신시대의 형사사법의 방식에 관하여*
– 법제 심의회 특별부회의 답신안을 중심으로 –

시이바시 다카유키**

Ⅰ. 법무대신 자문 92호와
자문에 이른 경위
Ⅱ. 특별부회의 구성, 검토항목, 검토경위
Ⅲ. 특별부회의 최종적인 정리의 내용
1. 조사의 녹음·녹화제도
2. 수사·공판 협력형 협의·합의제도
및 형사면책 제도의 도입
3. 통신 감청의 합리화, 효율화
4. 변호인에 의한 원조의 충실화
5. 증거개시의 확충
Ⅳ. 답신은 자문 92호를 어느 정도
실현할 수 있을까
1. 적정절차의 철저화와 당사자주의의
한층 더 충실화
2. 녹음·녹화제도 도입의 의의
3. 방어법의 충실화
4. 협의·합의제도, 형사면책, 통신감청
Ⅴ.결론

【국 문 요 약】

법무대신은 2011년 5월 11일 법제 심의회에 대해 자문 92호를 보냈다. 자문 92호의 내용은 다음과 같다. "최근의 형사 절차를 둘러싼 사정에 비추어, 시대에 맞은 새로운 형사 사법 제도를 구축하기 위해 조사 및 진술 조서에 지나치게 의존한 수사·재판 방식의 재검토나 피의자 조사상황을 녹음·녹화 방법에 의해 기록하는 제도의 도입 등 형사의 실체법 및 절차법의 정비 방식에 대해 의견을 듣고 싶다.". 법제심의회는 새 시대의 형사사법특별부회를 설치해 심의를 회부했다. 특별부회는 3년에 걸쳐 30회 부회, 20번의 작업 부회의 논의 뒤 답신 방안을 마련해 법제 심의회는 심의안을 2014년 9월 18일에 정식 결정하고 법무 대신에게 개혁 방안의 요강을 답신했다. 본 논문은 심의 중 가장 중요한 논점인 4개의 항목에 대해 검토하고 자문의 목적이 어느 정도 달성되었다고 말할 수 있는지에 대해 사견을 말한 것이다. 본 보고서는 답신이 (1)재판원 재판 대상 사건과 검찰 자체 수사 사건에 대해 조사 전 과정의 녹음·녹화를 의무화하는 제도의 도입 (2)협의·합의 제도 및 형사면책제도의 도입 (3)감청대상 확대 등 (4)증거의 일람표의 교부제도를 포함한 증거 개시의 확충 (5)변호인의 원조 확대라는 답신의 내용을 소개한 뒤 이들의 답신 내용은 조사를 더 적정히 하면서 증거 수집 방법을 다양화해 피의자·피고인의 방어권을 신장하고 결과적으로 조사 및 진술 조서에 지나치게 의존한 기존의 수사·재판 방식을 변혁하며, 시대에 맞은 새로운 형사사법제도의 구축을 위해 확실히 진전되었다고 평가한다.

* 본 원고는 강연을 하기 위한 자료로서 각주는 최소한의 그친 점을 양해주시기 바람.

** 일본 중앙대학 법학부 교수.

Ⅰ. 법무대신 자문 92호와 자문에 이른 경위

후생 노동성 전 국장 무죄사건(村木사건)에서 동 사건의 주임검사에 의한 증거 인멸 사건을 포함하는 오사카 지검 특수부의 일련의 불상사는 국민의 검찰에 대한 신용을 현저히 저하시켰다. 2010. 10. 柳田 법무대신은 법무대신의 사적자문회의로써 <검찰의 방식 검토회의>를 설치하고 동회의는 5개월의 심의 후 <검찰의 재생을 향하여 - 검찰의 방식검토회의 제언>을 정리 하였다.(2011. 3. 31.동회의는 2010.11. - 2011. 3.까지 15회의 회의를 개최하였는데 제 5회 회의 부터는 江田법무대신이 임명되었다> 동 회의는 제언의 증요한 내용으로써 새로운 형사사법제도 구축의 필요성을 제언하고 있다. 즉 <조사 및 진술 조서에 과도하게 의존한 수사·공판 방식을 근본적으로 바꾸어 제도로서 조사의 가시화를 포함하는 새로운 형사사법제도의 구축을 위해 국민의 목소리와 관계기관을 포함하는 전문가의 식견을 반영하면서 충분히 검토할 수 있는 터전을 마련하고 검토를 개시하여야 한다.> (제언 28항)[1] 이 제언 후에 각각 江田법무대신은 2011. 5. 18.법제심의회에 대하여 자문 92호를 행하였다. 자문 92호의 내용은 다음과 같다.

<최근 형사절차를 둘러싼 제반사정을 감안하여 시대에 상응하는 새로운 형사사법제도를 구축하기 위하여 조사 및 진술 조서에 과도하게 의존한 수사·공판의 방식을 고치고 피의자의 조사 상황을 녹음·녹화의 방법에 의해 기록하는 제도를 도입하는 등 형사 실체법과 절차법의 정비에 관하여 의견을 듣고자 한다.>

자문의 목적은 시대에 즉응한 새로운 형사사법제도의 구축에 있고 그 목적을 실현하기 위한 구체적인 검토항목으로써 조사 및 진술 조서에 과도하게 의존한 수사·공판 방식의 개선과 피의자의 조사상황을 녹음·녹화하는 제도의 도입 등이 주된 대상으로 되어 있다. 이러한 자문을 받은 법제심의회는 신시대의 형사사법 특별부회 (이하 특별부회라 한다)를 설치하여 심의를 의뢰하였다.

Ⅱ. 특별부회의 구성, 검토항목, 검토경위

특별부회는 그 설치 경위에서 알 수 있듯이 <국민의 생활에도 영향을 주는 형사사법의 전체의 방식에 미치는 것> 이기 때문에(제 1회 회의에 있어서 江田법무대

1) 「검찰의 재생을 향하여」, 28항 http://www.moj.go.jp/content/000072511.pd5

신의 인사말) 위원도 형사사법의 전문가만이 아닌 일반 지식인 6명이 추가되어 이 중에 本田勝彦 : (일본 담배산업주식회사 고문)가 부회장으로 선출되었다.[2] (특별부회는 의원 26명, 간사 14명으로 구성되어 있다.)

특별부회는 자문의 경위 및 취지 설명(제 1회), 향후 조사, 검토사항 및 부회의 진행방식에 관하여(제 2회), 법무성 및 경찰의 가시화를 향한 대처 상황에 관한 설명과 질의응답(제 3회), 경찰청 및 동경지방검찰청의 시찰(제 4회), 피의자 유족, 경찰관, 변호사 및 검찰관 등에의 청문(제 5회), 또한 제 6회의부터는 논점정리를 향한 논의를 행하고 제 8회에서는 논점정리가 이루어져 제 8회 회의부터 제 12회 회의까지 정리된 논점에 관해 논의가 활발히 진행되었다.

논의의 성격은 자유로운 논의, 질의응답이었다. 관련하여 제 8회 회의에서 정리된 대항목은 다음과 같다. ① 시대에 즉응한 새로운 형사사법제도의 방식 (총론) ② 진술증거의 수집방식, ③ 객관적 증거의 수집 방식, ④ 공판단계의 절차 방식, ⑤ 수사·공판 단계를 통한 절차 방식, ⑥ 형사 실체법의 방식, ⑦ 기타 이었다.(자료 26)

나아가 특별부회는 제 13회 회의부터 제 17회 회의에 걸쳐 보다 중점적으로 논의할 논점을 정리하여 집약적으로 논의를 전개하였다. 그리고 그 사이에 제외국(이탈리아 공화국, 프랑스 공화국, 미국 워싱턴 DC, 대한민국)에 있어서 형사사법제도의 실정을 시찰하고, 제 17회 회의 제 18회 회의에서 새로운 형사사법제도를 구축함에 있어서의 검토 지침이나 이를 위한 구체적인 방책에 관한 일정한 방향성을 갖게 된 단계에서 향후 구체적인 제도 설계의 지침으로서 「새로운 형사사법제도의 기본구상(이하 기본구상이라 한다.)」이 제안, 심의되어 완료되었다. 나아가 기본 구상에 따른 구체적인 방책의 검토는 매우 다양한 것이어서 가능하면 조기에 원활하게 성안될 수 있도록 하기위하여 특별부회 하에 2개의 작업 분과회(작업 GROUP)를 설치하고[3] 각 작업분과회에서 분담하는 각각의 검토사항에 관하여 특별부회에서의 논의를 돕기 위해 각제도의 기반을 형상하는 자료를 정리하고 그것에 기하여 특별부회의 논의가 이루어지는 수순으로 논의를 진행하였다.

따라서 기본 구상에서 논의되어야 할 쟁점은 이하 다음 항목이다. 조사에의 과도한 의존을 개선하여 증거수집 절차를 적정화, 다양화 하기위한 방책으로써는 ① 조사의 녹음·녹화제도, ② 형의감면제도, 협의·합의제도 및 형사 면책제도, ③ 통신,

2) 특별부회의의사록에 관하여는 http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi035000012.html의 참조
3) 제1분과회회장은 井上正仁위원, 제2작업분과회회장은 川端博위원이 선출되었다.

회화 감청 등, ④ 피의자·피고인의 신병구속의 방식, ⑤ 변호인에 의한 원조의 충실화가 거론되었다. 또한 진술 조서에의 과도한 의존을 개선하여 보다 충실한 공판심의를 실현하기 위한 방책으로써는, ⑥ 증거개시 제도, ⑦ 범죄피해자 등 및 증인을 지원, 보호하기 위한 방책의 확충, ⑧ 공판전에 현출된 증거가 진정한 것이라는 점을 담보하기위한 방책 등(사법의 기능을 방해하는 행위에 대한 대처), ⑨ 자백사건을 간이 신속하게 처리하기위한 절차의 방식 등이 거론되었다.

이후 2개의 작업 분과회는 각각 10회의 회의에서 분담된 논점에 관하여 전문가의 시야에서 정리된 논의를 거듭하여 각 회의가 종료됨과 동시에 특별부회의 논의과정에 전달되고 특별부회원과의 정보공유가 이루어졌다. 특별부회도 병행하여 약 20회 회의부터 제 22회의가 개최되어 특별 부회와 2개의 작업부회가 주고받는 형태로 논의를 심화해 갔다. 그리고 제 23회 회의(2014. 2. 14.)에서 <작업분과에서 검토결과(제도 설계에 관한 기본)가 제안되어(자료 64), 제 25회까지의 3회에 걸친 최종적인 정리를 마감하는 논의가 이루어 졌다. 그리고 제 26회 회의에서 최종적인 정리를 향한 한 개의 안으로써 <사무 당국 시안>을 만들고(자료 65), 제 28회 회의에서는 <사무당국안>의 개정판이 배포되어(자료 66) 논의 되었다. 나아가 제 28회 회의에서 법제심의회의 총회에 의한 답신안을 염두해 두고 작성한 <최종정리안>(자료 69)이 제출, 심의되었고, 제 30회 회의에서 자료 69를 개정한 <새로운 형사사법제도의 구축에 관한 조사 심의회의 결과안(개정판)(자료 70)이 심의 되어 부회전원 일치로 승인되었다. 그 결과 자문 92호에 대해서는 자료 70을 가지고 특별부회의 의견으로써 2014년 가을에 예정된 법제심의회 총회에 보고할 것을 부회장에게 일임하였다.

그 후 2014. 9. 18. 법제심의회의 총회에서 本田부회장으로부터 제출된 답신안이 총회에서 정식으로 결정되고 총회 후 伊藤慎 법제심의회 회장으로부터 迭島 법무대신에게 개혁안의 요강이 답신되었다.

특별부회는 위원의 수가 많고 각 위원의 견해도 다양하여 당초는 어떻게 될지 걱정되었다. 논의가 활발해지고 기본구상, 기초안, 사무당국시안, 최종정리시안 등의 심의 시에는 매 회 중요한 수정이 이루어졌다. 그러나 특별부회 설치로부터 3년여에 걸쳐 국내외의 관계기간의 실정시찰, 관계자의 청문, 30회의 특별부회에의 2개의 작업분과 각10회 (제 20회)회의 등을 통하여 특별부회 위원이 공유할 수 있는 범위에서 일본의 형사사법을 전진시켜가는 진집한 자세로 끈질기게 심의에 임한 결과 전원일치로 정리안을 만들 수 있었다고 생각한다.

Ⅲ. 특별부회의 최종적인 정리(답신안)의 내용

자문 92호에 대한 최종적인 정리 (특별부회의 답신안은 총회에서 그 내용이 그대로 승인되었으므로 이하에서는 '답신'이라고 한다.)의 특색은 통상은 단순히 법정비를 행한 제도를 요강(골자)만을 표시하지만 답신안은 이에 더하여 새로운 형사사법제도의 존재방식이나 검토지침이 되는 이념 또는 법정비를 행하기로 한 제도에 관한 중요한 생각이나 확인적인 사항 그리고 향후 과제로써 위치 지워지는 사안 등에 관해서도 병기하였다.(제 29회 회의의사록 2항) 이것은 자문 92호의 내용이 국민의 생활에도 영향을 주는 형사사법 전체의 방식에까지 미치기 때문에 답신안의 내용에 관하여 법률전문가 만이 아닌 국민에게 이해하기 쉽게 설명서와 같은 것이 필요하다고 생각되었기 때문이다. 이하에서 답신안의 내용은 4항목에 대하여 간단히 소개하도록 하겠다. 답신안에서는 9항목이 검토대상이었지만 Ⅱ에서 소개한 (4)와 (8)에 관하여는 구체적인 제안을 하기에 이르지 못하였다.

1. 조사의 녹음·녹화제도

조사의 녹음·녹화제도의 도입은 9 항목 중에서도 매우 중요한 것이다.

⑴ 녹음·녹화한 기록매체의 증거조사 청구의무, 녹음·녹화의무

가. 검찰관은 녹음·녹화제도의 대상사건의 공판에서 조사 시 작성된 피의자의 진술 조서 등의 임의성이 다투어지는 경우에 당해조서 등이 작성된 조사 등의 전 과정의 녹음·녹화 기록의 증거조사를 청구 하지 않으면 안된다.(요강 1)

나. 검찰관이 녹음·녹화 기록의 증거조사 의무를 다하지 않은 경우 재판소는 검찰관의 증거조사 청구를 각하하지 않으면 안된다.(요강 2)

⑵ 녹음·녹화제도의 대상사건, 범위

녹음·녹화가 의무 지워지는 대상사건은 재판원 대상사건과 검찰관 독자수사 사건이고, 수사기관은 이들 대상사건에서 신병이 구속된 피의자를 조사하는 경우에는 원칙적으로 조사의 전 과정을 녹음·녹화하지 않으면 안된다.(요강 1)

⑶ 녹음·녹화의 대상사건 예외

녹음·녹화의무의 예외는 다음과 같다.(요강 5)

① 기기의 고장 기타 어쩔 수 없는 사정에 의해 기록하는 것이 곤란한 경우

② 피의자가 기록을 거절한 경우 기타 피의자의 언동에 의해 기록을 한다면 피의자가 충분히 진술할 수 없는 경우

③ 연령 이외 범죄의 성질, 관계자의 언동, 피의자가 그 구성원인 단체의 성격 기타 사정에 비추어 피의자 진술 및 그 상황이 분명해진 경우에는 피의자 혹은 그 친족의 신체 혹은 재산에 가해를 하거나 또는 이들을 외포시키거나 혹은 권혹시킬 행위가 이루어질 우려가 있어, 기록한다면 피의자가 충분히 진술을 할 수 없는 경우

④ 당해사건이 지정폭력단의 구성원에 관한 것인 경우

⑷ 실시상황의 검토 의무 (수정 조항)

시행 후 일정 기간 경과 후에 녹음·녹화의 실시 상황에 관하여 필요하다고 인정될 때에는 그 결과에 기해 소정의 조치를 강구하는 취지의 수정규정을 두는 것으로 하였다.(요강 2)

⑸ 약간의 검토

녹음·녹화제도의 기본적인 골격에 관하여는 당초부터 위원들 사이에 크게 견해가 나뉘어져 있었지만 기본구상에 있어서 <녹음·녹화의 유용성을 활용하는 관점에서는 정책적으로 가능한 한 넓은 범위에서 녹음·녹화가 실시되도록 한다.>와 함께 <한편으로 녹음·녹화에 실시에 의해 조사나 수사 등에 커다란 지장이 생기지 않도록 제도 설계를 할 필요가 있다.>라고 하였다. 이러한 2개의 요청을 동시에 충족할 수 있는 안으로써 2개 안을 축으로 논의가 이루어져 왔다. 제 1안은 일정한 예외사유를 정하면서 원칙적으로 피의자 조사의 전과정에 관하여 녹음·녹화를 의무지우는 안이고, 제 2안은 피의자 조사의 일정한 경우에 관하여 녹음·녹화를 의무지우는 안이였다. 제 2안의 관해서는 녹음·녹화를 할 것인지에 관해 수사기관의 재량을 인정함으로써 재량 행사를 자의적으로 행사하게 되면 가시화의 취지가 실현되지 않을 수 있다는 강한 비판이 있었다. 답신안은 제 1안을 기본으로 전개되었다.

다음으로 답신은 원칙적으로 대상사건에 관해서는 전과정의 녹음·녹화를 의무지우지만 대상이 재판원재판 대상사건과 검찰독자 수사사건으로 한정되어 양 사건의 수는 전 사건의 2%~3%로 너무 적은 반면, 전사건을 하는 것은 무리라고 하더라도

검찰관이 조사를 하는 사건에 관해서만 녹음·녹화의 대상으로 하는 것에 대해서는 비판이 있었다. 답신의 생각으로써는 조사의 녹음·녹화를 의무화하는 법제화는 처음이어서 신중해야하고 조사의 적정화가 의무 시 되거나 자백의 임의성이 다투어질 가능성이 높은 사건에 관하여 녹음·녹화의 의무화를 실현해야 되는 것이었다. 재판원재판 대상사건에 관해서는 이미 시행하고 있어서 원활한 실시가 예상된다는 판단도 있었다. 현실적으로 자백의 임의성이 다투어 지는 사건은 그리 많지는 않고[4] 전 사건에 대해 실시한다면 수사관의 부담, 기계의 구입이나 실시장소의 설치, 수사관의 증언의 필요성 등을 고려하여 비용 대 효과의 관점에서도 전사건에서의 녹음·녹화 의무화는 현실적으로 어렵다는 것이었다.

검찰관 독자 수사사건을 대상으로 한 이유를 부언하면 검찰관 독자수사사건에서는 피의자의 조사를 오로지 검찰관이 하고 다른 수사기관에 의한 조사를 받을 기회가 없다고 하는 즉, 다른 수사기관의 체크를 받지 않는다고 하는 성질을 가지고 있기 때문이다. 한편, 검찰관의 조사는 모두 녹음·녹화의 대상으로 해야 한다는 안에 대해서, 피의자의 조사에 관하여 검찰관과 사법경찰과의 권한의 면에서도, 증거능력의 면에서도 동일한 취급을 하고 있는 형소법의 기본적 구상과 정면으로 모순된다고 하는 문제가 있음에 대해 검찰관 독자 수사사건이라면 사건의 죄명이나 법정형의 경중을 묻지 않고 모든 범죄가 녹음·녹화의 대상으로 된다는 것이다.

한편, 수사실무는 녹음·녹화의 대상을 운용상 상당히 확대하는 방침을 가지고 있다. 즉, 최고검찰청은 종래 녹음·녹화의 시행 대상으로서, 재판원재판 대상사건 등 4가지 유형의 사건에 관하여 시범실시를 종료하고 본격실시하기로 하였다. 종래는 시범대상이 아니었던 사건에 관해서도 피의자에 관하여 공판 청구가 예상되는 신병사건으로 피의자의 진술이 입증 상 중요한 경우, 피의자의 조사상황을 둘러싸고 다툼이 생길 가능성이 있는 등 필요하다고 생각되는 사건의 조사를 녹음·녹화의 대상으로 하였다. 나아가서 피해자, 참고인에 관해서도 공판 청구가 예상되는 사건으로 피해자, 참고인의 진술이 입증의 결정적인 자료로 예상되는 등의 경우에는 녹음·녹화의 대상으로 하였다.[5] 최근 실무에서는 조사상황의 입증을 위하여 최적의

4) 법무성의 「조사에 관한 국내조사결과보고」에 의하면 평성22년 6월부터 평성23년 5월까지의 1년간 제1심판결이 있었던 모든 구속사건 중 공판에서 자백의 임의성이 다투어졌던 사건은 190건이라고 한다. 또한 자백의 임의성이 다투어진 비율이 비교적 높다고 하는 재판원재판 대상사건의 평성 24년도 시행대상의 구속사건 수 4051건 중 공판에서 자백의 임의성이 다투어진 것은 58건이고 1.4%이었다. 또한 검찰관 독자수사사건의 구속사건 수 136에서 임의성이 다투어진 사건은 4건(2.9%)이다. 상기 2유형의 사건 이외의 사건에서의 임의성이 다투어진 비율은 매우 작다고 한다.

5) 최고검은 종래 재판원재판대상, 검찰독자수사사건 등 4유형의 사건에 대하여 조사의 녹음·녹화의

증거는 조사를 녹음·녹화한 기록매체라고 인식하기 때문에 필요한 녹음·녹화를 행하지 않는 경우에는 최적증거가 공판정에 현출될 수 없게 되어 진술의 임의성, 신용성의 다툼이 생기는 경우에 정확한 입증이 불가능하게 될 위험을 부담하기 때문에 검찰로서는 녹음·녹화의 대상사건이 상당히 많을 것으로 추측하고 있다.[6] 새로운 제도를 도입함에 있어서 대립하는 이익이 충돌하는 경우에는 대립하는 이익을 균형있게 실현하고 확실한 법 운영이 예상되는 제도를 창설하여 그 후 제도의 운영을 검증하고 필요가 있는 때에는 적당히 개정을 해가는 것이 착실한 방향이고 답신안에 있는 수정규정도 이를 위해 마련한 것이다.

2. 수사·공판 협력형 협의·합의제도 및 형사면책 제도의 도입

조사 및 진술 조서에의 과도한 의존을 수정하여 증거 수집수단을 다양화하는 제도로서 특별부회는 형의 감면제도, 수사·공판 협력형 협의·합의제도(이하 협의·합의제도라고도 한다.) 그리고 형사면책제도를 논의하였다. 이중에 형의 감면제도는 자기 또는 타인의 범죄 실행을 분명히 하기위하여 중요한 협력을 한 경우에 형이 감면될 수 있는 취지의 실체법상 규정을 둠에 따라서 피의자에게 자발적인 진술의

시행을 하여왔지만 진술의 임의성, 신용성의 판단에 기여하는 등 적정한 재판을 실현함에 있어서 대체로 상응한 결과를 내고 있다는 점을 토대로 2014년 10월부터 녹음·녹화의 범위를 확대하는 방침을 결정하고 실시를 하고 있다. 새로운 조치의 1)은 4유형의 사건의 조사의 녹음·녹화의 시행을 독려하고 본격적으로 실시로 이행한다. 2)는 시행대상 사건의 확대로서 ①피의자에 관해서는 공판청구가 예상되는 구속사건으로 사안의 내용이나 증거 관계 등에 비추어 피의자의 진술이 입증에 있어서 중요한 것, 증거관계나 진술상황을 둘러싸고 다툼이 생길 가능성이 있는 것 등 조사의 녹음·녹화가 필요하다고 생각되는 사건 및 ② 피의자, 참고인에 관하여는 공판 청구가 예상되는 사건으로 피해자, 참고인의 진술이 입증의 중심이 되는 것이 예상되는 등 사정에서 그들 녹음·녹화가 필요하다고 생각되는 사건이다. 2)의 새로운 시행은 조사상황의 입증을 위한 최량의 증거는 조사를 녹음·녹화한 기록 매체라는 최근 실무의 공통인식을 토대로 사안에 따른 조사의 전 과정을 녹음·녹화를 포함하여 다양한 녹음·녹화를 시도하는 것이라고 말한다. 구체적으로는 피의자가 당초 부인하고 있는 경우, 나중에 공판정에서 다툴 가능성이 있는 경우 등도 시행대상이라고 생각할 수 있기 때문에 시행대상 해당 사건은 상당수에 이를 것으로 추측되고 있다. (上野위원발언, 제28회 회의록3~4항, 또한 자료68의 별첨 1, 2 참조)

6) 今崎幸彦위원에 의하면 현재 재판원재판에 있어서 진술의 임의성 입증에는 원칙적으로 조사의 녹음·녹화 매체가 이용되고 있는 점, 또한 임의성 입증을 위하여 최적인 증거가 조사의 녹음·녹화 매체라는 점에 관하여는 대체적으로 공통인식이라고 말하고 있다. 그리고 증거구조상 피의자의 진술이 열쇠가 되는 사건에 있어서 임의성이 다투어진 경우에는 최량 증거인 녹음·녹화 매체를 중심으로 한 증거 조사가 이루어지고 있다고 추측한다. 매체가 없는 경우에는 그 조사에서 얻어진 진술의 증거능력에 관하여, 증거 조사를 청구한 검찰 측에 현재보다 중한 입증상의 책임이 부과되는 것으로 운영되고 있다고 예측된다. 이점은 녹음·녹화 의무가 과해지지 않은 사건에 관해서도 검찰측은 입증상 커다란 리스크를 부담할 것이라고 한다. (제25회 회의에서의 발언) 경청할 가치가 있는 발언이다. 그리고 검찰 측도 이점에 관하여 거의 공통의 인식을 가지고 입증상의 리스크와 기록매체 작성의 필요성, 유용성을 신중히 받아들이고 있다고 생각한다. (上野위원의 발언 제6회 회의의사록 31항)

동기부여를 하는 제도이지만 요강(골자)의 단계에서 이 항목은 제외되었다. 또한 협의·합의제도는 검찰관이 변호인과의 사이에서 피의자에 있어서 타인의 범죄사실을 분명히 하기위하여 협력을 하는 대가로 검찰관의 재량 범위 내에서 처분 또는 양형상 은전을 부여하는 것에 관한 합의제도이다. (기본구상 11항) 협의·합의제도에는 자기면책형과 수사·공판 협력형이 있고 당초에는 양자에 대해 논의가 이루어졌지만 기본구상에서는 타인의 범죄사실을 분명히 하는 수사·공판의 협력형만이 논의의 대상으로 되었다. 이하에서는 답신의 내용이 된 수사·공판 협력 합의제도와 형사면책 제도에 관하여 논술한다. 협의·합의 제도와 형사 면책제도는 구미의 사법거래제도를 도입한 것이라고도 하지만 양자는 공통하는 점도 있는 반면 다른 점도 많다.

(1) 협의·합의제도

① 협의·합의의 절차

검찰관은 피의자·피고인이 제 3자서 범죄사실을 분명히 하기위해 사실진술 기타 행위를 하는 경우에는 그 대가로써 피의 사건에 관해 불기소처분, 특정의 구형 등을 하는 취지의 합의를 할 수 있다.(요강 1) 합의를 위한 협의는 원칙적으로 검찰관과 피의자·피고인 및 변호인의 동의가 있어야 한다.(요강 5) 협의·합의의 대상범죄는 특정범죄(일정한 재정경제 관계 범죄 및 약물 총기범죄)이다.(요강 2) 또한, 송치사건 등의 피의자와의 협의를 하는 경우 검찰관은 사전에 사법경찰원과 협의하여야 하고 협의에 있어서 필요한 행위를 사법경찰관에게 하게할 수 있다.(요강 7, 8)

우선 합의의 전제로 되는 피의자·피고인의 진술은 진실한 진술이어야 한다.

제 3자의 범죄사실을 분명히 하기위해 진실한 진술 기타 행위를 하는 대가로 관대한 처분이 약속되는 것이다. 원래 협의에 응할 것인지 여부는 피의자·피고인의 자유로운 의사결정에 맡겨져 있기 때문에 수사기관의 의향에 따르는 듯한 진술을 하도록 강제하는 것은 아니고 한편으로 수사기관에 대하여 허위의 진술을 하거나 위조·변조의 증거를 제출할 때에는 5년 이하의 징역에 처한다.(요강 5) 또한, 대상범죄를 특정범죄에 한정한 것은 기업범죄나 경제범죄 등 조직적 범죄 등의 관하여는 협의·합의 제도가 유효한 수사방법이 될 수 있는 한편 생명신체범에 관해서는 진실에 합당한 형벌을 요구하는 피해자의 감정을 배려하여 제외하고 있다.

② 합의에 관한 공판 절차의 특칙

피고사건에 관한 합의가 있는 때 또는 합의에 기하여 얻은 증거가 타인의 형사사건의 증거가 될 때에는 검찰관은 합의에 관한 서면의 조사를 청구하여야 한다. 그 후 당사자가 합의로부터 이탈한 때에는 이탈서면도 그러한다.(요강 2)

③ 합의 위반의 처리

합의의 당사자는 상대방 당사자가 합의에 위반한 때 기타 일정한 경우에는 합의로부터 이탈할 수 있다.(요강 3 - 1) 또한 검찰관이 합의에 위반하여 공소권을 행사한 때에는 재판소는 판결로 당해공소를 기각하여야 한다. 나아가 검찰관이 합의에 위반한 때에는 협의로 얻은 피의자·피고인의 진술 및 합의로 얻은 증거는 원칙적으로 증거 능력이 인정되지 않는다.(요강 3 - 2, 3)

④ 합의가 성립하지 않는 경우의 증거 제한

합의가 불성립한 경우 피의자·피고인이 협의에서 한 제 3자의 범죄사실을 명확히 하기위한 진술은 원칙적으로 증거로 할 수 없다.(요강 4)

⑤ 위의 나, 다, 라는 그다지 특별부회에서도 이론이 없었다. 라.에 관해서는 자유로운 협의의 장을 보장하는 것이 필요하지만 그를 위해서는 합의가 성립하지 않았던 경우에 피의자·피고인이 협의 시에 제 3자의 범죄사실을 분명히 하였다고 하더라도 그 진술을 증거로 하는 것을 인정해서는 안심하고 협의를 할 수 없게되기 때문이다.

⑵ 형사면책제도

형사면책이라 함은 공범 등의 일부의 자에 관하여 형사책임을 묻지 않기로 하는(면책의 부여), 자기부죄거부특권을 상실케하여 진술을 강제하고 그 진술을 다른 자의 유죄 입증에 증거로 삼는 제도이다. 답신에 의하면 검찰관은 증인의 자기부죄 진술과 파생증거를 원칙적으로 증인에게 불이익한 증거로 할 수 없는 점, 그 경우 증인은 자기부죄진술을 거부할 수 없는 점을 조건으로 증인신문을 청구하고 이에 대하여 재판관은 자기부죄의 진술이 포함되지 않는다고 분명히 인정되는 경우를 제외하고 면책 결정을 한다.(요강 1 - 1, 2) 또한 증인신문개시 후에도 같은 조건 하에서 면책결정이 가능하다.(요강 2 - 2)

형사면책 제도의 제안취지는 충실한 공판심리를 실현 가능하게 하기위하여 유효한 제도라고 생각하는 점과 진술증거의 수집방법을 다양화, 적정화 한다는 관점에서 제 1회의 공판 기일 전의 증인 신문에서도 형사면책 제도가 유효하게 활용될 수 있도록 현행법의 증인신문 청구(형소법 226조)의 요건을 확충하는 것이다. 증인, 참고인의 진술을 점점 얻기 어렵게 되는 최근에 실체적 진실 해명이 곤란한 공범사건에서 역할이 적은(소추가치도 적은) 공범자에게 형사면책을 부여하여 진술을 강제하고 그 진술을 역할이 많은 공범자의 증거로 삼는 것은 합리적인 제도라고 할 수 있다. 원래 자기부죄거부특권은 부죄를 받을 우려가 있는 자에게 의무지워 얻은 진술을 진술자에게 불이익한 증거로 이용하는 것을 금지하는 법리이기 때문에 어떤 자에게 증거를 의무지워 그것을 다른 사람의 유죄입증에 이용하는 경우에는 자기부죄거부특권의 위반 문제는 일어나지 않는 것이다.[7] 또한, 형사면책의 범위를 사용면책(당해진술과 그것에 유래하는 증거의 이용금지)으로 하고 있는 점도 타당하다. 형사면책은 자기부죄거부특권의 보호 범위와 같은 범위에서 부여할 필요가 있고, 사용면책은 자기부죄거부특권 범리의 당연한 귀결이기 때문이다.[8](형사 면책사건 전체의 형사면책을 인정하는 것은 널리 부당하다)

그런데 형사면책에 관해서도 이것이 제 3자를 끌어들일 위험이 있다는 비판이 있었다. 그러나 형사면책을 부여한 경우에 증인은 진실을 말하면 그 진술이 자기에게 불이익한 증거로 사용되지 않음에 대해 거짓을 말하면 위증죄로 처벌되기 때문에 증인이 검찰관과 거래를 하여 감히 허위의 진술을 하여 제 3자를 끌어들인다고 하는 사태는 제도상 생각하기 어렵다.[9]

3. 통신 감청의 합리화, 효율화

통신 감청의 합리화, 효율화는 <조사 및 진술조서에의 과도한 의존을 개선하여 다양한 증거 수집 수단을 확립한다.>는 일환으로써 위치지워지고 있다. 답신의 주된 내용은 ① 대상범죄의 확대와 새롭게 추가된 대상 범죄의 통신감청의 요건을 엄격화한 점(요강 1 -1, 2) 그리고 ② 특정장치를 이용한 감청의 도입(요강 2 - 1, 2, 3, 4) 그리고 ③ 통신사업자의 시설에 있어서 통신내용의 일시적인 기록을 수반

7) 渥美東洋「いわゆる外國での囑託審問調書に關する法律問題」研修468号7項, 三井誠ほか編「刑事手續(上)」250項, 椎橋隆幸「刑事訴訟法の理論的展開」162-163項を參照.
8) 渥美·同前9-10, 椎橋·同前171 項以下參照.
9) 宇川春彦「供述證據の收集を容易にするための手段」 法律時報86券10号28項參照

하는 감청의 도입(요강 3-1, 3)의 3가지 점이다. 이중에 ①, ②를 논하기로 한다.

(1) 대상범죄의 확대와 요건의 엄격화

① 대상범죄의 확대

현행법의 통신감청대상의 범죄는 통신감청이라는 수사방법에 의하지 않으면 사안의 해명이 현저히 곤란한 조직범죄로 한정된다는 것을 명확히 하는 의미에서 ①약물관련범죄, ②총기관련범죄, ③집단밀항에 관한 죄 그리고 ④조직적인 살인의 네가지 유형에 한정하였다. (통신감청법 3조 1항 별표) 또한 대상범죄가 너무 한정되어 있을 뿐 아니라 통신감청을 실시하는 요건이 매우 엄격한 점 나아가서는 운용상 감청의 실시 장소가 한정되어 있어서 통신감청을 효율화, 합리화해야 한다는 주장이 강해왔다. 통신감청의 실시건수도 2013년도 64건이 실시되었는데 타국(영미 약 3400건(일본의 50배), 이탈리아 약12만7천건(약2000배), 독일 약 2만4천건(375배), 호주 약4200건(66배)에 비교하면 압도적으로 적은 수치이다.[10] 한편 통신감청이 위법하게 이루어졌다고 문제된 사례는 보고되지 않고 있다. 이러한 사정이 통신감청을 합리화, 효율화하는 입법으로서 설득력 있게 주장되어 온 것이다.

답신에서는 대상범죄는 ①인명에 관한 중대한 범죄이고 현주건조물 방화, 살인, 상해, 상해치사, 폭발물사용, 또한 ②인명에 관한 중대한 범죄이고 조직적으로 행해지는 체포, 감금, 약취, 유괴, 나아가 ③외국인 단체 등에 의한 조직절도의 사안이 끊이지 않아 절도, 강도, 강도치사가 거론되고 또한 ④피해아동에게 중대한 영향을 미치는 불특정다수의 자에 대한 아동포르노의 제공 등이 대상범죄로서 추가되었다.(요강 1-1, 별표 제2)

② 요건의 엄격화

한편 새롭게 추가된 대상범죄에 관하여는 소위 조직성의 요건이 부가되었다. 즉 1) 새로운 대상범죄에 관하여는 '사람의 결합체'에 의해 행하여진 것이라는 점, 2) 그러한 사람의 결합체가 '역할의 분담에 의해' 행동하는 사람에 의해 구성된 것이라는 점, 3) 그 역할이 '사전에 정해진 것'이라는 점에 관하여, 4) 각각 '의심할만한 족한 사정'이 있는 점이 요건으로 되어있다.(요강 1-2, 3)

10) 平成26年度警察白書 36~37項 등을 참조.

(2) 특정장치를 이용한 감청의 도입

현행법상 통신감청은 통신사업자의 시설에 있어서 통신사업자의 입회하에 실시간으로 이루어진다. 통신사업자는 감청을 위해 기계의 접속 기타 필요한 협력이 요구된다. 수사기관은 감청할 수 있는 한정된 시설로 나가야할 부담, 통신사업자는 입회 등 감청에 수반하는 여러 가지 협력하여야 할 부담이 모두 과중하다고 지적되어 왔다. 답신은 특정장치를 이용한 점에서 입회(통신감청법 12조), 기록매체의 봉인(20조), 기록매체의 재판관에의 제출(21조)을 요구하지 않고, 동시에 통신내용의 청취 등을 실시간으로 행하는 방법과 사후적으로 행하는 방법에 의한 감청을 가능하도록 하였다.(요강 2-1) 특정장치라는 것은 감청한 통신이나 감청의 경과를 자동적으로 기록하고 이것을 즉시 암호화하는 기능을 갖는 장치이다. 이러한 특정장치를 이용한 감청은 현행법이 입회나 봉인 등을 요구한 근거의 기초를 없애는 것이고 또한 이러한 장치의 사용에 의해 수사기관과 통신사업자의 부담은 경감하게 된다.

통신감청의 대상범죄의 확대에 의해 예를 들면 고령자가 피해자가 되는 경우가 많고 피해건수나 금액도 증가하고 있는 예금사기의 사안해명에 있어서 종래 수사절차로는 말단부하직원밖에 검거할 수 없었지만 향후에는 조직 내의 보다 상위의 죄자에게로 치고 올라가 수사할 가능성이 높게 되었다. 또한 유괴, 인신매매, 아동포르노 등의 제공, 제조 등에 대한 통신감청에 의해 어린이, 여성을 보호할 가능성이 높아가고, 또한 국제적 요청에 응하는 것도 가능하게 된다. 통신감청에 의해 사안의 해명을 위한 중요한 증거를 수집, 보전할 수 있게 되면 전체로서 조사에 과도하게 의존하는 비율은 줄어들 것으로 추측된다. 또한 대화의 감청은 답신에는 넣지 않았다. 향후 과제이다.

4. 변호인에 의한 원조의 충실화

수사단계에서 변호인에 의한 원조가 중요하다는 점에 관해서는 특별부회에서도 이론은 없었다. 피의자에게 자력이 없어서 수사단계에서 변호인의 조력을 얻을 수 없는 것은 불합리하다. 답신은 현재는 필요적 변호사건으로 구류된 것에 한정되어 있는 피의자 국선변호의 대상을 모든 구류사건으로 확대하였다. 즉「사형 또는 무기 혹은 장기3년을 넘는 징역 혹은 금고에 해당하는 사건에 관하여 피의자에게 구류장이 발부된 경우」(형소법 37조 2 제1항)부터「피의자에 대하여 구류장이 발부된 경우」로 확대되었다.(요강 5) 피의자 국선변호의 전체 구류사건에로 확충은 이

론적인 면에서 이론이 없었지만 공적인 예산 부담의 합리성에 관해서는 의견이 나뉘어졌다. 즉 피의자 국선변호사건 수가 크게 늘어나지 않았음에도 불구하고 공적 부담의 금액이 매년 증가하고 있는 등의 제반사건을 감안하면 제도의 마련에 있어서는 피의자 국선변호 보수 기준의 수정이나 고정급인 상근변호사의 적극적 활용이라고 하는 예산부담의 총액을 줄이는 방법도 마련해야한다는 의견이 유력하게 제시되었다.(특별부회 24회 의사록 13항) 거기서 답신은 부대사항으로써 법정비에 있어서는 「아울러 피의자 국선변호제도에 있어서 예산지출의 합리성, 적정성을 보다 담보하기위한 조치가 강구될 필요가 있다」라는 취지가 포함되었다. 또한 답신은 변호인의 선임에 관한 사항의 통지 확충도 포함되어있다.(요강 5)

5. 증거개시의 확충

2004년의 형사소송법 일부 개정에 의해 공판 전 정리절차가 창설되었다. 공판 전 정리절차의 목적은 사건의 쟁점과 증거를 정리하여 충실한 심리를 계속적, 계획적, 신속하게 행하는 것이다.(318조의 2) 그리고 충실하고 신속한 공판심리의 전제가 되는 공판 전 정리절차에 있어서 쟁점 증거의 정리와 명확한 심리계획의 책정을 위해서는 당사자에 의한 증거개시가 필수적인 요소가 된다. 개정 형소법에 의한 증거개시는 대폭적으로 확충되었지만 그것은 쟁점 증거의 정리를 위하는 것임과 동시에 피고인의 방어의 준비를 위한 것도 된다. 양자의 기능, 범위는 완전히 중첩된 것은 아니지만 상당부분에 있어서 공통하고 있다. 형소법에 의한 증거개시의 방식은 이하와 같다. 1) 검찰관 청구증거의 개시(316조의 14), 2) 일정한 유형증거의 개시(316조의 15), 그리고 3) 쟁점관련 증거의 개시(316조의 20)이다. 이들 증거개시의 방식에 의해 증거개시의 범위는 대폭적으로 확충되고 일반적으로 호의적으로 받아들이고 있다. 이번 답신은 기본적으로는 이러한 흐름의 연장선상에서 개시의 범위를 확충한 것이라고 할 수 있다.

⑴ 증거일람표의 교부제도의 도입

검찰관은 검찰관청구증거의 개시를 한 다음 피고인 또는 변호인으로부터 청구가 있는 때는 지체 없이 검찰관이 보관하는 증거의 일람표를 교부하여야 한다.(요강 1) 또한 증거의 일람표의 기재사항은 증거물에 관하여 품명, 수량, 진술녹취에 관해서는 표목, 작성연월일, 진술자의 성명, 그 이외의 증거서류에 관해서는 표목, 작성연원일, 작성자의 성명이다.(요강 2-1)

일람표의 교부는 현행 유형 증거, 주장관련 증거의 개시청구의 단서를 제공하고 그 개시청구를 원활화, 신속히하기 위한 것이고 검찰관 청구증거의 개시 후라고 하는 빠른 시기에 행하는 것이 그 취지에 적합한 것이다. 또한 검찰관의 재량이나 평가가 개입되지 않고 선별작업의 부담이 과중하게 되지 않도록 하기 위하여 일람표의 기재내용은 답신과 같이 간단한 것으로 하였다. 나아가 개시에 수반하는 폐해와의 균형상 개시하는 계획의 연장선상에서 일람표의 교부도 생각한 것이고 ① 사람의 신체, 재산에 대한 가해행위 또는 외포, 곤혹행위가 이루어질 우려, ②사람의 명예 또는 사회생활의 평온이 현저히 해가되는 우려, ③범죄의 증명 또는 범죄의 수사에 지장이 생길 우려가 있는 경우에는 일람표에 그 사항을 기재하지 않을 수 있도록 하였다.(요강 2-2)

⑵ 공판 전 정리절차의 청구권 부여

답신은 양 당사자에게 공판 전(기일 간) 정리절차의 청구권을 인정하였다. 그러나 이 청구가 인정될지의 여부로 인해 절차의 지연이 생기는 것은 바람직한 것이 아니어서 불복신청은 인정하지 않았다.(요강 6 (1) (1-3))

⑶ 유형증거개시의 대상 확대

유형증거개시의 대상이 확대되었다. 1) 공범자의 신병구속 등이 조사에 관한 조사상황보고서, 2) 검찰관이 유형증거로서 개시할 증거물에 관계하는 압수조서, 영치조서, 3) 검찰관이 유형증거로서 개시해야할 증거물에 관한 압수조서, 영치조서이다.(요강 6 (3) (1-3)) 1)은 공범자의 조사상황은 검찰관 청구의 공범자의 진술녹취서 등의 신용성을 음미하기 위하여 유형적으로 중요하다고 생각되기 때문이고, 2)는 압수조서 등은 증거물과 사건의 관련성을 나타내는 객관적이고 기본적인 자료이고 증거물의 증명력을 판단하는데 유형적인 중요성이 훼손한다고 말할 수 있기 때문이고, 나아가 3)은 유형증거로써 개시되는 증거물에 대해 특정의 검찰관 증거의 증명력을 판단함에 있어서 압수조서가 나란히 개시되는 것이 증거물에 의한 증명력 판단에 도움이 될 수 있기 때문에 일정한 요건(개시의 필요성의 정도, 개시에 의해 생길 수 있는 폐해의 내용, 정도를 고려하여 상당하다고 인정되는 때) 요건 하에서 인정되도록 하는 것이다. (제26회 의사록 (9)항 참조)

Ⅳ. 답신은 자문 92호를 어느 정도 실현할 수 있을까

1. 적정절차의 철저화와 당사자주의의 한층 더 충실화

답신은 자문 92호의 목적이고 시대에 즉응한 새로운 형사사법제도의 구축을 위해 조사 및 진술조사에 과도하게 의존하는 수사·공판의 방식을 개선하는 안으로써 충분한 내용이 되는 것일까? 또한 개선책의 기둥인 피의자의 조사상황에 대한 녹음·녹화 제도의 도입 등은 그 효과를 충분히 발휘할 수 있는 내용으로 되어 있을까?

조사 및 진술조서에 과도하게 의존한 기존의 수사·공판의 방식은 종래 일본의 형사사법의 특징을 표현한 것이다. 정밀 사법이나 조서재판으로 불리워지는 일본의 형사사법의 특징은 수사기관이 철저한 수사, 기소 불기소에 관한 충분한 검토, 사건의 세부까지 진상 해명에 노력하는 신중한 공판심리, 상소심에서 버틸 수 있는 주도면밀한 판결서, 증거조사를 광범위하게 인정하는 항소심 등을 내용으로 한다. 정밀사법의 공과에 관해서는 여러 가지 평가가 있고 신중한 평가를 요하지만 현행 형사사법에 대한 제도의 피로가 생기고 있다는 점은 확실하다. 여기서 정밀사법으로부터 핵심사법으로부터의 변혁을 도모해야한다는 유력한 견해가 주장되고(히라노 박사) 1999년 이래 형사사법제도의 개혁의 흐름 가운데서도 정밀사법으로부터의 탈피가 주장되고, 2009년에 시행된 재판원 재판제도의 창설은 그러한 중요한 성과이었다고 할 수 있다. 재판원 재판은 국민이 재판체의 구성원으로 되어 눈으로 보고 귀로 듣고 이해하는 재판 즉 직접주의, 구두주의에 의한 신속하고 충실한 심리를 행한다고 하는 제1심 공판중심주의를 내용으로 하는 당사자 주의의 형사적인 실현인 것이다. 제1심 공판에서의 신속하고 충실한 재판을 하기 위해서는 사전에 쟁점과 증거가 정리되고 증거개시에 의해 방어준비를 해두는 것이 불가결하고 그를 위한 방책이 공판 전 정리 절차와 증거개시의 확충이라는 형태로 수정이 이루어졌다. 과감하게 말한다면 금회의 답신은 정밀사법, 조서 재판으로부터의 탈피를 향하여 지금까지 실현되어온 제도 이외의 (남은) 부분을 제도화하려고 시도했다고 말할 수 있다. 감히 수사과정의 적정절차화의 철저와 당사자주의 공판의 보다 충실화라고도 말할 수 있다.

2. 녹음·녹화제도 도입의 의의

피의자의 조사 상황의 녹음·녹화제도의 도입은 녹음·녹화하고 있는 것 자체가 조사의 적정화를 담보하는 기능을 다하고 있는 것이고 또한 사후에 자백의 임의성에 다툼이 있는 경우에 조사의 위법, 부당을 객관적으로 판단할 수 있고, 자백의 임의성의 판단에 대한 물타기론을 해소할 수 있는 획기적인 개혁이다.

녹음·녹화의 대상 사건에 관하여는 조사의 전 과정이 녹음·녹화되고 있다. 녹음·녹화의 대상사건은 재판원재판 대상사건과 검찰 독자수사사건에 한정되고 이들은 형사사건 총수의 2~3%에 불과하다는 비판이 있지만 처음 도입하는 제도이기 때문에 제도의 취지에 비추어 적절하게 기능할 것인지 여부를 확인해가면서 수정할 기회를 마련하는 것이 step by step방식의 신중한 조치라고 평가할 수 있을 것이다. 수정조항도 녹음·녹화의 확대가능성을 시사하고 있다. 일방에서 재판원재판사건과 검찰독자수사사건은 임의성이 다투어지는 비율도 높고 다른 한편 많은 대다수의 사건에서는 자백의 임의성이 다투어지지 않고 있다. 임의성이 다투어지고 있지 않은 사건에게까지 녹음·녹화를 의무지우는 것은 적절하다고 생각되지 않는다.

가사 전 사건을 녹음·녹화하여야 한다고 하면 그 작업에 필요한 기기, 설계, 인원, 예산 들을 크게 증액, 증원하지 않으면 안 되기 때문에 현실적이라고 말할 수 없다. 또한 법무, 검찰과 경찰청은 각각 녹음·녹화의 시행범위의 확대를 추진하고 있다. 시행을 하면서 그 결과에 기하여 또 다른 법제화를 도모하고 있는 것은 제도의 창설, 운용을 확실히 하기 위한 불가결한 process이다.

다른 한편 조사 자체가 부정될 이유는 없다. 적정한 절차에 기한 조사는 사안의 진상을 해명(형소법 제1조)을 위해 필요하다. 위법한 조사, 집착에 빠진 조사가 오판에 이른 적은 있었다. 그러나 적정한 조사가 불가능하다면 적절한 형사재판의 실현은 이루어질 수 없다. 당사자주의의 공판에서는 재판관은 검찰관의 주장이 증거에 의해 합리적인 의심을 초월하는 증명이 되었는가를 판단하는 역할을 담당하고 있다. 그 전제로서 수사기관은 적정한 절차에 의한 사건의 진상을 해명하고, 검찰관은 일방당사자로서 주장과 증거를 재판소에 제출하지 않으면 안 되는 책무를 가지고 있다. 수사·공판에 있어서 조사와 진술증거는 사안해명을 위해 더욱 중요한 역할을 담당하고 있다. 조사와 진술조서에의 과도한 의존이 고쳐지지 않으면 안 되지만 적정한 조사는 한층 필요하다. 녹음·녹화 의무의 예외 사항은 적정한 조사가 이루어지지 있기 위한 경우를 부족함이 없이 규정될 필요가 있다. 과부족함이 없는 예외규정으로 되고 있는 가의 실증은 향후 운영에 맡겨져 있는 부분도 적지 않다.

3. 방어권의 충실화

변호인에 의한 원조의 충실화 대책으로서 피해자 국선변호인 대상을 모든 부류 사건으로 확대하는 것도 수사절차의 적정화에 기여할 것이다. 수사의 초기단계에서부터 변호인의 조력은 필요하고 자력의 유무에서 변호인의 원조가 차이가 나는 것은 합리적, 공정하다고도 할 수 없다.

특히 신체 구속되어 있는 피의자의 변호는 필요하고 동시에 중요하기 때문에 답신은 타당하다고 말할 수 있다. 더욱 체포단계에서의 변호인의 원조의 필요성은 일반론으로서는 긍정할 수 있지만, 국선변호의 체계 중에서는 자력 요건의 심사가 체포의 시점에서는 곤란하지 아닐까라는 과제가 있고 연기되었다. 또한 변호인의 선임이 원활하게 진행되도록 변호인 선임에 대한 사항에 대한 고지를 확대한 것도 적정절차화의 철저, 피의자의 방어권의 보장이라고 하는 관점에서부터 평가되어야 한다.

일람표의 교부는 유형증거 개시대상의 확대 등 증거개시의 좀 더 확충이 공판에의 준비활동을 원활하게 행하는 것을 가능하게 하는 것이어서 신속하고도 충실한 공판의 실현이라고 하는 당사자주의의 이념을 보다 실질화하는 것으로서 평가될 수 있다.

4. 협의·합의제도, 형사면책, 통신감청

이들 제도는 수사기관에게 새로운 무기를 제공한 것이라고도 말할 수 있다. 그러나 일본에서는 이러한 종류의 수사방법이 종래 그다지 인정되지 않았다. 이점이 조사 등에 과도하게 의존한 수사·공판의 방식으로 이어졌다고도 말할 수 있다. 협의·합의제도는 피의자에게 제3자에게는 불이익하지만 진실한 진술을 하여 제3자의 수사·공판에 협력한 대가로 관대한 처분 등을 약속하는 것이다. 피의자·피고인의 자유로운 의사로부터 협력을 받은 것이고 추급적인 조사에 의한 것은 아니다. 거짓의 진술증거 등을 제출하면 처벌되기 때문에 오판에 이를 가능성은 이론상 생각하기 어렵다. 무엇보다도 협의·합의의 과정에서는 변호인이 개입되어있다. 또한 합의서면은 증거 개시된다. 나아가 제3자는 피의자의 진술에 관하여 법정에서 반대심문에 의해 다툴 수 있다.

통신감청에 관하여는 현행 통신감청 대상 범죄에 추가하여, 예금사기 등 다른 수사방법으로는 해명이 곤란한 사안이 상당수 존재한다는 점, 반면 이러한 십수년

의 통신감청의 실정을 보면 감청이 위법하게 이루어졌다고 다툼이 있거나 인정된 사안은 존재하지 않는다. 이점에서 통신감청의 대상 범죄를 확대하는 입법은 가능하다고 해도 좋을 것이다. 답신에 있는 특정장치를 이용한 감청은 작위가 개입할 여지가 현재 방법에 의한 경우보다도 적다고 할 수 있다.

Ⅴ. 결론

전체로서 보면 위법한 조사를 감시, 억제하는 녹음·녹화제도의 도입, 피의자의 방어권을 신장하는 피의자 국선변호의 모든 구류사건에의 확대와 변호인 선임에 대한 사항의 고지의 확충, 공판 활동의 충실화를 촉진하는 증거 개시의 확충, 증거수집활동을 다양화하는 협의·합의제도의 도입, 면책제도 및 통신 감청의 대상의 확대 등 조사 및 진술조서에 과도하게 의존한 기존의 수사·공판의 방식은 상당히 크게 변혁되어 시대에 적응한 새로운 형사사법제도의 구축을 향한 확실한 개정이라고 평가할 수 있는 것은 아닐까.

시이바시 다카유키

녹음 및 녹화, 형사면책, 통신감청, 증거개시, 국선전담변호인

Abstract

On Criminal Justice System for a New Era

Takayuki SHIIBASHI

On May 18, 2011, the Minister of Justice issued consultation no. 92 on the ways to establish substantive and procedural criminal laws, asking the Legislative Council to review investigation and court proceedings that excessively rely on examination and statements and study the system for voice and video recording examination processes on suspects, with an aim of establishing a new criminal justice system suited to the times. In response, the Legislative Council decided to establish the Special Subcommittee on a Criminal Justice System for a New Era. The Special Subcommittee met thirty times and made a draft of a report. The Legislative Council accepted the draft and submitted the report to the Minister of Justice on September 18, 2014.

This article considered several important points of the report such as (1) Introduction of mandatory voice and video recording of examination processes in certain serious crime cases, (2) Collection of testimonial evidence through methods other than examination, (3) Expansion of the category of crimes subject to interceptions of communications, (4) Expansion of disclosure of evidence including check list disclosure, (5) Expansion of the category of crimes qualified for court-appointed attorney to detained suspects.

This article concludes that the report could help to make considerable reform to configure a new criminal justice system for a new era that need not excessively rely on examination and statements.

Takayuki SHIIBASHI

voice and video recording, immunity, interception of communication disclosure of evidence, court-appointed counsel

영상녹화물에 대한 판례의 입장과 비판적 고찰

김 보 현*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 영상녹화제도의 도입 배경과 경과
Ⅲ. 영상녹화조사의 방식 및 수사과정에서의 반응
1. 영상녹화조사의 방식
2. 영상녹화제도에 대한 검사들의 반응
3. 영상녹화제도에 대한 피조사자들의 반응
Ⅵ. 영상녹화물 관련 판례의 태도와 비판적 고찰
1. 판례의 동향
2. 비판적 고찰
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

현재 수사과정에서 영상녹화가 종종 실시되고 있는 바, 수사과정에서의 영상녹화제도의 전반에 관한 사항, 즉 영상녹화제도의 도입배경, 경과, 영상녹화 관련 현행 규정, 영상녹화조사의 방식 및 실태, 영상녹화물에 관한 판례의 태도, 영상녹화제도의 개선방향으로서 영상녹화물을 독립된 증거로 인정할 것인지 여부와 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 것인지 여부에 대하여 검토해 보고자 한다.

* 창원지방검찰청 검사.

Ⅰ. 서론

수사과정에서의 영상녹화제도는 수사과정에서 발생할 수 있는 피의자의 인권 침해를 방지하고, 수사과정을 투명화하여 강압수사 논란을 방지함으로써 수사기관에 대한 국민의 신뢰 확보에 일정 부분 기여하여 왔다고 생각한다.

이하에서는 수사과정에서의 영상녹화제도의 도입 배경, 경과, 현행 규정, 영상녹화조사의 방식 및 실태, 영상녹화물 관련 판례의 태도, 영상녹화제도의 개선 방향에 대하여 논의하고자 한다.

Ⅱ. 영상녹화제도의 도입 배경과 경과

수사과정에서의 영상녹화제도는 2003. 12. 11. 개정된 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(2004. 3. 12. 시행)」에서 성폭력피해자에 대한 수사 및 재판과정에서 이들의 인권이 침해받는 일이 없도록 하기 위하여 수사기관이 성폭력피해자의 진술을 청취할 경우 진술과정을 영상물에 의하여 녹화하게 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선, 보완하기 위한 목적으로 도입되었다.[1)]

이에 검찰은 2004년부터 21세기 정보화, 과학화 시대에 부응하는 새로운 수사패러다임 마련 및 수사과정에서의 투명성 확보를 통한 국민의 신뢰 확보를 목적으로 조사과정의 영상녹화제를 도입하고, 각 검찰청에 지속적으로 다수의 영상녹화실을 설치하였으며, 각 검찰청별로 영상녹화조사 실적을 공지하고, 영사녹화 우수사례를 포상하는 등 영상녹화조사 활성화를 위하여 적극적으로 노력해 오고 있다.

대검찰청은 2006. 6. 20. 일찍부터 시행해 오던「영상녹화 업무처리 지침」[2)]을 몇 차례 수정해오다가 2007. 6. 1. 형사소송법 개정을 통해 피의자 진술의 영상녹

1) 국가법령정보 홈페이지(http://www.law.go.kr)에 게재된 '성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률'의 개정 이유.

2) 「영상녹화 업무처리 지침」은 영상녹화 대상사건, 절차, 영상녹화물 생성 및 관리 등을 규정하고 있는 대검예규로서 2006. 6. 20. 신설 이후 4회 개정되었는 바, 현행 「영상녹화 업무처리 지침」은 제1조(목적), 제2조(검사의 책무), 제3조(영상녹화 대상사건), 제4조(영상녹화장비), 제5조(영상녹화준비), 제6조(피의자에 대한 영상녹화), 제7조(참고인에 대한 영상녹화), 제8조(수사보고서 작성), 제9조(영상녹화물의 생성 등), 제10조(영상녹화시 유의사항), 제11조(영상녹화물 관리 등), 제12조(영상녹화파일 보존), 제12조의2(영상녹화실 및 장비 관리), 제13조(영상녹화물의 증거제출), 제14조(영상녹화물 열람 등), 제15조(영상녹화물 원본의 개봉), 제16조(사법경찰관의 영상녹화에 대한 수사지휘), 제17조(지도점검), 제18조(재검토기한)로 구성되어 있다.

화의 근거 규정을 마련하고, 검사작성 피의자신문조서와 검사 및 사법경찰관 작성의 참고인 조서에 대해 성립의 진정을 인정하는 수단으로 사용할 수 있도록 규정을 신설하였다.

나아가 동 제318조의2제2항에 「피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다」고 하여 재생하여 기억을 환기시키는 경우에도 사용할 수 있도록 규정하였다.

한편 2003. 12. 11. 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」 제21조의2에서 '13세 미만 또는 심신미약 피해자의 진술내용과 조사과정에 대한 영상녹화 규정' 신설함에 따라 이에 대해 증거능력의 요건으로서 성립의 진정에 대한 특례규정을 마련하였다. 나아가 동 법률 제30조에서는 「성폭력 범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.」고 하여 성폭력 피해자의 경우 본 증으로 사용할 것을 염두에 두고 영상녹화물의 작성을 의무화하였다.

Ⅲ. 영상녹화조사의 방식 및 수사과정에서의 반응

1. 영상녹화조사의 방식(조서 작성 여부)

대검찰청의 「영상녹화 업무처리 지침」은 영상녹화조사 활성화를 위하여 조사작성 없이 영상녹화조사를 할 수 있도록 규정하고 있다.

위 지침 제3조(영상녹화 대상사건) 제1항은 「검사는 피의자 또는 참고인(이하 "피의자 등"이라 한다)을 조사함에 있어, 피의자 등의 진술이 공소사실 입증에 반드시 필요하고, 사안의 중대성, 죄질 등을 고려하여 볼 때 진술번복 가능성이 있거나 조서의 진정 성립, 진술의 임의성, 특신 상태 등을 다툴 것으로 예상되면 조서 작성과 병행하여 영상녹화를 실시한다.」고 규정하고 있는 반면 제2항은 「검사는 피의자 등을 조사함에 있어, 다른 증거에 의하여 공소사실 입증이 가능한 경우 또는 불기소 사건의 경우에는 사건의 특성, 조사의 효율성 등을 고려하여 조서 작성

없이 피의자 등의 조사과정을 영상녹화할 수 있다.」고 규정하고 있다.

한편 위 지침 제8조는 「검사는 조서작성과 영상녹화를 병행함에 있어 조서에 기재하지 않은 내용 중 필요한 사항이 있는 경우 또는 조서작성 없이 영상녹화만을 실시한 경우, 수사관으로 하여금 피의자 등의 진술요지를 기재한 별지 서식의 수사보고서(영상녹화 진술 요약)를 작성하게 한다.」고 규정하고 있다.

실제로 검사들에게 배당되는 사건 자체가 적지 아니하고, 배당받는 사건 중 고소사건의 비중도 많은 편인데, 특히 고소사건의 경우 불기소율이 높은 실정이어서 영상녹화조사를 하면서 조서 작성을 병행하는 방식에 못지 않게 수사보고서를 작성하는 방식으로도 영상녹화조사가 많이 활용되고 있다.

2. 영상녹화조사에 대한 검사들의 반응

영상녹화조사에 대하여 검사들은 1)일반 조사를 하는 경우에 비하여 DVD녹화 등에 시간이 소요되고, 2)부인하는 사건의 경우 영상녹화조사의 필요성이나 효용성이 극히 적은 것으로 판단하거나 3)검사 및 수사관의 수사모습 또는 수사과정이 생생하게 녹화되는 것에 대한 반감 및 영상녹화조사 프로그램 사용 등에 대한 거부감 등을 이유로 영상녹화조사에 대하여 소극적인 태도를 보이는 경우가 있다.

이에 반하여 중요 사건, 피의자나 참고인의 진술 번복이 우려되거나 참고인의 진술이 극히 중요한 뇌물 등 금품수수 사건에 있어서는 영상녹화제도가 상당히 유용하다고 생각하고 있고, 실제로도 많이 활용되고 있다.

3. 영상녹화조사에 대한 피조사자들의 반응

영상녹화조사에 대하여 피조사자들의 동의가 필수적인가에 대하여는 대검찰청 「영상녹화 업무처리 지침」에서 피의자와 참고인의 경우에 달리 규정하고 있다.

즉 위 지침 제7조(참고인에 대한 영상녹화) 제1항은 「검사 또는 수사관은 참고인의 동의를 받아 그 조사과정을 영상녹화 할 수 있다. 이 때 검찰사건사무규칙에 규정된 영상녹화 동의서를 작성하여 참고인으로부터 기명날인 또는 서명을 받아야 한다.」고 규정하고 있는 반면, 위 지침 제6조(피의자에 대한 영상녹화)에서는 위와 같은 규정을 두고 있지 아니하고 있다. 따라서 피의자에 대하여는 동의 여부를 불문하고 영상녹화조사를 할 수 있으나 참고인에 대하여는 동의가 있는 경우에 한하여 영상녹화조사를 할 수 있다.

실무상 영상녹화조사에 대하여 피의자는 물론 참고인도 대부분 영상녹화조사에 대하여 특별한 이의나 반감을 제기하지 아니하고 순순히 응하고 있는 실정이다.

Ⅳ. 영상녹화 관련 판례의 태도와 비판

1. 판례의 동향

⑴ 영상녹화물을 독립된 증거로 사용할 수 있는지 여부

영상녹화물을 독립된 증거로 사용할 수 있는지에 대하여는 2007. 6. 1. 형사소송법 개정 전에 일어난 사건과 개정 이후에 일어난 사건에 대하여 모두 판례가 존재하나 판례는 형사소송법 개정 전후를 불문하고 영상녹화물을 독립된 증거로 사용할 수 없다는 입장을 견지하고 있다. 이하에서 각각의 판례를 소개하기로 한다.

○ 서울남부지방법원 2007. 6. 20. 선고 2006고단3255 판결[3)]

「위 각 영상녹화물 중 피고인에 대한 영상녹화 부분은, 이와 같이 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 유죄의 증거로 제출된다면 이는 형사소송법 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고 오기 여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이 같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다고 할 것이다(개정 형사소송법도 제244조 제1항에서 피의자의 진술을 반드시 조서에 기재하도록 하는 현행 규정을 그대로 유지하되 그 아래에서 그 작성방법이 좀더 구체적으로 개정된 것을 감안하면, 제244조의2에서 그 작성절차와 방법이 신설된 피의자의 진술에 대한 영상녹화물은 제312조 제2항에서 규정한 바와 같이 피고인이 공판기일에 검사 작성의 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기

3) 위 사건은 2007. 6. 1. 형사소송법 개정 이전에 기소된 사건으로서 수사 검사는 피의자 또는 참고인을 조사함에 있어서 조서를 작성하지 아니하고 수사보고서를 작성한 후 그 수사보고서와 영상녹화물(DVD)을 법원에 제출하였으나 1심 법원이 위 수사보고서와 영상녹화물(DVD)에 대하여 증거능력이 없다고 판시하면서 증인들의 진술만으로는 공소사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 피고인에게 무죄를 선고하였다. 위 판결에 대하여는 검사가 항소하였는 바, 항소심 판결은 1심 판결과는 달리 증인들의 진술에 비추어 피고인에게 편취혐의가 인정된다고 하여 유죄를 선고하였고, 이에 대하여 피고인이 상고하지 아니하여 유죄판결이 확정되었다.

재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명하기 위한 증거로서만 쓸 수 있을 뿐 피의자신문조서를 갈음하는 독자적인 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 점을 명문화한 것으로 보인다).

(2) 다음으로, 제3자인 공소외 2, 5에 대한 영상녹화 부분은, 피고인이 이를 증거로 사용하는데 동의하지 아니하여 위 진술자들이 모두 이 법정에 증인으로 출석하여 각각 증언까지 하였음에도 위 영상녹화물을 증거로 채택한 후 다시 법정에서 이에 대한 검증을 실시하여 녹취록에 준하는 상세한 검증조서를 작성하는 것은 절차의 중복에 해당할 뿐만 아니라 검사 앞에서 피고인과 대질신문 형식으로 이루어진 위 사람들의 진술녹화영상 부분만을 앞서 본 바와 같이 증거능력이 없는 피고인의 진술녹화영상 부분과 분리하여 검증하는 것도 사실상 어렵다고 할 것이므로 이를 위 공소사실의 증거로 채택하지 아니한다.」

○ 서울고등법원 2008. 7. 11. 선고 2008노606 판결[4)]

「검사가 당심에서 제출한 공소외 1에 대한 검사 작성의 영상녹화물은 위 공소외 1이 원심 법정에서 진술한 이후에 검사가 공소외 1을 피내사자 신분으로 조사한 과정을 녹화한 것으로, 형사소송법은 수사기관이 촬영한 영상녹화물을 피의자신문조서나 참고인진술조서를 대체하는 증거방법으로 사용하는 것을 허용하지 않고 있으므로, 이러한 영상녹화물은 범죄사실을 인정함에 있어 엄격한 증명의 자료로 쓸 수 없다. 즉, 형사소송법은 국민참여재판의 실시를 계기로 공판중심주의 이념을 강화하고 있는바, 공판중심주의란 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판절차의 기본원칙으로서 이러한 공판중심주의 이념에 비추어 볼 때 명문의 허용 근거가 없는 한 구두가 아닌 영상녹화물 형태의 증거는 범죄사실을 증명함에 있어 증거능력을 가질 수 없고, 형사소송법이 전문법칙의 예외와 관련하여서면 형태의 각종 조서에는 증거능력 인정을 위한 근거규정이 마련되어 있지만 조서를 대체하는 영상녹화물에 대해서는 명문의 허용근거가 없는 점에 비추어도 그러하다. 따라서 위 공소외 1에 대한 검사 작성의 영상녹화물은 피고인이 이를 증거로 사용함에 동의하지 아니하는 이상 증거로 쓸 수 없다.」

4) 위 사건의 피고인은 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수강간), 감금, 마약류관리에관한법률위반(향정)으로 기소되었는데 1심 계속 중 피고인이 피해자와 합의하였는 바, 1심 법원은 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수강간) 및 감금에 대하여는 무죄, 마약류관리에관한법률위반(향정)에 대하여는 유죄판결을 선고하여 검사가 항소하였고 항소심에서 위 판결이 선고되었다. 위 판결에 대하여는 검사가 상고하였으나, 2008. 9. 25. 대법원에서 같은 취지로 상고기각판결이 선고되었다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6985 판결).

⑵ 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법」에 의한 영상녹화물

성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제30조 제1항은 일정한 피해자에 대하여 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다고 규정하고 있고, 제6항은 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 피해자나 동석한 신뢰관계자 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는 바, 대법원 2009도12048 판결은 성폭력범죄의처벌등에관한특례법에 따라 증거능력이 인정되는 대상은 '영상물에 수록된 피해자의 진술' 그 자체일 뿐이라고 판시하고 있다.

○ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도12048 판결

성폭력범죄처벌법 제21조의3 제4항의 규정에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는 것은 '같은 조 제3항에 의해 촬영된 영상물에 수록된 피해자의 진술' 그 자체일 뿐이고, 위 성폭력범죄처벌법 조항에 의해 피해자에 대한 경찰 진술조서나 조사과정에 동석하였던 신뢰관계 있는 자의 공판기일에서의 진술은 그 대상이 되지 아니한다고 할 것이다.」

⑶ 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 조항의 위헌 여부

성폭력범죄의처벌등에관한특례법에 따라 영상물 녹화장치로 촬영한 영상물에 수록한 피해자의 진술을 일정한 경우에 증거로 할 수 있는 규정의 위헌 여부가 재판상 문제되었으나 이에 대하여 대법원은 영상녹화를 한 피해자를 증인으로 소환하여 증인신문을 할 수 있고, 이 경우 피고인과 변호인의 증인신문에의 참여권, 신문권 등이 보장될 수 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

○ 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3893, 2012감도14, 2012전도83 판결

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제26조 제3항은 성폭력범죄를 당한 "피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."라고 규정하고, 같은 조 제4항은 "제3항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다."라고 규정하고 있다.

위 각 규정은 성폭력범죄의 피해자에 대한 수사 및 재판과정에서 피해자의 인권이 침해되는 일이 없도록 하기 위하여 마련된 것으로 입법의 필요성과 정당성이 인정되고, 위 각 규정에 따라 영상물에 수록된 피해자의 진술의 증거능력이 인정되기 위해서는 적어도 조사 과정에 동석하였던 사람이 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 진정성립을 인정하는 진술을 하여야 하는데, 피고인은 그 사람을 상대로 영상물에 수록된 피해자의 진술이 피해자가 실제로 진술한 내용과 일치하는지 여부, 영상 녹화 당시의 피해자의 진술 태도, 진술의 경위와 내용 등 피해자 진술의 증거능력 및 증명력 판단에 필요한 사정들을 신문함으로써 피해자 진술을 탄핵할 수 있고, 이러한 절차를 거쳐 피해자 진술의 증거능력이 인정된다고 하더라도, 법관은 위와 같은 사정들을 포함하여 논리와 경험의 법칙에 따라 피해자 진술의 증명력을 판단하여야 하며, 이 경우에도 범죄사실을 합리적인 의심이 없는 정도로 증명해야 할 책임은 여전히 검사에게 있다. 그리고 법원은 위 각 규정에도 불구하고 필요하다고 인정하는 경우에는 형사소송법 제294조, 제295조에 따라 검사, 피고인 등 당사자의 신청에 의하여 또는 직권으로 영상녹화를 한 피해자를 증인으로 소환하여 증인신문을 할 수 있고, 이 경우에는 형사소송법 제161조의2, 제163조에 따라 피고인과 변호인의 증인신문에의 참여권, 신문권 등이 보장될 수 있다. 이에 비추어 보면, 위 각 규정이 피고인의 반대신문권 등 형사절차상의 권리를 박탈하거나 피고인을 차별대우함으로써 인간으로서의 존엄과 가치와 국가의 기본권 보장의무를 규정한 헌법 제10조와 평등권을 규정한 헌법 제11조 제1항에 위배된다고 볼 수 없다.

따라서 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제26조 제4항에 따라 영상녹화물에 수록된 소외 1, 소외 2의 각 진술의 증거능력을 인정하여 이를 유죄의 증거로 채용한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 위 법률조항의 위헌성이나 공소사실의 증명책임에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.」

2. 판례에 대한 비판적 고찰

⑴ 외국의 입법례

미국은 수사과정에서의 절차확보를 위해 법원이 선도적으로 추진하였고, 이에 대한 입법과 관련 규정 등이 정비되어 있다. 피의자진술이 담긴 영상 녹화물에 대하여 대부분 증거능력을 인정하고 있으므로 대부분의 수사기관에서 중요사건의 경우에 녹음·녹화를 하고 있다고 한다.[5]

한편 영국은, 경찰의 피의자신문과정의 영상녹화에 대해 가장 전향적인 국가라고 할 수 있다. 1960년대 경찰의 수사과정에서 문제가 제기되자 영상녹화하자는 견해가 많았으나 경찰의 반대로 실현되지 못하였다. 그러다가 Confait 살인사건[6]을 계기로 영상녹화가 아닌 녹음제도를 시험적으로 실시한 이래 1984년의 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984; PACE 법)과, 2001년 형사사법 및 경찰법(Criminal Justice and Police Act 2001), 2002년부터는 비디오녹화에 대하여 규정한 실무규범 F(Code F)등의 제정을 통해 영상녹화가 의무화되었다. 물론 2003년 '형사사법법'(Criminal Justice Act)를 개정을 통해 영상녹화물에 의한 모순된 진술의 사실을 입증할 수 있도록 명문화하였다[7]. 이외 오스트레일리아 형법은 영상녹화에 관한 자세한 규정을 두고 있는데, 중죄의 경우에는 의무적으로, 경죄는 선택적으로 녹화하도록 하고 있다.

일본에서는 검찰과 경찰이 피의자신문제도의 실효성이라는 측면에서 강하게 반대해 왔으나 변호사 단체에서 강하게 도입을 주장해 오고 있다.[8] 최근 동경지방검찰청에서는 특수수사 인지과정에서 중요사건의 경우 선별적을 영상녹화를 하고 있다.

⑵ 영상녹화물을 독립된 증거로서 사용을 부정할 것인가?

영상녹화물을 독립된 증거로 인정할 것인지에 관하여는 학설은 부정설과 긍정설이 대립하고 있다.

부정설은 1)피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다는 형사소송법 제244조 제1항[9]의 규정은 강행규정이고, 2)독립된 증거능력을 인정할 때에는 수사절차가 비디오 촬영절차가 되고, 공판절차는 비디오 상영장으로 변질될 위험이 있을 뿐만 아니라, 3)수사단계에서 촬영한 영상녹화물의 상영에 의하여 법관의 심증이 좌우되어 공판중심주의가 무의미하게 될 우려가 있고, 4)영상녹화물에 대한 증거조사는 공판절차를 과도하게 지연시킨다는 점을 이유로 영상녹화물의 독립된 증거능력을 부정

5) 장성철, 영상녹화물의 증거능력, 대검찰청 미래기획단, 법학교수・검찰 실무연구회 발표자료집 (Ⅱ) 2009 .788면
6) 1972년 영국런던에서 3명의 청소년들이 경찰에서 범행을 자백하여 살해혐의로 기소되었으나 재판과정에서 경찰에서의 자백은 허위로 밝혀져 무죄가 선고된 사안이다.
7) 정웅석, 영상녹화물의 법적쟁점, 대검찰청 미래기획단, 법학교수・검찰 실무연구회 발표자료집 (Ⅱ) 2009, 21면
8) 차동언, 형사증거법, Ⅰ-공판중심주의와 전문법칙, 법문사. 2007, 259면.
9) 형사소송법 제244조(피의자신문조서의 작성) 제1항은 「피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.」고 규정하고 있다.

하고 있다.

이에 반하여 긍정설은 1)당사자의 증거제출행위인 검사의 피의자신문 결과를 조서에 기재할 것을 강제할 이유가 없으므로 형사소송법 제244조 제1항은 임의규정에 불과하다고 하여야 하고, 2)검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 조서는 그 형식여하를 불문하고 형사소송법 제312조에 의하여 증거능력을 인정하여야 하며, 3)피의자의 진술을 녹화, 촬영한 영상녹화물은 실질적으로 피의자신문조서와 다를 바 없다고 해야 할 뿐만 아니라 4)영상녹화를 사진과 녹음으로 분리할 때에는 각각 현장사진 또는 진술녹음으로서 증거능력을 인정해야 하는데 영상녹화물의 증거능력을 인정하지 않는 것은 부당하고, 5)영상녹화물에 대한 증거조사는 피고인이 수사절차에서 자백하고 공판정에서 부인하는 경우에만 필요하기 때문에 공판절차를 지연시키는 것도 아니라는 점에서 영상녹화물도 제312조의 요건을 충족할 때에는 증거능력을 인정해야 한다는 이유로 영상녹화물의 독립된 증거능력을 긍정하고 있다.[10]

살피건대 영상녹화물은 피의자의 진술은 그대로 담은 것으로서 객관적, 과학적인 증거방법이라고 할 것이므로 이를 독립된 증거로 인정하지 않는 것은 기본적으로 타당하지 않다고 할 것이다. 다만, 현재는 영상녹화절차에 대하여는 법률에서 규정하고 있지 아니하고 대검 지침에서 규정하고 있는 바, 영상녹화절차를 법률로 규정하고 그 절차에 맞춰 생성된 영상녹화물은 독립된 증거로 인정하는 방향으로 형사소송법의 개정이 이루어질 필요가 잇다. 피고인 또는 참고인이 공판과정에서 영상녹화조사시의 진술과 다른 진술을 할 경우에는 다른 증거 및 사건 당시의 정황뿐만 아니라 피고인 또는 참고인의 영상녹화조사시의 진술이 이루어진 경위, 위 진술과 전후의 진술과의 비교 등을 통하여 영상녹화조사시의 진술과 공판정에서의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는가, 즉 신빙성의 관점에서 판단하면 족하다고 할 것이다. 또한 부인사건의 경우 영상녹화물에 대한 조사 역시 영상녹화물에 대한 내용을 전부 시청하는 방법이 아니라 검사와 변호인이 입증을 위하여 필요한 부분을 지정하여 시청하는 방식으로 진행하면 될 것이므로 크게 공판절차르 지연시키지는 않을 것으로 생각하고, 따라서 공판절차가 비디오 상영장으로 전락하게 될 가능성도 희박할 것인 바, 과학기술의 발전에 맞추어 영상녹화물을 독립된 증거로 인정할 것인지에 관하여 보다 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 생각한다.

10) 이재상, 신형사소송법 제2판 제569쪽, 박영사, 2008

⑶ 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 것인지 여부

영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있게 할 것인지에 관하여도 부정설과 긍정설이 대립하고 있다.

부정설은 1)개정 형사소송법 제318조의2 제2항에서 「제1항[11]에도 불구하고 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.」는 규정을 신설하였으므로 영상녹화물은 탄핵증거로도 사용할 수 없도록 하고, 단지 피고인 또는 피고인 아닌 자의 기억 환기를 위하여 사용할 수 있도록 한 것이고, 2)탄핵증거는 증거의 증명력을 탄핵하는 증거이지만 실제 재판에서 법관의 심증형성에 큰 영향을 줄 수 있고, 특히 영상녹화물을 탄핵증거로 제출하는 경우에는 그 위험이 더 커지며, 3)기억 환기를 위하여 영상녹화물을 제출하는 경우에 법관이 시청하는 것이 아니라 피고인 아닌 자에게 시청하게 하는 것도 법관이 증거능력 없는 영상녹화물에 의하여 심증형성에 영향을 받는 것을 방지하기 위한 것이라고 하면서 영상녹화물을 탄핵증거로 사용하여서는 안 된다는 입장을 취하고 있다.

이에 반하여 긍정설은 1)원래 탄핵증거는 증거능력 없는 전문증거라도 증인을 탄핵하기 위하여 사용할 수 있게 한 것인데 영상녹화물은 진실발견에 도움을 주는 과학적 증거방법이고, 2)공판중심주의는 진실발견을 위한 원칙이지 진실한 증거를 허용하지 않는, 법원의 진술발견의무를 초월하는 원칙은 아니며, 3)법관의 심증형성에의 영향을 우려하여 믿을 만한 증거를 탄핵증거로도 사용할 수 없게 한 것은 옳다고 할 수 없다는 이유로 영상녹화물을 탄핵증거로 사용할 수 있도록 해야 한다는 입장을 취하고 있다.[12]

살피건대 탄핵증거는 증거의 증명력을 탄핵하는 증거이지만 실제 재판에서 법관의 심증형성에 큰 영향을 줄 수 있고, 특히 영상녹화물을 탄핵증거로 제출하는 경우에는 그 위험이 더욱 커지기 때문에 탄핵증거로 사용할 수 없다는 부정설의 근

11) 형사소송법 제제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거) 제1항은 「제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.」고 규정하고 있다.

12) 이재상, 신형사소송법 제2판 제623쪽, 박영사, 2008.

거는 개인적으로 동의하기 어렵다.「의심스러운 때에는 피고인의 이익(in dubio pro reo)으로」의 원칙에 따라 범죄의 성립과 형벌권의 발생에 영향을 미치는 모든 사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이기 때문에 피고인이 자신의 주장과 진실여부를 입증하여야 한다거나 피고인의 진술이 일부 번복되었다고 하여 그것이 유·무죄 선고에 직접적인 영향을 미친다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 피고인 또는 참고인의 영상녹화조사시의 진술이 이루어진 경위, 위 진술과 전후의 진술의 비교 등을 통하여 영상녹화물의 탄핵증거로서의 가치를 판단하면 충분하다고 할 것이므로 영상녹화물도 탄핵증거로 사용할 수 있도록 형사소송법이 개정될 필요가 있다고 할 것이다.

Ⅴ. 결론

이상에서 현행 영상녹화제도와 관련한 규정, 판례의 태도, 영상녹화제도의 개선방향 등에 대하여 간략히 살펴보았다. 수사과정에서의 영상녹화제도는 기본적으로 수사과정에서 발생할 수 있는 피의자의 인권 침해를 방지 등에 기여할 수 있는 제도라는 인식하에 관련 규정을 정비하고, 영상녹화제도를 발전시킬 필요가 있다.

이러한 관점에서 볼 때 현행 형사소송법의 태도는 매우 소극적이라 할 것이고, 특히 영상녹화물을 단순히 수사기관, 특히 검사 작성의 조서의 증거능력을 확보하기 위한 보조적인 증거로 규정한 것은 재검토가 필요하다고 생각한다.

현행 형사소송법은 영상녹화를 수사기관이 전적으로 결정할 수 있도록 하고, 영상녹화물을 검사 작성의 조서의 증거능력을 확보하기 위한 보조적 증거로만 규정하고 있어 마치 영상녹화제도를 피의자를 위한 제도가 아니라 수사기관을 위한 제도로 규정한 것 같은 태도를 취하고 있는 듯이 보여진다. 그러나 수사대상이 된 피의자가 향후 수사과정에서 받을 지도 모르는 인권 침해 등에 대비하기 위하여, 또는 자신의 진술의 일관성을 증명하기 위하여 영상녹화제도를 활용할 수도 있어야 한다. 따라서 영상녹화조사의 이점에 대하여 국민들에게도 충분히 홍보토록 하고, 피조사자들의 영상녹화신청권도 법률에서 규정할 필요가 있으며, 영상녹화물도 수사기관 뿐만 아니라 피의자들을 위하여도 독립된 증거로 인정하고, 탄핵증거로 사용할 수 있도록 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.11.17 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.23)

김 보 현

영상녹화제도, 영상녹화물, 보강증거, 탄핵증거, 반대신문권

【참 고 문 헌】

이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008.
임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2011.
김재환, 「형사소송법」, 법문사, 2013.
이완규, 「형사소송법 연구」, 탐구사, 2008.

박수희, 영상녹화물의 증거능력- 법무부 형사소송법개정안을 중심으로, 한양법학 제41집, 2013.
박흥모, 수사과정에서의 영상녹화제도의 문제점, 부산법학 제53권 제4호, 2012.
박광민, 이성대, 참고인진술에 대한 영상녹화물의 활용방안, 형사정책연구 제88호, 2011.
조상제, 한국 개정 형사소송법상 수사과정의 영상녹화제도, 동아법학 제43호, 2009.

Abstract

Precedents and critical review of case law on the video recordings

Kim, Bo-Hyun

To review whether video recordings could be admitted as independent evidence and whether to use it as proof of refutation by details of video recording system during investigation process on a range of issues, that is to say the background, procedures, the existing provisions on video recording, methods of video recording interrogation as well as its actual status, and attitudes towards the precedent on which video recording was used as video recording has often been implemented during the investigation process these days.



Kim, Bo-Hyun

Video recording system, Interrogation videotape, Corroborating evidence, evidence for impeachment, Cross-Examination

일본에서의 조사의 녹음·녹화 제도 도입에 대해

야나가와 시게키*

1. 서설
2. 조사의 녹음 녹화제도 도입의 시비에 관한 종전의 논의상황
(1) 찬성론
(2) 반대론
(3) 검찰과 경찰에 있어서 녹음 녹화의 대책
3. 법제심의회특별부회에 의한 답신안의 개요
(1) 조사의 녹음 녹화의 제도의 도입
(2) 수사, 공판 협력형 혐의 함의 제도의 도입
(3) 형사면책제도의 도입
(4) 통신감청의 합리화, 효율화
4. 향후 과제
(1) 변호권 보장강화의 필요
(2) 자백 법칙, 위법 수집 증거 배제 원칙에 관해 판례 이론을 명확히 할 필요
(3) 범행의 배경, 사정, 해명을 위한 제도 및 범죄자에게 조기에 죄를 자각시키기 위한 제도를 개발할 필요

【국 문 요 약】

본고는 일본에서의 조사의 녹음·녹화 제도 도입 찬성론과 반대론 및 녹음·녹화 제도 도입을 제언한 법제 심의회 답신을 소개하면서 이러한 답신에 따라 녹음·녹화 제도가 입법화된 후 과제에 대해 논하고 있다. 법제 심의회는 재판원 재판 대상 사건과 검찰 자체 수사 사건을 대상으로 피의자 조사 전 과정의 녹음·녹화를 경찰 및 검찰에 의무화하고 피의자 진술 조서가 작성된 때의 조사가 녹음·녹화되지 않은 경우 당해 진술 조서를 공판에서 증거 조사 신청할 수 없도록 해야 한다는 답신을 하고 있다. 이런 답신에 따라 조사의 녹음·녹화 제도가 실시되면 조사 상황이 객관적으로 드러난 상태에서 피의자 진술의 임의성을 판단할 수 있게는 되지만 ① 피의자 접견 교통권을 강화하지 않으면 피의자가 허위 자백을 하는 것은 막을 수 없고, ② 녹음·녹화 의무를 위반한 자백 반복 자백, 및 그 자백의 파생 증거에 대한 허용성을 어떻게 판단해야 하느냐는 문제가 이론상 생기고 ③ 조사의 녹음·녹화에 의해 실제로 죄를 범한 피의자에게 형사 절차의 조기 단계에서 죄의식을 촉구한다는 의미의 조사 기능이 저하하는 것이 우려돼 조사의 이런 기능을 대체하는 회복적 사법의 개념에 기초한 정규 형사 절차 이외의 절차 개발이 요구된다는 점을 본고에서 녹음·녹화 제도 도입 이후의 과제로 지적하고 있다.

* 일본 비교법 연구소 소원.

1. 서설

일본에서는 조사 특히 신병 구속 하에서는 피의자 조사의 문제는 이제까지 형사사법제도상의 중요한 테마의 하나로 여겨져왔다. 그 중에서도 최근에는 조사의 녹음·녹화 제도의 도입에 관한 시비가 매우 중요한 검토과제가 되고 있다.

2009년 오사카지방 검찰청 특수부가 장애자 단체에 대한 우편요금 할인제도의 부정이용이 있었다고 하여 장애자단체, 후생노동성, 광고회사 등의 관계자를 체포, 기소한 사건에서 증거물인 플로피디스크의 변작, 조사담당 검찰관에 의한 조사메모의 파기, 협박적인 조사 등 검찰이 위법, 부당한 수사를 하였다는 것이 추후 공판과정에서 드러나게 되었다. 이를 계기로 하여 법무대신의 자문을 받아 법제 심의회, '신시대의 형사사법제도 특별부회' (이하 특별부회라 한다) 가 2011년에 설치되고 시대에 상응하는 새로운 형사사법제도를 구축하기 위한 법 정비가 심의되었다. 3년에 걸친 심의결과 2014년 7월 9일 특별부회는 경찰과 검찰에 대해 재판원 재판 대상 사건과 검찰 독자수사 사건에 있어서 체포 구류중의 피의자를 조사함에 있어서는 원칙적으로 그 전 과정의 녹음·녹화를 의무지우도록 답신안[1]을 마련하였다. 이 답신안에는 동시에 피의자가 타인의 범죄 사실을 분명히 하기 위하여 진실한 진술을 한 경우에 검찰관이 피의자의 범죄사실 전부 또는 일부를 기소하지 않을 것을 인정하는 '수사·공판 협력형 협의·합의제도'의 도입, 증인에 대한 형사소추를 받을 가능성을 배제한 상태에서 증언을 의무 지우는 '형사 면책제도'의 도입, 통신감청에 관한 범죄대상에 확대, 요건의 완화 등에 의한 합리화, 효율화 등을 제언하고 있다.

이러한 특별부회의 답신내용은 2014년 9월 18일 법제심의회총회에서 수정없이 그대로 채택되고 바로 법무대신에게 답신되었다. 금후는 이러한 답신 내용에 따라 법 개정이 이루어질 것으로 생각되지만 본 발표에는 조사의 녹음·녹화 제도 도입의 시비를 둘러싼 이제까지의 논의를 간단히 정리한 후 특별부회의 답신의 개요를 소개하고 나아가 조사의 녹음·녹화 제도 도입 후의 과제에 관하여 약간의 검토를 가하고자 한다.

1)「새로운 형사사법제도의 구축에 관한 조사심의 결과안」.
http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00102.html

2. 조사의 녹음·녹화제도 도입의 시비에 관한 종전의 논의상황

(1) 찬성론[2]

조사의 녹음·녹화 제도의 도입을 지지하는 제1의 입장은, 그 근거로서 녹음·녹화가 위법 부당한 조사를 억제하는 매우 효과적인 방법이라는 점을 들고 있다. 위법 부당한 조사가 이루어지고 있는 모습을 녹음·녹화를 하여 그것이 공판정에서 공개된다면 수사기관에 대한 신뢰는 실추될 것이어서 수사기관은 그러한 조사를 행하지 않을 것이고 다른 가시화 방법으로는 조사의 상황이 전부 드러나는 것은 아니어서 위법 부당한 조사의 억제책으로써는 불충분하다고 하는 점이 첫 번째 견해이다.

찬성론의 제2는, 자백의 임의성(증거능력), 신용성(증명력)의 판단을 정확하게하기 위해 조사의 녹음·녹화가 필요하다는 것이다. 피의자의 신병구속 하에서의 조사는 조사실 등의 밀실에서 이루어지는 것이 많기 때문에 진술의 임의성을 잃게 하는 조사가 이루어지더라도 그 사실은 공판에서의 피고인과 조사관의 진술을 토대로 판단할 수밖에 없고, 많은 경우 양자의 진술은 물타기론이 될 것이다. 그래서 자백의 임의성의 유무가 공판에서 다투어지면 그 판단은 곤란하게 되어 심리가 장기화하는 요인이 되고 있다. 나아가 재판원 재판의 경우 법률을 잘 모르는 재판원은 자백의 임의성 판단은 하지 않은 채 신용성 판단만을 행하지만 신용성 판단을 하는 경우에도 조사의 상황이 관련되어 있어서 재판원이 이를 용이하게 파악 할 수 있도록 할 필요가 있다. 그래서 조사를 녹음·녹화해야 한다고 하는 것이 두 번째 견해[3]다.

2) 조사의 녹음·녹화를 포함하는 소위 조사의 가시화의 목적에 관한 논의의 정리에 관해서는, 北村滋「新たな取調べの確立に向けて−取調べに関する大きな変革」警察学論集61巻6号5頁, 田口守一「取調べの適正化−現状と今後の課題」法学教室335号11頁, 川出敏裕「被疑者取調べの在り方について」警察政策11巻162頁 등 참조.

3) 吉丸真「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判例時報1807号3頁, 同「録音・録画記録制度について（上）（下）」判例時報1913号16頁, 1914号19頁, 佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判例タイムズ1110号4頁 등.

(2) 반대론[4)]

조사의 녹음·녹화 특히 조사의 전 과정에 대한 녹음·녹화에 대한 반대론은, 특히 경찰로부터 강하게 주장되고 있다. 그 이유는 다른 나라에서 널리 이루어지고 있는 수사방법, 예를 들면, 통신감청은 일본에서는 법률상 요건이 매우 엄격히 규정되어 있기 때문에 억제적인 형태로 밖에 실시될 수 없고 또한, 항상 면책을 포함하는 사법거래도 도입되어 있지 않기 때문에 수사기관은 사건의 진상을 해명함에 있어서 피의자 조사에 의존하지 않을 수 없고, 조사의 전 과정이 녹음·녹화되게 되면 피의자로부터 자백을 끌어내는 것이 곤란하게 되고 사안의 해명을 모색하기 어렵게 된다는 것이다. 일본의 조사관은 비교적 자백을 끌어내는 것이 어려운 중대사건들에서 자백을 끌어내는 주된 이유로써 피의자와 신뢰관계 구축을 들고 있다.[5)]

피의자와 신뢰관계를 구축하기 위하여 조사관은 자신의 개인적인 사정을 애기하거나 피의자에게 공감하는 태도를 나타내는 경우도 있다고 한다. 나아가 조사에 있어서는 단순히 범행의 유무만이 아니라 사건의 전체상을 해명하기 위하여 배경사정에 이르기까지 조사가 미치고[6)], 그 경우 관계자의 프라이버시 등에 관한 예민한 내용도 다루고 있다고 한다. 조사의 전 과정이 녹음·녹화되게 되면 이러한 종래 유효하다고 여기진 조사를 하는 것이 현저히 곤란하게 된다고 하는 것이 수사기관의 주장이다.

또한, 조직범죄의 사안 등에서는 피의자는 보복을 두려워하여 조직의 관여 등에

4) 稲田伸夫「被疑者の取調べ−検察の立場から」三井誠他編『新刑事手続Ⅰ』（悠々社,2002年）193頁, 北村・前掲注1）6頁, 大江威喜「調べの録音・録画記録制度について」判例타임즈1116号10頁, 露木康浩「取調べ可視化論の問題−治安への影響」法学新報112巻1・

5) 警察庁「警察における取調べの実情について」（2011年10月）P6-7에서는, 자백의 계기로 된 것에 관하여 피해자의 언동 등으로부터, 조사관등이 들고 있는 것으로서, 일반사건에 관해서는 「자기에게 불이익한 증거가 확고하다는 인식에서가 42.4%」「죄의식으로부터 하는 것이 41.8%」「조사관과의 신뢰관계로 하는 것이 32.1%」「정상에의 악영향이라는 점에서 자백하는 것이 방책이라고 생각하는 것이 21.8%」「설득력 있는 조사 기술이라는 것이 14.1%」이지만, 중대사건을 다루는 수사1과에 관계하는 수사본부사건에 관해서는,「조사관과의 신뢰관계에서 라는 것이 68.4%」「설득력 있는 조사기술에서가 50.9%」「죄의식에서가 47.4%」「자기에게 불이익한 증거가 확고하다는 인식에서가 22.8%」「정상에의 악영향에서 자백하는 것이 방책이라고 생각하는 것이 7.0%」이었다고 한다.http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/20111020_kekka.pdf

6) 警察庁「警察における取調べの実情について」（2011年10月）P4에서는「----조사개시 첫날에 자백한 피의자의 평균 조사시간을 보면 피의자가 자백한 후에도 상당한 기간 조사가 이루어지고 있는 점에서 조사는 단순히 자백획득만을 목적으로 하여 이루어지는 것은 아니고 사건의 진상을 해명하기 위해 피의자가 자백한 후에도 자백내용을 뒷받침하는 여러 관련사실, 범행의 동기나 배경사정 등을 청취하기 위해서도 이루어지고 있다고 생각된다.」고 한다.

관해서는 진술하고 싶지 않아서 이제까지는 조직의 관여에 관하여 진술한 부분을 조서에 남기지 않는 등으로 피의자로부터 진술을 끌어내 왔지만 조사의 전 과정이 녹음·녹화되게 되면 그러한 대응을 할 수 없게 되어 사건의 전체상의 해명이 곤란하게 된다는 점도 말하고 있다.

나아가 피의자는 피해자에게 잘못이 있었다는 등도 언급하여 피해자를 폄하하거나 피해자를 비난하는 등에 진술을 하는 경우가 있어서 조사의 전 과정이 녹음·녹화되어 이것이 공개된 법정에서 재생되게 되면 피해자에게 현저히 고통이나 불이익을 주는 경우가 있다고 하는 점도 있다고 한다.

(3) 검찰과 경찰에 있어서 녹음·녹화의 대책

이와 같이 수사기관으로부터는 조사의 전 과정 녹음·녹화에 대하여 반대하는 의견이 제시되고 있지만 검찰은 2013년도에 재판원 재판 대상 사건에 관해서는 98.6%의 사건에서, 검찰 독자 수사사건에서는 100%사건에서 녹음·녹화를 행하고 있고 게다가 양 사건의 70%이상 사건에서 전 과정 녹화를 실시하고 있다.[7)] 한편 경찰은 2013년도에 재판원 대상사건에 대해서 93.7%의 사건에서 녹음·녹화를 실시하고 있고 2013년 10월부터 2014년 3월 사이에는 한 사건 당 평균 녹음·녹화시간은 약 308분(약 5시간 8분이다)[8)], 조사의 전 과정 녹음·녹화가 이루어진 건수는 분명하지 않지만 평균적인 조사시간과 비교하여 308분이라는 시간은 짧아서 전 과정 녹음·녹화는 거의 이루어지고 있지 않는 것은 아닐까 추측할 뿐이다.

검찰 경찰이 조사의 녹음·녹화에 적극적인 자세를 보인 것은 공판에서 자백의 임의성의 입증을 용이하게 하는 장점이 조사의 녹음·녹화에 있다는 점을 자각하였기 때문은 아닐까 라는 생각을 한다.

검찰에 관해서는 특히 이점이 맞다고 생각한다. 경찰에서는 전 과정 녹음·녹화에 대한 저항이 강한 것 같다.

7) 最高検察庁「検察における被疑者取調べの録音・録画についての実施状況（平成26年6月）試行開始後から平成26年3月までの実施状況」http://www.kensatsu.go.jp/kakuchou/supreme/rokuon_rokuga.html

8) 警察庁「警察における取調べの録音・録画の試行の実施状況について」http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/record/H260729_joukyou.pdf

3. 법제심의회특별부회에 의한 답신안의 개요

조사의 녹음·녹화제도 도입의 시기를 둘러싼 이러한 논의 사항이 있던 중에 법제심의회 특별부회는 이제까지의 조사에 과도한 의존으로부터 탈피와 증거수집 수단의 적정화, 다양화를 기본구상의 축의 하나로 하는[9] 대체로 다음과 같은 답신안을 정리하였다.[10]

(1) 조사의 녹음·녹화의 제도의 도입

검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 체포 구속된 피의자를 아래 대상사건에 관하여 조사할 때에는 아래의 예외사유에 해당한 경우를 제외하고 피의자의 진술 및 그 상황을 녹음·녹화하지 않으면 안 된다.

검찰관은 체포 구류 중에 아래 대상사건에 대하여 피의자 조사로서 작성된 피고인의 진술조서를 증거조사를 청구한 경우에 당해 조서의 임의성이 다투어질 때에는 당해조서가 작성된 조사의 개시부터 종료에 이르기까지 사이에 피고인의 진술 및 그 상황을 녹음·녹화한 기록매체의 조사청구를 병합하여 하지 않으면 재판소는 당해 진술 조서의 조사청구를 각하하지 않으면 안 된다.

a) 대상사건 : 재판원 대상사건과[11] 검찰관의 독자수사사건[12]

b) 예외사유 : ① 기록에 필요한 기계의 고장 기타 어쩔 수 없는 사정에 의해 기록이 곤란하다고 인정될 때, ② 피의자에 의한 거부 기타 피의자의 언동에 의해 기록을 하면 피의자가 충분히 진술할 수 없다고 인정될 때, ③ 피의자의 진술 상황이 분명히 드러나면 피의자 또는 그 친족에 대해 신체, 재산의 가해행위 또는 외포, 곤혹행위가 이루어질 우려가 있어서 기록한다면 피의자가 충분히 진술할 수 없다고 인정될 때, ④ 당해사건이 지정폭력단의 구성원에 의한 것이라고 인정될 때 검찰관이 피고인의 자백조서를 증거조사 청구한 경우에 당해조서로 작성된 조

9) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」 http://www.moj.go.jp/content/000106628.pdfなお,基本構想のもう一つの柱は,供述調書への過度の依存からの脱却と公判審理の更なる充実である

10) 법제심의회의 답신 원안을 작성한 특별부회에서의 경위 및 답신에 대한 보다 상세한 내용에 관하여는, 椎橋隆幸「新時代の刑事司法の在り方について―法制審議会特別部会の答申案を中心として」本書1항 이하 참조.

11) ①사형 또는 무기징역, 금고에 해당하는 죄에 관한 사건과 ②법정합의사건 (사형 또는 무기 혹은 단기 1년 이상의 징역, 금고에 해당하는 죄에 관한 사건)이고, 고의 범죄에 의해 피해자를 사망하게 한 죄에 관한 사건.

12) 검찰이 경찰로부터 사건송치를 받아 수사를 행하는 것이 아니고 독자적으로 수사를 행하는 사건.법령에 의한 제한은 없지만 정치가의 부패, 대형탈세, 기업범죄에 관하여 행하고 있다.

사의 전 과정을 녹음·녹화한 기록매체의 조사청구를 함께하지 않으면 재판소는 자백조서의 조사청구를 각하하지 않으면 안 된다.

(2) 수사·공판 협력형 협의·합의 제도의 도입

검찰관과 피의자·피고인은 일정한 재정경제관계 범죄, 약물총기 범죄[13]에 관하여 피의자·피고인이 타인에 범죄사실을 분명하게하기 위해 진술한 진술 기타 행위를 한 경우에 그에 대하여 검찰관이 피의사건, 피고사건에 관하여 불기소 처분, 특정의 구형 기타 행위를 한다는 취지로 합의 하는 것을 변호인의 동의하에 행할 수 있다.

(3) 형사면책제도의 도입

검찰관은 증인 신문을 행함에 있어서 ① 그 증인 신문에 의해 얻은 진술 및 이것에 유래하는 증거는 원칙적으로 당해 증인에게 불리한 증거로 할 수 없다는 점, ② 그 증인 신문에 있어서는 자기가 형사소추 또는 유죄판결을 받을 우려가 있는 증언을 거부할 수 있다는 점을 조건으로 증인신문을 하는 것을 재판소에 청구할 수 있다.

13) 다음에 게시하는 죄(사형 또는 무기징역 혹은 금고에 해당하는 죄를 제외한다)를 말한다.
㈠ 法第２編第５章（공무집행을 방해하는 죄）（第９５条를 제외한다.), 第１７章（文書偽造罪), 第１８章（有価証券偽造罪), 第１８章의２（支払用カード 電磁的記録에 관한罪), 第２５章（汚職罪）（第１９３条부터 第１９６条까지를 제외한다.), 第３７章（사기 및 공갈죄） 혹은 第３８章（横領罪）에 規定하는 罪 또는 組織的인 犯罪의 処罰및犯罪収益의 規制等에 関する法律第３条（同条第１項第１号부터 第４号까지, 第１３号 및 第１４号에 관한 부분에 한한다.), 第４条（同項第１３号 및 第１４号에 한 한다.), 第１０条（犯罪収益等隠匿）혹은 第１１条（犯罪収益等収受)에 규정하는 죄
㈡ 에 게기하는 것 이외 조세에 관한 법률, 사적 독점의 금지 및 공정거래에 관한 법률, 금융삼품 거래법에 규정하는 죄 기타 재정경제관계 범죄로서 정령에서 정하는 것.
㈢ 済関係犯罪として政令で定めるもの
㈣ 다음에 게기하는 법률에 규정하는 죄
イ爆発物取締罰則, ロ大麻取締法, ハ각성제 단속법, ニ麻薬 및 向精神薬取締法, ホ武器等製造法, ヘ아편법, ト銃砲刀剣類所持等取締法, チ국제적인 협력하에서 규제약물에 관한 부정행위를 조장하는 행위 등의 방지를 도모하기 위한 마약 및 향정신약물 단속법 등의 특례 등에 관한 법률
法第２編第７章（범인도피 및 증거인멸죄）에 규정하는 죄 또는 조직적인 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 法律第７条（조직적인 범죄에 관한 범인도피 등)에 규정하는 죄 (㈠부터 ㈢까지 게기하는 죄의 본범에 한 한다.

(4) 통신감청의 합리화, 효율화

통신감청의 대상범죄에 ① 살상범의 관계(현주건조물등 방화, 살인, 상해, 상해치사, 폭발물의 사용), ② 체포, 감금, 약치, 유괴관계 ③ 절도 강도관계, ④ 사기공갈관계, ⑤ 아동 포르노 관계의 범죄를 추가한다.[14]

이들 대상범죄에 관해서는 : 사전에 정해진 역할의 분담에 따라서 행동하는 사람의 결합체에 의해 행하여진 것으로 의심할 만한 충분한 상황이 있을 것을 요건으로 한다.

감청한 통신이나 감청의 경과를 자동적으로 기록하고 이것을 즉시 암호화하는 기능을 갖는 장치를 이용하는 것이고 입회, 봉인을 불요하고 나아가 통신대응의 청취 등을 실시간으로 행하는 감청과 청취 등을 사후적으로 행하는 감청 양방향을 가능한 것으로 한다. 이상에서 살펴본 것과 같이[15] 특별심의회는 조사의 녹음·녹화에 관하여 대상사건의 일정한 중대 범죄이고 녹음· 녹화제도의 도입을 근거로 한 점에서 보아 필요성이 높다고 생각되는 재판원 대상 사건과 검찰의 독자수사 사건에 한정하면서 조사의 전 과정의 녹음·녹화를 의무지는 것으로 하였다. 조사의 일부만을 녹음·녹화한 경우에는 부인하고 있던 피의자가 자백으로 전환한 경우 등의 피의자의 태도의 변천 계기나 과정을 알 수 없기 때문에 위법 부당한 조사가 이루어져 있더라도 그것을 발견하기 어렵고 오히려 자백에는 임의성이 있는 등으로 담보해 줄 위험성이 있는 점이 지적되어 왔다. 전 과정 녹음·녹화의 의무화를 제언한 배경에는 이러한 문제에의 배려가 있었다고 생각된다.

한편, 답신에서는, 조사의 녹음·녹화 의무에 대해 일정한 예외 사유를 인정함으로써 녹음·녹화, 특히 전 과정의 녹음·녹화가 갖는 폐해에 대해 말하고 있다. 녹음·녹화를 하면 피의자가 충분히 진술할 수 없다고 인정하는 때를 예외 사유로 하는 등 녹음·녹화에 의한 조사의 실효성이 크게 손상되는 것을 피하겠다는 의도를 엿볼 수 있다. 녹음·녹화한 기록 매체는 피의자 단계에서의 진술 조서의 임의성을 입증하기 위한 증거로 이용된다. 예외 사유에 해당하지 않는 것임에도 기록 매체가 공판에 제출되지 않은 경우에는 진술 조서의 증거 조사 신청이 기각되어 검찰관은 진술 조서를 공판에서 증거로 이용할 수 없게 된다. 이에 따라 녹음·녹화 의무의

14) 現行「犯罪訴往査のための通信傍受に関する法律」에서는, 薬物関連犯罪, 銃器関連犯罪, 集団密航 및 조직적으로 이루어진 살인에 한정되어 있다.(同法3条 및 別表참조.)

15) 또한 법제심의회의 답신에서는 이 이외에 변호인에 의한 원조의 충실화, 증거 개시제도의 확충, 범죄 피해자 등의 증인을 보호하기 위한 방책의 확충, 공판정에 선출된 증거가 진정한 점이라는 것을 담보하기 위한 방책들에 대해서도 제언하고 있다.

실효성을 담보하려고 하였다. 진술 조서의 증거 능력이 직접 부정되는 것은 아니고, 검사가 진술 조서의 임의성을 증명하려면 반드시 해당 조서 작성 시 조사 상황을 기록한 기록 매체를 증거에 포함시켜야 한다는 점에서 검찰관의 조사 상황의 입증 방법이 제한되는 것이라고 하겠다.[16] 녹음·녹화 의무를 위반했다는 이유로 즉각 진술 조서의 임의성이 없다거나 위법 수집 증거로 배제되게 되면 기존의 증거법칙, 위법 수집 증거 배제 원칙과 이론적 정합성이 없게 된다는[17] 의견이 법제심의회 특별부회에서 나와 답신에서는 이러한 의견을 수렴하여, 증거 능력이 부정된다는 사고방식을 취하지 않았던 것 같다.[18] 피고인의 진술 조서와 함께 증거 조사 신청해야 하는 것은 해당 진술 조서가 작성된 기일의 조사 상황을 녹음·녹화한 기록 매체이다.[19] 그 이외의 조사 상황을 녹음·녹화한 기록 매체는 그 때에 진술 조서의 임의성에 영향을 주는 부당한 조사가 진행되었다는 등으로 피고인이 진술 조서의 임의성을 다툴 경우에 증거 개시를 통해 기록 매체의 내용을 확인한 다음, 피고인 측이 증거 조사 신청하거나 혹은 진술 조서의 임의성에 관해 거증 책임을 지고 있는 검찰관이 임의성 없는 조사가 이루어지지 않았음을 증명하기 위한 증거 조사 신청이 이루어진다.[20]

또한, 수사공판 협력형 합의 제도의 도입, 형사 면책제도의 도입, 통신감청의 합

16) 답신에서 피고인의 진술 조서에 관하여"재판소는---조사의 청구를 각하하지 않으면 안 된다는 것으로 한다."라고 하고"증거라고 할 수가 없다"로 하지 않은 것은 피고인의 진술 및 조사 상황을 녹음·녹화한 기록 매체를 증거 조사 청구하지 않더라도 진술 조서의 증거 능력이 부정될 이유는 없다고 생각했기 때문이다(이 점에 대해서는 법제 심의회 등 별부회 제26차 회의 의사록 2항(간사의 발언).검찰관으로서는 증거 조사가 인정할 수 없는 것이어서 증거 능력이 부정된 경우와 같이, 피고인의 진술 조서를 유죄 입증을 위한 증거로 하여 공판에서 이용할 수 없다는 것으로 되지만 법원이 직권으로 진술 조서를 증거 채용할 가능성은 남아 있다는 것으로 한다(동 의사록 20항(간사의 발언). 게다가 가능성은 남아 있더라도 실제로 재판소가 직권으로 증거 채용하는 것은 거의 없는 것은 아닐까하고 생각한다.

17) 자백의 임의성은 자백의 신빙성, 진술의 자유 확보라는 2가지 관점에서 자백이 이루어진 전체 사정을 고려해 판단하는 것이 판례 입장이다 (最判昭和41 · 7 · 1刑集20巻6号537頁,最大判昭和46 · 11 · 25刑集24巻12号1670頁,最決平1 · 1 · 23判時1301号155頁等参照) . 또 불법 수집 증거로 배제할 경우에는 수색·압수의 영역에서는 "영장주의의 정신을 몰각하는 중대한 위법"이 요건으로 되고 있다 (最判昭53 · 9 · 7刑集32巻6号1677頁). 자백의 영역에서, 임의성 없는 자백, 강제 자백이 아닌 불법 수집 증거임을 이유로 자백을 배제한 사례는 아직 없지만, 이러한 수색·압수의 영역에서의 위법 수집 증거 배제 원칙을 자백의 영역에도 확장하는 경우에는 "영장주의의 정신을 몰각하는 중대한 위법"에 필적하는 위법의 중대성이 요건으로 된다고 생각한다.

18) 同議事録2頁 (保坂幹事の発言) .

19) 한국에서는 기본적 조사마다 매회 피의자의 진술 조서가 작성되는 것 같지만, 일본에서는 매번 조서가 작성되지 않고 조사의 최후 기일 등에 작성되는 것이 많은 듯하다. 그래서 조서가 작성되는 기일과 작성되지 않는 기일이 생기게 된다. 진술 조서의 증거 조사 신청 때 병합하여 증거 조사의 청구를 하지 않으면 안되는 것은 조서가 작성된 기일의 기록 매체이다.

20) 特別部会第26回会議における保坂간사의 발언,第26回会議議事録16－17頁.

리화, 효율화 조사의 녹음·녹화에 의한 수사력 저하의 우려에 응하기 위한 것이라고 생각된다.

수사공판 협력형 협의·합의제도의 도입은 이제까지 검찰관이 피의자·피고인에 대하여 사실상 행하여 온 것을 정식으로 제도화하고 가시화한 것이다. 형사 면책제도의 도입은 현재 제도에 관한 명문 규정이 없다는 이유로 입법자가 묵시에 의사로 이 제도의 채용을 부정하고 있다고 최고재판소에 의해 해석해 온 것[21]을 입법자의 명시의 표시로서 이를 채용하였다는 점을 분명히 하기 위한 것이라고 생각한다. 통신감청의 합리화 효율화는 현행의 "범죄 수사를 위한 통신 감청에 관한 법률"에 의한 규제가 감청대상 범죄가 좁게 한정되어 있는 등 너무 엄격하고 실제상 거의 이용되지 못하고 있는 상황에 있는 점을 감안하여 범죄수사에 있어서 통행감청의 현실적인 유효성을 확보하려는 취지에 의한 개정 제언이라고 생각된다.

4. 향후 과제

(1) 변호권 (접견 교통권) 보장강화의 필요

조사의 전 과정이 녹음·녹화된다면 조사는 적정화 되고 피의자가 허위자백을 하는 것도 없어지게 되어 오판이 방지될 수 있는가 라고 묻는다면 반드시 그렇다고 말할 수 없다고 생각된다. 일본에서는 조사관이 피의자에 대하여 피해자의 사체에 남겨진 범인의 것으로 추정되는 체액의 DNA형과 피고인의 DNA형이 감정에서 일치한다는 사실을 제시하여 자백을 얻고 피고인을 유죄로 하여 유죄판결이 확정된 뒤 보다 정밀한 DNA형 감정에 의해 DNA형이 일치하지 않는다는 점이 분명히 되어 피고인이 재심에서 무죄로 인정된 사건이 있다.(소위 足利 사건) 이 사건에서는 피고인은 허위의 자백을 하였지만 재심에서도 피고인의 자백의 임의성을 부정되지

21) (大)判平7·2·22刑集49巻2号1頁.이러한 대법정 판결에서 최고 재판소는 "일본의 헌법이 그 형사 절차 등에 관한 제 규정에 비추어 이러한 제도의 도입을 부인하고 있다고까지는 해석되지않지만, 형소법은 이 제도에 관한 규정을 두지 않았다. 이 제도는 전기와 같은 합목적적인 제도로서 기능하는 반면 범죄의 관계자의 이해에 직접 관계하고 형사 절차상 중요한 사항에 영향을 미치는 제도라는 점에서 보면 이를 채택 여부는 이를 필요로 하는 사정의 여부, 공정한 형사 절차의 관점에서 당부, 국민의 법 감저에서 보아 공감에 부합하는지 여부 등의 사정을 신중히 고려하여 결정되어야 하다는 것이고 이를 채택한다면, 그 대상 범위, 절차 요건, 효과 등을 명문으로 규정해야 할 것으로 해석된다. 그러나 일본국의 형소법은 이 제도에 관한 규정을 두지 않기 때문에 결국 이 제도를 채용하지 않은 것으로 하여야 하고 형사 면책을 부여해 얻은 진술을 사실 인정의 증거로 삼는 것은 허용되지 않는다고 말하지 아닐 수 없다."이라고 서술하고 있다.

않고 다만 객관적 사실과 부합하지 않기 때문에 신용성을 결한다는 이유로 무죄 선고된 것이다.[22] 이 足利 사건은 조사가 위법 부당하고는 말할 수 없더라도 피고인이 조사관에 대하여 영합하기 쉬운 성격을 가지고 있는 등의 경우에는 허위자백을 하는 것도 있을 수 있다는 점을 나타난 사례라고 생각된다.

또한, 일본의 재판 실무에서는 자백의 임의성의 판단은 조사를 둘러싼 전 사정을 고려하는 소위 총합설에 의해 이루어지고 있지만 이러한 총합설에 관해서는 예전부터 판단이 어렵고 예견 가능성에서도 부족하다는 한계, 결점이 지적되어 왔다. 이러한 사정이 총합설에 의한 자백의 임의성 판단의 문제점에 대해서는 조사의 전 과정이 녹음·녹화에 의해서는 대체할 수 없다.

이러한 허위 자백을 방지하거나 사정의 총합설에 기한 자백의 임의성 판단의 곤란을 완화하기 위해서는 적어도 피의자가 변호인과 상담할 수 있는 기회의 보장 즉, 헌법 34조 변호권에서 유래하는 변호인과의 접견권의 보장(형소법 39조)을 보다 충실하게 할 필요가 있다고 생각된다.[23] 일본의 판례는 수사기관이 현재 피의자를 조사 중인 때, 또는 가까운 시기에 조사를 할 확실한 예정이 있는 때에는 접견 교통권을 제한할 수 있다는 입장에 있지만[24] 피의자가 묵비권의 존재를 충분히 인식하고 자기가 놓여져 있는 상황을 고려하면서 자백을 할 것인지 부인할 것인 침묵할 것인지 결정할 수 있도록 하기 위해서는 조사에 앞서 변호인과의 상담이 매우 중요할 것이다. 이러한 조사에 선행하는 접견이 있더라도 수사의 필요에 의해 제한할 수 있는 듯한 접견지정의 요건에 관한 최고재판소의 해석은 재고되어야 한다고 생각한다.[25] 피의자가 묵비권의 존재와 묵비권을 포기하여 진술한 경우의 결과를 충분히 인식하고, 자기가 처해있는 상황을 고려하여 자백할 것인지 부인할지 침묵할지를 임의로 선택할 수 있게 하기 위해서는 조사의 전후 변호인과 상담

22) 宇都宮地判平22·3·26, 最高裁判所ウェッブページ
http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/213/080213_hanrei.pdf

23) 拙稿「ミランダ法りの憲法上の意義について」法学新報110巻7·8号298－299頁 참조.

24) 형사소송법 39조
제1항 신체의 구속을 받고 있는 피고인 또는 피의자는 변호인 또는 변호인을 선임할 수 있는 자의 의뢰에 의해 변호인이 되려고 하는 자(변호사가 아닌 자로서는 제31조 제2항의 허가를 받은 뒤에 한한다.)와 입회인 없이 접견하거나 서류 또는 물건의 수수를 할 수 있다.....
제3항 검찰관, 검찰 사무관 또는 사법 경찰 직원은(사법 경찰원 및 사법 순사를 말한다. 이하 동일)는 수사의 필요가 있을 때는 공소 제기 전까지만 제1항의 접견 또는 수수에 관하여 그 일시, 장소 및 시간을 지정할 수 있다. 다만, 그 지정은 피의자가 방어 준비를 할 권리를 부당히 제한하는 것이어서는 안 된다.

25) 특히, 最判平成12·6·13民集54巻5号1635頁은,처음 접견의 중요성을 강조하여, 진술의 자유·자백의 임의성의 보장에 접견교통이 수행하는 역할에도 배려하고 있다고 생각된다.

이 매우 중요하다. 또한 조사 중이더라도 피의자가 "변호인과 상담하지 않고서는 말할 수 없다"는 등이라고 말하여 변호인과의 접견을 요구한 때 등은 조사를 중단하여 접견의 기회를 부여하지 않으면 피의자가 진술해도 그것이 임의로 이루어진 것이라고 할 수 없을 것이다. 그러나 일본국의 판례는 형사소송법상의 접견 지정 요건인 "수사 필요가 있을 때"(형소법 39조 3항)에 관하여 수사 기관이 현재 피의자를 조사 중일 때 또는 짧은 시간 안에 조사를 할 확실한 예정이 있을 때가 이에 해당된다고 해석하고 조사 전 혹은 조사 중에 피의자에서 접견 요구가 있더라도 수사 기관은 이를 거부할 수 있는 것처럼 이 규정을 해석하고 있다.[26] 나아가 한편 첫 기일 접견에 관해 접견 지정의 적법성이 문제가 된 평성 12년 판결[27]에서는 첫 기일접견이 "변호인 선임을 목적으로 하거나, 향후 수사 기관 조사를 받음에 있어서 조언을 얻기 위한 최초의 기회이다"고 하여 그 중요성을 강조한 다음 접견 지정 요건에 해당하는 경우라도,[변호인이 접견을 신청했다] 즉각 또는 근접한 시점에서 접견을 허용해도 접견 시간을 지정하면 수사에 현저한 차질을 피할 시...설령 비교적 단 시간이라도……접견을 인정해야 하는 것이다"라고 하고 즉시 또는 근접한 시점에서 접견을 인정하지 않으면 그 접견 지정은 형소법 39조 3항 단서에서 말하는 "피의자의 방어 준비를 할 권리가 부당하게 제한하는 것"이라고 하여 위법하다고 판시했다. 첫 기일 접견에 대한 판단이며, 반드시 접견 전반에 대한 것은 아니지만 이 판례에는 피의자 진술의 임의성 확보에 대해 접견 교통이 수행하고 있는 역할에 대한 배려를 엿볼 수 있다. 판례는 형소법 39조 3항에 관해 이것이 접견 교통권 보장과 수사의 필요와 조정, 특히 시간적인 조정을 도모하는 규정임을 강조했지만 가능한 접견이 신속히 실현될 수 있는 세밀한 조정이 첫 기일접견의 경우 외에도 확대하는 것이 바람직하다.[28] 그것에 더하여 미국에서 채용되고

26) 最大判平成11·3·24民集53巻3号514頁,最判平成3·5·10民集45巻5号919頁.

27) 最判平成12·6·13民集54巻5号1635頁.

28) 접견 교통에 관한 일본의 수사 실무에서는 전에는 "일반 지정 제도"가 이용되어 왔고 원칙적으로 제한되고 예외적으로 허용된다는, 형소법 39조의 취지와는 정반대의 운용이 이루어지고 있었다. 이에 대한 최고재판소는 53·7·10민집 32권 5호 820항 이후 접견 지정은 어디까지나 예외 조치임을 밝혀 이것에 의해 이러한 수사 실무는 개선되었다. 나아가 본문 중에서 언급했듯이 최근 판례는 수사의 필요와 접견 교통권 보장의 세세한 조정을 더 강하게 요구하는 경향에 있다. 이와 같이 전체의 흐름에서 본다면 접견 교통권 보장은 착실히 진전을 보이고 있다고 볼 수 있다. 피의자 진술의 자유·진술의 임의성 확보에 접견 교통권이 수행하고 있는 역할을 인식한 판례 이론의 발전이 기대된다. 일본에서 접견 교통권의 진전에 대해서는 椎橋隆幸「接見交通権の着実な展開—最高裁平成11年3月24日大法廷判決を廻って」現代刑事法1巻2号40頁,田中優企「接見交通権の新局面（一）（二）（三·完）」法学新報114巻3·4号255頁,114巻7·8号145頁,115巻1·2号121頁 참조.

있는 Edwards 법리[29]와 같이 조사 중에 피의자가 변호인 접견을 요청할 경우에는 변호인과 실제로 접견할 때까지 조사를 중단해야 한다는 법리 채용 여부에 대해서도 금후 검토가 이루어져야 한다고 생각한다.

(2) 자백 법칙, 위법 수집 증거 배제 원칙에 관해 판례 이론을 명확히 할 필요

전술한 바와 같이 법제 심의회 특별부회의 답신안에서는 녹음·녹화 의무의 실효성을 담보하기 위해 피고인의 진술 조서의 임의성이 다투어진 경우에는 진술 조서의 증거 조사 신청에 병합하여 그 조서가 작성된 기일의 조사 상황을 녹음·녹화한 기록 매체에 대한 증거 조사 청구를 하지 않으면 진술 조서의 증거 조사 청구를 각하하는 것으로 하였다. 진술 조서의 임의성에 대한 당사자의 물타기에 따른 심리의 장기화, 판단의 불확실성을 회피하기 위해 조사의 녹음·녹화 제도를 도입하면서도 녹음·녹화 의무의 예외 사유도 인정함으로써 수사 기관이 이 의무를 충분히 이행할 수 있는 체제를 마련하였음에도 불구하고 녹음·녹화 의무를 위반한 조사가 이루어지고, 그것에 의해 작성된 진술 조서가 증거로 이용되는 것을 허락한다면 녹음·녹화 제도의 취지 자체가 몰각될 수 있다. 따라서 피고인의 진술 조서 작성 시 조사 상황을 녹음·녹화한 기록 매체를 병합하여 증거 조사 청구하지 않으면 진술 조서의 증거 조사 청구를 각하한다는 조치는 합리적이라고 말할 수 있다.

그렇다고 하여 일본의 조사 실무에서는 조사는 며칠에 걸쳐 진행되고 게다가 피의자 진술 모두 조서화 되는 것은 아니라고 생각되는데, 진술 조서가 작성되지 않는 기일의 조사의 녹음·녹화 의무 위반의 법적 효과에 대해서는 답신안에서는 구체적으로 언급되지 않았다. 아마도 기존의 자백 법칙과 위법 수집 증거 배제 원칙을 적용해 처리할 것이지만, 이러한 원칙의 적용 여하에 따라서는 전 과정은 모두 녹음·녹화의 실효성이 확보되지 않고 나아가 진술 조서의 임의성의 심리에도 예전처럼 장기화하여 판단도 불확실하게 될 우려도 있다.

일단 위법한 조사가 이루어지고 그 후 새롭게 적법한 조사가 이루어져 임의적인 자백이 얻어진 경우 이전의 조사에서도 자백이 이루어져 있다면 종전에는 반복 자백의 문제로서 취급되어 온 것이다. 이 문제에 대해 판례는 전의 조사에서의 위법을 후의 자백의 임의성을 판단하는데 있어서 사정으로 고려한다는 자백 법칙의 적

29) See, Edwards v. Arizona, 451 US477(1981) この事件については,渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅰ』（中央大学出版部,1989年）87頁（香川喜八朗 担当）참조.

용으로 처리해 왔다.[30] 진술의 임의성 판단은 조사를 둘러싼 전체 사정을 고려해 판단된다고 말할 수 있고 거기서 판단의 핵심은 진술의 신빙성과 진술의 자유 보장 유무이기 때문에 녹음·녹화 의무 위반이라는 위법은 그 자체가 즉시 진술의 임의성에 영향을 주는 것은 아니다. 그렇다고 한다면 녹음·녹화되지 않은 조사에서 조사관에 따른 부당·불법 대응이 있었는지 여부를 당사자의 물타기론을 전제로 우선 판단하고, 만약 그것이 있었다고 인정된 경우에 다음으로 나중의 진술 조서 작성 시에서의 피의자 진술의 임의성 판단의 전체 사정의 하나로서 이를 고려하게 된다. 일단 자백하고 만 것이어서 나중에 부인이나 묵비를 하더라도 소용이 없다는 피의자의 생각은 판례에서는 중시되지 않았다. 역으로 나중의 조사 자체는 진술의 임의성이 보장되는 상황에서 이루어지고 피의자의 자유 의사의 개입이라는 점도 고려하면 이전의 조사에서의 녹음·녹화 의무 위반은 종래의 자백 법칙 아래에서는 진술 조서의 임의성에 관해 간접적으로 약한 영향밖에 가질 수 없고 자백 법칙에 의해서는 전과정은 모두 녹음·녹화의 실효성 확보가 충분히 이루어지는 것은 아닌가라고도 생각한다. 자백 법칙과 별도로 수색·압수의 영역에서 판례가 채용하는 위법 수집 증거 배제 원칙[31]을 자백의 영역에도 확장하려고 하는 대처 방법도 생각해볼 수 있다. 다만 일본의 판례에서는 이 원칙의 적용은 매우 제한적으로 이루어져 왔으며, [32]「영장 주의 정신을 몰각하는 중대한 위법」이라는 배제 요건에 필적할 만한 위법이 녹음·녹화 의무 위반에 적용할 경우에 과연 어느 정의 위법을 지칭하는 것이냐 하는 문제가 생긴다. 진술 조서가 작성되지 않는 기일에서의 조사의 녹음·녹화 의무 위반이 생기더라도 진술 조서의 증거 채용이나 진술을 계기로 하여 얻어진 파생 증거의 허용성이 원칙으로서 인정 되게 된다면 의도적인 의무 위반이 있어도 이를 방지할 수 없다는 우려가 있다. 위법의 유의성, 빈발성을 근거로 증거 배제를 긍정하는 경우가 있음을 인정하는 학설[33]도 있지만 반드시 강제적인 조사가 이루어졌다고도 할 수 없음에도 위법의 유의성, 빈발성만을 이유로,「영장 주의 정신을 몰각하는 중대한 위법」에 필적하는 위법을 판례가 인정하여

30) 最判昭58 · 7 · 12刑集37巻6号791頁.
31) 最判昭53 · 9 · 7刑集32巻6号1872頁참조.
32) 실물 요건, 영장 요건을 결한 주거에의 침입이 이뤄지더라도 (最判昭61 · 4 · 25刑集40巻3号215頁) 또 영장 요건이 검증이 이뤄지더라도 (最決平21 · 9 · 28刑集63巻7号868頁) 증거는 배제되지 않는 등 최고 재판소의 위법수집증거배제원칙 적용은 매우 제한적이고 소화 53년 이후 실제로 최고재판소가 이 원칙을 적용하여 증거를 배제한 것은 불과 1건 (最判平15 · 2 · 14刑集57巻2号121頁) 뿐이다.
33) 井上正仁『 刑事訴訟における証拠排除 』(弘文堂, 1985년).

위법수집증거배제원칙을 적용할 것인지는 분명치 않다.

모든 과정의 녹음·녹화를 의무화해도 그 위반에 대한 적절한 대응책이 마련되어 있지 않으면 이러한 조치도 수포로 돌아가고 말 것이다. 이러한 문제에 관한 판례 이론의 발전도 기대되고 있다.

(3) 범행의 배경, 사정, 해명을 위한 제도 및 범죄자에게 조기에 죄를 자각시키기 위한 제도를 개발할 필요

일본에서는, 배심제도를 채용하여 사실인정과 양형의 절차를 구분하고 있는 나라가 마련하고 있는 피고인의 범행사정을 조사하기 위한 양형전 조사절차가 존재하지 않는다. 이러한 배경사정의 조사는 현재 조사를 중심으로 한 수사에 의해 이루어지고 있다. 조사의 전 과정이 녹음·녹화되어 이러한 범행의 배경사정을 해명하려는 조사가 어렵게 된다면 수사기관에 의한 조사에 대신하여 양형을 적정히 하기 위해선 어떠한 기관이 어떤 단계에서 범행의 범행사정을 조사할 것인가 문제가 생기게 된다.[34]

나아가 이점과 관련하여 일본의 형사 사법 운용의 커다란 특징의 하나로서 기소유예률이 높다는 점을[35] 들 수 있다. 또한 형의 집행유예의 높다는 점도[36]도 포함하여 형이 너무 가벼운 경향이 있다고 생각된다. 이러한 일본의 형사법에 운영의 태도를 지탱하고 있는 것은 조사의 단계에서 조사관이 피의자와 신뢰관계를 구축하고 피의자에게 범행의 배경사정에 이르기까지 진술하게 하고 나아가서는 죄에 대한 반성의 념을 가지게 한다고 하는 역할을 조사가 수행해 왔기 때문이라고 추측한다. 범행의 배경사정이 들어나면 형사책임의 중함을 판단할 사정도 도출 될 것이고 피의자가 깊이 반성하고 있다면 엄벌로 처할 필요는 없다고 판단되는 경우도 있을 것이다. 그러나 조사의 전 과정이 녹음·녹화됨에 의해 이러한 피의자와 조사관의 사이에 신뢰관계의 구축이 곤란하게 된다면 이제까지의 일본형사사법의 모습이 크게 변화할 가능성도 있을 것으로 보인다. 통신감청의 대상범죄의 확대, 형사면책제도의 도입 등에 의해 피해자의 범행자체를 증명하는 증거는 획득하였다고 하더라도 범행의 배경사정의 해명까지는 기대하기 어렵고[37] 또한 수사의 단계에서

34) 渥美 · 前掲注(14)43頁참조.
35) 平成25年度版犯罪白書에 의하면,2012年 検察庁終局処理人員에 대한 起訴猶予의 비율은,55.5%이다. (관련하여,公判請求는 6.8%,略式命令請求 24.5%,기타 不起訴 5.0%,家庭裁判所送致 8.2%이다.)
36) 平成25年度版犯罪白書에 의하면, 2012年 通常第1審에서의 執行猶予率은 58.4%이다.
37) T.Wachi, et al., Police Interviewing Styles and Confessions in Japan, Psychology, Crime & Law

피의자에게 죄를 자각시키는 것도 곤란하게 된다면 기소유예나 형의집행유예 등 diversion을 활용하고 범죄대책으로써 범죄자의 형무소 등에의 수용처우에 과도하게 의존하지 않는다고 하는 이제까지 일본의 전통을 유지할 수 없게 될 우려도 있다. 수용처우가 재범방지의 점에서 충분한 효과를 발휘할 수 없다는 점은 이미 미국의 예가 보여주고 있는 데로 이다.

일본에서는 최근 기소 유예 처분자에 대한 갱생 보호법상의 갱생 긴급 보호[38]를 활용한 새로운 사회 복귀 지원 방안이 실시되고 있다. 기소 유예 처분을 통해 범죄자의 사회 복귀·사회에의 재통합을 촉구한다는 의미로 종래부터 채용되어 온 대책보다 효과적으로 대처하려한 것으로 이해할 수 있다.[39] 그러나 이런 대처로도 기소 유예 처분의 전제가 되는 피의자의 범행 배경 사정을 파악할 수 없고 이제까지와 같이 기소 유예 처분을 활용할 수 없게 된다면 충분히 그 목적을 달성하기 어려울 것이다.

일본의 범죄 수사는 단순히 공판에서 피고인을 유죄로 하기 위한 증거를 수집하기 위해서 이루어져 온 것만이 아니고 범행의 동기, 범행 배경 사정을 포함한 범죄의 전체상을 분명히 함으로써 사회 불안을 잠재우고 나아가서는 일반 예방, 특별 예방 양측 면에서 범죄 예방에 도움이 되는 정보를 수집하는 역할을 담당해왔다.[40] 그리고 그 역할을 수사가 수행하여 피의자 조사가 중요한 지위를 점하여 온 점을 결코 간과해서는 안 될 것이라고 생각한다. 그동안의 수사 방식이 조사에 지나치게 의존한 것이며, 그 점에서 개선의 필요가 있다는 점은 부정할 수 없지만 그렇다고 하여 조사가 지금까지 해온 기능을 충분히 수행할 수 없게 된다면 그것에 대처하는 새로운 제도를 개발할 필요가 있다고 생각된다.

현재 일본의 경찰은 조사 기술의 향상에 조직적으로 임하고 있으며[41] 이렇게 조사 전 과정이 녹음·녹화되는 상황에서도 종전처럼 조사관이 피의자와의 신뢰 관계를 구축하는 기법을 확립·발전시키려는 노력을 계속해 나갈 필요가 있을 것이다.

그러나 그것에 의해서도 범행 배경 사정의 해명이 충분히 이루어질 수 없게 된

(2013) http://dx.doi.org/10.1080/1068316X.2013.854791는,조사관이 피의자와 신뢰관계를 구축하지 않아서 증거를 제시하고 진술을 얻으려 하여도 피의자는 제시한 증거에 의해 증명되는 사실만을 인정하고 완전 자백을 하지 않는 경향에 있다고 한다.

38) 갱생보호법 85조 참조.

39) 이 점에 대해서는 堤和通「望ましい検察の姿：日本側対応報告」참조

40) 渥美 · 前掲注(25)42頁참조

41) 경찰청은 예를 들면 경찰대학교내에 조사기술종합연구연수센터를 설치하고 조사에 심리학적 기법을 도입하는 등 조사의 과학화(고도화)를 추진하고 있다.

다면 수사 이외의 방법에서 이것을 보충해 나가지 않으면 안 된다. 그 제도의 개발은 용이하지 않다고 생각하지만 조사의 전 과정을 녹음·녹화하는 방향으로 진전된다면 그러한 곤란도 받아드리지 않으면 안 된다고 생각한다. 나아가서는 범죄자가 형사 절차의 조기 단계에서 죄를 직시하고, 죄를 자각할 기회를 마련하기 위해 외국에서 이미 채용하고 있는 것 같은 피의자가 범행을 자인하는 것을 조건으로 종래형의 형사절차로부터 diversion하거나 수복적 정의(restorative justice)의 개념하에서 범행에 의해 파괴된 인간관계의 수복을 주목적으로 하는 제도를 도입하는 등의 검토를 향후 행할 필요도 있다고 생각한다.[42]

(논문접수일 : 2014.11.25, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.11)



야나가와 시게키

조사의 녹음·녹화, 자백, 접견교통권, 재량소추주의, 회복적 정의, 법제심의회, 자백법칙, 위법수집증거배제법칙

42) 渥美 · 前掲注(25)41－42,同「ペンシルヴェイニア州アルゲイニー · カウンティの少年非行 · 犯罪に対応する家庭裁判所少年部の構造と実施計画」比較法雑誌37巻2号1頁,中野目善則「UKにおける保守 · 自由民主連合政権の犯罪政策について」比較法雑誌45巻2号1頁,ポール · マッコールド＝テッド · ワクテル（中野目善則訳）「リストーラティヴ · ジャスティス理論の有効性のデータによる検証」比較法雑誌45巻4号23頁,堤和通「Calgary Community Conferencingについて」比較法雑誌38巻3号1頁,同「サウス · オーストラリアのファミリー · カンファレンスについて」比較法雑誌40巻1号1頁等参照.

【참 고 문 헌】

警察庁 「警察における取調べの録音・録画の試行の実施状況について」
http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/record/H260729_joukyou.pdf
最高検察庁「検察における被疑者取調べの録音・録画についての実施状況（平成26年6月）試行開始後から平成26年3月までの実施状況」
http://www.kensatsu.go.jp/kakuchou/supreme/rokuon_rokuga.html
法制審議会特別部会議事録
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html
渥美東洋「取調べの適正化；とりわけ電子録音・録画＝いわゆる可視化について」判タ1262号
同「ペンシルヴェイニア州アルゲイニー・カウンティの少年非行・犯罪に対応する家庭裁判所少年部の構造と実施計画」比較法雑誌37巻2号
稲田伸夫「被疑者の取調べ―検察の立場から」三井誠他編『新刑事手続Ⅰ』（悠々社、2002年）
大江威喜「取調べの録音・録画記録制度について」判例タイムズ1116号
川出敏裕「被疑者取調べの在り方について」警察政策11巻
北村滋「新たな取調べの確立に向けて―取調べに関する大きな変革」警察学論集61巻6号
佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判例タイムズ1110号
椎橋隆幸「接見交通権の着実な展開―最高裁平成11年3月24日大法廷判決を廻って」現代刑事法1巻2号
田口守一「取調べの適正化―現状と今後の課題」法学教室335号
田中優企「接見交通権の新局面（一）（二）（三・完）」法学新報114巻3・4号、114巻7・8号、115巻1・2号
堤和通「CalgaryCommunity Conferencingについて」比較法雑誌
38巻3号、同「サウス・オーストラリアのファミリー・カンファレンスについて」比較法雑誌40巻1号
露木康浩「取調べ可視化論の問題―治安への影響」法学新報112巻1・2号
中野目善則「UKにおける保守・自由民主連合政権の犯罪政策について」比較法雑誌45巻2号

ポール・マッコールド＝テッド・ワクテル（中野目善則訳）「リストーラティヴ・ジャスティス理論の有効性のデータによる検証」比較法雑誌45巻4号
柳川重規「ミランダ法理の憲法上の意義について」法学新報110巻7・8号
頁吉丸真「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判例時報1807号
同「録音・録画記録制度について（上）（下）」判例時報1913号16頁、1914号
T.Wachi, et al., Police Interviewing Styles and Confessions in Japan, Psychology, Crime & Law (2013) http://dx.doi.org/10.1080/1068316X.2013.854791

Abstract

On Controversy over Introducing the Interrogation Video-Recording System in Japan

Shigeki YANAGAWA

This article introduces the arguments for and against the introduction of the interrogation video-recording system in japan, and the report from Legislative Council of the Ministry of Justice that proposes the introduction of the system. In addition to that, this article discusses the problems that will remain after the interrogation video-recording system is implemented. The report from Legislative Council proposes that video recording is required when the police officers and prosecutors interrogate the suspects about the cases that will be tried by “saibanin”trial or that prosecutor’s office investigate independently, that the all interrogations should be recorded from the suspects are arrested, and the that motion to examine the statements of the suspects should be dismissed if the interrogation in which the statements were made was not recorded. This article insists that if the interrogation video-recording system is implemented following this proposal, it will be possible for fact-finders to determine the voluntariness of the statements of the suspects in a condition in which the circumstances of the interrogation are clear, but some problems remain. First the acquisition of the false statements from the suspects cannot be avoided merely by implementation of the video-recording system. It is necessary to expand the right to have an interview with counsel. Second, the theoretical problems, the admissibility of the successive confessions and the derivative evidences that derives

from the statements obtained by the breach of the video-recording requirements, should be resolved. Finally, it is feared that the function of the Japanese style interrogation to awaken the criminals the responsibility for the crime at the early stage of the criminal procedure will decline by the implementation of the video-recording system, so it is necessary to develop the alternative methods such as a conflict resolution procedure based on the restorative justice concept.

Shigeki YANAGAWA

Interrogation Video-Recording, confession, right to have an interview with counsel, discretionary prosecution system, restorative justice, Legislative Council of the Ministry of Justice, rule of exclusion of involuntary confession, exclusionary rule of illegally obtained evidence

국민참여재판제도의 시행상황과 앞으로의 과제

이 정 배*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국민참여재판제도의 개관
1. 국민참여재판제도의 특징
2. 국민참여재판의 준비 절차
3. 배심원 선정절차
4. 공판절차
5. 배심원의 평의·평결·양형 토의절차
6. 배심원 등에 대한 보호 조치
7. 항소 절차
Ⅲ. 국민참여재판의 시행상황 분석
1. 국민참여재판의 신청·처리 현황
2. 배심원 선정절차 현황
3. 공판절차 관련 현황
4. 배심원의 평의·평결 현황
5. 항소 현황
6. 배심원 설문조사 결과
Ⅳ. 국민참여재판제도 개정안
1. 국민참여재판 제도의 최종형태 결정 과정
2. 국민사법참여위원회 최종형태 주요 내용
3. 법무부 개정안 주요 내용
Ⅴ. 국민참여재판제도의 문제점과 앞으로의 과제
1. 대상사건
2. 신청주의
3. 법원의 배제결정
4. 배심원의 선정
5. 소위 '즉일 재판'의 문제
6. 법관의 배심원 평의 관여
7. 배심원 평결 방식
8. 배심원 평결의 효력
9. 항소심
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

우리나라는 2008. 1. 1.부터 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민참여재판제도를 도입하여 시행하였고, 사회 각계각층의 의견을 폭넓게 수렴하면서 다각적인 연구와 분석을 통한 개정 논의가 활발하게 진행되고 있다.

지난 6년간의 시행상황을 분석해보면, 국민이 직접 재판에 참여함으로써 사법의 신뢰를 회복하는 계기를 마련했다는 점에서 일단 긍정적인 평가를 받고 있고, 배심원들의 전반적인 만족도도 높은 편이나, 낮은 신청률과 높은 철회율, 지나치게 짧은 공판기일과 배심원 선정절차, 높은 항소율 등 여러 문제점도 노출되었다.

* 서울중앙지방검찰청 검사.

국민참여재판의 활성화를 위해서는 대상사건의 범위를 확장하고, 일정 범위에서 강제주의를 도입할 필요가 있고, 충실한 심리를 위해 배심원 선정기일과 공판기일을 분리하거나 1일 재판시간을 제한하는 등의 개선방안을 검토할 필요가 있다.

배심원 평결의 효력에 대하여는 아직 국민참여재판제도가 완전히 정착되지 않았고, 헌법상 논란의 소지도 있으므로 '사실상의 기속력'을 부여하는 것이 현실적으로는 적절한 것으로 보이나, 장기적으로는 법적 기속력을 부여하는 것이 타당한 것으로 보인다.

하루 빨리 국민의 건전한 상식과 법 감정이 반영된 국민참여재판제도가 안정적으로 정착되어, 사법에 대한 불신이 사라지고, 배심원을 통한 국민적 공감을 얻어 재판 결과에 승복할 수 있는 성숙한 사법민주주의가 실현되기를 기대한다.

Ⅰ. 서론

국민참여재판제도는 "사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 제도[1]"로서 2008. 1. 1.부터 시행되었다.

그 이전의 우리나라 사법제도는 직업 법관에 의하여만 재판이 진행되었고, 일반 국민들은 당사자가 아닌 심판자로서 재판에 참여할 수 없었다. 하지만, 사회 전반에 걸쳐 민주화가 진행됨에 따라 각계각층에서 사법개혁에 대한 논의도 활발히 진행되었고, 2003. 10. 28. 대법원에 사법개혁위원회가 설치되면서 국민의 사법참여를 포함한 사법제도 개혁 방안이 연구되었다.

사법개혁위원회에서는 배심제와 참심제 중 어느 제도를 도입할 것인지 논의하였으나, 어느 제도가 우리의 현실에 적합한지를 단정하기 어려우므로 향후 지속적인 연구를 통하여 기본 모델을 정한 후 이를 우리의 현실에 맞게 변용하는 것이 필요하다고 결론짓고, 국민이 배심원으로서 형사재판에 참여하는 국민참여재판의 도입을 골자로 한『국민의 형사재판 참여에 관한 법률』(이하 '참여법률'이라고 함)을 마련하였고, 2007. 4. 30. 국회 본회의를 통과하여 2008. 1. 1.부터 시행된 것이다.[2]

이후 참여법률은 2012. 1. 17. 개정되어 2012. 7. 1.부터 대상사건의 범위가 합의부 관할 사건 전체로 확대되었고, 성폭력범죄 피해자가 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우 법원이 배제결정을 할 수 있는 조항이 추가되어 지금에 이르고 있다.

국민참여재판제도는 도입 여부를 논의하는 과정에서부터 소송비용 과다 등 배심재판의 비효율성, 비전문가인 배심원의 오판 위험성, 인맥과 정을 중시하는 사회에서 정에 이끌린 평결 등을 이유로 국민의 형사재판참여를 반대하는 목소리도 적지 않았으나,[3] 6년의 시행을 거치면서 국민이 직접 재판에 참여함으로써 국민의 법감정을 재판에 반영하고, 이로 인해 사법의 신뢰를 회복하는 계기를 마련했다는 점에서 일단 긍정적인 평가를 받고 있는 듯하다.[4]

그러나, 아직 국민참여재판 건수가 많지 않고, 배심원 평결의 기속력이 인정되지

1) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률
제1조(목적) 이 법은 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 제도를 시행함에 있어서 참여에 따른 권한과 책임을 명확히 하고, 재판절차의 특례와 그 밖에 필요한 사항에 관하여 규정함을 목적으로 한다.
2) 법원행정처 사법정책실, 「국민참여재판의 이해」(2007), 12쪽.
3) 이동희, "국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향", 한국형사정책학회,「형사정책」제23권 제1호(2011), 91쪽.
4) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 44쪽.

않아 배심원 평결과 반대되는 판결이 선고되거나 배심원 평결이 항소심에서 파기되는 사건도 종종 발생하며,[5] 배심원의 선정절차나 재판장의 설명 범위 등에 대한 뚜렷한 지침이나 관례도 없어 오히려 혼란만 가중하는 측면도 무시할 수는 없다. 이러한 혼란은 사법의 신뢰 회복이라는 제도 취지에 반하여 이전과 다른 측면의 사법 불신을 야기할 수 있고, 배심재판에 대한 불신이 쌓이면 아무도 배심재판을 원하지 않을 것이므로 결국 국민참여재판제도는 도태되고 말지도 모른다.

따라서 본 논문에서는 국민참여재판제도를 개관하고, 시행상황을 분석하여 문제점을 파악한 뒤, 성공적으로 정착하기 위한 앞으로의 과제가 무엇인지 그 방법을 모색해 보고자 한다.

Ⅱ. 국민참여재판제도의 개관

1. 국민참여재판제도의 특징

우리나라 국민참여재판제도는 외형상으로는 배심제를 받아들인 것으로 보이나, 실제로는 배심제적 요소와 참심제적 요소가 혼합되어 있다. 배심원은 원칙적으로 법관의 관여 없이 평의를 진행한 후 만장일치로 평결에 이르러야 하는데(배심제적 요소), 만약 만장일치의 평결에 이르지 못한 경우 법관의 의견을 들은 후 다수결로 평결을 할 수 있다(참심제적 요소). 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의를 하면서도(참심제적 요소) 단지 양형에 관한 의견만을 개진할 수 있을 뿐이다(배심제적 요소). 배심원의 평결은 법원을 기속하지 않고 단지 권고적 효력만을 가진다(배심제의 수정).[6]

이러한 특징은 헌법 제27조 제1항에서 규정하고 있는 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."는 조항과의 충돌을 피하기 위한 것으로 보인다.

2. 국민참여재판의 준비 절차

국민참여재판의 대상사건은「법원조직법」제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다[7])에 따른 합의부 관할 사건, 이 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에

5) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 23, 25쪽.
6) 법원행정처 사법정책실, 앞의 책(각주 2), 14쪽.

해당하는 사건, 이 사건들과「형사소송법」제11조에 따른 관련 사건으로서 병합하여 심리하는 사건이다.[8]

법 제정 당시에는 법정형이 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 사망의 결과가 발생하거나 사망과 연결된 무거운 범죄가 대상이었다가, 2009. 6. 1.「국민의 형사재판 참여에 관한 규칙」이 개정되면서 일부 중한 범죄가 추가되었고, 2012. 1. 17. 개정되면서 합의부 관할 사건 전체로 확대되었다.[9]

국민참여재판은 피고인의 신청으로 진행된다.[10] 법원은 대상사건의 피고인에게 국민참여재판을 원하는지 여부를 반드시 확인하여야 하고, 피고인은 원하는지 여부를 서면을 제출하여야 하며, 제출하지 아니한 때에는 원하지 아니하는 것으로 본다.

법원은 배심원 등이 생명·신체·재산에 대한 침해의 우려가 있어서 출석의 어려움이 있거나 직무를 공정하게 수행하지 못할 염려가 있다고 인정되는 경우, 성폭력범죄 피해자 등이 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우, 그 밖에 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우에 배제결정을 할 수 있다.[11]

3. 배심원 선정절차

배심원의 수는 법정형이 사형·무기징역 또는 무기금고에 해당하는 대상사건에서는 9인, 그 외에서는 7인이다. 다만, 자백사건은 5인으로 할 수 있고,[12] 5인 이내의 예비배심원을 둘 수 있다.[13]

배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 선정되고,[14] 결격사유[15]와 직업 등에 따른 제외사유,[16] 제척사유,[17] 면제사유[18]에 해당하는 사람은 배심원에 선정

7) 제2호는 민사사건, 제5호는 제척·기피사건이므로 형사사건과는 관련이 없다.
8) 참여법률 제5조 제1항.
9) 김창렬, "국민참여재판제도에 관한 연구", 경상대학교 법학연구소,「법학연구」제22권 제1호 (2014), 200쪽.
10) 참여법률 제5조 제2항.
11) 참여법률 제9조.
12) 참여법률 제13조.
13) 참여법률 제14조.
14) 참여법률 제16조.
15) 참여법률 제17조.
16) 참여법률 제18조.

될 수 없다.

법원은 배심원후보자에게 질문표를 사용할 수 있고,[19] 선정기일에 질문할 수 있으며, 검사와 피고인 또는 변호인으로 하여금 직접 질문하게 할 수 있다. 법원은 직권 또는 검사·피고인·변호인의 기피신청에 따라 당해 배심원후보자에 대하여 불선정결정을 하여야 하고, 검사·피고인 또는 변호인의 기피신청을 기각하는 경우에는 이유를 고지하여야 한다.[20]

검사와 변호인은 각자 배심원이 9인인 경우는 5인, 배심원이 7인인 경우는 4인, 배심원이 5인인 경우는 3인의 범위 내에서 배심원후보자에 대하여 이유를 제시하지 아니하는 기피신청을 할 수 있다.[21]

4. 공판절차

배심원은 법률에 따라 공정하게 그 직무를 수행할 것을 다짐하는 취지의 선서를 하여야 하고, 재판장은 배심원에게 권한·의무·재판절차, 그 밖에 직무수행을 원활히 하는 데 필요한 사항을 설명하여야 한다.[22]

배심원은 피고인·증인에 대하여 필요한 사항을 신문하여 줄 것을 재판장에게 요청할 수 있고, 재판장의 허가를 받아 필기할 수 있다.[23]

반면, 배심원은 심리 도중에 법정을 떠나거나 평의·평결 또는 토의가 완결되기 전에 재판장의 허락 없이 평의·평결 또는 토의 장소를 떠나서는 아니되고, 평의가 시작되기 전에 당해 사건에 관한 자신의 견해를 밝히거나 의논하여서도 아니되며, 재판절차 외에서 당해 사건에 관한 정보를 수집하거나 조사하거나, 평의·평결 또는 토의에 관한 비밀을 누설하여서도 아니된다.

통상의 증거조사 절차와 증거조사 이후의 피고인신문, 검사의 의견진술, 피고인·변호인의 최종의견 진술 등의 절차는 일반 형사재판과 동일하나,[24] 배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없다.[25]

17) 참여법률 제19조.
18) 참여법률 제20조.
19) 참여법률 제25조.
20) 참여법률 제28조.
21) 참여법률 제30조.
22) 참여법률 제42조.
23) 참여법률 제41조.
24) 법원행정처 사법정책실, 앞의 책(각주 2), 100-121쪽 참조.
25) 참여법률 제44조.

5. 배심원의 평의·평결·양형 토의절차

재판장은 변론 종결 후 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 하고, 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다.[26]

심리에 관여한 배심원은 재판장의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결하지만, 그 전에 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다.

배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다.

배심원의 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진하고, 배심원의 평결과 양형 의견은 법원을 기속하지 아니한다.

재판장은 판결선고시 피고인에게 배심원의 평결결과를 고지하여야 하며, 배심원의 평결결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 피고인에게 그 이유를 설명하여야 한다.[27]

판결서에는 배심원이 재판에 참여하였다는 취지를 기재하여야 하고, 배심원의 의견을 기재할 수 있으며, 배심원의 평결결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 판결서에 그 이유를 기재하여야 한다.[28]

6. 배심원 등에 대한 보호 조치

누구든지 배심원 등에게 불이익한 처우를 하여서는 아니 되고,[29] 당해 재판에 영향을 미치거나 비밀을 알아낼 목적으로 접촉하여서는 아니되며,[30] 배심원 등의 개인정보를 공개하여서는 아니된다.[31]

재판장은 배심원 등이 위해를 받을 염려가 있다고 인정하는 때 또는 공정한 심리나 평의에 지장을 초래하거나 초래할 염려가 있다고 인정하는 때에는 배심원 등의 신변안전을 위해 필요한 조치를 취할 수 있고, 검사 등은 재판장에게 필요한 조치를 취하도록 요청할 수 있다.[32]

26) 이하, 참여법률 제46조.
27) 참여법률 제48조.
28) 참여법률 제49조.
29) 참여법률 제50조.
30) 참여법률 제51조.
31) 참여법률 제52조.

7. 항소 절차

참여법률에는 항소 절차에 대한 언급이 없으므로 형사소송법의 규정에 따라 항소 절차가 진행된다. 따라서 항소심은 관할 고등법원에서 일반 형사재판으로 진행하게 된다.[33]

Ⅲ. 국민참여재판의 시행상황 분석

1. 국민참여재판의 신청·처리 현황

2008. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 시행 6년 동안 피고인 수를 기준으로 총 2,979건(전체 대상사건 61,622건 중 4.8%)이 접수되어 그 중 40%에 해당하는 1,193건이 국민참여재판으로 진행되었다. 매년 접수 건수가 증가하고 있으며, 특히 대상사건이 모든 형사 합의부 관할 사건으로 확대된 2012년에 대폭 증가하였다.

법원의 배제결정 비율은 17.3%인 반면, 피고인이 스스로 철회한 사건 비율은 39.4%로 높음을 알 수 있다.

<표 1> 2008년~2013년 제1심 접수/처리/미제 건수[34]

접 수		처 리								미제
		합 계		국민참여재판		배 제		철 회		
		건수	%	건수	%	건수	%	건수	%	
2008년	233	215	92.3	64	27.5	61	26.2	90	38.6	18
2009년	336	308	91.7	95	28.3	75	22.3	138	41.1	46
2010년	437	413	94.5	162	37.1	75	17.2	176	40.3	70
2011년	489	494	101.0	253	51.7	63	12.9	178	36.4	65
2012년	752	672	89.4	274	36.4	124	16.5	274	36.4	145
2013년	732	779	106.4	345	47.1	116	15.8	318	43.4	98
합계	2,979	2,881	96.7	1,193	40.0	514	17.3	1,174	39.4	-

32) 참여법률 제53조.
33) 다만, 항소심에서도 국민참여재판이 가능하다는 견해도 있음(하태영,「형사철학과 형사정책」, 법문사, 2007. 90쪽.).
34) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 2쪽.
이하 모든 표는 특별한 기재가 없는 한 2008. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 누계임.

2. 배심원 선정절차 현황

국민참여재판에서 '배심원으로 누가 선정되는지' 여부가 가장 중요할 것으로 생각됨에도, 배심원 수 및 자백 여부 등과 큰 편차 없이 평균 소요시간은 1시간 17분 정도 걸리는 것으로 나타났다.

<표 2> 배심원 선정기일 소요 시간[35]

기준		최대 소요시간	최저 소요시간	평균 소요시간
자백 여부	자백(414건)	2시간 35분	30분	1시간 12분
	부인(779건)	3시간 30분	30분	1시간 19분
배심원 수	5명(91건)	2시간	30분	1시간 08분
	7명(725건)	3시간	30분	1시간 15분
	9명(377건)	3시간 30분	35분	1시간 22분
범죄 유형	살인등(333건)	3시간 30분	30분	1시간 16분
	강도등(244건)	3시간	30분	1시간 19분
	상해치사등(71건)	2시간	43분	1시간 17분
	성범죄등(210건)	3시간	37분	1시간 19분
	기타(335건)	3시간	30분	1시간 13분
합계		-	-	1시간 17분

배심원 선정에 있어서 이유부기피는 1건당 평균 0.3명으로 총 1,193건 중 194건에서만 이유부기피신청이 있었는데, 이는 법원에서 이유부기피신청을 받아들이는 기준이 엄격하기 때문인 것으로 보인다.[36]

무이유부기피는 1건당 평균 4.8명으로, 자백 사건보다는 부인 사건에서 평균 0.9명 더 많았고, 특히 성범죄 등 사건에서 평균 5.9.명으로 높았다.[37]

3. 공판절차 관련 현황

지난 6년간 시행된 국민참여재판의 소요 일수는 총 1,193건 중 하루 만에 마친 경우가 1,110건(93%), 이틀 이상 걸린 경우가 83건(7%)으로 대부분의 사건이 제1회 공판기일에서 판결까지 선고되었고,[38] 국선변호인 선정 비율은 82.1%(979건)로서

35) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 14쪽.
36) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 14쪽.
37) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 15쪽.
38) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 17쪽.

같은 기간 전국 제1심 형사 합의부 구속사건 중 국선변호인 선정 비율 45.7%보다 높았고, 사선변호인 선임 비율은 19%(227건)에 불과하였다.[39]

사선변호인의 입장에서는 참여재판에 시간과 노력이 많이 들고, 그에 비례하여 수임료를 많이 받는 것도 아니며, 배심원을 설득하여야 하는 부담과 함께 그 결과를 예측하기도 어렵기 때문에 참여재판을 선호하지 않는 것으로 보인다.

총 1,193건 중 자백 사건 비율은 34.7%(414건), 부인 사건 비율은 65.3%(779건)으로서[40] 유죄를 인정하면서도 양형은 배심원의 판단을 받아보고 싶다는 피고인이 예상보다 많았다.

4. 배심원의 평의·평결 현황

자백 사건은 평균 1시간 25분, 부인 사건은 평균 1시간 49분으로 큰 편차는 없었고, 전체 평균 소요 시간은 1시간 41분으로 짧게는 10분에서 길게는 5시간까지 분포되어 있었다.

<표 3> 평의 소요 시간[41]

기준		최대 소요시간	최저 소요시간	평균 소요시간
자백 여부	자백(414건)	4시간 20분	20분	1시간 25분
	부인(779건)	5시간	10분	1시간 49분
배심원 수	5명(91건)	2시간 40분	30분	1시간 14분
	7명(725건)	4시간 20분	10분	1시간 36분
	9명(377건)	5시간	30분	1시간 57분
죄명별	살인등(333건)	4시간 50분	30분	1시간 38분
	강도등(244건)	5시간	20분	1시간 45분
	상해치사등(71건)	3시간 40분	30분	1시간 41분
	성범죄등(210건)	4시간 10분	10분	1시간 50분
	기타(335건)	4시간 25분	15분	1시간 34분
전체평균		-	-	1시간 41분

39) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 17쪽.
40) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 18쪽.
41) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 21쪽.

지난 6년간의 국민참여재판 총 1,193건 중 무죄건수는 87건(일부 무죄는 47건으로 무죄율에는 포함되지 않음)으로 무죄율은 7.3%에 달해, 같은 기간 전국 법원 형사 합의사건 1심 무죄율인 3.5%의 2배가 넘었다.[42]

총 1,193건 중 92.8%에 해당하는 1,107건에서 평결과 판결이 일치하였고, 평결과 판결이 일치하지 않은 86건(7.2%) 중 배심원이 무죄 평결을 하였으나 재판부가 유죄로 판결한 사례는 80건, 배심원이 유죄 평결을 하였으나 재판부가 무죄로 판결한 사례는 6건으로, 대부분 배심원의 무죄 평결에도 불구하고 재판부가 유죄로 판결한 사례였다.[43]

한편, 평결과 판결이 불일치한 사건 중 항소심에서 유·무죄 판단이 바뀌어 배심원의 평결과 같은 판결을 선고한 사례가 3건 있었다.[44]

총 1,193건 중 평결과 판결이 불일치한 경우와 무죄 선고된 경우를 제외한 1,023건 중에서 89.4%에 해당하는 915건이 배심원의 양형의견 중 다수의견과 재판부의 선고형량 차이가 1년 이내로 대체로 일치하였는데(차이가 1년 이내), 이는 재판부와 배심원이 함께 양형 토의를 거치면서 이런 결과가 발생한 것으로 보인다.[45] 양형의견이 선고형량보다 높은 경우는 4.7%인 48건, 양형의견이 선고형량보다 낮은 경우는 5.9%인 60건이었고, 차이가 나는 경우에도 대체로 2년 정도의 차이를 보이고 있다.[46]

5. 항소 현황

국민참여재판으로 진행한 경우의 항소율은 81.7%로서 같은 기간 전국 제1심 형사 합의사건 항소율인 58.9%보다 높았고, 쌍방 항소를 포함한 피고인 항소율과 검사 항소율 모두 다음의 표에서 보는 바와 같이 전국 평균 항소율보다 높았는데, 이는 국민참여재판의 실형률과 무죄율이 높아 실형 선고를 받는 경우 피고인이, 무죄 선고를 받는 경우 검사가 항소를 많이 하기 때문인 것으로 보인다.

42) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 20쪽.
43) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 23쪽.
44) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 23쪽.
45) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 24쪽.
46) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 24쪽.

〈표 4〉 국민참여재판으로 진행된 경우의 항소율[47]

판결건수	항소						미항소	
	검사		피고인		전체			
	건수	비율	건수	비율	건수	비율	건수	비율
1,193	535	44.8%	745	62.4%	975	81.7%	218	18.3%

※ 항소 건수는 각 연도별 판결건수 중 항소된 건수로 연도별 항소접수 건수와는 차이가 있음

항소심에서 처리된 873건 중 638건이 항소기각되고, 228건이 파기되어 기각율은 73.1%, 파기율은 26.1%로서 같은 기간 각급 고등법원의 원심 파기율 40.7%보다 낮았다. 국민참여재판을 거친 사건의 항소심 파기율이 낮은 이유는 국민의 의사가 반영된 1심 판결을 항소심이 존중하려는 경향이 있는 것 때문인 것으로 보인다.[48]

〈표 5〉 항소심에서의 처리[49]

접수 인원	처리(인원)										미제
	소계	파기							기각	취하 등	
		사형	자유형			재산형	무죄	기타			
			실형		집행유예						
			무기	유기							
942	873		1	172	42	6	5	2	638	7	-
	(100.0%)		(0.1%)	(19.7%)	(4.8%)	(0.7%)	(0.6%)	(0.2%)	(73.1%)	(0.8%)	

※ 접수 : 항소심 접수년도 기준, 처리 : 항소심 판결년도 기준

항소심에서 처리된 873건 중 212건의 양형이 변경되어 양형 변경률은 24.3%로서 같은 기간 각급 고등법원의 양형 변경률 32.2%보다 낮았다. 한편, 위 873건 중 157건의 양형이 감경되어 양형 감경률은 18.0%로서 같은 기간 각급 고등법원의 양형 감경률 24.0%보다 낮았다. 이 또한 국민의 의사가 반영된 1심 판결을 항소심이 존중하려는 경향이 있는 것 때문인 것으로 보인다.[50]

47) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 20쪽.
48) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 41쪽.
49) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 25쪽.
50) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 42쪽.

6. 배심원 설문조사 결과

재판절차 만족도에 있어서 배심원의 만족도가 높은 정도는 평의 〉공판 〉 선정절차 〉최초대기 순이었다.

〈표 6〉 재판절차 만족도[51]

구분	만족(%)	보통(%)	불만족(%)
최초대기	58.2	38.6	3.2
선정절차	67.1	30.6	2.3
공판절차	72.8	25.3	1.9
평의절차	74.2	24.4	1.5

직무수행 만족도에 있어서 95.8%의 배심원이 만족하고, 긍정적으로 평가했다.

〈표 7〉 직무수행 만족도[52]

구분	비율
이전보다 더 좋다	63.1%
이전과 같이 좋다	33.7%
이전과 같이 좋지 않다	1.7%
이전보다 더 좋지 않다	1.5%
합계	100.0%

배심원의 이해도에 있어서 88.0%의 배심원이 재판 내용을 모두 또는 대부분 이해한다고 답하였다.

〈표 8〉 배심원 이해도[53]

구분	모두 이해	대부분 이해	절반 정도	거의 못함
비율	27.8%	60.2%	11.1%	0.9%

51) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 49쪽.
52) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 50쪽.
53) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 50쪽.

배심원의 심리집중 정도에 있어서 대부분의 배심원이 심리에 집중하였다고 답하였다.

〈표 9〉 배심원 심리집중 정도[54]

구분	대부분 집중	절반정도	거의 집중 못함
비율	85.5%	13.9%	0.6%

배심원의 의견개시 정도에 있어서 대부분의 배심원이 의견을 충분히 말하였다고 답하였다.

〈표 10〉 배심원 의견개시 정도[55]

구분	충분히 말함	어느 정도 말함	거의 말하지 못함
비율	72.2%	26.4%	1.4%

재판장 설명 도움 정도에 있어서 대부분의 배심원이 재판장 설명이 도움이 된다고 답하였다.

〈표 11〉 재판장 설명 도움 정도[56]

구분	재판장 설명도움	어느 정도 도움	거의 도움 안됨
비율	69.7%	28.7%	1.5%

배심원 애로사항에 있어서 장기간 재판 불편, 법률용어 이해 어려움이 가장 큰 애로사항이라고 답하였다.

〈표 12〉 배심원 애로사항[57]

구분	장기간 재판불편	법률용어 이해어려움	증거이해 어려움	보복등 안전 우려	수입감소, 직장불이익
비율	43.6%	24.4%	12.0%	9.3%	10.8%

54) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 50쪽.
55) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 50쪽.
56) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 51쪽.
57) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”(2014) 51쪽.

Ⅳ. 국민참여재판제도 개정안

1. 국민참여재판 제도의 최종형태 결정 과정

참여법률 제55조 제1항에서는 국민참여재판의 시행경과에 대한 분석 등을 통하여 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 대법원에 국민사법참여위원회를 둔다고 규정하고 있다.

대법원은 이에 따라 국민참여재판 시행 5년차인 2012. 7. 12. 국민사법참여위원회를 구성하였고, 2013. 1. 18. 국민사법참여위원회 제7차 회의에서 최종형태(안)을 의결하였으며, 2013. 2. 18. '국민참여재판 제도의 최종형태 결정을 위한 공청회'를 개최하여 최종형태(안)에 관한 각계각층의 의견을 수렴한 후 2013. 3. 6. 제8차 회의에서 최종형태를 의결하였다.[58]

2. 국민사법참여위원회 최종형태 주요 내용

현행 참여법률은 "배심원의 평결은 법원을 기속하지 않는다"고 규정하고 있어 '권고적 효력'만 인정되는 것으로 해석되고 있으나, 최종형태에서는 배심원의 평결에 대하여 '사실상의 기속력'을 부여하고 배심원 평결 존중의 원칙을 법률에 명시하기로 하였다.[59]

현행 참여법률은 만장일치 평결을 원칙으로 하면서, 만장일치가 되지 않은 경우 단순다수결 평결도 허용하고 있다. 그러나, 최종형태에서는 배심원 평결에 대하여 '사실상의 기속력'을 인정하는 것과 연계하여 단순다수결을 폐지하고 배심원의 3/4 이상 찬성하는 경우에만 평결이 성립되는 것으로 보는 '가중다수결제'를 채택하였다.

현행 참여법률은 피고인이 국민참여재판을 신청하는 경우에만 참여재판을 실시하도록 하고 있으나, 최종형태에서는 피고인의 신청이 없는 경우에도 사법의 민주적 정당성과 투명성을 증진시키기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 법원의 직권 또는 검사의 신청에 따른 결정으로 국민참여재판에 회부할 수 있도록 하여 강제주의적 요소를 일부 도입하였다.[60]

58) 대법원 국민사법참여위원회, 「2013 국민참여재판 제도의 최종 형태 결정을 위한 공청회 결과 보고」(2013), 16-21쪽. 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 2쪽.
59) 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 3쪽.

최종형태에서 배심원의 수 중 5인제는 폐지되었고,[61] 법정구조를 검사와 피고인 및 변호인이 민사법정에서처럼 대등하게 법대를 바라보면서 나란히 앉는 것으로 좌석배치를 변경하였다.[62]

그 밖에 양형토의 및 의견제시, 법원의 국민참여재판 배제결정 권한, 배심원 및 공판절차에 관한 구체적인 절차, 항소사유 등은 별다른 문제점이 없는 것으로 판단되어 현행 제도를 대부분 그대로 유지하는 것으로 결정하였다.[63]

3. 법무부 개정안 주요 내용[64]

법무부는 국민사법참여위원회에서 의결한 최종형태도 하나의 의견으로 인식하여, 이를 포함한 사회 각계 각층의 의견을 폭넓게 수렴하고, 그간의 시행성과 등을 분석하여 2014. 6. 12. 정부안으로 국회에 개정안을 제출하였다.

그 내용은 국민사법참여위원회의 최종형태와 대동소이하나, 국민참여재판 대상사건 중「법원조직법」제32조 제1항 제6호[65]에 따라 지방법원 합의부의 권한에 속하는 사건은 대상사건에서 제외하였고, 범죄의 성질 또는 그 밖의 사정으로 국민참여재판으로 진행하는 것이 불공평한 판단을 초래할 우려가 있는 경우 등을 국민참여재판 배제결정 사유에 추가하고, 검사의 신청에 따라 법원이 국민참여재판 배제결정을 할 수 있도록 하였다.

또한 피고인과 변호인이 최후진술 과정에서 새로운 쟁점이나 사실관계에 관한 의견을 진술한 경우 재판장은 검사에게 이에 대한 의견을 진술할 기회를 주도록 하고, 피고인과 변호인도 재판장의 허가를 받아 다시 이에 대한 의견을 진술할 수 있도록 하였다.

Ⅴ. 국민참여재판제도의 문제점과 앞으로의 과제

1. 대상사건

60) 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 4쪽.
61) 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 4쪽.
62) 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 4쪽.
63) 대법원 보도자료, "국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정", 2013. 3. 6.자, 5쪽.
64) 법무부, "국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정법률안", 2014. 6. 12. 참조
65) 다른 법률에 의하여 지방법원 합의부의 권한에 속하는 사건, 예를 들어 선거사건 등

가. 현행 제도의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 현행 참여법률 제5조 제1항에 규정된 국민참여재판의 대상사건은 형사 합의부 관할 사건 전부인데, 그 이전 제도 도입 당시의 대상사건은 주로 고의로 사망의 결과를 야기한 범죄, 강도 또는 강간에 치상·치사가 결합된 범죄 중 중한 범죄로 제한되어 있었다.

이는 새로 도입하는 참여재판의 시행에 있어서 법원의 재판업무에 부담이 증가할 것을 우려하여 일단 범위를 한정하여 시범 실시한 후 그 성과를 보아가면서 다른 사건으로 확장하고, 법원의 인적·물적 기반도 보완하기 위함이었다.

그러나 시행 6년이 지난 지금, 국민참여재판 접수 및 처리건수 현황을 살펴보면 매년 접수 건수 및 국민참여재판 시행 건수가 늘고 있는 것은 사실이나, 처음 기대했던 것만큼 폭증하는 수준은 아니었고, 현재 여건에서 충분히 감당할만한 수준에 그치고 있다. 오히려 피고인의 신청률이 낮고 철회율은 높은 것으로 나타나 국민참여재판 활성화를 위한 논의가 활발히 진행되고 있는 만큼, 국민재판을 실시하기 위한 가장 처음 단계인 대상사건의 범위를 지나치게 좁게 한정하고 있는 것은 국민참여재판의 활성화에 역행하는 것이 아닌가 하는 문제점이 대두되고 있다.

나. 앞으로의 과제

국민참여재판제도의 도입 초기에는 대상사건의 범위에 대하여 배심제를 실시하는 외국의 경우에도 무거운 범죄만을 적용한다고 하여 대상을 무거운 범죄에 한정하는 것을 찬성하는 견해[66]와 대상사건의 제한에 대하여 대상사건의 확대를 주장하면서 피고인들의 신청률이 현격하게 증가하지 않을 것으로 보고 전면적인 확대를 주장하는 견해,[67] 대상사건을 모든 사건으로 확대하더라도 피고인의 신청권이 있고 법원의 배제결정이 있어 조절이 가능하다는 견해[68]가 있었다.[69]

우리나라는 국민참여재판을 도입한지 이제 겨우 6년이 되었고, 피고인의 신청률도 저조하므로 현 시점에서 제도를 확정하는 것은 바람직하지 않고 여러 시행착오

66) 황일호, "국민참여재판의 배심원에 대한 실증적 연구", 한양법학회, 「한양법학」 제21권 제1집 (2010), 533쪽.
67) 박미숙, "국민참여재판의 시행성과와 향후과제", 한국형사정책연구원, 「형사정책연구」 제21권 제2호(2010), 158쪽.
68) 장중식, "우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제", 한국법학원, 「법학연구」 제36집 (2009), 415쪽.
69) 김창렬, "국민참여재판제도에 관한 연구", 경상대학교 법학연구소, 「법학연구」 제22권 제1호 (2014), 206쪽.

를 거칠 수 밖에 없다는 생각이 든다. 일단 국민참여재판이 많이 실시되어야 문제점을 보완하고 더 나은 제도로 발전시킬 수 있기 때문이다. 그런 측면에서 대상사건의 범위는 일단 최대한으로 확장시켜 놓을 필요가 있다. 그 동안의 경험에 의하면 대상사건의 범위를 확장시킨다고 하더라도 피고인의 신청이 급증하거나 법원이 모든 신청을 다 받아 줄 것은 아니기 때문이다. 법원의 적당한 배제결정을 통해서 사건의 수를 조정하면 될 것이고, 설사 강제주의가 도입되어 사건 수가 급증하게 되더라도 그때 대상사건의 범위를 재조정하면 충분할 것이다.

2. 신청주의

가. 현행 제도의 문제점

현행 참여법률은 피고인의 신청이 있는 경우에만 국민참여재판을 할 수 있도록 규정하고 있다. 참여법률 제정 당시 사법제도개혁추진위원회는 피고인의 의사에 반하여 국민참여재판을 실시할 경우 헌법 제27조 제1항에서 정하는 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리'에 대한 침해를 우려하여 피고인의 신청이 있는 경우에만 참여재판을 진행하는 신청주의를 채택한 것이다.[70]

하지만, 신청주의를 채택한 결과, 앞서 본 통계와 같이 신청률이 낮았는데, 그 이유는 피고인이 국민참여재판에 대하여 잘 알지 못하거나, 알더라도 자신에게 유리한지 불리한지 판단하기 어렵고, 검사로부터 불이익을 받을 수 있다고 생각하기 때문인 것으로 보인다.[71]

여기서 주목할 점은 피고인의 신청률도 낮지만 피고인이 신청하였다가 철회한 철회율도 40%에 육박하고 있다는 사실이다. 철회율이 높은 이유는 법원·검찰·변호인 모두 참여재판에 대한 업무부담 가중된다는 것을 피고인이 느껴 스스로 철회하거나, 배심원의 평결에 대한 막연한 불안감 등이 종합적으로 작용한 것으로 보인다.[72] 국민참여재판의 국선변호인의 비율이 80%가 넘는 현실을 보더라도 대부분의 사선변호인은 업무부담으로 인해 국민참여재판 사건은 수임하지 않거나, 접수된 사건을 수임하더라도 피고인을 설득하여 철회하는 경우도 있는 것으로 보인다.

70) 대법원 국민사법참여위원회, 앞의 책(각주 58), 70쪽.
71) 이동희, "국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향", 한국형사정책학회, 「형사정책」 제23권 제1호(2011), 106쪽.
72) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집, 「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 62쪽.

나. 앞으로의 과제

신청주의를 유지할 것인지 여부에 대한 논의는 우리나라 헌법 제27조 제1항에서 규정한 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리'를 어떻게 해석할 것인지 여부와 밀접한 관련이 있다. 즉, 배심원 평결에 법적 기속력을 인정하지 않을 경우에는 '법관에 의한 재판을 받을 권리'를 침해하지 않는다고 볼 수 있고, 배심원이 법관으로부터 독립하여 유무죄 평결을 하고 그 평결에 사실상의 기속력이 부여되는 상황에서 피고인의 선택권마저 인정되지 않을 경우에는 '법관에 의한 재판을 받을 권리'를 침해할 우려가 있다고 볼 수 있기 때문이다.[73]

하지만 이러한 피고인의 선택권에 관한 논의는 배심제가 헌법상 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해할 소지가 있다는 전제에서 논의된 것이므로 배심제가 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 보는 견해[74]에서는 문제될 것이 없다. 헌법에는 '헌법과 법률이 정한 법관'에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있으므로 법관의 자격을 헌법과 법률로 자유롭게 정하여 배심원으로 하여금 법관의 역할을 하게 할 수도 있고,[75] 또한 헌법상 기본권도 일정한 경우에 제한될 수 있으므로 그러한 측면에서 바라볼 수도 있을 것이다.

국민참여재판제도는 사법개혁의 일환으로서 사법불신을 해소하고, 사법의 민주적 정당성을 확보하기 위하여 도입된 것이니 만큼 피고인의 의사에 따라 국민참여재판 실시 여부가 결정되는 것은 바람직하지 않다고 본다. 부패범죄·화이트컬러범죄 등 사회적으로 이목이 집중되고 국민의 법감정이 반영될 필요가 있는 중대사건에 대하여도 피고인이 신청하지 않으면 국민참여재판으로 진행될 수 없기 때문이다. 따라서 신청주의는 폐지하거나, 일정 범위를 정하여 강제주의를 도입할 필요가 있다.

국민사법참여위원회의 최종형태에서는 강제주의적 요소를 일부 도입하였음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

73) 대법원 국민사법참여위원회, 앞의 책(각주 58), 76쪽.
74) 이종수, "시민의 사법참여에 관한 헌법적 검토", 법과사회이론학회,「법과사회」제25호(2003), 27쪽, 황성기, "한국에서의 참심제·배심제의 헌법적합성", 사회개혁위원회/한국공법학회,「국민의 사법참여」공청회(2004), 58쪽.
75) 대법원 국민사법참여위원회, 앞의 책(각주 67), 88쪽.

3. 법원의 배제결정

가. 현행 제도의 문제점

현행 참여법률은 피고인이 국민참여재판을 신청하더라도 법원이 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 않다고 인정하는 경우에 직권으로 배제결정을 할 수 있고, 시행 6년 동안 배제결정을 한 비율은 총 2,979건의 접수 사건 중 514건으로 17.3%에 이른다.[76]

국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 않은 사건을 배제하는 것은 타당하다 할 수 있으나, 문제는 규정이 추상적이고 포괄적이어서 법원이 자의적으로 판단할 수 있다는 점에 있다. 이러한 법원의 높은 배제결정 비율은 국민참여재판의 실시율이 저조한 한 원인으로 지목되고 있다.[77]

나. 앞으로의 과제

법원의 배제결정은 기본적으로 참여법률 제3조 제1항에서 규정하고 있는 '국민참여재판을 받을 권리'를 침해할 소지가 있으므로 그 사유를 구체적으로 특정할 필요가 있고, 그 범위 역시 필요최소한의 범위로 제한할 필요가 있다.

하지만 장기적으로 국민참여재판 대상사건이 거의 모든 사건으로 확대되고, 일정 범위 내에서 강제주의가 도입되면 현실적으로 모든 사건을 국민참여재판으로 진행할 수는 없을 것이므로 법원의 배제결정 사유를 구체적으로 규정하되, 그 범위는 여건에 맞는 적절한 건수가 되도록 조정할 필요가 있어 보인다.

4. 배심원의 선정

가. 현행 제도의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 지난 6년간의 시행상황을 분석한 결과, 배심원 선정시간은 그 중요성에도 불구하고, 배심원 수 및 자백 여부 등과 큰 편차 없이 평균 1시간 17분 정도 걸리는 것으로 나타났다. 부인하는 중한 사건에서 3시간 30분까지 소요된 경우도 있으나, 짧게는 30분 만에 배심원 선정이 종료되는 경우도 적지 않았다.[78]

76) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 2쪽.
77) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 68쪽.
78) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 14쪽.

아직까지 국민참여재판이 본격적으로 시행되기 위한 인적·물적 기반이 부족하고, 매뉴얼이 정립되지 아니한 것도 한 이유이겠으나, 공개된 법정에서 다수의 배심원 후보자를 배심원석에 앉혀 놓고 검사와 변호인이 배심원들에게 주로 공통된 질문을 공개적으로 진행하여 나오는 답변에 따라 주로 무이유부기피신청을 하는 것이 현실이다 보니 배심원 선정에 충실하지 못할 우려가 크다.

나. 앞으로의 과제

배심재판에 있어서 가장 중요한 것은 당해 사건을 판단하는 주체인 배심원을 어떻게 선정하느냐 하는 문제일 것이므로 배심원 선정절차에 대하여 좀더 고민을 해 볼 필요가 있다. 무엇보다도 가장 시급한 것은 현행 제도 하에서는 배심원 후보자들로부터 많은 정보를 듣기가 쉽지 않다는 점이다. 대부분 하루 만에 재판이 종결되는 현 시스템 하에서는 부족한 시간 때문에 집단질문 위주로 진행되고 있어서 배심원후보자 개개인에 대한 심층적인 추가 질문이 어렵다.[79]

따라서, 배심원 선정기일과 공판기일을 다른 날 진행하는 것을 검토할 필요가 있고, 보충질문서도 사건의 유형에 따라 좀더 다양한 질문을 미리 할 필요도 있다. 선정기일과 공판기일을 별도로 할 경우에는 선정된 배심원을 어떻게 보호하고 관리할 것인지 여부도 논의되어야 한다.

또한 현행 제도는 방청석에 앉아 있는 배심원후보자와 배심원석에 있는 배심원후보자 사이에 아무런 차단장치 없이 배심원 선정을 위한 질문이 진행되고 있어서 공정한 배심원 선정에 상당한 장애가 되고 있으므로, 충실하고 공정한 배심원 선정을 위하여 배심원석에 있는 배심원후보자와 대기하는 배심원후보자를 분리할 필요가 있고, 특히 사회적으로 이목을 끄는 사건의 경우 1:1 인터뷰 방식으로 배심원 질문절차를 진행하는 방안을 적극 도입할 필요가 있다.

5. 소위 '즉일 재판'의 문제

가. 현행 제도의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 대부분의 사건이 제1회 공판기일에서 판결까지 선고되었다.[80] 일률적으로 말할 수는 없지만, 국민참여재판 사건의 65.3%가 부인 사건이고, 대다수의 범죄는 살인 등(27.9%), 강도 등(20.5%), 성범죄 등(17.6%), 특가법(20.5%)

79) 문일환, "국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근", 한국법학원, 「저스티스」 제135호(2013), 185쪽.
80) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 17쪽.

으로[81] 모두 중한 선고가 예상되는 사건들임에도 93%의 사건이 하루 안에 배심원 선정부터 증거조사, 배심원 평의·평결을 거쳐 판결선고까지 이루어졌다니 배심원들이 얼마나 충실한 심리를 하였는지 다소 의문이 들지 않을 수 없다.

특히 하루 안에 재판을 마무리하기 위하여 자정을 넘어 새벽까지 진행되는 심리는 재판부는 물론 배심원도 피로가 가중되어 판단력이 저하될 우려가 있고, 하루 안에 재판을 마무리하기 위하여 배심원들이 살인의 고의는 인정되지 않으나 존속폭행치사는 유죄라고 축소사실을 인정하였음에도 공소장변경 요구 없이 무죄를 선고한 사례도 있다.[82]

나. 앞으로의 과제

미국의 경우 형사재판의 공판기일은 평균 4.5일 정도가 소요되고 있고,[83] 통상적으로 배심재판의 심리는 09시부터 12시까지 및 13시 30분부터 17시까지 행해지나, 1일 중 배심재판에 사용되는 시간은 실제로는 3~4시간 정도에 불과하다고 한다.[84] 우리나라에서도 즉일재판에 따른 문제점을 시정하기 위해서는 재판부의 합리적인 재판기일 운용도 필요하겠지만, 참여재판의 공판진행시간은 1일 8시간을 초과할 수 없고, 검사, 피고인 또는 변호인, 배심원 전원의 동의가 있는 경우에만 일정 범위 내에서 연장할 수 있도록 명문화하는 방안도 검토해 볼 필요가 있다.

6. 법관의 배심원 평의 관여

가. 현행 제도의 문제점

현행 참여법률은 배심원의 평의 도중 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있고, 유·무죄에 관한 의견이 일치하지 않는 경우에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 반드시 듣도록 규정하고 있다.[85]

81) 법원행정처 사법정책실, "2008~2013년 국민참여재판 성과 분석"(2014) 16-17쪽.
82) 대검찰청에서 수집한 구체적인 사례로, 배심원들이 피고인의 행위로 피해자가 사망하였다는 사실은 전원 일치된 의견으로 인정하였으나, 살해의 동기가 충분하다고 보기 어려워 살인의 고의는 인정되지 않는다고 평결하는 한편 존속폭행치사죄는 유죄 의견이었음에도, 재판부에서 공소장변경을 위한 공판기일을 더 이상 지정하지 않고, 배심원의 무죄 평결을 그대로 반영하여 무죄를 선고한 사례로 피고인에게 무죄를 선고하는 것이 국민참여재판의 취지에 부합하는지 의문임.
83) 이동희, "국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향", 한국형사정책학회, 「형사정책」 제23권 제1호(2011), 112쪽.
84) 주용완, "현행 국민참여재판 운영상 주요 문제점 검토", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집, 「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 99쪽.
85) 참여법률 제46조 제2항, 제3항.

그러나, 배심제도를 도입한 이상 배심원들의 의견을 모으는 평의에 판사가 개입하여 의견을 말한다는 것은 배심원 평의의 독립성을 훼손하여 배심제의 본질적인 요소를 침해한다는 문제제기가 있다.[86]

나. 앞으로의 과제

배심원 평의의 독립성을 보장하기 위하여 직업법관이 평의에 개입하여서는 안된다는 주장도 일리가 있다. 그러나 현행 참여법률의 규정에 의하더라도 원칙적으로는 배심원들이 유·무죄에 관하여 평의하고 전원의 의결이 일치하면 그에 따라 평결하는 만장일치제를 채택하고 있고, 만장일치가 되지 않는 경우에 다시 재판을 여는 것은 시간적·경제적 손실이 너무 크므로 이를 보완하여 다수결로 평결을 할 수 있도록 하고 있다.

이 과정에서 판사의 의견청취는 배심원들의 사건에 대한 이해와 증거관계에 대한 합리적인 판단을 담보하기 위한 최소한의 절차[87] 내지 판사의 설명을 듣는 절차를 통하여 소수자에 대한 설득작업을 거치도록 할 필요성을 고려한 조치로 보인다.[88]

7. 배심원 평결 방식

가. 현행 제도의 문제점

현행 참여법률은 배심원의 평결시 만장일치제를 원칙으로 하면서도 전원의 의견이 일치하지 않는 경우 다수결 방식을 인정하고 있다. 만장일치가 되지 않는 경우 될 때까지 평의를 하는 것은 현실적으로 불가능하고, 다시 재판을 여는 것도 시간적·경제적 손실이 너무 크기 때문이다.

이에 대하여는 배심원들이 평의과정에서 민주적 토론과 상호설득을 가능하게 하는 것은 만장일치제의 평결이며 소송경제에 입각해서 다수결 방식의 평결을 허용하는 것은 민주주의의 왜곡이므로 평결은 만장일치에 의해야 한다는 견해[89]와 평결이 불가능해지고 재판이 한없이 장기화 될 수는 없으므로 만장일치가 되지 않으면 압도적 다수결에 의해 평결을 할 수 있다는 견해[90] 등이 있는 것으로 보인다.[91]

86) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 75쪽.
87) 문일환, "국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근", 한국법학원,「저스티스」제135호(2013), 187쪽.
88) 대법원 국민사법참여위원회, 앞의 책(각주 58), 65쪽.
89) 안경환·한인섭,「배심제와 시민의 사법참여」, 집문당, 2005.

나. 앞으로의 과제

현행 제도는 배심원 평결의 원칙적인 모습은 만장일치라고 규정하고 있고, 배심제의 도입 취지상 배심원들이 평의에서 진지하게 토론하고 설득하여 의견을 수렴해 가는 과정에서 사법민주주의가 실현되는 것이므로 만장일치가 원칙이어야 한다는 데에 이의를 제기하는 사람은 없는 것으로 보인다.

다만, 만장일치에 이르지 못하는 경우에 어떻게 할 것이냐에 대한 견해는 서로 다를 수 있으나, 현실적으로 재판의 장기화 및 고비용의 문제를 무시할 수는 없으므로 끝까지 만장일치를 고집할 수는 없을 것이다. 하지만 현행 단순다수결 방식은 평결불성립 가능성이 적고 시간과 비용을 절약할 수 있으나, 평의의 질이 떨어지고 평결의 신뢰성이 보장되지 못할 우려가 있으므로, 양자를 절충하여 적절한 기준을 마련할 필요가 있다.

앞서 본 바와 같이 국민사법참여위원회의 최종형태에서는 '가중다수결제'를 채택하였는바, 적절한 방안인 것으로 보인다.

8. 배심원 평결의 효력

가. 현행 제도의 문제점

현행 참여법률은 배심원 평결의 권고적 효력만을 인정하고 있다. 국민참여재판의 시범실시단계에서 바로 배심원의 평결에 기속력을 인정할 경우, 피고인이 헌법 제27조 제1항에서 정하는 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리'를 침해당할 수 있다는 우려가 가장 큰 이유로 보인다.

배심원의 평결에 기속력을 인정할 것인지 여부에 대한 논의는 배심제가 헌법에서 규정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부와 밀접한 관련이 있다. 헌법 규정을 문언대로 해석하여 직업법관에 의한 재판을 받을 권리가 헌법상에 보장된 기본권이라고 본다면 배심원은 직업법관이 아니므로 기속력이 있는 배심원의 평결에 의해 재판을 받는 것은 기본권을 침해하는 위헌으로 볼 여지가 많기 때문이다.

90) 장중식, "우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제", 한국법학원,「법학연구」제36집(2009), 417쪽.
91) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 78쪽.

따라서 국민참여재판 도입시 배심원의 평결에 권고적 효력만 인정하였으나, 국민참여재판 시행 후에는 헌법과 관련된 논의보다는 현행 형태에서 더 나아가 배심원의 평결에 기속력을 부여할 것인지 여부에 관하여 논의가 집중되고 있다. 현재는 국민참여재판의 의의, 도입취지, 활성화를 위한 당위성의 측면에서 법적 구속력 부여를 주장하는 견해[92]와 헌법상의 한계, 직업법관에 의한 보완장치 필요 등을 이유로 법적 구속력 부여에 반대하는 견해[93]가 있다.[94]

대법원 판례[95]는 "배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다."고 판시하고 있다.

나. 앞으로의 과제

지난 6년간 시행된 국민참여재판 총 1,193건 중 92.8%인 1,107건에서 배심원의 평결과 판결이 일치하였다. 이는 배심원의 평결이 단순한 권고적 효력에 그치지 않고 있다는 사실을 반증하고 있고, 배심원이 비합리적이거나 불공정한 판단을 하지 않고 있음을 나타내 주고 있다.

앞서 살펴본 배심원들에 대한 설문조사 결과에 의하더라도 대부분의 배심원들이 직무수행에 만족하고 긍정적으로 평가하고 있고, 재판 내용을 모두 또는 대부분 이해하였으며, 대부분 심리에 집중하였고, 대부분 의견을 충분히 밝히고 있다고 답하였다. 이 설문조사 결과에 따르면 도입 당시 우려되었던 배심원들의 무관심, 몰이해, 무반응 등에 대한 걱정은 더 이상 할 필요가 없을 것 같다.

국민참여재판제도가 완전히 정착되지 않았고, 헌법상의 논란의 소지가 남아 있는 현 시점에서 배심원의 평결에 완전한 법적 기속력을 부여하는 것은 또 다른 불신을 초래할 수도 있으므로 '사실상의 기속력'을 부여하여 평결결과가 헌법 등에 위반되거나 부당한 경우에는 평결결과와 달리 판결할 수 있도록 한 국민사법참여

92) 장중식, "우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제", 한국법학원,「법학연구」제36집(2009), 418쪽.
93) 김병수, "국민참여재판의 중간평가", 형사정책연구원,「형사정책연구」제21권 제3호(2010), 340쪽.
94) 대법원 국민사법참여위원회, 앞의 책(각주 58), 39쪽.
95) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결.

위원회의 최종형태안이 현실적으로는 적절한 방안인 것으로 보인다.

그러나, 장기적으로는 형사사법절차에 민주적 정당성을 부여하고 형사재판에 국민 일반의 법 감정을 반영하기 위한 국민참여재판의 도입 취지에 비추어 배심원의 평결을 직업법관이 뒤집을 수 없도록 법적인 기속력을 부여하는 것이 타당하므로[96] 이에 대한 제도 보완이 더욱 필요하다 할 것이다.

9. 항소심

가. 현행 제도의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 국민참여재판 사건의 항소율은 높은 것으로 나타났는데, 피고인의 항소율이 높은 이유는 대상 사건이 중한 사건이다 보니 실형 선고를 받는 경우가 많아서 항소를 하기 때문인 것 같고, 검사의 항소율이 높은 이유는 일반 형사사건에 비하여 부인하는 사건이 많아 무죄 선고를 받는 경우가 많고, 이러한 무죄 선고 내지 가벼운 양형이 변호인이 배심원의 감정에 호소한 결과라고 생각하여 항소심에서 다시 판단을 받아 보기 위하여 항소를 하기 때문인 것으로 추측된다.

그러나, 이처럼 국민참여재판의 결과에 불복하여 항소하는 경우가 많다면 많은 비용과 노력이 드는 국민참여재판의 실효성에 의문을 제기할 수도 있을 것이다.[97] 특히 검사의 항소율이 높으면 피고인에게 심리적인 불안감을 주어 국민참여재판 신청을 주저하게 될 것이므로 검사의 항소를 제한할 것인지 여부가 문제가 되고 있다.

나. 앞으로의 과제

국민참여재판에 대한 검사의 항소를 제한하자는 입장은 배심원의 평결에 의해 무죄판결이 선고된 경우 항소를 허용하지 않는 것이 타당하다는 견해[98], 항소심을 사후적 법률심으로 하여 항소 이유를 제한하자는 견해[99] 등이 있다.

96) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 83쪽.
97) 김병수, "국민참여재판 시행 5년과 그 구체적 형태", 대검찰청 검찰미래기획단,「형사법의 신동향」제38호(2013), 118쪽.
98) 차정인, "항소심의 제1심 국민참여재판 판결 파기", 부산대학교 법학연구소,「법학연구」제51권 제1호(2010), 358쪽.
99) 정한중, "국민참여 형사재판과 검사의 항소 제한", 한국외국어대학교 법학연구소,「외법논집」제35권 제3호(2011), 222쪽.

검사의 항소권을 제한하기 어렵다는 입장은 현행법상 항소심 구조로는 검사의 항소를 제한하기는 불가능하고, 국민참여재판의 경우에만 항소를 제한하는 것은 평등의 원칙상 문제가 있으므로 항소심이 전원일치나 8:1의 압도적 다수결에 의한 무죄평결을 사실상 존중하는 것으로 해결해야 한다는 견해[100] 등이 있다.[101]

국민참여재판의 결과에 불복하는 검사의 항소율이 높은 것은 제도의 실효성 측면에서 적절하지 못한 측면이 있는 것은 사실이다. 그러나 현행법상 검사의 항소를 제한할 수 있는 법적인 근거는 없고, 아직 국민참여재판제도가 완전히 정착된 것은 아니므로 국민참여재판이 제대로 시행되고 있는지, 배심원의 평결 및 재판부의 판단에 문제는 없는지 여부에 대하여 항소심에서 다시 한번 판단을 받아볼 필요성도 무시할 수는 없다. 자료가 축적되어야 좀더 나은 제도로 만들어 나갈 수 있기 때문이다.

다만, 국민사법참여위원회의 최종형태대로 평결에 대한 사실상 기속력이 부여되고, 항소심에서도 국민참여재판 결과를 존중하여 가급적 파기하지 않는다면, 검사도 항소의 실익이 없어 특별한 사유가 없는 한 항소를 하지 않게 될 것으로 보인다.

Ⅵ. 결론

지금까지 국민참여재판제도 전반에 대하여 살펴보고, 6년간의 시행상황을 분석하여 문제점을 파악한 뒤, 앞으로의 과제가 무엇인지에 대하여 검토해 보았다.

지난 6년간 국민참여재판의 시행상황을 분석한 결과 여러 문제점이 도출되었고, 이에 대한 다각적인 연구와 분석을 통한 개정 논의가 활발하게 진행되고 있다.

국민사법참여위원회에서는 참여법률 제55조의 규정에 따라 '최종형태'라는 용어를 사용하였지만 이번에 의결된 내용이 결코 완벽하고 최종적인 것이라고 말할 수는 없을 것이고, 이런 측면에서 '최종적인 형태'라기 보다는 '잠정적인 형태'로서 좀더 논의를 활발히 해 나가기 위한 초석을 제공하는 의미라고 받아들이는 것이 옳지 않을까 싶다.

앞으로도 많은 시행착오를 거치겠지만, 기본적으로 국민참여재판은 국민이 사법

100) 황일호, "국민참여재판의 중간평가와 향후과제", 중앙법학회,「중앙법학」제13집 제3조(2011), 301쪽.

101) 정별님, "국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구", 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013), 86쪽.

절차에 직접 참여함으로써 직접민주주의 이념을 실현하고, 재판의 투명성과 공정성을 제고하며, 국민의 사법에 대한 오해와 불신을 감소시키는 역할을 한다.

따라서 우리는 우선 국민참여재판을 바라보는 태도에 대해서 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다. 최소한 국민참여재판에 있어서는 기존 재판과 달리 선정된 국민, 즉 배심원이 주인공이자 판단의 주체이므로, 모든 제도는 배심원이 중심으로 논의되어야 한다.

배심원의 평의와 평결에 불법적인 요소가 개입되지 않았다면 배심원의 평결은 그 자체가 법이라고 해도 과언이 아니다. 배심제도가 모든 판단을 배심원에게 맡기는 제도이므로 배심원이 무능하다, 경험이 부족하다, 감정에 휘둘린다고 비난할 것이 아니라 어떻게 하면 정상적인 판단을 할 수 있는 배심원들을 선정해서 그들을 설득하고 그들로 하여금 실체 진실과 사회 정의 또는 국민의 법감정에 부합하는 평결을 하도록 할 것인가에 논의의 초점이 맞추어져야 할 것으로 보인다.

아무리 배심원들이 현명한 평결을 한다고 하더라도 국민참여재판 자체가 열리지 않으면 아무런 소용이 없을 것이다. 이런 측면에서 국민참여재판의 대상사건을 늘리고, 강제주의적 요소를 도입할 필요도 분명히 있어 보인다. 아직까지 국민참여재판 사건 수는 기대에 못 미치고 있는 것이 현실이다.

국민참여재판제도의 성공적인 정착을 위해서는 우선 범정부적으로 적극적이고 지속적인 홍보를 통해 국민들이 국민참여재판의 취지를 이해하고 참여할 수 있는 기반을 마련해 줄 필요가 있고, 법원, 검찰, 변호사협회 등에서도 국민참여재판 활성화를 위해 적극 나설 필요가 있다.

하루 빨리 국민의 건전한 상식과 법 감정이 반영된 국민참여재판제도가 안정적으로 정착되어, 사법의 공정성 및 절차적 투명성에 대한 불신이 사라지고, 배심원을 통한 국민적 공감을 얻어 재판 결과에 승복할 수 있는 성숙한 사법민주주의가 실현되기를 기대한다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.23)



이 정 배

국민참여재판, 배심재판, 배심원, 사법개혁, 사법민주주의

【참 고 문 헌】

강구민, “국민참여재판제도의 몇 가지 개선점”, 성균관대학교 법학연구소,「성균관법학」제24권 제3호(2012)

김병수, “국민참여재판 시행 5년과 그 구체적 형태”, 대검찰청 검찰미래기획단,「형사법의 신동향」제38호(2013)

김창렬, “국민참여재판제도에 관한 연구”, 경상대학교 법학연구소,「법학연구」제22권 제1호(2014)

대법원 국민사법참여위원회, 「2013 국민참여재판 제도의 최종 형태 결정을 위한 공청회 결과 보고」, 법원행정처, 2013. 4.

대법원 보도자료, “국민사법참여위원회 국민참여재판 제도의 최종형태 결정”, 2013. 3. 6.

문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근”, 한국법학원,「저스티스」제135호(2013)

법무부, “국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정법률안”, 2014. 6. 12.

법원행정처 사법정책실, 「국민참여재판의 이해」, 법원행정처, 2007. 12.

법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”, 2014. 4.

이동희, “국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향”, 한국형사정책학회,「형사정책」제23권 제1호(2011)

정별님, “국민참여재판의 시행평가와 개선방안에 관한 연구”, 국회의원 서기호, 참여연대 사법감시센터 주최 좌담회 자료집,「국민참여재판 제도가 가져온 변화와 과제」(2013)

정한중, “국민참여 형사재판과 검사의 항소 제한”, 한국외국어대학교 법학연구소,「외법논집」제35권 제3호(2011)

Abstract

The current situation of citizen participation in criminal trial and challenges for the future

Lee, Jung-bae

To heighten the righteousness and trust of democratic judiciary, our country has enforced the public participation trial from the 1st January 2008 and an amendment debate is being currently progressed through many different research and investigations from opinions of each social hierarchies. By analysing this enforcement situation from the past six year, a positive outcome is being received of the public participation trials. Although the juror's satisfaction were relatively high, problems arose from this such as low rates of applications and high rates of withdrawals, extremely short trial dates and juror selecting procedures and high rates of appeal. There needs to be a wider range of targeting events to activate the public participation trial. There also needs to be an introduction of forced infusion in a certain range, and also a re-examination of the trial dates and restriction of a one day trial for a faithful psychology. The public participation trial has not been properly settled to examine the juror's verdict effect, there may also be controversy of the constitution and endowing ‘de facto binding force’ will be appropriate in reality, however it is appropriate for the long-term. For the national justice system to be stably settled and distrust of the judicial system to disappear, listening to the sound of people and having common sense is needed. To get the public sympathy by the convinced jurors to we look forward to a mature justice democracy.



Lee, Jung-bae

citizen participation in criminal trial, jury trial, jury, judicial reform, justice democracy

국민참여재판제도와 재판원제도의 시행후 상황 및 향후 과제

– 형사재판에서의 국민참가제도에 관한 한일간 비교 –

오기소 료*

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 제도의 개요 비교
1. 일본의 재판원제도
2. 한국의 국민참여제도와의 비교
Ⅲ. 재판원제도 시행 후 5년의 실적
Ⅳ. 형사재판에의 국민참가의 의의와 과제
1. 배심원, 재판원의 판단 효력, 그 판단의 존중과 재판소의 역할
2. 국민의 형사재판 참가 의의

【국 문 요 약】

최근 한국과 일본에서는 국민이 형사 재판에 참여하는 제도가 채택되었다. 일본의 "재판원의 참여하는 형사 재판에 관한 법률"은, 2004년 5월 28일 제정, 2009년 5월 21일에 시행되고 5년이 지났다. 2008년 1월 1일부터 시행된 한국 국민 참여 재판은 국민 사법 참여 위원회에서의 논의를 거쳐 2013년 3월에 최종 형태 방안이 제시됐다. 국민의 형사 재판 참여 제도에 대해 논할 과제는 다방면에 걸치지만, 본고에서는, 양국의 제도의 개요를 비교한 뒤, 일본의 5년간의 실적을 소개한 뒤, 양국의 공통의 관심사가 있다고 생각하는 배심원 재판원의 판단의 구속력과, 국민참여 제도의 의의에 대해 약간의 검토를 더한다.

* 일본비교법연구소소원.

Ⅰ. 서 설

한국법무부와 일본 비교법 연구소 간의 교류 30주년에 있어서 양국에서 연이어 도입된 국민이 형사재판에 참가하는 제도를 비교 검토하는 것이 이번 주제의 역할이다. 일본의 재판원재판은 2009.5.21.에 시행되어 5년이 경과하였고 그 동안 소규모의 법 개정이 이루어져왔고 2008.1.1.부터 시행된 한국의 국민참여재판은 국민사법참여위원회에서의 논의를 거쳐 2013년 3월에 최종형태안이 정해졌다. 이하에서는 여러 검토 과제에 관한 전부를 논하는 것은 불가능하여 본고에서는 양국의 제도 개요를 비교한 다음 일본의 5년간 실적을 소개하고 양국에 있어서 공통관심사라고 생각되는 배심원, 재판원의 판단의 구속력이나 국민참가제도의 의의에 관하여 약간 검토를 하기로 한다.

Ⅱ. 제도의 개요 비교

1. 일본의 재판원제도[1)]

일본의 「재판원이 참여하는 형사재판에 관한 법률(이하 법령명을 쓰지 않고 조문만을 쓴 것은 동법을 가리킨다.)」은 2004.5.28.제정, 시행은 2009.5.21.부터이고 법제정의 취지는 사법에 대한 국민의 이해의 증진과 그 신뢰의 향상을 도모하는 것이라고 한다(1조). 대상사건은 사형 또는 무기징역 혹은 금고에 해당하는 죄 이외 사형 또는 무기 혹은 단기1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄이고, 고의의 범죄행위에 의해 피해자를 사망케 한 죄로 되어있다(2조 1항). 재판원이 참가하는 합의체는 원칙적으로 재판관 3인, 재판원 6인으로 구성된다(2조 2항)[2)]. 다만 사건의 성질상, 재판원이나 그 후보자의 가해 등에 의해 재판원의 직무 수행이 곤란한 경우 등에는 당사자의 청구 또는 직권으로 사건을 재판관의 합의체에서 취급하는 결정을 하지 않으면 안 된다(3조 1항). 또한 상당히 장기간의 심리가 예상되고 필요한 재판원을 확보하는 것이 곤란하다고 생각되는 사건에 관해서는 재판원재판

1) 일본에서는 1923년의 배심법(대정12년법률50호)에 의해 배심재판이 이루어진 시기가 있지만 동법은 1943년에 시행이 정지된 채로 있다.
2) 공소사실에 관하여 다툼이 없는 경우에는 재판관 1인과 재판원 4인의 합의체로 할 수 있다.(2조 3항)

의 대상으로부터 제외하는 것으로 하였다.[3] 재판원은 사실의 인정, 법령의 적용, 형의 양정의 권한을 갖는다(6조1항). 그 선임은 중의원 의원의 선거권을 갖는 자 중에서 지방재판소마다 후보자명부를 작성하고 그 후보자로부터 추첨으로 특정 사건의 선임절차에 호출할 자를 선택하고 호출장을 송부하여 선임절차가 이루어진다(13조 2항).[4] 선임에 관해서는 결격사유(14조)[5], 취직금지사유(15조) 이외에[6] 사퇴사유가 정해져있고(16조) 이 점에서 제도가 시행된 당초에는 국민의 지대한 관심이 집중되었다. 사퇴신청을 할 수 있는 것으로는 70세 이상의 자나 학생, 이외에 중병을 가진 자, 동거친족의 개호나 종사하는 업무에 현저한 손해가 생기는 사정이 있는 자 등으로 하고 있다. 또한 사건의 피해자나 그 친족 등은 재판원이 될 수 없다(17조 또는 18조 참조).

선임절차는 공개되지 않는다(33조). 재판관 및 당사자는 후보자에게 필요한 질문을 할 수 있고 그 후보자를 선임할 수 없는 사정이나 해서는 안 되는 사정이 있는 때에는 재판소의 직권 또는 당사자의 청구로 불선임결정을 한다(34조). 당사자는 이유 없는 불선임의 청구를 할 수 있고(36조) 불선임결정이 이루어지지 않은 후보자로부터 합의체를 구성하는 재판원을 선임한다(37조 1항).[7] 재판원은 재판소의 직권 또는 당사자의 청구에 의해 선임될 수 있지만(41조, 43조) 재판원 및 보충재판원은 선임결정 후에 생긴 사유를 이유로 하여 사퇴신청을 할 수 있다(44조 1항).

재판원재판의 대상사건은 공판 전 정리절차에 회부된다(49조). 재판원은 증인에 대한 심문, 피해자 등에 대한 질문, 피고인에 대한 질문을 할 수 있고(56조, 58조, 59조), 재판소 외에서의 증인 심문에 입회할 수 있다(57조 1항). 공판절차가 개시된 후에 합의체에 추가 된 재판원이 있는 때에는 공판절차를 갱신하지 않으면 안 된다(61조 1항).

평의는 재판관 및 재판원이 합동하여 행하고 평결은 재판관과 재판원 쌍방이 최저 1명을 포함하는 과반수 의견에 의한다(66조 1항, 67조 1항). 결국 평결은 재판원만으로 하는 것은 허용되지 않고 직업재판관 최저 1인이 포함되지 않으면 안 된다.[8]

3) 법제심의회형사법(재판원제도관계)부회 (http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi06100047.html) 지진 등 중대한 재해시에도 호출하지 않는 것으로 하였다.
4) 후보자의 불출석에는 과료가 예정되어있다(112조1호).
5) 형에 처한 경우나 심신의 장애가 있는 경우 등이다.
6) 국회의원이나 법조인, 법률학 교수 등이다.
7) 이 때 보충재판원을 두는 때에는 보충재판원을 선임한다(37조 2항, 10조).

1인의 피고인이 복수 사건을 저질러 병합죄의 관계에 있는 때, 심리가 장기간에 걸치는 등 재판원의 부담이 가중된다고 예상될 때에는 사건을 구분하여 심리하거나 부분 판결을 할 수 있다(구분심리71조, 78조).[9] 이 경우 재판소는 모든 구분판결이 종료된 후에 사건 전체에 관한 병합재판을 한다(86조 1항).[10]

재판소는 심판의 기간 등을 고려하여 보충재판원을 둘 수 있고 보충재판원은 재판원이 관여하는 판단을 위한 심리에 입회한다(10조).

재판원 및 보충재판원이 직업상 지득한 비밀을 누설한 때에는 6월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다(108조).

2. 한국의 국민참여제도와의 비교

한국의 국민참여제도와 일본의 재판원제도의 주요한 부분의 비교가 표1이다.[11]

Ⅲ. 재판원제도 시행 후 5년의 실적

일본에서 재판원제도 시행 후 2014년 2월까지의 주요사건 죄명별 대상사건의 피고인 수(표2), 선임절차에 있어서 사람 수(표3), 심리기간(표4), 개정횟수(표5), 평의시간(표6), 주요사건의 재판관재판과의 종국결과의 비교(표7)는 다음에서 살펴보기로 한다.[12]

제도 실시 이전의 여론조사에서는 재판원으로 되는 것에 소극적인 의견이 많았고, 이것이 선임절차의 출석률에 영향을 줄 것이 염려되었지만 선임절차기일에 출석이 요구된 재판원후보자에 대한 실제 출석자의 비율은 약 8할 내지 7할의 추이를 보이고 염려되는 정도는 아니었다. 다만 출석률은 저하의 경향을 보이는 일방 사퇴율은 조금씩 상향되고 있다. 2013년에 최고재판소가 공표한 의식조사에서는

8) 형의 양정에 관해서는 67조 2항에서 정하고 있다.
9) 재판관은 전 사건 공통이고 재판원만 사건별로 선임된다.
10) 부분판결에 관한 공소는 할 수 없고 한편 병합재판에 있어서는 원칙적으로 부분판결이 구속력을 갖는다(80조, 86조 2항).
11) 각주19에 게기한 논고 및 井上正仁「国民の司法参加の意義·現状·課題−日刊意見交換の第一歩として− (1) 」형사법ジャーナル32호4항에 게재된 것이고 한국의 제도에 관해서는 현행법과 차이가 있을 수도 있다. 이외에도 한일비교심포지엄 원고 자료집에 수록되어있다. 재판원 제도에 관한 <특집>「裁判員制度の現状と課題」刑事法ジャーナル36号, <特集>「裁判員制度見直し論の検討」동39호를 참고하였다.
12) http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/09_12_05-10jissi_jyoukyou.html에 개재된 자료에 의한다.

재판원이 되고 싶지 않다는 해답이 8할을 웃돌고[13] 이러한 숫자는 제도 개시 전과 거의 다르지 않다. 그러나 재판원 경험자들에 대한 앙케이트 조사에서는 재판에의 참가를 「좋은 경험으로 생각한다.」라는 답변은 9할을 넘고 있다.[14] 어떤 여론조사에서는 「재판원이 되고 싶지 않은 이유」로 양형판단에 자신을 가지고 있지 않다는 점을 들고 있는 답변이 최대이고[15] 후술하는 재판원 재판에의 양형과 상소심의 존재방식과도 어울려 금후 주시해 갈 필요가 있다고 생각한다.[16] 이 점에 관련하여, 살인 사건의 재판원 경험자가 처참한 사건의 사진 등을 보고 급성 스트레스 장애가 생겼다고 해서 국가를 상대로 소송을 제기한 사안이 있었고, 그런 점을 배려하여, 피해자의 사진은 물론이고, 일러스트도 재판원에게 보여 주기를 꺼린다는 보도가 있었다. 직업 법조인도 아닌 사람들이 그러한 증거를 보고 큰 심리적 부담을 느낀다는 것은 상상하기 어렵지는 않지만 그것을 우려하여, 범죄의 증거를 사실 인정자에 보이지 않는다(말을 바꾸면, 그런 것을 봐도 지장 없다는 사람들만으로 재판이 진행된다)라는 것과, 형사 재판의 신뢰와 이해를 촉진한다는 제도의 목적이 과연 들어맞는 것인지, 숙고할 필요가 있다.

재판관 재판시대와 유죄, 무죄의 선고상황에 변화가 있는가를 비교해보면 각성제사범에서 무죄의 건수가 증가하고 있는 점을 제외하면[17] 커다란 변화는 없다.

평균 심리기간은 장기간으로 되는 경향이 있고 재판원의 부담이라는 의미에서 향후 주시되고 있다.

나아가 양형에 관해서는 별첨 도표1에서 6과 같이 특정죄명에서 재판관 재판 당시보다도 중하게 되는 경향이 있는 것을 알 수 있고[18] 게다가, 양형에 대해서는 특정 죄종에서 재판관 재판 당시보다 무겁게 하는 경향이 있는 것으로 나타나고 있는데[19], 일정한 죄에 대한 일반 국민의 의식을 반영한 것이라 할 수 있다. 양형

13) 最高裁判所『裁判員制度の運用に関する意識調査』平成25年3月.
14) 最高裁判所『裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書（平成24年度）』平成25年3月.
15) 読売新聞2014年7月11日.특히 사형사건에서는 재판원은 무거운 부담을 지고 있다.
16) 형사재판에 국민이 자주적으로 관여해야 한다고 하는 생각에 관하여 어떻게 생각하느냐는 질문에 "그렇게 생각한다."라고 대답한 것은 51.7%이다(전 각주13 앙케트 결과 참조).
17) 많은 것은 외국으로부터 가방 등에 각성제를 은닉하여 수입한 혐의로 기소되었지만 피고인에게 각성제를 운반하는 고의가 있었던 점에 증명이 없다고 하는 사안이다.
18) 또한, 渡邊一弘「初期の裁判員裁判における量刑傾向についての実証的研究」『刑事法·医事法の新たな展開（下）』町野朔先生古稀記念531항을 참조.
19) 전게 『裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書（平成24年度）』86頁.또한, 渡邊一弘「初期の裁判員裁判における量刑傾向についての実証的研究」『刑事法·医事法の新たな展開（下）』町野朔先生古稀記念531頁을 참조.

판단의 방법에 대해서는 다음 항에서 다시 논한다.

Ⅳ. 형사재판에의 국민 참가의 의의와 과제

여기에서는 일본 잡지에 게재된 논문을 단서로 하여[20] 양국에서 공통 관심이 있다고 생각하는 두 가지 점에 검토하기로 한다.

1. 배심원, 재판원의 판단 효력, 그 판단의 존중과 재판소의 역할

한국에서는 헌법에서 보장하는 재판관 재판을 받을 권리와의 저촉을 피하기 위해 배심원의 평결에 구속력을 가지지 않도록 하였지만 어느 정도 배심원 평결을 존중하는 원칙을 법률에 규정하였다고 알고 있다.

일본에서는 재판원이 재판관과 합동평의하는 것으로 하여 사실인정 이외에 양형에도 관여하는 것이어서 문제는 한국과 전적으로 같지는 않지만 일본에서도 재판원 재판에서 선고된 유죄, 무죄의 판단이나 양형을 상소심이 번복하는 것이 허용되는가 라는 문제가 있다.

우선 재판원은 재판관과 합동하여 사실과 양형에 관하여 판결하고 그 판결에 대해서는 당사자에 의한 사실오인이나 양형부당을 이유로 한 상소가 인정되고 있다(381조, 382조)[21] 따라서 제도상 재판원이 참가하여 한 유죄, 무죄나 양형의 판단을 상소심이 번복하는 것은 금지되지 않는다.

그러나 재판관이 아닌 국민이 일부러 사실인정이나 양형판단에 참가한다는 점에서 보면 재판원 재판의 결과는 존중되어야 한다는 생각은 자연스럽다. 다만 일본의 상소심은 사후심이어서 그 역할은 원래 제1심 재판소의 판단에 하자가 있는지 여부를 심사하는 것에 그친다. 이러한 상소심의 역할은 재판관 재판이건 재판원 재판이건 묻지 않을 것이어서 상소심이 심사심의 역할을 초월한 재판을 하는 것이 허용되지 않는 것은 재판원 재판 도입전후에 변화가 없다.

각성제의 밀수입 사안에서 피고인을 무죄로 한 제1심 재판원 재판 판결의 사실오인이 있다고 한 항소심 판결에 관하여 <항소심이 제1심판결에 사실오인이 있다

20) 崔鍾植「韓国における国民参与刑事裁判制度の最終形態」法律時報85巻10号88頁.
21) 이웃사람에 의한 재판을 받을 피고인의 권리를 보장하는 영미의 배심과 달리 재판원 재판의 목적은 사법에 대한 국민의 이해증진과 그 신뢰의 향상에 있다고 하여(1조) 재판원에 의한 재판을 받을 것인지 선택권은 피고인에게는 없고 역으로 국민에게는 재판원이 되는 완화된 의무가 있다.

고 하기 위해서는 제1심판결의 사실인정이 논리측, 경험측 등에 비추어 불합리하다는 점을 구체적으로 드러내는 것이 필요하다> 라고 한 최고재판소 판결이 있지만 이것은 재판원 재판에도 재판관 재판에도 마땅하다는 상소재판소의 판단기준을 확인한 것이라고 해석할 수 있다.[22] 역으로 말하면 제1심판결의 사실인정이 논리측, 경험측 등에 비추어 불합리하다는 것이 구체적으로 드러나게 되면 상소심이 재판원 재판의 판단을 번복하는 것도 온당하다고 할 것이다.

양형에 관하여는 몇 건의 사항에서 제1심의 재판원 재판을 파기하여 다른 형을 선고한 사항이 있지만[23] 최고재판소는 금년 7월24일 어린이를 학대, 사망케한 부모에 대한 재판에서 양 피고인에게 징역10년의 검찰관 구형을 상회하는 징역15년을 선고한 제1심 재판원 재판을 유지한 항소심 판결을 파기자판하여 10년과 8년의 징역에 처한 판단을 선고하였다.[24] 제1심이 구형의 1.5배에 해당한 형을 선고한 이유에 있어서는 「범정에 관하여, ①부모에 의한 아동학대 상해치사라는 행위책임의 중대성 ②심각한 위험과 악질적인 범인태양 ③결과의 중대성 ④자의적인 동기에 의한 불보호를 수반한 상습적인 아동학대의 존재가 거론되고, 일반 정상에 관해서는 ①타락적인 생활태도 ②죄책감이 없는 태도 ③범행이전의 폭행에 관해 책임의 일단을 피해자의 동생인 당시 3세의 차녀에게 돌리는 태도가 지적되었다. 또한 징역15년의 이유로서는 검찰관의 10년 구형은 ①범행의 배후사정으로서 장기간에 걸친 불보호가 존재하는 점 등의 학대의 악질성이나 책임을 차녀에게 돌리려고 하는 피고인들의 태도의 문제성을 충분히 평가한 것이라고 생각할 수 없고, ②동종사범의 양형 경향을 일탈하고 있다고 하더라도 재판소의 양형검색시스템은 동록건수가 한정되어 있다고 한 다음 양형을 결정함에 있어서 고려한 요소를 모두 파악하는 점도 곤란하기 때문에 판단의 타당성을 검증할 수 없을 뿐만 아니라 당해사항과의 비교를 정확히 하는 것도 어렵다고 생각되고 ③그렇다고 하면 아동학대를 방지하기 위한 최근 법 개정으로부터도 알 수 있는 아동생명 존중의 요구가 높다고 하는 사회정서를 포함하여 행위책임이 중대한 아동학대사범에 대해서는 지금까지 특히 엄한 벌을 과하는 것이 사회정서에 적합하다고 생각되기 때문에 피고인

22) 最判平24年2月13日刑集66巻4号482頁.樋上慎二「事実誤認における合理性審査」刑事法ジャーナル36号82頁, 前田雅英「裁判員裁判と最高裁の変化」研修778号3頁, 公文孝佳「事実誤認」法学セミナー698号18頁.

23) 예를 들면. 大阪高判平25年2月26日判タ1390号375頁(上告審決定平成25年7月22日), 東京高判平25年10月8日(http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20140220090751.pdf.)

24) http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20140724161429.pdf.

모두에 대해서는 상해치사죄에 정한 법정형의 상한에 가까운 형이 상당하다」 라고 하고 있다.

이 판단을 유지한 항소심은 「①제1심판결의 범정 및 일반정상에 관한 평가가 잘못되었다고 까지는 말 할수 없고, ②검찰관의 구형이 피고인 모두의 태도의 문제성을 충분히 평가한 것이라고는 생각할 수 없다고 한 점이 잘못이라고 할 근거는 찾을 수 없고, ③양형검색시스템에 의한 결과는 어디까지나 양형판단함에 있어서 참고에 지나지 않고 법률상, 사실상으로도 그것을 구속하는 것은 아니기 때문에 제1심양형판단이 동종사범의 형의 분포보다도 돌출하여 중하다고 하여 이를 바로 부당하다고 할 수는 없다」라는 이유를 제시하였다.

이에 대하여 최고재판소는 제1심 판결의 범정 및 일반정상에 관한 평가가 잘못되었다고 말할 수 없다고 한 원판단은 정당하다고 하면서도 이것을 전제로 하더라도 피고인 두 사람을 징역15년으로 한 제1심판단의 양형 및 이것을 유지한 원판단은 시인할 수 없다고 하였다. 그 이유는 「①일본형법의 법정형은 폭이 넓고 범죄행위에 상응한다고 하는 형은 재판례가 집적된 것에 의해 범죄 유형별로 일정한 양형 경향이 있고, ②선례의 집적 그 자체는 바로 법규범성을 띄는 것은 아니지만 양형을 결정함에 있어서 그 잣대라는 의의를 가지고 있다. ③양형이 시인되기 위해서는 양형요소가 객관적으로 적절히 평가되고 결과가 공평성을 해하지 않는 점이 요구되지만 이제까지의 양형경향을 시야에 넣어 판단하는 것이 개별양형판단의 프로세스가 적절한 것이었다는 점을 담보하는 중요한 요소가 되고 ④형사재판의 국민의 시점을 반영하기 위해서 도입된 재판원 재판에서는 재판관 재판의 양형결과에 따르는 것이 요구될 이유는 없지만 재판원 재판이라고 하더라도 다른 재판의 결과와의 공평성이 유지된 적정한 것이 아니면 안 된다는 점은 말할 것도 없고 평의에 있어서는 이제까지의 양형경향을 재판체의 공통인식이라고 한 다음 이것을 출발점으로 하여 당해사안에 상응하는 평의를 더해가는 것이 요구되고 있고, ⑤이제까지의 경향을 변용시키는 용의를 가지고 양형을 하는 것도 재판원재판의 역할로서 부정되는 것은 아니지만 양형판단이 공평성의 관점에서도 시인할 수 있기 위해서는 종례 양형의 경향을 전제로 해서는 안 되는 사정의 존재에 관하여 재판체의 판단을 구체적, 설득적으로 판시되어야 하는 것이고, ⑥제1심의 판단에는 이제까지의 양형의 경향에서 보면 검찰관의 징역 10년이라는 구형을 대폭 초과하는 징역 15년이라는 양형을 하는 것에 관하여 구체적, 설득적인 근거가 드러나 있다고는 말하기 어렵고, ⑦법정형의 범위 내에서 들어있다는 것만으로 합리적인 이유

없이 제1심판단의 양형을 시인한 원판결은 심히 부당하여 이를 파기하지 않으면 현저히 정의에 반한다」고 하고 있다.

2. 국민의 형사재판 참가 의의

한국이나 일본에서도 제도의 의의, 이념으로서 <사법의 민주적 정당성>이나 <사법의 국민적 기반>이 거론되어 형사재판에서 국민참가에 의한 민주주의적 참가 제도라는 의미가 있는데 이 제도와 민주주의 관계를 재차 정리해 두고자 한다.

영미의 배심제도는 <국가의 형벌권으로부터 개인을 지킨다>, <이웃사람에 의한 재판을 받을 피고인의 권리>로써의 전통을 가진다. 미국 건국의 이념을 나타낸 "The Federalist"의 83편에는 재판관의 전제로부터 사람의 자유를 지키기 위한 배심의 의의가 기재되어있고[25] 미국 최고재판소의 Duncan사건은 <이웃사람에 의한 배심재판을 받을 권리의 보장은 부패한 검사나 열심히 하지 않는 검사, 너무 순종하거나 편견을 가지고 있는 그래서 궤도를 벗어난 재판관으로부터 피고인을 지키기 위한 보호책이다.>라고 기술되어 있다.[26] Blackstone은 배심을 영국 국왕의 처벌권과 국민들간에 있어서 국민을 보호하는 변호사라고 쓰여져 있다.[27] 이 점에서부터 현대 민주주의 국가에 있어서 숙의를 거친 다음 다수파가 제정한 법률이라도 그것을 개별범죄에 적용하는 개개재판이 악정에 따르는 것을 막는 보호벽은 국민 자신이라고 하는 사상이 배심제도를 지지하고 있다고 해석할 수 있다. 그런 사상을 반영한 제도라면 국민이 관여하는 재판은 피고인의 권리로써 보장되지 않으면 안 되고 배심원이건 재판원이건 선고한 판단을 재판관이 번복하는 것은 제도취지를 무시하는 것이어서 기본적으로 허용되지 않는다고 할 것이다.[28]

한편 1831년부터 1832년에 걸쳐 미국 여행의 견문을 <미국 민주주의에 관하여>라고 하는 책을 저술한 Tocqueville은 <배심은 사회에 대하여 과하여질 책임이 있는 것을 모든 사람에게 감지시키고 통치행위에 사람들을 관여하게 한다. 사람들의 관심을 사적인 일 이외로 향하게 하여 사회의 이기주의를 제거한다. … 또한 배심

25) Hamilton, Madison, Jay, The Federalist, American State Papers, Encyclopedia Britannica, 1952, pp244-251. 葛野尋之「裁判員制度における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号4頁.

26) Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 156 (1968).

27) Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Volume IV, The University of Chicago Press, 1979, p. 345.

28) 미국에서는 이중위험의 금지원칙에서도 배심의 판단을 재판관이 번복할 수 없다고 생각하고 있는 것 같다.

은 사람들의 판단력이나 그 생래적인 지성을 증진시키는 것에 많은 공헌을 하고 있다. 이것이 배심제도의 최대의 이점이 있다. 그것은 무료로 상시개설의 학교이고 거기서 사람들은 자신들의 권위나 … 법에 관하여 배우는 것이다>라고 기록되어 있다.[29] 다만, Tocqueville가 이러한 민주주의 학교라고 하여 배심의 기능을 주로 민사재판에 관하여 강조한 점은 지적해두지 않으면 안 된다.

일본의 최고재판소는 재판원제도가 헌법에 위반하지 않는다는 판단에서 <형사재판에 국민이 참가하여 민주적 기반의 강화를 도모하는 점과 헌법이 정한 인권의 보장을 담당하면서 증거에 기한 사실을 분명히 하고 개인의 권리와 사회의 질서를 확보한다고 하는 형사재판의 사명을 다하는 점은 결코 상용되지 않는 것은 아니고 … 국민의 사법참가와 적정한 형사재판을 실현하기 위한 제 원칙은 충분히 조화시키는 것이 가능하고 … 국민의 사법참가에 관한 제도의 합헌성은 구체적으로 설계된 제도가 적정한 형사재판을 실현하기 위한 제 원칙에 저촉하는지 여부에 의해 결정되어야 하는 것이고 … 헌법은 일반적으로는 국민의 사법참가를 허용하고 있고 이것을 채용하는 경우에는 … 배심제로 할 것인지 참심제로 할 것인지를 포함하여 그 내용을 입법정책에 위임하고 있다.>라고 판시하여[30] 제도의 의의를 국민참가에 의한 재판의 민주적 기반에서 구하고 있다.

프랑스에서는 1791년에 영국을 본 딴 참심제도가 채용되었다. 고등법원을 포함하는 앙샹레쥼을 번복하여 특권계급에 독점되어 온 사법을 포함하는 통치기구를 국민의 것으로 한 혁명의 성과의 일부로써 그 도입의 문맥은 사법의 민주적 기반이라는 생각과 잘 부합한다. 그러나 정치의 민주화가 진행되는 사회에 있어서 사법부에 기대되는 것은 다수파의 정의로부터 개인의 권리를 지키는 보루로서의 역할이다. 즉, 헌법에 비추어 법률에 의해서도 침해될 수 없는 개인의 권리를 지키는 권한이 재판소, 재판관에게 부여되어 있는 것이다. 실체적 적정절차(죄형법정, 죄형균형)가 민주적 의사결정에 의해 실현되게 되면 그것을 개별의 범죄에 적용하는 재판의 정당성은 절차적인 적정절차가 준수되고 재판이 공개되는 것으로 충분히 실현할 수 있다고도 생각되며 거기에 국민이 참가하는 것은 필연적인 것은 아니

29) Tocqueville, De la Démocratie en Amérique, 5ème Edition, Gallimard, 1951, p. 286. 미국 최고재판소도 이 것을 인용하면서 <배심은 사람들에게 민주적 통치행위에 참가하는 기회를 보장한다>라고 하는 취지의 판시를 하고 있지만 이것은 백인인 피고인이 스스로의 재판에서 흑인 배심 후보자가 배제된 것을 다툰 사건에서 국민은 배심원으로 될 권리를 빼앗겨서는 안 된다라는 판단 가운데 나타난 것이라는 점을 주의할 필요가 있다. See, Powers v. Ohio, 499 U.S. 400, 407 (1991).

30) 最大判平23年11月16日刑集65巻8号1285頁.

다.[31] 또한, 재판의 국민적 기반이라는 의미를 국민의 다수파가 만든 법률을 국민이 적용하기 때문에 재판은 정당하다고 이해한다면 그것은 적어도 배심제도의 이념과는 다르다. 또한, Tocqueville가 말하듯이 민주주의 학교로써의 기능을 기대하는 것이라면 국민 참가가 형사재판의, 게다가 중대사건에 한정되어 그 기능이 충분히 수행할 수 있을지는 의문이 남는다.

그런데 일본에서는 수사로부터 공판에 이르기까지 형사사법의 과정을 오로지 경찰관, 검찰관, 재판관이라는 전문가가 행하는 것에 대한 의문이나 비판이 있다. 법제심의회에 「신시대의 형사사법특별부회」가 만들어진 것도 검찰관의 증거날조 사건을 계기로 하였다. 확실히 일본어로는 이해하기 어려운 용어에 의해 형법이 이루어지고, 피고인도 이해하기 어려운 기소장의 낭독 작문법에서 비롯한 심리절차는 국민주권에 있어서 국권의 작용으로서의 재판에 상응하지 않는다. 재판원제도에는 이러한 법의 양태에 관한 반성을 촉구한다고 하는 의의를 인정할 수 있을 것이다.

이와 같이 고찰해 가면 결국 현대 일본에 있어서 국민의 사법참가의 의의는 어느 죄를 범한 개인에 대하여 형벌로써 그 생명이나 자유, 재산을 빼앗는 형벌을 과하는 근거와 그 정도(양형)는 그 사회를 구성하는 사람들이 납득하는 내용이어야 정당하다고 하는 점에서 구해져야 하는 것은 아닐까라고 생각된다. 법과 재판이 일상생활을 다루는 사회의 공유 재산이기 위해서는, 법은, 사람들에게 이해 가능한 말로 전해져야 한다. 그렇다면 재판원에게도 쉽게 이해할 수 있는 심리가 전개되고 충분한 평의가 이루어지는 것이 중요하고, 그렇게 하여 만들어진 재판원의 판단이 존중되어야 하고, 상소심이 그 사실 인정이나 양형에 법률성의 기준에 비추어 잘못이 있다고 판단하면 그것을 파기하는 것도 허용된다고 해석할 수 있다.[32]

한국의 최종형태안은 배심의 평결을 재판관이 존중한 것으로 하고 있지만 이 점의 구체적인 의미(실무상의 응용)가 향후 문제가 될 것이다. 개헌을 피해가면서 국민의 의식을 재판에 반영시키기 위한 궁리의 결과라고 생각되지만, "존중"이라는 구체적인 의미(실무상의 운용)에 대해 앞으로 논의 되게 될 것이다.

마지막으로 형사재판에의 국민 참가가 범죄를 생성하는 사회적인 배경이나 형벌

31) 각주29의 최고재판소 판례도 언급하듯이 그것은 입법정책의 문제이다.
32) 재판원의 감각적인 양형이 허용되지 않는다고 한 본문 중에 인용한 7월24일의 최고재판소 판단은 정당한 방향을 드러낸 것으로 지지한다.

의 의미에 관해서도 사람들이 생각을 하게 되는 계기가 된다면 거기에 이러한 제도를 유지하는 적극적인 의의가 드러나게 될 것이다.

<표 1>

	한국최종형태(정부안)	일본
	현행	
목적	변경없음	사법에 대한 국민의 이해 촉진 및 신뢰향상
	사법의 민주적정당성과 신뢰의 제고를 위하여」(법1조의 목적)	
대상사건	변경없음	사형, 무기징역·금고에 해당하는 것 법정합의사건(단기1년이상)이고, 고의 범죄행위에 의해 피해자를 사망케 한 것
	• 합의사건(법정합의사건·재정합의사건) • 그와 공범·병합심리사건	
피고인의 선택권	있음(다만, 검찰관의 청구에의 재판소가 참여재판에 회부할 수 있다)	없음(법정)
	피고인의 의사을 확인 후, 희망하지 않는 경우는 국민참여재판을 행하지 않는다	
제외사건	<현행법에 추가> • 불공평한 결과를 초래하는 우려 • 고도의 법률적판단이 필요한 사건	재판원등에 위해의 우려 등으로부터 출석곤란 또는 공정한 직무수행이 불가능한 경우 현저히 장기에 걸치거나 재판원 확보가 곤란한 경우
	• 배심원등에 위해 우려 • 공범인 피고인이 희망하지 않는 경우 • 성범죄의 피해자가 희망하지 않는 경우 등	
구성	• 9인(사형 또는 무기징역) • 7인(피고인의 동의가 있는 경우)	재판관3인, 재판원6인 재판관1인, 재판원4인(공소사실에 다툼이 없는 경우)
	• 9인(사형, 무기징역·금고) • 7인(상기이외) • 5인(공판준비에서 공소사실을 인정하는 경우)	
역할분단	배심만으로 평결, 재판관은 이를 존중, 양형에 관하여 합동평의	사실인정과 양형에 관한 합동평의 법령해석 및 소송절차는 재판관의 전권
	• 평의·평결—배심만	

	• 양형—합동토의 • 평결등은 권고적효력(법원을 기속하지 않음)	
평결	• 원칙 전원일치 • 전원일치에 이르지 않은 때는 3/4이상	재판관과 재판원을 포함하는 과반수
	• 원칙 전원일치 • 전원일치에 이르지 않은 때에는 판사의 의견을 청취한 후, 과반수로 평결	

<표 2> 죄명별 新受 인원의 추이

	누계	평성21년	평성22년	평성23년	평성24년	평성25년	평성26년(2월말)
총 합계	7,868	1,196	1,797	1,785	1,457	1,465	168
강도치상	1,883	295	468	411	329	340	40
살인	1,644	270	350	371	313	303	37
현주건조물등방화	730	98	179	167	128	141	17
상해치사	676	70	141	169	146	136	14
각せい제취체법위반	639	90	153	173	105	105	13
(준)강간치사상	594	88	111	137	124	121	13
(준)강제추행치사상	526	58	105	105	109	135	14
강도강간	364	61	99	83	59	57	5
강도치사(강도살인)	211	51	43	37	37	37	6
위조통화행사	171	34	60	30	34	12	1
위험운전치사	99	13	17	20	27	21	1
통화위조	90	14	18	20	19	17	2

집단(준)강간치사상	50	13	2	17	6	9	3
체포감금치사	48	4	18	21	1	4	-
보호책임자유기치사	37	7	9	12	4	5	-
총포도검류소지등단속법위반	36	13	5	3	4	10	1
조직적범죄처벌법위반	14	6	5	-	-	3	-
폭발물단속벌칙위반	13	6	-	-	5	2	-
마약특례법위반	12	1	5	3	2	1	-
마약 및 향정신약단속법위반	9	1	3	1	2	2	-
인질강도유괴	6	-	3	-	1	1	1
기타	16	3	3	5	2	3	-

〈표 3〉 재판원후보자명부기재자수, 각단계별 재판원후보자수급 및 선임된 재판원·보충재판원의 인원 추이

		누계	평성21년	평성22년	평성23년	평성24년	평성25년	평성26년(2월말)
イ	재판원후보자명부기재자수	1,737,106	295,036	344,900	315,940	285,530	259,200	236,500
ロ	명부사용률(%)(「ハ」/「イ」)	32.6	4.5	36.7	41.7	47.5	52.2	10.0
ハ	선정된 재판원후보자수	566,194 [90.4]	13,423 [94.5]	126,465 [84.0]	131,880 [86.5]	135,535 [90.4]	135,207 [97.5]	23,684 [118.4]
ニ	조사표에 의해 사퇴 등이 인정된 재판원후보자수	159,797	3,785	32,245	37,771	38,488	39,666	7,842
ホ	기일	406,397	9,638	94,220	94,109	97,047	95,541	15,842

	통지·질문표를 송부한 재판원후보자수(「ハ」-「ニ」)	[64.9]	[67.9]	[62.6]	[61.7]	[64.7]	[68.9]	[79.2]
ヘ	질문표에 의해 사퇴등이 인정된 재판원 후보자수	168,485	3,185	34,147	37,756	42,443	43,451	7,503
ト	선임수속기일에 출석이 요구된 재판원 후보자수(「ホ」-「ヘ」)	237,912	6,453	60,073	56,353	54,604	52,090	8,339
チ	선임절차기일에 출석한 재판원후보자수た재판원후보자수	183,736 [29.4]	5,415 [38.1]	48,422 [32.2]	44,150 [29.0]	41,526 [27.7]	38,527 [27.8]	5,696 [28.5]
リ	출석률(%)(「チ」/「ハ」)	32.5	40.3	38.3	33.5	30.6	28.5	24.0
	出席率(%)(「チ」/「ト」)	77.2	83.9	80.6	78.3	76.0	74.0	68.3
ヌ	선임절차기일 당일에 사퇴등에 의해 불선임 결정된 재판원후보자수	48,205	1,326	11,850	11,308	10,933	11,055	1,733
ル (a)	사퇴가 인정된 재판원후보자의 총수	336,782	7,134	66,977	77,909	83,426	85,615	15,721
ル (b)	사퇴율(%)(「ル（a）」/「ハ」)	59.5	53.1	53.0	59.1	61.6	63.3	66.4
ヲ	추첨의 모수가	158,731	4,802	42,559	38,274	35,768	32,586	4,742

	된 후보자수에 이유없이 불선임수를 더한 것	[25.4]	[33.8]	[28.3]	[25.1]	[23.8]	[23.5]	[23.7]
ワ	선임된 재판원 수	36,027	838	8,673	8,815	8,633	7,937	1,131
カ	선임된 보충재판원 수	12,318	346	3,067	2,988	2,906	2,622	389

<표 4> 평균심리기간 및 공판전정리절차기간의 추이(자백, 부인별)

		누계	평성 21년	평성 22년	평성 23년	평성 24년	평성 25년	평성 26년 (2월말)
총수	판결인원	6,260	142	1,506	1,525	1,500	1,387	200
	평균심리기간 (월)	8.7	5.0	8.3	8.9	9.3	8.9	8.6
	공판전정리절차 기간의 평균(월)	6.3	2.8	5.4	6.4	7.0	6.9	6.9
	공판전정리절차 이외에 요한 기간의 평균(월)	2.4	2.2	2.9	2.5	2.3	2.0	1.7
자백	판결인원	3,606	114	970	885	806	725	106
	평균심리기간(월)	7.2	4.8	7.4	7.3	7.2	7.1	7.0
	공판전정리절차 기간의 평균(월)	5.0	2.8	4.6	5.0	5.2	5.4	5.6
	공판전정리절차 이외에 요한 기간의 평균(월)	2.2	2.0	2.8	2.3	2.0	1.7	1.4
부인	판결인원	2,654	28	536	640	694	662	94
	평균심리기간(월)	10.8	5.6	9.8	10.9	11.7	10.9	10.5
	공판전정리절차 기간의 평균(월)	8.2	3.1	6.8	8.3	9.1	8.5	8.5
	공판전정리절차 이외에 요한 기간의 평균(월)	2.6	2.5	3.0	2.6	2.6	2.4	2.0

<표 5> 평균실심리기간 및 평균개정회수의 추이(자백, 부인별)

	누계	평성 21년	평성 22년	평성 23년	평성 24년	평성 25년		평성 26년 (2월말)
총수	판결인원	6,260	142	1,506	1,525	1,500	1,387	200
	평균실심리기간(일)	6.6	3.7	4.9	6.2	7.4	8.1	8.7
	평균개정회수(회)	4.2	3.3	3.8	4.1	4.5	4.5	4.9
자백	판결인원	3,606	114	970	885	806	725	106
	평균실심리기간(일)	4.8	3.5	4.0	4.5	5.0	5.8	5.8
	평균개정회수(회)	3.6	3.2	3.5	3.6	3.7	3.8	3.9
부인	판결인원	2,654	28	536	640	694	662	94
	평균실심리기간(일)	9.1	4.7	6.6	8.5	10.1	10.6	12.0
	평균개정회수(회)	5.1	3.7	4.4	4.9	5.5	5.4	6.0

<표 6> 평균평의 시간의 추이 (자백, 부인별)

		누계	평성 21년	평성 22년	평성 23년	평성 24년	평성 25년	평성 26년 (2월말)
총수	판결인원	6,260	142	1,506	1,525	1,500	1,387	200
	평균평의시간(분)	580.1	397.0	504.4	564.1	619.8	630.1	757.4
자백	판결인원	3,606	114	970	885	806	725	106
	평균평의시간(분)	467.7	377.3	438.7	468.4	475.2	498.1	559.9
부인	판결인원	2,654	28	536	640	694	662	94
	평균평의시간(분)	732.8	477.3	623.4	696.3	787.7	774.6	980.1

<표 7> 종국결과의 비교(죄명별)

	재판관재판(평성18년~평성20년)								재판원재판(제도시행~평성24년5월말)							
	종국인원	유죄	유죄·일부무죄	무죄	가정법원에 이송		기타		종국인원	유죄	유죄·일부무죄	무죄	가정법원에 이송		기타	
총수	7,522	7,224	19	44	(0.6)	5	(0.07)	230	3,884	3,769	10	18	(0.5)	4	(0.11)	83
강도치상	1,935	1,823	1	4	(0.2)	2	(0.11)	105	918	892	1	1	(0.1)	3	(0.33)	21
살인	1,822	1,774	4	15	(0.8)	-		29	873	853	2	4	(0.5)	-		14
현주건조물 등방화	758	731	2	9	(1.2)	-		16	356	346	3	-		-		7
각성제단속법위반	178	173	2	1	(0.6)	-		2	353	334	1	8	(2.3)	-		10
상해치사	585	571	3	4	(0.7)	2	(0.34)	5	339	332	-	2	(0.6)	1	(0.30)	4
(준)강간치사상	582	554	4	5	(0.9)	-		19	224	213	-	-		-		11
(준)강제추행치사상	387	376	-	2	(0.5)	-		9	195	194	1	-		-		-
강도강간	221	200	1	-		-		20	116	106	-	-		-		10
강도치사(강도살인)	262	251	1	1	(0.4)	1	(0.39)	8	109	107	-	1	(0.9)	-		1
마약특례법위반	281	280	-	-		-		1	88	88	-	-		-		-
위조통화행사	117	111	-	1	(0.9)	-		5	75	75	-	-		-		-
체포감금치사	31	31	-	-		-		-	46	46	-	-		-		-
위험운전치사	130	126	1	1	(0.8)	-		2	43	43	-	-		-		-

보호책임자 유기치사	31	30	-	-		-		1	24	23	-	1	(4.2)	-		-
집단(준)강간치사상	51	51	-	-		-		-	22	21	-	-		-		1
총포도검류 소지등취체 법위반	71	65	-	-		-		6	16	16	-	-		-		-
상해	-	-	-	-		-		-	15	15	-	-		-		-
강도	-	-	-	-		-		-	14	14	-	-		-		-

(논문접수일 : 2014.11.25, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.11)



오기소 료

국민참여재판, 재판원제도, 형량, 던컨사건, 토크빌, 판결

【참 고 문 헌】

井上正仁「国民の司法参加の意義・現状・課題−日韓意見交換の第一歩として−(1)」刑事法ジャーナル32号4頁

＜特集＞「裁判員制度の現状と課題」刑事法ジャーナル36号

＜特集＞「裁判員制度見直し論の検討」刑事法ジャーナル39号

最高裁判所『裁判員制度の運用に関する意識調査』平成25年3月

最高裁判所『裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書（平成24年度）』平成25年3月

崔鍾植「韓国における国民参与刑事裁判制度の最終形態」法律時報85巻10号88頁

渡邊一弘「初期の裁判員裁判における量刑傾向についての実証的研究」『刑事法・医事法の新たな展開（下）』町野朔先生古稀記念531頁

樋上慎二「事実誤認における合理性審査」刑事法ジャーナル36号82頁

前田雅英「裁判員裁判と最高裁の変化」研修778号3頁

公文孝佳「事実誤認」法学セミナー698号18頁

葛野尋之「裁判員制度における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号4頁

Hamilton, Madison, Jay, The Federalist, American State Papers, Encyclopedia Britannica, 1952, pp244-251

Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Volume IV, The University of Chicago Press, 1979, p. 345

Tocqueville, De la Démocratie en Amérique, 5ème Edition, Gallimard, 1951, p. 286

Abstract

Comparative Study of Korean and Japanese Trial by Jury

Ryo OGISO

The Japanese Diet has passed quasi-European style Trial by Jury law in 2004, which was enforced in 2009. In Korea, the Congress passed quasi-American style Trial by Jury law in 2008, which is expected to be revised shortly. There are lots of issues to discuss, but here, first we will see how the jury trial works, and then focus on A) the binding force of the jury's verdict and B) the raison-être of the Trial by Jury in each country.

Ryo OGISO

judicial citizens, participation system, jury, Duncan v. Louisiana, Tocqueville, sentencing

검사의 客觀義務와 檢察改革의 바람직한 방향

노 명 선*

Ⅰ. 서 설
1. 검사의 이중적 지위와 역할
2. 검사의 객관의무 인정 여부
Ⅱ. 제도적 보장에 관한 개별적 검토
1. 검사의 독점적 영장신청권 규정의 의미
2. 검찰, 경찰의 기능적 역할 배분과 검사의 수사지휘권
3. 검사의 소추기능 통제와 증거개시의 확대
Ⅲ. 검찰개혁의 바람직한 방향
Ⅳ. 결 론

【국 문 요 약】

검사가 행사하는 검찰권은 행정권에 속하면서도 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계를 가지고 있다. 이러한 의미에서 검사는 행정기관이면서도 사법기관이라는 이중적인 지위를 가지고 있다. 검사의 이러한 특수한 성격에서 검사에게는 법관과 같은 자격과 신분보장이 요구되고 있다. 이를 검사의 준사법관적 성격이라고 한다. 따라서 검사는 법관과 같은 진실추구와 정의에 따라야 할 의무가 부과되어 있다. 이러한 준사법관적 지위만을 강조한다면 검찰권한을 키우는 정당화 논리에 빠질 수 있다. 그래서 우리 법은 검사에게 권한을 행사함에 있어서 공익적 견지에서 공정한 태도로 행사하도록 제한하고 있다. 그런 의미에서 독일과 같이 검사에게 객관의무도 인정되는가?

이러한 객관의무는, 실체적 진실주의=직권주의 계보에 속하는 독일에서의 관념론적인 논의에서 출발하고 있지만 당사자주의를 강조하는 한국에서도 타당한 결론을 도출할 수 있다.

특히 우리법은, 구체적으로 영장신청권을 헌법 상 검사에게만 인정하는 것도 검사의 객관의무를 전제로 이해할 수 있다. 나아가 사법경찰관에 대한 지휘와 통제를 강화하고, 공소제기와 공판과정에서는 피의자/피고인의 이익을 위해 공소권 남용을 억제하고, 증거제출과 개시범위를 확대하며 피해자의 이익을 위해 공소권을 상대화 하고, 설명의무를 강조하고 있다.

결국 검사의 소송법상 지위는 형사소송에서 적정절차의 옹호자, 피의자/피고인/피해자 등 절차 관여자 모두를 위한 인권보장적 지위로서 검사의 당사자성은 수정되어야 한다.

이를 위해 검사의 객관의무는, 1)검경 수사권과 관련하여, 검찰, 경찰 간 역할의 합리적 배분과, 검사의 경찰에 대한 실질적 지휘를 담보하는 제도적 보장에 관한 논의, 2)용어사용에 혼돈을 가져오고 있는 당사자주의에 대한 올바른 이해와 이를 수정하는 제도적 보장 즉, 피의자/피고인이 부당하게 응소를 강요당하지 않도록 검사의 소추억제이론으로서의 공소권 남용론에 대한 논의, 3) 피의자/피고인의 방어권을 확충하기 위한 검사의 증거제출의무, 증거개시의무 확대에 관한 논의, 4)시민의 공소권 이념을 매개로 한 시민에 의한 민주적 통제로서 일본의 검찰심사회나 미국의 대배심 제도의 도입여부에 관한 논의 등 검찰개혁 과제를 풀어나가는 이론적 배경으로서 역할이 기대되고 있다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

Ⅰ. 서 설

1. 검사의 이중적 지위와 역할

검사 제도는 근대 시민혁명과 시민사회를 거치면서 많은 폐단을 가져온 전근대적이고 규문주의적인 형사사법제도와 절차에 대한 반성으로 인권침해 방지와 법치주의 구현을 위해 탄생된 제도이다[1].

그런 만큼 검사의 역할은 먼저 법원과의 관계에서는, 재판권과 소추권이 분리되는 탄핵주의 형사소송구조 하에서 국가형벌권의 적절한 실현을 위해 재판의 적법성과 적정성을 견제/감시하는 지위에 있다. 직권주의적 소송구조와 달리 당사자주의적 소송구조가 강조되면서 검사는 피고인과 같이 일방 당사자로서의 역할이 강조되고 있다.

동시에 경찰과의 관계에서는 경찰에 대한 수사지휘/감독을 통해 수사의 적법성을 준수하도록 통제하는 지위를 가지고 있다. 이러한 점에서 검사의 역할은 인권의 보장과 국가형벌권의 적정한 실현을 함께 구현하는 것을 그 핵심내용으로 하고 있다.

수사라는 것은 실체적 진실을 규명하는 사법작용의 하나로서 사법의 영역에서 이루어져야 하지만 인적/물적 자원의 제약이라는 현실적 이유 때문에 경찰에게 사실상 위임하여 사법경찰관이 수행해 오고 있다.

검사는 이와 같이 수사기관이면서도 사법경찰관의 수사에 대한 지휘와 억제를 통해 인권 보호에 앞장서고, 공소단계에서는 법원의 적법, 적정성을 견제하여야 하지만 그러면서도 공익적 견지에서 피해자는 물론 피고인의 이익을 위해서도 검찰권을 공정하고 엄정하게 행사하여야 한다.

이러한 다양한 직무권한을 행사하는 지위에 있기 때문에 검사의 소송법상 지위를 일의적으로 단정하기는 매우 어렵다.

검사가 행사하는 검찰권은 행정권에 속하면서도 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계를 가지고 있다. 이러한 의미에서 검사는 행정기관이면서도 사법기관이라는 이중적인 지위를 가지고 있다.

검사의 이러한 특수한 성격에서 검사에게는 법관과 같은 자격과 신분보장이 요구되고 있다. 이를 검사의 準司法官的 성격이라고 한다. 따라서 검사는 법관과 같은 진실추구와 정의에 따라야 할 의무가 부과되어 있다. 이러한 준사법관적 지위

1) 노명선/이완규, 「형사소송법」, SKKUP(2013), 87면

만을 가지고 있다면 이는 검찰권한을 키우는 정당화 논리에 빠질 수 있다. 그래서 우리 법은 검사에게 그러한 권한을 공익적 견지에서 공정한 태도로 행사하도록 제한하고 있다(검찰청법 제4조 참조).

이와 관련하여 독일에서는 검사에게 客觀義務가 명문으로 부과되어 있다.[2] 즉, 피고인의 이익을 위하여 상소권이 허용되고, 단순히 피고인에 대한 유죄청구만이 아닌 피고인을 위한 정당한 재판을 청구하는 것이 임무라는 의미에서 법관과 같이 객관의무를 명문으로 인정하고 있는 것이다(독일 형사소송법제160조).

그렇다면 명문의 규정이 없는 우리나라에서도 검사에게 객관의무를 부과할 수 있는가?

2. 검사의 객관의무 인정 여부

검사의 객관의무라 함은, 흔히 독일과 같이 당사자의 입장을 초월하여 피의자/피고인의 정당한 이익도 보호하여야 할 의무라고 말한다.[3] 이러한 객관의무는 과연 우리나라에서도 인정되고 있는가? 검사에 대한 영장신청권을 독점적으로 인정하고 있는 헌법제정권력자의 헌법적 결단의 의미는 무엇일까? 이러한 근본적인 의문에 대해서 아직 충분히 논의가 전개되고 있지 않다.

검찰청법 제4조제1항은 검사의 공익의 대표성을, 동 제2항은 정치적 중립성과 남용방지의무를 규정하고 있고, 형사소송법 제196조제1항은, 사법경찰관의 모든 수사에 대해서 검사의 지휘를 받도록 하고, 동법 제420조, 제424조는 검사로 하여금 피고인의 이익을 위한 상소와 재심청구를 인정하고 있다. 검사가 검찰총장을 정점으로 하는 강력한 관료기구라는 점을 인정하면서도 다른 한편에서 당사자주의 소송 구조하에서의 당사자로서 경찰수사에 대한 비판자로서 적정절차의 옹호기능을 담당하는 사법관적 지위를 부여하고 있다.[4] 또한 공정한 법해석/적용이나 피고인을 이익을 위해 상소, 재심을 인정함으로써 소송지휘권과 사실인정, 양형판단의 권한을 갖는 법원에 대한 견제기능을 명문으로 인정한 것이다.

학설은 검사의 객관의무를 형사소송법상 명문의 규정을 두지 않은 점과 국가의

2) 이러한 점에서 우리 검찰은 여전히 독일법적인 특징이 강하다고 할 수 있다.

3) 이완규, "검사의 지위와 객관의무- 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447", 저스티스 통권 제73호(2003. 1.), 227면

4) 松尾浩也, "西ドイツ刑事司法における檢察官の地位", 『法學協會雜誌』 84卷 10号(1967), 1273면面 이하; 동, 「刑事訴訟の原理」(1974년), 1273面 이하에서는 검사의 준사법관적 성격을 전제로 수사구조론과 관련하여 수정된 탄핵적 수사관을 주창하고 있다.

이익을 추구하는 당사자의 지위로서의 검사의 지위를 강조함으로써 피의자/피고인에게 유리한 수사나 소송활동을 요구하는 객관의무는 검사의 소송법상 의무라고까지 할 수 없다는 부정설[5]이 있다. 그러나 다수설은 검사의 객관의무를 인정하고 있다[6].

판례[7] 또한 「검사는 공익의 대표자로서 실체적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다」고 하여 소송법상 의무임을 인정하고 있다.

이러한 객관의무는, 실체적 진실주의=직권주의 계보에 속하는 독일에서의 관념론적인 논의에서 출발하고 있지만 당사자주의를 강조하는 한국에서도 타당한 결론을 도출할 수 있다.

당사자주의 소송구조 하에서의 검사는 수사과정이나 공판과정에서 실질적인 당사자로서 충실하여야 하겠지만 행정관으로서 공적인 지위도 동시에 가지고 있기 때문에 검찰권의 행사는 객관적이어야 하고, 이러한 객관의무는 검찰권의 행사에 사법심사를 가하는 준거점이 되어야 한다는 것이 판례의 취지라고 평가된다[8].

일본에서는 일찍부터 검사의 객관의무론이나 준사법관론에 대한 논의가 이루어져 왔고, 이러한 논의에 대해 역시 당사자주의론의 측면에서 비판도 있었다.[9] 즉, 검사의 객관의무론이나 준사법관론은 주장자들의 의도와는 달리 검찰권의 강화를 가져오고, 피의자/피고인의 활동을 위축시킬 수 있다는 점에서 형사소송법에 잔존하는 규문주의적 검찰사법이나 유사당사자주의 측면의 강화로 이어질 수 있다는

5) 백형구, 114면.

6) 노명선/이완규, 87면 ; 배/이/정/이, 「신형사소송법」, 홍문사, 2012. 58면; 신양균, 「형사소송법」 제2판, 대명출판사, 2004. 385면; 이재상, 「신형사소송법」 제9판, 박영사, 2012. 106면; 정/백, 「형사소송법」 전정 제5판, 대명출판사, 2012. 85면; 차/최, 「형사소송법」 제3판, 21세기사, 2008. 102면.

7) 대판 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 ; 동 사건은 「강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하다」고 하여 원고의 무죄를 입증할 만한 결정적인 증거를 법정에 제출하지 않고 은닉한 검사의 행위는 위법하다는 판단을 하고 있다.

8) 수사과정을 검사에 의한 직권주의로, 공판과정을 법관에 의한 직권주의 소송구조로 이해하는 이완규 검사는 검사의 수사주재자로서의 기능을 강조하고 있다(동, 검사의 지위와 객관의무, 243면 이하 참조)

9) 岡部泰昌, “刑事手續における檢察官の客觀義務(1)-(6)”, 『金澤法學』 11卷 2号(1966)~15卷 2号(1970) 참조.

지적[10]이 그것이다.

검사의 준사법적인 지위나 객관의무를 강조하다보면 자칫 검찰권의 강화를 정당화할 수 있는 이데올로기로서의 폐단도 있다는 점을 부정할 수는 없을 것 같다. 그러나 이러한 객관의무는 일선 수사관인 경찰에 대한 수사 활동의 통제원리임과 동시에 검찰 스스로 증거수집이나 공소제기 함에 있어서 내부적 규제원리[11]가 될 수도 있다. 나아가 법원의 부당한 법적용에 대해서는 상소나 항고를 통한 견제원리로서 기능을 수행할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 더 많다.

따라서 객관의무를 인정하는 입장이 타당하고, 이러한 견지에서 검사의 준사법적 지위와 객관의무가 우리 제도상 어떻게 반영되고 있어, 과연 객관의무는 피의자/피고인의 정당한 이익만을 위한 제도인가? 검찰의 나아갈 방향을 제시함에 있어서 어떠한 기능을 수행하고 있는가에 관해 간단히 언급하기로 한다.

Ⅱ. 제도적 보장에 관한 개별적 검토

1. 검사의 「독점적 영장신청권」 규정의 의미

한국 헌법은 제12조와 제16조에서 수사기관의 강제처분을 위한 영장신청권자를 검사로 한정하고 있다. 즉, “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다(동 제12조제3항)”는 규정과 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다(동 16조 후문)”는 규정이 그것이다.

이러한 규정의 취지에 관해 헌법재판소[12]는 「수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있(다).」고 하고 있다.

10) 渥美東洋, 全訂刑事訴訟法(第2版), 有斐閣(2009), 290面 이하; 田宮 裕, 「刑事手続とその運用」, 有斐閣(1990), 315面 이하; 小田中聰樹, 「現代刑事訴訟法論」, 勁草書房(1977), 297面 이하; 岡部, “檢察官の客觀義務”, 『法時』 43卷 4号(1971년), 130面 이하; 三井 誠, “公訴權の運用”, 『法教』 159号(1993년), 86面.

11) 이러한 객관의무에 관해, 검찰 스스로에 대한 내부적 통제원리로서 만은 부족하고, 피의자/피고인만이 아닌 피해자에 대한 관계에서도 객관의무를 확대하고, 검사에 대한 제척/기피제도, 특별검사 제도의 도입, 공소권 남용에 대한 공소기각, 공판절차의 정지 등을 명문으로 인정할 필요가 있다는 지적이 있다(박성민, “객관의무의 구체화와 검사의 권한통제”, 형사법연구 제24권제3호 통권 제52호(2012. 가을호), 254면 이하 참조). 경청할만한 견해이다.

12) 헌재 1997. 3. 27. 자 96헌바28

동 규정은 제헌헌법 제9조에서, 구속영장의 발부에 관하여 “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다”고만 한 것을 제5차 개정헌법(1962. 12. 26.)에서 “---검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”(제10조 제3항 본문) 라는 규정을 둔 이래 현행 헌법에 이르기까지 표현을 달리하면서도 이를 존속하여 오고 있다.

최근 경찰의 독자적인 수사권을 염두에 두고 이를 삭제하자는 주장이 제기되고 있다. 주장의 요지는 영장신청권의 주체에 관한 규정은 수사기관간의 권한문제로서 입법사항일 뿐, 헌법에 명문으로 규정할만한 실질적인 의미의 헌법사항에 해당하지 않는다는 것[13]이다.

그러나 헌법재판소에서 분명히 하고 있듯이, “검찰관의 신청이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다” 고 할 것이며, “수사단계에서 영장신청을 함에 있어서는 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막아 국민의 기본권을 침해할 가능성을 줄이고자 함에 그 취지가 있는 것”이다[14].

제정헌법 이후 계속되어 온 수사기관의 영장청구에 대한 남용과 그에 따른 인권유린의 역사적인 배경을 토대로 검사에게만 영장신청권을 한정한 헌법개정권력자의 헌법적 결단인 것이다.

이러한 헌법적 결단은 법관에 의한 사후적 통제가 갖는 기능적 한계를 극복하기 위해서 법관과 동등한 능력과 신분을 갖춘 검사를 통해서 수사권의 남용을 사전적으로 통제 하려는 것으로 검사의 준 사법관적 지위와 객관의무에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다[15].

2. 검찰, 경찰의 기능적 역할 배분과 검사의 수사지휘권

검사는 모든 범죄에 대하여 수사할 권리와 의무를 가지고 있다(형사소송법 제195조, 검찰청법 제4조제1항). 수사라 함은 형사사건에 관하여 공소를 제기하고 이

13) 연구보고서로서 천진호, “영장청구권의 귀속에 관한 연구” 치안정책연구소(2007); 김선택, “영장청구권 관련 헌법규정 연구”(2008년); 서보학, “헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적/처방적 연구”(2009) 등 참조.

14) 위 96헌바28 이유부분 참조

15) 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의” 刑事法의 新動向 통권 35호(2012. 6.), 40면 참조

를 유지·수행하기 위한 준비행위[16]로서, 범죄사실을 조사하고, 범인과 증거를 발견·수집하는 일련의 활동을 말한다. 따라서 수사권은 궁극적으로 공소권을 전제로 하고 그런만큼, 공소권 행사의 적정을 위해서는 선행하는 수사권행사도 적정하게 행사되어야 한다.

현행 형소법은 검사에게 모든 범죄의 수사권을 인정함과 동시에 검사를 수사의 주재자로 하고, 사법경찰은 모든 범죄[17]에 관하여 검사의 지휘를 받아 수사를 하도록 하고 있다(형사소송법 제196조제1항). 다만, 2011년 7월 18일 개정 법률은 수사현실을 감안하여 사법경찰관 또한 범죄혐의가 있다고 인식하는 때에는 수사를 개시·진행하도록 하는 명문의 규정을 마련하였다(동 제2항). 그러면서도 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따를 의무를 규정(동 제3항)하고 있어서, 여전히 경찰의 수사개시/진행권은 검사의 지휘를 완전히 배제한 독자적인 권한이라고 할 수 없고, 현실적인 필요성에서 자율적 권한을 인정하는 규정으로 해석된다.

사법경찰관이 조직상 다른 기관의 신분을 가지고 있다고 하더라도 사법경찰사무를 취급할 때에는 소속여하를 불문하고 검사의 지휘에 따르도록 하되 구체적 사항은 대통령으로 정하고 있다(동 제3항). 구속영장청구 전에 피의자를 대면조사하기 위해 검사가 사경에 대해 피의자를 인치하도록 하는 명령은 일정한 제한 하에서 수사지휘로서 적법하다.[18] 이러한 검사의 지휘, 감독권의 원활한 수행과 수사지휘체계의 확립을 도모하기 위하여 사경의 각종 보고의무(사경직무규칙 제11조, 제13조), 서장이 아닌 경정이하의 수사중지명령권/교체임용요구권(검찰청법 제54조), 체포·구속장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 및 폭력행위등처벌에관한법률(제10조),[19] 통신비밀보호법(제6조제2항, 제8조제3항)[20][21] 등에 사법경찰관리에 대한 징계,

16) 수사활동을 단순히 공판준비활동으로 볼 것인지, 기소·불기소의 최종적인 결정을 위한 완결절차로서 수사의 독자성을 인정할 것인지는 수사구조와 관련된 문제이다.

17) 판례는 법 개정 이전의 검사의 사경에 대한 수사지휘권은 일반적·포괄적인 규정으로 풀이하고 반드시 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 되는 것은 아니라고 한다(대판 1982.6.8. 선고 82도117).

18) 대판 2010. 10. 28. 선고 2008도11999.

19) 관할 지방검찰청검사장은 제2조 내지 제6조의 범죄가 발생하였음에도 불구하고 이를 그에게 보고하지 아니하거나 그 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력부족 기타의 이유로써 사법경찰관리로서 부적당하다고 인정하는 자에 대하여는 그 임명권자에게 당해 사법경찰관리의 징계, 해임 또는 체임을 요구할 수 있다.

20) 제6조② 사법경찰관(군사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)은 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.

21) 제8조③ 사법경찰관이 긴급통신제한조치를 할 경우에는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다. 다만, 특히 급속을 요하여 미리 지휘를 받을 수 없는 사유가 있는 경우에는 긴급통신제한조치의 집행착수 후 지체 없이 검사의 승인을 얻어야 한다.

해임, 체임요구 등의 규정 등을 두고 있다.

사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물은 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다고 하여 전건송치주의를 채택하고 있다(형사소송법 제196조제4항). 고소, 고발(제238조)을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

검찰, 경찰간 수사권 조정[22]에 관한 논쟁의 여지는 여전히 존재하고 있다. 학설에서도 경찰의 독자적인 수사권을 명문화하자는 긍정설,[23] 부정설,[24] 시기상조설[25]이 주장되고 있다.

입법례를 보면, 영미법계에서는 검사와 사경의 관계를 서로 독립관계로 규정하여, 검사는 공소제기와 그 유지를, 사경은 범죄수사를 전념하도록 각 직무를 분리하고 있고, 독일, 프랑스 등 대륙법계는 양자를 상명하복관계로 하고 있다. 한편 일본은 2차 세계대전 패망 후 미국의 영향으로 경찰을 1차적 수사기관으로, 검찰을 2차적 수사기관으로 하여 상호 협력관계로 규정하고 있으나 실무상 '상담'을 통해 여전히 검사의 사전지휘가 충실하게 이루어지고 있다.

일본의 경찰에게는 구속영장신청권이 없어서 피의자를 체포하기 전 검사와 상의하고, 검사는 법률적 전문가로서 충실히 지휘하고 있다. 구류청구사건이 검찰청 신규 수리인원 중 매년 10% 전후[26]이고, 우리와 달리 체포전치주의를 취하고 있어서 체포의 적법성이 구류영장발부여부의 심사조건이 되고 있다. 따라서 적어도 체포전에 검사의 지휘내용은 상당히 구속력이 있다고 보아야 하고, 검사의 지휘를 단순히 '상담' 정도로 보는 것은 논리적으로 맞지 않다[27]. 나아가 검사는 자신이 충분히 검토하지 않은 서류에 대해서는 송치접수를 거부함으로써 사실상 경찰에 대한 사전지휘를 담보하고 있다.

이외 중요사건이 발생한 경우에는 실시간 보고를 통해 검·경간의 수사협력과

22) 경찰은 현재 검사의 지휘 없이 대다수 형사사건을 입건하고 수사하여 송치하고 있으며, 신병처리 단계에 가서야 비로소 검사의 지휘를 받고 있다는 점에서 '수사권의 독립'이라는 표현은 적절치 못하다. 특히 검사의 지휘를 배제하는 차원의 '수사권의 조정'은 나누어 먹기라는 강제배분적인 성격이 강하므로 수사 환경을 고려하면서 어떤 것이 국민의 입장에서 합리적인 대안이 될 수 있는가라는 측면에서 '수사권의 합리적 배분'이라는 표현이 적절할 것으로 보인다.

23) 손동권, 158면; 차/최, 156면.

24) 이재상, 103면; 정/백, 79면.

25) 배/이/정/이, 62면; 백형구, 「알기쉬운 형사소송법」, 박영사, 2007. 42면; 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014. 85면.

26) 法務省法務總合研究所編, 犯罪白書, 平成24年版(2013년), 44면 이하 참조

27) 일본 경찰에서는 체포 전 검사에게 '상담'을 받는다고 하고, 검찰은 이를 '지휘'한다고 표현하고 있다.

지휘가 이루어지고 있다.

일본에서는, 1960년대 이래 당사자주의적 이론의 성과[28]물로서 검사는 수사에서 손을 떼고 공판에 전념하여야 한다는 공판전담론이 한때 주장되기도 하였다. 당사자주의와 공판중심주의 하에서는 공판 활동의 중요성이 부각되고 있다. 그렇다고 하더라도 검사가 공소제기 및 유지의 책임을 갖는 이상 수사 단계부터 관여하지 않고서는 공소권을 적정히 행사하기 어렵다는 점에서 검사의 공판전담론은 더 이상 주장되고 있지 않다.

오히려 참고인이 진술을 번복하게 되면 검사작성조서는 상대적 특신 정황을 전제로 증거능력이 인정되지만 경찰작성조서는 증거능력이 없게 되므로[29] 검사는 진술의 번복에 대비하여 검사가 재조사할 필요성이 있다는 점, 경찰수사가 어려운 부분에 대한 보완수사의 필요성 등이 제기되어 오히려 검사의 직접 수사를 확대해 가는 추세에 있다.

영미법계에서는, 검사가 공소제기단계에 가서야 비로소 개입을 하고 있기 때문에, 직접 수사권을 가지고 있는 대륙법계에 비해 검사의 경찰에 대한 통제가 미약하다고 할 수 있다. 대륙법계에서도 고전적인 범죄의 수사 분야에서는, 오히려 일선 경찰이 경험이나 전문적인 지식 면에서 더 낫다는 점에서 실무상 검사의 지휘를 자제하고 있다.

한마디로 경찰과 검찰과의 관계에 대해서 완벽한 제도는 없으며 각 나라의 전통이나 국민의 법감정을 감안하여 독자적인 체계를 구축해 가고 있다. 다만 경찰에서 하기 어려운 회계, 조세, 금융·증권분야 등 특별범죄 분야에 대해서는 법률전문가인 검사가 수사권을 집중해 가고 있다는 점에서 양자가 상호 접근해 가는 경향에 있다.

검사의 경찰에 대한 이러한 지휘와 통제는 위에서 지적한 바와 같이 검사의 준사법관적인 지위와 객관의무를 바탕으로 하는 검찰제도 그 자체에서 근거를 찾을 수 있다. 그렇다면 검사가 수사의 전면에 나서서 일방 당사자로서의 역할을 자초하기 보다는 일선 경찰수사에 대한 엄정한 지휘와 통제를 중심으로 하는 활동에 역점을 주어야 한다. 그런 점에서 검사의 직접 수사기능은 축소하고, 경찰에 대한 지휘와 부당한 수사에 대한 통제를 강화하여야 한다. 이 점에서 검경간 수사권의 합리적인 배분이 필요한 시점이다.

28) 川崎英明, 「現代檢察官論」, 日本評論社(1997), 196面.

29) 일본형소법 제321조 제1항 제2호 전단, 동항 제3호

다만, 경찰의 직접 수사기능을 강화하기 위해서는 경찰수사에 대한 민주적 통제, 지방분권의 실현, 행정경찰과의 분리, 정치적 중립성[30] 이라는 조건의 충족이 전제되어야 한다. 나아가 경찰 수사에 대한 검사의 지휘를 실효적으로 확보하기 위한 제도적 보장도 병행해 나가야 한다.

3. 검사의 소추기능 통제와 증거개시의 확대

⑴ 기본원칙

당사자주의 소송구조 하에서는 소송절차는 당사자가 initiative를 가지고 공격과 방어라는 소송활동을 기반으로 하는 구조이다. 형사소송법상 공소는 검사가 제기하여 수행하도록 하고 있다(동법 제246조). 따라서 검사는 공소권을 갖고, 이에 대하여 피고인은 응소권(방어권보다는 적극적인 개념으로 이해한다)을 갖는다. 공소권에는 공소를 제기하고 유지하는 권한을 포함한다.

그러면서도 검사에게 객관의무를 부여한다면 피고인의 이익도 대변하여야 한다. 따라서 검사는 함부로 기소해서는 안 되며, 판례가 적절히 지적하고 있듯이 피고인의 이익을 위한 증거제출의무, 증거개시 의무도 인정된다. 피고인의 이익을 위한 상소 또한 검사의 객관의무에서 비롯된 것이다. 이 점에서 검사의 당사자성은 수정되어 있다.

⑵ 재정신청사건의 공소제기와 무죄구형

법원의 재정결정과 관련하여 우리 법은, 재정결정서를 송부 받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 지체 없이 담당 검사를 지정하고 지정받은 검사는 공소를 제기하도록 요구하고 있다(동법 제262조제5항, 제6항). 종래 지정변호사로 하던 것을 이제는 검사로 하여금 공소를 제기하고 유지하도록 하였다. 위와 같이 한 이유로서는, 1) 국가소추주의 원칙을 유지하고, 2) 재정법원의 역할을 불기소처분의 당부심사에 한정하고 그 이후 절차에 관여하는 것을 배제하여 소추와 심판의 분리원칙을 준수하고, 3) 검사의 객관의무나 공익적 지위에서 사안에 따라 피고인의 권리와 이익을 보호하여야 할 책무를 강조하였다.[31]

나아가 공소를 제기한 검사는 통상의 사건에서와 같은 검사의 권한을 행사하는

30) 일본 경찰은 이점에서 취약하기 때문에 수사는 하되 최종의견을 유보한 채 '엄정한 처분을 바란다'는 의견만을 기재하여 송치하고 있다.

31) 법무부, 개정 형사소송법(2007), 151면 참조.

것이기 때문에 만약 유죄의 확신을 갖지 못한 경우에도 피고인의 이익으로 무죄구형도 가능하다. 다만 공소취소는 할 수 없도록 특별한 규정을 마련하고 있다(동법 제264조의2). 이를 인정하면 공소제기결정의 취지가 공소취소에 의해 쉽게 몰각될 우려가 있기 때문이다.

재정신청서에 재정신청을 이유 있게 하는 사유가 기재되어 있지 않음에도 이를 간과한 채 공소제기 결정한 경우 본안 사건의 절차가 개시된 이후에는 더 이상 다툴 수 없도록 한 판례[32]는 소송의 원활한 진행을 위한 것으로 검사의 객관의무와는 별개의 문제이다.

⑶ 증거개시와 증거제출의무의 확대

피고인 또는 변호인은, 검사에게 공소제기 된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다(제266조의3). 여기서 '공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등'이라 함은 1)검사가 증거로 신청할 서류 등, 2) 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류(이상 검사조사신청예정증거 개시), 3)제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류 등의 증명력과 관련된 서류 등[33](탄핵관련증거 개시), 4)피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등(피고인 주장예정관련증거 개시)을 포함한다. 여기서는 관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다(제266조의3 제1항).

판례[34]는 제4호 서면과 관련하여 검사가 보관하고 있는 불기소 처분 기록에 포함된 불기소 결정서도 열람·지정에 의한 공개대상이 된다고 전제한 다음 '피고인의 무죄를 뒷받침할 수 있거나 적어도 법관의 유무죄에 대한 심증을 달리할만한 상당한 가능성이 있는 중요증거에 해당한다.'는 이유를 들어 정당한 이유 없이 거절할 수 없다고 한다.

우리 형사소송법은 법원의 열람 또는 서면의 교부에 관한 결정에 대해 검사가

32) 대판 2010. 11. 11. 선고 2009도224.

33) 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자 검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 않고 은폐한 것은 위법하다(대판 2002. 2. 22. 선고 2001다23497).

34) 대판 2012. 5. 24 선고 2012도1284.

따르지 않은 경우 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 제제 규정을 두고 있다(동 제5항). 그러나 검사는 피고인에게 불리한 자료만이 아니라 피고인 측에 유리한 자료도 제출할 객관의무가 있다는 점에서 보면 단순히 증거제출을 제한하는 것만으로는 부족하다.

검사에게는 피고인에게 유리한 증거도 제출하여야 할 객관의무가 있으므로 판례[35] 와 같이 피고인, 변호인의 열람 신청 등에 대해 거부하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 중대한 위법이라고 하여야 한다.

원래 이러한 객관의무는, 실체적 진실주의=직권주의 계보에 속하는 독일에서의 관념론적인 논의에서 출발하고 있지만 당사자주의를 강조하는 한국에서도 타당한 결론을 도출할 수 있다.

⑷ 검사의 소추기능 통제와 증인적격

원래 검사의 객관의무나 준사법관 지위라는 이데올리기가 역사적으로 수행해 온 기능을 보면 수사나 소추기능의 강화라고 하는 실체적 기능을 다해왔다는 점을 무시할 수는 없을 것 같다. 그러나 피의자/피고인의 방어권에 기한 증거제출과 개시의무의 확대, 소추억제이론으로 전환이라는 실체적 계기를 마련해 가고 있는 점도 간과하여서는 안 된다. 특히 소추억제이론으로서 공소권 남용론 또한 검사의 객관의무를 바탕으로 하고 있다.

이러한 공소권 남용론은 부당기소에 대한 억제수단이 없는 현행법 하에서 검사의 소추재량권에 사법적 통제를 가하는 이론으로서 등장하였고, 소추재량에 있어서 검찰의 실체적 변혁을 요구하는 이론으로서 어느 정도 기능하고 있다.

판례는 검사가 공소권을 자의적으로 행사함으로써 피고인에게 실질적인 불이익을 주었다면 소추재량권을 현저히 일탈하였다는 이유로 공소제기의 효력을 부정하고 있다.[36]

검사의 객관의무를 인정한다면 법관과 같이 제척/기피/회피를 허용하여야 한다는 견해[37]가 있다. 사건처리에 관한 검사의 영향력이 절대적이라는 점에서 제척/회피/기피제도의 취지를 인정함이 상당하지만 명문의 근거가 없다는 점에서 이론상

35) 위 2001다23447 사건
36) 대판 2004. 4. 27. 선고 2004도482 ; 동 사건에서 법원은 검찰이 수사와 기소 단계에서 제15대 대통령 선거의 당선자 측과 낙선자 측을 불평등하게 취급하는 정치적인 고려가 있었다고 하더라도, 그 범죄행위에 상응한 책임을 묻는 검사의 공소제기가 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다고 하였다.
37) 배/이/정/이, 54면; 백형구, 439면; 신동운, 66면; 정/백, 74면.

이를 부정하고 있다. 피해자가 검사라는 이유만으로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 배제되지 않는다는 판례[38]도 같은 취지이다. 수사과정은 물론 공판과정에서도 검사가 바뀌더라도 갱신절차도 필요 하지 않다. 소송법적 효과가 다르지 않기 때문이다. 실무상은 이러한 경우 사건의 재배당이라는 절차를 통해 해결하고 있다.

검사의 증인적격에 대해서는, 이를 부정하는 규정이 없고, 오히려 실체적 진실발견을 위하여 증인의 적격을 인정하여야 한다는 긍정설,[39] 당해 사건의 공판에 관여하고 있는 검사를 제3자라고 할 수 없고 검사를 당해사건의 공판에서 배제할 강제방법이 없다는 이유로 검사의 증인적격을 부정하는 부정설[40]이 있다.

형사소송법 제316조 제1항은 검사를 포함하여 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자의 증인능력을 인정하고 있고, 이론적으로도 실체적 진실을 규명하기 위하여 직무수행 및 수사활동의 적법성을 위한 증언을 막아야할 이유도 없다는 점에서 긍정설이 다수설이다.

증인으로 증언한 검사가 당해 사건의 공판관여를 계속할 수 있는가? 이에 대해서는 법관에 준하는 객관의무가 인정되므로 일단 증언한 검사는 직무에서 배제된다는 소극설[41]이 있으나 객관의무가 부여되어 있다고 하여 증인적격성을 부인하는 논거가 될 수 없고, 오히려 검사에 대한 제척제도가 인정되지 않는다는 점에서 증언 후 공판수행도 가능하다는 적극설이 타당하다.[42] 검찰 스스로 내부적인 통제원리로서 객관의무가 강조되어야 할 대목이다.

Ⅲ. 검찰개혁의 바람직한 방향

최근 검찰의 개혁·민주화가 수면에 떠오르면서 검사의 준사법관적 지위와 객관의무에 대한 논의가 시작되고 있다. 일본에서와 같이 검사의 객관의무론이나 준사법관론에 대해서는 검찰권의 행사를 통제하는 이론이 아닌 오히려 검찰권의 강화로 이어가는 이데올로기로서 기능하고 있다는 비판도 가능하다.[43] 객관의무론이나

38) 대판 2013.9.12. 선고 2011도12918
39) 백형구, 174면; 신동운, 938면; 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2014, 626면.
40) 배/이/정/이, 482면; 손동권, 460면; 신양균, 589면; 이재상, 482; 정/백, 491면.
41) 배/이/정/이, 82면; 신동운, 939면; 신양균, 590면.
42) 이재상, 482면; 임동규, 626면.
43) 川崎, 전게서, 201면 이하 참조

준사법관론이 검사의 실체법상 권한을 확대하고, 수사와 소추 면에서 기능을 강화하는 이론을 제공하고 있다는 점도 무시할 수는 없기 때문이다.

그러나 이러한 논의는 검찰개혁의 방향성을 논함에 있어서 유용한 근거가 되고 있다.

첫째, 피의자/피고인의 방어권을 근거지우고, 이를 매개로 소추권행사를 억제하고, 증거제출과 개시의무를 확대하는 실천적 계기가 되고 있다는 점은 위에서 살펴본 바와 같다.

피의자/피고인이 부당하게 응소를 강요당하지 않도록 검사가 독점하고 있는 공소권을 억제하는 원리로서의 공소권 남용론이나 피의자/피고인의 변호권을 주축으로 하는 당사자주의론, 시민의 공소권 이념을 매개로 한 시민에 의한 민주적 통제[44]도 이러한 검사의 객관의무론에서 근거를 찾을 수 있다.

오늘날의 형사소송절차는 '초근대의 요청에 부응하고' 동시에 '근대법 원리의 완성도 기한다.'고 하는 이중과제에 직면하고 있다. 일방에서 포스트 모던적 요청에 응하여 감청이나 함정수사, 형사면책 등 범죄에 대한 강한 억제 수단을 도입할 필요성이 있는 반면, 다른 한편으로 당사자주의라고 하는 이름의 근대화를 완성시키는 것이 요구되고 있다. 즉, 현대과학수사가 가져오는 고전적 자유에 대한 침해를 보전하고, 동시에 피의자 국선변호제도의 확대, 변호인의 접견교통권・신문참여권의 실질적 보장, 증거개시의 충실 등 당사자주의를 실현하여 근대법 원리와 초근대적 수단과의 전체적 균형을 모색하지 않으면 안 된다.[45]

강력한 수사권한을 바탕으로 한 실체적 진실규명이라는 형사소송절차의 근간을 수용하면서 당사자인 피고인의 변호, 준비활동을 강화하여 수사결과의 종국성, 권위성을 상대화하고 공판에서 이를 확인해 가도록 소송수행에 대한 요구가 강조되고 있다.[46]

둘째, 검사와 경찰의 역할배분이라는 측면에서, 검사의 직접 수사기능보다는 경찰에 대한 지휘, 부당한 수사에 대한 통제원리로서도 작용하고 있다.

이러한 발상은 검사 스스로가 수사의 당사자성을 지나치게 강조한 나머지 위법수사나 증거개시 자체의 거부 등 부적절한 행위를 해왔다는 반성적인 측면에서 촉

44) 이호중 교수는 재정신청제도의 확대만으로는 일정한 한계가 있으며, 일본의 검찰심사회와 같은 시민참가 제도나 시민기소제의 도입을 검토하자고 한다(同, "검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제", 「서강법학」 제9권 제2호, 2007. 72면).

45) 田宮, "刑事手續をめぐる理論と實務", 「法教」 170號(1994), 7面 이하.

46) 小田中교수는 이러한 田宮 교수의 주장을 '當事者 點檢型 彈劾的搜査觀'이라고 하여 일부 설득력을 인정하면서도 강력한 수사권한을 승인하는 것에 대하여 우려를 표명하고 있다(小田中, "刑事手續改革の課題", 「内藤 謙 先生古稀祝賀, 刑事法學の現代的狀況」, 有斐閣(1994), 396面 참조).

발된 면이 강하다. 향후 검사는 직접적인 수사를 자제하고, 경찰을 지휘하고 경찰의 위법수사를 견제하는 체크기능에 중점이동을 하여야 한다.

끝으로, 피해자를 위한 공소권의 상대화와 처분에 대한 설명책임을 부과하는 근거가 된다.

종래 검찰은 기소하는 과정에서 검사 스스로가 합리적 의심의 여지가 없는 '확신'을 갖지 못하면 기소를 하지 않는 관행이 있었다. 이것은 형벌권의 실현이 국가적인 문제이고 동시에 검사는 공익의 대표자로서 범죄자를 바르게 처벌하여야 한다는 요청 때문에 검사 자신이 유죄의 확신을 갖지 못한 이상 그 사건을 기소하는 것은 타당하지 않다는 생각에서 비롯된 것이다.

이러한 검찰실무와 연계하여 피의자/피고인을 위한 검사의 객관의무를 강조하다 보면 절대적인 실체적 진실을 강조하는 오류에 빠질 수도 있다. 따라서 이러한 객관의무에 관해서 사고의 柔軟性을 가질 필요가 있다.

피해자가 강력히 원한다면 비록 범죄에 대한 '확신'에는 이르지 못하였다고 하더라도 공소를 제기하여 법원의 판단을 받아볼 필요가 있다.

이를 위해 소송절차에서의 피해자의 관여 정도를 확충하고, 피해자에 대한 설명책임을 강조할 필요가 있다. 수사과정은 물론 기소, 불기소에 대한 검찰의 처분에 있어서도 피해자의 이익이라는 측면도 고려하여야 한다는 점에서 객관의무를 확대해석해 갈 필요가 있다.

향후 검찰의 과제는 좀 더 相對化[47]된 실체적 진실의 추구와 절차에의 정당성 확보를 위해 경찰과 법원에 대한 적절한 통제, 피의자/피고인만이 아니라 피해자나 주권자인 국민에 모두에 대한 설명, 설득책임을 어떻게 확보해 나갈 것인가에 초점을 맞추어야 한다.

Ⅳ. 결 론

우리나라 현행 형사소송법은 직권주의로부터 당사주의에로의 소송구조가 전환되고 있다는 점에 대해서는 異論이 없을 것이다.

판례를 통해 인정되어 온 묵비권이나 변호인 의뢰권, 피의자신문과정에서의 참

47) 소송목적을 위와 같이 잃어버린 법적평화의 회복에 둔다면 그러한 회복에 필요하지 않다면 진실추구자체가 단념되는 경우도 있고, 당사자만의 합의 등에 의해 부분적 진실의 발견으로 만족하는 경우도 있을 것이다.

여권, 피의자단계에서의 국선변호인제도 도입, 강제처분에 대한 사법적 억제(영장주의), 공소장일본주의에 의한 수사와 공판의 분담, 소송대상과 자백배제법칙, 전문법칙의 도입 등에 의해 당사자 주의의 절차적 기반이 구축되었다고 할 수 있다.

최근 형사소송법은, 그 동안 수사의 주체는 검사이고 사법경찰관은 수사의 보조자라는 규정을 개정하여 사법경찰관에게도 수사의 開始/進行權을 명문으로 인정하였다. 그러나 모든 범죄에 대해서는 검사의 지휘를 받도록 하고 있으므로 여전히 경찰의 수사권 행사는 검사의 지휘 범위 내에 있다고 해석된다.

종래 독일에서 유래한 검사의 객관의무를 명문으로 인정하는 규정은 없지만 우리 법에서도 검사의 객관의무는 인정되고 있다고 해석된다.

그러면서도 기본적으로 검사의 객관주의는 당사자주의 소송구조와 조화를 이루기가 용이하지 않다. 원래 이러한 객관의무는 비당사자주의 하에서의 실체적 진실을 규명하는 이론을 전제로 하는 것이기 때문이다.

검사의 수사기관성을 강조한다면 수사과정에 대해서도 철저히 당사자주의로 일관하겠지만 수사를 검사의 기소, 불기소 결정을 위한 중간적 처분이라고 이해한다면 어느 정도 당사자성은 수정될 수 있다. 수사의 결과물은 최종적인 것이 아니고, 재판을 통해 실체적 진실을 확인해 가는 중간 산출물이라고 이해할 수 있고, 그렇게 해석한다면 수사과정에서의 진실규명은 좀 더 상대화될 수 있다.

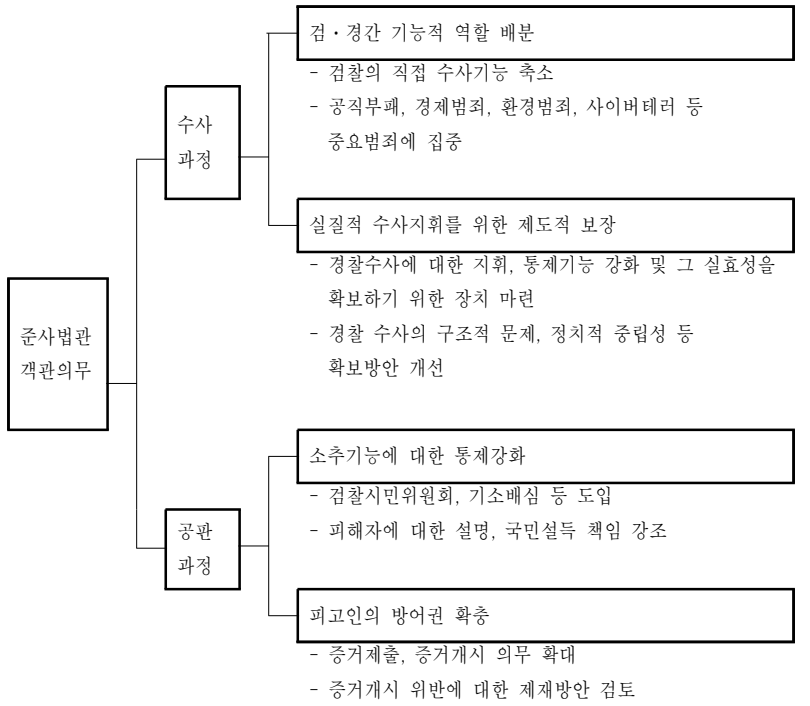
향후 객관의무는 검사의 수사나 소추 상 권한행사를 통제하고, 피의자/피고인의 이익을 위해 증거개시나 증거제출의무를 확대하는 실천적 계기로서 삼아야 한다. 당사자주의 하에서 객관의무에 관해 새로운 해석론을 전개하고 있는 일본의 논의를 주목할 필요가 있다.

수사과정에서, 검사의 직접적인 수사 기능을 축소하는 대신 경찰 수사에 대한 지휘와 통제를 강화하고, 공소제기와 공판과정에서는, 피의자/피고인의 이익을 위해 공소권 남용을 억제하고, 증거제출과 개시범위를 확대하며, 피해자의 이익을 위해 공소권을 상대화 하고, 설명의무를 강조하는 이데올로기로서의 기능이 강조되어야 한다.

결국 검사의 소송법상 지위는 형사소송에서 적정절차의 옹호자, 피의자/피고인/피해자 등 절차 관여자 모두를 위한 인권보장적 지위로서 검사의 당사자성은 수정되어야 한다.

이를 위해 검사의 객관의무는, 1)검경 수사권과 관련하여, 검찰, 경찰 간 역할의 합리적 배분과, 검사의 경찰에 대한 실질적 지휘를 담보하는 제도적 보장에 관한

논의, 2)용어사용에 혼돈을 가져오고 있는 당사자주의에 대한 올바른 이해와 이를 수정하는 제도적 보장 즉, 피의자/피고인이 부당하게 응소를 강요당하지 않도록 검사의 소추억제이론으로서의 공소권 남용론에 대한 논의, 3) 피의자/피고인의 방어권을 확충하기 위한 검사의 증거제출의무, 증거개시의무 확대에 관한 논의, 4)시민의 공소권 이념을 매개로 한 시민에 의한 민주적 통제로서 일본의 검찰심사회나 미국의 대배심 제도의 도입여부에 관한 논의 등 검찰개혁 과제를 풀어나가는 準據点으로서 역할이 기대되고 있다.



(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.22)



노 명 선

준 사법관적 지위, 객관의무, 수사개시, 수사권 분쟁, 설명의무

【참 고 문 헌】

노명선/이완규, 「형사소송법」, SKKUP, 2013년.

배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」, 홍문사, 2012.

백형구, 「알기쉬운형사소송법」, 박영사, 2007.

손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2010.

신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014.

신양균, 「형사소송법」 제2판, 대명출판사, 2004.

이재상, 「신형사소송법」 제9판, 박영사, 2012.

임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2014.

정웅석/백승민, 「형사소송법」 전정 제5판, 대명출판사, 2012.

차용석/최용성, 「형사소송법」 제3판, 21세기사, 2008.

이완규, "검사의 지위와 객관의무- 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447", 저스티스 통권 제73호(2003. 1.)

안미영, "우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의" 刑事法의 新動向 통권 35호, 2012.

이호중, "검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제", 「서강법학」 제9권 제2호, 2007. 12.

박성민, "객관의무의 구체화와 검사의 권한통제", 형사법연구 제24권제3호 통권 제52호, 2012.

법무부, 「개정 형사소송법」, 2007.

渥美東洋, 全訂刑事訴訟法(第2版), 有斐閣(2009)

小田中聰樹, 「刑事手續改革の課題」, 『刑事法学の現代的状況 : 内藤謙先生古稀祝賀』, 有斐閣(1994).

--------, 「現代刑事訴訟法論」, 勁草書房(1977).

松尾浩也, 「刑事訴訟의 原理」, 東京大学出版会(1974).

-------, 「西獨逸 刑事司法에 있어서 檢察官의 地位」, 『法學協会 雜誌』 84卷 10号(1967).

田宮 裕, 「刑事手続とその運用」, 有斐閣(1990).

------, "刑事手續をめぐる理論と實務", 『法教』 170號(1994).

川崎英明, 「現代檢察官論」, 日本評論社(1997).

三井 誠, “公訴權の運用”, 『法學教室』 159号(1993).
岡部泰昌, 「刑事手續における檢察官の客觀義務 (一) － (六)」, 『金澤法學』 11卷 2号(1966)~15卷 2号(1970).
-------,“檢察官の客觀義務”, 『法時』 43卷 4号(1971).

Abstract

A desirable direction for objective obligations of public prosecutor’s and reformation of the prosecution

Ro, MyungSun

Prosecutional power is in inclusion of administrative authority; however, in terms of the content, it has a great deal of relation with judicial power. Therefore, public prosecutor’s holds twofold positions of administrative and judicial agencies, which reflects a quasi-judicial characteristic of prosecutor. Consequently, public prosecutor’s has obligations to pursue truth in the perspective of a judge and fulfill the justice at the same time. If the quasi-judicial position exclusively emphasized, justification to encourage prosecution authority possibly arises. With the intention of preventing from the occurrence, law restricts the degree of authority for prosecutor to maintain an objective attitude. The following paragraph would discuss whether objective obligations are applied to prosecutor, as in Germany.

Although these objective obligations are originated from an ideological discussion in Germany that continues the tradition of 'verism=offizialprinzip,' Korea, with an emphasis on 'adversary system,' is able to draw a rational conclusion.

Law in Korea, especially, has a detailed understanding on an exclusive acknowledgement of 'warrant application form' to prosecutor according to the constitutional view on the foundation of objective obligations. It additionally reinforces command and control on the judicial police, restrains the abuses of arraignment(prosecutorial) right in order to

protect advantages of the suspect and the accused during the trial, relatives prosecutorial right for the benefits of the victim with the expansion of evidence submissions and the degree of disclosure, and underlines duty of explanation.

In consequence, correction of prosecutor is required since a status of public prosecutor's in respect of legal procedure law should be regarded safeguard for human rights for the defender, suspect/the accused/victim and any other concerned in the process.

To achieve the purpose above, objective obligations of prosecutor should include 1) A rational allocation of roles of police and the prosecution concerning criminal investigations, 2)A correct understanding on 'quasijudicial position' where confusion exists in use of term and institutional establishment to reflect the correction; in other words, a discussion on abuses of prosecutorial right unjustly as in 'deterrence theory' 3) a discussion on obligations of submissions of evidence to expand the suspect/accused's right to defense and disclosure of evidence, 4)a discussion on whether to adopt grand jury of the United States or prosecutorial review commission of Japan.



Ro, MyungSun

Quasi-judicial position, Objective obligations, Beginning of investigations, Conflict in investigations, Duty of explanation

검찰의 바람직한 모습

나카노메 요시노리*

Ⅰ. 정의실현, 기본권의 보장과 검찰
1. 조사에 있어서 가시성의 확보
2. 증거개시
Ⅱ. 검찰과 재량
Ⅲ. 범인의 형사처벌과 검찰
Ⅳ. 검찰과 시민
1. 검찰심의회
2. 검찰과 피해자
Ⅴ. 커뮤니티와 검찰
Ⅵ. 범죄의 예방 및 검찰과 다기관 연대

【국 문 요 약】

일본의 지금까지의 검찰 실무에 비추어 개선해야 할 점 및 향후 검찰 실무에서 중요성을 갖는다고 사려 되는 유의해야 할 점에 대해서 논한다. 특히 요즈음 중요성을 띄고 있는, 범죄 예방 및 재범 예방의 시각에서 다기관 연계의 확충을 강조한다. 정의를 실현하는 것이 검찰의 역할이지만 무고한 자를 처벌하지 않도록 하는 것과 함께 기본권에 대한 충분한 배려가 필요하며, 이 관점에서 조사의 적정한 규율과 증거 개시의 충실이 필요하고, 검찰관에게는 사정을 고려한 건전한 처리를 위해 광범위한 소추 재량권이 필요하지만, 이 재량권을 넘는 소추와 소추해야 하는 사건의 불기소에 대한 대처 방안이 필요하며 소추에 관해서는 검찰심사회의 기소 강제 제도보다는 준기소 절차의 확충이 더 바람직하다고 생각되고, 또 법인 활동에 대해 법인의 형사 책임을 묻는 실체법이 충분히 마련되어 있는 것이 전제가 되지만, 기소 유예의 권한 행사를 통해 시민의 요구를 토대로 한 기업 활동의 규율(corporate governance)을 기업에 요구해 제도 개혁을 촉구하는 소추 재량권 행사가 기대된다는 점, 피해자의 대리인은 아니지만 피해자의 요구를 충분히 감안한 검찰 활동이 중요하다는 점, local governance of crime의 시점에서 커뮤니티의 안전·안심을 배려한 검찰 실무가 중시되어야 한다는 점, 형무소 등에의 시설 수용이 재범의 문제를 생기게 한다는 등 범죄 억제에는 연계되지 않는 다는 점을 고려하여 범죄 예방 및 재범 예방을 위한 다기관 연계에 기한 검찰 활동의 필요성·중요성 등을 논하고 있다. 검찰관의 활동은 범죄 수사·구류 소추·재판·처벌·시설에의 수용이라는 직선적인 형사 사법의 전개를 도모하면 충분하지 않고, 보다 조기 단계에서 범죄 예방과 재범 방지 대책을 여러 기관들과 연대를 충실히 하고 사회의 안전을 확보하는 것을 위한 검찰 활동이 더욱 더 중요해지고 있음을 논하고 시설에의 수용이라는 최후 단계의 처리를 최우선시할 것이 아니라 보다 조기 단계에서 범죄 예방과 재범의 감소를 실현하는 검찰 실무의 중요성을 논한다.

* 일본 중앙대학 법학부 교수.

서론

일본에서 검찰은 수사, 소추의 역할을 담당하고 정의를 실현하는 기관으로서 그 역할을 수행해오고 있지만 한편으로 오판을 둘러싼 문제나 특수부의 창설당초부터의 造船疑獄 사건이나 오사카 지검특수부의 문제로 상징되듯이 개선이 요구되는 점도 많다. 이하에서는 검찰의 바람직한 모습에 관하여 몇 가지 논하고자 한다.

Ⅰ. 정의실현, 기본권의 보장과 검찰

검찰은 정의를 실현하는 역할을 담당한다. 정의는 범죄를 행한 자에게 형벌을 과하고 그러한 행위가 허용되지 않는다는 점을 재판을 통해 유죄판결을 구하고 구형하여 재판에 의해 유죄 선고된 범죄자에게 형벌을 과하고 사회적 비난을 피고인에게 전달함과 동시에 사회에게 비난의 대상으로 된 행위가 허용되지 않는다는 점을 전달하는 역할을 하고 있다. 이러한 형벌을 과하는 것을 요구하는 검찰관의 활동은 응보의 원리이건 억지의 원리이건 사실의 기초가 존재하는 점을 전제하고 있다.

사실의 기초를 결하더라도 유죄 획득만을 목표로 하는 빨치산적인 검찰활동은 허용되지 않는다. 이점에서 몇 가지 중요한 시점이 최근 대두되고 있다.

1. 조사에 있어서 가시성의 확보

조사는 범죄를 해명함에 있어서도 소추의 필요성을 결정하는 점에 있어서도 매우 중요하다. 다만 지나친 조사는 오판의 원인이 된다. DNA감정을 비롯하여 과학적 증거의 중요성이 고조되고 있지만 물증의 의미를 부여하는 것이 진술이고 형법이 주관적 요소를 규정하고 있는 점과의 관계에서도 또한 기소유예나 구형의 점에서도 진술획득의 중요성은 높다.[1] 조사에 있어서 문제되는 것은 특히 특수부의 조사 방식일 것이다. 오사카지검 특수부가 다루었던 후생성의 M과장의 조사에 있어서는 증거를 조작할 정도로 있어서는 안 되는 사태이고 검찰의 신용을 크게 손상하였지만 이것은 수사로부터 소추까지를 하나의 방향성만을 향한 기관이 담당하는

1) 渥美東洋『全訂(第二版)·刑事訴訟法』(有斐閣)(2009年)72頁,中野目善則「取調」現代刑事法1巻5号(1999年).

위험성을 드러낸 것이 아닐까 생각한다. 상정한 시나리오에 맞춘 진술의 취득이 아닌 묵비권(진술 할 것인가, 묵비 할 것인가의 자유이고 임의로운 선택권)을 보장한 조사에서 이루어진 진술의 보강수사와 그 결과에 따라서 사실에 따른 수사를 실행함과 동시에 수사로부터 소추까지를 하나의 기관이 담당하지 않고, 경찰과 검찰의 통상의 관계에서와 같이 다른 기관의 수사결과를 별개의 시점에서 검토하는 같은 기관 중에서도 특수부와 소추부가 다른 시점에서 검토하는 등의 견제가 필요할 것이다. 이러한 방향으로 향한 개선도 이루어져 가고 있는 듯하다.

진술의 자유를 확보한 조사가 중요하고 그 점에서 가시화의 시점을 중시하는 방향이 최근 나타나고 있다. 원래 가시화를 위한 방책은 미란다와 같은 권리고지가 관련있다. 외부로부터 차단된 밀실에서의 조사를 임의성만에 위해 규율 되어온 조사를 외부로부터 묵비권, 변호권 등의 권리고지를 통해 가시화하여 피의자의 제반 권리를 존중한 조사가 이루어지도록 하는 방책이 필요하다. 범죄의 해명을 위한 조사의 필요성이 인정되지만 한편으로 조사에 있어서의 피의자의 묵비권, 접견교통권을 비롯한 제반권리의 존중이 필요하다. 묵비권에 관해서는 녹음·녹화를 포함하여 야나가와 교수로부터 상세한 발표가 있어서 자세한 이야기는 생략한다.[2]

2. 증거개시

최근 일본에서는 증거개시에 관하여 상세한 규정이 마련되었다. 이러한 규정은 재판원 재판만이 아니라 재판관에 의한 재판에 관해서도 중요한 의의를 갖는다. 형사재판에 있어서는 무고한 자의 처벌은 절대적으로 회피되지 않으면 안 된다. 검찰은 검찰 측의 주장과 입증을 피고인의 입장에서 충분히 검토하게 하고 유죄라는 점이 확인된 경우에 한해 기소하고 처벌을 의도하여 피고인이 무죄임을 나타내는 증거를 은닉하거나 피고인이 합리적인 의심을 배제할만한 정도의 유죄입증도 의문을 갖게 하는 증거를 개시하지 않음으로서 피고인의 방어활동을 방해하거나 곤란하게 하는 일은 하여서는 안 된다. 증거파괴 등의 사법방해활동을 저지하는 배려를 하면서 피고인 측의 방어에 충분히 영향을 미치는 증거의 개시를 현행법은 요구하고 있다고 해석된다.[3] 증거개시 규정이 마련되기 전 사건이지만 피고인 측

2) Miranda v. Arizona, 384U.S 436 (1966)

3) 渥美東洋『全訂(第二版)·刑事訴訟法』前掲212頁,三明翔「憲法上要求される証拠開示の限界(1), (2), (3), (4), (5) 」, 比較法雑誌第44巻第2号301-356頁 (2010年) (1), 第45巻第2号187-232頁 (2011年) (2) ,第45巻第4号231-285頁 (2012年) (3) , 第46巻第3号279-311頁 (2012年) (4) , 第46巻第4号189-236頁 (2013年) (5) .

에게 유리한 증거가 개시되지 않은 것은 아닐까 라는 의문이 있는 사건(예를 들면 布川사건 등)도 있고 무고한 자에 대하여 처벌하지 않는 검찰실무가 요구되고 있다. 정의의 실현은 사실의 기초에 근거하지 않으면 안 된다. 최종적으로는 재심에 의한 구제가 있기는 하지만 사후적인 구제는 시간도 걸리고 그때까지의 자유의 박탈도 있을 수 있고 증거의 신규성, 명백성에 관한 요건의 충족이 요구[4]되는 등 구제의 벽이 높다. 사후적인 구제의 필요성은 부정할 수 없지만 오판이 생기지 않도록 예방적으로 대처하여야 할 필요성이 높고 증거개시의 적극적 대처가 요구되고 있다.

Ⅱ. 검찰과 재량

형사재판은 유죄의 획득만을 목표로 하는 것은 아니다. 행사재판의 궁극적인 목표는 사회의 안정과 안심의 유지, 평화의 유지에 있다고 말할 수 있지 않을까. 재판에서 유죄로 하기에 족한 것만의 증거가 충분한 경우에도 소추를 하지 않고 끝낼 수 있는 검찰관의 소추재량[5]은 그러한 것을 위한 것이다. 형소법 248조에서와 같이 검찰관은 광범위한 소추재량권을 가지고 있다. 근대법은 형벌을 과함에 의해 범죄의 억지를 중요한 목적으로 하지만 수형시설인 형무소에 많은 사람을 보내는 형사사범의 운영에 관한 단편적인 처리는 형무소 등에 수용에 따라 생기는 재범의 문제를 회피하는 것이 불가능하고 사회의 안전 확보에 관련된다는 것은 말할 수 없을 것이다. 사회안전의 확보에는 연계되지 않지만 많은 비용을 부담한다.[6] 이러한 단편적인 시스템 보다는 범죄예방과 감소에 중점을 두면서 범죄가 발생한 경우 검찰관에 의한 소추재량을 통하여 피해자와의 화해에 의한 처리와 그것을 통한 사

4) 刑事訴訟法435条6号,白鳥事件最高裁決定(最(1小)決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁.
5) 刑事訴訟法248条
6) 이러한 실질적인 형사사법과 범죄예방에 중점을 두고 형사사법의 방식을 대비시켜 서술한 것으로 Toyo Atsumi, Prevention of Juvenile Delinquency：Securing Order through Multi-Agency Partnership in Japan, 比較法雑誌45巻3号(2012年)1頁,渥美東洋「少年非行の予防：多機関連携による日本の平穏の維持」警察政策14巻198頁(2013年). 형무소 수용인원을 감소시키고,범죄예방, 재범예방에 중점을 두는 정책적 시점에 관해서는,Rob Allen& Vivien Stern, ed., Justice Reinvestment-A New Approach to Crime and Justice (2007), International Centre for Prison Studies, http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/justice_reinvest_9_high_res_0.pdf ; 中野目善則「UKにおける保守・自由民主連合政権の犯罪政策について－「（犯罪の）サイクルの破壊；犯罪者の効果的処罰,更生及び量刑」を中心に」比較法雑誌45巻2号1頁（2011年）, 등을 종합적으로 참조요망

회 안전이, 이후 피해가 없다고 판단되는 경우 소추재량권의 행사에 의한 기소유예 처분의 활용 등에 의한 재범의 방지가 기대되는 것이다. 이러한 점에서는 한국의 검찰관에 의한 소추재량과 공통하는 점일 것이다. 한편 소추재량을 행사하여 불기소한다면 문제가 해결되는 것이 아니라 범죄에 관여한 피의자가 사회에 복귀하여 재범을 하지 않도록 감독이나 지원하는 것도 불가결하다. 직업소개를 비롯한 지원 이외 약물의존의 상황에서 벗어날 수 있도록 감독과 원조 등 범죄의 주된 원인을 토대로 대처함으로써 범죄를 감소시키는 예방활동이 필요하다.[7] 그러한 의미에서 검찰만으로 대처한다면 족할 것은 아니고 관련하는 제 기관, 많은 기관, 다른 기관과의 연계가 중요하다. 검찰활동은 범죄자를 유죄로 하여 처벌하는 것을 목적으로 하면 좋다고 하는 것은 아니고 법의 궁극적인 목적은 사회 안전과 사람들의 안심을 확보한다는 관점에서 운영되지 않으면 안 된다. 이러한 점에서 근시 일본의 검찰에 있어서 재범방지를 중요목표로 내세우는 최근 운용은 중요한 것이다.

Ⅲ. 범인의 형사처벌과 검찰

현대사회에 있어서 기업이 많은 영향력을 가지고 있지만 일본에서는 기업활동이 부정하게 이루어진 경우에 이것을 규제하는 방법이 부족하다. 범인의 형사책임을 물을 수 없는 경우가 많기 때문이다.[8] 삼벌규정이나 양벌규정이 있는 경우도 있지만 범인의 형사책임을 묻는 방법이 충실하다고는 할 수 없다. 기업에게 범인으로서 형사책임을 묻는 것이 가능하다면 미국에서와 같이 기업의 체질을 개선시켜 법에 반하는 활동을 규제하기 위한 compliance의 책정과 그 준수를(소추의 취하권한이나) 기소유예권한을 통하여 실현하는 것이 가능할 여지가 있다. [9]기업의 경우에

7) 최근 법무성은 형무소 출소자의 재범방지대책을 세우고 향후 목표로서 금후 10년간에 형무소 출소 후 2년 이내 재차 형무소에 입소하는 자등의 비율을 20%이상 감소시키는 목표수치를 제시하였다.http://www.moj.go.jp/hisho/seisakuhyouka/hisho04_00005.html 이러한 재범방지종합대책의 실시에 있어서 기소유예처분을 받은 자의 재범예방도 포함하여 대책이 검토되고 있다.
8) 예를 들면, 삼벌규정으로, 独占禁止法95条の2, 법인을 포함하는 양벌규정을 규정한 것으로 建築業法53条, 所得税法189条 등
9) ndrew Weissmann, A New Approach to Criminal Corporate Liability, (中野目善則訳・「企業の刑事責任に関する新たなアプローチ」,丸山秀平編 『企業の活動に関する法規制』所収(日本比較法研究所)（非売品ISBN 978-4-88992-010-9））179頁,209頁字(2011年), 安井哲章「企業犯罪の成立と訴追裁量」Future of Comparative Study in Law : The 60th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University, p877(2011)(日本比較法研究所).
日本比較法研究所에 의한「企業活動에 관한 法規制」심포지엄2007年8月）의 성과인 『企業活動에 관한 법규제』（전게）미국（Andrew Weissmann, supra）, 영국(Jane Astley, Corporate Criminal

개인의 형사책임을 묻는 것에 그치게 되면 그러한 행위를 억지할 수 없는 경우도 있고 조직체로서의 부정한 활동을 억지할 필요가 있는 경우도 있다. 범인에게 형사책임을 묻는 것이 가능하다는 점이 전제로 되지만 그렇게 한다면 사회적 정의의 실현에 있어서 보다 충실한 검찰활동이 가능하게 될 것이다. 현재 개인의 감독책임을 묻는 것에 관심이 놓여져 있는 것 같다. 법인조직의 체질의 개선에 이르지 않는다면 형벌을 가하더라도 같은 위반행위가 계속 반복되게 되어 형사소추의 의미를 희박하게 한다. 검찰에 의한 형사소추에 있어서는 사후적 응보의 관점만이 아니라 예방, 체질개선의 관점이 중요하다고 하여야 한다. 모든 법 위반을 기계적으로 집행하는 것이 검찰의 역할은 아니고 많은 형벌법규 위반 중에서 지금의 사회에서 대처하는 것이 진정으로 중요한 문제를 선택하여 대처하고 사회적으로 적절한 메시지를 주는 것이 중요하다. 법에 위반하는 행위를 한 법인의 조직체로서의 체질을 개선하고 재차 위반 행위를 하지 않도록 하는 것이 중요성하다. 법인의 형사책임을 묻는 그 골자에 기업 내의 조직의 개선을 구하는 제도적 전제가 충분히 마련되지 않는다면 해결될 수 없는 한계가 있지만 그것이 마련된 경우를 전제로 한다면 검찰에의 사회의 기대는 높아가고 또한 검찰은 그에 응답할 수 있을 것이다.

Ⅳ. 검찰과 시민

1. 검찰심의회

검찰과 시민의 관계는 적절한 검찰활동에 특히 중요하고 일반시민으로부터의 지지가 있어야 검찰활동이 성립하게 된다. 오사카지검 특수부의 부정사건은 이점을 시사하고 있다. 검찰이 기소하지 않아야 할 사건을 기소한 경우에 대처 방법으로, 공소권 남용론이 있지만 이것은 기소자체가 직무범죄를 구성하는 것과 같은 극단적인 경우이거나[10] 헌법14조의 평등보장을 침해하려는 극단적인 경우가 아니라면

Liability in English Law(中野目善則訳「イギリス法における企業の刑事責任」同書249, 267頁),オーストラリア (Shane Kirne, Corporate Governance in Australia-A Criminal Perspective, (中野目善則訳) 「オーストラリアにおけるコーポレート・ガバナンス」同書291頁, 347頁) 각 보고서를 보면, 영미계에서 위법활동을 행하는 기업의 체질을 변화시키는 것에 관심이 높다는 것을 알 수 있다. 또한 기업의 체질개선의 관점에서 기업에 대한 형사제재를 고찰하는 것으로 堤和通「1991年アメリカ合衆国量刑ガイドラインにみる組織規制の方向 (1) (2)(3)」比較法雑誌32巻3号(1998年)1頁,32巻4号(1999年)1頁,33巻1号(199年)1頁이 있다.

기소는 무효가 되지 않는다고 하여 검찰관에게는 광범위한 소추재량이 인정되고 있다.[11] 이외에 검찰관의 소추재량권의 남용에 대해서는 이중위험 또는 일사부재리에 의한 대처가 있다. 검찰이 기소해야 할 사건을 기소하지 않는 경우에 대처하기 위하여 공무원의 직권남용이 관계된 경우에는 준기소 절차가 마련되어 있지만[12] 나아가 검찰심사회법을 개정하여 두 번의 기소상당의 결의를 한 경우에는 기소강제제도를 도입하였다. 이 제도는 검찰관이 기소권한을 정당하게 행사하지 않는다고 볼 수 있는 때에는 시민의 이름으로 기소를 강제하는 것이다.[13]

정치로부터의 검찰의 독립은 중요하다. 법을 법의 목적에 비추어 적정하게 집행할 책임이 검찰에게 있고 편파적으로 정치적으로 이용되는 것을 저지하지 않으면 안 된다. 그렇지만 검찰이 재량이 주어져 있는 법을 적정하게 집행하여야 할 법의 취지에 반하여 활동하고 있다고 인정할 수 있는 때에 이것을 바로잡는 방법이 없다면 검찰권의 행사는 역으로 일정한 정치적 의미를 갖는 것이 되고 법의 적정성을 결한 편파적인 형태로 이용될 사태를 초래하게 된다. 검찰의 선택적인 재량은 필요하지만 그 재량권의 행사는 적정한 것이어야 한다.

일반시민이 요구하는 그러한 권한의 행사가 이루어지지 않는 경우에 현재의 제도는 그것에 확실히 답할 수 있다고 말할 수 있을까?

검찰이 수사기관으로써 노력하여 증거를 수집하였음에도 불구하고 기소하기에 족한 증거수집이 불가능 한 경우에 소추하더라도 그것은 요구되는 결과를 초래할 수 없다. 검찰 심사회에 의한 기소상당의 결의 시에는 이점에 유의할 필요가 있을 것이다.

한편, 증거가 충분하다고 생각됨에도 불구하고 검찰이 그 권한을 발동하지 않는 경우에는 어떻게 할 것인가. 이점은 검찰심사회의 기소 상당의 결의를 이용하는 방법도 있지만 전술한 바와 같이 증거가 충분하다고 할 수 없는 경우라도 기소를 요구하는 것이 된다면 무리가 생길 수 있다. 이점을 감안하면 준기소 절차의 범위를 직권 남용으로 한정하지 않고 확대하는 방안이 현실적인 것인지도 모르겠다.

법적판단으로써 형사 책임을 물을 수가 없다고 검찰이 판단한 사건에 관하여, 일반 시민으로부터 검찰이 파악하는 증거를 전제로 하더라도 법적 판단으로써 형

10) チッソ川本事件 (最(1小)決昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁
11) 赤崎町事件 (最(2小)判昭和56年6月26日刑集35巻4号426頁(両判例について,渥美東洋解説『刑事訴訟法基本判例解説』138-9頁(2012年)参照).
12) 刑事訴訟法262条以下.
13) 検察審査会法41条の9

사책임을 물어야 한다고 판단하는 경우에는 복잡한 문제가 생긴다. 현행 검찰심사회법은 기소강제라는 선택을 하여 재판에 맡겨 문제를 해결하려고 하고 있다.

특히 사회적으로 중대한 결과를 야기한 사건의 경우 법인이나 조직체가 관여된 경우가 많지만 조직체의 형사책임을 물을 수 없다면 조직의 일원으로서 행동한 수괴의 책임을 묻는다고 하더라도 조직체의 의사를 바꾸는 것에 연결되지 않아 소추의 의미가 희박해질 경우도 많을 것이다.[14]

많은 형벌법규를 가지고 있는 현대사회에서는 검찰에 의한 법의 기계적인 집행이나 검찰의 재량권을 가능한 한 축소하는 기소강제와 같은 제도는 오히려 사회의 안심감이나 균형을 위한 처리를 할 수 없게 될 지도 모르고 형사재판에의 부담을 증대시켜 수용자를 늘리게 될지도 모른다. 형사사법의 비용을 증가시키고 재범의 감소에 기여하지 않게 될 수도 있지만 한편으로 그와 같이 검찰에게 주어져 있는 재량권의 행사가 적정하게 이루어지지 않는다고 하는 경우에 그것을 시정하는 방법을 찾아야 할 것이다.

2. 검찰과 피해자

검찰은 피해자와 함께 울어줄 수 있다고 말하여 왔지만[15] 검찰관은 피해자의 대리는 아니고 사회전체의 연대나 협력을 유지하고 평화를 유지한다고 하는 법의 원리를 기초로 하여 수사, 소추권한을 행사할 것이 요구된다.

그렇지만 피해자에의 충분한 배려를 결한 검찰권의 행사는 형사사법 전체를 저해하기 쉽고 사회의 중요한 구성원인 피해자의 권리, 이익을 배려한 소추활동이나 검찰에 의한 법의 운영이 필요하게 된다. 피해자로부터의 의견청취와 그것에 기초한 검찰권의 행사가 잘 이루어져오고 있다. 피해자에의 검찰 처분결과의 통지, 민사 소송을 위해 필요한 자료 개시 등이 그것이다.

피해자의 의사를 형사재판에 반영시키기 위하여 피해자의 의견 진술권[16] 등의 제도가 도입되어 왔지만 검찰관에 의한 피해자로부터의 의견청취와 그것에 기초한 소추재량의 행사는 종래부터 잘 이루어져온 것으로 향후에도 계속되어 갈 것이다.

다만 경우에 따라서는 가해자와 피해자의 화해에서 당사자만의 절차는 아닌 restorative justice(회복적 사법)의 개념에 의한 conference 형식에서의 대화라고 하는 diversion에 편승한 방책을 도입하는 형태로 피해자의 사회 복지와 가해자의 사회 재통합[17]을 염두에 둔 검찰에 의한 재량권의 행사도 생각해볼 수 있을 것이다.

14) 철도의 운영에 관하여 이 점이 문제되는 경우가 많다.
15) 伊藤榮樹 전 검사총장이 언급한 것으로 전해지고 있다.
16) 刑事訴訟法292条の2

Ⅴ. 커뮤니티와 검찰

검찰은 국가기관으로서 활동하고 있다. 검찰의 활동이 사회 안전과 안심의 확보를 목표로 하고 있다는 점에서 보면 검찰관의 자기활동은 community와의 관계에서 community의 안전과 안심감을 제공하기 위해 주민의 기대에 응답하는 법의 집행이 요구되고 있다.

이점에서 참고가 되는 것은 미국에서 이루어지고 있는 community procession 이다.[18] 내가 견문한 것은 하와이의 섬 히로에 있는 procession이다. 검찰은 지역에서 범죄의 동향을 기초한 활동을 하고 그 중에서 적극적인 정보제공 활동과 community와의 대화를 함과 동시에 주민들로부터 요망사항을 듣는 활동을 하고 있다.

내가 하와이 히로를 방문하여 견문한 community procession에 관한 활동은 농산물인 lychee 절도와 그 절도한 lychee를 팔아 부정한 이익을 얻은 범죄와 관계가 있다. 검찰관이 농장을 운영하는 농가를 아침 일찍 방문하여 농가 사람들에게 최근 lychee의 절도범죄가 일어나고 있다는 사실, 그것을 방지하기 위하여 농산물 시장에서 lychee판매에 관한 등록제를 시행하여 부정한 매매가 이루어지는 것을 저지할 예정이라는 사실, 그것에 협력을 요청함과 동시에 최근 문제되는 것은 없는지를 살피는 활동을 하고 있었다. 검찰 자체가 지역의 의사를 배경으로 선거에서 선출되는 지방검찰(district attorney) 을 중심으로 한 커뮤니티 밀착형인 점이 배경에 있을 것이다. 그러나 범죄는 전국적인 대처를 필요로 하는 조직범죄나 테러 등도 있지만 모든 범죄가 그런 것은 아니고 지역의 안전이나 안심감과 관계하는 범죄는 전국적이고 일률적인 것은 아니다. 각각 지역에서 생기는 범죄를 어떻게 통

17) 이러한 RJ에 관하여 예를 들면,ポール・マッコールド&テッド・ワクテル「リストーラティヴ・ジャスティス理論の有効性のデータによる検証」比較法雑誌45巻4号23頁.
18) Community Prosecution에 관하여 예를 들면, Community Prosecution, http://www.hks.harvard.edu/programs/criminaljustice/research-publications/gangs,-guns,-urban-violence/community-prosecution; https://www.bja.gov/evaluation/program-adjudication/co-mm-prosecution1.htm ; U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Assistance, Community Prosecution Strategies, August 2003, 등 참조. https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/195062.pdf

제할 것인가가 문제이다. 각각의 지역에서의 안전과 안심의 확보라는 관점에서는 각각 지역의 특성에 유의한 대처활동이 필요하고 지역에 밀착한 형태로의 각 지방에서의 범죄 대처라는 관점을 염두에 둔 검찰권의 행사가 필요하다는 점을 유의해야 할 것이다.

국가기관으로서의 검찰이라고 하는 전제도 중요하지만 지역사회에서 안전과 안심을 확보하는 것을 중시한 검찰활동도 중요하다. community와의 대화도 검찰의 중요한 과제일 것이다.

Ⅵ. 범죄의 예방 및 검찰과 다기관 연대

검찰에 관해서는 이제까지 범죄발생 후의 사후적인 대처에 중심이 놓여져 왔다. 사후대처라고 하더라도 이제까지 살펴왔듯이 재범의 예방과의 관계에서 대처가 필요하다는 것이 이미 인식되어온 것처럼 선제적인 예방적 대처의 중요성도 인식되어 왔다.[19]

'억지'라고 하는 공리주의적 관점에 선 형벌에 의한 대처는 재범의 다발에서도 볼 수 있듯이 기대되는 효과를 발휘하고 있다고는 말할 수 없는 경우도 많다.

범죄의 주된 요인에 대처하는 관점에서의 대처가 필요하고 또한 다기관 연대를 통한 소추활동과 기소유예가 중요할 것이다. 예를 들면 약물범죄의 경우 약물범죄가 중심이 되어 그 이외의 범죄를 저지를 우려가 높지만 이러한 경우 형벌을 가하더라도 그것만으로는 범죄예방에 충분하지 않다. 약물의존상태의 해소야 말로 중요하다. 그 점에서 약물범죄는 기소율이 높지만 기소유예에 의한 경우라도 약물에 관한 치료처분을 받게 하는 것을 전제로 한다던가 또는 제도적인 개혁이 필요하지만 통상의 형벌을 가하는 것을 목적으로 하는 형사재판과는 다른 약물법원(drug court)와 같은 일종의 diversion을 이용한 적절한 감독 하에 치료처분을 포함하는 감독과 지원활동으로 범죄를 감소시키는 방향으로 검찰활동도 기대되고 있다.[20]

19) 범죄대책각료회의「再犯防止に向けた総合対策」평성24년7월. 여기서는 소년, 젊은이 및 초임자에 대한 지도, 지원,고령자 및 장애자에 대한 지도, 지원, 여성 특유의 문제에 착안한 지도 및 지원, 약물 의존자에 대한 지도 및 지원, 성범죄자에 대한 지도 및 지원, 폭력관계자 등 재범위험이 높은 대상자에 대한 지도 및 지원을 들고, 대상자 별 특성에 따라 실증적 연구 및 근거에 기하여 효과적인 처우를 강화함과 동시에 형무소 등에서의 처우와 사회 내에서의 처우와의 유기적 연대를 확보할 것을 고려하고 있다.

20) See e.g., U.S. Department of Justice, Drug Courts, May 2014, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/238527.pdf#page=1&zoom=auto,-15,792;"What are Drug Courts?" http:// www.nadcp.org/learn/what-are-drug-courts

재판소, 검찰, 마약단속기관, 경찰, 보호사, 의료기관, 보호기관, HelloWork(職安) 등 여러 기관이 그 특정 개인에 관한 정보를 공유하여 연대하여 대처하는 다기관 연대가 중요성을 가진다.

일본에서는 소년비행에 관해서는 가정재판 전건송치주의 방식이 채용되고 가정재판소가 중심적 역할을 할 것이 상정되어 있지만 실제로는 요보호성을 없이 하여[21] 비행사실 등이 발견되는 경우에도 그 후 유효한 대처가 이루어지지 않고 방치되어버린 감이 든다. 이러한 소년비행에의 비행예방이나 비행소년의 개선 지원과의 관계에서는 현재 경찰에 의한 소년support team이나 onestop service 등에 의한 대처가 이루어지고 있다.[22]

일본과 제도적인 배경은 다르지만 지금 한국에서는 소년비행과의 관계에서 소년개선에 기여하기 위한 선도조치를 검찰관의 권한행사의 일환으로서 행사할 수 있는 제도가 이미 도입되어 있다.[23]

소년비행에의 대처에 관하여 parens patrie(국친사상)에 서서 '보호'라는 관점에서 소년법에 따르고 있고, 일본에서의 소년사건의 검찰의 관여는 逆送이 있는 경우에 한정되지만, 재범의 예방을 생각한다면 청소년의 문제 상황을 기초로 하여 관련하는 여러 기관의 연대에 의한 대처가 필요하다.

행형에 관해서는, 가석방의 활용에 의한 재범의 예방이 중요하지만 이점에서 참고가 되는 영국에서 행하고 있는 PPO(Plorific and Priority Offender Management 多發性 優先處遇범 관리 프로그램)[24]일 것이다. 이러한 프로그램은 재범예방에 관하여 많은 성과를 거두었다는 보고가 있다. 일본의 경우 만기에 가까운 가석방이 중심이지만 가석방자의 재범률은 만기석방자와 비교하여 약 2할 정도 낮다고 하는데 비해 4할을 초과하는 재범률이어서 PPO와 같은 실적이 있는 프로그램을 참고로

21) 평성 25년도 범죄백서 24면을 보면 가정재판소 처리인원 111만9212명 중, 심판불개시가 6万4320人（約54％）,불처분이 2万3001명（約20％으로, 전체 약74％가 심판불개시와 불처분이 점하고 있다

22) 四方光『社会安全政策のシステム論的展開』（成文堂）115-214頁(2007年),国際犯罪学会第16回世界大会フォーラム,多機関連携による少年非行防止と日本の秩序（渥美東洋(Key Note Speech),中野目善則（Moderator）,川出敏裕,盧明善,坂明,田村正博,佐藤哲各氏の報告）警察政策14巻198 이하（2012年）.특히 佐藤哲也는 북구주에서의 one-stop service 실시를 소개하고 있다.

23) 盧明善「Correctional Alternative Schools in Korea and Counter Measures against Juvenile Crimes · 韓国の青少年犯罪予防センターの運営状況とその反転の方向」警察政策14巻239頁

24) 中野目善則「英国における犯罪の予防 · 減少のためのPPO戦略(Prolific and Other Priority Offender Strategy)-慢性多発性優先処遇犯対処戦略について」比較法雑誌43巻4号1頁(2010年).英国は犯罪の予防に中心を置く,犯罪の主要要因に対処する戦略を重視してきている.

하는 다기관연대에 의한 대처가 향후 중요하게 되지 않을까 생각된다. 법무성, 형무소, 경찰, 재판소, 검찰, 학교, 보호사, 의료기관, 보호기관, HelloWork(職安)등 여러 관계 조직과의 사이에서 관계하는 범죄와의 개별적인 문제 상황에 관한 정보를 공유하여 관계하는 다기관 연대에 의해 범죄자를 감독 지원하는 범죄자 관리 방식이 재범예방과의 관계에서도 중요하다는 점에서[25] 검찰에게 기대하는 바가 크다. 범죄자의 재범 예방에 관하여 검찰과 다기관 연대가 향후 점차 중요성을 띠게 될 것이라고 생각한다.

이상 검찰을 사회 안전을 위해 기본권을 존중한 정의의 실현과 사회 안정을 목표로 한 예방적 측면을 포함하여 재량권의 적절한 행사가 기대되고 있다고 생각된다.

(논문접수일 : 2014.11.25, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.11)



나카노메 요시노리

형사사법, 심문, 증거개시, 기소재량, 법적실체의 형사책임, 기소심사위원회

25) 渥美東洋 교수는 특히 소년비행과의 관계에서 다기관 연대에 의한 범죄예방, 재범예방의 중요성을 논하는 취지의 많은 논문을 발표하여 왔다. 예를 들면,전 각주6 渥美東洋「少年非行の予防：多機関連携による日本の平穏の維持」警察政策14巻198頁(2013年),渥美東洋編『犯罪予防の法理』(成文堂)(2008年),渥美東洋「少年非行の予防 · 多機関連携による日本の平穏の維持」警察学論集65巻12号(2012年),犯罪 · 非行の予防と減少　多機関パートナーシップ－RJ（RJ型収容）からJR（犯罪予防 · 減少への資源再配分）（上）（中）（下）」警察学論集62巻11号（2009年）112頁（上）,62巻12号（2009年）121頁（中）,63巻1号131頁（2010年）（下）,「日本における犯罪予防の現状と傾向」警察学論集68件8号34頁（2007年）,渥美東洋「多機関連携アプローチの基本的考え方」警察学論集59巻11号1頁（2006年）,James Howell, Preventing and Reducing Juvenile Delinquency: A Comprehensive Framework, Second Edition (Sage)(2008); U.S. Department of Justice, OJJDP, Guide for Implementing the Comprehensive Strategy for Serious, Violent, and Chronic Juvenile Offenders, 1995, https://www.ncjrs.gov/pdffiles/guide.pdf

【참 고 문 헌】

渥美東洋,『全訂(第二版) · 刑事訴訟法』(有斐閣)(2009年)

犯罪予防、再犯予防、多機関連携関係参照文献

渥美東洋「多機関連携アプローチの基本的考え方」警察学論集59巻11号1頁（2006年）

渥美東洋「日本における犯罪予防の現状と傾向」警察学論集68件8号34頁（2007年）

渥美東洋編『犯罪予防の法理』(成文堂)(2008年)

渥美東洋「犯罪 · 非行の予防と減少　多機関パートナーシップ－RJ（RJ型収容）からJRへ（犯罪予防 · 減少への資源再配分）」（上）（中）（下）警察学論集62巻11号（2009年）112頁（上）、62巻12号（2009年）121頁（中）、63巻1号131頁（2010年）（下）

渥美東洋「少年非行の予防 · 多機関連携による日本の平穏の維持」警察学論集65巻12号(2012年)

Toyo Atsumi, Prevention of Juvenile Delinquency：Securing Order through Multi-Agency Partnership in Japan, 比較法雑誌45巻3号(2012年)1頁

渥美東洋「少年非行の予防：多機関連携による日本の平穏の維持」警察政策14巻198頁(2013年)

四方光『社会安全政策のシステム論的展開』（成文堂）115-214頁(2007年)、

中野目善則「英国における犯罪の予防 · 減少のためのPPO戦略(Prolific and Other Priority Offender Strategy)-慢性多発性優先処遇犯対処戦略について」比較法雑誌43巻4号1頁(2010年)

中野目善則「UKにおける保守 · 自由民主連合政権の犯罪政策について－「（犯罪の）サイクルの破壊；犯罪者の効果的処罰、更生及び量刑」を中心に」比較法雑誌45巻2号1頁（2011年）

国際犯罪学会第16回世界大会フォーラム、多機関連携による少年非行防止と日本の秩序

（渥美東洋(Key Note Speech)、中野目善則（Moderator）、川出敏裕、盧明善、坂明、田村正博、佐藤哲各氏の報告）警察政策14巻198頁以下（2012年）。

盧明善「Correctional Alternative Schools in Korea and Counter Measures against Juvenile Crimes · 韓国の青少年犯罪予防センターの運営状況とその反転の方向」警察政策14巻239頁

James Howell, Preventing and Reducing Juvenile Delinquency: A Comprehensive Framework, Second Edition (Sage)(2008)

U.S. Department of Justice, OJJDP, Guide for Implementing the Comprehensive Strategy for Serious, Violent, and Chronic Juvenile Offenders, 1995, https://www.ncjrs.gov/pdffiles/guide.pdf

Rob Allen& Vivien Stern, ed., Justice Reinvestment-A New Approach to Crime and Justice (2007), International Centre for Prison Studies, http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/justice_reinvest_9_high_res_0.pdf

犯罪対策閣僚会議「再犯防止に向けた総合対策」平成24年7月

法務省－刑務所出所者等の「再犯防止に向けた総合対策」http://www.moj.go.jp/hisho/seisakuhyouka/hisho04_00005.html

U.S. Department of Justice, Drug Courts, May 2014, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/238527.pdf#page=1&zoom=auto,-15,792 ; NADCP,"What are Drug Courts?", http://www.nadcp.org/learn/what-are-drug-courts

ポール・マッコールド＆テッド・ワクテル「リストーラティヴ・ジャスティス理論の有効性のデータによる検証」比較法雑誌45巻4号23頁

企業の刑事責任

丸山秀平編　企業の活動に関する法規制』第二部(企業活動の規律－刑事・行政の観点を中心に)(日本比較法研究所)(非売品ISBN　978-4-88992-010-9))

Andrew Weissmann, A New Approach to Criminal Corporate Liability、(中野目善則訳・「企業の刑事責任に関する新たなアプローチ」『企業の活動に関する法規制』前掲所収179頁、209頁字(2011年)、

安井哲章「企業犯罪の成立と訴追裁量」Future of Comparative Study in Law : The 60th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University, p877(2011)(日本比較法研究所)

Jane Astley, Corporate Criminal Liability in English Law(中野目善則訳「イギリス法における企業の刑事責任」『企業の活動に関する法規制』前掲所収249, 267頁)、

Shane Kirne, Corporate Governance in Australia-A Criminal Perspective、(中野目善則訳)「オーストラリアにおけるコーポレート・ガバナンス」『企業の活動に関する法規制』前掲所収291頁, 347頁

堤和通「1991年アメリカ合衆国量刑ガイドラインにみる組織規制の方向(1)(2)(3)」比較法雑誌32巻3号(1998年)1頁、32巻4号(1999年)1頁、33巻1号(199年)1頁

事件(最(2小)判昭和56年6月26日刑集35巻4号426頁

Abstract

Expected Role of A Prosecutor in Japan

Yoshinori Nakanome

This article argues expected role of a prosecutor from several points of view.

While a prosecutor plays his or her role of doing justice to criminals, he or she must take into account protection of innocent and human rights in implementing justice by such way as of enhancing low visibility of the police and/or prosecutorial interrogation and expanding discovery.

A prosecutor, who has and should have a wide range of discretion, should exercise his or her discretion in sound fashion and if it were not, in egregious case, it should be nullified as abuse of his or her discretion. In case of unsound non-prosecution, it should be corrected in such a way as expanding pre-existing quasi-prosecution system through a court's review, rather than compulsory prosecution mandated by the second decision to require prosecution by the Review Board on a Prosecutorial Discretion, which is the existing law. A prosecutor, who is not a representative of a victim, should take victim's interest into account properly, and, if corporate criminal liability could be imposed in terms of substantive criminal law, he or she could and should exercise his or her discretion as requiring institutional change by using power of deferring prosecution, without which the same pattern of offending is likely to be repeated in some case. A prosecutor, who is a national agency, he or should take into account local governance of crime and have dialogue with a local community involved as far as he or she can as in order to

maintain order and peace in the local community, while some case as terrorism or organized crime requires national coordination or national implementation of criminal law through coordinated policy.

One of major characteristics of prosecution system in Japan would lie in a prosecutor's discretion not to charge his or her case even when there were enough evidence to prosecute by taking into account a criminal's character, age, environment, gravity of the offense and/or circumstances or situation after the offense, which significantly reduces number of persons to be incarcerated, we are still confronted with the issue of reoffending by inmates released from prison. The Prosecution Office has announced policy on prevention and reduction of crime through multi-agency arrangement. This article argues the policy should be furthered by expanding involvement of related agencies.

Yoshinori Nakanome

Justice, Interrogation, Discovery, Prosecutorial Discretion, Criminal Liability of Legal Entity, Review Board on Prosecution

Rule of Law and Rule of Constitutional Law in Korea* **

KIM, IL HWAN***

Ⅰ. Introduction
Ⅱ. History of Development
Ⅲ. Constitutional History of Korea since 1945 and the Development Process and Characteristics of the Constitutional State
Ⅳ. First Discussion to Reinforce the Rule of Law and the Principle of Constitutional State in Korea
Ⅴ. Second Discussion to Reinforce the Rule of Law and Constitution in Korea
Ⅵ. Conclusion

【국 문 요 약】

대한민국은 짧은 세월동안 '압축성장'으로 인하여 나타나는 많은 고통과 어려움을 겪었지만, 이러한 문제들을 슬기롭게 헤쳐 나가면서 민주법치국가로서 그 틀을 어느 정도 잡아가고 있으며, 이제는 우리 민족의 숙원인 통일한국의 헌법상 틀과 규범체계를 만들어야만 하는 역사적 소명 앞에 서있다. 법치국가원칙에서 본다면 국민에 의하여 민주적으로 선출되어서 국가권력을 행사할 권한을 부여받았다 하더라고 그 권력행사의 정당성은 또다시 헌법에 의하여 판단되어야만 함을 알 수 있다. 따라서 이제는 지난 헌법사의 경험을 통하여 헌법의 규범력을 높이기 위한 방안모색을 모색하고 헌법규범 상호간 체계적 고찰 및 정비를 통하여 인간의 존엄과 가치, 개인의 자유와 평등에 터 잡은 헌법국가로 발전하기 위한 논의를 지금 다시 시작해야 한다. 지식정보사회에서 헌법 및 국가에게는 질적으로 새로운 책임이 등장한다. 곧 과거와는 달리 지식정보사회에서 국가와 헌법에게는 더욱 더 강력하게 개인의 자유와 권리가 성립하고 행사되기 위한 전제조건들을 형성하고 유지하는 게 요구된다. 이제 국가는 지식정보사회의 '틀(윤곽)'에 관한 조건들을 보장하고, 이 속에서 개인의 자유로운 행위들이 가능하도록 하기 위한 구조들을 설정해야만 한다. 따라서 변화된 정치적, 경제적, 사회·역사적 상황 속에서 헌법의 역할과 기능에 대한 재성찰이 필요하다.

* This article has been developed and constructed based on my presentation at the Symposium "Governing the Nation According to Law and Rule of Law China(Chinese Academy of Social Sciences), Beijing, November 2013.
** This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (2012S1A3A2033974)
*** Professor, School of Law Sungkyunkwan University.

Ⅰ. Introduction

The idea and ideology that a person must be respected only because he or she is a person originated from when human beings began to form a community. In terms of constitutional history, the thought that humans must naturally enjoy their rights as humans derived from the revolutionary situation based on the principle of natural law since the 17th century. As this idea secured its place in democratic constitutional states, an issue emerged regarding how these rights can be efficiently protected through the Constitution of each country. Since the appearance of the modern nation state, this universal ideology has been divided into municipal legal system and international legal system in which this ideology is legally protected within certain territory. This ultimately indicates that the universality of the ideology that a person must be respected only because he or she is a person must be specified in various regulations including the Constitution within a country.

A constitutional state(Rechtsstaat) is a principle that state power must be bound to the Constitution and law, which indicates not governance that simply uses law as a means but governance according to the objective system called law. This will secure the predictability of the people as well as legal stability according to the legal control in exercising state power. The principle of constitutional state(Rechtsstaat) is the most important principle that penetrates the entire order of public law in the Republic of Korea including the Constitution and administrative law. This is also connected to the legal grounds for guaranteeing or limiting the people's basic human rights, the principle of separation of powers that constitutes state power as well as the distinction and arrangement of the function of state, significance of private law (court and constitutional adjudication) according to the present Constitution, and role and function of the Constitutional Court.

This constitutionalism has been formed and developed through conflicts and struggles with the absolute monarchy since modernization, and it is the fundamental principle of the Constitution that plays a key role in constitutional law along with democracy. In the end, constitutionalism is a product of struggles to bound state

power to the Constitution and law. Democracy is about the formation and exercise of state power, while constitutional state is about the principles and contents that control and provide the standard for such state power to serve the people. Then the essence of the ideology of constitutional state is in control and constraint of state power as well as protection of individual freedom.

The scale that determines the legitimacy of exercise of state power is the Constitution, which indicates the fundamental law and order of a state. The issue of the Constitution in a democratic constitutional state, that is, the legitimacy issue in establishment and exercise of state power is about how the relationship between individuals and nation can be established in a democratic constitutional state. In the end, if the state must exist for the people in a democratic constitutional state, and the 'establishment of state power' is legitimate through this, then the legitimacy of the 'exercise of state power' is reviewed after that. Therefore, state power is acknowledged to be legitimate only if the establishment and exercise of the state power are based on intent of the people and are for the people. The primary purpose of a constitutional state is to protect human dignity and self-determination. This individual freedom is guaranteed through the fundamental rights guaranteed by the Constitution on one hand, and the separation of powers that indicate checks and balances between powers on the other hand. Therefore, exercise of all state powers can secure both procedural legitimacy and substantive legitimacy only when these powers obey and respect the principle of constitutional state.

Ⅱ. History of Development

1. Rule of Law in the United Kingdom (UK) and United States (US): History of Success

The UK has secured the rule of law first with the development of the idea that the common law, which was established through the development of the case law since the 13th century, bounds even the king. In such conditions, monarchy became nominal and the predominant idea of the Act of Parliament was established

according to the development of democracy. In the end, under the situation in which state power including the king was bound by the law, now the Parliament, as the representatives of the people, came to enact the law. Even if there is no written Constitution and the supremacy of the Parliament is established, there was no legality in terms of dictatorship by a majority and the sense of formality. This is because even if there is no review of the constitutionality and faithful reflection of the will of the people according to the establishment of democracy that is a characteristic of the UK's legal culture, legislation of the Parliament is guaranteed not to be arbitrary based on the freedom of speech and publication, and separation of powers is established.

The US is, from the beginning, characterized by strict separation of powers based on popular sovereignty and a limited form of government. Moreover, in the Marbury v. Madison case in 1803, the judicial review on the law enacted by the Parliament through the court was authorized even though there was no substantive enactment on the Constitution. In the end, such development of the UK and the US is the most desirable form of development. The risk of not controlling state power and not protecting the fundamental rights of the people is prevented through constitutionalism due to the establishment of popular sovereignty and development of democracy.[1)]

2. Constitutional State(Rechtsstaat) of Germany: History of Failure

Influenced by the political development of the UK and the French Revolution, the idea of constitutional state in Germany developed in the early 19th century. At the time, the idea of constitutional state found the purpose of the national existence in protecting individual freedom and personal fortune. It was a principle of state that embraces formal and substantial elements by claiming protection of political freedom as well. However, due to the failure of the revolution in Germany in the late 19th century, Germany's idea of constitutional state lost its function as a principle of state that controls political power. Since then, Germany began to go by a path

1) Refer to p72, Franz Neumann, The Rule of Kaw, BERG, 1986.

different from the UK or US. Unlike the two countries in which state power is developed to be bound to the (constitutional) law, Germany understood state power as the power that protects the civil society from the sovereign authority or the administration under the monarch as well as individual freedom and rights, while maintaining monarchy and the existing order of the feudal society. As a result, legality and legitimacy were identified according to the absence or separation as well as establishment of formal constitutional state instead of separation of political and individual areas or combination of constitutionalism and democracy. This idea was maintained in the era of the Weimar Republic, and due to the birth of a dictatorial government decided by majority (democracy), formal constitutional state as well as democracy was ultimately destroyed. Accordingly, during the enactment of a new Constitution after World War II, the restraint of the legislative branch's Constitution and fundamental rights was finally secured based on actual constitutionalism, or constitutional supremacy. In the end, the history of constitutionalism in Germany is not that of a success but is that of a downright failure, which reflects the unique political culture of Germany that has failed to establish popular sovereignty through revolution. Therefore, the development history of constitutional state in Germany proves that popular sovereignty or democracy and constitutionalism cannot ever be separated, nor shall it ever be.[2)]

Ⅲ. Constitutional History of Korea since 1945 and the Development Process and Characteristics of the Constitutional State

1. Significance and Limitations of Enactment of the Constitution due to Liberation

After the liberation, we face the first historical experience of establishing, forming and developing the order of state according to the laws and regulations of the 'Constitution' that enacts democracy based on popular sovereignty that the people are the owners of the country, as well as constitutionalism to guarantee the

2) Refer to pp. 179, Franz Neumann, The Rule of Kaw, BERG, 1986.

fundamental rights of the people by controlling state power by law. However, in reality, it was difficult for constitutional norms to penetrate into the reality of Constitution in South Korea after liberation, due to the asymmetry of the 'civil society' that has not grown sufficiently and the "state power" that is excessively great.

2. Influence of the Korean War on the Constitution

Furthermore, it has become more difficult to enjoy freedom and vitality of a civil society due to the tragedy of the fratricidal Korean War. On the other hand, state power could not help but become stronger due to the role it has taken as a leader of economic growth to break away from poverty and destitution, as well as maintaining national security against actual enemies. Thus, unlike the Western experience in which state power was established and controlled by the growth and development of the civil society, the initially strong state power in Korea after liberation was clearly in conflict with the weak civil society.

3. State Power with Weak Democratic Legitimacy

Yet unfortunately, this only led to an extremely negative influence on the realization of a democratic constitutional state based on laws and regulations of the 'Constitution'. Such explanation can be understood if we look back on the constitutional history since liberation. The constitutional norms that had been implemented in Korea thus far had their own framework and content as the Constitution of a democratic constitutional state, but the people in charge of state power who were to perform and execute these norms were participants of the military rule and dictatorial government who cannot follow or be bound to those norms. In this lack of democratic legitimacy of state power, it reached the point in which state power violated the fundamental rights of the people again and could not be controlled by the Constitution, thereby causing the people to always be resistant. These situations were repeated throughout the constitutional history of Korea.

4. Significance of the June 10th Democracy Movement in Constitutional History

Judging from the constitutional provisions amended in 1980, the fundamental rights of the people are regulated adequately or rather almost extravagantly. However, since there were insufficient means such as political and legal situations as well as control agencies to force state power to protect such fundamental rights, the normative power of the Constitution is not secured, constitutionalism is not established, and consequently the fundamental rights of the people are not protected. It can be seen from the beginning of the Chun Doo-hwan government in 1980 that the freedom of candidacy for those who want to represent the country was violated, which violated the people's right to vote at the same time. The people at the time could barely participate in the election through the insufficient guarantee of the freedom of speech and publication. In the end, even if the people are regulated as the sovereigns by the Constitution, this cannot be considered a democratic state if they cannot actually influence the formation of the order of state.[3)]

In this perspective, the June 10th Democracy Movement has revolutionary significance in the Korean history of constitutional reform in that it secured 'democratic legitimacy' of the establishment of state power. The constitutional problems in Korea are not in constitutional norms themselves but in the fact that there is no control over state power to implement and follow those norms. The fundamental cause is that the establishment of state power in itself failed to secure 'democratic legitimacy'. Accordingly, 'democratic legitimacy' of state power began to be secured due to the June 10th Democracy Movement, and this state power with secured democratic legitimacy was then controlled by constitutional norms, thereby operating the 'materialization of the Constitution'. This led to the protection of the people's fundamental rights, and the people were once again aware of the fact that the Constitution existed for them. This June 10th Democracy Movement was a significant event that led the principle of popular sovereignty regulated by the

3) Refer to pp. 420, Ilhwan Kim, A Study of the Constitutional History for the 4·13 Announcement of Protection of the Constitution as a Key Factor for 6·10 Democracy Movement, Sungkyunkwan Law Review Vol. 20. No. 3, 2008.

words of the Constitution in Korea to be fulfilled in terms of constitutional reality. After this Movement, state power began to be bound by the Constitution and law, and state power that violated the people's fundamental rights was controlled by the Constitution. Furthermore, it led to the settlement of the framework for a democratic constitutional state in which the establishment and exercise of state power are determined by the people.

The June 10th Democracy Movement was what ultimately broke the vicious cycle of the people's resistance to state power's destruction or noncompliance with the Constitution and let Korea into the right track as a normal democratic constitutional state. Thanks to the June 10th Democracy Movement by the people who claimed to overthrow the dictatorship in 1987, Korea could finally enter the revolutionary turning point in constitutional history.

5. Establishment of a Democratic Constitutional State by Securing Normative Power of the Constitution after the June 10th Democracy Movement

a) Constitutional Reform Based on National Consensus

The 9th Constitutional Reform in 1987 accepted the national desire for constitutional amendment such as pan-national democratization, demand for the people's freedom of choosing the government through the direct presidential election system, and expansion and reinforcement of the protection of fundamental rights. Thus it was the first democratic constitutional reform in our constitutional history under the actual political negotiations between the ruling party and opposition parties as well as the observation and criticism of mature and democratic public opinions. This democratic constitutional reform was possible because the people themselves showed what they truly wanted in the obvious and peaceful way.

b) Securing Democratic Legitimacy According to a Peaceful Turnover of the Government

As a constitutional principle, democracy refers to the principle of popular sovereignty in which all state power comes from the people to form free and equal order of state, indicating that the legitimacy of state power comes from and is

determined by the people. Even if the people are regulated as the sovereigns by the Constitution, this cannot be considered a democratic state if they cannot actually influence the formation of the order of state. Therefore, the key issue of democracy today is how to democratically form the order of state so that the people can actually be sovereigns. In that sense, for (representative) democracy to be properly managed, the election must be participated by as many people as possible, the freedom of speech and publication must be guaranteed, and political activities of various political powers must be secured. In addition, the principle of majority rule must be applied, and the possibility that the minority will someday turn into majority must exist in the realistic sense for the minority to accept and comply with the decisions of the majority. Looking back on the past 60 years of constitutional history, the attempt of a long-term seizure of power by one man or specific group destroys the principles of democracy, and ultimately keeps the principles of constitutionalism from being established as well. To rule by the Constitution and control state power, first the state power must be established and determined by the people. The constitutional history of the past has destroyed and violated such principles of democracy.

However, the 9th Constitutional Reform based on the June 10th Democracy Movement was established by mutual agreement of the opposing parties through peaceful and democratic procedures, which is a first in the constitutional history of Korea. In that sense, it is an important outcome that promotes the establishment and development of democracy. Through this Korea could secure 'democratic legitimacy' of the establishment of state power in the constitutional history of Korea. Furthermore, the constitutional development after the June 10th Democracy Movement shows that it did not merely stop at securing democratic legitimacy of state power. Rather, a legal system was secured for the people to exert influence on the exercise of state power, especially reinforcing the normative power of the Constitution through the Constitutional Court. This provided and established important grounds to accomplish 'familiarization of the Constitution' and 'democratization of state power'. Finally, for the first time in constitutional history, Korea could accomplish the peaceful turnover of the political power as well as

horizontal change of government between the opposing parties. In the end, the constitutional development after the June 10th Democracy Movement shows that Korea is securing democracy.

c) Construction and Establishment of the Principle of Constitutional State (Rechtsstaat)

Constitutionalism prevents the arbitrary exercise of power by the people in power and protects the people's fundamental rights in living in the state. This is achieved through governance based on objective and fair law and not governance that uses law as a means. In this perspective, we can be aware of the fact that the external improvement and development of legislations in the Korean constitutional history did not necessarily contribute to the establishment and realization of constitutionalism. Developing legislations that are not controlled by constitutionalism or instrumentalizing the law by state power emphasizes only the convenience and promptness of administration rather than increasing efficiency in the state power that must operate for the people, ultimately leading state power itself into a legitimacy crisis.

The Korean constitutional history of the past shows that the establishment of state power itself had not been democratic, and the exercise and activities of state power had not been controlled at all by the Constitution. Constitutional supremacy and guarantee of the people's fundamental rights demanded by the principles of constitutionalism regulated by the Constitution had to be secured by the principle of separation of powers and constitutional adjudication system as well as protection of rights through an independent court. However, in terms of constitutional reality, the former governments imposed only the moral duties to those in power and did not exert coercion by (constitutional) law, thereby not controlling them constitutionally and resulting in the 'dictatorial government'. One of the main characteristics of the 9th Constitutional Reform based on such experiences is the implementation of the Constitutional Court. The 9th Constitutional Reform abolished the Constitutional Council and established the Constitutional Court (Article 107, Section 1), and made it take charge of adjudications on constitutionality by the court's recommendation, judgments and laws regarding the dismissal of political parties and jurisdiction

disputes among state institutions, and judgments on constitutional complaints regulated by law (Article 111, Section 1), enhancing the effectiveness of the Constitution.

After the June 10th Democracy Movement, The people's enthusiastic efforts to protect the fundamental rights, settlement of the constitutional culture of being adapted to and bound to constitutional norms, and vitalization of constitutional adjudication led the Constitution to be settled within the lives of the people as truly the most powerful norms of the state. State power is controlled by the constitutional order so that it is exercised rationally, and the freedom and rights of the people could be protected from the arbitrary action of governmental authority.

Ⅳ. First Discussion to Reinforce the Rule of Law and the Principle of Constitutional State (Rechtsstaat) in Korea

1. Necessity of Discussion on Constitutional Reform

Regardless of the discussions on constitutional amendment that has made political approach, the 9th Constitutional Reform did not undergo sufficient discussion due to lack of time at the time. It must also be noted that the constitutional norms have quite a few problems due to the party interests of each political party. Moreover, to prepare for unification and solve various problems which are newly emerging in the knowledge and information society and advanced scientific and technological society, there is a strong need to prepare for constitutional reform in the normative aspect rather than taking a politically motivated approach based on party interests.

2. Insufficiency in National Consensus in the 9th Constitutional Reform

Despite the fact that the 9th Constitutional Reform consisted of a complete revision of approximately 37% of the provisions of the 8th Constitutional Reform, it did not undergo sufficient discussion due to lack of time and it connoted quite a few problems due to the political consideration of each party. In the process of

preparing the constitutional amendment, the two parties acceded to the people's demand for democratization to a certain degree, but had many politically motivated conflicts and agreements based on party interests, such as excessively obsessing with the upcoming election. Accordingly, in the process of the Constitutional Reform, there was no choice but to focus more on the government structure and form than on issues regarding the effective guarantee of the fundamental rights or the judicial system. In the end, under the state in which the normative power of the Constitution was not sufficiently secured, the political circles tried to make the Constitution suit their convenience rather than being bound and controlled by the Constitution. This makes us realize, through the constitutional history, the lesson of the past that democratic legitimacy of the establishment of state power does not secure legitimacy of the exercise of state power as well.

3. The Political Circles Focusing only on the Change of the Power Structure

Moreover, even after the enforcement of the 9th Constitutional Reform, the political circles continued to raise endless issues in constitutional reform in terms of strategies in seizure of power or political schemes. However, all these political arguments and attacks were not for the establishment of a democratic constitutional state or better constitutional order, but were rather for party interests.

4. Crisis of Democracy after Democratization

As explained above, the 9th Constitutional Reform based on the June 10th Democracy Movement was established by mutual agreement of the opposing parties through peaceful and democratic procedures, which is a first in the constitutional history of Korea. In that sense, it is an important outcome that promotes the establishment and development of democracy. Through this Korea could secure 'democratic legitimacy' of the establishment of state power in the constitutional history of Korea. However, the constitutional reality later gave us the experience that the democratic legitimacy of the establishment of state power is merely a beginning of 'democratic constitutional state' and not a completion thereof. The

completion of democracy is achieved when the people can have continuous influence on not only the establishment but also the exercise of state power.

In the end, even if the people are regulated as the sovereigns by the Constitution, this cannot be considered a democratic state if they cannot actually influence the formation of the order of state. Therefore, the key issue of democracy today is how to democratically form the order of state so that the people can actually be sovereigns. In this perspective, the analyses that democracy is regressing or in a crisis after the democratization in 1987 give us many implications. The legality and legitimacy of the establishment of state power are secured by the elections after democratization.

However, there are strong criticisms on the poor contents of the external form of democracy, caused by the political system grounded on regionalism, party structure that fails to reflect the will of the people, and representative organizations that cannot collect various interests of the people. These once again lead to the critical mind over the 9th Constitutional Reform itself. Now is the time when the new Constitution must embrace the contents regarding the establishment of formal democracy along with construction and securement of essential democracy. To this end, it is necessary to consider regulations related to various elections and political parties by the Constitution and law, and new political participation of the people suitable for electronic democracy (E-democracy) as the key subjects of review.

5. Crisis of Constitutionalism

Next, in terms of the principle of constitutional state, it can be seen that even if one was democratically elected by the people and was thus granted the authority to exercise state power, the legitimacy of the power exercise must be determined by the Constitution again. The abuse of authority by all Presidents since 1987 and the series of national crises once again made us realize the need to control state power regardless of the democratic establishment of state power. The form of government by the 9th Constitutional Reform adopted the direct presidential election system and eliminated the President's right to dissolve the National assembly and

take emergency measures. Decentralization of power and diversionary strategies between powers are strengthened by expanding the authorities of the National Assembly and Constitutional Court. However, problems continue to exist in many parts. Now it is necessary to increase the normative power of the Constitution and reinforce and polish the contents for efficient exercise and control of state power. For example, we must make the following issues our key subjects of review: control of the President's exercise of various powers such as the prerogative of mercy, reexamination of various rights to retain power such as impeachment and judgment, readjustment of authorities that are mutually overlapping among various state institutions such as conclusion of treaties, reinforcement of the control system of the legislative, executive and judicial branches equivalent to the democratic constitutional state, and systematic reorganization of the authority of the Constitutional Court.

Ⅴ. Second Discussion to Reinforce the Rule of Law and Constitution in Korea

1. New Concerns about the Role of the Constitution in the Knowledge and Information Society

The knowledge and information society is a society that produces and creates knowledge based on information and communications technology (ICT), where knowledge and information lead individuals and organizations to make major decisions. In other words, the knowledge and information society is a society in which information is mutually linked to form knowledge, and knowledge acts as a driving force for creation of wealth and values.

It is no longer enough to analyze and ponder over the nation-state as the 'final' unit in the knowledge and information society. In other words, now we are facing a strong challenge in which we must review the role and function that can and must be owned by the Constitution and the state in the newly emerged knowledge and information society through not only a transnational and global perspective but also

through regional and national perspective.

2. Reexamination of the Role and Function of the Constitution in the Knowledge and Information Society

a) The First Principle: Need to Reestablish the Role of the State in the Information Society

In the information society, the Constitution and the state face new responsibilities that are qualitatively different from those in the past.[4] Unlike the past, there is a stronger demand for the state and the Constitution in the information society to form and maintain the preconditions to establish and exercise individual freedom and rights.[5] Accordingly, the role and function of the state in the information society are switched from the state's direct 'responsibility for fulfillment' and 'responsibility for outcome' to 'responsibility for guarantee' that enables the function and action of information order. Now the state must guarantee the conditions on the 'frames (outlines)' of the information society, and establish structures to enable individuals to perform free behaviors within those frames.[6]

b) The Second Principle: Protecting the Fundamental Rights of Individuals and Ensuring the National Transparency

The knowledge and information society demands protection of the individuals' fundamental rights and guarantee of the national transparency. First, in order to prevent individuals from degenerating to the object or means of the state in the knowledge and information society, it is necessary to actively protect their privacy and ensure 'national transparency' through various fundamental rights that guarantee

4) Refer to p.298, Ilhwan Kim, Introductory Study on the Role and Function of the Constitution in the Advanced Science and Technology Society, Studies on Land Law, Vol. 37, No.2. 2007.

5) Refer to Michael Kloepfer, Informationsrecht, C. H. Beck, 2002 ; Hans-Heinrich Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57, 1998 ; Friedrich Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57, 1998 ; Jörg Ennuschat, Aufgabe und Funktion des Verfassungsrechts in der hoch entwickelten Technologiegesellschaft, SUNGKYUNKWAN JOURNAL OF SCIENCE & TECHNOLOGY LAW Vol. 1, Spring 2007.

6) Refer to Hong Suk-han, A Study on the Regulated Self-Regulation responding to the Changing Roles of a State : Focused on the area of the Personal Information Protection. Doctoral Dissertation of Sungkyunkwan University, 2008.

their autonomy and freedom. Here we must examine the relationship between information disclosure and personal information. Without the active participation of citizens, all efforts to adjust, guide and control the state through democratic formation of opinions would be meaningless. For the people to actively exercise the political freedom given to them, they must be guaranteed the freedom of speech and publication through political parties, media and civic groups and be well aware of the things the state is currently doing or aims to do. The goal is to enable the people to form an independent judgment of the problems in reality and participate in political activities actively and with responsibility by disclosing the administration and increasing transparency. The basic purpose of the Freedom of Information Act is to realize the true meaning of popular sovereignty and let democracy flourish in the society by ensuring transparency of the national administration. Accordingly, the people's freedom of information refers to their rights to access the information owned by the state institutions. Thus it might seem contradictory to ensure both the individuals' autonomy over their personal information and their freedom of information at the same time. However, privacy and information disclosure are not separated or mutually conflicted, but are both necessary to promote the communication skills of citizens and the function of the democratic society.[7)]

c) The Third Principle: The State's Responsibility to Establish Information Infrastructure

Based on the aforementioned principles and responsibilities, the state is obliged to enable the people's free communication process in the information society and narrow the 'digital divide' caused by information inequality among individuals. The state must be responsible for the information infrastructures with regard to the aforementioned digital divide issues. Of course, the state cannot guarantee or take responsibility of the people's access or use of information facilities or contents in a specific and direct manner, but it is obliged to at least establish an information network and various information infrastructures for the people to access and use information without inconvenience.

7) Spiros Simitis, Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit als Verfassungsprinzipien, Thomas Kreuder(Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan, 1992, p.145.

3. Review of Expanding Direct Democracy by the Constitution

Direct democracy in the past indicated the people's limited participation in the government, while direct democracy today is based on overall participation through the media such as the Internet or TV in the situation that enables direct democracy technically beyond limited participation. On the other hand, there are contrary voices that point out various issues connoted by direct democracy.[8)] For that reason, implementing the direct democratic elements in Korea may lead to consideration of implementing recall and initiative. Of course, even in this case, it is desirable to regulate the basic details by the Constitution and regulate more specific enforcement conditions by law.[9)] Next we need to discuss new election campaigns and voting methods such as electronic voting in the knowledge and information society according to the decision[10)] of the Constitutional Court.[11)]

8) Korean Constitutional Law Association, Constitutional Reform Committee Final Report, 2006, p.252.

9) For example, discussions on implementing recall can be raised with issues regarding whether it is necessary to ensure the term of office regulated by the Constitution even for corrupt or incompetent members of the National Assembly. The recall system has both advantages and disadvantages, so it is necessary to be careful in implementing the system. If recall is introduced in Korea, we must compare and review the proper pros and cons in political reality such as the possibility of political unrest and routinization of election.

10) 2004Hun-Ma644·2005Hun-Ma360(consolidated)): "Even if there is an expected increase in election expenses of candidates and national burden due to the extension of election period, it is not beyond the economic power of Korea. It is no longer valid to limiting the exercise of the people's right to vote, which is most fundamental and important in a democratic state, due to the concern on the burden of election expenses alone. Considering the diverse overseas cases that acknowledge the voting rights of the country's residents abroad, it seems that it is not impossible to implement the absent voting system of residents abroad. The difficulties in campaigning techniques can be overcome by the development of ICT. It is becoming easier for residents abroad to access information on the candidates via the Internet. Moreover, election today tends to have a strong character as voting for a party rather than an individual. Even if election campaigns targeting residents aborad cannot be carried out in the same degree as in Korea throughout the entire campaign period, it is a risk that must be taken by the residents abroad. Considering the above, the difficulties in campaigning techniques are not to be considered suitable reasons to completely deprive the residents abroad of their voting rights."

11) Refer to Park Sang-cheol, A Study on a bill for amending the constitution of political rights and a participatory democracy, Consitutional Studies Vol.12 No.4, 2006, p.233; Jang Yong-geun, The Review about Constitution Revision of Direct Democratic Regulation, Consitutional Studies Vol.12 No.4, 2006, p.565.

4. Need to Present a New Principle of Separation of Powers

a) Emergence of the Potential Collapse of the Principle of Separation of Powers

The reason why privacy is more likely to be violated in the advanced science and technology society as well as the information society can be understood based on the discussion on the risks of technological development on human beings. In the past, the state could efficiently exercise state power through the possibility that it can use its monopolized physical violence. However, the state today prefers new means such as payment offerings or information survey and processing over such physical violence. This is why there are risks of the newly developed science technology and ICT. This is due to the fact that, unlike physical violence, individuals cannot easily perceive that they are being monitored or controlled when such technology is used. Consequently, there was an increase in the fear that the state is aware of all personal information through ① automatic information processing and ② endless connection of information after the emergence of computers. Capturing and collecting information is realistically facilitated by computers, and this technological development enabled information processing anytime and anywhere. New information that is qualitatively different from the past can be created by the surveyed data, and it became easier to exchange information among various institutions. Moreover, one institution's information can be directly loaded by another institution, and all input data can be used by countless institutions at the same time. Consequently, thanks to electronic data processing (EDP), information could be entered and connected infinitely, thereby enabling the state to easily and extensively figure out each individual. Accordingly, citizens cannot freely participate in public formation of opinions as they are degenerated to mere information objects, which may hinder or distort democratic formation of opinions. Furthermore, the implementation of EDP may fundamentally change the traditional structure of public administration. In other words, the biggest reason why there is a concern over turning individuals into objects of the state in the knowledge and information society is because it has become technically possible to build a central data bank, which can contain information on all individuals. Then in this information society, the person who manages and controls this central data

bank will be the power elite, thereby degrading the democratic principle of constitutional state based on legislative, judicial and administrative separation of powers into mere artifacts exhibited in a museum.[12] In the end, under the new and different conditions provided by information and communications systems, there are serious issues of national (information) separation of powers, relationship between the legislative branch and administrative branch, and reinforcement and movement of new powers. In particular, there are many indications of the possibility that the balance of power between the legislative branch and administrative branch will be severely threatened. This is why there is an urgent need for research on this topic.[13]

b) Reinforcement of the Role and Function of the Legislative Branch in the Knowledge and Information Society[14]

First, an ensuring state in the information society does not enact all laws and norms by itself, but leads and encourages the enactment of autonomous norms to regulate certain areas by individuals, especially economic organizations or associations of experts as well as other similar organizations. Moreover, an ensuring state adjusts this voluntary control with various forms and intensities.[15] In an ensuring state, law entrusts individuals with tasks or authority to determine the norms in certain areas, and set the goals and limitations of voluntary control. It also acknowledges the standard of behaviors created by individuals under specific conditions as a standard with binding power. On the other hand, the state also poses an actual threat by enacting certain norms from time to time if voluntary control leads to an undesirable direction. Therefore, legislation of the state in an ensuring state still has central significance as the mediating resource for voluntary

12) Refer to Ilwhan Kim, Das Verhaltnis zwischen dem automatisierte Abrufverfahren und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Studies on Public Law, Vol. 32, No.4(2004), p.113.
13) Refer to Evangelia Mitrou, Die Entwicklung der institutionellen Kontrolle des Datenschutzes, Nomos, 1993, p.20.
14) Refer to Raban Graf von Westphlan, Technikfolgenabschätzung als politische Aufgabe, Oldenbourg, 1994 ; Raban Graf von Westphlan, Parlamentslehre, Oldenbourg, 1993.
15) Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, p. 93.

control as well as the enactment of norms through the state institutions in the traditional sense. The state is a supervisor of social legislation only in certain areas, and even then the state adjusts social legislation and sets limitations through legislation. In the end, the state remains as an existence that contributes to the adjustment of development through legislation by cooperating with individuals in various forms according to the field.[16)]

Next, if the Constitution is a normative framework for the development of specific order of state and social and political process, being constitution-friendly means social change through the development of ICT must be harmonized with the goals regulated by the Constitution. Therefore, rather than hastily applying untested scientific technology, it is necessary to carefully review and develop the technology through social, research and state institutions. Furthermore, the application of ICT must be democratically adjusted according to the principle of constitutional supremacy. Then the legislator is in charge of the primary tasks of creating legal preconditions and determining various interests. The legislator primarily determines what risks are inevitable and whether the people can accept them in consideration of all legal, technical, financial and environmental situations, and verify the safety standards.[17)] Thus, forming constitution-friendly technology through the legislator must aim for establishing the outline conditions on the development and use of ICT and scientific technology more than anything. This indicates that such technology must be used in order to expand the scope of individual freedom and opportunities for democratic participation and to streamline the limitations and control of the state and social power. Therefore, if applying the new ICT and scientific technology threatens the realization of the people's fundamental rights, the state must not permit it but rather control it through intervention.

16) Georg Müller, Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat, in: Max-Emanuel Geis · Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat ·Kirche·Verwaltung : Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, 2001, pp. 236~237.

17) Only, due to the characteristics of ICT, it is better to review in advance the constitution-friendly standard in the technological research and development phases. This is because ICT and science technology change rapidly and their impacts cannot be easily captured; thus it is much more effective to form preventive technologies through the legislator, legislate the science technology systems, and proactively review the social and legal impacts than to later prohibit the use when it is nearly uncontrollable.

Ⅵ. Conclusion

1. Korea suffered from many pains and difficulties due to 'compressed growth' in a short period of time, but is now establishing itself to a certain degree as a democratic constitutional state by wisely overcoming such problems. Now we are facing the historical mission of establishing the constitutional framework and normative systems of unified Korea, which is a long-cherished desire of our people. In terms of the principle of constitutional state, it can be seen that even if one was democratically elected by the people and was thus granted the authority to exercise state power, the legitimacy of the power exercise must be determined by the Constitution again. Therefore, we must once again start seeking ways to enhance the normative power of the Constitution through the past experiences of the constitutional history, and discuss methods to develop into a constitutional state grounded on human dignity and values as well as individual freedom and equality by systematically examining and reorganizing the constitutional norms.

2. In the knowledge and information society, there is a qualitatively new responsibility for the Constitution and the state. Unlike in the past, there is a stronger demand for formation and maintenance of preconditions to establish and exercise individual freedom and rights in the knowledge and information society. Now the state must guarantee the conditions on the 'frames (outlines)' of the knowledge and information society, and establish structures to enable individuals to perform free behaviors within those frames. Therefore, it is necessary to reexamine the role and function of the Constitution within the change political, economic, social and historical situations.

(논문접수일 : 2014.11.14, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11.)



KIM, IL HWAN

Rule of Law, Constitutional State, Rechtsstaat, Constitutional History, Constitutional Amendment

【REFERENCES】

Jörg Ennuschat, Aufgabe und Funktion des Verfassungsrechts in der hoch entwickelten Technologiegesellschaft, SUNGKYUNKWAN JOURNAL OF SCIENCE & TECHNOLOGY LAW Vol. 1, Spring 2007

Max-Emanuel Geis · Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat ·Kirche·Verwaltung : Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, 2001

Suk-han Hong, A Study on the Regulated Self-Regulation responding to the Changing Roles of a State : Focused on the area of the Personal Information Protection. Doctoral Dissertation of Sungkyunkwan University, 2008

Ilhwan Kim, A Study of the Constitutional History for the 4·13 Announcement of Protection of the Constitution as a Key Factor for 6·10 Democracy Movement, Sungkyunkwan Law Review Vol. 20. No. 3, 2008

Ilhwan Kim, Introductory Study on the Role and Function of the Constitution in the Advanced Science and Technology Society, Studies on Land Law, Vol. 37, No.2, 2007

Yong-geun Jang, The Review about Constitution Revision of Direct Democratic Regulation, Consitutional Studies Vol.12 No.4, 2006

Michael Kloepfer, Informationsrecht, C. H. Beck, 2002

Franz Neumann, The Rule of Kaw, BERG, 1986.

Sang-cheol Park, A Study on a bill for amending the constitution of political rights and a participatory democracy, Consitutional Studies Vol.12 No.4, 2006

Abstract

대한민국에서 법의 지배와 헌법의 지배

김 일 환

법치국가원칙에서 본다면 국민에 의하여 민주적으로 선출되어서 국가권력을 행사할 권한을 부여받았다 하더라고 그 권력행사의 정당성은 또다시 헌법에 의하여 판단되어야만 함을 알 수 있다. 1987년 이후 모든 대통령들의 권한남용 및 일련의 국가위기상황은 결국 국가권력의 민주적 성립과는 상관없이 국가권력 그 자체의 통제필요성을 다시 한 번 우리에게 일깨워주었다. 제9차 개정헌법상 정부형태는 대통령직선제를 채택하고 대통령의 국회해산권과 비상조치권을 삭제하였으며, 국회와 헌법재판소의 권한확대 등을 통하여 권력분산과 권력간 견제장치가 강화되었다. 하지만 여전히 많은 부분에서 문제점들이 계속 존재하고 있는데, 이제는 헌법의 규범력을 높이고 국가권력의 효율적 행사와 통제를 위한 내용들이 강화되고 다듬어져야 한다. 이에 관하여는 예를 들어 대통령의 각종 권한 - 사면권 등 - 행사의 통제, 탄핵소추와 심판 등 각종 권력견제권한의 재검토, 조약체결 등과 같은 여러 국가기관간 상호 중첩되는 권한들의 재조정, 민주법치국가에 상응하는 입법부, 행정부, 사법부의 통제장치강화, 헌법재판소 권한의 체계적 정비 등을 주요 검토대상으로 삼아야 할 것이다.

김 일 환

법의 지배, 헌법국가, 법치국가, 헌법사, 헌법개정

평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰

김 형 성*
김 민 수**

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 평화적 생존권의 의의 및 논의의 배경
1. 의의
2. 논의의 필요성
3. 이론적 입장
4. 판례의 입장
5. 소결
Ⅲ. 평화적 생존권 도출에 관한 기존의 논의와 한계
1. 헌법 전문의 평화이념
2. 헌법 제4조
3. 헌법 제5조
4. 기존논의의 한계
Ⅳ. 헌법 제37조 제1항을 통한 도출
1. 헌법에 열거되지 아니한 권리의 보호의무
2. 헌법에 열거되지 아니한 권리로서 평화적 생존권
3. 소결
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

현대의 세계는 점점 더 위험사회구조로 나아가고 있다. 소련이 붕괴되고 이로 인해 동구권이 와해되면서 냉전시대는 사실상 종식이 되었기 때문에 세계는 그 이전보다 더 평화스러운 단계로 나아가리라고 생각하였다. 그러나 지금의 세계의 실상을 보면 헤아릴 수 도 없는 분쟁으로 지구촌은 고통스러워하고 있다. 그 중에서도 주위에 강대국이 포진되어 있고, 핵과 각 종 미사일로 무장하고 있는 북한을 상대해야 하는 대한민국으로서는 세계에서 가장 분쟁의 위험 가능성이 큰 화약고라고 할 수 있다. 이러한 상황에서 우리는 대화와 타협을 통해 동북아시아의 안정과 한반도의 평화체제를 이룩하려는 노력에 보다 많은 노력을 기울여야 한다. 그러나 때로는 군사력을 증강하고, 방어를 넘어서는 대규모 군사훈련을 시행하고 있으며, 이에 북한은 군사적 도발을 감행하는 등 남과 북이 극단적인 대결구도를 지향하고 있는 것이 현실이다. 이러한 대한민국의 군사정책과 이에 반응하는 북한의 군사 책동으로 인하여 국민들은 매우 불안해하고 있으며, 특히 이와 같은 군사정책으로 생명과 신체의 안전에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 국민들의 걱정은 극대화 되고 있는 실정이다. 이러한 국가의 합리적이지 못할 수 있는 군사정책은 마땅한 통제 없이 통치권자의 독단적인 판단으로, 그리고 동맹국의 요구로 별다른 제한 없이 이루어질 수 있다. 이에 국민들은 평화적 생존권의 요구로 맞서고 있는 상황이다. 국가의 군사 통제를 위해서 무척 중요한 권리라고 할 수 있는 평화적 생존권이지만 현재의 우리의 헌법재판소에서는 평화적 생존권을 인정하였던 기존의 판례를 변경하여 그 권리성을 부정하는 것으로 최종 결론이 났다. 헌법상의 기본권으로 인정되기 위해서는 기본권으로 인정될 수 있는 요건을 충족하고 있어야 하는데 평화적 생존권은 위와 같은 기본권으로서의 요건을 만족시키고 있다. 즉 우리의 헌법질서 속에 존재하고 있는 평화적 생존권은 헌법 제37조 제1항의 열거하지 아니한 권리로서 인정이 될 수 있다.

본 논문에서는 평화적 생존권이 기본권으로 인정될 수 있음을 밝혀내고 있다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.
** 성균관대학교 박사과정 수료.

Ⅰ. 문제의 제기

평화라는 관념을 통해 형성된 평화적 생존권은[1] 1960년대에 일본에서 처음으로 대두되었다. 평화적 생존권은 침략전쟁에 강제되지 않을 권리라고 할 수 있다. 그러나 평화적 생존권의 개념에 대하여는 현재 개념적 통일이 명확하게 이루어진 진 것은 아니다. 우리나라의 경우는 2000년대가 넘어서서 평화적 생존권이 조금씩 논의되기 시작하다가 헌법재판소에서 이에 대한 판결이 있은 후 부터는 더욱 많은 사람들이 관심을 가지게 되었다. 헌법재판소의 첫 번째 판결은 '미군의 평택으로의 이전에 관한 소송' 이었고, 두 번째는 '전시증원연습훈련에 대한 위헌확인소송' 이다. 전자의 판결에서는 평화적 생존권이라고 하는 권리성에 대해서 긍정하였지만 후자의 판결에서는 그 권리성을 부정하였다. 양자의 소송에서 평화적 생존권과 관련한 사회적 환경과 배경 그리고 법적 적용에 있어 큰 차이가 없음에도 불구하고 이처럼 상반된 판결이 나왔다. 평화적 생존권은 기본적으로 헌법의 전문의 평화조항과 평화주의를 표방하고 있는 다양한 헌법 규정 그리고 헌법 제37조 1항을 통하여 그 권리성을 도출하는 것이 가능하다고 할 수 있다. 그러나 일정한 헌법이론적 한계로 인하여 제37조 제1항을 통해 평화적 생존권을 도출하는 것이 바람직하다. 이에 논문에서는 우리 헌법상으로 인정할 수 있는 평화적 생존권의 헌법적 근거에 대하여 논증해 보고자 한다.

Ⅱ. 평화적 생존권의 의의 및 논의

1. 평화적 생존권의 의의

평화적 생존권이라는[2] 용어는 1960년대 일본에서 헌법학자인 호시노 야스사부로가 『日本國憲法史高』라는 책에서 처음 사용하면서부터 알려졌다.[3] 평화적 생존권을 협의로 정의하면 침략적 성격에 입각한 전쟁을 회피하며, 평화적으로 살 수 있는 것을 의미한다. 그러나 광의로 보면 협의의 평화적 생존권의 정의를 포함하여 군사적 목적에 의해서 시행되는 국가의 공권력에 의한 침해 없이 살아가는 것까지를 포함한다. 그러나 평화적 생존권의 의미를 광의로 보게 되면 너무 포괄적이고, 그 보호영역이 너무 넓어지기 때문에 그 개념을 협의로 이해하고 점 점 그 권리성의 보호영역을 확대하는 것이 바람직하다고 생각한다.

1) 평화적 생존권은 평화적 수단에 의해서만 평화 상태를 향유할 수 있다는 견해와, 평화 상태를 위해서는 자위권의 발동을 요구할 수 있다는 견해가 있다. 구병삭,『신헌법개론』, 박영사, 1996, 388면. 우리 헌법상으로는 침략전쟁만을 금지하고 있기 때문에 후자의 입장이 우리 헌법 질서 상으로는 더 타당하고 보다 평화주의를 구현하는데 있어서도 더 현실적이라고 할 수 있다.

2) 일본에서의 평화적 생존권과 국제사회에서 논의되고 있는 평화권은 약간 구분된다. 즉 일본에서의 평화적 생존권은 시민 평화 소송을 통해 헌법 재판에서 그 권리론이 일정부분 확립되었지만 국제사회의 평화권은 아직 결의수준에 불과하다는 것, 그리고 전면적인 전쟁을 부정하지 않는 평화권과 달리 일본의 평화적 생존권은 일체의 전쟁과 무력의 보유를 금지하고 있기 때문에 국제사회에서의 평화권과 비교하여 보다 더 소극적인 평화를 지향하고 있다는 부분에서 차이점이 난다. 강경자, "국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권", 『일어일문학연구』, 제86집 제2권, 한국일어일문학회, 2013, 148면. 평화권이 영문으로는 "Right to Peace", 또는 "Human Right to Peace" 등이 사용되고 있으며, 1984년 유엔에서 결의된 평화권 선언에서는 "The Right of People to Peace"로 표현되기도 하였다. 평화적 생존권은 영문으로, 그 내재적인 의미를 고려하여 The right to live in peace, The peaceful human rights to survive, The peaceful human rights to live, 등으로 사용할 수 있다. 그러나 일본의 경우와 달리 우리나라의 경우에서 도출하고자 하는 평화적 생존권은 국제사회에서 사용하는 평화권과 인권적 맥락을 비교해 보았을 때 거의 비슷하다고 할 수 있다.

3) 최경옥, "일본국헌법 제9조와 평화적 생존권의 등장과 문제점: 반전시기(1964년부터) 2000년까지 판례를 중심으로", 『공법학연구』, 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008, 151면.

4) 박정이, "한반도 평화관리와 이질 경쟁체제의 극복" 『합참』 제58호, 합동참모본부, 2014, 26면.

5) 구병삭, 『신헌법개론』, 박영사, 1996, 391면.

6) 김병로, "한반도 통일과 평화구축의 과제", 『평화학연구』, 제15집 제1권, 한국평화학연구회, 2014, 20면.

2. 논의의 필요성

냉전시대에 세계는 자유진영과 공산진영으로 나누어져 있었고, 한국전쟁처럼 미국과 소련의 대리전과 같은 양상이 나타나기도 하였지만 소련의 해체로 냉전은 종식이 되었다.[4] 냉전 후에 세계는 이전의 시대와 비교하여 어느 정도 평화적인 상태를 유지할 것이라고 생각하였지만 오히려 곳곳에서 내전과 지역적 분쟁으로 사람들의 생명과 신체의 안전이 심각하게 침해되고 있다. 특히 현대에는 핵무기의 개발이 경쟁적으로 진행되고 있고, 이는 언제든지 핵전쟁의 위험으로 나아갈 수 있는 상황이 되었다.[5] 한반도는 전쟁의 참상을 겪었음에도 북한은 여전히 대한민국에 대한 맹목적인 비난을 지속하고 있고, 이로 인하여 서로가 더욱더 적대적으로 되어가고 있다.[6] 한국에서는 한국군의 이라크 파병, 평택으로의 미군기지 이전, 등의 사안에서 평화적 생존에 대한 요구가 대두되었고, 이에 헌법재판소에 소송으로까지 이어지게 되었다. 위에서 살펴본 바와 같이, 현대의 사회는 위험사회로 나아가고 있는데, 이러한 상황에서 국민들의 생명과 신체의 안전을 보장하기 위하여

평화적 생존권에 대한 논의의 필요성이 제기되었다. 이처럼, 인간이 태어나서 침략전쟁에 동원되지 않고 평화롭게 살아가는 것은 인간의 가장 근원적인 꿈이라고 할 수 있다. 이러한 자연적인 욕구인 평화는 국가가 어떠한 정책을 시행하려고 할 경우에 일정한 지도지침으로 작용할 수 있을 뿐이고, 국가가 의해 평화가 침해될 가능성이 있는 경우에 국민들은 이와 같은 평화적인 상태를 요구할 수 는 없다. 이것이 평화적 생존권이라고 하는 권리로 긍정이 될 경우에야 비로소 국민의 권리보장과 국가의 의무가 보다 확실해질 수 있기 때문이다. 이를 보다 실현하기 위하여 우리 헌법상으로 평화적 생존권이 인정될 수 있어야 하고, 그렇기 때문에 평화적 생존권에 대한 논증의 필요성과 그 중요성이 있는 것이라고 할 수 있다.

3. 이론적 입장

평화적 생존권에 대해서 헌법학계에서는 구병삭 교수가 평화적 생존권에 대한 영역을 독자적인 절로 구성하여 설명하고 있는 것이 그 시초였다.[7] 그리고 김철수 교수는 평화적 생존권에 대한 개념을 간략하게 소개하고 있다.[8] 그리고 여러 헌법 교과서에서 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권을 언급하면서 이에 평화적 생존권이 이에 해당할 수 있음을 다루고 있는 정도이며,[9] 그 이상 크게 설명이 되고 있지는 않고 있다. 앞으로 평화적 생존을 요구하는 영역이 넓어지고, 이에 대한 국민적 공감대가 형성될 수 있다면 이에 대한 보다 많은 논의가 생성될 수 있을 것으로 예상된다.

그렇다면 이러한 평화적 생존권에 대해서 기본권성을 인정할 수 있는지, 아니면 그 기본권성을 인정할 수 없는지에 관해서 견해가 대립되고 있다. 평화적 생존권의 기본권성을 인정하자는 주장은 평화적 생존권은 현대 국가를 살아가는 국민들

7) 구병삭, 『신헌법개론』, 박영사, 1996, 385면 이하 참조. 구병삭 교수는 평화적 공존권이라는 표현도 사용하고 있다.

8) 김철수 교수는 평화적 생존권에 대한 개념으로 다음과 같이 정의하고 있다. "평화적 생존권은 평화상태를 향유할 수 있는 권리를 말한다. 구체적으로는 전쟁을 부인하고 평화로운 상태에서 안전하게 살 수 있는 권리이다. 이 권리는 헌법에 명문의 규정이 없으나, 제4조의 평화적 통일조항과 제5조의 침략전쟁부인 등에서 그 근거를 찾을 수도 있다. 그러나 평화적 생존권은 비록 헌법에 명문규정이 없더라도 헌법 제10조의 행복추구권 속에서 당연히 나오는 것이라고 볼 것이다." 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2001, 257면. 김철수 교수는 헌법 제4조와 헌법 제5조에서 평화적 생존권의 근거를 찾을 수도 있다고 표현하고 있어, 확실히 근거가 될 수 있다는 주장은 아니고 그 가능성이 있다는 주장을 피력하고 있는 것으로 판단된다.

9) 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2002, 298면. 정종섭 교수는 평화적 생존권이라는 용어 대신에 '평화롭게 살 권리'로 표현하고 있다. 정종섭, 『헌법학원론』, 법문사, 2013, 281-282면.

에게 인권의 보호로서 마땅히 보호하여야 한다는 입장이고,[10] 부정하는 주장은 평화라는 의미 자체가 모호하여 권리로서의 실체가 부족하기 때문에 그 권리성을 부정하고 있다.[11]

4. 판례의 입장

가. '대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 위헌소송'(2005헌마268)

(1) 평화적 생존권 주장에 대한 판단

평화적 생존권의 헌법적 권리성을 인정한 판결로 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

청구인들은 이 사건 조약들에 따른 미군 부대의 이전은 주한미군을 방어적 군사력에서 공세적 군사력으로 변경하기 위한 것이고, 따라서 이는 행복추구권으로부터 인정되는 평화적 생존권, 즉 각 개인이 무력충돌과 살상에 휘말리지 않고 평화로운 삶을 누릴 권리를 침해하는 것이라고 주장하였다. 이에 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다. "오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다. 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 사건 조약들은 평택지역으로 미군부대가 이전한다는 내용을 담고 있을 뿐이므로 이에 의하여 청구인들의 행복추구권 등과 같은 권리가 바로 침해되는 것이 아니다. 또한 미군 부대의 이전 후에 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 다른 법률에 의하여 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하기 때문에 이 사건 조약들에 대하여는 행복추구권과 환경권 등의 권리침해의 직접성이나 현재성을 인정할 수 없다" 고 판시하였다.

10) 이경주, "평화적 생존권의 헌법실천적 의미" 『민주법학』 통권 제41호, 관악사, 2009, 204면. 평화적 생존권에 대해서 교과서에 열거되지 아니한 기본권의 하나로 소개하고 있는 입장에서는 평화적 생존권의 기본권성을 대체로 긍정하고 있다고 판단된다. 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2002, 298면. 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2001, 196면.

11) 左藤幸治, 『憲法』, 青林書院, 1992, 646면. 이경주, "평화적 생존권의 헌법실천적 의미" 『민주법학』 통권 제41호, 관악사, 2009, 187면 재인용.

(2) 판례의 검토

위의 판례에서는 청구인들이 평등권과 환경권 등의 주장에 대해서는 그 침해가 인정되지 않는다는 이유로 기각을 하였다. 그러나 헌법재판소는 평화적 생존권이라고 하는 권리를 인정하였다는 점에 큰 의미가 있다. 이것을 통해 평화적 생존권을 주장하는 청구인들은 헌법소원의 요건인 '침해의 현재성', '침해의 자기관련성' 등의 요건을 충족하기만 하면 평화적 생존권을 주장하여 그 권리의 인정을 실현할 수 있게 된 것으로 많은 사람들의 기대를 크게 만들었다. 이 판결을 통해 새로운 영역에서의 인권 보장의 지평을 열었다는 면에서 큰 의미가 있다고 생각한다.

나. '전시증원 연습 등 위헌 확인 사건'(2007헌마369)

(1) 평화적 생존권 주장에 대한 판단

평화적 생존권의 헌법적 권리성을 부정한 판결인 이 사건에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

(가) 헌법 전문 및 제1장 총강에 나타난 평화에 관한 규정에 의하면 우리 헌법은 침략적 전쟁을 부인하고 조국의 평화적 통일을 지향하며 항구적인 세계평화의 유지에 노력하여야 함을 이념 내지 목적으로 삼고 있음은 분명하다. 따라서 국가는 국민이 전쟁과 테러 등 무력행위로부터 자유로운 평화 속에서 생활을 영위하면서 인간의 존엄과 가치를 지키고 헌법상 보장된 기본권을 최대한 누릴 수 있도록 노력하여야 할 책무가 있음은 부인 할 수 없다. 그러나 평화주의가 헌법적 이념 또는 목적이라고 하여 이것으로부터 국민 개인의 평화적 생존권이 바로 도출될 수 있는 것은 아니다. 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고, 그 실현이 방행되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다. 그런데 평화적 생존권을 구체적 기본권으로 인정한다고 가정할 때, 그 권리내용이란 우선 "침략전쟁에 대한 것"에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 침략전쟁이나 방어전쟁을 불문하고 전쟁이 없는 평화란 자국의 노력만으로 이룰 수 있는 것이 아니라 세계 각국이 함께 노력하여 형성하는 평화로운 국제질서의 확립에 의해 달성할 수 있는 것일 뿐만 아니라 우리 헌법이 세계평화의 원

칙을 규정하면서도 침략전쟁만을 부인하고 있기 때문이다. 따라서 평화적 생존권의 권리내용으로 상정할 수 있는 것은 "침략전쟁에 강제로 동원되지 아니할 권리", "침략전쟁을 위한 군사연습, 군사기지 건설, 살상무기의 제조와 수입 등 전쟁준비행위가 국민에게 중대한 공포를 초래할 경우 관련 공권력 행사의 정지를 구할 권리" 등 일 것이다. 그러나 침략전쟁과 방어전쟁의 구별이 불분명할 뿐만 아니라 전시나 전시에 준할 국가비상 상황에서의 전쟁준비나 선전포고 등 행위가 침략전쟁에 해당하는지 여부에 관한 판단은 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제할 대상으로 보아야 할 경우가 대부분일 것이다. 또한 평상시의 군사연습, 군사기지 건설, 무기의 제조·수입 등 군비확충 등의 행위가 "침략적" 전쟁준비에 해당한다고 볼 수 있는 경우란 거의 없거나 "침략적 성격", "중대한 공포" 등에 관한 규명이 사실상 곤란하므로, 이에 대하여 평화적 생존권이라는 이름으로 관련 공권력 행사를 중지시키려는 것은 실효적으로 보호받을 가능성을 긍정하기 쉽지 않다. 이러한 사정을 종합적으로 고려해 보면, 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다 할 것이다.

(나) 한편 평화적 생존권이란 개념의 연원은 일본 헌법 전문 2단의 "평화 속에 생존할 권리"라는 표현이 계기가 되어 일본의 일부 학계와 하급심 법원이 이를 기본권으로 인정한 데에 있다 할 것이다. 그런데 일본 최고재판소는 일본 헌법이 위와 같은 헌법 전문의 "평화 속에 생존할 권리"라는 문구 외에 제9조에서 전쟁을 포기하고 전력 및 교전권을 부인하는 규정까지 두고 있음에도 평화적 생존권으로 주장된 "평화"란 이념 내지 목적으로서의 추상적 개념이고, 그 자체가 독립된 권리가 될 수 없다고 하여 구체적 기본권성을 부정하였다. 우리 헌법은 일본 헌법과 같이 평화적 생존권을 직접적으로 도출할 표현을 두고 있지 아니하고, 다만 전문이나 총강에서 "평화적 통일", "세계평화", "국제평화", "침략전쟁의 부인" 등의 규정을 갖고 있을 뿐이다. 앞서 본 바와 같이 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 평화적 생존권이 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려운 이상, 우리 헌법 전문이나 총강에 나타난 평화에 관한 몇몇 규정에 기초하여 헌법 제10조 및 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권으로 쉽사리 인정할 수는 없다고 할 것이다. 우리 헌법보다 더 강한 평화에 관한 규정을 기본법에 두고 있는 독일의 경우 평화

적 생존권에 관한 논의가 학계나 실무에서 이루어지지 않은 것도 같은 이유일 것이다.

(다) 결국 청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 개인의 구체적 권리로서 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 요청할 수 있는 효력 등을 지닌 것이라고 볼 수 없다. 따라서 평화적 생존권은 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 수는 없다 할 것이다.

(2) 판례의 검토

앞서의 판결과 달리 이번 소송에서 진행된 판결에서는 우리 헌법 질서 속에서 평화적 생존권이라는 권리를 도출하는 것은 무리라는 결론을 이끌어 내었다. 헌법재판소의 판결의 문제점에 대해서 살펴보겠다.

첫째, 헌법재판소는 전쟁이 없는 평화 상태라고 하는 것은 당사국의 노력만으로 달성할 수 있는 것이 아니고 세계 국가 모두가 노력해야 이룩할 수 있는 것이라는 이유를 그 논거로 제시하였다. 그러나 모든 국가가 세계 평화를 위하여 노력을 경주하는 것은 현실적으로 어려울 수 있으나 평화적 생존권을 인정함으로서 되도록 많은 국가들이 평화 상태를 위해 노력할 수 있는 환경의 조성에 기여할 수 있을 것이고, 이를 통해 대다수의 노력에 의한 어느 정도의 평화 상태의 실현이 가능한 것이다. 권리성이라고 하는 것은 모두에게 통일적이고 획일적으로 행동되어야만 인정되거나 긍정될 수 있는 것은 아니다.

둘째, 헌법재판소는 '침략적 성격', '중대한 공포', '군사연습' 등의 규명이 어렵다고 판단하였는데, 이와 같은 의미는 규명에서 고려해야 할 부분이 많은 것이기 결코 규명이 불가능 한 것이 아니다. 국민의 생명과 관련한 침해로 이어질 수 있는 의미에 대해서 규명을 외면하면 국민의 기본권 보장을 위해 존재하는 헌법재판소의 존재의미가 반감될 수 있기 때문에 이와 같은 규명에 헌법재판소는 보다 적극적이어야 했다.

셋째, 일본의 경우 평화적 생존권이 인정되지 않기 때문에 우리의 경우도 인정될 수 없다는 판단에 대해서 이는 일본 헌법 제정에 있어서의 역사적 특수성을 전체적으로 파악하지 못한 것으로 본다. 일본은 태평양 전쟁의 패전국으로 그 헌법의 제정에 있어 미군의 영향이 상당부분 반영될 수밖에 없었던 상황이었다.

넷째, 헌법재판소는 평화적 생존권은 대게 통치행위에 포섭될 수밖에 없다고 하였다. 그러나 평화적 생존권을 기본권으로 인정할지의 문제와 국가의 군사적 행위가 통치행위로서 사법심사의 대상이 되는지는 전혀 별개의 문제이다.[12] 즉 기본권으로 인정되고 나서도 권리는 통치행위를 통해 당해 사안에서 제한되거나 부정될 수 있는 것이지 통치행위에 해당이 될 수 있다고 하여 그 권리성 조차 인정하지 못하는 것은 결코 아닌 것이다.

이번 헌법재판소의 판결은 너무 정치적인 면모에 치중했다는 문제점과 함께 현실상의 권리 요구 상황의 외면으로 평화적 생존권에 대한 주장의 소송을 원천적으로 봉쇄하려고 했기 때문에 우리 사회의 인권이 보다 더 진전하지 못했다는 아쉬움이 남는다. 다만 별개의견에서[13] 평화적 생존권의 권리성을 인정하는 견해가 제시되었다는 것에 다소 위안을 삼고, 이는 평화적 생존권의 기본권성으로의 변화를 이끌 수 있는 가능성을 기대할 수 있는 대목이기도 하다. 생각건대, 평화적 생존권의 권리성은 인정하되, 그것에 대한 기본권 제한의 방법을 동원하는 것이 우리 헌법 이념에 부합하고, 현실을 고려한 것이라고 본다.

5. 소결

인간의 가장 기본적이고 근원적인 욕구라고 앞서 살펴본 평화적으로 생존할 수 있는 권리는 그 중요한 가치에도 불구하고 자연 상태에서는 제대로 보장받을 수가

12) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌마369. 재판관 조대현, 목영준, 송두환의 별개의견.

13) 재판관 조대현, 목영준, 송두환은 다음과 같은 별개 의견을 제시하였다. '우리 헌법상의 평화주의에 대한 규정과 헌법 제10조, 헌법 제37조 제1항의 규정을 살펴볼 때, 국민은 국가에 대하여 침략전쟁이나 테러 등의 위해를 받지 않고 평화롭게 생존할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리, 즉 평화적 생존권을 가지고 있다고 할 것이고, 국가 공권력이 이러한 기본권을 부당하게 침해한다면 이는 헌법에 위반된다고 할 것이다. 다만, 이 사건 연습결정은 1994년부터 연례적으로 실시하고 있는 연합전시증원 연습으로서 한미상호방위조약에 의거하여 매년 행하여져 왔던 점, 이 사건 연습의 근거인 한미상호방위조약은 외부로부터의 무력공격이 있을 경우 전제하여 공동방위를 목적으로 하고 있는 점, 한반도 비상사태에 대비하여 미군이 주둔하고 있는 이상 비상사태에 효과적으로 대처하기 위한 한미 합동군사훈련이 필요한 점 등에 비추어 볼 때, 청구인들 주장과 같이 이 사건 연습결정이 국민들에게 예측불허의 침략적 전쟁에 휩싸이게 할 가능성, 즉 국민의 평화적 생존권을 침해할 가능성이 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 기본권침해 가능성이 결여된 부적법한 청구로서 각하되어야 한다.' 고 판시하였다. 특히 재판관 조대현은 별개의견에 대한 보충의견에서 다음과 같이 평화적 생존권을 정의하고 있다. '생명과 신체의 안전권이 기본권으로 보장된다고 하여 그와 별도로 평화적으로 생존할 자유와 권리를 기본권으로 인정할 필요가 없는 것은 아니다. 이처럼 인간이 생명과 신체의 안정을 위협받지 않고 평화롭게 생존할 수 있는 권리는 인간이 국가와 헌법 이전에 천부적으로 가지는 기본권이라고 보아야 한다. 대한민국에 평화적 생존권을 보장하는 명문의 규정이 없다고 하여 그 기본권성을 부인해서는 아니 된다." 고 하면서 평화적 생존권의 권리성을 헌법적으로 인정하고 있다.

없었다. 홉스의 주장처럼 자연 상태에서는 사람들을 굴복시킬 공통적인 절대 권력이 존재하지 않기 때문에 이는 전쟁상태와[14] 같으며, 인간은 필연적으로 '자기보존을' 추구하게 된다. 그래서 이러한 무질서한 상태를 방지하기 위해서 인간은 사회계약을 통해 만인의 투쟁을 컨트롤할 수 있는 강력한 권력을 가진 국가의 존재가 꼭 필요하다고 주장하였다.[15] 홉스의 이와 같은 주장은 인간의 본성 탐구에 있어 기본적으로 이기적이고 악한 것으로 규정하고 이를 규제하기 위하여 이러한 본성의 억제를 발판으로 보장될 수 있는 평화를 영구히 이룩하는데 대한 연구를 기울였었다.[16] 홉스의 주장처럼 자연 상태에서의 혼란을 두려워한 인간은 그러한 불안을 극복하여 평화와 안전을 향유하고 싶어 하는 이유로 인해서 국가를 조직하여[17] 그것을 통해 권리를 보장받을 수 있도록 하였다. 그러나 현대의 사회에서는 국가가 평화의 권리를 누리고 싶어 하는 국민들의 요구를 다양한 사유를 들어 외면하고 있는 위험사회 속으로 나아가고 있다. 즉 국가는 대다수에게 합리성을 인정받지 못하는 판단과 그 판단을 통한 정책으로 많은 인명이 희생될 수 있는 상황으로 나아갈 수 있게 되었다. 이러한 것을 방지하기 위하여 우리는 침략전쟁에 동원되지 않고 평화롭게 살아갈 수 있는 자연적인 권리인 평화적 생존권을 헌법의 안으로 끌어옴으로서 이러한 권리를 보다 두텁게 보호받을 수 있게 된다. 그러나 현재 헌법재판소에서 권리성을 부정하였기에 앞으로 이에 대한 많은 연구와 노력을 통해 다시 권리성을 회복할 수 있도록 하여야 할 것으로 생각한다.

14) 홉스에 따르면 세속적 권력과 교회, 그리고 왕과 의회의 대립이 심화되면서 결국에는 전쟁의 원인을 제공하고 있다고 판단하였다. 그래서 홉스는 전통적인 자연법사상으로 회귀하여 보다 새롭게 국가와 법의 본질을 탐구한다면 앞서의 전쟁과 같은 상태는 훨씬 줄어들 수 있을 것이라고 생각하였다. 나종석, "홉스의 사회계약론의 의미와 한계", 『헤겔연구』, 제16호, 한국헤겔학회, 2004, 8면.

15) 그러나 로크는 인간들에 앞서 주권자를 더욱 신뢰할 필요성을 느끼지 못했는데, 이에 사회계약으로 국가가 성립하고 존속하더라고 국가의 권력으로 침해할 수 없는 일종의 자연권을 제시하게 되었다. Sandra Fredman, 『Human Rights Transformed』, 조효제 역, 교양인, 2009, 92면.

16) 소병철, "홉스의 리바이어던에 나타난 힘의 문제: 자연적 힘과 정치적 힘의 관계를 중심으로", 『철학탐구』, 제26집, 중앙대학교 중앙철학연구소, 2009, 89면.

17) 국가의 기원에 대해 여러 가지 견해가 주장되고 있다. 즉 신의 뜻에 따라 창조되었다는 신의설, 정복을 통해 지배복종관계에서 왔다는 정복설, 무산계급을 착취하는 수단이라는 계급착취설 등이 바로 그것인데, 국가에 대해 우리 헌법에서 가장 중요한 의미를 지니고 있는 것은 사회계약설이라고 할 수 있다. 김승대, 『헌법학강론』, 법문사, 2010, 46면.

Ⅲ. 평화적 생존권 도출에 관한 기존의 논의와 한계

위에서 평화적 생존권이 우리의 생활관계에서 왜 인정되어야만 하는지에 대한 이유와 그것이 왜 헌법으로 보장되어야 하는지에 대해서 고찰해 보았다. 그렇다면 이와 같은 평화적 생존권이 우리의 헌법 체제에서 인정이 될 수 있는 것인가를 논증해 보아야 한다. 우리가 기본권이라고 해서 그것을 주장하기 위해서는 그것이 헌법상에 명문으로 규정하고 있거나 적어도 헌법 해석을 통하여 기본권성을 인정될 수 있는 경우에 권리성을 주장할 수 있기 때문이다. 우리의 헌법상으로는 '평화적 생존권'이나 '평화적으로 생존할 수 있는 권리' 가 있다고 명시적으로 밝힌 조항은 없다. 그러나 이와 밀접히 관련될 수 있는 평화주의 이념과 평화관련 조항을 밝히고 있을 뿐이다.

그렇다면 이 하에서는 평화와 관련해서 평화적 생존권의 헌법적 근거로서 기능할 수 있는 부분들을 자세히 살펴보고자 한다.

1. 헌법 전문의 평화이념

평화적 생존권의 기본 전제는 '평화'[18]라고 할 수 있다. 이러한 평화가 평화주의를 형성하게 되고 이것이 궁극적으로 평화사상으로 나타나게 된다. 우리 헌법도 이와 같은 평화사상을 밝히고 있다. 먼저 헌법 전문을[19] 살펴보면 "평화적 통일의 사명에 입각하여", "밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써" 와 같은 내용을 천명하고 있다. 이는 대한민국이 세계평화와 지구촌에서의 공존을 추구하는 세계 시민의 일원이라고 명시한 것으로 볼 수 있다.[20] 이와 같은 평화이념은 평화적 생존권을 인정할 수 있는 근거가 될 수 있다.

그런데 여기서 헌법 전문의 '세계평화' 라고 하는 부분을 우리가 일면 인식하고 있는 평화라고 볼 수 있느냐에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 현재의 정세를

18) 평화라고 하는 것은 일면적으로는 무력분쟁이나 전쟁이 없는 상태로 좁게 정의되기도 하고, 빈곤, 기아 등의 구조적 폭력이 없는 상태라고 넓게 정의되기도 한다.

19) 헌법 전문은 헌법의 문장 앞에 위치하고 있는 헌법의 본문과 함께 헌법 질서를 구성하는 것을 말한다. 헌법 전문에는 헌법 제정의 역사적 의미, 제정과정, 헌법 제정의 목적과 지도이념 등을 내포하고 있다. 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2002, 127면. 이러한 입장에서 보면, 헌법 본문과 함께 헌법 질서를 구성하고 있는 헌법전문도 당연히 그 규범성을 인정받을 수 있고, 우리의 헌법재판소도 역시 헌법 전문의 법적 성격을 긍정하고 있다.

20) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2008, 95-96면.

보면 국내평화와 국제평화가 명확하게 구분하는 것이 용이하지 않을뿐더러 이것의 구분이 실익이 없을 수 있는 경우도 많이 존재할 수 있다. 예를 들면, 지금 첨예한 대립이 펼쳐지고 있는 제주강정의 해군기지 건설 사안에서 이것이 북한을 상정하고 건설하는 것인지, 동북아의 패권으로 입지를 다져가고 있는 중국을 상대로 한 것인지 명확하지 않은 것처럼, 국내평화가 국제평화로 나아갈 수 있고, 국제평화가의 보장 속에 국내평화가 보다 안정을 기할 수 있기 때문이다. 이러한 이유로 해서 '세계평화'라고 하는 부분도 평화적 생존권의 내용으로 평화의 의미라고 할 수 있기 때문에 평화적 생존권의 헌법적 근거로서 판단이 가능할 수 있다.

2. 헌법 제4조

앞서의 평화적 생존권의 근거로서 헌법전문의 평화이념을 살펴보았다면 이 하에서는 헌법 조항의 검토를 통해 평화적 생존권의 해석을 시도하여 평화적 생존권을 도출해 보고자 한다. 우리 헌법 제4조는 "대한민국은 통일을 지향하고 자유 민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다"[21] 고 명시하고 있다. 이는 과거 남과 북이 무력 분쟁으로 인하여 많은 인명이 희생되었던 역사를 되풀이하지 않기 위한 반성적 조치로 해석된다. 즉 이 조항은 통일을 지향함에 있어 평화적인 방법으로 추진해야 하고 무력분쟁과 물리력을 동원한 통일은 헌법적으로 인정되고 있는 자유민주적 기본질서에 위배되기 때문에 허용되지 않는다는 의미이다. 이 조문은 평화적 생존권의 헌법적 해석의 근거 조항으로 작용하는 것이 가능할 수 있다.

3. 헌법 제5조

평화적 생존권의 근거로서 두 번째 평화관련 조항은 헌법 제5조를 들 수 있다. 헌법 제5조 제1항은 "대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁은 부인한다" 고 명시하고 있다. 여기서 "국제평화의 유지를 위하여 노력하여야 한다" 는 조항은 헌법 전문의 "세계평화" 부분에서 보았듯이, 국제평화 역시 우리의 평화적 생존권의 전제인 평화의 의미에 포함할 수 있다고 보는 것은 마찬가지라고 하겠다. 즉 평화라는 것은 국제평화와 국내평화의 일체화적 경향이 짙어지는 구조로

21) 이와 같은 민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하여 추진한다는 조항은 제9차 헌법에서 신설한 조항이다. 김형성, 『헌법학』, 일진사, 2005, 110면.

나타나기 때문에 세계평화역시 평화적 생존권의 평화로 보는 것이 가능하다. 그리고 헌법 제5조 제1항 후단의 "침략적 전쟁은 부인 한다"[22] 는 조항은 우리가 선제적으로 상대국가에 대한 군사적 공격을 감행할 수 없고, 상대가 우리를 무력으로 침범할 경우에 자위적 차원에서 군사력을 사용할 수 있다는 의미이다. 그러나 침략적 공격과 자위적 공격이 어떠한 상황에서든 항시 명확하게 구분되는 것은 아니고, 현실에서는 일국의 군사훈련이 상대국에게는 침략공격의 하나라고 규정하여 발끈하는 경우도 종종 발생한다. 아무튼 침략전쟁을 부인하고 있는 조항 제5조는 평화적 생존권의 근거로서 역시 가능할 수 있다.

4. 기존 논의의 한계

헌법전문과 평화조항을 통해 평화적 생존권의 기본권을 도출해보고자 하였으나 이에는 일정한 한계가 있다. 먼저 헌법에서 규정하고 있는 평화주의 이념에서 주관적 공권이 도출될 수 있는가의 문제가 있다. 헌법재판소도 이에 대해 "헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일의무를 선언한 것이기도 하지만 그로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권, 특히 국가기관에 대하여 통일과 관련한 구체적인 행위를 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수 없다"[23]고 판시하기도 하였다. 그리고 헌법 제5조와 같은 규정은 국가의 특정한 행위를 하여야 할 의무를 부과하지만 국민에게는 그러한 특정한 행위를 할 것을 청구할 수 있는 권리를 부여하지 않는 국가목표규정이라고 보는 견해도 있다.[24] 그렇기 때문에 앞서 살펴보았던 평화 관련 전문과 조항을 통해 평화적 생존권을 도출하는 것은 의미는 있지만 도출에 있어 헌법 이론적인 일정한 한계도 존재하기 때문에 다음에 살펴볼 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리를 통해 평화적 생존권을 도출하는 것이 바람직하다.

Ⅳ. 헌법 제37조 제1항을 통한 도출

1. 헌법에 열거되지 아니한 권리의 보호의무

22) '침략적 부인' 이라는 문구를 통해 전쟁 억제에 기여하고 전쟁범죄의 방지에 일조하지만 또 다른 한편으로는 이것으로 인하여 전쟁을 합리화 하는 역할을 하기도 한다는 견해로, 정태욱, "위기의 한반도와 전쟁과의 단절", 『민주법학』, 통권25호, 민주주의 법학연구회, 2004, 27면

23) 헌법재판소 2000. 7. 20. 98헌바63.

24) 정종섭, 『헌법학원론』, 법문사, 2013, 297면.

가. 열거되지 아니한 권리의 연혁과 의미

헌법에 열거되지 않은 권리의 보호 조항은 미국의 수정헌법 제9조에서도 나타나고 있는데, 이는 미국 헌법에서 열거되지 않아서 기본권의 목록에 규정되지 않았다고 해도 다양한 국민의 자유와 권리를 헌법의 보호영역 내에 포섭시키려고 하는 노력의 표상이었다.[25] 우리 헌법에서 열거되지 아니한 권리 조항은[26] 1948년 제헌헌법부터 규정하여서 현행헌법에까지 이르고 있다. 헌법 제37조 제1항은 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 않는다는 이유로 경시되지 않는다" 고 명시하고 있다. 우리의 헌법에서도 헌법상에 모든 기본권의 보장을 망라하여 보장할 수 없다는 현실적 한계로 인하여 이 조항을 둠으로서 국민의 기본권이 침해되는 것을 방지하고 있다. 즉 현대의 복잡한 생활관계 속에서 열거되어 규정되고 있는 규정으로는 기본권 보장에 충분하지 못한 상황이 발생할 수 있다는 전제 속에 위 규정이 존재하고 있다.[27] 우리의 헌법재판소에서는 헌법상에 열거되지 아니한 기본권이 긍정되기 위해서는 그 필요성이 인정되어야 하고, 그 권리 내용이 비교적 명확하여 기본권으로서의 실체, 즉 권리 내용을 규범 상대방에게 요구할 수 있는 힘이 존재하여야 하고, 그 실현이 현실에서 방해되는 경우 재판에 의해 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적인 권리로서 실질에 부합하여야 한다고 판시하였다.[28]

나. 열거되지 않은 권리의 헌법적 근거와 해석

헌법에 열거되지 아니한 기본권의 성격과 그 성립에 대해서는 기본적으로 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항의 관계에서 기초하고 있다.[29] 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항의 관계에 관해서 다양한 견해가 제시되고 있지만 중요한 것은 이 양 조문의 관계에 대해 어떻게 규정하든지간에 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위해서 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 인정하여야 한다는 점에서는 견해를 같이하고 있다고 본다. 우리의 헌법재판소에서는 헌법에 열거되지 아니한 권리의 헌법적 근거의 대부분은 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄성과 행복추구권에서 찾고 있다.

25) 권혜령, 『헌법에 열거되지 아니한 권리』, 한국학술정보, 2010, 311면.

26) 헌법상의 열거되지 아니한 기본권과 달리 열거된 기본권은 헌법의 제정자가 역사적인 경험을 바탕으로 하여 헌법에 우선적으로 명시할 필요성을 확인한 기본권을 의미한다. 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2008, 479면. 이러한 열거되지 않은 권리조항은 1948년 제헌 헌법부터 1960년 헌법까지는 제28조 제1항에서 규정하였고, 1962년 헌법부터 1972년 헌법까지는 제32조 제1항에서 규정하였으며, 1980년 헌법에서는 제35조 제1항에서 규정하다가, 1987년 현행헌법에서는 제37조 제1항에서 규정하게 되었다. 정종섭, 『한국헌법사문류』, 박영사, 2002, 438-439면. 즉 열거되지 아니한 기본권의 보호조항은 9차례의 헌법 개정 과정에서 일부 수정이 되었을 뿐, 단 한 번도 삭제된 적이 없이 현재에 이르고 있다.

27) 표명환, "헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰" 『공법학연구』 제16권 제2호, 한국비교공법학회, 2011, 81면.

28) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369

29) 그러나 이에 대하여 헌법 제10조 제1문 전단은 무척 제한된 영역에 있어서만 구체적 내용을 도출할 수 있는 것이기 때문에 헌법 제37조 제1항을 헌법 제10조 제1문 전단과 관련지어 이해하려고 하였던 지금까지의 시도들은 지양하는 것이 나을 것이라는 반론도 있다. 김선택, "행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석" 『안암법학』, 1, 안암법학회, 1993, 197면

2. 헌법에 열거되지 않은 권리로서 평화적 생존권

가. 열거되지 아니한 기본권의 인정에 대한 판단 기준

새로운 기본권으로 헌법의 열거되지 아니한 기본권으로 인정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 기본권 규범이라고 하는 것은 그 성격상 고도의 추상성과 포괄성으로 인하여 그 해석에 다양한 가치를 개입될 수밖에 때문이다. 그러나 일반적으로 기본권으로 인정을 받기 위해서는 몇 가지 요건을 충족하여야 하는데,[30] 첫째는 인간의 존엄과 가치의 실현성으로, 권리가 기본성으로 인정되기 위해서는 그 권리가 인간의 존엄과 가치를 퇴보시키지 않고, 그것을 증진시킬 수 있어야 한다. 둘째는 사회 변화성으로, 변화된 사회 현실에서 중요한 권리라고 인정을 할 수 있어야 한다. 셋째는 정당성으로, 국민적인 공감대을 바탕으로 한 정당성을 지니고 있어야 한다.[31] 넷째는 권리의 인권성으로, 기본권성을 인정받기 위해서는 권리가 외국의 헌법이나 선언, 그리고 인권선언이나 인권규약 등에 규정이 되어 있거나 인정이 되고 있는 등 국제적인 기본권의 추세에 부합할 수 있어야 한다.[32] 그리고 그밖에, 사회통합의 기여성, 다른 헌법가치의 불침해성 권리의 보편성 등의 요건을 갖추어야 한다. 기본권에 대한 인정요건으로 위와 같은 합의가 이루어진 것은 아니지만 헌법재판소의 판례와 기존의 학계에서의 논의를 고려하면 위와 같은 요건을 충적하면 기본권으로 인정하는 것이 가능할 수 있을 것으로 본다.

30) 헌법재판소는 앞서 설명한 바와 같이 열거되지 아니한 권리로 인정하기 위해서는 권리로서의 필요성과 구체적 실효성이라는 요건을 충족시키고 있어야 한다고 판시하였다. 그러나 기본권으로 인정하기 위한 이와 같은 요건의 제시에는 공감하나, 권리로서의 필요성과 실효성이라는 것은 무척 추상적이고 포괄적인 개념이기 때문에 이를 만족시키기 위한 사회 통념상의 공감대를 형성할 수 있는 어느 정도의 구체적인 기준으로서의 잣대가 부가적으로 필요하다고 보여 진다.

31) 박운희, "헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리" 『인권과 정의』, 227, 대한변호사협회, 1995, 64면.

32) 김문현, "기본권의 법적근거와 판단기준에 관한 소고", 『세계헌법연구』 제18권 제2호, 국제헌법학회한국학회, 2012, 188면.

나. 평화적 생존권의 기본권에 대한 판단

평화적 생존권은 앞서 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리의 인정요건으로 판단해 보면 대체적으로 그 요건을 충족하고 있다고 판단된다.

위험사회로 전개되고 있는 현대 사회에서 평화적 생존권이 필요한 사회로 변화가 되었고, 국제사회에서 평화권에 관한 다양한 결의를 통한 것을 보아도 평화적 생존권은 국제규범에도 부합하며, 평화적 생존권의 기본 전제인 '평화'라는 것은 인권과 떼놓을 수 없는 권리이고, 보다 인간의 존엄과 가치를 실현시키는데 있어서 긍정적으로 작용할 수 있는 권리임을 인정한다면 평화적 생존권을 열거되지 아니한 기본권으로 충분히 인정할 수 있다고 본다. 그리고 한국의 정치력은 동과 서로 나누어져 있고, 좌와 우로 나누어져 있는 사회 통합에 실패하고 있다. 이러한 상황에서 평화적 생존권이 권리로서 인정이 되면, 평화의 주장은 한국에서 그동안 안보위해세력으로 폄하되었던 기본의 관념에서 탈피되어, 평화에 대한 국민들의 존중과 배려로 이어지게 되어 일정부분 사회통합에도 긍정적으로 작용할 수 있게 된다는 면에서도 평화적 생존권의 기본권의 가능성을 기대할 수 있는 점이다.

어느 하나의 권리를 인정해야 할 필요성이 제기되고, 그것이 나아가 많은 사람들이 공감할 수 있게 되었을 경우, 그것이 헌법 개정의 방법을 동원할 수 없다면[33] 헌법상의 열거되지 아니한 기본권 보호 조항을 통해 그것의 권리성을 보장받을 수 있어야 하는 부분에 유연함을 헌법은 발휘할 수 있어야 한다고 생각한다.

3. 소결

평화적 생존권의 기본권의 인정을 위해서는 헌법 전문과 본문에서 명시하고 있는 평화주의를 토대로 기본권으로 인정하는 것은 가능하다. 다만 이와 같은 평화주의를 토대로 구체적 기본권성이 도출되는지에 대해서는 의문이 제기되기도 한다. 그렇기 때문에 평화적 생존권은 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리로서 인정이 되는 것이 바람직하다.

평화적 생존권이 자연 상태에서 나와 보다 확고한 제도의 틀이라고 할 수 있는 헌법으로 수용됨으로서 그것의 실질적인 보장이 가능하다. 그렇기 때문에 국가는 그 기본권을 인정할 수 있는 방향으로 노력해야 한다. 평화적 생존권은 자연적인 권리의 속성을 지니고 있다. 그러나 그것을 자연권으로 인정할 경우에는 국가의

33) 정재황, "사회변화와 헌법변화: 그 시론적 연구" 『성균관법학』, 제24권 제44호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 30면.

안보와 직결되는 여러 가지의 군사적인 정책에 대한 제동을 국가와 사법부는 우려하고 있기 때문에 헌법재판소에서도 나중의 판결에서 평화적 생존권이라는 권리성을 부정하였던 것이라고 생각한다. 그러나 평화적 생존권의 중요성을 감안한다면 이 판결에서는 평화적 생존권의 부정이 아닌 그 권리의 제한으로 보았어야 했다. 앞으로는 보다 인권 보호적 입장을 견지하며 국가의 기본권 보호에 대한 책무에 보다 더 충실하게 헌법재판이 이루어질 필요가 있어야 한다고 생각한다.

Ⅳ. 결론

지금까지 살펴본 것처럼, 헌법재판소가 평화적 생존권을 인정하고 있지 않기 때문에 현재 헌법적으로 우리는 평화적 생존권을 보장받지 못하는 상황에 있다. 그러나 한반도는 지정학적인 이유로 인해서 역사적으로 세계에서 가장 분쟁이 많은 지역 중의 하나였고, 앞으로도 가장 전쟁의 위험이 높은 지역으로 여기고 있다. 주변에 일본과 중국, 그리고 러시아와 같은 열강으로 둘러싸여 있고, 또한 휴전선을 마주하고 가장 호전적인 북한과 마주하고 있다. 이와 같은 이유로 인해서 국가와 통치권자의 합리적이지 못한 판단으로, 군사정책이 시행되어 전쟁과 같은 참상을 또다시 겪을 수도 있다. 이에 국민들은 부당한 국가의 권력으로부터 전쟁에 휘말리게 되는 것을 거부할 자유로서 평화적 생존권이 인정되어야 하고, 이를 통해 국가의 군사정책은 국민들의 군사통제 속에 일정 부분 규제가 될 수 있다. 현실에서의 군사적 정책의 규제를 위해서는 평화적 생존권이 인정되어야 한다. 현실과 규범의 괴리는 현대 헌법국가에서는 바람직한 현상이 아니기 때문에 정확히 현실을 직시하는 안목을 지녀야 한다.[34] 다양한 상황을 고려해 보았을 때 한국사회에서 평화적 생존권은 인정이 되어야 한다고 본다. 그리고 이와 같은 인권의 출발점과 같은 권리를 인정하는 토대 위에서 국민의 기본권은 보다 더 두텁게 보호될 수 있다.

(논문접수일 : 2014.11.06, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11)



김 형 성 · 김 민 수

평화, 평화주의, 평화권, 평화적 생존권, 평화롭게 살 수 있는 권리

34) 김형성, "헌법 개정의 과제와 전망" 『헌법학연구』, 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006, 17면.

【참 고 문 헌】

구병삭, 『신헌법개론』, 박영사, 1996.

권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2002.

권혜령, 『헌법에 열거되지 아니한 권리』, 한국학술정보, 2010.

김기영, 『헌법강의』, 박영사, 2002.

김승대, 『헌법학강론』, 법문사, 2010.

김형성, 『헌법학』, 일진사, 2005.

김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2001.

이경주, 『평화권의 이해』, 사회평론, 2014.

이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2008.

정종섭, 『헌법학원론』, 법문사, 2013.

_____, 『한국헌법사문류』, 박영사, 2002.

강경자, “국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권”, 『일어일문학연구』, 제86집 제2권, 한국일어일문학회, 2013.

김병로, “한반도 통일과 평화구축의 과제”, 『평화학연구』, 제15집 제1권, 한국평화학연구회, 2014.

김선택, “행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석” 『안암법학』, 1, 안암법학회, 1993.

김문현, “기본권의 법적근거와 판단기준에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제18권 제2호, 국제헌법학회한국학회, 2012.

김형성, “헌법 개정의 과제와 전망” 『헌법학연구』, 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006.

나종석, “홉스의 사회계약론의 의미와 한계”, 『헤겔연구』, 제16호, 한국헤겔학회, 2004.

박운희, “헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리” 『인권과 정의』,227, 대한변호사협회, 1995.

박정이, “한반도 평화관리와 이질 경쟁체제의 극복” 『합참』 제58호, 합동참모본부, 2014.

소병철, “홉스의 리바이어던에 나타난 힘의 문제: 자연적 힘과 정치적 힘의 관계를 중심으로”, 『철학탐구』, 제26집, 중앙대학교 중앙철학연구소, 2009.

정재황, “사회변화와 헌법변화: 그 시론적 연구” 『성균관법학』, 제24권 제44호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

정태욱, “위기의 한반도와 전쟁과의 단절”, 『민주법학』, 통권25호, 민주주의법학연구회, 2004.

최경옥, “일본국헌법 제9조와 평화적 생존권의 등장과 문제점: 반전시기(1964년부터) 2000년까지 판례를 중심으로”, 『공법학연구』, 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.

표명환, “헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰” 『공법학연구』 제16권 제2호, 한국비교공법학회, 2011.

홍익표, “북한인권문제를 둘러싼 동북아 국제갈등: ‘세 세대 인권’ 개념을 중심으로”『국제관계연구』 제17권 제2호 통권 제33호, 고려대학교 부설 일민국제관계연구원, 2012.

Sandra Fredman, 『Human Rights Transformed』, 조효제 역, 교양인, 2009.

左藤幸治, 『憲法』, 青林書院, 1992.

Abstract

Consideration of the rights to live in peace by interpreting constitutional rights

Kim, Hyung Sung
Kim, Min Soo

Modern society is getting to be more dangerous society. After the breakup of the Soviet Union, the East European Communist bloc virtually collapsed. As a result, the world would seem to be more peaceful stage than before because the Cold War era ended. However, in reality, there are lots of troubles everywhere in the world.

Most of all, because South Korea is surrounded by powerful countries, and South Korea has to face against North Korea armed with nuclear weapons and other missiles, South Korea is one of the most dangerous parts in the world. In this situation, South Korea should try to stabilize Northeast Asia and to achieve the peace regime through conversation and compromise. On the contrary, because South Korea is now reinforcing its military power and enforcing a large-scale military drill, North Korea continually attempts military actions, but this aspect must be stopped.

Most Korean people are anxious at this military policy, especially among people who live in region directly affected with a threat to their lives and properties. The military policy of South Korea which may be irrational does not have any proper control. Moreover, the military policy may be accomplished the chief executive solely or by the allies demanding military power unlimitedly. Accordingly, although people in

Korea demand the rights to live in peace to live and object to this policy, our constitutional court admitted the rights to live in peace in the past, but it unfortunately denies the rights to live in peace in the present.

However, the peaceful human rights can fully be deduced by interpreting the Constitution because the peaceful human rights to live clearly exist in our constitutional ideology. Therefore, I want to demonstrate that the rights to live in peace to live exist in our Constitution as nation's fundamental human rights in my thesis.

Kim, Hyung Sung · Kim, Min Soo

Peace, Human Right to Peace, The Right of People to Peace, The right to live in peace, The right to peace

낙태에 관한 유럽인권재판소의 입장
– 대한민국에서의 논의에의 시사점 –

오 미 영*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 유럽인권협약과 유럽인권재판소 체제의 조망
1. 유럽인권협약
2. 유럽인권재판소
3. 유럽인권재판소 판례의 국제적 의의
Ⅲ. 유럽국가에 있어서의 낙태관련 입법 현황
Ⅳ. 유럽인권위원회와 유럽인권재판소 판례의 입장
1. 낙태에 관한 유럽인권재판소의 입장
2. 낙태에 관한 유럽인권재판소의 판례
Ⅴ. 대한민국의 현황과 유럽인권재판소의 판례의 시사점
1. 대한민국의 법체제
2. 유럽인권재판소 판례의 시사점
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

낙태를 형벌로서 처벌할 것인지, 금지할 것인지 아닌지 또한 제한적으로 허용한다면 어떠한 기준에서 어느 범위까지 허용할 것인지의 문제는 매우 오래전부터 논의되어 온 주제이다. 그럼에도 불구하고 사회적인 주목을 받을 만한 사건이 있을 때 마다 사회 각계각층의 격렬한 논쟁을 유발하고 있으며 이는 낙태 또는 인공임신중절을 원칙적으로 금지하고 형벌로서 처벌하는 우리나라의 경우 더욱 그러하다. 아울러 낙태의 허용여부 및 제한적 허용의 범위에 관한 논의에 있어 법률적, 신학적, 도덕적, 과학적, 사회학적, 페미니즘적 접근을 포함하는 다양한 접근은 낙태에 관한 논의를 더욱 복잡하다. 이는 낙태와 관련한 본질적인 문제가 “인간으로서의 범위”가 어디까지인가 “법률로서 보호받는 생명의 범위”가 어디까지인가 하는 인간과 생명에 관한 본질적인 질문과 관련되어 있기 때문이다.

낙태에 관하여는 현재까지 다양한 연구가 진행되어 왔다고 할 수 있다. 그러나 기존의 대부분의 논의는 형법적, 헌법적 내지는 비교법적 연구에 그 초점이 맞추어져 왔다고 생각된다. 이에 이 논문은 유럽공동체의 기본적 인권규범인 유럽인권협약에 의해 설립된 유럽인권재판소의 낙태 관련 판례를 분석함으로써 향후 우리나라에서의 낙태 관련 논의에 하나의 시사점을 제공하고자 하였다. 따라서 이 글은 유럽인권협약과 유럽인권재판소 제도를 개관함과 아울러 관련 판례를 분석하고 글의 후반부에서는 향후 우리나라에서의 낙태와 관련한 논의에 시사점과 제안을 담고 있다.

* 동국대학교 법과대학 법학과 부교수, 법학박사.

Ⅰ. 서론

낙태를 형벌로서 처벌할 것인지, 금지할 것인지 아닌지, 또한 제한적으로 허용한다면 어떠한 기준에서 어느 범위까지 허용할 것인지의 문제는 매우 오래전부터 논의되어 온 주제이다. 그럼에도 불구하고 사회적인 주목을 받을 만한 사건이 있을 때 마다 사회 각계각층의 격렬한 논쟁을 유발하고 있으며 이는 낙태 또는 인공임신중절을 원칙적으로 금지하고 이를 형벌로서 처벌하는 우리나라의 경우 더욱 그러하다. 아울러 낙태의 허용여부 및 제한적 허용의 범위에 관한 논의에 있어 법률적, 신학적, 도덕적, 과학적, 사회학적, 페미니즘적 접근을 포함하는 다양한 접근은 낙태에 관한 논의를 더욱 복잡하게 한다. 이는 낙태와 관련한 본질적인 문제가 "인간으로서의 범위"가 어디까지인가, "법률로서 보호받는 생명의 범위"가 어디까지인가 하는 인간과 생명에 관한 본질적인 질문과 관련되어 있기 때문이다.

따라서 낙태문제의 접근에 있어서의 접근방식을 한정하고 연구의 범위를 설정하는 것은 매우 중요하다 할 수 있다. 먼저 이 글은 가능한 한 법률적 입장에서의 접근 보다 상세하게는 유럽인권협약의 해석과 적용을 중심으로 하는 유럽인권위원회와 유럽인권재판소의 이전 판례들의 입장을 살피고 낙태에 관하여 다양한 국내입법을 하고 있는 유럽인권재판소의 접근방식이 무엇인지를 살피고자 한다. 이후 우리나라 헌법재판소의 판례들[1]에서 나타난 접근방식과 비교고찰 하고 향후에도 한국의 사법부에서 지속적으로 논의될 낙태와 관련한 문제의 접근에 있어 시사점을 제시하고자 하는 것이 이 글의 목적이라고 할 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 낙태와 관련하여 다양한 논의들이 있었으나 국내적으로는 주로 형법적 분석과 헌법적 분석이 주를 이루었고 국제적인 논의에 있어서도 보통 비교법적인 접근 방식을 택하여 미국의 판례를 소개하거나 국가들의 입법례를 단순 소개하였다는 점을 고려할 때 이 글에서 유럽인권재판소의 판례를 통한 낙태 문제의 접근방식의 조망이라는 목적의 설정은 이전의 연구와 차별화 된다고 할 수 있다. 단 용어의 사용과 관련하여 이글은 한국의 형법과 모자보건법상 규정하고 있는 "낙태"와 "인공임신중절"의 기술적인 개념에 차이가 있으나 "낙태"의 범위가 기술적으로 "인공임신중절"보다 광범위한 개념이므로 "낙태"라는 표현을 일반적으로 사용하되 양자의 구별이 필요한 경우 "낙태"와 "인공임신중절"이라는

1) 2008헌마218 모자보건법 제14조 위헌확인소송, 2012헌마5 모자보건법 제14조 위헌확인소송.

표현을 구별하여 사용하고자 한다.[2]

Ⅱ. 유럽인권협약과 유럽인권재판소 체제의 조망

1. 유럽인권협약

인권과 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: 이하 "유럽인권협약"이라 함)은 1950년 11월 4일에 서명되었으며 1953년 9월 3일에 발효한 지역적 인권협약이다. 당사국은 유럽평의회의 모든 회원국인 45개국이며[3] 제2차 세계대전 이후 UN의 세계인권선언을 필두로 하는 인권의 국제화에 발맞추어 마련된 인권 전반에 대한 본격적인 다자협약체제라고 할 수 있다.[4] 그러나 애초에 이 협약의 정치적 배경은 역설적으로 이 협약을 통해 자본주의를 중심으로 하는 서구국가들에 있어서의 원칙을 확립함으로써 제2차 세계대전 이후 동구유럽을 중심으로 팽창되던 사회주의에 대항하기 위해 마련되었다는 것이다.[5] 그러나 1990년대 구소련에서의 페

2) 형법상 낙태죄의 전제가 되는 낙태는 자연분만기 이전에 자궁에서 발육중인 태아 (자궁내의 착상과정을 완료한 때부터 형법상 사람으로 인정되기 전까지의 생명)를 인공적으로 배출시키거나 모체내에서 살해하는 것을 지칭하고 모자보건법상의 인공임신중절은 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다. 현행 모자보건법체제에서의 모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기와 관련하여 모자보건법시행령은 그 시기를 구체적으로 임신 24주일 이내로 명문하고 있다. 따라서 모자보건법상 불법 인공임신중절은 형법상 낙태에 해당하지만 형법상 모든 낙태가 모자보건법상 불법인공임신중절은 아니다. 예를 들어 임신 20주에 모자보건법상 허용 사유가 없이 태아를 인공적으로 배출하였다면 모자보건법상 인공임신중절이 되어 (즉 낙태행위에 대한 위법성 조각사유가 없어서) 형법에 규정하는 낙태죄에 해당할 수 있고 임신 28주의 태아의 인공적 배출의 경우에는 모자보건법상의 허용사유의 존부와는 관련 없이 바로 형법상의 낙태죄가 성립한다. 즉 모자보건법 시행령을 고려할 때 임신 25주(기준은 24주 이하)의 태아의 인공적 배출은 모자보건법에서 정하는 사유가 있다고 하여도 그 시기를 벗어난 경우에 해당하므로 바로 형법상의 낙태죄에 해당하는 것이 아니고 일단 관련법에 따라 불법적인 인공임신중절이 구성되고 이차적으로 형법상 낙태죄가 된다는 법리가 존재한다(손영수, "형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법학적 이해, 대한산부회지 제53권 제6호, 2010년, pp. 470-471 참조).

3) 2009년 12월 발효한 리스본조약에서는 "유럽연합" 그 자체도 유럽인권협약의 당사자가 되어야 한다고 규정하고 있으며 이에 2010년의 제14의정서도 "유럽연합" 그 자체도 유럽인권협약의 당사자가 될 수 있다고 규정하고 있다.

4) 이 협약의 초안에 있어서는 UN인권선언의 체제와 내용 뿐 아니라 영국의 권리장전(Bill of Rights), 프랑스 인권선언 및 독일기본법 제1장의 내용 등이 폭넓게 고려되었다.

5) 이 협약은 자유권적 기본권 즉 시민적 정치적 권리를 중심으로 마련되었다. 사회주의국가 측에서 중시하던 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관하여서는 1961년의 유럽사회헌장(the European Social Charter)이라는 별도의 협약에서 주로 규정하고 있다. 이 협약은 1965년에 발효하였다. Council of Europe, *European Social Charter* (Council of Europe, 2011) 참조.

레스트로이카 이후 유럽에서 공산주의가 붕괴함과 아울러 유럽공동체(the European Union)의 출범으로 이어진 유럽국가 들의 단합과정에서 위와 같은 애초의 의도는 그 의미를 상실하였다고 할 수 있다.

이 유럽인권협약은 국내적 이행체제 뿐 아니라 국제적인 이행체제라는 측면에서 효율적인 집행장치를 마련함으로써 현재 유럽의 거의 대부분의 국가들의 시민들에게 그 인권의 보장 범위를 확대시켰다고 할 수 있다. 즉 다른 여타의 지역적 인권조약들 및 주요 인권조약들의 이행감시체제와는 달리 효과적인 이행감시체제는 이 협약의 해석, 적용과 관련하여 보다 상세하고 구체적인 내용을 담은 실행을 축적하게 하였으며 국제적으로 상당한 권위를 가지는 자료들로 자리 매김하게 하였다.

유럽인권협약의 당사국들은 협약 제1조에 따라 협약에서 정하는 권리들을 당사국의 관할 아래 있는 모든 이들에게 확보할 의무가 있으며 제13조에 따라 그러한 권리의 "효과적인 구제"를 위한 국내법을 제정할 의무를 부여받고 있다. 대부분의 유럽국가들의 경우 조약을 국내법의 일부를 구성하는 것으로 보고 있기에 여하한의 국내입법 없이도 이 협약이 담고 있는 내용의 직접적인 국내적 적용이 보장되며 자국의 국내법원에서 이 협약이 담고 있는 내용을 직접적으로 언급할 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 물론 국내법과 국제법 사이의 이원적인 체제를 따르는 영국과 같은 국가들의 경우에는 필요한 국내입법을 하게 되는 것이 보통이다. 아울러 국내법원에서의 인권과 관련한 사건을 다룸에 있어 이 협약은 해석 지침으로써의 역할을 수행한다.[6] 단 유의할 점은 유럽인권협약은 체약국들에게 유럽인권협약이 정하고 있는 권리를 실현시키는 과정이나 방법을 특정하고 있지 아니하며 체약국들은 협약이 정하고 있는 결과의 발생에 대해서만 그 의무를 부담한다는 점에 유의하여야 한다. 즉 체약국들은 협약이 정하고 있는 권리들을 어떠한 입법과 절차를 통해 실현할 것인지에 대한 재량권을 가지고 있다는 것이다.

1950년의 유럽인권협약은 권리의 존중(제1조), 생명권(제2조), 고문금지(제3조), 노예 및 강제노동 (제4조), 신체의 자유와 안전 (제5조), 공정한 재판을 받을 권리(제6조), 죄형법정주의 (제7조), 사생활 및 가족생활을 보호 받고 존중받을 권리(제8조), 사상·양심·종교의 자유 (제9조), 표현의 자유 (제10조), 집회 및 결사의 자유(제11조), 혼인의 권리 (제12조), 실효적 구제를 받을 권리(제13조), 차별금지 (제14조), 비상시의 의무예외 조항 (제15조), 외국인의 정치활동 제한 (제16조), 권리남용의 금지 (제17조), 권리제한의 한계 (제18조)를 그 주요한 내용으로 하고 있다.

6) J. Dugard, *International Law: A South African Perspective* 3rd ed (Junta, 2007), p. 331.

여기서 중요한 점은 1950년의 본 협약은 이전의 UN인권선언과 마찬가지로 전통적으로 자본주의 진영에서 언급되는 자유권적 기본권의 기본이 되는 재산권 (사유재산제도)에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않았다는 것이다.

그러나 이후 시대의 발전과 유럽인권체제의 효율성을 제고하기 위해 2010년까지 모두 14개의 의정서가 채택되었다. 주요 의정서[7]로는 재산권, 교육권, 선거와 관련한 권리를 규정하고 있는 제1의정서, 사적감금금지, 이전의 자유, 추방과 관련한 내용을 다루고 있는 제4의정서, 평화시의 사형제도의 제한과 관련한 제6의정서, 범죄와 가족을 다루고 있는 제7의정서, 유럽인권재판소의 절차개선과 관련한 제11의정서, 차별금지에 대한 보다 상세한 내용을 다루고 있는 제12의정서, 전시에 있어서의 사형까지의 철폐를 규정하고 있는 제13의정서 그리고 최근의 유럽인권재판소의 재판절차 간소화 및 효율화를 위한 제14의정서가 있다. 따라서 현재 유럽인권협약에 근거하여 마련된 체제라 함은 광의로는 본 협약 뿐 아니라 총 14개의 의정서가 정하는 내용의 총체로 판단 될 수 있다.

2. 유럽인권재판소

유럽인권재판소(the European Court of Human Rights)는 유럽인권협약 제19조에 따라 설립된 재판소로 1959년 1월 21일 설립되었다. 설립초기 유럽평의회(Council of Europe)는 유럽인권재판소와 유럽인권위원회의 두 기관을 설립하여 유럽인권위원회는 이른바 개인청구의 경우 유럽인권재판소로의 제소로의 중간단계를 구성하는 필터링 역할을 수행하였다. 그러나 1994년 유럽인권협약에 관한 제11의정서[8]에 따라 상설적이고 새로운 형태의 유럽인권재판소로 단일화됨과 아울러 1999년 이 의정서가 처음으로 적용되었다. 이에 따라 유럽인권협약과 관련 의정서의 위반에 대한 청구는 협약의 모든 당사국에 의해 청구될 수도 있으며 또한 개인에 의해 직접적으로 유럽인권재판소에 청구될 수도 있는데[9] 실행에 있어서의 거의 대부분의

7) 의정서(Protocol)는 조약에 관한 국제법에 근거하여 판단할 때 본 협약과는 별개의 조약을 구성하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 본 협약과 별개로 의정서에의 가입이 필요하고 원칙적으로 의정서는 당해 체약국에만 그 법적 구속력을 가진다고 할 수 있다. 그러나 유럽인권협약 체제는 사형의 완전한 철폐와 관련한 제13의정서의 경우를 제외하고 (러시아가 가입을 거부) 거의 대부분의 유럽평의회의 회원국들은 유럽인권협약과 관련한 대부분의 의정서에 가입하고 있다.

8) 1994년 제11의정서는 유럽인권사법체제에 있어 큰 발전을 가져왔다고 평가되며 이와 관련하여서는 H. Schmermers, "The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights", *European Law Review* vol. 19 (1994); R. Bernhardt, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol 11", *American Journal of International Law* vol. 89 (1995).

9) 제11의정서에 의해 개정된 유럽인권협약 제33조 및 제34조.

사건들은 국가에 의한 청구보다는 개인에 의한 청구가 주를 이루고 있는 것이 현실이다. 이러한 제11의정서에도 불구하고 재판소의 업무량 증가 및 거의 유사한 판결의 반복 현상이 심해지자 유럽평의회는 제14의정서를 채택하고 이 의정서는 2010년 6월 1일 발효되었다. 제14의정서는 재판관의 선출, 단독심의 사건수리가능성의 허용 등과 함께 특히 사건의 수리가능성(admissibility)과 관련하여 이전 보다 강화된 기준을 제시함으로써 재판소에 사소한 사건의 대량회부나 반복적인 사건의 회부를 방지하고자 하고 있다.[10]

현재 유럽인권재판소가 가지는 관할권은 이른바 체약국의 협약위반에 대한 국가의 청구인 "국가간 사건관할"(inter-state jurisdiction), 체약국의 협약위반에 의해 피해를 입은 개인이 직접적으로 재판소에 청구하는 "개인청구사건관할"(applications by individuals jurisdiction) 그리고 유럽인권협약 제2의정서에 근거한 권고적 의견(advisory opinion)의 세 유형이 존재하고 있다. 이 가운데 특히 주목되는 것은 이른바 "개인청구사건관할"이다. 여기에서 개인청구가 가능한 주체는 자연인 뿐 아니라 법인 또는 비정부간 기구 및 여하한의 단체를 포함하는 개념이다.

사건이 재판소에 청구되는 경우 이 청구는 이른바 "judge rapporteur"라고 불리우는 판사에게 배당되며 사건의 수리가능성(admissibility)에 대한 최종적 판단이 이루어지는데 유럽인권재판소가 가지는 기존의 대인관할권, 대물관할권 그리고 시간적 관할권의 충적 여부 뿐 아니라 국내구제절차가 완료되었는지 여부, 당해 국가의 국내에서 최종적 결정이 이루어진지 6개월 이내에 행하여진 청구인지 여부, 이미 유럽인권재판소에 제기된 내용과 사안과 관련이 되어 있는지 여부와 유럽인권재판소에서의 절차 이외에 다른 종류의 국제적인 조사를 위한 청구가 이미 이루어진 사건인지 여부와 같은 형식적인 요건을 검토하여 사건의 수리가능성을 판단하게 된다.

사건의 수리가능성이 충족되는 경우, 사건은 전원합의체(Grand Chamber)로 배당할 것인지 아니면 일반 재판부(Chamber)로 회부될 것인지를 결정하게 된다. 그 결정 기준으로는 당해 사건이 유럽인권협약의 해석과 적용에 중대한 문제를 야기하는 경우, 인권 논의 전반에 있어 중요한 의미를 가진다고 판단되는 경우 또는 이전의 유럽인권재판소의 선례들과는 다른 결과를 야기할 수 있는 사건일 것이 제시

10) 유럽인권재판소의 활동과 관련한 데이터는 2003년 약 6만 5천 정도의 신청이 이루어졌고 이 가운데 재판소는 약 2만 7천 2백건의 사건을 처리하였고 2009년에는 약 11만 건 정도의 신청이 있었고 이 가운데 재판부에 약 5만 7천 건 정도가 배정되었다고 한다.

되고 있다. 이에 따라 이루어지는 심리는 공개재판을 원칙으로 한다. 그러나 인권의 보호 및 비공개의 필요성이 있는 경우에는 비공개로 진행되기도 하며 재판소에서의 절차 전반에 있어 유럽인권협약의 모든 당사국들은 유럽인권재판소가 진행하는 조사에 협조할 의무를 지고 있다.[11]

전원합의체의 판결은 종국적이며 그 판결은 별도의 언급이 없는 이상 선고후 3개월이 지나면 효력을 가지는 것으로 판단된다. 그런데 이 유럽인권재판소의 판결은 법적으로 특정 국가의 국내법을 자동적으로 폐지한다거나 국내법원의 관련 판결을 자동적으로 변경하거나 파기하는 효과는 가지고 있지 아니하다는 점에 유의하여야 한다.[12] 그럼에도 불구하고 유럽인권협약은 유럽공동체의 구성국 뿐 아니라 유럽공동체 그 자신에 있어 적용되는 유럽인권규범체제의 근간을 구성하고 있다. 아울러 모든 체약당사국들에게 협약이 정하고 있는 권리의 실현을 위한 의무를 부과하고 있는 만큼 유럽인권재판소의 판결이 현실적으로 가지는 권위와 영향력은 상당하다고 할 수 있다. 따라서 관련 실행에 있어 어떠한 사건의 국내 최고법원이 종국 판결을 내린 경우라고 하여도 유럽인권재판소가 이와는 달리 유럽인권협약상의 인권침해가 있다고 판결하는 경우에 관련 국가들은 거의 예외 없이 관련 실효적인 후속조치를 취하여 왔다는 점에 유의하여야 한다.

3. 유럽인권재판소 판례의 국제적 의의

유럽인권재판소는 지역적 인권조약인 유럽인권협약에 근거하여 설립된 재판소이다. 따라서 유럽인권재판소의 판례는 원칙적으로 유럽공동체 내에서만 효력을 가지는 지역적인 것에 불과하며 엄격한 법실증주의적 시각에서 범세계적으로 통용될 수 있는 확립된 국제기준의 "완전하고 유일한" 근거가 될 수 없다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 현실 뿐 아니라 실제의 국제인권법의 논의에서 유럽인권재판소의 판례가 가지는 권위와 중요성은 실질적으로 백안시될 수는 없다.

왜냐하면 먼저 유럽인권재판소설립의 근거가 되고 있는 유럽인권협약이 국제인권법의 발전에 있어 상당히 중요한 의미를 가지고 있다는 점 때문이다. 즉 유럽인

11) 유럽인권재판소에서의 재판절차는 이 글의 한정된 지면에서 설명하기에는 상당히 복잡한 형태를 가지고 있다. 유럽인권재판소에서의 재판진행절차와 관련하여서는 https://fullfact.org/factchecks/european_court_human_rights_cases_violations-3267 <2014년 11월 4일 최종검색>

12) 판결의 이행감시에 관한 권한은 유럽평의회 (Council of Europe)의 장관위원회(Committee of Ministers)가 가지고 있으며 제14의정서에 따라 관련 판결의 이행과 관련하여 판결의 해석이 필요한 경우 장관위원회가 유럽인권재판소에 그 해석을 물어 볼 수 있도록 하고 있다.

권협약은 이미 앞서 설명한 바와 같이 UN인권선언의 기본적 체제 위에서 독일과 프랑스, 영국의 대표적인 국내적 인권관련 규범들을 반영하여 작성되었다. 이러한 유럽인권협약은 법적 구속력 있는 규범체제로의 국제인권법의 체제를 확립한 UN 인권규약, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 규약의 초안에 있어 기본적인 논의의 바탕이 되었기 때문에 유럽인권협약에 대한 해석은 유럽에 한정된 입장이라고 하여도 UN인권규약 체제의 해석과 적용에 중요한 참고자료로서의 역할을 수행한다고 할 수 있다.

아울러 제2차 세계대전 이후 국제법의 형태로 급진적 발전을 해 온 인권법 분야에 있어 범세계적인 주요한 인권조약체제들은 법적 구속력 있는 직접적인 이행감시체제를 마련하기 보다는 국제여론에 호소하는 간접적인 이행감시체제를 가지고 있다. 그러므로 이들이 내어 놓는 관련 의견과 권고들은 법적 구속력이 있는 판결보다 그 구체성이 상대적으로 결여되어 있거나 서로 다른 이행체제 사이의 입장의 일관성 확보가 어렵다고 할 수 있다. 미주인권헌장[13] 및 아프리카인권장전[14]과 같은 지역적 인권협약 체제들은 유럽인권재판소와 같이 사법적인 체제를 마련하고 있으나 이 역시 개인의 직접 청구를 인정하고 있지 아니하다. 따라서 누적된 판례의 양이 유럽인권재판소에 비해 많지 않다는 점에서 구체적인 내용을 담고 있는 방대한 양의 사법실행을 담보하기 어렵다는 한계가 있다.

또한 유럽에서 발생한 대규모 인권침해사태가 발생한 구유고내전을 다루는 구유고전범재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)가 설립되면서 특히 공정한 재판의 기준의 논의와 관련하여 유럽인권재판소의 판례들이 자연스럽게 자주 원용되었고 이후 르완다전범재판소(International Tribunal for Rwanda) 항소부와 국제형사재판소(International Criminal Court)가 네덜란드 헤이그에 설립되면서 본격적으로 촉진된 국제형사법의 발전과정에서 유럽인권재판소의 판례는 자주 원용되어 왔다. 이러한 이유에서 실제적으로 유럽인권재판소의 판례는 현존하는 국제인권기준을 보다 구체적이고 상세하게 파악하거나 체약국의 국제인권기준의 위반 여부를 결정함에 있어 상당히 가중치 있는 중요한 자료로서의 역할을 한다고 할 수 있다.

13) 정식명칭은 American Convention on Human Rights이다.

14) 아프리카 인권헌장의 정식 명칭은 African Charter on Human and People's Rights이며 이 협약에 따라 African Court on Human and People's Rights가 설립되어 활동 중에 있다. 재판소의 소개는 다음의 링크 참조. http://www.african-court.org/en/ (최종검색일: 2014년 11월 1일)

Ⅲ. 유럽국가에 있어서의 낙태관련 입법 현황[15]

유럽국가들은 낙태와 관련하여 다양한 입장을 가진 국내입법을 가지고 있으며 아일랜드를 제외한 유럽국가들의 경우 전반적으로 낙태를 여성의 선택으로 보면서 상대적으로 폭넓게 허용하는 경향이 있다. 이하에서는 유럽연합들 가운데 영국, 스위스, 독일, 덴마크, 이태리, 스페인 등의 낙태관련 입법 현황을 간략히 살피고자 한다.

먼저 영국은 1967년의 낙태법(Abortion Act 1967)[16]에 의해 잉글랜드, 웨일즈 그리고 스코틀랜드에서 폭넓게 낙태를 인정해 오고 있다. 동법 §1(1)에서는 등록 개업한 의사 2인이 낙태에 동의한 경우에 이루어지는 것으로 (a) 임신으로부터 24주가 도과하지 아니하였고 낙태를 하였을 경우보다 임신의 지속이 임산부 또는 임산부가족에 이미 있는 자녀들의 정신적 또는 육체적 건강에 손상을 주는 경우에의 낙태 또는 (b) 임산부의 육체적 또는 정신적 건강에의 중대하고 영구적인 손상을 방지하기 위한 필요에 의한 낙태 또는, (c) 낙태를 하였을 경우보다 임신의 지속시 산모의 목숨을 위태롭게 할 우려가 있는 경우의 낙태 또는 (d) 아이가 태어났을 때 그 아이가 육체적 또는 정신적인 부자연스러움으로 장애를 가지고 태어나 고통을 받을 실질적 위험이 있는 경우의 낙태는 형사적으로 처벌받지 않도록 하고 있다.[17] 이러한 입법을 가지고 있는 영국의 경우 낙태를 한 약 88퍼센트의 여성들이 임신 13주 이내에 낙태를 하고 있으며 2인의 개업의의 동의를 필요로 하고 있으나 임신 24주 이내에서는 실질적으로 포괄적 낙태를 인정하고 있다고 할 수 있다.

그리고 프랑스의 경우는 1975년의 이른바 베일 입법(the Veil Law)[18]이후, 착상

15) 세계 주요 국가들의 낙태와 관련한 국내정책의 일람과 관련하여서는 World Abortion Policies 2013 prepared by United Nations Department of Economic and Social Affairs Population Division http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf

16) Revised Abortion Act 1967 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1)

17) 북부아일랜드의 경우는 1861년의 사람을 대상으로 하는 범죄법 (the Offences against the Person Act 1861)을 기본으로 하여 낙태를 범죄를 처벌하고 있지만 실질적으로 2006년 개정된 1945년 형법 (the Criminal Justice Act of 1945)에서는 임신의 지속이 산모의 목숨을 위태롭게 하거나 산모의 신체적 정신적 건강에 "영구적 또는 장기간"의 손상을 유발할 가능성이 있는 경우와 같은 예외를 정하고 있다. 그럼에도 불구하고 웨일즈, 스코틀랜드, 잉글랜드에 있어서의 경우보다 낙태의 허용범위가 상대적으로 제한되어 있다고 할 수 있다. 따라서 북부아일랜드의 임산부들의 대부분은 스코틀랜드, 잉글랜드 및 웨일즈로 여행을 와서 병원비를 개인적으로 지불하고 낙태를 하는 경우가 많다.

18) 1975년 당시 프랑스의 보건부 장관이었던 Simone Annie Liline Jacob의 이름을 따서 만들어진 입

이후 12주 이내 (또는 마지막 생리 이후 14주 이내)의 경우에는 낙태를 허용하고 있다. 이후 단계에서의 낙태는 (a) 산모의 육체적 또는 정신적 건강에 대한 중대하고 영구적인 손상이 예견되거나 (b) 임신의 지속이 산모의 생명을 위협하는 경우 또는 (c) 태아가 특히 치료불가능하다고 알려진 중증 질환으로 고통을 받을 것이 예견되는 경우에 이에 해당하는지 여부에 대한 2인의 의사의 동의에 근거하여 낙태를 허용하고 있다. 이러한 프랑스의 입법례는 임신 12주 이내의 낙태에 대해 법률적인 요건을 정하고 있지 아니하다는 점에서 영국보다 더 넓은 범위에서 낙태를 허용하고 있다고 보인다.[19]

독일의 경우 1972년 동독이 임신 12주 이내에 행하여지는 낙태를 합법화 하였으며, 서독의 경우 1976년 입법을 통해 임신 12주 이내에 행하여지는 낙태의 경우 의료적 필요, 성범죄에 의한 임신 또는 심각한 사회적 또는 심리적 불안에 해당하는 사안이 있음을 2인의 의사가 확인한 경우 낙태를 허용하도록 하였다. 이후 독일 통일 이후 1992년 임신 후 첫 3개월(12주) 이내의 낙태는 강제적인 카운슬링을 전제로 하여 허용되었으며 이후의 임신기에 이루어지는 낙태의 경우에는 의학적인 필요성에 근거한 낙태로 제한되었다. 이 경우 12주 이내에 이루어지는 낙태와 그 이후에 이루어지는 낙태의 경우 모두 3일 동안의 휴지기를 둠으로써 임산부가 낙태를 제고할 수 있는 시간을 의무화 하였다. 따라서 독일의 경우도 임신 이후 12주 이내의 낙태의 경우에는 실질적으로 포괄적인 허용입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 이외의 스위스의 경우에는 임신 10주 이내에서는 여성의 선택에 따라 낙태를 할 수 있도록 하는 입법을 가지고 있고 덴마크, 이태리, 스페인 등은 독일과 유사한 조건에서 임신 12주 이내의 낙태를 포괄적으로 허용하고 있다. 유럽 국가들 가운데 상당한 낙태율을 보이고 있는 러시아의 경우도 12주 이내의 낙태를 합법화하고 있으며 12주에서 22주 사이에 이루어지는 낙태는 성폭행을 통한 임신, 의료적 필요성이 있는 경우에 제한적으로 허용하고 있다.[20] 즉 유럽의 주요 국가들의 입장은 (1) 임신 24주까지의 낙태를 허용하되 관련 요건을 부과하고 의료진의 동의를 필요로 하는 방식, (2) 임신 10주 이내에서는 포괄적인 낙태를 허용하는 방식, (3) 임신 12주 이내에서 포괄적인 낙태를 허용하는 방식으로 구분된다고 할 수 있다.

한편, 유럽국가들 사이에서도 아일랜드는 낙태에 대해 매우 상이한 입장을 취하고 있어 주목할 만하다. 보수 가톨릭 전통을 가지고 있는 아일랜드는 전통적으로 모든 경우에 있어서의 낙태를 불법화 하고 있었다. 그러나 1992년 성폭행으로 인해 임신한 소녀의 낙태여부에 관한 아일랜드 대법원의 판결은 제한적 낙태의 논란을 불러 일으켰으며, 2012년 10월에는 아일랜드에 거주하던 인도 출신 아일랜드 주민인 사비타 할라파나바르가 태아의 생존이 불가능하다는 진단을 받았음에도 포괄적 낙태금지 법안 때문에 태아가 숨진후 수술을 받아 패혈증으로 사망하는 사건이 일어났다. 그리하여 아일랜드는 기존의 전면적인 낙태금지의 입장을 버리고 2013년 7월 12일의 이른바 "임신 중 생명보호법"을 통과 시켜 (a) 임신을 지속하는 경우 임산부가 자살할 가능성이 있거나 (b) 의료적 관점에서 임신의 지속이 임산부의 목숨을 위태롭게 할 가능성이 있는 경우에 제한적 낙태를 허용하도록 하는 입법을 하였다.[21] 그럼에도 불구하고 UN인권이사회는 아일랜드의 현행 법률이 제한적 낙태의 사유를 너무 협소하게 정하고 있어 국제인권법상 안전하고 합법적인 낙태시술을 받도록 보장할 국가의 의무를 위반하므로 개정을 해야 한다고 촉구하는 등 논란의 대상이 되고 있다.[22]

Ⅳ. 유럽인권위원회와 유럽인권재판소 판례의 입장

낙태와 관련한 유럽인권협약 체제 내에서의 논의는 유럽인권위원회에서 다루어진 사건들과 유럽인권재판소에서 다루어진 사건들로 나누어 살펴볼 수 있다. 이하에서는 크게 유럽인권위원회에서의 사례와 유럽인권재판소에서의 사례들을 대별하여 고찰하고자 한다.

법이다. 이 입법에 근거한 프랑스에서의 낙태절차에 대한 상세한 소개는 <http://riviera.angloinfo.com/information/healthcare/pregnancy-birth/termination-abortion/> 참조.

19) 아울러 프랑스는 1988년 7주차 임산부의 낙태를 위해 RU-486이라는 약물의 사용을 허용한 최초의 국가이기도 하며 현재 프랑스에서 이루어지는 거의 4분의 1 정도의 낙태는 이 RU-486이라는 약물에 의해 이루어진다고 한다.

20) 그러나 러시아의 경우 최근 급격한 인구감소로 인해 기존의 12주 이내의 낙태는 합법화하되 12주 이상의 기간에 이루어지는 낙태에 대한 통제와 제한을 강화하는 추세에 있다고 할 수 있다. 이에 러시아형법 제123조에서는 의료자격이 없는 자에 의한 낙태시술의 경우에는 최고 8만 루불까지의 벌금을 부과할 수 있도록 하는 입법하고 불법 낙태의 결과로 산모가 사망에 이르거나 심각한 상해를 입은 경우에는 최고 5년까지의 징역형을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

21) 정빛나, "보수 가톨릭 국가 아일랜드서 낙태 허용법안 가결", 연합뉴스 2013년 7월 13일자.

22) 국제앰네스티, "아일랜드: 유엔의 강경 비판 받아들여 낙태법 개정해야" (2014년 7월 30일) <http://amnesty.or.kr/9471/> (최종검색 2014년 11월 2일). 그러나 이하에서 살피는 바와 같이 유럽인권재판소는 낙태의 합법화 범위는 국가들의 재량에 속한 것이며 아일랜드의 낙태관련 법률들이 유럽인권협약의 위반이라고 할 수 없다는 입장을 취하고 있다.

1. 낙태에 관한 유럽인권재판소의 입장

1977년의 Brüggemann and Scheuten v. Germany 사건[23]은 낙태와 관련하여 유럽인권위원회에 제기된 초기 사건으로 이 사건의 청구인은 사생활 및 가족생활을 존중 받을 권리를 정하고 있는 유럽인권협약 제8조[24]에 따라 낙태를 할지 아니할지를 결정할 권리를 향유한다고 주장하였다. 이에 대해 유럽인권위원회는 "임신과 낙태는 원칙적으로 온전히 산모의 사생활에 관한 권리와 관련한 것이다"라는 주장을 뒷받침 하는 것으로 유럽인권협약 제8조 1항은 해석되지 아니한다는 입장을 천명하였다. 즉 낙태의 문제는 단순히 개인의 사생활과 관련하여 논의될 사항은 아님을 언급한 사례이다. 이 사례에서는 생명권을 정하고 있는 유럽인권협약 제2조의 내용을 별도로 언급하지 아니하였다는 점에서 태아 또는 심지어 배아가 유럽인권협약 제2조에서 정하는 생명권에 의한 보호의 대상이 되는지 여부를 적극적으로 심사하지 아니하였다는 한계를 가지고 있었다.

이후 1980년 유럽인권위원회에 제기된 X v. the United Kingdom사건[25]에서 낙태와 생명권에 대한 유럽인권협약 제2조[26]와의 관계에 대한 언급을 하게 되는데 유럽인권위원회는 먼저 유럽인권협약 제2조는 낙태에 관하여 직접적인 언급을 하지 아니하고 있음이 명백하며 생명권의 침해가 정당화 될 수 있는 예외적인 사유를 규정하고 있는 제2조 제2항의 범위에 낙태는 해당할 수 없다는 점을 명확하게 확인하였다. 이러한 전제위에 유럽인권위원회는 제2조가 임신의 아주 초기 단계인

23) *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, *Commission decision*, European Commission of Human Rights (1976), Eur. Comm. H.R., No. 867/60, Collection 6, p. 34. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74824 (최종검색일: 2014년 11월 1일).

24) 유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

25) *X. v. the United Kingdom*, *Commission decision*, European Commission of Human Rights (1980), no. 8416/78Decisions and Reports (DR).

26) 유럽인권협약 제2조 (생명권).
1. 모든 사람의 생명권은 법에 의하여 보호된다. 어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.
2. 생명의 박탈이 다음의 상황에서 절대적으로 필요한 힘의 행사의 결과인 때에는, 이 조에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니한다.
a. 위법한 폭력으로부터 사람을 보호하기 위하여.
b. 합법적으로 체포를 하거나 또는 합법적으로 구금된 자의 도주를 방지하기 위하여.
c. 폭동 또는 반란을 진압하기 위하여 합법적으로 취하여지는 행동.

수정 배아에 적용될 수 있다면 이에는 세 가지 유형이 존재할 수 있다고 언급하면서 먼저 제2조와 배아 사이에는 아무런 관계가 없거나 (즉 배아는 협약 제2조는 생명권의 향유주체가 절대적이 아니거나) 어떠한 묵시적인 한계 내에서 협약 제2조가 배아와 관련하여 적용되거나 (즉 제한적으로 배아에게 생명권이 인정될 수 있거나) 또는 협약 제2조가 완전히 적용되는 (배아에게 완전한 생명권이 인정되거나) 경우의 수가 있음을 언급하였다. 유럽인권위원회는 이들 가운데 배아에게 완전한 생명권을 인정하는 것은 (유럽인권위원회의 결정 당시) 임신의 지속이 산모의 생명에 위협이 있는 경우 대부분 회원국의 국내법에서는 낙태를 허용하고 있으므로 이에 비추어 볼 때 현실적으로 인정될 수 없다고 하였다. 따라서 남은 첫 번째 경우와 두 번째 경우에 있어 이 사건에서 유럽인권위원회는 제2조의 문언에서 언급하고 있는 "모든 사람"(everyone)은 아직 태어나지 아니한 배아 내지는 태아를 의미하는 것으로 해석될 수 없다고 언급함으로써 유럽인권협약 제2조의 생명권의 향유주체가 될 수 없다는 입장을 제시하였다.

그런데 아직 태어나지 아니한 태아 및 배아는 유럽인권협약 제2조의 생명권을 향유할 수 있는 대상이 아니라고 했던 기존의 입장은 1992년 H. v. Norway사건[27]에서 수정되게 된다. 이 사건에서 유럽인권위원회는 낙태를 허용하는 정도에 대한 체약국들 사이에 주목할 만한 입장차이가 있음에도 불구하고 비록 태어나지 아니한 배아 내지는 태아라고 하여도 특정한 경우 유럽인권협약 제2조의 생명권에 근거한 보호의 대상이 될 수 있다고 언급하면서 임신 12주 이내에는 포괄적 낙태를 허용하지만 12주 이후부터 18주 사이의 기간 동안의 낙태시에는 계속적인 임신의 지속이 산모의 생명에 지장을 주는 경우라고 2인의 의사의 동의에 근거한 낙태를 허용하고 18주 이후의 낙태의 경우에는 낙태에 대한 매우 중대한 이유가 있는 경우에만 예외적으로 허용하고 있는 노르웨이의 법률을 12주 이후의 배아 내지는 태아라고 하여도 유럽인권협약 제2조에 의한 제한된 보호의 대상이 된다고 볼 수 있어 유럽인권협약의 위반에 해당하지 아니한다고 결정한 것이다.

1994년의 Reeve v. the United Kingdom사건[28]은 낙태와 직접적으로 관련된 사건은 아니며 오히려 공정한 재판을 받을 권리를 규정하고 있는 유럽인권협약 제6조

27) *H. v. Norway*, *Commission decision*, European Commission of Human Rights (1992), Eur. Comm. H.R., App. No. 17004/90. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1759 (최종검색일: 2014년 11월 1일).

28) *Reeve v. the United Kingdom*, *admissibility decision*, European Commission of Human Rights (1994), Eur. Comm. HR., App. No. 24844/94.

와 관련된 사건이라고 할 수 있다. 이 사건은 선천적으로 심각한 장애를 가지고 태어난 아이의 어머니가 영국의 의료당국을 상대로 제기한 사건이다. 즉 자신이 아이를 임신하고 있을 당시 영국의 관련 낙태관련 법률에 따라 국가는 태아의 장애를 발견하고 낙태를 하도록 하였어야 하는데 이를 발견하지 못하였고 나아가 관련 국내법이 당국의 낙태를 허용하지 아니한다는 결정에 대한 산모의 소송제기를 제한함으로써 유럽인권협약 제6조[29]를 위반한 법률이라고 주장한 것이다. 이와 관련하여 유럽인권위원회는 영국의 관련 법률이 당국의 낙태 허용 여부에 대한 조사와 결정에 대한 산모의 소송권을 제한하는 이유는 가능한 한 태아 내지는 배아의 생명권을 보장하기 위한 목적을 배경으로 하고 있고 이러한 소송권의 제한과 같이 국가들이 부과하는 제한은 국가들 마다 차이가 있음을 지적하였다. 이에 비추어 위원회는 청구인의 자녀가 장애인으로서 공적 지원을 받을 수 있음 등을 감안할 때 유럽인권협약 제6조의 공정한 재판을 받을 권리를 적극적으로 침하는 조치가 아니며 유럽인권협약에서 인정될 수 있는 합리적인 제한에 해당한다고 판단하였다.

2. 낙태에 관한 유럽인권재판소의 판례

(1) Boso v. Italy (2002) 사건[30]

29) 제6조 (공정한 재판을 받을 권리)
1. 모든 사람은 민사상의 권리 및 의무, 또는 형사상의 죄의 결정을 위하여 법률에 의하여 설립된 독립적이고, 공평한 법원에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다. 판결은 공개적으로 선고되며, 다만 민주사회에 있어서의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 미성년자의 이익이나 당사자들의 사생활보호를 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 사법상 이익을 해할 특별한 사정이 있다고 법원이 판단하는 경우 엄격히 필요한 한도 내에서 보도기관 또는 공중에 대하여 재판의 전부 또는 일부가 공개되지 아니할 수 있다.
2. 모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정된다.
3. 모든 형사피의자는 다음과 같은 최소한의 권리를 가진다.
a. 그에 대한 기소의 성격 내지 이유를 그가 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 통보받을 것.
b. 자신의 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것.
c. 직접 또는 본인이 선택한 법적 조력을 통하여 자신을 변호할 것, 또는 법적 조력을 위한 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하지만 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우에는 무료로 법적 조력이 부여될 것.
d. 자기에게 불리한 증인을 심문하거나 심문받도록 할 것, 그리고 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자신을 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 심문받도록 할 것.
e. 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 조력을 받을 것.

30) *Boso v. Italy*, *Decision*, European Courts of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII (App. No. 50490/99): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23338 (최종검색 2014년 11월 1일).

Boso v. Italy사건은 유럽인권재판소에서 2002년 낙태의 문제를 직접적으로 다룬 최초의 사건이다. 이 사건은 유럽인권위원회의 H. v. Norway사건에서 다룬 내용과 유사한데 이 사건은 여성배우자가 남성배우자의 동의 없이 행한 낙태와 관련한 것이다. 즉 청구인인 남편은 이태리 법률에 따라 여성배우자가 남성배우자의 동의 내지는 의논 없이 합법적인 낙태를 규율하고 있어 태아에 대하여서는 유럽인권협약 제2조에서 정하는 생명권이 침해되었고 자신과의 합의 없이 행한 낙태를 합법으로 규율함으로써 자신이 유럽인권협약 제8조[31]에 의해 향유하는 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리가 침해당하였고 나아가 이는 유럽인권협약 제12조[32]의 혼인 및 가족구성의 권리를 침해한 것이라고 주장하였다. 청구인인 남편은 유럽인권재판소로 회부하기 이전 단계에서 이태리 법원에 위와 같은 주장으로 소송을 하였으나 이태리 법원은 사건에서의 낙태는 이태리 법률에 의해 합법적으로 이루어졌다고 하며 청구인의 청구를 기각한 바 있다.

이에 대해 유럽인권재판소는 여성 배우자의 동의를 구하지 않은 낙태를 합법으로 보는 이태리법률은 유럽인권협약을 위반하는 것이 아니라고 판시하면서 청구인의 모든 청구를 기각하였다. 세부적으로는 청구인이 주장한 배우자의 동의 없이 이루어진 낙태로 인한 태아의 생명권 침해(유럽인권협약 제2조)와 관련하여 현행 이태리의 관련법률은 태아의 보호와 산모의 육체적 내지는 정신적 보건의 보호라는 양 가치 사이에 현전한 균형을 저해하고 있다고 판단할 수 없다는 이유에서 청구인의 청구를 기각하였다.

그리고 유럽인권협약 제8조에서 정하는 사생활 및 가족생활을 존중 받을 권리에 근거한 청구인의 주장과 관련하여 유럽인권재판소는 제8조에 근거한 '아버지로서의 권리'(father's right)는 산모의 낙태 결정에 우선할 수는 없다고 판단하였다. 그 이유는 산모의 경우 그 임신, 임신의 지속 또는 낙태의 결정에 따라 자신에게 직접적 영향이 미치기 때문에 아버지로서의 권리를 산모의 낙태의사를 제한하거나 제어할 정도로 볼 수 없다고 한 것이다.

사실 이 사건에서 문제가 된 이태리의 법률은 임신 12주 이내에 이루어지는 낙태를 법률적으로 허용하면서 그 요건으로 산모의 "육체적 또는 정신적 건강에 위험"이 있는 경우라고 표현하고 이태리에서의 실행상 현실적으로 포괄적 낙태로 인

31) 각주 24 참조.

32) 유럽인권협약 제12조 (혼인 및 가족 구성의 권리) 혼인적령의 남녀는 이 권리행사에 관한 국내법에 따라 혼인을 하고 가정을 구성할 권리를 가진다.

정되어 왔다. 그리고 12주 이상의 경우에는 임신의 지속 또는 출산이 산모의 생명을 위태롭게 하거나 이와 같은 상황에서의 임신의 지속으로 태어나는 경우 산모의 정신적 내지는 육체적 건강을 위태롭게 할 우려가 있는 경우에 한하여 인정하고 있다. 즉 12주 이전의 낙태의 경우에는 단순한 보건상의 "위험"의 기준이 적용되고 12주 이후의 낙태의 경우에는 "생명의 위태" 내지는 "출산 이후의 산모에게 발생할 위험" 기준을 적용하고 있는 것이다.

따라서 유럽인권재판소는 현행 이태리 관련 법률은 "여성의 건강의 보호"라는 가치에 초점을 맞추고 있고 따라서 임산부가 자신의 보건 상태에 대한 판단을 스스로 하거나 외부에 자문을 구해 낙태를 결정하는 것은 유럽인권협약상 상대 배우자에게 협의해야 할 의무(내지는 협의 받을 권리)의 인용 한도를 넘는 것이 아니며 재판소에 청구를 제기할 소인이 될 수 없다고 판시하였다는 점에 주목할 만하다.[33]

(2) Vo. v. France (2004) 사건[34]

베트남 출신인 Thi-Nho Vo는 임신중 의료검사를 목적으로 리옹종합병원에 내원하였다. 그런데 같은 날 Thi Thanh Van Vo라는 동일한 성을 가진 사람이 내원하였는데 이 사람은 체내에 이미 시술되어 있던 피임방지를 위한 피임링을 제거하기 위해 같은 병원에 내원하였다. 그런데 베트남 이름에 익숙하지 않고 성이 같은 경우가 많다는 점을 인지하지 못한 의사 G는 Thi Thanh Van Vo를 진료할 생각으로 대기실에 있는 환자 "Vo"를 호출하였는데 Thi Thanh Van Vo가 아닌 Thi-Nho Vo가 대답을 하고 의사G에게 진료를 받았다. 진료과정 중 의사 G는 Thi-Nho Vo가 프랑스어를 잘 이해하지 못한다고 느꼈지만 짧은 인터뷰만 진행하고 어떠한 사전 검사 없이 Thi-Nho Vo에게 피임링 제거 시술을 하였다. 시술 도중 의사G는 양막에 천공을 발생시켰고 이 때문에 상당한 양수의 손실이 있었다. 이에 Thi-NNho Vo는 임신의 지속이 어려워 졌고 이후 산모의 건강 악화를 이유로 낙태가 이루어졌다.[35]

Thi-Nho Vo씨와 그녀의 배우자는 이와 관련하여 형사소송과 민사소송 모두를

33) *X. v. the United Kingdom*, at p. 254 및 *H. v. Norway*, at p. 170.
34) *Vo. v. France*, *Judgement(Grand Chamber)*, European Court of Human Rights (2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII, App. No. 53924/00. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887 (최종검색일: 2014년 11월 1일).
35) *Vo. v. France*, paras. 9-12.

제기하였는데 이는 과실시상으로 인해 발생한 손실과 자신의 아이에 대한 과실치사(unintentional homicide)를 내용으로 하는 것이었다. 이에 프랑스 법원은 과실상해(unintentional injury) 혐의는 사면법(amnesty law)에 따라 기각하였고[36] 과실치사(unintentional homicide) 또한 생존 가능하지 아니한 태어나지 아니한 태아에는 적용되지 아니한다는 이유로 기각하였다.[37]

Thi-Nho Vo씨는 자신의 태아의 죽음에 대해 과실치사(unintentional homicide)의 죄를 인정하지 아니한 당국의 처사에 반론을 제기하며 그러한 행위를 방지하고 처벌할 형사입법의 부재는 생명권에 관한 유럽인권협약 제2조의 위반에 상당하다고 주장하였다.[38] 이에 대하여 프랑스는 X v. the United Kingdom사건과 Pretty v. the United Kingdom 사건[39] 등의 선례를 고려할 때 유럽인권협약 제2조는 태아에게 적용될 수 없는 것이므로 청구인의 청구는 받아 들여져서는 아니 된다고 항변하였다.[40]

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제2조의 생명권은 비단 사람에 대한 생명권 뿐 아니라 병원에게도 환자 보호의 의무와 환자의 사망시 이를 조사하기 위한 효율적이고 효과적인 체제를 마련할 책임의 근거가 된다고 전제하면서 이와 관련하여 체약국들은 관련 법률 및 체제를 마련할 의무를 가진다고 언급하였다. 그럼에도 불구하고 유럽인권재판소는 청구인이 입은 손해에 대한 민사적 구제는 현재 사건에서의 의료과실에 대한 구제로 적절하며 체약국인 프랑스가 국내법률을 통해 반드시 청구인에게 유효한 형사적 제재수단을 제공할 필요는 없다고 판단하였다.[41]

아울러 유럽인권재판소는 재판소는 태어나지 아니한 태아가 유럽인권협약 제2조 하에서 여하한의 보호를 받을 자격을 가지는지 여부를 결정할 필요가 없다는 입장을 견지하였다.[42] 그럼에도 불구하고 재판소는 언제 생명이 시작되는지에 대해 유럽의 국가들 사이에 법적, 의학적, 윤리적 또는 종교적인 차원에서의 합의는 존재하고 있지 아니한 상태에서 유럽인권재판소가 유럽인권협약 제2조가 태아를 동조

36) *Vo. v. France*, para. 19.
37) 프랑스 파기원까지의 사건 진행은 *Vo. v. France*. paras. 20-22 참조. 파기원의 입장과 관련하여서는 para. 22.
38) 청구인 주장의 보다 더 자세한 주장은 *Vo. v. France*, paras. 47-50.
39) *Pretty v. the United Kingdom* , App. No. 2346/02, European Commission of Human Rights 2002-111.
40) *Vo. v. France*, paras. 52-53.
41) Vo. v. Franc
42) 이러한 유럽인권재판소의 입장의 변화는 후술하는 바와 같이 매우 흥미롭다고 할 수 있다.

에서 정하는 권리를 향유할 주체인 '사람'에 해당하는지 여부에 대한 추상적 물음에 답을 하는 것이 바람직한지 그리고 그러한 문제에 대한 답을 할 적절한 위치에 있는지에 대해서는 부정적인 입장을 천명하였다.[43]

나아가 유럽인권재판소는 심지어 과학의 발전과 유전공학상의 기술발전에도 불구하고 유럽국가들 사이에 배아와 태아의 법적 지위와 그 본질에 대한 합의는 존재하고 있지 않으며 국가들에 따라서는 그 접근방식이 상당히 상이함을 언급하였다. 특히 재판소는 영국의 경우, 배아와 태아는 향후 사람이 될 잠재성을 가지지 때문에 사법체제로서 그 법익을 보호하고 있고 프랑스의 경우에도 영국과 마찬가지로 태아와 배아는 향후 인간이 될 잠재성을 가진 존재로 파악하고 이에 인간의 존엄성에 근거한 제한된 권리를 부여하여 보호하고 있다는 점을 언급하여[44] 첫 번째 배아와 태아가 유럽인권협약 제2조에 의해 보호받는지 여부에 대한 해답제시에 대해 부정적인 입장을 그리고 두 번째로 태아와 배아에 대한 국가들의 다양한 인식과 그 인식에 근거한 규범 마련은 이른바 "체약국의 재량사항"(margin of appreciation)의 영역에 속한다고 판단한 것이다.

결론적으로 유럽인권재판소는 청구인의 청구와 관련하여 각 국가들은 태아 및 배아의 법적 지위와 관련한 자신의 이해에 근거하여 비교의 대상이 되는 이익 사이에 현저한 균형의 상실이 없는 한도 내에서의 국내법률에 의한 규제 및 관련 권리보호는 유럽인권협약의 위반이라고 할 수 없다는 입장을 제시한 것으로 보인다. 따라서 이 사건에서 유럽인권재판소는 행정법원에 청구인이 자신이 입은 손해와 관련한 사건을 청구하는 경우 그 효과적인 구제가 가능하였으며 형사소송절차의 진행이 유일한 구제책은 아니었으므로 유럽인권협약에서 정하고 있는 권리의 구제조치가 부재함으로써 협약의 권리의 본질이 침해된 것은 아니라고 판시하였다.[45]

(3) A, B and C v. Ireland (2010) 사건[46]

2010년의 A, B and C v. Ireland사건은 낙태와 관련한 가장 최근의 판례로서 유럽인권협약 제8조 프라이버시권의 맥락에서 오랜 시간 논의 되어 오던 낙태 문제

43) *Vo. v. France*, para. 82.
44) *Vo. v. France*, para. 84.
45) Vo. v. France, para. 94.
46) *A, B and C v. Ireland*, *Judgment (Grand Chamber)*, European Court of Human Rights (2010), Reports of Judgments and Decisions 2010, App. No. 25579/05. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332 (최종검색일: 2014년 11월 1일)

에 대한 입장에 명확한 결론을 내렸다는 점과 아울러 경우에 따라서는 낙태문제가 개인의 프라이버시권과 결부될 수 있다는 취지를 밝혔다는 점에 그 의의가 있는 판결이라고 할 수 있다. 아울러 유럽 공동체의 국가들 가운데 낙태에 관하여 실질적인 낙태금지를 그 내용으로 하는 아일랜드의 낙태관련 국내 법률을 다루었다는 점에서 국내외의 낙태찬반론자의 주목을 받았던 사례이다.

이 사건의 청구인 인 A, B 그리고 C의 익명의 청구인들은 일견 낙태가 아일랜드 국내 법률에서 불법으로 취급되고 있기 때문에 영국에서는 합법적으로 인정되는 낙태시술을 하고자 영국으로 입국을 한 아일랜드 국적자들이다.[47] 이들 청구인들이 영국으로 낙태시술을 받으러 간 정황과 이유와 배경은 서로 다르다.

A의 경우에는 자신의 남자친구가 불임이라고 생각하고 관계를 가져왔는데 예기치 않게 임신이 된 경우이다. A는 미혼이며 일정한 직업도 없이 만성적인 알콜중독 상태로 이미 태어난 4인의 아이를 부양하며 살고 있었다. 아이들의 양육의 상당부분은 기관에 의한 양유보조 및 관리비를 받아 부양하고 있고 나머지 한 아이는 중증 장애를 가지고 태어난 아이였다. 상황이 이렇다 보니 A에게 5번째 아이의 출산은 출산 후 우울증과 현재의 알콜중독 증상이 심화될 가능성이 현저한 상태였다. 이에 A는 고액의 사채이자를 약정하고 개인 사채업자로부터 약 650유로를 빌려 낙태를 위해 영국행을 선택하였다. 이 과정에서 A는 낙태사실을 친지들은 물론 주변 사람들에게 전혀 알리지 아니하였다. 영국에 도착한 이후 3주일 정도 수술이 지연되었고 이후 영국에서 낙태시술을 받았다. 이후 A는 아일랜드의 더블린으로 돌아오던 도중 심한 출혈을 일으켰으며 이에 병원으로 이송되어 치료를 받았다. 이후 A 그 증언에서 그간 심한 통증, 구토, 출혈 등에 시달렸다고 증언하였다. 청구인 A의 경우 유럽인권재판소에 본 사건에 대한 소송을 제기한 이후 다시 임신을 하여 5번째 아이를 출산하였다.[48]

청구인 B의 경우는 경구피임약을 사용하였으나 원치 않는 임신을 하게 된 경우이다. 이 과정에서 경구피임약의 복용과 관련하여 두 명의 의사들로부터 자궁외 임신 위험성을 고지 받았다.[49] 이후 B는 아이를 양육할 수도 없었다고 결정하고 낙태와 관련한 상담을 받고자 하였으나 더블린에 있는 센터에서 상담을 받기까지 수주 이상 기다려야 했다. 결국은 B는 낙태를 위해 영국행을 결정하고 친구의 신

47) *A, B and C v. Ireland*, paras. 13-26.
48) *A, B and C v. Ireland*, paras. 13-17.
49) 자궁외 임신 여부는 임신 6주 내지는 10주 이내에는 자궁외 임신여부는 진단되지 아니한다. *A, B and C v. Ireland*, para. 19.

용카드를 빌려 영국으로 행하였는데 당시 임신 7주차였다.[50] 단 이 시점에서 B는 자신의 임신이 자궁외 임신이 아니라는 점을 확인한 상태였다. 이후 B는 영국에 입국하였을 당시 낙태사실을 알리지 아니하기 위해 친지들의 인적 사항을 관계서류에 적지 아니하였으며 낙태시술을 받았다. 이후 급한 일정으로 대중교통을 이용하여 더블린으로 돌아 왔으며 영국의 개인 클리닉 담당의는 유산을 이유로 한 처방전을 발급하여 아일랜드에서 처방받도록 조처하였다.[51] 이후 그녀는 핏덩이를 쏟아내기 시작하였고 2주일 동안이나 낙태를 위한 여행에의 합법성을 확인받지 못하여 더블린에서의 후속조치를 받지 못하였다.[52]

또 다른 청구인 C의 경우는 항암치료 중의 임신과 관련한 사안이다. C는 약 3년 동안 약물항암치료를 받고 있었지만 지속적으로 임신을 원하였다. 그러나 의사는 약물을 통한 항암치료가 태아에 치명적인 영향을 줄 수 있다는 조언을 하였다. 그러나 그녀의 암은 감경기에 접어들었고 이후 의도치 아니한 임신을 하게 되었다. 이후 C는 임신이 자신의 건강에 어떠한 영향을 줄 수 있는지 그리고 이전의 항암치료가 태아에게 어떠한 영향을 줄 수 있는지에 대한 컨설팅을 받았다. 그러나 C는 이 컨설팅은 충분한 정보를 제공하지 못하였는데 그 이유는 포괄적으로 낙태를 금지하는 아일랜드의 현행법 때문에 발생한 이른바 "냉각효과" 때문에 충분한 정보를 자신에게 주지 아니하였다고 주장하였다. 그녀는 이후 스스로 인터넷으로 관련 정보를 검색하였고 결국 임신의 안전성에 의문을 품게 되었다. 이에 C는 낙태를 위해 영국으로 갔으나 거주자가 아니므로 낙태까지는 약 8주 정도 기다리게 되었다. 이후 영국에서 이루어진 낙태 수술도 성공적이지 못해 C는 지속적인 감염과 출혈에 시달리게 되었다. 이와 관련하여 C는 의사들이 적절한 의학적 조치를 취하지 못하였고 이후의 방문시에도 향후 임신을 할 수 없게 되었다는 것을 설명해주지 아니하였다고 주장하면서 이 모든 결과는 아일랜드의 현행법에 기인한다고 주장하였다.[53]

아일랜드헌법 §40.3.3은 "국가는 산모의 생명에 대한 동등한 권리를 적절히 고려하는 가운데 태어나지 아니한 생명에 대한 권리를 인정하며 이를 존중하는 법의 제정을 확보하고 실행 가능한 한 이 법률들을 통해 그러한 권리를 보호하고 옹호한다."[54]고 규정하고 있다. 이에 근거하여 아일랜드의 관련 법률에서는 낙태가 임

50) *A, B and C v. Ireland*, para. 18.
51) *A, B and C v. Ireland*, para. 20.
52) *A, B and C v. Ireland*, para. 21.
53) *A, B and C v. Ireland*, paras. 22-26.

신의 지속이 (단순한 건강 또는 기타의 이익이 아닌) 산모의 생명을 위험하게 하는 경우에만 낙태를 허용하고 있었다.[55]

이에 청구인인 A, B 그리고 C는 아일랜드 법률에서의 위와 같은 낙태 제한의 제한이 여성 자신에게는 유럽인권협약 제3조 비인간적이고 모멸적인 처우 금지 조항의 위반에 해당하고, 낙태를 사생활의 차원에서 보장하지 아니하고 있으므로 제8조에 근거한 사생활의 존중에 관한 권리를 위반한 것이며, 나아가 제13조에 근거한 권리들에 대한 국가의 효과적인 구제를 받을 권리의 위반 그리고 제14조에 근거한 동등한 처우와 관련한 권리를 위반했다고 주장하였다. 아울러 C의 경우에는 앞의 소인들 이외에 아일랜드는 낙태를 금지함으로써 발생한 위험은 산모의 생명과 관련하여 유럽인권협약 제2조에서 정하고 있는 생명권 위반에 해당한다고 주장하였다. 이에 아일랜드 정부는 유럽인권재판소가 이러한 관련 청구들에 대해 기각해야한다고 항변하였다. 그 이유는 청구인들이 관련 청구와 관련한 사안에 대해 의학기관 또는 의료인 및 관련 기관에서의 절차를 경료하지 아니하였으므로 국내구제완료의 원칙을 충족하지 못했기 때문이라는 것이었다.[56] 그러나 유럽인권재판소는 국내구제완료의 원칙에 근거한 정부의 항변과 관련하여 청구인 A와 B 그리고 청구인 C의 협약 제8조에 근거한 청구에 대한 재판소의 관할권에 대한 항변을 기각하였다.[57]

유럽인권재판소는 이하에서 살피는 유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 보호 받고 존중 받을 권리)에 근거한 청구인 C의 주장을 제외한 청구인 A, B 그리고 C의 모든 청구를 받아들이지 아니하였다. 즉 아일랜드의 포괄적 낙태금지법은 현실적으로 여성을 비인간적이고 모멸적인 처우를 결과한다는 유럽인권협약 제3조에 근거한 모든 청구인들의 주장과 아일랜드의 관련 법률은 산모의 생명을 위태롭게 하는 낙태시술에 처하게 한다는 유럽인권협약 제2조에 근거한 청구인 C의 주장에 대해 유럽인권재판소는 그러한 주장들이 "명백히 잘못 구성되어 있다"(manifestly ill founded)고 언급하며 그 청구들을 기각하였다.[58]

54) 원문은 다음과 같다. "the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right." 아일랜드헌법과 관련한 자세한 설명은 *A, B and C v. Ireland*, paras. 27-55. 현행헌법과 관련하여서는 특히 para. 55.
55) 아일랜드의 낙태 관련법은 2013년 7월 개정되면서 이 사건이 다루어졌던 2010년도 당시의 법률보다 더 완화된 낙태의 요건을 담게 되었음은 이 글의 앞에서 설명한 바와 같다.
56) *A, B and C v. Ireland*, paras. 132-135.
57) *A, B and C v. Ireland*, para. 156.

청구인들은 재판과정에서 유럽연합의 구성국들의 국내법과 실행을 살필 때 일정 기간 동안의 적법한 낙태에 대한 다수 국가들의 일종의 컨센서스가 존재한다고 주장하였다.[59] 그럼에도 불구하고 유럽인권재판소는 이러한 유럽연합 구성국들 사이의 합법적 낙태에 대한 다수의 관행 내지는 컨센서스가 유럽인권협약체제에서 회원국들에게 부여하는 결과에 대한 실행에 있어서의 광범위한 재량권(broad margin of appreciation)의 범위를 결정적으로 축소시키는 것은 아니라고 판단하였다.[60] 이에 따라 아일랜드는 태아 및 배아를 어떻게 이해할 것인지 또한 어느 시점부터 생명을 향유하는지 그리고 현저한 이익균형을 저해하지 아니하는 한 합법적 낙태의 허용범위에 대한 광범위한 재량권을 행사할 수 있는 것이 명백하다는 판단을 하였다.[61] 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제14조(차별금지)에 근거한 청구인들의 모든 청구를 기각하였다.

본 사건에서 주목할 만한 것은 유럽인권협약 제8조 "사생활 및 가족생활을 보호받고 존중받을 권리"와 관련한 판단이다. 유럽인권재판소는 원칙적으로 제8조의 사생활 및 가족생활을 보호 받고 존중받을 권리는 여성으로 하여금 낙태에 대한 권리를 부여하는 것으로 해석될 수 없다는 입장을 명확히 함으로써 유럽인권협약 제8조에 근거한 이제까지의 낙태에 관한 권리 논쟁에 종지부를 찍었다고 할 수 있다.[62] 그러나 유럽인권재판소는 세 번째 청구인인 C의 청구와 관련하여 아일랜드의 유럽인권협약 제8조의 위반이 있었다고 판결하였다는 점에 유의하여야 한다.

유럽인권재판소는 임신이 생명을 위협한다고 청구인이 믿었던 상황에서 낙태를 해야 하는지 여부 그리고 나아가 아일랜드의 당시 국내법상 합법적인 낙태가 가능한지 여부를 청구인이 명확하게 인지할 수 없는 상황이 발생했다는 점에 주목하였다. 즉 청구인 C는 이 사건과 관련된 상황에서 합법적인 낙태의 권리가 있는지 여부를 확인받기 위해 법적으로 공인된 결정을 보장할 수 있는 기관을 이용하지 못하였고[63], 청구인이 그 낙태와 관련한 상담을 받았으나 충분한 정보를 얻지 못한 것은 청구인이 지적한 바와 같은 이른바 "주목할 만한 냉각효과"(significant chilling effect)에서 연유한 것임을 인정하였다.[64] 이 사건은 낙태의 찬성론과 반대론의 격

58) *A, B and C v. Ireland*, paras. 159 & 165.
59) *A, B and C v. Ireland*, para. 235.
60) *A, B and C v. Ireland*, paras. 236 & 237.
61) *A, B and C v. Ireland*, para. 241.
62) *A, B and C v. Ireland*, para. 214.
63) *A, B and C v. Ireland*, para. 267.
64) *A, B and C v. Ireland*, para. 254.

렬한 의견 대립 속에서 주목을 받았고 몇몇 사람들은 미국 연방대법원의 Roe v. Wade[65]판결과 같은 판결이 되기를 원했지만 원칙적으로 아일랜드에게 광범위한 재량범위 (margin of appreciation)를 인정함으로써 낙태의 허용범위에 관한 유럽차원의 구체적인 국제기준을 제시하지 아니하였고 낙태와 관련한 논쟁으로부터 되도록 거리를 두려하는 유럽인권재판소의 태도로 귀결된 사건이라고 생각된다.

그럼에도 불구하고 이 사건은 법적으로 허용되는 낙태제도의 국내적 운용과 관련한 유럽인권협약 제8조의 해석과 적용에 대한 중요한 선례를 남겼다고 할 수 있다. 즉 유럽인권협약 그 자체는 낙태에 대한 직접적 권리를 부여하는 조문을 담고 있지는 아니하고 합법적인 낙태의 운용과 관련하여 당사국들은 광범위한 재량을 가지지만 반드시 산모에게 "허용되는 낙태의 요건에 해당하는지 여부"를 명확히 하는 조치가 반드시 수반되어야 한다는 점을 명확하게 하였다는데 그 의의가 있다고 생각된다.

V. 대한민국의 현황과 유럽인권재판소의 판례의 시사점

1. 대한민국의 법체제

대한민국 형법 제269조[66] 및 제270조[67]에서는 낙태의 죄를 규정하여 낙태행위를 범죄로서 처벌하고 있고 모자보건법 제14조에서는 인공임신중절[68]이 예외적으로 허용되는 사유를 정하고 있다.[69] 그러므로 우리나라 법체제에서 합법적으로 인

65) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
66) 제269조 [낙태]
(1) 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. (*시효 3년)
(2) 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.
(3) 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.
67) 제270조 [의사등의 낙태, 부동의낙태]
(1) 의사, 한의사, 조산원, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. (*시효 3년)
(2) 부녀의 촉탁 또는 승낙없이 낙태하게 한자는 3년 이하의 징역에 처한다. (*시효 3년)
(3) 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다. (*전단 시효 5년 후단시효 7년).
(4) 전 3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.
68) 우리나라 법체제에서 "인공임신중절"과 "낙태"는 기술적으로 다른 개념이다. 이와 관련하여서는 이글의 각주 2번 참조.
69) 모자보건법 제14조

정되는 낙태는 모자보건법 제14조에서 정하고 있는 예외사유에 해당하는 "인공임신중절 수술"로 제한된다. 모자보건법 시행령 제15조에서는 이 인공임신중절 사유를 더 자세히 기술하고 있는바 이는 다음과 같다. (1) 본인 또는 배우자에게 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환이 있는 경우, (2) 본인 또는 배우자에게 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환이 있는 경우, (3) 강간 또는 준강간에 의해 임신된 경우, (4) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, (5) 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우가 있다.

이러한 사유에 해당하는 경우라고 하여도 모자보건법시행령에 따르면 (1) 임신한 날로부터 24주 이내에만 인공임신중절이 합법적으로 시술될 수 있으며 (2) 임산부 본인과 사실혼 관계에 있는 배우자를 포함하는 배우자 모두의 동의의 존재, 그리고 (3) 인공임신중절을 집도하는 의사의 판단이라는 요건을 충족해야 한다. 단 두 번째 요건인 임산부 이외의 자의 "동의"와 관련하여서는 만일 배우자의 사망, 실종, 행방불명이나 그 밖의 부득이한 사유로 인해 동의를 받을 수 없는 경우에는 임산부 본인의 동의만으로 인공임신중절수술을 할 수 있고, 본인 또는 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없는 경우에는 그 친권자 또는 후견인의 동의를, 친권자 또는 후견인이 없는 경우에는 부양의무자의 동의를 받아 수술할 수 있도록 하고 있다.[70]

이러한 낙태에 대한 한국법의 입장과 관련에 대해 다른 외국의 경우와 마찬가지로 기본권 침해와 관련한 논란이 있었으며 우리나라 헌법재판소는 모자보건법 제14조에 대한 위헌사건 2건[71] 그리고 형법 제270조 낙태의 죄에 대한 위헌사건[72]을 다룬바 있다. 우리나라 헌법재판소는 모자보건법 제14조와 관련하여 (1) 모자보건법 제14조가 태아의 생명권을 침해한다는 청구와 관련하여 청구인 자신의 구체적 기본권 침해가 존재할 수 없다는 것, (2) 모자보건법 제14조는 실질적으로 태아의 생명권과 부모의 프라이버시권을 규율하는 것으로 임산부, 배우자 및 일정한

(1) 임산부나 그 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
(2) 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우,
(3) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 친족간에 임신이 된 경우
(4) 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우.

70) 모자보건법 제14조 제2항 및 제3항.
71) 2008헌마218 모자보건법 제14조 위헌확인소송; 2012헌마5 모자보건법 제14조 위헌확인소송.
72) 형법 제270조 제1항 위헌확인소송.

경우 친권자, 후견인, 부양의무자를 형식으로 규율하는 것이라는 것, (3) 태아는 인간으로 형성되어 가는 단계의 생명체로 모체와는 별개의 생명체이기 때문에 태아도 헌법상 생명권의 주체로 판단한다. 그리고 (4) 태아의 독자적 생존 능력은 낙태 허용의 판단기준이 될 수 없다는 입장을 취하고 있다.[73] 또한 (5) 형법상 자기낙태죄의 조항으로 산모의 자기결정권이 제한되지만 태아의 생명권 보호라는 공익과 산모의 자기결정권 사이에 법익 균형이 충족된다는 입장을 취하고 있다.

2. 유럽인권재판소 판례의 시사점

우리나라에서의 낙태 논의에 있어 유럽인권재판소 판례의 시사점을 언급하기 전에 유의해야할 것이 있다. 첫째 비록 인권이라는 측면에서 그 실질적 실체는 유사하거나 동일할 수 있으나 유럽인권협약이 정하고 있는 권리의 종류 내용과 우리나라 헌법이 정하고 있는 기본권의 종류 및 그 내용이 다르다는 것이다. 이에 따라 우리나라 헌법에서 언급하는 특정 기본권의 개념과 범위에 차이가 있다는 점이 고려되어야 한다.

둘째, 유럽인권재판소는 유럽인권협약에 따라 설립된 국제재판소라는 점이 반드시 고려되어야 한다는 것이다. 즉 유럽인권재판소는 유럽인권협약이라는 다자조약에 근거하여 설립된 재판소이며 유럽인권협약이 정하고 있는 내용이 국내사회에서 결과로 달성되는 것에 주목할 뿐 그 국내적 체제나 수단에 대해서는 국가의 폭넓은 재량을 인정하고 있다는 것이다. 셋째, 앞서 언급한 바와 같이 국제인권법 분야에서 유럽인권재판소가 가지는 위상과 영향력은 상당하다고 평가할 수 있다. 아울러 최근의 국제인권의 논의가 이른바 "인권의 범세계화" 추세에 있다고 하더라도 기본적으로 유럽인권재판소의 판례는 유럽공동체에서의 역사, 문화 및 사회정서에 근간을 두고 있으므로 이러한 점은 반드시 고려되어야 한다고 생각된다.

따라서 낙태와 관련한 유럽인권재판소의 판례가 우리나라 헌법재판소의 법리보

73) 원문은 다음과 같다. "모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되고, 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101 참조). 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안 될 것이다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다." 형법 제270조 제1항 위헌확인소송.

다 우수하다거나 유럽인권협약의 내용이 우리나라 국내법 보다 더 그 가치가 크다는 것을 의미하는 것이 아니라는 점에 유의하여야 한다. 즉 유럽인권재판소의 판례의 입장을 우리나라의 현행 법체제에 비추어 살피고 헌법재판소의 입장과 다른 점을 살피는 것은 향후의 논의를 위한 하나의 시사점에 불과하다는 점을 강조하고 싶다.

첫째, 태아 또는 배아가 유럽인권협약 제2조에서 규정하고 있는 생명권의 주체가 되는지와 관련하여서는 유럽인권위원회에서의 사례로부터 유럽인권재판소의 최근 사례로 그 판례가 누적되며 유럽인권재판소의 입장이 미묘하게 변해 왔음을 알 수 있다. 유럽인권재판소는 원칙적으로 태아 또는 배아는 유럽인권협약 제2조의 "사람"의 범위에 들어 갈 수 없으며 생명권을 향유할 수 없다고 전제한다. 그러나 제한된 경우 생명권에 근거한 보호를 받을 수 있고 어느 정도의 보호를 부여할 것인지는 국내법의 재량범위에 속한다는 접근을 하고 있다. 이와는 대조적으로 우리나라 헌법재판소는 형법 제270조의 위헌청구소송에서 태아를 이른바 "인간으로 형성되어 가는 단계의 생명"이자 그 자체로는 "모와는 별개의 생명체"로 전제하고 생명에 관한 권리를 인정하는 접근방식을 취하고 있다. 이러한 접근 방식은 영국이나 프랑스 국내법에서 이른바 "인간으로 발전할 생명의 씨앗"이라는 식의 접근방식과 매우 유사하다고 할 수 있다. 그런데 유럽인권재판소의 접근방식은 논리적으로 "부정"에서 출발하여 특정 상황에서는 "긍정" 내지 "제한적 보호"로 접근하는 것에 비해 우리나라 헌법재판소의 접근은 "긍정"에서 시작해서 "긍정"으로 귀결된다는 데 차이점이 있다고 생각된다. 전자의 경우에는 (이 또한 국가들의 재량범위에 속한 것이나) 일정 기간 동안의 포괄적이고 합법적인 낙태 내지는 일정 기간 동안의 완화된 요건의 설정을 통한 실질적인 포괄적 낙태가 가능하게 되는 반면 후자의 접근방식을 따르는 경우에는 임신의 전 기간에 있어 포괄적 합법 낙태의 기간은 설정될 수 없게 되는 차이가 있다고 생각된다.

둘째, 유럽인권재판소는 그 판례를 통해 산모의 건강과 태아의 보호 사이에 적절한 균형의 유지라는 기준을 중요하게 생각하고 있는데 이에 비해 우리나라 헌법재판소는 산모의 자기결정권과 태아의 생명권이라는 공익 사이의 이익균형에 초점을 맞추고 있다는 점에 그 차이가 있어 보인다. 이 부분에 있어 유럽인권재판소와 우리나라 헌법재판소의 비교형량의 대상 내지는 프라이버시권에 대한 접근방식이 서로 다르다는 점이 매우 흥미롭다. 유럽인권재판소는 임산부가 가지는 법익과 태아 또는 배아에 대한 보호의 비교형량이라는 측면에서 지속적으로 임산부의 생명

및 육체적, 정신적 건강에의 피해 및 우려라는 가치를 강조해 왔다. 나아가 A, B and C v. Ireland 사건의 판결에서는 유럽인권협약 제8조에서 정하는 프라이버시권은 임산부에게 낙태에 대한 여하한의 권원을 제공하지 아니 한다는 입장을 명확히 하고 있다. 그런데 우리나라 헌법재판소는 이익균형에 있어 산모가 가지는 프라이버시권을 언급함으로써 프라이버시권이 원칙적으로는 낙태에 대한 산모의 결정권 내지는 권리의 원천이 된다는 것을 전제하고 있는 것인지 하는 점은 다소 애매하다고 생각된다. 이와 관련하여 향후 이와 관련한 보다 심층적인 이론적 연구가 진행되는 것도 바람직하리라 생각된다.

세 번째는 우리나라의 모자보건법 및 모자보건법 시행령은 법적으로 허용된 낙태의 경우에도 배우자 (사실혼관계의 배우자 포함), 친권자, 후견인 등의 동의를 요구하고 있고 헌법재판소도 모자보건법 제14조가 이들 모두에 대한 프라이버시권을 규율한 것이라고 보는 것과 달리 유럽인권재판소는 2002년 Boso v. Italy판결에서 배우자의 동의 없이 이루어진 합법적인 낙태의 경우 낙태에 의해 직접적인 영향을 받는 것은 임산부 본인이므로 이른바 제8조 사생활의 권리로부터 연유하는 부권(father's right)은 임산부의 건강과 생명에 관한 권리를 제한하는 것으로 이용될 수 없고 동의를 필요로 하지 아니하는 입법은 유럽인권협약 제8조의 권리를 위반한 것이 아니라고 하였다. 이러한 유럽인권재판소의 태도는 우리나라의 현실에서 매우 중요한 시사점을 가진다고 생각된다. 즉 모자보건법 제14조에서 규정하고 있는 임신중절의 허용사유를 고려할 때 예를 들어 성폭행 범죄의 피해로 임신이 된 경우 아무리 가까운 보호자 및 친권자라고 하여도 임산부가 이 사실을 알리고 동의를 구하는 과정은 현실적으로 괴로운 일일 것이다. 또한 임산부 자신은 생명이나 건강상에 문제가 있다고 생각함에도 배우자의 동의가 없는 경우 임산부는 자신의 판단과는 관련 없이 그 임신의 계속을 해야 하는 상황이 발생할 수 있다고 생각된다. 따라서 향후 모자보건법과 그 시행령의 개정에 있어 임산부 이외의 배우자 및 친권자 등의 동의를 요건으로 해야 하는지가 이론적, 정책적으로 심도있게 논의되는 것이 바람직하다고 생각된다.

네 번째, 개인적으로 유럽인권재판소의 A, B and C v. Ireland사건에서 유럽인권재판소가 청구인C의 유럽인권협약 제8조 (사생활의 권리)에 근거한 일부 청구를 받아 들였다는 점을 눈여겨 보아야 한다고 생각된다.[74] 환언하면 아일랜드의 포괄적 낙태금지의 법률이 이른바 주목할 만한 냉각효과를 가져왔고 청구인으로 하여

74) 이와 관련하여서는 이 글 (3) *A, B and C v. Ireland* 부분 참조.

금 합법적인 낙태에 해당하는지 그리고 낙태를 해야 하는지의 정보를 충분히 구할 수 없는 상황은 제8조의 위반을 구성한다고 한 부분이다. 우리나라의 현행법체제 하에서는 모자보건법상 임산부에 대한 산모수첩의 발행 및 산모신고 등의 제도를 운영하고는 있으나 임신중절과 관련하여서는 모자보건법 제14조에 규정된 예외적 허용사유에 해당하는지 여부의 판단, 임산부의 생명 및 건강을 심히 해칠 우려가 존재하는지 여부 나아가 낙태(또는 인공임신중절)를 결정할지 아니면 임신을 지속할지에 대한 충분한 정보제공을 위한 체제가 불분명한 것이 사실이다. 즉 향후 모자보건법의 개정 논의에 있어 반드시 A, B and C v. Ireland 사건에서의 프라이버시권과 관련한 판례의 입장을 고려한 논의가 수반되어야 한다고 생각된다.

마지막으로 유럽인권재판소 판례의 입장과는 관련이 없으나 유럽 각국의 법제들을 고려할 때 우리나라의 현행 법체제에 문제의 소지가 될 수 있는 부분을 언급하고자 한다. 먼저 유럽 대부분의 국가들은 국내법에 근거한 합법적 낙태 결정에 있어 대개 2인 이상의 (다른 병원에 종사하는) 의사들의 진단과 수술에 대한 동의를 요하고 있다. 이는 배우자 및 보호자의 동의와 의사 1인의 동의를 요구하는 우리나라의 현행 체제보다 임산부에게 임신의 지속여부의 결정에 대한 보다 객관적이고 상세한 정보를 제공해 줄 수 있다는 점에서 바람직하다고 생각된다. 따라서 향후 법개정 논의에서 배우자 및 보호자의 동의요건을 삭제하고 의사 2인의 상담을 수반한 동의를 요하는 체제를 도입하는 것이 바람직해 보인다.

나아가 우리나라 모자보건법 제14조 및 동 시행령의 규정들에 나타난 인공임신중절의 예외적 허용사유와 관련하여 크게 두 가지 정도의 문제가 있는 것으로 생각된다. 먼저 현행 법률에서는 "보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해치고 있거나.."로 되어 있고 그 시행령도 주로 육체적인 건강에 중점을 맞추고 있는 듯한 인상을 주고 있다. 또한 그 해석에 있어서도 정신적인 건강에의 위협 내지는 정신건강을 심히 해하고 있는 상황을 "건강"에 포함시키는지 여부는 조문만으로는 명확하지 아니하다. 그러나 출산후 우울증과 같은 정신병리학적 증상에 따른 문제들이 발생하고 있다는 사실에 비추어 볼 때 모자보건법 제14조 및 그 시행령이 규정하는 "건강"의 범위에는 정신적인 건강까지 포함하는 것을 명확히 밝히는 것이 바람직하다고 생각된다.

마지막으로 모자보건법 제14조 제1항은 산모 또는 배우자의 우생학적 요인의 존재를 인공임신중절 허용사유로 규정하고 있다. 그러나 이는 비록 모자보건법 시행령에서 그 병증의 예시를 들고 있으나 무엇보다도 "우생학"적[75] 근거에 의한 인공

임신중절의 허용은 과거 오남용의 사례가 많고[76] 태아에의 병증감염의 실증적이고 과학적인 데이터에 기반을 둔 것이 아닌 임산부의 병적에 따라 판단하는 점에서 문제가 있어 보인다. 나아가 배우자의 경우의 이른바 "우생학적" 요인까지 포괄적으로 인공임신중절 사유로 인정한다는 것은 다소 이해하기 어려운 부분이 아닌가 하는 생각이다.

Ⅵ. 결론

최근 우리사회는 출산율 감소와 인구의 감소 우려로 인공임신중절이나 낙태에 대한 논의 그 자체가 바람직하지 못하다는 취급을 받는 듯 한 인상을 받는 경우가 있으며 어느 주요 언론들도 우리나라 사회에서 이루어지고 있는 낙태의 문제를 더 이상 깊이 있게 다루지 않는다. 또한 제한적 기간에서의 포괄적 낙태를 언급하거나 유럽국가들의 낙태 관련 입법을 소개하는 경우 인구감소라는 현재의 위험을 더 가중시키려는 시도로 비추어질 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 통계에 따르면 2005년 한해 약 34만 건이 이상의 낙태가 이루어 졌으며 미혼여성의 30%가 기혼여성의 약 50% 이상이 한번 이상의 낙태 경험이 있다고 한다. 이 가운데 우리나라 법체제가 허용하고 있는 이른바 합법적 낙태에 해당하는 건수는 몇 건이나 될까?

---

75) 특히 모자보건법에서 사용되고 있는 용어인 "우생학(eugenics)"의 개념을 언급할 필요가 있다. 사전적 의미의 우생학은 종의 개량을 목적으로 인간의 선발육종에 대한 연구를 수행하는 학문으로 장기적으로는 열악한 유전소질을 가진 인구의 증가를 방지하는 것을 목적으로 하고 있다는 것이다. 즉 모자보건법상 인공임신중절을 언급하는 조문에 있어 열악한 유전소질의 배제와 건전한 소질을 가진 인구의 증가를 의미하는 "우생학적"이라는 용어의 사용이 적절한지 생각해 보아야 한다. 특히 과거 인종주의적 '우생학'이 나쁜 유전자를 가진 인종 내지는 완전한 민족적 유전자 형성에 방해되는 나쁜 유전자를 가진 자들이라는 차별논리를 결과하고 심각한 인권침해를 가져온 역사가 있다는 점에 주목해야 한다.

76) 우생학의 어두운 오남용 사례로 대표적인 것은 미국의 이른바 "단종법"에 의한 강제불임시술(sterilization)과 관련한 과거 미국의 대중적 입법과 이를 지지했던 미국사법부의 어두운 역사가 있다. 그리고 다른 대표적인 예는 우생학적 이론에 근거하여 독일의 나치가 제2차 세계대전의 발발전 자국민 가운데 다운증후군환자, 정신병자들을 열성유전자로 규정하고 학살한 사례 그리고 전쟁중 유태인들에 대한 제노사이드 범죄를 저지른 것이다. 이후 우생학은 전반적으로 몰락하였고 최근에는 "인간유전학"이라는 명칭으로 새로운 차원에서의 접근이 이루어지고 있다. 그러나 고전적 우생학의 개념이 사회적 문제 특히 장애인문제, 이민자, 인종 등의 지표와 관련한 문제들과 결부될 때는 심각한 문제를 만들어 내며 심지어 이는 1970년대까지 미국에서의 강제불임시술의 실행으로 나타나기도 하였다. 우생학이 단종법에 미친 영향에 관하여서는 서종희, "우생학적 생명정치가 혼인법, 이혼법, 불임법(단종법) 등에 미친 영향: 20세기 초 영국과 미국을 중심으로", 가족법연구 제24권 제3호 (2010년 12월) 참조.

이 글의 서두에서 밝힌바와 같이 낙태와 관련한 문제는 근본적으로 생명에 대한 논의이기에 획일적이고 단언적인 해결 자체가 불가능한 분야일지도 모른다. 그러나 앞서 살핀 유럽인권재판소의 판결에서 보여 지는 바와 같이 동양과 서양을 막론하고 낙태라는 문제에 직면하여 심각한 고통과 심각한 생명에의 위협에 처한 상태로 고립되는 여성들의 대부분은 경제적 약자이거나 사회적 약자에 속하는 여성들이라는 점이다. 필자의 생각으로는 바로 이러한 사실이 우리가 낙태라고 하는 문제를 계속적으로 다각적인 측면에서 논의해야 하는 충분한 이유를 제공하고 있는 것은 아닐지 생각해 본다.

이제까지 낙태문제의 주요한 접근은 배아 및 태아가 생명권을 향유할 수 있는데 주요한 초점을 맞추어 온 것으로 보인다. 그러나 동서고금을 막론하고 낙태라고 하는 현실의 문제에 직면한 여성의 위험하고 처참한 상황을 고려할 때 여성의 정신적, 육체적 건강의 보호라는 측면에서 더 활발한 논의가 있어야 하는 것이 아닌가 하는 생각이다. 이러한 측면에서의 논의는 낙태의 포괄적 허용이냐 포괄적 금지냐, 합법적 낙태의 확대냐 아니냐의 논의와 직접적으로 관련이 되어 있는 것은 아니라고 생각한다. 즉 그 입장이 포괄적 금지의 원칙이나 낙태의 불법화 원칙을 고수한다고 하여도 여성의 정신적 건강과 육체적 건강에의 보다 진중한 고려와 이를 바탕으로 한 허용되는 낙태 허용되지 아니하는 낙태의 판단 뿐 아니라 현재의 상태에 대해 경제적 지위를 막론하고 충분한 정보를 얻을 수 있는 체제의 마련과 불법낙태의 후유증에 시달리는 임산부들의 건강을 회복하는 제도적 방안은 논의될 수 있는 것이기 때문이다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.18)



오 미 영

유럽인권협약, 유럽인권재판소, 낙태, 인공임신중절, 배아, 태아, 유럽인권위원회, 헌법재판소

【참 고 문 헌】

손영수, “형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법학적 이해, 대한산부회지 제53권 제6호(2010)

정빛나, “보수 가톨릭 국가 아일랜드서 낙태 허용법안 가결” 연합뉴스 2013년 7월 13일자

헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상

2008헌마218 모자보건법 제14조 위헌확인소송

2012헌마5 모자보건법 제14조 위헌확인소송

H. Schmermers, "The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights", European Law Review vol. 19 (1994)

J. Dugard, International Law: A South African Perspective 3rd ed (Junta, 2007)

R. Bernhardt, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol 11", American Journal of International Law vol. 89 (1995)

A, B and C v. Ireland, Judgment (Grand Chamber), European Court of Human Rights (2010), Reports of Judgments and Decisions 2010, App. No. 25579/05

Boso v. Italy, Decision, European Courts of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII (App. No. 50490/99)

Brüggemann and Scheuten v. Germany, Commission decision, European Commission of Human Rights (1976), Eur. Comm. H.R., No. 867/60, Collection 6

H. v. Norway, Commission decision, European Commission of Human Rights (1992), Eur. Comm. H.R., App. No. 17004/90.

Reeve v. the United Kingdom, admissibility decision, European Commission of Human Rights (1994), Eur. Comm. HR., App. No. 24844/94

Vo. v. France, Judgement(Grand Chamber), European Court of Human Rights (2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII, App. No. 53924/00

X. v.The United Kingdom, Commission decision, European Commission of Human Rights (1980), no. 8416/78Decisions and Reports (DR)
Council of Europe, European Social Charter (Council of Europe, 2011)

참고사이트
http://amnesty.or.kr/9471/
http://www.african-court.org/en/
https://fullfact.org/factchecks/european_court_
human_rights_cases_violations-3267
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1
http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf
http://riviera.angloinfo.com/information/healthcare/pregnancy-birth/termination-abortion/
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74824
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1759
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23338
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332

Abstract

Jurisprudence of the European Court of Human Rights on Abortion

– Its Implications on Discourses in Korea –

Mi-Young Oh

It has been long to be discoursed whether punish abortion as a crime or not, whether prohibit it with exceptions or not and to what extent? Nevertheless, abortion issue has been being a fierce topic in society whenever a relevant incident comes into the spotlight. And there are various approaches on the abortion issue including religious, legal, social, scientific, ethical and philosophical. Because this abortion issue is closely relevant with the potential questions: “when fetus becomes a person?”, “whether fetus or embryo may be protected under right to life?” and etc.

Therefore, there have been diverse and many publications and researches on this issue. Nevertheless, almost of all researches have been done in Korea have been focused on criminal law, constitutional law and comparative law perspectives. So, this article paid more attention on the jurisprudence of the European Court of Human Rights on abortion matters. Analyzing landmark case laws on abortion at the European Court of Human Rights, this article tried to show thought-provoking issues to the future discourses on amending the relevant Korean law and regulation on abortion.



Mi-Young Oh

European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights, Abortion, Embryo, Fetus, European Commission of Human Rights, Korean Constitutional Court, Korean Criminal Code

개인정보처리자에 관한 연구*

김 민 호**

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 개인정보 개념 재정립 논의에 대한 비판
Ⅲ. 개인정보처리자
1. 「개인정보 보호법」의 수범자로서의 개인정보처리자
2. 현황
3. 해외동향 및 입법례
4. 「개인정보 보호법」상 개인정보처리자에 관한 제 문제
Ⅳ. 개인정보처리자 개념 재정립
1. 개인정보처리자 개념의 수정·보완
2. 벌칙적용대상자의 명확화 및 양벌규정의 개선
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

공공부문과 민간영역을 모두 아우르는 「개인정보 보호법」이 제정·시행되었으나 여전히 타인의 개인정보를 불법 수집·이용하는 이른바 개인정보 침해사고는 여전히 기승을 부리고 있다. 오히려 법집행에 따른 단속이나 행정처분 등으로 일반 국민들에게 피로감만 증폭시키고 있다는 비판이다. 기업들은 과도한 개인정보 보호정책 때문에 정상적인 기업 활동이나 새로운 서비스 개발에 제약을 받고 있다는 불만을 제기하고 있다. 법제정을 위한 사전 연구와 검토가 부족한 탓도 있고 행정기관 상호간의 이해관계 충돌로 정보통신망에서의 개인정보, 금융분야 신용정보로서의 개인정보 등과 관계 정리를 소홀히 한 탓도 있다.

많은 학자들이 법 시행을 과정에서 법과 현실의 괴로 인한 법집행의 한계가 노정된 가장 커다란 원인으로 '개인정보'의 개념이 지나치게 넓고 모호해서 법적용의 곤란성을 증폭시키고 있다는 점을 들고 있다. 그래서 개인정보의 정의를 재정립하자는 주장이 계속해서 제기되고 있다. 이들 주장은 대체로 개인정보의 개념을 세분화하려는 시도, 프라이버시의 관계정립을 통해 개인정보를 차별화하자는 주장, 개인정보의 핵심 개념인 '식별성'에 대한 수정이 필요하다는 견해들이다. 하지만 이들 논의는 모두 논리적·입법론적 한계가 있다.

개인정보는 어떠한 정의 기법을 사용하더라도 결국 "개인에 관한 모든 정보"일 수밖에 없다. 현행 「개인정보 보호법」은 개인정보 개념의 모호성과 광범위성을 극복하고 법과 현실의 간극을 없애기 위해 '개인정보파일'과 '개인정보처리자'라는 개념을 따로 설정하고 있다. '개인정보파일'을 별도로 정의하여 '개인정보가 기재되어 있는 문서라 할지라도 체계적으로 배열·검색할 수 있도록 구성되어 있지 않은 단순한 문서 집합물인 경우'를 「개인정보 보호법」의 적용에서 제외하고 있으며, "개인정보처리자"라는 제한적 개념을 정의하여 법적 금지 또는 행위규범의 준수자(수범자)를 제한하고 있다.

하지만 이러한 입법취지와는 다르게 현행 「개인정보 보호법」은 개인정보처리자의 범위를 또 다시 모호하게 하는 오류를 범하고 있다. "개인정보파일을 운영하는..."이라는 작용적 개념을 사용하여 개인정보처리자를 한정적으로 구체화함에도 불구하고 "개인정보파일을 운영하기 위하여...."라는 목적적 개념을 사용함으로써 현재의 실제적 작용이 없더라도 미래적·목적적으로 "개인정보파일을 운영할 가능성"만 존재하면 개인정보처리자가 될 수 있다. 따라서 「개인정보 보호법」의 수범자를 한정·구체화하여 법 집행의 실효성을 높이려는 당초의 입법목적을 충실하게 반영하기 위해서는 개인정보처리자를 "업무를 목적으로 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하여 **개인정보파일을 운용하는** 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다."로 한정·구체화하는 것이 타당하다.

이외에도 개인정보처리자와 벌칙적용대상자의 관계, 법인에 대한 양벌규정, 개인정보처리자로서의 공공기관 특히 행정청에 대한 벌칙적용 및 과태료 부과의 타당성 등에 대한 문제도 살펴보고 그 대안적 방안을 제시하였다.

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (2012S1A3A2033974)
* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

Ⅰ. 문제의 소재

공공부문과 민간영역을 모두 아우르는 「개인정보 보호법」이 제정·시행되었으나 여전히 타인의 개인정보를 불법 수집·이용하는 이른바 개인정보 침해사고는 여전히 기승을 부리고 있다. 오히려 법집행에 따른 단속이나 행정처분 등으로 일반 국민들에게 피로감만 증폭시키고 있다는 비판이다. 기업들은 과도한 개인정보 보호정책 때문에 정상적인 기업 활동이나 새로운 서비스 개발에 제약을 받고 있다는 불만을 제기하고 있다. 법제정을 위한 사전 연구와 검토가 부족한 탓도 있고 행정기관 상호간의 이해관계 충돌로 정보통신망에서의 개인정보, 금융분야 신용정보로서의 개인정보 등과 관계 정리를 소홀히 한 탓도 있다. 일각에서는 현행법상 '개인정보'의 개념이 지나치게 넓고 모호해서 법과 현실의 괴리를 초래하고 법적용의 곤란성을 증폭시키고 있다는 지적도 한다.

이러한 이유에서 법이 제정·시행된 지 얼마 되지 않았으나 전면적인 법률개정이 필요하다는 의견이 갈수록 늘어가고 있다. 법 개정에 대한 논의가 있을 때마다 빠지지 않고 등장하는 것이 '개인정보' 개념의 재정립 또는 명확화이다. 개인정보의 개념을 유형화하자는 주장도 있고 개인정보를 차별적으로 정의하여 그 보호수준을 달리하자는 견해도 있다. 근래 「개인정보 보호법」 제정을 전후하여 개인정보에 관한 연구가 봇물처럼 발표되었다. 그런데 아쉬운 것은 연구자들마다 개인정보에 대한 이해가 서로 다르다는 것이다. 이는 우리나라만의 사정이 아니다. 미국이나 EU에서도 Personal Information Protection, Data Protection, Privacy 등 다양한 개념이 어떤 때는 동일한 개념으로 또 어떤 때는 완전히 다른 개념으로 혼재되어 사용되고 있는 실정이다. 마치 장님이 코끼리를 만지듯 개인정보에 대한 본질론적 이해를 달리할 경우 이에 대한 정의(definition)와 규제(regulation)도 달라질 수밖에 없다. 또한 가치적 개념으로서 '개인정보'와 현행법령이 보호하고 있는 '개인정보'가 반드시 일치하는 것이 아님에도 불구하고 학자들이 이를 구분하지 아니하고 혼용함으로써 혼란을 가중시키는 측면도 있다.

이하에서는 우선 '개인정보'의 정의를 재정립하자는 견해들과 그 문제점을 살펴보고 현행법령이 보호하고 있는 '개인정보'의 범위에 관하여 고찰하고자 한다. 현행법령, 특히 「개인정보 보호법」은 '개인정보' 자체를 규율하지 아니하고 '개인정보처리자'에게 여러 가지 법상 의무를 부과하고 그 위반에 대하여 제재를 하는

입법방식을 취하고 있다. 현행법령이 보호하고 있는 '개인정보'는 가치적 개념으로서 개인정보가 아니라 "개인정보처리자에 의하여 처리되는 개인정보"로 제한된다. 따라서 현행 「개인정보 보호법」의 실효성을 확보하고 법령과 현실의 괴리를 없애기 위해서는 '개인정보'에 대한 새로운 정의가 요구되는 것이 아니라 '개인정보처리자'에 대한 범위를 구체적으로 설정하는 것이 필요하다. 이러한 문제의식을 바탕으로 현행 「개인정보 보호법」이 정의하고 있는 '개인정보처리자'의 해석론과 적용상의 문제점 및 그 해결방안을 모색하고자 한다.

Ⅱ. 개인정보 개념 재정립 논의에 대한 비판

현행 「개인정보 보호법」은 개인정보를 '살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)'라고 정의하고 있다.[1] 이러한 정의를 문언적으로만 해석한다면 사실상 개인에 관한 모든 정보, 심지어는 개인에 대한 평가나 평판도 개인정보에 해당한다. 왜냐하면 개인을 식별할 수 있는 정보뿐만 아니라 2개 이상의 정보가 결합하면 개인을 식별할 수 있는 정보, 즉 식별가능정보도 개인정보에 포함되기 때문에 그 자체로는 개인정보로 보기 어려운 것도 식별가능성만 있으면 개인정보가 되는 것이다. 이처럼 개인에 관한 거의 모든 정보가 개인정보로 취급될 수 있기 때문에 개인에 관한 모든 정보는 정보주체의 동의를 얻어야만 해당 정보의 처리(수집, 제공, 활용 등)가 가능하다는 가설이 설정될 수 있다. 하지만 이러한 가설이 현실화 될 수도 없고 되어서도 안 된다. 인간은 사회적 유기체이므로 타인에 대한 정보를 인식하고 활용하는 것이 필수적이다. 다시 말해서 타인에 대한 정보는 유통되는 것을 전재로 생성되는 것이다. 그런데 이러한 모든 정보가 정보주체의 동의에 의해서만 유통될 수 있다면 우리 사회는 동맥경화에 걸릴 수도 있을 것이다. 당연히 개인에 대한 정보라 할지라도 법상 보호하여야 할 정보와 자유로이 유통되어야 할 정보가 구별되어야 하는 것이다. 그러기 위해서는 법령이 법상 보호되는 개인정보를 구체적으로 범위를 정하여 정의하여야 하는데 현행 「개인정보 보호법」은 이러한 법적 사명을 다하지 못하고 있다는 지적이 많다.

1) 「개인정보 보호법」 제2조 제1호.

이러한 까닭에 「개인정보 보호법」상 개인정보의 정의를 재정립해야한다는 주장들이 제기되고 있다. 개인정보 개념을 재정립하자는 견해들은 다음과 같이 크게 3가지 정도로 범주화할 수 있다. 첫째는 '개인정보'의 개념을 세분화하려는 시도[2]이며, 둘째는 '프라이버시'의 관계정립을 통해 '개인정보'를 차별화하자는 주장[3]이며, 셋째는 '개인정보'의 핵심 개념인 '식별성'에 대한 수정이 필요하다는 견해[4]이다.[5]

'개인정보'의 개념을 세분화하려는 시도는 개인정보 활용시 개인의 존엄과 인격권, 사생활에 미치는 영향, 당해 개인정보의 형성 영역 등을 고려하여 개인정보간의 차별화 혹은 개인정보별 보호정도의 차별화를 주장하는 견해이다. 개인정보의 차별적 정의의 예로서 가치판단적 요소를 내포하고 있는 것과 그렇지 않은 것을 기준으로 '성향중립 개인정보'와 '성향기반 개인정보'로 구분하는 견해, '공적 성격의 정보'와 '사적 성격의 정보'로 구분하는 견해, '개인에 관한 정보'와 '개인정보'를 구분하여 '개인에 관한 정보'는 개인에 대한 묘사, 서술, 평가, 의견, 언론보도 등을 의미하는 것으로서 사회적 인격상에 관한 자기결정권의 보호대상으로 표현의 자유, 언론의 자유, 예술의 자유에 따른 그 활용 및 이용이 가능한 반면 '개인정보'는 전형적인 개인정보자기결정권의 보호대상이라고 보는 견해 등이 있다.[6]

'프라이버시'의 관계정립을 통해 '개인정보'를 차별화하자는 주장은 개인정보를 헌법상 프라이버시 측면에서 뿐만 아니라 알권리, 영업의 자유, 표현의 자유 측면에서 검토 필요가 있다는 점을 강조한다.[7] 프라이버시뿐만 아니라 개인에 관한 모든 정보가 개인정보에 해당하므로 모든 개인정보를 법적으로 보호하기보다는 개인정보보호법의 적용범위를 '사적인 정보' 또는 '프라이버시권 침해의 가능성 있는 정보'들로 한정함으로써 표현의 자유와의 충돌 가능성을 최소화해야한다는 주장[8]도 있다.

끝으로 '개인정보'의 핵심 개념인 '식별성'에 대한 수정이 필요하다는 주장으로는

2) 황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013 참조.
3) 문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구, 제42집 제3호, 2014; 박경신, 사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리, 공법연구, 제40집 제1호 참조.
4) 구태언, 현행 개인정보보호 법제상 '개인정보' 정의의 문제점, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013; 장주봉, 개인정보의 의미와 보호범위, 법학평론 제3권, 2012 참조.
5) 김현경, 개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제, 미국헌법연구, 제25권 제2호, 2014, 135면.
6) 황성기, 앞의 논문, 16~20면.
7) 문재완, 앞의 논문, 1~10면.
8) 박경신, 앞의 논문, 132~158면.

'개인식별정보'와 '개인식별가능정보'의 차별적 보호 필요성을 제기하는 견해[9], '개인식별정보'와 '사람관련정보'로 나누어 규정하자는 견해[10] 등이 있다. 이 견해는 식별가능성에 대한 의문을 제기하며 현행 정의조항 중 괄호 부분을 삭제하여 '개인식별정보'만 개인정보로 규율하고, 개인식별정보를 제외한 나머지 정보를 '사람관련정보'로 규율하자는 것이다. '개인식별정보'를 제외한 '사람관련정보'의 수집에 관하여는 원칙적으로 규제하지 않음으로서 개인정보처리자나 정보통신서비스 제공자에게 보다 많은 자율을 부여하되, 사람관련정보는 개인식별정보와 함께 수집되고 이용될 때 비로소 의미를 가지는 것이므로 이 경우에 한하여 개인정보로서 규율하여야 한다는 것이다.[11]

개인정보의 개념을 세분화하자는 견해, 개인식별정보와 개인식별가능정보를 구별하여 차별화하자는 견해는 일응 설득력이 있어 보인다. 하지만 입법론적 측면을 고려해 보면 실현 가능성이 희박하다. 왜냐하면 '구별적 개념'을 정의하기 위해서는 반드시 명확한 '구별 기준'이 설정되어야 하고 그러한 기준에 의하여 애매한 영역이 없이 분명하게 양자가 구분될 수 있어야 하는데 어떠한 견해를 취하더라도 명확한 구별기준의 설정하기 곤란하거나 애매한 영역이 존재할 가능성이 충분히 예상되기 때문이다.

'프라이버시'의 관계정립을 통해 '개인정보'를 차별화하자는 주장 역시 논리적 한계가 있다. 개인정보가 프라이버시를 포함하는 프라이버시보다 넓은 개념이라는 것은 동의한다. 하지만 개인정보의 보호법익이 '프라이버시 보호'는 아니기 때문에 프라이버시 침해가능성 여부가 법상 보호되는 개인정보의 개념을 결정하는 기준이 될 수는 없다. 오히려 정보통신기술의 발달과 글로벌 경제체제의 확산으로 개인정보 보호목적의 무개중심이 프라이버시 보호에서 개인의 재산권 침해 예방으로 옮겨 가고 있다. 따라서 프라이버시 침해가능성이 없거나 프라이버시와 관련이 없는 개인정보를 프라이버시와 관련된 개인정보와 달리 취급할 수 있는 논거도 현실적 이유도 없다.

원래 개인정보보호법은 행정절차법의 보완적 수단으로 탄생하였다. 행정절차법의 핵심적 사항이 청문제도이며, 청문제도가 효과적으로 운용되기 위해서는 정부가 독점하고 있는 행정정보를 일반 국민들도 알 수 있도록 공개되어야 하는 바 이

9) 황성기, 앞의 논문, 23~25면.
10) 구태언, 앞의 논문, 43면.
11) 구태언, 앞의 논문, 45면.

를 제도적으로 보장한 것이 행정정보공개법이다. 그런데 행정정보를 공개할 때에 행정정보에 포함되어 있는 개인의 정보(개인정보)까지도 함께 공개됨으로 인하여 개인의 프라이버시가 침해되는 부작용을 방지하고자 개인정보보호법이 등장한 것이다. 따라서 개인정보보호법의 탄생할 당시에는 법상 보호되는 개인정보를 프라이버시 침해가능성이 있거나 프라이버시와 관련된 정보로 제한하여도 논리적으로 크게 문제될 것이 없었다.

공공부문, 특히 정부가 개인정보를 수집하는 것은 이른바 '행정조사'라는 공권력 발동이므로 법률유보원칙상 개인정보수집의 법적 근거가 필요했다. 아울러 법적 근거 없이 개인정보를 수집하는 것은 개인의 공권(개인정보자기결정권)을 침해하는 것으로 행정구제를 받을 수 있다는 법리구성이 성립된 것이다.

하지만 사적 영역은 초기에는 개인정보를 프라이버시와 거의 유사한 개념으로 이해하였기 때문에 타인의 프라이버시를 침해하지 않는 한 개인정보의 수집활동은 개인(기업)의 업무목적활동(영업활동)의 일환으로 보는 비교적 관대한 경향이었다. 하지만 정보통신기술의 발달로 자신의 개인정보가 노출된 정보주체는 원칙 않는 광고와 스팸 등 기업 마케팅의 표적이 되었고 일상을 방해받는 수준까지 그 피해가 증가하기 시작하였다. 더 나아가 신용카드나 은행계좌의 불법도용으로 직접적인 재산적 침해가 발생하고 인터넷 해킹으로 신체에 대한 물리적 테러까지도 가능한 세상이 되자 개인정보는 단순히 프라이버시의 문제가 아니라 위험방지(리스크 관리)라는 이슈로 전이되었다. 최근 독일에서도 과학기술의 고도화와 빅데이터 등 정보처리의 대형화에 따라 개인정보를 종래처럼 개인정보자기결정권이라는 기본권만으로 보호하는 것의 한계를 직시하고 이른바 '정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권'[12]이라는 개념을 인정한 바 있다.

이처럼 오늘날 개인정보는 프라이버시와의 관계보다는 정보주체의 법익(인격적, 재산적, 신체적 법익)을 보호하기 위한 방어적 개념의 중요성이 더 커지고 있기 때문에 개인정보를 종래와 같이 프라이버시 측면만을 강조하는 것은 타당하지 않다.

끝으로 '개인정보'의 핵심 개념인 '식별성'에 대한 수정이 필요하다는 견해 역시 전혀 현실적이지 못하다. '개인정보'는 일의적으로 정의할 수 있는 개념이라기보다는 시대적 상황과, 정보의 보유주체, 기술적 수준 등에 따라 개인정보일 수도 있고

12) 'Das Grundrecht auf Gewaehrleistung der Vertaulichkeit und Integritaet informationstechnischer Systeme' ; BVerfGE 120, 274.

아닐 수도 있는 상대적 개념성이 강하다. 따라서 개인정보 해당성의 핵심적 기준이라 할 수 있는 '식별성'을 '관련성(relating to)', 연계성(linking to) 등 어떠한 용어로 대체하여도 현행법상 개인정보 해당성의 판단기준인 '식별성'이 지니고 있는 한계를 극복할 수 없다.[13]

이처럼 개인정보 개념을 재정립해야한다는 논의는 모두 논리적·입법론적 한계가 있다. 개인정보는 어떠한 정의 기법을 사용하더라도 "개인을 식별하거나 식별할 수 있는 개인에 관한 모든 정보"가 될 수밖에 없다. 그렇다면 개인에 관한 정보 중에 개인정보가 아닌 것이 어디 있으며, 이러한 모든 개인정보를 언제나 보호해야하는 것인지에 대해 강한 의문을 제기할 수도 있다. 실제로 어떤 학자는 개인에 관한 무든 정보를 개인정보라고 한다면 정보주체의 동의 없이는 개인에 대해 어떠한 표현도 할 수 없어 표현의 자유를 원천적으로 침해할 수 있다는 극단적 주장을 한다. 하지만 우리 법은 개인정보로 인해 표현의 자유가 원천적으로 침해당하지 않도록 "안전장치"를 두고 있다. 이른바 '개인정보처리자'라는 개념의 설정이다. 현행 「개인정보 보호법」은 개인정보의 개념을 넓게 인정하고 또한 모든 개인정보는 보호되어야 한다는 선언적 규정을 두고 있으나 실제에 있어서는 개인정보의 법적 보호 의무를 '개인정보처리'에게만 부여·강제하고 있다. 현행 「개인정보 보호법」상 보호되는 '개인정보'는 모든 개인정보가 아니라 "개인정보처리자가 처리하는 개인정보"인 것이다. 따라서 현행 「개인정보 보호법」상 개인정보 개념의 모호성과 광범위성으로 인하여 법과 현실의 괴리가 커지고 표현의 자유 등 헌법상 다른 기본권관의 충돌을 일으킬 수 있다는 지적은 '이론적 기우'일 뿐이다. 문제의 핵심은 개인정보에 대한 개념 재정립이 아니라 '개인정보처리자'에 대한 재검토이다. 개인정보 개념을 재정립하는데 연구력을 낭비할 것이 아니라 개인정보처리자에 대해 논의에 더 많은 노력을 경주해야 한다.

Ⅲ. 개인정보처리자

1. 「개인정보 보호법」의 수범자로서의 개인정보처리자

법률 규정의 적용 대상자 또는 규범 준수의무자를 강학상 '수범자'라 한다. 보다 정확히는 법의 '인적 효력' 또는 법이 적용되는 '인적 범위'를 말한다. 법률은 그

13) 김현경, 앞의 논문, 142면.

제정 형식상 해당 조항의 적용 대상자 또는 준수 의무자를 주어(主語)로 하여 법문언을 만든다. 따라서 법률의 개별 조항은 그 내용에 따라 '누구든지' '..... 하는 자는' '행정자치부장관은'등을 주어로 사용한다.

오늘날 대부분의 법률은 (1)그 제정 목적에 따른 법적 금지사항을 규정하거나 (2)행정청이 규제권을 발동할 수 있도록 법적 근거를 마련하는 사항을 규정하거나 (3)법률관계의 효력발생 요건 및 효과 등을 규정하거나 (4)국가의 책무를 규정하는 사항을 담고 있다. 법적 금지 규정의 주어는 '누구든지'또는 정의규정을 통하여 특정되는 "....자", 예컨대 정보통신서비스제공자 등이 일반적이며, 규제권 발동 근거규정은 "안정행정부장관은" "병무청장은" "식품의약품안전처장은" 등등이 주어가 된다. 국가의 책무규정은 일반적으로 "정부는"을 주어로 하고 있으며, 효력발생 요건 및 효과규정은 주어가 없이 요건과 효과, 즉 "....하면, ... 한다."의 형식으로 문언이 만들어 진다.

하나의 법률에 이들 여러 종류의 사항들이 규정될 수 있기 때문에 법문언의 주어 역시 다양하게 사용된다. 국민의 권리를 보호하기 위해 행정권 발동을 제한하고 국민들에게 침익적 의무를 부여할 때에는 반드시 법적 근거를 두어야 하는 것이 법치주의의 이념이며 법률의 본질이다. 하지만 소수의 인권 관련 법률을 제외하고는 국가나 행정청의 책무를 규정하거나 국가나 행정청의 법적 금지사항을 규정하는 경우보다는 행정청 규제권 발동의 근거를 마련하거나 수범자들이 지켜야할 법적 금지 사항을 규정하고 있는 것이 대부분이다.

법적 금지규정의 주어, 즉 수범자는 "누구든지"가 일반적이며, 수범자를 한정할 필요가 있는 때에 "차마 운전자는" "병역의무자는" "정보통신서비스제공자는" 등으로 제한적 개념을 사용하고 있다.

법적 금지 규정의 주어를 제한적 개념으로 사용한다는 것은 수범자의 범위를 제한한다는 것을 의미한다. 따라서 수범자의 범위를 일반 국민이 아닌 법률의 정의규정으로 제한한 특정의 대상으로 한정하는 것은 무언가 목적과 이유가 있음이 분명하다.

개인정보보호법은 법적 금지사항을 규정하는 조항의 주어가 제25조 영상정보처리기기에 관한 규정을 제외하고 모두 '개인정보처리자'이다. 개인정보보호법은 법적 금지의 수범자를 "누구든지"가 아닌 정의규정에 의해 특정된 제한된 인적 범위로 한정하고 있다는 것을 알 수 있다. 개인정보보호법이 이처럼 법적 금지규정의 수범자를 제한하는 까닭이 분명 있을 것이다. 개인정보에 대한 인식 부족과 개인

정보의 불법취급이 관행화되어있는 상황에서 자칫 개인정보보호법을 무리하게 시행하다보면 법의 실효성이 담보되지 않아 법이 형훼화 될 수 있고, 또한 "개인정보"라는 개념 자체가 지나치게 넓고 애매하게 정의되어 있는 상황에서 이러한 개인정보에 대한 법적 금지 내지는 의무사항을 모든 사람에게 적용하는 것이 무리라는 판단을 하였을 것으로 보인다.

현행 개인정보보호법은 "개인정보처라자"라는 제한적 개념을 정의하고 대부분의 법적 금지 또는 행위규범의 준수자, 즉 수범자를 개인정보처리자로 제한하고 있다. 그런데 벌칙규정은 그 적용대상자를 "개인정보처리자"로 제한하지 아니하고 "법 제○조제○항을 위반하여 ..... 한 자는"이라는 규정형식을 사용하고 있다. 법적 금지의 수범자는 제한하고 벌칙 적용의 대상자는 "모든 법적 금지 위반자"로 하고 있는 것이다. 물론 이에 대해 해석상 다툼이 있을 수 있고 해석을 통하여 벌칙 적용대상자의 범위를 개인정보처리자로 제한 할 수도 있다. 하지만 현행 개인정보보호법은 법적 금지의 수범자를 '누구든지'가 아닌 개인정보처리자로 제한함으로써 법률 내 조문간에도 부정합이 발생하고 개인정보보호법의 적용범위에 대해서도 해석상 이견이 발생하는 등 그 시행상 문제점이 노정되고 있다. 이하에서는 개인정보처리자의 개념에 대한 현황과 그 문제점을 살펴보고 해결방안으로서 개인정보보호법의 개정안을 제안한다.

2. 현황

개인정보보호법 제2조 제5호는 "개인정보처리자"를 '업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등'으로 정의하고 있다.

법문언을 통하여 볼 때 개인정보처리자의 구성요건은 (1)업무 목적, (2)개인정보파일 운용, (3)개인정보 처리, (4)공공기관, 법인, 단체, 개인이라 할 수 있다.

행정자치부(구 안전행정부)가 배포한 개인정보보호법 해설서에 의하면, 첫째, 업무'란 직업상 또는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업의 일체를 의미하는 것으로 보수 유무나 영리 여부와는 관계가 없으며, 단 1회의 행위라도 계속·반복의 의사가 있다면 업무로 볼 수 있다.[14]

또한 업무란 직업상 또는 사회생활상 지위에 기하여야 하므로, 예를 들어 지인

14) 행정자치부(구 안전행정부), 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12, 10면.

들에게 모임을 안내하기 위해 전화번호 및 이메일주소를 수집하는 행위나 결혼을 알리기 위해 청첩장을 돌리는 행위 등은 업무를 목적으로 한 것이 아니다.[15] 따라서 순수한 개인적인 활동이나 가사활동을 위해서 개인정보를 수집・이용・제공하는 것은 업무에서 제외된다.

둘째, 개인정보처리자가 되기 위해서는 개인정보파일을 운용하고 있어야 하는 바, 개인정보파일이란 파일체계의 일부를 구성하고 있거나, 구성하도록 예정되어 있거나, 그런 의도로 처리되는 개인정보를 말하며, 따라서 일회성 메모나 문서작성 행위는 개인정보의 처리가 아니다.

셋째, 개인정보의 처리란 개인정보를 수집, 가공, 편집, 이용, 제공, 전송하는 일체의 행위를 말한다.

넷째, 개인정보처리자는 공공기관, 영리・비영리 법인, 영리・비영리 단체, 개인이 모두 포함된다.

"공공기관"이란 (1)국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체[16], (2)「국가인권위원회법」제3조에 따른 국가인권위원회, (3)「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, (4)「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단, (5)특별법에 의하여 설립된 특수법인, (6)「초・중등교육법」,「고등교육법」및 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교를 말한다[17].

「초・중등교육법」에 따라 설치된 학교로는 초등학교・공민학교, 중학교・고등공민학교, 고등학교・고등기술학교, 방송통신고등학교, 특수학교, 각종학교, 대안학교, 외국인학교 등이 있고[18], 「고등교육법」에 따라 설치된 학교로는 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 원격대학(방송대학・통신대학・방송통신대학・사이버대학), 기술대학, 대학원대학, 각종학교 등이 있다[19].

다른 법률에 따라 설치된 각급 학교로는 공군항공과학고등학교, 육군사관학교・해군사관학교・공군사관학교, 국방대학교, 육군3사관학교, 국군간호사관학교, 경찰대학, 서울대학교, 울산과학기술대학교, 인천대학교, 한국농수산대학, 기능대학, 국

15) 행정자치부(구 안전행정부), 위의 자료, 11면.
16) 개인정보보호법 제2조 제6호.
17) 개인정보보호법 시행령 제2조.
18) 초・중등교육법 제38조 - 제60조의3.
19) 고등교육법 제28조 - 제59조.

가정보대학원, 그리고 「법학전문대학원 설치・운영에 관한 법률」에 의해 설치된 법학전문대학원 등이 있다.

3. 해외동향 및 입법례

「정보통신망법」은 법 수범자로서 "정보통신서비스 제공자"를 규정하고 있는 바, 이는「전기통신사업법」에 의한 전기통신사업자 및 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공 또는 정보 제공을 매개하는 자를 말한다.[20] 영리를 목적으로 하는 경우로 한정함으로써, 영리・비영리를 구분하지 않는 개인정보처리자와는 개념상 차이가 있다.

「신용정보법」은 법 수범자로서 "신용정보제공・이용자"를 규정하고 있는 바, 이는 상거래를 위하여 신용정보를 타인에게 제공하거나 제공받아 본인의 영업에 이용하는 자 및 이에 준하는 자를 말한다.[21] 구체적으로는 (1)「우체국예금・보험에 관한 법률」에 따른 체신관서, (2)「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행중앙회, (3)「중소기업창업 지원법」에 따른 중소기업창업투자회사 및 중소기업창업투자조합, (4)「국채법」 및 「공사채등록법」에 따른 채권등록기관, (5)특별법에 따라 설립된 조합・공제조합・금고 및 그 중앙회・연합회, (6)특별법에 따라 설립된 공사・공단・은행・보증기금・보증재단 및 그 중앙회・연합회, (7)「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제3조에 따른 감사인, (8)그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 자 등이 이에 해당한다.[22] 상거래를 위하여 영업에 이용하는 경우만 한정되므로 「개인정보 보호법」상의 개인정보처리자와 차이가 있다.

EU 개인정보보호지침[23]은 개인정보처리자(data controller)를 '개인정보 처리의 목적과 수단을 단독 또는 다른 기관과 합동으로 결정하는 자연인 또는 법인, 정부 투자기관, 행정기관 기타의 자를 말한다. 처리의 목적과 수단이 국내법 또는 국내규정 또는 공동체법, 공동체규정에 의하여 결정된 경우 관리자 또는 관리자를 지명하기 위한 특정한 기준은 국내법 또는 공동체법에 의하여 정하여 질 수 있다.'라고 비교적 광범위하게 정의하고 있다.[24]

20) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제3호.
21) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조 제7호.
22) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령 제2조 제3항.
23) DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

4. 「개인정보 보호법」상 개인정보처리자에 관한 제 문제

(1) '개인정보파일'의 모호성

「개인정보 보호법」제2조 제4호는 "개인정보파일"을 '개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물(集合物)'이라 정의하고 있다.

한편, "개인정보처리자"는 '개인정보파일을 운용하기 위하여' 개인정보를 처리하는 자이므로, '개인정보파일'의 범위를 어떻게 정의하느냐에 따라 개인정보처리자의 범위 역시 달라지고 개인정보보호법의 적용대상 또한 크게 달라진다.

개인정보보호법 해설서는 "..... 개인정보가 기재되어 있는 문서의 단순한 집합물에 불과하고 체계적으로 배열·검색할 수 있도록 구성되어 있지 않은 경우에는 개인정보파일에 해당하지 않을 수 있다"는 해석을 하고 있다.[25]

그런데 개인정보처리자는 "개인정보파일을 운용하는 자"가 아니라 "개인정보파일을 운용하기 위하여.... 개인정보를 처리하는 자"이기 때문에, 지금 현 상태로는 "개인정보가 기재되어 있는 문서의 단순한 집합물"에 불과하지만 장차 '개인정보파일을 만들 수 있는 가능성이 있는 개인정보'를 처리하는 자 역시 개인정보처리자가 된다.

따라서 개인정보처리자를 정의함에 있어 "... 개인정보파일을 운용하기 위하여...."라고 규정한 것은 '개인정보파일'의 개념을 별도로 규정한 당초 입법목적이 형해화될 우려가 있다.

(2) 개인정보처리자, 벌칙적용대상자 등과의 관계

앞에서 여러 차례 언급한 것처럼 「개인정보 보호법」의 기본적인 수범자는 개인정보처리자이다. 개인정보처리자는 개인정보취급자와 구분되는 바, 개인정보취급자[26]는 개인정보처리자의 지휘·감독을 받아 개인정보를 처리하는 임직원, 시간제 근로자 등을 말한다.

한편, 「개인정보 보호법」의 벌칙 규정은 민감정보를 처리한 자, 개인정보를 훼

24) Article 2 Definitions For the purposes of this Directive: (d) 'controller' shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

25) 행정자치부(구 안전행정부), 위의 자료, 11면.

26) EU 지침은 이를 'processor'라 함; DIRECTIVE 95/46/EC Article2 (e).

손, 멸실, 변경, 위조 또는 유출한 자, 정보주체에게 알려야 할 사항을 알리지 아니한 자, 서비스의 제공을 거부한 자, 필요한 조치를 하지 아니한 자, 자료를 제출하지 아니하거나 거짓으로 제출한 자 등과 같이 행위규범을 위반하여 해당 행위를 한 자를 벌칙적용의 대상자로 하고 있다

그렇다면 「개인정보 보호법」위반행위에 대한 벌칙적용 대상자는 (1)이 법의 수법자인 개인정보처리자인지, (2)개인정보의 처리에 관한 업무를 총괄해서 책임지는 개인정보보호책임자인지, (3)실제 법 위반행위를 한 개인정보취급자인지 법해석상 다툼의 소지가 있다.

또한 「개인정보 보호법」의 수범자에는 공공기관도 포함되므로 법문언의 해석상 공공기관도 벌칙이나 과태료의 부과대상이 되는 바, 공공기관을 형사처벌하는 것이 가능한지, 공공기관, 특히 중앙행정기관에게 과태료를 부과하는 것이 적절한지 등에 대한 재검토가 필요하다.

(3) 양벌규정의 존재의의

「개인정보 보호법」제74조 제1항은 "법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제70조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 7천만원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하고 있다.

한편 「개인정보 보호법」제70조는 "공공기관의 개인정보 처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경하거나 말소하여 공공기관의 업무 수행의 중단·마비 등 심각한 지장을 초래한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하고 있다.

「개인정보 보호법」제70조의 벌칙적용대상자는 "공공기관의 개인정보를 변경, 말소하여 공공기관의 업무 수행의 중단·마비 등 심각한 지장을 초래한 자"로서 직접 법위반 행위자이다. 따라서 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 처벌대상자가 된 경우 그 행위자 개인을 벌하는 외에 그 법인 등을 처벌할 수 있다는 양벌규정을 두는 것은 타당하다.

하지만 「개인정보 보호법」제74조 제2항은 그 내용과 구조를 달리하여 '법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조부터 제73조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과

(科)한다.'라고 규정하고 있다. 따라서 「개인정보 보호법」의 처벌적용대상자를 직접 법위반 행위를 한 자가 아니라 개인정보처리자라고 해석하는 한, 비록 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 종업원 등이 법을 위반하는 행위를 하여도 처벌대상은 법인일 될 것인데 양벌규정을 통하여 법인을 또 다시 처벌한다는 것이 논리적으로 타당하지 않다.

(4) 개인정보처리자로서의 공공기관에 대한 특례규정의 적정성

「개인정보 보호법」 제32조(개인정보파일의 등록 및 공개) 및 제33조(개인정보영향평가)는 그 수범자가 공공기관으로 한정되어 있다. 다른 법 규정들은 수범자를 개인정보처리자로 하고 있음에 반하여 이들 조항은 개인정보처리자 중 특별히 공공기관만을 수범자로 제한하고 있는 데, 이는 민간부분에 까지 개인정보파일의 등록의무를 부과하는 것은 사생활 또는 영업비밀 등을 지나치게 침해할 우려가 있고, 개인정보영향평가를 민간에 까지 의무화하는 것에 대한 과잉규제 논란을 피하기 위한 것으로 보인다.

그런데 지금의 정보환경, 즉 개인정보 생성의 정도와 양 등을 고려해 본다면 개인정보파일의 등록의무는 공공기관에게도 과도한 부담이 될 수 있고 그 실효성 또한 의심이 가는 상황이다. 개인정보파일의 등록의무의 존재의의에 대한 재검토를 통해 법제개선이 필요한 영역으로 판단된다.

지난 몇 년간 개인정보영향평가를 시행하여 왔으므로 지금은 그 실효성에 대한 실증적 검토가 가능할 것으로 보이는 바, 개인정보영향평가제도가 개인정보보호를 위해 반드시 필요하다면 지금 현재 수집, 처리되고 있는 개인정보의 규모를 볼 때 이미 민간부문이 처리하고 있는 개인정보의 규모나 민감성이 공공기관을 넘어서고 있는 상황이므로 개인정보영향평가를 점차 민간부문으로 확대하거나[27], 반대로 개인정보영향평가제도가 사실상 당초 예상하였던 것과는 달리 그 실효성이 없다면 공공기관에 대한 개인정보영향평가 의무화도 폐지하여야 할 것이다.

(5) 법학전문대학원과 개인정보처리자

개인정보처리자로서의 공공기관에는 「초·중등교육법」,「고등교육법」및 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교가 포함된다. 법학전문대학원은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」, 즉 '그 밖의 다른 법률'에 따라 설치된 학교이다.

27) 물론 개인정보보호법 개정안에는 개인정보영향평가제도를 민간에까지 확대하는 내용이 들어가 있다.

그렇다면 법학전문대학원의 개인정보처리자는 법학전문대학원인지, 아니면 법학전문대학원이 설치된 대학교인지 해석상 다툼이 존재한다. 실제 벌칙규정을 적용할 때 법학전문대학원장과 총장 중 누구를 개인정보처리자로 해야 할지 해석상 문제가 발생할 수 있을 것으로 예상된다.

Ⅳ. 개인정보처리자 개념 재정립

1. 개인정보처리자 개념의 수정·보완

'개인정보파일'을 별도로 정의한 입법목적은 '개인정보가 기재되어 있는 문서라 할지라도 체계적으로 배열·검색할 수 있도록 구성되어 있지 않은 단순한 문서 집합물인 경우'에는 「개인정보 보호법」의 적용에서 제외하고자 함이다. 그리고 앞에서 살펴 본 것처럼 개인정보보호법의 수범자를 개인정보처리자로 제한 한 것 역시 '개인정보'의 모호성과 광범위성으로 인한 법과 현실의 괴리를 최대한 극복하기 위함이다. 그렇다면 개인정보처리자를 정의함에 있어 가장 중요한 요소는 명확성과 현실성을 충분히 고려해야 한다는 점이다.

현행 「개인정보보호법」 제2조 제5호는 "개인정보처리자"를 '업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등'으로 정의하고 있는데, 여기서 "개인정보파일을 운영하기 위하여...."라는 법문언으로 인하여 개인정보처리자를 한정적으로 명확하게 정의하여 개인정보보호법의 수범자를 제한하고자 했던 당초 의도에 맞지 않게 개인정보처리자의 범위가 또 다시 모호해지는 문제를 발생시켰다. 왜냐하면 "개인정보파일을 운영하는..."이라는 작용적 개념을 사용하여야 개인정보처리자가 한정적으로 구체화될 수 있는데 "개인정보파일을 운영하기 위하여...."라는 목적적 개념을 사용하고 있기 때문에 현재의 실제적 작용이 없더라도 미래적·목적적으로 "개인정보파일을 운영할 가능성"만 존재하면 개인정보처리자가 될 수 있기 때문이다.

따라서 개인정보처리자를 따로 정의하여 개인정보보호법의 수범자를 한정·구체화하는 것이 입법자의 의도였다면 개인정보보호법을 개정하여 개인정보처리자를 "업무를 목적으로 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하여 개인정보파일을 운용하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다."로 한정·구체화할

것을 제안한다.

2. 벌칙적용대상자의 명확화 및 양벌규정의 개선

개인정보보호법상 벌칙적용대상자에 대한 해석상 견해가 대립한다[28].

제1설은 개인정보보호법상 수범자는 '개인정보처리자'이고, 벌칙적용대상자는 법을 위반한 수범자이므로 수범자가 법인이라면 벌칙적용대상자는 개인정보처리자인 법인이라는 견해이다.

제2설은 개인정보보호법상 벌칙적용대상자는 해당 법조문을 위반하는 행위를 한 자, 즉 위반행위자이므로 대리인, 사용인, 종업원 등도 처벌이 가능하며 벌칙적용대상자를 개인정보처리자에 국한할 이유가 없다는 견해이다.

벌칙조항의 법문언을 살펴보면 "제○조를 위반하여 .....를 한 자는....."라고 규정되어 있는 바, 당해 법 "제○조"를 준수해야하는 수범자는 개인정보처리자이므로 결국 개인정보보호법상 벌칙적용대상자는 원칙적으로 '개인정보처리자'라고 해석함이 타당하다.

법은 개인정보처리자를 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등으로 규정하고 있기 때문에 공공기관, 법인, 단체가 법을 위반한 경우에는 직접 행위자가 아닌 공공기관, 법인, 단체가 벌칙적용대상자가 될 것이며 행위자 개인이 처벌되는 경우는 독자적인 개인정보처리자로서의 개인인 경우에 한한다고 해석함이 타당하다.

그렇다면 공공기관, 법인, 단체의 피용인으로서의 개인이 사용자가 법령상·조리상 감독의무를 충실히 하였음에도 불구하고 감독의 범위를 벗어나 법령을 위반하는 행위를 하였다면 당해 피용인 개인(직원)이 처벌대상이 되는 것인지에 대해서는 해석상 다툼의 소지가 있다.

물론 입법자는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제70조부터 제73조까지에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 처벌할 수 있는 것으로 의도하였을 것으로 보인다.

하지만 예를 들어 법 제71조 제3호는 "제23조를 위반하여 민감정보를 처리한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정되어 있고, 법 제23조는 "개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우

28) 이하 견해의 대립은 "개인정보보호법 법령해석자문위원회"(행정자치부(구 안전행정부))에서 이 안건에 대한 위원들의 견해를 분류화하여 필자가 정리한 것임.

려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 "민감정보"라 한다)를 처리하여서는 아니 된다."라고 규정되어 있으므로, 결국 법 제23조의 규범준수의무자는 개인정보처리자이며 따라서 그 행위규범 위반에 대해 비난가능성이 있는 자(구성요건해당성, 위법성 등의 요건을 갖춘 자) 역시 개인정보처리자가 될 것이다. 따라서 법문언을 충실하게 해석한다면 개인정보처리자가 아닌 법인이나 단체의 피용인(수족)으로서의 행위자 개인을 처벌하기는 곤란할 것으로 보인다. 물론 법 제59조(금지행위)를 위반한 경우에는 행위자 개인을 처벌할 수 있다. 하지만 이를 제외한 위반행위에 대해서는 행위자 개인이 아닌 개인정보처리만이 처벌 가능하다는 것이다.

정보통신망법 또한 벌칙규정이 유사하게 규정되어 있는 바, 벌칙규정은 "법 제○조를 위반하여 ..... 행위를 한 자"를 처벌하도록 규정하고, "법 제○조"의 수범자는 "정보통신서비스제공자"로 규정하고 있기 때문에 결국 정보통신망법상 벌칙적용대상자 역시 '정보통신서비스제공자'라고 해석함이 타당하다. 그러나 개인정보보호법이 수범자를 "공공기관, 법인, 단체, 개인"으로 특정하고 있는 것과는 달리 정보통신망법은 정보통신서비스제공자를 "전기통신사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자"라고 규정하고 있으므로 '법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원'을 정보통신서비스제공자로 해석하여 벌칙적용대상자로 취급할 수 있다.

반면 개인정보보호법은 수범자를 "공공기관, 법인, 단체, 개인"으로 특정하고 있기 때문에 '공공기관, 법인, 단체의 피용인으로서의 개인'을 처벌하는 것은 법문언적 해석상 타당하지 않다.

하지만 '공공기관, 법인, 단체의 피용인으로서의 개인'의 사용자가 법령상·조리상 감독의무를 충실히 하였음에도 불구하고 감독의 범위를 벗어나 고의로 법위반행위를 하였다면 이들을 처벌함이 마땅하다 할 것이다. 물론 이 경우 사용자가 법령상·조리상의 감독의무를 충실히 하였다는 입증책임은 사용자에게 있다할 것이다.

다시 말해서 개인정보처리자의 임직원, 대리인 등의 위반행위에 대해 무조건 개인정보처리자에게 형사벌을 부과할 경우 과중한 제재가 될 수 있으므로, 개인정보처리자가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 형사책임을 지지 않고 해당 위반행위를 직접 한

자를 처벌하는 것이 타당할 것으로 보인다.[29]

따라서 벌칙조항의 개정하여 직접 법위반 행위를 한 '공공기관, 법인, 단체의 피용인으로서의 개인'을 처벌할 수 있는 근거를 보다 명확히 할여야 할 것이다. 아울러 개인정보처리자인 법인이나 단체가 법령상·조리상의 감독의무를 충실히 하였음에도 불구하고 피용인이 고의로 법위반 행위를 하였다면 법인이나 단체에 대한 벌칙을 면제할 수 있도록 하여야 할 것이다.

공공기관 중 ⑴국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체, ⑵「국가인권위원회법」제3조에 따른 국가인권위원회 등을 형사처벌하는 것은 불가능하다. 왜냐하면 행정기관(행정청)은 위법한 처분에 대한 행정쟁송의 피고는 될 수 있으나 형사기소 되어 형사재판의 피고인이 될 수는 없다. 다만 행정기관의 장이 사적인 범죄행위(뇌물수뢰죄, 배임죄 등)를 하였다면 형사피고인이 될 수 있다.

또한 이들 기관(행정청)에게 과태료를 부과하는 것도 타당하지 않다. 왜냐하면 과태료 부과의 목적이 심리적 압박을 통해 의무이행을 담보하기 위한 것인데 행정청에게 과태료를 부과한다 하여 이들 행정청이 심리적 압박을 받지도 않을 뿐만 아니라 과태료를 납부하지 않을 경우 이를 강제징수하기도 사실상 곤란하기 때문이다. 과태료 미납 시 그 사실을 법원에 통보하면 「비송사건절차법」에 따라 법원이 부과징수하는데 법원이 행정청에 대하여 강제징수하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 공공기관 중 ⑴국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체, ⑵「국가인권위원회법」제3조에 따른 국가인권위원회 등에 대해서는 벌칙이나 과태료 부과 이외의 실효성 확보수단을 강구할 필요가 있다.

현행 개인정보보호법의 양벌규정과 공공기관에 대한 처벌 및 과태료부과 규정을

29) <참고> 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 '책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의에 반한다.(헌재 2007.11.29, 2005헌가10, 판례집 제19권 2집 , 520, 520-520)

다음과 같이 개정할 것을 제안한다.

제74조(양벌 및 면책규정) ① 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제70조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 7천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 지시가 없음에도 불구하고 제71조부터 제73조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 제71조부터 제73조에 따라 벌한다.

③ 제2항에 따라 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원을 벌한 때에 그 법인 또는 개인이 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그 법인 또는 개인을 벌하지 아니한다. 다만 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 다하였고 그러한 지시를 하지 아니하였음은 그 법인 또는 개인이 입증하여야 한다.

④ 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체, 「국가인권위원회법」제3조에 따른 국가인권위원회 등(이하 '행정기관'이라 한다)은 제71조부터 제73조까지의 규정에 불구하고 벌하지 아니한다.

⑤ 행정기관이 제71조부터 제73조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위한 때에는 행정자치부(구 안전행정부)장관은 그 위반사실을 해당 기관에 통보라고 시정을 지시한다.

⑥ 제5항에 따라 시정지시를 받은 행정기관은 시정지시를 받은 때로부터 30일 이내에 시정조치결과, 담당자 등에 대한 징계, 재발방지대책 등을 안정행정부장관에게 제출하여야 한다.

⑦ 행정자치부장관은 행정기관의 법위반사실, 시정지시에 대한 조치, 시정지시 미이행의 경우에는 그 사실 등을 관보에 게시하여야 한다.

제76조(과태료에 관한 규정 적용의 특례) ①제75조의 과태료에 관한 규정을 적용할 때 제34조의2에 따라 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다.

② 행정기관은 제75조의 과태료에 관한 규정이 적용되지 아니한다.

③ 행정자치부장관은 행정기관이 제75조를 위반하는 행위를 한 때에는 제74조 제5항부터 제7항까지의 규정을 준용하여 시정지시 등의 조치를 하여야 한다.

Ⅴ. 결론

「개인정보 보호법」의 시행 이후 '개인정보'의 중요성에 대한 인식은 크게 높아졌다. 반면 마케팅 수단의 다변화와 온라인 시장의 확대 등으로 타인의 개인정보를 필요로 하는 수요 역시 급격하게 증가하고 있다. 개인정보에 대한 수요가 증가할수록 개인정보의 불법수집·활용 유혹도 커질 것이다. 개인정보의 불법수집·활용을 막고 개인정보를 안전하게 보호하기 위해서 「개인정보 보호법」이 제정·시행되었지만 법 시행을 과정에서 법과 현실의 괴로 인한 법집행의 한계가 노정되었다.

법 개정에 대한 논의가 활발히 전개되고 있는데 그러한 논의들 중 단연 관심이 가장 큰 것이 개인정보 개념에 대한 고찰이다. 개인정보의 정의를 재정립해야한다는 논의는 대체로 개인정보의 개념을 세분화하려는 시도, 프라이버시의 관계정립을 통해 개인정보를 차별화하자는 주장, 개인정보의 핵심 개념인 '식별성'에 대한 수정이 필요하다는 견해들이다.

하지만 이들 논의는 모두 논리적·입법론적 한계가 있다. 개인정보는 어떠한 정의 기법을 사용하더라도 결국 "개인에 관한 모든 정보"일 수밖에 없다. 따라서 현행 「개인정보 보호법」은 개인정보 개념의 모호성과 광범위성을 극복하고 법과 현실의 간극을 없애기 위해 '개인정보파일'과 '개인정보처리자'라는 개념을 따로 설정하고 있다. '개인정보파일'을 별도로 정의하여 '개인정보가 기재되어 있는 문서라 할지라도 체계적으로 배열·검색할 수 있도록 구성되어 있지 않은 단순한 문서 집합물인 경우'를 「개인정보 보호법」의 적용에서 제외하고 있으며, "개인정보처리자"라는 제한적 개념을 정의하여 법적 금지 또는 행위규범의 준수자(수범자)를 제한하고 있다.

하지만 이러한 입법취지와는 다르게 현행 「개인정보 보호법」은 개인정보처리자의 범위를 또 다시 모호하게 하는 오류를 범하고 있다. "개인정보파일을 운영하는..."이라는 작용적 개념을 사용하여 개인정보처리자를 한정적으로 구체화함에도 불구하고 "개인정보파일을 운영하기 위하여...."라는 목적적 개념을 사용함으로써 현재의 실제적 작용이 없더라도 미래적·목적적으로 "개인정보파일을 운영할

가능성"만 존재하면 개인정보처리자가 될 수 있다. 따라서 「개인정보 보호법」의 수범자를 한정·구체화하여 법 집행의 실효성을 높이려는 당초의 입법목적을 충실하게 반영하기 위해서는 개인정보처리자를 "업무를 목적으로 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하여 **개인정보파일을 운용하는** 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다."로 한정·구체화하는 것이 타당하다.

(논문접수일 : 2014.11.12, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11)



김 민 호

개인정보보호법, 개인정보, 개인정보처리자, 개인정보파일, 프라이버시

【참 고 문 헌】

구태언, 개인정보 보호법의 제문제 , 법학평론, 제3권, 서울대학교, 2012.

김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007.

김일환/김민호, 민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구 46권, 2009.

김현경, 개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제, 미국헌법연구, 제25권 제2호, 2014.

문재완, 개인정보 보호법제의 헌법적 고찰, 세계헌법연구, 제19권 제2호, 2013.

문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구 제42집 제3호, 2014.

문재완, 프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계 : '잊혀질 권리' 논의를 중심으로, 언론법학회 학술세미나 자료집, 201. 9.

박경신, 개인정보"의 정의와 위치정보호보법의 개선 방안, 법학연구 제37집, 전북대학교, 2012.

박경신, 사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리, 공법연구 제40집 제1호, 2011.

성준호, 빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 법적 검토, 법학연구 제21권 제2호, 2013.

행정자치부(구 안전행정부), 개인정보 보호법령 및 지침 고시 해설, 2013.

이민영, 개인정보법제론 , 개정증보판, jinhan M&B, 2007.

이인호, 정보프라이버시권 : 한국에서의 도전과 응전, 제12차 아셈인권세미나 준비회의, 2012. 6.

이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.

임규철, 개인정보의 보호범위, 한독법학, 제17호, 2012.

장주봉, 개인정보의 의미와 보호범위, 법학평론 제3권, 서울대학교, 2012.

전경근, 개인정보의 활용범위에 관한 연구, 아주법학, 제6권 제1호, 2012.

정상조/권영준, 개인정보의 보호와 민사적 구제수단, 법조 제58권 제3호 통권630호, 2009.

최경진, 빅데이터와 개인정보, 성균관법학 제25권 제2호, 2013.

함인선, 개인정보 처리와 관련한 법적 문제, 경제규제와 법 제6권 제1호, 2013.

황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

Abstract

A Study on Personal Data Controller

Kim, Min-Ho

「Personal Information Protection Act」(PIPA) integrating both public and private sector's personal data protection is in force. Although illegal to collect other personal informations is still rampant. But rather to be displeased because of overdone administrative penalties according to law enforcement. Companies complain that they are interrupted the normal business activities and develop new services because of excessive regulations of PIPA.

In many scholars' opinion, the most significant cause of gap between regulation and practice is that the concept of 'personal Information' is too vague and broad. So the argument for redefining the definition of personal information continues to be raised. These claims are usually an attempt to refine the deference concepts between privacy and personal information, and to modify 'identity'which is the core concept of the personal information. However, these discussions have all logical and legislative theoretical limit. In conclusion personal information is defined as all information relating to the individual.

On the purpose that the current PIPA is to overcome the ambiguity and broad concept of the personal information and eliminate the gap between the law, legislator created the concept of 'Personal Information File'and 'Data Controller'. The reason why the Personal Information File was defined specially at PIPA is excluded Simple Data Controller except manager of Personal Information File from the application of the PIPA.

And also the using the concept of Data Controller is same purpose.

However, in spite of this legislative intent the current PIPA mistakes again. Because the PIPA defined Data Controller to not '..... to operate the personal information file ...' but '..... likely to operate a personal information file....'any personal information controller in order to make file is likely treated by Data Controller of the PIPA. Therefore, for adjusting legislative intent the current PIPA has to revise form '..... likely to operate a personal information file...' to '..... to operate the personal information file ...'. In addition, the current PIPA should revise several clauses including enforcement, penalties, and fines imposed on the administrative agency through studying on the cause of gap between regulation and practice of the current PIPA.

Kim, Min-Ho

Personal Information Protection Act, Personal Data, Data controller, Data Files, Privacy

개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토*

김 현 경**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 개인정보 보호제도의 본질과 갈등
1. 개인정보 보호제도의 본질
2. 개인정보 관련 법익 간 갈등
Ⅲ. 영역별 규제원리와 개인정보의 규제방향
1. 영역별 개인정보 규제의 차이
2. 공공부문 개인정보 규제방향
3. 민간부문 개인정보 규제방향
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

개인정보는 단지 보호의 대상이 아니며 표현의 자유를 보장받는다는 의미에서 공개의 대상이 될 수 있고, 영업의 자유 측면에서 재산권의 객체이기도 하다. 이처럼 개인정보는 상황과 여건에 따라 여러 속성을 띄게 되므로 개인정보를 일의적으로 바라보아서는 안 된다. 본 논문은 개인정보의 이러한 속성을 개인정보의 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치 측면에서 개인정보보호와 갈등을 야기할 수 있는 여타 제도들(정보공개제도, 영업의 자유, 표현의 자유, 행정효율화)간의 충돌 양상을 검토하였다.

한편 개인정보와 관련된 이러한 가치들이 구현되는 원리는 공공부문과 민간부문에서 다르게 나타날 수밖에 없다. 공공부문에서 개인정보의 수집은 주로 행정에 필요한 정보수집의 차원에서 이루어지게 된다. 이러한 경우 정보주체의 입장에서 모든 사적 사항들이 국가에 대하여 노출됨을 의미하며 언제나 감시와 감독의 대상이 된다는 우려를 피할 수 없다. 그러므로 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리구제방안이 명확히 법률에 규정되어야 한다. 또한 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집하고 활용하는 과정에서 개인정보의 침해를 가져올 수 있는 바, 이에 대해서는 철저한 사전, 사후 평가 및 통제시스템을 보유하고 있어야 하며 정부부처간의 이해관계 및 상하관계를 초월하는 강력한 조정권한을 가진 통제장치가 필요하다. 특히 법위반시 실효성 있는 제도의 마련이 필요하다. 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식 이외에 예산상의 제재, 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안 등이 제안될 수 있다.

반면 사적영역에서 개인정보를 제공하는 이유는 무료 서비스 이용에 대한 대가일 수도 있으며, 물건을 구매하기 위한 경우 등 대체로 영업활동의 일환으로 이루어지게 된다. 이러한 영역에 있어서 개인정보의 주된 가치는 '경제적 가치'이다. 사적자치 및 계약자유의 원칙에 기반 한 민간영역의 규율원리에 비추어 볼 때 개인정보와 관련된 부분에서도 이러한 원칙이 존중되어져야 한다. 즉 사인 간 개인정보의 제공 및 이용과 관련된 갈등과 분쟁은 개인정보의 제공 및 이용 자체에서 발생하는 것이 아니라 합의되지 않은 방식의 제공 및 이용, 개인정보 누출에 의한 이차적 피해 등과 관련된 부분이다. 이러한 부분이 민사상 일반불법행위 요건을 충족했을 경우에 민법의 규정에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의가 요구되는 경우 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 두는 방안으로 법의 개정이 이루어지는 것이 타당하다. 다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에 대하여는 국가의 적극적 개입, 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다. 또한 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래, 거래의 신속처리 등에 비추어 볼 때 민간영역에 있어서 개인정보의 규율은 오히려 서비스 약관내용의 공정성 확보가 더욱 중요한 쟁점이 될 수 있다. 이러한 약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 프로세스를 마련하는 것이 중요한 법의 역할이 되어야 할 것이다.

* 본 논문은 2014년 10월 24일에 '정보사회의 리스크 관리를 위한 개인정보보호규범의 합리적 정립과 집행'이라는 대주제로 개최된 2014년 고려대 ICR센터 기획세미나에서 필자가 발표한 내용을 수정, 보완한 것입니다.

** 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사.

Ⅰ. 서론

최근의 개인정보와 관련된 핵심 이슈는 단연코 '개인정보의 보호'이다. 빅데이터, IoT(Internet of Things) 등 기술환경의 변화와 함께 종종 '개인정보의 활용'에 대한 필요성도 제기되나 '개인정보의 활용'이 개인정보의 보호에 조금이라도 위해가 될 경우 이러한 논의는 더 이상 진행되기 힘들다. 그러나 개인정보는 단지 보호의 대상이 아니며 표현의 자유를 보장받는다는 의미에서 공개의 대상이 될 수 있고, 영업의 자유 측면에서 재산권의 객체이기도 하다. 이처럼 개인정보는 상황과 여건에 따라 여러 속성을 띄게 되므로 개인정보를 일의적으로 바라보아서는 안 된다. 따라서 본 논문은 개인정보의 여러 속성을 바탕으로 개인정보 보호의 본질과 개인정보와 관련된 여타 제도들 간의 갈등 양상을 검토하고자 한다.

한편 개인정보를 둘러싼 제도들 간의 갈등의 근저에는 법역(法域)간의 규제원리가 다름을 인정하지 아니하고 통일적 규제만을 강조한 데에서 기인한 바가 적지 않다. 특히 개인정보는 자기결정권의 객체적 지위에서 뿐만 아니라 사적거래의 대상으로서 혹은 사인의 영업재산으로서 여러 속성을 가지고 있는바 각각의 속성에 따라 공공영역의 규제원리가 적용되어야 하는지, 사법적 영역의 규제원리가 적용되어야 하는지에 대한 판단이 선행되어야 한다. 그러나 현행 '개인정보 보호법'은 이러한 차이를 드러내기 보다는 모든 영역을 포괄하는 종합적 규제체계를 채택하고 있다. 따라서 본 논문에서는 공공부문과 민간부문간의 규제원리와 개인정보의 보호법익에 대하여 분석하여 개인정보의 다양한 속성에 부합하는 규제원리를 도출하고자 한다.

Ⅱ. 개인정보 보호제도의 본질과 갈등

1. 개인정보 보호제도의 본질

가. 정보사회와 개인정보

과거 산업사회에서도 정부는 조세 징수, 사회통제 등의 목적으로 무수한 개인정보를 수집, 관리해 왔다. 그러나 이 당시 정보의 양식 및 형태나 수집, 보유 및 관리방식, 처리기술 등 여러 가지 측면에서 사생활 침해의 위협은 그리 심각하지는 않았다. 이 시기에 개인의 프라이버시 침해는 信書의 검열이나 전화 도청, 주거 또

는 사생활의 침해 등 제한적이고 단편적인 것에 국한되었고, 이를 방지하거나 제재하기 위하여 사생활의 자유나 표현의 자유, 통신의 자유 등과 같은 기본적 인권을 헌법적으로 보장하고 그에 의거하여 검열금지, 영장주의, 사생활비밀침해나 명예훼손 등의 범죄화 등 각종 공법적·형사법적 제도들이 강구되었다. 그러나 20세기 후반부터 정보통신기술이 비약적으로 발전함에 따라 상황은 판이하게 바뀌었다. 종래 종이문서에 의해 제한적·분산적으로 수집, 관리되어 왔던 개인에 관한 정보들이 고도의 정보수집·처리기술에 의해 실시간으로 용이하게 복제, 분석, 조작, 결합, 전송될 수 있게 되었고, 이를 통해 정보의 집적과 통합처리가 가능해졌기 때문이다.

1960년대에 서구 선진국들은 소위 "요람에서 무덤까지"라는 슬로건 하에 사회개혁과 확대된 사회복지 구현을 위해 국민 개개인에 대한 정보를 수집하여 복지정책의 수립·집행에 활용하였다. 컴퓨터를 정보처리체계로 활용하기 시작한 시기도 이러한 시기라고 할 수 있다. 이 당시 인구조사에서 얻어진 개인에 관한 각종 자료를 저장, 관리하면서 정보처리라는 기능에 주된 관심을 모았을 뿐 개인정보의 보호와 관련된 프라이버시에 대하여는 큰 관심을 부여하지 않았다. 국가는 이들 자료를 관리·통제하고 개인은 자신에 관한 자료를 정확하게 제공할 뿐 개인정보에 대한 권리는 주장하지 못하였다. 1970년대에 들어 개인정보가 거대한 중앙처리장치에 의하여 관리되고 국가의 세부적 사무에 이용되었다. 한편, 소형컴퓨터의 개발로 인해 개인정보는 데이터베이스 상호간의 공유체계로 악용될 수 있는 여건에 놓이게 되었다. 각국 정부는 정보관리와 함께 소극적인 태도로 개인정보를 논의하기 시작한 반면, 국민은 개인정보의 보호를 위한 권리化 뿐만 아니라 국민의 기본권으로서의 승격을 주장하였다. PC보급이 확대된 1980년대에 개인은 '개인정보 자기결정권'의 개념을 가지고 사회의 각 분야에 이용되는 개인정보를 스스로 통제할 수 있는 권한을 강조하였다. 1990년대 중반 이후에는 정보통신망의 이용확산과 인터넷의 상업적 이용으로 심각한 개인정보 오남용 문제가 발생하게 되었고 이에 부응하여 개인정보에 대한 강화된 보호의 틀을 마련하게 되었다.[1)]

즉 정보기술의 초기에는 정부에 의해 개인정보가 처리됨으로서 개인에게 초래될 수 있는 사생활침해에 대응할 수 있도록 권리를 부여하는 것이 중점이었으며 이러한 점에서 공법적 접근이 강조되기도 하였다.[2)] 그러나 최근에는 정부와 국민의 관

1) Michael Chissick and Alistair Kelman, Electronic Commerce : Law and Practice(2d ed.). Sweet & Maxwell, 2000, pp. 191-192

계에서 뿐만 아니라 민간영역에서 개인정보의 상업적 이용으로 인한 폐해가 더욱 가시적으로 나타나게 되었으며 개인정보와 관련된 법역이 공·사법 구분 없이 종합적으로 다루어지고 있다.

나. 개인정보와 프라이버시, 개인정보자기결정권

근대 프라이버시권의 기원은 1880년 Thomas Cooly 판사가 민사상의 손해배상에 관한 저서[3]에서 "홀로 있을 권리(the right to be let alone)"라는 의미로 프라이버시권을 제시하고, 1890년에 Warren과 Brandeis가 이를 보다 상세히 분석한 논문[4]에서 '프라이버시권은 진보된 문명세계에서 살고 있는 개인에게 필수적인 것'이라고 주장한 것에서 유래한다. Warren과 Brandeis가 이 논문을 집필한 때는 독자의 호기심에 호소하는 '옐로저널리즘'이 미국에 횡행하기 시작했던 시기이다. Warren과 Brandeis는 당시 미국법의 명예훼손법리에 의하여 보호할 수 없는 개인의 사생활을 '혼자 있을 권리'로, 즉 언론 등에 의한 사생활 침해에 대한 방어권을 인정하게 한 것이었다.[5] 미국에서 프라이버시라는 개념은 '타인의 방해를 받지 않고 개인의 사적인 영역(personal space)을 유지하고자 하는 이익 또는 권리'를 통칭하는 개념으로서, 이것은 단일의 이익이 아니고 여러 차원의 이익을 나타내는 개념이다. 그러나 사실 미국에서도 많은 학자들이 그 개념규정을 시도하여 왔으나 이 개념의 다의성으로 인하여 아직 완전한 성공을 거두지 못하고 있는 것으로 보인다.[6] 프라이버시를 보는 입장이나 시각은 각각 다르지만, Warren과 Brandeis 이후 20세기 후반 프라이버시 개념은 이미 단순히 간섭받지 않을 권리를 벗어나고 있다고 볼 수 있다. 즉, '어떤 상황에서 어느 정도까지 다른 사람에게 자신을 노출시킬 것인지 또는 자신의 행동과 태도를 드러낼 것인지를 자유롭게 결정할 수 있는 권리'[7]가 강조되기 시작되었다. 프라이버시가 이렇게 적극적인 의미로 변화하면서 오히려 그 개념정의는 더욱 어려워졌으며, 현대적 의미의 프라이버시의 범주와 유형에

2) Jeff Sovern, Protecting Privacy with Decetive Trade Practices Legislation, 69 Fordham L.Rev.1305(2001).

3) Thomas C. Cooley, Laws of Torts(1st ed.1880),Sec.29.

4) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", Harvard Law Review 4, (December 15), 1890, pp. 193~195; 서주실, "Warren ·Brandeis의「The Right to Privacy」", 미국헌법연구 제6호, 1995, 45면 이하.

5) 손형섭, 프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008, 315면.

6) Colin J. Bennett, Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States, Ithaca : Cornell University Press, 1992, p. 25.

7) A. F. Westin, "Privacy and Freedom", Privacy and Freedom Atheneum, N. Y. 1967, p.10.

대하여는 아직 확실히 정리된 바가 없다. 그러나 대부분의 학자들은 프라이버시를 상당히 폭넓은 개념으로 이해하고 있다. 여기에는 개인정보에 대한 통제권 뿐 아니라 개인의 신체에 대한 통제권과 개인적 선택을 포함한다고 보는 입장[8], 자신에 관한 내적인 정보를 보호하고 접근을 통제하는 것은 물론, 사적으로 친근한 관계를 보호하고 사적 행동에 관한 결정을 자유로이 내릴 수 있는 모든 것을 프라이버시의 범주에 포함시키는 입장[9], 다른 사람의 정보나 사적결정과정에 대한 지나친 사회적 통제로부터의 보호를 프라이버시로 보는 입장[10] 등 다양한 견해가 있다. 미연방대법원은 헌법상의 프라이버시권이 두 가지 내용의 보호법익을 가지고 있는 것으로 판시하였다. 그 하나가 "사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters)"이며, 다른 하나는 "자신의 중요한 문제에 대하여 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자 하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decisions)"이다.[11]

한편, 1980년대 이후 개인정보가 타인에 의해 전자적 형태로 무한히 축적·처리되면서 타인의 수중에 있는 개인정보에 대한 정보주체의 통제권을 나타내기 위해 "정보프라이버시"(information or informational privacy)라는 개념을 사용하기 시작하였다.[12]

우리나라 헌법재판소는 최근에 개인정보자기결정권과 관련하여 "개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. … 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다. 새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인할 필요성이 대두된 것은 다음과 같은 사회적 상황의 변동을 그 배경으로 한다고 할 수 있다. … 개인정보자기결정권의 헌법상

8) J. Kupfer, "Privacy, Autonomy and Self-Concept", American Philosophical Quarterly, Vol. 24, 1987, pp.81~89.

9) J. Inness, "Privacy, Intimacy and Isolation", Oxford University Press, 1992.

10) F. Schoeman, "Privacy and Social Freedom", Cambridge University Press, 1992.

11) Whalen v. Roe, 429 U.S.589, 599~600, 1977.

12) 한편, 미국의 Rosenbaum은 프라이버시 개념의 이 같은 다의성을 세 가지 범주, 즉 공간적 프라이버시(Territorial Privacy), 개인적 프라이버시(Personal Privacy), 그리고 정보프라이버시(Information Privacy)로 나누어 파악하고 있다. 상세는, Joseph I. Rosenbaum, Privacy on the Internet: Whose Information is it Anyway?, 38 Jurimetrics p.565, pp.566-67 (1998) 참조.

근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주주의적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다."[13]고 하였다.

미국의 프라이버시권(right of privacy)이라는 용어에 대한 우리의 번역어로는 "사생활권"이라는 표현이 그 다의성을 함께 나타내는 가장 적절한 것으로 판단된다. 서구의 프라이버시(privacy)라는 말은 사생활적 이익을 총칭하는 가장 넓은 개념이다. 우리 헌법이 상정하고 있는 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조)은 모두 프라이버시의 개념에 포섭된다. 또한 프라이버시권은 진실한 사실의 적시에 의해서는 명예훼손이 성립되지 않는 미국의 법제에서, 진실한 사실보도이지만 그로 인해 개인의 사생활이 침해되는 사건에서 개인의 인격권을 보호하는 기능을 하게 된다. 프라이버시권은 정보사회에서 입법 등의 과정을 통하여 개인정보의 보호개념을 구체화되고, 개인정보결정권과 같이 적극적 권리를 도출하는 근거가 되었다.

13) 2005.05.26. 2004헌마190. 그러나 헌법재판소는 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정에서 "사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. '공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률' 제8조 제1항 본문 가운데 '4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분'(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니된다."고 하면서 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보의 공개는 개인정보자기결정권이 아닌 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 결정하여 개인정보보호에 관한 헌법상 근거조항을 구별하고 있다. 또한 헌법재판소는 2010. 9. 30. 2008헌바132 결정에서는 "개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다."고 하면서 계속해서 "청구인이 그 침해를 주장하는 인격권, 사생활의 비밀보장권은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 이 사건과 관련되므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다루지 아니한다."고 하였다.

다. 개인정보제도의 본질

개인정보를 프라이버시권을 지키기 위한 핵심요소로서 보호되어야 한다는 견지에 선다면 개인의 특정한 속성이나 활동은 그 누구에게도 드러내거나 양도할 수 없는 기본적 권리가 된다.[14] 그러나 개인정보를 프로이버시的 견지에서만 보게 될 경우 개인정보는 거래의 대상이 될 수 없으며 시장에서 상품화되거나 시장의 침해를 받아서는 안 되는 것이 된다. 따라서 개인정보를 이렇게 소극적 권리와 자유의 관점에서만 다루는 것은 지나치게 협소한 접근법이 될 수 있다. 우리는 이미 은행계좌 개설, 건강진단, 항공권구입 등 다양한 영역에서 '자발적으로' 개인정보를 드러내고 살 수 밖에 없다. 즉 개인정보는 이미 하나의 경제적 거래 대상 즉 상품이 되었으며, 우리가 편리하고 효율적인 일상생활을 누리기 위하여, 그리고 각종 범죄로부터 안전한 사회적 삶을 영위하기 위하여 불가피하게 제공해야만 하는 재화가 되었다. 개인정보는 이제 대중이 기업이나 시장이 제공하는 서비스를 얻기 위해 치르는 대가와도 같은 것이 되었다.[15]

이러한 현실을 반영해 볼 때 개인정보를 사적 재산권(property rights)이라는 견지에서[16] 이해할 수 있다. 개인정보는 해당 개인의 소유물이 되기도 하지만 동시에 해당 개인으로부터 합법적으로 개인정보를 수집하고 가공, 처리한 기관의 소유물이 되기도 하며 이들은 수집한 정보가 사용되는 방식을 통제하는 권한을 가질 수 있다. 특정 개인이 자기 자신에 대한 정보를 자신의 소유물이라고 주장할 수 있는 만큼이나 상업적 주체들이 개인들로부터 수집한 개인정보를 처리, 가공한 것에 대한 정보를 자신들의 사적 소유권을 주장할 수 있기 때문이다.[17] 그러나 이렇게 개인정보를 사적 재산권의 관점으로 접근하는 것은 프라이버시에 해악을 초래할 가능성이 크다. 시장 메커니즘으로 개인정보 보호의 문제를 해결하려는 경우 현존하는 법률들이 대부분 대기업과 자본의 이익을 실현하기 위한 방향으로 설정되어 있음에 비추어 볼 때 개개의 정보주체는 개인정보보호를 해결하기 위해 많은 비용과 부담을 초래할 수밖에 없으며, 개개의 정보주체와 자본 사이에 존재하는 권력과 정보의 불평등성을 제대로 고려하지 못한다는 점에서 적절하지 않다고 한

14) 이항우, 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학보, 통권 제17호(2006-1), 167-168면

15) 이항우 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학보, 통권 제17호(2006-1), 169면

16) Westin, Alen, Privacy and Freedom, NY:Atheneum, 1967.

17) Simon Garfinkel, Privacy : A Concept Whose Time Has Come and Gone, In D.Lyon & E.Zureik(eds.), Computers, Surveillance, and Privacy, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2001, pp.156~174.

다.[18] 또한 개인정보는 타인에 의해 제공되는 것이며 타인이 사용하라고 만들어진 사회적 산물이지, 자기가 만들거나 구입한 소유물이 아니라는 반박도 가능하다.

이러한 상황에서 프라이버시는 개인이 사회에 참여할 것인가 혹은 말 것인가가 아니라 어떻게 참여할 것인가를 주요하게 고려하는 '개인정보 자기결정권'으로 정의되기도 한다.[19] 전통적인 프라이버시권이 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 개입으로부터 소극적으로 보존하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있었다면, 개인정보자기결정권은 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집·축적·처리·가공·이용·제공에 대해 정보주체에게 적극적인 통제권을 부여하고자 하는 데에 그 핵심이 있으므로[20] 그 보호의 맥락과 보호범위, 그리고 보호내용이 동일하지 않다고 할 수 있다. 종래의 프라이버시권이 소극적인 의미에 그친다는 가면 개인정보자기결정권은 자신들에 관한 정보가 정보수집 및 처리 기관들에 의하여 어떻게 수집되고 처리되며 활용되는지에 대하여 개인들이 끊임없이 확인하고 개입하는 "적극적인 참여의 원리"를 강조한다.[21]

그러나 개인들의 적극적인 참여를 강조하는 개인정보 자기결정권으로서의 프라이버시 관념도 그것과 상충하는 다른 사회·경제적 가치들과의 충돌 속에서 현실적으로 거의 효력을 갖지 못하는 상황도 발생하게 된다. 이는 개인정보에 관한 권리가 프라이버시권과 관련하여 개인정보자기결정권을 통하여 강조된 개념이기는 하나 개인정보는 보호대상임과 동시에 이용의 대상이기도 하기 때문이다. 프라이버시는 기본적으로 양도할 수 없는 불가침의 인격권이라는 측면에서 보호받는 대상이나, 개인정보는 일종의 계약으로 본인이 개인정보의 수집·이용·처리를 허용할 수 있다는 점을 고려하면 자산으로서 재산권적 측면 해석이 가능하다. 그러므로 개인정보자기결정권은 인격권적 측면과 재산적권적 측면이 모두 공존하고 있다는 면에서 프라이버시권과 동일한 개념으로 볼 수는 없다. 즉 개인정보보호의 권리는 내밀한 인격권의 보호영역과 정신적 자유의 사적영역 또 전통적인 물리적 공

18) Simon Davies, Re- Engineering the Right to Privacy : How Privacy Has Been Transformed from a Right to a Commodity. In P. Agre and M.Rotenberg (ed.), Technology and Privacy, MA: MIT Press, 1998, pp.260-274; Oscar Gandy, Coming to Terms with the Panoptic Sort. In D.Lyon & E.Zureik(eds.), Computers, Surveillance, and Privacy, Minneapolis: University of Minnesota Press,1996, pp.132~155.

19) Viktor Mayer-Schonberger,Generational Development of Data Protection in Europe, In P. Agre and M.Rotenberg(eds.), MA: MIT Press, 1998, pp.219~242.

20) 성낙인, "행정상 개인정보보호", 공법연구 제22집 제3호(한국공법학회,1994), 288면.

21) 이항우, 전게논문, 168면

간의 사생활보호의 자유권적 특성만이 아니라, 적극적으로 정보처리과정에서 인격권의 보호와 정신적 자유의 참여권 및 청구권, 그리고 개인정보의 재산권적 성질을 인정할 수 있다.[22]

한편 개인정보를 일종의 공유재로 이해하는 견해도 있다. 공유자원은 그것을 사용함으로써 얻게 되는 혜택을 누릴 수 있는 잠재적 수혜자들을 배제하는 것이 매우 어려운 큰 규모의 자연적 혹은 인공적 자원이며 인터넷 또한 공유자원 체계에 해당되므로, 인터넷상의 데이터 패킷과 컴퓨터파일 등과 같은 정보재도 역시 공유재로 파악한다.[23] 이처럼 개인정보를 공유재로 보는 견해는 프라이버시는 공통적 가치(common value), 공공적 가치(Public value), 집합적 가치(collective value)를 지니고 있기 때문에 이를 단순히 개인적 가치로만 환원할 수는 없다고 한다.[24]

이렇게 볼 때 개인정보는 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치를 동시에 지니고 있다고 볼 수 있다. 사회적 가치는 '개인정보의 수집 및 활용을 통해 사회질서 및 행정효율을 향상시킴으로써 궁극적으로 공익을 증대하려는' 노력과 연관되어 있으며, 경제적 가치는 '개인정보를 기업의 이윤 증대를 위한 기업자산 혹은 자원으로 인식하고 사용하려는' 관심과 긴밀히 관련된다. 또한 개인정보를 사회적 가치나 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 '핵심적 자유권' 혹은 '절대적 자유권'으로 파악할 때 개인정보의 개인적 가치가 강조되게 된다. 이 세 가지 가치가 개인정보 사용자의 관점에 따라 서로 경합하므로 그 가치들 사이의 균형을 이루기 위한 방향을 탐색하는 것이 중요하다.[25] 즉 오늘날에는 프라이버시적 성격 안에서 개인정보를 논하는 방식에서 나아가, 개인정보의 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치를 조화시키고 이들 간의 균형과 접점을 모색하는 방향으로 나아가야 한다. 이러한 가치를 법익 관점에 반영한다면 결국 사회적 가치는 '개인정보의 활용을 통해 사회 공통의 공익을 증대하려는' 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다. 경제적 가치는 '사적 이윤 증대를 위한 자산으로 인식하고 사용하려는 사익'과 관련되는 한 사법적 가치가 존중되어야

22) 정영화, 개인정보침해에 대한 사전·사후적 구제제도, 개인정보보호 정책포럼(정부혁신지방분권위원회) 자료집, 2004.6.16., 8면.

23) Elinor Ostrom, Governing the commons : The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge : Canbridge University Press, 1990 p. 30.

24) Priscilla Regan, Privacy As a Common Good in the Digital World. Information, Communication & Society 5(3), 2002, pp.382-405.

25) 김동원, 개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형, 정보화정책 제10권 제4호, 2003, 76~91면

할 것이다. 개인적 가치는 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 '핵심적 자유권' 혹은 '절대적 자유권'이라는 관점에서는 비추어 볼 때 사적영역에서의 요구되는 공익적 가치질서의 유지와 관련된다.[26] 즉 개인정보제도는 공익적 가치와 사익적 가치의 접점에 위치하며 이들 간 적절한 균형을 추구하는 방향으로 설계되어야 한다.

2. 개인정보 관련 법익 간 갈등

가. 정보공개제도와의 갈등

제도적인 차원에서 국민의 알 권리를 보호하기 위해 정보공개제도를, 개인정보와 관련된 인격적 가치를 보호하기 위해 개인정보보호제도를 확립하여 시행하고 있다. 공공조직이 보유한 모든 정보를 최대한 공개하는 것이 정보공개법제의 기본원칙이고, 개인정보 처리과정에서 다루어지는 개인정보를 최대한 보호하는 것이 개인정보 보호법제의 기본 원칙이다. 이처럼 두 법제가 지향하는 바는 정보의 최대 공개와 최대 보호라는 점에 차이가 있다. 행정의 공개와 투명성을 높임으로써 국민들이 현실문제에 관한 독자적 판단을 가능하게 하며 정치생활에 능동적이고 책임감 있게 참여하는 것이다. 결국 이렇게 국가의 투명성을 보장함으로써 진정한 의미의 국민주권을 실현하고 민주주의가 꽃피울 수 있도록 하고자 하는 것이 알 권리와 정보공개의 기본취지이다. 이에 따라서 얼핏 보기에 개인정보자기결정권과 정보공개청구권을 동시에 보장하는 것이 모순된 것처럼 보일지도 모른다. 그러나 개인정보보호와 정보공개는 결코 서로 분리되거나 상호 대립되는 것이 아니라 국민의 의사소통능력과 민주사회의 기능을 촉진하기 위하여 모두 필요한 것이다.[27]

헌법재판소는 정보공개제도를 알권리에서 구하면서[28] "'알 권리'는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계에 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다고 할 것이

26) 즉 상사분야가 사적자치가 기본원리가 되는 사적 영역임에도 불구하고 부정경쟁방지 측면에서의 공익적 가치가 반드시 반영되어야 하는 것과 유사하다고 할 수 있다.

27) Spiros Simitis, Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit als Verfassungsprinzipien, Thomas Kreuder(Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan, 1992, 145면.

28) 1991. 5. 13. 90 헌마 133에서 헌법재판소는 알 권리가 갖고 있는 "자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집 · 처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집 또는 정보공개청구권으로 나타난다."고 한 바 있다.

다"[29]라고 결정한 바 있다. 즉 사생활의 비밀과 자유도 공공의 이익 또는 일반국민의 정당한 관심사항인 경우에는 국민의 '알 權利'를 충족시키기 위해 일정한 합리적 범위 내에서 폭로 될 수 있다. 공공의 이익을 위해서는 프라이버시가 침해될 수 있으며, 그 경우에는 면책이 되며 다만 이 경우에도 그 인물의 사생활은 가능한 보호되어야 하므로 공적 사항과 직접 관계되는 사실 또는 상당관계에 있는 사실만이 공개 될 수 있다고 한다.[30] 즉 중대한 공적 이익을 위하여 사생활의 비밀과 자유가 제한 될 수 있으며, 개인의 사생활이라 할지라도 그것이 공적 중요성을 갖는 경우에는 금지되거나 제한될 수 있다.

이렇게 볼 때 정보공개제도와의 갈등에 있어서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 '사회적 가치'라고 할 수 있다. 즉 '일정한 경우 공적 중요성을 위해 개인정보의 공개를 허용 하는 바 사회 공통의 공익을 증대하려는' 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다.

나. 영업의 자유와의 갈등

고객이 없으면 계속적 영업행위가 이루어질 수 없기 때문에 전통적으로 고객은 영업재산의 중요한 요소로 간주되어 왔다. 영업재산의 개념에 대하여 단골고객 관계를 끌어당기는 것을 허용하는 요소의 전체를 재통합하는 것으로 볼 정도로[31] 고객관계는 영업재산의 가장 중요한 구성요소인 동시에 영업재산 구성의 목적으로도 작용해 왔다. 즉 고객관계를 중심으로 영업재산의 법리가 전개된다고 하여도 과언이 아니다. 이러한 영업재산을 이루는 고객관계의 기본은 고객정보이며 이는 당연히 개인정보에 해당된다.

개인정보를 상업적 거래의 대상으로 취급하여 시장에서 판매하거나 임대하는 것은 신용카드 이용, 항공기 예약, 비디오 대여 등에서 볼 수 있는 바와 같이 인터넷이 대중적으로 생활화되기 이전부터 이어져온 오랜 경제적 관행이었다. 정보사회에 이르러 이러한 관행은 기업의 생존과 직결되고 있다. 온라인상에서 이루어지는 거래와 관련된 대다수의 영업은 고객정보, 즉 개인정보를 기반으로 이루어지게 되기 때문이다. 대다수의 웹사이트에서 서비스를 이용하기 위해서는 생년월일, 이메

29) 1991. 5. 13. 90 헌마 133.

30) 김철수. 헌법학개론, 박영사, 2007, 732면.

31) 프랑스의 다수설은 영업재산의 개념에 대하여 단골고객 관계를 끌어당기는 것을 허용하는 요소의 전체를 재통합하는 것으로 본다. 원용수, 프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010, 135면.

일주소 등의 개인정보를 제공하는 등 온라인상에서 개인들은 간편하게 정보 또는 상품을 얻을 수 있는 대가로 개인정보를 어느 정도 제공해야 하는 '기브 앤 테이크(give & take)' 방식이 보편화되었다. 특히 회원에 기반 한 포털, 소셜네트워크서비스(SNS) 등의 산업은 가능한 한 많은 수의 회원들을 확보하여 광고수입을 올리거나 다양한 유료서비스를 제공함으로서 최대한 수익을 안정적으로 확보하여야 한다. 최근 데이터 마이닝 기술의 고도화로 영업에 있어서 개인정보는 단순히 고객유지, 관리하기 위해서 뿐만 아니라 적극적 마케팅을 위해 끊임없이 재가공 되어 새로운 가치를 지니는 정보로 변화할 수 있다.

이처럼 회원들에 대한 정보는 경제적 교환의 중요한 대상이 되기 때문에 대다수의 서비스사업자들은 자신들이 확보한 회원들에 대한 많은 개인정보를 수집하고 다양하게 활용하려 한다. 이렇게 제공된 개인정보는 고유의 본질적인 주관적 가치를 넘어 상인에게 있어서 경제적 가치를 가지는 중요한 영업재산을 구성하게 된다.

시장경제가 작용하기 위해서는 우선 경쟁을 그리고 개인 간 계약체결을 가능하게 하고 그 준수를 보장하며 빠르면서도 확실한 재화의 교환을 가능하게 하는 법질서를 필요로 한다. 기업이 소비자의 개인정보를 수집・처리・이용하는 것을 금지하는 것은 당해 기업이 헌법상 보장받고 있는 영업의 자유를 제한하는 것이 된다. 영업의 자유는 헌법 제15조가 보장하는 직업의 자유의 한 내용이다. 이 직업의 자유는 자신이 종사할 직업을 결정할 자유(직업선택의 자유)와 결정한 직업을 자유로이 수행할 자유(직업수행의 자유)를 기본적인 내용으로 하는데, 영업의 자유는 이러한 직업수행의 자유의 중요 부분이다. 직업의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 개성신장의 바탕이 될 뿐만 아니라 국민 개개인이 선택한 직업의 수행을 통해 자유주의적 경제・사회질서의 요소가 되는 기본적 권리이다.[32] 기업이나 개인이 영업활동의 일환으로 소비자의 개인정보를 수집・처리하여 이를 상품 또는 서비스의 생산이나 마케팅에 활용하는 것은 헌법이 보장하는 영업의 자유에 속한다고 할 것이다.[33]

32) 1989. 11. 20. 89헌가102

33) 1996. 12. 26. 96헌가18 : "직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나가 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다."

즉 영업의 자유와의 갈등에서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 '경제적 가치'라고 할 수 있다. 개인정보를 사적 이윤 증대를 위한 자산으로 인식하고 사용하려는 사익과 관련되며 사인간의 거래가 중심이 되는 한 사법적 가치가 존중되어야 할 것이다.

다. 행정업무 효율화를 위한 개인정보의 활용과 갈등

행정업무 효율화의 핵심수단은 행정정보 공동이용이다. 동일한 정보의 중복적 수집을 금하며 행정기관 간 확인가능 한 민원서류를 국민에게 다시 요구하는 것을 금지하기 위해서는 필연적으로 국민의 개인정보 활용이 요구된다. 국민에 대하여 최대한의 편의성을 제공함과 동시에 행정의 중복에서 초래될 수 있는 행정력의 낭비를 막을 수 있으므로 국민의 신뢰성을 확보할 수 있는 수단으로 인정되고 있다. 뿐만 아니라 대국민서비스에 있어서 시민의 직접적인 참여도 가능하도록 하는, 이른바 열린 행정의 기반으로서의 기능도 가지고 있다. 각급기관이 보유하고 있는 정보를 상호 연계함으로써 정보의 일치성, 무결성을 확보하고 그 결과 행정착오 요인을 제고하여 행정의 신뢰도 증진을 기대할 수 있다. 또한 신속, 정확한 정보 확보로 정책수립의 적시성(適時性)을 확보하고 업무 간 협업을 통한 시너지효과 창출로 행정기관의 생산성 향상을 가져올 수 있다. 기 구축된 개별기관의 행정DB를 최대한 재활용하여 유사 정보의 재구축에 따른 비용절감 및 중복투자를 방지할 수 있고 이를 통해 국가재정의 효율적 활용에도 긍정적 효과를 가져 올 수 있다. 결국 이러한 행정정보 공동이용은 전자정부구현을 위한 이상적이며 필수적인 수단이라 할 수 있다.[34]

그러나 행정정보는 거의 필수적으로 개인정보를 포함하므로 개인정보의 유출, 남용의 가능성에 대한 우려 또한 높은 것이 사실이다. 특히 개인정보의 투명한 관리가 이루어지지 않는 상황에서의 개인정보 공동이용은 국민의 막연한 불안감만을 일으키게 되고 이러한 두려움은 필연적으로 사회에 대한 불신으로 이어지게 된다.

즉 공공조직이 보유한 모든 정보를 최대한 공동활용하여 행정의 효율성 및 신뢰성을 도모하는 것이 전자정부의 기본 원칙이고, 개인정보 처리과정에서 다루어지는 개인정보를 최대한 보호하는 것이 '개인정보 보호법'의 기본 원칙이다. 이처럼 두 법률이 지향하는 바는 정보의 공유 및 활용과 보호라는 점에 차이가 있다.

이러한 행정업무 효율화를 위한 갈등에서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 사

34) 한국전산원, 전자정부법 개정방안 연구, 한국전산원, 2008, 21~22면.

회적 가치라고 할 수 있다. 즉 '일정한 경우 공적 중요성을 위해 개인정보의 공유와 활용을 허용 하는 바 사회 공통의 공익을 증대하려는' 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다. 그럼에도 불구하고 개인정보가 국민에 대한 감시나 통제수단으로 활용되지 않도록 즉 공익적 가치라는 오명으로 희생되지 않도록 보호해야 할 '핵심적 자유권' 혹은 '절대적 자유권'이라는 관점에서는 비추어 볼 때 또 개인정보의 개인적 가치 또한 간과되어서는 안 된다.

라. 표현의 자유와의 갈등

개인정보에는 이름, 전화번호 등 사실을 타나내는 정보뿐만 아니라 개인의 정신·신체·재산·사회적 지위·신분 등에 관한 사실·판단·평가를 나타내는 일체의 정보를 포함한다. 즉 개인에 대한 판단이나 평가는 기본적으로 명예훼손 법리가 적용되며, 표현의 자유와도 밀접하게 관련된다. 앞서 언급하였듯이 개인정보 보호의 근저에 있는 프라이버시권은 옐로저널리즘으로 부터 개인의 사생활을 보호하기 위한 측면에서 Warren & Brandeis의 논문에 의해 제기된 것이라고 평가하고 있다.[35] 프라이버시를 침해하는 보도 및 출판이라는 행위에 의하여 보다 명료하게 생긴다고 할 수 있다. 개인의 사생활에 대한 언론의 표현은 프라이버시권의 침해를 발생 하게 할 수 있고, 프라이버시권의 인정은 언론의 자유에 대한 새로운 한계가 되었다.[36]

우리나라는 '사생활의 비밀'과 '표현의 자유'사이에 적절한 조화를 요구하고 있다. 즉 표현의 자유는 민주정치에 있어서 최대한 보장을 받아야 하지만 그 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로, 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교형량하여 그 규제와 폭과 방법을 정하여야 한다.[37]

기존의 표현의 자유는 언론매체의 국가기관으로부터의 검열에 대한 저항으로 개인정보에 대한 사항은 부차적이었으나, 최근 표현의 자유의 핵심이슈는 단연코 개

35) 성낙인, 언론정보법, 나남출판(1999), 494면, W.Freedman, the Right of Privacy in the Computer Age, Quorum Books (1987) ; J. Rubenfeld, the Right of privacy, 102 Harvard Law Review 737(1989), pp. 737-807.

36) 손형섭, 프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008, 320면

37) 大判 1988.10.11, 85 다카29

인정보의 활용과의 갈등이다. 특히 인터넷이라는 매체가 개인정보를 직접적으로 수집·관리·이용할 목적이 아니었지만 인터넷 서비스를 제공하는 과정에서 부수적으로 개인에 관한 정보들이 모여지거나 검색·유통됨으로써 결과적으로 사생활이나 인격권 침해가 발생하는 경우가 다수 발생하고 있다. 이러한 경우 정보게재자의 표현의 자유와 매체의 경제활동의 자유, 그리고 정보주체의 프라이버시가 복합적으로 갈등양상을 보이게 된다. 정보게재자의 입장에서 볼 때 표현의 자유 및 인터넷이 가지는 공익적 가치를 증진시키기 위해 활용이 허용되어야 하는 경우로서 개인정보는 사회적 가치로서 작용하게 된다. 인터넷이라는 매체의 운영자 입장에서는 이러한 개인정보가 영업의 수단으로서 그 활용이 허용되어야 하는 경우이므로 경제적 가치로서의 개인정보로 작동하게 된다. 그러나 정보주체의 입장에서는 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 '핵심적 자유권' 혹은 '절대적 자유권'으로 보호받아야 하는 것이다.

Ⅲ. 영역별 규제원리와 개인정보의 규제방향

1. 영역별 개인정보 규제의 차이

공공부문에서 개인정보를 수집하는 이유는 주로 행정에 필요한 정보수집의 차원에서 이루어지는 이른바 '행정조사'로서의 지위를 갖는다.[38] 반면 사적영역에서 개인정보를 제공하는 이유는 무료 서비스 이용에 대한 대가일 수도 있으며, 물건을 구매하기 위한 경우 등 대체로 영업활동의 일환으로 이루어지게 된다.

개인정보자기결정권은 비단 공공부문에서만 구현되어야 하는 것이 아니라 공사영역 구분 없이 적용되는 것이다. 다만 권리의 충돌 양상은 공사영역에서 다르게 나타날 수밖에 없다. 공공부문에서의 개인정보자기결정권의 구현은 국가와 국민 즉 정보처리자와 정보주체간의 수직적 관계에서 구현되어야 하며, 사적영역에 있어서는 양자의 수평적 관계를 기반으로 한다.

상기 언급된 갈등상황을 중심으로 살펴보면 정보공개제도와 개인정보보호와의 갈등은 공법부문에서의 주된 내용이라고 할 수 있다. 정보공개제도는 민주주의와 국민의 알권리 보장을 위해 국민이 국가에게 일정한 정보의 제공을 요구하고 이에 응하는 제도이다. 반면 영업의 자유와의 갈등은 사적부문의 주된 내용이라고 할

38) 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007, 213면.

수 있다. 이러한 갈등에서 중요한 부분은 정보주체와 정보처리자의 사적자치의 원칙이며 다만 국가의 개입은 거래의질서 확립과 이해조정을 위한 범위에 그쳐야 한다. 행정업무의 효율성을 위한 개인정보의 활용에 있어서의 갈등은 개인정보의 '사회적 가치'와 '개인적 가치'가 충돌하는 영역으로 공익간의 갈등을 보이는 공법적 영역이라고 할 수 있다. 한편 표현의 자유와의 갈등은 초기 국가권력으로부터의 검열의 해제 측면에서는 국가에 대한 자유권 측면에서의 공법적 성격이 짙었으나, 최근 인터넷상의 표현의 자유 속에서 나타나는 갈등양상은 개인정보를 수집·처리하는 인터넷서비스사업자들과 정보주체간의 이해관계의 조정이라는 사적영역의 규율성격이 더 짙게 나타고 있다고 보여 진다.

모든 갈등양상에 있어서 법의 역할은 법익의 충돌에 대한 타당하고도 합리적인 이해조정이다. 공공부문에서 있어서는 명령과 강행규정 중심이 되어야 하나, 사적영역에 있어서는 당사자 자치를 우선 존중하고 양자의 의사가 명확하지 않을 경우 이해관계의 조정 중심 즉 임의규정이 중심이 되어야 한다. 다만 사적 영역이라 할지라도 당사자의 거래관계가 지나치게 불균형을 이룰 경우 공법과 유사한 규정이 개입되게 된다. 이러한 기본원칙이 존중되는 방향으로 입법정책이 이루어져야 한다. 그러나 현행 개인정보보호법제는 이러한 다름에 대한 고려보다도 각각의 개별 사안에 대한 즉응적 해결에 주안점을 두고 있는 듯하다. 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 현행 '개인정보 보호법' 역시 이러한 차이를 법에서 명확히 구분하기 보다는 개인정보에 대한 종합적 규제에 그치고 있어 실제 시행에 있어서는 많은 애로점을 노출시키고 있다. 이제 '개인정보 보호법' 시행이 3년을 넘어서고 있는 만큼 입법에 참고하여야 할 많은 사례와 경험들이 누적되었다. 이를 바탕으로 개인정보가 가지고 있는 각각 다른 개별 가치들을 현행의 법제에 자연스럽게 반영되도록 입법의 방향을 재검토 할 필요가 있다.

2. 공공부문 개인정보 규제방향

가. 공공부문 규제원리

공공부문의 개인정보와 관련된 법익 간 가치의 충돌은 단연코 공익과 관련된다. 공익이 무엇인가에 대하여 혹자는 "어떤 利益狀況이 특정한 법적 주체가 단순히 그가 속한 사회의 개별 구성원으로서 가지는 이익의 의미를 넘어서 사회적 의미를 가지게 되는 경우에, 그 사회 구성원들이 가지게 되는 이익을 말한다."고 하며,[39] 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이라고도 한다.[40]

주로 사익과 구별되는 개념으로서 공익을 언급할 때 공익 개념은 '공공성' 혹은 '공적인 것'과 관련을 맺는다. 이러한 의미는 公私法 二元論에 기반을 둔 공익 개념에서 찾아볼 수 있다. 즉 이러한 공익 개념은 공적자치를 적용할 것인가, 아니면 사적자치를 적용할 것인가를 결정해주는 구성요건의 의미를 갖는다. 이러한 공익은 한 개인을 넘어서 다수 또는 집단과 관련을 맺는 이익이어야 한다는 '집단성', 공익으로 인정되기 위해서는 공익에 관해 전개되는 합리적·규범적 논증대화(논의)의 대상이 될 수 있어야 한다는 '공적인 논의필요성', 공익은 공공성과 밀접한 관련을 맺고, 공공성은 본래 개방되어 있다는 뜻을 갖고 있다는 점에서 '공개성', 공익은 개인에게 배분할 수 없는 또는 배분하기 어려운 이익이어야 한다는 점에서 '개인적 귀속 불가능성'을 그 개념요소로 한다고 한다.[41]

이러한 공익을 구현하는 것이 공공부문의 규제원리라고 할 수 있으며 공공부문은 행정기관 등이 공익 수행을 위하여 권력적 또는 비권력적 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집, 활용하는 과정에서 개인정보의 침해를 가져올 수 있다.[42] 특히 공공부문은 개인정보처리자와 정보주체의 불평등관계를 전제로 하므로 정보수집과 이용에 대한 국민의 막연한 불안감은 상시 존재하게 된다. 특히 전자정부 시대의 효율적 행정의 실현을 위해서는 필연적으로 개인정보를 분석·가공하게 되고 다른 기관과 주고받는 절차도 필요하게 된다. 전통적으로는 개인정보가 수기로서 기록된 행정문서 대장을 통해 정보관리와 행정행위가 이루어지는데 전자정부에서는 전자적 기록인 데이터에 의하여 정보관리와 행정행위가 이루어지게 된다. 즉 전자정부의 발전은 필연적으로 정부가 보유하는 정보의 효율적 활용을 기반으로 하여 국민에 대한 편리한 행정서비스의 제공을 목표로 한다. 이러한 전자정부의 목표는 정보의 불필요한 과다 축적을 배척하게 되었고 2중, 3중으로 관리되는 불필요한 행정정보를 단순화하여 필요한 정보를 공유하여 행정의 효율성을 극대화하는 방향을 모색하게 되었다. 이는 당연히 정부가 보유·관리하는 개인정보에도 적용되며 이에 따라 개인정보 역시 공동이용의 대상이 된다. 그러나 문제는 개인정보의 투명한 관리가 이루어지지 않는 상황에서의 개인정보 공동이용은 개인정보

39) 최송화, 공익론, 서울대학교출판부, 2002; 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9)에 실린 "특집: 법에 있어서의 공익", 311면.
40) 제철웅, "사적 자치와 공익의 상호관계", 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9), 121-122면. 제철웅 교수는"민법 제366조의 법정지상권의 인정", "민법 제219조의 주위토지통행권의 인정", "제3자의 신뢰보호의 근거" 등을 공익의 차원에서 이해한다.
42) 양창수, 공익과 사익의 혼융현상을 통해 본 공익 개념, 공익과 인권 제5권 제1호(2008), 24~26면.
42) 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 213면.

내지 프라이버시에 대한 국민의 막연한 불안감만을 불러일으킨다는 점이며 그러한 불안감은 행정의 효율성을 극대화한다고 해서 해결될 수 있는 문제가 아니다.

다만 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이 곧 公益이며, 국가(입법, 행정, 사법)는 公益질서의 형성, 유지, 발전의 고유한 임무가 있다고 볼 수도 있을 것"이라고 하면서, 민사법 영역에서도 공익 개념을 인정할 수 있다는 태도[43]에 의하면 사적영역에 있어서도 공익을 규율하는 공법적 원리가 적용될 수 있다.

나. 공공부문 개인정보 제도설계방안

전자정부에서는 기존의 수기정부에서보다 국민 개인에 대한 정보처리가 신속하고 광범위하며 권력에 의한 개인통제가 더욱 손쉬워진다. 정보화는 국가과정의 측면에서 관료들이 가지는 전문·기술성과 결합하여 개인에 대한 정보를 취급자의 자의에 따라 무분별하게 이용될 수 있다는 문제를 안고 있다.[44] 이러한 문제점은 정보주체의 입장에서 모든 사적 사항들이 국가에 노출됨을 의미하며 언제나 감시와 감독의 대상이 된다는 우려를 표시하고 더 나아가 국가가 국민의 인식과 이를 바탕으로 하는 사고 및 행위까지도 통제할 수 있다는 인식을 심어줄 수 있다.[45][46] 따라서 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리구제방안의 명확한 법정화를 통한 행정의 효율성 확보가 중요하다. 후술하듯이 사적 거래에 있어서 개인은 계약에 의해서 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 반면, 국가는 법률의 근거 없이 개인정보를 조사, 처리 할 수 없다.[47]

또한 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집, 활용하는 과정에서 개인정보

43) 제철웅, "사적 자치와 공익의 상호관계", 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9), 121-122면. 제철웅 교수는 "민법 제366조의 법정지상권의 인정", "민법 제219조의 주위토지통행권의 인정", "제3자의 신뢰보호의 근거" 등을 공익의 차원에서 이해한다.

44) 한상희. "정보화와 헌법", 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집(2002.11.7). 정보통신정책연구원·중앙대학교 법학연구소. 2002. 30면.

45) 한상희. 앞의 논문. 30쪽.

46) 이른바 교육행정정보시스템(NEIS) 사태라고 불리는 교육정보화 사업에서 나타난 문제점이 그 대표적인 사례라고 할 것이다. NEIS는 교원의 업무경감과 교육의 질 향상, 학부모와의 정보공유, 대국민 만족도 제고, 그리고 교육행정의 생산성 향상 등 청사진을 갖고 출발하였으나 개인정보 침해 등 인권침해라는 주장에 부딪쳐 난항을 겪었다. 전자정부를 구현하면서 주권자의 신뢰를 얻는 노력이 얼마나 중요한가를 잘 보여주는 사례이다. 이에 대한 평가로 황주성/최선희, "전자정부 사업과 개인정보보호 이슈-NEIS를 중심으로-KISDI 이슈리포트", 정보통신정책연구원, 2003 ; 조화순, "거버넌스 관점에서 본 NEIS 갈등사례 연구". 정보화정책 2004년 봄호. 한국전산원, 2004 ; 임규철, "NEIS와 개인정보자기결정권-국가인권위원회의 NEIS 결정을 중심으로-". 인권과 정의 323호, 2003 등이 있다.

47) 김일환·김민호, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.5, 255면.

의 침해를 가져올 수 있는 바, 이에 대해서는 철저한 사전, 사후 평가 및 통제시스템을 보유하고 있어야 하며 정부부처간의 이해관계 및 상하관계를 초월하는 강력한 조정권한을 가지 통제장치가 필요하다.[48] 특히 법위반시 실효성 있는 제도 마련이 필요하다. 현행법상 과태료 처분은 국가가 일반통치권에 근거하여 행정법상의 의무위반행위에 대하여 부과하는 금전적인 제재로서 행정형벌과 함께 전통적으로 국가의 권력작용에 속하는 행정벌이다. 과태료 부과와 관련하여 공공기관을 제외한다는 특별한 규정이 없는 한 개인정보보호법상 개인정보처리자에 해당하는 공공기관은 법률상 의무를 위반한 경우 과태료 부과대상이 된다.[49] 한편 개인정보보호법상 중앙행정기관도 개인정보처리자로서 공공기관에 포함되므로 원칙적으로 과태료 부과대상이 되나, 중앙행정기관에 대한 처분의 법적 효력은 국가에 귀속되며, 국가가 부과·징수한 과태료 수입은 법률에 특별한 규정이 없는 한 국가의 세입으로 귀속된다.[50] 따라서 현행 '개인정보 보호법'상 행정안전부가 다른 중앙행정기관에게 과태료를 부과하는 것은 국가가 스스로에게 과태료를 부과하는 결과를 초래하므로 중앙행정기관은 과태료 부과대상에서 제외되는 것이 적절하다.

따라서 법 위반에 따른 실효성 있는 제재수단으로 다음과 같은 방안이 고려될 수 있다. 우선 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식은 행정의무자가 행정기관 등을 예정하고 있는 개인정보보호법에서는 성격상 적용이 바로 가능하지도 않고 또한 그 효용성도 크게 기대하기 어렵다고 보인다. 오히려 금전상의 제재방안으로는 해당 행정기관이나 공공기관에 대한 평가년도 다음해의 예산상 제재를 들 수 있다. 만일 특정한 개인정보보호 의무를 이행하지 아니하거나 위반한 경우에는 해당 업무와 관련된 예산을 감축하는 방안이다. 이와 같은 예산상의 제재는 사실상 처리하기 보다는 위하의 효과를 위하여 '개인정보 보호법'에 법률로 규정하는 것이 바람직하다. 다음으로 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안도 고려될 수 있다. 즉 개인정보 보호와 관련된 법 위반 시 이를 보완하기 위한 정책을 반영할 수 있는 행정입법의 의무를 일정한 기한을 정하여 명시하는 것이다.[51] 법률이나 행정입법의 입법 절차에 있어서

48) 김일환·김민호, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.5, 255면.

49) 다른 입법례에서도 공공기관의 과태료 부과에 대하여 규정하고 있다. 공공기관대상으로 도로교통법상 교통질서위반에 대한 과태료 부과, 에너지 사용제한 조치 1회 위반시 경고, 2회 이상 위반시 300만원 이하 과태료 부과 등이 있다.

50) 「국가재정법」 제4조 및 제17조에 따른 일반회계 및 예산총계주의, 「국고금관리법」 제7조에 따른 수입의 직접사용 금지(수입의 국고납부)

입법권자로 하여금 특정한 사항에 대하여 기한을 정하여 입법의무를 부과한 예는 찾아보기 어렵다. 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 행정규제의 경우에는 이른바 '규제일몰제'를 통하여 규제의 존속기한을 정하기는 하였지만, 이는 국민의 기본권을 제한하는 입법의 한계를 정한 것이지 입법의무의 기한을 정한 것은 아니라고 하겠다. 그밖에 개인정보 보호를 감시하고 촉진시킬 수 있는 시민단체 등의 설립의 지원 등도 고려해 볼 수 있다. 개인정보의 보호는 결국 국민 개개인의 관심과 참여가 가장 중요하다. 구체적인 방법으로는, 이용자나 이용자단체가 정책제안 등을 제시할 수 있는 상설 자문단체의 구성, 또는 개인정보 보호 관련 옴부즈만의 도입, 정책 제안에 대한 상금 등 인센티브 도입 등이 있다.

3. 민간부문의 개인정보 규제방향

가. 민간부문 규제원리

민간부문에서 사인간의 적용되는 법은 사법이 주된 영역이라고 할 수 있다. 중세 신분적 구속에서 벗어난 근대시민사회에서의 사법은 사적자치의 원칙을 그 기본이념으로 한다.[52] 사적자치란 고전적 의미로 "개인의 자기 의사에 따른 법률관계의 성형의 원칙(das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsvehältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen)을 의미한다.[53] 이러한 의미를 전제로 볼 때 사적인 영역에서 사인간의 법률관계에 대하여는 법질서가 개입을 포기하게 된다. 이러한 사적자치의 원칙은 계약자유에 의해 실천된다. 개인이 자기 의사에 따라 자기의 법률관계를 형성하는 것은 주로 법률행위, 특히 계약을 통해서이다. 계약자유의 원칙은 사적관계의 영역에 있어서 각자는 자기의 자유로운 의사에 따라 타인과의 사이에 계약을 맺음으로써 그 타인에 대하여 의무를 부담하거나 권리를 취득하게 된다. 이처럼 사적인 법률관계에서 사인들의 합의에 기하여 형성된 법률관계에 대해서는 국가의 고권적·후견적 간섭을 원칙적으로 포기하고 그 범위 안에서 당자자의 합의에 법적 효력을 부여하는 원칙이다.[54]

51) 만일 기한을 정하지 아니하면 '상당한 기간'이라는 요건 때문에 구속력 없는 입법의무로 전락할 수밖에 없다고 할 것이다.

52) 종래 "우리 민법은 자유인격의 원칙과 공공복리의 원칙을 최고원리로 하며, 공공목리라는 최고의 존재원리의 실천원리 내지 행동원리로서 신의성실·권리남용의 금지·사회질서·거래안전의 여러 기본원칙이 있고 다시 그 밑에 이른바 삼대원칙이 존재한고"하 하는 입장이었으나(곽윤직, 민법총칙(1999), 64면), 최근 민법의 개념을 사적자치에서 구하는 견해가 유력하다(양창수, 민법입문, 2000, 354면;지원림, 민법강의, 2002, 18면 이하 등).

53) 의사를 강조하는 견해는 '개인이 자기의 의사에 의하여 법률관계를 스스로 형성하는 원칙'이라고 정의한다(Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Springer-Verlag, 1992, S. 1). 이에 대하여 법질서를 강조하는 견해는 '법질서가 의사표시에 의하여 법률효과를 발생하게 하거나 저지하게 할 수 있는 가능성을 인정하는 원칙'이라고 한다(Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Springer-Verlag, 1967, S. 127ff.).

그러나 인간의 자유와 평등을 전제로 한 고전적 의미의 계약자유 사상은 근대사상이 낳은 법적이념 이기는 하지만 현실에 있어서는 여러 가지 폐해를 드러내게 되었다. 형식적 평등에 기초한 대등한 당사자 간의 계약이 합리성을 가지며, 그렇기 때문에 계약에 있어서 외적간섭을 배제해야 한다는 점에 중점을 둔 나머지 계약당사자간의 실질적 불평등으로 인한 의사형성의 부자유의 문제를 간과하였다. 이 점에서 형식적 계약자유는 그 출발선상에서 이미 사회적·경제적 강자에 의한 남용의 가능성을 내포하였고 이러한 점이 근본적 결함으로 표출되게 되었다.[55] 따라서 계약당사자가 서로 대등한 지위를 보유하여 각자가 자유롭게 계약의 자유를 행사할 수 있는 경우에는 법질서로서 허용할 수 없는 한계만을 설정하는 것으로 충분하지만, 실제에 있어서 계약당사자 일방이 우월적인 지위를 가지면서 쌍방의 자기결정 대신에 그 자의 일방적인 결정이 행하여지는 상당수의 경우가 있는 바, 이러한 경우 우월한 당사자의 계약자유는 약자의 보호를 위하여 제한되어야 하며 이것이 계약의 내적 한계의 문제라고 할 수 있다.[56] 그러나 경제적·사회적 불균형은 오히려 자본주의사회의 본질이므로 그 자체를 문제 삼을 수는 없다. 문제가 되는 것은 경제적·사회적 불균형을 기화로 타방의 자기결정의 기회를 제약하고, 자유경쟁의 질서로부터 벗어나려고 하는 '자유제한적 행위'에 있는바 자유를 억압하는 '자유제한적 행위'가 제한되어야 한다. 이와 같은 계약 자유의 한계설정(自由制限的 行爲에 대한 制限)은 적극적 자유의 행사로서 자신의 선택에 의해 자신이 속하게 될 법과 같은 사회제도의 형태로 나타나게 된다.[57]

즉 사적자치의 원칙과 사적자치의 실천원리로서 계약자유의 원칙은 오늘날 사법에 있어서 커다란 원칙으로 자리 잡고 있으며 사적 법률관계 형성의 기초라고 할 수 있다. 사적관계의 영역에 있어서 각자는 자기의 자유로운 의사에 따라 타인과의 사이에 계약을 맺음으로써 그 타인에 대하여 의무를 부담하거나 권리를 취득하게 되며, 이처럼 사적인 법률관계에 관하여 사인들의 합의에 기하여 형성된 법률

54) 지원림, 계약정의에 관한 연구, 비교사법 제9권 제2호(통권17호), 102면.

55) 장재현, "계약자유에 대한 제한의 이론적 근거", 경북대 법학논고 제6집, 경북대학교 법학연구소, 1990, 158면

56) 송덕수, "私的自治에 관하여", 사회과학논집, 이화여대, 1991, 50면.

57) Schapp, Jan, Über die Freiheit im Recht, AcP. Band 192, J.C.B.Mohr, 1992. S. 262.

관계에 대한 국가의 간섭을 원칙적으로 포기하고 그 범위 안에서 당자자의 합의에 우선적으로 법적 효력이 부여되어야 한다. 다만 계약자유의 성질상 자유를 억압하는 '자유제한적 행위'에 대하여는 법질서에 의한 제한이 작동될 수 있다.

나. 민간부문의 개인정보 제도설계방안

사적자치 및 계약자유의 원칙에 기반 한 민간영역의 규율원리에 비추어 볼 때 개인정보와 관련된 부분에서도 이러한 원칙이 존중되어져야 한다. 특히 경제적 가치로서의 개인정보의 법익이 주가 되는 영역에 있어서는, 즉 정보 자체가 재산적 가치가 있거나, 정보의 이용을 통하여 재산적 가치를 획득할 수 있다는 것을 전제로 한 사인간의 계약의 경우에는 더더욱 그러하다. 다만 사인간의 관계에서도 계약자유의 성질상 자유를 억압하는 '자유제한적 행위'와 관련되는 경우 법질서에 의해 규제되어야 한다.

현행 개인정보보호법은 사인간의 개인정보의 제공 및 이용계약과 관련하여 계약자유에 앞서 많은 부분이 법질서에 의해 규율되고 있다. 이는 개인정보의 제공 및 이용계약이 정보주체의 자유를 억압하는 자유 제한적 행위와 관련되고 있다는 판단이 전제되었다고 볼 수 있다. 개인정보의 제공 및 활용이 당사자의 다른 의사표시를 존중하기 보다는 반드시 정보주체의 동의에 의해 이루어지도록 규율하고 있으며 동의에 기반 하지 않은 정보의 수집 및 이용에 대하여는 법률이 정하는바에 따르도록 하고 있다. 법상 개장 핵심개념인 '개인정보처리자'의 개념을 정의함에 있어서도 "업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다"(법 제2조 제6호)라고 하여 정보처리주체로서 공공기관과 민간사업자를 분리하지 않고 통합하여 규정하고 있다.

이러한 맥락의 일환으로 개인정보보호법 제15조는 정보주체의 동의 없이 개인정보를 수집할 수 있는 경우로서 다섯 가지를 나열하고 있으나, 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우(제15조제1항제2호), 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우(제15조제1항제3호), 사전동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우(제15조제1항제5호)는 공익과 관련된 부분으로 공법적 관계에 해당되는 부분이며, 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우(제15조제1항제4호), 개인정보

처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우(제15조제1항제6호)는 사인 간 계약에 의해 해결되어야 하는 부분이다. 특히 계약의 체결을 위한 개인정보의 제공 역시 개인정보 제공을 내용으로 하는 별도의 계약으로 볼 수 있으며 실무상으로는 대부분 약관이라는 계약절차에 의해서 이루어진다.

한편 제15조제2항에서는 동의를 받아 개인정보를 수집하는 경우에만 i)개인정보의 수집·이용 목적, ii) 수집하려는 개인정보의 항목, iii)개인정보의 보유 및 이용기간 iv) 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있다. 그러나 앞서 언급한 공익적 필요에서 동의 없이 개인정보를 수집하는 경우에는 이러한 사항을 정보주체에게 고지할 수 없음이 마땅하지만 사인간의 계약에 있어서는 약관을 통하여 마땅히 고지되어야 하는 정보인 바, 결국 공익적 사안과 사익적 사안을 구분하지 않고 규정한 데서 오는 혼란이라 생각된다.

또한 민간영역에 있어서 개인정보의 주된 가치는 '경제적 가치'이다. 이해당사자간의 균형 잡힌 적절한 활용을 통해 이러한 '경제적 가치'를 증대시키고자 하는 법률관계가 주된 내용이 될 것이다. 그러나 '개인정보 보호법'은 목적 자체가 "개인정보의 수집·유출·오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호함으로써 국민의 권리와 이익을 증진하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현하기 위하여 개인정보처리에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다"고 규정하여 정보의 '이용'에 대한 언급이 없다. 즉 우리 개인정보보호법은 정보주체의 권리보호에 주안점을 두면서, 개인정보가 처리될 때에도 개인의 존엄과 가치를 구현하기 위한 것이라는 목적을 명확히 한 것으로 해석된다.[58] 이는 민간부문에서의 개인정보의 가치, 즉 '경제적 가치'에 대한 규율은 이미 입법목적에서 누락되었다고 보여 진다.

58) 2004년부터 제출되어왔던 통합 법안은 모두 개인정보보호법의 근간이라 할 수 있는 '정보주체의 권리보호'와 '개인정보의 적절한 이용 보장'이라는 두 가지 기본이념을 목적규정의 내용으로 담고 있었으며, 이은영안과 이혜훈안의 경우는 더 나아가 그로 인한 결과인 '정보사회의 균형발전'을 법률의 목적에 포함시키고 있었다. 2004년부터 제출되어 왔던 각 법안에서는 "이 법은 정보주체의 권리를 보호하고, 개인정보의 적정한 이용을 꾀하는 등 개인정보보호를 위한 기본이 되는 사항을 규정함을 목적으로 한다"(노회찬안 제1조), "이 법은 정보주체의 권리와 이익을 보호하고 개인정보의 안전한 이용을 보장하기 위하여 개인정보의 취급에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 정보사회의 균형적인 발전에 이바지함을 그 목적으로 한다"(이은영안 제1조), 또는 "이 법은 개인정보의 수집·처리와 관련하여 개인의 자유와 권리를 보호하고 개인정보의 적정한 이용을 보장함으로써 정보사회의 균형적인 발전에 이바지함을 목적으로 한다"(이혜훈안 제1조) 등의 형태로 법률의 목적을 규정하고 있었다. 정혜영, 개인정보보호법의 내용과 체계에 관한 분석, 공법학연구 제12권제4호, 412면.

사적자치 및 계약자유가 주된 규율원리로 작동되는 민간영역의 개인정보에 대한 사항은 당자자간의 자율에 맡기되, 자유로운 의사가 억제되는 부분에 한하여 이해관계의 조정이 이루어지는 방향으로 입법화 되는 것이 타당하다. 즉 자유로운 정보유통이 사적 활동과 자율을 촉진시킨다고 보아 정부규제가 극히 제한되고 정보주체가 스스로 자신의 권리를 주장하는 형태가 된다. 따라서 개인정보보호는 정치적으로 보호되어야 할 권리의 문제라기보다는 경제적 관점에서 정보를 소비재의 관점에서 이해하면서 법에 의한 규제는 단지 시장이 실패했다고 인정되는 영역의 문제를 해결하기 위한 것으로 매우 한정된다.[59] 사인 간 개인정보의 제공 및 이용과 관련된 갈등과 분쟁은 개인정보의 제공 및 이용 자체에서 발생하는 것이 아니라 합의되지 않은 방식의 제공 및 이용, 개인정보 누출에 의한 이차적 피해 등과 관련된 부분이다. 이러한 부분이 민사상 일반불법행위 요건을 충족했을 경우에 민법의 규정에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의의 요구 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 통해 보완하는 방안으로 입법이 이루어지는 것이 타당하다.

다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에서는 국가의 적극적 개입이 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다.

또한 사적영역에서의 개인정보의 제공 및 이용에 대한 합의는 '동의'에 의하여 이루어지나 개인정보보호법 제22조는 포괄동의를 금지하고 있기 때문에, 실질적으로는 약관으로 통칭되어 분류될 수 있는 성질의 문서를 여럿으로 나누어, 수집·이용 동의, 제3자 제공 동의, 국외 제3자 제공 동의, 마케팅 목적 처리 동의 등 여러 개의 개별 동의사항으로 나누어 동의를 받도록 하고 있고, 실제 이용자들은 하나의 웹사이트에 회원으로 가입하는 과정에서 수차례에 거쳐 '동의합니다'창에 동의를 표시해야 하는 것이 보통이다. 그런데 이용자들이 약관을 거의 읽지 않을 뿐더러 이용자들에게 약관을 읽도록 유도하는 것이 쉽지 않다. 더 나아가, 약관을 읽도록 유도하기 위해서 약관을 더 눈에 뜨이도록 하거나 클릭을 여러 번 하지 않고도 쉽게 찾아볼 수 있게 하는 방법을 생각해 볼 수 있지만, 이러한 방법을 사용하는 것 또한 효과가 없다고 한다. 그리고 약관을 읽는 경우에조차, 그 내용 중 본인에게 불리한 내용이 포함되어 있음을 파악 하더라도 그와 무관하게 결국 동의를 하게 되는 것이 보통이라고 한다.[60] 그렇다면 결국 이러한 경우 동의의 방법보다

59) 강구철, 민간부문 개인정보보호에 관한 소고, 국민대학교 법학논총 제17집, 2005. 2, 73-74면 참조.

중요한 것은 계약당사자 간의 공정한 약관의 내용을 창출하는 것이 더 중요하다. 즉 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래 신속처리 등에 비추어 볼 때 민간영역에 있어서 개인정보의 규율은 오히려 서비스 약관내용의 공정성 확보가 주가 될 수 있다. 이러한 표준약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 프로세스를 마련하는 것이 오히려 법의 역할이 되어야 할 것이다.

Ⅳ. 결론

공공무문과 민간부문은 개인정보보호라는 공통의 분모가 있기는 하지만 그 규율대상과 목적, 수단은 상이할 수밖에 없다. 개인정보가 가지는 가치 즉 사회적 가치, 경제적 가치, 개인적 가치가 각각 다르기 때문이다.

'개인정보 보호법'이 제정되기 전 공공부문은 '공공기관의 개인정보보호에 관한 법률'에 의하여, 민간부분은 각각의 영역별 개별법에 의해 규율됨으로서 개인정보보호의 사각지대가 존재할 수밖에 없다는 폐해가 지적되었다. 이러한 폐해를 방지하기 위하여 많은 학자와 실무가들에 의해 공공기관과 민간기관을 통합하여 규율할 수 있는 통합 '개인정보 보호법'이 제정되었다.

그러나 개인정보에 대한 가치가 민간영역과 공공영역에서 발현되는 방식이 다르고 양 영역의 기본적 규제원리가 다른 바 공공기관과 민간기관 모두에게 적용될 수 있는 정보보호기본법을 제정하려다 보니, 법의 집행에 있어서 또는 규율방식에 있어서 합리적이지 못한 부분이 있다. 따라서 본 논문에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 공공부문과 민간부분의 개인정보 제도 설계방안을 제안하였다.

공공부문의 경우 국가에 의한 개인정보 수집으로 인해 감시, 감독의 대상이 될 수 있다는 막연할 불안감의 해소 및 법 위반시 실효성 있는 제재수단의 확보가 중요하다. 따라서 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리구제방안에 대한 명확한 법정화가 이루어져야 한다. 뿐만 아니라 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식 보다는 예산상의 제재, 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안 등이 법위반에 대한 실효성 확보방안으로

60) F. Marotta-Wurgler (2012), "Does Contract Disclosure Matter?", Journal of Institutional and Theoretical Economics, 168: 94.

제안될 수 있다.

반면 사적영역에서 개인정보의 주된 가치는 '경제적 가치'이며 주된 규율원칙도 사적자치 및 계약자유의 원칙이라고 할 수 있다. 따라서 민사상 계약원리, 일반불법행위 규율의 요건에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의 요구 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 마련하여 보완하는 방안으로 입법이 이루어지는 것이 타당하다. 다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에서는 국가의 적극적 개입 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다. 또한 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래 신속처리 등에 비추어 볼 때 약관내용의 공정성 확보가 중요하다. 따라서 표준약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 체계가 마련되어야 할 것이다.

개인정보 사각지대의 해소, 국제적 수준의 규범 마련 등의 측면에서 볼 때 2011년 '개인정보 보호법'의 제정 및 시행자체는 매우 고무적이고 바람직했다고 본다. 그러나 법은 그 자체가 목적이 아니라 수단인 만큼 법의 발전에 있어서 지속적 수정·보완은 매우 중요하다. 이제 '개인정보 보호법' 시행 3주년을 맞이하여 법이 지속적 진화, 발전할 수 있도록 전체적 시행효과를 점검하고 개선과제를 발굴하여 수범자와 정보주체에게 모두 유용한 '개인정보 보호법'으로 거듭나야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.11.11, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11)



김 현 경

개인정보의 가치, 보호법익, 공공영역과 민간영역, 정보사회

【참 고 문 헌】

강구철, 민간부문 개인정보보호에 관한 소고, 국민대학교 법학논총 제17집, 2005.

구태언, 개인정보 보호법의 제문제 , 법학평론, 제3권, 서울대학교, 2012.

김민호, 행정정보 공동이용의 범위와 한계에 대한 이론적 고찰 및 정책과제, 토지공법연구 제43집 제2권, 2009.

김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 공법연구 제37집, 2007.

김민호·김일환, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.

김동원, 개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형, 정보화정책 제10권 제4호, 2003.

문재완, 개인정보 보호법제의 헌법적 고찰 , 세계헌법연구, 제19권 제2호, 2013.

문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구제42집제3호, 2014,

문재완, "프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: '잊혀질 권리' 논의를 중심으로", 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의자유와 한계> 자료집.

박경신, "개인정보"의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안 , 법학연구, 제37집, 전북대학교, 2012.

박경신, 사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리, 공법연구 제40집제1호, 2011.

성낙인, "행정상 개인정보보호", 공법연구 제22집 제3호, 한국공법학회,1994.

손형섭, 프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008.

송덕수,"私的自治에 관하여", 사회과학논집, 이화여대, 1991.

양창수, 공익과 사익의 혼융현상을 통해 본 공익 개념, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008.

이민영, 개인정보법제론 , 개정증보판, jinhan M&B, 2007.

이인호, 정보프라이버시권: 한국에서의 도전과 응전 , 제12차 아셈인권세미나 준비회의 발제문, 2012. 6. 27.

이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.

이항우, 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학보, 통권 제17호 (2006-1).

임규철, 개인정보의 보호범위, 한독법학 제17호, 2012.
원용수, 프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010.
한상희, “정보화와 헌법”, 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집(2002.11.7). 정보통신정책연구원·중앙대학교 법학연구소. 2002.
장재현, “계약자유에 대한 제한의 이론적 근거”, 경북대 법학논고 제6집, 경북대학교 법학연구소, 1990.
제철웅, “사적 자치와 공익의 상호관계”, 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9)
지원림, 계약정의에 관한 연구, 비교사법 제9권 제2호(통권17호)
최경진, 빅데이터와 개인정보 , 성균관법학 제25권 제2호, 2013.
함인선, 개인정보 처리와 관련한 법적 문제 , 경제규제와 법, 제6권 제1호, 2013.
황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013.
Bennett. Colin J., Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States, Ithaca : Cornell University Press, 1992.
Davies, Simon, Re- Engineering the Right to Privacy : How Privacy Has Been Transformed from a Right to a Commodity. In P. Agre and M.Rotenberg (ed.), Technology and Privacy, MA: MIT Press, 1998.
F. Marotta-Wurgler, “Does Contract Disclosure Matter?”, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2012.
Garfinkel, Simon, Privacy : A Concept Whose Time Has Come and Gone, In D.Lyon & E.Zureik(eds.), Computers, Surveillance, and Privacy, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2001,
J. Inness, “Privacy, Intimacy and Isolation”, Oxford University Press, 1992.
J. Kupfer, “Privacy, Autonomy and Self-Concept”, American Philosophical Quarterly, Vol. 24, 1987.
Michael Chissick and Alistair Kelman, Electronic Commerce : Law and Practice(2d ed.).Sweet & Maxwell, 2000.
Ostrom, Elinor, Governing the commons : The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge : Canbridge University Press, 1990 .

Abstract

Study on the Legal Interests of Personal Data System and Legal Issues

Hyunkyung, Kim

Personal data should be protected for the subject's privacy. However, personal data has other characteristics, which is currently business asset indispensable in order to conduct business associated with the Internet and sometimes should be opened to the public in order to ensure the freedom of expression. Therefore personal data should not be treated as single meaning. This Essay reviewed these personal data's characteristics in the perspectives of social, economic and moral values.

On the one hand, personal information protection in ‘public sector' and ‘private sector’ may be identified according to the phenomenological concept ‘personal information protection’ however there are enormous differences according to the legislative technique in regulation objects, purposes, and special measures. Collecting personal data in the public sector is most likely an ‘administrative investigation for administrative purpose, which means that the data subject can be exposed to national monitoring and supervision. Therefore the law must be prescribed the followings : collection and use of personal data, data subject's rights, remedies of the data subject and so on. In addition the effectiveness of this law shall be secured through policy measures such as budget cuts other than monetary sanctions

On the other hand, in private sector collecting information is for ‘business activities’ and the main value of personal data in this sector is

'economic value'. In this sector, the principle of private autonomy and freedom of contract should be respected. Principles of Civil Law shall apply and just in exceptional cases requiring public interest highly such as financial or medical sectors these principles can be modified.

Hyunkyung, Kim

Values of personal data, Characteristics of personal data, Legal interests, Public Sector and Private Sector, Information Society.

표현대리규정의 중복적용론과 민법 제126조 적용범위의 확장

서 순 택*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 우리의 학설과 판례
1. 학설
가. 긍정설
나. 부정설
2. 판례
3. 소결
Ⅲ. 표현대리권의 기본대리권성의 문제
1. 거래안전 보호범위의 협소성
2. 추인을 얻은 무권대리와의 교량
3. 상대방의 보호가치 있는 신뢰의 부재
Ⅳ. 외국의 경우
1. 일본민법
2. 프랑스민법
3. 독일민법
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

우리민법상 표현대리에 관한 규정은 제125조, 제126조, 그리고 제129조가 있고, 이 중 제126조의 권한을 넘는 표현대리 규정은 현재 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘는 경우에 상대방이 그 초과된 대리권이 존재한다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에 한하여 본인에게 책임이 인정되는 유형이다. 그렇기 때문에 제125조의 '타인에게 수여표시된 대리권'이나 제129조의 '소멸된 대리권'의 범위를 넘은 행위에 대해서는 원칙적으로 제126조의 적용이 불가능하다.

그럼에도 불구하고 우리나라의 다수설과 판례는 제125조나 제129조의 표현대리가 성립하는 경우에 그 표현대리권을 기본대리권으로 삼아 제126조와의 중복적용을 인정하고 있다.

그러나 표현대리권을 기본대리권으로 하여 중복적용을 인정하는 경우에는, 거래의 안전보호라는 중복적용의 취지가 반감되는 문제, 무권대리행위의 권원인 표현대리권을 또 다른 무권대리행위의 기초로 삼는 것에 대한 타당성의 문제, 정당한 이유의 판단요소인 상대방의 신뢰가 존재하는지의 문제 등이 있을 수 있다.

본고는 기본대리권의 범위가 점차 넓혀짐으로써 그 존재 의의가 상대적으로 감소되고 정당한 이유의 판단에 대한 비중이 보다 높아진 현재의 상황에서 기본대리권의 존재를 부정하지 않으면서도 중첩적 사안의 해결을 위한 다른 각도에서의 논의를 시도하였다.

그래서 우리의 학설과 판례가 제125조와 제129조의 표현대리권을 기본대리권으로 하여 제126조와의 중복적용을 인정함으로써 나타나는 문제점들을 노정시키기보다는, 제126조의 단독·확대적용을 통하여 현재 학설과 판례의 논리적인 모순점을 시정하고자 하였다. 즉 제126조 소정의 '대리인'에, 행위 당시 정당한 대리권을 가진 대리인뿐만 아니라, 제3자에 대하여 대리권이 수여되었음이 표시된 대리인과 과거의 대리인을 모두 포함시킴으로써, 제3자에게 수여표시된 대리권이나 과거의 대리권을 제126조의 기본대리권으로 인정하고자 하는 주장을 피력하였다.

수여표시된 대리권이나 과거의 대리권을 기본대리권으로 인정하더라도, 정당한 이유의 존부에 관해서는 일반적인 제126조의 적용사안에 있어서보다 더욱 엄격하게 판단함으로써, 대리권의 존재나 그 범위에 관하여 명확하게 알 수 없는 상대방이 입게 될 불이익과 기본대리권의 범위 확장으로 인하여 간과될 수 있는 본인의 불이익 사이의 형평을 꾀할 수 있으리라 기대한다.

* 성균관대학교 초빙교수, 법학박사.

Ⅰ. 서론

대리인으로서 행위한 자가 대리권을 갖고 있지 않은 때에는 그 행위를 무권대리행위 내지 무권대리라고 한다. 대리제도의 요건론에 비추어 볼 때 이 무권대리행위는 대리인에게 정당한 대리권이 없기 때문에 본인에 대하여 아무런 효과가 발생하지 않을 뿐만 아니라, 무권대리인이 본인에게 그 효과를 귀속시키려는 의사를 가지고 한 행위이기 때문에 대리인에 대하여도 효과가 발생하지 않는다. 그러나 그렇게 되면 상대방은 불측의 손해를 입게 될 뿐만 아니라, 본인과 대리인 간의 내부적 관계를 용이하게 알 수 없는 상대방으로서는 대리인과의 법률행위를 회피하게 될 것이고, 결국 사적자치의 보충 내지 확장기능을 수행하는 대리제도의 원활한 운용이 저해될 것이다. 그래서 민법은 거래의 안전을 기하는 동시에 대리제도의 신용을 유지하기 위하여 몇 개의 특별규정을 두고 있다. 즉 ①본인과 대리인 사이에 표면상으로 대리권이 존재하는 것과 같은 특수관계가 있는 경우에는 본인에게 정당한 대리행위로서의 효과를 발생시키고, ②본인과 대리인 사이에 위와 같은 특수관계가 없는 경우라도 바로 무효로 하지 않고 본인의 추인여부에 따라서 대리의 효과를 발생시킬 수도 있는 여지를 남겨 놓고 있다. 전자를 표현대리라고 하고, 후자를 협의의 무권대리라고 한다.

그리고 양자는 그 명칭을 달리하고는 있으나 모두 무권대리에 해당하는 것으로 이해하는 견해가 일반적이며, 표현대리에 대해서는 우리민법은 (ⅰ)대리권수여표시에 의한 표현대리(제125조), (ii)권한을 넘는 표현대리(제126조), (iii)대리권소멸 후의 표현대리(제129조)의 세 가지 유형을 두고 각기 그 요건을 달리 규정하고 있다.

그런데 가령 어느 자가 본인에 의해서 제3자에게 수여표시된 대리권의 범위를 초과하여 행위하거나 또는 이미 소멸된 과거의 대리권의 범위를 초과하여 행위한 경우처럼 제125조 및 제129조의 표현대리와 제126조의 표현대리가 결합된 경우에는 위에서 열거한 세 가지 유형의 어떤 규정도 직접적으로 적용하기 곤란한 상황이 발생하게 된다.

그러나 표현대리에 관한 각각의 규정들이 전제하고 있는 사안들이 위와 같이 중첩적으로 발생한 경우에도 표현대리제도의 취지에 따라서 대리권이 있다고 믿은 상대방을 보호하기 위한 논리의 구성이 필요함은 부인할 수 없다.

이하에서는 이와 같이 표현대리에 관한 규정이 전제하고 있는 사안들이 중첩적으로 발생한 경우에 우리의 학설과 판례는 그 해결을 위하여 어떠한 태도를 취하고 있는지에 대하여 논의함으로써 현재 우리의 학설과 판례가 취하고 있는 입장의 문제점을 지적하고 보다 적절한 방안을 제안하고자 한다.

한편 우리민법과 같은 표현대리규정을 두고 있어서 중첩적 사안에 대한 동일한 문제를 안고 있는 일본에서의 논의와 이 문제의 해결을 위하여 최근 제안된 민법(채권법)개정안의 내용이 우리민법에 시사하는 바를 살펴보고, 본고의 주제와 직접적인 관련성은 없으나, 표현대리에 관하여 우리민법과 규정형식을 달리하고 있는 관계로 법규 간의 중복적용의 문제가 원천적으로 발생하지 않는 프랑스와 독일의 경우에, 위와 같은 중첩적 사안에서 어떠한 구성을 통하여 이 문제를 해결하고 있는지에 관하여 검토함으로써, 중첩적 사안에서의 상대방 보호를 위한 논리구성의 필요성을 거듭 확인하는 것으로 하겠다.

Ⅱ. 우리의 학설과 판례

우리민법 제126조의 권한을 넘는 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘는 경우에 상대방이 그 초과된 대리권이 존재한다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에 한하여 본인에게 책임이 인정되는 유형이다. 그렇기 때문에 자칭대리인이 대리행위 당시에 아무런 권한도 없었던 경우에는 원칙적으로 제126조의 적용이 불가능하다.

그럼에도 불구하고 위와 같은 경우에 우리나라의 대다수 학설과 많은 판례는 거래의 안전을 위하여 제125조나 제129조의 표현대리가 성립하는 경우에는 그 '표현대리권'을 기본대리권으로 하여 제126조와의 중복적용을 인정하고 있다.[1)]

1) 표현대리에 관한 규정의 중복적용을 인정하는 입장에서 볼 때, 양자 간의 경합이 일어날 수 있는 경우로서는 제125조와 제126조, 제129조와 제126조 및 제125조와 제129조의 경우를 상정할 수 있다. 그런데 제125조와 제129조가 혼합된 유형은 순수형식논리로서는 상정할 수도 있겠지만, 실제에 있어서는 제125조가 문제되는 데에 불과할 것이고(김용한,「민법총칙론」, 박영사, 1993, 382면 ; 차한성(곽윤직 편),「민법주해Ⅲ 총칙(3)」, 박영사, 1992, 199면), 또한 제125조와 제126조가 혼합된 유형도 각 조문의 요건에 비추어 그 예가 현실적으로 극히 적을 것이다(김용한, 전게서, 382면).

1. 학설

가. 긍정설

표현대리규정의 중복적용을 긍정하는 견해에서는, "표현대리의 3개 규정을 형식적으로만 해석한다면 대리제도의 신용을 유지하기 어려우므로 세 개의 규정을 서로 연관된 유기적인 하나의 제도로서 통일적으로 이해함으로써 각 조문의 간격을 메우고 동적 안전을 보호하여야 한다"[2]고 하거나, "제125조·제129조의 표현대리가 성립한 경우에, 대리행위가 표시되었거나 혹은 소멸한 대리권의 범위를 넘은 때에는 제126조와 결합하여 표현대리가 성립할 수 있다. 즉 제125조나 제129조의 표현대리권은 기본대리권으로 인정될 수 있다. 제125조와 제129조가 적용됨으로써 상대방에 대한 관계에서는 법률상 대리권의 수여가 있었던 것으로 다루어지기 때문에 그러한 범위를 벗어난 경우에도 본조는 적용된다고 해석하는 것이 타당하다"[3]고 주장한다. 수권표시의 객관적인 범위를 넘는 행위가 있는 경우에는 그 초과부분에 관하여 제126조가 적용될 수 있고, 제126조의 기본대리권은 현재의 대리권을 말하므로 과거에 가졌던 대리권을 넘는 경우에는 제126조가 적용되지 않지만, 제129조가 개입되면 하자가 치유될 수 있다는 주장[4]도 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

위와 같은 해석론은 제125조나 제129조 표현대리의 성립이 제126조 표현대리규정과의 중복적용을 위한 전제가 된다는 것을 의미한다.

나아가 무권대리행위의 추인이 있은 후에 이루어진 권한유월행위에 대하여도 그 무권대리행위의 권원은 제126조의 기본대리권이 될 수 있으며, 제126조와의 중복적용이 가능하다는 주장[5]도 있다.

한편 표현대리의 유권대리적 해석을 통하여 대리권 수여표시 및 대리권 소멸 후에도 외부적 수권에 의한 유권대리가 되므로 보통의 유권대리와 같이 제126조를 적용해야 한다는 견해도 있다. 즉 통상적인 유권대리에 있어서는 내부적 수권과 내부적 수권이 모두 존재하고 무권대리에 있어서는 양자가 모두 존재하지 않지만, 표현대리에 있어서는 내부적 수권은 존재하지 않더라도 외부적 수권은 존재한다고

2) 김용한, "표현대리론(完)",「법조」제19권 제8호(법조협회, 1970), 29면
3) 고상룡,「민법총칙」전정판, 법문사, 1990, 639면 ; 곽윤직,「민법총칙」제7판, 박영사, 2009, 281면 ; 김상용,「민법총칙」, 법문사, 2009, 609면 ; 김주수/김상용,「민법총칙」제6판, 삼영사, 2011, 415~416면 ; 서광민,「민법총칙」, 신론사, 2007, 466면 ; 송덕수,「민법총칙」, 박영사, 2011, 397~398면 ; 이은영,「민법총칙」제5판, 박영사, 2007, 236면
4) 지원림,「민법강의」제8판, 홍문사, 2009, 320면, 322면
5) 차한성, 전게서, 180면

한다. 내부적 수권이 없더라도 상대방에 대한 대리권수여의 표시에 의하여 외부적 수권이 존재하는 때에는 대리권수여표시에 의한 표현대리가 성립하고(제125조), 내부적 수권이 소멸하였는데도 상대방이 이를 알지 못하였거나 알 수 없었으므로 외부적 수권이 소멸하지 않은 때에는 대리권 소멸 후의 표현대리(제129조)가 성립한다는 것이다.[6] 그러므로 제125조 및 제129조에서도 내부적 수권은 존재하지 않지만 외부적 수권은 존재하므로 이 외부적 수권이 제126조의 기본대리권이 될 수 있다고 한다.[7] 이 입장에서는 다수설이 기본대리권의 존재시기가 권한을 넘은 표현대리행위가 있을 당시임을 요하지 않는다고 함으로써 표현대리권을 기본대리권으로 의제해야 하지만, 위와 같이 표현대리를 유권대리의 아종으로 이해하는 경우에는 그와 같은 의제가 필요 없다는 점을 강조한다.

나. 부정설

제125조와 제126조와의 중복적용에 대해서는 언급이 없고, 제129조와 제126조와의 중복적용 문제에 대해서는, "제126조는 현재 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘어서 대리행위를 한 경우를 예상하고 있는 것이며, 대리권의 소멸 후에 전에 가졌던 대리권의 범위를 넘은 행위를 한 경우에는 적용될 수 없다"[8]고 하여 이를 부정하는 견해가 있다.

2. 판례

판례는 "대리권 수여표시에 의한 표현대리인이 표시된 범위를 유월하여 대리행위를 한 경우에 제126조의 월권대리가 성립할 수 있다"[9]고 함으로써 제125조 표

6) 이영준,「한국민법론」, 박영사, 2003, 524면
7) 이영준, 전게서, 537면. 이 견해는 우리민법상 외부적 수권의 존재를 인정하는 것이 가능한지에 대한 의문은 있지만, 적어도 중첩적 사안에서 제126조의 기본대리권은 외부적 수권이라는 유효한 권한이라는 점에서, 다수설과 판례가 표현대리권이라는 무권대리행위의 권원을 기본대리권으로 삼는 것과 비교하면 보다 논리적인 측면이 있다.
8) 김기선,「한국민법총칙」 3개정증보판, 법문사, 1984, 300면 ; 김증한,「민법총칙」, 박영사, 1983, 298면. 다만 김기선 교수는 이후의 저서(김기선,「한국민법총칙」제3전정판, 법문사, 1991)에서 위 내용을 삭제하였다.
9) 대법원 1971.5.31.선고 71다847판결(건축공사를 도급받은 자가 현장대리인을 정하여 도급인에게 그 취지를 신고하고 지정된 현장대리인은 건축공사 현장에서 그 건축공사에 관하여 위의 현장대리인으로 행세하였다면 위 현장대리인은 위 건축공사의 수급인으로부터 그 공사에 관하여 대리권을 수여받았다 할 것이고 설사 위 현장대리인이 그 권한 외의 행위를 한 경우라 할지라도 제3자에게 그 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 그 책임을 부담하여야 한다). 다만 이 판례에서는 제125조 표현대리의 성립이 제126조 표현대리와의 중복적용을 위한 전제임이 나타나 있지 않다.

현대리와 제126조 표현대리의 중복적용을 인정하고, "민법 제126조의 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘는 경우에 성립되고, 과거에 가졌던 대리권을 넘는 경우에는 적용이 없다. 민법 제129조의 대리권 소멸 후의 표현대리로 인정되는 경우에, 그 표현대리의 권한(-밑줄 필자추가)을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조의 표현대리가 성립될 수 있다"고 함으로써 제129조와 제126조와의 중복적용도 인정하고 있다.[10]

다만 여러 저술에서 표현대리규정의 중복적용을 부정한 판례라고 소개되고 있는 대법원 1973.7.30.선고 72다1631판결[11]이나 대법원 1984.10.10.선고 84다카780판결[12]의 평가에 대하여는 의문이 있다. 위 판결들은 '과거의 대리권은 기본대리권이 될 수 없다'는 것일 뿐, 제125조나 제129조의 표현대리권을 기본대리권으로 인정하여 제126조와의 중복적용을 인정하는 상기의 판례들과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 생각된다.

3. 소결

우리의 학설과 판례가 표현대리규정의 중복적용을 긍정하면서 그 전제로 드는 것은 제125조나 제129조 표현대리의 성립이다. 즉 자칭대리인이 수여표시된 대리권이나 과거의 대리권에 기하여 행한 무권대리행위가 제125조나 제129조의 표현대리를 성립시키는 경우에 그 표현대리행위의 권원을 제126조 소정의 기본대리권으로 삼아 양 조항의 중복적용을 긍정하고 있는 것이다. 이하에서는 표현대리권[13]을 기본대리권으로 하여 중복적용을 인정하는 경우에 상정할 수 있는 문제점을 지적하기로 하겠다.

10) 대법원 1963.11.21.선고 63다418판결 ; 대법원 1970.2.10.선고 69다2149판결 ; 대법원 1970.3.24. 선고 70다98판결 ; 대법원 1971.12.21.선고 71다2024판결 ; 대법원 1976.4.13.선고 75다2324판결 ; 대법원 1979.3.27.선고 79다234판결 ; 대법원 2008.1.31.선고 2007다74713판결

11) "제129조는 제3자가 대리인의 대리권이 소멸하기 전에 대리인과 거래한 일이 있는 등으로 대리권을 가진 자에게 여전히 대리권이 있다고 여겨 그와 거래한 사정이 있는 경우에 적용된다고 해석하여 이 법리는 동조와 제126조가 얽힌 경우에 있어서도 또한 같다 할 것이다."

12) "기본적인 어떠한 대리권도 없는 자에 대하여 대리권한의 유월 또는 소멸 후의 표현대리 관계는 성립할 여지가 없는 것이다."

13) 일반적으로 사용되는 '표현대리권'을 '표현대리행위의 권원'이라는 의미로 이해하여 이하에서도 동일하게 표기하였다.

Ⅲ. 표현대리권의 기본대리권성의 문제

1. 거래안전 보호범위의 협소성

현재 우리의 학설과 판례에 의하면 제129조와 제126조의 중복적용을 인정하기 위해서는 우선적으로 제129조의 표현대리가 성립하여야 한다. 그런데 제129조의 표현대리가 성립하기 위해서는 일단 자칭 대리인이 과거에 가졌던 대리권의 범위 내에서 행위하였을 것이 요구되므로[14], 대리권이 소멸된 후에 과거의 대리권의 범위를 넘어 질적으로 다른 종류의 법률행위를 한 경우에는 1차적으로 제129조의 표현대리가 성립할 여지가 없다. 그 결과 제126조 표현대리의 성립요건인 기본대리권이 존재하지 않게 되므로 제126조와의 중복적용 자체가 불가능하게 된다.

예컨대 금원차용의 대리권을 가진 대리인이 그 대리권 소멸 후에 본인 명의의 부동산을 매각하는 것처럼, 자칭 대리인이 소멸된 과거의 대리권을 질적으로 초과한 경우에, 상대방은 자칭 대리인에게 그 이질적인 행위에 대한 대리권이 있다고 믿을 정당한 이유가 있더라도[15], 제129조의 요건상 표현대리가 성립하지 않는 관계로 제126조와의 중복적용이 인정되지 않아서 표현대리제도의 취지와 달리 거래의 안전이 보호되지 못하는 상황이 발생한다. 즉 제129조 표현대리권을 기본대리권으로 삼아 중복적용을 인정하는 것으로는 거래안전의 보호 효과가 그다지 크지 않다. 이는 우리의 학설과 판례가 제129조 표현대리의 성립을 전제로 하여 제126조와의 중복적용을 인정하는 태도에서 비롯된 결과이다.

2. 추인을 얻은 무권대리행위와의 교량

자칭 대리인의 행위가 표현대리가 되었다고 하더라도 당해 행위는 본인의 추인을 얻으면 소급적으로 유권대리로 되는 협의의 무권대리행위[16]와 달리 단지 본인과 상대방과의 사이에서 유권대리와 같은 관계가 형성됨에 지나지 않는 무권대리행위임에는 변함이 없다. 그렇기 때문에 표현대리권을 기본대리권으로 의제하는

14) 이균용(김용담 편),「주석민법 총칙(3)」, 한국사법행정학회, 2010, 188면

15) 물론 거래안전의 보호범위를 확장하기 위해서 제129조 표현대리의 성립을 전제로 하지 않고 제126조를 단독적용한다고 하더라도, 과거 대리권의 범위를 질적으로 초과한 경우에는 제126조의 정당한 이유의 존재가 부정될 가능성이 높지만, 대리권이 묵시적·일상적으로 수여되어 그 존재나 범위가 명확하지 않은 경우에는 상대방으로서는 무권대리인의 그 초과된 행위에 대하여 대리권의 존재를 신뢰할 여지도 없지 않다.

16) 무권대리에 관한 규정 중 민법 제135조를 제외한 나머지 규정들도 표현대리에 적용된다는 다수설에 의하는 한, 추인을 얻은 표현대리행위도 역시 마찬가지이다.

것보다는 오히려 추인을 얻은 협의의 무권대리(또는 추인을 얻은 표현대리)행위의 권원을 기본대리권으로 의제하는 것이 법이론상 무리가 없어 보인다. 대리권 존재의 외관을 신뢰한 상대방 보호를 위하여 본인의 추인을 얻은 무권대리행위의 권원도 제126조가 전제하는 기본대리권이 될 수 있다는 해석[17]도 그와 같은 이유에서 기인한 것으로 생각된다.

그런데 제125조나 제129조의 표현대리권을 기본대리권으로 의제하는 태도에서 더 나아가 추인을 얻은 무권대리행위의 권원까지도 이를 기본대리권으로 인정하는 경우에는 다음과 같은 두 가지의 문제를 발생시킨다.

첫째로는 하나의 무권대리행위 중 일부를 본인이 상대방의 동의를 얻어 추인한 경우에[18], 그 추인을 얻은 무권대리행위의 일부의 권원에 기본대리권성을 인정할 수 있는가의 문제이다. 무권대리행위의 일부추인은 상대방의 동의가 있어야 유효한데, 상대방이 본인의 일부추인에 대하여 동의를 한 후에 이를 가지고 나머지 행위에 대하여 제126조 표현대리와의 중복적용을 주장하는 것은 무권대리 행위 중 일부에 대하여만 법률효과의 귀속을 원했던 본인의 의사에 반할 뿐만 아니라, 일부추인을 인정하는 해석론과도 부합하지 않고, 권리남용으로 평가될 여지도 있어서 허용될 수 없다고 해야 할 것이다. 그러므로 무권대리행위 중 일부가 상대방의 동의를 얻어 추인된 경우, 그 무권대리행위의 일부에 대한 권원은 제126조가 전제하는 기본대리권이 될 수 없다고 해야 할 것이다.[19]

둘째 무권대리행위의 전부가 본인의 추인을 얻은 후에 거듭 그 범위를 넘는 행위가 있었던 경우에도 추인을 얻은 무권대리행위의 권원은 제126조의 기본대리권이 될 수 있는가의 문제이다.

이에 대하여는, 무권대리행위의 추인은 법률행위가 행해지기 이전에 그 대리인을 신뢰하여 대리권을 부여하는 것은 아니지만, 특별한 의사표시가 없으면 계약시에 소급하여 그 효력이 생기는 것이므로 제3자에 대한 관계에서는 당해 무권대리인에게 권한을 부여한 외관을 준 것으로 해석되고 새로운 무권대리행위에 관하여 본조(제126조)가 유추적용될 수 있다는 견해[20]도 있다.

17) 차한성, 전게서, 180면 ; 辻正美, 民法總則, 成文堂, 1999, 305頁

18) 무권대리행위의 일부추인은 원칙적으로 허용되지 않고 무권대리행위 전부에 대하여만 가능하지만, 상대방의 동의가 있으면 유효하고(대법원 1982.1.26.선고 81다카549판결), 예외적으로 의사표시가 가분의 내용을 가지고 상대방이 그 일부만에 대하여도 법률행위를 할 것을 원하였다고 인정될 만한 특별한 사정이 있을 때에는 상대방의 동의를 요하지 아니한다(김상용, 전게서, 616면 ; 이영준, 전게서, 560면 ; 차한성, 전게서, 227~228면).

19) 같은 맥락에서 무권대리행위 중 일부가 본인의 추인에 의해서 유효로 된 후에 그 무권대리인이 한 행위는 제129조의 표현대리로도 될 수 없을 것이다.

그러나 과거의 무권대리행위가 본인의 추인을 얻어 소급적으로 유권대리로 된다고 하더라도, 추인은 당해 행위에 대해서만 소급적 유효를 가져오는 것일 뿐이고, 대리권을 수여한 것과 같은 효과를 갖는 것은 아니라고 해야 할 것이다.[21] 그러므로 무권대리행위의 추인이 있은 후에 이루어진 무권대리행위에 대해서까지 제129조의 단독적용 또는 제126조와의 중복적용을 통하여 표현대리의 성립을 인정하는 것은 대리제도의 사적자치 보충 내지 확장 기능을 위축시키고 상대방의 이익을 지나치게 보호하는 결과를 야기하는 것이라고 본다.

요컨대 본인의 추인을 통하여 협의의 무권대리행위(또는 표현대리행위)의 전부 또는 일부가 소급적으로 유효한 대리행위로 된다고 하더라도 그 행위의 권원은 제126조가 전제로 하는 기본대리권이 될 수 없으며, 제129조 소정의 과거의 대리권으로도 될 수 없다고 생각한다. 그렇기 때문에 본인과 상대방과의 관계에서만 유권대리와 같은 효과를 가질 뿐, 본질적으로 무권대리에 지나지 않는 표현대리행위의 권원은 역시 제129조의 과거의 대리권이나 제126조가 전제하는 기본대리권이 될 수 없다고 해석해야 할 것이다.

3. 상대방의 보호가치 있는 신뢰의 부재

우리의 학설과 판례에 의하면 표현대리규정의 중복적용이 가능하기 위해서는 표현대리의 성립이 전제가 되어야 하는데, 현재의 이와 같은 학설과 판례의 태도에서 보자면, 중복적용의 전제로서 제125조나 제129조의 표현대리가 성립하여야 한다는 것 자체가 중복적용을 인정하는 태도와 부합하지 않게 된다. 왜냐하면 제126조에서 요구되는 상대방의 보호가치 있는 신뢰의 유무는 정당한 이유의 존부에 대한 판단에 의하여 확인되는 것인데, '정당한 이유가 있다'는 의미 속에는 기본대리권의 존재에 대한 신뢰도 포함되어 있다고 할 수 있고, 사안이 중첩된 무권대리행위가 있을 당시에 상대방이 가졌던 신뢰는 일반적으로 수여표시된 대리권 내지 과거 대리권의 존재에 대한 신뢰이지, 제125조나 제129조의 성립을 전제로 한 그 표현대리권의 존재에 대한 신뢰라고는 할 수 없을 뿐만 아니라, 표현대리권의 존재에 대한 신뢰를 보호가치 있는 신뢰라고도 할 수 없기 때문이다.

20) 林良平, 注解判例民法(民法總則), 靑林書院, 1987, 493頁

21) 이균용, 전게서, 186면

Ⅳ. 외국의 경우

외국의 입법례 중에서 우리민법 제126조에 해당하는 규정으로는 일본민법 제110조[22]와 만주민법 제122조[23]가 있는데 그 중 만주민법의 규정이 우리민법 제126조와 보다 유사하다.[24] 이하에서는 표현대리에 관하여 우리민법과 유사한 규정을 가진 일본에서의 중복적용에 관한 논의를 살펴보고, 우리민법 제126조에 해당하는 규정이 존재하지 않는 프랑스민법과 독일민법상의 판례법 원리를 검토함으로써, 문제되는 중복사안의 해결을 위한 보다 확장된 논리구성의 필요성을 확인하는 것으로 하겠다.

부언하자면, 프랑스민법과 독일민법은 권한을 넘은 대리행위에 관한 규정이 존재하지 않기 때문에, 우리민법이나 일본민법처럼 규범 간의 중복적용의 문제는 처음부터 발생할 여지가 없다. 그럼에도 지면을 통하여 함께 서술하는 이유는 대리인의 권한유월행위를 규율하기 위하여 형성시켜 온 프랑스와 독일의 판례이론이 중첩적 사안에도 적용될 수 있다는 점을 확인하고, 외관책임의 인정을 위해서 우리의 해석론이 표현대리의 성립을 전제로 하는 태도가 과연 거래의 안전을 위한 타당한 방향인지를 검토하기 위함이다.

1. 일본민법

일본민법 제109조, 제110조, 제112조는 각각 우리민법 제125조, 126조, 제129조에 해당한다. 일본에서도 각 표현대리규정의 중복적용의 문제와 관련하여 제109조와 제112조의 적용의 결과로서 인정되는 표현대리권이 제110조의 기본대리권이 될 수 있는가의 문제에 관해서, 제109조와 제112조의 표현대리가 인정되는 경우에는 이들 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있었다면 제110조가 중복적으로 적용된다는 점이 이론 없이 인정되고 있다.[25]

그 논거로서는 거래의 안전을 보호함으로써 대리제도의 신용을 유지한다고 하는

22) 일본민법 제110조 대리인이 그 권한 외의 행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있을 때에는 전조의 규정을 준용한다.
23) 만주민법 제122조 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한을 믿을 만한 정당한 이유를 가진 때에는 본인은 그 행위에 관하여 책임이 있다.
24) 명순구,「실록 대한민국민법Ⅰ」, 법문사, 2008, 354면
25) 四宮和夫/能見善久, 民法總則 第7版, 弘文堂, 2005, 311~312頁 ; 我妻榮/有泉享, コンメンタール民法總則, 日本評論社, 1996, 239頁 ; 川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 1975, 374頁 ; 椿寿夫(於保不二雄 編), 注釈民法 総則(4), 有斐閣, 1972, 132頁

표현대리제도의 취지를 살려서, 각 규정을 개별적인 규정으로 이해하지 말고 상호 관련된 유기적인 표현대리제도로서 통일적으로 파악해야 한다는 점을 들고 있다.[26] 나아가 표현대리규정의 중복적용을 인정하는 것은 표현대리 규정 사이에 존재하는 간극을 메우는 과정에서는 매우 중요한 발전사적 위치를 점한다고 평가되고 있다.[27]

또한 표현대리의 유권대리적 해석을 통하여 제110조와 제112조의 중복적용은 긍정하면서도, 제110조도 본인이 제3자에 대하여 대리권수여의 의사를 간접적으로나마 표명하고 있는 것으로서 제109조와 제110조와의 중복적용은 이론상 있을 수 없다고 하여 이를 부정하는 견해[28]도 있다.

한편 일본의 과거 판례 중에는 은행지점 주임으로서 대출금의 취급과 상품 판매의 권한을 가졌던 자가 지점을 양수한 후에 지점주임의 명의로 약속어음을 발행한 사안에서 대심원이 "민법 제110조는 현재 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘은 경우의 규정으로서 과거에 가졌던 대리권을 초월한 경우에까지 적용되는 규정은 아니다"라고 함으로써 제110조 표현대리의 성립을 부정한 사안[29]이 있었다. 그러나 이후 "대리권의 소멸에 관하여 선의·무과실인 상대방에게 제반의 사정에 비추어 자칭 대리인의 행위에 대하여 그 권한이 있다고 믿음에 정당한 이유가 있을 때에는 제110조와 제112조의 정신에 따라서 유추적용하여 본인은 당해 대리인과 상대방 사이의 행위에 대하여 책임을 지는 것이 상당하다"[30]고 함으로써 양 조문 간의 중복적용을 인정하였고, 이와 같은 태도는 현재까지 이어지고 있다.[31]

나아가 판례는 무권대리행위의 추인이 있은 후에 거듭 무권한으로 대리행위가 이루어진 경우에도 민법 제110조와 제112조의 유추적용에 의하여 표현대리가 성립할 수 있다고 판시한 바 있다.[32]

그런데 최근 민법(채권법)개정검토위원회는 표현대리규정의 중복적용에 관한 문제를 명확히 하기 위하여 종래 3가지의 표현대리 유형을 유지하면서 해당 조항에 다음과 같은 2개의 규정을 부가할 것을 제안하고 있다.

26) 柚木馨, 判例演習(民法總則) 增補版, 有斐閣, 1979, 168頁 以下
27) 椿寿夫, 前揭書, 193頁
28) 高橋三知雄, "表見代理の有權代理的構成(二)", 民商法雜誌 第72卷 第1号, 有斐閣, 1975, 29頁
29) 日大判 大正 7.6.13 民錄24・1263
30) 日大判 昭和19.12.22 民錄23・626
31) 日最判 昭和32.11.29 民集11・1994 : 日最判 昭和35.12.27 民集14・3234
32) 日最判 昭和45.12.24 民集24・13・2230

【1.5.35】〈2〉상대방에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 타인이 대리권의 범위를 벗어나서 상대방과의 사이에서 행한 행위에 대해서도, 상대방이 타인의 행위에 관하여 그에게 대리권이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있는 때에는 자기에 대하여 그 행위의 효력이 없음을 주장하지 못한다.[33]

위 규정은 일본민법 제109조와 제110조(우리민법 제125조와 제126조에 해당)를 결합한 형태인데 그 부가이유에 대해서는, "대리권수여표시를 통하여 드러나 있는 범위를 넘은 행위에 관하여 상대방이 대리권의 존재를 믿었음에 정당한 이유가 인정되는 일은 실제로는 별로 없다고 생각되지만, 조금이라도 실제로 고려될 수 있다면 불필요한 논의가 초래되지 않도록 별도의 규정을 둘 필요가 있다"[34]고 설명하고 있다.

또한 우리민법 제129조와 제126조에 해당하는 일본민법 제112조와 제110조를 결합한 형태로서 다음과 같은 규정을 부가하고 있다.

【1.5.37】〈2〉대리인이 본인으로부터 수여받은 대리권의 전부 또는 일부가 소멸하였음에도 불구하고, 그 대리권이 있는 것으로 하여 그 대리권의 범위 외의 행위를 한 경우에, 그 대리권의 전부 또는 일부가 소멸하였음을 상대방이 알지 못한 때에는【1.5.36】〈ア〉내지〈オ〉(권한을 넘은 표현대리에 있어서 정당한 이유의 판단요소-필자 추가)[35]에서 들고 있는 사정을 고려하여, 상대방이 그 행위에 관하여 대리인에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 경우에는 본인은 자기에 대하여 당해 법률행위의 효력이 없음을 주장하지 못한다. 다만 대리권의 전부 또는 일부가 소멸하였음을 상대방이 과실로 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.[36]

위 규정의 신설이유에 대해서는, 단순히 "대리권소멸 후의 표현대리에 관하여도 대리행위를 한 자가 당초의 대리권의 범위를 넘은 행위를 한 경우에 제110조를 중복적으로 적용함을 명문화하였다(-밑줄 필자추가)[37]"고 설명함으로써, 상기【1.5.35】〈2〉규정의 신설이유에 있어서와 같이 그 동안 이에 관해서 전개된 학설과 판례

33) 民法(債權法)改正檢討委員會編, 詳解 債權法改正の基本方針Ⅰ(序論・總則), 商事法務, 2009, 254頁
34) 前揭 民法(債權法)改正檢討委員會編, 263頁
35) 〈ア〉당해 행위에 대하여 대리권이 있음을 추측케 하는 증빙의 유무, 〈イ〉대리인이 〈ア〉의 증빙을 취득한 경위와 본인이 그것에 관여한 정도, 〈ウ〉대리인의 행위에 대한 본인의 언동, 〈エ〉당해 행위에 의해 대리인이 취득하는 이익의 정도, 당해 행위에 의해 본인이 져야 할 불이익 또는 부담의 정도 기타 당해 행위에 대하여 대리인에게 대리권 있음을 의심케 하는 사정의 유무 및 그 정도, 〈オ〉대리인에게 수여된 대리권에 대하여 상대방이 조사하거나 확인하기 위하여 한 행위의 유무 및 그 정도
36) 前揭 民法(債權法)改正檢討委員會編, 276頁
37) 前揭 民法(債權法)改正檢討委員會編, 279~280頁

의 입장을 수용하여 불필요한 논란을 제거하고자 하는 의도가 엿보인다.

위와 같이 일본 민법(채권법)개정검토위원회가 제안한 개정안은 외형적으로는 제109조와 제110조 및 제112조와 제110조를 단순히 결합시킨 것처럼 보이지만, 사실상 제109조 및 제112조 표현대리의 성립을 전제로 하여 제110조와의 중복적용을 인정하던 종래의 학설과 판례의 태도와 달리, 표현대리권을 기본대리권으로 할 것을 전제로 하지 않는 개별조항의 신설을 통하여 중첩적 사안의 해결을 시도하고자 한다는 점이 주목할 만하다.

2. 프랑스민법

대리에 관한 규정을 두고 있지 않은 프랑스민법은 제1989조에서 "수임인은 위임계약에서 정해진 범위를 넘는 어떠한 행위도 할 수 없"고, 제1998조 제2항에서 "수임인이 수여받은 권한 이상의 행위를 한 경우, 위임인은 그가 그 사무를 명시적 또는 묵시적으로 추인한 경우에 한해서만 책임을 부담한다"는 규정을 두고 있다. 그러므로 수임인이 그 권한을 유월한 경우에는 위임인은 수임인이 제3자와 행한 월권행위에 대하여 원칙적으로 아무런 책임을 부담하지 않는다. 나아가 이 규정은 수임인에게 권한이 전혀 없었던 경우에도 적용되는 것으로 해석한다.[38] 또한 위임이 종료된 후에 행한 권한을 넘은 행위에 대하여도 역시 마찬가지이다. 즉 수임인의 월권행위는 위임인과의 관계에서 사무관리(gestion d'affaires)의 성립이 문제될 수 있을 뿐이다.[39]

그러나 *error communis facit jus*(일반적 오류는 법을 형성한다)는 법언[40] 하에 실무에서는 당해 행위에 있어서 수임인에게 정당한 권리가 있다고 제3자가 믿었던 경우에는 수임인이 그 부여받은 위임의 범위를 넘어선 행위에 대해서도 위임인에게 책임을 부과하고 있는데[41], 이른바 mandat apparent 법리의 적용에 의한 결과이

38) Puig(Pascal), Contrats Spéciaux, 2eéd., Dalloz, 2007, no 931 p.512
39) Planiol(Marcel) et Ripert(Georges), Traité pratique de droit civil français, T.XI, Contrats Civils, 2eéd., 2epartie(par André Rouast, René Savatier, Jeam Lepargneur, André Besson), L.G.D.J., 1954, no 1499, p.948
40) Mazeaud(Henri) et Mazeaud(Jean), Leçon de droit civil, T.3, Principaux Contrats, 2ePartie, 5eéd.(par Michel de Juglart), Montchrestien, 1980, p.854
41) Civ. 11 avril 1876, D. 79, 1, 164, S. 79, 1, 292 ; Req. 13 février 1883, D. 84, 1, 80 ; 29 décembre 1890, D. 91, 1, 464 ; 23 novembre 1903, D. 1906, 1, 66 (motifs) ; Req. 21 mars 1910, S. 1913, 1, 297, note Naquet ; 14 janvier 1920, S. 1920, 1, 272 ; Paris, 11 janvier 1928, D. H. 1928, 279 ; Bordeux 11 janvier 1932, S. 1933, 2, 78 ; Paris, 12 janvier 1935, Gaz. Pal., 1935, 1, 473 ; Civ. 29 janvier 1934, S. 1934, 1, 181 ; Req. 4 mai 1936, Sem. jur., 1936, 777 ; Req. 11 mai 1949, Gaz. Pal., 1949, 2, 76

다. 특히 위임의 내용이 묵시적이거나 일상적인 경우에는 제3자가 수임권의 범위와 그 존속기간을 일일이 확인하는 것이 거의 불가능하기 때문에, 그와 같은 상황에서 이 법리는 수임인과 거래한 제3자를 보호하는 기능을 한다.

mandat apparent 법리는 그 성립요건으로서 위임인의 과실은 요구되지 않고, 제3자가 표현수임인의 권한의 범위에 대하여 정당하게 신뢰하였음을 입증할 것을 요한다.[42] 제3자의 신뢰가 정당하다고 하기 위해서는 우선 선의(bonne foi)가 전제되어야 한다. 즉 제3자는 외관에 의해서 기망을 당했어야 한다.[43] 그러나 제3자의 선의는 제2268조에 의해서 추정된다고 할 것이므로, 위임의 부재 또는 충분한 권한의 부재에 대하여 제3자가 가졌을 인식의 입증책임은 사실상 가장위임인에게 있다.[44]

프랑스민법상 위임의 범위를 넘은 수임인의 행위에 인하여 그 외관을 신뢰한 제3자가 손해를 입은 경우에 위임인이 의무를 부담하는 근거는 준불법행위(quasi-délits)에 기초하고 있다.[45] 즉 위임인은 제3자가 기망당하지 않도록 방지하기 위하여 필요한 수단을 취해야 함에도 불구하고 자기 스스로 형성시킨 외관에 비하여 수임인의 권한을 제한하였다는 데에 책임의 근거가 있다는 것이다. 미리 방지하지 못한 위임인의 과실로 인하여 타인에게 손해를 발생케 한 경우에는 이를 배상하여야 하는데, 가장 자연스러운 배상방법은 위임의 외관을 신뢰한 제3자에게 마치 위임이 실제로 존재하였던 것과 동일한 책임을 지우도록 하는 것이라고 한다.[46]

이 법리는 위임의 소멸을 알지 못한 제3자에 대해서는 여전히 그 효력을 갖는다고 규정한 프랑스민법(제2005조, 제2008조, 제2009조)의 태도와 맥락을 같이 하는 것으로 이해되고 있다.[47]

한편 제3자에 대하여 위임인에게 책임을 지우는 mandat apparent 법리가 인정되는 경우, 수임권의 범위를 넘어 행위한 수임인은 그 월권행위로 인하여 위임인이

42) Com., 23 janvier 2007 : CCC 2007, n° 115

43) Bénabent(Alain), Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9eéd., Montchrestien, 2011, n° 995, p.488 ; Huet(Jérôme), Traité de Droit Civil, Les principaux contrats spéciaux, 2eéd., L.G.D.J., 1996, no 31219, p.1153

44) Puig, op., cit., n° 935, p.513

45) Civ. 27 novembre 1929, D. H. 1930, 68 ; 29 janvier 1920, précités ; Alger, 7 juin 1899, D. 1901, 2, 181 ; 12 mars 1901, D. 1903, 2, 45.

46) Planiol et Ripert, op. cit., n° 1500, p.949~950

47) Planiol et Ripert, op. cit., n° 1500, p.950. 그러므로 엄밀한 의미에서 보면 위 법문들에서 예정된 '제3자가 알지 못한 위임의 철회' 또는 '수임인이 알지 못한 위임인의 사망'의 요건들은 mandat apparent 법리를 적용할 사안들의 범주에서 배제시켜야 한다는 지적(Mazeaud et Mazeaud, *loc. cit.*)이 있다.

입은 손해의 전부를 배상하여야 한다.[48]

위와 같이 프랑스민법상으로는 수임인이 위임받은 권한의 범위를 넘어선 행위뿐만 아니라 위임이 종료되어 아무런 권한을 갖지 않은 상태에서 한 행위에 대해서도 수임권의 존재에 대한 상대방의 정당한 신뢰(croyance légitime)가 있는 경우에는 mandat apparent 법리의 적용을 통하여 제3자의 신뢰를 보호하고 있다.[49]

3. 독일민법

독일민법상 본인이 제3자에 대한 의사표시로써 대리권을 부여하거나(제170조), 제3자에 대한 특별통지 또는 공고에 의하여 타인에게 대리권을 수여하였음을 고지한 경우(제171조)에는, 본인이 대리권의 소멸을 통지하거나 또는 철회할 때까지 대리권은 존속한다. 우리나라에서는 이들 규정을 표현대리에 관한 것으로 이해하는 견해[50]도 있지만, 다수설은 내부적으로 대리권이 소멸된 사실을 본인이 제3자에게 통지하거나 철회하기까지는 대리인의 행위를 여전히 유권대리로 취급하는 규정이라고 이해하고 있다.[51] 그러므로 대리권이 내부적으로 소멸하더라도 대리인의 행위에 제170조 내지 제173조의 권리외관이 존재하는 경우에는 본인이 책임을 진다.

한편 본인의 대리권수여행위에 의한 것이든 제3자에 대한 의시표시나 통지 등에 의한 것이든, 그 대리권이 소멸한 후의 행위는 대리권의 흠결에 해당하여 원칙적으로 본인에 대하여 아무런 효력이 없다(제177조). 그리고 대리인이 그 권한을 유월(Überschreitung)한 경우에도 그 행위는 무권대리로 다루어지고 본인의 추인이 없는 한 본인에게는 효력이 발생하지 않는다.[52] 다만 행위가 가분적인 것일 때에는 일부무효에 관한 규정인 제139조의 일정한 요건, 즉 무효의 부분이 없었더라도 그 행위가 행하여졌으리라고 인정되는 경우에 한해서만 본인에 대하여 효력이 발생할 뿐이다.[53]

48) Planiol et Ripert, *op. cit.*, p.951

49) 그러나 위와 같이 mandat apparent 법리를 널리 적용하는 법원의 태도에 대하여 의문을 제기하는 견해도 있다. 즉 본인에게 아무런 귀책사유가 없는 경우에까지 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 본인에게 책임을 지우는 것이 본인과 상대방간의 이익교량의 측면에서 지나치게 상대방에게 치우친 것이라는 지적이다(Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, p.872).

50) 독일민법 제171조 제1항, 제172조 제1항을 ⅰ)대리권 성립의 외관에 기한 표현대리로, 제170조, 제171조 제2항, 제172조 제2항을 ⅱ)대리권 존속의 외관에 기한 표현대리로 이해하는 견해로서 김학동, "독일에서의 표현대리제도",「현대민법학의 제문제-청헌김증한박사화갑기념」, 1981, 75~76면이 있다.

51) 차한성, 전게서, 100면

52) 독일민법 제177조 제1항 대리권이 없는 자가 타인의 이름으로 계약을 체결한 경우에, 그 계약이 본인의 이익 및 불이익으로 효력을 발생할 것인가는 본인의 추인에 달려있다.

그러므로 대리권이 소멸된 경우에, 무권대리인이 그 소멸된 대리권의 범위를 넘은 행위에 대해서 본고가 다루고자 하는 무권대리행위의 중첩의 문제가 발생할 수 있다.

독일민법상으로는 대리인의 권한유월 행위를 무권대리로 다루면서, 이에 대하여 제177조 제1항에 의한 본인의 추인을 얻거나, 또는 권리외관수권(Rechtsscheinvollmacht)의 요건을 충족시키는 경우에는 본래의 법률효과가 그대로 본인에게 발생하는 것으로 다룬다.[54]

권리외관수권이란 자칭 대리인이나 본인의 일정한 행위에 의하여 대리권수여와 동일한 외관이 형성된 경우에는 그에 기하여 본인에게 책임을 지워서 거래의 안전을 도모하는 표현대리 유형인 묵인수권(Duldungsvollmacht)과 외관수권(Anscheinsvollmacht)을 지칭하는 것으로서, 독일의 판례에 의하여 형성・전개되어 있다.

묵인수권은 타인이 자신의 대리인으로서 행동하고 계약의 상대방은 그의 행위에 대한 본인의 묵인에 관하여 그가 대리권을 수여받은 것으로 신뢰한 경우에 성립한다.[55] 그러므로 본인의 대리권 수여의 의사표시나 일정한 효과의사를 추단케 하는 행위로서 의사표시와 동일시하는 의사실현행위(Willensbetätigung)를 필요로 하지도 않는다. 본인은 자신의 행위(묵인)의 법적효과에 관하여 착오가 있었음을 이유로 대리행위를 취소하지 못한다.[56]

한편 외관수권은 본인이 오랫동안 반복적으로 이루어진[57] 대리인의 행위를 알지 못했고 묵인하지도 않았지만, 통상적으로 요구되는 주의의무를 기울였다면 알 수 있었고 저지할 수 있었던 경우에, 그리고 제3자는 본인이 대리인의 행위를 알고도 이를 묵인한 것으로 믿었던 경우에 성립한다.[58] 묵인수권에서와 마찬가지로 본인

53) Habermeier(Stefan), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(Herausgegeben von Bamberger /Roth) [zit. Bearbeiter/Bamberger/Roth], Bd.1, 2.Aufl., C.H.Beck, 2003, §167, S.539, Rn.44 ; Lehmann(Heinrich), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.1, 15.Aufl., Walter de Gruyter, 1966, S.327 ; Schramm(Jochem), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 1.Halbband: §§1-240・ProstG, 5.Aufl., C.H.Beck, 2006, §177, Rn.11, S.2143 ; Schilken(Eberhard), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[zit. Bearbeiter/Staudingers], Buch 1, Allgemeiner Teil 5, Sellier-de Gruyter, 2009, §167, S.155, Rn.89

54) Habermeier(Stefan), a. a. O., S.538, Rn.14ff, Rn.43

55) Gehrlein(Markus), Juris PraxisKommentar BGB[zit. Bearbeiter/Juris PK-BGB], Bd.Ⅰ, Allgemeiner Teil, juris GmbH Saarbrücken, 2005, S.969, Rn.5 ; Larenz(Karl)/Wolf(Manfred), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004, S.894, Rn.22f.

56) Ellenberger(Jürgen), Palandt Bürgerlichen Gesetzbuches[zit. Bearbeiter/Palandt], Bd.7, 69.Aufl., C.H.Beck, 2010, §172, S.188, Rn.8 ; Gehrlein/JurisPK-BGB, a. a. O., S.969, Rn.5. 그러나 이에 대하여는 누구라도 정당하게 자칭 대리인의 행위를 용인한 것이 아니라는 분명한 의사표시를 알 수 있었던 경우에는 원칙적으로 제119조(착오)나 제123조(사기 또는 강박)에 의한 취소가 가능하다는 반론(Schilken/Staudingers, a. a. O., S.132, Rn.45)이 있다.

57) BGH NJW 56, 1673, 98, 1854, 07, 987, Tz 25

은 자신의 행위의 법적효과에 관하여 착오가 있었음을 이유로 취소하지 못한다.[59]

위와 같이 묵인수권이나 외관수권은 본인이 자칭 대리인에게 대리권을 수여할 의사는 없었지만, 상대방이 거래관행을 고려하여 신의칙에 비추어 볼 때 본인이 그 자칭 대리인에게 대리권을 주었으리라고 신뢰한 경우에 인정되는 제도로서[60], 자칭 대리인의 행위를 묵인하거나 또는 방관함으로써 제3자로 하여금 대리권 수여의 외관이 있는 것으로 신뢰케 한 경우에 본인이 책임을 지는 법리이기 때문에, 자칭대리인이 행위 당시에 불충분한 대리권을 가졌는지 또는 과거에 대리권을 가졌었을 뿐인지는 문제되지 않는다. 그러므로 우리민법상 제126조에 해당하는 사안에서뿐만 아니라[61], 소멸된 대리권의 범위를 넘은 사안에서도 당해 행위에 대하여 대리권이 있다고 믿은 제3자를 보호함으로써 거래의 안전을 지키는 기능을 한다.

Ⅴ. 결론

프랑스민법은 수임인이 그 수임권의 범위를 넘은 행위뿐만 아니라, 위임이 종료된 후에 그 권한을 넘은 행위에 대해서는 원칙적으로 본인에게 아무런 효력이 없지만, 판례에 의해서 형성된 mandat apparent 법리의 적용을 통하여 일정한 요건하에 본인에게 책임을 지우고 있고, 우리민법 제126조에 해당하는 규정이 없는 독일민법상으로도 역시 판례이론인 묵인수권과 인용수권이 성립하는 경우에는 본인에게 책임을 지움으로써 선의의 상대방을 보호하는 구성을 취하고 있다. 프랑스나 독일과 같은 법리가 형성되어 있지 않은 우리민법 하에서는 문제되는 중복적 사안의 해결을 위해서 우선적으로 법규범의 해석에 의존할 수밖에 없다. 우리의 학설과 판례가 수여표시된 대리권 또는 소멸된 대리권의 범위를 넘은 행위에 대하여 제126조를 중복적용하고자 하는 시도는 대리행위 상대방의 신뢰를 존중하여 거래안전을 보호하려는 프랑스민법이나 독일민법의 태도와 그 맥락을 같이 하는 것이다.

그런데 우리의 다수설에 의하면 제126조 표현대리의 성립을 위해서는 기본대리권이 존재하여야 하고, 그 기본대리권은 진실로 존재하고 있는 대리권[62]으로서, 그 존재는 본인의 정적 안전을 위한 최소한의 요건이 된다.[63] 나아가 기본대리권은

58) Gehrlein/JurisPK-BGB, a. a. O., S.970, Rn.7f. ; Larenz, a. a. O., S.895, Rn.25

59) Ellenberger/Palandt, a. a. O., S.189, Rn.16 ; Gehrlein/JurisPK-BGB, a. a. O., S.969, Rn.5.

60) 김학동, 전게논문, 90면

61) BayObLGZ 1957, 298(금전수령의 대리권을 부여받지 않은 소송대리인이 채무자의 변제를 수령한 사안)

62) 차한성, 전게서, 143면

63) 고상룡, 전게서, 625면 ; 곽윤직, 전게서, 280면 ; 지원림, 전게서, 322면

대리행위 당시에 존재하여야 한다고 한다. 그러나 다수설과 판례는 제125조나 제129조의 표현대리권을 기본대리권으로 인정함으로써, 권한을 넘은 표현대리행위 당시에 기본대리권이 반드시 존재하고 있을 것을 요한다는 일반론의 유일한 예외를 허용하고 있다. 표현대리규정의 중복적용을 인정하기 위한 연역적 해석인 것이다. 이는 곧 제126조 표현대리의 성립을 위해서 대리행위 당시에 기본대리권이 존재하여야 한다는 명제가 엄밀한 의미에서 보면 그 의의가 상실[64]되고 말았다는 것을 의미한다.

기본대리권의 범위를 점차 넓게 확장시켜가고 있는 우리의 학설과 판례의 태도에 비추어 보건대, 본인의 정적 안전보호를 위한 최소한의 요건이라고 일컫는 기본대리권의 존재 의의 내지 그 역할이 상대적으로 감소되고 있는 현상은 기본대리권의 존재를 부정하지 않는 범위 내에서 중첩적 사안의 해결을 위한 다른 각도에서의 논의 가능성을 제시하고 있다고 할 것이다.

그래서 본고에서는 우리의 학설과 판례가 제125조와 제129조의 표현대리권을 기본대리권으로 하여 제126조와의 중복적용을 인정함으로써 나타나는 위와 같은 문제점들을 노정시키기 보다는, 제126조의 단독·확대적용을 통하여 현재 학설과 판례의 논리적인 모순점을 시정하고자 하였다. 즉 제126조 소정의 '대리인'에, 행위 당시 정당한 대리권을 가진 대리인뿐만 아니라, 제3자에 대하여 대리권이 수여되었음이 표시된 대리인과 과거의 대리인을 모두 포함시킴으로써, 제3자에게 수여표시된 대리권이나 과거의 대리권을 제126조의 기본대리권으로 인정하는 해석론도 가능하리라고 생각한다. 그 결과 제125조와 제126조, 제129조와 제126조의 중첩적 사안은 결국 제126조의 단독적용 사안으로 될 것이다.

제125조 및 제129조의 규정과 제126조 규정과의 중복적용을 인정하지 않는다고 해서 그 자체로서 표현대리의 기초를 부정하는 것은 아니며, 거래의 안전을 위협하는 것도 아니다. 제126조 표현대리의 성부에 있어서 기본대리권의 존부의 문제보다도 정당한 이유의 유무에 대한 비중이 월등히 중하게 된 현재의 상황을 부인할 수 없다면, 수여표시된 대리권이나 과거의 대리권을 기본대리권으로 인정하고, 그 수여표시된 대리권이나 소멸된 대리권의 범위를 넘는 행위에 대한 상대방의 신뢰에 정당한 이유가 있는지에 관하여는 일반적인 제126조의 적용사안에서보다는 엄격하게 판단함으로써, 대리권의 존재 및 그 범위에 관하여 명확하게 알 수 없는 상대방이 입게 될 불이익과 기본대리권의 범위 확장으로 인하여 간과될 수 있는

64) 김광년, "권한을 넘는 표현대리에 있어서 소위 기본대리권에 관한 소고(3)",「사법행정」제18권 제8호(한국사법행정학회, 1977.08), 77면 ; 椿寿夫, 前揭書, 132頁

본인의 불이익 사이의 형평을 꾀할 수 있을 것이다.

한편 우리민법상 표현대리규정의 중복적용의 문제에 관한 해석론에 대하여 상당한 영향을 끼친 것으로 보이는 일본에서도 표현대리규정의 중복적용 문제는 입법적인 해결이 요구되고 있는 듯하다. 표현대리권을 기본대리권으로 인정하는 구성이 아니라, 타인에게 수여표시된 대리권이나 과거의 대리권을 기본대리권으로 인정하고, 정당한 이유의 판단을 통하여 본인에게로의 귀책여부를 판단함으로써 거래 상대방의 보호를 기하고자 하는 일본의 민법(채권법)개정검토위원회의 개정안은 우리민법상 표현대리규정의 중복적용에 관한 해석론 내지 입법에 많은 시사점을 주고 있다고 생각한다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)

서 순 택

표현대리, 기본대리권, 정당한 이유, 중복적용, 무권대리행위, 추인, 민법(채권법)개정검토위원회

【참 고 문 헌】

【국 내 문 헌】

고상룡,「민법총칙」전정판, 법문사, 1990

곽윤직,「민법총칙」제7판, 박영사, 2009

김기선,「한국민법총칙」3개정증보판, 법문사, 1984

_____ ,「한국민법총칙」제3전정판, 법문사, 1991

김상용,「민법총칙」, 법문사, 2009

김용한,「민법총칙론」, 박영사, 1993

김주수/김상용,「민법총칙」제6판, 삼영사, 2011

김증한,「민법총칙」, 박영사, 1983

김증한/김학동,「민법총칙」제9판, 박영사, 1995

서광민,「민법총칙」, 신론사, 2007

이균용(김용담 편),「주석민법 총칙(3)」, 한국사법행정학회, 2010

이영섭/최식,「신민법대의(상)」, 박영사, 1970

이영준,「한국민법론」, 박영사, 2003

이은영,「민법총칙」제5판, 박영사, 2007

송덕수,「민법총칙」, 박영사, 2011

지원림,「민법강의」제8판, 홍문사, 2010

차한성(곽윤직 편),「민법주해Ⅲ 총칙(3)」, 박영사, 1992

김광년, "권한을 넘는 표현대리에 있어서 소위 기본대리권에 관한 소고(1,2,3)",「사법행정」제18권 제5,7,8호, 한국사법행정학회, 1977

김용한, "표현대리론(完)",「법조」제19권 제8호, 법조협회, 1970

김학동, "독일에서의 표현대리제도",「현대민법학의 제문제-청헌김증한박사화갑기념」, 1981

박찬주, "권한을 넘는 표현대리에 관한 몇 가지 문제",「영산법률논총」제5권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2009.03

【국 외 문 헌】

高橋三知雄, "表見代理の有權代理的構成(一)", 民商法雜誌 第71卷 第6号, 有斐閣, 1975

_____ , "表見代理の有權代理的構成(二)", 民商法雜誌 第72卷 第1号, 有斐閣, 1975

_____ , "代理理論の研究", 有斐閣, 昭和63

四宮和夫/能見善久, 民法總則 第7版, 弘文堂, 2005

我妻榮/有泉享, コンメンタール 民法總則, 日本評論社, 1996

柚木馨, 判例演習(民法總則) 增補版, 有斐閣, 1979

林良平, 注解判例民法(民法總則), 靑林書院, 1987

川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 1975

椿寿夫(於保不二雄 編), 注釈民法 総則(4), 有斐閣, 1972

民法(債權法)改正檢討委員會編, 詳解 債權法改正の基本方針Ⅰ(序論・總則), 商事法務, 2009

Bénabent(Alain), Droit Civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9^{e}éd., Montchrestien, 2011

Ellenberger(Jürgen), Palandt Bürgerlichen Gesetzbuches[zit. Bearbeiter/Palandt], Bd.7, 69.Aufl., C.H.Beck, 2010

Gehrlein(Markus), Juris PraxisKommentar BGB[zit. Bearbeiter/Juris PK-BGB], Bd. Ⅰ, Allgemeiner Teil, juris GmbH Saarbrücken, 2005

Habermeier(Stefan), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(Herausgegeben von Bamberger/Roth)[zit. Bearbeiter/Bamberger/Roth], Bd.1, 2.Aufl., C.H.Beck, 2003

Huet(Jérôme), Traité de Droit Civil, Les principaux contrats spéciaux, 2^{e}éd., L.G.D.J., 1996

Schramm(Jochem), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 1.Halbband: §§1-240・ProstG, 5.Aufl., C.H.Beck, 2006

Larenz(Karl) und Wolf(Manfred), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004

Lehmann(Heinrich), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.1, 15.Aufl., Walter de Gruyter, 1966

Mazeaud(Henri) et Mazeaud(Jean), Leçon de droit civil, T.3, Principaux Contrats, 2ePartie, 5éd.(par Michel de Juglart), Montchrestien, 1980

Puig(Pascal), Contrats Spéciaux, 2éd., Dalloz, 2007

Planiol(Marcel) et Ripert(Georges), Traité pratique de droit civil français, T.XI, Contrats Civils, 2éd., 2epartie(par André Rouast, René Savatier, Jeam Lepargneur, André Besson), L.G.D.J., 1954

Schilken(Eberhard), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[zit. Bearbeiter/Staudingers], Buch 1, Allgemeiner Teil 5, Sellier-de Gruyter, 2009

Abstract

Duplicated Application of the Provisions on Apparent Agency and the Extension of Article 126

Soon-Taek, Seo*

Korean Civil Code prescribes about the apparent agencies when one express that he gave someone the authority to a third party(article 125), the representative acts in excess of his authority(article 126), and the representative acts after the agency extinction(article 129).

Then if a self-claimed representative acts beyond the scope of an expressed agency that one gave someone the authority to a third party, or an extinguished agency in the past, any provision of three types listed above can not be applied directly.

But in these cases there is also a need to protect a third party in good faith in view of the spirit of the apparent agency system. Because he believed that a self-claimed representative has sufficient authority.

In order to solve these cases, our doctrines and the precedents approve the duplicated application of the provisions on apparent agency by thinking of apparent agency on the article 125 or the article 129 as fundamental agency on the article 126.

This paper indicated the problems of our theories and the precedents approving the duplicated application of the provisions on apparent agency by assuming the establishment of apparent agency. A current attitude of our theories and the precedents have some problems with the narrow of protection scope to third party, the comparison with agency without

* Visiting professor at SungKyunKwan University, Ph.D. Jur.

authority gained ratification and the evaluation of credibility about the existence of apparent agency.

Then this paper asserts a single-expansive application of article 126. Therefore this paper does not acknowledge the duplicated application of the provisions about the apparent agency. But that in itself is not to deny the basis of the apparent agency system and is neither to threat the safety of transaction.

This paper argues that we might consider expressed agency that one gave someone the authority to a third party or extinguished agency as a fundamental agency on the article 126, but measure the existence and unexistence of legitimate reason more strictly.

On the other hand, the issue of duplicated application of the provisions about the apparent agency seems to require legislative resolution in Japan, where have a considerable influence on our civil law. In recent the amendments to the civil law committee in Japan proposed amendments that consider agency expressed that one gave someone the authority to a third party or extinct agency as a fundamental agency. It is very suggestive to our interpretation or legislation.

Soon-Taek, Seo

apparent agency, fundamental agency, legitimate reason, duplicated application, agency without authority, ratification, amendments to the civil law committee

선택형 약관조항과 근저당권설정비용 부담주체

임 건 면*

Ⅰ. 문제 제기
Ⅱ. 2003년 표준약관에 관한 법원의 태도
1. 공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구의 행정소송에 대한 법원의 태도
2. 근저당권설정비용반환소송에 대한 법원의 태도
Ⅲ. 근저당권설정비용 부담주체에 관한 선택형 약관규정의 성질
1. 약관과 개별약정
2. 선택형 비용부담조항과 개별약정
3. 고객에게 불리한 불공정한 약관조항인가의 여부
Ⅳ. 근저당권설정비용부담 주체에 관한 선택형 약관의 불공정정 여부
1. 비용부담에 관한 규정
2. 거래관행
3. 수익자부담원칙
4. 선택적 약관조항의 불공정성
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

최근 대법원은 근저당권설정비용과 관련한 집단적 부당이득반환소송에서 선택형 약관조항의 불공정성을 인정하지 않았다.

본고에서는 공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구의 행정소송과 근저당권설정비용반환을 구하는 민사소송에 대한 대법원의 판례를 근간으로 하여 근저당권설정비용 부담주체에 관한 선택형 약관조항의 불공정성 여부를 검토하였다. 그 결과 선택형 약관조항에 의하여 고객에게 제한적인 선택가능성만이 인정되는 경우에 이는 약관규제법의 규율대상이 되며, 개별약정으로 보기 어렵다는 결론에 도달하였다. 약관조항의 불공정성과 관련하여서는 구 약관규제법 제19조의2 제3항의 불공정성과 제6조의 신의성실에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 반드시 동일한 개념으로 이해할 필요는 없으며, 동일한 기준에 의하여 불공정성 여부를 판단할 필요도 없다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

근저당권설정비용의 부담주체는 우선 민법 제566조의 계약비용에 관한 규정에 따라 금융기관과 고객이 균분하여 부담케 할 수 있으며, 또한 수익자부담원칙에 의할 경우 근저당권설정은 주로 금융에게 이익이 되지만, 그렇다고 해서 고객에게는 불이익만 주는 것이 아님을 밝혔다. 현재 근저당권설정비용을 누가 부담하여야 할 것인가에 대하여 다양한 의견이 제기되고 있고, 앞으로도 논쟁의 여지가 많다. 따라서 이 문제를 좀 더 명확히 하기 위하여 근저당권설정비용의 부담주체에 관한 규정을 두어 이를 입법적으로 해결하는 것이 바람직하지 않을까 생각한다.

Ⅰ. 문제 제기

통상 은행 등과 같은 금융기관으로부터 부동산을 담보로 대출을 받게 되면 근저당권을 설정하게 되는데, 등록세, 교육세, 증지대, 채권부담액, 법무사보수 등 근저당권설정비용이 발생하게 된다.[1] 통상 금융기관은 대출계약과 근저당권설정계약을 체결하면서 미리 작성해 놓은 여신거래약정서, 대출거래약정서 및 근저당권설정계약서 등과 같은 대출관련 계약서를 사용한다.

공정거래위원회가 2008.1.30. 표준약관을 개정(이하 '2008년 표준약관' 또는 '개정 표준약관'이라 함)하기 전까지 금융기관은 전국은행연합회가 구 약관의 규제에 관한 법률[2](이하 약관규제법이라 함) 제19조의2에 의하여 공정거래위원회로부터 사전심사를 거쳐 승인받은 표준약관(2003.3.1. 시행, 이하 '2003년 표준약관' 또는 '개정 전 표준약관'이라 함)을 사용하였다.[3] 2003년 표준약관 이전의 구 표준약관에서는 대출거래와 관련하여 약정서 작성에 따른 인지세와 부동산 담보설정에 소요되는 비용을 고객이 전액 부담하도록 규정하고 있었는데, 2003년 표준약관은 이러한 비용부담에 관한 사항을 은행과 고객의 합의에 따라 결정할 수 있도록 변경한 것이었다.

그 후 공정거래위원회는 구 약관규제법 제19조의2 제4항에 근거하여 종래 은행대출과 관련하여 인지세와 담보권설정비용의 부담주체를 은행과 고객이 합의하여 결정하도록 하였던 것[4]을 각 비용마다 은행과 고객 중 그 부담자를 구체적으로 명

1) 예를 들어 1억 원을 은행으로 대출받게 되면 등기는 채권최고액 1억 2천 ~ 1억 3천만 원으로 설정되는데, 1억 2천만 원으로 설정등기가 이루어졌다고 한다면, 등록세 240,000 원(설정금액의 0.2%), 교육세 48,000원(등록세의 20%), 증지대 9,000원, 주택채권매입액(채권할인) 약 175,000 원, 법무사수수료 약 291,000 원 등 총 약 763,000 원의 비용이 발생하게 된다. 물론 그 외에도 등기신청수수료와 감정평가수수료 등이 발생한다.

2) 2010. 3. 22. 법률 제10169호로 개정되기 이전의 약관규제법

3) 기존의 근저당권설정비용에 관한 논의는 계약의 특수성을 감안하지 않은 근저당권설정계약에 따른 일반적인 논의이다. 그러나 최근에는 담보설정이 금융기관과 개인간의 계약으로 금융기관이 작성한 약관에 의하여 이루어지는 경우가 많다.

4) 통상 고객들은 금융기관으로부터 부동산담보 대출을 받으면서 금융기관이 미리 마련하여 제시한 대출거래약정서, 근저당권설정계약서 등을 사용하여 계약을 체결하였는데, 그 계약서에는 "근저당권설정 절차에 드는 비용의 부담에 관하여 약정서 작성에 따른 인지세는 '본인', '은행', '각 50%씩 본인과 은행'의 난에 각 □를 두고, 등록세, 교육세, 국민주택채권매입, 법무사수수료, 저당권 해지에 따른 말소 비용, 감정평가수수료 등은 그 비용 항목별로 '채무자', '설정자', '채권자' 난으로 나누고 이에 각 □를 두어, 각 난의 □ 안에 √표시를 하는 방법으로 그 정한 바에 따라 해당 비용을 부담한다"는 취지의 내용으로 되어 있었고, 고객들은 명시적으로 고객 자신이 부담하는 난에 √표시를 하거나 묵시적으로 이와 같은 취지로 약정하여 해당 비용을 부담하였다.

시하는 것으로 변경하여 근저당권 설정비용은 은행이, 인지세부담비용은 은행과 고객이 반반씩 부담하도록 2003년 표준약관을 개정하였고, 동조 제5항에 따라 전국은행연합회 및 금융기관들에게 이 개정 표준약관을 사용하도록 권고하였다.

이에 전국은행연합회 외 16개 은행들이 공정거래위원회를 상대로 개정 표준약관의 사용권장처분 및 개정의결취소를 구하는 행정소송을 제기했고, 원심(서울고등법원 2008.11.20. 선고 2008누7962)은 공정거래위원회 개정 전 표준약관을 위법이라고 판결했다. 그러나 공정거래위원회는 상고하였고, 대법원은 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결로 원심 판결 중 공정거래위원회의 패소부분을 파기환송하였다. 환송 후 서울고법은(2011.4.6. 선고 2010누35571 판결)에서 은행대출과 관련하여 근저당권설정비용의 부담주체를 은행과 채무자가 협의하도록 한 2003년 표준약관은 구 약관규제법 제19조의2 제3항에 반하는 불공정한 약관조항이라고 판결하였다.

이를 계기로 그 동안 은행대출과 관련하여 근저당권설정비용의 부담주체를 금융기관과 채무자가 협의하여 결정하도록 하였던 2003년 표준약관에 따라 금융기관으로부터 대출을 받으면서 근저당권설정비용을 부담하였던 채무자들이 집단적으로 근저당권설정비용반환소송을 제기하였지만, 지난 2014.6.12. 대법원은 원고의 청구를 기각하는 판결을 내렸다.

이 사안에서 특히 문제가 되었던 것은 고객으로 하여금 선택적으로 설정비용을 부담도록 한 것이 개별약정에 의한 것인가 아니면 약관규제법이 적용되는 약관에 의한 것인가이며, 후자의 경우라면 그러한 약관규정이 불공정한 조항에 해당하는가의 여부였다.

이와 관련하여 발생하는 또 하나의 문제는 개정 표준약관의 사용권장처분 및 개정의결취소청구의 소를 다룬 행정사건에 대한 대법원 판결과 근저당권설정비용반환소송을 다룬 대법원의 판결의 대상과 결과가 다르다는 점이다. 전자의 경우는 구 약관규제법 제19조의2 제3항에 의한 불공정성 여부가 문제된 것이며, 후자의 경우에는 구 약관규제법 제6조에 의한 불공정성 여부가 문제되었다. 그렇다면 과연 약관규제법 구 제19조의2 제3항의 불공정성과 동법 제6조의 불공정성에 대한 판단기준이 동일하지 않고 별개의 기준에 따라 판단하여야 하는가라는 의문이 생긴다. 또한 대법원 2014. 6. 12. 판결처럼 선택형 비용부담약관의 불공정성을 부정한 것에 대한 정당성 여부와 고객이 저당권설정비용을 부담하는 합리적인 근거를

어디서 찾아야 하는가의 문제가 남는다.

이하에서는 우선 개정 전 표준약관(2003년 표준약관)에 대한 법원의 태도를 행정소송의 민사소송에 대한 판결을 나누어 살펴 보고(Ⅱ), 대법원의 판결내용을 검토함에 있어서는 약관의 일반적인 내용, 특히 개별약정의 판단기준과 선택약관의 유효성 여부와 구 약관규제법 제19조의2 제3항과 제6조의 불공성에 대한 판단기준을 주된 논점으로 하여 살펴본다(Ⅲ). 그리고 또 다른 쟁점의 하나인 근저당권설정비용의 부담주체에 대한 법적 근거(Ⅳ)를 밝히는데 주안점을 둔다.

Ⅱ. 2003년 표준약관에 관한 법원의 태도

2003년 공정거래위원회에 의하여 개정된 표준약관의 주된 내용은 은행대출과 관련하여 인지세와 담보권설정비용의 부담주체를 은행과 고객이 합의하여 결정하도록 하는 것인데, 이에 대해서는 두 개의 대법원 판례가 존재한다. 우선 공정거래위원회가 2003년 표준약관의 내용을 근저당권설정과 관련한 비용의 부담자를 구체적으로 명시하는 것으로 변경하여 근저당권 설정비용은 은행이, 인지세부담비용은 은행과 고객이 반반씩 부담하도록 개정하고 전국은행연합회 및 금융기관들에게 이 개정 표준약관을 사용하도록 권고하였다. 그러나 전국은행연합회 외 16개 은행들은 2003년 표준약관은 불공정한 약관에 해당하지 않는다고 주장하면서, 공정거래위원회를 상대로 개정 표준약관의 사용권장처분 및 개정의결취소를 구하는 행정소송을 제기한 것이다. 두 번째 대법원 판결은 2003년 표준약관은 불정공한 약관에 해당한다는 판결이 나오자 이에 대한 부당이득반환소송에 대한 것이다.

1. 공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구의 행정소송에 대한 법원의 태도

공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구의 소에 대하여 원심인 서울고등법원 2008.11.20. 선고 2008누7962 판결은 “고객이 근저당권이나 저당권의 설정에 드는 비용과 인지세의 부담주체를 선택할 수 있도록 한 위 약관조항[5] 자체가 불공정하다고 보기는 어렵다”고 하면서, 공정거래

5) 금융기관의 대출거래약정서Ⅰ(가계용) 제3조 제1항, 대출거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 가계

위원회는 “실제 계약의 체결 과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되지 않으므로 위 약관조항은 불공정한 약관조항이라고 주장하나, 이러한 사유가 있다고 하여 위 약관조항 자체가 불공정한 약관조항이라고 볼 수도 없다”고 판시함으로써 원고(일부)승소판결을 내렸고, 공정거래위원회는 대법원에 상고하였다.

그러나 대법원 2010.10.14. 선고 2008두23184 판결에서는 “구 약관의 규제에 관한 법률(2010.3.22.법률 제10169호로 개정되기 전의 것) 제19조의2 제3항에서 규정한 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사할 때에는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다”고 하면서, “현행 표준약관 중 … 은행여신거래 관련부분의 약관조항 자체가 불공정하다고 보기 어렵고, 실제 계약의 체결과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되는지 여부 등 거래관행은 약관조항의 불공정성 여부를 결정하는 데 고려할 필요가 없다는 전제하에, 이를 살펴보지 않은 채 위 처분이 위법하다고 한 원심의 판단에 약관조항의 불공정성의 판단기준에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 하면서 원심을 파기환송하였다.

환송 후 서울고등법원(2011. 4. 6. 선고 2010누35571 판결)은 “어느 약관조항이 구 약관규제법 제19조의2 제3항에서 규정한 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사할 때에는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다”는 전제하에 다음과 같은 이유를 들어 공정거래위원회를 손을 들어 주었다.

우선, “은행과 고객 사이에 이루어지는 대출거래에서는 둘 사이의 사업능력에 현저한 차이가 있고 은행이 제시하는 조건을 거부할 경우 사실상 대출이 불가능해진다는 점 등에서 대출금액, 담보제공 여부, 대출기간, 이율 등 거래조건의 중요한 부분이 대부분 은행의 주도하에 결정되는 등 은행이 고객들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 할 수 있다.”[6] 둘째, “다양한 대출상품들의 복잡한 금리구조 등으로 인

당좌대출용) 제5조 제1항, 여신거래약정서Ⅰ(기업용) 제6조 제1항 및 여신거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 당좌대출용) 제7조 제1항에서는 인지세의 부담주체를 고객이 선택할 수 있도록 규정하고 있었고, 근저당권설정계약서와 저당권설정계약서의 각 제8조 제2항에서는 근저당권이나 저당권의 설정에 드는 등록세 등의 부담주체를 고객이 선택할 수 있도록 규정하고 있었다.

6) 대법원 2009.10.29. 선고 2007두20812 판결 참조.

하여 대출거래의 소비자들로서는 해당 금리의 적정성이나 부대비용 부담의 유·불리 등에 관하여 정확히 판단한다는 것이 사실상 매우 어렵다는 점은 충분히 예상할 수 있는 일"이며, "상당수 대출거래에서는 실제 세부적인 계약조건에 관하여 고객과 은행 사이에 충분한 협의가 이루어지지 않은 채 사실상 은행직원의 지시에 따라 대출계약서가 작성되는 것이 거래현실"이기 때문에, 비록 "개정 전 표준약관이 대출 관련 부대비용의 부담에 관하여 고객으로 하여금 선택하도록 하는 형식을 취하고 있다 하더라도 … 고객에게 실질적인 선택권을 부여한 것이라고 보기 어렵다"는 실질적인 근거를 들고 있는데, "외관상 그와 같이 선택권을 부여하였다는 사정만으로 불공정하지 않다고 한다면 특히 거래상 우월한 지위에 있는 사업자들은 문제 소지가 있는 약관조항들을 一義的으로 명확히 규정하지 않고 모두 선택권을 부여하는 방식으로 규정함으로써 약관규제법에 의한 통제를 회피하는 탈법적 수단으로 악용할 우려"가 있음을 지적하고 있다.

결국 서울고등법원은 "개정 전 표준약관은 대출거래에서 우월한 지위에 있는 은행이 그 지위를 이용하여 대출 관련 부대비용 중 은행이 부담하여야 할 비용까지 고객으로 하여금 부담하게 하거나 가산금리를 적용하는 방법 등으로 사실상 이를 고객에게 전가시킬 수 있도록 한 것이어서 고객에게 부당하게 불리한 불공정한 약관조항"이라고 보았다.[7)]

2. 근저당권설정비용반환소송에 대한 법원의 태도

근저당권설정비용반환소송에서 문제가 되었던 것은 첫 번째, 고객으로 하여금 선택적으로 설정비용을 부담도록 한 것이 개별약정에 의한 것인가, 아니면 약관규제법이 적용되는 약관에 따라 계약이 체결되었는가의 여부였고, 두 번째로 만약 개별약정에 의해서가 아니라 약관에 의하여 계약이 성립된 것이라면 그 약관은 과연 유효한가의 여부였다.

원심인 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013나2012790 판결은 "구체적인 계약에서 일방 당사자와 상대방 사이에 교섭이 이루어져 계약의 내용으로 된 조항은 작성상의 일방성이 없으므로 구 약관규제법상의 약관에는 해당하지 않는다"고 하면서 "일반적으로 약관을 포함하고 있는 정형적인 계약서 중 계약기간이나 거래금

7) 이에 대하여 금융기관은 다시 상고하였으나, 대법원(2011.8.25. 선고 2011두9614 판결)은 상고를 기각하여, 환송 후 판결이 확정되었다

액 등에 관한 조항이라고 하더라도 그 존속기간과 거래금액을 보충하여 기재할 수 있는 난을 마련하여 두어 당사자의 구체적 합의에 의하여 그 내용이 결정될 것이 예정되어 있는 경우에는 이를 바로 약관에 해당한다고 볼 수는 없다"고 판시하였다. 이에 더하여 원심은 "대출고객마다 근저당권설정비용의 부담주체에 대한 합의 결과가 다양하며, 인지세 및 근저당권설정비용의 부담자에 대하여 채무자에게 일방적으로 부담하도록 마련한 것이 아니라, 그 비용부담의 주체에 대해 선택하도록 하여 개별적인 대출과정에서 채무자와 금융기관의 합의에 따라 계약이 내용이 되며, 이는 계약교섭의 결과로서 예견가능한 경우를 미리 정리해 놓고 선택의 방법으로 그 결과를 직접 수기하는 방법으로 정리하는 것보다 간편하기 때문"이라는 근거를 제시하였고, 이러한 금융거래양식을 이용하여 고객인 채무자들이 스스로 비용을 부담하겠다고 표시하여 성립된 약정은 금융기관과 고객 사이의 근저당권설정비용 부담주체에 관한 별도의 개별약정에 해당하는 것으로 보았다.

이에 반하여 대법원 2014.06.12. 선고 2013다214864 판결에서는 비용부담의 주체를 채무자가 선택할 수 있도록 하였음에도 불구하고, 이는 개별약정에 해당하지 않아 약관규제법의 규율대상이 된다고 판단하였다. 즉 계약의 일방 당사자가 약관을 마련하여 두었다가 어느 한 상대방에게 이를 제시하여 계약을 체결하는 경우에도 개별약정이 성립할 수 있음을 인정하면서도, 본 사안에 대해서는 이를 부정하였다. 대법원은 개별약정이 되기 위해서는 그 요건을 그 상대방과의 사이에 그 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭(또는 흥정)을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가져야 하지만, 그렇다고 해서 그 "교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 계약의 상대방이 약관을 제시한 자와 사이에 거의 대등한 지위에서 당해 특정 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 영향력을 행사함으로써 미리 마련된 특정 조항의 내용에 구속되지 아니하고 이를 변경할 가능성이 있었어야" 한다고 함으로써 상대방(고객)의 이익조정가능성과 약관조항의 변경가능성을 그 요건으로 하고 있다.[8)]

이 사안에서 대법원은 2003년 표준약관에 대하여 언급하면서 비록 근저당권설정비용의 부담주체를 채무자가 선택하도록 하였음에도 불구하고, 이는 제한적 선택 항목에 불과하고, 또한 특정 조항에 대한 변경가능성과 이익조정가능성이 있었

8) 이에 관해서는 이미 대법원 2010.9.9. 선고 2009다105383 판결 참조.

다는 사정이 개별적이고 구체적으로 보이지 않는다[9]는 이유로 이 문제된 조항은 개별약정에 해당하지 않으며, 약관규제법의 규율대상이 되는 것으로 보았다. 그러나 동 법원은 이러한 선택조항은 고객에게 불리한 불공정한 약관조항이 아니라고 판시하였다.

이하에서는 근저당권설정비용 부담주체에 대한 선택형 약관조항의 성질을 규명하고, 개별약정과의 구별기준을 검토하기로 한다.

Ⅲ. 근저당권설정비용 부담주체에 관한 선택형 약관규정의 성질

1. 약관과 개별약정

약관규제법의 규제 대상이 되는 약관에 대해서 동법 제2조에는 "그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용"이라고 정의를 내리고 있다. 그러나 고객이 그 약관내용을 구체적으로 알고 있어야만 구속력이 생기는 것은 아니지만,[10] 이미 대법원[11]이 판시한 것처럼 고객에게 약관내용의 변경가능성과 이익조정 가능성이 인정되면, 즉 계약의 일방 당사자가 약관을 마련하여 두었다가 어느 한 상대방에게 이를 제시하여 계약을 체결하는 경우에도 양 계약당사자 사이에 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭(또는 흥정)을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면 그 특정 조항은 약관규제법의 규율대상이 되지 않는다. 이때에는 "약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 그 합의사항은 약관보다 우선한다"는 약관규제법 제4조의 개별약정 우선의 원칙이 적용되기 때문이다.

그러나 근저당권설정비용반환소송의 경우와 같이 약관규정이 존재하지만, 당사자들이 합의에 의하여 그 내용과 동일한 내용으로 계약이 이루어진 경우에도 개별약정 우선의 원칙이 적용될 수 있는가라는 의문이 생긴다. 약관규제법 제4조의 문언대로 해석한다면, 이러한 경우에는 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 없어 개별약관 우선의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 약관규제법의

9) 동 법원은 고객의 이익조정가능성과 변경가능성에 대한 개별적·구체적인 사정이 있었다는 것을 사용자가 주장·증명하여야 한다고 판시하고 있다.
10) 대법원 1985.11.26. 선고, 84다카2543 판결.
11) 대법원 2008.7.10. 선고, 2008다16950 판결.

입법취지, 즉 고객이 약관내용에 관여할 기회가 배제되었을 때, 이를 규제하기 위한 목적임을 고려한다면 고객이 자유로운 의사에 따라 계약내용에 관여할 수 있는 기회가 주어졌을 경우에는 약관규제법에 의한 보호는 불필요하며[12], 따라서 개별약정[13]으로 보아도 무방할 것이다[14]. 그러나 주의해야 할 점은 고객은 약관조항의 타당성을 인정하고, 이에 동의하여야 한다는 것이다.[15]

대법원 역시 "교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니"라고 하면서도, 고객이 사용자와의 관계에서 "거의 대등한 지위에서 당해 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 영향력을 행사함으로써 미리 마련된 특정 조항의 내용에 구속되지 아니하고 이를 변경할 가능성"이 있을 것을 요건으로 요구하고 있다. 이때 대등한 지위라는 것은 양당사자에게 실질적으로 대등한 교섭력을 요구하는 것이 아니라, 관련 조항에 에 대하여 고객이 실질적으로 영향을 미칠 수 있어야 함을 의미한다.[16]

개별약정의 요건을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 교섭준비

사용자는 계약내용에 대한 교섭 또는 흥정할 준비를 갖추어야만 하며, 교섭의 여지가 있다는 것을 고객에게 명백히 설명하여야 한다. 따라서 사용자가 약관규정을 명시하고 고객이 그 내용을 인식했다는 것과는 구별되어야 한다.

그 이외에도 교섭이 있기 위해서는 사업자의 약관조항변경에 대한 진정성이 있어야 한다.[17] 교섭을 통하여 고객은 자기의 이익을 조정하고, 계약내용을 변경하고 또한 그 계약내용에 대하여 영향을 미칠 수 있어야 하기 때문에, 이 진정성은 계약체결 당시에 이미 존재해 있어야 한다.[18] 그러나 사용자가 교섭준비가 되어 있다고 하지만, 실질적으로 계약내용을 변경할 의사가 없는 경우에는 교섭준비가 있

12) 이병준, "선택규정의 약관성 – 근저당권설정비용 반환소송과 관련하여 –", 안암법학 42권 , 2013, 107면.
13) 이병준(앞의 글, 108면)은 계약당사자의 교섭에 의하여 약관내용이 변경된 경우와 변경되지 않은 경우를 구별하여, 전자의 경우에는 약관규정이 존재하지만 다른 내용의 개별적 약관이 존재하여 개별약정 우선의 원칙이 적용되어 개별약정이 계약의 내용이 되는 반면에, 후자의 경우에는 개별약정이 존재하는 것이라고 한다. 그러나 양자를 구별할 실익이 있는지는 의문이다.
14) 독일민법 제305조 제1항 제3문에는 "계약당사자 사이에 계약조항에 관하여 개별적으로 교섭이 이루어진 경우에 이는 약관에 해당하지 않는다" 고 명문화하고 있다.
15) Palandt/Grüneberg, 73. Aufl., 2014, Rdn. 20 zu §305; BGH NJW 2013, 856.
16) 이병준, 위의 글(주 12), 111면.
17) BGH NJW 1977, 624.
18) Palandt/Grüneberg, Rdn. 19 zu §305; 이병준, 앞의 글(주 12), 112면.

다고 볼 수는 없다.[19][20] 사업자는 계약내용의 변경가능성을 인정해야 할 뿐만 아니라, 계약체결 당시에 이러한 사정을 상대방에게 알려야 한다. 더욱이 변경가능성은 문제된 약관조항에 대하여 존재하여야 하며, 다른 조항이 변경되었다거나 변경가능성이 있다고 해서 인정되는 것은 아니다.[21]

2) 실질적 교섭을 통한 이익조정가능성

개별약정이 인정되기 위해서는 고객이 사용자와의 개별적인 교섭(또는 흥정)을 통하여 고객 자신의 이익을 조정할 기회를 가져야 한다.

문제는 해당 조항이 교섭이나 흥정의 대상의 되는 것만으로 충분한 것인지, 아니면 실질적인 교섭이 요구되는지의 여부이다. 혹자는 약관규제법의 "근거는 '고객이 그 구체적인 내용을 검토하거나 확인할 충분한 근거를 가지지 못한 채 약관이 계약의 내용이 되는 것'"을 통제하기 위한 것이기 때문에, 양당사자의 실질적인 교섭력을 요구하는 것은 지나치며, 오히려 해당 조항이 교섭이나 흥정의 대상이 됨으로써 고객이 구체적인 내용을 인지하고 개별적으로 수용하였다는 것만으로 충분하다고 주장한다.[22]

그러나 이러한 견해는 약관규제법의 존재이유를 간과한 것이 아닌가 생각된다. 약관규제법은 고객이 약관의 내용을 인식했더라도 그에 관여할 가능성이 처음부터 배제되었기 때문에 이를 통제할 목적에서 제정된 것이다. 따라서 약관규정은 당사자의 교섭에 의하여 변경될 가능성이 있고, 고객이 실질적으로 그 약관규정에 영향력을 미칠 수 있어야 개별약정이 될 수 있는 것이다.[23] 다시 말하면 사업자는 계약체결시점에 약관규정의 내용을 고객이 변경할 수 있는 가능성을 열어 두어야 하며, 상대방인 고객이 자신이 이익을 현실적으로 반영하는 것이 가능하여야 한다.[24] 즉 사업자는 계약내용의 변경가능성을 인정하고 계약상대방은 이러한 사정을 알고 있어야 하는 것이다.[25] 이러한 요건이 충족된 경우에는 사전에 마련된 내

19) Palandt/Grüneberg, Rdn. 19 zu §305.
20) 독일의 경우 사업자에게 유리한 내용의 조항이 존재하는 경우에는 실질적 교섭이 이루어지지 않은 간접증거로 인정하고 있다(BGH NJW 1981, 2343).
21) BGH NJW 1982, 2309; 김동훈, "개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력 – 대상판결: 대법원 2008.7.10 선고 2008다1650 판결 –", 법학논총 제22권 제2호, 2010, 463면; 이병준, 앞의 글(주 12), 113면.
22) 김동훈, 위의 글(주 21), 461면.
23) 같은 취지로는 이병준, 앞의 글(주 12), 111면.
24) BGH NJW 2005, 2543, 2544.
25) BGHZ 104, 232, 236.

용을 고객이 그대로 받아들이더라도 개별약정으로 인정될 수 있다. 그러나 고객이 시간절약과 절차상의 문제 또는 다른 대안이나 의견이 없기 때문에 해당 내용을 그대로 받아들인 경우에는 개별약정으로 보기 어렵고,[26] 사업자가 약관규정을 제시하고 고객이 그 내용을 인식한 후 사용자의 청약에 대하여 승낙하였다고 해서 개별약정이 되는 것은 아니다.[27] 중요한 것은 고객에게 계약내용의 형성의 자유가 보장되었는가의 여부이다.[28]

2. 선택형 비용부담조항과 개별약정

근저당권설정비용반환소송에서 문제되었던 근저당권절정비용의 부담주체에 대하여 본인, 은행 또는 본인과 은행이 각 50% 중 하나를 선택하여 표시하도록 되어 있는 경우처럼 선택가능성이 제한적으로 존재하는 경우에 이를 개별약정으로 보아야 할 것인가의 문제가 남는다.

이에 관해서 고객에게 선택의 여지가 주어진 경우에는 금융기관과의 개별적 합의를 거쳐 근저당권설정비용부담의 주체에 관한 합의가 이루어졌다는 것을 보여주는 것으로 개별약정의 존재를 입증하는 증거라고 보기도 하고[29], 고객에게 금융기관과 대등한 지위에서 이익을 조정할 수 있는 가능성이 상존하기 때문에 개별약정으로 보아야 한다[30]는 견해가 있는 반면, 선택형 비용부담조항은 사업자가 사전에 미리 마련한 계약의 내용이므로 단순히 선택가능성이 존재하는 것만으로는 개별약정으로 인정하기 어렵다[31]는 주장이 제기도 한다.

이미 위에서 언급한 바와 같이 대법원은 고객이 사용자와의 거의 대등한 지위에서 해당 조항을 변경하고 이익을 조정할 가능성을 요구하고 있으며, 그 사정은 금융기관이 주장·증명하여야 한다고 판시하고 있다.[32]

26) BGH NJW 2003, 1805.
27) BGHZ 104, 232, 236; Ulmer in Ulmer/Blandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, Rdn. 49 zu § 305.
28) BGH NJW 2005, 2543, 2544; Becker in Bamberger/Roth/Becker, BGB, 2. Aufl., 2007, Rdn. 34 zu §305;
29) 한혜진, "금융기관 대출 근저당권 설정비용 부담은 누가 – 은행부담", 법률신문(2013.4.13.)
30) 지원림, "(근)저당권 설정비용의 부담자", 고려법학 제66호, 2012, 150면 이하.
31) 이병준, 앞의 글(주 12), 115면 이하.
32) 이와는 달리 본 사안에 대하여 고객이 그 비용부담주체를 스스로 선택할 수 있도록 고객에게 선택권을 부여하였고, 구체적인 계약에서 고객이 스스로 비용부담주체를 자신들로 표시하였다는 이유로 개별약정으로 본 하급심판례도 있으며(서울중앙지방법원 2012.12.6. 선고 2011가합1000645 판결; 서울중앙지방법원 2012.6.12 선고2012가합56189; 서울중앙지방법원 2013. 5. 31. 선고 2012가합515824 판결; 울산지방법원 2013.10.10 선고 2013나2610), 반대로 근저당권설정비

본 사안에 대하여 대법원은 당사자 사이의 실질적인 교섭이 이루어지지 않았을 뿐만 아니라, 고객이 계약내용에 대한 영향력을 행사할 수 없기 때문이라는 근거를 제시하면서, 개별약정을 부정하고 있다.

이하에서는 이를 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

문제된 저당권설정비용조항에서 비용을 부담하는 주체는 i) 고객이 비용 전부를 부담하는 경우, ii) 금융기관이 비용 전부를 부담하는 경우, iii) 금융기관과 고객이 각기 50%씩 부담하는 경우로 나누어진다. 따라서 고객은 근저당권설정비용의 부담 여부를 선택할 수 있으나, 만약 고객이 근저당권설정비용을 금융기관이 부담하도록 선택하였다면(ii와 iii의 경우) 가산금리를 적용받거나 중도상환수수료를 부담하는 조건과 결부되는 경우가 많다. 대출금리 산정시 은행이 부담하는 근저당권설정비용을 원가의 하나로 반영하는 것은 은행의 자율적인 경영판단 범위 내에서 이루어지는 것이기 때문에[33], 만약 고객이 근저당권설정비용을 은행이 부담하는 것이 자기에게 유리하다고 생각하여 이를 선택하는 경우에 은행은 이를 다시 금리에 반영하게 된다. 그러나 가산금리나 중도상환수수료 역시 금융기관이 미리 정해놓은 것이어서 고객이 실질적으로 교섭할 여지는 없다. 비록 금융기관으로부터 이에 관한 자세한 설명을 듣고 고객은 자기에게 제한적이나마 유리한 선택[34]을 하여서 고객의 의사와 일치하였다는 것만으로는 개별적 교섭이나 협상이 이루어졌다고 보기는 어렵다. 이때 채무자는 계약체결 당시에는 자기에게 유리해 보이는 것을 선택하고 해당계약 조건의 적용조건을 인정하고, 해당 조건에 따르기로 한 것에 불과하기 때문이다.[35]

이처럼 고객이 자기에게 주어진 선택사항 가운데 어느 하나만을 선택해야 하는 경우 고객은 사업자에 의하여 제시된 선택조항 중의 하나만을 선택할 수 밖에 없기 때문에, 고객은 자기의 이익을 위하여 계약내용을 변경할 진정할 기회를 갖는

용부담에 관한 조항의 약관성을 인정하면서 비용부담조항이 외형상 대출관련 부대비용부담에 관하여 고객에게 선택권을 부여하는 형식을 취하고 있으나, 은행과 고객과의 거래상 지위, 실제 적용 실태나 거래의 현실에 비추어 고객에게 실질적인 선택권을 부여한 것으로 볼 수 없으며, 이러한 약관조항은 금융기관의 거래상 우월한 지위 등을 이용하여 충분한 설명이나 협의도 없이 실질적으로는 금융기관의 대출 관련 부대비용을 고객에게 전가시키는 방편으로 운영되었다는 이유로 약관의 불공정성을 인정하여 고객의 부당이득반환청구권을 인용한 하급심 판례도 있다(인천지방법원 2012.9.14. 선고 2012가소32177).

33) 최병규, "은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력 - 대법원 2010.10.14. 선고 2008두23184 판결에 대한 평석을 중심으로 -", 상사판례연구 24권 1권, 2011, 189면.

34) 대출기간의 장단에 따라 근저당권설정비용을 고객이 부담하고 상대적으로 낮은 금리로 대출받는 것이 고객에게 유리한 경우도 있다.

35) BGH NJW-RR 1987, 144; 이병준, 앞의 글(주 12), 114면

다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 고객이 계약내용에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였다고 볼 수 없을 것이다.[36]

3. 고객에게 불리한 불공정한 약관조항인가의 여부

이처럼 제한적 선택형 약관조항이 개별약정에 해당하지 않아 약관규제법이 적용된다면, 문제는 과연 이 약관규정이 고객에게 불리한 불공정한 약관조항에 해당하여 무효인가의 여부를 검토하여야 한다.

약관이 불공정한지의 여부에 대하여 공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구의 행정사건을 (대법원의 원심 파기환송 후) 다시 판단한 서울고법(2011.4.6 선고 2010누35571 판결)은 은행거래에서 대출의 담보를 위하여 필요한 근저당권설정비용을 고객에게 부담케 하는 약관조항은 대출거래에서 우월한 지위에 있는 은행이 그 지위를 이용하여 대출 관련 부대비용 중 은행이 부담해야 할 비용까지 고객으로 하여금 부담하게 하거나 가산금리를 적용하는 방법 등으로 사실상 이를 고객에게 전가시킬 수 있도록 한 것이어서 고객에게 부당하게 불리한 불공정한 조항이라고 판시하였다.

그러나 이와는 달리 근저당권설정비용반환소송을 다룬 대법원 2014.06.12. 선고 2013다214864 판결에서는 "구 약관규제법(2010.3.22. 법률 제10169호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 약관 조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상 지위를 남용하여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다"고 하면서 "약관 조항의 무효 사유에 해당하는 '고객에게 부당하게 불리한 조항'인지는 약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다"고 판시하고 있다.

위 두 판결을 비교하여 볼 때, "약관의 불공정성" 여부를 판단함에 있어 마치 상반된 것처럼 보인다. 그러나 두 판결은 그 대상을 서로 달리한다. 행정사건을 다

36) 이병준, 위의 글(주 12), 106면.

룬 전자의 판결은 그 대상이 구 약관규제법 제19조의2 제3항의 “불공정약관조항”에 관한 것이고, 근저당권설정비용사건을 다룬 후자의 경우는 구 약관규제법 제6조 제1항의 “신의성실에 반하여 공정을 잃은 약관조항”을 그 대상으로 한다.

이와 관련한 중요한 쟁점은 행정사건을 다룬 대법원과 서울고법의 판결이 2003년 표준약관을 불공정한 약관으로 판시한 결과가 금융기관과 고객 사이의 민사소송에도 당연히 영향을 미치는가의 문제로 귀착된다. 이는 약관의 내용통제에 관한 것이며, 약관의 내용통제는 공정거래위원회에서 이루어지는 추상적 내용통제와 법원에 의한 구체적 내용통제로 구분된다. 그렇다면 추상적 내용통제와 구체적 내용통제와는 어떻게 구분되는가와 어떤 관계에 있는가의 문제와 관련이 있다.

추상적 내용통제의 경우 구체적 계약관계를 전제로 하지 않고 단지 약관조항만을 그 대상으로 하여 그 유효성 여부를 판단함에 반하여, 구체적 내용통제의 경우에는 특정한 구체적 계약관계를 기초로 약관조항의 유·무효를 판단한다.[37] 법원에 의한 구체적 내용통제의 경우 계약관계를 전제로 하기 때문에 사안별로 민사소송절차에 따라 이루어지며, 기판력 역시 원칙적으로 당사자 사이에만 미치게 된다. 그러나 추상적 내용통제는 행정기관에 의한 약관심사의 형태를 취하게 된다.[38]

대법원은 이러한 사정을 감안하여 구 약관규제법 제19조의2에서 정한 “표준약관 제도는 건전한 거래질서를 확립하고 불공정한 내용의 약관이 통용되는 것을 방지하기 위”한 것이며 ... “공정거래위원회의 표준약관 사용권장 처분은 불공정한 약관이 있는 경우 등에 해당한다는 행정적인 판단에 의하여 일정한 거래분야의 경제적 조건과 구성원의 다양한 이해관계를 반영하여 표준이 될 약관을 마련하고 그 사용을 권장함으로써 다수의 고객에게 피해가 발생하는 것을 방지하기 위한 사전적·행정적인 조치”이며, 이는 약관규제법 제6조와는 다른 절차적 요건과 법적 효과에 관하여 규정하고 있는 것으로 보고 있다. 즉 제19조의 2의 불공정성 판단은 공익을 위한 사전적 행정적인 조치이며, 제6조의 “신의성실의 원칙에 반한 공정을 잃은 약관조항”은 고객에게 발생할 불이익 등 고객 개개인의 이익을 주된 판단기준으로 삼고 있는 것이다.

이러한 대법원의 태도는 약관에 대한 내용통제를 추상적 통제와 구체적 통제의

37) 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 83면 이하; 권오승, “한국의 약관규제”, 경쟁법연구 제8권, 2002, 584면; 이병준, “약관의 추상적 통제와 구체적 내용통제의 관계”, 재산법연구 제29권 제2호, 2012, 160면.
38) 이병준, 앞의 글(주 37), 162면.

이원화와도 일치한다. 공정거래위원회의 표준약관에 대한 권장처분은 추상적 통제수단으로 법원에 의한 구체적 내용통제와는 구별되는데, 추상적 내용통제와 구체적 내용통제는 그 근본취지를 달리한다. 즉 공정거래위원회의 추상적 통제는 구체적 분쟁을 전제로 하지 않고 행정적 통제를 주된 목적으로 하는 반면에, 법원에 의한 사법적 통제는 개별적 사후적 통제로서 구체적 거래관계에서 약관조항이 계약에 편입된 경우에 한하여 당사자의 권리·의무를 확정하기 위한 목적에서 이루어지며, 그 효력 역시 당해 사건에만 미치게 된다.[39] 공정거래위원회에서 행한 추상적 내용통제의 판단 결과는 법원을 구속하지 않는 것이 원칙이다.[40] 공정거래위원회에서 부당한 약관조항을 무효로 판단하고, 이에 대한 시정명령을 내렸다고 하더라도 피해를 입은 고객은 이를 통하여 직접적인 구제를 받을 수 있는 것은 아니며, 소비자가 실질적인 구제를 받기 위해서는 다시 법원에 소송을 제기하여야만 한다. 공정거래위원회에 의한 추상적 내용통제는 민사법원에서 이루어지는 구체적 내용통제에 대하여 법적 구속력이 없기 때문에 별도의 기준에 따라 판단할 수 있다. 이미 위에서 언급한 바와 같이 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 근본적인 차이점은 구체적인 계약관계를 전제로 하느냐에 있다. 따라서 불공정성 판단기준이 다르기 때문에, 결과도 다르게 나타날 수 있다[41]

공정거래위원회의 표준약관 사용권장처분 및 개정의결에 대한 금융기관의 취소청구에 관한 사건은 공정거래위원회의 불공정성 심사내용이 행정법원의 판단의 대상이 되었고, 법원은 “실질적 선택권의 배제”와 “우월한 지위를 이용한 부대비용의 고객에의 전가”등을 고려하여 해당조항이 불공정한 조항이라고 판단한 공정거래위원회의 결정이 정당함을 인정한 것이다. 이는 은행과 고객은 거래 당사자로서의 지위가 대등한 관계가 아니며, 은행이 고객보다 상대적으로 우월한 지위에서 대출이 이루어지고 있는 현실을 감안하고, 우월한 지위에 있는 은행이 상대적으로 약자의 지위에 있는 고객에게 유리한 계약조건을 제시하지 않고, 오히려 우월한 지위를 이용하여 은행에게 유리한 거래계약의 체결을 유도하거나 여의치 않을 경우 대출을 거절할 수 있는 개연성이 높고, 결과적으로 고객의 계약내용결정의 자유, 특히 근저당권설정비용의 부담주체에 대한 결정의 자유가 완전히 배제되며, 이에

39) 정호열, 경제법 제4판, 2012, 582/583면.
40) 이병준, 앞의 글(주 37), 163면.
41) 이병준, 앞의 글(

대한 계약 내용의 공정성이 유지되지 못할 가능성을 인정한 것이다. 그렇다고 해서 이러한 행정법원의 판단이 사법적 효력까지 무효로 시키는 것은 아니기 때문에, 구 약관규제법 제19조의2 제3항의 "불공정한 약관조항"과 제6조 제1항의 "신의성실에 반하여 공정을 잃은 약관조항"은 반드시 동일한 개념으로 이해할 필요는 없으며, 동일한 기준에 의하여 판단할 필요는 없다.

그렇다면 근저당권설정비용과 관련한 부당이득이득반환 소송에서 선택적 비용부담조항의 불공정성을 부정한 대법원 판결의 당부를 살펴볼 필요가 있다. 이는 항을 바꾸어 서술하도록 한다.

Ⅳ. 근저당권설정비용부담 주체에 관한 선택형 약관의 불공정정 여부

대법원은 근저당권설정비용을 누가 부담해야 하는가의 문제와 관련하여 우선 비용부담의 주체를 선택하도록 한 것은 - 원심의 판단과는 달리 - 개별약정에 해당하지 않는 것으로 판단하였고, 그 조항은 신의성실의 원칙에 반하여 공정성을 잃은 고객에게 부당하게 불리한 조항에 해당하지 않는다고 판시하였다.

신의성실의 원칙은 약관작성자가 계약상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하지 않고 형평에 맞도록 약관을 작성해야 한다는 행위원칙을 말하고, 공정을 잃은 약관조항은 사업자의 이익과 고객의 이익을 비교·형량하여 고객에게 불리한 것을 말하고, 같은 조 제1항에 별도로 공정성을 잃은 것으로 하는 사유에 관한 규정을 두고 있다.

문제된 약관의 불공정성 여부를 판단함에 있어 중요한 기준은 채무자인 고객이 근저당권설정비용을 부담하는 근거와 그 타당성 여부이다. 우선 근저당권설정비용을 고객이 부담해야 할 근거를 살펴 볼 필요가 있다.

1. 비용부담에 관한 규정

1) 민법상 변제비용과 계약비용의 주체

우리 민법은 (근)저당권설정비용의 부담주체에 관한 규정을 두고 있지는 않고 있다.[42] 비용부담에 관해서 우리 민법은 변제비용(민법 제473조)과 매매계약의 비

용의 부담(민법 제566조)에 관한 규정을 두고 있으며, 민법 제567조에 의하면 민법 제566조의 규정은 유상계약에 준용하도록 하고 있어, 매매계약 이외의 다른 유상계약에도 준용될 수 있다. 따라서 이자부 금전소비대차계약에 민법 제566조가 적용될 수 있음은 의심의 여지가 없다.[43]

그렇다면 저당권설정비용은 변제비용 또는 계약비용에 해당하는 것이 아닌가하는 의문이 생긴다.

우리 민법 제437조에는 "변제비용은 다른 의사표시가 없으면 채무자가 부담한다"고 규정하고 있는데, 이 규정은 채무자가 이행하여야 할 급부의 비용을 스스로 부담하여야 한다는 일반원칙을 구체화한 것이라고 한다.[44] 운송비, 포장비, 하역비, 보관비 및 등기비용 등이 변제비용에 해당하는 것으로 보고 있다.[45] 이는 급부의 무의 일부를 구성하기 때문이라고 한다.

그러나 과연 금전소비대차계약과 결부된 근저당권설정등기비용이 변제비용에 포함되는지는 상당히 의심스럽다.

금전소비대차계약과 관련하여, 근저당권설정계약은 넓은 범위에서 소비대차에 따른 채무의 변제를 위하여 체결하는 것이라고 볼 수 있고, 따라서 근저당권설정에 수반하여 발생하는 등기비용도 결국 금전소비대차에 따른 채무의 변제비용에 해당한다는 견해[46]와 근저당권설정계약의 독자성을 강조하면서 설정비용은 설정계약상 근저당권을 설정해 주어야 할 의무를 이행하기 하는 데 드는 비용이라고 보고, 민법 제473조에 따라 채무자 또는 물상보증인이 부담해야 하는 것으로 보기도 한다.[47] 근저당권의 설정이 고객이 원한 금전대출에 대한 전제조건이 되는 경우도 있고, 이 경우 근저당권을 설정하여 줄 의무는 금전소비대차계약의 종된 계약으로서의 저당권설정계약에 의해서 발생하며, 채무자는 근저당권설정계약의 내용에 좇

42) 프랑스는 저당권 설정비용에 관한 규정을 두고 있는데, 프랑스 민법 제2483조에는 "반대의 특약이 없는 한, 저당권등기자가 지출한 등기비용선급금은 채무자의 비용으로 하며, 매도인이 유용한 시간 안에 그의 선취특권을 등기하기 위하여 매매계약의 공시에 지출한 비용은 매수인의 부담으로 한다"고 규정하고 있는데, 그 주된 이유는 비용에 관해서는 이를 발생시킨 자가 부담하는 것이 원칙이며, 저당권설정등기를 하여야 할 원인 역시 채무자가 제공하였기 때문에 채무자가 그 비용을 부담하여야 한다는 원칙이기 때문이라고 한다(이에 관한 상세한 내용은 황남석, "근저당권설정비용의 부담주체에 관한 고찰", 법조(통권671호), 2012/8, 12면 이하).

43) 이점에 대해서는 지원림(앞의 글(주 30), 137면, 각주 13))도 동일한 취지이다.

44) 민법주해XI/김대휘 집필부분, 1997, 152면; 황남석, 앞의 글(주 41), 22면.

45) 민법주해XI/김대휘 집필부분, 153면.

46) 황남석, 앞의 글(주 42), 22면.

47) 지원림, 앞의 글(주 30), 137/8면

아 채권자에게 저당권을 설정하여 줄 의무를 부담하게 되는 것이다. 물론 금전소비대차계약과 결부된 저당권설정의무는 근저당권권의 설정으로 채무자인 차주의 (근저당권을 설정해 줄) 채무가 소멸하지만, 근저당권설정의무는 금전소비대차계약과 별개의 독립된 계약상의 의무로 볼 수는 없기 때문에, 금전소비대차계약상의 전제조건인 담보제공으로 이루어진 저당권의 설정으로 금전소비대차계약에서 발생한 채무자의 반환의무가 소멸하지 않는다. 근저당권설정비용을 변제비용으로 보는 견해는 금전소비대차계약에 종된 계약인 근저당권설정계약의 부종성을 간과한 것이 아닌가 생각된다.[48]

원래 금전소비대차의 경우 법률상 고객은 담보설정의무를 부담하는 것은 아니다. 금전소비대차인 경우 차주는 단지 같은 종류, 품질 및 수량을 반환할 의무만을 부담할 뿐이다. 더욱이 금전소비대차계약의 당사자 사이에 저당권을 설정하기로 합의한 경우에 이는 대주인 채권자의 대출금반환채권의 확보를 위한 것이기 때문에 금전소비대차계약상의 채무를 이행하기 위한 비용으로 볼 수는 없을 것이다.[49] 특히 이자부 금전소비대차계약상 채무자의 주된 급부는 이자의 지급에 있는 것이며, 근저당권의 설정은 채권자의 요구에 의하여 이루어지게 되며, 이는 채권자의 채권확보의 수단이 된다.

민법 제566조는 계약비용에 대하서 언급하고 있으며, "매매계약에 관한 비용은 당사자 쌍방이 균분하여 부담한다"고 규정하고 있다. 근저당권설정을 조건으로 금전소비대차계약을 체결하는 경우에는 근저당권설정비용은 금전소비대차계약을 체결하기 위하여 지출하는 비용으로 보아도 아무런 무리가 없을 것으로 보인다.[50] 금전소비대차와 결부되어 근저당권을 설정하는 경우 근저당권설정만을 별개로 독립된 행위로 보기 보다는 – 위에서 언급한 바와 같이 – 금전소비대차계약에서 발생하는 금융기관의 반환채권의 확보를 위한 수단이라는 점, 부동산을 담보로 제공하면서 근저당권을 설정하는 경우에는 이자율이 낮게 책정된다는 점과 근저당권설정비용을 채권자인 은행이 부담하는 경우에는 가산금리가 부과되는 것이 일반적이

48) 지원림(앞의 글(주 30), 137면)은 (근)저당권의 부종성을 강조하더라도 (근)저당권의 설정은 금전소비대차계약상 채무의 "변제"를 담보하기 위한 것을 강조하면서 부대비용은 결국 변제를 위한 비용으로 볼 여지도 있다고 하고 있지만, 금전소비대차와 결부된 (근)저당권은 본래 이행(변제) 확보를 위한 수단이라는 점을 생각한다면 지나친 비약이 아닌가 생각된다.

49) 양창수/김재형, 계약법(민법 I), 2010, 301면 역시 같은 취지로 이해된다.

50) 지원림(앞의 글 (주 30), 139면 주 12)) 역시 금전소비대차에 따른 근저당권설정비용을 공정증서 작성 수수료 등에 준하여 계약비용으로 볼 여지를 남겨 두고 있다.

라는 점 등을 감안해 볼 때, 근저당권의 설정을 전제로 하여 금전소비대차계약이 성립하기 때문에 근저당권설정계약은 금전소비대차계약에 종된 계약이며, 특히 담보대출의 경우에는 부종성에 주안점을 두어야 할 것이다. 따라서 근저당권설정을 조건으로 금전대출이 이루어지는 경우에는, 근저당권설정비용은 금전소비대차계약을 체결하는데 드는 비용에 해당하며, 별다른 약정이 없는 한, 그 비용은 금융기관과 고객이 균분하여 부담하는 것이 타당하지 않을까 생각된다.

2) 근저당권설정비용 부담에 관한 관계 법령

은행 등의 여신거래에 따른 부대 부대비용들의 납부의무 또는 부담주체에 관한 개별법 규정들을 살펴보면, 우선 인지세의 경우는 인지세법 제1조 제2항에 의하여 2인 이상이 공동으로 문서를 작성한 경우에 그 작성자가 당해 문서에 대한 인지세를 연대하여 납부할 의무를 진다. 또한 지방세법 제124조에 의하여 등록세는 재산권 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기·등록하는 경우에 그 등기·등록을 받는 자에게 부과되며, 이와 더불어 등록세의 납부의무자는 동법 제260조의2에 의하여 지방교육세를 납부할 의무가 있다.

그 밖에 등기 수수료는 부동산등기법 제27조 제3항에 의하여 등기를 하고자 하는 자가 납부하여야 하며, 법무사의 보수는 법무사법 제19조 제1항에 의하면 위임인이 지급하도록 되어 있으며, 감정평가업자의 평가수수료 등은 부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제35조 제1항에 의하면 의뢰인으로부터 받도록 되어 있다.[51]

그러나 유의해야 하는 것은 당사자들이 개별법령에서 정하는 부담주체와 다른 내용의 합의를 하였다고 하여 그 합의가 무효가 되는 것은 아니다. 즉 법령에 따른 부담주체는 국가 등 부담의 부과주체에 대한 관계에서 문제되는 것이므로, 당사자들 사이에서 그 부담을 어떻게 할 것인가 하는 내부적 합의에 대해서는 아무

51) 이러한 관계법령을 근거로 2006.9.18. 국민권익위원회의 "은행대출근저당설정비용 등 부담경감" 제도개선안에서는 "은행에서 채무자 등의 부동산을 담보로 하여 고객과 여신거래를 하는 경우에 근저당권의 설정을 위한 부대비용은 채권자인 은행이 스스로의 여신거래채권을 담보하기 위해서 필요한 비용으로서, 사회통념뿐만 아니라 관계법령 규정과 대법원 판결취지로 볼 때, 여신거래 주체인 은행이 부담해야 하는 것이 정당함에도 불구하고 오늘날 은행은 잘못된 표준약관을 사용하여 근저당권 설정 부대비용을 채무자에게 모두 부담시키고 있"다고 하면서, " . . . 본인과 은행이 각 50%씩 인지세를 부담하도록 개정하며, ...근저당권설정·해지비용은 각 부대비용에 관한 개별법 규정에 따라 근저당권 설정비용은 모두 채권자(은행)가 부담하되 국민주택채권은 근저당권설정자가 매입하고, 근저당권 해지비용은 변제비용의 부담(민법 제473조)으로 보아 채무자·설정자가 부담하도록 개정"하도록 권고하였다(http://www.acrc.go.kr/acrc/ board.do?command).

런 영향을 미치지 않으며. 법령에 따른 부담주체와 달리 정하였다고 해서 그 약정이 무효가 되는 것은 아니다.[52]

2. 거래관행

근저당권설정비용을 채무자가 부담하는 것이 거래관행으로 인정되기 위해서는 최소한 이에 대한 정당성이 있어야 한다.

그 동안의 판례를 근거로 근저당권설정비용을 채무자가 부담하는 것은 거래관행이라고 주장하면서, 채무자비용부담이라는 거래관행에 대한 정당성은 수익자부담원칙이라는 견해가 있다.[53] 이 채무자부담설은 그 주된 근거로 1962년 "저당권설정 등기에 있어서 당사자간의 특별한 약정이 없는 한 그 비용은 채무자가 부담함이 거래상 원칙이라고 판시한 대법원의 판례를 들고 있으며[54], 차주의 담보제공에 따라 대주가 우선변제권 확보라는 이익을 얻지만, 이는 결국 대출에서의 낮은 이율 및/또는 대출한도액의 증액으로 이어지기 때문에, 담보제공에 따른 이익은 채무자에게 이전된다는 것이다.[55]

그러나 양도담보와 관련한 판례는 "양도담보의 목적으로 소유권이전등기를 경료한 경우에 소유권이전등기비용과 취득세액은 채권자가 그 담보권을 확보하기 위하여 지급한 것이므로 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 채무자에게 부담할 의무가 있다 할 수 없다"고 판시[56]하거나, "채권자가 부동산을 담보로 취득하기 위하여 지급한 등기비용, 취득세, 소개료, 대서료 등 비용은 채무자가 부담하기로 한 특약이 없는 한 담보권자인 채권자의 부담"으로 하여야 한다고 판시[57]하면서, 이

52) 지원림, 앞의 글(주 30), 136면; 대법원 1995.3.10. 선고 94다27977 판결 참조.

53) 지원림, 앞의 글(주 30), 139면.

54) 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상291 판결(채권자가 금전을 대여해 주면서 채무자와 채무자의 부동산 지분에 대하여 근저당권을 설정하기로 합의한 후, 근저당권설정절차를 법무사에게 위임하였으나, 법무사는 근저당권설정비를 채권자 및 채무자로부터 받지 못한 상태에서 채무자가 등기서류의 반환을 요구하자 이를 반환하였고, 이에 채권자가 법무사를 상대로 손해배상을 청구한 사안).

55) 지원림, 앞의 글(주 30), 139면.

56) 대법원 1972.1.31. 선고 71다2539 판결(채무자가 금원을 차용하면서 차용금의 원리금을 변제하지 않으면 채권자에 대하여 채무자 소유의 부동산의 소유권을 양도한다는 취지의 대물변제예약을 한 후, 채무자가 원금을 변제하지 못하자 채권자 소유권이전등기를 마쳤으나, 그 후 채무자가 대여금과 이자를 변제공탁한 후에 소유권이전등기의 말소를 구한 사안); 대법원 1981.1.27. 선고 79다1978 판결 역시 동일한 취지이다.

57) 대법원 1987.6.9. 선고 86다카2435 판결(이 판결은 대법원 1981.7.28. 선고 81다257 판결; 1982.4.13. 선고 81다531 판결 등을 참조하고 있으나, 이 판결은 근저당권의 설정비용과 관련되어 있지 않고, 양도담보의 설정과 관련된 것이어서, 이 판례에 의하여 1962년의 대법원 판례가 변경되었다고 보기는 어렵다. 그 밖의 대법원 1972.1.31. 선고 71다2539 판결; 대법원 1981.1.27. 선고 79다1978 판결 등도 담보목적의 소유권이전등기 비용과 취득세의 부담에 관한 판례이다).

는 채권자들이 담보권의 확보를 위한 비용이라는 근거를 제시하고 있다. 이에 대하여 채무자부담설은 "사인간의 양도담보부 금전소비대차의 경우에는 담보의 존재가 이자율과 연계되어 있지 않을 뿐만 아니라 채권자가 사적 자치를 통하여 담보권을 실행할 수 있고 나아가 채권자는 채권의 원리금보다 많은 이익을 누릴 수도 있"기 때문에 양도담보의 경우에는 근저당권설정의 경우와는 달리 그 이익이 채권자에게 있다고 한다.[58][59]

그러나 또한 양도담보를 위한 소유권이전등기 역시 채권자의 담보확보하기 위한 것이며, 근저당권설정 역시 채권담보를 위한 것이기 때문에 양자를 구별한 필요가 없다는 주장이 제기 되기도 한다.

이처럼 근저당권설정비용에 관한 논의가 계속 진행 중에 있으며, 대법원 2010.10.14. 선고 2008두23184 판결 이후 금융기관의 표준약관은 개정되어 근저당권설정비용은 채권자인 금융기관이 부담하도록 하고 있다. 또한 거래관행에 대한 판단기준의 불명확성[60]과 거래관행을 반영한 약관규정의 유효성 여부가 도전받고 있는 상황 등을 고려[61]하여 볼 때 거래관행의 정당성을 채무자부담주의에서 찾는 것은 무리가 있어 보인다.

3. 수익자부담원칙

담보대출계약의 경우 누가 수익자인가를 결정하는 것은 그리 간단한 일은 아니며, 이에 관해서는 논란의 여지가 많다.

채무자는 근저당권설정 등기를 통하여 은행으로 대출을 받게 된다는 점에서는 채무자에게 이익이 되지만, 은행이 대출채권(피담보채권)의 우선변제권을 확보하기 위한 수단으로 담보물권(근저당권)을 취득하게 된다는 점에서 은행에게도 이익이 된다는 것을 부정할 수는 없다.

대주로서 금융기관은 소비대차에 따른 상환위험을 고려하여 대출 여부 및 이자

58) 지원림, 앞의 글(주 30), 141면.

59) 반면에 변칙적 담보의 경우에도 저당권의 설정과 동일하게 항상 채무자로 하여금 담보설정비용을 부담도록 하여 이 역시 피담보채권의 범주에 포함시키는 것이 거래의 실상과 일치(이용훈, "변칙적 담보에 있어서의 채권의 만족", 민사판례연구 제2권, 1992, 260면) 할 뿐만 아니라, 이론상으로도 모순이 되지 않는다(강병섭, "변칙담보에 있어서의 피담보채권의 범위 및 채권의 만족방법", 변칙담보 행정소송 실무상의 제문제, 재판자료 제13집, 1982, 145/6면) 견해도 있다.

60) 유주선, "은행근저당권설정비 부담주체", 기업법연구 제27권 제1호, 2013, 232면.

61) 황남석, 앞의 글(주 42), 12면.

율 등의 조건을 결정하게 된다. 신용대출인지 아니면 담보부대출인지에 따라 대출가능성과 대출조건이 달라지게 되고, 담보부대출인 경우에도 인적 담보인지 혹은 물적 담보인지에 따라 대출조건을 달리하게 된다.

금융기관이 근저당권을 통하여 우선변제권을 확보하게 되는 경우에 대출금비상환으로 인한 위험부담은 줄어들게 되어 이익을 얻게 된다. 다른 한편 근저당권을 설정하여 준 고객(채무자 또는 담보제공자)은 (예를 들면 신용담보의 경우보다는 상대적으로) 낮은 이율로 대출을 받게 되어 이익을 얻게 된다.[62] 이처럼 양 당사자에 모두에게 이익 내지는 위험부담의 줄어드는 경우에 누구의 이익이 우선하며, 누가 수익자인지를 판단하는 것은 보는 관점에 따라 달라질 수 있으며, 채무자 또는 채권자가 수익자라고 단정하기는 어렵다.

최근 독일연방최고법원[63]은 담보설정비용을 차주가 부담하도록 하고 있던 "기존의 금융기관의 약관은 신의성실의 원칙을 위반하여 고객에게 부당하게 불이익을 주는 조항으로 무효"이며, "담보권설정은 채권자에게 이익이 된다"라는 관점에서 기존의 판례를 변경하였다.[64] 독일의 판례이론을 우리나라에 직접 적용시키에는 무리가 있다고 볼 수 있다.[65] 그렇다고 하더라도 독일연방최고법원의 판례는 우리에게 주는 시사점이 적지 않다. 이하에서는 독일 연방최고법원의 판결내용을 살펴보기로 한다

독일의 경우 저당권설정비용에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않으며, 변제비용에 관한 규정 역시 두고 있지 않다. 다만 독일 제448조 제2항[66]에는 부동산매매

62) 고동원, "근저당권 설정 비용의 부담 주체에 관한 소고", 법률신문(2012.7.12.).; 특히 지원림(앞의 글(주 30), 139/140면)은 자신의 거래실적이나 외형적으로 나타난 신용도가 낮아 대출을 받을 수 없거나 불리한 조건으로 대출을 받을 수 밖에 없는 자가 담보를 제공함으로써 대출을 받게 되거나 유리한 조건으로 대출을 받을 수 있게 되므로, 결국에는 자신의 모자라는 신용도를 담보로 보충하는 채무자가 수익자에 해당하는 것으로 보고 있다.

63) BGH NJW 2012, 2337 ff.

64) 2012년 독일연방최고법원이 판례를 변경하기 전까지 판례(BGH NJW 1989, 1284, 1285; NJW 1985, 320, 324)와 학설(Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 5. Aufl., 1984, Ahn. §§ 9-11 Rdn. 163; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 23 Rdn. 724)은 금융기관의 약관조항은 독일 민법 제675조와 제670조에 의한 비용상환청구권을 구체화에 관한 것으로, 그 유효성을 인정하였다. 즉 금융기관이 고객과 체결한 금전소비대차계약과 관련하여 발생한 주된 비용과 부수적 비용은 고객이 부담하도록 한 약관은 독일 민법 제675조, 제670조에 해당하는 한 무효가 아닌 것으로 보았다.

65) 윤진수, "한국법상 약관규제에 의한 소비자 보호", 민사법학 제62호, 2013/3, 342면 주) 70.

66) 독일민법 제448조 제1항에는 "부동산의 매수인은 매매계약서의 작성, 부동소유권양도에 관한 합의, 부동산등기부에의 등기와 등기에 필요한 의사표시 비용을 부담한다"고 규정하고 있다. 일부 문헌에서는 매도인이 비용을 부담한다고 서술하고 있는데, 이는 오타로 생각된다.

계약의 경우 등기 비용은 매수인이 부담하는 것으로 규정하고 있다.[67] 이 규정은 권리와 기타 목적물의 매매에 준용될 뿐이다. 이러한 이유에서 독일 연방최고법원은 금전소비대차와 관련한 담보권설정과 이에 따른 비용은 금융기관과 고객 간에 사무처리계약(Geschäftsbesorgungsvertrag)[68]에 기인하는 것으로 보고, 비용에 관한 문제는 위임계약에 관한 규정(독일 민법 제670조)을 준용하고 있는 독일 민법 제675조에 따라 해결하고 있다[69]. 독일 민법 제670조에 의한 비용상환청구권은 업무수행 중에 발생한 비용은 그 업무수행으로 인하여 이익을 얻게 되는 자가 부담한다는 일반 원칙에 기인한다.[70]

독일 민법 제670조에 의하여 수임인이 위임사무의 처리를 위하여 비용을 지출한 경우에는 그 비용이 제반사정에 따라 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 위임인은 그 비용을 상환할 의무를 지며, 이때 비용은 통상 수임인이 위임이나 사무관리의 목적달성을 위하여 지출한 재산상의 희생을 의미한다고 한다.[71] 또한 비용상환청구권을 인정할 것인가의 여부는 주관적-객관적 기준에 따라 판단되어야 하기 때문에, 수임인의 이성적인 판단에 따라 위임사무처리의 목적에 부합하고(geeignet), 필요하며(notwendig), 위임인을 위한 사무처리에 적당한(angemessen) 재산상의 희생을 가져온 경우에만 수임인은 비용상환을 청구할 수 있다고 한다[72]. 수임인이 자기가 지출한 비용의 상환을 청구하기 위해서는 실질적으로 사무를 처리해야 할 뿐만 아니라, 위임사무처리의 목적달성을 위하여 비용을 지출했어야 한다. 이처럼 수임인의 비용상환청구권을 엄격히 제한하는 이유는 위임인(본인)을 위하여 지출한 비용이 아니라, 다른 목적을 위하여 지출한 비용에 대해서는 상환청구를 인정하지 않으려는 입법목적 때문이다.[73] 다시 말하면 위임을 원인으로 한 비용상환청구권

67) 독일 민법은 우리와는 달리 매매에 관한 규정을 유상계약에 준용한다는 내용을 두고 있지 않으며, 물건매매에 관한 규정은 권리 및 그 밖의 대상의 매매에만 준용되는 것으로 규정하고 있다(독일 민법 제453조 제1항 참조). 그 밖의 대상에 속하는 것으로는 물, 전기, 열, 기업, 지적재산, 유가증권 등을 들 수 있는데(Palandt/Weidenkaff, Rdn. 6 ff. zu § 452), 이러한 내용의 규정을 둔 이유는 독일의 경우 물건은 유체물만을 의미하기 때문이다(독일 민법 제90조 참조).

68) 독일의 경우 위임계약은 무상계약이기 때문에, 유상의 사무처리계약에 관한 규정을 별도로 두고 있다. 우리 민법의 경우에도 위임계약은 무상이 원칙이지만, 유상의 위임계약 역시 인정된다.

69) Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 23 Rdn. 724; BGH NJW 1989, 1284 ff.; BGH NJW 2012, 2337 ff.

70) Palandt/Sprau, Rdn. 1 zu § 670; BGH NJW 1960, 1568, 1569.

71) BGH NJW 1960, 1568, 1569; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, Rdn. 724 zu § 23는 Auslagen을 좁은 의미의 Aufwedungen으로 이해한다.

72) Staudinger/Martinek, Rdn. 7, 13 zu § 670 MünchKomm/Seiler, 5. Aufl., 2009, Rdn. 9 zu §670.

73) Staudinger/Martinek, Rdn. 11 zu § 670.

은 타인, 즉 본인의 이익을 위한 행위에 대해서만 성립하며[74], 자기 자신의 목적을 달성하기 위하여 지출한 비용은 포함되지 않는다.[75]

더욱이 독일 연방최고법원은 금융기관의 저당권설정비용의 상환청구권은 저당권 설정목적에서도 도출되지 않는 것으로 보고 있는데, 그 이유를 담보권의 특성에서 찾고 있다. 즉 수임인(금융기관)은 담보권의 확보를 위하여 저당권의 설정이 중요하고 필요한 것으로 여기고 있기 때문이다. 담보물을 확보함으로써 금융기관의 자신의 재산상의 이익을 유지할 수 있는[76] 반면에, 저당권의 설정으로 대출이외에 고객이 얻는 경제상의 이익은 없다고 한다. 대출이라는 이익은 이자를 지급함으로써 상쇄되는데, 이자부금전소비대차의 경우 대출금에 대한 이자지급이 차주의 주된 급부의무에 해당하기 때문이라고 한다.[77] 따라서 담보권의 설정 등과 관련하여서는 금융기관은 고객으로부터 유상의 사무처리를 위임받지 않았을 뿐만 아니라, 고객을 위해서 비용을 지출한 것은 더욱 아니라는 것이다. 금융기관의 입장에서 보면 담보권의 설정이 대출의 전제조건으로 볼 수도 있겠지만, 저당권설정에 관한 합의는 단지 대출금상환청구권을 보장하기 위한 것이며, 이는 은행의 이익을 위한 것이라고 한다.[78][79]

4. 선택적 약관조항의 불공정성

저당권의 설정비용에 관한 약관규정 역시 약관규제법에 의한 통제를 받게 된다는 것은 당연하다. 담보권의 설정으로 인하여 은행은 자기의 재산상의 손실방지(또는 재산상의 이익유지)를 목적으로 하고 있다는 것은 명백하다. 과연 그렇다면 고객이 저당권의 설정으로 인하여 대출보장이라는 이익 이외에 얻는 경제적 이익은 무엇일까? 저렴한 이자율은 대출금 미회수의 위험이 감소한 대가이며, 대출한도의 증액 역시 담보물의 가치에 따라 결정되는 것이지, 비용을 채무자인 고객이 부담한다고 해서 대출한도가 늘어나는 것은 아니다. 통상 선택형 약관조항에는 고객이 근저당권설정비용을 부담할 때, 금융기관은 어떠한 반대급부를 제공하는가에 대해

74) BGHZ 150, 269, 274.
75) BGH NJW 2012, 2337, 2340.
76) BGH NJW 1982, 1520; BGH NJW 1992, 977.
77) BGH NJW 2011, 2640; BGH-RR 2012, 416.
78) BGH NJW 2012, 2337, 2341.
79) 대출금의 상환이 제대로 이루어지지 않아 담보물을 환가한 경우에 발생한 비용은 손해배상에 해당하는 것으로 이론구성하고 있다(BGH NJW 2012, 2337, 2341).

서는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 금융기관이 고객의 이익을 위하여 감수한 재산상의 불이익 내지는 희생이 무엇인가? 고객에게 아무런 반대급부나 보상 없이 '선택적' 약관조항이라는 미명하에 은행 자신의 채권확보수단으로 활용되는 근저당권의 설정비용을 고객에게 전가시킬 근거와 그 타당성을 찾아보기 어렵다.

그러나 대법원의 판시한 내용처럼, 선택형 비용부담조항이 구 약관규제법률 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, "약관 조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상 지위를 남용하여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다." 또한 "'고객에게 부당하게 불리한 조항'인지는 약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하도록" 하고 있는데, 금융거래에서 저당권설정비용을 고객이 부담하는 경우에는 상대적으로 대출금리나 중도상환수수료 등에서 고객에게 유리한 면이 있다는 것을 부정할 수는 없을 것이다.

이처럼 근저당설정은 채권자에게 유리한 측면이 상대적으로 많기는 하지만, 그렇다고 해서 채무자에게는 불이익만 주는 것이 아니기 때문에, 개별적인 이익의 비교형량의 측면에서 보면 선택형 약관조항이 약관규제법 제6조 제2항 제1호에서 말하는 고객에게 부당하게 불리한 조항에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

V. 결론

약관내용의 통제는 추상적 통제와 구체적 내용통제로 구분되며, 원칙적으로 상호간 아무런 영향을 미치지 않는다. 약관의 불공정성에 대한 판단기준 역시 반드시 동일할 것을 요하지 않는다.

금융기관으로부터 대출을 받으면서 근저당권을 설정하여 주는 경우, 현행 민법 해석상 근저당권 설정비용의 성질을 살펴보면 이는 변제비용(민법 제473조) 또는 계약비용(민법 제566조)으로 볼 여지가 있다.

또한 근저당권부 금전소비대차계약의 경우 고객인 채무자가 원하는 대출금은 담보권인 저당권이 설정되어야 비로소 이루어지기 때문에, 저당권의 설정이 대출의 요건이 된다고 볼 수도 있다. 그렇다면 저당권의 설정이 대출을 받으려는 채무자에게 이익이 되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있을지 모른다. 그러나 근저당권의 설정이 고객인 채무자의 이익만을 위한 것인지는 상당히 의심스럽다. 담보설정은 담보권자로서의 채권자(금융기관)의 대출채권의 담보를 위하여 필요한 것이다. 채권자(금융기관)는 저당권을 설정받음으로써 자기 재산상의 이익을 유지하게 되는 유리한 위치를 점하게 되는 반면에, 채무자는 대출보장 이외에 경제적 이익을 얻었다고 볼 수는 없다. 물론 채무자는 담보를 제공함으로써 대출을 받지만, 그러나 금전소비대차계약에 근거한 대출(이라는 이익)은 이자지급에 대한 대가로 이루어지는 것이다.

물론 저당권설정의무는 당사자의 합의에 의하여 발생하는 것이 일반적이다. 그렇다고 해서 이것이 채무자의 이익을 위한 것이라고 단정하기는 어렵다. 저당권설정에 관한 계약상의 합의는 금융기관의 대출금반환청구권의 확보라는 금융기관의 이익에 기여하는 것이다. 채무자가 금전소비대차계약의 반환채무를 지체하는 경우, 금융기관이 행하는 저당물의 환가 역시 채무자의 대출금반환채무의 위반의 결과로서 이루어지며, 이는 손해배상의 성질을 갖는다. 그렇다고 이것이 채무자의 비용부담을 정당화시키는 것은 아니며, 담보권의 설정은 채권자의 채권확보의 수단으로 이용된다.

결론적으로 금전소비대차에 따른 근저당권의 설정은 일반적으로 채권자에게 유리하다고 보아야겠지만, 채무자(고객)에게도 도움이 되는 면이 없지 않다. 이는 근저당권설정 비용부담의 주체에 관한 문제를 현행 우리 민법규정의 해석만으로는 명확하게 해결하기 어렵다는 점을 보여주는 것이다. 따라서 이러한 해석상의 불명확성을 제거하고, 법적 다툼을 방지하면서 법적 안정성을 도모하기 위하여 프랑스의 경우처럼 근저당권 설정비용의 부담주체에 관한 명문규정을 두어 입법으로 해결하는 것이 바람직하지 않을까 생각된다. 이때 고려해야 할 점은 물적 담보를 제공한 대출자는 신용대출자보다 금리면에서 우대를 받게 되는 반면에, 금융기관 역시 담보물을 이용한 대출금회수에 용이하다는 점이 고려되어야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11)



임 건 면

비용부담약관의 불공정성, 저당권설정비용, 약관과 개별약정, 선택형 약관, 변제비용과 계약비용, 수익자의 비용부담의무

【참 고 문 헌】

강병섭, “변칙담보에 있어서의 피담보채권의 범위 및 채권의 만족방법”, 변칙담보 행정소송 실무상의 제문제, 재판자료 제13집, 1982.

고동원, “근저당권 설정 비용의 부담 주체에 관한 소고”, 법률신문(2012.7.12.)

권오승, “한국의 약관규제”, 경쟁법연구 제8권, 2002.

김동훈, “개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력 – 대상판결: 대법원 2008.7. 10 선고 2008다1650 판결 –”, 법학논총 제22권 제2호, 2010.

민법주해XI, 김대휘 집필부분, 1997.

양창수/김재형, 계약법(민법 I), 2010.

유주선, “은행근저당권설정비 부담주체”, 기업법연구 제27권 제1호, 2013.

윤진수, “한국법상 약관규제에 의한 소비자 보호”, 민사법학 제62호, 2013. 3.

이병준, “선택규정의 약관성 – 근저당권설정비용 반환소송과 관련하여 –”, 안암법학 42권, 2013.

“약관의 추상적 통제와 구체적 내용통제의 관계”, 재산법연구 제29권 제2호, 2012.

이용훈, “변칙적 담보에 있어서의 채권의 만족”, 민사판례연구 제2권, 1992.

장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995.

정호열, 경제법 제4판, 2012.

지원림, “(근)저당권 설정비용의 부담자”, 고려법학 제66호, 2012.

최병규, “은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력 – 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결에 대한 평석을 중심으로 –”, 상사판례연구 24권 1권, 2011.

한혜진, “금융기관 대출 근저당권 설정비용 부담은 누가 – 은행부담”, 법률신문(2013. 4. 8.)

황남석, “근저당권설정비용의 부담주체에 관한 고찰”, 법조(통권671호), 2012. 8.

Bamberger/Roth/Becker, BGB, 2. Aufl., 2007.

Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009. (인용: MünchKomm/Bearbeiter)

Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 73. Aufl., 2014. (인용: Palandt/Bearbeiter)

Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung, 2006.(인용: Staudinger/Bearbeiter)

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 5. Aufl., 1984 u. 10. Aufl., 2006. (인용: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen)

Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999. (인용: Bearbeiter in Wolf/Horn/Lindacher)

Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB/Gesetz, 5. Aufl., 2009. (인용: Bearbeiter in Wolf/Lindacher/Pfeiffer)

Abstract

Alternative Auslagenbelastungsklausel und Träger von Hypothekbestellungskosten

IM, Geon-Myeon

Bei dieser Abhandlung handelt es sich um eine Frage über die Unwirksamkeit der alternativen Auslagenbelastungklausel in Vereinheitlichen Geschäftsbedinungen des Kreditinstituts 2003(=VGB 2003) in Bezug auf Hypothekbestellung. Im 14. 10. 2010 hat Koreanischer Höchstgerichtshof(2008 du 23184) die VGB 2003 über die Hypothekbestellungsgebühr als unagemessen angesehen, während das Urteil des Koreanischen Höchstgerichtshofs(2013 da 214864) vom 12. 06. 2014. diese Klausel als nicht unangemessen betrachtet hat.

Werden VGB verwendet, die es dem Kunden erlauben, sich zu mehreren Alternativen zu entscheiden, so begründet die Zustimmung zu einer von ihnen keine Individualvereinbarung. Denn die vorfertigten Vertragsgestaltungen sind selbst unabänderlich, so dass der Vertragspartner in Wahrheit keine Möglichkeit des Aushandelns besitz.

Aus Sicht des Kreditinstituts in Einzelfall mag erst die Sicherheitsbestellung, z.B. Hypothekbestellung, die Voraussetzung für die Gewährung des vom Kunden gewünschten Darlehens schaffen. Jedoch ist die Bestellung von Sicherheiten noch günstiger für die Banken als für die Kunden. Ein Kreditinstitut nimmt durch die Bestellung von Sicherheiten eigene Vermögensinteressen wahr, während ihre Kunden durch die Sicherheitenbestellung keinen wirtschaftlichen Vorteilen erlangen, die über die Darlehensgewährung hinausgeht. Diesen Vorteilen aber haben die Kunden ohnehin schon üblicherweise mit dem als Hauptleistung zu zahlenden Zins abgegolten. Zur Bestellung von Hypotheken ist ein Darlehensnehmer von Gesetzes wegen nicht verpflichtet.

Aber es ist unsicher, wer durch die Besetellung von Hypotheken Vorteil ziehen. Es ist erforderlich, gesetzlich darüber zu bestimmen, wer Sicherheitsbestelungsgebühr tragen sollte.

IM, Geon-Myeon

Unangemessenheit der Auslagenbelastungsklausel in AGB, Hypothek-besetellunsgebühr, AGB und Individualabrede, Alternative AGB, Leistungs- und Vertragskosten, Kostenträgerpflicht des Vorteilsnehmers

대여원리금의 회수불능시의 이자소득

– 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013두6718 판결 평석 –

이 전 오*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 사실관계 및 판결요지
1. 사실관계
2. 쟁점
3. 원심의 판단
4. 대법원의 판단
Ⅲ. 평석
1. 이자소득의 특징
2. 구 소득세법 시행령 제51조 제7항 신설 이전의 판례 입장
3. 구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 신설
4. 원금의 미회수와 이자소득
Ⅳ. 관련 문제
1. 대여원리금 채권의 회수불능에 대한 입증책임
2. 같은 채무자에 대한 대여금채권이 여러 개인 경우
3. 비영업대금 이외의 이자소득에 대한 확장 적용
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

금전의 대여를 사업으로 하지 아니하고 일시적·우발적으로 금전을 빌려주고 이자를 받는 경우에 그것은 이른바 '비영업대금의 이익'으로서 이자소득에 해당한다. 그런데, 2014. 2. 21. 개정되기 이전의 구 소득세법 시행령 제51조 제7항에서는, 비영업대금의 이익의 총수입금액을 계산할 때, 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다고 규정하고 있다.

위 시행령 조항의 적용범위와 관련하여, 몇 년에 걸쳐서 이자를 수령하다가 채무자의 파산 등의 회수불능사유가 생긴 경우에, 해당 사업연도에 발생한 이자소득은 물론이고 그 이전의 사업연도에 이미 수령한 이자소득에 대하여도, 그 수령한 이자소득의 합계액이 원금에 미치지 못하는 한 이자소득세를 과세할 수 없는 것인지가 문제된다.

학설은 한정설과 비한정설로 대립한다. 한편, 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013두6718 판결은 비영업대금의 이자소득에 대한 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 대여원리금 채권을 회수할 수 없는 일정한 사유가 발생하여 그때까지 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는, 그와 같은 회수불능사유가 발생하기 전의 과세연도에 실제로 회수한 이자소득이 있다고 하더라도 이는 이자소득세의 과세대상이 될 수 없다고 판시하였다. 비한정설을 취하고 있는 것이다.

그러나, 비한정설은 위 시행령 조항을 제정한 입법취지를 벗어난 확대해석으로서 권리확정주의에 위배되며, 무엇보다 기간과세의 원리에 반한다. 과세기간이 이미 경과하여 확정된 이자소득이 그 후의 과세기간에 발생한 채무자의 파산 등으로 말미암아 이자소득이 없는(아닌) 것으로 된다는 논리는 수긍하기 어렵다. 비한정설은 그 밖에 불성실납세자에 비하여 성실 납세자를 오히려 불리하게 취급하는 문제점도 가지고 있다.

판례가 비한정설을 취하는 이유는, 원금을 회수하지 못한 채권자에게 이자소득이 있다고 보아 소득세를 과세하는 것은 현실적인 담세력을 무시한 것으로서 납세자에게 지나치게 가혹한 결과가 된다는 점을 염두에 둔 것이라고 생각한다. 그러나 이 문제는 대손금을 인정하지 않는 이자소득의 특성에서 유래하는 근본적인 문제이지, 법률 해석으로 해결할 문제가 아니다. 한정설의 주장대로, 채권자가 회수한 금원이 원금에 미달하면 이자소득 자체가 없는 것으로 보는 것은 해당 과세기간에 그쳐야 한다.

결론적으로, 대상판결의 결론과 논리에 반대한다. 참고로, 2014. 2. 21. 개정된 소득세법 시행령은 판례의 견해와 달리 한정설의 입장을 명확히 하였다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

Ⅰ. 서론

금전의 대여를 사업으로 하지 아니하고 일시적·우발적으로 금전을 빌려주고 이자를 받는 경우에 그것은 이른바 '비영업대금의 이익'으로서 이자소득에 해당한다. 그런데, 2014. 2. 21. 개정되기 이전의 구 소득세법 시행령 제51조 제7항에서는, 비영업대금의 이익의 총수입금액을 계산할 때 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 채무자의 파산 등으로 말미암아 원금 및 이자의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 경우에는 회수한 금액에서 원금을 먼저 차감하여 계산하고, 만약 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다고 규정하고 있다. 즉, 채권자가 대여원리금 채권의 일부만 회수하고 나머지 채권의 회수가능성이 없는 경우에는 회수한 금원이 원금을 초과하는 부분에 대하여서만 이자소득세를 과세할 수 있고, 회수한 금원이 원금에 미달하면 이자소득 자체가 없는 것으로 보게 된다. 이것은 납세자의 현실적인 담세력을 고려하면서 구체적 타당성을 추구한 규정이라고 할 것이다.

그런데, 동일한 과세기간 내에서 채무자의 파산 등의 회수불능사유가 발생한 경우에는 위 시행령 조항을 적용하는 데에 어려움이 없지만, 몇 년에 걸쳐서 이자를 수령하다가 채무자의 파산 등의 회수불능사유가 생긴 경우에는 위 시행령 조항의 적용 여부와 관련하여 문제가 간단하지 않다. 납세자(대여금의 채권자)는, 원리금 채권이 회수불능으로 확정되면 당해 사업연도에 발생한 이자소득은 물론이고 그 이전의 사업연도에 이미 수령한 이자소득에 대하여도, 그 수령한 이자소득의 합계액이 원금에 미치지 못하는 한 이자소득세를 과세할 수 없다고 주장한다. 이에 대하여 과세권자는, 위 시행령 규정은 회수불능사유가 발생한 사업연도 이전에 이미 구체적으로 실현된 이자소득에 대하여는 적용이 없기 때문에 회수불능사유 발생 이전의 사업연도에 이미 수령한 이자소득에 대하여는, 그 수령한 이자소득의 합계액이 원금을 초과하는지 여부에 관계없이 이자소득세를 과세할 수 있다고 주장한다.

이 논문에서 평석하고자 하는 판결은 바로 이 점을 다루고 있는데, 이자소득의 수입시기, 권리확정주의, 위 시행령 규정의 취지 등과 관련하여 여러 가지의 법리적인 문제를 내포하고 있다. 아래에서 대상판결의 사실관계와 판결요지를 소개한 후에 법리적인 문제점들을 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 사실관계 및 판결요지

1. 사실관계

① 개인인 원고는 영농조합법인 홍원인삼제조창(이하 '홍원인삼'이라 한다)에게, 2005. 9. 1.에 7억 원, 2005. 10. 4.에 5억 원, 2006. 2. 10.에 3억 원 등 합계 15억 원을 이자 월 3%로 정하여 대여한 다음, 홍원인삼으로부터 그 이자로 2005년에 336,000,000원, 2006년에 259,400,000원, 2007년에 221,790,000원, 2008년에 325,000,000원을 각 지급받았고, 2007. 4. 5. 홍원인삼과 위와 같이 지급받은 이자와는 별도로 그때까지 미지급된 이자 6억 원을 원금으로 전환하기로 합의하였다.

② 원고는 대여원리금 채권을 담보하기 위하여 홍원인삼 소유의 여러 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 채무자를 홍원인삼 대표이사인 소외 1로 한 채권최고액 합계 30억 원의 근저당권설정등기를 경료받았다.

③ 홍원인삼은 2005. 12. 12. 당좌거래가 정지되었고, 2008. 4. 22. 그 보유자산에 대한 경매가 개시되었으며, 이 사건 각 처분 직후인 2009. 3. 30. 영주세무서장에 의하여 직권으로 폐업 처리 되었다. 홍원인삼이나 소외 1은 법인운영자금 부족으로 인하여 원고 이외에도 2006. 12. 12. 채권자 소외 2(채권최고액 5억 원), 2007. 4. 2. 채권자 소외 3(채권최고액 6억 500만 원), 2007. 8. 2. 채권자 주식회사 전일상호저축은행(채권최고액 21억 원)으로부터 돈을 차용하였을 뿐만 아니라, 2008. 5.부터는 원고에게 전혀 원리금을 변제하지 못하였다. 이 사건 각 부동산 중 홍원인삼 소유의 8건의 부동산에 관하여는 원고가 최선순위 근저당권자이지만 대구지방법원 안동지원 2008타경2688, 6567 임의경매절차에서 매각된 대금은 합계 831,110,000원에 불과하고, 나머지 3건의 부동산 매각대금은 합계 371,100,000원인데 원고의 근저당권보다 선순위의 권리자가 존재하였으며, 그 결과 원고는 2009. 11. 11. 전체 매각대금에서 9억여 원밖에 배당받지 못하였다. 소외 1은 2011. 10. 대구교도소에 수감되어 있다가 출소한 이후 그 소재가 분명하지 아니하다.

④ 피고 양천세무서장은 2009. 3. 19. 위 이자 합계 1,417,190,000원(= 336,000,000원 + 259,400,000원 + 221,790,000원 + 원금전환 약정한 6억 원) 등을 각각 원고의 대여원리금 채권에 관한 2005년, 2006년 및 2007년 이자소득의 총수입금액에 산입하여 원고에게 종합소득세를 부과하는 이 사건 각 처분을 하였다.

2. 쟁점

(1) 구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제39조 제1항은 "거주자의 각 연도의 총수입금액과 필요경비의 귀속연도는 총수입금액과 필요경비가 확정된 날이 속하는 연도로 한다."고 규정하고, 구 소득세법 제39조 제4항의 위임에 의한 구 소득세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22034호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제45조 제9호의2는 비영업대금의 이익의 경우 이자소득에 대한 총수입금액의 수입할 시기를 '약정에 의한 이자지급일'로 하되, '다만 이자지급일의 약정이 없거나 약정에 의한 이자지급일 전에 이자를 지급받는 경우 또는 제51조 제7항의 규정에 의하여 총수입금액 계산에서 제외하였던 이자를 지급받는 경우에는 그 이자지급일로 한다'고 규정하고 있다. 한편 구 소득세법 시행령 제51조 제7항은 '비영업대금의 이익의 총수입금액을 계산함에 있어서 법 제70조의 규정에 의한 과세표준 확정신고 또는 법 제80조의 규정에 의한 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 당해 비영업대금이 제55조 제2항 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 채권에 해당하여 채무자 또는 제3자로부터 원금 및 이자의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 경우에는 회수한 금액에서 원금을 먼저 차감하여 계산한다. 이 경우 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다'고 규정하고 있으며, 제55조 제2항 제1호는 '채무자의 파산·강제집행·형의 집행 또는 사업의 폐지로 인하여 회수할 수 없는 채권'을, 같은 항 제2호는 '채무자의 사망·실종·행방불명 등으로 인하여 회수할 수 없는 채권'을 들고 있다.

(2) 소득세는 이른바 기간과세 세목으로서 과세기간인 매 연도말에 납세의무가 성립하고,[1] 해당 과세기간의 종합소득금액이 있는 거주자는 그 종합소득 과세표준을 그 과세기간의 다음 연도 5월 1일부터 5월 31일까지 신고함으로써 납세의무가 확정되고, 만약 신고하지 않으면 과세권자가 부과·고지함으로써 납세의무가 확정된다.[2]

(3) 이 사건의 쟁점은, 원고는 2005년, 2006년, 2007년에 각각 이자소득이 있었고 그에 대한 납세의무는 2005년 말, 2006년 말, 2007년 말에 각각 성립하였음에도 불구하고, 원고가 2006년 5월 말, 2007년 5월 말, 2008년 5월 말까지 각 종합소득세 신고를 하지 않은 만큼 피고의 이사건 처분은 적법하다고 보아야 하는지 아니면, 과세처분 시점(2009. 3. 19.)을 기준으로 보면, 대여원금을 회수하는 것이 불능인 만큼 이 사건 처분은 위법한 것인지 여부이다.

1) 국세기본법 제21조 제1항 제1호, 소득세법 제5조 제1항.
2) 국세기본법 제22조 제1항, 소득세법 제70조 제1항 및 제80조 제1항.

예를 들어 쟁점을 보다 구체적으로 말하면, 비영업대금의 경우에 어느 과세기간(A 과세기간)에 이자 조로 받은 돈이 있으면 그 후의 과세기간(B 과세기간)에 채무자의 파산 등 회수불능사유가 발생하여 원금 중의 일부를 회수하지 못하게 되더라도 A 과세기간에는 이자소득이 있다고 보아야 하는 지, 아니면 금전의 대여 시부터 회수 시까지를 전체적으로 관찰하여 결국 회수한 금액이 원금에 미달한다면 A 과세기간의 이자소득도 없다고 보아야 할 것인가가 문제이다.

이것은 결국, 구 소득세법 시행령 제51조 제7항을 동일한 과세기간 내에서만 적용되는 규정이라고 볼 것인지, 아니면 과세기간을 달리 하는 경우에도 적용되는 규정이라고 볼 것인지의 문제이다.

3. 원심[3]의 판단

(1) 소득세법은 현실적으로 소득이 없더라도 그 원인이 되는 권리가 확정적으로 발생한 때에는 그 소득의 실현이 있는 것으로 보고 과세소득을 계산하는 이른바 "권리확정주의"를 채택하고 있고, 다만 소득의 원인이 되는 채권이 발생된 때라 하더라도 그 과세대상이 되는 채권이 채무자의 도산 등으로 인하여 회수불능이 되어 장래 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없게 된 것이 객관적으로 명백한 때에는 그 경제적 이득을 대상으로 하는 소득세는 그 전제를 잃게 되고, 그와 같은 소득을 과세소득으로 하여 소득세를 부과할 수 없다고 할 것이다. 그리고 소득세 과세대상인 소득이 실현될 가능성이 없게 된 것이 객관적으로 명백하다고 볼 특별한 사정이 있다는 점에 관한 주장·증명책임은 납세의무자에게 있는 것이고, 이때 그 채권의 회수불능 여부는 구체적인 거래내용과 그 후의 정황 등을 따져서 채무자의 자산상황, 지급능력 등을 종합하여 사회통념에 의하여 객관적으로 평가하는 방법으로 판정하여야 한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1536 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11874 판결 등 참조). 나아가, 당해 채권의 회수불능 여부는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 소득세 과세요건의 성립 당시인 수입 시기를 기

3) 서울고등법원 2013. 2. 21. 선고 2012누19702 판결.

준으로 판단함이 타당하다.

(2) 채권의 일부 회수의 경우 그 회수 당시를 기준으로 나머지 채권의 회수가 불가능함이 객관적으로 명백하게 된 경우를 제외하고는 원칙적으로 사업의 폐지 등과 같은 회수불능사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 비영업대금의 이익으로 발생한 이자소득의 납세의무에 영향을 미칠 수 없다.

(3) 이 사건의 경우, 미수 이자 6억 원을 대여금채권으로 전환하기로 약정한 2007. 4. 5. 기준으로 볼 때 이 사건 대여금채권에 대한 원고의 권리가 이미 실현될 가능성이 객관적으로 인식되는 상태에 있었던 이상, 2007. 4. 5. 이후에 발생한 경매개시 등의 사정들만으로 사실상 2007. 4. 5. 무렵부터 원고가 홍원인삼으로부터 이 사건 대여금채권을 회수할 수 없는 상황에 있었던 것이 객관적으로 명백하다고 보기는 어렵다.[4)]

4) 이 점과 관련하여 원심은, "홍원인삼은 2006 사업연도 매출액이 약 20억 원, 2007 사업연도 매출액이 약 30억 원, 2008 사업연도 매출액이 약 27억 원 정도로 2007. 4. 5. 당시에는 사업을 정상적으로 운영하고 있었던 것으로 보이는 점, 원고가 위 미수이자 6억 원을 대여원금으로 전환하기로 소외 1과 약정한 2007. 4. 5. 이후인 2008. 4. 11.까지 원고가 홍원인삼으로부터 약 5억 2,700만 원 정도의 금원을 원고의 홍원인삼에 대한 2007. 4. 5. 이전의 3건 대여금 합계 15억 원(이하, '당초 대여금'이라 한다)에 대한 이자 명목으로 추가로 지급받았던 점, 원고가 당초 대여금을 담보하기 위해 이 사건 부동산에 관하여 선순위로 설정한 4건의 근저당권의 채권최고액 합계액은 24억 원이지만 그 피담보채권인 당초 대여금의 원금은 15억 원이고, 홍원인삼은 2007. 4. 5. 당시에 이 사건 대여금채권으로 이자 6억 원을 전환하기로 하는 합의 등을 통하여 그때까지의 당초 대여금에 대한 이자는 대부분 변제하였던 것으로 보이는 점, 당초 대여금을 담보하기 위한 4건의 선순위 근저당권은 이 사건 부동산 외에 "영주시 풍기읍 (주소 3, 4, 5 생략) 토지"가 추가로 공동담보로 존재하고, 이 사건 근저당권보다 선순위인 2006. 12. 12.자 소외 2 명의의 채권최고액 5억 원인 근저당권도 이 사건 부동산 외에 공동담보로 "위 (주소 6 생략) 토지 지상 3건 건물"이 추가되어 있는 점 등을 모두 종합하면, 원고가 제출한 모든 증거만으로는 이 사건 대여금채권이 2007. 4. 5. 무렵에도 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없다는 것이 객관적으로 명백하다고 단정할 수 없다고 판단된다."고 설시하였다. 나아가 원심은, "이자채권의 회수불능 여부는 원칙적으로 소득세 과세요건의 성립 당시인 수입시기를 기준으로 판단하여야 한다고 전제한 다음, 홍원인삼이 2007. 4. 5. 당시 정상적으로 사업을 운영하고 있었고 그 이후에도 2008. 4. 11.까지 원고에게 약 527,000,000원 정도의 이자를 추가로 지급하였으며, 원고의 대여원리금 채권은 위 각 근저당권에 의하여 충분히 회수가 가능할 것으로 보이는 사정 등에 비추어 볼 때, 원금전환 약정이 있었던 2007. 4. 5. 무렵 원고의 대여원리금 채권이 회수불능으로 인하여 장래 그 실현가능성이 없게 되었음이 객관적으로 명백하다고 단정할 수 없고, 비록 2008. 5. 7.경 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매절차가 개시되고 홍원인삼이 2009. 3. 30. 직권폐업 처리되었다고 하더라도 회수불능사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 비영업대금의 이익으로 발생한 이자소득의 납세의무에는 아무런 영향을 미칠 수 없다는 이유로, 원금전환 약정한 6억 원 등을 원고의 대여원리금 채권에 관한 2005년, 2006년 및 2007년 이자소득의 총수입금액에 산입하여 한 이 사건 각 처분은 적법하다"고 판단하였다.

(4) 홍원인삼이 2007. 4. 5. 당시 정상적으로 사업을 운영하고 있었고 그 이후에도 2008. 4. 11.까지 원고에게 약 527,000,000원 정도의 이자를 추가로 지급하였으며, 원고의 대여원리금 채권은 위 각 근저당권에 의하여 충분히 회수가 가능할 것으로 보이는 사정 등에 비추어 볼 때, 원금전환 약정이 있었던 2007. 4. 5. 무렵 원고의 대여원리금 채권이 회수불능으로 인하여 장래 그 실현가능성이 없게 되었음이 객관적으로 명백하다고 단정할 수 없고, 비록 2008. 5. 7.경 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매절차가 개시되고 홍원인삼이 2009. 3. 30. 직권폐업 처리되었다고 하더라도 회수불능사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 비영업대금의 이익으로 발생한 이자소득의 납세의무에는 아무런 영향을 미칠 수 없다는 이유로, 원금전환 약정한 6억 원 등을 원고의 대여원리금 채권에 관한 2005년, 2006년 및 2007년 이자소득의 총수입금액에 산입하여 한 이 사건 각 처분은 적법하다.

4. 대법원의 판단

(1) 구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 해석과 관련하여, 대여원리금 채권의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 사유가 발생하였는지는 이자를 수입한 때를 기준으로 판단할 것이 아니라 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정이 있은 때를 기준으로 판단하여야 하며, 그 회수불능사유의 발생 여부는 구체적인 거래내용, 그 후의 정황, 채무자의 자산상황, 지급능력 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다.

(2) 이 사건 각 처분 당시인 2009. 3. 19.을 기준으로 볼 때, 홍원인삼이나 소외 1은 원고를 비롯한 채권자들에게 다액의 채무를 변제할 만한 뚜렷한 자력이 없었던 것으로 보이므로, 원고의 대여원리금 채권은 이 사건 각 처분 당시 이미 그 전부를 회수할 수 없음이 객관적으로 명백하게 되었다고 볼 여지가 많고[5)], 이 경우

5) 이 점과 관련하여 대법원은, ① 홍원인삼은 2005. 12. 12. 당좌거래가 정지되었고, 2008. 4. 22. 그 보유자산에 대한 경매가 개시되었으며, 이 사건 각 처분 직후인 2009. 3. 30. 영주세무서장에 의하여 직권으로 폐업된 사실, ② 홍원인삼이나 소외 1은 법인운영자금 부족으로 인하여 원고 이외에도 2006. 12. 12. 채권자 소외 2(채권최고액 5억 원), 2007. 4. 2. 채권자 소외 3(채권최고액 6억 500만 원), 2007. 8. 2. 채권자 주식회사 전일상호저축은행(채권최고액 21억 원)으로부터 돈을 차용하였을 뿐만 아니라, 2008. 5.부터는 원고에게 전혀 원리금을 변제하지 못하였던 사실, ③ 이 사건 각 부동산 중 홍원인삼 소유의 영주시 (주소 1, 2 생략) 토지 및 그 지상건물 등 8건의 부동산에 관하여는 원고가 최선순위 근저당권자이지만 대구지방법원 안동지원 2008타경2688, 6567 임의경매절차에서 매각된 대금은 합계 831,110,000원에 불과하고, 나머지 영주시 (주소 3, 4, 5 생략) 토지 등 3건의 부동산 매각대금은 합계 371,100,000원인데 원고의 근저당권보다 선순위의 권

이 사건 각 처분 당시까지 원고가 회수한 이자 합계 1,142,190,000원(= 336,000,000원 + 259,400,000원 + 221,790,000원 + 325,000,000원)이 원금 15억 원에 미달하므로 원고의 대여원리금 채권에 관한 2005년, 2006년 및 2007년 이자소득의 총수입금액은 없는 것으로 보아야 한다(원금전환 약정한 6억 원을 원고가 이자로 받았다고 보더라도 그만큼 원금이 늘어나므로 같은 결론에 이른다).

(3) 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 원고의 대여원리금 채권이 회수불능으로 인하여 장래 그 실현가능성이 없게 되었음이 객관적으로 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 회수불능사유가 발생한 것으로 보더라도 이자를 수입하였을 때를 기준으로 하면 그 사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 비영업대금의 이익으로 발생한 이자소득의 납세의무에는 아무런 영향을 미칠 수 없다고 판단하였는바, 이는 구 소득세법 시행령 제45조 제9호의2, 제51조 제7항이 규정하는 비영업대금의 이익과 총수입금액의 계산 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 것이다.

Ⅲ. 평석

1. 이자소득의 특징

이자란 금전 기타 대체물의 사용대가로 원본의 금액과 대여기간에 비례하여 일정기마다 일정한 비율에 따라 지급받는 금전 또는 그 대체물로[6], 예금·수수료·소개료 기타 그 명칭 여하를 불문한다.[7]

소득세법 제4조는 종합소득의 한 종류로 이자소득을 들고 있고, 소득세법 제16조 제1항은 이자소득에 속하는 것들을 열거하고 있는데 제11호에서 비영업대금의 이익을 규정하고 있다. "비영업대금의 이익"이란 금전의 대여를 영업으로 하지 않는 자가 일시적, 우발적으로 금전을 대여함에 따라 지급받는 이자 또는 수수료 등을 가리킨다.[8]

리자가 존재하였으며, 그 결과 원고는 2009. 11. 11. 전체 매각대금에서 9억여 원밖에 배당받지 못하였던 사실, ④ 소외 1은 2011. 10. 대구교도소에 수감되어 있다가 출소한 이후 그 소재가 분명하지 아니한 사실 등을 들고 있다.

6) 지원림, 「민법강의 제8판」, 홍문사, 2010, 918면.

7) 이자제한법 제4조 참조.

8) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2002두5931 판결.

한편, 금전대여로 인한 소득이 소득세법 제17조 제1항 제11호에서 규정하는 비영업대금의 이익인가, 아니면 소득세법 제19조 제1항 제11호에서 규정하는 사업소득인가의 여부는 금전대여행위가 소득세법 상의 사업에 해당하는가 여부에 달려 있고, 사업 해당 여부는 당해 금전거래행위의 영리성, 계속성, 반복성의 유무, 거래기간의 장단, 대여액과 이자액의 다과 등 제반사정을 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다.[9][10][11]

이자소득에 대하여는 필요경비가 인정되지 않고[12], 원금을 전부 또는 일부 회수하지 못한 경우에도 회수하지 못한 금액을 대손금으로 처리하여 필요경비로 공제할 수 없다.[13] 그리하여 비영업대금의 경우에 수령한 이자소득이 원금에 미치지

9) 대법원 1987. 5. 26. 선고 86누96 판결; 대법원 1987. 12. 22. 선고 87누784 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두14505 판결 등.

10) 국세청의 소득세 집행기준(2012)은 비영업대금의 이익과 사업소득의 구분에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.
소득세 집행기준 16-0-2【비영업대금 이익과 금융업의 구분】
① 금전의 대여로 인한 소득의 구분은 다음과 같다.
1. 금전의 대여행위가 사업적인 것인 경우에는 금융업으로 본다.
2. 금전의 대여행위가 사업적인 것이 아닌 경우에는 비영업대금의 이익으로 본다.
② 금전의 대여행위가 사업적인 것인지의 여부는, 금전거래의 경위, 규모, 목적, 횟수, 계속성, 반복성 등 제반사정을 고려하여 사회통념에 비추어 판단한다.

11) 소득세법 기본통칙은 비영업대금의 이익과 사업소득의 구분에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.
소득세법 기본통칙 16-26…1【비영업대금의 이익과 금융업의 구분】① 대금업을 하는 거주자임을 대외적으로 표방하고 불특정다수인을 상대로 금전을 대여하는 사업을 하는 경우에는 법 제19조 제1항 제11호에 규정하는 금융업으로 본다. 다만, 대외적으로 대금업을 표방하지 아니한 거주자의 금전대여는 법 제16조 제1항 제11호에 규정하는 비영업대금의 이익으로 본다.<개정 2011. 3. 21.>
② 일시적으로 사용하는 전화번호만을 신문지상에 공개하는 것은 대금업의 대외적인 표방으로 보지 아니한다. <개정 1997. 4. 8.>

12) "이자소득금액은 당해연도의 총수입금액으로 한다."는 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제17조 제2항의 위헌 여부에 대하여, 헌법재판소 2001. 12. 20. 2000헌바54 결정은, 이자소득금액의 계산에 있어서 필요경비의 공제를 인정하지 아니하는 위 조항이 평등원칙이나 재산권을 침해하지 않는다고 보았다.
【결정요지】
이 사건 법률조항은, 자기자금으로써 얻는 저축의 과실이라는 이자소득의 본질상 그에 소요되는 필요경비는 거의 상정하기 어렵고 이자소득에 관하여 필요경비가 발생하는 경우는 대단히 예외적이라는 점, 이자소득과 관련하여 비용을 지출하는 경우에도 소득이 개별적·분리적으로 발생함에 따라 개별 건별로 자금의 원천이나 흐름을 명확히 밝혀서 소득과의 연관성을 입증하는 것이 매우 어렵다는 점 등 이자소득의 특성을 감안한 바탕 위에, 이자소득에 있어서 그 소요되는 비용의 성질, 그 비용을 공제할 필요성의 정도, 조세관계의 간명성과 징세의 효율성이라는 조세정책적·기술적 필요성 등을 종합적으로 고려하여 입법된 것이다. 따라서, 이는 입법형성권의 한계를 벗어났다고 볼 수 없어 조세평등주의에 위반되지 아니하며, 또한 합리성이 인정되고 그 규정 내용이 명확한 이상, 그것이 재산적 가치 있는 구체적 권리의 보장을 내용으로 하는 재산권을 과도하게 침해한다거나 조세법률주의에 위반된다고 볼 수도 없다.

13) 소득세 집행기준(2012) 16-0-4【이자소득의 필요경비 인정 여부】
① 이자소득금액은 별도의 필요경비를 공제하지 아니한 해당 과세기간의 총수입금액으로 한다.

못할 때에도 이자소득이 있다고 보아 신고하여야 하는가 또는 신고가 없다면 이미 수령한 이자수입에 대하여 과세할 수 있는가라는 문제가 생겨난다.

2. 구 소득세법 시행령 제51조 제7항 신설 이전의 판례 입장

구 소득세법 시행령 제51조 제7항이 1998. 12. 31. 신설되기 이전에 과세당국은 비영업대금의 이자소득과 관련하여, 이자가 실제로 지급되었는지 여부나 원금이 모두 회수되었는지 여부에 관계없이 소득세법 시행령이 정한 시기[14]에 이자소득이 있는 것으로 보아 과세하였다.[15] 이것은 권리확정주의의 법리에는 충실하지만 납세자에게 지나치게 가혹한 결과가 아니냐는 비판과 의문이 제기되었다.

그리하여 판례는, 소득세법상 이자소득의 발생 여부는 그 소득 발생의 원천인 원금채권의 회수가능성 여부를 떠나서 논할 수 없으므로, 채권의 일부 회수가 있는 경우 그 회수 당시를 기준으로 나머지 채권의 회수가 불가능함이 객관적으로 명백하게 된 경우에는 그 회수금원이 원금에 미달하는 한 당해 과세연도에 있어서 과세요건을 충족시키는 이자소득 자체의 실현은 없었다고 볼 수밖에 없어 민법 제479조 제1항의 변제충당에 관한 규정[16]은 그 적용의 여지가 없다고 판시함으로써[17] 구체적 타당성을 꾀하였다.

3. 구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 신설

1998. 12. 31. 신설되어 1999. 1. 1.부터 시행된 구 소득세법 시행령(대통령령 제15969호) 제51조 제7항은 다음과 같이 규정하고 있다.

"법 제16조 제1항 제12호의 규정에 의한 비영업대금의 이익의 총수입금액을 계

② 동일한 과세기간에 다수의 채무자로부터 이자소득에 해당하는 비영업대금의 이익을 지급받은 거주자는 일부 채권의 원금회수가 불가능한 경우에도 해당 회수불능 원금을 대손금으로 다른 비영업대금의 이익에서 공제할 수 없다.

14) 1998. 12. 31. 개정 전 구 소득세법 시행령 제45조 제1항 9의2는 비영업대금의 이익의 이자소득의 수입시기에 대하여, "약정에 의한 이자지급일. 다만, 이자지급일의 약정이 없거나 약정에 의한 이자지급일전에 이자를 지급하는 경우에는 그 이자지급일로 한다."고 규정하였다.

15) 이철송, "회수불능 비영업대금의 이자소득 과세방법", 한국세무사회,「계간 세무사」, 2014년 봄호(통권 140호), 65-66면.

16) 민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서) ① 채무자가 1개 또는 수개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우에 변제자가 그 전부를 소멸하게 하지 못한 급여를 한 때에는 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다.
②전항의 경우에 제477조의 규정을 준용한다.

17) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91누3420 판결. 대법원 1998. 7. 24. 선고 97누10369 판결도 같은 취지이다.

산함에 있어서 법 제70조의 규정에 의한 과세표준확정신고 또는 법 제80조의 규정에 의한 과세표준과 세액의 결정·경정전에 당해 비영업대금이 제55조 제2항 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 채권에 해당하여 채무자 또는 제3자로부터 원금 및 이자의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 경우에는 회수한 금액에서 원금을 먼저 차감하여 계산한다. 이 경우 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다." 즉, 채권자가 대여원리금 채권의 일부만 회수하고 나머지 채권의 회수가능성이 없는 경우에는 회수한 금원이 원금을 초과하는 부분에 대하여서만 이자소득세를 과세할 수 있고, 회수한 금원이 원금에 미달하면 이자소득 자체가 없는 것으로 보게 된다. 이것은 납세자의 현실적인 담세력을 고려하면서 구체적 타당성을 추구한 규정이라고 할 것이다. 1998. 12. 31. 신설된 위 시행령 규정은 2014. 2. 21.에 개정될 때까지 내용상의 큰 변화없이 그대로 유지되었다.[18]

위 조항이 신설됨으로써 예컨대, 채권자 갑이 채무자 을에게 2000년 1월에 10억 원을 월 1%의 이율로 약정하여 빌려 준 경우에, 2000년과 2001년에 각각 1,200만 원씩의 이자를 받았으나, 을이 2002년 5월에 파산함으로써 2002년 분 이자로 4개월 치인 400만 원만 받은 채 원금 10억 원을 떼였다면 갑의 2002년 이자소득은 없게 되고 이 점에 대하여는 의문이 없다. 그러나, 이 경우에 2000년과 2001년의 이자소득도 없는 것인지는 법문만으로는 명확하지 않고 이 점이 대상판결의 핵심 쟁점이다. 목차를 바꾸어 아래에서 상세하게 검토한다.

4. 원금의 미회수와 이자소득

위에서 든 가정례에서와 같이 돈을 빌려주고 몇 년에 걸쳐서 이자를 받다가 채무자의 파산 등으로 말미암아 마지막 해에 돈을 받지 못함으로써 결국 원금을 회수하지 못한 경우에, 지나간 해에 이미 받은 돈도 이자소득이 아닌 것으로 보아야 하는 지가 문제이다. 이에 대한 학설과 판례를 살펴본다.

가. 판례

(1) 구 소득세법 시행령 제51조 제7항 신설 이전의 판례

① 대법원 1991. 11. 26. 선고 91누3420 판결

소득세법상 이자소득의 발생 여부는 그 소득 발생의 원천인 원금채권의 회수가

18) 이 글에서는, 1998. 12. 31. 신설되어 2014. 2. 21. 개정되기 이전까지의 소득세법 시행령 제51조 제7항을 편의상 구 소득세법 시행령 제51조 제7항이라고 부르기로 한다.

능성 여부를 떠나서 논할 수 없으므로, 채권의 일부회수가 있는 경우 그 회수 당시를 기준으로 나머지 채권의 회수가 불가능함이 객관적으로 명백하게 된 경우에는 그 회수금원이 원금에 미달하는 한 당해 과세연도에 있어서[19] 과세요건을 충족시키는 이자소득 자체의 실현은 없었다고 볼 수밖에 없어 민법 제479조 제1항의 변제충당에 관한 규정은 그 적용의 여지가 없다.

② 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005두5437 판결

소득세는 매년 1. 1.부터 12. 31.까지 1년 분의 소득금액에 대하여 과세하는 이른바 '기간과세'이고, 또 비영업대금의 이익으로 발생한 이자소득금액은 당해 연도의 총수입금액으로 산정되는 것이므로, 채권의 일부 회수가 있는 경우 그 회수 당시를 기준으로 나머지 채권의 회수가 불가능함이 객관적으로 명백하게 된 경우에는 그 회수 금원이 원금에 미달하는 한 당해 과세연도에는 과세요건을 충족시키는 이자소득의 실현이 없는 것으로 보아야 할 것이지만, 회수불능사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 이자소득의 납세의무에 대하여는 어떠한 영향을 미칠 수 없다.

(2) 구 소득세법 시행령 제51조 제7항 신설 이후의 조세심판례 및 판례

① 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두9433 판결

구 소득세법 시행령 제51조 제7항은 법인세법과는 달리 소득세법에서는 비영업대금에 대하여 나중에 원금조차 회수하지 못하여 결손이 발생하더라도 이를 이자소득의 차감항목으로 반영할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않아 궁극적으로 이자소득이 있다고 할 수 없음에도 이자소득세를 과세하는 부당한 결과를 방지하기 위한 규정으로 보이는 점, 위 규정은 그 문언에서 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 일정한 회수불능사유가 발생할 때까지 회수한 전체 금액이 원금에 미달하는 경우를 그 적용대상으로 하고 있으며 특별한 예외를 두고 있지 않은 점, 소득세법상 이자소득의 발생 여부는 그 소득발생의 원천이 되는 원금채권의 회수 가능성 여부를 떠나서는 논하기 어려운 점 등을 종합하면, 비영업대금의 이자소득에 대한 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 그 원리금 채권을 회수할 수 없는 일정한 사유가 발생하여 그때까지 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 그와 같은 회수불능사유가 발생하기 전의 과세

19) 밑줄은 필자가 친 것이다. 아래에서도 같다.

연도에 실제로 회수한 이자소득이 있다고 하더라도 이는 이자소득세의 과세대상이 될 수 없다고 보아야 할 것이다.

② 조세심판원 2013. 6. 14. 조심 2012서3256 결정

소득세는 기간과세방식을 채택하고 있고, 비영업대금이익의 이자소득금액은 당해 연도의 총수입금액으로 산정하도록 규정하고 있는 바, 원본에 대한 회수불능사유는 그 사유가 발생하기 전에 이미 구체적으로 실현된 이자소득의 납세의무에 영향을 미치지 아니한다.

③ 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013두6718 판결[20]

비영업대금의 이자소득에 대한 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 대여원리금 채권을 회수할 수 없는 일정한 사유가 발생하여 그때까지 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 그와 같은 회수불능사유가 발생하기 전의 과세연도에 실제로 회수한 이자소득이 있다고 하더라도 이는 이자소득세의 과세대상이 될 수 없고, 대여원리금 채권의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 사유가 발생하였는지는 이자를 수입한 때를 기준으로 판단할 것이 아니라 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정이 있은 때를 기준으로 판단하여야 하며, 그 회수불능사유의 발생 여부는 구체적인 거래내용, 그 후의 정황, 채무자의 자산상황, 지급능력 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다.

④ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014두35010 판결

위 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두9433 판결 내용과 같다.

나. 학설

소득세법 시행령 제51조 제7항은 당해 과세기간에만 적용된다는 견해를 편의상 한정설로 부르기로 하고, 당해 과세기간뿐만 아니라 전체 과세기간에 걸쳐서 적용된다는 견해를 비한정설로 부르기로 한다.

20) 이 건 평석 대상 판결이다.

(1) 한정설

한정설은, 비영업대금의 경우에 회수한 금원이 원금에 미달하는 한 당해 과세연도에는 이자소득의 실현이 없는 것으로 보아야 할 것이지만, 회수불능사유가 발생하기 이전에 이미 구체적으로 실현된 이자소득의 납세의무에 대하여는 영향을 미칠 수 없다고 보는 견해이다. 논거는 다음과 같다.

첫째, 소득세법이 취하고 있는 권리확정주의는 실현주의에서 말하는 실현의 시기를 정하는 하나의 기준을 제시한 것으로서 납세자의 과세소득을 획일적으로 파악하여 과세의 공평을 기함과 동시에 납세자의 자의를 배제하려는 데에 그 이유가 있다. 이는 소득을 일정기간을 단위로 계산할 수밖에 없는 맥락에서 이해되어야 할 것이다.[21]

둘째, 이미 이자소득이 구체적으로 실현되어 조세채무가 성립·확정된 이자소득에 대하여 그 이후의 다른 사업연도에 원리금의 회수불능사유가 발생하였다고 하여, 이자소득이 없는 것으로 보고 기왕에 납부한 이자소득세를 환급하거나 기왕에 발생한 이자소득에 대하여 과세할 수 없다고 보는 것은 기간과세의 본질에 어긋난다.[22]

셋째, 대금업을 영업으로 하는 사업소득의 경우에 채무자의 파산 등 채권의 회수불능시유가 발생하면 회수할 수 없는 채권을 대손금으로 처리하여 그 사유가 발생한 사업연도의 필요경비에 산입할 수 있을 뿐, 기왕에 확정된 이자수입에 대하여는 영향을 미칠 수 없는데, 그 소득의 본질이 같은 이자소득의 경우에만 회수불능사유가 발생하면 이미 확정된 이자소득에 대하여 영향을 미치므로 이미 납부한 이자소득세를 환급하여 주어야 한다거나 또는 이미 발생한 이자수입에 대하여 과세할 수 없다고 하는 것은 모순이고, 그렇게 해석할 만한 법령상근거나 이론상 근거가 없다.[23]

넷째, 이미 확정된 이자소득에 대하여 채권자가 신고·납부까지 마쳤는데 그 후의 과세기간에 대여금 채권의 회수불능사유가 발생하였다고 하여 경청청구를 통한

21) 최성훈, "소득세법상 소득의 확정시기에 관한 고찰", 법률신문, 2009. 5. 14.

22) 강석훈, "가. 대여금채권의 회수불능사유가 발생하기 이전에 이자소득이 이미 구체적으로 실현된 경우, 이자소득세의 과세대상이 되는지 여부(적극), 나. 채권자가 채무자의 부도로 인하여 대여금채권을 회수할 수 없게 된 경우, 그 회수불능사유가 발생하기 이전의 사업연도에 이미 수령한 이자소득은 비록 그 이후의 사업연도에 채권원리금 전부를 회수할 가능성이 없게 되었다고 하더라도 여전히 이자소득세의 과세대상이 된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례; 법원도서관, 「대법원판례해설」, 58호(2005 하반기)」, 2006. 7., 634-635면.

23) 강석훈, 위의 논문, 636면.

환급을 인정한다면, 이것은 사업소득에 관해서도 인정하지 않는 결손금의 소급공제를 필요경비의 불인정을 원칙으로 하는 비영업대금의 이자에 인정하는 결과가 되므로 소득종류 간의 형평에 어긋난다.[24]

다섯째, 비한정설에 따라 구 소득세법 시행령 제51조 제7항을 해석하는 것은 조세법률주의에 위배된다. 즉, 소득세법 제16조 제2항은 "이자소득금액은 해당 과세기간의 총수입금액으로 한다."고 규정하고 있는데, 이것은 이자소득의 과세표준은 역년에 따른 1년이 경과함으로써 필요경비의 공제없이 당해연도의 수입금액이 당해연도의 이자소득을 구성한다는 원칙을 선언한 것이다. 비한정설에 따라 위 시행령 조항을 해석하는 것은 소득세법 제16조 제2항의 원칙을 정면으로 부정하는 것이다. 아울러, 위 시행령의 근거를 소득세법 제16조 제3항[25]에서 찾을 수도 있겠으나, 그와 같이 해석한다면 소득세법 제16조 제3항은 포괄위임에 해당하여 헌법에 위반된다고 보아야 한다.[26]

여섯째, 비한정설에 따르게 되면 성실하게 이자소득세를 신고·납부한 납세자가 불성실한 납세자에 비하여 오히려 불이익을 받게 되는데 이는 조세공평에 반한다.[27]

(2) 비한정설

비한정설은 비영업대금의 이자소득에 대한 과세표준확정신고 또는 과세표준과세액의 결정·경정 전에 대여원리금 채권을 회수할 수 없는 일정한 사유가 발생하여 그때까지 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 그와 같은 회수불능사유가 발생하기 전의 과세연도에 실제로 회수한 이자소득이 있다고 하더라도 이는 이자소득세의 과세대상이 될 수 없다고 본다. 논거는 다음과 같다.

첫째, 위 시행령 조항의 문언상 회수불능사유가 발생하기 이전의 과세기간에는 적용되지 않는다는 제한이 없다.

둘째, 공평과세 및 납세자에게 담세력 없는 과세를 억제하고자 하는 입법취지를 고려할 때에, 전체 과세기간을 통틀어서 이자소득 여부를 따지는 것이 옳다.[28]

24) 이철송, 앞의 논문, 69면.

25) 현행 소득세법 제16조 제3항: 제1항 각 호에 따른 이자소득 및 제2항에 따른 이자소득금액의 범위에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 종전의 소득세법 제16조 제3항의 내용도 대체로 같다.

26) 이철송, 앞의 논문, 69-70면.

27) 강석훈, 앞의 논문, 637면; 구성권, "대여금채권의 회수불능과 비영업대금의 이익에 대한 과세", 한국세법학회, 「조세법연구」, 20-2, 세경사, 2014. 8., 183면.

셋째, 이자소득의 경우에는 사업소득과 달리 필요경비의 산입 및 결손금 공제가 인정되지 않기 때문에 기간과세의 원칙에 따른 과세표준 및 세액 계산의 자의적인 요소를 완화할 수 없다. 따라서, 종합소득에 일률적으로 기간과세원칙을 적용함으로써 일어나는 소득 종류 간의 불공평을 해소하려면 위 조항을 전 과세기간에 걸쳐 적용하여야 한다.[29]

넷째, 사업소득과 같은 대손금 규정이 없는 이자소득의 경우에 발생할 수 있는 불공평을 시정하고 구체적 타당성을 확보하려면 이자소득의 발생 여부는 전 과세기간을 통틀어 고찰하여야 한다.[30]

다. 검토

다음과 같은 점에서 한정설이 타당하다.

(1) 입법취지 측면에서의 검토

과세당국이 1998. 12. 31.에 구 소득세법 시행령 제51조 제7항을 신설한 근거가 된 판례인 대법원 1991. 11. 26. 선고 91누3420 판결은, "소득세법상 이자소득의 발생 여부는 그 소득발생의 원천인 원금채권의 회수가능성 여부를 떠나서 논할 수 없다고 할 것이므로, 채권의 일부 회수가 있는 경우 그 회수 당시를 기준으로 나머지 채권의 회수가 불가능함이 객관적으로 명백하게 된 경우에는 그 회수금원이 원금에 미달하는 한 당해 과세연도에 있어서 과세요건을 충족시키는 이자소득 자체의 실현은 없었다고 볼 수밖에 없다"고 판시하여 회수불능사유가 발생한 당해 과세기간의 이자소득만이 과세대상에서 제외된다는 취지를 명백히 밝혔고, 대법원 1998. 7. 24. 선고 97누10369 판결도 명시적으로 밝히지는 않았지만 같은 취지라고 이해된다.

위와 같이, 위 시행령 규정 신설의 근거가 된 판례들이, 회수불능사유가 발생한 당해 과세기간에 회수된 금원이 원금에 미치지 못하는 경우에만 이자소득 자체가 발생하지 않은 것으로 보아야 한다고 판시한 이상, 위 시행령 규정도 판례 취지대

28) 최원, "선이자소득에 대한 수립시기", 한국조세연구포럼, 한국조세연구포럼, 「조세연구」, 제13권 제1집(통권 제22권), 2013. 4., 54면.
29) 고은경, 한국조세연구포럼, "비영업대금의 이익에 대한 경정청구", 한국조세연구포럼, 「조세연구」,제10-1집, 세경사, 2010. 4., 135면.
30) 이승목, "대여금채권이 회수불능이 된 경우의 이자소득 과세법리", 한국세경신문, 2014. 6. 16. 제4면.

로 한정적으로 해석하여야 할 것이다.[31]

과세당국도 위 시행령 규정을 신설할 당시에, 비영업대금 채권의 회수불능시에 종래 민법상의 변제충당규정에 따라 이자소득이 먼저 실현된 것으로 보고 과세처분한 것이 부당하다는 반성적 고려에서, 변제금의 충당순서를 원금·이자의 순서로 하여 이자소득금액 계산을 합리적으로 조정하고자 하는 데에 그 개정 취지가 있다고 밝힌 바 있다.[32] 소득세법 기본통칙에서도 위 시행령 규정의적용은 당해연도에 한정되는 것임을 밝히고 있다.[33]

(2) 권리확정주의에서 본 이자소득의 귀속시기 측면에서의 검토

소득세는 경제적인 이득을 대상으로 하는 것이므로 원칙적으로는 현실적으로 수입된 소득에 대하여 과세하는 것이 마땅하다. 그러나, 소득세법은 소득이 현실적으로 없더라도 그 원인이 되는 권리가 확정적으로 발생한 때에는 그 소득의 실현이 있는 것으로 보고 과세소득을 계산하는 이른바 권리확정주의를 채택하고 있다. 즉, 소득세법 제24조 제1항은, "거주자의 각 소득에 대한 총수입금액은 해당 과세기간에 수입하였거나 수입할 금액의 합계액으로 한다."고 규정하고 있고, 소득세법 제39조 제1항은 "거주자의 각 과세기간 총수입금액 및 필요경비의 귀속연도는 총수입금액과 필요경비가 확정된 날이 속하는 과세기간으로 한다."고 규정하고 있는 것이다.[34]

권리확정주의란 소득의 원인이 되는 권리의 확정시기와 소득의 실현시기 사이에 시간적 간격이 있을 때에 과세목적상 소득이 실현된 때가 아닌 권리가 발생된 때를 기준으로 하여 그 때 소득이 있는 것으로 보고 당해연도의 소득을 산정하는 방식을 가리킨다.[35]

31) 강석훈, 앞의 논문, 635면.
32) 국세청,「1998 개정 세법해설」, 90-91면 참조.
33) 소득세법 기본통칙 16-26…2【비영업대금의 이익의 총수입금액 계산】① 법 제16조 제1항 제11호에 규정한 비영업대금의 이익에 대한 총수입금액의 계산은 대금으로 인하여 지급받았거나 지급받기로 한 이자와 할인액상당액으로 한다. 이 경우 원금의 반제 및 이자지급의 기한경과 등의 사유로 지급받는 추가금액도 비영업대금의 이익에 포함한다.<개정 2011. 3. 21.>
② 금전을 대여하였으나 채무자가 도산으로 재산이 전무하거나 잔여재산 없이 사망한 경우 등 객관적으로 원금과 이자의 전부 또는 일부를 받지 못하게 된 것이 분명한 경우의 받지 아니한 이자소득은 법 제24조 제1항의 "당해연도에 수입하였거나 수입할 금액"으로 보지 아니한다. <개정 1997. 4. 8.>
34) 법인세법도 소득세법과 마찬가지로 권리확정주의를 취하고 있다. 법인세법 제40조(손익의 귀속사업연도) 제1항: 내국법인의 각 사업연도의 익금과 손금의 귀속사업연도는 그 익금과 손금이 확정된 날이 속하는 사업연도로 한다.

소득세법에서 권리확정주의를 채택한 것은 납세자의 자의에 의하여 과세연도의 소득이 좌우되는 것을 방지함으로써 과세의 공평을 기함과 아울러 징세기술상 소득을 획일적으로 파악하여 징수를 확보하려는 요청에 따른 것이다. 권리확정주의는 실질적으로는 불확실한 소득에 대하여 장래 그것이 실현될 것을 전제로 하여 미리 과세하는 것을 허용한 것이라 할 것이다.[36]

그런데, 권리확정주의에서 말하는 권리확정은 반드시 사법상의 권리확정, 즉 민법이나 상법에 규정된 각 권리의 발생요건이나 유효요건을 충족하고 권리로서 법적으로 보장된 상태를 말하는 것은 아니고 널리 권리의 실현이 가능하다고 인정될 수 있는 상태, 즉 계약의 성립과 효력의 발생에서 한 걸음 더 나아가 수익의 원인이 되는 권리의 내용이 법이 보장하는 바에 의하여 실현(상대방의 이행)될 가능성이 객관적으로 인정되는 상태를 말한다.[37][38]

한편, 소득세법 시행령 제45조는 각 이자소득의 유형별로 그 수입시기에 관하여 규정하고 있는데, 제9의 2호에서 비영업대금의 이자소득의 수입시기는 약정에 의한 이자지급일이 원칙이고, 다만 이자지급일의 약정이 없거나 약정에 의한 이자지급일 전에 이자를 지급 받는 경우 또는 소득세법 시행령 제51조 제7항의 규정에 의하여 총수입금액 계산에서 제외하였던 이자를 지급 받는 경우에는 그 이자지급일로 한다고 규정하고 있다.

위와 같이 소득세법이 개개 소득의 유형별로 그 귀속시기를 명문으로 규정하고 있다고 하더라도 그 자체가 귀속시기에 대한 완결적 규정은 아니므로 여전히 권리확정주의에 의하여 구체적인 소득의 귀속시기를 정할 필요가 있다.[39]

이에 따라 판례는 권리확정주의에 의한 소득의 귀속시기에 대하여, 과세대상 소득이 발생하였다고 하기 위하여는 소득이 현실적으로 실현되었을 것까지는 필요없다고 하더라도 소득이 발생할 권리가 그 실현의 가능성에 있어 상당히 높은 정도로 성숙·확정되어야 하고, 따라서 그 권리가 이런 정도에 이르지 아니하고 단

35) 김석환, "권리확정주의에 의한 이자소득의 귀속시기", 법원도서관, 「대법원판례해설」 통권 제88호(2011년 상반기), 2011. 12., 19면.
36) 대법원 1984. 3. 13. 선고 83누720 판결 참조.
37) 임승순, 「조세법」, 박영사, 2014, 656-657면; 이태로·한만수, 「조세법강의 신정 10판」, 박영사, 2014, 492면.
38) 미국 판례는 돈을 받을 권리의 화정과 익금 금액의 예측가능성이라는 두 가지 요소에 의하여 실현 개념을 정의하고 있다고 하는 바, 이에 대한 자세한 설명은, 이창희, 「세법강의 제12판」, 박영사, 2014, 732-733면 참조.
39) 강석훈, 앞의 논문, 625면.

지 성립한 것에 불과한 단계로서는 소득의 발생이 있다고 할 수 없으며, 여기서 소득이 발생할 권리가 성숙·확정되었는지 여부는 일률적으로 말할 수 없고 개개의 구체적인 권리의 성질과 내용 및 법률상·사실상의 여러 사항을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다고 판시하고 있다.[40]

소득세법 시행령 제45조 제9의2호가 비영업대금의 이익에 관한 소득의 원칙적인 귀속시기를 이자의 약정지급일로 규정하고 있는 만큼, 권리확정주의를 그대로 관철시킨다면 실제로(현실적으로) 이자를 수령하였는지 여부에 관계없이 약정일에 이자수입이 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면, 이자지급 약정일에 이자소득이 발생할 권리가 상당한 정도로 성숙·확정되었기 때문이다.

그러나, 판례는 "소득의 원인이 되는 채권이 발생된 때라 하더라도 그 과세대상이 되는 채권이 채무자의 파산 등으로 인하여 회수불능이 되어 장래 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없게 된 것이 객관적으로 명백한 때에는 경제적 이득을 대상으로 하는 소득세의 과세는 그 전제를 잃게 되고 따라서 이러한 경우에는 그 소득을 과세소득으로 하여 소득세를 부과할 수는 없다"고 판시하고 있다.[41]

이자소득의 경우 대손금이 인정되지 않기 때문에 권리확정주의에 따라 형식적으로 권리가 확정되었다고 하여 이자소득이 있었다고 보는 것은, 소득이 없는데도 과세하게 되는 불공평한 결과가 될 수 있기 때문에 현실적인 담세력과 경제적인 실질주의를 감안하여 권리확정주의를 탄력적으로 해석할 필요가 있다.[42] 판례가 채무자의 파산 등 채권회수불능사유가 발생하면 이자소득이 없는 것으로 보아야 한다는 취지도 위와 같은 것이라고 할 것이다.

이와 같은 판례의 태도는, 권리확정주의를 형식적으로 적용하는 대신에 소득의 실현가능성 여부라는 경제적 실질을 고려하여 객관적으로 회수가능성이 없다고 인정되는 소득을 과세대상에서 제외하려는 데에 있다고 보인다. 다만, 판례가 과세대상에서 제외하는 소득은 소득의 실현가능성이 없다고 인정되는 장래의 소득에 한하는 것이지 기왕에 발생한 소득까지 과세대상에서 제외하는 취지는 아니라 할 것

40) 대법원 1980. 4. 22. 선고 79누296 판결; 대법원 1984. 3. 13. 선고 83누720 판결; 대법원 1985. 6. 11. 선고 85누26 판결; 1987. 11. 24. 선고 87누828 판결; 1997. 4. 8. 선고 96누2200 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두7176 판결 등 다수.
41) 대법원 1984. 3. 13. 선고 83누720 판결; 대법원 1986. 7. 8. 선고 85누518 판결; 대법원 1987. 10. 28. 선고 87누34 판결; 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누1896 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96누11105 판결; 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002두1953 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두7176 판결 등 다수.
42) 같은 취지: 권순형, "소득세에서의 소득실현 불가능성에 관한 고찰", 법원도서관, 「조세법 실무연구 II(재판자료 제121집, 2010년 하)」, 2010. 12., 164면.

이다.[43] 이미 발생한 소득까지 과세대상에서 제외하는 것은 권리확정주의와 정면으로 배치되므로 받아들일 수 없다. 일단 이자소득의 실현가능성이 성숙·확정되어 그 소득이 발생한 것으로 인정되면 그 후에 이자채권을 포기하였더라도 이미 발생한(성숙·확정된) 이자소득을 과세대상에서 제외할 수는 없다는 판례[44] 및 대여원리금 청구소송을 제기하여 가집행선고부 승소판결을 받고, 이를 집행권원으로 하여 강제집행절차에서 대여원리금을 배당받아 원금 및 이자 변제에 충당한 경우, 이자소득의 수입시기는 대여원리금 청구소송이 확정되어 배당금이 채권자에게 확정적으로 귀속된 연도가 아니라 배당금을 받은 날이 속하는 연도라고 본 판례[45]에 비추어 보더라도 위와 같이 해석하는 것이 옳다.[46]

43) 강석훈, 앞의 논문, 627면.

44) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87누598 판결.
【판결요지】
소득세법이 권리확정주의를 채택하고 있고 채권자가 대여원리금에 대한 대물변제를 받은 경우에 그 재산의 평가액이 대여원금을 초과하고 있으면 특별한 사정이 없는 한 이자채권은 그 초과부분의 범위 내에서 그 실현가능성이 높아 성숙, 확정되었다고 보아야 하고 그 후 그 이자채권을 포기하였더라도 이는 소득세법상 이미 확정된 청구권의 포기여서 과세대상에서 제외될 것이 못된다.

45) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두20871 판결
【판결요지】
갑이 을에게 대여한 돈 18억 원과 이자를 회수하지 못하고 있던 중 연대채무자인 병을 상대로 대여원리금 청구소송을 제기하여 가집행선고부 승소판결을 받고, 이를 집행권원으로 하여 병의 부동산에 대한 강제집행절차에서 대여원리금 중 461,345,781원을 배당받아 그 중 54,352,881원은 원금, 나머지 406,992,900원은 이자 변제에 각 충당한 사안에서, 구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제39조 제1항, 구 소득세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22034호로 개정되기 전의 것) 제45조 제9의2호 등 관련 규정의 내용 및 입법 취지 그리고 소득세법상 이자소득의 귀속시기는 당해 이자소득에 대한 관리·지배와 이자소득의 객관화 정도, 납세자금의 확보시기 등을 함께 고려하여 이자소득의 실현가능성이 상당히 높은 정도로 성숙·확정되었는지 여부를 기준으로 판단하여야 하는 점, 납세자가 가집행선고부 승소판결에 의한 배당금의 수령에 관하여 이자소득세 등을 과세당한 후 상소심에서 판결이 취소되어 배당금을 반환하는 경우가 발생하더라도 국세기본법 제45조의2 제2항에 의하여 이자소득세 등에 대한 경정청구를 함으로써 구제를 받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이자소득의 수입시기는 대여원리금 청구소송이 확정되어 배당금이 갑에게 확정적으로 귀속된 2005년도가 아니라 배당금을 받은 날이 속하는 2004년도라고 본 원심판단을 수긍한 사례. 이 판결에 대한 평석으로, 김석환, 앞의 논문,

46) 권리가 성숙·확정되었음에도 불구하고 소득의 실현이 객관적으로 불가능한 경우에 소득세를 부과할 수 없다고 판시한 사례 대부분이 개인의 이자소득에 관한 것임을 유의할 필요가 있다. 사업소득과 같이 필요경비를 공제할 수 있는 소득에 대하여는 권리가 성숙·확정된 때에 소득이 발생한 것으로 보고 과세하면 되는 것이고, 나중에 채무자의 파산 등 소득의 실현이 불가능한 사유가 발생하면 대손금을 필요경비에 산입하는 방법으로 구제받을 수 있다. 그 반면에, 이자소득의 경우에는 사후에 이자소득의 실현이 불가능한 것으로 밝혀지더라도 적절한 구제수단이 없다. 이와 같은 불공평한 결과의 발생을 막고 구체적 타당성을 기하기 위하여 판례가 예외적으로 이자소득의 경우에는 이자지급 약정일의 도래에 의하여 권리가 성숙·확정되었더라도 객관적으로 소득의 실현이 불가능하다고 인정되는 때에는 권리확정주의의 예외로 이자소득 자체가 발생하지 아니한 것으로 보아 소득세의 과세대상에서 제외하고 있는 것이다.

(3) 기간과세 측면에서의 검토

소득세는 개인의 가득기간 전체에 대한소득 즉 생애소득을 기준으로 과세하는 것이 타당하나 이는 기술적으로 불가능하므로 부득이 특정한 기간 단위로 과세할 수밖에 없는 데 이것을 기간과세의 원칙이라고 한다. 우리 소득세법은 소득세의 과세기간을 1역년 단위로 구분하고 있다.[47] 수입이나 필요경비는 해에 따라 변동이 있을 수 있고 그에 따라 세액이 달라지기 때문에 수입 및 필요경비를 어느 과세기간에 귀속시킬 것인지는 세법에 따라 엄격하게 적용되어야하고 납세자의 선택에 맡길 수는 없다. 즉, 기간과세의 원칙은 철저하게 지켜져야 하는 것이다. 다만, 기간과세의 원칙은 소득의 구획에 자의적인 요소를 초래하고, 과세 편의상 소득금액을 과세기간 단위로 구분하여 과세한다고 하더라도 개인의 생애소득은 어떤 과세기간에 발생한 소득금액 또는 결손금을 모두 합산한 금액이므로, 결손금은 당해 과세기간의 총수입금액에서 공제할 수 있음은 물론이고 그 이전 또는 이후의 총수입금액에서도 공제하는 것이 마땅하나 아무런 제한없이 공제하기는 어려우므로 일정기간 안에서만 공제를 허용하고 있다.[48][49]

그러나, 이자소득에 대하여는 아예 결손금이나 대손금 등이 인정되지 않기 때문에 기간과세의 원칙이 철저하게 관철되어야 하고 예외를 인정하기 어렵다.

라. 시행령 개정

대법원이 구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 적용범위에 대하여 회수불능사유가 발생한 해당 과세기간뿐만 아니라 대여기간 중의 과세기간을 통틀어 적용된다는 비한정설을 취하게 되자 과세당국은 2014. 2. 21. 한정설의 취지에 맞추어 위 조항을 개정하였다.

개정된 내용은 다음과 같다.

소득세법 시행령 제51조(총수입금액의 계산)

⑦법 제16조 제1항 제11호에 따른 비영업대금의 이익의 총수입금액을 계산할 때 해당 과세기간에 발생한 비영업대금의 이익에 대하여 법 제70조에 따른 과세표준확정신고 전에 해당 비영업대금이 「법인세법 시행령」 제19조의2 제1항 제8호에 따른 채권에 해당하여 채무자 또는 제3자로부터 원금 및 이자의 전부 또는 일부를

47) 소득세법 제5조(과세기간) 제1항: 소득세의 과세기간은 1월 1일부터 12월 31일까지 1년으로 한다.

48) 임승순, 앞의 책, 441면.

49) 이월공제는 10년의 범위 내에서 허용하고, 소금공제는 중소기업에 한하여 1년의 범위 내에서 허용한다.

회수할 수 없는 경우에는 회수한 금액에서 원금을 먼저 차감하여 계산한다. 이 경우 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다.

2014. 2. 21. 개정 전의 구 소득세법 시행령[50]에서 "소득세법 제70조에 따른 과세표준확정신고 또는 소득세법 제80조에 따른 과세표준과 세액의 결정·경정 전"이라고 되어 있던 것을 "소득세법 제80조에 따른 과세표준과 세액의 결정·경정 전"을 삭제하였고, 아울러 "해당 과세기간"이라는 문구를 추가함으로써 한정설의 입장을 분명히 밝혔다.

Ⅳ. 관련 문제

1. 대여원리금 채권의 회수불능에 대한 입증책임

일반적으로 행정소송 중 취소소송에서 행정처분의 적법성에 관한 입증책임은 피고인 처분청에게 있기 때문에 세금부과처분 취소소송에서 과세요건사실에 관한 입증책임은 과세권자에게 있다 할 것이나, 구체적인 소송과정에서 경험칙에 비추어 과세요건사실이 추정되는 사실이 밝혀지면, 납세의무자가 문제로 된 해당 사실이 경험의 법칙을 적용하기에 적절하지 아니하다거나 해당 사건에서 그와 같은 경험의 법칙의 적용을 배제하여야 할 만한 특별한 사정이 있다는 점 등을 증명하지 못하는 한 해당 과세처분이 과세요건을 충족시키지 못한 위법한 처분이라고 단정할 수 없다.[51]

소득세의 경우 현실적으로 소득이 없더라도 그 원인이 되는 권리가 확정적으로 발생한 때에는 그 소득의 실현이 있는 것으로 보고 과세소득을 계산하는 이른바 권리확정주의를 채택하고 있기 때문에 비영업대금 이익의 경우, 과세관청으로서는 이자소득의 원인이 되는 대여금 채권의 발생사실 즉, 대여금 채권의 구체적인 액

50) 2012. 2. 2. 개정되고 2014. 2. 21. 개정되기 전의 소득세법 시행령 제51조 제7항: 법 제16조 제1항 제11호에 따른 비영업대금의 이익의 총수입금액을 계산할 때 법 제70조에 따른 과세표준확정신고 또는 법 제80조에 따른 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 해당 비영업대금이 「법인세법 시행령」 제19조의2 제1항 제8호에 따른 채권에 해당하여 채무자 또는 제3자로부터 원금 및 이자의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 경우에는 회수한 금액에서 원금을 먼저 차감하여 계산한다. 이 경우 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 총수입금액은 이를 없는 것으로 한다.

51) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92누6761, 92누6778, 92누6792(병합) 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 97누2429 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 97누13894 판결; 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002두6392 판결; 대법원 2005. 1. 13. 선고 2003두10343 판결; 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006두6383 판결; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006두6604 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두13831 판결; 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010두23378 판결; 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014두2027 판결 등 참고.

수 및 이율과 이자 약정일 또는 현실적인 이자지급시기가 과세기간 내에 있는 사실 등을 입증하면 일응 이자소득이 발생한 것으로 추정된다 할 것이고, 대여금 채권이 채무자의 파산 등으로 인하여 회수불능이 되어 장래 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없게 되었다는 점은 납세의무자가 주장·입증하여야 한다고 봄이 타당하다.[52] 판례도 같은 입장이다.[53]

2. 같은 채무자에 대한 대여금채권이 여러 개인 경우

구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 적용범위와 관련하여, 어느 채권자가 동일한 채무자에게 여러 차례에 걸쳐서 금전을 대여하였는데, 그 중의 어떤 채권에 대하여는 원금과 이자를 모두 받았지만 다른 채권에 대하여는 원금을 회수하지 못하였고, 전체적으로 통산한다면 회수하지 못한 원금이 있다고 가정하자. 이 경우에 개개 대여금별로 따져서 이미 이자와 원금을 모두 회수한 대여금에 관하여는 이자소득이 있다고 보아야 할 것인지, 아니면 전체 대여금을 통산하여 총 회수금과 대여한 총 원금을 비교하여 전체적으로 미회수원금이 있다면 이자소득도 전혀 없다고 보아야 할지가 문제된다. 앞서 본 바와 같이 판례가 취하는 비한정설의 취지를 관철하자면 전체적으로 통산하는 것이 옳을 듯하고 그런 견해가 있지만[54], 최근에 선고된 판례는 개개 대여금별로 따져야 한다고 보고 있다.[55] 개개 대여금이 각각 별개의 채권인만큼 회수불능에 따른 이자소득 여부도 개개 대여금채권 별로 따져야 한다는 형식논리[56]를 떠나서라도, 한정설을 취하는 필자 입장에서는 비한정설이 가지는 문제점을 조금이라도 완화시킬 수 있다는 측면에서 개개 대여금별로 이자소득 발생 여부를 따져야 한다는 최근 판례의 입장에 찬성한다.

52) 같은 취지: 권순형, 앞의 논문, 167면.

53) 대법원 1993. 12. 14. 선고 93누4649 판결; 대법원 2000. 9. 8. 선고 98두16149 판결 등 참조),대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1536 판결 등.

54) 이철송, 앞의 논문, 74면.

55) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014두35010 판결.
【판결요지】
비영업대금의 이자소득이 있는지는 개개 대여금 채권별로 구 소득세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22034호로 개정되기 전의 것) 제51조 제7항을 적용하여 판단하여야 하므로, 여러 개의 대여원리금 채권 중 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 당시 이미 회수되어 소멸한 대여원리금 채권이 있다면 특별한 사정이 없는 한 그 채권에 대하여는 이자소득이 있다고 보아야 하고, 이는 여러 개의 대여원리금 채권이 동일한 채무자에 대한 것이라고 하여도 마찬가지이다.

56) 이승목, 앞의 글.

3. 비영업대금 이외의 이자소득에 대한 확장 적용

구 소득세법 시행령 제51조 제7항은 비영업대금의 이자소득에 대하여만 회수하지 못한 원리금의 공제를 허용하는 특례를 두고 있을 뿐이고 다른 이자소득에 대하여는 그런 특례를 인정하지 않는다. 그러나, 대여 원리금의 회수불능은 다른 이자소득의 경우에도 얼마든지 일어날 수 있다. 예컨대, 저축은행의 정기예금에 가입하여 매년 이자를 받다가 저축은행이 파산하게 되면 원금을 회수하지 못할 수 있고, 회사채를 매입하여 정기적으로 이자를 수령하다가 발행회사가 도산하면 원금을 회수하지 못할 수 있다. 위 시행령 조항이 이자소득자의 현실적 담세력과 구체적 타당성을 고려하여 만들어진 조항이라면 적용범위를 굳이 비영업대금의 이자소득에 한정할 필요는 없고, 다른 이자소득에 대하여도 확장 적용하여야 한다고 본다.[57]

Ⅴ. 결론

대상판결은 비영업대금의 이자소득에 대한 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정 전에 대여원리금 채권을 회수할 수 없는 일정한 사유가 발생하여 그때까지 회수한 금액이 원금에 미달하는 때에는 그와 같은 회수불능사유가 발생하기 전의 과세연도에 실제로 회수한 이자소득이 있다고 하더라도 이는 이자소득세의 과세대상이 될 수 없고, 대여원리금 채권의 전부 또는 일부를 회수할 수 없는 사유가 발생하였는지는 이자를 수입한 때를 기준으로 판단할 것이 아니라 과세표준확정신고 또는 과세표준과 세액의 결정·경정이 있은 때를 기준으로 판단하여야 한다고 보고 있다. 구 소득세법 시행령 제51조 제7항의 적용범위와 관련하여 비한정설을 취하고 있는 것이다.

그러나, 비한정설은 애당초에 구 소득세법 시행령 제51조 제7항을 신설한 입법취지를 벗어난 확대해석으로서 권리확정주의에 위배되며, 무엇보다도 기간과세의 원리에 반한다. 과세기간이 이미 경과하여 확정된 이자소득이 그 후의 과세기간에 발생한 채무자의 파산 등으로 말미암아 이자소득이 없는(아닌) 것으로 된다는 논리는 수긍하기 어렵다. 비한정설은 그 밖에 불성실납세자에 비하여 성실 납세자를 오히려 불리하게 취급하는 문제도 있다. 판례가 비한정설을 취하는 이유는, 원금을

57) 같은 취지: 이철송, 앞의 논문, 74면; 구성권, 앞의 논문, 191-192면.

회수하지 못한 채권자에게 이자소득이 있다고 보아 소득세를 과세하는 것은 현실적인 담세력을 무시한 것으로서 납세자에게 지나치게 가혹한 결과가 된다는 점을 염두에 둔 것이라고 생각한다. 그러나 이 문제는 대손금을 인정하지 않는 이자소득의 특성에서 유래하는 근본적인 문제이지, 위 시행령의 해석으로 해결할 문제가 아니다. 채권자가 회수한 금원이 원금에 미달하면 이자소득 자체가 없는 것으로 보는 것은 해당 과세기간에 그쳐야 한다. 그런 점에서 2014. 2. 21. 개정된 소득세법 시행령 제51조 제7항은 권리확정주의의 근간을 허물지 않으면서 기간과세의 법리에 부응하는 타당한 입법이다.

결론적으로, 대상판결의 결론과 논리에 반대한다.

(논문접수일 : 2014.11.25 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)



이 전 오

대법원 2013두6718 판결, 이자소득, 기간과세, 권리확정주의, 비영업대금의 이익

【참 고 문 헌】

〈단행본〉

이창희,「세법강의 제12판」, 박영사, 2014.

이태로・한만수,「조세법강의 신정 10판」, 박영사, 2014.

임승순,「조세법」, 박영사, 2014.

지원림, 「민법강의 제8판」, 홍문사, 2010.

〈논문〉

강석훈, “가. 대여금채권의 회수불능사유가 발생하기 이전에 이자소득이 이미 구체적으로 실현된 경우, 이자소득세의 과세대상이 되는지 여부(적극), 나. 채권자가 채무자의 부도로 인하여 대여금채권을 회수할 수 없게 된 경우, 그 회수불능사유가 발생하기 이전의 사업연도에 이미 수령한 이자소득은 비록 그 이후의 사업연도에 채권원리금 전부를 회수할 가능성이 없게 되었다고 하더라도 여전히 이자소득세의 과세대상이 된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례; 법원도서관,「대법원판례해설」, 58호(2005 하반기)」, 2006. 7.

고은경, 한국조세연구포럼, “비영업대금의 이익에 대한 경정청구”, 한국조세연구포럼, 「조세연구」,제10-1집, 세경사, 2010. 4.

권순형, “소득세에서의 소득실현 불가능성에 관한 고찰”, 법원도서관,「조세법실무연구 Ⅱ(재판자료 제121집, 2010년 하)」, 2010. 12.

구성권, “대여금채권의 회수불능과 비영업대금의 이익에 대한 과세”, 한국세법학회,「조세법연구」, 20-2, 세경사, 2014. 8.

김석환, “권리확정주의에 의한 이자소득의 귀속시기”, 법원도서관,「대법원판례해설」통권 제88호(2011년 상반기), 2011. 12.

이승목, “대여금채권이 회수불능이 된 경우의 이자소득 과세법리”, 한국세경신문, 2014. 6. 16.

이철송, “회수불능 비영업대금의 이자소득 과세방법”, 한국세무사회, 「계간 세무사」, 2014년 봄호(통권 140호).

최성훈, “소득세법상 소득의 확정시기에 관한 고찰”, 법률신문, 2009. 5. 14.

최 원, “선이자소득에 대한 수립시기”, 한국조세연구포럼, 한국조세연구포럼, 「조세연구」, 제13권 제1집(통권 제22권), 2013. 4.

Abstract

Is there Interest Income where Amount Recovered is short of the Principal in a Non-business Loan?

Lee, Jeon Oh*

Enforcement Decree of Income Tax Act Article 51 (7) before February 21, 2014 says that "In calculating the total income from profits made from a non-business loan under Article 16 (1) 11 of the Act, if the whole or part of the principal and interest is irrecoverable from the debtor or a third party because the relevant non-business loan falls under bonds pursuant to Article 55 (2) 1 or 2 before a final return on tax base under Article 70 of the Act or determination or correction of tax base and the amount of tax under Article 80 of the Act, the total amount of income shall be calculated by subtracting the principal first from the amount recovered. In such cases, if such amount recovered is short of the principal, the amount of gross income shall be deemed nonexistent."

In relation to the scope of the above clause, it matters whether the clause applies only to the relevant tax period which the debtor's bankruptcy has occurred or to the whole tax periods from the tax period which creditor loaned the money until the tax period which irrecoverable things have occurred.

Supreme Court’s 2013 du decision decided on September 13, 2013 rules that whether things which can not recover the whole or part of the principal in a non-business loan have occurred must be judged at the time of a final return on tax base under Article 70 of the Act or determination

* Professor, Sungkyunkwan Law School.

or correction of tax base and the amount of tax under Article 80 of the Act, not at the time of a revenue of interest.

However, the above decision's view is not in harmony with the legislative purpose of the above clause, the principle of ascertained claim and the rule of period taxation.

The above decision may think that an assessment of interest income to the taxpayer who has not recovered a whole or part of principal is harsh and disregards actual tax-bearing capacity. But since this result derives from the interest income's character which denies a concept of loss from bad debts, it can not be solved by interpretation. In only the current tax period where irrecoverable things such as debtor's bankruptcy have occurred, interest income shall be deemed nonexistent if amount recovered is short of the principal.

I don't agree with the logic and conclusion of the above decision.



Lee, Jeon Oh

Supreme Court 2013du6718 decision, interest income, period taxation, principle of ascertained claim, profits made from a non-business loan

영국 계약법상 손해배상에 관한 일고찰*

이 춘 원**
신 만 중***

Ⅰ. 서
Ⅱ. 계약관계의 존재
Ⅲ. 의무위반과 면책
1. 계약상 의무
2. 의무의 위반
3. 면책
Ⅳ. 인과관계
1. 장래 손해를 흡수하는 요인
2. 인과관계의 단절
Ⅴ. 손해배상액 산정
1. 손해의 증명책임
2. 손해배상액의 산정기준
3. 손해배상과 책임제한
4. 명목적 손해배상
5. 손해배상의 예정
Ⅵ. 결어

【국 문 요 약】

영국법에서 계약위반이 발생하여 권리가 침해된 경우에는 여러 가지 구제수단이 있다. 일반적인 수단으로는 Common Law 또는 제정법에 따라 피해자가 손해배상을 받는 것이다. 다만, 이러한 구제수단이 자연적 정의(natural justice)에 반하는 경우에는, equity상의 구제수단으로서 ① 금지명령 ② 특정이행 ③ 계약해제가 있다.

영국법상 계약위반으로 인한 권리침해에 대한 손해배상은 매우 중요한 위치에 있다. 계약상 권리침해를 받은 자가 침해자에 대하여 손해배상을 청구하려면 다음의 요건을 갖추어야 한다. 즉, 원고는 ① 계약관계에 있다는 것 ② 의무위반이 있다는 것 ③ 의무위반과 손해 사이에 인과관계가 존재하는 것 ④ 발생한 손해액을 모두 입증하여야 한다. 당사자 사이의 합의를 존중하는 영국 Commom law에서는 '직접적인 계약관계의 원칙'이 적용된다. 계약위반의 손해배상청구소송에서 피고는 '직접적인 계약관계의 원칙'을 들어 계약관계에 없다는 주장을 한다. Common Law에서 계약상 의무위반이 있는 경우에 그 위반의 성질 및 결과에 따라, 그로 인한 2차적 의무가 달라진다. 민사상 권리침해에 근거하는 손해배상 청구에서 '당사자 사이에 계약관계의 존재', '계약관계상의 의무위반'이 증명되면, '의무 위반과 손해 사이에 인과관계가 존재'하여야 한다. 마지막으로 원고는 의무 위반에 따라 손해가 발생했다고 추정할 수 있는 증거를 제출할 의무를 진다. 법관은 그 증거에 의해, 피고의 의무위반으로 원고가 입었다고 합리적으로 추정되는 액을 인정하게 된다. 원고가 이러한 사실을 모두 입증하더라도, 피고가 ① 원고에게 기여과실이 있다는 것 ② 다른 원인의 개입으로 피고가 손해를 예견할 수 없었다는 것 ③ 원고가 손해경감의무를 게을리 하였다는 것 ④ 권리침해와 손해 사이에 인과관계가 희박한 경우 등을 입증하면 배상액이 감경되거나 소멸한다.

* 이 논문은 2013년도 광운대학교 교내연구비 지원으로 작성된 논문임.
** 광운대학교 법과대학 부교수, 법학박사.
*** 교신저자 : 광운대학교 법과대학 교수, 법학박사, 변호사.

Ⅰ. 서

영국법에서 계약위반(breach of contract), 불법행위(tort), 신탁 위반(breach of trust) 등이 있는 경우에는 민사상 권리침해(civil wrong)가 발생한다. 이러한 권리침해에 대한 구제수단으로 대개는 Commom Law 및 제정법의 손해배상으로 해결한다. 한편, Common Law 또는 제정법에 따라 피해자가 받는 구제(손해배상)가 자연적 정의(natural justice)에 반하는 경우에는 에퀴티(equity)상의 구제도 받을 수 있다. 그러한 구제로 주된 것은 ① 금지명령(injunction),[1] ② 특정이행(specific performance),[2] ③ 계약해제(rescission)[3]가 있다. 그러나 에퀴티(equity) 자체가 영국법에서 서서히 모습을 감추고 있어서,[4] Commom Law 및 제정법의 손해배상이 점점 더 중요한 역할을 해 나가고 있다.

영국법상의 손해배상 법리는 '권리침해를 당한 사람을 그 권리침해가 없었던 상태로 금전적으로 회복시키는' 것이다.[5] 그러나 이러한 입장은 원래 상태와 손해발생사이의 차액의 배상이라는 이론에 의하여 보완되기도 한다. 손해배상청구권은 '계약관계(contract) 또는 근접관계(relationship of proximity)에 기한 의무위반(breach of duty, fault)으로 손해가 생긴' 경우에 발생한다. 즉, 손해배상청구권의 발생요건은 ① 계약관계(계약위반에 의한 경우) 또는 근접관계(불법행위에 의한 경우)가 있을 것 ② 의무위반(breach of duty)이 있을 것 ③ 의무위반과 손해 사이에 인과관계가 존재할 것(causation) ④ 손해(quantum)의 발생이다. 이러한 손해배상의 요건을 손해배상을 청구하는 원고가 모두 입증하여야 한다.

한편 원고가 손해배상의 요건을 모두 입증하더라도 피고가 ① 원고에게 기여과실(contributory negligence)이 있다는 것 ② 다른 원인의 개입(intervening cause)으로 피고가 손해를 예견할 수 없었다는 것(unforeseeability) ③ 원고가 손해경감의무(mitigation)를 게을리 하였다는 것 ④ 권리침해와 손해의 인과관계가 희박한(remoteness) 것 등을 입증하면 배상액이 감경되거나 소멸한다.

손해배상은 계약위반에 기한 경우와 불법행위에 기한 경우가 있는데, 우리민법은 손해배상의 범위 등에 관하여 계약법에 규정을 두고, 이를 불법행위에 준용하고 있다. 그러나 영국법에서는 계약위반에 따른 손해배상을 '계약에 포함시키는' 법리를 판례를 중심으로 형성하고 있다. 따라서 징벌적 손해배상을 인정하는 불법행위에 기한 손해배상법리와 많은 부분에서 차이를 보이고 있다. 본고에서는 이 2가지 손해배상 법리를 모두 언급하기는 지면상 한계가 있으므로, 우선은 계약위반에 기한 손해배상 법리를 정리하는데 그친다.

이하에서는 영국법에서 계약 위반에 기한 손해배상의 개별요건을 구체적인 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 계약관계의 존재

영국법에서 계약위반에 의한 손해배상청구권이 인정되려면 당사자 사이에 계약관계가 존재하여야 한다. 영국법에서 계약은 법적 구속력을 가지는 약속(promise)으로 구성된다. 약속이 법적 구속력을 가지기 위해서는 ① 특정한 방식을 갖추고 있거나[6] ② 가치가 있는 약인(consideration)[7]이 존재하여야 한다.

약인이 존재하지 않는 약속, 예컨대 증여 등은 요식 계약에 의하지 않으면 법적 구속력이 없다. 이는 이행이 담보되지 않는 일방적인 약속은 이행할 의무가 없다는 생각이 바탕이 깔려있다. 단순계약(simple or parol contract)은 약인이 존재할 것을 전제로 하여 특정한 방식을 요하지 않는다. 따라서 구두 또는 서면으로 할 수 있으며, 서면으로 할 경우에도 서명을 요하지 않는다. 다만, 제정법에서 서면으로 할 것을 요하거나 경우에 따라서 서명까지 할 것을 요하는 경우도 있다. 그러한 예로서 Bill of Lading(이하 BL이라 한다)[8]나 토지의 매매계약, 사기법에 규정된

1) 예컨대, 소음, 악취를 계속하여 방출하거나 사유지에 물건을 쌓아 놓아, 생활방해 또는 부당방해(nuisance)를 했을 경우에 그 행위 자체를 금지하는 것이다. 금지명령을 하는 경우에 그와 더불어 이미 발생한 손해에 대하여 손해배상도 청구할 수 있다.

2) 예컨대, 특정물을 매수하는 계약을 체결했으나 매도인이 이를 번복했을 때, 매수인은 그 물건을 꼭 갖고 싶은 경우에는 손해배상만으로 적당하지 않다. 이러한 경우에 매도인에게 계약의 이행을 강제시킨다.

3) 해제(rescission)는 계약이 일정한 사유(착오, 사기, 합의의 불성립 등)로 취소할 수 있는 경우에 취소할 권리를 가지는 당사자가 그 계약에 구속되지 않는다는 의사를 표명하는 것이다. 이러한 행위를 해제한다(rescind)고 한다. 이 경우에, 당사자는 원상회복의무를 지므로(status quo ante; restitutio integrum), 이미 지급된 대금이나 물건을 반환하여야 한다(Pettit, Equity and the Law of Trusts, 8th ed., Butterworths, 1997, at 654-656).

4) Peel/Goudkamp, Winfield & Jolowicz on Tort, 19th ed., Sweet & Maxwell, 2014, at 15.

5) Robinson v Harman(1848) 1 Ex 850; Livingston v Raywards Coal Co(1880) 5 App Cas 25.

6) 요식계약(formal contract)의 대표적인 것은 날인증서(deed)에 의한 계약 즉, 날인계약(specialty)이다. 날인 증서에서의 날인(sealing)의 요건은 문맹이 많았고 또한 자필 문자를 판별하기 어려운 시대에 도입된 것으로, Law of Property(Miscellaneous Provisions) Act 1989에 의해 폐지되었다. 현재의 요건은 ① 서면 ② 서명 ③ 입회 증명 ④ 교부 선언의 4가지이다.

7) 약인이란 당사자 일방의 약속에 대한, 타방 당사자의 반대급부(대가) 또는 반대급부의 약속을 말한다.

보증계약 등이 있다.

한편, 당사자 사이의 합의를 존중하는 영국 Commom law에서 '직접적인 계약관계의 원칙' (the Doctrine of Privity of Contract)이 적용된다. 이 원칙은 계약으로부터 발생하는 권리와 의무는 직접적인 계약 당사자만이 부담하며 제3자는 구속하지 못한다는 것이다. 계약위반의 손해배상청구소송에서 피고는 '직접적인 계약관계의 원칙' (the Doctrine of Privity of Contract)을 들어 계약관계에 없다는 주장을 종종 한다. '직접 계약관계의 원칙' (the Doctrine of Privity of Contract)은 1833년 Price v. Easton[9] 사건을 시작으로 해서, 1861년 Tweddle v. Atkinson, 1884년 Gandy v. Gandy, 1901년 Keighley Maxsted & Co. v. Durant, 1915년 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd. 등의 사건을 통하여 일반적인 법 원리로 확립되었다. 예컨대, 정기용선(Time Charter)계약[10]에서 BL이 발행되었을 때, BL 소지인은 손해배상을 선주(Owner)와 용선주(Charterer) 중 누구에게 할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 이는 BL계약의 상대방이 선주(Owner)와 용선주(Charterer) 중 누구인가 하는 문제로서, 계약 당사자 확정에 있어 '직접적인 계약관계의 원칙'에 의해 판단한다. 용선계약에서 선주가 용선주에게 BL발행[11]에 대한 수권을 한 경우에는 용선주는 '선장(선주)을 대신해' BL에 서명함으로써 선주를 해당 BL 계약의 당사자로 할 수 있다.[12] 또한 선박이 나용선계약(Bareboat Charter; Bare Charter; Demise Charter)[13]된 경우에는 디마이즈 조항(Demise clause; Identity of carrier)[14]을 삽입함으로서 선주를 계약의 당사자로 하기도 한다. 영국법상 일반적으로 정기용선이

8) 해운회사가 탁송화물에 대하여 발행하는 화물증권이다.

9) Price v Easton [1833] 4 B. & Ad. 433; 110 ER 518.

10) 일정기간 동안 용선료를 지급하고 선박을 임대하는 계약을 말한다. 정기용선계약이 체결되면, 선주(Owner)는 용선주(Charterer)에게 선박 및 선원을 제공하는 의무를 진다. 따라서 용선기간 중에 선체의 유지, 관리 비용, 선원의 임금, 복지 등은 선주가 부담하고, 항비, 연료, 선적, 양하 작업에 소요되는 경비는 용선주가 부담한다.

11) 영국법에서 계약문서인 BL의 주요한 기능으로 ① 권원증권(a document of title)으로서 기능 ② 화물 수취증(a receipt for the goods)으로서 기능 ③ 운송계약의 증거(evidence of the contract of carriage)로서 기능이 있다.

12) The Berkshire [1974] 1 Lloyd's Rep 185(QB).

13) 선박 자체만을 임차는 것으로서, 용선주가 선박이외의 선장, 선원 기타 장비 및 소모품에 대한 모든 책임을 지는 용선계약이다. 우리나라에서 외국 선박을 나용선하여 우리나라 선원과 장비를 갖추어 다른 나라에 재용선하는 경우가 많이 있다.

14) 용선주가 선하증권을 발급하면서 모든 화물수송 책임을 선주에게 전가시키기 위한 것으로 선하증권 계약 당사자를 선주로 명시하는 조항이다. 즉, 선하증권의 계약 당사자는 오로지 선주이며 용선주는 선주의 대리인에 불과하다는 뜻을 담고 있는 조항이다. 대부분의 선박회사들은 용선선박에 의한 화물수송에서 선하증권에 이러한 조항을 삽입해 놓고 있다. 주의할 것은 영국법에서는 이 조항이 인정되고 있으나, 미국법에서는 인정되지 않는다.

된 선박에서 BL계약상 계약책임은 선주에게 있다. 선주가 BL 계약관계를 부정하려면 BL상에 용선주를 운송인으로 하는 규정이 존재하거나, 선주가 BL발행권을 용선주에게 수권하지 않은 것(수권 범위를 넘어 용선주는 BL를 발행한) 등을 증명하여야 한다. 이러한 예는 The Hector[15]에서 볼 수 있다. 즉, BL상에 용선주를 운송인으로 기재된 것이나 선주의 수권내용에 반한 BL를 발행한 것 등에 의하여 선주는 해당 BL계약의 당사자는 아니라고 판시하였다.

다만 영국에서 제정법은 Commom law에 우선하므로, Commom law상의 '직접 계약관계의 원칙'은 Bills of Lading Act 1855, Carriage of Goods by Sea Act 1992, The Contracts(Rights of Third Parties) Act 1999 등의 제정법에 의하여 완화되고 있다. Common Law상 BL이 발행된 화물운송에서 운송계약은 송하인과 운송인의 계약이며, BL의 피배서인(BL소지인)과 운송인은 약인이 없기 때문에 계약관계가 존재하지 않는다. 그러나 Bills of Lading Act 1855에 의해, 운송인에 대한 BL소지인의 권리는 보증된다. 즉, 운송인의 BL소지인에 대한 계약상의 의무가 확대되었던 것이다. 나아가 동법을 계승한 Carriage of Goods by Sea Act 1992에 의해, 정당한 BL소지인의 운송인에 대한 권리는 강화되었다. 예컨대, 선적 BL이 발행되었을 경우에는 운송인이 화물을 선박에 선적한 증거로 되어, 만일 해당 화물이 실제로는 선적되지 않았다고 해도 운송인은 도착항에서 화물을 요구하는 BL소지인에 대항할 수 없다.[16] 면책규정의 원용에서도, 종래의 영국법원은 '직접적인 계약관계의 원칙'에 따라 기본적으로 BL이나 용선계약 중의 히말라야 조항[17]의 효력을 인정하지 않았다. 예컨대, 독립적인 하역 인부가 하역 중에 화물 등에 준 손해에 대해서, 선주와 용선주 또는 BL소지인의 계약인 히말라야 조항에 근거해, 하역 인부의 책임을 제한하는 것을 부정하였다.[18] 그러나 The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999에 의해 일정 조건하에서 히말라야 조항은 유효로 되었다.[19]

15) The Hector[1998] 2 Lloyd's Rep 287 (QB).

16) The Starsin [2000] 1 Lloyd's Rep 85 at 96.

17) 선하증권 상 운송인의 대리인, 피용자 등 이행보조자의 면책을 규정한 약관으로, 약관의 명칭은 여객선 히말라야호 사건에서 유래한 것이다. 히말라야호는 승선권에 운송인의 피용자에 대한 면책을 기재하지 않아 이에 대한 소송이 제기되었는데, 영국법원은 승선권에 운송인의 피용자 또는 대리인에게도 운송인의 면책약관이 적용된다는 사실이 명시되어 있지 않는 한 운송인의 피용자 등은 이를 주장할 수 없다고 판시하였다. 이에 따라 운송인보다 이행보조자가 더 큰 책임을 부담하는 불합리한 경우가 발생할 수 있으므로, 이를 약관으로 규정한 것이다.

18) Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd [1961] 2 Lloyd's Rep 365(HL).

19) Stuart Beadnall, "Privity of Contract-English law yields at last", The JSE Bulletin No 39 at 31.

Ⅲ. 의무위반과 면책

1. 계약상 의무

(1) 명시적 의무와 묵시적 의무

계약 당사자는 위법하거나 취소할 수 있는 것을 제외하고는 계약상 의무를 자유로이 정할 수 있으며, 이러한 명시적 의무는 법적 구속력이 있다. 다만 당사자는 모든 의무를 계약에서 명시적으로 규정할 수는 없으므로, Common Law 또는 제정법의 암시에 의해 부수적인 의무들이 묵시적으로 계약에 포함된다(incorporated by implication of law).[20] 이러한 묵시적 의무의 예로서 Common Law에서 선주에게 부과되는 감항능력(seaworthiness) 담보의무, 조속한 항해(with reasonable dispatch) 의무, 부당한 이탈을 하지 않을(without unjustifiable deviation) 의무 등이 있다.[21] 이것들은 계약서에 명시되지 않았어도 선주는 그 의무를 이행해야 한다.

한편, 계약 당사자는 이러한 묵시적 의무를 배제하기 위해서 명시적 계약조항으로 면책규정을 둘 수 있으며, 제정법에 의해서도 묵시적 의무가 제한되거나 확대될 수 있다. 예를 들어, Common Law상, 선주의 감항능력 담보의무는 절대적 의무(absolute obligation)로서, 선박의 감항성이 부족하면 그 사실만으로 선주는 의무위반이 된다. 그러나 헤이그 규칙이 적용되는 경우에는 그 의무는 항해 전 및 출항시에 상당한 주의를 다해야 할 의무로 축소된다.[22] 따라서 선박의 감항성이 부족하더라도 선주가 감항성이 있도록 상당한 주의를 다했다면 의무위반이 아니다. 이처럼 특정한 계약 또는 법 아래에서 본래 의무가 내용이 변경되어 그 위반 여부의 문제도 달라진다.

(2) 계약 조항의 다의성

계약 조항이 다의성(ambiguity)을 가지거나 다른 조항과 충돌하여(conflict) 어느 것이 우선하는지에 대해서 당사자의 해석이 일치하지 않는 경우가 있다. 그러한 경우에 계약서에 규정된 의무를 원고 또는 피고의 어느 쪽이 부담하는가에 관해서 다툼이 생기는 경우가 많다. 예컨대, 인부가 하역 중에 화물이나 선체에 손해를 가

20) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] 1 Lloyd's Rep 545 at 552.
21) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 22nd ed., Sweet & Maxwell Ltd 2011, at 89.
22) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 95.

한 경우에, 선주와 용선주 중 누가 책임을 지는가 하는 문제는 계약서에 누가 하역의무를 지는가에 달려 있다. 선박에서 하역의무는 일반적으로 선주에게 있으므로, 그 하역에 따른 손해배상 책임을 배제하기 위해서는 명문규정[23]이 있어야 한다.[24] 단순히 용선주가 하역 인부를 준비하고, 그 비용을 지급한다는 규정만으로는 그 책임을 특정할 수 없다.[25]

The Apostolis (No.2)[26]에서 면사원료 하역 중에 하역인부가 피운 담배로 인한 화재로 화물과 선박에 손해가 발생하여, 하역에 대한 책임을 지는 사람이 선주와 하주 중 누구인지가 문제되었다. 계약서 제3조에서 "…선적(shipment), 적부(Stowage), 짐싣기(loading)의 비용은 하주가 부담한다"고 규정되었고, 제20조는 "하역인부에 의한 손해는 운송인과 하역 인부 사이에서 직접 해결한다"는 취지로 규정되었다. 이에 대하여 판결은 '제20조에서 하역인부에 의한 손해에 대해서 운송인과 하역 인부가 직접 해결한다고 하였으나, 이것은 하주의 책임을 면제할 목적이 아니고, 단지 운송인에게 하역 인부와 우선적으로 교섭할 의무를 부과하는 정도이다'고 하고, 제3조에 의하여 선적 및 적부에 대한 책임은 선주로부터 하주에게 이전한다고 하였다. 따라서 손해배상 의무는 하주가 부담한다고 하였다.

(3) 신의칙

영국 Common Law에서는 구속력이 있는 계약상 의무에 대해서도 그것을 성실하게(in good faith) 이행할 것까지는 요구하지 않는다.[27] 즉, 계약의 교섭 및 그 이행에서 신의성실의 역할을 법원 스스로 인정하지 않고 있다.[28] 대부분의 대륙법계 국가에서 당사자는 계약 체결 및 이행에서 성실하게 행동할 것을 기본원칙으로 인식하여 법에 의무규정을 두어 강제한다. 이는 단지 계약 당사자가 서로 속여서는 안 된다는[29] 것만을 의미하지 않고, 더 나아가 '페어플레이' 또는 '진심어린 교섭'에 따른 효과를 가지는 것이다.[30] 그것은 공정한 거래를 기본으로 하는 원칙인데

23) 이러한 규정은 계약조항에 서술되거나, FIOST(Free In and Out Stowed and Trimmed) 등으로 해서 해당란에 기입한다.
24) Cooke, Voyage Charters, Lloyd's of London Press, 1993, at 270.
25) Cooke, supra, at 265-266, 270-271.
26) The Apostolis (2) [1999] 2 Lloyd's Rep. 292.
27) Mona Oil Equipment and Supply Company Ltd v Rhodesia Railways Ltd[1949] 83 LLRep 178.
28) Lloyds Bank Ltd v Bundy [1974] 2 Lloyd's Rep 366; Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All E.R. 348 at 352.
29) 이것은 모든 법제도 아래에서 인식되는 것이다.
30) 우리 민법 제2조 1항(신의칙)의 입법 취지는 권리침해를 포괄적으로 억제하는 효과를 가진다.

대해, 영국법에서는 당사자가 제기한 부당한 문제에 대하여 해결방법을 모색한다는 접근방법[31]을 취하고 있다.[32] 따라서 영국 Common Law에서 계약위반에 대한 손해배상을 청구하는 경우에, 계약은 이행하였으나 상대방이 성실하지 않았다는 주장은 의미가 없다. 나아가 고의로 계약을 위반해서는 안 된다는 의무도 존재하지 않는다. Photo Production[33]에서 고의 또는 근원적인 위반(deliberate or fundamental breach)이 있는 경우에서도 Common Law상, 피고는 계약의 제외조항에 의해 면책된다고 하였다.[34] Suisse Atlantique[35]에서도 용선주가 고의로 계약위반을 한 경우에 통상적인 초과정체요금 외에 손해배상책임을 지는 것은 아니라고 하였다. 이 사건의 판결요지에서 "계약의 근원적 위반이 있었을 경우에, 제외조항이 적용되는지 여부는 계약의 해석 문제이다"고 하였다.[36]

2. 의무의 위반

Common Law에서 계약상 의무위반이 있는 경우에, 그 위반의 성질 및 결과에 따라 당사자의 2차적 의무가 다르다.

(1) 조건조항(condition clause) 위반

계약의 주요조항에서 중요한 조항을 조건조항이라고 한다. 조건조항의 예로서 선박의 선급, 선명, 기국, 계약당시 선박 위치, 선박에 대한 계약이행의 예정 일시에 관한 기재 등을 들 수 있다.[37] 선박의 적지(積地) 도착 예정일(Estimated Time of Arrival : 이하 ETA이라 한다)이나 선적준비 완료 예정일(Expected Readiness to Load : 이하 ERL이라한다)의 기재도 조건조항이므로, 선주는 상당한 근거를 가지고(on reasonable grounds) 성실하게(in good faith) 그것을 기술하여야[38] 한다.[39]

31) 대륙법계 국가에서는 선재하는 법규정으로부터 개별사안을 연역법적으로 적용하여 해결책을 찾는 예방 조치적 접근방법을 취함에 대하여, 영국법에서는 분쟁이 발생한 경우에 비로소 사건에 대한 해결방법을 찾는 사후 처리적인 접근방법을 취하고 있다.

32) Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All E.R. 348. 참조.

33) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] 1 Lloyd's Rep 545.

34) Photo Production 사건 후에 Unfair Contract Terms Act 1977이 시행되었다. 이 법률의 시행으로 제외조항의 적용에 제한이 더해졌다. 예컨대, Negligence 책임에 대해서 계약상의 제외 조항이 적용이 되는지 여부의 기준으로서 조항의 타당성(reasonableness)이 검토된다.

35) Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime. S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale. [1967] A.C. 361, [1966] 1 Lloyd's Rep. 529.

36) Photo Praduction, supra, at 548.

37) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 90-93.

38) The Mihalis Angelos에서, 베트남 하이퐁에서 ERL이 65년 7월 1일이었으나, 계약 체결일인 65년 5월 25일에 선박이 홍콩으로 향하여 태평양을 항행중이고 홍콩에 6월 25일쯤 도착하더라도 짐 신기에 14일 정도가 예상됨으로 ERL의 견적에 합리성이 없다고 여겨졌다(Kimball, Time Charters, 7ed., informa, 2008, at 82). 또 The Baleares에서도 ERL의 견적에 합리성이 없었다고 여겨졌다(The Baleares [1993] 1 Lloyd's Rep. 215(CA)).

39) The Mihalis Angelos, [1970] 2 Lloyd's Rep. 43(CA).

조건조항의 위반이 있는 경우에는 상대방은 이행거절(repudiation)과 수용(accept), 계약종료(termination of a contract)를 선택할 수 있다. 또한 계약의 존속을 주장하여(affirm the contract) 그 이행을 촉구할 수도 있다. 어느 경우나 상대방은 별도로 손해배상청구권을 가진다. 조건조항을 위반한 경우에 위반자는 계약상 제외조항을 원용할 수 있다. 따라서 계약상 제외되는 위험사유, 예컨대 항해 중에 해상 폭풍우가 발생하여 선박이 늦게 도착하여 ERL를 경과한 경우에, 상대방은 계약을 종료할 수 있지만 위반자가 제외조항을 원용하면 손해배상 청구가 부정된다.[40] 한편, 일방 당사자의 계약상 의무이행이 타방 당사자의 이행의무의 선행조건인 경우에는 이 선행조건이 이행될 때까지는 타방 당사자는 자신의 의무를 이행할 필요가 없다.[41]

(2) 근원적인 위반(fundamental breach)

계약의 근원적인 위반이 있는 경우에는 계약은 종료(termination)되며,[42] 그 때부터 당사자 쌍방은 서로에 대한 계약상 의무가 더 이상 존속하지 않게 된다. 따라서 이미 지급한 대금의 반환의무 등은 생기지 않는다. 계약의 근원적 위반(fundamental breach)의 예로서, Common Law상 선주에게 부과되는 묵시적 의무 중 부당하게 항로를 이탈하지 않을 의무를 위반하는 것을 들 수 있다.[43] 이 경우에 위반자의 상대방은 계약을 종료하고 손해가 있으면 청구할 수 있다.

Photo Production의 하급심에서[44] "계약의 근원적 위반이 있었을 경우에는 위반자는 계약의 제외조항을 원용하지 못하며, 발생한 모든 손해를 배상할 책임을 진다"는 법리를 확립하려고 하였으나 귀족원에서 파기되었다.[45] 따라서 근원적 위반

40) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 93.

41) The Niizuru [1996] 2 Lloyd's Rep. 66(QB).

42) 당사자 쌍방의 책임 없는 사유에 의해서 계약이 이행불능(frustration)으로 된 경우에도 계약은 종료한다(Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 23-24).

43) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 258.

44) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1978] 2 Lloyd's Rep 172(CA).

45) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] 1 Lloyd's Rep 545(HL). 귀족원에서는 "근원적 위반이 있었을 경우에도, 제외 조항의 적용이 있는지 여부는 각각의 계약의 해석 문제이다"고 판시했다.

이 있는 경우에도 일정한 경우를 제외하고 조건조항 위반의 경우처럼, 위반자는 제외조항을 원용할 수 있다.[46]

(3) 보증조항위반

통상의 계약조항은 보증조항(warranty)으로서 그 위반이 있는 경우에도 상대방은 계약을 종료시키지 못하고, 손해가 발생한 경우에 차후에 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다. 즉, 계약상 의무위반의 경우에도 조건조항 위반이나 근원적 위반(fundamental breach)이 아닌 한, 계약은 종료하지 않고 양 당사자는 계약상 아직 이행되지 않은 의무를 이행해야 한다. 따라서 계약상 주된 의무를 위반한 경우에도 계약이 종료되지 않는 한, 상대방은 의무위반자의 의무가 이행될 때까지 자신의 계약상 의무를 이행하지 못한다는 것을 주장하지 못한다.[47]

만일 상대방이 자신의 의무를 이행하지 않겠다고 주장하면, 반대로 본래 위반자에 대하여 이행거절이 될 수 있다. The Nanfri에서,[48] 정기 용선주가 일방적으로 용선료를 공제했기 때문에, 선주는 이에 대항하여 ① BL의 발행 및 서명권한을 용선주에게 주지 않고 ② 'freight pre-paid' BL에 선장이 서명하지 않았고 ③ 모든 BL에 제18조의 유치권을 포함한 계약의 모든 조항을 받아들이도록 용선주에게 요구하는 조치를 취했다. 이러한 BL를 하송인이 거절했기 때문에, 궁지에 몰린 용선주는 선주의 행동을 이행거절로 보고 계약종료의 통고를 하였다. 이에 대하여 귀족원은 "선주의 행위는 계약의 근간에 관련되는 위반이며, 이행거절이었다"고 판시하였다.

(4) 중간조항위반

조건조항과 보증조항의 중간에 위치하는 조항으로서 중간조항(내지 무명조항 : intermediate term, innominate term)이 있다. 이 조항이 규정하는 의무 내용은 매우 다양하며, 위반의 결과가 계약의 근간을 흔들 만큼 중대하면 조건조항으로 파악되며 그렇지 않는 경우에는 보증조항으로 처리된다. 따라서 그 위반이 이행거절이 되는지 여부의 판단이 어렵다.

46) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 258.

47) 다만, 일방 당사자의 계약상 의무이행이 타방 당사자의 의무이행의 선행조건(condition precedent)인 경우에는 그 선행조건이 이행될 때까지 타방 당사자는 의무를 이행하지 않을 것을 주장할 수 있다.

48) The Nanfri [1979] 1 Lloyd's Rep 201(HL).

예컨대 Common Law상, 선주의 의무 중 감항능력 담보의무와 조속한 항해의무를 들 수 있다.[49] The Hongkong Fir에서[50] 감항성 유지에 위반한 것은[51] 계약의 이행거절에 해당하지 않으므로, 용선주는 계약을 종료할 수 없다고 하였다. Universal Bulk Carriers Ltd v Andreet Cie SA에서,[52] 선주는 용선주의 laytime cancelling 단축은 선박 지명의 선행조건이라고 주장하여, 이 통지가 없는 것을 이유로 선박지명을 거부하고 계약을 종료하였다. 그러나 판결은 계약 중에 있는 용선주에 의한 laytime cancelling 단축의 규정은 중간조항으로서, 조건조항은 아니라고 판단하였다.

(5) 의무위반과 2차적 의무의 발생

계약 위반의 경우에 그로 인한 2차적인 의무(secondary obligation)가 발생하는데, 이러한 2차적인 의무는 Common Law 또는 제정법에 의한다. 2차적인 의무 중에 위반자가 손해를 배상할 의무(general secondary obligation)도 포함된다.[53] 기본적으로 계약의 이행의무와 손해배상의무는 구별된다.[54] 또한 계약상 명확히 제외조항이 있거나 제정법에 의한 면책·책임제한이 있으면, 손해배상 책임은 면제되거나 한정된다.[55]

조건조항 위반과 근원적 위반의 경우에 위반자는 피해자의 장래 손해도 배상해야 하는 2차적 의무(anticipatory secondary obligation)를 지며, 상대방이 아직 이행

49) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 89.

50) Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1961] 2 Lloyd's Rep. 478(CA).

51) 사실관계는 다음과 같다. 1956년 12월 26일에 선박이 2년간 정기용선 되었는데, 용선계약 제1조에서 '선박이 모든 면에서 통상의 화물수송에 적절하도록', 제3조에서 '선주는 선박을 완벽하게 가동할 수 있는 상태를 유지하도록', 제13조는 '선주의 책임은 감항성 유지에 상당한 주의를 하지 않거나 선주 측의 작위·부작위·불이행으로 지연되거나 화물의 손해가 발생했을 경우에 한정 된다'는 취지를 규정하였다. 리버풀에서 오사카로 향하는 항해에서 선박은 수리를 위해 장기간에 걸쳐 off hire되어, 용선주가 선주의 계약 위반을 근거로 계약을 종료하였다. 선주는 용선주의 이행거절에 따라 손해배상을 청구하였다.

52) Universal Bulk Carriers Ltd v André et Cie SA [2000] 1 Lloyd's Rep 459(QB).

53) 다만, 발생한 손해와 피해자의 금전지급의무가 계약상 불가분적인 거래로부터 발생하는 경우에는 equity상의 상계(equitable set-off)가 가능하다(Aries Tanker Corporation v Total Transport Ltd [1977] 1 Lloyd's Rep 334(HL); Cheshire/Fifoot/Furmston, Law of Contract, 13th ed., Michael Furmston, 1996, at 528).

54) 다만, 근원적 위반 또는 조건조항 위반에 의하여 계약이 종료했을 경우에는 위반자는 이미 발생한 손해에 대한 배상의무를 지는 것과 동시에 장래 피해자에게 발생할 손해에 대해서도 배상의무를 지고, 쌍방의 아직 이행하지 않은 계약상 의무는 그 이행이 면제된다.

55) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd[1980] 1 Lloyd's Rep 545(HL) at 553. 다만, Unfair Contract Terms Act 1977의 시행으로, 제외조항의 적용에는 한계가 있다.

하지 않은 주요 의무는 이행이 면제된다. 그리고 이러한 2차적 의무(general and anticipatory)조차도 일정한 제한[56] 하에서 당사자는 합의로 배제 또는 수정할 수 있다.

3. 면책

일반적으로 의무위반이 있으면, 다음으로 '의무위반과 손해 사이의 인과관계'가 검토된다. 그러나 법에서 면책규정이 있거나 계약상 명시적인 제외조항이 있는 경우에는 인과관계를 판단하기 전에 면책 여부가 검토된다. (근원적 위반 또는 Unfair Contract Terms Act 1977 등 제정법에 의하여 제외조항의 원용이 금지되는 경우를 제외하고) 의무위반이 있더라도 제외조항을 원용하면 위반자의 책임은 면제되거나 제한된다. 영국법상 절대의무 또는 엄격의무에 대한 위반이더라도, 그것을 배제하는 명확한 규정이 있으면 위반자는 면책될 수 있다. 제정법 중에도 면책 및 책임제한의 규정이 있는데, 예컨대 Merchant Shipping Act 1995에 의해 해사클레임에 대한 선주 등의 책임제한을 규정한 조약인 Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976이 법적으로 효력이 부여된다.[57] 또 시효(limitation)가 있어, 이 기한의 경과 후에는 원칙적으로 배상책임은 소멸한다(extinction of liability).[58] Limitation Act 1980에 의해, 시효기간(limitation period)은 소송 원인이 발생했을 때에 개시하며(when the cause of action accrued), 그 기간은 원칙적으로 6년[59]이다.[60]

56) 이러한 제한은 ① 합의가 법적으로 계약의 성격을 가지고 벌칙을 금하는 equity상의 원칙을 침범하지 않을 것(위반자에게 징벌적 손해배상 책임을 부과하는 것을 금지), ② 규정이 명확하고 그 해석은 엄격하게 되어야 할 것이라는 2가지이다.

57) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 402.

58) 이 외, 피고의 손해배상 책임/원고의 소권이 소멸하는 경우로서 ① 원고의 권리포기(waiver) ② 피고의 대물변제(accord and satisfaction) ③ 확정판결(final judgment)에 의한 소권(right of action)의 소멸이 있다(Cheshire/Fifoot/Furmston, supra, at 651; Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 15th ed, Sweet & Maxwell 1998 at 883~886).

59) 불법 행위에 의한 경우도 계약위반의 경우와 마찬가지로 시효기간은 원칙적으로 6년이지만, 불법행위에서는 그보다 단기의 규정을 둔 경우가 많다. 예컨대 Negligence에 의한 인신 상해의 경우에는 3년이 된다. 다만, 기간의 진행시점은 계약 위반의 경우는 의무 위반 시이며, 불법행위의 경우에는 원칙적으로 손해의 발생 시이다. 따라서 동일한 손해에 대해 배상 청구를 하는 경우에서도 계약 위반에 의한 경우와 불법 행위에 의한 경우에서 기한의 제한을 받는 경우와 받지 않는 경우가 존재한다(Peel/Goudkamp, supra, at 51 and 888).

60) 당사자의 합의 또는 법률에 이것보다 단기간이 정해진 경우에는 그에 따른다. 나아가, 법원은 재량으로 기한 경과 후의 청구를 인정할 수도 있다. 날인계약상의 채무불이행은 시효기간이 12년이다(Cheshire/Fifoot/Furmston, supra, at 652).

Ⅳ. 인과관계

계약위반에 기한 손해배상청구에서 '당사자 사이에 계약관계의 존재', '의무의 위반'이 증명되면, '의무 위반과 손해 사이에 인과관계가 존재'하여야 한다. 인과관계(causal connection)는 사실문제(a question of fact)로서, 구체적 사례의 사실인정에 대하여 법관이 그 심증에 의해 판단한다.[61]

불법행위에 기한 손해배상의 경우에는 원고는 보다 개연성이 있다는 논거로(on the balance of probabilities) 인과관계를 증명하면 되지만,[62] 계약위반에 기한 손해배상청구에서는 의무위반과 손해 사이에 실효적이고 실질적인(effective and substantial) 인과관계를 요한다.[63] 일반적으로 계약상 의무위반과 손해 사이에 인과관계의 성립을 부정하거나 불확실하게 하는 증명으로 다음과 같은 것이 있다.

1. 장래 손해를 흡수하는 요인

해당 의무위반에 의해 장래 발생하는 손해가 다른 독립된 위반이나 사정으로부터 발생하는 손해에 흡수되어 버리는 경우로서, 독립한 위반이나 사정으로서 병존원인과 병존주원인이 있다.

(1) 병존 원인(concurrent causes)

같은 시기 또는 잇따른 여러 원인이 동일 또는 중복된 손해를 발생시키는 경우를 병존원인이라고 한다. 병존원인의 경우에 장래 발생할 손해에서 중복한 부분에 대해서는 시간적으로 앞선 위반이 인과관계를 형성하고, 뒤따르는 위반에 의한 배상책임은 인정하지 않는다.

병존 원인에 대한 사례로서 Fairweather (H) v London Borough[64]이 있다. 이 사례에서 건설공사가 81주간 지연되었는데, 중재인은 건축이 지체된 81주를 스트라이크 등 계약상 인정되는 상호면책사유에 의한 것으로 판단하여 모든 지체 기간을 스트라이크에 의한 지체로 인정했다. 이에 대하여 수급인은 건축이 지연된 원인 중 일부는 발주자 측 설계자의 지시에 원인이 있었다고 하여 병존 원인에 기한 상

61) Dunn, The Law of Damages, Stewart Dunn 1999, at 11.

62) Apostolis, "The English Law of Damages, ", JSE-SRT Maritime Law Lectures 2000, at 15.

63) Apostolis, supra, at 4.

64) H. Fairweather & Co Ltd v London Borough of Wandsworth [1987] 39 BLR 106(QB).

소를 하였다. 이에 대한 판결은 “스트라이크를 지연에 대한 지배적인 원인(dominant test)로 하는 것은 옳지 않다”[65]고 하였다.[66] 이 판결에 의해, 처음으로 발주자 측 설계자의 지시에 기인한 공사지연(선행원인)이 있으면, 공사 지연으로 수급인에게 장래 발생하는 손해에 대해서는 병존 원인(스트라이크에 의한 지연)에 의한 배상 책임의 재배분이 가능해지게 되었다.[67]

이해의 편의를 위하여 불법행위에 기한 병존원인으로서 The Haversham Grange[68]의 예를 살펴본다. Maureen호가 다른 선박에 의하여 충돌당한 후에 Haversham Grange호에 의하여 다시 다른 곳을 충돌 당하였다. 각각의 손상을 따로 수리하는 경우에 최초 사고 수리가 22일, Haversham Grange호에 의한 사고수리에는 6일이 필요했지만, 수리는 동시에 진행했기 때문에 도크기간은 22일에 끝났다. 이에 대한 판결은 Haversham Grange호는 2번째의 사고에 책임이 있으므로 그 부분의 수리비를 부담해야 한다. 그러나 피해선박의 6일간 이익상실에 대해서는 최초의 사고에 의한 22일간의 이익 상실과 동일 또는 중복하는 손해로서 Haversham Grange호는 책임이 없다고 하였다. 그런데 이 사건에서 반대로 Haversham Grange호가 일으킨 사고의 수리기간이 22일을 필요로 하고 다른 선박의 충돌로 인한 수리가 6일을 요하는 경우에는 다른 선박은 6일간의 불가동 손실에 대한 배상책임을 진다.[69]

(2) 병존 주원인(Supervening Cause)

의무위반을 하였으나 후행하는 독립적인 다른 원인에 의해 손해가 발생하여, 이로 인하여 의무위반에 따른 장래의 손해가 회피되는 경우이다. 이는 해당 의무위반에 따른 손해 자체가 발생하지 않는다는 점에서 병존원인과 다르다.

계약위반에 관한 사례를 찾기 어려워 불법행위에 관한 The Glenfinlas[70]을 보기로 한다. 이 사건에서 선박이 사고를 당하여 수리가 필요하였으나, 수리를 하기 전에 다른 원인으로 선박이 해상에서 침몰되었다. 이에 대하여 판결은 “이미 선박은

65) H. Fairweather & Co Ltd v London Borough of Wandsworth [1987] 39 BLR 106 at 120 per Judge Fox Andrews.
66) 자세한 내용은 Chappell, Building Contract Claims, 4ed. Ingramlight Properties & John Sims 2005, at 25.
67) Dunn, supra, at 21.
68) The Haversham Grange [1905] at 307.
69) 이 규칙을 the first in time rule이라고 하며, 지배적 원인의 기준(dominant test)과 구별된다(Dunn, supra, at 20).
70) Glenfinlas, The [1918] P 363n; [1918-19] All ER 365n.

수리를 할 필요가 없게 되어, 선박이 침몰되지 않았으면 수리기간 중에 발생될 예정인 손실(the prospective loss)은 병존주원인에 의해 회복이 불가능하게 되었다. 다만, 수리비는 침몰시 선박의 가치가 그 만큼 감소하고 있어, 가해자로부터 회수가 가능하다”고 하였다.

2. 인과관계의 단절

해당 위반행위 뒤에 발생한 다른 위반이나 사정 때문에, 손해가 그 위반행위에 밀접하게 기인한다고 할 수 없는 경우이다. 이에는 위반행위와 손해의 인과관계가 희박한 경우, 독립참가원인이 발생하여 피고가 손해를 예견할 수 없는(unforeseeability) 경우, 원고에게 기여과실(contributory negligence)이 있는 경우, 원고가 손해경감의무(duty to mitigate)를 게을리 한 경우 등이다.

(1) 원격성(remoteness)의 기준

계약위반에 따른 손해배상청구권은 ‘인과관계의 원격성(remoteness) 기준’에 따라 위반에 의하여 통상적으로 발생하는 손해 또는 위반의 통상적인 결과로서 계약당사자가 계약시에 합리적으로 예상한(contemplated) 손해로 한정된다.[71]

‘인과관계의 원격성’ 기준은 Hadley v Baxendale[72]에서 비로소 정하여 졌다. 이 사건은 제분소에 하나밖에 없었던 크랭크축(crankshaft)이 파손되어 조업이 정지되었다. 이에 수리를 위하여 피고 운송인에게 약속한 기일까지 크랭크축을 수리업자(제조자)에게 인도할 것을 의뢰하였다. 운송을 의뢰받은 피고는 약속한 기일까지 크랭크축을 수리업자에게 인도하지 못하였는데, 피고는 파손된 크랭크축이 제분소가 가지고 있던 유일한 것이라는 것을 몰랐다. 원고 제분소는 크랭크축이 지연 없이 수리업자에게 인도해졌더라면 얻었을 이익을 상실했다고 하여 손해배상을 청구하였다. 이에 대한 판결은 “일방 당사자가 계약을 위반한 경우에 그 위반으로 인한 손해배상액은 위반으로 당연히 발생한다고 생각되는 금액, 또는 계약체결 시에 위반의 통상적인 결과로서 예상했다고 생각되는 금액으로 한정된다. 계약체결 당시 당사자 사이에 특별한 사정이 통지되었을 경우에 계약위반으로 발생하는 손해의 예상금액은 통지된 특별한 사정아래에서 통상적으로 발생하는 손해액이다. 한편, 계약의 위반자가 그러한 특별한 사정을 전혀 모르는 경우에는 위반자가 예기

71) Apostolis, supra, at 7.
72) Hadley v Baxendale [1854] 9 Exch 341.

한 것은 기껏해야 위반으로부터 통상적으로 발생하는 손해액, 대부분의 경우 특별한 사정에 영향을 받지 않는 손해액이다."고 하였다. 즉, 피고 운송인이 인지한 사실만으로는 파손된 크랭크축의 배송이 지연되었을 경우에 제분소의 이익상실을 증명하는 것에 충분하지 않다고 하여 그 청구를 기각하였다.

The Heron Ⅱ[73]에서는, 설탕을 실은 선박이 항로이탈을 하여 도착지 Basra에 늦게 도착하여 용선주는 설탕의 시장가격 하락에 따라 손해를 입었다. 선주는 선박이 Basra에 도착한 후 용선주가 신속하게 화물을 전매하려는 의도를 가지고 있다는 것을 몰랐다. 이에 대한 귀족원 판결은 "계약 체결시에 운송인이 입수 가능한 정보에 의하여 계약위반으로 해당 손해가 발생할 수 있다는 것을 충분히 인식하여야 하는 가 여부가 쟁점이다. 손해가 위반으로부터 당연히 발생하거나 또는 그 손해가 운송인이 예상하는 범위 내에 있었다는 것, 적정하게 인정할 수 있는지 여부이다. 선주는 Basra 도착시에 시장가격으로 설탕이 매매될 가능성을 충분히 인식하지 않으면 안 되었다. Hadley v Baxendale의 기준에 비추어, 이 사건에서 의무위반은 이익 상실에 대한 원인이라고는 할 수 없다"고 하여, 선주는 Basra에 설탕시장이 있는 것은 알고 있었다는 것을 이유로 용선주의 청구를 인용하였다.

요컨대, 이른바 파생적 손해(consequential damage)는 일반적으로 계약 당사자가 예상한 범위 내에는 포함되지 않으며, 계약 위반자가 해당 파생적 손해가 생길 수 있는 것을 파악하는 특별한 사정이 있는 경우에만 손해배상의 범위에 포함될 수 있다.

(2) 독립참가 원인(intervening causes)

의무위반이 있고 그것과 관련하여 다른 행위 · 사건(원인)이 발생하여 결과에 영향을 주는 경우를 독립참가원인(intervening cause)이라고 한다.

그 원인이 예견 불가능한(unforeseeable) 경우에는 인과관계는 단절되어, 위반자는 독립 원인에 의해 생긴 손해에 대해서 배상책임을 지지 않는다. 이것은 원고의 행위(consequential acts)와 제2의 행위 · 사건(consequential events)으로 나누어 분류되기도 한다. Monarch Steamship[74]사건에서 선주는 감항성이 부족한 선박을 제공하였다. 선박은 화물을 싣고 1939년 7월에 스웨덴에 도착할 예정이었지만, 수리 때

73) Czarnikow v Koufos (The Heron Ⅱ) [1969] 1 AC 350.

74) Monarch Steamship Co Ltd v Karlshamns Oljefabriker(A/B) [1949] AC 196(HL). 본건은 계약위반에서의 독립 참가 원인의 예견 가능성을 판단한 Leading Case로 여겨진다.

문에 9월까지 지연되었다. 그 사이에 제2차 세계대전이 발발하여, 선박은 Glasgow에서 짐을 신도록 명령받았다. 이에 대한 귀족원 판결은 "선주의 의무위반으로 선박의 감항성이 부족하였기 때문에, 수리를 피할 수 없었다. 수리가 필요 없었다면, 제2차 세계대전 발발 전에 선박은 목적지 스웨덴에 도착할 수 있었다. 선주는 임박한 세계대전 발발의 국면에서, 선박이 공출될 것을 합리적으로 예견할 수 있었다. 전송 비용은 피고 선주의 계약위반에 따라 생긴 것으로 그 위반의 직접적인 당연한 귀결이다"고 하여 피고 선주가 세계대전의 발발을 예견할 수 있었다고 해서 용선주가 입은 전송비용 등의 손해배상을 명하였다.

(3) 기여 과실(contributory negligence) 및 손해경감의무(duty to mitigate)

피고의 의무위반과 더불어 원고의 행위가 피고의 의무위반과 결합하여 손해를 발생시켰을 경우에 기여과실(contributory negligence) 또는 손해경감의무(duty to mitigate) 위반이 될 수 있다. Law Reform(Contributory Negligence) Act 1945에서는 손해배상 청구권자에게 기여과실이 있는 경우에 그에 따라 배상액이 감액된다. 다만, 동법의 적용은 계약위반과 불법행위의 양자 모두 청구할 수 있는 경우에 한정된다. 계약위반으로만 청구할 수 있는 경우에는 적용되지 않으며, 이러한 경우에는 통상의 인과관계로 해결한다.[75]

계약위반으로 인한 손해배상에서 기여과실이 있는 경우에 인과관계가 단절될 수 있다. 원고의 행위가 인과관계를 단절하는가 여부의 기준으로서 일반적으로 원고가 행한 행위의 타당성이 검토된다.

기여과실과 관련하여 Campania Naviera Maropan[76]의 사례를 본다. 용선주가 선장에게 선적항으로서 지정한 항은 선박에 안전하지 못한 항이었다. 선장은 지정된 항구가 안전한 항이 아닌 경우에는 용선주의 지시를 따르지 않아도 되지만, 이 지시를 따라 행동한 결과 손해가 발생한 경우에는 용선주는 손해배상을 하여야 한다. 이 사건에서 선장은 용선주가 준비한 도선사(pilot)의 조언을 신뢰하여 용선주의 지시에 따랐다. 입항 후에 선박은 바위 근처에 계류되었지만, 그때에 강풍으로 인하여 안정성을 잃었다. 선박의 손상을 두려워한 선장은 보다 안전한 장소로 이동하기 위해 계류를 풀었을 때 좌초되었다. 선장이 지시를 받아 수용한 행위가 용

75) Peel/Goudkamp, supra, at 234-235.

76) Compania Naviera Maropan S.A. v. Bowater's Lloyd Pulp & Paper Mills Ltd. [1955] 1 Lloyd's Rep. 349(CA); [1955] 2 Q.B. 68.

선주의 지시와 선박의 손해와의 인과관계를 단절시키는지 여부가 검토되었다.

이에 대하여 항소법원은 "이것은 인과관계의 문제이다. 만일, 선장의 행위가 주위 상황에 비추어 부적절한 결과 손해가 발생했을 경우 또는 선장이 손해 경감의 의무를 게을리했을 경우에는 용선주는 손해배상 책임을 면한다. 그러나 주위 상황으로부터, 선장이 용선주의 지시를 받아 수용한 행위는 타당하다. 선박의 좌초는 용선주의 계약위반으로부터 발생한 당연한 귀결이었다"고 하여 용선주는 원고인 선주에게 손해배상을 하도록 하였다.

The Nogar Marin[77]에서는 인과관계의 단절을 인정하였다. 선재(wire rod)의 운송에서 용선주가 준비하고 선박 대리점이 서명한 BL에는 화물이 외관상 양호한 상태로 선적되었다고 작성되어 있었다. 선박은 탄파에서 짐을 싣고, 뉴올리언스로 향했으나 화물에 녹(rusty)이 발생하여 수화인에 의해 거부(arrest)되었다. 판결은 '이상 없음(clean)'이라고 적화 수취증명서(mate's receipt)에 서명한 선장이 의무위반을 하였기 때문에 인과관계는 단절된다고 하였다.

영국법상 계약위반은 '예정'되어 있지만, 계약위반이 된 시점에서 위반자의 상대방에게는 Common Law에 의해서 의무가 부과된다. 그 중 하나가 손해경감의무(duty to mitigate)이며, 피해자가 이러한 의무를 게을리 한 경우에는 그에 따라 생긴 손해부분에 대해서는 회수가 부정된다. 이 법리의 배경은 첫째로 자원 낭비를 방지하고, 둘째로 목적 달성을 위한 수단으로서 법원을 1차적으로 이용하는 것을 금지한다는 이념이다.[78]

이처럼 영국법에서는 계약위반을 당연한 것으로 하는 한편, 손해경감의무를 부과함으로서 계약위반에 따른 손해발생의 확대를 방지하고 있다.[79] 다만, 계약 위반에 대해서는 위반자의 의무 위반이 아직 발생하지 않은 단계에서는 상대방에게 손해경감의무는 생기지 않는다. 또, 그 의무는 손해경감을 위해서 타당한 수단을 강구하는 것만으로 충분하다. 적당한 수단을 강구하는 한, 거기에 필요한 비용이나 만일 오히려 손해가 커졌을 경우에도 원고는 그것을 회수할 수 있다.[80]

1차적 해결수단으로서 법원을 이용하지 않는다는 원칙은 특정 의무위반이 있을

77) The Nagar Marin [1988] 1 Lloyd's Rep 412(CA).

78) Apostolis, supra, at 11.

79) 예컨대 용선주나 매수인에 의해 선박의 용선계약이나 매매계약이 일방적으로 cancel되었을 경우에, 선주에게 다른 곳을 찾도록 노력하는 의무가 부과되며, 그에 따라 얻은 이익은 손해배상액으로부터 감액된다.

80) Apostolis, supra, at 11.

경우에, 거기에 따른 손해 배상으로서 미리 지급액을 결정해 두는 것에서도 볼 수 있다. 즉, 계약서에 예정 손해배상액(liquidated damages)을 미리 규정하는 것이다.[81]

Ⅴ. 손해배상액 산정

계약위반에 따른 손해배상청구소송에서 원고가 앞의 요건을 모두 증명하였을 경우에 법원은 최종단계로서 손해배상액의 산정(assessment of the amount of damages)을 한다. 이것은 원고에게 발생한 손해 중 어느 만큼이 피고의 위반행위로 인한 것인지를 판단하는 것으로, 인과관계에 의해 확립한 위반자의 배상책임에 대해서 그 범위(the extent of the wrongdoer's liability)를 정하는 것이라고 할 수 있다.[82] 손해배상액을 결정할 때에 법관(또는 중재인)이 채택하는 것이 손해배상액 산정기준(measure of damages)이다.

원고는 개연성에 따라 손해가 발생되었다고 추정할 수 있는 증거를 제출할 의무를 진다. 법관은 그 증거에 의하여, 피고의 위반행위의 결과로 원고가 입었다고 합리적으로 추정되는 금액을 정한다.[83] 여기서 현실손해를 정확하게 반영한 인정액을 산출하는 것은 어렵다.[84] 따라서 인과관계가 있는 손해액이 일목요연한 경우나 손해가 전혀 생기지 않은 것이 분명한 경우를 제외하고, 특히 기회 상실에 의한 배상청구 등의 경우에 법원은 손해배상청구소송의 가장 어려운 단계에 들어가게 된다.[85] 손해액의 증명 및 산정이 어렵기 때문에, 현실적으로 피고의 의무위반으로 원고에게 어떤 손해가 발생한 것이 증명되면 법원은 그것이 '어림짐작(guesswork)'으로도 최선을 다하여 손해배상액을 간주하는 방법으로 인정해야 한다.[86] 계약이

81) 예로서 항해 용선계약 중의 초과 정체 요금 규정이 있다(Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 298).

82) 인과관계의 인정 및 피고의 배상책임의 인정과 손해배상 범위는 본질적으로 다르다. 전자는 위반에 밀접하게 기인한 손해가 발생할 수 있는 것의 이유 부여뿐이며, 청구 금액을 정하기 위한 필요충분조건은 아니다. 후자는 인과관계를 포함한 다른 요건이 갖추어진 다음에, 위반이 어느 정도 손해를 가져왔는지를 구체적으로 결정하는 것이다. 따라서 손해액은 손해배상액과 반드시 동일하다고 할 수 없다.

83) 인과관계 및 예견 가능성 인정의 경우 같이 손해배상액의 인정도 사실문제(a question of fact)로 여겨진다(Dunn, supra, at 71).

84) Dunn, supra, at 74; Thompson and Others v Smiths Shiprepairers (North Shield) Ltd [1984] 1 All ER 881(QB).

85) Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786(CA); Ratcliffe v Evans [1892] 2 QB(CA).

86) Dunn, supra, at 75; Chaplin v Hicks, supra; Thompson and Others v Smiths Shiprepairers(North

나 법에 의하여 책임이 제한되는 경우에는 인과관계가 있는 손해액을 인정한 후, 제한액 한도에서 피고에게 손해배상을 명하게 된다.

원고가 손해에 대한 증명을 하지 못하는 경우에는 원칙적으로 청구는 부정된다. 따라서 피고는 '원고가 손해를 증명하지 못한다'는 항변을 할 수 있다. 다만, 법원은 원고에게 손해가 전혀 생기지 않은 경우에도 명목적 손해배상(nominal damages)을 인정할 수 있다.

1. 손해의 증명책임

손해의 증명책임과 관련하여 Government of Ceylon v Chandris[87] 사건을 본다. 이 사건에서 60,795가마니의 미곡을 피르마에서 콜롬보로 운송하는 BL이 발행되었다. 선박은 1958년 6월 29일에 하역지에 도착했지만, 선박 혼잡(Port Congestion)으로 9월 4일까지 하역을 개시하지 못하다가 11월 7일에 간신히 하역을 종료하였다. 용선주는 120일간에 이르는 초과정체요금 책임을 인정했지만, 화물에 통풍 부족 및 결로·해수에 의한 유손(Wet Damage)이 생겼는데 그 원인이 선박 불감항에 있다는 것 등을 이유로 선주에게 구상하였다. 중재인은 유손(Wet Damage)에 대해서 짐깔개(dunnage)나 공조(air conditioning)의 부족 등 선박의 문제와 항만폭주(port congestion)에 의한 장기체선이라는 요인을 들었지만, 선주가 자신의 책임으로 귀속될 수 없는 요인에 의하여 생긴 손해비율을 증명하지 못한 것 등을 이유로 하여 선주에게 전액 배상을 명하였다. 이에 대하여 법원은 "용선주의 계약위반에 의해 화물에 대한 손해가 발생하였다. 용선주는 선주가 책임지는 손해 이상의 손해에 대해서, 증명 책임을 부과하지 못하다. 중재인은 주된 증거에 의해서 각 당사자의 위반에 따라 생긴 손해의 비율을 추정할 수 없을 때에 비로소 증명책임의 원칙에 근거하여 판단할 수 있다"고 하여 화물 손해의 모든 가능성 있는 원인에 대해 재심리 하도록 판단을 중재인에게 환송하였다.

2. 손해배상액의 산정 기준

손해배상의 원래 목적은 '원고를 해당 권리침해가 없었던 상태로 재산면에서 복귀시키는' 것이다.[88] 따라서 이러한 원칙을 적용하면 건설계약에서 수급인이 계약

Shield) Ltd, supra.

87) Government of Ceylon v Chondris [1965] 2 Lloyd's Rep 204(QB).

88) Robinson v Harman(1848) 1 Ex 850; Livingston v Raywards Coal Co [1880] 5 App Cas 25.

한 대로 건설하지 않은 경우에는 계약 취지에 따른 건축물을 만들기 위해 필요한 비용이 손해액이다. 그러나 법원은 이러한 원상회복이 아니라 차액을 손해배상액으로 하는 경우가 많다. Ruxley Electronics[89]에서의[90] 귀족원 판결은 "결함을 바로잡는 비용이 달성되어야 할 목적에 비하여 어울리지 않는 때에는 계약대로 건설되었다면 가졌을 가치와 현재 가치의 차액에 의해서 손해액을 산정한다. 건설 계약의 목적물이 개인적 기호를 만족시키기 위해서 있는 경우, 그러한 기호를 채울 수 없었던 위반에 대해서, 손해배상액을 산정하는 유일한 기준은 원상회복의 비용은 아니다"고 하여 건축물의 수리비가 원래 달성되어야 할 건축물의 가치에 비추어, 현저하게 어울리지 않은 경우에 손해배상액은 건축물의 가치 차이에 의해 산정된다고 하였다. The Apostolis(No.2)[91]에서도 방론이지만, 선박 화재로 손해가 발생하여 수리하지 않고 매선 되었을 경우에, 수리비 상당액이 아니고 가치의 감소액에 의해 손해액이 산정된다고 판시하였다.

3. 손해배상과 책임제한

The Starsin[92]사건에서 말레이시아로부터 안트워프(Antwerp) 등으로 목재 및 합판의 운송과정에서 목재에 유손이 생겼다. BL상의 통지처 회사가 습기찬 목재와 건조한 목재의 혼재 내지 짐깔개(dunnage), 공기순환의 부적절이라는 적하불량에 의해 결로가 생겨 화물에 손해를 입었다고 주장하면서, 선주에 대해 BL 계약위반 또는 불법행위에 근거해 손해배상을 청구했다. 법원은 피고 선주는 BL계약의 당사자는 아니지만, 화물을 적절히 취급할 의무를 위반하여 손해가 발생시켰다고 하여 선주에게 Negligence에 의한 배상책임이 있다고 판시하였다. 그러나 이 사건에서 법원은 손해배상액 산정에서 어려운 문제에 직면하였다. 선주에 의한 BL 계약 위반을 인정하면 손해액 전체에 대해 선주에게 배상을 명해야 하지만, 선주의 불법행위 책임으로서 인정하여 화물 권원의 이전시 이후에 발생한 손해에 대해서만, 선주 책임이 되었기 때문이다.[93] 판결은 우선 운송 중에 발생한 손해의 비율을 인

89) Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 344(HL).

90) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 건축주는 수영용 풀의 건설을 수급인에 계약으로 의뢰했다. 수급인이 풀을 완성했지만, 건축주가 대금을 지급하지 않았기 때문에, 수급인이 소를 제기하였다. 이에 건축주는 완성된 풀이 계약서 스펙에 비해 수심이 얕아 다이빙에 적합하지 않다는 것 등을 이유로 계약 위반을 주장하여, 풀을 철거하고 다시 건축하는 비용을 수급인에 반대로 청구하였다.

91) The Apostolis (2) [2000] 2 Lloyd's Rep 337, at 348(CA).

92) The Starsin [2000] 1 Lloyd's Rep 85(QB).

정한 후, 항해 중 결로의 진행 정도를 고려하여 손해액 산정의 기초로 하고 있다.

판결내용은 다음과 같다. "확정적인 증거는 없지만, 서증, 감정인의 증언 등에서 선적 전에 이미 발생한 손해는 전체의 15%를 넘지 않는 것으로 추정한다. 나머지 85%의 손해에 대해서도 확실한 사정 방법은 없다. 감정인의 증언 등에서, 도착항 가까이 보다 한랭인 해역에 들어가기까지 그 안의 60%의 손해가 서서히 균등하게 발생해, 한랭인 해역에 들어가고 나서는 나머지의40%의 손해가 균등하게 발생한 것으로 인정된다. 원고는 화물 권원을 취득한 후에 발생한, 결로에 의한 화물 손해에 대해서, 헤이그 규칙상의 패키지 당 책임제한액을 상한으로 불법행위책임에 근거해, 선주로부터 손해배상을 받을 권리를 가진다. 다만, BL의 이전하는 날을 증명할 수 없는 청구에 대해서는 이것을 기각한다." 이 사건에서 피고 선주는 운송인인 정기 용선주에 대해서, 계약서 중 히말라야 조항의 '독립적인 계약자'에 해당된다고 여겨지고 Negligence로부터 생긴 화물 손해의 배상 책임에 대해서, 동항의 규정에 의해, 헤이그 규칙상 또는 동 규칙 제3(8)조에 반하지 않는 한에서 BL상의 방어, 책임 제한을 향수할 수 있는 것으로 여겨졌다. 이것에 의해, 패키지 당 100 파운드의 책임제한이 인정되었다.

4. 명목적 손해배상(nominal damages)

법원은 원고에게 손해가 전혀 생기지 않은 경우에도 피고에게 의무 위반이 있었을 때에는 피고에게 손해배상을 명하는 경우가 있는데, 이것을 명목적 손해배상(nominal damages)이라고 한다. 부당침해(trespass)나 특정 형태의 명예훼손(defamation)은 그 자체만으로 배상청구권을 발생시키는(actionable per se) 불법행위로 여겨져, 원고가 피고에게 이러한 행위가 있었다는 것을 증명하면 손해발생 기타 요건을 증명하지 않아도 된다. 이러한 경우 실제 손해는 증명하기 어렵고, 어떠한 손해가 발생했다는 추정(presumption) 아래에서 명목적 손해배상이 인정된다.[94]

명목적 손해배상이 인정되는 경우로서 ① 권리침해를 받았지만, 거기에 따라 아무런 손해를 입지 않은 경우 ② 입은 손해가 피고의 행위로부터 라기 보다는 원고 자신의 행위에 의해서 생겼을 경우 ③ 원고가 손해액 인정 때문이 아니라, 자신의

93) 다만 이 사건의 항소심(2001. 1. 23. 판결, LMLN 554호)에서 다수의견으로, 본 BL는 선주의 BL이라고 하여 선주는 화물 손해에 대한 계약 책임을 지는 것으로 되었다. 또, 선주가 불법행위를 범한 것은 선적 시에, 그보다 이후에 BL에 의해 화물권원을 취득한 원고에 대해서는 선주는 불법행위에 근거할 책임을 지지 않는다고 여겨졌다.

94) Peel/Goudkamp, supra, at 743; Dunn, supra, at 76.

권리 확립을 위해서 소송을 제기했을 경우이다.[95]

5. 손해배상의 예정

계약서에 손해배상 예정(liquidated damages)에 대한 규정을 두는 경우가 있다. 이것은 일방당사자의 특정 의무 위반이 있었을 경우에, 거기에 따른 손해배상으로서 상대방에게 일정 금액을 지불하는 것을 미리 결정해 두는 것이어, 대표적인 예로서 항해 용선계약 중의 초과 정체 요금규정을 들 수 있다.[96]

영국법상 약정된 Laytime 중에 하역을 완료하지 못한 경우, 용선주는 계약을 위반한 것이 된다. 약정된 Laytime 중에 하역이 완료되었다면 선박은 다음 항해를 하여 수입을 얻을 수 있으므로, 계약위반에 따른 손해배상의 예정으로서 초과정체요금의 액수를 결정할 수 있다. 다만, 영국법은 계약위반 및 손해배상에 대하여 너그러운 태도를 취하고 있으므로, 사적 자치를 존중하는 영국법원도 한도를 넘는 징벌적인 성격의 손해배상예정은 원칙적으로 집행하지 못한다.[97] 손해배상예정을 집행하기 위해서는 당사자가 그 액을 정할 때에 위반으로 발생될 손해에 관하여 '성실한 예정(a genuine pre-estimate)'을 하여야 한다.[98] 손해배상예정액이 '성실한 예정액'으로 볼 수 없는 경우에 그것은 '징벌(penalty)'로 판단하여 법원은 이것을 집행하지 않는다. 이 경우에는 Common Law의 원칙에 따라서, 적정한 배상액이 결정되게 된다.[99] Dunlop Pneumatic Tyre[100]에서 손해배상예정이 징벌적인지의 판단 기준을 제시하고 있다. 즉, ① 계약문언만으로 판단하지 않고[101] ② 계약체결 당시의 상황을 검토하여 징벌적인지 여부를 판단하며 ③ 계약위반으로부터 생길 수 있는 최대 손해와 비교할 때, 지나치게 불합리한 예정액은 징벌로 간주한다는 것이다.[102]

95) Apostolis, supra, at 4. 다만, 실 손해액을 증명할 수 없는 청구는 손해배상 법리의 대원칙에 근거해, 어떠한 손해배상도 인정되어서는 안 된다는 비판도 있다(Dunn, supra, at 77).

96) Eder/Foxton/Burrows/Boyd, supra, at 298.

97) 다만, 양 당사자가 대등한 입장에서 교섭한 결과, 비교적 고액의 손해배상예정액을 계약서에 정했을 경우에는 법원은 이것을 집행하는 경향에 있다.

98) Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v Castaneda [1905] AC 6.

99) Dunn, supra, at 7. 이 경우, 통상의 손해배상 청구소송과 실질적으로 차이가 없게 된다. Craig v M'Beath(1863) 1 M 1020; Cooden Engineering Co Ltd v Stanford [1953] 1 QB 86, [1952] 2 All ER 915; Bridge v Campbell Discount Co Ltd [1962] AC 600, [1962] 1 All ER 385; Jobson v Johnson [1989] 1 All ER 613(CA).

100) Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd [1915] AC 79.

101) 계약서에 "예정된 손해배상은 계약 위반자에 대한 벌칙(penalty)으로 정해진 것이 아닌" 취지를 명확히 규정하는 경우가 있지만, 법원은 그 문언에 의하지 않고 규정된 금액이 실제로 징벌인지 여부를 판단한다.

Ⅵ. 결어

지금까지 영국법에서 계약상 의무위반에 따른 손해배상법리에 대하여 주마간산(走馬看山)으로 살펴보았다. Common Law는 방대한 판결을 추상화하여 그 축적으로부터 귀납적으로 법을 도출하므로, 개별 안건에 대한 해결책으로서 무엇이 정당한지를 이해하기 어려운 면이 있었다.

영국 Common Law에서는 우리 계약법상 손해배상법리와 달리 계약위반도 거래에 포함되기 때문에 고의로 계약위반을 해서는 안 된다는 의무는 존재하지 않는다. 즉, 계약당사자는 계약위반을 '예상된 것'으로 인식하기 때문에, 계약단계에서 계약위반이 있을 경우를 대비하여 미리 권리·의무에 관한 명확한 규정을 두는 것에 최선을 다하게 된다. 계약을 체결할 때에 당사자는 계약위반에 따른 손해를 합리적으로 예상하고 차후에 그 예상된(contemplated) 범위에서 배상액을 인정하기 때문에, 계약위반에 따른 손해배상책임도 '계약에 포함되어 구제되는' 것이다. 또한 법원은 원고의 청구에 대해서 변론주의(adversary system)에 기하여, 입증된 손해에 대해서만 배상을 명한다는 입장을 취한다. 이러한 점 때문에 영국의 기업들은 계약을 체결할 때에 법조인을 통하여 계약서의 문구를 명확히 검토하여, 차후에 발생할 위반에 대비하는 것이다. 반면에 우리의 법 감정은 계약체결 당시에 향후 계약위반에 따른 대응책을 계약서에 명시하지 않는 것이 다반사이며, 구체적인 계약 위반이 발생했을 때에 비로소 법조인의 도움을 요청하는 경향이 강하다. 따라서 한국기업과 영국기업사이의 계약에서 계약위반이 구체적으로 발생했을 때, 이를 미리 사전에 준비하여 계약서에 명시한 영국기업들에게 유리하게 진행되는 경향이 있다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)



이 춘 원·신 만 중

계약위반, 직접적인 계약관계의 원칙, 인과관계, 의무위반, 손해경감의무

102) 예컨대, 계약위반이 단지 금전의 미지급일 때, 계약상 그 금액보다 고액의 손해배상 예정액이 규정되었으면 그것은 벌칙이라고 본다. Apostolis, supra, at 13; Robophone Facilities Ltd v Blank [1966] 1 WLR 1428 (CA), [1966] 3 All ER 128; Philips Hong Kong Ltd v The Attorney General of Hong Kong(1993) 61 BLR 41(PC).

【참 고 문 헌】

Cheshire/Fifoot/Furmston, Law of Contract, 13th ed., Michael Furmston, 1996.

Cooke, Voyage Charters, Lloyd's of London Press, 1993.

David Chappell, Building Contract Claims, 4th ed., Ingramlight Properties & John Sims, 2005.

Dunn, The Law of Damages, Stewart Dunn, 1999.

Eder/Foxton/Burrows/Boyd, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 22nd ed., Sweet & Maxwell Ltd, 2011.

Kimball, Time Charters, 7ed., informa, 2008.

Peel/Goudkamp, Winfield & Jolowicz on Tort, 19th ed., Sweet & Maxwell, 2014.

Pettit, Equity and the Law of Trusts, 8th ed., Butterworths, 1997.

Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 15th ed, Sweet & Maxwell 1998.

Apostolis, "The English Law of Damages, ", JSE-SRT Maritime Law Lectures 2000.

Stuart Beadnall, "Privity of Contract-English law yields at last", The JSE Bulletin No 39.

Aries Tanker Corporation v Total Transport Ltd [1977] 1 Lloyd's Rep 334(HL).

Bridge v Campbell Discount Co Ltd [1962] AC 600, [1962] 1 All ER 385.

Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786(CA); Ratcliffe v Evans [1892] 2 QB(CA).

Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v Castaneda [1905] AC 6.

Compania Naviera Maropan S.A. v. Bowater's Lloyd Pulp & Paper Mills Ltd. [1955] 1 Lloyd's Rep. 349(CA); [1955] 2 Q.B. 68.

Cooden Engineering Co Ltd v Stanford [1953] 1 QB 86, [1952] 2 All ER 915.

Craig v M'Beath(1863) 1 M 1020.

Czarnikow v Koufos (The Heron Ⅱ) [1969] 1 AC 350.

Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd [1915] AC 79.

Glenfinlas, The [1918] P 363n; [1918-19] All ER 365n.

Government of Ceylon v Chondris [1965] 2 Lloyd's Rep 204(QB).

Hadley v Baxendale [1854] 9 Exch 341.

H. Fairweather & Co Ltd v London Borough of Wandsworth [1987] 39 BLR

106(QB).
Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1961] 2 Lloyd's Rep. 478(CA).
Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All E.R. 348.
Jobson v Johnson [1989] 1 All ER 613(CA).
Livingston v Raywards Coal Co [1880] 5 App Cas 25.
Lloyds Bank Ltd v Bundy [1974] 2 Lloyd's Rep 366.
Monarch Steamship Co Ltd v Karlshamns Oljefabriker(A/B) [1949] AC 196(HL).
Mona Oil Equipment and Supply Company Ltd v Rhodesia Railways Ltd[1949] 83 LLRep 178.
Philips Hong Kong Ltd v The Attorney General of Hong Kong(1993) 61 BLR 41(PC).
Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1978] 2 Lloyd's Rep 172(CA).
Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] 1 Lloyd's Rep 545(HL).
Price v Easton [1833] 4 B. & Ad. 433; 110 ER 518.
Robinson v Harman(1848) 1 Ex 850.
Robophone Facilities Ltd v Blank [1966] 1 WLR 1428 (CA), [1966] 3 All ER 128.
Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 344(HL).
Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd [1961] 2 Lloyd's Rep 365(HL).
Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime. S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale. [1967] A.C. 361, [1966] 1 Lloyd's Rep. 529.
The Apostolis (2) [1999] 2 Lloyd's Rep. 292.
The Apostolis (2) [2000] 2 Lloyd's Rep 337(CA).
The Baleares [1993] 1 Lloyd's Rep. 215(CA).
The Berkshire [1974] 1 Lloyd's Rep 185(QB).
The Haversham Grange [1905] at 307.
The Hector[1998] 2 Lloyd's Rep 287 (QB).
The Mihalis Angelos, [1970] 2 Lloyd's Rep. 43(CA).
The Nagar Marin [1988] 1 Lloyd's Rep 412(CA).

The Nanfri [1979] 1 Lloyd's Rep 201(HL).
The Niizuru [1996] 2 Lloyd's Rep. 66(QB).
The Starsin [2000] 1 Lloyd's Rep 85(QB).
Thompson and Others v Smiths Shiprepairers (North Shield) Ltd [1984] 1 All ER 881(QB).
Universal Bulk Carriers Ltd v André et Cie SA [2000] 1 Lloyd's Rep 459(QB).

Abstract

A study on Damages for Breach of Contract

Lee Choonwon
Sin Manjung

Under the England and Wales laws, several remedies are available for infringement of rights arising out of breach of contract. General principle is that a victim receives compensation for damage under the Common Law or the statute. However, if such remedy is in contradiction to natural justice, remedies in equity are available, such as ① injunction, ② specific performance, and ③ rescission.

Compensation for damage for infringement of rights arising out of breach of contract under the England and Wales laws holds a key position. In order for a victim from breach of contract to claim for damage, the following requirements must be met:

In other words, a plaintiff must prove that ① the contract exists, ② there is a breach of duty, ③ there must be a casual relationship between the breach of duty and the damage, and ④ the amount of damage incurred.

Under the Common law which respects the agreement between parties, the doctrine of privity of contract applies. In the litigation of compensation for damage for breach of contract, a defendant argues that there is no contractual relationship under the doctrine of privity of contract.

If there is a breach of contractual obligation under the Common Law, secondary obligation arising out of such breach may vary, depending on the nature and result of the breach.

If a claim for damage arising out of infringement of rights in a civil case proves the 'existence of contractual relationship' and the 'breach of duties under the contractual relationship', there must be 'casual relationship between the breach of duty and the damage'.

Lastly, a plaintiff has the obligation to submit evidences presuming that damage has been occurred arising out of breach of duty (Burden of proof). A judge will recognize the reasonably presumed amount of damage incurred to the plaintiff arising out of the defendant's breach of duty.

Even if the plaintiff has successfully proved these factors, in the event that the defendant proves that ① the plaintiff has contributory negligence (Contributory Negligence), ② the defendant could not foresee the damage due to intervening cause (Unforeseeability & Intervening Cause), ③ the plaintiff was negligent in mitigating damage (Duty of Mitigation), and ④ there is a remoteness in casual relationship between the infringement of rights and the damage, the amount of damage will be reduced or negated.

Lee Choonwon · Sin Manjung

breach of contract, the Doctrine of Privity of Contract, causality, breach of duty, mitigation

전자상거래를 통한 해외구매 대행서비스와 관련된 소비자법 및 국제사법상의 쟁점*

이 병 준**

Ⅰ. 들어가며
1. 해외구매와 대행서비스의 구조
2. 문제의 제기
Ⅱ. 대행서비스를 이용하는 소비자의 소비자법에 따른 보호여부
1. 소비자법의 적용영역
2. 구매대행 서비스 사업자가 위탁매수인으로 계약을 체결하는 경우
3. 구매대행 서비스 사업자가 대리인으로 계약을 체결하는 경우
4. 소결
Ⅲ. 대행서비스를 이용하는 한국 소비자에 대한 한국소비자법의 적용여부
1. 국내거래와 해외거래에서 소비자의 법적 지위
2. 배송대행 서비스를 이용하는 경우 한국 소비자법의 적용여부
3. 소결
Ⅳ. 배송지를 해외 현지로 함으로써 일어나는 계약상의 변화
1. 판매사업자와 체결한 매매계약상의 불이익
2. 대행 서비스상 매매계약 불이익의 보완 여부
3. 보험계약체결 서비스의 제공여부
Ⅴ. 결론 및 요약

【국 문 요 약】

한국의 소비자가 한국을 시장으로 생각하는 해외 사이트에서 직접구매를 한 경우 국제사법 제27조의 적용을 받아 한국 소비자법에 의한 보호를 주장할 수 있다. 그에 반하여 배송대행 내지 구매대행 서비스를 이용하는 한국 소비자는 여러 관점에서 한국 소비자법에 의한 보호를 받지 못할 가능성이 존재한다. 첫째, 구매대행 서비스를 이용하는 경우 구매대행 서비스 사업자가 위탁매수인으로서 서비스를 제공하여 직접 판매사업자와 매매계약을 체결하는 경우에는 사업자 대 사업자 사이의 계약이 체결되므로 소비자계약이 아닌 것이 된다. 둘째, 배송대행 서비스를 이용하여 배송을 받는 경우 해외 현지 주소지를 배송지로 정하는 것이 통상적인데, 이 경우에도 한국 소비자법에 의한 보호를 받지 못할 가능성이 크다. 해외 현지 주소를 배송지로 기재하여 한국에 상거소가 있어야 한다는 국제사법 제27조의 요건을 충족하지 못한다. 셋째, 해외 현지 주소지를 배송지로 정하게 되면 청약 철회권의 행사기간이 사실상 도과되어 행사될 수 없다는 불이익을 입으며, 해외 현지에서 소비자의 주소지로 오는 과정의 물건에 대한 위험을 소비자가 부담해야 한다는 불이익이 발생할 수 있다.

그러나 해외구매를 이용함에 따른 소비자법적 불이익 내지 계약법적 불이익을 대행서비스 계약에서 보완하는 안전장치가 제공되고 있지도 않다. 첫째, 대행서비스 제공자는 대행 서비스 이용에 따른 이익만 선전하고 있을 뿐, 이로 인하여 발생할 수 있는 법적 불이익에 대한 고지를 전혀 하고 있지 않다. 둘째, 물건의 운송에 대한 위험의 경우 보험서비스의 가입을 유도함으로써 보완할 수 있는 가능성을 부분적으로 마련하고 있으나, 앞에 살펴본 소비자법적 불이익을 보완할 수 있는 안전장치를 마련하고 있지 않은 것이 현실이다. 결국 해외구매의 경우 배송대행 내지 구매대행 서비스를 이용하는 소비자는 저렴한 가격으로 구매할 수 있다는 달콤한 현실 속에 법적 안전장치가 마련되어 있지 않다는 불이익을 받는 것이다.

* 본 논문은 한국소비자법학회와 한국소비자원이 공동으로 주최한 학술대회에서 발표한 글을 대폭적으로 수정·보완한 것임.
** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 들어가며

1. 해외구매와 대행서비스의 구조

1) 해외구매의 유형

요즘에는 전자상거래를 통한 이른바 해외구매가 매우 활성화되어 있다. 국내에서 물건을 쉽게 구하지 못하거나, 수입되는 상품이더라도 그 가격이 너무 비싸서 해외 유명 쇼핑몰에서 원하는 물건을 직접 구매하는 편이 훨씬 저렴하기 때문이다. 그러나 언어 장벽, 배송 내지 통관절차의 난관 등의 이유로 해외에서 상품을 직접 구매하려는 많은 소비자들이 구매대행업체나 배송대행업체를 통하여 해외에서 물건을 구매하는 경우가 늘어나고 있다. 이러한 서비스를 제공하는 대표적인 사업자로는 몰테일, 위메프박스, 아이포터, 오마이짐, 이하넥스, 뉴욕걸즈 등이 있다.

그런데 이와 관련되어 언론매체에서 사용되는 용어가 부정확하여 구체적인 논의로 들어가기 전에 우선 개념을 정리하려고 한다. 통상 해외직구와 배송대행 내지 구매대행 등의 용어가 사용되고 있다. 그런데 해외직구는 소비자가 제품이 수입된 후에 한국 사업자에게서 구매하지 않고 해외의 사이트에서 직접 내지 대행서비스를 이용하는 경우를 통칭하여 사용되고 있고, 대행이라는 표현은 대행서비스를 이용하는 경우에 사용되고 있다. 그렇지만 법률적인 측면에서 해외 사이트와 체결하는 매매계약의 당사자가 누구인지가 중요하고 그리고 대행서비스를 제공하는 사업자가 소비자와의 관계에서 어떠한 역할을 하는지가 계약의 성질 및 구조파악에서 중요하다. 따라서 본 논문에서는 이러한 용어 사용례와 법적 성격을 절충하는 방법을 사용하기로 한다. 즉 소비자가 대행서비스를 전혀 이용하지 않고 직접 해외사이트와 매매계약을 체결하여 배송받는 경우를 이하에서는 "직접구매"라 칭하고 대행서비스를 이용하는 경우 배송대행 서비스만을 이용하는 때에는 "배송대행" 그리고 구매대행 서비스까지 이용하는 때에는 "구매대행"이라고 칭하기로 한다. 물론 "대행"이라는 표현도 사실적인 업무를 대신 수행한다라는 의미를 갖고 있어 정확히 대행서비스의 법적 성격을 지칭하지 않으나 일반적으로 이렇게 명칭을 사용하고 있으므로 이 표현을 사용하되, 각 서비스 별로 그 법적 성질을 구체적으로 나누어서 살펴보기로 한다.

2) 대행서비스의 구조

해외구매가 대행되는 경우 계약체결 및 이행 단계를 부분적으로 또는 전체적으로 대행서비스 업체에서 대행하는 서비스가 제공되고 있다. 즉 계약체결, 결제 및 배송까지 단계별로 대행서비스가 제공되고 있으며 각 업체별로 대행하는 서비스의 내용이 각양각색으로 나타나고 있다. 그런데 크게 보면 배송대행이 가장 기본적인 유형이라고 볼 수 있으며, 이는 계약체결을 소비자가 직접 하고 그 배송만 대행업체가 대행을 하는 경우이다.[1] 그리고 여기에서 결제를 대신하여 주는 서비스가 추가로 제공되는 경우가 있다. 구매대행의 경우에는 계약체결을 대행업체가 소비자를 대신하여 대행하는 경우이다. 그런데 구매대행의 경우에는 더 나아가서 결제 및 배송까지 모든 계약단계가 대행업체를 통하여 대행이 이루어지는 것이 보통이다.

결국 소비자는 대행사업자와 자신의 매매계약과 관련된 사무를 위임하는 위임계약을 체결하지만,[2] 그 구체적인 위임의 내용이 다르다고 할 수 있다. 배송대행의 경우에는 해외 현지에서 한국까지 배송만 대행하여주는 것이고, 구매대행의 경우에는 계약체결 및 배송을 대행하여 주는 것이다. 배송대행 서비스를 제공하는 경우 통상적으로 대행사업자가 지정하는 현지의 주소로 구매한 물품을 배송 받은 후 한국까지의 배송 및 통관절차를 진행하고 있다.

<해외 직접구매, 배송대행, 구매대행의 비교>[3]

구분	직접구매	배송대행	구매대행
가입	해외사이트 직접 가입	해외사이트 직접가입+배송대행서비스 가입	구매대행서비스만 가입
서비스 구매	한국카드 결제가능+한국으로	한국카드로 결제가능하지만	한국카드로 결제할 수 없으며, 한국으로 배송도

1) 배송대행을 이용하는 주된 이유는 비싼 배송비를 절약하려는 의도이며, 또한 미국의 경우 주별로 소비세 등의 차이가 있어 배송지를 소비세가 면제되거나 적은 지역을 이용하기 위하여 배송대행을 이용하기도 한다. 또한 까다로운 한국 소비자에게 팔지 않겠다는 사업자가 간혹 있어, 한국의 주소지를 기재하여 한국 소비자임을 드러내지 않으려고 배송대행을 이용하는 경우도 있다.

2) 소비자가 매매계약과 관련된 사무를 위임하는 것이 기본이지만, 기본적으로 한국으로의 배송까지도 그 계약의 내용으로서 담고 있기 때문에 도급적 요소가 있는 혼합계약이라고 보아야 한다. 다만 위임의 성질이 더 강하기 때문에 위임계약이라는 표현을 사용하였다.

3) 이하의 도표는 한국소비자원, "해외직구 늘면서 관련 소비자 불만도 증가", 2014. 3. 5. 자 보도자료의 내용을 참조하여 작성되었다. 그림의 출처는 동 보도자료, 1면.

유형	배송가능한 온라인 상점	한국으로 배송해주지는 않는 온라인 상점	하지 않는 온라인 상점
상품 구매 결제 주체	본인, 카드해외사용수수료 부담+ 외국 소비세 별도 부담	본인, 카드해외사용수수료별도 부담+ 배송대행수수료 부담	대행사, 본인은 물건가격 및 구매대행수수료 부담



2. 문제의 제기

현재 전자상거래를 통한 해외구매는 그 거래가 매우 급속도로 늘어가는 동시에 그에 따른 피해도 속출하고 있는 것으로 보고되고 있다. 그런데 이러한 피해가 단지 해외를 통하여 물건을 구매하는 것이기 때문에 발생하는 불이익인지, 아니면 해외구매 및 그 대행업체를 통하여 계약을 체결하는 계약법적·소비자법적 내지 국제사법적 구조의 변화 때문인지는 더 따져보아야 할 문제이다.[4] 이에 관한 정확한 분석은 우리나라에 아직 없는 상태에서 피해에 대하여 보고만 되고 있는 실정이다.[5] 본 논문에서는 이처럼 입법자가 예상하지 못한 새로운 전자상거래 영역에

4) 일반적인 국제 전자상거래와 관련된 문헌으로 이종인, 「국제 전자상거래 소비자 피해구제 방안 연구」, 한국소비자원, 2005.

5) 한국소비자원, 2014년 3월 5일자 보도자료, "해외직구 늘면서 관련 소비자 불만도 증가"; 한국소비자원, 2014년 8월 6일자 보도자료, "해외쇼핑몰 '아마존' 이용 많고, '아이허브' 만족도 높아"; 한국소비자원, 2014년 7월 2일자 보도자료, "해외직구 30% 정도 싸다고 느끼나, 상당수는 불만·피해 경험"; 연합뉴스, 2014년 9월 24일자 기사, "건강식품 해외직구 주의보…소비자 보호대책 없어"; 소비자경제신문, 2014년 3월 6일자 기사, "해외직구 늘자 소비자 피해도 늘었다".

서 계약체결 내지 배송과정의 변경을 통하여 법적 안전장치인 관련 소비자법의 적용상의 변화가 없는 지를 살펴보려고 한다. 특히 한국의 소비자가 해외사이트에서 구매하는 경우 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 "전자상거래소비자보호법"이라 한다)에서 인정하고 있는 철회권이 인정될 수 있는지를 중심으로 살펴보려고 한다.

소비자가 해외구매를 직접 하는 경우 소비자는 소비자로서 보호를 받고 이행지도 한국의 주소[6]로 되어 있어 한국법의 적용을 통한 보호를 받을 여지가 있다. 그에 반하여 구매 내지 배송대행 서비스를 이용하는 소비자는 대행사업자를 통하여 구매를 하거나 배송을 받기 때문에, 과연 관련 소비자법의 적용을 받을 수 있는지가 문제된다. 이와 관련하여 구매대행 내지 배송대행 서비스를 이용하는 소비자가 소비자로서 보호를 받을 수 있는지가 먼저 문제된다(Ⅱ). 그 다음으로 이행장소인 배송지를 해외 현지 주소로 기재하였기 때문에[7] 국제사법상 소비자계약에 관한 특칙의 적용을 받을 수 있는지, 더 나아가 한국 소비자법에 의한 보호를 받을 수 있는지가 문제된다(Ⅲ). 그리고 이행장소를 해외 현지 주소로 기재하면서 그 밖에 계약상의 불이익은 추가로 없는지 살펴볼 필요가 있다(Ⅳ). 이 문제점들을 순서대로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 대행서비스를 이용하는 소비자의 소비자법에 따른 보호여부

1. 소비자법의 적용영역: 소비자계약

1) 정의

소비자가 관련 법률에 의한 보호를 받기 위해서는 기본적으로 소비자계약, 즉

6) 우리 국제사법은 "상거소"개념을 기초로 준거법을 결정하고 있다. 그러나 본 논문에서는 각 사이트에서 주소지를 입력하도록 하고 있으므로 주소라는 표현을 사용하려고 한다. 개념적으로는 주소와 상거소는 다른 것이지만, 실무에서는 주소라는 표현을 사용하므로 본 논문에서는 주소라는 일상적인 개념을 사용하려고 하고 국제사법과 관련한 쟁점에서만 상거소개념을 부분적으로 사용하려 한다.

7) 본 논문에서 다루고 있는 것처럼 해외현지의 배송주소가 아니라 한국에 있는 배송주소를 지정하는 경우도 있다. 예컨대 한국 상품을 외국으로 배송하는 계약을 체결하는 이른바 역구매대행이 있다(예: 바이두케이닷컴, http://www.buydok.com/).

사업자와 소비자 사이에 체결된 계약이어야 한다. 다시 말해 소비자법이 적용되기 위해서는 계약당사자가 사업자와 소비자이어야 한다. 우리 소비자법과 다른 나라의 소비자입법은 소비자계약이 무엇인지를 직접 규정하지 않고 사업자와 소비자의 정의를 규정함으로써 소비자법의 인적 적용범위를 확정하고 있다.

우리 소비자법의 경우 소비자는 사업자가 제공하는 재화 등을 소비생활을 위하여 사용하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자를 말한다(소비자기본법 제2조 제1호). 즉, 구입한 재화를 상행위를 목적으로 이용하지 아니하고 개인적인 용도로 사용하는 자를 의미한다.[8] 그에 반하여 사업자는 물품을 제조·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자로 규정되어 있다(소비자기본법 제2조 제2호). 소비자와 사업자 개념은 나라마라 약간의 차이를 보이나,[9] 여기서는 전형적으로 소비목적으로 상품을 구매하는 소비자와 영리를 목적으로 상품을 판매하는 사이트를 개설한 사업자를 상정하기로 한다. 따라서 원칙적으로 판매하는 사이트는 사업자에 해당하고 구매를 하는 자는 소비자에 해당하기 때문에 소비자계약이 체결되는 것이 원칙일 것이다. 또한 대행서비스를 제공하는 사업자도 영리를 목적으로 대행서비스를 제공하는 것이 통상적이므로 대행서비스 계약 또한 사업자와 소비자 사이에 체결된 소비자계약에 해당한다.

2) 해외구매를 직접 하거나 대행서비스를 이용하는 경우

직접 해외구매를 하는 경우에는 소비자는 사업자와 직접 계약의 당사자로서 계약을 체결하므로 소비자계약이 성립하고, 따라서 소비자법에 의한 보호를 받을 수 있다. 배송대행의 경우에도 계약체결은 직접 소비자가 당사자로서 하기 때문에 소

8) 이러한 본질적 의미에서의 소비자개념 말고도 정책적 의미에서의 소비자개념을 추가적으로 인정하고 있다. 즉, 여기서 정책적 의미의 소비자라 함은 사업자임에도 불구하고 정책적 차원에서 소비자로 인정하는 자를 말한다. 이에 해당하는 자로는 첫째, 재화 등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자를 제외하고 재화 등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자이다. 둘째, 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 사업자로서 재화 등을 구매하는 자이다. 셋째, 다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화 등을 최초로 구매하는 자이다. 마지막으로 재화 등을 농·축산업 및 어업활동을 위하여 구입한 자로서 축산법 제21조 제1항의 규정에 의하여 농림수산식품부령이 정하는 사육규모 이상의 축산업을 영위하는 자 외의 자 및 원양산업발전법 제6조 제1항에 따라 농림수산식품부장관의 허가를 받은 원양어업자 외의 자이다(동시행령 제2조)(고형석, "전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구", 「한양법학」 제34집, 2011, 119면). 즉 소비자의 개념과 범위에 있어 사실상의 소비자도 소비자의 범위에 포함시키고 있다(류창호, "전자상거래소비자법에 관한 연구 - 전자상거래·소비자·사업자의 개념과 범위를 중심으로", 「외법논집」 제12집, 2002, 286-296면).

9) 소비자개념에 관한 포괄적 고찰로 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」, 집문당, 2013, 311면 이하 참조.

비자계약이 성립함에는 의문이 없다. 구매대행의 경우에는 구매대행 서비스 사업자가 계약체결 과정에 관여하기 때문에 문제가 발생한다. 그런데 구매대행의 경우 구매대행 서비스 사업자가 대리권을 갖고 계약을 체결하는 경우와 위탁매수인으로 직접 계약의 당사자로 계약을 체결하는 경우를 나눌 수 있다. 따라서 이 두 경우를 이하에서 나누어서 살펴보기로 한다.

2. 구매대행 서비스 사업자가 위탁매수인으로 계약을 체결하는 경우

구매대행 서비스 사업자는 계약체결 자체를 위탁받아 직접 매매계약의 당사자가 되어 계약을 체결하는 경우가 있다. 이러한 경우 구매대행 서비스 사업자는 위탁매수인의 지위에서 간접대리권을 갖고 직접 자신의 이름으로 계약을 체결한다.[10] 즉 매매계약의 당사자는 판매사업자와 구매대행 서비스 사업자가 되는 것이다.[11]

이러한 형태에서는 소비자가 매매계약의 당사자로 전면에 등장하지 않고 그에 따른 경제적 효과만 누리기 때문에, 매매계약은 외부적으로는 사업자 대 사업자 사이의 계약이다. 즉 사업자와 소비자 사이의 계약이 체결되어야 하는 소비자계약에는 해당하지 않게 된다. 따라서 이 경우에 소비자는 구매대행 서비스를 이용하였다는 이유만으로 매매계약상 소비자보호를 받지 못하게 된다.

이러한 유형의 경우 소비자는 매매계약과 관련이 없고 전혀 계약관계의 전면에 등장하지 않는다. 그러나 구매대행 서비스 사업자가 매매계약을 체결하면서 해당 물건의 배송을 소비자의 주소지로 배송하도록 하거나, 소비자에게 해당 매매계약상의 상품을 직접 청구할 수 있는 권리를 유보하는 경우에는 어떻게 되는지가 문제될 수 있다.[12] 즉 매매계약이 제3자를 위한 계약으로 체결되어 소비자가 수익자

10) 위탁매매인이란, "자기의 명의로 타인의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자"이다(상법 제107조). 위탁매매인 자신이 제3자에 대한 관계에서 법률상 권리의무의 주체가 된다. 즉, 위탁매매인 자신이 매매계약의 당사자가 된다는 의미이다. 위탁매매인은 자기명의로 제3자와 거래하는 점에서, 본인명의로 제3자와 거래하는 체약대리상 또는 기타의 본인의 대리인과도 구별된다. 타인의 계산으로 한다는 의미는 그 거래에서 발생하는 손익이 모두 타인에게 귀속된다는 의미이다. 이 점에서 위탁매매인은 법률상 제3자에 대하여는 계약의 당사자로 나타나지만, 실질상 경제적 효과는 모두 위탁자인 타인에게 귀속되므로 그 실질은 대리와 유사하다(이기수·최병규, 「상법총칙·상행위법」 제7판, 박영사, 2010, 407-408면; 정찬형, 「상법강의(상)」 제17판, 박영사, 2014, 300면 참조).

11) 이러한 방식의 사업자는 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, 소비자의 주문이 있기 전까지 재고보유를 하지 않는다. 둘째, 가격책정 기준을 고지한다. 즉, 이용자 결제 전에 거래계약 유형별로 국제운송료 형태, 총지불가격, 수입대행가격 등으로 별도 구분하여 고지하고 있다. 셋째, 소비자가 세금 납부자이며, 수입화주이다. 세금은 업무제휴사가 소비자를 대신하여 먼저 대납 후 사후정산하는 형태이다.

12) 이러한 의문점을 학술대회에서 사회를 보신 중앙대 장재옥 교수가 제기하였다.

가 되거나, 간접본인인 소비자가 매매계약상 기재되어 판매사업자가 소비자가 간접본인으로 있다는 사실을 인식한 경우이다. 하지만 제3자를 위한 계약의 경우 수익자인 소비자는 권리만을 얻고 의무를 부담하지 않기 때문에 기본적으로 소비자성은 계약을 체결하여 당사자가 된 요약자를 기준으로 판단해야 할 것이다.[13] 또한 간접본인으로 소비자가 표시되더라도 체결되는 매매계약과는 직접적 관련성이 없으므로 이 경우에도 기본적으로 사업자 대 사업자 사이의 계약임에는 변함이 없다. 따라서 이러한 경우에도 소비자계약을 인정하기는 힘들어 보인다.

3. 구매대행 서비스 사업자가 대리인으로 계약을 체결하는 경우

구매대행 서비스 사업자가 대리권을 수여받아 대리인으로서 본인인 소비자를 위하여 계약을 체결하는 경우도 존재한다. 이 경우에는 구매대행 서비스 사업자가 계약체결행위는 하지만, 매매계약의 당사자는 소비자가 된다.[14] 따라서 기본적으로 매매계약은 사업자와 소비자 사이에 체결되는 소비자계약에 해당한다. 그런데 구매대행을 이용하는 경우에는 계약체결을 소비자를 대신하여 사업자가 하기 때문에 소비자로서 보호를 받을 수 있는지가 문제된다. 왜냐하면 거래경험이 미숙한 소비자를 보호해야 한다는 측면이 사업자의 개입을 통하여 보완되면서 보호필요성이 소멸할 수 있기 때문이다. 이 문제를 명시적으로 규정하고 있는 법률규정이나 판례는 현재 없다. 더 나아가 아직 우리 학계에서도 이에 관한 논의가 거의 없는 실정이다.[15] 그러나 독일에서는 논의가 상당히 진척되어 있어 이를 먼저 참조하기로 한다.

1) 독일에서의 논의

소비자가 대리인을 선임하여 사업자와 계약을 체결하는 경우 누구를 기준으로

13) 이처럼 소비자를 위한 제3자를 위한 계약에서 소비자계약을 부정하는 견해로 BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, BGB § 13 Rn. 7.

14) 민법상 대리의 본질에 대한 학설 중 대리인행위설에 따르면 대리에서 행위자는 대리인이며, 권한 있는 대리인의 대리의사에 따라 그 행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 것이 통설이다(곽윤직・김재형, 「민법총칙」 제9판, 박영사, 2013, 336면).

15) DCFR상에서는 소비자가 중개자나 대리인을 사용하는 법률관계에 대하여 명문 규정을 두고 있지는 않지만, 만일 소비자가 사업자인 중개자를 사용하는 경우 그 사업자인 중개자와의 사이에서는 소비자보호규칙의 적용을 받는다. 즉 소비자가 중개자를 고용하거나 일정사무를 위임하는 관계는 소비자계약에 해당하므로 내부적으로는 소비자보호를 받을 수 있다. 그러나 그러한 중개자와 타방과의 관계도 소비자보호규칙이 적용되는지는 확실하지 않다. 결국 이러한 규칙의 적용기준은 법원의 판단에 달려 있다(이와 같은 논의로 서희석, "DCFR상 소비자・사업자의 정의", 「외법논집」 제36권 제2호, 2012, 11-12면 참조).

하여 i) 독일민법 제13조[16]상의 소비자성과 ii) 개별 소비자보호제도가 전제하고 있는 상황관련 요건 충족여부를 판단하는지가 문제되고 있다. 이 문제에 관해 독일법상으로도 명문의 규정이 없기 때문에 현재 일반원칙에 의하여 접근하고 있는 상황이다. 일단 소비자를 도와주고 있는 자, 즉 대리인이 단지 친족관계에서 내지 호의로 대리권을 행사하는 자연인이라면 그도 사업자가 아닌 이상 소비자계약이라는 측면에서는 변함이 없다.[17] 그에 반하여 도와주는 자가 그 일을 영업 내지 독립적 직업 활동의 목적으로 행하는 사업자인 경우에는 다를 수 있다. 이 경우 원칙적으로 이러한 자는 법률적으로 독립한 대리인 내지 중개인으로서 계약체결을 도움으로써 영리목적을 추구하는 자에 해당하여, 소비자계약에서 전형적으로 나타나는 정보 불균형이 존재하지 않게 된다. 따라서 영리를 목적으로 하는 사업자를 통하여 법률행위를 하는 소비자는 보호할 필요가 없다는 시각이 존재할 수 있고,[18] 대리행위를 통한 계약이 소비자계약에 해당하기 위한 요건으로 대리인의 소비자성도 요구되는지가 청약철회권 행사 가능성과 관련하여 논의되고 있다.

독일 문헌상의 다수설은 인적요건을 검토함에 있어서는 본인을, 상황관련 요건 충족 여부는 대리인을 기준으로 해야 한다는 점에 일치한다고 한다. 즉 본인이 소비자이어야 하고 청약철회권이 인정되는 상황은 대리인이 계약을 체결할 때에 존재해야 한다고 한다.[19] 우선 이 견해들은 소비자계약에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 본인의 소비자성을 고려하는데, 그 이유로 계약당사자, 즉 최종 의무부담자가 본인이라는 점을 강조한다.[20] 독일 민법 제166조[21]에 따르면 대리인을 통하

16) 독일 민법 제13조 [소비자]
소비자라 함은 자신의 영업활동이나 독립적 직업활동에 속하지 아니하는 목적으로 법률행위를 하는 모든 자연인을 말한다.

17) MüKo/Micklitz, BGB § 13 Rn. 24; Rott, Stellvertreungsrecht und Verbraucherschutz, 2006, S. 405.

18) 만약 자연인인 소비자의 대리인이 아니라 법인의 대리인 또는 기관이 행위를 한 경우에는 소비자계약에 해당하지 않는다(Staudinger/Weick, § 13 Rn. 38).

19) Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 2011, Rn. 1367; Bülov/Artz, Verbraucherprivatrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 55; Palandt BGB/Grüneberg, § 312 Rn. 5; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 19; Wolf/Neuer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl, 2012, § 15, Rn. 16; Erman/Maier-Reimer, § 166 Rn. 5; Erman/Saenger, § 13 Rn. 11; MüKoBGB/Schramm, § 166 Rn. 48.

20) MüKo/Micklitz, BGB § 13 Rn. 24; Soergel/Pfeiffer, § 13 Rn. 51; Staudinger/Weick, § 13 Rn. 38; BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, BGB § 13 Rn. 7.

21) 독일 민법 제166조 [의사흠결; 인식귀속]
(1) 의사표시의 법적 효과가 의사흠결 또는 일정한 사정을 알았거나 알아야 했음에 의하여 영향을 받는 경우에는, 본인이 아니라 대리인을 기준으로 한다.
(2) 법률행위에 의하여 대리권이 수여된 경우에 대리인이 대리권 수여자의 특정한 지시에 좇아 행위한 때에는 본인은 자신이 스스로 알았던 사정에 대하여 대리인의 부지를 원용하지 못한다.

여 법률행위를 하는 경우 대리인이 법률행위를 하고 해당 법률효과를 귀속 받는 자가 본인이기 때문에 기본적으로 의사표시의 하자는 대리인을 기준으로 하게 되지만 동 조항은 소비자성을 판단함에 있어서는 기준이 될 수 없다고 한다. 왜냐하면 소비자 개념을 정의하고 있는 독일 민법 제13조와 연결되는 개별 소비자보호 규정들이 해당 계약을 통하여 누가 의무를 부담하는지를 고려하고 있기 때문이다.[22] 구체적인 사안에서는 소비자를 보호할 필요성이 없을 여지가 있기는 하지만, 제13조는 보호필요성이 없다는 점을 기초로 소비자의 범위를 제한하는 것을 허용하지 않고[23] 추상적인 개념정의에 해당한다면 일률적으로 소비자계약으로 취급한다고 한다.[24] 하지만 대리인이 방문판매 또는 전자상거래 등과 같은 상황관련 요건을 충족시키지 못하는 경우에는 청약철회권 등의 소비자 보호제도가 적용되지 않는다. 소비자성의 판단과 달리 행위정황이 존재했는지 여부는 대리인을 기준으로 하고 그 근거는 독일 민법 제166조의 기본사상으로부터 도출할 수 있다고 한다.[25]

이러한 다수설의 태도는 독일 판례의 입장과도 어느 정도 일치하는 것으로 보인다. 독일 판례상 대리행위 시 소비자보호가 문제된 사례들은 대개 방문판매에 기한 청약철회권과 관련되어 있었는데, 판례는 상황관련적 요건을 대리인이 충족시킬 것을 요구하면서 이 대리인의 소비자성을 동시에 요구하지는 않았다.[26] 이를 두고 인적요건은 본인이, 상황관련적 요건은 대리인이 충족시켜야 한다는 다수설과 동일한 입장으로 분석하는 해석이 있는 반면,[27] 소비자 보호규정의 일반적 적용문제, 즉 방문판매 내지 철회권에 한정되지 않는 일반적 적용가능성에 대해 판례가 입장을 취한 것은 아니기 때문에 아직 명확한 최고법원 판결은 없고, 단지 하급심[28]에서 다수설과 동일한 입장을 확인할 수 있다는 견해가 있는 상황이다.[29]

알아야 했던 것이 안 것과 동시되는 한에서, 대리권 수여자가 알아야 했던 사정에 대하여도 또한 같다.

22) BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, BGB § 13 Rn. 7.

23) 개별 사례에 있어서는 소비자를 대신하여 계약을 체결하는 자가 사업자라는 이유로 보호필요성이 없어질 수 있다는 견해로 BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, BGB § 13 Rn. 7. 다만 개별 소비자 보호규정이 그러한 제한적 해석을 일반적으로 허용하지 않는다고 한다.

24) 독일법이 이와 달리 규율하고자 했었다면 소비자의 법률행위가 사업자에 의해 대리되는 경우를 예외적 요건표지로서 별도로 규율했어야만 했다는 지적에 대해서 Rott, Stellvertretungsrecht und Verbraucherschutz, S. 405 참조.

25) MüKoBGB/Schramm, § 166 Rn. 48.

26) BGH NJW 2004, 154, 155; NJW 2005, 664, 668; BGH NJW 2006, 2118 f.

27) 예컨대 Hoffmann, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156.

28) 특히 LG Rostock ZWE 2007, 292, 294.

본인이 아니라 대리인이 소비자계약의 인적요건 내지 상황관련 요건 모두를 충족시켜야 한다는 반대 견해도 다수의 문헌에서 주장되고 있다.[30] 이 견해에 의하면 다수설과 달리 독일 민법 제166조를 근거로 대리인이 소비자로서 행위를 해야만 소비자계약으로서 보호받을 수 있다. 청약철회권 등과 관련하여 입법자는 일정한 요건 하에서 소비자가 충분히 자기 판단을 내릴 수 없는 상황을 전제하고 있는데, 이 경우 착오 취소의 상황 내지 행위 무능력의 상황과 유사하다고 한다. 다시 말해 소비자 청약철회권은 계약체결에 있어 하자에 대응하여 인정되는 것이고, 다만 충분한 자기 판단이 불가능하여 철회권을 행사할 수 있는 사례군을 정형화해 놓았다는 점에서 취소권의 경우와 다르다고 한다. 이러한 사고는 대리인에 의해 계약이 체결되는 경우에도 그대로 적용되어야 하고, 결국 독일 민법 제166조 유추를 통해 직접 행위를 하는 대리인이 소비자로서 의사흠결에 유사한 상황에 놓여 있는 경우에 한해서 소비자계약 철회가 정당화될 수 있다고 한다. 즉, 이 견해는 법률이 사업자인 대리인이 방문판매 등의 상황에 처한 경우에는 하자 있는 의사형성을 처음부터 인정하지 않는다는 점을 강조한다. 오직 소비자인 자가 상황관련적 요건도 충족시키는 경우에 하자 있는 의사형성이 문제된다고 한다. 다만 대리인 외에 본인도 소비자일 것은 요구되지 않는다고 한다.[31] 본인이 의사의 형성을 이미 대리인에게 맡겼기 때문에, 본인의 소비자성을 중요시하는 독일 판례의 확고한 태도와 달리 본인이 소비자이냐, 사업자이냐는 기본적으로 의미가 없다고 한다.

2) 우리법상 판단

사업자가 소비자의 대리인으로 계약을 체결한 경우에 소비자성을 인정할 수 있는지에 관한 법률상 근거규정은 우리법상으로도 없다. 민법 제116조가 고려될 여지가 있으나, 기본적으로 제116조는 소비자성을 판단함에 있어서 기준이 될 수 없

---

29) 예컨대 MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 24; Rott, Stellvertreungsrecht und Verbraucherschutz, S. 405.

30) PWW/Prütting, § 13 Rn. 11; Schreindorfer, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012, S. 264 ff; Hoffmann, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156 ff; Staudinger/Thüsing, Neubearbeitung 2005, § 312 Rn. 38. 다만 대리행위의 상대방이 사업자에 의한 대리행위를 야기했거나, 기타 이유로 거래 상대방 측 사람이 대리인으로 행위 한 경우는 예외가 인정될 수 있다는 견해로 Schreindorfer, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012, S. 335.

31) Thüsing, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 312 Rn. 38; Hoffmann, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156, 1158. 기본적으로 소비자성과 행위정황 모두 대리인을 기준으로 판단해야 한다고 하면서, 본인의 소비자성도 추가적으로 요구되어야 한다는 견해로 Schreindorfer, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012, S. 264 ff. 다만 이 경우 본인의 소비자성은 대리인의 소비자성이 민법 제166조에 의해 귀속될 수 있기 때문에 실제로는 대리인의 소비자성만 검토하면 된다고 한다.

다. 독일에서의 논의에서 본 바와 같이 법률행위, 즉 계약을 체결하는 것은 사업자인 대리인이지만, 법률효과의 귀속주체는 본인인 소비자이다. 그런데 계약체결이라는 행위를 기준으로 소비자성을 판단한다면 대리인인 사업자가 본인인 소비자를 대신하여 계약을 체결하였으므로 소비자성이 부정될 여지는 있으나, 우리 법률상 소비자개념은 이를 기준으로 삼지 않는다. 한국법상 소비자개념 정의에 있어서 중요한 요소는 소비목적이므로 기본적으로 개념정의상으로는 어떠한 목적으로 계약을 체결하는지가 중요하다. 사업자인 대리인은 기본적으로 영리를 목적으로 대리인이 되어 대리행위를 하지만, 근본적으로 대리하는 계약체결의 목적은 소비자가 갖는 소비목적이므로 사업자인 대리인을 통하여 계약을 체결하더라도 이러한 소비목적이 희석되지 않는다. 즉 구체적으로 보면 대행서비스 사업자는 대행을 영리목적으로 하지만, 대리인으로 체결하는 매매계약의 목적은 기본적으로 소비목적인 점에는 분명한 것이다.

더 나아가 전자상거래소비자보호법의 입법목적을 고려하더라도 소비자성이 부정될 여지는 없다. 물론 계약체결에 대한 경험부족 내지 전자상거래라는 계약체결상황의 불완전성, 사업자에 대한 정보의 부족 등을 보호필요성이라고 본다면 행위정황을 기준으로 소비자의 보호필요성을 도출하기 때문에 사업자가 대리인으로 계약을 체결한 경우에 소비자성이 부정될 여지가 있을 것이다. 그런데 전자상거래에서 소비자의 보호필요성은 계약체결의 불완전성 보다는 상점에서 물건을 직접 보지 못한 상태에서 계약을 체결하였다는 비대면거래라는 측면에서 나오므로 배송된 상태에서 상점에서와 동일하게 살지의 여부를 고려할 수 있도록 하는 것이 해당 법률의 입법목적이다.[32] 그런데 사업자인 대리인을 통하여 계약이 체결되더라도 물건을 직접 보지 못한 비대면거래라는 점에서는 변화가 없다. 그러므로 소비자보호필요성은 계속하여 존재하는 것이다. 결국 소비자개념 정의 및 전자상거래소비자보호법의 소비자보호목적을 고려한다면 대리인으로 사업자가 소비자를 대신하여 계약을 체결하였다고 하더라도 소비자로서의 보호를 박탈하는 것은 타당하지 않다

32) 전자상거래에서 소비자보호 필요성에 관하여 학설은 다양한 관점을 제시하고 있다. 즉 비대면거래에서 발생하는 재화의 불확실성으로부터 소비자를 보호하기 위한 목적으로 고형석, "전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구", 117-118면; 전자상거래에서 발생하는 사기 등으로부터 소비자를 보호하기 위한 목적으로 유순덕・최광돈, "전자상거래에서 소비자 보호방안에 관한 연구", 「디지털정책연구」 제11권 제11호, 2013, 30면; 정완, "인터넷상거래에 있어서의 소비자보호", 「경희법학」 제42권 제2호, 2007, 509-516면; 최인혁, "한국의 전자상거래에서의 소비자 보호법에 관한 연구", 「전자무역연구」 제5권 제1호, 2007, 129-130면; 추가적으로 개인정보 유출로부터 소비자를 보호하기 위한 목적으로 권상로, "전자상거래에서의 소비자보호에 관한 법・제도적 연구", 「한국콘텐츠학회논문지」 제9권 제12호, 2009, 788-789면.

고 할 수 있다.

4. 소결

구매대행 서비스 중 서비스 제공자가 위탁매수인으로서 간접대리권을 갖고 매매계약을 체결하는 경우에는 사업자인 서비스 제공자가 계약의 당사자가 되며, 이 경우에는 사업자 대 사업자 사이에 매매계약관계가 성립한다. 따라서 소비자가 구매대행을 서비스 제공자에게 위탁하는 경우에는 매매계약 관계에서는 소비자로서 보호를 받지 못하게 된다. 그러므로 이 유형에서는 이미 구매대행 서비스 제공자에게 매매계약체결을 위탁하는 것만으로 소비자는 매매계약상의 소비자로서의 지위를 상실하게 된다.

그러나 그 밖에 유형에서는 아직도 소비자는 계약의 당사자로서 매매계약상 소비자로서의 보호를 받을 수 있다. 따라서 이 유형의 경우에 계속하여 한국 소비자법에 의한 보호를 받을 수 있는 지를 계속하여 고찰해 보려고 한다.

Ⅲ. 대행서비스를 이용하는 한국 소비자에 대한 한국소비자법의 적용여부

1. 국내거래와 해외거래에서 소비자의 법적 지위

1) 국내거래의 경우

국내 소비자가 국내에서 국내 사업자로부터 물품을 구매하는 경우에는 한국 소비자법에 의한 보호를 받는다. 인터넷으로 물건을 주문하게 되면 전자상거래소비자보호법에 의한 보호를 받으며, 특히 이 법에 규정된 바에 따라 사업자로부터 적절한 정보제공을 받고 계약을 체결하고 일정한 기간 동안 계약으로부터 벗어날 수 있는 철회권이 보장된다(전자상거래소비자보호법 제13조 및 제17조). 더 나아가 약관으로 계약을 체결하는 경우가 대부분인데, 한국의 약관규제법에 의하여 부당한 약관조항으로부터 보호를 받을 수 있다.

2) 해외거래의 경우

그런데 해외사업자와 거래를 하게 되면 순수한 한국법에 의한 해결이 이루어지는 것이 아니다. 즉 국제사법에 의한 준거법 결정에 의하여 당사자 거래에 적용될

법이 결정되어야 한다.[33] 이에 따라 한국 소비자법에 의한 보호를 받지 못할 수도 있다. 현재 이와 관련된 국제사법상의 쟁점을 살펴보면 계약상의 준거법은 당사자 자치에 의하여 결정하도록 되어 있다(국제사법 제25조). 그런데 통상 사업자의 약관에 준거법에 관한 조항이 있다. 그런데 이처럼 약관에 의한 준거법결정도 유효하므로,[34] 만약 미국 사업자가 미국의 주법을 준거법으로 약관상 정하였다면 해당 주법이 적용된다.

그런데 우리 국제사법상 소비자보호를 위한 특별규정이 있어서 당사자의 준거법 결정에도 불구하고 한국의 전자상거래소비자보호법 내지 약관규제법이 적용될 여지가 있다. 즉 우리 국제사법 제27조 제1항에서는 당사자가 준거법을 선택하더라도 일정한 소비자계약의 경우 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다고 규정하고 있다.[35] 그 요건으로 제27조 제1항은 첫째, 소비자계약에 관하여 우선 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약일 것을 요건으로 하고 있다. 둘째, 소비자의 상거소지법인 한국법이 적용되기 위해서는 계약을 체결하는 사정이 소비자의 상거소지 국가와 밀접한 관련성이 있을 것을 요구하고 있다. 이러한 밀접한 관련성에 관하여는 제27조 제1항의 제1호에서 제3호까지 3가지 경우를 열거하고 있으나, 분명한 것은 인터넷 거래의 경우 제1호가 적용될 수 있다는 점이다.[36] 이에 따르면 사업자가

33) 그밖에 재판관할권의 문제도 있으나, 이 문제를 여기서 다루지 않기로 한다. 이에 관하여 자세한 것은 신창선, "전자상거래에 있어서의 국제재판관할과 준거법 - 스위스와 미국의 경우를 중심으로 -", 「법학논총」 제25집, 2005, 267면 이하 참조; 안제우, "국제전자상거래에서의 재판관할과 준거법 - 미국, 유럽연합, 한국간의 비교·검토를 중심으로 -", 「무역학회지」 제28권 제4호, 2003, 549면 이하.

34) 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되어 선하증권의 소지인과 운송인 사이에서도 효력을 가지는지 여부는 선하증권의 준거법에 의하여 판단하여야 할 것인데, 구 섭외사법(2001. 4. 7. 법률 제6465호 국제사법으로 전문 개정되기 전의 것) 제9조는 '법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다.'고 규정하고 있는바, 따라서 선하증권이 그 약관에서 명시적으로 적용할 나라의 법을 정하고 있는 경우에는 그 정한 법률에 의하여, 선하증권의 발행인이 선하증권에 적용될 법을 명시적 혹은 묵시적으로 지정하지 않은 경우에는 선하증권이 발행된 나라의 법에 의하여 이를 판단하여야 한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결). 이에 관하여 자세한 것은 이병준, "해외 소셜 네트워크 서비스이용약관의 약관규제법에 의한 내용통제 가능성: Facebook 게시물이용약관의 유효성을 중심으로", 「소비자문제연구」 제41호, 2012, 192-193면 참조.

35) 제26조가 인정하는 특징적 급부를 공급하는 주소지법에의 연결은 교섭력이 강한 자 내지 사회경제적 강자 위주로 준거법을 정하는 경향을 가질 소지가 있기 때문이다(장준혁 외 6인, 「전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구」, 정보통신정책연구원, 2002, 46면). 여기서 강행규정은 국내적 강행규정을 의미하는 점에서 제7조의 국제적 강행규정을 의미하는 것은 아니다(석광현, 「국제사법 해설」 초판, 박영사, 2013, 325면; 신창섭, 「국제사법」, 236면).

36) 국제사법 개정기초자료에 의하면 제1호는 외국기업이 국내 소비자를 상대로 통신판매를 하는

소비자의 상거소지 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고 소비자가 상거소지 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 하였을 것이 요구된다. 따라서 여기서 보호 대상이 되는 것은 '수동적 소비자(passive consumer)'이고, '능동적 소비자(active consumer)'는 여기에 포함되지 않는다. 다른 매체수단을 활용하지 않고 웹사이트 자체를 특정국가에 맞추어서 구성하는 경우에도 본 요건이 충족된 것으로 볼 수 있을 것이다. 그 대표적인 예가 Amazon으로서 외국 현지에 지사를 두지 않으면서도 특정국가에 맞추어 페이지를 구성하고 그 나라에 적합한 상품들을 제시하고 있다.

논란의 대상이 되고 있는 것은 상품판매 내지 서비스 제공을 목적으로 하는 웹사이트가 특정 국가를 대상으로 하지 않은 경우에도 본 규정에서 말하는 소비자국에서의 계약체결 이전의 광고행위로 볼 수 있느냐의 여부이다. 다수의 입장은 본조 제1호를 적용함에 있어서 특정 국가의 소비자를 대상으로 하는지 여부는 중요하지 않다고 한다. 현대 정보통신수단을 활용하여 글로벌하게 사업활동을 하는 자는 세계의 모든 소비자를 대상으로 직접적으로 사업을 할 수 있다는 장점을 누리고 있는 만큼 그에 따른 불이익도 감수해야 한다고 보는 입장이다.[37] 이러한 입장에 따르게 되면 한국 소비자가 인터넷상으로 물건을 주문하거나 서비스를 이용하면 사업자는 항상 한국 소비자법의 적용을 받게 된다는 것을 의미한다. 이 때 사업자의 주소지가 어디인지 그리고 웹사이트를 어떻게 구성하는지는 상관이 없다.

이에 대한 반대 견해는 인터넷상의 웹사이트가 의도적으로 소비자의 상거소지국가를 대상으로 하고 있는 경우에만 본조 제1호의 광고행위를 인정할 수 있다고 한다.[38] 이 견해에 의하면 웹사이트의 운영자는 제한적 조치를 통하여 특정한 나라

경우 등을 그 예로 들 수 있다고 한다(법무부, 「국제사법 해설」, 2001, 99면 주54). 인터넷상에서 계약이 체결되는 이상 외국에 가서 직접 주문을 하는 경우는 없을 것이므로 제3호는 충족될 수 없다. 또한 제2호의 경우 "그 국가에서 ... 주문을 받는다"는 것을 어떻게 해석하는가 관건인데, 인터넷 등 범세계적인 통신망 상으로 주문을 받는 경우에 공급자가 소비자의 주문을 어느 국가에서 받은 것인지를 반드시 용이하게 판단할 수 있는 것은 아니다.

37) 독일의 지배적 견해도 이와 동일하다. Mankowski, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 1999, 203, 234 ff.; ders., E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, MMR 2000 Beilage 7, 22 ff.; Junker, Internationales Vertragsrecht im Internet, RIW 1999, 809, 815; Kronke, Electronics Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, RIW 1996, 985, 988; MüKoBGB/Martiny, EGBGB Art. 46b Rn. 62.

38) 이와 동일한 독일 학설로는 Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, § 23, S. 709 ff.; Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragabschlüssen im Internet, 2002, S. 208 ff.; Klauer, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge, 2002, S. 64 ff. 기본적으로 웹사이트 자체를 광고로 볼 수 있지만, 그 안에 포함되어 있는 청약이 내용적으로 특정 국가를 대상으로 해야 한다고 한다. 이 경우 판단기준으로서 언어, 화폐, 제공된 상품의 지역적 이용가능성, 인터넷

를 대상으로 하지 않거나, 특정한 나라만을 대상으로 한다는 점을 명확히 함으로써 본조 제1호의 적용을 피할 수 있다고 한다. 이 견해에 있어서는 사업자가 설계한 웹사이트의 종류에 따라 어떠한 나라의 소비자를 대상으로 사업할 것을 기대할 수 있는지가 중요한 의미를 갖는다. 따라서 이 견해는 웹사이트 내지 광고를 통하여 특정한 지역의 소비자만을 대상으로 한다는 점을 명확히 한다면 한국 소비자법의 적용을 배제할 수 있는 가능성을 열어 주고 있다.[39] 단순히 해외 소비자 내지 한국 소비자와 거래하지 않는다는 점을 밝히는 것은 부족하고 더 나아가 기술적 조치 등을 적극적으로 취한 경우에만 국제사법 제27조상의 적용이 부정된다는 입장도 존재한다. 즉 팔지 않겠다는 부인문구로는 충분하지 않고 특정국가로부터 웹사이트에 접속하는 것을 차단하기 위한 기술적 조치를 취하거나, 계약체결 전에 소비자의 상거소를 확인할 수 있는 거래구조를 확인하기 위한 조치 등을 한 경우에 국가의 권한을 부인할 수 있다는 견해도 이와 유사한 입장이라고 해석된다.[40]

3) 소결

지금까지 논의를 종합하여 보면 학설의 대립과 상관없이 일치된 점은 다음과 같다. 인터넷 거래에서 해외 사업자가 우리나라 소비자를 대상으로 물건을 파는 쇼핑몰을 구성하였고 더 나아가 배송지가 한국이라는 사실을 알면서 계약을 체결하였다면 한국 소비자법의 유리한 내용이 적용될 수 있다.[41] 따라서 우리 소비자는

주소의 지역적 관련성 등이 고려되어야 한다고 한다.

39) 그 밖에 독일에서는 사업자가 인터넷 사이트 밖에서 별도의 광고를 한 경우에 한해 소비자 보호가 가능하다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 사업자가 사이트를 개설만 한 상황에서는 이용자가 스스로 인터넷 주소를 입력하여 해당 사이트를 직접 찾아가야 하기 때문에(능동적 소비자) 인터넷 공간에 사이트를 개설하는 것만으로는 청약도 광고도 인정될 수 없다고 한다. 따라서 사업자가 이 메일 광고, 베너 또는 팝업 링크와 같은 별도의 광고행위를 통해 소비자를 유인한 경우에 한해 소비자 보호 필요성이 인정된다고 한다(수동적 소비자). 소비자가 우연히 또는 처음부터 의도적으로 외국 사업자의 사이트에 방문한 경우에는 이러한 보호 필요성이 존재하지 않게 된다(Maack, Die Durchsetzung des AGB-rechtlichen Transparenzgebots in internationalen Verbraucherverträgen, 2001, S. 155 ff.; Reich, in: Reich/Nordhausen, Verbraucher und Recht im elektronischen Rechtsverkehr (eG), 2000, S. 88 ff.). 이 견해에 대해서는 인터넷 커뮤니케이션의 특징을 고려해 보았을 때 수동적 소비자와 적극적 소비자의 전통적 구분이 의미 있는 결과를 가져오지 못한다는 비판이 있다(Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 102).

40) 석광현, 「국제사법 해설」, 박영사, 2013, 330면.

41) 석광현, 「국제사법해설」 초판, 박영사, 2013, 329면; 장준혁 외 6인, 「전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구」, 정보통신정책연구원, 2002, 64면; 이정기・박종삼, "전자상거래에서 준거법 적용상 논점", 「대한경영학회지」 제18권 제2호, 2005, 726-727면; 이종인, "국제 전자상거래 분쟁해소를 위한 법・정책적 대응방안 연구", 「제도와 경제」 제1권 제1호, 2007, 116-117면.

한국 소비자법에 의한 보호를 해외사업자에게 주장할 수 있다. 물론 미국 같은 나라에는 우리 국제사법과 같은 조항이 없어 미국에 있는 사업자가 이러한 주장을 무시할 수 있고, 우리 소비자가 우리 법원에서 한국 소비자법에 기한 판결을 받더라도 미국법에서 집행이 안될 수는 있다. 하지만 현행 한국법상으로는 한국 소비자는 직접 해외 사이트에서 구매를 하더라도 해당 사이트가 한국의 소비자를 대상으로 물건을 팔고 있다면 한국 소비자법에 의한 보호를 주장할 수 있다. 하지만 해외 거래를 하지 않거나 우리나라를 대상으로 사업을 하지 않으려고 하는 사업자의 경우에는 견해에 따라서는 우리 소비자법을 주장하지 못한다. 필자는 이 견해가 오히려 타당하다고 생각되어 항을 바꾸어서 배송대행 서비스와 연관하여 이 견해의 타당성에 관하여 살펴보려고 한다.

2. 배송대행 서비스를 이용하는 경우 한국 소비자법의 적용여부

1) 이행지가 한국인 경우

배송대행 및 구매대행 업체가 대리인으로 계약을 체결하는 구매대행의 경우 기본적으로 소비자계약에 해당하고 배송지가 한국에 있는 주소로 기재되는 경우 기본적으로 앞에서 설명한 해외거래에 관한 내용이 그대로 적용되어 국제사법 제27조의 적용을 통하여 한국의 소비자는 한국 소비자법에 의한 보호를 주장할 수 있다.

2) 이행지가 해외 현지임을 이유로 한 한국소비자법의 적용 가능성

그러나 배송대행 서비스를 이용하는 경우 소비자는 배송지를 해외 현지 주소를 기재하는 것이 보통이다. 이렇게 하는 이유는 통상 판매 사업자가 해외에 배송을 하지 않거나, 특히 한국에 배송하는 것을 꺼려하는 경우가 많기 때문이다. 결국 배송대행을 이용하는 것은 배송비용이 저렴한 점도 있지만, 한국으로 배송을 하지 않거나 꺼려하는 업체가 존재하기 때문에 어쩔 수 없이 이용하는 경우도 존재한다. 그런데 이처럼 배송지를 해외 현지로 기재하게 되면 국제사법 제27조에서 요구하고 있는 '상거소'의 변경이 일어나지 않은지가 문제된다.

국제사법 제27조는 기본적으로 소비자의 실질적인 상거소를 기준으로 하여 소비자의 상거소지법을 기준으로 결정한다. 따라서 형식적으로 배송지를 배송대행 업체에서 정한 현지 주소지로 기재하더라도 소비자의 상거소가 한국인 이상 한국법이 국제사법 제27조에 의하여 적용될 수 있다. 따라서 배송지를 해외 현지로 기재

하여 매매계약을 체결한 상태에서 배송대행 서비스를 이용하는 경우에도 원칙적으로 국제사법 제27조에 의한 보호를 주장할 수 있다.

3) 배송지를 의도적으로 잘못 기재한 경우 한국 소비자법 적용배제

사업자가 배송지의 기재를 하도록 한 이유가 사업자가 사업활동영역을 제한하기 위한 목적이 있고 상거소가 한국인 소비자에게는 판매할 생각이 없었는데, 이를 의도적으로 회피하기 위하여 미국의 배송지를 기재한 경우에는 어떻게 될 것인지가 문제된다. 이러한 경우에 소비자는 한국 소비자에게 판매할 의사가 없는 미국 판매자의 제한조치를 의도적으로 우회하기 위한 목적으로 배송지를 미국으로 기재한 것이 된다. 이러한 우회목적으로 잘못 기재된 배송지로 인하여 실질적으로 한국에 거주하는 소비자이어서 상거소가 한국이지만 결국은 미국 사업자로부터 구매하는 한국 소비자는 미국에 상거소가 있는 것으로 간주되어 사업자의 입장에서는 미국 내 국내거래로 인식된 상태에서 계약을 체결하게 된다.

이 경우 한국 소비자의 상거소가 한국에 있다는 이유로 한국법의 적용을 주장하는 것은 타당해보이지 않는다. 왜냐하면 거래당시에 한국 소비자는 배송지를 해외로 기입하였고, 해당 사업자는 한국에 판매할 생각이 없으며, 다만 국내 거래 내지 기입된 배송지의 나라에만 배송을 할 생각을 갖고 있었던 것으로 보이기 때문이다. 인터넷을 통하여 물건을 판매하는 사업자는 전세계 소비자를 대상으로 물건을 판매할 가능성이 있으나, 각 나라의 다양한 소비자법을 준수하기가 곤란하다는 이유 등으로 배송지를 제한함으로써 해당 나라법의 적용을 배제할 수 있다. 이러한 사업자의 정당한 이익을 고려한다면 한국의 주소지가 아닌 해외주소를 배송지로 기입하여 사업자의 제한노력을 회피한 한국소비자에게 국제사법 제27조에 관한 보호를 주어서는 안된다.

결국 한국의 소비자는 한국의 소비자와는 거래할 의사가 없는 외국의 사업자로부터 물건을 구매하는 결과가 된다. 이는 한국법의 준수를 원하지 않거나 이를 의도하지 않은 사업자와 계약을 체결한다는 의미가 되므로, 피해가 발생하더라도 소비자 스스로가 한국법에 따른 구제를 기대해서는 안 된다. 더 나아가 국제거래를 예정하고 인터넷에서 거래를 하는 사업자는 기본적으로 강한 소비자의 피해구제를 경쟁요소로 하여 사업을 하는 경우가 많고, 또한 다양한 나라의 소비자법률을 고려한 상태에서 판매를 하는 경우가 많다. 이에 반하여 국내거래만을 생각하고 사업을 하는 판매자는 소비자피해구제를 최소한도 내에서만 하고 해당 나라의 국내

소비자법률만 고려한 상태에서 판매한다. 이것은 결국 국제거래를 하는 사업자의 경우에 외국에 대한 법률적 고려 및 소비자피해보상 등을 위하여 상품의 기본 판매가격 자체가 높아질 수밖에 없다는 이야기이다. 대행배송서비스를 이용하는 소비자는 같은 상품을 저렴하게 구매하지만, 유사시에 더 이로울 수 있는 피해구제를 포기한 상태에서 거래하게 된다. 결과적으로 이와 같은 사항이 배송대행서비스에서 상품이 저렴한 이유 중의 하나가 될 수 있다.

3. 소결

전자상거래를 통하여 해외구매를 하는 소비자는 통상 국제사법 제27조의 요건을 충족하여 한국 소비자법에 의한 보호를 주장할 수 있다. 특히 한국어로 된 사이트에서 구매하거나, 영어로 된 사이트라도 한국으로 배송을 하는 경우 해당 판매자는 한국 소비자와 계약체결을 한다는 사실을 인식하고 있으므로 한국법의 적용을 주장하더라도 무방할 것이다. 그에 반하여 배송대행 서비스를 이용하여 해외구매를 하는 소비자가 해외 현지로 배송지를 기재하여 한국으로 팔지 않겠다는 사업자의 제한 조치를 우회한 경우에는 국제사법 제27조의 요건을 통한 한국 소비자법에 의한 보호를 주장하지 못한다. 한국 소비자법에 의한 보호를 받는 소비자와 거래한다는 사실을 인식하지 못하는 사업자에게 한국법의 준수를 주장하는 것은 가혹할 것이며, 배송지를 의도적으로 다르게 기재한 상거소를 속인 소비자를 보호할 필요는 없을 것이다.

Ⅳ. 배송지를 해외 현지로 함으로써 일어나는 계약상의 변화

1. 판매사업자와 체결한 매매계약상의 불이익

1) 철회기간의 단축 내지 배제

배송지가 소비자의 한국 주소가 아닌 사업자가 정한 현지 주소가 된다는 점은 이행지가 변경됨을 의미한다. 이러한 이행지의 변경은 또한 계약법적인 변화를 가져오게 되며, 이러한 변화는 소비자에게 불리한 효과를 갖는다. 예컨대 청약철회권을 인정하는 사업자의 국가에서 구매하는 한국의 소비자는 당해 국가에서 보장되는 철회권 행사기간이 단축되는 효과를 감수해야 한다. 보통 철회권의 행사기간이 진행되는 기산점은 상품의 인도시를 기준으로 하는 경우가 많기 때문이다.

가령 유럽연합의 경우 소비자에게 철회권을 인정하는 국가인데, 유럽연합 소비자권리지침[42] 제9조 제1항은 청약철회권의 행사기간을 14일로 두고 있으며, 매매계약의 경우 소비자 또는 운송인이 아닌 소비자가 지정한 제3자가 현실적 점유를 취득한 날이 기산점이다.[43] 따라서 해외구매를 직접하고 배송 받은 한 소비자는 한국 주소지에 이행된 때부터 숙고기간이 진행됨에 반하여, 해외 현지 주소를 기재한 배송대행 서비스를 이용하는 소비자는 현지 배송지로 이행된 때부터 숙고기간이 진행된다. 그런데 상품이 현지 배송지에 있는 집결지로 인도되고 한국에 통관절차를 거쳐 배송될 때까지, 청약철회권의 행사기간은 상당히 단축되거나 도과하게 된다.[44] 따라서 소비자는 철회권 행사기간이 상당히 단축되거나 도과되어 철회권을 행사할 수 없는 불이익을 입거나 그러한 위험상태에 놓인다.

2) 물건의 위험 부담의 확대

또한 배송될 때까지 물건의 멸실·훼손에 대한 위험을 사업자가 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 해외구매를 직접하는 소비자는 한국주소지로 배송될 때까지 물건의 멸실·훼손에 대한 위험을 부담하지 않아도 된다. 그에 반하여 현지 주소를 배송지로 하는 배송대행 서비스를 이용하는 소비자의 경우 상품을 판매하는 사업자는 현지 배송지에 배송될 때까지만, 물건의 멸실·훼손에 대한 위험을 부담하므로 현지 배송지에서 한국 주소지로 상품이 옮겨오는 과정에서의 위험을 소비자가 부담하게 된다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 위험을 대행사업자가 부담하지 않는 이상 소비자는 큰 위험에 놓이게 되고, 결과적으로 이러한 위험이 발생했을 때 불이익을 입게 된다.

42) DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

43) 다만 사업자가 동 지침 제6조 제1항 제h호에서 규정하고 있는 청약철회권에 관한 정보를 제공하지 않았을 경우 이의 행사기간은 12개월 이내로 연장된다. 또 사업자가 12개월 이내에 이의 정보를 제공하였을 경우 이의 행사기간은 소비자가 정보를 제공받은 날로부터 14일 이내이다(동 지침 제10조)(이에 관하여 자세한 것은 고형석, "유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구", 「법학논총」 제29집 제4호, 2012, 275-276면 참조).

44) 배송대행업체들은 보통 미국을 기준으로 미국 내 운송기간 7~15일이 소요되고, 미국에서 한국으로 통관되는 데 3~4일 정도 소요되어 평균 10~20일이 소요되며, 미국 또는 국내상황에 따라 기간이 변동될 수 있음을 고지하고 있다. 비아이엘코리아(http://www.bilkorea.co.kr) 참조.

3) 소결

결국 소비자가 해외구매를 직접하는 경우와는 달리 대행서비스를 이용하는 소비자는 경우에 따라서는 법률상 상당한 불리한 지위에 있게 된다. 배송지를 해외 현지로 정함으로써 철회권 행사기간이 단축되고 물건의 배송관련 위험을 전적으로 부담하게 된다. 따라서 이러한 불이익을 배송대행 서비스 사업자와의 관계에서 방지하거나 보장하는 안정장치가 마련되어 있지 않으면, 소비자는 배송대행 서비스를 이용함으로써 가격은 저렴하지만 법적인 보장은 받지 못하는 상황에 놓이게 된다.

2. 대행 서비스상 매매계약 불이익의 보완 여부

그렇다면 이러한 보호를 직접 구매대행 내지 배송대행 업체 차원에서 보장해 주어야 하지 않을까 생각해 볼 수 있다. 첫째는 매매계약상 법률관계의 변경에 대한 고지가 존재하는지 살펴볼 필요가 있다. 그 다음으로 매매계약상 위의 불이익을 보완하는 장치를 배송대행 사업자가 마련하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

1) 법적 변경에 대한 고지 내지 정보제공 여부

보통 해외직접 구매대행 서비스를 제공하는 사업자가 설명하고 있거나 약관을 통하여 고지하는 정보의 내용은 주로 계약체결을 위한 절차와 서비스의 내용이다. 예컨대 (1) 재화 또는 용역에 대한 정보제공 및 수입대행계약의 체결, (2) 이용자가 해외에서 구매 또는 수입대행을 의뢰한 물건에 대한 운송계약의 체결, (3) 이용자가 구매 또는 수입대행을 의뢰한 재화의 배송, (4) 통관대행 서비스 등에 관한 정보가 제공된다.[45] 이 과정에서 결제대행 및 배송대행 등의 서비스 제공은 모두 위임계약의 형태로 제공된다. 그러나 이와 같은 계약체결 내지 이행과정에서 구매대행계약을 체결하고 현지 주소를 배송지로 함으로써 소비자에게 보장되어 있던 다양한 권리가 박탈되거나 또는 제한된다는 점에 대한 정보의 제공은 없다.

민법상 위임계약을 통해 당사자들 사이에 일종의 신임관계가 형성되며, 수임인은 위임인에 대하여 충실의무 및 선관주의의무를 부담한다(민법 제681조). 따라서 수임인은 위임받은 사무의 처리를 함에 있어 위임인에게 발생할 수 있는 법률상의 불이익을 방지해야 할 계약상 의무가 있으며, 나아가 이러한 의무는 신의칙에서도

45) 몰테일 이용약관 제4조(서비스의 제공 및 변경) 참조.

도출된다 할 것이다.[46] 대행사업자의 입장에서 소비자로부터 결제 내지 배송을 위탁받은 경우에 소비자에게 손해가 발생하지 않고 법적 불이익을 당하지 않도록 사무를 처리할 의무를 부담한다.

그런데 실제로 대행서비스 사업자는 이러한 법적 불이익에 대한 고지를 하고 있지 않다. 대부분의 구매대행서비스 사이트의 내용 및 약관을 분석해보면, 법적용의 불이익 내지 대행서비스를 이용함으로써 발생할 수 있는 철회권 기간의 단축 등을 고지하지 않고 있다.

2) 매매계약상 불이익에 대한 안전장치의 마련 여부

1) 철회권 내지 반송관련 안전장치 마련 여부

대행서비스 사업자는 기본적으로 매매계약상의 철회권에 대하여 언급하지 않고 "상품의 반송"이라는 명목으로 대행서비스 제공계약의 철회에 대하여만 규정하고 있다. 기본적으로 상품의 반송은 (i) 상품이 현지 배송대행지에 있고 아직 국내로 발송되지 않은 상태인 경우, (ii) 상품이 현재 국내로 배송 중인 경우, (iii) 상품이 국내에 배송되어 소비자가 이를 받은 경우에 문제될 수 있다. 실제로 배송대행사업자는 도착한 상품의 배송 및 통관견적을 소비자에게 통보하고, 소비자가 이를 승인하고 결제하면 국내로의 배송절차가 진행된다. 서비스제공계약의 경우 서비스의 이행이 시작된 이후에는 철회권이 배제됨이 타당한 점을 생각해 보면, 배송이 이루어진 이후에는 단순변심에 의한 반품, 즉 철회권은 인정되지 않은 것이 타당한 것이다. 대행 사업자들도 한국으로 배송이 이루어지기 전까지만 일정한 비용을 공제한 후 철회를 인정하고 있다.[47] 즉 위의 (i)단계에서는 소비자가 배송대행사업

46) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다42836 판결 참조.

47) 몰테일 이용약관 제12조(반품 등)
1. Malltail 주소에 회원이 주문한 물품이 도착하여 한국으로 발송되기 전에 회원의 당해 물품에 대한 배송대행계약의 중도해지요청(반품 등)이 Malltail 에 접수 된 경우 당해 물품은 회원의 요청에 따라 Malltail 에서 반송처리하며, 반송처리에 소요되는 비용 및 절차는 아래와 같습니다.
a. 반송처리에 대한 Malltail 수수료는 $7.00로 물품반송에 소요되는 반송비가 책정되면, 회원은 이를 통보받은 날로부터 10일 이내에 Malltail 반품수수료 및 물품 반송비 전액을 결제하여야 합니다.
b. 회원은 반송비 통보일로부터 10일 (Malltail의 물품 반송에 필요한 제반 비용의 지출 기준일)이내에 반품 신청을 철회할 수 있으며, 10일 이후에는 책정된 반송비 전액을 지불하여야 반품신청을 철회할 수 있습니다.
오마이짐 이용약관 제15조(반품 및 교환)
2. 회원이 타사이트에서 주문한 물품이 "OHMYZIP" 물류센터 도착 후 마이페이지 - 도착완료전까지 회원의 요청에 따라 반송이 가능합니다.

자에게 보관비용, 반송비용 및 반송수수료를 지불하고 상품구매계약을 철회할 수 있다. 그러나 국내로 이미 발송된 이후인 (ii)단계에서는 소비자가 상품구매계약을 철회하고자 반송을 하고 싶어도 신청을 받지 않는다. 경우에 따라 (iii)단계에서 상품구매계약을 철회하기 위하여 이미 한국에 배송된 상품을 반송하는 것을 반송대행이라 하여 별도의 서비스로 제공하는 사업자도 있다.[48] 그러나 이 경우에 한국에 도착한 상품이 다시 판매국으로 돌아가는데 걸리는 시간까지 감안하면 계약철회기간이 도과했을 가능성이 높다. 판매자가 반품을 인정하지 않았을 경우에 이를 그대로 소비자에게 다시 돌려보내고, 그 과정에서 발생하는 모든 비용을 소비자가 지불해야 하는 경우도 있다.[49] 한편 (iii)단계에서도 제반 비용을 모두 지불하는 것을 조건으로 청약철회를 인정하는 경우도 있다.[50]

다만, 회원은 오마이짐 물류센터에 물품 도착을 연락 받은 후 14일 이내에 반송을 요청해야 하며, 반송수수료 $5 결제 후 반송이 진행됩니다. 상품 도착후 30일이 지난 경우 보관료가 책정되어 보관료와 반송수수료를 모두 결제해야 반송이 처리되며, 결제가 진행되지 않을 경우 반송은 처리되지 않으며, 60일을 경과할 경우 물품 처리 방법은 제13조 4항을 따릅니다.

48) 몰테일 이용약관 제12조(반품 등)
2. 회원은 Malltail 주소에 물품이 도착하기 전 또는 물품을 보관하고 있는 경우에만 물품의 반송을 신청할 수 있으며, 물품이 한국으로 발송된 경우에는 반송신청을 할 수 없습니다. 다만, 물품의 한국 내 배송완료 후 반품을 요청할 경우에는 비용일체를 회원이 부담하는 것을 전제조건으로 하여 반송을 대행해 줄 수 있습니다.

49) 세븐존 이용약관 제15조(반품, 환급 등)
2. 운송대행 서비스
가. 쇼핑몰 미국주소에 회원이 주문한 물품이 도착하여 한국으로 발송되기 전에 회원의 당해 물품에 대한 운송대행계약의 중도해지요청(반품 등)이 쇼핑몰에 도달한 경우 당해 물품은 회원의 요청에 따라 반송하며 이를 위해 소요되는 일체의 비용은 회원이 부담합니다.
나. 쇼핑몰 미국주소에 회원이 주문한 물품이 도착되어 회원이 결제한 후 한국으로 발송된 시점 이후에 전항의 중도해지요청이 접수될 경우 운송대행계약의 효력은 계속 존재하여 쇼핑몰이 당해 물품을 국내의 수취처까지 배송완료함으로써 원 운송대행계약에 대한 이행을 완료하게 되며, 중도해지요청에 대해서는 비용일체를 회원이 부담하는 것을 전제조건으로 하여 반송을 대행해 줄 수 있습니다.
다. 본조 제1항 또는 제2항의 경우 회원이 지정한 수취처 이외의 제3의 지역으로 송부할 것을 요청하거나 해당 판매자에게 반송하였을 때 수취자가 물품을 수취거부 하거나 반품을 불인정하는 경우는 당해 물품을 회원에게 송부하고 그에 따른 일체의 비용은 회원이 부담합니다.

50) 이하넥스 이용약관 제32조 (청약철회 등)
① 이하넥스와 구매대행에 관한 계약을 체결한 고객(회원)은 구매대행을 요청한 쇼핑몰(판매처)에 주문이 접수되기 전에는 청약의 철회를 할 수 있습니다. 고객은 마이페이지 또는 수신확인통지 메일의 내용 상 구매대행 요청 쇼핑몰(판매처)의 주문 접수여부를 확인할 수 있습니다.
② 고객(회원)은 구매대행 절차를 거쳐 배송 받은 물품 또는 해외운송료 결제 후 해외배송 중인 물품에 대해 청약철회를 하고자 하는 경우 물품의 반품을 위한 국내 배송료, 해외배송료, 물품을 구매대행한 전자상거래 사이트(판매처)가 속한 국가의 배송료를 이하넥스에 지불해야 합니다.

2) 운송 중 멸실·훼손에 대한 안전장치 마련 여부

한편 운송 중에 발생하는 멸실 내지 훼손에 관하여 사업자는 관련 약관규정을 마련하지 않은 경우도 있고,[51] 자체적으로 보험계약을 통해 이를 보상하는 경우가 있다.[52] 이는 배송대행 서비스이용계약과는 별도로 체결되는 보험계약으로서, 운송 시 발생하는 하자에 대하여 사업자가 그 보험의 한도 내에서 배상하는 것이다. 일반적으로 보험제도를 운용하는 사업자는 일정 금액(미화 100달러에서 300달러 사이)을 기준으로 하는데, 배송대행사업자에게 소비자가 고지한 물건의 가액이 일정 금액 이하인 경우에 무조건 보상을 하는 업체도 있다.[53] 반면 일정 금액을 초과하면 보험에 가입한 소비자에게는 전액을, 가입하지 않은 소비자에게는 그 일정 금액의 한도 내에서 보상하거나 보상을 일절 하지 않는다.

3. 보험계약체결 서비스의 제공여부

결국 계약상 안전장치가 마련되어 있지 않다면 보험계약의 체결을 통하여 이러한 위험으로부터 보호를 받아야 한다. 위에서 서술한 바와 같이, 몇몇 사업자는 보험을 통해 상품을 보상하고 있다.[54]

51) 예: 포스트베이, 오마이집, 아이포터, 이하넥스.
52) 예: 뉴욕걸즈, 세븐존, 몰테일, 위메프박스.
53) 예: 위메프박스, 몰테일.
54) **위메프박스 이용약관** 제9조 (배송대행 국제운송 및 통관)
① "회사"는 국제복합운송계약을 체결한 운송 및 통관업무 제휴사를 통하여 "위메프박스" 해외물류센터에서부터 대한민국까지의 항공운송, 수입통관, 이용자가 지정한 수취처까지의 국내배송의 용역을 제공합니다. 이와 관련하여 "위메프박스" 해외물류센터에서 이용자가 지정한 수취처까지의 운송구간에서 상품의 파손 등 하자가 발생한 경우 "회원"이 가입한 "위메프박스" 서비스 보험의 한도 내에서 보상이 가능합니다.
뉴욕걸즈 이용약관 제11조(국제운송 및 통관)
1. 회사는 국제복합운송계약을 체결한 운송 및 통관업무제휴사를 통하여 NEWYORKGIRLZ 해외물류센터에서부터 대한민국까지의 항공운송, 수입통관, 이용자가 지정한 수취처까지의 국내배송의 용역을 제공합니다. 이와 관련하여 NEWYORKGIRLZ 해외물류센터에서 이용자가 지정한 수취처까지의 운송구간에서 물품의 파손 등 하자가 발생하였을 때, NEWYORKGIRLZ 보험에 가입한 이용자에 한하여 보상이 가능합니다.
세븐존 이용약관 제14조(운송 및 통관)
1. 운송
가. 쇼핑몰은 서비스 제공자로서 국내 택배회사를 지정하여, 미국에서 한국까지의 항공운송, 수입통관, 회원이 지정한 수취처까지의 국내배송 서비스를 맡깁니다.
나. 상품이 쇼핑몰을 출발한 후부터 회원이 지정한 수취처까지의 운송구간에서 물품의 파손 등 하자가 발생하였을 때, 회원이 별도의 보험에 가입하지 않았을 경우에는 상품가액과 1KG당 20달러의 금액 중 낮은 금액으로 보상이 가능 합니다.
몰테일 이용약관 제11조(국제운송 및 통관)
1. 회사는 국제복합운송계약을 체결한 운송 및 통관업무제휴사를 통하여 Malltail 해외물류센터에서부터 대한민국까지의 항공운송, 수입통관, 이용자가 지정한 수취처까지의 국내배송의 용역을 제공합니다. 이와 관련하여 Malltail 해외물류센터에서 이용자가 지정한 수취처까지의 운송구간에서 물품의 파손 등 하자가 발생하였을 때, Malltail 보험에 가입한 이용자에 한하여 보상이 가능합니다.

약관에 규정된 보험의 내용을 살펴보면 주로 배송대행과 관련된 위험, 즉 운송 중의 물건의 멸실 내지 훼손에 관한 위험에 관한 보험임을 알 수 있다. 따라서 소비자는 이러한 보험에 가입하고 추가로 비용을 지불함으로써 운송 중에 발생할 수 있는 위험에서 보호받을 수 있다. 하지만 위에서 언급한 바와 같이 철회권이 완전히 보장되지 못하는 불이익에 대한 보험은 별도로 존재하지 않기 때문에, 이러한 불이익은 소비자가 감수할 수밖에 없을 것이다.

Ⅴ. 결론 및 요약

(1) 한국의 소비자가 한국을 시장으로 생각하는 해외 사이트에서 직접구매를 한 경우 국제사법 제27조의 적용을 받아 한국 소비자법에 의한 보호를 주장할 수 있다. 그에 반하여 배송대행 내지 구매대행 서비스를 이용하는 한국 소비자는 여러 관점에서 한국 소비자법에 의한 보호를 받지 못할 가능성이 존재한다.

첫째, 구매대행 서비스를 이용하는 경우 구매대행 서비스 사업자가 위탁매수인으로서 서비스를 제공하여 직접 판매사업자와 매매계약을 체결하는 경우에는 사업자 대 사업자 사이의 계약이 체결되므로 소비자계약이 아닌 것이 된다. 그 밖의 경우에는 소비자계약에 해당하므로 한국 소비자법의 적용가능성은 존재한다.

둘째, 배송대행 서비스를 이용하여 배송을 받는 경우 해외 현지 주소지를 배송지로 정하는 것이 통상적인데, 이 경우에도 한국 소비자법에 의한 보호를 받지 못할 가능성이 크다. 사업자가 한국으로 팔지 않겠다는 제한조치를 한 경우, 이를 우회하기 위한 방편으로 소비자가 배송대행서비스를 이용하여 해외 현지로 배송지를 기재하였다면 국제사법 제27조의 적용을 통한 한국 소비자법에 의한 보호를 주장하지 못한다.

셋째, 해외 현지 주소지를 배송지로 정하게 되면 청약 철회권의 행사기간이 사실상 도과되어 행사될 수 없다는 불이익을 입으며, 해외 현지에서 소비자의 주소지로 오는 과정의 물건에 대한 위험을 소비자가 부담해야 한다는 불이익이 발생할 수 있다.

(2) 그러나 해외구매를 이용함에 따른 소비자법적 불이익 내지 계약법적 불이익을 대행서비스 계약에서 보완하는 안전장치가 제공되고 있지 않거나 부분적으로만 제공되고 있다. 첫째, 대행서비스 제공자는 대행 서비스 이용에 따른 이익만 선전하고 있을 뿐, 이로 인하여 발생할 수 있는 법적 불이익에 대한 고지를 전혀 하고 있지 않다. 둘째, 물건의 운송에 대한 위험의 경우 보험서비스의 가입을 유도함으로써 보완할 수 있는 가능성을 부분적으로 마련하고 있으나, 앞에 살펴본 소비자법적 불이익을 보완할 수 있는 안전장치를 마련하고 있지 않은 것이 현실이다.

(3) 결국 해외구매의 경우 배송대행 내지 구매대행 서비스를 이용하는 소비자는 저렴한 가격으로 구매할 수 있다는 달콤한 현실 속에 법적 안전장치가 마련되어 있지 않다는 불이익을 받을 수 있다. 즉 대행서비스를 이용함으로써 한국의 입법자가 마련한 국제사법 제27조를 통한 전자상거래상의 보호장치를 주장할 수 없을 가능성이 매우 크다고 할 수 있다. 결국 물건을 배송 받은 후 반품여부를 고려할 수 있는 철회권을 보장받지 못하는 불이익을 입고 있다. 따라서 한국의 입법자는 이러한 대행서비스의 경우에 어떠한 방법으로 소비자에게 보호를 줄 수 있는지를 고민할 필요가 있어 보인다. 예컨대 대행서비스 사업자에게 법적 불이익에 대한 고지의무를 부과하는 규정을 신설하거나, 소비자보호를 위한 가이드라인을 마련하는 규정을 명시하는 등 소비자보호를 위한 입법적 조치가 필요한 것으로 보인다.[55]

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)



이 병 준

소비자법, 국제사법, 구매대행, 국제전자상거래, 소비자계약, 철회권

55) 또한 구매대행 서비스는 새롭게 등장한 인터넷상의 사업영역이다 보니, 아직도 해당 약관에 불공정한 규정들을 많이 찾아 볼 수 있다. 이에 해당하는 표준약관 등을 마련하여 공정한 거래관행을 정착시킬 필요가 있다.

【참 고 문 헌】

곽윤직・김재형, 「민법총칙」 제9판, 박영사, 2013.

법무부, 「국제사법 해설」, 2001.

석광현, 「국제사법 해설」, 박영사, 2013.

신창섭, 「국제사법」 제2판, 세창출판사, 2011.

이기수・최병규, 「상법총칙・상행위법」 제7판, 박영사, 2010.

이종인, 「국제 전자상거래 소비자 피해구제 방안 연구」, 한국소비자원, 2005.

장준혁 외 6인, 「전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구」, 정보통신정책연구원, 2002.

정찬형, 「상법강의(상)」 제17판, 박영사, 2014.

고형석, “전자상거래를 통한 콘텐츠거래에 있어서 이용자보호에 관한 연구”, 「한양법학」 제34집, 2011.

_____, “유럽연합 소비자권리지침상 청약철회권에 관한 연구”, 「법학논총」 제29집 제4호, 2012,

권상로, “전자상거래에서의 소비자보호에 관한 법・제도적 연구”, 「한국콘텐츠학회논문지」 제9권 제12호, 2009.

류창호, “전자상거래소비자법에 관한 연구 - 전자상거래・소비자・사업자의 개념과 범위를 중심으로”, 「외법논집」 제12집, 2002.

서희석, “DCFR상 소비자・사업자의 정의”, 「외법논집」 제36권 제2호, 2012.

신창선, “전자상거래에 있어서의 국제재판관할과 준거법 - 스위스와 미국의 경우를 중심으로 -”, 「법학논총」 제25집, 2005.

유순덕・최광돈, “전자상거래에서 소비자 보호방안에 관한 연구”, 「디지털정책연구」제11권 제11호, 2013.

안제우, “국제전자상거래에서의 재판관할과 준거법 – 미국, 유럽연합, 한국간의 비교・검토를 중심으로 -”, 「무역학회지」 제28권 제4호, 2003.

이병준, “해외 소셜 네트워크 서비스이용약관의 약관규제법에 의한 내용통제 가능성: Facebook 게시물이용약관의 유효성을 중심으로”, 「소비자문제연구」 제41호, 2012.

이정기・박종삼, "전자상거래에서 준거법 적용상 논점", 「대한경영학회지」 제

18권 제2호, 2005.
이종인, "국제 전자상거래 분쟁해소를 위한 법·정책적 대응방안 연구", 「제도와 경제」 제1권 제1호, 2007.
정 완, "인터넷상거래에 있어서의 소비자보호", 「경희법학」 제42권 제2호, 2007.
최인혁, "한국의 전자상거래에서의 소비자 보호법에 관한 연구", 「전자무역연구」 제5권 제1호, 2007.

Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003.
Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 2011.
Bülov/Artz, Verbraucherprivatrecht, 3. Aufl. 2011.
Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006.
Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragabschlüssen im Internet, 2002.
Hoffmann, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012.
Junker, Internationales Vertragsrecht im Internet, RIW 1999.
Klauer, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge, 2002.
Kronke, Electronics Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, RIW 1996.
Maack, Die Durchsetzung des AGB-rechtlichen Transparenzgebots in internationalen Verbraucherverträgen, 2001.
Mankowski, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 1999.
Mankowski, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, MMR 2000 Beilage 7.
Reich, in: Reich/Nordhausen, Verbraucher und Recht im elektronischen Rechtsverkehr (eG), 2000.
Rott, Stellvertreungsrecht und Verbraucherschutz, 2006.
Schreindorfer, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012.
Wolf/Neuer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl, 2012.

Abstract

Verbraucher- und IPR-rechtliche Probleme beim grenzüberschreitenden E-Commerce durch Handelsvertreter und Vertreter

Lee, Byung Jun

Die Verbraucher, die Waren durch Handelsvertreter oder Vertreter beim grenzüberschreitenden E-Commerce kaufen, schließen grundsätzlich zwei Verträge ab. Der eine ist der Kaufvertrag mit dem Verkäufer und der andere ist der Auftrag mit dem Hadelsvertreter oder Vertreter. Jedoch liegen die Rechtverhältnisse in diesem Falle ganz anders, als der Verbraucher den Kaufvertrag selbst abschließt oder direkt die Ware zu sich senden läßt. Denn die verbraucher- bzw. IPR-rechtlichen Schutzmechanismen können in diesen Fällen verschwinden, so dass er schlechter stehen bleiben kann. Zum einen wird schon durch den Abschluß durch den Handelsvertreter die Anwendung der verbraucherrechtlichen Regelungen verneint, zum anderen kann die Widerrufsfrist durch den Vertragsablauf abgelaufen sein. Der Handelsvertreter warnt jeoch den Verbraucher nicht über diese rechtlichen Änderungen.

Dieser Kaufweg ist deshalb beliebt, weil er häufig sehr günstig ist, jedoch verbirgt sie den Wegfall des rechtlichen Schutzes. Der Verbraucher verliert den Schutz, den der koreanische Gesetzgeber im E-Commerce gewähren wollte.

Lee, Byung Jun

Verbraucherrecht, IPR-Recht, Kauf durch Handelsvertreter, grenzüberschreitender E-Commerce, Verbrauchervertrag, Widerrufsrecht

이중대표소송에 관한 델라웨어 최고법원 판결연구

- Lambrecht v. O'NEAL 3A.3d 277(Del.Supr.2010) -

남 현 숙*
최 준 선**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 사실관계 및 판결
1. 사건개요
2. 델라웨어주 최고법원의 판결
Ⅲ. 사례의 검토
1. 이중대표소송의 인정여부 및 원고적격
2. 람브레히트 판결의 의의
3. 일본 회사법상의 이중대표소송제도
4. 우리 상법과 이중대표소송제도
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

이중대표소송제도는 소수주주보호와 자회사 이사 등 경영진들의 통제 및 감시를 위하여 효과적이라는 주장이 꾸준히 제기되어 왔으나, 실제로 명문으로 입법이 된 것은 찾아보기 힘들다. 이중대표소송이 인정되고 있는 미국에서도 오랜 논의를 거쳐 형평법상 엄격한 요건 하에 인정하고 있는 것으로 명문화된 제도를 가지고 있는 것은 아니다. 본고에서 살피고자 하는 케이스는 대표소송이 제기되어 계속 중에 회사의 일방적인 조직개편이 개입이 된 경우에 원고적격 유지와 관련하여 델라웨어주 최고법원이 내린 판결이다. 델라웨어주 최고법원은 피인수회사의 주주였던 원고가 인수회사의 주식을 보유하게 되어 주주의 지위를 계속 유지하는 한 원고적격을 갖는다는 사실을 분명히 하여 합병 등 조직개편 이후의 이중대표소송이 계속될 수 있음을 밝혔다. 이는 국내 이중대표소송 및 다중대표소송과 관련한 논쟁에서 원고적격과 관련하여 합리적인 기준을 제시하는데 도움을 줄 수 있을 것이라고 생각한다. 더불어 최근에 일본이 엄격한 요건 하에 다중대표소송을 인정하여 시행을 앞두고 있으므로 그 내용도 간략하게나마 살펴보고자 한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 서론

주주대표소송은 회사의 주주가 회사를 위하여 이사 등 임원에 대한 손해배상청구권을 회사를 대신하여 행사하는 특수한 구조를 가진 소송이다.[1] 원래 이사의 책임 추궁은 회사 즉 대표이사가 해야 한다. 그러나 실제로는 이를 기대하기 어려우므로 회사의 주주로서의 지위에 기초하여 대표소송 제기를 할 수 있도록 한 것이다. 영국에서는 1800년대 중반에 형평법원이 회사 임원들의 신탁의무 위반에 대하여 주주가 관리할 수 있도록 허용하면서 인정되기 시작하였고, 미국에서도 비슷한 시기에 조건부로 주주대표소송을 인정하기 시작하였다.[2]

이중대표소송은 어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하게 되어 양 회사 간에 지배종속관계가 형성되어 있는 때에 종속회사의 이사가 부정행위 등을 하여 회사가 손해를 입게 된 경우에 모회사의 주주가 자회사를 위하여 자회사의 이사 등을 상대로 직접 책임을 추궁할 수 있도록 한 것으로 다중대표소송 중 가장 단순한 형태라 할 수 있다.[3] 당해 종속회사의 주주에게 인정하는 소송권을 지배회사의 주주에게도 인정한다는 의미에서 이중대표소송은 주주대표소송의 당사자적격을 확장한 것이라고 할 것이다.[4]

이중대표소송제도의 도입여부에 관해서는 그 동안 수많은 찬반 논란이 있었다. 도입을 인정하는 견해는 자회사 이사의 통제와 소수주주 보호 필요성이 있다는 사실을 주된 이유로 들고 있다.[5] 이에 반해 반대하는 견해는 이중대표소송을 인정하는 것은 모회사와 자회사가 누리는 독립된 법인격 훼손이 각종 문제점을 초래할 수 있고, 기업경영이 위축될 수 있다는 등을 이유로 한다.[6] 그러나 이러한 논쟁에도 불구하고 이중대표소송제도가 명문화 되어 있는 나라는 거의 없다. 이중대표소송과 관련하여 선구적인 위치에 있는 미국도 이중대표소송을 판례와 학설을 통하

1) 634 A.2d 927; 1993Del. LEXIS 454; Fed.SEC.L. Rep.(CCH)P98, 821, p.7; 山田純子, "多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の実地調査を踏まえて—", 21 世紀政策研究所, 2010, 1頁
2) Daniel J. Morrissey, "Shareholder Litigation After The Meltdown", West Virginia Law Review, 2011-2012, p. 550
3) 손영화, "미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구", 법과 정책연구 제5집 제1호, 2005, 91면; 3A. 3d 277: 2010 Del. LEXIS 427 July 7, 2010, submitted August 27, 2010, decided, p. 9
4) 최준선, "이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토", 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 434면
5) 김재훈, "이중대표소송에 관한 법적고찰", 한국비즈니스리뷰 제6권 제2호, 2013, 84면~86면
6) 박신호,「이중대표소송제도 도입의 문제점」, CER 2006-12, 2006, 7면~11면; 신석훈,「대기업 비판의 실상과 본질」, 정책연구 2012-06, 2012, 258면~262면

여 형평법상 인정하고 있는 것으로 이를 명문화된 제도로 한 것은 아니며, 주주가 모회사의 대표소송제기권을 회사를 대신하여 행사하여 제기하는 소송으로 이해하고 있다.[7)]

본고는 델라웨어주 회사법에 기초하여 판결한 2010년도 판례를 검토해 보기로 한다. 동 사례는 대표소송이 제기된 후 모회사의 주주가 된 원고가 소위 주식의 계속 보유 요건을 충족하는지가 문제 되었다. 그리고 이중대표소송의 찬반론의 근거 및 동 사례가 갖는 시사점이 무엇인지 살펴봄으로써 궁극적으로는 국내 제도 도입의 타당성 및 합리성 여부를 생각해보고자 한다.

Ⅱ. 사실관계 및 판결

1. 사건개요

(1) 사실관계

델라웨어 주의 회사인 메릴 린치(Merill Lynch, 이하 M사)의 주주였던 람브레히트(N.A.Lambrecht), 러브맨(Miriam Loveman)은 M사의 이사 및 집행임원이 당해 회사를 채무담보증권의 인수에 참가시키는 등 신인의무에 위반하여 M사에 손해를 입혔다고 주장하고, M사의 손해를 회복할 수 있도록 뉴욕 남부지구 연방지방법원에 각자 대표소송을 제기하였다.[8)] 그 후, M사와 뱅크 오브 아메리카(Bank of America, 이하 B사)사이에 주식교환에 의한 합병(a stock-for-stock merger)이 이루어져, M사는 B사의 완전자회사가 되었다. 그리고 람브레히트 등은 B사의 주주가 되었다. 따라서 뉴욕 남부지구 연방지방법원은 람브레히트 등 원고가 원고적격을 상실하였다는 것을 이유로 하여 각하 판결[9)]을 하였다. 이에 원고들은 새로이 이중대표소송을 제기하거나, 최초의 소를 이중대표소송으로 변경하여 재소답을 제출하였다(repleading). 그러나 피고는 이중대표소송을 제기하기 위해서는 ① 주식교환 후에는 물론, 주식교환 전 피고의 부정행위가 발생한 시점에도 원고는 M사의 주주였을 것. ② 본건 주식교환 이전 피고의 부정행위가 발생한 때에 B사 자체가 M사

7) 陽一高橋, “多重代表訴訟制度のあり方-必要性と制度設計-(要約)”, 京都大學, 2014, 3頁
8) 사건의 개요 및 판결요지에 대하여는 NO. 135, 2010, Supreme court of delaware, 3 A.3d 277; 2010 Del. LEXIS 427
9) 이후 두 주주가 제기한 단순대표소송은 병합되었고 병합심리 후 뉴욕남부지구 연방지방법원은 양소를 부적법 각하하였다.

의 주주인 것을 증명해야 하며 재소는 각하되어야 한다고 주장하였다. 그 후 뉴욕 남부지구 연방지방법원은 동 사건의 원고적격을 선결문제로 해명하기 위하여 델라웨어주 최고법원에 의견조회 절차(Certified Question)를 진행하였다.

(2) 관련 사실

우선 뉴욕 남부지구 연방지방법원에 제기된 대표소송은 주로 주식교환 이전의 신인의무 위반과 관련되어 있었다. 그리고 M사 임원 및 이사가 M사가 채무담보증권을 부담하도록 하였다. 게다가 모기지 사업과 관련하여 저당권 설정에 따르는 리스크에 대해 경고가 있었음에도 이를 무시하였고 결국에는 회사가 수십억 달러에 이르는 손실을 보았다는 것이다. 원고의 청구는 이러한 신인의무위반에 기초한 손해배상청구이다. M사와 B사가 주식교환에 의한 합병계약 전날에는 36억 달러에 이르는 보너스가 M사 임직원들에게 부당 지급되었다.

람브레히트는 손해배상청구의 원인이 된 M사 이사의 부정행위가 있었던 시점에는 M사의 주주였고 B사 주주는 아니었으며, M사 주식이 B사의 주식으로 교환되어 처음으로 B사의 주주가 되었다. 인수회사인 B사도 문제의 부정행위 시점에는 피인수회사인 M사의 주식을 소유하고 있지 않았다. 이후 주식교환으로 M사는 B사의 완전자회사가 되었다.

(3) 의견조회절차 내용

주식교환 이전에 M사의 주주였으며, 주식교환 후인 현재는 M사의 완전모회사인 B사의 주주인 원고가 ① 피고들의 부정행위가 있었던 시점에 B사의 주식을 소유하고 있어야 하는가? 더불어 ② B사가 M사의 주식을 보유하고 있었다는 사실을 입증해야 하는가?

2. 델라웨어주 최고법원의 판결

(1) 이중대표소송의 두 가지 형태

델라웨어주 최고법원은 이중대표소송을 두 가지 유형으로 나누었다. 하나는 자회사의 이사가 부정행위를 한 시점에 이미 모자회사 관계가 존재하여, 주장된 부정행위 발생 시에 기존의 완전자회사를 가지고 있는 모회사를 위하여 처음부터 이중대표소송으로 제기된 경우이다. 이 경우는 통상의 대표소송과 마찬가지로 주식계속보유의 원칙 및 주식동시보유의 원칙을 모두 충족해야 하고, 회사에 사전 제

소를 청구하여야 하는 등의 일정한 절차 요건을 갖추어야 한다. 다른 하나는 최초 소제기 시에는 통상의 대표소송으로 제기되었지만, 그 이후에 주식교환 등 관련 회사의 조직개편으로 이중대표소송이 된 경우이다. 이런 경우는 주주가 조직개편의 결과로 모회사 주식을 보유하게 되었고, 그 조직개편 전에 부정행위가 이미 존재하였으며, 그리고 일정한 요건을 구비고 있는 경우에는 그 주주는 조직개편 이전에는 통상의 대표소송을 제기하고, 조직개편 이후에는 이중대표소송을 제기할 수 있다고 판시하였다.

(2) 조직개편 후 이중대표소송의 원고적격

델라웨어주 최고법원은 본건에서 통상의 대표소송(a standard derivative action)에서 원고는 원칙적으로 주식의 동시보유요건 및 소송계속 중의 계속보유요건을 구비하여야 함을 다시 확인하였다.[10] 그리고 자회사를 대신하여 모회사 주주가 제기하는 이중대표소송은 모회사가 자회사에 대하여 갖는 권리를 바탕으로 하므로 모자회사 모두 이중대표소송에 있어서 필요불가결하게 당사자가 되고 이중대표소송을 제기하는 원고는 모회사와 자회사 양쪽 이사회에 모두 제소청구를 해야 한다.[11] 그러나 본 사건과 같은 합병 후 파생 이중대표소송의 경우(a post-merger double derivative action), 모회사 이사회에 대하여 하는 제소청구의 무익성(futility)에 관한 판단에 대하여 레일즈판결[12]에 따라 판단해야 함을 밝혔다. 당사자 적격과 관련하여 자회사의 이사회에 대해서는 루이스판결[13]의 요건에 따라 이사가 부당행위를 한때에 주주의 지위에 있으면 된다고 하였다. 그리고 모회사 이사회에

10) 델라웨어 일반회사법 제327조는 동시보유요건에 대한 규정하고 있으며, 회사를 위하여 소제기를 하는 원고 주주는 부정행위시에 있어서 회사의 주주일 것을 요구한다.
§ 327 Stockholder's derivative action; allegation of stock ownership.
In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which such stockholder complains or that such stockholder's stock thereafter devolved upon such stockholder by operation of law.

11) §9:5. Pleading requirements of Rule 23.1-Share ownership requirement, 2 McLaughlin on Class Actions §9:5(10th ed.), 2013, p.3

12) Rales v. Blasband 634A 2d927(del.1993);따라서 만일 이사회가 독립적이지 못하고 경영상 판단에 있어서 이해관계가 있다면 원고가 이사회에 제소청구 절차를 밟지 않아도 되는 예외적인 경우가 된다(레일즈 형제는 합병 후에도 이스코사 이사의 지위를 계속하여 유지하였고, 동 이사회의 다른 구성원들은 레일즈 형제와 경제적인 이해관계를 가지고 있었음).

13) Lewis v. Anderson 477 A.2d 1040; 1984 Del.LEXIS 327: 델라웨서주 최고법원은 회사의 조직개편으로 주주의 지위를 상실하게 된 경우 대표소송에 대한 원고적격을 상실하는 것이 원칙이나 일정한 요건을 충족하면 예외가 인정된다고 하였다.

대해서는 레일즈 판결[14]의 요건에 따라 소를 제기한 때에 주주의 지위에 있으면 원고적격을 인정할 수 있다고 하였다.

(3) 피고의 주장에 대한 법원의 판단

피고는 본건 이중대표소송은 두 개의 통상의 대표소송을 묶은 것과 같고, 루이스 판결이 적용되어야 한다고 하였다. 그러므로 원고는 조직개편 전 M사 이사의 부정행위가 있었던 때에도 B사의 주식을 보유하고 있어야 하고, B사 또한 부정행위가 있었던 시점에 M사의 주주로서의 지위를 가지고 있어야 한다고 주장하였다. 그러나 델라웨어주 최고법원은 다음과 같은 이유를 기초로 피고의 주장을 부정하였다. ① 피고가 주장한 사이토 판결[15]에 따른다면, 이중대표소송을 사실상 불가능하다. ② 본 사건에서 조직개편 이후에 B사는 M사의 단독주주로서[16] B사는 직접 소를 제기할 수 있고, 대표소송요건을 갖추어야할 이유는 없다. ③ 이중대표소송에 있어서 원고는 B사를 위하여 소를 제기하여 소제기시에 B사의 주주였던 사실만을 입증하면 되고, 자회사 이사가 부정행위를 한 때에 주주였었다는 사실은 증명할 필요가 없다. 그리고 조직개편으로 B사의 주주가 된 원고는 조직개편 이후에 이중대표소송을 제기하고 있으므로, 원고는 소를 제기한 시점에 B사의 주주이다. ④ 조직개편 후에 제기된 이중대표소송은 조직개편 전에 제기된 통상의 대표소송의 사실상의 연속이라고 할 수 없다. ⑤ 피고가 주장한 사이토 판결은 통상의 대표소송 요건을 이중대표소송으로 확장하고 있는 것으로 델라웨어 주법의 적용을 벗어난 것이다.

14) 브라스밴드가 이스코사의 주주가 아니어서 대표소송의 원고적격이 부정된다는 레일즈 형제의 주장에 대해, 법원은 통상의 이중대표소송과는 다르기 때문에 제소 당시 모회사의 주주이면 당사자적격을 인정할 수 있다고 하였다.

15) Saito v. McCall 2004 Del. Ch. LEXIS 05, 2004 WL 3029876(Del. Ch. Dec 20. 2004); 결론만 간단히 소개하면, 이 사건은 합병 후 회사의 이사를 상대로 한 이중대표소송이었으나, 여기서는 주식의 동시보유 및 계속적 요건을 모두 요구하여 원고적격이 부정되었다. 본 케이스에서 델라웨어주 최고법원은 유일하게 피고의 입장을 뒷받침할 수 있는 사이토 케이스를 인정한다면, 의미있는 구제수단으로서의 이중대표소송은 효과적으로 억제될 것이라고 하면서 사이토 케이스를 파기하였다. (3 A.3d 277;2010 Del. LEXIS 427)

16) 김정호, "다중대표소송의 도입방안에 관한 연구", 경영법률, 2013, 215면; 따라서 B사와 M사의 경제적 이해관계는 동일하다고 한다.

Ⅲ. 사례의 검토

1. 이중대표소송의 인정여부 및 원고적격

일반적으로 다중대표소송이 인정되고 있다는 평가를 받고 있는 미국도 오랫동안 다양한 논의를 통해서였으며 제정법으로 명시적인 규정을 둔 것은 아니었다.[17] 최초로 이중대표소송이 인정된 1879년 이래 오늘날과 같은 이중대표소송이 나타난 것은 20세기 이후이다.[18] 초기의 판례는 원고의 제소청구에 관한 절차적인 측면에서 문제가 되었으며, 이것이 정리되자, 주식의 동시보유요건이 검토되었다.[19] 이중대표소송을 부정하는 판례와 인정하는 판례가 공존하였고, 인정하는 입장에서도 그 근거가 통일되어 있는 것이 아니라 매우 다양하게 제되었다.[20]

(1) 이중대표소송 부정론

이중대표소송을 부정하는 근거로 미 법원은 주로 ①대안설과 ②주식동시보유의 원칙을 든다.[21] ①은 굳이 이중대표소송이 아니더라도 모회사 주주는 그 이사에 대하여 책임을 추궁할 수 있는 대체수단이 있다는 것이다. 만일 자회사의 이사 등이 부정한 행위를 하여 자회사에 손해가 발생한 경우, 모회사의 이사가 자회사의 주주로서 자회사의 이사 등을 상대로 대표소송을 제기 하지 않으면, 모회사의 주주는 당해 모회사를 상대로 단순대표소송을 제기하여 이사의 임무해태에 대한 책임 추궁을 할 수 있다는 것이다. 그리고 ②는 대표소송의 원고적격에는 주식동시보유 원칙이 인정되므로, 자회사 이사가 부정행위를 한 경우, 자회사 이사가 부정행위를 한 시점에 자회사의 주식을 보유한 자가 원고적격을 갖는 것이고 모회사

17) 손영화, “미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 2005, 91면

18) 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 상사판례연구 제19집 제4권, 2006, 124~125면; 최초인정, Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railway Co.; 이 사건은 지방자치단체가 소유한 A철도회사의 주식이 B철도 회사에 양도되고 나서 B회사 주주가 A회사의 이사의 책임을 추궁한 사건이다. 주식양도는 보통법상 무효이나, A회사와 B회사 사이에 형평법상의 주식소유관계는 인정된다고 하여 모회사 주주인 원고의 손해배상청구를 인정하였다. (김대규, “지배회사주주의 이중대표소송”, 증권법연구 제5권 제2호, 2004, 128면 각주 19)

19) 山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(一)”, The Nagoya journal of law and politics 177, 1999, 334頁

20) 권재열, “이중대표소송의 법리적 검토”, 기업소송연구, 2004, 519면

21) 이지수, “이중대표소송에 관한 미국에서의 법적논거”, 기업지배구조연구, vol.13, 2004, 2면; 주수익, “이중대표소송에 관한 연구”, 법학논총(조선대학교) vol.16 no.2, 2009, 4면

주주는 원고적격이 인정되지 않으므로 대표소송을 제기할 수 없다는 것이다.

(2) 이중대표소송 긍정론

이중대표소송을 긍정하는 공통된 이론적 근거가 있는 것은 아니다. 각 사례마다 다른 이유를 들거나, 여러 가지 복합적인 근거가 제시되고 있다. 이중대표소송을 인정하는 배경에는 미국의 기업결합관계에 있는 기업이 복잡한 기업구조를 가지고 있다는 현실적인 인식을 바탕으로[22], “주식소유의 연쇄”가 있다는 사실에서 아이디어를 얻은 것이라고 할 수 있다.[23] 이중대표소송을 인정하는 이론으로는 신탁이론(the fiduciary theory), 법인격부인(piercing the corporate veil)에 따라 긍정하거나, 자회사는 모회사의 단순한 대행자 내지는 도구(subsidiary as a "mere agent" or "instrumentality")임을 근거로 하여 인정한 경우, 모자회사의 관계가 지주회사와 사업회사(“holding” company and "operating" company)임을 근거로 한 경우, 그리고 모회사와 자회사의 경영자가 동일하거나 단일한 통제하에 경영(common control) 된다[24]는 사실 등 다양하다. 전통적으로 미국 판례법은 지배관계가 존재하는 경우에 한하여 이중대표소송(다중대표소송)제기를 긍정하고 있다.[25] 그리고 주주의 손해회복과 자회사의 부정행위 발생을 억제하는 효과가 있으므로 이중대표소송을 인정해야 한다는 것 등을 인정근거로 하는 견해도 있다.[26]

(3) 루이스 판결과 레일즈 판결

람브레히트 케이스의 이해를 위하여 이중대표소송과 관련한 리딩 케이스인 루이스 판결과 레일즈 판결을 소개하도록 한다. 루이스 판결(Lewis v. Anderson)[27]은 주식의 교환 등 조직개편 후 대표소송에 대하여 일반원칙 및 그 예외상황에 대한 판단기준을 명확히 한 것으로 평가받고 있다.[28] 원고인 루이즈(Harry Lewis)는 구

22) 황근수, “미국에서 지주회사의 운영과 주주보호”, 법학연구 제53집, 2014, 351면

23) Harry G. Henn, John R. Alexander,「Laws of Corporations」, Third Edition, 1983, p. 1056; 山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(一)”, The Nagoya journal of law and politics 177, 1999, 334頁

24) William H. Painter, "Double Derivative Suits And Other Remedies With Regard To Damaged Subsidiaries", Indiana Law Journal Vol. 36, Issue 2, 1961, pp. 146~151; David W. Locascio, “Comment, The Dilemma Of The Double Derivative Suit”, Northwestern University Law Review Vol. 83, No.3, 1989, pp. 743~753

25) 山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(一)”, The Nagoya journal of law and politics 177, 1999, 334頁

26) 최완진, “이중대표소송제도에 관한 법적 고찰”, 경영법률 18(2), 2008, 260면

27) 상세한 내용은 477 A.2d 1040; 1984 Del.LEXIS 327

코노코(Old Conoco)사의 주주였다. 1981년 9월 30일 구 코노코는 현금공개매수(cash tender offer)에 의해 듀퐁(Du Pont)의 완전자회사인 듀퐁 홀딩스(Du Pont Holdings)에 흡수합병 되었고, 듀퐁 홀딩스는 회사명을 코노코로 변경하였다(New Conoco). 이 합병으로 구 코노코의 주주들은 구 코노코의 주식과 교환으로 듀퐁의 보통주를 취득하고, 원고는 듀퐁의 주주가 되었다. 1981년 7월 17일 루이스는 구 코노코사를 대신하여 그의 모든 이사와 여러 임직원을 상대로 주주대표소송을 제기하였다. 원고는 이 사건 합병 전에 이루어진 황금 낙하산(Golden parachute) 계약이 부적절하며, 이것은 회사에 대한 사기 또는 회사 자산을 낭비한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 피고는 원고가 본건 합병으로 구 코노코의 주주자격을 상실하였으므로, 원고적격이 없음을 이유로 소각하 또는 본안전 판결(summary judgement)을 구하였다. 원심인 형평법원은 피고들의 주장을 받아들였다.

상소심인 델라웨어주 최고법원은 델라웨어주법 하에서 회사의 조직개편으로 주주의 지위를 상실한 경우에는 대표소송을 계속할 원고적격이 없다는 일반원칙을 분명히 하였다.[29] 다만, 만일 합병이 단지 주주대표소송을 회피할 목적으로만 이루어진 경우와 조직개편 전후에 회사의 사업소유에 특별한 변화가 없는 단순한 조직개편에 불과한 경우는 일반원칙에 예외가 인정될 수 있음을 밝혔다. 따라서 원고가 만일 이 두 가지 예외 중에 어느 쪽이든 해당된다는 사실을 입증하면[30], 조직개편행위로 인하여 주주로서의 자격을 상실한 경우라고 하더라도, 관련 대표소송을 계속할 수 있게 되었다는 것이 이 판결의 의의라고 할 것이다.

레일즈 판결(Blasband v. Rales)[31]은 이중대표소송의 제소요건 중 주식동시보유 및 계속보유 원칙을 완화하여 내린 판결이다. 브라스밴드(Blasband)는 제소시점에 다나허(Danaher)사의 주주며, 1990년도 이전에는 이스코 핸드 툴스(Easco Hand Tools, Inc.)의 주식 1,100주를 가지고 있는 주주였다. 이스코사는 1990년 2월에 주식교환에 의한 합병을 통하여 다나허사의 완전자회사가 되었다. 주식교환에 의한 합병 이전에 레일즈 형제(Steven Rales, Mitchell Rales)는 이스코사의 이사였으며, 보통주 약 52%를 가지고 있었다. 그리고 합병이후에도 계속해서 이스코사의 이사로 재직하였다. 레일즈 형제는 다나허사 주식도 약 44%를 가지고 있었다. 합병 전

28) 顧丹丹, "組織再編後の株主代表訴訟と二(多)重代表訴訟", 法學會雜誌 53(2), 2013, 156頁
29) 최고법원은 델라웨어 일반회사법 §259 (a), §261, §327조를 근거로 하였다.
30) 본 사례에서 원고는 일반원칙에 대한 예외적인 사항에 대한 주장을 하지 않았고, 주최고법원은 원심을 확정하였다.
31) 971F. 2d 1034(3d Cir. 1992) 및 634 A 2d.927(Del.1993) 참조

에 미첼 레일즈는 다나허사의 회장, 스티븐 레일즈는 최고경영자(CEO)였다. 1990년 초에 두 형제는 회장과 최고경영자자리에서 물러났지만, 여전히 이사회의 구성원이었다. 동 이사회의 구성원은 8명이었는데, 다나허사의 회장 및 최고경영자를 비롯한 4인의 이사회 구성원은 두 형제와 사업적인 관계를 맺고 있었거나 두 형제가 가지고 있는 회사와 관련이 있었다. 1990년 여름, 브라스밴드는 정크본드 투자에 대한 해명을 요구하였으나 별다른 소득이 없자 1991년 3월에 레일즈 형제가 정크본드에 투자하여 이스코사에 손해를 입혔다고 주장하며 대표소송을 제기하였고, 이 과정에서 브라스밴드는 제소청구 절차를 밟지 않았다. 피고는 ① 브라스밴드가 제소청구를 하지 않았으며, ② 더 이상 이스코사의 주주가 아니어서 원고적격이 없다고 주장하였는데, 제1심 델라웨어주 연방지방법원은 피고의 주장을 받아들여 피고의 소각하 신청을 인정하였다. 그러나 상소심에서는 본건은 통상의 이중대표소송과는 다르므로 원고는 제소당시에 모회사이 주주이면 족하다고 하여 원심의 판단일부를 부정하였다.[32] [33] 이 판결은 델라웨어주의 판례법을 해석한 것이나, 주식교환이 이루어 진 후에 모회사의 주주가 된 원고에 대하여 이중대표소송에 있어서 원고적격을 인정할 수 있다는 이후 판결의 단초를 제공하였다는 면에서 그 중요성을 인정할 수 있을 것이다.

2. 람브레히트 판결의 의의

이중대표소송 제기에 있어서 주요쟁점은 주주가 모자회사의 이사회에 소제기 전 제소청구요건을 충족하였는가 하는 문제와 주식동시보유에 관한 문제이다.

(1) 절차적 요건

모회사의 이사회에 자회사에 대하여 대표소송을 제기하여 줄 것을 청구해야 하는 것 및 자회사의 이사회에 회사에 손해를 끼친 이사에 대하여 제소청구를 해야 하는 것은 앞에서 살펴본 브라스밴드 대 레일즈(Blasband v. Rales), 2004년의 루이

32) 동 판결은 제3순회구 연방항소법원이 델라웨어주 판례법을 해석한 것이다. 이 판결이후 델라웨어주 최고법원은 주식교환에 의하여 모회사의 주주가 된 원고가 현재 자회사인 종전 회사가 입은 손해에 대하여 대표소송을 제기하는데 있어서 원고적격을 갖는가하는 문제와 관련하여 앞에서 살펴본 Lewis 판결을 재확인하였다; 顧丹丹, "組織再編後の株主代表訴訟と二(多)重代表訴訟", 法學會雜誌 53(2), 2013, 168頁
33) 델라웨어주 연방지방법원은 델라웨어주 최고법원에 대해 다나허(Danaher) 이사회에 대한 제소청구가 면제되는 것과 관련하여 원고가 이사회의 독립성이 의심된다는 사실의 입증을 하였는가에 대하여 의견조회절차를 진행하였다; 643 A.2d 927

스 대 워드(Lewis v. Ward)[34] 케이스에서도 확인되는 등 명확하게 정립되어 있다고 평가되고 있다.

본건에서는 완전자회사에 속한 청구권은 완전모회사 차원에서만 소익의 부존재을 입증하거나, 델라웨어 형평법원 소송법 23.1[35] 요건을 충족하면 된다고 해석하였다.[36]

이는 양쪽의 이사가 동일한 경우나 경영이 통합적으로 이루어지는 경우에 내렸던 판단과 비교하여 볼 때, 기존의 흐름에서 크게 벗어나는 판단은 아니다. 완전모자회사 사이에 존재하는 경영 및 지배관계 등 양 회사의 이해관계의 친밀도를 고려한 판단으로 형평법상 타당한 결론이다.

(2) 주식동시보유원칙

본건에서 델라웨어주 최고법원은 앞서 살펴 본대로 이중대표소송의 유형을 두 가지로 나누었다. 즉, 주식교환 등의 조직개편행위가 대표소송 제기 전에 있었던 경우와 대표소송 계속 중에 개입된 경우로 나누어 후자는 통상의 대표소송의 원고적격에 관한 요건을 완화하여 적용하였다. 소제기전의 주식교환 · 주식이전 문제는 동시보유요건에 관한 문제인 반면, 대표소송 소제기후의 주식교환 · 주식이전 문제는 엄격하게 말하면 동시보유에 관한 문제는 아니고, 대표소송 계속 중에 원고는 관련 회사의 주식을 계속해서 보유하고 있어야 한다는 계속보유요건에 관한 문제이다.[37] 따라서 본건과 같이 합병 후 파생적 이중대표소송이 된 경우는 주식의 계속보유와 관련된 문제이다.

34) Lewis v. Ward, Supreme Court of Delaware, No. 57, 2003, Decided: Jun 16, 2004

35) Rule 23.1. Derivative actions by shareholders.
(a) In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.: 연방민사절차규정(Federal Rule of Civil Procedure)23.1조와 유사한 규정으로 델라웨어주를 비롯한 많은 주에서 FRCP 23.1에 대응하는 유사규정을 가지고 있다: Stephen M. Bainbridge,「Corporate Law」, 2nd Edition, 2009, p. 191

36) 김지환, "다중대표소송제도의 도입에 관한 검토", 한국경제연구원 세미나자료, 2013, 12면

37) 山田泰弘, "親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(一)", The Nagoya journal of law and politics 177, 1999, 335頁, 山田泰弘, "親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(二·完)", The Nagoya journal of law and politics 178, 1999, 302頁

미국 법률협회(The American Law Institute)[38]의「회사지배구조의 원칙: 분석과 권고」§7.02 (a) (2)[39]는 계속보유요건의 예외로서 계속적으로 지분증권을 소유할 수 없는 이유가 지분의 소지인이 동의하지 않는 회사의 행위의 결과로서 생긴 것이고, 또 (A)지분증권을 보유하는 자의 지위를 종료시킨 회사의 행위가 있기 전에 대표소송이 제기되었거나 또는 (B)소송을 제기할 수 있는 어떤 소지인보다도 당해 소지인이 주주의 이익을 더 잘 대표할 수 있다고 법원이 판단한 경우를 들고 있다. 이 규정은 모회사의 다른 주주가 제소하는 것이 인정되지 않을 경우까지도 비자발적으로 주주로서의 지위를 잃은 주주가 제기하여 계속되고 있는 대표소송을 종료시키는 것은 부당하다는 취지이다.[40] 그리고 ALI가 이중대표소송을 예외적으로 인정하고 있음을 뜻하는 것이기도 하다.[41]

델라웨어주 최고법원은 본건에서 원고가 주주의 지위를 가지고 있는지 여부를 판단함에 있어서 M사(완전자회사)와의 관계에서는 이사의 임무해태 시점에[42] B사(완전모회사)에 대한 관계에서는 제소시점에 주주로서의 지위를 가지고 있으면 된다고[43] 하여 모회사와 자회사와의 관계에서 각각 판단시점을 달리하였다. 이 점이 다른 형태의 대표소송과는 큰 차이점이라고 할 것이다.[44]

38) ALI와「Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation」대해서는 권재열, "다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점", 글로벌 법제전략 연구, 2013, 26면의 각주43); 「회사지배구조의 원칙」은 법적인 구속력은 없지만 각 州法 상의 차이를 줄이고 법원에 대한 주요한 지침이 되는 것을 목표로 하였으며, 이에 따라 그 임시초안이 나올 때부터 각 법원은 관심을 표명하여 판결에 참고하고 있다.

39) The American Law Institute (ALI),「Principles Of Corporate Governance: Analysis And Recommendations」 Vol. 2 Part VII 7.01-7.25, 1994, p.34;
§7.02 Standing to Commence and Maintain a Derivative Action
(a) A holder [§1.22] of an equity security [§1.20] has standing to commence and maintain a derivative action if the holder:
(2) Continues to hold the equity security until the time of judgement, unless the failure to do so is the result of corporate action in which the holder did not acquiesce, and either (A) the derivative action was commenced prior to the corporate action terminating the holder's status, or (B) the court finds that the holder is better able to represent the interests of the shareholders than any other holder who has brought suit;

40) The American Law Institute (ALI),「Principles Of Corporate Governance: Analysis And Recommendations」Vol. 2 Part VII 7.01-7.25, 1994, p. 39

41) 권재열, "다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점", 글로벌 법제전략 연구, 2013, 26면

42) Lewis test

43) Rales test

44) Mary Elizabeth Anderson, "Case Commentary, Shareholder Litigation", 12 Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, Spring 2012, p.2; 楠元純一郎, "株式交換と二重代表訴訟", 상사법무 no.2022, 2014, 45頁; 따라서 본 사례에서는 원고 람브레히트는 M사에 대해서는 이사가 임무를 해태하고 있던 때에 주주이면 되고, B사에 대해서는 이중대표소송을 제기한 때에 주주이면 되므로 람브레히트는 원고적격을 갖는다.

(3) 동 판결의 의의

동 판결은 합병 후 파생 이중대표소송(a post-merger double derivative action)의 경우 피인수회사(합병 후 완전자회사)의 주주였던 원고가 인수회사(합병 후 완전모회사)의 주식을 받아서 인수회사 주주의 지위를 계속 유지하는 한 제기된 이중대표소송의 원고적격을 상실하지 않는다는 사실을 분명히 하였다. 이로 인하여 이중대표소송 특히 주식교환에 의한 합병 이후 계속해서 진행되는 이중대표소송에 활기를 불어넣었다는 점에서 의미 있는 판결이다.

3. 일본 회사법상의 이중대표소송제도

일본은 1997년에 '사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률'[45]을 개정하였다. 동법 개정 전에는 주로 자회사의 채권자 및 소수주주가 모회사의 지배행위로 인하여 손해를 입은 경우 모회사 또는 모회사의 이사에게 손해배상청구를 할 수 있는지에 대한 문제제기가 있었으나 논의가 그다지 활발하지는 않았다.[46] 그러나 동법 개정으로 순수지주회사의 설립을 인정한 이래 순수지주회사의 주주보호를 위한 이중대표소송 내지 다중대표소송을 인정할 것인지에 대한 논의가 계속되었다.[47] 그리고 2013년 11월 29일에 국회에 제출되었던 회사법개정안이 2014년 6월 20일에 성립되어 다중대표소송제도(개정회사법 제847조의 3)가 도입되었다.[48] 신설된 다중대표소송제도에서 모회사는 지주회사와 기업집단 중심인 회사로 상정하고[49] 일정한 요건 하에 모회사 주주가 자회사 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 하였다.[50] 신설 다중대표소송제도를 간략히 소개하도록 한다.

45) 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 (昭和二十二年四月十四日法律第五十四号)
46) 정윤천, "이중대표소송의 제도의 법적 연구", 성균관대학교 석사학위논문, 2013, 68면
47) 윤진수, "다중대표소송 도입논란에 대한 소고", Corporate Governance Service Report 19호, 2013, 3면
48) 시행일은 공포일로부터 1년 6개월 내에 政令 지정일로 되어 있다.
49) 鵜津裕介, 2014, http://www.eiko.gr.jp/law 法律情報,會社法,"親会社の株主による子会社の取締役の責任追及"
50) 현행 회사법 제847조 1항은 6개월(이를 하회하는 기간을 정관에서 정한 경우에는 그 기간)전부터 계속 주식을 가진 주주(제189조 제2항의 정관의 규정에 의해 그 권리를 행사할 수 없는 단원미만 주주를 제외)는 주식회사에 대해 서면 기타 법무성령으로 정하는 방법에 의해, 발기인, 설립시 이사, 설립시 감사, 임원 등(제423조 제1항에 규정하는 임원 등을 말한다. 이하 본조에서는 동일)또는 청산인의 책임을 추궁하는 소, 제120조 제3항의 이익의 반환을 구하는 소 또는 제212조 제1항 또는 제285조 제1항의 규정에 의하여 지급을 청구하는 소(이하 이 절에서 "책임추궁 등의 소"라 한다.)의 제기를 청구할 수 있다. 다만 책임추궁 등의 소가 해당 주주 또는 제3자의 부정한 이익을 도모 또는 해당 주식회사에 손해를 가하는 것을 목적으로 하는 경우는 해당되지 않는다. 제423조 제1항에 규정하는 임원은 '이사, 회계참여, 감사, 집행역 또는 회계감사인'을 의미하므로, '자회사의 이사'는 847조 1항의 대상이 아니다.
51) 황현영, "일본 회사법의 개정 동향", 선진상사법률 제58호, 2012, 133면

(1) 원고적격

모회사주주는 '최종완전모회사등'의 주주를 말한다. '최종완전모회사등'이란 자회사의 주식 전부를 직접적으로 또는 완전자회사 등을 통하여 간접적으로 보유하고 있는 최상위의 주식회사를 말한다. 완전모회사가 다층적으로 존재하는 경우 최상위모회사 주주에게만 다중대표소송의 원고적격을 인정한다는 것을 명확히 한 것이다.[51] 주주는 모회사의결권의 100분의 1이상 또는 발행된 주식의 100분의 1이상의 주식을 보유(상장회사의 경우는 제소청구 전 6개월 보유기간제한도 있음)해야 한다.

(2) 피고적격

중요한 규모의 자회사의 이사의 책임추궁에 한정된다. 즉, 모회사의 주주는 최종완전모회사의 총자산의 5분의 1(이사의 책임이 된 사실이 발생한 날을 기준으로 하며, 제소청구시에 충족하고 있어야 하는 것은 아님)을 초과하는 자회사의 이사에 대한 책임추궁을 할 수 있다.

(3) 제소청구불가

제소청구를 하는 주주 또는 제3자의 부정한 이익을 꾀하거나 자회사 혹은 '최종완전친회사등'에 손해를 가할 목적으로 하는 경우와 책임의 원인이 된 사실에 의해서 '최종완전친회사등'에 손해가 발생하지 않은 경우에는 다중대표소송을 제기할 수 없는 것으로 하였다.

이번에 신설된 회사법 제847조의 3은 통상의 주주대표소송이 단독주주권으로 되어 있는 것과는 달리 보유주식수에 제한을 두었다. 그리고 제소대상회사도 최종완전모회사의 총자산의 5분의 1이상이 되는 자회사로 범위를 상당히 좁혀 설정하였고, 모회사에 손해가 생기지 않으면 제소청구를 할 수 없게 하고 있다. 게다가 자회사가 외국회사인경우도 다중대표소송이 제한되는 등 상당히 엄격한 요건을 규정하고 있어 다중대표소송제도가 활발하게 이용되기는 어려울 것으로 보인다.

4. 우리 상법과 이중대표소송제도

(1) 상법상 주주대표소송과 이중대표소송

상법 제403조의 대표소송은 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리 할 경우 당해 회사의 소수주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위하여 제기하는 소이다. 이사의 책임추궁을 위한 소제기는 본래 회사의 권리로써 대표이사가 해야 하지만, 이사의 임무해태로 인하여 회사의 권리실현이 곤란한 경우 주주가 회사의 권리실현을 할 수 있도록 하여 회사 경영진의 투명성과 기업건전성을 높이기 위한 취지로 마련되었다.[52][53] 이중대표소송은 앞에서 언급하였듯이 주주대표소송의 당사자 적격을 확장한 것이다. 이중대표소송은 소수주주의 이익과 경영감시기능을 활성화시키는 역할을 하는데, 지주회사제도로 인한 종속회사에 대한 주주들의 권한 약화로 인하여 종속회사의 경영자를 견제하고 소수주주 보호 등을 위하여 그 실제적 필요성이 언급되고 있다.[54] 실제로 이러한 필요성에 부응하여 2006년과 2009년에 이중대표소송 도입이 시도되었으나, 입법에는 실패하였다. 올해 초에도 다중대표소송에 관한 의원입법안이 발의되는 등 최근에도 입법에 대한 논의가 진행되고 있다.

(2) 대표소송제기 후 조직개편과 이중대표소송

우리 상법 제403조 제1항은 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식[55]을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다고 하여, 일정한 비율의 주식을 소유한 소수주주만이 대표소송을 제기할 수 있도록 하였다. 이는 남소방지를 위한 것이다.[56] 그리고 주주의 대표소송은 공익권의 일종으로 주주인 이상 의결권 없는 주식을 보유한 주주라도 대표소송을 제기할 수 있다.[57] 상법 제403조 제5항에서는 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다고 규정하여 소제기 시점에만 대표소송에 필요한 지주율을 유지하면 주식을 전혀

52) 이철송, 「회사법강의」 제22판, 2014, 792면
53) 최진이, "지배회사 주주의 종속회사 이사 등에 대한 이중대표소송 허용에 관한 연구", 기업법연구 제23권 제3호, 2009, 10면
54) 최준선, "이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토", 성균관법학 제18집 제3호, 2006, 434~435면
55) 상법 제542조의 6 제6항은 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조(제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다고 하여 주권상장회사에 대해 특칙을 두는 등 상법을 비롯한 은행법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 등에 요건완화 규정을 여러 군데 두고 있다.
56) 이철송,「회사법강의」 제22판, 2014, 795면
57) 최준선,「회사법」제9판, 2014, 557면

보유하지 않는 경우를 제외하고는 제소의 효력에는 영향이 없는 것으로 하고 있다. 이 점에서 미국과는 달리 우리 상법은 주식계속보유의 원칙을 크게 완화한 것으로 볼 수 있다.[58] 통상의 대표소송에 대한 규정이기는 하나 이사의 책임사유가 발생한 시기에 주주일 것을 요구하는 주식동시보유의 원칙도 적용되지 않는다.

그럼 대표소송 제기 후에 주식교환 등이 있는 경우 소를 제기한 주주의 원고적격은 인정 될 수 있을까? 판례상으로 이중대표소송이 인정되지 않고[59] 또 이와 같은 경우를 규율하고 있는 입법이 전혀 없는 현행 상법 하에서라면 람브레히트 케이스와 같은 이중대표소송 사례가 나타나면 원고는 주식교환으로 더 이상 당해 회사의 주주가 아니게 되고, 이미 제기한 주주대표소송은 부적법한 것으로 각하되게 될 것이다.[60] 그러나 주주의 의사와는 상관없이 주주의 지위를 상실한 경우까지 원고적격을 인정하지 않게 되면 형평에 맞지 않는 불합리한 경우가 발생할 수 있다.[61] 주주대표소송의 취지를 고려하여 적어도 주식교환 등 조직개편으로 인하여 자신의 의사와는 상관없이 주주의 지위를 상실한 경우에는 주주대표소송의 당사자 적격을 유지하도록 하고 이중대표소송을 인정하는 것이 옳다고 생각한다.

Ⅳ. 결론

본래 대표소송은 회사의 금전적인 피해회복을 위하여 인정된 것이었으나, 점차적으로 기업의 지배구조의 건전성 확보 및 변호사의 비용지급 정당화와 같은 비금전이익을 위해서도 인정되었다.[62] 따라서 기업의 지배구조의 건전성 확보에 대한 고민이 많은 국내 상황에서는 대표소송의 이용 및 당사자적격 확장에 관심을 기울

58) 최준선, "이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토", 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 456면
59) 대법원 2004.9.23. 선고 2003다49221 판결
60) 일본의 경우 소를 제기한 주주가 소송계속 중에 만일 주주가 아니게 된 경우에 일정한 경우 원고적격을 상실하지 않는 것으로 규정하고 있다. (株主でなくなった者の訴訟追行) 第851条
61) 실제로 2012년 7월, 참여연대가 외환은행의 소액주주들의 위임을 받아 론스타와 론스타 이사들을 상대로 3조 5천억에 달하는 배상을 청구하는 주주대표소송을 제기하였다. 그 후에 외환은행은 하나금융지주와 주식교환을 통하여 2017년에 외환은행이 하나금융지주의 완전자회사가 될 것이 예정되었음이 알려졌는데, 만일 이것이 실행되면 대표소송을 제기한 외환은행의 주주들은 외환은행의 주주로서의 지위를 상실하게 된다. 이 경우 현재 우리나라 판례 등을 미루어보건대 원고적격 상실로 부적법 각하될 가능성이 높다. 그리고 주주대표소송이 부적법 각하되면 론스타 측이 불법적으로 취한 이익에 대한 배상 가능성 자체가 사라지게 되어 실제로 많은 이해관계자들이 피해를 보는 등 불합리한 측면이 많다.(경향신문 2013년 3월 14일)
62) Daniel J. Morrissey, "Shareholder litigation After The Meltdown", West virginia Law Review, 2011-2012, p. 551

일 수밖에 없다. 그러나 이중대표소송을 가장 활발하게 인정하고 있는 미국도 1980년대 말까지 이중대표소송을 인정할 것인지에 대해서 논란이 많이 있었다. 이중대표소송을 인정하는 경우에도 통일적인 이론적 근거가 존재하지 않았고 형평법상 인정되어 온 점을 미루어 보면, 이중대표소송제도에 대한 일률적인 요건이나 근거를 마련하는 것이 사실상 불가능한 것이 아닌가하는 의문이 든다. 게다가 우리 상법은 미국과는 달리 주식계속보유의 원칙 및 주식동시보유의 원칙도 적용되지 않으므로[63] 미국식의 이중대표소송을 그대로 인정하여 명문화 하는 것은 무리가 있다고 생각한다. 그러나 이중대표소송제도 그 자체의 명문화 및 허용여부에 관한 문제는 차치하더라도, 적어도 합병 후 파생 이중대표소송의 경우에는 주주의 원고적격을 유지할 수 있는 방향으로 해석하고 이중대표소송을 인정하는 것이 합리적이다. 이 부분에 대해서는 일본 회사법 제851조와 같은 조항을 두어 분명하게 해결하는 것이 바람직하다.

기업활동은 국내외적으로 예측 불가능한 상황 속에서 이루어지며, 그런 환경에서 기업은 모험적이고 공격적인 경영을 통하여 최대 이윤을 창출해야한다. 따라서 경영진들은 회사에 손실이 발생하면 대표소송이 제기될 수도 있는 상황에 항시 노출되어 있다. 그러나 현실적으로 대표소송 제기 자체만으로도 기업측은 많은 부담을 갖는다는 사실에 비추어 보면, 이중대표소송을 명문화하더라도 제소상대방인 이사들의 방어수단을 확보해 주는 것이 형평상 합당하다. 그래야 이중대표소송에 대한 반발을 줄이고, 기업의 성장과 경영진의 역량을 저해하지 않고 이중대표소송을 인정하는 취지를 살릴 수 있다. 만일 이중대표소송제도를 우리 상법상 도입한다면 경영판단의 법칙도 함께 명문화 하여 경영진에게 효과적이고 정당한 방어수단을 인정하는 것이 필요하다.[64] 이 부분에 대해서는 앞으로 좀 더 논의가 진행되어야 할 것이며, 더불어 이중대표소송과 집단소송 부분에 대한 연구 및 논의도 추후 좀 더 논의가 있어야 할 것으로 보인다. 그리고 최근 회사법 개정으로 다중대표소송제도를 도입한 일본에서 앞으로 다중대표소송이 어떻게 운용될지 추이를 살피는 것 또한 중요하다 할 것이다.

63) 일본의 경우도 미국과 같이 계속보유 및 동시보유 원칙이 적용되는데 완전모자회사 관계에서만 모회사 주주가 자회사 이사 등의 책임을 추궁하는 다중대표소송을 인정하고 있으며, 제851조에서는 대표소송 제기 후에 주식의 교환 및 이전으로 인하여 완전모회사의 주주가 되어 주주의 지위를 상실한 주주의 경우에 그 원고적격도 인정하고 있다.

64) 최준선, "집행임원제도와 이중대표소송제 도입문제", 한국IR협의회회보 IR 칼럼, 2006.12. 3면

(논문접수일 : 2014.11.06, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)



남 현 숙 · 최 준 선

대표소송, 이중대표소송, 다중대표소송, 람브레히트, 델라웨어

【참 고 문 헌】

1. 단행본

이철송, 「회사법강의」 제22판, 2014.

최준선, 「회사법」 제9판, 2014.

Stephen M. Bainbridge, 「Corporate Law」, 2nd Edition, 2009.

Harry G. Henn and John R. Alexander,「Laws of Corporations」, 3rd Edition, 1983.

2. 논문

권재열, “다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점”, 글로벌 법제전략 연구, 2013.

권재열, “이중대표소송의 법리적 검토”, 기업소송연구, 2004.

김대규, “지배회사주주의 이중대표소송”, 증권법연구 제5권 제2호, 2004.

김재훈, “이중대표소송에 관한 법적고찰”, 한국비즈니스리뷰 제6권 제2호, 2013.

김정호, “다중대표소송의 도입방안에 관한 연구”, 경영법률, 2013.

김지환, “다중대표소송제도의 도입에 관한 검토”, 한국경제연구원 세미나자료, 2013.

손영화, “미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 2005.

신석훈, 「대기업 비판의 실상과 본질」, 정책연구 2012-06, 2006, 한국경제연구원(KERI)

유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 상사판례연구 제19집 제4권.

이지수, “이중대표소송에 관한 미국에서의 법적논거”, 기업지배구조연구 vol.13, 2004.

정윤천, “이중대표소송제도의 법적연구”, 성균관대학교 석사학위논문, 2013.

주수익, “이중대표소송에 관한 연구”, 법학논총(조선대학교) vol.16 no.2, 2009.

최완진, “이중대표소송제도에 관한 법적 고찰”, 경영법률 18(2), 2008.

최준선, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”, 성균관법학 제18권 제3호, 2006.

최준선, “집행임원제도와 이중대표소송제 도입문제”, 한국IR협의회회보 IR 칼럼, 2006.12.

최진이, “지배회사 주주의 종속회사 이사 등에 대한 이중대표소송 허용에 관한 연구”, 기업법연구 제23권 제3호, 2009.

황근수, “미국에서 지주회사의 운영과 주주보호”, 법학연구 제53집, 2014.

황현영, “일본 회사법의 개정 동향”, 선진상사법률 제58호, 2012.

Daniel J. Morrissey, "Shareholder litigation After The Meltdown", West Virginia Law Review, Vol.14, 2011-2012.

David W. Locascio, “Comment, The Dilemma Of The Double Derivative Suit”, Northwestern University Law Review Vol. 83, No.3, 1989.

Mary Elizabeth Anderson, "Case Commentary, Shareholder Litigation", 12 Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, Spring 2012.

William H. Painter, "Double Derivative Suits And Other Remedies With Regard To Damaged Subsidiaries", Indiana Law Journal Vol. 36, Issue 2, 1961.

楠元純一郎, “株式交換と二重代表訴訟”, 상사법무 no. 2022, 2014.

顧丹丹, “組織再編後の株主代表訴訟と二(多)重代表訴訟”, 法學會雜誌 53(2), 2013

山田純子, “多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の実地調査を踏まえて—”, 21世紀政策研究所, 2010.

山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(一)”, 名古屋大學法政論集. v.177, 1999.

山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟(二·完)”, 名古屋大學法政論集. v.178, 1999.

陽一高橋, “多重代表訴訟制度のあり方-必要性と制度設計-(要約公開)”, 京都大學, 2014

3. 기타

2004 Del. Ch. Lexis 05, 2004 WL 3029876(Del. Ch. Dec 20. 2004)

3 A.3d 277;2010 Del. LEXIS 427

634 A.2d 927; 1993Del. LEXIS 454; Fed.SEC.L. Rep.(CCH)P98, 821

971F. 2d 1034(3d Cir. 1992)

The American Law Institute (ALI), 「Principles Of Corporate Governance: Analysis And Recommendations」 Vol. 2 Part VII 7.01-7.25, 1994.

嶋津裕介, 2014, http://www.eiko.gr.jp/law 法律情報, 會社法, “親会社の株主による子会社の取締役の責任追及"

Abstract

Study on Judgment of Delaware Supreme Court on Double Derivative Actions

Nam, Hyun Sook
Choi, June Sun

A double derivative action is considered protection of minority shareholders and supervision or control of executives, office directors, etc. However, there is no enacting legislations even United States where has approved widely a double(multi) derivative action. It has been debated as to whether or not a double derivative action is accepted or not, even when it was approved in the courts, that basis was various. In *Lambrecht,* the Delaware Supreme Court clarified the standing requirements for maintaining a double derivative suit. *Lambrecht* effectively animated the double derivative remedy, especially following stock-for-stock mergers. *Lambrecht* would be the reading case for the “post-merger” parent company and shareholders, lawyers. In addition, *Lambrecht* will help to design the standard for standing to sue in the post-merger double derivative, in Korea.

Nam, Hyun Sook · Choi, June Sun

Derivative action, Double derivative, Delaware, Lambrecht, Post-merger

저작권법상 ‘음반’ 및 ‘판매용 음반’의 개념에 관한 고찰

이 해 완*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 저작권법상 ‘음반’의 개념
1. 서설
2. 학설의 검토
3. 판례의 검토
4. 소결론
Ⅲ. 저작권법상 ‘판매용 음반’의 개념
1. 서설
2. 국제조약과의 관계
3. 각국의 입법례에 대한 검토
4. 판례의 검토
5. 소결론
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

저작권법상 ‘음반’ 및 ‘판매용 음반’의 개념은 저작권실무와 관련하여 매우 큰 중요성을 띠고 있다. ‘음반’은 무엇보다 저작인접권의 하나인 음반제작자의 권리의 객체로서의 의미를 가진다. ‘판매용 음반’의 개념도 저작재산권자의 공연권 제한 사유를 규정한 제29조 제2항의 적용 여부, 제76조의 2 및 제83조의 2에 의한 저작인접권자의 보상청구권 행사 여부 등과 직결되는 중요한 의미를 가지고 있다. 그러나 우리나라의 법원은 현재까지 이 두 가지 개념에 대하여 일관성 있는 해석을 보여주지 못하고 있다. 이른바 ‘스타벅스’ 사건에 대한 대법원 판결은 제29조 제2항의 적용과 관련하여 음반을 유형물에 고정된 음원의 개념이 아니라 음이 고정된 CD 등 유형물을 뜻하는 것으로 본 반면, 비교적 최근에 선고된 ‘현대백화점’ 사건에 대한 서울고등법원의 2심 판결은 국내의 통설과 마찬가지로 제76조의2 및 제83조의2의 적용과 관련하여 음반을 ‘유형물에 고정된 음원’의 개념으로 보는 입장을 취하였다. 나아가 '판매용 음반'의 개념에 대하여도 스타벅스 사건의 대법원 판결은 ‘시판용 음반’으로 좁게 해석하면서 음반의 개념을 유형물로 이해하는 입장을 취함으로써 스타벅스 커피숍 매장에서 사용된 CD 속에 들어있는 음원이 상업용인지 여부를 따지지 않고 그 CD가 매장 전용으로 제작된 것이고 시판용으로 제작된 것은 아니라는 이유로 ‘판매용 음반’을 이용한 것에 해당하지 않는다고 판시하였다. 반면에, 현대백화점 사건의 항소심법원은 음원공급 회사로부터 디지털 음원을 전송받아 백화점 매장에 틀어서 공연한 백화점의 행위가 ‘판매용 음반’을 이용한 것으로서 저작권법 제76조의 2 및 제83조의 2에 의한 보상청구권의 요건을 충족하는지 여부가 문제된 사안에서 동 규정들과의 관계에서는 ‘판매용 음반’의 개념을 ‘시판용 음반’으로 한정하여 해석할 이유가 없다는 이유로 음반의 성격을 가지는 ‘디지털 음원’이 판매목적으로 제공된 것인 한, 그것을 이용한 것이 ‘판매용 음반’의 이용에 해당하는 것으로 보았다. 이처럼 ‘판매용 음반’에 대한 해석이 엇갈리고 있는 상황은 우리나라의 저작권실무에 큰 혼란을 야기하고 있다. 이러한 인식 하에 본 연구는 위 두 가지의 중요한 개념을 어떤 의미로 이해할 것인지를 명료하게 해석함으로써 실무상의 혼란을 해소하고, 저작권법에 대한 통일성 있는 정합적 해석에 기여하는 것을 목표로 한다.

국내외의 학설, 국제조약의 규정과 그 해석, 국내의 개정입법의 경위, 외국의 입법례 등을 두루 종합하여, 본 연구는 저작권법상 음반의 개념은 ‘음이 고정된 유형물’이 아니라 ‘유형물에 고정된 음원’을 뜻하는 것으로 통일성 있게 해석되어야 한다는 결론을 도출하였다. 나아가 ‘판매용 음반’의 개념도 그러한 음반의 개념을 전제로 하여 최초로 음원(음반)이 유형물에 고정되어 공표될 때 상업적 목적에 기한 것을 뜻하는 것으로 통일성 있게 해석되어야 하며, 따라서 저작권법 제29조 제2항의 적용에 있어서나 제76조의 2 및 제83조의 2의 적용에 있어서나 동일하게, 판매 목적으로 공표된 ‘디지털 음원’을 이용한 것도 ‘판매용 음반’을 이용한 것에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다는 입장을 제시하였다. 그것이 디지털 환경하의 음원 이용상황에 비추어 현실적으로 타당할 뿐만 아니라 국제조약과의 정합성 등의 면에서도 필연적인 해석이라 생각한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 서론

저작권법상 '음반'은 저작인접권 중 하나인 음반제작자의 권리의 보호객체에 해당하는 중요한 용어이다. '판매용 음반'이라는 용어도 저작권법상 실연자 및 음반제작자의 방송, 공연에 대한 보상청구권의 요건과 관련하여, 그리고 저작재산권의 제한 사유의 적용 요건과 관련하여 중요한 의의를 가진 용어이다. 그런데 현재 위 두 가지 용어를 어떻게 해석할 것인지에 대하여 법원의 판례가 분명하게 정립되지 못하여 상당한 혼란이 야기되고 있는 상황이다. 저작권법 제29조의 '판매용 음반'의 개념에 대하여 해석한 이른바 '스타벅스' 사건의 대법원 판결과 저작권법 제76조의2 및 제83조의2의 '판매용 음반'의 개념에 대하여 판시한 '현대백화점' 사건의 1심 및 항소심 판결의 내용을 보면, 법원이 '판매용 음반'의 개념만이 아니라 '음반'의 개념에 대하여도 해석상의 혼란을 겪고 있는 것으로 보이고, 아직 그 혼란상태가 명확히 해결되었다고 보기 어렵다. 이러한 상황에서 본 연구는 위 두 가지 개념에 대한 올바른 해석방향을 제시하고 그 논거를 최대한 자세히 뒷받침하는 것을 목표로 한다.

Ⅱ. 저작권법상 '음반' 의 개념

1. 서설

'음반'은 저작인접권 중 하나인 음반제작자의 권리의 객체로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라 실연자의 실연 중에서 이른바 '청각실연'과 밀접한 관련을 가지고 있으므로, 실연자의 권리의 보호와 관련하여서도 '음반'이라는 용어가 자주 사용되고 있다. 그리고 저작재산권 중 대여권에 관한 규정(제21조)과 저작재산권 제한사유 중 공연권 제한 규정(제29조 제2항) 및 법정허락 관련 규정(제52조) 등에도 사용되고 있다.

'음반'이 무엇을 의미하는지에 대하여 저작권법 제2조 제5호는 "'음반'은 음(음성·음향을 말한다. 이하 같다)이 유형물에 고정된 것(음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다)을 말한다"고 규정하고 있다. 그러나 이 규정을 통해 음반 개념이 명확하게 되었다고 말할 수 없고, 특히 '디지털 음원'이 음반의 개념에 해당하는지 여부에 대하여 의견이 엇갈리고 있는 것이 현실이다.

2. 학설의 검토

가. 우리나라의 학설

저작권법상 '음반' 개념에 대한 우리나라 학설의 설명을 나열해 보면 다음과 같다.

① "일반적으로 '음반'이라고 하면 디스크나 레코드 등을 의미하지만, 저작권법상 '음반'은 그러한 일반적인 의미를 포함하여 널리 유체물에 수록되어 있는 음의 존재 자체를 지칭하는 개념이다. 즉, 음이 고정되어 있는 매체인 유체물 그 자체가 아니라 그러한 유체물에 음이 고정되어 있는 추상적 존재가 저작권법에서 말하는 음반인 것이다."[1]

② "음반은 저작권법상 보호대상으로서 음반이 있고 매체로서 음반이 있다. 일반적으로는 후자의 의미로 쓰이지만, 저작권법상 음반은 전자의 의미이다. 저작물이 무형의 것인 것처럼, 음반도 무형의 것이다. 이를 저작권법상의 권리에 대입하면 그 개념이 분명해진다. 예를 들어, 음반제작자에게 부여된 전송권은 무형물로서 음반을 공중에게 제공하는 데 대한 권리인 것이다. 저작물과 그 복제물(서적 등)이 구별되듯이 무형의 음반과 유형의 매체도 구별된다. 하나의 단어(음반)를 서로 다른 의미로 사용할 수밖에 없는 언어의 한계에서 비롯된 것이다."[2]

③ "저작권법상의 '음반' 개념은 일반적으로 사용되는 용어로서의 음반의 개념과는 다른 것으로서 이른바 디스크 형의 음반만이 아니라 녹음테이프 등 디스크 이외의 녹음매체도 포함하는 넓은 의미의 녹음매체에 고정되어 있는 음(음성과 음향을 포괄함)의 존재를 의미하는 개념이다. ...가요반주기의 컴퓨터 칩에 내장되어 있는 음도 음반이라고 할 수 있다. 컴퓨터에서 인식할 수 있는 mp3 파일 등의 소리파일로 만들어져 컴퓨터 기타 유체물에 고정되어 있다면 그것도 음반이라고 할 수 있다. 유형적 녹음매체가 음반인 것이 아니라 유형적 매체에 고정되어 있는 무형물로서의 음의 존재가 음반인 것에 주의를 하여야 한다. 그 고정된 음은 음악에 한하지 아니하고 어문저작물, 자연음, 기계음이라도 상관없다."[3]

④ "저작권법과 국제조약에 있어서 음반은 음의 고정물을 말하며, 이것은 그 고정물이 수록된 매체와는 다른 것이다."[4]

---

1) 오승종, 저작권법(제3판), 박영사, 2013, 843면. 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 385-386면도 비슷한 설명을 하고 있다.
2) 최경수, 저작권법개론, 한울, 2010, 296면.
3) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012, 652면.
4) 임원선, "저작권법상 판매용 음반의 의미와 적용", 계간 저작권 2012 가을호(통권 99호), 한국저작권위원회, 129면.

이상에서 보는 바와 같이 우리나라의 학설은 음반이 '음이 고정된 유형물'이 아니라 '유형물에 고정된 음의 존재'라고 이해하는 점에서 대체로 일치된 입장을 보이고 있다고 할 수 있다.

그런데 우리나라의 학설 중에 우리 저작권법에 사용되고 있는 '음반'이라는 용어는 사용된 곳에 따라 서로 다른 의미로 이해되어야 한다고 주장하는 견해가 있다.[5] 이 견해에 따르면, 다른 경우는 통설과 같이 음반을 유형물이 아니라 무형물로 이해하지만, 다음의 두 가지 경우는 무형물로서의 음반이 아니라 유형물로서의 음반개념에 해당하는 것으로 보아야 한다고 한다.

첫째, 우리 저작권법상 음반제작자의 배포권 관련 규정(제79조) 및 저작재산권자, 실연자 및 음반제작자의 대여권 관련 규정(제21조, 제71조, 제80조)에 사용되고 있는 '음반'이라는 용어는 유형물로서의 음반을 뜻하는 것으로 보아야 하는데, 그 이유는 "배포권이나 대여권 자체가 우리 저작권법에서 유형물에 대한 점유의 이전이라는 개념이 전제가 되어 있기 때문"이라고 한다.[6] 그러나 위 규정들의 경우에 위 견해와 같이 음반의 개념 자체가 다른 경우와 다른 것으로 보아야 할 것인지는 의문이다. 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결이 저작권법상의 배포 개념을 유형물의 이전으로 한정하는 취지를 밝힌 판례인데, 그 판결문을 자세히 살펴보면, "'배포'란 저작물의 원작품[7]이나 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도·대여하는 것을 말하므로, 컴퓨터 하드디스크에 저장된 mp3 파일을 다른 p2p 프로그램 이용자들이 손쉽게 다운로드 받을 수 있도록 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 담아 둔 행위는 이에 해당하지 않는다"고 판시하여, 구 저작권법상의 "저작물의 원작품이나 그 복제물"이 개념상 유형물에 해당한다고 본 것이 아니라 배포의 개념을 "유형물의 형태로" 양도, 대여하는 것을 뜻하는 것으로 해석하고 있는 것을 알 수 있다. 따라서 위 규정상의 '음반' 개념도 다른 경우와 마찬가지로 무형물로서의 음반 개념에 해당하는 것으로 보고 단지 저작권법상 '배포' 와 '대여'의 개념이 '유형물의 형태로 양도 또는 대여하는 것' 및 '유형물의 형태로 대여하는 것'을 뜻하는 것으로 한정 해석하는 것이 타당한 해석방향이 아닐까 생각된다. 특히 저작권법이 저작물의 경우와 달리 음반의 경우에는 원본과 복제물의 구분을 하고 있지

5) 김찬동, "저작권법상 '음반', '판매용 음반'의 의미와 해석, 그 적용", 계간 저작권 2013 여름호(통권 102호), 212-213면.
6) 김찬동, 위 논문, 212면.
7) 이 사건에서 적용한 2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원작품이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다"고 규정하고 있었다.

않은 상황에서 배포권 등 권리의 객체인 '음반' 자체를 유형물의 개념으로 보는 것은 법해석에 있어서의 일관성과 정합성을 결하는 문제가 있다.

둘째, 음반제작자에 대한 정의규정인 저작권법 제2조 제6호에서는 "'음반제작자'는 음을 음반에 고정하는 데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자를 말한다"고 규정하고 있는데 그 규정 중 '음반에'라는 표현에서 말하는 '음반'은 일반적인 음반 개념과 달리 '음을 고정하는 매개체'의 의미로 사용된 것으로 보아야 한다고 피력한다.[8] 이러한 주장은 해당 규정의 법문이 표현상 매끄럽지 않은 면이 있다는 점과 관련된다. 사실 이 규정 중의 '음반에'라는 표현은 '음반으로'로 고치는 것이 '음반'의 개념에 비추어 바람직할 것으로 생각된다. 그렇게 고친다면, '음반'을 다른 경우와 마찬가지로 유형물에 고정된 무형물로서의 음원으로 이해하는 데 아무런 문제가 없을 것이다. 그러나 현행 규정을 합리적으로 해석하고자 할 경우에도 그 중 '음반에'를 '음반으로'와 같은 뜻으로 해석하는 것이 불가능한 것으로 보이지는 않는다. 음반이 '유형물에의 고정'이라고 하는 개념요소를 내포하고 있는 것은 사실이므로, '음반에 고정'이라는 것이 결국 '음반으로 고정'한다는 것을 뜻하는 것으로 볼 수 있고, 굳이 이 규정의 음반만을 별도의 개념으로 구별하여 해석할 필요는 없지 않을까 생각된다.

나. 일본의 학설

일본 저작권법상의 '음반(레코드)'의 개념은 저작인접권 등과의 관계에서 우리 저작권법상의 '음반' 개념과 유사한 법적 지위를 가진다. 그리고 정의규정도 매우 흡사하다. 즉 일본 저작권법은 음반에 대하여 제2조 5호에서 "축음기용 음반, 녹음테이프 기타의 물건에 음을 고정한 것(음을 오로지 영상과 함께 재생하는 것을 목적으로 하는 것을 제외한다)을 말한다"고 정의하고 있다. 이에 대하여 해석한 일본의 주요 학설을 나열해 보면, 다음과 같다.

① "저작권법에서 말하는 음반(레코드)이라는 것은 일반의 사회상식과 조금 달라서 이른바 디스크 음반만이 아니라 녹음테이프 등 디스크 이외의 녹음 유체물까지도 포함한 넓은 의미의 녹음물에 수록되어 있는 음의 존재라고 하는 개념이다. 저작물의 경우와 같이 '것'(もの) 이라고 하는 표현이 사용되고 있는 것은 녹음물이라고 하는 유체물의 의미가 아니라 녹음물에 음이 고정되어 있는 추상적인 존재를 의미하기 때문이고, 따라서 '음반의 복제'라고 하는 경우에는 디스크, 테이프 등

8) 김찬동, 위 논문, 212면.

의 유체물의 복제라고 하는 의미는 아니며, 디스크, 테이프 등에 수록되어 있는 음을 다른 유체물에 고정, 수록하는 것을 의미하는 것이다. '축음기용 음반, 녹음테이프 기타의 물건'이라고 한 부분에서 말하는 '기타의 물건'의 예로서는 소노시트, 포노시트 또는 오르골, 나아가서는 음의 디지털 데이터를 수록한 ROM(읽기 전용장치), 휴대용 메모리 카드나 자기디스크와 같은 것이 있다. 요컨대 기계적으로 음을 재생하는 것이 가능한 물건, 기기를 조작하면 음이 거기서 나오는 물건이라고 하는 의미이다."[9]

② "일상용어로서는 디스크・레코드를 의미하지만, 본호에서 말하는 음반(레코드)이라 함은 그러한 일상용어의 뜻을 포함하여 널리 유체물에 수록되어 있는 음의 존재를 뜻하는 개념이다. 즉 음이 고정된 매체인 유체물 자체가 아니라 유체물에 음이 고정되어 있다고 하는 추상적 존재를 가리키고 있다. 조문상으로도 유체물을 가리키는 '물(物)'이 아니라 '것(もの)'이라고 하는 용어가 사용되어 있다."[10]

③ "저작인접권의 객체가 되는 음반(레코드)이라 함은, 물에 고정되어 있는 음원을 말한다(2조 1항 5호). 녹음매체는 무엇이어도 좋다."[11]

위와 같이 일본의 통설도 음반의 개념을 음이 고정된 유형물이 아니라, 유형물에 고정된 음의 존재 그 자체를 의미하는 것으로 보고 있다. '음의 존재'라는 말이 약간 애매할 수도 있는데, 위 ③의 견해는 '음의 존재'라는 말 대신 '음원'이라는 말을 사용하여 디지털 음원도 음반에 해당한다는 것을 명확히 하고 있다.

다. 검토

위에서 본 바와 같이, 우리나라와 일본의 학설은 음반의 개념을 '음이 고정된 유형물'이 아니라 '유형물에 고정된 음의 존재'로 보는 데 대체로 일치하고 있다. 우리나라의 일부 학설에서 저작권법상의 음반 개념을 여러 가지 의미로 나누어 설명하는 예가 있지만 반드시 그렇게 구분할 필요 없이 전체적으로 통설과 같은 개념으로 파악하여도 무방할 것이라는 점은 위에서 살펴본 바와 같다. 물론 그러한 일부 학설의 입장을 취한다 하더라도 중요한 대부분의 규정에서의 음반 개념은 통설의 입장과 동일하게 보므로, 실질적으로 별다른 차이가 있는 것은 아니다.

이처럼 학설의 입장에 큰 차이가 있는 것이 아님에도 불구하고 뒤에서 보는 바와 같이 실무상 '디지털 음원'을 음반으로 볼 것인지에 대하여 상당한 혼선이 빚어져 왔다. 그것은 기존의 다수 학설이 '음반'의 개념에 대하여 일반적인 설명만 간단히 하고 '디지털 음원'의 음반으로서의 법적 성격에 대하여 분명히 언급하지 않은 것에 연유하는 바가 크다고 생각된다.

그러나 위와 같은 통설의 해석론을 따른다면, 디지털 음원이 음반에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것에 별다른 의문의 여지가 없다. 디지털 음원도 유형적 매체의 일종인 '컴퓨터 하드 디스크'나 USB 메모리 등의 저장매체에 고정된 것인 이상 '유형물에 고정된 음의 존재'라고 보아야 할 것이기 때문이다.

9) 加戸守行, 著作權法逐條講義(六訂新版), 著作權情報センター, 2013, 28면
10) 半田正夫・松田政行 編 , 著作權法コンメンタール, 1券, 勁草書房, 2009, 87면
11) 島並良・上野達弘・横山久芳, 著作權法入門, 有斐閣, 2009, 203면

3. 판례의 검토

가. 서설

우리나라 판례는 음반의 개념에 대하여 다소 엇갈리는 판시를 해 온 면이 있다. 과거 '소리바다' 사건 등에서 디지털 음원도 당연히 음반에 해당함을 전제로 하는 판결이 선고된 바 있으나, 이후 '스타벅스' 사건에서 저작권법 제29조의 '판매용 음반'을 해석하면서 '음반'의 개념을 유형물(CD)로 본 듯한 판시를 한 바 있다. 그리고 '현대백화점' 사건의 1심 판결은 '음반'을 유형물로 보는 입장을 취한 반면, 그 2심 판결은 '음반'을 유형물에 고정된 무형물로서의 음원으로 보아 디지털 음원도 '음반'에 해당하는 것으로 보았다.

나. '소리바다' 사건에 대한 대법원 판례 등

'소리바다' 사건에 대한 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결은 "소리바다 이용자들이 음악 cd로부터 변환한 mpeg-1 audio layer-3(mp3) 파일을 peer-to-peer(p2p) 방식으로 주고받아 복제하는 방법으로 저작인접권의 침해행위를 실행함에 있어서 이를 용이하게 할 수 있도록 해주어 그에 대한 방조책임을 부담한다"는 취지로 판시한 바 있다. 이 판결에서 침해를 인정한 저작인접권은 구체적으로 음반제작자의 복제권이라 할 수 있는데, 이와 관련하여 저작권법 제78조는 "음반제작자는 그의 음반을 복제할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 따라서 위 판결은 무형물로서 디지털 음원인 mp3 파일의 복제가 음반의 복제에 해당함을 당연한 전제로 하고 있다고 할 수 있고, 이것은 대법원이 디지털 음원도 음반(또는 음반의 복제물)의 개념에 포함됨을 전제로 한 것이라고 볼 수 있다. 그리고 이것은 그러한 법리를 당연한 전제로 한 많은 판례 중 하나일 뿐이다.

다. '스타벅스' 사건에 대한 대법원 판례

'스타벅스' 사건에 대한 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결은 '음반'의 개념에 대하여 자세히 다루고 있지는 않지만, 음반의 개념을 무형물이 아닌 유형물로 이해한 흔적을 뚜렷이 보이고 있다. 즉 이 판결에서는 저작권법 제29조 제2항에서 규정하는 '판매용 음반'을 '시판용 음반'의 의미로 좁게 해석하면서 음반이 시판용으로 제작되었는지 여부를 판단함에 있어서 일종의 편집앨범으로서의 유형물인 "이사건 cd"가 음반에 해당함을 전제로 하고 있다는 점에서[12] 적어도 위 규정상의 '판매용 음반'의 개념을 해석함에 있어서는 '유형물에 고정된 음원'이 아니라 '음원이 고정된 유형물(CD)'을 음반으로 이해한 것으로 보인다. 이 판례의 이러한 입장은 위에서 본 한국과 일본의 통설과는 배치되는 것으로서 저작권법 규정에 대한 해석의 일관성 및 정합성을 해하는 등의 면에서 중대한 오류를 내포한 것으로 생각된다.

라. '현대백화점' 사건에 대한 1심 판결

'현대백화점' 사건에 대한 1심 판결인 서울중앙지방법원 2013.4.18. 선고 2012가합536005 판결은 "A뮤직은 음반제작자로부터 디지털 음원을 제공받아 이를 음원 데이터베이스(db)에 저장, 관리하면서 필요할 때마다 음원을 추출하여 사용하는 사실, 피고는 A뮤직으로부터 인증받은 컴퓨터에 소프트웨어를 다운로드한 후 A뮤직이 제공한 웹페이지에 접속하여 아이디와 패스워드를 입력한 다음 A뮤직이 전송하는 음악을 실시간으로 매장에 틀었을 뿐 위와 같이 전송받은 음악의 음원을 저장하거나 재전송하지는 아니한 사실을 인정할 수 있는바, A뮤직이 음반제작자로부터 제공받은 디지털 음원을 저장한 장치는 저작권법에 규정된 음반의 정의에 비추어 음반의 일종으로 볼 여지는 있으나, 위 데이터베이스 저장장치 자체는 시중에 판매할 용도로 만들어진 것이 아니므로 '판매용'이라고 보기는 어렵고, 달리 피고가 A뮤직으로부터 음악을 전송받아 매장에 트는 데 있어서 '판매용 음반'을 사용하였음을 인정할 증거가 없다."고 판시하고 있다.

위 판결은 스타벅스 사건에 대한 대법원 판결을 직접적으로 참고함으로써 '음반'

12) 판결문 중 그와 관련된 판시내용을 일부 인용해 보면 다음과 같다.
"이 사건 cd는 pn사의 스타벅스 본사에 대한 배경음악 서비스 제공의 일환으로 스타벅스 본사의 주문에 따라 피고 등 세계 각국의 스타벅스 지사에게만 공급하기 위하여 제작된 불대체물일 뿐 시중에 판매할 목적으로 제작된 것이 아니므로, 저작권법 제29조 제2항 에서 정한 '판매용 음반'에 해당하지 않는다고 할 것이다."

의 개념에 대한 중대한 오해를 동일하게 내포하고 있다. 즉, A뮤직이 음반제작자로부터 제공받아 저장해 둔 디지털 음원이 저작권법상의 음반(또는 그 복제물)에 해당하는 것으로 보아야 함에도 불구하고, 그것을 저장한 "장치"를 음반으로 볼 여지가 있다고 판단하는 오류를 범하고 있는 것이다. 그러한 오류는 그 저장매체를 기준으로 그것이 판매용인지 여부에 따라 '판매용 음반'에 해당하는지 여부를 따지는 오류로 이어지고 있다.

마. '현대백화점' 사건에 대한 2심 판결

위 사건에 대한 2심판결인 서울고등법원 2013. 11. 28. 선고 2013나2007545판결은 1심과는 달리, "디지털 음원도 하드디스크와 같은 저장매체에 저장되는 방식으로 고정되면 저작권법상 음반(저작권법 제2조 제5호)이라고 볼 수 있는바, A뮤직이 음반제작자로부터 받은 디지털 음원은 데이터베이스(DB)에 저장되는 방식으로 고정되므로 저작권법상 '음반'에 해당한다."고 판시하고 있다.

바. 검토

이상과 같이, 과거 우리나라 판례는 소리바다 사건 등에서 저작권법상의 '음반' 개념이 디지털 음원을 포함하여, 유형물에 고정된 무형물로서의 음원을 뜻하는 것을 당연한 전제로 한 것으로 생각되나, 스타벅스 사건 판례에서 저작권법 제29조 제2항의 해석과 관련하여 음반의 개념을 음이 고정된 유형물(CD 등)로 이해하는 입장을 드러내면서 이 부분에 대한 해석상의 혼란의 단초를 제공한 것으로 생각된다. 현대백화점 1심 판결에서 디지털 음원이 음반일 수 있다는 가능성 자체를 언급조차 하지 않고 그 저장장치가 음반의 개념에 해당할 가능성이 있다는 전제 하에 그것이 판매용인지 여부를 따지는 논리전개를 보여 준 것은 '음반'이라는 용어의 일반적 의미가 주는 혼동가능성과 함께 스타벅스 사건 판례의 부정적 영향이 드러난 것이라 생각된다. 반면, 현대백화점 2심 판결은 컴퓨터 하드디스크 등의 저장매체에 고정된 디지털 음원이 저작권법상 음반의 개념에 해당함을 명확히 하고 있는데, 이것은 저작권법상 음반 개념의 본래 의미를 되찾는 올바른 판단을 보여준 것으로 생각된다.

4. 소결론

저작권법상 개념으로서의 '음반'은 '음원이 고정된 유형물'이 아니라 '유형물에

고정된 음원'을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 그것이 저작권법의 문언에 부합하는 해석이다. 저작권법은 음반을 정의하면서 "음이 유형물에 고정된 것"을 말한다고 규정하고 있을 뿐, "음이 고정된 유형물"을 말한다고 규정하고 있지 않다. 디지털 음원의 경우에도 유형물인 컴퓨터 하드디스크, 휴대용 메모리 등에 고정된 음(음원)이라는 점에서 저작권법상 음반의 정의에 그대로 부합함을 명확히 알 수 있다. "음의 유형물에의 고정"이 개념요소에 포함되므로 단순히 머릿속으로 상상한 소리나 소설이나 수필에서의 소리에 대한 묘사 등은 물론, 녹음되지 않은 연주 등도 음반이 될 수 없지만 유형물에 고정된 음이라면 바로 그 음 또는 음원이 음반인 것으로 보는 것이 저작권법의 문언에 부합하는 해석이다.

둘째, 그것이 세계 주요국가의 입법 및 그 해석과 일치하는 해석이다. 음반(phonogram)을 저작인접물로 보호하는 나라(독일, 프랑스, 일본 등의 대륙법계 국가들)이든, 음반(sound recording)을 저작물로 보호하는 나라(미국, 영국 등)이든 기본적으로 음반의 의미에 대하여 그 고정매체가 무엇인지와는 상관없이 그 매체에 고정된 무형물(무체물)로서의 음원을 뜻하는 개념으로 파악하는 점에서 기본적으로 일치하고 있다.[13]

13) 일본의 경우는 위에서 자세히 설명한 바와 같다. 독일과 프랑스의 경우는 뒤에서 '판매용 음반'의 개념에 대한 설명에서 각 그 규정례를 살펴볼 것인바, 음반을 유형물에 고정된 음원을 뜻하는 개념으로 파악하는 WPPT의 입장을 기본적으로 수용하였음을 알 수 있다. 그 가운데 프랑스 저작권법은 제213조의 1 제1항에서 "음반제작자라 함은 일련의 음원의 최초의 고정을 발의하고 그에 대하여 책임을 지는 자연인 또는 법인을 말한다"고 규정하여(서달주 역, 프랑스 저작권법, 한국저작권위원회, 2009, 101면), 음반이 음원을 뜻하는 개념임을 보여주고 있다. 미국과 영국의 경우는 음반(sound recording)을 저작물의 일종으로 규정하고 있는데, 저작물이라면 더욱 당연하게, 유형물이 아니라 무형의 창작물에 해당하는 것으로 보는 데 의문이 있을 수 없다. 미국 저작권법상 위와 같은 의미의 무형물로서의 음반에 해당하는 'sound recording'이라는 용어는 '녹음물'이라고 번역하고, 그와 달리 유형물로서의 음반복제물을 뜻하는 용어인 'phonorecord'는 '음반'이라고 번역하는 경우가 있는데(임원선 역, 미국 저작권법, 한국저작권위원회, 2010, 18,19면 참조), 우리 저작권법과의 관계에서 혼동을 초래하지 않으려면 'sound recording'을 '음반'으로, 'phonorecord'를 '녹음물'로 번역하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 미국 저작권법 제101조에서는 'sound recording' 에 대하여 "일련의 음악, 구술, 그 밖의 음의 고정으로부터 결과된 저작물을 말한다. 다만, 디스크, 테이프 또는 그 밖의 음반과 같이, 음을 수록한 유체물의 성질과 관계없이, 영화나 그 밖의 시청각저작물을 수반하는 음은 포함하지 아니한다"고 규정하여 유형적 매체에 고정된 무형물로서의 음원을 뜻하는 것임을 명확히 하고 있다. 그에 반하여 'phonorecord'에 대하여는 "그에 영화나 다른 시청각저작물을 수반하지 않는 음이 현재 알려지거나 장래에 개발될 방법으로 고정되고, 그로부터 음이 직접 또는 기계나 장치를 통하여 지각, 복제, 또는 그 밖에 전달될 수 있는 유체물을 의미한다. ... 음이 최초로 고정된 유체물을 포함한다."고 규정하여 유형의 음반복제물을 뜻하는 개념으로 구별하여 규정하고 있다(임원선, 위의 책, 18,19면). 우리 저작권법상 저작인접권의 객체인 음반은 미국 저작권법의 위 두 가지 개념 중 'phonorecord'가 아니라 'sound recording'에 상응하는 개념으로 보아야 한다.

셋째, 저작권법은 음반제작자에게 음반에 대한 복제권을 인정하고 있는데, 음반의 '복제'라는 개념을 생각해 보면, 음이 고정된 유형물이 아니라 유형물에 고정된 음 자체 또는 음원을 뜻하는 말이 음반이라는 것이 명백해진다. 위에서 '소리바다' 사건의 대법원 판례에 대하여 언급하였지만, 그 외에도, 지금까지 많은 판례가 CD를 CD로 복제한 것만이 아니라 CD에서 MP3 파일을 추출하고 그 파일을 온라인에 업로드하거나 다운로드 하는 과정에서 수반되는 복제, 나아가 P2P 프로그램을 이용하여 파일을 교환하는 과정에서의 복제 등을 '음반의 복제'로 인정하였다.

넷째, 저작권법은 음반제작자에게 음반에 대한 전송권을 인정하고 있는데, 음반의 '전송'이라는 개념을 생각해 보면, '음반'은 음이 고정된 유형물이 아니라 유형물에 고정된 음 또는 음원을 뜻하는 말임이 더욱 분명해진다. 즉 음반의 전송은 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 음반을 이용에 제공하는 것을 말하는데, 디지털 음원이 음반이 아니라면, 이러한 의미의 음반의 전송은 있을 수 없다. 온라인을 통해 유형물로서의 CD 등에 접근하여 이용하는 것은 근본적으로 불가능하고, 오직 그로부터 추출되거나 처음부터 디지털 음원으로 만들어진 음원에 접근하여 이용하도록 하는 것만 가능하기 때문이다. 2004년에 저작권법 개정을 통해 음반제작자에게 전송권을 인정하는 입법을 추진한 관계자들은 음반의 개념을 통설과 같이 유형물에 고정된 음원으로 보는 입장에 입각하였음이 분명하다.

다섯째, 이러한 해석이 무체재산권법의 일종으로서의 저작권법의 기본정신 및 취지 등에 모두 부합되는 해석이고 유형물이 음반이라고 하면, 음반제작자가 무형물로서의 콘텐츠가 아니라 유형물로서의 유체동산에 대한 권리를 가지는 것으로 보는 셈인데, 그것이 부당한 것임은 더 말할 나위가 없다.

Ⅲ. 저작권법상 '판매용 음반'의 개념

1. 서설

저작권법은 저작재산권자의 대여권 관련 규정(제21조), 저작재산권자의 공연권 제한 관련 규정(제29조 제2항), 저작물 이용의 법정허락 관련 규정(제52조), 실연자의 대여권 관련 규정(제71조), 실연자의 방송사업자에 대한 보상청구권 관련 규정(제75조), 실연자의 공연사용자에 대한 보상청구권 관련 규정(제76조의2), 음반제작

자의 대여권 관련 규정(제80조), 음반제작자의 방송사업자에 대한 보상청구권 관련 규정(제82조), 음반제작자의 공연사용자에 대한 보상청구권 관련 규정(제83조의2) 등에 '판매용 음반'이라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 '판매용 음반'의 개념에 대한 해석은 ① 저작재산권자의 공연권 제한의 범위(제29조 제2항)나 ② 저작인접권자의 보상청구권 행사 요건 유무(제75조, 76조의2, 제82조, 제83조의2) 등에 중대한 영향을 미친다.

이와 관련하여 특히 최근에 가장 뜨거운 쟁점이 되어 온 것은 상업적 목적으로 공표된 디지털 음원이 '판매용 음반'에 해당하는지 여부로서, 이른바 '디지털 싱글 앨범'의 비중이 높아지고 있는 상황에서 대단히 예민하고 중대한 문제가 아닐 수 없다. 먼저 위 ①과의 관계에서, 디지털 음원이 판매용 음반이 아니라고 볼 경우 매장의 배경음악으로 디지털 음원을 재생하여 사용하는 경우에는 '판매용 음반'의 재생공연일 것을 요건으로 하는 제29조 제2항[14]에 해당하지 않으므로 저작재산권자의 공연권이 제한되지 않는 결과가 될 수 있다. 다음으로 위 ②와의 관계에서, 백화점 등에서 디지털 음원을 재생하여 공연하는 경우에 그것을 '판매용 음반'이 아니라고 보면, 저작인접권자의 공연사용자에 대한 보상청구권 규정의 요건을 갖추지 못한 것으로 보게 되어 저작인접권의 보호영역이 크게 축소되게 된다. '현대백화점' 사건의 1심 판결은 바로 그러한 입장을 취하여 저작인접권자인 실연자와 음반제작자의 보상청구권 행사를 부정하는 결론을 내렸던 것이고, 그 사건의 2심 판결은 '판매용 음반'의 개념에 대한 해석을 달리함으로서 그 결론을 뒤집었다.

본 연구에서는 상업적 목적으로 공표된 디지털 음원도 '판매용 음반'의 개념에 해당하는 것으로 보는 입장을 취하는데, 그것은 기본적으로 다음과 같은 논리에 기한 것이다.

'판매용 음반'에 포함된 '음반'의 개념은 위에서 본 바와 같이 음을 고정한 유형물(매체)이 아니라 유형물에 고정된 음(음원)으로서의 음반 개념으로 파악하여야 한다. 따라서 그러한 개념의 음반이 판매용인지 여부는 그 음반(음원)이 음반제작자에 의하여 제작되어 그의 허락 하에 공중을 대상으로 처음 발행 또는 전송될 때를 기준으로 하여 그 때의 발행 또는 전송이 판매의 목적으로 행해진 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.[15] 보호대상으로서의 음반의 개념에서 중요한 것은 유형

14) 저작권법 제29조 제2항 : 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

15) 같은 취지, 임원선, 앞의 논문, 130면 : "이렇게 보면 어느 음반이 판매용으로 발행된 것인지는

물로서의 고정매체가 아니라 고정된 음원 자체라고 할 때 그 음원이 어떤 매체에 고정되어 발행 또는 전송되었는지는 그다지 중요한 문제가 아니라고 보아야 한다. 따라서 그 저장매체가 무엇인지 불문하고 처음 판매용으로 발행 또는 전송된 것이라면 그 이후에 그 음원이 어떠한 방식으로 이용되든 판매용 음반의 사용에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그러므로 CD에 고정된 형태로든 디지털 싱글 앨범에 포함된 형태로든 한번 상업적인 목적으로 시장에 나온 음반(음원)은 판매용 음반이라 할 것이고, 그러한 음원(또는 그 복제물이나 그 복제물의 복제물)을 이용하는 한, 어떤 매체에 저장하여 사용하든 판매용 음반을 사용하는 것에 해당하는 것으로 보아야 한다.

위와 같은 본 연구의 결론은 국제조약이나 다른 나라의 입법례를 검토해 봄으로써 강력한 뒷받침을 받을 수 있다. 우리 저작권법 제29조 제2항은 국제조약이나 다른 나라의 입법례에서 유사한 규정례를 찾기 어려우나, 우리 저작권법에 규정된 저작인접권자의 보상청구권 관련 규정들은 다자간 국제조약에 근거를 둔 것으로서 다른 나라의 입법례들도 참고할 수 있다. 따라서 아래에서는 저작인접권자의 보상청구권과 관련된 국제조약 및 다른 입법례의 규정에서 '판매용 음반'의 개념을 이해하는 데 도움이 되는 부분을 자세히 소개하고자 한다.

2. 국제조약과의 관계

가. 서언

현행 저작권법상 저작인접권자의 공연보상금에 관한 규정들은 2009. 3. 15.자 법개정시에 추가된 것으로서, 처음 김창수 의원 대표 발의안으로 제안되었다가 다른 일부 법안들과 통합되어 한꺼번에 통과된 것이다. 김창수의원 대표발의안은 그 제안취지를 "공연권이란 다수인에게 저작물 또는 실연, 음반 등을 상연, 연주, 가창 등의 방법으로 공개할 수 있는 권리를 말함. 이 중 음반의 공연권은 1961년「로마협약」제12조 및 1996년「WIPO 실연 음반 조약」제15조제1항 등 국제 조약에서

그를 수록하고 있는 매체인 CD가 판매용인가가 아니라 그에 수록된 음반, 즉 음의 고정물이 그러한 목적으로 발행된 것인가에 의하여 판단되어야 한다는 것을 알 수 있다. CD에 수록되지 않은 상태로 온라인에서만 판매되는 음반도 상당수인 것을 고려하면 이는 당연한 결론이라고 할 수 있다. 상업적으로 발행되는 상당수의 음반도 음반사가 이를 방송사 등에 홍보용으로 전달하기 위해 '홍보용' 또는 '비매용'이라는 표지를 붙여 제공되는 예가 많은데, 매체인 CD를 기준으로 그것이 판매용인지 여부를 판단한다면 방송사에서 이러한 CD를 활용하여 방송하는 경우에는 실연자와 음반제작자에게 이에 대한 보상금을 지급하지 않아도 된다고 해석하게 되는 불합리를 초래하게 된다."

인정된 이후, 현재 123개 국가에서 음반제작자 및 실연자의 공연권 내지 공연보상청구권이 인정되고 있음. (중략) 이에 음반제작자와 실연자에게 공연보상청구권을 부여함으로써 국제적인 수준에 비해 매우 열악한 우리나라 음반제작자와 실연자의 권리를 보장하고, 그로 인한 이익이 새로운 음반제작에 재투자 될 수 있게 함으로써 모든 콘텐츠의 근간이자 한류의 근원이라 할 수 있는 음악산업의 발전을 도모하려는 것임."이라고 밝히고 있었다. 즉, 로마협약 및 세계지적재산기구(WIPO) 실연음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty; WPPT)을 언급하면서 국제적인 수준에 뒤떨어진 부분을 보완하여 음반제작자와 실연자의 권리를 보장하고자 하는 것이 입법취지임을 밝히고 있는 것이다.

실제로 공연보상청구권에 관한 저작권법 제76조의 2 및 제83조의 2의 규정과 그 이전부터 있어 온 방송보상청구권에 관한 제75조 및 제82조의 규정 등은 그 규정 방식과 내용이 로마협약 제12조 및 WPPT 제15조 제1항의 규정과 유사하고, 우리나라는 2008.12. 18. 로마협약과 WPPT에 동시에 가입하여 2009.3.18.부터 발효되게 한 바 있다. 비록 우리나라가 WPPT에 가입하면서 그 제15조 제3항에 따라 상업용 음반이 무선 및 유선방송을 통하여 이용되는 경우에 한하여 제15조 제1항의 규정을 적용하는 것으로 부분적인 유보를 한 바 있지만, 그것은 그 무렵에는 아직 공연보상청구권을 도입한 저작권법 개정안이 국회를 통과하기 전이었던 사실에 기인하는 것일 뿐이고, 위와 같은 입법경위 등에 비추어 로마협약 및 WPPT에 부합하는 방향으로 우리 법의 규정을 해석하는 것이 합당한 방향임은 의문의 여지가 없다.[16]

나. 로마협약상 '상업용 음반'의 의의

로마협약 제12조는 "상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 방송 또는 공중전달에 직접적으로 사용되는 경우에, 단일의 공정한 보상이 사용자에 의하여 실연자나 음반제작자 또는 이들 양자에게 지급되어야 한다. 당사자 사이에 약정이 없는 경우에는 국내법으로 이 보상금의 배분 조건을 정할 수 있다"고 규정하고 있다. 그리고 그 제3조 (b)에서는 "'음반(phonogram)'이란 실연의 소리

16) 같은 취지, 최경수, 앞의 책, 333면 : "현행법에서는 판매용 음반을 정의하지 않고 있으나, 로마협약과 WPPT에서 말하는 '상업적으로 발행된 음반(phonogram published for commercial purpose)'이란 의미로 이해해야 한다."
김찬동, 앞의 논문, 215-216면 : "(개정 저작권법안의) 이러한 제안이유에 비추어 보면 실연자 및 음반제작자의 음반에 대한 공연보상청구권 규정은 로마협약과 WPPT에서의 공연보상청구권을 이행하고 있는 것이며, 그 해석 또한 이들 조약 내용과 부합되어야 할 것이다."

또는 기타 소리를 청각적으로만 고정한 것을 말한다"고 규정하고 있는데, 이 규정도 소리의 고정 매체를 불문하고 그 매체에 고정된 소리 자체가 음반의 개념으로 규정되어 있다는 점에서 위에서 살펴본 우리 저작권법상의 '음반' 개념과 기본적으로 일치한다.

로마협약 제12조는 상업용 음반과 관련하여 "상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물"이라는 문구를 사용하고 있는데 여기서 "상업적인 목적으로 발행된 음반"이라고 하는 것은 시장에서 판매 등을 통해 일반 소비자의 수요를 충족할 수 있도록 제공된 음반을 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 여기에 포함되지 않는 것의 예로는 방송사가 실연의 반복적 방송 및 아카이브 저장을 위해 스튜디오 녹음을 해 둔 것, 음악인들이 단순한 기록의 목적으로나 친구에게 선물로 제공하기 위한 목적으로 음반을 제작하고 시장에는 내놓지 않은 것 등이 들어진다.[17] 그리고 "그러한 음반의 복제물"이란 상업적인 목적으로 발행된 음반의 복제물이라면 어떠한 복제물도 포함하는 것으로서, 상업적 음반을 이용하여 행하여진 방송으로부터 사적으로 녹음한 것 또는 CD에서 직접 음원을 추출하여 CD-R, DVD, 컴퓨터 하드디스크, 자기테이프, 기타 어떤 매체이든지 그 매체에 저장한 것을 뜻하는 것으로 보므로[18], 이른바 '디지털 음원'도 그 개념에 해당함을 알 수 있다.

다시 말해 상업적인 목적으로 발행되었는지 여부는 최초의 음반 발행 시에 그러한 목적이 있었는지 여부에 따라 판단하고, 그 이후 그 음반을 이용하여 만든 디지털 음원도 "상업용 음반의 복제물"에 해당하는 것으로 보는 것이 위 규정과 동일한 규정을 가진 EC 대여권 지침에 대한 유럽 주석가들의 해석이다. 이러한 규정에 따르면, 예를 들어 어느 음반제작자가 상업적인 목적으로 음반을 제작한 후 그것을 음악CD로 발매하고 나면, 그 CD에서 음원을 추출하여 디지털 파일을 만들어 이용하는 경우에도 상업용 음반의 복제물을 이용하는 것으로 보게 된다.

다만 위 규정은 문언상으로 상업용 음반 및 그 복제물의 '직접적 사용'에 대하여만 보상청구권을 인정하고 있다. 그러한 제한이 의미하는 바는, 이용자가 직접 음반을 재생하여 방송하는 것이나 직접 레스토랑에서 음반을 재생하는 등의 방법으로 공연을 하는 것은 본조의 적용대상으로 보지만 그러한 방송을 받아서 재방송을 하거나 레스토랑 등에서 방송 중인 TV나 라디오 등을 켜서 고객들이 청취하게 하

17) Michel M. Walter, Silke von Lewinski, European Copyright Law - A Commentary, Oxford University Press(2010), p.322
18) Ibid, p.323

는 것 등 간접적 사용에 해당하는 것은 그 적용대상에서 제외하는 취지를 내포하고 있다고 할 수 있다.[19] 그것이 뒤에서 보는 바와 같이 '간접적 사용'을 대상범위에 명시적으로 포함하고 있는 WPPT와는 다른 점이다.

우리 저작권법 제76조의 2 등의 규정은 판매용 음반의 사용방법에 아무런 제한을 두지 않고 있으므로 이 부분은 로마협약의 규정이 아니라 WPPT의 규정과 일치하는 방향으로 해석하는 것이 타당하다.[20] 우리나라는 WPPT에 가입하면서 그 제15조의 규정과 관련하여, 위에서 본 바와 같은 유보를 하였지만, 일본의 경우[21]와 같이 판매용 음반의 '직접적 사용'의 경우에 한하여 WPPT 제15조의 규정을 적용하겠다는 유보를 한 바는 없으므로 방송보상청구권에 대한 해석상 WPPT에서 명시적으로 인정하고 있는 '간접적 사용'의 경우를 포함하는 것이 조약상의 의무에 합치하는 해석이 된다. 방송보상청구권의 경우가 그러하다면, 공연보상청구권 조항의 해석도 동일하게 할 수밖에 없다. 즉, 우리나라에서는 판매용 음반을 직접적으로 사용하여 방송한 것을 다른 방송사가 이용하여 동시 또는 이시 재방송하는 것도 저작권법 제75조 및 제82조의 "판매용 음반을 사용하여 방송"하는 것에 해당하는 것으로 보아야 하고, 백화점 등에서 판매용 음반을 사용한 TV 또는 라디오 방송을 틀어서 고객들이 듣게 하는 것도 저작권법 제76조의 2 및 제83조의 2에서 말하는 "판매용 음반을 사용하여 공연을 하는" 것에 해당하는 것으로 보아야 한다.[22]

백화점 등에서 디지털음성송신 서비스 회사가 제공하는 스트리밍 방식의 음원 송신 서비스를 이용하여 고객들에게 음악을 들려주는 경우에는 스트리밍 방식에 의하여 음악파일이 백화점 등에 있는 장치의 주기억장치(RAM)에 일시적으로 저장

19) 직접적 사용과 간접적 사용의 의미에 대한 이러한 해석에 대하여는 Michel M. Walter, Silke von Lewinski, op. cit, p.324 참조.

20) 최경수, 앞의 책, 333면 각주 32 참조.

21) 일본에서는 방송보상청구권에 관한 저작권법의 규정에서 "당해 방송 또는 유선방송을 수신하여 방송 또는 유선방송을 행한 경우를 제외한다"고 규정함으로써 로마협약의 규정에 따라 직접적 사용의 경우에 한하여 보상청구권을 인정해 왔고, 그 바탕 위에서 WPPT에 가입하면서도 상업적 음반의 직접적 사용에 한하여 그 15조의 규정을 적용하는 것으로 유보를 해 두었다. 그것은 우리나라와는 다른 점이다. 그러나 이후 방송을 수신하여 행하는 재송신의 대규모화에 따라 재송신에 의한 상업용 음반의 이용에 대하여 실연자의 이익을 확보, 환원하기 위해 2006년에 저작권법을 개정하면서 "영리를 목적으로 하지 않고 또한 청중 또는 관중으로부터 요금을 받지 않고 상업용 음반을 사용하여 하는 방송 또는 유선방송을 한 경우"(일본 저작권법 제95조 제1항의 두 번째 괄호 및 제97조 제1항의 첫 번째 괄호)를 제외하고는 그 이전에 보상청구권의 대상이 되지 않았던 "방송 또는 유선방송을 수신하여 방송 또는 유선방송을 행한 경우"에도 실연자 및 음반 제작자에게 2차사용료를 받을 권리를 부여하였다. 加戸守行, 앞의 책, 595면 참조.

22) 같은 취지, 최경수, 앞의 책, 334면, 338면.

되게 되는데, 그것은 한미 FTA 이행을 위한 2011.12.2.자 개정을 통해 '일시적 저장'도 복제의 개념에 포함시킨 현행 저작권법의 해석에 의하면, '복제'의 개념에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 그 경우 백화점 등의 이용행위는 판매용 음반의 복제물을 직접적으로 이용하는 것에 해당하므로, 로마협약 제12조의 규정에 의하더라도 판매용 음반을 사용한 공중전달(공연)에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그렇지 않고 가사 그것을 복제가 아니라고 본다고 가정하더라도, WPPT 제15조 제1항의 규정 및 우리 저작권법의 규정에 의하면, '판매용 음반'을 (간접적으로) 사용하여 공연하는 것으로 보아야 한다.

다. WPPT상 '상업용 음반'의 의미

WPPT는 제15조 제1항에서 "실연자와 음반제작자는 상업적인 목적으로 발행된 음반이 방송이나 공중전달에 직접적으로나 간접적으로 이용되는 경우에 공정한 단일 보상에 대한 권리를 향유한다"고 규정하고 있다.

여기서 말하는 "상업적인 목적으로 발행된 음반"이 바로 우리 저작권법상의 '판매용 음반'에 해당하는 말이라고 할 수 있다. 이 규정에 포함된 '음반'의 개념은 같은 조약 제2조 (b)에서 규정하고 있는 바에 따라 해석된다.[23] 그 제2조 (b)는 음반에 관하여 "'음반'이란 실연의 소리 또는 기타의 소리, 또는 소리의 표현을 고정한 것으로서, 영상 저작물이나 기타 시청각저작물에 수록된 형태 이외의 고정물을 말한다"고 규정하고 있다. 이러한 규정도 음반의 개념을 음이 고정된 유형물이 아니라 유형물에 고정된 음원을 뜻하는 것으로 보는 점에서는 로마협약 등과 전혀 다르지 않다.

다만 '음반'에 대한 이 규정의 정의는 로마협약의 규정에 비하여 두 가지 측면의 발전적인 요소를 가지고 있다.[24]

첫째는 음반의 정의가 소리의 고정이 아닌 것으로 확장되었다는 점이다. 이것은 오늘날 음반이 디지털 기술의 응용에 의하여 해당하는 소리가 아직 존재하지 않을지라도 적합한 전자적 장비의 도움 하에, 소리를 생성할 수 있는 데이터를 고정함으로써 제작될 수 있다는 점을 반영하기 위한 것으로서, "소리의 표현(representation of sounds)을 고정"한 경우를 추가한 것이 바로 그것이다.

23) Thomas Dreier, P. Bernt Hugenholtz (Ed.), Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, 2006, p.186

24) Mihaly Ficsor, The Law of Copyright and The Internet-The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford University Press, 2001, pp.596-597

둘째는 '오로지 청각적'이라는 표현이 "영상 저작물이나 기타 시청각저작물에 수록된 형태 이외"라는 문구로 대체되었다는 점이다. 이 규정의 채택은 특별한 이유의 설명 없이 이루어진 것이지만, 그 문언에 비추어 시청각적 고정이 저작물로서의 요건을 갖추지 못한 경우에 그 시청각적 고정에의 소리 또는 소리의 표현의 수록이 음반으로 취급될 수도 있음을 의미한다.

요컨대 디지털 시대의 새로운 음의 고정형태를 음반의 개념에 포함하여 디지털 시대의 새로운 환경에 부응하고, 영상저작물이 아닌 영상물에 고정된 음도 음반으로 볼 수 있도록 함으로써, 음반에 대한 권리보호범위를 조금 더 늘리는 등의 일부 조정이 있었지만, 로마협약과 각국 저작권법에서 규정하고 있는 무형물로서의 음반 개념과 기본적으로 일치하는 것이라 할 수 있다.

위 규정에서 '상업적인 목적으로 발행된 음반'이라고 한 것은 기본적으로 위에서 본 로마협약 제12조의 규정에서 사용된 것과 같은 의미라고 할 수 있다. 다만 WPPT는 온라인 전송이 이슈로 대두된 시점에서 채택된 것이므로 CD 등의 유체물에 고정되어 배포되는 것이 아니라 처음부터 온라인 전송에 의하여 공중에게 무형물로 제공되는 경우도 상업용 음반으로 볼 수 있도록 명확하게 하기 위하여, 같은 조약 제15조 제4항에서 "이 조의 적용상 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 음반에 접근할 수 있는 방법으로, 유선이나 무선의 수단에 의하여 공중이 이용할 수 있도록 제공된 음반은 상업적인 목적으로 발행된 것으로 간주한다"고 규정하고 있다. 제15조에 대한 관계에서만 적용되는 이 규정에 따라 온라인상으로 공중을 대상으로 한 전송이 이루어지기만 하면, 실제로 그것이 상업적 목적에 기한 것인지를 묻지 않고 상업용 음반으로 보게 된다.

오늘날 디지털 싱글 앨범이라고 하여 CD등의 제작 없이 바로 온라인 음원으로 시판에 들어가는 음원의 비중이 CD에 고정되는 음원보다 훨씬 더 높은 비중을 차지하는 시점에서 보면, 그러한 온라인 방식으로 판매에 제공된 음원도 당연히 상업용 음반 또는 판매용 음반에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. WPPT 제15조 제4항의 위 규정은 그러한 취지를 명확히 함과 동시에 더 나아가 그러한 온라인 전송의 경우에는 상업적 목적이 없더라도 상업적 목적이 있는 것으로 의제함으로써 그 보호범위를 약간 더 확장하고 있는 것이다.[25] 여기서 주의할 것은 그러한 전송행위 자체에 대하여는 WPPT 제10조 및 제14조에서 실연자와 음반제작자에게 각각 배타적 권리를 부여하고 있고, 그러한 전송행위에 의하여 제공된 음원을 복

25) Mihaly Ficsor, op.cit, pp. 635-636

제하여 방송 또는 공연 등에 이용하는 것에 대하여 WPPT 제15조에서 보상청구권의 대상으로 규정하고 있다는 점이다.[26]

한편, 앞에서 언급한 바와 같이, 로마협약 제12조는 오직 '직접적 사용'에만 적용되는 것으로 명시하고 있는 반면, WPPT 제15조 제1항은 상업적 목적을 위해 발행된 음반의 직접적· 간접적 사용을 모두 명시하고 있다. 직접적 사용과 간접적 사용의 의미는 로마협약 제12조에 대한 위 설명 부분에서 본 바와 같다. 그런데 WPPT에서 '간접적 사용'을 포함한 것은 한편으로 로마협약에서 상업용 음반의 '복제물'을 사용한 방송 및 공중전달도 상업용 음반의 사용과 같이 취급하도록 명시한 규정을 대체하는 의미도 가지고 있음을 주목할 필요가 있다. 즉 "상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물"을 사용의 대상으로 규정한 로마협약 제12조와 달리 WPPT 제15조 제1항에서는 "또는 그러한 음반의 복제물" 부분을 삭제하고 단지 "상업적 목적으로 발행된 음반"을 사용 대상으로 규정하고 있지만, 그 사용 방법에 직접적 사용만이 아니라 간접적 사용도 포함하고 있으므로, 상업용 음반의 복제물(디지털 음원 포함)의 사용도 당연히 그 범위에 포함된다고 보아야 할 것이다.[27] 물론 거기서 더 나아가 복제가 수반되지 않는 간접적 사용, 예컨대 레스토랑 등에서 판매용 음반을 이용한 TV 또는 라디오 방송을 틀어 고객들에게 들려주는 것 등이 WPPT 제15조 제1항에 해당할 수 있음은 앞서 언급한 바와 같다.

라. 소결론

위에서 살펴본 바와 같이 우리 저작권법상 저작인접권자의 방송 및 공연 보상청구권에 관한 규정에서 말하는 "판매용 음반"의 "사용"이 무엇인지는 무엇보다 로마협약 및 WPPT의 규정을 주로 참고하여 해석하여야 할 것이다. 그리고 로마협약과 WPPT 사이에 차이가 있는 부분의 해석은 로마협약이 아니라 디지털 상황 및 인터넷 환경을 추가적으로 고려하여 제정, 채택된 WPPT의 규정과 그 해석에 따르는 것이 기본적으로 타당하다.

그에 따른 해석의 결론은 분명하다. 어떤 음반 또는 음원이 CD에 고정된 형태이든, 디지털 음원의 형태이든 판매 등의 목적으로 시장에 나오기만 하면, 그 이후 그 음원이 어떤 매체에서 어떤 방법으로 이용되든 상관없이 모두 WPPT 제15조

26) Ibid, p.636
27) Ibid, p.637

제1항의 규정에 따른 보상청구권의 대상이 되는 것으로 보아야 하고, 우리나라 저작권법의 해석상으로도 그 점은 마찬가지인 것으로 보아야 한다.

3. 각국의 입법례에 대한 검토

가. 서언

로마협약, WPPT 등 국제적으로 일정한 보편적 지위를 가진 다자간 조약에서 음반 및 상업용 음반에 대하여 위와 같이 규정한 것이 각국의 입법에도 영향을 미쳐 주요국의 입법사례에서도 유사한 참고사례들을 볼 수 있다.

나. EC 대여권 지침과 유럽 국가들의 입법

EC 대여권 지침[28]은 제8조 제2항에서 "회원국은 상업적 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 무선에 의한 방송 또는 기타 어떠한 방법으로든 공중전달을 위해 사용될 경우 단일하고 공평한 보상금이 그 이용자에 의하여 지급되도록 하고 그 보상금이 해당 실연자 및 음반제작자 사이에 배분될 수 있도록 하기 위해 권리를 규정하여야 한다. 회원국은 실연자와 음반제작자 사이에 합의가 없을 경우 그들 사이에 이 보상금을 나누는 조건을 규정할 수 있다."고 규정하고 있다. 이 규정은 로마협약 및 WPPT의 규정과 유사한 것으로서, WPPT에 대한 위에서 살펴본 해석이 거의 그대로 적용된다고 보아도 과언이 아니다.

이에 따라 유럽 각국은 유사한 취지의 규정을 저작권법에 두고 있다. 먼저 영국 저작권법의 경우를 보면, 제182D조 제1항에서 "자격 있는 실연의 전부 또는 실질적인 부분의 상업적으로 발행된 녹음물이 다음에 해당하는 경우, 실연자는 그 녹음물(sound recording)[29]의 저작권자로부터 정당한 보상을 받을 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 나아가 같은 조 (A)에서 "제1항에서의 녹음물의 발행에 대한 언급은 공중이 그들이 개인적으로 선택한 장소와 시간에 따라 접근가능할 수 있는 방법으로 전자적 전송에 의해 공중에게 이용가능하도록 하는 것을 포함한다"고 규정하여 WPPT 제15조 제4항의 규정을 명시적으로 도입하였다.

한편, 프랑스 저작권법 제214조의 1 제3항은 상업적 목적으로 발행된 음반이 특

28) DIRECTIVE 2006/115/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property(codified version)

29) 앞에서도 언급한 바와 같이 영국은 미국과 같이, 음반(sound recording)을 저작인접물로 규정하지 않고 저작물의 일종으로 규정하고 있다.

정한 방법으로 방송이나 공중전달에 이용된 경우에 "실연자 및 음반제작자는 음반이 어디에 고정되었느냐에 관계없이 보상금을 받을 권리를 가진다"고 규정하고 있다.

또한, 독일 저작권법 제78조 제2항은 ① 제78조 제1항 제2호에 따른 실연이 허락을 얻어 방송된 경우, ② 녹화물 혹은 녹음물에 의한 실연이 공개 감지하도록 된 경우, ③ 방송 혹은 공개 전달에 기인하여 실연의 재생물이 공개 감지토록 된 경우 등의 세 가지 경우 중 하나에 해당할 경우 실연자에게 상당한 보상이 지급되어야 한다고 규정하고, 실연자가 받는 보상과 관련하여 제86조에서 음반제작자가 상당한 분배를 구하는 청구권을 가지는 것으로 규정하고 있다. 독일의 경우 상업용 음반으로 한정하지 않고 모든 녹음물(음반)에 대하여 보상청구권을 인정하고 있는 예라고 할 수 있고, 그 제78조 제2항 제3호는 WPPT 제15조에서 규정한 "간접적 사용"에 해당하는 것을 명확하게 보상청구권의 대상에 포함시키는 의미를 내포하고 있다.

이러한 유럽 국가들의 저작권법 규정은 "상업용"일 것을 요구하지 않는 독일 저작권법의 경우를 제외하면, 대체로 WPPT 제15조 제1항에 대한 앞서의 해석이 그대로 적용되는 것으로 볼 수 있다.

다. 일본 저작권법의 경우

일본 저작권법은 아직 공연보상청구권을 규정하지 않고 있지만, 실연자 및 음반제작자의 방송보상청구권에 관하여는 우리 저작권법과 유사한 취지의 규정을 두고 있다. 다만 일본은 로마협약에서 상업용 음반 등의 '직접적 사용'으로 범위를 제한하였던 것을 받아들여 법문상으로도 상업용 음반을 직접적으로 사용하지 않은 재방송 등의 경우를 제외하는 취지를 명시한 바 있고, 이후 WPPT에 가입하면서도 그 제15조와 관련하여 '직접적 사용'의 경우로 제한한다는 취지의 유보를 한 바 있으나, 2006년의 저작권법 개정에 의하여 일부 예외적인 경우를 제외하고 '간접적 사용'의 경우도 보상청구권의 대상에 포함하는 취지의 개정을 하였다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 한편으로 음반의 개념이 우리나라와 유사하게 규정되어 있고, 그에 대한 일본에서의 통설의 입장이 우리나라에서의 통설의 입장과 같이 '음이 고정된 유형물'이 아니라 '유형물에 고정된 음'으로 보는 입장이라는 것도 앞에서 지적한 바와 같다.

그런데 일본은 우리나라 저작권법상의 '판매용 음반'에 해당하는 '상업용 음반'의 의미와 관련하여 저작권법상 명시적인 정의규정을 두고 있다. 즉 일본 저작권법

제2조 제7호는 “상업용 음반”에 대하여 “시판의 목적으로 제작되는 음반의 복제물을 말한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 우리나라의 스타벅스 사건의 하급심 및 대법원 판결에도 일정한 영향을 미친 것으로 생각된다.

위 규정에 대하여 일본의 학설은 엇갈리고 있다. 어떤 학자는 “‘시판의 목적으로 제작되는 음반의 복제물’이라고 하는 것은, 일반적으로 상업적 베이스에 의해 판매의 대상으로 하는 디스크, 녹음테이프, 오르골 등 그 자체를 가리킨다. 제5호의 음반이 ‘음을 고정한 것’으로서 추상적인 개념인 것에 대하여 제7호의 경우는 ‘음반의 복제물’이라고 하는 유체물을 가리킨다. 따라서 혼동하기 쉬운 말이지만, 음반이라고 하는 경우에는 녹음물에 음이 들어가 있는 그 음을 포착하여 지칭하는 말인 반면, 본호의 상업용 음반은 음반의 복제물이라고 하는 구체적인 물(物)이다”라고 설명하고 있다.[30] 이에 반하여, 다른 한 학자는 그런 취지의 언급 없이 “상업용 음반은 시판을 목적으로 제작되는 음반의 복제물을 말한다(2조 1항 7호). 따라서 방송사업자가 시판의 목적 없이 자기의 방송을 위해 제작한 것은 음반이지만, 상업용 음반은 아니다. 또한 녹음, 녹화권자의 허락을 얻지 않고 녹음된 상업용 음반에 대하여는 제95조의 적용은 없고 실연자의 권리가 미치며 2차 사용료의 문제는 발생하지 않는다. 음원이 다양화하고 있는 현재 입법론상으로 상업용 음반의 개념에 대하여는 의론이 있는 바이다”라고 설명하고 있다.[31]

생각건대 위 두 가지 견해 중 전자의 견해는 오늘날 디지털 음원의 유통비중이 높은 현실에 비추어 부당한 견해라 생각된다. 아마도 법 제정 당시에는 디지털 음원이 유통되는 상황을 상상할 수 없었을 터이므로, 위와 같은 해석이 입법자의 당시의 생각에 부합할 가능성도 배제할 수는 없지만, 오늘날의 현실에서 합리적으로 법을 해석하고자 할 경우에는 그렇게 해석할 이유가 없을 것이다. 즉 저작권법상의 음반 개념이 유형물로서의 디스크 등이 아니라 유형물에 고정된 음원에 해당하는 개념임은 위와 같은 주장을 하는 加戸守行 자신도 설파하고 있는 바이고[32], 저작물의 ‘복제물’도 무체물의 의미로 사용되듯이 음반의 복제물도 유체물이 아니라 무체물의 의미로 얼마든지 사용될 수 있는 것이라는 점을 감안할 때 “시판의 목적으로 제작되는 음반의 복제물”이라는 표현은 “시판의 목적으로 제작되는 음반”의 복제물인 디지털 음원 등을 포함하는 표현으로 볼 수 있을 것으로 생각된다. 즉

30) 加戸守行, 앞의 책, 31면
31) 中山信弘, 著作權法, 有斐閣, 2007, 437면
32) 加戸守行, 앞의 책, 28면

이 규정은 첫째, “시판의 목적으로 제작되는” “음반의 복제물”이라는 의미로 읽힐 수도 있고, 둘째, “시판의 목적으로 제작되는 음반”의 “복제물”이라는 의미로 읽힐 수도 있는데, 일본 저작권법도 의식하고 참고한 로마협약의 규정 등을 감안할 때 둘째의 해석이 국제조약에 기본적으로 부합하는 타당하고 합리적인 해석이라 할 수 있다. 그 경우 ‘복제물’의 의미는 당연히 무체물인 음원 콘텐츠를 복제한 무체물로서의 복제물을 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다. 中山信弘의 견해는 “음원이 다양화하고 있는 현재 상업용 음반의 개념에 대하여는 입법론상으로 의론이 있다”고 소개하여, 디지털 음원에 대한 문제의식을 깔고 있으나, 그 부분을 해석론으로 명료하게 정리하지 않고 입법론만 언급하고 있다는 점에 그 한계가 있다.

한편으로 加戸守行이 말하는 유체물로서의 복제물이라는 위 표현에 대하여도 오해를 하지 말아야 하는 것은 그 경우 음반의 개념이 유형물에 고정된 음이 아니라 음을 고정한 유형물, 즉 고정매체로 보아야 하는 것으로 뒤바뀐다는 의미가 아니라, 음이 구체적인 유형물에 고정된 복제물로서 유형물과 같이 거래의 대상이 된다는 측면에 초점을 맞춘 것일 뿐이라는 점이다. 실제로 음악CD가 거래의 대상이 된다고 할 때 고객은 그 속에 고정된 음(무형적인 콘텐츠)의 가치를 의식하여 그 대가를 지불하고 구매하는 것이지, 그 매체로서의 공CD에 대한 대가를 지급하는 것은 아니라는 점에서 현대백화점 사건 1심판결이 음의 저장매체가 음반인 것으로 본 것은 일본 저작권법 규정이나 그 해석론과도 무관한 독자적인 입장이라고 보아야 할 것이다.

무엇보다 중요한 것은 국제조약 및 세계 각국의 입법례와는 동떨어진 해석의 여지를 다소나마 남기고 있는 ‘상업용 음반’에 대한 위와 같은 정의규정은 일본 저작권법의 규정일 뿐, 우리나라 저작권법의 규정이 아니라는 점이다. 일본에서도 해석상 충분히, 본 연구의 입장과 같이 해석할 수 있는 가능성이 있고, 그와 다른 해석을 전제로 할 때에는 입법론적 논의의 대상이 되고 있는, 우리나라 법에 없는 그러한 규정과 그에 대한 불합리한 해석을 우리나라에 가져와서 디지털 음원에 대한 보호를 부정하는 근거로 삼는 것은 수긍할 수 없는 일이라 하겠다.

라. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 세계 주요 국가들의 입법례 및 그 해석은 대체로 앞서 서언에서 내린 결론을 뒷받침하고 있다고 할 수 있다. 일본 저작권법상 ‘상업용 음반’에 대하여 정의하고 있는 규정과 그에 대한 일부 해석이 WPPT의 규정에 명

백히 반하며 국제적인 동향 및 디지털 시대의 흐름과도 동떨어진 해석의 가능성을 시사하고 있는 면이 없지 않으나, 그것은 우리 저작권법의 해석에 있어서 반면교사로 삼을 측면이 있을 뿐, 긍정적으로 참고할 이유가 전혀 없는 것으로 생각된다.

4. 판례의 검토

가. '스타벅스' 사건에 대한 대법원 판결

위에서 언급한 스타벅스 사건에 대한 대법원 2012.5.10. 선고 2010다87474판결은 '판매용 음반'의 개념을 처음으로 해석, 적용한 대법원 판례라 할 수 있다. 다만 이 판결이 적용한 저작권법 조항은 저작인접권자의 보상청구권과 관련된 조항이 아니라 저작재산권 제한사유에 대한 조항 중 하나인 저작권법 제29조 제2항이었다. 즉 스타벅스 회사에서 배경음악으로 사용할 음악을 특별히 편집하여 제작한 그 매장전용의 CD를 구매하여 그 커피숍 매장에서 재생, 공연한 것이 저작권법 제29조 제2항에서 규정하고 있는, '판매용 음반'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위에 해당하는지가 문제된 사안이었는데, 위 판결은 동 조항에서 말하는 '판매용 음반'의 개념과 관련하여, 그 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면 "위 규정에서 말하는 '판매용 음반'이라 함은 ...시중에 판매할 목적으로 제작된 음반을 의미라는 것으로 제한하여 해석함이 상당하다"고 판시하였다. 사실 판결문의 이 부분만 보면, 여전히 '음반'을 음원의 개념으로 보아 예컨대 처음부터 디지털 싱글 앨범으로 시중에 판매되기 시작한 음원도 이에 해당하는 것으로 보게 될 가능성이 있다. 그러나 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 대법원은 이 판결에서 음반의 개념을 유형물에 고정된 음원을 뜻하는 것으로 보지 않고 음반이 복제된 유형물로서의 CD가 음반인 것으로 전제하고 있기 때문에, 판매용 음반에 대한 위와 같은 제한적 해석이 적용되는 '음반'을 음원 자체가 아니라 음원이 복제된 편집앨범 CD인 것으로 보았다. 따라서 통설에서 취하는 '음반' 개념에 따라 최초로 음반(음원)이 유형물에 고정된 시점을 기준으로 위와 같은 의미의 '시판용'인지 여부를 따졌다면 시판용 음반으로 볼 수 있는 사안이었음에도 불구하고, CD를 음반으로 봄으로써 그것이 시중에 판매할 목적으로 제작된 것이 아니라는 이유로 '판매용 음반'이 아니라고 보아 저작권법 제29조 제2항의 적용을 부정하는 결론을 내리고 있다. 판결문의 해당 부분은 "이 사건 cd는 pn사의 스타벅스 본사에 대한 배경음악 서비스 제공의 일환으로 스타벅스 본사의 주문에 따라 피고 등 세계 각국의 스타벅스 지사에게만 공급하기 위하여 제작된 불대체물일 뿐 시중에 판매할 목적으로 제작된 것이 아니므로, 저작권법 제29조 제2항 에서 정한 '판매용 음반'에 해당하지 않는다고 할 것이다"라고 판시하고 있다.

여기서 대법원이 위와 같은 결론을 내린 근거로 제시한 부분을 자세히 인용해 보면 다음과 같다.

① 저작권법 제29조 제2항은, 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않는 경우 '판매용 음반' 또는 '판매용 영상저작물'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위가 저작권법시행령에서 정한 예외사유에 해당하지 않는 한 공연권 침해를 구성하지 않는다고 규정하고 있다. 그런데 위 규정은, 공연권의 제한에 관한 저작권법 제29조 제1항이 영리를 목적으로 하지 않고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않으며 또 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않는 경우에 한하여 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않는 경우라면 비영리 목적을 요건으로 하지 않고 있어, 비록 공중이 저작물의 이용을 통해 문화적 혜택을 향수하도록 할 공공의 필요가 있는 경우라도 자칫 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해할 염려가 있으므로, 위 제2항의 규정에 따라 저작물의 자유이용이 허용되는 조건은 엄격하게 해석할 필요가 있다.

② 한편, 위와 같이 '판매용 음반'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위에 관하여 아무런 보상 없이 저작권자의 공연권을 제한하는 취지의 근저에는 음반의 재생에 의한 공연으로 그 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고 그에 따라 음반제작자는 물론 음반의 복제·배포에 필연적으로 수반되는 당해 음반에 수록된 저작물의 이용을 허락할 권능을 가지는 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점도 고려되었을 것이므로,

③ 이러한 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면 위 규정에서 말하는 '판매용 음반'이라 함은 그와 같이 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반을 의미라는 것으로 제한하여 해석함이 상당하다.

위 판결이 ① 부분에서 저작권법 제29조 제2항이 저작권법 제29조 제2항이 비영리 목적을 요건으로 하지 않는 규정으로서 자칫 저작권자의 정당한 이익을 해할 수 있는 규정이라는 이유로 제한적으로 해석하고자 하는 취지를 밝힌 부분에는 긍정적으로 수긍할 수 있는 면이 있다고 할 수 있다. 그러나 위 판결의 구체적인 해석 및 적용의 논리는 합리적으로 납득하기 어려운 면이 많다.

위 판결의 문제는 위 ③ 부분과 같이 제한적으로 해석한 것에 있다기보다는 오히려 그러한 결론의 적용과정에서 '시판용 음반'인지 여부를 최초로 유형물에 고정될 때의 음원(통설에 따를 때 이것이 '음반'임)을 기준으로 하지 않고, 음원의 복제물로서의 유형물인 CD를 기준으로 삼은 점에 있는데, 판결은 그 부분을 뒷받침하는 아무런 논거도 제시하지 않고 있다.

위 판결에서 위 ③의 결론을 위한 근거로 위 ② 부분을 제시하고 있지만 그것은 음반을 유형물의 개념으로 파악해야 할 이유로는 성립하지 않는다. 즉 ② 부분에서 "저작권법 제29조 제2항이 위와 같이 '판매용 음반'을 재생하여 공중에게 공연하는 행위에 관하여 아무런 보상 없이 저작권자의 공연권을 제한하는 취지의 근저에는 음반의 재생에 의한 공연으로 그 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고 그에 따라 음반제작자는 물론 음반의 복제·배포에 필연적으로 수반되는 당해 음반에 수록된 저작물의 이용을 허락할 권능을 가지는 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점도 고려되었을 것"이라고 한 논리대로라면, ③에서 판매용 음반의 뜻을 "시중에 판매할 목적으로 제작된 음반"이라고 결론 내린 부분에서 말하는 '음반'은 무형물로서의 음반(음원)을 기준으로 판단하는 것이 논리적으로 타당하다. 무형물로서의 음반(음원)이 어떤 형태로든 시중에 판매목적으로 나와 있다면, 그 이후에 그 음반(음원)을 다른 편집음반CD("이사건 cd"와 같은 CD)에 다시 복제, 편집해 넣어서 사용한다고 하더라도 그 재생에 의한 공연을 통해 그 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고 그에 따라 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점은 마찬가지일 것이기 때문이다. "이 사건 cd"에 복제되어 실린 음반이 그 전에 이미 시중에 판매 목적으로 공표된 이상 위 ②의 상황에 해당할 수 있고, 따라서 그 점만 본다면, 위 ③에서 말하는 "시중에 판매할 목적으로 제작된 음반"으로서 판매용 음반의 개념에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하였을 것이다.[33]

결국 위 대법원 판결은 저작권자의 정당한 권익을 배려하고자 하는 의도에 터잡은 면이 있지만, 근본적으로 '음반'의 개념에 대한 오해로 말미암아 '판매용 음반'의 개념을 유형의 복제물을 기준으로 파악하는 중대한 오류를 범한 것으로 평가된다.

33) 임원선, 앞의 논문, 132면도 스타벅스 사건의 대법원 판결이 근본적으로 판매용 음반의 개념을 '유형물'을 뜻하는 것으로 잘못 판단한 것이라는 취지로 비판하고 있다.

이 판결이 그러한 오류를 통해 저작재산권의 지나친 제한을 완화하는 결과를 가져온 점은 결과적으로 나쁘지 않은 결과라고 생각될 수도 있으나, 저작권법의 다른 여러 부분에서 중요한 용어로 사용되는 '판매용 음반' 또는 '음반' 개념의 일관성 있고 정합적인 해석이라는 면을 감안하면 결코 정당화되기 어려운 오류라 생각된다. 한편으로, 저작권법 제29조 제2항이 저작권보호의 측면에서 국제조약의 기준 등에 비추어 크게 미흡한 면이 있으나 그에 대한 개선이 소규모 매장, 점포, 사업장을 운영하는 많은 일반 국민들의 이해관계와 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점을 감안하여 점차적으로 입법적인 방법으로 이루어져 왔고 지금도 개선의 노력이 경주되고 있음[34]을 감안할 때 그러한 입법적 방법의 해결이 아니라 법원의 해석에 의하여 소규모 매장의 디지털 음원의 사용이 갑자기 저작권법에 의한 통제영역으로 들어가게 되는 것이 반드시 바람직한 것인지에 대하여도 현실적 의문이 없지 않다.

나. '현대백화점' 사건에 대한 1심 판결

이 사건은 피고가 매장음악 서비스를 제공하는 회사로부터 디지털 음원을 전송받아 피고가 운영하는 백화점 내 매장에서 틀어놓는 방식으로 공연한 것에 대하여 실연자의 권리에 대한 신탁단체인 한국음악실연자연합회와 음반제작자의 권리에 대한 신탁단체인 한국음반산업협회가 저작권법 규정에 따른 보상청구권을 행사한 사안이고, 따라서 위와 같은 디지털 음원을 이용한 공연이 저작권법 제76조의2 및 제83조의2에서 말하는 '판매용 음반'을 이용한 공연에 해당하는지가 주된 쟁점이 되었다. 이에 대한 1심판결인 서울중앙지방법원 2013.4.18. 선고 2012가합536005 판결은 판매용 음반의 개념과 관련하여 스타벅스 사건에 대한 대법원 판결의 논리를 그대로 따름으로써 '판매용 음반'은 '시중에 판매할 목적으로 제작된 음반', 즉 '시판용 음반'을 뜻하는 것으로 보았다. 나아가 앞서 본 바와 같이 '음반'의 개념을 음원이 고정된 '유형물'로 이해함으로써 디지털 음원이 음반으로 인정될 수 있다는 가능성 자체에 대하여는 언급조차 하지 않고, 디지털 음원을 저장한 데이터베이스 저장장치가 음반일 수 있는 가능성만 언급하면서 그 저장장치가 시중에 판매할 용도로 만들어진 것이 아니라는 이유로 '판매용 음반'이 아니라고 판시함으로써 결론적으로 '판매용 음반'을 이용한 공연일 것을 요건으로 하는 저작권법 제76조의2 및

34) 현재 국회에 계류 중인 이군현 의원 대표 발의 저작권법 개정안에 제29조 제2항의 적용범위를 제한하는 개정안이 포함되어 있다.

제83조의 2의 규정에 기한 보상청구권 행사를 받아들이지 않았다.

이 판결은 위에서 스타벅스 사건에 대하여 지적한 것과 동일한 문제가 있을 뿐만 아니라 그로 인해 저작인접권자의 보상청구권을 국제조약의 규정이나 그에 부합되는 보호수준을 취하고자 하는 입법취지에 반하여 그 보호범위를 크게 제한하는 부당한 결과를 초래하는 점에서 더욱 용인하기 힘든 문제를 야기하는 판결이라 할 수 있다.

다. '현대백화점' 사건에 대한 2심 판결

위 사건의 2심판결인 서울고등법원 2013.11.28. 선고 2013나200745판결은 1심판결과는 달리, 스타벅스 사건에 대한 대법원 판결은 저작권법 제29조 제2항에 대한 판단으로서 저작권자의 권익에 대한 부당한 제한을 완화하기 위한 취지를 내포하고 있으므로 그 판결에서 제시한 법리를 저작인접권자의 권익 보호를 위한 저작권법 제76조의 2 및 제83조의 2에 대하여 그대로 적용하여야 할 것은 아니라는 전제하에 저작권법 제76조의 2 및 제83조의 2에서 규정하고 있는 '판매용 음반'을 '시판용 음반'으로 제한 해석할 이유가 없다고 판시하였다. 아울러 그러한 제한해석이 우리나라가 가입한 조약인 WPPT의 관련 규정에 비하여 부당하게 제한적으로 해석하는 것이라는 점에서 "우리나라가 가입한 위 조약에서 보장하는 저작인접권자의 권리를 우리나라의 국내 입법이 합리적 이유 없이 축소하는 결과가 될 수 있다"고 지적하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 이 판결은 '디지털 음원'도 '음반'의 개념에 해당하는 것으로 보고 있으므로 '판매용 음반'에 해당하는지 여부도 디지털 음원을 기준으로 판단하고 있다. 즉, 이 판결은 "디지털 음원도 하드디스크와 같은 저장매체에 저장되는 방식으로 고정되면 저작권법상 음반(저작권법 제2조 제5호)이라고 볼 수 있는바, A뮤직이 음반제작자로부터 받은 디지털 음원은 데이터베이스(DB)에 저장되는 방식으로 고정되므로 저작권법상 '음반'에 해당한다. 또 A뮤직과 피고는 원고들에게 이러한 디지털 음원의 사용에 따라 디지털음원송신보상금이라는 반대급부를 지급하고 있으므로, 위 디지털 음원은 판매를 통해 거래에 제공된 '음반'으로 보아야 한다. ...피고가 A뮤직으로부터 판매용 음반에 수록된 디지털 음원을 대가를 지급하고 스트리밍 방법으로 전송받으면, 위 디지털 음원은 피고의 컴퓨터에 일시적으로 유형물로 고정되므로 판매용 음반인 점은 달라지지 않는다. 저작권법 제2조 제3호는 '공연'에 관하여 '저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것'으로 정의하고 있으므로, 피고가 이러한 디지털 음원을 스트리밍 방식을 통하여 재생하는 방법으로 백화점 매장에 틀어 놓은 행위는 판매용 음반을 '사용'하여 '공연'한 행위에 해당한다고 보아야 한다."라고 판시하고 있다.

이 판결은 기본적으로 '음반' 및 '판매용 음반'의 개념을 바르게 이해함으로써 타당한 결론을 내리고 있다고 생각된다. 다만, 이 판결의 논리에 대하여도 다음의 두 가지 점에 대하여는 좀 더 깊이 생각해 볼 필요가 있다.

첫째, 위 판결이 '판매용 음반'의 개념에 대한 통일적 해석의 필연성을 부정하면서 저작권법 제29조 제2항과 저작권법 제76조의2 등 규정의 취지가 다른 점을 들어 전자의 규정과 관련한 스타벅스 사건의 대법원 판례의 입장을 수용한 부분에 대하여는 보다 진지한 재검토가 필요하다. 하급심에서 상고심법원의 기존 판례를 수용하지 않기가 어려웠던 것은 충분히 이해할 수 있으나, 대법원의 입장에서는 스타벅스 사건에 대한 기존 판례의 입장이 과연 타당했던 것인지에 대하여 재검토할 필요가 있다고 생각한다. 스타벅스 사건의 대법원 판례는 위에서 본 바와 같이 '음반'의 개념을 유형물로 보면서 그에 대한 합리적 근거를 제시하지 않고 있다는 점에서 중대한 오류를 내포하고 있고, 그것을 바로잡아 저작권법상의 동일한 용어에 대한 통일성 있는 해석을 하는 것이 법해석의 일관성 및 정합성의 면에서도 보다 바람직하다고 생각되기 때문이다.

둘째, 위 판결이 디지털 음원이 '판매용'인지 여부를 판단함에 있어서 그 음원이 최초로 음반으로 고정되어 공표된 시점을 기준으로 하지 않고, A뮤직에의 음원 공급 시점 및 그 음원이 A뮤직으로부터 스트리밍 방식으로 백화점서버로 전송된 시점을 기준으로 삼고 있는 점에 대하여도 의문이 있다. 위에서 본 바와 같이 어떤 음반이 '판매용 음반'에 해당하는지 여부는 처음 음반이 만들어져 공표될 때 그것이 판매 목적에 기한 것이었는지 여부를 기준으로 하는 것이 타당하고, 그 복제물의 전달을 기준으로 하는 것은 적절치 않다. 후자의 기준을 취할 경우 '판매용 음반'의 복제물을 유상 거래에 의하지 않고 제3자가 전달받아 공연하는 경우 등이 저작인접권자의 보상청구권 인정 범위에서 제외된다는 점에서 부당하게 그 보호범위를 축소하는 면이 있기 때문이다. 전자의 기준에 따라 판단하는 것이 위에서 본 WPPT 등 국제조약의 취지에 부합하는 것이기도 하다.

5. 소결론

'판매용 음반'은 음원(음반)이 유형물에 최초로 고정된 시점을 기준으로 그것이 판매 등 상업적 목적을 위해 제작된 경우를 뜻하는 것으로 보아야 한다. CD로 제작되었다가 디지털 음원으로 변환된 경우는 물론이고 처음부터 '디지털 싱글 앨범'으로 공표된 경우도 이에 포함되는 것으로 보아야 한다. 그리고 스트리밍 방식등으로 그 복제물을 이용한 것도 '판매용 음반'을 이용한 것에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다. 이러한 본 연구의 결론을 뒷받침하는 추가적인 논거들은 다음과 같다.

첫째, 저작권법상 "판매용 음반"이라는 문구가 들어간 조문들을 보면, '판매용 프로그램'(제21조), '판매용 영상저작물'(제29조) 등 무체물 내지 무형물인 저작물의 유형과 나란히 나열된 것을 볼 수 있는데, 이는 "판매용 음반"의 '음반'도 무체물 내지 무형물로서의 음반이라는 것을 강하게 시사하고 있다.

둘째, 법정허락에 관한 제52조에서는 "판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 제작하고자 하는 자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작재산권자에게 지급하거나 공탁하고 다른 판매용 음반을 제작할 수 있다"고 규정하고 있다. 그런데 여기서 "다른 판매용 음반"이라는 것은 콘텐츠(무형물)로서의 음반(음원)을 새로 제작하는 것을 말하는 것이지, 음은 그대로 두고 저장매체만 변환하는 것을 말하는 것은 아님이 분명하다. 후자의 경우라면 기존 음반의 복제에 불과한 것으로 평가될 것이기 때문이다. 그러므로 이 규정도 '판매용 음반'에서 말하는 음반이 무형물로서의 음원을 뜻한다는 것을 명백히 보여주고 있다.

셋째, 디지털 음원도 판매용 음반 또는 그 복제물에 해당하여 그 사용에 대한 보상이 실연자 및 음반제작자에게 주어질 수 있다고 보는 본 연구의 입장은 이미 디지털음원의 이용이 보편화된 2009년에 공연보상청구권 규정을 도입한 입법취지에 부합하고, 저작인접권자의 권익을 보호함으로써 문화 및 관련 산업의 향상을 도모하고자 하는 저작권법의 목적(제1조 참조)에 부합하는 해석이다.

넷째, 위와 같은 해석에 반하여 과거와 같은 유형물로서의 CD를 이용한 공연 등에만 공연보상청구권 규정의 적용이 있다고 해석할 경우에는 디지털 음원을 이용하는 경우와 그렇지 않은 경우를 합리적 이유 없이 차별하는 것이 되어 헌법상의 평등권 조항에 반하는 문제가 있다. 즉, 근본적으로 시장에 판매할 목적으로 발행된 것이 아닌, 친구에게 선물로 주기 위해 제작한 음반이나 방송사에서 반복방송을 위해 녹음을 해 둔 것 등 제한적인 사례에서 '판매용 음반'이 아니라고 보아 보상청구권을 인정하지 않는 것은 사회경제적 실태에 비추어 합리적인 차별이라고 인정될 수 있으나, 권리자의 입장에서 경제적 이해관계의 면에서 하등 차이가 없는 음반을 디지털 음원의 송신 등의 방식으로 이용되었다는 이유만으로 그렇지 않은 경우에 비하여 차별적인 취급을 하여 보상청구권을 부정하는 결론을 내리는 것은 매우 불합리한 차별적 취급이라 할 수밖에 없을 것이다. 또한 실연자와 음반제작자의 권리를 법문에도 없는 새로운 요건(판매용 발행 이후에 다시 유체물로서의 복제물이 시판용으로 만들어질 것)을 내세워 부당하게 제한하는 것은 헌법상의 재산권보장조항에도 반하는 문제가 있다. 그런 점에서 본 연구의 입장은 합헌적 해석의 원칙에도 부합하는 것이다.

Ⅳ. 결론

이상에서 저작권법상 '음반' 및 '판매용 음반'의 개념에 대하여 정리해 보았다. '음반'의 개념에 대하여 학설의 입장은 대체로 일치하고 있지만, 판례상으로는 '음반'의 개념을 유형물에 고정된 음원의 개념으로 보지 않고 음원이 고정된 유형적 매체의 개념으로 이해하는 예가 많아 여러 가지 혼란이 초래되고 있고, 그것은 '판매용 음반' 개념에 대한 해석상의 혼란으로 이어지고 있음을 엿볼 수 있었다. 특히 그것은 '현대백화점' 사건에 와서 '디지털 음원'의 이용이 '판매용 음반'의 이용에 해당하는지 여부에 대한 해석의 문제로 번지면서 저작인접권자에게 매우 중대한 이해관계를 내포한 문제로 부각되게 되었다. 오늘날 음악저작물 및 저작인접물과 관련하여 디지털 음원을 전송받아 매장 내에 틀어줌으로써 공연하는 경우가 대단히 많고, 방송의 경우도 과거처럼 CD 등을 이용하기보다 디지털 음원을 이용하는 경우가 많은 상황에서 디지털 음원의 이용이 '판매용 음반'의 이용이 아니라고 보게 되면 실연자 및 음반제작자의 권익은 크게 손상될 수밖에 없다.

그러나 위에서 본 바와 같이, 로마협약 및 WPPT 등 국제조약의 규정과 저작권법의 규정 및 입법취지, 외국의 입법례, 국내외 학설 등을 두루 종합해 보면, 판매목적으로 공표된 디지털 음원의 이용도 판매용 음반의 이용으로 보는 것이 타당하

다는 것을 분명하게 확인할 수 있다.

현대백화점 사건의 2심 판결문은 '음반' 및 '판매용 음반'에 대하여 기본적으로 타당한 해석방향을 취하면서도 기존의 상급심 선례인 스타벅스 사건 판례를 의식하여 제29조 제2항에서 말하는 '판매용 음반'과 제76조의 2 등에서 말하는 '판매용 음반'의 개념을 구분하여 서로 다른 해석을 하는 입장을 밝힌 바 있다. 그러나 스타벅스 사건의 대법원 판례는 비록 지나치게 광범위한 저작재산권 제한규정의 적용범위를 축소하기 위한 의도에 기한 면이 있긴 하지만, '음반' 개념 자체에 대한 잘못된 이해를 보이는 등 중대한 오류를 내포하고 있고 그 오류를 극복하고자 한다면 결국 제76조의 2에 대한 것과 동일한 해석을 취할 수밖에 없다. 따라서 결국, 규정별 분리 해석의 방향보다는 저작권법상의 '판매용 개념'을 모두 구별 없이 통일성 있게 해석하는 것이 올바른 방향이라 하겠다. 저작재산권자 등의 공연권에 대한 지나친 제한의 문제는 법령의 개정을 통해 점차적으로 개선해 나가는 것이 타당한 방향이라 생각된다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.18)



이 해 완

음반, 판매용 음반, 실연자, 음반제작자, 저작권법, 디지털 음원, 공연권, 저작인접권

【참 고 문 헌】

김찬동, "저작권법상 '음반', '판매용 음반'의 의미와 해석, 그 적용", 계간 저작권 2013 여름호(통권 102호)

박성호, 저작권법, 박영사, 2014

오승종, 저작권법(제3판), 박영사, 2013

이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012

임원선, "저작권법상 판매용 음반의 의미와 적용", 계간 저작권 2012 가을호(통권 99호)

최경수, 저작권법개론, 한울, 2010

加戸守行, 著作權法逐條講義(六訂新版), 著作權情報センター, 2013

島並良·上野達弘·横山久芳, 著作權法入門, 有斐閣, 2009

半田正夫·松田政行 編 , 著作權法コンメンタール, 1券, 勁草書房, 2009

中山信弘, 著作權法, 有斐閣, 2007

Mihaly Ficsor, The Law of Copyright and The Internet-The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford University Press, 2001

Michel M. Walter, Silke von Lewinski, European Copyright Law - A Commentary, Oxford University Press(2010)

Thomas Dreier, P. Bernt Hugenholtz (Ed.), Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, 2006

Abstract

The Study on the Concepts of 'Phonogram' and 'Commercial Phonogram' in Copyright Act

Lee, Hae Wan

The concepts of 'phonogram' and 'commercial phonogram' provided in Korea Copyright Act('KCA') are very important to copyright practice. Above all, 'phonogram' is the subject matter of the right of phonogram producer. 'Commercial phonogram' is also a crucial concept that determines whether a user of a phonogram has to make compensation to performers or phonogram producers according to Article 76-2 and Article 83-2 of KCA as well as whether a user of phonogram for public performance is exempted from the liability of copyright infringement according to Article 29 (2) of KCA. But Korea's courts did not show a consistent interpretation about these concepts. While Korea Supreme Court made a decision seeming to be based on a view that sees 'phonogram' as a tangible matter such as CD in "Starbucks" case, a recent decision of Seoul High Court decided that 'phonogram' means sound recording(as intangible matter) fixed on a tangible matter in "Hyundai department store" case. Furthermore, in "Starbucks" case, Korea Supreme Court restrictively saw that a "commercial phonogram" in KCA means a tangible record(CD) made for mass market sale, while in "Hyundai department store" case, Seoul High Court saw that it includes commercial digital sound recording stored on computer DB system by making broader interpretation about the same concept. This situation causes a big confusion to copyright practice in Korea. This study aims to solve this problem by giving these concepts clear meanings relevant to digital environment of today.

To sum up the explanations of main treatises in Korea and Japan, the related provisions of Rome Convention and WIPO Performances and Phonograms Treaty(WPPT), the history of revision of KCA and the main cases of other countries' legislation, this study concludes that we should consistently interpret the concept of 'phonogram' in KCA as meaning of sound recording (as intangible matter) fixed on a tangible matter such as CD, computer hard disc, etc. It is also this study's conclusion that the concept of 'commercial phonogram' has to be interpreted as meaning of sound recording produced for commercial purpose, including digital sound recording.

Lee, Hae Wan

phonogram, commercial phonogram, performer, phonogram producer, copyright act, digital sound recording, the right of public performance, neighboring right

특허무효심판 청구인 적격

– ‘이해관계인’에서 ‘누구든지’로 확대 방안 –

정 차 호*
양 성 미**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 특허무효심판 청구인 적격 관련 법리
1. 법률의 규정 및 취지
2. 이해관계인의 의의
3. 심사관의 청구인 적격
4. ‘누구든지’에 의한 청구
5. 실시권자의 청구인 적격
Ⅲ. 특허무효심판 청구인 적격에 관한 비교법적 고찰
1. 미국의 재심사 등에서의 청구인
2. 일본에서의 특허무효심판의 청구인
3. 중국의 무효선고 청구인
4. 대만의 무효선고 청구인
5. 유럽특허청의 이의신청 청구인
6. 영국의 무효심판 청구인
7. 정리
Ⅳ. 특허무효심판 청구인을 ‘누구든지’로 확대하는 법 개정방안
1. 특허무효심판 청구인 확대의 필요성
2. 특허권자의 청구인 적격 부인
3. 명의를 빌린 청구의 인정
4. 실시권자의 청구인 적격 인정
5. 심사관의 청구인 적격 인정
6. 무효사유에 따른 청구인 제한
Ⅴ. 특허무효심판 청구인 확대와 관련된 고려사항
1. 일사부재리원칙 적용대상인 ‘누구든지’의 변경
2. 공중심사를 위한 정보제공자로서의 ‘누구든지’
3. 일본의 이의신청제도의 재도입
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

현행 특허법 제133조 제1항은 특허무효심판의 청구인을 “이해관계인 또는 심사관”으로 제한하고 있다. 특허무효심판은 행정심판의 한 종류라고 할 수 있고 행정심판 및 나아가 행정소송은 민사소송법의 법리에 따라 진행된다. 민사소송법의 법리가 소송의 원고가 소의 ‘이익’을 가질 것을 요구하므로, 특허심판의 청구인도 동 심판에 대하여 이해관계를 가져야 할 것이 당연해 보인다. 그러나, 미국, 일본, 중국, 대만, 유럽특허청, 영국 등은 ‘누구든지’ 특허무효심판을 청구할 수 있도록 허용한다. 마땅히 무효 되어야 할 특허에 대하여 누구든지 무효심판을 청구할 수 있는 것이 공익에 부합할 것이므로 그 나라들은 이해관계의 존재를 요구하지 않는다. 이 글은 특허무효심판의 청구인을 ‘누구든지’로 확대하는 방안을 전제로 주요국의 법리를 검토하였고, 그와 관련되는 쟁점에 대하여 다음과 같은 제안을 한다. 첫째, 특허권자의 청구인 적격은 부정되어야 한다. 둘째, 명의를 빌린 청구를 인정하여야 한다. 셋째, 실시권자의 청구인 적격은 인정되어야 한다. 넷째, 심사관에 의한 청구를 인정하여야 한다. 다섯째, 모인출원 또는 비공동출원으로부터 비롯되는 특허에 대하여는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자만이 청구인 적격을 가져야 한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.
** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 수료.

Ⅰ. 서론

현행 특허법 제133조는 특허무효심판을 청구할 수 있는 자를 '이해관계인' 또는 '심사관'으로 한정하고 있다. 그런데, 아래에서 살펴보는 바와 같이, 미국, 일본, 중국 등 주요국에서는 특허무효심판의 청구인 적격을 가지는 자를 '누구든지(any person)'로 확대하여 적용하고 있다.[1] 비교법적인 검토에 의하면 특허무효심판의 청구인 적격을 확대할 필요성이 제기되는 것이다. 한편, '누구든지'의 의미에 대하여도 이견이 있을 수 있다. 문언의 의미 그대로 아무런 제한이 없이 어떤 자도 특허무효심판을 청구할 수 있게 할 것인지 아니면 '누구든지'에도 일정한 제한을 둘 것인지에 대하여 검토를 할 필요가 있는 것이다. 특허권자, 비실재자 등에게 방만하게 청구인 적격을 인정하는 것이 논리적으로 마땅하지 않을 수도 있고 실무적으로도 적절하지 않을 수 있을 것이다.

이 글은 위와 같은 문제의식을 가지고, 특허무효심판의 청구인 적격을 현행 "이해관계인 또는 심사관"에서 '누구든지'로 확대하는 방안을 염두에 두고, 첫째로 미국, 일본, 중국, 대만, 영국 등 주요국의 관련 법리를 비교법적으로 분석하고, 둘째로 '누구든지'의 범위를 어떤 정도로 책정할 것인지에 대하여 제안을 한다. 그리고 차제에 기존에 존재하여 왔던 관련 쟁점을 해결하는 규정을 제안할 것이다. 예를 들어, 실시권자가 특허무효심판을 청구할 수 있는지 여부에 대하여 명문의 규정으로 청구인 적격을 인정할 수도 있고 아니면 입법이력에 의하여 인정할 수도 있을 것이다.

Ⅱ. 특허무효심판 청구인 적격 관련 법리

1. 법률의 규정 및 취지

특허법 제133조는 특허가 무효사유를 가졌다고 판단하는 "이해관계인 또는 심사관"이 특허무효심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 1946년 제정 특허법[2] 제

1) 특허법은 제133조 외에 4개의 조에서 '누구든지'라는 용어를 사용하고 있다. 제59조(특허출원심사의 청구), 제63조의2(특허출원에 대한 정보제공), 제163조(일사부재리), 제224조(허위표시의 금지).

2) 1946년 특허법은 미군정법령 제91호로 1946년 10월 15일 제정된 법률로서 조선과도입법의원이 특허법 개정에 관한 법령을 제정할 때까지 효력이 있었으며, 특허에 관한 사항만을 특허법으로 독립시킨 것은 1961년에 제정된 특허법이다(임병웅, 「특허법 제10판」, 한빛지적소유권센터, 2012, 19면).

118조가 특허무효심판 청구인을 "이해관계인 또는 심사관"으로 규정한[3] 이래 2014년 10월 현재까지 특허무효심판 청구인 적격에 관해서는 아무런 변화가 없어 왔다.[4] 특허무효심판은 특허등록 후 이해관계인 또는 심사관의 청구에 의하여 그 특허권의 효력을 소급적으로 소멸시키는 심판절차이다(특허법 제133조 제1항). 이와 같은 특허무효심판제도를 둔 취지는 심사절차 중 해당 출원의 하자가 발견되지 못하였으나 특허등록 후에 하자가 발견되는 경우 그 특허를 그대로 존속시키는 것은 특허권자를 부당하게 보호하고 산업발전을 저해하는 결과를 초래하기 때문이다.[5]

우리 특허법은 특허무효심판을 청구할 수 있는 자로 해당 특허의 무효 여부에 대하여 이해관계가 있는 자 또는 특허청 심사관일 것을 요구하고 있다. 다만, 예외적으로 특허권의 설정등록이 있는 날로부터 등록공고일 후 3개월까지의 기간 중에는 '누구든지' 무효심판을 청구할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(특허법 제133조 제1항 단서). (심사관을 논외로 하고) 청구인을 '이해관계인'만으로 제한하는 취지는 특허권이 사권임을 전제로 특허권의 존속으로 인하여 자기의 권리 또는 이익의 침해를 받고 있거나 받을 우려가 있는 자에게만 청구권을 인정하여 특허권자가 심판에 지나치게 휘말리는 것을 방지하여 권리의 법적 안정성을 도모함과 아울러 심판청구의 난립으로 인한 특허심판원의 행정력의 낭비를 막자는 데 있는 것으로 민사소송법상의 "이익 없으면 소권 없다"는 원칙에서 비롯되는 것이다.[6]

2. 이해관계인의 의미

특허무효심판을 청구할 수 있는 '이해관계인'이란 당해 특허발명의 권리존속으로 인하여 그 권리자로부터 권리의 대항을 받거나 받을 염려가 있어 그 피해를 받는

3) 제정 1946. 10. 15. 군정법령 제91호 第118條 5("特許가 第38條 又는 第39條의 規定에 違反하게 된 時 利害 關係人 又는 審査官은 前項의 規定에 依하야 特許無効審判을 請求할 수 있음. 但, 審査官은 前項第2號 或은 特許가 第28條에 違反하야 許與된 것을 理由로는 審判을 要求함을 不得함.").

4) 특허청, 「우리나라 특허법제에 대한 연혁적 고찰」, 2007, 683-691면.

5) 정상조·박성수 공편, 「특허법주해Ⅱ」, 박영사, 2010, 375; 임병웅, 앞의 책, 992면.

6) 김동준, "실시권자의 특허무효심판청구에 관한 소고", 「충남대학교 법학연구」 제18권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2007, 118면; 이상경, "특허·상표법상 심판청구인적격으로서의 이해관계인", 「인권과 정의」 263호, 대한변호사회, 1998, 73면에서는 "배타적·독점적 권리로서의 특허권인 사권에 대한 법적 안전성과 일반인의 자유영역에 맡겨진 무효인 비특허발명과의 한계영역에서 일반 제3자의 이익구제의 조절가능의 합의점에서 선택된 입법정책상의 결단이다"라고 설명한다.

직접적이고도 현실적인 이해관계가 있는 사람을 의미한다.[7] 이해관계인은 특허권의 존부에 따라 이익을 보거나 손해를 면하는 자로서 그 장면에서의 '이해'는 "이익 없으면 소권 없다"라고 하는 원칙에서의 '이익'과 유사한 것으로 이해된다.[8] 그러나, 사권의 보호를 목적으로 하는 민사소송과 본래 태어나지 않아야 할 특허의 존재로 인해 공중의 행위가 제한되는 불합리를 제거하기 위한 무효심판은 그 성질을 달리하는 것이므로 특허무효심판에서는 민사소송에서보다는 더 완화된 이해관계인의 개념이 필요할 것이다.[9] 법원에서 이해관계를 인정하는 경우는 특허권자로부터 권리의 대항을 받을 염려가 있는 경우,[10] 권리의 소멸에 직접적이고 현실적인 이해관계가 있는 경우 등이 있고 구체적인 사람으로는 동종업자,[11] 실시를 할 예정인 자[12] 등이 있다. 특허무효심판에 있어 이러한 이해관계의 유무는 법원의 직권조사사항으로[13] 심결 당시를 기준으로 판단한다.[14]

3. 심사관의 청구인 적격

심사관이 대상 특허에 별도의 이해관계가 없다고 하더라도 '공익'이라는 이익을 대변하는 대표자로 상정하여 특허법 제133조 제1항은 심사관이 특허무효심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.[15]

7) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007후1022 판결.

8) 대상 특허발명의 발명자가 특허무효심판의 청구인으로서의 이해관계를 가질 수 있는가? 발명자가 이해관계를 가졌다고 인정될 수 있는 상황이 쉽게 상상이 되지 않는다. 혹시, 발명자가 직무발명을 승계하고 그 승계에 대하여 적절한 보상금을 받지 못하는 경우에는 이해관계가 인정될 수 있는가?

9) 김동준, 앞의 논문, 119면; 이상경, 앞의 논문, 73-74면에서는 민사소송은 주관적 소송임에 반하여 무효심판의 본질은 행정절차로서의 심판이며, 공익 보호를 위한 객관적 쟁송의 성질을 갖고 있는 주관적 쟁송이라는 점에서 민사소송에서의 소의 이익보다는 완화된 개념이라고 한다.

10) 대법원 1963. 2. 28. 선고 62후14 판결.

11) 대법원 1990. 2. 9. 선고 89후1271 판결.

12) 대법원 2000. 4. 11. 선고 97후3241 판결.

13) 대법원 1981. 7. 28. 선고 80후77 판결("특허권자로부터 그 특허권의 실시권을 허여받은 자는 그 허여기간 내에는 그 권리의 대항을 받을 염려가 없어 업무상 손해를 받거나 받을 염려가 없으므로 그 기간 중에는 그 특허에 관하여 무효확인을 구할 이해관계가 없다고 해석되는바, 이 건이 항고심에 계속 중 이 건 특허의 전용실시권을 허락받은 심판청구인은 위 특허의 무효확인을 구할 이해관계인이 아니고, 이와 같은 이해관계의 유무는 직권조사사항이다.").

14) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007후4625 판결("특허등록의 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인이라 함은 당해 특허발명의 권리존속으로 인하여 그 권리자로부터 권리의 대항을 받거나 받을 염려가 있어 그 피해를 받는 직접적이고도 현실적인 이해관계가 있는 사람을 말하고, 이에는 당해 특허발명과 같은 종류의 물품을 제조·판매하거나 제조·판매할 자도 포함되며, 이해관계인에 해당하는지 여부는 심결 당시를 기준으로 판단하여야 한다.").

15) 정상조·박성수, 앞의 책, 384면에서는 심사관이 무효심판청구를 할 수 있는 것은 특허제도의 공익적 성격을 반영한 결과로서 특허의 무효심판은 개인의 이익에만 도움이 되는 것이 아니라 본래 독점권을 부여하지 않아야 되는 기술에 대하여 부여된 독점권을 소멸시킴으로써 원칙적으로 (특허권자를 제외한) 모든 사람에게 이익이 되기 때문이라고 한다.

4. '누구든지'에 의한 청구

특허법 제133조 제1항 단서는 예외적으로 특허권의 설정등록이 있는 날로부터 등록공고일 후 3개월이 되는 날까지는 '누구든지' 특허무효심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.[16] 동 규정의 취지는 ① 일반 공중을 심사에 참여시킴으로써 심사관에 의한 자의적 판단을 방지하고 심사의 합리성과 객관성을 확보하고, ② 심사관의 심사불비에 의한 하자있는 특허를 조기에 무효시킴으로써 부실권리를 미연에 방지하고 특허분쟁을 최소화하기 위한 것으로 이해된다.[17]

동 3개월 기간 동안의 누구든지에 의한 청구는 예전의 이의신청 제도를 일부 수용한 것이다. 이의신청 제도를 운용하던 이전의 법에 의하면 누구든지 특허권의 설정등록이 있는 날부터 등록공고일 후 3개월이 되는 날까지 이의신청을 할 수 있었고, 이의신청이 인정되는 경우 대상 특허는 '취소'되었다. 그러나, 동 이의신청제도가 무효심판 제도와 성격과 기능이 유사하다는 이유로 법률 제7871호(2006. 3. 3. 공포)에 의하여 폐지되고 현행 제133조 제1항 단서의 제도로 정착된 것이다.

본 논문은 첫째로 특허무효심판의 청구인을 현행 "이해관계인 및 심사관"에서 '누구든지'로 확대하여야 할 필요성를 개진하고 둘째로, '누구든지'로 확대되는 경우 그 '누구든지'의 의미에 대하여 고찰한다. 위 첫째 필요성이 받아들여지지 않더라도 '누구든지'의 의미에 대한 본 논문의 고찰은 등록공고일 후 3개월 기간에 적용되는 '누구든지'의 의미를 이해하는데 도움이 될 것이다.

5. 실시권자의 청구인 적격

특허권자로부터 허락을 얻어 특허발명을 실시하는 실시권자가 특허무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당하는지 여부에 대해서는 견해가 일치하지 않고 있다. 실시권자의 청구인 적격을 부인하는 견해는 특허실시권자가 특허발명을 실시하여 이익을 얻으면서 특허발명의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 반하거나 또는 금반언의 원칙상 허용될 수 없다고 한다.[18] 그러나 다수설은 ① 실시권자가 무효심판을 청구하였다고 하여 그것만으로 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반한다고

16) 발명자가 그 '누구든지'에 해당하는가?

17) 임병웅, 앞의 책, 994면.

18) 정상조·박성수, 앞의 책, 378면.

할 수 없다는 점, ② 마땅히 무효 되어야 할 특허가 쉽게 무효 되지 못하도록 하는 것은 특허제도의 목적에 반한다는 점, ③ 실시권자는 해당 특허를 무효로 함으로써 실시료를 지불하지 않아도 되는 법률상 이익을 가진다는 점으로 인하여, 특별한 사정이 없는 한, 실시권자의 무효심판청구를 당연히 이해관계가 없는 자의 청구로 취급할 것이 아니라 실시권자가 가지는 개별적·구체적 법률상 보호되는 이익이 있는지 여부를 가려야 한다고 한다.[19] 대법원 판례는 실시권자의 청구인 적격에 대해서 부인하는 것도 있으며,[20] 반대로 실시권자를 이해관계인으로 보아 청구인 적격을 인정하는 것도 있어 이 쟁점에 대하여 이견이 완전히 해소된 것은 아니다.[21] 대체로 최근의 하급심 판례는 전용실시권자의 경우에는 무효심판을 청구할 이해관계가 없다고 하는 반면에 통상실시권자의 경우에는 이해관계가 있다고 한다.[22]

실시권자의 무효심판 청구인 적격과 관련하여, 무효심판의 취지가 마땅히 무효되어야 할 특허에 의하여 특허권자가 부당하게 보호받거나 산업발전에 저해되는 결과를 방지함을 목적으로 한다는 점을 고려하면, 실시권자는 특허의 무효사유를 누구보다 잘 알 수 있는 위치에 있고 특허의 무효에 따른 경제적·법률적 이익도 가진다고 할 수 있으므로 실시권자의 무효심판청구를 제한하는 것은 타당하지 않다고 본다.[23] 더욱이 신의성실의 원칙 또는 금반언 원칙을 적용하기도 어렵다.[24] 이하, 다른 국가에서는 특허무효심판 등의 청구인을 어떻게 책정하고 있는지에 대하여 비교법적으로 고찰한다.[25]

19) 이상경, 앞의 논문, 76면.
20) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93후275 판결; 대법원 1981. 7. 28. 선고 80후77 판결.
21) 대법원 1984. 5. 29. 선고 82후30 판결.
22) 정상조·박성수, 앞의 책, 379면.
23) 같은 취지: 김수철, "실시권자의 무효심판 청구적격에 관한 고찰", 「지식재산연구」 제5권 제2호, 한국지식재산연구원, 2010, 20면.
24) 특허법원 2005. 10. 13. 선고 2005허5631 판결(등록상표의 통상사용권자가 그 상표에 대하여 등록무효심판을 청구하는 것이 신의성실의 원칙이나 금반언(모순행위금지)의 원칙에 위배된다는 주장을 선행행위와 모순된다고 볼 수 있는 후행행위가 없고, 상대방의 보호받을 만한 신뢰가 존재하지 아니한다는 이유로 배척한 사례).
25) 실시권자의 청구인 적격과 관련하여 다음과 같은 (아직 해결되지 않은) 질문이 가능할 것이다. 첫째, 실시료가 이미 지불된 경우에는 청구인 적격을 인정하지 않아도 되는가? 둘째, 법정실시권 또는 강제실시권에서는 이해관계를 달리 볼 필요가 있는가? 셋째, 실시권자가 일부 무효청구를 하는 경우와 전부 무효청구를 하는 경우에 이해관계를 달리 볼 필요가 있는가?

Ⅲ. 특허무효심판 청구인 적격에 관한 비교법적 고찰

1. 미국의 재심사 등에서의 청구인

가. 2011년 개정 법(AIA) 이전 제도

(1) 일당사자 재심사(*ex parte* reexamination)

미국 특허법에 의하면 이해관계인이 아닌 자라도 누구든지 일당사자 재심사를 청구할 수 있다.[26] 여기서의 '누구든지(any person)'에는 특허권자도 포함된다.[27] 사실 일당사자 재심사는 특허권자에 의하여 더 많이 활용되는 제도이다. 청구인은 본인의 신원을 숨길 수 있고 그럼으로 인하여 실제 청구인을 대신하여 변호사가 청구인이 되기도 한다.[28] 특허청이 직권으로 재심사 절차를 개시할 수도 있다.[29] 이 절차에서는 간행물(특허문헌 포함)을 기초로 신규성 또는 진보성 결여만을 주장할 수 있다. 다만, 출원인 또는 특허권자가 자백한 선행기술이 있는 경우에는 그것이 비록 간행물이 아니더라도 청구인은 그것에 기초하여 신규성 또는 진보성 결여를 주장할 수 있다.[30]

(2) 양당사자 재심사(*inter partes* reexamination)

양당사자 재심사는 특허권자를 제외한 '제3자(any third party)'가 청구할 수 있다.[31] 동 청구에는 어떠한 이해관계도 요구되지 않는다. 다만, 동 절차가 양당사자 구조를 전제로 하므로 특허권자는 청구인이 될 수 없다. 이 절차에서는 간행물(특허문헌 포함)을 기초로 신규성 또는 진보성 결여만을 주장할 수 있다. 다만, 출원인 또는 특허권자가 자백한 선행기술이 있는 경우에는 그것이 비록 간행물이 아니더라도 제3자는 그것에 기초하여 신규성 또는 진보성 결여를 주장할 수 있다.[32]

26) 미국 특허법(35 U.S.C.) § 302 ("Any person at any time may file a request for reexamination . . .").
27) 전준형, 「미국특허법」, 세창출판사, 2011, 499면("재심사절차는 특허권자에 의해서도 많이 활용된다. 특허권자가 최초 심사단계에서 고려되지 않은 인쇄된 간행물(선행기술)을 발견한 경우, 자신의 특허가 해당 간행물에 비추어도 특허성을 확보함을 확인 받을 수 있기 때문이다.").
28) 미국특허상표청 특허심사지침서(MPEP) § 2212.
29) 미국 특허법시행규칙(37 C.F.R.) § 1.520.
30) MPEP §§ 2217 & 2258.
31) 35 U.S.C. § 311 ("Any third-party requester at any time may file a request for inter partes reexamination.").
32) MPEP §§ 2617 & 2658.

나. 2011년 개정 법(AIA) 이후 제도

(1) 등록 후 재심(post grant review, PGR)

등록 후 재심 청구는 등록일 또는 재등록일로부터 9개월 내에 이루어져야 한다.[33] 그런 의미에서 동 제도는 등록 후 9개월 이내에 신청되는 유럽특허청의 이의(opposition)신청과 유사한 면을 가진다. 등록 후 재심 절차는 모든 무효사유를 근거로 특허의 무효를 다툴 수 있는 절차이다.[34] 특허권자가 아닌 제3자가 청구인 적격을 가진다.[35] 제3자이더라도 익명으로 청구할 수는 없고 실제 이해당사자(real party in interest)의 확인을 요한다.[36] 다만, 다음의 두 경우 중 하나에 속하는 경우에는 청구를 할 수 없다.[37] 첫째, 청구일 전에 청구인 또는 실제 이해관계인이 특허의 무효를 다투는 민사소송을 제기한 경우; 둘째, 청구인, 청구인의 실제 이해관계인 또는 청구인과 동일한 법적 적용을 받는 자(privity, 이하 '프리비티')가 일사부재리 원칙의 적용을 받는 경우.

(2) 양당사자 재심(*inter partes* review, IPR)

양당사자 재심 청구는 등록일 또는 재등록일로부터 9개월 또는 등록 후 재심(PGR) 절차의 종료일 중 늦은 날 후에 허용된다.[38] 미국 특허법 제311조가 특허권자를 청구인에서 제외하고 있다.[39] 그러므로, 특허권자를 제외한 제3자가 양당사자 재심의 청구인 적격을 가진다. 동 제도의 이름이 양당사자를 전제로 하고 있으므로 특허권자 청구에 의한 일당사자 절차는 허용하지 않는 것으로 보인다. 제3자가 익명으로 청구할 수는 없고 실제 이해당사자(real party in interest)의 확인을 요한다.[40] 다만, 다음의 세 경우 중 하나에 속하는 경우 양당사자 재심을 청구할 수 없다.[41] 첫째, 양당사자 재심 청구일 전에 청구인 또는 실제 이해관계인이 특허무효를 주장하는 민사소송을 제기한 경우; 둘째, 청구인, 실제 이해관계인 또는 청구인의 프리비티에게 특허권 침해를 주장하는 소장이 송달된 후 1년이 경과하여 청구하는 경우;[42] 셋째, 청구인, 청구인의 실제 이해관계인 또는 청구인의 프리비티가 일사부재리(estoppel) 원칙에 의하여 청구가 제한되는 경우.

청구의 내용도 신규성 또는 진보성에만 국한되며 선행기술 증거는 간행물(특허문헌 포함)로 제한된다.[43] 즉, 미국특허심판원에서의 재심(review)은 등록 후 9개월 동안만 모든 무효사유를 근거로 무효를 주장할 수 있고 그 기간이 경과하면 신규성, 진보성에 근거하여서만 무효를 주장할 수 있다. 그 외 다른 무효사유에 대하여는 법원에서만 다툴 수 있는 것이다. 예외적으로 모인출원 또는 모인특허에 대하여는 별도로 모인절차(derivation procedure)를 밟을 수 있다. 동 재심 절차를 개시할 것인지 여부에 대하여 특허청장은 결정을 할 수 있으며 청구인은 불개시 결정에 대하여 불복할 수 없다.

다. 심결취소소송에서의 당사자 적격

양당사자 재심사는 제3자(누구든지)가 청구할 수 있다. 특허법은 그 제3자가 재심사 결과에 불복하여 특허심판원에 심판을 청구할 수 있다고 규정하고,[44] 심판원

33) 35 U.S.C. § 321(c) ("A petition for a post-grant review may only be filed not later than the date that is 9 months after the date of the grant of the patent or of the issuance of a reissue patent (as the case may be).").

34) 35 U.S.C. § 321(b) ("A petitioner in a post-grant review may request to cancel as unpatentable 1 or more claims of a patent on any ground that could be raised under paragraph (2) or (3) of section 282 (b) (relating to invalidity of the patent or any claim).").

35) 35 U.S.C. § 321(a) ("Subject to the provisions of this chapter, a person who is not the owner of a patent may file with the Office a petition to institute a post-grant review of the patent.").

36) 35 U.S.C. § 322(a) ("the petition identifies all real parties in interest;").

37) 37 C.F.R. § 42.201.

38) 35 U.S.C. § 311(c) ("A petition for *inter partes* review shall be filed after the later of either—
(1) the date that is 9 months after the grant of a patent; or
(2) if a post-grant review is instituted under chapter 32, the date of the termination of such post-grant review.").

39) 35 U.S.C. § 311(a) ("Subject to the provisions of this chapter, a person who is not the owner of a patent may file with the Office a petition to institute an inter partes review of the patent.").

40) 35 U.S.C. § 312(a)(2) ("the petition identifies all real parties in interest;").

41) 37 C.F.R. § 42.101.

42) 우리나라에서도 특허권 침해소송이 제기된 후 상당한 기간이 경과한 후에는 그 소송의 피고는 무효심판을 청구할 수 없도록 제한하는 규정을 신설할 필요가 있는가? 아래에서 살피는 바에 의하면 특허권자는 다른 자의 이름을 빌려서도 무효심판을 청구하는 것이 가능하니, 제한할 필요가 없다고 생각한다.

43) 35 U.S.C. § 311(b) ("A petitioner in an *inter partes* review may request to cancel as unpatentable 1 or more claims of a patent only on a ground that could be raised under section 102 or 103 and only on the basis of prior art consisting of patents or printed publications.").

44) 35 U.S.C. § 134 (pre-AIA)
(a) PATENT APPLICANT.— An applicant for a patent, any of whose claims has been twice rejected, may appeal from the decision of the primary examiner to the Board of Patent Appeals and Interferences, having once paid the fee for such appeal.
(b) PATENT OWNER.— A patent owner in any reexamination proceeding may appeal from the final rejection of any claim by the primary examiner to the Board of Patent Appeals and Interferences, having once paid the fee for such appeal.
(c) THIRD-PARTY.—A third-party requester in an inter partes proceeding may appeal to the Board of Patent Appeals and Interferences from the final decision of the primary examiner favorable to the patentability of any original or proposed amended or new claim of a patent, having once paid the fee for such appeal.

의 심결에 불복하는 자는 미국연방관할항소법원(CAFC)에 소송을 제기할 수 있을 것이다.[45] *Consumer Watchdog v. WARF* 사건에서[46] 시민단체인 Consumer Watchdog은 특허권자(WARF)의 인간배아줄기세포에 관한 특허에 대하여 제3자로서 미국특허상표청에 양당사자 재심사를 청구하였다. 특허상표청의 기각(특허유효) 심결에 불복하여 Consumer Watchdog은 원고로서 CAFC에 불복의 소를 제기하였다. 특허권자는 피고로서 Consumer Watchdog이 소의 이익을 가지지 않으므로 원고 적격을 가지지 못한다고 주장하였다.

미국연방헌법은 소송에서 원고가 당사자 적격을 갖기 위한 요건으로 실제 피해(injury in fact)를 규정하고 있다.[47] CAFC는 특허법의 해당 규정이 헌법의 규정과 합치하지 못한다고 판단하며, Consumer Watchdog의 소송을 각하하였다. 즉, 특허법이 양당사자 재심사 절차에서는 실제적 피해가 없는 제3자에게도 청구인 적격을 인정하였지만, 그 재심에 대한 항소 '소송'에서는 헌법이 규정하는 실제 피해가 존재하여야 한다고 본 것이다.[48] 달리 말하면, 헌법이 규정하는 소송의 요건을 하위법인 특허법이 삭제할 수 없는 것이다.[49] Consumer Watchdog은 재심사에서의 불리한 판단이 Consumer Watchdog에게 관련 피해를 생성시킨 것이라고 주장하였으나, CAFC는 특허법이 제3자가 재심사를 청구할 수 있는 권리만 제공하였고, 그 권리가 유리한 결과까지 보장하는 것이 아니라고 보았다.

결국, *Consumer Watchdog v. WARF* 법리에 의하면, 우리 특허법에서 특허무효심판의 청구인을 '누구든지'로 확대하더라도 그 청구인이 기각심결에 대한 취소소송을 특허법원에 제기하는 경우 청구인이 소송의 원고 적격을 가지지 못할 수 있다는 우려가 제기된다. 그러나, 우리 헌법은 미국의 헌법과 달리 민사소송의 당사자 적격에 관한 규정을 두고 있지 않다. 우리 법체계에서는 민사소송의 당사자 적격

45) 35 U.S.C. § 141(b).

46) Consumer Watchdog v. Wisconsin Alumni Research Foundation 753 F.3d 1258 (Fed. Cir. 2014).

47) Constitution of the United States Section 2, Clause 1. Jurisdiction of Courts; Jenkel v. 77 U.S. Senators, N.D.Cal. 2003, 2003 WL 22016788, Unreported ("Plaintiff lacked standing to sue members of United States Senate who voted for joint resolution authorizing use of military force in Iraq; plaintiff alleged no personal harm, either physical, economic or other, resulting from subject votes and thus did not present concrete and particularized injury-in-fact."); LaFleur v. Whitman, C.A.2 2002, 300 F.3d 256 ("Injury-in-fact necessary to confer Article III standing upon party need not be large; identifiable trifle will suffice.").

48) 참가인의 보충으로 당사자 적격을 가질 수 있다는 설명. <http://www.patentspostgrant.com/lang/en/2014/06/ipr-joinder-limits-impact-of-warf-decision>.

49) Summers v. Earth Island Inst., 555 U.S. 488, 497 (2009) ("[R]equirement of injury in fact is a hard floor of Article III jurisdiction that cannot be removed by statute.").

에 관하여는 민사소송법이 규율하고 민사소송법은 실제 이해관계인만이 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 그런데 특허를 무효시키는 것이 공익에 부합하는 것이므로 특허법에서는 특별히 '누구든지' 무효심판 청구인 및 나아가 심결취소소송의 원고가 될 수 있도록 규정할 수 있는 것이다. 그런 경우 민사소송법이라는 일반법에 대하여 특허법은 특별법의 관계를 가지고 그 특별법이 우선적으로 적용될 수 있는 것이다. 미국의 경우 하위 법인 특허법이 헌법의 규정을 변경할 수 없지만, 한국의 경우 특별법인 특허법이 일반법인 민사소송법의 원칙을 변경할 수 있는 것이다. 결론적으로, 우리 법의 체계에 의하면 특허무효심판의 청구인 적격을 가지는 '누구든지'가 그 심결의 취소소송에서도 원고 적격을 가지는 것으로 해석하는 것이 가능하고 또 그러한 사항을 특허법에서 규정하는 것도 가능하다.

2. 일본에서의 특허무효심판의 청구인

일본 특허법 제123조 제2항은 특허무효심판의 청구인 적격과 관련하여 ① 공익적인 무효사유(권리귀속 이외의 무효사유)에 대하여는 '누구든지' 무효심판을 청구할 수 있으며, ② 권리귀속에 관한 무효사유(공동출원 위반 및 모인출원)에 대하여는 '특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자'만이 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 권리귀속 이외의 무효사유에 대한 무효심판을 청구할 수 있는 자는 인격을 갖는 자로 제한이 없다. 즉, 법인이 아닌 사단 또는 재단이어도 대표자 또는 관리인의 이름으로 특허무효심판을 청구할 수 있다.[50]

가. 입법 연혁

특허무효심판을 청구할 수 있는 자의 범위에 대하여 大正10년(1921)에서 昭和34년(1958)법을 거쳐 平成15년(2003)법 개정까지 폭넓은 논의가 있었다. 이 논의는 청구인 적격을 좁게 책정하고자 하는 측과 넓게 책정하고자 하는 측 사이의 것이었으며, 특허청 심판부도 그에 대한 입장을 확립하지 못하였다.[51] 현행 특허법상 무효심판의 청구인 적격에 관한 규정은 그러한 논의를 걸쳐 平成23년(2011)의 개정에 의해 확정되었다.

50) 일본 특허법 제6조 제1항 제2호("法人でない社団又は財団であつて、代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において次に掲げる手続をすることができる。二　特許無効審判又は延長登録無効審判を請求すること。").

51) 荒垣恒輝, "第123条", 「注解特許法」下巻 第3版(中山信弘 編著), 青林書院, 2000, 1342-1346頁.

大正10년(1921) 구 특허법 제84조 제2항은 무효심판의 청구인을 '이해관계인 및 심사관'으로 한정하였다. 그러나 昭和34(1958)년 개정법에서는 그 제한 요건을 삭제하여 동 규정이 주어 없는 것이 되었다. 제한 요건의 삭제로 인하여 누구든지 무효심판을 청구할 수 있는 것이라고 해석할지, 아니면 '누구든지'라는 문구가 조문에 없는 이상 이해관계인이 아니면 청구인 적격이 없다고 하는 민사소송의 원칙('이익 없으면 소권 없다')을 따라 이해관계가 있는 자만이 청구할 수 있다고 해석할지에 대하여 문제가 되었다. 昭和34년 개정 직후 특허청 실무에서는 이해관계에 대한 심사는 하지 않는다고 하였지만,[52] 판례[53] 및 통설은 '이익 없으면 소권 없다'라는 민사소송의 원칙이 적용되어 이해관계가 있는 자에 대하여만 청구인 적격을 인정하였다.[54] 그러나 이에 대한 반대설도 있었다.[55]

일본에서 이의신청제도가 폐지되고 무효심판제도에 흡수된 平成15년(2003) 특허법 개정에 의하여 무효심판은 원칙적으로 '누구든지' 청구할 수 있지만, 공동출원(제38조) 위반과 모인출원(제123조 제1항 제6호)을 이유로 하는 무효심판은 '이해관계인'만이 심판청구를 할 수 있다고 개정되었다.[56][57]

52) 昭和36年 審判229号 審決公報445号 3頁; 昭和36年 審判666号 審決公報341号 47頁; 昭和42年 審判7809号 審決公報756号 19頁.

53) 東京高裁判決 昭和41・9・27 行集17巻9号 1119頁; 東京高裁判決 昭和45・2・25 無体裁集2巻1号 44頁에서는 청구인을 이해관계인에 한정하는 이론적 근거에 대해, 다음과 같이 서술하였다. ① 특허법은 절차의 관여에 어떠한 자격을 필요로 하지 않는다는 것에 대하여 법문상 특히 '누구든지'라고 그러한 취지라고 명기하고 있다. ② 무효심판은 이른바 준사법적인 분쟁절차의 성격을 가지고 구성되어, 그것에는 '이익 없으면 소권 없다'라는 소송원칙이 들어맞는다. ③ 특허법 제148조 제3항의 보조참가인의 적격으로서 이해관계의 존재가 요구되고, 이것과의 균형상 어떠한 자격을 필요로 하지 않는다고 해석하는 것이 적절하지 않다. ④ 상표법에는 기간갱신의 무효심판과 불사용취소심판에 대하여는 청구인 적격에 대하여 어떠한 규정을 하고 있지 않고, 오인혼동이 생기는 사용에 기초한 취소심판에 대하여는 특별히 '누구든지' 청구할 수 있다고 규정하고 있지만, 이것에 따라 청구인 적격에 대하여 어떠한 규정도 없는 특허의 무효심판에 있어서는 '누구든지' 청구할 수 있다고 해석할 수 없다.

54) 吉藤幸朔, 「特許法概設」第13版, 有斐閣, 2001, 596頁; 豊崎光衛, 「工業所有權法」新版・增補, 有斐閣, 1980, 283頁; 橋本良郎, 「特許法」第3版, 有斐閣, 1993, 128頁; 盛岡一夫, 「工業所有權法 概說」第3版, 法學書院, 1999, 113頁; 青山紘一 , 「特許法」第9版, 法學書院, 2007, 182頁.

55) 中山信弘, "特許無效審判における請求人適格", 「豊崎光衛追悼記念」, 195頁; 織田秀明・石川義雄, 「增訂新特許法詳解」, 日本發明新聞社, 1972, 444頁; 青木康・ 荒垣恒輝, 「新版特許手続法」, 弘文堂, 2004, 282頁.

56) 日本 特許庁, "特許法等の一部を改正する法律について", 2003, 4頁; 日本 特許庁, "平成15年改正法における無効審判等の運用指針", 2003, 28-29頁("権利帰属に係る無効事由(共同出願要件違反と冒認出願)以外の公益的無効事由(新規性欠如・進歩性欠如等)については、何人も無効審判を請求することができる。権利帰属に係る無効事由、具体的には共同出願要件違反(特§38)及び冒認出願(特§123①六)を理由とする無効審判請求については、利害関係人のみが請求することができる。").

57) 여기서의 '이해관계인'이란, 특허를 받을 수 있는 권리의 진정한 공유자나 진정한 발명가 등의 정당한 권리자에 한하지 않고, 당해 특허발명과 동일한 장치・방법이나 유사한 장치・방법 등을 실시하고 있는 자 등 당해 특허 자체에 대하여 이해를 가진 자를 의미한다(日本 特許庁, "平成15年改正法における無効審判等の運用指針"(第2章 無効審判における当事者の手続), 29頁.

58) 日本 特許庁, "平成23年改正法における無効審判及び訂正審判の実務の考え方"(第3章 無効審判), 71頁("権利帰属に係る無効理由、具体的には共同出願要件違反(特§38)及び冒認出願(特§123①六)を理由とする無効審判請求については、特許を受ける権利を有する者(特許を受ける権利の真の共有者や、真の発明者から特許を受ける権利を譲渡された者などの正当権利者)のみが請求することができる。"); 田口 傑, "平成23年改正特許法における無効審判及び訂正審判の運用について", 「特技懇」No. 267, 特許庁技術懇話会, 2012, 21頁.

59) 保坂 延寿, "「何人も」請求できる無効審判の諸問題", 「パテント」Vol. 56 No. 8, 日本弁理士会, 2003, 49頁("特許権者による無効審判請求といっても、請求人と被請求人が同一人になるわけにはいかないから、請求人としてはダミーが使われることになる。特許権者が自らの特許に対しダミーで無効審判を請求する目的は、他人から別件の無効審判(ダミーに限らない)が請求された後において、訂正請求の機会を自在に確保することにある。").

그 후 平成23년(2011) 개정법은 권리귀속 외의 무효사유에 대한 무효심판의 청구인 적격은 종전과 동일하나, 권리귀속에 관한 무효이유 즉, 공동출원(제38조) 위반 및 모인출원(제123조 제1항 제6호)을 이유로 하는 무효심판의 청구인 적격에 대하여 개정하였다. 개정 전에는 공동출원 위반 및 모인출원을 이유로 하는 무효심판청구에 대하여는 '이해관계인'만이 청구할 수 있었지만, '특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자(특허를 받을 수 있는 권리가 있는 진정한 공유자나 진정한 발명자에게 특허를 받을 권리를 양수한 자 등의 정당권리자)'만이 청구할 수 있게 개정되었다.[58] 청구인 적격은 직권조사사항이지만, 심판청구인이 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자인지의 여부는 주장하고 있는 권리귀속에 관한 무효사유의 심리를 통하여 명확하게 되는 성질이 있다. 따라서 우선 무효심판의 심리가 진행되어 청구인이 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자가 아니라는 것이 명확히 된 경우, 그 무효심판청구는 부적법하고 보정할 수 없는 것으로서 각하된다.

나. 특허권자의 청구인 적격

무효심판의 피청구인은 특허권자가 된다. 그러므로, 특허권자에게 무효심판의 청구인 적격을 인정하면 피청구인과 청구인이 동일인이 되는 현상이 발생하므로, 특허권자에 대한 청구인 적격은 인정될 수 없다. 그러나 특허권자가 자신의 특허에 대해 다른 사람을 허수아비(dummy)를 내세워 무효심판을 청구할 수는 있다. 그 무효심판에서 답변서 제출기간이 부여되고 그 기간 중 특허권자가 정정을 청구할 수 있으므로 특허권자에게 정정 기회를 줄 필요가 있다는 점에서 허수아비에 의한 청구를 인정하는 것이다.[59] 허수아비에 의해 청구된 심판에서 그 허수아비는 피청구인인 특허권자의 정정청구에 반대하지 않을 것이므로, 그 정정은 조기에 확정될

것이다.[60] 이러한 특허권자의 행위에 대하여 (특허권자의 허수아비에 의한 무효심판과는) 별개의 무효심판 청구인은 그 허수아비와는 독립적으로 심판절차에 관여하여[61] 상기 정정청구에 대하여 반론을 제기할 수 있으므로, 특허권자가 정정청구를 자유자재로 할 수 있는 상황을 방지할 수 있는 방법이 있다.[62]

다. 실시권자의 청구인 적격

平成15년(2003) 개정 전의 구 특허법에서는 우리나라와 마찬가지로 이해관계인 및 심사관만이 무효심판을 제기할 수 있다고 규정하였으며, 판례에서는 통상실시권자의 무효심판에 대한 청구인 적격을 인정하였다.[63] 平成15년(2003) 개정에 의하여 누구든지 무효심판을 청구할 수 있게 되어 실시권자의 청구인 적격은 더 명확하게 인정된 셈이다.

실시허락계약에서 특허권자가 실시권자에게 특허권의 효력을 다투지 않을 의무 즉, '부쟁의무'를 부과하는 것에 대하여 공정거래위원회의 「지적재산의 이용에 관한 독점금지법상의 지침」 제4조의4 제7항이 규정하고 있다.[64] 즉, 실시권자에게 부쟁의무를 부과하는 것은 불공정 우려가 낮다고 하여 원칙적으로 부쟁의무를 긍정하지만, 예외적으로 본래 특허를 받을 수 없는 발명에 대한 특허권이 존속함으로써 시장질서에 악영향을 미치는 경우에 부쟁의무를 부과하는 것은 독점금지법에서 규정하는 불공정한 거래에 해당하여 위법이 될 우려가 있다고 한다.[65] 재판소는

60) 保坂 延寿, 前掲論文, 49頁("特許権者の息がかかったダミーの無効審判請求人が、この訂正請求に反論するはずもないので、当該ダミーによる無効審判の請求棄却審決が早期に確定する可能性があり、そうなれば上記訂正が確定してしまう。").

61) 일본 특허법 제148조 제1항("第百三十二条第一項の規定により審判を請求することができる者は、審理の終結に至るまでは、請求人としてその審判に参加することができる。").

62) 保坂 延寿, 前掲論文, 50頁("特許権者のダミーによる無効審判に対しては、上記別件の無効審判の請求人は, 利害関係の有無に関わらず請求人として参加することができる(特許法148条1項)。これにより特許権者のダミーとは独立の立場で審判手続に関与し、上記訂正請求に対して反論することができるので、訂正請求のやり放題という事態は防止できるものと思われる。").

63) 東京高裁判決 昭和60・7・30 無体裁集17巻2号 344頁.

64) 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(平成19年9月28日, 改正平成22年1月1日) 第4の4(7)("ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンス技術に係る権利の有効性について争わない義務(注14)を課す行為は、円滑な技術取引を通じ競争の促進に資する面が認められ、かつ、直接的には競争を減殺するおそれは小さい。しかしながら、無効にされるべき権利が存続し、当該権利に係る技術の利用が制限されることから、公正競争阻害性を有するものとして不公正な取引方法に該当する場合もある(一般指定第12項)。なお、ライセンシーが権利の有効性を争った場合に当該権利の対象となっている技術についてライセンス契約を解除する旨を定めることは、原則として不公正な取引方法に該当しない。").

65) 「特許判例百選」第3版(中山信弘・ 相沢 英孝・大淵 哲也 編), 別冊「ジュリスト」 No. 170, 有斐閣, 2004, 274-275頁.

실시권자의 부쟁의무에 대하여 부정하고,[66] 통상실시권자의 청구인 적격을 긍정한 바 있다.[67] 학설 중에는 공익적인 무효원인이 있는 특허권이 부쟁의무에 의해 유지된다면, 그것은 일반의 자유를 제한하는 것이기 때문에 독점금지법상의 문제가 생기지만, 모인을 무효원인으로 한 경우의 부쟁의무는 독점금지법상의 문제가 되지 않는다고 해석할 수 있다는 견해도 있다.[68] 다수의 학설은 실시권자의 부쟁의무를 부정하는 견해를 취하며 그러한 부쟁의무의 존재에도 불구하고 실시권자에게 무효심판의 청구인 적격을 인정한다.[69]

라. 심사관의 청구인 적격

심사관은 개인의 자격으로 무효심판을 청구할 수 있다는 의견이 있다.[70] 이것에 대하여 '이익 없으면 소권 없다'의 원칙이 적용된다는 판결에[71] 따르면 심사관 개인은 무효심판에 대한 청구인 적격이 없다고 해석된다.[72] 그러나 구 법에 있어서 심사관에게 무효심판의 청구인 적격을 인정한다고 소개하고, 해석론으로서는 공공의 이익에 관련된 무효사유에 대하여는 심사관도 개인으로서 청구인 적격을 인정할 수 있다는 견해도 있다.[73]

마. 비실재자

실재하지 않는 자 명의의 무효심판청구는 무효심판의 당사자인 청구인이 존재하

66) 東京高裁判決 昭和38・1・31 行裁例集14巻1号 95頁("特許権の無効審判請求棄却審決に対する抗告審判係属中に, 審判請求人が当該特許権につき通常実施権の設定を受けたという事例に対して下されたものである。特許庁が抗告審判において国内刊行物記載を理由として当該特許権は無効であるとの審決を下したので, 審判の被請求人である特許権者から審決の取消訴訟が提起された。東京高裁は「実施権設定にいたる経過および実施料の支払いその他契約に伴う諸種の制約に言及するまでもなく, 実施権者の立場が, 特許による独占が存在せず何人においても自由にその内容を享受することができる場合と比較して, 甚だしく不利益のものであることは, 多くいうをまたないところである」として請求を棄却した。実施権者の当然の不争義務を否定したものといえる。").

67) 特許庁審決 昭和54・11・7 特許庁公報参考審判決集5巻 123頁.

68) 永田大二郎 編, 「実施契約 : 特許とノーハウの利用 」, 有斐閣, 1966, 92頁(小林純子, "第123条(特許無效審判)", 「新・注解 特許法」下卷(中山信弘・小泉直樹 編), 青林書院, 2011, 2034頁에서 재인용).

69) 茶園成樹, "通常実施権者による意匠登録の無効審判の請求", 「判例ライセンス法」(山上和則先生還暦記念論文集), 発明協会, 2000, 421頁; 辻居幸一, "特許の実施許諾契約等をめぐる問題点", 「知的財産法の理論と實務」第1券(牧野利秋・飯村敏明 編), 新日本法規出版, 2007, 389頁.

70) 小林純子, 前掲書, 2035頁.

71) 東京高裁判決 昭和45・2・25 無体集2巻1号 44頁.

72) 小林純子, 前掲書, 2035頁.

73) 中山信弘, 「工業所有権法」上 特許法, 弘文堂, 2000, 243頁.

지 않는 것이므로, 당사자를 확정할 수 없고 이에 따라 청구행위가 성립하지 않는다. 이는 부적법한 무효심판 청구에 해당하며 보정할 수 없는 것으로서 각하된다.[74][75]

바. 성명모용

남의 성명(이름)을 몰래 사용하는 소위 '성명모용'에 의한 무효심판 청구는 ① 실재하는 자(이하, '실재자'라 한다)의 성명을 무단으로 사용하여 심판을 청구하는 경우와, ② 성명사용은 허락하였으나 심판청구의 의사가 없는 실재자의 성명을 사용하여 심판을 청구하는 경우로 나뉜다. 이는 피모용자 본인의 의사에 기초하지 않은 심판청구로서, 본인의 심판청구행위로서는 성립하지 않고 나아가 모용자의 행위는 무권대리로써 피모용자에 효과가 귀속될 여지가 없기 때문에, 결국 부적법한 심판청구로서 취급된다(민사소송법에 있어서 성명모용소송도 동일하게 취급된다.).[76]

사. 보수에 기초한 대리행위

원래 절차수행의 의사를 명확히 가진 자가 무효심판청구를 원하는 제3자로부터 위임을 받아 자기의 이름으로 무효심판청구를 하는 경우는 성명모용은 아니기 때문에 그것에 의하여 무효심판청구를 기각하여서는 아니 된다. 그러나 변리사·변호사와 같은 직업대리인이 아닌 자가 보수를 받고 타인을 위하여 심판청구를 하는 경우에는 그 행위가 변호사법·변리사법 위반의 문제가 될 가능성이 있으므로 주의할 필요가 있다.[77]

74) 日本 特許庁, "平成23年改正法における無効審判及び訂正審判の実務の考え方"(第3章 無効審判), 70頁("実在しない者の名前での無効審判の請求は、無効審判の当事者たる無効審判請求人が存在しないので当事者が確定できず、請求行為が成立していない。そうした無効審判請求は、不適法なものであってその補正ができないものとして審決却下される(特§135)。").

75) 무효심판의 심결이 확정된 후에는 그 심결로 인하여 일사부재리 원칙이 적용된다. 우리나라에서는 일사부재리 원칙이 '누구든지'에게 적용되지만 외국에서는 그 원칙이 소송에 참가한 자에게만 적용되는 국가가 있는데, 비실재자가 무효심판을 청구하면 일사부재리 원칙이 적용될 대상자가 없어지는 현상이 발생한다.

76) 日本 特許庁, "平成23年改正法における無効審判及び訂正審判の実務の考え方"(第3章 無効審判), 70頁("氏名冒用行為は、被冒用者本人(表示上の無効審判請求人)の意思に基づかない審判請求であるので、本人の審判請求行為としては成立しておらず、かつ、冒用者の行為は無権代理であって被冒用者に効果帰属する余地がないから、やはり不適法な審判請求として取り扱われる。").

77) 日本 特許庁, "平成23年改正法における無効審判及び訂正審判の実務の考え方"(第3章 無効審判), 71頁("もともと手続遂行の意思を明確に有する者が、無効審判請求を欲する第三者からの委任を受けて自己の名において無効審判請求をする場合は、氏名冒用とはいえないから、そのことによって直ちに無効審判請求の却下とはならない。しかし、弁理士・弁護士のような職業代理人でない者が、金銭ほかの何らかの報酬を得て他人のために審判請求をする場合には、その行為が弁理士法・弁護士法違反の問題を生じる可能性があるので注意する必要がある(弁理§75、弁護§72)。").

3. 중국의 무효선고 청구인

현행 중국 특허법(전리법) 제45조는 "특허청(국무원 특허행정부서)이 특허결정을 공고한 날로부터, 누구든지(단위 또는 개인) 해당 특허가 이 법의 관련 규정에 부합하지 않는다고 판단하는 경우에는 특허심판원(특허복심위원회)이 해당 특허가 무효임을 선고할 것을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다.[78] 즉, 특허법 제45조에서는 특허무효선고청구의 청구인을 "누구든지(any person)"로 규정하여 청구인에 제한을 두고 있지 않으므로 특허등록 후 '누구든지' 특허무효선고청구의 청구인이 될 수 있는 것이다.[79] 여기서의 '누구든지'는 특허권자 자신 또는 특허발명실시계약의 실시권자도 포함하는데, 이하 그에 대하여 상술한다.[80]

가. 특허권자의 청구인 적격

중국 특허청 특허심사지침서에 의하면 특허권자가 자신의 특허무효선고를 청구하는 것에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다. ① 특허권자는 해당 특허의 부분무효만 청구할 수 있다. ② 청구인이 공유 특허권의 특허권자 전원이 아닌 경우에는 무효선고청구가 수리되지 않는다. ③ 특허권자가 특허무효선고를 청구할 때 제출할 수 있는 증거는 간행물(공식출판물)이어야만 한다.[81] 특허권자가 해당 특허의

78) Patent Law of the People's Republic of China. Article 45 ("Where, starting from the date of the announcement of the grant of the patent right by the patent administrative organ under the State Council, any entity or individual considers that the grant of the said patent right is not in conformity with the relevant provisions of this Law, it or he may request the Patent Reexamination Board to declare the patent right invalid.").

79) 陈秀英, "试析专利权无效宣告请求人", 全国商情(理论研究), 2010, 112页("当然在实践中, 提出无效宣告请求的请求人几乎都是与所请求宣告无效的专利权具有利害关系, 而且绝大多数是专利侵权诉讼中涉嫌侵犯专利权的被告, 但是这并不排斥无利害关系的人可以提出请求, 因为立法中已明确规定任何单位或者个人均可以作为请求人.").

80) 尹新天, 「中国专利法详解」, 知识产权出版社, 2011, 467-469页.

81) State Intellectual Property Office of the People's Republic of China, *Guidelines for Patent Examination*, Intellectual Property Publishing House, 2010, p. 448 ("PART IV CHAPTER 33.2 Eligibility as a Petitioner for Invalidation Where the petitioner falls into one of the following cases, his request for invalidation shall not be accepted: (1) the petitioner is not eligible to institute a civil action; (2) where a request for invalidating a design patent is submitted on the ground that the design patent is in conflict with a legitimate right of another individual which was acquired prior to the filing date of the patent, the petitioner fails to prove himself the prior right holder or the interested party. Wherein, the interested party refers to the person who is entitled to file a lawsuit before the People's Court or request the competent administrative authority to handle the matter regarding the dispute over infringement of the prior right in

무효선고를 청구할 때 반드시 상기의 세 가지 제한적 요건을 모두 충족하여야 한다.

이러한 심사지침서의 설명에 관하여 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다. 첫째, 특허권자는 왜 자신의 특허를 무효시키려고 하는가? 일반적으로 이러한 행위가 선뜻 이해되지 않을 것이다.[82] 특허권자가 자신의 특허가 존재하지 않길 바란다면 상당한 시간과 비용을 투자하여 굳이 특허를 출원할 필요가 있었는가? 특허무효선고를 청구하지 않더라도 특허유지료를 납부하지 않는 방식으로 간단히 특허무효의 효과를 거둘 수 있는데도 불구하고 특허권자 본인이 왜 이러한 무효선고청구를 하는 것인가?[83] 그 이유에 대해서 구체적으로 살펴보고자 한다.

1) 특허권자의 무효선고 청구 이유

특허권자가 자신이 가진 특허에 대해서 무효선고를 청구하는 이유는 두 가지가 있다. 첫째, 합법적인 권리자가 아닌 '갑'이 (어떤 경위로) 특허 A를 소유하여, 대상 특허발명을 실시하였는데, 그 후 합법적인 권리자 '을'이 갑을 대상으로 소송을 제기하여 승소한 경우, 갑은 특허를 상실하고 특허권 침해에 대한 민사적 책임을 부담하여야 한다. 이러한 경우 갑은 을과의 소송 진행 중 특허 A에 대한 무효선고를 청구하게 된다. 만약 갑이 을과의 소송에서 패소하기 전에 해당 특허를 무효시키면 나중에 을이 갑을 상대로 특허권을 행사할 여지를 방지할 수 있는 것이다.[84]

둘째, 특허발명의 권리범위가 너무 넓은 경우, 특허권자가 그것을 바탕으로 특허권 침해소송을 제기하면 피고인 상대방은 그 특허에 대하여 특허무효선고를 청구하게 되는데, 이에 대한 사전 대응책으로 특허권자는 해당 특허발명에 대해서 부분무효의 주장을 통하여 해당 특허권의 권리범위를 축소할 수 있으며 이에 따라 상대방과의 소송 국면을 유리하게 이끌 수 있다.[85][86]

accordance with the relevant legal provisions; (3) where the patentee files a request for invalidation of his own patent right and requests to invalidate the whole of the patent, the evidence submitted is not a publication, or not all the patentees of the patent have joined in filing the request for invalidation; and (4) several petitioners jointly submit a request for invalidation, unless all the patentees request to invalidate their common patent right.").

82) 한 예로, 전용실시권자로부터 실시료를 일시불로 모두 받은 특허권자가 본인의 자유로운 실시를 위하여 특허 전부 무효를 주장할 수 있을 것이다.

83) 우리 특허법 제80조는 이해관계인이 특허권자의 의사에 불구하고 특허료를 납부할 수 있다고 규정하고 있다. 이해관계인에 의한 이러한 특허료 납부가 있는 경우에는 특허권자는 특허무효심판을 통하지 않고는 특허를 죽일 수가 없는 것이다.

84) 唐银益, "浅析专利权无效宣告请求人的主体资格", 2007("这种情况一般会在专利权属纠纷时发生。如果A拥有一项专利权, 并且实施了该项专利, 但是A其实并不是合法拥有者, 如果合法拥有者B起诉A且可能胜诉的话, 则A不仅丧失专利权而且还要向B承担实施该专利权的民事侵权责任。如果A在败诉前宣告该专利权无效, 使该项专利进入公用领域, 就不用承担侵犯B专利权的民事责任"). <http://www.91580.com/Article/vision/d1/200701/137.htm.>.

2) 특허권자의 청구인 적격을 규제하는 이유

특허권자가 특허무효선고를 청구하는 경우 특허의 전부무효가 아닌 부분무효만을 신청할 수 있다.[87] 특허권자가 해당 특허에 대하여 전부무효를 청구하는 것은 비합리적이다. 특허권자가 특허출원을 한 것은 자신의 특허발명을 보호하려는 것이며 특허발명의 독점적 향유를 통하여 자신의 합법적 권익을 보호할 수 있고, 동시에 특허발명의 실시를 통하여 경제적 이익을 얻기 위함이다. 하지만 특허권자가 본인이 취득한 특허에 대해서 전부무효를 청구하게 되면 해당 특허는 소급적으로 무효가 되므로 특허심사 자원을 낭비하는 결과가 초래된다. 따라서 심사지침서에서 특허권자의 무효선고 청구를 제한적으로 인정하는 것은 특허권자가 특허무효선고절차를 남용하는 것을 방지하기 위한 것으로 이해되고 있다.[88] 그러나 이러한 이유보다는 부분무효만을 허용함으로써 나머지 유효인 부분에 대해서는 진정한 특허권자를 보호할 수 있기 때문에 그러한 것으로 이해하는 것이 보다 타당하다고 본다.

만약 특허권이 공동소유라면 무효선고 청구를 제기하기 위해서는 해당 공동특허권자 모두의 동의가 필요하다.[89][90] 이러한 제한이 없다면 공동특허권자 사이에 다

85) 李新·芝谭红, "专利无效宣告程序中专利文件的修改", 法律适用, 2012("按照我国《专利法》的相关规定, 无效宣告程序是专利授权后专利权人修改或完善其专利文件的唯一机会.").

86) 专利局审查业务管理部主编, 「专利审查指南修改导读」, 专利文献出版社, 2002, 207-208页("既是实施细则修改的要求, 又是规范双方当事人之间, 以及公众与专利权人之间的权利和义务关系的需要, 也有利于规范审查程序…既考虑了公众对受法律保护的权利的明确性和稳定性的要求, 又有利于使发明创造得到应有的保护.").

87) 何越峰,「专利法律知识手册」, 知识产权出版社, 2011, 271-274页.

88) 尹新天, 前揭書, 469页.

89) 최고인민법원의 중화인민공화국 민사소송법에 적용되는 약간의 문제에 관한 의견(最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见)제56조("共有财产权受到他人侵害, 部分共有权人起诉的, 其他共有权人应当列为共同诉讼人.").

90) Patent Law of the People's Republic of China, Article 15 ("Where the co-owners of a patent application or a patent have concluded an agreement on the exercising of the right, the agreement shall apply. In the absence of such agreement, any co-owner may independently exploit the patent or license another party to exploit the patent through non-exclusive license; any fee for the exploitation obtained from licensing others to exploit the patent shall be distributed among the co-owners. Except for the circumstances as provided in the preceding paragraph, a jointly-owned patent application or patent shall be exercised with the consent of all co-owners.").

툼이 생겼을 때 한 특허권자가 악의로 특허무효선고를 청구하여 다른 공동특허권자의 권리를 훼손할 수 있다.

특허권자가 자신의 특허에 대한 무효선고를 청구하는 경우에 제출할 수 있는 증거는 간행물에 한정된다.[91] 만약 특허권자가 출원일 전에 이미 공개적으로 판매를 하였다면, 그 판매에 대한 증거의 진위를 가리기가 어려우며 자신이 이러한 사실을 조작할 수도 있다. 이러한 경우에는 진정한 권리자에게 손해가 초래될 수 있다. 그러므로 심사지침서에서는 특허권자의 특허무효선고청구에 있어 제출될 수 있는 증거유형을 제한하여 누구나 쉽게 검증할 수 있는 간행물만을 증거로 인정하고 있다.

나. 실시권자의 청구인 적격

중국 특허법 제12조는 "어떤 자가 타인의 특허발명을 실시하고자 하는 경우에는 특허권자와 실시허가계약을 체결하고, 특허권자에게 특허실시료를 지급하여야 한다. 허가를 받은 자는 계약규정 이외의 어떠한 자에게 당해 특허발명을 실시하는 것을 허가할 권리가 없다"고 규정하고 있다.[92] 특허발명 실시허가는 특허권자가 특허권을 행사하여 경제적 이익을 취득하는 중요한 수단이다. 만일 해당 특허에 무효사유가 있는 경우, 실시권자에게 특허무효선고의 청구인 적격을 인정하는 것이 합리적이다. 실시권자의 청구에 의하여 특허가 무효로 되는 경우 실시권자는 실시료를 납부할 필요가 없고, 공평원칙에 반하는 경우 이미 납부한 실시료의 반환도 청구할 수 있다.[93]

91) 国家知识产权局专利复审委员会,「专利行政诉讼概论与案列精解」, 知识产权出版社, 2011, 38-46页.

92) Patent Law of the People's Republic of China, Article 12 ("Any entity or individual exploiting the patent of another shall conclude with the patentee a license contract for exploitation and pay the patentee a fee for the exploitation of the patent. The licensee has no right to authorize any entity or individual, other than that referred to in the contract, to exploit the patent.").

93) Patent Law of the People's Republic of China, Article 47 ("The decision declaring the patent right invalid shall have no retroactive effect on any judgement or ruling of patent infringement which has been pronounced and enforced by the people's court, on any decision concerning the handling of a dispute over patent infringement which has been complied with or compulsorily executed, or on any contract of patent license or of assignment of patent right which has been performed prior to the declaration of the patent right invalid; however, the damage caused to other persons in bad faith on the part of the patentee shall be compensated. If, pursuant to the provisions of the preceding paragraph, the patentee or the assignor of the patent right makes no repayment to the licensee or the assignee of the patent right of the fee for the exploitation of the patent or of the price for the assignment of the patent right, which is obviously contrary to the principle of equity, the patentee or the assignor of the patent right shall repay the whole or part of the fee for the exploitation of the patent or of the price for the assignment of the patent right to the licensee or the assignee of the patent right.").

4. 대만의 무효선고 청구인

가. 대만 특허무효제도의 입법 연혁

1) 2004년 7월 1일 이전

2004년 7월 1일 이전의 대만 특허무효제도는 특허이의제도, 특허무효선고제도 그리고 심사관의 직권심사제도의 3가지로 나누어져 있었다. 여기에서 특허이의제도는 특허등록이 공고된 후 3개월 이내에만 청구할 수 있고, 특허무효선고 및 심사관의 직권심사는 특허등록 후부터 특허유효기간 내에서만 청구할 수 있었다.[94] 이 중에 특허이의제도는 공중심사 성격을 가진다.[95] 심사관은 출원발명을 심사하여 거절이유를 발견하지 못한 경우에는 특허결정을 하여야 하고 특허청은 해당 출원발명의 명세서를 공고하여야 한다.[96][97] 그 공고일로부터 3개월 이내에는 누구든지 특허청에 이의를 청구할 수 있는데, 이를 특허이의제도라고 한다.[98] 그 3개월 기간 중에 해당 출원발명에 대한 이의청구가 없거나 이의청구를 하였으나 이의청구가 성립되지 않는 경우에는 해당 출원발명에 특허권을 부여하게 된다. 이 경우 특허권이 발생한 시기는 공고한 날로 소급된다. 하지만 특허등록 이후에도 특허청의 심사관이 직권으로 무효선고청구 제도를 통하여 해당 특허를 무효로 할 수 있다.[99]

94) 杨崇森,「专利法理论与应用」 修订三版, 三民书局, 2013, 567-568页.

95) 刘国讚, "新专利法有关举发之修正及其实务影响", 万国法律, 2012, 36页"以取得专利证书之时点区分, 异议时在公告三个月内, 尚未领专利证书之期间, 举发及依职权审查则是在取得专利证书后, 在专利权有效期间内, 异议具有公众审查的性质.").

96) 대만 1994년 특허법 제39조 제1항("發明經審查認為無不予專利之理由時, 應予專利, 並應將申請專利範圍及圖式公告之.").

97) 대만 1994년 특허법 제50조 제1항("申請專利之發明, 經審定公告後暫准發生專利權之效力。經審定公告之發明審查確定後, 自公告之日起給予發明專利權並發證書.").

98) 대만 1994년 특허법 제41조 제1항("公告中之發明, 任何人認有違反第四條、第十九條至第二十一條、第二十二條第三項或第四項、第二十七條規定, 或利害關係人認有不合第五條或第三十條規定者, 自公告之日起三個月內備具異議書, 附具證明文件, 向專利專責機關提起異議.").

99) 대만 1994년 특허법 제71조("有下列情事之一者, 專利專責機關應依職權撤銷其發明專利權, 並限期追繳證書, 無法追回者, 應公告證書作廢:
一、違反第十九條至第二十一條或第二十七條規定者。
二、發明專利權人為非發明專利申請權人者。
三、說明書或圖式不載明實施必要之事項, 或記載不必要之事項, 使實施為不可能或困難者。
四、說明書之記載非發明之真實方法者。").
대만 1994년 특허법 제72조("前條第二款之舉發, 限於有專利申請權人。其他各款, 任何人得附具證據, 向專利專責機關舉發之。異議案及前項舉發案, 經審查不成立確定者, 任何人不得以同一事實及同一證據, 再為舉發。利害關係人對於專利權之撤銷有可回復之法律上利益者, 得於專利權期滿或當然消滅後提起舉發。舉發人補提理由及證據, 應自舉發之日起一個月內為之。").

2004년 이전의 특허무효제도는 두 가지 의미를 가지고 있었다. 첫째, 출원발명을 대중에게 공개하여 이를 누구든지 심사할 수 있도록 함으로써 심사관의 선행기술 검색능력을 보충하는 역할을 수행하였다. 둘째, 특허권 침해소송에서 피고가 공격·방어방법으로 사용하는 수단이었다. 특히 특허등록 전의 특허이의제도는 대중에 의한 공개심사 역할을 하였으며, 특허등록 후의 직권심사제도 및 특허무효선고청구 제도는 피고의 공격·방어방법으로 많이 활용되었다.[100] 대만 특허청(지식재산국)의 통계자료에 의하면 특허이의제도의 폐지 전 2003년의 특허이의사건은 1867건, 무효선고청구사건은 512건이었으며, 2002년에는 각각 1734건과 591건으로 특허이의사건이 무효선고청구사건에 비해 상대적으로 많은 편이었다.[101]

2) 2004년 7월 1일 특허법 시행 이후 2008년 개정까지의 기간

출원발명에 대한 특허청의 이의심사 결과 해당 출원발명에 대한 특허가 성립되지 않는 경우에 해당 출원인은 특허청을 상대로 하여 행정소송을 제기하여 긍정적인 소송이 확정된 후에는 특허권을 부여받을 수 있다. 그러나 해당 출원발명은 공고한 날부터 특허등록까지 특허권이 불확정 상태에 놓여 있게 되는데, 이러한 불확정 기간이 너무 길어 불합리한 문제가 발생하므로 2003년 2월 6일에 특허법을 개정하여 2004년 7월 1일 시행된 특허법은 특허이의제도를 폐지하였다.[102][103] 일부에서는 이의제도를 폐지함으로써 상대적으로 특허무효선고청구 건수가 증가할 것으로 예상하였으나, 2005년 무효선고청구사건은 1583건, 2006년 1294건, 2007년 1159건, 2008년 1034건으로 매년 줄어들고 있다.[104] 이와 같이 예상과 달리 2004년 특허이의제도 폐지 전과 비교하였을 때, 특허무효선고청구 사건이 줄어들고 있는 이유로 일부 학자들은 이의제도와 무효선고청구제도의 비용차이를 제시한다.[105] 즉 종전 이의제도는 무효선고청구에 비해 상대적으로 적은 비용으로 신청이 가능하였으나, 2004년 7월 1일 이후에는 무효선고청구에 많은 비용이 소요되는 것이다.

100) 刘国讚, 前揭論文, 36頁.

101) 대만 지식재산국 2002-2003년 통계연보 자료 참조.

102) 谢铭洋,「智慧财产权法」 2013年 最新版, 元照出版社, 2013, 164页(“过去我国专利有异议制度, 亦即专利于审定公告后, 须经过异议期间而无人提出异议, 或异议不成立后, 于审查确定后, 始发与专利证书。有鉴于异议争讼旷日费时, 以致有无专利权之争议迟迟无法确定, 或常有籍异议程序阻碍专利权人领证之情事, 而且异议与举发撤销两者, 不仅法定事由大致相同, 所践行之程序, 亦无二致, 智慧财产局认为两者并无并存之必要, 乃加以整合, 以简化专利行政诉讼层级。使权利及早确定.”). 谢铭洋, “智慧财产法院之设置与专利商标行政救济制度之改进”,「月旦法学杂志」, 第139期, 2006, 5-17页.

103) 대만 지식재산국 사이트(http://www.tipo.gov.tw/ch/allinone_show.aspx?) 2014. 3. 22. 방문. “舊法關於專利之公眾審查區分核准審定後領證前之「異議制」及領證後的「舉發制」。惟異議制曠日廢時, 導致有無專利權之爭議遲遲無法確定, 且常有藉異議程序阻礙專利權人領證之情事, 對專利權人之保護不周。另由於我國提起異議程(序與舉發程|序之事由大致相同, 兩者所踐行之程口序亦無二致, 對之不服所得提起之行政救濟程序亦完全相同, 無並存必要。故將異議與舉發之定事由整合, 將得提起異議事由納入舉發事由中, 刪除異議程序, 保留公眾審查之精神並簡化行政爭訟層級.”

104) 대만 지식재산국 2005-2008년 통계연보 자료 참조.

3) 2008년부터 현행 특허법

2008년 7월 1일 개정된 특허법은 특허권 침해소송에서 법원이 해당 특허의 유무효 여부를 판단할 수 있도록 하였다.[106] 2011년 개정 특허법은 특허무효제도 중 하나인 심사관에 의한 직권심사제도를 폐지하였다. 이와 같이 개정한 취지는 심사관의 직권에 의한 심사를 통하여 해당 특허가 무효로 된 경우가 거의 없었기 때문이라고 한다.[107]

현행 대만의 특허무효제도는 무효선고청구제도로만 운용되고 있으며, 따라서 무효선고의 청구인 적격은 특허등록 후 ① 권리귀속에 관한 무효사유에 대한 무효선고 청구는 ‘이해관계인’에만 한정되고, ② 권리귀속에 관한 무효사유 이외의 무효사유의 경우에는 ‘누구든지’에게 개방된다.[108] 특허무효선고청구제도는 오랫동안(民

105) 刘国讚, 前揭 論文, 37頁.

106) 智慧財產案件審理法 (2008年 7月 1日 施行) 第16條(“當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷、廢止之原因者, 法院應就其主張或抗辯有無理由**自為判斷**, 不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定。前項情形, 法院認有撤銷、廢止之原因時, 智慧財產權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利.”).

107) 杨崇森, 前揭書, 567页(“专利机关亦得依职权撤销违法核发之专利权, 并不以民间举发为限, 惟实际上依职权撤销之事例恐不多见.”).

108) Patent Act (2013. 6. 11.) Article 71 (“Any person may request for an invalidation action against an invention patent with the Specific Patent Agency under any of the following circumstances:
1. where there is a violation of Articles 21 to 24, Article 26, Article 31, Paragraphs 1 and 3 of Article 32, Paragraph 4 of Article 34, Paragraph 2 of Article 43, Paragraphs 2 and 3 of Article 44, Paragraphs 2 to 4 of Article 67, or Paragraph 3 of Article 108 of this Act;
2. where the home country of the patentee does not accept the patent applications filed by ROC nationals; or
3. where there is a violation of Paragraph 1 of Article 12, or where the invention patentee is not the owner of the right to apply for an invention patent.
An invalidation action based on Subparagraph 3 of the preceding paragraph shall only be filed by the interested party.
With respect to the ground(s) upon which an invalidation action is based and filed against an invention patent, the provisions in effect at the time of the said patent being approved shall govern. However, if an invalidation action is filed based on the ground(s) under Paragraph 4 of Article 34, Paragraph 2 of Article 43, Paragraphs 2 and 4 of Article 67, or Paragraph 3 of Article 108, the provisions in effect at the time of filing the said action shall govern.”).

國四十九年專利法[109] 1960년부터) 운용되고 있으며 현행 특허법은 무효사유만을 추가하였을 뿐이고,[110] 청구인 적격에 관하여는 개정되지 않았다.

그런데 이와 같이 청구인을 '누구든지'로 규정하고 있는 것에 대해서 이를 '이해관계인'에게만 한정해야 한다는 주장이 있다. 동 주장은 이해관계인이 아닌 자에게도 청구인 적격을 인정한다면 청구인을 계속 변경하여 소송을 제기할 수 있으므로 무한한 소송반복으로 인한 남용 가능성이 있기 때문이라고 한다.[111] 반면, 청구인 적격을 제한할 필요가 없다는 견해는 이해관계인의 범위가 명확한 것이 아니기 때문에 획일적으로 그 범위를 책정할 수 없으며, 실제 상표법에서도 이해관계인으로 제한하고 있으나, 이를 판단하는데 상당한 어려움을 겪고 있는 실정이다. 또한 청구인 적격을 제한하는 견해는 무한한 소송을 방지할 수 있다고 주장하고 있으나, 이는 이론적인 것이며, 실무상 이러한 소송 남용의 문제는 그다지 나타나지 않고 있다고 한다.[112] 다만, 특허권 존속기간 이후 특허의 권리회복에 관한 청구는 이해관계인만 할 수 있다고 규정되어 있다.[113]

나. 특허권자의 청구인 적격

대만 특허법 제71조에 의하면 특허권 귀속사유 이외의 무효사유의 경우 누구든지 무효선고청구를 할 수 있으며 청구인 적격에 대하여 특별히 제한은 없다. 특허

109) 專利法 中華民國四十九年五月十二日修正
第六十條 有左列情事之一者, 應撤銷其專利權, 並追繳證書：
違反本f法第一條至第四條之規定者。
專利權人為非專利申請權人者。
說明書或圖式故意不載明實施必要之事項, 或故意記載不必要之事項, 使實施為不可能□或困難者。
說明書與曾在外國申請時之說明書內容不同者。
說明書之記載, 非發明之真實方法者。
第六十一條 前條第二款限於有專利申請權人, 其他各款任何人得附具證據, 向專利局舉發之。但異議不成立之案件, 同一人不得以同一理由, 再為舉發。

110) 2011년 특허법 개정에서 무효사유를 추가했는데, 일부 학자는 무효사유 추가에 관하여 일본 특허법의 내용을 많이 참조하였다고 밝힌 바 있다. 林希彦, "从日本专利无效审判制度探讨我国举发制度之修正", 智慧财产权月刊, 2011年 3月, 73-79页.

111) 刘国讚, 前揭書, 570页("关于举发人资格应否限定利害关系人一点, 亦有正反而二种见解, 美国, 德国, 中共并无限制, 日本韩国专利法虽无明文限制, 但实务上参照民事诉讼法之原理, 限于利害关系人能提起.").

112) 張君如, "美國專利無效判斷雙軌制之研究", 國立中正大學 財經法律學研究所 碩士論文, 2009, 116-117页.

113) Patent Act (2013. 6. 11.) Article 72 (Invalidation against extinguished patent) ("Where the interested party possesses recoverable legal interests due to the revocation of a patent, such interested party may file an invalidation action after the said patent has become extinguished ipso facto.").

권자 자신이 해당 특허에 대한 무효선고청구를 할 수 있는지에 관하여 법상 규정이 존재하지 않기 때문에 불명확하다. 일반적인 견해에 의하면 특허무효선고절차는 당사자 구조로 되어 있으며, 특허권자의 해당 특허의 유효성에 대한 답변절차를 두고 있기 때문에 특허권자에 의한 무효선고 청구를 인정하게 되면 청구인과 피청구인이 동일하게 되는 문제가 발생하게 되므로 특허권자에 의한 특허무효선고 청구는 인정될 수 없다고 한다.[114]

5. 유럽특허청의 이의신청 청구인

유럽특허조약(European Patent Convention, EPC) 제99(1)조는 누구든지(any person) 특허공고 후 9개월 이내에 특허에 대하여 이의신청을 할 수 있다고 규정한다. 유럽특허청확대심판원은 그 '누구든지(any person)'를 '다른 누구든지(any other person)'로 해석하여 특허권자에 의한 자기청구(self opposition)를 불허하였다.[115][116] 특허심판원에서의 이의신청은 양당사자 구조를 전제로 하므로 특허권자 자신에 의한 청구는 인정하지 않는 것이다.[117] 그러나, 특허권자가 허수아비(man of straw)를 내세워 무효심판을 청구하는 것은 인정된다.[118][119] 특히, 특허변호사가 그의 의뢰인을 숨기고 자기의 이름으로 청구하는 것도 가능하고,[120] 본인의 전문가로서의 훈련을 위하여 청구하는 것도 가능하다.[121] 또, 청구인이 본인을 새로운 청구인으로 대체하는 것도 가능하다.[122] 그런 견지에서 외형적으로는 특허권자를 청구인에서 배제하였지만 실질적으로는 특허권자가 허수아비를 통하여 얼마든지 청구를 할 수 있는 것이다.

114) 刘国讚,「专利举发实务」, 臺北:經濟部智慧財產局, 2009, 19页,

115) Chartered Institute of Patent Attorneys, *CIPA Guide to the Patents Act*, 7th ed., Sweet & Maxwill, 2011 (hereinafter "*CIPA*"), p. 803 (G 9/93, OJ EPO 1994, 891 심결 소개).

116) Margarete Singer & Dieter Stauder, *The European Patent Convention A Commentary*, 3rd ed., Vol. 2, Sweet & Maxwell, 2003 (hereinafter "*Singer & Stauder*"), p. 95 ("The patent proprietor is not considered to be >>any person<< in the sense of Art. 99(1), first sentence.").

117) *Id.*

118) *CIPA*, p. 803 (G 3/97, OJ EPO 1999, 245 심결 소개).

119) *Singer & Stauder* p. 95 ("When a person is named as the opponent, the opposition does not become inadmissible purely because this person is acting on behalf of a third party.").

120) *CIPA*, p. 803 (". . . but there is no objection to a European patent attorney acting in his own name on behalf of a client.").

121) T 79893, OJ 1997, 363.

122) *CIPA*, p. 803.

6. 영국의 무효심판 청구인

구 1949년 영국특허법 제32(4)조는 무효심판 청구인에게 이해관계를 요구하였으나, 그 원칙은 폐기되고[123] 현행 1977년 영국특허법 제72조는 특허권자를 포함한 누구든지(any person) 특허무효의 주장을 할 수 있다고 규정하고 있다.[124][125] 2004년 법 개정에서 '특허권자'를 '누구든지'에 명시적으로 포함시켰다.[126] 무효심판 청구인의 이해관계를 요구하지 않는다는 점은 법원에 의하여도 확인된 사항이다. 이러한 '누구든지'에도 세 가지 예외가 있다. 첫째, 특허를 받을 수 있는 권리를 가지지 않은 자에게 특허가 허여되었다는 사유를 근거로 특허무효를 주장하는 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자에 의해서만 가능하다.[127] 둘째, 공동특허권자의 경우 다른 공동특허권자의 동의를 받지 않고서는 특허무효를 주장할 수 없다.[128][129] 셋째, 청구인이 법원절차를 남용하는 경우이다. 청구인이 적절하지 않은 목적을 위하여 무효청구를 하는 경우에는 법원이 그 청구를 각하할 수 있을 것이다.[130] 다만, 현실적으로 특허권자가 그에 대하여 증명하기는 용이하지 않을 것이다.[131]

123) Richard Miller, et al., *Terrell on the Law of Patents*, 17th ed., Sweet & Maxwell, 2011 (hereinafter "*Terrell*"), p. 785.

124) 영국특허법 제72(1)조 ("Subject to the following provisions of this Act, the court or the comptroller may by order revoke a patent for an invention on the application of any person (including the proprietor of the patent) on (but only on) any of the following grounds, that is to say . . .").

125) *CIPA*, p. 802 ("It is not necessary for the applicant for revocation to show a locus stndi, andy person including the proprietor of the patent can now apply for revocation, except on the ground of non-entitlement (s. 72(1)(b))").

126) *Terrell*, p. 785.

127) 영국특허법 제72(2)조 ("An application for the revocation of a patent on the ground mentioned in subsection (1)(b) above - (a) may only be made by a person found by the court in an action for a declaration or declarator, or found by the court or the comptroller on a reference under section 37 above, to be entitled to be granted that patent or to be granted a patent for part of the matter comprised in the specification of the patent sought to be revoked . . .").

128) *CIPA*, p. 802 ("However, in the case of co-owners, s.36(3) (for which see §36.05, above) makes clear that one co-owner may not seek revocation against the wishes of the others.").

129) 전용실시계약이 존재하는 경우 전용실시권자의 동의를 얻어야 하는가?

130) *CIPA*, p. 802 (Cairnstores v AB Hassle [2002] F.S.R. 35 판례 소개).

131) *CIPA*, p. 803 ("Moreover, the onus of establishing such an abuse of process requires clear and convincing evidence by whoever chooses to challenge the bona fides of an opponent.").

7. 정리

이상에서 살펴본 각 국의 특허무효심판 청구인 적격에 관한 법리는 다음 표와 같이 정리될 수 있다. 다음 표에 의하면, 우리나라를 제외하고는 살펴본 주요국이 모두 특허무효심판의 청구인을 '누구든지'에게로 허용하고 있다. 그러한 비교법적 고찰에 따라 특허무효심판 청구인을 '누구든지'에게로 넓히는 방안에 대하여 아래에서 검토한다.

구분	한국	미국	일본	중국	대만	EPC	영국
이해관계 요구 여부	Yes	No Yes(IPR)	No Yes(모인 출원 등)	No	No Yes(모인 출원 등)	No	No Yes(모인 출원 등)
특허권자의 청구?	No	Yes (일당사자) No (양당사자, PGR, IPR)	No (더미 인정)	Yes(부분 무효) No(전체 무효)	?	No (더미 인정)	Yes
성명모용 인정?	-	-	Yes (허락된 경우)	-	-	Yes (허락된 경우)	-
심사관의 청구?	Yes	-	? or Yes	-	No	-	-
실시권자의 청구?	? or Yes	Yes	Yes	Yes	-	-	-

Ⅳ. 특허무효심판 청구인을 '누구든지'로 확대하는 법 개정방안

1. 특허무효심판 청구인 확대의 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이 주요국은 한결같이 특허무효심판 청구인을 '누구든지'로 규정하여 특허무효심판 청구인에 제한을 두고 있지 않다. 그런데 우리나라는 특허무효심판을 청구할 수 있는 자로 '이해관계인'과 '심사관'만을 규정하고 있기 때문에 청구인 적격을 지나치게 제한하는 것이 아닌지에 대한 지적이 제기될 수 있다. 본래 특허무효심판제도는 마땅히 무효가 되어야 할 특허는 쉽게 무효될 수 있도록 설계되어야 한다. 그렇지 않은 경우 본디 누구라도 자유롭게 실시할 수 있

는 기술에 대하여 특허권자가 실시를 방해하는 부당한 결과가 초래되어 공중에 피해를 끼침은 물론 산업발전에 지장을 초래하게 된다. 이러한 취지에 비추어 보면, 특허무효심판의 청구인을 확대할 필요성이 높다고 본다. 그러한 취지에서 일본의 경우에도 이미 '이해관계인' 요건을 삭제하여 '누구든지' 특허무효심판을 청구할 수 있도록 법을 개정한 점을 고려하면 우리나라도 조속히 관련 규정을 개정하여야 한다.

현행 특허법이 무효심판의 청구인을 이해관계인으로 제한하는 것은 심판청구의 난립을 막아서 한편으로는 특허권자의 권익을 보호하고 다른 한편으로는 행정력의 낭비를 막기 위함이다. 그 취지는 충분히 이해되지만 다음과 같은 이유로 청구인을 확대할 필요가 있다. 첫째, 특허무효심판의 취지에 따라 마땅히 무효되어야 할 특허가 쉽게 무효될 수 있도록 하여야 한다. 둘째, 누구든지 특허무효심판을 청구할 수 있는 외국에서 청구가 난립되는 문제점에 대하여 지적하는 실증적 자료는 발견되지 않는다. 셋째, 이해관계인이라는 개념이 불명확하여 실제 분쟁에 있어 이해관계인에 해당하는지 여부에 대하여 불필요한 논쟁이 발생한다.

특허무효심판제도의 공익적 기능을 담보하기 위해서는 특허무효심판 청구인을 굳이 이해관계인으로 한정할 필요는 없다고 본다.[132] 입법적으로는 특허무효심판의 청구인을 '누구든지'로 개정하는 것을 적극 고려하여야 할 것이다. 다만, 그렇게 청구인 적격을 확대하는 경우에 ① 특허권자도 무효심판청구의 당사자가 될 수 있는지 여부, ② 심사관에 의한 특허무효를 인정할지 여부, ③ 모든 무효사유에 제한 없이 적용할 것인지 여부 등에 대한 추가적인 검토가 요구된다. 이하에서는 특허무효심판청구의 청구인을 '누구든지'로 확대하는 경우에 검토가 필요한 구체적 문제점에 대해서 자세히 살펴보기로 한다.

2. 특허권자의 청구인 적격 부인

현행 특허법 규정에 의하면 특허권자는 특허무효심판청구에 있어 청구인이 될 수 없으나, 위에서 제시한 바와 같이 특허무효심판의 청구인을 '누구든지'로 확대하는 경우 특허권자가 그 누구든지에 포함될 수 있기 때문에 특허권자도 특허무효

132) 이상경, 앞의 논문, 92면에서는 무효가 되어야 할 특허의 존재는 본래 일반인의 자유영역(public domain)에 남겨진 자유권을 침해하는 결과를 초래하므로 그와 같은 특허의 존재로 말미암아 특허발명을 실시하려는 자의 구체적이고 현실적인 자유권이 침해되기 때문에 청구인 적격을 확대할 필요가 있다고 한다.

심판을 청구할 여지가 있다. 그런데, 과연 특허권자 본인이 자신의 특허를 대상으로 무효심판을 청구할 실익이 있는지 여부에 대하여 검토하여야 한다.

특허권자의 청구인 적격을 인정하여야 한다는 주장은 다음에 근거한다. 즉, 특허권자가 보유한 특허의 권리범위가 지나치게 넓은 경우 상대방의 특허무효심판 청구에 대한 사전 대비책으로 권리범위를 축소하기 위해 해당 특허에 대한 일부무효를 청구할 수 있다. 중국 및 영국이 이러한 제도를 운영하고 있다.

특허권자의 청구인 적격을 부정하여야 한다는 주장은 다음에 근거한다. 첫째, 특허권자 본인이 특허무효심판을 청구하게 되는 경우 특허권자가 청구인이 됨은 물론 피청구인이 됨으로 인하여 당사자 구조를 가질 수 없게 된다. 현행 특허무효심판이 당사자 구조를 원칙으로 하고 있는 점과 상응하지 않게 되는 것이다. 둘째, 특허권자 본인이 특허무효를 주장하는 것은 신의칙과 금반언에 반하며, 출원심사, 무효심판 등을 위한 행정력의 낭비를 초래한다. 예전에 이의신청제도가 존재하던 시절 누구든지 이의신청을 할 수 있었으나 특허권자의 이의신청은 허용하지 않았던 이유가 이것이었다.[133)134)]

중국이 특허권자에 의한 일부무효 청구를 인정하는 이유는 특허발명의 정정에 있고, 그러한 목적은 정정심판에 의하여 용이하게 달성될 수 있다. 그런 점에서 특허권자 본인에 의한 특허무효심판청구를 인정하지 않아도 특허권자에게 아무런 불리함이 발생하지 않는다. 또, 아래에서 살피는 바와 같이, 특허권자가 다른 자의 이름을 빌려서 무효심판을 청구하는 것이 가능하므로 더욱 그러하다. 따라서 '누구든지' 특허무효심판을 청구할 수 있도록 청구인 적격을 확대하더라도 특허권자 자신에 의한 특허무효심판청구는 용인하지 않아도 무방하고, 나아가서는 (특허무효심판의 당사자 구조와 상응하므로) 바람직하다.

3. 명의를 빌린 청구의 인정

특허무효심판을 청구하고자 하는 자가 본인의 존재를 숨기고자 하는 경우, 그 자가 다른 자의 명의를 빌려서 청구할 수 있는가? 일본과 유럽특허조약은 그러한 차명 청구를 인정하고 있다. 다만, 실제 청구인은 명의를 빌려주는 자의 동의를 받아야 한다. 허락 없이 명의를 도용한 청구는 허용되지 않는 것이다. 이러한 차명 청구를 허용하고자 하는 것이 특허무효심판 청구인을 '누구든지'로 확대하는 법 개

133) 서을수, "특허이의신청제도에 관한 연구", 충남대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 27면.
134) 특허청, 「특허·실용신안심사지침서」, 1998, 263면.

정의 가장 중요한 목적일 것이다. 특허권자와의 특수한 관계로 인하여 본인 명의로 무효심판을 청구하기 곤란한 자가 자유롭게 청구할 수 있도록 하여 마땅히 무효되어야 할 특허가 조속히 무효되도록 하여야 하는 것이다. 다만, 그 명의는 실제로 존재하는 자의 것이어야 하고 존재하지 않는 자의 명의를 사용할 수는 없다. 특허무효심판을 청구하는 자의 사건을 대리하는 변리사가 본인의 이름으로 청구하는 것도 가능할 것이다.

4. 실시권자의 청구인 적격 인정

실시권자(licensee)의 특허무효심판청구의 청구인 적격과 관련하여 판례와 학설은 상반된 견해를 해소하지 못하고 있다. 우선, 실시권자의 청구인 적격을 부정하는 견해는 첫째, 실시권자가 특허무효심판을 제기하는 것은 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 저촉되는 것이며, 둘째, 실시권자는 실시허락계약의 기간 내에서는 권리의 대항을 받을 염려가 없어서 업무상 손해를 받거나 받을 염려가 없다는 것이다. 그러나 이와 달리 실시권자의 청구인 적격을 긍정하는 견해는 첫째, 실시권자는 특허의 무효사유를 누구보다 잘 알 수 있는 위치에 있고, 특허발명의 실시에 따른 실시료를 지급하고 있기 때문에 특허의 무효에 따른 경제적·법률적 이익이 있다고 보며, 둘째, 실시권자라는 이유만으로 당연히 무효심판을 청구할 이해관계를 부정하는 것은 타당하지 않다고 본다.[135] 미국, 일본, 중국 등은 실시권자의 청구인 적격을 인정하고 있다.

실시권자의 특허무효심판 청구인 적격에 관한 이견을 해소하기 위해서는 대법원이 명확한 입장을 제시할 필요가 있다. 그러나 대법원의 해석을 기다리지 않고 입법적인 해결을 시도할 수 있다. 즉, 청구인 적격을 '누구든지'로 하는 경우에는 실시권자의 청구인 적격에 관한 소모적이고 불필요한 논쟁을 조속히 해결할 수 있을 것이다. 물론, 누구든지에 실시권자가 포함되는지에 대하여 여전이 이견이 있을 수 있으나, 입법 과정에서 그 사항에 대하여 명확하게 하여야 할 것이다. 다만, 특허권자와 실시권자간에 해당 특허의 무효를 다투지 못하도록 하는 부쟁합의가 있는 경우에는 (그 합의가 유효하다는 전제 하에) 실시권자의 청구인 적격을 부정할 수 있을 것이다. 한편, 이러한 부쟁합의가 남용되는 경우에는 부당한 권리행사로 인하여 독점규제법 제59조의 반대해석상 독점규제법의 적용대상이 되고, 이에 따라 부당한 지위남용행위에 해당될 수 있기 때문에 부쟁합의에 있어 권리남용이 있어서는 안 될 것이다.

135) 김동준, 앞의 논문, 130면; 김수철, 앞의 논문, 20면; 이상경, 앞의 논문, 92면.

5. 심사관의 청구인 적격 인정

'누구든지'에 심사관이 포함되는가? 심사관에 의한 무효심판 청구를 부정하여야 할 논거는 다음과 같이 제시될 수 있다. 첫째, 심사관에 의한 무효심판 청구가 가능하였던 우리나라, 일본, 대만 등에서 실제로 심사관에 의한 청구는 거의 없는 실정이었다. 즉, 심사관에 의한 청구를 허용하는 이유는 이론적으로는 그럴듯해 보여도 실제로는 활용되지 않는 것이다. 대만이 이러한 이유로 심사관에 의한 청구를 허용하지 않는다. 둘째, 심사관 자신이 무효심판을 청구할 수 있게 하는 것이 심사관에게 지나친 부담을 주는 것이 된다. 아마도 이것이 실제로 심사관에 의한 청구가 거의 없었던 이유가 될 것이다.

심사관에 의한 무효심판 청구를 인정하여야 할 논거는 다음과 같이 제시될 수 있다. 첫째, 행정청(심사관)의 오류(특허결정)에 대하여 해당 행정청이 무효를 우선 판단할 수 있게 하는 것(심판전치주의)이 특허무효심판의 취지이므로 심사관의 무효심판 청구는 그러한 취지에 부합한다. 둘째, 무효사유를 발견하였으나 무효심판을 청구하기가 여러 가지 이유로 곤란한 자가 심사관에게 정보를 제공하여 심사관이 직권으로 청구할 수 있도록 할 필요가 있다. 셋째, 무효심판 청구인 적격을 좁게 책정하고 있는 현행 법에서도 '심사관'의 청구인 적격을 인정하였으므로, 무효심판 청구인 적격을 확대하고자 하는 취지에 따르면 심사관의 청구인 적격을 당연히 인정하여야 한다.

심사관에 의한 무효심판 청구의 건수가 별로 없어 왔고 앞으로도 많아질 것으로 기대되지는 않지만, 공익을 대변하는 심사관이 특허무효사유의 존재를 인지하고도 그 특허에 대하여 어떤 행동을 취하지 못하게 하는 제도는 바람직하지 않다. 마땅히 무효되어야 할 특허가 더 쉽게 무효되게 하는 것이 청구인 적격을 '누구든지'로 확대하는 근거가 되며 그런 견지에서 심사관을 '누구든지'의 부분집합으로 인정하여야 한다.

6. 무효사유에 따른 청구인 제한

특허법 제133조 제1호 내지 제8호가 무효사유를 제한적으로 열거하고 있다. 특

히, 제2호는 특허를 받을 수 있는 권리를 가지지 않은 자에 의한 출원인 경우 또는 공유자 전원이 동의하지 않은 출원인 경우를 무효사유로 적시하고 있다. 전자를 흔히 모인출원이라고 부르고 후자를 비공동출원이라고 부를 수 있다. 모인출원이 잘못 특허되어 모인특허가 되는 경우에 그 특허에 대하여 특허무효심판을 청구하는 자는 (분쟁의 원활한 해결을 위하여) 애초 특허를 받을 수 있는 자로 제한할 필요가 있다. 비공동출원이 잘못 특허되어 특허가 되는 경우에 그 특허에 대하여도 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한 자 중 출원인이 되지 못한 자로 제한할 필요가 있다. 즉, 모인출원 또는 비공동출원으로부터 비롯되는 특허에 대하여는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자만 무효심판 청구인 적격을 가질 수 있는 것이다. 달리 말하면, 누구든지 특허무효심판을 청구할 수 있되 다만, 특허법 제133조 제2호에 의한 청구의 경우에는 청구인을 이해관계인으로 제한할 필요가 있는 것이다. 일본, 대만, 영국 등이 이러한 제도를 운영하고 있다.

V. 특허무효심판 청구인 확대와 관련된 고려사항

1. 일사부재리원칙 적용대상인 '누구든지'의 변경

우리 특허법에서 '누구든지'라는 용어를 사용한 사례는 다섯 곳에서 발견된다.[136] 특히, 심사청구 및 정보제공을 누구든지 할 수 있도록 한 것은 특허의 대세적 성격을 반영한 것이라 할 수 있다.[137] 특허가 장기간 심사계류 중인 경우 권리가 불안정한 기간이 길어지므로 누구든지 심사청구를 할 수 있도록 하였고,[138] 해

136) 특허법 제59조 제2항("특허출원이 있는 때에는 누구든지 그날부터 5년이내에 특허청장에게 그 특허출원에 관하여 출원심사의 청구를 할 수 있다."); 제63조의2("특허출원이 있는 때에는 누구든지 그 특허출원이 거절이유에 해당되어 특허될 수 없다는 취지의 정보를 증거와 함께 특허청장에게 제공할 수 있다. 다만, 제42조제3항제2호, 같은 조 제8항 및 제45조에 규정된 요건을 갖추지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다."); 제133조 제1항("이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다. 이 경우 특허청구범위의 청구항이 2 이상인 때에는 청구항마다 청구할 수 있다. 다만, 특허권의 설정등록이 있는 날부터 등록공고일 후 3월 이내에 누구든지 다음 각 호(제2호를 제외한다)의 어느 하나에 해당한다는 이유로 무효심판을 청구할 수 있다."); 제163조("이 법에 의한 심판의 심결이 확정된 때에는 그 사건에 대하여는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다."); 제224조("누구든지 [특허에 관한 허위표시]에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.").

137) 이런 장면에서 특허는 순수한 사권(私權)이 아닌 측면을 가진다.

138) 특허법 제59조 제2항("특허출원이 있는 때에는 누구든지 그날부터 5년 이내에 특허청장에게 그 특허출원에 관하여 출원심사의 청구를 할 수 있다.").

당 출원에 대한 중요한 정보가 있는 경우 그 정보를 누구든지 제출하여 심사관이 참고하고 나아가 잘못된 특허결정을 미연에 방지할 수 있도록 하고 있다.[139] 일사부재리원칙과 관련하여 우리 특허법 제163조는 확정 심결이 존재하는 경우 "누구든지 동일사실 및 동일증거"을 근거로 다시 심판을 청구할 수 없도록 규정하고 있는데,[140] 일사부재리원칙의 적용대상을 '누구든지'로 하는 현행 법리가 무효심판의 청구인을 '누구든지'로 확대하는 것에 의하여 영향을 받는 것으로 보인다.

무효심판의 청구인을 '누구든지'로 확대하면서 일사부재리원칙의 적용대상도 '누구든지'로 유지하는 경우, 특허권자가 자신의 허수아비(더미)를 내세워 무효심판을 청구하고 대상 증거에 대한 무효논리를 적절히 제시하지 않아서 특허무효가 아니라는 심결이 확정된 경우, 그 증거로는 누구든지 새로운 심판을 청구할 수 없게 된다. 즉, 특허권자가 대상 증거를 근거로 한 차후의 공격을 방지하기 위하여 미리 그 증거에 기반한 허위의 무효심판을 청구하는 작전을 펼칠 수 있는 것이다. 이러한 작전이 유효한 것이 되는 것을 방지하기 위해서는 일사부재리원칙의 적용대상을 확정심결의 당사자 또는 참가인으로 한정할 필요가 있다. 즉, 특허권자의 허수아비가 어떤 증거를 근거로 무효심판을 청구하였다고 하더라도 진정한 이해관계인은 차후 그 증거를 근거로 새로운 무효심판을 청구할 수 있도록 하여야 하는 것이다.

2. 공중심사를 위한 정보제공자로서의 '누구든지'

특허법 제63조의2는 "특허출원이 있는 때에는 누구든지 그 특허출원이 거절이유에 해당되어 특허될 수 없다는 취지의 정보를 증거와 함께 특허청장에게 제공할 수 있다"고 규정하고 있다. 여기서의 누구든지에 특허권자, 심사관, 실시권자, 성명모용자 등이 포함될 수 있는가? 동 규정이 심사관의 심사를 돕기 위하여 공중이 심사에 참가한다는 취지를 가지므로 그런 견지에서, 동 정보제공자로서의 '누구든지'에는 어떠한 제한이 있을 필요가 없다. 심지어 다른 자의 동의를 얻어서 그 자의 이름을 빌려서 정보를 제공하는 것도 가능할 것이다. 다만, 다른 자의 동의를

139) 특허법 제63조의2("특허출원이 있는 때에는 누구든지 그 특허출원이 거절이유에 해당되어 특허될 수 없다는 취지의 정보를 증거와 함께 특허청장에게 제공할 수 있다. 다만, 제42조제3항제2호, 같은 조 제8항 및 제45조에 규정된 요건을 갖추지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.").

140) 특허법 제163조("이 법에 의한 심판의 심결이 확정된 때에는 그 사건에 대하여는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다.").

얻지 않고 그 자의 이름을 빌리는 행위는 금지되어야 한다.

3. 일본의 이의신청제도의 재도입

일본은 2003년 법 개정으로 폐지하였던 이의신청제도를 다시 도입하는 법 개정안을 2014년 3월 11일 공포하였다.[141] 동 개정안에 의하면, 특허공보 발행일로부터 6개월 동안에는 '누구든지' 이의신청을 할 수 있고,[142] 그 기간 이후에는 이해관계인만이 특허무효심판을 청구할 수 있다. 일본이 특허무효심판 청구인을 이해관계인으로 다시 축소하는 법 개정을 하였는데, 우리는 다음과 같은 선택에 대하여 검토를 할 수 있다. 첫째, 일본과 같은 방식으로 이의신청제도를 다시 도입하되, 특허무효심판 청구인은 이해관계인 및 심사관으로 현행 유지하는 방안. 둘째, 현행 우리 제도를 그대로 유지하는 방안, 셋째, 이의신청제도를 다시 도입하되, 특허무효심판 청구인을 '누구든지'에게로 확대하는 방안. 이러한 세 개 방안에 대한 비교형량은 필연적으로 이의신청제도의 재도입 필요성에 대한 검토를 전제를 하고, 그러한 검토는 또 다른 하나의 논문의 작성을 요하는 것이 될 것이다. 이 글에서는 특허무효심판 청구인 적격을 '누구든지'로 확대하는 방안에 대하여 제안을 하는 선에서 만족하고, 이의신청제도의 재도입 필요성에 대하여는 후속 연구를 다짐한다.

Ⅵ. 결론

특허법 제133조 제1항은 특허무효심판의 청구인을 "이해관계인 또는 심사관"으로 제한하고 있다. 동 제한은 민사소송법이 소송을 위해서는 원고가 소의 이익을 가질 것을 요구하는 법리에 근거를 둔 것이다. 심사관은 공익이라는 이익을 대변하는 자로 해석된다. 이 글은 특허무효심판의 청구인 적격과 관련하여 미국, 일본, 중국, 대만, 유럽특허청, 영국의 법리를 분석하였다. 그러한 분석에 따라 그 나라들은 특허무효심판의 청구인을 '누구든지(any person)'로 확대하고 있음을 확인하였다. 특허의 대세적 효력을 감안하여 누구든지 무효심판을 청구할 수 있도록 하는

141) 일본특허청, "특허법등의 일부를 개정하는 법률안 개요". <http://www.jpo.go.jp>.

142) 일본 특허법 제113조 제1항("何人も,特許掲載公報の発行の日から六月以内に限り,特許庁長官に,特許が次の各号のいずれかに該当することを理由として特許異議の申立てをすることができる。この場合において,二以上の請求項に係る特許については,請求項ごとに特許異議の申立てをすることができる。").

것이 특허제도의 목적에 더 부합한다고 본 결과라고 생각된다. 이에, 이 글은 '누구든지' 특허무효심판을 청구할 수 있도록 하는 특허법 개정안을 제안한다.

이 글은 '누구든지'의 의미에 어떤 제한을 둘 것인지에 대하여 추가적인 분석을 하였다. 즉, 특허권자, 명의를 빌린 자, 실시권자, 심사관 등에 의한 무효심판 청구를 폭넓게 허용할 것인지 아니면 제한을 할 것인지에 대하여 논리적인 분석을 하였다. 그 결과, 이 글은 다음과 같은 결론을 도출하였다.

첫째, 특허권자의 청구인 적격은 부정되어야 한다. 특허권자가 본인의 특허에 대하여 무효심판을 청구할 실익이 인정되지 않는다. 혹시, 그러한 필요성이 있는 특별한 경우에는 제3자의 명의를 빌려서 청구하는 것이 가능하다.

둘째, 명의를 빌린 청구를 인정하여야 한다. 특허권자와의 특수한 관계로 인하여 무효심판을 청구하기 곤란한 자가 (허락 하에) 제3자의 명의를 빌려 청구할 수 있어야 한다.

셋째, 실시권자의 청구인 적격은 인정되어야 한다. 실시권자는 무효사유에 대하여 가장 잘 아는 자이고 특허무효로 인하여 가장 큰 이익을 볼 수 있는 자이다.

넷째, 심사관에 의한 청구를 인정하여야 한다. 심사관에 의한 청구가 현실적으로 없어 왔다는 점에도 불구하고 심사관의 공익의 대변자의 역할을 인정하여야 한다.

다섯째, 모인출원 또는 비공동출원으로부터 비롯되는 특허에 대하여는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자만이 청구인 적격을 가진다. 해당 무효사유에 대하여는 그 자만이 진정으로 다툴 수 있고 그 자가 다투어야 관련 권리관계가 명확하게 정리된다.

여섯째, 일사부재리원칙의 적용대상을 현행 '누구든지'에서 확정 심결에서의 당사자 또는 참가인으로 제한하여야 한다. 누구든지 무효심판을 청구할 수 있게 하면서 일사부재리원칙의 적용대상을 '누구든지'로 두는 경우 부실한 무효심판 다툼의 일사부재리 효과가 너무 과도하게 된다.

이상의 방안을 구체화 하는 특허법 개정방안은 다음 표와 같이 제시될 수 있다.

<특허법 제133조 제1항 개정방안>

현행 규정	개정방안
[1문] 이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다.	[1문] 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 특허권자를 제외한 누구든지 무효심판을 청구할 수 있다.
[2문] 이 경우 특허청구범위의 청구항이 2 이상인 때에는 청구항마다 청구할 수 있다.	[2문] (좌동)
[단서] 다만, 특허권의 설정등록이 있는 날부터 등록공고일 후 3월 이내에 누구든지 다음 각 호(제2호를 제외한다)의 어느 하나에 해당한다는 이유로 무효심판을 청구할 수 있다.	[단서] 다만, 제2호에 의한 청구의 경우에는 이해관계인만이 청구할 수 있다.

상기 개정방안에 따라, ① 무효심판의 청구인이 '누구든지'로 넓어지고, ② 특허권자는 그 누구든지에 포함되지 않는 점이 명확하게 된다. 청구인이 '누구든지'로 넓어짐에 따라 (등록공고일 후 3개월 동안에는 누구든지 무효심판을 청구할 수 있다는) 현행 단서의 내용은 1문에 의하여 이미 달성되고 있으므로 단서는 삭제될 필요가 있다. 실시권자 또는 심사관의 청구인 적격을 인정하는 점에 대하여는 대상 개정방안의 취지를 설명하는 입법이력에 남길 수 있을 것이다. 그러나, 그러한 점을 명확하게 규정하고자 한다면 위 개정방안의 "특허권자를 제외한 누구든지"의 표현을 "특허권자를 제외하고 실시권자 및 심사관을 포함하는 누구든지"로 변경할 수 있다.

특허법 제163조(일사부재리)의 개정방안은 다음과 같다.

<특허법 제163조 개정방안>

현행 규정	개정방안
이 법에 따른 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다.	이 법에 따른 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 심결의 당사자 또는 참가인은 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다.

(논문접수일 : 2014.11.06, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.11)

정 차 호 · 양 성 미

무효심판, 특허, 청구인, 이해관계인, 심사관, 실시권자, 누구든지

【참 고 문 헌】

임병웅, 「특허법 제10판」, 한빛지적소유권센터, 2012.

전준형, 「미국특허법」, 세창출판사, 2011.

정상조・박성수 공편, 「특허법주해Ⅱ」, 박영사, 2010.

특허청, 「우리나라 특허법제에 대한 연혁적 고찰」, 2007.

특허청, 「특허・실용신안심사지침서」, 1998

김동준, "실시권자의 특허무효심판청구에 관한 소고", 「충남대학교 법학연구」 제18권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2007.

김수철, "실시권자의 무효심판 청구적격에 관한 고찰", 「지식재산연구」 제5권 제2호, 한국지식재산연구원, 2010.

서을수, "특허이의신청제도에 관한 연구", 충남대학교 대학원 석사학위논문, 2002.

이상경, "특허・상표법상 심판청구인적격으로서의 이해관계인", 「인권과 정의」 263호, 대한변호사회, 1998.

田口 傑, "平成23年改正特許法における無効審判及び訂正審判の運用について", 「特技懇」No. 267, 特許庁技術懇話会, 2012.

小林純子, "第123条(特許無効審判)", 「新・注解 特許法」下巻(中山信弘・小泉直樹 編), 青林書院, 2011.

青山紘一 , 「特許法」第9版, 法學書院, 2007.

辻居幸一, "特許の実施許諾契約等をめぐる問題点", 「知的財産法の理論と實務」第1券(牧野利秋・飯村敏明 編), 新日本法規出版, 2007.

青木康・ 荒垣恒輝, 「新版特許手続法」, 弘文堂, 2004.

特許判例百選」第3版(中山信弘・ 相沢 英孝・大淵 哲也 編), 別冊「ジュリスト」No. 170, 有斐閣, 2004.

保坂 延寿, "「何人も」請求できる無効審判の諸問題", 「パテント」Vol. 56 No. 8, 日本弁理士会, 2003.

日本 特許庁, "特許法等の一部を改正する法律について", 2003.

日本 特許庁, "平成15年改正法における無効審判等の運用指針", 2003.

吉藤幸朔, 「特許法概設」第13版, 有斐閣, 2001.

荒垣恒輝, "第123条", 「注解特許法」下巻 第3版(中山信弘 編著), 青林書院, 2000.

園成樹, "通常実施権者による意匠登録の無効審判の請求", 「判例ライセンス法」(山上和則先生還暦記念論文集), 発明協会, 2000.

中山信弘, 「工業所有権法」上 特許法, 弘文堂, 2000.

盛岡一夫, 「工業所有權法 概說」第3版, 法學書院, 1999.

橋本良郎, 「特許法」第3版, 有斐閣, 1993.

豊崎光衛, 「工業所有權法」新版・增補, 有斐閣, 1980.

織田秀明・石川義雄,「增訂新特許法詳解」, 日本發明新聞社, 1972.

永田大二郎 編, 「実施契約 : 特許とノーハウの利用 」, 有斐閣, 1966.

中山信弘, "特許無效審判における請求人適格", 「豊崎光衛追悼記念」.

日本 特許庁, "平成23年改正法における無効審判及び訂正審判の実務の考え方"(第3章 無効審判).

李新・芝谭红, "专利无效宣告程序中专利文件的修改", 法律适用, 2012.

尹新天, 「中国专利法详解」, 知识产权出版社, 2011.

陈秀英, "试析专利权无效宣告请求人", 全国商情(理论研究), 2010.

唐银益, "浅析专利权无效宣告请求人的主体资格", 2007.

专利局审查业务管理部主编, 「专利审查指南修改导读」, 专利文献出版社, 2002.

谢铭洋,「智慧财产权法」 2013年 最新版, 元照出版社, 2013.

杨崇森,「专利法理论与应用」 修订三版, 三民书局. 2013.

刘国讚, "新专利法有关举发之修正及其实务影响", 万国法律, 2012.

刘国讚,「专利举发实务」, 臺北:經濟部智慧財產局, 2009.

張君如, "美國專利無效判斷雙軌制之研究", 國立中正大學財經法律學研究所碩士論文, 2009.

杨崇森,「专利法理论与应用」 2版, 2007.

Chartered Institute of Patent Attorneys, *CIPA Guide to the Patents Act*, 7th ed., Sweet & Maxwill, 2011.

Margarete Singer & Dieter Stauder, *The European Patent Convention A Commentary*, 3rd ed., Vol. 2, Sweet & Maxwell, 2003.

Richard Miller, et al., *Terrell on the Law of Patents*, 17th ed., Sweet & Maxwell, 2011.

Abstract

Requester Standing in a Patent Invalidation Trial

– Expanding from "Interested Person" to "Any Person" –

Chaho JUNG
Sheng Mei LIANG

Article 133(1) of the current Korean Patent Act limits the requester for a patent invalidation trial as "an interested person or an examiner." The patent invalidation trial is a type of administrative trial, and an administrative trial, and furthermore, an administrative litigation is based on the legal principle of the Korean Civil Procedures Act. The legal principle of the Civil Procedures Act requires the plaintiff of a litigation to have the interest of the litigation, so it seems to be natural that the requester of a patent invalidation trial shall have interest in the same trial. However, in the U.S., Japan, China, Taiwan, European Patent Office, Britain, etc., 'any person' is permitted to request for a patent invalidation trial. Any person being able to request for a patent invalidation trial against a patent which should be invalidated will correspond to the common good, so those countries do not demand the "interested person" requirement. This study reviewed the legal principles of major countries with a plan to expand the requester of a patent invalidation trial to 'any person', and accordingly the following conclusions were derived. First, the standing of the patentee as the requester shall be denied. Second, the request with borrowed name shall be accepted. Third, the licensee's standing as requester shall be accepted. Fourth, a request by an examiner

shall be accepted. Fifth, for the patents registered by certain person or non-joint application, only the person who has the right to receive the patent has the standing as a requester.

Chaho JUNG · Sheng Mei LIANG

Invalidation Trial, Patent, Requester, Interested Person, Examiner, Licensee, Any Person

가맹업자의 출원 중인 상표사용에 관한 소고

류 석 희*
소 재 선**

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 상법상 '가맹업'과 가맹사업법 규정 비교
1. 상법상 가맹업의 개정 및 편입목적
2. 상법상 '가맹업'규정과 가맹사업법 규정에 관한 검토
3. 소결
Ⅲ. 가맹사업법상 상표에 관한 규정검토 및 문제점
1. 가맹사업법상 상표에 관한 주요규정
2. 정보공개서 상 상표에 관한 주요규정
3. 소결
Ⅳ. 나오며

【국 문 요 약】

가맹업은 2010.5.14.에 상법 제2편 상행위 제13장에 별도의 규정으로 신설되었으며, 이는 가맹업의 지속적인 증가와 발전에 따른 중요한 상행위로 인식되었기 때문이라고 생각된다. 가맹업과 관련된 법률은 상법상 가맹업 이외에도 2002.5.13.에 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 "가맹사업법"이라 한다)이 제정되어 현재 시행되고 있다. 법률에 대해 잘 알지 못하는 가맹상의 경우 상법이 가맹사업법의 모법인지, 상법상 해당 법률이 있는지 모르는 경우가 대부분이다. 또한 상법상 사용되는 가맹업관련 용어 및 규정 등이 가맹사업법과 일부 달라 혼동을 초래하기도 한다.

가맹업은 가맹업자의 등록된 상표를 통해 가맹상에게 대금을 받고 상표를 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것으로 상표는 가맹업을 영위함에 있어 매우 중요한 요소이다. 그러나 최근 신규 가맹업자의 정보공개서 등록신청 시 출원만 진행된 상표를 정보공개서상 기재를 하고, 정보공개서 등록을 받는 경우가 발생하고 있다. 즉, 등록되지 않은 상표를 통해 정보공개서를 등록하고 등록된 정보공개서를 가맹상에게 의무적으로 제공하여 가맹상의 최종 판단에 의한 가맹계약을 체결함으로써 가맹업을 영위하게 된다. 법률적 지식이 부족한 가맹상이 가맹업을 운영하던 중 해당 상표가 선 등록된 유사상표가 있거나 각종의 사유로 최종 거절된 경우 이에 따른 불이익은 가맹상의 몫이 될 수 있다. 따라서 신규 상표의 경우 가맹업의 운영경력 또한 미진한 경우가 많으므로 가맹업자의 출원 중인 상표를 통해 정보공개서의 등록신청을 제한하는 것이 현실적으로 필요하다고 생각되며, 가맹상의 피해를 최소화할 수 있는 방안이 될 것이다.

* 전주대학교 창업선도대학 책임멘토위원, 경희법학연구소 연구원, 법학박사.
** 경희대학교 법학전문대학원 교수 / 경희법학연구소 연구위원, 법학박사.

Ⅰ. 들어가며

1995년 상법 개정을 통해 가맹사업을 기본적인 상행위로 규정하였으나 구)상법상 가맹업에 대한 정의인 '상호・상표 등의 사용허락에 의한 영업행위'는 가맹업 이외에도 대리점 등으로 해석되기도 하였다.[1] 가맹사업의 고속화 발전으로 인해 정부에서는 2002.5.13.에 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 "가맹사업법"이라 한다)을 제정한 이후 지속적으로 해당법률을 개정하고 있으며, 2010.5.14.에 상법 제2편 제13장에 '가맹업'에 대한 규정을 별도로 신설하여 현재 시행되고 있다.[2]

상법상 '가맹업'은 가맹사업법의 모법이지만 법률에 대해서 잘 알지 못하는 가맹본부 또는 가맹희망자는 가맹사업법만이 가맹사업에 관한 법률로 알고 있는 경우가 많다. 상법상 '가맹업'은 가맹사업법상 규정내용과 차이점이 있다. 대표적인 예로 상표와 관련하여 가맹업에서는 '상호 등'으로 표현을 하고, 가맹사업법에서는 '영업표지'로 용어를 사용하고 있으며, 이에 대한 세부적인 사항은 후술하여 살펴보기로 하겠다.

최근 가맹본부는 ① 수시로 생겼다가 수시로 가맹본부를 정리하거나[3], ② 가맹희망자로부터 가맹금[4] 등을 수령 후 도주, ③ 가맹본부가 가맹희망자에게 정보공개서[5]제공의무를 준수하지 않아 가맹희망자에게 피해가 발생하는 등 최근 사회적 문제로 대두되고 있는 실정이다.

1) 임재호, "프랜차이즈계약의 내용과 해석원리",「상사법논총-제남 강위두박사 화갑기념」上, 제남강위두박사 화갑기념논문집 간행위원회(1996), 101면; 해당 정의는 가맹업에만 적용된 것으로 보기 어렵다는 주장(이한무, 이한무,「가맹사업법 해설」, 법률정보센타(2014), 11면)과 입법자의 의도로서 상법상 가맹업을 규정한 것이라는 주장으로 대립된다(이기수/최병규, 「상법총칙・상행위법」 제7판, 박영사(2010), 589면).

2) 류석희, "가맹거래사제도의 개선방안 연구", 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문(2014).

3) 숭실대학교에서 진행된 '한국프랜차이즈학회 '제6회 학술대회'에서 이같은 내용이 논문으로 발표됐다. 숭실대 벤처학과 박사과정 진문근씨와 숭실대 벤처중소기업학과 박주영 교수는 전체 3311개 프랜차이즈 가맹본부 전수 조사 결과에 따르면, 2008~2012년 폐업한 가맹본부는 총 1461건으로 나타났다. 이 중 폐업수가 가장 많은 가맹본부는 사업기간이 1~2년된 가맹본부로 전체 535건이었다. 또 0~3년의 사업기간을 가진 가맹본부의 폐업률은 전체 폐업 가맹본부의 43%, 0~5년안에 폐업하는 가맹본부는 전체의 73%였다(창업경영신문, "5년 이상 가맹본부...가맹점 폐업", 보도기사, 2013.7.4., <http://mnb.moneyweek.co.kr/mnbview.php?no=2013070122298066880>(2014.12.12. 검색).

4) 가맹희망자 또는 가맹점사업자가 가맹점운영을 목적으로 가맹본부에게 지급하는 비용을 말한다.

5) 일본은 정보공개서를 '법정개시서면'(川越憲治,「フランチャイズ契約の知識」, 日本フランチャイズチェーン協會(2001), 90面)이라고 하며, 기재내용은 가맹사업법 제2조 제10호 정보공개서의 기재내용과 유사하다.

가맹사업법 제7조에 의거하여 가맹본부는 가맹희망자 및 가맹점사업자에게 정보공개서를 의무적으로 제공하도록 규정하고 있고, 정보공개서의 표준양식상 가맹본부의 상표[6]에 관한 사항을 기재하여 가맹희망자 또는 가맹점사업자가 쉽게 확인할 수 있도록 규정하고 있다.[7]

우리나라의 경우 상표의 지적재산권과 관련하여 '사용주의'를 채택하고 있는 미국과는 달리 등록주의를 채택하고 있다.[8] 그럼에도 불구하고 최근 공정거래위원회에 등록된 가맹본부의 정보공개서를 확인해보면 상표의 출원만을 진행하였을 뿐 특허청에 등록되지 않은 상표를 정보공개서상에 기재하여 가맹사업법 제6조의2의 절차에 따른 정보공개서 등록신청을 접수한 이후 정보고개서의 등록이 완료된 사례를 쉽게 찾아볼 수 있다.[9] 이 경우 가맹희망자는 공정거래위원회가 가맹본부의 정보공개서를 심사함에 있어 정보공개서상 기재된 내용과 상표 등에 이상이 없음으로 최종판단하여 가맹본부의 정보공개서를 등록완료해 준 것이라 판단할 여지가 충분히 있다. 이는 가맹희망자가 가맹본부와 가맹계약을 체결하더라도 문제가 발생하지 않을 것이라 믿고 최종 가맹계약을 체결하는데 직접적 영향력을 제공하는 주요한 요인으로 작용될 수도 있다.

문제는 가맹본부의 등록되지 않은 상표로 가맹사업당사자간의 가맹사업계약을 체결한 이후 ① 가맹본부가 가맹금 등을 수령 후 도주한 경우, ② 최종 상표등록이 거절된 경우 등의 사유가 발생한 때 가맹희망자는 해당 상표를 통한 가맹사업의 운영을 할 수 없는 등 이에 대한 피해는 고스란히 가맹희망자의 몫이 될 수 밖에 없는 것이 현실이다. 따라서 본고에서는 상기의 문제에 대한 피해를 사전예방하기 위한 목적으로 가맹본부의 출원 중인 상표사용에 관한 연구를 진행하고자하며, Ⅱ.에서는 상법상 '가맹업'과 가맹사업법상 주요 규정을 전체적으로 비교하여 살펴보고, Ⅲ.에서는 가맹사업법상 상표에 관한 주요규정을 검토하여 문제점을 살펴보고자하며, Ⅳ.결론을 통해 개선방안 등을 도출함으로써 가맹상의 보호와 가맹업의 안정적인 발전에 도움이 되길 바란다.

6) 가맹사업법 제2조 제1호에서는 "자기의 상표・서비스표・상호・간판 그 밖의 영업표지"를 총칭하여 '영업표지'로 사용하고 있으며, 본고에서는 필요에 따라 상표 등 영업표지를 혼용하여 사용하고자 한다.

7) 가맹사업법 시행령 제4조 제1항 별표 1. 정보공개서의 기재사항.

8) 상표법 제41조(상표권의 설정등록) 제1항.

9) 2014년 2월 공정거래위원회에 등록된 외식업 관련 76개의 정보공개서를 분석한 결과 상표 등 영업표지가 등록 완료된 가맹업자는 29개로 38%, 출원 중인 경우는 30개로 40%, 출원 준비 중인 경우는 13개로 17%, 정보공개서 미확인된 경우는 4개로 5%로 조사되었다(가맹거래사 쌈밥의 정보공개서, http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=foodrink&logNo=206566252(2014.10.13. 검색).

Ⅱ. 상법상 '가맹업'과 가맹사업법 규정 비교[10]

1. 상법상 가맹업의 개정 및 편입목적

상법상 가맹업의 개정 및 편입이유는 ① 가맹업은 상행위로 명시되어 있으나 구체적인 법률관계에 관한 규정이 없어 약관 등에 의존하여 규율되고 있고, ② 가맹업의 특성을 반영하여 i) 가맹업자 경업금지 의무와 가맹상의 비밀 준수의무를 부여, ii) 가맹상은 가맹업자의 동의를 받아 영업양도를 하도록 하며, iii) 가맹계약의 중도해지를 인정하는 등 가맹업의 법률관계를 구체화하고, ③ 가맹업의 법률관계를 구체화함으로써 당사자 간에 분쟁 방지 및 가맹업의 활성화에 목적이 있음을 알 수 있다.[11]

2. 상법상 '가맹업'규정과 가맹사업법 규정에 관한 검토

1) 의의

상법 제168조의6에서는 "자신의 상호·상표 등(이하 "상호 등"이라 한다)을 제공하는 것을 영업으로 하는 자(이하 "가맹업자"라 한다)로부터 그의 상호 등을 사용할 것을 허락받아 가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라 영업을 하는 자(이하 "가맹상"이라고 한다)"를 가맹업으로 정의하고 있으며, 가맹사업법 제2조 제1호의 정의[12]와 동일한 취지이다.

가맹상은 가맹업자의 상호를 사용하여 가맹업을 시작하므로 당연상인에 해당되며, 가맹업자는 보수를 받고 상호 등을 제공하므로[13] 상인성은 가맹업 자체만으로도 발생한다고 볼 수 있다.[14] 상법 제168조의6에서 상호 등의 제공을 통해 영업하는 자에 대해서 가맹업자로 규정을 하게 되는 경우 가맹업은 영업을 위한 수단으로 상호 등을 제공하면 되는 것으로 볼 수 있는바 해당 규정만으로는 가맹업과 단순한 상호·상표의 사용허락과 구별하는데 어려움이 있다.[15] 따라서 가맹사업법상 '가맹사업'의 정의와 같이 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 원재료 및 부재료를 포함한 상품 또는 용역을 판매하도록 하면서 이에 따른 ① 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제와 ② 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계가 수반될 필요성이 있다고 본다(이와 관련하여 가맹계약을 통해 상호·상표의 사용허락을 기초로 가맹상은 가맹업자에게 일정한 사용료를 지급하고 가맹업자의 통일된 지시·통제[16]에 따라 가맹점을 운영하는 것이 일반적이다[17]).

상법상 가맹업에 대한 정의는 가맹사업법의 정의 내용 중 ① 가맹사업(상법상 "가맹업"), ② 가맹본부(상법상 "가맹업자"), ③ 가맹점사업자(상법상 "가맹상"), ④ 영업표지(상법상 "상호"등)에 관한 용어에 한정하고 있을 뿐이다.[18] 생각건대 가맹사업에 대한 모든 용어에 대해 통일된 명칭 및 정의를 하지 않는 경우 일반인에게 혼동을 줄 수 있으므로 상법과 가맹사업법상 사용되는 용어를 통일하여 사용하는 것이 효율적이라고 본다.

2) 가맹업자의 의무

상법 제168조의7에서는 가맹업자의 의무로써 ① 가맹업자는 가맹상의 영업을 위하여 필요한 지원을 하여야 하고, ② 가맹업자는 다른 약정이 없으면 가맹상의 영업지역 내에서 동일 또는 유사한 업종의 영업을 하거나 동일 또는 유사한 업종의 가맹계약을 체결할 수 없고, 가맹사업법 제5조[19]와 동일한 취지이다. 가맹사업

10) 류석희, 전게논문, 9-17면을 추가 수정 및 보완하여 Ⅱ.를 정리하였다.
11) 법제처, <http://www.moleg.go.kr/main.html> (2014.10.13. 검색).
12) 가맹사업법 제1조 제1호
"가맹사업"이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 "영업표지"라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다.
13) 상호·상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위(상법 제46조 제20호).
14) 이철송, 「상법총칙·상행위」 제12판, 박영사(2013), 613면; 류시창, 「상법총칙·상행위법」, 법문사(2013), 275면.
15) 이철송, 상게서, 613-614면; 김화진, 「상법강의」, 박영사(2013), 142면.
16) Allen S. Joslyn, Legislative Definition s of The Franchise Relationship, New York Law School Law Review 779(1987), pp. 786-787; 지시 및 통제는 통일된 상호와 상표의 사용, 가맹점포의 상권, 광고 및 각종 표지물의 형식, 영업시간, 직원의 복장 등에 관한 사항을 말한다.
17) 권재열/김병연/박세화, 「상법총칙·상행위」, 박영사(2012), 339면; 최준선, 「상법총칙·상행위」 제8판, 삼영사(2013), 424-425면; 김화진, 상게서, 142면; 김홍수/한철/김원규, 「상법강의」, 세창출판사(2012), 209면; 가맹계약 또는 가맹거래라고도 하며, 이는 일정기간에 걸쳐 권리·의무를 발생시키는 계속적 계약관계이다(이철송, 전게서, 613-614면); 계약관계의 요건으로는 i) 가맹업자는 가맹상에게 자신의 상호 등을 사용하도록 허락하고, ii) 가맹상은 가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라 영업을 하여야 한다(이철송, 상게서, 613-614면).
18) 이철송, 상게서, 620면; 최준선, 전게서, 425면.
19) 가맹사업법 제5조(가맹본부의 준수사항) 가맹본부는 다음 각호의 사항을 준수한다.
1. 가맹사업의 성공을 위한 사업구상
2. 상품이나 용역의 품질관리와 판매기법의 개발을 위한 계속적인 노력
3. 가맹점사업자에 대하여 합리적 가격과 비용에 의한 점포설비의 설치, 상품 또는 용역 등의

의 필수적 요소라고 할 수 있는 가맹업자의 가맹상 영업에 대한 지원업무와 가맹영업지역에서의 경업금지의무[20]를 규정하고 있다. 특히 가맹상 영업에 대한 지원업무[21]의 규정은 가맹사업법 제5조의 지원업무를 함축하고 있다고 생각한다.[22] 경업금지와 관련하여 약관에서는 가맹업자가 가맹상과 약정된 지역 내에서는 다른 가맹상과 추가적 가맹계약을 체결하지 않음을 규정해줌으로써 가맹상의 안정적이고 독점적인 권리를 보장해 주고 있음을 알 수 있다.[23]

생각건대 가맹사업법과 같이 가맹업자의 의무사항 중 지원업무에 대해 명확히 규정을 해놓지 않을 경우 가맹상이 가맹업자에게 자신에게 필요한 모든 업무를 광범위하게 지원해주는 것으로 오인을 하여 이후 가맹업자와 가맹상간에 분쟁발생시 이견이 생길 수 있다. 그러므로 가맹계약서 등에 지원업무사항을 명확히 명시해놓음으로써 분쟁발생시 적극적 증명을 통해 가맹업자의 지원업무범위를 주장함으로써 신속히 분쟁을 해결할 수 있을 것이다.

공급
4. 가맹점사업자와 그 직원에 대한 교육·훈련
5. 가맹점사업자의 경영·영업활동에 대한 지속적인 조언과 지원
6. 가맹계약기간중 가맹점사업자의 영업지역안에서 자기의 직영점을 설치하거나 가맹점사업자와 유사한 업종의 가맹점을 설치하는 행위의 금지
7. 가맹점사업자와의 대화와 협상을 통한 분쟁해결 노력

20) 최준선, 상게서, 431면; 김화진, 상게서, 143면; 김홍수/한철/김원규, 상게서, 210-211면; 대부분의 가맹계약에서의 가맹상의 목적은 일정한 영업지역, 거래단계, 소비자권 등에 있어서 독점권을 확보하는 데에 있다. 그러므로 새로운 경쟁자가 진입할 경우 당초 가맹계약을 체결할 당시의 가맹상의 목적은 달성할 수 없다. 상법은 가맹거래에는 이러한 거래의 특성이 내재되어 있다고 보고 가맹업자가 경업을 하지 못하도록 규정을 하고 있으며, 가맹업자는 다른 약정이 없는 한 당초의 영업권역 내에서의 독점은 가맹상의 권리이다(이철송, 전게서, 620면).

21) ⅰ) 상호 등의 사용허락이 가장 중요한 사항으로 상호 등의 사용허락은 단지 소극적으로 가맹상이 사용하는 것을 수인하는 것에 그치는 것이 아니고 가맹상이 가맹업자와 마찬가지로 자신의 영업을 위해 만족스럽게 사용할 수 있도록 협력해야 한다. ⅱ) 상호등 외에 가맹업자가 가맹상을 지원해야할 항목은 가맹계약에서 정해지므로 계약에서 지원 사항 및 그에 부수하는 사항을 이행하여야 하고, 계약내용에 따라 원재료의 공급, 교육, 경영지도 등 다양한 형태를 띨 수 있다(이철송, 상게서, 619-620면).

22) 가맹사업법 제5조 제6호를 제외한 나머지 각 호를 말한다; 1. 가맹사업의 성공을 위한 사업구상, 2. 상품이나 용역의 품질관리와 판매기법의 개발을 위한 계속적인 노력, 3. 가맹점사업자에 대하여 합리적 가격과 비용에 의한 점포설비의 설치, 상품 또는 용역 등의 공급, 4. 가맹점사업자와 그 직원에 대한 교육·훈련, 5. 가맹점사업자의 경영·영업활동에 대한 지속적인 조언과 지원, 7. 가맹점사업자와의 대화와 협상을 통한 분쟁해결 노력.

23) 이철송, 전게서, 620면; 상법에서는 "가맹상의 영업지역 내 동일 또는 유사한 업종의 영업을 하거나 동일 또는 유사한 업종의 가맹계약을 체결할 수 없다"라고 규정을 하고 있으며, 이는 약정된 해당 지역이외에도 필요에 따라 상권이 형성될 수 있으므로 상법 제168조의7 제2항을 적용하되 가맹계약서 상 영업지역에 대한 범위를 명확히 하여 추후 영업지역에 대한 분쟁사유가 발생하지 않도록 하는 것이 필요하다.

3) 가맹상의 의무

상법 제168조의8에서는 가맹상의 의무로써 ① 가맹상은 가맹업자의 영업에 관한 권리가 침해되지 않도록 하여야 하고, ② 가맹상은 계약이 종료한 후에도 가맹계약과 관련하여 알게 된 가맹업자의 영업상의 비밀[24]을 준수하도록 하고 있으며, 가맹사업법 제6조[25]와 동일한 취지이다. 즉, 가맹업의 유지 및 성장을 지속화하기 위하여 가맹업자의 영업에 관한 권리침해를 금지하고 영업비밀에 대한 준수의무[26]를 가맹상에게 부여한 것으로 부정경쟁방지 및 정보유출 등을 사전에 방지하고자 하는데 목적이 있다고 생각된다.

①의 규정은 가맹상이 가맹업자의 가맹업을 운영함에 있어 가맹업자의 노하우 등을 동일 또는 유사한 업종의 가맹상 또는 가맹업자에게 유출 또는 정보를 제공하는 등의 침해행위를 할 수 없도록 규정한 것이라 해석할 수 있다. 즉, 가맹상은 신의칙을 이행하여야할 의무가 있다.[27] ②와 관련하여 가맹계약은 가맹상이 가맹업자의 노하우 등을 사용하기 위해 계약을 체결하는 것으로 가맹업자가 제공하는

24) "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 "부정경쟁방지법"이라 한다) 제2조 제2호); "secret" means that the know-how, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, is not generally known or easily accessible; it is not limited in the narrow sense that each individual component of the know-how should be totally unknown or unobtainable outside the Franchisor's business(유럽프랜차이즈연맹, 〈http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13〉 (2014.10.16. 검색)); 소재선/류석희, "개정가맹사업법에 대한 주요규정 고찰, 「경희법학」 제49권 제2호, 경희법학연구소(2014), 56-57면.

25) 가맹사업법 제6조(가맹점사업자의 준수사항) 가맹점사업자는 다음 각호의 사항을 준수한다.
1. 가맹사업의 통일성 및 가맹본부의 명성을 유지하기 위한 노력
2. 가맹본부의 공급계획과 소비자의 수요충족에 필요한 적정한 재고유지 및 상품진열
3. 가맹본부가 상품 또는 용역에 대하여 제시하는 적절한 품질기준의 준수
4. 제3호의 규정에 의한 품질기준의 상품 또는 용역을 구입하지 못하는 경우 가맹본부가 제공하는 상품 또는 용역의 사용
5. 가맹본부가 사업장의 설비와 외관, 운송수단에 대하여 제시하는 적절한 기준의 준수
6. 취급하는 상품·용역이나 영업활동을 변경하는 경우 가맹본부와의 사전 협의
7. 상품 및 용역의 구입과 판매에 관한 회계장부 등 가맹본부의 통일적 사업경영 및 판매전략의 수립에 필요한 자료의 유지와 제공
8. 가맹점사업자의 업무현황 및 제7호의 규정에 의한 자료의 확인과 기록을 위한 가맹본부의 임직원 그 밖의 대리인의 사업장 출입허용
9. 가맹본부의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치변경 또는 가맹점운영권의 양도 금지
10. 가맹계약기간중 가맹본부와 동일한 업종을 영위하는 행위의 금지
11. 가맹본부의 영업기술이나 영업비밀의 누설 금지
12. 영업표지에 대한 제3자의 침해사실을 인지하는 경우 가맹본부에 대한 영업표지침해사실의 통보와 금지조치에 필요한 적절한 협력

26) 가맹사업법 제6조 제11호 가맹본부의 영업기술이나 영업비밀의 누설 금지.

27) 이철송, 전게서, 621-622면; 최준선, 전게서, 431-432면; 김화진, 전게서, 143면.

경영 또는 영업에 관한 노하우 및 기술 등이 영업 비밀에 해당한다. 영업 비밀은 가맹업자만의 경제적 가치가 있는 것으로 비밀로 취급되어야할 경영 및 영업에 관한 정보이자 가맹업자의 자산이므로 가맹상 스스로가 선관주의의무를 성실히 이행하여야할 중요한 사항이다. 또한 가맹계약이 종료된 경우라도 가맹상은 가맹계약 기간 내에 알게 된 가맹업자의 노하우 및 기술 등의 영업 비밀을 삭제 또는 반환하지 않고 보유하고 있는 경우가 많으며 이를 본인 또는 제3자에게 제공하거나 누설 또는 직접 사용하여 경제적으로 부당한 이득을 취하는 사례가 발생하지 않도록 하여야할 것이다.[28] 가맹상의 영업비밀 준수의무는 계약기간이 종료 또는 해지되기 전이라도 중도에 계약이 종료 또는 해지 될 시 해당 의무는 지속적으로 유지되며, 상법 제92조의3(대리상의 영업비밀 준수의무)와 그 내용이 유사하다.[29]

4) 가맹상의 영업양도

상법 제168조의9에서는 가맹상의 영업양도와 관련하여 ① 가맹상은 가맹업자의 동의를 받아 그 영업을 양도할 수 있도록 하고, ② 가맹업자는 특별한 사유가 없으면 제1항의 영업양도에 동의하도록 규정하고 있고, 이는 가맹사업법 제6조 제9호[30]와 동일한 취지이다.

해당 규정은 가맹업자의 동의 없이 가맹상이 임의로 가맹점을 양도하는 경우 해당 가맹점을 양수한 가맹상은 가맹업자가 지정한 가맹사업관련 교육(품질, 서비스, 주문 등 가맹업관련 전반적인 통일된 교육을 말함)을 받지 않은 상태에서 가맹업을 즉시 운영하게 될시 고객들로부터 발생될 수 있는 서비스 불만족과 클레임 등으로 인해 가맹업자의 상표에 대한 이미지 등이 훼손되는 것을 사전 통제하기 위한 중요한 규정이라고 할 수 있다.

이와 관련하여 ②에 따른 "특별한 사유의 유무"는 가맹거래의 특성에 따른 가맹상의 통일성에 대한 중요성, 동의거절로 인해 가맹상에게 발생될 수 있는 금전적 손실과 동의로 인해 가맹업자에게 발생할 수 있는 예상손실, 그리고 동종 업계의 거래관행 등을 적극 고려하여 결정하여야 할 것이다.[31] 가맹업자가 특별한 사유

28) 이철송, 상게서, 622면; 최준선, 상게서, 431면; 김화진, 상게서, 143면; 김홍수/한철/김원규, 전게서, 210면.
29) 권재열/김병연/박세화, 전게서, 340면; 이철송, 상게서, 622면; 김홍수/한철/김원규, 상게서, 210면.
30) 가맹사업법 제6조 제9호
가맹본부의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치변경 또는 가맹점운영권의 양도 금지
31) 이철송, 상게서, 624면; 최준선, 상게서, 431면.

없이 동의를 거절한 경우 민법 제389조 제1항에 따른 동의에 갈음하는 판결을 요청할 수 없으며, 다만 손해배상의 청구만이 가능하다고 본다.[32]

5) 계약의 해지

상법 제168조의10에서는 계약의 해지와 관련하여 가맹계약상 존속기간에 대한 약정의 유무와 관계없이 부득이한 사정이 있으면 각 당사자는 상당한 기간을 정하여 예고한 후 가맹계약을 해지할 수 있도록 규정하고 있고, 이는 가맹사업법 제14조[33]와 동일한 취지이다.

가맹업자와 가맹상의 교섭력이 동등하지 않음을 감안하여 '부득이한 사정'의 요건을 확대해석할 시 가맹업자가 계약해지권한을 악용할 우려가 있다.[34] '부득이한 사정'으로 인해 계약이 해지된 경우 계약해지를 당한 당사자에 대한 손해에 대해서 어떻게 처리를 하여야 하는지 상법상 규정되어 있지 않은바 제2차 피해의 구제가 우려되는 중요한 사안이다. 그러므로 '부득이한 사정'[35]에 따른 손해배상처리 규정에 대해서 명확히 규정하여야할 필요성이 있다. 즉, 제168조의5(금융리스계약의 해지) 제3항[36]의 규정을 참고하여 손해배상에 대한 책임을 규정하되, 손해배상이 과도할 경우 「약관규제에 관한 법률」(이하 "약관규제법"이라 한다) 제8조에 해당하여 무효가 될 수도 있다.[37]

계약해지와 관련하여 '상당한 기간'에 대한 해석과 계약해지에 대한 명확한 규정

32) 이철송, 상게서, 625면.
33) 가맹사업법 제14조(가맹계약해지의 제한)
① 가맹본부는 가맹계약을 해지하려는 경우에는 가맹점사업자에게 2개월 이상의 유예기간을 두고 계약의 위반 사실을 구체적으로 밝히고 이를 시정하지 아니하면 그 계약을 해지한다는 사실을 서면으로 2회 이상 통지하여야 한다. 다만, 가맹사업의 거래를 지속하기 어려운 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
② 제1항의 규정에 의한 절차를 거치지 아니한 가맹계약의 해지는 그 효력이 없다.
34) 최영홍, "프랜차이즈 관련 상법 개정안의 고찰", 「상사법연구」제28권 제2호, 한국상사법학회(2009), 89-90면; 권재열/김병연/박세화, 전게서, 341면.
35) 부득이한 사정이란 해지하고자 하는 당사자의 입장에서 가맹계약을 유지할 수 없는 사정을 말한다. 예로써 가맹상이 질병으로 영업이 불가능한 경우, 가맹업자의 경영파탄 도는 외부적 요인으로 가맹상에게 필요한 물건을 공급할 수 없게 된 경우 가맹상과 가맹업자가 각각 해지하는 것과 같다. 부득이한 사정으로 상대당사자의 귀책사유로 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우로 이해하는 견해도 있으나 이는 일반채무불이행에 속하므로 민법 제544조의 일반원칙에 의해 당연히 해지할 수 있는 사유이다(이철송, 전게서, 628면).
36) 금융리스이용자는 중대한 사정변경으로 인하여 금융리스물건을 계속 사용할 수 없는 경우에는 3개월 전에 예고하고 금융리스계약을 해지할 수 있다. 이 경우 금융리스이용자는 계약의 해지로 인하여 금융리스업자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다.
37) 이철송, 상게서, 629면.

은 존재하지 않으나 가맹사업법 제14조(가맹계약해지의 제한)를 근거로 정당한 사유 없이는 가맹계약해지를 할 수 없도록 규정[38]하고 있다. 즉, 가맹사업법은 가맹본부가 가맹계약을 해지하려는 경우 가맹점사업자에게 2개월 이상의 유예기간을 두고 계약의 위반사실을 구체적으로 밝히고 시정요구를 통한 시정이 되지 않을 경우 계약해지에 대한 사실을 서면으로 2회 이상 통지하여야 한다. 만약 가맹사업법상 해당 절차를 이행하지 않을 경우 가맹계약의 해지는 효력이 없고, 가맹사업법 시행령 제15조[39]에 세부적인 가맹계약 해지사유를 명시하고 있다.

3. 소결

본장을 통해 상법상 가맹업과 가맹사업법상 동일한 취지로 규정되어 있는 내용과 같이 가맹업자의 '상호 또는 상표 등의 영업표지'에 대한 사용을 가맹상에게 허락하는 것을 기초로 가맹사업이 운영되고 있음을 알 수 있다. 본 논문을 통해 연구하고자 하는 가맹본부의 상표사용에 대한 세부적인 내용은 Ⅲ.을 통해 후술하기로 한다.

이외에도 상법상의 계약해지에 관한 사항과 가맹사업법상의 계약해지에 관한 사

38) Michael J. Lockerby, Franchise Termination Restrictions : A Guide For Practioners and Policy Makers, 30 Antitrust Bulletion 791(1985), pp. 792-834.

39) 가맹사업법 시행령 제15조(가맹계약의 해지사유)
1. 가맹점사업자에게 파산 신청이 있거나 강제집행절차 또는 회생절차가 개시된 경우
2. 가맹점사업자가 발행한 어음·수표가 부도 등으로 지불정지된 경우
3. 천재지변, 중대한 일신상의 사유 등으로 가맹점사업자가 더 이상 가맹사업을 경영할 수 없게 된 경우
4. 가맹점사업자가 공연히 허위사실을 유포함으로써 가맹본부의 명성이나 신용을 뚜렷이 훼손하거나 가맹본부의 영업비밀 또는 중요정보를 유출하여 가맹사업에 중대한 장애를 초래한 경우
5. 가맹점사업자가 가맹점 운영과 관련되는 법령을 위반하여 이를 시정하라는 내용의 행정처분(과징금·과태료 등의 부과처분을 포함한다)을 통보받고도 행정청이 정한 시정기한(시정기한을 정하지 아니한 경우에는 통보받은 날부터 10일) 내에 시정하지 않는 경우
6. 가맹점사업자가 가맹점 운영과 관련되는 법령을 위반하여 자격·면허·허가 취소 또는 영업정지 명령(15일 이내의 영업정지 명령을 받은 경우는 제외한다) 등 그 시정이 불가능한 성격의 행정처분을 받은 경우. 다만, 법령에 근거하여 행정처분을 갈음하는 과징금 등의 부과 처분을 받은 경우는 제외한다.
7. 가맹점사업자가 법 제14조제1항 본문에 따른 가맹본부의 시정요구에 따라 위반사항을 시정한 날부터 1년(계약갱신이나 재계약된 경우에는 종전 계약기간에 속한 기간을 합산한다) 이내에 다시 같은 사항을 위반하는 경우. 다만, 가맹본부가 시정을 요구하는 서면에 다시 같은 사항을 1년 이내에 위반하는 경우에는 법 제14조제1항의 절차를 거치지 아니하고 가맹계약이 해지될 수 있다는 사실을 누락한 경우는 제외한다.
8. 가맹점사업자가 가맹점 운영과 관련된 행위로 형사처벌을 받은 경우
9. 가맹점사업자가 공중의 건강이나 안전에 급박한 위해를 일으킬 염려가 있는 방법이나 형태로 가맹점을 운영하는 경우
10. 가맹점사업자가 정당한 사유 없이 연속하여 7일 이상 영업을 중단한 경우

항에는 많은 차이점이 있으며, 가맹사업법상 매우 중요하게 규정하고 있는 정보공개서 및 가맹금예치에 관한 사항이 없음을 확인할 수 있다. 이와 관련하여 특별법인 가맹사업법이 우선하여 적용되므로 문제가 되지 않는다고 해석될 수도 있으나 상기에서도 서술한 바와 같이 해당관련 법률 및 용어에 대한 전문지식이 없는 일반인들을 위해서라도 상법상 사용되고 있는 가맹업자, 가맹상, 상호 등과 가맹사업법상 가맹본부, 가맹희망자, 가맹점사업자, 영업표지 등에 대한 용어의 정의를 통일시켜 일반인들이 가맹사업관련 용어를 사용함에 있어 혼동을 최소할 필요성이 있다. 또한 상법상 '가맹사업과 관련하여 타 법률에 규정되어 있는 경우 타 법률을 우선하여 적용 한다'는 규정을 기재하여 가맹사업을 하고자 하는 일반인들이 법률에 대한 해석을 함에 있어 혼동을 초래하지 않도록 사전 개선함으로써 향후 불이익[40]이 발생하지 않도록 하는 것이 현실적으로 필요하다고 본다.

Ⅲ. 가맹사업법상 상표에 관한 규정검토 및 문제점

1. 가맹사업법상 상표에 관한 주요규정

1) 제2조 제1호

> "가맹사업"이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 "영업표지"라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다.

상기의 규정을 통해 살펴본 바와 같이 가맹사업을 함에 있어 가맹업자의 상표 등 영업표지가 기초가 됨을 명확히 규정하고 있다. 또한 가맹상은 가맹업자의 상표 등 영업표지를 사용하면서 가맹금[41]을 지급하고, 계속적인 거래관계를 유지하

40) 예로써 가맹사업법상 계약해지의 방법인 2개월 이상의 유예기간을 두고 서면으로 2회 이상 통지하는 것과 상법상 명확한 기준 없이 상당한 기간을 정하여 예고 후 가맹계약을 해지할 수 있도록 규정을 하고 있는바 상법을 기준으로 계약을 해지하는 경우 가맹사업법을 기초로 무효임을 주장할 때 법률에 대하여 알지 못하는 가맹희망자 또는 가맹점사업자의 입장에서는 불이익을 당할 수도 있을 것이다.

41) "가맹금"이라 함은 명칭이나 지급형태에 상관없이 아래의 표와 같이 정리한 대가를 말한다(소재선/류석희, "가맹사업법상 가맹금예치제도에 관한 개선방안 소고", 「외법논집」 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소(2014), 165-166면).

는 계약관계로 상표 등 라이선스 사용에 대한 임대차계약과 계속적 상품공급계약, 영업지원관련 도급 또는 위임계약 등이 포함된 혼합계약[42]이라 할 수 있다.[43]

2) 제6조 제12호

> 영업표지에 대한 제3자의 침해사실을 인지하는 경우 가맹본부에 대한 영업표지침해사실의 통보와 금지조치에 필요한 적절한 협력

가맹사업법상 제6조는 가맹상의 준수사항으로 제12호를 통해 해당 규정을 준수하도록 하고 있다. 이는 가맹상이 가맹업자의 상표 등 영업표지를 통해 가맹사업을 운영하는 동안 가맹업자의 상표 등 영업표지를 상호 보호하기 위해 협력을 요구하는 사항으로 강제적 준수사항은 아니다. 생각건대 해당 규정에 따라 상호 보

구분	내용	비고
가. 가입비 등	가입비·입회비·가맹비·교육비 또는 계약금 등 가맹점사업자가 영업표지의 사용허락 등 가맹점운영권이나 영업활동에 대한 지원·교육 등을 받기 위하여 가맹본부에 지급하는 대가	가맹사업법상 가맹금 예치대상에 해당됨
나. 보증금	가맹점사업자가 가맹본부로부터 공급받는 상품의 대금 등에 관한 채무액이나 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에 지급하는 대가	가맹사업법상 가맹금 예치대상 해당됨
다. 정착물, 설비 상품의 가격 등	가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여 받을 당시에 가맹사업을 착수하기 위하여 가맹본부로부터 공급받은 정착물·설비·상품의 가격 또는 부동산의 임차료 명목으로 가맹본부에 지급하는 대가	
라. 정기적, 비정기적 지급 대가	가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것	가맹사업법 시행령 제3조 참고
마. 기타	그 밖에 가맹희망자나 가맹점사업자가 가맹점운영권을 취득하거나 유지하기 위하여 가맹본부에 지급하는 모든 대가	특허권 대가제외

42) 강병렬, "가맹사업거래에서의 정보공개제도",「법학연구」제14권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2003), 390면.

43) 金井高志,「フランチャイズ契約裁判例の理論分析」, 判例タイムズ社(2005), 15面; 이한무, 전게서, 85면; 김준호,「민법강의」제18판, 법문사(2012), 1365면; 염규석, "가맹사업거래분쟁의 유형과 해결방안",「재산법연구」제23권 제1호, 한국재산법학회(2006), 215면.

호함으로써 ① 가맹상 자신의 영업권을 보호받기 위한 노력을 하라는 점과 ② 가맹상이 가맹업자와 가맹계약 시 약정한 범위에 한하여 사용할 것을 규정한 사항이라고 본다.

이와 관련하여 가맹업자는 가맹상이 해당 규정을 준수하여 제3자로인해 발생될 수 있는 지식재산권의 침해적 손실을 방지한 경우 예로써 1개월간의 로열티를 삭감해준다는 등의 자체적 보상계획안을 수립하여 적용하는 경우 적극적인 상호 협력관계가 형설 될 수 있을 것이다.

3) 가맹계약관련 조항 및 표준계약서

(1) 제11조 제2항 제1호 및 동법시행령 제12조 제9호

> 가맹사업법 1. 영업표지의 사용권 부여에 관한 사항
> 동법 시행령 9. 가맹본부의 지식재산권 유효기간 만료 시 조치에 관한 사항

가맹사업법 제11조에서는 필수적으로 가맹계약서서상 기재될 사항을 규정하고 있으며, 해당 규정상 '영업표지에 대한 사용권 부여에 관한 사항'을 기재하도록 규정함으로써 가맹계약 체결이후 상호 상표 등 영업표지에 관한 분쟁이 발생하지 않도록 사전관리 차원에서 적용하고 있음을 알 수 있다.

동법 시행령 제12조에서는 가맹사업당사자[44]의 권리 및 의무에 관한 사항으로 가맹본부의 지식재산권 유효기간 만료 시 조치에 관한 사항을 기재하도록 하고 있다. 살피건대 이는 크게 분류를 하여 살펴볼 시 ① 해당 상표 등의 지식재산권 유효기간의 만료와 ② 가맹업자의 부도 또는 도주에 따른 상표 등의 지식재산권 유효기간 만료를 예로 들 수 있다고 생각된다. 즉, ①의 경우 당연만료에 따른 것으로 등록권자인 가맹업자가 해당 지식재산권에 대한 연장을 특허청에 하지 않는 경우 해당 기간과 절차에 따라 소멸될 때 가맹상에게 어떻게 조치해 줄 것인지를 명확히 기재하도록 규정해 놓는다면 향후 분쟁발생 시 효율적으로 처리를 할 수 있을 것이다.[45] 그런데 ②와 같이 가맹업자가 도주를 하거나 부도가 발생한 경우 가맹상은 해당 상표 등 영업표지에 대한 사용을 할 수 없는가에 대해서 더 많은 문

44) 가맹업자(가맹본부)와 가맹상(가맹희망자 또는 가맹점사업자)를 말한다.

45) 예로써 '신규 상표 등의 등록에 따른 지식재산권으로 가맹업자가 교체 등을 요청하는 경우 가맹상의 선택에 따라 기존상표를 해당 상표의 유효기간에 한하여 사용할 수 있다. 신규 상표로 교체를 희망하는 가맹상은 가맹사업법에 의거한 약정된 비율의 금액을 부담하며, 기존 상표의 유효기간 만료이후 교체를 요청하는 경우 발생도는 비용은 가맹상의 부담으로 한다'등의 규정을 명확히 기재하면 될 것이다.

제점이 있다고 생각된다. 이 경우 일반적으로는 가맹상이 가맹사업을 중단하거나 지속적인 사업을 유지하기 위해 상표 등의 영업표지를 교체하여 개인 사업을 영위하는 경우가 대부분이다. 이러한 사례가 발생한 경우 법적으로 가맹상을 보호할 수 있는 방법은 많지 않다. 크라운베이커리와 같은 대기업의 경우 가맹상에게 보상을 통한 상표 등 영업표지의 사용을 중지하여 가맹사업을 폐점하는 방법의 선택이 전부이며,[46] 일부보상을 받기만 하더라도 그나마 다행이라고 생각된다. 따라서 개인적으로는 ②의 사유발생 시의 문제점이 더 크다고 판단되므로 가맹본부의 도주에 의한 경우 가맹상의 판단에 따라 상표 등의 영업표지 유효기간까지 해당 가맹업의 범위 내에서 사용할 수 있도록 가맹사업법상 규정화해놓는 것이 현실적으로 필요하다고 생각된다.

(2) 표준가맹계약서

가. 표준가맹계약서 제9조 제1항

가맹업자는 가맹상에게 가맹업을 운영할 수 있도록 가맹업자의 영업표지의 사용권과 노하우 등의 권리를 부여하고 있음을 알 수 있으며, 영업표지는 가맹업 운영을 위한 가장 중요한 핵심요소임을 알 수 있다.

나. 표준가맹계약서 제9조 제2항

> ① 가맹본부는 가맹점사업자가 계약기간 중에 가맹본부의 영업시스템에 따라 외식업을 운영하도록 하기 위하여 필요한 범위에서 가맹점사업자에게 다음 각 호의 권리를 부여한다.
> 1. 가맹본부의 영업표지의 사용권
> 2. 가맹사업과 관련하여 등기·등록된 권리나 영업비밀의 사용권
> 3. 상품 또는 원·부재료(이하 "원·부재료 등"이라 한다)를 공급받을 권리
> 4. 노하우(know-how) 전수, 지도, 교육 기타 경영지원을 받을 권리
> 5. 기타 가맹본부가 본 계약상의 영업과 관련하여 보유하는 권리로서 당사자 가 사용허가의 대상으로 삼은 권리

46) 크라운베이커리는 우선 가맹점주들이 매장을 정리할 수 있는 시간을 최대한 가질 수 있도록 추석 연휴 이후인 9월 말까지 사업을 종료하기로 했다. 종료 시점까지 가맹점에 대한 제품 공급을 정상적으로 진행할 계획이다. 또 앞으로 가맹점주들의 경제적 어려움을 해소할 수 있도록 폐업 보상에 대한 합리적인 협의를 신속하게 진행할 계획이다. 프랜차이즈 업계 관계자는 "경기 불황으로 중견 가맹업체가 자발적으로 브랜드를 접는 사례는 크라운베이커리가 처음"이라고 지적했다(매일경제, "크라운베이커리 사라진다. 가맹점주 75% 이달 우선 폐점", 보도기사, 2013.9.4., <http://news.mk.co.kr/ newsRead.php?year=2013&no=808052> (2014.10.22. 검색)).

> 외식업 표준가맹계약서 제9조 (가맹점운영권의 부여)
> ② 이 계약에서 가맹점사업자에게 사용이 허가된 영업표지의 표시는 별첨[2]와 같다.
>
> 별첨 2. 가맹점사업자에게 사용이 허가된 영업표지의 표시
> (1) 허용대상 영업표지

영업표지 견본	
등록번호(출원번호)	
등록결정(심결) 연월일	
존속기간 (예정) 만료일	
지정상품 또는 지정서비스업	
등록권리자	

> (2) 영업표지 사용방법
> : 간판, 상징물, 홍보물, 집기 비품, 문구류 등에 표시
> (3) 영업표지의 사용기간
> : 이 계약의 효력이 존속되는 기간과 원칙적으로 동일함
> (4) 영업표지의 사용지역
> : 별도 약정이 없는 한 해당 영업지역 내로 한정됨

상기의 내용과 같이 제2항에서는 가맹업자가 가맹상에게 사용을 허가하는 영업표지의 표시를 별첨 2와 같이 작성하여 가맹계약을 체결하도록 규정하고 있다. 해당 별첨 2.에 대한 사항 중 등록번호 또는 출원번호를 기재하도록 하는 사항에 대해 문제점이 있다고 생각된다. 상표 등 영업표지에 대한 등록번호를 기재하도록 하는 것은 가맹상이 안전하게 가맹업자의 상표 등 영업표지를 사용할 수 있음을 확인시켜주므로 당연할 것이다. 그러나 출원번호를 기재하도록 하는 것과 관련하여 1개 이상의 상표 등이 등록되어 있다면 큰 문제가 되지는 않으나 가맹업자가 실제 사용하는 상표 등 영업표지는 대부분 1개(가맹사업장 간판 등을 기준으로 함)만을 사용하므로 등록되지 않은 상표 등의 영업표지에 관한 출원번호를 기재하도록 하는 것은 향후 가맹상에게 손실 또는 불이익이 발생할 수 있는 여지를 충분히 제공하고 있다고 생각된다. 따라서 상표 등 영업표지가 등록되지 않은 체 가맹업자에게 가맹업을 하도록 등록을 해주는 것은 분명 문제가 있다고 생각되므로 이에 따른 개선책이 필요하다고 생각되며, 이에 대한 개선방안은 결론을 통해 제시하고자 한다.

다. 표준가맹계약서 제10조

> 외식업 표준가맹계약서 제10조(지식재산권의 확보)
> ① 가맹본부는 가맹사업에 사용하는 영업표지에 대한 배타적 독점권을 확보하여야 한다.
> ② 가맹본부는 가맹점사업자에게 사용을 허가한 각종 권리의 진정성과 적법성 및 대항력에 대하여 책임을 진다.
> ③ 가맹본부가 사용을 허가한 지식재산권이 기간 만료 등으로 인하여 더 이상 사용할 수 없게 된 경우 가맹본부는 가맹본부의 책임과 비용으로 가맹점사업자에게 이를 대체할 수 있는 수단을 제공하여야 하며 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다.

상기 규정과 같이 공정거래위원회에서는 표준가맹계약서 제10조를 통해 지식재산권의 확보를 명확히 규정하고 있다. 특히 제1항에서는 가맹사업에 사용하는 영업표지에 대한 배타적 독점권을 확보하도록 규정을 하고 있는데 이는 상표의 등록을 완료하여야 하는 것으로 해석된다. 이는 제3자가 가맹업자의 등록된 상표 등 영업표지를 사용할 수 없도록 하여 가맹상이 안전하게 가맹업을 운영할 수 있도록 함과 동시에 영업지역에서의 영업권을 보호할 수 있도록 조치하는 효과가 발생된다. 따라서 상기에서 문제점으로 제기한 사항과 같이 가맹업자가 가맹업을 영위하기 위한 중요한 핵심요소는 상표 등 영업표지이므로 등록된 상표가 있는 경우에 한하여 가맹상을 통한 가맹업을 유치할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 정보공개서 상 상표에 관한 주요규정

가맹사업법 시행령 제4조 제1항에서는 별표 1.을 통해 정보공개서의 기재사항을 작성하여 가맹업자가 가맹상에게 의무적으로 제공을 하도록 규정하고 있다. 즉, 정보공개서를 통해 가맹업자가 보유하고 있는 상표 등 영업표지에 관한 사항과 운영에 대한 노하우, 필요한 임대차 및 비용, 경영지원 등에 관한 가맹업자의 가맹사업 관련 전반적인 내용을 정리해놓은 매우 중요한 문서로 규정을 하고 있다(2005.7.13.에 공정거래위원회가 제정한 「가맹사업거래 정보공개서 표준양식에 관한 고시」(이하 "정보공개서 표준양식"이라 한다)를 기초로 2014.3. 11.까지 총5회의 개정이 있었다)[47]. 본 절에서는 정보공개서상 상표 등 영업표지에 관한 사항만

47) 정보공개서 표준양식은 2005.7.13. 제정이 되어, 2008.6.17. 1차 개정, 2009.8.20. 2차 개정, 2010.12.22. 3차 개정, 2012.12.20. 4차 개정, 2014.3.11. 5차 개정을 하였으며, 사회의 현상 및 가맹상에게 필요한 사항을 중심으로 지속적인 개정을 하였다.

을 중점으로 정리하여 살펴보고자한다.

1) 정보공개서의 표지

정보공개서의 표지 상 가맹업자의 상호, 영업표지, 주된 사무소의 소재지, 가맹사업과 관련하여 가맹본부가 운영하는 인터넷 홈페이지 주소, 가맹사업 담당부서, 가맹사업 안내 전화번호를 기재하도록 규정하고 있으며, 이와 관련된 정보공개서 표준양식은 다음과 같다.

Ⅰ. 가맹본부의 일반 현황

1. 가맹본부의 일반 정보

당사의 일반 정보는 다음과 같습니다.

상호	영업표지		주 소			
(주)공정위	반포삼겹살 외 1개		서울시 서초구 반포로 9999번지			
	법인 설립등기일		사업자 등록일	대표자	대표전화 번호	대표팩스 번호
	1999.3.15.		1999.3.17.	김공정	02-1234-5678	02-1234-5679
	법인 등록번호	111111-2222222	사업자 등록번호		123-45-67890	

상기의 표와 같이 정보공개서 표준양식에서는 가맹업자에 대한 상호명과 영업표지에 대한 사항을 우선 작성하도록 규정을 하여 가맹상이 어떠한 영업표지를 사용하는지와 업체에 대한 사항을 쉽게 확인할 수 있도록 하고 있다. 따라서 가맹상이 가맹업을 운영함에 있어 영업표지는 매우 중요한 요소임을 알 수 있다. 다만, 해당 영업표지 상에 등록되지 않은 영업표지를 기재하여 최종 상표 등 영업표지로 등록이 되지 않은 경우 이는 가맹상의 부주의로 판단하여 가맹상을 보호하지 않아도 되는지에 대한 의구심이 발생한다. 따라서 해당 정보공개서는 가맹본부의 정보에 대한 매우 중요한 판단수단으로 등록되지 않는 상표 등 영업표지를 기재하지 못하도록 하고, 가맹상을 보호하기 위해서라도 정보공개서의 등록을 완료해주지 않는 것이 바람직하다고 본다.

2) 가맹상이 경영할 가맹사업의 내용

정보공개서상 가맹희망자가 앞으로 경영할 가맹사업의 명칭, 상호, 서비스표, 광고, 그 밖의 영업표지를 기재하도록 규정하고 있으며, 이와 관련된 정보공개서 표

준양식은 다음과 같다.

Ⅰ. 가맹본부의 일반 현황

4. 가맹희망자가 앞으로 경영할 가맹사업([반포삼겹살]이라 합니다)의 내용

귀하는 앞으로 아래 표에 따른 가맹사업을 경영하게 됩니다.

구 분	내 용	추가 설명
명 칭	반포삼겹살	명칭의 유래 설명
상 호	반포삼겹살 OO점	
상표(서비스표)[48]		서비스표등록번호 : OOOOOOOOOOO
광 고		
그 밖의 영업표지		

상기에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 정보공개서 표준양식상에도 등록번호를 기재하는 것이 일반적이나 가맹업자가 출원번호를 기재하여 가맹상을 통한 가맹업을 영위하는 경우가 발생하게 된다. 이 경우 또한 향후 출원 중인 상표 등 영업표지가 등록되지 않을 경우에는 가맹상에게 발생될 수 있는 리스크에 대해서 가맹업자는 어떠한 대책방안을 수립하고 있지 않은 경우 가맹업에 대한 사회적 문제점으로 대두될 수 있을 것이다. 따라서 등록되지 않은 상표 등 영업표지를 사용하고자 하는 가맹업자의 경우 직영점을 통한 사업은 영위할 수 있도록 하되, 가맹상을 통한 가맹업을 영위하는 행위는 가맹사업법상 제한하는 것이 필요하다.

3) 사용을 허용하는 지식재산권

정보공개서상 가맹본부가 가맹점사업자에게 사용을 허용하는 지식재산권에 관한 다음의 정보로 ① 등록 및 등록신청 여부(산업재산권의 경우 특허청 등록・등록신청 여부, 등록이 거부된 경우 그 사실, 등록・출원번호 및 등록일・출원일을 포함한다), ② 지식재산권 소유자 및 등록신청자의 이름, ③ 사용이 허용되는 지식재산권의 등록 만료일, ④ 가맹본부가 지식재산권의 사용을 허용 받은 기간 및 사용범위를 기재하도록 규정하고 있으며, 이와 관련된 정보공개서 표준양식은 다음과 같다.

48) 상표법에 따라 등록한 상표(서비스표 포함)가 아니더라도 제3자의 입장에서 가맹본부의 영업표지가 경쟁사의 영업표지와 구별될 수 있는 표지(로고 포함)를 기재한다.

Ⅰ. 가맹본부의 일반 현황

9. 사용을 허용하는 지식재산권(*)

당사가 귀하에게 사용을 허용하는 지식재산권은 다음과 같습니다.

명칭	권리내용	등록 및 등록 신청여부(일자)	출원번호 및 등록번호	소유자 (등록신청자)	존속기간 만료일
반포삼겹살 (상표권)		2004.5.10.출원 2004.7.21.등록	출원 제0-0 등록 제0-0	(주)공정위	2014.7.21.
특제소스 (특허권)	제품사용 및 대가 수수	2004.4.11.출원 2006.1.20.등록	출원 제0-0 등록 제0-0	(주)공정위	2024.4.11.

(*) 지식재산권이 등록되지 않은 경우(출원신청만 한 경우)에는 "당사의 상표 등을 사용하는 권리는 관계법으로 보호받지 못합니다."라는 내용을 반드시 기재.

상기의 표와 같이 정보공개서 표준양식상에는 상표권과 특허권 등 등록 및 등록신청여부와 출원번호 및 등록번호를 명확히 기재하도록 하고 있고 존속기간 만료일 등을 작성하도록 하고 있다. 이를 통해 가맹상이 가맹업자의 상표 등 영업표지를 사용할 수 있는 기간 등을 고려하여 가맹업자와 가맹계약을 체결할 것인지 등을 최종 판단하는 중요한 사항이라고 할 수 있다. 그러나 정보공개서 표준양식상 등록번호 등을 기재하도록 규정하였음에도 불구하고 "지식재산권이 등록되지 않은 경우(출원신청만 한 경우)에는 "당사의 상표 등을 사용하는 권리는 관계법으로 보호받지 못합니다."라는 내용을 반드시 기재합니다."라고 기재를 하도록 한 사항은 공정거래위원회가 상표 등 영업표지에 대한 사항에 대해 가맹상을 보호하지 않겠음을 규정한 것이라 생각된다. 즉, 가맹상은 가맹업자로부터 제공받은 정보공개서를 통해 스스로 판단하여 가맹계약을 체결하고 가맹업을 영위하되, 상표 등 영업표지로 인한 문제가 발생한 경우 가맹상 스스로 해결을 하라는 것으로, 가맹사업에 대한 관리 및 감독을 하여야 할 공정거래위원회가 해당 규정을 통해 가맹업의 본질과 질서를 방치하는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 따라서 상표 등 영업표지가 현재 출원 중인 가맹업자는 가맹업을 영위한 경력이 없는 경우가 많으므로 정보공개서 등록을 일정기간 제한하는 것이 필요하다고 생각된다.

3. 소결

상기에서 살펴본 가맹사업법, 표준가맹계약서, 정보공개서 표준양식 등에 규정되

어 있는 상표 등 영업표지에 관한사항은 명확히 가맹업자로부터 가맹상을 보호하기 위한 수단임을 확인 할 수 있다. 그러나 규정된 내용 중 일부는 출원번호 등을 기재하게 하여 등록되지 않은 상표 등 영업표지를 통해서도 가맹업자가 가맹업을 영위할 수 있도록 규정하고 있음을 알 수 있다.

가맹업은 가맹업자의 등록된 상표 등 영업표지를 사용하여야함이 일반적이며, 당연히 등록된 상표 등을 통해 가맹상을 보호하여야함에도 불구하고, 불완전한 출원 중인 상표 등 영업표지를 통해 가맹상에게 가맹업을 영위하도록 하는 것은 분명 문제점이 있다고 생각된다. 또한 가맹업과 관련하여 매우 중요한 문서로 규정하고 있는 정보공개서 표준양식을 통해 정보공개서를 최초 등록하고, 수시 또는 정기적으로 변경을 하고 있는데 상기에서 살펴본 바와 같이 지식재산권이 등록되지 않은 경우 또는 출원 신청만 한 경우 당사의 상표 등을 사용하는 권리는 관계법상 보호받지 못함을 반드시 기재를 하도록 하고 있다. 이는 공정거래위원회에서 또한 문제가 발생될 수 있음을 인지하고 있는 것으로 해석되며, 오히려 상표 등 영업표지의 등록이 되지 않은 경우 가맹업자의 경력 등이 부족한 것(신규 가맹업자를 기준으로 한다)으로 판단되므로 직영점을 운영하는 경우를 제외하고는 정보공개서의 등록 시기를 상표 등 영업표지의 등록시점에 맞추어 진행될 수 있도록 규정하는 것이 가맹상을 보호할 수 있는 방안이라고 생각된다.

Ⅳ. 나오며

가맹업은 지속적인 고속성장과 발전을 거듭하면서 가맹업자가 빠르게 증가하고 있는 추세이며, 가맹업자 증가된 만큼 각종의 사유(도주, 부도 등)로 인해 폐업[49]이 되기도 한다.

2014년 2월 공정거래위원회에 등록된 외식업 관련 76개의 정보공개서를 조사한 결과에 따르면 상표 등 영업표지의 등록을 완료하여 정보공개서에 기재한 가맹업자는 29개로 38%이며, 출원 중인 경우(30개로 40%), 출원 준비 중인 경우(13개로

49) 전체 3311개 프랜차이즈 가맹본부 전수 조사 결과에 따르면, 2008~2012년 폐업한 가맹본부는 총 1461건으로 나타났다. 이 중 폐업수가 가장 많은 가맹본부는 사업기간이 1~2년된 가맹본부로 전체 535건이었다. 또 0~3년의 사업기간을 가진 가맹본부의 폐업률은 전체 폐업 가맹본부의 43%, 0~5년안에 폐업하는 가맹본부는 전체의 73%였다(머니위크, "5년 이상 된 가맹본부..가맹점 폐업도 낮아", 2013.7.4. 보도기사, http://mnb.moneyweek.co.kr/mnbview.php?no=2013070122298066880 (20 14. 11.3. 검색)).

17%), 정보공개서 미확인된 경우(4개로 5%)로 미등록된 상표를 통해 정보공개서 등록을 신청한 가맹업자는 47개로 62%의 높은 비중을 차지하고 있다.

2014.10.31.기준으로 공정거래위원회 가맹사업거래 홈페이지상[50] 정식 등록되어 있는 가맹업자는 총3,973건으로 상기와 같은 비중을 고려할 경우 등록이 완료된 상표를 통해 정보공개서를 등록신청한 건은 많이 않을 것이라 생각된다.

정보공개서는 가맹사업법상 가맹상이 가맹업을 선택하는데 있어 매우 중요한 지표로 삼고 있는 주요문서로 상법상 가맹업의 규정에 정보공개서에 관한 사항은 없으나 가맹사업법에서는 의무적으로 가맹업자가 가맹상에게 제공을 하도록 규정하고 있다. 그러나 법률에 대한 지식이 부족한 가맹상의 경우 출원과 등록에 관한 의미를 비교할 수 있는 지식이 부족하므로 가맹업자가 정보공개서에 상표에 관한 출원번호를 기재한 경우 상표에 문제가 없다고 판단할 여지가 분명히 있다고 생각된다. 상기에서 살펴본 바와 같이 가맹사업법과 표준가맹계약서, 정보공개서 표준양식을 검토해본 바와 같이 출원번호를 기재할 수 있도록 되어 있는 사항에 대해 개선을 통한 가맹상의 보호가 필요하다고 생각되는바 다음과 같이 최종 개선안을 제시하고자 한다.

① 가맹사업법과 관련하여 제5조(가맹본부의 준수사항)에 제8호를 추가 신설하여 "가맹점사업자의 안정적인 가맹사업을 위한 독점적 지식재산권 확보"를 규정하고, 제6조의2(정보공개서의 등록 등) 제1항의 시행령을 통해 "상표 등 영업표지의 등록이 된 경우에 한하여 등록신청을 할 수 있다"라는 규정을 신설하여 투명하고 안정적인 가맹업자를 확보할 필요성이 있다고 생각된다.

② 표준가맹계약서와 관련하여 표준가맹계약서 제10조 제1항에서는 가맹업자의 지식재산권 확보를 하도록 규정하고 있으나 제9조 제2항에 따른 별첨 2.에서는 등록번호와 출원번호를 기재하도록 되어 있으나 실제 사용될 상표 등 영업표지에 대한 등록번호를 기준으로 추가적 상표 등 영업표지에 대한 출원번호를 기재하는 것은 문제가 없을 것인바, 실제 사용될 상표 등 영업표지에 대한 등록번호를 기재하는 란과 추가 상표 등 영업표지에 대한 출원번호 또는 등록번호를 기재하도록 구분을 해놓는 것이 좋을 것이라 생각된다.

③ 정보공개서 표준양식과 관련하여 대부분의 내용에는 등록번호를 기재하도록 규정하고 있는데 사용을 허용하는 지식재산권의 기재 란에는 '지식재산권이 등록

50) 공정거래위원회 가맹사업거래, https://franchise.ftc.go.kr/fir/manage/searchFirList2.do?method=getSearchList (2014.11.3. 검색)

되지 않은 경우(출원신청만 한 경우)에는 “당사의 상표 등을 사용하는 권리는 관계법으로 보호받지 못합니다.”라는 내용을 반드시 기재합니다.’라는 문구를 삽입하도록 규정을 하고 있다. 이는 공정거래위원회에서 또한 등록되지 않은 상표 등 영업표지의 사용 시 주의가 필요함을 명확히 인지하고 있는 것으로 법률적 지식이 부족한 가맹상의 경우 실제 해당 출원 중인 상표가 미등록될 경우 이로 인해 발생되는 불이익은 가맹상이 그대로 받아들여야 하는 상황이 되므로 해당 규정 또한 가맹업을 영위하면서 실제 사용될 상표 등 영업표지의 등록번호를 필수로 기재하도록 하고, 추가되는 상표 등 영업표지에 대한 사항에 대하여 출원 번호를 기재하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.

상기의 개선방안을 통해 공정거래위원회는 약자인 가맹상을 보호할 수 있을 것이며, 경험이 없는 가맹업자 또한 상표가 등록되는 기간까지 직접 직영점을 운영하여 노하우와 업무적 프로세스를 명확히 숙달함으로써 가맹상에게 안정적이고 적극적인 지원을 통해 가맹상이 가맹업자를 신뢰하면서 성실히 가맹업을 운영할 수 있는 발판이 마련될 수 있을 것이라 기대되고, 가맹사업발전에 기여할 수 있을 것이다.

(논문접수일 : 2014.11.17, 심사개시일 : 2014.11.25, 게재확정일 : 2014.12.15)



류 석 희 · 소 재 선

가맹계약서, 가맹업, 가맹업자, 가맹상, 상표, 정보공개서

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

강병렬, “가맹사업거래에서의 정보공개제도”,「법학연구」제14권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2003

권재열/김병연/박세화,「상법총칙・상행위」, 박영사, 2012

김준호,「민법강의」제18판, 법문사, 2012.

김홍수/한철/김원규,「상법강의」, 세창출판사, 2012.

김화진, 「상법강의」, 박영사, 2013.

류석희, “가맹거래사제도의 개선방안 연구”, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2014

류시창, 「상법총칙・상행위법」, 법문사, 2013.

소재선/류석희, “개정가맹사업법에 대한 주요규정 고찰, 「경희법학」제49권 제2호, 경희법학연구소, 2014.

, “가맹사업법상 가맹금예치제도에 관한 개선방안 소고”, 「외법논집」제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014.

염규석, “가맹사업거래분쟁의 유형과 해결방안”, 「재산법연구」 제23권 제1호, 한국재산법학회, 2006.

이기수/최병규, 「상법총칙・상행위법」제7판, 박영사, 2010.

이철송, 「상법총칙・상행위」제12판, 박영사, 2013.

이한무, 「가맹사업법 해설」, 법률정보센타, 2014.

임재호, “프랜차이즈계약의 내용과 해석원리”,「상사법논총-제남 강위두박사 화갑기념」上, 제남강위두박사 화갑기념논문집 간행위원회, 1996.

최영홍, “프랜차이즈 관련 상법 개정안의 고찰”, 「상사법연구」제28권 제2호, 한국상사법학회, 2009.

최준선, 「상법총칙・상행위」제8판, 삼영사, 2013.

2. 외국문헌

Allen S. Joslyn, Legislative Definition s of The Franchise Relationship, New York Law School Law Review 779, 1987.

Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 9thed, 2009,

Michael J. Lockerby, Franchise Termination Restrictions : A Guide For Practioners and Policy Makers, 30 Antitrust Bulletion 791, 1985.
金井高志,「フランチャイズ契約裁判例の理論分析」, 判例タイムズ社, 2005.
川越憲治, 「フランチャイズ契約の知識」, 日本フランチャイズチェーン協會, 2001.

3. 인터넷자료(2014.12.12. 최종 검색)
가맹거래사 쌈밥의 정보공개서,
http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=foodrink&logNo= 206566252
공정거래위원회 가맹사업거래,
https://franchise.ftc.go.kr/index.do
https://franchise.ftc.go.kr/fir/manage/searchFirList2.do?method =getSearchList
매일경제, http://news.mk.co.kr/ newsRead.php?year=2013&no=808052
머니위크, http://mnb.moneyweek.co.kr/mnbview.php?no=2013070122298066880
법제처, http://www.moleg.go.kr/main.html
유럽프랜차이즈연맹, http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13

Abstract

Die Untersuchung über das in Anmeldungsverfahren stehende Warenzeichenbenutzungsrecht des Franchise Unternehmers

Ryu, Seok-Hee*
SO, Jae-Seon**

Das Franchiseunternehmen ist am 14. Mai, 2010 als die speziellen Vorschriften im Teil 2, Kap. 13(Handelsrecht, Handelsgeschäft) neu gegründet. Diese Tendenz kann als Folgendes verstanden werden, dass das Franchiseunternehmen nach der beständigen Zunahme und Entwicklung als ein wichtiges Handelsgeschäft anzusehen sein wird. Im Zusammenhang mit dem Franchiseunternehmen gibt es nicht nur das Franchiseunternehmen im Handelsrecht, sondern auch das am 13. Mai, 2002 in Kraft getretene Gesetz über die Gerechtigkeit vom Franchisegeschäft. Der normalerweise in Unwissenheit über das in Zusammenhang stehende Gesetz stehende Vertragshändler weiß das nicht, ob das Handelsrecht ein Grundgesetz des Franchiseunternehmens sein bzw. es betroffene Vorschrfiten geben kann. Außerdem kann die Vermengung auftreten wegen der begrifflichen Unterschiedenheit zwischen dem Handelsrecht und Franchiseunternehmen.

Das im Zusammenhang mit der Zahlungspflicht stehende Warenzeichenbenutzungsrecht des Vertragshändlers ist ein wichtiges Element im Franchiseunternehmen. Aber eine folgende Tendenz kann neulich entstanden werden, dass der neu eintragenwollende

* Researcher Kyung Hee Institute of Legal Studies.
** Prof. Dr. an der Kyung Hee Universitaet Law School.

Franchiseunternehmer nur das Form der Informationsöffentlichkeit einträgt, in dem nur das in Anmeldungsverfahren stehende Warenzeichenbenutzungsrecht eingeträgt wird. Also, durch das noch nicht eingetragene Warenzeichenbenutzungsrecht kann man das Form der Informationsöffentlichkeit eintragen und mit dem Vertrauen dieses Forms kann der Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen werden. Aber unter diesen Umständen kann der in Unwissenheit stehende Vertragshändler dadurch in Gefahr geräten werden, dass jemand vorher ein gleiches oder ähnliches Warenzeichenbenutzungsrecht eingeträgt hätte. Infolgedessen im Fall des neu eintragenden Warenzeichenbenutzungsrechts sollte das noch in Anmeldungsverfahren stehende Warenzeichenbenutzungsrecht zur Eintragung beschränkt werden, um den schwächeren Vertragshändler vor dieser Gefahr zu schützen.

Ryu, Seok-Hee · SO, Jae-Seon

Franchiseunternehmen, Handelsgeschäft, Handelsrecht, Vertragshändler, Anmeldungsverfahren, Warenzeichenbenutzungsrecht