 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 39면(송재섭 집필).

대될 우려가 있다고 하여 희석화 방지 규정 위반으로 인한 손해배상책임의 성립요건을 고의로 한정한 것이라면, 트레이드 드레스 침해에 대해서도 동일한 배려를 해야 마땅하나, 현행 부정경쟁방지법에서는 제2조 제1호 나목의 괄호 부분에 대해 전혀 그러한 고려를 하지 않고 있다.

한편, 우리법에서는 고의 침해시 3배의 징벌배상 규정을 두고 있고(특허법 제128조 제8항, 제9항 등), 사안의 특수성을 감안하여 침해자에게 고의 또는 중과실이 없는 경우 배상액을 경감해 주는 규정이 있는데(민법 제765조, 특허법 제128조 제6항 후문 등), 희석화 방지 행위의 적용범위가 넓다는 문제가 있다면 위와 같은 특수성(고의 침해시 징벌배상에서 제외하거나 고의 또는 중과실이 없는 경우 배상액을 경감해 주는 것 등)을 반영하도록 하는게 맞지, 과실에 의한 침해시 애초에 손해배상책임 대상에서 배제시키는 것은 법 체계와 맞지 않고 과실책임의 이념[52]에도 맞지 않는다.

Ⅳ. 지식재산권 침해와 귀책사유 판단의 유의점

1. 지식재산권 침해에 있어 귀책사유

지식재산권 침해에 있어 침해자의 고의나 과실 등 귀책사유의 의미는 일반 민형사책임에서의 귀책사유와 달리 볼 이유는 없다. 즉, 과실은 주의의무위반을 말하고, 특허권등의 침해에 관한 고의도 침해자가 자신의 행위가 특허권등을 보유한 자의 권리를 침해한다는 사실을 인식하면서

---

50) 윤태식, 앞의 책, 120면 참고.

51) 트레이드 드레스로 보호받기 위해서는 첫째, 본질적으로 식별력이 있거나(inherently distinctive) 2차적 의미(secondary meaning, 식별력의 획득)를 획득함으로써 식별력이 있어야 하고, 둘째로 트레이드 드레스가 비기능적(non-functional)이어야 하며, 셋째로 트레이드 드레스에 의하여 침해자의 상품 출처에 관하여 소비자에게 혼동의 가능성(likelihood of confusion)을 야기하여야 한다. 김관식, " 識別力 있는 標識로서 트레이드드레스(Trade Dress)의 法的 保護 : 韓國과 美國에서 그 法的 保護의 比較를 中心으로", 특별법연구 제11권, 특별소송실무연구회, 2014, 326-327면. 이와 관련하여 기능성 판단이 법원마다 달라서 그 한계를 설정하는 것이 매우 어려워 보인다는 점에 대해서는 이대희, "산업디자인의 보호에 관한 비교법적 고찰 -미국법상의 트레이드 드레스를 중심으로-", 창작과 권리 16호, 세창출판사, 1999. 9., 97면(기능성에 대한 정의는 법원마다 상당히 달라서 그 범위와 목적이 일치하지 않는 결과를 야기시키고 있으며, 특정한 트레이드 드레스가 기능적인지 아니면 비기능적인지 그 선을 어디에 그어야 하는지 명확한 것이 아니다.) 이하 및 유영선, "우리나라 법에 의한 산업디자인의 보호 및 한계", 사법논집 제41집, 대법원 법원행정처, 2005, 661면 주18) 각 참고. 한편 우리나라에서 트레이드 드레스에 대해 판단한 사례로는 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합52416 판결, 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 심불기각 판결)이 있다.

52) 과실책임의 원칙은 가해자에 대한 비난가능성을 귀책근거로 하는 책임원칙으로서 고의에 의한 불법행위와 과실로 인한 불법행위의 귀책근거를 모두 가해자의 의사에 대한 비난가능성으로 보게 되고, 따라서 그 귀책근거에 있어서는 고의불법행위와 과실불법행위 사이에 차이가 없게 된다(곽윤직 대표편집, 앞의 책, 129면(서광민 집필)). 다만 이러한 과실책임의 원칙은 과학기술의 발달과 시대상황의 변화로 인해 귀책사유를 필요로 하지 않는 무과실책임의 원칙으로 확대되고 있는데(곽윤직 대표편집, 앞의 책, 138면(서광민 집필) 이하 참고), 부정경쟁방지법은 이러한 흐름과는 반대로 귀책사유 중 고의에 한정하여 손해배상책임을 인정하는 것으로서 이러한 측면에서도 수긍하기 어려운 입법이다.

이를 행하는 심리상태를 말한다.[53] 그런데 귀책사유의 판단기준은 동일하다 하더라도 권리범위의 불명확성과 이로 인한 침해여부 판단의 곤란성이라는 특징을 가진 지식재산권 침해 분쟁에 있어, 법원의 판단을 통해 침해라고 인정되었다는 이유만으로 침해자에게 고의 또는 과실을 인정하는 것이 타당한지는 근본적인 의문이 있다. 일반 민형사사건에서도 법원의 최종 판단이 있기 전까지는 권리침해에 해당하는지 또는 형사상 처벌대상에 해당하는지 판단이 쉽지 않는데, 하물며 무형의 자산에 대한 보호인 지식재산권 침해 영역에서는 그러한 불확실성이 더욱 강하게 나타난다. 그렇다면 법원에서 권리침해라 판단하였더라도 이를 이유로 한 금지청구권 인정은 별론, 손해배상책임이나 형사책임을 묻기 위해서는 침해자에게 귀책사유나 고의가 있는지를 별도의 항목으로 분명하게 판단할 필요가 있다. 과실 판단의 문제는 손해배상책임의 본안소송에서와 침해금지가처분 인용 후 본안에서 패소한 경우에 문제가 되고,[54] 고의 유무는 형사책임의 인정에서 문제가 된다.[55]

2. 지식재산권 침해와 침해행위에 대한 과실

가. 과실의 입증과 과실 추정 규정

고의 또는 과실로 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 침해로 인한 손해를 배상할 책임을 진다(제128조 제1항). 특허권 침해로 인한 손해배상책임도 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임의 한 유형인 점을 고려하면,[56] 여기서의 과실은 사회평균인의 관점에서 주의의무를 위반한 것으로서의 추상적 과실로 이해된다.[57] 그런데 특허권 침해 여부 판단은 고도의 기술적 범위에 대한 판단이 전제되는 것으로서 가사 법원에서 특허권 침해가 인정되었다 하더라도, 침해자에게 과실이 있다고 단정하기에는 무리가 있다. 법원으로서는 그러한 침해행위에 해당 기술분야 평균인의 관점에서 본 주의의무 위반이 있는지를 꼼꼼하게 살펴서 귀책사유 유무를 판단해야 할 것이다. 하지만 특허권 침해시 손해액 산정에 관한 다양한 논의들이 있는데 반해,[58] 침해행위시

53) 최문기, “지적재산권의 침해에 대한 손해배상책임에 관한 소고”, 경성법학 제6호, 경성대학교 법학연구소, 1997, 109쪽.

54) 형사책임에 있어서도 예외적으로 과실이 문제되나, 형사책임으로서의 과실과 민사책임으로서의 과실의 인정은 그 정도에 있어서 다르다. 전자는 후자에 비하여 보다 엄격히 다루어진다. 그러므로 형사상 과실 없음이 판시되었다고 하여 반드시 민사상의 무과실을 뜻하는 것은 아니다. 그러나 동일사건에서 형사재판과 민사재판의 ‘과실’의 판정이 다른 것은 비록 후자에는 변론주의의 제약이 있다고 하지만 법적 안정성에 비추어 바람직한 것은 아니라는 지적도 있다. 곽윤직 대표편집, 앞의 책, 191면 주32)(이상훈 집필)

55) 지식재산권법에서는 고의 침해시 3배의 징벌배상을 인정하는 규정을 두고 있어, 고의 유무는 징벌배상에서도 마찬가지로 문제가 될 수 있으나 동일한 쟁점이기 때문에 고의는 형사책임을 중심으로 살펴본다.

56) 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 301면(박성수 집필) 참고.

57) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.

58) 박성수, 「특허침해로 인한 손해배상액의 산정」, 경인문화사, 2007; 설민수, “특허침해소송에서 손해배상산정의 현실과 그 구조적 원인, 그 개선모델”, 사법논집 제58집, 법원도서관, 2015, 95면 이하; 김원

침해자의 과실 인정에 대해 논의는 찾아보기 어렵고 침해가 인정되면 침해자에게 과실이 있다고 인정하는 것이 당연한 것으로 받아들여지는 것 같다.

물론 특허법 제130조에 과실의 추정 규정이 있기 때문이라고 할 수도 있지만, 과실을 추정하는 특허법 규정은 과실 입증의 어려움을 고려할 때 매우 중대한 문제라 할 수 있음에도 과실 추정 규정의 정당성이나 추정 번복의 인정 기준 등에 대한 세부 논의들을 찾아볼 수 없는 것은 궁극적으로 특허권 침해시 과실 인정의 엄격한 기준 필요성이 전제되지 않고 있기 때문으로 생각된다. 한편, 상표법에서는 고의의 추정 규정(제112조)을 두고 있는데,[59] 판례는 특허법상 과실 추정 규정과 동일한 취지에서 상표권 침해에 대한 과실이 추정된다고 한다.[60]

나. 과실의 추정과 번복

특허법 제130조는 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다고 규정하고 있고, 그 취지에 대해 판례는 "특허발명의 내용은 특허공보 또는 특허등록원부 등에 의해 공시되어 일반 공중에게 널리 알려져 있을 수 있고, 또 업으로서 기술을 실시하는 사업자에게 당해 기술분야에서 특허권의 침해에 대한 주의의무를 부과하는 것이 정당하다는 데 있는 것"이라고 하면서 "위 규정에도 불구하고 타인의 특허발명을 허락 없이 실시한 자에게 과실이 없다고 하기 위해서는 특허권의 존재를 알지 못하였다는 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다거나 자신이 실시하는 기술이 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 믿은 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다는 것을 주장·입증하여야 할 것"이라고 한다.[61]

불법행위로 인한 손해배상청구에 있어 침해자의 귀책사유는 원칙적으로 피해자가 입증하여야 하고,[62] 예외적으로 과실의 사실상 추정이 인정되기도 한다.[63] 특허권 침해 판단의 곤란성을 고려해 볼 때 침해자에게 과실을 추정하는 특허법 규정은 매우 중요한 의미가 있는데,[64] 일본의

준, "특허권침해로 인한 손해배상액의 산정방법", 법학논총 제34집 제3호, 전남대학교 법률행정연구소, 2014., 31면 이하: 박준석, "지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 상당한 손해액의 인정에 관하여", 인권과정의 제438호, 대한변호사협회, 2013., 72면 이하: 최승재, "특허법 제128조에 의한 손해배상체계의 적정성에 대한 연구", 변호사 제43집, 서울지방변호사회, 2013, 332면 이하 등.

59) 유의할 점은 특허법 등에서는 '침해행위'에 대한 (과실) 추정인데 반해, 상표법에서는 '상표의 등록사실'에 대한 (고의) 추정으로서 그 의미가 다르다는 점이다. 이에 대해서는 강명수, "상표법상 고의 추정 규정에 대한 소고", 법학연구 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015. 12., 127-129면 참고.

60) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다21666 판결.

61) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결(피고가 이 사건 특허발명의 존재를 모르고 고가의 CD 복제용 기계를 구입하여 설명서대로 조작한 것뿐이라거나 이 사건 특허발명을 실시한 결과물이 유형적 형상으로 남아 있지 아니하다는 등의 사정만으로 피고가 이 사건 특허발명의 존재를 몰랐다는 점, 또는 자신이 실시하도록 한 기술이 이 사건 특허발명의 권리범위에 속하지 아니한다고 믿었던 점을 정당화할 수 있는 사정이 입증되었다고 할 수 없으므로, 피고에 대해서는 여전히 특허침해에 관하여 과실이 있는 것으로 추정된다고 판단한 원심의 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다).

62) 곽윤직 대표편집, 앞의 책, 203면(이상훈 집필).

63) 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다1390 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다54638 판결 등.

이치타로 사건[65]에서 법원이 주관적 요건이 필요한 제101조 제2호 및 제4호의 간접침해와 관련하여 제103조의 과실 추정 규정은 적용되지 않기 때문에 특허권자가 침해자의 주관적 요건을 입증해야 한다고 판시한 것을 참고해 볼 수 있을 것이다.[66]

현재의 상황에서 동 규정의 타당성 또한 진지한 재검토가 필요하다고 생각되지만 그 논의는 별론으로 하더라도, 동 규정상 추정되는 과실의 내용이 무엇인지의 논의도 찾아보기 어렵고,[67] 동 규정은 어디까지나 추정 규정이기 때문에 추정의 번복도 제대로 검토되어야 하지만 과실추정 번복을 부정한 판례들이 있을 뿐[68] 과실추정이 번복되는 경우에 대한 논의나[69] 실무예도 거의 없다고 한다.[70] 결국 특허권 침해에 있어 침해자의 과실 유무 판단이 중요하고 이에 대한 엄격한 기준제시가 필요함에도 '권리침해=침해자의 과실 인정'이라는 기계적인 판단을 하여 과실에 대한 인정 기준, 과실추정 규정의 의미와 문제점, 과실추정 번복의 법리 정립과 실무례 정착 등이 등한시되고 있으며, 이로 인해 궁극적으로 특허권 침해로 인정된 경우 무조건적인 손해배상책임을 인정함으로 인해 침해자에게 과도한 부담을 주고 있다고 생각된다. 과실추정의 번복을 부정한 판례들 중에서 기존의 판례들은 모두 원심도 동일한 입장이었으나,[71] 2019다222782 판결의 경우 원심[72]은 간접침해자인 피고 덕우메디칼이 카테터 등 관련 의료기기 제작을 전문으로 하는 업체로서 단순히 피고 4의 요구에 따라 이 사건 카테터를 제작한 것으로 보이고, 원고의 특허를 알고 있었다거나 이 사건 카테터 등을 피고 4 이외의 일반에게 판매하였다고 볼 자료가 없다는 이유로 피고 덕우메디칼의 과실 추정이 번복되었다고 보았으나, 대법원은 상세한 법리적 검토 없이 "원심이 든 이유만으로는 피고 덕우메디칼이 원고의 특허권의 존재를 알지 못하였다는 점을 정당화할 수 있는 사정이나 이 사건 카테터가 이 사건 특허발명의 생산에만 사용된다는 점을 몰랐다는 것을 정당화할 수 있는 사정이 주장·증명되었다고 보기 어렵고, 기록상 이를 인정할 자료가 없다."고 보아 과실 추정의 번복을 부정하였다. 비록 그 결론의 타당성은 별론으로 하더

64) 동 규정의 입법연혁에 대해서는 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 305면(박성수 집필) 참고.
65) 知財高判平成17·9·30 平成17(ネ)第10040号.
66) 姜勢克彦, "「一太郎」等特許権侵害差止請求事件大合議判決", 判例タイムズ No.1215, 判例タイムズ社, 2006. 9. 25., 187頁.
67) 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 306면(박성수 집필) 참고.
68) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다222782, 222799 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다65245 판결, 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결, 대법원 2003. 3. 11. 선고 2000다48272 판결,대법원 1997. 2. 14. 선고 96다36159 판결.
69) 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 308면(박성수 집필) 참고.
70) 윤태식, 앞의 책, 242면.
71) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다36159 판결(의장권을 침해한 자가 그 의장권의 등록 사실을 모르고 단지 제3자의 주문을 받아 생산하여 주문자 상표부착 방식으로 제3자에게 전량 납품한 경우, 의장권 침해행위에 대한 과실 추정의 번복을 부정), 대법원 2003. 3. 11. 선고 2000다48272 판결(권리자가 침해사실을 안 날로부터 4년 이상 아무런 문제제기를 하지 않은 사안에서 과실 추정의 번복을 부정), 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결(특허발명을 실시한 결과물이 유형적 형상으로 남아 있지 아니한 사안에서 과실 추정의 번복을 부정), 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다65245 판결(피고들이 이 사건 실시고안은 등록받은 피고 1의 실용신안권에 기하여 제작, 판매된 것이라고 주장하면서 원고의 제조 금지 등의 청구에 응하지 않은 사안에서 과실 추정의 번복을 부정).
72) 특허법원 2019. 2. 19. 선고 2018나1220, 1237 판결.

라도, 과실 추정 규정의 의미를 고려해 볼 때 원심 판단이 어떠한 점에서 잘못된 것인지 보다 구체적이고 세부적인 법리적 판단을 하지 않은 것은 매우 아쉬운 부분이다.

다. 과실 추정의 번복에 있어 고려 사항

과실 추정 규정의 취지와 그 번복에 관한 판례의 기준을 고려해 볼 때, 침해자가 '등록 권리의 존재 자체를 알지 못했다'는 점을 이유로 과실 추정이 번복되기는 어렵다고 판단되나, '자신이 실시하는 기술이 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 믿은 점을 정당화할 수 있는 사정'으로 인한 과실 추정의 번복은 신중하게 판단해야 할 것으로 생각된다.[73] 먼저 생각해 볼 수 있는 추정 번복의 사유는 등록된 권리를 실시한 경우이다. 즉, 침해자가 자신의 등록권리를 실시하거나 또는 제3자의 등록된 권리를 실시허락을 받아 실시하는 경우로서 그렇게 믿은 것이 정당한 경우에는 가사 사후적으로 등록된 권리의 침해라고 판단되었더라도[74] 침해자에게 귀책사유를 쉽게 인정해서는 안 될 것이다.[75] 다음으로 침해 여부에 대해 법원이나 특허심판원, 검찰 등에서의 판단이 서로 다른 경우에는 비록 최종심에서 침해라 판단되었더라도 침해자에게 귀책사유가 있다고 단정하기는 어렵다. 그리고 전문가로부터 침해가 아니라는 검토의견을 받고 이에 기초하여 실시행위를 하였는데 사후적으로 법원에서 침해라고 판단된 경우에도 과실 인정에 신중을 기할 필요가 있다. 비록 법원의 판단에 따라 침해라 인정되었더라도, 침해주장을 받은 당사자는 전문가로부터 검토의견을 받는 것이 당시 본인이 할 수 있는 최선의 조치이고 그러한 전문가의 검토의견을 신뢰한 실시행위에 대해서도 무조건 과실을 인정하게 되면 과실 추정 번복은 결국 불가능한 것으로 볼 수밖에 없다. 그 이외에 등록된 권리의 실시나 전문가 검토의견은 받지 못했지만, 침해자가 스스로 침해 여부에 대한 신중한 검토를 거쳤고 또한 내외부적으로 충분한 검토를 마친 다음 침해가 아니라는 합리적인 판단하에 실시한 경우에도 과실을 단정하기에는 무리가 있

---

73) 이에 관한 일본에서의 논의 및 판례에 대해서는 정상조·박성수 공편, 앞의 책, 308-309면(박성수 집필) 참고.

74) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다253444 전원합의체 판결은 "상표권자가 상표등록출원일 전에 출원·등록된 타인의 선출원 등록상표와 동일·유사한 상표를 등록받아 선출원 등록상표권자의 동의 없이 이를 선출원 등록상표의 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용한 경우, 후출원 등록상표에 대한 등록무효 심결의 확정 여부와 상관없이 선출원 등록상표권에 대한 침해가 성립하고, 특허권과 실용신안권, 디자인권의 경우에도 같은 법리가 그대로 적용"된다고 하면서 이와 달리 후출원 등록상표를 무효로 하는 심결이 확정될 때까지는 후출원 등록상표권자가 자신의 상표권 실시행위로서 선출원 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상표에 사용하는 것은 선출원 등록상표권에 대한 침해가 되지 않는다는 취지로 판시한 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도277 판결, 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다54434, 54441(병합) 판결은 동 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하였다. 원심 판결과 대상판결은 이러한 점을 전제로 침해자에게 귀책사유가 있음을 전제로 손해액에 대해 판단하였는데, 등록권리를 실시한 것에 대해 침해가 인정되는 것도 의문이 있지만, 이러한 실시행위에 대해 당연히 귀책사유가 있다고 하는 판단은 수긍하기 어렵다.

75) 이러한 점에서 등록권리의 실시라 믿었던 침해자에게 과실 추정의 번복을 부정한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다21666 판결(상표권 침해 사건에서 과실 추정을 인정하면서 추정의 복멸을 부정한 사례), 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다65245 판결은 쉽게 수긍하기 어렵다.

다고 생각된다.[76]

물론 이러한 기준에 따라 침해자의 과실을 부정하거나 과실 추정을 번복하기 위해서는 각 사유들의 존재(등록된 권리, 전문가의 의견, 자체적인 검토 등)만으로는 부족하고, 그러한 사유들로 인해 자신의 실시행위가 비침해라는 점을 믿은 것이 합리적이어야 할 것이다. 또한 이러한 기준에 의하면 권리침해가 인정되었음에도 불구하고, 침해자에게 과실이 없다고 하여 손해배상책임을 부정하게 되면 권리자 보호에 문제가 있을 수 있으나 과실책임주의의 원칙상 받아들여야 하는 결론이고, 이로 인한 권리자 보호 공백을 방치할 수 없다면 특수한 분야에서 인정되는 무과실책임[77] 등을 참고하여 입법적으로 해결해야 할 것이다.

라. 침해금지가처분에서의 과실 추정의 법리

앞에서 살펴 본 과실의 인정 기준이나 과실 추정의 필요성·사유 등의 논의는 침해금지가처분이 인정된 이후 본안소송에서 패소하였을 때 가처분신청권자의 귀책사유 인정 여부에 동일하게 적용되어야 할 것이다. 즉, 가압류나 가처분 등 보전처분은 법원의 재판에 의하여 집행되는 것이기는 하나 그 실체상 청구권이 있는지 여부는 본안소송에 맡기고 단지 소명에 의하여 채권자의 책임하에 하는 것이므로, 그 집행 후에 집행채권자가 본안소송에서 패소확정되었다면 그 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, 따라서 그 부당한 집행으로 인한 손해에 대하여 이를 배상하여야 할 책임이 있다는 판례의 입장[78]은 특허권 등 지식재산권 침해금지가처분에도 동일하게 적용된다.[79] 그런데 특허권 등 지식재산권의 침해 판단이 쉽지 않다는 점에서 권리자가 제3자의 실시행위에 대해 특허권 침해라고 판단하여 가처분신청을 한 후 가처분인용 결정이 내려진 경우, 추후 본안소송에서 패소하였다고 하여 권리자에게 무조건 귀책사유가 있다고 보는 것이 타당한지는 의문이다. 다만 침해자의 과실 추정 번복이 인정된 사례를 찾아보기 어려운 것과 달리 침해금지가처분 인용 이후 본안소송에서 패소한 경우에는 과실 추정이 번복된 사례들이 있다. 즉, 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다46360 판결은 특허권침해를 원인으로 한 가처분신청이 인용되었다가 법원의 판결로 그 가처분결정이 취소·확정되었다거나 그 후 가처분채권자가 상대방을 상대로 한 손해배상 등 민사소송에서 패소판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다 할지라도, 그 가처분신청채권자에게 부당가처분으로 인한 고의·과실까지 인정할 수 없는 특별한 사정이 존재한다

76) 뒤에서 보는 바와 같이 특허침해금지가처분 인용 이후 본안소송에서 패소한 경우 가처분권리자의 귀책사유를 부정하는 판례들이 있는데, 그러한 판례들의 기준은 특허침해에 대한 과실 추정의 번복에도 동일하게 적용되어야 할 것으로 생각된다.

77) 곽윤직 대표편집, 앞의 책, 139-140면(서광민 집필) 참고.

78) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다8453 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다46184 판결, 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다34764 판결 등.

79) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다46184 판결.

고 보았고,[80] 서울지방법원 1995. 1. 17 선고 93가합34881 판결(확정)은 법원이 2개월 여에 걸친 충분한 심리를 한 끝에 이 사건 가처분결정을 하였고, 이 사건 특허가 무효로 된 것은 그 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 반포된 간행물로부터 용이하게 발명할 수 있을 뿐만 아니라 각별히 우수한 효과를 나타낸다고 인정되지 아니한다는 이유였으며, 피고들이 이 사건 가처분신청을 할 때까지 피고들의 이 사건 피복조성물 특허권에 관하여 아무런 문제제기가 없었기에(원고가 피고 니혼다트로의 이 사건 피복조성물 특허에 관하여 권리범위확인 및 발명무효의 각심판을 구한 것은 피고들이 이 사건 가처분신청을 한 이후이다) 피고들로서는 국가가 인정한 이 사건 특허가 유효하다고 믿을 수밖에 없었을 뿐만 아니라 피고 니혼 다트로가 세계 20여국에 출원한 특허 가운데 아직까지 무효판정을 받은 적이 없었고, 피고들이 이 사건 가처분신청을 하기 전에 원고에게 충분한 경고를 하였으며, 전문분석기관에 원고 생산제품의 성분분석을 의뢰하였던 점 및 그 밖에 변론에 나타난 모든 사정을 종합하여 보면 피고들이 원고를 상대로 이 사건 가처분신청 및 집행을 함에 있어 피고들에게 고의 또는 과실이 없었다고 하였다. 또한 서울지방법원 서부지원 1993. 12. 2. 선고 92가합10050 판결(확정)은 의장권자가 자신의 등록의장과 유사한 의장의 제품을 제조·판매한다는 이유로 의장모조품 제조 판매금지가처분결정을 받았을 뿐 아니라 권리범위확인심판에서 의장권자의 등록의장의 권리범위에 속한다는 특허청 심결까지 받았으나 그 후 특허청 항고심판소에서 원심결을 파기하고 심판청구를 기각하는 심결이 내려지고 그것이 상고심에서 확정된 경우, 보전처분의 집행채권자가 본안소송에서 패소로 확정되었다면 그 보전처분의 집행에 관하여 일응 그 집행채권자에게 과실이 있다고 추정되지만, 자신의 의장권을 침해하였다는 이유로 한 의장모조품제조금지가처분은 양 등록의장의 유사성에 관한 법적 해석 내지 평가의 차이에 기인한 것이라고 할 것이고, 또한 특허청 1심의 권리범위확인심판의 심결에서 의장권자가 주장하는 법적 평가가 인용된 바 있는 점, 가처분 이전에 의장권자에게 2회에 걸쳐 의장권침해행위를 하지 아니하겠다는 각서를 작성해 준 점 등에 비추어 볼 때 그 가처분을 집행한 의장권자에게 고의 또는 과실이 있다고 보기 어렵다고 하였다.

앞서 살펴본 과실 추정 번복의 필요성 및 그 사유들에 관한 논의를 참고해 보면, 과실 추정의 번복을 인정한 위 판례들은 타당하다고 판단되며, 이러한 추정 번복 법리가 특허권 침해에 있어

80) 이 사건 가처분신청 당시 피고들은 원고의 이 사건 후행발명에 관한 실시가 선행발명에 관한 피고 1주식회사(이하 '피고 회사'라 한다)의 특허권을 침해한 것이거나 후행발명이 피고 회사에게 속하는 권리라고 믿었고, 그와 같이 믿을 만한 충분한 근거가 있었으며, 더욱이 이 사건 가처분의 경우에는 법원이 그 결정 전에 쌍방의 주장과 입장을 듣고 충분히 심리한 후에 가처분결정 여부를 결정하였다고 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피고들이 이 사건 가처분신청을 하고 그 집행을 함에 있어서 어떠한 고의나 과실은 없었다고 봄이 상당하다고 판단하여 원고의 부당가처분으로 인한 손해배상청구를 배척하였는바, 원고와 피고 회사와 사이의 이 사건 선행발명에 관한 양도계약의 내용, 원고와 피고 회사 사이의 그 동안의 분쟁의 경과, 피고 회사가 이 사건 가처분신청을 하게 된 경위 등 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 부당가처분의 고의·과실에 관한 법리오해나 판단누락, 채증법칙 위배 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

달리 볼 이유는 없기 때문에 특허권 침해에 있어 과실 추정 번복에도 동일한 기준이 적용되어야 할 것으로 생각된다.

3. 지식재산권 침해와 고의

가. 고의 인정의 기준과 판례의 태도

특허권 등 지식재산권 침해행위에 대한 형사처벌을 하기 위해서는 먼저 그러한 침해행위를 처벌하는 형벌법규가 있어야 하며(죄형법정주의), 원칙적으로 고의범을 처벌대상으로 하고 과실범에 대해서는 특별한 규정이 있어야 한다. 즉, 형벌법규가 과실범도 처벌대상으로 하는지 명확하지 않은 경우에는 고의범에 한하여 처벌대상으로 한 것으로 보아야 한다.[81]

이와 관련하여 법률의 부지가 형법 제16조(법률의 착오)에 해당하는지에 대해 대법원은 통설과 달리 법률의 부지는 형법 제16조가 규정하고 있는 법률의 착오에 해당하지 않는다는 견해를 고수하고 있다.[82] 고의의 의미에 대해 구성요건적 행위에 해당한다는 사실에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 이를 용인하려는 내심의 의사가 있어야 한다.[83] 고의의 종류로는 의도적 고의, 지정고의, 택일적 고의 등 여러 가지 유형이 있으나, 여기서 다루고자 하는 주제와 관련하여서는 미필적 고의가 중요하다. 미필적 고의의 의미에 대해 용인설, 감수설, 개연성설 등 다양한 학설들이 존재하는데, 판례는 용인설의 입장을 취하고 있다.[84]

---

81) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2467 판결(전기통신법 제110조 제1항이 정하는 공중통신설비 (제98조의 규정에 의하여 설치된 단말기기 등을 제외한다)를 손괴하거나 이에 대한 물품의 접촉 기타의 방법으로 공중통신설비의 기능에 장해를 주어 전기통신을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다는 규정은 죄의 성립요소인 구성요건해당사실의 인식이 있는 고의범에 관한 규정일 뿐임이 명백할 뿐만 아니라 과실범도 처벌한다는 아무런 규정도 없고 위의 기타의 방법은 물품 접촉이나 기타의 방법을 표시한 것으로 이를 들어 과실로 인하여 통신설비를 손괴하는 행위유형이 포함되는 것이라고 풀이 할 수도 없는 것…).

82) 강동범, "허가 등의 대상인 줄 모르고 한 행위의 형법상 취급", 형사판례연구 3권, 박영사, 1995, 68-69면.

83) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도11053 판결(피고인이 자신이 운영하는 갑 주식회사 인터넷 홈페이지에 을 명의의 등록상표가 부착된 공기정화장치인 삼림욕기를 판매하기 위하여 사진과 함께 각 부의 명칭 및 기능, 시험성적서, 상표등록증 등을 게재하여 광고함으로써 을의 상표권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위와 같은 행위는 삼림욕기와 관련하여 행하여진 광고행위로서 '상표의 사용'에는 해당하나, 피고인이 인터넷 홈페이지를 병에게 위탁 관리하던 중 을 등으로부터 삼림욕기의 판매 중지를 요구하는 내용증명을 받는 등 이를 이용한 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처하자 병에게 홈페이지에서 삼림욕기를 삭제하여 달라고 요청하였음에도 병이 위와 같은 작업을 하지 않는 바람에 삼림욕기의 사진 등이 삭제되지 않고 그대로 남게 된 사정 등을 종합할 때, 피고인에게 을의 등록상표를 삼림욕기와 관련하여 광고함으로써 이를 사용하려는 내심의 의사가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로, 같은 취지에서 무죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례).

84) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결(범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하며, 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을

일반 형사법에서의 고의에 대한 기준이 특허권 등 지식재산권 침해죄에서 달리 판단될 이유는 없는바, 고의란 객관적으로 위법으로 되는 침해를 누군가 타인에게 가한다고 함에 관한 인식으로서[85] 따라서 특허권침해죄가 성립하기 위해서는 (1) 특허권의 존재와 (2) 자기의 제품이나 방법이 특허권의 기술적 범위에 속한다는 것에 대한 인식 2가지 점이 요구된다.[86] 즉, 특허권침해죄에서의 고의는 타인의 등록특허권이 존재한다는 점에 대한 인식이 아니라,[87] 자신의 실시행위가 등록 특허권의 권리를 침해한다는 것에 대한 인식을 말한다.

특허침해죄를 주장하기 위해 실무적으로는 특허권자가 실시자에게 특허침해의 중지를 요청하는 경고장을 보내는 것이 일반적이다. 하지만 이러한 경고장은 권리자의 일방적인 주장에 불과하여 을이 갑으로부터 경고장을 받았다고 하여 특허침해에 대한 고의가 있었다고 볼 수는 없다.[88] 이러한 이유에서, 대부분 형사고소에 앞서 경고장을 발송하는 것은 특허침해죄가 인정되기 위하여는 침해자의 침해에 대한 인식, 즉 고의가 있어야 할 것인데 적어도 침해자가 특허권자로부터 그러한 내용의 경고장을 수령하였다면 특별한 사정이 없는 한 침해에 대한 인식이 있었다고 볼 수 있다는 견해나[89] 같은 취지의 판례[90]는 수긍하기 어렵다.[91]

미국은 2007년 Saegate 사건[92]에서 법원이 기존의 주의의무(duty of due care) 기준을 버리고 객관적 무모성(objective recklessness) 기준을 채택하여 특허권자가 침해자의 객관적 무모성을 입증하도록 하였다. 즉, 기존의 주의의무 기준에 의하면 침해자가 자신에게 고의가 없었음을 입증해야 했으나 객관적 무모성 기준에 의하면 원칙으로 돌아가 특허권자가 실시자의 고의를 입증해야 하며,[93] 이에 따라 침해자가 변호사 의견을 구할 의무는 사실상 사라졌지만, 현실적으로

기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 하고, 이와 같은 경우에도 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이며, 한편, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다).

85) 곽윤직 대표편집, 앞의 책, 185면(이상훈 집필).

86) 中山信弘 編著, 「註解 特許法(上) 第3版」, 青林書院, 2000, 1132頁.

87) 상표법 제112조의 추정 대상은 등록상표권의 존재에 대한 고의로서 침해에 대한 고의와 다르다.

88) 원고로부터 침해 주장을 받았다고 하여 그 이후의 실시행위가 당연히 고의침해로 되는 것은 아니라는 Andy Warhol Enters., Inc. v. Time Inc., 700 F. Supp. 760, 766 (S.D.N.Y. 1988) 판결 참고.

89) 박승문, "지식재산권 분쟁처리", 인권과 정의(제301호), 대한변호사협회, 2001, 65면.

90) 서울지방법원 1991. 9. 12. 선고 91노3825 판결(확정)은 "피해자가 피고인에 대하여 피고인이 자신의 실용신안권을 침해하고 있으니 침해행위를 중지하여 달라는 취지의 최고서를 내용증명우편물로 발송하여 그 무렵 그 최고서가 피고인에게 송달된 경우 피고인이 제작하여 위 공사에 납품한 책상용 명패의 고안은 피해자 이창우의 등록실용신안권의 권리범위에 속하는 것으로서, 적어도 피고인이 피해자로부터 위 최고서의 송달을 받은 시점부터는 위 침해행위에 대한 고의가 있었다 할 것이다."라고 판시하였다.

91) 강명수, "특허침해죄와 고의 입증", 법학연구, 제55권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2014. 8., 16-17면.

92) In re Saegate Technology, LLC, Misc. Dkt. No. 830 (Fed. Cir. Aug. 20, 2007).

93) Saegate 사건에서 CAFC는 객관적인 무모성의 입증에 대해 첫째, 특허침해자가 자신의 행위가 유효한 특허를 침해할 수 있다는 높은 가능성에도 불구하고 특허침해 행위를 하였다는 점을 특허권자가 명백하고 설득력 있는 증거로 입증해야 하며, 둘째, 특허침해자가 객관적으로 높은 위험성을 인식하거나 인식할 수 있었다는 점을 특허권자가 입증해야 한다고 하였다. 최승재, 「미국특허법」, 법문사, 2011,

는 의견서가 가장 설득력 있는 대응책이 되기 때문에 여전히 중요한 요소로 작용하고 있다.[94] 한편, 일본의 하급심 판례 중 변리사의 전문적 의견을 받아 그에 따라 실시행위를 한 경우 형사책임이 부정된다고 판시한 사례[95]가 있다.

이와 관련하여 우리 판례는 피고인이 변리사의 비침해 의견서 및 감정결과를 토대로 실시행위를 하였고, 또한 권리범위에 대한 상반된 판단이 있다가 대법원에 가서야 비로소 침해라는 취지의 파기환송 판결을 받은 사안,[96] 공유권리자 중 1인으로부터 허락을 받아 실시행위를 한 사안[97] 등에서 침해죄를 부정하고, 또 전문가의 자문을 구하는 등의 아무런 조처도 없이 임의로 그와 같이 믿은 것에 지나지 아니하여 침해죄를 인정함으로서 전문가의 자문이 고의 부정의 근거가 될 수 있음을 설시한 사례가 있지만,[98] 변리사로부터 비침해 의견을 받고 상표를 사용한 경우에도 침해죄에서의 고의가 부정되지 않는다고 하여 침해죄를 인정함이 판례의 기본적인 태도이다.[99]

하지만 앞서 본 과실추정의 번복 사유들, 즉 등록권리의 실시, 법원 등에서의 침해 판단이 엇갈린 경우, 전문가의 의견에 따른 경우, 신중하고 합리적인 검토에 기초한 실시인 경우에는 침해자의 고의 인정에는 신중을 기할 필요가 있다. 그럼에도 우리 법원은 전문가의 의견이 있다 하더라도 침해자의 고의를 대부분 인정하고 있으며, 하급심에서 침해가 아니라고 판단하여 무죄라 선고한 사건들에 대해서도 대법원은 신중한 법리적 검토나 설시 없이 유죄(즉, 침해자의 고의 인정)를 인정하고 있다.[100]

나. 고의 인정에 대한 신중한 검토의 필요성

침해 여부 판단이 매우 어려운 지식재산권 침해 사건의 특수성을 고려해 볼 때 침해가 인정되면 침해자의 고의 여부에 대한 신중한 검토 없이 침해죄를 인정하는 판례의 태도에는 의문이 있다.

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한

387면.

94) 정승복, 「해외특허분쟁 가이드북(제2판)」, 세창출판사, 2010, 49면 및 397면.

95) 仙台高判昭36年10月5日判例工業所有權法現行法編7·2455の53頁(中山信弘, 前揭書, 419頁 註2에서 재인용).

96) 대법원 1982. 1. 19. 선고 81도646 판결.

97) 대법원 1984. 12. 26. 선고 82도1799 판결.

98) 대법원 1997. 10. 10. 선고 96도2191 판결.

99) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97도3337 판결, 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도702 판결.

100) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도3583 판결, 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도310 판결.

다. 그리고 위와 같은 엄격한 증명의 대상에는 검사가 공소장에 기재한 구체적 범죄사실이 모두 포함되고,[101] 고의와 같은 주관적 사실도 엄격한 증명의 대상이다.[102]

이러한 법리에 지식재산권 침해 판단의 난해함을 더해 보면, 지식재산권 침해가 인정된 경우라 하더라도 침해자에게 침해행위에 대한 고의가 있는지 여부를 신중히 판단하여 고의가 엄격한 증명에 의해 확신을 가지게 할 정도로 입증되지 않으면 침해죄를 부정해야 마땅하며, 따라서 전문가의 비침해 의견을 받고 실시행위를 하였거나 법원이나 특허심판원 등 전문기관에서도 침해여부의 판단이 어긋나는 경우 최종심에서 권리침해라 인정되었다는 이유만으로 고의를 인정해서는 안될 것이다. 판례 중에는 피고인 1이 특허발명의 존재를 명확히 알고 있었음에도 특허발명의 일부 부품을 치환한 장치를 개발한 후 특허보다 손쉽게 등록할 수 있는 실용신안등록을 한 점, 특허발명과 장치 간에 본질적인 차이가 없고 실질적으로 균등한 구성인 점, 피고인 2도 특허권자인 피해자의 경고장을 보았음에도 계속 이 사건 장치를 제작하여 납품한 점 등을 근거로 피고인들에게 특허권 침해의 고의가 있다고 판단한 원심에 대해 여러 가지 제반 사정을 고려하여 고의가 부정된다고 하면서 원심을 파기한 사례도 있는데,[103] 고의를 부정한 결론은 타당하나 이 사건에서 법원이 설시하고 있는 제반사정들은 당해 사건에 특유한 것이기 때문에 일반적으로 고의가 부정되는 기준은 제시하지 못하고 있고 따라서 향후의 사건에서 참고하기에는 한계가 있어 보인다.[104] 한편, 특허법 제127조의 간접침해 행위에 대해 형사처벌 규정이 적용되는지와 관련하여 입법적 해결을 하기 전 일본에서는 침해죄 적용을 긍정함이 일반적인 견해였는데,[105] 우리 판례는 죄형법정주의와 형벌의 불균형을 이유로 침해죄 적용을 부정하고 있다.[106] 간접침해에까지 침해죄를 적용하기에는 무리가 있다는 판단으로 이해되지만, 침해죄를 인정하기 위해서는 침해자에게 고의가 있음을 판단해야 함에도 고의를 제대로 판단하지 않기 때문에 '침해=침해죄'라는 실무 태도로부터 그러한 오해가 비롯된 것으로 생각된다.

Ⅴ. 결론

특허권을 비롯한 지식재산권의 특징으로 예외 없이 언급되는 것이 권리범위의 불명확성 및 침

---

101) 대법원 2017. 3. 30. 선고 2013도10100 판결.
102) 이재상·조균석, 「형사소송법 제11판」, 박영사, 2017, 539면; 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결, 대법원 2002. 3. 12. 선고 2001도2064 판결.
103) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008도639 판결.
104) 강명수, 앞의 논문(주91), 20면.
105) 이성호, "지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의·과실", 사법논집 28집, 법원도서관, 1997, 476면; 仙元隆一郎, 「特許法講義」, 悠悠社, 1996, 170頁(간접침해는 예비적행위라기 보다는 침해의 개연성이 높은 행위이고, 그 자체 독립적인 침해행위로 되어 있기 때문에 침해죄가 성립한다고 한다); 中山信弘 編著, 前揭書, 971頁.
106) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92도3350 판결.

해여부 판단의 난해함인데,[107] 일반 민형사사건에서도 권리침해 여부 판단이 어렵지만 무형의 권리보호를 전제로 하는 지식재산권 영역에서는 그러한 침해판단의 곤란성이 더욱 가중된다. 한편, 권리침해가 인정되면 구제수단으로서 금지청구권 행사가 가능하고, 권리침해에 침해자의 귀책사유(고의 또는 과실이며, 과실이 주로 문제됨)가 있으면 민사상 손해배상청구가 가능하고, 침해자에게 고의가 인정되면 형사상 침해죄 적용이 가능하다. 즉, 금지청구권의 특징은 침해자의 귀책사유를 불문하고 객관적인 침해사실 자체만 존재하면 되는 것이고,[108] 침해자의 고의·과실이나, 동기, 의도 등 주관적 요소는 고려의 대상이 아니다.[109] 그리고 손해배상청구가 인정되기 위해서는 침해자에게 고의 또는 과실이 있어야 하는데, 과실책임주의의 이념에 따라 고의와 과실의 구분 실익은 없어서 과실만 있으면 손해배상책임이 인정된다. 나아가 침해죄가 인정되기 위해서는 침해자에게 고의가 있어야 하는데 죄형법정주의에 따라 고의에 대한 입증은 합리적인 의심의 여지 없이 확신을 가지게 할 정도의 엄격한 증명을 요한다.

지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려해 볼 때, 권리침해가 인정된다고 하여 침해자에게 고의나 과실 등 귀책사유를 당연히 인정해서는 안되고, 고의 또는 과실에 대해 세부적인 검토를 거쳐 그 유무를 판단할 필요가 있다. 하지만 우리 실무의 태도는 '권리침해=귀책사유 인정'이어서 귀책사유에 대한 판단이 이루어지지 않고 있으며, 이로 인해 전문가들도 그 판단이 쉽지 않은 지식재산권 침해 영역에서 침해가 인정되면 귀책사유도 자연스럽게 인정되는 문제가 있다. 이와 관련하여 우리 특허법과 부정경쟁방지법에서는 고의 침해시에서만 특허권 침해로 인정하는 규정(제94조 제2항)과 희석화 방지규정 위반의 경우 고의가 있을 때에만 손해배상청구를 인정하는 규정(제5조)을 두고 있는데, 지식재산권 침해의 특수성을 고려한 점은 타당하나 그러한 배려를 고의 또는 과실의 엄격한 증명책임이 아닌 권리침해 또는 손해배상책임의 성립요건 자체에 반영함으로 인해 우리의 일반 법체계와 정합되지 못하고 또한 귀책사유에 대한 신중한 검토의 필요성을 외면하게 만드는 문제가 있다.

결국 이러한 모든 문제들의 근본적인 시작은 침해판단의 곤란성이 특징인 지식재산권 침해사건에서 침해자의 귀책사유 판단의 필요성과 중요성, 그리고 이에 기초한 세부적인 귀책사유의 인정 또는 부정의 기준 마련없이, 형식적이고 획일적으로 권리침해시 귀책사유를 인정해 버리는 실무태도 및 해석 법리에 있다고 할 것이다. 이제부터라도 지식재산권 침해 사건에서는 반드시 침해자의 귀책사유에 대한 판단을 별도로 하는 실무례가 정착되어 귀책사유에 대한 세부 기준이 마련될 필요가 있고, 이와 더불어 권리침해 또는 손해배상책임의 성립요건 자체에 별도의 요건을

107) 강동세, 앞의 책, 13면; 민형기, 앞의 논문, 237면; 송영식 외6, 앞의 책, 59면 등.

108) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006다1831 판결(감광드럼에 관한 물건의 발명인 특허발명의 청구항의 기재에 의하면 감광드럼을 실제로 사용함에 있어서 이를 부품으로 하는 화상형성장치 또는 주조립체에 결합하여 사용할 것이 분명하더라도, 특허발명의 기술적 특징을 갖춘 감광드럼을 특허권자의 허락 없이 업(業)으로서 생산하였다면 바로 특허침해가 완성되고, 그 감광드럼을 생산한 후에 현실적으로 이를 부품으로 하는 화상형성장치 등에 결합하여 사용하여야만 비로소 특허침해가 성립하는 것은 아니라고 본 사례.) 참고.

109) Hilton Davis Chem. Co. v. Warner-Jenkinson Co., 35 U.S.P.Q.2d 1641(Fed. Cir. 1995).

부가하거나 한정하는 규정들을 모두 일반 법체계와 동일하게 정비하는 개선 논의가 있어야 할 것으로 생각된다.

토론문

차 상 육(경북대학교 법학전문대학원 교수/변호사)

1. 들어가기

본 발제문은 지식재산권의 특징(보호범위가 불명확하고, 침해 여부 판단이 어렵다는 점)이 지식재산권의 침해 판단에서 어떻게 반영되는지 여부라는 두 가지 관점에 대해 지식재산권 전반을 통해 포괄적으로 해당 법리를 비판적으로 분석해 주신데 대해 우선 강명수 교수님께 감사를 드립니다.

강명수 교수님의 비판적 분석 중에서도 특히 “지식재산권 침해 판단의 곤란성을 고려해 볼 때, 권리침해가 인정된다고 하여 침해자에게 고의나 과실 등 귀책사유를 당연히 인정해서는 안되고, 고의 또는 과실에 대해 세부적인 검토를 거쳐 그 유무를 판단할 필요가 있다. 하지만 우리 실무의 태도는 ‘권리침해=귀책사유 인정’이어서 귀책사유에 대한 판단이 이루어지지 않고 있으며, 이로 인해 전문가들도 그 판단이 쉽지 않은 지식재산권 침해 영역에서 침해가 인정되면 귀책사유도 자연스럽게 인정되는 문제가 있다. 이와 관련하여 우리 특허법과 부정경쟁방지법에서는 고의 침해시에서만 특허권 침해로 인정하는 규정(제94조 제2항)과 희석화 방지규정 위반의 경우 고의가 있을 때에만 손해배상청구를 인정하는 규정(제5조)을 두고 있는데, 지식재산권 침해의 특수성을 고려한 점은 타당하나 그러한 배려를 고의 또는 과실의 엄격한 증명책임이 아닌 권리침해 또는 손해배상책임의 성립요건 자체에 반영함으로 인해 우리의 일반 법체계와 정합되지 못하고 또한 귀책사유에 대한 신중한 검토의 필요성을 외면하게 만드는 문제가 있다.”는 지적에는 커다란 울림이 있어 공감이 갑니다. 또한 이러한 점은 향후 풀어나가야 할 지적재산법 학계의 과제라고 사료됩니다.

2. 질의 사항

(1) 과실추정과 고의추정의 비교 문제 및 손해액 산정 문제 등

강명수 교수님은 상표법에서는 고의의 추정 규정(제112조)을 두고 있는데, 판례는 특허법상 과실 추정 규정과 동일한 취지에서 상표권 침해에 대한 과실이 추정된다고 한다고 언급한 뒤, 특허법 등에서는 ‘침해행위’에 대한 (과실) 추정인데 반해, 상표법에서는 ‘상표의 등록사실’에 대한

(고의) 추정으로서 그 의미가 다르다고 주장하고 있습니다.[1)]

그런데, 이른바 '남선알미늄 사건'(대법원 2013. 7. 25. 선고 판결 [손해배상(지)])에서는 다음과 같이 판시하고 있습니다.

"상표권의 존재 및 그 내용은 상표공보 또는 상표등록원부 등에 의하여 공시되어 일반 공중도 통상의 주의를 기울이면 이를 알 수 있고, 업으로서 상표를 사용하는 사업자에게 해당 사업 분야에서 상표권의 침해에 대한 주의의무를 부과하는 것이 부당하다고 할 수 없으며, 또한 타인의 특허권, 실용신안권, 디자인권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정되는데도(특허법 제130조, 실용신안법 제30조, 디자인보호법 제65조 제1항 본문) 상표권을 침해한 자에 대하여만 이와 달리 보아야 할 합리적인 이유가 없으므로, 타인의 상표권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정된다고 할 것이고, 그럼에도 타인의 상표권을 침해한 자에게 과실이 없다고 하기 위하여는 상표권의 존재를 알지 못하였다는 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다거나 자신이 사용하는 상표가 등록상표의 권리범위에 속하지 아니한다고 믿은 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다는 것을 주장·증명하여야 한다."

한편 상표법 제112조(고의의 추정)에서는 "제222조에 따라 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다."고 규정하고 있습니다.

더 나아가, 상표법 제110조 제7항과 제8항에서는 고의 침해에 따른 3배배상제도(이른바 징벌적 손해배상제도)를 규정하고 있습니다.

> 제110조(손해액의 추정 등)
> ...(중략)...
> ⑦ 법원은 고의적으로 상표권자 또는 전용사용권자의 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하여 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자에 대하여 제109조에도 불구하고 제1항부터 제6항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. <신설 2020. 10. 20.>
> ⑧ 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2020. 10. 20.>
> 1. 침해행위로 인하여 해당 상표의 식별력 또는 명성이 손상된 정도

1) 강명수, "상표법상 고의 추정 규정에 대한 소고", 법학연구 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015. 12., 127-129면.

2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
3. 침해행위로 인하여 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 피해규모
4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
5. 침해행위의 기간·횟수 등
6. 침해행위에 따른 벌금
7. 침해행위를 한 자의 재산상태
8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

[질문 1] 특허법 등에서는 '침해행위'에 대한 (과실) 추정인데 반해, 상표법에서는 '상표의 등록사실'에 대한 (고의) 추정으로서 그 의미가 다르다고 주장하고 있는데, 타인의 상표권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정된다는 의미와의 구체적인 차이에 대해 설명해 주시기 바랍니다.

[질문 2] 나아가 이러한 차이가 상표법 제110조 제7항과 제8항에서는 고의 침해에 따른 3배 배상제도(이른바 징벌적 손해배상제도)에는 어떻게 작용되는지 여부에 대해서도 설명해 주시기 바랍니다.

[질문 3-1] 구 상표법 제67조 제3항에 규정한 "등록상표의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 금액"과 현행 상표법 제110조 제4항에 규정한 "등록상표의 사용에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액에 상당하는 금액" <개정 2020. 10. 20.>[2]의 차이점을 소송 실무적으로 설명해 주시기 바랍니다.

[질문 3-2] 관련 질의로서, 현행 상표법 제110조 제4항은 현행 상표법 제110조 제1항 내지 현행 상표법 제110조 제3항과 대비하여, 소송물이 별개인가요? 그렇지 않은가요?

[질문 3-3] 특히, 신설된 현행 상표법 제110조 제1항 제2호[3] <개정 2020. 12. 22.>와 관

2) 개정법(2020. 10. 20)의 입법취지로서는, "현재 손해액 산정방식 중 하나인 통상적으로 받을 수 있는 금액이 시장의 기준보다 낮게 산정되어 적정한 손해액 산정이 되지 않는다는 지적이 있어 이를 합리적으로 받을 수 있는 금액으로 기준을 변경하여 손해액을 시장의 현실에 부합하게 산정할 수 있도록 개선함."입니다.(출처: 국가법령정보센터).

3) 제110조(손해액의 추정 등) ① 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 상품을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 손해액으로 할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>
1. ...(중략)...
2. 그 상품의 양도수량 중 상표권자 또는 전용사용권자가 생산할 수 있었던 상품의 수량에서 실제 판매

련하여, 현행 상표법 제110조 제4항과 사이에 소송물이 동일한지 아니면 별개의 것인지 여부에 대해 말씀해 주시면 감사드리겠습니다.

이러한 3-1 내지 3-3의 각 질문은, 특허법 제128조의 손해액 산정에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있는 논의라 할 것입니다.

(2) 특허침해사건에서 고의침해 회피노력 유무의 판단과 「전문가 자문」의 법적 의미

미국특허법상 고의 침해가 인정되는 경우 법원은 가중적 손해배상(enhanced damages)를 명할 수 있으며, 다수의 견해는 징벌적 성격을 가지는 것으로 보고 있는 듯합니다. 이러한 가중적 손해배상의 청구 시에는 침해자의 고의성(willfulness)를 증명하여야 합니다. 즉 배심원이 고의성이 인정되는지 먼저 판단하여 고의성을 인정하는 결정을 내리면 법원이 전체적인 정황을 검토하여 구체적으로 손해액의 증액여부와 증액의 범위를 결정하는 방식을 취하고 있습니다. 즉 증액을 할지 여부는 전적으로 법원의 재량사항에 속합니다.

강명수 교수님이 기술한 것처럼, 미국은 2007년 Saegate 사건[4]에서 법원이 기존의 주의의무(duty of due care) 기준을 버리고 객관적 무모성(objective recklessness) 기준을 채택하여 특허권자가 침해자의 객관적 무모성을 입증하도록 한 바 있습니다. Saegate 사건에 따르면, 기존의 주의의무 기준에 의하면 침해자가 자신에게 고의가 없었음을 입증해야 했으나 객관적 무모성 기준에 의하면 원칙으로 돌아가 특허권자가 실시자의 고의를 입증해야 합니다.

Saegate 사건에서 CAFC는 객관적 무모성(objective recklessness)의 입증에 대해 첫째, 침해자는 자기 행위가 유효한 특허의 침해에 해당할 객관적 고도의 개연성이 있음에도 불구하고 그러한 행위를 한 점, 즉 침해자가 객관적으로 높은 위험성을 인식하거나 인식할 수 있었다는 점과 둘째, 특허 침해의 위험성이 알려졌거나 분명하기 때문에 침해자가 이를 알았거나 알 수 있었음을 명백하고 설득력 있는 확실한 증거에 의하여 증명하여 한다고 판시하였습니다.

그런데, 최근의 미국 판례에서는 2007년 Saegate 사건 보다도 고의 책임의 기준이 다소간 완화되는 경향이 있는 듯합니다.

한 상품의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량(상표권자 또는 전용사용권자가 그 상표권자의 상표권에 대한 전용사용권의 설정, 통상사용권의 허락 또는 그 전용사용권자의 전용사용권에 대한 통상사용권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 해당 수량을 뺀 수량)에 대해서는 상표등록을 받은 상표의 사용에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액

4) In re Saegate Technology, LLC, Misc. Dkt. No. 830 (Fed. Cir. Aug. 20, 2007).

2016년 Halo 사건 판결[5]에서는 2007년 Saegate 사건의 객관적 무모성(objective recklessness) 기준은 지나치게 엄격하여 악질적인 고의 침해마저도 징벌적 손해배상을 피해갈 수 있도록 하는 측면이 있다는 이유로 이를 파기하였습니다. 즉 일반적인 불법행위의 법리의 관점에서 보더라도 행위자의 고의 여부 등 주관적 요건에 따라 책임이 달라지므로, 특허침해소송에서의 손해액 증액 여부도 객관적 무모성(objective recklessness)과 관계없이, 침해자의 주관적인 고의 유무에 따라 판단하여야 한다고 판시하고 있습니다.

이러한 점에서 미국 연방대법원은 특허권자에게 침해자의 객관적 무모성(objective recklessness)까지 증명을 요구하는 것은 과도하다는 점을 들어 Saegate 사건의 객관적 무모성(objective recklessness) 기준은 미국 특허법 제284조에 위배된다고 판시하였습니다.

한편 CAFC는 2007년 Saegate 사건에서 신의성실의 의무(duty of dure care)를 다하였음을 증명하기 위하여 반드시 변호사 자문을 구할 의무는 없다고 밝힌 바 있습니다. 나아가 AIA 개정 특허법 제298조에서도 이 점이 명시되어 있습니다.

그런데 실무에서도 여전히 침해회피를 위한 노력 유무를 판단함에 있어서 중요한 요소로 작용하고 있으며, 그 외에도 회피설계를 위하여 노력한 증거 등 다양한 요소를 참작하여 전체적으로 정황을 고려하고 있는 듯합니다.

요컨대 이러한 미국 판례의 태도 변화에도 불구하고, 침해자가 변호사 의견을 구할 의무가 있다고 보기는 사실상 어렵지만, 현실적으로는 의견서가 가장 설득력 있는 대응책이 되기 때문에 여전히 중요한 요소로 작용하고 있다는 점은 분명해 보입니다.

[질의4] 강명수 교수의 기술처럼, 일본의 하급심 판례 중 변리사의 전문적 의견을 받아 그에 따라 실시행위를 한 경우 형사책임이 부정된다고 판시한 사례[6]가 있는데 반해, 우리나라는 변리사로부터 비침해 의견을 받고 상표를 사용한 경우에도 침해죄에서의 고의가 부정되지 않는다고 하여 침해죄를 인정함이 판례가 있습니다.[7]

마치 대립하고 있는 듯 보이는 우리나라와 일본의 두 판례의 차이점을 구체적으로 설명해 주

5) Halo Elecs., Inc. v. Pulse Elecs., Inc., 136 S. Ct. 1923, 1932-1933, 195 L. Ed. 2d 278 (2016),
6) 仙台高判昭36年10月5日判例工業所有權法現行法編7·2455の53頁(中山信弘, 前揭書, 419頁 註2에서 재인용).
7) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97도3337 판결, 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도702 판결.

시고, 향후 우리 판례의 방향성은 어떻게 자리매김하는 것이 바람직한지에 대해서도 교수님의 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

3. 마무리

이상과 같이 토론을 마칩니다. 소중한 발표를 해 주신 강명수 교수님(부산대학교 법학전문대학원)께 다시 한 번 깊은 감사를 드립니다.■

토론문

민 경 재(전남대학교 법학연구소 지식재산권법센터 연구원)

위 논문은 현재의 지식재산권, 그 중에서도 산업재산권에 있어 침해와 침해행위에 대한 과실에 대한 현행 규정의 문제점을 지적한 것으로 보입니다. 특히나 발표자는 이전 『특허침해죄와 고의 입증(부산대학교 법학연구 제55권 제3호, 2014년8월)』"이라는 논문에서 "특허침해죄를 인정하기 위해서는 침해자에게 특허침해에 대한 고의가 있음이 명백하게 입증되어야 하는데, (중략) ~ 보다 근본적으로 어떤 경우에 고의가 인정되는지의 적극적 기준을 찾는 노력이 필요하며 이를 위해서는 고의 여부가 명확하지 않은 사건에 대해서는 침해죄를 부정하는 원칙을 확고히 해야 할 것이다"라는 주장을 편 적이 있습니다. 그리고 이번 논문은 그러한 문제 의식의 확장이라고 보여집니다.

사실 이러한 문제 의식은 실무에 있어 아주 중요할 것이며, 이 논문에서 지적한 관련 규정이 가진 문제점은 매우 적절하다고 생각합니다. 평소 이에 대해서는 막연하게 산업재산권의 경우, 등록시스템을 가지고 있기 때문에 특허법의 경우에는 제130조(과실의 추정)[1], 상표법의 경우에는 제112조(고의의 추정)[2], 디자인보호법의 경우에는 제116조(과실의 추정)[3]에 근거하여 과실과 고의 추정이 인정되는 것이라고 생각하여 특별한 문제의식을 가지고 있지 않았기에 더욱 관심을 기울여 발표문을 읽었습니다.

특히 발표자는 세 가지의 경우, 즉 ① 등록된 권리를 실시한 경우, ② 침해 여부에 대해 법원이나 특허심판원, 검찰 등에서의 판단이 서로 다른 경우, ③ 등록된 권리의 실시나 전문가 검토 의견은 받지 못했지만, 침해자가 스스로 침해 여부에 대한 신중한 검토를 거쳤고 또한 내외부적으로 충분한 검토를 마친 다음 침해가 아니라는 합리적인 판단하에 실시한 경우 등에서는 과실 추정의 번복이 이루어져야 한다고 주장합니다. 아울러 법원이 "특허권 침해에 있어 침해자의 과실 유무 판단이 중요하고 이에 대한 엄격한 기준제시가 필요함에도 '권리침해=침해자의 과실 인정'이라는 기계적인 판단을 하여 과실에 대한 인정 기준, 과실추정 규정의 의미와 문제점, 과실

1) 특허법 제130조(과실의 추정) 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다.
2) 상표법 제112조(고의의 추정) 제222조에 따라 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정한다.
3) 디자인보호법 제116조(과실의 추정) ① 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만, 제43조 제1항에 따라 비밀디자인으로 설정등록된 디자인권 또는 전용실시권의 침해에 대하여는 그러하지 아니하다.

추정 번복의 법리 정립과 실무례 정착 등이 등한시 되고 있으며, 이로 인해 궁극적으로 특허권 침해로 인정된 경우 무조건적인 손해배상책임을 인정함으로 인해 침해자에게 과도한 부담을 주고 있다"고 지적하고 있는데, 이에 동의를 표합니다.

한편 발표자는 법원의 고의 인정에 대한 신중한 판단을 바라면서 미국의 2007년 Saegate 사건을 인용하는데, 당해 사건에서 해당법원은 기존의 주의의무(duty of due care) 기준을 버리고 객관적 무모성(objective recklessness) 기준을 채택하여 특허권자가 침해자의 객관적 무모성을 입증하도록 하였다고 하였습니다. 즉 기존의 주의의무 기준에 의하면 침해자가 자신에게 고의가 없음을 입증해야 했으나, 객관적 무모성 기준에 의하면 원칙으로 돌아가 특허권자가 실시자의 고의를 입증해야 한다고 하였습니다.

여기서 질문을 드리고자 합니다.

1.

이와 관련하여 산업재산권은 아니지만 저작권법 판례 중 공정이용 주장과 관련하여 우리 법원은 소위 "손담비의 '미쳤어'"사건[4]에서 문제가 된 동영상의 삭제를 온라인서비스제공자(네이버)에게 요청한 저작권신탁관리업자인 한국음악저작권협회에게 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단요구를 하였다는 이유로 저작권법 제103조 제6항 소정의 손해배상책임을 인정한 바 있습니다. 그리고 그 논거로서 "저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 경우에는 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 온라인서비스제공자의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있"다고 하였습니다. 그런데 이는 결국 이용자의 저작물 이용행위가 저작권 제한사유 또는 공정이용에 해당하는지 불분명한 경우, 원고로 하여금 당해 저작물 이용행위가 저작권 제한사유에 해당하지 않음을 입증하도록 하고 있는 것이 된다고 볼 수 있을 것 같습니다.

그렇다면 위 저작권 사례를 미국의 Saegate 사건과 유사한 관점에서 바라볼 수 있을까요? 또는 이와 관련하여 저작권 침해 소송에 있어 "공정이용"이 문제가 되는 경우, 침해자의 공정이용 입증 또는 침해를 주장하는 권리자가 침해자의 이용이 공정이용이 아님을 입증해야 한다는 책임과 관련한 소송이 있는지 혹시 아는 사건이 있는지 궁금하며, 이것이 특허권을 위시한 산업재산권 침해 소송에 있어서 유사한 논리, 즉 미국의 "객관적 무모성" 기준이 한국의 법원에서도 채택될 수 있는 것인지 궁금합니다(물론 채택되어야 한다고 주장하는 것은 알고 있습니다만).

4) 서울고등법원 2010.10.13. 선고 2010나35260판결(확정).

2.

발표문에 따르면 필자는 과실추정의 번복에 있어 고려 사항이라고 하여 앞서 언급한 3가지의 경우, 침해자의 과실 추정이 번복된다면 권리침해가 인정되었음에도 불구하고 침해자에게 과실이 없다고 할 수 있다고 하면서, 이에 대한 비판을 의식하여 이와 같은 경우 손해배상책임을 부정하게 되면 권리자 보호에 문제가 있을 수 있으나 과실책임주의의 원칙상 받아들여야 하는 결론이고, 이로 인한 권리자 보호 공백을 방치할 수 없다면 특수한 분야에서 인정되는 무과실책임 등을 참고하여 입법적으로 해결해야 할 것이라고 주장하였습니다. 혹시 발표자가 생각하고 있는 입법적 대안을 간략하게나마 소개해 주실 수 있는지 그 혜안을 듣고 싶습니다.