예비재판관 제도 및 그 도입 타당성에 대한 연구*

정 재 황**

【목 차】

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 재판부 구성의 공백 발생의 경우와 그 문제점
1. 재판부 구성의 공백 발생 경우
2. 문제점
Ⅲ. 전제적 고려요소와 현행 헌법하에서의 방안 모색
1. 전제적 고려요소
2. 현행 헌법 하에서의 보충방안 검토
Ⅳ. 예비재판관 제도에 대한 검토
1. 예비재판관 제도의 의의 및 필요성의 의미
2. 우리나라의 예와 예비재판관 제도를 두고 있는 외국의 예
3. 예비재판관 제도 도입시 헌법근거화 문제
4. 예비재판관 제도의 구체적 방안
Ⅴ. 예비재판관 제도의 효과성에 대한 검토
1. 검토
2. 소결
Ⅵ. 대안의 모색
Ⅶ. 결론

【국 문 요 약】

헌법재판이 가지는 국민의 기본권보장, 헌법질서의 유지라는 중요한 소임, 이를 위한 중요한 헌법해석, 그리고 헌법재판이 다른 재판과 달리 그 파급효과가 크다는 점에서 헌법재판소의 일부 재판관이 궐원되었거나 특정 재판에서 배제될 때 그 공백이 가지는 문제점이 중대하다. 최근에 헌법재판관 퇴임 후 장기간 후임 헌법재판관이 임명되지 않은 사건이 실제로 있었기도 하여 그 보완책으로 예비재판관 제도의 도입에 대한 논의가 이루어지고 있다. 이에 본 연구는 예비재판관제도에 대해 살펴보고 우리나라에서 그 도입 타당성을 검토하였다. 이를 위해 전제적으로

* 본 논문은 본 연구자가 소위원회 위원장을 맡았던 헌법재판소 제도개선위원회에서 본인이 연구하여 2012년 10월 31일 동 위원회의 최종회의에서 발표한 보고서를 제목을 바꾸고 내용을 대폭 다듬은 것임. 당시의 보고서는 인용대상이 아님을 밝힐 정도로 초기연구였고 이후 많이 정리되었으므로 당시 보고서는 인용대상이 될 수 없고 인용필요시 본고가 대상이 됨.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

헌법재판소의 재판부 공백의 발생가능한 경우와 그 문제점을 살펴보고 그 공백에 대한 보충에 있어서 전제적으로 고려되어야 할 요소(보충인력의 전문성·독립성·정당성 등)를 파악해 보고자 하였다. 다음으로 현행 헌법을 그대로 둔 채 모색될 수 있는 보충방안에 대해 검토하였다. 다음으로 그동안 한국에서 많이 제안되어 온 예비재판관 제도에 대하여 집중적으로 고찰하였는데 그 제도의 의의 및 필요성, 우리나라의 역대의 예와 예비재판관 제도를 운영 중인 주요국 사례, 예비재판관 제도의 구체적 방안(예비재판관의 정수, 자격요건, 선임방식, 임기, 권한과 의무 등)을 살펴보았다. 이러한 고찰결과에 비추어 예비재판관제도가 가지는 한계나 문제점을 검토한 결과 현실적·심리적 부정적 요소가 나타날 수 있으므로 또 다른 대안으로서 재판관 확대를 통한 방안, 즉 재판관 정수를 늘려 예를 들어 12명의 재판관을 임명해 두고 사건마다 그중 9명의 재판관이 재판에 임하도록 하는 일종의 순환(순차)식 재판부를 구성하는 방식을 고려해 보았다. 이들 방안은 헌법개정을 요한다.

Ⅰ. 문제의 제기

비교적 최근인 2011년 7월에 재판관 1인이 퇴임한 뒤[1] 1년 넘게 국회에서의 헌법재판소의 재판관 후임 선출이 늦어져 상당히 오랜 기간 8인 헌법재판관에 의한 헌법재판이 운영된 경험을 한 바 있다. 이에 대한 비판과 문제점을 지적하는 목소리가 커져갔고 급기야 국회의장에 대한 헌법재판소 소장 명의의 선출촉구 공식서한이 전달되기도 하였다.[2] 뿐만 아니라 비록 각하결정이 나긴 했으나 위와 같이 국회가 임기만료로 퇴임한 헌법재판관의 후임자를 선출하지 아니한 것은 부작위로서 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 하는 헌법소원심판까지 청구되기도 하였다.[3] 이러한 사건을 계기로 헌법재판관의 결원이나 헌법재판부의 공백이 가져올 수 있는 문제점들이 지적되고 있다. 아울러 이를 보완할 제도로서 예비재판관 제도의 도입이 논의되고 헌법학자들과 2009년에 나온 헌법연구 자문위원회의 보고서에서 예비재판관을 두자는 제안을 하고 있다.[4] 여기서의 예비재판관이라 함은 헌법재판소에 있어서 예비재판관을 말한다. 외국에서의 예로 오스트리아에서 예비재판관제도를 두고 있다. 우리 나라 역사에서도 제1공화국의 헌법위원회 예비위원 제도, 탄핵재판소의 예비심판관 제도와 제3공화국에서의 탄핵심판위원회의 예비심판위원 제도를 볼 수 있다.

이하에서는 헌법재판소의 재판관(이하 '재판관'이라 함은 헌법재판소의 재판관을 의미하고 '헌법재판관'도 마찬가지이다)의 결원이 발생하거나 결원은 아니더라도 일부 재판관이 일정 기간 또는 특정 재판에서 배제되어 9인 재판부(이하 '헌법재판부', '재판부'란 헌법재판소의 재판부를 말한다)에 공백이 생기는 경우와 그 공백에 대한 신속한 보충 제도가 없는 경우의 문제점을 먼저 살펴보고 그것에 대비하기

1) 조대현 헌법재판관이 2011. 7. 8. 임기만료로 퇴임하였다. 재판관 전원이 다시 9인으로 된 시점은 2012. 9. 20.이었다.
2) 이 공식서한은 2012년 2월 22일 전달되었다. 2012년 2월 23일자 일간신문들 보도 참조.
3) 국회가 임기만료로 퇴임한 조대현 전 재판관의 후임자를 선출하지 아니하여 재판관의 공석 상태를 방치하고 있는 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판의 청구가 있었다. 이 청구에 대하여, 헌재는 5인 재판관이 권리보호이익이 소멸하여 부적법하다는 의견을 내어 결국 각하결정을 선고하였다. 이 법정의견에 반대하여 이 심판청구가 예외적으로 심판의 이익이 인정되는 경우에 해당하고, 이 부작위가 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 4인 재판관(재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성)의 반대의견이 있었다(헌재 2014.04.24., 2012헌마2, 공보 제211호, 845면 이하 참조).
4) 국회의장 자문기구로서 활동한 헌법연구 자문위원회의 헌법연구 자문위원회의 보고서[헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009.8.(이하 '국회 자문보고서, 2009'라고 함)], 293면.

위한 방안이 현재 규정 하에서도 찾아질 수 있는지, 방안이 없거나 불충분하여 이를 위한 제도를 새로이 마련한다면 어떤 방안이 있을 것인지에 대해 살펴본다. 그 방안으로서 예비재판관 제도를 차제에 마련하여야 한다면 예비재판관 제도가 현행 헌법하에서 법률규정으로 두는 것만으로도 도입될 수 있는 것인지 아니면 헌법개정을 하여야 도입가능한 것인지, 예비재판관 제도를 도입할 경우에 예비재판관의 자격요건, 선임방법, 신분보장, 참여사유 등은 어떠하여야 할 것인지에 대한 구체적 방안을 살펴보고자 한다. 그리고 그러한 고찰결과에 비추어 보아 예비재판관 제도 자체의 도입 그것이 가장 최선인 것인가 아니면 다른 방안을 고려해 볼 수 있는가 하는 점도 검토·모색해보고자 한다.

Ⅱ. 재판부 구성의 공백 발생의 경우와 그 문제점

1. 재판부 구성의 공백 발생 경우(사유)

(1) 용어의 정리와 논의범위

논의에 들어가기 전에 먼저 용어상 의미를 명확히 해둘 필요가 있는데 이는 본 연구에서 다룰 범위와 연관되기 때문이기도 하다. 궐원이란 용어의 문제이다. 궐원이란 그 사전적 의미가 "사람이 빠져 정원에 차지 않고 빔"이라고 정의되고 있는[5] 용어이다. 임기만료, 정년, 사망, 사임 등으로 인해 재판관으로서의 지위가 완전히 소멸된 일부 재판관의 자리에 후임 사람이 단절없이 이어 바로 재판관으로 임명되고 재판관임무를 수행할 상태가 아니라 후임 재판관이 바로 임명되지 아니하는 경우와 같이 공백(공석)이 있는 경우를 궐원이라고 해야 할 것이다. 다음으로 재판관으로서의 신분이 상실되지 아니한 채 어느 기간 또는 특정 재판에 있어서 재판업무에서 배제된 경우에는 다시 재판부에 복귀하여 재판에 임하게 되므로 궐원이 아니다. 그런데 그 경우에도 재판업무에 있어서는 9인의 헌법재판관이 모두 참여하지 않고 심리와 결정이 이루어질 수 있다는 점에서 헌법재판이라는 중요한 과정에 있어서 공백이 있다는 사실 자체를 부정할 수 없다. 그리고 이 경우에도 문제가 제기되고 있다. 따라서 본 연구에서도 궐원의 경우와 그렇지 않으나 공백이 있는 경우를 모두 살펴보아야 하므로 두 경우 함께 재판부 공백이라고 부르면서 고찰해

5) naver 국어사전. http://krdic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EA%B2%B0%EC%9B%90&query=%EA%B2%B0%EC%9B%90&target=krdic&ie=utf8&query_utf=&isOnlyViewEE=&x=32&y=13

보고자 한다.

(2) 가능태

재판부 공백이 발생하는 경우(사유, 가능성)를 살펴보면 다음과 같다.[6)]

ⅰ) 재판관의 임기만료로 인한 퇴임이나 정년 또는 사망, 중도 사직, 그리고 탄핵결정 또는 금고 이상의 형의 선고에 의한 파면으로 결원되었는데도 후임재판관의 선임이 제때 이루어지지 않으면 공백이 나타날 수 있다. 사망이나 사직, 파면이 아닌 사고로 직무수행이 불능이 된 경우에도 헌법이나 헌법재판소법에 그 경우에 관한 규정이 없긴 하나 그럴 수 있을 것이다. 임기만료와 퇴임이 그것이 예정되어 있으므로 임기만료나 퇴임이 도래하기 전에 미리 후임 재판관을 선임해 두면 궐원(공백)이 없게 된다. 사실 현행 헌법재판소법(이하 '헌재법'이라고도 한다)도 임기만료로 인한 퇴임이나 정년의 경우에 궐원을 예방하기 위한 규정을 두고 있다. 즉 종전에 "재판관의 임기가 만료되거나 임기 중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다"라고 규정한 것을 2010년 5월 4일에 개정된 헌법재판소법은 재판관이 임기가 만료된 경우나 정년이 도래한 경우에 공백이 없도록 하기 위해서 "재판관의 임기가 만료되거나 정년이 도래하는 경우에는 임기만료일 또는 정년도래일까지 후임자를 임명하여야 한다"라고 개정하였다(동법 제6조 제3항).[7)] 임기 도중에 사망, 중도 사직, 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의한 파면, 사고로 인한 직무수행불능의 경우에는 미리 예상할 수 없었으므로 궐원이 생기게 된다. 헌법재판소법은 이러한 경우에 "임기 중 재판관이 결원된 경우에는 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다"라는 조항도 두고 있다(동법 동조 제4항)[8)]. 임기만료나 정년과 달리 예정되지 않은 결원이기 때문에 임명과정을 위한 일정한 기간을 결원된 날부터 부여할 수 밖에 없을 것이기 때문이다.

6) 이에 대해서는, 음선필 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 헌법재판연구 제16권, 헌법재판소, 2005., 301면 이하 참조.
7) 이 조항은 2010.5.4. 개정된 원래의 조항에 "도래하는 때"라고 되어 있었던 것을 이후 2011.4.5. 개정으로 "도래하는 경우"로 바뀌었으나 뜻은 그대로이다.
8) 이 조항은 개정 이전에 재판관 임기만료와 임기 중 결원을 묶어 동법 동조 제3항으로 규정되어 있던 것을 2010.5.4. 개정으로 재판관 임기만료와 정년의 경우를 묶어 동조 제3항으로 되면서 따로 제4항으로 분리되었던 것인데 2010.5.4. 개정당시 원래의 조항에 "결원된 때에는"라고 되어 있었던 것을 이후 2011.4.5. 개정으로 "결원된 경우에는"로 바뀌었으나 뜻은 그대로이다.

그러나 위와 같은 기한 규정이 있다고 하더라도 재판관 지명권자의 지명이나 국회의 동의가 지체될 경우에는 이를 강제할 수 있을까 하는 점이 또 논의될 수 있을 것이다. 최근 헌재는 위에서 언급한 헌법재판관 후임자 선출을 국회가 하지 않은 부작위에 대한 헌법소원심판청구(위 주 4에 소개한 사건)에 대한 결정에서 국회는 공석인 재판관의 후임자를 선출하여야 할 구체적 작위의무를 부담한다고 판시한 바 있다.[9)] 그러나 헌재는 헌법재판소법이 위 조항들을 위반한 피청구인의 재판관 선출행위를 무효로 하는 규정을 두고 있지 아니한 점 등을 들어 "피청구인으로 하여금 일률적인 기간을 준수하도록 하기 위한 것이라기보다는 법률에 구체적인 기간을 명시하여 가급적 신속하게 재판관의 공석 상태를 해소하도록 하기 위한 훈시규정으로 보는 것이 타당하다"라고 한다.[10)] 그리고 "피청구인이 공석인 재판관의 후임자를 선출함에 있어 준수하여야 할 기간은 헌법재판소법 제6조 제3항 내지 제5항이 규정하고 있는 기간이 아니라, 앞서 본 헌법 제27조, 제111조 제2항 및 제3항의 입법취지, 공석인 재판관 후임자의 선출절차 진행에 소요되는 기간 등을 고려한 '상당한 기간'이라고 보아야 할 것"이라고 하고 "결국 피청구인이 선출하여 임명된 재판관 중 공석이 발생한 경우, 피청구인은 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위하여 '상당한 기간' 내에 공석이 된 재판관의 후임자를 선출하여야 할 헌법상 작위의무를 부담한다고 할 것이다"라고 한다.[11)] 그리고 헌재는 이 사안의 경우 상당한 기간을 지체하였음을 인정하였다. 그러나 헌재는 2012. 9. 19. 국회 본회의에서 선출안을 가결하여 "공석인 재판관의 후임자를 선출하지 않고 있던 피청구인의 헌법상 작위의무 이행지체 상태가 해소"되었고 나아가, 헌재가 2013. 11. 28. 청구인이 제기한 헌법소원 심판청구에 대하여 "재판관 9인의 의견으로 각하결정을 선고함으로써, 9인의 재판관으로 구성된 헌법재판소 전원재판부의 판단을 받고자 하였던 청구인의 주관적 목적도 달성되었다"라고 하여 권리보호이익이 소멸하였다고 보아 결국 각하결정을 하였다.[12)13)] 생각건대 위 사안은 1년이

9) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2, 공보 제211호, 847면.
10) 위 판례집, 같은 면.
11) 위 판례집, 같은 면.
12) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2, 공보 제211호, 848면.
13) 이 결정에는 반대의견이 있었다. [재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견] 이 사건 부작위와 같은 재판관의 장기간 공석 상태가 반복될 위험성이 여전히 남아 있고, 피청구인이 장기간 공석인 재판관의 후임자를 선출하지 아니한 부작위가 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부에 대하여서는 아직 그 해명이 이루어진 적이 없으므로, 이 사건 심판청구는 예외적으로 심판의 이익을 인정할 수 있는 경우에 해당한다. 공정한 헌법재판이 이루어지기 위하여서는 재판관들이 토론 및 합의 과정에서 견해를 제시하고 그 타당성을 충분

넘게 끌어온 사안이라 헌재도 상당한 기간을 지체한 것이라고 판단했으나 헌재가 설정한 '상당한 기간'의 허용에 대해서는 검토가 필요하다고 본다. 헌재는 " '상당한 기간'을 정당한 사유 없이 경과하였는지 여부는 헌법 제27조, 제111조 제2항 및 제3항의 입법취지, 후보자의 선정과 관련한 정치적 협의, 인사청문회 및 본회의에서의 표결 등 재판관 선출절차 진행에 소요된 기간, 당시의 정치적 상황 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다"라고 한다. 그런데 임기 중 재판관이 결원된 경우에 헌법재판소법 제24조 제4항이 선출과정에서 소요되는 상당한 기간을 생각하여 30일의 기간을 부여한 것이라는 점을 감안하여야 하지 않을까 한다. 더구나 임기만료나 정년도래의 경우 퇴임날자가 예측이 된다는 점에서 국회가 선출을 위한 절차를 미리 서둘러 진행할 수 있으므로 동조 제3항이 임기만료일, 정년도래일까지로 시한을 정하였다는 점에서 위 결정에서 헌재가 훈시규정이라고 보았으나 '상당한 기간'을 어떻게 볼 것인가가 여전히 논란이 될 수 있다고 할 것이다. 이 사안은 임기만료로 퇴임한 헌법재판관의 후임 선출의 문제였다. 한편 위 사안은 결국 재판관이 모두 충원된 뒤에 각하결정이 된 것이었지만 앞으로 유사한 사건에서 위 결정례의 취지에 따른다면 상당한 기간이 지나도록 재판관 충원이 안되면 인용결정을 할 것인데 그렇게 인용결정을 하더라도 국회에서 선출(임명동의)할 의무[14]를 이후에도 여전히 이행하지 않는다면 국회가 재판관 선출의무의 이행으로 나아가게 강제할 수 있느냐 하는 문제가 있다.[15]

ii) 재판관의 제척, 회피, 기피의 경우에도 해당 재판에 한정되긴 하나 재판부 공백이 나타날 수 있다. 헌법재판소법은 재판관에 대한 제척·기피 및 회피 제도를 두고 있다. ① 제척 - 1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자였던

히 검증할 수 있어야 하고, 신속한 재판을 받을 권리의 보장을 위하여서는 오랜 기간 재판관이 공석이 되더라도 헌법재판은 끊임없이 이루어져야 한다. 그렇다면 피청구인이 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 공석인 재판관의 후임자를 선출하지 아니하면 재판관이 공석인 상태에서 헌법재판이 이루어질 수밖에 없어 심리 및 결정에 재판관 9인 전원의 견해가 모두 반영될 수 없으므로 헌법재판 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리가 침해받게 된다.

14) 현재 국회의 경우 재판관을 3인 선출하고 대통령, 대법원장이 후보로 지명한 사람에 대해 인사청문을 하며 헌법재판소장을 임명동의하는 권한을 가지고 있다. 재판관 궐원시 그 궐원된 자리에 대통령, 대법원장이 지명하여야 할 경우에도 그 지명의무가 있는바 이의 이행을 지체하여서는 아니될 것이다.

15) 한편 위 2012헌마2결정에서 반대의견은 "헌법재판소가 이 사건 부작위가 위헌임을 확인하더라도 이는 피청구인의 위헌적인 작위의무 이행 지체에 의한 기본권 침해를 확인하는 것일 뿐, 이 사건 부작위가 계속되었던 기간 동안 헌법과 헌법재판소법에 따라 이루어진 헌법재판의 심리 및 결정의 효력에는 어떠한 영향도 미칠 수 없음을 밝혀 둔다"라고 하였다(위 판례집, 850면).

경우, 2. 재판관과 당사자가 친족관계이거나 친족관계였던 경우, 3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정(鑑定)을 하는 경우, 4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우, 5. 그 밖에 재판관이 헌법재판소 외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직무집행에서 제척(除斥)된다고 규정하고 있다(동법 제24조 제1항). 재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 한다(동법 동조 제2항). ② 기피 - 재판관에게 공정한 심판을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우 당사자는 기피신청을 할 수 있는데 다만, 변론기일에 출석하여 본안에 관한 진술을 한 때에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다(동법 제24조 제3항). 당사자는 동일한 사건에 대하여 2명 이상의 재판관을 기피할 수 없다(동법 동조 제4항). ③ 회피 - 재판관은 동조 제1항 또는 제3항의 사유가 있는 경우에는 재판장의 허가를 받아 회피할 수 있다고 규정하고 있다(동법 동조 제5항). ④ 준용 - "당사자의 제척 및 기피신청에 관한 심판에는 「민사소송법」 제44조, 제45조, 제46조제1항·제2항 및 제48조를 준용한다"라고 규정하고 있다(동법 동조 제6항).

여러 헌법재판관이 제척되거나 기피되는 경우에 단일기관이자 물론 최종심인 헌법재판소는 어려움이 커진다. 이를 위해 보충적 재판관이 헌법재판소 심리에 있어서는 더욱 필요하기도 하다고 볼 수 있을 것이다. 그동안 인용된 건은 없으나 기피신청사건이 실제로 있었다. 위 법규정의 적용이 위헌법률심판과 같이 당사자가 없는 경우에는 달라질 수 있을 것이다.

한편 전직에서의 활동이 제척이나 기피, 회피의 사유가 될 것인가 하는 문제가 있는데 프랑스에서의 논의가 참고될 만하다. 프랑스의 헌법재판소의 재판관은 의회의원이었던 사람도 자격을 가진다. 따라서 과거 의회의원이었던 재판관이 의원이었던 시절에 입법되었던 법률규정이 위헌법률심판의 대상이 될 수도 있는데[16] 그것이 기피사유가 되느냐가 문제되고 있다. 이 문제에 대해 우리는 앞선 연구[17]에서 "프랑스 헌법재판소 내부 규칙은 헌법재판관이 위헌법률심판의 대상인 법률규정의 제정에 참여하였다는 사실만으로는 기피사유가 되지는 않는다고 규정하고 있다(동 규칙 동조 제4항). 따라서 단순한 참여가 아니라 문제의 법률규정의 입법

16) 이는 프랑스의 경우 최고행정법원(Conseil d'Etat)에서도 정부법안을 마련하는 데 관여하고 의회 공무원들도 입법에 관여하므로 의회의원 뿐아니라 전직 최고행정법원 법관, 의회 공무원들이었던 사람들도 후일 재판관으로 임명되면 발생할 수 있는 것이다.

17) 정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, 성균관법학, 제22권 제3호, 2010. 12., 552면 참조.

에 있어서 결정적인 역할을 하였을 것을 기피신청사유로 할 수 있을 것이라고 본다.[18] 입법참여사유를 극단적으로 요구하면 헌법재판소의 심판운영이 어려울 것이기 때문이다. 헌법재판관은 스스로 심리에 참여하지 않을 것임을 소장에게 알릴 수도 있다(동 규칙 제4조 제1항)"라고 분석하여 소개한 바 있다. 입법참여사유를 기피사유로 하지 않은 것은 여러 명의 기피나 지속적인 기피를 가져오는 것을 막으려는 것이라고 설명되고 있는데[19] 그로써 위에서 언급한 대로 극단적 요구가 가져올 심판운영의 어려움을 피하려는 것으로 볼 수 있다. 우리나라에서도 법률안을 정부에서 제출할 수 있고 법조자격을 가진 사람이 정부나 국회에서 입법에 관여할 수 있으므로 그러한 전직 경험을 가진 사람이 재판관으로 임명될 경우에 발생할 수 있는 문제이다. 재판관자격이 법조자격에 한정되고 있는 현재의 상태에서 앞으로 비법조자격도 포함하는 것으로 변경될 경우에는 그럴 가능성이 더 확대될 것이다. 현행 헌법재판소법 제24조 제1항 제5호, 동조 제5항이 "재판관이 헌법재판소 외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우"에 제척, 회피의 사유로 규정하고 있는데 이 규정에 해당되는지 하는 점이 뚜렷해질 필요가 있을 것이다. 당장 입법참여가 '사건'이라고 볼 수 있을지, 제척사유는 한정적이어야 한다는 점을 두고 검토가 되어야 할 것이다. 독일의 연방헌법재판소법 제18조는 입법절차에 관여한 경우는 제척사유에서 제외하고 있는데 참고가 될 수 있겠다. 어느 정도의 입법참여가 헌법재판의 공정성을 침해한다고 볼 것인가 등을 두고 논의되어질 수 있겠다.

ⅲ) 또 다른 가능성이 나타날 수 있는 경우로 헌법재판관이 탄핵소추되었을 경우를 상정할 수 있을 것이다. 이는 탄핵이 결정되어 파면되는 경우에는 ⅰ)의 경우에 포함해서 함께 볼 수 있는 경우이나 헌법재판관이 탄핵소추의결을 받아 탄핵결정이 나기 전 탄핵심판이 있을 때까지의 공백도 문제된다는 것이다. 헌법재판관도 국회에 의한 탄핵소추의 대상이 될 수 있고(헌법 제65조 제1항) 실제 국회의 탄핵소추의결을 받은 재판관이 있는 경우 탄핵심판이 있을 때까지 직무가 정지되므로[헌법 동조 제3항. 헌법재판관에 대한 탄핵심판에서 그 당해 헌법재판관은 당사자가 되므로(탄핵심판에서 당사자의 개념을 인정한다면) 헌법재판소법 제24조 제1항

18) 이러한 취지로, D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd., Montchrestien, Paris, 2010, 264면.

19) 이러한 취지의 설명으로, G. Drago, Contentieux constitutionnel français, 3°éd., P.U.F., 2011, 182면.

제1호에 따라 제척사유가 되기도 한다] 공백이 발생할 수 있는데[20] 이러한 경우에 대비하기 위해서도 예비재판관을 두어야 한다는 견해들이 피력되고 있다.[21]

2. 문제점

(1) 헌법재판의 기능과 특수성

헌법재판은 국민의 기본권을 보장하고 헌법질서를 유지하며, 실질적 입헌주의의 구현, 헌법의 규범력확보, 권력통제, 다원주의·의회주의의 실현, 소수의 보호, 정치의 평화화 등 중요한 기능을 수행한다.[22] 또한 헌법재판의 특수성, 즉 헌법재판은 국가의 최고법인 헌법에 대한 최종적 해석이라는 점, 추상성을 많이 가지는 헌법에 대한 해석이 이루어지는 재판이므로 더욱 집중적인 심리가 요구되는 점, 헌법재판이 소수의 보호 등 다원주의를 구현하여야 한다는 요구를 더 많이 받을 수 있다는 점, 특히 많은 국민에게 영향을 미칠 수 있는 파급효과가 크다는 점[23] 등에서 일반 민사재판이나 형사재판과는 다른 특수성을 가진다.[24]

(2) 문제점의 진단과 파악

위와 같이 헌법재판은 중요한 기능과 특수성을 가지는 재판작용임에 비추어 볼

20) "탄핵심판기관인 헌법재판소 재판관을 탄핵의 대상에 포함시킨 것은 탄핵의 기능적인 실효성면에서 의문의 여지가 있다. 헌법재판소의 심판정족수에 관한 규정 때문에 3인의 재판관을 동시에 탄핵소추할 수도 없거니와, 1인의 재판관이 탄핵의 대상이 되는 경우에도 2인의 재판관이 회피신청을 하는 경우에는 탄핵심판이 불가능하기 때문이다"라는 견해로, 허영, 헌법소송법론, 제8판, 박영사, 2013, 263면. 이와 비슷한 취지로, 성낙인/이효원/권건보/정철/박진우/허진성, 헌법소송론, 박영사, 2012, 104면.

21) 음선필 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 위의 보고서, 307면 ; 권건보, 헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009.9., 168면 등

22) 헌법재판의 기능에 관하여서는 정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2003, 6면 이하 ; 정재황, 사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론, 헌법재판의 이론과 실제, 금랑 김철수 교수화갑기념논문집, 박영사, 1993, 337-340면; 정재황, 헌법재판과 정치, 헌법규범과 헌법현실, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, 1999, 400면 이하 등 참조.

23) 위헌결정이 있은 뒤 이 위헌결정으로 기본권침해를 당한 국민들을 구제하기 위한 특별법이 제정되기도 했었다. 예를 들어 교사의 신규채용에 있어서 국·공립의 교육대학·사범대학 등의 졸업자를 우선 채용하도록 한 교육공무원법 규정에 대한 위헌결정(헌재 1990. 10. 8. 89헌마89, 판례집 2, 332면)이 있은 후 구제를 위한 '국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법'이 제정된 예, 학교용지부담금에 대한 위헌결정(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294면)이 있은 후 그 환급을 위한 법률인 '학교용지부담금 환급 등에 관한 특별법'이 제정된 예 등이 있었다. 이 환급특별법에 대해서는 위헌결정의 효력과 관련하여 문제점이 지적되기도 하였다(최희경, 학교용지부담금 부과와 그 환급에 대한 연구, 이화여자대학교 법학논집 제16권 제3호, 2012.3., 42면 참조).

24) 헌법재판의 특수성에 대해서는, 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 93면 등 참조.

때 헌법재판의 심리의 충실도가 확보되지 않으면 그 기능이 제대로 발휘되지 못하고 그 특수성이 요구하는 헌법재판으로서 작동되는 데 문제가 있을 수 있다. 그 충실도는 헌법재판관이 모두 심리와 결정에 참여하여 헌법재판이 진행됨으로써 최대한 확보됨은 물론이다. 헌법재판이 국민의 기본권을 보장하고 국가권력을 통제하며, 추상적이고 최고의 법인 헌법에 대한 최종적 해석을 행하고, 헌법의 규범력을 확보한다. 특히 헌법재판소가 행하는 심판은 법률의 위헌여부에 대한 심판을 비롯하여 탄핵심판, 정당해산심판, 기본권보장수단인 헌법소원심판 등 그 결정의 영향과 파급효가 클 수 있는 중요한 재판들이다. 심리와 결정에 참여하는 재판관의 수가 궐원으로 줄어들면 그만큼 헌법해석의 다양한 해석가능성을 줄이는 결과를 가져올 수 있다. 일단은 결원 상태가 아닌 재판부가 전원으로 이루어지는 심리와 평결이 보다 더 설득력있는 결론을 도출하게 할 것이다. 따라서 재판부에 일부라도 공백이 생긴다면 신속하게 보충이 되어야 한다. 헌법재판이 가능한 한 신속하게 이루어질 필요가 있어서 그러하기도 하지만 위와 같은 이유로 신속한 충원이 필요하다. 헌재도 후임 헌법재판관을 선출할 구체적 작위의무가 국회에 주어진다고 보는 논거로 "단순히 9인의 재판관으로 헌법재판소를 구성한다는 의미가 아니라 다양한 가치관과 헌법관을 가진 9인의 재판관으로 구성된 합의체가 헌법재판을 담당함으로써, 헌법재판에서 헌법의 해석에 관한 다양한 견해가 제시되고 그 견해들 간의 경쟁 기능이 충분히 발휘될 수 있도록 하기 위한 것이다"라고 한다.[25]

헌법재판소법은 "재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다"라고 하여(동법 제23조 제1항) 재판관이 7인 이상 출석하지 않으면 심리를 할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 위에서 본 공백 가능성 사유가 재판관 3인만에라도 발생하면 헌법재판심리가 진행될 수 없다는 것을 의미하면서 또 재판관이 전원 참여하지 않더라도 심리·결정할 수 있다는 것을 의미한다. 현행 헌법재판소법이 이처럼 7인 이상의 재판관으로도 결정이 가능하도록 규정하고 있긴 하나 이는 사건별로 단시일에 한하여 부득이한 경우에 9인 아닌 7인, 8인으로도 심리를 할 수 있도록

25) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2, 공보 제211호, 847면. 헌재는 "또한 헌법 제111조 제3항은 재판관 중 3인은 국회에서 선출하는 자를 임명한다고 규정하고 있는바, 이는 국민의 대표기관인 피청구인으로 하여금 최고헌법기관인 헌법재판소의 구성에 관여하도록 함으로써 민주적 정당성을 부여함과 동시에 권력의 균형을 꾀하고자 하는 데에 그 근본적 의의가 있는 것이다. 그러므로 헌법이 피청구인에 대하여 공석인 재판관의 후임자를 선출할 의무를 부과하는 명시적인 규정을 두고 있는 것은 아니지만, 헌법 제27조, 제111조 제2항 및 제3항의 해석상 피청구인이 선출하여 임명된 재판관 중 공석이 발생한 경우, 피청구인은 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위하여 공석인 재판관의 후임자를 선출하여야 할 구체적 작위의무를 부담한다"라고 한다(위 판례집 같은 면).

한 것이지 상당기간 동안의 공백도 무방하다고 예정한 것은 아니다. 그래서 지난 1년간 장기간 8인으로 재판이 이루어지는 것에 대해 우려하였던 것이다. 실제 2011년 7월에 조대현 재판관의 퇴임 이후 후임 재판관이 국회에서 선출되어야 하였음에도 불구하고 1년이 넘도록 장기간 선출되지 않아 8인 재판부로 운영하였던 예가 있었다. 그리하여 당시에 사회적 파장이 클 수 있는 민감한 중요 사건에서 8인 재판관만에 의한 심리·결정에 대한 우려 등이 피력되었으며 중요사건들에 대한 결정이 미루어져 왔다는 지적이 있었다.

그동안 우리나라에서는 법률에 대한 위헌결정, 탄핵결정, 정당해산결정 및 헌법소원의 인용결정을 하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다는 가중정족수에 대한 문제점을 지적하면서 재판부 공백의 문제점이 함께 지적되기도 한다. 그런데 재판부 공백이 위와 같은 헌법재판의 특수성, 기능적 효과를 제대로 가지지 못하는 문제는 단순다수 정족수를 취하든 가중정족수를 취하든 발생하게 된다. 보충되었더라면 그 보충되는 1인 내지 2인의 재판관이 어떠한 입장을 취하느냐에 따라 결론이 달리 나타났을 수 있었을 경우가 단순다수 정족수에서이건 가중다수결 정족수에서이건 있을 것이기 때문이다. 단순 과반수를 요하는 권한쟁의심판에서도 재판부가 9인 재판관 모두가 심리에 참여하고 있지 않을 경우 결정과정에 문제가 생길 수 있다. 가령 재판관 1인이 결원일 때 인용의견 4인 재판관의견이고 기각의견 4인 재판관의견일 경우에 기각결정이 될 것인데 만약 1인 재판관이 결원이 아니어서 1인 재판관이 참여하여 인용의견을 낼 수도 있었다면 결론은 달라질 것이다. 여하튼 재판에 참여하지 않은 인원만큼 불인용의 의견을 제기하는 재판관수로 계산되는 부당한 결과가 나온다고 본다.[26]

위와 같은 문제점들이 있지만 우리 헌법은 헌법재판관의 결원, 특히 상당기간 동안의 결원·공백의 발생에 대해 대처할 수 있는 직접적이고 명시적인 규정을 두고 있지 않다.

26) 음선필 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 위의 보고서, 302면. 이 견해는 "인용결정정족수를 절대적으로 6인 이상으로 규정함으로써 심판에서 제외된 재판관이 사실상 청구 불인용의 결정을 제시한 것과 동일한 결과"를 가져온다고 보는데 이러한 불인용효과는 단순다수 정족수의 경우에도 나타난다고 볼 것이다. 불인용효과를 지적하면서 예비재판관도입을 주장하는 비슷한 취지의 견해로, 최희수, 헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향, 헌법학연구 제17권 제2호, 2011. 6., 192면.

Ⅲ. 전제적 고려요소와 현행 헌법 하에서의 방안 모색

1. 전제적 고려요소

헌법재판부의 공백에 대한 보충에 있어서 전제적으로 고려되어야 할 요소를 먼저 파악하여야 그 논의의 방향이 설정될 수 있을 것이기도 하다.

(1) 보충인력의 전문성, 독립성

헌법재판부에 공백에 있어서 보충의 재판관이 참여되도록 한다면 그 재판관도 헌법재판의 전문성, 독립성을 갖춘 사람이어야 한다. 헌법재판이 전문적이고 독립적인 재판이어야 하므로 헌법재판을 담당하는 재판관의 자격도 전문성과 독립성을 갖추어야 하는데[27], 재판부 공백이 있어 보충의 재판관이 참여하는 헌법재판도 모두 정규의 재판관들만이 참여하는 헌법재판과 마찬가지의 헌법재판이라는 점에서 그러하다.

(2) 보충인력 선임의 민주적 정당성

헌법재판을 담당하는 재판관은 민주적 정당성을 갖추어야 한다. 헌법재판에 민주적 정당성이 요구되는 이유에 대한 이해는 당장 위헌법률심판의 경우를 상정하면 가능할 것이다. 국민의 대표자인 국회가 제정한 법률에 대한 심판을 하여 위헌일 경우에 이를 무효화한다는 점에서 민주적 정당성이 요구된다고 할 것이다.[28] 헌법재판부의 공백을 메우는 보충적 재판관도 헌법재판을 담당하게 한다는 점에서 그 선임에 있어서 민주적 정당성을 갖추어야 한다.

(3) 지속성

사정변경 등이 있는 경우도 있지만 법에 대한 해석, 더구나 최고법인 헌법에 대한 해석은 가능한 한 안정성과 예측가능하도록 하는 지속성을 가지는 것이 바람직한 것이기도 하다. 재판부의 구성도 그러한 점을 감안하여야 할 것이다. 헌법재판 인력의 구성도 그 보충적 인력까지 포함하여 이러한 지속성을 지닐 수 있는 인력이어야 한다. 그렇다면 일회성의 비상임적인 재판인력으로 보충하는 것이 특별한

27) 헌법재판관의 자격에 있어서의 기본요소로서 헌법적 전문성, 독립성이 요구되는데 이에 대해서는, 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 97면 이하 참조.
28) 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 위의 보고서, 119면 이하 참조.

여건에서가 아닌 한 과연 바람직한지를 생각해 보아야 할 것이다.

2. 현행 헌법 하에서의 보충방안 검토

그동안 제시된 방안들 중 현행 헌법을 그대로 둔채 헌법재판부 공백을 보완하는 방법이 없는지 검토를 요한다. 이는 그 과정이나 결실이 쉽지 않은 헌법개정 없이도 문제가 해소될 것이기 때문임은 물론이다.

(1) 검토

이 방안에 대한 분석에 있어서는 공백이 발생한 상황에서 그 해당 재판관의 임기가 만료되었는가 아니면 잔존하는가에 따라 구분해서 살펴볼 필요가 있다.

ⅰ) 임기만료의 경우 - 임기만료일까지 후임자를 임명하여 공백을 막으려는 현행 헌재법 제6조 제3항에도 불구하고 임기만료일까지 후임자를 임명하지 못하여 궐원이 발생한 경우에 임기가 만료된 재판관을 후임 재판관 임명시까지만 연임(계속 재임)하여 임시적으로 재판에 임하도록 하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 이에 대해서는 찬반 양론이 있을 수 있다. 현행 헌법은 "헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며"라고 규정하여(헌법 제112조 제1항 전문), 임기가 헌법에 한정적으로 명시되어 있다는 점, 그리고 헌법은 "법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다"라고 규정하여(헌법 제112조 제1항) 연임은 가능하도록 하고 있으나 연임이란 개념은 임기 6년 전체를 계속 재판관으로 재임하는 것을 의미하는 것인데 후임자 임명시까지만 연임하고 중도에 그만 두게 할 것을 예정한 연임은 헌법취지에 맞지 않다는 점에서 이 방안은 헌법적합성을 가지지 않는다고 보는 부정적인 견해도 있을 것이다.[29] 반대로 우리 헌법은 제113조 제3항이 "헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다"라고 규정한 데 따라 헌법재판소법에서 후임 재판관 임기 개시 전까지 계속 재판관으로 임무를 수행하도록 규정하는 것이 가능하다는 견해도 있을 수 있다. 문제는 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항이

29) "재판관의 임기가 헌법에 명시되어 있기 때문에 위헌의 소지가 있다"라는 지적으로, 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999, 16면. "임기가 만료된 경우에 재판관은 후임자가 임명될 때까지 그의 직무를 계속하도록 규정하고 있는 외국의 입법례는 좋은 참조가 될 수 있지만, 헌법에서 6년 임기제를 규정할 경우 하위법률을 통해 이와 같은 규정을 할 경우 헌법이 정한 임기제에 반할 소지가 있다"라는 견해로, 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기, 헌법이론과 실무 2011-A-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011, 61면 참조.

이러한 계속 재임을 포함하는 것으로 볼 것인가 하는 것이다. 설령 긍정적 입장을 취한다고 하더라도 장기간 계속 재임은 헌법이 임기조항을 둔 취지에 반하고 적절한 아주 짧은 기간에 그치는 정도라는 전제를 달고 주장할 것으로 보인다. 그러나 법률이 헌법조항(임기조항)에 대한 예외를 두는 것을 인정하게 되면 이는 역시 법체계부합성에 문제를 가져온다고 볼 수 있을 것이다.

ii) 임기가 남아 있는 경우 - 해당 재판관의 임기가 아직 남아 있는 가운데 공백이 있는 경우에도 다음과 같은 경우들에 따라 구분해서 살펴볼 일이다.

① 사망, 사고의 경우 - 헌법재판관이 사망한 경우에는 물론 계속 재임할 헌법재판관이 없으므로, 그리고 사망은 아니더라도 사고로 재판업무에 일시적이 아닌 복귀불능의 상태일 경우에는 위 연임방안은 불가능하다.

② 파면의 경우 - 우리 헌법은 제112조 제3항이 "헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다"라고 규정하고 있으므로 탄핵결정과 금고 이상 형의 선고가 있는 경우에도 궐원이 발생하나 이 경우 그 자격이 문제되는 해당 재판관의 계속 재임은 부당하고 위 방안이 역시 해결책이 되지 못한다.

③ 스스로 사임하는 경우와 정년의 경우 - 스스로 사임하는 경우로서 재판업무를 계속 맡는 데 문제가 없는 경우에 대해서도 찬반양론이 있을 것이다. 장기간이 아니고 단기간이라면 가능하다고 볼 것이다. 참고로 프랑스에서는 헌법재판관의 임기가 9년이고 연임이 불가함을 헌법 자체가 명시하고 있는데(프랑스 현행 헌법 제56조), 한편으로 헌법 제63조가 헌법재판소의 조직과 운영 등을 조직법률로 정하도록 하여 법률에 조직과 운영에 관한 규정을 둘 수 있도록 규정하고 있는데 이에 근거하여 제정된 프랑스 헌법재판소법인 '헌법재판소에 관한 조직법률을 담고 있는 1958년 11월 7일의 법률명령(ordonnance)'[30] 제9조는 헌법재판소 재판관은 헌법재판소에 서한으로 스스로 사임할 수 있고 그 사임의 효력은 후임의 임명으로 발생한다고 규정하고 있다. 그리하여 헌법재판관이 스스로 사직한 경우에 그 사직은 후임자의 임명시에 발생하도록 하여 공백을 막고자 한다. 우리의 경우에 헌법재판소법 제6조 제4항은 "임기 중 재판관이 결원된 경우에는 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다"라고 규정하고 있어서 결원과 그 보충 간에 공백이 있을 수 있는데 임기 중 궐원된 경우 중에 스스로 중도 사임한 경우에는 프

30) Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

랑스의 경우를 차용하는 것을 고려할 만하다고 할 것이다. 그렇게 하더라도 후임 재판관의 선임을 장기간 미루면 문제가 있고 현행 헌재법의 위 제6조 제4항이 궐원시 선임 시한을 30일로 하고 있는데 문제는 그 기간이 지켜지지 않을 경우 어떻게 할 것인가 하는 것이다.

재판관의 정년의 경우 현행 헌재법 제6조 제3항이 정년도래일까지 후임자를 임명하여 공백을 막으려고 하고 있으나 정년도래일까지 후임자를 임명하지 못하여 궐원이 된 경우에 정년하는 재판관을 후임자 선임까지 짧은 기간 계속 재임을 하도록 할 것인가 하는 논의에 있어서는 현재 재판관 정년은 65세로 규정되어 있는데(헌재법 제7조 제2항) 정년의 취지를 고려하여야 판단할 필요가 있을 것이다. 오늘날 수명이나 정신건강의 확장도 고려될 수 있을 것이다. 긍정적인 입장에 서면 위의 스스로 사직하는 경우에 준하여 방안을 모색해 볼 수 있을 것이다.

④ 제척·기피·회피의 경우 - 이는 일시적이나 해당 사건 전체에서 공백이 생기는 경우라서 역시 그 보완이 요구된다. 헌법재판소법은 앞서 본대로 "당사자는 동일한 사건에 대하여 2명 이상의 재판관을 기피할 수 없다"라고 규정하여 과도한 공백을 메우기 위한 조항을 두고 있으나 이는 기피의 경우에 한하는 것이고 충분한 대비책이 될 수는 없다.[31]

(2) 소결

결국 위 방안들 중 타당성이 많은 방안은 스스로 사임하는 경우나 정년의 경우에 단기간 계속재임을 하는 하도록 하는 방안 정도이다. 그 방안을 긍정하여 채택하더라도 그 정도로 공백문제 전부를 해결할 수는 없고 부분적이다. 그것도 임기만료나 정년의 경우에 현행 헌재법이 공백을 막기 위해 임기만료일, 정년도래일까지 임명하라고 규정하고 있음에도 위와 같은 방안을 고려하여야 하는 것 자체가 법논리적인지 하는 회의가 든다. 이는 법에 따르지 않는 현실에 법이 다시 대응할 것을 요구한다는 의미라고 볼 것이다. 여하튼 이처럼 충분하고도 근본적인 해결의 방안을 찾기가 쉽지 않은 현황에서 예비재판관 제도의 도입을 생각해 볼 수 있을 것이다. 그런데 예비재판관 제도는 헌법개정 없이는 그 도입이 어렵다는 것이 아래에서 보듯이 우리의 결론이다. 따라서 결국 현행 헌법을 그대로 둔 상태에서 가

31) 동지 : 정종섭, 헌법소송법, 제7판, 박영사, 2012, 202면. 2인으로 한정하고 있는 것 자체도 문제라는 견해로, 남복현, 헌법개정시 헌법재판을 포함한 사법구조의 개편방향, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12., 414면.

능한 보완방법이라고 볼 수는 없다. 그렇긴 하나 헌법개정까지 염두에 두는 방안 모색에 있어서는 예비재판관제도가 그 방안으로서 모색될 수 있을 것이므로 이에 대해서 아래에서 중점적으로 검토해보고자 한다.

Ⅳ. 예비재판관 제도에 대한 검토

그동안 예비재판관 제도를 도입하자는 제안이 있어 왔다.[32] 국회의장의 자문기관으로 활동한 2009년의 헌법연구 자문위원회의 보고서에서도 "재판관의 제척·기피·장기해외출장 및 탄핵 시의 문제 등을 해결하기 위해 예비재판관 제도의 도입이 필요함"이라고 하고 그 도입을 제안된 바 있다.[33]

아래에서 예비재판관 제도의 도입 필요성, 그 설계 등 방안에 대해 집중적으로 살펴본다. 이는 예비재판관 제도 도입의 적실성에 대해, 그리고 예비재판관 제도 외에 다른 방안은 없는지를 모색하기 위한 전제적 고찰이라고 할 것이다.

1. 예비재판관 제도의 의의 및 필요성의 의미

(1) 예비재판관 제도의 의의

예비재판관제도는 재판부의 공백에 대비하여 보충인력으로서 예비재판관을 선임하여 두고 재판관의 궐위, 특정 재판에서의 배제와 같은 공백이 발생된 경우에 예비재판관이 재판에 참여하도록 하는 제도를 의미한다. 그리하여 예비재판관이란 공백에 사전에 대비하여 두는 재판관을 뜻하는 것이라고 할 것이다.

32) "헌법재판관의 제척·기피·회피 등의 사유가 발생한 경우, 재판관이 궐위된 경우, 유고로 인해 직무수행이 불가능하게 된 경우 등에는 예비재판관이나 비상임재판관으로 하여금 잠정적으로 정식 헌법재판관의 임무를 대행하도록 해야 한다." "예비재판관을 비상임으로 선임하는 방안이나 사무처장이나 사무차장 또는 헌법연구부장을 잠정적으로 예비재판관으로 활용하는 방안을 모색할 수 있겠다"라고 하는 견해로, 남복현, 앞의 논문, 407면 이하 ; "특별다수결의 방식이든 단순다수결의 방식이든 표결에 있어서 재판부 정원의 반수 이상을 차지하는 一定數 이상의 재판관의 출석이 필요하므로 심판에 필요한 재판관의 출석 정수를 만족시키기 위하여 豫備裁判官制度의 도입이 필요하다"라는 견해로, 정종섭, 앞의 책, 119면 ; 3인 지정재판부의 구성이 어려울 수 있는 경우에 대비하여 예비재판관제도를 두자는 견해로, 신평, 헌법재판법, 전면개정판, 법문사, 2011, 114면. 그 외에도 도입을 주장하는 견해로, 권건보, 앞의 논문, 같은 면 ; 음선필 집필, 앞의 보고서, 같은 면 ; 정종섭, 한국 헌법재판 및 헌법재판소의 개혁, 헌법논총, 제19집, 헌법재판소, 2008, 112-113면 ; 최희수, 앞의 논문, 같은 면 등.

33) 국회 자문보고서, 2009, 294면. 반면에 최근 2014년 국회 헌법개정 자문위원회의 헌법개정안은 예비재판관 도입을 제안하지 않고 있다(국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 Ⅰ, 2014.7. 참조. http://www.assembly.go.kr/assm/notification/policyroom/policyroom03/assmCounsel/counselUserView.do?bbs_num=37634&no=5&search_key_n=&search_val_v=&currentPage=1 참조).

(2) 예비재판관 제도의 필요성의 의미

위에서 살펴본 대로 재판부 공백이 가져오는 문제점에 대한 근본적 해결이 요구된다는 점에서 예비재판관 제도 도입의 필요성이 주장되었다. 그런데 필요하다는 의미가 예비재판관제도에 의한 보충만이 절대적으로 타당하다는 것을 말하는 것은 아니다. 예비재판관이 필요한가 하는 질문이 재판부 공백에 대한 대비책으로서 예비재판관 제도만이 유일한 방안으로서 필요한 것인가 하는 질문이라면 그 답은 달라질 수 있을 것이다. 아래에서 예비재판관 제도의 구체적 내용을 살펴본 후에 그 판단이 보다 더 뚜렷해 질 수 있을 것인데 그 판단결과 예비재판관 제도가 우리의 상황에서 한계가 없지 않다고 평가되면, 그리고 어차피 예비재판관 제도 자체도 헌법개정을 필요로 하는 것이라면 보다 넓게 그 외 보충제도와 그 가능성에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.

2. 우리나라의 예와 예비재판관 제도를 두고 있는 외국의 예

(1) 우리나라의 예

우리나라에 있어서도 위헌법률심판, 탄핵심판을 행하는 헌법재판기관에 예비재판관 제도를 두었던 예들이 있었다. 제1공화국 헌법은 헌법위원회 제도를 두면서 예비위원 제도를 두고 있었다. 당시 헌법 자체에는 "헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로 구성한다"라고만 규정하고 있었다(제1공화국 헌법 제81조 제3항). 그런데 당시 헌법위원회법이 위원 이외에 국회의원 중에서 예비위원 5인, 대법관 중에서 예비위원 약간 명을 두도록 했고 예비위원은 소속을 같이하는 위원이 사고로 인하여 위원회에 출석할 수 없을 때에는 출석하여 위원의 직무를 대행하게 되어 있었으며, 예비위원이 위원회에 출석할 수 있는 순위는 위원회의 의결에 의하도록 하였다(제1공화국 헌법위원회법 제2조). 국회의원인 위원과 예비위원은 국회에서 선출하는데 국회에서 예비위원을 선출할 때에는 먼저 단기무기명투표로써 위원의 정수의 배수를 선출하고 그 중에서 다시 단기무기명투표로써 5인의 위원을 선출하고 남은 자를 예비위원으로 하며, 국회의원인 위원과 예비위원에 각 2인 이상의 결원이 생하였을 때에는 후임자를 지체없이 국회에서 선거하도록 하였다(동법 제4조 제1항, 제3항, 제4항). 대법관인 위원과 예비위원은 대법원장의 추천에 의하여 대통령이 임명한다(동법 제3조).

제1공화국의 탄핵재판소의 경우에도 예비심판관 제도를 두었다. 당시 헌법 자체는 "탄핵사건을 심판하기 위하여 법률로써 탄핵재판소를 설치한다. 탄핵재판소는 부통령이 재판장의 직무를 행하고 대법관 5인과 국회의원 5인이 심판관이 된다. 단, 대통령과 부통령을 심판할 때에는 대법원장이 재판장의 직무를 행한다"라고 규정하였다(제1공화국 헌법 제47조). 그런데 당시 탄핵재판소법은 대법관인 심판관은 대법관전원으로써 구성한 대법관회의에서 선거한다고 규정하면서 "대법관회의는 제1항의 심판관을 선거함과 동시에 타의 대법관과 대법관대리 중에서 예비심판관 약간인을 선거한다"라고 규정하고 있었다(제1공화국 탄핵재판소법 제4조 제1항, 제3항). 또한 "국회의원인 심판관은 국회에서 먼저 단기무기명투표로써 배수를 선출하고 그 중에서 다시 동일한 방식으로 선거한다. 국회는 전항의 남은 자 중에서 약간인의 예비심판관을 선거한다"라고 규정하고 있었다(제1공화국 탄핵재판소법 제5조 제1항, 제2항).

제3공화국의 탄핵심판위원회에 있어서도 예비위원제도를 두고 있었다. 당시 헌법에는 "탄핵사건을 심판하기 위하여 탄핵심판위원회를 둔다"라고 규정하고, "탄핵심판위원회는 대법원장을 위원장으로 하고 대법원판사 3인과 국회의원 5인의 위원으로 구성한다. 다만, 대법원장을 심판할 경우에는 국회의장이 위원장이 된다"라고 규정하고 있었다(제3공화국헌법 제62조 제1항, 제2항). 그런데 당시의 탄핵심판법은 대법원판사인 심판위원은 대법원판사회의에서, 국회의원인 심판위원은 국회에서 각각 선출하도록 하고 탄핵심판위원회에 대법원판사 3인과 국회의원 5인 모두 8인의 예비심판위원을 두도록 하였다(제3공화국 탄핵심판법 제 10조 제2항). 예비심판위원 중 대법원판사인 예비심판위원은 대법원판사회의에서, 국회의원인 예비심판위원은 국회에서 각각 선출하게 하고, 예비심판위원은 심판위원 중 결원이 생기거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에 심판위원회가 정하는 바에 의하여 그 직무를 행하도록 하였는데 심판위원 및 예비심판위원의 임기는 대법원판사인 자는 4년, 국회의원인 자는 그 임기 중으로 하였다(제3공화국 탄핵심판법 제10조 제2항, 제4항, 제5항).

결국 우리 제1공화국과 제3공화국의 헌법재판기관에서의 예비재판관 제도는 헌법 자체에 명시되지는 않았고 법률로 규정되어 있었다.

(2) 예비재판관 제도를 두고 있는 외국의 예

주요국이라고 하지만 예비재판관 제도를 두고 있는 나라가 드물다고 한다.[34]

1) 오스트리아

오스트리아의 헌법재판소는 소장, 부소장 외에 12명의 재판관과 그리고 6명의 예비재판관(Ersatzmitglied)으로 구성된다. 예비재판관은 재판관이 질병이나 이해상충으로 인한 제척사유 등으로 재판에 간여할 수 없는 경우에 정식 재판관을 대신하여 재판에 참여한다. 오스트리아의 헌법재판소는 이러한 헌법재판관의 인력으로 연간 3000건의 신규사건을 담당하여 4분기당 700건을 소화하여 처리건수가 많다고 한다.[35] 예비재판관의 자격요건도 재판관들과 같이 법학과 국가학에 관한 전공자로서 관련 직역에 10년 이상 종사한 경력을 가져야 한다(오스트리아 헌법 제147조 제3항). 그 선임방식을 보면 대통령이 소장, 부소장 그리고 12인의 재판관과 6인의 예비재판관을 연방정부, 하원, 상원의 제청을 받아 임명하는데 연방정부는 소장, 부소장, 6인의 재판관과 3인의 예비재판관을, 하원은 3인의 재판관과 2인의 예비재판관을, 상원은 3인의 재판관과 1인의 예비재판관을 제청한다. 연방정부의 제청에 따라 연방대통령이 선임하게 되는 6인의 헌법재판관과 3인의 예비재판관은 법관, 행정공무원, 법학교수 중에서 선임하도록 하고 있다(동 헌법 제147조 제2항). 3인의 재판관과 2인의 예비재판관은 연방수도인 비인(Wien)이 아닌 지역에 주소를 두고 있어야 한다(동 헌법 동조 동항). 현직 행정공무원이 재판관이나 예비재판관(Ersatzmitglieder)으로 임명되면 그 행정공무원직을 사임하여야 하고 더 이상 급여를 받아서는 아니된다. 그러나 "모든 명령구속적 활동으로부터 벗어나 있는 자로서 예비재판관으로 임명된 행정공무원은 이러한 정직의 기간 동안에는 그러하지 아니하다"(동 헌법 동조 동항).[36] 앞서 언급한 대로 행정공무원은 그 직을 떠나야 한다는 예외가 있지만 그 외 재판관들은 재판관임무를 수행하면서 자신이 재판관으로 임명될 때 종사하던 법률적 직업을 아울러 수행할 수 있다. 이 점이 오스트리아 헌법재판의 한 특수성이라고 한다. 재판관의 직업적 출신의 관점에서 이러한 이종적인 구성은 헌법재판소를 경력직 판사들로만 구성된 다른 오스트리아 법원들과 구별되게 하는 것이라고 한다. 실제로 이러한 체제는 법률적 주요 직업들에 대한 이해와 경험이 헌법재판소 결정에 반영되도록 하고 그런 효과를 실제 잘 보여

34) 헌법재판소 헌법재판연구원의 보고서에는 오스트리아, 터어키 정도가 소개되어 있다. 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 57면 이하 참조. 그런데 터키의 경우 아래에서 보듯이 2010년에 변화가 있었다.

35) http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/ 참조.

36) 박인수/조홍석/남복현, 주요 국가별 헌법재판제도의 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 - 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -, 헌법재판연구 제21권, 2010, 98-99면.

주고 있다고 한다.[37] 이러한 오스트리아의 경험은 재판관, 예비재판관의 다양성에 대한 필요성을 실증하는 것이라고 볼 것이다.

예비재판관들에 대해서도 재판관과 같이 법관의 독립, 급여, 신분보장 등에 관한 규정이 적용되고 재판관과 예비재판관은 자신이 70세가 되는 해 12월 31일에 정년을 하게 된다(동 헌법 동조 제6항). 재판관이나 예비재판관이 이유없이 헌법재판소의 심리에 3회 연속하여 결석하는 경우에는 청문으로 헌법재판소가 이것을 확인해야 하며, 이유없다고 확인되는 경우 재판관이나 예비재판관으로서의 지위를 상실한다(동 헌법 동조 제7항). 예비재판에게 대해서도 이처럼 재판관과 동일한 대우, 의무 등이 부여된다.[38]

2) 터키

터키의 경우 2010년 9월에 헌법이 개정되었는데 그 이전의 헌법에 예비재판관 제도를 두고 있었다. 즉 그 개정헌법 이전의 헌법 제146조는 터키의 헌법재판소가 11명의 상임(정규) 재판관과 4명의 대리(예비) 재판관으로 구성된다고 규정하고, "공화국의 대통령은 2명의 상임 재판관과 2명의 대리 재판관을 고등항소법원에서 임명하고, 2명의 상임 재판관과 1명의 대리 재판관은 최고 행정법원에서 임명하며, 군사 고등항소법원과 고등 군사행정법원 그리고 감사 법원에서 각각 1명씩 임명하며, 각각의 결원에 대해서는 해당 법원의 총회에서 각 법원의 법원장과 판사 중 총재적인원의 절대 다수로 3명의 후보자를 추천한다. 공화국 대통령은 또한 고등교육위원회 위원이 아닌 고등교육기관의 교수들 중 고등교육위원회가 추천한 3명의 후보자 목록에서 1명을 임명하며, 고위 행정관과 변호사 중에서 3명의 재판관과 1명의 대리 재판관을 임명한다"라고 규정하고 있었다.[39] 재판관과 동일한 자격을 가진 예비재판관을 동일한 절차에 따라 임명하는 것으로 되어 있었다고 한다.[40]

2010년 9월 23일 개정된 터키헌법 제146조는 예비재판관을 언급함이 없이 모두 17명의 헌법재판관을 두도록 하고 있다. 그 중 3명을 대국민회의가 선출하도록 하고 있는데 이는 민주적 정당성을 강화하자고 하는 것이라고 한다.[41]

37) Gerhart Holzinger(오스트리아 헌법재판소 소장), La Cour constitutionnelle autrichienne, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 36, juin 2012,

38) 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 59면.

39) 이 조문의 번역은 국회도서관, 세계의 헌법 Ⅱ, 2010, 421면을 그대로 옮겨놓은 것이다. 이 책은 2013년에 개정판이 나왔고 이 개정판에서 2010년 개정헌법의 조문이 국역되어 있다.

40) 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 57-58면.

3. 예비재판관 제도 도입시 헌법근거화 문제

예비재판관 제도를 도입하더라도 현행 헌법재판소법에 규정을 두는 것만으로 도입이 가능할 것인지, 아니면 헌법개정을 하여 헌법에 그 근거를 두어야 할 것인가 하는 문제가 검토되어야 할 것이다.

예비재판관도 최고법인 헌법을 해석하는 재판관으로서 정규의 재판관과 마찬가지로 동일한 성격의 헌법재판을 담당하게 된다는 점에서, 위에서 보았듯이 재판관으로서의 전문성, 독립성, 선임에서의 민주적 정당성을 가져야 한다는 점에서 헌법에 근거를 두어야 한다고 볼 것이고 그 근거를 헌법이 아닌 법률에 둔다는 것은 헌법체계적 정합성에 부합하지 않는다고 할 것이다.[42][43] 현행 헌법 제111조 제2항이 "헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며"라고 규정하여 재판관의 자격, 재판관 정수를 명시하고 있기도 하다(법관의 자격으로 한정한 것이 타당한지는 별론으로 하고). 위와 같은 점에서 예비재판관제도를 두기 위해서는 그 근거규정을 오스트리아 헌법이나 2010년 9월 개정 이전의 터키 헌법의 예처럼 헌법에 두는 것이 필요하다고 볼 것이다. 물론 예비재판관에 관한 구체적인 사항에 대해서는 법률로 규정을 둘 수 있을 것이다.

41) Musa Saglam, La Cour constitutionnelle de Turquie, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : Turquie), 2011.3., http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/la-cour-constitutionnelle-de-turquie.96759.html. 대국민회의에서 선출하는 그 3명 중 2명은 회계법원(감사법원)의 법원장과 그 판사들 중에서, 1명은 개업 자유변호사들 중에서 선출한다. 대통령은 대법원 판사들 중에서 3명, 최고행정법원 판사들 중에서 2명, 최고군사법원 판사들 중에 1명, 고등군사행정법원 판사들 중에 1명의 헌법재판관을 임명하는데 그 임명은 각 법원의 전체회의의 추천을 받은 사람 중에서 한다. 대통령은 또 3명의 헌법재판관은 고등교육기관의 법학, 정치학 또는 경제학 담당 교원들 중에서 고등교육위원회가 추천한 고등교육위원회 위원이 아닌 자들 중에서 임명한다. 대통령은 또 4명의 헌법재판관을 고위공무원들, 개업 자유변호사들, 1급 판사·검사, 5년 이상 헌법재판소 연구관으로 종사한 사람들 중에서 재량으로 임명한다.

42) 예비재판관을 두는 것은 "쉬운 일이 아니고, 궁극적으로 헌법재판소 재판관의 임명에 관하여 규정된 헌법의 개정이 없이는 불가능한 것이라고 본다"라는 견해로, 신평, 앞의 책, 114면. 예재판관 도입에 헌법개정이 필요하다는 또다른 견해로, 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 61면 참조.

43) 위에서 살펴본 대로 우리나라에서도 과거 예비재판관의 예가 있었는데 그 당시 헌법에 예비재판관 규정을 언급하지 않고 법률에서 규정을 두고 있었으나 예비재판관을 둔 취지는 좋으나 그 규정형식에는 문제가 있었다고 평가할 수 있을 것이다.

4. 예비재판관 제도의 구체적 방안

(1) 논의사항

예비재판관의 도입 주장은 헌법재판의 중요성에 비추어 헌법재판의 공백을 막아보려는 노력이라는 점에서 긍정적으로 평가되어야 할 것이다. 그런데 예비재판관 제도가 필요하여 이를 도입한다고 하더라도 제도의 구성을 어떻게 할 것인가 하는 구체적인 설계를 해보는 것이 필요할 것이다. 그 구체적 구상을 해보고 그것에 대해 검토해 봄으로써 도입의 타당성이 진단될 수 있을 것이기도 하기 때문이다. 제도의 구체적 요소로는 예비재판관의 정수를 몇 명으로 할 것인지, 예비재판관의 자격요건을 어떻게 할 것인지 하는 문제가 있다. 또 그 임명방식과 절차의 문제도 미리 구상해 보아야 할 것이다. 예비재판관이 헌법재판에 참여하게 될 경우는 어떤 경우이며, 참여함에 있어서 어떠한 순서로, 또한 어느 정도까지 참여하도록 할 것인지 하는 등의 문제도 있다.

(2) 예비재판관의 정수

예비재판관의 인원을 몇 명으로 할 것인가 하는 정수(정원)의 문제가 있다. 예비재판관의 소임은 재판관의 결원이나 일시적 재판배제의 경우 이를 보충하는 역할을 담당하는 데 있는데 일거에 모든 재판관이 결원되는 경우도 상정할 수는 있으나 그것은 극히 드물 것이고 일단은 일부 재판관의 결원, 배제의 경우를 전제하는 것이라고 볼 것이므로 예비재판관의 수는 재판관 정수의 일정 비율로 설정될 수 있을 것이라고 보여진다.[44] 현재 9인의 재판관 수를 그대로 유지한다면 절반 비율에 가까운 5인 정도를 둘 것인지, 아니면 3분의 1인 3인을 둘 것인지 등 여러 방안을 고려할 수 있을 것이다. 2009년 국회의 헌법연구 자문위원회 헌법개정안은 예비재판관의 수를 3인으로 하자고 제안하고 있다.[45]

앞으로 헌법개정을 통해 재판관의 정수를 확대한다면, 그리고 예비재판관 제도를 둔다면 재판관의 정수가 확대되는 것에 비례하여 예비재판관의 수도 확대되는 방향으로 설정될 것으로 예상해 볼 수 있겠다.

44) 우리나라에서 과거 제1공화국의 헌법위원회의 경우 부통령을 위원장으로 하고 위원은 대법관 5인과 국회의원 5인이었는데 예비위원은 국회의원 중에서 5인, 대법관 중에서 약간 명을 두도록 하고 있었다. 제1공화국의 탄핵재판소의 경우 부통령이 재판장의 직무를 행하고 심판관은 대법관 5인과 국회의원 5인이었는데 예비심판관은 대법관과 대법관대리 중에서 약간인, 국회의원 중에서 약간인을 두도록 하였다. 제3공화국의 탄핵심판위원회는 대법원장을 위원장으로 하고 위원은 대법원판사 3인과 국회의원 5인이었는데 예비심판위원은 대법원판사 3인과 국회의원 5인 모두 8인이었다.

45) 국회 자문보고서, 2009, 294면. 음선필 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 308면 ; 권건보, 앞의 논문, 169면 ; 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 60면도 3인 안을 제시하고 있다.

(3) 자격요건

헌법재판은 국가의 최고법의 해석과 적용을 담당하는 것이고 그 최고법의 해석과 적용이 미치는 영향이 크고, 특수성이 있는 재판이므로 헌법재판을 담당하는 헌법재판관의 임명에 있어서 그 자격이 헌법적 전문성, 독립성을 갖추어야 한다는 점을 감안하여야 한다(앞의 Ⅲ. 전제적 고려요소 부분 참조). 예비재판관도 비록 대신 헌법재판에 임한다고 하더라도 헌법재판에 재판관과 같이 판단에 임하므로 그 자격요건에 있어서 차이를 둘 수 없다고 생각된다.

재판관의 교체에 따라 판례변경이 있었던 예를 보더라도[46] 어떤 재판관이 헌법재판에 참여하느냐에 따라 결정에 영향을 미칠 수 있음을 볼 수 있듯이 어떤 예비재판관이 참여하느냐에 따라 결정에 영향을 미칠 수 있을 것이므로 예비재판관도 재판관과 같은 자격을 갖추게 하는 것이 필요하다고 볼 것이다.

문제는 현재 재판관의 자격으로 법조자격에 한정하는 것이 타당한가 하는 것이 예비재판관과 재판관의 자격을 같게 한다고 했을 때 역시 논의되어야 할 점이라는 것이다. 생각건대 재판관의 자격을 개방하고[47] 예비재판관의 자격도 개방하는 것이 필요하다고 본다.

예비재판관 제도를 두고 있는 오스트리아의 경우 예비재판관도 재판관과 동일한 자격을 가지도록 하고 동일한 절차에 따라 임명되도록 하고 있다.[48]

(4) 선임방식

예비재판관의 선임방식을 재판관의 그것과 달리할 것인지 아니면 같게 할 것인지 하는 문제가 있다.

생각건대 예비재판관의 선임에 있어서도 정규 재판관의 선임방식·절차와 같이 그대로 따르는 것이 필요하다. 국민대표기관인 국회가 제·개정한 법률을 심사하는 위헌법률심판 등의 헌법재판, 최고법인 헌법을 해석하는 헌법재판에 정규이든

46) 대표적인 일례로, 혼인빙자간음죄규정에 대해 헌재가 이전에 합헌이라고 결정하였는데(헌재 2002.10.31, 99헌바40, 판례집 14-2, 390면 이하), 이후 재판부가 변경된 제4기 재판부에서는 판례를 변경하여 위헌결정이 있었다(헌재 2009.11.26, 2008헌바58, 판례집 21-2 하, 520면 이하)

47) 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 108면 이하 참조.

48) 2010년 개정 헌법 이전의 터키의 경우도 그러했다.

예비이든 재판관으로서 참여하는 것은 동일하다. 그러므로 위와 같이 국회의 법률을 심사하는 등의 재판업무를 수행함에 민주적 정당성을 갖추어야 하고 이를 위해 예비재판관의 선임에도 민주적 정당성을 부여하여야 할 것이며 앞으로 직무에서의 독립성을 갖추는 선임방식이 적용되어야 하기 때문이다(앞의 Ⅲ. 전제적 고려요소 참조). 2009년의 국회 헌법연구 자문위원회의 개정안은 예비재판관의 선출방식을 재판관과 동일하게 하자고 제안하고 있다.[49]

우리나라 제1공화국의 경우에도 헌법위원회의 위원과 예비위원의 선임방법을 동일하였는데 국회의원인 위원과 예비위원의 경우 물론 국회에서 선출하는데 국회에서 예비위원을 선출할 때에는 먼저 단기무기명투표로써 위원의 정수의 배수를 선출하고 그 중에서 다시 단기무기명투표로써 5인의 위원을 선출하고 남은 자를 예비위원으로 하도록 하였다(제1공화국 헌법위원회법 제4조 제3항). 예비재판관 제도를 두고 있는 오스트리아의 경우에도 정식 재판관과 같은 선임절차가 적용된다. 우리나라 제3공화국의 탄핵심판위원회의 경우 심판위원과 예비심판위원으로 대법원판사인 자와 국회의원인 자가 있었는데 전자는 대법원판사회의에서 후자는 국회에서 선출되어 심판위원과 예비심판위원의 선출이 같은 방식으로 이루어졌다(제3공화국 탄핵심판법 제10조 제1항, 제2항, 제3항).

문제는 현재 재판관의 선임방식이 대통령이 3인 지명하여 임명하고, 국회가 3인을 선출하며, 대법원장이 3인을 지명하는 방식인데 이러한 현행 방식을 그대로 둔다면 예비재판관도 이러한 방식에 따라 선임하여야 할 것인가 하는 것이다. 재판관에 대한 현행 선임방식에 대해서도 문제점이 많이 지적되고 있다. 가장 많은 문제점을 가진다고 지적되고 있는 것은 대법원장 단독에 의한 3인 지명 부분이다.[50] 따라서 예비재판관의 선임방식에 있어서도 현행 재판관 선임방식을 그대로 따를 때 마찬가지의 문제점이 지적될 것이다.[51]

앞으로 헌법개정의 기회에 재판관 선임방식을 현행 방식과는 달리 정하여져야 할 것인데 그 개정시 예비재판관 제도를 도입한다면 그 선임방식도 그것에 따라

49) 국회 자문보고서, 2009, 294면.

50) 이 점에 대해서는, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 112면 이하 참조.

51) 현행 헌법재판관 선임방식과 비슷하게 3인의 예비재판관을 대통령 1인 지명, 국회 1인 선출, 대법원장 1인 지명으로 하자는 견해로, 권건보, 앞의 논문, 같은 면 ; 음선필 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 같은 면. "요컨대, 헌법개정을 통하여 예비재판관제도를 도입해야 하며, 이 경우 9명의 재판관 중 국회에서 6인을 선출하고, 대통령이 3명을 지명할 경우 국회에서 2명의 예비재판관을 선출하고, 대통령이 1명의 예비재판관을 선출하는 것이 바람직할 것"이라는 견해로, 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 보고서, 61면.

정해지게 될 것이다. 예비재판관에 대해서도 인사청문회의 대상이 되어야 할 것이다.

(5) 임기, 신분보장 등

1) 임기

현행 헌법 제112조 제1항은 재판관에 대해서는 "헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다"라고 규정하고 있다. 예비재판관에 대해서도 임기를 두어야 할 것인데 문제는 어느 정도의 임기로 할 것인가 하는 것이다. 제1공화국의 헌법위원회의 경우 위원과 예비위원의 임기는 대법관인 자는 4년, 국회의원인 자는 그 임기중으로 한다고 규정하여(제1공화국 헌법위원회법 제6조 제1항) 위원과 예비위원의 임기가 동일하였다. 제3공화국 탄핵심판위원회의 경우에도 심판위원 및 예비심판위원의 임기가 같았는데 대법원판사인 심판위원, 예비심판위원인 자는 4년, 국회의원인 심판위원, 예비심판위원인 자는 그 임기 중으로 하였다(제3공화국 탄핵심판법 제10조 제5항).

재판관에 대한 연임가능성을 열어두고 있다면 예비재판관에 대해서도 연임가능성을 열어두는 것이 적정하다고 볼 것이다.

2) 정치적 중립성

현행 헌법 제112조 제2항은 "헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다"라고 하여 정치적 중립성을 보장하고 있다. 예비재판관에 대해서도 헌법재판의 중립성을 위하여 역시 정치적 중립성 보장에 관한 규정을 두어야 할 것이다.

3) 신분보장

예비재판관에 대해서도 재판관과 같은 신분보장이 주어져야 할 것이다. 예비재판관 제도를 두고 있는 오스트리아의 경우 예비재판관에 대해서 재판관과 동일하게 대우해 주고, 의무부과 등도 같게 하도록 하고 있다. 우리나라 현행 헌법 제112조 제3항은 "헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다"라고 규정하고 있다. 예비재판관에 대해서도 마찬가지의 규정을 두어야 할 것이다.

4) 소결

위에서 살펴본 대로 예비재판관의 임기, 정치적 중립성, 신분보장 등이 재판관의 그것과 다를 바 없다면 예비재판관 제도를 도입할 경우 현행 헌법의 재판관의 임기, 정치적 중립성, 신분보장에 관한 규정인 헌법 제112조에서 "헌법재판소 재판관은"이란 문언을 "헌법재판소 재판관과 예비재판관은"이라고 개정하는 것으로 하면 될 것이다.

5) 제척, 기피, 회피

재판관에 대한 제척·기피·회피 제도도 예비재판관이 헌법재판에 참여할 경우에도 적용된다.

(6) 참여의 사유와 방식

위에서 살펴본 재판부의 공백이 있는 경우가 예비재판관의 참여의 사유가 될 것이다. 즉 재판관의 임기만료, 정년, 파면으로 궐원이 되었는데도 후임재판관이 선임되지 않은 경우나 재판관의 제척·기피· 회피 등의 경우가 그것이다. 우리나라 과거의 예를 보면, 제1공화국의 헌법위원회법은 예비위원은 소속을 같이하는 위원이 사고로 인하여 위원회에 출석할 수 없을 때에는 출석하여 위원의 직무를 대행한다고 규정하고 있었다(동법 제2조 제2항). 제1공화국의 탄핵재판소법 제9조는 "예비심판관은 심판관이 사고가 있을 때에 재판장의 지명에 의하여 심판관의 직무를 행한다"라고 규정하고 있었다. 제3공화국의 탄핵심판법 제10조 제3항은 "예비심판위원은 심판위원 중 궐원이 생기거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에 심판위원회가 정하는 바에 의하여 그 직무를 행한다"라고 규정하고 있었다.

한편 임기 중간에 재판관 결원이 된 경우에 그 후임자로 선임된 재판관은 결원된 재판관의 잔여임기 동안만 재임하느냐(즉 보궐제로 하느냐), 아니면 새로이 온전한 임기가 시작되느냐 하는 문제가 있는데[52] 이 문제에 대해서 잔여임기 동안만

52) 이에 대해서는, 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 위의 보고서, 148면 참조. 이 보궐제 여부 문제는 "순차적 개선(改選)제도의 도입과 관련되어 유기적으로 검토될 필요가 있는 문제이기도 하다"(위 보고서, 149면). 왜냐하면 순차적 개선제도는 헌법재판소의 재판·운영의 일관성 등을 위해 일시에 모든 재판관들이 교체되지 않는 것이 바람직하다는 취지에서 그 도입이 주장되는데 임기 도중의 재판관 궐원시 보궐제로 잔여임기 동안만 재임하도록 하느냐 아니면 새로이 온전한 임기가 시작되도록 하느냐 하는 것은 후자로 할 경우 임기만료 시점이 다른 재판관들이 있고 이는 순차적 개선의 효과가 어느 정도 생길 것으로 보기 때문이다. 그런데 만약 재판관의 임기를 초대 재판관의 경우 차이를 두어(예를 들어 초대 재판부에서 재판관 3인은 2년, 재판관 3인은 4년, 재판관 3인은 6년 임기로 차이를 두고) 출발하였다면, 즉 순차적 개선을 애초

재임하도록 하면서 잔여임기가 1년 미만인 경우에는 후임자를 선임하지 아니하고 예비재판관을 활용하도록 개정하자는 제안이 있었다.[53]

예비재판관이 참여하는 순서 등 그 방식도 논의되어야 할 것이다. 예비위원을 두었던 제1공화국의 경우 헌법위원회의 예비위원이 위원회에 출석할 수 있는 순위는 위원회의 의결에 의하도록 하였다(제1공화국 헌법위원회법 제2조 제3항).

(7) 예비재판관의 권한과 의무

예비재판관도 당해 헌법재판에서 재판관과 동일하게 권한을 행사하고 의무도 지게 된다. 변론까지 끝난 후에 결정 단계에서 비로소 참여하게 된 경우에 결원된 그 재판관이 행한 그때까지의 판단을 존중해야 하는지 아니면 새로이 판단하게 되는지 하는 등의 문제도 있다.

(8) 재판관의 자격요건·선임방식의 변화가능성과 예비재판관의 자격요건과 선임방식

예비재판관의 자격요건, 선임방식이 위에서 본 대로 재판관의 자격요건, 선임방식과 동질성을 가져야 하고 그 정수도 재판관의 정수에 연계될 것이라는 점에서 재판관의 자격요건이나 선임방식, 정수 등이 앞으로 헌법개정을 통하여 변화될 때 예비재판관의 그것도 변화될 것이다. 결국 예비재판관을 헌법개정을 통해 헌법에 근거규정을 두어 도입하여야 한다면 재판관 자격요건, 선임방식의 변화와 함께 고려되어야 할 문제가 될 가능성이 많을 것이다. 예를 들어 현재와 달리 재판관의 자격에 비법조자격도 포함하는 개방형으로 갈 경우나 9인 재판관의 3분의 2 또는 모두 국회에서 선출되는 것으로 바뀐다면 예비재판관도 그러한 변화에 맞추어질 것이다.

Ⅴ. 예비재판관 제도의 효과성에 대한 검토

1. 검토

에 제도화하였다면 그 초대 재판관 9인의 임기가 모두 끝난 이후부터는 재판관 모두가 임기 6년인 재판관들이 3인씩 2년마다 순차적으로 재판관이 개선되었을 것이고 그 2년마다의 순차적 개선을 유지하기 위해 보궐제로 하는 것이 필요하였을 것이라고 볼 것이다. 프랑스의 경우 이러한 순차적 개선제도를 두고 있고(우리와 달리 재판관 임기가 9년이어서 초대 재판부는 임기 3년의 3인 재판관, 임기 6년의 3인 재판관, 임기 9년의 3인 재판관으로 구성되도록 하고 초대 재판관 9인이 모두 퇴임한 이후부터는 모두가 임기 9연인 재판관들이 3인씩 3년마다 순차적으로 개선되는 제도를 두었다), 임기도중 재판관 결원시에 보궐제로 하고 있다.

53) 국회 자문보고서, 2009, 293면.

예비재판관 제도가 재판관결원에 대한 보충의 절실성 때문에 그 방안으로 제시되고 위와 같이 논의될 수 있으나 좀더 근본적으로 검토하면 다음과 같은 한계 내지 문제가 없지는 않을 것이다.

ⅰ) '지위감'의 문제 - 이는 현실적, 정서적 문제이기도 하다. 예비재판관도 재판관과 똑같이 헌법재판이라는 중대한 사건에 판단자로서 함께 참여하므로 재판관의 지위의 동위성 내지 동질성이 확보되는 것이 필요하다. 그런데 '예비'라는 명칭으로 그 지위감, 지위에 대한 자의식이 약화되거나 위축될 수 있지 않을까 하는 우려가 있을 수 있다. 심리적 측면에서의 그와 같은 상황에서 예비재판관 제도가 가질 수 있는 현실적 문제에 대해 미리 논의할 필요가 있다고 본다.

ⅱ) 자격요건·선임절차에 상응한 문제 - 위에서 살펴보았듯이 어차피 예비재판관의 경우에도 재판관과 같은 자격을 갖추고 동일한 선임절차(청문회 등)를 거쳐야 한다고 본다. 그처럼 강한 요구의 선임자격·절차를 요하는 것을 고려하면[54] '예비'의 신분이 그것에 상응하는 것인가 하는 회의적 의식이 전혀 배제될 수 없지 않는가 하는 문제제기가 있을 수 있다. 그 점에 대해서도 검토가 필요하다고 본다.

ⅲ) 일시적 재판참여 - 예비재판관은 상임적으로 재판에 참여하는 것이 아니다. 따라서 헌법재판에 대한 적응성, 집중성, 일관성 등에 있어서 정규의 재판관에 비해 약하거나 약해질 수 있다는 지적도 예상할 수 있다. 물론 예비재판관 나름일 수 있고 헌법재판에 대한 그동안의 경력 등에 따라서는 그런 면이 달리 나타날 수도 있을 것이다.

2. 소결

위와 같은 지적은 예비재판관 제도가 가져올 수 있는 현실적·심리적 부정적 요소이고, 따라서 이를 극복하면서 보다 나은 방안이 없는지를 살펴볼 일이다. 최근 2014년의 국회 헌법개정 자문위원회의 개정안에서는 2009년 국회 헌법연구 자문위원회의 개정안과 달리 예비재판관 제도의 도입을 제안하지 않고 있다.[55]

54) "예비재판관제도의 설치도 헌법재판소의 본질적 구성요소인 재판관의 임면조건 및 권한에 관한 사항이라는 점에서 헌법정책적인 가능성으로만 제기될 수 있을 뿐이다"라는 견해로, 양건/김문현/남복현, 앞의 보고서, 40면.

Ⅵ. 대안의 모색 : 재판관 확대를 통한 방안

예비재판관 제도에 위와 같은 현실적 한계가 있을 수 있다면 다른 방안도 모색해 보아야 할 것이다. 생각건대 예비재판관 보다는 재판관의 수를 확대하여 재판부의 구성에 있어서 여유를 두는 방안을 검토하는 것이 필요하지 않을까 생각된다. 사견으로는 이 문제 이전에 재판관 정수 자체를 늘리는 것도 필요하다고 본다.[56]

재판관 수의 확대를 통한 해결방안은 다음과 같은 구상이다. 하나의 사건을 담당하는 재판부를 구성하는 재판관 수는 9명으로 하더라도 재판관 전체 정수를 늘려 재판관의 참여를 순환식으로 하여 여유를 두자는 것이다. 예를 들어 재판관 전체의 정수는 가령 12명 또는 15명 정도로 하고 그 12명 또는 15명의 재판관 중 9인 재판관으로 재판부를 구성하여 하나의 사건을 재판하도록 하자는 것이다. 9인 재판부의 구성은 일정한 공식(주기)에 따라 또는 어떤 규칙을 설정하여 그 규칙에 따라 일부 재판관의 교체를 해가면서 순환(순차)식으로 하는 방안이다(아래의 그림 참조). 그렇게 하면 12명 또는 15인 중 결원이나 재판배제의 상황이 발생하더라도 예비재판관으로서가 아니라 정규 재판관으로서 보충되며 결원된 재판관에 대해서 최대한 신속히 후임재판관이 선임되어야 함이 바람직하지만 재판부 일부공백상태에서의 재판은 우선 피할 수 있다.[57]

55) 국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 Ⅰ, 2014.7. 참조. http://www.assembly.go.kr/assm/notification/policyroom/policyroom03/assmCounsel/counselUserView.do?bbs_num=37634&no=5&search_key_n=&search_val_v=&currentPage=1 참조.

56) 이에 대한 논의로, 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 91면 이하 참조.

57) 독일의 경우 재판부가 2개로 구성되어 한 부의 재판관의 공백이 있는 경우 다른 부의 재판관으로 하여금 재판을 하도록 하여 예비재판관의 필요성이 없다는 점에서도(동지 : 남복현, 앞의 논문, 407면) 시사점을 찾을 수 있을 것이다.

재판관 정수 12인(재판관 A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L), 9인 재판부
“가” 사건의 재판부 - 재판관 A, B, C, D, E, F, G, H, I로 구성
“나” 사건의 재판부 - 재판관 B, C, D, E, F, G, H, I, J로 구성
“다” 사건의 재판부 - 재판관 C, D, E, F, G, H, I, J, K로 구성
“라” 사건의 재판부 - 재판관 D, E, F, G, H, I, J, K, L로 구성
“마” 사건의 재판부 - 재판관 E, F, G, H, I, J, K, L, A로 구성
“바” 사건의 재판부 - 재판관 F, G, H, I, J, K, L, A, B로 구성
¦ ¦
¦ ¦
¦ ¦
* 예를 들어 “바” 재판부의 재판관 F가 결원된 경우에는 재판관 C로 충원

<재판관 확대시 순환(순차)식 방안의 예시>

재판부를 구성하는 재판관의 수도 반드시 9인으로 하지 않고 사안의 중대성에 따라 달리할 수도 있을 것이 아닌가 하는 점을 고려해봄직하다. 위에서 12명 또는 15명을 언급한 것은 예를 들은 것이고 다른 의견도 있을 수 있을 것인데 그 적정수를 검토하여야 할 것이다.

현재도 헌법재판사건이 많고, 앞으로도 헌법재판의 청구가 더 늘어나고 아울러 헌법재판의 권한이나 관할이 더 확대된다면 재판관 정수 자체의 확대가 필요할 것이다. 이 방식에 대한 예상되는 반대의견으로는 재판관 정수의 확대에 따른 예산소요의 증대 문제, 재판관의 수 확대에 따른 권위약화 등을 내세우는 견해가 있을 수 있을 것이다. 그러나 그것에 대해서는 반대논리가 가능할 것이다.

위 방안은 어디까지나 위에서 살펴본, 예비재판관 제도가 가질 수 있는 예상되는 한계나 문제점을 극복해보자는 생각에서 나온 것이고 동등하게 헌법재판에 참여함에도 불구하고 누구는 정식의 재판관으로 누구는 예비재판관으로 재판에 임하게 하는 것이 적정하지 않다고 본 때문에 구상된 것이다. 재판관 확대와 순환(순차)에 의한 재판부 구성방안은 재판관의 지위의 동위성 내지 동질성을 확보하게 하는 방안이 될 수 있을 것이다. 예비가 아닌 모든 재판관이 동등한 신분으로 재판에 임하게 함으로써 자긍심을 드높일 수도 있을 것이다. 위에서 살펴보았듯이

어차피 예비재판관의 경우에도 재판관과 같은 선임절차(청문회 등)를 거쳐야 한다면 더욱 그러하다고 할 것이다. 또한 재판부 구성의 다양성을 위해서도 바람직한 면이 있다.

심리정족수의 문제도 현재의 7인 이상인데 9인으로 늘리더라도 큰 문제가 없게 될 것이라고 본이다.

현재의 헌법재판소의 구성에 있어서 초창기에는 재판관을 6인의 상임재판과 3인의 비상임 재판관으로 구분하여 규정하였다. 그러다가 1991.11.30. 헌법재판소법을 개정하여 비상임재판관 제도를 폐지하여 모든 재판관을 상임으로 하였는데 그 개정이유는 “비상임재판관으로서는 과중한 업무량을 감당하기 어려우며 전원합의체인 재판부가 상설적으로 소집되어 신속한 재판이 진행되어야 하므로 비상임재판관을 상임화하고・・・・・ ”라고 설명되고 있다.[58] 이러한 전례는 비상임적인 예비재판관의 적실성에 대해 다시 살펴보게 한다.

재판관 정수의 확대를 통한 해결방안에서도 재판관은 상임일 것을 전제로 한다. 그 점에서 비상임적, 일시적 재판관으로서 예비재판관의 제도가 가질 수 있는 문제점을 피할 수 있을 것이다. 한편 재판관수를 많이 늘린다면 부를 두는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 헌법재판관의 수가 일정 수를 넘어가면 평의의 집중도가 약화될 수 있을 것이기 때문이다.

위와 같은 방안을 채택할 경우에 예비재판관 제도 자체의 도입은 필요없게 될 것이다. 그러나 위와 같은 방안은 재판관 정수의 확대를 가져오므로 헌법개정이 있어야 실현될 수 있을 것임은 물론이다.

이와 같은 재판관 정수 확대에 의한 재판부 공백의 해결 방안에 대해서는 재판관 정수 확대 논의가 정치적 이해관계에 좌우되지 아니할 것을 전제로 한다. 정치적 배경을 가질 때에는 논란이 많을 것이다. 미국의 경우 1937년에 루즈벨트 대통령은 70세를 넘은 대법관 마다 재판관을 보충하여 15인 범위 내에서 대법관 수를 확대하는 내용을 골자로 하는 법원재편계획안("court-packing" plan)을 제안하였으나 격렬한 정치적 논란이 있었고 결국 좌절되었던 역사적 사례를 볼 수 있다.[59][60] 지

58) 법제처개정이유 참조(http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=106050&ancYd=19911130&ancNo=04408&efYd=19911130&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000). 또 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008, 175면에는 “1991년 11월 30일 심판사건의 증가로 인하여 비상임재판관 3인을 전원 상임화함에 따라”라고 기술되고 있다.

59) 이러한 좌절은 역설적으로 오히려 국민들은 9인의 정수를 거의 신성시하는 의식을 가지게 하는 결과를 가져왔다고 한다. E. Zoller, La Cour suprême des Etats-Unis - Presentation de la Cour suprême des Etats-Unis, http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/elzoller.htm 참조.

금 여기서의 우리의 논의는 미국의 사례에서 정치적 배경이 있었던 것과 다르긴 하다. 미국의 경우 당시의 상황도 있었지만, 미국 연방대법원의 대법관은 종신적이며 사건 수도 우리와 다르다는 점 등도 고려되어야 한다.

사실 재판부 공백이 가지는 문제는 헌법재판사건이 증가되면서 그 정도가 더욱 강해질 수 있다. 그 점에서도 재판관의 수의 확대를 통한 해결방안에 무게가 실릴 수도 있을 것이다.

Ⅶ. 결론

헌법재판은 국민의 기본권보장, 헌법질서의 유지라는 중요한 임무를 수행한다. 이러한 임무의 중요성, 그리고 이를 위한 최고법인 헌법을 해석하고 헌법재판이 다른 재판과 달리 여러 사람에 미치는 그 파급효과가 크다는 점을 염두에 두면, 헌법재판소의 재판부의 공백이 발생하는 것을 막아야 할 것이다. 가능한 재판관의 궐원이 예상되면 미리 선임을 하여 공백이 생기지 않도록 해야 한다. 그러한 공백이 발생하였더라도 신속히 보충을 하여야 할 것이다. 현행 헌법을 그대로 둔 채 모색해 본 보완책들이 그리 명쾌하지도 않고 충분하지도 못하다. 그동안 보완책으로 많이 제시되어 온 예비재판관 제도를 보면 우선 그 도입을 위해서는 헌법개정이 필요하고 예비재판관의 자격과 선임방법·절차, 신분보장 등도 정규의 재판관과 동일할 것이 요구된다. 그것은 보충인력이지만 예비재판관도 정규 재판관과 똑같은 헌법재판에 참여하므로 헌법재판의 전문성·독립성을 지니는 자격자로 임명되어야 하고 그 선임에 있어서도 민주적 ·정당성을 갖추어야 하기 때문이다. 헌법재판이 가지는 중요성 때문에 예비재판관을 두는 것이 헌법에 근거가 없거나 그 자격, 선임방식 등을 완화한다면 헌법재판소 결정의 정당성에 대한 시비의 소지가 있을 것이다. 이처럼 정규 재판관과의 차이가 별로 없어야 하면서도 예비적이고 보충적이라는 지위에 대한 자의식이 위축될 여지, 정규 재판관과 동일한 선임절차를 거치면서도 신분적으로 예비적이고 보충적이라는 것이 적절한지, 일시적인 재판참여가 집중성 등에 있어서 정규 재판관에 비해 상대적으로 약화될 여지가 있지 않을까 하는 우려 등 검토가 되어야 할 한계점이 미리 논의될 필요가 있다. 이러한 점을 고려하면 재판관의 정수를 확대하여 9인 재판부에 재판관들을 여유있게

60) 위의 글은, 정재황 집필, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 보고서, 94면을 옮겨놓은 것이다.

순환(순차)적으로 참여하게 하여 재판부 공백에 대비하는 또다른 방안을 제안해 본다. 어차피 예비재판관 제도도 헌법개정을 요하고 결국 헌법개정으로 가야 한다면 여러 대안을 모색해 보는 것이 필요할 것이므로 위와 같은 제안을 하게 된 것이기도 하다. 한편으로는 예비재판관 제도이든 순환(순차)식 재판부 제도이든 이러한 보충제도가 도입되면 오히려 궐원이 있더라도 위 보충제도로 막을 수 있어 후임재판관 선임을 느긋하게 처리하여 지체를 가져오게 하지는 않을지 하는 기우(?)까지도 생각된다.

여하튼 헌법개정이 쉽지 않으므로 현재로서는 재판부의 공백이 없도록 무엇보다도 선출기관, 임명기관에서 법정기한 내에 후임재판관을 선출하고 임명을 해주는 합헌적 의무이행이 이루어져야 한다. 본 연구가 헌법재판의 공백을 메우는 방안을 모색하는 데 기여하여 우리 국민의 기본권을 최선으로 보장하는 보루로서 우리 헌법재판이 보다 충실하게 되도록 하기 위한 제도마련의 연구에 활용되어지기를 바란다.

(논문접수일 : 2014.08.20, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

정 재 황

헌법재판소, 헌법재판관. 헌법재판관 궐원, 예비재판관, 순환(순차)식 재판부, 헌법재판소의 조직

【참 고 문 헌】

국회도서관, 세계의 헌법 Ⅱ, 2010.

국회도서관, 세계의 헌법 Ⅱ, 개정판, 2013.

권건보, 헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009.9.

김문현/정재황/한수웅/음선필, 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 헌법재판연구 제16권, 헌법재판소, 2005.

남복현, 헌법개정시 헌법재판을 포함한 사법구조의 개편방향, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12.

성낙인/이효원/권건보/정철/박진우/허진성, 헌법소송론, 박영사, 2012.

박인수/조홍석/남복현, 주요 국가별 헌법재판제도의 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 - 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -, 헌법재판연구 제21권, 2010.

신평, 헌법재판법, 전면개정판, 법문사, 2011.

양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999.

정재황, 사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론, 헌법재판의 이론과 실제, 금랑 김철수교수화갑기념논문집, 박영사, 1993

정재황, 헌법재판과 정치, 헌법규범과 헌법현실, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, 1999.

정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2003.

정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, 성균관법학, 제22권 제3호, 2010. 12.

정종섭, 한국 헌법재판 및 헌법재판소의 개혁, 헌법논총, 제19집, 헌법재판소, 2008.

정종섭, 헌법소송법, 제7판, 박영사, 2012.

최희경, 학교용지부담금 부과와 그 환급에 대한 연구, 이화여자대학교 법학논집 제16권 제3호, 2012.3.

최희수, 헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향, 헌법학연구 제17권 제2호, 2011. 6.

한동훈/안민영/정영훈/임기영, 헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기, 헌법이론과 실무 2011-A-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011.

허영, 헌법소송법론, 제8판, 박영사, 2013

헌법개정 자문위원회(국회의장 소속), 활동결과보고서 Ⅰ, 2014.7.

헌법연구 자문위원회(국회의장 소속), 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009.8.

G. Drago, Contentieux constitutionnel français, 3eéd., P.U.F., 2011.

Gerhart Holzinger(오스트리아 헌법재판소 소장), La Cour constitutionnelle autrichienne, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 36, juin 2012.

D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd., Montchrestien, Paris, 2010.

Musa Saglam, La Cour constitutionnelle de Turquie, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : Turquie), 2011.3.

E. Zoller, La Cour suprême des Etats-Unis - Presentation de la Cour suprême des Etats-Unis, http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/elzoller.htm.

사이트

http://www.assembly.go.kr/assm/notification/policyroom/policyroom03/assmCounsel/counselUserView.do?bbs_num=37634&no=5&search_key_n=&search_val_v=&currentPage=1

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/la-cour-constitutionnelle-de-turquie.96759.html

http://krdic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EA%B2%B0%EC%9B%90&query=%EA%B2%B0%EC%9B%90&target=krdic&ie=utf8&query_utf=&isOnlyViewEE=&x=32&y=13 (naver 국어사전)

http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=106050&ancYd=19911130&ancNo=04408&efYd=19911130&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000

http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/

Abstract

A Study on the Introduction of System of Substitute Justice in the Constitutional Court in Korea

Jae-Hwang JEONG

Vacancy or absence of constitutional judges(justices) may cause serious problems considering that constitutional decisions have significant impacts on the protection of fundamental human rights, maintenance of constitutional order and the interpretation of constitutional law. A long vacancy of a constitutional justice in recent years highlighted this problem and triggered the discussion of the system of the substitute justice in the Constitutional Court. This study tried to analyze the cases of vacancy and absence of constitutional justices and to examine the criteria for substitute justices such as speciality of the justice, independence, legitimacy, etc. In addition, this study reviewed current strategies to substitute the vacancy and to examined the system of substitute justice. Specifically, this study discussed the objectives and necessity of the system, cases of foreign countries with this system, the limits of the system, and the concrete strategy for the system management such as the number, qualification, selection process, terms, responsibility and rights, so on. Based on the analysis, this study suggested to increase of the number of constitutional justices instead of adopting the system of substitute justice. For example, with increased 12 constitutional judges, 9 judges can be allocated to each case. For this type of circular trial system, it is necessary to revise the constitutional articles related to the constitutional justice.

Jae-Hwang JEONG

Constitutional court, Constitutional justice, Vacancy of constitutional justices, Substitute justices, Circular trial system, Organization of Constitutional court

헌법불합치결정의 소급효와 그 적용범위*

- 형벌조항을 중심으로 -

장 진 숙**

【목 차】

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 헌법불합치결정의 일반론
1. 위헌결정과 헌법불합치결정
2. 형벌조항에 대한 헌법불합치 결정의 도입의 필요성
3. 형벌조항에 대한 헌법불합치 결정의 허용가능 여부
4. 형벌조항에 대한 헌법불합치 결정의 사유
5. 헌법불합치결정에 대한 외국의 경우
Ⅲ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 소급효
1. 일반적인 위헌결정의 소급효
2. 형벌조항의 헌법불합치결정의 소급효
3. 형벌조항의 헌법불합치결정에 대한 적용중지 또는 잠정적용의 소급효
4. 헌법불합치결정의 효력발생시점과 개선입법의 소급적용 문제
Ⅳ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 기속력과 실무상 적용범위
1. 법적용자에 대한 효과
2. 헌법재판소와 법원간의 갈등
Ⅴ. 해결방안 및 결론

【국 문 요 약】

헌법불합치결정은 명문상 근거는 없으나 이러한 결정을 하여서는 안 된다는 주장은 제기되고 있지 않다. 다만 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정이 가능한지, 헌법재판소에 의해 위헌성이 확인된 형벌조항을 잠정적으로 적용할 수 있는지, 적용한다면 그 효력의 상실시점, 즉 소급효가 발생하는 시점 및 소급효의 적용범위는 어디까지로 볼 것인가가 논란이 되고 있다.

헌법재판소는 당해 조항에 위헌인 부분과 합헌인 부분이 혼재할 경우, 부진정 입법부작위에 관한 경우, 평등위반의 경우 등에 있어서 단순위헌을 내릴 경우 법

* 이 논문은 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2013S1A5B5A07046559).
** 국립부경대학교 법학과 전임연구교수.

적 안정성의 문제, 입법권 존중의 이유 등을 들어 헌법불합치결정을 내릴 수 있으며, 아울러 적용중지 또는 잠정적용 명령을 내리기도 한다. 이때는 명시적인 입법개선시한의 정함이 없이 입법자가 개선입법을 할 때까지 중지한다는 결정을 하기도 하지만, 어떤 경우는 입법개선시한을 명령함과 아울러 잠정적용을 명하고, 입법개선시한까지 개선입법이 이루어지지 않은 경우 다음날부터 당해 조항의 효력이 상실된다고 하는 명령을 함께 내리는 경우도 있다.

헌법재판소법 제47조 제2항에 따르면 비형벌조항의 경우는 위헌결정이 있은 날로부터 장래를 향하여 효력이 상실되지만, 형벌조항의 경우는 소급하여 그 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 그런데 헌법불합치결정의 경우는 그 소급효의 시점, 즉 위헌성이 확인된 법률조항의 효력 상실시점이 언제인가가 문제이다. 효력의 상실시점에 따라 소급효가 발생하고 재심청구도 가능하기 때문이다. 위헌법률조항의 상실시점에 따라 소급효가 발생하고 재심청구도 가능하기 때문이다. 이에 대하여 학설과 판례는 헌법불합치결정은 위헌결정이기 때문에 불합치결정이 있은 날로부터 즉시 효력상실 = 소급효발생 = 재심청구가 가능하다고 보는가 하면, 헌법재판소의 결정에 입법개선시한이 명시된 경우 입법개선시한이 도과한 다음날부터 소급효가 발생한다는 견해도 있다.

하지만 헌법불합치결정을 부인하지 않는 이상 헌법재판소법 제47조의 규정에 따라 기속력과 소급효가 발생한다고 본다면, 헌법재판소의 결정에 따르는 것이 타당하다고 본다. 다만 헌법재판소는 형벌조항의 잠정적용형 헌법불합치결정에 있어서는 법적 안정성을 위해 위헌성이 확인된 법률을 계속해서 적용해야 할 만한 절대적인 이유를 제시를 하여야만 한다. 위헌성이 확인된 법률조항을 계속 적용하는 것은 법적 안정성의 확보를 위해 정의에 양보를 구하는 것이다. 위헌성이 확인된 법률을 계속해서 적용해야 할 만한 절대적인 이유를 제시를 하지 못하는 상황에서는 어떻게 법적 안정성과 정의를 형량해서 조화를 이루어내고 실질적 법치주의를 실현할 수 있겠는가 하는 것이다.

Ⅰ. 문제의 제기

우리 헌법은 헌법재판소에 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판과 헌법소원에 관한 심판을 할 수 있는 권한을 부여하고 있다(제111조). 이에 근거하여 헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제정된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”고 규정하고 있으며, 같은 법 제47조(2014년 5월 20일 개정)는 “법률의 위헌결정은 법원 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”(제1항)고 하며, “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실”(제2항)한다고 규정하고 있다. 그리고 제3항은 “제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 다음날로 소급하여 효력을 상실한다”(신설)고 규정하고 있다. 헌법재판소는 동 법 제47조의 개정을 통하여 종전의 형벌조항의 위헌결정에 대한 소급효의 범위를 다소 축소하여 제시하고 있으나, 아직 형벌조항의 종전 합헌결정 이외의 형벌조항에 대해서는 여전히 그 소급효의 범위에 대해서는 논란의 소지가 충분히 있다고 보아야 한다. 즉 종전에 합헌결정이 내려지지 않고 바로 위헌결정이 내려진 경우에는 그 소급효의 범위는 개정 또는 제정 당시로 소급하여야 한다는 것이 된다.

원칙적으로 법률 또는 법률조항(이하 법률(조항)이라함)의 위헌성이 확인되면 단순위헌결정을 하게 되고, 일반 법률조항은 장래를 향하여 그 효력이 상실되고, 형벌에 관한 법률 또는 법률(조항)은 소급하여 효력이 상실된다(이하 일반조항은 ‘비형벌조항’으로 형벌에 관한 법률 또는 법률(조항)은 ‘형벌조항’이라함). 하지만 어떤 경우에는 단순위헌결정을 하기 곤란한 경우도 있다. 이런 경우에는 부득이 변형결정(변형결정의 유형으로는 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정을 등을 들 수 있는데, 본고에서는 헌법불합치결정에 관하여만 논하기로 한다)의 한 유형인 헌법불합치결정을 하게 되는데 이러한 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 어떤 차이점이 있는지 또 '형벌조항'에 대한 헌법불합치결정의 소급효 및 적용중지와 잠정적용의 문제점들에 대하여 지금까지 많은 논란이 있어왔고 앞으로도 특단의 조치가 이루어지지 않는 이상 논란은 계속될 것으로 예상된다.

헌법재판소는 1988년 9월 1일 개설·운영된 이래 2014년 8월 말까지 위헌결정의 형태로 741건이 선고되고, 이 중 변형결정의 형태로 헌법불합치결정 152건, 한

정위헌결정 69건, 한정합헌결정 28건이 선고되었다.

그런데 2004년 이전까지는 모두 ‘비형벌조항’에 대해서만 헌법불합치결정이 내려졌다. 하지만 2004. 5. 27. 학교보건법 형벌관련조항에 대하여 헌법불합치결정이 내려진 이후 지금까지 모두 네 건의 형벌관련조항에 대하여 헌법불합치결정이 내려졌다. 이 중 학교보건법 형벌관련조항에 대하여 입법개선시한을 명시하지 않고 입법자가 개정할 때까지 당해 법률(조항)의 적용을 중지한다고 하여 단순히 시적 유예만 가능한 결정으로 비교적 혼란이 적은 단순위헌결정의 성격을 가지고 있었다.[1] 하지만 뒤에 이어진 세 건의 헌법불합치결정에서는 입법개선시한을 명시하고 잠정적용까지 하도록 함으로써 많은 논란이 초래되었다.[2]

우선 위헌성이 확인된 형벌에 관한 법률(조항)에 적용중지형 헌법불합치결정이 내려진 경우, 당해 법률(조항)의 효력 상실 시점, 즉 소급효가 발생하는 시점은 언제인가, 또 잠정적용형 헌법불합치결정이 내려진 경우 위헌성이 확인된 법률(조항)을 계속하여 형벌관련사건에 적용할 수 있는가, 또 입법개선시한을 도과한 경우 당해 법률(조항)의 효력은 상실 또는 유지될 것인가, 그리고 입법개선시한 도과시점과 개선입법시점 사인의 시적 공간에 대한 규율은 법률의 공백상태로 볼 것인지 아니면 형식적이나마 당해 법률이 유지되고 있다고 볼 것인지 등에 대하여 많은 논란이 있었고 앞으로도 많은 논란이 있을 것으로 예상되고 있다.

이하에서는 이러한 문제점들을 염두에 두고, 우선 위헌결정과 헌법불합치결정에 대한 일반론을 살펴보고(Ⅱ), 다음으로 ‘형벌조항’에 대한 헌법불합치결정의 소급효에 대하여 학설·판례 등을 통하여 구체적으로 검토하고(Ⅲ), 그리고 ‘형벌조항’에 대한 헌법불합치결정의 실무상 적용의 문제점 및 그 범위를 파악하여(Ⅳ), 마지막으로 헌법불합치결정에 대한 소급효와 실무상 적용에 대한 문제점들에 대한 해결방안 및 결론(Ⅴ)을 도출하는 방식으로 논의를 전개하고자 한다.

Ⅱ. 헌법불합치결정의 일반론

1. 위헌결정과 헌법불합치결정

헌법재판소는 법률(조항)의 위헌성이 확인되면 원칙적으로 단순위헌결정을 선고

1) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 결정.
2) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2007헌가4; 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010; 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정.

하게 된다. 법률이 헌법에 위반하게 되는 경우로는 제정당시부터 시원적으로 위헌인 경우와 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌이 되는 경우, 그리고 제정당시에는 합헌이었으나 헌법의 개정으로 인하여 위헌이 되는 경우[3] 등이 있다. 하지만 헌법불합치결정의 경우는 당해 법률(조항)에 합헌부분과 위헌부분이 혼재되어 있으면서 그 경계의 구분이 곤란한 경우, 입법형식의 오류에 관한 경우, 불완전한 형태로 이루어진 법률(조항)의 다툼에서 부진정 입법부작위에 대하여 위헌확인을 구하는 경우, 평등권의 위반에 관한 경우[4]에는 단순위헌결정보다는 헌법불합치결정을 통하여 입법자의 입법형성권을 존중하고 입법공백으로 인한 혼란을 방지하기 위하여 헌법불합치결정을 내리게 된다.

헌법불합치결정은 당해 법률(조항)의 위헌성은 인정하되, 일정기간 그 효력의 상실을 유보하면서 입법자로 하여금 위헌성을 제거하는 의무를 부과하고 행정기관이나 법원에게는 헌법재판소의 결정에 기속되도록 하는 것이다.

헌법불합치결정의 유형에는 ①단순히 헌법불합치결정만 선고한 경우, ②입법시한을 명시하지 아니하고 적용중지를 명한 경우, ③입법시한을 명시하고 적용중지를 명한 경우, ④입법시한을 명시하지 아니하고 잠정적용을 명한 경우, ⑤입법시한을 명시하고 잠정적용을 명한 경우가 있다. 크게 분류하면 적용중지와 잠정적용형으로 구분되고, 다시 입법개선시한을 명시한 경우와 명시하지 않은 경우로 나눌 수 있다.

단순헌법불합치결정과 입법시한을 명시하지 아니하고 적용중지를 명한 경우는 단순위헌에 가까운 헌법불합치결정의 유형에 속한다고 볼 수 있으나, 입법시한을 명시하고 적용중지를 명한 경우는 일단 개선입법시한까지 당해 법률(조항)의 형식적 효력이 유지된다고 보아야 한다. 그러나 잠정적용의 경우에는 위헌성이 확인된 법률(조항)의 계속적용이 타당한가에 대하여 많은 논란이 있다. '비형벌조항'의 경우에는 경우에 따라 적용할 수밖에 없는 경우도 있다.[5] 하지만 '형벌조항'의 경우

3) 남복현,"헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 -실체적 형벌법규를 중심으로-", 「헌법실무연구」 제10권, (헌법실무연구회, 2009), 26쪽.

4) 남복현, "헌법불합치결정의 원인별 유형화에 따른 결정주문의 사례검토 -헌법재판소 제3기 재판부를 중심으로-", 「한양법학」 제21권 제1집, (한양법학회, 2010), 316쪽.

5) 헌법재판소는 "한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다. 하지만 수신료 수입이 끊어지면 한국방송공사의 방송사업은 당장 존폐의 위기에 처하게 될 것이고 이는 우리 사회에 엄청난 파장을 미치게 됨은 물론 방송의 자유와 국민의 알 권리에 심각한 훼손을 입히게 되는 반면, 수신료부과 자체는 위헌성이 있는 것이 아니어서 위 조항의 잠정적용으로 인한 기본권침해의 정도는 상대적으로 크지 않다고 할 것이므로 단순위헌결정을 하여

에는 잠정적용에 대하여 많은 논란이 있고, 법원의 판례도 기속력을 부정하는 경우와 긍정하는 경우로 나뉘고 있다. 또한 입법개선시한이 도과한 경우에까지 효력이 유지되는가에 대하여는 논란이 있다.[6]

2. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 도입의 필요성

'형벌조항'에 대한 헌법불합치결정의 도입의 필요성에 대하여 첫째, 헌법재판소가 법률(조항)에 대하여 단순위헌결정을 선고할 경우 형사처벌이 필요한 행위를 형사처벌할 수 없는 법적 공백상태를 일으키므로 헌법재판소는 위헌성만을 확인하고 입법자가 위헌으로 확인된 법률(조항)을 개선하여 합헌상태를 회복하도록 할 필요성이 있다.[7] 둘째, 제헌 60년의 권위주의체제 40년과 민주주의체제 25년이다. 헌법재판이 활성화된 지난 25여년을 돌아볼 때 주로 비형벌법규를 위주로 이루어져왔고, 위헌성을 지닌 형벌법규는 사실상 방치되어왔음을 알 수 있다. 셋째, 입법절차를 진행함에 있어 기본권침해나 위헌적 요소를 배제하는 것에 관심을 집중하기 보다는 신속과 효율중심적 사고로 접근함으로써 편의적인 입법실제로 인해 나

바로 그 효력을 상실시키는 대신 빠른 시일내에 헌법위반상태의 제거를 위한 입법촉구를 하되 그 때까지는 위 조항의 효력이 지속되도록 한다"고 하였다(헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정). 독일의 경우에도 공무원의 봉급에 관한 법률이 직업공무원제도에 관한 기본법 제33조 제5항에 위배되는 때에도 무효선언을 회피하였는데(BVerfGE 8, 1, 19F), 이는 법률조항에 대하여 단순위헌으로 결정하게 될 경우 공무원들에게 당장 급여를 제공할 수 없는 상황에 처하거나, 위헌인 선거구를 바로잡을 의회의원들이 존재할 수 없게 되는 상황이 발생할 수 있다. 이런 경우는 위헌상태보다 더 위헌적인 상황을 초래하게 되는 경우가 되므로 계속적용 불합치결정이나 단순입법촉구(잠정적용)으로 결정한다고 하였다(남복현 "헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력상실", 「공법학연구」 제11권 제3호, (한국비교공법학회), 2010, 51쪽). 그리고 대학법 제17조의 위헌(BVerfGE 33, 303)과 관련하여 "법률에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 위헌이라고 하면서도 이를 무효로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거없이 입학허가를 처리하여야 할 긴급권한을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 헌법합치적으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 헌법합치적 질서에서 멀어지게 되므로 입법자에게 위헌상태의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하고, 새로운 규정이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기가 시작할 때까지 적용될 수 있다"고 판시하고 있다(김현철, "한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정과의 관계" 전남대학교 「법학논총」 제29집 제2호, (전남대학교 법학연구소, 2009), 303쪽 각주 52번 참조).

6) 방승주, "헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무위반의 법적 효과에 관한 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론문(2010), 3-4쪽 참조; 입법자가 실제로 개선입법의무를 이행하였는지 여부와 무관하게 그 시한이 도과함으로써 당연하게 위한결정으로 파악하는 견해가 있는가 하면, 다른 견해로는(남복현, 앞의 논문(주 5), 54쪽; 적용중지형 헌법불합치결정의 경우 결정취지에 따라 개선입법을 기다려야 하고, 법적용자는 개선입법된 내용에 따라 당해 사건 등을 처리함이 옳다고 보고, 잠정적용형 헌법불합치결정의 경우에는 실제 개선입법시점까지 그대로 불합치법률을 잠정적으로 계속적용함이 옳다고 본다는 견해도 있다.

7) 허완중, "형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정 ― 필요성과 허용가능성을 중심으로 ―", 「공법연구」 제38집 제4호, (한국공법학회, 2010), 137쪽.

타나는 위헌성에도 주목할 필요가 있다. 넷째, 사법소극주의도 지적되고 있다. 최근까지 일반법원이나 헌법재판소도 국민의 자유와 권리를 보장하기 위해 노력하지 않고, 법률을 기계적으로 적용하는 모습을 보여 왔으며, 헌법재판소도 실체적 형벌법규에 대한 뜨거운 위헌논란에서 한정합헌결정을 활용하여 위헌결정을 회피하고, 또 한정합헌결정에 대해 거부적 자세를 취하는 법원이나 검찰과 절묘하게 타협하였다는 지적이다. 다섯째, 더욱 현실적인 필요성도 제기되고 있다. 헌법불합치결정을 통해 과거로의 소급효를 차단해 줌으로써 위헌결정에 대한 부담을 어느 정도 완화시킬 수 있다는 것이다.[8)]

이와 같은 학계의 헌법불합치결정의 도입의 필요성에 관하여 필자 또한 이와 아울러 위헌법률을 지속시킬 불가피한 사정이 있을 경우나 위헌인 부분과 합헌인 부분을 분명히 가려낼 수 없는 경우에 헌법불합치결정방식을 도입하여 입법부로 하여금 새로운 입법을 할 때까지 한정된 시간적 여유를 줄 필요가 있다고 생각한다. 다만 합헌성과 위헌성이 공존할 경우 위헌성 부분에 관한 잠정적용형 헌법불합치결정의 경우는 Ⅲ이하에서 구체적으로 검토하기로 한다.

3. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용가능 여부

(1) 허용긍정론

첫째, 헌법재판소법(이하 '헌재법'이라함) 제47조 제3항(개정전 제2항)은 청구인용에 대표적인 결정유형으로서 위헌결정을 예시한 것이라는 점, 둘째, 형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어질 경우 발생하는 최대효과가 소급적인 효력상실이고, 그에 대한 재심청구가 이루어질 것인바, 헌법불합치결정으로 이를 완화시킬 수 있다는 점, 셋째, 정의와 법적 안정성의 관계에서 볼 때 형벌법규에 대해서 반드시 정의만을 추구해야 하는 것은 아니고, 법적 안정성을 보완하는 해석론도 가능할 수 있다는 점, 넷째, 독일의 경우 입법실제가 매우 치밀하기 때문에 우리처럼 졸속입법이나 가중처벌, 특별형법의 관행이 없기 때문에 그 필요성이 덜 하다는 점에서 우리와는 사정이 다른 점 등을 근거로 '형벌조항'에 대해서도 헌법불합치결정을 할 수 있다는 것이다.[9)]

8) 남복현 앞의 논문(주 3), 485-487쪽.
9) 남복현, 앞의 논문(주 3), 291쪽.

(2) 허용부인론

첫째, '헌재법' 제47조 3항 단서가 명확하게 소급효를 규정하고 있다는 점에서 이는 신체의 자유를 억압받는 자에 대한 구제방안을 명료하게 제시하고 있다는 점, 둘째, 형벌의 얼룩을 유죄확정판결을 받은 자에게 부담 지워서는 안 된다는 점, 셋째, 법적 안정성보다 정의가 우선되어야 한다는 점, 넷째, 독일의 사례에 비추어 우리는 아직 실정법적 근거가 없기 때문에 허용할 수 없다는 것이다.

그리고 '비형벌조항'의 위헌결정 효력에 대한 장래효 문제와 관련해서는 구체적인 규범통제와 실효성을 보장하기 위해 당해사건, 병행사건, 동종사건, 더 나아가 일반사건에 있어 국민의 권리구제를 위해 명문규정에 반하는 소급효의 예외를 정당화시킬 수 있으나, '형벌조항'의 경우에 소급효를 제한하여 형사처벌을 유지하겠다는 것은 국민의 기본권 보호의 범위를 축소하는 결과를 초래한다는 점에서 쉽게 정당화되기는 어렵고, '헌재법'이 '형벌조항'의 위헌결정에 대한 소급효와 확정판결에 대한 재심을 허용하는 것은 '비형벌조항'에 대한 위헌결정과는 달리 취급하고자 하는 것인데, 만약 헌법불합치결정이 가능하다면 이는 소급효와 재심의 효력을 부인하는 것으로 '헌재법'의 규정취지와 충돌[10)]하기 때문에 헌법불합치결정은 헌법에 배치된다고 보고 있다.

(3) 헌법불합치결정의 유형에 따른 허용여부

헌법재판소는 법률(조항)이 헌법에 합치되지 않을 경우 단순위헌결정만 할 수 있는 것이 아니라 법적 혼란·공백을 이유로 변형결정의 한 유형인 헌법불합치결정이 가능하다는 것을 살펴보았다. 그런데 '비형벌조항'에는 결정의 방식에 차이는 있으나 헌법불합치결정이 가능하다고 하고 학설이나 판례도 이에 대하여 적극적인 반대의견은 없었다. 하지만 '형벌조항'에 대해서는 헌법불합치결정의 허용여부에 대하여 견해를 달리하고 있다. 또 최근 헌법재판소는 '형벌조항'에 대해서도 입법개선시한을 명시하지 않은 적용중지 헌법불합치결정[11)],과 입법개선시한을 명시한 잠정적용 헌법불합치결정[12)]도 내린바 있다. 이에 대하여 부정적인 견해로는 형벌

10) 박찬주, "위헌결정과 소급효", 「서울법학」 제19권 제1호, (서울시립대학교 법학연구소, 2011), 15-16쪽; 이준일 『헌법학강의(제4판)』, 홍문사, 2011, 1006쪽; 방승주, "헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안", 「헌법학연구」 제13권 제3호, (한국헌법학회, 2007), 100쪽; 김시철, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정", 「사법」 제8호, (사법연구지원재단, 2009), 200쪽.
11) 앞의 (주 1) 참조.
12) 앞의 (주 2) 참조.

이 국민의 자유에 미치는 중대한 효과, 구체적 정의의 이념 등을 근거로 '형벌조항'에 대해서는 단순위헌결정을 하여야 한다[13]고 하는 반면, 긍정적인 견해로는 단순위헌결정으로 중대한 법적 혼란이 야기될 경우 법적 안정성을 고려한 헌법불합치결정이 가능[14]하다고 한다. 또한 '형벌조항'에 대한 적용중지 헌법불합치결정은 논리적으로 불가능하지만, 법적 혼란을 막기 위한 잠정적인 헌법불합치결정은 허용된다고 보는 견해도 있고[15], 반대로 적용중지 헌법불합치결정은 허용되지만 잠정적용 헌법불합치결정은 법치국가 또는 죄형법정주의 이념상 허용되지 않는다는 견해도 있다.[16]

그런데 문제는 헌법불합치결정이 '형벌조항'에도 적용이 가능하다고 할 때 그 효력에 대하여는 단순헌법불합치결정이나 적용중지형 헌법불합치결정 또는 잠정적용형 헌법불합치결정의 경우, 언제부터 그 효력이 발생할 것인가(효력발생시점)와 어디까지 효력이 미치며(효력의 범위), 또한 어디쯤에서 그 효력을 제한(효력제한기준점)할 것인가는 깊은 논의가 있어야 할 것으로 본다.

4. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 사유

첫째, 헌법불합치결정을 정당화하는 헌법적 사유로 수혜적 법률이 평등원칙에 위반되는 경우로서 예컨대, 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 수혜대상자로부터 청구인을 배제한 것이 평등원칙에 위반된다는 주장으로 법률에 대한 헌법소원이 제기된 경우, 이러한 수혜적 규정에 대해 위헌선언을 한다면 이미 존재하는 혜택마저도 없애게 됨으로, 헌법재판소는 법률규정이 평등원칙에 위반하여 위헌임을 확인하는 의미에서 헌법불합치결정을 하고 입법자에게 그 위헌성을 제거할 의무를 지우는 것이다.[17] 이에 대하여 헌법재판소는 "수혜적 법률에 있어서 법률이 규정하는 혜택 그 자체가 위헌이 아니라 단지 다른 법익과의 교량과정에서 혜택의 범위가 문제되는 경우, 만일 헌법재판소가 단순위헌결정을 한다면 현

13) 방승주, 앞의 논문(주 10), 100쪽; 박진우, "헌법불합치결정에 대한 비판적 검토", 「법학연구」 제35집, (한국법학회, 2009), 10-11쪽.
14) 남복현, 앞의 논문(주 3), 487-488쪽; 이명웅, "헌법불합치결정의 사유 및 효력", 「헌법논총」 제20집, (헌법재판소, 2009), 395-396쪽.
15) 황도수, " 헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도", 「헌법실무연구」 제4권, (헌법실무연구회, 2003), 132쪽.
16) 김현철, 앞의 논문(주 5), 305쪽; 김하열, "헌법불합치결정의 사유와 효력", 「저스티스」 통권 제128호, (한국법학원, 2012), 171쪽.
17) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2011, 1342쪽.

재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 됨으로 수혜적 법률에서 혜택의 범위를 다시 결정해야 하는 경우 헌법불합치결정이 정당화 된다"[18]고 판시한 바가 있다.

둘째, '형벌조항'의 경우에도 '비형벌조항'의 경우처럼 단순위헌결정으로 당해 법률(조항)을 바로 무효화시키면 그로 인한 법적공백이나 혼란이 수인할 수 없을 만큼 중대할 경우 헌법불합치결정을 할 수 있다. 독일의 경우를 예를 들면 위헌인 법률에 무효선언을 하면 법적 공백상태가 되고 이로 인한 법적 혼란상태의 위헌성이 위헌인 법률을 계속 적용함으로써 인한 위헌성보다 더 크다고 판단되는 경우 독일 연방헌법재판소는 무효선언을 포기하고 헌법불합치선언을 하는 한편, 법적 공백상태를 방지하기 위하여 법률의 계속적용을 허용하고 있다. 연방헌법재판소는 초기에는 위헌인 법률이라도 헌법불합치선언을 하면 무효선언을 하는 경우와 달리 계속적용이 가능하다고 보고 법적 공백상태의 방지를 무효선언 포기이유의 하나로 들었으나 1974년 헌법재판소결정에서 위헌인 법률은 그에 대하여 단순히 헌법불합치선언만 하더라도 무효선언을 한 경우와 마찬가지로 그 적용이 금지되는 효과가 생긴다고 판시한 이후로는 위법적 공백상태의 방지를 무효선언 포기의 근거로 삼지는 않고 위헌인 법률을 계속 적용하는 근거로만 사용하고 있다.[19]

셋째, 우리나라의 경우 '형벌조항'에 위헌인 부분과 합헌인 부분이 혼재하는 경우 헌법불합치결정을 내릴 수 있는데 이때 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하고, 권력분립의 원칙과 민주주의 관점에서 입법자의 입법형성권을 존중할 필요성이 있는 경우 단순위헌결정으로는 당해 법률(조항)의 합헌영역까지도 모두 효력을 잃게 되어 형사처벌이 요청되는 행위에 대하여도 개선입법 전까지는 전혀 규제할 수 없게 됨으로 이 경우 적용중지 헌법불합치결정을 내릴 수 있다고 한다.[20]

넷째, 법률이 사회적 인식의 변화로 처벌의 필요성이 사라진 경우에도 헌법불합치결정을 내릴 수 있다. 법률이 헌법에 위반되는 유형으로는 법제정 당시부터 위헌인 경우가 있는가 하면, 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 위헌이 되는 경우도 있다. 이러한 경우 '비형벌조항'의 위헌결정효력은 장래효가 원칙이므로 위헌결정 당시를 기준으로 해당 규정이 상실하게 되어 큰 문제가 없으나, '형벌조항'의 경우에는 그 소급효로 인해 예외 없이 이를 관철시키게 되면 과

18) 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바19등 결정, 판례집 9-2, 234, 263쪽.
19) BVerfG 37, 217; 이에 관한 자세한 내용은 이준상, "헌법불합치결정과 관련된 재판실무상의 문제점 -형벌조항을 중심으로-", 「재판실무연구 2009」, (광주지방법원, 2010), 437쪽.
20) 이영진, "형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력", 「재판과 판례」 제19집, (대구판례연구회, 2010), 611쪽.

거의 합헌적 규율까지도 위헌성의 변화로 인해 모두 법집행의 효력을 무력화시키는 사태가 발생하게 된다. 이와 같이 '형벌조항'의 경우 과거 합헌적 규율이었던 것이 이후 사정변화로 위헌결정을 받게 되면, 그 순간 당해 규율은 본래적으로 위헌이었던 것처럼 취급을 받게 되어 확정되었던 법률관계들이 모두 뒤집어지는 사태가 정당하다고 볼 수 없다. 따라서 법적 안정성을 도모하면서 동시에 정의관념에도 부합하기 위해서는 단순위헌결정을 자제하고, 입법자로 하여금 위헌적 상황을 교정할 수 있도록 하는 결정형식이 필요[21]하고, 이렇게 되어야 입법자가 스스로 법을 개정하는 경우나 헌재의 결정을 통하는 경우가 동일하게 되는 것이다. 필자 또한 '형벌조항'에 있어서도 헌법불합치결정을 내릴 수 있다는 데는 동의한다.

다만 우리나라의 헌법불합치결정의 유형은 독일의 판례에서 유래한 것인데, 독일은 아직 '형벌조항'에 대하여 헌법불합치결정을 내린 바 없다. 하지만 우리의 경우는 형벌(조항)에 관한 헌법불합치결정에서 특히 잠정적용을 내릴 만큼, 즉 법적 안정성의 관점에서 법적 공백이나 혼란이 용인하기 어려운 정도의 사안이었는가 하는 것인데, 만약 이와 같은 특단의 사유가 있을 경우에는 형벌(조항)에도 헌법불합치결정을 내릴 수 있다고 본다.

5. 헌법불합치결정에 대한 외국의 경우

(1) 독일의 경우

독일기본법 제100조 제1항은 "법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률이 위헌이라 생각할 때에는 그 절차를 중지해야 하며 또한 州헌법의 침해가 문제될 때에는 그 州의 헌법쟁송에 관해 관할권을 갖는 법원의 판결을 구해야 하고 이 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다. 이는 州법에 의한 이 기본법의 침해가 문제되거나 연방법률과 州법률의 불합치성이 문제되는 경우에도 적용된다"고 규정하고 있다. 그리고 독일 연방헌법재판소법 제31조에서는 연방헌법재판소의 결정은 법원 및 행정기관을 비롯한 연방과 주의 헌법기관을 기속한다(제1항). 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제절차, 동법 제100조 제1항의 구체적 규범통제절차, 동법 동조 제2항의 국제법의 원칙이 연방법의 구성부분인지 여부에 관한 절차, 동법 제126조의 연방법으로서의 효력지속여부에 관한 절차들에서 내려진 결정에는 법률적 효력이 부여된다(제2항)고 규정하고 있다.[22]

21) 지성수, "헌법불합치결정에 관한 연구-그 사유와 효력을 중심으로-", 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2012, 173쪽.

그리고 같은 법 제79조 제1항과 제2항에서 이미 확정되었거나 그렇지 않으면 더 이상 다툴 수 없게 된 작용이 근거한 법규범이 위헌으로 선고된 경우 그에 관한 연방헌법재판소 본안재판의 효과를 규율하고 있다.[23]

법률의 위헌성에 관한 독일기본법의 제100조 제1항의 규정내용은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다"고 규정하고 있는 우리 헌법 제107조 제1항의 내용과 유사하다. 독일 연방헌법재판소법 제31조는 연방헌법재판소의 모든 결정(합헌 및 위헌결정)에 관하여 법률에 의하여 포괄적 기속력 내지 일반적 효력 등을 인정하고 있으며, 같은 법 제79조 제1항은 형사처벌에 관한 법률에 대한 위헌결정이 형사확정재판에 대해서까지 전면적인 재심사유가 된다고 규정하면서, 제2항에서는 형사사건을 제외한 나머지 유형의 사건에 관해서는 사후에 근거법률에 대한 위헌결정이 있었다는 사유로 이미 확정된 재판에 대하여 원칙적으로 재심을 할 수 없다고 규정하고 있다.

제31조의 경우는 기속력과 법규적 효력의 근거를 명료하게 드러내는 것이라고 볼 수 있으며, 제79조 제1항의 경우는 입법자가 헌법재판소에게 형벌법규의 위헌결정과 관련하여 폭넓은 결정형성의 자유 내지 변형결정의 재량권을 부여한 것으로 볼 수 있다. 이와 같이 형벌법규에 관한 입법례는 반영되어 있지만, 실제로 독일에서 형벌법규가 불합치로 결정된 사례는 없다. 그렇다고 하여 형벌법규의 헌법불합치결정에 관한 법적 근거의 필요성을 부인하는 견해도 없다.[24]

(2) 미국의 경우

미국의 경우 연방대법원을 비롯한 모든 법원의 사법적 판단에 대하여 원칙적으로 당해 사건에 관한 기속력(law-of-the-case)만 인정되고, 확정된 선행재판에서 이미 심리·판단된 동일한 권리관계나 쟁점에 관한 후속사건에 대해서는 배제(Preclusion)의 법리가 적용되며, 선행사건과 후속사건의 소송물 등이 동일하지 아니한 후속사건에 대해서는 선례구속의 원칙(the doctrine of stare decisis)에 따라 개별 사안별로(case by case) 그 판단의 효력이 미치도록 하면서 법원에서 이루어지는 법률 등의 위헌여부에 대한 판단의 효력에 관하여 헌법 및 법률에 특별한 규

22) 이에 관한 자세한 내용은 장영철, "독일의 규범통제결정형식으로서 한정위헌결정", 「판례실무연구」 제4호, (비교법실무연구회, 2000), 9쪽 이하 참조.
23) Vgl. BGB1. I. S. 248; 이에 관한 자세한 내용은 남복현, 앞의 논문(주 3), 481쪽 이하 참조.
24) 이에 관한 자세한 내용은 남복현, 앞의 논문(주 3), 484쪽 이하 참조.

정을 두고 있지 않기 때문에 이 문제는 일반적인 재판의 경우와 동일한 기준에 따라서 규율된다. 따라서 연방 대법원이 법률에 대하여 위헌판단을 한 경우에도 일반적인 효력이 인정되지 않고, 이러한 판결의 존재만으로는 원칙적으로 이미 확정된 다른 재판에 관한 재심사유가 인정되지는 않는다.[25]

Ⅲ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 소급효

1. 일반적인 위헌결정의 소급효

일반적인 위헌결정의 소급효는 '헌재법' 제47조 제2항에서 "위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있은 날로부터 효력을 상실"하고, "제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률(조항)은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률(조항)에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다"(제3항)고 규정하고 있다. 그리고 제4항에서는 "제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률(조항)에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구"하도록 하고 있다. 즉 '비형벌조항'에는 장래효(과거에 형성된 법률관계에 대해서는 위헌의 효력이 작용할 수 없다는 의미)만 갖게 되나, 판례에 의하여 위헌결정의 계기를 부여한 사건(당해사건), 동종의 위헌여부에 대하여 위헌제청신청이 이루어진 사건(동종사건), 위헌제청을 하지는 않았지만 해당 조항이 제한의 전제가 되고 있는 사건(병행 또는 유사사건) 및 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 사건(일반사건)에까지 그 소급효가 미치고 있다. 다만 소급효가 인정되는 일반사건의 범위에 대해서는 대법원(1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결)과 헌법재판소(1993. 5. 13. 선고 92헌가10 결정)가 그 표현을 달리하고 있고, 이에 따라 구체적인 인정범위나 소송에서의 주장, 입증책임의 소재가 다르다고 볼 수 있다.[26]

2. 형벌조항의 헌법불합치결정의 소급효

입법자는 위헌결정의 효력에 관하여 '비형벌조항'과 '형벌조항'으로 구분하여 본

25) 김시철, 앞의 논문(주 10), 191쪽.
26) 박해식, "일반사건에 대한 위헌결정의 소급효", 대법원판례해설 : 재판연구관 세미나 자료 통권 제58호(2005년 하반기), (법원도서관, 2005), 344-345쪽; 이준상, 앞의 논문(주 19), 441-442쪽.

질적으로 달리 취급하고 있으며, '비형벌조항'에 대하여는 원칙적으로 소급효를 인정하고 있지 않다. 그러나 '형벌조항'에 대한 소급효는 '헌재법'에 명시된 것이고(47조 제3항), 해당 '형벌조항'을 처벌근거법률로 적용하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서까지도 일반적으로 재심을 청구할 수 있기 때문에(제47조 제4항, 제75조 제7항) '형벌조항'에 관한 위헌결정의 경우 당해사건, 동종사건, 병행사건, 일반사건 등을 유형별로 구분하는 것이 실질적인 의미를 가질 수 없다. 왜냐하면 이는 '형벌조항'의 위헌결정에 의하여 해당 '형벌조항'을 적용한 기존의 유죄확정판결에 대해서까지 재심이 허용되는 상황이 발생한다는 점 등에 비추어 볼 때, 그 위헌결정 당시에 아직 확정단계에 조차 이르지 않은 채 계속 중인 형사사건에서 법원이 헌법재판소로부터 이미 위헌판단을 받은 '형벌조항'이 유효함을 전제로 하여 유죄판단을 할 수는 없기 때문이다. 이와 같이 '형벌조항'의 위헌결정의 소급효에 대하여 인정을 하고 있다. 다만 그 소급효의 범위에 대하여는 법률의 제정이나 개정 당시까지 소급할 것인지, 아니면 전소는 합헌이었으나 후소는 위헌결정이 내려질 경우 합헌결정 이후까지로 소급효를 제한할지 등의 소급효제한의 시점 즉, 그 범위나 한계를 두고는 명확한 시점을 설정하지 못하고 있었다.[27] 그러나 2014년 5월 20일 헌법재판소법 개정을 통하여 전소는 합헌이었으나 후소가 위헌인 경우의 소급효의 범위는 전소의 합헌결정이 있는 날의 다음 날로 한다고 하여 소급효의 범위를 다소 제한하고 있다. 하지만 전소에서 합헌이 난 경우 이외의 형벌조항의 위헌결정의 소급효의 범위는 여전히 제정 당시 또는 개정 당시로 소급할 것인가에 대한 논란은 여전이 남아있다.

그렇다면 '형벌조항'에 관한 헌법불합치결정의 소급효의 범위는 어느 시점까지 소급할 것인지 또는 어느 시점에서 제한할 것인지가 문제된다. 이는 '형벌조항'에 관한 단순위헌결정과 헌법불합치결정의 효력에 차이를 두고 보는가 아니면 동일선상에 두고 볼 것인가에 따라서 그 소급효의 범위나 시점이 결정된다.

이에 대하여 학계나 판례는 원칙적으로 헌법불합치결정의 효력도 단순위헌결정과 그 효력은 동일하다고 한다. 그러나 헌법불합치결정의 경우는 선고 당시 단순히 "법률(조항)이 헌법에 합치하지 아니 한다"고만 하는 것이 아니라 부수적으로 법률이나 법률(조항)에 합치하지 않은 법률(조항)에 대해서 헌법불합치결정과 아울러 개선입법 시한을 정하고 그 때까지 '적용중지' 또는 '잠정적용'을 명하는 경우가

27) 장진숙, "위헌결정 소급효제한의 범위에 관한 비판적 고찰 -"형벌조항"을 중심으로-", 「공법학연구」 제14권 제1호, (한국비교공법학회, 2013), 4쪽.

대부분이다. 이하에서는 헌법불합치결정에 대한 적용중지 또는 잠정적용의 소급효에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 형벌조항의 헌법불합치결정에 대한 적용중지 또는 잠정적용의 소급효

헌법불합치결정의 효력도 위헌결정의 효력과 원칙적으로는 큰 차이가 없다고 본다. 하지만 '형벌조항'의 단순위헌결정은 위헌결정과 동시 전면적인 소급효가 인정되지만, 헌법불합치결정의 경우는 그 소급효가 위헌결정과 동시 전면적인 소급효가 발생하는 것이 아니라 위헌상태를 유지한 채 개선입법이 있을 때까지 계속하여 적용(잠정적용)을 하거나 적용만 중지(적용중지)하는 선고를 하고 있다. 이와 같이 헌법재판소가 당해 법률(조항)을 단순위헌선언을 한 것은 아니고, 단지 헌법에는 합치하지 아니하나 개선입법이 이루어질 때까지 그 법률(조항)을 적용만 중지하던지 아니면 잠정적용을 명령하여 위헌법률을 유지시키고 있다. 그런데 개선입법 시한이 도과할 때까지 개선입법이 이루어지지 않을 경우 당해 법률의 효력이 다시 헌법재판소의 위헌결정이 없이 개선입법 시한의 도과와 동시 위헌결정의 효력을 가지는지, 아니면 헌법에 합치하지는 않지만 계속하여 법률(조항)의 지위를 가지고 효력을 유지할 것인가에 대하여는 논란이 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 침묵하고 있으나 법원은 헌법불합치 결정도 위헌결정과 동일한 효력이 있다고 보고, 입법개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않은 경우 그 다음날부터 효력이 상실한다고 보고 있다.[28]

그러나 헌법재판소가 헌법불합치결정 선고 당시 당해 법률(조항)에 위헌인부분과 합헌인부분이 혼재하여 있어 이를 단순위헌선언을 할 경우 합헌인 부분마저 위헌선언을 하는 결과를 가져오게 됨으로 이를 방지하기 위하여 헌법불합치결정을 선언하고 입법자로 하여금 위헌인 부분을 제거하고 합헌인 부분은 살려서 새로운 입법을 할 기회를 허용한 것이다. 그럼에도 불구하고 입법개선 시한까지 새로운 입법을 하지 않고, 입법시한을 도과한 경우 위헌결정으로 보고 다음날부터 소급하여 적용한다면 단순위헌결정과 다를 바 없이 지금까지 있어온 모든 법률관계에 큰 혼란이 있을 뿐만 아니라 합헌적인 부분까지 모두 위헌으로 보게 되어, 모든 법률관계가 위헌으로 되는 크나큰 문제가 발생할 수 있다. 또한 헌법재판소가 헌법불합치결정 선고 당시 함께 명령한 입법시한까지 입법자에 의해 새로운 개선입법이

28) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결; 서울행정법원 2009. 8. 20. 선고 2008구합9329 판결.

이루어진 경우, 개선입법의 소급적용에 있어서 '형벌조항'의 경우는 개선입법의 소급적용을 통한 유죄판결의 허용여부 및 죄형법정주의와 충돌할 가능성을 배제할 수 없다.[29] 개선입법의 소급적용의 문제에 대해서는 학설과 판례가 견해를 달리하고 있다.

4. 헌법불합치결정의 효력발생시점과 개선입법의 소급적용 문제

(1) 헌법불합치결정의 효력발생시점

개선입법의 소급적용 문제를 다루기 전에 먼저 헌법불합치결정의 효력발생시점에 대하여 논의할 필요가 있다. 헌법재판소가 당해 법률(조항)에 대하여 헌법에 합치하지 아니하다는 결정을 내림과 동시 적용중지나, 잠정적용을 명령하고 또 명시적으로 입법개선시한을 표시한 경우가 있다. 이때 입법개선시한 전까지는 분명히 당해법률은 헌법에는 합치하지 않지만 여전히 형식적·외형적으로 존재하고 있다고 보아야 한다.

그런데 개선입법시한까지 국회가 입법을 하지 않은 경우 당해 법률(조항)의 효력은 상실될 것인가, 계속 유지된다고 보아야 할 것인지가 문제이다. 이에 대하여는 견해를 달리하는 입장이 있다. 우선 입법개선시한을 도과한 법률(조항)은 입법개선시한을 도과한 다음날부터 당해 법률(조항)의 효력이 상실된다고 보는 견해[30]가 있는 반면, 입법개선시한을 도과한 경우라 할지라도 당해 법률(조항)의 효력을 즉시 상실시키는 것은 원래 헌법재판소가 의도했던 위헌결정의 회피사유로 관철하지 못하는 경우도 있고[31], 당해 법률(조항)에 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 혼재할 경우 합헌적인 부분마저도 그 효력을 상실하게 되어 당초의 법률(조항)의 위헌상태보다 더 위헌적인 상황이 초래될 수도 있게 된다. 따라서 입법개선시한이 도과된 법률(조항)이라 할지라도 입법개선시한의 도과와 동시 그 효력을 상실시키는 것보다는 헌법불합치결정시점과 개선입법시점 사이의 시적 공간에 대하여 개선입법자에게 소급적용 또는 잠정적 경과규정을 두도록 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[32]

29) 김하열, 앞의 논문(주 16), 175-177쪽.
30) 방승주, "헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무위반의 법적 효과에 관한 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론문(2010), 5쪽 참조.
31) 헌재 2008. 5.29. 선고 2006헌바5 결정.
32) 남복현, "판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차 -대상판례: 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도 7111판결", 「한양법학」 제20권 제2집, (한양법학회, 2009), 351쪽.

생각건대 헌법재판소는 '형벌조항'과 '비형벌조항' 모두에 대하여 헌법불합치결정을 할 수도 있다. 다만 헌법불합치결정의 효력발생시점에 대해서는 '형벌조항'과 '비형벌조항'으로 구분하여 적용할 필요가 있다. 즉 헌법재판소가 당해 법률(조항)의 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 혼재, 법적 안정성, 입법기관의 존중 등을 고려하여 헌법불합치결정을 내릴 수밖에 없었던 여러 상황을 참작하여 볼 때 법원의 실무상 적용은 별론으로 하더라도 단순히 입법개선시한이 도과하였다고 하여 즉시 당해 법률(조항)의 효력이 소멸되어 소급효가 발생한다고 할 수는 없을 것이고, 개선입법이 제정되는 시점까지 당해 법률(조항)의 효력이 유지된다고 할 것이다.[33]

여기서 말하는 당해 법률(조항)의 효력이란 형식적·외형적으로 존속하는 것을 말하기 때문에 실질적 효력으로 해석하여 바로 적용한다는 경우와는 다르다고 할 것이다. 예컨대 개선입법시한이 도과한 법률의 효력을 즉시 상실시키기 보다는 입법개선이 이루어질 때까지 외형상·형식상 존속하는 효력을 말하는 것이다. 이렇게 하는 것이 헌법재판소가 법률(조항)의 효력 상실시기를 유예하면서 개선입법에 의한 처리를 본질적 요소로 삼고 헌법불합치결정을 내린 목적에도 부합할 것이다. 하지만 이에 대하여도 의문이 제기될 수 있는데, 만약 헌법불합치결정된 법률(조항)이 계속 효력이 유지될 경우 다시 위헌법률심판을 청구할 수 있는가라는 의문이 제기되고 있는데 이에 대하여는 전소에서 이미 위헌인 법률(조항)이 후소에서 다시 합헌일 리가 없기 때문에 다시 위헌심판청구를 할 필요성이 제기되지는 않는다고 한다.[34]

그러나 '형벌조항'의 경우에는 위헌결정의 효력시점이 매우 중요하므로 헌법불합치결정시점과 개선입법시점 사이의 시적공간에 대하여는 매우 신중을 기할 필요가 있다. 비록 헌법에 합치하지 않은 '형벌조항', 예컨대 형벌이라는 수단을 사용하여 사회방위를 해야 하는 시대가 있었는가 하면 현 시점에서는 형사적 제재가 더 이상 필요하지 않는 경우 사회적 합의나 입법제정 기간을 감안하여 헌법불합치결정을 하는 것이 침해되는 사익보다 법적 안정성의 도모와 정의관념에 더 부합하다고

33) 오승철, 헌법소송이야기, 태윤당, 2011, 231쪽 : 법률개정시한이 도과하였다고 하여 그 조항의 효력을 소급적으로 소멸시키는 것은 잠정적용의 취지에 반한다. 잠정적용 명령에 따라 당해 법률조항을 적용해서 한 행정처분이 입법시한이 지나면 소급적으로 위법해지는 것으로 본다면, 잠정적용을 명하는 것은 전혀 무의미함을 넘어 오히려 혼란을 가중시키는 결과만을 가져온다. 만일 잠정적용 명하는 헌법불합치결정에 소급효를 인정하게 되면 당해 법률조항 중 합헌부분까지 소급적으로 효력을 상실해 입법공백이 발생하는 불합리가 결과가 발생할 수 있다. 따라서 헌법불합치결정의 경우는 당해사건에서도 소급효를 명하지 않는 것이 타당하다고 본다.

34) 남복현, 앞의 논문(주 5), 44쪽.

판단될 경우, 헌법불합치결정을 통하여 잠정적용 허용도 가능할 것이다. 이때의 헌법불합치결정의 잠정적인 효력은 입법개선시한이 도과한 다음날이 아니라 입법개선이 이루어진 시점까지 유지된다고 보아야 할 것이다. 입법개선시한의 도과시점과 개선입법시점 사이의 시적공간에 대하여는 개선입법의 소급적용 문제로 해결해야 할 것이다.

(2) 개선입법의 소급적용 문제

헌법 제13조는 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며···소급입법에 의하여 참정권의 제한이나 재산권의 박탈을 당하지 아니한다"고 규정하고 있으므로 행위시의 법률이 아닌 개선입법의 소급적용은 많은 문제점을 야기한다. 헌법재판소가 단순위헌결정을 하거나 헌법불합치결정을 하더라도 적용중지 명령을 아울러 내린다면 국회가 개선입법을 할 때까지 사실상 입법의 공백이 발생한다. 뿐만 아니라 헌법불합치결정과 아울러 개선입법시한을 정하고 잠정적용을 명하였더라도 개선입법시한까지 개선입법이 이루어지지 않은 경우도 개선입법이 이루어질 때까지 입법공백이 발생하는 것은 마찬가지다. 이러한 입법의 공백 기간을 해소하기 위하여 국회가 개선입법에서 신법을 소급·적용하는 경과규정을 두어 입법의 공백을 해소하고 있다.[35]

그러나 이와 같은 개선입법의 소급적용에 대하여는 더욱 많은 신중을 기하여야 한다. 적용중지의 헌법불합치결정의 경우는 외형상·형식상 법률이 존재하나 적용은 되지 않으므로 사실상 입법공백과 큰 차이는 없다고 볼 수 있으나, 잠정적용의 경우는 실질적으로 헌법에 합치하지 않는 법률이라 하더라도 법적 안정성 등을 이유로 계속 적용을 하게 됨으로 이로 인한 국민의 기본권 침해의 논란이 있을 수 있다.[36] 즉 소급입법은 원칙적으로는 금지되나 특단의 사정이 있는 예외적인 경우

35) 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 개선입법에 대하여 부칙 제1조와 제7조 제1항에 대한 위헌소원에서 제64조 제1항 제1호는 합헌이지만 부칙 제1조 단서와 제7조 제1항 단서 후단의 소급적용에 대해서는 다시 위헌결정이 난 바 있다(헌법재판소 2013. 6. 26. 선고 2010헌가89결정).

36) 헌법재판소는 신법 소급적용에 대한 위헌소원에서 소급입법금지원칙의 위배여부에 대하여 헌법 제23조 제1항은 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다."고 하는 재산권 보장에 대한 일반적인 원칙을 규정하고 있고, 제13조 제2항은 "모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니한다."고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 이는 기존의 법에 따라 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이다. 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 따른 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우

에는 허용될 수 있다는 것이 헌법재판소의 견해이다. 그러나 '형벌조항'의 경우에도 예외를 허용하여 소급입법의 적용이 가능한지는 논의할 필요가 있다.

(3) 형벌조항에 대한 소급입법의 적용가능 여부

우리 헌법이나 법률은 '형벌조항'과 '비형벌조항'에 대하여 구분하고 있다고 볼 수 있다. 예컨대 헌법 제13조는 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하면 소추되지 아니하고, 소급입법에 의하여도 선거권이나 재산권이 박탈되지 않는 것이 원칙"이라고 규정하고 있는데, 이는 '형벌조항'에 대해서는 행위시 법률보다 신법이 더 무거울 경우는 적용할 수 없다는 것을 의미하며, '비형벌조항'에 대한 소급입법도 구법에 의하여 취득한 권리가 신법보다 유리할 경우에 박탈당하지 않는다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 또 '헌재법' 제47조에서도 위헌결정의 효력에 대하여 '형벌조항'과 '비형벌조항'으로 구분을 하면서 '비형벌조항'에 대해서는 위헌결정이 있은 날로부터 장래효를, '형벌조항'의 경우는 소급효를 규정하고 있다. 그렇다면 입법자는 '형벌조항'의 인권침해 요소가 현저히 높다는 것을 인식하고 제정하였기 때문이라고 볼 수 있다.

하지만 모든 법률은 입법기술상의 한계로 모든 경우를 다 대비하여 제정할 수는 없다. 따라서 일반 법률의 해석은 법원이나 헌법재판소에 맡기고 그 해석에 따를 수밖에 없다. 특히 헌법재판소는 위헌법률심판청구나 헌법소원에 있어서 입법자의 제정목적과 국민의 기본권 침해 사이에서 깊은 고뇌를 할 수밖에 없다. 특히 '형벌조항'의 소급적용과 관련하여서는 헌법에서도 인정하지 않는 소급효를 예외적으로 인정하여 국민의 기본권을 침해하는 일이 발생하지 않도록 최선을 다해야 한다.

그런데 과연 '형벌조항'에 대하여 신법을 소급적용할 수 있는가가 문제이다. 형법 제1조 제2항은 "범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다"고 규정하고 있다. 즉 '형벌조항'이라고 하여 무조건 소급하여 적용할 수 없다고는 할 수 없고, 신법이 구법보다 범죄자에게 유리한 경우에는 신법을 적용하여야 한다는 것이다. 그리고 '비형벌조항'에 대하여는 반드시 경과규정을 두어 소급적용을 해야 하는 경우가 얼마든지

그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 허용된다(헌법재판소 1999. 7. 22. 97헌바76, 판례집 11-2, 175, 175-176 참조)고 하면서 예외적인 경우에 한해서 소급효 자체는 인정하나, 이 사건 부칙조항은 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 소급입법에 해당하며, 예외적으로 인정되는 소급입법이 허용되는 경우에도 해당하지 아니 하므로 소급입법의 금지원칙에 위반하여 청구인들의 재산권 침해에 해당한다고 보아 위헌결정을 내린바 있다.

있다. 신법시행 이전에 발생한 사항이라도 신법시행 이후에도 계속 이어지는 사건인 경우에는 구법과 신법 중 어느 것을 적용해야 하는가에 관해서는 반드시 규정할 필요가 있다. 단 여기서 논하는 신법의 소급적용은 '형벌조항'이나 '비형벌조항'의 모두에 대하여 국민에게 유리한 경우에는 신법을 적용하여야 한다는 데는 이설이 있을 수 없다. 그런데 때로는 침해되는 사익보다 추구하는 공익이 현저히 높다고 판단될 때는 비교형량하여 사익이 침해되는 신법의 소급적용도 있을 수 있다. 그러나 '형벌조항'에 대하여도 비교형량하여 신법의 소급적용도 가능할 것인가가 문제된다.[37]

만약 헌법재판소가 위헌성이 있다고 판단되나 단순위헌결정의 문제점을 완화하기 위한 방편으로 '형벌조항'에도 헌법불합치결정을 하고 계속적용 또는 적용중지결정을 하였는데 그 동안에 위헌성이 제거된 신법이 제정되고 그에 소급효 경과규정을 두었다면 그에 따라 당연히 소급효가 있다고 보아야 할 것이다. 그렇게 하는 것이 헌법불합치결정의 본래의 취지에 부합하는 것이라고 할 것이다.

Ⅳ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 기속력과 실무상 적용범위

1. 법적용자에 대한 효과

(1) 적용중지형 헌법불합치결정의 기속력

실체법상 법률(조항)에 적용중지형 헌법불합치결정이 내려진 경우 이를 위헌으로 볼 것인지에 대하여 의문이 제기될 수 있으나, 이를 위헌결정의 한 유형으로 보는 데는 이견이 없다. 다만 언제부터 헌법불합치결정의 기속력이 발생하며, 어느

37) 대법원 2009. 1. 15 선고 2004도7111 판결; 법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데 그 목적이 있다는 점과 '헌재법' 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 당해 사건에 적용되는 법률조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당한다. 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해 사건뿐만 아니라 위헌으로 선언된 '형벌조항'에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 '헌재법' 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률조항을 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없다. 유치원 인근의 극장영업행위에 대하여 구 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 본문 제2호, 제19조를 적용하여 공소제기하였으나 당해 법률조항이 헌법불합치결정된 사안에서, 헌법불합치결정에 따라 개정된 학교보건법 조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 위배된다.

범위까지 효력이 미칠 것인가의 문제일 뿐이다. 전자의 경우에 대해서는 '헌재법' 제47조 제2항에서 "위헌으로 결정된 법률(조항)은 결정이 있은 날부터 효력을 상실"한다고 하기 때문에 기속력의 발생시점은 위헌결정이 있은 날로부터 시작된다고 할 것이다. 그리고 후자의 경우는 '헌재법' 제47조 제1항의 규정에 따라 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 보아야 할 것이다.

따라서 국가기관 및 지방자치단체에 대한 적용중지형 헌법불합치결정의 기속력은 결정이 있은 날로부터 당해 법률(조항)에 대하여 새로운 행위나 처분을 할 수 없고 이를 위반해서 한 새로운 행위나 처분은 명백하고 중대한 하자에 해당하므로 당연무효로 본다.[38] 법원도 진행하던 재판을 중지하고 개정시한까지 계속 정지하고 있어야 한다. 다만 법원은 개선입법시한 전이라도 국회가 입법개선을 하면 당해 법률(조항)의 적용을 배제하고 개선된 신법을 적용해 재판을 진행하면 된다.[39]

그런데 헌법불합치결정에 대한 법원의 태도는 일관되지 않다. 법원은 '형벌조항'에 대해 그 법적 효과가 위헌성이 확인된 법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리를 내용으로 하는 헌법불합치결정이 선고되었다고 할지라도 위헌성이 확인된 법률의 적용이 배제됨과 아울러 개선입법도 행위시의 법률이 아니므로 개선입법을 적용하면 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 위배되기 때문에 적용할 수 없고, 따라서 처벌법규가 없으므로 무죄라는 판결을 선고하였다.[40] 이러한 법원의 판단

38) 오승철, 앞의 책(주 33), 224쪽.

39) 헌법재판소 1995. 7. 27. 93헌마1 결정.

40) 이 사건은 학교보건법 제6조 제1항 제2호 및 제19조 등의 위반행위로 인하여 피소된 광주지방법원 2002고단1864와 서울중앙지방법원 2003고단1007사건이다. 광주지방법원은 소송 계속 중 당해 법률의 위헌성을 주장하며 위헌법률심판을 청구하는 청구인의 제청을 받아들여 헌법재판소에 위헌심판제청을 하였고, 서울중앙지방법원도 위 같은 법 위반으로 피소되어 소송 계속 중 당해 법률의 위헌성을 인식하고 직권으로 위헌심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1, 2004헌가4 병합에서 위 법률의 위헌성을 인정하여 개선입법이 있을 때까지 적용을 중지한다는 결정을 내렸다.
한편 서울중앙지방법원 2003고단1007사건에서는 검사가 2005. 10. 5. 공소취소를 하고 제1심 법원이 2005. 10. 11. 공소기각결정을 함으로써 사건이 종결되었다. 그러나 광주지방법원 2002고단1864사건에서는 "이 사건은 헌법불합치결정에 의하여 공소사실이 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하게 되었으므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고한다"고 하였다. 제1심 판결에 대하여 검사가 항소하였으나 광주지방법원은 2004. 10. 6. 선고 2004노1401판결에서 "헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이므로 결정효력에 위헌결정의 효력이 준용되는데, 위헌결정의 효력은 적어도 당해사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 하므로, 이 사건 법률조항은 적어도 이 사건에 관한 한 소급하여 그 효력을 소멸하고 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다"라는 이유로 그 항소를 기각하였다. 다시 검사는"'헌재법'제47조 제2항의 단서에 규정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 헌법불합치결정은 단순위헌결정과 달리 개선입법이 있을 때까지 이 사건 법률조항의 효력을 그대로 유지 하겠다는 취지이므로 당해사건에 대해서도 소급효를 인정할 수 없다. 따라서 원심법원은 그 개선입법이 새로 마련될 때까지 재판을 중지했어야 하고, 만일 재판을 계속 진행한다면 이 사건 법률조항의 효력이 유지되고 있음을 전제로하여 유죄판결을 했어야 한다. 만일 견해를 달리 하여 이 사건 헌법불합치결정에 의하여 법률조항의 효력이 정지된 것으로 보는 경우, 원심을 법령이 개폐된 것에 준하여 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소판결을 선고했어야 한다"고 하였다. 이에 대하여 대법원은"법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는데 그 목적이 있다는 점과 '헌재법' 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 위와 같은 헌법재판소의 헌법불합치결정은 당해 사건인 이 사건에 적용되는 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하는 것이므로 검사의 상고이유를 배척하고 이 사건 공소사실에 대하여 무죄판단을 한 원심판결을 그대로 유지한다"(대법원 2009. 1. 15 선고 2004도7111 판결)고 하였다. 이에 대한 자세한 논의는 김시철, 앞의 논문(주 10), 183쪽 이하 참조.

이 타당하지 의문이다. 헌법재판소가 입법권의 존중, 법적 안정성 등의 이유로 헌법불합치결정을 하였고, 그에 따른 기속력이 법률상 보장되고 있음에도 불구하고 헌법재판소의 결정을 무시해버리는 판단은 생각해볼 여지가 있다.

(2) 잠정적용형 헌법불합치결정의 기속력

법적용자는 일단 헌법불합치결정이 선고되면 그에 따라야 하는 기속력이 발생한다. 비록 위헌성이 의심되는 법률이라 할지라도 잠정적용결정이 내려진 경우가 있다. 이때 당해조항이 '형벌조항'인 경우 기속력에 따라 계속 재판을 진행하고 새로운 행정행위나 처분을 해야 하는가에 대하여는 논란이 있다.

'형벌조항'에 대해서도 헌법불합치결정을 허용하는 것은 가능하고 또 적용중지형 헌법불합치결정까지는 가능하지만, 잠정적용을 명하는 것은 허용될 수 없다고 보면서, 이는 입법자가 '헌재법' 제47조 제2항 단서에서 형벌규정에 관해서 만큼은 법적 안정성보다 정의를 우선시켜 소급효를 부여한 것으로 볼 수 있는데 이를 헌법재판소가 법적 안정성을 이유로 소급효를 박탈하는 것은 입법취지에 합당하다고 볼 수 없고, 위헌인 '형벌조항'에 의해 위헌결정 이후에까지 처벌을 계속해야할 불가피성을 인정하기 어렵다[41]고 보는 견해도 있다.

잠정적용형 헌법불합치결정에 대하여 법원의 판결도 견해가 나뉘고 있다. 헌재의 잠정적용형 헌법불합치결정의 기속력을 인정하여 그에 따른 유죄판결[42]을 한 경우가 있는가 하면, '형벌조항'에 까지 잠정적용을 허용할 수 없다고 하여 무죄판결[43]을 내린 경우도 있다.

41) 오승철, 앞의 책, (주 33), 234쪽.

42) 울산지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고합100; 대구지방법원 2009 10.9. 선고 2008노3018; 울산지방법원 2010. 1. 26. 선고 2008고합277-1판결 등.

43) 서울중앙지방법원 2009. 10. 28. 선고 2009고정1140; 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고2009고정1389; 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고단5806; 서울중앙지방법원 2009. 11. 2. 선고 2009고정2176; 대전지방법원 2009. 11. 20. 선고2009고정203; 의정부지방법원 고양지원 2010. 1. 7. 선고 2009고단202판결 등.

생각건대 '형벌조항'에 대하여는 가급적 불가피한 경우 외에는 잠정적용결정을 내리지 말아야 한다. 위헌인 법률을 계속 적용하여 당사자에게 불리한 판결을 할 수는 없다고 보아야 한다. 부득이 '형벌조항'이라도 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 혼재하여 어쩔 수 없어 잠정적용결정을 내린 경우에는 행정기관이나 법원은 합헌인 부분은 계속하여 적용하는 것이 타당하고, 위헌인 부분에 대하여는 당해 법률을 개정할 때까지 기다렸다가 개선입법이 시행될 경우 위헌인 부분은 소급하여 효력을 상실하고, 합헌인 부분에 대하여는 개선입법의 소급입법에 따라 적용하는 것이 타당할 것으로 본다.

2. 헌법재판소와 법원간의 갈등

'헌재법' 제47조 제1항은 "법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다"고 규정하고 있어 일단 헌법재판소에 의해 선고된 위헌결정의 효력은 '비형벌조항'이나 '형벌조항'이나 동일하게 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다는 데는 문제가 없다. 하지만 헌법불합치결정의 기속력은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는지, 기속한다면 언제부터, 또 어느 범위까지 기속할 것인가에 대해서는 여전히 논란의 대상이 되고 있다. 국가기관 및 지방자치단체는 차치하고라도 당장에 재판을 실행해야 하는 법원으로서는 상당한 고민에 빠질 수밖에 없다. 이는 곧 헌법재판소와 대법원 간의 갈등을 내포하는 요인으로 작용할 수 있으며, 이는 '헌재법'에 헌법불합치결정이나 효력에 관하여 명문상 규정이 없는 것에서부터 연유한다고 볼 수 있다.

헌법재판소가 단순위헌결정을 선고할 경우 법원은 '헌재법' 제47조 제1항의 규정에 따라 위헌으로 결정된 법률(조항)은 그 적용을 배제하면 되지만, 헌법불합치결정을 선고하면서 부수적으로 적용중지 또는 잠정적용을 내릴 경우 실제 형사사건을 담당하는 사법부로서는 어떤 결론을 내려야 하는지에 대하여 논란이 있다.

(1) 헌법재판소의 입장

앞에서 검토한 바와 같이 명문상 규정은 없으나 헌법불합치결정을 할 수 있다는 데는 이설이 없다. 특히 '비형벌조항'에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 법적 근거에 대한 논란은 더 이상 일어나지 않고 있다. 하지만 '형벌조항'에 대한 헌법불합치결정, 더욱이 잠정적용형 헌법불합치결정에 대해서는 많은 논란이 예상되고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 적용중지형 헌법불합치결정뿐만 아니라 잠

정적용형 헌법불합치결정까지 내리고 있다.

헌법불합치결정을 함에 있어서 헌법재판소 재판관들 간에도 단순위헌을 할 것인지, 헌법불합치결정을 할 것인지, 아니면 헌법불합치결정을 하되 적용중지를 명할지, 잠정적용을 명할지에 대하여 견해를 달리 하고 있다. 이 중 '형벌조항'에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정을 하는데 대하여 강하게 비판하는 견해도 있다.[44] 하지만 헌법재판소의 결정은 '헌재법' 제23조 제2항 제1호의 규정에 따라 단순위헌 또는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 그런데 동 조항은 헌법불합치결정에 대한 언급은 하지 않고 있으므로 이때는 재판관들의 견해를 종합하여 헌법불합치의견도 위헌이라는 데는 이견이 없으므로 단순위헌결정의 정족수인 6인 이상의 찬성이 있을 때는 헌법불합치결정을 하는 것은 무리가 없는 것으로 보인다.

지금까지 선고된 네 건의 '형벌조항'에 대한 헌법불합치결정의 결정유형을 보면 한 건의 적용중지형 헌법불합치결정과 세 건의 잠정적용형 헌법불합치결정을 내렸다. 이 중 첫째는 입법개선시한을 명시하지 않은 적용중지형 헌법불합치결정[45]이

---

44) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 결정; 학교보건법 위반사건에서 조대현 재판관은 "법률조항의 위헌부분과 합헌부분을 특정할 수 없는 경우에 그 법률조항을 전부 실효시키면 합헌부분까지 부당하게 실효되어 입법권의 침해와 입법의 공백이 초래되고, 그 법률조항을 전부 존속시키면 위헌부분의 규범력까지 존속시키게 되어 위헌법률심판제도의 사명을 포기하게 된다. 그래서 이러한 경우에는 그 법률조항 전부에 대하여 헌법에 합치하지 아니한다는 결정을 선고하고, 위헌부분과 합헌부분을 국회의 개선입법에 의하여 구분시키는 방법을 취하지 않을 수 없다. 따라서 합헌부분과 위헌부분이 명확하게 구분될 때까지 적용이 중지되어야 한다. 그리고 위헌부분이 포함된 법률조항을 헌법불합치결정을 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나 '헌재법' 제47조 제2항에 위반된다할 것이다. 더욱이 위헌인 부분이 국회의 개선입법에 의하여 구분되면 소급적으로 효력을 상실하게 되는데 이는 위헌법률에 의하여 처벌받았던 자들에게 재심을 청구하여 구제를 받으라는 것이고, 위헌법률에 기한 형사처벌을 허용하는 것이 되므로 헌법상 허용될 수 없다"고 한다.

45) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 결정; 학교보건법 위반사건에서 헌법재판소는 "학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 '극장'부분 가운데 초중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니 한다. 그러나 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다. 그 결과 이와 같이 단순위헌의 결정이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신뢰원칙보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 될 것이다. 이는 우리가 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 긍정한 공익의 측면에서 비추어 보아 바람직하지 아니하다. 따라서 이 사건 법률조항 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. 따라서 초·중·고등학교·유치원 정화구역 부분에 관하여는 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 판단된다.
다만, 이 사건 법률조항은 학교보건법 제19조와 결합하여 형사처벌조항을 이루고 있으므로 잠정적으로 적용하게 할 경우 위헌성을 담고 있는 이 사건 법률(조항)에 기하여 형사처벌절차가 진

고, 둘째는 입법개선시한을 명시한 잠정적용형 헌법불합치결정[46]이고, 셋째는 입법개선시한을 명시한 잠정적용형 헌법불합치결정[47]이고, 넷째는 입법개선시한을 명시하고 입법시한을 도과할 경우 효력의 상실을 명한 잠정적용형 헌법불합치결정[48]

행될 가능성을 부인하기 어려우며 이와 같은 사태가 바람직하지 아니함은 물론이다. 따라서 입법자가 새로운 입법에 의하여 위헌성을 제거할 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 헌법불합치결정이 내려진 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 사건 법률조항 중 헌법불합치결정이 내려진 위 부분의 적용을 중지함이 상당하다.

46) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2007헌가4 결정; 영화진흥법 위반사건에서 헌법재판소는 "이 사건 심판대상 조항들은 헌법에 위반됨으로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 제한상영가 등급의 영화에 대한 법적 근거가 상실되어 법적 공백상태가 발생하고 이로 말미암아 제한영상가 등급의 필요성이 인정되는 영화에 대하여서까지 18세 관람가 등급을 부여하거나 아니면 등급을 아예 부여하지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 이 사건 심판대상 조항들에 대한 위헌결정이 제한상영가 등급제도 자체를 위헌이라고 판단한 것이 아닌데도 제도 자체가 위헌으로 판단된 경우와 동일한 결과가 나타날 것이므로 이 사건 판단대상 조항들에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하는 것이고, 영비법(2009.5.개정됨) 제29조 제2항 제5호는 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 새 입법을 마련하여야 할 것이다.

47) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010 결정; 의료법 위반사건에서 "구 의료법 제19조 제2항 및 개정의료법 제20조 제2항에 대하여 위헌결정의 하여야 할 것이지만, 만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이고, 이는 낙태가 불가능하게 되는 시기를 포함하여 임신 기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별 고지를 금지하는 의료인과 태아 부모의 기본권을 지나치게 침해한다는 이 사건 취지와는 달리 임신 기간 전 기간에 걸쳐 태아의 성별 고지를 가능하게 하는 부당한 결과를 야기하게 할 수 있으므로 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하고, 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

48) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정; 집시법위반사건에서 헌법재판소는 "집회 및 시위에 관한 법률 제10조 중 "옥외집회" 부분 및 제23조 제1호 중 "제10조 본문의 옥외집회" 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 이 사건 법률조항들이 가지는 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 '해가 뜨기 전이나 해가 진 후'라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는데 있다. 즉, 위와 같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는 것이다. 그런데 '해가 뜨기 전이나 해가 진 후' 중 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 위와 같은 입법목적을 달성하면서도 집회예정자의 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이다. 입법자로 하여금 우리나라 일반인의 시간대 별 생활형태, 주거와 사생활의 평온이 절실히 요청되는 '심야'시간의 범위 및 우리나라 옥외집회의 현황과 실정 등 제반 사정을 참작하여 옥외집회가 금지되는 시간대를 법률로 한정하도록 하는 것이 이 사건 법률조항들의 위헌성을 제거하면서도 입법자의 재량을 존중하는 것이기 때문이다(참고로, 프랑스의 경우 원칙적으로 오후 11시 이후로, 중국의 경우 오후 10시 이후로, 러시아의 경우 오후 11시 이후로 금지 시간대를 규정하고 있고, 미국은 각 지방자치단체마다 조례로써 정하는데 오후 8시 이후, 오후 9시 이후 또는 오후 10시 이후 등 다양하다). 따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치의 결정을 선고하되, 위 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으므로 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다.

이다.

그런데 위 사례에서 보면 모두가 문제점이 지적되고 있다. 우선 학교보건법 위반사건에서는 적용중지형 헌법불합치결정을 내리고 있는데 이는 단순위헌결정의 성격을 가지고 있다고 할 수 있다. 그런데 입법시한을 명시하지 않고 막연히 입법자가 개선할 때까지라고 하고 있으므로 입법자의 입장에서는 다소 시간적 여유를 가질 수 있는 반면, 당해 법률(조항)으로부터 영향을 받는 형사피고인들의 입장에서는 하루 속히 위헌결정의 효력이 발생하여야 위헌결정의 소급효로 인한 재심청구도 가능할 수 있는데 이러한 경우는 개선입법이 이루어질 때까지 막연히 기다려야 하는 입장에서 위헌법률로 인한 기본권의 침해를 감수해야 한다.

그리고 의료법과 영화진흥법사건에 있어서는 개선입법시한은 명시하고 있으나 개선입법시한의 도과에 따른 경우에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다. 따라서 입법개선시한이 도과된 법률(조항)의 효력은 그 때로부터 소급하여 효력이 상실되는지, 아니면 개선입법이 이루어질 때까지 계속하여 효력을 유지하는지에 대하여 논란이 있을 수 있다.

그리고 집시법 사건에서는 잠정적용형 헌법불합치결정과 아울러 개선입법시한을 명시하고 개선입법시한이 도과할 경우 당해 법률(조항)의 효력은 상실하도록 한다고 판시하고 있는데, 이는 '형벌조항'에 잠정적용을 할 수 있는가는 차치하고 형사피고인의 입장에서는 적어도 일정 기간이 지나면 소급효가 발생할 수 있다는 기대는 가질 수 있다. 하지만 입법시한을 도과하도록 개선입법이 마련되지 않는다면 단순위헌결정과 다를 바 없는 법률의 공백상태로 인한 법적 안정성의 문제는 여전히 남는다.

지금까지 검토한 바와 같이 '형벌조항'에 대한 적용중지형 헌법불합치결정이나 잠정적용형 헌법불합치결정이나 문제가 되는 것은 다 마찬가지겠지만, 특히 잠정적용형 헌법불합치결정의 경우는 법적 안정성을 위해 구체적 사건에서의 정의를 전면적으로 포기한 경우에 해당하고, 법적 안정성을 확보하기 위해 정의에 양보를 구하는 것이 된다. 그렇다면 법적 안정성을 위해 위헌성이 확인된 법률(조항)을 계속해서 적용해야 할 만한 절대적인 이유를 제시하지 못하는 상황에서 어떻게 법적 안정성과 정의를 형량해서 조화를 이루어 내고 실질적 법치주의를 구현할 것인지가 문제된다.

(2)헌법재판소결정에 대한 법원의 태도

헌법불합치결정도 단순위헌결정과 마찬가지로 '헌재법' 제47조 제1항의 규정에 따라 당연히 기속력이 인정된다. 따라서 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지에 따른 법적용과 법집행을 하여야 한다. 법원은 '비형벌조항'의 경우 대부분 헌법불합치결정이 내려지면 국회에서 개선입법이 이루어질 때까지 관련사건을 추정처리해 판단을 미루어왔다. 하지만 최근 내려진 '형벌조항'의 헌법불합치결정에 대해서는 헌법재판소에서 지정한 개선입법시한까지 당해조항은 처벌규정으로서 유효하다고 하여 유죄판결[49]을 내리는가 하면, 어떤 경우는 당해조항의 위헌성이 확인된 만큼 무죄로 판단[50]하여야 하고, 그 효력을 소급효를 인정해야 한다는 입장이다.

학교보건법 위반에 대한 헌법재판소의 적용중지형 헌법불합치결정[51]에 대하여 대법원은 "법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌 여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해 사건에서 위헌으로 결정된 법률(조항)을 적용하지 않으려는 데 그 목적이 있다는 점과 '헌재법' 제45조, 제47조의 규정 취지에 비추어 볼 때, 당해 사건에 적용되는 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당한다"고 보았다. 그리고 "위헌으로 선언된 법률조항을 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없을 뿐만 아니라 헌법불합치결정에 따라 개정된 학교보건법 조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 위배된다"고 보면서 당해 사건에서 공소사실에 대하여 처벌할 법규가 없다고 보고 무죄[52]를 선고 한 바 있으며, 집회 및 시위에 관한 법률에 잠정적용형 헌법불합치결정[53]에 대하여도 "헌법재판소가 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하였는데도 정한 시한까지 법률개정이 이루어지지 않은 사안에서 당해 법률을 소급하여 효력을 상실하므로 이에 따라 공소가 제기된 피고사건에 대하여 무죄를 선고[54]하여야 한다고 하였다.

이와 같이 형벌에 관한 법률(조항)에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우 그 법률(조항)의 효력이 소급하여 상실되고, 당해 사건뿐만 아니라 위헌으로 선언된 '형벌

49) 앞의 (주 42) 참조.
50) 앞의 (주 43) 참조.
51) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 등; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결.
52) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결.
53) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정; 집회 및 시위에 관한 법률은 2010. 6. 30. 입법개선시한을 도과하여 2014. 2. 현재까지 개선입법은 이루어지지 않고 있다.
54) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 판결.

조항'에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 재심이 허용된다는 '헌재법' 제47조 제4항의 규정에 비추어 볼 때, 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률(조항)을 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없으므로 상고의 기각이나 무죄를 선고하여야 한다는 것이다.

위 두 판결의 사례에서 보면 법원은 잠정적용형 헌법불합치결정이나 적용중지형 헌법불합치결정이나 모두 '형벌조항'의 경우에는 단순위헌결정의 효력과 마찬가지로 소급하여 당해 법률(조항)의 효력이 상실하고 재심도 가능한 것으로 보고 있다.

Ⅴ. 해결방안 및 결론

헌법불합치결정이 제기하는 문제점들 가운데는 헌법재판소의 다른 결정유형, 즉 합헌이나 위헌결정의 유형에서도 발생할 수 있는 문제점들도 있지만 헌법불합치결정에서만 특이하게 제기되는 문제점들도 있다. 특히 '형벌조항'의 헌법불합치결정에서는 많은 문제점들을 내포하고 있다. 이상에서 검토한 바, 가장 큰 문제점은 첫째, 헌법에도 법률에도 규정하지 않은 헌법불합치결정을 할 수 있는가라는 문제, 특히 '형벌조항'에 대하여 헌법불합치결정을 할 수 있는가라는 문제이고, 둘째, 만약 가능하다면 그 소급효의 범위는 어디까지 할 것인가, 셋째, 소급효를 적용함에 있어서 법원 및 국가기관은 어느 시점에 '형벌조항'의 소급효를 실무상 적용할 것인가가 문제된다. 대체로 첫 번째의 헌법불합치결정은 법규의 부재에도 불구하고 별다른 이견 없이 가능하다고 한다. 다만 '형벌조항'에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정에 대하여 강하게 비판하는 견해가 있다. 두 번째의 '형벌조항'의 소급효의 발생시점과 범위에 대하여는 견해를 달리하고 있는데, 소급효의 발생시점을 헌법불합치 결정이 있으면 이때 위헌결정의 효력이 발생한다고 보는 견해와, 입법시한은 정한 잠정적용 헌법불합치 결정에 대해서는 입법시한이 도과한 시점에 효력이 발생한다고 보는 견해가 있다. 그리고 세 번째의 '형벌조항'에 대한 헌법불합치결정의 실무상 적용범위에 대하여는 앞의 두 판례에서도 나타났듯이 앞으로도 헌법재판소와 법원과의 갈등이 증폭될 것이 염려된다.

이러한 관점에서 볼 때 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내릴 때, 특히 '형벌조항'의 적용중지 또는 잠정적용명령을 아울러 내릴 때는 다음 사항을 고려하여 신

중을 기할 필요가 있다.

첫째, 헌법재판소는 엄격한 헌법적 정당화를 통해서 충분한 논증을 거치고 결정을 해야 하고 특히 '형벌조항'에 대한 헌법불합치결정을 내릴 때는 단순위헌결정이나 한정위헌결정 및 한정합헌결정을 내릴 가능성을 먼저 철저하게 검토하고 그것이 가능하지 않을 때 비로소 헌법불합치결정을 고민해야 한다.

둘째, 부득이 헌법불합치결정을 내릴 때도 '형벌조항'에 관해서 만큼은 법적 안정성보다 실질적 정의를 우선하여 모든 사건에 소급효를 부여하겠다는 입법자의 결단을 표현한 것으로 볼 수 있으므로 헌법재판소는 법적 안정성을 이유로 법률이 보장하는 소급효를 박탈하는 것은 '헌재법' 제47조 제3항 단서조항의 입법취지와 양립하기 어렵다고 볼 것이므로 특히 인권보장 또는 국가구성의 제한을 위해 불가피한 경우가 아니고는 '형벌조항'에 대해서는 헌법불합치결정을 자제해야 한다.

셋째, '형벌조항'에 대해 헌법불합치결정과 아울러 잠정적용명령을 내릴 경우 굳이 '헌재법' 제47조 제3항을 언급하지 않더라도 위헌인 '형벌조항'에 의해 '위헌결정 이후까지' 처벌을 계속해야 할 불가피성을 인정하기는 어렵다. 위헌법률에 대한 형사처벌을 중지하는 것이 법적 안정성의 관점에서 용인하기 어려울 정도의 법적 공백이나 혼란이 초래되는 경우 및 인권보장 또는 국가권력의 구성이나 제한을 위해 불가피한 경우가 아니고는 잠정적용명령을 내리지 말아야 한다. 물론 적용중지의 경우도 마찬가지다.

마지막으로 가장 확실한 해결방안은 이에 관한 입법정책의 실현이다. 아무리 잘 만든 법이라도 사람이 만든 법이기 때문에 제정당시부터 잘 못 만들어진 법도 있을 것이고, 세월의 흐름에 따라 사정변경으로 현실과 괴리한 법도 있을 것이다. 이와 같은 문제의 해결은 법률로서 소급효의 시점이나 제한의 범위를 규정할 필요가 있다. 이로 인한 공식적인 실수를 허용할 것이라는 염려는 할 필요가 없다. 이의 책임은 입법자에게로 돌리면 될 것이다.

헌법재판소는 2013년 6월 14일 헌재법상 변형결정의 법제화 및 '형벌조항'의 소급효제한의 범위 등에 관하여 헌법재판소법 개정의견을 국회에 제출해 놓고 있지만 아직 접수상태를 벗어나지 못하고 있다. 하루 속히 국회의 논의를 통하여 '헌재법' 제45조에서 규정하고 있는 위헌여부'만'이라는 문구에 얽매인 변형결정에 대한 논쟁을 종식시키고, 제47조 제2항의 단서에서 규정하고 있는 형벌조항의 소급효의 제한에 관한 범위를 한정할 필요성이 요구되고 있다. 헌법재판소에 의하여 형벌조항에 관한 법률(조항)의 위헌성이 확인될 경우 소급효의 범위가 현재처럼 법률의

제정이나 개정당시까지 무제한으로 소급효가 발생한다고 할 경우 법적 안정성이나 국가적인 부담은 심각한 수준에 이르게 된다. 이러한 경우 단순위헌결정을 내려야 할 사안에 대하여도 헌법재판소는 여러 정황을 고려하여 헌법불합치결정 등 변형결정을 하게 되어 위헌성이 확인된 당해 법률로부터 영향을 받는 당사자들에게는 오히려 기본권이 침해되는 결과를 가져오게 된다. 그리고 헌법재판소나 법원은 각자 독립기관이고 각 기관의 맡은 역할도 분명히 다르지만, 삼권분립의 큰 틀에서 보면 같은 사법부에 해당한다. 같은 사법부가 자신들의 위상경쟁을 위하여 국민을 볼모로 잡고 다투고 있다는 오명으로부터 하루 속히 벗어나야 한다.

(논문접수일 : 2014.08.10, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

장 진 숙

헌법불합치결정, 위헌결정, 소급효, 형벌조항, 비형벌조항, 소급효 제한

【참 고 문 헌】

이준일 『헌법학강의(제4판)』, 홍문사, 2011.

오승철, 『헌법소송이야기』, 태윤당, 2011.

한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2011.

김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정”, 「사법」 제8호, 사법연구지원재단, 2009.

김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 「저스티스」 통권 제128호, 한국법학원, 2012.

김현철, “한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정과의 관계”, 「법학논총」 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.

남복현, “헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 -실체적 형벌법규를 중심으로-”, 「헌법실무연구」 제10권, 헌법실무연구회, 2009.

남복현, “헌법불합치결정의 원인별 유형화에 따른 결정주문의 사례검토 -헌법재판소 제3기 재판부를 중심으로-”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010.

남복현 “헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력상실”, 「공법학연구」 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010.

남복현, “판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차 -대상판례: 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도 7111판결”, 「한양법학」 제20권 제2집, 한양법학회, 2009.

박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제35집, (한국법학회, 2009), 10-11쪽.

박찬주, “위헌결정과 소급효”, 「서울법학」 제19권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2011.

박해식, “일반사건에 대한 위헌결정의 소급효”, 대법원판례해설 : 재판연구관 세미나 자료 통권 제58호(2005년 하반기), 법원도서관, 2005.

방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 「헌법학연구」 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007.

방승주, “헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무위반의 법적 효과에 관한 헌법실무연구회 제104회 발표회 지정토론문, 2010.

이준상, “헌법불합치결정과 관련된 재판실무상의 문제점 -형벌조항을 중심으로-”, 「재판실무연구 2009」, 광주지방법원, 2010.

이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 「재판과 판례」 제19집, 대구판례연구회, 2010.

장진숙, “위헌결정 소급효제한의 범위에 관한 비판적 고찰 -형벌조항을 중심으로-”, 「공법학연구」 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013.

장영철, “독일의 규범통제결정형식으로서 한정위헌결정”, 「판례실무연구」 제4호, 비교법실무연구회, 2000.

지성수, “헌법불합치결정에 관한 연구 -그 사유와 효력을 중심으로-”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2012.

황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 「헌법실무연구」 제4권, 헌법실무연구회, 2003.

허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정 필요성과 허용가능성을 중심으로”, 「공법연구」 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010.

Abstract

The Effect of Retroactivity of the Decision that is not consistent with the constitution and its Application Scop

– Around the Punishment Item –

JANG, JIN-SOOK

No one raised an objection to unconstitutional decision, even though it is stipulated in the law that it should not be made.

It has become an object of controversy whether it is possible to temorarily make an unconstitutional decsion in the case of item of punishment even though it is verified to be in violation of the constitution of The Constitutional Court, When is the time that the item of punishment will lose its effect, in the case that the item of punishment is temorarily applied? In other words, when is the time for the effect of retroactivity to happen? What is the applicaton scope of retroactivity?

The Constitutional Court may decide that the case is unconstitutional on the ground that it lacks legal stability and respect for legislative rights when the case is simplistically found unconstitutional. In cases which the relevant article has two sides with some parts being constitutional and others being unconstitutional, the law does not have enough force in case there is a breach of equality.

The Constitutional Court will also sometimes order to stop applying the decision or will order to temporarily apply the decision without deciding the time limit of improving the legislation. At this time The Constitutional Court sometimes decides that it should be stopped until the legislative person or body does better legislation. In the case that better

legislation is not made until the time limit of legislation betterment, the Court sometimes orders that the relevant article loses effect the next day.

Under Article 47,Section 2 of The Constitutional Court law,it loses effect in the future the day when the decision of constitutionality is made in case of a non punishment item. However, it loses effect retroactively in the case of a punishment item.

It is the problem that the time when the effect of retroactivity will come into force- when the law article will lose its effect whose constitutionality is confirmed in case of the unconstitutional decsion.

It is because the effect of retroactivity happens depending on the time when the effect of retroactivity will come into force that it is possible to apply for a retrial. There have been a precedent that it is possible to apply for a retrial immediately on the date that the decision of unconstitutionality is made, based on the fact that its loss of effect equates with the occurrence of the effect of retroactivity. The other is that the effect of retroactivity will come into force the following day that time limit of legislation betterment is passed, in case that time limit of legislation betterment by The Constitutional Court is stipulated in the decision.

However the decision by The Constitutional Court is considered reasonable when the obedience of law and the effect of retroactivity will come into force in case that the unconstitutional decsion is admitted under Article 47 of law of The Constitutional Court

To apply legal item continuously is to betray justice for the securement of legal stability. How can we be in harmony and realize actual constitutionalism by weighing legal stability and justice in a situation which is impossible to give the absolute reason why the law whose constitutionality is confirmed applies continuously for the legal stability?

JANG, JIN-SOOK

Unconstitutional Decsion, the decision of Violation of The Constitution, the effect of retroactivity, Item of punishment, Item of non_punishment and the limit of the effect of retroactivity.

국가기관이 행정소송법의 해석상 취소소송의 원고적격을 갖는가

-대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결을 중심으로-

이 국 현*

【목 차】

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 행정법과 법해석방법론
1. 법적 판단과 법해석방법론
2. 행정법과 법해석방법론
Ⅲ. 행정소송법상 취소소송에서 국가기관의 원고적격
1. 행정소송법상 취소소송에서 국가와 지방자치단체의 원고적격에 관한 판결례
2. 국가기관의 원고적격을 예외적으로 인정한 판결
3. 위 판결에 대한 평가
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

약 1년 전, 대법원은 예외적인 경우에는 국가기관도 행정소송법상 취소소송의 원고적격을 갖는다고 판단하였다. 즉 국가기관은 취소소송의 원고적격을 갖지 못함이 원칙이지만, 국가기관이 다른 국가기관 일방의 조치요구에 불응하여 과태료나 형사처벌의 제재까지 받을 위험이 있고 다른 불복방법이 없는 경우라면, 국가기관에게도 취소소송의 원고적격이 예외적으로 인정될 수 있다고 보았다. 그러나 이는 법해석방법론의 관점에서 쉽게 납득하기 어렵다.

행정소송법상 취소소송의 원고적격에 관한 법문언의 문리해석과 논리적·체계적 해석이나 절차법은 법적안정성을 중시하는 해석을 하여야 한다는 점에서 보면, 기관소송법정주의의 한계를 취소소송의 원고적격에 관한 규정의 해석을 통해 우회하려는 시도는 법문언의 정당한 해석 범위에 포함되기 어렵다. 게다가 대법원이 예외적으로 국가기관의 원고적격을 인정하게 한 사정은 사실 존재하지 않는다. 즉 대법원은 국가기관과 그 담당자를 혼동하여 불필요한 예외를 인정한 것이다.

* 정부법무공단 변호사.

Ⅰ. 문제의 제기

행정소송법상 취소소송의 원고적격은 "처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자"에게 인정된다(제12조). 그 동안 취소소송의 원고적격에서는 주로 행정처분의 제3자에게 원고적격이 인정될 수 있는지와 관련하여 "법률상 이익"의 해석이 문제되었다. 그리고 지방자치단체의 원고적격 문제에 관하여도 상당한 논의가 있었다. 그런데 최근에는 국가의 원고적격, 나아가 국가기관의 원고적격 문제도 제기되고 있다. 국가나 지방자치단체의 원고적격 문제는 주로 지방자치의 활성화와 맞닿아 있다. 왜냐하면 지방자치단체의 행정권한 행사의 상대방이 국가인 경우에는 국가의 원고적격이, 국가의 행정권한 행사의 상대방이 지방자치단체가 되는 경우에는 자치권 보장의 관점에서 지방자치단체의 원고적격이 특히 문제되고 있기 때문이다. 반면 행정기관의 원고적격 문제는 특별히 자주 언급되는 문제는 아니었는데, 이와 유사한 맥락에서 국립대학의 원고적격 문제가 논의되고는 있었다.

그런데 행정기관[1]은 국가나 지방자치단체와는 달리 법인격이 없기 때문에 그 논의의 양상을 달리 한다. 행정소송에서도 소송의 당사자가 될 수 있는 일반적 능력인 당사자능력은 민법상 권리능력의 유무에 의해 결정되고, 비법인사단 또는 비법인재단은 권리능력은 없지만 법률에 의해 당사자능력이 인정되는데(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제51조, 제52조), 행정기관은 권리능력도 없고 비법인사단이나 비법인재단에 해당하지도 않는다. 반면 지방자치단체가 법인이라는 것은 지방자치법 제3조 제1항에 명시적으로 규정되어 있고, 국가가 법인이라는 것은 이를 전제로 한 여러 실정법[2]을 통해 알 수 있다. 한편 당사자적격은 특정 소송의 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격에 관한 것으로, 이는 개념상 당사자능력을 전제로 한다. 따라서 행정기관은 당사자적격도 가질

1) 여기서 '행정기관'은 권한분배단위로서 행정주체의 행정사무를 담당하는 지위를 말하며, 행정작용법과 행정구제법상 행정주체의 의사를 결정하여 이를 국민에게 표시하는 권한과 책임을 가지는 기관을 말하는데, 이를 '행정청'이라고도 한다. 김동희, 「행정법Ⅱ」, 제19판, (박영사, 2013), 8면. 행정기관은 행정주체에 따라 국가의 행정기관, 지방자치단체의 행정기관으로 나눌 수 있고, 전자를 흔히 국가기관이라고 부른다.

2) 예를 들어, 단행법으로는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 있고, 개별법규정으로는 행정소송법 제13조 제2항(처분등을 한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 함), 민사소송법 제6조(국가의 보통재판적은 그 소송에서 국가를 대표하는 관청 또는 대법원이 있는 곳으로 함), 법인세법 제2조 제1항 제3호(내국법인 중 국가와 지방자치단체에 대하여는 법인세를 부과하지 아니함)가 있다. 물론 이론상으로는 국가법인설이 이를 뒷받침하고 있다.

수 없다고 봄이 자연스러울 수 있다. 그런데 행정소송법은 소송 편의상 이유로 취소소송의 피고적격을 행정주체가 아닌 "행정청"에게 인정하고 있으며(제13조), 행정청의 소송참가도 인정하고 있다(제17조). 즉 행정청은 행정소송법에 의해 취소소송의 피고적격이 인정되고 소송참가가 가능한 범위에서만 제한적으로 당사자능력을 갖는다고 설명할 수 있다. 이를 달리 말하면, 행정기관은 취소소송의 원고가 될 수 있는 당사자능력과 당자자적격을 갖지 못하는 것이다.

한편 국가기관의 원고적격 문제가 불거지는 것은 법원이 담당하는 기관소송제도와 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판제도가 현실의 요청을 충분히 반영하지 못하기 때문이기도 하다. 오늘날에는 행정주체의 행정권한을 그 행정기관들에게 어떻게 분배할 것인지의 내부적 문제도 법치주의원리에 따라 법에 의해 규율된다(헌법 제96조).[3] 그리고 행정기관들이 '협동적인 통제관계'를 형성함으로써, 행정기관 상호간 권한의 존부 및 행사에 관하여 다툼이 발생할 수 있다는 것은 기능적 권력통제의 관점에서 충분히 이해할 수 있는 일이다.[4] 하지만 행정기관 상호간 권한의 존부 및 행사에 관한 다툼을 다루는 '기관소송'은 법주체 상호간의 권리의무에 관한 다툼인 '법률상 쟁송'에 해당하지 않기 때문에, 당연히 사법권에 속하는 것은 아니다.[5] 오히려 헌법은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판권을 헌법재판소에게 부여하고 있고(제111조 제1항 제4호), 행정소송법은 기관소송법정주의를 취하며(제45조) 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 법원이 담당하는 기관소송에서 제외하도록 규정하고 있다(제3조 제4호 단서). 그런데 헌법재판소[6]가 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서 당사자가 될 수 있는 국가기관을 헌법에 의해 설치된 국가기관으로 한정하고 있으며, 기관소송을 인정하는 개별법이 많지 않기 때문에, 법원과 헌법재판소 그리고 상급기관에 의해 해결될 수 없는 행정기관 사이의 권한쟁의가 존재하게 된다.

이러한 상황에서 법원이 행정소송법상 취소소송의 원고적격을 국가기관에게 인

3) 김동희, 「행정법Ⅰ」, 제17판, (박영사, 2011), 34면; 허영, 「한국헌법론」, 전정9판, (박영사, 2013), 1023면.

4) 현대의 기능적 권력통제이론은 입법·행정·사법 권력 사이의 '대립적인 제한관계'가 아닌 '협동적인 통제관계'에 더 관심을 기울이고 있으며, 각 권력의 내부조직을 다원화함으로써 '기관 내의 권력통제'도 가능하게 한다. 허영, 앞의 책 (주 3), 715~725면.

5) 김동희, 앞의 책 (주 3), 673~674면; 박균성, 「행정법론(상)」, 제10판, (박영사, 2011), 1038면.

6) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 96헌라2 결정(권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관 해당 여부를 판별할 때에는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다).

정할 수 있는지는 법해석의 한계, 즉 사법권의 한계에 관한 문제에 해당한다. 그런데 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결이 국가기관의 원고적격을 예외적으로 인정하였기에, 아래에서는 이를 중심으로 법해석방법론의 관점에서 그 당부를 검토하고자 한다. 먼저 논의 전개의 바탕이 되는 행정법에서의 법해석방법론(Ⅱ)을 살펴본다. 그리고 행정기관과 불가분의 관계에 있는 국가나 지방자치단체의 원고적격에 관한 판결례를 보고 나서, 위 2001두1214 판결을 중심으로 국가기관이 행정소송법의 해석상 취소소송의 원고적격을 가질 수 있는지 검토한 후(Ⅲ), 결론(Ⅳ)을 맺는다.

Ⅱ. 행정법과 법해석방법론

1. 법적 판단과 법해석방법론

구체적으로 문제되고 있는 행정상 법률관계에서 어떠한 법규범을 행위규범 또는 재판규범으로 인식할 것인지는 행정법의 법원(法源)에 관한 문제이다. 그리고 인식한 법을 구체적인 사실관계에 적용하는 과정은 '법적 판단-내리기', 그 결과는 '법적 판단'이라고 할 수 있다.[7] 법적 판단을 내리는 과정에서는 실천적 삼단논법[8]이 중요한 역할을 하는데, 실천적 삼단논법은 「(규범적 전제인 대전제) 해석된 법규범 또는 판례 - (기술적 전제인 소전제) 사실에 관한 진술 - (법적 판단) 규범적 결론」으로 구성된다. 그리고 여기서는 대전제의 선택을 정당화하는 것이 핵심이라고 할 수 있다.[9]

대전제의 선택을 정당화하는 문제, 즉 법의 해석이 어떠한 방법으로 이루어져야

7) '법적 판단-내리기'라는 표현은 Torben Spaak 저/권경휘 역, "법실증주의, 법의 규범성 그리고 법적 정당화의 규범적 힘", 「법학연구」 제20권 제1호 (경상대학교 법학연구소, 2012), 6면에서 빌린 것이다.

8) 실천적 삼단논법은 하나 또는 두 개의 전제가 판단이 아니라 명령적 문장일 경우의 삼단논법이다. 심헌섭, "법률적 삼단논법-논리적·철학적 소고-", 「서울대학교 법학」 제14권 제2호 (서울대학교 법학연구소, 1973), 149면.

9) Torben Spaak 저/권경휘 역, 앞의 글 (주 7), 8~9면. 법원을 통해 인식한 법의 내용을 확인하는 것은 법의 해석에 관한 문제이다. 최봉철, "법실증주의와 그 재판이론", 「법철학연구」 제14권 제3호 (한국법철학회, 2011), 26면. 그리고 법의 해석은 법적 판단의 외적 정당화와 관련되는데, 법적 판단의 내적 정당화는 구체적 법적 판단이 전제들에서 논리적으로 정당하게 추론되는가의 문제에 관한 것이고, 외적 정당화는 내적 정당화에 사용된 전제들의 정당성에 관한 것이다. 심헌섭, "법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법-", 「서울대학교 법학」 제24권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 1983), 2~5면.

하는지의 문제는 법학방법론의 과제이다.[10] 이러한 법해석방법론은 실천적 삼단논법의 대전제를 설정하기 위해 법을 해석하는 자를 지도하고 구속하는 기능을 한다. 판사가 법해석방법론을 염두에 두고 그에 따라 법적 판단을 내리면, 예측가능성(predictability)과 법 앞의 평등(equality before law)을 제고할 수 있다.[11] 그리고 이는 국가작용의 예측가능성과 공정성을 그 내용으로 하는 법치주의원리와도 맞닿아 있다.[12] 왜냐하면 사법권을 포함한 국가권력이 적법하게 행사되기 위해서는 적어도 자의적이지는 않아야 하는데, 합리적인 규칙(rational rule)이나 설명 가능한 원리(explanatory principle)에 근거하지 않는 행위는 자의적이라고 볼 수 있기 때문이다.[13] 따라서 사람에 의한 지배가 아닌 법에 의한 지배를 달성하기 위해서는, 법의 해석에도 이를 규율하는 규범적 원리나 규칙이 필요하게 된다.[14]

결국 법적 판단의 하나인 판결은, 판사의 판단이기 때문에 혹은 사법권은 사법부에 속하기 때문에, 당연히 정당화되는 것이 아니다. 이성에 바탕을 둔 충분한 논증을 통해 합리성과 설득력을 갖춘 판결만이 그 정당성을 획득할 수 있는 것이다.[15] 그리고 법해석방법론은 법적 판단이 정당성을 획득하는 기초가 된다.

2. 행정법과 법해석방법론

행정법도 법이기 때문에 행정법 해석의 방법론도 일반적 법해석방법론에 기초하여야 함은 당연하다. 하지만 행정법이 다른 법과 구분되어 별도의 영역을 이루고 있다는 것은 구분되는 특성을 가지고 있다는 의미인바, 행정법 해석의 방법론을

10) 심헌섭, 앞의 글 (주 9), 1면.

11) Torben Spaak 저/권경휘 역, 앞의 글 (주 7), 9면.

12) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 제5판, (박영사, 2011), 297~299면(법치주의원리는 국가활동을 법우선의 원칙에 입각하여 자유·평등·정의를 실현하고자 하는 것이기 때문에, 국가작용은 명확성·특정성·가측성·예측가능성·객관성·안정성 등의 절차적·형식적 요건을 갖추어야 한다); 김성수, "헌법은 존속하고 행정법은 변화한다", 「공법연구」 제41집 제4호 (한국공법학회, 2013), 81면(국가 공권력 행사의 예측가능성과 투명성을 실현하는 것은 법치국가의 '自然的 屬性'에 속하는 문제이다).

13) Timothy Sandefur, "In defense of substantive due process, or the promise of lawful rule", *Harvard jounal of law & public policy*, Vol.35, No.283 (2012), pp.291~292.

14) 법규범을 법규칙과 법원리로 구분하는 비실증주의 논의와 이에 대한 비판적 검토에 관하여, 안준홍, "법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰", 「법철학연구」 제11권 제2호 (한국법철학회, 2008), 427~450면 참조. 위 글은 법원리를 "주로 가치 또는 목적 자체로서 다른 법규범의 존재와 내용을 판단할 때 배경적 근거로 작동하는 법규범"으로 파악한다.

15) 최대권, "제정법의 해석", 「서울대학교 법학」 제30권 제1·2호 (서울대학교 법학연구소, 1989), 123면 [이하 최대권, "제정법의 해석"]; 최대권, "헌법의 해석", 「헌법재판연구」 제5권 (헌법재판소, 1994), 44면(헌법해석 방법의 문제는 설득력과 합리성을 증대시켜 정당성을 획득하는 방법의 문제이다) [이하 최대권, "헌법의 해석"].

검토할 때 그 특성을 고려할 필요가 있다. 그 고려사항으로는 크게 두 가지, 즉 해석의 '주체'와 '대상'의 측면을 들 수 있다. 아래에서 차례대로 살펴본다.

고전적인 법해석의 방법으로는 사비니가 정립한 문법적, 논리적, 역사적, 체계적 해석의 4단계해석방법이 있는데,[16] 사비니 이후 법해석은 크게 법률문언의 어의를 확인하는 문리해석, 해석의 대상이 되는 법규정이 위치한 법률상의 문맥을 유의하는 논리적·체계적 해석, 입법자의 의도를 중시하는 역사적 또는 주관적·목적론적 해석, 법률의 목적을 중요시하는 객관적·목적론적 해석에 의하게 되었다.[17] 그런데 법문언의 의미가 항상 확정적인 것은 아니고, 이러한 불확정성이 논리적·체계적 해석으로 항상 해소되는 것도 아니다. 또한 확실히 알 수도 없는 입법자의 의도에 의존하는 역사적 또는 주관적·목적론적 해석이나 해석자의 가치관이나 입장에 크게 좌우될 수 있는 객관적·목적론적 해석만으로 법해석의 문제가 해결될 수 있는 것도 아니다. 결국 개별적인 법해석방법 그 자체만으로는 법해석의 문제를 해결하는 데 부족하기 때문에, '법해석의 목표'에 따라 문제해결에 적합한 법해석방법을 동원하는 것이 중요하게 된다.[18]

법해석의 목표에 관한 입장은 크게 주관설과 객관설로 나뉜다. 주관설은 입법자의 입법사상이 표현된 것이 법률이고, 권력분립의 원칙에 따르면 법해석자가 입법자를 대신할 수는 없다는 등의 이유로 법해석은 '입법자의 역사적·사실적 의사'를 발견하는 데 그 목표가 있다고 본다. 반면 객관설은 법률은 공포됨과 동시에 입법자의 손을 떠나 독립적인 의미를 갖게 되고, 새롭게 마주하게 되는 법적 문제의 요청에 따라 새로운 법형성이 가능하여야 한다는 등의 이유로, 법해석은 '법률자체에 내재된 객관적 의미'를 발견하는 데 그 목표가 있다고 본다.[19] 그런데 역사적 또는 주관적·목적론적 해석과 객관적·목적론적 해석의 문제점은 그와 비슷한 내용을 가진 주관설과 객관설에서도 그대로 나타난다. 또한 주관설과 객관설은 각자

16) F.K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts Ⅰ, 1840, S. 212ff. 허영, 앞의 책 (주 3), 66면에서 재인용.

17) 심헌섭, 앞의 글 (주 9), 5면. 한편 공법(公法)의 특성을 고려하여 사비니의 4단계해석방법을 추가 보충한 7단계이론이 제안되기도 하였다. H.J. Wolff/O. Bachof, VerwR. Ⅰ, 9.Aufl.(1974), §28 Ⅲ c(S. 161ff.). 허영, 앞의 책 (주 3), 66면에서 재인용. 한편 법해석방법에 관한 논자마다 같은 용어를 조금 다른 의미로 사용할 수 있다는 것도 유의할 필요가 있다. 예를 들어, 뒤에 인용되는 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결이 말하는 체계적·논리적 해석에는 "입법 취지와 목적"을 고려하게 되어 있는데, 이는 역사적 또는 주관적·목적론적 해석과 객관적·목적론적 해석이 포함될 수 있는 표현이다.

18) 심헌섭, 앞의 글 (주 9), 5면(어떠한 해석이 정당화된 해석이냐의 문제에 관하여, 법해석의 '궁극목표'를 무엇으로 볼 것인지를 기준으로 주관설과 객관설로 나뉜다).

19) 심헌섭, 앞의 글 (주 9), 6면.

나름대로의 타당성을 가지고 있기 때문에 어느 하나만이 전적으로 타당하다고 보기는 어렵고, 문제되는 법률관계에 따라 어느 한 쪽에 무게중심을 둘 수 있는 것이다.[20] 예를 들어, 헌법은 법률에 비해 그 규율대상이 넓으면서도 법문언이 불확정적이기 때문에 객관설에 더 무게를 둘 수도 있지만, 법률은 그 반대이기 때문에 주관설에 더 무게를 둘 수도 있다.

하지만 중요한 점은 후술하는 바와 같이 행정법의 해석대상으로 실제 의미가 있는 것은 성문법원이고, 성문법원에 대한 법해석은 법문언을 그 출발점으로 하기 때문에 문리해석과 논리적・체계적 해석이 우선시되어야 한다는 점이다.[21] 또한 법치주의원리는 법해석에서도 예측가능성과 공정성을 요구하고, 표현되지 아니한 법해석자의 마음보다는 표현되어 부동문자로 기재되어 있는 법문언이 누구나 접할 수 있고 알 수 있는 것이기 때문에, 문리해석과 논리적・체계적 해석을 우선시하는 것이 법치주의원리에도 더 부합한다. 판례도 "법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 참조)."[22]고 본다. 한편 법치주의원리는 평등뿐만 아니라 정의의 실현도 추구하기 때문에, 법문언의 의미가 불확정적인 경우라면 법해석의 가능한 범위 내에서 구체적 타당성을 도모하여 정의를 추구하는 것은 법치주의원리에 부합하는 것이 된다. 주관설과 객관설의 논의는 여기서 그 주된 실익이 있게 된다. 그렇다면 행정법에서 법문언의 의미가 불확정적인 경우에 법해석에서 고려해야 할 사항이 무엇인지를 검토하는 것은 법치주의원리의 요청사항이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 이는 행정법에서 법해석의 목표를 구체화하여 일관성을 갖게 하는 것이기 때문이다.

20) 심헌섭, 앞의 글 (주 9), 7면.

21) 성문법의 해석이 문제되는 경우에는 성문법의 법문언을 법해석의 대상으로 삼고 시작할 수밖에 없다. 다만, 법해석을 법문언에서 시작해서 법문언에 그칠 것인지 아니면 법문언에서 더 나아갈 것인지에 따라 법해석에 대한 견해가 문언주의, 목적주의, 결과주의 등으로 나뉠 수 있는 것이다. Antonin Scalia/Bryan A. Garner, *Reading law: the interpretation of legal texts*, (Thomson/west, 2012), p.16.

22) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결. 이 판결이 참조한 위 2006다81035 판결은 법해석 방법에 관하여 더 상세한 설명을 하고 있다.

행정법의 해석에서 고려할 사항으로는 먼저 법해석의 '주체'를 들 수 있다. 행정상 법률관계에는 행정조직법적 관계와 행정작용법적 관계가 있다. 행정조직법적 관계는 권리주체가 아닌 행정기관 상호간 또는 행정기관의 내부적 관계로 직무권한에 관한 것인 반면, 행정작용법적 관계는 권리주체인 행정주체와 국민간의 관계로 권리의무에 관한 것이라는 차이가 있다.[23] 하지만 앞서 본 바와 같이, 양자 모두 법치주의원리가 관철된다는 측면에서는 차이가 없다. 그리고 행정법이라고 하면 일반적으로 행정조직법과 행정작용법에 더하여 행정구제법까지를 말하는데, 행정상 법률관계에 관한 문제는 통상 행정구제법에 의해 인정되는 행정쟁송제도를 통해 해결된다. 행정쟁송에는 행정심판과 행정소송이 포함되나 행정심판의 청구인은 행정심판 결과에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있기 때문에,[24] 행정상 법률관계에 관한 문제를 해결하기 위한 행정법의 해석에서 가장 큰 비중을 차지하는 것은 행정소송을 담당하는 법원(法院)이다. 또한 행정법의 법원(法源)에는 헌법이 포함되고 법률은 헌법에 합치되도록 해석되어야 하는데, 헌법재판을 담당하는 헌법재판소가 따로 마련되어 있기 때문에 행정법의 해석에서 헌법재판소도 중요한 비중을 차지하게 된다. 따라서 법해석 '주체'의 측면에서는 법원과 헌법재판소가 행정법을 어떻게 해석하여야 하는지의 관점에서 접근하는 것이 주된 문제가 된다. 여기서는 특히 권력분립의 원칙과 민주주의원리가 고려할 사항이 된다. 왜냐하면 국민이 제정한 헌법에 근거하여 국회가 제정한 법에 의해 조직과 권한을 갖춘 행정부의 행정작용이 법을 위반하여 국민의 권리를 침해하였는지 여부를 사법부가 재판을 통해 판단하게 되는 행정법의 구도[25]에서 사법부가 법해석을 통해 새로운 입법을 하거나 행정부의 고유한 정책판단 영역을 대체하는 것은 맞지 않기 때문이다. 물론 헌법재판소의 경우도 크게 다르지 않다. 그리고 이는 사법적극주의와 사법소극주의의 논의와도 연결된다.[26]

23) 김동희, 앞의 책 (주 3), 75면.

24) 판례는 행정심판법 제49조 제1항에 의하면 행정심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속하기 때문에, 피청구인인 행정청은 이에 불복할 수 없다고 한다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결). 그리고 헌법재판소는 행정심판법 제49조 제1항에 의해 중앙행정기관이 지방행정기관을 통제하는 상황이 발생한다고 하여 그 자체로 지방자치제도의 본질적 부분을 훼손하는 것은 아니라며 위 법률조항에 대해 합헌 결정을 하였다(헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바122 결정).

25) 이는 미국행정법에서 행정법을 바라보는 전통적인 틀(the traditional model of administrative law)을 빌린 것이다. 이에 관해서는 Keith Werhan, *Principles of administrative law*, (Thomson/west, 2008), pp.9~10.

26) 한편 원래 의미의 "司法消極主義・積極主義란 合理的인 解釋方法에 의하여 正當化될 수 있는 여러 解釋(즉 여러 意味) 가운데 어떠한 것을 選擇하는가에 관련된 態度를 지칭하는 것"이기 때문

다음으로는 법해석 '대상'의 측면에서 고려할 사항이 있다. 첫째, 법원(法源)의 구조와 특성을 고려하는 것이다. 행정상 법률관계에 적용될 법규범의 인식근거로는 일반적으로 성문법원인 헌법, 법률, 조약, 법규명령, 자치법규와 불문법원인 관습법, 판례법, 조리 또는 행정법의 일반원칙 등이 논의된다. 그런데 관습법 중 행정선례법은 행정법의 일반원칙인 행정의 자기구속의 법리로 대체될 수 있고, 민중적 관습법은 오늘날의 복잡하고 가변적인 현실에서 그 성립요건을 충족하기가 어렵다. 한국에서는 판례법이 법원으로 인정되기 어렵지만 사실상의 구속력은 갖는다.[27] 그런데 이러한 의미의 판례법은 결국 성문법원에 대한 법원의 해석을 사실상 우선시하는 것에 불과하다. 그리고 조리 또는 행정법의 일반원칙은 헌법의 해석으로 도출될 수 있는 것이기 때문에,[28] 행정법 해석의 대상으로 실제 의미가 있는 것은 성문법원이다. 성문법원인 헌법, 법률, 조약, 법규명령, 자치법규는 각기 그 구조나 특성이 다소 상이하기 때문에, 이를 법해석방법론에 고려할 수 있다. 예를 들어, 헌법을 해석할 때에는 법률과 상이한 헌법의 규범구조적·기능적 특질을 고려하여야 한다. 물론 위와 같은 차이를 본질적인 차이로 보는 견해[29]도 있고, 이는 상대적인 것이기 때문에 정도(程度)의 문제라고 보는 견해[30]도 있으며, 헌법해석이 법률해석과 달라서 이에 필요한 방법이 새롭게 요구되는 경우에 한하여 새로운 해석방법을 사용하면 된다고 보는 견해[31]도 있지만, 헌법과 법률을 해석할 때 양자의 차이점을 고려할 필요가 있음은 모두 인정하는 것으로 볼 수 있다.[32]

에, 법이 아닌 것을 법이 아니라고 하지 못하는 것과 같은 "法院의 職務遺棄를 司法消極主義라 부르고 이에 대한 反作用으로 合理的인 解釋原則에 의하여 正當化될 수 없는 뜻이더라도 正義가 要求하는 것이라면 制定法에 부여할 수 있다는 의미로 司法積極主義를 부르짖는 것"은 인정되기 어렵다. 최대권, "제정법의 해석" (주 15), 136~137면.

27) 헌법재판소도 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항 제3호가 심리불속행의 예외사유로 '대법원판례 위반' 여부를 규정한 것은 합헌이라고 결정하면서, 대법원판례의 선례로서의 구속력은 부인되나, 법생활에서 사실상의 구속력은 인정된다고 보았다(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2002헌마18 결정).

28) 박정훈, "행정법의 법원", 「행정법의 체계와 방법론」, (박영사, 2010), 133면(헌법의 규범력이 확보된 오늘날에는 그 동안 관습법, 판례법, 조리 등의 불문법원을 통해 인정될 수 있었던 근본적 법명제들이 헌법과 헌법원리에 의해 인정될 수 있다); 김성수, 앞의 글 (주 12), 86면(비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 내지 행정의 자기구속의 법리, 적법절차의 원칙 등과 같은 행정법의 일반원칙은 헌법상 법치국가원리로부터 도출될 수 있다).

29) 허영, 앞의 책 (주 12), 10면.

30) 최대권, "헌법의 해석" (주 15), 55~56면.

31) 정종섭, 「헌법학원론」, 제8판, (박영사, 2013), 89면.

32) 미국의 경우에는 헌법해석 논쟁과 제정법(statutes) 해석 논쟁이 활발히 이루어졌으며, 최근에는 법규명령의 해석에 관한 논의도 제기되고 있다. 헌법해석 논쟁에 관하여는 차강진, "미국 연방대법원의 역할과 헌법해석방법", 「법학연구」 제40권 제1호 (부산대학교 법학연구소, 1999), 67~92면 및 Symposium, The new originalism in constitutional law, 82 *Fordham Law Review* 371

둘째, 문제되는 행정상 법률관계의 구조나 특성을 고려하는 것이다. 이는 행정의 분류에 따라 생각해 볼 수 있다. 예를 들어, 행정의 목적 중 규제행정의 특성을 고려할 수도 있고,[33] 행정의 주체에 따라 자치행정의 특성을 고려할 수도 있다.[34] 한편 행정의 상대방에 대한 효과를 기준으로 보았을 때의 침익적 행정에 관하여, 판례는 "침익적 행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라고 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다."[35]고 한다. 반면 같은 침익적 행정이지만 조세행정에 관하여, 판례는 "조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하며, 특히 감면요건 규정 가운데에 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 조세공평의 원칙에도 부합한다."[36]고 하여, 특혜적인 조세감면요건규정에 관하여는 행정행위의

(2013) 참조. 제정법 해석 논쟁에 관하여는 남기윤, "현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개", 「저스티스」 제100호 (한국법학원, 2007), 40~79면 참조. 법규명령의 해석에 관하여는 K. M. Stack, "Interpreting regulations", *Michigan Law Review*, Vol.111, No.3 (2012), pp.355~421 참조. 위 글은 법적 구속력이 있는 행정입법(legally binding administrative rules)을 그 대상으로 하고 있다.

33) 규제국가의 특성을 고려하여 행정법의 해석에 관해 논의하는 것이 여기에 속한다. Cass R. Sunstein, "Interpreting statutes in the regulatory state", *Harvard Law Review*, Vol.103, No.2 (1989), pp.405~508; 김유환, "행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제", 「법철학연구」 제6권 제1호 (한국법철학회, 2003), 237~260면.

34) 지방자치권의 자율성을 보장하기 위해서는 지방자치단체에게 행정법령의 해석에 대한 자율성을 인정하여야 한다는 논의가 여기에 속한다. 조성규, "행정법령의 해석과 지방자치권", 「행정법연구」 제32호 (행정법이론실무학회, 2012), 1~29면.

35) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결(유가보조금을 부정수급한 자는 부정수급기간에 지급받은 유가보조금이면 '정상적으로 지급받은 보조금'까지 반환하여야 하는지에 관하여 환수처분의 근거 법규 해석이 문제된 사안).

36) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002두9537 판결(조세감면요건에 관한 법규의 해석이 문제된 사안). 한편 이에 대하여는 대법원이 '엄격해석원칙'이라는 용어를 사용하는 결과, 합리적인 목적적 해석의 가능성이 매우 축소되고 문언해석으로만 기울어 구체적 타당성 있는 결론을 확보하지 못할 우려가 있다는 비판도 있다. 이동식, "조세법상 엄격해석원칙의 타당성 검토", 「조세법연구」 제17권 제3호 (한국세법학회, 2011), 123~124면. 미연방대법원도 조세감면요건규정은 엄격하게(narrowly) 해석되어야 하고 여기서 다른 조세감면요건을 추론(infer)해 낼 수는 없다고 본다. 이에 대하여는 국가재정 보호의 필요성이 인정되고, 입법자는 조세감면요건에 관하여 세심한 주의를 기울였을 것이며, 일반적 평등원칙의 관점에서 선별적인 조세감면요건을 바라볼 필요가 있다는 등의 제도적 고려(Institutional concerns)하에 이를 이해하는 입장이 있다. Cass R. Sunstein, *supra* note 33, p.475. 반면 조세행정도 국가가 개인의 재산권이나 자유권을 침해하는 다른 행정과 동일하기 때문에 조세감면의 경우를 특별히 엄격하게 해석해야 할 이유는 없고(물론 미연방

상대방에게 유리한 방향의 확장해석이나 유추해석도 허용하지 않음이 원칙이다.

한편 행정법에 특유한 것은 아니지만, 절차법인 행정소송법은 기본적으로 절차의 획일성과 안정성을 담보하기 위해 실체법의 경우보다는 법적안정성을 더 중시하는 법해석을 요구한다.[37]

Ⅲ. 행정소송법상 취소소송에서 국가기관의 원고적격

1. 행정소송법상 취소소송에서 국가와 지방자치단체의 원고적격에 관한 판결례

그 동안의 판결 중에는 국가나 지방자치단체의 원고적격이 인정됨을 전제로 판단된 것들이 상당수 있다.[38] 그리고 국가나 지방자치단체가 사인(私人)과 같은 지위에 있는 경우에는 항고소송의 원고적격이 인정된다는 데 별다른 이견이 없는 것으로 보인다.[39] 물론 예전의 하급심 결정[40] 중에는 방론으로 "국가가 항고소송의 당사자인 원고가 될 수도 없을 법리"라며 국가의 원고적격이 인정되지 않는다고 판단한 것도 있다.

그러나 그 후 서울행정법원[41]은 국가가 파주시의 제3자에 대한 건축허가처분을

대법원이 다른 침익적 행정에 대한 면제규정도 엄격하게 해석하는 경우가 다수 있기는 하다), 조세감면요건규정의 문언에 대한 합리적 해석(fair rather than narrow)을 통해 조세감면의 범위를 정하면 된다고 보는 입장도 있다. Antonin Scalia/Bryan A. Garner, *supra* note 21, pp.359~363. 이는 제정법 해석방법에 관한 선스타인의 동태주의(dynamism)와 스칼리아의 신문언주의(new textualism) 사이의 차이점을 보여주는 사례라고 할 수 있다. 동태주의와 신문언주의에 관해서는 남기윤, 앞의 글 (주 25), 69~76면 참조.

37) 민사소송법의 해석에서 소송절차의 명확성과 안정성을 담보하기 위한 이른바 '절차법-실체법 이분론'에 관하여, 문기탁, "공정한 민사소송법의 해석", 「성신법학」 제10호 (성신여자대학교 법학연구소, 2011), 76~77면 참조. 다만, 위 글은 '절차법-실체법 이분론'의 필요성을 인정하면서도, 그 한계에 관하여 논하고 있다.

38) 위 판결들에 대해서는 박현정, "국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격-판례의 최근 경향을 중심으로-", 「행정법연구」 제30호 (행정법이론실무학회, 2011), 169~178면 참조.

39) 박현정, 앞의 글 (주 38), 169~170면; 하명호, "국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제", 「저스티스」 제109호 (한국법학원, 2009), 283면.

40) 부산고등법원 1994. 6. 16.자 94부131 결정(아파트건축허가처분으로 대학교 인근에 아파트가 들어서게 되자, 대학교 구내에 설치계획 중인 관측장비가 제대로 작동하지 못하게 되면 이를 통한 교수들의 연구활동이나 학생들의 수업에 지장이 생기게 된다는 이유로, 대학교 총장의 지위에 있는 자가 '개인'의 명의로 위 처분의 취소소송을 제기하면서 효력정지를 구한 사안). 이 결정은 대법원 1994. 12. 30.자 94누34 결정으로 확정되었는데, 대법원이 국가의 원고적격에 관하여 판단하지는 않았다.

41) 서울행정법원 2000. 6. 2. 선고 99구24030 판결. 이 판결에 대한 원고의 항소는 기각되었고(서울고등법원 2001. 4. 12. 선고 2000누8044 판결), 상고는 심리불속행기각되었다(대법원 2001. 9. 19. 선고 2001두4177 판결). 한편 1심 판결의 내용은 박영만, "'협의' 절차의 하자와 국가측의 항

다툰 사건에서 아래와 같이 국가의 원고적격을 인정하였다.

관할부대장의 동의권 행사에 하자가 있음을 내세워 이 사건 처분의 무효 확인을 구하는 것은 이 사건 처분으로 인하여 침해받게 되었다고 주장하는 법익인 국가의 안전보장을 보호하기 위한 것이므로, 결국 원고에게는 이 사건 소를 제기할 법률상 이익, 즉 원고 적격이 있다. 다만, 일반적인 행정법규상 보호하고자 하는 공공의 이익이 추상적인 법익인데 반하여 이 사건에서와 같이 동의권 등에 의하여 보호하고자 하는 국가안전보장이라는 법익은 앞서 본 법령의 각 규정과 군사시설보호구역의 기능 등을 고려할 때 구체적이고도 직접적인 법익이라는 점에서 양자는 차이가 있다.

그리고 대전고등법원[42]은 국가와 충북대학교 총장이 충청남도 연기군수의 국토이용계획변경신청거부처분을 다툰 사건에서 아래와 같이 국가의 원고적격을 인정하였다.

행정청의 행위의 효과는 국가 또는 공공단체에 귀속되고, 행정청 자체는 민사소송법이 정하는 당사자능력이 없으므로 행정처분의 취소 등을 구하는 항고소송의 피고 적격은 원래 권리·의무의 귀속주체인 국가 또는 공공단체가 되어야 할 것이나 행정소송법은 소송기술상의 편의를 위하여 처분 등을 행한 행정청을 피고로 하

고소송", 「법률신문」 제3007호, 2001. 9. 3.에서 인용한 것이다. 그리고 이 판결에 대하여는 국가의 당사자능력은 인정되지만, 항고소송을 주관소송으로 보는 이상 국가안전보장이라는 공익을 법률상 이익에 포함시키는 것은 타당하지 않다는 반대론이 있다. 박영만, 앞의 글. 반면 이 사건에서는 국가안전보장이라는 일반적 공익이 아니라 '특정 군부대의 군사시설 보호 및 군작전의 원활한 수행'으로 구체화된 이익이므로 국가의 개별적·직접적·구체적 이익이 인정된다는 찬성론도 있다. 박현정, 앞의 글 (주 38), 199면; 김상태, "국가의 항고소송상 원고적격-국가와 지방자치단체의 관계에 있어서-", 「한양법학」 제21권 제1집 (한양법학회, 2010), 228면; 조성제, "행정법상 협의제도에 관한 고찰-군사기지 및 군사시설보호법상 협의를 중심으로-", 「강원법학」 제40권 (강원대학교 비교법학연구소, 2013), 371면.

42) 대전고등법원 2005. 5. 26. 선고 2004누2125 판결. 이 판결은 상고되었는데, 대법원은 국가가 제기한 소의 적법 여부를 직권으로 판단하면서, 국가는 기관위임사무에 관하여 지방자치단체의 장을 지도·감독할 수 있으므로 "국가가 국토이용계획과 관련한 지방자치단체의 장의 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다"며, 국가의 소가 부적법하다고 판단하였다. 그런데 이는 원고적격에 관한 판단이 아니라 다른 유효·적절한 법적해결수단이 있음을 고려한 권리보호의 필요에 대한 판단에 해당한다. 한편 대법원은 위 사건에서 충북대학교 총장은 항고소송의 원고가 될 수 있는 '당사자능력'이 없다는 이유로, 충북대학교 총장의 소가 부적법하다고 판단하였다. 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두6935 판결.

는 예외규정을 두고 있으므로(제13조 제1항, 제38조 제1항) [국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률] 제5조에서 정하고 있는 행정소송수행자의 지정 및 소송대리인의 선임에 관한 규정은 행정청이 피고로서 행정소송을 수행하는 경우에 한하여 적용되고, 이 사건에서처럼 충북대학교와 같은 국가의 산하 기관이 다른 행정청으로부터 받은 처분의 취소를 구할 필요가 있는 경우에는 민사소송법상 당사자능력이 있는 국가가 행정처분의 취소 등을 구하는 항고소송을 제기할 수밖에 없고, 이 경우 국가소송으로서 [국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률] 제2조, 제3조에 의하여 법무부장관이 국가를 대표하고 소송수행자를 지정하거나 변호사를 선임할 수 있다.

또한 서울행정법원[43]은 국가가 관악구보건소장의 서울대학교 보건진료소 직권폐업처분을 다툰 사건에서 아래와 같이 국가의 원고적격을 인정하였다.

국가는 권리·의무의 귀속주체로서 행정소송법 제8조 제2항과 민사소송법 제51조 등 관계 규정에 따라 행정소송상의 당사자 능력이 있는 것이고, 이는 항고소송에서 원고로서의 당사자 능력이라고 하여 달리 볼 것은 아니[며,] …… 서울대학교는 국가가 설립·경영하는 학교일 뿐 위 학교는 법인도 아니고 대표자 있는 법인격 없는 사단 또는 재단도 아닌 교육시설의 명칭에 불과하여 권리능력과 당사자능력을 인정할 수 없으므로, 서울대학교를 상대로 하는 법률행위의 효과는 서울대학교를 설립·경영하는 주체인 국가에게 귀속되고, 그 법률행위에 대한 쟁송은 국가가 당사자가 되어 다툴 수밖에 없다.

43) 서울행정법원 2009. 6. 5. 선고 2009구합6391 판결. 이 판결에 대한 피고의 항소는 기각되었고(서울고등법원 2009. 11. 25. 선고 2009누19672 판결), 상고는 심리불속행기각되었다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두23129 판결). 이에 대하여는 찬성론(박시준, "국가가 행정소송에서 원고로서의 당사자능력과 당사자적격을 가지는지 여부", 「법률신문」 제3834호, 2010. 4. 19.)과 반대론(강해룡, "행정소송에서의 원고적격", 「법률신문」 제3838호, 2010. 5. 6.)이 있다. 반대론은 공법상으로는 행정청도 권리능력이 있으며, 행정소송법상 행정청은 피고적격이 있고 소송참가도 할 수 있을 뿐만 아니라, 국가는 국가기관에 대한 감독권한을 가지기 때문에 국가에게는 원고적격이 인정되지 않는다고 한다. 그런데 위 사건에서 문제되는 사무의 성격에 관하여는, 의료법상 의원 등 소규모 의료기관에 대한 폐쇄명령은 지방자치단체의 장이 하도록 되어 있기 때문에, 위 판결이 위 사무를 국가위임사무로 보는 전제에서 위와 같이 판결한 것은 아니라고 보는 견해가 있다. 박현정, 앞의 글 (주 38), 174면.

즉 위 세 하급심 판결을 종합하면, 국가기관과 달리 국가는 권리능력과 당사자능력을 가지고, 국가기관에 대한 행정처분의 법적 효과는 국가에게 귀속되며, 공익의 성격을 갖는 것이라 하더라도 국가에게 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있으면 국가에게 원고적격이 인정된다는 것이다. 그리고 대법원이 국가의 원고적격에 관하여 명시적 판단을 한 것은 아니지만, 원고적격은 소송요건으로 법원의 직권조사사항이라는 점을 고려하면 대법원도 국가의 원고적격을 인정하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 최근 지방자치단체와 국가의 원고적격에 관한 대법원의 입장을 엿볼 수 있는 판결이 선고된 바 있다. 첫 번째 사건은 지방자치단체의 원고적격에 관한 것인데, 춘천지방법원 강릉지원[44]은 서울특별시가 양양군수의 건축협의취소처분을 다툰 사건에서 아래와 같이 지방자치단체의 원고적격을 인정하였다.

원고는 지방자치법 제2조 제1항 제1호가 정하는 지방자치단체로서 같은 법 제3조 제1항에 의하여 법인이므로, 민법상 권리능력 및 소송법상 당사자능력을 가지고 있고, 행정청의 처분의 상대방은 반드시 자연인 또는 사법상의 법인만이 될 수 있는 것이 아니고, 지방자치단체를 포함한 공법상 사단법인·재단법인 등 공공단체도 될 수 있는 것으로서 원고는 이 사건 협의처분 및 협의취소처분의 상대방으로서 피고의 협의취소처분으로 인하여 그 권리 또는 이익을 침해받았다고 할 것이므로, 피고를 상대로 이 사건 협의취소처분의 취소를 구할 수 있다.

이 판결에 대한 피고의 항소는 기각되었고,[45] 상고심을 맡은 대법원[46]은 '건축협의 취소의 처분성, 항고소송에서의 원고적격 내지 관할 위반 등'에 대한 상고이유에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되어 2011. 12. 1. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축

44) 춘천지방법원 강릉지원 2012. 6. 5. 선고 2011구합779 판결. 한편 이 사건은 지방자치단체가 다른 지방자치단체장의 자치사무에 관한 행정처분의 상대방이 되어 이를 다투는 것으로, 지방자치단체가 국가기관의 행정처분의 상대방이 되는 경우와는 다른 구도이다. 하지만 지방자치의 활성화에 따라 발생하는 것이라는 점은 동일하다.

45) 서울고등법원 2012. 9. 26. 선고 (춘천)2012누640 판결.

46) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두22980 판결.

협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 아니하므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 아니하면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴보아도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 그 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다.

따라서 이 사건 건축협의 취소는 비록 그 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다툴 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 피고를 상대로 항고소송을 통해 이 사건 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다고 봄이 타당하다.

같은 취지인 원심판단은 정당하고, 거기에 건축협의 취소의 처분성, 항고소송에서의 원고적격 내지 관할 위반 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

두 번째 사건은 국가의 원고적격에 관한 것인데, 수원지방법원[47]은 국가가 안양시장의 건축협의불가처분을 다툰 사건에서 아래와 같이 국가의 원고적격을 인정하였다.

그리고 국가라고 하더라도 다른 공권력 주체가 한 행정처분의 상대방이 되는 경우에는 그러한 행정처분이 위법하고 그로 인하여 국가의 권익이 제한되거나 침해된다면, 별도의 구제수단이 확보되어 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 권익보호를 위하여 당해 행정처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다.

이 사건의 경우, 앞서 본 바와 같이 원고는 피고가 한 이 사건 처분으로 인하여 안양교도소를 재건축하지 못하게 됨으로써 그 건축에 관한 법률상 이익에 제한 내지 침해를 받게 되었고, 달리 이러한 제한이나 침해를 해소할 적절한 구제방법이 없으므로……, 피고를 상대로 이 사건 처분에 관한 취소소송을 제기할 수 있다고 할 것이다.

47) 수원지방법원 2012. 12. 27. 선고 2012구합9124 판결.

이 판결에 대한 피고의 항소는 기각되었고,[48] 상고심을 맡은 대법원[49]은 지방자치단체장의 건축허가 및 건축협의에 관한 사무는 자치사무에 해당한다고 하면서, '행정처분 및 항고소송의 대상'에 관한 상고이유에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

구 건축법상 국가라 하더라도 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 아니하면 건축물을 건축할 수 없다. 따라서 허가권자인 지방자치단체의 장이 국가에 대하여 건축협의를 거부하는 것은 해당 건축물을 건축하지 못하도록 권한을 행사하여 건축허가 의제의 법률효과 발생을 거부하는 것이며, 한편 구 건축법이나 구 지방자치법 등 관련 법령에서는 국가가 허가권자의 거부행위를 다투어 법적 분쟁을 직접적·실효적으로 해결할 수 있는 구제수단을 찾기 어렵다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 허가권자인 지방자치단체의 장이 한 건축협의 거부행위는 비록 그 상대방이 국가 등 행정주체라 하더라도, 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력 행사의 거부 내지 이에 준하는 행정작용으로서 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서 정한 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 이에 대한 법적 분쟁을 해결할 실효적인 다른 법적 수단이 없는 이상 국가 등은 허가권자를 상대로 항고소송을 통해 그 거부처분의 취소를 구할 수 있다고 해석된다.

위 두 대법원 판결은 명시적으로 지방자치단체와 국가의 원고적격을 인정하고 있으나(특히, 국가·지방자치단체 등 "행정주체라 하더라도, …… 항고소송을 통해 그 거부처분의 취소를 구할 수 있다고 해석된다." 부분), 원고적격에 대한 구체적인 논증은 생략하고 처분성에 대한 논증으로 이를 갈음한 것은 다소 아쉬운 부분이다. 물론 국가나 지방자치단체가 건축물을 건축할 수 있는 이익을 법률상 이익으로 본 것으로 판결이유에서 추론할 수 있고, 판례[50]는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부를 판단할 때 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위인지 여부를 고려하기 때문에, 특히 원고가 처분의 상대방인 경우라면 처분성과 원고적격에 대한 판단이 함께 이루어질 수 있음은 이해되는 부분이다.

48) 서울고등법원 2013. 7. 11. 선고 2013누4868 판결.
49) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013두15934 판결.
50) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두7834 판결.

2. 국가기관의 원고적격을 예외적으로 인정한 판결

가. 사실관계

A는 하남시 선거관리위원회(이하, 선거관리위원회는 '선관위')의 관리계장으로 근무하고 있었는데, 하남시장 등을 상대로 한 주민소환투표의 실시 청구가 하남시 선관위에 수리되어, 위 주민소환투표 관리총괄팀의 팀장을 맡게 되었다. 그런데 하남시장 등이 위 수리처분 등을 다투는 소송을 수원지방법원에 제기하였고, 위 법원은 위 수리처분을 취소하고 동 투표안 공고의 효력을 정지하였다. 이에 따라 위 주민소환투표절차는 모두 중단되었고, 경기도 선관위는 위 사태와 관련하여 문책성 전보인사를 단행하였는데, A는 위 전보인사에 의해 포천시 선관위로 전보되었다(이하, '이 사건 전보명령').

A는 위 수리처분에 관한 하남시 선관위의 잘못으로 하남시에 재산상 손해가 발생하였다며, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하, '국민권익위원회법')에 따라 국민권익위원회에 부패행위 신고(이하, '이 사건 신고')를 하였다. 그리고 A는 이 사건 전보명령은 A가 위 주민소환투표절차의 문제점을 중앙선관위 사무총장에게 제보한 데 대한 보복차원의 것이라며, 국민권익위원회에 국민권익위원회법 제62조에 따라 이 사건 전보명령의 취소와 관련자 처벌을 구하는 신분보장조치를 요구하였다.

그 후 중앙선관위는 A가 위 주민소환투표와 관련된 방송 인터뷰에서 선관위의 입장에 반하는 허위 진술을 하였다는 이유로 A에 대한 감사를 실시하려 하였다. 그러나 A가 3회에 걸쳐 감사의 연기를 요청하였고, 이에 선관위는 A가 감사를 거부한 것으로 간주하여 감사를 종결하고 A에 대한 징계의견을 경기도 선관위에 통보하였다. 이에 따라 경기도 선관위가 A에 대한 중징계의결을 자체징계위원회에 요구하자(이하, '이 사건 징계요구'), A는 국민권익위원회에 이 사건 징계요구의 취소 및 향후 예상되는 신분상 불이익의 예방을 구하는 신분보장조치를 요구하였다.

그리고 국민권익위원회는 이 사건 신고가 국민권익위원회법 제2조 제4조 (나)목의 부패행위에 해당함을 전제로 하여, A가 이 사건 신고 이후에 이 사건 전보명령 및 이 사건 징계요구와 관련하여 신분보장조치를 요구하였으므로 국민권익위원회법 제63조에 따라 A가 이 사건 신고와 관련하여 불이익을 당한 것으로 추정된다는 이유로, 국민권익위원회법 제62조 제7항에 근거하여 경기도 선관위 위원장에게 이 사건 징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구하는 내용의 의결을 통지하였다(이하, '이 사건 처분').

이에 경기도 선관위 위원장은 국민권익위원회를 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, 서울행정법원[51]은 이 사건 처분이 항고소송의 대상인 처분성이 없다는 이유로 소각하 판결을 하였다. 그런데 항소심과 상고심은 소송요건에 관하여 아래와 같이 1심과 달리 판단하면서, 본안판단에 나가 원고의 청구를 인용하였다.

나. 항소심 판결의 요지

서울고등법원[52]은 '당사자능력, 원고적격, 처분성 또는 소의 이익의 흠결'에 관한 피고의 본안전항변에 대한 판단을 하면서, '국가기관이 항고소송을 제기할 수 있는지 여부'에 관하여 아래와 같이 판단하였다.

행정소송법상 항고소송은 행정청의 '처분 등'이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이고(행정소송법 제3조), 대표적인 항고소송은 '처분 등'의 취소를 구하는 취소소송이다. 행정소송에 대해서는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 법원조직법과 민사소송법의 규정이 준용되므로 항고소송을 제기하기 위해서는 민사소송과 마찬가지로 자연인과 법인 등 소송의 주체가 될 수 있는 일반적 능력인 당사자능력이 있어야 하고, 특정한 소송사건에서 소를 제기하여 본안판결을 받기에 적합한 자격인 원고적격을 갖추어야 하므로, 국가의 행정조직에 불과한 국가기관이 직접 당사자가 되어 소를 제기할 수는 없는 것이 원칙이다.

그러나 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(헌법 제101조 제1항), 법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판할 권한을 가지므로(법원조직법 제2조 제1항), 권리의무의 존부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 그 권리의무의 주체는 최종적으로 법원의 심판을 받을 헌법상의 권리가 있고 법원도 그 심판청구를 받아들일 책무가 있다. 따라서 국가기관이 다른 국가기관에 대하여 한 조치라도 그것이 일반국민에 대한 행정처분 등과 동등하다고 평가할 수 있을 정도로 권리의무에 직접적이고 구체적인 영향을 미치고 그 조치의 위법성을 제거할 다른 법적 수단이 없는 경우에는, 국가기관의 지위에서 그 조치를 한 상대방 국가기관을 상대로 법원에 소를 제기하여 다툴 수 있는 당사자능력과 당사자적격이 있다고 봄이 상당하다.

51) 서울행정법원 2009. 11. 6. 선고 2008구합50506 판결.
52) 서울고등법원 2010. 12. 9. 선고 2009누38963 판결.

다만 국가기관이 항고소송을 제기할 수 있다고 보기 위해서는 다른 국가기관이 행한 조치 및 그 조치에 불응한 경우에 부과될 수 있는 불이익처분의 근거 법령과 그 내용, 침해되는 국가기관의 권리침해 내지 불이익의 내용과 정도, 우월적 지위에서 고권적인 권한행사로 볼 수 있는지 여부, 정부조직 내에서 가능한 해결조정 수단이 행정조직법 기타 법령상 존재하는지 여부, 권한쟁의에 관한 심판, 기관소송 등 다른 권리구제 수단으로 분쟁을 해결할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여야 한다.

그러고 나서 아래와 같이 피고의 본안전항변을 배척하였다.

결국 이 사건 처분의 상대방인 원고는 국가기관이지만, 그 처분의 내용과 효과가 단지 국가기관 또는 행정청 상호간의 조직법상의 권한 행사에 그치지 않고, 처분의 상대방인 원고가 국가기관의 지위에서 어떤 행위를 하거나 하지 아니하는 것이 이 사건 처분에서 정한 조치요구를 이행하지 아니하는 작위 또는 부작위라고 인정이 되어 형사처벌 및 과태료의 제재까지도 받을 수 있는 이상, 이 사건 처분은 그 상대방이 국가기관이라는 차이 외에는 일반 국민의 권리의무에 직접·구체적으로 영향을 주는 통상의 행정처분과 다를 바 없다.

뿐만 아니라 이 사건 처분은 법률에 근거하여 설립된 행정부 소속의 국무총리 산하 기관이 헌법상의 독립기관인 중앙선관위 산하기관에 대하여 한 처분으로서 정부 조직 내에서 그 처분의 당부에 대한 심사·조정을 할 수 있는 다른 방도가 없다. 또한 국가기관으로서의 원고가 그 소속 직원에 대하여 가지는 징계권이 제한되고 나아가 형사처벌 등 중대한 권익의 침해가 초래될 수 있는 처분임에도 불구하고 그 취소를 구할 다른 법적 수단도 없다.

이와 같은 여러 요소들을 종합해 보면, 원고로서는 이 사건 처분을 한 피고를 상대로 그 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 위와 같은 권한의 제약과 법적 지위의 불안을 한꺼번에 해소할 수 있는 가장 유효·적절한 수단이라 할 것이다. 또한 법원으로서도 이를 받아들여 판단하는 것이 일체의 법률상의 쟁송에 대한 심판을 할 권한과 책임을 부여한 헌법의 명령에 부응하는 것이 된다고 할 것이다.

다. 상고심 판결의 요지

대법원[53]은 아래와 같은 이유로 '당사자능력 및 원고적격'에 관한 피고의 상고이

유를 배척하였다.

그런데 이 사건과 같이 국가기관 사이에 어느 일방(피고 위원회)이 상대방(원고)에 대하여 일정한 의무를 부과하는 내용의 조치요구를 한 사안에서 그 조치요구의 상대방인 국가기관이 이를 다투고자 할 경우, 이는 국가기관 내부의 권한 행사에 관한 것이어서 기관소송의 대상으로 하는 것이 적절해 보이나, 행정소송법은 제45조에서 '기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다'고 규정하여 이른바 기관소송 법정주의를 채택하고 있고, 조치요구에 관하여는 국민권익위원회법 등 법률에서 원고에게 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이 사건 조치요구를 이행할 의무를 부담하고 있는 원고로서는 기관소송으로 이 사건 조치요구를 다툴 수는 없다.

또한 이 사건 조치요구는 법률에 근거하여 설립된 행정부 소속의 국무총리 산하기관인 피고 위원회가 헌법상의 독립기관인 중앙선거관리위원회 산하기관인 원고에 대하여 한 것으로서 정부 조직 내에서 그 처분의 당부에 대한 심사·조정을 할 수 있는 다른 방도가 없을 뿐만 아니라, 피고 위원회는 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 '헌법에 의하여 설치된 국가기관'이라고 할 수 없으므로(헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2009헌라6 전원재판부 결정 참조), 원고와 피고 위원회 사이에 헌법 제111조 및 헌법재판소법 제62조 제1항에서 정한 권한쟁의심판이 가능해 보이지도 아니한다.

결국 앞서 본 바와 같이 국민권익위원회법이 원고에게 피고 위원회의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 아니할 경우 과태료나 형사처벌의 제재까지 규정하고 있는데, 이와 같이 국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에게 그와 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾기 어려운 점, 그럼에도 원고가 피고 위원회의 조치요구를 다툴 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어보면, 피고 위원회의 이 사건 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고로서는 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이라고 할 것이므로, 비록 원고가 국가기관에 불과하더라도 이 사건에서는 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 봄이 상당하다.

53) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결.

3. 위 판결에 대한 평가

가. 행정기관의 원고적격 일반론

법을 해석할 때에는 문리해석과 논리적·체계적 해석을 우선시하여야 하고, 절차법인 행정소송법의 해석은 절차의 안정성·획일성을 담보하기 위해 구체적 타당성보다는 법적안정성을 중시하는 해석을 하여야 한다. 또한 법원이 행정법을 해석할 때에는 권력분립의 원칙을 염두에 두어야 하며, 헌법상 입법권은 국회에 속하기 때문에(제40조) 법원이 법해석의 이름으로 국회의 입법권을 침해할 수는 없다. 헌법은 법원에 사법권을 부여하고 있으나, 여기서 사법권은 '법관으로 구성된 법원'에 속하는 재판권인 형식적 의미의 사법권을 의미한다(제101조 제1항, 제2항).[54] 헌법이 국민의 권리의무와 관련된 헌법소원심판권을 헌법재판소에 부여(제111조 제1항 제5호)하고 명령·규칙에 대한 위헌·위법심사권을 법원에 부여(제107조 제2항)한 것을 보더라도 그렇다. 법원조직법은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상 쟁송에 대한 심판권과 법원조직법 및 다른 법률에 의하여 법원에 속하는 권한을 법원의 권한으로 규정하고 있다(제2조 제1항). 그런데 '법률상 쟁송'은 '당사자 사이의 권리의무에 관한 다툼으로서 법령의 적용에 의하여 해결될 수 있는 분쟁'이라는 것이 일반적 견해이다.[55] 기관소송은 권리주체간의 다툼이 아니기 때문에, 법률상 쟁송에 해당하지 않는다. 더구나 헌법은 국가기관 상호간 권한쟁의심판권을 헌법재판소에 부여하고 있고, 행정소송법은 기관소송법정주의를 취하고 있다. 행정소송법의 문리해석과 논리적·체계적 해석상 행정기관이 취소소송의 원고적격을 가지기 어렵다는 점은 앞서 본 바와 같고, 이 점이 법문언상 불확정적이라고 볼 근거도 희박하다. 또한 행정소송법이 취소소송과는 별도로 기관소송을 마련해 두고 있다는 점을 고려하면, 기관소송법정주의의 한계를 취소소송의 원고적격에 관한 규정의 해석을 통해 우회하려는 시도는 법문언의 정당한 해석 범위에 포함되기 어렵다.[56]

54) 정종섭, 앞의 책 (주 31), 1381면.

55) 김동희, 앞의 책 (주 3), 674면. 이는 이 사건의 항소심 판결도 인정하는 내용이다.

56) 반면 행정소송법 제12조의 해석상으로도 국가기관의 원고적격이 인정될 수 있다는 견해도 있는데, 그 이유는 공법상 법률관계의 특수성을 고려하면 행정청은 공법상 국가의 의사를 결정하고 이를 외부에 표시하는 권한을 가진다는 한도에서 행정행위를 하는 주체로서의 권리능력이 있기 때문이라고 한다. 강해룡, 앞의 글 (주 43); 강해룡, "항고소송에서의 원고 적격", 「법률신문」 제4160호, 2013. 9. 23. 그러나 위 견해는 공법상 법률관계의 특수성이 무엇인지 밝힌 바 없고 행정청의 개념을 그대로 반복하여 언급하고 있을 뿐이다. 사실 위와 같은 행정청의 개념은 사법(私法)상 법인의 기관 개념과 다르지 않다. 위와 같은 논리라면 사법상 법인의 기관도 권리능력이 인정되어야 할 것이다.

한편 행정소송의 피고인 행정청에게도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 청구인적격이 인정된다고 한 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2004헌바44 결정이나 교원소청심사위원회 결정에 대하여 학교의 장도 행정소송을 제기할 수 있다고 한 대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두9317 판결이, 국가의 구성부분인 국립대학의 원고적격을 인정하는 데 긍정적인 영향을 미치는 것으로 평가하는 경우도 있다.[57] 하지만 전자의 경우는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는 "당사자"라는 법문언의 해석이, 후자의 경우는 교원소청심사결정에 대한 불복쟁송을 제기할 수 있는 "당사자"라는 법문언의 해석이 문제되었다. 그리고 여기서 당사자는 소송절차 또는 소청절차에서의 당사자를 의미한다는 이유로 해당 절차의 당사자인 행정청의 청구인적격 또는 학교의 장의 원고적격이 인정될 수 있었던 것인바, 이는 법문언의 정당한 해석 범위에 포함되는 것이다. 따라서 위 사례들은 행정소송법의 해석으로 국립대학이나 행정기관의 원고적격을 인정하는 데 긍정적으로 평가할 만한 것들은 아니고, 오히려 이는 입법사항임을 보여주는 것들이다.[58]

나. 국가기관과 그 담당자를 혼동하여 불필요한 예외 인정

위 서울고등법원 및 대법원 판결은 구체적 타당성을 고려하여 예외적으로 국가기관의 원고적격을 인정하였다. 그리고 그 주된 이유는 '국가기관'인 경기도 선관위 위원장에게 과태료나 형사처벌의 제재까지 부과되는 중대한 불이익이 발생할 우려가 있다는 예외적 상황이다. 그러나 '국가기관'과 '국가기관의 담당자'는 구별된다.[59] 이 사건에서 과태료 납부의무나 형사책임을 부담하게 되는 자는 국가기관이 아니라 국가기관의 담당자인 자연인(自然人)이다.[60] 그렇지 않고 국가기관이 형

57) 전훈, "고등교육법상 교육부장관의 국립대학에 대한 지도·감독조치의 정당성에 관한 행정법적 고찰", 「공법연구」 제42권 제2호 (한국공법학회, 2013), 409면; 김중권, "행정소송에서 대학의 당사자능력과 원고적격에 관한 소고", 「강원법학」 제36권 (강원대학교 비교법학연구소, 2012), 84면(이 글은 위 2008두9317 판결에 관하여만 언급하고 있음).

58) 참고로 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 제1항은 "국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 …… 그 기관 또는 단체를 대표하여 정정보도를 청구할 수 있다."고 규정하고 있으며, 동일한 내용의 구법(舊法)에 관하여 대법원 2006. 2. 10 선고 2002다49040 판결은 '기관'(여기에는 행정기관도 포함된다)의 당사자능력을 인정한 해당 법률을 위헌으로 볼 수는 없다고 판단하였다. 이를 보더라도, 행정소송법상 취소소송에서 행정기관의 원고적격 문제는 입법사항임을 확인할 수 있다.

59) '기관'은 조직규범에 의하여 인위적으로 창설된 것으로 기관에 부여된 권한을 수행하는 인간인 '기관담당자'와 엄격하게 구별된다. 정하중, "지방자치단체 기관상호간의 분쟁에 대한 행정소송", 「안암법학」 제7호 (안암법학회, 1998), 71~72면.

60) 물론 후술하는 바와 같이 이 사건 처분에 의해 법적 제한을 받게 되는 것은 '국가'의 권한과 경기도 선관위 위원장을 맡고 있는 '자연인'의 권리이다. 하지만 국민권익위원회법 제90조의 형사

사처벌을 받게 된다고 본다면, 법인의 범죄능력 문제에 더하여 기관의 범죄능력이라는 새로운 법적 쟁점을 만들어 내는 것이 된다. 그런데 법인의 범죄능력은 예외적으로 법률로 특별히 규정하는 경우에 한하여 인정되는 것임을 고려한다면,[61] 국가기관이 형사처벌을 받는다는 논리가 성립되기 어려운 것임을 충분히 알 수 있다. 더구나 이 사건에서의 형사처벌에는 징역형도 포함되어 있다(국민권익위원회법 제90조). 과태료의 경우도 다르지 않다. 권리능력이 없어서 재산권의 주체가 되지 못하는 행정기관이 과태료 납부의무를 부담한다는 것은 생각하기 어렵다.[62] 그리고 이 사건 처분의 상대방이 '국가기관'인 경기도 선관위 위원장이라 할지라도, 경기도 선관위 위원장은 그 권한이 제한될 뿐이고, 이 사건 처분에 따라 이 사건 징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말아야 할 의무는 A의 사용자이자 권리주체인 '국가'가 부담하는 것이고, 이와 동시에 국가기관의 담당자인 '자연인'도 실제 행위자로서 법적 의무를 부담하게 되는 것이다.[63] 즉 이 사건 처분으로 국가기관에게 과태료나 형사처벌의 제재까지 부과되는 중대한 불이익이 발생할 우려는 존재하지 않기 때문에, 이를 이유로 국가기관에게 취소소송의 원고적격을 인정할 필요도 없다.

한편 위와 같이 보더라도 이 사건 처분은 권리주체인 국가와 위 자연인의 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 그 처분성이 인정될 수 있다. 왜냐하면

책임에는 징역형도 포함되어 있는데 국가에게 징역형을 집행하는 것은 불가능하다. 또한 국민권익위원회법은 실제 권한을 행사하는 자연인에게 과태료 납부의무나 형사책임을 부담하게 함으로써 국민권익위원회법에 의한 조치요구 등의 실효성을 높이고자 하는 것으로 이해함이 타당하다. 즉 국민권익위원회법 제62조의 "소속기관의 장"이 조치요구의 상대방이 되는 것이지만, 제90조의 형사책임과 제91조의 과태료 납부의무의 주체로서 조치요구를 받은 "소속기관의 장"은 책임이 귀속되는 자연인의 '신분'을 의미하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이 사건에서 과태료 납부의무나 형사책임을 부담할 수도 있는 자는 국가기관의 담당자인 '자연인'이다.

61) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도1483 판결(법인은 기관인 자연인을 통하여 행위를 하게 되는 것이라서, 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 한 경우에는 자연인이 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 법인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 형사책임을 질 수 있다).

62) 국가기관인 우체국장은 관세법상 조세채무를 부담할 수 있는 권리의무의 주체로서 법률상 담세능력이 있다거나 책임재산을 가질 수 있다고 볼 수 없어 관세법상의 납세의무자가 될 수 없으므로, 우체국장에 대한 관세부과처분이 당연무효라고 한 대법원 1987. 4. 28. 선고 86누93 판결 참조.

63) 하명호, 앞의 글 (주 39), 282면은 노동위원회의 구제명령에 대한 불복쟁송에 관하여 논하면서, 국가의 구성부분인 국립대학교나 소속기관에 대한 구제명령은 사업주인 국가에 대하여 행하여진 것으로 보아야 하므로 국가가 원고가 되어 소송을 제기할 수 있다고 본다. 그리고 이러한 결론을 뒷받침하는 판결로, 사인(私人)에 관한 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결(부당해고나 부당노동행위에 대한 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에게 행해진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다)과 특허사건에 관한 대법원 1997. 9. 26. 선고 96후825 판결(경북대학교는 국립대학으로서 민사법상의 권리능력이나 당사자능력이 없음이 명백하므로 특허출원인이나 항고심판청구인, 상고인이 될 수 없다)을 들고 있다.

판례[64]는 행정처분에 해당하는지 여부를 판단할 때 행정처분이 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성 등을 널리 참작하기 때문이다. 그리고 경기도 선관위 위원장인 자연인은 이 사건 처분에 대한 취소소송에서 원고적격을 가질 수 있다.[65][66] 왜냐하면 위 자연인이 위법한 조치요구에 근거한 과태료 또는 형사처벌을 받지 않을 개별적·직접적·구체적 이익은 이 사건 처분의 근거 법규와 관련 법규가 보호하는 것이기 때문이다. 또한 위 자연인에 대한 형사처벌이 문제된다 하더라도, 형사재판에서도 구성요건해당성과 관련하여 행정처분의 위법성을 판단할 수 있기 때문에,[67] 위 자연인은 이 사건 처분의 위법성을 주장하여 형사처벌을 받지 않을 수 있다.

결국 국가기관의 원고적격을 인정하는 것은 행정소송법의 정당한 해석 범위에 포함되지 아니함에도 불구하고, 위 서울고등법원 및 대법원 판결은 잘못된 전제에 기초하여 불필요한 예외를 인정한 것이다.[68]

64) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결.

65) 박현정, 앞의 글 (주 38), 201면(이 글은 피고 국가인권위원회가 원고의 사용자에 대하여 한 인사조치권고처분은 성희롱 행위자로 결정된 원고의 인격권에 영향을 미침과 동시에 그 사용자에게 일정한 법률상 의무를 부담시키는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 원고가 위 처분의 상대방은 아니지만 원고적격을 갖는다고 한 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008두7854 판결을 예로 들고 있다); 정남철, "항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격-특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여-", 「저스티스」 제140호 (한국법학원, 2014), 352면. 한편 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정을 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 함이 타당하다며 세무조사결정의 처분성을 인정한 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617 판결의 취지를 고려하면, 과태료 부과처분이 있은 후나 형사소송절차에 이르러서야 비로소 이 사건 처분의 위법성을 다투도록 하는 것은 합리적이지 않다.

66) 한편 박현정, 앞의 글 (주 38), 201면은 이 사건에서는 위원장직에 있는 개인뿐만 아니라 국가의 원고적격을 인정하는 편이 바람직할 수도 있다고 한다. 이는 이 사건에서 국가는 A의 사용자 지위에 있다거나, 이 사건 처분의 근거 법규 또는 관련 법규가 보호하는 국가의 개별적·직접적·구체적 이익이 인정될 수 있다는 점을 그 근거로 할 것이다. 물론 국가도 취소소송에서 당사자능력을 갖는다는 점은 인정할 수 있지만, 개별적·직접적·구체적 이익의 존부를 판단할 때 국가와 사인을 완전히 동일하게 보기는 어려울 것이다. 국민권익위원회법에 의하면 공직자는 부패행위 신고의무가 있고(제56조), 부패행위 신고자를 보호하여 공익신고를 장려하고자 국민권익위원회에 조치요구권을 부여하고 조치요구를 받은 자는 정당한 사유가 없는 한 이를 따르도록 한 것을 보면(제62조 제7항), 이 사건 처분의 근거 법규 또는 관련 법규인 국민권익위원회법이 국가에게까지 조치요구를 다툴 수 있는 법률상 이익을 부여한다고 보기는 어렵다고 생각한다.

67) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006도7689 판결(도시 및 주거환경정비법에 근거한 행정처분을 받은 사업시행자 및 정비사업전문관리업자는, 그 행정처분에 당연무효에 이르지 않는 위법사유가 있다 하더라도, 그 행정처분에 부과된 의무에 위반하였음을 이유로 한 형사책임을 부담하지 않는다).

68) 한편 김범진, "국가기관도 항고소송의 당사자 될 수 있나", 「법률신문」 제4168호, 2013. 10. 24.는 위 대법원 판결에 대해 호평을 하면서, 오늘날의 사회에서는 국가 혹은 공공단체 내부에

Ⅳ. 결론

유고슬라비아국제형사재판소의 권오곤 재판관은 사법부의 권위는 법적인 이유설시(power of legal reasoning)에서 나온다며, 납득할만한 레퍼런스와 기록으로 국민을 설득해야 한다고 조언한다.[69] 이성에 바탕을 둔 충분한 논증을 통해 합리성과 설득력을 갖춘 판결만이 그 정당성을 획득할 수 있는 것이기 때문에 이는 적절한 조언이다. 국가기관의 원고적격을 예외적으로 인정한 위 대법원 판결의 주심을 맡은 대법관은 통상임금에 관한 대법원 전원합의체 판결[70]에서 3인의 반대의견에 가담하였는데, 이 반대의견은 다수의견을 비판하면서 다음과 같이 설시하였다.

다수의견의 요지는 다음과 같다. 즉 정기상여금은 통상임금에 해당하고, 이것을 통상임금에서 제외하기로 근로자와 사용자가 합의하였더라도 그러한 합의는 근로기준법에 위배되어 무효인 것은 맞으나, 근로자가 그 합의의 무효를 주장하면서 정기상여금을 통상임금에 포함하여 산정한 수당과 퇴직금을 추가로 청구하는 것은 신의칙에 위배된다는 것이다.

그러나 근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낯선 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴보아도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.

판례[71]는 그 동안 민법 제2조에 규정된 신의칙을 해석하면서, 특별한 사정이 없는 한 강행법규 위반을 주장하는 것은 신의칙에 반하지 않는다고 보았으며, 여기서 '특별한 사정'은 사실상 수식어에 불과한 정도로 운영되고 있었다. 그런데 통상임금 사건에서 다수의견은 이러저러한 현실적 사정을 이유로 특별히 '특별한 사정'을 인정하는 논증을 한 것이다. 그렇기 때문에 반대의견의 위와 같은 지적은 충분히 이해할 수 있는 측면이 있다. 그런데 행정소송법 제12조의 원고적격에 관한 규정이 일반조항인 민법 제2조의 신의칙에 관한 규정보다 불확정적이지도 않은데,

서도 다양한 법률적 분쟁이 발생할 수 있고 이에 대한 사법적 개입의 필요성 역시 더욱 커질 것이므로, 좀 더 거시적인 시야에서 본다면 이러한 판결은 거스를 수 없는 흐름이라고 본다. 그러나 이는 입법론이라 할 것이다.

69) 대한변협신문 제502호, 2014. 7. 14.

70) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

71) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결; 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390 판결 등.

앞서 본 바와 같은 논증으로 국가기관의 원고적격을 인정한 것은 어떻게 이해하여야 할까. 행정소송법의 해석으로는 국가기관이 취소소송의 원고적격을 가질 수는 없다. 만약 국가기관이 권리능력을 갖는 것은 아니지만 과태료와 형사처벌이라는 중대한 불이익을 입을 수 있기 때문에 원고적격을 인정받을 수 있다면, 천성산에 서식하는 도룡뇽도 권리능력은 갖지 않지만 인간들의 터널공사로 생존환경이 파괴되어 그 생존자체가 위협받는 중대한 불이익을 입을 수 있으므로 당사자능력을 인정받을 수 있어야 하지 않을까. 하지만 판례[72]는 자연물인 도룡뇽의 당사자능력을 인정하지 않는다.

행정소송법상 취소소송의 원고적격이 행정기관에게 인정될 수 있는지 여부는 법해석의 문제가 아니라 입법의 문제이다. 법원이 정당한 해석의 범위를 넘는 법해석을 하는 것은 입법권을 침해하는 것이고, 국회가 부담해야 할 정치적 책임을 법원이 대신하는 것이 된다. 그러나 법원이 담당하는 사법기능은 본래 비정치적 성질의 국가작용이다.[73] 따라서 이는 사법기능의 본질에도 맞지 않는다. 오늘날의 민주적 법치국가에서는 민주주의원리에 따라 "법적으로 짜인 대화적 입법과정에서 모든 법적 관련자들의 동의를 획득한 법규범"만이 정당한 효력을 주장할 수 있으나, 다만 현실적 이유로 다수결원칙이 적용되는 것인데 이때에도 합리적인 대화와 토론이 이루어져야 한다.[74] 따라서 법원이 법해석을 통해 입법권을 침해하는 것은 이러한 합리적 대화와 토론의 기회를 빼앗는 것으로 민주주의원리에도 반하는 것이다. 행정소송법이 기관소송법정주의를 규정하고 있다면, 어떠한 기관소송을 도입할 것인지는 공론을 통해 국회가 법률로 결정할 사항인 것이다. '판사는 판결로 말한다'는 법언이 있는데, 여기서 판결은 법해석방법론을 염두에 둔 것이어야 한다. 그리고 이것이야 말로 헌법상 법치주의원리의 요청에 부응하는 길이다.

한편 이 글을 시작할 때 언급하였듯이, 국가기관의 원고적격 문제가 불거지는 것은 법원이 담당하는 기관소송제도와 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판제도가 불충분하다는 데 그 이유가 있다. 사실 이 문제는 오래전부터 지적되어 왔던 것인바, 입법적 해결을 기대한다.

72) 대법원 2006. 6. 2.자 2004마1148,1149 결정.

73) 허영, 앞의 책 (주 3), 1034~1036면.

74) 양천수, "민주적 법치국가에서 본 법규범의 효력근거: 법철학의 관점에서", 「법과사회」 제38권 (법과사회이론학회, 2010), 59면.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

이 국 현

국가기관, 원고적격, 행정법의 해석, 권력분립의 원칙, 법치주의원리

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김동희, 「행정법Ⅰ」, 제17판, (박영사, 2011)

_____, 「행정법Ⅱ」, 제19판, (박영사, 2013)

박균성, 「행정법론(상)」, 제10판, (박영사, 2011)

허영, 「한국헌법론」, 전정9판, (박영사, 2013)

_____, 「헌법이론과 헌법」, 제5판, (박영사, 2011)

정종섭, 「헌법학원론」, 제8판, (박영사, 2013)

2. 논문

강해룡, “행정소송에서의 원고적격”, 「법률신문」 제3838호, 2010. 5. 6.

_____, “항고소송에서의 원고 적격”, 「법률신문」제4160호, 2013. 9. 23.

김범진, “국가기관도 항고소송의 당사자 될 수 있나”, 「법률신문」 제4168호, 2013. 10. 24.

김상태, “국가의 항고소송상 원고적격-국가와 지방자치단체의 관계에 있어서-”, 「한양법학」 제21권 제1집 (한양법학회, 2010)

김성수, “헌법은 존속하고 행정법은 변화한다”, 「공법연구」 제41집 제4호 (한국공법학회, 2013)

김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제”, 「법철학연구」 제6권 제1호 (한국법철학회, 2003)

김중권, “행정소송에서 대학의 당사자능력과 원고적격에 관한 소고”, 「강원법학」 제36권 (강원대학교 비교법학연구소, 2012)

남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개”, 「저스티스」 제100호 (한국법학원, 2007)

문기탁, “공정한 민사소송법의 해석”, 「성신법학」 제10호 (성신여자대학교 법학연구소, 2011)

박시준, “국가가 행정소송에서 원고로서의 당사자능력과 당사자적격을 가지는지 여부”, 법률신문 제3834호, 2010. 4. 19.

박영만, “‘협의’ 절차의 하자와 국가측의 항고소송”, 법률신문 제3007호, 2001. 9. 3.

박정훈, “행정법의 법원”, 「행정법의 체계와 방법론」, (박영사, 2010)
박현정, “국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격-판례의 최근 경향을 중심으로-”, 「행정법연구」 제30호 (행정법이론실무학회, 2011)
심헌섭, “법률적 삼단논법-논리적·철학적 소고-”, 「서울대학교 법학」 제14권 제2호 (서울대학교 법학연구소, 1973)
_____, “법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법-”, 「서울대학교 법학」 제24권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 1983)
안준홍, “법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰”, 「법철학연구」 제11권 제2호 (한국법철학회, 2008)
양천수, “민주적 법치국가에서 본 법규범의 효력근거: 법철학의 관점에서”, 「법과사회」 제38권 (법과사회이론학회, 2010)
이동식, “조세법상 엄격해석원칙의 타당성 검토”, 「조세법연구」 제17권 제3호 (한국세법학회, 2011)
전훈, “고등교육법상 교육부장관의 국립대학에 대한 지도·감독조치의 정당성에 관한 행정법적 고찰”, 「공법연구」 제42권 제2호 (한국공법학회, 2013)
정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격-특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여-”, 「저스티스」 제140호 (한국법학원, 2014)
정하중, “지방자치단체 기관상호간의 분쟁에 대한 행정소송”, 「안암법학」 제7호 (안암법학회, 1998)
조성규, “행정법령의 해석과 지방자치권”, 「행정법연구」 제32호 (행정법이론실무학회, 2012)
조성제, “행정법상 협의제도에 관한 고찰-군사기지 및 군사시설보호법상 협의를 중심으로-”, 「강원법학」 제40권 (강원대학교 비교법학연구소, 2013)
차강진, “미국 연방대법원의 역할과 헌법해석방법”, 「법학연구」 제40권 제1호 (부산대학교 법학연구소, 1999)
최대권, “제정법의 해석”, 「서울대학교 법학」 제30권 제1·2호 (서울대학교 법학연구소, 1989)
_____, “헌법의 해석”, 「헌법재판연구」 제5권 (헌법재판소, 1994)
최봉철, “법실증주의와 그 재판이론”, 「법철학연구」 제14권 제3호 (한국법철학회, 2011)

하명호, “국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제”, 「저스티스」 제109호 (한국법학원, 2009)
Torben Spaak 저/권경휘 역, “법실증주의, 법의 규범성 그리고 법적 정당화의 규범적 힘”, 「법학연구」 제20권 제1호 (경상대학교 법학연구소, 2012)

3. 신문기사

대한변협신문 제502호, 2014. 7. 14.

Ⅱ. 외국문헌

1. 단행본

Antonin Scalia/Bryan A. Garner, *Reading law: the interpretation of legal texts*, (Thomson/west, 2012)
Keith werhan, *Principles of administrative law*, (Thomson/west, 2008)

2. 논문

Cass R. Sunstein, “Interpreting statutes in the regulatory state”, *Harvard law review*, Vol.103, No.2 (1989)
K. M. Stack, “Interpreting regulations”, *Michigan law review*, Vol.111, No.3 (2012)
Symposium, The new originalism in constitutional law, 82 *Fordham law review* 371 (2013)
Timothy sandefur, “In defense of substantive due process, or the promise of lawful rule”, *Harvard jounal of law & public policy*, Vol.35, No.283 (2012)

Abstract

Administrative Agency's Standing to Sue in the Revocation Litigation from the Perspective of Interpreting the Administrative Litigation Act

– A Review on the Supreme Court Decision 2011Du1214 Decided July 25, 2013 –

Yi, Goog hyun

About a year ago, the Supreme Court exceptively decided that the national administrative agency has a standing in seeking to revoke the other agency's disposition. According to the Supreme Court, although it generally doesn't have a standing in the revocation litigation, it has in this case since the national administrative agency might be criminally charged. Further granting a standing could be the only way to protect its quasi-right. But this decision raises doubts about the legitimacy of the legal reasoning in terms of the legal interpretation methodology.

It has no basis in the legal text and structure to presume that administrative agency has a standing to sue in revocation litigation. And the exceptional circumstances granting administrative agency a standing to sue do not exist in effect. Eventually, it was unnecessary and unreasonable to grant administrative agency standing to sue in the revocation litigation. It is not the judicial branch but the legislative branch to exercise the legislative power. Whether administrative agency has standing to sue in the revocation litigation of the Administrative Litigation Act is the problem to be solved by the legislative branch.

Yi, Goog hyun

national administrative agency, standing to sue, interpretation of administrative law, separation of powers, rule of law

방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사*

-'독일 연방행정법원'(BVerwG)의 규제재량을 중심으로 -

김 태 오**

【목 차】

Ⅰ. 논의의 배경
Ⅱ. 규제의 개념, 통신규제의 체계, 그리고 상호접속
1. 규제의 개념
2. 독일 통신법상 규제체계
3. 통신법상 상호접속 체계의 이해
Ⅲ. 연방행정법원의 규제재량이론
1. 규제재량의 성립과 발전
2. 연방행정법원이 인정한 규제재량영역
3. 규제재량의 인정근거
4. 규제재량하자의 판단기준
5. 규제재량이론에 대한 찬반
Ⅳ. 독일 규제재량이론의 시사점
1. 전기통신사업법상 상호접속규제
2. 규제재량이론의 확장가능성
3. 행정법 도그마틱에 대한 함의

【국 문 요 약】

일반적인 규범의 구조는 법요건과 법효과로 이루어져 있다. 법요건의 충족을 전제로 법효과가 발생하는 것이다. 이러한 규범구조에서 전통적인 행정법 도그마틱은 오직 법효과 부분에만 행정재량이 존재한다고 본다. 비록 법요건 부분에 불확정개념이 사용되더라도 행정기관의 모든 판단은 완전한 사법심사의 대상이 되는 것이다. 달리 말하면, 법요건 부분에는 재량이 있을 수 없다는 결론이다.

그러나 통신규제 영역에서 최근 독일 연방행정법원이 내린 일련의 판결로 규제재량이라는 새로운 개념이 받아들여졌다. 이에 따라, 규제재량이 인정되면 형량하자에 대한 심사로 사법심사의 범위가 제한되는데, 이는 통신분야의 전문규제기관인 연방망규제청의 전문성을 존중할 필요가 있었기 때문이다. 특히 통신시장에서

* 본 연구는 정보통신정책연구원에서 필자가 수행 중인 "방송통신분야에서의 규제재량권 확보와 규제불확실성 해소방안"의 일부분에 해당하는 내용이다. 그리고 본 논문은 7월 12일에 열린 행정법이론실무학회 제222회 정기학술발표회에서 발표된 내용을 수정·보완하였음을 밝힌다.
** 정보통신정책연구원(KISDI) 부연구위원, 법학박사.

의 경쟁과 그 시장이 올바로 기능하기 위한 핵심요소인 상호접속규제가 바로 연방행정법원이 받아들인 규제재량이 인정되는 대표적인 규제 영역이다.

이러한 논의과정을 통해 특히 본 논문에서는 독일의 규제재량이론이 우리의 방송통신규제와 행정법 도그마틱에 주는 시사점을 도출하고자 하였다.

Ⅰ. 논의의 배경

대개의 법규정은 법요건과 법효과 부분으로 구조화되어 있다. 그리고 법요건의 충족을 전제로 법효과가 발생되는 것이 일반적인 법의 논리이다. 이러한 법요건에 미리 명확한 판단기준이 제시되면 제1차적인 법적용을 담당하는 소관 행정청은 올바른 판단을 내릴 수 있게 되고 그 법효과를 둘러싼 시비는 현저히 줄어들 것이다. 하지만 동태적인 현실 변화를 고려하고 장래를 미리 예측하여 법요건으로 명확한 기준을 담아내기란 쉽지 않은 일이다. 이러한 사정으로 입법자는 불가피하게 법요건 부분에 '불확정개념'(unbestimmter Begriff)을 사용할 수밖에 없다.

특히 방송통신[1] 관련 법령에서 법요건 부분의 불확정개념은 빈번히 목격된다.[2] 방송통신 분야는 공익적이기도 하면서 복잡한 이해관계가 얽혀 있을 뿐 아니라, 새로운 방송통신기술이 역동적으로 도입되는 영역이다. 이러한 상황에서는, 방송통신 규제기관[3]이 그 전문성을 바탕으로 동태적이고 복잡한 상황에 적합한 결정을

1) '방송통신'이란 방송통신발전 기본법 제2조제1호의 정의에 따른다. 이 법에서 사용되는 방송통신이란, 방송법 제2조에 따른 방송, 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제2조에 따른 인터넷 멀티미디어 방송, 전기통신기본법 제2조에 따른 전기통신을 의미한다.

2) 방송법 제10조제1항의 방송사업'허가'와 종합편성이나 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업의 '승인'기준으로 열거된 불확정개념들, 요금을 포함한 이용약관의 승인, 전기통신사업법 제38조제3항의 도매제공의무사업자의 도매제공의무서비스 지정요건, 전기통신사업법 및 방송법상 금지행위 규정에서의 요건 등.

3) 우리의 방송통신 규제기관은 2013년 새 정부 출범으로 구 방송통신위원회 조직이 미래창조과학부와 방송통신위원회로 이원화되었다. 구체적인 소관사무의 분장은 여·야합의로 다음의 표와 같이 나누어졌다.

구 방송통신위원회 조직	신 방송통신위원회 존치	미래창조과학부 이관
방송통신융합정책실	방송광고정책, 편성평가정책, 방송진흥기획	방송통신정책, 융합정책총괄, 융합정책, 방송통신녹색기술, 전파정책기획, 전파방송관리, 주파수정책, 디지털방송정책
방송정책국	방송정책기획, 지상파방송정책, 방송채널정책	뉴미디어정책 ※비보도·상업 PP 등록·승인사항
통신정책국		통신정책기획, 통신경쟁정책, 통신이용제도, 통신자원정책
이용자보호국	조사기획총괄, 통신시장조사, 방송시장조사, 이용자보호, 시청자권익증진	
네트워크정책국	개인정보보호윤리	네트워크기획, 네트워크정보보호, 인터넷정책, 지능통신망
산하기관		국립전파연구원 중앙전파관리소

주도해 나갈 필요가 있다.

하지만 전통적인 행정법 도그마틱은 이러한 현실에 부응하지 못하고 있다. 특히 독일의 통설·판례는 ① 일반적인 행정재량, ② 계획재량, ③ 판단여지가 인정되는 불확정개념에서만[4] 행정청의 '결정여지'(Entscheidungsspielraum)를 긍정하고 있다(소위 '3분론'). 이에 따르면, 법요건 부분에 불확정개념이 사용되었더라도 재량을 전혀 인정할 수 없으며 원칙적으로는 오직 법효과 부분에 행정청의 재량이 존재할 뿐이다. 예외적으로 행정청의 전문성이 발휘되어야 하는 영역에서 판단여지를 인정하는 정도에 그친다.[5] 이와 같은 법도그마틱이 확립된 이유는, 국민이 행정청의 판단에 대해 법원에서 다시 한 번 완전한 심사를 받고자 하며, 이는 헌법적으로 보장(독일 기본법 제19조제4항)되는 것으로 해석되기 때문이다.[6]

그런데 독일에서조차 전통적인 불확정개념에 대한 이러한 이해에 균열이 가해지기 시작하였다. 행정의 결정여지에 대한 전통적인 3분론의 틀을 벗어나, 통일적으로 단일의 재량개념 또는 단일한 행정의 결정여지 모델을 찬성하는 주장도 설득력을 얻어가고 있는 것이다.[7] 여기에 최근 독일 연방행정법원(이하 '연방행정법원')이 독일 통신법(TKG, 이하 '통신법') 관련 판결에서 처음으로 인정한 이래 확고한 지위를 잡아가고 있는 '규제재량'(Regulierungsermessen)으로 전통적인 재량이론의 해체는 더욱 가속화되고 있다.[8] 이러한 규제재량의 목적은 소관 규제행정청의 '최종결정권한'(Letztentscheidungsbefugnis)을 강화하기 위함이다.[9] 논의를 사법심사와의 관계로 확대하면, 결국 규제재량의 논의는 행정청의 형성여지와 법원의 심사강도 문제와도 연결된다.[10] 따라서 방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사의 문제

4) Markus Ludwigs, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, JZ 6/2009, S. 290ff(292).

5) 우리도 행정청의 결정여지 내지 재량에 대한 이러한 독일의 통설·판례의 인식과 궤를 같이 한다. 예컨대, 박균성, 「행정법론(상)」 제10판, 박영사, 2011, 300면. 우리 학설의 이와 같은 경향성에 대해서는 문병효, "규제재량과 행정법원의 통제", 「공법학연구」 제15권제1호, 2014, 207면 이하(227면)에서도 확인된다.

6) Michael Sachs/Christian Jasper, Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, S. 649ff(649).

7) 이와 같은 단일의 재량모델에 대한 독일의 조류를 정리한 문헌으로 Markus Ludwigs, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 292f; Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, DVBl. 2013, S. 156ff(158).

8) 연방행정법원의 규제재량이론에 대한 국내 문헌으로는 문병효, "규제재량과 행정법원의 통제", 「공법학연구」 제15권제1호, 2014, 207면 이하, 임성훈, 「불확정법개념의 해석·적용에 대한 사법심사에 관한 연구 : 한국·미국·독일법의 비교를 중심으로」 , 서울대학교 박사학위논문, 2012, 246면 이하.

9) Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, S. 158.

는 규제재량에 대한 논의의 장에서 해명될 수 있다.

이러한 배경을 토대로 이하에서는, 먼저 연방행정법원의 규제재량이론을 설명하기 위한 기초적인 선행적 이해를 시작으로(Ⅱ.), 연방행정법원의 규제재량이론을 본격적으로 개관한 다음(Ⅲ.), 우리의 방송통신규제와 행정법 도그마틱에 던져주는 시사점이 무엇인지를 도출해보고자 한다(Ⅳ.).

Ⅱ. 규제의 개념, 통신규제의 체계, 그리고 상호접속

연방행정법원이 발전시킨 법적 개념인 규제재량을 이해하기 위해서는 '규제'(Regulierung), 통신법의 규제체계, 그리고 통신법상 '상호접속'(Zusammenschaltung)[11]에 대한 선행적인 이해가 필요하다. 규제재량이론이 주로 독일 통신법상 상호접속규제와 그에 수반되는 상호접속료규제에서 논의되고 있기 때문이다.

1. 규제의 개념

규제의 개념에 대한 선행적 이해는 재량이 인정되는 영역인 '규제'를 명확하게 하기 위해 반드시 필요한 과정이다. 이를 통해, 시각에 따라 규제에 대한 이해의 출발점과 개념범주가 다름에도 불구하고 서로 동일시하는 오류를 미연에 방지할 수 있다.

우리나라 실정법상 규제의 개념은 행정규제기본법에서 목격된다. 행정규제기본법 제2조제1항제1호에 따르면, "행정규제(이하 '규제'라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함

10) Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? – Zum behördlichen Gestaltungauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409ff(409).

11) 통신법에서는 통신서비스의 제공을 목적으로 하는 다른 통신사업자를 위한 '설비 및 서비스 등의 제공'을 'Zugang'이라고 하며(통신법 제3조제32호), '상호접속'(Zusammenschaltung)은 '어떤 통신사업자의 가입자와 당해 통신사업자의 다른 가입자 또는 다른 통신사업자의 가입자와의 통신' 내지 '다른 통신사업자의 서비스 이용'을 가능하게 하기 위해, 통신망의 물리적·논리적 연결을 제공하는 것을 말한다(통신법 제3조제34호). 그러나 Zugang과 Zusammenschaltung은 다소간의 개념적·대상적 차이가 있음에도 불구하고, 통신시장의 효율적인 경쟁체제를 구축하고 공정한 경쟁환경을 조성하기 위한 수단이라는 점에서 매우 유사한 제도이다. 게다가 상호접속을 위해 '다른 통신사업자의 설비 및 서비스의 제공'이 논리적으로 반드시 전제되어야 한다는 점은 너무도 당연하다. 논의의 편의를 위해 '설비 및 서비스 등의 제공=상호접속'이라는 단일의 개념으로 간주하고, 이하에서는 상호접속에 대한 설명을 위주로 논증하고자 한다.

한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다."고 정의되어 있다. 한편, 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법 제2조제2항에서는 "국가, 지방자치단체 또는 법령에 따라 행정권한을 행사하거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인이 특정한 행정목적을 실현하기 위하여 기업활동에 직접적 또는 간접적으로 개입하는 것"이라고 규정되어 있다. 대체로 특정한 행정 목적 실현을 위한 권리제한 내지 의무부과 또는 직·간접적인 개입이라는 다소 추상적이고 넓은 지평에서의 규제개념을 전제하고 있다.

이에 반해, 독일에서는 규제의 개념을 다소 좁게 이해하는 경향이 존재한다.[12] 주로 에너지, 철도, 통신 분야와 같이 망산업을 규율하는 법에서 규제라는 개념이 활발히 목격된다.[13] 특히 "통신서비스, '단말기'(Endeinrichtung) 또는 주파수 제공에 관한 통신사업자의 행태를 규율하여 통신법 제2조제2항의 목적 달성을 위한 '조치'(Maßnahme) 및 효율적이고 혼신 없는 주파수 이용을 보장하기 위한 조치"라는 규제에 대한 명문의 정의 규정을 둔 적도 있었다(구 통신법 제3조제13호). 이러한 조치는 시장참여자의 행태를 '규율'(Regelung)하는 '수단'이 된다.[14] 그런데 망산업과 관련한 법체계에서 '규제'(Regulierung)라는 개념은 '단속'(Regeln)이나 '감독'(Aufsicht)과 동의어로 사용되지 않는다. 과거 국가의 독점 영역이었다가 민영화를 통해 민간에게 이양되는 부문에서 '경쟁'(Wettbewerb) 및 '보편적 서비스 제공'(Grundversorgung) 체계를 형성하기 위한 특별한 경제유도 작용을 상징한다.[15] 이에 따라 규제를 '민영화결과법'(Privatisierungsfolgerecht)이라고도 일컫기도 한다. 즉, 규제는 과거의 고권적인 활동을 사인에게 이전한 영역을 그 대상으로 하며, 이러한 규제의 주된 목적은 적절하고 충분한 보편적 서비스 제공의 보장, 경쟁의 형성과 촉진, 그리고 생존배려 책임 등으로 구체화된다.[16] 그러나 규제에 대한 이와

12) 상세는 Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 2011, S. 402ff(405ff).

13) Markus Ludwig, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 291.

14) 따라서 구 통신법상 규제의 개념에 따르면, '규제=규율'이 될 수 있는 것이다. Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, Baden-Baden, 2009, S. 105.

15) Thomas Mayen, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht – Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ 2008, S. 835ff(835).

16) Matthias Ruffert, Regulierung im System des Verwaltungsrecht, AöR 1999, S. 237ff(246); 특히 민영화된 공익산업 영역, 즉 통신·방송·전기·가스·석유 분야 등에 대한 규제를 일반경쟁규제와는 구별되는 전문규제로 파악하여 설명되는 경우도 같은 맥락이다. 이러한 전문규제에 대한 상세는 이원우, "경제규제와 공익", 「서울대학교 법학」, 2006, 89면 이하(113면 이하).

같은 독일의 이론적 논의에도 불구하고 연방행정법원 판례에서는 규제의 개념에 대한 명시적인 정의를 내리지는 않고 있다.

2. 독일 통신법상 규제체계

독일 통신법은 2004년에 대대적 개정이 이루어지면서 규제 패러다임의 변화도 함께 수반되었다. 예컨대, 법개정 이전에 상호접속의무는 경쟁사업자가 시장지배적 지위를 갖는 사업자에게 상호접속 신청을 하면 '법률로써'(ex lege) 상호접속을 허용하는 구조였다. 그러나 2004년 통신법의 전면개정을 맞으면서, 규제행정청이 사전에 시장획정과 당해 시장에서의 경쟁상황평가를 하여(통신법 제10조 및 제11조 소정) 규제의 필요성이 인정되는 경우[17], 이러한 시장지배적 사업자에게 통신법 제13조의 '규제처분'(Regulierungsverfügung)[18]이라는 행정행위 형식으로 상호접속의무(통신법 제21조)를 부과[19]할 수 있도록 개정된 것이다.[20] 다만, 상호접속의무가 부

17) 통신법 제10조제2항은, 해당시장으로의 진입이 제한적이고 장기간 유효경쟁이 없었으며, 일반경쟁규제로는 이를 교정하기에 불충분한 시장에 대해서는 규제가 고려될 수 있으며, 어떠한 시장이 여기에 해당되는 시장인지 여부는 독일 연방망규제청(통신분야를 소관하는 규제행정청)에게 판단여지가 부여된 범위 내에서 정한다고 규정하고 있다. 다만, 시장획정, 경쟁상황평가, 규제의 필요성에 대한 판단을 거친 결과 규제의 필요성이 있다고 인정된 다음에는, 규제처분 발령을 통한 개입여부를 결정할 '결정재량'(Entschließungsspielraum)까지 규제행정청에게 부여되는 것은 아니다. 오히려 통신법 제9조2항에서 규정하듯, 시장지배적 사업자에게는 연방망규제청이 규제처분을 부과하도록 되어 있다. BVerwG: Zulässigkeit von Klage auf weitergehende Regulierungsverpflichtungen(BVerwG, Urteil vom 28. 11. 2007 - 6 C 42/06), NVwZ 2008, S. 575ff(577), Rn. 28; Klaus Ferdinand Gärditz, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontorlle, NVwZ 2009, S. 1005ff(1006); Joachim Wieland, Regulierungsermessen im Spannunsverhältnis zwischen deutschem und Unionrecht, DöV 2011, S. 705ff(706).

18) 독일 통신법 제2장 제1절에서 규정하고 있는 시장획정 및 해당 시장에서의 경쟁상황평가의 결과를 토대로 시장지배적 사업자에 대한 '사전의무'(Ex-ante-Verpflichtung)로서 '도매시장'(Vorleistungsmärkte)에서의 '상호접속규제'(Zugangsregulierung), '상호접속료규제'(Entgeltregulierung), 그리고 '소매시장'(Endnutzersmärkte)에서의 '이용요금규제'(Endnutzerentgelt), 시장지배적지위 남용규제 등 제2장 제2절 이하에서 규정하고 있는 구체적인 개별 규제수단을 확정하는 기능을 갖는다. 즉, 규제처분은 시장획정 및 경쟁상황평가 결과에 따라 각각의 개별규제에서 정하고 있는 규제수단으로 시장지배적 사업자에게 의무부과, (특히 시정명령을 통한) 부과된 의무의 준수, 의무내용의 변경, 의무의 직권폐지(직권취소 및 철회)를 발령하는 행정처분의 일종인 것이다. 이에 대한 상세는 Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, Heidelberg, 2008, S. 67, Rn. 120; Elke Gulit, § 13 Rechtsfolgen der Marktanalyse, in: Säcker (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2013, S. 601ff, Rn. 9ff.

19) 규제행정청은 시장지배적 사업자에게 상호접속의무 대상인 망의 유형, 망세분화의 범위 등을 특정하여 상호접속의무를 부과하지만, 여전히 그 구체적인 내용은 당사자간의 상호접속협정을 통해 보완되어야 한다는 의미에서 보면 개별추상적인 규율이라고 한다. Marian Paschke, Medienrecht, 3. Aufl., Heidelberg u.a., 2009, S. 185, Rn. 490. 만일 상호접속협정이 체결되지 않을 경우에 비로소 규제행정청이 상호접속의무의 구체적인 내용을 시정명령을 통해 완결짓는다는 측면에서 개별구체적인 규율을 발령하는데, 이러한 개별구체성은 앞서 상호접속의무 부과의

과되더라도 구체적인 그 의무의 이행은 당사자간의 '상호접속협정'(Zugangsvereinbarung) 체결을 통해 이루어진다(통신법 제22조제1항). 그러나 당사자간 자율적인 협정 체결이 이루어지지 않은 경우에는, '상호접속료'(Entgelt)를 포함한 상호접속협정의 내용을 직접 규율(통신법 제25조제5항)하는 개별구체적인 시정명령(통신법 제25조제1항)을 통해 상호접속의무가 이행되도록 하는 후속절차가 뒤따른다.[21]

한편, 상호접속규제에 항상 수반될 수밖에 없는 상호접속료규제(통신법 제30조제1항)는 상호접속의무가 반드시 전제되어야 한다. 원칙적으로 시장지배적 사업자에게는 상호접속료 인가의무가 부과된다(사전규제). 이에 따라, 상호접속료 인가신청 시 규제행정청은 그 인가기준으로서 상호접속료의 적정성에 대한 판단을 내리게 된다. 하지만 통신법상 규제목적 달성에 충분한 것으로 판단되는 경우에는 사후의 상호접속료규제도 가능하다.

이러한 유연한 규제체계의 변화는 '맞춤형'(bedarfsabhängig) 규제패러다임에 입각하였다고 한다. 근본적으로 시장획정과 경쟁상황평가를 거친 다음 상호접속의무를 부과할 규제의 필요성이 있는 경우에만 상호접속의무의 부과가 허용된다는 점에서 '법률상 명령'(gesetzliches Gebot)에 의존했던 이전의 규제체계와는 다른 것이다. 이는 입법자와 규제행정청간 권한배분의 본질적 변화를 의미한다. 과거에 시장지배적 사업자에 대한 규제는 법률에 정해진 규정대로 행해졌던 반면, 새로운 법체계에서는 규제행정청이 시장획정 및 경쟁상황평가의 방식으로 규제의 필요성을 밝혀내야 한다.[22]

따라서 시장획정, 경쟁상황평가, 규제의 필요성에 대한 판단, 상호접속 의무부과, 상호접속료규제라는 일련의 규제과정에서 규제행정청에 대한 결정여지의 인정범위

성질인 개별추상적인 규율에 대응한다.

20) 구체적인 상호접속의무의 이행은 당사자간의 상호접속협정 체결을 통해 이루어진다(통신법 제22조제1항). 우선적으로 상호접속의 구체적인 이행은 당사자간의 자율규제적인 계약으로 구체화되고(Vorrang der selbstregulativ-vertraglichen Konkretisierung der Zugansgewährung), 계약체결을 통한 이행이 담보되지 않을 경우 보완적으로 규제행정청은 '상호접속명령이라는 보충적 규제수단'(Auffangsbefugnis zur Zugangsordnung)을 겸비하고 있는 것이다. Jens-Peter Schneider, Telekommunikation, in: Michel Fehling/Matthias Rufferts (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010, S. 385, Rn. 42.

21) 그러나 규제재량이 문제되었던 것은 상호접속의무 부과 자체에 대한 것이지, 상호접속의무 부과 이후에 협상이 결렬되거나 그 의무가 이행되지 않은 결과로, 통신법 제25조에 근거한 직접 협상이나 상호접속을 이행할 것을 내용으로 하는 시정명령을 소송의 대상으로 삼은 것은 아니었다.

22) Thorsten Attendorn, Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzgentur und die Sinnenprüfung - planerische Gestaltungsfreiräume bei der Zugansanordnung nach § 21 TKG?, DVBl. 2008, S. 1408ff(1408); Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, DVBl. 2009, S. 409.

와 그 한계는 중요한 문제가 되었다.

3. 통신법상 상호접속 체계의 이해

다른 망산업에서와 마찬가지로, 망에 대한 동등 접속은 망에 기반한 '서비스제공자간의 경쟁'을 위한 규제의 핵심적인 문제이다. 특히 주요 통신망의 운영자는 대부분 통신서비스제공자이기도 하므로,[23] 경쟁 통신서비스제공자의 망접속을 어렵게 함으로써 경쟁의 우위를 보존하고자 하는 전략적 유인이 생긴다.[24] 따라서 상호접속규제는 서비스경쟁의 촉진을 달성하기 위한 주된 수단이 된다.

상호접속을 보다 구체적으로 이해하기 위해, 통신시장에서의 통신서비스 생산과정을 살펴보자.[25] 논의의 편의상, 통신시장에 A와 B라는 이동통신사업자가 있다고 가정한다. 기본적으로 (전기)통신이란, 유선·무선·광선 또는 그 밖의 전자적 방식으로 부호·문언·음향 또는 영상을 '송신하거나 수신'하는 것(전기통신사업법 제2조 제1호)이다. 따라서 A 이동통신사의 가입자와 B 이동통신사의 가입자 간에 음성통화나 SMS 등을 '송수신하려면', 다음의 그림[26]과 같이 물리적·전기적·기능적[27]으로 A와 B 이동통신사의 전기통신회선설비가 함께 이용되어야 한다.

23) 네트워크라는 물리적 설비를 가진 자가 '동시에' '그 물리적 설비에 기반한' 서비스까지 제공하는 '수직적 결합구조'인 것이다. 실제 우리나라 3대 이동통신사업자는 모두 자신의 네트워크를 구축하고 있으면서, 동시에 이동통신서비스까지 제공하고 있다. 이러한 수직적 결합기업은 자신이 가지고 있는 네트워크 설비를 경쟁 서비스사업자가 이용할 수 없도록 하기 위한 전략을 수립할 것이고, 그 결과 당해 서비스 시장의 경쟁이 제한되는 결과를 초래할 수 있다. Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 406.

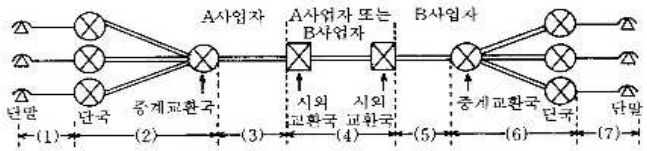
24) Jens-Peter Schneider, Telekommunikation, in: Michel Fehling/Matthias Rufferts (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010, S. 384, Rn. 41.

25) 상호접속의 개요는 보편적인 논의이므로 우리나라의 상황을 빌어 설명하도록 한다.

26) 그림의 출처는 김상택, "상호접속(interconnection)에 대한 개관", 「경제규제와 법」, 2010, 123면 이하(126면).

27) 전기통신설비의 상호접속기준(미래창조과학부 고시 제2013-19호) 제3조제1항제1호에 의하면, 상호접속이란 "전기통신사업자 또는 서비스 유형이 다른 통신망 상호간 전기통신역무의 제공이 가능하도록 전기통신설비를 물리적, 전기적, 기능적으로 연결하는 것을 말한다."

[그림] 상호접속의 체계[28]



즉, 별개의 통신설비와 망을 연결시키는 행위가 필요한데, 이를 '상호접속'이라고 부른다. 그런데 B 이동통신사 가입자가 A 이동통신사 가입자에게 통화를 하려면, A 이동통신사의 통신설비와 망을 반드시 거쳐야 하는데, A 이동통신사는 경쟁사업자인 B가 자신의 설비 및 회선을 이용한 대가를 B 이동통신사에게 부과(상호접속료)하려고 할 것이다. 현재 미래창조과학부의 현재 상호접속기준 고시에 따르면, 1분에 26~27원의 상호접속료[29]를 B 이동통신사가 A 이동통신사에게 지불해야 한다.[30]

Ⅲ. 연방행정법원의 규제재량이론

1. 규제재량의 성립과 발전

규제재량에 대한 논의가 본격적으로 이루어진 공론장은 연방행정법원이다. 2004년 3월에 '규제재량'(Regulierungsermessen)이라는 전문용어를 최초로 판결문으로 언급하기 시작하였다.[31] 그러나 규제재량이라는 단어에 '인용부호 표시'(Anführungszeichen)

28) 논의를 더 단순화시키기 위해 A 사업자가 (3), (4), (5) 부분까지도 모두 보유하고 있고, 가입자도 B 사업자에 비해 더 많은 수를 확보하고 있다고 가정한다. 만일 B측 가입자가 A측 가입자에게 음성이나 SMS 발신을 하면 (7)에서 (1)의 순서대로 신호가 전달되고, 그 과정에서 A 사업자의 설비와 망을 '반드시' 이용해야 한다. 이에 대한 상세는 김상택, "상호접속(interconnection)에 대한 개관", 124-127면.

29) 동아일보(2014. 7. 8.), 무제한통화 1500만명 … 이통3사 '접속료 전쟁'. 최근 음성통화 서비스 무제한 요금제 출시에 따라, 무제한 요금제에 가입한 자(소매자)는 아무리 통화를 오래해도 항상 무료인 반면, 발신 쪽 이동통신사는 수신쪽 이동통신사(도매자)에게 여전히 상호접속료를 부담해야 한다. 비록 상호접속료가 1분에 26~27원에 불과하다고 하지만, 연간 전체 발신 통화량을 따졌을 때 1000억분이 넘는다는 점을 고려하면, 연간 상호접속료 규모는 조(兆) 단위에 달한다고 한다.

30) B 이동통신사의 입장에서 A 이동통신사의 설비이용은 비용이 된다. 이러한 비용은 통상적으로 가입자의 요금(통신비)으로 충당된다. 즉, 가입자의 요금 중 일부가 타사의 설비를 이용한 대가로 분배되는 것이다. 따라서 A 이동통신사가 과도한 설비이용의 대가를 부과하게 되면, 이에 비례하여 B 이동통신사 가입자의 요금에 상승요인이 발생한다.

를 하는 바람에 재판부가 본격적으로 규제재량을 받아들였는지에 대한 논란이 있었다고 한다.[32]

그러다가 연방행정법원에서 공식적으로 규제재량이 승인되기 시작한 선도적 판례는 2007년 11월 28일에 선고된 '연방망규제청'(Bundesnetzagentur)[33]의 상호접속의무부과 규제처분에 대한 소송이었다.[34] 이 소송에서 '원고'(City Carrier)는 '피고인 연방망규제청'이 '보조참가인인 원고의 경쟁 '가입자망사업자'(Teilnehmeranschluss Netzbetreiber)인 Deutsche Telekom AG[35]에게 부과한 규제처분보다 더 강한 규제처분(예컨대, 접속을 허용해야하는 선로설비의 종류를 '동축케이블'(Kupferdoppelader) 뿐만 아니라 '광케이블'(Glasfaserleitung)을 포함하여 상호접속의 제공 범위를 넓히라는 등)을 보조참가인인 경쟁 가입자망사업자에게 부과할 것을 연방망규제청에게 요구한 의무이행소송이었다. 이에 대해 연방행정법원은 통신법의 전체 취지와 체계를 고려하여 연방망규제청의 규제재량을 명시적으로 승인하면서, 연방망규제청이 행사한 규제재량에 대한 사법심사의 범위가 매우 제한적일 수 있다고 판시하였다. 이 판결을 기점으로, 통신시장의 획정, 획정된 시장에서의 경쟁상황평가, 그 결과에 따른 시장지배적 사업자에 대한 상호접속의무 부과, 그리고 상호접속의무에 수반되는 상호접속료규제에 이르기까지[36], 규제행정청인 연방망규제청이 행사한 규제재량에 대해서는 매우 제한적인 범위의 사법심사가 이루어지고 있다.[37]

한편, 독일 연방헌법재판소(이하 '연방헌법재판소')는 2008년 4월 2일에 선고된 연방행정법원의 판결[38]에 대한 헌법소원사건[39]에서, 연방행정법원의 규제재량이론

31) 이 역시 후술할 상호접속규제와 관련된 판결이었다. BVerwG: Zusammenschaltung von Kommunikationsnetzen(BVerwG, Urteil vom 13. 3. 2004. - 6 C 11/03), NVwZ 2004, S. 1365ff.

32) 통상 인용부호는 자신의 언어나 논리가 아닌 타인의 견해나 주장을 강조하고자 사용되기 때문이다.

33) 과거 통신분야의 규제를 담당하였던 '연방통신우편규제청'(RegTP)은 2004년 통신법 개정과 함께 '연방망규제청'(Bundesnetzagentur, BNetzA)으로 변경되었다. 망규제청은 대표적인 망산업이라고 할 수 있는 전기, 가스, 통신, 우정, 철도산업에 대한 전문규제권한을 갖는다.

34) BVerwG: Zulässigkeit von Klage auf weitergehende Regulierungsverpflichtungen(BVerwG, Urteil vom 28. 11. 2007 - 6 C 42/06), NVwZ 2008, S. 575ff.

35) Deutsche Telekom은 과거 공기업 형태의 독점적 지위에서 민영화의 단계를 거친 기업으로서 유무선통신 관련 시장에서 시장지배적 지위를 인정받고 있다.

36) 주의할 것은 규제를 위해 단계적인 과정을 거치지만 최종적으로는 상호접속의무 부과처분 등 하나의 단일한 행정처분의 형식으로 외부적 효력을 지닌다(독일 통신법 제13조제3항); BVerwG, Urteil vom 2. 4. 2008 - 6 C 16.07., Rn. 12.

37) Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen-eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 412

38) BVerwG, Urteil vom 2. 4. 2008 - 6 C 16.07.

에 대해 '간접적'인 판단을 내린 바 있다. 헌법소원의 대상이 된 연방행정법원의 판결은 연방망규제청이 이동통신사업자에게 '자체망 착신 시장'(Terminierungs-Einzelmarkt)에서의 독점적 공급자[40]임을 전제로 상호접속의무 부과 및 상호접속료규제를 하였는데, 상호접속의무를 요청받은 사업자가 자신에게 부과된 규제처분이 연방망규제청의 협소한 시장획정 탓이라고 항변한 사안이었다.[41] 이에 대해, 연방헌법재판소는 규제재량의 개념을 명시적으로 언급하지는 않은 채, 연방망규제청의 시장획정 및 관련 시장에서의 경쟁상황평가에는 '판단여지'(Beurteilungsspielraum)가 인정되므로, 연방행정법원의 판결로 기본권 침해, 특히 효과적인 권리구제 보호를 규정한 독일 기본법 제19조제4항과 직업의 자유를 규정한 독일 기본법 제12조의 침해가 존재하지 않는다고 판시하였다.[42]

이처럼 규제재량은 연방행정법원의 판결실무에서 확고한 자리매김을 하고 있다. 규제재량의 개념 내지 본질은 규제행정청에게 규제목적 달성을 위해 부여된 결정여지, 판단여지, 형성여지 등을 막론한 규제법 영역에서의 최종결정여지인 것이다.[43] 특히 오늘날 규제법 영역에서 규제재량은 예외가 아니라 규제행정청이 기본적으로 갖추고 있어야할 수단이다. 규제재량은 구체적으로 불확정개념, 전통적인 재량규정, 행정계획에서의 종국목적 규율, 경우에 따라서는 이들 상호간이 모두 결합된 방식으로 구현된다. 물론, 규제재량은 판단여지나 계획재량과 명확히 구분되지 않을 수 있고, 독자적인 유형화의 실익도 없을 수 있다. 그럼에도, 현대의 경제감독 수단 중 가장 핵심이라고 할 수 있는 규제분야에서는 전통적인 3분론과 같은 도그마틱이 더 이상 유지될 수 명분이 없다는 점을 규제재량이론을 통해 확인할 수 있다. 규제법 분야에서 법요건 부분에 사용되는 불확정개념은 이제 행정계획이나 재량행사와 마찬가지로 어떠한 정책의 집행 또는 구체화인 것이다.[44]

39) BVerfG, 1 BvR 1932/08 vom 8. 12. 2011.

40) 예컨대, SKT 가입자가 KT 가입자에게 전화하려고 하면, 반드시 KT 망에 접속할 수밖에 없다. 이 때 KT망을 운영하는 KT는 자체망(KT망) 착신 시장에서 100% 독점적 지위를 가진다. 'KT 가입자에게 도달'하기 위해서 당해 시장에서 KT 망을 대체할 망은 오직 KT망만이 존재하기 때문이다. 이 사례와 관련한 상세는 BVerwG, Urteil vom 2. 4. 2008 - 6 C 16.07., Rn. 33.

41) BVerwG, Urteil vom 2. 4. 2008 - 6 C 16.07., Rn. 6.

42) 이러한 연방헌법재판소의 결정을 두고, '규제재량'에 대한 명시적인 언급이 없다는 이유로 연방행정법원의 규제재량이론이 연방헌법재판소에서는 받아들여지지 않았다고 보는 견해도 존재한다. Michael Sachs/Christian Jasper, Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume - Verfassungsrechtliche Grundfrange, NVwZ 2012, S. 649.

43) 이러한 제 개념을 포괄하여 '결정특권'(Entscheidungsprärogativ)라고 표현하는 견해로, Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 158.

44) Matthias Jestaedt, § 11 Maßstäbe des Verwaltungshandels, in: Hans-Uwe Erischen/Dirk Ehlers

2. 연방행정법원이 인정한 규제재량영역

가. 시장획정 및 경쟁상황평가

시장획정과 경쟁상황평가의 결과는 통신법 목적을 달성하기 위한 규제처분의 규범적 전제이기 때문에, 시정획정과 경쟁상황평가 절차는 규제법에 있어 가장 핵심적인 과정이다.[45] 통신법에서는 규제를 위해 고려되는 요인인 관련 상품시장 및 지역시장의 획정(통신법 제10조제1항), 개별시장에 대한 규제필요성에 대한 심사(통신법 제10조제2항), 그리고 경쟁상황평가(통신법 제11조제1항) 과정을 엄밀히 구분하고 있다. 이 중, 개별시장에 대한 규제필요성은 ① 해당시장으로의 진입이 제한적이고, ② 장기간 유효경쟁이 없었으며, ③ 일반경쟁규제로는 이를 교정하기에 불충분한 시장인지 여부를 기준으로 판단되며, 이는 연방망규제청의 판단여지 영역이라고 '명시'되어 있다(통신법 제10조제2항제2문). 특히 연방행정법원은 비록 '명시적 수권이 없을지라도' 시장획정절차와 경쟁상황평가절차에까지도 통신법 제10조제2항제2문의 판단여지가 확대된다고 판시한 바 있다.[46] 왜냐하면, 시장획정, 규제의 필요성 판단, 경쟁상황평가 상호간은 매우 밀접한 실체적 관련성이 있으며, 상당한 정도로 가치적·장래예측적 요소를 포함하고 있기 때문이다.[47] 이 경우, 시장획정 및 경쟁상황평가에 대한 사법심사는 규제행정청이 절차규정을 준수하였는지, 적용 법개념에 대한 올바른 이해에 전제하고 있는지, 중요한 사실관계를 완전하고 적절하게 조사하였는지, 일반적인 가치기준에 따른 판단을 하였는지, 그리고 특히 자의금지원칙을 준수하였는지에 국한된다.[48]

나. 상호접속규제

통신법상 규제는 이용자를 둘러싼 통신서비스제공자 및 공급자간의 유효경쟁을 형성하기 위한 기초이다. 통신법 규제 중에서도 상호접속규제와 상호접속의 실효성을 담보하기 위한 장치인 상호접속료규제는 단연코 통신법 규제의 핵심이라고

(Hrsg.), Allegemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/Newyork, 2010, S. 351f, Rn. 27f; Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 158 참조.

45) Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, S. 156.

46) BVerwG: Beurteilsspielraum der Bundesnetzagentur bei Marktdefinition(BVerfG, Urteil vom 2. 4. 2008, 6 C 15.07), NVwZ 2008, S. 1359ff(1360), Rn. 14 ff. 특히 Rn. 16.

47) Wolfgang Bier, Vor § 137 Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur und ihre gerichtliche Kontrolle, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2013, S. 2821, Rn. 5f.

48) Wolfgang Bier, Vor § 137 Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur und ihre gerichtliche Kontrolle, S. 2823, Rn. 8.

할 수 있다.[49] 통신법 제21조는 망을 운영하는 통신사업자로 하여금 그 망으로의 접속을 원하는 다른 경쟁사업자에게 자신의 망에 대한 접속을 허용할 의무를 규율하는 법적 근거이다. 여기서 규제행정청은 법요건 차원에서 상호접속의무 부과가 정당화되는지, 규제목적과의 관계에서 망사업자에 대한 이러한 의무부과가 적절한지 여부를 심사한다. 다른 한편 법효과 부분에서는 결정재량과 선택재량이 규제행정청에 부여되어 있다.[50] 특히 상호접속을 규율하고 있는 통신법 규정의 이와 같은 구조는 '법요건에서의 불확정개념'과 '법효과에서의 재량'이 혼합된 '융합규정'(Koppelungsvorschrift)의 일종인 셈이다. 이러한 규범구조에서 연방행정법원은, 법요건의 불확정개념과 법효과에서의 재량개념을 단일화하여 규제재량이라는 새로운 개념을 도출하였다. 따라서 법요건 부분에서의 수많은 불확정개념을 매개하여 행하여지는 형량과 연이어서 행사되는 법효과 부분에서의 재량은 불가분 관계에 놓여 있고, 이 지점에서 규제행정청인 연방망규제청에게 규제재량이 허용되는 것이다.[51]

다. 상호접속료규제

시장지배적 사업자의 망에 상호접속서비스를 제공하도록 의무를 부과하고, 시장지배적 망사업자가 상호접속서비스를 경쟁사업자에게 제공하더라도, 상호접속료(상호접속에 따라 발생하는 비용)를 높게 받는다면 실제로는 상호접속이 이루어지지 않는 결과가 초래될 수 있다. 이렇게 되면, 높은 상호접속료 부담에 따른 (도매시장) 원가비용의 상승이 자신의 가입자에게 제공하는 최종 (소매) 서비스 이용료(통신요금) 상승으로 이어지는 연쇄효과로 인해 그렇지 않아도 열위에 있는 경쟁사업자는 시장지배적 사업자와의 소매가격 경쟁력에서 뒤쳐질 가능성이 높아진다. 설령 법적·사실적으로 접근이 가능하더라도 실제 상호접속이 이루어지지 않는 것은 접속료가 높다는 '간접증거'(indiz)가 된다. 따라서 '적정한' 상호접속료가 책정되도록 상호접속의무 부과와 '함께' 상호접속료규제가 병행되어야 하는 것이다.[52]

49) Jens - Peter Schneider, Telekommunikation, in: Michel Fehling/Matthias Rufferts (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010, S. 387, Rn. 43.

50) 상호접속의무 부과요건에 대한 규제행정청의 판단여지를 인정하지 않으면서, 상호접속의무의 효과 부분에 대한 재량을 긍정하면서도 결정재량(상호접속의무의 부과여부에 대한 재량)이 아닌 오직 선택재량(상호접속의무 대상인 망의 유형, 망세분화의 범위 등에 대한 선택재량)만이 존재한다는 반론도 있다. Marian Paschke, Medienrecht, 3. Aufl., Heidelberg u.a., 2009, S. 184, Rn. 486.

51) Markus Ludwigs, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 291.

52) Markus Ludwig, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 291;

특히 상호접속료를 사전에 인가하느냐(사전규제), 신고된 상호접속료를 사후에 규제 하느냐(사후규제)를 결정하는 과정에서 연방망규제청은 규제재량권을 갖는다고 한다. 통신법 제2조에 열거되어 있는 규제목적을 달성하는데 사후적인 상호접속료규제를 하더라도 충분하다고 연방망규제청이 판단하게 되면, 상호접속료는 사후규제의 대상이 될 수 있다. 연방행정법원은 상호접속규제의 구조와 마찬가지로 연방망규제청에게 사전규제 내지 사후규제의 선택재량이 놓여 있는 상황에서, 요건 부분에서 사후의 상호접속료규제만으로 규제목적 달성이 충분한지 여부에 대한 판단과 법효과 부분의 재량행사가 융합되어 있다고 보고, 이를 단일의 규제재량이라고 파악하고 있다.[53]

주의할 점은 사전의 상호접속료 인가의무 부과와 '실제' 인가처분은 구분되어야 한다. 사전의 상호접속료 인가의무 부과와 '별개'로 당사자의 상호접속료 인가신청이라는 후속절차가 뒤따라야 하고, 요청된 상호접속료를 연방망규제청이 실제로 인가함으로써 상호접속협정으로 체결된 상호접속료의 법적 효력이 완결되는 것이다. 이 때문에, '사전의 상호접속료 인가의무 부과'가 필요한지 여부에 대한 규제재량이 '실제의 상호접속료 인가처분'에 대한 규제재량 인정의 당연한 논거로 이어지지 않는다. 따라서 상호접속료 인가처분에 있어서의 규제재량 인정여부는 해당 근거규정을 추가적으로 살펴보아야 한다.

통신법 제31조제1항에 따르면, 연방망규제청은 '상호접속서비스의 효율적 제공비용'에 기초하여 상호접속료를 인가한다고 규정하고 있다. 상호접속서비스 제공의 요청을 받은 시장지배적 사업자가 비효율적인 접속경로로 상호접속서비스를 제공하게 되면, 접속경로가 복잡해짐에 비례하여 그 비용도 상승할 것이다. 그래서 효율적인 접속경로를 전제한 비용산정 방식은 중요한 접속료 산정기준이 된다. 특히 상호접속료가 이러한 상호접속서비스의 효율적 비용을 초과하여 산정된다면 사실상 상호접속이 이루어지지 않을 것이기 때문에, 사전에 상호접속료 인가를 통해 적절한 상호접속료 수준을 통제할 필요가 있다. 여기서 상호접속서비스의 효율적 제공 비용은 상호접속서비스 제공의 '장기증분비용'(langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung)[54]과 상호접속서비스 제공규모와 무관한 '공통비용'의

Michael Kling, Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor, Tübingen, 2013, S. 60.

53) Markus Ludwig, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 291; Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 411.

54) 장기증분비용이라 함은 경쟁자에게 상호접속서비스를 제공함으로 인해서 장기적으로 증가하는 기존 사업자의 총비용을 의미한다. 김상택, "상호접속(interconnection)에 대한 개관", 134면 참조.

적절한 할증(angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten)을 고려하여 산정된다(통신법 제32조제1항). 그런데 상호접속료 인가처분을 위한 기준으로 사용되는 '상호접속서비스의 효율적 제공 비용'이라는 불확정개념으로부터 명확한 산정기준이나 판단기준을 도출해 낼 수 없다. 그러므로 불확정개념을 구체화하고 보완하는 행정청의 법적용을 심사할 법원의 임무는 한계에 이르게 된다.[55]

3. 규제재량의 인정근거

이상에서 살펴본 바와 같이, 규제재량이론은 통신법 영역에서 발전하였다. 전통적인 행정법 영역에서 법요건을 열거하던 것과는 달리, 통신규제는 규제행정작용의 최종목적을 제시하는데 그치는 것이 그 특징이다. 규제행정청에는 이러한 각각의 규제목적 달성을 위해 다양한 규제수단이 부여되어 있다. 즉, 규제행정청의 규제목적 달성임무 및 이를 위한 규제작용의 법적 근거로 '행위여지'(Handlungsspielraum)가 주어짐으로써 규제행정청에게는 충분한 유연성이 보장되며 이러한 행위여지는 법원의 매우 제한적인 심사의 대상이 된다. 이에 따라, 연방행정법원이 행정의 최종결정권으로서 이러한 행위여지를 규제재량이라는 새로운 개념으로 제시한 것이다.[56]

연방행정법원은 규제재량이론을 인정할 필요성 내지 정당성에 대해 구체적으로 다음과 같은 세 가지 사유를 제시하고 있다.

가. 규제분야의 동태성과 복잡성

통신법의 구조, 특히 상호접속규제의 규범적 특성을 보면, 전통적인 행정법 도그마틱의 구조 및 전제와는 달리 수많은 불확정개념의 내용적 개방성으로 이루어진 형성여지 및 결정여지가 규제행정청에게 승인되어 있다. 통신법의 경우 그 규제목적과 규율대상의 복잡성은 법명제의 요건부분에 대한 기준설정과 내용적 구체화에 어려움을 야기한다. 물론 불확정개념의 구체화는 원칙적으로 행정청의 법적용을 무제한적으로 심사해야하는 법원의 임무라는 점을 연방행정법원은 간과하지 않고 있다. 그러면서도, 통신법의 규율대상은 특히나 동태적이고 고도로 복잡하기 때문

55) Wolfgang Bier, Vor § 137 Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur und ihre gerichtliche Kontrolle, S. 2825, Rn. 14.

56) Joachim Wieland, Regulierungsermessen im Spannunsverhältnis zwischen deutschem und Unionrecht, DöV 2011, S. 706; Klaus Ferdinand Gärditz, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontorlle, NVwZ 2009, S. 1005 참조.

에 법요건이 불분명할 뿐 아니라, '행정결정 당시의 사정을 거슬러 법원이 사후에 심사[57]함'(Nachvollzug)에 있어 법요건을 법원이 직접 구체화하는 것이 곤란하므로, 법원의 심사는 '기능한계'(Funktionsgrenz)에 봉착하게 된다고 하였다. 최소한 통신법에서 사용되는 법요건 부분의 불확정개념 때문에, 규제행정청의 '결정자유'(Entscheidungsfreiheit)를 인정할 수밖에 없다는 점은 명확해졌다고 파악할 수 있다.[58]

독일의 행정법 도그마틱에 따르면, 법요건 부분에 불확정개념이 사용되더라도 당해 법규범의 취지와 체계로부터 당연히 그 구체적인 내용을 '확정'할 수 있다. 그러나 통신법에서 사용되고 있는 불확정개념에 있어서는 통신시장의 동태성과 복잡성으로 인해 통신법만으로는 당연히 그 구체적인 내용이 무엇인지를 '일의적'으로 확정짓기 쉽지 않다. 규율 분야의 이와 같은 특수성 때문에, 연방행정법원이 이를 불확정개념의 기능변화로 보고, 사법심사의 기능한계를 자인하기에 이른 것이다. 통신법 영역에서의 불확정개념은 이제 더 이상 행정의 법구속을 공고히 하는 기능을 갖지 않고, 전혀 반대의 방향에서 행정의 법구속을 완화하는 데 기여한다.[59]

나. 규범구조의 특수성 - 융합규정 구조

'융합규정'(Koppelungsvorschrift)의 구조를 지니는 통신법 규범의 특수성도 규제재량이론의 탄생에 큰 몫을 하게 된다. 융합규정이란, 법요건 부분에는 불확정개념이 사용되고 법효과 부분에는 재량이 부여되어 있는 규정을 의미한다.[60] 그 결과, 법요건 부분의 불확정개념을 포섭하는 과정에서 이미 재량행사의 기준이 고려되는 바람에 법효과의 재량이 무의미하게 되거나(Ermessensschwund), 반대로 불확정개념이 재량의 범위와 내용을 정하는 격이 되어 불확정개념이 법효과 부분의 재량에 흡수될 수 있다(Ermessenssog.).[61] 예컨대, 연방행정법원에서 규제재량이 명시적으로 인정되고 있는 상호접속규제 규정(통신법 제21조제1항)을 보면 이러한 융합규정을 쉽게 이해할 수 있다. 이에 따르면, 연방망규제청이 상호접속규제를 하지 않

57) 이를 '추체험'(追體驗)이라고도 한다. 즉, '다른 사람'(행정청)의 체험을 '자기'(법원)의 체험처럼 느끼거나, 이전 체험을 다시 체험하는 것처럼 느끼는 것을 의미한다(추체험의 정의는 네이버 국어사전 참고).

58) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, AöR 2011, S. 553ff(564).

59) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 564f.

60) 홍강훈, 결합규정(Koppelungsvorschriften)의 해석방법에 관한 연구 – 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결의 비판적 분석 –, 「공법학연구」 제13권 제3호, 177면 이하(특히 180면 이하).

61) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., München, 2011, S. 163f.

을 경우 '후방 소매시장'(nachgelagerter Markt)의 지속적인 경쟁상황이 저해되거나 이용자 이익에 반한다면(법요건), 시장지배적 지위를 갖는 통신망 운영사업자에게 상호접속을 명할 수 있다는 재량권 행사의 근거를 규정(법효과)하고 있다. 특히 상호접속의무 부과여부, 상호접속의무 부과범위, 통신법상 규제목적과의 적절한 비례관계 여부를 심사할 때, 수많은 불확정개념으로 구성된 '고려요소'가 열거되어 있다.[62] 연방행정법원은 이러한 상호접속규제의 규범구조를 볼 때, '법요건 부분에서 수많은 불확정개념을 매개하여 행해진 '형량'(Abwägung), 즉 불확정개념의 구체화 및 이러한 형량결과'와 불가분하게 연결되어 있는 '법효과 부분에서의 재량권 행사, 즉 상호접속의무 부과여부, 상호접속의무 부과 시 구체적인 상호접속의 범위 등'을 분리하여, 법요건 부분에서 연방망규제청이 행사한 형량결과에 대해서만 완전한 사법심사를 행할 수는 없다고 판단하였다. 전통적인 행정법 도그마틱에서 불확정개념과 재량은 완전히 분리될 수 있음을 전제로, 불확정개념에 대한 완전한 사법심사를 행했던 종래의 입장과는 분명 다른 태도를 취하고 있는 것이다. 오히려 이 과정에서 행해진 '형량'은 법효과 부분의 규제재량 행사로부터 분리될 수 없는 '재량행사의 구성요소 그 자체'이며, 통신법을 합목적적으로 해석할 경우 규제재량은 연방망규제청에게 부여되는 것으로 보았다.[63][64] 원칙적으로 법원의 사법심사 의무는 행정이 실체법을 위반했는지에 대한 합법성 심사의 판단범위를 넘지 않는데, 위법상 판단 기준인 실체법이 행정청에게 단지 '헌법상 의혹 없이'(in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise) 결정할 것을 요구하는 정도로 그치고 그 '구체적인 결정기준'(Entscheidungsprogramm)을 충분히 법률로 명확하게 규정하

62) 통신법 제21조제1항제2문에는 1~7호까지 연방망규제청이 반드시 고려해야 하는 요소를 열거하고 있다. 예컨대, 제1호에서는 "시장성장 속도를 감안했을 때, 망이용 또는 경쟁사업자 설비 설치의 기술적·경제적 '부담'(Tragfähigkeit)을 고려하되, 이 경우 '관로'(Leitungsrohr)로의 접속과 같은 접속 요청서비스 및 접속 설비등의 앞단에 놓여 있는 접속요청 대상의 부담을 포함한 상호접속 및 접속 설비등의 종류 및 유형이 고려되어야 한다.", 제2호에서는 "가용능력을 고려할 때, 요청된 접속서비스 및 설비등의 제공가능성", 제3호에서는 "투자와 투자리스크를 고려한 설비 재산권자의 초기투자비용" 등이 고려요소로 열거되어 있다. 그러나 이러한 고려요소들은 서로 갈등적 목표를 지니고 있기 때문에 동시에 모든 고려요소가 실현될 수는 없으므로, 형량과정을 통해 서로간의 갈등이 조정되어야 한다. 넓게 보면, 상호접속의무를 지는 자가 갖는 망의 재산권 행사(특히, 고유의 목적을 위해 자신의 재산권(객체)을 상업적으로 이용할 수 있는 권리)와 경쟁사업자의 당해 망 이용을 위한 접속 요청권을 형량해야 하는 것이다. Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 208f.

63) Markus Ludwigs, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 296.

64) 통신법 제21조제1항의 규범구조는 '법요건-법효과'(Wenn-dann-Formulierung)라는 전통적인 구조가 아니라, '목적-수단의 구조'(Finalregelung)로 보아야 한다는 견해도 설득력을 갖는다. Jan Oster, Normative Ermächtiungen im Regulierungsrecht, S. 209.

고 있지 않고 있는 경우에는 법원의 사법심사 의무가 종결되는 것이다.[65] 이에 따라 규제행정청이 구체적인 기준설정과 설정된 기준을 집행할 의무를 짊어지게 되는 것이다.[66]

다. 규제행정청 조직 및 절차의 특수성

규제권한을 행사하는 연방망규제청의 행정조직 구조에서도 규제재량을 정당화할 수 있는 근거를 찾을 수 있다. 이러한 배경에서 연방행정법원은 행정결정에 높은 정도의 가치요소가 수반되고, 이러한 결정이 관련 법률에서 '특별한 전문적 정당성'(besondere fachliche Legitimation) 및 '특별한 절차'로 결정을 내리는 특별 행정조직의 소관일 경우, 당해 법률로부터 행정의 '결정특권'(Entscheidungsprärogative)을 도출할 수 있다고 하였다.[67] 견해의 대립을 그 스스로가 해결·조정하고 그것으로써 결정을 객관화할 수 있는 '동료제주의 합의제행정조직'(Kollegialorgan)이 바로 이러한 특별 행정조직인 것이다. 동료제주의 합의제행정조직은 모든 구성원이 동등한 지위를 가지므로, 당해 조직의 주요 결정권한이 동등한 지위로 구성된 합의체에 부여된다는 점에 그 특징이 있다.[68] 통신규제와 같이 규율대상의 복잡성 및 동태성이 높아진 결과, 결정특권이 법원이 아닌 이러한 동료제주의 조직인 규제행정청에게 귀속되는 것이고, 법원의 사법심사 강도의 위축도 동시에 수반되는 것이다.[69]

정리하자면, 사법심사의 범위와 강도가 제한되는 규제재량이론은 규제분야의 특성, 규범의 구조적 특성(특히 융합규정), 규제소관 기관의 행정조직적 특성(합의제 위원회 조직)이 종합적으로 고려되어 연방행정법원의 판례를 통해 기존의 전통적인 행정법 법도그마틱과는 다른 새로운 법도그마틱으로 자리잡게 되었다.[70]

65) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 565.
66) Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 160.
67) BVerwG: Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei Marktdefinition(BVerwG, Urteil vom 2. 4. 2008 – 6 C 15/07), NVwZ 2008, S. 1361.
68) 동료제주의 행정조직에 대한 설명은 이원우, "행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로", 「경제규제와 법」, 2009, 96면 이하(111면).
69) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 565; Markus Ludwigs, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 292.
70) 최근에 내려진 연방행정법원의 판결에서도 규제재량에 대한 기존의 입장은 변복되지 않고 계속해서 지속되고 있다. BVerwG, Urteil vom 11. 12. 2013 – 6 C 23.12.

4. 규제재량하자의 판단기준

'형량'이라는 표현에서 알 수 있듯, 연방행정법원은 상호접속의무와 관련한 결정이 도시계획법상 '계획확정결정'(Planungsstellungsentscheidung)과 매우 닮아있다고 보고 있다. 도시계획은 내용이 포괄적이고 이해관계인이 다수라는 특성으로 인해, 여러 단계의 절차를 거쳐 최종적으로 계획확정결정 단계에서 그 내용이 매듭 지워진다.[71] 이처럼, 규제절차도 '모든 문제에 대한 종국적 규율'(abschließende Gesamtregelung allerfragen)을 위한 것이라는 점에서 도시계획의 계획확정절차 유사하다. 특히 통신법상 규제행정청에게 수권된 형성의 자유는 규제목적 실현과 그와 연관된 문제의 해결에 이르기까지 광범위하게 확대된다. 따라서 최종적인 상호접속의무 부과처분은 대립하는 공익과 사익을 고려하고 평가하여 조정한, 포괄적이고 복잡한 형량의 결과라고 할 수 있다.[72]

연방행정법원은 형량을 하지 않은 ① '형량흠결'(Abwägungausfall), ② 당연히 고려했어야 할 이익을 형량과정에 고려하지 않은 '형량하자'(Abwägungdefizit)[73], ③ '형량의 객관성·정당성 결여'(Abwägungsfehleinschätzung, 형량오평가), ④ 충돌하는 이익 중 어느 일방의 이익이 비례관계에 어긋나는 '형량 비례의 미준수'(Abwägungsdisproportioinalität)[74]인 경우를 구체적인 규제재량하자의 기준으로 제시하고 있다.[75] 최근 판결에서는 이러한 규제재량하자 기준을 연방망규제청의 '규범오인'(fehlhaftes Normverständnis), 고려해야할 이익을 누락한 '불완전 심사'(unvollständige Alternativenprüfung), '불충분한 사실조사'(unzureichende Tatsachenermittlung), 후속절차에서의 규율가능성에 대한 불충분한 고려(unterbliebene Berücksichtigung der Möglichkeit einer Regelung im nachgelagerten Verfahren)[76] 및 형량오평가로 더욱 구체화하기도 하였다.[77]

71) 이에 대해서는 김종보, 「건설법의 이해」, 피데스, 2013, 666면.
72) Thorsten Attendorn, Die Zieladäquanz der Regulierung: EG-rechtliche Impulse für eine wettbewerbsfördernde TK-Regulierung, NVwZ 2009, S. 19ff(19).
73) BVerwG, Urteil vom 27.01.2010 – 6 C 22/08, Rn. 47ff.
74) BVerwG, Urteil vom 11.12.2013 – 6 C 23.12., Rn. 24.
75) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 566.
76) 상호접속의무가 부과되더라도 구체적으로 그 의무의 실현은 당사자간의 상호접속협정 체결로 이루어진다(통신법 제22조제1항). 만일 협정 체결이 이루어지지 않은 경우 시정명령(통신법 제25조)을 통해 상호접속의무가 이행되도록 후속절차가 뒤따르게 된다. 물론 상호접속의무를 부과하는 단계에서도 이와 같은 의무불이행의 상황까지 고려하기는 해야 하나, 상호접속의무를 부과할 당시에는 아직 구체화된 상황이 아니기 때문에, 이러한 고려를 앞당겨서 해야 할 규제행정청의 의무를 도출하기란 곤란하다. BVerwG, Urteil vom 11.12.2013 – 6 C 23.12., Rn. 37ff.

예컨대, 상호접속료 인가기준으로서 상호접속료 산정방식과 관련하여 연방행정법원은, '역사적 원가방식'(historische Kosten)이나 '현행 원가방식'(voraussichtliche Kosten) 중 어느 하나로 상호접속료 산정방식을 규제행정청이 정하더라도, 해당 시장의 경쟁 형성과 시장지배적 사업자에 의한 망투자 및 개선간 충돌하는 목적을 고려하여 각각의 장단(長短)을 형량하였다면, 이는 규제행정청의 결정특권 영역이라고 판시하였다.[78]

5. 규제재량이론에 대한 찬반

규제재량이론의 법도그마틱적 논의는 결국 특정 규제사항에 대한 행정청의 형성여지와 법원의 사법심사와의 관계에 대한 것이다.[79]

가. 규제재량이론 긍정설

통신법상 규제목적간의 갈등은 규제재량이론이 성숙할 최적의 여건이었다.[80] 또한, 규제재량의 목적은 규제행정청의 최종결정권을 향해 있지만, 판단여지와 재량의 경계를 허물려는 의도도 숨어있다.[81]

이러한 관점에서 먼저, 법요건과 법효과의 구분을 전제하는 전통적인 행정법 도그마틱에 대한 비판적 관점에서 규제재량을 긍정하는 견해가 있다. 주지하다시피, 독일 행정법학계의 다수는 법요건에 사용된 불확정개념은 판단여지의 문제이고, 재량은 법효과의 문제라는 확고한 전제에 서 있다. 법요건 부분의 판단여지, 법효과 부분의 재량을 엄격히 구분하는 이러한 견해는 그러나 독일에서조차 상당한 비판에 직면해 있다. 이러한 구분이 인위적이라는 것이다.[82] 규제재량이론은 판단여지와 재량개념의 엄격한 구분에서 벗어나 '행정의 결정여지'(administrativer Entscheidnungsfreiraum)라는 단일의 개념으로 판단여지와 재량을 수렴함으로써, 법요건과 법효과를 구별하지 않고 하나의 재량개념으로 파악할 수 있는 단초를 제공할 수 있게 된다. 이는 결국 유럽행정법 도그마틱으로 독일의 행정법 도그마틱이

77) BVerwG, Urteil vom 11.12.2013 - 6 C 23.12., Rn. 25.
78) BVerwG: Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde in Bezug auf das Merkmal der Kostenorientierung gemäß Art. 3 Abs. 3 TAL-VO(BVerwG, Urteil vom 23. 11. 2011 - 6 C 11.10), ZUM-RD 2012, S. 286ff(290), Rn. 29.
79) Claudio Franzus, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 411.
80) Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 414.
81) Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, S. 158.
82) Claudio Franzus, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 411.

다가가는 현상과도 무관치 않아 보인다.[83]

다음으로, 통신규제의 목적과 본질의 관점에서 규제재량이론을 긍정하는 견해도 존재한다. 통신법은 유효경쟁이 전제된 상황에서 남용행위만을 규제하는 것이 아니라, 경쟁을 적극적으로 형성하고 다른 규범목표와 형량 및 조정하는 기능을 갖는다. 그렇기 때문에, 상호접속 및 접속료규제는 법률에 정해져 있는 구체적인 요건을 '적용'하는 것이 아니라, '형성적'으로 구체화하는 과정으로 이해해야 한다는 것이다.[84] 이제는 단순한 법적용자에 그치는 것이 아닌, 불확정개념을 보충하고 그 기준을 적극적으로 정립해 나가는 규제행정청의 기능변화가 고려되어야 한다.[85]

또한, 통신법의 규율밀도를 고려할 때, 규제행정청에게 판단수권이 이루어 진 것으로 볼 수 있다는 견해도 있다. 규제의 근거가 되는 규범의 규율밀도가 높지 않기 때문에, 그에 비례하여 법원의 규제에 대한 사법심사도 약해질 수밖에 없다. 규제의 근거가 되는 규범에서 충분히 구체화된 판단준거를 제시함이 없이 규제행정청에게 단지 신중히 행정결정을 내릴 것을 주문하고만 있는 것이다. 이처럼, 행정결정을 내릴 때 구체적인 판단준거 내지 요소가 결여되어 있다면, 당해 규범을 구체화할 권한은 행정에 배분되어 있다고 보아야 한다.

특히, 규제재량이라는 새로운 재량의 유형을 도입하는 것은 행정청의 최종결정권에 대해 새로운 관점에서 숙고할 수 있는 계기를 제공한다. 이제 법요건과 법효과의 구분을 전제한 법도그마틱은 이제는 낡은 사고이며, 각각의 개별적 상황에 따른 분석, 즉 입법자가 행정에게 최종결정권을 수권했는지 여부가 중요하다는 것이다. 물론, 입법자의 판단수권 여부도 결국에는 법원이 판단할 것이고, 이 때 법원은 헌법상 최대한의 권리보호 요청 명령을 고려할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 적어도 통신법 영역에서는 입법자의 최종결정권한을 연방망규제청에게 수권했는지는 명확하게 입증되었다고 한다.[86]

나. 규제재량이론 부정설

규범의 구체적인 의미의 불확정성은 오늘날 모든 법개념에 수반되는 현상이다.

83) Matthias Jestaedt, § 11 Maßstäbe des Verwaltungshandels, in: Hans-Uwe Erischen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allegemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/Newyork, 2010, S. 351f, Rn. 27f.
84) Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 412.
85) Wolfgang Hoffmann-Riem, Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe, Impuls aus der einstufien Juristenausbildung, 157., S. 1ff(11).
86) Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen-eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 425.

이로부터 직접 행정과 법원의 권한배분을 도출해서는 안 된다. 그렇기 때문에, 어느 정도의 불확정성이 있더라도 이에 대한 행정청의 결정은 행정법원의 무제한적 사법심사의 대상이 되어야 한다고 주장한다.[87]

견해에 따라서는 팽팽한 이익충돌의 상황에서 사전에 구체적인 규제처분에 대한 내용이 충분히 정해져 있지 않고 일반추상적인 법률에서 느슨하게 규율되어 있을 경우, 이것만으로 곧바로 사법심사 강도의 완화를 정당화할 수 없다고 한다. 명시적인 법률의 기준이 없을 경우에, 일반적인 법원칙에 근거하여 공정한 사안의 해결을 도모해야 하는 것이 바로 판례의 임무이기 때문이다.[88] 설령, 느슨한 규율이 입법자의 의도였다 하더라도, 행정작용의 범위와 강도에 대한 계획이 무조건적인 입법자의 자유 영역에 놓여 있는 것은 아니라고 한다. 오히려 관련 기본권, 법치주의, 그리고 민주주의 원칙으로부터 발생하는 한계를 준수해야 하는 것이다. 법치주의 및 민주주의 관점에서 볼 때, 법률의 유보는 관련 침해수권이 충분히 명확해야 하고, 기본권 한계에 대한 결정을 일방적인 행정의 결정에 맡겨서는 안 되는 것이다.[89]

또한, 규제결정의 복잡성을 고려할 때 법원의 사법심사는 그 기능한계에 직면한다는 연방행정법원의 결론에 대해 성급했다는 비판이 가해진다. 해당분야의 복잡성, 해당분야에서 행정의 특별한 경륜, 행정결정의 장래예측적 특성만으로 법원의 심사로부터 자유로운 결정여지를 정당화하기에는 충분하지 않다는 것이다. 이는 독일 '연방경쟁제한방지법'(das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 '경쟁제한방지법')[90]의 실무에서도 확인된다. 특히 경쟁제한 사건을 관할하는 독일 '연방통상법원'(Bundesgerichtshof)은 통신법상 상호접속 사례와 유사한 '필수설비접근'(Infrastrukturzugangsgewährung)과 관련한 사례를 다룬 바 있다. 여기에서 연방통상법원은 기능적으로 행정법원의 역할을 수행하고, 따라서 행정소송법이 유추적용된다. 그러나 연방통상법원은 경쟁제한방지법 제71조제5항제2문에서 규정하는 '경제상황 및 경제성장에 대한 평가'(Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung)의 경우를 제외[91]하고는 항상 '연방카르텔청'(Bundeskartellamt)의 결정

87) Klaus Ferdinand Gräditz Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontorlle, S. 1006.

88) Sachs/Jasper, Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume-Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, S. 649ff(652).

89) Klaus Ferdinand Gärditz, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontorlle, S. 1009. 이 견해는 극단적으로 이러한 갈등이 본질적인 갈등과 관련된 문제라면, 민주주의적 법치국가에서는 입법적 해명이 있을 때까지 규제를 하지 말 것을 주장하기도 한다. 그러나 규제공백 상황과 위법을 방치하는 결과만 초래할 뿐이라는 비판이 가능하다.

90) 우리의 독점규제및공정거래에관한법률에 상응한다.

을 완전한 사법심사의 대상으로 삼고 있다. 연방행정법원의 논리에 따랐더라면, 경쟁법 영역 역시 복잡한 시장구조와 관련된 결정이므로 연방통상법원의 통제밀도는 제한적이어야 한다. 하지만 일반적으로 경제행정법 영역이라면 규율대상 내지 영역의 복잡성, 전문적 판단의 필요성, 전문적 지식의 필요는 원칙이지 예외적인 경우가 아니다.[92]

연방행정법원이 동료제주의 합의제 행정조직의 특수성을 규제재량에 대한 제한적 사법심사의 정당화 논거로 제시한 대목에 대해서도 비판이 형성되고 있다. 물론 통신법을 특별행정조직의 소관으로 한 것은 통신법상 규제가 높은 수준의 가치판단을 수반하기 때문이다. 연방망규제청의 '결정소위원회'(Beschlusskammer)는 특별행정절차를 거쳐 결정을 내리며, 전문가의 지원을 지속적으로 받는다. 또, 견해의 대립이 이러한 특별행정절차를 통해 조정되고 타당한 결정을 내릴 수 능력이 있는 동료제 합의기관이 결정한다면, 법원의 통제밀도를 제한할 수도 있다. 하지만 연방망규제청은 위원회 구성의 내적 다원성이 보장되거나 '상명하복적 지시로부터 자유로운'(weisungsfrei) 행정조직도 아니거니와 그에 상응하는 준사법절차와 같은 특수절차를 거치는 조직이 아니라는 평가도 있다. 실제 행정조직 및 행정절차적 차원에서 연방망규제청은 규제재량을 정당화할 수 있는 정도의 수준을 넘지는 못한 것으로 바라보는 것이다. 통상의 행정절차와 다른 점은 결정소위원회를 3인의 고위직으로 구성하고, 그 중 1인을 판사의 자격으로 의무화하는 점 밖에 없다고 한다. 전문가로 구성된다거나 가치중립적인 다원적 위원의 구성이 아닌 것이다. 설령 행정청 그 자체가 전문적 집단이라고 하더라도 그것만으로 최종결정권의 수권을 정당화하지 못한다고 한다. '구두변론'(mündliche Verhandlung)은 실제로 청문절차와 다름없다고 한다.[93]

도시계획에서의 계획확정절차와 유사한 성질을 갖는다는 전제하에, 사법심사의 강도 역시 계획재량의 통제와 같이 제한적으로 이해하는 규제재량의 논리도 비판의 대상이다. 도시계획과 규제간의 본질적인 기능 차이와 그 과정에서 국가의 임무 및 역할을 간과했다는 것이다. 계획재량은 지방자치단체의 계획고권으로 형성된 지역의 고유한 특수성으로부터 그 정당성이 도출된다.[94] 즉, 도시계획은 전통적

91) 경쟁제한방지법 제75조제5항에서는 재량의 한계를 넘는 재량일탈의 경우, 재량결정이 연방카르텔법의 취지와 목적을 침해하는 재량남용의 경우에 대한 재량하자의 일반원칙을 선언하면서, "경제상황 및 경제성장에 대한 평가는 법원의 심사대상에서 제외된다."고 명시하고 있다.

92) Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, S. 160.

93) Klaus Ferdinand Gräditz, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontorlle, S. 1006f.

으로 국가의 공간 형성 및 구조화에 해당하는 임무영역이다. 국가가 계획에 대한 주도권을 갖고 직접 계획을 세우고 집행한다. 이에 반해, 규제법은 '시장형성'(Marktöffnung)을 통해 사인간의 유효경쟁을 가능하게 하는 소극적인 임무에 국한된다고 한다. 국가가 직접 유효경쟁을 대신하거나 대체하지는 않는 것이다. 자유경쟁이 갖고 있는 고유의 합리성이 고권적 결정과정으로 대체될 수 없는 것이어서, 자유로운 개인의 시장행위는 국가에 의해 계획될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 이와 별개로, 규제재량이론은 계획재량 도그마틱으로의 도피라는 평가를 받을 수밖에 없다는 비판도 있다.[95]

다. 소결

통신법에 불확정개념이 법요건 부분에 다수 사용되었다고 하여, 무조건적인 규제재량의 인정과 사법심사의 회피를 정당화할 수 없다. 규율대상의 가치의존성, 장래예측의 불확실성으로 사법심사의 제한을 정당화 할 수 없다.[96] 특히 입법자는 불확정개념을 사용하면서 그 최종결정권을 행정이 아닌 법원에게 배분할 수도 있다. 경찰법상의 일반조항을 법원이 완전심사하는 실무는 이러한 가능성을 증명하고 있다. 뿐만 아니라, '위험방지'(Gefahrenabwehr), '위험'(Gefahr), '공공의 안전'(öffentliche Sicherheit), '공공질서'(öffentliche Ordnung)와 같은 불확정개념도 내용적으로는 사전에 확정가능하다.[97] 불확정개념이 이미 내용적으로 미리 정해져 있기 때문에, 행정결정을 통해 법에서 현재 보호되고 있는 법상태의 변화를 저지할 수 있고, 행정결정에 대한 완전한 사법심사를 수단으로 이것이 가능하게 된다.[98]

그러나 통신법에서 사용되는 불확정개념은 전통적인 불확정개념의 논리적 전제와는 완전히 반대된다. 기술발전에 항상 부응해야 하는 통신규제의 전략은 언제나 유동적일 수밖에 없기 때문에, 전형적으로 불확정개념의 내용을 미리 확정하기란 불가능한 일이다. 기술의 변화와 시장참여자의 전략적인 결정으로 인해 규율 대상이 동태적이라는 점, 현존하는 지식수준이 상대적으로 불안정하다는 점, 개별 영역의 고유 논리가 있다는 점은 미리 법률로 행정에게 충분히 구체적인 지침을 줄 수

94) Viktor Winkler, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, S. 160.
95) Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 413.
96) Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 414.
97) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen - Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, AöR 2011, S. 553ff(555).
98) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen - Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 558f.

없다는 결과에 이른다. 특히 독일 경쟁제한법의 논리를 그대로 통신법에 적용해서도 안 된다.[99] 유효경쟁이 전제된 상황에서 발생한 폐해에 대한 개입이냐 아니면 유효경쟁을 적극적으로 창출해야 하느냐의 규범구조적인 차이와 그에 상응한 각각의 기능 및 목적[100]을 간과해서는 안 되는 것이다. 특히 경쟁제한방지법 소관 법원인 연방통상법원도, 스스로가 충분히 해명할 수 없는 복잡한 가치판단이나 사실관계가 소송물이 되었을 때 이를 법원이 제대로 판단할 수 없다고 종종 자인하고 있다고 한다.[101] 그러므로 통신법에서는 불확정개념이 더 이상 '행정을 구속하는 근거'(Bindungsquelle)가 아니라 행정결정에 대한 포괄적인 위임근거로 이해될 수 있으며, 이러한 맥락에서 규제재량 개념을 법도그마틱으로 수용할 필요성이 발생한다.[102] 규제행정청의 결정에 대한 완전한 사법심사를 주장하려면, 입법자에게 충분히 구체적인 사법심사의 기준을 '법률로' 제시할 것을 먼저 요구해야 한다.[103]

Ⅳ. 독일 규제재량이론의 시사점

1. 전기통신사업법상 상호접속규제

독일에서 규제재량이 인정되었던 상호접속규제는 우리 전기통신사업법 제39조에 규율되어 있다. 그 중 상호접속의무는 기간통신역무의 사업규모 및 시장점유율이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자가 부담한다(전기통신사업법 제39조제3항제2호).[104] 이러한 상호접속의무를 부담하는 기간통신사업자는 바로 앞서 살펴본 독일의 시장지배적 사업자의 지위와 거의 유사하다. 전기통신사업법 제34조제2항 소정의 경쟁상황평가에서 획정된 단위시장에서 전년도 매출액을 기준으로 한 시장점유율이 50퍼센트 이상인 기간통신사업자 중 시장규모, 이용자 수, 경쟁상황 등을 '고려'하여 서비스별로 미래창조과학부장관이 정하여 고시하는 사업자

99) Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 168f.
100) 경쟁법은 경제 영역에서의 전형적인 경찰작용이다.
101) Claudio Franzius, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steurung und gerichtlicher Kontrolle, DöV 2013, S. 714ff(719).
102) Shu-Perng Hwang, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen - Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, S. 561f.
103) Claudio Franzius, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steurung und gerichtlicher Kontrolle, DöV 2013, S. 714ff(717).
104) 그 이외의 전기통신사업자는 요청이 있을 시 상호접속을 허용할 수 있다고 하여, 기간통신사업자의 상호접속의무와는 차별적인 규율을 하고 있다(전기통신사업법 제39조제1항).

이기 때문이다(전기통신사업법 시행령 제39조제1항). 독일 연방망규제청이 시장획정, 경쟁상황평가, 규제의 필요성 판단에 따라 상호접속의무를 부과하는 절차와 크게 다르지 않다. 특히 상호접속의무의 구체적인 이행 방식이 '협정체결'을 통해 이루어지는 점도 같다. 다만, 상호접속의 범위・조건・절차・방법 및 상호접속료와 관련된 포괄적인 사항을 규율하는 상호접속기준 고시를 제정하고, 이 기준에 따라 상호접속협정을 맺어 그 인가를 받도록 하고 있는데, 결과적으로는 대동소이하다고 볼 수 있다.[105]

특히 우리 규제행정청[106]이 재량을 행사할 수 있는 지점은 상호접속의무 기간통신사업자 지정, 상호접속기준의 고시[107], 상호접속협정의 인가, 상호접속협정 불발 시 금지행위 위반에 따른 사후적인 시정명령 발령에 있다. 먼저, 기간통신사업자 지정의 토대가 되는 경쟁상황평가는 관계 전문가와 이해관계자의 의견을 들어 약 1년여 기간 동안 수행된다(전기통신사업법 시행령 제38조제3항). 또한, 상호접속협정의 구체적인 협정내용을 규제행정청이 직접 행정행위를 통해 규율하지는 않지만, 협정내용을 정하기 위한 추상적인 틀을 상호접속기준의 고시를 통해 제시하고 있다. 이에 따라 상호접속료가 상호접속기준의 고시에 의해 사실상 정해지는 것이다(전기통신사업법 제40조제1항).[108] 독일 규제재량이론에서의 고려요소나 형량요

105) 이 외에도, 독일 상호접속규제의 경우 상호접속협정 체결이 불발될 시 직접적인 상호접속명령을 발령할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있지만, 전기통신사업법에서는 직접적인 상호접속명령의 법적 근거가 없으며, 단지 재정신청을 통해 협정 불발에 대응하도록 규정되어 있다(전기통신사업법 제45조). 물론 사후적으로는 상호접속의무를 지는 기간통신사업자를 포함하여 그렇지 않은 전기통신사업법 제39조제1항상의 일반 전기통신사업자도 금지행위 규제를 받기 때문에, 상호접속과 관련한 시정명령이 나중에라도 가능하기는 하다. 그렇지만 사후적 시정명령은 '부당' 내지 '정당한 사유 없이'와 같은 추가적인 판단과정을 더 거친 이후에야 발령될 수 있다.

106) 서두에서 살펴본 것처럼, 2013년 새정부 출범으로 미래창조과학부와 방송통신위원회로 방송통신규제의 관할이 분산되었는데, 상호접속규제의 경우도 그러하다. 예컨대, 상호접속의무 기간통신사업자 지정, 상호접속고시 제정, 상호접속협정 인가는 미래창조과학부로, 부당하거나 정당한 사유 없이 상호접속협정 체결이 불발되었거나 협정된 체결이 이행되지 않았을 경우 시정명령을 발령할 권한은 방송통신위원회로 2분된 것이다.

107) 규제행정청에게 보장책임의 임무를 위임한 다음 그에 상응하는 재량을 부여하는 방식(규범집행적 규제, normvollziehende Regulierung)과, 법률과 행정입법으로 어느 정도의 기준을 사전에 규율하고 행정에게는 상대적으로 적은 재량을 부여하는 방식(규범적 규제, normative Regulierung) 중 상호접속기준 고시는 후자에 속한다. Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 166.

108) 전기통신설비의 상호접속기준(미래창조과학부 고시 제2013-19호) 제22조제1항에 따르면, '상호접속료(접속통화료) = 접속통화량 × 접속통화요율'이다. 상호접속료 산정의 가장 중요한 변수는 접속통화요율이다. 접속통화량은 실측한 수치를 넣기만 하면 되기 때문이다. 접속통화요율의 산정단위는 '분당 얼마'의 방식이다(고시 제22조제3항). 이러한 접속통화요율은 사업자별로 2년에 한 번씩 정해지는데, 예컨대 이동통신망의 접속통화요율은 사업자간 합의한 2010년도 기준 분당접속원가에서 이후 5개년의 평균변화율을 적용하여 산정한다(고시 제22조의3제2항).

소는 모두 이 단계에서 이루어지며, 그 결과 규제목적을 달성하기 위한 적절한 규율내용이 고시 곳곳에 담겨져 있다. 상호접속기준의 고시가 실질적인 상호접속규제의 기준으로 기능하는 것이다. 이러한 기준의 준수에 여부에 대한 실효성 확보는 사전규제로서 상호접속협정 인가의무를 통해, 사후규제로는 전기통신사업법상 금지행위 규제로써 그 이행을 담보하는 체계로 구성하고 있다.

물론 우리나라에서는 아직까지 상호접속규제에 대한 행정소송이 제기된 바 없다. 이는 방송통신 규제기관이 인허가권까지 행사할 수 있기 때문에, 피규제자인 사업자가 규제기관의 결정에 불복하는 소송을 제기하면 이로써 곧 사업활동의 존폐기로에 직면할 수 있다는 우려에서 비롯된다. 그럼에도 불구하고, 우리나라 상호접속규제의 목적, 구조와 절차 및 판단요소를 고려하면, 규제재량이 인정되어 사법심사가 제한되는 결과로 이어진다는 논리구성은 얼마든지 가능하다고 본다.

그럼에도 여전히 남는 의문은 상호접속규제의 소관이 독임제 행정부처인 미래창조과학부이기 때문에, 연방행정법원이 규제재량을 인정했던 논거 중 하나인 합의제 행정기관의 판단이 아니라는 반론이다. 그러나 규제기관의 단순한 형식적인 행정조직적 양태보다, 그 판단의 전문성・공정성・투명성, 이해갈등의 객관적・합리적인 조정절차의 존부, 효과적인 의견수렴절차 등 실질적인 기준에 따른 판단이 필요하다. 오늘날 독임제 부처에서도 민감하고 복잡하거나 전문적인 기술분야에 대한 판단이 요구되는 사안에 대해서는 소관 법령이나 행정규칙에 근거한 위원회 구성을 하고, 위원회의 평가 결과를 사실상 독임제 부처장관이 존중하는 식의 행정결정이 빈번하게 이루어지고 있다.[109] 따라서 규제재량이 인정되기 위해, 반드시 규제기관의 조직형식이 동료제주의적 합의제기관이어야 한다거나 준사법적 절차를 통한 결정이어야 할 필요는 없다고 본다.

즉, 기존(2010년)에 정해진 접속통화요율에서 평균변화율을 곱하여 산정되는 것이고, 현행 평균변화율은 가입자를 가장 많이 가지고 있는 사업자는 -2.91%, 가입자를 두 번째로 많이 가지고 있는 사업자는 -3.89%, 가입자를 세 번째로 많이 가지고 있는 사업자는-4.08%이다(고시 부칙 제2조제2항). 마이너스(-)의 평균변화율을 곱하는 이유는 네트워크 구축 초기에 비용이 많이 소요되지만, 시간이 갈수록 설비비용은 계속 감소하기 때문이다. 이러한 규율태도를 종합하면, 상호접속료는 당사자의 협상 여지없이 '직접 고시로 고정'된다고 볼 수 있다.

109) 예컨대, IPTV사업허가 등 진입규제의 구체적 사항을 규율하고 있는 「인터넷 멀티미디어 방송사업의 허가・신고・등록・승인 절차 및 기준」 제7조제2항에서, "미래창조과학부장관은 방송통신・미디어, 법률, 경영 및 회계 분야 등의 학식과 경험이 풍부한 전문가를 20명 이내의 범위에서 심사위원으로 구성하여 심사하게 할 수 있다."고 규정하고 있다. 동 고시 제8조를 보면, 심사적격 통보를 받은 날로부터 1개월 이내에 필요사항 이행과 증비서류 등의 제출을 미래창조과학부장관에게 하도록 규율하고 있는데, 심사결과 고시 제7조제4항에서 정한 100분의 70이상의 적격판정을 받은 결과대로 절차가 진행되도록 예정되어 있다.

2. 규제재량이론의 확장가능성

독일의 규제재량이론은 통신법상 상호접속규제에 집중되어 있다. 그렇기 때문에 모든 규제분야에 규제재량이론을 무한정 확장시킬 수는 없다.[110] 규제행정청 내지 소관행정청의 최종결정권을 인정할 수 있는지 여부는 해당 규범에 따라 분석되어야 하고 판단되어야 한다.[111] 그러나 적어도 연방행정법원이 인정한 규제재량이론은 민영화 이후 적극적 경쟁질서 형성이라는 독일식의 규제개념을 명시적으로 염두에 두고 있었던 것은 아니다. 따라서 연방행정법원이 규제재량을 인정했던 요건이 어느 정도 충족되기만 한다면, 통신을 넘어 방송규제로도 규제재량이론의 외연이 넓어질 가능성은 충분히 존재한다. 독일의 지배적 견해도 방송 규제기관에게 판단여지가 부여되어 있다고 한다.[112] 우리 방송법제에서도 방송사업 허가·승인, 다양성과 관련된 시청점유율 규제, 유료방송 이용요금 승인, 보편적 시청권 관련 규제, 일부 방송사업자에 대한 금지행위 규제 등에서 규제기관의 규제재량이 인정되어야 할 필요성과 정당성은 충분히 농익어 있다. 단순한 법집행을 넘어선 불확정개념의 기준을 새로이 정립하고 보완해 나가는 적극적인 형성작용으로 볼 여지가 다분하기 때문이다. 더욱이 공익성·공정성 등과 같은 고도의 가치판단이 전제되며, 법요건 부분의 불확정개념과 법효과 부분의 재량이 융합된 융합규정이 대다수를 이루고 있다. 특히 유료방송 이용요금의 승인 기준 설정과 금지행위 규제에서 적정한 수익분배 거부 등의 행위 내지 시청자를 차별하는 이용요금 부과에 대한 판단은 규제기관의 면밀한 경제적 분석이 선행되어야 한다. 개중에, 미래창조과학부 소관 규제도 있으나 주로 방송통신위원회의 규제영역이며, 설령 독임제 행정부처의 의사결정 과정을 거치더라도 전문가나 이해관계자의 참여에 따른 다수의 결정에 따른다.[113]

110) 규제재량의 일반화에 대한 반대의 견해로 Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 412f; 문병효, "규제재량과 행정법원의 통제", 224면.

111) Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen-eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 409.

112) Jens-Peter Schneider, Rechtsschutz im Regulierungsverwaltungsrecht, in: Michel Fehling/Matthias Rufferts (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010, S. 1207, Rn. 18.

113) 특히 중계유선방송사업 재허가의 법적 성질에 대한 서울고등법원 2007. 7. 26. 선고 2006누23595의 판결은 "방송법 제17조 제1항 및 제3항은 피고가 중계유선방송사업자 등에 대한 재허가 추천할 때 동법 제10조 제1항 각 호 및 제17조 제3항 각 호의 사항을 심사하여야 한다고 규정하고 있는데, 위 각 호의 사항은 대부분 추상적인 내용인 점, 피고는 전문성 및 사회 각 분야의 대표성을 갖춘 9인의 방송위원으로 구성되어 방송에 관한 전반적인 사항을 심의·의결하는 합의제 행정기관이라는 점 등에 비추어 보면, 피고가 중계유선방송업자 등에 대한 재허가 추천 여부를 결정함에 있어서 폭 넓은 재량이 부여되어 있다."고 판시하고 있다. 이를 통해, 방송사업 허가·재허가 등 진입규제에 있어서의 규제재량을 인정할 수 있는 가능성도 충분히 엿보인다고 하겠다(밑줄은 필자).

특히 우리 방송통신법제에서 중요한 규제영역으로 활용되고 있는 금지행위 규제 또는 남용규제에 대해, 독일의 일부 견해에서 규제재량이론의 확장에 반대하는 입장이 감지된다.[114] 남용규제에 있어 규제행정작용이 중점이 통신법의 목적인 경쟁형성이 아니라, '경제 경찰법 작용'으로서 남용적 행위의 방지에 놓여 있기 때문이라고 한다. 무엇보다, 남용규제를 규율하고 있는 경쟁제한방지법 제19조 내지 제20조에 대해 소관 연방통상법원은 완전한 사법심사를 행한다. 우리 역시 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법')상 시장지배적지위 남용행위(공정거래법 제3조의2)나 불공정거래행위(공정거래법 제23조)에 사용되고 있는 '부당', '정당한 사유 없이' 등의 불확정개념이 사용되었을 경우 우리 판결실무에서는 완전한 사법심사가 이루어지고 있다. 그러나 앞서 살펴보았듯이, 연방행정법원은 좁은 의미의 규제를 전제하지 않기 때문에, 남용규제라는 이유만으로 반드시 규제재량이론으로부터 적용제외 되어야 한다고 볼 수는 없다.

이 외에도 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위의 요건충족의 결과는 형벌이라는 법효과로 이어질 수도 있으므로, 형사법에서 적용되는 명확성 원칙이 적용된다고 보아야 한다는 견해가 있다.[115] 그 결과 법효과와의 관련성에서 전면적인 사법심사가 이루어져야 한다는 주장이다. 전기통신사업법과 방송법상 금지행위 규제가 불공정거래행위의 일종이라는 점에서 이 논의가 방송통신영역의 금지행위 규제에 그대로 적용될 수 있다. 그러나 이러한 견해에 따르게 되면, 전형적인 규제재량이론의 상징인 상호접속규제마저도 재량이 인정되지 못하는 결론에 이른다. 왜냐하면, 전기통신사업법에는 상호접속협정 체결 불발에 대한 직접 시정명령 조항이 없는 대신, 금지행위 위반에 따른 시정명령을 사후적으로 예정[116]하면서(전기통신사업법 제52조), 그 시정명령을 이행하지 아니한 자에게는 다시 형벌이 부과는 구조이기 때문이다(전기통신사업법 제95조제5호). 이 견해의 논리대로라면, 상호접속의무의 불이행 결과가 형벌이라는 법효과로 이어질 수 있으므로 규제행정청의 재량은 인정될 수 없다. 하지만 행정제재가 형사제재와 결부되어 있다는 이유로

114) Markus Ludwig, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, S. 297; Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommikationsrecht?, S. 413.

115) 임성훈, 「불확정법개념의 해석·적용에 대한 사법심사에 관한 연구」, 228-230면 참고.

116) 방송통신위원회 보도자료, "방통위, SKT에 대해 SMS 상호접속 협정체결 명령 -C2P SMS(기업형 SMS) 시장에 실질적인 경쟁활성화 기틀 마련-", 2008. 12. 17, 8면.

그 규제의 목적과 기능의 분석 없이 일률적으로 규제재량을 부인하려는 주장은 타당하지 아니하다.

3. 행정법 도그마틱에 대한 함의

불확정개념만으로는 입법자가 행정청에게 재량을 수권한 것으로 단정할 수 없다. 그렇다고 재량에 관한 전통적인 행정법 도그마틱이 여전히 지속되어야 한다는 것을 옹호하는 것은 아니다. 당해 소관 규제분야에 대한 규제행정청의 전문적 판단이 요구되고 적극적인 형성·유도가 필요한 상황에는 폭넓게 규제재량을 인정하고, 그에 대한 사법통제는 필요최소한에 그쳐야 한다. 여기에 독일의 규제재량이론에서 제시된 여러 정당성 논거들이 가미됨으로써 판단수권의 존재를 더욱 탄탄히 입증할 수 있게 되었다.

헌법에서 '조종 및 형성'(Steuerung und Gestaltung) 등의 제1차적 규율임무는 우선적으로 입법자가 담당하지만, 입법자는 다시 이를 누가 제대로 수행해 낼 수 있는지 판단하여 법원이 아닌 행정에게로 당해 규율의 현실화 임무를 부여할 수 있다.[117] 특히 이를 누구에게 수권한 것인지 여부가 불분명할 때, 그 해답을 찾는 과정에서 해당 규범의 규율태도 내지 의도가 중요한 판단 준거가 된다. 그 출발점으로서 불확정개념이 법요건 부분에 사용되었을 경우, 원칙적으로 행정청에게 재량이 부여되었다고 볼 여지가 많다.[118] 그 외의 기준으로 독일의 규제재량이론에서 정당성 논거로 사용되는 규율대상의 복잡성·동태성, 규범의 융합적 구조, 합의제 행정조직의 소관과 같은 특성이 고려될 수 있다. 즉, 입법자의 '규범수권'(normative Ermächtigung)이 있었는지 여부를 판단하는 기준으로 해당 법영역의 고유한 특성, 규범수권의 가능성이 엿보이는 해당 규범의 구조, 행정청에 의한 복잡한 가치판단 및 장래예측이 필요한 정도, 독립적 합의제 조직이라는 행정청의 조직적 특성, 판단여지이론에서 행정청의 판단여지가 인정되는 영역 등이 제시될 수 있는 것이다.[119]

글로벌화, 기술변화, 시장구조의 변동이 동시에 영향을 미치는 오늘날 규제환경에서 적시에 복잡한 발전양상에 대응하고, 향후 발전의 토대를 사전에 미리 형성

117) Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 159.
118) 우리의 경우 법요건에 불확정개념이 사용되었을 때, 입법자가 행정청에게 '재량'을 부여한 것으로 볼 수 있다는 견해로 이원우, "현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점", 「행정법연구」 제29호, 2011, 124면 각주 25).
119) Alexander Proelß, Das Regulierungsermessen-eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, S. 414f.

해 놓기 위해서는 유연한 규제수단을 구비해 놓고 있어야 한다.[120] 나아가 규제행정청은 단순한 법집행자를 넘어서 규제목적을 고려하면서 다양한 이해관계자의 갈등적 법적 지위를 비례에 맞게 조정하고 형량하는 적극적인 임무를 수행할 수 있어야 한다. 그러나 규제재량의 확산과 그에 대한 제한적 사법심사 요청의 다른 한편에서는, 법원의 기능과 유사하게 공정하고 중립적인 판단이 가능하도록 하는 제도적인 보완노력이 함께 수반되어야 할 것이다. 특히 규제절차의 개선노력은 끊임없이 경주되어야 한다.[121] 규제재량을 인정하게 된 결과, 법원의 실체법적인 내용통제 대신에 절차법의 강화를 통해 사법심사가 제한됨에 따른 공백이 보완될 수 있기 때문이다.

(논문접수일 : 2014.08.10, 심사개시일 : 2014.08.24, 게재확정일 : 2014.09.16)

김 태 오

규제, 독일 연방행정법원, 규제재량, 상호접속, 사법심사의 범위, 형량

120) Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, S. 160.
121) 규제절차의 개선에 대해서는 최계영, "규제개혁의 참된 의미와 올바른 방향 – 규제절차의 개선방안 –", 「규제개혁의 참된 의미와 올바른 방향」 , 재단법인 행복세상 세미나 자료집, 2013. 6. 19.

【참 고 문 헌】

김상택, “상호접속(interconnection)에 대한 개관”, 「경제규제와 법」, 2010, 123면 이하.

김종보, 「건설법의 이해」, 피데스, 2013.

박균성, 「행정법론(상)」 제10판, 박영사, 2011.

문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 「공법학연구」 제15권제1호, 2014, 207면 이하.

이원우, “경제규제와 공익”, 「서울대학교 법학」, 2006, 89면 이하.

이원우, “행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로”, 「경제규제와 법」, 2009, 96면 이하.

임성훈, 「불확정법개념의 해석·적용에 대한 사법심사에 관한 연구 : 한국·미국·독일법의 비교를 중심으로」, 서울대학교 박사학위논문, 2012.

최계영, “규제개혁의 참된 의미와 올바른 방향 – 규제절차의 개선방안 –”, 「규제개혁의 참된 의미와 올바른 방향」, 재단법인 행복세상 세미나 자료집, 2013. 6.

홍강훈, 결합규정(Koppelungsvorschriften)의 해석방법에 관한 연구 – 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결의 비판적 분석 -, 「공법학연구」 제13권 제3호, 177면 이하.

Attendorn, Thorsten, Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzgentur und die Sinnenprüfung - planerische Gestaltungsfreiräume bei der Zugansanordnung nach § 21 TKG?, DVBl. 2008, S. 1408ff.

Attendorn, Thorsten, Die Zieladäquanz der Regulierung: EG-rechtliche Impulse für eine wettbewerbsfördernde TK-Regulierung, NVwZ 2009, S. 19ff.

Erischen, Hans-Uwe/ Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allegemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/Newyork, 2010.

Franzius, Claudio, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? - Zum behördlichen Gestaltungauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409ff.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche

Kontorlle, NVwZ 2009, S. 1005ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe, Impuls aus der einstufien Juristenausbildung, 157., S. 1ff.

Hwang, Shu-Perng, Wirksamer Wettbewerb durch offene Normen – Zum Funktionswandel der unbestimmten Rechtsbegriffe im Telekommunikationsrecht, AöR 2011, S. 553ff.

Kling, Michael, Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor, Tübingen, 2013.

Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, Heidelberg, 2008.

Ludwigs, Markus, Regulierungsermessen als Herausforderung für das Verwaltungsrecht, JZ 6/2009, S. 290ff.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., München, 2011.

Mayen, Thomas, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht - Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ 2008, S. 835ff.

Oster, Jan, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, Baden-Baden, 2009.

Paschke, Marian, Medienrecht, 3. Aufl., Heidelberg u.a., 2009.

Proelß, Alexander, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts? AöR 2011, S. 402ff.

Ruffert, Matthias, Regulierung im System des Verwaltungsrecht, AöR 1999, S. 237ff.

Sachs, Michael/ Jasper, Christian, Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume - Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, S. 649ff.

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2013.

Schneider, Jens-Peter, Telekommunikation, in: Fehling, Michel/ Rufferts, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010.

Joachim Wieland, Regulierungsermessen im Spannunsverhältnis zwischen deutschem und Unionrecht, DöV 2011, S. 705ff.

Winkler, Viktor, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, DVBl. 2013, S. 156ff.

Abstract

The right of last decision by the Communications Agency and judicial review

– A closer look at the regulatory discretion of the Federal Administrative Court of Germany –

Taeoh Kim

A normal structure of a norm consists of two sides: If the necessary legal conditions of the norm is fulfilled, then the legal effect of that norm is actuated. Given this general system of norms, i.e. classic dichotomy, according the traditional theory, the administrative discretion exists only in the legal effect of the norm. Although several undetermined concept(unbestimmter Begriff) are used by lawmakers on the side of the legal conditions of norm, all decisions made by the regulatory agencies are subject to full judicial review. In other words, there is no administrative discretion on the side of the legal requirement.

In recent several decisions rendered by the Federal Administrative Court of Germany, regulatory discretion is accepted on the field of the regulation of telecommunications industry. According to the Federal Administrative Court of Germany, the scope of judicial review is limited to control appreciation of values by regulatory agency, when it is needed to respect decisions by Bundesnetzagentur, i.e. communications agency in Germany, due to its predominant technical knowledge and professionalism. Specially, the regulation of interconnection, which has been the key factor of the competition and function in telecommunications market, was subject to judicial review related to regulatory discretion.

This article deals with the existence, scope and legal consequences as well as the impacts of regulatory discretion on the administrative law dogmatics.

Taeoh Kim

regulation, the Federal Administrative Court of Germany, regulatory discretion, interconnection, the scope of judicial review, appreciation of values

무권대리인의 상대방에 대한 무과실책임 재검토

정 상 현*
서 순 택**

【목 차】

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 대상판결의 분석
1. 사건개요
2. 하급심판결
3. 대법원판결
4. 본 판결의 의미
Ⅲ. 책임의 근거와 법적 성격 일반론
1. 학설의 입장
2. 판례의 태도
3. 학설과 판례의 검토
Ⅳ. 무권대리인 책임의 법적 성격 재검토
1. 책임의 내용
2. 재검토의 배경
3. 재검토의 구체화
Ⅴ. 결 어
1. 논문의 요약
2. 판결의 당부

【국 문 요 약】

본 논문은 민법 제135조 제1항에서 규정하고 있는 무권대리인 책임의 법적 성격에 대하여, 이를 법정의 무과실책임으로 보는 우리 민법학계의 일반적 해석론과 판례를 분석하고, 그에 대한 이론적 비판과 더불어 입법론 및 새로운 재해석의 여지를 검토한 것이다. 우리 민법은 대리권이 없는 자가 타인의 대리인으로서 계약을 체결한 경우, 이에 대한 본인의 추인이 없거나 표현대리가 성립하지 않는 한, 본인에게 계약의 효력이 귀속되지 않는 것으로 규정하고 있다(제130조). 이 때 무권대리인과 계약을 체결한 상대방에 대하여 아무런 구제수단을 인정하지 않으면, 대리권의 부존재를 알지 못한 그의 신뢰는 보호받지 못하게 되고, 결과적으로 매우 불리한 지위에 놓일 수도 있다. 그래서 민법은 상대방의 보호를 위하여 "다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다"고 규정한다(동법 제135조 제1항). 이 규정은 독일민법과 일본민법을 본받은 것으로 파악되지만, 이들 민법의 제정과정에서 많은 논란이 노정된 것처럼, 상대방으로 하여금 무권대리인에 대한 손해배상책임 외에 이행책임을 선택적으로 청구할 수 있도록 함으로써, 그 책임의 근거나 법적 성격 등에 대한 해석상의 많은 어려움을 야기하고 있다. 나아가 무권대리인에게는 당초부터 자신이 대리행위의 효과를 귀속받을 의사가 없기 때문에, 적어도 무권대리인에 관한 한 대리행위는 불성립이거나 무효로서 그 효과가 발생할 수 없는 것인데, 어떠한 이유로 무권대리인이 상대방에 대하여 져야 할 책임은 대리행위가 유효한 경우에 본인이 지는 책임과 동일한 내용이어야 하는지, 그리고 상대방이 손해배상책임을 선택한 경우 그 배상범위가 이행이익으로 확장되는 근거가 무엇인지 의문이다. 그리하여 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 귀책사유를 유형적으로 검토하고, 그에 따라 무권대리인의 책임 내용을 달리 파악해야 할 필요성이 있지만, 현행 민법규정의 한계로 인하여 해석상의 곤란이 가중되고 있다. 물론 민법 제135조 제1항의 책임내용에 관한 구체적 해석론과 관련하여, 무권대리인 책임의 법적 성격이나 근거, 손해배상범위 등에 대한 학설이 나누어지는 배경에는 유효라고 할 수 없는 무권대리행위에 대하여 이행책임을 규정하였기 때문이라는 근본적인 원인이 있다. 만일 이행책임규정이 없다면 손해배상책임의 범위를 신뢰이익으로도 해석할 수 있는 여지가 있고, 대리권이 있었다면 본인에게 발생하게 될 효과와 동일한 법률관계를 무권대리인과 상대방 사이에 발생하는 것처럼 의제하는 해석도 동원할 필요가 없을 것이다. 이러한 배경에 따라 민법 제135조 제1항의 책임을 다시 설정하면, 이행책임을 배제하고 무과실책임이 아닌 과실책임으로 구성하며, 손해배상의 범위도 원칙적으로는 무권대리인이 대리권의 부존재에 대하여 악의이거나 선의이더라도 중대한 과실이 있는 경우에는 이행이익의 손해배상책임을 지우되, 무권대리인에게 경과실만 있는 경우에는 신뢰이익에 한정하고, 과실조차 없는 경우에는 그 책임을 묻지 않도록 해야 할 것이다. 그러므로 본 논문의 평석 대상인 대법원 판결이 무권대리행위에 대한 효력 여부나 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 인식 및 과실 여부에 대한 판단도 없이, 위 무권대리인 책임의 법적 성격을 법정의 무과실책임으로 보는 기존의 일반적 해석론에 의존하여, 이를 무비판적으로 고수하고 있는 태도는 변경되어야 할 것이라고 생각한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사.
** 성균관대학교 강사・법학박사.

Ⅰ. 서 설

대리권이 없는 자가 타인의 대리인으로서 계약을 체결한 경우, 이에 대한 본인의 추인이 없거나 표현대리가 성립하지 않는 한, 계약의 효력이 본인에게 귀속되지는 않는다(민법 제125조・제126조・제129조・제130조). 이 때 무권대리인(falsus procurator)과 계약을 체결한 상대방에 대하여 아무런 구제수단을 인정하지 않으면, 대리권의 부존재를 알지 못한 그의 신뢰는 보호받지 못하게 되고, 결과적으로 매우 불리한 지위에 놓일 수도 있다. 그리하여 민법은 상대방의 보호를 위하여 "다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다"고 규정한 것이다(동법 제135조 제1항). 이 규정은 독일민법과 일본민법을 본받은 것으로 파악되는데[1], 이들 민법의 제정과정에서 많은 논란이 노정된 것처럼, 상대방으로 하여금 무권대리인에 대하여 손해배상책임 외에 이행책임을 선택적으로 청구할 수 있도록 함으로써, 그 책임의 근거나 법적 성격 등에 대한 해석상의 많은 어려움을 야기하고 있다. 더욱이 그 취지에 대한 우리 민법학계의 일반적 해석은 대리권 없는 자가 마치 대리권이 있는 것처럼 상대방과 계약을 체결하였으므로, 그에게 대리권이 있다고 믿은 상대방의 신뢰와 거래안전 보호 및 대리제도의 신용을 유지하기 위한 것으로 본다. 그리하여 책임의 법적 성격은 무권대리인의 과실 여부와 관계없이 인정되는 법정의 무과실책임이며, 그 구체적인 내용은 유권대리였다면 본인에게 발생하였을 책임과 동일한 것으로, 유효한 계약의 이행책임을 지거나 상대방이 손해배상책임을 선택할 경우에는 이행이익을 배상해야 하는 것으로 해석한다. 그 밖에 무권대리인이 유권대리인처럼 행동한 표시 내지 주장에 대한 책임으로 이해하거나 책임을 부담해야 할 위험에 가장 근접한 자가 무권대리인이기 때문이라고 해석하는 견해도 있다.

물론 이러한 해석들이 상대방의 신뢰를 배신한 무권대리인에게 다소 무거운 책임을 지워야 하는 당위성을 나름대로의 논리에 따라 잘 설명하고 있다는 측면을 부정할 수는 없다. 그러나 이들도 다음과 같은 구체적 의문에 대하여는 아무런 언

1) 무권대리인의 책임에 관한 입법례는 크게 두 가지 태도로 나뉘는데, 프랑스민법 제1120조나 스위스채무법 제39조, 이탈리아민법 제1398조, 그리고 국제협약이나 최근에 제안된 유럽계약법제 등에서는 무권대리인의 손해배상책임만을 규정하고 있음에 반하여, 독일민법 제179조나 일본민법 제117조는 손해배상책임과 더불어 이행책임을 선택적으로 규정하여, 후자가 우리민법 제135조에 영향을 미친 입법례로 평가되고 있다.

급이 없을 뿐만 아니라 아직까지 논의의 대상으로 삼지 않은 듯하다. 즉 무권대리인이 상대방의 선택에 따라 질 수 있는 이행책임의 내용이 유권대리였다면 본인이 부담해야 할 책임과 동일한 것이어야 하는 이유를 설명하지 않고 있다. 또한 위 일반적인 해석론은 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 이행책임 또는 그러한 이행에 갈음하는 손해배상책임을 인정하면서, 다른 한편으로는 무권대리인이 본인을 위하여 대리행위를 하였을 뿐 자기가 스스로 그 계약에 구속될 의사는 없었으므로 그에게 대리행위의 법률행위적 효과를 귀속시킬 수는 없다고 한다. 그렇다면 무권대리인에게는 당초부터 자신에 대한 대리행위의 효과귀속의사가 없기 때문에, 적어도 무권대리인에 관한 한 대리행위가 불성립이거나 무효로서 그 효과가 발생할 수 없을 것인데, 어떠한 이유로 무권대리인이 상대방에 대하여 지는 책임은 대리행위가 유효한 경우에 본인이 상대방에게 져야 하는 책임과 동일한 내용이어야 하는지 의문이다. 이것이 상대방의 신뢰보호 등을 이유로 무효이거나 불성립인 무권대리행위를 유효한 것처럼 간주하는 의제의 방법론에 따른 것인지, 만일 그렇다면 이러한 의제는 어떠한 법적 근거를 갖고 있는지, 그렇지 않다면 또 다른 어떠한 논리적 구성으로 무권대리인의 책임을 설명하고 있는 것인지 분명하지 않다. 단지 일반적인 해석론처럼 상대방의 신뢰보호를 위하여 민법이 특별하게 인정한 책임 정도의 설명으로 그치는 것은 너무 편의적인 해석이라고 생각된다.

이러한 비논리성은 다음과 같은 세부적 의문과도 연결된다. 첫째, 상대방이 손해배상책임을 선택할 경우, 일반적 해석은 그 배상범위를 이행이익의 배상이라고 하는데, 무권대리행위의 효력을 인정하지 않으면서 배상범위를 신뢰이익이 아니라 이행이익으로 확장하는 근거가 무엇인지 의문이다. 이와 관련하여 그 타당성 여부를 떠나 우리민법상 계약체결상 과실책임 규정(민법 제535조)은 목적이 원시적 불능으로 인하여 계약이 무효인 경우, 과실 있는 당사자에게 '계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해', 즉 신뢰이익의 배상책임을 인정하고, '그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액', 즉 이행이익을 넘지 못하는 것으로 규정하고 있는 점도 이러한 의문을 해소하기 위하여 참고 되어야 할 것이다. 둘째, 무권대리행위는 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 인식이나 과실 여부에 따라 다양한 유형이 상정될 수 있을 것인데, 그러한 특성을 고려하지 않은 채 일률적이고 동일한 내용으로 무권대리인의 책임을 인정하는 것은 그 구체적 타당성에도 많지 않을 뿐만 아니라 특정한 무권대리인에게 과중한 책임을 부과하는 불합리를 초래할 수 있다. 즉 무권대리인이 대리행위를 할 당시의 상황에서, 그는 자신에게 대리권이 없

다는 사실을 알았을 수도 있고 중대한 과실로 알지 못한 경우도 있을 수 있다. 나아가 단지 경과실로 그러한 사실을 알지 못할 수도 있으며, 경과실조차 인정할 수 없는 경우도 있다. 그런데 위 일반적인 견해는 이러한 모든 경우에 상대방이나 거래안전 또는 대리제도의 신용을 보호한다는 이유로, 유권대리의 경우에 본인이 지는 책임과 동일한 이행책임 또는 이행이익의 손해배상책임을 무권대리인에게 부담시킨다. 이와 같은 해석은 대리권의 부존재에 대한 인식 여부와 관련하여 무권대리인의 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않은 것이며, 특히 무권대리인의 경과실조차 인정할 수 없는 경우에도, 유권대리였다면 본인이 부담해야 할 이행책임이나 이행이익의 손해배상책임과 동일한 책임을 지우는 것은 너무 과도하지 않은지 의문이다.

물론 이러한 의문이 제기된 이유 중 결정적인 것은 대리행위의 법률적 효과를 무권대리인에게 귀속시킬 수 없음에도, 민법 제135조 제1항이 무권대리인의 책임으로서 '이행책임'을 규정하였기 때문이다. 이에 따라 일반적인 해석은 이행책임을 본인에게 발생한 효과와 동일한 내용의 책임으로 보고, 손해배상책임 역시 이행이익의 배상까지 인정할 수밖에 없는 논리적 한계에 봉착한 것이다. 입법론으로서는 무권대리인의 상대방에 대한 손해배상책임만 인정하고 그 배상범위는 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 과실 여부에 따라 달리 정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러나 현행 민법규정으로 명문화되어 있는 이행책임을 전제로 한다면, 그 해석론으로서 가장 합리적인 방안을 찾아야 할 것이며, 이를 위하여 최근에 무권대리인의 무과실책임을 선언한 대법원의 본 대상판결(대법원 2014.2.27.선고 2013다213038판결)을 비판적으로 검토하려는 것이 이 글의 목적이다.

Ⅱ. 대상판결의 분석

1. 사건개요

(1) 당사자와 관련자

① 甲 : 원고・항소인・상고인, 금전대여계약의 공동대주・乙2의 본인・C 소유의 X 토지에 대한 저당권자

② 乙1 : 공동피고・피항소인・피상고인, 법무사・ⓒ로부터 대리권을 수여받은 자・X 토지 소유자 C의 무권대리인

③ 乙2 : 공동피고・피항소인, 법무사・甲의 대리인・D에게 E를 소개한 자

④ 乙3 : 공동피고・피항소인, 대한법무사협회

⑤ 乙4 : 공동피고・피항소인, 대한민국

⑥ A : 주식회사・ⓒ가 C 소유의 X 토지를 담보로 대출받은 후 투자하기로 한 회사

⑦ B : 주식회사 A의 대표이사・乙1에게 ⓒ를 소개한 자

⑧ C : X 토지의 실제 소유자・미국거주・미국시민권자

⑨ ⓒ : C로 행세한 자

⑩ D : 대부업자・乙2에게 乙1과 B를 소개한 자

⑪ E : 대부업자・금전대여계약의 공동대주・금전대여계약상의 관련서류 보관자

(2) 판결의 쟁점사항

공동피고 乙1은 본 건 토지(이하 X 토지)의 실제 소유자인 C와 관계없이 자신을 C라고 주장하는 자(이하 ⓒ)로부터 X 토지에 대한 담보제공 및 그와 관련된 계약 체결의 대리권을 수여받았다. 그 후 乙1은 甲의 대리인 乙2와 금전대여계약 및 근저당권 설정계약을 체결한 후 甲 명의로 근저당권 설정등기를 해주었는데, 그 사이 ⓒ 등의 행위를 알게 된 C가 위 근저당권 설정등기의 말소를 청구하여 법원에서 확정되었고, 이로 인하여 甲은 대여금을 회수하는 것이 매우 곤란하게 되었다. 이에 甲은 乙1과 乙2를 상대로 법무사법과 부동산등기법에 근거한 등기 업무상의 과실을 전제로 손해배상을 청구하고, 乙1에 대해서는 민법 제750조에 근거한 손해배상청구를 추가하였으며, 乙3에 대해서는 乙1과 乙2의 업무상 과실을 전제로 협회 차원에서 제공되는 공제금지급을 청구하였고, 乙4에 대해서는 소속 등기관의 과실을 전제로 국가배상을 청구하였다. 나아가 甲은 원심법원에 항소를 하면서 위 피고들에 대한 청구와 함께, 乙1을 상대로 무권대리인의 상대방에 대한 손해배상청구(민법 제135조 제1항)를 추가하였고, 대법원에 상고할 때에는 후자만을 청구취지로 삼았다.

(3) 사실관계

소외 주식회사 A의 대표이사 B는 2011.초순경 법무사인 피고 乙1로부터 현물출자 관련 상담을 받았는데, 같은 해 5.하순경 ⓒ와 함께 乙1의 사무소를 방문하였다. ⓒ는 乙1에게 실제 C의 소유인 X 토지(인천 중구 을왕동 소재 잡종지 약 11,000㎡)를 자신의 소유인 것처럼 속이고, 이를 물적 담보로 제공하면서 금융권으

로부터 대출을 받아 A 회사에 투자하고 태국을 기점으로 동남아에서 사업을 할 계획이며, 곧 태국으로 출국할 예정이니 그의 대리인으로서 관련된 법률행위 전반을 처리해 달라고 부탁하였다. 이를 승낙한 乙1은 ⓒ로부터 C 명의의 미국 여권을 교부받아 이를 복사하였으며, ⓒ가 불러주는 부동산 등기용 등록번호와 X 토지의 부동산등기부에 기재된 등록번호가 일치함을 확인하였다. 나아가 ⓒ는 2011.6.10. 피고 乙1에게 X 토지에 관련된 대출행위 일체의 대리권을 수여한다는 처분위임장(Power of Attorney)[2]과 미국 워싱턴주 밸뷰시에 거주하는 C의 서명 및 그 서명을 C가 직접 작성하였음을 확인하는 태국 소재 미국대사관 영사보(consular associate)의 공증서[3]를 국제우편으로 보내주었다. 그 처분위임장에는 C가 대사관 영사보 앞에서 처분위임장이 임의로 작성되고 서명되었음을 확인하였다는 내용과 등기필증을 분실하였다는 내용도 함께 기재되어 있었고, 다만 처분위임장의 기재 중 서명확인자의 직무에 해당하는 표시로서 'Vice Consul' 부분에 줄이 그어져 삭제된 흔적이 있었다. 乙1은 2011.6.23. 위 처분위임장과 공증서의 번역문을 작성하여 공증인가 법무법인으로부터 원문과 번역문이 상위 없음을 확인하는 내용의 인증서를 받았다.

한편 법무사인 피고 乙2는 2011.6.20.경 X 토지를 담보로 A 회사에 금전을 대여하려는 대부업자 D를 통해 乙1과 B를 소개받았는데, 자신의 법무사 사무실에서 乙1이 ⓒ로부터 대리권을 수여받게 된 경위 설명을 듣고, C 명의의 여권 사본과 위 처분위임장 및 공증서 그리고 그 번역문이 첨부된 인증서를 전달받았다. 그런데 D가 자신의 대여만으로는 대출금이 부족하다고 하자, 乙2는 평소 알고 지내던 E에

2) 처분위임장 : 본인 김OO(거주지:미국 워싱턴주 98006 밸뷰시 172번가 남동 4621, 4621 172nd Ave. SE. Belleview WA, 98006 USA)은 이 증서로서 법무사 乙1을, 등기필증을 분실한 본인 소유의 인천 중구 을왕동 소재 부동산을 담보로 제공하고 금융권으로부터 대출을 받는 것과 관련된 일체의 실체적, 절차적 법률행위를 할 수 있는, 본인의 진정하고 적법한 대리인으로 삼고 임명하며 지명한다. 김OO의 서명 및 작성일 자필 기재:이에 대한 증명으로 본인이 서명하고, 이 증서의 작성일(10th of June)을 자필 기재한다. 태국 주재 미국대사관 영사보(consular associate)로 적정하게 임명받아 자격을 지닌 케리 웹(Kerry Webb)은 2011.6.10. 김OO이 직접 출석하여 그가 이 증서에 서명하였으며, 자유롭고 자발적으로 위와 같은 내용의 증서를 작성하였다고 진술함을 인증한다. 미국대사관 영사보 케리 웹의 공적 직인 및 케리 웹의 서명 필:이에 대한 증명으로 본인이 서명하고 공적 직인을 날인한다.

3) 공증서 : 미국 워싱턴주 98006 밸뷰시 172번가 남동 4621에 거주하는 김OO은 아래 서명이 본인의 진정하고 정확한 자필 서명임을 확인하며, 이를 증명하기 위하여 이 증서의 작성일(10th of June)을 자필 기재한다. 태국 주재 미국대사관 영사보로 적정하게 임명받아 자격을 지닌 케리 웹은 2011.6.10. 김OO이 직접 출석하여 그가 이 증서의 위와 같은 내용으로 특정된 사람임을 확인하고, 직접 자필 서명을 하였음을 인증한다. 미국대사관 영사보 케리 웹의 공적 직인 및 케리 웹의 서명 필:이에 대한 증명으로 본인이 서명하고 공적 직인을 날인한다.

게 X 토지를 담보로 A 회사에 금전을 대여할 수 있겠느냐고 제안하였고, E는 2011.6.25. 乙2와 X 토지를 답사한 후 A 회사에 5억 원을 대여하기로 하였다. 다만 E는 위 5억 원 중 2억 원을 원고 甲으로부터 차용하여 A 회사에 대여하기로 하였는데, X 토지에 대한 근저당권 설정등기는 甲 명의로 하되, 차용증과 등기필증 등 제반 서류는 E가 보관하기로 하였다.

원고 甲은 2011.6.30. 乙1과 사이에 X 토지에 관하여 채권최고액을 7억 5천만 원으로 하고, 채무자를 A, 근저당권자를 원고 甲으로 하는 근저당권 설정계약을 체결하였다. 같은 날 甲은 등기권리자로서 그리고 피고 乙1은 등기의무자로서, 피고 乙2에게 위 근저당권 설정계약에 따른 근저당권 설정등기신청 관련 서류작성 및 제출 대행, 그 신청 및 취하의 대리 등 일체의 행위를 위임하였고, 乙2는 이에 따라 근저당권 설정계약서 등 관련서류를 첨부하여[4] 관할등기소에 근저당권 설정등기 신청서를 접수하였으며, 담당 등기관[5]이 이를 적법한 것으로 인정하여 수리함으로써 X 토지에 관한 甲 명의의 근저당권 설정등기가 마쳐졌다. 한편 E는 2011.7.1. A 명의의 기업은행 예금계좌에 甲의 이름으로 합계 4억 5천 5백만 원을 입금하였고, B는 같은 날 A의 대표이사로서 5억 원을 이자율 월 3%로 정하여 차용한다는 내용의 차용금약정서와 같은 날 5억 원을 수령하였다는 내용의 영수증을 작성해 주었는데, 이 차용금약정서와 영수증에는 채권자의 이름이 기재되어 있지 않았다. 그리고 B는 같은 날 A의 대표이사로서 E에게 액면금 7억 5천만 원, 지급기일 일람출급, 지급지, 지급장소 및 발행지가 서울시인 약속어음을 발행한 후, 공증인가 법무법인의 증서 2011년 제1597호로 공정증서를 작성해 주었다.

그 후 X 토지의 실제 소유자인 C는 그간 ⓒ 등의 비위사실을 알게 되자, 자신은 피고 乙1에게 X 토지의 담보제공에 관한 대리권을 수여한 바 없고 甲과 근저당권 설정계약을 체결한 바도 없으므로, 위 근저당권 설정등기는 무효라고 주장하면서 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 이에 인천지방법원은 2012.4.27. ⓒ는 X 토지의 실제 소유자인 C와 동일인이 아니고, ⓒ가 乙1에게 제시한 C 명의의 여권은 위조된 것이며 처분위임장의 진정 성립을 인정하기 어려워, 乙1에게는 근저당권 설정등기의 이행에 관하여 C를 대리할 권한이 없다고 하면서, 이를 이유로 원고 甲에게 근저당권 설정등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결을

4) 근저당권 설정계약서 외에 취득세(등록면허세) 납부확인서, 위임장, 피고 乙1의 인감증명서, A의 법인등기부등본, 원고 甲의 주민등록증 사본, 처분위임장과 공증서 및 인증서 등의 서류를 의미한다.

5) 부동산등기법이 1998.12.28. 법률 제5592호로 개정되면서 종전의 '등기공무원'은 '등기관'으로 명칭이 변경되었다.

선고하였고[6], 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

이에 근저당권 설정등기를 말소당한 원고 甲은 대출금의 회수가 곤란하게 되자, 7억 5천만 원을 한도로 하여 공동피고 乙1・乙2・乙3을 상대로 한 4억 원의 손해배상과 공동피고 乙1・乙2・乙4를 상대로 한 4억 7천 7백 7십 5만 원의 손해배상을 각각 연대책임으로 청구하였다.[7] 보다 구체적으로 乙1은 ⓒ로부터 업무를 위임받으면서 그의 외국인 등록증 또는 외국인 등록번호 등 인적 사항을 제대로 확인하지 않았으므로, 주위적으로는 법무사법 제26조 제1항[8], 예비적으로는 민법 제750조에 따른 손해배상책임을 져야 하고, 乙2는 乙1이 제시한 처분위임장의 작성자와 내용의 일치에 관한 확인을 하지 않았으므로 법무사법 제26조 제1항에 따른 손해배상책임을 져야 하며, 乙3은 乙1・乙2가 회원으로 있는 동 협회의 손해배상공제규정 제11조 제1항[9]과 그 근거규정인 법무사법 제67조[10]에 따른 공제금 4억 원의 지급의무를 져야 하고, 乙4는 소속 등기관이 등기필증 멸실로 위임장의 공증서가 제출된 경우에 등기의무자 본인이 출석하여 공증을 받은 것인지를 확인하여야 함에도 이를 확인하지 않았을 뿐만 아니라, 통상의 주의의무만 기울였더라도 乙1이 제출한 처분위임장과 서명공증서의 위조사실을 알 수 있었으나 이를 간과하였으므로 그에 따른 국가배상책임을 져야 한다고 주장하였다.

이에 공동피고 乙1은 X 토지에 대한 근저당권자가 원고 甲이지만 피담보채권자는 E여서 그에 따른 근저당권 설정등기는 근저당권의 부종성에 반하는 무효의 등

6) 인천지방법원 2012.4.27.선고 2011가합12879판결

7) 원고 甲이 청구한 구체적 손해액은 대여금채권을 담보하기 위한 근저당권 설정계약의 채권최고액과 A가 E에게 발행한 약속어음의 액면금액이 7억 5천만 원이므로 이를 한도로 하고, 乙1, 乙2, 乙3에 대하여 청구한 4억 원의 연대채무는 乙1과 乙2의 과실을 전제로 한 법무사법 위반책임과 乙3의 공제금지급의무에서 그 한도액이 1인당 2억 원이므로 합계 4억 원이며, 乙1, 乙2, 乙4에 대한 4억 7천 7백 7십 5만 원은 실제 대여금 4억 5천 5백만 원과 이에 대한 대여일부터 변제일인 2011.8.31.까지의 이자제한법상 제한이율 연 30%의 비율로 계산한 이자 2천 2백 7십 5만 원의 합계금액이다. 물론 이에 위 변제기 다음날인 2011.9.1.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 비율로 계산한 지연손해금도 합산되었다.

8) 법무사법 제26조(손해배상책임). ①법무사가 업무를 수행함에 있어서 고의 또는 과실로 위임인에게 재산상의 손해를 끼쳤을 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

9) 법무사협회 손해배상공제규정 제11조(공제금의 지급). ①회원이 업무를 수행함에 있어 고의 또는 과실로 위임인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 기금에서 위임인에게 공제금을 지급한다. 회원이었던 자가 퇴회하거나 회원자격을 상실하기 전에 위와 같은 사유로 위임인에게 재산상의 손해를 가한 때에도 같다. ②제1항의 공제금의 지급액은 회원(합동사무소 또는 합동법인의 구성원을 포함한다) 1인당 1년간 2억 원을 한도로 한다. ③회원의 자격상실기간 중에 발생한 손해에 대하여는 공제금을 지급하지 아니한다.

10) 법무사법 제67조(공제사업). ①대한법무사협회는 제26조에 따른 법무사의 손해배상책임을 보장하기 위하여 대한법무사협회 회칙으로 정하는 바에 따라 공제사업을 할 수 있다.

기이므로 근저당권 설정등기가 말소되었다 하더라도 甲에게 손해배상책임을 부담하지 않으며, C 명의의 미국 여권과 부동산등기용 등록번호, 처분위임장과 서명공증서를 확인하였으므로 법무사로서의 주의의무를 성실히 이행하였다고 항변하였고, 공동피고 乙2 역시 乙1으로부터 처분위임장의 전달경위와 서명공증서의 발급이유 등을 확인하였으므로 주의의무를 다하였다고 항변하였다. 한편 공동피고 乙3은 乙1이 甲으로부터 어떠한 사무처리도 위임받지 않은 이상 乙1이 甲에 대하여 법무사법 제26조 제1항에 따른 손해배상책임을 지지 않으므로 자신도 공제금을 지급할 의무가 없으며, 乙2 역시 법무사로서의 주의의무를 다하였으므로 마찬가지로 공제금의 지급의무가 없고, 위 근저당권 설정등기가 부종성에 반하는 무효의 등기이므로 근저당권 설정등기가 말소되었다 하더라도 甲에게 손해배상책임을 부담하지 않는다고 주장하였다. 나아가 피고 乙4는 처분위임장에 C의 서명이 있고 서명공증서에도 위 서명을 공증한다는 내용이 기재되어 있음에도, 단지 처분위임장 중 'Vice Consul' 부분에 줄이 그어져 삭제된 흔적이 있다는 사정만으로 처분위임장의 위조를 의심할 사유는 아니므로, 위 근저당권 설정등기 신청서심사 당시 乙4 소속의 등기관이 직무상 주의의무를 위반한 것은 아니라고 항변하였다.

2. 하급심판결

(1) 제1심법원 판결

제1심법원은 X 토지에 대한 근저당권 설정등기의 효력과 관련하여, 채권담보를 목적으로 한 근저당권 설정등기에서는 원칙적으로 채권자와 근저당권자가 동일인이어야 하지만, 채권자 아닌 제3자를 근저당권자로 등기하는데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나 거래경위에 비추어 제3자를 근저당권자로 한 등기가 한낱 명목에 그치는 것이 아니라 그 제3자도 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고, 채무자도 채권자나 근저당권자인 제3자 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 제3자를 근저당권자로 한 등기 역시 유효하다고 판시하였다.[11] 보다 구체적으로 원고 甲이 채권자 겸 근저당권자로서 날인

11) 대법원 2008.5.15.선고 2007다23807판결. 나아가 제3자를 근저당권자로 한 근저당권 설정등기를 유효하게 볼 수 있는 경우에는 그 근저당권 설정등기를 부동산실권리자명의등기에 관한 법률이 금지하고 있는 실권리자 아닌 자 명의의 등기는 아니라고 판시하였다.

한 근저당권 설정계약서에 A의 대표이사 B가 채무자로서 서명 날인한 사실에 비추어, 위 근저당권의 피담보채권에는 E의 채권뿐만 아니라 甲의 채권도 혼재되어 있고, 그에 따른 근저당권 설정등기의 근저당권자를 甲으로 하는 데에 적어도 묵시적으로는 동의한 것이므로, 甲과 E 및 A 사이에 위 대여금 채권을 甲에게 실질적으로 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 판단하고, 甲과 E는 묵시적인 불가분적 채권자의 관계에 있었으므로, 위 근저당권 설정등기가 담보물권의 부종성에 반하여 무효의 등기에 해당한다는 공동피고 乙1과 乙3의 주장은 받아들이기 어렵다고 하였다.

그리고 공동피고 乙1이 자신에게 과실이 없다는 항변에 대하여, 제1심법원은 당시 부동산등기법 제49조[12]와 법무사법 제25조[13]에 따라, 등기필증 멸실의 경우 법무사가 등기관에 갈음하여 위임인으로 하여금 본인 또는 대리인임을 확인하기 위한 주민등록증이나 인감증명서를 제출하도록 함으로써 본인 확인의무를 부담하는데, 특별히 의심할 만한 사정이 발견되지 않는 경우에는 그 증명서만으로 본인임을 확인할 수 있으나, 확인 과정에서 달리 의심할 만한 정황이 있는 경우에는 가능한 여러 방법을 통하여 본인 여부를 한층 자세히 확인할 의무가 있다고 판시하였다.[14] 그러면서 본 사건에서는 공동피고 乙1이 비록 위조되었던 것이지만 위임인 ⓒ로 하여금 C의 미국 여권과 처분위임장 및 서명공증서를 제출하게 하여 그 내용을 확인하였고, X 토지의 실소유자 C의 미국주소와 부동산등기부의 소유자 주소가 동일함을 확인하는 등 형식적인 면에서 확인조서예규의 규정 내용에 부합하는 확인절차를 거쳤으므로, 법무사로서 통상 취하여야 할 주의의무를 위반한 바 없다고 하였다.[15] 또한 공동피고 乙2의 항변에 대하여도, 제1심법원은 乙1로부터

12) 구 부동산등기법 제49조(등기필증 멸실의 경우). ①등기의무자의 권리에 관한 등기필증 또는 제68조에 따른 등기완료의 통지서가 멸실된 경우에는 등기의무자 또는 그 법정대리인이 등기소에 출석하여야 한다. 다만, 위임에 의한 대리인(변호사나 법무사만을 말한다)이 신청서상의 등기의무자 또는 그 법정대리인으로부터 위임받았음을 확인하는 서면 2통을 신청서에 첨부하거나 신청서(위임에 의한 대리인이 신청하는 경우에는 그 권한을 증명하는 서면) 중 등기의무자의 작성부분에 관하여 공증을 받고 그 부본 1통을 신청서에 첨부하였을 때에는 그러하지 아니하다. ②제1항 본문의 경우에 등기관은 주민등록증, 여권, 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 증명서에 의하여 본인인지를 확인하고, 그 증명서의 사본을 첨부한 조서를 작성하여 이에 기명날인하여야 한다. ③위임에 의한 대리인이 제1항 단서의 확인서면을 작성하는 경우에는 제2항을 준용한다.

13) 법무사법 제25조(위임인의 확인). 법무사가 사건을 위임받으면 주민등록증·인감증명서 등 법령에 따라 작성된 증명서의 제출이나 제시, 그 밖에 이에 준하는 확실한 방법으로 위임인이 본인이거나 그 대리인임을 확인하여야 하고, 그 확인 방법과 내용 등을 사건부에 적어야 한다.

14) 대법원 2007.6.14.선고 2007다4295판결

15) 구체적으로 법원은 처분위임장과 서명공증서에 부동문자로 인쇄된 부분 중 공증인의 직위를 나타내는 'Vice Consul' 부분에 손으로 그은 줄로 삭제된 것으로 표시되어 있었고, ⓒ에게 별도로

전달받은 처분위임장과 서명공증서가 진정하게 성립되지 아니하였거나 ⓒ가 본인이 아닌 것으로 의심할 만한 특별한 정황이 없는 이상, 乙2가 乙1의 주장사실을 신뢰하여 별도로 처분위임장과 서명공증서의 진정 성립 여부를 조사하지 않았다 하더라도, 그러한 사정만으로 乙2에게 본인 확인에 관한 과실을 인정할 수는 없다고 판시하였다. 나아가 제1심법원은 이와 같이 乙1과 乙2의 甲에 대한 손해배상책임이 인정되지 않으므로 이를 전제로 한 乙3의 공제금 지급의무 역시 인정할 수 없으며, 乙4의 소속 등기관 역시 확인조서예규에서 정한 형식의 처분위임장을 수리함으로써 등기업무를 담당하는 평균적 등기관이 일반적으로 갖추어야 할 통상의 주의의무를 다하였기 때문에 乙4의 국가배상책임 역시 인정할 수 없다고 판시하였다.

그리하여 법원은 공동피고 乙1·乙2·乙3·乙4에 대한 원고 甲의 손해배상청구 및 공제금 지급청구, 그리고 국가배상청구를 모두 기각하였다.[16] 이에 원고 甲은 제1심법원에 대한 청구취지를 그대로 유지하면서, 특히 피고 乙1에 대하여 무권대리인의 상대방에 대한 책임으로서 민법 제135조 제1항에 의한 손해배상청구를 선택적으로 추가하였다.[17]

(2) 원심법원 판결

X 토지에 대한 근저당권 설정등기의 효력과 관련하여, 원심법원은 제1심법원의 판결과 동일한 이유로 공동피고 乙1·乙2·乙3의 주장을 배척하고 그 유효성을 인정하였다. 그리고 공동피고 乙1에 대한 甲의 손해배상청구에 대하여, 법무사법 제26조 제1항에 따른 손해배상책임은 법무사가 업무수행 중 고의 또는 과실로 '위임인'에게 발생시킨 손해를 배상하는 것인데, 乙1은 甲으로부터 어떠한 업무의 위임도 받지 않았으므로 위 규정에 근거한 원고 甲의 손해배상청구는 허용되지 않으며, 민법 제750조에 근거한 불법행위책임에 대하여는 乙1의 과실을 인정할 수 없

외국인등록증을 요구하거나 확인하지 않았으며, 처분위임장과 서명공증서가 미국 본국 내 관공서가 아닌 태국에 있는 미국 대사관에서 공증받은 것으로 되어 있으나, 미국의 영사직 공무원(consular officer)도 미국의 관련 법령에 따라 공증행위를 할 수 있는 공증인의 범위에 포함되고, 외국인등록증은 외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 우리나라에 체류하는 경우 출입국관리법 제31조에 따라 외국인등록을 한 외국인에게 발급되는 것이어서, 외국인이 반드시 외국인등록증을 소지하고 있을 것으로 단정하기 어려우므로, 이러한 사실만으로 처분위임서와 서명공증서가 진정하게 성립된 것인지 의심할 수 없다고 판단하였다.

16) 서울중앙지방법원 2012.12.7.선고 2012가합56790판결

17) 乙4에 대하여는 원고 甲이 등기관의 과실을 전제로 한 대한민국의 국가배상책임을 주장한 것인데, 제1심판결 당시 피고 대한민국의 법률상 대표자는 법무부장관 권재진이었으나 항소심 청구 당시에는 법무부장관 황교안으로 변경되었다.

다고 하여 제1심법원의 판결과 같이 원고 甲의 청구를 기각하였다. 또한 공동피고 乙2의 법무사법 제26조 제1항에 따른 손해배상책임에 대하여는 乙2의 과실을 인정할 수 없다는 이유로, 공동피고 乙3의 손해배상공제규정 제11조 제1항에 따른 공제금 지급책임에 대하여는 동 협회 회원인 乙1과 乙2의 손해배상책임이 인정되지 않는다는 이유로, 그리고 공동피고 乙4의 국가배상책임에 대하여는 소속 등기관의 과실을 인정할 수 없다는 이유로, 제1심법원과 동일하게 판단하여 원고 甲의 청구를 모두 기각하였다.

한편 원고 甲은 항소심에서 피고 乙1에 대하여 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인 책임으로서 손해배상청구를 선택적으로 추가하였는데, 원심법원은 이러한 甲의 청구 역시 기각하였다. 즉 원심법원은 민법 제135조 제1항에 의한 무권대리인 책임의 근거는 대리권의 존재를 믿고 거래한 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 무권대리인으로 하여금 그 계약의 당사자로서 계약상의 의무를 그대로 이행하게 하거나 손해배상의 방법으로 그와 동일한 거래이익을 보장하고자 하는 데에 있으므로, 만일 무권대리인에 의하여 체결된 계약이 무권대리 이외의 사유로 그 효력을 상실하여 무효가 되는 경우에는 무권대리인에게 책임을 물을 수 없다고 하면서, 대리인은 위 규정에 의한 대리권의 존재에 대해서만 무과실의 표시책임을 부담하는 것이고, 당해 법률행위의 다른 하자에 대하여 책임을 지는 것은 아니며, 원래부터 무효인 법률행위인데 우연히 대리인이 개재되었다는 이유만으로 상대방이 이행 또는 이행이익을 보유할 수 있다고 하는 것은 부당하기 때문이라고 판단하였다. 그러면서 피고 乙1은 X 토지의 소유자인 C의 대리인 자격으로 甲과 사이에 근저당권 설정계약을 체결하였으나, 실제로 대리권은 ⓒ로부터 수여받았을 뿐 진정한 소유자 C로부터 수여받은 바 없고 그의 추인을 받지도 못하였으며, X 토지에 관한 甲 명의의 근저당권 설정등기가 원인무효가 된 이유는 乙1의 대리행위 없이 ⓒ가 본인으로 나서 직접 甲과 근저당권 설정계약을 체결하였더라도 결과는 마찬가지라는 점에서, ⓒ의 위법행위 때문이지 乙1의 무권대리행위에서 비롯된 것은 아니므로, 乙1에게 민법 제135조 제1항에서 규정한 무권대리인 책임을 지울 수는 없다고 판시하여, 甲의 청구를 기각한 것이다.[18]

이에 원고 甲은 乙1에 대한 법무사법 제26조 제1항 및 민법 제750조의 손해배상청구와 乙2에 대한 법무사법 제26조 제1항의 손해배상청구, 乙3에 대한 동 협회 손해배상공제규정 제11조 제1항의 공제금 지급청구, 乙4에 대한 국가배상청구를

18) 서울고등법원 2013.8.22.선고 2012나106296판결

모두 포기하고, 乙1을 상대로 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 손해배상책임을 근거로 상고하였다.

3. 대법원판결

대법원은 원고 甲이 상고심에서 청구한 乙1의 무권대리인 책임에 대해서만 판단하였는데, 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임의 법적 성격을 무과실책임이라고 하면서[19], 대리권의 부존재에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 그 책임이 부정되지 않는다고 하면서, 원심법원의 판결을 파기·환송하였다.[20] 즉 대법원은 피고 乙1이 C의 대리인으로 X 토지에 관한 근저당권 설정계약을 체결하였지만, 실제로는 C로부터 대리권을 수여받은 사실이 없고 C로부터 추인을 얻지도 못하였으므로, 그러한 대리권의 부존재에 대하여 乙1에게 귀책사유가 있는지 여부를 묻지 아니하고, 乙1은 상대방인 甲에게 민법 제135조 제1항에 따른 책임을 져야 하며, 결과적으로 乙1의 무권대리행위로 인하여 위 근저당권 설정계약이 체결된 이상, 그 무권대리행위가 설령 ⓒ의 위법행위로 야기되었다거나 ⓒ가 직접 甲과 위 근저당권 설정계약을 체결하였더라도 동일한 결과가 야기되었을 것이라는 사정만으로 위와 같은 책임이 부정될 수는 없다고 판시하였다.

4. 본 판결의 의미

우리 대법원이 무권대리인의 책임과 관련하여 민법 제135조를 언급한 판결은 많지 않다. 다만 불과 몇 건 밖에 없는 종래 판결에서는 동조 제2항[21]이 무권대리인의 면책사유로 규정하고 있는 '상대방이 대리권이 없음을 알았거나 알 수 있었'다

19) 대법원 1962.4.12.선고 4294민상1021(61다1021)판결

20) 대법원 2014.2.27.선고 2013다213038판결. 선택적으로 병합된 수 개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 일부라도 그에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 하므로(대법원 2012.11.29.선고 2010다99705판결), 선택적으로 병합된 원고 甲의 피고 乙1에 대한 청구를 모두 기각한 원심판결 중 피고 乙1에 대한 부분을 전부 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위하여 원심법원에 환송하였다.

21) 민법 제135조. ②대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

는 사실의 증명책임을 주요 판단대상으로 삼았다. 그리하여 대법원은 이러한 사실의 증명책임이 무권대리인에게 있다고 판시하면서, 간접적으로 위 책임의 성격을 '무과실책임'이라고 판시한 바 있을 뿐이다.[22] 그러나 이와 달리 본 대상판결은 특히 항소심에서 추가되고 상고심의 판단대상이 된 무권대리인 책임의 법적 성격을 직접적으로 언급하고, 그에 대한 구체적 판시사항을 담고 있는 최초의 판결이라는 점에서 대단히 큰 의미를 가진다. 물론 본 대상판결이 이전과 마찬가지로, 결과에 있어서는 민법 제135조 제1항의 무권대리인 책임을 상대방의 신뢰보호를 위한 무과실책임으로 해석하였다. 그러나 원심법원이 '무권대리 이외의 사유'로 무권대리인과 상대방 사이의 계약이 무효가 되는 경우에는 무권대리인에게 위 규정에 의한 책임을 물을 수는 없다고 하면서 상대방의 손해배상청구를 배척하였음에도, 대법원은 이러한 논지를 부정하고 단지 위 책임이 '무과실책임'이라는 전제만으로 상대방이 청구한 이행이익의 손해배상청구를 그대로 인용하였다. 다만 이 판결은 무권대리인의 '대리권 부존재에 대한 과실'을 구체적으로 검토하지 않은 채, 민법 제135조 제1항의 본질적 취지에 부합하지 않는 기존의 일반적 해석론을 무비판적으로 수용한 아쉬움이 있으며, 이러한 측면에서 본 평석을 통해 무권대리인의 상대방에 대한 책임의 법적 성격을 재검토할 필요성이 있다고 생각한다.

Ⅲ. 책임의 근거와 법적 성격 일반론

1. 학설의 입장

(1) 민법 제135조 제1항에서 규정하는 무권대리인의 상대방에 대한 이행책임 또는 손해배상책임의 법적 성격과 관련하여, 우리 민법학계의 일반적인 입장은 이를 '법정의 무과실책임'으로 해석한다.[23] 즉 무권대리인은 본인을 위하여 대리행위를

22) 대법원 1962.1.11.선고 4294민상202(61다202)판결 ; 대법원 1962.4.12.선고 4294민상1021(61다1021)판결

23) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999, 408면 ; 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983, 302면 ; 장경학, 민법총칙, 법문사, 1995, 605-606면 ; 김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991, 324면 ; 김용한, 민법총칙론, 박영사, 1989, 369면 ; 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981, 320면 ; 황적인, 현대민법론I, 박영사, 1985, 240면 ; 김주수, 민법총칙, 삼영사, 2004, 449면 ; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 552면 ; 김증한・김학동, 민법총칙, 박영사, 2001, 462면 ; 양창수・김재형, 계약법, 박영사, 2010, 237면 ; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2013, 292면 ; 김준호, 민법총칙, 법문사, 1999, 461면 ; 김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 284면 ; 정기웅, 민법총칙, 법문사, 2009, 490면 ; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2013, 292면

한 것이고, 그 행위의 효과를 본인에게 귀속시키고자 의욕하였을 뿐 자신이 그 계약에 구속될 의사는 없었기 때문에, 이 책임을 법률행위 내지 의사표시에 근거한 것으로 이해할 수는 없고, 단지 법률로 정해진 책임(gesetzliche Haftung)이라고 한다. 그리고 이는 무권대리인이 '대리권의 부존재'에 대하여 선의이건 악의이건, 선의인 경우에도 과실이 있건 없건 민법 제135조 제1항에서 규정한 이행책임 또는 손해배상책임을 져야 하므로 일종의 무과실책임이라는 것이다.

(2) 이와 관련하여 학설상 가장 첨예하게 견해가 대립하는 부분은 무권대리인이 상대방에게 부담하는 책임의 성격을 그 과실 유무와 관계없이 인정되는 법정의 무과실책임으로 강화한 근거에 있다. 일반적 해석론은 이른바 '신뢰책임설'로서 상대방과 거래안전을 보호하고 대리제도의 신용을 유지하기 위하여 이를 무권대리인의 무과실책임으로 규정한 것이라고 한다.[24] 그 밖에 대리인이 유효하게 대리행위를 하려면 타인의 이름으로 법률행위를 할 수 있는 정당한 지위(Legitimation)로서 대리권(Vertretungsmacht)이 있어야 하고, 대리행위 속에 대리권을 갖고 있다는 묵시적 주장(schlüssige Behauptung)이 내포되어 있으며, 상대방은 그러한 대리인의 주장에 대응하여 법률행위를 하는 것이므로, 대리인의 주장과 달리 대리권이 부존재하면 무권대리인은 그러한 주장에 부응하는 책임을 져야 하기 때문이라는 견해(표시책임설)도 있다.[25] 그 외 다른 견해는 무권대리인이 대리권의 부존재에 관하여 알고 있는 경우와 알지 못한 경우의 과실여부를 나누어 설명하지만, 기본적으로는 대리행위의 효과가 본인에게 귀속되지 못하는 위험에 가장 근접한 자가 무권대리인이기 때문이라는 일종의 위험귀속(Risikozurechnung)에 근거하여 책임을 진다는 입장(위험귀속설)[26]도 주장된다. 이와 같은 견해들 역시 민법 제135조 제1항의 무권대리인 책임을 무과실책임으로 해석하는 점에서는 다수설과 동일하다.

24) 곽윤직, 전게서, 408면 ; 김증한, 전게서, 302면 ; 장경학, 전게서, 605-606면 ; 김기선, 전게서, 324면 ; 김용한, 전게서, 369면 ; 이태재, 전게서, 320면 ; 황적인, 전게서, 240면 ; 김주수, 전게서, 449면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 송덕수, 전게서, 292면

25) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 663-664면 ; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000, 658면 ; 윤형렬, 민법총칙, 법영사, 2009, 683면. 한편 이 견해와 신뢰책임설을 결합하여 책임의 근거를 유권대리행위일 것이라고 믿은 상대방의 신뢰보호와 본인으로부터 대리권을 수여받았다는 사실의 묵시적 주장을 모두 고려해야 한다는 견해도 등장하였다(김상용, 민법총칙, 법문사, 2000, 653면).

26) 양창수, "무권대리인의 책임-민법 제135조의 연혁에 소급하여-", 민법연구 제1권, 박영사, 2004, 165-171면 ; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2003, 243면 ; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 514-515면 ; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2013, 347면 ; 강용현/편집대표 곽윤직, 민법주해[III], 총칙(3), 박영사, 2002, 238면. 원칙적으로는 이 견해와 유사하지만 무권대리인이 무과실인 경우에는 책임을 부담하지 않는다는 견해도 있다(송근수, "무권대리인의 책임의 본질", 법학연구 제6집, 경상대학교 법학연구소, 1997.2, 73-75면).

2. 판례의 태도

본 대상판결 이전에 우리 대법원이 무권대리인 책임의 법적 성격이나 근거를 직접적으로 판시한 경우는 흔치 않으며, 관련 자료를 통하여 검색이 가능한 판례는 두 개 정도 밖에 없다. 이들 역시 주된 판단의 대상은 민법 제135조 제2항에서 규정하고 있는 무권대리인의 면책사유로서 상대방이 대리권의 부존재를 알았거나 알 수 있었다는 사실에 대한 증명책임의 귀속 문제였고, 이들 판결에서 간접적으로 무권대리인 책임의 법적 성격을 밝히고 있을 뿐이다.

그 중의 하나는 소외 A가 피고 乙에게 X 토지의 매도에 관한 대리권을 수여하지 않았음에도, 乙이 A의 대리인임을 자칭하고 매도인 본인을 A로 표시하면서, 계약서에 A의 날인이나 위임장도 없이 A의 대행인이라고 표시하고 날인하여 원고 甲과 X 토지에 대한 매매계약을 체결한 사안이었다. 이로 인하여 손해를 입은 상대방 甲이 무권대리인 乙에 대하여 손해배상을 청구하였으며, 이에 대하여 원심법원은 원고 甲에게는 피고 乙을 A의 대리인으로 오인한 과실과 乙의 대리권 유무를 확인하지 않은 과실이 있다는 이유로 원고 패소판결을 선고하였다.[27] 그러나 대법원은 상대방의 과실 여부에 대한 증명책임이 무권대리인에게 있다고 하면서, 이를 증명하지 못한 무권대리인의 책임을 인정하여 원심판결을 파기・환송하였다.[28]

이 판결 직후 좀 더 구체적인 사안이 등장하였다. 즉 소외 A 종중의 소유인 X 임야가 피고 종중원 乙 외 45명에게 명의신탁된 상태였으나, 원고 甲이 그 명의신탁 사실을 알면서 A 종중의 위임 여부를 확인하지 않은 채 피고 乙과 매매계약을 체결하였다. 그 후 이러한 사실을 알게 된 A 종중이 위 매매계약의 효력을 부인하면서 소외 B에게 X 임야를 매각하였고, 이로 인하여 손해를 입은 원고 甲이 피고 乙에 대하여 그 배상을 청구한 사안이었다.[29] 이에 대하여 원심법원은 피고 乙의 무권대리행위와 관련하여 상대방인 원고 甲에게 무권대리인의 대리권 유무에 대한 증명책임이 있다고 판단하여 원고 패소판결을 선고하였다.[30] 그러나 대법원은 "대리권의 유무는 대리인과 본인과의 내부적 관계에 불과하고 제3자로서는 그 대리권

27) 광주고등법원 1960.12.9.선고 4293민공465판결
28) 대법원 1962.1.11.선고 4294민상202판결
29) 원고 甲은 주위적 청구로서 총 손해배상금 중 우선금 300만환의 지급을 청구하고, 예비적 청구로서 설령 피고 乙에게 위 손해배상의무가 없다고 하더라도 甲이 매매계약 당시에 피고에게 지급한 계약금 10만환, 중도금 10만환, 위약금 10만환 및 甲이 미리 도로시설을 함으로써 소비하였던 금 40만환의 합계 70만환의 배상을 청구하였다.
30) 광주고등법원 1961.7.20.선고 60민공685판결

의 존부에 대하여 용이하게 알 수 없으므로 대리권이 있다고 믿었던 상대방을 보호함으로써 거래의 동적 안전을 기하기 위하여 민법은 여러 가지의 규정을 두었으나 그 중의 하나로서 민법 제135조에서 규정하는 무권대리인의 무과실책임에 관한 규정을 둔 것"이라고 하면서, "민법 제135조 제2항의 규정은 무권대리인의 무과실책임 원칙에 관한 규정인 제1항의 예외적 규정이라고 할 것이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였다는 사실에 관한 입증책임은 무권대리인 자신에게 있다"고 판시하여, 원심법원의 판결을 파기・환송하였다.[31]

그로부터 50여년이 지나 본 대상판결이 등장한 만큼, 그 당부를 떠나 무권대리인 책임의 성격에 대한 직접적 판시사항은 민법 제135조의 해석에 큰 영향을 미칠 것으로 보인다.

3. 학설과 판례의 검토

무권대리인 책임의 근거와 관련하여 다수설의 입장인 신뢰책임설에 대해서는 자기결정 또는 자기책임의 원리와 부합하지 않으며, 신뢰보호에 근거한 책임으로 이론구성을 한 것 역시 이행책임을 규정한 것과 조화되지 못하며, 손해배상범위를 이행이익이라고 하는 것도 일관되지 못하다는 비판이 있다.[32] 그리고 신뢰보호에 근거한 책임은 상대방이 어떠한 법률관계 또는 언표의 내용이 진실하다고 신뢰함으로써 또는 신뢰할 만하다고 하여 바로 인정되는 것이 아니라, 신뢰보호로 말미암아 불이익을 받는 자에게 그럴 만한 사유가 있어야 하는 것이므로, 무권대리인 측의 귀책사유 역시 고려되어야 한다는 비판도 있다.[33] 표시책임설에 대해서도 이견해는 독일의 민법학자 카나리스(Canaris) 주장의 언표(Erklärung)에 의한 책임을 원용한 것인데, 언표는 의사표시에 의한 책임을 의미하는 것이 아니라 무권대리인이 대리권을 가지고 있다는 명백한 주장이 받아들여져야 한다는 신뢰유발책임을 의미하는 것이므로 이들은 서로 다르다고 하거나[34], 이 책임은 무권대리인의 대리권 존재 주장이 귀책의 출발점이지만 그는 타인간의 대리관계를 매개하는 존재에 불과하다고 생각할 것인데, 그러한 무권대리인에 대하여 과도한 이행책임을 부담

31) 대법원 1962.4.12.선고 4294민상1021판결
32) 이영준, 전게서, 661-662면
33) 양창수, 전게논문, 167면
34) 양창수, 전게논문, 162-165면

시키는 것은 귀책근거로서 충분하지 못하다는 비판도 있다.[35] 한편 위험귀속설에 대해서는 원칙적으로 위험분배원리에 의한다고 하면서 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 인식과 과실 여부에 따라 책임의 근거를 달리 설명하는 점은 논리적 일관성이 떨어질 수 있다는 비판이 가능하다.

Ⅳ. 무권대리인 책임의 법적 성격 재검토

1. 책임의 내용

(1) 이행책임의 내용

우리 민법학계의 일반적인 견해는 예외 없이 무권대리인의 상대방에 대한 책임과 관련하여, 무권대리인에게 대리권이 있었더라면 본인에게 귀속되어야 할 효과와 동일한 내용의 책임을 지우는 것이라고 하거나 유효한 계약에 준하는 혹은 유효한 계약 유사의 책임을 무권대리인에게 인정한 것이라고 한다. 특히 이행책임에 대해서는 만일 대리행위가 본인에 관하여 효력을 발생하였더라면 본인이 상대방에게 부담해야 했던 채무와 동일한 내용의 급부를 무권대리인이 이행할 책임으로서[36], 무권대리행위가 쌍무계약의 본질을 가진 경우, 무권대리인 역시 상대방에 대한 반대급부청구권을 가지고[37], 그에 기한 동시이행항변권이나 하자담보청구권, 해제・해지권도 존속하게 된다고 한다.[38] 예컨대 무권대리행위에 의하여 매매계약이 체결된 후 상대방이 이행책임을 선택하였다면, 무권대리인이 상대방에게 매매대금을 지급하는 것과 상환으로 상대방에 대하여 목적물의 소유권이전을 청구할 수 있다는 것이다.[39] 다만 무권대리인은 계약 당사자가 아니므로 상대방이 이행책임을 선택하더라도 이행청구권을 행사하지 않거나 무권대리인의 급부를 수령하지 않는 한, 상대방에 대하여 반대급부를 청구할 수 없다고 한다.[40] 물론 이러한 반대급부

35) 송근수, 전게논문, 71-72면
36) 곽윤직, 전게서, 408면 ; 김증한, 전게서, 303면 ; 이영준, 전게서, 673면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 송덕수, 전게서, 282면 ; 지원림, 전게서, 350면 ; 강용현, 전게서, 250면 ; 강태성, "민법상의 무권대리에 있어서의 여러 문제점", 법학논고 제16집, 인산 곽동현교수 정년퇴임 기념특집, 경북대학교 법학연구소, 2000.12, 67면
37) 김증한・김학동, 전게서, 463면 ; 양창수・김재형, 전게서, 238면 ; 정기웅, 전게서, 491면
38) 이영준, 전게서, 674면 ; 김상용, 전게서, 656면 ; 이은영, 전게서, 663면 ; 지원림, 전게서, 350-351면 ; 윤형렬, 전게서, 686면 ; 강용현, 전게서, 251면
39) 지원림, 전게서, 351면 ; 강용현, 전게서, 251면
40) 김주수, 전게서, 450면 ; 이은영, 전게서, 662면

청구권 역시 법정의 권리로 이해하며[41], 이것은 무권대리인이 대리행위의 유효로 인하여 본인이 부담하였을 이행책임보다 무거운 책임을 져야 할 이유는 없기 때문이라고 한다.[42] 한편 급부의 내용이 특정물이더라도 무권대리인이 본인으로부터 이를 취득하여 상대방에게 이행할 수 있기 때문에, 그 자체만으로 불능이라 할 수 없어 무권대리인이 이행책임을 면할 수 있는 것은 아니지만, 일신전속적인 급부를 목적으로 하였다면 이와 동일한 내용의 급부를 한다는 것이 불가능하므로, 무권대리인은 이행책임을 면하고 손해배상책임만 부담하게 될 것이다.[43] 그러므로 무권대리인이 본인과 동일한 물건을 소유하고 있거나 쉽게 구할 수 있는 대체물인 경우에는 상대방이 이행책임을 선택하는 실익이 있겠지만[44], 그렇지 않은 경우에는 결국 계약에 기한 채무의 이행이 아니라 손해배상의무로 만족할 수 밖에 없을 것이다.[45] 이와 관련하여 본인이 무자력이어서 상대방이 이행이나 손해배상을 받을 수 없는 경우에는 무권대리인에 대한 청구권이 존재하지 않는다고 해석하는 견해도 있다.[46]

(2) 손해배상책임의 내용

민법 제135조 제1항에서 이행책임과 선택적으로 규정되어 있는 손해배상책임의 범위에 대하여 일반적인 견해는 이를 이행이익의 배상으로 해석한다.[47] 이러한 견해는 규정형식에 비추어 민법 제135조 제1항이 무권대리인의 손해배상책임을 이행책임과 병렬적으로 규정하고 있으므로 이행에 갈음하는 손해배상으로 해석해야 하며[48], 이론적으로도 무권대리인에게 대리권이 있는 경우 상대방에게 돌아갈 이익과 같은 상태를 인정해야 한다는 등의 이유를 들기도 한다.[49] 그 밖에 어떤 의미인지 명확하지 않지만, 신뢰이익의 배상으로 해석하면 상대방에게 이중의 이득을 허용하게 되어 부당하다는 견해도 있다.[50] 물론 이행이익의 배상이라면 구체적으로는 차액설(Differenzrheorie)에 의하여 계산하여야 하고, 따라서 계약의 이행에 갈

41) 지원림, 전게서, 351면 ; 강용현, 전게서, 251면
42) 김상용, 전게서, 656면 ; 김준호, 전게서, 463면
43) 고상룡, 전게서, 552면 ; 지원림, 전게서, 350면
44) 김형배・김규완・김명숙, 전게서, 284-285면 ; 정기웅, 전게서, 491면
45) 고상룡, 전게서, 552면
46) 김주수, 전게서, 450면 ; 이영준, 전게서, 675면 ; 강태성, 전게논문, 67면
47) 곽윤직, 전게서, 409면 ; 김증한, 전게서, 303면 ; 홍성재, 전게서, 247면
48) 강태성, 전게논문, 67면
49) 이영준, 전게서, 678면 ; 강용현, 전게서, 253면
50) 김용한, 전게서, 370면

음하는 전보배상, 보다 정확하게는 본래 급부의 시가 상당액에서 반대급부의 가액을 뺀 금액의 배상을 의미한다.[51] 그리고 상대방이 손해배상청구권을 선택할 경우, 채권자인 상대방의 과실이 손해배상액의 산정에 참작되어야 하겠지만, 이러한 과실상계의 법리는 민법 제135조 제2항 전단에는 적용될 여지가 없다고 하는 견해도 있다.[52] 또한 우리민법의 해석론으로서 신뢰이익의 배상에 한정되어야 한다는 견해는 찾아 볼 수 없고, 다만 원칙적으로는 이행이익의 배상이라고 하면서 신뢰이익 역시 배상해야 한다는 견해도 주장되고 있다.[53]

(3) 독일과 일본의 해석론

우리민법 제135조와 마찬가지로 무권대리인의 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정하고 있는 대표적 입법례가 독일민법 제179조[54]와 일본민법 제117조[55]이다. 무권대리인 책임의 내용에 대한 이들 민법의 해석론 중 독일민법의 경

51) 지원림, 전게서, 351면
52) 이영준, 전게서, 680-681면
53) 장경학, 전게서, 525면 ; 김준호, 전게서, 463면 ; 강태성, 전게논문, 67면
54) 독일민법 제179조(무권대리인의 책임). (1)대리인으로 계약을 체결한 자는 대리권을 증명하지 못하는 한 본인이 계약의 추인을 거절하는 때에는 상대방에 대하여 그 선택에 따라 이행 또는 손해배상의 의무를 진다. (2)대리인이 대리권의 부존재를 알지 못한 경우에는 그는 상대방에 대하여 상대방이 대리권의 존재를 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상할 의무를 진다. 그러나 배상액은 상대방이 계약의 유효에 대하여 가지는 이익액을 넘지 못한다. (3)상대방이 대리권의 부존재를 알았거나 알아야 했던 경우에는 대리인은 책임을 지지 않는다. 대리인의 행위능력이 제한된 경우에도 그는 책임을 지지 않는다. 그러나 그가 법정대리인의 동의를 얻어 행위한 경우에는 그러하지 아니하다. BGB §179(Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht). (1)Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert. (2)Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. (3)Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.
55) 일본민법 제117조(무권대리인의 책임). 1.타인의 대리인으로서 계약을 한 자가 그 대리권을 증명할 수 없고 또 본인의 추인을 얻을 수 없을 때에는 상대방의 선택에 따라 그에 대하여 이행 또는 손해배상의 책임을 진다. 2.전항의 규정은 상대방이 대리권 없음을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때 또는 대리인으로서 계약을 한 자가 능력을 갖지 못한 때에는 이를 적용하지 않는다. 日本民法典 第117条(無権代理人の責任). 1.他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。2.前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。

우에도, 이행책임은 계약의 기초(Grund des Vertrages)에 근거한 것과 유사한 법정채무관계로서 일방 당사자가 이행의무를 부담하게 된다면 반대급부(Gegenleistung)에 대한 권리 역시 취득하는 것으로 보고 있다.[56] 일본의 판례 역시 이행책임에 대하여 본인과 상대방 사이에 성립되어야 할 계약상의 이행책임과 동일한 것이라고 한다.[57] 그리고 손해배상의 의미에 관하여 일본판례는 이를 적극적 손해로서 계약이 본인과 사이에 효력이 발생한 경우와 동일하게 상대방이 받은 손해 및 얻을 수 있는 이익에 대하여 이행에 대신하는 배상을 말하는 것이라고 판시하였다.[58] 다만 독일민법은 그 규정의 차이로 인하여, 무권대리인이 자신의 대리권 부존재를 알고 있었던 경우에는 대리행위가 유효한 것과 같은 상태에서 급부의 불이행(Nichterfüllung)으로 인한 적극적 이행이익의 배상책임을 지고[59], 무권대리인이 자신의 대리권 부존재를 알지 못한 경우에는 입법자의 의사가 착오에 관한 규정을 유추한 것처럼 소극적인 신뢰이익의 배상책임을 진다고 한다.[60]

2. 재검토의 배경

(1) 외국 입법례의 영향

무권대리인 책임이 상대방 보호를 위한 무과실의 법정책임이며 손해배상책임을 이행이익의 배상으로 이해하기 시작한 것은 독일민법이 시행된 후에 등장한 그들의 독자적 해석론에 기인한다. 즉 이것은 독일민법 제179조에 대한 후프카(Hupka)의 해석에 근거한 것인데, 이 견해가 하토야마 히데오(鳩山秀夫)에 의하여 일본에 소개됨으로써 일본민법 제117조에 대하여도 동일하게 해석하는 배경이 되었다.

56) Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, §§1-240, 5.Aufl., C.H.Beck, 2006, 32 zu §179, S.2168 ; Brigitte Frensch, Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., Luchterhand, 2009, 15 zu § 179, S.268f. ; Werner Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd.II, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, §47 3 b, S.806 ; Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heyman Verlag, 1984, Rn.554, S.237 ; RGZ 120, 129
57) 日大判 昭和8(1933)・1・28, 民集 12・1・10 ; 日最判 昭和41(1966)・4・26, 民集 20・4・826 (甲이 乙의 무권대리인으로서 乙 소유의 부동산을 丙에게 매도하는 계약을 체결한 경우에 丙이 이행책임을 선택하면 甲과 丙 사이의 매매계약이 성립된 것과 같은 효과가 발생한다고 판시)
58) 日大判 大正4(1915)・10・2, 民錄 21・1560 ; 日最判 昭和32(1957)・12・5, 新聞 83-84・16
59) Ulrich Leptien, Soergel Kommentar zum BGB, Bd.2, Allgemeiner Teil, §§104-240, Verlag W. Kohlhammer, 1999, 17 zu §179, S.1388 ; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 6.Aufl., C.F.Müller, 1994, Rn.988, S.371 ; Helmut Köhler, Juristische Kurz-Lehrbücher, BGB Allgemeiner Teil, 22.Aufl., C.H.Beck, 1994, §18 VII 2 a), S.218 ; Schramm, Münchener Kommentar, 32 zu §179, S.1522
60) Schramm, Münchener Kommentar, 34 zu §179, S.1523 ; Flume, a. a. O., §47 3 c), S.807 ; Medicus, a. a. O., Rn.988, S.371 ; Köhler, a. a. O., §18 VII 2 b), S.218

Hupka는 새로운 독일민법전에서 선량한 상대방 보호를 위한 무권대리인의 책임을 법률상의 책임으로 이해하는 기초를 마련하였다.[61] 특히 독일법의 기반 위에서 무권대리인 책임의 법적 근거를 채무법적인 손해발생으로 보는 시각이 발견되는 것은 의문이라고 하면서, 독일민법전은 제179조의 연혁적 측면이나 규정 내용에서 어떠한 단어로도 책임의 전제를 무권대리인의 과실이라고 하지는 않았다고 하였다.[62] 鳩山는 이와 같은 Hupka의 견해를 일본에 소개하면서 처음으로 무권대리인의 책임은 대리제도의 신용보호를 위하여 인정되는 법정의 무과실책임이라고 해석하였다.[63] 그리고 구체적인 책임의 내용으로서 이행책임은 상대방과 무권대리인 사이에 목적한 채권관계는 성립하지 않지만 본인이 져야 할 채무를 무권대리인이 대신 부담하는 것이고, 손해배상책임은 이행책임과 선택적 병존관계에 있으므로 그 배상의 범위는 이행이익에 상당하다고 주장하였다.[64] 이후의 일본판례 역시 당시 일반적 학설로 자리매김한 鳩山의 영향으로 "본인과 사이에 성립되어야 할 계약상의 이행책임과 동일한 것"이라 하였고[65], 손해배상에 대해서도 "본인과 사이에 효력이 발생한 경우와 동일하게 상대방이 받은 손해 및 얻을 수 있는 이익에 대하여 이행에 대신하는 배상을 말하는 것"이라고 판시하기에 이르렀다.[66]

이들 민법 중 우리민법 제135조에 직접적인 영향을 미친 것은 일본민법 제117조이며, 그 규정의 형식이나 내용에 있어서 우리민법과 거의 차이를 발견할 수 없다. 한편 일본민법 전체의 제정에 영향을 미친 대표적 입법례는 독일민법 외에 프랑스민법이나 영미법도 있지만[67], 일본민법 제117조가 무권대리인의 이행책임 또

61) Josef Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Duncker & Humblot, 1903, S.83
62) Hupka, a. a. O., S.83f.
63) 鳩山秀夫, 日本民法總論, 岩波書店, 昭和8(1933), 480-481頁
64) 鳩山秀夫, 전게서, 480-481頁
65) 日大判 昭和8(1933)・1・28, 民集 12・1・10
66) 日大判 大正4(1915)・10・2, 民錄 21・1560 ; 日最判 昭和32(1957)・12・5, 新聞 83-84・16
67) Paul Koschaker, Europa und das Römische Recht, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966, S.131f. 독일민법의 영향에 대하여는 高柳賢三, 新法學の基調, 岩波書店, 大正12(1923), 48頁 ; 岩田新, 日本民法史, 同文館, 昭和3(1928), 46頁 ; 舟橋諄一, 民法總則, 弘文堂, 昭和29(1954), 28頁 ; 石井良助, "明治前期の立法に及ぼした外國法の影響について", 明治文化全集 第13卷, 日本評論社, 昭和4(1929), 3頁 ; 岡孝, "民法起草とドイツ民法第二草案の影響", 法律時報 第867號, 1998.7, 53頁 이하. 프랑스민법의 영향에 대하여는 星野英一, "日本民法典に與えたフランス民法の影響", 民法論集(第一卷), 有斐閣, 昭和45(1970), 69頁 이하 ; 同, "日本民法典及び日本民法學說におけるG-ボアソナ-ドの遺産", 現代社會と民法學の動向(下)-民法一般(加藤一郎先生古稀記念), 有斐閣, 平成4(1992), 59頁 이하 ; 同, "日本民法學の出發點", 民法論集(第五卷), 有斐閣, 昭和61(1986), 145頁 이하 ; 片山直也, "フランス法學說としてみたボワソナ-ド舊民法<覺書>", 法律時報 第70卷 第9號, 1998.8, 21頁 이하. 영미법의 영향에 대하여는 五十川直行, "日本民法に及ぼしたイギリス法の影響<序說>", 現代社會と民法學の動向(下)-民法一般(加藤一郎先生古稀記念), 有斐閣, 平成4(1992), 3頁 이하 참조

는 손해배상책임을 상대방이 선택할 수 있도록 규정한 것은 독일민법의 영향을 받았다고 보아야 할 것이다. 따라서 우리민법 제135조가 일본민법 제117조를 경유하여 독일민법 제179조로부터 영향을 받은 것은 분명해 보이므로, 독일민법의 제정과정을 통하여 우리민법 제135조의 규정취지를 추론해 볼 수는 있을 것이다.

무권대리인의 책임에 관한 독일민법 제179조의 규정 형식과 내용의 개략적인 모습은 독일민법전의 제정 이전에 존재한 여러 입법례에서도 나타났다. 즉 1796년에 제정된 프로이센일반주법(ALR)에서는 위임계약과 관련된 것으로 그 책임의 내용을 구체적으로 규정하지는 않았지만, 동법 제1장 제13절 제229조에서 "타인의 사무를 위임(Auftrag) 받지 않은 상태에서 상대방과 계약을 체결한 자는 본인뿐만 아니라 상대방에 대하여도 책임을 져야 하는 것"으로 규정하여, 무권대리인의 상대방에 대한 책임의 기초를 마련하였다. 이후 독일 보통법이론의 영향을 받아 1863년에 제정된 작센민법(Sächsisches BGB)은 제789조에서 현행 독일민법 제179조의 원형에 가까운 규정을 두었는데, 특히 상대방이 무권대리인에 대하여 이행책임이나 손해배상책임을 선택할 수 있도록 규정하였다.[68] 또한 본격적인 독일민법전의 제정을 위하여 1882년 겝하르트(Albert Gebhard)가 총칙편의 부분초안(Teilentwurf)을 제안하였는데[69], 이 초안에서 무권대리인의 책임에 대해서는 제122조에서 규정되었고, 책임의 내용상 앞서 본 작센민법과 큰 차이 없이 상대방의 선택에 따라 손해배상책임 또는 이행책임을 지우고 있다.[70] 부분초안에 대한 심의 끝에 독일민법의 제정을 위한 제1위원회(Erste Kommission)는 1888년 민법전 제1초안(Entwurf I)을 완성하여 이유서(Motive)와 함께 공표하였다. 독일민법 제1초안에서 무권대리인의 책임에 관한 제125조 제1항은 상대방의 선택에 따른 이행책임과 손해배상책임을

68) 작센민법 제789조. 대리인으로 계약을 체결한 자가 사전에 대리인으로서의 자격을 갖지 못하거나 그 권한을 넘은 경우에는 그 계약이 후에 본인에 의하여 추인되지 아니하는 한 그 대리인은 계약의 상대방에 대하여 그 선택에 따라 스스로가 계약을 체결한 것과 같은 책임을 지거나 손해배상책임을 진다. Sächsisches BGB §789 Hat derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen, die vorgegebene Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder seine Befugnisse als solcher überschritten, und wird der Vertrag nicht noch von dem durch ihn Vertretenen später genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem Anderen, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des Letzteren entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadenersatz.
69) Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einführung, Biographien, Materialien-, Walter de Gruyter, 1978, S.73 ; Hupka, a. a. O., S.78 Anm.3
70) 부분초안 제122조. (1)대리권 없이 타인의 대리인으로 법률행위를 한 자는 추인이 거부된 경우에 그로 인하여 스스로 야기한 손해에 대하여 책임을 진다. (2)계약에서 상대방은 자신의 선택에 따라 손해배상 또는 이행을 청구할 수 있다.

규정하고, 제2항은 대리권의 부존재에 대하여 상대방이 악의인 경우 그 책임의 배제를 규정하였다.[71] 그 후 제1초안의 수정에 착수한 제2위원회(Zweite Kommission)는 1898년 독일민법전 제2초안(Entwurf II)을 심의록(Protokolle)과 함께 공표하였는데, 여기서 무권대리인의 책임에 관하여는 제146조에서 규정되었다. 이는 현행 독일민법 제179조와 같은 내용이었는데, 제1초안과 달라진 것은 형식적으로는 1개의 항을 추가하여 3개항으로 구성하였다는 점이고, 내용적으로는 보다 구체화된 무권대리인의 행위표지를 추가하였다는 점이다. 즉 동조 제1항에서 무권대리인의 책임이 인정되는 행위표지에 대하여 객관적인 대리권 부존재의 의미로 무권대리인이 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 받지 못한 경우로 구체화하였으며, 제2항에서 무권대리인이 자신의 대리권 부존재를 알지 못한 경우에는 이행이익의 한도로 제한되는 신뢰이익의 배상책임을 인정하였고, 제3항에서 무권대리인의 책임이 발생되지 않는 상대방의 요건과 관련하여 대리권 부존재를 상대방이 안 경우 외에 알아야 했던 경우와 무권대리인에게 행위능력이 없는 경우를 추가하였다.

독일민법의 이러한 변화와 함께 일본민법 제117조가 제정되었는데, 이는 형식적인 면에서 2개항으로 구성되었고 내용상 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정하였다는 점에서 독일민법 제1초안과 유사하다. 독일민법전 제2초안과 비교하면 책임의 내용으로 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정한 점과 무권대리인의 행위표지로서 '대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못한 경우'를 규정한 점, 책임 배제의 원인으로 상대방이 대리권의 부존재를 '알았거나 알 수 있었던 경우'로 확장한 점은 유사하지만, 형식적으로 독일민법 제2초안은 3개항으로 구성되었다는 점과 그 중 제2항에서 무권대리인 스스로가 자신에게 대리권이 없음을 알지 못한 경우에는 이행이익의 범위를 넘지 않는 신뢰이익의 배상책임만 진다고 규정한 점은 다르다고 할 것이다.

이상과 같이 볼 때, 우리민법 제135조 및 일본민법 제117조와 독일민법 제179조의 결정적인 차이는 무권대리인이 대리권의 부존재를 알지 못한 경우, 즉 무권대리인이 선의인 경우 상대방은 이행청구를 할 수 없고 손해배상만 청구할 수 있으며, 이 때 손해배상의 범위는 이행이익을 넘지 않는 신뢰이익의 배상으로 한정한다는 점이다. 그러므로 이 부분은 일본민법과 우리민법의 제정과정에서 고려하지

71) 독일민법전 제1초안 제125조. (1)계약의 체결에 있어서 자신에게 대리권이 없음을 고지하지 아니한 대리인은 그 계약의 추인이 거부된 경우, 다른 계약자에 대하여 스스로 책임을 진다. 상대방은 그 선택에 따라 이행 또는 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. (2)대리인의 책임은 상대방이 그 대리권의 부존재를 안 경우에는 발생하지 않는다.

못한 당시의 입법적 한계가 아니었는지 의문이고, 그렇다면 해석론으로서 이를 보충하기 위한 다양한 시각이 필요할 것이라고 생각한다. 즉 민법 제135조의 손해배상책임은 무권대리인의 대리권 부존재에 대한 선의나 악의 또는 과실 여부에 따라 달리 판단되어야 할 것이고, 보다 더 세분하여 무권대리인이 대리권의 부존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 제1항에 따라 이행책임과 이행이익의 손해배상책임을 인정하지만, 경과실로 알지 못한 경우에는 이행책임을 묻지 못하고 단지 신뢰이익의 손해배상책임을 인정하며, 과실이 없는 경우에는 어떠한 책임도 부담하지 않는다는 해석의 가능성을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(2) 이론구성의 배경

무권대리인 책임의 근거나 법적 성격에 관한 우리 민법학계의 일반적 해석은 무권대리인이 무거운 책임을 져야 한다는 당위적 결론은 전제하고 있지만, 어떠한 이유로 유효한 계약에 유사한 책임이나 본인에게 발생되는 효과와 동일한 내용의 책임을 져야 하는지에 대한 구체적 설명이 없다. 의사표시의 일반원리에 의할 때, 무권대리인에게는 본인에게 효과를 귀속시킬 의사가 있었을 뿐 스스로 그 법률효과를 자신에게 귀속시킬 의사는 없었고, 상대방 역시 무권대리인과의 법률효과를 의욕한 것이 아니라면, 무권대리인과 상대방 사이의 대리행위는 효과의사의 부재로 인하여 불성립이거나 무효이어야 할 것이다.[72] 이와 같이 아무런 효력이 발생할 수 없는 대리행위를 두고, 일반적 해석이 무권대리인의 책임을 유효한 계약에 준한다든가 본인에게 발생하는 효력과 동일한 내용이라는 등의 주장을 하는 것은 무효이거나 불성립한 계약을 유효한 계약으로 보는 의제의 원리에 기대고 있을 뿐이므로, 그 책임의 본질에 접근하기에는 다소 빈약한 논리가 아닐까 생각한다.

나아가 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 선의나 악의, 과실 여부를 고려하면, 앞서 본 세 가지의 유형으로 나누어 검토하는 것이 타당할 것이고, 이를 통하여 무권대리인 책임의 근거와 그 법적 성격을 재해석할 수 있는 단서를 발견할 수 있을 것이라고 생각한다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 무권대리행위는 비록 대리권은 없지만 형식적으로나 실질적으로 본인 소유의 재산을 상대방과의 매매계약을 통하여 매각하는 것이고, 그 법률적 효과가 본인과 상대방 사이에 발생하도록

72) Manfred Wolf und Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C.H.Beck, 2012, §51 II 3, Rn.23, S.638 ; Leptien, Soergel Kommentar, 16 zu §179, S.658 ; Schramm, Münchener Kommentar, 32 zu §179, S.2167 ; BGH NJW 2004, S.774f.

현명하였으므로, 대금 역시 본인이 받도록 의욕된 것일 뿐 무권대리인이 스스로 받을 의사는 없다. 그러므로 무권대리인이 상대방과의 대리행위를 통하여 대금 등의 이득을 취하는 경우는 거의 없고, 상대방 역시 본인이 아니라 무권대리인에게 대금 등을 지급하는 경우도 드물 것이다. 그렇다면 결국 무권대리인의 이득이라고 할 수 있는 것은 단지 그가 유권대리였다면 본인에게 효과가 귀속되었을 때 위임 등의 기초적 내부관계를 형성하는 계약을 통하여 정해진 보수 등을 받는 정도일 것이다. 이러한 점에서 타인의 권리에 속한 물건을 마치 자신의 소유인 것처럼 상대방과 계약을 통하여 매도하고 그 대금을 자신이 수령함으로써 상당한 이익을 얻을 수도 있는 타인권리매매(제569조)와 달리, 무권대리인은 스스로 무권대리행위를 통하여 부당한 이익을 얻을 가능성은 높지 않다. 이러한 상태에서 무권대리인에게 자신의 대리권 부존재에 대하여 악의인 경우는 별론하더라도, 그에 대하여 선의이지만 단지 경과실이 있는 경우나 그러한 과실조차 없는 경우에 상대방에 대하여 본인이 부담하여야 하는 정도의 이행책임 또는 이행이익의 손해배상책임을 지도록 하는 것은 무권대리인에게 너무 과중한 책임을 부과하는 것일 뿐만 아니라 책임법의 일반원리에도 반하는 것이라고 생각한다.

3. 재검토의 구체화

(1) 무과실책임의 재검토

무권대리인의 상대방에 대한 책임과 관련하여 일반적인 견해는 무권대리인의 과실 또는 무과실을 불문하고 상대방에 대하여 책임을 져야 하는 무과실책임이라고 한다. 이에 대하여 무권대리인에게 무과실책임을 지우는 것은 너무 가혹하므로 과실책임으로 보아야 한다는 견해도 있고[73], 무권대리인에게 본인으로부터 대리권을 수여 받았다고 믿을 만한 사정이 있고 본인을 위하여 최선을 다하였으나 수권행위가 무효 또는 취소되어 대리권이 소급적으로 소멸된 경우에도 무과실책임을 지우는 것은 의문이라는 견해도 있다.[74]

일본민법의 제정 당시 기초자들은 무권대리인이 악의이거나 과실이 있는 경우의 책임을 고려하여 제117조 초안을 작성하였다.[75] 그러나 민법전 시행 후 독일의

73) 강태성, 전게논문, 61면 ; 송근수, 전게논문, 75면, 81면
74) 김증한・김학동, 전게서, 463면
75) 梅謙次郎, 民法要義 卷之一 總則編, 有斐閣書房, 明治42(1909), 299-300頁 ; 富井政章, 民法原論 第一卷 總論, 有斐閣書房, 明治37(1904), 451頁 ; 岡松參太郎, 註釋 民法理由 卷上, 有斐閣, 明治30(1897)(富井政章 校閲), 258-259頁

Hupka에 영향을 받은 鳩山에 의하여, 이 규정은 대리권의 증명을 요하지 않는 모든 경우에 적용할 수 있다고 함으로써 무과실책임으로 해석되었고[76], 판례도 무권대리인에게 무과실책임이라는 무거운 책임을 부담시키는 것으로 판시하였다.[77] Hupka의 견해는 당초 무권대리인의 책임이 계약체결상의 과실책임이론에 따라 설명되는 독일민법 제정 초기의 견해를 비판하기 위하여 제시되었으며, 독일민법 제179조 제3항에서 무권대리인의 행위능력이 제한된 경우에 책임을 배제하는 것은 과실책임과 맞지 않는다고 하였다.[78] 鳩山에 의하더라도 일본민법 제117조는 대리제도의 신용을 유지하기 위한 법정책임이며 불법행위책임이나 계약책임은 아니라고 하면서, 규정의 내용 역시 과실을 전제로 한 문구가 전혀 포함되어 있지 않고, 과실을 책임요건으로 한다면 이행이익이 아니라 신뢰이익에 그쳐야 하며, 불법행위책임이라고 하면 제2항에서 무능력자(제한능력자)를 면책한 이유를 설명할 수 없다고 하였다.[79] 그러나 Hupka의 무과실책임론은 이후 많은 비판을 받았으며, 현재 독일에서도 무권대리인이 선의・무과실인 경우에 신뢰이익의 배상을 인정하는 것은 너무 가혹하므로 이 경우에는 무권대리인에게 책임을 부담시켜서는 안된다는 견해가 유력하게 주장되고 있다.[80] 일본에서도 鳩山의 무과실책임론 역시 마찬가지의 비판을 받고 있다.[81]

우리민법 제135조의 책임에 관한 한 무권대리인에게 과실이 있는 경우보다 무과실인 경우의 책임에 대한 설명이 더 근본적이다. 왜냐하면 무과실책임은 과실책임을 포함할 수 있으나 과실책임은 무과실책임을 포함할 수 없기 때문이다.[82] 물론 현실적으로 무권대리인이 자신의 대리권 부존재에 대하여 선의이고 무과실인 경우는 매우 희소할 것이다.[83] 다만 우리민법 규정 중에도 무과실책임을 인정한 예가 없지는 않다. 이행보조자의 과실을 채무자의 과실로 의제하는 제391조, 금전채무의

76) 鳩山秀夫, "無權代理人の責任を論ず", 債權法における信義誠實の原則, 有斐閣, 昭和32(1957), 341-343頁. 이 글은 明治44年(1911) 梅謙次郎博士追悼記念論文集 民法硏究 第1卷에 게재된 것이다.
77) 日最判 昭和62(1987)・7・7, 民集 41・5・1133. 이 규정의 적용범위에 대하여 "본조는 상대방의 요구에 대하여 대리권을 증명할 필요가 없는 모든 경우에 적용될 수 있다"고 판시하였다(日大判 明治40(1907)・5・28, 民錄 13・594).
78) Hupka, a. a. O., S.83f.
79) 鳩山秀夫, 전게논문, 342-343頁
80) Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, 1985, S.683 ; Jürgen Prölss, Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Jus 1985, S.170 ; Flume, a. a. O., §47 3 c, S.807
81) 자세한 것은 송근수, 전게논문, 78면 이하 참조
82) 양창수, 전게논문, 168-169면
83) 송근수, 전게논문, 79면

손해배상에 관하여는 채무자가 과실 없음을 항변하지 못한다는 제397조 제2항, 무과실책임으로 해석되고 있는 제581조 매도인의 하자담보책임, 공작물소유자의 책임에 관한 제758조 제1항 단서 등을 들 수 있다. 근대민법이 과실책임주의를 책임법의 기본원리로서 유지하고 무과실책임은 예외적으로 더 무거운 책임을 지우기 위한 것이라면, 이를 인정하기 위해서는 법률의 명문규정이 있거나 일반원칙에 근거한 법적 근거가 명확하게 동반되어야 하지 않을까?

대리관계는 일반적인 거래에 비하여 관여자가 많아서 거래안전의 보호 필요성이 증가하고 그 위험성을 예방하여 대리제도의 신용을 유지하는 것이 중요하다. 그러나 다른 한편 대리인 측의 희생을 과도하게 요구하면 거래의 공평성을 해치게 되고 대리제도의 이용을 촉진한다는 기능적 측면에 역행하는 것이어서 바람직하지 않을 수도 있다. 어떠한 제도가 어느 일방에게 과도하게 가혹한 책임을 부담시킨다면 그 제도의 이용을 기피하는 결과를 초래하게 될 것이고, 이러한 현상은 대리관계의 관여자인 본인과 대리인, 상대방 모두에게 발생될 수 있는 공통의 사실이다.[84] 무권대리인이 본인의 수권행위를 통하여 대리권이 있다고 믿었으나 본인의 사정, 즉 외부적으로 알 수 없는 본인의 의사무능력 또는 절대적 피강박으로 수권행위가 무효가 되거나 무권대리인으로서 자신의 대리권을 의심할 만한 특별사정이 없었던 경우, 무권대리인 측의 사정으로 대리권이 없게 되었더라도 그에 대한 무권대리인의 과실을 인정할 수 없는 경우 또는 누구에게도 책임을 돌릴 수 없는 경우 등에 있어서, 본인을 위하여 충실한 업무를 수행하려고 한 무권대리인에게 이행책임이나 이행이익의 배상책임을 지우는 것은 과도한 책임부과일 것이다. 즉 무권대리인에게 그가 무과실인 경우에까지 책임을 지워야 할 합리적 이유는 없다고 생각한다.

(2) 이행책임에 대한 재검토

무권대리인의 책임에 관하여 그 법적 성격이나 근거, 손해배상범위 등의 설명을 위한 견해가 다수 등장하게 된 배경에는 민법 제135조 제1항에서 규정한 책임이 서로 조화될 수 없는 내용으로 구성되었다는 근본적인 원인이 내포되어 있기 때문이다. 만일 이 규정이 없다면 무권대리인의 책임은 일반불법행위책임으로 구성하여 상대방이 무권대리인에게 손해배상을 청구하는 정도에 그쳐야 할 법률관계임에도, 손해배상책임과 병렬적으로 이행책임을 규정함으로써, 마치 대리권이 있었다면

84) 高橋三知雄, 代理理論の硏究, 有斐閣, 1976, 315頁

본인에게 발생하게 될 효과와 동일한 법률관계를 무권대리인과 상대방 사이에 발생하는 것처럼 의제하는 해석을 할 수 밖에 없도록 하는 원인을 제공하였다. 물론 우리민법 제135조가 일본민법을 본받은 것이기는 하지만 일본민법의 제정과정에서도 많은 논란이 있었고, 독일민법 역시 같은 내용의 책임을 규정하고 있지만 무권대리인이 대리권의 부존재를 알지 못한 경우에 신뢰이익의 배상책임을 물을 수 있도록 규정한 것은 이러한 어려움의 해소를 위한 고려가 작용하였기 때문일 것이다. 앞서 본 바와 같이 프랑스민법 제1120조[85]나 스위스채무법 제39조[86], 이탈리아민법 제1398조[87]에서는 무권대리인의 손해배상책임만 규정하고 있다. 또한 1983년 사법통일을 위한 국제연구소(UNIDROIT)의 국제상품매매계약에 있어서 대리에 관한 협약 제16조[88]나 2010년의 국제상사계약에 관한 원칙 초안(PICC) 제2.2.6조[89], 그리고 유럽계약법위원회(CECL)가 1995년과 1998년에 공포한 유럽계약법원칙(PECL) 제3:204조[90], 2009년 유럽위원회(EC)의 공통참조기준초안(DCFR) 제2권

85) 프랑스민법 제1120조. 제3자의 행위를 약속함으로써 제3자를 위하여 채무이행을 보증할 수 있다. 만일 제3자가 채무를 이행하지 않는 때에는 채무이행을 보증하거나 제3자로 하여금 약속을 추인하도록 약정한 자는 그로 인한 손해를 배상하여야 한다.

86) 스위스채무법은 1881년 처음 제정될 당시 무권대리인의 책임에 대하여 제48조에서 규정하고 있었으나, 1911년 전면적인 개정에 따라 제39조에서 규정하였다. 스위스채무법 제39조. (1)추인이 명시적으로 또는 묵시적으로 거절된 경우에 대리인으로 행위한 자는 상대방이 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었음을 증명하지 못하면 계약의 실효로 말미암아 발생하는 손해배상을 청구당할 수 있다. (2)대리인에게 귀책사유가 있는 경우에 법관은 공평에 맞는 때에는 전항 이외의 손해배상을 인정할 수 있다.

87) 이탈리아민법 제1398조. 권한 없이 또는 부여된 권한을 초과하여 대리인으로서 계약을 체결한 자는 제3자가 과실 없이 계약의 유효를 신뢰함으로써 입은 손해에 대하여 책임을 진다.

88) Convention on Agency in ISG Article 16. (1)대리권이 없거나 대리권의 범위를 벗어난 대리인은 본인의 추인이 없는 한 대리권이 있거나 대리권 범위 내에서 행위한 것과 동일한 지위에서 상대방에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다. (2)그러나 상대방이 대리권의 부존재나 대리권 범위 밖의 행위임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다. 물론 대리인이 이행하고자 하는 경우에 상대방은 손해배상을 청구하는 대신 이행을 수령할 수 있다. UNIDROIT Explanatory Report, ULR(1983), p.93

89) UNIDROIT의 2010년 PICC초안(Draft UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)에서는 Art.2.2.6가 '대리권이 없거나 초과한 행위에 대한 대리인의 책임'에 대하여 규정하였는데, 2004년의 PICC Art.2.2.6에서도 동일한 규정을 두었으나 1994년 처음 만들어진 PICC에는 이러한 규정이 없었다. UNIDROIT PICC초안(2010) Art.2.2.6. (1)대리권이 없거나 대리권을 초과하여 행위한 대리인은 본인의 추인이 없는 한 대리권이 있거나 대리권을 초과하지 않은 것과 같은 지위에서 상대방에게 발생시킨 손해를 배상하여야 한다. (2)다만 대리인은 상대방이 대리권의 부존재나 대리권한의 초과를 알았거나 알 수 있었을 때에는 책임을 지지 않는다.

90) 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)의 PECL(The Principles of European Contract Law) Article 3:204(대리권이 없거나 대리권 밖의 대리행위). (1)어떤 자가 대리권이 없거나 대리권의 범위를 벗어나 대리인으로서 행위한 경우, 그러한 행위는 본인과 상대방을 구속할 수 없다. (2)제3:207조에 따른 본인의 추인을 얻지 못하면, 대리인은 유권대리와 동일한 지위에서 상대방에게 발생된 손해를 배상할 책임이 있다. 이 규정은 상대방이 대리인의 대리권 부존재를 알았거나 알 수 없었을 경우에는 적용하지 않는다.

제6장 제107조 제2항 역시 마찬가지이다.[91]

이러한 점에서 궁극적으로는 민법 제135조 제1항의 개정을 통하여 이행책임을 삭제하는 입법론도 고려할 필요가 있다고 생각한다. 현실적으로도 무권대리인에 대하여 상대방이 이행책임을 묻게 되는 경우, 무권대리행위의 목적물은 본인에게 귀속되어 있는 상태여서, 무권대리인이 이를 취득하여 상대방에게 이전한다는 것은 거의 불능에 가깝다. 물론 그 목적물이 대체물이라면 동종·동량·동질의 물건으로 인도하면 되지만, 이 경우 상대방은 타인과의 계약으로도 이를 취득할 수 있기 때문에, 반드시 무권대리인을 상대로 이행을 청구해야 할 필요가 없다. 오히려 현실적인 거래에서 물가변동이 없다고 가정한다면, 상대방이 이행책임을 선택하여 무권대리인으로부터 목적물을 취득하는 것보다는 오히려 손해배상청구권을 선택하여 무권대리인으로부터 어느 정도 배상을 받고, 타인과의 계약을 통하여 본래 자신이 원하였던 목적물을 취득하는 것이 상대방에게 더 큰 이익이 될 것이다.

(3) 손해배상 범위에 대한 재검토

무권대리인의 책임근거를 신뢰책임으로 보든, 표시책임이나 위험귀속원리에 따른 책임으로 보든, 그리고 책임의 법적 성격을 무과실의 법정책임으로 보든, 적어도 우리나라의 어떤 견해에 의하더라도 민법 제135조 제1항에서 규정한 손해배상책임의 배상범위가 이행이익이라는 점에 이견이 없다.[92] 물론 민법 제135조 제1항에서 이행이익과 신뢰이익에 대한 별도의 구별기준을 규정하지 않으므로, 무권대리인의 책임을 상대방의 신뢰에 근거하는 것으로 해석하면서 손해배상 범위를 신뢰이익이 아닌 이행이익의 배상으로 해석하는 것은 논리적이지 않다는 비판도 있다.[93] 손해배상의 범위를 신뢰이익으로 할 것인지 이행이익으로 할 것인지는 반드시 논리적으로 일관되어야 하는 것은 아니지만, 그 범위는 손해배상책임의 전제가 되는 법률관계에 따라 달라진다. 예컨대 원시적 불능으로 계약이 무효가 된 경우, 우리민법은 이행이익을 초과할 수 없는 신뢰이익의 배상을 규정하고 있으며(민법

91) 유럽위원회(European Commission)의 DCFR(Draft Commom Frame of Reference) Book II, Chapter 6, §107 (II-6:107). (2)본인으로 의도된 자에 의한 추인이 없는 한 그 자(무권대리인)는 제3자에게 그 제3자를 마치 그 자가 권한을 가지고 행위하였을 경우와 마찬가지의 상태에 놓일 수 있도록 손해를 배상할 책임이 있다.

92) 곽윤직, 전게서, 409면 ; 이영준, 전게서, 678면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 김상용, 전게서, 657면 ; 이은영, 전게서, 663면 ; 송덕수, 전게서, 282면 ; 지원림, 전게서, 351면 ; 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 285면 ; 강용현, 전게서, 253면 ; 양창수, 전게논문, 170면

93) 이영준, 전게서, 661-662면 ; 윤형렬, 전게서, 683면

제535조), 인정여부에 대한 다툼은 있지만 착오로 인한 계약의 취소에 있어서도 다수의 학설은 신뢰이익의 배상으로 해석하는 반면, 유효한 계약이 전제가 된 채무불이행으로 인한 손해배상책임(민법 제390조)은 이행이익의 배상으로 이해한다.

그런데 무권대리인의 책임에 대하여는 그 외의 다른 요소도 고려해야 한다고 생각한다. 앞서 본 바와 같이 일본민법의 학설과 판례는 우리민법과 마찬가지로 무권대리인의 상대방에 대한 손해배상책임을 이행이익의 배상으로 이해하지만[94], 서양의 다른 민법에는 손해배상책임의 전제가 되는 계약관계의 존재여부 외에 신뢰이익배상과 이행이익배상을 구별하는 다른 기준이 있다. 독일민법은 무권대리인이 대리권의 부존재에 대하여 알고 있는 경우에는 무권대리인이 상대방의 신뢰를 의식적으로 배반하였고 본인에 의한 추인을 받지 못함으로 인한 위험을 잘 알 수 있었기 때문에 이행이익의 배상(제179조 제1항)으로 하고[95], 이를 알지 못한 경우에는 신뢰이익의 배상으로 규정한다(제2항).[96] 스위스채무법 역시 이와 유사하게 계약의 실효로 말미암아 발생하는 손해의 배상은 신뢰이익의 배상(제39조 제1항)으로 하고, 무권대리인에게 귀책사유가 있는 경우에는 이행이익의 배상으로 규정한다(제2항).[97] 프랑스민법은 무권대리인이 본인의 추인을 보증(porte fort)한 경우에는 유효한 계약에 근거하여 이행이익의 배상으로 보고[98], 그렇지 않은 경우에는 계약이 유효하다고 믿은 상태와 유사한 책임으로서 신뢰이익의 배상으로 이해한다.[99] 특히 이탈리아민법은 일반적으로 무권대리인의 신뢰배상책임을 규정하고 있

94) 鳩山秀夫, 전게서, 481頁 ; 日大判 昭和8(1933)·1·28, 民集 12·1·10 ; 日大判 大正4(1915)·10·2, 民錄 21·1560 ; 日最判 昭和32(1957)·12·5, 新聞 83-84·16

95) Wolf und Neuner, a. a. O., §51 II 3, Rn.22, S.637

96) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 7.Aufl., C.H.Beck, 1989, §32 II, S.630f. ; Heinz Hübner und Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.I, 15.Aufl., Walter de Gruyter, 1966, §36 VI 2 b β), S.327 ; Ludwig Enneccerus und Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Bügerlichen Rechts, Bd.I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen, 1960, §183 I 3 b), S.1124 und Anm.22

97) Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd.I, Verlag Stämpfli & Cie, 1941, Art.39, Anm.6, S.191 ; Andreas von Tuhr und Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd.I, 3.Aufl., Polygraphischer Verlag, 1979, S.4034 ; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Aufl., Schulthess, 1980, S.152. 그리스민법 제231조도 마찬가지이며, 오스트리아는 상거래의 경우 무권대리인에게 이행이익의 배상책임이 따르지만 상거래가 아닌 경우에는 신뢰이익의 배상책임으로 해석한다.

98) Phlippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Les contrats spéciaux, 4ᵉéd., Defrénois, 2009, nº181, p.125

99) Murad Ferid, Das franzosische Zivilrecht, Bd.I, 1971, 1 E, Rn.367, p.369 ; Phillippe le Tourneau, Répertoire de droit civil mise à jour 2003, 33ᵉannée, T.VII, Mandat, 2003, nº339, p.47 ; Hupka, a. a. O., S.41f. 벨기에와 룩셈부르크 역시 무권대리인이 대리권의 존재에 대하여 명시적 또는 묵시적 보증(porte-fort)을 한 때에는 이행이익에 대한 배상책임을 부담하는 것으로 본다.

다(제1398조). 영미법 역시 손해배상의 범위를 계약이 유효하였다면 본인으로부터 받을 수 있는 것과 동일한 책임을 물을 수 있으며[100], 본인이 파산한 경우에는 무권대리인에 대하여 그 이상의 손해배상을 청구하지 못한다고 한다.[101] 요컨대 독일민법은 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 인식여부, 스위스민법은 무권대리인의 귀책사유 존재여부, 프랑스민법과 영미법은 추인에 대한 보증 또는 묵시적 보증 등의 기준에 따라 손해배상의 범위를 다르게 규정하고, 이탈리아민법은 이러한 기준도 없이 신뢰이익의 배상으로 한정하고 있다.[102] 결국 무권대리행위를 유효한 계약관계로 해석하지 않는 한 손해배상은 신뢰이익에 한정하여야 할 것임에도, 문제는 우리민법이 병렬적으로 이행책임을 함께 규정하고 있기 때문에, 이행이익의 손해배상으로 볼 수밖에 없는 어려움이 존재하게 된 것이다. 이에 대한 근본적인 해결을 위해서는 민법 제135조의 개정을 통하여 무권대리인의 이행책임을 삭제하고, 과실책임을 전제로 한 손해배상책임만을 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

Ⅴ. 결 어

1. 논문의 요약

이 글은 민법 제135조 제1항의 무권대리인 책임과 관련하여 그 근거와 법적 성격에 대한 논의를 중심으로 하였다. 우리 민법학계의 일반적 해석론이 되어 있는 학설과 판례의 검토, 이 책임의 성격을 법정의 무과실책임으로 보는 현재 다수의 해석론에 대한 외국 입법례의 영향, 이행책임과 이행이익의 배상책임을 인정하는 태도에 대한 이론적 비판과 더불어 입법론 및 새로운 재해석의 여지를 검토하였다. 특히 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 귀책사유를 유형적으로 검토하고, 그에 따른 책임의 내용을 달리 파악해야 하지만, 현행 민법규정의 해석적 한계가 있음을 시인하지 않을 수 없다. 그러므로 최종적으로는 합리적 규율이 가능한 입

100) John Salmond and Percy H. Winfield, Principles of the Law of Contracts, Sweet & Maxwell, 1927, p.372 ; G. H. Treitel, The Law of Contract, 4thEdition, Stevens & Sons, 1975, p.511

101) Treitel, op. cit., p.511-522 ; Firbank's Executors v. Humphreys (1886), 18 Q. B. D. 54

102) 반면 스웨덴, 핀란드 등 스칸디나비아 국가와 덴마크는 무권대리인이 자신에게 대리권 없음을 알지 못한 경우에도 이행이익의 배상책임을 지는 것으로 하여 엄격한 책임을 인정하고 (Contracts Acts §25), 네덜란드민법 제3:70조 역시 마찬가지이다. Hein Kötz und Axel Flessner, Europäisches Vertragsrecht, J.C.B.Mohr, 1996, S.359f. 참조

법론을 구상해야 할 것이다.

우리민법 제135조가 일본민법 제117조를 거쳐 독일민법 제179조를 계수한 것이지만, 규정의 내용이 서로 상위함에도 일본을 통하여 독일민법의 해석론을 그대로 답습하고 있는 태도는 지양되어야 할 것이다. 즉 무권대리인의 책임을 상대방의 신뢰와 거래안전의 보호 또는 대리제도의 신용을 유지하기 위한 법정의 무과실책임으로 해석하는 것은 독일민법의 제정 후에 그 해석의 한 방법으로 제시된 견해가 일반화된 것이고, 이것이 일본민법의 해석론으로 도입되어 그 역시 일반화되었을 뿐이다. 오히려 독일민법 제179조 제2항에는 무권대리인이 대리권의 부존재를 알지 못한 경우 신뢰이익의 배상책임을 인정하고 있지만 이에 관한 우리민법 규정은 존재하지 않는다. 또한 무권대리인의 책임근거를 상대방의 신뢰와 거래안전의 보호, 대리제도의 신용유지와 같은 외부적 요인에서 찾는다면, 대리권의 부존재에 대하여 선의이고 무과실인 무권대리인에게도 무거운 책임을 인정하게 되어 합리적이지 못하다. 그리고 위험의 발생 내지 방지 가능성의 근접성과 같은 객관적인 요인에서 근거를 찾는 견해는 무권대리인의 선의나 과실의 존재 여부에 따라 책임의 근거를 달리 설명하고 있어서 일관성을 유지하기 어려운 측면이 있다. 따라서 민법 제135조의 입법경위와 무권대리인의 주관적인 귀책성 여부에 따른 유형적 검토가 필요할 것이고, 논리적으로 보면 무권대리인이 대리권의 부존재를 알지 못하고 대리행위를 한 경우는 본인에 대한 현명을 통하여 그 이익을 본인에게 귀속시키려고 한 것인데, 이러한 경우에까지 무권대리인의 책임을 인정하는 것은 부당하게 과중한 것으로 생각된다.

나아가 민법 제135조의 책임내용에 관한 구체적 해석론과 관련하여 무권대리인 책임의 법적 성격이나 근거, 손해배상범위 등에 대한 학설이 나누어지는 배경에는 유효라고 할 수 없는 무권대리행위에 대하여 이행책임을 규정하였기 때문이라는 근본적인 원인이 있다. 왜냐하면 만일 이행책임규정이 없다면 손해배상책임의 범위를 신뢰이익으로도 해석할 수 있는 여지가 있고, 대리권이 있었다면 본인에게 발생하게 될 효과와 동일한 법률관계를 무권대리인과 상대방 사이에 발생하는 것처럼 의제가 동원된 해석을 할 필요도 없기 때문이다. 이러한 배경에 따라 민법 제135조 제1항의 책임을 다시 설정하면, 이행책임을 배제하고 무과실책임이 아닌 과실책임으로 구성하며, 손해배상의 범위도 원칙적으로는 무권대리인이 대리권의 부존재에 대하여 악의이거나 선의이더라도 중대한 과실이 있는 경우에는 이행이익의 손해배상책임을 지우되, 무권대리인에게 경과실만 있는 경우에는 신뢰이익에

한정하고, 과실조차 없는 경우에는 그 책임을 묻지 않도록 해야 할 것이다.

2. 판결의 당부

본 판결의 사실관계를 단순화하여 보면, 금전대여계약의 당사자로서 채무자는 A 회사이고 채권자는 원고 甲과 소외 E이며, 이러한 금전대여계약의 담보로 제공하기 위한 X 토지의 소유자인 동시에 근저당권 설정계약의 담보제공자는 미국시민권자로 미국에 거주하고 있는 C이고, 근저당권자는 역시 채권자 甲과 E가 된다. 물론 실질적인 채권자와 근저당권자는 원고 甲과 소외 E이지만, 형식적으로 계약상의 채권자 명의와 근저당권자로 등기된 자는 원고 甲이다. 위 금전대여계약과 근저당권 설정계약은 각각 대리인 乙1과 乙2 사이에 체결되었는데, 乙2는 甲으로부터 적법하게 대리권을 수여받은 유권대리인이지만, 乙1은 담보제공자 C로부터 대리권을 수여받은 것이 아니라 여러 증빙서류를 위조하여 자칭 C로 행세한 ⓒ로부터 대리권을 수여받았을 뿐이므로, X 토지에 대한 근저당권 설정계약의 적법한 대리인은 아니다.

이러한 사실관계로부터 추출된 주요 논점은 첫째, 乙1과 乙2에 의하여 체결된 근저당권 설정계약과 그에 따른 등기의 유효성 여부이고, 둘째, 乙1과 乙2의 업무상 과실, 즉 이들은 모두 법무사의 지위를 갖고 있으므로 법무사법에서 규정하는 법무사로서의 과실은 없는 지가 문제되며, 이러한 과실의 인정여부에 따라 乙1과 乙2가 소속된 법무사협회 乙3의 공제금 지급책임이 인정될 것인지 문제된다. 그리고 셋째, 乙1에게 대리권의 부존재에 대한 인식 또는 과실이 있었는지 여부에 관한 것인데, 이것이 본 논문에서 다루고자 한 무권대리인의 책임과 직접적으로 관련된 논점이다. 물론 그 외에도 공동피고 乙4의 국가배상책임도 청구취지 중의 하나이지만, 이것은 위 근저당권 설정등기를 수리한 등기관의 과실 여부에 따라 결정되는 것이므로 본 논문의 본질적인 내용과는 관련이 없다.

다만 본 논문의 핵심적인 논점으로 乙1에 대한 민법 제135조 제1항의 무권대리인 책임과 관련하여 원심법원과 대법원의 판단에는 차이가 있었다. 즉 원심법원은 피고 乙1이 X 토지의 소유자인 C의 대리인으로서 甲과 근저당권 설정계약을 체결한 것으로 보았으나, 그 대리권은 ⓒ로부터 수여받았을 뿐 진정한 본인인 C로부터 수여받은 바 없었고 그 추인을 얻지도 못하였으므로, 일단 민법 제135조 제1항이 적용될 수 있는 전형적인 사례임을 전제로 하였다. 그렇지만 대리행위가 무효인 것은 ⓒ의 위법행위 때문이지 乙1의 무권대리행위로 인한 것은 아니므로 乙1에게

무권대리인 책임을 지울 수는 없다고 판시하였다. 반면 대법원은 위 책임을 인정하기 위해서 무권대리인에게 귀책사유가 있어야 하는 것도 아니며, 무권대리행위가 제3자의 위법행위로 야기되었더라도 마찬가지라고 하면서 乙1의 손해배상책임을 인정하였고, 그 책임의 내용은 원고 甲이 근저당권을 잃게 됨으로 인하여 입은 손해 전부를 배상하도록 하였다. 원심법원이 대법원의 판단과 다른 판시를 한 원인은 본 사안과 같이 무권대리인에게 '대리권의 부존재에 대하여 선의이며 과실이 없는 경우', 그에게 민법 제135조 제1항의 책임을 묻는 것은 가혹하다는 점을 고려하였기 때문으로 추측된다. 그러나 대법원은 그러한 경우조차도 위 규정의 적용을 주저하지 않았다. 이것은 대법원이 종래 학설과 판례의 태도를 그대로 인용하면서, 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 책임을 무과실책임이라고 판단하였고, 따라서 乙1의 대리권 부존재에 대한 과실 여부는 전혀 문제 삼지 않았기 때문으로 보인다.

그러나 앞서 본 바와 같이, 민법 제135조 제1항에서 규정하는 무권대리인 책임의 성격과 내용 및 그 범위를 확정하기 위해서는 무권대리행위의 유효성 여부와 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 선의와 악의, 과실 여부 등이 먼저 판단되어야 한다.

첫째, 무권대리행위의 효력과 관련하여, 타인권리매매에서의 매도인과 달리 무권대리인은 자신의 대리권 부존재에 대하여 선의이든 악의이든 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시키려는 현명을 하기 때문에, 무권대리인 스스로 자신에게 효과를 귀속시키고자 하는 의사는 존재하지 않고, 따라서 무권대리인과 상대방 사이에 대리행위의 효력은 발생할 수 없다. 즉 법률행위의 요건체계에 대한 입장에 따라 불성립이거나 무효일 것이다. 그런데 본 판결의 제1심법원과 원심법원은 채권자와 근저당권자의 동일성 여부와 관련하여 반드시 이들이 동일인일 필요는 없고 형식적인 등기부상의 채권자 원고 甲과 제3자인 소외 E가 불가분적인 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 제3자를 근저당권자로 한 근저당권 설정등기도 유효하다고 하면서, 위 근저당권 설정등기가 담보물권의 부종성에 반하여 무효의 등기에 해당한다는 피고 乙1과 乙3의 주장을 배척하였다. 그러나 채권자와 근저당권자의 불가분적 관계는 인정하더라도, 위 근저당권 설정등기의 원인계약으로 금전대여계약이나 근저당권 설정계약은 乙1과 乙2에 의하여 체결되었으나, 乙2는 甲으로부터 적법하게 대리권을 수여받은 반면, 乙1은 금전대여계약의 채무자인 A로부터 대리권을 수여받은 바가 없고, X 토지를 담보로 제공하기 위한 근저당권 설정

계약의 담보제공자 C로부터 대리권을 수여받은 바도 없다. 그러므로 이들 원인계약은 모두 무권대리인에 의하여 체결된 것이기 때문에, 앞서 본 이유로 무효이거나 불성립이라 해야 할 것이고, 그에 따른 근저당권 설정등기 역시 원인무효의 등기라고 해야 할 것이다.

둘째, 乙1과 乙2의 과실에 관하여 제1심법원과 원심법원이 판단의 대상으로 삼은 것은 법무사법에서 규정하는 법무사의 업무상 과실 및 민법 제750조의 일반불법행위에 대한 과실로서, 원고 甲이 근저당권 설정등기를 말소 당함으로 인하여 발생한 손해배상청구와 관련된 것이며, 이들의 대리행위로서 위 계약을 체결하는 과정에 존재하는 과실의 존재여부가 주로 검토되었다. 특히 무권대리인 乙1의 과실을 파악하는 과정에서는 주로 법무사법 소정의 업무상 주의의무를 문제로 삼았는 바, 이는 근저당권 설정등기 의무자로서 X 토지의 실제 소유자인 C의 본인 확인의무와 관련되어 있지만, ⓒ가 제공한 C 관련 서류의 진정성을 확인하는 절차를 통하여, 결과적으로 乙1이 위 근저당권 설정계약의 담보제공의무자인 C의 진정한 대리인인가를 확인하는 간접적 관련성일 뿐이다. 이에 대하여 제1심법원과 원심법원은 乙2 뿐만 아니라 乙1의 과실도 모두 부정한 반면, 대법원은 이에 대하여 아무런 판단도 하지 않았다. 물론 이러한 과실은 법무사의 업무와 관련된 것일 뿐, 민법 제135조 제1항과 관련된 바 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 과실과는 거리가 멀다.

셋째, 본 논문의 핵심적 논제인 무권대리인 乙1에게 '대리권의 부존재'에 대한 인식 및 과실의 존재여부에 대한 검토가 대법원 판결에서 전혀 고려되지 않은 아쉬움이 있다. 앞서 본 바와 같이, 본 대상판결의 제1심법원과 원심법원이 무권대리인 乙1의 과실판단을 위하여 검토대상으로 삼은 것은 법무사가 등기업무를 위임받았을 때 위임인이 본인이거나 대리인임을 확인해야 하는 의무(법무사법 제25조)의 위반과 관련된 것일 뿐이다. 그러나 무권대리인의 상대방에 대한 책임(민법 제135조 제1항)에서 그 책임의 법적 성격으로 제시되는 일반적 해석론의 무과실책임은 무권대리인이 자신에게 대리권 없음을 몰랐더라도 그에 대한 과실 여부와 관계없이 책임을 져야 한다는 의미이다. 그러므로 무권대리인의 무과실책임을 문제로 삼은 원심법원이 ⓒ의 위법행위가 대리행위의 효력에 미치는 영향을 언급한 것은 제3자 채권침해로서 논의될 문제일 뿐인데, 이것이 대리행위의 효력과 어떤 관련성이 있는지, 나아가 무권대리인책임의 내용 및 그 책임의 법적 성격과는 어떤 상관이 있는지 등 그 논리적 연관성에 대하여는 전혀 판단하고 있지 않다. 또한 대법

원은 위 책임의 성격을 무과실책임으로 판단하였으므로 무권대리인의 과실여부를 검토할 필요가 없었겠지만, 원심법원이 언급한 것처럼 ⓒ의 위법행위에 속아 유권대리로 믿었던 乙1이 '대리권의 부존재'에 대한 선의이고 과실조차 없음에도, 그에게 민법 제135조 제1항의 책임을 인정할 뿐만 아니라 이행이익의 손해배상책임까지 부담시킨 것은 무리한 해석이 아닌가하는 의문이 있다. 적어도 乙1에 대한 과실 여부를 판단하고 그 책임 역시 제한하는 해석의 필요성을 고려해야 하지 않았을까하는 아쉬움이 있다. 즉 본 논문의 논지에 따른다면, 특히 무권대리인에게 대리권의 부존재에 대한 과실을 인정할 수 없는 경우에 그 책임을 면하게 해야 할 것임에도, 원고 甲이 근저당권을 상실함으로 인하여 입은 모든 손해를 배상하도록 한 것은 과실 없는 무권대리인 乙1에게 너무 가혹한 책임을 물은 것이라고 생각된다. 요컨대 무권대리행위에 대한 효력 여부나 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 인식 및 과실 여부에 대한 판단도 없이, 무권대리인 책임의 법적 성격을 법정의 무과실책임으로 보는 기존의 일반적 해석론에 의존하여, 이를 무비판적으로 고수하고 있는 대법원의 태도는 변경되어야 할 것이라고 생각한다.

(논문접수일 : 2014.07.28, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

정상현 · 서순택

무권대리인, 본인, 대리권, 상대방의 신뢰, 거래안전, 대리제도의 신용, 무과실책임

【참 고 문 헌】

곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999 ; 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983 외 다수 교과서

강태성, “민법상의 무권대리에 있어서의 여러 문제점”, 법학논고 제16집, 인산 곽동헌교수 정년퇴임 기념특집, 경북대학교 법학연구소, 2000.12

송근수, “무권대리인의 책임의 본질”, 법학연구 제6집, 경상대학교 법학연구소, 1997.2

양창수, “무권대리인의 책임-민법 제135조의 연혁에 소급하여-”, 민법연구 제1권, 박영사, 2004

岡松參太郎, 註釋 民法理由 卷上, 有斐閣, 明治30(1897)(富井政章 校閲)

岡　孝, “民法起草とドイツ民法第二草案の影響”, 法律時報 第867號, 1998.7

高橋三知雄, 代理理論の研究, 有斐閣, 1976, 315頁

高柳賢三, 新法學の基調, 岩波書店, 大正12(1923)

鳩山秀夫, “無權代理人の責任を論ず”, 債權法における信義誠實の原則, 有斐閣, 昭和32(1957)

鳩山秀夫, 日本民法總論, 岩波書店, 昭和8(1933)

梅謙次郎, 民法要義 卷之一 總則編, 有斐閣書房, 明治42(1909)

富井政章, 民法原論 第一卷 總論, 有斐閣書房, 明治37(1904)

石井良助, “明治前期の立法に及ぼした外國法の影響について”, 明治文化全集 第13卷, 日本評論社, 昭和4(1929)

星野英一, “日本民法典に與えたフランス民法の影響”, 民法論集(第一卷), 有斐閣, 昭和45(1970)

岩田 新, 日本民法史, 同文館, 昭和3(1928)

五十川直行, “日本民法に及ぼしたイギリス法の影響<序說>”, 現代社會と民法學の動向(下)-民法一般(加藤一郎先生古稀記念), 有斐閣, 平成4(1992)

舟橋諄一, 民法總則, 弘文堂, 昭和29(1954)

片山直也, “フランス法學說としてみたボワソナ-ド舊民法<覺書>”, 法律時報 第70卷 第9號, 1998.8

Andreas von Tuhr und Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd.I, 3.Aufl., Polygraphischer Verlag, 1979

Brigitte Frensch, Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., 2009

Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 6.Aufl., C.F.Müller, 1994

G. H. Treitel, The Law of Contract, 4thEdition, Stevens & Sons, 1975

Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heyman Verlag, 1984

Hein Kötz und Axel Flessner, Europäisches Vertragsrecht, J.C.B.Mohr, 1996

Heinz Hübner und Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.I, 15.Aufl., Walter de Gruyter, 1966

Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, 1985

Helmut Köhler, Juristische Kurz-Lehrbücher, BGB Allgemeiner Teil, 22.Aufl., C.H.Beck, 1994

Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd.I, Verlag Stämpfli & Cie, 1941

John Salmond and Percy H. Winfield, Principles of the Law of Contracts, Sweet & Maxwell, 1927

Josef Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Duncker & Humblot, 1903

Jürgen Prölss, Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Jus 1985

Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 7.Aufl., C.H.Beck, 1989

Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, §§1-240, 5.Aufl., C.H.Beck, 2006

Ludwig Enneccerus und Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Bügerlichen Rechts, Bd.I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen, 1960

Manfred Wolf und Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C.H.Beck, 2012

Murad Ferid, Das franzosische Zivilrecht, Bd.I, 1971

Paul Koschaker, Europa und das Römische Recht, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966

Phillippe le Tourneau, Répertoire de droit civil mise à jour 2003, 33ᵉannée, T.VII, Mandat, 2003

Phlippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Les contrats spéciaux, 4ᵉéd., Defrénois, 2009

Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Aufl., Schulthess, 1980

Ulrich Leptien, Soergel Kommentar zum BGB, Bd.2, Allgemeiner Teil, §§104-240, Verlag W. Kohlhammer, 1999

Werner Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd.II, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979

Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einführung, Biographien, Materialien-, Walter de Gruyter, 1978

Abstract

A Restudy on the Unauthorized Agent's No-Fault Liability

Sang-Hyun Jung*

Seo, Soon-Taek**

This paper critically reviewed the attitude of precedents which judged the responsibility as no-fault liability in relation to the responsibilities of the unauthorized agent for the other party stipulated in the Article 135 of the Korean Civil Code.

That Article prescribes in the 1st Sentence that if a person who has made a contract as an agent of another can neither prove his authority nor get the principal to ratify the contract, he shall be liable to the other party, at the latter's option, either for the performance of the contract or for the compensation to damages, and in the 2nd Sentence that the provisions of the preceding paragraph shall not apply if the other party was aware, or should have been aware, that such person had no authority, or if the person who made the contract as an agent had no capacity for entering into such contract. This article has followed the Article 179 of the German Civil Code and Article 117 of the Japanese Civil Code in prescribing the responsibility for the performance of the contract or for compensation to damages.

If the other party could have obtained full satisfaction from the principal had the contract been binding on him, the unauthorized agent is

* Professor at School of Law in SungKyunKwan University · Ph.D. Jur.
** Lecturer on civil law at SungKyunKwan University · Ph.D. Jur.

liable to the same extent. In general, legal scholars explain that the ground of unauthorized agent's liability is for the sake of the protection of third party's reliance, transaction safety and confidence of agent system. They also insist that agent's liability is no-fault liability providing by law. This is also the basic position of judicial precedents of the Supreme Court, including the judgment of this case for review. The general explanation for the preceding part was insisted by *Hupka*, a German legal scholar, to explain the Article 179 of the German Civil Code. The insistence of *Hupka* is introduced by *Hatoyama*, a Japanese legal scholar, and generalized in Japan.

But there are several questions as follows in this explanation. Why is the agent liable to the same extent with principal, despite of having no authority? Why is the agent liable to the performance of the contract, although the contract between the unauthorized agent and the other party is void? The most substantial question of them is that unauthorized agent's liability for the performance of the contract is prescribed in the Article 135 of the Korean Civil Code. This is the cause of aggravation of agent's liability and appearance of general explanation.

Aggravation of agent's liability according to the general explanation is one of the fictional thought, therefore this explanation takes an other run. Therefore, I think that the ground of agent's liability have to be found in his intention. In other words, first of all, in order to determine its nature, extent and scope of the unauthorized agent's liability, we have to decide whether the effect of representative contract is valid or not, whether unauthorized agent aware the lack of his own authority or not, and whether he has a fault about non-recogonition about that or not, and so on. Still precedents of this Supreme Court decide the imposition of overweighted liability to the unauthorized agent's, without a specific judgment on them.

Thereafter, if it cannot be admitted to fault for lack of authority to unauthorized agent, it must avoid bearing his liabilities, and also must be

limited to the liability of the trust income from invalidity of agency action at least, by the Supreme Court. I think, what the no-fault unauthorized agent have to compensates for all damages which occurred to the plaintiff from lost the Revolving Mortgage is the terrible liability too much for him. Supreme Court does not decide on the effect of a contract between unauthorized agent and the other party, on unauthorized agent's awareness of lack of the authority, and his fault or no-fault of it. Supreme Court has been maintained the traditional position on the unauthorized agent's no-fault liability without any criticizing. But the position of it will have to be changed from now.

Sang-Hyun Jung · Seo, Soon-Taek

unauthorized agent, principal, agent's authority, third party's reliance, transaction safety, confidence of agent system, no-fault liability

자기소유 부동산의 취득시효*

윤 의 섭**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 부동산 취득시효의 기본문제
Ⅲ. 자기소유 부동산의 취득시효
1. 문제의 소재
2. 자기소유 부동산에 대한 유형별 검토
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

부동산 취득시효는 민법 제245조 제1항의 점유취득시효와 제2항의 등기부 취득시효가 있다. 이러한 취득시효와 관련하여 타인의 부동산뿐만 아니라 자기소유의 부동산에 대해서도 취득시효가 인정되어야 한다고 한다. 그렇게 주장하는 학설이나 판례의 논지는 대체로 객체가 되는 목적물이 반드시 타인소유의 부동산이어야 할 필요는 없고, 자기소유 부동산이라는 입증이 곤란한 경우에는 시효취득이 인정되어야 한다고 한다.

그러나 이러한 논지는 큰 틀에서 점유취득시효를 인정하는 일반적인 근거로는 타당하지만, 대상을 자기소유 부동산으로 한정할 때에는 적절한 논거로 보기 어렵다. 즉, 자기소유의 부동산이라는 것이 분명한데 굳이 취득시효를 주장하는 것은 무의미할 것이기 때문이다. 결국 취득시효를 주장하는 경우란 자기의 소유권이 제3자에 대한 대항력을 갖지 못하여 소유권을 두고 분쟁이 있는 경우일 것이다. 즉, 실제로는 자기소유 부동산이라 하더라도 법적으로는 명확하게 자기소유가 아니어서 자기소유라고 주장하는 제3자와 다툼이 있는 경우일 것이다. 따라서 그런 경우에는 엄밀하게 자기소유가 아닌 타인소유의 부동산으로서 취득시효의 대상이 되는 것으로 새기는 것이 타당할 것이다.

* 본 연구는 2013학년도 서경대학교 교내연구비 지원에 의하여 이루어졌음.
** 서경대학교 공공인적자원학부(법학과) 교수, 법학박사.

입법론으로는 제245조 제1항의 경우에도 제2항의 경우와 마찬가지로 선의·무과실을 요건으로 추가하여 엄격하게 해석하는 것이 문제점이 많은 점유취득시효제도를 해결하는 방법이 될 것이다. 그리고 궁극적으로는 이 취득시효제도를 폐지하는 것이 우리 법제에 맞는 올바른 귀결이라고 생각한다.

Ⅰ. 서론

취득시효는 부동산 취득시효와 동산 취득시효로 나눌 수 있다. 부동산 취득시효와 관련해서는 제245조 제1항에서 점유 취득시효를, 제2항에서는 등기부 취득시효를 규정하고 있다.[1] 그리고 동산 취득시효와 관련해서는 제246조 제1항에서 악의의 점유를, 제2항에서는 선의·무과실의 점유를 규정하고 있다.

그런데 동산 취득시효의 경우에는, 점유 자체에 공신력을 인정하고 있는 결과인지는 몰라도 다툼은 별로 없는 것으로 보이고, 실제 소송도 거의 이루어지지 않고 있다. 따라서 여기에서는 별도로 다루지 않기로 한다. 반면에 부동산 취득시효의 경우에는, 등기이전을 둘러싼 소송을 포함하여 적지 않은 문제가 산재하여 있다.

부동산 취득시효란, 어떤 부동산을 요건을 갖추어 일정기간 계속 점유하는 경우에, 그 점유가 진실한 권리관계와 합치되는 점유인지 여부와 관계없이 겉으로 나타난 사실 상태를 그대로 인정하여 점유자에게 소유권을 취득하게 하는 제도를 말한다.

그런데 이 제도는 우리 민법 체계에서는 매우 이례적인 것이다. 즉, 정당한 권원이 없는 점유자가 정당한 권리자의 소유권을 빼앗아 취득함으로써, 소유권의 특질이라고 할 수 있는 恒久性을 무색하게 하고 있을 뿐만 아니라. 특히 점유취득시효의 경우에는 등기부에 인정되고 있는 추정력을 외면하고 있고, 또한 등기에 관한 제187조 원칙을 무시하고 별도의 등기를 요구하는 등 극히 예외적인 규정인 것이다.

이런 이유 때문에, "등기제도가 완비되고 등기에 공신력이 인정되면 점유 취득시효 제도는 그 존재의의를 거의 상실할 것으로 생각된다."[2]라든가, "장차 등기부가 정비되면 점유취득시효는 삭제되거나 극히 제한적으로만 인정되어야 한다."[3]라는 비판이 있다. 또한 대법원도 "무릇 점유취득시효 제도란 권리 위에 잠자는 자

1) 제245조 제1항의 경우를 '점유취득시효', '일반취득시효' 또는 '장기취득시효'라고 하고, 제2항의 경우는 '등기부취득시효', '특수취득시효' 또는 '단기취득시효'라고 한다. 제2항의 경우를 '등기부취득시효'라고 하는 데는 異見이 없는 반면에 제1항의 경우에는 그 명칭을 놓고 견해 차이를 보이고 있다. 다수설(곽윤직, 물권법(박영사, 2005), 190면; 김상용, 물권법(화산미디어, 2013), 358면; 송덕수, 물권법(박영사, 2014), 299면; 홍성재, 물권법(대영문화사, 2010), 324면; 이기용, "부동산 취득시효에 관한 연구"(성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1989), 81면)과 판례(대법원 2002. 8. 22. 선고 2000다21987 판결; 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002다43417 판결)는 '점유취득시효'라고 한다.

2) 이기용, 전게논문, 140면.

3) 송덕수, 전게서, 299면.

를 배제하고 점유사용의 현실적 상황을 존중하자는 제도이기는 하지만, 이는 극히 예외적인 상황에서만 인정되어야 할 것이고, 이를 지나치게 넓게 인정하는 것은 타인의 재산권을 부당히 침해할 요소가 큰 것이므로, 법이 진정한 재산권을 보호하지 못하는 결과가 되어 온당치 않다고 보이고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석하여야 할 것"[4]이라는 판시를 한 바 있다.

이 부동산 취득시효 제도와 관련해서는 지금까지 수많은 학자들에 의하여 우수한 선행연구가 이루어져 왔고 판례도 많이 축적되어 있다. 그럼에도 불구하고 이 문제를 새삼스럽게 재검토하려고 하는 것은 여전히 의문점이 남아 있기 때문이다. 그 가운데 특히, 자기소유 부동산에 대한 점유취득시효를 인정하는 것이 현재의 통설과 판례의 일반적 태도인데, 이 점에 관해서는 수긍하기 어려운 측면이 있다. 즉, 타인소유의 부동산이라면 점유취득시효의 대상이 될 수 있겠지만 자기소유 부동산이 분명하다면 당연히 소유권이 인정되는데, 무엇 때문에 굳이 점유취득시효라는 제도를 이용하여 소유권을 취득하려고 하는가? 이런 의문점을 해소하기 위하여 관련 학설과 판례를 집중적으로 분석함으로써 그 답을 구하고자 한다. 다만 이 논문이 규명하고자 하는 본질적인 문제는 아니지만, 논문 전체의 틀을 갖추기 위하여 부동산 취득시효 제도의 기본문제를 간단히 살펴본 다음에 자기소유 부동산의 취득시효에 관해서 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 부동산 취득시효의 기본문제

이 부분에서 기본적으로 다루어야 할 과제는 ① 제도의 존재이유 ② 주체와 객체, ② 자주·평온·공연한 점유 ③ 일정기간 계속된 점유, ④ 선의·무과실, ⑤ 등기 ⑥ 취득시효의 효과 등이다. 그러나 이러한 문제들에 대하여는 이미 많은 선행연구가 이루어져 있고 또한 이 논문의 본질적인 주제와도 거리가 있으므로 여기에서는 모두 생략하고 제도의 존재이유와 선의·무과실에 대해서만 간단히 살펴본다.

1. 점유하는 상태가 일정기간 경과한다고 해서 정당한 권원도 없는 점유자가 소유권을 취득하고, 그 반면에 정당한 권리자가 소유권을 상실하는 이 모순을 어떻게 이해할 것인가? 이 의문점은 취득시효 제도의 존재이유에 대하여 다시 되돌아보게 한다.

4) 대법원 1995. 5. 9. 선고 94다22484 판결

존재이유에 대하여는 지금까지 매우 다양한 의견이 제시되고 있는데, 공통적으로는 '사회질서의 안정'과 '입증곤란의 구제'를 들고 있다. 다만 구체적으로는 조금씩 그 주장 내용이 다른데, 그 가운데 대표적인 학설 몇 가지를 살펴본다.

① 거래의 안전을 보호 하려는 것이므로 이는 등기부 취득시효 제도의 존재이유로 타당하고, 진실한 권리자로서의 개연성이 강한 자를 보호하기 위하여 그 입증의 곤란을 구제하려는 데 착안하고 있으므로 이는 점유 취득시효제도의 존재이유로 적합하다.[5]

② 오래 계속된 사실상태가 진실한 권리관계에 부합하지 않더라도, 오랜 기간이 지난 후에 새삼스럽게 그 사실 상태를 뒤집어 놓는 것은, 이른 바 권리 위에 잠자고 있는 자의 이익을 위하여 사회의 법률관계의 안정을 해치는 결과가 되어 혼란을 초래하므로 타당하지 않고, 사실상태가 오래 계속되면, 그동안 정당한 권리관계에 관한 증거가 없어지기 쉬우므로 증거보존의 곤란을 구제하고, 민시소송 제도의 적정과 소송경제의 이념에 비추어서 사실상태를 그대로 정당한 권리관계로 보아야 한다.[6]

③ 점유 취득시효 제도의 존재이유는 입증곤란의 구제 및 권리를 행사하지 않고 있는 권리자 보다는 실제로 목적물로부터 수익을 얻고 있는 자를 보호함으로써 재화의 효용을 극대화할 수 있고, 등기부 취득시효에 있어서는 효용의 극대화라는 관점 외에도 선의・무과실 점유자의 신뢰보호라는 관점이 함께 작용한다.[7]

④ 실질적으로 권리를 취득하였으나 이를 증명하지 못하는 권리자를 보호하려는 데 있으나, 부동산의 등기부 취득시효만은 부동산의 소유자로 등기하고서 점유하는 자의 신뢰를 보호하려는 데 그 이유가 있다.[8]

한편 이와는 달리, 일본에서는 기능적인 측면에서 시효취득의 존재이유가 거론되기도 하는데, 첫째, 부동산을 매입하여 인도를 받고 점유를 계속하였으나 등기를 이전하지 않고 있는 동안 이전의 매도인이 제3자에게 이중양도하고 등기도 이전한 경우(유효미등기형), 둘째, 부동산을 취득한 원인(매매계약 등)이 무효로 되거나 인정되지 않았지만 여전히 점유를 계속하는 경우(원인무효, 부존재형), 셋째, 오랜 기간 소유했던 토지와 이웃토지와의 경계선이 분명하지 않은 경우(경계분쟁형)가 그것이다.[9]

5) 고상룡, 물권법(법문사, 2001), 279~280면.
6) 곽윤직, 전게서, 189~190면.
7) 윤진수 집필부분, 민법주해[Ⅴ]물권(2)(박영사, 20002), 160면.
8) 송덕수, 전게서, 298면.

판례는 "취득시효 제도는 법률관계의 안정을 기하기 위하여 일정한 사실상태가 상당기간 계속된 경우에 그 사실상태가 진실한 권리관계와 일치하느냐의 여부를 따지지 아니하고 그 사실상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 인정하려는 제도"[10]라고 한다.

요컨대, 점유취득시효제도는 진정한 권리관계와는 일치하지 않더라도 점유라는 사실상태를 그대로 인정함으로써 실질적으로 권리를 취득하였으나 이를 증명하지 못하는 권리자를 보호하여 법적 안정성을 꾀하고, 등기부취득시효제도는 점유자의 신뢰보호를 통하여 거래안전을 도모하려는 것으로 볼 수 있다.

2. 점유취득시효의 경우에는 자주・평온・공연한 20년간의 점유로 충분하고 별도의 선의・무과실은 그 요건이 아니다. 그러나 등기부취득시효의 경우에는 선의・무과실도 그 요건으로 한다. 선의는 제197조 제1항에 의하여 추정되지만 무과실에 대해서는 이를 추정하는 규정이 없다. 따라서 등기부 취득시효의 요건인 무과실에 대한 입증책임은 취득시효를 주장하는 자에게 있다.[11]

등기부취득시효에 있어서 선의・무과실은 등기에 관한 것이 아니라 점유에 관한 것이다.[12] 그리고 선의·무과실은 점유를 개시한 때에 있으면 되고, 전 시효기간을 통하여 계속되어야 하는 것은 아니다.[13]

부동산 매매에 있어서 등기부상 명의인이 제3자인 때에는, 거래관념상 매도인의 권원에 관하여 의심할 만한 사정이 있으므로, 매수인은 등기부상 소유자 명의에 관하여 진부가 확인되지 않는 한, 그 부동산을 인도받아 선의로 점유하였어도 과실 없이 부동산의 점유를 개시한 자라고 볼 수 없고, 부동산 등기부상 명의인과 매도인이 동일인인 경우에는, 이를 소유자로 믿고 그 부동산을 매수한 자는 특별한 사정이 없는 한 과실 없는 점유자라고 할 수 있다.[14]

여기서 하나 의문이 드는 것은, 왜 등기부취득시효의 경우에는 선의・무과실을 요건으로 하면서 점유취득시효의 경우에는 요건으로 하지 않고 있는가 하는 점이다. 물론 등기부취득시효의 경우에 점유취득시효보다 시효기간이 10년으로 단축되

9) 內田貴, 民法Ⅰ(總則・物權總論)(東京大學出版會, 2005), 378面.
10) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카1891 판결
11) 대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1642 판결; 대법원 1983. 10. 11. 선고 83다카531 판결; 대법원 1986. 5. 27. 선고 86다카280 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다22651 판결
12) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다22651 판결
13) 대법원 1983. 10. 11. 선고 83다카531 판결; 대법원 1986. 5. 27. 선고 86다카280 판결
14) 대법원 1982. 5. 11. 선고 80다2881 판결

기는 하였으나, 그것은 등기라는 것을 전제 요건으로 한 것이기 때문에, 그것만으로는 점유취득시효에서 선의·무과실을 요건으로 하지 않은 것에 대한 충분한 설명이 되지 못한다. 따라서 이는 형평성에 맞지 않는 규정이라고 볼 수밖에 없다. 특히 민법 규정 제129조(대리권 소멸 후의 표현대리), 제249조(선의취득), 제470조(채권의 준점유자에 대한 변제) 등이 선의 또는 무과실을 요구하고 있고, 제107조 제2항(진의 아닌 의사표시), 제108조 제2항(통정허위표시), 제109조 제2항(착오로 인한 의사표시), 제110조 제3항(사기 또는 강박에 의한 의사표시)의 경우에 선의를 요건으로 하고 있다는 점에 비추어 보더라도 현저하게 균형을 상실하고 있다.[15] 그렇다면 점유취득시효제도의 경우에도 선의·무과실을 요건으로 추가하여 더욱 엄격하게 해석하는 것이 좋지 않을까? 그렇게 하는 것이 많은 문제점을 내포하고 있는 점유취득시효 제도를 해결하는 합리적인 방법 가운데 하나가 될 것이라고 생각한다.[16]

Ⅲ. 자기소유 부동산의 취득시효

1. 문제의 소재

구민법 제162조는 제1항에서 '타인의 물건'을, 제2항에서는 '타인의 부동산'을 취득시효의 대상으로 한다는 내용이 명문으로 규정되어 있었다. 그러나 현행민법 제245조는 이를 모두 삭제함으로써 적어도 해석론으로는 자기소유의 부동산에 대하여도 취득시효가 가능하게 되었다. 이와 관련해서 통설은 자기소유 부동산에 대하여도 취득시효가 가능하다는 것이고 판례도 같은 취지에서 일반적인 법리로 인정하고 있다.

자기소유 부동산의 취득시효가 가능하다고 주장하는 논지는 학자마다 조금씩 다르다. 그것도 대부분은 추상적으로만 간단히 언급하고 있을 뿐이고 구체적으로 다루고 있는 경우는 많지 않다. 그 가운데 비교적 상세하게 언급하고 있는 학설을 살펴보면 다음과 같다.

① 시효취득은 원시취득이어서, 타인의 소유권을 바탕으로 해서 그것을 승계하

15) 고상룡, 전게서, 278면.
16) 법무부 민법개정위원회에서 2013년에 새로 마련한 민법개정안에는 선의·무과실을 추가하는 내용이 포함되어 있다고 하는데 개정작업이 아직 진척되지 않고 있다. 궁극적으로는 이 규정이 폐지되는 것이 바람직하다고 생각하지만 우선 개정작업만이라도 빠른 시일 내에 이루어지길 기대한다.

는 것이 아닐 뿐만 아니라, 원래 취득시효는 누구의 소유이냐를 묻지 않고서 사실상태를 권리관계로 높이려는 제도이므로, 취득시효의 객체가 되는 물건은 타인의 물건이어야 할 필요는 없다.[17]

② 자기소유의 부동산이라는 입증이 곤란한 경우에는 主位的으로 매매 등의 권원을 원인으로 한 소유권 이전등기를 청구하고, 豫備的으로 시효취득을 원인으로 소유권 이전등기를 구하는 경우가 많다.[18]

③ 시효취득은 언제나 타인의 물건에 대한 소유권을 취득하는 제도라고는 말할 수 없으며, 누구 것인지 분명치 않은 물건에 대한 소유권이 점유자에게 있는 것으로 확정시키는 제도이므로, 취득시효는 자기소유의 물건을 객체로 할 수도 있다.[19]

④ 취득시효는 원시취득으로서 타인의 소유권을 바탕으로 하여 그것을 승계하는 것이 아닐 뿐 아니라, 현재의 사실상태를 권리상태로 승격시키려고 하는 취득시효 제도의 본질에 비추어 보면, 반드시 타인의 물건에 대해서만 인정된다고 할 필요는 없고, 자기의 소유물임을 입증하기 어려운 때에는, 자기 물건에 대한 취득시효의 주장도 가능하다.[20]

⑤ 부동산은 타인의 것이어야 할 필요는 없으며, 자기의 부동산인데도 소유권을 증명할 수 없을 때에는 취득시효를 주장할 수 있다.[21]

이상과 같이 자기소유 부동산의 취득시효가 가능하다는 의견이 제시되고 있는데 그 핵심적인 논지는, 첫째, 객체가 되는 부동산은 반드시 타인소유의 부동산이어야 할 필요는 없고, 둘째, 자기소유의 부동산이라는 입증이 곤란한 경우에는 취득시효를 인정할 수 있으며, 셋째, 소유권이전등기청구의 예비적 조치로서 시효취득을 주장하는 경우가 많다는 것이다.

그런데 이러한 논지는, 큰 틀에서 점유취득시효를 인정하는 법리로는 타당하다고 보지만 자기소유 부동산으로 한정하여 놓고 볼 때에도 과연 타당한 것인지는 의문이다. 다음에서 구체적으로 검토하여 보기로 한다.

2. 자기소유 부동산에 대한 유형별 검토

일반적인 경우 자기에게 소유권이 있는 부동산에 대하여 취득시효를 주장하는

17) 곽윤직, 전게서, 191면.
18) 고상룡, 전게서, 283면; 이영준, 전게서, 480면.
19) 이은영, 전게서, 386면.
20) 이상태, 전게서, 258면.
21) 송덕수, 전게서, 299면.

것은 무의미한 것이다. 다시 말하면, 자기소유가 분명한 부동산에 대하여 오랜 기간을 거쳐 취득시효를 원용하는 것은 아무런 실익도 없다. 따라서 자기소유임이 명백히 밝혀진 부동산에 대하여는 시효취득이 불가능하다고 보아야 한다는 견해[22]가 타당하다고 생각한다.

그렇다면 자기가 점유하고 있는 부동산에 대하여 취득시효를 주장하는 것은, 그 부동산의 소유권을 둘러싸고 다툼이 있는 경우일 것이다. 즉, 소유권을 주장하는 제3자에 대하여 자기 소유권을 가지고 대항할 수 없는 경우일 터인데, 그런 경우를 몇 가지 類型으로 나누어서 살펴본다.

우리의 문헌 가운데에는 취득시효제도를 기능적인 측면에서 유형별로 나누어 ① 경계분쟁형, ② 유효미등기형, ③ 원인무효형, ④ 원인부존재형으로 구분하여 설명하고 있는 경우는 있으나,[23] 자기소유 부동산의 취득시효에 관하여 유형별로 언급하고 있는 경우는 찾기 어렵다. 반면에 일본의 문헌 중에는 ① 점유자가 전 주인으로서 시효주장을 하는 경우, ② 점유자가 양도받은 사람이라고 칭하면서 시효주장을 하는 경우, ③ 경계분쟁형, ④ 이중양도형, ⑤ 재매매예약부 부동산의 취득자가 시효주장을 하는 경우 등으로 분류하거나,[24] ① 이중양도형, ② 前主後主型, ③ 경계분쟁형, ④ 담보의 사례로 판례를 유형화하여 설명하기도 한다.[25]

우리의 경우 자기소유 부동산의 취득시효를 유형화하는 데에는 사실관계가 명확하지 않은 것이 많아서 어려움이 있다. 다만 몇 가지는 상정해 볼 수 있겠다.

① 정당한 절차(매매, 증여 등)를 거쳐 부동산을 취득하고 등기까지 마친 경우로 이때에는 아무 문제될 것이 없다고 본다. 전형적인 자기소유의 부동산이라고 볼 수 있다.

② 정당한 절차를 거쳐 부동산을 취득하고 점유도 하고 있지만 아직 등기를 하지 않고 있는 상태에서 매도인 또는 증여자가 그 부동산을 제3자에게 다시 양도하고, 양수한 제3자가 등기를 이미 마친 경우로 이때에는 소유권을 둘러싸고 등기청구권의 문제가 제기될 것이다. 이중양도형 또는 유효미등기형으로 불리는 유형이다.

③ 정당한 절차를 거쳐 부동산을 취득하고 점유하고 있으나 미등기 상태에서 관련서류 등을 분실함으로써 자기소유임을 입증하기가 어려운 경우로 이때에는

22) 윤진수, 전게서, 369면; 강태성 전게논문, 452면.
23) 고상룡, 민법학특강(법문사, 1997), 377~379면.
24) 草野眞人, "自己の物の時効取得について", 民法と著作權法の諸問題(法學書院, 1993).
25) 岡田 愛, "自己物の時効取得", 法學ジャーナル 第七十八号(關西大學大學院, 2005. 9).

점유취득시효제도가 가장 필요한 경우일 것이다.

④ 정당한 절차를 거쳐 취득하고 점유하고 있으나 등기시기를 놓쳐 등기청구권이 소멸하는 경우이다. 다만 이때에는 판례가 "등기청구권은 채권적 청구권으로서 소멸시효의 대상이 되지만, 등기청구권자가 그 부동산을 점유하고 있는 때에는 소멸시효에 걸리지 않는다."고[26]하고 있어 소유권과 관련한 등기청구권의 문제는 일어나지 않을 것이다.

⑤ 정당한 소유권을 가지고 있음에도 불구하고 인접한 토지와의 경계가 불확실하여 다툼이 있는 경우로 경계분쟁형이라고 할 수 있다. 역시 점유취득시효제도가 의미있게 적용되는 경우이다.

⑥ 정당한 절차를 거쳐 소유권을 취득하였으나 자기명의가 아닌 다른 사람의 명의로 되어 있는 경우로 이때에는 명의신탁의 문제가 될 것이다.

이 가운데 ①, ④의 경우에는 별도로 문제로 삼을 것이 없다. 자기소유 부동산이 점유취득시효에서 문제가 되는 것은 ②, ③, ⑤, ⑥의 경우가 될 것이다. 다만 ③의 경우는 다른 경우와 중복되는 수가 많으므로 여기서는 ② 이중양도형, ⑤ 경계분쟁형, ⑥ 명의신탁 세 가지로만 나누어 살펴본다.

가. 이중양도형(유효미등기형)

이중양도형이란, 부동산을 매입하여(또는 증여받아) 인도를 받고 점유를 계속하고 있지만 아직 등기를 이전하지 않고 있는 동안 매도인이 제3자에게 이중양도하고 먼저 등기도 이전한 경우이다.

판례(대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1875 판결)에 따르면, "취득시효기간이 진행하는 도중에 그 중단사실이 있는지의 여부를 법원이 직권으로 조사하여 판단할 의무가 있는 것은 아니다. 원심이 정당하게 판단하고 있는 바와 같이 취득시효기간이 완성된 뒤에 시효취득자가 아직 그것을 원인으로 소유권이전등기절차를 경유하여 오기 이전에 그 등기의무자가 그 부동산을 제3자에게 매도하여 그 매수인에게 그 소유권이전등기를 경유하여 주었으면 시효기간 완성으로 인하여 소유권이전등기청구권을 가진 자는 그 제3자에게 대하여 시효취득을 대항할 수 없는 것이다. 이러한 법리는 시효기간 완성으로 인하여 취득하는 소유권이전등기청구권의 성질을 어떻게 풀이하던 간에 그 결론에는 영향이 없다."고 하여, 등기의무자로부터 부

26) 대법원(전) 1999. 3. 18. 선고 98다32175 판결

동산을 매수하여 먼저 소유권이전등기를 경유한 제3자에 대하여는 시효취득으로 대항할 수 없다고 한다.

우리 민법은 등기에 있어서 성립요건주의(형식주의)를 채택하고 있으므로, 매매와 같은 정당한 권원의 유무나 발생 선후와는 관계없이 등기를 마친 제3자에게 소유권이 이전된 것이 유효하고, 매수인에게는 소유권이 이전되지 않는다. 즉, 설령 매수인에게 정당한 권원이 있다 하더라도 등기가 되어 있지 않은 상태에서는 법적으로는 매수인의 소유가 아니라 제3자의 소유이고, 이때에는 매수인과 매도인 사이에 등기청구권의 문제가 발생할 뿐이다. 따라서 엄밀하게 따지면 이 경우에도 자기소유의 부동산이 아니라 타인의 부동산을 시효취득하는 것이 된다. 따라서 판례의 태도는 타당하다고 본다.

그러나 물권변동에 있어서 대항요건주의(의사주의)를 채택하고 있는 일본에서는, 소유권이전등기를 하지 않더라도 매매와 같은 물권적 합의만으로 소유권이 이전되므로, 자기소유의 부동산이라는 권원의 입증은 매우 중요한 문제가 될 것이다.

그런데 다음의 판례(대법원 1966. 3. 22. 선고 66다26 판결)는 반대로 해석하고 있어 문제의 소지가 있다.

[사건개요] 원고 X는 이 사건 토지를 원소유자 A로부터 1945. 5. 22. 양수받아 점유하였으나 등기를 하지 않은 상태에서 1962. 5. 21. 피고 Y학원이 양수하고 등기를 마쳤다. 이에 X는 Y에게 예비적으로 점유취득시효의 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구하였다. 이에 대하여 원심은 시효로 인하여 부동산의 소유권을 취득하려면 그 부동산이 타인의 소유임을 전제로 하는데, 계쟁 토지는 1962. 5. 21까지는 실질적으로 X 소유였고, 계쟁 토지를 1945. 5. 22부터 1962. 5. 21.까지 점유한 것은, 자기의 부동산을 자기가 점유한 것이므로 이 기간은 시효취득의 점유기간으로 계산할 수 없다고 판시하고, 또한 X 주장의 20년의 시효기간이 신민법 시행 후에 만료된 것이니 민법 제245조에 의하여 등기를 하지 아니한 이상 소유권을 취득할 수 없으므로, 원고의 예비적 청구는 받아드릴 수 없다고 판시하였다.

그러나 대법원은, "이 사건에서의 X의 예비적 청구는 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 계쟁 부동산을 점유하였다고 하여 등기명의자인 피고 Y에 대하여 소유권 이전등기를 청구하는 것이므로, X의 주장은 계쟁 부동산의 점유권을 취득하였다는 것이 아니라, 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하였으니, 그 부동산의 등기명의인에 대하여 소유권 이전등기의 이행을 청구하는 것이다.

민법 제245조 제1항에 부동산을 점유하는 자라 함은, 다른 사람의 부동산을 아무 권리 없이 점유하는 사람은 물론이요, 소유권이전등기청구권 또는 구민법상 제3자에게 대항할 수 없는 소유권에 기인하여 점유하는 사람도 포함되는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이다."라고 판시하고 있다.

이 판결은 비록 구민법과의 연결선상에 있고 제3자에게 대항할 수 없는 소유권이라는 전제가 있기는 하지만, 자기소유의 부동산을 점유하는 자에게 취득시효를 인정하는 단초를 제공한 선결례이다. 여기서 제3자에게 대항할 수 없는 소유권이라는 것은, 민법(법률 제471호) 부칙 제8조 3항의 "본법 시행당시에 구법에 의한 취득시효의 기간을 경과하지 아니한 권리에는 본법의 소유권 취득에 관한 규정을 적용한다"는 내용과 관련이 있다. 즉, 구민법 당시 등기를 갖추지 못하여 제3자에게 대항할 수 없게 된 경우에 점유취득시효를 인정한 판례이다. 그런데 제3자에게 대항할 수 없는 소유권이 과연 엄밀한 의미의 소유권인지는 의문이다. 모름지기 소유권이란 소유자가 그의 소유물을 사용·수익·처분할 수 있는 권리로 對世權에 해당된다. 따라서 소유자는 그 누구에게도 자기의 권리를 주장할 수 있다. 그런데 제3자에게 대항할 수 없는 소유권이라고 한다면, 그것은 진정한 소유권이라고 보기 어렵다. 그렇기 때문에 "의용민법상의 제3자에게 대항하지 못하는 소유권이란 현행 민법의 입장에서 볼 때에는 채권과 다를 것이 없다"는 지적도 있는 것이다.[27] 이 판례의 경우처럼 자기소유라는 것을 입증하기가 곤란한 경우에는 취득시효를 인정할 수 있다고 하는 논지가 상존한다. 취득시효의 취지가 '증거곤란의 구제'에 있다는 취지에서 본다면 자기소유라는 입증이 곤란할 때 점유취득시효를 주장할 수 있는 것은 당연하다. 그런데 조금 깊이 들여다보면, 자기소유 부동산이라는 입증이 곤란한 경우라면 실질적으로는 자기소유라 하더라도 법적으로 타인소유의 것으로 볼 수밖에 없는 것이 아닌가?[28] 따라서 이 경우는, "겉으로 나타나는 사실상태를 그대로 인정하여 권리관계로 높이려고 하는" 제도의 취지에 입각해서 점유에 의한 취득시효를 인정할 수 있을 것이다. 즉, 정당한 권원이 없는 점유자가 소유권을 취득하는 일반적인 취득시효의 경우와는 반대의 경우이다. 즉, 내부적으로는 정당한 권리자이면서도 입증곤란으로 그 권원을 인정받지 못하기 때문에 겉으로는 여전히 타인의 부동산으로 간주되는 상태에서 취득시효의 대상이 되는 것이다. 요컨대 입증곤란의 경우, 자기소유 부동산으로서가 아니라 타인의 부동산으로서 점

27) 윤진수 집필부분, 민법주해[Ⅲ](총칙3)(박영사, 2002), 424면.
28) 강태성, 전게논문, 450면.

유취득시효의 대상이 된다고 보는 것이 타당할 것이다.

나. 경계분쟁형

토지에 대한 경계의 위치가 문제된 경우, 즉, 어떤 토지의 소유권을 취득한 경우에 경계선에 대한 隣地의 일부도 이에 포함된 것으로 믿는 경우이다.

다음 판례(대법원 1973. 7. 24. 선고 73다559·560 판결)는 전형적인 경계분쟁형에 해당한다.

[사건개요] 피고 Y(반소의 원고)의 모친 A는 1949. 3. 18. 토지 962평과 그 지상건물을 양수하였는데, 인접한 토지 51평을 포함하여 담장과 문주가 설치되어 있어 본건 계쟁토지 51평이 962평의 일부인 것으로 알고 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하다가 A는 위 962평 및 그 지상건물을 원고 X(반소의 피고)에게 임대하였다. X 역시 본건 계쟁토지 51평 부분을 위 962평 중의 일부로 알고 직접점유(따라서 A는 간접점유하게 됨)하던 중 A가 1960. 2. 12. 사망하자 본건 962평과 그 지상건물은 Y가 단독 상속하여 Y 역시 X의 직접점유를 통하여 간접점유를 계속하였다. 한편 X는 1963. 2. 22. 위 962평 토지에 인접한 토지를 매수할 때에 본건 계쟁토지도 매수하였으나 X는 본건 계쟁토지가 자기가 매수한 토지의 일부임을 인식하지 못하고 여전히 임차사용중인 962평 중의 일부로 알고 임차인으로서 타주점유 해왔다. 그러던 중 X는 Y를 상대로 담장철거를 청구하였다. 그러나 이에 대하여 Y는 X를 상대로 反訴를 제기하였다. 즉, A의 점유기간을 포함한 1949. 3. 18.부터 기산하여 1969. 3. 18. 시효기간이 완성되어 본건 계쟁토지인 51평에 대한 소유권을 취득한 것으로 판단하고 소유권이전등기를 청구하였다. 원심은 반소 원고 Y의 청구를 받아들였다. 그러자 반소피고 X는 "부동산소유권을 시효취득하기 위해서는 타인의 부동산을 점유하는 관계에 있어야 하는바 본건에 있어서 X는 1963. 2. 22. 본건 계쟁토지를 매수한 이후부터는 자기소유 부동산을 점유한 것이므로 X의 직접점유로 인한 Y의 간접점유도 시효취득의 요건인 타인의 물건의 점유라고 볼 수 없다"고 주장하여 상고 하였다.

이에 대하여 대법원은, "시효취득의 목적은 반드시 타인의 물건이어야 할 필요는 없고 자기의 소유물이라 할지라도 시효취득의 목적물이 될 수 있는 것이다. 이 취득시효의 요건이 되는 자주점유의 내용인 소유의 의사는, 점유자가 반드시 소유자에 대하여 소유의 의사가 있다는 것을 표시한 경우에만 인정되는 것이 아니고

점유의 권원의 성질상 소유의 의사가 있음을 추정할 수 있는 경우에도 인정된다" 고 하여 상고를 기각하였다.

다음 판례(대법원 1973. 8. 31. 선고 73다387·388 판결)는 사안이 확실하지 않으나, "건물이 소실된 일이 있다하더라도, 대지와 건물을 소유한자가 그 대지의 점유를 계속한 이상 대지의 점유를 잃었다고 할 수 없다"고 하면서, "취득시효가 소유권 취득의 원인이니 자기 물건에 대한 소유권의 취득이란 모순되고, 무의미하다 할 수 있는 것 같다(자기의 물건인 경우는 드물다뿐이지, 아주 없는 것도 아니니 자기의 소유임을 입증하기 어려운 때는 취득시효의 주장이 필요하고도 불가결하다). 그렇지만 시효취득은 남의 소유권을 계승하는 것이 아닌 원시취득이요, 취득시효가 누구의 소유이냐는 덮어놓고, 사실상태를 권리관계로 높이려는데 그 존재이유가 있는 점에서 보면 물건의 타인성은 별 문제가 되지 못함을 알 수 있으며, 점유로 인한 부동산 소유권의 취득기간을 규정한 민법 제245조가 '타인의 물건의 점'을 규정에서 빼놓은 법의도 같은 취지라고 이해할 수 있다."고 한다.

이 판결은, 자기소유 부동산의 취득시효와 관련하여 앞의 어떤 판결보다 구체적이고 진일보한 것으로 보인다. 그러나 안타깝게도 이 판결은 이미 1920년(大正 9년) 7월 16일에 있었던 일본의 판결 즉, 「자기 소유물에 대해 소유권을 취득한다고 하는 것은 무의미하지만, 시효는 원시취득이어서 타인의 소유권에 기초하여 취득하는 것은 아니고, 시효는 누구의 소유인가를 묻지 않고 사실상태를 권리관계로 높이려고 하는 제도이기 때문에 시효취득을 주장하는 자는 타인의 물건이라는 것을 증명할 필요가 없다.」는 내용[29]을 그대로 인용하고 있다. 자기소유 부동산의 취득시효를 인정한다는 학설이나 판례가 이 일본 판결과 연관이 있다는 것은 시사하는 바가 크다.

다. 명의신탁

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 2항 본문에 "명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다."라고 규정하고 있으므로, 이른바 양자간 등기명의신탁에 있어서 명의신탁자는 신탁부동산의 소유자로서 명의수탁자를 상대로 원인무효를 이유로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있을 뿐 아니라 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다.[30] 그러나 부동산실명법 제4조 3항의

29) 岡田 愛, 前揭論文, 5面.

"제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다."는 규정에 따라, 무효인 명의신탁등기 명의자 즉, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 되고, 이로써 명의신탁자는 신탁부동산에 대한 소유권을 상실한다.[31]

이러한 상황에서 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 점유취득시효의 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 대법원이 인정하고 있다. 반면에 명의수탁자에 대하여는 판례가(대법원 1975. 9. 23. 선고 74다2091·2092 판결), "수탁자는 권원의 성질상 타주점유임이 분명하고 그를 상속한 '갑' 및 그 후의 상속인들도 그 타주점유를 그대로 승계하였다고 볼 것이며 '갑'이 단독으로 소유권이전의 회복등기를 한 점만으로는 종중에 대하여 소유의 의사가 있었음을 표시한 것이라고 볼 수 없으므로 따로 신권원에 의하여 자주점유로 하지 아니한 이상 자주점유로 인한 시효취득을 주장할 수 없다."고 하여 명의수탁자의 점유취득시효를 인정하지 않고 있었다.

명의신탁자의 점유취득시효를 인정한 판례(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결)의 개요는 다음과 같다.

[사건개요] 원고 X는 1977. 1. 19. 소외 A은행으로부터 이 사건 토지를 매수한 후 여동생인 피고 Y와 사이에 이를 피고 Y에게 명의신탁하기로 약정을 하고, 같은 해 12. 8. A은행과 사이에 매수인 명의를 X로부터 Y로 변경하는 경개계약을 체결하였는데, A은행은 위와 같은 명의신탁약정이 있었다는 것을 알지 못하였으며, X는 A은행에게 매매대금을 모두 지급하고 그 무렵부터 이 사건 토지를 인도받아 점유·사용하여 왔다. 위 경개계약에 따라 이 사건 토지에 관하여 1978. 8. 11. A은행으로부터 Y앞으로의 소유권이전등기가 완료되었다. 점유자는 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 것으로 추정되므로, X의 점유개시일로부터 20년이 경과한 1997. 12. 9. 이 사건 토지에 관한 취득시효가 완성되었다.

[판결요지] 취득시효는 당해 부동산을 오랫동안 계속하여 점유한다는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계로 높이려고 하는 데에 그 존재이유가 있는 점에 비추어 보면, 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 자기 소유의 부동

30) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결
31) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다69556 판결

산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다고 할 것이고, 취득시효를 규정한 민법 제245조가 '타인의 물건인 점'을 규정에서 빼놓은 것도 같은 취지에서라고 할 것이다.

이 사건의 경우, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 제기할 수밖에 없었던 것은, '부동산 실명법'이 시행됨에 따라 과거에 인정되던 관습법상의 명의신탁법리에 의해서는 더 이상 소유권이전등기청구를 할 수 없게 되었기 때문이다. 이 판결에 대하여, 명의신탁과 같은 특수한 경우에는, 자기 소유물에 대해서도 시효취득이 가능하다는 추상론을 내세울 필요 없이, 제245조 제1항의 '점유하는 자'로 볼 수 있다고 하면 그만일 것이라는 비판이 있다.[32]

라. 자기소유 부동산의 취득시효를 부정하는 판례

1) 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결

[판결요지] 자기소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초로서의 점유라고 할 수는 없는 것이고 그 소유권의 변동이 있는 경우 비로소 취득시효의 기초로서의 점유가 개시되는 것이라고 보아야 할 것이다.

이 판결은 자기소유 부동산에 대한 취득시효를 명백하게 부정하고 있다. 그런 점에서 지금까지 자기소유 부동산도 취득시효의 목적물로 보고 있던 기존의 태도와는 정면으로 배치되는 것이어서 중요한 의미를 갖고 있다. 이 판례의 취지는 대법원 1997. 3. 14. 선고 96다55860 판결에도 그대로 유지된다.

2) 대법원 2001. 4. 13. 선고 99다62036·62043 판결

[판결요지] 토지 소유자가 토지의 특정한 일부분을 타인에게 매도하면서 등기부상으로는 전체 토지의 일부 지분에 관한 소유권 이전등기를 완료해 준 경우에, 매도 대상에서 제외된 나머지 특정 부분을 계속 점유한다고 하더라도 이는 자기 소유의 토지를 점유하는 것이어서 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.

이 판례는, 토지 전체를 처분하는 것이 아니라 일부 지분을 처분한 경우에도 마찬가지로 자기소유의 토지를 점유하는 경우에는 취득시효가 인정되지 않는다고 한다.

32) 이 판례에 대한 자세한 평석은, 정병호, "부동산명의신탁자의 점유시효취득-자기소유부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로-", 민사판례연구 제25권(민사판례연구회, 2003. 2).

3) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083・22090 판결

[판결요지] 토지구획정리사업의 시행으로 환지예정지 지정이 있을 경우 종전 토지의 소유자는 환지예정지로 지정된 토지에 관하여 사용・수익권을 취득하게 되고, 이 사용・수익권은 종전 토지에 대한 소유권에 기한 것이므로, 종전 토지 소유자의 환지예정지에 대한 점유는 자기 소유의 종전 토지에 대한 점유와 그 성질이 같다 할 것이어서, 종전 토지 소유자가 종전 토지에 대한 환지예정지를 점유하는 것은 취득시효의 기초로서의 점유라고 볼 수 없다."

이 판례는, 환지예정지로 지정된 토지의 사용・수익권은 종전 토지에 대한 소유권에 기인한 것이므로, 종전 토지 소유자의 환지예정지에 대한 점유는 결국 자기 소유의 토지에 대한 점유와 그 성질이 같기 때문에 취득시효를 인정할 수 없다는 것이다.

지금까지 자기소유 부동산에 대하여 유형별로 살펴보았는데, 우선 매우 혼란스럽다는 생각을 피할 수 없다. 판례 전체에 대한 체계적인 분석을 하지 못한 탓인지는 모르겠으나 지금까지 살펴본 것만으로는 유형별로 어떤 특징을 찾아내기가 어렵다. 즉, 구체적인 사건별로 한편에서는 자기소유 부동산에 대하여 취득시효를 인정하면서, 다른 한편으로는 부정하고 있는 판례가 혼재하고 있기 때문이다. 다만 확실한 것은 앞에서도 이미 지적했듯이, 자기소유 부동산이라는 것이 분명하다면 굳이 점유취득시효를 주장할 필요가 없다고 본다. 그것은 무의미하고 실익도 없는 일이기 때문이다.

Ⅳ. 結論

부동산 취득시효는 민법 제245조 제1항의 점유취득시효와 제2항의 등기부취득시효가 있다.

점유취득시효제도는 진정한 권리관계와는 일치하지 않더라도 점유라는 사실상태를 그대로 인정함으로써 실질적으로 권리를 취득하였으나 이를 증명하지 못하는 권리자를 보호하여 법적 안정성을 꾀하고, 등기부취득시효제도는 점유자의 신뢰보호를 통하여 거래안전을 도모하려는 것으로 볼 수 있다.

부동산 취득시효가 인정되기 위해서는 일정한 요건을 갖춘 점유가 시효기간 동안 계속되어야 한다. 점유취득시효는 자주・평온・공연한 점유가 20년간 계속되어야 하고, 등기부취득시효는 자주・평온・공연・선의・무과실인 점유가 10년간 계속되어야 한다. 이러한 시효기간이 완성되면 등기부취득시효의 경우에는 이미 점유자 명의로 등기가 되어 있으므로 점유자가 바로 소유권을 취득할 수 있다. 그러나 점유취득시효의 경우에는 등기를 하여야 비로소 소유권을 취득하는 데, 점유자는 원소유자에 대하여 소유권이전등기청구권을 갖는다.

자기소유의 부동산에 대해서도 취득시효가 인정되어야 한다고 주장하는 학설이나 판례의 논지는, 객체가 되는 목적물이 반드시 타인소유의 부동산이어야 할 필요는 없고, 자기소유 부동산이라는 입증이 곤란한 경우에는 시효취득이 인정되어야 한다고 한다. 그러나 이러한 논지는 큰 틀에서 점유취득시효를 인정하는 일반적인 근거로는 타당하지만 자기소유의 부동산으로 한정할 때에는 적절한 논거로 보기 어렵다. 즉, 타인소유의 부동산이 아니라 자기소유의 부동산이라는 것이 분명하다면 굳이 취득시효를 주장할 필요가 없다. 즉, 자기소유의 부동산이라는 것이 분명한데 굳이 취득시효를 주장하는 것은 무의미할 것이기 때문이다. 결국 취득시효를 주장하는 경우란 자기의 소유권이 제3자에 대한 대항력을 갖지 못하여 소유권을 두고 분쟁이 있는 경우일 것이다. 즉, 실제로는 자기소유 부동산이라 하더라도 법적으로는 명확하게 자기소유가 아니어서 자기소유라고 주장하는 제3자와 다툼이 있는 경우일 것이다. 따라서 그런 경우에는 엄밀하게 자기소유가 아닌 타인소유의 부동산으로서 취득시효의 대상이 되는 것으로 새기는 것이 타당할 것이다.

입법론으로는 제245조 제1항의 경우에도 제2항의 경우와 마찬가지로 선의・무과실을 요건으로 추가하여 엄격하게 해석하는 것이 문제점이 많은 점유취득시효제도를 해결하는 방법이 될 것이다. 그리고 궁극적으로는 이 취득시효제도를 폐지하는 것이 우리 법제에 맞는 올바른 귀결이라고 생각한다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

윤 의 섭

취득시효, 소유, 점유, 등기부, 부동산

【참 고 문 헌】

고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
____ , 민법학특강, 법문사, 1997.
곽윤직, 물권법, 박영사, 2005.
김상용, 물권법, 화산미디어, 2013.
박종두, 물권법, 삼영사, 2014.
송덕수, 물권법, 박영사, 2014.
이상태, 물권법, 법원사, 2013.
이영준, 물권법, 박영사, 2009.
이은영, 물권법, 박영사, 2006.
홍성재, 물권법, 대영문화사, 2010.
윤진수 집필부분, 민법주해[Ⅲ]총칙(3), 박영사, 2002.
_____ , 민법주해[Ⅴ]물권(2), 박영사, 2002.
강태성, "취득시효에 관한 여러 문제점", 계약법의 과제와 전망, 삼지원, 2005.
이기용, "부동산 취득시효에 관한 연구", 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1989.
정병호, "부동산 명의신탁자의 점유시효취득 - 자기소유 부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로-", 민사판례연구 제25권, 민사판례연구회, 2003. 2.
정재헌, "부동산소유권 취득시효 - 판례를 중심으로", 사법연구자료 제8집, 법원도서관, 1981.
內田 貴, 民法Ⅰ(總則·物權總論), 東京大學出版會, 2005.
大村敦志, 基本民法Ⅰ(總則·物權總論), 有斐閣, 2005.
草野眞人, "自己の物の時効取得について", 民法と著作權法の諸問題, 法學書院, 1993.
岡田 愛, "自己物の時効取得", 法學ジャーナル 第七十八号, 關西大學大學院, 2005.

Abstract

A Study on The Acquisitive Prescription of Personal Real Estate Ownership

Eui-Sup Yoon

The acquisitive prescription of real estate is enlisted in Civil Code Article 245 Paragraph 1 'possession' and Paragraph 2 'register'.

The reason for the existence of such system is to promote stability of the social order and to remedy cases without evidence.

The acquisitive prescription of possession which is not registered can be acknowledged if the registration continued for twenty years with hostile, peaceable and notorious possession.

The acquisitive prescription of register can be acknowledged if it is continued for ten years with hostile, peaceable, notorious possession and innocent, no fault possession.

In case of personal real estate ownership it is a common view that the acquisitive prescription is acceptable but if he owns such property for sure, there is no need to claim acquisitive prescription. As a result, acquisitive prescription of personal real estate is not fully recognized.

Theoretically, Article 245 Paragraph 1 should also include innocent and no fault possession in order to interpret strictly the acquisitive prescription of possession which is not registered.

Furthermore, such system should be eventually abolished to make it more adaptable to our legislation.

Eui-Sup Yoon

acquisitive prescription, ownership, possession, register, real estate

형법 제15조 사실의 착오와 그 해결이론의 한계*

- 유기천형법학 착오이론의 재조명 -

이 경 렬**

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 착오의 의미와 착오이론의 구성방법
1. 사실의 착오의 의미와 개념 정의
2. 착오이론의 구성방법
3. 사실의 착오를 해결하는 형사실무의 방법
Ⅲ. 구성요건적 착오와 유기천형법학 착오이론의 재검토
1. 구성요건적 착오의 분류기준
2. 형법 제15조제1항의 적용범위와 한계
3. 형법 제15조제1항 적용범위의 한계
Ⅳ. 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오의 문제
1. 착오이론에서 착오의 용어사용례
2. 양면적 착오의 해결방법
Ⅴ. 결 론

【국 문 요 약】

1) 형법 제15조제1항 사실의 착오를 해명하는 형법학계의 논의는 구성요건착오라는 법형상의 개념설명과 착오유형을 분류하는 기준설정에서부터 일치되어 있지 않다. 이러한 현실은 형법각칙의 구체적 사례해결과 형법총론에서 착오이론의 귀결이 서로 일치하지 않는 문제를 발생시켰고, 그러한 불일치는 최근 형법 제15조제1항의 성격과 구성요건적 착오의 개념범위를 재구성하는 총론이론구성의 逆流도 초래하고 있다. 형법시행 반세기를 거치면서 찾아 온 착오이론의 난맥상은 형법해석학의 유기적·체계적 연구방법을 총론이해에만 국한되게 하였으며, 각칙의 이해에는 문제중심적인 사고를 중시하게 만들었다. 사고체계의 전환은 결국, 형법 제15조제1항, 구성요건착오의 총론적 해결과 개별적 각칙의 해결간의 불일치 내지 혼선을 야기하였으며, 각칙해결의 개별·구체적 타당성을 도출하기 위하여 총론분야에서 착오이론의 구성과 결론을 달리해야 할 지경에까지 도달하게 되었다.

이 연구에서는 위와 같은 구성요건적 착오의 문제적 상황에 직면하여 착오이론의 닥친 혼란적 상황을 종결시키고, 형법총론의 이론적 귀결이 각론에서의 개별적 결론과도 일치할 수 있도록 유기천형법학 착오이론을 중심으로 몇몇 문제영역을 검토하였으며 그와 같은 혼란의 도화선이자 해결의 실마리로 이 연구에서 분석·판단한, 구성요건적 착오유형의 분류기준설정을 명확하게 하였다. 물론 그 구분기준이 여기서 창안된 것은 아니다. 이미 우리 형법학문 제1세대의 이해에서 주장된 내용이다. 이 연구는 그러한 이해의 선구적 의미를 부각시키는 재조명을 한 것이다. 그와 같은 작업의 성과는 학문후속·제4세대에게 형법학의 착오이론을 이해하는데 도움을 줄 뿐만 아니라 학문 제1세대의 이론적 유산을 올바르게 계승함에도 기여할 것이다.

2) 형법의 규정형식을 따르면, "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한", '불인식'에 해당하는 고의·과실의 영역(제13조, 제14조)과, 범죄사실을 인식하였으나 발생사실과 '불일치'하는 착오이론의 문제(제15조)는 엄연히 구분되어야 한다. 고의·과실의 이론영역과 착오의 문제영역을 구분하는 종래의 체계분석방법은 형법 제15조제1항을 구성요건적 착오에 관한 '일반규정'으로 이해한다. 그렇다하더라도 행위자의 인식과 발생이 불일치하는 '모든' 경우에 형법 제15조제1항이 적용되는 것은 아니다. 인식사실과 발생사실의 불일치의 범주를 고려하지 않고 그와 같이 이해하는 것은 죄질부합설과 구성요건부합설의 차이를 도외시한데서 연유하는 법정적 부합설의 내용에 대한 오해다. 즉, 제15조제1항적용의 외연은 - 구체적 부합설의 설명처럼 - 동종의 범죄간에 형의 가감이 있는 기본구성요건과 파생적 구성요건관계에만 확장되는 것이 아니라 인식사실과 발생사실이 서로 다른 구성요건이더라도 범죄의 성질을 같이 하는 경우에는 적용된다는 것이다. 이미 유기천형법학 착오이론에서는 제15조제1항은 인식과 발생이 다른 종류의 범죄에 속할 때에는 적용할 것이 아니라 죄질을 같이 하는 범죄에 대해서만 적용한다고 명시하고 있었다.

그러나 상이한 구성요건간의 불일치를 무시하고 범죄의 성질을 기준으로 구체적 사실의 착오유형으로 분류하는 죄질부합설에도 내재적 한계는 있다. 구성요건의 실질을 중시하더라도 그 형식적 측면을 완전히 무시할 수는 없다는 말이다. 이러한 언명을 해명하기 위하여 이 연구에서는 형법 제136조의 '집행되는 공무의 적법성에 대한 착오'와 제307조의 '적시된 사실의 진실성에 대한 착오'를 중심으로 이

* 이 논문은 2014년도 유기천교수기념사업출판재단 논문작성지원사업비에 의하여 지원되었음.
** 숙명여자대학교 법과대학 교수, 법학박사.

중적 착오의 문제에 대한 고찰을 하였다. 여기서는 구성요건의 규범적 착오와 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오를 비교분석함으로써 형법 제307조 및 제310조와 관련된 '명예훼손사실의 진실성에 대한 오인'은 이른바 '중첩적 착오'라는 새로운 논의영역을 규명함으로써 관련 형사실무의 태도에 이론적 토대를 마련할 수 있었다.

Ⅰ. 들어가는 말

행위자의 주관적 인식사실과 현실의 실제적 발생사실 사이의 불일치 문제에 대하여 형법은 제15조에서 '사실의 착오'로 규율하고 있다. 그러나 형법 제15조제1항의 규정내용은 현실에서 발생가능한 착오의 모든 유형을 포함하고 있지도 않으며, 이를 모두 규정한다는 것도 사실상 불가능에 가깝다. 이에 형법학에서는 제13조, 고의인정의 裏面에서 제15조제1항의 적용범위 및 착오사례의 해결을 위한 구체적 부합설·법정적 부합설·추상적 부합설 등의 착오이론이 주장되어 왔다.[1] 형사실무는 법정적 부합설의 입장에서 이 문제를 해결하고 있다. 한편 대학의 강단에서는 학설의 주장내용 및 법효과에 대한 설명의 便宜를 위하여 '구성요건적 착오'사례를 구체적 사실의 착오·추상적 사실의 착오로 분류하고, 다시 객체·방법·인과과정의 착오 등으로 유형화하고 있다.[2]

그런데 이러한 착오유형의 분류기준이 반드시 일의적인 것 같지는 않다. 심지어 학계에는 구성요건적 착오라는 법형상의 개념에 대해서도 견해가 일치되어 있지 않다. 동일한 법형상의 개념정의에 관한 異見은 형법 제13조와 제15조제1항의 관계를 설정함에 있어 차이를 나타낼 뿐 아니라 제15조제1항의 규정의미와 그 적용범위에 대해서도 견해를 달리 하게 한다.[3] 또 착오유형의 분류에 대한 어느 정도의 불명확함은 형법총론 분야에서 착오이론의 귀결이 형법각칙 분야에서의 해결과 일치하지 않게 되는 문제를 발생시키기도 한다. 여기서 문제시하는 착오유형의 구분기준에 대한 불일치 및 착오사례에 대한 형법총론의 결론과 형법각론에서의 그 해결이 일치하지 않는 문제점은 - 형사실무가 택한 '법정적 부합설'에서 '법'이 '정'한 것은 무엇일까라는 의문과 함께 - 이미 '형법학 학문1세대'[4]의 교재에서부터

1) 각 학설의 구체적인 주장 및 근거내용에 대한 상호 비판과 반론의 내용에 대해 탐구·분석하는 작업은 여기서 목표하는 바가 아니다.

2) 형법이 규정하고 있는 '사실의 착오'와 '법률의 착오'라는 표제에도 불구하고 강학상 착오에 관한 용어사용은 '구성요건적 착오'와 '위법성의 착오'로 변천되어 왔다. 이러한 용어사용법의 타당성과 그 근거에 대한 자세한 설명은 김성돈, 형법총론, 제3판, SKKUP, 2014년 3월, 215면 참조.

3) 이에 대하여 자세한 것은 특히 문채규, "형법 제15조제1항에 대한 새로운 해석의 시도", 형사법연구 제16호, 2001년 12월, 19면 이하참조.

4) 형법학계의 학문적인 세대구분은 전적으로 필자의 편의적인 구분임을 밝힌다. 논의의 편의를 위하여 여기서는 그 세대를 다음과 같이 이해한다. 즉, 1945년 해방 후부터 1970년대 중반까지 일본형법학의 영향을 많이 받았던 시기를 우리 형법학의 '제1세대'로(초창기 일본교재를 직접 또는 그 번역을 중심으로 강단에서 사용하던 시기), 이후 이들 제1세대 학자들의 교재를 중심으로 대학에서 수학하고서 국내의 유수대학에서 학문후속세대를 양성하던 1980년 말경을 학문 '제2세대'의 활동시기로, 그리고 이들 제2세대 학자로부터(특히 정성근, 형법총론, 법지사, 1983년 11월; 이

간헐적으로 나타나기 시작하였으며, 특히 최근에는 "구성요건적 착오의 개념범위"에 대한 재구성에까지 이르고 있다.[5] 형법시행 반세기를 거치면서 형법이론을 공부하는 학문후속·'제4세대'에게 있어서 형법상의 착오이론은 형법을 공부하는데 좌절감을 갖게 하고 또 착오에 빠지게 하는 혼동의 영역이다.[6] 그러한 혼동은 형법해석학의 유기적·체계적 연구방법이 총론의 이해에만 국한되게 하였으며, 각칙의 이해에 있어서는 문제중심적인 사고를 더욱 중시하게 만들었다.

이하에서는 착오이론에 밀어닥친 이러한 혼동상황을 종결시키고, 형법총론에서의 이론적인 귀결이 더 이상 각론에서의 결론적인 해결과 불일치하지 않도록 하기 위하여 우리 형법학 학문1세대의 이해를 특히, "유기천형법학" 착오이론에 착안하여 몇몇 문제영역을 재검토한다.[7] 구성요건착오이론의 문제 상황에 직면하여 평소에 몇몇 의문을 품고 있던 필자가 최근 유기천교수기념사업출판재단으로부터 우송받은 유기천교수의 형법학(총론·각론강의)-영인본의 發刊辭에서 그 해결의 실마리를 찾을 수 있었기 때문이다.

유기천교수의 형법총론의 서술은 - 스스로도 지적하고 있는 바와 같이 - 형법학의 '학문적 이론을 전개'하는 입장이기보다는 현행법의 충실한 소개와 관련 이론을 간략하게 언급하는 '현행법의 정확한 해석'에 정향되어 있다.[8] 형법학(각론강의)의 저술에도 과거의 형법학이 각론의 이론적 분석을 도외시한 점을 지적하고, '총론과 각론의 입체적 운영을 시도함'으로써 '형법체계의 종합적 이해'를 위한 노력

형국, 형법총론연구 I; II, 법문사, 1984년 4월; 1986년 5월; 이재상, 형법총론, 박영사, 1986년 8월; 김일수, 형법학원론[총론강의], 박영사, 1988년 8월 등의 교재를 중심으로) 독일형법학의 영향을 받으며 공부하거나 독일유학을 마치고 귀국하여 대학 강단에서 후학을 양성하던 시기를 학문 '제3세대'로 이해한다. 현재는 이들 제3세대 학자들에게 수학한 신진학자들이 형법학계에 자리를 잡기 시작하는 제4세대에 접어들었으며, 최근에는 대학에서 이미 정년을 하신 2세대 학자들의 영면소식을 간간히 접하기도 한다. 이 즈음 더 늦기 전에 우리 학계 제1세대의 형법학 이해를 반추해보고, 이를 제4세대 내지 학문후속세대에게 (바르게) 전승하는 것도 결코 그 의미가 작지 않다고 할 수 있다.

5) 여기서는 특히 김성돈, 앞의 책, 214면; 이재상, 형법총론, 제7판, 박영사, 2011년 5월, 172면.

6) 이와 관련해서는 특히 김성룡, "착오론에서의 해석론의 착오", 비교형사법연구 제4권제2호, 한국비교형사법학회, 2002년 12월, 135면 이하.

7) "유기천형법학"의 명명에 대해서는 (재)유기천교수기념사업출판재단에서 2012년 110월 29일, 한국프레스센터 19층 기자회견장에서 개최된 "제8회 월송기념 학술심포지움: 유기천 형법학의 재조명"에서 借字하였다.

8) 유훈, "유기천교수의 형법학총론을 내면서", 유기천, 개정 형법학(총론강의)-영인본, 법문사, 2011년 4월, i면. 위와 같이 실정법의 충실한 해석에 노력하는 유기천교수의 형법학연구방법론은 '상징주의 형법론'으로 지칭되고 있다. 상징주의 형법론이란 용어는 의미를 전달하는 매개물로서 상징(symbol)이므로 용어의 의미는 그 용어의 구조(structure) 속에서 이해되어야 한다는 이론이다.

을 강조하고 있다.[9] 이러한 "형법총론은 각론을 떠나서는 그 존재이유를 상실한다."는 형법학연구의 순서 및 각론의 의미체계에 대한 유기천교수의 분석은 착오이론의 해결에 있어서 우리에게 시사점을 제공하고 있다고 본다.

Ⅱ. 착오의 의미와 착오이론의 구성방법

유기천형법학에 의하면, 총론분야의 착오이론은 책임이론을 소극적인 측면에서 재검토하는 제2차적인 책임이론으로 이해하여 착오는 고의책임을 조각시키는 문제로 보고 있다.[10] 그렇지만 엄밀하게 보면, 행위자의 주관적 표상과 그의 인식대상인 객관의 세계가 불일치하는 것은 常例이기 때문에, 어느 정도의 주관과 객관의 불일치는 고의책임을 조각하지 않는다고 보고 있다.[11]

1. 사실의 착오의 의미와 개념 정의

가. 착오한 사실의 의미

實在로[12] 발생한 사실(객관적 구성요건에 해당하는 사실)과 행위자가 인식한 범죄사실이 일치하지 않는 경우 즉, '인식사실과 발생사실의 불일치'를 의미하는 구성요건적 착오를 바라보는 두 시각이 있다.

그 하나는 구성요건적 착오에 대한 해결을 고의인정의 연장선상에서 이해하는 입장이다.[13] 이에 의하면, 착오란 행위자의 인식사실과 현실의 발생사실이 '불일치'하는 것이며, 행위자가 실재로 '발생'한 범죄사실을 '불인식'한 경우라면 행위자의 '인식'이 객관적 구성요건에 해당하는 사실에 정향되어 있지 않더라도 사실의(구성

9) 유훈, "유기천교수의 형법학각론을 내면서", 유기천, 전정신판 형법학(각론강의 상)-영인본, 법문사, 2012년 2월, iii면.

10) 나아가 형법총론의 체계중심적인 사고에 의하더라도 책임의 본질은 비난가능성이며, 책임론에서 고의·과실은 '비난의 대상'에 불과하고 책임론과는 직접적으로 관련이 없는 행위에 속하고, 구성요건적 고의와 무관한 위법성의 인식이 독립된 비난의 구성요소(ein Bestandteil der Vorwerfbarkeit)라고 하는 목적적 범죄체계의 책임설을 따르고 있는 점에서 범죄론체계의 구성에서도 필자와 大同小異하다(유기천, 총론강의-영인본, 111면; 223면 참조).

11) 유기천, 앞의 책, 234~235면.

12) '實在로'는 "실지의 경우나 형편"을 의미하는 '實際'의 誤打나 誤記가 아니라 "인간의 의식에서 독립하여 객관적으로 존재함"을 의미하는 철학적 용어를 사용함으로써 착오가 행위자의 인식과 현실의 발생간의 불일치임을 강조하려는 필자의 의도적 표기이다.

13) 김성돈, 앞의 책, 214면; 김영환, "형법상 방법의 착오의 문제점", 형사판례연구 [1], 박영사, 1993년 7월, 16면; 문채규, 앞의 논문, 22~23면, 31면; 이재상, 앞의 책, 172면.

요건적) 착오의 범주 안에 포함시켜 이해하고 있다. 다른 하나는 '불인식'의 고의·과실이론과 단절하여 '인식과 실재의 불일치' 즉, 착오이론에 독자성을 인정하고 이를 설명하는 종래의 통상적인 방법이다.[14] 이러한 설명은 - 구성요건적 - 착오가 행위자의 주관적 인식사실과 현실의 객관적 발생사실의 불일치라는 점에는 전자의 입장과 동일하지만, 착오이론에서는 인식 및 발생사실 모두 범죄사실에 해당하고 양자가 '불일치'하는 경우로 그 논의를 국한시킨 점에 차이가 있다. 이러한 종래의 이해에 따르면 사실 착오이론은 불인식의 과실문제 및 결과미발생의 미수문제와 구별되는 별도의 독자적 문제영역이지만, 그 해결과 관련해서는 고의·과실 및 미수론 나아가 성립된 범죄의 죄수·경합문제와도 연계되어 있는 형법학의 종합이론적인 문제영역이다.

나. 고의·과실이론과의 차이

먼저 전자의 입장에 의하면, 결국 행위자의 인식이 범죄사실에 정향되어 있지 않더라도 "인식사실과 발생사실이 불일치(=불인식)하여 구성요건적 착오의 문제가 발생"한다는 것이다. 즉, 착오에서 행위자의 주관적 인식사실이 반드시 구성요건에 해당하는 객관적 사실일 필요는 없으며, 구성요건적 착오의 법효과에 대해서도 "불일치 = 불인식"이라면 행위자는 실재로 발생한 "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한" 경우이므로 그 착오에 대해서는 형법 제13조에 따라 원칙적으로 고의가 인정되지 않아야 한다고 설명한다.[15] 다만 이러한 원칙적 법효과가 "공리적으로 만족스럽지 못한 결론"에 이르는 예외적인 경우에는 그 불합리성을 치유하기 위하여 고의조각의 판단은 심리적 사실의 확인이 아니라 일정한 규범적 관점의 평가방법에 따라 수정되고 있다. 이것이 착오이론의 과제라고 한다. 즉, 행위자가 범죄사실을 인식하지 못한 경우에도 그를 '처벌해야 할 형사정책적인 필요성'이 있다면 고의를 조각시키지 않는 일정한 평가절차가 필요하며, 이와 같이 '사실의 착오'에 대해 예외적으로 고의를 인정하는 규범적 평가절차는 위법성을 인식하지 못한 '법률의 착오'자에 대해 "정당한 이유"를 물어 책임조각여부를 결정하는 형법 제16

14) 배종대, 형법총론, 제11판, 홍문사, 2013년 2월, 266면; 손동권, 형법총론, 제2개정판, 율곡출판사, 2005년 8월, 136면; 이형국, 형법총론, 법문사, 1990년 4월, 143면; 임웅, 형법총론, 개정판제2보정, 법문사, 2008년 11월, 155면; 정성근·박광민, 형법총론, 전정판, SKKUP, 2012년 11월, 190면.

15) 김성돈, 앞의 책, 216면. 요컨대, 행위자의 불'인식'이라는 심리학적 토대위에 기초하고 있는 구성요건적 '사실'에 대한 행위자의 '착오'는 불일치 = 불인식 = 고의조각으로 이행함으로써 '구성요건적' 착오의 법효과는 행위자의 고의조각에 있다고 설명한다.

조의 규범논리와도 형평을 유지하는 것이라고 한다.[16]

고의인정과 관련하여 이 견해에 의하면, 형법 제15조제1항의 규정의미·성격에 대하여 '가중적 구성요건에 해당하는 사실에 불인식 = 착오'가 있는 경우에 적용되는 '특별규정'이라고 한다.[17] 구성요건적 착오의 문제를 고의의 연장선상에서 해결함으로써 인식사실과 발생사실간의 불일치 내지 불인식의 경우에 적용되는 일반규정은 형법 제13조이며, 제15조제1항은 그러한 불일치사례중에서 인식한 범죄보다 '특별히' 중한 범죄가 발생한 경우에도 제13조의 원칙이 그대로 유지되어야 함을 강조하는 특별규정이라는 것이다.

그러나 특별규정은 원칙규정과 다른 법적 효과를 인정해야 할 부득이한 경우에 예외적인 내용을 법률에 규정하는 것이다. 형법 제15조제1항에서 법률문언의 액면 그대로의 내용에는 그러한 특별한 의미가 드러나 있지 않다.[18] 오히려 그러한 특별한 내용은 제14조에서 명시하고 있다. 행위자가 '불인식'하여 犯意(즉, 고의)가 인정되지 않더라도 그 불인식에 과실(즉, 정상의 주의를 태만함)이 있고 또 "법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다"는 것이 입법자의 구상이다. 또한 형법의 형식규정태도를 따르더라도 "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한", 즉 '불인식'에 해당하는 고의·과실의 문제영역(제13조, 제14조)과 범죄사실을 인식했지만 발생사실과 '불일치'하는 착오의 문제영역(제15조)은 엄연히 구분되어야 한다.[19]

결국, 범죄사실에 대한 인식과 발생의 불일치문제인 착오이론은 죄의 성립요소인 사실의 불인식에 함몰되어 고의이론의 연장선상에서 그 한계사례로 이해되거나 예외사례로서 해결되어야 할 문제가 아님을 알 수 있다.

16) 김성돈, 앞의 책, 217면. 여기서는 '불인식'의 경우에도 고의가 인정되는 규범적 평가절차는 범죄예방의 형법목적을 달성하기 위한 불가피한 선택이며, 그래서 고의인정의 법효과도 형법이 수행하는 범죄인의 자유보장적 과제를 고려하여 극히 예외적으로만 인정되어야 하는 것으로 보고 있다.

17) 김성돈, 앞의 책, 231면.

18) 법률규정의 의미·성격에 대한 민법총칙상의 일반적인 이해에 따르면, 형법 제13조의 원칙적 내용에 따르는 제15조제1항과 같은 그런 규정에 대해서는 당연규정 또는 주의규정이라고 말하지, 이를 특별규정이라고 부르지는 않는다. 특별규정의 법적 효과가 일반규정의 그것과 달리 할 필요가 있는 경우에 특별규정의 타당근거가 있는 것이지 일반규정의 법문내용과 차이가 있을 뿐만 아니라 그 기초되는 사상까지 불일치하는 경우는 이미 법적 효과의 차별성 한계를 벗어난 것이다. 나아가 일반규정과 특별규정이 법률내용과 그 사상기초가 일치한다면, 일반과 특별의 고유영역이 처음부터 없음을 반증하는 것이다(문채규, 앞의 논문, 29~30면 참조).

19) 그리고 형법의 규정순서에 의하더라도 '불인식'의 원칙적 효과로써 고의조각(형법 제13조; 인식의 소극적 측면의 부정으로 고의인정), 불인식 = '불일치'의 원칙적 법효과로써 고의조각(제15조제1항; 불일치에 대한 규범적 평가를 통한 예외적인 고의인정) 그리고 형법 제14조에 의한 "죄의 성립요소인 사실"의 불인식(=불일치)에 "정상의 주의를 태만함"이 인정되는 특별한 경우의 법효과로써 과실인정으로 이행되는 것은 아닐 것이다.

위와 같이 고의·과실의 문제와 착오의 문제영역을 엄정하게 구분하는 종래의 체계분석방법이 형법 제15조제1항을 - 온전하지는 않지만 - 구성요건적 착오에 관한 '일반규정'으로 이해하는 것은 당연한 일이다.[20] 인식과 발생의 불일치를 전제하는 '사실의 착오'에 관한 형법 제15조에 "결과로 인하여 형이 중할 죄", 즉 결과적 가중범의 규정을 比定하고 있는 것도 마찬가지다(동조 제2항). 결과적 가중범의 경우는 단지 중한 결과만을 불인식한 것이 아니라 행위자가 인식한 기본범죄에 해당하는 사실과, 실제로 발생한 결과로 인하여 형이 중할 죄의 사실이 불일치하는 경우로 볼 수 있기 때문이다.

다. 유기천형법학에서의 이해

유기천형법학은 먼저 착오란 행위자의 주관적 관념과 외부에 표현된 객관적 사실이 불일치하는 경우로서 '구성요건적' 사실과 '구성요건적' 고의간의 불일치를 의미하며, 여기에 착오이론의 本領이 있다고 한다.[21] 요컨대, 착오개념과 관련하여 - 형사실무의 태도와 같이 - 인식사실과 발생사실이 모두 구성요건과 관련된 범죄사실에 해당하는 경우를 전제로 한다. 다음으로 "사실의 착오"를 표제로 정하고 있는 형법 제15조는 - 그 용어의 표현에도 불구하고 - 여기서의 사실이 구성요건적 사실만을 의미하기 때문에 '구성요건적 착오'라고 이해한다. 또 제16조 "법률의 착오"는 형벌법규의 착오와 비형벌법규의 착오[22]로 구별되지만,[23] 여기서는 착오를 일으킨 법률의 종류여하가 아니라 진정한 관념을 갖지 못한 것 때문에 결국 위법의 인식을 못하게 된 사정의 존부가 중요한 것이라고 설명함으로써 법률의 착오(제16조)가 정확히 금지의 착오(즉, 위법성의 착오) 문제임을 지적하고 있다.[24]

20) 배종대, 앞의 책, 281면; 정성근·박광민, 앞의 책, 195면.
21) 유기천, 앞의 책, 235면; 특히 238면은 구성요건적 사실에 관한 인식이 착오로써 완전히 결여된 경우 즉, '불인식의 경우'에는 '고의가 조각'되고 다만 과실의 문제만이 남는 것으로 서술하여 불인식의 경우와 불일치의 사례영역을 분명하게 구별하고 있다.
22) 비형벌법규의 착오는 오늘날의 의미로는 구성요건의 규범적 요소에 관한 착오와 유사한 면이 있다. 예컨대, 재물의 타인성을 오인하여 타인의 재물을 자기의 것이라고 믿고 처분하는 행위는 '민법의 착오'로 사실의 착오에 불과하여 고의가 성립하지 않지만(대법원 1970. 9. 22. 선고, 70도1206판결), 재물의 타인성을 인식하면서도 이를 처분하는 것은 형법이 벌하지 않는다는 오인에 기하여 이를 처분하는 행위는 '법률의 착오'로서 그 오인에 정당한 사유가 있어야 벌하지 않는다(대법원 1971. 10. 12. 선고, 71도1356 판결)고 한다(유기천, 앞의 책, 236면 참조).
23) 법률의 착오(error juris)는 형사법의 착오(error juris criminalis)만이고, 비형벌법규의 착오는 사실의 착오이므로 고의를 조각한다고 보고 있다(유기천, 형법학(총론강의), 개고9판, 일조각, 1978년 2월, 226면).
24) 유기천, 총론강의-영인본, 237면.

이러한 유기천형법학의 착오이해는 요컨대, 우리 형법 현행의 규정태도를 있는 그대로 받아들여 "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한" 불인식의 경우 = 고의조각(형법 제13조), 그 불인식에 "정상의 주의를 태만함"이 있는 경우 = 과실 인정(제14조) 그리고 범죄사실에 대한 인식은 있지만 "특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한" 불일치의 경우 = 구성요건적 착오(제15조제1항)로 파악하고 있는 것이다.[25]

2. 착오이론의 구성방법

가. 사실의 오인과 부합의 범위에 관한 견해 차이

종래와 같이 형법 제15조제1항에 대해 구성요건적 착오에 관한 일반규정으로서의 성격을 부여하더라도 이 단행의 규정만으로 인식사실과 발생사실의 불일치사례를 모두 해결할 수는 없다. 학계에서는 이 규정의 취지를 해명함으로써 형법이 수행해야 하는 행위자의 자유보장적인 과제와 사회의 법질서보호를 조정하고자 하였다.

1) 먼저 '구체적 부합설'은 인식사실과 발생사실이 '구체적으로' 동일한 경우에만 발생사실에 대한 고의를 인정하며, 발생사실의 객체(대상)가 인식사실의 그것과 '같은 종류'여서 '구성요건 또는 죄질이 같은 경우'에도 구체적으로 부합하지 않는다고 판단하여 행위자에게 고의를 조각시킨다. 이점에서 '구체적'이란 인식주체인 행위자의 심리에 기초한 사실적인 그 어떤 것 예컨대, 행위자의 실제의 인식'대상'을 의미함을 알 수 있다. 이 견해에 의하면, 행위자가 인식한 그대로의 사실에 대해서만 고의를 인정하고, 그 불인식(=불일치)에는 고의를 부정한다. 이것이 형법 제13조가 정하고 있는 고의인정의 원칙적인 법효과와 동일하다고 한다.

예컨대, 행위자가 '사람으로' 인식하고 '실재는 자기 또는 배우자의 직계존속'을 향하여 방아쇠를 당겼고 그 인식한 대로 대상에 맞아 사망한 경우(즉, 객체의 착오유형)에도 행위자가 "특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한" 경우라면, 제15조제1항에 따라 중한 죄(즉, 존속살해죄)로 벌하지 않아야 할 것이다. 그렇지만 행위자가 인식한 - 사람이라는 - 심리적 사실에 근거하여 - 적어도 구체적으로 부합하는 - '인식한 사실'에 대한 보통살인죄는 성립한다는 결론을 내려야 할 것이다.[26] 그럼에도 일각에서는 이에 대해 "살인미수와 과실치사죄(존속살해죄의 과실

25) 그 구성요건적 착오의 특별한 경우로서 '결과'로 인하는 형이 중한 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견(=인식)할 수 없었을 때 = 결과적 가중범의 성립 불가(제15조제2항).

치사규정은 없음)의 상상적 경합을 인정"하고 있다.[27]

위와 같은 각론적인 결과의 차이는 형법 제250조제1항과 동조 제2항이 구체적 사실의 착오유형에 해당하는 불일치인지, 추상적 사실의 착오유형에 해당하는 불일치인지가 유동적이기 때문에 발생하는 문제이다. 구성요건의 '동일성'을 기준으로 하면 양자는 추상적 사실의 착오유형에 해당하는 것으로, 구성요건의 '동질성'을 기준으로 하면 구체적 사실의 착오유형에 해당하는 것으로 분류될 것이기 때문이다.[28]

2) 이와 달리 '법정적 부합설'은 인식과 실재가 불일치하더라도 그 인식사실과 발생사실이 평가·포섭되는 '법규정'이 서로 부합하는 경우, 발생사실에 대한 고의기수의 책임을 인정한다. 발생사실의 객체(대상)가 인식사실의 그것과 다르지만 '같은 종류'에 해당하여 구성요건(또는 죄질)의 적용을 같은 하는 경우에는 '법정적으로' 서로 부합하므로 행위자에게 적용되는 처벌법규의 규범적 판단은 발생사실에 대한 고의를 인정하는 것이다. 여기서 법정적 부합설이야말로 행위자의 심리학적인 인식의 토대 위에서 결정되는 고의인정의 불합리한 결과를 수정하기 위한 규범적 '판단'임을 알 수 있다.

그러나 이에 의하더라도 인식과 발생의 부합범주에 대해 구성요건의 동일성을 기준으로 하는 구성요건부합설[29]과 구성요건의 동질성, 즉 구성요건의 형식이 아닌 내용으로서 범죄의 성질이 동일한가를 기준으로 삼는 죄질부합설이 있다.[30] 양자의 차이는 발생한 결과사실에 대해 인정되는 행위자가 인식한 고의의 轉用 범위가 다르다는 점이다. 예컨대, 인식과 발생의 불일치가 상이한 구성요건에 걸쳐있는 착오유형에 대하여 죄질부합설은 죄질이 부합하는 한 발생사실에 대한 고의기수의 책임을 인정[31]하는데 반하여 구성요건부합설은 양자의 구성요건이 일치하지 않으

26) 김성돈, 앞의 책, 232면: "기본범죄의 구성요건적 사실에 대한 고의를 인정하여 기본범죄의 죄책을 묻게 해야 한다."
27) 여기서는 특히 김성돈, 형법각론, 제3판, SKKUP, 2013년 9월, 51면 참조.
28) 오영근, 형법총론, 제2판(보정판), 박영사, 2012년 3월, 234면 참조.
29) 신동운, 형법총론, 제6판, 법문사, 2011년 9월, 216~217면.
30) 인식과 발생의 불일치에도 불구하고 죄질부합을 인정하기 위해서는 "피해법익이 같고 행위태양이 같거나 유사"해야 한다(정성근·박광민, 앞의 책, 198면). 형법전상의 장별 위치도 판단의 기준으로 제시되고 있다(신동운, 앞의 책, 216면 참조).
31) 죄질부합설의 입장에서는 "점유이탈물의 고의로 절도죄를 범한 때에는" 형법 제15조제1항의 제한에 따라 점유이탈물횡령죄(제360조)가 성립할 수 있다고 한다(이재상, 앞의 책, 173면). 구성요건부합설에 의하면, 점유일탈물횡령의 미수와 과실절도의 상상적 경합이 인정되나 그 처벌규정이 없으므로 결국 무죄가 된다(임웅, 앞의 책, 161면 참조).

므로 인식사실의 고의미수와 발생사실의 과실이 문제된다고 한다.[32]

3) 이에 대해 '추상적 부합설'은 행위자의 인식과 실재의 발생이 일치하지 않더라도 '추상적으로 부합하는' 한, 행위자에게 고의기수의 죄책을 부담시킨다. 행위자의 반사회적 성격, 즉 범죄적 의사가 어떤 범죄로든지 표현되는 경우에는 처벌할 필요가 인정된다는 주관주의형법이론에 기초한 착오이론이다. 여기서 '추상적'이란 행위자가 범죄사실을 인식하고 범죄를 실현한 이상, 그 인식사실과 발생사실이 동일한 구성요건에 해당하지 않더라도 형법 제15조제1항의 제한에 따라 적어도 경한 죄의 고의기수는 인정된다는 의미다.

한 때, 이 견해는 법정적 부합설의 실제 적용상의 불합리한 결과를 구제하고 결론적으로는 一應의 합리성을 나타내고 있다는 긍정의 평가를 받기도 하였다.[33] 예컨대 법정적 부합설에 의하면, 甲에게 폭행의 의사로 투석하였으나 현실로는 乙의 재물을 손괴한 경우에는 폭행미수와 과실손괴의 상상적 경합관계가 인정될 것이지만 현행형법에는 폭행미수 및 과실손괴에 대한 처벌규정이 없으므로 결국 무죄가 될 수밖에 없다. 이러한 착오의 경우 행위자의 주관에는 폭행죄 정도의 반사회성(제260조제1항; 2년 이하의 징역, 500만원이하의 벌금 구류 또는 과료)이 표명되어 있으며, 현실의 객관측면에서는 폭행보다 중한 재물손괴라는 법익의 침해(제366조; 3년 이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금)가 있는데도 불구하고 무죄가 되어 부당하다는 생각이다.[34]

요컨대, 형법 제15조제1항이 구성요건적 착오문제를 해결하는 일반규정이라면 추상적 사실의 착오에서도 예컨대 고의로 인식한 사실이 현실로 발생한 사실보다 경한 죄에 해당하는 경우에 중한 죄의 고의기수로 논할 수는 없지만, 인식사실이든 발생사실이든 경한 죄의 고의기수의 죄책은 행위자에게 인정할 수 있으며 양자는 상상적 경합관계에 있다고 한다.[35]

32) 구성요건부합설을 취하는 입장에서도 형법 제15조제1항의 적용과 관련하여 착오의 범위가 기본구성요건과 가감적 구성요건의 관계에 있는 때에는 발생사실에 대한 고의·기수를 인정하여 예컨대, 인식한 존속살해죄의 (불능)미수와 발생한 보통살인죄의 고의·기수의 상상적 경합이 된다고 하는 견해도 있다(김종원, 형법각론, 상권, 3정판, 법문사, 1973년 2월, 41면).
33) 정영석, 형법총론, 三中堂, 1961년 4월, 222면; 동, 제4전정판, 법문사, 1978년 3월, 182면.
34) 정영석, 앞의 책, 220면; 동, 제4전정판, 181면.
35) 정영석, 앞의 책, 182면. 이와 같은 - 형법학 학문 제1세대 - 정영석 교수의 이해를 추상적 부합설의 입장을 따른 것으로 분류하고 있는 견해로는 황산덕, 형법총론, 제6정판, 방문사, 1980년 1월, 120면. 형법학 제1세대 학자 중에는 구체적 사실의 착오에 관해서는 법정적 부합설의 입장을, 그리고 추상적 사실의 착오에 관해서는 추상적 부합설의 입장을 따르는 견해도 있었다(이건

나. 학설의 검토

각 학설의 구체적인 차이는 행위자의 인식과 현실의 발생이 불일치하는 경우에도 발생사실에 대한 고의·기수를 인정함으로써, 형법의 이성에 합치하는 결과를 도출하는 정도 및 범위가 다르다는 점에 있다. 실제의 '불일치'를 도외시하고 규범적 판단에 따라 '부합'하는 것으로 인정하는 정도에 차이가 있다는 말이다. 착오이론의 '구체적'에서 '추상적'으로 그 '부합'판단의 정도·범위가 확대될수록 형법 제15조제1항의 직접적용에 의해 해결되는 영역도 확장될 것이다. 반면에 그 부합의 판단정도가 엄격할수록 이 조항의 직접적용영역도 축소할 것이며, 이는 그만큼 학설에 의한 착오사례의 해결영역이 확대됨을 의미한다. 학설에 의한 해결영역과 제15조제1항의 직접적용영역이 상호 반비례로 연동되어 있는 이러한 결과는 사실의 착오에 관한 '일반규정'으로서 제15조제1항의 규정내용이 충분하지 않기 때문에 발생한다.

행위자의 인식내용과 달리, 발생사실에 대해 규범적으로 고의를 인정하는 착오이론의 귀결은 자칫 형법에서 금지된 유추로도 비춰질 수 있고, 학계는 이러한 우려를 불식시키려고 고의의 轉用·流用을 제한하는 방향으로 발전되어 왔다.[36] 그 정점에 바로 착오이론을 고의인정에 종속시킴으로써 고의인정의 최소필요요건에 관한 형법 제13조가 구성요건적 착오에 관한 '일반규정'이고, 제15조제1항은 고의조각의 예외를 규정하고 있는 '특별규정'으로 파악하는 견해가 있다.[37] 이러한 분석은 행위자의 인식과 발생이 불일치(=불인식)하는 경우에도 발생사실의 고의를 인정하는 착오이론의 해결방법은 형법의 규정태도와 다르고 죄형법정주의에도 위반된다는 비판의 굴레를 벗어 자유롭게 되는 이점이 있다. 사실의 착오에 대해 제15조제1항이 특별 적용되는 경우만이 아니라 제13조에 의한 일반 적용되는 경우도 법률규정에 직접 근거한 해결이며, 학계의 이론에 의하여 입법적 결함을 充塡하는

호, 형법학개론, 고대출판부, 1964년, 84면). 이와 같은 견해도 自說의 표명 그 자체에도 불구하고 구체적 사실의 착오유형에 있어서는 법정적 부합설과 추상적 부합설 사이에 결론에 있어서는 차이가 없으므로 결과적으로는 추상적 부합설의 입장을 취한 것으로 분류할 수 있다. 이건호, 형법강의(총론), 일조각, 1956년 5월, 182면에 의하면, "추상적 부합설의 타당함을 확신"하고 있다.

36) 최근의 제3세대 및 신진 제4세대 학자들에 의하면, 구체적 부합설의 입장이 유력하게 주장되고 있는 경향을 알 수 있다. 추상적 부합설은 "좋게 말하면 죄형법정주의에 반하고, 나쁘게 말하면 범죄자의 처벌에 혈안이 된 학설"로 一考의 가치도 없다고 신랄하게 비판받아 왔다(배종대, 앞의 책, 274면). 또 이를 주장하는 학자가 없기 때문에 학설사적 의미밖에 없고 언급할 필요가 없다고도 한다(오영근, 앞의 책, 242, 243면). 그러나 적어도 형법학 제1세대에서는 법정적 부합설도 '일종의 추상적 부합설'이라고 할 수 있으므로, 주관주의적 견지에 접근하고 있다고 평가받았다(정영석, 앞의 책, 183면 각주21) 참조).

37) 김성돈, 앞의 책, 214~217면; 김영환, 앞의 논문, 16면 및 각주8); 문채규, 앞의 논문, 31면.

해결이 아니기 때문이다.

그렇지만, 고의의 認否라는 구성요건적 착오의 법효과만을 부각시켜 행위자의 인식과 다른 고의의 과도한 인정은 죄형법정주의 정신에 위반된다는 그 주장의 근원적인 출발점에는 同調할 수 있으나 형법 제13조와 제15조제1항의 그와 같은 관계설정은 우리형법의 규정태도에 입각한 체계형식적인 관점에서의 설명과 부합하기에는 곤란함이 있다고 생각한다. 또한 사실의 착오에 관한 형법 제15조제1항의 규정의미를 축소시키고, 착오이론을 고의논의로 희석시킴으로써 그 독립·독자성을 훼손하는 점에서도 共鳴하기 힘들다.[38] 비록 미흡하기는 하나 13조의 反面規定으로서 제15조제1항이 사실의 착오에 관한 유일한 근거이기 때문이다.[39]

3. 사실의 착오를 해결하는 형사실무의 방법

1) 행위자의 인식사실과 발생사실이 일치하지 않는 사실의 착오문제를 해결하는 형사실무의 태도는 기본적으로 법정적 부합설의 입장과 그 결론을 같이하고 있다. 먼저, 사실의 착오의 의미와 관련하여 형사실무는 "범의의 확장을 가져오는 사실의 착오는 인식된 범행을 실행하기 위한 행위가 있고, 이 행위에 의하여 인식하지 못한 범행이 실현된 경우에만 문제가 된다 할 것"이라고 판시하여 착오가 행위자의 인식사실과 발생사실의 불일치이며, 양자 모두 범죄사실에 해당하는 경우를 전제하고 있다.[40]

나아가 대법원은 "'甲'을 살해할 목적으로 총을 발사한 이상 그것이 목적하지 아니한 '乙'에게 명중되어 '乙'이 사망한 경우에 '乙'에 대한 살인의 고의가 있는 것"이라고 판시함으로써 즉, '구체적 사실의 착오'에 해당하는 '방법의 착오'유형에 대해 '발생사실에 대한 고의기수의 죄책'을 부담시키고 있다.[41] 또 피고인이 먼저 피해자 甲(여)을 향하여 살의를 갖고 소나무몽둥이(길이 85센티미터 직경 9센티미터)를 양손에 집어 들고 힘껏 후려친 가격으로 피를 흘리며 마당에 고꾸라진 甲과 그

38) 정성근, "방법의 착오에 관한 최근의 논의", 성균관법학 제13권제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2001년 4월, 7면 이하, 20면.

39) 배종대, 앞의 책, 281면.

40) 서울고등법원 1972. 10. 17. 선고 72노874 판결. 피고인이 다른 제3자를 살해하려고 칼을 겨누고 있을 때, 피해자가 뒤에서 이 칼을 빼앗으려고 하다가 사망하게 된 경우는 피고인이 제3자를 살해하기 위한 행위에 의하여 피해자가 사망하게 된 것이 아니라 우연히 같은 시간과 장소에서 발생한 것에 불과하므로 '객체의 착오'라고 인정하여 '사실의 착오'의 문제는 생길 여지가 없다고 판시하였다.

41) 대법원 1975. 4. 22. 선고 75도727 판결.

녀의 등에 업힌 피해자 乙(남1세)의 머리 부분을 몽둥이로 내리쳐 乙을 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망하게 한 사건에 대해 대법원은 "소위 타격의 착오가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의 성립에 방해가 되지 아니"한다고 판시하여 乙에 대한 살인죄를 인정하고 있다.[42]

2) 한편으로는 피고인 "甲이 乙 등 3명과 싸우다가 힘이 달리자 식칼을 가지고 이들 3명을 상대로 휘두르다가 이를 말리면서 식칼을 뺏으려던 피해자 丙에게 상해를 입"힌 사건에 대해 "甲에게 상해의 범의가 인정되며 상해를 입은 사람이 목적한 사람이 아닌 다른 사람이라 하여 과실상해죄에 해당한다고 할 수 없다"고 판시하여 丙의 대한 상해죄의 성립을 인정하고 있다.[43] 이러한 결론은 앞의 유사사안에서 형사실무가 사실의 착오의 문제로 보지 않는 것과 비교하면, 피고인이 피해자와 다른 제3자에 대하여 어떤 행위를 했는가의 여부에 차이가 있다. 즉, 앞의 서울고등법원 72노874 판결에서는 피고인에게 구성요건적 결과발생에 정향된 어떤 행위가 존재하지 않는 경우인데 반해, 대법원 87도1745 판결의 경우에는 乙 등 3인에게 상해의 결과를 발생시킬 수 있는 식칼을 휘두르는 행위가 피고인에게 있었다는 점이다.

다른 한편으로 형사실무에는 사실의 착오문제를, 위 사안과 같이 미필적 고의의 인정과 밀접한 관련이 있는 주관적 귀속의 문제로 해결하는 것이 아니라 인과관계의 문제로 이해하여 객관적 귀속의 판단과 관련을 맺고 있는 판시도 보인다.[44]

42) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2813 판결. 이 사건에 대해 대법원이 乙에 대한 미필적 고의를 인정한 것으로 판단할 수도 있지만(김성돈, 앞의 책, 221면 참조) 그와 같은 乙에 대한 미필적 고의가 부정되더라도 구체적 사실의 착오에 해당하는 객체의 착오(타격의 착오)가 있는 경우에 해당하여 발생사실에 대한 고의·기수책임을 인정할 수 있다고 피고인의 "과실치사가 성립할지언정 살인죄가 성립될 수 없다"는 주장에 대해 방법의 착오문제로 판단한 것으로 볼 수 있다.

43) 대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1745 판결. 이 사건에 대해서도 피해자 丙에 대한 상해의 미필적 고의를 인정하는 것으로 평석할 수 있지만, 대법원은 "목적한 사람이 아닌 다른 사람에게 상해를 입한 경우"의 구체적 사실의 착오에 해당하는 방법의 착오유형으로 판단하고 있다.

44) 대법원 1968. 8. 23. 선고 68도884 판결: "피고인이 공소외인과 동인의 처를 살해할 의사로서 농약 1포를 숭늉그릇에 투입하여 공소외인 家의 식당에 놓아둠으로써 그 정을 알지 못한 공소외인의 장녀가 이를 마시게 되어 동인을 사망케 하였다면 피고인이 공소외인의 장녀를 살해할 의사는 없었다 하더라도 '피고인은 사람을 살해할 의사로서 이와 같은 행위를 하였고 그 행위에 의하여 살해라는 결과가 발생한 이상' 피고인의 행위와 살해하는 결과와의 사이에는 인과관계가 있다 할 것이므로 공소외인의 장녀에 대하여 살인죄가 성립한다."

3) 위와 같이 형사실무는 행위자의 주관적 인식사실과 현실의 객관적 발생사실이 일치하지 않는 경우에도 구성요건과 관련하여 '법적으로 동일하게 평가되는 대상'에게 행위자가 인식한 결과가 발생한 경우라면 그 발생사실에 대한 고의의 기수책임을 인정하는 법정적 부합설의 입장을 취하고 있다. 다만 형사실무가 법적으로 동일하다고 평가하는 기준이 형식적 구성요건의 '동일성'을 강조하는 것(구성요건부합설)인지 아니면 실질적인 구성요건의 '동질성'을 중시하는 것(죄질부합설의 입장)인지는 명확하지 않다고 하는 지적도 있다.[45]

Ⅲ. 구성요건적 착오와 유기천형법학 착오이론의 재검토

1. 구성요건적 착오의 분류기준 - 이분법적 분류를 위한 변론

1) 구성요건적 착오를 분류함에 있어 '인식과 발생의 불일치가 일어나는 범주가 동일한 구성요건간인가, 상이한 구성요건간인가에 따라 '구체적 사실의 착오유형'과 '추상적 사실의 착오유형'으로 이분하는 태도가 학계의 일반적인 설명이다.[46] 종래 유기천형법학의 착오이론은 인식사실과 발생사실의 불일치 범주가 "동일한 구성요건에 속한 때"를 구체적 사실의 착오라 하고, 양자가 각각 "異質의 구성요건에 속한 때"를 추상적 사실의 착오로 분류하는 입장이었다.[47] 사실의 착오를 해결하는 형사실무의 법정적 부합설 중 구성요건부합설과 죄질부합설의 차이에 필적하는 이러한 착오유형의 구분에 관한 - 어쩌면 사소한 - 설명의 차이가 형법학의 착오이론에 불어 닥친 - 커다란 - 소용돌이의 시발점이었는지도 모른다.

구체적 사실의 착오와 추상적 사실의 착오유형을 구분하는 기준은 같은 구성요건인가 '다른' 구성요건인가 아니면, 동일구성요건인가 '이질의' 구성요건인가? 그 대답은 추상적 사실의 착오유형을 설명하는 '이질의' 구성요건은 죄질부합설의 구분기준이고 '다른' 구성요건은 구성요건부합설의 구별기준일 것이다. 이와 같은 착오의 구분기준에 관한 불일치 때문에 일각에서는 구성요건적 착오의 이른바 '이분법'적인 분류를 따르지 않고, "방법의 착오, 객체의 착오, 인과과정의 착오, 행위자의 생각과 결과발생시점이 다른 경우, 그리고 가감적 구성요건적 사실에 관한 착

45) 김성돈 앞의 책, 221면.

46) 이재상, 앞의 책, 173면; 임웅, 앞의 책, 157면; 정성근·박광민, 앞의 책, 193면. 이러한 구분을 이른바 '이분법'이라고 부르는 견해로는 김성돈, 앞의 책, 222면.

47) 유기천, 앞의 책, 240면.

오"의 다섯 가지 사례로 분류하고도 있다.[48]

그럼에도 - 거기서 주장·설명되는 것처럼 - 구성요건적 착오의 경우에 고의인정여부가 행위자의 심리학적 토대 위에서 결정되지 않고 '처벌의 필요'를 형사정책적으로 고려하여 '규범적으로 평가'하며 그와 같은 해결방법의 이론적 근거를 '주관적 귀속론'에서 가져온다면, 구성요건착오의 대표적인 사례는 - 기존의 논의와 같이 - 객체의 착오, 방법의 착오, 형법 제15조제1항의 직접적용과 관련된 가감적 구성요건적 사실에 관한 착오의 세 유형만 남게 된다.[49]

2) 다른 한편으로 구체적 사실의 착오가 주체의 착오와 객체의 착오로 대별되고, 다시 객체의 착오를 객체의 성질에 관한 착오, 목적의 착오, 타격의 착오 또는 방법의 착오로 세분하였던 견해도 있었다.[50]

그렇지만 이러한 구분에도 먼저, 진정신분범에 있어서 '주체의 착오'는 형법 제27조(불능범)의 미수문제임을 분명히 하였다.[51] 다음으로 부진정신분범에서 주체의 착오는 예컨대, 행위자 甲이 乙의 직계비속이라는 사실을 착오한 경우이고 이는 행위자(甲)가 대상(乙)이 자기의 직계존속이라는 사실을 모르는 경우처럼 행위자의 신분요소가 대상관련사실로 전환되기 때문에 주체의 착오에서 굳이 관념할 필요가 없다고 하겠다.[52] 이는 행위의 대상에 대한 인식으로부터 수반적으로 도출되는 행위주체에 대한 오인으로써 객체의 착오에서 연유하는 것으로 볼 수 있다. 그렇다

48) 김성돈, 앞의 책, 218면.

49) 이러한 구분에 의하더라도 '인과과정의 착오'는 이미 형법상의 인과관계(또는 '객관적 귀속')판단으로 해결하고 있으며(김성돈, 앞의 책, 226면), '행위자의 생각과 결과발생시점이 다른 경우'는 결과발생이 앞당겨진 경우이든, 미루어진 경우이든 불문하고 모두 행위자의 인식에 기초한 행위의 개수에 따라 실체적 경합범 관계로 처리함으로써 죄수론의 문제로 취급하고 있기 때문이다(김성돈, 앞의 책, 230, 231면).

50) 유기천, 총론강의-영인본, 238~239면.

51) 불능미수 부정설의 입장에서 이재상, 앞의 책, 400~401면; 임웅, 앞의 책, 369면; 불능미수 긍정설의 입장에서 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2013년 3월, 384면; S/S-Eser § 22 RN 75 참조.

52) 김성돈, 앞의 책, 431면 참조. 이에 반대하는 견해로는 김성룡, 앞의 논문, 156면. 그러나 그 주장의 근본적인 오류(일보양보하면, 차이)는 앞의 논문, 153면에서 논의되는 보통살인죄와 존속살해죄간의 착오사례에서 '사람'이라는 유개념(Gattung)하에 형법 제250조제1항의 '타인'과 동조 제2항의 '존속'이라는 종개념(Art)으로 '택일적으로' 구분하였다는 점이다. 형벌이 가중되는 '존속'이라는 특별한 구성요건적 신분표지는 (존속살해를 보통살인의 불법가중유형으로 보든지, 책임가중유형으로 이해하든지의 문제와 무관하게) 항상 존속살해의 고의의 인식대상이 되는 것이고, 살해대상이 존속이라는 인식 안에는 사람이라는 수반적 인식이 당연히 '포함되어' 있다고 해야 한다. '존속'살해의 고의를 가진 행위자는 항상 수반적으로 보통살'인'의 고의를 가지고 있다는 명제는 - 거기서 서술되어 있는 것과 달리 - 항상 참이다. 이를 부정하는 서술은, '존속은 사람이 아니다'고 하는 이상한 주장이 될 것이기 때문이다. 살해행위와 관련된 제250조의 적용에 있어서 사람의 분류는 행위주체로서의 사람(직계비속), 대상으로서 타인과 존속으로 삼분되어야 한다.

면 부진정신분범에서 주체의 착오는 객체의 착오를 바라보는 관점의 방향에 따른 구분에 불과하다.

또한 객체의 착오도 "객체의 성질에 관한 착오" 및 "목적의 착오"(error in objecto)로 細分함에도 불구하고, 이는 오늘날의 객체의 착오유형과 크게 다르지 않다. 이런 유형의 착오는 구성요건에 해당하는 사실의 인식이 있는 한, 고의의 성립에 아무런 영향을 주지 못하는 것으로 이해하고 있다.[53] 나아가 타격 또는 방법의 착오(aberratio ictus)에 있어서도 구체적 부합설의 해결이 있지만 법정적 부합설의 결론이 타당함을 주장하고 있다.[54]

구체적 사실의 착오를 위와 같이 세분함/했음에도 불구하고 그 실상은 객체의(성질)착오와 방법의 착오로 유형화하는 오늘날의 구분과 크게 다르지 않다.

3) 이러한 구분을 견지하는 유기천형법학의 착오이론은 특히, 추상적 사실의 착오유형에서 추상적 부합설의 해결방법에 주목하고 있다. 앞서 검토한 바와 같이, 추상적 부합설은 행위자의 고의가 있고 또 그 행위가 있으며, 범죄사실이 성립하는 이상 행위자의 책임범위를 침해된 사실의 범위 안에 국한하여 처벌하는 것이 당연하다고 여기는 입장이었다.[55] 이러한 결론이 합리적이었던 이유는 구형법상 과실범을 지나치게 가볍게 처벌한 것과, 상해죄와 손괴죄를 결과적 책임으로 보는 입장에서 그 미수를 처벌하지 않았던 구형법상의 결함에 있었다.[56] 하지만 과실을 지나치게 가볍게 처벌하는 것은 근대계몽기의 자유주의·개인주의의 남용이요, 20세기 현대형법에 과거원시의 결과책임의 관념을 잔존시키는 것으로 이는 상식과의 불합리한 타협이라고 비판받고 있다.[57] 또 현행형법은 과실치사에 대해 벌금과 금고를 선택형으로 정하고 있을 뿐만 아니라 상해죄와 손괴죄의 미수도 각 처벌하도록 규정하고 있는데, 이러한 형법의 태도를 고려하면 요컨대 추상적 부합설은 그 주장의 근거를 상실하게 되었다고 정확하게 분석하고 있다.[58]

53) 유기천, 앞의 책, 238면.

54) 법정적 부합설에 의하면, 형법 제250조는 행위객체로 사람을 구성요건상 요구하고 있으므로 객체가 원수거나 친구거나 혹은 노인이건 소년이건 그 구성요건에 해당함에는 영향이 없다. 따라서 이른바 '사람 또는 물건의 착오'(error in persona vel in objecto)는 형법상 중요한 착오가 아니라고 말함은 이것을 의미하는 것이다.

55) 유기천, 앞의 책, 241면 참조.

56) 유기천, 앞의 책, 242면; 임웅, 앞의 책, 163면.

57) 유기천, 앞의 책, 242면.

58) 유기천, 앞의 책, 242면.

그럼에도 추상적 부합설의 주장에서는 - 앞에서 예시된 사례와 관련하여 - 행위자가 인식한 甲에 대한 폭행의사의 투석행위와 실제로 발생한 乙의 재물에 대한 손괴결과에 대하여 법정적 부합설의 결론이 폭행미수와 과실손괴의 상상적 경합관계이기 때문에 처벌법규가 없어 무죄라고 한다.[59] 하지만, 이러한 설명은 추상적 부합설의 타당함을 誤導하기 위한 법정적 부합설의 해결에 대한 적절하지 않은 분석이다. 또한 이 입장에서도 폭행죄에서 폭행은 사람의 신체에 대한 직접·간접의 유형력의 행사를 의미하고 예컨대, 사람의 신체를 향하여 던진 돌이 명중하지 않더라도 폭행으로 될 수 있다고 자인하고 있다.[60] 그렇다면, 위의 예시사례에서 행위자의 인식사실을 폭행미수로 판단하는 것은 '총론과 각론의 입체적·종합적 이해'가 아니라는 반론이 가능하다.[61]

2. 형법 제15조제1항의 적용범위와 한계 - "특별히"의 의미

1) 유기천형법학은 법정적 부합설의 입장에서 형법 제15조제1항의 직접적용에 관한 범위를 다음과 같이 제한하고 있다. 제15조제1항은 동종의 범죄간에 형이 가중된 경우만이 아니라 죄질을 같이 하는 범죄간에도 널리 적용된다. 그러나 인식과 사실이 다른 종류의 범죄에 속하는 추상적 사실의 착오유형의 일반에까지 널리 적용될 것은 아니다.[62]

예컨대, 형법 제250조제1항의 의사로 제252조제1항을 실현한 때에는 행위자가 피해자의 촉탁·승낙을 '錯覺한 경우'로서 '특별히' 경한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위이므로 경한 촉탁·승낙살인죄로 처벌해서는 안 될 것이다. 비록 객체의 (동일성에 대한) 착오이더라도 추상적 사실의 착오유형에 있어서는 발생사실에 대한 고의기수의 책임을 인정하지 않는 결론이 법정적 부합설의 해결이기 때문이다.[63] 그러나 제15조제1항이 동종의 범죄에 형이 가중된 경우만이 아니라 죄질을 같이 하는 범죄에도 직접 적용된다고 보면, 구체적 사실의 착오유형으로 인식

59) 정영석, 앞의 책, 181면.
60) 정영석, 형법각론, 제4전정판, 법문사, 1978년 3월, 225면 참조
61) 참고로 유기천형법학에서는 사람을 향하여 돌을 던진 행위는 그 돌이 피해자에게 맞지 않는 경우에도 폭행죄에 해당한다고 판시하는 동경고등법원판결(東高判 昭和 25. 6. 10)을 인용하면서 폭행미수가 아니라 폭행죄의 기수성립이 타당하다고 설시하고 있다(유기천, 각론강의(상)-영인본, 55면, 56면 각주 1009) 참조).
62) 유기천, 총론강의-영인본, 242면.
63) 이는 위의 예시사안에 대해 추상적 사실의 착오유형으로 파악하거나 혹은 형법 제15조제1항의 문리적 반대해석의 논리적 해결로 볼 수 있다.

사실(보통살인죄)이 아니라 발생사실의 고의기수의 책임 즉, 촉탁·승낙살인죄로 처벌하는 것도 가능하다.[64]

이에 반해 구체적 부합설의 입장에서 형법 제15조제1항은 기본구성요건과 가감적 구성요건의 관계에 있는 범죄에만 직접 적용된다고 하는 견해가 있다. 그렇지만 형의 감경사실에 대한 착오(오인)가 있는 경우에는 이를 그대로 관철하기 곤란할 것이다.[65] 예컨대, 피해자의 촉탁·승낙이 있는 것으로 '잘못 알아' 촉탁·승낙살인의 의사로 보통살인의 결과를 발생시킨 경우는 제15조제1항의 제한에 따르더라도 감경구성요건인 촉탁·승낙살인죄(제252조제1항)의 고의기수가 인정될 수 있다고 한다.[66] 감경사실에 대한 오인의 경우도 - 중한 죄에 해당하는 사실을 불인식한 경우로 - 제15조제1항의 규율사례와 동일한 경우라고 할 수 있기 때문이다. 이 경우 감경구성요건의 고의기수를 인정하는 결론은 '小는 大에 포함된다.'는 논증이론의 당연한 귀결이라고 한다.[67] 그 결과 제250조제1항의 의사로 제252조제1항을 실현한 경우에 대해서는 인식사실의 미수(보통살인죄의 미수)와, 큰 고의에는 작은 고의가 포함되어 있으므로 촉탁·승낙살인죄의 기수가 인정되고 양자는 상상적 경합관계에 있다고 한다.[68]

2) 그런데 추상적 사실의 착오에 대해 위의 논증을 근거로 경한 죄의 고의기수를 인정하는 결론은 구체적 부합설의 해결방법이 아니다. 그러한 해결은 위의 예시가 구체적 사실의 착오에 해당하는 것으로 분류되어야 가능한 결론이다.[69] 물론 이렇게 분류하더라도 객체의 착오와 방법의 착오는 다시 구별되어야 한다. 구체적 부합설에 의하면, 방법의 착오에서는 인식사실의 미수와 발생사실의 과실의 상상적 경합관계를 인정하기 때문이다. 결국, 발생한 보통살인(제250조제1항)을 오인한 촉탁·승낙살인보다 '중한 죄'로 인정하든, 아니면 '구성요건의 동질성'을 기준으로

64) 유기천, 앞의 책, 242~243면; 동, 각론강의(상)-영인본, 40면.
65) 김성돈, 앞의 책, 234면: 이 경우 '직접' 적용대상은 아니라고 한다.
66) 김성돈, 형법각론, 56면: '통설'이라고 한다. 이에 대해 보통살인죄의 고의기수가 성립한다는 견해로는 문채규, 앞의 논문, 35~36면.
67) 김성돈, 형법총론, 232면; 문채규, 앞의 논문, 33면.
68) 김성돈, 형법각론, 56면. 학계에서는 이러한 해결이외에도 촉탁·승낙살인죄설과 보통살인죄설의 해결입장이 주장되고 있다.
69) Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 505 (§ 12 B/139)은, 경한 죄의 구성요건을 실현하는 것으로 착오한 행위자에 대해서는 경한 죄의 고의범으로만 처벌된다는 명문규정을 두고 있는 독일형법 제16조제2항을 굳이 인용하지 않더라도 촉탁승낙살인과 보통살인을 '상이한 구성요건'으로 간주하지 않고 '하나의 사례에 책임이 감경된 것'으로 볼 경우에는 동일한 결론에 도달할 수 있다고 한다.

구체적 사실의 착오로 분류하든 - 구체적 부합설의 입장에서는 - 고의의 인식대상인 불법감경사유가 존재하지 않는 대상(피해자)에 대해 이를 존재하는 것으로 (규범적으로) 인정하여 행위자를 경한 죄의 고의기수로 처벌하는 근거가 제시되어야 한다.[70] 이처럼 형법 제15조제1항의 "특별히"의 의미에 기본구성요건과 '특별관계'에 있는 가감적 구성요건의 사실을 말하는 것으로 이해하여 사실의 착오에 관한 제15조제1항의 적용대상을 기본구성요건과 파생구성요건간의 사실로 국한시키는 것은 부당한 축소해석이다.[71] 오히려 구성요건착오에 관한 일반규정으로서 제15조제1항은 인식과 발생사실의 불일치가 기본구성요건과 파생구성요건의 관계에 있는 경우뿐만 아니라 구성요건을 달리하는 (특히, 경한 죄의 사실을 인식하고 중한 죄의 사실이 발생한) 경우에도 죄질을 공통으로 하는 때에는 적용된다고 보아야 할 것이다.[72]

또한 위와 같은(특히, 명문규정을 두고 있는 독일형법 제16조제2항의) 경우에도, 단지 행위자의 주관적인 오인에 대해 객관적인 감경구성요건이 충족된 것으로 '조직'하는(konstruktiv) 해결은 '조작'(fingiert)이라고 白眼視하는 분석[73]에도 유의해야 한다. 따라서 기본범죄의 객관적·주관적 요건이 존재함에도 불구하고 감경사실에 대해 착오한 행위자에 대해서는 감경사유의 차단효력이 그에게 도움이 되도록 적용해야 할 것이지, 마치 행위자가 정확하게 감경사유를 인식한 것인 양 우대하지는 말아야 한다. 예건대, 피해자의 살해요구를 진중하거나 지속적인 촉탁·승낙으로 착오한(irrtümlich) 행위자에 대해서는 보통살인죄가 아니라 촉탁·승낙살인죄를 적용해야 하지만, 피해자의 진지한 살해요구가 없음을 알면서 형의 감경사실에 대해 오인한(verkennt) 행위자에 대해서는 감경구성요건을 적용하지 말고 기본구성요건을 적용할 가능성이 남아있다고 해야 할 것이다.[74]

70) 비록 행위자의 잘못된 인식이지만, 그가 인식한 범위 안에서만 고의책임을 인정하는 책임원칙을 그 근거로 제시할 수도 있을 것이다(배종대, 앞의 책, 280면; Roxin, 앞의 책, 505면 참조).
71) 여기서는 특히 정성근·박광민, 앞의 책, 195면.
72) 그러나 동조의 직접적 적용범위에 대해서는 법정적 부합설과 추상적 부합설의 차이가 있을 수 있다.기본구성요건과 가감적 구성요건의 관계에 대해서는 형식적으로는 추상적 사실의 착오에 해당하지만, 실질적으로는 구체적 사실의 착오라는 성격도 함께 지니고 있다고 한다(배종대, 앞의 책, 270면).
73) HK-GS/Duttge § 16 RN 3; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben § 16 RN 26/27. 독일형법 제16조제2항의 명시에도 불구하고 1998년 제6차 형법개정에 의해 제217조 및 제235조의f가 삭제된 이래로 제16조제2항이 직접 적용되는 사례가 아직 없었다고 한다.
74) Kühl, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Vahlen, 2000, S. 460 f. (§ 13/16).

3. 형법 제15조제1항 적용범위의 한계

가. 고의의 특정성과 관련하여

유기천형법학과 같이 법정적 부합설의 입장을 견지할지라도 형법 제15조제1항은 인식과 발생이 다른 종류의 범죄에 속할 때에는 적용할 것이 아니라 죄질을 같이 하는 범죄에 대해서만 적용되어야 한다.[75] 즉, 제15조제1항의 적용범위의 외연은 - 구체적 부합설의 설명처럼 - 동종의 범죄간에 형의 가감이 있는 기본구성요건과 파생적 구성요건관계에만 확장되는 것이 아니라 인식사실과 발생사실이 서로 다른 구성요건이더라도 범죄의 성질(죄질)을 같이 하는 경우에는 적용된다는 것이다. 예컨대, 절도죄(제38장 제329조)와 점유이탈물횡령죄(제40장 제360조)간에도 구성요건의 동질성이 인정되어 행위자에게는 점유이탈물횡령죄의 고의기수의 죄책을 물을 수 있다는 것이다.[76]

그럼에도 인식사실과 발생사실의 불일치의 범주를 고려하지 않고 인식한 범죄보다 발생한 범죄가 중한 '모든' 경우에까지 제15조제1항이 적용되는 것처럼 파악하는 것은 법정적 부합설의 내용에 대한 오해다. 구성요건적 착오유형에 대해 구성요건의 동일성으로 구체적 사실과 추상적 사실의 착오로 구분하는 구성요건부합설과, 이들 착오태양을 구성요건의 동질성을 기준으로 분류하는 죄질부합설의 본질적 차이점을 도외시한 언명이다. 법정적 부합설의 주장은 언뜻 보아 추상적 사실의 착오로 분류되는 모든 경우에 대해 제15조제1항을 적용하여 착오자에게 인식사실이든, 발생사실이든 경한 죄의 고의를 인정하는 것이 아니다. 이런 결론은 추상적 부합설의 핵심주장내용이지, 법정적 부합설의 그것은 아니다.

위의 법정적 부합설에 대해 구체적 부합설은 고의의 특정성을 근거로 비판하고 있다.[77] 단지 죄질이 동일하다는 이유만으로 행위자가 실제로 '인식하지 못한' 발생사실에까지 고의를 전용하는 이론구성은 고의의 사실적 기초를 무시하는 태도라는 것이다. 그러나 죄질부합설의 입장에서도 고의의 특정성은 '범죄의 정형·유형에 대한 인식·인용'을 의미하는 것으로 이해하면서 반론을 제기한다.[78] 개괄적 고의와 택일적 고의를 고의의 종류로 인정하는 한, 구체적 부합설도 이와 같은 타당한 반론을 수용해야 할 것이다. 요컨대, 여기서 말하는 고의의 특정성이 법정의 범

75) 유기천, 총론강의-영인본, 242면.
76) 유기천, 앞의 책, 243면; 이재상, 앞의 책, 173면; 임웅, 앞의 책, 160~161면.
77) 김성돈, 형법총론, 222면.
78) 임웅, 앞의 책, 161면.

위 안에서의 특정으로 이해된다면, 그 범위 안에서 발생하는 불일치(=착오)를 무시하는 법정적 부합설의 이론구성은 부당하다고 할 수 없다.

나. 구성요건의 정형성과 성질의 차이

그럼에도 여전히 문제는 상이한 구성요건간의 불일치를 무시하는 범위가 어디까지인가라는 형법 제15조제1항의 적용범위의 한계선이다. 법정적 부합설의 내부에서도 죄질은 범죄의 성질 내지 특질을 의미하므로 여기서의 법정은 그와 같은 불분명한 기준인 '죄질'이 아니라 '입법자가 정해놓은 행위정형'의 의미로 기준으로 삼는 구성요건부합설의 변형이 있기 때문이다. 후자에 의하면, 절도와 점유이탈물횡령의 사실에까지 고의의 전용을 인정하는 태도는 우리 형법의 해석론이 아니라고 한다.[79] 그와 같은 주장의 근거에는 형법이 절도죄는 "절도와 강도의 죄"(제38장)에, 점유이탈물횡령죄는 "횡령과 배임의 죄"(제40장)에 각각 위치시키고 있는데, 이들 범죄가 타인의 소유권을 보호법익으로 같이 하지만 범죄의 특질을 반영하여 입법자가 배치한 조문의 위치를 고려하게 되면 그 죄질이 부합한다고 할 수 없다는 것이다.[80] 이 견해에 의하면, 죄질부합설은 추상적 부합설과의 유사성이 있으며 추상적 부합설에 대한 비판이 그대로 타당하다고 한다.[81]

그런데 죄질부합설에 입각하여 '죄질'이 부합한다는 설명은 적어도 구성요건의 정형성을 완전히 배제하는 것이 아니다. "보호법익과 법전상의 위치"를 기준으로 삼아 추상적 부합설의 '죄'가 부합한다고 하는 것과 법정적 부합설의 '죄질'이 부합한다고 하는 것에 별다른 차이를 엿보지 않는 태도는 양자의 차이를 보지 못한(無視) 것이다. 구성요건의 형식적 측면을 강조하는 구성요건부합설의 입장에서 보면, 이를 능가하여 상이한 구성요건간에도 죄질의 부합을 이유로 추상적 사실의 착오가 아니라 구체적 사실의 착오유형으로 분류하여 발생사실에 대한 고의기수의 책임을 인정하는 죄질부합설의 입장은 분명 추상적 부합설의 결론과 별다른 차이가 엿보이지 않을 것이다. 하지만 법정적 부합설은 - 여기서는 특히 죄질부합설은 - 고의의 특정을 위하여 범죄의 정형·유형에 대한 인식·인용을 전혀 배제하지는 않는다. 이 사실을 도외시한 구성요건부합설의 분석[82]에는 이견이 있을 수밖에 없다.

79) 신동운, 앞의 책, 217면.
80) 우리 형법의 규정태도와 달리, 독일형법은 제19장에서 제242조 절도(Diebstahl)와 제246조 횡령(Unterschlagung)의 죄를 규정하고 있다. 양죄는 타인의 동산을 객체로 하며, 그 소유권의 보호를 공통의 보호법익을 하고 있다.
81) 신동운, 앞의 책, 217면.

위와 같이 법정적 부합설 중 구성요건부합설과 죄질부합설의 차이는 구성요건적 착오유형의 이분법적 분류의 기준을 구성요건의 형식면에 둘 것인지, 구성요건의 내용(실질)면에 두고 있는지에 관한 쟁점이다. 유기천형법학 착오이론은 이 점을 분명히 하고 있다. 구성요건적 착오의 이분법적 분류기준은 죄질에 있으며, 착오의 범주가 '異質의 구성요건에 속하는 경우'에는 추상적 사실의 착오라고 분류한다.

다. 상이한 구성요건간의 부합 정도

1) 그러나 유의해야 할 사실은 상이한 구성요건간의 불일치에 대해 범죄의 성질을 기준으로 구체적 사실의 착오유형으로 분류하는 죄질부합설에도 내재적 한계가 있다는 것이다. 구성요건의 실질을 중시하더라도 그 형식적 측면을 완전히 무시할 수는 없다는 말이다. 예컨대, 형법은 허위사실의 유포나 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해하는 경우 업무방해죄(제314조)로 처벌하고 있다.[83] 유기천형법학은 형법이 공무방해에 관한 죄, 제136조·제137조 등에서 공무를 보호하고 있기 때문에 본죄의 업무에는 공무가 포함되지 않는다는 점을 분명히 하고 있다.[84]

업무방해죄의 업무에 공무가 포함되는가의 문제는 종래부터 형법이 본죄의 행위태양을 공무집행방해죄의 그것(폭행·협박과 위계)보다 넓게 '허위사실의 유포나 위계 또는 기타 위력'까지 인정하고 있기 때문에 논의되어 왔다.[85] 형사실무는 본죄의 업무에는 공무도 포함된다는 입장[86]을 취해오다가 최근 전원합의체 판결을

82) 신동운, 앞의 책, 217면.
83) 본죄의 업무는 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무인 한 主務든 副業이든 불문하고, 반드시 법령상 정당한 권한에 의해 행해진 것이 아니라 하더라도 그 업무의 집행·경영의 자유를 위법한 행위 방법으로 침해하는 것을 방어해야 할 법률상 필요가 인정되는 때에는 그 업무도 본죄의 대상이 된다고 설명한다(유기천, 각론강의 상-영인본, 176~177면).
84) 유기천, 앞의 책, 176면. 오늘날의 입장에서 보면, 공무제외설의 입장으로 학계의 다수입장이다. 이에 반해 본죄의 업무에 공무도 포함된다는 견해로는 정영석, 형법각론, 281면.
85) 따라서 학계에서는 ①업무방해죄의 업무에서 공무를 제외하면 허위사실의 유포나 기타 위력에 의한 공무방해는 형법상 공무집행방해죄 또는 업무방해죄에도 해당하지 않을 우려가 생기므로 공무도 본죄의 업무에 포함된다는 공무포함설(임웅, 형법각론, 개정판보정, 법문사, 2008년 3월, 220면; 정영일, 형법각론, 개정판, 박영사, 2008년 1월, 203면), ②사회적 활동으로서의 업무의 성질과 보호필요성에 따라 비권력적 공무(사기업성 공무, 국립대학 입학업무, 국철사업 등)와 폭행·협박과 위계 이외의 수단으로 방해한 공무에 한하여 본죄의 업무에 포함되어야 한다는 절충설(정성근·박광민, 형법각론, 제4판, 삼영사, 2011년 8월, 224면), ③개인의 재산적 질서 내지 경제적 활동의 자유를 보호하는 업무방해죄에는 공무가 대상에서 제외되어야 한다는 공무제외설(김성돈, 형법각론, 228면; 박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008년 2월, 207면; 배종대, 형법각론, 제8전정판, 홍문사, 2013년 2월, 299면; 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009년 3월, 240면; 이재상, 형법각론, 제9판, 박영사, 2013년 7월, 211면)등이 대립하고 있다.
86) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1959 판결.

통하여 형법이 업무방해죄와 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 취지를 감안하여 그 태도를 변경하여 처벌부정설의 입장을 취하고 있다.[87]

형사실무의 태도변화는 유기천형법학 등 학계의 다수입장을 수용한 것으로 평가된다. 그럼에도 이제는 행위자가 형법 제314조의 고의로 제136조를 실현한 경우에 대해 사실의 착오이론으로 해결할 것인지가 문제될 수 있고, 유기천형법학 각론강의는 '총론강의와의 입체적 운영을 위하여' 수정의 여지가 있는 것 같다. 1995년 12월 29일 형법개정(법률 제5057호)에 의하여 공무집행방해죄의 법정형에 선택형으로 벌금형이 추가됨으로써 개정이전의 형법규정과 비교할 때 업무방해죄와 공무집행방해죄간 형의 경중에 역전현상이 발생했기 때문이다. 따라서 개정이전과 같이 '공무'와 사적인 '업무'의 이분법적인 단순분류에 따라 택일적인 방법으로 각 범죄의 성립여부를 문제 삼을 것이 아니라 이제는 각 행위의 주체와 행위태양 나아가 보호법익인 공무와 업무의 구별 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.[88]

2) 이제는 여기서 행위자의 착오가 공무원이 집행하는 '직무의 적법성'에 대한 착오인지, 아니면 업무자체의 성질에 관한 착오인지를 선결해야 한다. 먼저 업무의 성질에 대한 착오라면, 행위자의 업무방해(제314조 법정형: 5년이하의 징역, 1천5백만원이하의 벌금)의 고의 속에 당연히 경한 공무집행방해(제136조 법정형: 5년이하의 징역, 1천만원이하의 벌금)의 고의가 포함되어 있는 것으로 판단될 수 있다. 이는 발생한 범죄사실인 공무집행방해죄에 대한 고의의 기수책임을 인정하는 방향으로 귀결되어야 할 것이다.

이러한 결과는 착오의 범주를 구체적 사실의 착오유형으로 분류하지 않는 한, 추상적 부합설의 입장과 유사하지만 이러한 해결에서 추상적 부합설의 화려한 부활을 지지해야 할 것은 아니다. 유기천형법학 착오이론에서는 상이한 구성요건간에도 죄질을 근거로 구체적 사실의 착오유형으로 분류할 여지가 있기 때문이다. 그럼에도 여기서 유의해야 할 점은 현행형법은 업무방해의 미수를 인정하지 않으며, 공무집행방해의 미수범처벌규정도 두고 있지 않다는 사실이다. 최근 대법원 2009도4166 전원합의체 판결에서도 이러한 형법의 규정태도에 주목하여 공무는 업무에 포함되지 않는다고 판시하고 있다.

87) 대법원 2009.11.19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결.
88) 유기천형법학에서는 공무집행방해죄의 보호법익은 국가기능으로서의 공무의 보호에 있고, 행위객체는 공무원이 아니라 공무집행중인 공무원(Vollstreckungsbeamte)이라고 한다(유기천, 전정신판 형법학(각론강의 하)-영인본, 법문사, 2012년 2월, 307면).

다음으로 집행되는 공무의 적법성에 대한 착오, 즉 행위자가 공무원의 직무집행이 위법하다고 착각하고 방해한 경우에 이는 결국 자기행위의 합법성에 대한 오인으로 위법성의 인식에 착오가 있는, 따라서 형법 제16조(법률의 착오)의 문제로 귀착하게 된다.[89] 이러한 유기천형법학의 결론은 - 결과적으로는 엄격책임설의 입장에서 - 타당한 해결방법이 되었지만, 그 해결과정에 있어서는 논의의 보충이 필요하다. 직무를 집행하는 공무원은 어디까지나 행위의 객체로서 제136조의 구성요건해당성의 문제이기 때문이다.[90] 그렇다면, 적법성에 대한 착오의 효과에 대하여 객관적 처벌조건설, 위법성조각사유설, 구성요건요소설의 대립이 있으나 직무를 집행하는 공무원이 구성요건해당성의 문제이므로 공무집행의 적법성에 대한 착오도 구성요건의 규범적 요소에 대한 착오라고 해야 할 것이다.[91]

유기천형법학 착오이론을 그대로 수용하더라도, 행위자가 그와 같은 사실에 착오하여 자기행위의 위법성에 대해 오인한 때에는 오늘날에는 이 문제를 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오로 취급되어야 할 것이다.

Ⅳ. 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오의 문제

1. 착오이론에서 착오의 용어사용례

1) '위법성'조각사유의 전제'사실'에 관한 착오의 현상은 그 법형상의 명칭부여에서부터 이미 양면성을 지니고 있다. 위법성조각사유에 해당하는 허용상황에 대한 착오 즉, 행위당시의 사실적 측면을 잘못 인식한 점에서는 '사실의 착오'와 유사하고, 행위자가 자신의 행위가 위법하지 않다고 믿은 점에서는 위법성을 인식하지 못한 '법률의 착오'와 유사하다. 다만, 행위당시에 착오한 사실이 객관적 구성요건요소인 사실이 아니라 위법성조각사유의 해당요건인 사실이라는 점에서 '구성요건적 착오'와 구별되고, 또 자기행위의 위법성을 인식하지 못한 이유가 (금지)규범의 평가차원에서 발생한 것이 아니라 행위당시의 사실적 측면에서 발생했다는 점에는 '금지착오'와 구별되는 것이다.

89) 유기천, 앞의 책, 313면.
90) 유기천, 앞의 책, 310면.
91) 다만, 행위자의 오인이 적법성의 요건을 너무 좁게 해석하여 포섭의 착오를 일으킨 경우에는 위법성의 착오가 될 수 있다고도 한다(김성돈, 앞의 책, 773면 참조).

2) 형법이 제15조와 제16조에서 각각 '사실의 착오', '법률의 착오'라는 표제를 달고 있는 것은 독일구형법·제국법원의 수평적 구분에 영향을 받은 것이라 한다.[92] 사실의 인식과 법률(위법성)의 인식을 모두 책임요소로서 고의의 내용으로 보는 '고의설'의 입장에서 보면, 행위자의 착오는 - 그 법효과의 측면에서 - 책임단계에서 고의책임을 부정하는 착오와 그렇지 않은 착오로만 의미가 있을 것이다.[93] 그렇다면, 사실의 착오와 법률의 착오의 구분은 (책임형식·책임요소로서의) 고의를 부정하는 결론의 원인차이에 불과한 것으로 볼 수 있다. 독일구형법상의 사실착오·법률착오의 구분은 위법성단계에도 그대로 적용되며 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오는 그 착오의 원인이 사실에서 연유한 이상, 사실의 착오와 동일한 것으로 평가되었다.[94]

그러나 이러한 제국법원의 판례에 대해서는 근본적으로 책임원칙과 부합되지 않으며, 법률의 착오에 있어서 형법과 부수형법의 착오효과를 달리 하는 논리구성에도 무리가 있다는 의문이 제기되었다. 비형법적 법률의 착오와 달리, 고의를 인정함에 있어 형법적 법률의 착오를 모두 무시할 것이 아니라 자기행위의 형법적 의미를 특별히 인식한 행위자에 대해서는 불법을 인정할 수 있다는 지적이 그것이다.[95]

이에 독일 신형법은 구성요건적 고의를 인정하는 태도(위법성인식의 체계적 위치와 관련해서는 책임설의 입장)에 입각하여, 착오를 구성요건적 불법의 배제를 판단하는 '구성요건적 착오'(Tatbestandsirrtum)와 책임의 인정여부를 검토하는 '금지착오'로 구분하고 있다. 법문의 정확한 표현에 의하면, 독일형법 제16조의 구성요건적 착오(Irrtum über Tatumstände)는 제1항 제1문에서 '행위당시에 법정구성요건에 해당하는 사정을 인식하지 못한 자는 고의로 범행하지 않았다'는 것이며, 제2문에서는 '과실로 인한 가벌성이 제1문과 관계없이 남아 있다'는 의미이다.[96] 오히려 '행위당시에 경한 법률의 구성요건을 실현하는 것으로 사정을 오인한(irrig Umstände annimmt) 자는 고의행위로 인해서는 단지 경한 법률에 따라 처벌될 수

92) 성낙현, "고의인정여부에 따른 착오의 구분", 비교형사법연구 제4권제2호, 한국비교형사법학회, 2002년 12월, 109면 이하.
93) 실제적인 사건경과에 대한 인식의 결여 내지 오인으로써 성립되는 순수한 사실의 착오는 항상 고의를 배제하지만, 법률의 착오는 형법적 (법률)착오와 비형법적 (법률)착오로 구분되어 전자만이 책임고의의 귀속이나 고의책임의 인정에 영향을 주는 것이라 한다(RGSt 57, 236). 비형법적 법률의 착오는 사실의 착오의 경우처럼 고의를 배제하는 것으로 인정되었다(RGSt 50, 183; 61, 429 ff.(431); 성낙현, 앞의 논문, 109~110면 재인용).
94) 성낙현, 앞의 논문, 110면 참조.
95) Schroth, Vorsatz und Irrtum, C. H. Beck, 1998, S. 17; 성낙현, 앞의 논문, 111면 재인용.
96) 이는 우리 형법 제13조 및 제14조에 대응하는 의미의 규정이다(신동운, 앞의 책, 198~199면).

있다'는 독일형법 제16조제2항이 우리 형법 제15조제1항의 사실의 착오에 대응하는 규정이다.

3) 그럼에도 학계의 다수가 착오의 용어사용례에서 '구성요건적 착오'와 '사실의 착오'를 구별함이 없이 같은 의미로 통용하고 있는 것은 정확한 것이 아니며, 형법 제13조 본문에 규정된 상황인 사실의 '불인식'도 사실의 '착오'에 포함되는 것으로 이해하는 이견이 있다.[97] 즉, 구성요건적 착오의 대상인 구성요건요소에는 위법행위의 定型을 나타내는 표지(Merkmal)로서 객관적으로 존재하는 사실적 표지와 일정한 가치판단을 함유하는 규범적 표지도 있다는 것이다. 따라서 구성요건적 착오에는 구성요건단계에서 발생하는 착오의 전체를 가리키지만, 사실의 착오는 구성요건적 착오 중 일부분만을 지칭하는 것이라 한다.[98]

그러나 먼저, 구성요건의 착오에 "죄의 성립요소인 사실"의 '불인식'상황을 포함시킨 것은 우리형법의 규정태도와 일치하지 않는다는 위의 "사실의 착오의 의미와 개념 정의"에 대한 검토가 그대로 타당할 것이다. 요컨대, 구성요건적 착오와 사실의 착오에 대한 용어의미상에 차이를 두는 것은 범죄사정의 착오(Irrtum über Tatumstände)와 금지착오로 구별하는 독일형법학의 수직적 구분에 대응하는 구별이라고 한다.[99] 그럼에도 여기서 유의해야 할 점은, 독일형법 제16조와 제17조의 구분에도 불구하고 학계의 다수는 구성요건적 착오와 위법성의 착오(금지착오)로 이해하고 있으며, 형사실무는 사실의 착오(Tatsachenirrtum)와 금지착오의 구별로 파악하고 있다는 점이다.[100] 이는 형법상의 착오가 한편에서는 사실의 착오 및 비형법적 법률의 착오로, 다른 한편에서는 형법적 법률의 착오로 구별되어 오던 제국법원의 판례입장이 신형법에서 범죄사정의 착오(제16조)와 금지착오(제17조)로 입법화된 것으로 이해할 수 있다.[101] 이러한 통상적 구분에 따르더라도 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오를 해결하는 - 학설의 대립에도 불구하고 -

97) 여기서는 신동운, 앞의 책, 206~207면.
98) 나아가 이 견해에서는 금지착오와 위법성의 착오의 관계에 대해서도 전자는 자기의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하다고 인식하는 행위자의 내적 표상(불법인식)에 대한 착오 즉, 불법이라는 실체를 전제로 하는 개념인데 반하여 위법성의 착오는 객관적으로 위법성이 인정되지만 주관적으로 위법하지 않다고 생각하는 성질자체에 대한 착오라는 점에서 금지착오의 한정된 부분만이라고 한다(신동운, 앞의 책, 199~200면 참조). 이러한 이해에서는 형법상의 착오는 법률규정의 표제어에도 불구하고, '구성요건적 착오'와 '금지착오'라는 용어를 사용하고 있다.
99) 이에 대해서는 성낙현, 앞의 논문, 112~113면 참조.
100) BGHSt 3, 105; 3, 194; 3, 272; BGHSt 31, 264; BGHSt 45, 378 등.
101) Fischer, Strafgesetzbuch § 16 RN. 20 참조.

독일연방대법원은 제한적 책임설의 입장에서 이를 사실의 착오에 해당하는 문제로 판단하고 있다.[102]

위와 같이 간략한 입법사적 비교사실에 기초하면, 오히려 형법 제15조의 '사실의 착오'는 독일형법 제16조의 범죄사정/범죄사실의 착오와 크게 다르지 않으며 이를 '구성요건적 착오'와 굳이 구별해야 할 필요가 있는 것은 아니다. 유기천형법학 착오이론에서도 "형법 제15조와 제16조가 각각 사실의 착오와 법률의 착오를 규정한 뜻도 이런 견지에서 이해하"고 있다. "왜냐하면, 여기서의 사실이란, 구성요건상의 사실만을 의미하기 때문이다."[103]

2. 양면적 착오의 해결방법

1) "사실의 착오"와 "법률의 착오"라는 형법의 표제에도 불구하고, 착오사례를 해결하는 학계의 용어사용은 '구성요건적 착오'와 '위법성의 착오'로 정착되어 왔다. 이에 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오유형은 구성요건적 사실의 착오로서 제15조의 적용대상인지, 아니면 위법성의 인식에 관한 착오로서 제16조에 의하여 해결되어야 하는지가 문제되고 있다.[104] 이런 유형의 착오에 대한 그간 우리 형법학의 해결은 실로 다양한 이론적 성과를 가져 왔다. 그 해결방안으로 제시되는 견해만으로도 고의설과, 소극적 구성요건표지이론, 유추적용설, 법효과전환책임설의 제한책임설 그리고 엄격책임설 등이 주장되어 있다. 학계의 다수는 대체로 고의의 이중적 지위를 인정하고서 제한책임설 중 이른바 법효과전환책임설의 입장을 취하고 있지만, 목적적 범죄체계의 구성요건적 고의를 인정하는 입장에서 엄격책임설의 태도를 견지하는 견해도 만만치 않다.[105] 이에 대해 형사실무는 명예훼손죄에서 적시된 사실의 진실성에 관한 오인사건에서 허위사실을 진실한 사실로 오인하였더라도 "그와 같이 믿은 데에 객관적인 상당한 이유가 있는 경우에는 명예훼손죄의 위법성이 없다"[106]고 판시하여 독자적인 태도를 보이고 있다.

102) Fischer, StGB, § 16 RN. 22 참조. 이와 다른 해결방법으로는 독일형법 제17조의 금지착오로 보는 엄격책임설의 입장과, 변형된 이른바 법효과전환책임설의 해결방법이 있다.

103) 유기천, 총론강의-영인본, 237면.

104) 형법학의 제1세대 학자들의 교재에는 이런 유형의 착오에 대하여 제2세대 학자들의 교재에서 설명하는 정도의 상세한 해결을 찾을 수 없다. 여기서는 특히, 유기천, 앞의 책, 243~245면; 정영석, 앞의 책, 184~190면; 황산덕, 앞의 책, 206~212면 등 참조.

105) 전자의 법효과전환책임설을 지지하는 대표적인 견해로는 신동운, 앞의 책, 431~432면; 임웅, 형법총론, 315면; 엄격책임설을 견지하는 대표적인 학자로는 김성돈, 앞의 책, 396면; 정성근・박광민, 앞의 책, 359면 등이 있다. 그리고 제시된 각 학설의 내용과 주장 및 지지자에 대한 자세한 설명은 김성돈, 앞의 책, 393~397면 참조.

2) 그런데 위법성을 조각시키는 대법원의 태도는 고의조각 또는 책임비난의 감면이라는 형법 제15조 및 제16조의 해석과 관련된 착오이론의 귀결과는 일치할 수 없는 입법론(de lege ferenda)이라고 한다.[107] 그렇지만 여기서는 특히, 명예훼손죄에서 적시된 사실의 진실성에 대한 착오는 통상의 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오와는 다른 특성을 지니고 있다고 본다. 적시된 사실의 진실성은 명예훼손죄의 위법성을 조각하는 객관적인 한 요건일 뿐만 아니라 이미 구성요건단계에서 - 구성요건의 선별기능과 관련하여 - 형법 제307조제1항과 동조 제2항의 해당여부를 판가름해야 하는 사유이기도 하기 때문이다.[108] 외부적 명예를 보호법익을 하는 명예훼손죄에서 형법 제307조제1항과 동조 제2항은 기본구성요건과 가중적 구성요건의 관계에 있고, 제310조에서는 적시된 사실이 진실이며 오로지 공공의 이익에 관한 때는 위법성을 조각시키고 있다. 따라서 명예를 훼손하려고 적시한 사실이 '사실'(Tatsache)인가 또는 '허위'의 사실인가는 구성요건해당성단계의 심사이고, 오로지 공익을 위하여 적시한 사실이 '진실'(Wahrheit)인 때에 위법성이 조각된다. 이처럼 '허위가 아닌' 사실이 '진실한' 사실인 경우에 위법성이 조각되는 것이다.[109]

형법이 진실증명은 위법성을 조각하는 것으로 규정하고 있으므로, 그에 대한 착오는 위법성의 인식에 영향을 미치고 이는 위법성의 착오로써 형법 제16조의 적용을 받아야 할 것이다.[110] 적시된 사실의 진실증명이 위법성단계의 심사라면, 제310조에서 말하는 그 사실의 진실유무는 행위자가 인식한 주관적 진실과는 상관없이 실제로 존재하는 객관적 진실이라야 한다. 비록 객관적 위법성론에서의 객관이 평가대상이 아니라 '평가방법'의 객관성을 의미하는 것이라 하더라도 이는 자명한 사실이다.[111] 위법판단의 객관성을 담보하기 위해서는 행위자의 인식사실에 대해 일반인의 가치판단이 있어야 하며, 일반인의 객관적 판단이라면 행위자가 인식한 진실과 달리 일반인이 진실한 사실로 인식해야 한다. 이처럼 객관적 판단에 따른 제310조의 진실성은 행위자의 인식과 관계없이 존재하는 객관적 진실이다.

106) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결.

107) 손동권, 형법각론, 개정판, 율곡출판사, 2005년 3월, 195~196면.

108) 형법 제307조제1항의 '허위가 아닌' "사실"이 제310조의 "진실한 사실"과 '중첩'하는 경우에 그렇다.

109) 이는 적시된 사실의 진실성이 처벌조각사유로 규정되어 있는 독일형법 제186조(Üble Nachrede)의 경우와 다른 점이다. 독일형법은 적시된 사실이 진실이 아닌 것으로 증명되는 경우에 1년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌하고 있다.

110) 유기천, 각론강의 상-영인본, 141면.

111) 형식적 위법론과 실질적 위법론에 대한 상술은 유기천, 총론강의-영인본, 174~175면 참조.

3) 이러한 전제하에서 행위자가 착오로 인해 허위의 사실을 진실한 사실로 믿고 오로지 공공의 이익을 위하여 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우가 문제인 것이다. 이 경우에도 행위자의 고의(인식사실)와 실제로 발생한 결과(발생사실)가 불일치하기 때문에 착오이론의 일반원칙에 따라 해결되어야 한다.[112] 예컨대, 실제로 허위의 사실을 행위자가 진실한 사실로 오인한 경우(주관적 진실이나 객관적 허위인 경우)는 형법 제307조제1항의 고의로 동조 제2항의 결과를 발생시킨 경우로써 구성요건적 착오에 관한 어느 견해에 의하더라도 제307조제1항이 적용된다고 한다.[113] 반대로 진실한 사실을 허위의 사실로 착오하고 타인의 명예를 훼손한 경우는 즉, 제307조제2항의 고의로 동조 제1항의 결과를 발생시킨 때에는 제307조제1항이 적용된다.[114] 앞의 어느 경우의 착오이든 모두 제307조제1항이 적용되지만, 그러나 그 어느 경우에도 제310조에 해당하여 위법성이 조각되지는 않을 것이다. 전자의 경우에는 위법성조각사유의 객관적 성립요건이 존재하지 않고, 후자의 착오에는 행위자에게 주관적 정당화요소가 인정되지 않을 것이기 때문이다.[115]

그럼에도 여전히 '적시된 사실의 진실성'을 위법성조각사유의 '객관적 요건'에 해당하는 전제사실로 이해하고 그에 대한 착오가 있다고 하는 것은 문제다. 즉, 형법 제307조제1항을 제2항과 대비하여 논리적으로 해석하고 제307조제1항의 적시된 "사실"이 '진실한 사실'임을 강조하며 사실의 진실성에 대한 착오를 위법성조각사유의 '전제사실'에 관한 착오라고 이해한다.[116] 이 문제를 해결함에 있어 드러나는

112) 유기천, 각론강의 상-영인본, 145면; 이재상, 앞의 책, 192면.

113) 구체적 부합설의 입장에서 형법 제307조제1항과 동조 제2항의 관계에 대하여 서로 구성요건을 달리하는 추상적 사실의 착오유형으로 이해하는 경우에는 명예훼손죄에서는 미수범과 과실범의 처벌규정이 없기 때문에 무죄라고 해야 할 것이다. 그런데도 제307조제2항에 해당하지만 제15조제1항이 적용되어 제307조제1항이 성립한다고 한다(이재상, 앞의 책, 193면; 김성돈, 형법각론, 206면 참조).

114) 추상적 부합설의 입장에서 경한 범죄(제307조제1항)의 기수와 중한 범죄(제307조제2항)의 미수의 상상적 경합이 인정된다고 하더라도 "명예에 관한 죄"에서는 미수범처벌규정이 없으므로 제307조제1항만이 성립한다. 그러나 법정적 부합설의 입장에서 제307조제1항과 제2항의 관계에 대해 서로 구성요건을 달리하는 '추상적 사실'의 착오유형으로 이해하는 경우에는 명예훼손죄에서는 미수범과 과실범의 처벌규정이 없기 때문에 무죄라고 해야 할 것이지만, 그 중 '죄질부합설'에 입각하여 제307조제1항과 동조 제2항의 관계에 대해 - 구성요건의 동질성을 근거로 - '구체적 사실'의 착오유형으로 분류하는 때는 제307조제1항의 고의·기수책임을 인정할 수 있다(임웅, 형법각론, 206면).

115) 김성돈, 형법총론, 396면. 결국, 위법성조각을 인정하는 형사실무의 태도는 어떤 논거에 의하든 범죄체계론적 관점에서 볼 때 형법의 해석론과는 일치하기 곤란하다고 하겠다. 이와 달리 대법원판례의 입장을 지지하는 견해로는 김재봉, "형법 제310조와 의무합치적 심사", 형사판례연구[8], 박영사, 2000년 6월, 202면 이하, 특히 226면: 허용된 위험사상에 근거한 의무합치적 심사; 임웅, 앞의 책, 204면: 제310조의 특별한 주관적 정당화요소로서 사실의 진실여부에 관한 성실한 검토의무·확인의무.

예컨대, 허위의 사실을 진실한 사실로 오인한 행위자에게 '輕信'이 있는 경우, 제한적 책임설에 의하면 처벌할 수 없는 처벌의 부당한 공백을 메우기 위하여 이제는 제310조의 성립에 필요한 '특별한 주관적 정당화요소'로서 '성실한 검토의무'를 추가적으로 요구하고 이를 '허용된 위험의 법리'에 의해 판단해야 한다는 입장이 그것이다.[117]

이에 대해서는 먼저, 구성요건해당성의 판단에서 이미 '논리해석'에 의해 제307조제1항의 적용대상이 진실한 사실이라고 한다면 그에 대한 착오를 구성요건적 착오로 유형화하지 않고 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 문제로 해결하는지가 의문이다.[118] 다음으로 허위의 사실을 진실한 사실로 오인함에 輕信이 있는 착오자를 처벌하기 위하여 위법성조각사유의 객관적 요건의 부존재를 추가적으로 요구된 '특수한 주관적 정당화요소'의 부존재라는 주관적 성립요건의 결여로 치환함으로써 행위자에게 위법성을 긍정하는 우회적인 이론구성에는 문제가 있다고 하겠다. 오히려 사실의 진실성을 오인한 행위자에 대해서는 객관적 성립요건의 결여로 인하여 제310조에 의한 위법성의 조각을 부정하는 것이 간명한 이론구성이다.[119]

요컨대, 형법 제310조가 말하는 "진실"과 제307조제1항에서 의미하는 "사실"의 차이는 무엇인지 그 의미하는 바를 분명히 해야 한다. 그 요체는 제307조제1항과 동조 제2항의 구성요건을 선별함에 '진실한 사실'과 '허위의 사실'로 구분할 것인지 아니면, 여기서처럼 제307조제1항의 '사실', 제307조제2항의 '허위의 사실'로 구분하고 제307조제1항의 "사실"은 '허위가 아닌 사실'을 의미하는 것으로 이해하는가의 차이이다. 형법은 제307조제1항의 적시된 "사실"이 '진실'이고, 공익성이 있는 경우에 위법성이 조각된다고 제310조에 규정하고 있다.[120]

116) 여기서는 특히 임웅, 형법각론, 196면; 동, 형법총론, 308면.

117) 임웅, 형법총론, 194~195면; 동, 형법각론, 202~203면. 이러한 태도는 피고인에게 불리한 유추해석으로 허용되지 않지만 입법론으로는 바람직한 개정방향이라고 하는 견해로는 이희경, "사이버명예훼손죄의 위법성조각사유에 대한 검토", 성균관법학 제22권제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010년 12월, 314면.

118) 半步讓步하여 형법 제307조제1항의 "사실"이 동조 제2항과의 對比에서 '허위가 아닌' 사실이고, 이 후자의 사실에 제310조에서 의미하는 "진실한 사실"이 포함되는 것으로 보더라도 적시된 사실의 진실성에 대한 착오는 단지 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오만이 아니라 구성요건적 착오와 重合하는, - 이를 구성요건적 착오로 취급할 것인지 아니면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오로 보아 이론적으로 해결할 것인지는 별론으로 하더라도 - 이른바 '중첩적 착오'라고 해야 할 것이다.

119) 이러한 이론적 구상은 적시된 사실의 진실성에 대한 착오사례를 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있는 형사실무의 태도에 대해 이론적 기초토대를 제공할 수 있을 것으로 기대한다. 이에 대한 집중인 이론적 분석은 이른바 '중첩적 착오'문제와 해명과 함께 다음 기회의 연구로서 제시하겠다.

Ⅴ. 결 론

행위자의 인식사실과 현실의 발생사실이 불일치하는 경우, 행위자에게 어떤 죄책을 부과할 것인가라는 사실의 착오문제를 해결하는 형법학계의 논의는 구성요건착오라는 법형상의 개념설명과 착오유형을 분류하는 기준설정에서부터 일치되어 있지 않다. 여기서는 구성요건적 착오의 문제적 상황에 직면하여 착오이론의 닥친 혼란을 종결시키고, 형법총론의 이론적인 귀결이 더 이상 각론에서의 해결과 불일치하지 않도록 유기천형법학 착오이론을 중심으로 몇몇 문제영역을 재검토하였다. 형법총론의 서술은 형법학의 '학문적 이론을 전개'보다는 현행법의 충실한 소개와 관련 이론을 간략하게 언급하는 '현행법의 정확한 해석'에 정향되어야 함을 유기천형법학은 강조한다. 형법학 각론강의에서는 특히 '총론과 각론의 입체적 운영을 시도함'으로써 '형법체계의 종합적 이해'를 위한 노력을 강조하고 있다. 이러한 형법학연구의 순서 및 각론의 의미체계에 대한 월송 선생의 분석은 착오이론의 난맥상 해결에도 시사점이 있다고 판단했기 때문이다. 여기서는 먼저 사실의 착오유형의 구분에 관한 사소한 구분기준의 설명차이가 형법학의 착오이론에 불어온 커다란 소용돌이의 발원지였다고 진단하였고, 그 해결의 실마리는 구성요건적 착오를 구체적 사실의 착오와 추상적 사실의 착오유형으로 이분하는 기준을 '죄질'이라는 구성요건의 동질성에서 가져오는 유기천형법학 착오이론의 설명에서 찾았다.

이상의 검토를 간략하게 요약하면 다음과 같이 정리된다. 먼저 형법의 규정형식을 따르면, "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한", '불인식'에 해당하는 고의·과실의 문제영역(제13조, 제14조)과, 범죄사실을 인식하였으나 발생사실과 '불일치'하는 착오의 문제영역(제15조)은 엄연히 구분되어야 한다. 이처럼 고의·과실의 영역과 착오의 문제영역을 구분하는 기존의 체계분석방법에서는 형법 제15조제1항을 구성요건적 착오에 관한 '일반규정'으로 이해한다. 형법 제15조의 '사실의 착오'는 이를 '구성요건적 착오'와 굳이 구별해야 할 필요가 있는 것은 아니다. 왜냐하면, 여기서의 사실이란, 구성요건상의 사실만을 의미하기 때문이다.

형법 제15조제1항을 구성요건적 착오에 관한 '일반규정'으로 이해하더라도 행위자의 인식과 발생이 불일치하는 '모든' 경우에 적용되는 것은 아니다. 인식사실과

120) 이희경, 앞의 논문, 313면. 그러나 형사실무에서는 적시된 사실에 다소 과장이 있거나 그 세부에 있어서 진실과 불합치하더라도 중요한 부분이 진실과 합치되는 경우에는 무방하다고 한다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3594 판결).

발생사실의 불일치의 범주를 고려하지 않고 그와 같이 파악하는 것은 죄질부합설과 구성요건부합설의 차이를 도외시한데서 연유하는 법정적 부합설의 내용에 대한 오해다. 유기천형법학 착오이론에서는 제15조제1항은 인식과 발생이 다른 종류의 범죄에 속할 때에는 적용할 것이 아니라 죄질을 같이 하는 범죄에 대해서만 적용한다고 명시하고 있다. 즉, 제15조제1항적용의 외연은 - 구체적 부합설의 설명처럼 - 동종의 범죄간에 형의 가감이 있는 기본구성요건과 파생적 구성요건관계에만 확장되는 것이 아니라 인식사실과 발생사실이 서로 다른 구성요건이더라도 범죄의 성질을 같이 하는 경우에는 적용된다는 것이다. 예컨대, 절도죄와 점유이탈물횡령죄간에도 구성요건의 동질성을 인정하여 행위자에게는 점유이탈물횡령죄의 고의기수의 죄책을 물을 수 있었다.

그렇지만 상이한 구성요건간의 불일치를 무시하고 범죄의 성질을 기준으로 구체적 사실의 착오유형으로 분류하는 죄질부합설에도 내재적 한계가 있다고 하였다. 이는 구성요건의 실질을 중시하더라도 그 형식적 측면을 완전히 무시할 수는 없다는 말이다. 예컨대, 형법 제314조의 고의로 제136조를 실현한 경우에도 1995년 12월 형법 개정이전과 같이 '공무'와 사적인 '업무'의 이분법적인 단순분류에 따라 택일적 방법으로 각 범죄의 성립여부를 문제 삼을 것이 아니라 오히려 각 행위의 주체와 행위태양 나아가 보호법익인 공무와 업무의 구별 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다. 이 경우 행위자의 착오가 공무원이 집행하는 '직무의 적법성'에 대한 착오인지 아니면 업무자체의 성질에 관한 착오인지를 선결해야 하며 업무의 성질에 대한 착오라면, 유기천형법학 착오이론에 따라 구체적 사실의 착오유형으로 분류할 여지가 있다. 하지만 유의해야 할 현행형법의 규정형식은 개인적 법익범죄에서 업무방해의 미수를 인정하지 않으며, 국가적 법익범죄에서 공무집행방해의 미수범처벌규정도 두고 있지 않다는 사실이다.

다음으로 집행되는 공무의 적법성에 대한 착오 즉, 행위자가 공무원의 직무집행을 위법이라고 착각하고 방해를 한 경우는 결국 자기행위의 합법성에 대한 오인으로 위법성의 인식에 착오가 있는 형법 제16조(법률의 착오)의 문제로 귀착하게 된다. 이러한 결론은 - 결과적으로는 엄격책임설의 입장에서 - 타당한 해결방법이 되었지만, 그 해결과정에 있어서는 논의의 보충이 필요하였다. 제136조의 '집행되는 공무의 적법성에 대한 착오'는 제307조의 '적시된 사실의 진실성에 대한 착오'와 유사한 착오이론의 논리구조를 가지고 있어 여기서는 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오문제로 취급하였다. 이에 대해서는 제15조의 적용대상인지,

아니면 제16조에 의해 해결하는지가 문제되고 있지만, 제307조의 구성요건해당성의 판단에서 '논리해석'에 의하여 제1항의 적용대상이 '진실한 사실'로 정했다면 적시된 사실의 진실성에 대한 착오를 구성요건적 착오로 취급하지 않고 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오문제로 해결하는 것은 문제가 있다고 본다. 반보양보하여 제307조제1항의 "사실"이 제2항과의 對比에서 '허위가 아닌' 사실이고, 이 후자의 사실에 제310조에서 의미하는 "진실한 사실"이 포함되는 것으로 보더라도 적시된 사실의 진실성에 대한 착오는 단지 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오만이 아니라 구성요건적 착오와 重合하는, - 이를 구성요건적 착오로 취급할 것인지 아니면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오로 보아 이론적으로 해결할 것인지는 별론으로 하더라도 - 이른바 '중첩적 착오'라고 해야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

이 경 렬

형법 제15조 제1항, 유기천 형법학, 사실의 착오, 구성요건적 착오, 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오, 구체적 사실의 착오

【참 고 문 헌】

김성돈, 형법각론, 제3판, SKKUP, 2013년 9월.

김성돈, 형법총론, 제3판, SKKUP, 2014년 3월.

김성룡, "착오론에서의 해석론의 착오", 비교형사법연구 제4권제2호, 한국비교형사법학회, 2002년 12월, 135면 이하.

김영환, "형법상 방법의 착오의 문제점", 형사판례연구 [1], 박영사, 1993년 7월, 13면 이하.

김일수, 형법학원론[총론강의], 박영사, 1988년 8월.

김재봉, "형법 제310조와 의무합치적 심사", 형사판례연구 [8], 박영사, 2000년 6월, 202면 이하.

김종원, 형법각론, 상권, 3정판, 법문사, 1973년 2월

문채규, "형법 제15조제1항에 대한 새로운 해석의 시도", 형사법연구 제16호, 2001년 12월, 19면 이하.

박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008년 2월.

박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012년 3월.

배종대, 형법각론, 제8전정판, 홍문사, 2013년 2월.

배종대, 형법총론, 제11판, 홍문사, 2013년 2월.

성낙현, "고의인정여부에 따른 착오의 구분", 비교형사법연구 제4권제2호, 한국비교형사법학회, 2002년 12월, 107면 이하.

손동권, 형법각론, 개정판, 율곡출판사, 2005년 3월.

손동권, 형법총론, 제2개정판, 율곡출판사, 2005년 8월.

신동운, 형법총론, 제6판, 법문사, 2011년 9월.

오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009년 3월.

오영근, 형법총론, 제2판(보정판), 박영사, 2012년 3월.

유기천, 개정 형법학(총론강의)-영인본, 법문사, 2011년 4월.

유기천, 전정신판 형법학(각론강의 상)-영인본, 법문사, 2012년 2월.

유기천, 전정신판 형법학(각론강의 하)-영인본, 법문사, 2012년 2월.

유기천, 형법학(총론강의), 개고9판, 일조각, 1978년 2월.

유훈, "유기천교수의 형법학각론을 내면서", 유기천, 전정신판 형법학(각론강의 상)-영인본, 법문사, 2012년 2월, i면 이하.

유훈, “유기천교수의 형법학총론을 내면서”, 유기천, 개정 형법학(총론강의)-영인본, 법문사, 2011년 4월, i면 이하.
이건호, 형법학개론, 고대출판부, 1964년.
이건호, 형법강의(총론), 일조각, 1956년 5월.
이재상, 형법각론, 제9판, 박영사, 2013년 7월.
이재상, 형법총론, 박영사, 1986년 8월.
이재상, 형법총론, 제7판, 박영사, 2011년 5월.
이형국, 형법총론연구 I; II, 법문사, 1984년 4월; 1986년 5월.
이형국, 형법총론, 법문사, 1990년 4월.
이희경, “사이버명예훼손죄의 위법성조각사유에 대한 검토”, 성균관법학 제22권제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010년 12월, 295면 이하.
임웅, 형법각론, 개정판보정, 법문사, 2008년 3월.
임웅, 형법총론, 개정판제2보정, 법문사, 2008년 11월.
정성근, “방법의 착오에 관한 최근의 논의”, 성균관법학 제13권제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2001년 4월, 7면 이하.
정성근, 형법총론, 법지사, 1983년 11월.
정성근·박광민, 형법각론, 제4판, 삼영사, 2011년 8월.
정성근·박광민, 형법총론, 전정판, SKKUP, 2012년 11월.
정영석, 형법각론, 제4전정판, 법문사, 1978년 3월.
정영석, 형법총론, 三中堂, 1961년 4월.
정영석, 형법총론, 제4전정판, 법문사, 1978년 3월.
정영일, 형법각론, 개정판, 박영사, 2008년 1월.
황산덕, 형법총론, 제6정판, 방문사, 1980년 1월.
Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 56. Aufl., C. H. Beck, 2009.
Dölling/Duttge/Rössner[Hrsg.]: Handkommentar-Gesamtes Strafrecht (HK-GS/Bearbeiter), 3. Aufl., Nomos, 2013.
Kühl, Kristian: Strafrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Vahlen, 2000.
Roxin, Claus: Strafrecht AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006.
Schönke/Schröder-Bearbeiter, Strafgesetzbuch-Kommentar, 27. Aufl., C. H. Beck, 2006.
Schroth, Ulich: Vorsatz und Irrtum, C. H. Beck, 1998.

Abstract

Irrtum über Tatumstände und seine Abgrenzung im § 15 I des KorStGB

Lee, Kyung-Lyul

Das subjektive Merkmal des Tatbestandes ist immer der Vorsatz in Bezug auf jedes einzelne objektive Tatbestandsmerkmal. Der Vorsatz ist sowohl durch eine kognitive Wissens- als auch eine voluntative Wollenskomponente ausgezeichnet. Zu beachten ist jedoch, daß das Wissen der Tatumstände immer die Voraussetzung für das Wollen der Tat ist.

Nur wenn feststeht, daß der Täter mit Wissen und Wollen in Bezug auf alle objektiven Tatumstände gehandelt hat, kann man den Vorsatz bejahen. Scheitert der Vorsatz an der Wissens- oder Wollenskomponente, so entfällt der Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Begehung des entsprechenden Delikts. Ausnahmsweis kann der Täter wegen entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikts bestraft werden, wenn dies im StGB ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. §§ 13, 14 des KorStGB).

Der Tatbestandsirrtum nach § 15 I des KorStGB stellt die Kehrseite des Wissenselementes des Vorsatzes dar: die Fehlvorstellung von Tatumständen. Um die Folge von Nicht-Bestrafen des schweren Vorsatzsdelikts gem. § 15 I zu erreichen, muß diese Fehlvorstellung sich nur auf einen relevanten Tatumstand beziehen. Vorsätzliches Handeln darf somit schon dann bejaht werden, wenn das, was objektiv geschehen ist, in seiner tatbestandlichen Gleichwertigkeit mit dem übereinstimmt, was im Augenblick der Handlung vom Täter in Kauf genommen wurde. Die Behandlung des Tatbestandsirrtums ist aber im Schrifttum umstritten. Um

genügende Erklärung über die Strafbarkeit des Irrtümers abzugeben, teilt die herrschende Meinung die Gattung und Art des Tatbestandsirrtums in Klasse ein: sowohl die Form des konkreten Tatsachenirrtums und die des abstrakten Tatsachenirrtums als auch den Irrtum über Handlungsobjekt (error in persona vel in obiecto), das Fehlgehen der Tat (aberratio ictus) und den Irrtum über den Kausalverlauf.

Beim error in persona vel in obiecto irrt der Täter sich über sein Tatobjekt. Die tatbestandliche Gleichwertigkeit der Tatobjekte führt dazu, daß der Täter sich bei solchem Irrtumsfall nicht über einen wesentlichen objektiven Tatumstand irrt. Daher ist die Tatobjektsverwechslung für die Strafbarkeit des Irrenden ohne Bedeutung. Bei der aberratio ictus tritt der Verletzungerfolge an einem anderen Objekt als demjenigen ein, welches im maßgegebenden Vorsatzzeitpunkt das Ziel der Ausführungshandlung bildet. Nach der Konkretisierungstheorie kommt in diesem Fall bei Gleichwertikeit wie bei Ungleichwertigkeit der beiden Objekte hinsichtlich der beabsichtigten Tat am Zielobjekt nur Versuch und hinsichtlich der in Wirklichkeit geschehenden Tat nur eine Fahrlässigkeitsdelikt in Betracht. Aber liegt es dagegen die Gleichwertigkeitstheorie, der auch die Rspr. des KorObGH folgt. Sie nimmt wegen der tatbestandlichen Gleichwertigkeit beider Objekte eine vollendete vorsätzliche Tat an, weil der Täter einen anderen (den A) habe töten wollen und den Tod eines anderen (des B) auch bewirkt habe. Sie zieht nur die mit der konkrekten Objektsvorstellung zwangsläuflig verbundene Gattungsvorstellung zur maßgebenden Entscheidungsgrundlage in Betracht. Nach der Gleichwertigkeitstheorie wird infolgedessen zwischen error in obiecto und aberratio ictus kein grundsätzlicher Unterschied gemacht: der Vorsatz des Täters müsse sich nur auf die im gesetzlichen Tatbestand umschriebenen Merkmale beziehen. Dieser Erfolg hat auch für einen Irrtum über Tatbestands-Varianten unter der Einschränkung des § 15 I des KorStGB in Bedeutung. Diese Vorschrift wird so geschrieben: wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht erkennt, der zum schweren Delikt gehört, kann

wegen vorsätzlicher Begehung nicht nach dem schweren Delikt bestaft werden.

Lee, Kyung-Lyul

§ 15 I des KorStGB, Strafrechtswissenschaft von Paul K. Ryu, Tatsachenirrtum, Tatbestandsirrtum, Irrtum über unrechtausschließende Umstände, Irrtum über Tatbestands-Varianten

학교폭력 대응정책에서 소년사법의 역할에 관한 연구*

강 지 명**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 학교폭력대응정책의 현황과 문제점
1. '학교폭력예방 및 대책에 관한 법률'의 정체성분석
2. 학교폭력대응책의 문제점과 소년사법의 역할
3. 학교폭력 피해학생의 보호와 지원 문제와 소년사법의 역할
Ⅲ. 학교폭력대응책에서 소년사법의 역할 변화
1. 소년사법의 소년피해자보호 역할강화
2. 분쟁조정과 또래조정의 활성화를 통한 소년사법과의 연계
3. 회복적 사법프로그램과의 연계를 통한 소년사법의 역할 변화
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

학교폭력에 대해서는 사법기관의 개입보다는 교육기관에 의한 개입을 우선시하고 있으며 이는 형벌의 최후수단성과도 맥락을 같이 한다. 그런데 학교폭력 가해자에 대한 엄벌정책도 교육기관의 역할이 되면서 학교폭력사안의 학교생활기록부 기재라는 결과를 나타났다. 가해학생징계조치는 가해행위와 징계조치를 법률에 명확하게 규정해야할 만큼 단순한 교육적 조치를 넘어섰으며, 학교생활기록부기재는 학교폭력으로 인한 징계조치가 더 이상 성장기의 따끔한 훈육이 아니라 낙인을 통한 기관통제임를 나타내고 있다. 가해학생에 대한 징계조치와 학교폭력가해사실 생활기록부 기재를 통한 인권침해과정을 더 이상 그대로 지켜볼 수만은 없는 상황이다.

이러한 가해학생 인권침해가 사법장치의 부재나 미흡함에서 빚어지는 문제는 아니다. 소년사법은 소년법상 소년보호사건처리절차를 통해서, 형벌의 최후수단성을

* 이 논문 또는 저서는 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2013S1A5B5A07049375)
** 세명대학교 강사, 법학박사.

실현하면서도 소년의 반사회적 행위에 대한 개입장치를 마련하고 있다. 소년사법의 취지에 맞는 체계의 단계적 적용은 '교육기관의 교육적 조치=>소년보호처분=>소년형사처분'이지만 학교폭력 엄벌화 정책을 교육기관의 교육조치에 반영함으로 인해서 이 단계는 무너지고 있다. 즉, 소년보호처분을 적용할 여지가 줄어들고 있는 것이다. 대부분의 소년보호처분이 소년의 건전한 육성을 위한 교육적 처분임을 감안한다면 교육기관의 징계강화는 소년보호처분과 유사성을 띨 수밖에 없다. 현실적으로 징계처분의 '사회봉사와 특별교육이수'가 이를 나타낸다. 학교폭력대응정책에서 가해소년과 관련하여 소년사법의 역할을 재정비가 필요하다는 관점과 학생 피해자와 비학생 피해자에 대한 보호와 지원의 형평성 문제도 극복해야한다는 관점에서 본 논문은 출발하였다.

가벌체계나 피해보호체계를 따로 마련할 필요성과 교육기관과 연계의 필요성이라는 특수성도 형사정책적 개별적 접근이 필요하다는 관점에서 소년사법의 개입범위의 변화도 제안되었다. 가해소년의 건전한 육성을 목적으로 하고 있는 소년사법적 개입의 대상을 피해소년에게까지 확대적용하는 것이 필요하다. 그리고 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 분쟁조정이 나아가야할 방향으로 회복적 사법을 제안하고, '분쟁조정, 또래조정, 화해권고, 형사조정'이 회복적 사법프로그램으로 운영되어 소년사법과 연계될 필요성이 있음을 제안하였다. 그리고 이때의 연계가 소년사법의 역할을 어떻게 변화시키게 되는지에 대해서 제시하였다.

Ⅰ. 서론

학교폭력사안의 국가개입은 '가해학생에 대한 징계, 피해학생에 대한 보호와 지원, 가해자에 대한 형사처벌'의 세가지 형태로 이루어지고 있다. 가해학생 징계와 피해학생 보호와 지원은 '학교폭력예방 및 대책에 관한 법률'에 의해 교육기관이 담당하고 있고 학교폭력 가해자[1]에 대한 형사처벌은 '소년법'에 의해 사법기관이 담당하고 있다. 학교폭력에 대해서는 사법기관의 개입보다는 교육기관에 의한 개입을 우선시하고 있으며 이는 형벌의 최후수단성과도 맥락을 같이 한다. 그래서 '학교폭력예방 및 대책에 관한 법률에는 학교폭력과 관련된 모든 내용을 담고 있어야한다'는 인식이 반영되어 학교폭력정책 발표시마다 개정작업이 이루어졌다. 그런데 학교폭력 가해자에 대한 엄벌화 정책도 '학교폭력예방 및 대책에 관한 법률' 상의 가해행위 명확화를 통한 징계조치 강화를 가져왔다. 일선학교에서는 학교폭력사안에 대한 생활기록부 기재라는 결과도 가져왔다. 징계조치에는 죄형법정주의 이념을, 생활기록부에는 전과기록을 적용한 것이라고 할 수 있다. 가해학생징계조치는 가해행위와 징계조치를 법률에 명확하게 규정해야할 만큼 단순한 교육적 조치를 넘어섰다는 것을 알 수 있으며, 생활기록부기재는 학교폭력으로 인한 징계조치가 더 이상 성장기의 따끔한 훈육이 아니라 낙인을 통한 기관통제임를 나타내고 있다. 형벌의 최후수단성의 이면에는 인권보장이 자리잡고 있지만 현행 징계조치와 낙인과정에서는 가해학생의 인권이 전혀 고려되지 않고 있다. 가해학생에 대한 징계조치와 학교폭력가해사실 생활기록부 기재를 통한 인권침해과정을 더 이상 그대로 지켜볼 수만은 없는 상황이다.

교육기관의 징계조치의 강화가 사법장치의 부재나 미흡함에서 빚어지는 문제는 아니다. 소년사법은 소년법상 소년보호사건처리절차를 통해서, 형벌의 최후수단성을 실현하면서도 소년의 반사회적 행위에 대한 조기개입장치를 마련하고 있다. 기존 체계의 단계적 적용은 '교육기관의 교육적 조치=>소년보호처분=> 소년형사처분'이다. 그러나 학교폭력 엄벌화 정책을 교육기관의 교육조치에 반영함으로 인해서 이 단계는 무너지고 있다. 즉, 소년보호처분을 적용할 여지가 줄어들고 있는 것

1) 피해자가 학생이면 학교폭력에 해당하므로 학교폭력 가해자의 범위는 학생에 한정되지 않는다. (학교폭력예방 및 대책에 관한법률 제2조(정의) "학교폭력"은 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위이다.)

이다. 대부분의 소년보호처분이 소년의 건전한 육성을 위한 교육적 처분임을 감안한다면 교육기관의 징계강화는 소년보호처분과 유사성을 띨 수밖에 없으며, 현실적으로 징계처분의 '사회봉사와 특별교육이수'가 이를 나타낸다. 학교폭력 사안에 대한 소년사법의 역할을 명확하게 할 필요가 있는 것이다. 형벌의 최후수단성을 실현할 장치인 소년보호사건 처리절차를 어떻게 어느 단계에서 적용할 것인가에 대한 재정비가 필요한 시점이다.

따라서 본 논문에서는 먼저, 학교폭력을 특정유형범죄로서 형사정책적 시각으로 재조명할 필요성이 있음을 지적하고자한다. 학교폭력에 대한 형사정책은 특정범죄유형에 대한 다른 형사정책과는 비교될 수 있는데, 예를 들어, 특정범죄유형인 가정폭력이나, 성범죄, 아동학대와 같은 경우에는 '가해자 처벌과 피해자보호'라는 이원적인 형사정책적 접근을 통해서 개인에 대한 국가의 균등한 개입수준을 마련하고 있다. 그러나 학교폭력은 가해자의 신분이나 피해자의 신분이 학생이냐 아니냐에 따라서 차별적인 국가개입이 이루어지고 있는 상황이다. 이것은 단순하게 학교폭력 주관부서의 상이성에서 기인하는 것이 아니라 학교폭력이라는 특정범죄유형을 사법이 개입해야할 형사정책의 대상으로 다루고 있지 않기 때문이다. 학교폭력의 특수성을 감안하여 가벌체계나 피해보호체계를 마련할 필요가 있는 것이다. 또한 특정범죄유형에 대한 엄벌이나 피해의 보호지원의 필요성만이 독립적인 형사정책적 접근을 필요로 하는 것이 아니라, 교육기관과의 연계라는 특수성도 형사정책의 개별적 접근이 필요하다는 측면에서 소년사법의 역할을 조명해보고자 한다. 이때의 형사정책적 접근은 소년보호절차를 포함하여 소년의 건전한 육성을 목적으로 하고 있는 소년사법적 개입을 의미한다.

이를 위해 먼저, '가해자 처벌과 피해자보호'라는 특정범죄유형에 적용하고 있는 이원적 형사정책접근방법으로 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 성격을 분석하여 학교폭력대응정책의 현황과 문제점을 살펴볼 것이다. 그리고 가해소년과 피해소년에 대한 소년사법의 역할을 교육기관이나 사법기관의 개입문제가 아니라 국가의 개입과 지원의 차원에서 살펴볼 것이다. 이를 통해서 학생피해자에 대한 편파적 국가지원이 비학생 아동·청소년피해자와의 형평성 문제를 낳고 있다는 것을 증명한다. 이는 복지지원의 측면에서 해결책을 제시해야하겠지만, 회복적 사법의 요소 도입을 통해서 사법기관에서도 이에 기여할 수 있음을 역설하고자 한다. 이런 측면에서 학교폭력대응책 중 분쟁조정의 실효성 문제 등에 대해서도 살펴볼 것이다. 이러한 과정에서 소년사법은 어떤 방향성을 가지고 학교폭력정책에서 역할

설정을 해야하는지에 관한 고찰이 본 논문의 목적이다.

Ⅱ. 학교폭력대응정책의 현황과 문제점

1. '학교폭력예방 및 대책에 관한 법률'의 정체성분석

학교폭력대응책에 대해서 다수의 기존연구가 있지만, 사법적인 의미의 연구는 주로 소년사법과의 관계에 있어서 '동법의 성격'에 관한 것이다. 교육기관에 의한 징계가 사법적인 의미를 지닐 수 없지만 동법상 규정된 학교폭력의 행위 중에 형법상의 범죄행위가 아닌 것을 찾기는 쉽지 않기 때문에 사법과의 명확한 관계설정이 사법적 의미에서의 중요한 연구내용이다.[2] 동법의 성격은 징계법, 특별법, 조정법 등으로 해석되고 있으며, 이중에서 학교의 징계법이라는 시각이 다수이다.[3]

2004년 제정당시 동법은 가해행위중심의 학교폭력정의의 개념설정이 아니라 성희롱의 경우와 같이 피해자중심적인 개념정의방법을 채택하고 있었다. 가해자의 고의보다는 피해자의 성적 수치심이 판단기준이 되어 직장내 징계가 이루어지는

2) 학교폭력예방및대책에관한 법률. 제2조 1. "학교폭력"이란 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다.
1의2. "따돌림"이란 학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.
1의3. "사이버 따돌림"이란 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.

3) 가해학생에 대한 징계에 대한 규정을 담고 있기 때문에 일반적으로 징계법으로 해석되고 있다. (박찬걸, 학교폭력대책법에 대한 비판적 검토, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010, 97쪽, 이승현, 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012, 161쪽, 이진국, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안, 입법정책 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007, 105쪽, 정현미 학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012, 251쪽, 조상제, 학교폭력과 회복적 사법, 안암법학 제41권, 안암법학회 2013, 333쪽) 그러나 형사법에 대해서 특별법의 지위를 가진다고 해석되기도 한다. (오경식, 학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009, 182쪽) 그리고 징계법도 특별법도 아닌 조정법적인 성격을 지닌다는 해석도 있다. (김혜경, 학교폭력에 대한 형사법적 접근의 제한, 형사정책연구 제24권 제4호, 2013, 한국형사정책연구원, 260쪽) 학교폭력예방법이 명시적으로 조정법이라고 규정되지는 않았으나 학교폭력 분쟁조정을 회복적 사법의 접근을 통해서 해석해야한다는 연구들(김은경외, 21세기 소년사법 개혁의 방향과 과제(Ⅰ) 제1부 청소년 비행 및 소년사법정책 현황분석, 제2부 새로운 대응방안으로서 회복적 사법의 실제와 전망-회합실험연구를 중심으로-, 제3부 대안의 모색, 한국형사정책연구원, 2007~2009, 이진국, 전게논문, 105이하)도 있다.

성희롱의 경우와 같이 '피해자의 의사에 반하는 행위를 하거나 하게하는 행위'도 학교폭력의 개념에 해당하였다. 그러나 가해학생에 대한 엄벌정책을 사법절차가 아니라 동법률에 반영하기 시작하면서, 비사법적 교내 징계법으로의 정체성에 혼란을 야기하는 정책과 법개정이 이어졌다.

2011년 겨울에 발생한 일련의 학교폭력으로 인한 자살사건[4]은 학교폭력근절대책[5]이라는 강력한 국가 정책발표를 낳았고, 학교폭력관련 내용을 학생생활기록부에 기재하는 정책을 추진하기에 이른다. 이를 위해서 학교폭력 행위 규정의 명확화가 점점 중요해졌고 이 과정에서 학교폭력의 개념정의에 죄형법정주의가 언급되기에 까지 이르렀다.[6] 현재는 시행하지 않지만, 2012년 2월 6일의 학교폭력근절대책에는 학교폭력으로 인한 소년법상의 보호처분까지 학교생활기록부에 기재하라는 교육부 훈령이 포함되어 논란이 되기도 했다. 소년법상의 보호처분은 판사의 허락하에서 열람하거나 등사할 수 있는데, 교육과학기술부는 학교생활기록부에 기재하겠다는 정책을 발표한 것이었다.

(1) 2004년 제정 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률

동법률에 규정된 가해학생은 가해자 중에서 학교폭력을 행사하거나 그 행위에 가담한 학생이고 피해학생은 학교폭력으로 인하여 피해를 입은 학생이다. 따라서 학교폭력 피해자는 학교폭력의 개념에 의해 규정된다.

2004년 제정당시 동법률상의 학교폭력 개념은 '학교내외에서 학생 간에 발생한 폭행·협박·따돌림 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위'였다. 제정당시 시행령에 의하면 제2조에 정의된 학

4) YTN 『한나라당, 대전 여고생 자살 사건 현장조사』 기사입력 2011-12-30 11:57 http://www.ytn.co.kr/_ln/0101_201112301157247581(2014년 8월10일 방문)
연합뉴스 『대전서 같은 반 여고생 잇단 투신··학교 '패닉'』기사입력 2012-01-17 01:21 http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=etc&oid=001&aid=0005470554(2014년 8월 10일 방문)
연합뉴스 『자살 중학생 母 "용서하려고 매일 기도한다"』기사입력 2011-12-27 19:08 | 최종수정 2011-12-27 19:25(2014년8월10일방문)
머니투데이 뉴스『광주 자살 중학생 가해 학생 전원 사법처리한다』입력 : 2012.01.05 16:07 http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012010515518234150&outlink=1(2014년8월10일방문)

5) 2012년 2월 6일 '학교폭력근절 범정부대책'을 김황식국무총리가 발표하였고 이후 2013년 7월 '현장중심의 학교폭력 대책'이 발표되었다.

6) 2008년 개정동법률상 학교폭력 개념규정의 변화를 '죄형법정주의에 위반 가능성을 제거하였다(이종근, 학교폭력의 원인과 대응방안에 관한 연구, 동아법학 제61호, 4쪽)'고 해석하는 형사법학자가 나타나기에 이르렀다.

교폭력의 종류에는 '상해·폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 추행, 명예훼손·모욕, 공갈, 재물손괴 및 집단 따돌림 그 밖에 피해자의 의사에 반하는 행위를 가하거나 하게 한 행위'라고 규정되었다. 그래서 학교폭력의 개념에는 피해자와 가해자가 모두 '학생'인 경우만 포함되었다. 학생의 범위는 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 초등학교·중학교·고등학교 및 각종학교와 동법 제61조의 규정에 따라 운영하는 학교이므로 적용연령의 하한은 조기입학한 만6세가 포함되는 해의 만5세이며, 상한은 제한이 없다고 할 수 있다.[7)]

학교폭력에 '피해자의 의사 반하는 행위'가 포함되어 있어, 제정동법률에서의 학교폭력은 범죄개념으로서 규정된 행위라고 해석할 수는 없다. 이것은 학교폭력의 정의개념 설정의 목적이 가해행위의 규정을 통한 징계나 처벌이 아니었기 때문으로 해석된다. 동법률은 제정당시 가해자에 대한 명확한 징계보다는 학교폭력의 피해자에 초점를 두고 '피해자가 싫어하는 행위를 하는 것을 학교폭력'으로 규정하여 예방하고 이에 대한 대책을 마련하고자 했다고 해석가능하다. 다시말해서 '학교폭력'의 정의 개념에 형법상의 범죄에 해당하는 행위를 숱하게 규정하고 있으면서도 범죄자인 가해학생에 대한 징계가 보다는 피해자의 보호와 지원에 무게중심을 두었기 때문에 '피해학생의 의사에 반하는 행위'라는 문구를 통해서 피해자의 의사를 학교폭력의 정의 개념에 담을 수 있었던 것으로 해석된다.

이러한 피해자 중심적 학교폭력개념정의는 가해자와 피해자의 갈등을 내포할 수 있었고 이에 대한 의견차이를 조정할 수 있는 분쟁조정제도가 동법에 마련되었다. 그러나 일선에서는 합의서작성을 위한 조정제도 정도로 이용되고 있다. 분쟁조정이 가·피해학생간 갈등해소의 장으로서 기능을 하지 못하는 사이에 학교폭력 문제는 교육기관인 학교에서는 더 이상 다룰 수 없는 형사사건이라는 일면만이 부각되기에 이른다.

(2) 2008년 법률개정

2008년 3월 14일 전부개정[법률제8887호]과정에서 '피해자의 의사에 반하는 행위'라는 문구는 삭제되었다. 동법률은 성범죄와 사이버세계에 대한 행위규정을 하는 등, 보다 명확하고 넓게 학교폭력행위를 규정하게 되었다. 동법률의 개정을 통해서 분석할 수 있는 것은 학교폭력대응책이 '피해학생 중심의 학교폭력규정과 갈

7) 초·중등 교육법상의 학교에는 방송통신고등학교도 포함되기 때문에 법적으로는 상한 연령이 없다. 또한 입학연령상한은 학교장의 재량에 달려있다.

등해결'에서 '가해행위 명확화를 통한 학교폭력 통제'로 그 무게중심을 옮겼다는 것이다. 동개정법률에서 규정한 "학교폭력"이란 학교 내외에서 학생 간에 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요 및 성폭력, 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다. 학교폭력의 범주에 성폭력이 추가되었으며, '정보통신망'을 이용한 행위라는 규정을 통해서 사이버세계에서의 폭력행위도 포함되었다.

가해학생의 행위가 '피해자가 장난이었다'면 장난으로 인정받아 학교폭력행위가 되지 않을 수도 있고 '피해자가 괴롭힘이라고 생각한다'면 학교폭력에 해당된던, 제정동법률의 피해자중심적 학교폭력정의 규정의 시각은 개정을 통해서 사라졌다. 학교폭력의 개념에는 더 이상 '장난'은 포함될 수 없다. 징계의 대상이 되는 가해행위와 그에 따른 피해자만이 존재하게 된 것이다. 2008년 개정을 통해 동법률은 가해학생에 대한 징계와 피해학생에 대한 보호라는 이분법적인 학교폭력대응책의 가이드라인을 명확히 하였다.

(3) 2012년 일부개정법률

2012년 1월 26일 일부개정 [법률 제11223호]과정도 가해행위의 추가가 주된 내용이었다. "학교폭력"이란 '학교 내외에서 학생 간에 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다'고 규정하여 '강제적인 심부름' 행위를 추가하고 다음과 같이 따돌림에 대해서 정의규정을 마련하였다. 동법 제1의2에 규정된 "따돌림"은 학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위이다.

가해행위 명확화에 치중해있던 학교폭력 정의개념 개정은 2012년 3월 21일 일부개정[법률 제11388호]과정을 통해서는 '학교폭력 피해학생에 대한 보호와 지원의 범위'를 넓히게 되었다. 학생 간의 행위로 규정하였던 학교폭력 개념 규정은 '학생을 대상으로'로 수정되었다. "학교폭력"은 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위이다. 이와 같이 학

교폭력정의개념의 개정을 통해서는 가해자가 학생이 아니더라도 피해자가 학생일 경우에는 동법률에 의해서 보호와 지원을 받을 수 있게 되었다.

그러나 사이버따돌림의 경우에는 가·피해자 모두 학생이여야한다. 동법에서는 "사이버 따돌림"을 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위라고 규정하고 있다.

2. 학교폭력대응책의 문제점과 소년사법의 역할

(1) 학교폭력 가해소년에 대한 인권침해

학교폭력 가해소년에 대한 대응책이 징계조치의 필수화와 학교생활기록부 기재 규정정책을 실시함으로 인해서 두 가지의 문제를 야기한다. 하나는 징계조치의 내용과 관련된 것이다. 학교폭력 가해소년에 대해서 적용가능한 징계처분은 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조에서 규정하고 있다.[8] 그런데 이중에서 '4. 사회봉사 5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료'는 소년법상의 사회봉사명령과 수강명령과 중복된다. 5호의 징계조치는 수강명령과 다르게 보이지만 실질적으로 지역공동체의 인프라는 한정적이기 때문에, 소위 문제학생에 대해서 문제행동교정이 가능한 지역전문가가 중복될 수밖에 없다. 실질적으로 소년법상의 보호처분과 유사한 내용을 징계처분에 규정한 것 자체가 적정절차에 의한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다. 또한 학교폭력 신고후 학교폭력대책자치위원회는 일주일 이내에 개최되어야하고 연장되어도 최대 14일 이내에 개최되도록 되어 있다. 신고 후 14일 만에 사건의 조사가 이루어져야하고 징계수위까지 결정되어버린다. 학생선도에 있어서 학교폭력대책자치위원의 전문성은 찾기가 힘든 실정이며 징계이 수위도 학교별 균등성을 담보할 수 없다.

다른 하나는 피의사실 공표와 관련된 문제이다. 117에 신고되는 모든 학교폭력 사건은 해당 학교로 통보되고 있다. 개인의 범죄행위를 학교에서 알고 생활기록부에 기재하는 것이 과연 타당한지에 대한 충분한 논의 없이 엄벌화 여론에 등떠밀

8) 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조(가해학생에 대한 조치)1. 피해학생에 대한 서면사과 2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지 3. 학교에서의 봉사 4. 사회봉사 5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료 6. 출석정지 7. 학급교체8. 전학 9. 퇴학처분

려서 미봉책을 내어놓은 것이다. 전과사실도 아무나 조회할 수 없고, 소년법상의 보호처분은 판사의 허락이 없으면 열람도 불가능하다. 그러나 학생이라는 신분은 한때의 실수까지 모두 기록하여 상급학교 진학시 다수의 학교관계자가 열람할 가능성을 열어두고 있다. 이것은 분명하게 개선되어야할 문제이다. 학교현장에서 이루어져야하는 전학이나 사과, 교내봉사와 같은 교육적 처분이나 교육행정적 조치를 제외하고는 학교폭력 가해소년에 대한 선도는 소년사법이 담당해야할 것이다. 사회봉사나 특수교육이수와 같은 경우는 교육기관이 가정법원 소년부에 소년을 통고하는 형식으로 연계되어야할 것이다.

(2) 학교폭력 피해자 개념의 문제점

학교폭력예방법에 의한 보호와 지원을 받을 수 있는 학교폭력피해자의 개념은 학교폭력에 의한 학생피해자에 국한된다. 가해자와 장소 관계없이 학교폭력에 해당하는 폭력행위이면, 학생피해자는 보호와 지원을 받을 수 있다는 측면에서는 고무적이다. 그러나 모든 학교폭력행위의 피해에 대해서 학생피해자가 보호와 지원을 학교로부터 받을 수 있는 것은 아니다.

현행 학교폭력 개념에 의한 피해자의 개념은 가해자의 신분과 피해자의 신분에 따라 학교폭력의 성립유무가 달라지는 경우가 존재한다. 예를 들어 학교 밖에서 비학생 학원생들이 따돌림이나 사이버 따돌림을 가할 경우에는 학교폭력이 성립하지 않기 때문에 학교에서 심리상담 등의 피해보호와 지원을 받을 수 없다. 또한 가해학생이 비학생피해자에 대해 학교폭력에 규정된 행위를 할 경우 비학생피해자에 대해서도 마련된 보호와 지원을 위한 법과 제도가 존재하지 않는다. 이 문제는 소년사법의 피해자 소외문제와도 관련이 된다.

따돌림과 사이버따돌림의 경우 학교폭력 피해자개념은 가해학생에 의한 학생피해자에게 국한된다. 학생에 의한 가해라고 하더라도 피해자가 학생이 아니라면 학교폭력 피해자의 개념에 포함될 수 없게 되어 있다. 학교폭력 피해자를 보호하고 지원하는 주관기관이 교육기관이기 때문에 비학생피해자에 대해서 학교가 보호와 지원을 할 이유는 없을 그러나 비학생피해자에 대한 보호와 지원이 마련되어 있지 않다는 것은 학생피해자와의 형평성문제를 야기한다.

(3) 학교폭력대응정책의 기조인 '가해자 엄벌과 피해자 보호'의 적용대상에 관한 문제점

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 학교폭력정의 규정의 개정과정에서 학교폭력대응정책의 '가해학생 엄벌과 피해학생 보호'라는 방향성을 엿볼 수 있다. 그런데 이 '가해자 엄벌과 피해자 보호'라는 매커니즘은 낯이 익다. 이것은 형사정책에서 특정범죄유형에 대한 대응책으로 사용하는 방법이다. 대표적으로 가정폭력, 성폭력과 같은 특정범죄는 '가해자엄벌을 위한 법률'과 '피해자 보호 등에 관한 법률'을 통해서 이원화된 정책적 접근을 하고 있다.

그러나 특정범죄유형에 대한 형사정책적 방안인 '엄벌과 보호'를 '가해학생 교내징계와 피해학생 보호와 지원'의 형태로 교육기관이 단독으로 주관하여 적용하고 있는 것은 동법의 정체성을 흐리는 근본적인 문제점이라고 할 수 있다. 즉, 현행 학교폭력정책은 실무적으로 단일기관이 엄벌과 보호의 이중적 성격을 동시에 지녀야하는 문제점을 발생시킨다. 교육기관은 형사사법기관과 같은 엄정한 징계가 불가능할 뿐만 아니라 피해자보호 및 지원에 전문적인 기관도 아니다. 엄벌과 보호를 각각 시행하는 기관의 이질성을 인정하고, 정책방향과 실무를 이원화하고 있는 형사정책체계를 단일기관 주관의 학교폭력대응체계에 적용한 것부터 문제이다. 가정폭력과 성폭력사건에 대해서 '가해자 처벌과 피해자 보호'라는 형사정책적 접근을 하고 있지만 피해자 보호와 지원까지 사법부가 담당하지는 않는다.

무엇보다 교육기관은 근본적으로 가해학생과 피해학생에게 중립적인 기관일 수 없다. 일선 교사에게는 가해학생도 피해학생도 제자이다. 그 어느 쪽의 편도 들지 않고 일을 처리해야하는 중립적인 존재가 아니라 가해학생의 편에서 교육적 선도를 이끌어야하고 피해학생의 편에서 보호와 지원도 해야한다. 현행 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률은 교육기관에게 교육기관으로서의 본질에서 벗어난 모습인 '엄벌과 보호'라는 형사정책 코스프레를 강제하고 있다. 이것은 소년사법이 해야할 역할을 분명하게 하고 않고 있기 때문이다. 소년사법은 형사사법의 성격을 지니고 있어서 형벌의 칼날을 휘두르기기도 하지만 형사처분의 특례와 보호처분이라는 완충장치를 만들어놓은 특별예방적 사법제도이다. 소년보호사건 처리절차를 가지고 있는 소년사법이 학교폭력 가해자에 대한 엄벌기능을 담당해야할 것이다.

그리고 교육과학기술부에서 제시하고 있는 학교폭력 분쟁조정의 매뉴얼은 사법절차의 양형과정에서 고려되는 형사합의서의 형식을 차용하고 있기까지 하다. 2012년 12월에 배포된 '학교폭력 사안처리가이드북'에서 분쟁조정위원회 합의서로

제시한 양식에는 다음과 같은 명시적인 내용이 적혀져 있다.

'○○○○년 ○○월 ○○일 ○○시 ○○분경 ○○○에서 000에게 폭행하여 피해를 입힌 사실이 있음을 인정하고 치료에 소요되는 일체의 배상금으로 가해학생가 책임질 것을 상호 원만히 합의하였음. 이후 재심요구, 행정심판 등 추후 절차나 민사상 소 제기·형사상의 고소나 고발 등 일체의 추후 조치를 취하지 않을 것을 확약하고 후일의 증거로서 이 합의서에 서명 날인합니다.' (2012.12 학교폭력 사안처리가이드북, 261쪽)

일선학교에서 분쟁조정을 대화와 타협을 통한 갈등해결의 기제로 운영할 수 있는 일말의 가능성이 완전히 사라진 것은 이 매뉴얼 때문이라고도 할 수 있다. 동 합의서의 법률적 효력에 관해서는 변론으로 하고[9], 분쟁조정위원회가 주관하는 분쟁조정에서 금전적 배상 및 이후 법적 문제제기를 하지 않겠다는 내용을 담은 합의서가 왜 예시문으로 작성되어 배포되었는지에 대해서 의문이 든다. 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 목적이나 주관기관인 교육기관과는 전혀 맞지 않는 내용이 포함되어 있는 것이다. 동 합의서의 예문은 학교가 주관해서 피해소년에게 배상금 받아주고 가해소년에 대한 사법적 처벌을 면하게 해주겠다는 발상이다. 전혀 교육적이지 않은 내용을 담은 분쟁조정 예를 교육과학기술부가 제시할 수밖에 없었던 것은 가해소년에 대한 엄벌과 피해자에 대한 실질적 보호책을 강구하라는 여론과 조정합의서라고는 가해자 감형을 위한 형사합의서로 밖에 작성해보지 못한 우리의 사회적 의식 때문으로 판단된다.

각각의 정체성에 맞게 학교폭력대응기관의 역할이 재정립되어야할 시기가 왔다. 교육기관은 너무 나아갔고 소년사법은 너무 가만히 있었다. 교육기관은 교육을 통해서 학교폭력에 대한 예방 및 피해학생의 보호와 지원의 역할에 충실하고 소년사법은 소년보호사건 처리절차를 활성화하여 학교폭력사건처리에서 형벌의 최후수단성의 이념을 지킬 수 있는 역할에 충실한 학교폭력대응정책이 수립되어야할 것이다.

9) 학교폭력 사안 중에서 반의사불벌죄나 친고죄를 제외하고는 동 합의서가 형사사건처리절차의 개시와 관련해서는 법률적 효력을 지니기 어렵다.

3. 학교폭력 피해학생의 보호와 지원 문제와 소년사법의 역할

(1) 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상 피해학생의 보호와 지원

학교폭력예방법에는 피해학생의 보호를 위해서 다양한 조치를 마련하고 있다. 자치위원회는 피해학생의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 보호자의 동의를 얻어 피해학생에 대하여 심리상담 및 조언, 일시보호, 치료 및 치료를 위한 요양, 학급교체, 피해학생의 보호를 위하여 필요한 조치를 학교의 장에게 요청할 수 있다. 이때 학교장은 결석은 출석일수에 산입이 가능하며 성적 평가에 있어서 불이익을 주지 않도록 노력해야한다.

또한 가해학생에 대한 징계조치도 피해학생에 대한 보호 및 지원을 담고 있다. 가해학생에게는 '피해학생에 대한 서면사과, 피해학생 및 신고・고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지, 학교에서의 봉사, 사회봉사, 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료, 출석정지, 학급교체, 전학, 퇴학처분'의 조치가 가능하다. 가해학생이 전학을 간 이후에는 전학 전의 피해학생 소속 학교로 다시 전학올 수 없다.

피해자가 학생이면 보호와 지원을 받을 수 있게 학교폭력 정의가 규정되어 있으나, 동법 제16조 제6항은 피해학생이 전문단체나 전문가로부터 '심리상담 및 조언, 일시보호, 치료 및 치료를 위한 요양' 등을 받는 데에 사용되는 비용은 가해학생의 보호자가 부담하여야 한다고 규정하고 있다. 학교폭력정의개념에서 피해학생의 보호와 지원의 범위를 비학생가해자에 의한 학교폭력행위로까지 범위를 넓혔음에도 불구하고 비용부담을 '학생'으로 한정하고 있는 것이다. 물론 '피해학생의 신속한 치료를 위하여 학교의 장 또는 피해학생의 보호자가 원하는 경우에는 「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률」제15조에 따른 학교안전공제회 또는 시・도교육청이 부담하고 이에 대한 구상권을 행사할 수 있다.'고 규정하고 있으나 동조 동항 본문에서 가해학생을 명시하고 있으므로 비학생가해자의 경우, 학교안전공제회비의 선집행이 가능할지에 대해서는 이견이 있을 수 있다.

따라서 학교폭력예방법상 피해학생의 범위는 학교폭력정의 개념의 개정을 통해서 넓어진 것으로 해석되지만 같은 법률내에서도 '가해학생'을 전제하고 있는 등, 일선에서 비학생가해자에 의한 피해학생까지로 보호와 지원의 대상범주를 넓혀 운영할지는 의문이다.

그리고 가해학생에 대한 징계처분이면서 피해학생에 대한 보호조치인 '학급교체, 전학, 퇴학처분'의 조치는 학교생활만을 가정하고 있는 문제점이 지적될 수 있다.

가해학생이 전학을 간 이후에는 전학 전의 피해학생 소속 학교로 다시 전학올 수 없다는 것은 학교폭력 피해자를 학교 내에서는 철저하게 보호할 수 있다. 그러나 학교폭력은 피해자의 교내에서만 일어나는 것이 아니기 때문에 교외에서의 보호조치의 필요성이 대두된다. 학교폭력은 주로 학교 안(61.6%)에서 일과시간 중(53.5%)에 발생했다는 전수조사결과에서[10] 학교폭력이 학교 밖에서(38.4%)일어나는 비율이 적지 않다는 것을 알 수 있다. 이점에서 특정범죄유형에 대한 다른 형사정책적 보호조치들이 가해자의 접근금지 조치 등을 통해서 피해자 보호의 가능성을 사법기관을 통해서 마련하고 있는 것과 비교된다. 학교폭력 피해자에 대한 보호는 학교안에서만 마련할 것이 아니라 사법기관과 연계하여 가해자의 피해학생 접근금지 명령 등을 마련해야할 것이다.

(2) 형사정책적 측면에서 학교폭력 피해자 보호와 지원

학교폭력 피해자의 보호와 지원은 두 가지의 측면에서 다른 범죄피해자 보호조치들과 비교된다. 첫째는 학교폭력으로 인한 피해자의 보호지원을 교육기관에만 위임하고 있어서 학교 밖의 보호지원을 전혀 고려하지 않고 있다는 문제이고 둘째는 학교폭력과 동일한 범죄행위로 인한 피해자에 대한 보호 및 지원에 있어 제기되는 형평성의 문제이다. 이것은 단순하게 주관부서의 상이성에서 기인하는 것이 아니라, 학교폭력 피해자에 대한 사법적 고려가 없었기 때문이다. 학교교육을 받고 있는 사람은 학교폭력예방법에 의해 '심리상담 및 조언, 일시보호, 치료 및 치료를 위한 요양'을 받을 수 있고 학교교육을 받고 있지 않는 사람은 피해학생 수준의 보호와 지원을 받을 수 있는 제도가 없는 것이 현실이다. 현재 학교폭력에 의한 피해자보호와 지원은 <표1>에서 볼 수 있듯이 학교 밖의 피해자보호조치가 불가능한 문제점(A 대상영역)과 함께 학생가해자에 의한 비학생피해자에 대한 형평성문제(B 대상영역), 학교폭력과 동일한 범죄행위 피해자에 대한 형평성문제(BC 대상영역)가 대두되는 것이다.

---

10) 2012년 8월 27일부터 10월 12일까지 전국 초등학교 4학년 학생부터 중・고등학교 학생전체(약 514만명)를 대상으로 온라인조사한 제2차 학교폭력실태조사결과.(전북 21만명 제외.)
교육과학기술부, '학교폭력실태 현황파악 2차조사(2012)'. 교육과학기술부 학교폭력 예방 종합포털사이트 http://www.stopbullying.or.kr/(2013.3.25.방문)

<표 - 1> 학교폭력 범죄유형에 대한 피해자보호와 지원의 대상 현황

보호와 지원이 가능한 대상		학생가해자에 의한 학생피해자 교내 보호와 지원	비학생 가해소년에 의한 학생피해자 교내 보호와 지원	비학생 가해성인에 의한 학생피해자 교내 보호와 지원
보호와 지원이 불가능한 대상	A	학생가해자에 의한 학생피해자 교외 보호와 지원	비학생 가해소년에 의한 피해학생 교외 보호와 지원	비학생 가해성인에 의한 피해학생 교외 보호와 지원
	B	가해학생에 의한 비학생피해소년	비학생 가해소년에 의한 비학생피해소년	비학생 가해성인에 의한 비학생 피해소년
	C	가해학생에 의한 비학생피해성인	비학생 가해소년에 의한 비학생피해성인	비학생 가해성인에 의한 비학생피해성인

따라서 소년사법은 학교폭력에 대해서 학교라는 장소적 틀에서 바라보아서는 안되며, 나아가 범죄자의 신분이나 피해자의 신분에 따라 소년사법의 적용유무가 발생하지 않도록 형사정책적인 측면에서 역할을 재정비해야한다. 이미 학교폭력은 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 피해학생보호와 지원을 위한 정의 규정 개정을 통해서 장소적 틀은 극복된 상태이다. 특히 19세미만의 범죄피해자에 대해서는 동일한 수준의 사법적 피해자 보호와 지원뿐만 아니라 복지적 지원도 가능해야할 것이다. 아동・청소년시기의 범죄피해자는 편면적인 복지적 개입만으로는 피해의 회복이 불가능기 때문에 다차원적이고 다면적인 보호와 지원이 필요하다. 이에 대한 국가의 개입의 단계와 정도, 연계의 문제는 추후 충분히 논의되어 제도가 마련되어야할 필요성이 대두된다.

형사정책적으로 학교폭력으로 인한 아동・청소년피해자에 대한 보호와 지원은 '범죄'를 다루는 소년사법의 개입을 전제하지 않을 수 없다. 학교폭력 소년가해자에 의한 피해자의 보호와 지원문제에서, 성인 범죄피해자에 대해서는 논외로 하고 본고에서는 우선적으로, 학생피해자와의 형평성문제에 초점을 맞추어 아동・청소년피해자 보호와 지원을 살펴보기로 한다. 형사정책적으로 아동・청소년피해자를 담당하기에 적합한 영역은 소년사법이라고 할 수 있다. 소년사법은 가해소년의 건전한 육성을 위한 다양한 형사정책적 장치들을 마련하고 있다.

그러나 소년사법은 가해소년에 대한 건전한 육성만을 도모한 나머지 '피해자 소외'문제를 낳을 정도로 피해자를 외면해왔다. 소년사법이 2007년 소년법 개정을 통

해서 이를 극복하기 위한 방법으로 화해권고제도와 피해자의견진술제도를 마련하였지만[11] 동 제도들이 소년사법의 피해자에 대한 직접개입을 뜻하지는 않는다. 소년사법은 소년법의 목적[12]에서도 알 수 있듯이 가해소년에 대한 국가적 개입만을 명시하고 있다. 그래서 소년사법의 피해자에 대한 개입은 어디까지나 가해소년에 대한 개입과정에서 이루어지는 부수적인 것이라고 할 수 있다. 회복적 사법제도의 도입이라고 해석되는 화해권고[13]의 조문에 명시된 목적도 '가해소년에 대한 교정과 피해자보호'라는 이분화된 구조로 기술되어 있다.[14]

Ⅲ. 학교폭력대응책에서 소년사법의 역할 변화

1. 소년사법의 소년피해자보호 역할강화

11) 소년법 제25조의2 (피해자 등의 진술권) : 소년부 판사는 피해자 또는 그 법정대리인・변호인・배우자・직계친족・형제자매(이하 이 조에서 "대리인등"이라 한다)가 의견진술을 신청할 때에는 피해자나 그 대리인등에게 심리 기일에 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 신청인이 이미 심리절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우 2. 신청인의 진술로 심리절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우 [본조신설 2007.12.21] [[시행일 2008.6.22]]
제25조의3 (화해권고) : ①소년부 판사는 소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하면 소년에게 피해 변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다. ②소년부 판사는 제1항의 화해를 위하여 필요하다고 인정하면 기일을 지정하여 소년, 보호자 또는 참고인을 소환할 수 있다. ③소년부 판사는 소년이 제1항의 권고에 따라 피해자와 화해하였을 경우에는 보호처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있다. [본조신설 2007.12.21] [[시행일 2008.6.22]]

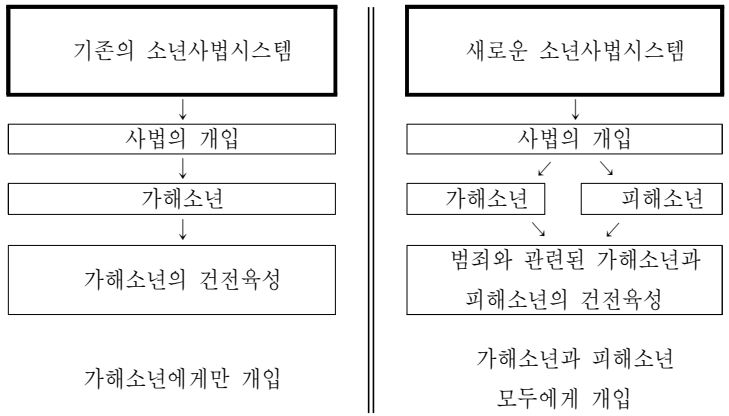
12) 소년법 제1조(목적): '이 법은 반사회성(反社會性)이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정(矯正)을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다.'

13) 2005년 12월 소년법 개정법률안 공청회에서도 소년사법 개정의 기본방향으로 균형잡힌 회복적 사법의 도입이 논의되었다. (원혜욱, 소년법 개정안 개요, 소년법 개정법률안 공청회, 법무부 소년법개정특별분과위원회, 2007.4.20. 5쪽) 그리고 도입된 소년법상의 화해권고규정이 진정한 회복적 사법의 도입인가에 관해서는 논의의 여지가 있지만 대체적으로 회복적 사법제도의 도입이라고 분석하고 있다.(정희철, 소년법개정의 이론과 현실: 개정시안의 몇 가지 문제점, 중앙법학 제9집 제1호 2007, 224쪽, 강경래, 소년사법과 회복적 사법, 피해자학연구 제17권 제1호, 2009. 242쪽, 김은경, 소년법상 화해제도의 문제점과 개선방안,소년보호연구 제13호, 2009,52쪽 이하, 이승현, 소년보호이념의 변화경향에 관한 고찰-최근 소년법개정을 중심으로-, 법학논총 제24권 제4호, 142쪽, 이진국, 개정소년법상 회복적 사법제도에 관한 비판적 검토, 피해자학연구 제17권 제2호, 2009, 373~374쪽, 정현미, 소년사법에서 회복적 사법의 운영모델:경찰과 검찰단계를 중심으로, 법학논집15권 1호, 2010, 19쪽, 강지명, 소년법상 화해권고제도 규정의 문제점과 개선방안, 형사정책 제24권 제3호, 2012. 99쪽 이하 등)

14) 소년법 제25조의3 (화해권고)
①소년부 판사는 <u>소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하면</u> 소년에게 피해 변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다.

소년사법은 반사회성의 제거를 통한 가해소년의 건전육성을 목적으로 하고 있기 때문에 피해자에 대한 직접적 개입을 하기는 어려운 실정이다. 그러나 '범죄'로 인해 건전성장이 어려워진 소년에 대한 국가개입자 역할을 가해소년에게로만 한정할 것이 아니라 피해소년으로 확대한다면, 소년사법은 피해자에 대한 보호와 지원을 할 수 있다. 범죄자가 아니라 '범죄'를 축으로 두고 소년사법의 개입역할 확대를 언급한 것은 회복적 사법에서 시사점을 얻은 것이다. 회복적 사법은 범죄피해회복을 중심으로 피해자와 가해자에게 개입하는 범위와 정도를 달리한다. 현실적으로 형사사법의 일부인 소년사법이 회복적 사법프로그램과 같이 전적으로 범죄피해회복을 위해서 존재할 수는 없다. 하지만 소년의 건전한 육성이라는 측면에서 반사회성이 있는 가해소년뿐만 아니라 범죄로 인해 피해를 입은 피해소년의 건전한 육성을 위해서 피해소년에게도 소년사법이 개입할 수 있는 여지를 만든다면 학교폭력 피해학생에 대한 보호와 지원과정에서 빚어진 형평성의 문제는 충분히 해소될 여지가 있다. 학교폭력으로 인한 사건에서 가정법원소년부 통고를 이용하여 학교측과 피해자의 요구가 있다면 보호처분을 하지 않고도 학교 밖에서의 접근 금지명령만을 부과하는 방안을 마련할 수 있을 것이다.

따라서 본고에서는 <표2>에서와 같이 소년사법의 개입영역의 확대를 제안한다.



<표 - 2> 소년사법 역할의 재정립[15]

15) Bazemore,G., Young People, Trouble and Crime:Restorative Justice as a Normative Theory of Informal Social Control and Social Support, Youth and Society(December),33(2): p212.의 표를 변형함.

소년사법에서 학교폭력예방법의 수준으로 피해소년을 지원하고 보호하자는 것은 소년사법에 대한 패러다임적 전환을 요구하는 것이 아니다. 가정폭력 피해자와 성폭력피해자에 대한 국가의 지원과 보호가 이미 이루어지고 있다. 이것은 아동·청소년피해자보호법을 제정하여 아동·청소년기의 피해자에 대한 보호와 지원의 특수성을 반영할 수 있는 지원정책을 마련하면 된다. 이미 교육·복지에 아동·청소년의 신체적 ·정신적 건강에 관련된 예산은 존재하며 다양한 병원과 상담기관이 존재한다. 학교를 다닌 학생은 교육기관이 주관하는 기관에서 피해에 대한 보호와 지원을 주관하고 비학생 아동·청소년은 지역기관에서 담당하면 될 것이다. 이과정에서 소년사법은 접근금지 명령과 같이, 학교 밖에서 학생피해자 및 비학생 피해자가 사법적으로 보호받을 수 있는 역할을 하면된다.

소년사법은 가해소년의 건전육성만을 위해서 개입하던 범주에서 벗어나 범죄로 인한 모든 소년의 건전육성을 위해서 개입하여 다른 기관과 연계할 수 있는 여지를 가지고 있어야할 것이다. 이러한 맥락에서 학교폭력대응책에서 소년사법의 역할이 재정비되어야할 것이다.

2. 분쟁조정과 또래조정의 활성화를 통한 소년사법과의 연계

(1) 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상 분쟁조정 변화의 필요성

소년사건에서 회복적 사법이념을 적용해야한다는 것은 2004년 '각국의 회복적 소년사법정책동향'[16]의 연구보고서를 통해서 이미 제시되었다. 2005년에는 '우리나라 소년사법에 있어서 가족집단협의제도의 도입방안'[17]이 발표되었고 이후 형사정책연구원에서 2007년에 '21세기 소년사법 개혁의 방향과 과제(Ⅰ)'라는 종합연구제목아래 3권의 연구보고서가 나왔다.[18] 2006년에는 '학교폭력 대응방안으로서 회복적 소년사법실험연구(1)'[19]를 통해서 학교폭력예방법상의 분쟁조정을 회복적 사법프로그램으로 운영한 연구가 이루어졌다. 따라서 본고에서는 회복적 사법의 이념이나 프로그램의 특성에 대해서는 논의하지 않기로 한다.

그러나 연구진의 손을 떠난 동법상의 분쟁조정제도는 실무에서 회복적 사법프로그램으로 운영되지 못하였다. 지금부터라도 분쟁조정은 대화와 타협을 통한 갈등

16) 김은경, 한국형사정책연구원, 2004.
17) 김성돈, 피해자학연구제13권 제2호, 한국피해자학회, 2005.
18) 김은경 외, 제1부 청소년비행 및 소년사법정책 현황분석, 제2부 새로운 대응방안으로서 회복적 사법의 실제와 전망-회합실험연구를 중심으로-, 제3부 대안의 모색
19) 김은경, 이호중, 한국형사정책연구원, 2006.

해결의 기제로 이용되어야하며, 대표적인 분쟁조정 프로그램으로 회복적 사법프로그램을 제안한다. 교육과학기술부는 분쟁조정이 형사합의서로 작성되지 않도록 매뉴얼을 재작성해야할 것이다.

그리고 왜 교육기관에서 또래조정만을 갈등해결의 방안으로 도입하고 분쟁조정을 형사합의수준으로 운영하는가에 대한 개인적인 분석을 덧붙이고자한다. 이것은 회복적 사법에서의 공동체의 역할에 관한 사회적 동의가 아직 이루어지지 않았기 때문으로 생각된다. 권위자가 주는 처분을 달게? 받고 권위자가 처분을 내려주는 것을 받는 데에 익숙하기 때문에 동일한 권한을 가진 자에 의한 조언과 결정을 존중하거나 인정하지 않는다. 다시말해서 학교폭력을 해결하는 권한을 '가해자와 피해자, 분쟁조정위원'에게 이양하지 않겠다는 의식이 반영되어 있는 것이다. 당사자인 가해자와 피해자, 그리고 분쟁조정위원이 합의서를 작성하면서도 본인들의 욕구를 반영하여 주체적으로 합의서를 작성하는 것이 아니라, 권위의 상징인 '법적 효력'에 기대고 싶은 심리가 작용하여 '민형사상의 이의를 제기하지 않는겠다'는 합의문구가 예문으로 작성된 것이다. 따라서 범죄해결권한의 민주적 이양에 대한 사회적 합의가 함께 이루어져야할 필요성이 제기된다.

(2) 분쟁조정, 또래조정, 화해권고, 형사조정 결과의 소년사법 반영

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 분쟁조정을 회복적 사법프로그램으로 운영하여 소년법과 연계해야한다는 의견은 학교폭력 대응책을 연구한 초기부터 대두된 의견이다.[20] 분쟁조정, 또래조정이 화해권고나 형사조정과 같은 사법적 효력이 발생할 가능성은 현재로서는 희박하다. 그러나 분쟁조정이나 또래조정이 소년사법과 연계되기 위해서는 분쟁조정, 화해권고, 형사조정이 회복적 사법프로그램의 이념에 맞게 동일한 수준에서 운영될 수 있어야 할 것이다. 그 이후의 분쟁조정, 화해권고, 형사조정이 현재의 법적 효력이상의 형사법적 의미를 가지는 회복적 사법프로그램으로 확대적용될지의 여부는 다양한 회복적 사법연구에서 이미 논의된바 있다.

경찰단계에서 검찰 단계와 법원단계를 거쳐 교정단계에 이르기까지 회복적 사법프로그램이 적용될 수 있음은 회복적 사법초기 연구들에서 이미 진행되었고 화해권고와 형사조정제도의 마련이후에는 절차적 적용범위의 확대, 적용대상 범죄의

20) 이진국, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안,117쪽 이하에서는 회복적 사법프로그램의 결과뿐만 아니라 징계조치 및 교육적 조치도 소년사법에 반영하자고 주장하고 있다.

확대에 대해서 연구되고 있다. 그러나 이 모든 연구는 분쟁조정이 형사합의서 작성을 위한 조정이 아니라 회복적 사법프로그램으로 운영될 때, 효력의 어느 단계에서 어느 정도로 인정할지에 관해서 논의가 가능한 것이므로, 분쟁조정이 회복적 사법프로그램으로 운영되는 것이 선결과제이다.

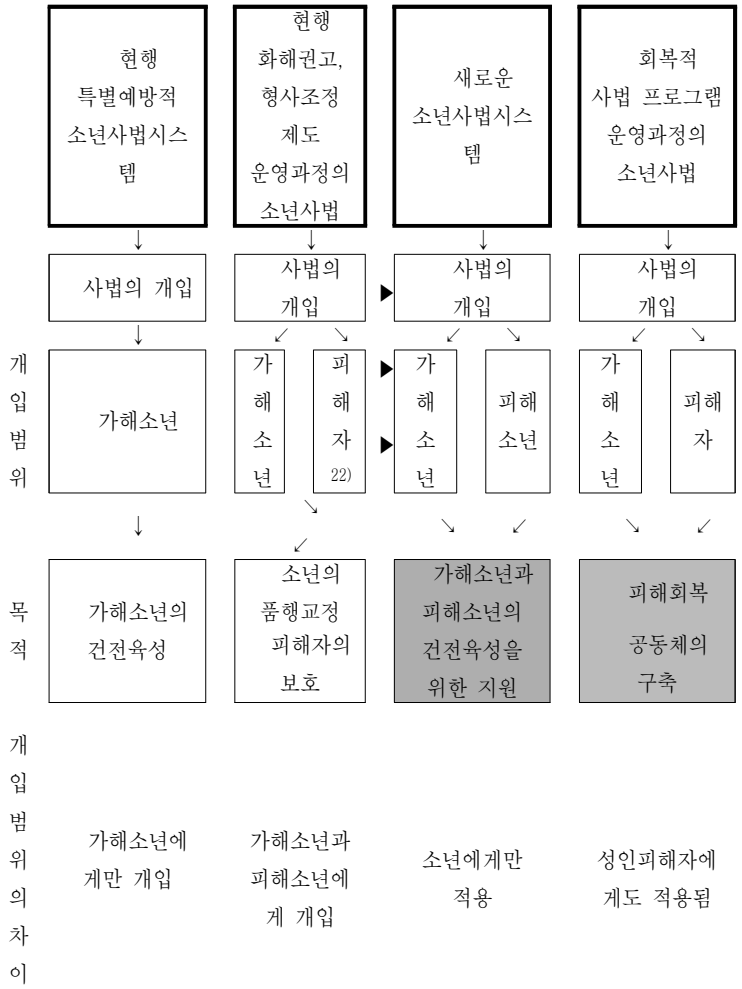
3. 회복적 사법프로그램과의 연계를 통한 소년사법의 역할 변화

분쟁조정, 또래조정, 화해권고와 형사조정이 전형적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 프로그램으로 운영되어 소년사법과 연계되는 것은 회복적 사법이념의 소년사법으로의 도입을 뜻한다. 학교폭력상의 분쟁조정은 소년사이의 회복적 사법프로그램의 운영을 전제로 하지만 소년사법이 보편적이 되고 일반적인 회복적 사법프로그램과의 연계도 전제로 한다면(형사조정, 화해권고의 확대적용) 회복적 사법 프로그램 운영과정에서 소년사법의 개입범위는 가해소년과 피해자(피해소년, 성인피해자)로 넓어지게 된다.

결과적으로 이러한 소년사법의 역할변화는 그 목적의 변화를 전제하게 된다. 변화된 소년사법은 '가해소년의 건전육성지원'에서 '가해소년과 피해소년의 건전육성을 지원'하기 위해서 운영된다. 그리고 '소년의 품행교정과 피해자보호'를 목적으로 화해권고를 운영하던 소년사법이 정체성이 확립된 프로그램들의 목적은 '범죄 피해회복과 공동체의 구축'이 된다. 소년의 품행교정과 피해자보호는 범죄피해회복과정에서 나타나는 중산부산물이지 회복적 사법프로그램의 궁극적인 목적이 될 수는 없다. 화해권고프로그램 유형의 특징을 나타내는 목적이라고도 할 수 없다.

하지만 가해자의 교정과 피해자 보호는 당사자의 욕구의 반영이라는 회복적 사법의 기본적인 입장이 전혀 반영되어있지 않다. 따라서 소년법상 연계될 회복적 사법프로그램의 다양화와 당사자의 욕구반영을 위해서라도 회복적 사법프로그램의 목적은 범죄피해회복이 되어야할 것이며 소년의 복지적 개입을 위해서 공동체의 구축도 필요할 것이다.[21]

21) 소년사법상 도입되어야할 회복적 사법이념에 관한 내용은 강지명, 소년법상 회복적 사법이념의 실현에 관한연구, 성균관대학교 박사학위청구논문, 2011을 참조.



<표 - 3>소년사법 역할의 변화[23]

22) 화해권고제도 및 형사조정제도가 법률상 피해소년간에만 적용된다는 규정은 없으나, 아니나, 실무적으로 소년간의 사건에 대부분 적용되고 있는 실정이다.
23) 2013. 춘계피해자학회에서 저자가 발표한 자료집에서 발췌함.

Ⅳ. 결론

학교폭력은 교육기관만이 전적으로 담당해야할 교육의 대상이 아니라 사법기관과 함께 담당해야할 범죄행위를 포함하고 있다. 학교폭력예방을 위한 조치들은 교육기관이 담당해야할 교육의 대상이지만 학교폭력행위에 대한 대응은 형사정책적으로 접근해야하는 특정유형의 범죄이다. 학교폭력은 가정폭력, 성폭력, 아동학대와 같이, 학교라는 특정장소에서 기인한 학생이라는 피해자의 신분을 배경으로, 특정피해자에게 특정가해자가 범죄로 규정된 행위를 범하는 특정유형의 범죄이다. 따라서 특정유형범죄에 대해서 취하는 형사정책의 전형적인 이원체계적 접근인 '가해자에 대한 처벌과 피해자보호와 지원'의 방법으로 소년사법이 개입하여 기존의 학교폭력대응정책의 문제점을 보완해야할 것이다.

먼저, 가해소년에게 적용가능한 징계조치의 내용 중에서 소년사법의 보호처분과 중복되는 사회봉사와 수강명령을 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률에서 삭제해야 한다. 부모수강명령 또한 소년사법의 처분과 중복되므로 삭제해야할 것이다. 교내봉사도 수업권을 침해하지 않는 범위 내에서 시간과 장소를 명확하게 규정하여 이루어질 수 있어야할 것이다. 그리고 학생피해자의 보호와 지원은 교육기관이 담당하되 가해자 전학조치 이후 학교 밖에서의 보호조치는 소년사법과 연계가 되어야 한다. 예를 들어서 피해소년에 대한 가해소년의 접근금지와 같은 명령이 가능하도록 법제가 마련되어야할 것이다. 현재의 가정법원 소년부 통고제도를 활용하는 것도 하나의 방법이다. 그리고 국가복지적 차원에서 비학생아동·청소년 피해자에 대한 보호와 지원책이 학생피해자수준으로 마련되어야할 것이다.

그리고 분쟁조정, 또래조정을 회복적 사법프로그램으로 운영하여 그 결과를 소년사법에서 고려할 수 있도록 해야할 것이다. 이를 위해서는 소년사법에 적용가능한 소년보호사건처리절차의 화해권고와 형사사건처리절차의 형사조정도 회복적 사법의 이념이 실현되는 프로그램으로 운영할 수 있어야할 것이다. 분쟁조정, 화해권고, 형사조정을 회복적 사법프로그램으로 묶을 수 있다면 분쟁조정이 소년사법에서 법적 효력을 가질 수 있을 것이다. 이를 위해 필요한 소년사법의 역할변화를 <표3>을 통해서 제안하였다.

소년사법도 국가개입의 방안으로는 최후에 고려되어야할 형사사법의 일부이지만, 소년사법은 형사처분특례와 보호처분의 마련을 통해서 형사사법으로부터 소년

을 보호하는 기능을 현재에도 하고 있다. 하지만 이러한 역할변화를 통해서 교육기관의 징계와 형사처벌의 사이에서 가해소년 선도 전문인 소년사법이 학교폭력대응책에서 존재의 의미를 확실하게 드러내었으면 하는 바이다.

(논문접수일 : 2014.08.20, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

강 지 명

학교폭력, 소년사법, 회복적 사법, 청소년 피해자 보호

【참 고 문 헌】

강경래, 소년사법과 회복적 사법, 피해자학연구 제17권 제1호, 2009

강지명, 소년법상 화해권고제도 규정의 문제점과 개선방안, 형사정책 제24권 제3호, 2012

김성돈, 우리나라 소년사법에 있어서 가족집단협의제도의 도입방안피해자학연구 제13권 제2호, 한국피해자학회, 2005.

김은경, 소년법상 화해제도의 문제점과 개선방안,소년보호연구 제13호, 2009

김혜경, 학교폭력에 대한 형사법적 접근의 제한, 형사정책연구 제24권 제4호, 한국형사정책연구원, 2013

박찬걸, 학교폭력대책법에 대한 비판적 검토, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010

오경식, 학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009

원혜욱, 소년법 개정안 개요, 소년법 개정법률안 공청회, 법무부 소년법개정특별분과위원회, 2007.4.20.

이승현, 소년보호이념의 변화경향에 관한 고찰-최근 소년법개정을 중심으로-, 법학논총 제24권 제4호

이승현, 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012

이진국, 개정소년법상 회복적 사법제도에 관한 비판적 검토, 피해자학연구 제17권 제2호, 2009

이진국, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안, 입법정책 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007

정현미, 학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012

정현미, 소년사법에서 회복적 사법의 운영모델:경찰과 검찰단계를 중심으로, 법학논집15권 1호, 2010

정희철, 소년법개정의 이론과 현실: 개정시안의 몇 가지 문제점, 중앙법학 제9집 제1호 2007

조상제, 학교폭력과 회복적 사법, 안암법학 제41권, 안암법학회 2013

교육과학기술부, 학교폭력예방종합포털사이트
교육과학기술부 외, 학교폭력사안처리가이드북, 2012.
Bazemore,G., Young People, Trouble and Crime:Restorative Justice as a Normative Theory of Informal Social Control and Social Support, Youth and Society(December),33(2):

Abstract

A Study on the Role of Juvenile Justice in the counterplans of School violence*

Kang, Jee-Myoung

There is a special way of dual systematization in criminal policy. It is a ‘punishment of crimes and protection of victim’ system. From this point of view, ‘School Violence Prevention and Countermeasures Act’(hereinafter “School Violence Prevention Act”) is related to protection of victim. But there is no system about school violence victim protection and support in juvenile justice. It results present situation that ‘the student victim only protection and support by state’.

This paper proposes two changes to the role of juvenile justice in school violence victim protection and support. First, the scope of juvenile justice intervention must be expanded from juvenile-offender to juvenile-victim in the juvenile justice system. Second, the scope of juvenile justice intervention must be expanded from juvenile-offender/juvenile-victim to juvenile-offender/victim in the restorative justice programme. The dispute mediation in the School Violence Prevention Act, reconciliation in the Juvenile Act, criminal mediation in the Criminal victim protection Act must be operated by restorative justice mechanism(theory, philosophy). And then, the dispute mediation could be deal with justice programme having legal force as connection point between the School Violence Prevention Act and juvenile

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2013S1A5B5A07049375)

justice.

Kang, Jee-Myoung

School violence, Juvenile justice, Restorative justice, protection of juvenile victim

위험사회에서의 사이버 테러 대응방안

정 용 기*

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 위험사회의 사이버 테러와 안보환경의 변화
1. 위험사회와 사이버 테러
2. 안보환경의 변화와 사이버 테러
3. 검 토
Ⅲ. 안보위해 요소로서의 사이버 테러
1. 사이버 테러의 정의
2. 사이버 테러의 특성
Ⅳ. 외국의 사이버 테러에 대응하는 법제도
1. 미 국
2. 영 국
3. 독 일
4. 일 본
Ⅴ. 사이버 테러 대응을 위한 법제도의 개선
1. 형법 규정의 검토
2. 특별법 규정의 검토
3. 현행 법제도의 개선
4. 사이버 안보의 강화
Ⅵ. 결 어

【국 문 요 약】

본고는 우리 사회가 ICT 기술의 발전에 따른 긍정적 효과뿐만 아니라 부정적 효과에도 노출되어 있으며, 이러한 부정적 파급효과의 하나인 사이버 테러 범죄의 개념을 정의하고 그 대응 방안에 대하여 논의한다. 우리 사회는 ICT 기술의 발전으로 새로운 사회적 가치체계가 등장하였지만 반대로 사이버 테러와 같은 새로운 위험원의 출현에 직면하게 되었다. 이러한 사이버 테러 범죄는 Ulrich Beck이 제시하는 새로운 형태의 위험원에 해당한다는 점을 검토하였다. 또한 국가안보가 국민, 영토, 사회 기반시설을 보호하는 포괄적 안보개념으로 변하고 있고, 사이버 테러가 직접적으로는 국민의 생명과 재산권을 위협할 뿐만 아니라 사회 기반시설을 위협하는 안보위해 요소임을 검토하였다. 나아가 사이버 테러의 규제를 위한 우리나라의 현행 법제도와 각국의 입법례를 비교·검토함으로써 사이버 테러에 대응하는

* 용인대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사.

법제도의 개선 방안을 제시하고자 하였다. 본 연구에서 도출된 사이버 테러 대응 법제도의 가장 큰 문제점은 관련 법규정이 여러 법률에 산재되어 있어서 사이버 테러 범죄행위의 포섭에 혼선이 생기고, 처벌의 불균형이 초래된다. 또한 사이버 테러의 위험원에 대한 사전적 예방에도 어려움이 있다. 따라서 이러한 문제점을 해결하고 사이버 테러행위로부터 국민의 생명과 재산을 보호하기 위한 대응 방안으로 관련규정을 통합하는 특별법의 제정을 주장하였으며, 특별법 제정 시에 중점적으로 고려할 사항들을 제시하였다.

Ⅰ. 머리말

과학기술 특히 정보통신기술(Information & Communication Technology: ICT)의 발달은 우리 사회를 크게 변화시키고 있다. ICT 기술을 기반으로 한 인터넷의 광범위한 보급으로 국가 간에도 정보를 공유하게 되었고, 전자상거래와 자금 이동이 용이하게 되었으며 기술의 국제적인 교류와 확산이 이루어지게 되었다. 이는 전 세계적으로 경제의 동반성장, 인권의 신장, 각종 재난에 공동 대응할 수 있게 되는 등 다양한 분야에서 긍정적인 효과가 나타나는 원동력이 되고 있다. 하지만 ICT 기술이 오·남용된다면 원자력 등 자원 활용에 어려움을 겪게 되고, 환경문제와 예측 불가능한 대형사고, ICT 기술을 악용하는 심각한 범죄가 발생할 수 있다. 이러한 부작용은 막대한 경제적 피해뿐만 아니라 인간의 생명이나 신체에 위해가 가해지는 등 심각한 결과를 초래할 수 있다. 그 중에서도 ICT 기술을 악용한 사이버 테러 형태의 범죄가 빈발하고 있다는 것은 주지의 사실이고, 그 심각성은 개별범죄의 수준을 넘어서 국가의 존립에 대한 직접적인 위험 요소가 되고 있다는 것을 목도하였다.

사이버 테러는 인터넷이 개별 국가를 연결하는 하나의 연결망으로서 네트워크화가 이루어진 1990년대 중반부터 나타났다. 이 시기의 사이버 테러의 피해수준은 개인이나 조직단위에서 그들의 이해관계를 유지·강화하고 주장을 표현하는 방식의 일환으로 관계기관의 전산망을 공격하고 경제적 이득을 목적으로 한 국지적인 피해에 그쳤었다. 하지만 최근에는 ICT 기술이 급속도록 발전하고 사회 기반구조의 전산망에 대한 의존성이 대폭 확대되는 등 1990년대와는 비교할 수 없을 만큼 큰 변화가 이루어졌기 때문에 사이버 테러로 인한 사회주요기반에 대한 위협은 더욱 심화되고 있는 추세이다. 2013년 3월 20일과 6월 25일에 발생한 사이버 테러로 인하여 국내 주요 방송사와 금융기관이 일시적으로 마비상태에 빠져 사회 기반구조의 취약성이 적나라하게 노출된 일례를 상기시켜 보면, 사이버 테러의 위험성과 파괴력을 충분히 가늠해 볼 수 있으며 적절한 대응책 마련이 시급한 실정이다.

특히, 우리나라는 사이버 테러를 포함한 안보문제를 다룸에 있어 남북 분단이라는 정치적 특수성을 감안해야 하기에 그 심각성이 더하다고 볼 수 있다. 이는 남북분단체제 이후 지속되어온 북한의 정치적·군사적 위협뿐만 아니라 한반도를 둘러싼 주변국과의 정치적·군사적 갈등에 이르기까지 갈등의 범위가 확산되었기 때문이다. 또한 우리나라의 외부적 위협이 전통적 안보위해 요소에서 기인할 뿐만 아니라 새로운 형태의 안보위해 요소에도 기인하고 있다는 점도 우려되는 주요한 요소 중 하나이다. 따라서 국가의 안보역량 강화라는 외부적 관점에서 뿐만 아니라 사회 구성원이 인간답게 살 수 있는 여건을 보장하기 위한 인간안보의 관점에서라도 사이버 테러에 대한 적극적인 대응이 요구된다.

본고는 이러한 문제의식 하에서 안보상황을 국내와 국외로 구분하여 우리나라가 당면해 있는 복합적인 안보 위해상황에 접근해 보고자 한다. 또한 연구의 범위로는 다양한 안보 위해상황 중에서도 특히 사이버 테러에 초점을 맞추어 전개하고자 한다. 사이버 테러는 누구나 손쉽게 접근하여 저지를 수 있고, 대부분의 국가 중요 기반시설들이 정보통신 기술을 바탕으로 운영되고 있어 이러한 분야에 테러가 발생한다면 심각한 국가 위기 상황으로 확대될 수 있기 때문이다. 사이버 테러의 효과적인 대응방안을 마련하기 위해서는 먼저 안보위해 요소로서의 사이버 테러에 대한 개념과 유형, 특성 등을 검토하여 사이버 테러의 본질에 접근하고자 한다. 둘째, 나아가 이러한 기본적 연구를 토대로 사이버 테러에 대처하기 위하여 제정된 주요국가의 법제도에 대한 비교연구를 수행하고 셋째, 우리나라의 현행법 체계를 재검토한다. 최종적으로 우리나라의 사이버 안보를 제고하기 위하여 산재되어 있는 법령을 통합하여 단일 특별법으로 제정하는 방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 위험사회의 사이버 테러와 안보환경의 변화

1. 위험사회와 사이버 테러

현대 사회의 급격한 변화 양상은 세계화와 정보화로 표현될 수 있다. 세계화의 진전에 따라 정치적·경제적 발전을 이루게 되었는데 이러한 발전이 가능하게 된 근본적인 동인은 ICT 기술의 발달에 있다.[1] 또한 ICT 기술의 발전으로 시간과 공간을 초월하여 지식의 자유로운 전파가 가능하고, 정치·경제 등의 영역에서 시간적 제약을 초월한 네트워크화 사회가 성립된다는 특징도 있다. ICT 기술의 발달로 정보의 생산과 유통이 빨라져서 정보의 공개화가 촉진되고 예전처럼 정부 또는 소수의 인물이 정보를 통제하거나 독점하는 패러다임이 붕괴되었다. 즉 과거와 같이

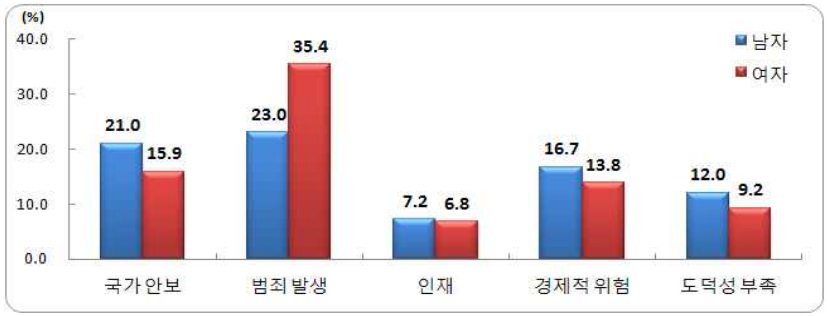
1) 이러한 의미에서 정보화 혁명은 세계화에 앞서 일어났으나 세계화를 크게 촉진시킨 것은 정보혁명이라는 견해도 있다(이에 대한 자세한 내용은 Joseph S. Nye Jr·홍수원 역, 제국의 패러독스, 세종연구원, 2002, 92면 이하 참조).

인간의 노동력에 의한 부의 축적이 아닌 ICT 기술을 이용하여 사회적 재화의 생산과 재분배가 이루어지기 때문에 이러한 디지털화된 정보가 사회적 부의 생산요소이자 새로운 권력의 도구로 변모하였다는 점이 특징적이다.

이처럼 디지털 정보는 새로운 경제·문화·정치적 가치로서 등장했지만 동시에 산업화에 따른 새로운 위험원의 출현으로 나타나기도 한다.[2] 즉, 사회 조직의 모든 것이 정보통신 기술의 집합점으로 연결되어 있어 그 구조적 취약점이 부각될 뿐 아니라 정보통신 기술에 편승한 개인적 일탈행위가 증대된다는 것을 의미한다. 이렇게 ICT 기술은 인류문명의 비약적인 발전을 가능하게 해 준 하나의 기회인 동시에 인간의 생활을 위협하는 위험원이라는 양면성을 가지고 있기 때문에 체계적으로 관리할 필요성이 있는 것이다.

나아가 최근의 한 조사결과에 따르면 우리 사회의 안전도는 질적으로 높은 수준이 되지 못하다는 것을 알 수 있다.

【표 - 1 우리 사회의 주된 불안 요인】[3]



<표 - 1>을 살펴보면, 남·여 구별 없이 주로 국가안보, 범죄발생 등에 대한 불안감을 가지고 있지만 현대 과학기술사회에서의 예측할 수 없는 위험, 즉 자연재해, 환경오염, 인재 등에 대해서도 불안감을 가지고 이 시대를 살아가는 것으로 나타난다. 우리 사회는 ICT 기술을 기반으로 하는 구조를 가지고 있고, 범죄발생율도 선진국과 비교하면 현저히 낮은 수준인데도 국민들은 여전히 불안감을 가지고 있

2) 하태훈, 21세기 한국 형사법학의 과제와 전망, 안암법학 제13호, 안암법학회, 2001, 134면.
3) 통계청, 2012 사회조사, 54면.

다. 이러한 불안감은 단지 사회 구성원의 주관적 감정에 따른 결과인지 대중매체의 위험보도에 따른 방어본능인지 아니면 실제로 우리 사회가 불안한 것인지 단정하기 어렵다. 따라서 이와 관련하여 독일의 사회학자인 Ulrich Beck이 제시하는 위험사회의 개념을 검토하면서 그 본질에 접근하고자 한다.

위험사회라는 개념을 일의적으로 정의하는 것은 어려운 문제이다. Ulrich Beck에 의하면 위험사회란 인간사회 발전의 배후에 있는 어두운 측면들이 점차 사회적 논의를 주도하는 사회 즉, 인간의 편의를 위해 고안된 과학문명이 인간의 생존 자체를 위협하는 모순적인 사회를 의미한다. 그렇다면 Beck이 제시하는 새로운 형태의 위험이란 무엇인가? Beck의 위험개념에 대하여 국내에서는 두 가지 견해가 제시되고 있다. 즉, 전통적 형태의 위험과 새로운 형태의 대량위험을 어떻게 구분하는가에 대한 논의인데, ⅰ) Beck은 '위험'을 과거의 위해(Gefährdung)와 새로운 형태의 대량위험(Risiko)로 구분하였으며 전자는 부와 정치적 권력에 의한 개인적 위협이고, 후자는 기술적·경제적 발전과 기업의 생산물, 그리고 사회 자체의 중심에서 발생할 수 있는 위협을 의미한다는 견해[4]와 ⅱ) 국문으로 동일하게 위험으로 번역되는 Risiko, Gefahr, Gefährdung의 개념을 사용한다는 전제 하에 Risiko는 이미 예견된 법익침해의 위태화(즉, 원자력 발전소, 유전공학 등 인류가 그 위험을 이미 인지하고 있으면서도 인류에게 주는 편의성 때문에 불가피하게 사용하는 것)를 말하며, Gefahr는 예기치 않은 법익침해의 위태화, 그리고 Gefährdung는 개인의 법익에 대한 침해가능성을 의미하는 전통적 위험으로 해석하는 견해이다.[5]

이러한 논의는 전통적 형태의 위험(또는 위태)은 동일한 시각에서 보지만 새로운 형태의 위험을 어떻게 보는가에 대한 관점에서 차이가 있다. 생각건대, 위험은 발생자체가 문제되는 것이라기보다 발생의 가능성을 의미하고 위험의 도래에 대한 인간의 통제가능성 여부가 관건이라는 점에서 본다면 발생 가능성 여부에 따라 위험과 위해를 구분하는 후설이 상대적으로 타당해 보인다. 하지만 이러한 구분에 따르더라도 개인의 법익에 대한 침해가능성을 의미하는 전통적 위해(Gefährdung)와는 달리 사회적 존재로 이해되는 위험(Risiko)이라는 개념 자체가 어떠한 한계를 가지는 개념이 아니기 때문에 새로운 형태의 위험요소라는 측면에서 볼 때 용어의 개념을 명확히 정의내리는 것은 쉽지 않다. 하지만 본 논의를 전개할 때 가장 핵

4) 강문수, 위험사회에서의 입법 - 위험사회에서의 입법적 과제, 토지공법연구 제32집, 한국토지공법학회, 2006, 382면.
5) 박광민·이성대, 위험사회의 등장에 따른 형법의 대응, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 515면.

심적인 용어가 '위험'또는 '새로운 형태의 위험요소'임을 감안한다면 개념을 정의하는 과정은 필수불가결한 절차이다. '새로운 형태의 위험'이란 개념이 일정한 정도의 추상성을 가질 수밖에 없다는 점을 전제하고, 전술한 논의를 종합하면 새로운 형태의 위험이란 "후기 산업사회에 있어서 인간의 집단적 결정에 근거하여 예상된 것이지만 인간의 생존 자체를 위협할 수 있을 뿐만 아니라 개인적으로서는 무방비 상태에서 피할 수 조차 없는 것으로 나타나는 일정한 산업적인 대량위험[6]"으로 이해하기로 한다.

그렇다면 먼저 우리 사회가 Beck이 제시한 위험사회라고 볼 수 있을지 검토가 필요하다. 우리나라는 1977년 고리 원자력발전소의 건설을 기점으로 위험사회에 접어들었다고 하지만[7] 우리나라의 위험사회는 Beck이 제시한 위험사회의 전형적인 특성과는 차이가 있다.[8] 위험이란 과학기술과 사회경제적 결과물이기도 하지만 문화적 산물이라는 측면도 있기 때문이다.[9]

첫째, Beck이 제시한 위험사회에서의 위험은 서구의 근대화 과정에서 핵심요소였던 과학기술의 발달과 산업화가 맞물려 빚어낸 불가피한 산물이자 숙명적 위험으로 수용할 수밖에 없는 것인 반면에, 우리 사회에서의 위험은 우리가 절박한 필요에 의해 선택한 성장중심모델의 근대화 전략의 결함으로부터 파생된 결과로서 친환경 발전모델로 전환했더라면 피할 수도 있었다는 점에서 차이가 있다.[10]

둘째, 위험 성격의 변이이다. 한국사회의 위험은 대규모 환경오염 등 후기 산업사회의 새로운 대량위험뿐만 아니라 부실공사, 산업재해 등 산업사회나 전환기 사회의 위험과 학교폭력, 성폭력범죄 등 전통사회의 위험이 복합적으로 얽혀 있어 위험의 중복화 현상을 보이고 있다. 나아가 과학기술의 발전에 따른 부작용과 위험도 역시 사회적 불안을 고조시키는 특성을 보이고 있다.[11] 즉, Beck이 제시한 위험사회에서의 새로운 형태의 위험이란 인간의 생존을 위한 발전된 과학기술이 그 본래의 목적을 넘어 인간의 생존 자체를 위협하는 유형을 말하지만, 한국 사회에서 새로운 형태의 위험이란 전형적인 원자력, 유전공학뿐만 아니라 성폭력범죄,

6) 박광민・이성대, 전게논문, 515면.
7) 홍성태, 대한민국 위험사회, 도서출판 당대, 2007, 56면.
8) 한상진, 위험사회 분석과 비판이론 - 율리히 벡의 서울강의와 한국사회, 사회와 이론 제12집, 한국이론사회학회, 2008, 45면.
9) Patrick T. O'Malley, *Crime and Risk*, SAGE, 2010, p.15.
10) 박미숙, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ) - 현대위험사회와 법치국가 형법, 한국형사정책연구원, 2012, 35면.
11) 박미숙, 전게 보고서, 35면.

살인 등의 범죄에도 적용됨으로써 그 변이를 찾을 수 있다.

이처럼 위험의 개념 변이가 있는 우리 사회에서 사이버 테러라는 현상을 살인, 강간 등과 같은 전통적인 위험원이지만 사회방위의 필요성에 의해 위험법제로 접근하는 것인가, 아니면 사이버 테러 자체가 Beck이 제시한 새로운 형태의 위험원인가에 대한 판단이 필요하다. Beck이 제시한 새로운 형태의 위험은 비가시성, 평등성, 부메랑 효과 등을 가진다고 하였는데, 사이버 테러는 이러한 특성과 일치된다. ⅰ) 전통적인 형태의 테러와는 달리 사이버 테러는 인간의 인식능력을 벗어나는 위험이기에 과학적 지식을 통해서 그 위험성을 인식할 수 있으며, ⅱ) 범죄의 노출이라는 측면에서 전통적 위험은 사회적 계급의 지위에 따라 그 노출의 정도가 상이했지만 사이버 테러는 오히려 ICT 기술의 의존성이 상대적으로 높은 사회적 중상류층 이상이 피해의 가능성이 더 높기 때문에 피해의 노출이라는 측면에서 특권층과 비특권층 간의 경계를 소멸시킨다. ⅲ) 또한 사이버 테러는 ICT 기술에 의해 이득을 얻는 사람들에게 그 위험성과 그 위험으로 인한 부정적 결과가 돌아가는 구조를 가지고 있기 때문에 Beck이 제시한 부메랑 효과와 동일하다고 볼 수 있다. ⅳ) 나아가 지난 몇 차례의 심각한 사이버 테러를 계기로 사이버 안전에 대한 사회적 논의가 이루어지고, 이에 따라 정치적・입법적 논의가 진행된 것은 Beck이 제시한 새로운 형태의 위험은 정치적 폭발력을 가진다는 설명과도 부합된다고 할 것이다. 이러한 측면에서 사이버 테러는 Beck이 제시한 위험의 전형적인 모습이라 할 수 있고, 이에 대한 형사정책적 과제는 사이버 테러에 대응하여 구성원의 안전을 담보할 수 있는 사회적 안전망을 구축하는 것이다.[12]

2. 안보환경의 변화와 사이버 테러

20세기 말 미・소 양국의 주도 하에 성립된 냉전체제의 종식은 세계전쟁의 가능성을 감소시키는 결과를 가져왔다. 그 결과 과거 냉전시기에 국가 간의 우호관계와 적대관계를 판단하는 데에 중요한 기준으로 작용하였던 이념과 체제 간의 대립은 현저하게 줄어든 반면, 자국의 핵심적인 이익과 실리를 추구하는 분위기가 확산되면서 상호협력을 통한 평화와 경제발전의 중요성이 더욱 부각되고 있다.[13] 이러한 국제정세 속에서 안보의 개념도 변화하고 있으며 우리나라의 안보환경도 변

12) 김한균, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ) - 현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리, 한국형사정책연구원, 2012, 43면.
13) 정찬권, 21세기 포괄안보 시대의 국가위기관리론, 대왕사, 2010, 59면.

화하고 있다.

국가안보는 전통적으로 군사적 안보를 중심으로 판단하였으나 국가 간 이념대립의 종식과 정보화·세계화의 진전에 따른 비국가 행위자의 부각 등으로 인하여 과거 이념경쟁 시대에는 수면위로 부상되지 못했던 인종, 종교, 영토, 경제적 이익 등에 기인한 갈등이 부각되고 있다. 변화된 국제정세는 국가안보의 새로운 패러다임을 요구하고 있으며 최근의 국가안보 패러다임은 전통적인 이념적·군사적 우월성에 중점을 두는 것이 아니라 국민, 영토, 사회 핵심 기반시설 등을 위협하고 마비시킬 수 있는 요소들도 국가안보를 위협할 수 있다는 포괄적 안보의 개념으로 발현되고 있다.

이러한 새로운 안보환경의 패러다임의 특징은 다음과 같다. i) 앞에서 검토한 바와 같이 안보개념을 설정하는 데에 있어서 군사적 관점에서 뿐만 아니라 비군사적 요소 즉, 정치·경제·사회·환경·기술 등 비군사 분야를 포함하여 위협요소 판단의 다원화를 꾀하고 있다. ii) 안보의 주체와 위협받는 대상에 대한 근본적인 변화를 보면 종래에는 국가 위주의 안보개념 판단에서 최근에는 개인과 인류 공동체 중심으로 안보의 주안점이 옮겨가고 있다는 점이다.[14] iii) 또한 국가안보를 위협하는 주체로서 종래와 같은 적성국 개념이 아닌 초국가적 위협의 부상을 들 수 있다. 초국가적 위협은 위협의 근원이 비국가 행위자에 의해 행해지고 비국가 행위자에 의한 위협은 전통적인 국경을 초월해 이루어진다는 점에 특징이 있다. iv) 마지막으로 세계 각국은 테러의 위협으로부터 국가의 안전보장을 담보할 수 없는 상태에 이르렀다는 점이다. 이러한 위협은 지난 2001년의 9·11 테러와 같이 전통적 형태의 테러에 기인하는 것도 있지만 발달된 ICT 기술을 활용한 사이버 테러 역시 잠재적인 국가안보를 저해하는 요소가 될 수 있다.

3. 검 토

일반적으로 국가안보란 국가의 핵심가치가 위협으로부터 안전한 상태를 의미한다. 전통적인 국가안보는 외부의 군사적 위협을 주로 의미하였고 이러한 위협의 주체는 국가행위자인 경우가 대부분이었다. 하지만 냉전 체제의 종식 이후 안보환경은 군사적 위협 이외의 다양한 위협이 부각되었고, 이러한 다양한 위협에 대응하기 위한 포괄적 안보의 필요성이 새로운 안보환경의 패러다임이라는 사실을 검

14) 이재은, 국가안보 환경의 변화와 국가위기관리 - 포괄적 안보 개념 하에서의 국가위기 유형, 한국위기관리논집 제9권 제2호, 한국위기관리학회, 2013, 180면.

토하였다. 특히 현대 국가의 주요 사회기반시설과 서비스망은 대부분 ICT 기술과 연결되어 통제되고 있는데 이러한 시설들에 대한 불법 접근에 기인한 시설 및 서비스 장애가 발생하는 경우에는 당해 시설에 대한 장애뿐만 아니라 관련되어 있는 다른 핵심시설의 정상적인 운영에 미치는 영향도 매우 커지게 된다. 특히 통신, 금융, 전력 등 국가 기반시설을 연결하고, 각 정보시스템을 통제하는 전산망에 대한 침해는 단순한 침해행위가 아닌 국가의 전반에 걸쳐 장애를 초래할 수 있다는 점에 문제의 심각성이 있다. 최근 우리나라를 대상으로 한 사이버 테러는 대체로 GPS, 통신, 방송, 금융시설 등 국가기반 시설에 대한 피해를 강요하거나 타격을 가하기 위해서 발생하는 경향이 있다. 이는 공격 행위자가 의도한 목표가 무엇이었든 간에 개별 범죄행위의 위험성을 넘어 국가안전에 대한 위협으로 연결되고 있다. 사이버 테러는 이처럼 ICT 시대에 있어서 국가안보의 새로운 위협요소의 성격을 가지고 있는 동시에 현대 위험사회에서 논의되는 새로운 형태의 위험원이라는 복합적 성격도 가지고 있기 때문에 형사정책적·입법적 대응이 필요하다.

Ⅲ. 안보위해 요소로서의 사이버 테러

1. 사이버 테러의 정의

오늘날 우리들에게 사이버 테러는 더 이상 낯선 개념이 아니다. ICT 기술을 이용한 범죄행위로부터 북한에 의한 GPS 교란행위에 이르기까지 단지 사이버 툴을 이용했다는 이유만으로 이를 사이버 테러라고 칭하는 경향이 사회 전반에 널리 퍼져 있기 때문이다. 하지만 이러한 행위 모두를 사이버 테러로 이해하는 것이 과연 타당한지에 대한 검토가 필요하다.

전통적 테러의 개념에 대한 합의된 정의가 없는 것과 마찬가지로 사이버 테러의 정확한 개념에 대하여 국제적으로 합의된 정의를 찾기가 어렵다. 전통적인 테러의 개념 자체가 확립되지 않은 상황에서 사이버 테러의 정의를 논하는 것이 성급한 일이라고 할 수도 있겠지만 사이버 테러는 엄연히 범죄행위에 해당되므로 죄형법정주의 원칙상 그 개념을 정립하는 것이 우선적으로 필요하다. 일반적으로 테러라 함은 "정부 또는 개인이 특정한 정치적·종교적·민족적 목적 달성을 위하여 정부·지방자치단체·외국국가의 작위 또는 부작위를 강요하거나, 일반 시민에게 직접 공포심을 야기할 목적으로 불법한 유형력을 행사하는 것"으로 이해할 수 있다. 즉,

전통적 테러의 개념요소로는 ⅰ) 폭력행위의 사용 또는 사용의 위협, ⅱ) 초과주관적 구성요건요소로서 정치적·민족적·이념적 동기, ⅲ) 테러의 대상으로서 피해자-대중의 분리를 들 수 있다.[15]

사이버 테러가 전통적 테러로부터 파생되었다고 하더라도 전통적 테러의 하위요소로 볼 수 있는가에 대해서는 의문이 있다. 첫째, 전통적 형태의 테러는 폭력행위의 사용 또는 사용의 위협을 핵심적 요소로 하고 있는 것에 반해 사이버 테러는 그러한 경성침해가 아닌 해킹, 바이러스 등의 연성침해로 이루어지기 때문이다. 둘째, 전통적 테러는 범죄의 고의 이외에 초과주관적 구성요소로서 정치적 목적 등이 필요한 반면에 최근의 사이버 테러는 초과주관적 구성요건 요소를 필요로 하지 않는다. 따라서 주관적 측면에서 차이가 있다. 셋째, 전통적 형태의 테러범죄는 불법적 폭력행위 자체에 목적이 있는 것이 아니라 폭력행위를 수단으로 자신들의 특정한 목적을 달성하는 데에 있으며, 이러한 폭력행위로 인해 직접적인 피해를 받는 자와 폭력행위로 인하여 의사결정의 제한을 받는 자가 명확히 구분된다. 하지만 사이버 테러는 전력, 통신, 금융 등 국가기반 시설을 노리는 경우가 대부분이고, 국가기반시설이 사이버 테러로 인하여 정상적 운영이 불가능해지면 직접적인 피해자(여기서는 국가기반시설 운영자 더 나아가 해당국가의 정부)뿐만 아니라 기반시설을 향유하는 사회 구성원도 직접적인 피해를 받기 때문에 전통적인 테러범죄와는 차이가 있다. 따라서 사이버 테러가 전통적 테러에서 발현되었다 하더라도 별도의 범죄발현형태로 보는 것이 타당하다.

다음으로 검토가 필요한 사안은 주체에 관한 논의이다. 비국가 행위자뿐만 아니라 국가도 사이버 테러의 주체가 될 수 있는가의 문제가 있다. 이 문제는 사이버 테러와 사이버 전의 구분에 있어서 실익이 있다. 사이버 전이 무엇인가에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있지만 그 개념상 핵심용어는 ⅰ) 사이버 공간상에서 발생하는, ⅱ) 국가 간 분쟁형태의 한 가지 유형이라는 점이라고 할 수 있다. 사이버 전은 전쟁의 일부 또는 전쟁의 전초 과정에서 이루어지는 것이므로 그 개념을 기존의 무력수단이 아닌 사이버 기술을 이용하여 이루어지는 분쟁이라고[16] 정의할 수 있다. 만약 특정한 사이버 침해행위가 사이버 전으로 판명된다면 이는 국내외의 형사법적 문제를 떠나 전쟁법의 적용을 받기 때문에 구분할 필요성이 있는 것

15) 박웅신·윤해성, 테러개념에 대한 소고, 한국테러학회보 제6권 제2호, 한국테러학회, 2013, 63-66면.
16) 김홍석, 사이버 테러와 국가안보, 저스티스 제121호, 한국법학원, 2010, 322면.

이다. 생각건대, 전통적 형태의 테러에 있어서도 국가 행위자의 테러범죄 주체성을 부정할 이유가 없기 때문에 사이버 테러에 있어서도 국가의 주체성을 부정할 필요는 없다. 특히 최근에는 국가 간 전면전의 형태로 무력분쟁이 발생하는 경우는 드물고 사이버 테러, 저강도 분쟁과 같은 비전통적인 방법에 의한 경우가 많기 때문에 사이버 테러의 주체에 국가를 제외할 이유는 없다고 생각한다.

이상에서 전통적 테러와 사이버 테러의 구별을 통해 양자는 구별되는 요인이라는 점을 검토하였고, 사이버 테러의 개념적 특성에 대해서도 검토하였다. 또한 사이버 테러의 개념에 대해서는 '해킹이나 바이러스 감염, D-DOS 등과 같이 사이버 상에서 하드웨어나 소프트웨어, 웹사이트 또는 정보통신의 인프라에 대한 직접적인 사보타지나 공격을 가하는 행위'라고 하는 유엔마약범죄사무소(United Nations Office on Drugs and Crime: UNODC)의 개념 정의가 합리적으로 생각되어 이 정의에 따르기로 한다.

2. 사이버 테러의 특성

전통적 형태의 테러처럼 물리적 공간에서 수행되는 것이 아니라 온라인 공간에서 수행되는 사이버 테러는 피해의 파급과 규모면에서 대단히 큰 영향력을 가지고 있다. 이러한 사이버 테러의 특성은 다음과 같다. 첫째, 전통적 형태의 테러와는 달리 사이버 테러는 많은 비용과 국가적 지원이 없이도 정보체계에 대한 지식만 있으면 사이버 기술과 무기를 개발할 수 있고, 네트워크에 접근할 수 있는 소수인만 있어도 공격이 가능하다. 둘째, 사이버 테러는 특정한 목표물에 대한 직접적인 피해뿐만 아니라 ICT 기술의 상호연계성으로 인하여 다른 지역으로 그 피해가 전이될 수 있다. 셋째, 전통적 테러와는 달리 인간의 오감으로는 사이버 테러의 증거조사가 어렵다는 특징이 있다. 즉 사이버 테러 자체를 인지하지 못하는 경우뿐만 아니라 이를 인지한다고 하더라도 당해 공격의 주체, 목적, 피해상황 등을 규명하는 데에는 장기간이 소요된다. 넷째, 사이버 테러는 그 자체가 독립된 공격으로 수행될 수도 있지만, 전통적 테러 또는 정규전의 사전행위로서 발생될 수 있다는 점이다.

Ⅳ. 외국의 사이버 테러에 대응하는 법제도

사이버 테러는 전산망 또는 컴퓨터의 데이터와 보안시스템을 대상으로 하는 위

법행위로서 사이버 범죄의 하나이다. 이러한 사이버 범죄에 대한 법적 규제 또는 효과적인 사법공조에 관하여 국제적인 다양한 노력은 있었지만, 사이버 테러만을 직접적인 대상으로 한 경우는 대단히 제한적이다. 사이버 공간에서의 범죄행위를 규제하기 위한 최초의 국제적인 노력은 EU에서 제안된 '사이버범죄 방지조약(Council of European Convention on Cybercrime: CECC) 초안'이다.[17] 동 초안은 2001.11.23. 헝가리 부다페스트에서 개최된 사이버범죄 컨퍼런스에서 유럽의회 가입국 25개국과 미국, 캐나다 등 총 29개국이 서명하였으며 2004.07.01. 발효되었다.[18] 여기에는 미국 등 비EU국가들 가입하였으나 회원국이 29개국에 불과하고 유럽발 사이버범죄의 규제를 목적으로 하는 것이어서 비EU국에서 발생한 사이버 테러의 대응과 국제 공조에는 한계가 있고, 특히 사이버 범죄에 대한 사안을 규정하고 있을 뿐이고 사이버 테러에 대한 대응협약이 아니라는 점에서 본 협약에 의한 사이버 테러의 대응에는 한계가 있다. 사이버 테러는 국제적인 성격을 가지고 있어서 법적 대응과 형사처벌을 위해서는 국제적인 공조가 필수적임에도 불구하고 사이버 테러를 직접 대상으로 하는 국제조약은 체결되어 있지 않은 실정이다.

1. 미 국

미국은 1970년대부터 사이버 공격의 문제점과 폐해를 인식하고 그에 대한 대책과 법제를 정비하려고 노력하여 왔는데, 사이버 테러에 대한 구체적인 대응책을 마련하게 된 것은 상원청문회에서 1991년 걸프전 당시 국방성 홈페이지가 사이버 테러에 의해 해킹당한 사실이 밝혀진 이후이다.[19] 사이버 테러의 위협이 본격화되기 이전에는 1986년에 제정된 「컴퓨터 사기 및 오용방지법(The Computer Fraud and Abuse Act of 1986, 이하 CFAA)」으로 사이버 공간상의 위협에 대처하여 왔으며,[20] 동법 제정 이전에는 「연방도청방지법(Federal Wiretap Act)」이[21] 온라인상의 범죄를 규제하는 유일한 법률이었다.[22] CFAA는 무권한자가 정보를 얻기 위해 잠금장치가 된 컴퓨터에 접근하거나, 기망을 수단으로 유가치한 정보를 취득하거

17) 김홍석, 전게논문, 336면.
18) 정완, 사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안, 형사정책연구 제18권 제2호, 한국형사정책연구원, 2007, 122면.
19) 정준현・지성우, 국가안전보장을 위한 미국의 반사이버테러법제에 관한 연구, 미국헌법연구 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009, 225면.
20) 18 U.S.C § 1030 이하.
21) 18 U.S.C § 2510 이하.
22) 윤해성, 대테러 활동에 관한 수사시스템 정비방안, 한국형사정책연구원, 2011, 84면.

나, 타인의 컴퓨터에 피해를 입히는 행위를 범죄로 규정하고 있었다.[23] 그 후 CFAA는 수차례 개정되었는데 1994년 개정에서는 권한 없이 연방정부의 컴퓨터에 접속하는 행위를 처벌하는 규정을 두었고, 최근에는 「애국법(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001)」에 의해 사이버 공격 행위와 관련된 규정을 확대하였으며 처벌수준도 강화하였다.[24]

2001년 9・11 테러 이후 국토안보부는 사이버 테러라는 새로운 형태의 테러범죄에 대응하기 위하여 '사이버공간의 안전확보를 위한 국가전략(National Strategy to Secure Cyberspace)'이라는 정책보고서에서 사이버안보 전략의 필요성과 효율적 규제를 위한 법제의 마련과 기관 설립을 제안하였다. 동 보고서는 ⅰ) 국가사이버 안전대응 시스템을 수립하고,[25] ⅱ) 국가사이버 안전의 위협과 취약성 감소 시스템을 수립하며,[26] ⅲ) 국가사이버 안전 인식과 훈련 프로그램을 제안하고[27] 있다. 특히 동 보고서가 제안한 국가사이버 안전대응 시스템은 사이버 위협에 대한 공공영역과 민간영역의 대응방법을 국토안보부가 총괄하는 것으로 규정하고 있다.[28] 이뿐만 아니라 2004년 국토안보부의 주도로 작성, 발표된 '국가사고관리 시스템(National Incident Management System)'은 연방, 주 및 지역 간 사고에 대응하는 단일체계 수립 및 표준화된 관리계획을 담고 있으며, 이는 2006년의 '국가기반 보호계획(National Infrastructure Protection Plan)'과 2008년의 '국가대응 프레임워크(National Response Framework)' 등을 거치면서 더욱 확대・발전되어 국가의 기반구조와 주요자원 보호 프로그램을 구현하는 것이 정보정책의 핵심 목표로 설정되었다.[29] 이러한 정책적 목적을 구체적으로 입법화한 것이 「애국법(USA PATRIOT Act)」과 「국토안보법(Homeland Security Act)」, 「연방정보보안관리법(Federal Information Security Management)」,[30] 「사이버 보안연구 개발법(Cyber Security Research and Development Act)」 등이다.[31]

23) 18 U.S.C § 1030(a)(5)(B) 이하.
24) 윤해성, 전게 보고서, 84면.
25) White House, *National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, p.19-20.
26) White House, *National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, p.27 이하.
27) White House, *National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, p.37 이하.
28) White House, *National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, p.20.
29) 정준현・지성우, 전게논문, 226면.
30) 44 U.S.C. § 3541 이하.
31) 사이버 테러에 대응하기 위한 미국의 입법례에 대한 소개는 윤해성, 전게보고서 90면 이하 참조.

2. 영 국

영국의 테러범죄 대응법제는 「테러법(Terrorism Acts)」, 「2001 반테러, 범죄 및 안전보장법(Anti-Terrorism, Crime and Security Act)」, 「2005년 테러방지법(Prevention of Terrorism Act)」, 「2006년 대테러법(Terrorism Act 2006)」 등이 있었는데 이는 주로 전통적인 형태의 테러에 중점을 두고 있었다. 영국에서는 사이버 테러가 아닌 사이버 범죄로 규정하여 대응하고 있는데 그 시초는 1990년에 제정된 「컴퓨터 오용금지법(Computer Misuse Act 1990)」이었다. 동 법은 ⅰ) 컴퓨터 자료에 대한 무단 접근, ⅱ) 위법행위를 조장하거나 범죄를 목적으로 하는 무단 접근, ⅲ) 컴퓨터 자료에 대한 무단 수정 등을 사이버범죄로 규율하였는데, 동 법은 컴퓨터 바이러스에 감염된 경우에는 피해자의 실질적인 손해와 그에 대한 가해자의 고의가 필요 없이 바이러스의 제조 및 유포 자체만으로 처벌하고 있다는 점이 특징이다.[32] 그 후 동 법은 수차례 개정되어 전산망에 대한 무단접속 및 디지털 자료에 대한 무단 수정행위의 법정형을 가중하였고,[33] 최근 사이버 테러의 경향을 반영하여 분산 서비스 공격 등을 새로운 구성요건으로 추가하였다.

3. 독 일

독일은 테러범죄에 대해서 「형법」과 「형사소송법」을 개정하면서 대응하여 왔다. 사이버 테러 역시 「형법」 개정을 통해 대응하고 있는데, 2007년 제41차 「형법」 개정을 통하여 컴퓨터 관련 범죄를 「형법」에 편입시킴으로써 사이버 테러에 대응하는 기초를 마련하였다. 즉, 디지털 데이터에 불법으로 접근하는 행위, 디지털 데이터를 불법으로 취득하는 행위, 디지털 데이터의 변경행위 등을 컴퓨터 범죄로 처벌하고 있다. 조직의 구성에서는 「연방정보기술안전청 설치법(BSI-Erri-chtungsgesetz)」에 의해 설치된 연방정보기술안전청(Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik: BSI)과 연방통신망청(Bundesnetzagentur: BNetzA)이 주로 담당하고 있다. 1991년에 설립된 내무부 산하 '연방정보기술안전청'은 실질적인 국가 사이버안전업무를 총괄하는 기관일 뿐만 아니라 수사기관의 테러활동 감시 등 정보지원활동도 동시에 하고 있다.[34]

32) 김홍석, 전게논문, 333면.
33) 종래 무단접속행위의 법정형의 상한은 징역 3개월에서 2년으로, 디지털 자료의 무단 수정의 법정형의 상한을 5년에서 10년으로 가중하였다.
34) 한국인터넷진흥원, 국내외 지식정보보안 산업동향, 2012, 39면.

4. 일 본

일본은 20세기 후반부터 관방성의 주관으로 사회기반 및 생산설비에 대한 사이버 테러 대책을 수립하여 왔다. 1997년 정부 주도 하에 정보보안대책실을 설치하고,[35] 국가적 정보보안대책을 추진하여 대규모 공장설비 네트워크의 보안대책위원회를 구성하여 네트워크 보호기술 및 운영체제의 표준화를 추구하고 보안수준을 향상시키기 위하여 노력하였다.[36]

일본의 사이버 테러 대응법제는 소위 IT 기본법이라 불리는 「고도정보통신 네트워크 사회형성 기본법(高度情報通信ネットワーク社會形成基本法)」이 있다. 동 법은 우리나라의 국가정보화기본법과 유사한 법률로 전산망의 안전성 확보를 위하여 국민이 안심하고 사용할 수 있는 전산망 확보가 국가의 선행과제임을 규정하고 있다.[37] 이 외에도 1987년 「형법」 개정으로 문서위조죄와 문서손괴죄의 대상에 전자적 기록을 포함시키고 전자문서의 허위작성을 통한 사기죄 등을 신설함으로써 ICT 기술을 이용한 컴퓨터 범죄에 대한 대응 기반을 마련하였다. 사이버 테러와 관련하여 특이한 점은 지난 2011년 6월 일본 국회에 제출된 「정보처리의 고도화 등에 대처하기 위한 형법 등의 일부 개정 법률안(情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律案)」 중에서 일본 「형법」 제19장의 2(부정지령, 전자적 기록에 관한 죄)가 신설되어 컴퓨터에 부정한 명령을 주는 전자적 기록을 작성하는 행위 등을 내용으로 하는 구성요건이 신설되어 2011년 7월부터 시행되고 있다는 점이다. 즉 바이러스의 생성과 제공행위는 제168조의 2에 의해 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처해지고, 바이러스의 취득, 보관행위는 제168조의 3에 의해 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금으로 처벌된다.

Ⅴ. 사이버 테러 대응을 위한 법제도의 개선

우리나라의 현행법상 사이버 테러행위에 적용될 수 있는 법제는 「형법」과 「정보통신기반 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「통신비밀보호법」 등의 특별법으로 이원화되어 있다.

35) 정보보안대책실은 2005년 국가정보보안센터로 변경되었다.
36) 윤해성, 전게보고서, 120면.
37) 高度情報通信ネットワーク社会形成基本法 제21조.

1. 형법 규정의 검토

「형법」은 1995년 개정에서 당시 새롭게 등장한 컴퓨터 범죄에 대응하기 위하여 컴퓨터 등 이용 업무방해죄(제314조 제2항)를 신설하여 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자를 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 하였고, 동법 제316조에서는 비밀침해죄의 객체에 전자기록 등 특수매체기록을 포함하여 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 처벌하는 구성요건을 신설하였다. 또한 손괴죄의 객체에도 전자기록등 특수매체기록을 포함시킴으로써 특수매체기록을 손괴한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금으로 처벌할 수 있도록 하였다(동법 제366조). 이 외에도 공용서류 등 무효죄의 객체에 전자기록등 특수매체기록을 포함해 이를 손상 또는 은닉하거나 기타 방법으로 그 효용을 해하는 행위에 대해서는 7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌할 수 있게 되었다. 이와 같이 1995년 「형법」 개정으로 해킹, 바이러스 유포를 통해 당해 디지털 데이터의 효용을 해하거나 그 내용을 변형 또는 타인의 업무처리를 방해하는 행위를 처벌할 수 있게 함으로써 사이버 테러의 형사처벌 가능성을 열어놓았다. 하지만 이러한 「형법」개정이 진행된 1995년 당시는 ICT 기술이 본격적으로 발전하기 이전이었고, 1995년 개정 이후 약 10여년 동안 인터넷 환경이 확대되고 ICT 기술이 급속도로 발전하는 등 「형법」이 개정된 1995년 당시에는 상상할 수 없었던 유형과 규모로 사이버 범죄가 발생하고 있다. 이러한 상황적·환경적 요인이 고려되지 않은 입법적 지체현상을 해소하기 위하여 입법자는 필요할 때마다 특별법을 제정해서 사이버 범죄에 대응하고 있는 실정이다.

2. 특별법 규정의 검토

가. 정보통신기반 보호법(공공영역의 보호)

「정보통신기반 보호법」은 전자적 침해행위를 규율하기 위하여 주요 정보통신기반시설의 보호에 관한 대책을 수립·시행함으로써 동 시설을 안정적으로 운용하여 국가의 안전과 국민생활의 안정을 보장하려는 것을 목적으로 하고 있다. 즉, 국가의 핵심적인 기능 및 경제활동의 원활한 보장을 담보하는 핵심시설을 전자적 침해행위로부터 보호하려는 법령이다. 동 법에서 규정하고 있는 정보통신기반시설이

란 국가안전보장·행정·국방·치안·금융·통신·운송·에너지 등의 업무와 관련된 전자적 제어·관리시스템 및 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항제1호의 규정에 의한 정보통신망을 말하고, 전자적 침해행위는 정보통신기반시설을 대상으로 해킹, 컴퓨터바이러스, 논리·메일폭탄, 서비스거부 또는 고출력 전자기파 등에 의해 정보통신기반시설을 공격하는 행위를 말한다.

동 법은 제12조에서 주요정보통신기반시설에 대한 침해행위를 금지하고 있는데, 이는 구체적으로 i) 접근권한을 가지지 아니하는 자가 주요정보통신기반시설에 접근하거나 접근권한을 가진 자가 그 권한을 초과하여 저장된 데이터를 조작·파괴·은닉 또는 유출하는 행위, ii) 주요정보통신기반시설에 대하여 데이터를 파괴하거나 주요정보통신기반시설의 운영을 방해할 목적으로 컴퓨터바이러스·논리폭탄 등의 프로그램을 투입하는 행위, iii) 주요정보통신기반시설의 운영을 방해할 목적으로 일시에 대량의 신호를 보내거나 부정한 명령을 처리하도록 하는 등의 방법으로 정보처리에 오류를 발생하게 하는 행위로 구분하고, 이러한 행위로 주요정보통신기반시설을 교란·마비 또는 파괴한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다.

나. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(민간영역의 보호)

동 법은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 동 법에서 말하는 정보통신망이란 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 의미하고, 개인정보란 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보를 말한다. 즉, 민간영역에서 사회구성원들의 개인정보, 정보통신망의 보호뿐만 아니라 정보통신망의 이용촉진, 전자문서의 활성화, 정보통신망에서의 청소년 보호 등을 규율하는 민간영역에서의 정보통신망 보호에 관한 법령이라 할 수 있다.

다. 국방정보화 기반조성 및 국방정보자원관리에 관한 법률(국방영역의 보호)

국방정보화 및 국방정보자원관리에 관한 사항을 규정함으로써 미래 정보사회에

걸맞은 선진정예강군 육성과 국방정보기술의 선진화에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다. 국방정책 분야에서의 정보통신망 보호에 관한 법률로서 국방정보화 추진, 국방정보자원관리, 국방정보화 기반조성 및 보호 등에 대해 규정하고 있다. 동 법에서 국방정보화란 국방정보를 생산·유통 또는 활용하여 국방 분야의 활동을 가능하게 하거나 효율화를 도모하는 것을 말하고, 국방정보보호란 국방정보통신망에 대한 전자적 침해행위의 거부·정지·제한·예방·확인·점검·역추적 및 봉쇄 등 군의 작전능력을 제고하기 위한 모든 활동을 말한다. 특히 동 법은 국가안보의 일차적 역할을 수행하고 있는 군이 사용하고 있는 정보통신망에 대한 침해를 방지하기 위한 역할을 국방부장관에게 부여하고 있다.

3. 현행 법제도의 개선

가. 산재된 법규정의 단일화

현행 사이버 테러 대응법제의 가장 큰 문제점은 관련 규정이 다수의 법령에 산재되어 있어서 사이버 테러행위의 구성요건과 처벌뿐만 아니라 사이버 테러에 대응하는 조직 구성에도 혼선을 가져올 수 있다는 점이다. 또한 입법과정에서 다른 법률에 산재되어 있는 유사한 규정을 고려하지 못하고 법령을 제정할 가능성도 있어서 구성요건적 행위에 따른 법정형의 불균형이 초래되는 부작용도 발생할 수 있다.[38] 이는 정책결정권자, 입법자가 사회현실의 변화에 따라 새로이 등장하는 범죄현상에 대한 철학적·정책적·이론적 고려 없이 진압위주의 강경한 기조와 국민여론에 호도되어 입법활동을 한 결과라고 생각한다.

처벌의 불균형이 생긴 예로는 통신 인프라에 대하여 사이버 테러행위를 가한 경우를 들 수 있다. 「전기통신사업법」 제79조 제1항과 제94조 제3호에 의해 전기통신설비의 기능에 장애를 가해 전기통신의 소통을 방해하는 행위는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금으로 처벌하게 되는 것에 비하여, 전기통신 업무에 사용되는 무선설비의 기능에 장애를 초래해 무선통신을 방해하는 행위는 「전파법」 제82조에 의해 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금으로 처벌하도록 되어 있다. 유선 또는 무선 통신이라는 점에서 차이는 있지만 통신 인프라를 침해한다는 점에서는 동일한 행위에 대하여 법정형의 2배(징역형) 내지는 2배(벌금형)의 차이가 나는 것은 합리적인 법정책이라고 할 수 없다. 특히 무선 통신망이 확장되

38) 김홍석, 전게논문, 342면.

는 추세라고 하더라도 통신기반시설의 핵심은 아직까지는 유선 통신망임을 감안하면 더욱 그러하다.

처벌이 중복되는 예로는 디지털 자료에 대한 손괴행위를 들 수 있다. 디지털 자료에 대한 손괴행위가 있는 경우에는 「형법」 제366조가 적용되어 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처해지고, 당해 디지털 자료가 개인정보인 경우에는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제71조 제5호가 적용되어 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형으로 처벌하도록 규정되어 있다. 이 외에도 「전자문서 및 전자거래 기본법」, 「국가공간정보에 관한 법률」, 「물류정책기본법」 등에도 디지털 정보의 손괴행위에 대한 처벌규정이 있다.

따라서 범죄행위의 불법성과 당벌성을 고려하여 사이버 테러 관련 규정의 구성요건을 재정비하여 「형법」이 적용되거나 단일한 특별법이 적용되도록 하는 것이 타당하다. 「형법」의 관련규정과 변화하는 ICT 기술 간의 입법적 지체현상이 있다면 「형법」의 개정으로 가는 것이 타당하고, 특별법의 난립은 규범수명자의 예측가능성을 담보한다는 차원에서 살펴보더라도 타당하다고 할 수 없다. 다만 우리 형사정책의 근간이라 할 수 있는 「형법」의 개정은 현실적으로 쉽지 않으므로 차선책으로 사이버 테러 대응규정을 통합하여 단일한 특별법을 제정하는 것을 고려해 볼 수 있다.

나. 사전적 예방기능의 강화

사이버 테러 대응법령이 산재되어 있을 뿐만 아니라 현행법 체계는 위험의 관리를 위한 사전적 예방이라는 측면에서도 미비한 점이 있다. 첫째, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제48조 제1항은 '누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입해서는 안된다'라고 규정함으로써 정당한 권한이 없는 자로부터 통신망의 보호를 목적으로 하고 있다. 그러나 정보통신망에 대한 불법한 접근행위란 i) 정보신망에 접근할 권한이 없는 외부인에 의해서만 이루어지는 것은 아니고, ii) ICT 기술의 발전으로 정보통신망의 보호 프로그램을 침해하지 않는 방법으로 통신망에 침입하는 경우가 있을 수 있기 때문에 동 조항은 기술적으로 진보된 사이버 테러범죄에 대해서는 한계가 있다. 둘째, 해킹범죄를 규정하고 있는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제48조 제2항은 '누구든지 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해할 수 있는 프로

그램을 전달 또는 유포하여서는 아니 된다'라고 규정하고 있는데, 상기 프로그램의 제조 자체를 규제하지 않고 있다는 점에 대해서는 입법적 검토가 필요하다. 이에 대하여 제조라는 행위 자체가 유포 또는 전달행위에 논리적 속성으로 포함되어 있기 때문에 법문의 규정이 포괄적으로 규정되었다는 반론이 제기될 수 있겠지만, ⅰ) 만약 호기심 또는 창작욕으로 악성프로그램을 제작했는데 자신이 의도하지 않게 유출됨으로써 사회적 손실이 야기된 경우를 처벌할 수 없다는 문제점이 있고, ⅱ) 법률의 의사결정에 대한 규범적 성격을 고려해야 한다는 재반론이 가능하다. 즉, 해킹프로그램의 제조 자체를 불법화함으로써 규범의 수명자에게 이에 합치되도록 의사결정의무를 부담시키는 것이 타당하다는 의미이다.

다. 사이버 테러 기본법의 제정

사이버 테러는 본질적으로 기술성, 익명성, 국제성을 가지는 범죄이다. 이러한 ICT 기술에 편승한 불법행위를 예방하고 억제하기 위하여 각국은 사이버 안전에 대한 국가적 마스터 플랜을 수립하고, 이를 뒷받침하는 개별 법령을 제정하여 시행하고 있다. 특히 9·11 테러 이후 다양한 유형의 테러공격을 국가안보의 가장 시급한 과제로 인식하고 있는 미국은 국토안보부가 공공영역과 민간영역의 구분 없이 모든 형태의 테러위협에 대응하는 단일화된 시스템을 구축하고 있다. 사이버 테러대응의 단일화된 구조는 특정기관의 비대화로 인한 기본권 침해의 우려가 있을 수 있는 반면에 사이버 테러와의 투쟁이라는 측면에서는 효율적인 제도임은 분명하다.

조직구성뿐만 아니라 사이버 테러라는 구성요건과 이에 대한 제재의 명확성이라는 측면에서도 종래 다양한 형태로 산재되어 있는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「정보통신기반 보호법」, 「국가사이버안전관리규정」 등을 통합한 사이버 테러 기본법의 제정이 필요하다. 이러한 점에서 19대 국회에서 제안된 '국가 사이버테러 방지에 관한 법률안', '국가 사이버안전 관리에 관한 법률안'이 제안된 것은 주목할 만하다. 다만 동 법안들은 주로 사이버 테러 대응을 위한 의사결정조직, 사이버 테러에 대응하기 위한 국가사이버안전계획, 실무조직 설립에 대한 내용을 담고 있다는 점에서 한계가 있다. 또한 중복되는 단행법을 통합함으로써 사이버 테러 대응법제의 법제적 정리(즉, 구성요건과 형사제재의 단일화)가 누락되었다는 점에서 문제가 있다. 따라서 조직적인 측면에서의 일원화뿐만 아니라 사이버 테러라는 구성요건이 정비된 특별법의 제정을 고려하는 것이 바람직

하다고 할 것이다.

4. 사이버 안보의 강화

진화하는 ICT 환경에서 우리나라의 안보를 보장하기 위해서는 다양한 형태의 안보 위해요소를 고려해야 하고, 그 중 사이버 테러가 사이버환경에서 우리나라의 안보에 직·간접적으로 부정적인 영향을 끼치는 요인임을 확인하였다. 나아가 사이버 테러에 법제적으로 대응하기 위해서는 「형법」과 특별법에서 산재된 형태의 이원화된 체계가 아닌 일원화된 대응 법률과 조직이 필요하다는 점도 검토하였다. 다음에서는 대응 법률의 단일화에서 중점적으로 고려해야 될 요소에 대한 견해를 제시한다.

첫째, 사이버 테러의 개념에 대한 정의가 필요하다. 사이버 테러를 정의하는 규정을 마련하는 것이 쉬운 일은 아니지만 특정한 행위를 범죄화하고 이에 대하여 형사제재를 가하기 위해서는 당해 범죄를 정의하는 것이 죄형법정주의의 원칙상 필요한 일이라고 할 것이다. 단기적으로 사이버 테러의 정의를 내리는 것이 어렵다면 국제적으로 통용되는 개념 정의(예컨대, UNODC)에서의 정의를 차용하는 것도 고려할 수 있다.

둘째, 사이버 테러의 국제적 성격을 고려하면 국제공조가 필수적이다. 사이버 테러의 대응을 위한 국제공조의 첫 걸음은 각 국가의 역사적·상황적 여건에 맞추어 규정되어 있는 실체법 간의 조화이다. 실체법 간의 조화는 특정행위에 대한 범죄의 이중성립을 방지할 수 있기 때문이다. 이러한 국제공조는 실체법 간의 조화뿐만 아니라 절차법 간의 조화도 필요하다.

셋째, 사이버 테러뿐만 아니라 사이버 범죄의 전반적으로 형벌이 징역형과 벌금형으로 규정되어 있는 것도 재검토가 필요하다. 사이버 테러 등의 범죄자는 대부분 ICT 기술을 이용해서 불법행위를 하는 것이므로 이들의 신체적 자유 또는 재산적 이익을 박탈하는 것은 특별예방적인 측면에서 큰 효과가 없고, 오히려 사이버 테러행위자를 정보통신기기나 통신망으로부터 격리하는 것이 장래의 사회방위에 더 효과가 있을 수 있기 때문이다. 따라서 사이버 테러 행위자들의 처벌은 당해 행위의 불법과 비난가능성을 고려하여 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령 등을 도입하는 것을 고려해야 할 것이다.

넷째, 사이버 테러의 특수성을 고려하여 절차법적 규정에 대한 재검토가 필요하다. 사이버 테러의 증거에 대한 혐의입증과 강제처분 등에 있어서 문제가 있다. 범

죄의 혐의 입증은 「통신비밀보호법」과 강제처분 등은 디지털 포렌식 분야에서 논의되고 있으나 이에 대한 절차법적 규정의 재검토가 필요하다.

다섯째, 사이버 테러 예방이라는 명분에만 집착해서 국민의 기본권을 침해하는 것에 대한 예방책을 마련해야 한다. ICT 사회에서는 사이버 테러 행위자뿐만 아니라 법집행기관 역시 다량의 정보에 접근할 수 있는데, 범죄의 소명과 관련된 정보와 그렇지 않은 정보가 혼재된 경우의 처리방법과 테러범의 인터넷 사용을 사이버 테러로 본다면 그 한계를 어떻게 설정할 것인가의 문제이다. 즉, 사이버 테러로부터 국민의 생명과 재산권을 보호하는 데에 있어서 수반되는 기본권 침해를 어디까지 용인할 것인가에 대한 사회적 합의를 마련해야 할 것이다.

Ⅵ. 결 어

사이버 테러가 국가안보에 대한 실존적인 위협 요소인가에 대해서는 아직도 논의가 계속되고 있다. 실제로 2007년에 수행되었던 연구에서는 폭력적 테러조직에 소속되어 있는 조직원들의 사이버 기량이 일반인과 비교해 보면 우월하지 않기 때문에 사이버 테러의 위협을 과대평가할 필요가 없다는 결과가 발표되었다.[39] 특히 9·11 테러와 같이 사이버 테러의 위험성을 실존적으로 증명할 수 있는 사건은 일어난 바 없기 때문에 사이버 테러에 대한 논란은 위험원에 대한 대중매체의 보도 행태와 이에 기인한 대중의 주관적 불안감에 불과하다는 주장도 제기될 수 있다. 하지만 국가의 존립근거는 구성원의 생명과 신체를 보호하는 것이고, 이는 사이버 테러와 같은 새로운 형태의 위험원에 대해서도 예외가 아니다. 특히 사이버 테러로 인한 안보위해가 실존적으로 증명된 바가 없다는 이유에서 이에 대한 대응책 마련을 게을리 하는 것은 국가의 기본권 보호 의무를 해태하는 것이다.

사이버 테러와 같은 비가시적인 위협에 대처하기 위한 권한을 국가기관에 부여하게 되면 국민의 기본권을 침해할 우려가 수반되는데, 이는 사이버 테러에 대한 기본법과 단일기관의 창설에 대한 국민적 거부감이 큰 것을 보면 알 수 있다. 특히 우리나라는 권위주의 정권 시기에 자행된 정보·수사기관의 강압적인 수사와 이로 인한 부당한 기본권 침해의 아픈 기억 때문에 거부감이 더욱 강하게 표출될

39) Diego Gambetta·Steffen Hertog, *Engineers of Jihad*, Sociology Working Papers, 2007-10, University of Oxford, 2007, p.8 이하.

수 있다고 판단된다. 사이버 테러에 대응하고 국민의 기본권을 보호해야 한다는 국가의 다소 이율배반적인 책무를 다하기 위한 첫 단계로 이를 위한 명시적인 법률을 제정함으로써 사이버 테러의 위협에 대응하면서 국민의 생명과 신체도 보호할 수 있다고 생각한다. 또한 안전과 자유의 이분법적 패러다임을 다시 검토할 필요성도 있다. 지금까지는 안전과 자유가 서로 대립한다는 경직된 사고에서 출발하여 상대적 안전과 절대적 자유를 향유한다는 논리가 팽배한 것으로 보인다. 안전이란 위해 또는 위험원으로부터 자유로운 상태를 의미한다. 이러한 위험원은 산업화 시대 이전에는 불가항력적인 자연으로부터의 안전이 주된 것이었고, 산업사회에서는 빈곤으로부터의 안전이었으며 후기 산업사회에서는 대량위험으로부터의 안전을 의미하는 것이다. 이는 현대사회가 도래하기 이전에도 불완전한 안전이 지속되어 왔음을 의미로 안전은 시대적 상대성이 고려되어야 하는 개념으로 이해할 수 있다. 자유도 역시 마찬가지이다. 사회적 존재인 인간은 사회적 규율에 순응하면서 살아야 하기 때문에 절대적 자유 역시 존재할 수 없다. 따라서 절대적 자유와 절대적 안전이란 대립적인 구도가 아니라 상대적 안전과 상대적 자유라는 패러다임에 따라 정보화 사회를 바라볼 필요가 있다. 이와 같이 사이버 테러 범죄에 대처하기 위해서는 국가의 책임뿐만 아니라 규범의 수명자인 국민들의 사고도 전환이 필요하다고 생각한다.

(논문접수일 : 2014.07.28, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

정 용 기

사이버 테러, 위험사회, 포괄적 안보, 통합 특별법

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

Joseph S. Nye Jr・홍수원 역, 제국의 패러독스, 세종연구원, 2002.

통계청, 2012 사회조사

홍성태, 대한민국 위험사회, 도서출판 당대, 2007.

정찬권, 21세기 포괄안보 시대의 국가위기관리론, 대왕사, 2010.

한국인터넷진흥원, 국내외 지식정보보안 산업동향, 2012.

강문수, 위험사회에서의 입법 - 위험사회에서의 입법적 과제, 토지공법연구 제32집, 한국토지공법학회, 2006.

김한균, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ) - 현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리, 한국형사정책연구원, 2012.

김홍석, 사이버 테러와 국가안보, 저스티스 제121호, 한국법학원, 2010.

박미숙, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ) - 현대위험사회와 법치국가형법, 한국형사정책연구원, 2012.

박광민・이성대, 위험사회의 등장에 따른 형법의 대응, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006.

박웅신, 테러범죄에 대한 형사법적 대응방안에 관한 연구, 성균관대학교 석사학위 청구논문, 2011.

박웅신・윤해성, 테러개념에 대한 소고, 한국테러학회보 제6권 제2호, 한국테러학회, 2013.

윤해성, 대테러 활동에 관한 수사시스템 정비방안, 한국형사정책연구원, 2011.

이재은, 국가안보 환경의 변화와 국가위기관리 - 포괄적 안보 개념 하에서의 국가위기 유형, 한국위기관리논집 제9권 제2호, 한국위기관리학회, 2013.

정 완, 사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안, 형사정책연구 제18권 제2호, 한국형사정책연구원, 2007.

정준현・지성우, 국가안전보장을 위한 미국의 반사이버테러법제에 관한 연구, 미국헌법연구 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009.

하태훈, 21세기 한국 형사법학의 과제와 전망, 안암법학 제13호, 안암법학회, 2001.

한상진, 위험사회 분석과 비판이론 - 율리히 벡의 서울강의와 한국사회, 사회와 이론 제12집, 한국이론사회학회, 2008.

2. 외국문헌

Alex p. Schmidt・Albert J. Jongman, Political Terrorism, Transaction Publishers, 2005.

Britz, M. T, Terrorism and Technology: Operationalizing Cyberterrorism and Identifying Concepts, in Crime On-Line, Carolina Academic Press, 2010.

Diego Gambetta・Steffen Hertog, Engineers of Jihad, Sociology Working Papers, 2007-10, University of Oxford, 2007.

Eric Hilgendorf, Strafrechtlich Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft, Duncker & Humblot, 1993.

Michael R. Ronczkowski, Terrorism and organized hate crime, CRC Press, 2011.

Patrick T. O'Malley, Crime and Risk, SAGE, 201

3. 기타

White House, National Strategy to Secure Cyberspace, 2003.

UNODC, The use of the Internet - for terrorist purposes, 2012.

Abstract

Legal and political Counter-strategy against Cyber-terrorism in risky society

Yong-Ki, Chung

This study examines the definition of cyber-terrorism in terms of criminological perspective and discusses counter-strategy while rapid development of ICT causes both positive an negative outcomes. Along with the ICT development, new social value has been emerged. However, new source of social risk such as cyber-terrorim has also been emerged.

This also examines the cyber-terrorism as a new form of social risk which suggested by Ulrich Beck. This emphasizes cyber-terrorism as a direct threat to loss of lives and assets while concept of national security has expanded to protect people, land and social infrastructure.

Furthermore, this will examine other nations' cyber-terrorism relevant laws in the mirror of Korean laws. It will be eventually able to suggest the customized legal system for the cyber-terrorism.

This study found out that existing cyber-terrorism relevant laws are fragmented and dispersed. This causes a confusion of criminological extent and disparity of sentencing. It also deters the prevention of cyber-terrorism as a source of social risk.

Therefore, it is imperative to suggest the making of unified special law in order to solve the existing problems and to protect the people and assets from cyber-terrorism. This also suggest other considerations for making a unified special law.

Yong-Ki, Chung

cyber-terrorism, risk-society, comprehensive security, unified special law

국내 보험사의 외국인 환자유치 허용에 대한 법적연구

- 부수업무를 중심으로 -

김 경 민*
노 태 석**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국내 보험사의 외국인환자 유치행위 금지에 대한 법적 검토
1. 외국인환자 유치 행위의 개념
2. 의료법상 '영리를 목적으로'에 대한 검토
3. 의료법상 '소개·알선·유인하는 행위' 등에 대한 검토
4. '외국인환자 유치업'에 대한 검토
5. 현행 의료법 제27조 제4항의 쟁점
Ⅲ. 국내 보험사의 외국인환자 유치 허용을 위한 법적 검토
1. 외국인환자 유치 허용의 필요성
2. 부수업무 측면에서 외국인환자 유치행위에 대한 검토
3. 외국인환자 유치허용을 위한 의료법 개정안 검토
4. 시사점 및 개선방향
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

'창조경제'는 기존 산업간 융합을 통한 신사업 및 신시장 창출을 핵심과제로박근혜 정부의 출범과 함께 일자리 창출 및 미래 국가발전을 위한 국가정책의 핵심기조로 자리 잡고 있으며 정보통신기술부터 금융, 의료 등 범정부차원에서 광범위한 산업들의 창의적 융합을 촉진하고 청조경제 구현을 위한 다양한 정책들이 발표되고 있다.

특히, 금융위원회는 2013년 11월 '금융업경쟁력 강화방안'을 통해 국내 보험회사의 신수익원 확보 및 국내 의료관광 활성화 지원을 도모하기 위해 보건복지부와의 협의를 전제로 보험회사의 해외 환자 유치업 참여를 허용하였다.

이는 의료법상의 해외 환자유치업을 보험업법상 새로운 고유업무로 추가하는 것

* 하나은행 차장.
** 국회의원 비서관, 법학박사.

이 아니라 국내 보험회사가 진출한 해외 현지고객이 가입한 국내 보험회사의 보험상품으로 현지 의료기관 뿐만 아니라 국내 의료기관에서 진료시 발생하는 진료비를 납부할 수 있도록 보험업법상 부수업무(附隨業務)로서 보험상품에 부수하여 해외환자의 유치행위를 제한적으로 허용하는 것으로 볼 수 있다.

따라서 최근 논란이 되고 있는 원격진료, 영리의료법인의 허용 등 의료민영화 문제와 한국의료의 국제화를 취지로 정부가 추진하고 있는 '(가칭)국제의료특별법'과는 별개로 국내 보험회사의 제한적 해외 환자 유치행위 허용은 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안에 따라 보험업법 상의 부수업무 및 해당 보험상품에 대한 규제 측면에서 논의되어야 할 것이다.

현재 2009년 의료법 제27조 제3항 제2호 및 제27조의2 조항의 신설을 통해 외국인 환자에 한하여 의료법 제27조 제3항이 금지하고 있는 소개·유인·알선을 예외적으로 허용하였으나 국내 보험사의 경우 의료민영화 등을 이유로 현행 의료법 제27조 제4항을 별도로 두어 국내 보험사 등의 외국인 환자 유치행위를 금지하였다. 그러나 금융위원회의 국내 보험회사의 해외 진출과 현지 경쟁력 강화차원의 보험업법상 부수업무로서 해외환자 유치를 허용한 것과 함께 2009년 의료법 개정 이후 3~4년간의 운영기간 중 나타난 국내 외국인 환자 유치등록업자의 난립과 국내법의 적용을 받지 않는 해외 보험사 등 해외 유치업자들의 국내 병의원에 대한 과도한 유치 수수료 요구 등의 문제점을 개선하기 위한 대안으로서 정부는 2012년 11월 국내 보험사와 보험계약을 체결한 외국인 환자에 대하여 유치행위를 제한적으로 허용하는 의료법 개정안을 입법예고하였으나 원격진료의 허용, 의료 영리법인의 도입 등 의료민영화 논란에 포함되어 국회를 통과하지 못하고 2014년 8월 현재 국회에 계류 중이다.

따라서 국내 보험사의 외국인 환자 유치행위를 허용하는 의료법 개정안의 국회 통과가 장기간 지연되면서 동 법안의 실행을 염두하고 국내 보험회사가 외국 보험사들과 같이 진료비 직불계약 등 본격적인 전용 보험상품개발 등을 지원하기 위해 2013년 금융감독원이 국내 보험업계와 관련 기준 등을 마련하고자 구성한 TF 활동도 현재 중단된 상태이다.

한편, 우리은행은 법무부와 문화관광부의 대행기관으로서 2014년 4월 출시한 '한국방문 우대카드'를 중국을 중심으로 현지법인 및 지점 등 해외 자회사를 통해 판매하고 있으나 동 상품의 경우 카드로 특정 국내 의료기관 이용시 진료비할인 등의 혜택을 주는 등 은행의 상품에 부수한 의료법상의 외국인 환자에 대한 유치

행위로 판단될 수 있는 여지가 있다. 따라서 본 논문에서는 금융위원회가 발표한 '금융업경쟁력 강화 방안' 및 해외환자 유치허용 이후 나타난 일부 유치업자들로 인한 과다한 수수료 등 문제점을 개선하고 의료법 등 국내법 적용의 사각지대에 있는 외국 보험회사에 쏠리고 있는 국내 의료기관 이용 해외환자들의 보험직불결제시장에 국내 보험사의 진출을 지원한다는 차원에서 추진되고 있는 의료법 개정안을 중심으로 국내 보험사의 외국인 환자 유치행위 허용과 관련하여 현행 의료법의 법적 쟁점을 살펴보고 보험업법상의 부수업무를 중심으로 국민의 건강권을 보호하고 영리화를 금지하는 의료법의 입법목적을 침해하지 않는 범위 내에서 의료법이 정한 외국인 환자를 대상으로 보험업법상 부수업무로서 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위의 제한적 허용에 따른 시사점과 국내 보험업을 비롯한 국내 금융회사의 해외진출과 경쟁력 강화를 위한 개선방안을 제시하고자 하였다.

Ⅰ. 서론

'창조경제'는 박근혜 정부의 출범과 함께 일자리 창출 및 미래 국가발전을 위한 국가정책의 핵심기조로 자리 잡고 있다. '창조경제'는 기존 산업간 융합을 통한 신사업 및 신시장 창출을 핵심과제로, 정보통신기술부터 금융, 의료 등 진입과 행위 등의 엄격한 정부규제를 받고 있는 전통적 산업에 이르기까지 범정부차원에서 광범위한 산업들의 창의적 융합을 촉진하고 청조경제 구현을 위한 다양한 정책들이 발표되고 있다.

특히, 금융위원회는 2013년 11월 발표한 '금융업경쟁력 강화방안'을 통해 국내 보험회사의 신수익원 확보 및 국내 의료관광 활성화 지원을 도모하기 위해 보건복지부와의 협의를 전제로 국내 보험회사의 해외 환자 유치업 참여를 허용하였다.[1] 이는 현행 의료법이 규정하고 있는 해외환자의 유치와 유치의 대가로 의료기관 등으로부터 유치수수료를 받는 해외환자 유치업을 보험업법상 새로운 고유업무로 추가·허용하는 것이 아니라 국내 질병보험과 같이 해외의 현지고객이 가입한 국내 보험회사의 보험상품으로 현지 의료기관 뿐만 아니라 국내 의료기관에서 진료시 발생하는 진료비를 해외 진료비직불결제제도[2] 등을 통해 납부할 수 있도록 보험업법상 부수업무(附隨業務)로서 보험상품에 부수하여 해외환자의 유치행위를 제한적으로 허용[3]하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 최근 논란이 되고 있는 원격진료, 영리의료법인의 허용 등 의료민영화 문제와 한국의료의 국제화를 취지로 정부가 추진하고 있는 '(가칭)국제의료특별법'[4]과는 별개로 국내 보험회사의 제한적 해외 환자

1) 허용의 배경으로 동남아시아 및 중앙아시아에 10개의 보험회사가 진출 중이며, 의료 관련 전문성이 상대적으로 높고, 병원과 유기적 관계를 유지하고 있다는 점을 제시함(금융위원회 보도자료, "창조경제 구현과 일자리창출을 위한 금융업 경쟁력 강화방안", 2013.11.26).

2) 보험상품에 가입한 고객들이 해당 보험회사와 제휴한 병원으로부터 의료서비스를 제공받을 경우 보험회사가 해당병원에 직접 의료비를 지불하는 형태를 말하며 해외 진료의 경우, 해당 보험회사와 해당 병원간의 협약을 통해 보험심사와 진료비청구를 위한 전선설비 연동 등 일련의 절차가 필요하다.

3) 금융위원회는 2014년 7월 발표한 '보험혁신 및 건전화 방안'과 '금융규제 개혁방안'을 통해 기존의 수수료 경쟁과 국내 업권간 경쟁에서 탈피하고 적극적인 해외진출확대로 한국 금융산업의 외연확대를 목표로 제시하여 해외 환자 유치행위 등 보험회사의 겸영 및 부수업무와 관련한 중복 신고를 폐지함으로써, 신고 없이 할 수 있는 업무범위를 확대하는 'One Pass Ok'제도를 도입하였고, 국내 보험회사를 비롯한 금융회사의 해외점포에 한하여 현지법에 따른 은행, 증권, 보험 등 타금융업을 겸영하는 유니버설 뱅킹을 허용함으로써 현지 고객들에게 다양한 금융서비스를 제공하고 현지 은행 자회사를 보험, 증권 등의 판매채널로 활용하여 방카슈랑스 영업 등을 용이하게 함으로써 현지 금융회사들과 동등한 경쟁기반을 갖추고 현지고객의 유치와 영업다각화를 통한 적극적 해외영업 확대를 가능하게 하였다(금융위원회 보도자료, "금융규제 개혁방안", 2014.7.10. 참조).

4) 정부는 동 법령의 추진 배경을 1. 현행 의료법 체제에서의 의료수출의 체계적 지원의 한계, 2. 외

유치행위 허용은 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안에 따라 보험업법 상의 부수업무 및 해당 보험상품에 대한 규제 측면에서 논의되어야 할 것이다.

한편, 국가 신성장 동력사업 발굴 차원에서 의료관광 활성화를 위해 2009년 의료기관에 대한 환자의 소개·유인·알선을 금지한 현행 의료법 제27조 제3항[5]에 대해 현행 의료법 제27조 제3항 제2호 및 제27조의2 조항의 신설 등 관련 법령의 개정을 통해 외국인 환자[6]에 대해서는 예외를 두어 외국인 환자에 대한 유치행위를 허용하였으나, 의료민영화 등을 이유로 현행 의료법 제27조 제4항을 별도로 두어[7] 국내 보험회사 등의 외국인 환자 유치행위를 금지하였다.

그러나 이후, 국내 생명보험협회 및 손해보험협회를 중심으로 해외시장 진출 및 신수익원 창출과 국내법의 적용이 모호한 해외 보험회사의 해외환자 유치행위에 대한 형평성 등을 이유[8]로 국내 보험회사의 외국인 환자 유치허용을 요구하여 왔고, 특히, 2009년 의료법 개정 이후 3~4년간의 운영기간 중 나타난 국내 외국인 환자 유치등록업자의 난립과 국내법의 적용을 받지 않는 해외 보험회사 등 해외 유치업자들의 국내 병의원에 대한 과도한 유치 수수료 요구 등의 문제점이 발생하자 이를 개선하기 위해 정부는 2012년 2월 '서비스산업 선진화 방안'을 통해 국내 보험회사의 외국인 환자유치 허용을 발표하였으며, 이에 따라 보건복지부는 2012

국인 환자 대상 국내 의료광고 허용과 보험회사의 해외환자 유치 허용 등 해외환자 유치 및 의료기관 해외진출 분야의 특수성을 감안하여 의료법상 규제의 예외를 인정, 3. 의료호텔(메디텔)의 설립촉진을 위한 인센티브 등 금융·세제·재정지원의 근거를 마련하고 해외환자 유치 및 의료기관 해외진출을 체계적으로 지원하기 위한 시스템의 구축으로 밝히고 있으나 국내 보험회사의 해외 환자유치 행위의 제한적 허용은 보험업법상 부수업무로서 현행 의료법의 취지를 침해하지 않으면서 의료법 제27조 제4항의 개정을 통해 의료법 및 보험업법의 범주 내에서 규제가 가능한 만큼, 동 특별법에 포함하는 것은 의료의 영리화 등을 전제로 한 것이므로 적절치 않다고 생각한다(기획재정부 보도자료 및 별첨, "유망서비스 산업 육성 중심의 투자활성화 대책", 2014.8.12).

5) "누구든지 「국민건강보험법」이나 「의료급여법」에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다."

6) 외국인환자 유치에서 제외되는 국내거주 외국인의 범위는 '출입국관리법' 제31조에 의하여 외국인등록을 한 자 및 '재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률' 제6조 규정에 의하여 거소신고를 한 자로 하며 단, 치료 및 요양을 목적의 체류자격인 기타(G-1)체류자격의 경우, 외국인 등록을 하였더라도 국내거주 외국인에서 제외함.

7) "제3항 제2호에도 불구하고 「보험업법」 제2조에 따른 보험회사, 상호회사, 보험설계사, 보험대리점 또는 보험중개사는 외국인환자를 유치하기 위한 행위를 하여서는 아니 된다."

8) 생명보험협회는 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위를 금지한 현행 의료법 제27조 제4항이 헌법상의 기본권을 제한하고 국내 의료법을 적용을 받지 않는 외국 보험회사와의 역차별 등을 이유로 제시한 바 있으나, 이는 헌법과 법률의 기본 취지에 비추어 의료업의 산업화와 영리화를 전제로 한 편의적 발상이라는 비판이 있을 수 있는 바, 본고에서는 논의하지 않고자 한다(생명보험협회, "보험회사의 해외환자 유치에 대한 의견", 2012.7.9. 58면-59면 참조).

년 11월 국내 보험회사와 보험계약을 체결한 외국인 환자에 대하여 유치행위를 제한적으로 허용하는 의료법 개정안을 입법예고하여[9] 2013년 5월 국무회의를 통과하였으나 2014년 9월 현재 국회에 관련 법안이 계류 중이다.

이를 계기로, 국내 보험회사 중 메리츠화재는 국내 최초로 2014년 2월, '외국인 건강검진 안심보험'을 출시한 바 있으며 동부화재 및 현대해상화재보험도 건강검진, 성형 등 외국인 환자의 국내 및 해외 의료진료 시 발생하는 의료사고 등을 배상하는 배상책임보험을 출시하거나 개발 중에 있다. 그러나 보험회사의 외국인 환자 유치행위를 허용하는 의료법 개정안의 국회통과가 장기간 지연되면서 동 법안의 실행을 염두하고 국내 보험회사가 외국 보험회사들과 같이 진료비 직불계약 등 본격적인 전용 보험상품개발 등을 지원하기 위해 2013년 금융감독원이 국내 보험업계와 관련 기준 등을 마련하고자 구성한 TF 활동도 현재 중단된 상태이다.[10]

한편, 우리은행은 법무부와 문화관광부가 2014년 4월부터 중국과 동남아 등 국가의 구매력이 높은 외국인 관광객을 대상으로 '한국방문 우대카드'의 발급판매 대행기관으로 선정되어 법무부와의 전산개발 및 현지법인 및 지점 등 해외 자회사를 통해 판매하고 있다. 그러나 동 '한국방문 우대카드'의 경우 동 카드로 특정 국내 의료기관 이용시 진료비할인 등의 혜택[11]을 주고 있고 그 발급자격이 우대카드 발급 대행기관에 한화 5천만원 이상의 금액을 예치한 자로서 명시하고 있어 은행의 상품인 신용카드 및 예금에 부수한 의료법상의 외국인 환자에 대한 유치행위로 판단될 수 있는 여지가 있다. 따라서 현행 의료법상 우리은행 및 해외 자회사가 외국인 환자 유치기관으로 등록을 하여야 하는지 여부와 국내 보험회사의 제한적 외국인 환자유치 행위를 허용한 의료법 개정안이 아직 시행되지 않은 상황에서, 보건복지부의 유권해석에 따라 국내법이 적용되지 않는 해외법인 및 지점을 통해 판매하는 금융상품에 부수한 제휴 의료기관에 대한 해외환자 유치행위가 가능한가의 여부, 그리고 의료법 개정안 통과 이후 금융업권이 다른 은행이 이를 준용하여 은행법상의 부수업무로서 신고만 하면 제한적 해외환자 유치행위를 할 수 있는 것인지에 대한 법적 쟁점이 발생한다.

따라서 본 논문에서는 금융위원회가 발표한 '금융업경쟁력 강화 방안' 및 정부가 제안하여 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안을 중심으로 국내 보험회사의 외국

9) 보건복지부, 「의료법 일부개정법률안 입법예고」, 2012.11.2.

10) 보험신문, "외국인 환자 유치사업 장기 전략화", 2013.6.3.

11) 연세 세브란스 병원, 가톨릭 성모병원 건강검진 10%할인, BK성형외과, 드림 성형외과 VIP대우 등의 서비스를 제공한다고 안내하고 있어 현행 국내 의료법 제27조 제3항의 소개·유인·알선행위에 해당함.

인 환자 유치행위 허용과 관련하여 현행 의료법 제27조 제3항에 따른 외국인 환자 유치행위의 개념과 의료법 개정의 배경이 된 국내 보험회사의 외국인 환자유치행위를 금지한 현행 의료법 제27조 제4항에 대한 법적 쟁점을 살펴보고 보험업법상의 부수업무를 중심으로 국민의 건강권을 보호하고 영리화를 금지하는 의료법의 입법취지를 침해하지 않는 범위 내에서 국내 보험회사의 해외 진출 및 신수익원 창출을 차원에서 의료법이 정한 외국인 환자를 대상으로 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위의 제한적 허용에 따른 시사점 및 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 국내 보험회사의 외국인 유치 행위 금지에 대한 법적 검토

1. 외국인 환자 유치 행위의 개념

현행 의료법은 외국인 환자 유치행위에 대해 별도의 정의를 내리고 있지 않다. 다만, 제27조 제3항이 금지하고 있는 '누구든지 영리를 목적으로 환자의 의료인 및 의료기관에 대해 소개·유인·알선행위 및 이를 사주하는 행위'에 대한 예외조항으로 외국인 환자를 유치하는 행위를 두고 있을 뿐이나, 의료법 제27조 제3항은 유치행위의 대상이 되는 외국인 환자를 「국민건강보험법」 제109조에 따른 가입자나 피부양자가 아닌 외국인(보건복지부령으로 정하는 바에 따라 국내에 거주하는 외국인은 제외한다) 환자로 명시하고 있다. 또한 외국인 환자를 유치하기 위해 현행 의료법 제27조의2는 외국인 환자 유치행위를 하고자 하는 자는 일정한 요건에 따라 보건복지부에 등록을 하여야 한다고 규정하고 있는 바, 결국 외국인 환자 유치행위는 '영리를 목적으로 관련 법령에 따라 보건복지부에 외국인 환자의 유치 등에 대해 등록을 한 자가 외국인 환자를 국내 의료인 또는 의료기관에 소개·유인·알선하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 말한다'라고 정의할 수 있다.

2. 의료법상 '영리를 목적으로' 에 대한 검토

현행 의료법 제27조 제3항은 1981.12.13. 법률 제3504호 의하여 신설된 바, 당시 동 조항의 입법취지는 의료기관 주위에서 환자를 소개, 알선, 유인하거나 이를 사주하는 것을 금지하기 위한 것으로 제3자가 의료인에게 환자를 소개시켜주고 그 대가, 이른바 소개료를 받는 행위를 금지하기 위한 것이었다.[12]

12) 장연화, "의료법상 환자유인금지규정에 관한 연구", 『비교형사연구』 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 167면.

또한 의료법 해당 조항에서 "금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등"은 일응 경제적 이익이 환자에게 부여되는 것으로 보이나, 결국 이러한 행위를 통하여 환자가 유치됨으로써 이익을 얻는 것은 의료인이나 의료기관이므로, 의료인 또는 의료기관이 이러한 행위를 하는 자에게 사례를 지급하는 것이 통상적이라는 점에 비추어, 알선, 소개 행위자를 본 조항에 의한 금지행위의 수범주체로 이해할 수 있다.[13] 따라서 앞서의 의료법 취지에 비추어, 의료법 제27조 제3항의 '영리를 목적으로'라는 의미는 '제3자가 의료인에게 환자를 소개 또는 유인해 주고, 의료인으로부터 유인행위에 대한 대가, 이른바 소개료나 기타 여하한 형태의 이익을 받을 목적으로'라고 해석할 수 있다.[14]

따라서 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위는 현행 의료법 제27조 제3항의 '영리를 목적'으로 하는 것이며 자사의 보험계약에 부수하여 보험가입고객을 대상으로 하는 유치행위와 보험업법상의 고유·겸업·부수업무와 별도로 외국인 환자 유치행위를 통해 국내 병의원 등 의료기관으로부터 직접 '소개료나 기타 여하한 형태의 이익'을 취하는 유치업자로서 행위가 가능할 수 있으나, 후자의 경우는 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안의 취지는 물론 현행 보험업법 등 관련 법령상의 보험회사의 업무범위와 상충될 수 있어 그 가능 여부에 대한 추가적인 논의가 필요하다.

3. 의료법상 '소개·알선·유인하는 행위 등'에 대한 검토

다음으로 '유치행위'가 포괄하는 '소개·유인·알선' 행위에 대해 대법원 판례는 현행 의료법 제27조 제3항의 '소개·알선'이라 함은 '환자와 특정의료기관 또는 의료인 사이에서 두 편이 서로 알게 되어 치료위임계약이 성립되도록 관계를 맺어주거나 그 편의를 도모하는 행위'를 말하며,[15] 따라서 '소개·알선'에 해당하려면 문제의 행위가 있기 전에는 환자가 그 특정 의료인을 상대방으로 하여 치료위임계약을 체결할 의사가 없었는데, 제3자가 양측과 모두 접촉하여 문제의 행위를 함으로

13) 다만, 의료기관 및 의료인이 스스로 자신에게 환자를 유치하는 행위는 그 과정에서 환자 또는 행위 자에게 금품이 제공되거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해아는 등의 특별한 사정이 없는 한, 구 의료법 제25조 제3항의 환자의 '유인'이라 할 수 없다.(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 2007.4.12. 선고 2007도256 판결 참조).

14) 대한의사협회, 『의료법원론』, 법문사, 2008. 143면-144면.

15) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 1996. 6. 22. 선고 99도803 판결 등 참조.

써 환자가 수많은 의료인들 중에 그 '특정' 의료인을 선택하는데 영향을 미치는 행위가 있어야 한다.

그리고 '유인'이라 함은 '기망 또는 유혹을 수단으로 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위'를 의미한다. 법원은 "이를 사주하는 행위라고 함은 타인으로 하여금 영리를 목적으로 환자를 특정 의료기관 또는 의료인에게 소개, 알선, 유인할 것을 결의하도록 유혹하는 행위를 말하는 것으로서 사주행위는 범죄행위를 교사하는 행위와 유사하나 이를 별개의 구성요건으로 구성하고, 그 결과 사주 받은 자가 실제로 소개, 알선, 유인행위를 결의하였거나 실제로 소개, 알선, 유인행위를 행할 것까지 요구되는 것은 아니라 할 것이다"라고 판시하여 일반적인 범죄 교사보다는 다소 범위를 넓게 보고 있다.[16]

'기망 또는 유혹'의 의미에 대하여는 그 구체적인 내용이 법령이나 판례에 정의된 바는 없으나 '기망'을 행위수단으로 사용하고 있는 형법상의 각종 죄의 구성요건 및 용어의 사전적인 의미를 고려할 때, '기망행위'라 함은 '거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것'으로, '유혹'이란 '기망이 정도에는 이르지 아니하나 감언이설로써 상대방을 현혹시켜 판단이 적정을 그르치게 하는 것'으로 이해할 수 있다. 만약 최소한 행위 상대방의 판단이 적정을 그르치게 하는 요소조차 없다면, 동 행위가 같은 업종을 유지하는 의원 및 병원들 간의 공정한 거래를 저해하는 경우를 제외하고는 달리 이를 처벌할 이유가 없기 때문이다.[17]

한편, 최근의 대법원 판례[18]는 사안에 비추어 금품수수 등 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등 특별한 사정[19]이 존재한다고 볼 수 없다면 영리 목적 유인행위 등이라고 하기 어려움으로 의료법 제27조 제3항 위반으로 보기 어렵다는 취지의 판시를 하여 의료서비스의 영리적 측면과 의료정보의 제공의 필요성을 인정하는 추세이다.[20] 대법원은 최근 판례[21]에서 "환자유인행위에 관한 조항의 내용

16) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97도1126 판결 참조
17) 대한의사협회, 전게서, 138면-143면; 장연화, 전게논문, 174면-183면 참조.
18) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고2007도256 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542 판결; 헌법재판소 2010. 10. 28.자 2009헌마55 결정 등.
19) 본인부담금 면제 또는 할인행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 유인하는 행위와 의료시장의 질서를 현저하게 해칠 경우, 기타 의료질서를 해치는 경우 등(백경희, "의료법상 환자유인행위와 의료광고의 관계에 관한 일별", 『한국의료법학회지』 제20권 제2호, 한국의료법학회, 2012.12. 154면-158면).
20) 백경희, 전게논문, 151면.
21) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결

및 연혁, 취지 등을 고려하면, 의료광고행위는 그것이 구 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 개별적 행위유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 또는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것인 등의 특별한 사정이 없는 한 구 의료법 제27조 제3항에서 정하는 환자의 '유인'에 해당하지 아니하고, 그러한 광고행위가 의료인의 직원 또는 의료인의 부탁을 받은 제3자를 통하여 행하여졌다고 하더라도 이를 환자의 '소개, 알선' 또는 그 '사주'에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하다"라고 판시하였다.[22]

그러나 국내 금융회사의 국내 병의원과 연계한 신용카드 등 금융상품에 대해서는 보건복지부 및 대한의사협회 등 의료단체들이 엄격한 법해석을 하고 있는데, 2014년 1월 14일, 보건복지부 보건의료정책과는 관련 공문을 통해 최근 국내 일부 의료기관에서 신용카드 회사와 의료서비스를 제공에 대한 제휴를 맺고 신용카드사 고객을 대상으로 진료비 할인 등을 제공하고 있는 사항[23]에 대해 의료법 제27조 제3항에 위반하는 행위로 의료법에 저촉될 수 있는 바, 이에 대한 의료법령 준수를 요청하는 '신용카드 제휴 서비스 관련 의료법령 준수 요청'(보건복지부 보건의료정책과-596호)[24]을 대한의사협회 등에 발송한 바 있으며 금융위원회는 이러한 카드사의 특정 의료기관과의 제휴를 맺는 서비스에 대해 보건복지부와 협의하여 카드사 개별약관 심사시 반영하겠다고 밝힌 바 있다.[25]

반면, 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위와 관련하여 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안이 통과되면 외국인 환자에 대해 이러한 현행 의료법 제27조 제3항의 위법 소지는 해소된다 할 수 있으나, 동 법안 시행 전 우리은행이 해외 현지 자회사를 통해 판매하고 있는 '한국방문 우대카드'와 같이 국내 보험회사 및 은행의 금융상품과 연계해 국내외에서 진행하는 제휴 의료기관과의 서비스 제공 및 홍보행위는 현행 의료법 제27조 제3항의 '소개·유인행위'에 해당한다고 할 수 있다.

이에 대해 보건복지부는 2014년 7월 8일 보도설명자료를 통해 대규모 환자 유

22) 대법원, 판례공보, 2012.10.12. 1699면.
23) 신한카드는 서울대병원, 서울성모병원과 제휴를 맺고 연회비가 100만원인 'The Premier'회원들에게 건강검진 우대 서비스를 제공하고 있으며, 서울대병원은 신한카드 고객을 위한 별도의 건강검진 패키지 상품을 판매 중이고 서울성모병원은 신한카드 회원이 돈을 내고 건강검진을 받으면 동반 1인을 무료로 해주는 서비스를 제공해준다, 또한, 하나SK카드는 연회비 200만원인 '클럽1'고객들에게 서울대병원 강남검진센터의 기본 검진권을 제공하고 씨티카드는 '리워드카드'회원들에게 고운세상피부과에서 결제한 금액의 5%를 포인트로 적립해주고 있다.
24) 대한의사협회 문서, 대의협 제711-1150호, 2014.2.25.
25) 조선비즈, "카드사의 특정병원 무료검진 서비스는 위법, 금융위 중단여부 검토", 2014.3.2.

치를 저해하는 규제로 인해 적극적인 프로모션을 하지 못하고 있음[26]에 대하여 국내 보험회사가 해외법인을 설립하여 국내로 외국인 환자를 유치하는 경우에는 외국 보험회사와 동일하게 우리나라 의료법의 적용을 받지 않는다고 하였으나, 국내 보험회사가 해외 현지법인이 아닌 해외지점을 통해 활동하는 경우에는 우리나라 의료법 적용을 받기 때문에, 의료법 개정 전이라도 외국인 대상으로 국내 의료기관을 이용할 수 있는 보험상품을 개발하고 안내·홍보·상담하는 것은 가능하지만, 국내 보험회사의 해외지점이 국내 의료기관으로부터 명시적으로 외국인환자 유치 관련 수수료를 받고 하는 활동은 의료법 위반의 소지가 있다고 유권해석을 한 바[27] 있어, 우리은행이 '한국방문 우대카드' 등 현재 국내 보험회사 뿐만 아니라 국내 은행들의 해외지점을 통해 국내 의료기관과 제휴한 금융상품을 개발하고, 안내, 홍보, 상담하는 것은 국내 의료법 제27조 제3항에 저촉된다고 할 수 있다.

따라서 이러한 법적 논란을 해소하기 위해서는 금융감독당국이 보험회사 이외의 국내 은행 등 국내 금융회사의 외국인 환자 유치행위의 허용을 위한 관련 법령 등의 제도정비를 서둘러야 하며, 관련 상품의 가이드라인 마련을 현재 추진되고 있는 보험회사의 외국인 환자유치 허용을 위한 의료법 개정에 추가하여 검토할 필요가 있다.

4. '외국인 환자 유치업'에 대한 검토

현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안이 통과되면 국내 보험회사[28]는 보험업법상의 부수업무 신고절차만 완료하고 보험상품과 연계한 해외환자 유치행위가 가능한지 아니면 추가로 현행 의료법 제27조의2에 따라 정해진 요건을 충족하여 보건복지부에 외국인 환자 유치등록을 하여야 하는가에 대한 문제가 있다. 현행 의료법 제27조의2 제2항은 의료기관을 제외한 제27조 제3항 제2호에 따라 외국인 환자를 유치하고자 하는 자는 의료법 시행령 등 관련 법령에서 정하는 요건을 갖추어 보건복지부 장관에게 등록을 하도록 명시하고 있다. 동 조항은 현행 의료법 시행령 제19조의4에 따른 외국인 환자를 유치하는 과정에서 고의 또는 과실로 외국인 환자에게 입힌 손해에 대한 배상책임을 보장하는 1억 원, 가입기간 1년 이상의

26) 매일경제, "5%에 묶인 외국인 병상, 의료관광규제 풀면 일자리 6만개",2014.7.7.
27) 보건복지부 보도해명자료, "보험회사 외국인 유치금지, 메디텔 지지부진 보도에 대한 설명자료", 2014.7.8.
28) 금융위원회의 정책에 따라 사실상 해외에 현지법인 또는 지점 등을 설치하고 있거나 현지의 금융회사와 방카슈랑스 등 자사의 보험상품 판매 대행계약을 맺고 있는 국내 보험회사에 한함.

보증보험에 가입되어 있어야 하며, 1억 원 이상의 자본금을 입증할 수 있어야한다. 이는 외국인 환자 유치업과 가장 유사성이 높은 해외 이주 알선업, 국외 여행업 등과 동일한 수준이다. 보증보험에 가입한 후 외국인 환자에게 입힌 손해를 배상하여 보험계약이 해지된 경우에는 1개월 이내에 다시 가입하여야 한다.[29] 유치업자 역시 의료기관과 마찬가지로 의료법 등 관련 법규 및 소양에 관하여 매년 8시간 이내의 교육을 이수하여야 하며 매년 3월말까지 전년도 유치 외국인환자의 국적, 인원, 진료과목, 입원기간 환자의 입출국 날짜 등 사업실적을 복지부장관에게 보고하여야 한다.[30] 단, 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안은 제27조의2에 따라 등록한 의료기관 또는 유치업자는 「관광진흥법」제4조에도 불구하고 진료를 목적으로 국내에 체류하는 제27조제3항 제2호에 따른 외국인환자 및 그 보호자에 대해 숙박알선 및 항공권 구매 대행, 사증 발급 대행 업무를 포함한 유치행위를 할 수 있도록 허용하도록 하였으나, 「보험업법」 제2조에 따른 보험회사, 상호회사, 보험설계사, 보험대리점 또는 보험중개사는 제외하고 있어[31] 의료법 제27조 제4항의 개정 이후에도 국내에서 진료를 받고자 하는 외국인 환자의 특수한 상황을 감안하여, 이와 관련한 추가적인 입법보완이 필요하다.

5. 현행 의료법 제27조 제4항의 쟁점

현행 의료법 제1조는 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다. 라고 입법취지를 명시하여 국민의 건강권과 의료의 영리화를 금지하고 있다. 다만, 외국인 환자에 대한 유인·알선을 예외적으로 허용하는 현행 의료법 제27조 제3항 제2호는 우리나라 의료서비스를 이용하고자 하는 외국인 환자의 특수성을 반영하였다고 할 수 있다.

한편, 현행 의료법 제27조 제4항은 보험회사 등의 외국인 환자 유치행위를 금지함으로써 민간보험회사에 대하여 외국인 환자의 소개·유인·알선행위를 허용하면

29) 의료법 시행규칙 제19조의4, 2010년 3월 개정.
30) 문화체육관광부, 한국관광공사,『2012 한국의료관광총람』,한국관광공사,2011. 182면-184면; 이경환·김만오·김균민, "의료서비스 국제화와 법적 분쟁",『한국의료법학회지』제17권 제1호, 한국의료법학회, 2009, 50면-51면.
31) 의료법 개정안 제27조의3은 '외국인환자 유치업자(보험회사 등은 제외한다)는「관광진흥법」제4조에도 불구하고 같은 법 제3조 제1항 제1호의 여행업 업무 중 진료를 목적으로 국내에 체류하는 제27조 제3항 제2호에 따른 외국인 환자 및 그 보호자에 대하여 숙박 알선과 항공권 구매 대행업무를 할 수 있다.'라고 하여 보험회사는 제외하고 있다.

현재 국민건강보험공단이 내국인에 대해 의료기관과 직접 계약관계를 맺는 것이고 동일한 방식으로 민간보험회사들이 외국인을 대상으로 의료보험 상품을 판매하고, 국내 의료기관과 각종 서비스에 대해 계약관계를 맺게 되고 이는 결국 민간보험회사들이 내국인을 대상으로 민영의료보험 상품을 판매하는 소위 '미국식 의료제도'로 가는 직전 단계에 해당하여 결국 건강보험 당연 지정제를 붕괴시킬 수 있다는 우려에서 비롯되었고,[32] 이는 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안의 통과가 늦어지는 주요한 이유가 되고 있다. 이에 대해 생명보험협회 등은 법률적 측면에서 다음과 같이 보험회사에 외국인 환자 유치 허용 필요성을 제기하고 있다.

먼저 보험회사 등에 대해서만 외국인 환자 유치행위를 금지하여 영업의 자유를 제한하고 있으므로 현행 의료법 제27조 제4항은 현행 헌법 제37조 제2항이 명시한 기본권 제한원칙에 위배된다는 것이다. 즉, 헌법상 기본권을 제한하기 위해서는 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호법익과 제한 기본권 사이의 상당한 비례관계)이 인정되어야 함에도 자격요건 강화 등 다른 수단이 있음에도 보험회사 등의 진입자체를 원천 봉쇄하는 수단을 선택했다는 점에서 방법이 적절하지 않고, 이를 제한함으로써 얻는 이익(내국인 의료서비스의 질 저하 방지, 국내 의료계에 미치는 영향최소화 등)에 비해 보험회사 등이 받는 피해가 막대하다는 점에서 피해의 최소성 및 비례성(균형성)을 일탈했다는 점과 국내 의료법의 적용을 받지 않는 외국 보험회사의 경우, 외국인 환자를 국내로 유치할 수 있다는 점에서 국내 보험회사에 대한 역차별이 존재하고, 보험회사와 실질적으로 동일·유사한 사업을 영위하는 수협·신협 등의 공제사업자 및 우체국보험이 경우 제한이 없다는 점[33]에서 동일기능·차별규제라는 점에서 형평에 반하므로, 현행 의료법 제27조 제4항에 따른 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위를 허용해야 한다고 주장하고 있다.[34] 그러나 이러한 주장은 의료업의 산업화와 영리화를 전제로 한 편의적 발상으로 의료법과 헌법의 입법취지에 반하는 바, 적절치 않다고 보여지며 금융위원회의 발표 등을 참고할 때 자국의 의료시스템의 문제로 한국의 의

32) 국회 보건복지가족위원회, "정부제출 의료법 일부개정법안 검토 보고", 2008.11, 34면; 이러한 우려는 경제특구 내 외국 병원에 대해 내국인 진료를 절대 허용하지 않겠다던 정부가 1년도 안 돼 내국인 진료를 허용했던 사례에서 비롯된 정부에 대한 불신에 기인한다(국회사무처, "제278회 국회(정기회) 보건복지가족위원회 회의록 제15호", 2008.11.21, 33면).

33) 금융위원회는 2013년 5월 9일 발표한 '유사보험 규제 개선방안'을 통해 민간 보험회사와 동일한 보험·공제(유사보험) 상품을 판매하고 있는 우체국 및 신협, 수협, 새마을금고에 대해서도 한·미, 한·EU FTA체결에 따라 보험회사와 같은 규제수준을 적용할 예정임.

34) 생명보험협회, 전게서, 2012.7.9. 58면-59면.

료서비스를 이용하고자 하는 해외 환자에 한하여 보험업상 부수업무로서 제한적으로 국내 보험회사의 해외 환자 유치행위를 허용하고 있으며 의료법 및 관련 시행령은 물론 보험상품과 관련한 보험업법 및 시행령 등으로 국내 보험회사의 해당 상품에 부수하지 않은 국내 의료기관으로부터의 유치수수료 수취 등을 보건복지부와 금융위원회 등 감독당국에 의해 규제할 수 있다는 점에서 앞서 언급된 의료민영화에 대한 우려도 현실성이 낮다고 보여진다.

Ⅲ. 국내 보험회사의 외국인환자 유치허용을 위한 법적검토

1. 외국인환자 유치 허용의 필요성

가. 배경

한국과 미국, 싱가포르 등 의료관광이 활성화된 국가의 경우 민간보험회사가 자국의 환자를 해외의 의료기관으로 소개·유인·알선하거나 해당 국가의 의료기관이 직접 해외의 보험회사와 협약을 통해 해외에서 공동으로 외국인 환자 유치행위가 활발하게 진행되고 있다. 앞서 언급한 현행 의료법 제27조 제4항의 금지조항에 대한 법률적 측면과 함께 정책적 측면에서 해외 보험회사와 같이 의료관련 전문지식 및 국외 인적·물적 네트워크 등을 보유하고 있는 국내 보험회사를 통해 국내 외국인 환자 유치를 활성화할 필요가 있다. 이미 국내 보험회사는 대형 보험회사를 중심으로 2014년 6월 현재, 생명보험회사의 경우 삼성생명, 한화생명, 교보생명, 흥국생명 등 4개사가 현지법인 및 사무소 형태로 10개국 28개소에 진출해 있으며, 손해보험회사의 경우 삼성화재, 동부화재, 현대해상, LIG손해보험 등 7개사가 12개국 52개소에 현지법인, 사무소, 지점의 형태로 진출하여 국가간 네트워크를 확보하고 있으며, 국내에서 수십년간 개인 의료건강보험을 취급하고 있어 관련 분야의 전문성이 상대적으로 높고, 보험금 지급심사 및 보험금 지급으로 병원과 유기적 관계를 유지하고 있어 이를 활용한 의료관광 활성화를 기대할 수 있고, 국내 보험회사의 외국인 환자 유치가 허용될 경우, 의료서비스와 연계된 특화 보험상품 개발을 촉진하고 관광, 숙박 및 요식업 등 관련 산업간 시너지가 발생하는 등 산업간 파급효과는 물론 외국인 환자를 상대로 고급병실의 유휴병상을 활용한 고부가가치 의료서비스 제공을 통해 국내 의료계의 수익성 개선과 건강보험 재정 건전성을 제고하여 궁극적으로 내국인에게 저렴한 의료서비스 제공이 가능해지는 정책적

효과를 기대할 수 있다.[35] 특히, 현행 의료법에 따라 지금까지 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위가 금지됨에 따라 해외 보험회사의 국내 의료기관 등에 대한 과도한 유치수수료 요구가 문제가 되어도 이를 대체하거나 별도로 제재하기가 어렵고 2009년 외국인 환자 유치업을 허용한 이후, 중소 유치업자의 난립에 따른 대응책 마련에 대한 정부당국과 국내 의료업계의 현실적 인식이 크다고 할 수 있다.

나. 보험회사의 외국인 환자 유치 형태

2012년 손해보험협회가 보건복지부에 제출한 의료법 개정안에 대한 의견서는 3가지의 보험회사의 외국인 환자 유치형태를 언급하고 있다. 먼저 자체 현지법인 활용을 활용한 방식은 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안이 통과되면 국내 보험회사들이 우선 추진할 수 있는 외국인 환자 유치형태로 예상된다. 동 방식은 다시 해외 현지법인을 통한 판매와 해외 현지법인이 직접 상품개발을 하는 형태로 구분되는데, 국내 보험회사는 물론 해외 진출이 활발한 국내 은행의 경우도 아직 해외 현지법인이 직접 상품을 개발하는 단계에는 이르지 못한 현실과 최근 판매되고 있는 우리은행의 '한국방문 우대카드'의 사례에서도 보듯이, 해외 현지법인이 직접 상품을 개발하는 것 보다 국내 본사의 상품을 해외 현지법인을 통해 해외 고객에게 판매하는 형태가 주로 추진될 것으로 보인다.

해외 현지법인을 통한 판매방식은 본사가 국내병원과 계약체결 후 해외환자가 한국의 의료서비스를 받을 수 있는 건강보험상품을 해외 현지법인을 통해 판매하면, 이를 가입한 보험가입자인 외국인이 진료가 필요한 경우 보험회사와 계약이 체결된 국내병원에서 진료를 받고 직접 비용을 지불한 뒤 보험회사에 진료비를 청구하는 방식이나 현재 외국보험회사와 국내병원과 활발하게 시행되고 있는 진료비 직불계약 또는 병원에 대한 보험회사의 진료비 지불보증 등이 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안이 통과된다면 국내 보험회사도 가능하게 되고, 진료비 결제의 처리절차 및 시간이 줄어들게 되어 그 편의성이 높아질 것으로 기대된다. 또한 해외 현지법인을 통한 보험상품에 부수한 외국인 환자 유치형태의 경우, 기존 유치업자들이 외국인 환자의 소개·알선 그 자체를 대가로 받는 직접적인 소개료 보다는 해외 진료시 진료비 지원(할인) 등에 부수한 건강보험상품의 판매에 따른 수익창출이 주된 목적이 되므로 국내 병의원의 적극적인 참여가 예상되고 필요시 국내 병의원 이용을 위한 여행 중 발생 가능한 상해, 도난 등의 사고를 보장하는 급부

35) 생명보험협회, 전게서, 59면-60면.

또는 특약을 추가하여 의료관광 등 치료여행 중 위험보장이 가능하게 된다. 다만, 국내 보험회사가 해당 보험상품 가입 환자에 대해 신용카드와 같이 제휴 병의원의 진료비 할인을 유도할 경우 보험회사의 위험률차익 발생 외에도 국내 환자와 해외 환자간의 진료비의 형평성 및 투명성 문제와 수가인하에 따른 진료의 질 저하가 우려되며 할인에 따른 마진감소를 제휴 병의원에 전가할 할 경우 이에 대한 마찰이 우려됨에 따라 금융위원회 등 금융당국의 해당 보험상품의 심의를 위한 가이드라인의 마련이 필요하다.

다음으로 국내 보험회사의 현지법인 등 해외 자회사에서 한국 관련 상품을 직접 개발, 판매하는 형태로 국가별 타겟 계층을 분류하고 현지 고객 특성을 고려하는 맞춤형 상품개발이 가능할 수 있으나, 아직 국내 보험회사는 물론 국내 은행도 본점과 별도로 자체적인 상품개발을 통해 현지영업을 하는 능력이 부족하고 관련 금융상품의 개발 및 판매와 관련된 국내 및 현지 감독기관의 규제 등이 영향이 커, 동 형태의 유치형태가 활성화되는데 많은 시간이 필요할 것으로 보인다.

한편, 현재 국내 병의원 등이 활발하게 진행하는 형태로 외국보험회사 제휴 방식과 여행사 등 기존 유치업자와의 연계 서비스가 있는데. 대형 보험회사를 제외한 해외현지에 자체 네트워크가 없는 보험회사의 경우 현지 외국보험회사와의 제휴를 통해 외국보험회사가 자국민을 상대로 외국에서 받은 의료서비스에 대해 의료비지급을 보장하는 건강보험상품을 판매하면 제휴된 국내보험회사가 해당 외국인 환자에게 국내 병원 알선 및 진료비 지급을 대행하는 것으로 해외보험회사와 공동으로 상품 개발을 통해 해외 보험회사 고객 연계가 가능해 진다는 측면은 있으나, 이는 국내 보험회사의 보험가입 외국인에 한하여 유치행위를 허용하는 의료법 개정안과 부수업무 차원에서 외국인 환자 유치를 허용하는 금융위원회의 금융업 경쟁력 강화방안의 취지에 부합하지 않는다고 할 수 있으며, 국내 보험회사의 경우 기존 유치업자와 같이 외국인 환자 소개·알선에 대한 소개료 등 직접적인 대가로 수익원이 국한되는 바, 기존 유치업자와의 마찰도 예상된다. 마지막으로 여행사 등 기존 국내 유치업자와의 연계 서비스로 국내 여행사, 호텔, 병원 등과 연계한 의료관광 패키지 상품을 통해 재외 동포의 재무컨설팅과 연계한 건강검진서비스 제공 형태도 가능할 수 있는데, 현재 의료법 개정안이 유치업자 및 유치의료기관에 대해 허용한 외국인 환자와 보호자에 대한 숙박 알선과 항공권 구매 대행업무를 보험회사 등에 대해서는 금지하고 있는 바[36], 이러한 제휴는 불가피할

36) 개정 의료법 제27조의3 (「관광진흥법」에 대한 특례) "외국인환자 유치업자(보험회사 등은 제

것으로 보이나, 관련 보험상품의 상품성을 강화하기 위해서는 의료법 개정안에서 금지하고 있는 숙박알선 및 항공권 구매허용을 위한 추가적인 검토가 필요하다.[37]

2. 부수업무 측면에서 외국인환자 유치행위에 대한 검토

가. 국내 보험회사의 부수업무 내용

현행 보험업법 제11조의2는 부수업무를 보험업에 부수한 업무로 명시하고 있다. 2011년 1월 24일 보험업법 개정을 통해 보험회사의 부수업무 허용범위를 열거주의(Positive)방식에서 포괄주의(Negative)방식으로 전환하여 원칙적으로 신고를 통하여 자유롭게 허용하였으며, 보험회사의 건전성이나 투자자 보호에 문제가 있거나 금융시장의 안정성을 저해하는 부수업무는 사후 금융위원회의 재량에 따라 제한, 시정명령을 통해 규제하도록 하였다. 현행 보험업법은 부수업무에 대해 열거하지 않고, 다만, 보험업법 제11조의2를 통해 신고절차만을 명시하고 있다. 2011년 1월 24일 개정 전 보험업법 및 시행령은 부수업무를 보험업법 시행령 제16조 제3항에 따라 1. 보험업과 관련된 업무[38](제16조 제3항 제1호). 2. 보험사가 소유하는 인력·자산 또는 설비 등을 활용하는 업무[39](제16조 제3항 제2호), 3.「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 집합투자업 및 집합투자증권에 대한 투자매매업 또는 투자중개업, 4.「전자금융거래법」에 따른 전자자금이체업무로 구분하였으나 현행 보험업법 제11조의2 및 보험업법 시행령 제16조의2는 보험회사가 부수업무를 하기 위해서는 해당 업무를 하기 7일전까지 금융위원회에 신고를 하고 신고일로부터 7일 이내에 보험회사의 명칭, 부수업무의 신고일, 부수업무의 개시 예정일, 부

외한다)는 「관광진흥법」제4조에도 불구하고 같은 법 제3조 제1항 제1호의 여행업 업무 중 진료를 목적으로 국내에 체류하는 제27조 제3항 제2호에 따른 외국인환자 및 그 보호자에 대하여 숙박 알선과 항공권 구매 대행업무를 할 수 있다."

37) 생명보험협회, 전게서, 60면-61면.

38) 가. 보험수리업무, 나. 보험사고 및 보험계약 조사업무, 다. 보험에 관한 연수·간행물·도서출판업무, 라. 보험업과 관련된 전산시스템 또는 소프트웨어 등의 대여 및 판매 업무, 마. 보험관련 인터넷 정보서비스 제공업무, 바. 자동차와 관련된 교육, 상담 그 밖의 부가서비스 업무, 사. 재공제업무(영위하고 있는 보험종목과 관련된 재공제 업무에 한한다), 아. 그 밖에 가목 내지 사목에 준하는 업무로서 총리령이 정하는 업무

39) 가. 기업의 인수 및 합병의 중개·주선 또는 대리업무, 나. 대여금고 업무, 다. 수입인지·복권·상품권 등의 판매대행 업무, 라. 기업 및 보험계약자에 대한 상담 및 위험관리 업무, 마. 금융·경제관련 조사 및 연구업무, 바. 다른 금융기관의 업무중 금융위원회가 정하는 바에 따라 그 업무의 수행방법 또는 업무수행을 위한 절차상 본질적 요소가 아니면서 중대한 의사결정을 요하지 아니한다고 판단하여 위탁한 업무, 사. 기업의 후생복지에 관한 상담 및 사무처리 대행업무, 아. 보험회사의 설비 등을 활용한 광고대행 업무, 자. 그 밖에 가목 내지 아목에 준하는 업무로서 총리령이 정하는 업무.

수업무의 내용을 인터넷 홈페이지에 공고를 하면 수행할 수 있도록 하고 있다.

따라서 이번 의료법 개정안에 따라 허용되는 보험계약을 체결한 외국인 환자를 대상으로 유치행위는 보험업법 등 관련 법령상의 부수업무에 해당한다고 할 수 있으며, 이를 시행하고자 하는 국내 보험회사는 의료법 등 관련 법령이 정한 외국인 환자 유치행위에 대한 등록절차를 충족한 후 해당 유치행위를 시행하기 7일전에 금융위원회에 신고절차를 거치면 시행할 수 있을 것으로 판단된다.

한편, 2013년 11월 26일 금융위원회는 '금융업 경쟁력 강화방안'을 통해 금융권 무한경쟁환경 조성을 통한 혁신 유도 차원에서 경쟁을 제한하는 진입·영업규제를 대폭 완화한다는 취지에서 국내 보험사는 의료관광 수요가 많은 동남아시아 및 중앙아시아 등에 10개사가 진출중이고, 의료 관련 전문성이 상대적으로 높고, 병원과 유기적 관계를 유지하고 있다는 장점이 존재한다는 배경으로 보험회사의 해외환자 유치업 참여를 허용하여, 보험회사의 신수익원 확보 및 국내 의료관광 활성화를 지원하기 위해 보건복지부와 협업을 통해 국내 보험회사의 외국인 환자유치를 허용한다고 발표하였으며,[40] 이어서 2014년 7월 10일에는 '금융규제 개혁방안'을 통해 은행 및 보험업에 대한 중복신고를 폐지하여 다른 금융회사가 하고 있는 부수업무는 신고없이 할 수 있도록 'One Pass Ok'를 허용함으로써 국내 보험회사의 보험상품에 부수한 부수업무로써 외국인 환자 유치행위를 하는데 따른 보험업법상의 제약은 해소되었다고 할 수 있다. 따라서 우리은행의 '한국방문 우대카드'와 같이 국내 대학병원 및 성형외과의 진료비 할인 및 우대서비스를 제공하고자 한다면, 의료법 제27조 제3항에 저촉되는 문제를 해소(해외 지점이 아닌 해외법인을 통해 판매)하거나 의료법 개정 이후 외국인 환자 유치업자로 등록을 한 후 금융위원회에 은행법에 따른 부수업무 신고를 한 후 국내 병의원과의 제휴 및 해외법인 및 해외지점을 통한 판매를 하여야 할 것이다.

나. 주요 국가의 보험업법상 부수업무의 범위

미국, 싱가포르 등 자국의 환자를 해외 의료기관 등으로 송출하거나 외국인 환자를 자국의 의료기관으로 활발하게 유치하고 있는 주요 국가들의 경우 한국과 달리 보험회사의 외국인 환자 유치에 대한 특별한 규제가 없으며 특히, 아시아에서 해외환자유치를 활발하게 추진하고 하고 있는 싱가포르의 경우 보험업법상 부수업무에 대해 별도로 명시하고 있지 않으며[41], 싱가포르의 래플스 병원(Raffles

40) 금융위원회 보도자료, "창조경제 구현과 일자리창출을 위한 금융업 경쟁력 강화방안", 2013.11.26., 4면.

Hospital)의 경우 자회사인 IMI(International Medical Insurance Pte Ltd)를 통해 영국계 Bupa International의 제휴를 통해 방대한 해외병원 네트워크를 보유하고 있는 Bupa International의 Bupa Worldwide 의료보험상품을 판매하고, 싱가포르 국민의 해외병원 이용 및 Bupa의 고객들을 싱가포르 병원으로 유치하는 등,[42] 한국에 비해[43] 병의원의 보험회사 소유와 외국인 환자 전문유치업자로서 보험회사의 업무범위를 폭넓게 허용하고 있다.

한편, 미국 뉴욕주법의 경우 법에 명시한 생명보험 및 손해보험에 대한 업무 및 그 업무에 부수하는 업무에 한해 보험회사의 업무로 규정하고 있으며, 금융서비스 현대화법(Gramm-Leach Billy Act)에서 보험에 대한 정의를 두고 각 주의 보험법 및 보험감독기관이 규제하여야할 보험상품을 명시하고 있다. 또한 보험업의 부수업무로 보험업의 정상적인 영업활동과 관련되는 투자자문 및 투자일임(investment management service)을 당연히 영위할 수 있도록 허용(뉴욕주 보험법 제1714조)하고 그 외 업무도 감독당국의 허가가 있으면 영위 가능하도록 규정하고 있다.

현행 일본의 보험업법[44]은 동법 제3장(업무범위)의 제97조 ~ 제105조를 통해 보험회사의 업무범위를 규정하고 있다. 일본의 경우 업무범위의 규제방식은 기본적으로 열거주의를 채택하고 있으며 각 금융업은 원칙적으로 다른 업무의 수행이 금지되며 법규에서 열거하여 허용된 업무만을 영위할 수 있도록 하고 있으나, 1998년을 기점으로 규제방식을 '개방된 열거주의'로 전환하였으며 현행 보험업법 제98조는 '보험회사는 제97조 규정에 따라 하는 업무 외에 그 업무에 부수하는 다음의 업무를 할 수 있다'라고 하여 각 금융업에 부수하는 업무로서 금융회사 신고·승인없이 당연히 할 수 있는 업무로 부수업무[45]를 열거하고 있다. 그러나 동법 제100조는 보험회사는 제97조 및 전 2조의 규정에 따라 하는 업무 및 다른 법률에

41) 싱가포르 「Insurance Act」(2009.1.1. 개정)
42) 보험연구원, "보험회사의 외국인환자 유치업 참여방안", 『KIRI Weekly』,제202호, 2012.10.8., 6면.
43) 현행 의료법 제49조는 의료기관의 부수업무의 범위를 제한하고 있으며 그 형태 또한 은행의 경우도 임대의 형태로 허용하고 있으며, 국내 보험회사의 의료기관의 설립 및 운영 또한 보험업법 제111조 제1항, 동법 시행령 제6조 1항, 금융지주회사법 제36조 제3항 및 제45조의2 제9항 등을 통해 금융당국이 허용하는 공익목적 외의 출연이나 자산의 양도 등을 허용하고 있지 않기 때문에 국내 병원의 자회사로 보험회사의 운영이나 국내 보험회사의 병의원 설립 등은 금지되고 있다.(김경민, "국내 금융회사의 의료금융 융합에 대한 법적 연구", 『2013 미래·융합 연구보고서』,법제처 2013.12. 102면-103면 참조).
44) 일본 保険業法(平成七年法律第百五号) , 第三章 業務(2008.12.16. 법률 제91호 최종개정)
45) 다른 보험회사 업무의 대리 및 대행, 국채·지방채·행정보증채의 인수 및 모집, 금전채권의 취득 및 양도, 유가증권의 사모취급, 특정목적회사가 발행하는 특정사채의 인수 및 모집, 금융선물거래, 파생상품 거래 매개 중개 대리 등

따라 하는 업무외 다른 업무를 할 수 없다고 명시하고 있는 바,[46] 현행 보험업법에서는 별도 명시는 하고 있지 않으나 일본 보험회사의 외국인 환자 유치행위는 한국보다 엄격한 규제를 적용받고 있다고 볼 수 있다.[47] 이 때문에 일본도 2010년 의료관광 활성화를 국가프로젝트로 발표한 바 있으나, 의료민영화 등을 우려한 일본의사회 등의 반발로 관련 규제 등의 신설 및 완화가 지연되면서 상대적으로 한국보다 그 추진속도가 늦어지고 있다.[48]

그러나 정부나 민간에서 의료관광 등 해외환자 유치 확대의 주요사례로 들고 있는 미국, 싱가포르, 태국 등은 우리나라와 산업구조 및 건강보험 등 사회보험시장 구조가 다르고 의료의 공공성을 강조하고 있는 국내의 의료법 취지와도 차이가 있기 때문에 비교입법의 예시로 드는 것은 적절치 않다고 할 수 있다.

3. 외국인 환자 유치허용을 위한 의료법 개정안 검토

가. 제안배경

보건복지부는 2012년 11월 의료인 국가시험 부정행위자에 대한 응시자격 제한 내용을 부정행위의 경중에 따라 세분화할 수 있도록 하고, 환자가 진료기록의 열람을 요청하는 경우 의료인은 정당한 사유가 없는 한 이를 거부할 수 없도록 함으로써 환자의 알권리 강화 및 건강 증진에 기여하며, 보험회사에 금지되어 있던 외국인환자 유치행위를 제한적으로 허용하여 외국인 환자 유치를 확대하고, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하는 취지로 의료법 개정안을 입법예고하여 2013년 5월 31일 국무회의를 통과하여 정부입법안으로 국회에 제출하였다.[49]

또한 동 개정안은 국내 보험회사의 외국인 환자유치를 금지하는 현행 의료법 제27조 제4항의 개정 외에도 보험회사 등을 제외한 외국인 환자유치업자의 숙박알선과 항공권 구매를 허용하는「관광진흥법」제4조의 특례조항이 신설도 포함하고 있기 때문에 국회 보건복지위원회뿐만 아니라 국회 교육문화체육관광위원회의 심의를 거쳐야 하는 바, 심의과정에서 기존 유치업자들과의 이해관계까지 고려될 수 있어 최종적인 국회통과에 상당한 시일이 소요될 것으로 예상된다.

46) 第百条(他業の制限) , "保険会社は、第九十七条及び前二条の規定により行う業務及び他の法律により行う業務のほか、他の業務を行うことができない"
47) 이계경, "금융권의 부수업무와 감독 방향", 『2005년 국정감사 정책질의자료집 3』, 2005.9.26. 13면-14면.
48) 한국무역협회, "International Trade 월드링크 일본편", 2013.7월호 참조
49) 국회 보건복지위원회,「의료법 일부개정법률안(의안번호 5233)」, 2013.5.31.

나. 입법내용

본고에서는 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안 중 국내 보험회사의 외국인 환자 유치허용과 관련된 입법내용을 살펴보고자 한다. 정부는 현행 의료법 제27조 제4항이 금지하고 있는 외국인 환자 유치행위에 대해 동 조항을 신설·보완하여 현행 의료법이 보험회사의 외국인환자 유치행위를 금지함으로써 국내 보험회사는 해외 의료관련 보험상품 등 잠재적 시장 창출에 한계가 있고, 외국인 환자 유치와 관련하여 과도한 수수료 요구 등 시장질서를 저해하는 행위에 대하여 제재할 수 없는 문제점이 있으므로 외국인 환자 유치업자로 등록을 한 보험회사는 보험회사와 보험계약을 체결한 외국인 환자에 대하여 유치 행위를 할 수 있도록 하고, 의료기관 또는 외국인 환자 유치업자가 중대한 시장교란행위를 한 경우에 그 등록을 취소할 수 있도록 하며, 취소된 날로부터 2년간 외국인환자 유치에 대한 등록을 금지함으로써, 보험회사의 외국인 환자 유치를 허용하고 이를 통해 외국인 의료관광이 활성화되고 시장질서를 저해하는 행위에 대한 규제로 외국인 환자 유치의 수준이 제고될 것으로 기대한다고 입법안이 주요내용을 밝힌 바 있다.

동 개정안의 주요 입법내용을 살펴보면 먼저 현행 의료법 제27조 제4항의 금지조항을 "제3항 제2호에도 불구하고 「보험업법」 제2조에 따른 보험회사, 상호회사, 보험설계사, 보험대리점 또는 보험중개사(이하 "보험회사 등"이라 한다.)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인환자에 한정하여 유치행위를 할 수 있다"라고 명시하였고 의료법 개정안 제27조 제4항 제1호는 "「보험업법」제2조 제6호의 보험회사와 보험계약을 체결한 외국인 환자", 제2호는 "「보험업법」제2조 제8호의 외국보험회사와 보험계약을 체결한 외국인환자"로 명시하여 보험계약을 체결한 외국인에 한하여 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위를 제한적으로 허용하는 내용을 담고 있으며,[50] 기존에 명시되지 않은 외국인 보험회사를 통해 유치된

50) 우리은행의 '한국 방문 우대카드'와 같이 보험회사가 아닌 국내 은행 등 금융회사의 외국인 환자 유치행위에 대해서는 의료법에 별도 명시가 없고 제27조 제3항의 예외조항으로 외국인 환자의 유치행위에 대한 별도 제한을 두지 않는다는 본래의 입법취지에 비추어 볼 때 관련 법률에 따라 타금융회사도 유치업자도 등록 후 금융위원회에 부수업무 신고를 거쳐 유치행위를 하는 데는 문제가 없다고 할 수 있으나 금융위원회가 '금융업 경쟁력 강화방안'(2013.11.26)'에 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위를 허용하는 배경으로 보험회사가 의료 관련 전문성이 상대적으로 높고, 병원과 유기적 관계를 유지하고 있다는 장점이 존재한다고 언급한 바, 국내 은행을 비롯한 금융회사의 외국인 환자 유치행위는 현재 계류 중인 의료법 개정안과는 별개로 관련 부처 간 협의와 관련한 입법작업이 별도로 추가·논의되어야 할 것으로 보인다(김경민, "의료법상 국내 은행의 의료관광서비스에 대한 법적 연구", 『한국의료법학회지』 제21권 제1호, 한국의료법학회, 2013.6, 164면-165면).

외국인 환자에 대한 내용을 추가로 규정하였다. 또한 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위 허용에 따라 기존 유치업자와 별개로 유치업자로 등록한 보험회사의 과당경쟁 등을 규제하기 위해 등록 취소 조항을 개정안 제27조의2 제4항의 제3호에서 제7호를 별도로 신설하였다.[51] 반면, 국내 병의원 등이 진료 외국인 환자의 편의차원에서 요청해온 환자 및 보호자에 대한 숙박 및 항공권 예약 등을 의료법 개정안 제27조의3으로 신설하여 허용하였으나, 보험회사의 경우는 이를 금지하여 보험회사의 외국인 환자 유치행위시 관련 서비스에 대한 내용을 추가로 부가한 보험상품의 개발에 제한이 발생하고 기존 유치업자 등과의 제휴가 불가피한 바, 부대비용 상승에 따른 마찰이 발생할 소지가 있다.

4. 시사점 및 개선방안

국내 보험회사에 대한 외국인 환자 유치허용을 위한 의료법 개정안이 2013년 5월 국회에 제출된 이후 최근에도 2014년 7월 기획재정부의 '새 경제팀의 하반기 경제정책방향'과 8월 '제6회 무역투자진흥회의'를 통해 의료·관광 등 유망 서비스업 육성차원에서 중국인 등 외국인 의료관광객 유치를 위한 지원방안 마련과 관련 규제개혁을 필요성이 언급된바 있으나, 원격진료, 영리병원 도입 등에 따른 의료민영화 등의 문제로 여야는 물론 관련 업계와 정부가 첨예하게 대립하면서 현재까지 국회에 계류 중이다. 이미 부수업무 차원에서 금융위원회의 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위에 대한 금융규제는 열거주의에서 포괄주의로 개정되었고 최근 'One Pass Ok'제도의 도입을 통해 그 신고절차 및 수행도 간소화되었기 때문에 의료법 개정안의 국회통과 및 실행에 따라 외국인 환자 유치업자로 등록한 국내 보험회사의 관련 상품개발 및 판매에는 큰 어려움이 없을 것으로 보인다.

오히려 국내 의료시장의 세계화와 관련 산업의 발전을 위해 개정한 현행 의료법 제27조 제3항 제2호를 신설하여 외국인 환자의 국내 의료기관에 대한 소개·유인·알선을 예외적으로 허용하였으나 의료민영화를 우려한 나머지 신설한 현행 의료법 제27조 제4항으로 인해 외국보험회사가 국내 의료기관과의 진료비 직불계약시장을 주도함으로써[52] '외국인 환자가 치료는 국내 병원에서 진료비는 해외 보험회

51) 국회 보건복지위원회, 「의료법 일부개정법률안(의안번호 5233)」, 2013.5.31.

52) 국내의 경우 2013년 전년대비 47%로 상승한 약 3,943억원의 해외환자 관련 진료비 수입을 거두었으며, 해외환자 전문 대형 외국 보험회사의 국내 대형 의료기관과의 진료비직불계약 체결건수는 중국 MSH-China와 국내 7개 의료기관과의 직불계약 체결(2010년 11월), 미국 10위원 대형 민간보험회사인 시그나(Cigna International)과 11개 의료기관과의 직불계약체결(2012년 1월), 아

사에 지불하여 편리하다.'고 할 정도로 동 조항이 거꾸로 외국보험회사의 국내시장 독점을 지원하는 것처럼 불평등하게 작용하고 있음을 적극 고려하여 현재 국내 보험회사의 제한적 외국인 환자 유치를 허용하는 의료법 개정안을 조속히 통과, 시행하여야 할 것이다. 만약 국내 보험회사의 의료법 개정안 외 다른 법률의 개정까지 포괄하여 심의하는 것이 부담이 된다면 현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안 중 국내 보험회사의 외국인 환자 유치허용에 대한 개정내용만을 별도로 의원 발의를 통해 이를 심의하는 것도 고려할 필요가 있다.

한편, 향후 의료법 개정에 따라 외국보험회사와의 경쟁에 대비하기 위해 현재라도 보건복지부의 유권해석에 따라 국내 보험회사들은 이미 국내에 온 외국인환자에 대한 국내 의료기관의 과실을 보상하는 배상책임보험 뿐만 아니라 국내 병의원과의 직불계약을 통해 관련 보험상품을 개발하고 이를 해외현지법인(해외지점은 제외)[53]을 통해 해외현지 고객을 대상으로 판매하고 국내 제휴 병의원으로 유치하는 마케팅활동을 적극 진행하여야 할 것이다. 또한 국내 보험회사뿐만 아니라 우리은행의 '한국방문 우대카드' 사례와 같이 중국, 동남아시아 등을 중심으로 보험회사 이외에도 해외진출이 활발한 국내 은행 등 국내 금융회사들의 현지 거액자산가 유치 등을 위한 상품개발에 의료서비스를 적극 활용하고자 하는 의지가 높고 국내 병의원들의 제휴가 늘어나고 있는 상황을 반영하여 이들 금융회사들에 대한 외국인 환자 유치행위에 대한 허용 및 유치행위에 대한 관련 법령의 정비 및 가이드라인 마련도 함께 고려하여야 할 것이다. 아울러, 본고에서 검토하고자 하는 의료법 개정안 제27조의 3을 통해 외국인 환자 및 보호자에 대한 숙박알선 및 항공권 예매 대행업무를 금지하고 있는 것은 중국 등 금융회사들이 거액자산가를 대상으로 PB(Private Banking)서비스를 통한 통합자산관리서비스 제공시 해당 금융회사가 금융서비스 뿐만 아니라 관광, 미용, 레저 등을 원스톱으로 제공하고 있는 현실을 감안할 때. 현지 목표대상 고객의 수요를 반영한 탄력적인 운용이 가능할 수 있도록 추후에라도 보완할 필요가 있다.

랍에미리트(UAE) 국영보험회사 다만(DAMAN)과 8개 한국의료기관간 직불계약체결(2012년 5월), 미국 최대 민영의료보험회사인 UHI(United HealthCare International)와 14개 의료기관과의 직불계약체결(2013년 1월) 등 외국계 보험회사의 세브란스병원, 서울대병원 등 국내 대형 종합병원과의 진료비 직불계약이 체결·확대되는 추세로 이들 외국보험회사에 대한 의존도가 높아지고 있다(보건복지부 보도자료, "13년 해외환자 21만명(연환자 65만명)유치", 2014.5.21).

53) 2014년 6월 현재 국내 보험회사의 해외법인 진출현황은 생명보험회사는 삼성생명(6개), 한화생명(4개), 교보생명(1개)로 3개사 총 11개 현지법인이 설립되어 있으며 손해보험회사는 삼성화재(7개), 현대해상(4개), LIG(3개), 메리츠화재(1개), 코리안리(1개)로 16개 현지법인이 진출하고 있다(금융감독원 금융중심지지원센터, "14. 6월말 현재 국내 금융회사의 해외진출 현황" 참조).

Ⅳ. 결론

현재 국회에 계류 중인 의료법 개정안은 국내 의료관광활성화를 위해 2009년 의료법 제27조 제3항 제2호의 신설에 따라 외국인 환자 유치행위를 허용한 이후, 증가하고 있는 외국인 환자 수에 비해 초기 일부 외국 보험회사 및 유치업자들에 대한 국내 병의원의 의존도가 높아지고 이에 따른 과도한 수수료 요구 등의 문제가 발생하면서 이를 보완하기 위해 규모가 있는 국내 보험회사의 외국인 환자 유치를 제한적으로 허용함으로써 외국인 환자 유치규모를 확대하고 관련 경쟁력과 전문성 제고를 통해 시장 불균형을 개선하고자 하는 목적으로 보험계약 외국인 환자에 한하여 제한적으로 국내 보험회사의 외국인 환자 유치 허용을 추진하고 있다.

그러나 이러한 의료기관 및 보건복지부 등 관련 주무부처의 이해관계 외에도 기획재정부, 금융위원회 등 정부의 금융업 육성의지와 저성장, 저금리 및 고령화에 따른 국내 금융시장의 정체에 따라 국내 금융회사의 신수익원 발굴을 위해 중국 및 동남아시아를 중심으로 해외진출을 적극 모색하고 있는 상황에서 해외 현지 고객을 대상으로 현지 금융회사 및 글로벌 금융회사와 경쟁하기 위해서는 한국 금융회사만의 차별화된 금융상품과 부대서비스가 필수적이며 이를 위해 세계적 경쟁력을 보유하고 있는 한국 의료서비스의 제휴와 활용은 주요한 경쟁력으로 작용할 수 있다. 특히, 최근 구글, 애플 등 글로벌 기업의 지불결제시장 진출은 물론 알리바바, 텐센트 등 중국의 대형 IT기업들이 은행업 허가를 받는 등 비금융업자들의 금융업진출이 가속화되면서, 국내 보험회사는 물론 은행을 포함한 금융회사의 성공적인 해외 진출을 위해 금융상품과 더불어 한국 고유의 부대서비스의 제공이 필요하다는 측면에서 보험업법상 부수업무의 범위 내에서 국내 보험회사의 외국인 환자 유치행위 허용을 통한 차별화된 보험상품의 개발은 반드시 필요하다. 다만, 의료민영화 등의 우려와 관련하여 현행 의료법 및 의료법 개정안 모두 국내 보험회사의 유치대상 외국환자의 범위를 엄격히 제한·명시하고 있으며 해외 현지인을 대상으로만 판매하는 보험상품에 부수하여 진료비직불결제제도를 통해 현지 의료기관 뿐만 아니라 한국의 의료기관에서 진료비를 가입한 보험으로 납부하는 데 부수한 유치행위로 제한하고, 현행 의료법 범위 내에서 관련 규제를 통해 주무부처인 보건복지부 및 소관부처인 금융위원회 등이 국내 보험회사의 해외환자 유치행위와 관련 보험상품을 지속적으로 관리·감독한다면 현행 의료법의 입법목적을 침

해하지 않으면서 오히려 국내 보험산업의 해외 경쟁력을 제고하고 나아가 한국 의료의 우수성을 세계에 알리는데 기여할 수 있을 것이다. 따라서 현재 논란이 되고 있는 의료민영화 및 (가칭)국제의료특별법의 범주에 포함하는 문제와 별개로 현행 의료법 개정을 통한 국내 보험회사의 해외환자 유치행위 허용 및 관련 보험개발을 위한 제도적 지원이 조속히 선행되어야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.08.19, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

김 경 민 · 노 태 석

국내보험사, 외국인 환자 유치, 의료법, 보험업법, 부수업무

【참 고 문 헌】

김경민, “국내 금융회사의 의료금융융합에 대한 법적 연구”,『2013 미래·융합 연구보고서』, 법제처, 2013.12.

김경민, “의료법상 국내 은행의 의료관광서비스에 대한 법적연구”, 『한국의료법학회지』 제21권 제1호, 한국의료법학회, 2013.6.

백경희, “의료법상 환자유인행위와 의료광고의 관계에 관한 일별”, 『한국의료법학회지』 제20권 제2호, 한국의료법학회, 2012.12.

장연화, “의료법상 환자유인금지규제에 관한 연구”, 『비교형사연구』 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.

이경환,김만오,김균민, “의료서비스 국제화와 법적 분쟁”, 『한국의료법학회지』 제17권 제1호, 한국의료법학회, 2009,

이계경, “금융권의 부수업무와 감독 방향”, 『2005년 국정감사 정책질의자료집』, 2005.9.26.

대한의사협회,『의료법 원론』, 법문사, 2008.

_____, “신용카드 제휴 서비스 관련 의료법령 준수 요청”(대의협 제711-1150호),2014.2.25.,

문화체육관광부, 한국관광공사,『2012 한국의료관광총람』, 한국관광공사, 2011.

기획재정부, 보도자료 및 별첨, “유망서비스 산업 육성 중심의 투자활성화 대책”, 2014.8.12.

국회사무처, “제278회 국회(정기회) 보건복지가족위원회 회의록 제15호”, 2008.11.21.

국회 보건복지가족위원회 수석전문위원, “정부제출 의료법 일부개정안 검토보고”, 2008.11.

국회 보건복지위원회,「의료법 일부개법률안(의안번호 5233)」,2013.5.31.

금융위원회 보도자료, “유사보험 규제 개선방안”, 2013.5.9.

_____, “창조경제 구현과 일자리창출을 위한 금융업 경쟁력 강화 방안”, 2013.11.26.

_____, “금융규제 개혁방안”, 2014.7.10.

_____, “보험혁신 및 건전화 방안”, 2014.7.15.

금융감독원 금융중심지지원센터, “'14. 6월말 현재 국내 금융회사의 해외진출 현황”

보건복지부,「의료법 일부개정법률안 입법예고」, 2012.11.2.
_____, 보도자료, “13년 해외환자 21만명(연환자 65만명)유치”,2014.5.21.
_____, 보도해명자료, “보험회사 외국인 유치금지, 메디텔 지지부진 보도에 대한 설명자료”,2014.7.8.
보험연구원, “보험회사의 외국인환자 유치업 참여방안”,『KIRI Weekly』, 제202호, 2012.10.8.
생명보험협회, “보험회사의 해외환자 유치에 대한 의견”, 2012.7.9.
매일경제, “5%에 묶인 외국인 병상, 의료관광규제 풀면 일자리 6만개”, 2014.7.7.
보험신문, “외국인 환자 유치사업 장기 전략화”, 2013.6.3.
조선비즈, “카드사의 특정병원 무료검진 서비스는 위법, 금융위 중단여부 검토”, 2014.3.2.
한국무역협회, “International Trade 월드링크 일본편”, 2013.7.

Abstract

Legal Review relating to permission to attract Foreign patients of Korean Insurance Companies

- Focusing on incidental business -

Kim, Kyong-Min
Rho, Tae-Seok

The topic of attracting foreign patients to allow for limited Korean Insurance company medical Service Act. amendment is currently pending in The National Assembly of Korea. The monopoly of the Korean market to foreign insurance company and facilitators of Foreign Patients rather that prohibit acts of Korean insurance companies to attract foreign patients, such as the privatization of the domestic medical market two euros for the current Article 27, paragraph 4 of Medical Service Act. It also limits the actions of Korean insurance companies to attract foreign patients, including patients with a limited permit for foreigners amendment is signed an insurance contract. And under the strict regulation of the Korean financial authorities(FSC, FSS etc.) of the Korean insurance company and its overseas subsidiaries. Therefore, as with health-care privatization separately, within the incidental business scope of national insurance company, For the development of foreign markets and differentiated insurance products in the Korean insurance companies, The National Assembly of Korea would have to pass a medical law amendment as soon as possible. And it also needs to be reviewed with permission about the act attracting foreign patientst of other Korean financial companies such as Korean Banks within incidental business

scope.

Kim, Kyong-Min · Rho, Tae-Seok

Korean Insurance Company, Attraction of Foreign Patients, Medical Service Act, Insurance Business Act. Incidental Business

소규모사업자 조합에 대한 공정거래법의 적용면제

– 농업협동조합 관련 사례분석을 포함하여 –

정 호 열*
양 화 진**
김 재 성***

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 공정거래법 제60조와 그 운용
1. 입법취지
2. 적용면제의 요건
3. 두 가지 예외사유
Ⅲ. 주요국의 법제
1. 미국
2. 유럽연합
3. 독일
4. 일본
Ⅳ. 소규모사업자 조합에 대한 법집행과 적용제외의 실제
1. 중소기업협동조합과 농업협동조합
2. 농업협동조합 관련 공정위 심결례
3. 적용제외 관련 공정위와 법원 판단
Ⅴ. 맺는말

【국 문 요 약】

독점규제 및 공정거래에 관한법률(이하 공정거래법으로 부름)은 일반 경쟁법으로서 농업을 포함한 모든 산업, 모든 사업자가 그 적용대상이 된다. 그러나 공정거래법은 모든 사업자의 모든 사업행태에 대해 항상 적용되는 것이 아니며 일정한 예외가 있다. 특히, 농업인을 비롯한 소규모사업자들이 힘을 모아 시장의 유력한 참가자가 되어 독점기업의 견제세력으로 등장하는 것은 경쟁을 활성화 하는 측면이 있다.

1980년 제정된 이래, 공정거래법은 농업인을 비롯한 소규모사업자의 조합에 대

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.
** 농협중앙회, 변호사.
*** 성균관대학교 법학전문대학원 학술학위과정 수료.

한 일괄적 적용면제 규정을 두고 있다. 다만, 일정한 조합의 행위라고 하더라도 그것이 불공정거래행위 또는 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 되는 경우에는 적용면제를 누릴 수 없다. 공정위 실무와 판례는 '소규모 사업자'의 범위를 정함에 있어 해당 조합이 되기 위한 요건(하나의 썩은 사과이론-한 사람이라도 소규모사업자가 아닌 자가 포함될 경우 적용면제를 부인)을 엄격하게 풀이해 왔다. 그 결과 농업인, 목장인, 식목인, 과수생산자로 구성된 지역단위 조합과 전국단위인 중앙회를 포함한 법정단체인 농업협동조합에 관한한 공정거래법 제60조 소정의 적용면제는 사실상 의미 없는 제도가 된 셈이다.

이하에서는 집행 및 입법 차원의 대안이 모색될 수 있도록 비교법적 관점에서 공정거래법 제60조 법집행 상황을 살펴보도록 한다. 미국의 캐퍼-볼스테드법과 유럽연합 규칙 1184/2006 또한 농업인과 농업인단체에 대한 카르텔금지에 관한 독점금지법 및 수직적 통합에 대한 적용제외를 인정하고 있다. 농협중앙회·지역농협 및 경제지주회사와 관련하여, 공동행위·수직적 결합행위·부당지원행위 규제에 대한 명시적 특례규정이 농업협동조합법에 마련되어야 할 것이다.

Ⅰ. 머리말

공정거래법은 모든 사업자의 모든 사업행태에 대해 항상 적용되는 것이 아니며 일정한 예외가 있다. 공정거래법의 적용면제는 크게 두 가지로 경로로 이루어진다. 하나는 공정거래법 그 자체의 규정에 의하는 것인 바, 여기에도 공정거래법 제58조에서 제60조까지의 적용유보조항에 의한 것과 카르텔금지 등 개별 제도에서 당해 제도의 시행과 관련하여 일정한 예외를 두는 경우가 있다. 다른 하나는 공정거래법과 대등한 효력을 가지는 별개의 단행 법률에서 전면적으로 혹은 일부조항에 대해 명시적으로 공정거래법의 적용을 유보하거나 혹은 공정거래법과 충돌되는 조항을 규정함으로써 해석에 의하여 공정거래법의 적용이 면제되는 경우가 있다.

이 두 가지 경로는 서로 연결되는 점이 있다. 다른 법률에서 명시적으로 공정거래법의 적용을 유보하거나 공정거래법의 개별 제도와 충돌되는 조항을 규정하는 경우 이에 따른 사업자들의 행위가 공정거래법 제58조 소정의 법률에 따른 정당한 행위로 평가되어야 하기 때문이다. 다만 공정거래법 제58조는 다른 법률 또는 법률에 의한 '정당한' 행위에 한하여 동법의 적용을 유보하는바, 다른 법률의 해석을 통한 공정거래법의 묵시적 적용면제는 법리적으로 통제될 소지가 있다.

이 글에서 논의의 표적으로 삼는 것은 공정거래법 제60조가 정하는 적용면제 제도이다. 이 제도는 특정한 수범자에 대한 일괄적 적용면제(bloc exemption)인 바, 소규모 사업자의 협동조합 · 노동조합 · 소비자단체 등이 동조 소정의 요건을 갖추게 되면, 공정거래법 내의 모든 실체조항의 적용이 유보된다.

그런데 본론에서 상세하게 살펴보는 바와 같이, 소규모사업자의 조합에 대한 적용면제를 담고 있는 공정거래법 제60조는 최초의 입법 자체가 용의주도하지 못하였을 뿐만 아니라 그간의 법 운용 과정을 통해 사실상 사문화되고 있다. 판례와 공정위 실무는 동조가 정하는 '소규모 사업자로 구성된 조합'이라는 요건을 매우 엄격하게 해석해 왔고, 그 결과 농업협동조합법에 따른 법정단체인 농업협동조합(지역단위 조합과 중앙회 포함)이나 각종 중소기업 협동조합에 대한 적용면제는 사실상 불가능하게 된 것이다.

이하에서는 공정거래법 제60조에 대한 우리나라의 해석론과 판례를 수렴하면서 각종 협동조합, 특히 농업협동조합에 대한 법집행 상황을 살펴본다. 그 다음으로는 소규모 사업자의 조합, 특히 농업인단체에 관한 공정거래법 적용면제에 관한 주요

국의 입법례를 수집, 정리하면서 이와 관련된 국제적 동향을 확인한다. 마지막으로는 공정거래법 제60조의 법 상황을 요약하면서 해석론과 입법론 차원의 대안을 모색한다.

Ⅱ. 공정거래법 제60조와 그 운용

1. 입법취지

공정거래법 제60조는 "이 법의 규정은 다음 각 호의 요건을 갖추어 설립된 조합(조합의 연합회를 포함한다)의 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다. 다만 불공정거래행위 또는 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 되는 경우에는 그러하지 아니하다"라고 정하여 일정한 요건을 구비한 조합 또는 조합연합회의 행위에 대하여 동법의 적용을 면제하고 있다. 이에 따른 적용제외를 흔히 '일정한 조합의 행위'로 부른다.

독점금지법은 근본적으로 독점력을 가진 사업자의 경쟁제한행위를 표적으로 삼는 것이다. 그러나 중소기업이나 농업인 등 소규모사업자들이 협동조합을 결성하는 행위와 이들 조합의 일정한 행위에 대해 공정거래법의 적용을 면제하는 것은 영세한 사업자나 소비자의 상호부조적 활동을 진작하기 위한 것이다.[1] 그러므로 독점기업에 대항하여 소규모사업자들이 힘을 모아 시장의 유력한 참가자가 되는 것은 바람직할 뿐만 아니라, 이와 같은 행위에 대해 독점금지법의 적용제외를 인정하는 것은 자연스러운 일이라고 할 수 있다. 또 이들 협동조합이 독점기업의 견제세력으로 등장하는 것은 경쟁을 활성화하고 경쟁당국의 법집행을 위한 노력과 비용을 절감케 한다. 예컨대 농업협동조합의 결성과 이를 통한 농림축산인들의 농축산물의 생산, 가공, 유통에서 경쟁력을 제고하는 행위는 친경쟁적인 면이 적지 않은 것이다.[2]

이 제도의 뿌리는 농민과 축산업자 등의 협동조합 결성과 이들의 일정한 행위에 대해 셔먼법의 적용제외를 인정하는 미국의 연방법규인 Clayton법 제6조, 그리고 이를 보완하기 위해 제정된 Capper-Volstead법이다.[3]

---

1) 정호열, 경제법, 제4판 보정쇄, 박영사, 2013, 97-8면.
2) 박진상 편, 협동조합론, 농협중앙회 인력개발부, 2013, 85-6면 및 103-6면.
3) 클레이튼법 제6조는 비주식형 농업조직(non-stock agricultural organization)에 한해 적용면제를 인정하였다. Capper-Volstead법은 농민과 식목인, 목장인, 축산인, 견과 및 과수생산자들이

Capper-Volstead법의 핵심은 농민과 다른 농산물생산자들이 그들의 제품을 판매하기 위한 결합체를 만들어 공동 마케팅을 하고 또 이를 위한 재원을 조달하는 행위에 대해 독점금지법의 적용면제를 허용한 것으로, 이는 연방의회 차원에서 Clayton법 제6조의 비실효성을 인정하고 농민들이 대규모 농산물 수요자들에 대한 농민들의 열악한 거래상의 지위를 레버지리할 수 있도록 농민결사체에 대해 입법적 배려를 베푼 것이다.[4] 이 법이 제정되던 1922년 당시 미국의 대규모 농산물 유통기업들은 구매처를 다각적으로 이용하여 농산물 가격을 쥐어짜기로 악명이 높았고, 이 밖에 농민들은 계절적 요인과 기후, 쉽사리 부패하는 농산품의 특성 등으로 인해 고통당하고 있었다. 1947년 제정된 일본의 '사적독점금지 및 공정거래에 관한 법률' 제22조도 클레이튼법 제6조와 캐퍼-볼스테드법이 농업과 협동조합에 대한 특례를 인정하는 것을 감안하여 일정한 조합의 행위에 대하여 동법의 적용제외를 둔 것으로[5], 그 규정의 내용은 우리나라 공정거래법 제60조가 정하는 바와 크게 다름이 없다.

2. 적용면제의 요건

공정거래법 제60조의 적용 면제를 위해서는 당해 조합이 일정한 요건을 갖추어야 하는바, 이들 요건은 19세기 이후 국제협동조합 운동을 통해 역사적으로 검증된 협동조합의 구성 원칙에 부응하는 것이다. 동조가 정하는 요건은 다음 네 가지다. 첫째 소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 하고, 둘째 임의로 설립되고 조합원이 임의로 가입 또는 탈퇴할 수 있어야 하고, 셋째 각 조합원이 평등한 의결권을 가져야 하고, 넷째 조합원에 대하여 이익분배를 하는 경우 그 한도가 정관으로 정해져 있어야 한다.

자본형 주식을 가진 조직형태로 결집하여 공동으로 가공행위, 마케팅, 취급 및 판매행위를 하는 것을 허용하여 이 법은 농업인을 위한 대헌장(Magna Carta)이 되었다. Carla T. Cook, Antitrust Action against Milk Marketing Cooperatives - Shaking up the Milk Industry, 34 Drake L. Rev., 1984/1985, Introduction.

4) Kenneth R. O'Rouke/Andrew Frackman, The Capper-Volstead Act Exemption and Supply Restraint in Agricultural Antitrust Actions, Competition the Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of Cal. Fall, 2010, Introduction and Background.

5) 일본은 제2차 세계대전 패전 후 종래의 전체주의적 경제운영을 반성하고 미국식 시장경제로 이전하기 위해 재벌을 해체하고 미국식 독점금지법을 제정하는 등 소위 그들의 '경제민주화 조치'를 추진하였다. 새로이 제정된 공정거래법의 적용제외를 소규모사업자의 조합에 대해 인정한 것 역시 미국식 시장경제의 도입과 관련된 것임을 알 수 있다. 山田定市, 獨占禁止法の適用除外と農協の協同性・公共性, 開發論集(北海學園大學), 第80號(2007. 9).I.

미국과 일본에서는 노동조합과 농업협동조합을 이러한 조합의 전형으로 들고 있으나, 우리나라의 경우 노동조합에 대해서는 공정거래법 제2조의 사업자성 자체를 부인하는 것이 보통이다.[6] 결국 소비자들로 구성된 소비자협동조합이나 영세한 원시생산업자들로 구성된 농업협동조합, 축산업협동조합, 수산업협동조합, 그리고 소규모 상공업자로 구성된 중소기업협동조합 등이 공정거래법 제60조 소정의 소규모사업자의 조직체에 해당될 수 있다.

일정한 조합의 요건 중 크게 논란되는 것은 조합원의 자격에 대한 것이다. 미국법의 경우 캐퍼-볼스테드법의 적용면제를 위해서는 조합원이 농민, 식목인, 목축인, 낙농인 등 '농산물의 생산에 종사하는 자'(persons engaged in the production of agricultural products)여야 한다. 수많은 조합원 중 현실적으로 농산물 생산자가 아닌 자가 한 사람이라도 조합원으로 가입한 경우(하나의 썩은 사과 이론, one bad apple theory), 법원은 이를 이유로 적용면제를 부인하여 왔다. 캐퍼-볼스테드법의 적용면제가 다투어진 사안 중 상당수가 하나의 썩은 사과 이론의 적용과 관련된 것이었다.[7]

우리나라 공정거래법 제60조의 운용과 관련해서도 '소규모사업자'의 범위가 크게 논란된다. 우선 조합원 중 단 한 사람이라도 소규모사업자가 아닌 자가 포함될 경우에는 동조의 적용면제를 누릴 수 없다는 것이다. 여기서 어느 정도의 매출액을 소규모사업자와 그 이상으로 평가할 것인지에 대해서는 일반적 기준이나 정형화된 이론이 없다. 이에 대해서는 주로 중소기업협동조합 조합원의 매출액이 논란되었는데, 연간매출액 58억 원(서울고판 2004. 7. 21, 2003누14071) 그리고 50-60억 원의 매출액(서울고판 2002. 6. 4, 2001누12804; 대판 2002. 9. 24, 2002두5672)을 가진 협동조합의 구성원은 소규모사업자의 범주를 벗어나는 것으로 판단되었다. 소규모사업자의 범위에 관해서는 현재 예측가능성이 없는 형편이며, 각종 중소기업협동조합이나 농업중앙회는 물론 개별 지역농협도 공정거래법 제60조 본문의 조합이 되기 어려울 것으로 보인다.[8]

---

6) 정호열, 앞의 책, 85면.

7) Kenneth O'Rourke/Andrew Frackman, 앞의 글, III. Litigation.

8) 일본법의 경우에도 적용면제 요건은 같다. 그러나 일본 농업협동조합법 제9조는 동조 소정의 농업협동조합에 대해서는 공정거래법 소정의 소규모사업자 요건과 동일 의결권 요건을 갖춘 것으로 의제하여 이 문제를 우회하고 있다. 물론 본문 단서의 규정, 즉 불공정거래행위에 해당하거나 경쟁을 실질적으로 제한하여 가격을 인상시키는 경우에는 여전히 제재의 대상이다.

3. 두 가지 예외사유

공정거래법 제60조의 적용면제에는 일정한 유보가 있다. 즉 위의 네 가지 요건을 구비한 조합 또는 조합연합회의 행위라고 하더라도 그것이 불공정거래행위에 해당되거나 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 되는 경우에는 적용면제를 누릴 수 없다. 소규모사업자 조합의 행위가 단서에 해당될 경우 이에 대해서는 공정거래법의 통상적 집행이 이루어지게 된다.

비교법적으로 볼 때나 입법기술적 차원에서 이 단서는 상당한 문제가 있는 것으로 보인다. 우선 미국의 클레이튼법 제6조나 캐퍼-볼스테드법 특례가 명백한 적용제외를 인정하는데 비해, 공정거래법 제60조의 적용제외는 광범한 내용을 담은 예외사유를 둔다. 특히 '경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 되는 경우'라는 막연한 단서조항을 통해 소규모사업자들이 조합을 구성하여 서로 결집한 후 공동으로 재화나 용역을 생산하거나 판매하는 행위에 대한 적용제외를 현실적으로 기대하기 어렵게 되어 있다. 이러한 행위는 공동행위로서 경쟁제한성을 가질 것이기 때문이다.

그 다음으로 사업자의 단독행위(unilateral act) 중 경쟁제한성이 강하고 보다 강력한 금지의 대상인 시장지배적 지위남용행위에 대해서는 명시적 규정이 없는 반면, 상대적으로 비중이 낮고 경쟁제한성과 무관하게 운영될 수 있는 불공정거래행위는 명문으로 적용제외의 대상에서 배제되어 있다는 점을 지적할 수 있다.[9] 나아가서 불공정거래행위에 대해서는 동조의 적용면제가 전면 부인되는데 비해, 부당공동행위 혹은 경쟁제한적 기업결합행위에 대해서는 경쟁제한성에 대한 입증 위에 당해 행위로 인해 가격인상이 있었다는 사실을 경쟁당국이 입증할 경우에 한해 적용면제가 부인된다. 이와 같이 이 단서조항은 입법기술적 차원에서도 균형이 무너진 것으로 비판의 대상이 될 수 있다.

요컨대 공정거래법 제60조 단서의 광범한 문언으로 말미암아 어렵사리 본문의 요건을 충족시키는 조합이라고 하더라도 이들의 행위가 실제로 공정거래법에 따른 적용면제를 누리기는 매우 어렵다고 할 것이다.

9) 다만 공정거래위원회는 시지남용행위 또한 공정거래법 제60조 단서의 불공정거래행위에 포함된다는 태도를 보인다. 공정위 의결 2007. 1. 25, 2006거감2157 참조.

Ⅲ. 주요국의 법제

많은 국가들이 독점금지법 집행과 관련하여 협동조합에 대해 특별한 배려를 행하고 있고 그 방식은 여러 가지이다. 즉 독점금지법에서 명문으로 적용제외를 인정하거나, 헌법 차원에서 협동조합에 대한 특별한 보호를 선언하거나, 혹은 양자 모두를 택하는 법제도 있다.[10] 그 취지는 물론 농업인, 중소기업, 소비자 등 소위 경제적 약자와 이들의 상호부조적 결합체를 보호하여 경제적 정의의 실현을 목적으로 하는 것이다.

이하에서는 미국의 클레이튼법과 캐퍼-볼스테드법 등을 비롯하여 유럽연합, 독일, 일본의 협동조합에 대한 독점금지법 적용면제 제도를 보다 구체적으로 살펴본다.

1. 미국

미국의 적용면제 법리는 판례법에 의한 것과 제정법(statute)에 의한 것 두 가지로 나뉘어지며, 물론 제정법은 보통법을 개폐한다. 이하에서는 제정법에 의한 적용면제로서 노동조합과 생산자조합 등에 대한 클레이튼법 제6조[11]와 농업인단체에 대한 캐퍼-볼스테드법의 특례를 살펴본다.

가. 클레이튼법 제6조

1914년 전문 24개조로 구성된 클레이튼법(Clayton Act)은 노동조합과 소규모생산자들의 조합에 대한 독점금지법 적용제외 제도를 최초로 도입하였는바, 그 배경에는 농민과 농업인단체에 대한 점증하는 셔먼법 제1조의 집행이 있었다.

즉 셔먼법 제1조는 주간거래를 제한하는 계약이나 트러스트나 기타 형태에 의 결부 또는 음모를 민사적으로 또 형사적으로 금지하고 있다(illegal and criminal). 1890년 셔먼법이 제정된 이래 이 법은 노동조합이나 협동조합을 포함한 농민단체에 적용되었을 뿐만 아니라, 농업인협동조합의 임직원들이 농산물 공동판매나 농

10) 堀越芳昭,"国際比較 · 協同組合の独占禁止法適用除外 -世界の独禁法と憲法から-, 經營情報學論集 第17号(2011. 2), 56면(이 자료의 원전은 '日本公正取引委員會, 獨占禁止法の國際比較 - OECD加盟國の法制比較と解說, 2010)에 따르면, 협동조합 관련 독점금지법 적용제외 상황을 정리한 위 표에 따르면, 중소기업에 관한 제외는 15개국, 농협의 제외는 8개국, 농협·농업단체의 제외는 10개국, 그 밖에 각종 협동조합에 관한 제외 제도를 시행하는 것은 4개국이다.

11) 어업의 경우에도 Fisherman's Collective Marketing Act를 통해 수산업협동조합의 일정한 공동행위에 대해 적용면제를 인정하고 있다.

자재 공공구매와 관련된 업무수행을 이유로 형사소추되는 사례도 빈발하였다. 나아가서 농업부문에 대한 독금법집행의 예외를 도입하는 아이오와나 텍사스 주의 독점금지법(petit antitrust)이 위헌판정을 받기도 하였다. 이 당시 미국은 노동운동과 민중주의운동(populist movement)이 활발하게 전개되었고[12], 농민들 또한 스스로의 이익을 보전하기 위한 협동조합 추진과 더불어 협동조합에 대한 독금법 집행을 반대하는 입법운동을 전개하였던 것이다[13].

클레이튼법 제6조는 '독점금지법은 상호부조를 목적으로 한 노동단체, 농업 및 원예 단체의 존재와 활동을 금지하는 방향으로 해석되어서는 아니 되며, 이러한 단체의 개별구성원이 당해 단체의 정당한 목적을 적법하게 수행하는 것을 금지해서도 아니 되며, 나아가서 이러한 단체나 단체구성원이 독점금지법 소정의 거래제한을 위한 위법한 결부나 음모를 한 것으로 주장되거나 해석되어서는 아니 된다'고 규정한다. 즉 농업인이나 원예인 등이 상호부조를 위해 단체를 결성하여 움직이는 것, 이들 단체의 정당한 목적을 집행하는 임직원들의 행위가 적법하다는 것, 그리고 단체나 단체구성원의 이러한 행위가 셔먼법 제1조의 부당공동행위를 구성하지 아니한다는 것을 명문으로 허용하였고, 이와 배치되는 종전의 판례들은 구속력을 잃게 된 것이다.

나. 캐퍼-볼스테드법

클레이튼법 제6조의 적용면제는 노동단체와 농민 및 원예인 단체에 두루 적용되는 것이었지만, 동조의 단체는 비영리성을 가져야 했다. 즉 주식회사와 같은 자본형(capital stock) 단체나 영리를 목적으로 한 농민단체에 대해서는 클레이튼법 제6조 자체가 적용제외의 대상에서 명문으로 배제하고 있었다. 그 결과 당시 미국에서 활성화되었던 자본형 농업인단체들은 적용면제를 누리지 못하였고, 적용면제가 이루어지는 공동행위의 구체적 리스트도 확실하지 않았다. 여기에서 농민, 낙농인 등의 열망을 수렴하여 캔사스주 상원의원 아더 캐퍼와 미네소타주 하원의원 앤드루 볼스테드가 주도한 소위 캐퍼-볼스테드법(Capper-Volstead Act)이 1922년 연방의회를 통과하였다.

캐퍼-볼스테드법 제1조는 '농민, 식목인, 목장인, 낙농인, 견과 또는 과일생산자

12) 정호열, 앞의 책, 36면.
13) 송재일, 독점규제법 제60조에 관한 연구-미국사례와 한국사례의 비교를 중심으로, 「한국협동조합연구」 제25집 제1호, 농협경제연구소(2007), 223면.

등 농산물 생산에 종사하는 자는 조합, 회사 기타 형태의 단체(자본주식을 가져도 좋고 가지지 않아도 좋음)로 결집하여 그 단체에 가입한 자들이 생산한 농산물의 공동의 가공, 판매준비, 처리 그리고 판매행위를 할 수 있다'고 규정한다. 그리하여 주식회사 등 영리단체를 포함하는 이들 단체는 공동의 마케팅조직을 꾸며 이를 통해 공동의 판매행위를 하더라도 셔먼법 제1조 위반으로부터 면책된다.

그러나 이를 위해서는 다음의 요건이 구비되어야 한다. 첫째, 당해 단체는 오로지 농업생산자로 구성되어야 하고 구성원의 공동의 이익(mutual interest)을 위해 사업을 수행하여야 한다. 둘째, 단체 구성원 일인당 하나의 의결권이 인정되거나(1인1의결권), 주식이나 지분에 대한 배당금이 연 8%를 넘지 않아야 한다. 셋째, 당해 단체는 비구성원이 생산한 물품을 거래할 수 있으나 그 가액이 구성원이 생산한 물품의 가액을 초과해서는 아니 된다.

이 중 크게 논란되는 요건은 조합원의 자격으로서 그 조합원은 농민, 식목인, 목축인, 낙농인 등 반드시 '농산물의 생산에 종사하는 자'(persons engaged in the production of agricultural products)로 구성되어야 한다는 것이다. 조합원 중 농산물 생산자가 아닌 자가 한 사람이라도 조합원으로 가입한 경우(하나의 썩은 사과 이론, one bad apple theory), 적용면제는 인정되지 아니한다. 캐퍼-볼스테드 적용면제가 다투어진 사안 중 상당수가 하나의 썩은 사과 이론의 적용을 통해 적용면제가 부인되었다.[14]

나아가서 이러한 요건을 갖춘 단체의 행위가 무제한으로 허용되는 것은 아니다. 즉 이들 단체가 해당 농산품의 가격을 부당하게 인상케 하는 정도로 주간거래나 국제거래에서 독점화나 거래제한 행위를 하고 있다고 믿을만한 이유가 있을 경우 농무부장관은 독점화나 거래제한행위에 대한 중지명령을 송달할 수 있는 권한을 가지되, 다만 이 명령의 집행권은 연방법무장관이 보유하도록 하고 있다(동법 제2조).

다. 요약

캐퍼-볼스테드법의 적용면제를 클레이튼법 제6조 및 우리나라 공정거래법 제60조와 비교하면 다음과 같다.

첫째, 클레이튼법 제6조는 비주식형 조직(non-stock organization)에 한해 적용면제를 인정하였다. 그러나 캐퍼-볼스테드법은 농민과 식목인, 목장인, 축산인, 견과 및 과수생산자들이 자본형 주식을 가진 조직형태로 결집하여 공동으로 가공행위,

14) Kenneth O'Rourke/Andrew Frackman, 앞의 글, III. Litigation.

마케팅, 취급 및 판매행위를 하는 것을 허용한다(Farmer's Magna Carta).[15]

둘째, 캐퍼-볼스테드법의 핵심은 클레이튼법 제6조의 비실효성을 인정하여 농민과 다른 농산물생산자들이 결합체를 만들어 그들의 생산물을 공동으로 판매하기 위한 기구를 만들어 공동 마케팅을 하고 또 이를 위한 재원을 조달하는 행위에 대해 독점금지법의 적용면제를 허용하는 것이다. 이는 대규모자본에 공동으로 대항하기 위해 농업인들이 단체를 결성하여 농산품의 생산, 가공, 유통 등의 행위를 수직적으로 통합하는 것을 용인하는 것이다. 그러나 이들 단체와 제3자 사이의 합의나 협정은 적용제외의 대상에서 제외된다.[16]

셋째, 우리나라 공정거래법 제60조 단서의 모델이 되고 있는 캐퍼-볼스테드법에 따르면 요건을 갖춘 농업인단체의 행위라고 할지라도 이들 단체가 해당 농산품의 가격을 부당하게 인상케 하는 정도로 주간거래나 국제거래에서 독점화나 거래제한 행위를 하는 경우 당해 행위는 면책되지 아니하고 금지의 대상이 된다(7 U.S.C. Art. 292). 그러나 공정거래법 제60조 단서는 불공정거래행위를 별도의 예외사유로 삼고, 캐퍼-볼스테드법과 달리 적용제외 부인시의 법집행을 여전히 공정위의 관할로 하고 있다.

넷째, 캐퍼-볼스테드법은 농업인과 농업인단체에 국한된 특례인데 비해 우리나라 공정거래법 제60조는 농업인 · 노동자 · 소비자 · 중소기업 등의 조합 일반을 예상한 적용제외 제도이며, 나아가서 법정단체이자 종합형 조합인 우리나라 농업협동조합은 공정거래법 제60조 소정의 조합요건을 갖추기가 근본적으로 어려운 결과 농업협동조합에 관한 한 공정거래법 제60조의 적용제외는 사실상 의미가 없다는 점에서 가장 중요한 차이가 있다.

2. 유럽연합

유럽연합 경쟁법은 유럽연합 결성의 규범적 기초를 이루는 EC조약 그 자체에 포함되어 있다. 유럽연합 경쟁당국은 유럽전역에 걸쳐 EC조약 제81조(카르텔금지), 제82조(시장지배력남용금지), 그리고 각료이사회 제정의 합병규칙(Merger Regulation)을 직접 집행하는 강력한 위상을 가진다. 독일과 마찬가지로 유럽연합의 경우에도 불공정거래관행에 대한 금지는 경쟁법의 내용으로 포섭되지 않는다.

유럽연합은 농업에 대한 경쟁법 적용제외의 특례를 명시적으로 도입하고 있다.

15) Carla T. Cook, 앞의 글, Introduction.
16) Kenneth R. O'Rouke/Andrew Frackman, 앞의 글, Litigation, Third Party Contracts.

이 특례는 유럽연합 회원국 전체의 농업인과 농업협동조합에 대해 효력을 가지는 것이어서, 미국의 캐퍼-볼스테드법에 버금가는 글로벌 스탠다드로 평가할 수 있다.

가. EU의 농업정책과 경쟁법

유럽공동체는 발족 당시부터 회원국 사이에 공통의 농업정책을 수립하는 것 그리고 경쟁의 왜곡을 방지하는 시스템을 확보하는 것을 중대한 과제로 삼았다(EC조약 제3조). 그렇지만 이 두 과제는 서로 양립하기 어려운 것이었고, 그 결과 동 조약 제36조는 유럽경쟁법, 즉 조약 제81조에서 제89조까지의 경쟁조항들은 각료이사회가 정하는 범위 내에서만 농산물의 생산과 판매에 적용되는 것으로 절충하였다[17]. 이 때 각료이사회는 동 조약 제33조가 정하는 '기술진보를 통한 농업생산성의 향상과 특히 노동과 같은 생산요소의 최적활용', ' 농업종사자의 소득증대를 통해 농업공동체의 적정한 생활수준의 확보', '시장안정', '공급확보', '합리적 소비자 가격의 확보' 목적을 충분히 감안하여야 한다.

나. 규칙 1184/2006과 농협에 대한 적용제외

이 규칙(regulation)[18]은 원래 1962년에 각료이사회가 채택하였던 것을 실체조항에는 큰 변함이 없이 2006년에 새로 다듬어 2006. 8. 24부터 시행하게 되었다. 동 규칙 제1조는 유럽연합 경쟁법, 즉 조약 제81조에서 제86조까지의 경쟁조항과 그 하위규정들이 부속서 I에서 열거된 농산물의 생산과 거래에 관련되고 조약 제81조 제1항 및 제82조에서 정하여진 일체의 합의, 결의 그리고 관행에 원칙적으로 적용됨을 선언한다. 그러나 여기에는 몇 가지 예외가 있는 바, 특히 규칙 제2조 제1항 제2문은 농업인과 농업인 조합에 대한 예외를 명문으로 규정한다.[19]

[규칙 1184/2006 제2조 제2문]

농산물의 생산이나 판매 또는 농산물의 저장, 처리 또는 가공을 위한 공동설비의 이용 등에 대하여 동일한 회원국에 속하는 농업인, 농업인조합, 또는 조합들의

17) Vaughan/Lee/Kennelly and Riches, EU Competition Law: General Priciples, Oxford, 2006, 77-81.
18) Reg 1184/2006, OJ 2006 L214/7: Vol II, App E.30. 주지하다시피, 지침(directive)과 달리 규칙은 회원국의 입법절차 없이 바로 회원국 국민을 구속한다.
19) 제1문과 제2문의 관계에 대해서는 논란이 있었으나, 제2문을 독립한 적용제외로 보는 것이 판례다. 이는 연혁상으로도 확인되는 바, 농업에 대한 적용제외는 원래 각료이사회가 제출한 초안에는 포함되어 있지 않았으나 유럽의회의 주장으로 추가된 것이다. Bellamy & Child, European Community Law of Competition. 6th Edition, Oxford Press, 2008, pp.1178-9.

단체가 행한 합의, 결의 그리고 관행에 대해서는 조약 제81조 제1항을 적용하지 아니한다. 다만 이 합의 등이 동일한 가격 부과를 강제하지 아니하여야 하고, 경쟁을 배제하거나 조약 제33조 소정의 목적을 방해하지 아니하여야 한다.

다. 요약

유럽연합 경쟁법은 아래에서 살펴 볼 독일과 마찬가지로 농업과 농업인단체에 대해 국한된 특별한 적용유보 제도를 도입하고 있으며, 그 내용도 매우 명료하고 현실적이다. 적용제외의 예외사유도 우리나라나 일본의 법문과 같이 막연하지 않다. 규칙 제2조 제2문의 집행과 관련하여 몇 가지 사항을 정리하면 다음과 같다.[20]

첫째, 제2문을 통해 적용이 제외되는 경쟁조항은 EC조약 제81조에 국한되며, 제82조(시장지배력 남용행위)는 농산품에 전면적으로 적용된다.

둘째, 이 적용제외는 농업인 사이 그리고 농업인과 그 조합 사이의 합의에 대해서만 인정되는 것이고, 합의의 당사자에 유통업자가 포함된 경우에는 적용제외를 받을 수 없다.

셋째, 동일가격 요구조건이 포함되어서는 아니된다는 것은 축산농민들이 자신이 기른 가축을 도축업자에게 일정한 가격 이하로 판매하지 아니하는 약정과 같은 통상적인 수평적 가격카르텔의 경우에 적용제외를 받을 수 없다는 뜻이다. 그리하여 협동조합을 통해 생산물을 판매하는 농민들이 자신이 공급한 물량에 비례하여 대금을 수령하도록 하는 장치나 협정은 허용되는 것으로 풀이되고 있다.

마지막으로, 경쟁을 배제하고 조약 제33조 소정의 목적을 방해하는 경우로는 협동조합이 정관 기타의 수단을 통해 조합원으로 하여금 자신의 생산품을 오로지 조합에만 공급하도록 강제하고 조합탈퇴에 과다한 제재금 또는 위약금을 지급하도록 하여 임의탈퇴를 불가능케 하는 경우 등이 있다.

3. 독일

가. 불공정경쟁방지법과 경쟁제한금지법

독일은 다양한 불공정거래행위 혹은 부정경쟁(unlauteren Wettbewerbs)을 규율하기 위해 1896년에 제정되고 그 후 여러 차례에 걸쳐 개정된 불공정경쟁방지법(UWG)을 운영하고 있었을 뿐, 미국식의 독점금지법은 알지 못하였다. 게다가 독일

20) Bellamy & Child, 앞의 책, pp.1175-6.

은 20세기 전반 두 차례에 걸친 전쟁을 주축국으로 수행하면서 통제경제를 운용하였고 나찌가 등장한 후에는 특유의 전체주의적 국민경제를 경험하게 되었다. 제2차 세계대전 후 진주한 미군은 독일의 전체주의적 체제를 미국식 시장경제로 바꾸기 위해 노력하였고 독일내에서도 일단의 질서자유주의자들이 이러한 요청에 부응하였다(Ordo-liberalist). 이 결과로 미국 연방독점금지법의 일정한 영향하에 1957년 경쟁제한금지법(GWB)이 제정되었고 이 법은 독일의 경쟁질서에 관한 기본법으로 작용하고 있다.

불공정경쟁방지법은 경쟁의 공정성을 담보하고, 경쟁제한방지법은 자유로운 경쟁촉진을 이념으로 하는 점에 차이가 있으나, 양법은 시장경제를 창달하는 경쟁에 관한 기본법규로서 상호 유기적인 관계에 있다. 그러나 법제정의 경위는 물론, 권리구제 혹은 법집행 차원에서 양법은 성격을 달리한다. 경쟁제한금지법은 연방카르텔청이 준사법적 권능을 가지면서 집행을 전담하는 반면, 불공정경쟁방지법의 경우에는 기본적으로 사법, 특히 불법행위법의 반열에 서는 법으로서 손해배상과 금지청구(Unterlassungsanspruch)를 그 대표적인 구제수단으로 한다. 다시 말해 독일에서 불공정거래행위는 민사사건으로서 일반 법원이 당사자주의에 따른 권리투쟁을 진행하며, 여기에는 국가나 공기관이라고 하더라도 사적거래의 범위 내에서는 예외 없이 적용대상이 된다.

따라서 불공정거래 사건은 사인간의 권리침해 차원에서 다루어지고 불공정경쟁방지법 또한 협동조합이나 농업인에 대한 특례를 알지 못하므로[21], 적용제외는 경쟁제한금지법에서 문제되는 특유의 법리에 속한다.

나. 경쟁제한금지법 제28조의 특례

UWG와는 달리, 경쟁제한금지법에는 농업생산자와 그 조합에 대한 카르텔 규정 적용제외가 명문화되어 있다[22]. 원래 이 특례는 제5장 '적용범위' 중 제100조 '생산자단체(Erzeugervereinigungen)'의 제목 하에 오랫동안 유지되었으나[23], 현재는 카

21) 정호열 역, 「부정경쟁법」, 삼지원(1999), 45-52면; Volker Emmerich, Unleuter Wettbewerb, 9.Aufl., 2012, S. 28ff.

22) EU회원국인 독일의 경우, 독일 경쟁제한금지법은 물론 EU경쟁법도 직접 독일의 사업자를 병행적으로 구속한다.

23) 유럽연합 경쟁법이 활성화되기 이전의 독일 경쟁제한금지법은 방대한 적용제외 제도들을 두고 있었다. 즉 운송업, 농업, 신용 및 보험업, 석탄 및 제철업, 전기 가스 수도업, 그리고 연방은행의 금융독점 등이 그 대상이었다. 그러나 이러한 적용제외 제도들은 유럽연합 경쟁법과 부합되지 아니하였고, 그리하여 독일법은 자체의 적용제외 제도들을 대거 폐지하였다. Volker Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., 1997, S.442f.

르텔과 시장지배력남용금지를 통제하는 제1장 제28조로 옮겨졌다.[24] 동조는 '농업(Landwirtschaft)'이라는 조문제목을 통해 적용제외의 대상을 보다 명료하게 한정하였고, 적용제외 대상조문도 제1조의 카르텔 기본조항으로 특정되어 있다.

[경쟁제한금지법 제28조 농업]

(1) 제1조는 다음 각호에 관한 농업생산자의 합의, 농업생산자 조합 그리고 그러한 조합들의 연합회의 합의나 결의에 대해 적용되지 아니한다.
  1. 농산물의 생산과 판매
  2. 농산물의 저장, 처리 또는 가공을 위한 공동설비의 이용. 다만 그러한 합의나 결의가 가격협정을 포함하지 않고 경쟁을 제한하지 아니하여야 한다. 농업생산자에는 식물재배자 및 축산인 그리고 이러한 사업단계에서 영업하는 기업을 포함한다.

(2) 농산물의 분류, 사업상의 표지 또는 포장과 관련된 수직적 가격협정에 대해서는 제1조가 적용되지 아니한다.

(3) 농산물은 EC조약 부속서 I에 열거된 생산물이어야 하나, 이러한 생산물을 농산물 생산자나 이들의 조합이 공동으로 처리하거나 가공한 물건도 여기에 포함된다.

다. 요약

경쟁제한금지법 제1조는 경쟁을 방지, 제한, 왜곡하는 사업자나 사업자단체의 합의, 결의나 일치된 행위를 금지하는 카르텔금지의 기본조항이다. 동법 제28조는 일정한 유보 하에 농업생산자, 농업생산자 조합 및 이러한 조합으로 구성된 단체의 농산물의 생산, 판매, 저장, 처리 또는 가공에 요구되는 공동시설의 이용에 관한 합의와 결의에 대해 부당공동행위 금지를 적용하지 아니하고 있다. 그러나 수평적 가격협정이 포함되어 있거나 당해 합의나 결의가 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에는 적용제외가 허용되지 아니한다. 한편 농산물의 분류, 표시 또는 포장에 있어서의 수직적 가격구속, 즉 농업생산자가 유통업자에 대하여 재판매가격을 제한하는 행위에 대하여도 제1조의 적용면제를 명시하고 있다.

24) 현행 경쟁제한금지법 제1장 제5절은 특정한 산업에 대한 적용제외를 수습하고 있는 바, 제28조는 농업, 제29조는 에너지산업에 대한 특례이며, 제30조는 신문 및 잡지에 대해 재판가유지행위를 허용한다.

독일 경쟁제한금지법은 특히 농업인 혹은 농업인단체의 합의에 대하여 담합법리의 적용을 유보하는 것을 명문으로 밝히고 있다.[25] 그리고 이와 같은 특례는 농산물 생산의 특성과 시장여건, 특히 가격변화에 대한 농업인의 낮은 대응력을 감안한 것이다. 농산물은 파종이나 수확시기가 예정되어 있고, 부패의 위험이 크고 수요 또한 계절적 요인이 작용하여, 농업인들은 수급불균형에 따른 가격폭락의 위험에 크게 노출되어 있다. 여기에서 농산물의 생산, 보관, 처리, 가공, 마케팅과 판매에 관한 농업인단체의 수직적 통합을 통한 대응에 대해 일반적인 담합법리를 유보한 것이며, 그 기본적 발상은 미국의 캐퍼-볼스테드법의 경우와 다를 바 없다.

4. 일본

일본의 독점금지법은 제정 당시부터 몇 가지 일괄 적용면제조항을 두고 있었으며, 지난 60여년의 운용을 통해 다소간의 개폐가 있었다.[26] 그러나 소규모 사업자의 상호부조를 위한 조합에 대한 적용면제는 1947년 제정 이래 여전히 그 위치를 유지하고 있다. 협동조합에 대한 적용제외는 소규모 사업자들이 협동조합 형태로 결집하여 대기업에 대항하는 것은 오히려 독점금지법이 지향하는 자유롭고 공정한 경쟁에 이바지하는 것이라는 입법정신이 반영된 것이다.[27] 일본 독점금지법 제22조 법문은 다음과 같다.

[일정조합행위]

이 법률의 규정은 다음 각호에 게기한 요건을 구비하고 나아가서 법률의 규정에 따라 설립된 조합(조합의 연합회를 포함한다)의 행위에 대해서는 이를 적용하지 아니한다. 다만, 불공정한 거래방법을 사용하는 경우 또는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하여 부당하게 대가를 인상하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소규모 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 할 것
2. 임의로 설립되고, 나아가서 조합원이 임의로 가입하고 탈퇴할 수 있을 것
3. 각 조합원이 평등한 의결권을 가질 것
4. 조합원에 대한 이익분배를 행하는 경우에는 그 한도가 법령 또는 정관에서

25) Volker Emmerich, Kartellrecht, 12 Aufl., 2012, S.445.

26) 독점금지법 제22조 이외에 '독점금지법의 적용제외에 관한 법률' 제2조가 협동조합에 대하여 사업자단체의 금지행위 조항의 적용을 제외하고 있었다. 그러나 1999년에 적용제외법 제2조는 폐지된 바 있다.

27) 山田定市, 앞의 글, I.

정해질 것

소규모 사업자의 조합으로서 적용면제를 받기 위해서는 독점금지법 제22조 소정의 요건들을 갖추어야 한다. 종합농협 성격의 일본의 단위농협으로서는 특히 제1호 및 제3호의 요건은 문제가 아닐 수 없다. 그리하여 농업협동조합법 제9조는 동조 소정의 농업협동조합의 경우 사적독점금지법 제22조 제1호와 제3호의 요건을 갖춘 것으로 의제하여 독점금지법상의 소규모조합의 요건을 우회하게 되었다. 물론 본문 단서의 규정, 즉 불공정거래행위에 해당하거나 경쟁을 실질적으로 제한하여 가격을 인상시키는 경우에는 여전히 독점금지법의 제재대상으로 된다.

이러한 상황은 농업 혹은 농업인단체에 대한 적용면제가 아니라 소규모사업자의 상호부조형 조합에 대한 일반적 적용면제로 규정한 점과 이들 조합이 적용면제를 받기 위해 갖추어야 하는 요건이 흡사하다는 점에서 우리나라의 법제와 유사하다. 우리나라 법제와 다른 점은 일본 농업협동조합법 제9조는소규모사업자의 상호부조를 위한 조합의 요건으로서 소규모사업자로 구성될 것과 관련하여, 그리고 조합의 의사결정 구조와 관련된 두수주의(頭數主義, 1인1의결권 방식) 요건과 관련하여 동조 소정의 농업협동조합에 대해서 이들 요건을 모두 갖춘 것으로 의제하는 조항을 마련하고 있다는 것이다. 이와 같은 의제조항에도 불구하고 독점금지법 제22조 단서의 광범한 예외사유로 말미암아 적용제외를 실질적으로 받기는 매우 어렵고, 이 점은 우리나라와 상황이 같다.

Ⅳ. 소규모사업자 조합에 대한 법집행과 적용제외의 실제

1. 중소기업협동조합과 농업협동조합 등

앞서 언급한 바와 같이, 노동조합과 소비자단체는 공정거래법의 수범자성 자체를 부인하는 것이 우리나라의 정설이다. 그 결과 소규모사업자의 단체로서 두드러지는 것은 중소기업 협동조합과 농업협동조합이다. 각종 중소기업은 공정거래법의 집행대상이면서 동시에 정책적 보호의 대상이 되어 왔고, 중소기업 조합들이 공정거래법 제60조 소정의 조합으로서 동법의 적용제외 대상이 되는지와 관련하여 소규모 사업자의 매출액이 크게 논란되고 있는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.

역대 정부는 성문법이나 동반성장과 같은 연성규범을 배경으로 강력하고 다양한

중소기업 보호정책을 시행해 왔다. 그러나 이들 정책은 시장경제의 자율적 발현이라기 보다는 이념적 혹은 정치적 동인을 배경에 깔고 있으며, 현재의 동반성장위원회의 프로그램에서 보듯이 그 내용은 경쟁제한적 요소가 다분하다. 공정거래위원회 역시 중소기업이나 소상인 보호와 관련하여 중요한 역할을 담당하고 있다. 하도급법의 집행, 프랜차이즈거래나 대규모 유통거래 공정화 업무를 통해 가맹점이나 입점업자나 납품업체 등의 소상인을 보호하고 있는 바, 이들 관련 법규는 위법성판단을 통해 구현되는 일반 불공정거래행위에 대한 것이 아니라 소정의 기술적 규정을 사업자가 준수하였는지 여부를 따지는 규제법규에 대한 것이다. 일반 경쟁당국인 공정위를 규제기관화하는 것은 문제가 아닐 수 없고, 그 대안을 모색할 필요가 있다.

한편 축산업이나 농업인의 공동의 이익을 증진하기 위한 상호부조적 단체는 농업협동조합법이나 축산업협동조합법 등에 의거한 법정단체로서 전국화, 일원화되어 있다. 농축협의 체계는 지역단위의 조합과 품목별조합들 그리고 이들을 구성원으로 하는 중앙회의 이원적 구조로 되어 있다.[28] 공정거래법 차원에서 이들의 법적지위를 살펴보면, 지역조합과 중앙회 공히 각종 신용사업과 경제사업을 영위하는 개별사업자이자 사업자들의 공동의 이익을 증진하기 위한 사업자단체의 속성을 더불어 가진다. 2011년 농업협동조합법 개정을 통해 농협중앙회가 영위하던 각종 신용사업과 경제사업은 이미 농협금융지주회사와 농협경제지주회사 체제로 대부분 이관하였고 나머지 경제사업도 2017년 2월까지 이관이 완료될 예정이다. 이에 따라 광의의 농축협은 농협중앙회, 지역조합(품목별조합 포함), 금융 및 경제 지주회사와 그 자회사들로 특별한 소유지배구조를 가진 거대 사업자집단으로 구성되어 있다.

2. 농업협동조합 관련 공정위 심결례

농협의 경우, 지금까지 농산물의 생산과 이를 지원하기 위한 고전적인 농업인 단체로서의 지역조합의 구매 및 판매활동은 물론이고, 중앙회 차원에서 농축산물 가공, 하나로마트로 상징되는 농산물 유통과 운송사업 등 광범한 경제사업을 영위

28) 2014년 7월말 현재 농협은 개인과 법인 약 242만명을 조합원으로 하는 1161개의 지역단위 조합(지역농협, 지역축협, 품목조합, 인삼조합 포함) 그리고 이들 전부를 아우르는 농협중앙회를 기본축으로 하고, 다시 중앙회로부터 신용사업과 경제사업을 이관받은 농협금융지주와 13개 자회사 그리고 경제지주와 그 산하 13개 회사 그리고 중앙회 직속의 5개사로 구성되어 있다. http://www.nonghyup.com/Main/main.aspx 조직현황 메뉴(검색일 2014년 6월).

해 왔다. 뿐만 아니라 농축협은 종합형 협동조합으로서 전국에서 일반인을 대상으로 은행과 보험 등 각종 금융사업을 수행하여 왔고, 이제 이 신용사업은 금융지주와 자회사 체제로 완전히 이전되었다.

이와 같은 광범한 사업활동에 미루어 볼 때, 지금까지 농축협이 중앙회나 지역조합 차원에서 공정거래법 위반으로 문제된 사례는 상대적으로 그 수가 근소하다고 할 것이다. 비영리법인이자 농업인의 상호부조를 위한 조직에서 출발한 농협과 영리를 추구하는 독점대기업의 남용행위를 주된 표적으로 삼는 공정거래법이 서로 친근하지 아니한 점을 여기에서 확인할 수 있다.

2014년 6월 24일 기준 공정위 데이터베이스를 다양한 검색어로 분석조사한 결과, 농협이 피심인이 된 공정거래사건(표시광고 사건 포함)은 총 80건이다.[29]

이들 사건은 농협중앙회가 개별사업자로서 다루어진 경우가 대다수로서, 시장지배적지위남용 1건(배타조건부 거래, 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단 적용), 부당공동행위 2건(이 중 하나는 중앙회가 다른 보험회사와 합의하여 공무원단체보험시장을 분할한 사안. 공정위의결 2008. 10. 27, 2008-281), 불공정거래행위 중 거래상지위남용 7건, 부당 표시 광고 3건 등이다. 그리고 농협중앙회가 개별사업자가 아니라 사업자단체로서 공정거래법 제26조를 적용받은 사건도 1건이 확인되었다.

지역농협 관련으로는 부당공동행위 1건, 불공정거래행위 중 거래상지위남용 55건, 부당표시광고 8건, 부당경품 1건 등 총 66건이며, 지역농협이 사업자단체로서 피심인이 된 케이스는 없었다.

3. 적용제외 관련 공정위와 법원의 판단

앞에서 본 바와 같이, 농협과 축협을 피심인으로 한 공정거래법 사건이 상당한 수에 이르고 사건 유형도 시지남용, 공동행위, 각종 불공정거래행위 등 매우 다양하다. 그럼에도 불구하고, 지역조합이나 중앙회가 공정거래법 제60조 본문 소정의 소규모사업자의 조합에 해당되는지 여부가 다투어진 사건은 이를 찾기 어렵다.

유일하게 언급이 이루어진 사건은 농협중앙회가 2005년 11월 식량작물용 화학비료 구매와 관련하여 비료제조업자들에게 배타조건부 거래조건을 부가한 행위를 다룬 시지남용 사건이었다. 이 사건에서 공정위는 농협중앙회의 행위가 공정거래법 제60조 소정의 요건을 갖춘 조합의 행위인지 여부에 대해서 명시적 판단을 유

29) 농협 관련 공정거래 인접사건으로는 불공정약관 17건, 전자상거래소비자법 위반 1건, 가맹사업법 위반 1건, 불공정하도급 2건 등이 검색되었다.

보한 채 공정거래법 제60조 단서규정에 의해 농협중앙회의 행위는 불공정거래행위에 해당하므로 법 적용제외 주장을 배척하고 시정조치와 더불어 1,554백만 원의 과징금을 부과하였다.

[공정위의결 2007.01.25, 2006거감2157]

피심인은 위 행위가 법 제60조에서 규정하는 일정한 조합의 행위에 해당되어 이 법의 적용이 배제된다고 주장한다. 그러나 법 제60조 단서규정에 의하면 불공정거래행위의 경우에는 설사 일정한 조합의 행위에 해당한다고 하더라도 이 법의 적용이 인정되는바, 피심인의 위 행위는 불공정거래행위 유형 중 부당하게 거래상대방이 자기의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 거래상대방과 거래하는 구속조건부 거래행위를 통하여 시장지배적지위를 남용한 경우에 해당된다. 따라서 법 적용제외를 주장하는 피심인의 위 주장은 이유없다.

공정위의 이 처분은 서울고등법원과 대법원에서 거듭 다투어졌다. 그런데 농협중앙회가 공정거래법 제60조 소정의 조합에 해당되는 여부에 관한 판단이 원심판결에 포함되었고(서울고판 2007.9.19, 2007누7149), 대법원은 원심의 이 판단을 그대로 받아들였다.

[대판 2009.7.9, 2007두22078]

사업자조합이 법 제60조에 정한 법 적용제외 조합에 해당하기 위하여는 소규모의 사업자들만으로 구성되어야 하고 소규모 사업자 이외의 자가 가입되어 있어서는 안되며, 법 제60조에 정한 소규모사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있게 하기 위하여 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자라야 할 것인데, 이 사건의 경우 원고 회원은 지역조합, 품목조합 및 품목조합연합회로 이루어져 있어 소규모의 사업자 또는 소비자에 해당하지 않고, 원고는 농업협동조합법에 의하여 설립된 법인으로서 그 단결을 촉진하여야 할 필요성이 있는 임의로 설립된 조합에 해당되지 아니하므로, 법 제60조 의 적용대상인 조합에 해당하지 않는다.

4. 소결

앞에서 언급한 판결은 농협중앙회가 공정거래법 제60조 소정의 조합에 해당되는지 여부에 관한 것이다. 지역단위 농업협동조합이나 축산업협동조합이 동조 소정

의 소규모사업자의 조합에 해당되는지 여부에 관한 판결례나 심결례는 아직 나온 것이 없다.

그러나 지역조합 또한 위의 농협중앙회 사건에서 대법원이 제시한 두 가지 심사기준을 통과하기는 어려울 것으로 보인다. 지역조합 또한 '오로지 소규모사업자로 구성되고' 또 '그 단결을 촉진하여야 할 필요성이 있는 임의로 설립된 조합이어야' 한다는 두 가지 요건에 저촉될 개연성이 매우 높기 때문이다. 지역조합도 농업협동조합법에 의거하여 설립된 사단법인으로서 법정단체인 점은 중앙회와 같기 때문이다.

이 대법원판결은 여러 가지 점에서 비판의 소지가 있다. 우선 공정거래법 제60조가 말하는 소규모사업자의 범주에 대해 이론적 기준을 제시하는 것이 아니라 조합원의 매출액을 단편적으로 논란한 것, 농협중앙회와 지역조합이 농협법 소정의 법정단체라는 점을 들어 가입탈퇴의 임의성을 부인하는 것, 그리고 지역조합의 연합회인 중앙회에 대해 소규모사업자로서 구성된 조합인지 여부를 논란하는 것은 합리적인 해석방식이 아니라는 것이다. 이와 같은 해석의 결과, 농협은 물론 협동조합 일반에 대해 비교법적으로 일반화된 특례가 실질적으로 부인되는 결과가 초래되고 있다. 당초 공정거래법 제60조가 충분히 숙려된 후 성안된 법조문이 아님을 감안할 때 제도의 취지를 고려한 보다 탄력성 있는 해석이 필요하다고 생각된다.

Ⅴ. 맺는말

공정거래법 적용면제 제도는 중요한 의미를 가진다. 대부분의 국가에서 독점금지법의 제정은 커다란 정치적 결단을 요구하는 사건이었고, 입법 당시의 각국의 산업계와 시장의 실정도 예외 없는 법집행을 감당하기에는 부담스러웠다. 현실과 이상의 괴리로 부를 수 있는 이 문제를 해결하는 방안은 크게 두 가지다. 하나는 공정거래법과 다른 단행법에서 공정거래법의 전면적 혹은 부분적 적용제외를 도입하는 것이고, 다른 하나는 법집행 과정에서 사실인정이나 위법성판단을 통해 완급을 조절하는 것이다. 사법구제주의를 취하는 국가의 경우 대체적으로 보수적인 사법부가 합리의 원칙(rule of reason)을 통해 법집행의 강도를 늦춘 것은 널리 알려진 사실이다.

우리나라에서 1980년에 공정거래법이 전격 제정된 것은 법제사적으로 놀라운 일이다. 전격적으로 입법이 이루어졌다는 것은 그 당시 정부나 학계의 독점금지제도에 대한 이해가 전반적으로 충분치 않았다는 사정을 미루어 짐작케 한다. 소규모 조합에 대한 적용면제도 우리나라의 실정을 감안하여 충분한 숙려와 검토를 거쳐 성안된 것이 아니었다. 새삼 되새겨야 할 사실은 제정 당시부터 포함되었던 소규모사업자 조합 조항이 34년의 세월이 흐르도록 최초의 법문 그대로 유지되고 있다는 점이다.

본론에서 상론한 바와 같이, 공정거래법 제60조는 그 동안 거의 활용되지 아니하였다. 공정위와 법원은 해당 조합이 되기 위한 요건을 매우 엄격하게 풀이해 왔고, 이러한 태도는 보편적 법집행을 위한 당연한 자세였다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 공정거래법 제60조와 이에 대한 그간의 법집행은 여러 가지 점에서 비판의 여지가 있다. 우선 공정거래법 제60조가 말하는 소규모사업자의 범주에 대해 이론적 기준을 제시하는 것이 아니라 조합원의 매출액을 단편적으로 논란한 것, 농협중앙회와 지역조합이 농협법 소정의 법정단체라는 점을 들어 가입탈퇴의 임의성을 부인하는 것, 그리고 지역조합의 연합회인 농협중앙회에 대해 소규모사업자로서 구성된 조합인지 여부를 논란하는 것은 합리적인 해석방식이 아니다. 이와 같은 해석의 결과, 농협은 물론 협동조합 일반에 대해 비교법적으로 일반화된 특례가 실질적으로 부인되는 결과가 초래되고 있다.

여기에서 공정거래법 제60조의 운용을 전반적으로 돌이켜 보고 집행 및 입법 차원의 대안을 모색할 필요가 있다. 오늘날 각국의 경쟁법은 세계적으로 규격화되는 경향을 보이고 있으며, 적용제외 제도는 전반적으로 축소되고 있다. 그렇지만 미국의 캐퍼-볼스테드법, 유럽연합 규칙 1184/2006, 독일 경쟁제한금지법 제28조의 예에서 보듯이, 농업과 농업인단체에 대한 일정한 적용면제는 사실상 글로벌 스탠다드로 되어 있다. 따라서 미국의 캐퍼-볼스테드법과 유럽연합 규칙 1184/2006 등을 참조하여 우리나라 농업인들이 조합 기타 단체를 통해 결집하여 생산, 마케팅, 판매 등의 과정을 수직적으로 통합하고 필요한 조직을 만들어 활동하는 행위를 허용할 필요가 있고, 특히 공동행위와 재판매가격유지행위, 그리고 다른 나라에서는 존재하지 않는 부당지원행위에 대한 합리적 특례가 마련될 필요가 있다.

자급농에 뿌리를 둔 한국 농업은 처음부터 시장과 경쟁에 친숙하지 아니한 점이 있고, 관세장벽이 철폐되고 강력한 농업기반을 갖춘 국가와의 자유무역협정이 속속 체결되면서 한국의 농림축산인은 경쟁력을 잃고 시장에서 더욱 소외되는 실정

이다. 소비자후생을 침해하지 않고 글로벌 스탠다드에 부합하는 범위 내에서 농업인과 그 단체 관련 특례가 도입된다면 경쟁당국의 공정거래법 집행의 정당성과 편의에도 기여할 것이며 농산물 수입개방과 FTA 협상에서 한국 농업을 보전하는 규범적 장치가 될 수 있을 것이다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

정 호 열 · 양 화 진 · 김 재 성

소규모사업자 조합의 독점금지법 적용면제, 농업협동조합의 공정거래법 적용면제, 클레이튼법 제6조, 캐퍼-볼스태드법, 유럽연합 규칙 1184/2006, Art. 28 GWB, 일본독점금지법 제22조

【참 고 문 헌】

정호열, 「경제법」 제4판 보정쇄, 박영사, 2013.

농협중앙회 인력개발부, 「협동조합론」, 농협중앙회, 2013.

Volker Emmerich/정호열 역, 「부정경쟁법」, 삼지원, 1996.

송재일, '독점규제법 제60조에 관한 연구 - 미국사례와 한국사례의 비교를 중심으로', 한국협동조합연구 제25집 제1호.

堀越芳昭, 國際比較·協同組合의 獨占禁止法適用除外 - 世界의獨禁法과憲法으로부터, 經營情報學論集 第17號, 2011.2.

山田定市, 獨占禁止法の適用除外と農協の協同性·公共性, 開發論集(北海學園大學), 第80號, 2007.9.

Bellamy & Child, European Community Law of Competition. 6th Edition, Oxford Press, 2008.

Volker Emmerich, Unlauter Wettbewerb, 9. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Volker Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Volker Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Carla T. Cook, Antitrust Action against Milk Marketing Cooperatives - Shaking Up the Milk Industry, Drake Law Review, 1984/1985.

Kenneth R. O'Rourke, Andrew Frackman, The Capper-Volstead Act Exemption and Supply Restraints in Agricultural Antitrust Actions, Competition the Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of Cal., Fall 2011.

Vaughan/Lee/Kennelly and Riches, EU Competition Law: General Priciples, Oxford, 2006.

Abstract

Antitrust Exemption of Small Business Associations including Case Analyses concerning Agricultural Cooperative

Ho Yul Chung
Hwa Jin Yang
Jae Sung Kim

As a general competition law, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act(MRFTA) is applied to all business operators and industries including agriculture. However, MRFTA is not always applied to all business behavior of all business operators, and there are certain exceptions to it. In particular, it is competitive friendly that small business owners including farmers cooperative to become influential market participants against monopoly companies in stimulating the economy.

Ever since its enactment in 1980, MRFTA has been providing a bloc exemption for associations of small businesses including farmers cooperatives. However, unfair business practices and collusive acts among such association and its member that result in restraint of trade and price increase are not exempt. Furthermore one bad apple theory strictly prevails in FTC enforcement and Judicial decisions as to the qualification of 'small business'. Especially it is true that Article 60 of MFTRA has been a dead letter for agricultural cooperatives, as those cooperatives composed of farmers, ranchmen, planters, fruit producers including legal persons are of substantial business size and have been functioning nationwide.

Herein it is necessary to examine the enforcement of Art. 60 in the perspective of comparative law for a better enforcement and rational further legislation. Review over such statutes as Capper-Volstead Act of United States and Reg. 1184/2006 of European Union also confirmed that farming and farmers organization are enjoying wide exemption from cartel law and prohibition of vertical restraints. Concerning National Agricultural Federation, its local associations and Economic Holding Company, a revision of Agricultural Cooperatives Act providing statutory exemption from collusion, vertical restraints and the prohibition of internal subsidy transactions is recommended.

Ho Yul Chung · Hwa Jin Yang · Jae Sung Kim

Antitrust Exemption of Small Business Associations, Antitrust Exemption of Agricultural Cooperatives, Sec.6 of Clayton Act, Capper-Volstead Act, Reg. 1184/2006 of European Union, Art. 22 of Japanese Antimonopoly Act

‘정기금판결 변경의 소’와 사정변경에 의한 추가청구

– 대상판결 : 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결 –

문 영 화*

【목 차】

Ⅰ. 사안의 개요
1. 서울중앙법원 1997. 6. 26. 선고 96가합29224 판결
2. 원고의 이 사건 소 제기
3. 제1심 및 원심의 판단과 상고이유
4. 대법원의 판단

Ⅱ. 평석
1. 시작하면서
2. 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결의 의의
3. 정기금 판결의 변경을 구할 수 있는 시적 범위
4. 맺는말

【국 문 요 약】

민사소송법 제252조 제1항은 정기금(定期金)의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 위 규정은 2002년 민사소송법 전면 개정 시에 신설된 것으로 독일 민사소송법 제323조를 모델로 하고 있다.

정기금판결 변경의 소가 신설되기 전에 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결은 장래의 임료 상당의 부당이득금의 지급을 명한 판결의 확정 후에 그 임료가 9배 가까이 상승하자 전소(前訴)의 원고가 그 차액을 추가로 청구한 사안에서, 전소의 청구를 명시적 일부청구로 간주할 수 있다고(전소 판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다고) 판결하였다. 이에 대하여는 기판력 이론 하에서는 많은 문제가 있다는 지적이 있었고, 이를 계기로 위와 같은 사안에서 법리적인 무리 없이 동일한 결론을 얻기 위해서 정기금판결에 대한 변경의 소를 도입

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

하게 되었다.

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결은 2002년 개정 민사소송법 시행 이후에 정기금판결 변경의 소에 관한 판시를 한 유일한 대법원판결이다. 대상판결의 원심판결은 원고의 청구에 대하여 92다46226 전원합의체 판결에서 판시한 법리에 따라 판단을 하였는데, 대상판결은 원고의 청구를 민사소송법 제252조에 규정된 정기금판결 변경의 소라고 하여 소 제기일 전까지의 기간에 해당하는 부분은 확정판결이 있었던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 판단하고, 그 이후 기간에 해당하는 부분은 확정된 정기금판결의 변경사유가 없으므로 원고의 청구가 기각되어야 한다고 판단하였다.

위 대법원판결은 정기금판결 변경의 소의 신설 이후에는 종래 92다46226 전원합의체 판결과 같이 사정변경을 이유로 추가청구를 할 수 없음을 명확히 하였다는 데에 의미가 있다.

Ⅰ. 사안의 개요

1. 서울중앙지방법원 1997. 6. 26. 선고 96가합29224 판결

원고는 서울중앙지방법원 96가합29224호로 피고들을 상대로 옹벽철거 및 임료 등 청구의 소를 제기하였는데, 위 법원은 1997. 6. 26. 피고1이 원고 소유의 토지 중 8㎡, 피고2가 4㎡를 옹벽을 건립하여 점유하고 있음을 이유로 '피고1은 옹벽을 철거하여 대지 8㎡를 인도하고, 1996. 7. 13.부터 대지 인도 시까지 연 54,912원(6,864원×8)의 비율에 의한 임료 상당의 부당이득을 지급하고, 피고2는 옹벽을 철거하여 대지 4㎡를 인도하고, 1996. 7. 13.부터 대지 인도 시까지 연 27,429원(6,857원25전×4)의 비율에 의한 임료 상당의 부당이득을 지급하라'는 판결을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다(이하 '전소 확정판결'이라 한다).

2. 원고의 이 사건 소 제기

원고는 서울중앙지방법원 2007가단327217호로, 원고 소유의 토지 중 피고들이 옹벽을 건립하여 점유하고 있는 부분의 면적이 각 16㎡라고 주장하면서 1997. 1. 1.부터 2008. 12. 31.까지의 임료 상당 부당이득 합계액 각 7,984,640원 및 이에 대한 지연손해금과 2009. 1. 1.부터 각 점유 부분의 인도완료일까지 임료 상당 부당이득으로 매월 각 107,307원을 지급할 것을 청구하였다.

3. 제1심 및 원심의 판단과 상고이유

제1심 법원은 2009. 1. 20. 전소 확정판결에서 인정한 면적을 초과하는 부분에 대한 부당이득반환청구 등은 전소의 기판력이 미치므로 그와 모순되는 판단을 할 수 없다는 이유로 기각하고, 전소 확정판결에서 인정한 점유 면적에 대한 부당이득반환청구 등에 대하여는 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결의 판시를 인용하여 전소 확정판결의 변론종결 후에 경제적 사정이 변경됨으로 말미암아 전소 확정판결에서 인용된 임료액이 상당하지 아니하게 된 경우에는 그 차액에 상당하는 부분의 부당이득반환을 청구할 수 있다고 하면서도, 이 사건에 있어서 피고들 점유 토지의 ㎡당 연 임료는 1997년에는 27,720원이나 2008년에는 80,480원으로서 연 임료가 11년 동안 약 2.9배 상승한 것에 불과하고 피고들 점유 토지의 ㎡당 공시지가는 11년 동안 약 2.2배 상승한 것에 불과하며, 피고들 점유

토지의 ㎡당 정상가격은 11년 동안 약 2.9배 상승한 것에 불과한 사정 등을 종합하면 전소의 변론종결 후에 경제적 사정이 변경됨으로써 전소 확정판결에서 인용된 임료액이 상당하지 아니하게 되었다는 등으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생긴 때로 보기 어려우므로 권리보호의 이익이 흠결되어 부적법하다는 이유로 각하하였다. 원고가 항소하였는데, 항소심(서울중앙지방법원 2009나66362)은 2009. 7. 9. 제1심 판결의 이유를 인용하여 원고의 항소를 기각하였다. 원고는 기판력에 관한 법리오해 및 채증법칙 위배를 사유로 상고하였다.

4. 대법원의 판단

정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다(민사소송법 제252조 제1항).

(중략) 한편 원고는 이 사건 소로써, 새로운 측량방식으로 측량한 결과 피고들이 점유하는 이 사건 토지의 면적이 각각 16㎡임이 밝혀졌다고 주장하면서 그에 대한 1997. 1. 1.부터 2008. 12. 31.까지의 임료상당액으로 각 7,984,640원 및 이에 대한 지연손해금과 2009. 1. 1.부터 위 각 토지 인도완료일까지 매월 107,307원씩의 지급을 청구하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피고들의 점유 부분이 전소의 변론종결 당시와 동일하다면, 원고의 이 사건 청구 중 이 사건 소 제기일 전까지의 기간에 해당하는 부분은 확정판결이 있었던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 할 것이어서, 그 중 전소의 확정판결에서 원고가 승소한 부분(전소에서 원고의 청구가 인용된 금액에 해당하는 부분)에 해당하는 부분은 권리보호의 이익이 없고, 이를 초과하는 부분은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이어서 받아들일 수 없는 것이고, 원고의 이 사건 청구 중 이 사건 소 제기일 이후의 기간에 해당하는 부분은 앞서 본 정기금 판결의 변경을 구하는 취지라고 봄이 상당하다고 할 것인데, 원심이 유지한 제1심 판결이 인정한 바와 같이 전소의 변론종결일 이후 원심 변론종결 당시까지 사이에 피고들 점유토지의 공시지가는 약 2.2배 상승하였고 ㎡당 연 임료는 약 2.9배 상승한 것에 불과하다면, 전소의 확정판결이 있은 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생겼다고 할 수 없고, 따라서 원고로서는 그 연 임

료 상당액의 증액지급을 구할 수 없다고 할 것이다(위와 같은 특별한 사정이 생기면 언제든지 다시 그 정기금판결의 변경을 청구할 수 있을 것이다). 원심판결의 이유에 다소 적절하지 않은 점은 있으나, 원고의 이 사건 청구가 부적법하거나 이유없다고 본 결론에 있어서는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 기판력에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

Ⅱ. 평석

1. 시작하면서

민사소송법 제252조에 규정된 "정기금판결 변경의 소"는 2002년도 민사소송법 전면 개정 시에 신설된 제도이다. 2002년 6월 법원행정처가 발간한 「민사소송법 개정내용 해설」에서는 그 신설취지와 이유에 대하여 '정기금판결이 확정된 후에 그 판결의 기초가 되었던 사실관계가 당초의 예상과 달리 현저하게 변경된 경우에도 그 판결을 그대로 유지하여야 한다면 매우 불합리한 결과가 나오게 되는 경우가 적지 않다고 할 것인바(중략). 판례는, 장래의 임료 상당의 부당이득금의 지급을 명한 판결의 확정 후에 그 임료가 9배 가까이 상승하자 전소의 원고가 그 차액을 추가로 청구한 사안에서, 전소의 청구를 명시적 일부청구로 보아 전소 판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다고 판결하였는바(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결), 이러한 판례의 입장에 대하여는 (중략) 현재의 기판력 이론 하에서는 많은 문제가 있다는 지적이 있다. 이러한 사안에서 법리적인 무리 없이 동일한 결론을 얻기 위해서는 정기금판결 후 현저한 사정변경을 조건으로 하여 그 판결을 변경하는 소의 제기를 인정하는 것이 가장 적절한 해결책이 될 것이므로, 개정 법률은 정기금판결에 대한 변경의 소를 도입하게 되었다'고 설명되어 있다.[1)]

대상판결은 2002년 개정 민사소송법 시행 이후에 정기금판결 변경의 소에 관한 판시를 한 유일한 대법원판결이다. 대상판결의 원심판결이 인용한 제1심 판결은 원고의 청구에 대하여 92다46226 전원합의체 판결에서 판시한 법리에 따라 판단을 하였는데, 대상판결은 원고의 청구를 민사소송법 제252조에 규정된 정기금판결 변경의 소라고 하여 소 제기일 전까지의 기간에 해당하는 부분은 확정판결이 있었

1) 민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처(2002), 127~128면

던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 판단하고, 그 이후 기간에 해당하는 부분은 확정된 정기금판결의 변경사유가 없다고 하여 원고의 상고를 기각하였다.

대상판결은 정기금판결 변경의 소 신설과정에서부터 논란이 되었고 정기금판결 변경의 소라는 제도의 운용과 관련하여 핵심이라고 할 수 있는 정기금판결의 변경사유인 '액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경되었는지'에 관하여 최초의 판시를 하였다는 점에 있어서 큰 의미가 있다.[2)] 정기금판결 변경의 소의 본안요건인 '사정변경의 현저성'은 추상적 개념으로서 구체적인 사건에서의 판례의 축적을 통하여 그 기준이 정립될 수밖에 없을 것이므로 정기금판결 변경의 소가 적용되는 사건을 달리하는 독일이나 일본의 예와 비교하여 논할 수는 없고, 우리 실무에서 주로 다루어지고 있는 토지의 무단 점유사용을 사유로 한 임료 상당의 부당이득반환청구에 대한 정기금판결 변경의 소의 판결례 등을 통한 검토가 필요하므로 이 부분에 관한 검토는 따로 하기로 한다.

이 글은, 2002년 민사소송법의 개정에 의하여 정기금판결 변경의 소가 신설된 후에도 대상판결의 원심과 같이 확정된 정기금판결이 있음을 전제로 하고 전소의 인용액이 경제적 사정변경 등에 의하여 적정하지 않게 되었음을 주장하면서 특정 시점 이후 부분에 대하여 증액된 금원의 지급을 구하는 청구에 대하여 92다46226 전원합의체 판결의 판시 내용에 따라 재판을 하고 있는 하급심판결례가 있고, 또 대상판결의 선고 이후에도 정기금판결이 확정된 후 사정이 변경되었음을 사유로 변경된 사정을 반영한 금액과 확정판결의 인용액과의 차액을 구하는 청구에 대하여 92다46226 전원합의체 판결의 판시를 따른 대법원판결례도 있으므로, 정기금판결 변경의 소가 제도화된 이후에 있어서 92다46226 전원합의체 판결의 의미와 대상판결의 타당성에 대하여 검토해보려고 한다.

2) 우리 정기금판결 변경의 소의 모델이 되었던 독일 민사소송법의 변경의 소(ZPO §323)와 일본 민사소송법 제117조에 관하여는 문일봉, "독일 민사소송법상의 변경의 소", 사법행정 제431호, 한국사법행정학회(1996) 13~24면; 조수정, "장래정기금이행판결의 변경청구", 이화여대 법학논집 창간호, 이화여자대학교(1996) 195~214면; 전병서, "개정 민사소송법상 정기금판결과 변경의 소", 변호사 33집, 서울지방변호사회(2003) 154~157면; 김원태, "확정된 정기금판결의 변경을 구하는 소", 민사소송 제7권 제1호, 한국사법행정학회(2003) 148~176면; 김상훈, "개정민소법상의 정기금판결에 대한 변경의 소", 민사소송 제7권 제2호, 한국사법행정학회(2003) 216~25면; 정선주, "정기금판결에 대한 변경의 소 -한국과 독일의 입법례 비교-", 비교사법 11권 2호(통권 25호), 한국비교사법학회(2004) 399~437면 등 참조

2. 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결의 의의

가. 92다46226 전원합의체 판결의 내용

1) 사안의 경과

피고(부산광역시)는 원고 소유인 토지(이하 '이건 토지'라 한다)를 비롯하여 그 인근의 토지들을 "대청공원" 부지로 편입하여 점유사용하고 있었다. 원고는 1984. 4.경 피고를 상대로 하여 1984. 6. 30.까지의 임료 상당 금 2,597,031원 및 1984. 7. 1.부터 이건 토지 인도 시까지 월 금 509,632원 비율에 의한 임료 상당금의 지급을 구하는 부당이득반환청구소송을 제기하여, 1985. 3. 29. '피고는 원고에게 금 1,753,435원 및 1984. 7 .1.부터 이건 토지를 매수할 때까지 월 금 332,930원의 비율에 의한 금원을 지급하라'는 판결이 선고되었고, 그 판결은 그 무렵 확정되었다(이하 '전소 확정판결'이라 한다).

원고는 1991년 다시 피고를 상대로 하여, 전소의 판결이 확정된 후 경제사정의 변동으로 이건 토지의 가격은 6배 내지 10배, 임료는 8배 이상, 지방세법상의 과세시가표준액은 3배가량 앙등하였고, 이건 토지에 대한 종합토지세가 전소 확정판결에서 인용된 임료액의 4분지1에 육박하는 등 공과금도 급격하고 현저하게 상승하였는데, 이와 같은 사정의 변경은 전소의 변론종결 당시 예견되지 아니하였거나 예견할 수도 없는 것이라는 등을 이유로, 부당이득반환의무 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 선택적 청구원인으로 하여, 소장 송달 다음날부터 1991. 12. 31.까지 소장 부본 송달일 무렵인 1990. 7. 1. 당시의 이건 토지에 대한 임료상당액인 월 금 2,869,400원에서 전소 확정판결에서 인용된 월 금 332,930원의 공제한 금원의 지급을 구하였다.

이에 대하여 원심은, 전소와 이 사건 소가 그 기초적 사실관계 및 소송의 목적이 동일하고, 전소 확정판결에서 원고의 선택적 청구 중 부당이득반환청구의 일부만을 인용하면서 나머지 청구를 기각한 이상, 그 기각부분에는 원고의 부당이득반환청구 중 인용되는 나머지 부분을 기각하는 한편 불법행위로 인한 손해배상청구 중 위 인용부분을 넘는 위 기각부분에 상당하는 불법행위로 인한 손해배상청구를 배척하는 취지도 포함되어 있다고 봄이 상당하므로, 원고가 확정된 전소에서 피고의 이건 토지의 무단점유 내지 불법점유로 인한 장래의 부당이득반환채권 또는 불법행위로 인한 손해배상채권 중 일부 채권만을 명시하여 청구하고 나머지 채권은 청구하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 있었다는 점에 관하여 아무런 주장, 입증이 없는 이상, 전소의 확정판결의 기판력은 피고의 이건 토지의 무단점유 내지 불법점유로 인한 장래의 부당이득반환채권 또는 불법행위로 인한 손해배상채권 전부에 관하여 미치므로 원고의 이 사건 소는 권리보호의 이익이 없다고 하여 소를 각하하였다.

2) 대법원의 판단

다수의견은 '토지의 소유자가 법률상 원인 없이 토지를 점유하고 있는 자를 상대로 장래의 이행을 청구하는 소로서, 그 점유자가 토지를 인도할 때까지 토지를 사용, 수익함으로 인하여 얻을 토지의 차임에 상당하는 부당이득금의 반환을 청구하여, 그 청구의 전부나 일부를 인용하는 판결이 확정된 경우에, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 토지의 가격이 현저하게 앙등하고 조세 등의 공적인 부담이 증대되었을 뿐더러 그 인근 토지의 차임와 비교하더라도 그 소송의 판결에서 인용된 차임액이 상당하지 아니하게 되는 등 경제적 사정의 변경으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는, 전소에서 일부청구임을 명시하지는 아니하였지만 명시한 경우와 마찬가지로 그 청구가 일부청구이었던 것으로 보아, 전소 판결의 기판력이 그 일부청구에서 제외된 위 차액에 상당하는 부당이득금의 청구에는 미치지 않는 것이라고 해석하여야 한다'고 하여심판결을 파기하였다.

반면, 별개의견은 결론은 다수의견과 같이 하면서도 '이 사건에 있어서 만약 원고의 주장처럼 전소판결이 확정된 후 이건 토지 및 그 인근 토지의 가격이 앙등하였고, 그 공과금도 현저하게 상승하였으며, 이건 토지에 대한 차임상당액이 전소판결에서 인용된 금액의 9배 가까이 되었다면, 이는 바로 전소의 변론종결 당시 주장할 수 없었던 사유가 새로이 발생한 경우에 해당한다 할 것이므로, 전소에서의 청구를 일부청구로 볼 수 있는지 여부와 관계없이 기판력의 시적범위의 이론에 의하여 전소 확정판결의 기판력은 위와 같은 사정변경으로 인하여 증액된 부분의 지급을 구하는 이 사건 청구에는 미치지 않는다'고 하였다.

나. 92다46226 전원합의체 판결에 대한 평가

종래 판례(대법원 1971. 4. 30. 선고 71다430 판결)는 장래이행의 소로서 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정되었다면 그 소송에서 장래의 채권 중 일부청구임을 명시한 특별한 사정이 없이 단지 임료가 인상되었다는 사유만으로 제기하는 새로운 소는 소송목적이 같고 법률관계가 동일하므로 전소의 기판력이 후소에 미치는 것이라고 하였는데, 92다46226 전원합의체 판결의 다수의견은 정기금판결 후에 사

정변경으로 인하여 인용된 차임액이 상당하지 아니하게 되는 등 경제적 사정의 변경으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 일부청구임을 명시하지 않았다고 하더라도 그 청구가 일부청구이었던 것으로 보아, 전소판결의 기판력이 그 일부청구에서 제외된 차액에 상당하는 부당이득금의 청구에는 미치지 않는다고 하여 종래 판례를 변경하였다.

92다46226 전원합의체 판결을 계기로 정기금판결이 확정된 후 사정변경에 의한 추가청구와 관련한 독일과 일본의 학설 및 판결례가 소개되고 위 판결의 다수의견이 취한 '일부청구원용론'과 별개의견이 취한 '기판력의 시적한계이론'에 대한 비판적 검토가 제시되면서 독일 민사소송법 제323조 또는 당시 일본 민사소송법 개정안의 변경의 소의 도입에 관한 의견이 제시되었다.[3]

92다46226 전원합의체 판결의 다수의견에 대하여는, ① 전소에서의 청구가 일부청구는 아니며, ② 경제사정이 반대로 변동하는 경우에는 오히려 전소가 초과 청구로 될 것이고, ③ 전소에서 청구가 일부 기각되었던 경우라면 후소에서 그 기각부분을 다시 인용한 셈이 되며, ④ 전소와 후소의 소송물이 다르다고 하지만 그 구분 기준이 명확하지 않고, ⑤ 추가 청구액이 극소한 경우에도 이를 인용하지 않을 수 없는 난점이 있다는 등의 비판과, 별개의견에 대하여는, 일반적으로 전소의 기판력이 미치지 않는 변론종결 후의 사정변경이란 전소에서 인정되지 않은 권리가 새로이 인정되거나 그 반대와 같은 사정을 가리키는 것이지 화폐가치나 물가의 변동과 같은 사정을 의미하는 것은 아니라는 비판이 제기되었다.[4]

한편, 92다46226 전원합의체 판결은 장래 차임 상당의 손해배상금 또는 부당이득금에 대한 확정판결이 있은 후 사정변경으로 그 액수 산정의 기초가 되는 사정이 현저히 변경되었을 때 기판력의 저촉을 피할 수 있는 법리를 동원하여 추가청구를 가능하게 함으로써 정의와 형평의 이념에 부응할 수 있게 하였다는 점에서 큰 의의가 있고, 이로써 결과적으로 정기금판결 변경의 소라는 입법적 제도적 장치로 나아가는 계기를 만들었다고 평가된다.[5]

3) 최성준, "장래 차임상당 부당이득금청구에 대한 확정판결의 기판력과 사정변경에 의한 추가청구", 민사재판의 제문제 8권, 민사실무연구회, 한국사법행정학회(1994) 812-843면; 조수정, 앞의 글, 195~214면
4) 민사소송법 개정내용 해설, 128면
5) 백현기, "장래이행의 판결로 확정된 임료 상당 부당이득금의 증액을 청구할 수 있는가", 국민과 사법, 윤관대법원장퇴임기념판례평석집간행위원회(1999) 642면

3. 정기금판결의 변경을 구할 수 있는 시적 범위

가. 정기금판결 변경의 소의 성질과 기판력

정기금판결 변경의 소(이하 '변경의 소'라 한다)의 법적 성질에 관하여 확정판결의 변경을 목적으로 하는 '소송법상 형성의 소'라는 데에 대하여는 국내 학설상 이견이 없다.[6] 다만, 소송물과 관련하여는, 소송물이 전소와 동일함을 전제로 변경의 소는 전소의 기판력을 소멸, 해제, 배제하는 것이라는 견해[7]와 소송물이 다름을 전제로 전소의 기판력과는 무관한 것이라는 견해[8]가 나뉜다.

한편, 대상판결을 인용하면서 '판례는 변경의 소를 소 제기 이후의 기간에 해당하는 부분의 변경을 구하는 소로서 전소의 소송물과 동일하지 아니한 것으로 보고 있다'는 평가를 한 견해[9]가 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 대상판결의 관련된 판시는 변경의 소에 의하여 전소 확정판결의 변경을 구할 수 있는 범위에 관한 것으로서, 이로써 대상판결에서 변경의 소의 법적 성질이나 소송물에 관하여 판시를 하였다고 보기는 어렵다고 생각된다.[10]

나. 변경의 소의 심판범위

변경의 소를 심리함에 있어서는 청구원인에 관하여 전소 확정판결이 확정한 사항에 기속되고 정기금채권의 액수의 변경을 위한 심리만 할 수 있으며, 정기금 액수산정의 기초로 된 사정에 관련되지 않은 부분, 즉 손해배상소송에서 불법행위의 존재, 인과관계의 존재, 과실상계 등은 심판의 대상이 되지 않으므로 전소 확정판결과 다른 판단을 할 수 없다.[11]

다. 변경의 소에 의하여 액수의 변경을 구할 수 있는 시적 범위

독일 민사소송법 제323조 제3항은 '판결은 변경의 소 제기 후의 시점에 대하여만 변경될 수 있다'[12]고 규정하고 있으므로 독일에서 변경의 소에 의하여 전소 판

6) 이호원 집필, 제1판 주석 신민사소송법(IV), 한국사법행정학회(2003) 204면; 이시윤, 제6증보판 신민사소송법, 박영사(2012) 601면; 김홍엽, 제4판 민사소송법, 박영사(2013) 789면; 호문혁, 민사소송법 제10판, 법문사(2012) 708면
7) 이호원 집필, 앞의 책, 205면; 이시윤, 앞의 책, 603면; 김홍엽, 앞의 책, 790면
8) 호문혁, 앞의 책, 709면
9) 김홍엽, 앞의 책, 790면
10) 아래에서 보는 바와 같이 변경의 소에 의하여 종전 확정판결의 변경을 구할 수 있는 범위에 관하여 변경의 소 제기 이후 부분이라는 데에 국내 학설의 이견이 없다.
11) 이호원 집필, 앞의 책, 210면
12) 민법의 부양료청구와 관련하여 예외를 인정하는 단서 규정이 있다.

결의 변경을 구할 수 있는 시점은 소 제기 후이고, 소 제기 이전 부분, 즉 과거에 대한 추가청구나 과거에 초과 지급된 금액에 대한 반환청구는 불가능하다.[13] 이는 장래 회귀적 급부에 관한 판결(정기금판결)의 효력에서 필연적으로 도출되는 것은 아니고, 피고의 신뢰보호와 사정변경의 시점을 소급해서 확정하는 것이 현저히 실무상으로 곤란할 것이라는 염려에서 나온 것이라고 한다.[14]

일본 민사소송법은 제117조 제1항 단서에서 변경의 소 제기 이후에 지불기간이 도래하는 정기금에 관한 부분에 한하여 변경의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 변경의 소를 구하는 원인인 사정변경이 생긴 후부터 변경의 소 제기 전까지 경과한 기간 내의 정기금에 대하여는 변경이 허용되지 않는다는 취지이고, 변경의 소에 의하여 확정판결의 변경이라고 하는 형성효(形成效)가 생길 수 있는 원인의 존부는 신중히 판단될 필요가 있다는 데서 나오는 어쩔 수 없는 입법 기술적 결과라고 설명한다.[15]

우리 민사소송법 제252조는 '장차' 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, '장차'의 의미에 대하여는 소 제기 시점, 소송계속이 발생한 시점(즉 소장 송달 시), 변경의 소 사실심 변론종결 시 및 변경판결 확정시 등을 생각해 볼 수 있으나, 변경의 소 제기 시점부터 종전 확정판결을 변경할 수 있다는 데에 이견이 없다.[16] 이에 대하여는, 변경의 소를 구할 수 있는 범위를 소 제기시 이전으로 소급한다면 전소 확정판결을 믿고 행동한 경우에 예측하지 못한 손해를 입히는 결과가 될 것이기 때문이라고 설명하는 견해,[17] 현저한 사정변경이 발생하면 언제든지 변경의 소를 제기할 수 있음에도 변경의 소를 늦게 제기한 당사자에게 변경을 허용하지 아니하더라도 가혹하다고 할 수 없고 그 상대

13) 조수정, 앞의 글, 211면; 전병서, 앞의 글, 160면

14) Müchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 1, Verlag C.H. Beck Müchen(2008) S.2010

15) 三宅省三외 2인, 注釋民事訴訟法(II), 青林書院(2000) 525면; 伊藤眞, 民事訴訟法 第3版4訂版, 有斐閣(2010) 472면은 일본 민사소송법 제117조는 변론종결 전에 생긴 손해에 대하여 정기금에 의한 배상을 명한 확정판결에 대하여 그 판결의 변경을 구하는 소를 제기할 수 있다고 규정함으로써 장래 발생할 손해에 관하여 정기금의 지급을 명한 판결은 위 규정의 적용대상으로 예정된 것은 아니고, 그 경우에 변론종결 후의 사정변경에 의하여 급부액이 상당하지 않게 된 때에는 당사자가 별소로서 추가청구(일본 최고재 1986. 7. 17.판결의 일부청구이론에 의해서)나 청구이의의 소를 제기하게 되겠지만, 그 경우에도 민사소송법 제117조를 유추적용할 수 있을 것이라고 하고, 三上威彦, 標準時後の事情變更(2)-將來の損害, 別冊 Jurist, No.201 民事訴訟法 判例百選 第4版, 有斐閣(2010) 179면도 같은 취지이다.

16) 이호원 집필, 앞의 책, 252면; 이시윤, 앞의 책, 604면; 호문혁, 앞의 책, 712면; 김홍엽, 앞의 책, 794면; 전병서, 앞의 글, 167면; 정선주, 앞의 글, 423면; 김원태, 앞의 글, 171면

17) 이호원 집필, 앞의 책, 252면

방이 전소판결에 기하여 갖는 신뢰를 보호할 필요가 있기 때문이라고 설명하는 견해,[18] 정기금판결의 기판력에서 나오는 필연적인 결과라고 설명하는 견해[19]가 있다.

라. 변경의 소 제기 이전 부분에 대한 추가청구를 할 수 있는지 여부

1) 문제제기

앞에서 본 바와 같이 전소 확정판결 이후에 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경된 시점부터 변경의 소 제기 이전까지는 변경의 소로써 전소 확정판결의 변경을 구할 수 없다는 데에 학설이 일치한다.

그렇다면 전소 확정판결 이후 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경된 시점부터 변경의 소 제기 이전까지의 차액에 대하여 변경의 소가 아니라 92다46226 전원합의체 판결의 취지에 따라 추가청구를 하는 것이 가능할까?

2) 긍정한 판결례

2002년 민사소송법 개정 전에 해고가 무효인 사안에서 해고통지 시부터 (장래의) 복직 시까지의 임금을 정기금으로 지급하도록 명한 전소 확정판결과 관련하여 92다46226 전원합의체 판결의 판시를 참조하여 같은 취지로 판시를 한 판결이 있었는데, 개정 민사소송법 시행 후에도 유사한 사안에서 동일한 판시를 인용한 판결이 선고되었다(두 사건은 모두 원고의 청구를 배척한 원심이 정당하다고 하여 원고의 상고를 받아들이지는 않았다).

① 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다58194 판결

원고는 1990. 6. 25. 소외 회사로부터 징계해고를 당하자 소외 회사를 상대로 해고무효확인 및 1990. 6. 26.부터 복직시킬 때까지 매월 해고 당시의 월 평균임금에 상당하는 금 549,195원의 비율에 의한 금원의 지급을 청구하는 전소를 제기하였는데, 위 소송의 항소심 법원은 1993. 9. 17. 변론을 종결하고 같은 해 10. 29. 원고 전부 승소판결을 선고하여 위 판결이 1994. 12. 13. 확정되었고, 소외 회사는 전소 확정판결에 따라 1995. 2. 3. 원고를 복직시키고 해고 후 복직 전까지의 임금으로서 금 30,352,678원을 지급하였다. 원고는 사실상 해고기간 중인 1992. 1.부터 1995. 2.까지 다른 직장에 근무하면서 금 40,000,000원 이상의 수입을 얻었는데도,

18) 김홍엽, 앞의 책, 794면

19) 정선주, 앞의 글, 423면

사실상 해고기간 중의 정기승급 및 임금인상 등에 의하여 소의 회사로부터 추가로 지급받을 수 있었던 임금액이 금 9,490,647원이라고 주장하면서 후소로서 그 지급을 구하였는데(소외회사에 대하여 회사정리절차가 개시됨으로써 관리인이 피고가 되었다), 원심은 원고의 위 주장을 받아들이지 않았다.

대법원은 '확정판결은 주문에 포함한 것에 대하여 기판력이 있고(구 민사소송법 제202조 제1항), 변론종결시를 표준으로 하여 이행기가 장래에 도래하는 청구권이더라도 미리 그 청구할 필요가 있는 경우에는 장래이행의 소를 제기할 수 있으므로(구 민사소송법 제229조), 이행판결의 주문에서 그 변론종결 이후 기간까지의 급부의무의 이행을 명한 이상 그 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 기간까지의 청구권의 존부에 대하여 미치는 것이 원칙이고, 다만 장래 이행기 도래 분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 판결 참조)'고 판시하면서 원고의 주장 자체에 의하더라도 전소 확정판결의 변론종결 후 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생겼다고 볼 수 없으므로 원고의 청구는 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다고 하였다.

② 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결

원고는 1997. 4. 26. 피고로부터 징계해고를 당하자 피고를 상대로 울산지방법원에 해고무효확인 및 해고 기간 동안의 미지급 임금을 청구하는 소를 제기하였고, 울산지방법원은 피고의 원고에 대한 징계해고가 무효임을 확인하면서 피고에 대하여 원고에게 미지급 임금으로서 1일 평균임금 76,031원을 기준으로 한 78,235,899원 및 2000. 2. 20.부터 원고의 복직 시까지 월 2,312,609원의 비율에 의한 금원을 지급하라는 판결을 선고하였고, 위 판결은 확정되었다. 피고는 2005. 8. 9. 원고를 복직시키면서 위 확정판결에 따라 323,916,312원을 지급하였다. 원고는 복직된 후에 다시 피고를 상대로 울산지방법원에 전소의 사실심 변론종결일인 2001. 11. 21. 이후 복직 시까지 발생한 임금 인상분 44,222,224원의 지급을 구하는 소송을 제기하였는데, 울산지방법원은 원고가 주장하는 사정만으로는 전소 사실심 변론종결 이후 전소에서 예견 또는 기대할 수 없을 정도로 사정이 변동되어 기판력을 배제하여서라도 이를 시정하지 않으면 당사자 사이의 공평관념에 반한다는 사회적 평

가가 내려질 정도에 이른다고 평가하기 어렵다고 판단하고 원고의 위 청구부분은 기판력에 저촉되어 받아들일 수 없다고 하였고, 항소심인 부산고등법원도 위와 동일하게 판단하였다.

대법원은 '확정판결은 주문에 포함한 것에 대하여 기판력이 있고, 변론종결시를 기준으로 하여 이행기가 장래에 도래하는 청구권이더라도 미리 청구할 필요가 있는 경우에는 장래이행의 소를 제기할 수 있으므로, 이행판결의 주문에서 그 변론종결 이후 기간까지의 급부의무의 이행을 명한 이상 그 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 기간까지의 청구권의 존부에 대하여 미치는 것이 원칙이고, 다만 장래 이행기 도래 분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다(대법원 1999. 3. 9. 선고 97다58194 판결 참조)'고 판시를 한 후, 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하다고 하여 이 부분에 관한 원고의 상고를 받아들이지 않았다.

3) 대상판결의 타당성

대상판결의 원심판결이 인용한 제1심 판결은 원고의 이 사건 청구를 변경의 소로 보지 않고 92다46226 전원합의체 판결의 취지에 따라 소 제기 전후의 구분 없이 전소 확정판결의 인용금액을 초과하는 부분에 대하여 '경제적 사정이 변경됨으로써 전소에서 인용된 임료액이 상당하지 않게 되었다는 등으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생겼는지의 있는지'에 대하여 심리 판단하였는데, 대상판결은 '앞서 본 바와 같이 피고들의 점유 부분이 전소의 변론종결 당시와 동일하다면, 원고의 이 사건 청구 중 이 사건 소 제기일 전까지의 기간에 해당하는 부분은 확정판결이 있었던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 할 것이어서, 그 중 전소의 확정판결에서 원고가 승소한 부분(전소에서 원고의 청구가 인용된 금액에 해당하는 부분)에 해당하는 부분은 권리보호의 이익이 없고, 이를 초과하는 부분은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이어서 받아들일 수 없는 없는 것이고, 원고의 이 사건 청구 중 이 사건 소 제기일 이후의 기간에 해당하는 부분은 앞서 본 정기금 판결의 변경을 구하는 취지라고 봄이 상당하다고 할 것인데, (후략)'라고 판시함으로써, 제1심 판결과 달리 변경의 소 제기일

이전 부분에 대하여는 전소 확정판결의 변론종결 이후 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경되었는지(92다46226 전원합의체 판결에서 판시한 경제적 사정이 변경됨으로써 전소 확정판결의 인용액이 상당하지 아니하게 되었다는 등으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정)에 상관없이 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 하였다.

전소 확정판결 이후에 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경된 시점부터 변경의 소 제기 이전까지의 차액에 대하여 92다46226 전원합의체 판결에서 판시한 일부청구원용론에 의하여 추가청구가 가능한지에 대하여 정면으로 다루고 있는 글은 없고,[20] 전소 확정판결 후 사정변경에 의하여 증액된 임료 상당의 부당이득금의 청구가 있는 경우에는 (전소에서 명시적 일부청구임을 밝혔다고 하더라도) 명시적 일부청구이론을 적용할 것이 아니라 이러한 전제조건을 염두에 둔 변경의 소를 이용하는 것이 타당하다는 견해[21]가 있다.

2002년 6월 법원행정처가 발간한 「민사소송법 개정내용 해설」에 기재된 변경의 소의 신설취지와 이유에 따르면 민사소송법 제252조의 정기금판결 변경의 소는 92다46226 전원합의체 판결이 판시한 법리의 문제점을 해결하면서도 정의와 형평의 요청을 실현하기 위한 제도로서 신설된 것이다. 개정 민사소송법 시행 이후에는 정기금판결이 확정된 후에 액수산정의 기초가 된 사정이 변경됨으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때, 즉 경제적 사정이 변경됨으로써 전소 확정판결의 인용액이 상당하지 아니하게 되었다는 등으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 변경의 소를 제기하여야 하고, 92다46226 전원합의체 판결에 따라 일부청구원용론에 의하여 전소 정기금판결에서 명한 액수와의 차액부분에 대한 지급을 추가로 청구할 수는 없다고 보는 것이 변경

20) 김홍엽, 앞의 책, 794면은 위 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결을 인용하면서 '판례는 인용액과 적정액이 현저하게 차이가 나는 시점부터 정기금판결에 대한 변경의 소 제기 이전까지의 부분에 대하여도, 확정판결의 사실심 변론종결 뒤에 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로서 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 별개의 소송물로서 전소의 기판력이 미치지 않는 것으로 보아 비록 정기금판결에 대한 변경의 소의 대상은 아니지만 명시적 일부청구의 나머지 청구로서 이를 인정하고 있다'고 하고, 대상판결을 인용하면서는 '판례는 이러한 특별한 사정이 생기지 아니한 때에는 소제기 이전까지의 청구 부분이 전소의 소송물과 동일하여 전소 확정판결의 기판력이 미치므로 전소 확정판결에서 원고가 승소한 부분(즉 인용액)에 해당하는 부분은 소의 이익이 없어 각하하여야 하고, 이를 초과하는 부분은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이어서 기각하여야 한다는 입장이다'고 기재하고 있다.

21) 남동현, "기판력의 표준시에 관한 법률적 쟁점", 비교사법 16권 1호 (통권44호), 한국비교사법학회(2009년) 239면

의 소를 신설한 취지에 부합하는 것이다. 그럼에도 전소 확정판결 이후에 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경된 시점부터 변경의 소 제기 이전까지의 차액에 대하여는 일부청구원용론에 의하여 추가청구를 할 수 있다고 한다면, 변경의 소 제기 이후 부분에 대하여 동일한 이론에 의하여 차액을 청구할 수 없다고 할 근거가 없게 되는데, 이는 변경의 소를 신설한 의미를 퇴색시키는 것이다.

변경의 소에 의하여 전소 확정판결의 기판력을 배제하고 확정판결의 변경을 구할 수 있는 시적 범위를 어떻게 할 것인지는 전소 확정판결의 기판력 자체에서 도출되는 것이 아니라 입법에 의하여 정해질 수 있는 문제인데,[22] 변경의 소에 의하여 전소 확정판결의 변경을 구할 수 있는 부분이 변경의 소 제기 시점부터라고 한다면, 그 이전 부분에 대한 추가청구는 변경의 소를 구하는 동일한 요건, 즉 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 변경되었음 또는 경제적 사정이 변경됨으로써 전소 확정판결의 인용액이 상당하지 아니하게 되었다는 등으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생겼음을 사유로 하여서는 구할 수 없다고 보아야 한다. 변경의 소를 구할 수 있는 동일한 사유로써 변경의 소 제기시 이전 부분은 92다46226 전원합의체판결에 따른 일부청구원용론에 의하여 추가청구를 하고, 소 제기시점 이후 부분은 변경의 소에 의하여 확정판결의 변경을 구할 수 있다는 것은 변경의 소를 신설한 취지에도 반할 뿐만 아니라, 실질적으로 변경의 소에 의하여 확정판결의 변경을 구할 수 있는 시적 범위와도 모순되며, 일부청구원용론에 대한 비판론과 함께, 변경의 소에 의하여 전소 확정판결의 변경을 구하는 시적 범위를 변경의 소 제기 시점부터라고 해석하는 근거, 즉 확정판결에 대한 신뢰보호의 측면에서도 비판이 제기될 수 있다.

대상판결이 변경의 소 제기일 이전 부분에 대하여 92다46226 전원합의체 판결의 법리에 따라 추가청구를 할 수 없음을 명시적으로 판시를 한 것은 아니지만,

22) 조수정, 앞의 글, 214면에서는 입법론으로 변경의 소의 도입을 검토하면서, 전소 확정판결의 변경을 구할 수 있는 시점은 일부청구원용론에 의하면 추가청구가 가능하다고 볼 수 있을 정도로 사정이 변경된 때이고 기판력의 시적한계이론에 의하면 전소 확정판결 후 새로운 사정이 발생한 때부터 이므로 독일 민사소송법 제323조 제3항과는 차이가 있다고 하면서, 위 각 시점에 의하거나 변경허용시기를 본질적인 상황의 변화가 발생한 때로 규정한다면, 변경의 소 제기 당시에 본질적인 상황의 변화가 있는지를 심리하는 외에 그러한 변화가 발생한 시점까지 특정하여야 하는 어려운 점이 있고, 현저한 사정변경이 발생하면 언제든지 변경의 소를 제기할 수 있음에도 변경의 소를 늦게 제기한 당사자에게 변경을 허용하지 아니하더라도 가혹하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 상대방이 전소판결에 기하여 갖는 신뢰를 보호할 필요도 있으므로 변경의 소에 의하여 변경을 허용하는 시점은 독일과 마찬가지로 변경의 소를 제기한 이후로 한정하는 것이 타당하다고 한다.

제1심 판결과 달리 경제적 사정의 변경 등에 상관없이 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 한 것은 타당하다. 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결의 판시는 변경의 소를 신설한 취지와 그 취지를 반영한 대상판결의 판시에도 어긋난다. 대상판결에 따르면 2009다102452 판결의 사안은 전소 확정판결 후 복직 시까지 임금의 추가지급을 구하는 것으로서 실질적으로 확정된 정기금판결의 변경을 구하는 것인데 소 제기 이전 부분을 대상으로 한 것이어서 전소 확정판결의 기판력에 저촉되므로 전소 확정판결의 변론종결 후 사정변경에 관한 심리를 할 필요 없이 기각을 했어야 한다고 생각된다.

4. 맺는 말

앞에서 언급한 바와 같이 대상판결은 2002년 개정 민사소송법 시행 후 변경의 소에 관하여 판시를 한 유일한 대법원판결이다. 대상판결은 변경의 소에 의하여 전소 확정판결에서 지급을 명한 정기금의 액수를 변경할 수 있는 시적 범위를 변경의 소 제기일 이후라고 판시함으로써 민사소송법 제252조 법문에 규정된 '장차'의 의미를 명확하게 하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 대상판결은 변경의 소 제기 이전 부분에 대하여는 (정기금판결의 확정 후 현저한 사정변경 여부를 고려하지 않고) 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 판시함으로써 정기금판결의 확정 후 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경된 시점부터 변경의 소 제기 이전까지 부분에 대하여는 종래 92다46226 전원합의체 판결의 취지에 따라 추가청구를 할 수 없음을 시사하고, 이로써 변경의 소의 신설취지를 더욱 분명하게 하였다는 점에서도 의의를 찾을 수 있다. 대상판결 이후에 선고된 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결의 판시는 대상판결의 판시와도 어긋날 뿐만 아니라, 변경의 소를 신설한 취지에도 어긋나고, 법리상 많은 문제점을 가지고 있는 종래 92다46226 전원합의체 판결의 일부청구원용론을 그대로 따른 것이어서 부적절하다고 생각한다.

(논문접수일 : 2014.07.28, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

문 영 화

정기금판결 변경의 소, 기판력, 추가청구, 사정변경, 정기금판결

【참 고 문 헌】

이호원 집필부분, 제1판 주석 신민사소송법(IV), 한국사법행정학회(2003)

이시윤, 제6증보판 신민사소송법, 박영사(2012)

호문혁, 민사소송법 제10판, 법문사(2012)

김홍엽, 제4판 민사소송법, 박영사(2013)

민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처(2002)

문일봉, "독일 민사소송법상의 변경의 소", 사법행정 제431호, 한국사법행정학회(1996)

조수정, "장래정기금이행판결의 변경청구", 이화여대 법학논집 창간호, 이화여자대학교(1996)

전병서, "개정 민사소송법상 정기금판결과 변경의 소", 변호사 33집, 서울지방변호사회(2003)

김원태, "확정된 정기금판결의 변경을 구하는 소", 민사소송 제7권 제1호, 한국사법행정학회(2003)

김상훈, "개정민소법상의 정기금판결에 대한 변경의 소", 민사소송 제7권 제2호, 한국사법행정학회(2003)

정선주, "정기금판결에 대한 변경의 소 - 한국과 독일의 입법례 비교-", 비교사법 11권 2호(통권 25호), 한국비교사법학회(2004)

최성준, "장래 차임상당 부당이득금청구에 대한 확정판결의 기판력과 사정변경에 의한 추가청구", 민사재판의 제문제 8권, 민사실무연구회, 한국사법행정학회(1994)

백현기, "장래이행의 판결로 확정된 임료 상당 부당이득금의 증액을 청구할 수 있는가", 국민과 사법, 윤관대법원장퇴임기념판례평석집간행위원회(1999)

남동현, "기판력의 표준시에 관한 법률적 쟁점", 비교사법 16권 1호 (통권44호), 한국비교사법학회(2009년)

Müchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 1, Verlag C.H. Beck Müchen(2008)

Wieczorek/Schütze, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Großkommentar 3. völlig neu bearbeitete Auflage Zweiter Band, De Gruyter Recht Berlin(2007)

三宅省三 外, 注解民事訴訟法(II), 青林書院(2000)

伊藤眞, 民事訴訟法 第3版4訂版, 有斐閣(2010)

三上威彦, 標準時後の事情變更(2)-將來の損害, 別冊 Jurist, No.201 民事訴訟法 判例百選 第4版, 有斐閣(2010)

Abstract

Die Abänderungsklage und die Nachforderungsklage wegen der Veränderung der Verhältnisse

Moon, Young Hwa

Nach dem Artikel 252 Abs. 1 KZPO ist jeder Teil der Parteien berechtigt, im Wege der Klage künftig eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen, wenn die für Bestimmungen der Höhe der Leistungen maßgebende Verhältnisse wesentlich verändert sind und dadurch die Gerechtigkeit zwischen den Parteien groß verletzt wird, nachdem die Verurteilung zur wiederkehrenden Leistungen rechtskräftig wurde. Die Abänderungsklage ist durch die Novelle der KZPO in 2002 nach dem Vorbild des Artikels 323 ZPO eingeführt.

Bevor die Abänderungsklage eingeführt war, entschied der Oberste Gerichtshof am 21. 12. 1993. über den Fall der Zahlung von der ungerechtfertigten Bereicherung in der gleichen Miete des Landes, dass der Kläger des Vorprozesses war berechtigt, den Restanspruch geltend zu machen, wenn die Miete des Grundstücks nach dem letzten Urteil zur wiederkehrenden Leistungen neun Mal gestiegt war, weil sein Anspruch im Vorprozeß als einen Teilanspruch betrachtet sein konnte. Es gab viele Kritiken an diesem Urteil in Bezug materielle Rechtskraft und die Abänderungsklage ist eingeführt, in Bezug auf die gleichen Fälle, um die gleiche Schlussfolgerung zu erhalten.

Der Oberste Gerichtshof hat entschieden über den erste Fall von der Abänderungsklage am 24. 12. 2009. Der erste Gericht behandelte die Klage des Klägers von dem Vorprozeß als die Nachforderungsklage auf

die Entsheidung von dem Obersten Gerichtshof am 21. 12. 1993. und abwies die Klage, weil maßgebende Verhältnisse zur Bestimmungen der Höhe der Leistungen nicht wesentlich verändert war. Aber der Oberste Gerichtshof entschied, dass die Klage die Abänderungsklage nach dem Artikel 252 Abs. 1 KZPO war und der Kläger des Vorprozesses nicht berechtigt war, die Nachforderungsklage zu erheben für die Zahlung vor der Klageerhebung wegen der materiellen Rechtskraft des Vorurteils. Und der Oberste Gerichtshof entschied, dass die Abänderungsklage auch abgewiesen wurde, weil es keine erforderlichen (wesentliche) geänderten Verhältnisse gab.

Der Urteil des Obersten Gerichtshofs in 2009 hat die Bedeutung, auf die Frage klar zu machen, ob der Kläger des Vorprozesses die Nachforderungsklage wegen der wesentlichen Veränderung der Verhältnisse nach der Einführung der Abänderungsklage erheben kann oder nicht.

Moon, Young Hwa

Abänderungsklage, materielle Rechtskraft, Nachforderungsklage, Veränderung der Verhältnisse, Urteil zur wiederkehrenden Leistungen

유엔해양법협약상 섬의 법적 지위에 관한 연혁적 고찰*

이 창 렬**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 섬의 법적 지위 정립 과정
1. 섬의 기본 정의에 관한 합의
2. 섬과 유사 개념의 구별을 위한 정교화 작업
3. 섬의 법적 정의 정립
Ⅲ. 유엔해양법협약의 섬 조항에 대한 해석
1. 섬과 관련한 용어의 구분
2. 해양관할권을 가지는 육지지역의 분류를 위한 기준
Ⅳ. 섬 제도의 적용과 한계에 관한 고찰
1. 섬과 암석의 구별 문제
2. islet과 암석의 구별 문제
3. 공해의 자유와 인공섬
Ⅴ. 결론
1. 섬의 최소 요건에 대한 고찰
2. 우리나라에서의 시사점

【국 문 요 약】

섬은 육지와 동일한 법적 효과를 가지는 지형으로서 해양관할권의 확장에 매우 중요한 역할을 한다. 이러한 이유로 국가들은 매우 작은 규모의 섬에 대하여도 최대한의 해양관할권을 주장하려는 노력을 기울이고 있다. 유엔해양법협약은 섬에 관하여 제121조의 조항을 두어 섬이 해역을 가질 수 있는 요건에 대하여 규정하였다.

협약의 요건이 매우 모호하여 국가들간 협약의 해석을 둘러싸고 다툼이 발생하고 있다. 제121조는 섬과 구별되는 개념으로 "암석"이라는 단어를 쓰고 있으나, 이에 대한 아무런 설명이 없다. 또한 "인간의 거주 가능성", 그리고 "독자적 경제활동"이라는 문구를 사용하면서 이에 대한 어떠한 정보도 제시하지 않고 있다.

이 논문은 협약 제121조의 이러한 해석의 어려움을 해결하는데 일조하기 목적을 가진다. 이를 위하여 유엔해양법협약의 초안 작성 과정에 당사국들의 논의 분석을 통하여 해양관할권을 가질 수 있는 섬과 그렇지 못한 섬을 구분하는 분류 기준에 대하여 탐구한다. 또한 이 연구는 암초, 드러난 암초, 간조노출지, 암석, islet에 대한 개념 정의를 시도하고, 섬과 암석, 암석과 islet의 차이점을 설명한다.

* 본 논문은 2012년 제주 해상치안컨퍼런스에서 발표하였던 내용을 해양수산부의 PM58112 사업의 지원을 받아 수정 및 보완한 것입니다. 또한 본 내용은 한국해양과학기술원의 공식입장과는 아무런 관련이 없음을 밝히는 바입니다.
** 한국해양과학기술원 선임연구원, 법학박사.

Ⅰ. 서론

각 국들은 연안 및 원양에 무수히 많은 섬[1]을 보유하고 있다. 제3차 유엔해양법회의에서 협상 당사국들은 섬에 대하여 많은 관심을 보였다. 이 회의에서 섬이 중요한 이슈가 될 수 있었던 이유는 연안국의 해양관할권이 미치는 범위를 결정함에 있어 섬을 대륙과 똑같은 취급해야 한다는 합의가 전제되었기 때문이었다. 많은 수의 섬을 보유한 국가들은 섬으로부터 최대한의 해양관할권을 가지기 위한 법 체제를 지지하였고, 내륙국 또는 적은 수의 섬을 소유한 국가들은 대륙과 비교하여 작은 면적의 지형으로부터 발생할 수 있는 과도한 해양관할권의 확장을 억제하고 균형을 찾기 위한 법 체제를 주장하였다.

섬에 대한 법적 논의는 작은 크기의 지형에 대륙과 동일하게 유엔해양법협약에서 인정하는 최대 범위의 해양관할권을 부여하는 것이 과연 합리적인 선택인가에 대한 고민에서 출발하여, 당사국들은 대륙과 똑같이 취급될 수 있는 섬이란 어떠한 섬을 말하는 것인지 구체적 기준을 정립하기 위하여 많은 노력을 하였다. 당사국들은 1925년 국제법의 법전화를 위한 회의에서부터 1982년 제3차 유엔해양법회의가 끝날 때까지 다른 해양법 문제와 함께 약 57여 년간 긴 논의를 하였으나 구체적인 합의에 이르지 못하였다. 유엔해양법협약이 발효된 이후, 해양경계획정에 관한 사건에서 국제법원들 또한 섬의 법적 지위에 관한 문제를 고려할 수 있는 경우에도 당해 섬의 존재를 형평한 해결을 위한 관련상황의 하나로 보고 섬의 법적 지위 여부와 상관없이 섬의 효과를 최소한으로 결정함으로써 섬의 법적 지위에 관한 문제를 회피하였다. 그 결과 섬의 법적 지위에 대한 해석은 여전히 미해결의 상태로 남아 있다.

그러나 섬의 법적 지위에 대한 모호함은 국제사회에 다른 분쟁의 요소를 유발하고 있다. 가장 대표적인 예는 일본의 오키노토리다.[2] 일본은 오키노토리를 유엔해양법협약상 대륙과 동일한 효과를 가질 수 있는 섬으로 주장하여, 이를 기준으로 200해리의 배타적경제수역과 대륙붕 그리고 200해리 밖으로 연장하는 대륙붕을 가

1) 서론에서 "섬"은 유엔해양법상 섬의 법적 지위를 갖는 지형과 그렇지 못한 유사 지형 모두를 포함하는 개념으로 사용한다. 본론 이하에서는 섬에 관한 자세한 논의를 통하여 섬과 유사한 지형을 구분한다.

2) 정식 명칭은 일본어로 "沖ノ鳥島"이며, 영문으로 "Oki-no-Tori Shima"다. 일반적으로 "오키노토리 시마"라고 사용한다. "Shima"는 일본어로 섬이라는 의미를 가진다. 필자는 이 논문에서 오키노토리가 섬이 아님을 강조하기 위하여 의도적으로 시마를 뺀 오키노토리를 사용한다.

질 수 있다고 주장하고 있다.[3] 반면 한국과 중국은 오키노토리가 배타적경제수역과 대륙붕을 가질 수 없는 환초라고 주장한다.[4]

유엔해양법협약이 섬 제도에 관한 규정을 두고 있음에도 불구하고 이러한 반대되는 주장이 가능한 이유는 협약에서 사용되고 있는 용어에 대하여 다양한 해석이 가능하기 때문이다. 특히 협약은 암석, 암초와 같은 용어를 사용하고 있으면서도 이들에 대한 정의를 따로 하고 있지 않아 자의적인 해석을 가중시키고 있는 실정이다.

본 연구는 협약의 제정과정에서 섬 제도에 관한 당사국들의 교섭 기록을 통해 협약당시의 정황 그리고 당사국들의 의도가 무엇이었는지 살펴보고, 이를 통하여 협약에서 사용하는 유사 용어들에 대한 정의를 시도한다. 그리고 200해리의 배타적경제수역과 대륙붕을 가질 수 있기 위한 최소한의 법적 기준과 그 한계는 무엇인지에 대하여 탐구하여 최소한의 기준을 제시함으로써 섬의 법적 지위에 관한 최소 기준의 정립에 기여하고자 한다.

Ⅱ. 섬의 법적 지위 정립 과정

유엔해양법협약은 섬 제도에 관하여 동 협약 제8부 제121조 단 하나의 조항을 두고 있다. 이는 동 협약에 규정되어 있는 섬에 관한 유일무이한 조항이다. 이 규정은 섬에 관한 일반적 정의, 섬이 가질 수 있는 해역의 종류, 그리고 일정한 경우의 예외를 기술하고 있다. 그러나 협약은 섬에 대한 직접적인 내용을 담고 있지는 않지만, 제121조 이외에도 일부 조항에서 섬과 관련 있는 내용을 규정하고 있다.[5]

3) Japna, *Note Verbal* of 9 April 2012.

4) Korea, *Note Verbal* of 11 August 2011; China, *Note Verbal* of 3 August 2011.

5) 동 협약 제5조는 환초상에 위치한 섬 또는 가장자리에 암초를 가진 섬의 경우, 영해의 폭을 측정하기 위한 기선은 암초의 바다쪽 저조선으로 한다는 규정을 두고 있다. 동 협약상 배타적경제수역과 대륙붕은 영해기선으로부터 측정하므로, 제5조에 해당하는 암초는 배타적경제수역과 대륙붕을 가질 수 있게 된다. 동 협약 제7조는 직선기선의 설정 요건에서 해안을 따라 아주 가까이 섬이 흩어져 있는 경우 적절한 지점을 연결하는 직선기선을 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 동 협약 제10조는 만 입구에 섬이 있는 경우 각각의 입구를 가로질러 연결하는 선의 길이의 합계를 반원의 지름으로 하고, 만 안쪽의 섬은 만입 수역의 일부로 본다. 동 협약 제11조는 항만체계의 불가분의 일부를 구성하는 가장 바깥의 영구적인 항만시설은 해안의 일부를 구성하는 것으로 본다. 단 근해시설과 인공섬은 영구적인 항만시설로 보지 아니한다. 동 협약 제12조 정박지는 영해에 포함되는 것으로 한다. 동 협약 제13조 간조노출지에 관한 정의를 설명하고 있으며, 영해의 폭을 넘지 않는 거리에 있는 간조노출지는 영해기선으로 사용할 수 있음을 규정하고 있다. 동 협약 제56조(1)(b), 제60조는 연안국은 인공섬, 시설 및 구조물의 설치와 사용의 주권적 권리를 가지면, 500미터 범위의 안전수역을 설정할 수 있는 권리를 가진다. 단, 국제항행에 필수적인 항로대의 이용을 방해할 수 있는 곳에 설치할 수 없다. 동 협약 제87조는 공해에서 연안국 또는 내륙국은 배타적경제수역을 규정하고 있는 제6부에 따라 국제법상 허용되는 인공섬과 그 밖의 시설 건설의 자유를 가진다. 제4부는 하나 또는 둘 이상의 군도로 구성된 군도국가에 대하여 별도의 규정을 두고 있다. 또한 동 협약 제15조, 제74조 제83조는 해양경계획정에 있어 특별한 상황 또는 관련상황의 고려요소에 섬을 포함하고 있는 것으로 이해된다.

이들 규정을 살펴봐도 알 수 있는데, 실제로 해양에서 그리고 협약은 석, 암초, 간조노출지, 환초 또는 산호초, 퇴, 그리고 인공섬 및 시설물과 구조물 등과 같은 섬과 관련한 다양한 용어들을 사용하고 있다. 따라서 섬 제도에 관하여 논의하기 위해서는 먼저 섬과 그 밖의 지형을 구별할 수 있는 섬에 관한 정의 확립이 중요하였다.

1. 섬의 기본 정의에 관한 합의

섬의 정의에 관한 논의는 1925년 결성된 국제법의 점진적 법전화를 위한 국제회의(Conference on the Progressive Codification of International Law)에서 시작되었다. 동 회에서 구성된 위원회는 총 11개의 주제를 다루었는데, 섬은 두 번째 주제인 영해의 일부로 다루어졌다. 두 번째 주제에 관한 전문가 회의에서 Walther Schücking은 섬 제도에 관한 초안 제5조를 제언하였다.[6] 이 초안에서 그는 연안의 섬은 본토를 대체하여 영해의 범위를 측정하는 기준이 될 수 있으며, 본토를 기준으로 영해의 범위 밖에 있는 섬은 자체의 영해를 가진다고 규정하였다.

그가 제언한 섬은 다음 두 가지 조건을 충족해야 했다. 첫째, 계속하여 바다에 완전히 잠겨있어서는 안 된다. 둘째, 자연적 섬이어야 한다.[7] 해저에 정박지로 사용하기 위하여 인공적으로 만들어졌고, 해저와 단단히 연결되지(solid connection) 않은 섬은 자체의 영해를 가지지 않는다고 설명하였다.[8] 그러나 실제로 해저와 연결되어 있는 인공섬(예를 들면 등대를 설치하기 위한 인공섬) 주변에 영해가 설정되어야 하는가에 대하여는 아직 논의의 여지가 있으며, 통일된 법적 이론은 없다고 하였다.[9]

6) "계속하여 잠겨 있지 않는 연안의 자연적 섬의 경우, 바다의 안쪽 수역은 그 섬으로부터 측정되며, 예외적으로 본토에서 측정한 영해의 범위 안에 있지 않고, 본토에서 멀리 떨어져 있는 경우, 이러한 섬은 자체의 특별한 영해를(a special territorial sea) 가진다."; "Second Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", 20 Special Numbers *Am. J. Int'l L. Spec. Sup.* 17(1926), p. 117.

7) *Ibid.*, pp. 85~87.

8) *Ibid.*, p. 87.

9) 이에 대하여 Russel 경은 등대가 건설된 경우는 건설한 국가 영토의 일부가 된다고 하였고, Oppenheim은 등대가 있을지라도, 해당 수역에 주권을 가지지 않는다고 하였다; *Ibid.*, p. 87.

이 회의에서 M. Barbosa de Magalhaes는 기본적으로 초안 제5조에 대하여 동의하였으며 추가로 군도에 관한 규정이 삽입되어야 한다고 발언하였다. 그는 군도는 전체를 하나의 섬으로 보아야 하며, 군도의 영해 범위는 군도의 중앙에서 가장 멀리 있는 섬에서 측정되어야 한다는 내용을 추가할 것을 주장하였다.[10]

여러 논의가 있었으나, 크게 대립되는 논쟁이 제기되지는 않았다. 이에 따라 1930년 헤이그에서의 국제법의 점진적 법전화를 위한 국제회의에서 소위원회는 "모든 섬은 자신의 영해를 가진다. 섬은 만조 때에 항상 물 위에 있으며, 물로 둘러싸인 육지지역이다. 간조 때에만 물 위에 있더라도 영해의 범위 안에 위치한 노출지는 영해기선의 획정에 고려된다."라는 조항을 채택하였다.[11] 이 조항은 추후 유엔해양법회의에서 섬에 관한 논의에 출발점이 된다. 소위원회는 섬의 정의에 관한 보충설명에서 인공섬을 배제하고 있는 것은 아니라고 하였으나, 영토의 진정한 부분이어야 한다는 모호한 조건을 달았다.[12] 인공섬에 대하여는 이후에 관련 부분에서 논의하기로 한다.

2. 섬과 유사 개념의 구별을 위한 정교화 작업

1930년 전문가 회의 내용은 이후 1956년에 시작한 제1차 유엔해양법회의(United Nations Conference on the Law of the Sea)의 기초가 되었다. 1956년 유엔해양법협약 초안의 준비 과정에서, 국제법위원회(International Law Commission)는 "모든 섬은 자체의 영해를 가진다. 섬은 통상의 경우(normal circumstances) 항상 만조선 위에 물로 둘러싸인 육지다."라는 초안 제10조를 제안하였다.[13] 이 규정은 1930년 헤이그 법전화 회의에서 채택하였던 초안에 "통상의 경우"를 추가한 것 이외 크게 변화된 부분은 없으나 세부 내용에 대한 점진적인 발전이 있었다. 이에 관한 보충설명에서 국제법위원회는 첫째, 영해 내에 위치하는 섬은 본토 영해의 외측한계를 결정하는데 고려되어야 하며, 둘째, 간조일 때에만 물 위에 있는 노출지는 등대와 같은 시설물이 설립되어 있더라도 섬으로 보지 않는다고 하였다. 다만 대륙붕 개발을 위해 해저에 건설된 기술적 시설물은 극도의 취약성에 비추어 안전수역이 인

10) 군도에 관한 이러한 견해는 제3차 유엔해양법회의에서 다시 한 번 논의되는데, 이 논문과 직접적인 관련성이 적으므로 더 자세한 논의는 생략하기로 한다; *Ibid.*, pp. 132~133
11) D. H. N. Johnson, "Artificial Islands", 4 *Int'l L. Q.* 203(1951), p. 203.
12) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, *United Nations Convention on the law of the sea 1982: A Commentary*, Volume III(Martinus Nijhof Published, 1995), p. 327.
13) *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, (A/CN.4/SER.A/1956/Add.l). p. 270.

정되어야 한다고 하였다.[14]

이 초안은 제1차 유엔해양법회의 협의 과정에서 약간만 수정되어 1958년 영해 및 접속수역에 관한 제네바 협약(Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone, 이하 '1958년 영해협약') 제10조에 거의 그대로 규정되었다. 동조 제1항은 "섬은 만조일 때에 수면 위에 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 육지다."라고 규정하고 있으며, 제2항은 "섬의 영해는 이 조항의 규정에 따라 측정된다."라고 규정하고 있다. 이 조항에서 "자연적으로 형성된 육지"라는 문구는 미국이 제안하였는데, 이는 섬에 관한 규정의 적용에서 인공섬을 배제하기 위한 것이었다.[15] "자연적으로 형성된 육지"라는 문구의 삽입으로 섬의 정의에 인공섬이 포함되는가의 문제를 명확하게 해결하였다. 사실 "자연적으로"라는 용어는 1954년 국제법위원회에서 Lauterpacht에 의하여 처음 제기되었다. 그는 "육지지역"이라는 단어 앞에 "자연적으로"라는 용어를 삽입하여, 기술적 시설물, 등대, 수상가옥과 같은 인공적 시설물은 영해를 가질 수 없도록 해야 한다고 주장한 바 있었다.[16] 당시 그의 주장이 그대로 반영되지는 못하였으나, 국제법위원회도 간조노출지에 구조물이 설치되어 있는 경우 그리고 해저의 기술적 구조물을 섬으로 보지 않는다는 보충설명을 제시하였다.[17]

3. 섬의 법적 정의 정립

가. 객관적 기준과 주관적 기준의 도입 논의

제3차 유엔해양법회의에서 본격적으로 논의되기 전까지 섬을 포함하여 해양법 전반에 관한 사항은 유엔해저위원회(United Nations Committee on the Peaceful Uses of Sea-Bed, 이하 '해저위원회')에서 논의되었다. 이 회의에서 섬에 관한 논의는 섬이 가질 수 있는 해양관할권 및 그 범위 한계가 주된 대상이었다.

1973년 해저위원회 회의에서, 아프리카 국가들은 섬의 해역에 관한 결정은 "섬의 크기", "인구", "본토와의 근접성", "지질학적 형상", 그리고 "섬 국가와 군도 국가의 특별한 이해"를 포함하는 모든 관련 요소를 고려하여 형평의 원칙에 따라야

14) *Ibid.*
15) *First Committee : Territorial Sea and Contiguous Zone, the Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III, (A/CONF.13/39), p. 242.
16) *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, (A/CN.4/SER.A/1954/Add.l). p. 92.
17) 박찬호, "섬의 국제법상 지위 - 바위섬의 해양관할권을 중심으로", 대한국제법학회, 「국제법논총」 제 47권 제2호(2002), p. 25.

한다고 주장하였다.[18] 몰타는 해양공간조약(Ocean Space Treaty) 초안 제1조에 "섬"과 "islet"[19]을 구분하기 위한 문구를 추가하는 수정안을 제안하였다. 수정안에서 몰타는 "섬은 1평방킬로미터 이상의" 크기를 말하고 "islet는 1평방킬로미터 미만의" 크기를 말하는 것으로 설명하였다.[20] 또한 몰타는 초안 제9조에서 등대와 같은 시설물이 설치되어 있든 그렇지 않든 암초와 간조노출지, islet, 그리고 크기에 상관없이 인공적으로 만든 섬을 관할권을 가지지 않는 지형으로 규정하였고, 초안 제11조(3)에서 섬인 경우에도 10평방킬로미터 미만의 섬에 대하여 적절한 기선으로부터 12해리를 초과하지 않는 해양관할권만을 가질 수 있도록 하였다.[21]

위 두 주장에 대하여 그리스는 섬 지형을 단순한 크기로 구분하는 것에 반대 의사를 표명하면서 섬은 대륙붕 또는 본토의 중요한 부분을 구성하는 지형이라고 주장하였다.[22] 이에 대한 부연 설명은 없었으나, 크기가 작은 섬이라도 원칙적으로 기본 정의에 부합하는 섬은 완전한 해양관할권을 가질 수 있다는 의도로 보인다. 이와 관련하여 루마니아는 다음과 같은 내용의 새로운 초안을 제안하였다. 제1항 사람이 거주하지 않고 경제활동이 없는 연안의 대륙붕에 위치한 islet과 작은 섬(small island)은 대륙붕 또는 유사한 기타 해역을 가지지 않는다. 제2항 이러한 섬들이 가지는 해역의 범위는 협정에 의하여 결정한다.[23] 여기서 루마니아는 완전한 해양관할권을 가지는 섬과 구분하여 "사람이 거주하지 않고 경제활동이 없는"이라는 두 가지 요건에 해당하는 "islet"과 "small island"라는 개념을 새로 만들었다. 루마니아의 제안은 크기에 관계없이 기본적 정의에 부합하는 섬은 해양관할권을 가질 수 있으나, 크기라는 객관적 기준과 사람이 거주하지 않고 경제생활이 없는 주관적 기준에 해당하는 지형은 기본적 정의에 부합하더라고 해양관할권을 가질 수 없다는 논리다. 해양관할권을 설정하는 이유가 연안에 거주하는 주민의 삶과 복지를 위한 이유가 있음을 고려할 때, 크기가 작고 사람도 살 수 없으면서 경제생활이 없는 이른바 불모의 무인도에 해양관할권을 인정하지 않는 것은 합리적인 제안으로 판단된다. 또한 이 제안은 현재의 유엔해양법협약과 매우 유사하다.

해저위원회에서의 논의는 다음과 사항으로 정리할 수 있다. 첫째, 섬은 육지와

18) *SBC Report* 1973(A/AC.138/89), Declaration B.
19) "islet"는 소도(小島)라고 번역될 수 있으나. 이는 small island와의 구분이 모호하므로 본문에서는 "islet"을 원어 그대로 사용한다.
20) *SBC Report* 1973(A/AC.138/SC.II/L.24), p. 3.
21) *Ibid*, pp. 6~7.
22) *67th meeting of Sub-Commottee II*(A/AC.138/SC.II/SR.67), p. 10.
23) *SBC Report* 1973(A/AC.138/SC.II/L.53).

동일한 해양관할권을 가진다. 둘째, 섬의 해양관할권의 범위를 결정함에 있어 섬의 물리적 특성 이외에도 인간의 거주 및 경제생활의 영위와 같은 다른 고려요소들이 있다. 셋째, 매우 작거나, 사람이 거주하지 않고 경제활동이 없는 지형은 해양관할권을 가지지 않거나 제한된 범위의 해양관할권을 가진다. 위에서 설명한 바와 같이 해저위원회는 여러 논의를 하였으며 건설적인 의견도 개진되었으나, 섬의 정의와 관련하여 해저위원회에서 구체적으로 결정한 사항은 없이 이 안건은 제3차 해양법회의로 넘어간다.

나. 섬의 법적 정의 구체화의 시도

제3차 유엔해양법회의에서 섬의 법적 지위에 관한 논의는 국가 간의 해양경계획정과 관련하여 이루어졌다. 1974년 두 번째 회기에서, 루마니아는 해저위원회에서 제안하였던 것을 더 세분화하여 섬의 크기, 인구, 위치와 지리적 형상, 그리고 기타 관련요소에 따라 섬이 가질 수 있는 해양관할권의 범위를 판단할 수 있다고 주장하였으며, 기타 간조노출지, islet, 사람이 거주하지 않거나 경제활동을 할 수 없는 작은 크기의 섬은 해양관할권을 가질 수 있는 섬의 유형에서 제외하였다.[24] 이에 대하여 그리스는 해저위원회에서의 제기하였던 주장과 마찬가지로 섬의 크기가 크든 작든 모든 섬에 대하여 기타 유사한 다른 지형과 구별 없이 영해, 대륙붕, 그리고 기타 해역에 관한 영토적 주권을 가진다고 주장하였다.[25] 터키도 대륙붕 해양경계획정에서 섬, islet, 그리고 암석의 존재가 모두 관련요소로 고려되어야 한다고 주장함으로써[26] 구분 없이 모두 대륙붕을 가질 수 있다는 입장을 지지하였다. 피지, 뉴질랜드, 통가, 그리고 서사모아와 같은 그룹은 별도의 기준을 제시하지 않고 섬의 정의와 섬이 가질 수 있는 해역에 관한 일반적 내용의 규정을 제안하였다.[27] 이에 대한 보충설명으로 뉴질랜드는 섬은 일반적으로 육지영토와 마찬가지의 영해 및 배타적경제수역에 대한 권원을 가진다고 설명하면서, 섬 제도에 관한 규정은 경계획정의 문제와는 별도의 것으로 고려해야 한다고 주장하였다.[28] 이 중

24) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.18), pp. 195~196.
25) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.22), p. 201.
26) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.23), p. 201.
27) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.30), pp. 210~211.

구체적인 안을 제시한 루마니아와 터키의 견해를 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

루마니아는 1평방킬로미터라는 크기를 기준으로 "islet"과(1평방킬로미터 미만) "islet과 유사한 섬"(1평방킬로미터 이상 일정한 크기의 미만, 최대 크기의 한계에 대한 설명은 없음)으로 나누었고, 1평방킬로미터 이상의 지형이면서 사람이 거주하지 않거나 할 수 없는 또는 독자적 경제활동을 하지 않거나 할 수 없는 섬을 "islet과 유사한 섬"으로 정의하였다.[29] 각 지형에 대하여 루마니아는 (1) "islet", 그리고 "islet과 유사한 섬"은 해역의 연장을 가질 수 없으며, 아와 별도로 노출지가 연안에 매우 인접하여 위치해 있는 경우 영해 측정의 기선으로 사용할 수 있다. (2) "islet" 또는 "islet과 유사한 섬"이 영해 안에 위치하는 경우, 합리적 범위에서 영해를 가질 수 있으며, "islet" 또는 섬 위의 등대와 시설물의 보호를 위한 별도의 수역을 설정할 수 있다. (3) 이러한 별도 수역은 연안국의 해역에 영향을 주지 않는 방법으로 설정해야 한다. (4) 영해 밖에, 대륙붕 및 배타적경제수역에 있는 "islet" 또는 "islet과 유사한 섬"은 연안국에 속하는 해역에 영향을 주지 않는 방법으로 안전수역을 설정할 수 있다고 제안하였다.[30]

터키는 "(2) 타국의 대륙붕과 배타적경제수역에 위치한 섬은 본국의 면적과 인구의 1/10 이상의 면적과 인구를 가지지 않는 한 자체의 배타적경제수역과 대륙붕을 가질 수 없다. (3) 경제활동을 할 수 없으며, 한 국가의 영해 밖에 위치한 섬은 자신의 해역을 가질 수 없다. (4) 암석과 간조노출지는 자신의 해역을 가질 수 없다고 하였다."[31] 그러나 여기서 터키는 암석의 개념에 대한 정의를 하지 않았다.

14개의 아프리카 국가들은 섬에 관한 일반적 정의에 "매우 큰(vast)"이라는 형용사를 추가하고, islet, 암석, 간조노출지 각각에 대한 정의 규정을 제안하였다.[32] 유엔해양법회의 전 과정에서 이 제안이 각 용어에 대하여 자세히 설명하고 있는 유

28) *38th Meeting, The Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume II(A/CONF.62/C.2/SR.38), pp. 278~279.

29) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.53), p. 228.

30) *Ibid.*, pp. 228~229.

31) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.55), p. 230.

32) 초안 제1조에서 "섬"은 만조일 때에 물위에 있는 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 거대한 육지지역, "islet"는 만조일 때에 물위에 있는 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 작은 육지지역, "암석"은 만조일 때에 물 위에 있는 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 육지의 암석의 융기, "간조노출지"는 간조일 때에 물 위에 있고 물로 둘러싸여 있으나 만조일 때에 잠겨 있는 자연적으로 형성된 육지지역으로 정의하였다.

일한 초안이라 할 수 있다. 아프리카 국가들은 위 지형들의 효과에 대하여, 이들이 연안에 인접해 있는 경우 기선으로 활용할 수 있으나, 인접해 있지 않은 경우 크기, 지리적 형상, 지질학적 그리고 지형학적 구조, 거주민의 요구와 이익, 생활환경, 위치와 같은 관련 요소들을 고려하여 형평한 기준에 따라 해역의 범위를 적용해야 하며, 제1조의 섬을 제외하고 안전수역 이외 자신의 해역을 가질 수 없다고 제안하였다.[33]

위 제안의 대부분은 주요동향 작업문서(Main Trends Working Paper)의 19번째 안건으로 제13부 섬 제도에 반영되었다.[34] 주요동향 작업문서의 제239조 A안은 1958년 협약 제10조의 정의 규정을 수정을 가하지 않고 거의 그대로 수용하였다. B안은 14개 아프리카 국가의 제한이 수용되었고, C안은 루마니아의 제안에 포함되었던 지리적 특징에 관한 정의가 수용되었다. 섬이 가지는 해역을 획정하는데 사용되는 기준을 포함하는 제안은 제241조와 제242조에 반영되었다.

1975년 세 번째 회기에서 섬에 관한 논의는 비공식협의체에서 이루어졌다. 이 회의 결과 비공식단일교섭문서(Informal Single Negotiating Text, ISNT) Part II 제8부 제132조에 다음과 같은 규정을 두었다.[35]

(1) 섬에 관한 일반적 규정

(2) 제3항에서 규정된 경우를 제외하고, 섬의 영해, 접속수역, 배타적경제수역, 그리고 대륙붕은 다른 육지영토에 적용될 수 있는 협약의 규정에 따라 획정된다.

(3) 사람이 거주할 수 없거나 독자적 경제활동을 할 수 없는 암석은 배타적경제수역 또는 대륙붕을 가질 수 없다.

제1항은 1958년 영해협약 제10조에 있었던 섬의 정의 규정을 반복한 것이며, 제2항 역시 섬의 해역은 다른 육지영토에 적용하는 것과 같은 방법으로 획정된다는 것을 되풀이 한 것이었다. 제3항은 "islet"과 "islet과 유사한 섬"에 관한 루마니아의 제안이 수정되어 채택된 결과였다.[36] 여기에 해양경계획정에 있어 섬의 효과는

33) *Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.62/Rev.1), p. 232.

34) *Statement of activities of the Conference during its first and second sessions, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.8/Rev.1), pp. 140~142

35) *Informal single negotiating text, part II, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume IV(A/CONF.62/WP.8/Part II), p. 170~171.

ISNT/Part II에 포함되지 않았고, 이후 협상에서도 이 조항은 거의 수정되지 않고 현재의 협약 제121조가 되었다.

제121조가 최종 채택되기까지의 과정에서 논의된 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. 1976년 네 번째 회기에서 콜롬비아는 제3항에 "섬 자체로 생활이 어려운, 영구적 정착민이 없는 섬이 타국의 연안에 보다 가까이 있으며, 자국의 영해의 2배에 달하는 거리에 있는 경우 그 섬은 배타적경제수역 또는 대륙붕을 가지지 않는다."는 수정안을 제안하였다.[37] 이 제안은 해양경계획정과 관련하여 섬의 지위에 관한 우려를 반영한 것으로 리비아도 유사한 견해를 표명하였다. 리비아는 "(3) 인간이 거주할 수 없거나 독자적 경제활동을 할 수 없는 작은 섬과 암석은 영해, 접속수역, 배타적경제수역, 대륙붕을 가질 수 없다. (4) 제3항에 규정된 이러한 섬과 암석은 인접 또는 대항하는 국가의 해역에 영향을 주지 않는 안전수역을 가진다."라고 하였다.[38] 이에 대하여 튀니지는 섬의 지위를 결정하는데 사용되는 다양한 지리적 특징과 기준에 관한 정의를 되풀이 하였다. 튀니지의 제안은 14개 아프리카 국가들이 두 번째 회기에서 제출하였던 제안을 재현한 것이었다.[39] 그러나 위 제안은 모두 받아들여지지 않았다.

1977년 여섯 번째 회기에서, 9개 국가들은 "(4) 다른 국가의 대륙붕 또는 배타적경제수역에 위치하는 섬 또는 섬의 지리적 위치가 다른 국가의 대륙붕 또는 배타적경제수역에 영향을 주는 섬은 자체의 경제수역 또는 대륙붕을 가지지 않는다."라는 새로운 제4항을 삽입하는 제안을 지지하였다.[40] 그러나 이 제안 역시 채택되지 않았으며 기존 초안이 수정단일교섭문서(Revised Single Negotiation Text, RSNT)에서 제121조로 바뀌었을 뿐이었다.

1978년 일곱 번째 회기에서도 해양경계획정에 있어 섬의 지위에 관한 우려가 재논의 되었다. 우려를 제기한 그룹은 "(3) 섬의 지리적 위치가 인접하거나 마주하는 국가 사이의 경계선에 왜곡 또는 불형평의 원인을 구성하는 경우, 당해 섬은 형평의 원칙, 모든 지리적 그리고 관련 상황과 양립할 수 있는 범위에서만 해역을 가진다."라는 수정안을 제시하였으나,[41] 채택되지 않았다.

36) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, *supra* note 9, p. 335.
37) *Ibid.*, p. 336.
38) *Ibid.*
39) *Ibid.*
40) 알제리, 이라크, 아일랜드, 리비아, 마다가스카르, 니카라과, 루마니아, 터키, 그리고 카메룬; *Draft paragraph on the regime of islands, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume VII(A/CONF.62/C.2/L.96), p. 84.

1979년 여덟 번째 회기에서, 아일랜드는 제2항의 앞부분에 "제3항의 규정을 제외하고 제15조, 제74조, 제83조에 규정된 권리를 침해하지 않고"를 추가하는 수정안을 제안하였으나, 이 역시 받아들여지지 않았다.[42] 이슬람 국가들의 대표 Yolga는 "마주하거나 인접하고 있는 국가들의 해양경계획정에 있어 섬의 지리적 위치로 인하여 해양경계획정에 관한 협의가 이루어지지 않는 원인이 되는 섬은 형평의 원칙과 모든 관련상황을 고려하여 해역을 배분한다."라는 수정안을 제기하였다.[43] 이 제안은 제7번째 회기의 제안과 유사한 내용을 담고 있는데, 이 역시 채택되지 않았다.

1982년 열 한 번째 회기에서, 루마니아는 "사람이 거주하지 않는 islet는 관련 국가의 주요 해역에 어떠한 효과도 가지지 않는다."는 제4항을 추가로 제안하였다. 이는 해양경계획정에 있어 사람이 거주하지 않는 섬의 존재를 원용하여 다른 국가의 해역을 침해하는 것을 방지하기 위한 의도였다.[44] 이에 대하여 영국은 해양경계획정에 있어 다른 형태의 영토와 구별할 이유가 없다는 이유로 제3항의 전면 삭제를 제안하며, 루마니아가 제안한 새 조항의 추가를 반대하였다.[45] 그러나 두 제안 모두 투표에는 회부되지 못하였다.

Ⅲ. 유엔해양법협약의 섬 조항에 대한 해석

1. 섬과 관련한 용어의 구분

유엔해양법협약 제121조는 섬(island), islet, 암석(rock), 암초(reef), 간조노출지(low-tide elevations)의 용어 중에 "섬"과 "암석" 두 용어만을 사용하고 있으며, "암석"에 대하여는 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다. "암초"라는 용어는 동 협약 제6조에서도 나타나는데, 동조 역시 별도의 설명을 하고 있지 않다. "간조노출지"는 제13조에 별도의 정의 규정을 두고 있으며 영해의 폭을 측정하기 위한 기점으

41) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, *supra* note 9, p. 337.
42) *Ibid.*
43) *Letter dated 22 August 1979 from the Chairman of the group of Islamic States to the President of the Conference, The Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume XII(A/CONF.62/86) p. 69.
44) *169th Plenary meeting, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume XVI(A/CONF.62/SR.169), para. 53 p. 97.
45) *168th Plenary meeting, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume XVI(A/CONF.62/SR.168), para. 57 p. 91.

로 인정될 수 있음을 기술하고 있는 반면, "islet"이라는 용어는 유엔해양법협약에서 전혀 언급되지 않는다.

가. 간조노출지

해양법 초안과정에서 국제법위원회는 간조노출지에 관한 사항을 초안 제13조에서 규정하였는데, 이 초안은 "드러나는 암석"(drying rocks)이라는 용어를 사용하였다. 이 용어와 관련하여 1954년 국제법위원회에서 특별보고자 François는 "드러난 암석과 모래톱(shoal)"은 간조일 때에는 노출되나, 만조일 때에는 바다로 덮여 있는 암석, 사퇴(sandbank)를 말하며, 반면 초안 제6조의 잠겨있는 암석(rocks awash)은 간조일 때에도 물에 잠겨있는, 항상 물속에 있는 암석 형태를 의미한다고 하였다.[46] 이를 통해 볼 때 간조노출지는 암석 덩어리, 모래의 퇴적으로 만들어진 사퇴와 같은 것을 모두 포함하는 것으로 간조일 때 드러나는 모든 육지지역을 포함하는 것으로 해석할 수 있다.

유엔해양법협약 제13조는 간조일 때에는 수면위에 있으나, 만조일 때에는 수면아래로 잠기는 자연적으로 형성된 육지지역을 간조노출지로 정의하고 있으며, 이러한 간조노출지는 전부 또는 일부가 영해의 범위 안에 있는 경우 예외적으로 영해의 폭을 측정하는 기준이 될 수 있으며, 다른 경우 영해를 측정하기 위한 기준이 될 수 없다고 규정하고 있다.

나. 암초

유엔해양법협약은 암초에 대하여 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다. 유엔해양법협약은 "암초"라는 용어를 별 다른 설명 없이 제6조와 제47조 두 조항에서 사용하고 있다. 동 협약 제6조는 환초상에 위치한 섬 또는 가장자리에 암초를 가진 섬의 경우, 영해의 폭을 측정하기 위한 기선은 "암초"의 바다쪽 저조선으로 인정한다는 관련 규정을 두고 있고, 제47조는 군도국가는 군도의 가장 바깥쪽 섬의 가장 바깥 점과 "드러난 암초"(drying reefs)의 가장 바깥 점을 연결한 직선군도기선을 그을 수 있다는 규정을 두고 있다.

해양법협약에 관한 주석서는 제6조의 "암초"에 대하여 바다 표면 가까이에 있거나 간조일 때에 드러나는 암석 덩어리 또는 산호라고 설명하고 있으며,[47] 제46조

46) *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, (A/CN.4/SER.A/1954/Add.1). p. 95.
47) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, *United Nations Convention on the law of the sea 1982: A Commentary*, Volume II(Martinus Nijhof Published, 1993), p. 93.

의 "드러난 암초"는 간조일 때에 물위에 있으나 만조일 때에는 물에 잠겨 있는 암초라고 설명하고 있다.[48] 이러한 해석에 따르면 제46조의 "드러난 암초"는 동 협약 제13조의 간조노출지의 정의에 포함된다. 또한 암초의 일반적 정의에는 수중암초를 포함하고 있으나, 제6조는 "암초의 바다쪽 저조선"이라고 언급하고 있으므로 제6조의 암초는 간조일 때에 드러나야 한다.[49] 따라서 제6조의 암초 역시 간조노출지의 정의에 포함하는 것으로 해석할 수 있다.

제6조와 관련하여, 동조는 환초와 섬의 거리 또는 암초와 섬의 거리에 대한 제한이 없다는 점이 문제가 될 수 있다. 그런데 동조의 암초가 기점의 역할을 하기 위해서는 간조일 때에 드러나야 하므로 이는 간조노출지에 포함된다. 따라서 제6조의 암초는 제13조의 간조노출지에 관한 사항을 준용하면 해결할 수 있다. 위와 같은 해석에 따르면, 유엔해양법협약 상 "암초"는 모두 저조선이 존재해야하는 암초이므로 "드러난 암초"를 의미하는 것이며, 간조노출지의 다양한 형태의 하나로 정의할 수 있다.

다. 암석

암석은 간조노출지와는 구분되어야 하는 용어다. 왜냐하면, 간조노출지가 자체의 영해 및 접속수역을 가질 수 없는 반면, 유엔해양법협약 제121조 제3항에서 암석은 기본적으로 자체의 영해 및 접속수역을 가질 수 있는 육지지역이기 때문이다. 물론 제6조(암초), 제7조(직선기선), 제13조(간조노출지), 제47조(군도기선)의 규정에 따라 암초 또는 간조노출지 또한 영해기선의 기점으로 인정될 수 있으며, 배타적경제수역 및 대륙붕은 영해기선으로부터 측정하므로 제한적으로 배타적경제수역 및 대륙붕의 기점으로도 사용될 수 있다. 그러나 자체적인 영해 및 접속수역을 가질 수 없다는 점에서 다르다.

일반적인 암석에 관한 정의에 따르면 암석은 '지각을 구성하고 있는 단단한 물질로서 광물의 집합으로 이루어진 자연산 고체'[50] 또는 '하나의 커다란 돌'[51]을 말

48) *Ibid.*, p. 430.
49) *Ibid.*, p. 94.
50) Victor Prescott and Clive Schofield, *The Maritime Political Boundaries of the World*, 2nd edition(Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pp. 61~62.
51) Jon M. van Dyke and Joseph R. Morgan and Jonathan Gurish, "The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When Do Uninhabited Islands Generate an EEZ?", 25 *San Diego L. Rev.* 425(1988), p. 436.

한다. 섬은 암석으로 이루어진 지구의 상부 지각에 속할 수 있다는 점에서 암석은 섬의 한 형태로 볼 수 있다. 유엔 사무국의 기선에 관한 연구에서 "암석"은 단순히 "제한된 크기의 단단한 덩어리"(a solid mass of limited extent)로 묘사되는 반면, "간조노출지"는 "일반적으로 드러난 퇴 또는 암석으로 묘사되는 법적 용어"로 기술하고 있다.[52] 이러한 해석에 따르면 암석은 섬, 암초, 간조노출지와 같은 선상에서 분류되는 용어라기보다, 물리적 특징을 기준으로 하는 섬 또는 암초의 한 형태로 해석된다.

라. Islet

"islet"는 유엔해양법협약에서 한 번도 등장하지 않는다. "islet"는 주로 유엔해저위원회와 제3차 유엔해양법회의에서 일부 국가들에 의해 사용되었다. 1973년 해저위원회에서 몰타는 1평방킬로미터 미만의 크기를 islet라고 설명하면서, 해양관할권을 주장할 수 없는 것으로 주장하였다. 동 회의에서 루마니아는 islet과 작은 섬에 대하여 대륙붕 또는 이와 유사한 해양관할권을 가지지 않는다고 주장하였다.[53]

제3차 해양법회의에서 루마니아는 1평방킬로미터 미만의 "islet"과 사람이 거주하지 않거나 할 수 없는 또는 독립적인 경제활동을 하지 않거나 할 수 없는 1평방킬로미터 이상 일정 크기 미만의 "islet과 유사한 섬"으로 분류하면서, 두 경우 모두 해양관할권을 주장할 수 없다고 제안하였다. 아프리카 14개국은 섬은 만조일 때에 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 거대한 육지지역이라 하였고, islet는 만조일 때에 물로 둘러싸인 자연적으로 형성된 작은 육지지역이라 설명하였다. 또한 일반적으로 섬을 제외하고 안전수역 이외 자체의 해역을 가질 수 없다고 주장하였다.

이러한 제안들이 그대로 채택되지 않았으나, 루마니아의 제안을 토대로 제121조 제3항을 채택한 사실에 기초한다면 국가들 사이에 적어도 "islet" 또는 인간이 거주할 수 없거나 독자적 경제활동을 할 수 없는 "islet과 유사한 섬"에 해양관할권을 인정할 수 없다는 공감대는 형성되어 있었다고 할 수 있다. 이러한 분석을 토대로 보면, "islet"라는 용어는 일반적 의미에서 해양관할권을 가지지 못하는 매우 작은 육지지역으로써 협약에서 사용하고 있는 "암석"과 매우 유사한 개념으로 풀

52) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, *supra* note 9, p. 339.
53) 루마니아가 "islet"(islet)와 "작은 섬"(small island)를 구분하고 있는 것을 보면, islet는 작은 섬 보다는 규모 또는 가치가 더 적은 지형을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

이된다. islet는 만조일 때에도 물 위에 있어야 하므로 암초와는 구분된다.

라. 인공섬

유엔해양법협약 제121조는 "자연적으로 형성된" 육지지역만을 섬으로 규정하고 있다. 따라서 수중 암초 위에 쌓아 올린 등대, 과학기지 또는 해저와 연결되지 않은 정박지, 자원탐사 플랫폼 등은 영해 및 기타 수역을 가질 수 없다. 앞에서 설명하였듯이 "자연적으로 형성된"이라는 문구는 1958년 제1차 해양법회의에서 인공섬으로부터 영해를 주장할 수 없도록 하기 위하여 미국이 제안한 것이며, 제3차 해양법회의에서도 견지된 것이었다.

또한 배타적경제수역에 관한 규정에서 인공섬·시설 및 구조물에 관한 규정을 하고 있는 동 협약 제60조 제8항은 "인공섬·시설 및 구조물은 섬의 지위를 가지지 아니한다. 이들은 자체의 영해를 가지지 아니하며 이들의 존재가 영해, 배타적경제수역 또는 대륙붕의 경계획정에 영향을 미치지 아니한다."라고 명백하게 규정하고 있다. 다만 연안국은 유엔해양법협약 제60조(5)에 따라 인공섬·시설 및 구조물 주변에 500미터를 넘지 않는 안전수역을 설정할 수 있다. 대륙붕에서의 인공섬·시설 및 구조물에 관한 사항은 제60조를 준용한다.

2. 해양관할권을 가지는 육지지역의 분류를 위한 기준

가. 저조선과 만조선의 존재

유엔해양법협약 제13조는 "간조일 때에는 물로 둘러싸여 물 위에 노출되나 만조일 때에는 물에 잠기는" 자연적으로 형성된 육지지역을 간조노출지로 규정하고 있으며, 동 협약 제121조는 "만조일 때에도 수면 위에 있는" 자연적으로 형성된 육지지역을 섬으로 규정하고 있다. 이러한 협약 규정에 따르며, 자연적으로 형성된 육지지역은 저조선과 만조선이 모두 존재하는 육지지역, 만조선은 없으나 저조선은 존재하는 육지지역, 그리고 만조선과 저조선 모두 존재하지 않는 육지지역으로 분류할 수 있다.

첫 번째 저조선과 만조선이 모두 존재하는 육지지역에는 섬, 암석, islet가 포함된다. 이러한 분류에 해당하는 육지지역은 제121조 제3항에 해당하지 않는 한 통상적으로 섬에 해당하는 것으로 보아 영해, 접속수역, 배타적경제수역 및 대륙붕을 가진다.

두 번째 만조선은 없으나 저조선은 존재하는 육지지역은 암초가 포함된다. 이

분류에 해당하는 육지지역은 간조노출지로서 기본적으로 제13조가 적용되며, 경우에 따라 제6조, 제7조, 제47조가 적용될 수 있다. 따라서 만조선은 없으나 저조선은 존재하는 육지지역은 원칙적으로 해양관할권을 가지지 아니하며, 특정한 요건에 부합하는 경우 예외적으로 영해의 범위를 측정하는 기점으로 사용할 수 있다.

마지막으로 만조선과 저조선 모두 없는 육지지역에는 수중암초가 포함된다. 이에 해당하는 육지지역은 어떠한 경우에도 해역의 범위를 측정하기 위한 기점으로 사용할 수 없다. 우리나라의 이어도가 이에 해당한다. 다만 이어도 인근에 해양과학기지가 설치되어 있으므로 해양과학기지 주변에 500미터 이내의 안전수역을 설정할 수 있다.

나. 크기

1973년 해저위원회의 회의에서 몰타는 1평방킬로미터 미만의 크기를 islet, 그 이상의 크기를 섬이라고 정의하였고, 1974년 제3차 해양법회의 두 번째 회기에서 루마니아는 1평방킬로미터 미만의 크기를 islet, 그 이상 그리고 일정한 크기 이하를 islet과 유사한 섬이라고 정의하였다. 또한 동 회의에서 14개 아프리카 국가들은 정확한 수치를 거론하지 않았으나, 거대한 육지지역을 섬으로 그리고 작은 육지지역을 islet로 구분하였다. 위와 같이 해양법회의에서 국가들은 크기를 기준으로 해양관할권을 가질 수 있는 섬과 그렇지 못한 작은 크기의 섬으로 구분하려 하였다. 다만 국가들은 구체적인 수치를 기준으로 해양관할권의 보유 여부를 결정하는 안에 합의하지 못하였다.

협상 당사국들이 구체적 수치에 대하여 합의하지 못한 이유는 단순히 크기로 섬의 해양관할권을 결정하기에는 섬이 가지는 지리적·사회적·경제적 요소가 복잡하였기 때문이다. 섬과 관련한 용어의 구분에서 간조노출지는 크기에 상관없이 만조일 때에는 물에 잠기나 간조일 때에는 물 위에 있는 육지지역이었다. 유엔해양법협약에서 규정하고 있는 암초 역시 간조노출지에 해당하였다. 암석은 단단한 광물로 이루어진 덩어리로서 형태의 한 분류이지 크기로 구분되는 것은 아니다.[54]

물론 해양경계획정에 있어 섬의 크기가 형평의 원칙을 적용하는데 있어 중요한 관련상황의 하나로 고려되는 것은 사실이나, 그 비교대상은 대부분 본토이다. 본토

54) 암석은 대부분 육지의 융기에 의하여 돌출된 형태의 지형이 많기 때문에, 대체로 섬 보다는 크기가 작을 수 있으나, 항상 그러한 것이라고 단언할 수 없기 때문에 크기를 기준으로 나누는 것은 무리가 있다.

에 비하여 작은 면적을 가지는 섬이 해양경계에 불균형한 효과를 초래하는 경우 이를 잠정적 경계선의 이동 또는 조정의 요인으로 보고 있다. 섬의 크기를 해양경계획정에 고려하는 데에 어떤 공식이 존재하는 것은 아니며, 각 사건의 상황에 따라 달리 적용된다. 중요한 것은 크기를 기준으로 해양관할권의 보유 가능성을 결정하는 것과 해양경계획정에 미치는 영향을 결정하는 것은 달리 보아야 한다는 것이다.

다. 인간의 거주 또는 독자적 경제 활동의 유지 가능성

유엔해양법협약 제121조 제3항은 "인간이 거주할 수 없거나 독자적 경제활동을 유지할 수 없는" 암석은 배타적경제수역 및 대륙붕을 가지지 아니한다고 규정하고 있다. 이 규정은 유엔해양법협약이 명시하고 있는 섬과 관련한 분류기준이다. 이에 따라 인간의 거주 또는 독자적 경제활동의 유지 가능성은 배타적경제수역 및 대륙붕을 가질 수 없는 육지지역과 가질 수 있는 육지지역을 구분하는 기준이 된다. 이와 관련하여, 두 가지 요건을 모두 만족해야 하는지 또는 어느 한 가지에만 해당해도 되는지에 관한 논의가 있다. 이에 대하여 "인간이 거주할 수 없는" 요건과 "독자적 경제활동을 유지할 수 없는" 요건은 "또는"이라는 부사로 연결되어 있으므로 둘 중 한 요건만 충족하면 배타적경제수역 및 대륙붕을 가질 수 없는 것으로 해석된다. 따라서 배타적경제수역 및 대륙붕을 가지기 위해서는 두 가지 요건을 모두 갖추어야 한다.[55]

첫 번째, 인간의 거주 가능성에 대하여 살펴보면, "sustain"이라는 용어를 사용하고 있으므로 현재 인간이 살고 있지 않더라도, 장래에 거주가 가능한 경우라면 요건을 충족하는 것으로 볼 수 있다.[56] 우선 협약은 "거주"라고 분명하게 규정하고 있으므로, 관광 또는 과학조사와 같은 일시적인 방문이 가능한 것을 인간의 거주가 가능한 것으로 보기 어렵다. 그렇다면 어느 정도 규모의 인구가 거주할 수 있어야 하는가? 유엔해양법협약과 유엔해양법회의 과정에서도 이에 관한 언급을 찾기 힘들다. Van Dyke는 인간의 거주는 안정적인 공동체(stable community)를 구성할 수 있어야 하며, 예를 들어 5명은 너무 적은 숫자이고 50명은 충분한 숫자라고 보았다.[57] 정확한 수치를 기준으로 제시하는 것은 어려우나, 1~2명의 인구가 거주

55) 두 요건은 하나의 개념으로서 인간의 거주 가능성 또는 독자적 경제활동의 요건 중 한 가지만을 요건으로 주장한 제안들은 지지를 받지 못하였다; Jon M. van Dyke and Joseph R. Morgan and Jonathan Gurish, *Op Cit.*, p. 437; 박찬호, 전게논문, p. 31.

56) 박찬호, 전게논문, p. 32.

가능한 것을 인간의 거주가 가능한 것으로 보는 것은 쉽지 않을 것으로 판단된다. 왜냐하면 인간의 거주는 외부와 고립된 상태에서도 계속될 수 있어야 하는데 1~2명의 인구로는 그것이 불가능하기 때문이다. 이는 독자적 경제활동과도 연관된다. 따라서 적어도 서너 가구 이상의 거주가 가능해야 할 것으로 판단된다. 또한 인간의 거주가 가능하기 위해서는 섬은 인간의 의식주가 가능한 환경을 갖추어야 한다. 따라서 만조일 때에도 생활이 가능할 수 있는 정도의 공간이 존재하여야 하며, 섬의 자체 환경으로부터 안정적인 식수를 제공받을 수 있어야 한다. 농업이 가능해야 한다는 조건을 주장할 수도 있으나 어업으로도 주식은 해결될 수 있다. 다만 인간이 생명을 유지하기 위하여 육지 생산물의 섭취가 필수적이라면 농업이 가능해야 한다는 조건 또한 필수가 될 수 있다.

두 번째 "독자적 경제활동의 지속 가능"에 대하여 살펴보면, 경제활동의 지속이란 인간의 생활에 필요한 재화나 용역의 생산 및 배분, 소비 활동이 지속적으로 이루어질 수 있어야 함을 의미한다. 이러한 경제활동에는 기본적으로 재화의 생산 또는 용역과 서비스가 필요하다. 먼저 재화의 생산 활동은 자원을 통하여 이루어지므로 섬은 1차 생산이 가능해야 할 것이다. 1차 생산은 농어업 또는 광업으로서 농어업이 가능하거나 광물자원의 채취가 가능하면 경제활동이 가능한 것으로 볼 수 있다. 다음으로 용역과 서비스는 생산과 소비에 필요한 노무를 제공하는 것으로서 관광산업, 물류산업, 기상관측 등 다양한 활동을 포괄한다. 이러한 경제활동의 유지는 "독자적"이어야 한다는 조건을 가진다. 따라서 계속적인 외부의 도움을 통하여만 경제활동을 유지할 수 있다면 배타적경제수역 및 대륙붕을 갖는 섬으로 보기 어렵다.[58] 그러나 무역 시스템을 이용하여 외부로부터 일부 도움을 받고 섬의 독자적 경제활동을 통해 얻은 결과물을 대가로 지불할 수 있는 경우라면 경제활동의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있을 것이다.

라. 본토에서의 거리

본토에서의 거리는 섬과 유사지형의 분류기준이라기보다, 영해의 범위를 측정하는 기점으로 사용할 수 있는 간조노출지와 그렇지 못한 간조노출지를 구분하는 기준이라 할 수 있다. 유엔해양법협약 제13조는 간조노출지에 관한 규정에서 간조노출지 전부 또는 일부가 본토나 섬으로부터 영해의 폭을 넘지 아니하는 거리에 위

57) Jon M. van Dyke and Joseph R. Morgan and Jonathan Gurish, *Op Cit.*, pp. 437~438.
58) 박찬호, 전게논문, p. 32.

치하는 경우, 그 간조노출지의 저조선을 영해기선으로 사용할 수 있다고 규정하고 있으며, 간조노출지의 전부가 본토나 섬으로부터 영해의 폭을 넘는 거리에 위치하는 경우, 그 간조노출지는 자체의 영해를 가지지 않는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 본토나 섬으로부터 영해의 폭을 넘지 아니하는 거리에 위치하는 간조노출지를 기점으로 사용하는 경우, 그 간조노출지를 기준으로 다시 영해의 폭을 넘지 아니하는 거리에 위치하는 다른 간조노출지를 사용하는 것은 금지된다.

Ⅳ. 섬 제도의 적용 한계에 관한 고찰

1. 섬과 암석의 구별 문제

유엔해양법협약 제121조 제3항은 인간이 거주할 수 없거나 독자적 경제활동의 유지가 불가능한 암석은 배타적경제수역 및 대륙붕을 가지지 아니한다고 규정하고 있다. 동조와 관련하여 "인간의 거주"와 "독자적 경제활동"은 섬과 암석을 구별하는 기준인가? 일정한 해역을 가지는 암석과 그렇지 않은 암석을 구별하는 기준인가? 섬과 암석을 포함하여 일정한 해역을 가지는 경우와 그렇지 못한 경우를 구별하는 기준인가? 라는 논의가 있다. 이 문제에 대한 논의는 관련 연구가 많지 않기 때문에 아직 학설이 정립된 사안은 아니다.

첫 번째 견해는 "인간의 거주"와 "경제활동"을 섬과 암석의 구분을 위한 암석의 문화-지리적(cultural-geographic) 정의로 보는 것이다.[59] 즉 이 조항을 기준으로 인간의 거주와 경제활동이 가능한 것은 섬으로, 그렇지 않은 것은 암석으로 구분하는 것이다. 그러나 대부분이 사주로 이루어진 섬의 경우 인간의 거주와 독자적 경제활동이 불가능하더라도 이를 암석이라고 칭하지 않는다는 사실에서 위 요건을 암석의 정의로 보는 데는 무리가 따른다.

두 번째 견해는 암석을 인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는 암석과, 인간이 거주할 수 있거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 있는 암석 두 가지로 분류하여 후자의 경우 섬과 동등한 지위를 인정해 주는 것으로 보는 것이다.[60] 이 해석에 의하면 제121조 제3항을 적용하기 위해서는 먼저 문제의 지형이 섬인가 암석인가에 관한 판단이 선행되어야 한다. 그러나 유엔해양법협약

59) Jon M. van Dyke and Joseph R. Morgan and Jonathan Gurish, *Op Cit.*, p. 437.
60) Prescott은 인간의 거주와 경제활동의 평가는 해당 지형이 암석으로 결정되고 난 이후 단계에서 적용 가능한 것이라고 하였다; Victor Prescott and Clive Schofield, *Op Cit.*, p. 76.

은 암석의 정의 규정을 두고 있지 않기 때문에, 이는 또 다른 해석의 문제를 남긴다. 이에 대하여 Precott은 각 용어에 관한 일반적 의미로 구별이 가능하다고 말한다. 예를 들면 남사군도에 있는 West London Reef는 베트남 군대에 의하여 점령되고 있는 만조일 때에 0.6미터가 드러나는 낮고 좁은 암초인데 이를 암석이라 하지 않으며, Vanuatu 남쪽의 Hunter Islands는 197미터 높이에, 40 헥타르의 면적을 가지는 지형인데 이를 암석이라 하지 않으며 섬이라 한다는 것이다.[61] 그의 견해에 따르면 어떤 지형에 대하여 섬인가의 의문이 발생하면 일단 그것은 암석이라는 것이다. 그러나 이러한 구분이 항상 분명하지 않다는 문제가 있다.

세 번째 견해는 제3항은 섬에 관한 사항을 규정한 것이지 암석에 관한 내용을 규정하고 있는 것이 아니라는 것이다. 필자는 이 견해에 동의한다. 제3항은 루마니아의 제안이 수용된 것으로 보고 있는데, 루마니아는 "islet"과 인간이 거주하지 않고 경제활동이 없는 "islet과 유사한 섬"에 대하여 해양관할권을 인정하지 않았다. 따라서 제3항의 암석은 달리 정의해야할 용어가 아니라, 루마니아 제안의 "islet"과 인간이 거주가 불가능하거나 독자적 경제활동의 유지가 어려운 "islet과 유사한 섬"과 같은 지형을 말한다는 것이다.[62] Charney 교수의 경우 섬으로 분류되는 경우 암석의 경우와 달리 모든 관할권을 갖는다고 주장한다고 한다.[63] 그러나 제3차 해양법회의 과정을 살펴보면, 국가들은 섬과 암석을 지리학적 기준으로 구분하여 다른 법적 효과를 부여하기보다, 면적이 작은 지역이면서 인간이 거주하지 않거나 거주할 수 없는 지역 또는 경제활동을 하지 않거나 할 수 없는 지역에 대하여 해양관할권을 인정하지 않으려 하였다.[64] 따라서 지리학적 관점에서 섬이라 할 수 있을지라도 제121조 제3항의 요건을 충족하지 못하면 배타적경제수역 및 대륙붕을 가질 수 없다고 보아야 할 것으로 보인다.

2. Islet과 암석의 구별 문제

제121조 제3항에서 암석은 적어도 영해 및 접속수역을 가질 수 있다. islet에 관

61) *Ibid.*

62) B. Kwiatkowska and A.H.A. Soons. "Entitlement to Maritime Areas of Rocks which cannot sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21(1990), p. 153 recited in Victor Prescott and Clive Schofield, *Op Cit.*, p. 63.

63) Jonathan Charney. "Rocks that cannot sustain Human Habitation", 93 *Am. J. Int'l L.* 863(1994), p. 863 이하 recited in 박찬호, 전게논문, p. 29, 재인용.

64) 박찬호, 전게논문, pp. 29~30.

한 제안을 한 국가들은 영해의 범위 밖에 있는 islet는 어떠한 해양관할권도 가지지 않는 것으로 보았다. 따라서 두 용어는 구별해야할 것이다. 그러나 유엔해양법협약은 islet에 대하여 언급조차 없다. 유엔해양법협약이 islet에 대하여 아무런 규정을 하고 있지 않는 것에 대하여 두 가지 해석이 가능할 수 있다.

첫째, 협약에 islet에 관한 규정이 없기 때문에 islet는 어떠한 법적 지위도 가질 수 없다는 해석이다. 이 경우 islet는 영해 및 접속수역도 가질 수 없다. 그러나 이 해석은 유엔해양법협약에 islet과 제121조 제3항 암석의 경계에 관한 기준의 공백이 생긴다는 문제가 있다.

둘째 유엔해양법협약이 islet에 관한 별도의 규정을 두지 않은 것은 islet, 그리고 islet과 유사한 섬을 제121조 제3항의 암석의 범주에 포함시키려는 의도라는 해석이다. 즉 만조일 때에 항상 물 위에 드러나는 육지지역은 일정한 요건에 해당하지 않는 한 원칙적으로 영해 및 접속수역을 가질 수 있다는 것이다. 제121조 제3항의 기초가 된 루마니아의 제안에서 islet과 islet과 유사한 섬이 동일한 법적 효력을 가지는 것으로 되어 있었던 것을 보면, 두 번째 해석이 설득력 있다.

3. 공해의 자유와 인공섬

유엔해양법협약은 인공섬·시설 및 구조물은 자체의 해양관할권을 가지지 않도록 규정하고 있으므로 별 문제가 없는 것처럼 보일 수 있으나, 공해의 경우는 배타적경제수역 및 대륙붕과 달리 생각해 볼 문제가 있다. 인공섬·시설 및 구조물은 제87조(1)(d)에 따라 공해에도 건설할 수 있다. 동시에 유엔해양법협약은 공해에 대하여 어떠한 국가라도 유효하게 공해의 어느 부분을 자국의 주권 아래에 둘 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 유엔해양법협약은 공해에서의 인공섬·시설 및 구조물의 건설에 대하여 특별한 제한사항을 규정하지 않고 있다. 인공섬의 용도, 크기, 그리고 기간 등에 대한 제한이 없기 때문에, 국가들은 공해에서 인공섬·시설 및 구조물을 자유롭게 건설할 수 있다. 이러한 사실은 공해에 먼저 인공섬·시설 및 구조물을 건설한 국가들이 공해의 일부를 영구적으로 점유할 수 있으며, 마치 공해의 일부를 건설국의 주권 아래에 두는 것과 유사한 결과를 발생시킨다. 예를 들면 한 국가가 선점하여 공해에 거대한 주거시설, 휴양지, 또는 항구 및 공항을 건설하여 사용하는 경우, 그 국가는 실질적으로 인공섬이 건설된 공간을 독점적으로 이용하는 권한을 갖게 되는 것이다.

인공섬의 건설을 제한할 수 있는 일반규정으로서 제56조(2) "연안국은 다른 국

가의 권리와 의무를 적절히 고려하고, 이 협약의 규정에 따르는 방식으로 행동한다." 공해에 관한 제87조(2) "다른 국가의 이익 및 심해저활동과 관련된 이 협약상의 다른 국가의 권리를 적절히 고려한다." 제88조 "공해는 평화적 목적을 위하여 보존된다."라는 정도의 규정이 있을 뿐이다. 그러나 이 규정들은 매우 원론적인 내용을 규정하고 있기 때문에 실질적인 규제조항으로 사용될 수 있을지 의문이다. 따라서 이에 관하여 국제사회의 새로운 합의가 필요할 것으로 보인다.

V. 결론

1. 섬의 최소 요건에 대한 고찰

유엔해양법협약 제121조는 섬의 법적 정의, 그리고 해양관할권을 가질 수 있는 섬과 그렇지 않은 섬을 구분할 수 있는 기준을 규정하고 있다. 동조는 수중암초, 간조노출지, 인공섬을 섬의 정의에서 배제하도록 규정함으로써 이들로부터 독자적인 해역을 주장할 수 없도록 하는데 공헌하였다. 그러나 동조는 그 기준에 대하여 자세한 설명 없이 '암석', '사람의 거주', '독자적 경제활동'이라는 용어를 사용하고 있어 당사국들이 조문을 그대로 적용하기가 쉽지 않다. 이에 따라 이 논문에서는 협약의 성립과정에서의 당사국들의 협의 내용과 협약의 다른 관련 규정의 해석을 통하여 내용을 구체화하는 시도를 하였다.

유엔해양법협약의 협의과정에서 당사국들의 견해들을 보면, 섬의 기본 정의에 부합하는 지형은 모두 해양관할권을 가져야 한다는 적극적 입장과 최소한의 요건에 부합하지 못하는 지형은 섬의 기본 정의에 해당하더라고 해양관할권을 가질 수 없도록 해야 한다는 소극적 입장으로 구분할 수 있다. 이러한 대립의 양상은 mare liberum과 mare clausum이라는 해양에 대한 기본 이념의 차이에서 비롯된다.

국제해양의 질서 유지는 mare liberum과 mare clausum의 균형에 있다. 연안국과 내륙국은 모두 바다를 자유롭게 이용할 수 있는 권리를 가지며, 동시에 연안국은 본토 연안에서 일정한 범위의 해역에 대하여만 주권 또는 주권적 권리를 가진다. 섬은 육지의 한 형태로서 대륙과 동일하게 법적 지위를 가진다는 사실에는 기본적인 합의가 형성되었다. 그러나 어느 정도의 섬까지 대륙과 동일한 효과를 부여할 것인가에 대하여는 합의가 이루어지지 못하였다. 절충안으로 협약에 도입된 요건은 '인간의 거주'와 '독자적 경제활동' 이 두 요건이었다. 그러나 인간의 거주 가능

은 어떠한 의미인지 또는 독자적 경제활동은 어떠한 의미인지 협약에는 보충 설명이 없어 정확한 의미를 알기 어렵다. 위에서 살펴본 바와 같이 이에 관한 다양한 논의가 있으나 모두 가설일 뿐, 학자들 간에도 의견이 일치하지 않고 있다. 또한 국제법원은 매번 섬의 법적 지위에 대한 명확한 답변을 할 수 있는 기회가 있었음에도 구체적 판단을 회피해 왔다.

협약 제121조의 초안 과정에서 국가들은 섬의 크기, 인구수, 경제 활동 내용 및 규모와 같은 객관적 기준의 합의에는 실패하였다. 하지만 논의 과정을 보면, 국가들은 단순한 섬의 크기 보다는 섬의 실질적 이용 가치에 중점을 두었음을 알 수 있다. 동조의 두 가지 요건 또한 그러한 맥락에서 나온 결과물이다.

따라서 협약 제121조의 해석과 관련하여 섬의 최소 요건에 대하여 다음과 같은 유추해석이 가능하다. 첫째, 만조시 한 두 사람이 겨우 앉아 있을 정도의 매우 작은 크기의 지형은 배제되어야 한다. 둘째, 최소 크기 요건을 갖춘 지형이라도 사람이 계속하여 거주하기 힘든 혹독한 기후 및 거주지를 전혀 확보할 수 없는 험한 지형과 같은 환경을 가진 지형 또한 배제되어야 한다. 셋째, 의식주의 해결이 불가능한 불모지와 같은 섬 또한 최소한의 요건에 부합한다고 보기 어렵다. 이러한 지형에까지 배타적경제수역과 대륙붕이라는 광대한 해역을 부여하는 것은 다른 국가들의 해양의 자유에 대한 심한 불균형을 초래한다.

이러한 결론은 서론에서 문제로 제기한 오키노토리에 적용해 보면 쉽게 알 수 있다. 오키노토리는 도쿄의 남쪽으로 1740km 떨어져 있으며, 남북 1.7km 동서 4.5km의 길이의 산호초로 알려져 있다. 오키노토리는 만조일 때에 약 70cm 정도가 드러나며, 면적은 약 10평방미터(0.01평방킬로미터)이다. 이는 루마니아가 초안에서 제시하였던 1평방킬로미터에 훨씬 못 미치는 크기다. 현재 일본은 산호초의 침식을 방지하기 위한 산호를 양식하고 있으며, 인공적으로 방파제와 헬기장 시설물을 건설하였다. 오키노토리는 만조일 때 한 사람이 서있기도 어려운 지형이며, 동식물이 서식할 수 없는 산호초다. 외부의 도움 없이는 인간의 거주란 불가능하다. 또한 경제활동을 할 수 있는 여건도 조성되어 있지 않다. 제121조 제3항을 복잡하게 해석할 필요가 없을 정도로 열악한 지형이다. 실제로 인간이 거주할 수 없으며 아무런 경제적 가치가 없는 지역을 근거로 영해이원의 관할권을 주장하는 것은 해양법 질서의 근간인 mare liberum과 mare clausum의 균형을 파괴하는 것이다.

2. 우리나라에서의 시사점

섬이 완전한 효과를 가지기 위한 최소 요건을 정함에 있어 다음을 유의해야 한다. 우리나라는 중국, 그리고 일본과 해양 경계를 획정하지 못하고 있다. 해양경계가 쉽게 획정되지 못한 이유는 해양경계획정의 기준에 대한 각 국의 첨예한 견해의 대립이 있기 때문이다. 섬의 기점으로써의 법적 효과 또한 양국과 해양경계획정에서 중요한 쟁점이다. 황해에서 중국은 대륙에서 멀리 떨어져 있는 지형들에 배타적경제수역과 대륙붕을 위한 기점을 주장한다. 그러나 중국이 사용하고 있는 지형들은 배타적경제수역과 대륙붕을 가지기 어려운 협약 제121조(3)의 암초, 수중암초 또는 사주로 의심되고 있다. 이러한 중국의 주장은 직선기선 설정의 적절성에 관한 문제를 함께 야기하기도 한다. 또한 동중국해에서 우리나라와 일본은 일본의 남녀군도의 법적 성격에 대하여도 서로 다른 견해를 가진다. 이러한 주장은 우리나라의 섬의 효과에도 직접적인 영향을 미친다. 따라서 우리나라는 섬의 최소기준에 대하여 상대 국가의 섬이 해양경계에 미치는 영향을 함께 고려하여 우리나라가 최대의 효율을 얻을 수 있는 한계선을 찾아야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

이 창 렬

섬, 소도서, 간조노출지, 암석, 인공섬

【참 고 문 헌】

박찬호, “섬의 국제법상 지위 - 바위섬의 해양관할권을 중심으로”, 대한국제법학회, 「국제법논총」 제 47권 제2호(2002)

D. H. N. Johnson, “Artificial Islands”, 4 Int'l L. Q. 203(1951)

Jon M. van Dyke and Joseph R. Morgan and Jonathan Gurish, “The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When Do Uninhabited Islands Generate an EEZ?”, 25 San Diego L. Rev. 425(1988)

“Second Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law”, 20 Special Numbers Am. J. Int'l L. Spec. Sup. 17(1926), p. 117.

Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, United Nations Convention on the law of the sea 1982: A Commentary, Volume II(Martinus Nijhof Published, 1993)

Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne and Neal R. Grandy, United Nations Convention on the law of the sea 1982: A Commentary, Volume III(Martinus Nijhof Published, 1995)

Victor Prescott and Clive Schofield, The Maritime Political Boundaries of the World, 2nd edition(Martinus Nijhoff Publishers, 2005)

Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, (A/CN.4/SER.A/1954/Add.l)

Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, (A/CN.4/SER.A/1956/Add.l)

First Committee : Territorial Sea and Contiguous Zone, the Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III, (A/CONF.13/39)

Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.18)

Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.22)

Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.23)

Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the

Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.30)
Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/SR.38)
Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.53)
Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.55)
Draft articles, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.62/Rev.1)
Statement of activities of the Conference during its first and second sessions, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III(A/CONF.62/C.2/L.8/Rev.1)
Informal single negotiating text, part II, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV(A/CONF.62/WP.8/Part II)
Draft paragraph on the regime of islands, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VII(A/CONF.62/C.2/L.96)
Letter dated 22 August 1979 from the Chairman of the group of Islamic States to the President of the Conference, The Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XII(A/CONF.62/86)
67th meeting of Sub-Commottee II(A/AC.138/SC.II/SR.67)
169th Plenary meeting, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XVI(A/CONF.62/SR.169)
168th Plenary meeting, the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XVI(A/CONF.62/SR.168)
SBC Report 1973(A/AC.138/89), Declaration B
SBC Report 1973(A/AC.138/SC.II/L.24)
SBC Report 1973(A/AC.138/SC.II/L.53)
Japna, Note Verbal of 9 April 2012

Korea, Note Verbal of 11 August 2011
China, Note Verbal of 3 August 2011

Abstract

Historical Study on the Legal Status of Islands under the UNCLOS

Lee Changyoul

Islands have the same legal effect as a continent. Therefore it plays an important role in extending maritime jurisdiction. That is the reason why States Parties concentrate on an effort to have the maximum maritime areas from even very tiny islands. The UNCLOS provides requirements of islands for having territorial sea, exclusive economic zone, and continental shelf based on the article 121.

However, a dispute has arisen as to interpreting this article between States, since the requirements of it are highly ambiguous. The word “rocks” in used to tell from islands in the article but it is hard to find any detail explanation concerning it. The words “sustain human habitation” and “economic life of their own” as requirements on the maritime jurisdiction are also used in the article, but there is any mention about it.

The propose of this parer is to resolve the difficulty of this interpretation mentioned above the article 121. In pursuit of the end, this paper will help to build classification criteria to tell between islands which have maritime jurisdiction and islands which do not have jurisdiction through the analysis of discussions in the process of draft UNCLOS. This Study also attempts to present concept definition of islands, reefs, rocks, drying rocks, low tide elevation, islet, and differentiate rocks and islands, rocks and islets.

Lee Changyoul

Island, Islet, Low tide elevation, Rock, Artificial islands

특허권 간접침해 성립의 직접침해의 전제 여부

정 차 호*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 직접침해 및 간접침해의 개념
1. 직접침해의 개념
2. 간접침해의 개념
Ⅲ. 간접침해 성립의 직접침해 전제 여부에 관한 법리
1. 종속설 및 독립설
2. 주요국에서의 종속설 또는 독립설 법리
3. 우리나라에서의 논의
4. 형법에 따른 종속설의 타당성 검토
5. 민법에 따른 종속설의 타당성 검토
6. 소결
Ⅳ. 간접침해 판단에 종속설을 적용하여야 하는 상황
1. 실시권자에 대한 부품의 제공
2. 연구 또는 시험을 하는 자에 대한 부품의 제공
3. 부품을 외국으로 수출하는 행위
4. 적법한 수리를 하는 소비자를 돕는 행위
5. 소결
Ⅴ. 독립설을 극복하는 특허법 개정방안
1. 독립설이 적용되어야 하는 상황
2. 간접침해 종속설을 전면 적용하게 하는 특허법 개정방안
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

특허권 간접침해가 성립되기 위해서는 직접침해의 존재가 전제되어야 한다는 종속설 및 전제될 필요가 없다는 독립설이 있다. 이 글은 다음과 같은 이유로 독립설이 타당하지 않음을 밝혔다. 첫째, 독립설이 타당하지 않은 4개의 사례를 제시하였다. 둘째, 종속설이 우리 형법 및 민법의 이론과 상응한다. 셋째, 독립설이 통설이라는 오해에도 불구하고, 주어진 상황에 맞게 종속설 또는 독립설을 유연하게 적용하여야 한다는 주장이 최근 강력하게 대두되었다.

그러나, 현행 법리에 의하면 소비자의 비상업적 행위는 침해가 아니므로, 소비자의 비상업적 행위를 돕는 행위에도 종속설을 적용하게 되면 관련 특허권이 무력해지는 상황이 발생할 수 있다. 그러한 경우에는 독립설이 적용되는 것이 타당하다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

그런데, 종속설이 형법 및 민법의 법리와 조화되는 것이므로 그러한 경우에도 종속설이 적용되게 하는 것이 바람직한 면이 있다. 그래서, 이 글은 소비자의 비상업적 행위를 돕는 행위를 종속설 아래에서 간접침해로 포섭하는 방안을 제시하였다. 즉, 직접침해를 정의하는 규정을 신설하여 비상업적 행위도 직접침해로 포섭하고, 현행 간접침해 규정을 개정하여 간접침해가 직접침해를 전제로 함을 명확하게 하고, 특허권의 효력이 미치지 않는 경우에 '비상업적 실시'를 포함시켰다.

Ⅰ. 서론

특허법은 특허권자에게 배타권을 부여한다.[1] 그 배타권을 유효한 것으로 만들기 위해서 특허법은 직접침해에 대한 여러 구제수단을 제공한다.[2] 그런데, 어떤 행위가 직접침해에 이르기 전이어서 아직 직접침해에 해당하지는 않으나 그 행위를 방임하는 경우 결국에는 직접침해가 발생하여 특허권이 무력화 되는 상황이 발생할 수 있으므로 특허법은 특별히 간접침해라는 개념을 두어서 그 행위에 대한 구제수단도 제공한다.[3] 특히, 간접침해에 대하여 침해금지・예방 청구권을 행사하여 직접침해의 발생을 미연에 방지할 수 있다는 점이 특허권자에게 중요한 구제수단이 된다.[4] 어떤 행위가 간접침해에 해당하는지 여부에 대한 판단은 관련 당사자에게 매우 중요하다. 그러한 판단이 용이하여야 관련 당사자는 분쟁을 미연에 방지할 수 있고 합리적인 의사결정을 할 수 있다.

현행 우리 법리는 간접침해가 성립하기 위해서 직접침해의 존재가 전제가 되어야 한다는 '종속설'과 전제가 될 필요가 없다는 '독립설' 사이에서 명확한 입장을 선택하지 않은 것으로 판단된다. 직접침해의 존재를 전제로 하지 않고 간접침해를 판단하는 독립설은 특허권자에게 매우 유리한 것이다. 그러한 유리함은 특허권자에게 지나친 권리를 부여하는 것이 될 수 있고, 나아가 관련 산업의 위축을 초래할 수 있다. 특히, 그러한 법리가 소비자의 적법한 수리를 돕는 행위를 업으로 하는 재제조(remanufacture) 산업을 위축시킬 수 있는 것이다. "간접침해가 문제되는 대표적인 사례가 특허발명의 실시행위가 최종 소비자에 의해 발생하는 경우"이므로,[5] 최종 소비자의 행위가 직접침해를 하는 것인지 여부 및 간접침해의 직접침해 종속설 적용 여부는 관련 산업에서는 매우 중요하다.

이 글은 동 독립설 및 종속설에 대하여 명확한 해석론을 제시하는 것을 첫 번째 목적으로 한다. 그러한 제시를 위하여 첫째, 미국, 영국, 프랑스, 독일, 일본 등 주

1) 특허법 제94조("특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다.").
2) 특허법 제126조(권리침해에 대한 금지청구권), 제131조(특허권자등의 신용회복), 제225조(침해죄), 제231조(몰수등) 등.
3) 특허법 제127조(침해로 보는 행위).
4) 조영선, "복수주체에 의한 특허침해의 법률문제", 「법조」 제57권 제10호, 법조협회, 2008, 213면 각주2("특히 그 중에서도 금지청구권의 행사를 통하여 본(本) 침해의 성립을 예방할 수 있다는 것이 간접침해 규정의 가장 큰 현실적 의미라 할 것이다.").
5) 강명수, "특허법상 간접침해에 관한 연구-특허법 제127조의 해석기준 및 개정방향을 중심으로-", 한양대학교 박사학위논문, 2014, 47면.

요국의 관련 법리를 분석하고, 둘째, 종속설이 적용되어야만 하는 상황을 제시하고, 독립설이 적용될 수밖에 없는 상황을 제시하고, 셋째, 종속설이 민법 및 형법의 법리와 상응한다는 점을 밝히고, 넷째, 독립설이 적용될 수밖에 없는 상황에서도 종속설이 적용될 수 있도록 하는 법 개정방안을 제시한다. 이하, 먼저 직접침해 및 간접침해의 개념부터 살핀다.

Ⅱ. 직접침해 및 간접침해의 개념

1. 직접침해의 개념

가. 직접침해의 해석론적 정의

우리 특허법은 직접침해를 직접적으로 규정하고 있지 않으나[6] ① 특허권 침해소송의 근거가 되는 배타권을 규정하면서 특허권자가 업으로서 특허발명을 실시할 권리를 독점한다고 규정하거나,[7] ② 출원공개 후 출원인이 경고할 수 있는 권리를 규정하면서도 상대방의 업으로서의 행위를 대상으로 하여,[8] 결과적으로 업으로서의 실시만을 직접침해인 것으로 해석하게 한다. 우리 대법원도 동일한 입장을 취한 것으로 보인다.[9] 그래서 현행 우리 법리의 해석론에 의하면, 업으로서의 실시만 직접침해에 해당하며 비상업적 실시는 직접침해에 해당하지 않는 것이다. 해석론에 의한 직접침해의 정의는 "유효한 특허권의 존속기간동안(시간), 대한민국 영토 내에서(장소), 특허권자(또는 전용실시권자)의 허락없이(권원), 업으로서(업), 특허발명을 실시(실시)하는 행위"를 말한다. 실시의 양태에 대하여는 특허법 제2조 제3호가 규정한다.

나. 직접침해의 입법론적 정의

직접침해를 규율하는 규정을 신설한다고 가정하면, 현행 해석론에 얽매이지 않고 자유롭게 직접침해의 새로운 정의를 모색하는 것이 가능하다. 그러한 모색의 일환으로 주요국의 사례를 살펴본다. 먼저 영미법 국가인 미국과 영국의 사례를

6) 강명수, 앞의 논문, 161면.
7) 특허법 제94조("특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다.").
8) 특허법 제65조 제1항("특허출원인은 출원공개가 있은 후 그 특허출원된 발명을 업으로서 실시한 자에게 특허출원된 발명임을 서면으로 경고할 수 있다.").
9) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006다1831 판결("특허발명의 기술적 특징을 갖춘 감광드럼을 특허권자의 허락없이 업으로 생산하였다면 그 자체로 특허침해가 완성되고 ……").

살핀다.

미국 특허법 제271(a)조는 "이 법에서 달리 규정하는 경우를 제외하고는, 권원없이 특허권 존속기간 동안 특허발명을 미국 내에서 생산, 사용, 청약, 판매하거나 미국 내로 수입하는 자는 누구든지 그 특허권을 침해하는 것이다"라고 직접침해를 정의한다.[10] 동 규정이 '업으로서'의 제한을 두지 않으므로 개인의 비상업적 행위도 직접침해에 해당한다. 그러나, 현실적으로 (소송비용의 문제 등으로 인하여)[11] 특허권자가 개인을 상대로 특허권 침해소송을 제기할 가능성은 매우 낮을 것이다.

영국 특허법 제60(1)조는 특허권이 유효한 동안 영국 내에서 특허권 소유자의 허락없이 특허발명을 실시하는 자는 특허권을 침해하는 것이라고 규정하고 있고,[12] 나아가 제60(5)조 (a)항은 "특허권의 침해에 해당할 행위가 개인적 및 비상업적 목적으로 행해지는 경우 침해가 아니다"라고 규정하고 있다.[13] 즉, 영국 특허법은 (우리나라와 같이) 비상업적 실시가 직접침해가 아닌 것으로 규정하고 있다. 그러나, 비상업적 실시가 직접침해가 아니라고 하더라도 비상업적 실시를 하는 자가 제60(2)조가 규정하는[14] 특허발명을 실시할 수 있는 권원이 있는 자(a person entitled to work the invention)는 아니어서 그 자에게 부품 등을 제공하는 자는 여전히 간접침해를 하는 것이 된다.[15] 그런 견지에서 영국 규정의 효과는 아래 독일

10) 35 U.S.C. § 271(a) ("Except as otherwise provided in this title, whoever without authority makes, uses, offers to sell, or sells any patented invention, within the United States or imports into the United States any patented invention during the term of the patent therefor, infringes the patent.").

11) 미국에서는 (예외적인 경우를 제외하고는) 소송비용을 각자가 부담하여야 한다. 특허권자가 비싼 소송비용을 부담하면서 개인에게 소송을 제기할 필요성은 매우 낮다고 볼 수 있다. <http://www.iusmentis.com/patents/faq/infringement/>.

12) UK Patents Act 1977, Sec. 60(1) ("Subject to the provisions of this section, a person infringes a patent for an invention if, but only if, while the patent is in force, he does any of the following things in the United Kingdom in relation to the invention without the consent of the proprietor of the patent, that is to say— . . .").

13) UK Patents Act 1977, Sec. 60(5) ("An act which, apart from this subsection, would constitute an infringement of a patent for an invention shall not do so if - (a) it is done privately and for purposes which are not commercial; . . .").

14) UK Patents Act 1977, Sec. 60(2) ("Subject to the following provisions of this section, a person (other than the proprietor of the patent) also infringes a patent for an invention if, while the patent is in force and without the consent of the proprietor, he supplies or offers to supply in the United Kingdom a person other than a licensee or other person entitled to work the invention with any of the means, relating to an essential element of the invention, for putting the invention into effect when he knows, or it is obvious to a reasonable person in the circumstances, that those means are suitable for putting, and are intended to put, the invention into effect in the United Kingdom.").

15) WIPO Secretariat for the Standing Committee on the Law of Patents, *Exceptions and Limitations*

및 프랑스 규정의 효과와 동일하다.

독일 특허법 제9조는 특허권자의 허락을 받지 않은 자에 의한 특허발명의 실시가 금지된다고 규정한 후,[16] 제11조 제1항은 "특허권의 효력은 비상업적 목적을 위하여 개인적으로 행해진 행위에는 미치지 아니한다"고 규정한다.[17] 즉, 독일 특허법은 비상업적 행위도 직접침해에 해당하지만 그 행위에는 특허권의 효력이 미치지 않도록 하고 있다. 그러한 규정으로 인하여 개인의 비상업적 행위는 직접침해에 해당하고, 그 직접침해를 돕는 행위가 (종속설에 의하더라도) 간접침해가 될 수 있도록 하고 있다. 물론, 그 간접침해 행위도 비상업적인 경우 그 행위에 특허권의 효력이 미치지 않을 것이다.

프랑스에서는 지식재산권법 제L.613-3조가 직접침해를 규정하고 있는데,[18] 그 규정도 업으로서의 행위에 제한을 두지 않으므로 비상업적 행위도 직접침해에 해당한다. 나아가 제L.613-5조는 "개인적으로 비상업적 목적을 위하여 행해진 행위에는 특허권의 효력이 미치지 않는다"고 규정한다.[19]

위에서 살펴본 바와 같이, (영미법 국가인) 미국, 영국이나 (대륙법 국가인) 독일, 프랑스는 공통적으로, 직접침해를 업으로서의 실시에 한정하지 않고, 비상업적 실시도 직접침해에 포섭하고 있다.[20] 그렇다면, 입법론적으로는 직접침해의 정의를 "유효한 특허권의 존속기간동안(시간), 대한민국 영토 내에서(장소), 특허권자(또는 전용실시권자)의 허락없이(권원), 특허발명을 실시(실시)하는 행위"로 개정할 수 있

to Patent Rights: Private and/or Non-commercial Use, WIPO document SCP/20/3, 2013(동 보고서에 포함된 영국 특허청의 답변 8번 항목. <http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/exceptions/replies/uk2.pdf>.

16) A third party not having the consent of the patentee shall be prohibited
1. from making, offering, putting on the market or using a product which is the subject matter of the patent, or from importing or possessing said product for such purposes;
2. from using a process which is the subject matter of the patent, or, when said third party knows or it is obvious from the circumstances that use of the process without the consent of the patentee is prohibited, from offering the process for use within the territory to which this Act applies;
3. from offering, putting on the market or using or importing or possessing for such purposes the product produced directly by a process which is the subject matter of the patent.

17) Section 11 ("The effects of a patent shall not extend to: 1. acts done privately for non-commercial purposes; . . .").

18) <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180336>.

19) "The rights conferred by the patent shall not extend to: . . . (a) the acts performed in a private context and for non-commercial purposes . . .".

20) 물론, 영국은 비상업적 실시를 직접침해가 아닌 것으로 포섭하지만, 여전히 그 실시자가 특허발명을 실시할 권원이 있는 것이 아니므로 그 실시자를 돕는 행위가 간접침해가 될 수 있도록 하여 결과적으로는 독일, 프랑스와 동일한 법적 효과를 거두고 있다.

다. 다만, 개인이 비상업적 행위로 인하여 특허소송에 휘말릴 가능성을 차단하기 위하여 비상업적 행위에는 특허권의 효력이 미치지 않게 하는 별도의 규정을 신설할 필요는 있다. 그러한 법 체계에 의하면 비상업적 실시가 직접침해의 구성요건에 해당하나 특허권의 효력이 미치지 않게 하는 별도의 규정으로 인하여 그 실시의 위법성이 조각되는 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이, 영국, 독일 및 프랑스가 그러한 법 체계를 가지고 있다.

2. 간접침해의 개념

특허발명의 구성요소 모두를 실시하는 행위만이 직접침해에 해당한다.[21] 특허발명의 구성요소 모두를 실시하지는 않아서 아직 직접침해에 해당하지 않지만 향후 직접침해로 연결될 개연성이 큰 경우 향후의 특허권 직접침해에 대한 권리 구제의 실효성을 높이기 위하여 우리 특허법은 간접침해 규정을 제공하고 있다.[22] 동 규정은 "특허제도의 국제화 내지 통일화라는 추세에 부응하고 발명자 및 권리자의 권익보호를 강화하려는 것으로 이해된다."[23] 간접침해는 기여간접침해와 유도간접침해의 두 종류로 구분되는데,[24] 우리 특허법 제127조는 기여간접침해만을 규율한다.[25] 이 글은 우리 법리를 검토하므로 이하에서 사용된 '간접침해'는 '기여간접침해'를 의미한다. 간접침해는 특허발명의 일부만을 실시하여 누군가가 직접침해를 하는데 기여를 하는 행위이다. 그런 견지에서 형법의 주범(직접침해자)과 종범(간접침해자)의 관계 및 민법의 불법행위자(직접침해자)와 교사·방조사(간접침해자)의 관계를 형성한다.[26]

21) 대법원 2001. 8. 21. 선고 99후2372 판결; 2001. 12. 24. 선고 99다31513 판결; 2000. 11. 14. 선고 98후2351 판결; 2001. 6. 15. 선고 2000후617 판결; 2001. 12. 24. 선고 99후2181 판결 등.

22) 한동수, "간접침해의 성립요건", 「대법원 판례해설」 82호, 법원도서관, 2009, 658면("발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시한 것('직접침해')이 아니고 그 전 단계에 있는 행위(예비, 교사, 방조, 실행행위 분담을 포함하는 개념)를 하였더라도 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시하는 것으로 될 개연성이 큰 경우에는 장래 특허권 침해에 대한 권리 구제의 실효성을 높이기 위하여 특허권이 부당하게 확장되지 않는 범위 내에서 일정한 요건 하에 특허권 침해로 간주한 것이다(강학상 '간접침해' 또는 '간주침해'라 하고 대법원판례는 간접침해라는 표현을 사용하고 있음).").

23) 곽민섭, "특허권의 간접침해 제도의 개선 방안에 관한 연구", 한양대학교 박사학위논문, 2011, 73면.

24) 김수철, "특허침해에 있어서 공동불법행위 책임에 관한 고찰", 「지식재산연구」 제7권 제1호, 한국지식재산연구원, 2012, 9면("미국의 경우는 유도침해(Inducing Infringement)와 기여침해(Contributory Infringement)가 간접침해에 해당한다.").

25) 우리 특허법 제127조가 규정하는 간접침해와 미국에서 말하는 기여침해(contributory infringement)와는 동일한 것인가? 만약, 동일하지 않다면 어떤 점이 동일하지 않은가?

Ⅲ. 간접침해 성립의 직접침해 전제 여부에 관한 법리

1. 종속설 및 독립설

특허법 제127조가 간접침해 행위를 규정하고 있는데, 간접침해가 직접침해의 존재를 전제로 하는지 여부와 관련하여 '독립설'과 '종속설'이 존재한다. 독립설은 직접침해가 존재하지 않아도 간접침해는 독립적으로 인정될 수 있다는 견해이고 종속설은 직접침해가 존재하지 않거나 예상되지 않는 경우 간접침해도 없다는 견해이다. 한편, 독립설과 종속설이 모두 특정 장면에서 흠결을 가지고 있으므로 어느 한 설을 경직되게 적용하지 않고 주어진 상황에 따라 독립설 또는 종속설을 선택하여 적용하여야 한다는 '상황설'도 제기된다. 이하, 주요국에서는 종속설 또는 독립설 중 어떤 법리를 선택하여 운용하는지 살펴본다.

2. 주요국에서의 종속설 또는 독립설 법리

미국에서는 간접침해가 인정되기 위해서는 그에 관한 직접침해가 발생하였거나 발생할 수 있어야 한다는 법리가 오랫동안 인정되어 왔다.[27][28] 즉, 미국에서는 간접침해의 직접침해 종속설이 정설이다. 그런데, 인터넷의 도래로 인하여 침해의 양상이 다양해지게 되고 그에 따라 직접침해가 발생하지 않아도 간접침해를 인정할 필요성이 높은 경우가 발생하였다.

미국연방관할항소법원(CAFC)이 Limelight v. Akamai 사건에서 전원합의체 판결을 통하여 직접침해가 발생하지 않아도 간접침해가 인정될 수 있다는 새로운 법리를 제시한 바 있다.[29] 대상 특허발명은 방법발명으로서 여러 개의 단계(steps)로 이루어진다. 피고는 그 여러 단계 중 한 단계를 제외한 다른 모든 단계를 수행하고 고

26) 한동수, 앞의 글, 658면("특허권의 효력이 확장되는 것이라고 보는 견해가 있으나, 특허권의 효력 자체에서 도출되는 것이 아니라 민법상 불법행위론(특허권 침해행위의 교사 내지 방조) 내지 특허권의 효력을 실질적으로 확보하기 위한 필요에서 인정된 제도로 보는 견해가 타탕하다(국내 이설 없음).").

27) Limelight Networks, Inc. v. Akamai Technologies, Inc., 134 S.Ct. 2111, 2117 (2014) ("This is for good reason, as our case law leaves no doubt that inducement liability may arise 'if, but only if, [there is] . . . direct infringement.'").

28) Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co., 365 U. S 336, 341 (1961) ("[O]ur case law leaves no doubt that inducement liability may arise 'if, but only if, [there is] . . . direct infringement.'").

29) Akamai Technologies, Inc. v. Limelight Networks, Inc., 692 F.3d 1301 (Fed. Cir. 2012) (*en banc*).

객이 남겨진 한 단계를 마저 수행하여 비로소 발명의 모든 단계가 수행된다. 그러한 사안에서 직접침해가 발생하는지에 대하여 검토되었는데 피고도 고객도 직접침해를 수행한 것은 아닌 것으로 판단되었다. 발명의 모든[30] 단계가 단일 주체(single entity)에 의하여 행해져야 직접침해가 성립하는데,[31][32][33] 피고도 고객도 모든 단계를 수행하지는 않은 것이다. 대상 사안에서 직접침해가 발생하지 않았다는 점에 대하여는 법원 및 양 당사자 모두 긍정하였다. 그럼에도 불구하고, CAFC는, 방법발명의 특성 및 인터넷에서 발명이 수행되는 대상 발명의 특성을 고려하여, 피고의 행위는 여전히 (유도)간접침해를 구성한다고 판시하였다. 그러나 그 새로운 법리는 연방대법원에 의하여 폐기된다.

연방대법원은 다음의 이유에 근거하여 새로운 법리를 제시한 CAFC의 판결을 파기하고 간접침해가 성립하기 위해서는 직접침해의 존재가 전제가 되어야 한다는 기존의 법리를 유지하였다.[34][35] 첫째, 직접침해가 발생하지 않는 경우 특허권자의 권리가 침해되지 않는데, 그 경우 특허권 침해의 구제를 더 이상 논할 필요가 없다.[36] 둘째, 불법행위법에 따르더라도 1차적(직접) 불법행위가 발생하여야 2차적 불법행위에 대한 책임을 물을 수 있다.[37] 셋째, 의회가 간접침해의 직접침해 종속설에 대하여 법리를 변경할 기회가 있었음에도 불구하고 침묵한 것은 그 종속설을 변경할 의도가 없었던 것으로 보아야 한다.[38] Limelight v. Akamai 판결을 통하여

30) Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co., 520 U. S. 17, 29 (1997) ("Each element contained in a patent claim is deemed material to defining the scope of the patented invention,").

31) 대법원 2001. 12. 24. 선고, 99다31513 판결("특허발명의 청구항이 복수의 구성요소로 구성되어 있는 경우에는 그 각 구성요소가 유기적으로 결합된 전체로서의 기술사상이 보호되는 것이지 각 구성요소가 독립하여 보호되는 것은 아니라고 할 것이므로, 특허발명과 대비되는 (가)호 고안이 특허발명의 청구항에 기재된 필수적 구성요소들 중의 일부만을 갖추고 있고 나머지 구성요소가 결여된 경우에는 원칙적으로 그 (가)호 고안은 특허발명의 권리 범위에 속하지 아니한다.").

32) Limelight, 134 S.Ct., at 2118 ("Similarly, in this case, performance of all the claimed steps cannot be attributed to a single person, so direct infringement never occurred.").

33) 두 주체가 수행을 하더라도 한 주체가 다른 주체의 지시 또는 통제(direction or control)에 따라 행동한 것이면 그 두 주체는 단일 주체가 된다.

34) Limelight, 134 S.Ct. at 2117 (2014) ("liability for inducement must be predicated on direct infringement.").

35) 직접침해가 인정되기 위해서는 한 주체가 특허발명의 모든 구성요소를 실시하거나 그 주체가 다른 자가 그 실시를 하도록 지시 또는 통제를 하여야 한다. *Id.* ("they are all attributable to the same defendant, either because the defendant actually performed those steps or because he directed or controlled others who performed them.").

36) *Id.* at 2119 ("a method patent is not directly infringed—and the patentee's interest is thus not violated—unless a single actor can be held responsible for the performance of all steps of the patent.").

37) *Id.*

미국 연방대법원은 간접침해를 논하기 위해서는 반드시 직접침해가 존재하여야 한다는 법리를 재확인하였고, 그러한 법리가 특허법, 불법행위법 등의 법리와도 부합한다고 보았다.

중국에서는 많은 법원이 종속설을 취하고 있다.[39] 특히, 2001년 중국 베이징 고급인민법원의 "특허권 침해판정에 대한 의견" 제74조가 "간접침해는 일반적으로 직접침해의 발생을 전제조건으로 해야 하며, 직접침해가 발생하지 않는 상황에서는 간접침해는 존재하지 않는다"고 규정하였다.[40] 이론적으로, 중국 특허법 제11조 제1항의 규정은 비상업적 실시가 침해가 아닌 것으로 규정한다. 그리고, 불법행위법 제9조 제1항은 교사, 방조자는 불법행위자와 함께 또는 별도로 책임을 부담한다고 규정하는데, 비상업적 실시자는 불법행위자가 아니므로 교사, 방조자도 존재하지 않는다.[41]

일본에서는 독립설과 종속설로 의견이 나누어진다.[42][43] 일본에서 이렇게 독립설과 종속설로 나누어진 것은 모든 상황에 어느 한 설을 적용하는 것이 타당하지 않

38) *Id.* 미국 내에서 부품을 생산하고 수출하여 해외에서 그 부품을 조립, 생산하는 경우, 그 해외에서의 조립, 생산은 미국 내 특허권의 (직접)침해가 아니므로 미국 내에서의 부품 생산에 대하여도 간접침해가 성립하지 않는다는 Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518 (1972) 판결에 대응하여 미국 의회는 그러한 미국 내에서의 부품 생산도 침해가 되는 것으로 제271(f)(1)조를 신설한 바 있다. 그 신설의 장면에서 의회는 간접침해의 직접침해 종속설에 대하여도 인지하고 있었다고 보아야 하는 것이다.

39) 김수진・이기성, "중국에서의 특허권 간접침해 이론에 대한 고찰", 「창작과 권리」 제75호, 세창출판사, 2014, 100-101면("한편 이에 대한 중국의 사법실무를 살펴보면, 대부분의 법원은 다수설인 종속설을 지지하고 있다.").

40) 김수진・이기성, 위의 글, 115면.

41) Qu Guifang, Sun Fangtao, *Why does the Apple v Samsung patent war not occur in China*, E.I.P.R. 2014, 36(6), 358-362.

42) 진효근, "간접침해의 요건", 「판례연구」 제13집, 서울지방변호사회, 2000, 322면("일본의 동경지방법원 소화 56.2.25.(교황렌즈사건)는 독립설을, 오오사카 지방법원 1989.4.24.(제사기 해머사건)은 종속설을 채택하였다.(고사쿠 요시후지 특허법개설 제9판 유미특허법률사무소 역 대광서림 1993. 375, 376쪽)").

43) 「특허판례백선」, 中山信弘 등 공편, 전영사, 2005, 502면("간접침해와 직접침해와의 관계에 관하여는 특허법 제101조 각호에 해당하는 행위가 행하여지면, 직접침해가 행해졌는가 아닌가를 묻지 않고 간접침해가 성립한다고 하는 설과 간접침해는 직접침해의 존재를 전제로 하는 것으로서, 제101조 각호에 해당하는 행위가 행해져도 직접침해가 성립하지 않는 때에는 간접침해는 성립하지 않는다는 설이 있고, 직접실시가 가정 내 사용의 경우(특허법 제68조 참조) 및 시험연구인 경우(동 제69조 제1항 참조)에, 간접침해의 성부가 문제로 된다. 그러나 재판례는 어느 설을 채용하기보다, 사안에 따라서 구체적으로 타당한 결론을 도출하고 있다. 본 판결은 직접실시가 가정 내 사용의 경우이어도 간접침해가 성립하는 것으로 하고 있다. 또, 특허권에 관하여는 '속지주의의 원칙'이 일반적으로 승인되어 있고, 특허권의 효력은 당해국의 영역 내에서만 인정되는 것이기 때문에, 외국에서의 실시행위에 관하여는 일본의 특허권의 효력은 미치지 않고, 직접침해가 성립할 여지는 없다.").

음을 보여주는 것이라고 생각된다.

3. 우리나라에서의 논의

우리 특허법 및 판례는 종속설 또는 독립설의 선택에 대하여 직접적으로 규정 또는 설시하고 있지 않다.[44] 학계에서도 독립설 또는 종속설의 타당함에 대하여 유의미한 논의가 이루어지지 않았고, 그 와중에 몇 개의 참고서가 독립설이 우리나라의 통설이라고 소개하였다.[45] 그러나, 필자는 우리나라에서 종속설 및 독립설에 대하여 본격적인 논의가 없는 상황에서 독립설이 소개되었고 그 설이 잘못 통설로 오인되고 있다고 생각한다. 독립설이 통설이라는 오해와 달리 최근에는 종속설 또는 독립설을 획일적으로 적용할 것이 아니라는 주장이 오히려 더 중요하게 제시되고 있다. 대법원 지적재산조 재판연구관이었던 박정희 전 부장판사 및 한동수 전 부장판사는 공히 "어느 설을 취하더라도 불합리한 측면이 있고 …… 각 규정의 취지를 해석하여 개별적으로 검토해 나가야 할 문제"라고 주장하고 있다.[46] 필자도 현행 법리를 적용하는 해석론의 관점에서는 이러한 주장을 지지한다.[47] 그러나, 입법론적으로는 종속설이 타당한 측면이 있다. 이하에서는 형법 및 민법의 측면에서 종속설이 타당한 이유를 살핀다.

44) 대법원은 2006. 10. 12. 선고 2006다1831 판결에서 "특허발명의 기술적 특징을 갖춘 감광드럼을 특허권자의 허락없이 업으로 생산하였다면 그 자체로 특허침해가 완성되고, 그 감광드럼을 생산한 후 현실적으로 이를 부품으로 하는 장치에 결합하여 사용하여야만 특허침해가 되는 것은 아니"라고 판단하였는데, 동 설시는 직접침해가 현실적으로 발생하지 않아도 어차피 발생할 수 있는 상황이라면 현실적 발생과 무관하게 간접침해가 성립함을 밝힌 것이므로 독립설을 설시한 것은 아니다.

45) 조영선, 「특허법」 제4판, 박영사, 2013, 439면; 진효근, 앞의 글, 322면("우리나라에서는 독립설이 통설적 견해이다(송영식, 이상정, 황종환 전게서 413쪽 외에 이종일, 천효남, 이수웅, 황종환, 최덕규님 등도 동일하다).").

46) 한동수, 앞의 글, 660면(박정희 전 부장판사의 견해도 같은 취지라고 소개함).

47) 같은 의견, 곽민섭, 앞의 논문, 210면("특허권에 대한 간접침해는 특허권에 대한 직접침해와 밀접한 관계에 있는 일정한 행위를 특허침해행위로 의제함으로써 특허권자를 보호하는 것이므로 직접침해와 단절된 독립적인 것이라고 보기 어렵다. 따라서 처음부터 정당하게 실시권을 가진 자가 특허발명을 실시하는 때, 특허법에 의하여 특허권의 행사가 제한되는 때(특허법 제96조 등), 특허권의 존속기간의 만료된 때, 특허발명의 실시가 국외에서 이루어지는 때 등과 같이 직접침해가 성립할 가능성이 없는 경우에 특허발명의 실시를 위한 부품을 공급하거나 특허발명의 실시를 교사 또는 방조하는 행위를 위법하다고 하여 이를 특허침해로 보는 것은 원칙적으로 특허권자가 본래 향수할 수 없었던 이익을 특허권자에게 부여하는 것으로서 특허권의 부당한 확장에 해당한다.").

4. 형법에 따른 종속설의 타당성 검토

특허권 침해행위는 특허법 제225조에 따라 침해죄에 해당한다.[48] 특허법에서의 간접침해는 본질적으로 특허권 직접침해에 대한 교사·방조 행위라고 해석될 수 있으므로 그에 관한 형법의 이론을 살펴볼 필요가 있다.[49] 형법은 제2장 제3절에서 공범이라는 제목 아래 공동정범(제30조), 교사범(제31조), 종범(제32조), 간접정범(제34조)을 규정하고 있다. 이들 모두를 광의의 공범이라고 하고,[50] 그 중 교사범과 종범만을 협의의 공범이라고 한다.[51][52] 협의의 공범의 범죄가 정범에 종속하여 성립하는지 여부에 관한 법리는 아래와 같다.

가. 공범 종속설

공범 종속설은 정범이 범죄의 구성요건에 해당하는 실행행위를 하여야만 공범의 죄를 물을 수 있다는 견해이다.[53] 그 견해는 구성요건상의 정형적 행위만이 실행행위이므로 교사·방조행위 그 자체는 독립된 실행행위로 인정되지 않는다고 본다.[54] 공범은 정범을 전제로 한 개념으로서 교사·방조의 형태로 정범의 실행행위에 가담할 뿐이므로 정범의 실행행위가 없는 한 교사·방조 그 자체는 예비·음모의 단계이다.[55][56]

48) 특허법 제225조(침해죄) ① 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 죄는 고소가 있어야 논한다.

49) 특허권 간접침해행위가 침해죄에 해당함을 설명하는 논문은 다음 참고: 이기영, "특허권 간접침해행위와 특허권침해죄의 성부", 충남대학교 석사학위논문, 2006.

50) 이재상, 「형법총론」, 제7판, 박영사, 2011, 417면("따라서 형법의 공범에는 공동정범과 간접정범 및 교사범과 종범이 포함되는 것으로 이해되고 있으며, 이를 광의의 공범이라고도 한다.").

51) 이재상, 앞의 책, 418면("교사범과 종범은 타인의 범죄를 교사 또는 방조하여 타인이 정범으로 범하는 범죄에 가담하는 데 불과하다. 형법이 규정하고 있는 공범에 해당하는 범죄참가형태에는 교사범과 종범이 있을 뿐이며, 이를 협의의 공범 또는 고유한 의미의 공범이라고도 한다.").

52) 이상돈, "공범과 정범의 구별", 「고시계」 제49권 제2호, 고시계사, 2004, 39면("교사범과 방조범 그리고 공동정범과 간접정범이다. 앞의 둘은 협의의 공범이라 부른다. 뒤의 둘은 본질은 정범이지만 앞의 둘과 함께 광의의 공범에 속한다고 말한다.").

53) 이재상, 앞의 책, 430면("이와 같이 공범종속성설은 공범의 성립은 정범이 처벌받는 것을 조건으로 하는 것[처벌상의 종속성]은 아니지만, 적어도 정범이 위법하게 실행에 착수한 것을 조건으로 하여 성립한다는 것이다.[성립상의 종속성]").

54) 선종수, "공범의 처벌근거에 관한 연구", 동아대학교 석사학위논문, 2006, 56면("객관주의 범죄론의 관점에서 보면 교사 또는 방조행위는 아직 구성요건적 정형성을 갖춘 행위가 아니므로 단순한 교사 또는 방조행위는 아직 구성요건적 정형성을 갖춘 행위가 아니므로 단순한 교사 또는 방조행위 자체만 갖고 범죄 행위의 독립성을 인정할 수 없고, 적어도 정범이 위법하게 실행에 착수한 것을 조건으로 공범의 성립을 인정할 수 있다는 것이다.").

55) 선종수, 앞의 논문, 56면("즉 정범의 실행행위가 없으면 공범의 교사행위나 방조행위 그 자체는

다만, 정범의 실행행위가 없는 경우에도 교사·방조 행위를 처벌하기 위해서는 법이 그에 관하여 별도로 명확하게 규정을 하여야 한다. 예를 들어, 현행 형법에 의하면 자살은 범죄가 아니나 자살을 교사·방조하는 행위를 처벌하기 위하여 우리 형법은 별도의 규정을 두고 있다.[57] 이렇게 정범(자살죄)이 성립하지 않는데도 불구하고 공범(교사·방조죄)을 처벌하기 위해서는 그에 관한 명문의 규정을 두어야 하는 것이고, 그렇지 않는 경우에는 정범 없는 교사·방조범은 성립하지 않는 것이다. 이러한 이론은 특허권 침해 사건에도 그대로 적용되어야 한다.[58]

나. 공범 독립설

공범 독립설은 공범은 독립된 범죄이므로 교사·방조행위가 있으면 정범의 실행행위가 없더라도 공범의 죄를 물을 수 있다는 견해이다.[59] 이 설에 따르면 공범은 정범과 상관없이 독립하여 성립하므로 예컨대 피교사자가 실행에 착수하지 않았다 할지라도 그 교사행위는 미수로 처벌하여야하며 미수의 공범은 물론, 공범의 미수도 미수범으로 처벌 받아야 한다.[60]

다. 소결

공범 독립설은 범죄적 의사에 치중하여 구성요건적 실행행위의 정형성을 무시함으로써 죄형법정주의에 반할 우려가 있다. 또, 현행 형법 제31조 제1항(타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자) 및 제32조 제1항(타인의 범죄를 방조한 자)의 규정이 정범에 의한 범죄의 존재를 전제로 하고 있다고 해석된다.[61] 그러므로 공범 종속설이 타당하며, 판례도 종속설을 취한다.[62]

예비·음모의 단계를 벗어나지 않는 것이다.").

56) 형법 제28조(음모·예비) 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

57) 형법 제252조 제2항.

58) 조영선, 앞의 책, 443-444면("다만, 이때 직접침해의 요부에 관한 독립설은 적용될 여지가 없고 종범으로서의 형사책임을 지우기 위해서는 정범인 직접침해의 성립이 필요하다고 본다.").

59) 선종수, 앞의 논문, 55면("공범독립성설은 공범은 자기의 범죄수행을 위하여 타인의 행위를 이용하는 것이고 피이용자의 행위가 범죄가 되느냐를 묻지 않고 모두 공범이 된다고 하는 견해이다.").

60) 이재상, 앞의 책, 430면; 선종수, 앞의 논문, 55면.

61) 진계호, 「형법총론」 제6판, 대왕사, 2000, 430면("주범인 정범의 실행행위와 관계없이 교사, 방조행위 그 자체가 실행행위가 된다는 공범독립성설을 취하는 소수견해도 있다."): 이재상, 앞의 책, 431면; 배종대, 「형법총론」제10판, 홍문사, 2011, 605면.

62) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2422 판결("정범의 성립은 교사범, 방조범의 구성요건의 일부를 형성하고 교사범, 방조범이 성립함에는 먼저 정범의 범죄행위가 인정되는 것이 그 전제요건이

5. 민법에 따른 종속설의 타당성 검토

특허권의 간접침해 이론은 민법상 불법행위론(특허권 침해행위의 교사 내지 방조)에서 인정된 제도이고,[63] 민법상 교사·방조의 개념은 형법상 그것과 같으므로,[64][65] 교사자 또는 방조자의 불법행위는 독립적인 불법행위자(직접침해자)를 전제로 한다. 교사자나 방조자는 가해행위자와 연대하여 책임을 지게 된다. 이들은 자기가 직접 가해행위를 하지 않았다는 이유로 면책되거나 감책되지 않는다.[66] 불법행위자의 행위를 교사한 자에 대한 규정임을 감안하면, 직접침해를 전제로 하고 침해를 적극 유도하는 행위에 대하여 특허권 침해의 책임을 부과하는 미국의 유도침해와 유사하다고 볼 수 있다.[67]

6. 소결

위에서 미국, 중국 등에서 간접침해 종속설을 취하고 있음을 알아보았고, 우리나라에서도 기존의 독립설을 비판하는 주장이 대두되었음을 살펴보았고, 나아가, 형법 및 민법의 이론에 의하면 특허권 간접침해에도 종속설이 적용되는 것이 타당함을 분석하였다. 사실, 종속설이 논리적으로 타당한 몇 개의 상황이 제시될 수 있으

되는 것은 공범의 종속성에 연유하는 당연한 귀결이며, 따라서 교사범, 방조범의 사실 적시에 있어서도 정범의 범죄 구성요건이 되는 사실 전부를 적시하여야 하고, 이 기재가 없는 교사범, 방조범의 사실 적시는 죄가 되는 사실의 적시라고 할 수 없다.").

63) 한동수, 앞의 글, 659면(간접침해의 본질을 민법상 교사 내지 방조 행위로 보고 그에 대하여 국내에 이설이 없다고 설명).

64) 정진명, "공동불법행위책임", 「로스쿨 채권법(불법행위편)」(김민중 외 9명), 청림출판, 2007, 49면("여기서 '교사'는 타인으로 하여금 불법행위의 의사결정을 하게 하는 것이므로 피교사자를 협박하여 도구로 이용하는 경우에는 교사가 아니라 직접적인 가해행위가 된다. 그리고 교사자가 교사를 하였으나 그 피교사자가 불법행위를 하지 않은 경우에는 책임이 성립하지 않는다. 이에 대하여 방조는 이미 불법행위의 결의를 가지고 있는 사람에게 그의 실행행위를 도와주거나 그 결의를 강화시키는 점에서 교사와 구분된다.").

65) 김대규·서인복, "공동불법행위의 성립요건", 「기업법연구」 제11집, 한국기업법학회, 2002, 13면("교사·방조의 개념 및 교사·방조의 수단은 형법상의 그것과 같으며 이에 관하여 그다지 의문이 없다.").

66) 김상찬·정영진, "공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계", 「국제법무」 제1집 제1호, 제주대학교법과정책연구소, 2009, 56면("교사자나 방조자는 공동불법행위자로 간주된다. 따라서 이들은 직접의 가해행위자와 연대하여 책임을 지게 된다. 교사자 및 방조자는 자기가 직접 가해행위를 하지 않았다는 이유로 면책되거나 감책되지 않는다.").

67) 김수철, 앞의 논문, 15면("민법상 공동불법행위 책임 중에서 교사자에 대한 규정[민법 제760조3항]은 독립적인 불법행위자를 전제로 하고, 이러한 불법행위자의 행위를 교사한 자에 대한 규정임을 감안하면, 특허법상 직접침해를 전제로 하고 이러한 침해를 적극적으로 유도하는 행위에 대하여 특허침해의 책임을 부과하는 미국의 유도침해와 유사하다고 할 수 있다.[미국 특허법 제271[b]조]").

므로 그러한 상황에서는 (현행 법의 해석론에 의하더라도) 종속설이 적용될 수 있다. 이하, 그러한 상황을 살핀다.

Ⅳ. 간접침해 판단에 종속설을 적용하여야 하는 상황

1. 실시권자에 대한 부품의 제공

실시권자가 대상 특허발명의 실시를 위하여 필요한 부품이 있고, 그 부품을 공급하는 자가 존재하는 경우, 그 공급자의 행위가 간접침해에 해당할 수 있는가? 기본적으로 실시권자는 특허발명의 실시에 대한 권원을 가지므로 그 자의 관련 행위는 직접침해를 구성하지 않는다. 직접침해자가 될 수 없는 실시권자를 위한 행위는 종속설에 의하면 원천적으로 간접침해가 될 수 없다. 그런데 독립설에 의하면 실시권자가 직접침해자가 될 수 없는데도 불구하고 그 실시권자에게 관련 부품을 공급하는 자가 간접침해자가 될 수 있다. 실시권자의 실시에 제약을 두지 않아야 한다는 면에서 이러한 상황에서는 종속설을 적용하는 것이 타당하다.[68][69]

2. 연구 또는 시험을 하는 자에 대한 부품의 제공

특허법 제96조에 따라 연구 또는 시험에는 특허권의 효력이 미치지 아니한다.[70] 즉, 어떤 연구 또는 시험이 (직접침해의 정의에 따르면) 직접침해에 해당하더라도

68) 조영선, 앞의 책, 441면("일본에서의 다수설은 i) 이러한 경우에까지 간접침해를 인정하면 통상실시권의 내용에 부당한 제약을 가하게 되고, ii) 특허권자는 이미 실시계약을 통해 당해 특허의 가치에 상응하는 이윤을 회수하고 있으므로 제3자가 실시권자에 부품공급을 한다고 하여 새로운 독점적 이익이 침해되는 것도 아니며, iii) 가사 특허권자와 실시권자 사이에 부품 공급주체에 관한 특약이 있음에도 실시권자가 이를 어기고 제3자로부터 부품을 공급받는다 해도 이는 어디까지나 실시권자의 채무불이행 책임의 문제로 해결하면 족하고 반드시 간접침해의 문제로 귀결하는 것은 아니라고 한다.").

69) 만약, 실시계약에서 실시권자가 필요로 하는 부품을 특허권자가 지정하는 주체로부터만 조달받도록 계약하였는데도 불구하고 실시권자가 다른 공급자로부터 부품을 공급받는 경우에는 그 공급자의 행위가 특허권의 간접침해가 되는 것이 아니고 실시권자가 단순히 계약의 조건을 어긴 것으로 보아야 한다. 그러므로 그 경우 특허권자는 계약법에 기초하여 계약의 파기, 손해배상청구 등의 소송을 제기할 수 있을 뿐이고 특허법에 기초하여 침해소송을 제기할 수 있는 것은 아니다.

70) 특허법 제96조 제1항("① 특허권의 효력은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다.
1. 연구 또는 시험(「약사법」에 따른 의약품의 품목허가·품목신고 및 「농약관리법」에 따른 농약의 등록을 위한 연구 또는 시험을 포함한다)을 하기 위한 특허발명의 실시 ……").

관련 기술발전을 위하여 동 규정은 그 행위에 특허권의 효력이 미치지 않도록 규율하고 있는 것이다.[71][72][73] 그 연구 또는 시험이 활발하게 이루어지기 위해서는 연구 또는 시험을 위한 재료, 부품 등을 제공하는 행위도 간접침해가 아닌 것이 되어야 한다. 그런데 독립설에 의하면 연구 또는 시험에 필요한 재료 또는 부품을 제공하는 행위도 간접침해가 될 수 있고, 특허권자는 그러한 행위를 금지시킬 수 있다. 그런 견지에서 독립설은 연구 또는 시험에 특허권의 효력이 미치지 않도록 규정한 특허법 제96조를 상당 부분 무력화 시킬 수 있는 것이다. 그러한 부작용을 방지하기 위해서 연구 또는 시험을 하는 자에게 재료 또는 부품을 제공하는 상황에서는 종속설이 적용되어야 한다.[74]

3. 부품을 외국으로 수출하는 행위

특허발명의 일부가 적용된 부품이 국내에서 제조되고 그 부품이 외국으로 수출되어 그곳에서 특허발명의 전부가 적용된 제품이 생산되는 경우 국내에서의 부품 생산이 대한민국 특허권을 간접침해하는지 여부가 문제가 된다. "일반적으로 외국에서 이루어지는 직접침해에 대하여 부품을 공급하거나 교사 또는 방조행위를 하였다고 하여 간접침해를 인정한다면 원래 특허권자가 향유할 수 없었던 이익을 실질적으로 누리게 하는 결과로 되므로 원칙적으로 특허권의 부당한 확장에 해당한다고 보아야 하므로 허용할 것은 아니다."[75]

미국의 Deepsouth v. Laitram 사건에서도[76] 미국 연방대법원은 특허권의 속지주

71) 연구 또는 시험에는 ① 특허발명이 작동되는 원리를 이해하는 행위, ② 특허발명의 범위를 판단하는 행위, ③ 특허발명의 유효 여부를 판단하는 행위, ④ 특허발명에 대한 개량을 모색하는 행위, ⑤ 특허발명에 대한 회피발명을 시도하는 행위 등이 포함될 수 있다.

72) 연구 또는 시험의 최종적인 목적이 상업적인 것이라 하더라도 특허권이 미치지 않는 점에는 변함이 없다.

73) 혹자는 연구 또는 시험에 특허권의 효력이 미치지 아니하여 침해를 구성하지 않는다고 보기도 하는데 {(조영선, 「특허법」 제4판, 박영사, 2013, 440면("시험·연구를 위하여 발명을 실시하는 경우에는 특허법 제96조 제1항 제1호에 따라 특허권의 효력이 미치지 아니하여 침해를 구성하지 않는다.")} , 필자는 연구 또는 시험의 행위도 (침해의 정의에 의하여) 침해를 구성하되 다만 특허권의 효력이 미치지 않을 뿐이라고 생각한다.

74) 연구 또는 시험을 위하여 제공된 재료 또는 부품이 제3자에게 양도될 가능성이 있으므로 독립설이 타당하다는 주장이 있는데, 그 주장은 작은 우려 때문에 더 큰 부작용을 만드는 것이라고 생각한다. 연구 또는 시험을 위하여 재료 또는 부품을 제공하는 행위는 일반적으로 간접침해가 아닌 것으로 처리하고, 만약 그 재료 또는 부품이 (연구 또는 시험을 하는 자가 아닌) 제3자에게 제공되면 그 제3자가 직접침해를 하는 것이 될 것이고 그 경우에 한하여 그 재료 또는 부품을 제공하는 행위가 간접침해를 구성하는 것으로 보면 된다.

75) 곽민섭, 앞의 논문, 211면.

76) Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518 (1972).

의에 근거하여[77] 외국에서의 행위는 미국 특허권의 직접침해가 아니므로 간접침해 종속설에 따라 간접침해도 논할 수 없다고 설시하였다.[78] 일본 오오사까 지방재판소가 폴리올레핀 조성물 사건(2000년), 제빵기 사건(2000년)에서 간접침해 관련된 부품의 생산이 일본 영토 내에서 발생하여야 함은 물론, 그 부품을 이용하여 특허발명을 실시하는 행위도 일본 영토 내에서 발생하여야 한다고 판시한 바 있다.[79] 간접침해를 판단함에 있어서도 그 간접침해 행위는 물론 관련 직접침해 행위까지도 국내에서 발생하여야 한다는 점을 혹자는 '이중 속지주의(double territorial limitations)'라고 부른다.[80][81][82]

한편, 국제무역이 활발하여 외국에서 특허발명이 적용된 제품이 다시 국내로 반입될 가능성이 높은 점 등을 고려하면 애초 국내에서의 부품 제조에 대하여 특허권 간접침해의 법리를 적용할 필요성이 인정된다는 주장이 있다.[83] 그러한 주장이 일리가 있어서 미국 의회는 간접침해 종속설의 예외를 인정하여 비록 특허발명을 실시하는 행위가 외국에서 발생하여 국내 특허권의 직접침해가 아니지만 관련 부품을 제조하는 행위를 간접침해로 포섭하는 제271(f)조 규정을 신설한 바 있다.[84]

해당 국가의 법은 (특별히 따로 규정된 경우를 제외하고는) 해당 국가의 영토 안에서만 효력을 가진다. 이를 속지주의 원칙이라고 부른다. 이 원칙은 해당 국가

77) *Id.* at 531 ("Our patent system makes no claim to extraterritorial effect; these acts of Congress do not, and were not intended to, operate beyond the limits of the United States; and we correspondingly reject the claims of others to such control over our markets."). Id. ("patent system makes no claim to extraterritorial effect").

78) *Id.*

79) 해당 폴리올레핀 사건 판결문을 번역한 내용은 다음 글을 참고. 곽민섭, "제127조(침해로 보는 행위)", 「특허법주해 II」, 정상조/박성수 공편, 박영사, 2010, 87면.

80) Miller, et al., *Terrell on the Law of Patents* 17th ed., Sweet & Maxwell, 2011, para. 14-54 ("However, there are two territorial limitations, First the supply or offer to supply must be 'in the United Kingdom' and secondly the invention must be 'put into effect in the United Kingdom'. Section 60(2) is based upon Articel 26 of the CPC, and section 130(7) applies.").

81) David Barron, *Cross-border infringement in high-tech patent cases*, E.I.P.R. 2009, 31(1), 31, 31, fn. 4 ("This is known as the double territorial limitation; both the requisite offer for sale or supply must be made in the UK and also the invention must be then put into effect within the UK.").

82) Menashe Business Mercantile Limited v. William Hill Limited [2002] EWCA Civ 1702; Virgin Atlantic Airways Limited v Delta Airways, Inc [2010] EWHC 3094 (Pat) Case No: HC08C1577, 30 November 2010 (이중 속지주의를 판시한 영국 사건).

83) 곽민섭, 앞의 논문, 211면.

84) Fisch & Allen, *The Application of Domestic Patent Law to Exported Software: 35 U.S.C. § 271(f)*, 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 557, 565 (2004) ("Congress specifically intended § 271(f) as a response to the Supreme Court's decision in *Deepsouth*.").

가 제정한 모든 법에 일반적으로 적용되고, 당연히 상표법,[85][86] 특허법[87] 등에도 적용된다. 대한민국 국회가 대한민국 특허법 규정을 만드는 경우 특별히 다른 언급이 없는 경우 그 법이 대한민국 영토 내에 적용되는 것이라고 강하게 추정된다.[88][89] 헌법이 대한민국 영토 내에서 효력이 있듯이[90] 헌법의 한계 내에서 제정되는 법도 당연히 대한민국 영토 내에서 효력을 가지는 것이다.[91][92] 예를 들어, 특별한 경우가 아니라면, 중국 국회가 대한민국에 적용되는 중국 법을 만드는 것이 허용되지 않듯이 대한민국 국회가 중국에 적용되는 대한민국 법을 만들어서도 아니되는 것이다. 그런 견지에서 대한민국 국회는 외국에서 대한민국 특허의 특허발명을 실시하는 행위에 대하여 규율하지 않는 것이다. 따라서, 간접침해에 관한 특허법 제127조도 대한민국 영토 내에서의 침해행위에 대하여 규율하는 것으로 이해되어야 한다. 만약, 국회가 국내 특허권자의 권리를 특별히 보호할 필요를 느끼고 대한민국 특허권의 효력을 국외로 확장하고자 하는 경우 그러한 명확한 의도를 가

85) 특허법원 2006. 07. 07. 선고 2005허11049 판결("…… 속지주의의 원칙은 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하기 위한 또 다른 요건인 '부정한 목적을 가지고 사용하는 상표'에 해당하는지 여부에 대한 해석·적용을 통하여 달성될 수 있는 점 ……").

86) 일본 상표법. 대법원 2004. 07. 22. 선고 2003다62910 판결("속지주의 원칙을 채용하고 있는 일본 상표법하에서는 상표권이 등록된 나라의 영역 외에서 당해 상표권의 등록국에서의 침해행위를 유도하는 등 이에 관여하는 행위는 불법행위를 구성하지 아니하는 것으로 해석됨을 알 수 있으므로 이 부분 원심의 설시에 일부 적절하지 아니한 점은 있으나 피고의 공동불법행위책임의 성립을 인정하지 아니한 그 결론에 있어서는 정당하다 할 것이고 ……").

87) 대법원 1992. 06. 23. 선고 91후1809 판결("원심은 (가)호 발명과 동일성이 있는 발명(갑 제5호증)이 미국에 출원되어 특허 등록되었다는 점 뿐만 아니라, (가)호 발명과 이 사건 특허의 기술적 구성의 비교 (가)호 발명의 특징등을 종합하여 (가)호 발명이 이 사건 특허와 독립한 별개의 발명이라고 판단을 한 것으로서, 원심결에 특허권의 속지주의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.").

88) 서울고법 2006. 3. 29. 선고 2004나14033 판결("헌법 제3조는 북한지역도 대한민국의 영토임을 선언하고 있으므로, 우리나라 저작권법의 효력은 대한민국의 주권범위 내에 있는 북한지역에도 미친다고 할 것이다(대법원 1990. 9. 28. 선고 89누6396 판결 참조).").

89) Small v. United States, 544 U.S. 385, 388-89 (2005) ("This notion has led the Court to adopt the legal presumption that Congress ordinarily intends its statutes to have domestic, not extraterritorial, application.").

90) 헌법 제2조는 대한민국 국민에 대하여, 제3조는 대한민국 영토에 관하여 규정하고 있는데, 그 규정들은 헌법이 적용되는 인적, 지리적 대상을 규정한 것으로 보아야 한다.

91) 윤선희, 「특허법」 제3판, 법문사, 2007, 636면("모든 국내법은 속지주의 원칙에 따라 우리나라의 영토 내에서만 효력이 미치는 바, 특허법에 의한 특허권의 효력 역시 우리나라 영토 내에 한한다.").

92) Brown v. Duchesne, 60 U.S. 183, 195 (1856) ("The patent laws are authorized by that article in the Constitution which provides that Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries. The power thus granted is domestic in its character, and necessarily confined within the limits of the United States.").

지고 법을 개정하여야 한다.[93]

4. 적법한 수리를 하는 소비자를 돕는 행위

특허제품을 특허권자 등으로부터 적법하게 구매한 자는 그 특허제품을 일상적인 사용의 범위 이내에서 자유롭게 수리할 수 있다. 그 판매로 인하여 특허권자의 관련 권리는 소진된 것이다.[94] 소비자가 적법한 수리를 하는데 있어서 필요한 부품을 구하지 못하면 소비자는 수리를 할 수 있는 권리를 행사하지 못하게 된다. 그래서, 소비자의 적법한 수리를 돕는 행위는 간접침해가 아닌 것으로 보아야 한다.

그런데, 우리 대법원은 소비자에게 소모품을 제공한 자에게, 소비자의 구매 및 후속 행위가 적법한 수리인지 여부는 판단치도 않고 소모품을 제공한 자가 간접침해를 한 것이라고 판단한 바 있다.[95] 결국, 대법원의 태도에 의하면 소비자가 적법하게 소모품을 구하는데도 불구하고 특허권자가 그 소모품 제공을 막을 수 있는 것이다.[96] 이러한 태도는 특허권의 소진이론을 제대로 이해하지 못한 것이 되고, 소비자의 수리를 할 수 있는 권리를 부당하게 제한하는 것이 되고, 결과적으로 특허권자를 지나치게 보호하는 것이 된다.

미국 연방대법원은 Aro 사건에서 지붕개폐(convertible) 자동차의 소유자가 지붕 직물부를 교체하기 위하여 직물부를 업자로부터 구매한 사안에서 자동차 소유자의 직물부 교체는 적법한 수리에 해당하여 직접침해에 해당하지 않고 그러므로 직물부를 판매하는 업자의 행위도 (종속설에 따라) 간접침해에 해당하지 않는 것으로 판단한 바 있다.[97] 소비자의 대상 특허제품을 수리할 수 있는 권리를 인정한 판례

93) Microsoft Corp. v. AT&T Corp., 550 U.S. 437, 444 (2007) ("Absent 'a clear congressional indication of intent,' we stated, courts had no warrant to stop the manufacture and sale of the parts of patented inventions for assembly and use abroad.").

94) 황성필, "Quanta v. LG 판결을 반영하는 특허 라이센싱 전략 : 특허권소진이론의 적용범위와 조건부계약에 의한 배제 가능성", 「지식재산연구」 제4권 제1호, 한국지식재산연구원, 2009, 112면("'특허권소진이론'이란 '적법하게 만들어진 특허물품은 일단 판매하면 그 특허품의 취득자는 원 권리자의 독점권에도 불구하고 이를 재판매하거나 다른 방법으로 처분할 수 있다'는 원칙이다. 즉, 특허권자 또는 실시권자는 특허품을 판매함으로써 이미 그 권리의 목적을 달성했기 때문에 정당한 구매자에 대하여 권리가 소멸한 것이고, 그 구매자로 인하여 특허권의 침해가 성립되지 않는다는 것이다.").

95) 대법원 1996. 11. 27.자 96마365 결정, 대법원 2001. 1. 30. 선고 98후2580 판결.

96) 본 논문의 심사과정에서 한 심사위원은 권리소진 법리가 적용되는 '수리'는 독립설 하에서도 '생산에만 사용되는 물건'이 아니므로 간접침해가 성립할 여지가 없다고 지적하였다. 그러나, '수리'를 위하여 제공되는 부품은 '생산에만 사용되는 물건'일 수 있고 간접침해가 성립할 여지가 존재한다고 생각된다.

97) Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co., 365 U. S 336, 341 (1961).

이다. 이와 같이 소비자의 적법한 수리를 돕는 행위는 간접침해로 규율하지 않는 것이 논리적이고 바람직하다.

5. 소결

이상에서, 간접침해 독립설이 적용되지 않아야 하는 대표적인 4개 상황을 살펴보았다. 적어도 그 4개 상황에서는 독립설이 합리적이지 않다. 즉, 사안에 따라서 간접침해 종속설이 적용되는 것이 타당하므로 독립설을 경직되게 일반적으로 적용하는 태도는 지양되어야 할 것이다. 특히, 프린터 카트리지와 관련된 사건에서 소비자가 카트리지를 교환하는 행위가 적법한 수리인지 여부는 판단하지도 않고 바로 간접침해 여부를 판단하는 행태는 두 번 다시 반복되지 않아야 한다. 한편, 상황에 따라서는 독립설을 적용하는 것이 바람직 할 수 있다. 이하, 그러한 상황을 살펴보고, 그 상황을 극복할 수 있는 특허법 개정방안을 모색한다.

V. 독립설을 극복하는 특허법 개정방안

1. 독립설이 적용되어야 하는 상황: 비상업적 실시를 돕는 상업적 행위

최종 소비자의 비상업적 실시를 돕는 상업적 행위가 존재하는 상황에서는 간접침해 독립설이 적용되어야 한다. 현행 법리에 의하면 업으로서의 행위만 직접침해에 해당하므로 특허발명을 비상업적으로 실시하는 소비자의 행위는 직접침해가 되지 않는다. 종속설에 의하면 (간접침해 판단을 위하여 직접침해가 전제가 되어야 하므로) 그 소비자의 비상업적 행위를 돕는 상업적 행위는 간접침해가 되지 않게 되고, 결과적으로 특허권은 무력해진다.[98][99] 그러한 특허권의 무력화를 방지할 필요가 있고 그러므로 소비자의 비상업적 행위가 있는 장면에서는 간접침해에 독립설을 적용하는 것이 타당하다.[100]

98) 임병웅, 「이지특허법」 제11판, 한빛지적소유권센터, 2013, 812면.

99) 용도발명의 경우 환자가 의약품을 복용, 적용하는 행위가 용도발명을 실시하는 행위가 되는데, 그 환자의 행위는 업으로서의 실시가 아니므로 현행 법리에 의하면 특허권 침해를 구성하지 않게 된다. 그러나, 환자가 그러한 행위를 하도록 기여 또는 유도하는 업으로서의 행위는 간접침해로 포섭할 필요가 있을 것이다.

100) 곽민섭, 앞의 논문, 210-2111면("그러므로 입법적으로 간접침해는 원칙적으로 직접침해의 성립을 전제로 하여 성립한다는 점을 명시하거나 이를 전제로 규정하는 것이 합리적이다. 다만, 특허권자를 보호할 정책적 필요성이 큰 경우에는 예외적으로 종속[설]을 완화하여 직접침해가 성

종속설을 비판하고 독립설을 옹호하는 의견은 가장 중요하게 이러한 이유를 제시하고 있고, 이 이유로 인하여 우리나라에서 오랫동안 독립설이 다수설인양 인정되어 왔다. 그런데 앞에서 살핀 바와 같이, 우리 형법 및 민법의 법리는 종속설과 부합하는 것이고 그렇다면 특허권의 간접침해에서도 종속설이 적용되는 것이 이론적으로 조화롭다. 그렇다면, 소비자의 비상업적 행위가 있는 장면에서도 종속설이 적용될 수 있게 한다면 특허권 간접침해와 관련하여 전반적으로 종속설을 운용할 수 있을 것이다. 이하에서는, 소비자의 비상업적 행위가 있는 상황에서도 종속설이 적용될 수 있도록 하는 특허법 개정방안을 제시한다.

2. 간접침해 종속설을 전면 적용하게 하는 특허법 개정방안

우리 특허법이 직접침해를 정의하고 있지 않지만 학설과 판례는 침해를 유효한 특허권 존속기간 중 대한민국 영토 내에서 특허권자 또는 전용실시권자의 허락없이 업으로서(as business) 특허발명을 실시하는 행위로 정의한다. 동 정의에서 '업으로서'를 삭제하는 방안이 제시될 수 있다.[101] 앞에서 살핀 바와 같이 미국, 프랑스, 독일은 업으로서가 아닌 비상업적 특허발명의 실시도 침해행위에 포함시키되, 그 실시에 대하여는 특허권의 효력이 미치지 않는 것으로 규정하고 있다. 그래서 그들 국가에서는 소비자의 비상업적 행위가 직접침해가 되므로 (종속설에 의하더라도) 그 행위를 돕는 상업적 행위를 간접침해로 다스릴 수 있는 것이다. 소비자의 비상업적 행위에 특허권의 효력이 미치지 않음은 물론이다. 만약 간접침해가 비상업적으로 행해지는 경우 그 행위에도 특허권의 효력이 미치지 않을 것이다.

그렇다면, 우리 특허법에 직접침해를 정의하는 명문의 규정을 신설하되, 그 규정이 그들 국가와 같이 특허발명의 비상업적 실시도 직접침해에 해당하도록 규율하고, 다만, 비상업적 실시에 대하여 특허권자가 소송을 제기하는 것이 바람직하지 않으므로 독일, 프랑스의 경우와 같이, 비상업적 실시에 특허권의 효력이 미치지

립하지 않더라도 간접침해를 인정할 수 있을 것이다. …… 대표적인 것이 특허발명의 실시가 개인적 또는 가정적으로 실시되는 것이고, 따라서 특허발명이 업으로서 실시되는 것이 아니어서 직접침해가 성립할 수 없는 경우이다. …… 따라서 이 경우에 그 실시를 교사 또는 방조하는 행위를 간접침해로 보지 않으면 특허권자의 보호가 실질적으로 형해화될 수 있다.").

101) 문선영, "특허권 간접침해 규정의 문제점과 개선방안", 「법학논고」 제45권, 경북대학교 법학연구소, 2014, 581면("특히 우리나라 간접침해 규정은 그 적용범위가 협소하고, 무엇보다도 특허권의 효력이 '업으로서'의 실시에 미치는 결과(특허법 제94조), 동 조항의 효력을 유지하는 한, 직접침해에서 업으로서 실시하지 않는 행위에 대하여도 간접침해의 책임을 인정하여야 할 필요도 있어 ……").

않는 것으로 규율하면 된다. 이하, 위에서 설명한 바에 따른 특허법 개정방안을 제시한다.

가. 직접침해 정의 규정의 신설

직접침해를 정의하는 규정을 신설하기 위하여 현행 간접침해에 관한 제127조를 활용할 수 있다. 즉, 제127조 제1항에 직접침해에 관한 규정을 신설하고, 현재의 간접침해에 관한 규정을 제2항으로 배치시키는 것이다. 그러한 방안에 따르면 제127조의 제목은 '침해'로 변경되어야 할 것이다.

<직접침해 정의 규정 신설방안>

현행 규정	개정방안
규정 없음	제127조(침해) (신설) ① <u>유효한 특허권의 존속기간 중에 대한민국 영토 내에서 특허권자 또는 전용실시권자의 허락없이 특허발명을 실시하는 행위는 특허권을 침해하는 것이다.</u>

나. 간접침해 규정의 개정

특허권의 간접침해는 직접침해가 발생하였거나 발생할 것이 예정되는 경우에 한하여 인정되어야 하고, 그러한 소위 종속설을 도입하는 규정은 아래와 같이 제안된다.[102] 비상업적 실시가 직접침해에 포섭되었듯이 간접침해에도 포섭되므로 '업으로서'의 한정은 여기에서도 포함되지 않는다. 즉, 비상업적 행위도 간접침해임에는 다름이 없고 다만 그 행위에 특허권의 효력이 미치지 않을 뿐이다.

102) 곽민섭, 앞의 논문, 210면("그러므로 입법적으로 간접침해는 원칙적으로 직접침해의 성립을 전제로 하여 성립한다는 점을 명시하거나 이를 전제로 규정하는 것이 합리적이다. 다만, 특허권자를 보호할 정책적 필요성이 큰 경우에는 예외적으로 종속[설]을 완화하여 직접침해가 성립하지 않더라도 간접침해를 인정할 수 있을 것이다.").

<간접침해 정의 규정 개정방안>

현행 규정	개정방안
제127조(침해로 보는 행위) 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.	제127조(침해) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여 제1항이 규정하는 행위에 기여하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.
1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위	1. (좌동)
2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위	2. (좌동)

다. 비상업적 실시를 특허권의 효력이 미치지 않는 것으로 포섭

비상업적 행위에까지 특허권의 효력이 미칠 필요는 없다. 프랑스 지재권법 제613-5(a)조[103], 영국 특허법 제60(5)(a)조,[104] 독일 특허법 제11조[105] 등도 특허발명의 비상업적 실시(non-commercial use)에는 특허권의 효력이 미치지 않는 점을 명시적으로 규정하고 있다.[106] 그러한 비상업적 행위로 인하여 특허권자가 손해를

103) French IPC art. L613-5 ("The rights afforded by the paten shall not extend to: a) Acts done privately and for non-commercial purposes; b) Acts done for experimental purposes relating to the subject matter of the patented invention ...").

104) UK Patents Act 1977, Sec. 60(5)(a) ("An act which, apart from this subsection, would constitute an infringement of a patent for an invention shall not do so if—
(a) it is done privately and for purposes which are not commercial; . . .").

105) German Patent Act § 11 (exempting "acts done privately for non-commercial purposes" etc. from liability).

106) 비상업적 실시에 특허권의 효력이 미치지 않도록 하는 제도에 관한 WIPO의 회원국 제도 조사 보고서는 다음 사이트 참고.

보는 경우도 상정하기 어렵다. 현행, 우리 법리는 그러한 점을 고려하여 업으로서의 실시만 특허권 침해인 것으로 규율하고 있다. 상기 직접침해에 대한 규정의 신설방안에 따르면 비상업적 실시도 직접침해에 해당할 수 있다. 그러나, 그러한 행위에까지 특허권의 효력이 미칠 필요는 없으므로 그러한 점을 반영하여 제96조 제1항을 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다. 특허발명의 비상업적 실시에 의한 면책의 경우가 다른 면책의 경우보다 더 자주 적용될 것이므로 동 규정을 제1호로 배치한다.

<비상업적 행위의 면책>

현행 규정	개정방안
제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다.	제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다. 1. 특허발명의 비상업적 실시
1. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시	2. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시[107]
2. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건	3. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건
3. 특허출원시부터 국내에 있는 물건	4. 특허출원시부터 국내에 있는 물건[108]

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_20/scp_20_3.pdf>.

107) 상업적인 연구 또는 시험이 허용되는지 여부에 대하여 이견이 있으나, 제1호에서 '비상업적인'이라는 표현을 둠으로써, 제2호의 연구 또는 시험은 상업적인 것도 포함함을 명확하게 하는 효과가 있다. 이에 관하여 다툰 영국의 판례는 Monsanto Co. v. Stauffer Chemical Co., [1985] R.P.C. 515, 538 (Eng.) ("The distinction between the wording of sub-head (a) and the wording of sub-head (b) in section 60(5) indicates that experimental purposes in sub-head (b) may yet have a commercial end in view, as do all the activities of companies such as the parties to this dispute.").

108) 한편, 특허제품의 선의의 구매자(bona fide purchaser for value)에게는 특허권의 효력이 미치지 않아야 한다는 주장도 있다. Thomas Lenihan & Michael Nelson, *A Proposed Amendment to 35 U.S.C. 271*, Nov. 8, 2013. <http://www.ipwatchdog.com>.

위 개정방안에 따르면 비상업적 실시도 침해행위에 해당하나 다만 그에는 특허권의 효력이 미치지 않을 뿐이다. 이러한 이론 구성에 따라 소비자가 어떤 특허제품을 변형시키는 행위가 특허제품을 재생산하는 정도에 이르러 특허권 직접침해에 해당하는 경우, 그 소비자의 행위를 돕는 상업적 행위도 간접침해에 해당할 것이다. 다만, 그 소비자의 행위가 비상업적인 경우 그 소비자는 신설되는 제96조 제1항 제1호에 의하여 면책되는 것이다. 나아가, 그 소비자의 행위를 돕는 행위도 비상업적 행위인 경우 동 규정에 의하여 면책될 것이다.[109]

미국 특허법에는 비상업적 실시에 대한 면책 규정이 없다. 그러나, 비상업적 실시에 대하여 특허권자가 침해금지청구 또는 손해배상청구를 하는 것이 현실적이지 않으므로[110] 비상업적 실시를 대상으로 특허소송을 제기한 사례는 없다고 추정된다. 나아가, 아예 그러한 소송의 가능성을 원천적으로 방지할 필요가 있다는 견지에서 비상업적 실시에 대하여 면책을 하거나 특허권자의 권리행사를 제한하여야 한다는 주장도 있고, 또, 그러한 소송을 적어도 제조사에 대한 소송이 정리되는 때까지는 중지시켜야 한다는 주장도 있다.[111][112]

참고로, 중국도 이러한 법 체계를 가지고 있다. 2001년 베이징 고급인민법원 '의견'은 제79조 및 제80조에서 위 제74조에 대한 예외로 당해 행위가 중국 특허법

109) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제9조 제2항("제8조에 따른 배치설계권의 효력은 적법하게 제조된 반도체집적회로등을 인도받은 자가 그 반도체집적회로등에 대하여 영리를 목적으로 제2조제4호다목에 규정된 행위를 하는 경우에는 미치지 아니한다.").

110) Roger Blair & Thomas F. Cotter, *An Economic Analysis of User and Seller Liability in Intellectual Property Law*, 68 U. Cin. L. Rev. 1, 27 (1999) ("First, nothing in the analysis thus far provides a strong reason for holding private noncommercial users liable; one would expect that in most cases the effect on incentives of being able to sue a consumer for using a patented invention would be virtually nil.").

111) Brian J. Love & James C. Yoon, *Expanding the Customer Suit Exception in Patent Law*, 93 B.U. L. Rev. 1605 (2013) (최종사용자에 대한 소송을 제조자에 대한 소송이 정리될 때까지 중지시켜야 한다는 주장).

112) 특허제품인 사무용품을 구매하여 사용하는 일반 (영리를 목적으로 하는) 회사가 있다면 그 회사의 특허제품 사용은 비상업적인 것으로 보아야 하거나 최소한 그 행위에 대한 권리행사는 제한되어야 할 것이다. 그런 견지에서 미국 특허법의 침해 규정을 다음과 같이 개정하여야 한다는 주장이 있다. 35 U.S.C. § 271(a) ("Except as otherwise provided in this title, whoever without authority makes, uses, offers to sell, or sells any patented invention, within the United States or imports into the United States any patented invention during the term of the patent therefor, infringes the patent. However, no remedy may be granted for direct infringement on account of a customer's use or resale of the invention, unless there is no adequate remedy under this title for infringement on account of another person's manufacture, importation, use, offer to sell, or sale of that invention."). Thomas F. Cotter, *Eliminating remedies against infringing customers: a simple solution to reining in customer lawsuits?*, March 27, 2014. <http://comparativepatentremedies.blogspot.kr>.

제69조의 직접침해로 보지 않는 행위에 해당하는 경우, 비영리 목적인 경우, 그리고 국외에서 직접침해 행위가 발생하는 경우에도 간접침해를 구성하는 것으로 하고 있다.[113] 즉, 직접침해 행위가 비영리적으로 이루어지므로 그 행위에 특허권의 효력이 미치지 않더라도 그러한 비영리 행위에 기여하거나 비영리 행위를 유도하는 행위는 간접침해가 될 수 있는 것이다. 중국에서는 비영리 행위, 실험 및 연구를 위한 행위 등이 직접침해를 구성하지 않는 것으로 보고, 그러한 특수한 경우에는 직접침해가 발생하지 않는다 하더라도 간접침해가 성립될 수 있다고 보고 있다.[114]

라. 특허권 소진에 관한 규정 신설

특허권자 또는 그에 의하여 허락을 받은 자가 특허제품을 양도한 경우, 그 특허제품에 대하여는 특허권이 소진된다는 이론이 소위 특허권 소진이론이다. 특허권 소진이론은 민법 이론, 정책적 필요, 계약법 이론 등에 의하여 인정되는 것이어서 별도의 명문의 규정을 두지 않아도 당연히 인정되어야 한다. 그래서 많은 국가들은 소진이론에 대하여 별도의 규정을 두지 않고 있다. 그러나, 소진이론에 대한 이견을 원천 차단하기 위해서는 명문의 규정을 둘 필요성도 인정된다.

소진이론에 대하여 명문의 규정을 둔 국가로는 프랑스, 스위스, 덴마크, 벨기에, 대만 등이 포착된다. 프랑스 지적재산권법 제L.613-6조는 "특허제품이 특허권자에 의하여 또는 그의 명백한 허락에 의하여 프랑스 내에서 또는 유럽경제지역협약의 당사자 영토 내에서 판매된 후 프랑스 내에서 그 특허제품에 관한 행위에는 특허권이 미치지 아니한다"고 규정한다.[115] 스위스 특허법 제3조는 특허권자 또는 그의 동의 아래 유럽경제지역 내에서 유통된 제품의 사용에 대하여는 특허권이 미치지 않는 것으로 규정한다.[116] 덴마크 특허법 제3(3)(2)조는 "특허의 배타적 권리는 특

113) 김수진・이기성, 앞의 논문, 115면.

114) 상동, 100면("예를 들어, 타인의 실시행위가 비영리 목적의 시험 및 연구를 위한 실시인 경우, 해당 타인의 실시 행위는 중국 특허법상 직접침해에 해당하지 않게 된다.").

115) "The rights conferred by a patent shall not extend to acts concerning a product covered by that patent which are done on French territory after such product has been marketed in France or in the territory of a State party to the Agreement on the European Economic Area by the owner of the patent or with his express consent."

116) "The following are excepted from the exclusive right:
(1) use which is not commercial;
(2) use of a product protected by the patent which is put on the market within the European Economic Area by the proprietor of the patent or with his consent; . . .").

허권자에 의하여 또는 그의 동의에 의하여 유럽경제지역에 판매된 제품과 관련된 행위에는 미치지 아니한다"고 규정한다.[117] 벨기에 특허법 제28조 제2항은 벨기에 내에서 제조된 특허제품이 특허권자에 의하여 또는 그의 동의에 의하여 벨기에 내에서 판매된 후에는 그 제품에 관한 행위에는 특허권이 미치지 아니한다고 규정한다.[118]

프랑스 및 덴마크는 유럽지역의 소진에 대하여 규정하는데 반해 벨기에는 국내소진에 대하여 규정하는 점의[119] 지리적 차이는 있지만 기본적으로 국제소진에 대하여는 언급하지 않고 국내소진을 인정하는 법리를 운영하는 것으로 보인다. 대만 특허법 제59조는 특허권의 효력이 미치지 않는 행위에 대하여 규정하는데, 동조 제6항은 특허권자가 제조한 혹은 특허권자의 동의로 제조된 특허물품의 판매 후 해당 물품을 사용 또는 재판매하는 행위가 국내에서 제한받지 않는다고 규정하고 있다. 이러한 사례들은 특허권의 소진을 적극적으로 규정한 것들이고, 나아가 그 소진이 국내에만 적용된다고 명시하여 국제소진을 인정하지 않고 있다.

영국의 구 특허법 제60(4)조가 특허권의 소진에 대하여 규정하였으나 동 규정은 공동체특허조약(Community Patent Convention)이 성사되지 않아서 한 번도 적용된 바가 없고, 그 후 2004년 법 개정을 통하여 해당 규정이 삭제되었다.[120] 영국 의회가 그러한 규정의 삭제를 통하여 소진이론을 인정하지 않겠다는 입장을 보인 것은 아니다. 영국은 오랫동안 법원에 의하여 소진이론이 인정되어 왔고 그 이론은 국제소진에도 적용되며, 나아가 특허제품의 수리에도 적용된다.[121]

117) Danish Group, *Report Q205 in AIPPI Survey*, p. 1 ("In respect of patents, the rule of exhaustion is provided in the Patents Act section 3(3)(2) that sets out 'that the exclusive right of a patent shall not extend to acts concerning products put on the market in [the EEA] by the proprietor of the patent or with his consent'."). <https://www.aippi.org/download/commitees/205/GR205denmark.pdf>.

118) WIPO 홈페이지에서 입수한 프랑스어 버전의 규정을 Google 자동번역기로 번역한 영어 버전의 규정은 다음과 같다. Art. 28 § 2 ("The rights conferred by the patent shall not extend to acts concerning the product covered by the patent, made in Belgium, after the product was put on the market in Belgium by the proprietor or with his consent."). <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=262815>.

119) 유럽공동체조약 제28조 및 제30조와 유럽경제지역협약 제11조 및 제13조가 유럽 내에서는 국내소진에 한정되지 않고 지역소진을 채택하였는데, 벨기에가 국내소진의 규정을 유지할 수 있는 이유는 무엇인가?

120) Patents Act 2004, s16 and Sched 2, para 13, brought into force by SI 2004/320, para 2 (recited by Christopher Stothers, *Patent Exhaustion: the UK perspective*, 2008, p. 3 footnote 10). <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Christopher-Sothers-Patent-Exhaustion.pdf>.

121) Christopher Stothers, supra, p. 4 ("However, the silence in the legislation does not mean that there is no patent exhaustion in the United Kingdom. Instead, the courts have long recognised a limited form of exhaustion based on an implied licence being granted when the patentee sells the article in question.12 This covers both sales outside the jurisdiction (parallel imports) and modification or repair of patented products.").

저작권법에 소진이론을 규정한 국가로는 우리나라,[122] 미국,[123] 일본[124] 등이 있다.[125] 우리 저작권법 제20조는 동 규정이 국제소진에까지 적용되는지에 관하여 명확하게 규정하고 있지 않는데 만약, 동 규정이 국내소진을 규정한 것이라면 "국내에서" 거래에 제공된 경우로 한정하였어야 했다. 미국 저작권법 제109(a)조도 동 규정이 국제소진에까지 적용되는지에 관하여 명확하게 규정하고 있지 않는데, 최근 미국 연방대법원은 Kirtsaeng 판결을 통하여 동 규정이 국제소진을 규율한 것이라고 해석하였다.[126]

소진이론을 특허법, 저작권법 등에 규정한 각국의 사례를 살펴본 바에 따르면, 특허권의 소진은 ① 해당 양도가 특허권자에 의하여 또는 특허권자의 허락에 의하여 발생하여야 하고, ② 해당 양도가 국내에서 발생하여야 하고, ③ 소진을 제한하는 적법한 조건이 없고, ④ 해당 제품에 한하여 적용되어야 하고, ⑤ 수리에 대하여 적용되고 재생산에는 적용되지 아니한다. 그러한 점을 반영한 규정 신설방안은 다음과 같다.

<소진이론에 관한 규정의 신설방안>

현행 규정	개정방안
제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다.	제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다.

122) 저작권법 제20조("저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.").

123) 미국 저작권법 제109(a)조. ("the owner of a particular copy . . . lawfully made under this title . . . is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy.").

124) 일본 저작권법 제26조의2 제2항.

125) 참고로, 우리나라의 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제9조 제2항도 소진이론을 규정하고 있다. "제8조에 따른 배치설계권의 효력은 적법하게 제조된 반도체집적회로등을 인도받은 자가 그 반도체집적회로등에 대하여 영리를 목적으로 제2조제4호다목에 규정된 행위를 하는 경우에는 미치지 아니한다."

126) 동 판례에 대한 해석은 다음 글 참고: 황의산, 정차호, "저작권 국제소진: 미국 연방대법원 교과서 병행수입 판결", 「국제통상연구」 제18권 제2호, 한국국제통상학회, 2013년 6월호.

1. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시	1. 특허발명의 비상업적 실시 2. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시[127] 3. 특허발명이 적용된 제품이 특허권자 또는 전용실시권자에 의하여 또는 그의 허락에 의하여 국내에서 양도된 경우, 그 제품을 통상적으로 사용, 수리 등을 하는 행위
2. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건	4. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건
3. 특허출원시부터 국내에 있는 물건	5. 특허출원시부터 국내에 있는 물건

Ⅵ. 결론

특허권의 간접침해가 성립되기 위해서는 직접침해의 존재가 전제되어야 한다는 종속설 및 전제될 필요가 없다는 독립설이 있다. 이와 관련하여, 우리나라에서는 유의미한 논의없이 한동안 독립설이 다수설로 인정되었다. 그러나, 이 글은 다음과 같은 이유로 독립설이 타당하지 않음을 밝혔다. 첫째, 독립설이 타당하지 않은 4개의 사례를 제시하였다. 연구 또는 시험을 하는 자에게 관련 부품을 제공하는 행위, 실시권자의 실시를 위하여 관련 부품을 제공하는 행위, 해외로 부품을 수출하는 행위, 소비자의 적법한 수리를 위하여 관련 부품을 제공하는 행위 등을 간접침해로 보아서는 아니 되는 것이다. 둘째, 우리 형법 및 민법의 이론에 의하면 적법한 행위를 돕는 행위는 적법한 것이며, 주범의 행위가 불법이어야 종범의 죄를 물을 수 있다. 그러므로 특허권 직접침해가 없는 경우에는 간접침해를 논하지 않는 것

127) 상업적인 연구 또는 시험이 허용되는지 여부에 대하여 이견이 있으나, 제1호에서 '비상업적인'이라는 표현을 둠으로써, 제2호의 연구 또는 시험은 상업적인 것도 포함함을 명확하게 하는 효과가 있다. 이에 관하여 다툰 영국의 판례는 Monsanto Co. v. Stauffer Chemical Co., [1985] R.P.C. 515, 538 (Eng.) ("The distinction between the wording of sub-head (a) and the wording of sub-head (b) in section 60(5) indicates that experimental purposes in sub-head (b) may yet have a commercial end in view, as do all the activities of companies such as the parties to this dispute.").

이 타당하다.[128] 셋째, 독립설이 통설이라는 오해에도 불구하고, 주어진 상황에 맞게 종속설 또는 독립설을 유연하게 적용하여야 한다는 주장이 최근 강력하게 대두되었다.

이 글은 전반적으로 간접침해 종속설이 타당하다는 점에 대하여 설명하였다. 그러나, 소비자의 비상업적 행위를 돕는 행위에도 종속설을 적용하게 되면 (업으로서의 행위만 직접침해로 보는 현행 법리에 의하면) 관련 특허권이 무력해지는 상황이 발생할 수 있다. 그러한 경우에는 독립설이 적용되는 것이 타당하다. 그런데, 종속설이 형법 및 민법의 법리와 조화되는 것이므로 그러한 경우에도 종속설이 적용되게 하는 것이 바람직한 면이 있다. 프랑스, 독일 등에서 그러한 법 체계를 운용하고 있다. 그래서, 이 글은 소비자의 비상업적 행위를 돕는 행위를 종속설 아래에서 간접침해로 포섭하는 방안을 제시하였다. 즉, 직접침해를 정의하는 규정을 신설하여 비상업적 행위도 직접침해로 포섭하고, 현행 간접침해 규정을 개정하여 간접침해가 직접침해를 전제로 함을 명확하게 하고, 특허권의 효력이 미치지 않는 경우에 '비상업적 실시'를 포함시켰다. 또한, 차제에 특허권 국내소진이론을 규율하는 규정을 신설하는 방안도 제시하였다. 이상과 같은 점을 반영하는 법 개정방안은 다음과 같이 총정리될 수 있다.

구분	현행 규정	개정방안
직접침해	없음	제127조(침해) (신설) ① 유효한 특허권의 존속기간 중에 대한민국 영토 내에서 특허권자 또는 전용실시권자의 허락없이 특허발명을 실시하는 행위는 특허권을 침해하는 것이다.
간접침해	제127조(침해로 보는 행위)	제127조(침해)

128) 이 논문의 심사과정에서 한 심사위원은 특허권 간접침해의 경우 형법상 범죄나 민법상 불법행위와 달리 고의·과실은 물론 정범의 존재나 성립 자체를 몰라도 성립할 수 있다고 언급하였다. 그러나, 특허권 침해행위도 민법상 불법행위의 한 유형에 불과하고 특허권 침해죄의 원인이 된다는 점에는 다름이 없고, 고의·과실의 존재가 필요하고 정범의 존재가 필요함에도 다름이 없다고 생각한다. 고의·과실의 존재가 필요하지만 증명의 편의를 위하여 과실이 있는 것으로 추정할 뿐이다.

129) 상업적인 연구 또는 시험이 허용되는지 여부에 대하여 이견이 있으나, 제1호에서 '비상업적인'

	다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위	② 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여 제1항이 규정하는 행위에 기여하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. (좌동) 2. (좌동)
비상업적 실시 및 국내소진의 예외	제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다. 1. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시 2. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건	제96조 제1항 특허권의 효력은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다. 1. 특허발명의 비상업적 실시 2. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시[129] 3. 특허발명이 적용된 제품이 특허권자 또는 전용실시권자에 의하여 국내에서 양도된 경우, 구매자가 그 제품을 통상적으로 사용, 판매, 수리 등을 하는 행위 4. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건

	3. 특허출원시부터 국내에 있는 물건	5. 특허출원시부터 국내에 있는 물건

이상의 개정방안은 직접침해의 정의에서 '업으로서'라는 요건을 삭제한다. 그런데 우리 특허법은 많은 곳에서 '업으로서'라는 단어를 사용한다. 특허법에서 '업으로서'라는 용어를 사용한 사례는 제61조(우선심사), 제65조(출원공개의 효과), 제94조(특허권의 효력), 제98조(타인의 특허발명등과의 관계), 제100조 제2항, 제102조 제2항, 제103조(선사용에 의한 통상실시권), 제106조의2(정부 등에 의한 특허발명의 실시), 제107조(통상실시권 설정의 재정), 제127조(침해로 보는 행위) 등에서 발견되는데, 그러한 규정을 개별적으로 검토하여 '업으로서'라는 용어를 삭제할 수 있는 경우와 없는 경우를 구분하여야 할 것이다.

이 글은 간접침해 규정인 제127조의 개정을 제안한다. 만약, 그러한 제안이 받아들여진다면, 동 규정을 개정하는 기회를 활용하여 간접침해의 유형을 확대하는 방안에 대하여도 추가적으로 검토할 필요가 있다.[130] 즉, 미국, 일본 등은 간접침해의 유형에 기여침해(contributory infringement)는 물론 유도침해(inducive infringement)도 포함하고 있는데, 우리나라는 유도침해는 간접침해의 한 유형으로 포섭하고 있지 않다. 차제에 유도침해도 간접침해의 유형으로 포함시킬 필요성에 대한 검토가 필요하다. 참고로, 일본은 2002. 4. 17. 법 개정을 통하여 유도침해를 간접침해의 한 형태로 포섭한 바 있다.

간접침해가 인정되기 위해서 직접침해의 존재가 전제가 되어야 한다는 법리가 정착되면 직접침해 여부를 판단하는 사건이 늘어날 것이다. 특히, 소비자의 행위가 권리소진 이론 아래에서 적법한 수리인지 아니면 불법의 재생산인지 여부를 판단하기가 어려운 재제조 산업분야에서 그와 관련된 분쟁이 늘어날 것이다.[131] 그러

이라는 표현을 둠으로써, 제2호의 연구 또는 시험은 상업적인 것도 포함함을 명확하게 하는 효과가 있다. 이에 관하여 다툰 영국의 판례는 Monsanto Co. v. Stauffer Chemical Co., [1985] R.P.C. 515, 538 (Eng.) ("The distinction between the wording of sub-head (a) and the wording of sub-head (b) in section 60(5) indicates that experimental purposes in sub-head (b) may yet have a commercial end in view, as do all the activities of companies such as the parties to this dispute.").

130) 같은 의견은 다음 논문 참고: 문선영, "특허권 간접침해 규정의 문제점과 개선방안", 「법학논고」 제45권, 경북대학교 법학연구소, 2014년.

131) 적법한 수리와 불법의 재생산을 구분하는 기준을 제시한 글은 다음 참고: 정차호, "재제조의 특허권 침해 여부: 수리 대 재생산", 「홍익법학」 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014년 3월호.

한 분쟁을 예상한다면, 특허청이 적법한 수리와 불법의 재생산을 구분하는 가이드라인을 제시하는 것이 필요하다.[132] 수리와 재생산을 구분하는 금과옥조의 판단기준을 제시하기는 어렵지만, 여러 사안에 있어서 수리와 재생산을 구분한 국내·외 판례를 검토하고 해당 사안에서 법원이 수리와 재생산을 어떻게 구분하였는지에 대하여 설명하는 자료를 제시할 수는 있을 것이다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

정 차 호

간접침해, 특허권, 직접침해, 종속설, 독립설

132) 수리와 재생산을 구별하는 기준을 정부가 제시한다고 하더라도 개별 사안에 있어서 해당 행위가 수리에 해당하는지 아니면 재생산에 해당하는지를 예측하기란 쉽지 않을 것이다. 그런 상황에서 재제조품 회사가 취할 수 있는 조치는 첫째, 보험 가입, 둘째, 라이센스 획득, 셋째, 재제조에 관한 특허 취득 등이 있을 것이다. Mizuki Sally Hashiguchi, *Recycling Efforts and Patent Rights Protection in the United States and Japan*, 33 Colum. J. Envtl. L. 169, 191-195 (2008).

【참 고 문 헌】

[국내자료]

[단행본]

배종대, 「형법총론」 제10판, 홍문사, 2011.

이재상, 「형법총론」, 제7판, 박영사, 2011.

임병웅, 「이지특허법」 제11판, 한빛지적소유권센터, 2013.

조영선, 「특허법」 제4판, 박영사, 2013.

진계호, 「형법총론」 제6판, 대왕사, 2000.

[논문]

강명수, “특허법상 간접침해에 관한 연구-특허법 제127조의 해석기준 및 개정방향을 중심으로-”, 한양대학교 박사학위논문, 2014.

곽민섭, “특허권의 간접침해 제도의 개선 방안에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2011.

곽민섭, “제127조(침해로 보는 행위)”, 「특허법주해 II」, 정상조/박성수 공편, 박영사, 2010.

김대규·서인복, “공동불법행위의 성립요건”, 「기업법연구」 제11집, 한국기업법학회, 2002.

김상찬·정영진, “공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계”, 「국제법무」 제1집 제1호, 제주대학교법과정책연구소, 2009.

김수진·이기성, “중국에서의 특허권 간접침해 이론에 대한 고찰”, 「창작과 권리」 제75호, 세창출판사, 2014.

김수철, “특허침해에 있어서 공동불법행위 책임에 관한 고찰”, 「지식재산연구」 제7권 제1호, 한국지식재산연구원, 2012.

문선영, “특허권 간접침해 규정의 문제점과 개선방안”, 「법학논고」 제45권, 경북대학교 법학연구소, 2014.

선종수, “공범의 처벌근거에 관한 연구”, 동아대학교 석사학위논문, 2006.

이기영, “특허권 간접침해행위와 특허권침해죄의 성부”, 충남대학교 석사학위논문, 2006.

이상돈, “공범과 정범의 구별”, 「고시계」 제49권 제2호, 고시계사, 2004년

정진명, “공동불법행위책임”, 「로스쿨 채권법(불법행위편)」(김민중 외 9명), 청림출판, 2007.
정차호, “재제조의 특허권 침해 여부: 수리 대 재생산”, 「홍익법학」제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
조영선, “복수주체에 의한 특허침해의 법률문제”, 「법조」제57권 제10호, 법조협회, 2008.
진효근, “간접침해의 요건”, 「판례연구」 제13집, 서울지방변호사회, 2000.
한동수, “간접침해의 성립요건”, 「대법원 판례해설」 82호, 법원도서관, 2009.
황성필, “Quanta v. LG 판결을 반영하는 특허 라이센싱 전략 : 특허권소진이론의 적용범위와 조건부계약에 의한 배제 가능성”, 「지식재산연구」 제4권 제1호, 한국지식재산연구원, 2009.
황의산, 정차호, “저작권 국제소진: 미국 연방대법원 교과서 병행수입 판결”, 「국제통상연구」제18권 제2호, 한국국제통상학회, 2013.

[외국자료]

Brian J. Love & James C. Yoon, Expanding the Customer Suit Exception in Patent Law, 93 B.U. L. Rev. 1605 (2013).
Christopher Stothers, Patent Exhaustion: the UK perspective, 2008.
Danish Group, Report Q205 in AIPPI Survey.
David Barron, Cross-border infringement in high-tech patent cases, E.I.P.R. 2009, 31(1).
Fisch & Allen, The Application of Domestic Patent Law to Exported Software: 35 U.S.C. § 271(f), 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 557 (2004).
Miller, et al., Terrell on the Law of Patents 17th ed., Sweet & Maxwell, 2011.
Mizuki Sally Hashiguchi, Recycling Efforts and Patent Rights Protection in the United States and Japan, 33 Colum. J. Envtl. L. 169 (2008).
Roger Blair & Thomas F. Cotter, An Economic Analysis of User and Seller Liability in Intellectual Property Law, 68 U. Cin. L. Rev. 1 (1999).
Thomas Lenihan & Michael Nelson, A Proposed Amendment to 35 U.S.C. 271, Nov. 8, 2013.
Qu Guifang, Sun Fangtao, Why does the Apple v Samsung patent war not occur in China, E.I.P.R. 2014, 36(6), 358-362.

WIPO Secretariat for the Standing Committee on the Law of Patents, Exceptions and Limitations to Patent Rights: Private and/or Non-commercial Use, WIPO document SCP/20/3, 2013.
「특허판례백선」, 中山信弘 등 공편, 전영사, 2005.

Abstract

Prerequisite of Patent Direct Infringement for Finding Patent Indirect Infringement

Chaho JUNG

Regarding the relationship between patent direct infringement and indirect infringement, the “dependence doctrine” demands pre-existence of direct infringement to find indirect infringement and the “independence doctrine” allows indirect infringement regardless of direct infringement. This paper proclaims the dependence doctrine as a proper one based on the following reasons: first, there are at least four situations where the independence doctrine is not proper; second, under the civil law and criminal law jurisprudence, an act to help a legal act must be considered legal and without a principal there could be no accessory; third, nowadays a few high-profile commentators claim the dependence doctrine.

However, there is a situation where the independence doctrine is proper: an act which supplies relevant parts to a consumer who is non-commercially working the patented invention. It should be noted that, under current Korean law, a non-commercial working is not regarded as direct infringement. In that situation, to properly protect a patent right, the supplier’s commercial act must be interpreted as indirect infringement. To prevent such supplier from indirectly infringing a patent right and further to adopt dependence doctrine, this paper suggests to amend relevant provisions of the Patent Act as the followings.

First, it is strongly recommended to add a new provision which may define direct infringement: an act working the patented invention during patent term in the territory of the Republic of Korea without authority. The definition does not include the limitation “as a business.” Therefore a non-commercial act may be treated as an infringement. Second, to prevent non-commercial private consumers from being sued by the patentee, a new provision may be added, which exempts such non-commercial acts from the effect of a patent right. Under the two new provisions, it would be possible to adopt the dependence doctrine as a basic principle on the relationship between direct and indirect infringements.

Chaho JUNG

indirect infringement, patent, direct infringement, dependence doctrine, independence doctrine

컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성에 관한 미국판례에 따른 판단기준

이 해 영*
정 차 호**

【목 차】

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 미국의 특허적격성 요건 일반
1. 법정 특허적격대상
2. 사법적 예외사항
Ⅲ. 미국 판례의 변천과정
1. 선도적인 대법원의 세 판례
2. 1980년대, FWA 테스트
3. 1990년대 중후반, UCT 테스트
4. 2000년대 중후반, 상황의 변화
5. 2010년 *Bilski* 대법원 판결
6. 2012년 *Mayo* 대법원 판결
7. 소결
Ⅳ. *Alice* 사건의 CAFC 및 대법원 판결
1. 개요
2. 2012년 CAFC 판결
3. 2013년 CAFC(*en banc*) 판결
4. 2014년 대법원 판결
5. 소결
Ⅴ. 미국 판례상 특허적격성 판단기준들
1. Lourie 기준 (*Alice* 대법원 기준)
2. Rader 기준
3. Newman 기준
4. 소결
Ⅵ. 결 론

【국 문 요 약】

컴퓨터 소프트웨어 발명에 대한 특허적격성은, 특히 영업방법과 관련한 것인 경우 논란의 대상으로 된다. 2014년 미국 Alice 사건의 대법원은 “단지 범용 컴퓨터의 구현을 요한다는 것만으로는 추상적 아이디어를 특허적격성 있는 발명으로 바꾸지 못한다”라고 판시하였다. 한편, 그 전에 2013년의 CAFC (en banc) 판사들은 적어도 세 가지의 판단기준을 제시한 바 있었는데, 추상적 아이디어가 들어있는 클레임이 특허적격성을 갖기 위해서는 클레임에 ‘의미 있는 한정’을 포함하여야 한다는 원론에는 의견이 일치하였지만, 무엇이 ‘의미 있는 한정’에 해당하는가 하는

* 리앤목특허법인 변리사.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

점에는 서로 다른 견해를 보였다. 다수의견은 클레임의 추상적 아이디어를 한정하는 추가의 ‘실질적 한정사항’으로 그 클레임이 추상적 아이디어를 커버하지 않도록 하느냐로 보았는데, 대법원은 이러한 다수의견을 수용하였다. 그러나 특허적격성 판단기준은 시대와 상황에 따라 달라질 수 있다. 특히, 컴퓨터 소프트웨어 분야와 같이 기술진보가 빠르고 산업에 미치는 영향이 큰 경우 더욱 그러하다. 미국에서는 2000년대 중반 이래로, 컴퓨터 소프트웨어 발명에 대한 특허적격성에 대해 보다 엄격한 기준을 적용하는 방향으로 나아가고 있으며, Alice 대법원 판결도 그와 같은 추세를 반영한 것으로 보인다. 따라서 비-기술적 분야에 응용되는 컴퓨터 소프트웨어 발명은 그 특허적격성의 문턱을 넘기는 것이 쉽지 않을 것으로 예측된다.

Ⅰ. 서 론

특허법은 발명의 보호와 이용을 통하여 산업발전을 도모하는 것을 그 목적으로 하는 바 그 목적을 달성하기 위해서 특허법상 보호를 받을 수 있는 대상으로서 갖추어야 할 소정의 자격(이를 소위 '특허적격성'이라 함)을 요구한다. 예전의 산업시대에는 산업상 이용할 수 있는 발명은 그 자체로 물리적이고 유형적인 기계장치를 대상으로 하여 특허적격의 대상에 해당하는지를 판단하는 것이 그리 어려운 일이 아니었다. 그러나 20세기 들어 과학기술이 급격하게 발전하면서 '컴퓨터'라고 하는 만능의 기계가 출현하게 되었고, 그 컴퓨터는 이제 거의 모든 산업과 사회 영역에 응용되고 있다. 그로 인하여 1970년대부터 컴퓨터 관련 발명, 특히 소프트웨어로 구현되는 발명에 대한 특허적격성 문제가 대두되기 시작하였다.

컴퓨터 소프트웨어에 관한 것이라고 하더라도 물리적인 기계·장치를 직접 제어하는 것이나 어떤 물리적인 상태를 변환시키는 것과 같은 경우에는 그 특허적격성에 거의 의문이 없다. 그러나 소프트웨어에 의하여 처리되는 정보나 대상이 '비-기술적'인 경우, 예를 들어 금융이나 전자거래와 같은 분야의 서비스를 수행하는데 컴퓨터가 응용된 경우, 그 특허적격성 여부가 논란의 대상으로 된다. 최근 2014년 6월, 미국 대법원은 Alice 사건에서 컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성에 관한 판결을 내리면서 그간 수십 년 동안 이어져 온 논란을 일단락 지었다.[1] 본 고에서는, 이 대법원 판결을 계기로, 미국에서 1970년대 이래로 그간 판례의 변천과정 및 2014년 Alice 대법원 판례를 참조하여 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명에 대한 특허적격성 요건 내지 그 판단기준이 어떻게 정립되어 왔는지를 살펴본다.

Ⅱ. 미국의 특허적격성 요건 일반

미국 헌법에서는 '과학과 유용한 기술'의 진보를 촉진하도록 의회로 하여금 그 경계를 정하도록 위임하였는데,[2] 그에 따라 미국 연방의회는 미국 특허법(35 U.S.C.)에서 특허법상 보호받을 수 있는 대상이 갖추어야 할 요건을 규정한다. 아울러, '자연법칙, 자연현상 및 추상적 아이디어'에 대해서는 특허를 받을 수 없는

1) Alice Corp. v. CLS Bank Int'l et al., 573 U.S. ___ (June 19, 2014).
2) U.S. Const. art. I, §8, cl. 8.

것으로 판례로서 확립되었다. 본 고의 주제인 소프트웨어 발명의 특허적격성 문제는 당해 클레임[3]이 단지 '추상적 아이디어'를 청구한 것에 불과한 지의 여부가 논의의 초점이 된다.

1. 법정 특허적격대상 (35 U.S.C. §101 규정의 법정 카테고리)

미국 특허법은 "발명 또는 발견의 대상(주제)이 새롭고 유용한 방법, 기계, 제조물 또는 합성물, 또는 이들의 개량에 해당하는 경우 특허를 받을 수 있다." 라는,[4] 특허법상 보호대상으로서 갖추어야 할 '특허적격성' 요건을 규정한다.[5] 즉, 특허적격을 갖는 법정 카테고리로서 '방법, 기계, 제조물 또는 합성물'을 나열하면서[6] '새롭고[7] 유용한'[8] 것이어야 특허를 받을 수 있다는 것이다. 미국 대법원은, 법정 카테고리는 발명을 장려하고자 하는 특허시스템의 헌법적 목적에 따라 넓고 포괄적으로 입법된 것으로 본다.[9]

2. 사법적 예외사항

35 U.S.C. §101 규정에 따른 특허적격대상의 카테고리들이 넓게 해석된다고 하더라도 그 범위는 사법적으로 창설된 예외사항에 의하여 제한되며, 이는 법 규정

3) 미국 특허법상 '클레임'(claim)은 우리 특허법의 '특허청구범위' 또는 '청구항'에 대응하는 용어라 할 수 있는데, 본 고에서는 편의상 미국법상 용어 그대로 '클레임'이라고 표기한다.
4) 35 U.S.C. §101 Inventions patentable. ("Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.")
5) 35 U.S.C. §101 요건은 우리 특허법 제29조 제1항 본문의 "산업상 이용할 수 있는 발명", 즉 '발명의 성립성 및 산업상 이용가능성' 요건에 상당하는 것이라 할 수 있는데, 이는 특허법상 보호를 받을 자격이 있는 대상(객체)으로서 적격한 지의 요건을 말하는 것으로, 본 고에서는 이를 '특허적격성'(patent-eligibility)이라 칭한다. 한편, 교신저자(부저자)는 이 글이 발명의 성립성 문제만을 다루고 산업상 이용가능성에 대하여는 다루지 않으므로 이 글의 제목에서 '특허적격성'은 '성립성'으로 대체되는 것이 바람직하다고 생각한다.
6) 우리 특허법에서는 발명의 카테고리로서 '물건 및 방법'을 규정하는데(제2조 3.), 미국법의 '방법'(process)은 우리법의 '방법'에 대응하고 미국법의 나머지 카테고리들은 우리법의 '물건'에 대응한다.
7) 35 U.S.C. §101 규정의 'new' 요건이 35 U.S.C. §102 규정의 'novelty' 요건과 다른 것임은 명확하다. 35 U.S.C. §102 novelty 요건은 보통 '신규성' 요건이라고 칭하는데, 35 U.S.C. §101 new 요건은 그것과 구별하기 위하여 본 고에서는 '새로움' 요건이라 표기한다. 한편, 35 U.S.C. §101 'new' 요건은 우리 특허법에서 발명의 정의 규정(제2조 1.)의 '창작' 요건에 대응한다고 볼 수 있다.
8) 미국 특허법의 '유용성' 요건은 우리 특허법의 '산업상 이용가능성' 요건(제29조 제1항 본문)에 일응 대응하는 것이다.
9) Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303, 308-09 (1980).

에 내재되어 있다고 설명된다.[10] 즉, 대법원은 '과학기술 성과의 기본 도구'에 대해 특허를 부여한다면 기술혁신을 촉진하기 보다는 오히려 방해할 것이기 때문에 '자연법칙, 자연현상 및 추상적 아이디어'는 특허를 받을 수 없는 것으로 확립하였다.[11] 한편으로, 모든 발명은 어느 정도 자연법칙, 자연현상 또는 추상적 아이디어를 반영하거나 응용하기 때문에, 사법적 예외사항을 너무 적극적으로 적용하는 것도 위험성을 안고 있는 바[12] '예기치 못한 발명'이 특허보호에서 제외되지 않도록 35 U.S.C. §101 규정을 너무 한정적으로 해석해서도 안 된다고 하였다.[13]

Ⅲ. 미국 판례의 변천과정

컴퓨터 소프트웨어로 구현되는 발명을 청구하는 클레임에 대해 그 특허적격성을 따지는 것은 오랫동안 법원을 성가시게 괴롭혀 온 문제 중의 하나이다.[14] 소프트웨어 발명의 특허적격성에 대하여 많은 논란을 야기하는 근본적인 이유로는 현재의 특허법이 그에 대한 보호를 전제로 한 것이 아니라는 점을 든다. 다시 말하면, 특허법 체계는 종래 산업혁명 시대의 기계문명의 패러다임에 기초한 것이지 현대 정보혁명 시대의 알고리즘적 패러다임에 기초한 것이 아니라는 점이다.[15] 따라서 1970년대 들어서부터 현재에 이르기 까지도 소프트웨어 발명에 대한 특허적격성 문제는 끊임없는 논란의 대상으로 되어 왔고, 그동안 많은 변화를 겪어왔다.

1. 선도적인 대법원의 세 판례: Benson, Flook & Diehr

역사적으로, 1970년대 이전의 미국 특허청(USPTO)[16]은 소프트웨어 발명에 대하

10) Mayo, 132 S.Ct. at 1293.
11) Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175, 185 (1981).
12) Mayo, 132 S.Ct. at 1293 (대법원은 그러한 사법적 예외사항을 너무 넓게 해석한다면 특허법을 무력화 시킬 수 있음을 지적하였다.).
13) Chakrabarty, 447 U.S. at 316.
14) 2013년, *CLS Bank* 사건의 CAFC 전원합의체 판결에서 10명의 판사들이 적어도 세 가지의 서로 다른 결론과 판단기준을 제시한 것만 보더라도 알 수 있다(CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 717 F.3d 1269 (Fed. Cir. 2013) (*en banc*) 참조).
15) Shawn McDonald, "*Patenting Floppy Disks, or How the Federal Circuit's Acquiescence has Filled the Void Left by Legislative Inaction*," 3 Va.J.L. & Tech. 9, Chap. 1 (Fall 1998) (특허법은 하나의 물체를 다른 것으로 변환하는 유형적인 기계 및 산업적 방법에 관한 보호에는 적합하며, 또한 한 종류의 전기적 신호를 다른 것으로 변환하는 기계나 방법에는 잘 적용된다. 그러나 한 종류의 데이터를 다른 종류의 데이터로 처리하는 시스템을 적절히 보호하지는 못한다.)

여, 수학공식을 적용한 정신단계들 또는 일반 범용 컴퓨터인 것으로 보고 특허적격성이 없는 것으로 보았다.[17] 그러나 그 당시 CCPA[18]는 소프트웨어 발명도 특허적격의 대상일 수 있다고 보아, USPTO와는 다른 관점을 가지고 있었다.[19] 그러다가, 1970년대 대법원은 Benson 및 Flook 판결에서 소프트웨어의 특허적격성에 소극적이었던 USPTO의 입장에 손을 들어주었다.[20]

대법원은 1972년 Benson 사건에서 처음으로 컴퓨터 소프트웨어의 특허적격성 문제를 다루었는데,[21] 클레임의 알고리즘은 범용 컴퓨터와 연결된 점을 제외하고는 '본질적인 실제적 응용'이 없으며,[22] 아울러, 특허적격성 요건으로 "방법 클레임이 특정의 기계나 장치와 결합하거나 물건이나 물질을 다른 상태나 물건으로 변환하도록 동작하여야만 한다."라는 기준을 도입하였다.[23] 1978년 Flook 사건의 대법원도 소프트웨어 발명에 대해 부정적인 입장을 취하였다.[24] 그 대법원은 클레임의 알고리즘을 선행기술에서 주지인 것으로 보고, 그러한 전제 하에 방법 클레임이 그 전체로서 새롭고 유용한 것인지를 판단하여야 한다는 테스트 방식을 제시하였다.[25] 아울러, 대법원은 단지 용도 한정 또는 수학공식에 대한 '선후-처리 행위'[26]의 부가만으로는 35 U.S.C. §101 거절을 피할 수 없다고 지적하였다.[27]

16) 미국 특허청: The United States Patent and Trademark Office (이하에서 'USPTO'로 표기함).
17) Masako Kikuchi, "*Patent Eligibility and Patentability of Computer Software Patents in the United States, Europe and Japan*," CASRIP Newsletter, Vol. 16, Issue 3, University of Washington (Summer 2009), (이하에서, 'Masako Kikuchi' 라고 인용함) Chap. III.A. (1966년 '특허제도에 관한 대통령 위원회'는 컴퓨터 프로그램이 특허를 받을 수 있어야 한다는 제안을 거절하였는데, 더욱이 컴퓨터 프로그램에 대한 특허보호는 불필요하며, 오히려 저작권 보호가 적합하다고 언급하였다. 이러한 위원회 보고서에 기초하여, USPTO는 1968년에 "컴퓨터 소프트웨어는 그것이 장치로 또는 방법으로 클레임되었는 지를 불문하고, 기계장치와 결합되어 있지 않은 한 특허를 받을 수 없다." 라는 가이드라인을 발표하였다.)
18) The United States Court of Customs and Patent Appeals. 미국에서 CAFC (The United States Court of Appeals for the Federal Circuit)가 창설(1982년)되기 전에 특허사건을 다룬 연방항소법원이다.
19) Masako Kikuchi, *supra*, Chap. III.A.
20) *Id.*
21) Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 63 (1972).
22) *Id.* at 71 (가령 그에 대해 특허를 부여한다면 그 수학공식을 전적으로 선취하게 되고 그 실제적 효과로는 알고리즘 자체에 대해 특허를 부여하는 결과로 된다고 판시한다.).
23) *Id.* 이는 2008년에 이르러 *Bilski* 사건의 CAFC (*en banc*)가 주된 논거로 사용한 소위 'MoT (Machine or Transformation) 테스트'라 할 수 있다.
24) Parker v. Flook, 437 U.S. 584 (1978).
25) *Id.* at 591-92.
26) 'pre or post- solution activity'
27) *Id.* at 589-90.

소프트웨어 발명의 특허적격성에 대한 대법원의 부정적인 태도는 1981년 Diehr 대법원 판결이[28] 나오기 전까지 이어졌는데, 그 1년 전인 1980년 Chakrabarty 대법원 판결에서 그 전환점이 임박하였다는 징후를 보였다.[29] 즉, Chakrabarty 사건의 대법원은 1952년 특허법을 해석하면서 "태양 아래 인간이 만든 모든 것은 특허대상에 해당되며, 의회는 분명히 특허법이 넓은 범위를 커버하는 것으로 예정한 것"이라고 설시하였다.[30] 이와 같이 35 U.S.C. §101 규정을 넓은 범위로 인식한 Chakrabarty 대법원의 입장은 Diehr 판결에도 상당한 영향을 미쳤을 것이며, 종전에 소프트웨어 발명의 특허적격성에 대해 부정적으로 보는 입장에 변화의 계기가 되었다.[31]

1981년 Diehr 사건의 대법원은 무엇보다도 Flook 판결의 접근법을 배척하면서,[32] Benson 및 Flook 클레임은 수학공식에 대해 특허를 구하고자 한 것이라고 치부한 반면 Diehr 클레임은 고무제품의 몰딩을 위한 산업적 방법으로서 특허보호를 받을 만한 유형인 것으로, 그들을 차별화시켰다.[33] Diehr 판결을 통하여, 클레임에 단지 수학 알고리즘을 포함하고 있다는 점에 기인하여 그 발명의 특허적격성이 부정되어서는 안 된다는 점은 명확하게 되었다.

2. 1980년대, FWA (Freeman-Walter-Abele) 테스트

FWA 테스트는 알고리즘 요소를 포함하는 클레임에 대한 특허적격성을 판단하는 하나의 방법으로서, 1980년을 전후하여 CCPA에서 개발된 것이다.[34] Benson 대법원 판결이 있은 후 1978년 Freeman 사건에서 CCPA는 소프트웨어 발명이 특허적격대상에 해당하는지를 판단함에 있어서 다음과 같은 두 단계 테스트를 확립하였다: (i) Benson 판결에서 이른 '알고리즘'의 관점에서,[35] 클레임이 알고리즘을 직간

28) Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981).
29) Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980) (이 사건의 쟁점은 미생물이 특허적격대상인가 하는 것인데, 대법원은 미생물이 생명체이긴 하지만 자연의 산물이 아니라 인간의 창작물이므로 특허적격대상에 해당한다고 판시하였다.).
30) *Id.* at 309.
31) Masako Kikuchi, *supra*, Chap. III.A.
32) Diehr, 450 U.S. at 192.
33) *Id.* at 185-87.
34) *In re* Freeman, 573 F.2d 1237, 197 U.S.P.Q. 464 (CCPA 1978), as modified by *In re* Walter, 618 F.2d 758, 205 U.S.P.Q. 397 (CCPA 1980); *In re* Abele, 684 F.2d 902 (CCPA 1982).
35) Benson, 409 U.S. at 71 (대법원은 '알고리즘'을 "주어진 유형의 수학문제를 푸는 절차"라고 정의하였다.).

접적으로 언급하고 있는지를 판단한 다음 (ii) 클레임이 그 알고리즘을 전적으로 '선취'(preemption)하는[36] 지를 확인한다.[37]

Flook 대법원 판결이 나온 후인 1980년, CCPA는 Walter 판결에서 위 (ii) 단계에 대해 클레임을 '그 전체로서' 보아야 한다는 것을 추가하였다.[38] 그리고 Diehr 대법원 판결이 나온 다음, CCPA는 1982년 Abele 판결에서 소프트웨어 발명의 특허적격성을 판단하기 위한 FWA 테스트를 완성하였다.[39] 즉, 위 (ii) 단계와 관련하여, 클레임이 물리요소나 처리단계로 응용 또는 한정되지 않는 수학 알고리즘을 청구하는 것인지를 판단하는 것이다. 만일 그렇다면 그 클레임은 특허적격대상에 해당하지 않는다. 한편, 특허적격대상에 해당할 수 있는 방법(장치) 클레임에 수학 알고리즘이 일부 단계(요소)로 응용되면 특허적격성 요건을 만족한다고 보았다.[40]

3. 1990년대 중후반, UCT 테스트

CAFC는 특허적격성에 대해 보다 관대한 입장을 채용한 1994년 Alappat (en banc) 판결을 계기로[41] FWA 테스트를 외면하게 된다.[42] Alappat 판결은 특허적격성에 대한 CAFC 전원합의체 판결로서, 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 특허적격성에 대한 획기적인 판결로 받아들여지고 있다. Alappat 사건의 CAFC는 클레임 발명이 '유용하고 구체적이며 유형적인 결과(useful, concrete, and tangible result)를

36) 미국 판례에서 특허적격성 요건과 관련하여 'preemption'이라는 단어가 많이 사용된다. 예컨대, "클레임이 어떤 무엇을 전적으로 preemption 한다면 그 특허적격성이 인정되어서는 안 된다"라는 식이다. 'preemption' 단어에 대해 「Merriam-Webster 온라인 사전」(www.merriam-webster.com)에서 그 의미를 찾아보면, "a *prior* seizure or appropriation: a taking possession *before* others," 즉 "남보다 먼저 취하거나 소유하는 것"이라는 의미를 갖는다고 할 수 있다. 이런 의미가 반영되도록, 본 고에서는 'preemption'의 번역어로 '선취'(先取)라는 용어를 사용한다. 이는 특허권의 효력이라고 통상적으로 부르는 '독점'(monopoly)이나 '배타'(exclusion)라는 개념과 일응 유사해 보이긴 하지만, 그 의미상 뉘앙스가 적어도 서로 다른 것으로 보아 별도의 용어를 사용한다.
37) Freeman, 573 F.2d at 1245.
38) *In re* Walter 618 F.2d 758 (CCPA 1980).
39) *In re* Abele 684 F.2d 902 (CCPA 1982).
40) Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp., 958 F.2d 1053 (Fed. Cir. 1992) (이 사건의 클레임은 심전계로 측정된 심장 사이클을 분석하여 심장질환의 위험성을 검출하는 방법에 관한 것인데, CAFC는 FWA 테스트를 적용하여 클레임의 "converting, applying, determining and comparing 단계들"은 물리적인 전기신호를 다른 것으로 변환하는 물리적인 과정으로서 수학적 과정이 물리적 처리단계에 응용되었기 때문에 특허적격성을 갖는다고 판시하였다.).
41) *In re* Alappat, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994) (*en banc*).
42) Andrew Patrick, "*Patent Eligibility and Computer-Related Processes: A Critique of In re Bilski and the Machine-or-Transformation Test*," Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 14, No. 181 (Fall 2009). p. 196.

낳는지의 여부'라는 특허적격성에 대한 새로운 테스트(소위 'UCT 테스트')를 창안하였는 바,[43] 방법 클레임에 대해 물리적 변환을 요구한 종전의 분석방법을 배척하였다.[44]

Alappat 판결에 이어 1998년 SSB 사건에서 CAFC는 수학연산을 통하여 금융 데이터를 변환하는 발명도 유용하고 구체적이며 유형적인 결과를 낳는 것이므로 특허적격의 대상이라고 판시하게 된다.[45] Alappat 사건의 클레임은 유형적인 '기계'(rasterizer)에 프로그램이 응용된 것인데 비하여 SSB 사건의 클레임은 전형적으로 금융 데이터를 처리하는 시스템이라 할 수 있는 바, SSB 판결을 계기로 금융서비스와 같은 '영업방법'에 대해서도 그 특허적격성을 적극적으로 인정하기에 이르렀다고 평가된다.[46]

4. 2000년대 중후반, 상황의 변화

SSB 판결이 나온 후 몇 년이 지나서는 상황이 많이 바뀌게 된다. 소프트웨어에 대한 특허보호가 널리 확장됨에 따라 그 특허성이 '의문스러운' 영업방법도 특허로 등록되고, 특허괴물(patent troll)에 의한 부정적인 영향도 드러났다.[47] 그러는 사이, 대법원도 영업방법 특허에 대해 불편한 심기를 드러내기 시작하였는데, 2006년 eBay 사건에서 Kennedy 대법관은 영업방법 특허에 대한 '잠재적인 모호함 및 의심스러운 유효성'을 지적하면서, 특허소송에서 그러한 특허에 기초한 침해금지청구를 인정하는데 우려를 표명하였다.[48] 또한, 2006년 Metabolite 사건에서 Breyer 대법관은 반대의견에서, CAFC의 최근 판결은 대법원 선례와 모순된다고 강하게 비판하면서, 그간 대법원에서 "방법 클레임이 SSB 판결에서와 같이 UCT 결과를 낳는다면 특허를 받을 수 있다고 한 적이 결코 없었다." 라고 강변하였다.[49]

43) Alappat, 33 F.3d at 1543-45. (그러면서, CAFC는 "범용 컴퓨터가 소프트웨어의 명령어에 따라 특정의 기능을 수행하도록 프로그램되면 사실상 '특수 목적의 컴퓨터'로 된다." 라고 설시하였다.)

44) Andrew Patrick, *supra*, p. 197.

45) State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998) (CAFC는 뮤추얼펀드 회계방법 클레임에 대해 UCT 테스트를 채용하여 특허적격대상인 것으로 판시하였다.).

46) Daniel A. Tysver, "*The History of Software Patents: From Benson and Diehr to State Street and Bilski*," (2013). <http://www.bitlaw.com/software-patent/history.html> (2013.10.10. 접속).

47) Robert E. Thomas, "*Vanquishing Copyright Pirates and Patent Trolls: The Divergent Evolution of Copyright and Patent Laws*," Vol. 43, Issue 4, 689-739, American Business Law Journal. (Winter 2006). p. 723-25 (특허괴물의 문제로 인하여 의회에서 특허법 개혁을 추진하도록 하는 계기가 되었음을 지적한다.).

48) eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 397 (2006) (Kennedy J., concurring).

CAFC도 2008년 Bilski (en banc) 사건에서[50] 종전 UCT 테스트는 특허적격성을 판단하는데 부적당하고 불충분하다고 설시하면서[51] 다음과 같은 'MoT 테스트'(Machine or Transformation test)를 제시하였다: (i) 클레임 방법이 특정의 기계나 장치와 결합되어 있는지, 또는 (ii) 클레임 방법이 특정의 물건을 다른 상태나 물건으로 변환하는지.[52] 이 판결을 기화로, CAFC가 이제 영업방법에 대한 특허보호의 범위를 보다 좁히는 방향으로 선회한 것으로 인식하게 되었다.[53] 한편, Bilski는 CAFC (en banc) 판결에 대해 특허적격성 판단에서 MoT 테스트가 올바른 것인지의 여부를 대법원에서 재고해 달라는 상고허가신청서를 제출하였으며, 대법원은 2009년 6월 그 신청을 승인하였다.

5. 2010년 Bilski 대법원 판결

2010년 6월, 대법원은 Bilski 상고 건에서 Bilski 클레임이 특허를 받을 수 없다는 점에 대해서 만장일치의 의견을 보였다.[54] 즉, Bilski 사건의 대법원은 제품의 판매자와 구매자가 가격 변동의 위험을 회피(hedge)할 수 있는 방법 클레임에 대해 그 특허적격성을 부정하면서,[55] 클레임은 추상적 아이디어인 위험회피에 관한 기본 개념만을 청구하고 있는 바, 그에 대해 특허를 부여한다면 사실상 추상적 아이디어에 독점권을 부여하는 결과를 초래할 것이라는 이유를 들었다.[56] 아울러, 클레임이 에너지 시장으로 한정된 점에 대해서도 "추상적 아이디어에 사용분야를 한

49) Laboratory Corp. of America Holdings v. Metabolite Lab. Inc., 548 U.S. 124, 136-37 (2006) (Breyer, J., dissenting).

50) *In re* Bilski, 545 F.3d 943 (Fed. Cir. 2008).

51) *Id.* at 950.

52) *Id.* at 954 ("(1) it is tied to a particular machine or apparatus, or (2) it transforms a particular article into a different state or thing.").

53) *Bilski* CAFC (*en banc*) 판결이 나온 후, USPTO는 2009년 1월 MoT 테스트를 반영한 심사기준을 발표하였으며, 아울러 *Bilski* 판결은 Board(심판원)에도 상당한 영향을 미쳤다. 즉, *Bilski* 판결 후부터 2009년 3월말까지 특허적격성과 관련한 사건 17건 중에서, 8건은 심사관의 35 U.S.C. §101 거절결정을 인용하였고, 8건은 스스로 35 U.S.C. §101 문제를 제기하여 새롭게 거절결정하였으며, 나머지 1건은 심사관으로 하여금 재고하도록 환송하였다(Masako Kikuchi, *supra*, Chap. III.A.).

54) Bilski v. Kappos, 130 S.Ct. 3218 (2010). 그러나 그 판단의 법적 근거는 두 갈래로 나뉘어졌다. (i) 5명의 대법관은, 영업방법도 적어도 어떤 상황에서는 특허를 받을 수 있는 '방법'의 한 종류일 뿐이라는 이유를 들어 35 U.S.C. §101 규정이 모든 영업방법의 특허적격성을 배제하는 것은 아니라고 판시하였다(*Id.* at 3228). (ii) 4명의 대법관은, "방법이 영업을 수행하는데 유용하다는 단지 그 이유로 특허적격대상이 아니라고 할 수는 없지만 영업을 수행하는 방법을 단지 서술하는 클레임은 특허를 받을 수 없다." 라고 결론지었다(*Id.* at 3232 (Stevens, J., concurring)).

55) Bilski, 130 S.Ct. at 3229-31.

56) *Id.* at 3231.

정하거나 형식적인 후-처리 요소를 부가하는 것만으로는 그 개념에 대해 특허를 받을 수 있도록 만들지 못한다." 라고 설시하였다.[57]

Bilski 사건의 대법원은 방법발명의 특허적격성 판단방식으로 MoT 테스트의 유일성을 부정하는[58] 한편 영업방법도 여전히 유효한 법정 특허대상임을 확인하였지만,[59] 적어도 종전 UCT 기준에 비해서는 특허적격대상의 범위가 보다 좁혀지는 방향으로 나가게 됨은 분명하게 되었다.

6. 2012년 Mayo 대법원 판결

2012년 대법원은 Mayo 사건에서 의료진단방법에 대한 특허적격성 문제를 다루었는데, 비록 소프트웨어에 관한 것은 아니지만 특허적격성 요건으로 '창의적 개념'(inventive concept)이라는[60] 관점을 제시하였다.[61] 즉, 대법원은 클레임 방법이, 자연법칙 자체를 제외하고는, 그 분야의 연구자들에 의하여 종전에도 사용되었던 '주지의 일상적이고 관례적인 활동'에 불과한 것인 바, 그러한 특허가 유지된다면 특허권자가 그 근저에 있는 자연법칙의 이용을 부당하게 독점하게 되어 미래의 연구를 제한시키는 결과로 될 것이라고 판시한다.[62] Mayo 사건의 대법원은 특허를 받을 수 없는 자연법칙을 특허적격성이 있는 '응용'으로 변경시키기 위해서는 그

57) *Id.*

58) 대법원은 MoT 테스트 또한 유용하고 중요한 단서라고 지적하면서도, MoT 테스트가 '산업시대'에서는 방법 클레임을 테스트하는데 충분할 수도 있었겠지만 '정보시대'에 이르러서는 그 유용성이 의심스럽다고 설명하였다(*Id.* at 3227).

59) *Id.* at 3220.

60) 참고로, 'inventive step'이라는 용어는 통상적으로 '진보성'으로 번역되는데, 이는 우리법 제29조 제2항 진보성 또는 35 U.S.C. §103 비자명성 요건과 관련하여 사용되는 바, 35 U.S.C. §101 특허적격성 요건에 관한 'inventive concept' 용어는 그것과 구별시키기 위하여 '창의적 개념'이라는 용어로 번역하여 사용하기로 한다. 한편, 'inventive concept'은 35 U.S.C. §101 규정의 'new' 요건에 대한 것인데, 이는 우리 특허법 '발명'의 정의 규정에 있는 '창작' 요건에 일응 대응하는 것으로 볼 수 있다. 이와 같이 본다면, 그 번역어로서 '창작적 개념' 또는 '창작성'이라고 하는 편이 보다 낫지 않을까도 싶다. 한편, 교신저자(부저자)는 'inventive concept'을 '발명적 사상'이라고 번역하는 것이 더 타당하다고 생각한다. 우리 특허법에서 '발명'을 기술적 '사상'이라고 표현하는데 그러한 '사상'이 될 수 있는 것을 미국 대법원에서는 inventive concept라고 표현한 것으로 생각된다.

61) Mayo Collaborative Services v. Prometheus Lab., Inc. 132 S.Ct. 1289 (March 20, 2012).

62) *Id.* at 1294 ("We find that the process claims at issue here do not satisfy these conditions. In particular, the steps in the claimed processes (apart from the natural laws themselves) involve well-understood, routine, conventional activity previously engaged in by researchers in the field. At the same time, upholding the patents would risk disproportionately tying up the use of the underlying natural laws, inhibiting their use in the making of further discoveries."). (밑줄 표시는 필자가 추가한 것임)

자연법칙에 '단순 적용'(apply it)을 단지 부가하는 것 그 이상을 요한다는 점도 명확히 하였다.[63] 또한, 자연법칙의 응용에 초점을 둔 방법이 그 특허적격성을 인정받기 위해서는, 그에 부가된 다른 요소들이 자연법칙 그 이상의 '의미 있는 무엇'(significantly more)으로 평가되기에 충분하여야 하며, 이를 '창의적 개념'이라고 설시한다.[64]

7. 소결

35 U.S.C. §101 특허적격성 규정은 '새로움 및 유용성'을 그 요건으로 한다. 1990년대 중후반 내지 2000년대 초반에 적용되었던, CAFC의 UCT 테스트는 '유용성' 요건에 중점을 두고 '실제적 응용'이 있는지의 여부로 특허적격성을 판단하였는 바 소프트웨어가 컴퓨터에 응용되어 사용되면 널리 그 특허적격성이 인정되었다. 2012년 Mayo 사건의 대법원은 특허적격성 판단에서 클레임의 기본 아이디어에 대한 실질적인 한정 요건을 '창의적 개념'이라고 정의하였다. 그 '창의적 개념'은 '새로움' 요건에 보다 방점을 둔 것으로, 어느 정도의 응용이 있더라도 특허적격성을 부여할 만한 정도의 '새로운' 것이 아니면, 즉 종전에도 사용되었던 주지의 일상적이고 관례적인 활동에 불과한 것이라면, 35 U.S.C. §102 신규성 요건으로 넘어갈 것도 없이, 아예 특허적격성의 '새로움' 요건을 충족하지 못하는 것으로 하여 걸러내자는 것이다. 이에 따라, Mayo 대법원 판결 이후, 소프트웨어 발명의 특허적격성 판단에서도 '창의적 개념'이 중요한 판단기준으로 작용하게 되며, 더욱이 다음에서 살펴보게 될 2013년 CLS (en bank) 판결에서[65] 각 판사들이 '창의적 개념'을 어떻게 해석하느냐에 따라 그 결론이 나뉘게 된다.

Ⅳ. Alice 사건의 CAFC 및 대법원 판결

1. 개요

CLS Bank Int'l & CLS Services(이하에서, 'CLS'라고 칭함)는 2007년 5월 Alice Corp.(이하에서, 'Alice'라고 칭함) 특허에 대해 무효확인소송을 제기하였고, 2007년

63) *Id.*

64) *Id.*

65) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 717 F.3d 1269 (Fed. Cir. May 10, 2013) (en banc).

8월 Alice는 CLS가 자신의 특허권을 침해한다는 반소를 제기하였다. Alice 특허는 두 당사자 간에 이루어진 거래(예: 주식거래, 외환거래 등)로부터 소정의 의무가 발생되고, 그 의무 발생시점과 그 거래의 정산시점 간에 시차가 존재하는 경우, 정산시점에서 어느 당사자가 자신의 의무를 다하지 못할 수 있는 위험이 존재할 수 있는데, 당해 특허는 이러한 '정산위험'을 최소화하기 위한 것이다. 즉, Alice 특허는 그와 같은 정산위험을 제거하기 위하여 제3 중개인이 제1 및 제2 당사자 간의 의무를 중개하여 정산하는 컴퓨터화 된 거래 플랫폼을 커버하며, 방법, 기록매체 및 시스템 클레임을 포함한다.[66]

2009년 3월 CLS는 특허 클레임이 35 U.S.C. §101 규정에 따라 무효라고 다투는 약식판결을 신청하였으며, 콜롬비아 지방법원은 Bilski 대법원 판결이 나온 후에, Alice 특허가 특허적격성 요건을 만족하지 않아 무효라고 판시하였고,[67] Alice는 이에 불복하여 CAFC로 항소하였다. 2012년 7월, CAFC는 방법, 기록매체 및 시스템에 관한 클레임들이 35 U.S.C. §101 규정의 법정 카테고리 내에 드는 발명의 실제적인 응용을 청구한 것으로 특허적격성을 갖는다고 판시하면서, 지방법원 판결을 파기하였다.[68] 이에 대해, CLS는 전원합의체(en banc) 재심을 신청하였고, 그 신청이 승인되었다.[69] 이에, 2013년 5월 CAFC(en banc)는 결론적으로 당해 클레임들이 특허적격성이 없다는 취지로 판결하게 되는데, 이 사건에 참여한 10명의 판사들이 적어도 서너 가지의 서로 다른 결론과 판단기준을 제시하였다.[70]

특허권자 Alice는 2013년 9월 대법원으로 상고를 신청하였으며, 2014년 6월 대법원은 당해 클레임이 35 U.S.C. §101 규정에 따라 특허적격성이 없다는 CAFC (en banc) 판결을 만장일치로 인용하였다.[71] 이와 같은 대법원의 판시는 2013년 CAFC (en banc) 다수의견의 입장을 거의 그대로 수용한 것이라 할 수 있다.

66) Alice는 미국특허 5,970,479, 6,912,510, 7,149,720, 및 7,725,375의 특허권자이며, 이 특허들은 family 특허로서 그 명세서의 내용은 실질적으로 동일하다.

67) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 768 F. Supp. 2d 221 (D.D.C. 2011). 지방법원은 35 U.S.C. §101 규정에 관한 실체심사 전에 클레임 해석을 수행하지는 않았지만, 당사자들은 Alice 클레임 모두 적어도 '프로세서 및 메모리를 포함하는 컴퓨터'를 요하는 것으로 해석된다는 점에 동의하였다. 지방법원은 방법 클레임에 대해 MoT 테스트를 적용하여, '가상기록'(shadow records)이 전자적 구현과 컴퓨터를 요하는 것으로 해석하면서도, "방법 클레임에 법용 컴퓨터를 명목적으로 언급한 것만으로는 클레임을 특정의 장치로 되도록 할 수 없다." 라고 판시하였다.

68) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 685 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2012).

69) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 484 F. App'x 559 (Fed. Cir. 2012).

70) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 717 F.3d 1269 (Fed. Cir. 2013) (*en banc*).

71) Alice Corp. v. CLS Bank Int'l et al., 573 U.S. ___ (June 19, 2014).

2. 2012년 CAFC 판결

2012년 CAFC는,[72] "클레임의 모든 한정사항을 고려해서 그 클레임이 추상적 아이디어를 청구한 것임이 명백하게 분명하지 않으면 그 클레임에 대해 특허적격성이 없다고 보아서는 안 된다."라고 판시하였다.[73] CAFC는, 이 사건 클레임은 구체적인 방식으로 영업방법에 관한 실제적인 응용을 커버하는 것으로, 전자적으로 유지된 '가상기록'(shadow records)을 생성하여 교환기관에 유지된 의무들을 교환하는, 컴퓨터로 구현된 단계들을 요하며,[74] 그 클레임 한정사항들은 그 방법이 수행될 수 있도록 하는데 '의미 있는 역할'을 담당하는 것으로 그 방법에 필수적인 것이라 특징지을 수 있는 바, 단지 형식적인 후-처리 행위는 아니라고 판시한다.[75]

3. 2013년 CAFC (en banc) 판결

CAFC(en banc)는 "방법 및 기록매체 클레임에 대해 특허적격성이 없다는 지방법원의 판결은 다수(7:3)가 지지하며, 시스템 클레임에 대해 특허적격성이 없다는 지방법원의 판결은 동수(5:5)가 지지한다." 라는 취지의 판결을 내렸다.[76] CAFC (en banc) 다수의견은 이 사건의 컴퓨터-구현 발명에 관한 특허적격성 문제를 주로 '기본개념의 선취(preemption)'의 관점에서 검토하여 모든 카테고리의 클레임에 대해 그 특허적격성을 부정하였다.

CAFC는 CLS 사건에 대해 전원합의체 재심을 하기로 결정하면서 35 U.S.C. §101 규정에 관하여 일관되지 않은 선례를 바로잡고자 하였다. 그러나 결국 이 사건에 참여한 판사들이 적어도 서너 가지의 서로 다른 결론과 판단기준을 제시하였는 바 결과적으로 그 노력은 실패로 끝나고 말았다. 추상적 아이디어가 들어있는 클레임이 특허적격성을 갖기 위해서, 그 추상적 아이디어와 차별화되는 한정이 어느 정도로 되어야 하는가의 문제에 대해 판사들 간에 서로 이견을 보였으며, 특히 Mayo 대법원 판결이 제시한 '창의적 개념'에 대한 해석이 몇 갈래로 나뉘면서, 그것이

72) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 685 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2012). 다수의견 Judges Linn & O'Malley; 소수의견 Judge Prost.

73) CLS, 685 F.3d at 1352. 다수의견은 추상성에 관한 결정은 '분명하여야' 한다는 전제로 특허적격성을 판단하여야 한다고 하였으며, 이에 대해 소수의견은 클레임에 '창의적 개념'이 포함되어야 한다는 *Mayo* 대법원의 기준을 따라야 한다고 반박하였다(*Id.* at 1357 (dissent)).

74) *Id.* at 1355.

75) *Id.*

76) CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 717 F.3d 1269 (Fed. Cir. May 10, 2013) (en banc).

곧 특허적격성 판단의 결론에 결정적인 영향을 미치게 된다.[77]

가. 특허적격성 판단 접근법

(1) Lourie 다수의견 (Judge Lourie 등)

클레임 발명이 법정 카테고리에 속하면서 사법적 예외사항에 속하지 않으면 35 U.S.C. §101 요건을 충족한다.[78] 특허적격성 요건에 대하여 그간 대법원은 몇 가지 이정표를 제시하였는 바 그 중 하나는 주로 '기본개념을 선취하는 클레임의 현실적인 가능성'에 달려있다고 보았다.[79] 이와 같이, 다수의견은 '선취' 문제에 중점을 두고 다음과 같은 단계에 따라 특허적격성을 판단하게 된다. ① 35 U.S.C. §101 문제가 야기되면, 먼저 클레임에 들어있는 기본개념(추상적 아이디어)이 무엇인지를 확인한다.[80] ② 위 단계에서 확인된 추상적 아이디어에 관하여, 클레임을 좁히는 추가의 '실질적인 한정사항'이 포함되어 클레임이 추상적 아이디어 그 자체를 커버하지 않도록 하는지 여부, 즉 선취 문제를 판단한다.[81]

그러면서, Lourie 다수의견은 특허적격성 판단에서 다음과 같은 세 원칙을 제시하였다: (i) 기본원리에 대한 '대규모의 선취'를 방지하는 것은 35 U.S.C. §101 규정의 궁극적인 목적이라고 전제하면서,[82] 특허적격성을 갖는 클레임은 기본원리에 '의미 있는 무엇'(significantly more)을 부가하여 그 클레임을 '의미 있게 좁게'(significantly less) 커버하도록 하는, 하나 이상의 '본질적인 한정사항'을 포함하여야 한다.[83] (ii) 특허적격성 판단에서 너무 형식에 치우친 접근법을 지양하여야 하는 바 단순히 명세서 작성자의 작성기법에 의하여 특허적격성 판단이 좌우되어서는 안 된다.[84] (iii) 특허적격성 판단의 접근법은 엄격한 선을 긋기 보다는 '유연한 클레임별 접근법'을 적용하여야 한다.[85]

77) *CLS* CAFC (*en banc*) 법원에서, 특허적격성 판단에 대한 판사별 성향을 [부정적 : 중간 : 우호적]으로 구분하면 [5 : 2 : 3]의 결과로 나오며, 각 항목별로 10명 판사의 입장을 정리하면 다음과 같다: (i) 방법·기록매체 클레임에 대한 특허적격성이 인정되는가? 3:7 부정. (ii) 시스템 클레임에 대한 특허적격성이 인정되는가? 5:5 동율. (iii) 클레임의 카테고리 별로 그 특허적격성 운명을 같이 하는가? (1) 방법과 기록매체 클레임 간의 경우; 10:0 전원일치 긍정. (2) 방법과 시스템 클레임 간의 경우; 8:2 긍정.

78) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1277 (Lourie Op. at 9-10).

79) *Id.* at 1277 (Lourie Op. at 9).

80) *Id.* at 1282 (Lourie Op. at 18).

81) *Id.* at 1282 (Lourie Op. at 18-19).

82) *Id.* at 1281 (Lourie Op. at 15-16).

83) *Id.* at 1281 (Lourie Op. at 16).

84) *Id.* at 1281 (Lourie Op. at 16-17).

(2) Judges Rader/Linn/Moore/O'Malley 의견

Chief Judge Rader는 특허적격성 판단에서 클레임을 그 전체로서 고려하여야 한다고 강조하고,[86] 클레임이 단지 추상적 아이디어가 아니라 그 '실제적인 응용'으로 제한하는 의미 있는 한정을 포함하느냐의 여부에 특허적격성이 달려 있다고 하면서,[87] 다음과 같은 경우에는 의미 있게 한정된 것이 아니라고 예시하였다: (i) 클레임이 단순히 추상적 아이디어를 설명하거나 '단순 적용'만을 추가하여 클레임이 추상적 아이디어에 관한 모든 실제적인 응용을 커버하는 경우;[88] (ii) 클레임이 추상적 아이디어를 전적으로 선취하지 않더라도 사용분야나 기술환경과 같은 중요하지 않거나 형식적인 '선후-처리 행위' 만을 포함하는 경우;[89] 또는 (iii) 클레임의 한정사항이 그 의도된 결과를 달성하는 모든 가능한 수단을 커버하거나 지나치게 일반화된 경우.[90]

(3) Judge Newman 의견

Judge Newman은 특허법 규정에 충실하게 클레임이 35 U.S.C. §101 규정의 법정 카테고리에 속하면 특허적격성이 확립된 것으로 보자고 제안하고, 이러한 적용이 법 취지에 부합한다고 주장한다.[91] 35 U.S.C. §101 규정은 '거친 필터'(coarse filter)이며, 이 관문을 통과하면 신규성·비자명성·기재요건 등 보다 엄격한 특허요건에 따라 심사를 받아야 궁극적으로 특허를 받을 수 있다는 점을 그 이유로 들었다.[92]

나. '창의적 개념'의 의미에 대한 해석

Mayo 사건의 대법원은 특허적격성 판단에서 기본개념의 단순한 언급을 넘어서는 클레임의 실질적인 한정 요건을 '창의적 개념'이라는 용어로 표현하였는데,[93]

85) *Id.* at 1281-82 (Lourie Op. at 17) (35 U.S.C. §101 규정에 대한 사법적 예외사항의 기저에 있는 핵심 원칙을 유지하면서, 예기치 못한 기술적 진보에 적응할 수 있는 유연하고 실용적인 접근법이 필요하다고 설시한다.).

86) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1298 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 13) (클레임을 종래 요소와 신규 요소를 구분한 다음 종래 요소를 무시하는 것은 적당하지 않으며, 클레임에서 그 핵심으로 추상적 아이디어로서 특징지을 수 있는 것을 끄집어내서는 안 되며, 클레임에 있는 구체적이고 유형적인 한정사항을 무시하여 클레임을 추상화시켜서도 안 된다고 설시한다.)

87) *Id.* at 1299 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 16).

88) *Id.* at 1300 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 17).

89) *Id.* at 1300-01 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 18-19).

90) *Id.* at 1301 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 19).

91) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1325-26 (Newman Op. at 12-13).

92) *Id.* at 1326 (Newman Op. at 12).

CAFC (en banc) 판사들은 이에 대한 해석도 몇 갈래로 나뉘었다.

(1) Lourie 다수의견 (Judge Lourie 등)

35 U.S.C. §101 규정의 창의적 개념은 클레임 발명에 대한 '진정한 인적 공헌'과 관련 있다고 하면서, 인간은 추상적 아이디어나 과학적 진실을 발견(discovery)할 수 있을 뿐 '발명'(invent)할 수는 없는 바, 창의적 개념은 '인간 재능의 산물'이어야 한다는 것이다.[94] 다수의견은 35 U.S.C. §101 규정에 따른 '선취' 분석에 중점을 두고, 클레임 한정사항이 인적 공헌에 해당하는 것이라 하더라도 그 기저에 있는 추상적 아이디어에 대한 하찮은 부속물이 아닌 그 이상을 나타내야 하며, 그것이 별로 관계가 없거나 일상적이거나 잘 알려져 있거나 관례적이거나, 또는 기본원리에 관한 클레임을 실제로 좁히지 못하면 그 한정사항으로는 특허적격성을 부여할 수 없다고 설시하면서[95] Mayo 대법원 판결에서 설시한 내용을 거의 그대로 인용하였다.[96]

(2) Judges Rader/Linn/Moore/O'Malley 의견

Chief Judge Rader는, Mayo 판례에서 특허적격성 요건으로 '창의성' 관점을 언급한 것은, 클레임 발명의 맥락에서 추상적 아이디어를 구체화함에 있어서 클레임에서 언급된 단계들을 '고유적으로' 요하는지의 여부로 해석되어야 한다고 보았다.[97] 따라서 클레임에 내재된 추상적 아이디어를 구현하기 위하여 그 부가 단계들을 필연적으로 수행할 수밖에 없다면, 그 단계들은 단지 추상적 아이디어를 다시 부연한 것에 불과하여, 그 추상적 개념을 실제적 응용으로 한정한 것이 아니라고 보아야 한다는 것이다.[98]

93) Mayo, 132 S. Ct. at 1294 (citing Flook, 437 U.S. at 594). 이 용어는 *Flook* 판결에서 유래되었는데, 그 용어상의 표현에도 불구하고 특허적격성의 문제가 신규성·비자명성 문제와는 다르다는 점에는 의견의 일치를 보인다(CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1276, 1282 참조).

94) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1283 (Lourie Op. at 20).

95) *Id.* at 1283 (Lourie Op. at 20). 그러면서, 기존 대법원 판례에 대해서, *Mayo* 판결은 클레임에서 자연법칙 자체를 제외한 부가단계들이 '주지의 일상적이고 관례적인 활동' 그 이상에 이르러야 특허적격성이 인정될 수 있다고 판시하였고(Mayo, 132 S. Ct. at 1294), *Diehr* 판결 또한 명목적이거나 하찮은 한정사항으로는 35 U.S.C. §101 요건을 만족할 수 없다고 판시하였고(Diehr, 450 U.S. at 191-92), *Bilski* 판결에서도 클레임에 단순한 사용분야 한정이 있더라도 그 분야에서 기본개념의 모든 사용을 실질적으로 선취한다면 특허적격성을 인정받을 수 없다고 판시하였다(Bilski, 130 S. Ct. at 3230) 라고 부연 설명한다.

96) *Id.* at 1284 (Lourie Op. at 21-22).

97) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1304 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 23-24).

(3) Judges Moore/Rader/Linn/O'Mally 의견

Judge Moore는 Bilski 및 Mayo 판결에서 '시스템 클레임'이 다루어지지는 않았지만 추상적 아이디어 예외에 관한 가이드를 제공하였다고 전제하면서, 창의적 개념과 관련하여 그들 판례를 다음과 같이 해석하였다: (i) 방법 단계들이 컴퓨터 하드웨어 등의 기계요소와 결합되면 그 기저에 있는 아이디어의 실제적 응용으로 클레임을 한정하는데 도움을 줄 수 있다.[99] (ii) 클레임의 특허적격성 여부는 추상적 아이디어에 관한 구체적이고도 실제적인 응용을 충분히 언급하고 있는가 하는 것이 주된 문제인데, Mayo 판결은 추상적 아이디어에 의미 없는 선후-처리 행위를 부가하는 것만으로는 그 클레임을 추상적이지 않도록 만들 수 없다는 오랫동안 알려진 일반 원칙을 재확인한 것이다.[100]

다. 사안의 판단 (각 카테고리 클레임별 특허적격성 판단)

(1) Lourie 다수의견

가) 방법 클레임[101]

98) *Id.* at 1304 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 24).

99) *Id.* at 1314 (Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 4-5).

100) *Id.* at 1315 (Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 5-6).

101) 방법 클레임 (Claim 33 of U.S. 5,970,479) 33. A method of exchanging obligations as between parties, each party holding a credit record and a debit record with an exchange institution, the credit records and debit records for exchange of predetermined obligations, the method comprising the steps of:
(a) debit record for each stakeholder party to be held independently by a supervisory institution from the exchange institutions;
(b) obtaining from each exchange institution a start-of-day balance for each shadow credit record and shadow debit record;
(c) for every transaction resulting in an exchange obligation, the supervisory institution adjusting each respective party's shadow credit record or shadow debit record, allowing only these [sic] transactions that do not result in the value of the shadow debit record being less than the value of the shadow credit record at any time, each said adjustment taking place in chronological order; and
(d) at the end-of-day, the supervisory institution instructing one of the exchange institutions to exchange credits or debits to the credit record and debit record of the respective parties in accordance with the adjustments of the said permitted transactions, the credits and debits being irrevocable, time invariant obligations placed on the exchange institutions.
33. 당사자들 간에 의무를 교환하는 방법으로서, 각 당사자는 교환기관과 함께 credit 기록 및 debit 기록을 유지하며, 그 기록들은 소정의 의무들을 교환하기 위한 것으로,
(a) 각 당사자에 대한 차변기록을 교환기관으로부터 감독기관에 의하여 독립적으로 유지시키는 과정;
(b) 각 교환기관으로부터 각 가상대변기록 및 가상차변기록에 대한 시작일 잔고를 획득하는 과정;
(c) 교환의무를 낳는 각 거래에 대해, 감독기관은 각 개별 당사자의 가상대변기록 또는 가상차변기록을 조정하고(이 조정단계는 시간 순으로 일어남), 가상차변기록 값이 언제라도 가상대변기록 값보다 작게 되지 않도록 하는 거래만을 허용하는 과정; 및

다수의견은 방법 클레임에 있는 추상적 아이디어를 확인한 다음[102] 클레임에서 그 추상적 아이디어를 제외하고 '의미 있는 무엇'을 부가하고 있는지의 여부로 분석하였다. 그 결과, 클레임의 실질적인 한정사항은 "가상기록을 생성하고 이를 조정·유지하는데 컴퓨터를 사용하고 교환기관 계좌를 조정"하는 것인데, 이들 한정사항은 클레임에 의미 있는 어떠한 것도 부가한 것이 아니라고 판단하였다.[103] 당해 클레임은 '위험회피에 관한 기본개념'으로 된 Bilski 클레임과 상당히 닮았다고 지적하면서, 방법을 수행하는데 범용 컴퓨터 기능을 부가한 것은 실질적으로 한정한 것이 아니므로 35 U.S.C. §101 요건을 충족하기에는 충분하지 않다고 판시한다.[104]

나) 시스템 클레임[105] 및 기록매체 클레임[106]

시스템 클레임은 방법 클레임의 단계들을 수행하도록 구성된 컴퓨터 시스템으로서 방법 클레임과 거의 동일·유사하게 작성되어 있는데, 다만 시스템 구성요소로서

(d) 종료일에, 감독기관은 교환기관들 중의 하나에게 대변 또는 차변(이들은 교환기관에 기록된 취소할 수 없는 시불변의 의무들임)을 상기 허용된 거래의 조정에 따라 개별 당사자들의 대변 기록 및 차변기록과 교환하도록 지시하는 과정을 포함하는 방법.

102) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1285-86 (Lourie Op. at 25) (방법 클레임의 추상적 아이디어는 "양 당사자가 의무교환을 허용하기 전에 각자의 의무를 준수할 수 있는지를 검증하도록 권한을 받은 제3자 중개인을 통하여 거래를 수행하여 에스크로(escrow) 형태로 정산위험을 줄이려는 것"이라고 확인하였다.).

103) *Id.* at 1286 (Lourie Op. at 26-28). 판단 근거: (i) 클레임에서 컴퓨터의 참여가 요구된다고 하더라도, 그것만으로는 '사소하지 않은, 비-통상적인' 인적 공헌을 나타내는 창의적 개념을 제공하지 못한다. (ii) 클레임에서 가상기록을 생성하고 조정하는 감독기관을 요하지만, 중개를 통하여 정산위험을 줄이려는 아이디어에 어떠한 실제적인 의미가 부가된 것도 아니다. (iii) 감독기관이 실세계 계좌를 조정하도록 종료일에 지시하는 단계도 사소한 한정에 불과하다.

104) *Id.* at 1287 (Lourie Op. at 28).

105) 시스템 클레임 (Claim 1 of U.S. 7,149,720) 1. A data processing system to enable the exchange of an obligation between parties, the system comprising:
a data storage unit having stored therein information about a shadow credit record and shadow debit record for a party, independent from a credit record and debit record maintained by an exchange institution; and
a computer, coupled to said data storage unit, that is configured to (a) receive a transaction; (b) electronically adjust said shadow credit record and/or said shadow debit record in order to effect an exchange obligation arising from said transaction, allowing only those transactions that do not result in a value of said shadow debit record being less than a value of said shadow credit record; and (c) generate an instruction to said exchange institution at the end of a period of time to adjust said credit record and/or said debit record in accordance with the adjustment of said shadow credit record and/or said shadow debit record, wherein said instruction being an irrevocable, time invariant obligation placed on said exchange institution.

106) 기록매체 클레임 (Claim 39 of U.S. 7,725,375) 39. A computer program product comprising a computer readable storage medium having computer readable program code embodied in the medium . . .

유형적인 장치들(예: a computer, a data storage unit)을 언급한 점에서 차이가 있다고 설명한다.[107] 그러나 시스템 클레임에 대해, 컴퓨터-기반의 한정사항으로 언급된 하드웨어 요소만으로는, 방법의 사용을 특정의 기술환경에 일반적으로 결부시키는 것을 넘어서는 '의미 있는 한정'을 제공하지 못한다고 판시한다.[108] 한편, 기록매체 클레임에 대해서도 형식적으로는 물리적 객체를 표방한 것이지만 특정의 매체가 아니라 그 기저에 있는 정산위험 감소방법을 청구한 것이라고 해석하면서[109] 결국 그 클레임은 35 U.S.C. §101 규정의 목적상 '방법'과 동등한 것으로 보았다.[110]

(2) Judges Rader/Linn/Moore/O'Malley 의견

Judge Rader 등은 모두 '시스템 클레임'에 대해서는 특허적격성이 있다는 의견을 냈지만, '방법 및 기록매체 클레임'에 대해서 Judges Rader/Moore는 특허적격성이 없다는 의견을, 반면에 Judges Linn/O'Malley는 특허적격성이 있다는 의견을 냈다.

가) 시스템 클레임 (Judges Rader/Linn/Moore/O'Malley)

Chief Judge Rader는 컴퓨터-구현 클레임을 평가함에 있어서, 범용 컴퓨터를 단순히 참조하는 것만으로는 추상적인 방법 클레임이 특허적격성을 갖도록 할 수 없다고 할지라도, 방법을 구현하도록 특별히 디자인되어 특수-목적의 컴퓨터(즉, 새로운 기계)를 만들었다면 특허적격성을 인정받기에 충분할 수 있다고 하였다.[111] 당해 시스템 클레임은 복잡한 문제를 풀도록 구체적으로 프로그램된 컴퓨터의 사용을 커버하는 바 이는 전통적인 하드웨어 클레임이라고 지적하고, 특허 명세서와 도면을 통하여 하드웨어를 프로그램하는 소프트웨어에 대한 상세한 알고리즘을 개시하고 있음도 언급한다.[112] 아울러, 클레임의 에스크로(escrow) 개념이 컴퓨터를

107) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1289 (Lourie Op. at 32-33).

108) *Id.* at 1291 (Lourie Op. at 35). 소수의견에서 *Alappat* 판결에 근거하여 시스템 클레임이 그 자체로 유형적인 물건으로 특허적격성이 인정되어야 한다는 주장에 대해, 다수의견은 *Alappat* 판결 이래 대법원 판례의 변화에 주목하여야 한다고 언급하면서, 추상적인 방법을 컴퓨터로 '치장'한다고 하더라고 특허를 받을 수 있는 기계로 될 수는 없다고 결론짓는다(Lourie Op. at 37-38).

109) *Id.* at 1288 (Lourie Op. at 30).

110) *Id.* at 1288 (Lourie Op. at 30-31).

111) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1302 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 21-22) (컴퓨터가 클레임 발명을 수행하는데 의미 있는 역할을 수행하도록 클레임이 컴퓨터와 결합되어 있고, 클레임이 그 기저에 있는 추상적 아이디어의 모든 사용을 사실상 선취하지 않는다면, 그 클레임은 특허적격성을 갖는다고 그 판단기준을 제시하였다.).

사용하지 않고도 널리 그 응용으로 사용할 수 있으며, 이 클레임을 침해하지 않고도 다른 방식으로 컴퓨터를 이용하여 구현할 수도 있다고 지적하면서,[113] 클레임의 단계들이 에스크로 개념에 '고유한' 것은 아니라고 설시한다.[114]

한편, Judge Moore는 시스템 클레임의 특허적격성이 인정되어야 한다는 취지의 별도 의견을 내면서, 범용 컴퓨터 상에 단순히 적용한 것이 아니라 시스템 클레임의 구조적 한정사항은 물리적인 부품을 필요로 함으로써 클레임된 기계를 한정하는 것이며, 이러한 구체적인 요소들은 클레임을 의미 있게 한정하는 바로 일종의 '창의적 개념'이라고 설명한다.[115] Judge Moore는 명세서와 도면에서 그 알고리즘을 상세히 설명하고 있음을 몇 페이지에 걸쳐 매우 자세하게 언급하면서,[116] 시스템 클레임의 하드웨어 및 소프트웨어 요소들을 고려하면 그 클레임은 특정 기능을 수행하도록 구성된 특유의 기계를 청구한 시스템 클레임이라고 해석하였다.[117]

나) 방법 클레임

Judges Rader/Moore는 방법 단계들이 에스크로 개념에서 '고유한' 것인지, 다시 말하면, 클레임이 에스크로 개념의 실제적 응용이 아니라 사실상 그 추상적 개념을 클레임하고 있는지를 판단하여야 한다고 그 판단기준을 제시하면서,[118] 방법 클레임의 각 단계들은 제3 중개인을 사용하는 에스크로 개념에 고유한 일반적인 것에 불과하다고 결론지었다.[119] 반면, Judges Linn/O'Malley는 방법 및 기록매체 클레임에 대해서도 그 특허적격성을 인정하였다.[120] 즉, 소송기록상에 나타난 클레임 해석에 관한 사항 및 그 과정에서 제출된 당사자의 증거를 재고하여야 한다고 전제하면서[121] 방법 클레임도 시스템 클레임과 마찬가지로 모두 동일한 컴퓨터-기반 한정사항을 가지므로 특허적격성 운명을 같이 한다고 결론지었다.[122]

112) *Id.* at 1307 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 31).
113) *Id.* at 1310 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 35).
114) *Id.* at 1310 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 36).
115) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1316-17 (Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 8-9).
116) *Id.* at 1318-19 (Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 11-13).
117) *Id.* at 1320 (Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 13). Judge Moore는 "컴퓨터를 손에 들고 35 U.S.C. §101 관문으로 걸어간다면 그 컴퓨터가 추상적 아이디어라는 이유로 거절당해서는 안 된다."라고 강변하였다(Moore/Rader/Linn/O'Mally Op. at 15).
118) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1311-12 (Rader/Moore Op. at 40).
119) *Id.* at 1312 (Rader/Moore Op. at 40-41).
120) *Id.* at 1327 (Linn/O'Malley Op. at 1).
121) *Id.* at 1331 (Linn/O'Malley Op. at 10).
122) *Id.* at 1332 (Linn/O'Malley Op. at 10-11). Judge Linn이 제시한 구체적인 이유는 다음과 같다:

(3) Judge Newman 의견

Judge Newman은 특허정보에 대하여 그 목적이 과학적이든 상업적이든 자유롭게 실험할 수 있는 권리가 보장된다는 점을 명확히 한다면 특허적격성 요건을 굳이 까다롭게 다룰 필요가 없다고 피력하면서,[123] 당해 클레임 모두 특허적격성을 갖는다고 결론짓는다.[124]

4. 2014년 대법원 판결

2014년 6월, Alice 사건의 대법원은 당해 클레임들이 35 U.S.C. §101 규정에 따라 특허적격성이 없다는 CAFC (en banc) 판결을 '전원일치'로 인용하였다.[125] 즉, 당해 클레임은 정산위험을 완화하는 중개정산에 관한 추상적 아이디어를 청구한 것으로서, 단지 범용 컴퓨터의 구현을 요한다는 것만으로는 그 추상적 아이디어를 특허적격성 있는 발명으로 바꾸지 못한다고 판시한 것이다.[126] 이 판결은 특허적격성 요건이 '선취' 문제와 밀접하게 관련된 개념임을 전제로 Mayo 판결을 충실히 따른 CAFC (en banc) 다수의견의 입장에 대해 전적으로 손을 들어준 것이라 할 수 있다.

가. 특허적격성 판단의 기본 원칙

대법원은 35 U.S.C. §101 규정에서 '자연법칙, 자연현상 및 추상적 아이디어'는 특허를 받을 수 없다는 특허적격성에 대한 중요한 예외를 내포하고 있는 바 이 원칙의 요체를 '선취'의 관점에서 설명한다.[127] 아울러, 인간 재능의 '기본 구성요소'(building blocks)에 관한 장래의 사용을 부당히 배제하여 특허법이 앞으로의 발견을 가로막아서는 안 된다는 점도 강조하였다.[128]

(i) 지방법원은 모든 클레임이 시스템 클레임의 컴퓨터-구현 한정사항 모두를 요한다고 해석하였고, 특허 명세서에서 이를 의미 있게 뒷받침하고 있다(Linn/O'Malley Op. at 11-12). (ii) 명세서에서의 컴퓨터-기반 한정사항을 고려하면 클레임들은 가상기록을 사용하는 매우 구체적인 방식을 청구한 것으로, 추상적 아이디어에 대한 모든 상업적 응용을 선취하는 것은 아니다(Linn/O'Malley Op. at 12).
123) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1325 (Newman Op. at 10).
124) *Id.* at 1321 (Newman Op. at 2) (아울러, 35 U.S.C. §101 문턱 테스트에 대한 명확한 기준은 필요하지 않을 뿐만 아니라 만들어 낼 수도 없다고 지적하면서, 35 U.S.C. §101 규정은 특정의 기술적 진보에 대해서 그 특허성을 판단하는데 적당한 도구가 아닐 수 있는 바 이는 보다 엄격한 법적 요건인 신규성·비자명성과 같은 특허요건에 맡겨야 한다고 주장한다.).
125) Alice Corp. v. CLS Bank Int'l et al., 573 U.S. ___ (June 19, 2014).
126) *Id.,* slip op. at 1.
127) *Id.,* slip op. at 5.

Alice 사건의 대법원은, Mayo 대법원 판결에서 특허적격성을 판단하는 방법('Mayo 테스트')을 다음과 같이 제시하였다고 설시한다:[129] (i) 당해 클레임이 특허적격성 예외사항에 해당하는 것을 청구하고 있는지를 판단한다. (ii) 만일 그렇다면, "클레임에는 다른 무엇이 있는가?" 라고 묻는다. 이 질문에 대해서, 그 부가적인 요소들이 클레임의 본질을 특허적격성 있는 응용으로 전환하는지를 판단하며, 그 판단을 위해서는 클레임 구성요소들을 그 개별적으로 뿐만 아니라 그 순서에 따른 조합도 고려하여야 하다. 단계 (ii)에 대해서, 대법원은 '창의적 개념', 즉 당해 클레임이 특허적격성 예외사항 그 자체에 대한 것이 아닌 그 이상의 의미 있는 것으로 평가되도록 하기에 충분한 구성요소 또는 그 조합이 있는지를 탐구하는 것이라고 설명한다.[130]

나. Mayo 테스트 단계 (i)

Mayo 단계 (i)에서, 대법원은 Alice 클레임이 정산위험을 완화하기 위하여 제3자를 사용하는 중개정산의 개념을 청구한 것으로, 이는 경제계에서 오랫동안 사용해온 기본적인 경제실무인 바, 제3 중개인의 사용 또한 현대 경제에서의 기본 구성요소에 해당하므로, 그와 같은 중개정산 방식이 클레임의 추상적 아이디어라고 확인한다.[131]

다. Mayo 테스트 단계 (ii)

Mayo 단계 (ii)와 관련하여, 대법원은 단지 일반 컴퓨터의 구현을 요하는 방법 클레임은 추상적 아이디어를 특허적격성 있는 발명으로 바꿀 수 없다고 결론짓는다.[132] 대법원은 클레임에서 컴퓨터를 언급한 것이 추상적 아이디어를 '컴퓨터 상에' 단순히 구현한 것에 불과한 것이라면 그러한 부가사항으로는 특허적격성을 부여할 수 없으며, 이러한 결론은 35 U.S.C. §101 규정의 선례를 지탱하고 있는 '선취' 우려와도 일치한다고 설시한다.[133]

128) *Id.,* slip op. at 6.
129) *Id.,* slip op. at 7.
130) *Id.,* slip op. at 7.
131) Alice Corp., 573 U.S., slip op. at 9-10.
132) *Id.,* slip op. at 10-11 (*Mayo* 단계 (ii)는, 클레임 구성요소들을 심리하여 클레임의 추상적 아이디어를 특허적격성 있는 응용으로 바꾸기에 충분한 '창의적 개념'을 포함하고 있는지를 판단하는 것이라고 설명한다.).
133) *Id.,* slip op. at 13.

(1) 방법 클레임

특허권자 Alice는 방법 클레임의 단계들이 컴퓨터에 대한 본질적이고 의미 있는 역할을 요하기 때문에 특허적격성을 갖는다고 주장하였다.[134] 그러나 대법원은 먼저, (i) 클레임의 각 단계들을 '개별적으로' 검토한 결과 컴퓨터를 사용하여 가상기록을 생성·유지하는 것, 데이터를 획득하고 계좌 잔고를 조정하고 자동화된 명령을 발송하는 것 등 그 컴퓨터 기능 모두는 산업계에서 이미 알려진 '주지의 일상적이고 관례적인 활동'에 불과하다고 판단한다.[135] 아울러, (ii) 방법 클레임을 '그 순서에 따른 조합으로' 고려하더라도, 그 전체로서 단지 일반 컴퓨터에 의하여 수행되는 중개정산 개념을 단지 언급한 것이라고 보았다.[136] 결국, 당해 클레임은 일반 컴퓨터를 사용하여 중개정산에 관한 추상적 아이디어를 적용한 명령어 이상의 보다 의미 있는 그 어떤 것도 없는 바 특허적격성 있는 발명으로 되기에 충분하지 않다고 판시한다.[137]

(2) 시스템 및 기록매체 클레임

대법원은 시스템 및 기록매체 클레임에 대해서도 방법 클레임에 대한 것과 본질적으로 마찬가지 이유로 그 특허적격성을 인정하지 않았다.[138] 기록매체 클레임의 경우, Alice도 방법 클레임과 그 운명을 같이 하는 점에 동의하였다.[139] 그러나 시스템 클레임과 관련하여, Alice는 당해 클레임이 컴퓨터화 된 기능을 수행하도록 구성된 구체적인 하드웨어라는 점을 강조하였다.[140] 그러나 대법원은 시스템 클레임 또한 일반 컴퓨터 상에 구현된 추상적 아이디어를 청구한 것에 불과한 것으로,[141] 그 기저의 추상적 아이디어에 본질적으로 다른 의미 있는 그 어떤 것도 부가된 것이 없다는 이유로 특허적격성이 없다고 결론짓는다.[142]

134) *Id.,* slip op. at 14 (즉, 클레임 방법은 전자적 기록을 생성하고, 다수 거래를 추적하고, 동시적인 명령을 발송하기 위하여 컴퓨터의 사용을 요하는 바 '그 컴퓨터는 그 자체로 중개인'이라는 것이다.)
135) *Id.,* slip op. at 15.
136) *Id.*
137) *Id.,* slip op. at 15-16.
138) *Id.,* slip op. at 16.
139) *Id.*
140) *Id.*
141) *Id.*
142) *Id.,* slip op. at 17.

5. 소결

2013년 CAFC (en banc) 판결에서, 다수의견을 작성한 Judge Lourie는 Mayo 대법원 판결의 테스트를 적용하여 당해 클레임들은 추상적 아이디어에 본질적인 어떤 것도 부가하지 못하였다고 결론지었으며, 대법원도 그와 같은 CAFC (en banc) 판결을 전원일치로 인용하였다.[143] Alice 대법원 판결로 인하여, 적어도 방법 클레임과 더불어 실질적으로 그 한정사항이 동일한 기록매체 및 시스템 클레임도 그 특허적격성의 운명을 같이 한다는 점, 및 소프트웨어 관련 발명의 특허적격성 판단에서도 Mayo 테스트가 적용된다는 점이 확립되었다.[144]

USPTO는 Alice 대법원 판결이 나온 후에 '추상적 아이디어'를 포함하는 클레임의 특허적격성 판단에 관한 예비 심사지침서를 발표하였다.[145] Alice 대법원은 Mayo 대법원 판결에서 제시된 판단기준이 자연법칙과 자연현상 뿐만 아니라 추상적 아이디어에 관한 클레임에 대해서도 적용됨을 명확히 하였는 바 USPTO도 심사지침서에 이를 반영하였다.

Ⅴ. 미국 판례상 특허적격성 판단기준들

컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 특허적격성을 판단함에 있어서, MoT 테스트는 일반적으로 적용하기에는 너무 엄격한 기준으로 인식되는 반면 UCT 테스트는 너무 느슨한 기준으로 인식되고 있다. 최근 Alice 사건의 CAFC (en banc) 및 대법원은 Bilski 및 Mayo 대법원 판결에서 제시된 원칙에 기초하여 다양한 스펙트럼의 특허적격성 판단기준들을 제기하였는데, 다음과 같이 세 유형으로 정리할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이, Alice 사건의 대법원은 CAFC (en banc)의 Lourie 기준을

143) Alice Corp., 573 U.S., slip op. at 15-17.

144) 2010년 *Bilski* 대법원 판결에서는 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 특허적격성 요건과 관련하여 특허법 규정 및 *Benson, Flook, Diehr* 대법원 판결의 지침을 따라야 한다는 원론적 기준을 제시한 것이라면, 2014년 *Alice* 대법원 판결에서는 *Bilski* 판례 이후에 나온 *Mayo* 대법원 판례에 기초하여 소프트웨어 관련 발명도 *Mayo* 테스트를 적용하여야 한다는 보다 구체적인 기준을 정립한 것이라 할 수 있다.

145) Andrew H. Hirshfeld, Preliminary Examination Instructions in view of the Supreme Court Decision in Alice Corporation Ply. Ltd. v. CLS Bank International, et al. USPTO, June 25, 2014. USPTO는 예비심사지침서에 대한 대중의 의견을 요청하는 고시(79 FR 36786 (Request for Comments and Extension of Comment Period on Examination Instruction and Guidance Pertaining to Patent-Eligible Subject Matter), June 30, 2014)를 발표하였으며, 오는 가을에 심사지침서를 발표할 예정이라고 한다.

지지한 것이라 할 수 있다.

한편, 비록 여러 다양한 판단기준들이 제시되었지만, 적어도 다음과 같은 경우에는 추상적 아이디어를 청구하는 클레임에 대해 특허적격성을 인정하기에 충분하지 않다고 보는 점에서는 별 이견이 없어 보인다: (i) 클레임이 단순히 추상적 아이디어 그 자체를 설명하는 것이거나 '단순 적용'만을 추가하는 경우;[146] (ii) 클레임이 사용분야나 기술환경과 같은 의미 없는 형식적인 '선후-처리 행위' 만을 포함하는 경우;[147] (iii) 클레임에서 범용 컴퓨터를 '단순히 참조'하는 것에 그치는 경우.[148]

1. Lourie 기준 (Alice 대법원 기준)

Judge Lourie 다수의견은 클레임에 있는 추상적 아이디어가 무엇인지를 확인한 다음 그 추상적 아이디어에 관하여 클레임을 좁히거나 한정하는 추가의 '실질적인 한정사항'이 포함되어 그 클레임이 추상적 아이디어 그 자체를 커버하지 않도록 하는지의 여부로 특허적격성을 판단한다.[149] 35 U.S.C. §101 규정의 목적은 기본원리에 대한 '대규모의 선취'를 방지하기 위한 것으로 보고,[150] 특허적격의 클레임은 기본원리에 '의미 있는 무엇'을 부가하여 클레임이 '의미 있게 좁게' 커버하도록 하는, 하나 이상의 본질적인 한정사항을 포함하여야 한다는 것이다.[151] Mayo 대법원 판결에서 말한 '창의적 개념'과 관련하여, 클레임 한정사항이 인적 공헌에 상당하는 것이라 하더라도 그 기저에 있는 추상적 아이디어에 대한 하찮은 부속물이 아닌 그 이상을 나타내야 하며, 그것이 일상적이거나 잘 알려져 있거나 관례적이거나, 또는 기본원리에 관한 클레임을 실제로 좁히지 못하면 그 한정사항으로는 특허적격성을 부여할 수 없다고 하였다.[152]

146) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1291. (Lourie Op. at 36); *Id.* at 1300 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 17); Alice Corp., 573 U.S., slip op. at 12, 13.

147) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1281 (Lourie Op. at 16); *Id.* F.3d at 1300-01 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 18-19); Alice Corp., 573 U.S., slip op. at 15.

148) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1286 (Lourie Op. at 26); *Id.* at 1302 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 21); Alice Corp., 573 U.S., slip op. at 1.

149) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1282 (Lourie Op. at 18-19).

150) *Id.* at 1281 (Lourie Op. at 15-16).

151) *Id.* at 1281 (Lourie Op. at 16).

152) *Id.* at 1283 (Lourie Op. at 17).

2. Rader/Linn/Moore/O'Malley 기준 ('Rader 기준')

클레임의 특허적격성은 클레임을 그 전체로서 고려하여 '실제적인 응용'으로 제한하는 의미 있는 한정을 포함하느냐의 여부에 달려있는데, 클레임이 추상적 아이디어의 '모든 실제적인 응용'을 커버한다면 의미 있게 한정된 것이 아니라는 것이다. Mayo 대법원 판결의 '창의적 개념'과 관련하여, 클레임 발명의 맥락에서 추상적 아이디어를 구체화하는데 클레임의 단계들을 '고유적으로' 요하는지, 즉 클레임의 부가 단계들을 필연적으로 수행할 수밖에 없다면, 그것은 추상적 개념을 실제적 응용으로 한정한 것이 아니라고 본다.[153]

'시스템 클레임'에 대해서, 범용 컴퓨터가 소프트웨어의 지시에 따라 특정 기능을 수행하도록 프로그램되면 사실상 특수 목적의 컴퓨터로 된다는 Alappat 판례에 따라,[154] 기계(컴퓨터)와 소프트웨어의 조합은 새로운 기계를 창설하는 것으로,[155] 방법이 기계와 결합하면 '실제적인 응용'으로 되어 특허적격성을 인정받을 수 있다고 하였다.[156]

한편, '방법 클레임'에 대해서는 그 의견이 두 갈래로 나누어진다: (i) Judge Rader는 제3 중개인을 사용하는 에스크로 개념에 고유한 일반적인 단계에 불과하며,[157] 가령 컴퓨터의 사용을 요하는 것으로 상정하더라도 그것만으로는 충분하지 않다고 보았다.[158] (ii) Judge Linn은 방법 클레임도 시스템 클레임의 컴퓨터-구현 한정사항 모두를 요한다고 해석하면서, 특허 명세서에도 이를 의미 있게 뒷받침한다는 점에 기초하여[159] 방법 클레임도 시스템 클레임과 그 특허적격성의 운명을 같이 한다는 것이다.[160]

방법 클레임에 대해, Judge Linn은 시스템 클레임과 마찬가지로 컴퓨터-구현 한정사항을 모두 포함하고 있는 것으로 해석한 반면 Judge Rader는 그렇지 않다고 본 것이다. 즉, Judge Rader는 방법 클레임에서 컴퓨터-구현 한정사항이 특허적격성을 인정하기에는 충분하지 않다고 인식한 것이고, Judge Linn은 지방법원에서의 경과 및 명세서의 기재로 보아 시스템 클레임과 마찬가지로 보아야 한다는 점에

153) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1304 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 24).
154) *In re* Alappat, 33 F.3d 1526, 1545 (Fed. Cir. 1994) (*en banc*).
155) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1305 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 27).
156) *Id.* at 1305 (Rader/Linn/Moore/O'Malley Op. at 28).
157) *Id.* at 1312 (Rader/Moore Op. at 41).
158) *Id.*
159) *Id.* at 1330 (Linn/O'Malley Op. at 8).
160) *Id.* at 1332. (Linn/O'Malley Op. at 10-11).

서, 서로 이견을 보인다. 그러나 이들 결론이 서로 달라진 것은, 방법 클레임에 시스템 클레임에서와 같은 컴퓨터-구현 한정사항이 들어있는 것으로 보느냐 또는 아니냐 하는 점, 즉 '클레임에 대한 해석상 차이'에 기인한 것으로, 특허적격성의 판단기준 자체를 근본적으로 서로 달리 보는 것은 아니라고 사료된다.[161]

3. Newman 기준

Judge Newman은 클레임 심사에서 특허적격성 요건으로 거르는 것은 최소한에 그쳐야 하는 바 클레임 발명이 35 U.S.C. §101 규정의 카테고리에 들면 그것으로 특허적격성을 갖는 것으로 인정하고, 그 클레임 발명의 특허성은 신규성과 비자명성 등 다른 특허요건의 심사에 맡겨야 한다는 입장이다.[162]

4. 소결

Judge Newman을 제외하고, 추상적 아이디어가 들어있는 클레임이 특허적격성을 갖기 위해서는 클레임에 '의미 있는 한정'을 포함하여야 한다는 원론에는 이견이 없지만, 무엇이 '의미 있는 한정'에 해당하는가 하는 점에는 서로 견해의 차이를 보인다. 즉, (i) Lourie 기준은 선취의 관점에 주목하여 클레임에서 확인된 추상적 아이디어에 관하여 이를 한정하거나 구속하는 추가의 '실질적 한정사항'으로 그 클레임이 추상적 아이디어를 커버하지 않도록 하느냐, 그리고 (ii) Rader 기준은 클레임을 그 전체로서 고려하여 추상적 아이디어에 대한 '모든 실제적인 응용'을 커버하느냐의 여부로 본다. 이들 기준 간의 기본적인 차이는, 가령 클레임에서 추상적 아이디어에 부가된 한정사항으로 인하여 그 아이디어에 관한 실제적 응용을 적어도 '모두' 커버하지 않는 한 Rader 기준은 그 특허적격성을 인정할 수 있다는 입장인 반면, Lourie 기준은 가령 그렇다고 하더라도 그 아이디어를 제외하고 부가된 사항이 상당한 그 무엇으로 의미 있게 한정되지 않는 한 특허적격성이 인정되지 않는다고 하는 점에 있다. 따라서 Lourie 기준이 Rader 기준에 비하여 보다 엄격하다고 할 수 있다.

한편, 영업방법에 관한 클레임의 경우, 위 두 기준에 따른 특허적격성 판단 관점을 다음과 같이 정리할 수 있다. (i) Lourie 기준에 의하면, 클레임에서 영업방법에

161) 가령 방법 클레임이 컴퓨터-구현의 하드웨어 요소로 보다 문언적으로 한정되어 있었다면 Judge Rader도 시스템 클레임과 마찬가지로 그 특허적격성을 인정하지 않았을까 추측된다.
162) CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1321 (Newman Op. at 2).

관한 추상적 아이디어를 제외하고 그 나머지 한정사항들이 클레임의 범위를 의미있게 실질적으로 한정하는 지의 여부로 특허적격성을 판단하므로, 금융과 같은 비-기술적 응용분야의 컴퓨터 관련 발명은 시스템 클레임을 포함하여 그 특허적격성을 인정받기 쉽지 않을 것으로 보인다. (ii) Rader 기준은 컴퓨터가 소프트웨어와 조합하면 특정 기능을 수행하도록 한정된 '새로운 기계'를 창설하는 것으로 보았으며, 명세서에서 컴퓨터-구현을 구체적으로 설명하고 있는 점을 특허적격성 인정의 하나의 근거로 삼았다. 따라서 비록 금융분야에 적용되는 것이라도 클레임에서 컴퓨터-구현 한정사항을 명시하면서 명세서·도면에서 그 수행과정들이 어떻게 구체적으로 구현되는지를 하드웨어와 연관하여 상세히 설명한다면 특허적격성을 인정받을 수도 있을 것이다.[163]

Ⅵ. 결 론

컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성 문제와 관련하여 2013년에 두 건의 상고신청이 있었는데, 하나는 2013년 8월 23일의 Ultramercial 사건이고, 다른 하나는 그로부터 열흘쯤 뒤인 9월 4일의 Alice 사건이었다. 대법원은 Alice 사건에 대해 먼저 상고를 승인하고 2014년 6월 이에 대해 판결을 내렸으며, 그런 다음 이 판결의 관점에서 Ultramercial 사건을 다시 심리하라고 CAFC로 환송하였다. Ultramercial 사건에서 CAFC는 인터넷에서 운용되는 소프트웨어 발명에 대해, 2011년과 2013년 두 번에 걸쳐 그 특허적격성을 인정하는 취지로 판시하였는데,[164] 대법원은 CAFC로 하여금 또 다시 심리하라고 사건을 환송한 것이다. 한편, 금융분야 소프트웨어 클레임에 관한 2012년 Bancorp 사건[165] 및 2013년 Accenture 사건에서[166] CAFC는

163) Judge Linn은 명세서와 도면에서 청구항의 알고리즘에 대한 컴퓨터-구현 한정사항을 구체적으로 뒷받침하는지를 특허적격성 판단의 기초사실로 보았는데, 이러한 점을 참고할 필요가 있겠다(CLS (*en banc*), 717 F.3d at 1330 (Linn/O'Malley Op. at 8) 참고). 한편으로, *Accenture* 사건의 CAFC는 35 U.S.C. §101 분석은 클레임을 관찰하는 것인 바, 소프트웨어를 구현하는 것의 복잡성 또는 명세서의 상세함 정도는 단지 추상적 개념을 청구하는 클레임을 특허적격성이 있는 것으로 바꾸지 못한다고도 하였다(Accenture, No. 2011-1486 (Majority Op. at 16) 참고).

164) Ultramercial, LLC v. Hulu, LLC, 657 F.3d 1325 (Fed. Cir. 2011); Ultramercial, Inc. v. Hulu, LLC & WildTangent, Inc., 722 F.3d 1335 (Fed. Cir. 2013). *Ultramercial* 사건의 클레임(Claim 1 of U.S. 7,346,545)은 소비자가 광고를 보는 대신 무료로 컨텐츠에 엑세스할 수 있는, 인터넷을 통하여 저작권 있는 콘텐츠를 배포하는 방법에 관한 것이다. CAFC는 2011년에 특허적격성이 있다는 판결을 하였으나, 대법원은 2012년 *Mayo* 대법원 판결의 관점에서 재고하라는 취지로 CAFC로 환송하였고, 2013년 CAFC는 그 환송 사건에서도 여전히 종전의 입장을 되풀이 하였다. 이 판결에 불복한 WildTangent가 다시 대법원으로 상고를 신청하였던 것이다.

그 특허적격성을 부정하는 판결을 내렸었는데, 이들 사건에 대해서도 상고신청이 있었지만 대법원은 Alice 판결을 내리면서 그 상고신청들을 기각하였다. 이와 같이 볼 때, 현재의 대법원은 소위 영업방법과 관련한 소프트웨어 발명에 대해 그 특허적격성을 상당히 부정적인 시각으로 보고 있음이 분명하다.

미국에서는 2000년대 중반에 들어 영업방법 발명에 대해 너무 무분별하게 특허를 부여하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되면서, 그 특허적격성에 대해 보다 엄격한 기준을 적용하는 방향으로 나아갔으며, 2014년 Alice 대법원 판결도 그와 같은 추세를 반영한 것으로 보인다. 따라서 금융분야와 같은 비-기술적 서비스분야에 응용되는 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 경우, 컴퓨터 구현에 따른 주지의 일상적이고 관례적인 한정을 넘어서는 실질적인 한정사항을 포함하여 영업방법 그 자체를 커버하지 않도록 그 클레임을 실제로 좁히는 것이어야만 특허적격성을 인정받을 수 있을 것인데, 그러한 발명의 성질상 특허적격성의 문턱을 넘기는 것이 쉽지 않을 것으로 예측된다.

2014년 Alice 사건의 대법원은 CAFC (en banc) 판결에서 제시된 여러 판단기준들 중에서 기본적으로 Lourie 다수의견을 수용하였다. 그래서 현재로서는 그것이 추상적 아이디어와 관련한 컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성에 대하여 확립된 판단기준이라 할 수 있다. 그러나 특허적격성 판단기준은 시대와 상황에 따라서, 그리고 국가에 따라서도 달라질 수 있다. 특히, 소프트웨어 분야와 같이 기술진보가 빠르고 산업에 미치는 영향이 큰 경우에는 더욱 그러한 바,[167] 향후 판례의 추세를 계속 지켜볼 일이다.

165) Bancorp Services, LLC v. SunLife Assurance Co. of Canada, 687 F.3d 1266 (Fed. Cir. 2012) (클레임은 별도의 계좌로 생명보험증권의 가치를 관리·추적하는 방법과 장치에 관한 것인데, 클레임의 일부에서 컴퓨터의 사용을 필요로 하지만, 그것은 단지 컴퓨터의 가장 기본적인 기능(즉, 반복 연산)만을 채용한 것으로, 클레임 범위에 의미 있는 한정을 부가한 것이 아니라고 판시하였다).

166) Accenture Global Services, Gmbh And Accenture LLP v. Guidewire Software, Inc., No. 2011 -1486 (Fed. Cir. 2013) (클레임은 보험기관에서 수행되어야 하는 업무를 발생하는 시스템으로, 그 업무를 수행하기 위한 다양한 요소들(보험거래 데이터베이스, 업무 라이브러리 데이터베이스, 고객요소 및 서버요소)을 포함하고 있지만, CAFC는 당해 클레임에서 추상적 아이디어를 컴퓨터 구현 및 구체적인 산업분야로 한정한 것은, 그 클레임의 추상적 아이디어를 선취하지 않도록 할 만한 실질적 한정을 제공하지 못한다고 판시하였다.).

167) 1990년대 중후반 *Alappat* 및 *SSB* 판결의 UCT 기준으로 영업방법을 포함하여 소프트웨어 발명의 특허적격성을 널리 인정하다가 2000년대 중반을 넘어서면서 *Bilski* 사건을 기화로 그 기준이 보다 엄격하게 바뀌게 되었는데, 그렇게 추세가 변화하는데 불과 10년 정도 밖에 걸리지 않았다.

(논문접수일 : 2014.07.28, 심사개시일 : 2014.08.15, 게재확정일 : 2014.09.16)

이 해 영 · 정 차 호

특허적격성, 특허대상, 컴퓨터 소프트웨어, 영업방법, Alice 판례

【참 고 문 헌】

Masako Kikuchi, "Patent Eligibility and Patentability of Computer Software Patents in the United States, Europe and Japan," CASRIP Newsletter, Vol. 16, Issue 3, University of Washington (Summer 2009).

Shawn McDonald, "Patenting Floppy Disks, or How the Federal Circuit's Acquiescence has Filled the Void Left by Legislative Inaction," 3 Va.J.L. & Tech. 9 (Fall 1998).

Andrew Patrick, "Patent Eligibility and Computer-Related Processes: A Critique of In re Bilski and the Machine-or-Transformation Test," Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 14, No. 181 (Fall 2009).

Daniel A. Tysver, "The History of Software Patents: From Benson and Diehr to State Street and Bilski," (2013).

Robert E. Thomas, "Vanquishing Copyright Pirates and Patent Trolls: The Divergent Evolution of Copyright and Patent Laws," Vol. 43, Issue 4, 689-739, American Business Law Journal (Winter 2006).

【참 고 판 례】

Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).
Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981).
Accenture Global Services, Gmbh And Accenture LLP v. Guidewire Software, Inc., No. 2011-1486 (Fed. Cir. 2013).
Alice Corp. v. CLS Bank Int'l et al., 573 U.S. ___ (2014).
Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp., 958 F.2d 1053 (Fed. Cir. 1992).
Bancorp Services, LLC v. SunLife Assurance Co. of Canada, 687 F.3d 1266 (Fed. Cir. 2012).
Bilski v. Kappos, 130 S.Ct. 3218 (2010).
CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 685 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2012).
CLS Bank Int'l v. Alice Corp., 717 F.3d 1269 (Fed. Cir. 2013) (en banc).
Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).
Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981).
eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).
Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 63 (1972).
In re Abele, 684 F.2d 902 (CCPA 1982).
In re Alappat, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994) (en banc).
In re Bilski, 545 F.3d 943 (Fed. Cir. 2008).
In re Freeman, 573 F.2d 1237, 197 U.S.P.Q. 464 (CCPA 1978).
In re Walter, 618 F.2d 758, 205 U.S.P.Q. 397 (CCPA 1980).
Laboratory Corp. of America Holdings v. Metabolite Lab. Inc., 548 U.S. 124 (2006).
Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc., 132 S.Ct. 1289 (2012).
Parker v. Flook, 437 U.S. 584 (1978).
State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998).
Ultramercial, Inc. v. Hulu, LLC & WildTangent, Inc., 722 F.3d 1335 (Fed. Cir. 2013).
Ultramercial, LLC v. Hulu, LLC, 657 F.3d 1325 (Fed. Cir. 2011).

Abstract

Criterion for Judgement on Patent-Eligibility of Computer Software Invention in accordance with U.S. Case Law

Haeyoung LEE
Chaho JUNG

A patent-eligibility to a computer software invention has been a subject of controversy, especially in inventions relating to business methods. The Alice Supreme Court ruled in 2014 that "merely requiring generic computer implementation fails to transform that abstract idea into a patent-eligible invention." Meanwhile, in 2013, CAFC (en banc) suggested at least three criteria in this case. The CAFC judges concurred in opinion that a claim including abstract idea should have a meaningful limitation, but they showed different opinions in that what is the meaningful limitation. The Majority held that "the claim can be evaluated to determine whether it contains additional substantive limitations that confine the claim so that it does not cover the abstract idea itself," which was accepted by the Supreme Court. However, the criterion of patent-eligibility may be changed with the times and situations, especially more so in case of a computer software invention which is rapidly advanced in technology and is widely influenced in industries. After the mid-2000s, the U.S. courts have become going in the direction to adopt more rigorous standard of patent-eligibility to these inventions. The Alice Supreme Court also seems to reflect such tendency. It is predictable that it may be difficult to cross the threshold of patent-eligibility in case of a computer software invention applied to non-technical fields.

Haeyoung LEE · Chaho JUNG

patent-eligibility, patentable subject-matter, computer software, business method, Alice precedent

ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구*

김 현 경**

【목 차】

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. ICT환경의 규제원칙
1. 규제의 개념과 본질
2. 규제설정과 관련된 문제들
3. ICT서비스 규제원칙
Ⅲ. 온라인서비스에 대한 비대칭적 규제사례와 법적 쟁점
1. 규제사례
2. 법적 쟁점
Ⅳ. 온라인서비스 규제 개선방안
1. 규제내용의 합리화
2. 규제일몰제의 활용
3. 외국 사업자에 대한 우리법의 적용근거 마련
4. 강력한 법집행 추진
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

인위적으로 제한을 가하는 프로그램이나 기술을 투여하지 않은 순수 인터넷 환경에서 디지털 정보는 통신규약을 지키는 한 아무런 제한 없이 유통된다. 이러한 온라인상의 특성과는 달리 법적 규제는 영토기반의 지역적 한계를 극복하지 못한다. 따라서 외국 기업에 적용하기 곤란한 내국 규제는 국내 기업에 대한 역차별로 이어지며 결과적으로 국내 인터넷 산업의 경쟁력을 약화시킬 수 있다.

따라서 본 논문에서는 우리나라 온라인비스니스 발전을 위해 정부의 역할 측면에서 국내외사업자 간의 비대칭 규제 개선방안을 모색해 보고자 하였다. 비대칭규제 개선방안을 모색하기에 앞서 우선 규제가 가지는 의미와 ICT 영역의 특수한 규

* 본 논문은 2014년 5월 22일에 '방송통신 융합환경에서 스마트 미디어에 대한 규제가 국내 광고 및 동영상 시장에 미치는 영향'이라는 대주제로 개최된 한국방송학회 세미나에서 필자가 발표한 "온라인 동영상 플랫폼에 대한 비대칭적 법적 규제 및 차별적 콘텐츠 수급전략의 쟁점과 과제"라는 발표문을 수정, 보완한 것입니다.
** 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사.

제원리로서 "전문성과 신뢰성의 원리", "규제의 세계화", "규제의 순발력 확보", "국제적 규제형평성 존중", "규제의 완결성 제고" 등을 도출하였다. 그리고 이러한 원리의 실행 차원에서 규제합리화 방안으로 첫째, 국제적 기준에 부합하는 보편타당성 확보 즉 규제내용의 합리화, 둘째, 규제일몰제의 활용, 셋째, 외국 사업자에 대한 우리법의 적용근거 마련, 넷째, 강력한 집행력 추진등을 제안하였다. 규제의 보편성 타당성이 결여될 경우 그의 준수를 외국사업자에게 강요한다는 것은 더욱 요원한 일이다. 그러나 아무리 사실상의 힘이 있다 하더라도 법 규범 자체가 보편타당한 명분을 지니고 있다면 집행의 정당성 또한 높아진다. 따라서 규제내용이 합리적 보편타당성을 확보하는 것이 가장 중요하다. 그럼에도 불구하고 우리 고유의 사회문화적 환경을 감안할 때 시행하지 않을 수 없는 규제들이 있을 경우 그 효과에 대응한 신속한 규제의 수정을 위해서 규제일몰제를 활용할 필요가 있다. 또한 국외 서비스에 대한 국내법 적용의 현실적 한계는 인정되지만, 우리나라의 사회·문화적 가치와 법질서를 지키기 위한 적극적인 노력이 무시되어서는 안 된다. 따라서 국내법을 위반하는 국외 서비스에 대한 국가의 법 적용 의지와 법 적용기준을 분명히 할 필요가 있다. 국외에서 국내의 이용자에게 제공된 온라인 서비스가 국내에서 반드시 지켜야 하는 가치와 관련된 경우에는 국내법을 적용한다는 원칙을 재확인하고 국가의 의지를 천명할 수 있는 입법에 대한 검토가 이루어져야 한다. 한편 우리의 규제가 보편타당성을 가진 반드시 필요한 규제라면 그러한 규제는 국내외 서비스 사업자에게 차별 없이 집행되어야 한다. 일단 국외에 없는 규제라 하더라도 보편타당성이 인정되어 국내법상 규제로 설정하였다면 그러한 규제에 대하여는 정부가 강력한 법집행 사례를 만드는 것이 중요하다 할 것이다.

Ⅰ. 문제의 소재

최근 어느 영역이든 규제개선이 단연코 핵심이슈라고 할 수 있다. 현 정부는 규제개혁 종합대책,[1] 규제개혁 끝장토론,[2] 손톱 밑 가시 규제개선 대책 등 역대 어느 정부보다도 규제개선을 위한 정책적 노력에 매진하는 듯하다. ICT를 기반으로 하는 스마트 미디어 환경에서도 규제이슈는 단연코 중요한 화두다. 최근 제정된 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」도 동법의 목적을 '규제 합리화'로 정하고 있고(제1조), 정보통신 진흥 및 융합 활성화 기본계획의 주요 사항으로 '법·제도 개선사항'을 명시하고 있는 등(제5조제2항) ICT 전반에 걸친 규제개선은 핵심 쟁점으로 대두 되고 있다.

특히 디지털화와 인터넷으로 촉발된 온라인공간은 콘텐츠의 생산, 유통, 소비에 있어 일대 패러다임의 전환을 일으키고 있다. 온라인공간에서는 누구나 콘텐츠공급자로서의 역할을 담당하게 되고, 콘텐츠수신자가 정보의 생산자임과 동시에 송신자이며 자기 정보의 관리자로서의 자격을 획득하게 된다.[3] 콘텐츠의 유통 및 소비와 관련하여서도 온라인공간은 개인과 개인을 연결시키는 통로이다. 상호 연결된 망 속에는 디지털화된 콘텐츠는 끊임없이, 시간과 장소에 구애받지 않고 활용될 수 있다.

그러나 온라인서비스의 기반이 되는 인터넷 자체는 네트워크의 일부가 손실되거나 통제되더라도 정보의 유통과 의사소통이 가능하도록 설계되어 있기 때문에 네트워크의 일부 영역에서 아무리 강한 통제력을 발휘하여도 전 세계적으로 구성되어있는 인터넷의 모든 정보를 통제할 수 없으며, 통제되는 영역에서도 얼마든지 우회하여 정보를 주고받을 수 있다. 즉 인위적으로 제한을 가하는 프로그램이나 기술을 투여하지 않은 순수 인터넷 환경에서 디지털 정보는 통신규약을 지키는 한 아무런 제한 없이 유통된다. 이러한 온라인상의 특성과는 달리 법적 규제는 영토

1) 정부(규제개혁위원회)는 매년 '규제개혁 종합대책'을 수립 시행하고 있다.

2) 2014년 3월 20일 규제개혁 끝장 토론이 대통령과 각 부처 장관, 그리고 기업인 및 자영업자 등 160명이 참석하고, TV로 생중계 되는 가운데 청와대에서 열렸으며 장장 7시간 동안이나 진행된 바 있다.

3) 프로슈머(Prosumer)라 일컬어진다. 프로듀서(producer)와 소비자(consumer)의 합성어로 남들이 제작하거나 상업용으로 제작한 음악, 게임, 영화 등 정보(콘텐츠)를 즐기는 소비자인 동시에 스스로 전문가용 소프트웨어나 기기를 이용해 정보(콘텐츠)의 제작자가 되기도 하는 보통사람을 가리킨다. 최근 들어 유행하는 UCC(User Created Contents)는 그 전형적인 예라고 할 것이다.; 정찬모, 김정오 외, 「사이버공동체에서의 규범형성과 유지행태」, 정보통신정책연구원, 2003, 31면.

기반의 지역적 한계를 극복하지 못하며, 온라인상의 규범체계와 충돌하게 된다. 국내외 규제차이로 발생하게 되는 온라인 서비스 사업자 및 이용자에 대한 비대칭적 규제현상도 그 예라고 할 수 있다. 이러한 경우 그 효과는 온라인상의 추상적 효과에 그치지 않고 직접적으로 해당 비즈니스의 매출이나 영업이익에 영향을 미치게 된다. 이러한 규제는 결국 각 국가의 비즈니스 전략에도 영향을 미치며 국가간 경쟁에 중요한 요소로 작용하게 된다. 즉 내국의 규제는 외국 기업에 적용하기 어려워서 국내 기업에 대한 역차별로 이어지고 결과적으로 국내 인터넷 산업 경쟁력이 약화할 위험이 발생하게 된다.

따라서 이하에서는 정부의 역할로서 '규제'의 개념과 본질, ICT서비스에서 중요한 규제원칙 등에 대하여 근본적으로 검토한 후 비대칭적 온라인서비스 규제로 인한 쟁점과 향후 개선방향에 대하여 모색해 보기로 한다.

Ⅱ. ICT 환경의 규제원칙

1. 규제의 개념과 본질

규제의 본질을 이해하기에 앞서 먼저 규제의 개념에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 우선 우리나라 실정법상으로도 행정규제에 관한 개념정의가 이루어져 있다. 「행정규제 기본법」상 "행정규제"란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다(제2조제1호).[4] 이 법은 행정규제를 행정목적 실현을 위한 행정주체의 국민에 대한 권리제한 및 의무부과, 즉 공익의 달성을 위하여 개인의 권리나 자유를 의식적으로 제한하는 이른바 침해적 행정작용으로 보고 있다. 그러나 행정규제의 태양과 방식은 다양하기 때문에 사실상의 강제력이 수반되는 행정지도나 간접적인 경제조정행위 등을 통한 행정규제는 이 법의 적용대상에서 제외된다는 문제가 있다.[5] 그

4) 행정규제기본법 시행령에서는 규제의 범위를 구체적으로 규정하고 있다. "① 일정한 요건과 기준을 정해 놓고 행정기관이 국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분 또는 이와 유사한 사항, ② 행정의무의 이행을 확보하기 위하여 행정기관이 행하는 행정처분 또는 감독에 관한 사항, ③ 일정한 작위 또는 부작위 의무를 부과하는 사항, ④ 기타 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정행위(사실행위를 포함)에 관한 사항"(제2조제1항).

5) 김성수, 개별행정법, 법문사, 2004, 194쪽; 홍준형, "행정규제기본법의 내용과 문제점(상)"「고시연구」1997. 9. 73면

리고 「기업활동 규제완화에 관한 특별조치법」상 "행정규제"란 국가, 지방자치단체 또는 법령에 따라 행정권한을 행사하거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인이 특정한 행정목적을 실현하기 위하여 기업활동에 직접적 또는 간접적으로 개입하는 것을 말한다(제2조제2호).

영국의 경우 규제개혁 주무부서인 재무부가 작성한 규제관련 보고서인 Hampton Report(2004)에서는 규제를 "좁은 의미로는 중앙정부의 규칙 또는 중앙정부에 의하여 운영되는 각종 계획에 의하여 부담되는 법적 효력을 가지는 모든 조치(제정법령+행정계획)"로 파악하고 있으며, "넓은 의미로는 정부의 지원이 없는 자기규제 및 업종별 협정을 포함한 사업체들 사이의 자발적 협정과 커먼로(common law)에 의하여 발생하는 의무까지 포함"하는 개념으로 파악하고 있다. 그리고 미국에서의 regulation은 우리의 행정입법에 해당하는 rule을 만드는 규제행위를 뜻하는 의미로 사용되기도 하고, 행정입법작용을 거쳐 만들어진 그 (행정)법령 자체를 말하는 의미로도 사용된다. 따라서 행정입법과 행정규제 양자를 포괄하는 의미로 사용된다.[6] 또한 경제협력개발기구(OECD)의 2002년 규제관련 보고서는 규제와 규범을 구별하면서 "규제란 정부가 정책수단으로 기업과 국민으로 하여금 준수하도록 요구하는 다양한 형태의 법령·조례·규칙들의 총체를 말한다"고 정의하고 있다.[7]

한편 학자에 따라서 정부규제를 "바람직한 경제사회 질서의 구현을 위해 정부가 시장에 개입하여 기업과 개인의 행위를 제약하는 것"[8]이라고 하여 정부규제의 중심내용을 행위제한으로 파악하기도 한다. 또한 규제개념을 "행정주체가 사적활동에 대하여 공익이라는 목적달성을 위하여 개입하는 것"을 의미하는 것으로 넓게 파악하는 견해[9]도 제시되고 있다.

이처럼 '규제'의 개념에는 결국 '규제주체'와 '규제목적', '규제대상' 및 '규제행위'가 내포되어 있다고 할 수 있다. 규제주체는 정부 즉 행정법상 행정주체에 해당하며, 규제목적은 세부적으로는 완수하려는 정책(행정목적)에 따라 다를 수 있으나 결국 공익이라는 목적으로 귀결될 것이다. 규제대상은 국민 또는 기업 등의 사적활동이며, 규제행위는 이러한 사적활동에 행정주체가 개입함으로서 이루어지게 된다. 개입의 내용은 각 규제내용에 따라 다르겠지만 주로 권리는 제한하거나 의무

6) 홍승진, 미국의 행정입법과 규제개혁, 한국법제연구원, 2009, 15면.
7) 이상희, "인허가 규제의 네거티브 전환과 입법정책론"「2011년 한국공법학자대회 법치주의와 민주주의」발표논문(2011. 4. 22, 한국공법학회·국민권익위원회), 69면 참조
8) 최병선, 정부규제론, 법문사, 1994, 18면
9) 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010. 3, 11-12면.

를 부과하는 형태로 이루어지게 된다. 따라서 '규제'라 함은 "행정주체가 사적활동에 대하여 공익을 위해 필요한 행정목적 실현을 위하여 국민의 권리는 제한하거나 의무를 부과하는 방식으로 개입하는 것"을 의미하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 규제의 본질은 통상 '경쟁'에 대응·충돌관계에 있는 것으로 전제하고 논의를 전개하는 경우가 많다. '시장'과 '정부'를 대비시키면서 '시장'은 '경쟁'을 통해 '효율'을 추구하고, '정부'는 '규제'를 통해 '공익'을 추구한다는 것이다.[10] 정부의 명령에 의해 경쟁을 대체하는 것을 규제의 본질로 파악하여 규제와 경쟁을 대립되는 개념으로 이해하는 입장이다.[11] 이러한 견해에 의하면 정부규제를 철폐하고 시장기능에 의해 자원배분 내지 의사결정이 이루어지는 시스템을 선호하는 일명 "시장주의자"들과 이와는 반대로 시장기능을 불신하고 시장은 기업, 자본가, 부유층의 이익을 위한 것으로 파악하여 시장기능을 억제하고 시장에 대한 통제와 규제의 필요성을 강조하는 "규제주의자", 또는 이들 두 입장과는 달리 규제와 경쟁을 선택이 아니라 조화의 문제로 인식하는 입장 등이 있게 된다. '규제'와 '경쟁'은 대립적 관계가 아니라 양자가 조화되어야 하는 관계로 보는 것이 규제의 궁극적 목적인 공익에 부합한다. 시장경쟁이 왜곡되어 효율적 자원배분에 실패할 수 있으며 이러한 경우 규제는 공익에 부합하는 방향으로 작동될 수 있고 이러한 규제는 시장과 대립이 아니라 조화되는 개념이다. 다음으로 '규제'의 본질을 '자유'와의 관계 속에서 탐구하는 경우가 있다. 이러한 경우 일반적으로 규제는 자유를 억압하며 규제완화는 자유를 회복시키는 것으로 파악하는 경향이 있으나 이러한 관념은 옳지 않다. 피규제자인 국민의 자유를 제한하는 것이 아니라 국민 간 충돌하는 자유들 사이의 조정을 통해 공공의 이익을 최대화하는 작용으로 보는 것이 타당하다. 예를 들어 기업에 대한 규제는 소비자의 자유를 증대시킬 수 있고, 시장지배적 사업자에 대한 규제는 그와 경쟁하는 비지배적 사업자의 자유를 보장하기 위한 것이다. 따라서 규제와 자유의 관계는 상대적인 것이며 양자를 충돌적 의미로 파악하여 본질을 탐구하는 것은 타당하지 않다.[12] 이렇게 볼 때 규제의 본질은 규범적 계기로서의 공익추구와 사실적 계기로서 사익추구의 측면을 모두 가지고 있다는 견해는[13] 경

10) 이원우, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 358면
11) Alfred E. Kahn, 1 The Economics of Regulation : Principles and Institutions 20(1970), 이원우, 전게논문 재인용
12) 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010. 3. 360-362면
13) 이원우, 행정법상 정부규제의 본질, 육사논문집 제38집, 1990.6.,131-162면

청할 만하다고 생각된다. 그러나 규제는 공익이라는 규범적 계기에 의해 만들어지는 것이며 다만 이러한 공익적 계기를 사인이 자신의 이익을 위해 활용하려는 이익집단활동에 의해 왜곡될 수 있으나 이는 역관계인 규제완화에서도 마찬가지이다. 따라서 공익추구 결과 나타날 수 있는 사익의 추구는 그것이 규제의 주된 효과라기보다는 반사적 효과로서 나타나는 것이며 공익의 주된 본질은 "공공의 이익, 즉 공익"의 추구라고 하는 것이 타당하다.

2. 규제설정과 관련된 문제들

잘못된 규제는 국민경제 및 국가재정에 부정적 영향을 미칠 뿐만 아니라 부당하게 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하게 된다. 또한 한번 잘못된 규제의 장기간 집행은 실무관행화 되어 사후 법의 개정만으로는 개선효과를 거두기 힘든 상황이 된다. 한편 필요한 규제의 부재는 경쟁파괴적 경쟁을 낳기도 하고, 환경·보건·안전상의 위험을 노출시키기도 한다. 우리나라의 경우 건설산업에 대한 정부개입을 최소화하여 민간의 자율성을 제고함으로써 건설사업의 경쟁력을 향상시킨다는 목표 아래 이루어진 1999년의 건설산업 진입규제완화는 건설산업의 총체적 위기 또는 건설업붕괴의 위기를 야기하여 2001년 진입규제의 재강화로 회귀한 것도 맹목적 규제완화가 사회경제적으로 얼마나 커다란 위해를 야기하는지를 보여준 예라고 할 수 있다.[14] 또한 1990년대 전반의 금융규제완화는 금융기관의 부실을 야기하여, 1997년 IMF외환위기의 주범이 되기도 하였으며, 이에 따라 외환위기의 극복과정에서 금융기관에 대한 건전성 규제를 강화하는 입법이 핵심적인 개혁과제로 인식된 바 있다.[15]

결국 규제는 불필요한 것이 아니라 필요한 영역에 꼭 필요한 만큼 존재하는 '적재적소'의 묘미가 절실히 요구되는 정책영역이라고 할 수 있다. 이를 우리는 규제완화, 규제개선 혹은 규제개혁이라 칭하는 듯하다. 이러한 용어들 간의 관계에 대하여 혹자는 '규제개혁'을[16] '규제완화', '탈규제', '규제철폐' 등 비슷한 용어와 혼용

14) 선정원, "규제개혁과 정부책임"「공법연구」제30집제1호(2001), 377-401면 참조; 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010. 3, 135면.

15) 이원우, "변화하는 금융환경 하에서 금융감독체계 개선을 위한 법적 과제", 「공법연구」 제33집제2호, 2005, Ⅳ. 1 참조

16) 규제개혁위원회도 규제개혁에 대하여 역동적으로 변화하는 현대사회에 있어 "정부와 민간의 역할을 재정립하기 위한 노력" 또는 사회·경제적 변화에 적응하여 정부와 민간이 서로 더욱 잘 할 수 있는 분야를 찾아가는 과정이라고 정의하고 있다(규제개혁백서 2013, 20면)

되고 있으나, 규제완화와 규제철폐 등을 포함하는 것으로 규제의 품질 개선과 비규제적 수단에 의한 규제수단의 대체를 포함하는 광범위한 개념으로 보아야 할 것이라고 한다.[17][18]

이러한 규제개혁은 결국 규제의 내용상, 형식상, 집행상 문제로부터 비롯된다.[19] 규제의 문제점에 대한 다수 학자의 분석을 내용상, 형식상, 집행상 문제로 분리하여 설명 하면 우선, 규제의 내용상 관련된 문제로는 낮은 규제품질, 낮은 예측가능성, 중복규제, 규제의 절차와 기준 불명확 등이 제기될 수 있다. 이러한 문제가 극복되기 위해서는 규제설정 시 투명성, 비례성, 책임성, 일관성, 목표성 등의 요건을 충족하여야 한다. 한편 이러한 요건을 충족시키기 위해서는 국민적 공감대, 집행가능성, 쉽게 이해될 것, 비의도적 부작용 최소화, 규제비용과 효과사이의 균형성 등의 요건 충족이 필요하다.[20] 형식과 관련된 문제로는 파지티브 규제방식(Positive regulation, 원칙적 금지-예외적 허용)으로의 설계 이다. 사전적 규제와 원칙적 금지는 규제 대상자를 신뢰할 수 없는 자나 잠재적 범법자로 보는 것인데, 이는 결국 정직하고 성실한 사람들을 인정받지 못하게 만들어 국민으로 하여금 자발적으로 정직하게 법을 지키려는 유인(誘因)을 약화시킴으로써 피규제자의 하향 평준화를 초래하게 된다. 집행과 관련된 문제는 단연코 낮은 집행율과 준수율이다. 이의 원인으로는 규제의 비현실성, 규범과 현실의 불일치 등이라고 할 수 있다. '법을 지키면 손해'라는 의식은 이러한 원인에 기인한다고 할 수 있다 낮은 집행률 및 준수율은 결국 규제의 정당성을 낮추고 예측가능성도 저하되게 된다.

17) 김재광, 규제와 법제개선 그리고 경제적 효과 - 규제품질 제고를 위한 규제 개선방안 -, 법제처·한국입법정책학회 공동세미나, 2012.6.1.,61면.

18) 「규제개혁 종합연구(시장경제 창달과 국가경쟁력 강화를 위한 규제개혁로드맵)」(제1권 총론 및 요약, 2007. 10. 9. 한국경제연구원·전국경제인연합회, 19면)에 따르면, '규제개혁'을 다음과 같이 보고 있다. '규제의 완화·폐지를 포함하여 정책목표를 달성하는 수단으로서의 정부규제에 대한 품질향상 과정을 의미한다. 규제제도가 달성하고자 하는 정책목표의 적정성에 대한 평가를 포함하여, 정책목표 달성에 동원되는 규제수단의 유효성, 경제성 등을 평가하여 비규제적 정책대안을 도입하거나, 규제수단을 사용하더라도 보다 유연하고 시장친화적인 대안을 도입하는 과정을 의미한다. 이를 부연하면 규제개혁은 기본적으로 준수유인을 제공하고, 보다 인간의 이기적 본능에 적합한 (즉, 시장친화적인) 정책수단의 도입을 통해서 규제품질을 관리하고 규제성과를 향상시키는 과정이다'

19) 한상우, 규제개혁을 위한 법제개선 추진방향", 법제, 2008.6.44-45면; 신종익, 규제개혁 왜 잘 안되나, 최병선/신종원 편, 시장경제와 규제개혁, 2002, 32-33면

20) 김신, 규제품질의 제고 최병선/신종원 편, 시장경제와 규제개혁, 2002, 32-33면

3. ICT서비스 규제 원칙

결국 규제는 단순히 철폐 혹은 완화되어야 하는 대상이 아니라 개혁되어야 하는 것이 규제정책의 핵심이다. 결국 규제개혁의 방향은 규제의 내용에 있어서 규제의 품질을 관리하여 양질의 규제를 만드는 것이며, 규제형식을 국민의 권리보장에 더 근접한 방식을 따르는 것이다. 또한 규제의 집행과 준수가 담보될 수 있어야 한다. 이러한 규제에 요구되는 법원칙들에 대하여는 모든 영역의 규제에 공통적으로 요구될 수 있는 일반적 기준과 개별 규제영역의 특성에 따라 요구되는 원칙들이 제안될 수 있다. 또한 개별영역의 특성에 따라 일반적으로 요구되는 규제기준은 수정·보완될 수 있다. 예컨대 식품안전규제영역에서의 규제법원리, 금융규제영역에서의 규제법원리, 에너지규제영역에서의 규제법원리 등 개별 영역의 특수성을 반영하여 수정되고 구체화된 법원리가 탐구되어야 할 것이다.[21] 이러한 특성화된 법원리가 반영될 경우 규제의 개념도 달라질 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 「행정규제기본법」상 행정규제와 「기업활동 규제완화에 관한 특별조치법」에서의 행정규제의 개념이 상이한 것도 이러한 특수성이 반영된 예라고 할 수 있다. 「기업활동 규제완화에 관한 특별조치법」에서의 행정규제는 "기업활동에 직접 또는 간접적으로 개입하는" 경제적 규제를 대상으로 하는 것이고, 행정규제기본법상 행정규제는 "특정한 행정목적을 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는" 규제를 대상으로 하는 것이기 때문에 모든 유형의 규제가 그 대상이 된다고 할 수 있다.[22] 따라서 이하에서는 모든 영역의 규제에 공통적으로 요구될 수 있는 일반적 기준을 바탕으로 온라인서비스가 속하는 ICT영역에서 요구되어야 할 구체화된 규제 법원리를 검토해 보고자 한다.

행정규제기본법에서는 규제법정주의, 명확성의 원칙과 함께 규제의 기본원칙으로 1) 국민의 자유와 창의 존중원칙, 2) 본질적 내용 침해금지의 원칙, 3) 실효성의 원칙, 4) 비례의 원칙을 규정하고 있다. 혹자는 행정규제의 원리를 법치주의 확립을 위한 일반원칙과 현대적 규제원리로 나누어서 전자에 대하여는 1)법적안정성 보장을 위한 예측가능성과 명확성의 원리, 2)법률유보의 원리, 3)비례원칙(과잉금지

21) 이원우, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 377면.

22) 기본법으로서의 성격상 모든 유형의 규제를 그 대상으로 하고 있다고 보아야 할 것이다. 다만 두 법률이 일반법과 특별법의 관계에 있다고 볼 수 있으므로, 기업활동에 관련된 경제적 규제에 대해서는 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법이 우선 적용된다고 할 수 있다는 것이다. 홍완식, "규제개혁과 입법정책", 「공법연구」제36집제3호(2008년 2월), 343면.

의 원칙) 4)일관성과 통일성, 5)투명성의 원칙 6)자기책임의 원칙을 후자로는 1)정보전달합리화의 원리(리스크관리에서 리스크커뮤니케이션으로) 2) 효율성 및 최적화 원리(비용편익분석), 3)규제개별화의 원리(맞춤형 규제), 4)전문성과 신뢰성의 원리, 5)소비자보호수준의 제고, 6)규제의 세계화를 제안하고 있다.[23] 한편 규제개혁의 기준이 되는 규제의 필요성이나 규제의 적절성은 단순히 경제적·정치적 이유에 근거하는 사실상의 판단기준에 의해 결정되는 것이 아니라 우리 사회구성원의 정치적 합의의 요체를 이루는 헌법원리에 근거하여 평가되어야 한다면서 규제개혁은 자유민주주의와 자유시장경제원칙을 포함하여 법치주의, 민주주의, 보충성의 원리 등의 실현을 통한 사회적 합리성의 추구를 그 궁극적 목적으로 삼아야 한다는 견해도 규제 설정 시 고려하여야 할 것이다.[24] 이러한 견해는 법치주의적 관점에서는 규제개혁의 실체적 및 실질적 내용으로서 공공성 추구를 헌법원리와 입법에 나타난 취지를 통해 점검하여야 할 것이고 절차적 관점에서는 행정의 투명성, 명확성 및 일관성을 확보하여 예측가능성과 기대가능성을 보장하고 법적 안정성을 이루어야 한다고 한다. 그리고 이를 위해 행정의 공개주의를 택하여야 한다고 한다. 또한 민주주의적 관점에서는 의사결정과정과 의사집행정과정에의 시민참여가 보장되어야 한다. 규제로 인한 이익이 특정인이나 특정집단에 속하지 아니하고 불특정 다수에 귀속하는 이익분산형 규제의 경우, 그 중 특히 비용이 특정집단에 집중되는 이익분산형의 경우에는 각종 시민단체로 하여금 행정과정에 참여토록 함으로써 필요한 공익규제의 설정을 가능하게 할 수 있다고 한다.

결국 규제와 관련된 일련의 행위, 즉 규제의 생성, 집행, 점검, 폐지에 이르는 규제 전 과정에 있어서 일관된 원리가 존재할 필요가 있다. 앞서 언급된 일반원칙들이 대부분 규제의 생성과 관련하여 지켜져야 한다면, 규제의 집행과 관련하여서는 집행대상자에 대한 차별 금지의 원칙, 어떻게 집행될지 수범자가 예측할 수 있는 집행예측성 원칙 등이 담보되어야 그러한 집행이 국민에게 명확히 인식되고 준수될 것이다.

이러한 일반원칙이 모든 규제에 있어서 적용되는 것이라면 빠른 속도로 진화되는 ICT 영역에서의 규제를 위해 특별히 고려되어야 할 원칙을 검토할 필요가 있다. ICT는 기술발전이 매우 빠르고 시장상황이 극도로 유동적이며, 일회성이 아니

23) 이원우, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 377-382면.

24) 김재광, 규제와 법제개선 그리고 경제적 효과 - 규제품질 제고를 위한 규제 개선방안 -, 법제처·한국입법정책학회 공동세미나, 2012.6.1., 12-13면.

라 지속적으로 변화, 발전한다. 짧은 기술생애주기, 승자독식과 쏠림 현상(tipping phenomenon), 글로벌 유행성, 소비자 지향성 등이 맞물려 지속적으로 진화하며 규제정책이 미치는 시장 파급력이 매우 지대하다고 할 수 있다. 또한 본질적으로 '변화' 및 '공격'에 따른 '위험성'을 내포하고 있으며 이러한 위험성을 낮추기 위해서는 규제정책에 있어서 지속적 변화관리 및 위험관리를 위한 '전문성' 필요한 영역이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 국경 없는 서비스가 가능하므로 영토 기반의 규제개념이 탈피되어야 한다. 서비스 전파의 용이성으로 인해 내국 중심의 산업이 아니라 국제경쟁력 확보가 필수적으로 요구되는 영역이라고 할 수 있다. 이러한 ICT영역의 규제특성이 반영되기 위해서는 앞서 언급한 일반 규제원칙 중 특히 "전문성과 신뢰성의 원리", "규제의 세계화"가 강조되어야 한다.

또한 ICT 규제는 현상지향성, 기술지향성, 미완성성·비체계성, 국제규범민감성 등의 특성이 지니는 한계를 극복하여야 한다.[25] 즉 이러한 영역의 규제는 기술발전에 보조를 맞추어 제·개정되는 특성이 있다. 따라서 일반적인 가치의 달성이 아닌 현상에 대한 대응이라는 현상지향성 즉 즉응성을 특성으로 한다. 따라서 잦은 제·개정으로 인한 법적 안정성의 훼손이 문제될 수 있다. 다음으로 기술지향성이라 함은 기술발전에 민감하게 반응함을 의미한다. 즉, 기술을 그 규율대상으로 삼을 뿐만 아니라 기술 자체를 규제수단으로 활용하기도 한다. 법령이 규제수단으로 활용하는 기술에 대한 구조적·체계적 이해가 선행되어야 한다. 이러한 현상지향성 및 기술지향성의 결과 규제가 미완성성과 비체계성에 노출되기 쉽다. 규제가 빠른 변화와 새롭게 도출되는 사회현상에 신속히 대응하기 위해 단기간에 입법이 추진됨에 따라 충분한 사회적 논의와 검토를 거친 숙성된 법규로 성안되지 못하는 사례가 많고(완성도의 부족), 이로 인한 불안전성을 보완하기 위하여 입법으로부터 단기간에 제·개정이 반복된다(법적 안정성의 부족). ICT영역 전체를 아우르는 정보법체계에 대한 연구와 논의, 사회적 합의가 전제되지 않는 상태에서 기술지향적, 현상지향적으로 산발적 규제가 이루어짐으로써, 규제의 비체계성이 나타나는 것이다. 또한 세계경제체제에서 방송통신미디어시장은 국경을 넘어서고 있으며, 그에 따라, 국제적 협상 내지 제안에 따른 통일적 규제정책 수립에 대한 요청이 나타나고 있다. 물론 국내의 특수한 사회문화적 환경을 고려해야 하지만 그러한 고려가 국제적 흐름에 역행하거나 우리기업에 특별히 과도한 불이익을 초래해서는 아니

25) 황종성·김현경·오태원·조용혁·최경진, 정보화 관련 법령정비를 위한 기초연구, 한국정보화진흥원, 2007, 23-25면.

된다. 따라서 ICT영역에 있어서는 현상·기술지향성을 극복하기 위한 규제의 순발력 확보, 국제적 규제형평성 존중원리, 규제의 완결성 제고 등이 추가적 규제원리로 보완될 필요가 있다.

Ⅲ. 온라인서비스에 비대칭적 규제사례와 법적 쟁점

1. 규제사례

다음에서는 온라인서비스에 있어서 국내 사업자에 대한 차별적 규제라고 지적된 사안들에 대하여 검토하기로 한다. 이는 앞서 언급한 ICT영역의 규제원리를 규제설정시 제대로 반영하지 못한 결과이며 특히 국제적 규제형평성 존중의 원리를 제대로 반영하지 못한 경우이다.

가. 제한적 본인확인제

'제한적 본인확인제'는 방송통신위원회가 2009년 1월 유튜브코리아를 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」(이하 "정보통신망법"이라 한다) 제44조의5가 규정하는 본인확인조치가 필요한 게시판으로 지정하고 그 협조를 요청하면서 시작되었다.[26] 구글 코리아는 익명성의 가치를 보호하기 위해 「정보통신망법」의 본인확인조치를 채택하지 않고 대신 유튜브 사이트에서 국가설정을 한국으로 하는 경우에는 동영상 및 댓글 업로드 기능이 활성화되지 않도록 조치하였다. 이에 방송통신위원회는 유튜브의 한국서비스에서는 댓글 쓰기나 동영상 업로드 기능 등 게시판 기능이 제한되므로 본인확인조치의 대상이 되지 않고, 내국인이 국가설정을 바꾸어 동영상을 올리거나 댓글을 다는 것은 유튜브의 한국서비스에서 이루어지는 것이 아니므로 국내 서비스를 대상으로 하는 「정보통신망법」은 적용되지 않는다고 판단하였다. 그러나 국내 사업자와 해외 사업자와의 역차별 문제가 심각하게 제기되었다.

이후 국내 온라인게임 및 포털사들이 글로벌 SNS를 인증 플랫폼으로 활용하면

26) 정보통신서비스제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자수가 10만명 이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 게시판 이용자의 본인확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 본인확인조치를 취하여야만 게시판을 설치·운영할 수 있다고 정하고 이를 이행하지 아니하면 방송통신위원회가 그 이행을 명령할 수 있고 그명령을 이행하지 아니하는 경우는 동법 76조 제1항 제6호에 의하여 3,000만 원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있었다.

서 국내 실명인증시스템을 우회하였다.[27] '블로터닷넷(bloster.net)'은 하루 방문자가 10만 명을 넘어 제한적 본인확인제 대상이 되자 게시판을 아예 없애고 기사 아래 트위터나 미투데이 등의 SNS서비스를 이용한 소셜 댓글을 달 수 있도록 조치하는 등 규제 회피가 일어났다.[28]

이러한 사회적 분위기 속에서 게시판 이용자 및 운영자가 헌법상 '표현의 자유'·'언론의 자유' 침해를 이유로 「정보통신망법」 제44조의5제1항제2호에 대하여 위헌심판을 제기하였고,[29] 헌법재판소는 재판관 8인 전원일치로 대상 조항에 대하여 위헌 결정을 하였고,[30] 게시판이용자의 본인 확인제를 규정하고 있는 정보통신망법 제44조의5제1항제2호 및 관련 시행령은 선고일(2012.8.23.)부로 효력을 상실하게 되었다.

<위헌결정 주요내용>

기본권	위헌결정 주요내용
이용자의 표현의 자유	• 게시판이용자가 자유롭게 의사표현을 할 자유로 익명표현의 자유도 포함 • 본인확인제로 인하여 인터넷이용자는 자신의 신원노출에 따른 규제나 처벌 등을 염려하여 표현자체를 포기할 기능성이 높음
개인정보 자기결정권	• 불필요하게 본인확인정보를 수집하도록 하는 규제가 결과적으로 이용자의 개인정보자기결정권을 과도하게 제한 • 정보통신서비스제공자가 본인확인정보를 보관하여야 하는 기간은 정보의 게시 종료 후 6개월까지이므로, 정보 게시를 종료하지 않는 한 본인확인정보는 무기한으로 보관되는 결과 발생
온라인사업자의 언론의 자유	• 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성, 전파하려는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 제한

27) 연합뉴스 2011.5.30.
28) 한겨레, 2010.7.26
29) 청구인 OOO는 인터넷게시판에 익명으로 댓글을 게시하여 했으나 정보통신망법에 의해 본인확인 절차를 거쳐야만 하므로 이는 헌법상 보장된 표현의 자유 침해라고 주장하며 헌법소원심판 청구(2010헌마47)하였고 인터넷 언론사인 '인터넷 OOOOO'을 운영하는 청구인 OOOOO은 방송통신위원회가 자신을 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시하여 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되자, 이는 자신의 언론의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판 청구(2010헌마252)하였다.
30) 과잉금지의 원칙 중 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되나, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것이며 그 제한으로 인하여 공익의 목적이 달성되고 있다고 보기 곤란하다고 함으로서 침해의 최소성, 법익의 균형성이 인정되지 않았다.

그러나 사법적 판단과 별개로 이 사건을 계기로 이용자들은 본인 확인이 필요 없는 유튜브로 대거 이동하였고, 그 결과 2008년 국내 시장 점유율 2%에 불과했던 유튜브는 2014년 동영상 유통 점유율 74%를 넘어서는 결과를 가져왔다.

나. 개인정보 취급

현재 「개인정보 보호법」상 개인정보의 국외 이전 시 예외 없이 이용자의 동의를 받도록 하고 있으나 해외 사업자에 대한 적용이 어려운 상황이다. 개인정보의 수집·이용 행위는 국내 서비스 제공자에 의해서 이루어지는 경우가 통상적이나, 컴퓨터나 기기와 연계될 수 있는 정보의 경우에는 tracking file의 설치를 통해 전 세계 모든 웹사이트에서 수집될 수 있다. 또한 해외에서 국내 이용자를 주요 대상으로 서비스를 제공하는 경우도 증가하고 있다.

구글은 2012년 1월 24일 자사 60여개 서비스 사용자 정보를 통합 관리하는 새 개인정보 정책을 발표하였다.[31] 이에 대하여 '빅브라더'문제로 논란이 거세게 일자[32] 프랑스 정보보호청은 시행연기 및 관련 질의서를 송부했으며, 홍콩 개인정보보호청은 구글에 대한 추가조사에 착수했다. 우리나라의 방송통신위원회도 구글의 개인정보 취급방침이 정보통신망법 개인정보보호 규정에 미흡할 수 있다고 본다면서 이를 개선하라는 권고조치를 내렸다. 방송통신위원회는 구글의 개인정보통합관리가 문제가 전혀 없는 것은 아니지만, 문제가 발생하지 않았고 이를 통제할 수 있는 국내법이 없기 때문에 장기적인 안목으로 개인정보보호를 위한 새로운 법제

31) 3월 1일 변경된 개인정보 취급방침에서는"Google은 사용자가 아는 사람들과 쉽게 공유하도록 돕기 위한 목적 등으로, 하나의 서비스에 제공한 개인정보를 다른 Google 서비스의 정보(개인정보 포함)와 조합할 수 있습니다"라는 문구를 포함하고 있다
32) 프랑스가 새로운 정책이 EU데이터보호법에 위배된다고 즉각적으로 주장하였고, 미국 디지털민주주의센터(The Center for Digital Democracy)가 항의서를 미국연방거래위원회에 제출했다고 한다. ; 또한 미국의 EFF(Electronic Frontier Foundation)도 마찬가지로 구글의 개인정보방침상 무엇이 구체적으로 변경되었고 그에 따른 문제점이 무엇인지에 대한 항의서를 작성하여 구글에 그 해명을 요구하였다.

를 검토할 계획이라고 언급한 상태이다.[33]

다. 청소년 보호

우리 형법은 음란물을 반포, 판매, 임대, 공연히 전시 또는 상영한 경우 또는 이러한 행위를 목적으로 음란물을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자를 처벌하고 있다(제243조 및 제244조). 또한 우리 형법 및 국제사법은 외국인의 범죄와 관련 ①대한민국 영역내에서 죄를 범한 외국인에게 적용되며(형법제2조) ②대한민국 영역외에서 대한민국국민에 대하여 죄를 범한 외국인에게도 적용된다(형법 제6조). ③또한 우리법원은 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가짐(국제사법 제2조제1항)게 되므로[34] 대한민국국민에 대하여 죄를 범한 경우 외국인일지라도 영역에 관계없이 우리 형법이 적용될 수 있다. 따라서 외국의 음란사이트라 할지라도 대한민국의 영역 내에서 음화반포 및 음화제조 등의 형사 범죄 구성요건에 해당하는 경우 처벌이 가능하다.

그러나 이는 형법상 음란물에 해당하는 경우이며, 형법상 음란물에 해당하지 않는 청소년유해매체물의 경우 외국 법인을 처벌할 명확한 근거 없다. 국내 오픈마켓은 「정보통신망법」의 적용을 받기 때문에 청소년·이용자 보호 조치를 취하도록 규제하고 있으나 반면 구글, 애플 등 해외 모바일 오픈마켓은 성인콘텐츠 등을 제대로 걸러내지 않아 청소년 유해 애플리케이션 차단이 불가능한 현실이다.[35] 또한 해외 오픈마켓에서는 `청소년 이용 불가'등급에 해당하는 게임물의 등급분류가 제대로 지켜지지 않고 있으며 콘텐츠 등급에 대한 설명이 상품소개 내용 중 최 하단에 위치하고 있어, 화면을 스크롤 해야 보이는 등 쉽게 식별하기가 어려운 상황이다. 또한 국내에서는 성인앱에 대해서는 「청소년 보호법」 제13조에 의거 `청소년 유해표시'를 상품 페이지에 표시하거나 성인 게임은 모두 10금 표시를 해야 하나 해외 마켓에서는 이러한 표시가 이루어지지 않고 있다.[36][37]

33) 디지털데일리 2012년 4월 5일자 "구글, 개인정보취급방침 보완책 내놨지만… 문제점은 '여전'".

34) 국제사법 제2조(국제재판관할) ① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

35) 구글 플레이, 애플 앱스토어를 이용하기 위해서는 각각 구글의 지메일 계정과 애플의 ID가 필요한데, 지메일 계정과 애플 ID를 생성하는 과정에서 연령정보를 입력하도록 돼 있지만, 이에 대한 인증절차가 없어 이용자가 허위로 입력해도 가입이 가능하다. 즉 해외 사업자의 오픈마켓에서는 본인확인 인증 기능이 없어 청소년이 성인 콘텐츠를 구입하거나 이용할 수 있다. 반면 티스토어, 올레마켓 등에서는 통신사 고객 정보 및 실명 인증을 통해 이용자의 연령 정보를 확인하고 있으며, 이를 활용해 성인 콘텐츠 이용 시 인증 절차를 엄격하게 수행하고 있다.

우리나라는 청소년 유해매체물에 대하여 사업자에게 각종 의무를 부담시키고 있으나[38] 미국의 경우 기본적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 표현의 자유를 최대한 보호하기 위해 아동 포르노에 대한 규제 외에 대부분 자율규제 중심이라 할 수 있다.[39] 유럽의 경우에도 직접적인 금지규정을 통하여 아동이나 청소년 보호를 추진하고 있지는 않으며, 자율규제와 정부의 적극적 지원 프로그램을 통한 건전환 환경조성노력에 주력하고 있다.

라. 저작권 집행

저작권과 관련해서는 침해가 명확함에도 불구하고 실질적으로 해외 사업자에 대한 소송의 곤란함 등으로 인해 국내 사업자만 침해 방지 노력을 상대적으로 더 많이 기울이고 있다. 그 대표적인 경우가 국내외 플랫폼에 대한 한국음악저작권협회(이하 "음저협"이라 한다)의 정책 차별화 사례이다. 음저협은 네이버와 다음을 상대로 2008년 7월 이후로 소송을 진행해 왔다.

<인터넷상 음악저작권 관련 소송경과>[40]

2008.7	음저협, 저작권 침해방조로 NHN·다음 형사고소
2008.10	검찰, NHN·다음 본사 압수수색 음저협, NHN·다음 상대 각각 수십억원 규모 민사소송 제기

36) 애플의 경우 앱 등록시 개발자가 '임의'로 연령등급을 설정하여 등록신청을 할 수 있으며, 4+, 9+, 12+, 17+ 등 4단계의 연령등급을 부여하고 있고, 구글도 개발자의 자율성을 보장하기 위해 개발자가 즉각적으로 등록할 수 있기 때문에 짧게는 5분만에도 등록할 수 있으며, 자체 심의과정이 없어서 청소년의 음란물 접속이 더 용이한 측면이 있다.

37) 해외·국내기업 동일한 규제로 역차별 해소 시급(디지털타임스 2013.12.3.).

38) 우리나라는 청소년 유해성 여부를 심의·의결하는 각 심의기관별로 「방송법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」, 「게임산업진흥에 관한 법률」, 「신문등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 등 개별법에 근거를 두고 있다. 특히 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」은 유해정보로부터 청소년보호를 위한 시책 마련 등을 마련하도록 규정하고 있으며(제41조), 사업자는 청소년유해매체물임을 밝히는 표기의무를 부담하고(제42조), 그밖에 유해매체물 광고금지(제42조의2), 일정 요건을 만족하는 기관에서 청소년보호를 담당하는 책임자를 지정하여 청소년보호를 담당(제42조의3), 영상 또는 음향정보제공사업자의 보관의무를 지정하여 유해정보 제공자의 신원파악이 가능하도록 유도(제43조)하는 등의 규정을 두고 있다.

39) 「아동온라인보호법」(Child Online Protection Act), 「아동인터넷보호법」(Children's Internet Protection Act), 「아동외설및포르노그래피방지법」(Child Obscenity and Pornography Prevention Act of 2003) 등이 대표적으로 아동을 불법정보로부터 보호하기 위한 법률임

40) 정부 이어 음악 저작권단체도 국내업체 '역차별'(한겨레, 2010.4.19.)기사에서 인용

2008.12	검찰, "저작권법 위반" 혐의로 NHN・다음 벌금 3000만원 약식 기소 NHN・다음 , 필터링시스템 도입키로
2009.8	음저협 등, NHN과 공정이용 협약 체결, 민형사 소 취하
2009.9	1심법원, NHN에 무죄 선고
2009.10	음저협 등, 다음과 공정이용 협약 체결, 민형사 소 취하
2009.12	2심법원 "저작권침해 방조" NHN에 벌금 500만원 선고
2010.4	음저협, 유튜브와 저작권 보호협약 체결

결국 국내 포털은 과거 저작권 침해 부분을 해결하기 위해 상당 규모의 금액을 보상하였다. 그러나 2010년 4월 음저협은 유튜브가 광고 매출의 일부를 저작권 사용료로 음저협에 지불하는 조건으로 유튜브와 저작권 보호 협약을 맺으면서 국내 포털사와는 달리 과거 저작권 침해에 대한 보상은 논의하지 않기로 협의하였다. 국내 두 포털을 상대로 저작권 침해 방조와 그로 인한 피해 보상이라는 명목으로 각각 수십억 원의 민형사 소송을 진행해온 음저협이 같은 사안에 대하여 유튜브에 대하여는 전향적인 자세를 보인 것이다.[41] 결국 법의 집행력 미흡으로 인해 국내 업체가 불리한 차별을 받은 것이라 하지 않을 수 없다.[42]

마. 기타

2013년 미래창조과학부가 최근 포털업계에 권고한 '인터넷 검색서비스 가이드라인'의 경우에도 국내 포털인 네이버, 다음, 네이트는 이를 수용했지만 해외 포털들은 가이드라인을 따르지 않고 있다. 가이드라인은 권고안이기 때문에 법적 구속력은 없지만 규제 당국이 내린 권고를 무시할 수 없는 것이 현실이다. 가이드라인에는 포털이 자체 운영하는 서비스가 검색이 될 경우 자사 서비스로 표기하고 다른 사업자의 서비스도 함께 검색되도록 한 조항이 포함된다. 그러나 권고안을 수용하지 않은 구글의 경우 특정 TV프로그램을 검색하면 자사 서비스인 유튜브만을 보

41) 포털업체는 과거 저작권 침해에 대해 보상금을 지급했다는 선례를 남기는 것을 꺼려 보상금이란 표현을 피하고 있지만, 음저협 쪽은 "음악저작권에 대한 과거 침해분과 미래 사용분을 고려해서 두 포털로부터 미니멈 개런티를 받았다"고 밝혔다. 정부 이어 음악저작권단체도 국내업체 '역차별'(한겨레, 2010.4.19.)

42) 음저협은 2010년 4월 방통위는 유튜브를 운영하고 있는 구글코리아가 유튜브 운영에 개입하지 않기 때문에 유튜브를 국내법에 적용받지 않는 해외 사이트로 인정한다고 결정했다.

여준다. 국내 사업자는 역차별을 받는 대신 해외 사업자가 반사이익을 얻는 셈이다.[43]

그밖에 공간(지도)데이터에 있어서도 국내에서는 보안 등의 문제로 인해 국가공간정보법 제28조에 따라 청와대 등 주요 시설 정보 제공이 불가하며, 해상도도 낮게 서비스를 해야 하는 상황이나 외국 지도 서비스(구글맵, 애플맵 등)는 국내법의 적용을 받지 않아 이러한 규제로부터 자유롭게 제작할 수 있다.

2. 법적 쟁점

앞서 언급된 사례에서 살펴본 바와 같이 국내외사업자에 대한 비대칭적 규제는 결국 국내법의 해외사업자 적용 및 집행과 관련된다고 볼 수 있다. 따라서 이하에서는 영토기반의 국가관할권 개념이 온라인상에서 어떻게 적용되는지 살펴본 후 온라인상의 국가관할권 확대로서 국가관할권의 역외적용 가능성에 대하여 검토해 보기로 한다.

가. 온라인상의 국가관할권

온라인 공간은 장소적 차이의 극복을 순간적인 것이 아니라 항시적인 것으로, 그리고 공간의 한계를 일국(一國)의 범위가 아니라 전 세계적인 범위로 확장시키는 본질을 가지고 있어 국경을 기반으로 한 기존 시스템과 잘 맞지 않는다. 그 결과 기존의 분석방법으로는 포섭하기 힘든 법적 문제들이 드러났는데 영토라는 공간적 구분을 전제로 하였던 국가관할권에 관한 이슈가 그 한 예이다. 국경의 의미가 상대적으로 희미해지는 온라인상에 있어 영토를 기준으로 인식되어 온 국가관할권의 범위를 어떻게 정할 것인지, 또한 실질적인 관할권의 행사가 가능한 것인지에 대한 의문이 계속 제기되었다.[44]

국가관할권이란, "사람, 물건 및 사안 등에 대해 행사할 수 있는 국가의 주권적인 권한의 총체"라고 할 수 있다.[45] 이러한 국가관할권은 입법관할권과 집행관할권으로 나뉜다. 입법관할권(legislative jurisdiction)은 국가가 입법부의 행위, 행정부의 명령과 규칙 혹은 법원의 판례 등을 통하여 법규범을 선언하는 힘[46]을 말한다.

43) 인터넷・모바일 규제 '역차별'… 해외업체엔 '돈' 국내업체엔 '독'(문화일보, 2013.11.11.)

44) 윤종수, 인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용, 公法硏究 第39輯 第1號, 2010, 29면

45) 김대순, 「국가관할권 개념에 관한 소고」, 법학연구(연세대학교 법학연구소) 제5권, 1995, 206면.

46) 김대순, 앞의 글, 207면

집행관할권은 법률·명령위반에 대하여 강제적인 방법으로 행정기관이 행정처분이나 제재를 가할 수 있는 행정관할권(executive jurisdiction)과 법원에 의한 사법절차에 당사자를 복종시키는 대인관할권으로서 사법관할권(judicial jurisdiction)이라고 할 수 있다. 따라서 주로 국가 간에 문제가 되는 것은 집행관할권이라고 할 수 있다.

사법관계에 있어서 국가관할권은 국제사법[47]에 의해 규율된다. 국제사법 제2조에 따라 인터넷상의 불법행위에 있어서도 일반관할은 민사소송법 제2조에서 규정하는 바와 같이 피고의 보통재판적에 따르게 된다. 따라서 피고의 주소지 또는 주된 사무소 소재지, 영업소 소재지 등의 국가에는 국제재판관할권이 존재한다. 다만 일반적인 불법행위의 특별관할은 민사소송법 제18조 제1항이 규정하고 있는 것처럼 불법행위지에 인정된다. 불법행위지는 불법행위를 구성하는 요건사실 중 어느 것이라도 행하여지면 충족되므로 이른바 격지적(隔地的) 불법행위의 경우에는 가해행위지와 결과발생지 모두에 관할이 인정된다.[48] 이는 온라인상의 불법행위에 대해서도 적용될 수 있다. 프랑스의 반인종차별주의 단체인 LICRA(Ligue Internationale Contre le Racisme etl'Antiséitisme) 등이 야후닷컴의 인터넷경매서비스가 나찌 기념품 판매를 허용하고 있는 것은 프랑스 형법 R645-15)을 위반한 행위라고 주장하면서 프랑스 법원에 야후 프랑스와 야후닷컴을 상대로 기념품 경매 중지 등을 구하는 소를 제기한 사건에서[49] 행위지는 미국이었지만 침해결과발생지는 프랑스로 볼 수 있는바 프랑스가 재판관할을 관할한 사건이다. 프랑스 법원이 자신의 재판관할권을 인정하는 근거로 야후닷컴이 프랑스거주자를 상대로 프랑스어 광고를 게재하였다는 점을 들고 있다.[50]

47) 우리나라의 경우 1962. 1. 15. 섭외사법이 제정되어 섭외적 법률관계에 적용되어 오다가 2001.4. 6. 법률 제6465호로 국제사법으로 전면 개정되어 시행되고 있다.

48) 여기서의 결과발생지는 직접적, 물리적 손해가 발생한 곳으로 한정하는 것이 관할을 적정선에서 제한할 수 있다는 점에서 타당한 것으로 보인다. 강영수, 「인터넷과 국제재판관할」, 인터넷과 법률 Ⅱ(2005), 919면도 같은 취지이다.

49) 야후닷컴은 경매서비스의 서버는 미국에 있고 우선적으로 미국거주자를 상대로 하는 것이므로 프랑스 법원은 이에 대하여 재판관할권이 없을 뿐만 아니라 이를 규제하는 건 미연방 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것이고, 또한 프랑스 거주자들이 경매에 참가하는 것을 막을 기술적 방법도 없다고 주장하였다.

50) Jack Goldsmith / Tim Wu, Who Controlls the Internet? : Illusion of a Borderless World, Oxford University Press, 2006과 Daniel Arthur Lapres, Webliography on the Yahoo Case, http://www.lapres.net/yahweb.html(2014.5.15.확인) 프랑스 법원은 위 2000년 11월 20일 야후닷컴의 프랑스법 위반을 재차 확인하고 당초 내렸던 명령을 3개월 안에 이행할 것과 이를 위반하면 매일 10만 프랑의 벌금을 부과하는 내용의 최종판결을 내렸다. 이에 대해 야후닷컴은 상급법원에 상소를 하는 대신 원고를 상대로 미국의 북부캘리포니아 연방지방법원에 프랑스 법원의 명령이 미국에서 집행될 수 없다는 확인을 구하는 소를 제기하는 것으로 대응하였다. 그후 프랑스 법원의 판결이 표현의 자유와 충돌하고 따라서 미국에서는 적용될 수 없다는 위 연방지방법원의 판결이 나오면서 일응 야후의 전략이 효과가 있는 것으로 보였으나, 이에 대한 항소심에서 제9항소법원은 2004. 8. 23. LICRA등에 대한 재판관할권이 없다는 이유로 원심 판결을 받아들이지 않았고, 2006. 1. 12. 최종적으로 재판관할권이 인정되기는 하지만 프랑스 법원의 판결 자체만으로는 표현의 자유를 제한하는 것은 아니라는 이유로 원심판결을 파기하고 소각하 판결을 내렸다.

공법관계에 있어서 집행관할권은 기본적으로 영토의 제약을 받는다. 국가는 타국의 동의 없이는 타국의 영역에서 자신의 공법적 권한을 행사할 수 없는 것이 원칙이므로 집행관할권은 자국의 영토에 한정된다. 같은 공법관계라도 형법관계에서는 다른 공법관계에 비해서 집행관할권의 행사에 대한 타국의 동의를 얻기가 상대적으로 용이하다. 범죄에 대한 각국의 태도나 입장은 대체로 큰 차이가 없는데다가 범죄인의 처벌요구를 쉽게 거절하기 어렵고 오히려 공동대처의 필요성도 많기 때문이다. 그래서 조약이나 양자협정 등을 통하여 상호간의 집행관할을 인정하고 이를 지원해 주기 위한 논의들이 많이 진행되고 있다. 이에 비하여 행정규제법적 법률관계는 자국의 정책적 특수성에 근거하거나 자국의 이익 실현을 위한 성격이 강하기 때문에 이에 대한 타국의 협력을 얻는 것이 대체로 용이하지 않다. 따라서 행정규제법적 법률관계에서는 집행관할권을 실질적으로 어떻게 확보할 것인가가 중요한 문제이며, 입법관할권도 이러한 집행관할권의 실제적인 가능성을 염두에 두고 그 범위를 정할 수밖에 없다.[51] 온라인상에서의 공법관계는 크게 온라인에서 벌어지는 범죄행위에 대한 형법적 법률관계와 개인정보보호, 이용자보호, 정보통신망의 안정성확보 등과 관련된 행정규제법적 법률관계로 구분할 수 있다. 이렇게 온라인을 통해 행해진 행위는 그 구성요건에 해당하는 사실이 여러 국가에 걸쳐 있는 경우가 많다. 어느 국가에서 실행의 착수가 이루어지고 그 결과는 다른 국가에서 발생하는 이격범이 많이 생길 수 있는데, 구성요건적 행위가 이루어진 곳과 그 결과를 발생한 것을 모두 범죄지로 보는 편재설[52]에 따를 경우에는 결과 발생지인 전 세계가 범죄지로 될 가능성이 상존한다. 이 경우 각 국가의 형법, 행정규제법 등 관련 법규가 통일되어 있지 않은 상황에서 인터넷을 이용하는 행위자는 그 이용행위로 인한 결과가 발생할 수 있는 모든 국가의 법률을 고려해야 하는 부담을 안게 되므로 인터넷을 과도하게 위축시킬 수 있다.[53]

온라인상의 법위반행위(불법행위, 범죄행위, 행정규제위반행위를 모두 포함한다)

51) 윤종수, 인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용, 公法硏究 第39輯 第1號, 2010, 42면

52) 행위설, 결과설에 대비되는 것으로 우리나라의 통설이다.

53) 윤종수, 외국 인터넷 기업에 대한 국내법의 역외적용 문제-유튜브의 제한적 본인확인제 거부와 야후의 나찌 기념품 사건과 관련하여, 전자소송 및 인터넷 규제의 역외적용, 한국정보법학회, 2010, 17면

는 결국 가해행위와 결과발생지가 다른 격지적 행위가 대부분이므로 가해행위지에는 관할을 긍정하는 데 큰 무리는 없다. 그러나 결과발생지의 경우 전 세계가 결과발생지가 될 수 있는 경우와 관련하여 결과발생지의 재판관할을 무제한적으로 긍정하게 될 경우 피고의 소송절차상 이익을 심각하게 침해하게 된다. 따라서 결과발생지를 관할원인으로 할 경우 피고가 합리적으로 예견할 수 있었고, 그를 대상으로 한 의도적인 행위가 있었는지 여부, 즉 "예견가능성"이라는 사정을 고려하여 그 범위를 합리적으로 조정해야 한다는 견해는[54] 일응 주목해 볼 만 하다. 제조물책임 소송의 간접관할에 관한 대법원 판례[55]에서도 제조사가 손해발생지(미국)에서 사고가 발생해 그 지역 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조자와 손해발생지 사이에 실질적 관련이 있는지 여부에 따라 결정된다고 판시하였고, 헤이그예비초안 제10조에서도 가해행위지 뿐 아니라 결과발생지도 관할원인으로 규정하되, 결과발생지의 경우에는 합리적인 예견가능성을 요구하고 있다.[56]

나. 국가관할권의 역외적(域外的) 적용

외국인이나 외국기업이 외국에서 한 행위에 대해 국내법인 공법을 적용하는 것을 국내법의 역외적용이라고 하며 이는 자국의 공법을 타국, 타국의 개인 및 기업에 적용하고자 하는 것이므로 전통적인 공법의 효력범위에 관한 수정을 의미한다.[57] 한 국가가 역외적용을 하려는 의도로 입법을 하더라도 그 규정 자체만으로는 바로 특정 외국과의 충돌가능성이 현실화되는 것은 아니므로, 입법관할권의 경우에는 상대적으로 역외적용이 유연하다. 이에 반해 집행관할권은 그 성질상 직접적인 성격을 가지고 본질적으로 영토의 제한을 벗어나기 어려우므로 그 역외적용이 현실적으로 쉽지 않다.[58]

54) 한국정보법학회, 인터넷 그 길을 묻다, 한국정보법학회, 2012, 808-809면; 윤종수, 인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용, 公法硏究 第39輯 第1號, 2010, 41~42면.

55) 이 사안은 격지적 불법행위 관할의 선례의 의미를 지닌다. 미국 법인으로서 무선 전화기를 미국에 수입해 판매한 원고가 무선전화기를 수출한 우리나라 법인인 피고 회사를 상대로 미국 플로리다 주법원이 내린 제조물책임 손해배상 판결에 관해 우리나라 법원에 집행판결을 구한 사안이다.

56) 한국정보법학회, 인터넷 그 길을 묻다, 한국정보법학회, 2012, 808면

57) 최승필, 「경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토-역외적용 이론의 발전 및 적용상의 문제점을 중심으로」, 외법논집 33권 제1호, 2009, 208쪽.

58) 소송이나 재판을 위한 역외로의 문서의 송달과 증거조사 및 수집이 가능해야 하고, 재판결과의 실질적 집행과 행정처분에 의한 제재 등 집행관할권이나 그 역외적용이 실효를 거두어야만 비로소 입법관할권과 그 역외적용도 의미를 갖게 된다. 윤종수, 외국 인터넷 기업에 대한 국내법의 역외적용 문제-유튜브의 제한적 본인확인제 거부와 야후의 나찌 기념품 사건과 관련하여, 한국정보법학회, 2010, 18-19면

이러한 역외적용의 이론적 근거로는 경쟁법분야의 효과주의를 근거로 도입한 것이 대표적이라고 할 수 있다. 효과주의라 함은 외국에서의 외국인의 행위가 자국에 중요한 효과를 미치는 경우에는 자국의 법이 적용된다는 이론으로 역외적용에 관한 대표적인 이론이다. 행위의 직접적 결과가 아닌 효과가 미치는 곳에 관할을 인정하고자 하는 것으로, 자국의 영토 내에서 사건이 완료될 것을 요건으로 하는 객관적 속지주의가 변형, 확대된 것이라 할 수 있다. 그러나 효과주의는 국가관할권의 연결고리 중 하나인 영토와의 관련성을 지나치게 확대하였다는 국제적인 비난을 받았으며, 미국 내에서도 그 효과의 직접성, 실질성, 그리고 합리적 예견가능성의 측면에서 논란이 많다.[59] 우리나라의 경우에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하에서는 '독점규제법'이라고 한다)과 관련하여 역외적용 규정이 있고,[60] 최근에는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하에서는 '자본시장법'이라고 한다)과 관련하여서도[61] 역외적용이 중요한 법적 쟁점으로 부각되고 있다.[62]

다음으로 경제단일체이론(Economic Single Unit Doctrine)은 반경쟁적 효과가 발현되는 국가에 소재하고 있는 반경쟁적 사업자의 자회사(Subsidiary)를 모회사(Parent Company)와 단일한 실체로 취급함으로써 자국의 경쟁법을 적용하는 이론으로서 1972년 유럽사법법원이 듀스터프(Dyestuffs) 사건에서 원용한 이론이다.[63] 경제단일체이론의 문제는 법적으로 별개의 법인인 자회사를 모회사와 함부로 동일시할 수 있는가 하는 것인데, 자회사와 모회사를 경제적 단일체로 파악한다는 점에서 모자회사간의 법인격 부인론과 유사하므로 그로부터 어느 정도 근거를 끌어

59) 소병천, 「국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행」, 국제법학회논총 제49권 제2호, 2004, 177면.

60) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률[법률 제11406호, 2012.3.21, 일부개정(시행 2012.6.22.)] 제2조의2(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을미치는 경우에는 적용한다[본조신설 2004.12.31].

61) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률[법률 제11758호, 2013.4.5, 일부개정(시행 2013.4.5)] 제2조(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위로서 그 효과가 국내에 미치는 경우에도 적용한다.

62) 독점금지법의 역외적용과 관련하여 각국의 태도를 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 첫째는 판례 및 법률의 규정에 따라 역외적용을 인정하는 경우이고, 둘째는 역외적용을 명확히 배제하는 법제를 가지고 있는 경우이며, 셋째는 역외적용에 관하여 불명확한 법제를 가지고 있는 법제이다. 현재 첫째의 유형으로 명확히 자국의 독점금지법을 역외적용하고 있는 것은 미국, 독일 및 유럽연합이나, 이 중에서 역외적용에 의하여 외국의 주권과 충돌이 발생하여 심각한 사태로 발전한 것은 미국의 경우뿐이다. 또 둘째의 경우는 영국이다. 그리고 그 외의 대부분의 국가들은 세 번째 유형에 속한다. 노영돈, 「국내경제법의 성외적용과 국가관할권의 충돌에 관한 연구」, 국제법학회논총 47권 1호, 2002, 5면.

63) 최승필, 「경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토-역외적용 이론의 발전 및 적용상의 문제점을 중심으로」, 외법논집 33권 제1호, 2009, 214면

낼 수 있을 것이다. 우리 대법원은 자회사의 채권자가 자회사의 법인격을 부인하고 직접 모회사를 상대로 자회사가 부담하는 채무의 이행을 구한 사안(2006. 8. 25. 선고 대법원 2004다26119 판결)에서 모자회사간에 법인격부인의 법리가 적용되기 위해서는 적어도 자회사가 독자적인 의사 또는 존재를 상실하고 모회사가 자신의 사업의 일부로서 자회사를 운영한다고 할 수 있을 정도로 완전한 지배력을 행사하고 있을 것이 요구되며, 구체적으로는 모회사와 자회사 간의 재산과 업무 및 대외적인 기업거래활동 등이 명확히 구분되어 있지 않고 양자가 서로 혼용되어 있다는 등의 객관적 징표가 있어야 하며, 자회사의 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 사용되거나 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용하는 등의 주관적 의도 또는 목적이 인정되어야 한다고 판시하고 있다.

다. 온라인상에서의 국가관할권의 역외 적용

한 국가가 외국인이 외국에서 한 행위를 규율하는 법규를 아무리 제정하더라도 그 집행이 보장되지 않으면 아무 의미가 없다. 이러한 면에서 집행력이 중요하다. 특히 온라인 환경에서는 어떠한 규제를 상정하더라도 국내 사업자만을 대상으로 하는 것은 실효를 거두기 어렵다. 온라인상에서 사업자나 사업장이 국내에 있는지 국외에 있는 자 등은 소비자입장에서 별다른 의미가 없기 때문이다. 이러한 집행관할권의 한계는 온라인 사안에 있어서 더 붉어질 수밖에 없으며 따라서 국가관할권의 확장, 즉 국내법의 역외적용에 관한 논의에서도 마찬가지이다. 이러한 의미에서 앞서 언급한 경쟁법에서 논의되고 있는 국내법의 역외적용 문제는 온라인 환경에서도 어느 정도 적용될 수 있다고 본다. 독점규제법의 역외적용 규정 전의 사안으로 이른바 흑연전극봉 사건(대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결)에서 "공정거래법은 사업자의 부당한 공동행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 그 목적으로 하고 있고(제1조 참조), 부당한 공동행위의 주체인 사업자를 '제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자'로 규정하고 있을 뿐 내국사업자로 한정하고 있지 않는 점(제2조 참조), 외국사업자가 외국에서 부당한 공동행위를 함으로 인한 영향이 국내시장에 미치는 경우에도 공정거래법의 목적을 달성하기 위하여 이를 공정거래법의 적용대상으로 삼을 필요성이 있는 점 등을 고려해 보면, 외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도, 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도내에서 공정거래법이 적용된다고 할 것이다."라고 판단함으로써 역외적용의 근거규정이 없어도 효과주의에 따라 역외적용 될 수 있음을 판시한 바 있다. 이러한 효과주의는 온라인서비스에도 충분히 적용될 여지가 있다.

또한 경제단일체 이론에 의할 경우 자국영토에 자회사가 있는 경우 이를 경제적으로 모회사와 단일한 실체로 취급할 수 있다면 마치 국내 법인의 경우처럼 입법관할과 집행관할을 쉽게 확보할 수 있게 된다. 특히 자회사에 의한 송달로 절차를 진행할 수 있을 뿐만 아니라 최소한 자회사의 재산이나 구성원에 대한 법적 집행이 가능해지므로 입법관할권의 역외적용의 실질적인 성과를 얻을 수 있게 된다는 점에서 온라인상의 역외적용이 효력을 발휘할 수 있다. 예를 들어 구글코리아와 구글이 모자회사간에 있다고 본다면 이 이론이 적용될 수 있을 것이다.[64]

Ⅳ. 온라인서비스 규제 개선방안

최근의 규제개선을 위한 일련의 조치에서 보이듯이 규제라는 것이 일부러 비스니스를 방해하거나 경쟁을 저해하기 위해 고안된 것은 아니다. 이용자 보호, 정보보안, 공정경쟁 등 공공에 이롭게 작용하기 위하여 규제가 만들어진 것이며 규제내용은 각 국가의 문화적 차이, 국민의식, 경쟁상황, 비즈니스 환경 등에 따라 차이가 발생할 수밖에 없다. 그러나 이러한 규제가 처음의도와 일관되게 반드시 긍정적으로 작용하지 않는다는 것은 우리가 앞서 살펴본 사례를 비롯, 다양한 경험치에 근거해 볼 때 논증할 필요 없이 명확하다. 이러한 규제실패는 규제 자체의 오류에 기인한 경우도 있고, 규제 자체는 적절하지만 규제집행상의 문제로 발생하는 경우도 있다. 혹은 그 당시 그 환경에 적절한 규제였으나 현재 상황에서 부적절한 규제일 수도 있다(이는 넓게 이해할 경우 전자의 경우인 규제자체의 오류에 기인한 경우에 포함시킬 수 있다). 규제 자체가 문제인 경우라면 폐지 또는 개선을 통한 합리화가 필요하나, 집행상의 문제라면 규제 자체는 유지하되 그 집행상의 문제를 해결하여야 할 것이다. 특히 온라인플랫폼 서비스에 있어서 외국사업자와의 규제차별화가 발생하는 비대칭적 규제와 관련하여서는 앞서 언급한 규제원리

64) 윤종수, 인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용, 公法硏究 第39輯 第1號, 2010, 47-48면

방송통신미디어 영역의 특성 즉 “전문성과 신뢰성의 원리”, “규제의 세계화”, “규제의 순발력 확보”, “국제적 규제형평성 존중”, “규제의 완결성 제고” 등이 반영되어야 한다. 따라서 이하에서는 이러한 원리를 고려하여 비대칭적 규제 개선방안을 제안하고자 한다.

1. 규제내용의 합리화 : 국제적 기준에 부합하는 보편타당성 확보

앞서 언급한 바와 같이 제한적 본인확인제는 헌법재판소 위헌결정으로 불필요한 규제로 사라졌다, 그러나 그러한 규제가 우리 산업에 미친 영향은 매우 치명적이었다고 할 수 있다. 제한적 본인확인제로 인하여 국내 인터넷 동영상 서비스의 점유율이 대폭 축소되었으며[65] 그와 관련된 광고수익, 2차적 서비스 제공 등에 지속적으로 영향을 미치게 되었다. 해당 규제가 타당하고 합리적일 경우에도 앞서 설펴보았듯이 해외사업자에 대한 집행력 확보는 쉽지 않다. 국내법원의 역외적용은 결국 한 나라의 국내법을 다른 나라에 집행함으로서 사실상의 국제규범화 하는 과정이기 때문이다. 통상적인 국제규범이 장기간에 걸친 국제관습의 축적이나 다수 국가의 참여하에 오랜 시간의 논의를 거쳐 조약 체결 등의 형태로 이루어지는 것에 비추어 볼 때 국내법의 역외적용은 더욱 타당성을 확보하기 힘든 부분이 있다. 하물며 그 규제의 보편성 타당성이 결여될 경우 그의 준수를 외국사업자에게 강요한다는 것은 더욱 요원한 일이다. 그러나 아무리 사실상의 힘이 있다 하더라도 법규범 자체가 보편타당한 명분을 지니고 있다면 집행의 정당성 또한 높아진다. 해외사업자에 대한 역외적용에 앞서 우선 우리가 적용하려는 규제 자체의 합리성・타당성을 확고히 할 필요가 있다. 프랑스 법원이 그처럼 강력하게 관할권을 인정하고 법집행을 담보하고자 하는 노력이 의미 있던 이유 중의 하나도 그러한 규제가 다른 나라의 공감을 얻을 수 있는 보편타당성을 가졌다고 볼 수 있기 때문이다. 결국 행정규제가 국제사회에서 보편적인 공감을 얻지 못하는 규제라거나 타당성 또는 명분의 면에서 납득하기 어려운 규제라면 규제를 받은 당사자인 외국사업자뿐만 아니라 그 소속국이나 기타 국제사회로부터 그러한 역외적용에 대한 지지를 얻기 쉽지 않을 것이고, 오히려 국내 정책당국의 신뢰 하락과 불필요한 갈등만 야기하게 되며, 국내기업은 규제에 있어 역차별을 받게 되어 외국사업자에 비해 불리한 처지에 있게 된다. 따라서 온라인상의 국내규제를 수립할 시 국제규제에

65) 국정감사자료에 의하면 국내 동영상 UCC 시장에서 유튜브가 2008년도에 2%, 1.6% 점유율을 기록했으나 5년만에 74%로 올라섰다고 판도라, 다음, 아프리카TV 등은 다 합쳐도 25%가 채 안된다.

비추어 과한 규제에 해당 될 경우 꼭 필요한 보편타당성을 확보하고 있는 규제인지에 대하여 검토해 보아야 할 것이다.

2. 규제일몰제의 활용 : ‘규제의 순발력 확보 원리’의 반영

국내에만 특수한 규제의 경우 국내에는 반드시 필요하나 국제적으로 타당성을 얻을 수 있을 지에 대하여 의문시 되는 경우가 대부분일 것이다. 제한적 본인확인제 역시 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되나, 침해의 최소성, 법익의 균형성이 인정되지 않은바 바 제도시행 초기 그 정당성은 인정되나 시행필요성에 있어서 필요와 불필요 사이의 상당한 경계에 있었으리라 추측된다. 이러한 경우 반드시 영구시행을 목표로 하기 보다는 법령 전체 또는 일부 법령에 대해 일정기간 효력을 가지는 일반적 한시조항을 두고 그 기간 경과 후 재검토를 의무화하거나 자동적으로 실효되도록 하는 ‘규제일몰제’ 등을 검토해 볼 수 있다.[66]

우리나라의 경우도 「행정규제 기본법」상 규제일몰제 시행의 근거를 규정하고 있으나, 그 사유로는 ‘존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 경우’라는 일반적 요건만 규정하고 있다.[67] 규제일몰제는 이미 세계적으로 시행되고 있는 제도로서 일몰제 시행영역에 대하여 ‘현존규제를 능가할 것 같은 기술의 발전’, [68] 급속히 변동되는 사건이나 기술로 특징되는 정책영역,[69] 문제에 대해 특정 시간이 경과하여 다른 적합한 조치를 통해 해결될 수 있는 사안・고도의 불확실성으로 인하여 그 효과를 예측하기 어려운 규제,[70] 신기술 관련 규제, 규제대상이나 규제환경이 급변하여 수시로 재검토할 필요성이 있는 규제・특정한 문제나 과제해결 또는 시장의 특별한 상황을 위해 도입된 규제로서 환경변화 및 시장상황의 변화로 인해 규제가 당초 의도했던 목적달성의 의미가 감소된 규제・외국의 일반적 규제수준과 현격한 차이

66) 일몰제 내지 일몰입법(sunset law, sunset legislation)이라는 구상은 1970년대 및 1980년대 규제개혁 내지 규제완화의 강력한 도구로서 불필요한 규제기관을 폐지하여 규칙과 규제의 양산을 차단하고 행정기관의 책임성을 증대하기 위해 규제에 대한 체계적인 사후평가를 보장하는 수단으로서 미국에서 고안되었다. 박영도, 규제일몰제 확대 도입에 따른 법제 개선방안, 한국법제연구원, 2011, 29면

67) 제8조(규제의 존속기한 및 재검토기한 명시) ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려는 경우에 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제는 존속기한 또는 재검토기한(일정기간마다 그 규제의 시행상황에 관한 점검결과에 따라 폐지 또는 완화 등의 조치를 할 필요성이 인정되는 규제에 한정하여 적용되는 기한을 말한다. 이하 같다)을 설정하여 그 법령등에 규정하여야 한다.

68) 영국 Better Regulation Task Force, Principles of Good Regulation(2003)

69) 영국 Better Rrgulation Executive, Impact Assessment Toolkit(2009)

70) 스위스 Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden(2007)

가 나는 규제나 우리나라에만 존재하는 규제[71] 등을 제시하고 있다.

이는 전형적으로 ICT 영역에 적용되는 사항이라고 볼 수 있는 바 온라인플랫폼 사업자와 관련된 규제와 관련해서는 적극 활용할 필요가 있다. 특히 외국과 차이가 나는 우리나라에만 존재하는 규제의 경우 우리나라 사업자에 대한 역차별적 규제가 상존하는바 불가피하게 시행할 경우 일몰제의 활용이 더욱 검토될 수 있을 것이다. 또한 규제일몰제는 규제의 효율성과 효과성에 대하여 정기적 재검토와 평가의 의무화를 수반하기 때문에 규제효과가 의문시되는 비대칭적 규제현상에 순발력있게 대응할 수 있는 방안이 될 것이다.

3. 외국 사업자에 대한 우리법의 적용근거 마련

앞에서 검토한 바와 같이 우리나라의 경우에도 독점규제법에 역외적용 규정이 있고, 이와 관련하여 몇몇 판결이 내려진 바 있으며, 최근에는 자본시장 관련 법규와 관련하여서도 역외적용이 중요한 법적 쟁점으로 부상하고 있다. 그러나 온라인 동영상 콘텐츠 플랫폼과 관련된 법령(지식재산권, 정보통신망법 등)에서는 명확한 역외적용 규정이 존재하지 않아 관련 분쟁이 발생하는 경우 판례 및 국제사법 이론에 의하여야하는 상황에 있다. 이러한 경우 앞서 살펴본 바와 같이 국내외 서비스간 법적용의 형평성 문제가 자주 발생하면서 국내외 사업자간 차별문제가 발생하게 된다. 이는 결국 국내 사업자와 이용자의 국내법 적용을 회피하고자 하는 인식 및 우회서비스를 확산하는 결과를 초래하면서 우리나라 온라인콘텐츠 사업에 부정적 영향을 미칠 수밖에 없게 된다. 국내 웹메일서비스의 압수수색을 우려한 외국계 서비스로의 사이버망명, 불법·유해정보의 유통에 대한 국내법 적용을 회피할 목적으로 서버를 해외에 두고 서비스하는 경우 등이 그러한 경우라고 할 수 있다.

인터넷의 자율적이고 개방적이면서도 국경이 없는 구조에 대응하여 국제적 공조 노력이 요구되지만 온라인상의 콘텐츠에 대한 심의의 기준을 통일하고 규제하려는 국제적 노력은 매우 미약하고, 향후에도 가능성이 매우 낮다. 국외 서비스에 대한 국내법 적용의 현실적 한계는 인정되지만, 우리나라의 사회·문화적 가치와 법질서를 지키기 위한 적극적인 노력이 무시되어서는 안 된다. 따라서 앞서 언급한 바와 같이 우선은 빠르게 변화하는 기술 및 시대적 흐름을 반영하여 국내 규제를 국

71) 한국행정연구원, 규제개념 재정립 및 규제법령 개선방안 연구, 2009.7

제적 수준(Global Standard)에 맞게 체계적으로 개선함과 동시에 국내 서비스의 글로벌 경쟁력 제고 및 국외 서비스에 대한 법 집행력을 강화할 필요도 있다. 이를 위해서는 국내법을 위반하는 국외 서비스에 대한 국가의 법 적용 의지와 법 적용 기준을 분명히 할 필요가 있다. 비록 외국 사업자 등에 대한 역외적용의 한계 등으로 법적용상의 실효성 확보가 곤란한 경우가 있을 수 있으나, 정부의 강력한 국내법질서 수호 의지와 지속적인 법집행 노력을 보여주는 것은 매우 중요하다. 따라서 국외에서 국내의 이용자에게 제공된 온라인 서비스가 국내에서 반드시 지켜야 하는 가치와 관련된 경우에는 국내법을 적용한다는 원칙을 재확인하고 국가의 의지를 천명할 필요가 있다. 그러한 가치는 i) 청소년의 보호 ii)인종·성별·종교·국적 등에 따른 차별 등 불이익의 해소 iii) 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분 iv)국가안전보장·국방 및 통일 v) 공공의 안녕과 질서 유지, 공중 보건 vi)이용자의 중요한 권익의 보호와 구제 등이라고 할 수 있다. 2007년에 제정된 독일 「텔레미디어법」(TMG)의 소재지원칙(Herkunfts-landprinzip, country of origin principle 제3조)역시 이와 유사하게 독일에서 개업한 서비스 제공자의 텔레미디어 서비스는 「역내시장의 정보사회서비스 특히, 전자상거래의 법적 측면에 관한 유럽의회 및 이사회 지침, 2000.6.8(2000/31/EC)」의 시행구역내의 다른 나라에서 제공되더라도 독일법을 따라야 되도록 규정하면서 다만 지침 시행구역내의 다른 나라에서 개업한 서비스 제공자가 독일에서 제공하는 텔레미디어 서비스는 독일법의 제한을 받지 않되, 1) 청소년 보호 및 인종·성별·종교·국적으로 인한 박해의 퇴치 관련 범행 및 불법의 예방·수사·진상규명·소추·형집행, 인권의 침해에 대한 예방·수사·진상규명·소추·형집행, 국가안보 및 방위와 관련된 공공의 안전과 질서유지, 2) 공중보건, 3) 투자자 보호 및 포함한 소비자 이익의 보호를 위한 국내법상의 조치가 앞의 보호목적에 부합할 때 독일법의 적용을 받는다고 규정하고 있다.

4. 강력한 법집행 추진

우리의 규제가 보편타당성을 가지고 있고 꼭 필요한 규제라면 그러한 규제는 국내외 서비스 사업자에게 차별 없이 집행되어야 한다. 역외적용에 대한 근거를 마련한 경우라면 더더욱 그거하고, 역외적용에 대한 법적 근거가 없다 할지라도 앞서 언급한 효과주의나 경제단일체이론을 원용하여 가능할 것이다.

저작권과 관련된 규제는 규제내용이 우리만의 독특한 차별적 규제라기보다는 국

제적으로 공통된 규제내용을 입법화 한 것이며 그 집행이 차별화되어서는 안 된다. 우리 저작권법은 외국인의 저작물에 대하여 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되며 보호되는 외국인의 저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있도록 철저한 상호주의 방식을 채택하고 있다(저작권법 제3조). 외국사업자가 국내에 서비스를 제공함에 있어서 국내 저작권법을 준수하지 않을 경우 외국법인에 대한 강력한 준수를 요구할 수 있으며 준수되지 않을 경우 불법행위가 되고 앞서 언급하였듯이 불법행위에 대한 피해지 집행관할권에 의해 우리 사법권과 집행권이 발동될 수 있다. 일단 국외에 없는 규제라 하더라도 보편타당성이 인정되어 국내법상 규제로 설정하였다면 그러한 규제에 대하여는 프랑스의 야후닷컴 사례와 같이 정부가 강력한 법집행 사례를 만드는 것이 중요하다 할 것이다.

Ⅴ. 결론

'네이버'는 이제 대한민국을 대표하는 기업이다. 아니, 세계에서도 인정받는 글로벌 기업이다. 글로벌 경쟁력을 갖추었다는 것은 정부가 혹은 개인이 또는 다른 기업이 인정하는 것이 아니라 냉정하게 시장이 인정한 것이다. 최근 온라인동영향 콘텐츠 서비스 관련 네이버가 유튜브에 고전을 면치 못하면서 그 원인에 대하여 여러 가지가 분석되고 있지만 무엇보다도 여론과 언론의 질타를 받는 것은 정부규제다. 좀 더 적나라하게 표현하자면 외국 사업자에 비한 과도한 정부규제로 인해 국제경쟁력을 갖춘 대한민국 기업이 비즈니스를 제대로 할 수 없다는 것이다. 국가의 시장에 대한 개입 문제는 이미 하루 이틀 논의된 바가 아니며 변해가는 격동의 인터넷 비즈니스에서 국가가 할 수 있는 역할은 점차 미비해지고 있다. 그나마 '공익'이라는 이름으로 산업이 더욱 발전할 수 있도록 경쟁 기반을 갖추어 주고 사업자에 비해 상대적으로 열악한 지위에 있는 이용자를 보호하기 위한 수단들을 채택하는 것이다. 이러한 정부규제가 국제적 기준에 미흡해서는 아니되지만 우리 고유의 사회문화적 환경을 완전히 무시할 수도 없다.

그러나 기업의 경쟁력 약화가 단순히 차별적 규제라는 원인에만 기인할 수는 없다. 집행관할권의 역외적용은 법 이론적인 문제라기보다는 경제력 등의 국력이나

상대국이 자국에 부여하는 시장가치에 따라 좌우되는 사실상의 힘의 문제라고 보는 것이 더 정확하다. 미국이나 유럽연합과 같이 구매력이 강한 시장을 보유하고 있는 경우에는 공급자는 요구하는 사항을 실제적으로 준수해야 한다는 점에서 일정부분 사살상의 집행력이 보장되고 있다 할 것 이다. 따라서 단순히 사법부 또는 정부의 무능으로만 치부할 것이 아니라 자체 시장의 경쟁력을 강화하는 것이 함께 이루어져야 한다.

본 논문에서는 우리나라 온라인비스니스 발전을 위해 정부의 역할 측면에서 국내외사업자 간의 비대칭 규제 개선방안을 모색해 보고자 하였다. 비대칭규제 개선방안을 모색하기에 앞서 우선 규제가 가지는 의미와 ICT 영역의 특수한 규제원리로서 "전문성과 신뢰성의 원리", "규제의 세계화", "규제의 순발력 확보", "국제적 규제형평성 존중", "규제의 완결성 제고" 등을 도출하였다. 그리고 이러한 원리의 실행 차원에서 규제합리화 방안으로 첫째, 국제적 기준에 부합하는 보편타당성 확보 즉 규제내용의 합리화, 둘째, 규제일몰제의 활용, 셋째, 외국 사업자에 대한 우리법의 적용근거 마련, 넷째, 강력한 집행력 추진등을 제안하였다. 규제의 보편성 타당성이 결여될 경우 그의 준수를 외국사업자에게 강요한다는 것은 더욱 요원한 일이다. 그러나 아무리 사실상의 힘이 있다 하더라도 법 규범 자체가 보편타당한 명분을 지니고 있다면 집행의 정당성 또한 높아진다. 따라서 규제내용이 합리적 보편타당성을 확보하는 것이 가장 중요하다. 그럼에도 불구하고 우리 고유의 사회문화적 환경을 감안할 때 시행하지 않을 수 없는 규제들이 있을 경우 그 효과에 대응한 신속한 규제의 수정을 위해서 규제일몰제를 활용할 필요가 있다. 또한 국외 서비스에 대한 국내법 적용의 현실적 한계는 인정되지만, 우리나라의 사회·문화적 가치와 법질서를 지키기 위한 적극적인 노력이 무시되어서는 안 된다. 따라서 국내법을 위반하는 국외 서비스에 대한 국가의 법 적용 의지와 법 적용기준을 분명히 할 필요가 있다. 국외에서 국내의 이용자에게 제공된 온라인 서비스가 국내에서 반드시 지켜야 하는 가치와 관련된 경우에는 국내법을 적용한다는 원칙을 재확인하고 국가의 의지를 천명할 수 있는 입법에 대한 검토가 이루어져야 한다. 한편 우리의 규제가 보편타당성을 가지고 있고 꼭 필요한 규제라면 그러한 규제는 국내외 서비스 사업자에게 차별 없이 집행되어야 한다. 일단 국외에 없는 규제라 하더라도 보편타당성이 인정되어 국내법상 규제로 설정하였다면 그러한 규제에 대하여는 정부가 강력한 법집행 사례를 만드는 것이 중요하다 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.07.31, 심사개시일 : 2014.08.23, 게재확정일 : 2014.09.16)

김 현 경

ICT규제원칙, 비대칭 규제, 역외적용, 온라인서비스 규제

【참 고 문 헌】

강영수,「인터넷과 국제재판관할」, 인터넷과 법률 II, 2005.

김대순,「국가관할권 개념에 관한 소고」, 법학연구(연세대학교 법학연구소) 제5권, 1995, 2.

김민호, 통신방송 융합 시대의 규제정책 조사 분석 및 효율적 조직의 운영방안 연구, 정보통신부, 2005.

김민호 외 지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색, 공법학연구 8권 3호, 2007.

김성수, 개별행정법, 법문사, 2004.

김재광, 규제와 법제개선 그리고 경제적 효과 - 규제품질 제고를 위한 규제 개선방안 -, 법제처・한국입법정책학회 공동세미나, 2012.

노영돈,「국내경제법의 성외적용과 국가관할권의 충돌에 관한 연구」, 국제법학회논총 47권 1호, 2002.

선정원, “규제개혁과 정부책임”「공법연구」제30집제1호(2001), 377-401면 참조; 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010. 3.

소병천,「국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행」, 국제법학회논총 제49권 제2호, 2004.

윤종수, 인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용, 公法硏究 第39輯 第1號, 2010.

, 외국 인터넷 기업에 대한 국내법의 역외적용 문제-유튜브의 제한적 본인확인제 거부와 야후의 나찌 기념품 사건과 관련하여, 전자소송 및 인터넷 규제의 역외적용, 한국정보법학회, 2010.

이상희, “인허가 규제의 네거티브 전환과 입법정책론”「2011년 한국공법학자대회 법치주의와 민주주의」발표논문, 한국공법학회・국민권익위원회, 2011. 4. 22.

이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.

, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원.

, 행정법상 정부규제의 본질, 육사논문집 제38집, 1990.6.

, “변화하는 금융환경 하에서 금융감독체계 개선을 위한 법적 과제”, 「공

법연구」 제33집제2호, 2005.
정찬모, 김정오 외, 「사이버공동체에서의 규범형성과 유지행태」, 정보통신정책연구원, 2003.
최경진, “인터넷과 자율규제”, 스포츠와 법 제16권 제2호 통권 제35호, 2013. 5.
최경진, “미래 ICT 법제체계 개편방향”, 정보법학 제17권 제1호, 2013. 5.
최병선, 정부규제론, 법문사, 1994.
최병선/신종원 편, 시장경제와 규제개혁, 2002.
최승필,「경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토-역외적용 이론의 발전 및 적용상의 문제점을 중심으로」, 외법논집 33권 제1호, 2009.
한국정보법학회, 인터넷 그 길을 묻다, 한국정보법학회, 2012.
한국행정연구원, 규제개념 재정립 및 규제법령 개선방안 연구, 2009.7.
한상우, 규제개혁을 위한 법제개선 추진방향“, 법제, 2008.6.
홍승진, 미국의 행정입법과 규제개혁, 한국법제연구원, 2009.
홍완식, “규제개혁과 입법정책”, 「공법연구」제36집제3호, 2008. 2.
홍준형, “행정규제기본법의 내용과 문제점(상)”「고시연구」1997.
황종성・김현경・오태원・조용혁・최경진, 정보화 관련 법령정비를 위한 기초연구, 한국정보화진흥원, 2007.
Jack Goldsmith/Tim Wu, Who Controlls the Internet? : Illusion of a Borderless World, Oxford University Press, 2006.
Better Regulation Task Force, Principles of Good Regulation(2003).

Abstract

Study on Asymmetric Regulation Improvement of Online Services Based on Regulatory Principles on ICT Service

Hyun-Kyung Kim

This paper presents the development of asymmetric regulation between domestic and foreign companies on online businesss. Prior to seeking ways to improve asymmetric regulation, this paper is derived Regulatory principles on ICT Service : Principles of professionalism and reliability, The globalization of regulation, Ensure regulatory wits, Respected international regulatory equity, The integrity of regulated and so on. And in order to execute this principle, this paper proposed the following regulations rationalization measures : rationalization of regulation, introduction of sunsetting regulation, making rules on extraterritorial application and strong law enforcement.

Rationalization of regulation means universal validity. Without universal validity on regulation, it is still far-off to compel the application of the law to foreign operators, but if the regulation has reasonable justification, it also increases the legitimacy of law enforcement. So it is very important that Regulations secure reasonable justification.

However when considering national unique social and cultural circumstances, if there are regulations that must be enforced, we need to take advantage of sunsetting regulation to modify the regulation rapidly in response to the effect.

In addition, it needs to be clear to have intent of law enforcement for foreign operators that violate the laws of the country. In the case that

online services provided to domestic users in the country is associated with the important value that must be followed in that country, the principle that national law should be applied is reaffirmed and the applicable legislation should be made.

On one hand, if we have universal validity of the regulations and restrictions, it is necessary for domestic and international service providers to abide by such regulations without discrimination. Even if there is not the regulation in abroad, it has been recognized as a national law regulating because of its universal rationality, Government enforcement of such regulations shall be strong.

Hyun-Kyung Kim

Regulatory principles on ICT Service, Asymmetric Regulation, Extraterritorial Application, Limitation on Author's Property Right, Restrictions on online services