

첨단과학기술시대에 RFID기술발전에 따른 개인정보보호를 위한 법제도적인 대응방안

장 인 호*

I. 문제제기	1. 국제적 동향
II. 첨단과학기술시대에 RFID기술의 헌법적 의미와 위험성	2. 국내법제도 문제점
1. RFID기술의 개념과 응용분야	3. 개인정보보호를 위한 입법부의 RFID기술관리·감독에 관한 개별입법 필요성 급증
2. 첨단과학기술사회에서 RFID기술 발전의 헌법적 의미	IV. 개인정보보호를 위한 RFID기술관리 · 감독에 관한 개별법제정 방향과 내용
3. RFID기술발전에 따른 개인정보 침해 위험성과 국가의 역할	1. 개별법 제정의 방향
III. 개인정보보호를 위한 RFID기술관리 · 감독의 국내외동향 검토와 현행 법제도상 문제점 분석	2. 개별법 제정 시 고려할 사항들
	3. 헌법친화적인 RFID기술환경 구축과 국민의 개인정보보호 강화
	V. 맺음말

【국 문 요 약】

최근 전 세계적으로 RFID기술을 이용한 이동형태그, 리더기를 손쉽게 이용하여 광범위한 지역에서의 다양한 수많은 대량의 정보를 간편하게 탐지·수집·저장·이용·유통·복제 등 처리할 수 있도록 하는 첨단과학기술인 RFID기술이 그 편리성·효율성·생산성 등의 측면에서 매우 우수하기 때문에 큰 주목을 받고 있다.

이에 따라 RFID기술이 응용된 기기나 물품들은 우리의 생활부면에서 다양하게 활용되고 있으며, 그 활용범위가 나날이 확대되고 있는 실정이며, 전 세계 각국은 RFID기술의 첨단화와 산업화를 위하여 국가적 차원에서 투자를 아끼지 않고 있다.

이러한 가운데 RFID기술이 급격하게 발전·적용되면서 저장되는 정보의 양과 수집방법이 상당히 편리해진 만큼 개인정보 등이 침해될 가능성도 현격하게 증가되었다. 이처럼 RFID기술이 응용된 기기들에 의하여 국민의 수많은 개인정보 등이 RFID기술 발전에 따라 손쉽게 추적·수집·저장 등 처리될 가능성이 점증하였다.

그러나 RFID리더기·RFID태그 등을 이용한 생활편리성 증진, 생산성 증대 등의

* 한성대학교 강사, 법학박사.

긍정적 측면만 있는 것이 아니라 개인정보의 무분별한 침해 등의 부정적 측면도 동시에 보이고 있다. 더욱이 RFID기술이 나노기술(NT)·정보기술(IT) 등과 함께 융합할 경우 개인정보 등의 기본권이 침해될 위험성과 그로 인한 제2차·제3차 등의 부정적 영향을 전혀 배제할 수 없게 되었다. 이처럼 RFID기술발전에 따라 RFID기술이 모든 물체 심지어 사람에게도 적용·부착될 수 있기 때문에 수많은 언제 어디서나 국민의 다양한 개인정보가 심각하게 침해될 위험성이 급격히 증대되고 있다.

따라서 RFID기술로 인한 개인정보의 무분별한 침해를 방지하고 RFID기술을 안전하게 활용될 수 있는 법제도적 대응방안을 검토할 필요성이 크다. 특히, RFID기술이 구체적으로 널리 활용됨에 따라 미처 예측하지 못한 문제가 대두될 수 있기 때문에 RFID기술동향을 면밀하게 검토하여 관련법규와 입법적인 논의가 필요하다.

무엇보다 RFID기술의 발달에 따라 나타날 수 있는 부정적인 영향들에 대한 면밀한 검토를 통하여 사전예방적인 측면에서 RFID기술의 발전에 따른 개인정보 등 기본권의 침해를 방지하기 위하여 선제적인 법제도를 마련해야 할 필요성이 크다.

그러므로 본 연구에서는 RFID기술의 발전에 따른 개인정보보호에 초점을 맞추고 관련 법제도와 실태와 문제점을 검토·분석하고 이를 바탕으로 미리 개인정보가 RFID기술발전 속에서 침해될 위험성이 높은 개인정보의 침해를 예방하기 위하여 필요한 「RFID기술개인정보보호법」의 방향과 구체적 내용을 제시하고자 한다.

I. 문제제기

최근 전 세계적으로 태그와 리더기를 이용한 무선주파수를 통하여 관련정보를 송수신할 수 있는 RFID기술의 활용범위가 급증하면서 제조·물류·유통·재고·서비스·식품·안전 등 다양한 분야의 복잡하고 방대한 정보를 빠르게 업데이트하고 저장할 수 있게 되었다.¹⁾ 이러한 RFID기술은 무선과 칩을 통해 다양한 객체의 정보를 간편하게 관리할 수 있는 차세대 인식기술로써 인간의 생활에 편리성과 생산성 증대에 기여하는 첨단과학기술 중 하나로 국내외적으로 큰 주목을 받고 있다.

그러나 특정전파와 주파수를 사용하여 신호를 무선으로 주고받을 수 있는 RFID 기술이 신상정보·의료정보·계좌정보 등 매우 다양한 분야에서 광범위하게 적용되면서 생활의 편리성·생산성 등이 향상되었지만 RFID기술의 이용과정에서 전파장애문제, 인체에 미치는 전파영향력, 개인정보침해 우려 등의 부작용들도 함께 증대하고 있다. 특히 RFID기술이 개인정보식별시스템 등에 활용될 경우 국민의 기본권 침해 즉 개인정보침해가능성의 위험성에 대한 관심과 우려가 고조되고 있다.²⁾

이처럼 우리나라에서도 RFID에 의한 개인정보 침해에 대한 대응의 필요성이 급격하게 고조되자 2004년 REID태그의 개인정보 기록과 수입연계 등에 대한 내용과 RFID부착사실의 표시와 리더기 등에 대한 프라이버시 보호방안에 대해서 규정한 「RFID 프라이버시 보호가이드라인」을 제시함으로써 RFID기술을 이용하는 이용기관이 개인정보를 처리할 경우에 자율적으로 보호할 수 있는 기준을 제공하였다.

그러나 오늘날과 같은 첨단과학기술사회에서 RFID기술의 발전속도를 법제도가 충분히 대응하지 못함에 따라 수많은 개인정보의 무분별한 침해 등 국민의 기본권 침해위험성이 점증되고 있는 상황에서 「RFID프라이버시보호가이드라인」은 법률

-
- 1) 장기동, “RFID 시스템의 情報保護에 관한 研究”, 석사학위논문(성균관대학교 정보통신대학원), 2008, 5-7면 ; “RFID(Radio Frequency Identification Technology)기술은 제2차 세계대전 중 영국이 자국전투기를 적군기와 아군기를 자동구별위해 개발됐다. 그 당시 고가의 비용 때문에 일반에 보급되지 못하고 군사부분에 주로 사용됐다. 또한 1980년대 들어 가격하락과 소형화로 가축관리·철도·차량 등을 식별하는 데 점차 활용되었다. 또한 1990년 이후 RFID기술발달로 저가격·고기능태그가 개발되면서 의료·유통·교통·건설·보안 등 다양한 분야로 적용 확대됐다. 육상선수 기록을 재거나 상품생산이력을 추적하는 데서부터 여권이나 신분증 등에 태그를 부착해 개인정보를 수록·인식하는 데까지 폭넓게 쓰인다. 앞으로 RFID기술이 사용될 분야는 더 넓다”고 한다.
- 2) 조규범, “유비쿼터스 사회에서의 RFID와 개인정보보호에 관한 헌법적 연구”, 「선진상사법률연구」 제25호, 법무부, 2004, 25-26면 참조 ; RFID기술은 사용자정보에 접근·추적이 용이하기 때문에 RFID기술이 남용될 경우 다양한 개인정보가 무분별하게 침해될 위험성이 상존함에 따라 RFID기술의 발전에 따라 수많은 개인정보가 침해될 위험성이 급증할 것이라는 우려를 낳고 있다.

적 강제력이 부여된 강제규범이 아니기 때문에 개인정보보호에 있어 한계가 있다.

무엇보다 아무리 편리하고 장점이 많은 기술이라도 우리 실생활에 적용되는 과정에서 발생할 수 있는 여러 문제점들과 부정적 영향을 법제도적인 측면에서 종합적으로 검토한 후 발생할 수 있는 피해를 예방하거나 최소화시킬 필요성이 크다.³⁾

그러므로 본 논문에서는 첨단과학기술시대에 RFID기술의 발전 속에서 나타나는 역기능으로서 개인정보침해의 위험성과 관련 법제도적인 측면에서의 문제점을 살펴봄으로써 개인정보보호를 위한 RFID관리·감독에 관한 새로운 개별법 제정의 필요성과 앞으로 개별법이 추구해야할 방향과 담아야할 내용을 제시하고자 한다.

II. 첨단과학기술시대에 RFID기술의 헌법적 의미와 위험성

1. RFID기술의 개념과 응용분야

가. 개념과 특징

「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조 제2호에 따르면, ‘RFID시스템’은 대상 사물에 RFID태그⁴⁾를 부착하고 전파를 사용해 사물식별정보와 주변의 환경정보를 인식하여 사물정보를 수집·저장·가공·활용하는 시스템이라고 명시하고 있다. 아울러 ‘기술’⁵⁾은 “과학이론을 실제로 적용하여 자연의 사물을 인간생활에 유용하도록 가공하는 수단”을 말한다.⁶⁾ 이러한 점에서 볼 때, ‘RFID기술’은 대상사물에 부착된 RFID태그·전파를 이용해 먼 거리에서도 주변의 다양한 정보를 인식하여 각각의 정보를 수집·저장·가공 및 활용하는 과학기술⁷⁾을 의미함을 알 수 있다.

이런 RFID기술은 비접촉식·장애물투과기능·장거리정보인식·다량물품처리·단시간식별시간·이동중실시간동시인식·동시고속인식 등의 특징을 갖고 있어 그 사용이 간편하기 때문에 시간·인력 등을 절약할 수 있는 기술로 주목받고 있다.

3) RFID기술 등 첨단과학기술과 관련 법제도의 변화는 개인정보 등과 같은 국민 기본권 보장차원은 물론 헌법의 궁극적 목적이기도 한 국민의 인간존엄성 실현이라는 목적에 따라 행해져야만 한다.

4) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조 제2호에 의하면, ‘RFID태그’는 사물에 내장·부착되어 사물정보·기타정보를 기록하고, 전파를 이용해 이들 정보의 판독·저장이 가능한 것을 의미한다.

5) 「나노기술개발촉진법」 제2조 제1호에서 ‘나노기술’을 “소재 등을 나노미터크기범주에서 미세하게 가공하는 과학기술”이라 함에서 알 수 있듯이 ‘기술’에 ‘과학기술’이 내포된 개념으로 사용한다.

6) 국립국어원(<http://www.korean.go.kr/>)

7) 김국현, 『과학기술과 윤리』, 정림사, 2001, 20면 ; “16세기이후 근대과학혁명을 거치며 ‘과학’과 ‘기술’이 융합되면서 나타난 ‘과학기술’의 ‘과학’은 사회과학·인문과학·자연과학 중 자연과학을 말하며 ‘기술’은 문제를 인식·파악하고 문제대상을 원하는 대로 전환시키는 능력을 말한다”라고 한다.

나. 분류와 응용분야

RFID기술은 통신에 사용한 전파의 주파수를 기준⁸⁾, 사용한 동력 등을 기준⁹⁾으로 분류된다. 이러한 RFID기술은 1940년 제2차 세계대전에서 아군의 비행기와 적군의 전투기를 자동적으로 손쉽게 식별하기 위하여 개발된 이후 RFID기술의 최첨단화로 인하여 무선인식기술이 점차 부각되면서 유통·교통·건설·보안·제조·서비스·행정·전자화폐·물류·국방·의료 등 다양한 분야들로 확대되고 있다.¹⁰⁾

2. 첨단과학기술시대에 RFID기술발전의 헌법적 의미

가. 헌법현실변화로서 RFID기술발전에 따른 기본권침해위험성 증대

1) 첨단과학기술시대에 RFID기술발전에 따른 새로운 기본권침해위험성 증대

첨단과학기술시대에 기술의 급격한 발전으로 인해 국가의 기본권제한에 있어 첨단기술이 활용되면서 기본권침해¹¹⁾의 위험성과 양상¹²⁾이 과거와 달라졌다.¹³⁾ 이러한 점에서 RFID기술이 거듭하여 혁신·발전 및 이용되는 상황에서 개인정보 등의 침해¹⁴⁾ 위험성은 예측하기 어려운 새로운 형태로 광범위하게 발생될 수밖에 없다.

-
- 8) 위키백과(<http://ko.wikipedia.org/wiki/RFID>): “13.56메가Mhz를 사용한 HFID(High - Frequency Identification), 보다 높은868-956Mhz대역주파수 이용한 UHFID(UltraHigh-Frequency Identification)· 낮은 120-140khz주파수 이용한 LFID(Low-Frequency Identification)120-140khz 등이 있다”고 한다.
- 9) S. Weis et al., “Security and Privacy Aspects of Low cost Radio Frequency Identification Systems”, Security and Pervasive Computing LNCS2802, 2003, pp. 201-202 ; 칩의 다양한 정보를 읽고 정보통신하는 데 태그동력을 사용한 능동형인 Active RFID, 관독기동력으로 칩에 내장된 각각의 정보를 읽고 통신하는 수동형RFID, 태그에 건전지를 내장하여 칩이 담고 있는 다양하고 수많은 정보들을 읽는데 동력사용하고 통신에 관독기동력사용한 반수동형Semi-passive RFID 등이 있다.
- 10) 조인성, “새로운 IT기본권의 대상으로서 무선주파수 인식(RFID), 「홍익법학」 제10권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2009, 42면 ; “RFID(Radio Frequency Identification Technology)기술은 1990년 이후 RFID기술의 급격한 발달로 인해 저가격·고기능RFID태그가 개발되면서 수많은 분야에서 태그를 부착해 개인정보를 수록·인식하는 데까지 광범하게 활용될 가능성이 높다”고 한다.
- 11) Mary O. Foley, “RFID Chip & Personal Information Protection”, Studio on Networks, 2010 ; “비영리 시민 자유 옹호 단체인 CDT(Center for Democracy and Technology)의 사무관인 Ari Schwartz는 이것을 '개인과 사회에 대한 위협'으로 규정하고 사법당국의 추적을 받는 사람이나 가정폭력 희생자에 대한 추적수단으로 악용되어 인권과 자유가 위협받을 수 있다고 경고하였다”고 한다.
- 12) 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 353-389면 ; “국가는 물리적인 폭력 등과 같은 과거에 많이 자행되었던 방법 대신에 급부제공, 정보조사, 처리 등 과 같은 새로운 방법들을 더 선호하고 있다”라고 한다.
- 13) 김일환, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 「헌법학연구」 제8권 제3호, 한국헌법학회, 2002, 73-74면 ; 상황에 따라 국가기관 작용이 기본권 침해할 수 있다.
- 14) 예를 들어 RFID기술이 나노기술(NT)과 함께 응용·이용하게 되면 태그의 크기나 형태는 먼지의 크기나 분말상태까지 서비스설정에 따라 다양하게 가공이 가능하다. 따라서 초소형태그가 사용될 경우 개인정보를 침해한 당사자가 침해사실조사 파악하기가 용이하지 않아 개인의 내밀한 영역의 정보이자 인간존엄과 가치에 있어 중요한 개인정보가 침해될 위험성이 클 수밖에 없다.

이처럼 첨단과학기술시대에 기술발전의 결과물인 RFID기술 진전이라는 급격한 사회변화 속에서 편리성·생산성 등의 향상이라는 긍정적 측면이 있는 동시에 수많은 개인정보가 언제 어디서나 무분별하게 탐색·수집·저장 등이 될 수 있는 새로운 변화 즉 새로운 기본권침해위험성이 점증되고 있는 상황이 최근 헌법현실이다.

따라서 RFID기술발전환경에서 기본권이 침해되지 않는 과학기술체계가 발전될 수 있도록 헌법과 법률이 RFID기술발전에 따라 발생할 수 있는 국가기관의 공권력 행사에 의한 개인정보침해를 개인의 기본권방어 측면에서 신속히 대응하여 기본권을 보호함으로써 새로운 기본권침해위험성 증대에 대응해야할 필요성이 급증했다.

2) RFID취급사업자에 의한 개인정보침해 위험성 급증

우리나라에서의 RFID기술이라는 첨단과학기술이 발전함에 따라 私인에 의하여 국민의 기본권 특히 개인정보침해의 위험성¹⁵⁾이 점증되고 있는 것이 현실이다. 이와 같이 RFID기술의 적용범위가 광범위하게 확대되고 있는 상황에서 RFID기술을 이용한 개인정보의 위험성이 다양한 분야로 확대되고 있는 것이 사회적 변화이다.

이러한 가운데 소비자에게 제품이 판매된 이후 소비자가 RFID기술의 특징을 인식하지 못하고 물건에 RFID기술이 적용된 태그 등이 부착된 상태라면 소비자가 인식하지 못한 사이에 RFID태그 등이 부착된 물건의 속성, 고유번호 등의 많은 개인의 다양한 정보가 RFID취급사업자 등 다른 사인들에 의하여 관독·이용될 수 있다.

무엇보다 오늘날 국가기관들 이외의 RFID취급사업자 등과 같은 사인에 의한 침해로부터 개인정보 등과 같은 국민의 기본적인 인권의 보장에 만전을 기해야 된다는 헌법상의 문제가 제기된 이후 국가권력기관 이외의 사인에 의한 기본권침해라는 위험성을 방지하기 위하여 기본권규정들의 효력확장경향이 보편화가 되었다.¹⁶⁾

따라서 RFID취급사업자¹⁷⁾ 등과 같이 국가가 아닌 私인에 의하여 기본권이 침해

15) Mary O. Foley, "RFID Chip & Personal Information Protection", Studio on Networks, 2010 참조 ; "RFID 기술이 원활한 차량 소통이나 편리한 쇼핑에 일익을 담당하는 것은 사실이지만 다른 사람에게 개인 정보가 불필요하게 노출될 수 있는 위험의 소지도 있다. 칩에는 많은 양의 개인데이터가 언제 어디서나 손쉽게 저장될 수 있고 은밀하게 스캔이 가능하기 때문에 개인정보가 악의적인 사용자의 손에 들어갈 수 있다. 개인정보보호를 주장하는 일각에서는 RFID칩을 "스파이 칩"이라고 비난하고 있다. RFID리더만 소지하고 있으면 언제라도 다른 사람의 데이터를 훔쳐낼 수 있기 때문에 ID 도용에서 정부 감시에 이르기까지 악의적인 용도로 사용될 수 있다"고 한다.

16) J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 149 ff.

17) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조 제4호에 따르면, "「RFID취급사업자」라 함은 RFID칩이나 태그를 제조·판매하거나, RFID태그가 부착 또는 내장된 물품을 가공하고 포장하는 제조 또는 판매하는 자, RFID태그에 기록된 물품정보 등을 개인정보와 연계하는 자, RFID태그에 개인정보를 기록하거나 RFID에 기록된 개인정보를 수집하는 자를 말한다"라고 한다.

될 위험성¹⁸⁾이 급격하게 증진된 상황에서 국가기관 이외의 RFID취급사업자 등의 사인에 의한 침해로부터 개인정보 등과 같은 개인들의 기본권이 보장되어야 한다.

나. 안전한 RFID이용환경조성을 통한 개인정보보호와 국민경제초석 마련

1) RFID기술로부터 개인정보보호 헌법적 근거

개인과 관련된 다양한 여러 정보들은 인간의 존엄성이나 인격의 내적인 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 개인의 다양하고 수많은 정보를 수집하고 공표하게 된다면 개인이 생활하면서 내밀한 인격과 자기정체성이 유지되기가 용이 하지 않다.¹⁹⁾

이러한 측면에서 볼 때, 헌법 제10조 등의 여러 헌법적 근거²⁰⁾에 따라 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지며, 국가가 국민의 개인정보 보호 등과 같이 기본적 인권을 보호해야 한다는 의무는 의무적·윤리적인 의무가 아니라 국가권력을 법적으로 구속되는 직접적인 효력규정이다.

이에 따라 국가는 개인정보 등 국민의 기본권 보장을 위하여 노력하여야 하며, 특히 안전한 RFID기술이용환경을 조성하기 위한 법제도를 마련함으로써 개인정보가 무분별하게 침해되고 그 정보가 유출되는 것을 방지하기 위해 노력해야 한다.

2) 국민경제초석 마련

전 세계적으로 RFID기술의 발전으로 인하여 산업전반과 시장구조는 물론 국민의 삶에도 막대한 영향이 미칠 것으로 예상되는 가운데, RFID기술의 발전과 이를 통한 국민경제의 지속적인 발전은 중요한 과제로서 국가가 수행해야 할 사항이다.

현재 우리 헌법 제127조²¹⁾ 제1항에서 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다”라고 밝힌 바처럼, 현대국

18) 「RFID프라이버시보호가이드라인(안)」 공청회, 한국정보보호진흥원, 2004 참조 ; “백화점 등에서 소비자가 RFID부착물품을 구입한 경우, 신용카드 결제 등과 같은 방법을 이용하면 다양하고 수많은 개인정보들과 연계되어 RFID기술과 관련된 정보와 함께 DB에 손쉽게 저장·기록이 가능하므로, 소비자의 소비성향·신용상태·관심분야 등 다양한 개인정보의 수집이 가능하다”고 한다.

19) 2007. 5. 31. 2005헌마11139 : “특별한 사정이 없으면 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 성격을 가지는 개인의 정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행해져야 한다”라고 한다.

20) 2005. 05. 26. 2004헌마190 : “개인정보자기결정권은 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권으로 보아야 한다”라고 한다. 또한 독일연방헌법재판소는 개인정보자기결정권의 헌법상의 근거는 굳이 어느 한 두 개의 헌법조항에 국한 시키는 것은 바람직하지 않으며, 인간의 존엄성과 가치 등을 기초로 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권으로 보고 있다.

21) 김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법개정의 필요성과 한계에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010, 21-22면.

가는 RFID기술의 혁신·정보·인력개발 등을 통해 국민경제발전을 이루어야 한다.

그렇다면 RFID기술이 급속하게 발전하는 첨단과학기술사회에서 과학기술발전도 중요하지만 개인정보 등이 충분히 보호될 수 있는 안전한 RFID기술이용환경 조성하여 국민 삶의 질에 영향을 미치는 국민경제의 초석을 마련함으로써 국가사회전체를 아우를 수 있도록 장기적인 안목에서 법제도적인 뒷받침이 이루어져야 한다.

3. RFID기술발전에 따른 개인정보침해 위험성과 국가의 역할

가. RFID기술의 개인정보침해 위험성

1) 개인정보침해 국내의 사례

RFID기술이 급격하게 발전되면서 RFID기술의 응용범위²²⁾가 더욱 확대되고 있는 상황에서 RFID기술을 이용하여 근무과정²³⁾, 소비자에게 물품을 판매하는 과정²⁴⁾, 출입과정²⁵⁾ 등에서 개인의 많은 정보가 유출·수집되는 침해사례들이 나타남에 따라 RFID기술의 편리성보다 그 역기능²⁶⁾에 대한 관심이 국내외적으로 급증하였다.

2) RFID기술의 광범위한 활용에 따른 개인정보보호 침해 우려 증폭

전 세계적으로 새로운 유형의 무선인식시스템인 RFID기술은 이동물체를 추적할 수 있는 기능으로 인해 산업계의 주목을 받고 있다.²⁷⁾ 한편 실생활에서 RFID기술이 다양한 분야에서 활용·보급되면서 개인정보침해의 우려가 증대됐다. 특히

22) 임명환/박용재, “RFID/USN서비스 시장전망 및 적용사례분석”, 「전자파기술」 제19권 제6호, 한국전자파학회, 2008, 3면 이하 ; 송석현, “RFID서비스전망”, 「전자파기술」 제15권 제2호, 한국전자파학회, 2004, 80면 이하 ; “RFID기술의 적용범위는 조달청국가종합전자조달시스템·RFID기술적용국방탄약관리시스템·RFID수출입국가물류인프라지원사업 등의 분야를 포함한다”고 한다.

23) 이병선, “RFID개인정보침해방지에 관한 연구”, 석사학위논문(성균관대학교 정보통신대학원), 2004, 26-27면 ; “지하철공사에서 RFID기술이 적용된 목걸이를 이용한 근무시스템을 도입하는 문제가 근로생산성 향상과 개인정보침해와 관련해 사회적 이슈로 대두되기도 하였다”고 한다.

24) 이병선, 위의 논문, 26-27면 ; “면도기업체인 질레트는 소비자가 선반 위 RFID태그가 부착된 면도기를 집어 들면 신호를 감지한 폐쇄회로(CCTV) 카메라가 소비자의 사진을 찍고 재고량을 기록하도록 해서 진열대에 RFID기술을 적용하는 실험을 시도했다. 그러자 CASPIAN(Consumers Against Supermarket Privacy Invasion and Numbering)에서 국제적으로 연대해 캠페인을 통해 알림으로써 협력사 월마트가 실험을 취소했으며, 질레트도 사진촬영을 중단하기로 했다”고 한다.

25) 이병선, 위의 논문, 26-27면. “RFID기술이 출입과정에 활용하면 개인정보를 원격으로 기록하는 경우 소비자가 알지 못하는 사이에 타인에 의하여 개인의 정보가 판독될 우려가 있다”라고 한다.

26) 오길영, “개인정보보호를 위한 RFID 규제에 관한 연구”, 「정보화정책」 제12권 제2호, 한국정보사회진흥원, 2005, 49면 ; “RFID기술이 현실사회에서 구현되는 시점인 근래에 들어, RFID기술의 편익에 대한 호응보다는 기술의 부작용들에 대한 우려의 목소리가 점차 높아지고 있다”라고 한다.

27) 각국 산업계는 RFID기술이 최근 중요한 핵심기술로 인식되고 고성장이 예상되자 기업들의 효율적 물류망구축과 재고관리수단으로 급부상한 RFID시장선점을 위해 제품을 빠르게 출시하고 있다.

RFID기술이 제품·현금·사람 등의 추적에 활용되어 개인정보를 침해할 위험성이 매우 높다. 이로 인하여 RFID기술을 이용해 개인정보의 수집·조사·추적·저장²⁸⁾ 등 과정에서 발생할 수 있는 개인정보침해위험성에 대한 우려가 증폭되고 있다.

나. 개인정보보호를 위한 국가역할

1) 첨단과학기술시대에 개인정보보호를 위한 국가의 역할

첨단과학기술의 발전으로부터 어떤 위험이 초래될 수 있는 한 이를 방지해야 할 책임 또한 국가에게 있다. 다시 말하여 헌법상 법치국가원칙 및 국가의 기본권의 보호의무에 근거하여 당연히 통제되지 못하거나 통제할 수 없는 기술이나 실험으로 인해 발생할 수 있는 위험으로부터 시민과 사회를 보호책임이 국가에 있다.²⁹⁾

더욱이 첨단과학기술이 발달한 사회에서 국가는 국민의 기본권을 보호하는 데 있어 일정한 역할을 수행해야 한다.³⁰⁾ 따라서 국가는 국민의 기본권보호주체로서 RFID기술발전이라는 헌법현실 속에서 새로운 양상의 기본권침해위험성이 급증하는 사회변화에 대응하여 국민의 기본권침해 위험성을 감소시켜주는 역할을 해야 한다.

2) 개인정보보호를 위한 입법부의 입법 및 법률개선업무

헌법이 구체적인 국가질서와 사회적·정치적 과정의 발전을 위한 규범적 틀이라고 할 때 결국 헌법친화성이란 과학기술³¹⁾의 발전을 통한 사회의 변화³²⁾가 헌법에 규정된 목표와 조화되어야만 한다는 것을 의미한다. 이러한 헌법의 목표 즉, 개인정보보호 등과 같은 국민기본권 보호를 위한 입법부의 의무는 헌법상의 의무이다.

28) 2005.05.26. 2004헌마190; “개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 여러 행위들은 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한 또는 침해에 해당한다”라고 한다.

29) 성재호/김민호/김일환, “법문화적 과학기술사회의 구축을 위한 법제정비방향에 관한 고찰”, 「법조」 통권 제570호, 법조, 2004, 10면 이하; “기본권을 보호해야만 하는 헌법상 의무 때문에 제3자라는 사적영역을 통한 과학기술발전·이용을 국가가 책임질 수 없다고 주장해서는 안 되며 과학기술정책은 국제적·다원적 해결방안에 근거해 종합적·입체적으로 접근해야 한다. 새로운 과학기술의 발전을 적극적으로 육성하면서 동시에 과학기술발전이 사회구성권을 보호하도록 해야 하는 과제를 갖고 있으며, 국제적 기준에 부합하는 정책방향설정을 고려해야 한다”라고 한다.

30) 김일환, 앞의 논문, 73-74면.

31) 김국현, 앞의 책, 20면; “16세기 이후 ‘근대과학혁명’을 거치면서 ‘과학’과 ‘기술’이 융합되면서 ‘과학기술’이라는 용어가 나타났다. ‘과학’과 ‘기술’이라는 두 개념들은 본래 분리된 다른 개념으로 ‘과학’은 어떤 일이 왜 그렇게 되는가 하는 원인과 결과를 규명하는 체계적 지식을 의미하는 개념이다. 그리고 ‘기술’은 어떻게 일을 수행하는가에 관한 지식을 의미하는 개념이었다. 과학기술에서의 ‘과학’은 사회과학, 인문과학, 및 자연과학 중에서 자연과학을 의미하는 것으로 ‘기술’이란 문제를 인식·과파하고 문제대상을 원하는 대로 전환시킬 수 있는 능력을 말한다”고 한다.

32) 김명재, “과학기술과 학문의 자유”, 「헌법학연구」 제11권 제4호, 한국헌법학회, 2005, 155면.

특히 국민의 기본권이 침해될 가능성이 증대될 경우 입법부는 헌법에서 부여된 권한 즉 법률제정권을 사용해 통치작용의 기본이 되는 법질서를 형성해야 한다.³³⁾ 따라서 RFID기술발전으로 인한 개인정보침해위험성이 증대된 상황에서 개인정보보호법질서형성을 목적으로 입법부는 입법과 법률개선 의무를 성실히 이행해야 한다.

Ⅲ. 개인정보보호를 위한 RFID기관리·감독의 국내외동향 검토와 현행 법제도상 문제점 분석

1. 국제적 동향

가. 해외의 RFID기술 및 관련입법 동향

RFID기술이 발달하기 전부터 컴퓨터를 이용한 정보기술(IT) 등과 관련하여 국제적으로 개인사생활보호에 미치는 영향에 관심을 갖고 개인정보보호에 주목하였다.³⁴⁾ 그 결과 1948년 「세계인권선언」³⁵⁾ 제12조³⁶⁾·1990년 「UN총회결의로 채택된 컴퓨터화된 개인정보파일의 지침」³⁷⁾은 개인정보의 보호를 위하여 마련되었다.

특히, 「UN총회결의로 채택된 컴퓨터화 된 개인정보파일에 관한 지침」³⁸⁾은 개인정보보호를 위해 합법성·공정성원칙³⁹⁾·정확성원칙⁴⁰⁾·목적구체성원칙⁴¹⁾·관련

33) 김백유, 『헌법학(I)-헌법총론·국가조직론』, 조은, 2010, 768-769면.

34) 유엔은 1946년 정보자유를 기본적 인권으로 결의하고 1960년 자동화된 정보처리가 사생활보호에 미치는 영향에 관심 갖고 UNESCO는 1970년 개인정보보호영역에 관심 기울었다”라고 한다.

35) 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 제2차 세계대전 전야의 인권무시, 인권의 존중과 평화확보 사이의 깊은 관계를 고려하여 기본적 인권 존중을 그 중요한 원칙으로 하는 국제연합헌장의 취지에 따라 보호해야 할 인권을 구체적으로 규정을 목적으로 선언되었다.

36) James Michael, Privacy and Human Rights, Dartmouth, 1994 참조 ; 1948년에 마련된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)의 제12조에 따르면 Privacy는 적절하게 보호되어야 한다고 규정하였으며, 동 선언 제12조에 국민의 프라이버시권 보호에 대한 구체적 내용을 담고 있다.

37) 1990년 「UN총회결의로 채택된 컴퓨터화된 개인정보파일의 지침(Guidelines for the regulation of computerized personal data files)」은 개인정보파일에 제공하는 사람의 프라이버시와 인권이 보장되도록 최소한의 기준을 정하고 그 기준이 각국 국내법에 반영되도록 하기 위한 것으로 「OECD가이드라인」과 유럽평의회의 108국체협약에 나타난 개인정보보호의 원칙들을 반영하였다.

38) 이광현, “개인정보보호를 위한 국제적 협력에 관한 연구”, 박사학위논문(고려대학교 대학원), 2009, 98-99면.

39) 합법성과 공정성원칙(Principle of Lawfulness and Fairness)에 따르면, 개인에 관한 다양한 정보는 합법적인 방법으로 수집·처리되어야만 하고, UN헌장에 명시된 목적과 원칙에 반해서는 안 된다.

40) 정확성원칙(Privacy of Accuracy)에 의하면, 정보를 수집하거나 저장하는 사람 및 이에 관해 책임이 있는 담당자는 개인정보를 정기적으로 검사해 수록정보가 정확한 정보인지를 검토해야만 한다.

41) 목적구체성원칙(Principle of the Purpose-specification)에 따르면, 개인정보를 수집하고 처리하는 목적이 구체적이고 정당해야만 한다. 개인정보는 관련개인의 동의가 없는 한 사용되거나 공개되

개인·접근원칙⁴²⁾·비차별원칙⁴³⁾·예외결정기관⁴⁴⁾·보안원칙⁴⁵⁾·개인정보의 국외 이전⁴⁶⁾·적용범위⁴⁷⁾ 등과 같은 여러 가지 원칙들과 여러 내용들을 내포하고 있다.

이러한 국제사회에서의 개인정보보호에 관한 동향을 위한 선언과 지침들은 오늘날과 같이 첨단과학기술시대에 RFID기술의 발전에 따른 개인정보침해방지라는 문제해결을 위한 관련 법제의 입법적 고려에 있어 중요한 의미와 방향을 제시한다.

RFID기술이 전 세계적으로 주목받고 있는 가운데, 미국은 우편물의 운송과정을 제어하기 위하여 RFID기술을 활용하는 시스템을 2003년부터 운영하면서 도착되는 우편물량·지원인력 등의 계획수립을 위해 이용하고 있다. 이러한 가운데 미국에서는 소비자단체들을 중심으로 RFID기술이 개인의 정보를 심각하게 침해할 위험성이 높다는 측면과 그 보호방안이 불투명한 상태에서 진행되고 있는 RFID기술의 전면적인 도입에 대한 반대운동이 전개되었다. 아울러 미국의 개인정보보호단체들은 물품에 RFID기술과 관련된 태그 등의 부착을 반대하는 성명서를 발표하였다.⁴⁸⁾ 이와 함께 미국에서는 RFID기술과 관련하여 CASPLAN이 청원한 「RFID Right to Know Act of 2003」⁴⁹⁾·미국 유타주 「RFID알권리 법안」⁵⁰⁾ 등이 마련되었다.

어서는 안 되며, 수집된 개인정보저장은 구체화된 목적을 위하여 필요한 기간을 넘어서는 안 된다.

42) 관련개인에 의한 접근원칙(Principle of Interested-person Access)에 따르면, 정보가 수집되거나 저장된 해당 개인은 각 정보가 어떻게 처리되며 사용되는지에 관하여 알 권리를 갖고 있으며, 잘못되거나 정확하지 못한 정보의 삭제권 등 여러 보호권리가 개인을 위해 제공되어야만 한다.

43) 비차별원칙(Principle of Non-discrimination)에 의하면, 개인과 관련정보의 각 주체들은 종교적·인종적·성적 차이나 정치적 견해 등을 이유로 부당하거나 자의적인 차별을 받아서는 안 된다.

44) 예외결정할 수 있는 기관(Power to make Exceptions)에 의하면, 위 원칙으로부터 예외가 인정되는 경우에는 국가안전보장·질서유지·타인의 자유와 권리보호 및 반인륜적 범죄를 범한 범인 추적처럼 목적과 근거가 국내법절차에 따라 정당히 저장된 법규정에 구체화된 경우에 인정된다.

45) 보안원칙(Principle of Security)에 따르면, 자연재해이나 컴퓨터바이러스, 권한이 없는 접근 등으로부터 이러한 개인정보와 관련된 각 파일들을 보호하기 위한 적절한 조치들이 행해져야만 한다.

46) 개인정보 국외이전(Transborder Data Flows)에 의하면 개인정보가 한 국가에서 다른 국가로 전달될 시 각 국내에 사생활보호대책이 마련되어 정보를 가능한 한 자유롭게 전달·처리해야 한다.

47) 적용범위(Field of Application)에 관련하여 살펴보면, 앞의 원칙들은 모든 공적 또는 사적인 기관들에 의하여 적용되어야만 하고 컴퓨터파일뿐만 아니라 수작업파일도 적용대상에 함께 포함된다.

48) 오길영, 앞의 논문, 49면 ; “미국의 개인정보보호단체들이 발표한 성명서는 본문과 2개의 부록으로 구성되어 있다. 성명서 본문에서는 RFID기술에 관한 간략한 소개와 함께 RFID기술의 어떠한 특성이 프라이버시와 자유에 대한 위협을 주는지를 설명하고, 이러한 RFID를 사용하는데 있어서의 권리와 의무의 내용을 밝히고 있다. 첫 번째 부록에서는 RFID기술의 한계점으로 인하여 RFID기술이 개인정보침해위험이 크지 않다는 주장에 대하여 반론을 제기하였다. 두 번째 부록에서는 현재까지의 산업계에서 제한한 프라이버시 보안에 관한 솔루션들에 대해서 비판하였다”라고 한다.

49) CASPLAN은 RFID이라는 첨단기술을 자동적으로 개별 각각의 제품들을 인식할 수 있는 주파수를 사용하는 기술로 정의하고 RFID태그는 안테나가 부착되고 식별정보를 전송할 수 있는 마이크로칩으로 구분했다. RFID기술취급사업자는 RFID태그와 관련된 개인의 정보들을 제3자에게 공개할 수 없고 회원이나 제3자가 RFID태그의 정보들을 이용하여 개인을 식별해서도 안 된다고 하였다.

50) 조승만, “유비쿼터스 컴퓨팅 환경에서의 RFID 사용에 따른 개인정보보호에 관한 연구”, 석사학

가. 우리나라에의 시사점

전 세계 각국에서 주목받고 있는 RFID기술에 관한 각국에서의 발전과정·기술 동향 및 규제필요성 논의들을 살펴보면, 다음과 같은 동향과 시사점을 알 수 있다.

첫째, RFID기술은 모든 사물에 태그를 부착해 네트워크망을 만들어 모든 정보를 관리한다는 USN(ubiquitous sensor network)⁵¹⁾시대를 열어줄 핵심기술로 주목받고 있으며, 수십 년 동안 유통물류시장의 평면적인 정보수단으로 이용되었던 바코드를 대체할 새로운 기술인 RFID기술은 산업 분야를 획기적으로 변화시키고 새로운 시장을 창출할 수 있을 것으로 주목받는 동시에 산업계의 RFID기술 도입에 따른 수많은 개인의 방대한 정보가 침해될 우려에 따른 부정적 시각도 함께 나타났다.

둘째, 전 세계 각 국에서 RFID기술의 도입으로 인한 부작용에 대한 논의가 소비자·시민단체 등으로부터 제시된 이후 RFID기술이 차지하는 경제적인 측면에서의 중요성과 국민의 개인정보유출 등 기본권침해위험성이 점차 높아지자 국가기관에 의한 무분별한 개인정보침해 문제에 대한 논의뿐만 아니라 RFID기술취급사업자 등 사인에 의한 개인정보침해 위험성에 대한 적절한 대응 필요성도 함께 고조되었다.

셋째, 처음에는 군사적인 목적으로 개발·적용되기 시작했던 RFID기술이 산업분야와 민간분야 등 점차 다양한 분야로 상용화되면서 RFID기술에 대한 논의가 특정 분야가 아닌 다양한 수많은 분야로 점차 확대되고 있다. 이러한 가운데 RFID기술로 인한 개인정보침해에 대한 적절한 필요성이 증가함에 따라 RFID기술관리·감독에 있어 자율적 규제와 함께 소비자·민간단체와의 협력 필요성이 더 점증되었다.

넷째, 대상물의 다양한 식별정보를 접촉하지 않고도 순식간에 수집·저장할 수 있는 RFID기술의 발전에만 초점이 집중되다 보니 RFID기술의 부작용에 대한 안이한 운영이 개인정보 등 국민의 기본권침해로 이어질 가능성이 크다는 점에서 단순한 우려수준을 넘어 지금까지의 개인정보보호 정책을 유명무실화할 잠재성을 가지고 있다는 점에서 각국이 공감하게 되면서 “RFID기술의 개인정보보호침해”에 대한 규제와 법제도적 측면에서 권고가 아닌 강제적 대응방안논의도 본격화되고 있다.⁵²⁾

위논문(충남대학교 산업대학원), 2006, 20-21면; “RFID알권리법안은 법안의 이름을 규정하는 제1장을 시작으로 제2장부터 제5장까지 음식, 의약품, 화장품 등 각 제품에 RFID태그를 장착할 때 이를 고지하도록 규정하는 내용을 포함하고 있다. 또한 제6장은 소비자의 프라이버시를 보호하기 위한 조항들과 소비자나 사업자 교육에 대한 내용과 같이 구체적인 사항들을 담고 있다”고 한다.

51) 미국캘리포니아주의회 등은 RFID기술로 인한 프라이버시 침해위험 관련 청문회개최에서 알 수 있듯이 소비단체들은 RFID기술이 사람, 현금, 제품 등의 추적에 간단히 사용되어 개인정보의 침해위험이 매우 높음을 제시하면서, 산업계의 RFID기술 도입에 강력히 반대하고 있는 상태이다.

52) 오길영, 앞의 논문, 49-50면.

다섯째, RFID기술의 급격한 발전에 따라 다양하고 수많은 개인정보가 무분별하게 침해되는 것을 방지하기 위하여 법제도의 사생활침해라는 불법행위법리에 의한 적용은 그 엄격한 요건 및 손해배상 등 구제수단의 측면에서도 RFID기술의 적용·이용 등의 과정에서 발생할 수 있는 개인의 사생활침해라는 위험성을 사전에 적절히 규율하기 위하여 처벌강화와 손해배상 등의 여러 가지 논의가 촉발되고 있다.

여섯째, 전 세계적 각국에서 RFID기술의 비접촉식·장애물투과기능·장거리정보인식·다량물품처리·단시간식별시간·이동중실시간인식정보과악 등의 여러 특징으로 인하여 광범위한 지역에서 수많은 개인정보가 빠르고 손쉽게 무분별하게 침해될 위험성이 급증함에 따라 개인정보에 대한 보안문제가 크게 대두되고 있다.⁵³⁾

일곱 번째, 최근 태평양연안쓰나미사고·후쿠시마원자력사고 등 이후 환경은 물론 경제·사회·재정 등의 분야는 물론 과학기술분야에서도 사전예방적인 측면에서의 법제도적 대응을 통한 개인정보 등 기본권보호의 필요성이 점증⁵⁴⁾되고 있다. 특히, RFID기술로 인한 개인정보침해가 발생할 경우 그 피해를 원상회복하기 용이하지 않고 개인정보 침해 이후 보이싱피스·스미싱 문자·유출개인정보를 이용한 금융사기 등 제2차·제3차의 또 다른 피해위험성도 높아짐은 물론 시간적·경제적·인력적인 측면에서도 매우 큰 손해이기 때문에 국가 또는 RFID기술취급자의 침해로부터 개인의 정보에 대한 사전예방적인 보호의 중요성이 더욱 부각되고 있다.

이러한 RFID기술과 관련된 국제적인 동향에서 나타난 해외도입사례 및 법제도적인 대응방향을 살펴볼 때, 우리나라에서의 RFID기술의 급격한 발전에 따른 개인정보보호 문제에 대한 앞으로의 법제도적인 대응방안에 시사하는 바가 적지 않다.

무엇보다 RFID기술의 국제적인 동향과 국외 입법동향 및 그 시사점에서 볼 때, RFID기술의 적용과 활용이 광범위하게 다양한 분야에서 진행되고 있는 우리나라에서도 RFID기술의 발전 속에서 개인정보의 무분별한 침해로 인한 피해를 사전에 미리 선제적으로 대응·방지함으로써 안전한 RFID기술이용환경의 지속적안 조성과 국민들의 개인정보 강화를 위한 법제도의 적절한 마련이 시급함을 알 수 있다.

53) 나노기술 등과 융합하면서 RFID기술로 인한 개인정보침해의 위험성이 더욱 점증되고 있다. 이에 따라 각국은 실질적인 대응방안의 중요성이 커진 만큼 RFID기술 특징과 다른 기술의 융합으로 인한 개인정보침해의 부작용을 최소화해 안전한 RFID기술보호환경 조성을 위해 노력하고 있다.

54) 특히 첨단과학기술인 원자력기술과 관련된 원전사고로 인한 후쿠시마원자력사고에서 경제적·비용적·인력적인 측면에서의 피해가 막대하게 발생하였고 현재까지도 사고이전 원래상태로 복구가 용이하지 않음에 따라 사후구제적인 대응보다 사전예방적인 측면에서의 선제적인 대응의 중요성이 RFID기술을 비롯해 나노기술(NT)·정보기술(IT) 등 과학기술 분야에서도 더욱 강조되고 있다.

2. 국내법제도 문제점

가. 입법실태

1) 「RFID프라이버시보호가이드라인」

「RFID프라이버시보호가이드라인」의 목적은 RFID기술시스템의 이용에 따른 이용자⁵⁵⁾의 프라이버시를 적절하게 보호함으로써 안전한 RFID기술이용환경을 지속적으로 조성하기 위하여 마련되었다. 동 가이드라인은 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등 관계법령의 개인정보보호원칙을 토대로 하고 있다.⁵⁶⁾

「RFID프라이버시보호가이드라인」 가이드라인은 RFID태그에 개인정보⁵⁷⁾를 기록해 개인정보를 수집하거나 RFID를 통하여 수집한 물품정보 및 개인정보를 연계하는 RFID시스템을 이용하여 개인프라이버시를 침해할 수 있는 경우에 적용한다.⁵⁸⁾

「RFID프라이버시보호가이드라인」은 제1장 총칙⁵⁹⁾을 시작으로 제2장 개인정보 기록·수집 연계, 제3장 RFID태그부착사실 표시 및 제4장 보칙⁶⁰⁾으로 이루어져 있다.

“개인정보의 기록·수집 연계”에 관한 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2장에서는 “개인정보 기록금지”를 비롯하여 “RFID기술을 적용한 RFID태그를 통한 개인정보 수집”, “RFID태그의 물품정보와 개인정보 연계” 등에 관해 규정하고 있다.

“RFID태그부착사실 표시”에 관한 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제3장은 제7조⁶¹⁾ “RFID태그부착사실 표시”와 제8조 “RFID태그기능제거방법 표시”를 명시했다.

55) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조 제5호에 의하면, ‘이용자’는 “RFID태그가 내장 또는 부착된 물품을 구매하거나 RFID태그가 내장 또는 부착된 물품을 이용하여 제공되는 용역을 이용하는 자를 말한다”라고 명시적으로 밝히고 있다.

56) 정보통신부/한국정보보호진흥원, 「RFID프라이버시보호가이드라인」 해설서, 2007, 7면.

57) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조 제1호에 따르면, ‘개인정보’는 “생존하는 개인에 관한 정보로 당해 개인을 알아볼 수 있는 정보로서 당해 정보만으로는 특정개인을 알아볼 수 없는 경우에도 다른 정보와 용이하게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한 것을 의미한다”고 규정했다.

58) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제3조 ; “다만, 개인정보와 프라이버시 침해 위험 없이 물품정보를 수집하여 이용하는 경우에는 적용하지 아니한다”라고 한다.

59) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제1장 총칙에서는 목적·정의 및 적용범위를 규정하고 있다.

60) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제4장 보칙에서는 제9조 “RFID태그의 인체이식 금지”, 제10조 “RFID리더기설치의 표시”, 제11조 “RFID시스템의 개인정보보호를 위한 관리적·기술적 조치”, 제12조 “RFID시스템에 대한 프라이버시 영향평가”, 제13조 “재정보관리책임자의 지정”, 제14조 RFID태그에 대한 이용자의 인식제고, 제15조 개인정보 이용·제공 및 파기 및 제16조 가이드라인 개정에 관한 사항에 대해서 규정하고 있다.

61) 「RFID프라이버시보호가이드라인」 제7조는 “RFID취급사업자는 이용자에게 물품구입·제공 후 당해물품에 RFID태그가 내장 또는 부착할 경우 RFID태그부착사실·위치, RFID태그성질·기능, RFID태그기록정보 등을 미리 이용자에게 설명하거나 물품 또는 포장 표시해야 한다”라고 명시적으로 규정하고 있다.

2) REID기술에 관한 개별법 부재

RFID기술이 발전하는 가운데 RFID기술을 이용한 개인정보침해 방지를 위하여 「RFID프라이버시보호가이드라인」이 마련됐다. 그러나 RFID기술발전 속에서 개인정보보호를 위한 개별법이 마련되지 못해 개인정보침해가능성이 적지 않다.

「RFID프라이버시보호가이드라인」은 RFID기술의 이용기관에게 개인정보를 처리할 경우 자율적으로 보호할 수 있는 기준으로 제시하지만 이러한 기준은 법률적인 강제력이 부여된 강제규범이 아니기 때문에 개인정보의 보호에 있어 한계가 있다.

더욱이 전 세계적으로 각국은 경제발전과 산업육성을 위해 RFID기술의 첨단화와 산업화에 주로 집중하다 보니 개인정보의 보호가 상대적으로 주목을 받지 못하고 있다. 우리나라에서도 국민의 기본권과 관련하여 중요한 개인정보보호를 위한 RFID기술의 합리적인 관리·감독을 위한 법제도 마련이 시급하지만 현재 「RFID프라이버시보호가이드라인」이 있어 법적 강제를 발휘할 수 없는 것이 현실이다.

나. 「RFID프라이버시보호가이드라인」상의 문제점

1) RFID기술에 관한 개념정의·대상범위 및 기준의 불명확성

「RFID프라이버시보호가이드라인」 제2조의 제1호·제2호·제3호·제4호 및 제5호에서는 ‘개인정보’, ‘RFID시스템’·‘RFID태그’·‘RFID취급사업자’ 및 ‘이용자’의 개념만을 규정하고 있어, RFID기술이 확장·융합이 심화되는 상황에서 RFID기술의 개념은 물론 RFID기술발전으로 따라 새롭게 출현한 개념의 정의가 불명확하다.⁶²⁾

더욱이 최근에 융합기술의 적용영역이 점차 넓어지고 있는 상황에서 오늘날 RFID기술 분야를 비롯하여 다양한 분야의 수많은 기술 간의 융합이 급속하게 이루어지고 있는 상황에서 RFID기술과 관련된 새로운 용어가 수시로 생겨나고 있다.⁶³⁾

이처럼 RFID기술의 급격한 발전으로 RFID기술의 적용범위가 점차 광범위하게 확대되고 기술 간의 융합현상에 따라 RFID기술과 관련해 새로운 용어들이 나타나고 있지만 RFID칩·RFID리더 등 새로운 용어에 대한 개념적인 정의가 불충분하다.

62) 오길영, 앞의 논문, 49-50면; “이처럼 RFID기술이 확장되는 상황에서 융합되는 여러 가지 기술과 확장되는 대상범위에 적절하게 RFID기술개념에 대한 명확한 정의가 명확하지 않다”고 한다.

63) 이준영/김도현/안세정/권오진/문영호, “기술융합의 세계적 추세와 한국의 현황 비교분석”, 「대한산업공학회지」 제39권 제3호, 대한산업공학회, 2013, 222면 이하; 나노기술(NT), 바이오기술(BT), 정보기술(IT) 등 그 외의 수많은 분야에서 첨단화된 각각의 과학기술을 서로 결합시킴으로써 첨단화·효율성·산업화·경제력 등과 여러 측면에서 시너지효과를 최대한 극대화할 수 있는 다양한 과학기술간의 융합현상이 가속화되고 있으며, 더욱더 증대될 것으로 전망되고 있다.

2) RFID기술에 대한 불충분한 영향파악과 사고대비부족

RFID기술이 주변생활의 환경에 미치는 영향 특히 개인정보에 미치는 영향 등을 실질적으로 평가하기 위한 구체적 내용은 물론 관련기준이 불충하다. 또한 「RFID 프라이버시보호가이드라인」에서 RFID기술이 나노기술(NT)·정보기술(IT) 등과 융합⁶⁴⁾하여 나타나게 될 개인정보침해 위험성 등과 관련된 상세한 내용들이 언급되지 있지 않아 실효성이 낮을 뿐만 아니라 RFID기술의 발전에 따라 나타나고 있는 개인정보침해의 방지를 위한 RFID기술위험성과 대응방안에 대한 교육도 미흡하다.

3) RFID기술에 대한 개인정보보호에 있어 재정지원과 인력동원 부족

오늘날 국가기관 중 행정부가 수행해야할 국가의 과제가 급격하게 진행되는 상황에 RFID기술발달로 개인정보 침해를 방지할 재정지원이 부족할 수밖에 없다.⁶⁵⁾

더욱이 RFID기술이 첨단화되고 있는 상황에서 첨단화된 RFID기술을 이용한 개인정보 등의 기본권침해에 지속적으로 대응하기 위한 충분한 비용지원이 전제되어야 하지만 재정적 지원이 부족하고 RFID기술이 다른 기술과 융합될 가능성이 높아짐에 따라 이를 적절히 통제하기 위한 충분한 인력을 동원하기도 용이하지 않다.

4) RFID기술 이용한 개인정보의 무분별한 수집·저장 및 이용에 있어 RFID기술의 은닉가능성과 보안취약성 점증

RFID기술이 응용된 RFID리더기·RFID태그 등에 의하여 개인의 다양하고 수많은 정보가 무분별하게 수집·저장·이용 등될 수 있는 새로운 위험성이 급증함에 따라 RFID기술로 인하여 개인정보가 인식하기도 전에 노출될 수 있다. RFID와 RFID소유자 사이의 정보를 언제든지 추적·탐지·수집·저장 등이 손쉽게 가능하다.⁶⁶⁾

뿐만 아니라 RFID기술이 적용된 기기들은 인간의 시각으로 인식할 수 없을 정도로 초소형화 시킬 수 있는 나노기술과 융합을 통하여 기술적으로 실현가능하게 되었다. 이에 따라 초소형화 된 RFID리더기·RFID태그 등은 더욱 손쉽게 은닉이

64) 표철식/정운철/김말희/오세원/박주상, “RFID/USN융합기술의 발전전망과 국제표준화 동향”, 「정보와 통신」 제20권 제9호, 한국통신학회, 2011. 10-20면.

65) RFID기술발달로 인한 개인정보침해 위험성이 고조되고 있는 상황에서 국민의 개인정보가 안전하게 보호될수록 하기 위해서 투여되는 관련 비용을 위한 안정된 재정의 마련이 용이하지 않다.

66) 이병선, 앞의 논문, 29-30면 ; “RFID기술은 도청에도 이용될 수 있을 뿐만 아니라 RFID기술 간 상호인증을 위한 인증프로토콜 수행 시 세션가로채기, 재생공격, 중간자개인정보침해 등과 같은 국민에게 중요한 수많은 개인정보가 무분별하게 부지불식간에 침해·악용될 수 있다”라고 한다.

가능함에 따라 개인정보 보안은 취약해지면서 그 침해 위험성이 더욱 증대되었다.

5) RFID기술 응용된 기기들의 은닉가능성과 보안취약성 점증

RFID기술이 응용된 관련기기들이 RFID기술의 비접촉성·은닉가능성 등의 특성상 장거리에서 접촉하지 않고 또는 물건을 통과해 정보를 간단히 수집·저장할 수 있으므로 개인의 정보가 RFID기기를 이용한 침해로부터 보안이 취약할 수밖에 없다.

이러한 가운데 RFID기술을 이용한 기기가 점차 초소형화 된 상황에서 그 제작 비용이 과거에 비하여 값비싸지 않아 일반에게 보급될 가능성과 함께 나노기술 등 각종 기술을 융합·접목한 RFID기기들로 인한 개인정보의 위험성은 더욱 증대됐다.

그럼에도 불구하고 RFID태그제품 부착사실 및 RFID태그기능 제거방법을 설명·표시하고, RFID리더기를 설치한 경우 리더기가 설치돼 있다는 사실을 이용자가 용이하게 인식할 수 있도록 표시하도록 하고 특별한 경우가 없는 경우 RFID기술을 적용한 태그의 인체이식을 하지 못하게 하고 있지만 이는 법적 강제력이 미약하다.

3. 개인정보보호를 위한 입법부의 RFID기술관리·감독에 관한 개별입법 필요성 급증

RFID기술이 급격하게 발전하고 나노기술(NT) 등 다른 여러 기술과의 융합도 빠르게 이루어지고 있는 변화 속에서 RFID기술은 그 특성으로 인하여 개인정보에 대한 침해의 정도와 방법이 기존 형태와 달리 막대한 피해위험성이 전망되고 있다.

그러나 「RFID프라이버시보호가이드라인」에 근거로 RFID기술발전 속에서 나타나는 부정적 영향으로부터 개인정보보호 실효성이 충분히 확보하지 못하고 있다.

이런 가운데 현법상 개인정보보호를 위한 입법부의 RFID기술관리·감독에 관한 개별입법을 제정할 필요성이 증대하고 있음에도 불구하고 RFID기술을 이용한 개인정보 등 기본권을 보호해 줄 수 있는 법제도의 정비는 이루어지지 않고 있다.⁶⁷⁾

따라서 향후 RFID기술을 활용한 서비스가 더욱 확대되는 과정에서 개인의 정보 보호를 위해 RFID기술을 활용한 여러 분야의 기기·서비스 등을 규제해야 한다는 사회적 공감대가 형성·확산될 경우 「RFID프라이버시보호가이드라인」을 기본으로 하여 개인정보보호를 위한 RFID기술관리·감독에 관한 법제화가 마련되어야 한다.

67) 이철호, “RFID와 프라이버시 보호”, 「한국콘텐츠학회 종합학술대회 논문집」 제4권 제2호, 한국콘텐츠학회, 2006, 445면 이하 참조 ; “사회적으로 확산되고 있음에도 프라이버시 침해의 위협으로부터 개인을 보호해 줄 수 있는 법적 제도의 정비는 이루어지지 않고 있다”고 한다.

IV. 개인정보보호를 위한 RFID기술관리·감독에 관한 개별법제정 방향과 내용

1. 개별법 제정의 방향

우리 「헌법」은 개인정보를 보호하고 있다. 따라서 RFID기술이 급격하게 발전된 상황에서 개인정보가 침해될 위험이 높아지면 높아질수록 개인정보를 침해를 위한 RFID기술에 대한 관리·감독도 상응하여 적절하게 이루어져야 함을 의미한다.

따라서 헌법상 개인정보의 보호를 위한 RFID관리·감독에 관한 개별법의 제정은 다음과 같은 방향에 터 잡아 세부적 사항들이 포함될 수 있도록 마련되어야 한다.

첫째, 국가가 RFID기술의 개인정보보호와 관련하여 미래비전제시, 서비스모델 등의 개발에 있어 주도적으로 추진해야 한다. 둘째, 개인정보를 위한 RFID관리·감독에 관한 개별법을 제정하는데 있어서 국가기관과 함께 민관협력체제구축도 고려되어야 한다. RFID기술이 적용되는 범위와 기타 응용범위가 광범위하기 때문에 셋째, 사후구제방식에서 사전예방중심의 개인정보 등의 기본권보호에 치중해야 한다. 이를 위해 수요자 요구에 기반 한 정책추진을 기본으로 하며 역기능에 대한 사전적 검토가 필요하다. 넷째, RFID기술 특성을 고려하여 개별법을 제정하여야 한다. 다섯째, 「UN총회결의로 채택된 컴퓨터화된 개인정보파일의 지침」 등과 같은 국제적 기준을 고려해 개인정보보호를 위한 RFID기술관리·감독법률을 마련해야 한다.

특히, RFID기술이 나노기술(NT)·정보(IT) 등의 기술 등과 융합될 경우 군사·유통·관광 등 다양한 분야에서 수많은 개인정보가 개인정보의 당사자가 인식하지도 못하는 사이에 빠르고 간편하게 유출·수집·저장됨으로써 국민의 기본권이 심각하게 침해될 위험성이 매우 크다. 또한 이처럼 국민의 개인의 정보가 무분별하게 침해되는 사회에서 헌법의 궁극적 목적인 인간의 존엄과 가치가 실현될 수 없다. 따라서 국가가 부여된 과제의 수행을 위하여 필요한 지식과 정보를 조사·처리·저장 등을 과제수행과정에서 필요한 것 이상으로 과도하게 국민의 개인정보 등을 수집·저장하고 수집된 정보들을 전달·이용해서는 안 된다.⁶⁸⁾ 이처럼 RFID기술이 점차 첨단화된 사회에서 국가뿐만 아니라 사인도 역시 개인정보를 개인동의 없이 수집·저장하고 이를 영리목적 등을 위하여 전달·판매 등에 활용해서는 안 된다.

68) Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Nomos Verlag, 1987, 37면 이하 참조.

무엇보다 첨단과학기술시대에 국민의 권리가 한번 침해되면 이를 원래의 상태로 회복하는 데 많은 경제적 비용·시간·인력 등이 필요할 뿐만 아니라 상황에 따라서는 원래상태로 회복이 불가능한 경우가 많다. 이러한 측면에서 개인정보 등 국민의 권리침해에 있어 사후구제방법보다는 사전예방적인 차원의 구제가 바람직하다.

이처럼 첨단과학기술시대에 전통적인 기본권보호방식인 사후구제제도로는 국민의 권리를 충분히 보호할 수 없다. 첨단과학기술시대에 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하지 아니하도록 예방하는 사전적인 제도를 통한 권리보호가 훨씬 더 효율적이다.⁶⁹⁾ 이는 국가로부터 개인정보 등의 국민의 권리가 침해될 경우는 물론 RFID기술취급 사업자 등과 같은 사인에 의한 개인정보 침해에 대한 구제에 있어도 마찬가지다.

2. 개별법 제정 시 고려할 사항들

가. RFID기술의 개념정의·적용범위 명확화 및 기준 표준화

RFID기술의 개념정의와 함께 RFID기술의 발전과 다른 기술과의 융합에 따라 새롭게 출현하고 있는 등의 관련용어에 대한 구체적 개념정의를 통하여 개인정보 등과 같은 국민의 기본권이 사후적으로 구제하는 것 보다 장기적인 안목에서 사전예방인 측면에 초점을 맞춘 종합적 대책들이 마련되어야 할 필요성이 매우 크다.⁷⁰⁾

뿐만 아니라 RFID기술로 인한 개인정보의 침해방지가 사전예방적인 측면에서 효율적으로 관리·감독되도록 하기 위해서는 표준기준과 관련하여 국제적인 흐름과 변화 및 동향을 반영하여 적절한 정부 역할에 대한 지속적인 재정비가 요망된다.

그리고 식별코드 체계, 센서 등 분야별 표준화 추진전략이 마련되어야 한다. 현재 모든 사물에 부착·적용될 RFID기술은 적용 산업마다 상이한 식별코드가 사용

69) 김일환, “기본권의 제한과 침해의 구별필요성에 관한 고찰”, 『공법연구』 제27권 제2호, 2002. 82면 ; “지금까지 전통적인 기본권보호제도에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리가 침해된 경우에 재산상 손해를 전보해 주거나 당해 행정작용을 취소, 변경해 주는 사후적 구제제도가 핵심이다. 그러나 첨단과학기술사회에서 이러한 전통적인 사후구제제도로는 개인의 권리를 충분히 보호할 수 없다. 오히려 과학기술사회, 정보사회에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전에 처음부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하여지지 아니하도록 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호가 훨씬 더 효율적이다. 따라서 아직까지는 사전적 보호제도가 사후적 구제제도를 보완, 보충하는 역할을 맡고 있으나 앞으로는 그 중요성이 사후적 구제제도에 준할 만큼 중요한 몫을 차지할 것이다”라고 한다.

70) RFID기술 분야에서 지금까지 나노기술(NT)·정보기술(IT)·원자력기술(AT) 등의 첨단과학기술이 급격하게 발전함으로써 생기는 사회변화 즉 첨단기술발전으로 인한 순기능은 물론 그 위험성인 역기능의 부정적 측면을 사전에 미리 함께 고려하지 못하여 발생한 불행한 사건 즉, 많은 사람의 생존권·개인정보 등 기본권이 침해되었던 잘못된 전례를 반복해서는 안 되기 때문이다.

되고 있어, 산업의 사용자 협력을 통한 표준화 추진이 중요하다. 이에 따라 각 산업분야의 식별코드체계현황을 조사·단계별표준체계 확립 등이 마련되어야 한다.

또한, 바코드 등 현재 사용 중인 식별코드와 RFID 식별코드를 동시에 사용할 수 있는 인프라를 구축하고 다중 코드 검색 표준화⁷¹⁾를 추진하여야 한다. 정부차원에서 초기 기술개발을 통해 국내 개발기술이 국제표준⁷²⁾ 반영을 추진하여 세계표준을 선도할 수 있도록 지원해야 한다. 이와 함께 국가적인 차원에서 주파수 정책이 시급하다.⁷³⁾ 국가는 이러한 특징과 발전방향을 고려해서 정부역할의 점검뿐만 아니라 국제적 흐름과 변화 동향을 반영하여 적절한 정부역할에 대한 지속적인 재정비가 필요하다. 이를 토대로 정부는 다양한 변화요소를 종합적으로 고려하여 정책범위와 목표를 명확히 하고 정부의 합리적인 역할 정립을 마련하여야 할 것이다.

나. 효과적인 RFID기술영향평가와 지속가능한 교육 실시

사전에 미리 국민의 개인정보가 RFID기술이 적용기기에 의해 침해될 위험성을 예방해야할 내용이 앞으로 마련되어야 할 「RFID기술개인정보보호법」에 내용에 포함시켜야 한다. 이와 함께 RFID기술의 위험성과 이를 관리·감독을 위한 전략영향평가·중간영향평가·소규모영향평가 등 영향평가가 마련·실시되어야 할 것이다.⁷⁴⁾

이와 더불어 상위계획과 소규모평가를 위한 개인정보보호를 고려한 장기적 안목에서의 RFID기술의 종합적·사전예방적인 계획을 통하여 RFID기술 발전에 따른 경제적·시간적 측면에서 부담해야할 비용과 위험성을 최소화시켜야 할 것이다.⁷⁵⁾

RFID기술의 발전이 매우 급속도로 진행되면서 우리생활과 개인정보보호와 관련하여 미치게 될 영향과 그 파급효과에 대한 교육이 실행되어야 한다. RFID기술의

71) 여준호, “차세대 RFID 표준기술에 관한 연구”, 「정보통신연구」 제7권 제1호, 대구대학교 정보통신연구소, 2010, 65면 이하 참조.

72) 오세원/채종석/표철식, “RFID기술표준화 동향”, 「전자통신동향분석」 제124호, 한국전자통신연구원, 2010, 3면 이하.

73) 센서와 인터페이스 및 센서 노드간 네트워크 기술개발을 고기에 착수하여 표준화를 선도하고 ISO, IEE 등 국제표준화기구에 민간기업 활동을 지속적으로 유도하여 국내개발기술의 국제표준 반영을 추진하여야 한다. 특히 우리나라의 강점인 이동통신 분야의 RFID주도권확보를 위해 사업자·제조업체 등으로 포럼을 구성하여 세계표준화를 선도할 수 있도록 지원이 이루어져야 한다.

74) 과학기술 분야에서의 융합 즉 RFID기술과 다른 첨단기술과의 융합에 따른 개인정보보호 문제에 대한 고려가 전무하다. 그 결과 「RFID프라이버시보호가이드라인」에서 RFID기술이 나노기술 등과 결합해 초소형태그 등 기기제작으로 나타난 위험성에 대한 방안과 내용이 충분치 못하다.

75) RFID기술발전이 급격하게 발달한 RFID이용환경에서 환경에 영향을 미치는 실시계획·시행계획 등의 허가·승인·인가·면허·결정 등을 할 경우에 RFID기술이 미치는 영향을 미리 조사·예측평가하여 위험한 영향을 피하거나 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련해야한다.

적용범위가 확대되는 상황에서 RFID기술취급사업자에 의한 개인정보침해의 우려뿐만 아니라 국가기관에 의한 개인정보 침해가 증대될 위험성을 사전에 예방하기 위하여 지속가능한 교육이 실행해야 한다. 아울러, 교육을 수행기준과 전문인력 및 연구기관 육성에 관한 내용을 「RFID기술개인정보보호법」에 포함시켜야 한다.⁷⁶⁾

다. RFID기술 이용한 개인정보 수집·저장 및 이용의 제한

RFID기술을 첨단화되면서 개인정보가 무분별하게 수집·저장·이용 등의 위험성에 대응하여 RFID소유자의 개인정보노출방지, 허가되지 않은 리더에 의한 노출방지, RFID소유자 정보추적 등이 불가능해야 한다. 그리고 추적방지를 위해 작동중인 RFID를 탐지할 수 있으며, 그 RFID의 작동을 정지시킬 수 있어야 한다. 이와 함께 공개적으로 이용이 가능한 RFID기술과 그 소유자 간의 장기간의 연결을 효과적으로 방지하기 위한 랜덤화가 가능해야 하고 변경도 가능해야 한다. RFID기술을 이용하여 저장된 데이터는 접근권한 부여 및 암호화 기법 등으로 보호되어야 한다.

라. RFID기술 이용한 개인정보침해에 대한 민간협력과 보안강화

오늘날과 같이 행정국가화 경향이 심해지는 상황⁷⁷⁾에서 과학기술의 발전 속도가 매우 빠른 상황에서 기술법제에 적절하게 대응할 수 있는 법제마련과 함께 민간단체와의 협력은 RFID기술의 위험성을 실효적으로 통제하는 데 있어 매우 중요하다.

더욱이 RFID기술의 발전 속에서 빠른 발전하고 있지만, 국가기관의 RFID기술에 대한 효과적인 관리·감독이 불충분한 상태에서 자율적인 규제를 통하여 RFID기술의 급격한 발전에 따른 개인정보의 무분별하고 심각한 침해를 효과적으로 사전에 미리 예방해야 한다. 즉, 정부의 규제가 아니더라도 민간에서 자율안전관리의 역량이 내재화될 수 있도록 관리체계를 제시·마련하고 협력을 더 강화해야 할 것이다.

RFID기술의 특성상 RFID기술을 이용하여 만든 기기들의 은닉이 용이하고 보안을 통과할 수 있기 때문에 RFID의 내용을 노출시킬 수 있는 물리적 공격 등으로 인한 개인정보침해에 안전해야 한다. 따라서 나노기술 등을 이용한 초소형화 된 RFID리더기·RFID태그 등을 이용할 경우 먼 거리에서도 접촉하지 않고 물건을 통

76) 「RFID프라이버시보호가이드라인」이라는 특성상 가이드라인이므로 법적 강제성이 없고 관련 국가기관 또는 RFID취급사업자에게 자율적으로 맡겨두기 때문에 RFID기술로 인한 개인정보침해 영향평가 실시에 있어 그 실효성이 낮다.

77) 국가의 3부 중 행정부가 수행해야 할 업무가 해마다 급격하게 증가하고 있다. 이렇게 행정부가 달성해야 할 국가의 과제들이 산적한 상황에서 RFID기술발전에 따른 개인정보침해를 방지하는데 있어 인력적·재정적·시간적 등의 측면에서 용이하지 않다.

과해 개인정보를 손쉽게 수집·저장할 수 있으므로 개인정보 등 기본권이 심각하게 침해될 가능성이 점증되었다.⁷⁸⁾ 따라서 RFID기술이이용환경에서 보호되지 않는 RFID기술은 도청방지, RFID리더와 사용자간 상호인증을 위한 인증프로토콜 수행시 발생할 수 있는 세션 가로채기·재생공격·중간공격 등의 안전성 확보를 위한 전력분석해석과 방지를 위한 효과적 기술과 제도의 도입·마련·적용이 시급하다.

마. RFID기술 이용한 개인정보 침해에 대한 처벌과 손해배상 강화

RFID기술의 특징에 따라 개인정보가 무분별하게 침해될 가능성이 큰 만큼 RFID기술을 이용해 개인정보를 심각하게 침해 시 막대한 개인정보가 다양한 분야에서 무분별하게 침해될 수 있다. 따라서 RFID기술을 응용해 다시는 개인정보의 침해가 발생하지 않도록 개인정보침해행위에 대한 강력한 처벌규정이 마련되어야 한다.

3. 헌법친화적인 RFID기술사회 구축과 국민의 개인정보보호 강화

가. 안전한 RFID기술환경 조성을 통한 헌법친화적인 첨단과학기술사회 구축

검증되지 않은 새로운 과학기술인 RFID기술의 성급한 적용을 억제하고 인간우호적인 첨단과학기술을 국가가 도입하도록 통제하기 위해서는 우선은 헌법상 기본권제한의 의의와 기능을 충분히 인식하고 새로운 과학기술로 인한 긍정적인 측면만을 보지 말고 부정적인 영향도 고려하고 이에 대처해야 할 것이다.⁷⁹⁾ 이러한 점에서 볼 때, RFID기술의 급격한 발전으로 인한 편리성·효율성향상·비용절감 등의 장점 이외에 나타날 수 있는 많은 개인정보의 무분별한 침해로 인하여 나타날 수 있는 심각한 문제점들도 함께 파악하고 부정적인 영향으로 인하여 발생할 수 있는 막대한 피해를 사전에 예방하거나 또는 최소화시키는데도 노력해야 할 것이다.

무엇보다 국가가 새로운 첨단기술인 RFID기술의 도입과 적용으로 인한 개인정보침해 등의 위험성을 사전예방하고 발생한 피해를 최소화할 수 있도록 법과 제도적 장치를 체계적으로 마련하고 안전한 RFID기술이이용환경을 조속히 조성함으로써

78) RFID기술을 이용한 기기들이 점차 초소형화 되고 산업화되고 있는 상황에서 그 제작비용이 과거에 비하여 값비싸지 않아 일반에게 보급될 가능성이 커졌기 때문에 RFID기술을 이용하고 나노기술 등을 접목한 기기들로 인한 개인정보의 침해의 위험성은 앞으로 더 증대될 수밖에 없다.

79) 김일환, “정보사회에서 기본권제한개념의 확대필요성에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 181면 ; “헌법상 보장되는 기본권이 우리에게 이미 익숙한 특정위험으로부터 뿐만 아니라 입법·사법 및 행정을 포함한 모든 국가작용으로부터 나오는 다양한 간섭들로부터도 보호되어야 한다면 어떤 국가조치가 기본권제한에 해당하는지는 국가작용 형태가 아니라 기본권보호이익과 관련되는 국가작용의 영향이 결정적일 수밖에 없기 때문이다”고 한다.

RFID기술이 헌법의 틀 속에서 개인의 정보 등과 같은 국민의 기본적인 인권을 침해하지 않도록 하는 것은 헌법친화적인 첨단과학기술사회의 첫 걸음에 해당한다.

나. RFID기술관리·감독법제 마련을 통한 개인정보 강화와 인간존엄성·가치 실현

헌법이 구체적 국가질서와 사회적·정치적 과정의 발전을 위한 규범적 틀이라고 할 때 결국 헌법친화성이란 과학기술의 발전을 통한 사회의 변화⁸⁰⁾가 헌법에 규정된 목표와 조화되어야만 한다는 것을 의미한다. 무엇보다 국가는 국민의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 가지고 있으며, 이는 도덕적·윤리적 의무가 아닌 법적 의무이다.⁸¹⁾ 따라서 국가는 헌법에서 보장된 인간의 존엄과 가치를 실현시키기 위하여 국민의 개인정보를 확인하고 최대한 보장하기 위하여 RFID기술이 안전하게 이용될 수 있는 환경의 조성을 위한 법제도를 마련하기 위해 노력해야한다.

더욱이 RFID기술의 활용으로 인하여 국가기관들은 물론 RFID기술사업취급자들에 의하여 국민의 다양하고 수많은 개인정보가 심각하게 침해될 위험성이 현저하게 높아지고 있는 상황에 안전성이 검증되지 않은 새로운 과학기술의 적용과정에서 나타날 수 있는 위험성에 대해 사회·국가기관·연구단체 등을 통한 신중한 검토 및 이를 거친 안전한 RFID기술발전과 안전한 RFID기술이용환경 조성이 요구된다.

그러므로 RFID기술적용은 헌법우위사상에 따라 개인정보 등 국민의 기본권을 침해되지 않는 것을 전제로 국민경제발전, 국민 삶의 질 향상 등에 기여함으로써 개인정보의 보호는 물론 헌법상 국가의 궁극적 목적인 인간존엄성과 가치가 실현시킬 수 있도록 RFID기술관리·감독법제도가 조속한 시일 내로 마련되어야 한다.

V. 맺음말

전 세계적으로 RFID기술이 나노기술·첨단센서기술·무선통신기술·소재기술 등에 힘입어 혁신을 거듭하며 발전하면서 단순히 사물을 인식하는 기술의 차원을 넘어 차세대정보통신기술로 통칭되는 유비쿼터스기술의 중요한 기술로 부각됐다.

이러한 가운데 우리나라에서 편리성향상·경제발전 등 측면에서 RFID기술을 발전시켜야 할 중요성이 부각되면서 공공부문에서 뿐만 아니라 민간분야에서도 RFID

80) 김명재, 앞의 논문, 155면.

81) 김백유, 『헌법학(II)-기본권론』, 조은, 2010, 294면 ; “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다. 국가의 기본권보장의무는 법적으로 구속하며 개인이 가지는 보호이익은 법률상 이익이며, 이의 침해를 받은 자들은 원고적격이 인정된다”라고 한다.

기술의 개발·보급에 대한 연구·표준화 작업·서비스개발 등이 주목받고 있다.

그러나 RFID기술로 인한 편리성, 생산성 등의 여러 긍정적인 측면에도 불구하고 국가가 RFID기술을 통제의 수단으로 사용하거나 RFID기술취급사업자 등의 사인이 개인의 다양한 정보를 무분별하게 수집·저장·이용 등을 할 경우 헌법상 궁극적 목적인 인간의 존엄성 및 가치와 개인의 내밀한 인격과 관련된 수많은 정보가 개인정보자의 의사와는 상관없이 악용될 새로운 위험성이 과거와 달리 점증되고 있다.

이러한 가운데 RFID기술의 발달로 인하여 나타날 수 있는 개인정보 침해 등과 같은 국민의 기본권 위험성은 물론 불충분한 영향평가·교육문제 등 문제들을 사전예방적인 측면에서 방지하기 위해서는 RFID선제적인 법제도를 마련해야 한다.

따라서 사전예방적인 측면에서 국민의 여러 개인정보가 RFID기술이 이용에 의하여 심각하게 침해될 위험성을 미리 예방해야할 내용들을 개인정보의 보호를 위한 RFID기술관리·감독에 관한 개별법인 「RFID기술개인정보보호법」에 담아야 한다.

무엇보다 RFID기술이 전파식별RFID칩의 저가화·소형화·지능화·첨단화추세에 따라 국방·유통·교육·우편 등 다양한 분야에서 활성화되고 있는 만큼 국가는 RFID기술을 이용·응용한 국가기관으로부터 개인정보보호라는 헌법상 의무를 갖는 것은 물론 RFID기술취급자·사업자 등 제3자가 사적영역에서 RFID기술로 인한 개인정보 등 기본권침해위험성에 대해 국가가 책임질 수 없다고 주장하면 안 된다.

그러므로 국가는 앞으로 RFID기술을 육성하는 동시에 RFID기술위험성으로부터 국민을 보호해야할 과제를 갖으며, 입법부는 국제기준에 부합하는 정책을 고려해 개인정보보호를 위한 RFID기술관리·감독에 관한 법률을 제정해야한다. 즉, 국제적·다원적 해결방안에 근거해 종합적·입체적으로 개인정보보호를 위한 RFID기술관리·감독 법제도를 마련함으로써 RFID기술발전은 물론 개인정보보호강화를 통해 인간존엄성·가치가 실현되는 헌법친화적인 첨단기술사회를 구축해야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.02.23, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.19)



▶ 장 인 호

첨단과학기술시대, RFID기술, RFID프라이버시보호가이드라인, 개인정보, 개인정보침해.

【참 고 문 헌】

- 강수영/박종혁/이덕규, “유비쿼터스 환경에서의 RFID 보안기술 및 산업 동향에 관한 고찰”, 「보안공학연구논문지」 제5권 제2호, 보안공학연구지원센터, 2008.
- 김국현, 『과학기술과 윤리』, 정림사, 2001.
- 김명재, “과학기술과 학문의 자유”, 「헌법학연구」 제11권 제4호, 한국헌법학회, 2005.
- 김백유, 『헌법학(Ⅱ)-기본권론』, 조은, 2010.
- _____, 『헌법학(Ⅰ)-헌법총론·국가조직론』, 조은, 2010.
- 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
- _____, “첨단과학기술사회에서 헌법개정의 필요성과 한계에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰”, 「토지공법연구」 제37권 제2호, 한국토지공법학회, 2007.
- _____, “정보사회에서 기본권제한개념의 확대필요성에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003.
- _____, “기본권의 제한과 침해의 구별필요성에 관한 고찰”, 「공법연구」 제27권 제2호, 2002.
- _____, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 「헌법학연구」 제8권 제3호, 한국헌법학회, 2002.
- 배우식/최신형/한군희, “RFID Security Authentication Protocol for the Ubiquitous Environment : 유비쿼터스 환경을 위한 RFID보안 인증 프로토콜”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」 제12권 제4호, 한국컴퓨터정보학회, 2007.
- 성재호/김민호/김일환, “법친화적 과학기술사회의 구축을 위한 법제정비방향에 관한 고찰”, 「법조」 통권 제570호, 법조, 2004.
- 송석현, “RFID서비스전망”, 「전자파기술」 제15권 제2호, 한국전자파학회, 2004.
- 여준호, “차세대 RFID 표준기술에 관한 연구”, 「정보통신연구」 제7권 제1호, 대구대학교 정보통신연구소, 2010.
- 오길영, “개인정보보호를 위한 RFID 규제에 관한 연구”, 「정보화정책」 제12권

- 제2호, 한국정보사회진흥원, 2005.
- 오세원/채종석/표철식, “RFID기술표준화 동향”, 「전자통신동향분석」 제124호, 한국전자통신연구원, 2010.
- 이광현, “개인정보보호를 위한 국제적 협력에 관한 연구”, 박사학위논문(고려대학교 대학원), 2009.
- 이병선, “RFID개인정보침해방지에 관한 연구”, 석사학위논문(성균관대학교 정보통신대학원), 2004.
- 이준영/김도현/안세정/권오진/문영호, “기술융합의 세계적 추세와 한국의 현황 비교분석”, 「대한산업공학회지」 제39권 제3호, 대한산업공학회, 2013.
- 이철호, “RFID와 프라이버시 보호”, 「한국콘텐츠학회 종합학술대회 논문집」 제4권 제2호, 한국콘텐츠학회, 2006.
- 임명환/박용재, “RFID/USN서비스 시장전망 및 적용사례분석”, 「전자파기술」 제19권 제6호, 한국전자파학회, 2008.
- 장기동, “RFID시스템의 情報保護에 관한 研究”, 석사학위논문(성균관대학교 정보통신대학원), 2008.
- 조규범, “유비쿼터스 사회에서의 RFID와 개인정보보호에 관한 헌법적 연구”, 「선진상사법률연구」 제25호, 법무부, 2004.
- 조승만, “유비쿼터스 컴퓨팅 환경에서의 RFID 사용에 따른 개인정보보호에 관한 연구”, 석사학위논문(충남대학교 산업대학원), 2006.
- 조인성, “새로운 IT기본권의 대상으로서 무선주파수 인식(RFID)”, 「홍익법학」 제10권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2009.
- 최경진, “모바일RFID에 관한 법제도적 대응방안 연구”, 「가천법학」 제1권 제1호, 가천대학교 법학연구소, 2008.
- 표철식/정운철/김말희/오세원/박주상, “RFID/USN융합기술의 발전전망과 국제표준화 동향”, 「정보와 통신」 제20권 제9호, 한국통신학회, 2011.
- J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968.
- James Michael, Privacy and Human Rights, Dartmouth, 1994.
- S. Weis et al., “Security and Privacy Aspects of Low cost Radio Frequency Identification Systems”, Security and Pervasive Computing LNCS2802, 2003.

Abstract

A Study on Legislative Task of RFID for the Protection of Personal Information in the Age of Technology

Chang, Inho

Recently, RFID(Radio Frequency Identification) technology which is generally consisted of tag-database-reader-back and is the core of technology in the future is being expected to use diverse fields of industrial and personal areas with improvement convenience. Whatever this research examines the factors for adopting the RFID technology together with factors for realization of personal information the related information system. RFID chip allows for far more than just minimal record-keeping. For example, using RFID technology for people of all ages is a good for safe of people in many ways , especially when its RFID luggage-handling system goes online, the airport expects to lower labor costs, increase capacity and improve security

But, the advanced technologies like RFID or Radio Frequency IDentification means an automatic identification technology, relying on storing and remotely retrieving data using devices called RFID tags or transponders are useful but dangerous as same as a double-edged sword such as “Message Loss”, “denial of service attack”, “tracking attack” etc. Like this, RFID chips may be excellent technology but that does not mean they are the right Therefore the ever-rising concerns about safety of personal information have prompted reexamination of RFID technology for the use safety in diverse areas.

This study has presented to solve the problem of privacy of RFID technology. Whatever There must be a improvement for the security in order to protect personal information and activate RFID technolgoy. The compulsory method is enactment, but it has to be used finally. Neverthelesss, we can take advantage of punish intentional skimming of personal information by using mobile RFID technology.



Chang, Inho

Age of Advanced Technology, RFID(Radio Frequency Identification),
Radio Frequency Identification Technology, Personal Imformation,
Infringement of Personal Data

행정책임의 사회화에 대한 연구*

—프랑스를 중심으로—

이 광 윤**

I. 머리말	
II. 행정책임의 기원	
1. 행정책임의 정의	
2. 행정책임의 기원	
III. 사회적 유대(solidarité sociale)에 의한 책임의 확대	
1. 책임의 중복 (cumul des responsabilités)	V. 위험의 사회화에 대한 공세이테파의 보고서
2. 책임의 객관화로서의 추정 (présomption) 과실	1. 개요
IV. 위험책임의 사회화	2. 사전주의의 원칙 (Le principe de précaution), 위험의 예방 (prévention)과 위험책임의 후퇴
1. 위험책임의 등장	3. 위험의 사회화에 대한 정당성과 한계
2. 실정법적 근거	4. 사회화의 합리화
	VI. 맺는말

【국 문 요 약】

행정책임의 법리는 공공서비스(행정) 작용 중에 발생한 책임에 대하여는 민법상의 책임을 지는 것이 아니라, 행정사건으로 행정이 공공서비스 운영에 고유한 독자적인 법리에 따라 책임을 진다는 1873년의 블랑코 판결에 의해 확립되었다. 이러한 행정책임의 법리는 그 후 객관화의 길을 걷게 되며 무과실책임의 대폭적인 수용을 거쳐 위험책임이라는 사회화의 길을 가게 되어 국가의 국민에 대한 보호역할이 대폭 증대되는 결과를 가져왔다. 국가의 사회화된 행정책임은 오늘날 다양하고 새로운 형태의 위험책임들로 나타나고 있다. 테러, 자연재해, 백신접종 등등에 의해 야기된 손해에 대하여 사회적 유대감에 의하여 행정(공공서비스)이 손해를 보전해 주어야겠다는 필요성이 제기되고 있으나 인도네시아의 화산 폭발에 의한 동남아지역의 쓰나미나 일본 동북부지방의 쓰나미, 후쿠시마 원전 사고, 9.11. 테러와 같은 예기치 못한 대형사태에 대하여도 국가가 상당부분 책임지지 아니할 수

* “이 논문은 성균관대학교의 2013학년도 삼성학술연구비에 의하여 연구되었음”

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

없는 상황에 이르렀다. 즉 행정책임의 현실은 이미 무과실 책임 단계를 넘어 부분적으로는 결과책임을 지는 데까지 이르렀다.

그러나 행정책임의 사회화는 프랑스의 2005년도 콩세이데따의 보고서에서 보는 바와 같이 1. 재정적 한계, 2. 국가역할의 한계, 3. 탈 책임화(déresponsabilisation)의 한계에 부딪친 것도 사실이다. 점증하는 위험에 대한 양질의 보호에 대한 요구와 비용의 증가에 대하여 개개인의 예견, 보험의 전통적 시장, 그리고 위험의 사회화로 해석되는 유대 사이의 균형을 어떻게 유지하여 사회화의 합리화를 기하느냐는 것이 관건이다. 우리나라의 경우 압축 성장의 부작용으로 인해 그 물음에 대한 답은 한층 더 난해하다. 즉 제도적 정비도 되어 있지 않은 상태에서 위험에 대한 국가책임의 사회화에 대한 욕구는 이미 팽배해 있으면서, 동시에 재정적 부담의 문제와 국가의 역할 문제, 탈 책임화의 윤리적 문제에 급격히 봉착해 있다. 따라서 합리적인 사회화를 위해서는 보험기관과 국가의 역할, 손해전보 제도의 재검토, 사회화, 책임 및 예방의 조화에 주목하면서 우리 실정에 맞는 책임의 사회화 정도에 대한 진지한 연구가 필요하다.

I. 머리말

행정책임의 법리는 공공서비스(행정) 작용 중에 발생한 책임에 대하여는 민법상의 책임을 지는 것이 아니라, 행정사건으로 공공서비스 운영에 고유한 독자적인 법리에 따라 행정이 책임을 진다는 1873년의 블랑코 판결에 의해 확립되었다. 이러한 행정책임의 법리는 그 후 객관화의 길을 걷게 되며 무과실책임의 대폭적인 수용을 거쳐, 이후 위험책임이라는 사회화의 길을 지나 국가의 국민에 대한 보호 역할이 대폭 증대되는 결과를 가져왔다.

그러나 행정책임의 법리는 비단 위험책임의 수용으로 인해 비로소 사회화 된 것이 아니라 국가의 책임은 처음부터 사회화된 책임의 영역이었다. 즉 블랑코 판결 당시부터 이것의 이론적 토대인 사회적 유대에 의하여 발생하는 공공서비스라고 하는 개념 자체가 이미 사회화의 길을 걷기 시작한 개념이라고 볼 수 있다. 이러한 국가의 사회화된 행정책임은 오늘날 다양하고 새로운 형태의 위험책임들로 나타나고 있다. 테러, 자연재해, 백신접종 등등에 의해 야기된 손해에 대해 사회적 유대감에 의하여 행정(공공서비스)이 손해를 보전해 주어야겠다는 필요성이 제기되고 있으나 여기에는 여러 미묘한 문제가 있다. 예를 들어 인도네시아 화산 폭발에 의한 동남아 지역의 쓰나미나 일본 동북부지방의 쓰나미, 후쿠시마 원전 사고, 9.11. 테러와 같은 예기치 못한 대형사태에 대한 국가의 역할과 손해 전보 범위 등에 대한 것은 대단히 이념적인 문제이며 동시에 재정적 뒷받침이라고 하는 현실적인 문제를 동시에 고려하여야 하기 때문이다. 따라서 오늘날 발생하는 새로운 유형의 위험에 대한 책임의 사회화의 정도를 행정책임의 기원으로부터 시작하여 이념적 전개를 정리하고, 현실적 한계를 고려한 책임의 적정 수준을 가늠해 볼 필요가 있다.

II. 행정책임의 기원

1. 행정책임의 정의

행정책임이란 행정청이 지는 금전상의 책임으로 민사책임이나 형사책임과는 달리 공법상의 책임을 의미하며 공법상 계약책임을 제외한다.¹⁾ 또한 행정책임은 행정작용관계에 대한 책임으로 내부책임인 징계책임과 분리된다.²⁾ 행정책임은 정치

적 책임과 밀접한 관련이 있지만 정치적 책임은 금전책임이 아니고 기능적 책임이라는 점에서 구별된다.³⁾

2. 행정책임의 기원

가. 1790년 8월 16-24일 법률 - 1873년 블랑쵸 판결

프랑스 혁명기로부터 보불전쟁이 있기 전 1870년 까지는 국가 무책임의 원칙이 지배하였다. 1790년 8월 16-24일 법률은 그 당시 국가의 사경제적 작용으로 간주되던 행정사물(*domaine privé*)과 공공토목공사(*travaux publics*) 분야를 제외하고는 국가무책임을 규정하고 있었다. 그런데 공공토목공사(*travaux publics*)에 대한 책임은 과실과는 무관하였다.⁴⁾ 그리고 공무원들이 책임을 지는 경우에도 민사법원에서 민사책임을 졌다. 그러나 행정고등법원은 줄곧 민법 제 1382조의 적용을 배제하려고 노력하였다.⁵⁾ 그리하여 공무원들의 직무상의 민사책임은 공화력 8년 헌법 제75조⁶⁾에 따라 콩세이데파의 허가를 받아야 가능하였는데 허가가 난 경우는 매우 드물었다. 이와 같이 콩세이데파의 허가가 드물었던 것은 공무원을 보호하는 기능을 하였다. 이러한 전통이 제국의 붕괴에 따라 법률로 명문화되었다가 1870년 9월 19일의 국방명령에 의해 폐지되어 국가의 책임이 성립될 기초가 마련되었다.

국가책임은 1873년 2월 8일 관할쟁의 재판소의 “블랑쵸” 판결에 의해 인정되었다. 관할쟁의 재판소는 국가책임에는 특별한 법칙이 있으며, 이 법칙은 민법의 규율을 받지 않는 자치적인 법칙이며, 행정법원의 관할사항임을 분명히 하였다.⁷⁾ “블랑쵸” 판결에 의하면 국가책임은 일반적인 것이 아니고, 절대적인 것도 아니라고 하여 제한적인 것으로 파악하였다.⁸⁾

국가의 책임은 단순히 국가도 민법상의 배상책임을 지는 것이 아니라 특별한 법칙에 지배되는 국가에 고유한 책임을 진다는 것이다. 이는 ‘행정책임’과 ‘민사책임’

1) Fiches de Droit Administratif (UCP), fiches de droit cergy.e-monsite.com/pages/fiches-du...

2) Michel Paillet, “La responsabilité administrative” Dalloz 1996 p.11

3) 같은 자료

4) François Burdeau, Histoire du droit administratif, Puf 1995, p.148

5) 같은 책 p.149

6) l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, en vertu duquel "Les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État."

7) M. Long/ P. Weil/ G. Braibant/ P. D. Delvolvé / B. Genevois, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 12e Dalloz 1999 p.1

8) 같은 자료

의 분리를 뜻하는 것으로 국가의 기능적 확대를 위한 발판이 마련되었음을 뜻한다. 왜냐 하면 이제부터는 발전 여하에 따라 민법적 책임이론의 제약을 벗어나 국가가 독자적으로 행정책임을 질 수 있기 때문이다.

나. 업무과실(faute de service)의 등장

국가의 공무원에 대한 사법적 보장의 폐지로 인하여 공무원은 언제나 국가의 허가 없이 재판에 회부될 수 있게 되었다. 관할쟁의 재판소는 이번에는 블랑코 판결과는 좀 다른 Pelletier 판결⁹⁾을 내렸는데, Laferrrière 교수에 의하면 다음의 두 가지 경우에는 개인과실로 간주되어야 한다고 한다. 첫째는 개인적 이익의 추구, 피해자에 대한 상대감 또는 복수심 등의 경우와 같이 공무원이 순전히 개인적인 동기에서 행동했을 때이고, 둘째는 과실의 예외적 중대성의 경우로 공무원의 난폭성, 과도한 무절제행위 등을 그 예로 들고 있다.¹⁰⁾ 즉, 나약, 감정, 신중치 못함 등의 개인적인 과실의 경우에만 공무원이 일반 사법원에 자신의 재산으로 책임을 지게 되었다. 개인적인 과실이 아닌 업무과실(faute de service)의 경우에는 비개인적인 것이기 때문에 블랑코 판결에서 확립된 행정책임이 되었다. 업무과실(faute de service)이란 공공서비스의 조직상 또는 정상적인 운영상의 과실에 대한 책임을 말하는 것으로, 개인과실과 반대되는 개념으로 제시된 것¹¹⁾이기 때문에 이미 객관적이고 사회화된 개념으로 볼 수 있다. 즉 행정은 공무원을 통하여 수행되기 때문에 과실(faute)을 범하는 사람은 공무원이나, 이를 공무원 개인의 책임으로 보지 아니하며 객관화하고 사회화하여 행정 전체의 업무상의 과실로 보는 것이 업무과실(faute de service)이다.

업무과실은 집단적이거나 익명일 수 있고, 혹은 자연인 개인에 대하여 책임을 물을 수 없는 것이다. 업무과실은 국가책임의 대상이 되는 가해행위가 행정업무로서의 성격을 가지는 것으로, ① 업무과실은 업무(행정)의 정상적인 운영상의 흠결을 의미한다. 이와 같은 과실의 유무가 행정의 정상적인 운영이라는 기준의 충족 여부에 따라 판단되는 것이라는 점에서 업무과실은 기본적으로 객관적인 개념이며, ② 업무과실은 개인과실과 마찬가지로 자연인인 공무원의 작위·부작위에 의하여 발생하는 것이나 공무원 개인의 귀책사유로 보지 않는 것이다.¹²⁾

9) TC 30 juillet 1873

10) Laferrrière, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours Contentieux, 2 ed, 1896, p.17

11) Richer(L), La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Economica, 1978, P. X.

L. Duguit는 “공공서비스란 집권자에 의하여 달성이 보장되어야 하고 규율되어야 할 모든 활동을 가리키며 사회의 상호유대(相互紐帶; interdépendance)에 따라 반드시 이러한 필요성들이 달성되어야 하고, 또 정권의 힘을 통해서만 완전히 달성될 수 있는 것¹³⁾”이라고 하면서 “공공서비스는 필요한 국가의 간섭으로서 출현한다.”¹⁴⁾고 하였다. 즉 Duguit에게 있어서 공공서비스는 현재(顯在)해 있는 사실이 아니라 국가에 의해 보장되고 규율되어야 할 업무이다. 즉, 국가는 사회적 유대에 의해 행정을 실현하고 그 실현한 행정, 즉 서비스에 대하여 책임을 지는데 그 서비스의 영역은 국가의 기능 확대에 따라 확장될 수 있다. 여성이나 장애인, 아동, 노인, 극빈자에 대한 보호 등이 모두 사회적 유대에 따라 국가가 보장하여야 할 사업이다. 이것이 유럽의 사회국가 이론의 출발점이다. 이와 같이 행정책임이 공공서비스(service public)의 운영에 관한 책임이라면 공공서비스는 평등, 계속, 적응(Egalité ; Continuité ; Adaptabilité)의 3원칙의 지배¹⁵⁾를 받으므로 행정책임이란 우선 평등(Egalité)하게 운영되어야 하는데, 평등하다는 것은 개인적인 개념인 자유와는 달리 사회적인 개념이다. 공공서비스의 계속성인 원칙 역시 공공의 이용을 위한 계속적인 서비스의 제공을 위한 것이므로 사회적인 개념이며, 적응의 원칙 또한 사회 변화에 대한 적응을 의미하므로 사회적인 개념이다. 이와 같이 행정책임은 처음부터 사회적인 개념으로 성립되었다.

III. 사회적 유대(solidarité sociale)에 의한 책임의 확대

1914년 12월 26일 법률 제12조에서 원칙이 선언된 후, 1919년 4월 17일 법률은 전쟁 희생자에 대하여 국가적 유대의 필요성이 대두됨에 따라 전쟁 보상권을 규정하게 되었다.¹⁶⁾ 이에 따라 전쟁 중의 모든 희생자에 대한 책임이 사회화되어 특정 행위자나 관리자의 책임이 아닌 집단적 책임(단체 책임)이 확립되었다.

12) 강구철, “행정상 손해배상제도에 있어서의 무과실책임제도 -프랑스 국가배상제도를 중심으로-”, 법학논총 2집 국민대학교, 1990. 참조

13) 레옹뒤기, 이광윤 역 일반공법학강의, 민음사 1992, 126-127 쪽

14) 같은 자료

15) 이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007, 515-517쪽

16) François Burdeau, 전게서 319 쪽

1. 책임의 중복(cumul des responsabilités)

책임의 중복(cumul des responsabilités) 원칙은 Conseil d'Etat의 르모니에 판결(L'arrêt Lemonier, CE 26 Juillet 1918)에서 정립되었다.¹⁷⁾ 이 사건에서 시장의 과실은 그 중대성이나 성격상 개인과실을 형성함에 의문이 없었고 개인과실과 구분되는 기관과실을 인정할만한 소지도 없어 보였다. 그러나 르모니에 사건의 논고담당관 레옹블룸은 “과실행위가 직무상 또는 직무에 당하여(à l'occasion du service) 행하여졌거나 또는 그것이 직무에 의하여 제공되는 수단 또는 도구에 의하여 자행된 것인 때, 즉 직무가 과실행위의 자행을 조건 지워주는 것인 경우에는 개인의 과실이 직무과실로부터 분리될 수 있다. 그러나 직무는 과실로부터 분리되지 아니한다.”고 하고, “그것은 두 가지 구별되는 과실의 중복이 아니라 사법재판소가 판단하는 개인과실이라고 하는 하나의 사실에 대하여 개인과실이 아닌 행정청의 과실이 병존할 수 있음을 의미하는 것”¹⁸⁾이라고 하면서, “행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 행정책임을 인정하여야 한다.”¹⁹⁾고 주장하였다. 재판부는 이러한 취지의 논고담당관의 결론을 받아들여 사법재판소가 공무원의 개인책임을 인정하고 있는데도 직무과실을 인정하여 행정책임을 인정하였다.²⁰⁾ 모리스 오류에 의하면 “책임의 중복이론에 있어 행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 직무과실과 개인과실(la culpa levis et la culpa lata)의 전통적 구별을 포기하였고, 또 그 과실이 중과실이나 아니면 경과실이나 하는 것이 문제되는 것이 아니고, 과실이 직무의 수행과 분리될 수 있느냐 아니냐 하는 것만이 문제된다.”²¹⁾고 하였다. 책임의 중복이론은 공권력 행사가 시민에게 야기한 집단적 책임을 의식한 시초가 되었다.²²⁾ 르모니에 판결 이래 책임의 중복 원칙에 관한 판례의 발전 추이는 다음과 같다. :

17) 「로꾸꾸르브」시는 매년 축제를 거행하였는데, 축제에 있어 흥미 있는 오락중의 하나는 「아꾸」강의 부동표적을 총으로 쏘아 맞추는 것이었다. 그런데 이 강의 맞은편에는 산책로가 있었는데 보안시설의 미비로 총탄이 이곳의 산책로를 스쳐가는 위험한 경우가 가끔 생기곤 하였다. 그러나 시장은 별다른 조치를 취하지 아니하고 방치하여 오던 중 「르모니에」부인이 중상을 입게 되어 국가를 상대로 배상소송을 제기하였다.

18) François Burdeau, 전게서 320쪽

19) 같은 자료

20) 같은 자료

21) Maurice Hauriou, Le cumul des responsabilités pour fait de service et pour fait personnel, Note sous Conseil d'Etat, 20 janvier 1911, Epoux Delpech-Salgues et Conseil d'Etat, Section, 3 février 1911, Anguet, requête numéro 34922, S. 1911.3.137

22) François Burdeau, 전게서 319 쪽

가. 직무상 자행된 과실행위

이는 공무원의 과실행위가 직무의 집행에 있어서 또는 그에 당하여 자행된 것이기는 하지만 그 성질상 직무와 분리되는 것으로서 개인과실을 형성하게 되는 경우를 말한다. 이러한 경우에 있어 Conseil d'Etat는 예외 없이 책임의 중복원칙을 적용하였다. 이 경우, Conseil d'Etat의 판결문은 “과실이 직무상 자행된 것인 경우에는 그것이 또한 개인과실의 성격을 띄우게 되는 경우에도 행정책임은 발생한다.”²³⁾고 하고 있다.

나. 직무 이외에서 자행된 과실

이 경우에는 배상책임의 중복은 원칙적으로 부인된다.²⁴⁾ 다만 과실의 중복원칙에 있어 행정책임은 단순한 감독상의 흠결에서도 발생하는 것이므로 실제에 있어서는 직무 이외에서 자행된 과실에 있어서도 행정청이 배상책임을 지게 되는 경우가 상당히 존재할 수 있다.²⁵⁾ 또한 직무외의 과실에 관한 한 책임의 중복은 원칙적으로 부인되고 있기는 하나 이러한 기본원칙도 최근 Conseil d'Etat의 판례에 의하여 상당히 완화되고 있는데, 그것은 일정의 직무 외의 행위이기는 하지만 여전히 직무와 상당한 관련을 가지는 행위를 직무상의 행위로 간주하는 방법에 의한 것이다.²⁶⁾ 이러한 판례는 국유차량에 의한 교통사고 발생 시에 운전행위가 엄격한 의미의 직무집행행위로 볼 수 없는 경우에, 예컨대 정규운행 코스와는 이탈된 운전행위라 하더라도 수단은 직무에 의하여 제공된 것이고 정규코스에서의 이탈행위가 직무와는 전혀 무관한 것으로 볼 수 있는 정도의 것이 아닌 경우에 Conseil d'Etat는 “손해는 직무와 전혀 무관한 것으로는 간주될 수 없고”²⁷⁾ 따라서 행정청은 공무원과 함께 배상책임을 중복적으로 지는 것이라고 판시하고 있다.²⁸⁾ 책임의 중복 원칙은 피해자 구제에 만전을 기한다는 관점에서 과실의 중복원칙에 비하여 보다 획기적이고 과감한 판례 태도의 결과다.²⁹⁾ 이러한 책임의 중복이론은 공권력

23) Alexis et Wolf 판결(C.E.7 novembre 1947), Legrand판결(11 mars 1949)

24) Veuve Frechet 판결(C.E.10 février 1943)

25) L'huillier판결(C.E.14 novembre, 1919), Veuve manchon 판결(C.E.7 janvier, 1948), Consorts Occeli 판결(C.E.13 décembre 1963).

26) 김동희, “블랑꼬판결 이래 프랑스의 국가배상 책임의 발달”, 공법연구 제 6집 한국공법학회 1978

27) Demoiselle mineur, Defaux et Besthelsemer판결(C.E.18 novembre 1949), mamadou (C.E.5 janvier 1951)

28) 김동희, 같은 글

29) 같은 글

행사가 시민에게 야기한 집단적 책임을 의식한 시초가 되었다.³⁰⁾

2. 책임의 객관화로서의 추정(présomption)과실

오랜 세월 동안 책임은 민사상의 책임원칙인 과실책임주의에 입각해 있었으므로, 손해를 입은 자는 타인의 고의 또는 과실(고의는 없더라도)을 증명함으로써 타인의 책임을 물을 수 있었다. 따라서 고의 또는 과실에 대한 입증책임은 손해를 입은 자, 즉 원고에게 있다(actori incumbit probatio). 1804년의 민법전 1328조의 민사책임은 과실개념에 기초하고 있었다. 이러한 과실책임 원칙은 국가에 대하여도 마찬가지로였다. 그런데 이러한 국가의 고의 또는 과실은 때로는 입증하기가 어려운 경우가 있는데, 이렇게 입증이 어려운 경우에도 원고의 입증책임을 경감시켜 피해자를 보호하려는 경향이 법관들 사이에 생겨났다. 즉, 법관은 과실에 대한 증명이 불가능한 경우에 행정청에게 과실이 있다고 추정함으로써 입증책임을 행정청에 전가한다. 그러면 피해자는 행정청의 과실에 대한 증명책임이 면제된다. 공물의 이용자는 해당 공물의 “설치의 하자”(vice de conception) 또는 “정상적인 관리의 흠결”(défaut d'entretien normal)이 있다는 추정에 따른 혜택을 누린다. ‘정상적인 관리의 흠결’이란 공물의 이용자에게 발생한 손해에 대한 책임의 원인이 되는 행정의 추정과실(faute présumée)을 말한다.³¹⁾ 국가는 공물을 정상적으로 설치 또는 관리하였다는 것을 증명함으로써 면책된다.³²⁾ 정상적 관리의 흠결 개념은 공물의 이용자에게 대한 위험 또는 불편의 원천을 구성하는 공물이 내포하는 결함(défectuosité)을 말하는데, 그렇다고 공물의 모든 결함이 공물의 이용자에게 대한 책임의 대상이 되는 ‘정상적인 관리의 흠결(défaut)’을 구성하는 것은 아니다.³³⁾ 판례에 의하면 어떤 경우에는 결함(défectuosité)의 객관적 성격에 의하여 흠결(défaut)을 판단하고, 어떤 경우에는 공물의 사용자인 희생자나 설치·관리자인 행정의 주관적 상태에 따라 흠결(défaut)을 판단하며,³⁴⁾ 물론 두 가지 요소를 다 고려하기도 한다.³⁵⁾

책임의 객관화라고 하는 것은 피해의 구제에 있어 그 피해가 객관적으로 발생하

30) François Burdeau, 전게서 319 쪽

31) Agathe Van Lang; Geneviève Godouin; Véronique Inserguet-Brisset, Dictionnaire de Droit administratif, Armand Colin, 1997, p. 105.

32) 같은 자료

33) Répertoire de la responsabilité administrative, Sirey, p. 161.

34) 같은 자료, p. 162.

35) 이광윤, 신행정법론, 법문사 2007, 132쪽 이하 참조

였다는 것을 의미하는 것으로, 객관적으로 발생한 피해는 사회적으로 보호하고 예방하여야 함을 의미한다. 따라서 앞서 살펴본 “정상적인 관리의 흠결”(défaut d'entretien normal) 이론은 어디까지나 행정의 책임을 과실책임에 입각하여 묻되, 피해자의 입증책임을 객관화하여 행정의 책임으로 돌림으로써 결과적으로 행정의 책임의 범위를 확대하여 피해의 구제를 사회화하는 기능을 한다.

IV. 위험책임의 사회화

1. 위험책임의 등장

가. 과실책임의 불충분성과 위험책임의 등장

전통적인 과실 개념은 산업혁명 이후 진행된 경제적, 사회적 환경의 변화에 따른 새로운 해결책을 제시하기에는 점점 더 불충분해졌다. 기술의 향상으로 인해 자동화가 이루어지고, 자동화는 위험성을 증가시켜 손해를 양산하고 악화시켰다. 노동, 도로이용, 의료행위 등에서 사고가 발생하고, 사고에 과실이 없는 경우가 빈번하게 되었다. 사고에 과실이 없다면 피해자는 과실을 입증할 수 없게 되고, 따라서 손해를 구제받을 수 없다. 따라서 매우 윤리적이고 주관적인 과실 개념은 금전적 책임의 유일한 근거로는 너무 좁다. 사실 과실 개념은 너무 개인주의적이다. 따라서 금전적 책임의 범위를 넓혀줄 새로운 근거가 필요하게 되었다. 행정청이 모두의 이익을 위하여 특별한 위험에 노출시킨 경우에, 그로 인한 결과는 위험에 직접적으로 노출된 희생자만 부담하여서는 안 된다.³⁶⁾ 비정상적이고 특별한 희생을 당한 자에 대하여는 그 단체가 손해를 보전해 주는 것이 사회적 정의에 부합한다.³⁷⁾

나. 객관적 책임

객관적 책임은 20세기에 위험의 증가와 함께 대두되었다. 객관적 책임의 핵심은 행정의 행위를 더 이상 도덕화 하거나 응징하지 않는 것인데, 이유는 주관적 과실 책임이 위험에 의한 희생자의 손해전보를 방해하기 때문이다. 이것은 과실개념의 쇠퇴를 가져왔다. 객관적 책임은 위험을 이유로 하여 손해전보를 보장해주는 것으

36) Danièle LOCHAK, RÉFLEXION SUR LES FONCTIONS SOCIALES DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE, google 자료

37) 같은 글

로 무과실 책임에 속한다.

1) 위험의 원리

가) 위험이론

과실책임의 불충분성이 확인되자 19세기 말에 객관적 책임이론이 등장하였다. Saleilles는 과실을 새로이 정의하여 “위험을 야기하는 행위”(acte générateur de risque)라고 하였다.³⁸⁾ Josserand은 민법전 1384조로부터 연역하여 “손해를 야기한 자는 손해전보의 책임이 있다”³⁹⁾고 하였다. 이러한 이론들은 결국 과실책임을 대신하여 위험책임이론이 등장하는 촉진제 역할을 하였다. 즉 한편으로는 위험을 야기한 자가 손해에 대한 책임을 져야 하는데, 손해를 야기한 행위는 그것이 과실이 아니라 하더라도 책임을 져야 하는 것을 의미하며 다른 한편으로는 어떠한 행위로부터 이익을 취득한 자는 그 대가로 그가 타인에게 야기한 손해를 전보할 책임이 있다.

나) 보장(garantie)이론

Stark이 주장한 보장이론⁴⁰⁾은 피해자는 모든 신체상·물질적 침해로부터 보장을 받을 권리가 있으며 피해자의 권리를 보장하기 위하여 책임자의 과실은 불필요하다는 이론이다. 그러나 그는 정신적 피해를 구제받기 위해서는 과실이 필요하다고 보았다.

다) 객관적 책임의 손해전보

20세기를 통하여 책임 명제의 중점은 책임자에게 제재를 가하여야 한다는 것으로부터 피해자에 대한 보호로 바뀌어 왔기 때문에 주관적인 책임이 현저히 억제되어 객관적 책임분야가 확대되었다. 그래서 책임은 행위자만 지는 것이 아니라 공동체 전체가 손해전보를 지는 것으로 중점이 바뀌어 지면서 위험의 사회화가 진행되었다. 객관적 책임의 발전은 과실의 쇠퇴와 위험에 기초한 현대적 책임에의 길을 열어 희생자의 만족을 기본으로 하였다.

38) Benjamin Cirhuza Nyamazi, De la responsabilité sans faute de l'administration en droits comparés français, belge et congolais, 2007

39) 같은 자료

40) Boris Stark, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, 1947

1919년의 Regnault - Desroziers 판결⁴¹⁾에 기초하여 위험책임의 개념은 행정청이 위험을 야기한다면 행정청이 결과를 책임지고 손해를 전보해 주어야 한다는 생각에 바탕을 두었다. 탄약 저장고의 경우, 위험책임이 Double - Couronne a Saint - Denis 요새 판결⁴²⁾에서 인정되었다. 여기에 제1차 세계대전 중에 많은 탄약이 창고에 보관되었다. 격렬한 폭발이 있었고 이로 인해 33인이 죽고 81명이 부상당하였다. 행정최고재판소는 행정청이 군사행정을 함에 있어서 과실을 범하지는 않았지만 그러한 작용이 "정상적으로 이웃관계에서 발생하는 위험 정도의 한계를 초과하는 위험을 지니고 있고, 모든 과실과는 별개로 국가의 책임을 지게 하는 성질의 것"이라고 평가하였다. 즉 탄약 저장고가 제대로 관리되었고 탄약의 저장에 어떠한 결함도 없었다고 하더라도 탄약의 저장이라는 단순한 존재가 정부가 손해를 전보해 주어야 할 위험을 야기하는 것이다. 'Lecomte' 판결⁴³⁾(CE, 24 juin 1949)은 경찰력에 의한 총기의 사용이 경찰작용의 대상과는 무관한 제3자에게 위험을 발생시키고, 이에 대해 위험한 도구인 총기를 사용하였다는 사실로 인해 위험책임을 인정하였다. 'Lecomte' 판결에서는 경찰이 혐의 차량을 추적하는 과정에서 경찰이 쏜 총알이 Paris의 Versailles 거리의 자기 건물 앞에서 조용히 앉아 있던 카페의 주인을 맞추었는데, 경찰이 사람이나 재산에 대하여 예외적인 위험을 포함하는 무기나 도구를 사용하는 한 과실이 없을 지라도 행정책임을 졌다.

위험책임은 1956년의 Thouzellier 판결⁴⁴⁾에 의하여 확대되었다. 그 후 Perruche판결(CE 19 octobre 1962)에서는 한국 전쟁 중, 북한군의 침입 시에 서울 주재 프랑스 영사의 직책 수행은 정상적인 부담을 초과하는 예외적인 위험에 노출되는 것으로 판단되어 이에 대한 직업적 위험책임을 인정되었다. Dame Saulze 판결(CE 6 novembre 1968)은 임신 중인 여교사가 학교에 창궐하는 풍진 전염병으로 인하여 기형에 걸린 아이를 출산한 것에 대하여 직업상의 의무로 인해 지게 되는 위험에 대한 책임이 인정되었다. 1990년의 GOMEZ 부부 판결은 새로운 치료에 있어서의 위험책임을 인정하였으며, 후천성 면역 결핍증에 걸린 간호원(TA Paris, 20 décembre 1990)과 외과의사(TA Versailles, 3 juillet 1998, Cohen)에게도 직업상의 위험책임을 인정되었다.

41) C.E. 3 février 1956, Thouzellier, Rec., p. 49

42) C.E. 28 mars 1919, Regnault-Desroziers(GAJA, n° 35)

43) C.E. 24 juin 1949(GAJA, n° 63)

44) C.E. 3 février 1956, Thouzellier, Rec., p. 49

2. 실정법적 근거

1946년의 프랑스 헌법 전문은 “국가는 개인과 가족의 발전에 필요한 조건을 보장한다.”고 선언하고 있다. 이 말은 국가는 항상 어린이로부터 어머니, 연로한 근로자에 이르기까지 건강, 안전, 휴식, 여가를 보장한다. 나아가, 육체적 또는 정신적 상태, 경제상황 등의 이유로 일을 할 수 없는 모든 사람은 생존수단을 공동체로부터 얻을 권리를 가지고 있다는 것을 의미한다.⁴⁵⁾

1948년의 세계인권선언에서는;

제22조 모든 사람은 사회의 일원으로서 사회보장제도에 관한 권리를 가지며, 국가적 노력과 국제적 협력을 통하여 그리고 각국의 조직과 자원에 따라 자신의 존엄성과 인격의 자유로운 발전을 위하여 불가결한 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현에 관한 권리를 가진다.

제25조 1. 모든 사람은 식량, 의복, 주택, 의료, 필수적인 사회역무를 포함하여 자신과 가족의 건강과 안녕에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가지며, 실업, 질병, 불구, 배우자와의 사별, 노령, 그 밖의 자신이 통제할 수 없는 상황에서의 다른 생계 결핍의 경우 사회보장을 누릴 권리를 가진다.

고 규정하고 있다.

V. 위험의 사회화에 대한 콩세이데파의 보고서

2005년에 콩세이데파는 “위험책임과 위험의 사회화(Responsabilité et socialisation du risque)에 관한 보고서”⁴⁶⁾를 발행하였다. 이 보고서에서 콩세이데파는 사회화, 책임화 및 예방을 조화시키는 국가의 책임과 손해전보의 역할에 대한 논의를 공론화시키고자 하였다. 위험의 사회화는 과실개념이나 책임개념을 폐지하는 것이 아

45) 한편 대한민국 헌법은;

제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

제34조 ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다. 고 규정하고 있다.

46) Études et documents du Conseil d'État, Rapport public du Conseil d'État 2005, Responsabilité et socialisation du risque, 30 novembre 2014, Documentation française, Paris 2005

나라 차후에 책임을 묻는 것은 별도로 하고 우선 신속한 피해의 구제를 목적으로 하는 것이다. 그러나 국가가 다중위험 보험기관이 될 수는 없다. 그리고 사회화는 위험의 예방과 함께 고려되어야 한다. 따라서 의료, 고령, 실업 보험과 같은 피할 수 없는 위험은 그 대상이 아니다.⁴⁷⁾

1. 개요

뭉세이데파의 보고 내용은 다음과 같이 요약된다.;

1) 국가책임은 구조(secours)로부터 유대(solidarité)로 변화해 왔다.

위험 자체가 시간에 따라 진화하여 보호의 적용범위의 확대를 요청하여 결과적으로 책임의 적용 범위를 확장하였다. 동남아시아의 지진이나 해일에 의한 위험이 그러한 예⁴⁸⁾이다.

2) 책임제도 자체가 진화한다.

무과실 책임이 증대되었으며, 거국적인 유대 개념이 공법에 개발되었다. 과실 개념 자체도 진화되었는데 추정과실의 경우가 대표적이다. 그러나 과실은 사라지지 않고, 여전히 책임의 기본이 된다.

3) 공권력이 위험의 확대된 사회화에 있어 중심적 역할을 한다.

과실은 여전히 행정책임의 축으로 남아 있지만 의료행위 교도행정, 혈액공급센터에 대한 통제 등에 있어서 중과실은 점점 더 요구되지 않는다. 여기에 무과실 책임의 확대도 수반된다. 또한 행정청은 점점 더 행정청 자신의 행위가 아닌 경우에도 위험책임을 지는 경우가 늘어났다. 가뭄이나, 지진, 테러 행위 같은 것들은 행정청의 책임이 아니나, 개인이나 기업이 책임을 지기에 과중하기 때문에 국가에게 해결책을 기대하게 된다. 따라서 유대와 보험이 결합한 형식으로 기금을 창설하여 해결책을 모색하게 된다.

47) Pascal Jan, Responsabilisation et socialisation du risque, 18 mars 2005

48) 그러므로 세계적인 현실은 이미 무과실 책임의 범위를 넘어 불가항력인 경우에도 적용되는 결과책임주의의 단계에 도달해 있다.

4) 사인이나 공법인에의 활동에 관계된 어떤 사회적 위험들의 대처

이러한 문제들의 대처에 있어 공통적인 메커니즘 또는 근접된 접근 방법을 사용하였다. 근로사고, 위생, 석면 등의 분야가 그 예이다.

5) 국가책임이 위험의 예방에 있어 중요한 역할을 하였다.

사전주의의 원칙은 예방을 넘어 결과적으로 불확실한 위험의 문제를 제기하였다.

6) 사회적 위험과 위험의 사회화는 범세계적인 현상이다.

7) 위험의 사회화에 대한 정당화와 한계

위험의 사회화에 대한 정당성은 책임자를 찾을 수 없거나 해결할 수 없을 때 약자를 위한 유대를 발휘한다는 것인데, 그 한계는 공동체가 그 비용을 감당할 수 있는가 하는 데 있다. 국가가 다중위험 보험기관의 역할을 할 수는 없다. 과실개념을 위험개념으로 대체하는 것은 탈 책임화의 위험을 증대시킨다. 위험에 대한 재정적 부담은 그 위험이 긴급하고, 광범위 하며 심각할 때 기하급수적으로 늘어날 수 있다.

8) 보고서의 문제점

보고서는 위험의 합리적인 사회화를 제시하나, 문제는 균형을 맞춘다는 것이 어렵다는 점에 있다.

9) 위험의 사회화에 대한 확대는 법 규정들의 조화 문제를 생각하도록 한다.

동일한 손해에 대하여는 보다 단일한 규정을 적용하도록 하는 것이 바람직하다.

10) 위험의 사회화, 책임 및 예방은 타협되어야 한다.

흡연이나 알코올 중독 같이 경솔한 행동으로 위험에 처한 경우에 과연 국가가 손해전보를 해주어야 하는지 문제가 있으며, 또 국가가 개인의 자유를 침해하지 않으면서 위험을 줄이기 위해 일정한 행위들을 규율할 수 있는가 하는 범위의 문제가 있다. 예방을 위해서는 위험에 대한 보다 조직적인 분석이 필요하며 정보의 제공이 더욱 필요하다.

2. 사전주의의 원칙(Le principe de précaution), 위험의 예방(prévention)과 위험책임의 후퇴

가. 개념

예방원칙(Le principe de prévention)에 관련된 피해를 줄이거나 방지하는 것을 목표로 한다.⁴⁹⁾ 예방은 발생한 피해를 구제하는 것이 아니라 피해가 발생하기 전에 근원을 제거하려는 것이다. 예방원칙은 경제적으로 감당할 수 있는 비용으로 최적의 기술을 사용하여야 한다.⁵⁰⁾ 사전주의의 원칙(Le principe de précaution)은 잠재적 위험을 가정하여 개입한다는 점에서 확인된 위험에 대한 예방원칙과 구분된다.⁵¹⁾ 사전주의의 원칙에서는 과학적 근거가 확실하지 않다는 것이 환경이나 건강의 악화를 막을 예방조치를 늦출 수 있는 사유가 되지 못한다. 잠재적 위험의 예로는 기후변화, 유전자변형, 휴대폰의 방사능, 광우병, 등을 들 수 있다.

나. 예방으로부터 사전주의로

예방과 사전주의는 합리성과 책임성을 강조한다. 이 둘은 윤리와 유대(solidarité)적 가치에 기초한 사회적 관점에서의 방식을 말한다. 이 둘은 모두 위험의 분야에 속하지만 예방이 위험이 예견되는 지식에 근거하여 손해를 방지하는 방식인데 비하여, 사전주의는 과학적 근거가 아직 밝혀지지 아니한 것을 대상으로 한다는 점에서 다르다. 즉 예방은 밝혀진 위험에 대한 대처 방식이고, 사전주의는 불확실한 것에 대한 관리에 속한다. 따라서 예방에서는 안전을 확보하기 위한 홍보와 교육이 중요하며, 때로는 초등학교부터 교육을 시킬 필요가 있다. 프랑스의 2004년 8월 17일의 ‘시민안전의 현대화법률’ 제2절 제1장은 초등학생에 대한 시민안전교육이 의무적임을 명시하고 있다.⁵²⁾

사전주의의 원칙은 국제환경법에서 급속하게 중요한 원칙으로 자리잡아가고 있다. 다수의 구속적·비구속적 국제문서가 강약의 차이는 있지만 이를 수용하고 있다. 비구속적 문서로서 1982년 세계자연헌장, 1987년 북해선언, 1990년 베르겐 각료선언 등이다. 이 원칙을 처음으로 도입한 국제환경협약은 1985년 오존층보호를

49) JO du 12 avril 2009

50) 프랑스 환경법전 L.110-1

51) La loi du 2 février 1995 (loi Barnier). 농업법전 L.200-1 “ 현재의 과학기술의 지식으로 볼 때 확실성이 결여되었다는 것은 환경에 중대하고 돌이킬 수 없는 손해에 대한 위험을 예방하는 경제적으로 수용 가능한 비용의 효과적이고 적절한 조치를 연기하여서는 안 된다.”

52) Article L.312-13-1

위한 비엔나협약이다. 이 협약을 필두로 다수의 환경협약이 앞 다투어 동 원칙을 도입하고 있는데, 특히 1990년 이후에 체결된 협약에 두드러진다. 구속적 문서로서 사전배려의 원칙을 도입하고 있는 대표적인 예는 1987년 몬트리올의정서, 1990년 유류오염의 대비, 대응 및 협력에 관한 국제협약(OPRC), 1991년 유해폐기물의 아프리카 반입 금지를 위한 바마코협약, 1992년 생물다양성협약, 1992년 기후변화협약, 1992년 UN/ECE 국제수로와 호수의 보호와 사용에 관한 협약, 1992년 북동대서양의 해양환경보호를 위한 협약(OSPAR), 1993년 개정 덩핑협약, 1995년 경계 왕래 어족과 고도 회유성 어족의 보전과 관리에 관한 유엔 해양협약의 규정을 이행하기 위한 협정(어족보전 협정), 1996년 런던범핑의정서, 2001년 생명공학안전성의정서(카르타헤나 의정서), 2001년 잔류성 유기 오염물질에 관한 협약(스톡홀름 협약) 등이다.⁵³⁾ 이 원칙은 불확실성과 취약성과 같은 결정과 기술에 대한 현대사회의 복잡성에 기인한다. 우리의 과학이 아직 따라갈 수 없기 때문에 위험을 야기하고 있다. 그러므로 위험가능성이 있는 분야에 대한 절차의 진행을 유예하거나 중단하는 것이다. 1992년의 「리우선언」은 환경보호를 위하여 각국은 자국의 능력에 따라 사전주의적 접근(precautionary approach)을 적용하도록 요구하고 있는데, 심각한 위협이나 돌이킬 수 없는 손상이 발생하는 경우 과학적 확실성이 충분하지 않다는 이유로 환경훼손을 방지하는 경제적 효율성이 있는 조치를 연기할 수 없다고 규정하고 있다.⁵⁴⁾

사전주의 원칙의 발전은 과실책임주의를 확대하고 위험책임주의의 후퇴를 가져왔다.⁵⁵⁾ 왜냐하면 의무를 증폭시키면서 예견할 수 있는 위험에 대하여 충분한 주의를 기울이지 않은 것은 과실이 있다고 간주되기 때문이다.

다. 불가피한 모순과 위험의 패러독스

위험의 사회화에 대한 책임은 개인적인 동시에 보편적이다. 그것은 각자의 활동과 결정의 산물로서의 사회적, 환경적, 경제적 결과에 대한 책임인 동시에 각각의 개개인은 다른 모든 사람들에 대한 결정의 결과에 책임이 있으므로 보편적이다.

53) 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 저스티스 119호 2010. 10. 참조

54) 「리우선언」원칙 15. 당시 리우선언을 채택하기 위한 협상 과정에서, 유럽 국가들은 ‘사전주의 원칙’(Precautionary Principle)이라는 문구를 삽입할 것을 주장하였으나, 미국 등을 비롯한 다른 국가들의 반대에 부딪쳐 절충적인 용어인 ‘사전주의적 접근’(the precautionary approach)이라는 문구가 채택되었다. 성재호, “환경보호를 위한 사전주의원칙”, 「국제법학회논총」 제43권 2호, 대한국제법학회, 1998, p.132.

55) Les fondements de la responsabilité, Studility.com, 24 août 2014

또한 각자는 미래세대에 대하여도 책임을 져야 한다. 그런데 사전주의는 위험에로의 발전이라는 전대미문의 새로운 형태의 책임을 구성하며, 법률불소급의 원칙에 반한다. 그리고 기술혁신을 방해할 수 있다. 위험은 개인이나 조직을 위협하고 있으나 동시에 모든 변화와 발전을 위한 필수불가피한 조건이기도 하다. 한편 사회 자체가 위험을 야기한다. 과학은 점점 더 필요해지지만 사회적인 정의는 점점 더 불충분해지고 있다. 더구나 예방이나 사전주의에 대한 과실을 입증하기가 쉽지 않다.⁵⁶⁾

3. 위험의 사회화에 대한 정당성과 한계

가. 정당성

위험의 사회화에 대한 정당성은 확대된 유대(solidarité)에 있다. 위험에 대한 책임을 사회화함으로써 공권력에게 과실이 없는 경우에도 공권력의 작용으로 손해가 발생한 경우에 평등을 위한 균형을 유지할 수가 있다. 또한 유대는 전통적인 보험이 커버할 수 없는 한계를 완화하는 기능을 한다. 위험책임의 사회화는 무과실 책임을 지는 경우에 공권력이 스스로의 활동에 대한 사회적 비용을 인식하게 하는 점에서도 정당성이 있다.⁵⁷⁾

나. 한계

위험책임의 사회화는 그 정당성들에도 불구하고 재정적 부담을 준다는 점과 탈 책임화(déresponsabilisation)를 부추길 가능성이 있다는 한계가 있다.

1) 재정적 한계

위험책임의 사회화에 의하여 보험시장이 제공할 수 없는 피해자의 손해를 대규

56) Madame Qude Rouyère, Responsabilité et principe de précaution, Actes de colloque ; vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, Palais du Luxembourg 11 et 12 mai 2001

57) Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », ERPL/REDP, vol. 15, no 1, printemps 2003. Pour de plus amples développements sur les justifications des procédures « sans faute » inspirées par le courant Law and Economics, voir Th. Kirat (dir.), Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, LGDJ, 2003, notamment Th. Kirat, « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques », p. 67.

모 위험을 이유로 하여 직접 전보해 줄 수는 있지만, 공동체가 감당할 수 있는 비용은 무한대가 아니기 때문에 한계가 있을 수밖에 없다. 더구나 보험은 감당할 수 있는 비용만 보장하는 경우가 대부분이므로 결국 나머지는 모두 국가가 부담하게 된다는 것이므로 과도하다. 2003년 향후 20년간 석면에 의한 손해전보 액을 268억 유로에서 372억 유로 사이로 평가한 바 있고⁵⁸⁾, Prestige 유조선 손해전보 액은 10억-20억 유로로, Erika 유조선 손해전보 액은 4억-6억 유로로 계상⁵⁹⁾된다. 또 1989년-2000년 사이의 지하 가뭄으로 인한 건물 피해액도 32억 유로⁶⁰⁾에 달하였다. 캘리포니아 지진피해 보상금은 750억 달러에 달하였고, 미국 동남부의 4개 폭풍피해 보상금은 205억 달러에 달하였다. 2004년도 기준으로 프랑스에서 피해보상금이 국민총생산에서 차지하는 비율은 0.19%였으며 미국에서는 0.4%에 달하였는데, 증가 속도는 국민총생산 증가율의 2배 정도에 이른다.⁶¹⁾ 이렇게 빨리 증가하는 막대한 비용을 국가가 모두 감당할 수는 없다.

2) 국가 역할의 한계

국가가 다중위험 보험기관이 될 수는 없다. 국가의 역할은 보험 제도를 관리하는 것이지, 시장이 긴급한 보상에 작용하지 못하는 경우를 제외하고는 보험기관을 대신 하는 것이 아니다. 더구나 보상에 집착하게 되면 사전주의 의무를 소홀히 할 우려가 있다. 의료보험은 국가가 민간보험의 분야에 개입하는 것의 한계를 보여주는 좋은 예이다.

3) 사회화와 책임화

탈책임화는 특히 보험 분야에서 두드러지는데, 일단 보험에 가입하면 더 큰 위험을 감수하려 들기 때문에 재난을 증가시킬 수 있어 피보험자들의 도덕적 해이가 염려된다. 이런 태도들은 상대방에게 불리한 영향을 미치게 된다. 또 이러한 현상은 은행 대출 분야에서도 눈에 띈다. 이러한 도덕적 해이는 보조금-부과금 제도(Bonus-malus system)⁶²⁾를 도입함으로써 상쇄시킬 수 있다.

58) Rapport du gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante, 2003.

59) Dommage environnemental en cas de pollutions maritimes accidentelles, Association Cèdre, 2004.

60) Les catastrophes naturelles en France, CCR, juin 2003.

61) Cf. sur ce point : Actualités, la lettre du GEMA, décembre 2004, no 143, reprenant des éléments de l'étude de Swiss Re, Sigma 6/2004, septembre 2004.

62) 보조금-부과금 제도(Bonus-malus system) :

또 과실 개념을 위험이 대체하게 됨에 따라 탈책임화가 가속되었다. 1998년에 콩세이데따는 “의료책임에 대하여 위험책임의 등장으로 과실개념이 희석됨에 따라 의료업종에서의 탈책임화가 심각하게 발생하여 환자들에게 전혀 도움이 되지 아니하였다⁶³⁾”고 보고하였다. 콩세이데따는 과실과 오류(*la faute et l'erreur*), 과실과 돌발적인 위험(*la faute et l'aléa*)을 구분하여야함을 강조하였다. 무과실 책임이 너무 확대되면 행정책임의 본질적 목표의 하나인 과실 책임 제도가 사라질 위험이 있다. 그리고 과실 책임 제도의 희석은 결국 형사책임을 묻는 쪽으로 발전되어 형벌의 과중을 야기할 수 있다.

4. 사회화의 합리화

점증하는 위험에 대한 양질의 보호에 대한 요구와 비용의 증가에 대하여 관건은 개개인의 예견, 보험의 전통적 시장, 그리고 위험의 사회화로 해석되는 유대 사이의 균형을 어떻게 유지하느냐 하는 것이다.

가. 보험기관과 국가의 역할

국가는 보험활동을 규제하는 최소한의 규정을 정하고 보험기관들이 이를 준수하는지 감시한다. 특히 충분한 경쟁이 이루어지고 있는지, 보험기관들이 우월적 지위를 남용하고 있지 않은지 감시한다. 그러나 국가가 보험기관을 대신하여서는 안 되지만 유대를 위하여 개입할 수 있는 경우도 있다.

1) 합당한 개입

위험의 사회화는 합리적인 사회화이어야 한다. 피해의 심각성과 규모, 재난의 예외적이고 예측불가능성, 국가의 관여정도, 유대조치의 비용, 다른 조치들과의 비교우위 같은 요소들을 종합하여 판단하여야 한다.

손해, 과실, 인과관계의 3요소로 구성되어 있던 책임의 전통적 이론은 어떤 위험

프랑스는 신차 구입시 co^2 배출량에 따라 보너스를 지급하거나 부과금을 부과하는 제도를 도입('08.1.1일 시행)

co^2 배출량이 130g/km 이하인 차량 구매자에게 보너스 지급

co^2 배출량이 160g/km 이상인 차량 구매자에게 부과금 부과

제도 시행 이후 신차 구매시장에서 보너스 지급대상 차량 구매가 10% 증가한 반면, 부과금 부과대상 차량 구매는 10% 감소. 전체적으로 소형차 구매가 꾸준히 늘어 그 비중이 49.6%로 증가.

63) Rapport public 1998, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE no 49, La Documentation française.

의 경우에는 적용하기 어렵다. 또 어떤 경우에는 무과실 책임 이론도 적용하기 어렵다. 이러한 전통적 이론들은 여태까지는 모르고 있던 잠재적 피해자의 숫자를 알 수 없는 위험에 대한 집단적 손해의 전보에는 적합하지 않다. 에이즈나 에볼라 바이러스 감염의 경우에 보험기관은 보험을 공여하지 않으려고 하고 피해자는 보상을 요구하면, 국가가 서둘러 개입하게 되고, 이 때 국가는 책임의 소재를 살필 겨를도 없이 보상을 하게 되는데 이후 벌어질 소송에서는 책임의 소재를 밝혀야 하는 문제가 발생한다.

2) 기금의 바른 사용

기금의 사용은 보험 제도를 국가의 재정으로 재구성하는 것이므로, 위험이 심각하고, 피해자의 부담으로 하는 것이 정당치 못하며, 다른 조치들로의 목적을 달성할 수 없고, 보상이 긴급할 경우에만 정당화된다.

나. 손해전보 제도의 재검토

1) 배상책임과 사보험

신속한 피해 구제를 위하여 사보험에 들 경우 우선 사보험이 손해를 보상하고 그 후 보험기관이 배상책임을 피해를 야기한자에게 묻는다면 개개인은 이중의 보호를 받게 된다. 의료 사보험의 경우에도 우선 모든 보상을 사보험으로 받으면 국가의 의료보험이 보장하지 못하는 부분까지 보장 받을 수 있다. 그러나 그렇게 자주 일어나지 않을 사고에 대비하여 개개인이 비용을 지출해 가면서 사보험에 가입할 것인지는 의문이다. 따라서 과실 책임 제도를 유지 하면서 부분적으로는 공적 자금에 의지하는 것으로 결론이 나겠지만 이 경우에는 형사적 제재가 필요하다는 불편이 따른다.

2) 규제와 책임

기술, 환경, 위생 등의 각종 규제 규정을 준수하였으나 손해를 야기한 자의 책임과, 부적합하거나 불완전하거나 규제규정을 두지 아니하여 손해를 야기한 행정청의 책임을 분배하는 것은 어려운 일이다. 공권력이 어떤 경우에도 모든 위험을 예견하도록 완벽한 규제를 하도록 기대할 수는 없다. 석면 피해나 산재의 경우가 대표적인데 부작위 과실로 인한 국가책임이 기업주의 면책을 가져오지는 않는다.

다. 조화의 필요

위험의 사회화가 확대되면 동일한 피해에 대하여 보상 방법이 더 다양화되며, 기금에 의한 보상과 법원의 결정 사이에 간격이 벌어지게 된다. 따라서 손해에 대하여 적용할 보다 단일화된 제도를 적용하도록 노력할 필요가 있다. 신체적 손해에 대하여는 각자의 손해를 고려하여 전체 보상을 해 왔지만 최근에는 지리적 조건이나 재난의 성격에 따라 보상이 다소 다양해지기도 한다. 석면 피해 보상 기금에 대한 판례는 지리적 차이에 따라 보상액이 다양해져 최대 48000유로와 최저 8000에서 14000유로 사이로 벌어져 있다⁶⁴⁾. 암환자에 대하여는 210,000유로를 보상한 판례도 있고 30,000에서 62,000 유로 사이를 보상한 판례도 있다. 사소한 질병인 흉막 손상에 대하여 치료불능 암인 중피종 보다 7배나 많이 보상한 극단적인 예도 있다. 재난의 성격과 보상제도의 차이 이외에도 감정 문제가 특별한 처우를 받도록 하는 경우도 있는데, 테러의 경우와 혈액감염의 경우가 이에 해당하며 석면 피해도 보상액을 증가시켰다.

그 밖에 피해를 입은 자의 신체적, 정신적 침해의 성격과 심각성에 대하여 객관적으로 평가할 수 있는 단일한 의학적 기준이 마련되어야 한다. 현재는 민법상의 기준, 사회보장기금의 기준, 사보험의 기준, 전쟁피해의 기준이 모두 다르다.⁶⁵⁾

보상원칙의 투명성을 위해서 국가의료사고보상청(Office national d'indemnisation des accidents médicaux)은 2003년에 법원에서 결정되거나 보험기관이 결정한 보상액의 분석을 통하여 조건표를 작성하였다. 이 조건표는 시장가격과 법원가격 사이의 적절하고 어려운 균형을 맞추는데 큰 도움이 되었다.

라. 사회화, 책임 및 예방의 조화

불확실성과 개인행동의 미묘한 조화인 위험은 최소한 부분적으로는 인간 활동에 내재한다. 따라서 위험을 형성하는 것은 홍수가 아니라 도시계획정책이라고 생각할 수 있다. 개인들로 하여금 위험에 노출되는 것을 줄이도록 하는 것이 위험에 적게 접근하는 수단이다.

또 다른 방법은 개개인의 행동에 대한 재정적 결과에 중점을 두는 것이다. 보험 계약을 통하면 위험의 관리가 개인적 차원에서 이루어지며, 프랑스에서 채택하고

64) FIVA, 3e rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004).

65) L'indemnisation du dommage corporel, Rapport du groupe de travail présidé par Mme Lambert-Faivre, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, p. 60.

있는 bonus-malus 제도도 그 중의 하나이다. 아무튼 위험을 야기하는 자가 예방을 하도록 유도하기 위하여 위험을 야기하는 자의 책임과 예방하려는 노력 사이에 긴밀한 관계를 유지하는 것이 중요하다.

그리고 자신의 부주의로 위험에 처한 사람들에게 발생한 손해에 대하여 어떻게 할 것인가 하는 문제가 남아있다. 즉, 흡연이나 알코올 중독과 같은 경우에도 손해를 전보하여 주어야 하는지가 문제다. 2003년 11월 20일 파퓰원은 Seita 담배회사를 상대로 한 소송에서 담배회사의 책임을 부정한 바 있다.⁶⁶⁾ 그러면 안전규칙을 무시한 등산가, 스키어, 수영인 등의 경우는 어떻게 할 것인가? 특히 그 비용이 재력이 약한 농촌의 작은 지방단체에게 구조하는 비용이 돌아갈 수 있는 경우가 많아 더욱 문제가 되었으나, 지방자치단체법전 L.2321-2⁶⁷⁾ 이해관계인이나 단체에게 구상을 할 수 있도록 규정하고 있으나 내무성의 2004년 5월 보고서는 무상구조를 권고하였다. 그러나 내무성의 권고에도 불구하고 2004년 8월 13일의 시민안전의 현대화 법률은 상기 규정을 수정하지 않았다.

끝으로 국가가 위험을 줄이기 위하여 개인의 자유를 침해함이 없이 어느 선까지 규제할 수 있는가 하는 것이다. 시속 300km 로 질주하는 차량들이 있는 반면 규제 속도는 시속 130km로 제한되어 있는 공존 현상이 존재한다.

위험에 대한 책임을 균형 있게 분배하기 위하여는 위험에 대한 정보제공이 매우 중요하다. 정보제공에 의하여 사전주의나 예방을 강화할 수 있다. 위험이 없는 사회는 없지만 효과적인 예방을 위하여 필요한 탈 책임화를 피하는 것이 중요하다. 위험의 사회화와 책임 사이에는 보충적인 면과 동시에 긴장도 존재한다.

VI. 맺는말

행정책임은 “사회적 유대”에 의한 필요성으로 등장한 “공공서비스” 운영에 대한 책임을 말하는 것으로 발생 처음부터 사회적 성격을 띠었으며, 행정책임의 사회화는 점점 확대되어 위험책임 이론이 등장하고 최근에 이르러서는 위험국가의 상황에서 위험책임의 사회화가 대두되는 데까지 이르렀다.

그러나 행정책임의 사회화는 프랑스의 2005년도 콩세이데따의 보고서에서 보는

66) B. Daille-Duclos, «La Seita n'est pas responsable du décès d'un fumeur invétéré», La Semaine juridique, no 3, 14 janvier 2004, p. 77.

67) Loi 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

바와 같이 1. 재정적 한계, 2. 국가역할의 한계, 3. 탈 책임화의 한계에 부딪친 것도 사실이다.

이러한 한계는 우리나라의 경우에도 마찬가지로 작용한다. 우리나라의 경우, 국가배상법이 제 5조의 소위 “영조물책임”(사실은 공물책임)의 경우를 제외하고는 아직도 무과실책임을 수용하고 있지 않은 점, 아직도 소송절차는 민사소송으로 진행되고 있다는 점에서 제도적 결함을 가지고 있지만, 우리나라에서도 각종 보상에 관한 특별법 등에서 부분적으로 수용되거나, 임의 보상 형태로 진행되고 있는 것에도 알 수 있는 바와 같이 행정책임의 사회화는 사실상 진행되어 있다. 거기다가 정치적 포퓰리즘에 의하여 갑자기 등장한 안전성의 확보와 복지정책의 대두는 이상과 현실을 조화시키기 어려운 국가적 딜레마를 던져주고 있으며, 국가적 딜레마는 세월호 참사 사건에서 극점에 다다랐다. 이러한 안전과 복지 작용에 대한 책임을 묻는다면 누구에게, 어느 정도 까지, 어떻게 물어야 할지 프랑스에서 가지고 있는 동일한 물음에 답하여야 한다. 아니 오히려 압축 성장의 부작용으로 인해 그 물음에 대한 답은 더 한층 난해하다. 즉, 제도적 정비도 되어 있지 않은 상태에서 위험에 대한 국가책임의 사회화에 대한 욕구는 이미 팽배해 있는 동시에 재정적 부담의 문제, 국가의 역할 문제, 탈 책임화의 윤리적 문제에 급격히 한꺼번에 봉착해 있다. 이것은 한국에서의 민주주의의 기로에 관한 문제이기도 하다.

따라서 합리적인 사회화를 위해 보험기관과 국가의 역할, 손해전보 제도의 재검토, 사회화, 책임 및 예방의 조화에 주목하면서 우리 실정에 맞는 책임의 사회화 정도에 대한 진지한 연구가 필요하다. 이에 “행정책임”의 모국인 프랑스의 사례에 대한 검토는 우리의 해결책을 찾아나가기 위한 첫 걸음이 될 것이다.

(논문접수일 : 2015.02.04, 심사개시일 : 2014.02.27, 게재확정일 : 2014.03.23)



▶ 이 광 윤

행정책임, 위험책임, 책임의 사회화, 공공서비스, 과실책임

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 강구철, “행정상 손해배상제도에 있어서의 무과실책임제도 -프랑스 국가배상제도를 중심으로-”, 법학논총 2집 국민대학교, 1990
- 김동희, “블랑코판결 이래 프랑스의 국가배상 책임의 발달”, 공법연구 제 6집 한국공법학회 1978
- 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 저스티스 119호 2010. 10.
- 레옹뒤기, 이광윤 역 일반공법학강의, 민음사 1992
- 성재호, “환경보호를 위한 사전주의원칙”, 「국제법학회논총」 제43권 2호, 대한국제법학회, 1998
- 이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007

II. 해외문헌

- Fiches de Droit Administratif (UCP),
fiches de droit cergy.e-monsite.com/pages/fiches-du...
- Michel Paillet, “La responsabilité administrative” Dalloz 1996
- François Burdeau, Histoire du droit administratif, Puf 1995
- M. Long/ P. Weil/ G. Braibant/ P. D. Delvolvé / B. Genevois, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 12e Dalloz 1999
- Laferrière, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours Contentieux, 2ed, 1896
- Richer(L), La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Economica, 1978
- Maurice Hauriou, Le cumul des responsabilités pour fait de service et pour fait personnel,
- Danièle LOCHAK, RÉFLEXION SUR LES FONCTIONS SOCIALES DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE, google 자료
- Benjamin Cirhuza Nyamazi, De la responsabilité sans faute de l'administration en droits comparés français, belge et congolais, 2007

- Boris Stark, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, 1947
- Études et documents du Conseil d'État, Rapport public du Conseil d'État 2005, Responsabilité et socialisation du risque, 30 novembre 2014, Documentation française, Paris 2005
- Pascal Jan, Responsabilisation et socialisation du risque, 18 mars 2005
- Les fondements de la responsabilité, Studility.com , 24 août 2014
- Madame Qude Rouyère, Responsabilité et principe de précaution, Actes de colloque ; vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, Palais du Luxembourg 11 et 12 mai 2001
- Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public »,
- ERPL/REDP, vol. 15, no 1, printemps 2003. Pour de plus amples développements sur les justifications des procédures « sans faute » inspirées par le courant Law and Economics, voir Th. Kirat (dir.),
- Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, LGDJ, 2003, notamment
- Th. Kirat, « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques »
- Rapport du gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante, 2003.
- Domage environnemental en cas de pollutions maritimes accidentelles, Association Cèdre, 2004
- Les catastrophes naturelles en France, CCR, juin 2003.
- Rapport public 1998, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE no 49, La Documentation française.
- FIVA, 3e rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004).
- L'indemnisation du dommage corporel, Rapport du groupe de travail présidé par Mme Lambert-Faivre, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003
- B. Daille-Duclos, « La Seita n'est pas responsable du décès d'un fumeur invétéré », La Semaine juridique, no 3, 14 janvier 2004

Abstract

The study on the socialization of the Government liability

—The focus is on France—

Lee Kwang—Youn

The development of objective responsibility marks the decline of the fault and the transition to a modernized accountability, risk-based and mainly oriented towards satisfying the interests of victims. The Civil Code of 1804, and in particular in Article 1382 Civil Liability closely links the concept of fault. Indeed, what is striking in our time is the importance of the rules on civil and tort. Much more than in the past, man today is looking liable where the injury was caused. Each of us would be obliged if he has wronged his neighbor, to put things in order, to repair all the damage done by his fault.

But the damage can only entraîner a private law liability. These damages are more numerous and varied and are sometimes caused by accidents "anonymous", but that any fault can be established. This is the concept of risk that appears. More than "responsibility", we speak of "compensation". From an objective point of view, the concept of risk will supplant that of fault; it is the victim that you look rather than on the wrongdoer. This will highlight the will increasingly enhanced to provide compensation to the victim. If the fault is in positive law introducer element of tort, it is nevertheless a decline, a priori fault liability in favor of objectification of responsibility.

The expression of the socialization of risk comes from the EC public report of 2005. This development was added other compensation schemes,

where the liability actions are insufficient or inappropriate, compensation fund systems set up in the name of national solidarity (eg victims of personal injury due to a criminal offense, acts of terrorism, contamination by blood products, diseases due to asbestos). It therefore creates funds, compensate the victims and have recourse against the person or persons responsible.

The financial limits. The paradox, according to the report of the CE is that enhancing security often leads to an increase in demand for prevention and coverage. Out very quickly one encounters financial difficulties, and ultimately to the refusal of individuals to finance risk they are not always responsible or do not affect them. So it is in the office of the judge and legislator, to achieve a balance between responsibility and socialization of risk.

Maintaining fault liability. The 2005 CE Report is very explicit: the fault is not disappearing, it is instead increasingly invoked and accepted with repair potential or increased integral. One wonders indeed increasingly repair individual damage at the expense of strict liability. These applications are supported by the decline in gross negligence, which marks a trivialization of the offense of public service. Finally, although the establishment of compensation funds involved in the socialization of risks, but the recourse actions made available to these funds are based on fault liability.

Today we are in an even brutal situation in Korea. Thus the French model will benefit for us to derive lesson.



▶ Lee Kwang-Youn

Government liability, socialization of the liability, risk, public service, fault

취소소송에서의 기본적 사실관계 동일성

배 병 호 *

I. 머리말	III. 처분사유의 추가·변경의 허용기준 및 한계로서 기본적 사실관계의 동일성
II. 취소소송에서의 처분사유의 추가· 변경	1. 기본적 사실관계의 동일성의 의의
1. 취소소송에서의 주장과 입증책임	2. 형사소송법상 공소사실의 동일성 검토
2. 피고 처분청의 주장 범위	3. 소결
	IV. 결론

【국 문 요 약】

행정소송법은 그 조문 수가 46개에 불과하고 제8조 제2항에서 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하고 있어 민사소송법의 특별법으로 평가되기도 한다. 그런데 형사소송법의 규정을 연상하게 하는 부분이 있다. 그것은 취소소송 중 처분사유의 추가·변경에서 등장하는 기본적 사실관계 동일성이란 표현이다. 행정소송법 조문에는 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성이란 단어가 없다. 기본적 사실관계의 동일성이란 용어는 형사소송법의 공소장의 변경에서 차용한 개념으로 추정하는 견해가 있다. 대법원이 사용하고 있는 기본적 사실관계의 동일성은 그 근거와 개념이 명확하지 않다는 비판이 있고, 이를 둘러싼 논의도 적지 않다. 그럼에도 불구하고 그 동안의 행정소송법 개정안과 개정의견 등에서 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성 등을 실정법으로 규정하자는 논의는 거의 없었다. 행정소송법 조문에도 없고 준용하는 민사소송법 등에도 나오지 않고 오히려 준용되지 않는 형사소송법상의 용어를 차용한 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성을 판례에만 맡기는 것은 문제가 있다고 할 것이다. 비교 대상이 무엇인지 그리고 기본적 사실관계의 개념이 무엇인지에 대한 명확성이 확보되지 않은 상태에서 수차례의 개정안에서 명문의 규정을 두려고 노력하지 않는 것은 입법의 미비라고 아니 할 수 없다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

취소소송 중 처분사유라는 개념은 행정절차법 제23조의 처분의 이유제시와 관련된다. 처분의 이유 제시는 원칙적으로 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하도록 한 것으로 모든 처분에 대한 것이다. 행정청이 처분의 이유를 제시하는 경우에는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가 되는 법령 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다. 처분의 상대방은 행정청이 제시한 처분의 근거와 이유에 불만이 있을 경우 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다. 처분의 이유와 행정쟁송법상 처분사유와 개념적 구별에 관한 논의가 있지만, 행정처분의 취소를 구하는 행정심판이나 항고소송 계속 중에 행정청이 행정처분 당시에 결정의 근거로 제시되지 아니한 사유를 새로이 제출하거나 변경할 수 있는가의 문제가 제기된다. 이러한 처분사유의 추가·변경에 관한 규정이 행정심판법이나 행정소송법에 전혀 없음에도 불구하고 현재 대법원은 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계가 동일성이 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적인 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니한다는 입장이다.

준용행정소송법을 탈피하여 독립적인 법을 만드는 것은 국민들의 권리구제에도 이바지할 것이다.

I. 머리말

1994년 행정소송 3심제를 도입한 이래 근래에 수차례에 걸친 행정소송법의 개정이 논의되었다. 법무부는 2011.11. 행정소송법 개정위원회를 구성하여 개정시안을 준비하고 2012.5.24. 행정소송법 개정 공청회를 개최하였다. 개정시안의 주된 내용은 행정의 적법성 보장 강조, 의무이행소송과 예방적 금지소송 도입 및 원고 적격 확대 등이다. 그러나 2012.5.30.부터 시작된 제19대 국회에서는 2015.3. 현재까지 행정소송법 개정안이 상정되지 않고 있다.

행정소송법은 그 조문 수가 46개에 불과하고 제8조 제2항에서 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하고 있어 민사소송법의 특별법으로 평가되기도 한다.¹⁾ 그런데 형사소송법의 규정을 연상하게 하는 부분이 있다. 그것은 취소소송 중 처분사유의 추가·변경에서 등장하는 기본적 사실관계 동일성이란 표현이다. 행정소송법 조문에는 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성이란 단어가 없다.²⁾ 기본적 사실관계의 동일성이란 용어는 형사소송법의 공소장의 변경에서 차용한 개념으로 추정하는 견해가 있다.³⁾ 대법원이 사용하고 있는 기본적 사실관계의 동일성은 그 근거와 개념이 명확하지 않다는 비판이 있고, 이를 둘러싼 논의도 적지 않다. 그럼에도 불구하고 행정소송법 개정안들과 개정의견 등에서 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성 등을 실정법으로 규정하자는 논의는 없었다. 행정소송법 조문에도 없고 준용하는 민사소송법 등에도 나오지 않고 오히려 준용되지도 않는 형사소송법상의 용어를 차용한 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성을 판례에만 맡기는 것은 문제가 있다고 할 것이다. 비교 대상이 무엇인지 그리고 기본적 사실관계의 개념이 무엇인지에 대한 명확성이 확보되지 않은 상태에서 대법원의 판례에만 맡기고 수차례의 개정에서 명문의 규정을 두려고 노력하지 않는 것은 입법의 미비라고 아니 할 수 없다. 판례로 굳어

1) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2006, 293쪽; 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2010, 314쪽.

2) 일본의 행정사건소송법에도 처분사유의 추가·변경이라는 조문이 없고, 주석서에서는 행정사건소송법에 규정하지 않은 사항에 대해서는 민사소송의 예에 의한다는 제7조에서 이유의 교체와 처분의 동일성이라는 부분으로 설명하고 있다. 南 博方·高橋 滋 編, 條解 行政事件訴訟法, 弘文堂, 2009.198~199쪽.

3) 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2010, 696쪽; 석호철, “기속력의 범위로서의 처분사유의 동일”, 행정판례연구V, 서울대출판부, 2000.268쪽; 여남규, “처분의 이유제시의무와 처분사유의 추가·변경”, 행정법원의 좌표와 진로-개원1주년 기념백서-, 서울행정법원, 1999, 436쪽 주17); 최선웅, 행정소송의 원리, 진원사, 2007.97쪽.

진 것을 실정법으로 명문화할 필요성이 없지 않다면 기본적인 사실관계의 동일성 개념과 형사소송법 제298조의 공소사실의 동일성에 관한 논의를 검토하고 행정소송법에 명문으로 규정해야 할 것이다. 행정심판법에는 행정소송법 제8조 제2항과 같은 민사소송법 등의 준용에 관한 규정이 없음에도 대법원은 처분사유의 추가·변경에 관한 법리가 그대로 행정심판 단계에서도 적용된다고 한다.⁴⁾ 관련 조문이 없음에도 행정심판 단계에서 처분사유의 추가·변경에 관한 법리가 그대로 적용된다는 것은 행정심판심리가 준사법절차라고 하더라도 해석을 넘어선 사법입법이라고 할 것이다.

취소소송 중 처분사유라는 개념은 행정절차법 제23조의 처분의 이유제시와 관련된다. 처분의 이유 제시는 원칙적으로 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하도록 한 것으로 모든 처분에 대한 것이다.⁵⁾ 행정청이 처분의 이유를 제시하는 경우에는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가 되는 법령 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.⁶⁾ 처분의 상대방은 행정청이 제시한 처분의 근거와 이유에 불만이 있을 경우 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다. 처분의 이유와 행정쟁송법상 처분사유와 개념적 구별에 관한 논의가 있지만, 행정처분의 취소를 구하는 행정심판이나 항고소송 계속 중에 행정청이 행정처분 당시에 근거로 제시되지 않은 사유를 새로이 제출하거나 변경할 수 있는가의 문제가 제기된다. 이러한 처분사유의 추가·변경에 관한 규정이 행정심판법이나 행정소송법에 전혀 없음에도 불구하고 현재 대법원은 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계가 동일성이 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적인 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니한다는 입장이다.⁷⁾ 판례에서는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함을 근거로 내세우나, 당사자에게 만족스럽지 않은 결말이 되는 경우가 적지 않다. 실제 사건에서는 원고가 취소소송에서 승소의 판결을 받아 행정청

4) 대법원 2014.5.16. 선고 2013두26118판결.

5) 오준근, 행정절차법, 삼지원, 1998. 351쪽; 조해현, “행정처분의 근거 및 이유의 제시”, 행정판례연구Ⅷ, 박영사, 2003. 129쪽.

6) 행정절차법 시행령 제14조의2.

7) 대법원 2009.11.26. 선고 2009두15586판결; 대법원 2011.11.24. 선고 2009두19021판결; 대법원 2014.5.16. 선고 2013두26118판결 등.

이 당연히 원고가 원하는 처분을 해 줄 것을 기대하였으나 처분청이 당초 처분과 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사유⁸⁾나 법령 개정⁹⁾ 등 새로운 사유를 들어 또 다시 신청을 기각하는 처분을 하여 새로이 처음부터 행정쟁송절차를 시작한 경우도 적지 않다. 경우에 따라서는 원고가 행정소송 중 제출하는 피고의 처분사유의 추가·변경을 기본적 사실관계의 동일성이 없더라도 처분 당시에 있었던 사유라면 행정소송 중 함께 심리하기를 원하는 경우도 있을 수 있다¹⁰⁾. 왜냐하면 원고가 승소해도 처분청인 피고가 기본적 사실관계가 달라 심리되지 않은 사유로 또 다시 거부처분을 하면 그 거부처분을 대상으로 하여 새로이 행정쟁송절차를 거쳐야 하는 경우가 있기 때문이다. 또한 여러 명이 같은 내용의 건축허가신청을 하였으나 한 사람만 거부되어 거부처분 취소소송을 제기하여 승소확정판결을 받았으나, 그 사이에 법령 개정 등 새로운 사정이 생겨 그것을 이유로 또 다시 거부되는 경우 이미 건축허가를 받아 공사를 완료한 다른 사람에 비해 너무 억울한 결과가 될 수 있다. 이를 위하여 개정 법령에서 경과 규정을 두어 경과 전의 법령에 따라 건축허가 신청을 한 당사자에게 법령의 개정으로 인한 불이익을 당하지 않도록 할 수 있으나, 실제 입법 과정에서는 배려하지 않는 경우가 많다.

기본적 사실관계의 동일성은 행정소송법과 민사소송법의 관계보다 행정소송법과 형사소송법의 유사한 기능에 초점을 두고 검토할 필요가 있다. 즉 검사의 공소장을 통한 공소제기와 처분청의 처분은 행정공무원의 법 집행이고, 공소장변경과 처분사유의 추가·변경은 공익실현의 적정성과 소송의 일회적 해결을 통한 소송경제의 이념에 이바지하는 것이다. 그러한 입장에서 확고하게 정립된 처분사유의 추가·변경과 기본적 사실관계의 동일성에 관한 대법원 판례를 중심으로 진행된 논의를 검토하면서 관련 조항의 신설의 필요성을 살펴보고자 한다.

II. 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경

1. 취소소송에서의 주장과 입증책임

8) 대법원 2011.10.27. 선고 2011두14401판결.; 평석 김옥곤, “처분사유의 추가·변경과 판결의 기속력” 판례연구 제25집, 부산판례연구회, 2014. 493~536.

9) 대법원 1998.1.7. 선고 97두22결정.

10) 김옥곤, “처분사유의 추가·변경과 판결의 기속력” 판례연구 제25집, 부산판례연구회, 2014. 524~526.

행정소송에서 원고는 행정청의 위법한 처분 그 밖의 공권력의 행사·불행사 등으로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 입었다고 하는 일련의 구체적 사실을 주장하면서 특별한 사유에 관하여는 입증하여야 한다. 이에 피고인 처분청은 그가 행한 처분의 적법성을 주장하고 입증하여야 한다. 법원은 소송요건이 적법하다고 인정되면 본안심리에서 원, 피고의 공격·방어 심리와 이에 대한 증거조사를 하여 원고의 청구가 이유 있는지를 판단한다.

민사소송에서는 공격 또는 방어의 방법을 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하게 하는 적시제출주의(민사소송법 제146조)를 채택하고, 원칙적으로 사실심 변론종결시까지 모든 사유를 자유로이 공격 또는 방어 방법으로 제출할 수 있다. 법원은 당사자가 고의 또는 중대한 과실로 공격 또는 방어의 방법을 뒤늦게 제출하여 소송의 완결을 지연시키는 것으로 인정할 때에는 직권으로 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.(민사소송법 제149조 제1항) 취소소송에서도 사실심 변론종결시까지 주장과 증거를 제출할 수 있다.¹¹⁾

원고는 행정심판 등 전심절차에서 주장하지 않은 공격방어방법을 소송절차에서 주장할 수 있다.¹²⁾ 취소소송에서는 행정소송법 제12조의 원고적격과 관련된 위법사유에 한정하므로 당연히 자기의 법률상의 이익과 무관한 위법사유를 들어 그 취소를 구할 수 없다. 위법한 행정처분이라 할지라도 이로 인하여 일정한 권리나 법률상의 이익의 침해를 받은 자가 아니면 이의 취소변경의 소를 제기할 수 없으므로 각하하여야 한다.¹³⁾

취소소송에서는 직권증거조사사항에 대해서는 당사자간에 다툼이 없어도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에 법원은 이를 직권으로 밝혀야 한다.¹⁴⁾ 당사자의

11) 대법원 1989.06.27. 선고 87누448 판결(과세처분의 위법을 다투는 행정소송에 있어서 그 처분의 적법여부는 과세액이 정당한 세액을 초과하느냐의 여부에 따라 판단되는 것으로서 당사자는 소송변론종결시까지 객관적인 조세채무액을 뒷받침하는 주장과 증거를 제출할 수 있다.)

12) 대법원 1987. 5. 26. 선고 86누136 판결; 대법원 1996.06.14. 선고 96누754 판결(항고소송에 있어서 원고는 전심절차에서 주장하지 아니한 공격방어방법을 소송절차에서 주장할 수 있고 법원은 이를 심리하여 행정처분의 적법 여부를 판단할 수 있는 것이므로, 원고가 전심절차에서 주장하지 아니한 처분의 위법사유를 소송절차에서 새롭게 주장하였다고 하여 다시 그 처분에 대하여 별도의 전심절차를 거쳐야 하는 것은 아니라 할 것이다.)

13) 대법원 1971.10.11. 선고 71누83 판결.

14) 대법원 1986.7.8. 선고 84누653 판결; 대법원 2004.12.24. 선고 2003두15195 판결(행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 할 것이고, 사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다.)

주장·제출증거에 부족함이나 모순이 있으면 법원이 석명권을 행사하여 그 변론주의의 형식적인 적용에 의한 불합리를 시정하여야 한다. 민사소송법 제136조의 석명권은 행정소송에도 준용된다.¹⁵⁾

2. 피고 처분청의 주장 범위

위법한 행정처분으로 인하여 일정한 권리 또는 법률상의 이익을 침해당한 원고는 원칙적으로 사실심 변론종결시까지 모든 사유를 자유로이 공격 또는 방어 방법으로 제출할 수 있다. 피고는 처분의 적법성을 주장하고 입증하기 위하여 처분사유를 주장함에 제한이 없는가 하는 문제가 있다. 이에는 시간적 범위와 객관적 범위의 한계가 있다.

가. 피고 주장의 기준시 또는 처분의 위법성 판단의 기준시점

행정처분의 위법을 이유로 취소소송이 제기된 경우 행정소송법은 위법성 판단의 기준시점에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 학설은 처분시설과 판결시설로 나뉘고 있다. 행정법규는 법에 따른 사실변화와 정책적 이유로 변화하기도 하므로 이에 관한 논의가 필요하다. 이에 관한 학설과 판례를 정리하면 다음과 같다.

1) 학설

가) 판결시설

판결시설은 처분의 위법여부의 판단을 판결시(구두변론종결시)의 사실 및 법률상태를 기준으로 행하여야 한다는 견해이다. 논거로 취소소송의 본질이 처분으로 형성된 위법상태를 배제하는 것이므로 판결시의 법률과 사실상태를 기준으로 판단해야 한다는 것이다. 즉 처분의 사후심사가 아니라 처분에 계속적 효력을 부여할 것인지의 문제로 본다.

나) 처분시설

처분의 위법여부는 처분시의 사실 및 법률상태를 기준으로 해야 한다는 것이다. 법원의 심사는 사후심사로서 법원이 처분 후의 변화된 사정에 근거하여 처분의 적

15) 대법원 1997.08.22. 선고 96누5285 판결(행정소송법 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법을 준용한다고 하고 있는바, 조세소송에서도 법원의 석명의무 및 법률사항 지적의무를 규정한 민사소송법 제126조의 규정이 준용된다고 할 것이다.)

법여부를 판단하는 것은 행정청의 제1차적 판단권을 침해하고 결국 법원이 감독행정청이 된다는 것이므로 타당하지 않다는 것이다. 통설이다.¹⁶⁾

다) 절충설

처분시설이 타당하다고 하면서 예외적으로 계속적 효력을 가진 처분(영업허가의 취소, 교통표지판의 설치)나 미집행의 처분(집행되지 않은 철거명령)에 대한 소송에 있어서는 판결시설을 취하는 것이 타당하다는 것이다.¹⁷⁾ 또 거부처분취소소송의 경우 처분청은 처분시 이후에 변경된 법령이나 사실적 상황을 이유로 다시 거부처분을 하여도 판결의 기속력에 반하지 않으므로 효과적인 권리구제와 소송경제를 위하여 위법성 판단 기준시점을 사실심 변론종결시로 해야 한다는 견해¹⁸⁾가 있다.

라) 소결

취소소송은 원고가 자신의 법률상 이익을 침해한 행정처분이 처분당시의 법령 및 사실상태에 비추어 위법하다고 하면서 그 취소를 구하는 것이고, 처분청도 자신의 처분이 처분당시의 법령 및 사실상태에 비추어 적법하다고 주장하는 것을 전제로 하므로 처분시설이 타당하다. 또 이것이 법치행정의 원칙에 부합한다. 법원도 원고가 제기한 취소소송의 청구취지를 판단하는 것이고, 처분당시의 위법을 다투는 원고와 피고가 처분 후의 사정 변경 등 예상하지 않은 것을 감안하여 판결할 수 없다. 사정판결은 처분시를 전제로 한 취소소송제도의 예외를 규정한 것이다. 따라서 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 취소소송에서 처분시가 아닌 처분 후의 사정 변경 등을 감안하여 판결하는 것은 명문의 규정이 없는 한 허용되기 어렵다고 할 것이다. 절충설에서 주장하는 바와 같이 수익적 처분에 대한 거부처분의 경우에 원고가 승소하더라도 원하는 목적을 달성하기 위한 일회적 분쟁해결이 되지 않고 기존의 취소소송 중 주장하지 않은 근거를 주장하거나 법령의 변경 등을 들어 또 다시 거부처분을 하는 문제를 해결하기 위하여 판결시설의 예외를 인정하자는 것으로 그 취지는 이해가 되나 그를 위해서는 입법으로 해결해

16) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2014.802쪽; 김철용, 행정법, 고시계사, 2015.612쪽; 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2010.700쪽; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2014.1254쪽; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2014.1064쪽; 홍준형, 행정구제법, 도서출판오래, 2012.591쪽

17) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2001.1013쪽.

18) 정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012. 635~636쪽.

야 할 것이다.

2) 판례

판례는 일관하여 처분의 위법판단기준을 처분시로 하고 있다. 조합설립인가처분 취소사건¹⁹⁾의 조합설립 동의철회의 효력에 관하여 “항고소송에서 행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분 당시를 기준으로 하여 판단하여야 하는바, 여기서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 관하여 판결 시가 아니라 처분 시라고 하는 의미는 행정처분의 위법 여부를 판단함에 있어 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 관한 증명은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다”고 하면서 “구 도시정비법 시행령 제28조 제4항은 ‘토지 등 소유자는 법 제17조 제1항 전단 및 제12조의 동의에 따른 인허가 등의 신청 전에 동의를 철회하거나 반대의 의사표시를 할 수 있다. 다만 법 제16조에 따른 조합설립의 인가에 대한 동의 후 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경되지 않은 경우에는 조합설립의 인가신청 전이라 하더라도 철회할 수 없다’고 규정하고 있으므로, 토지 등 소유자가 ‘동의서’를 제출한 후에 ‘동의철회서’를 다시 제출한 경우에도 구 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항에 변경이 없다고 인정된다면 이들은 여전히 ‘동의자 수’에 포함되어야 한다.”고 판시하였다.

판례는 적극적 불이익처분과 거부처분을 구분하지 않고 처분시를 기준으로 하고 있다. 난민인정불허가결정취소사건²⁰⁾에서 대법원은 “행정소송에서 행정처분의 위

19) 대법원 2014.10.30. 선고 2012두25125 판결.; 대법원 1993.05.27. 선고 92누19033 판결; 대법원 2010.1.14. 선고 2009두11843판결 ; 대법원 1981.12.08. 선고 80누412 판결(행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단해야 할 것인바, 피고가 기존 영등포 수원지를 확장할 목적으로 1978.6.23 본건 대지에 대하여 도시계획법 제12조에 의한 도시계획시설(수도) 변경결정과 같은 법 제13조에 의한 지적승인처분을 한 후 소론과 같이 이에 따른 사업을 시행하지 않고 있다가 1979.2.26 그 부근 김포가도변에 가로경관사업으로 양화폭포를 준공하였음을 계기로 본건 대지도 그 대상의 일부로 하는 이른바 양화폭포 녹지조성계획을 세움으로써 사실상 위의 도시계획을 변경하여 본건 각 행정처분 당시와는 사정이 달라지고 따라서 장차 수도용지로서는 본건 대지를 수용할 수 없게 되었다 하더라도 그러한 사유만으로는 본건 각 행정처분을 하자있는 행정처분이라 하여 취소를 명할 수 없다고 할 것이다.)

법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않으므로, 난민 인정 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에 있어서도 그 거부처분을 한 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법 여부가 달라지는 것은 아니다. 따라서 난민 인정을 받은 외국인에 대해 그 국적국의 정치적 상황이 변화하였음을 이유로 그 인정 처분을 취소할 수 있음은 별론으로 하고, 피고가 원고에 대해 난민 인정을 불허하는 이 사건 처분을 한 이후 원고의 국적국인 콩고의 정치적 상황이 변화하였음을 이유로 이 사건 처분이 적법하다는 피고의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다.

나. 피고의 처분사유의 객관적 범위

피고가 행정소송 중 당초의 처분사유를 보완하여 추가하거나 교체를 할 필요성이 있을 때 이를 허용할 수 있는가가 문제된다. 처분청이 처분을 하면서 행정절차법에 따른 이유제시를 하였으나, 그 이유가 타당하지 않거나 부족한 경우에 처분사유의 추가·변경을 허용할 수 있는가가 문제된다. 특히 행정절차법이 제정되어 처분을 하면서 원래의 취지에 따라 충분히 검토하여 처분의 이유제시를 하였으나, 당시 판단이 잘못된 경우에 이를 그대로 두어야 하는가의 문제가 발생한다. 행정절차법 제23조의 이유제시에서 들어난 처분의 이유와 행정소송상 처분사유를 어떻게 평가해야 하는가의 문제부터 검토하고, 처분사유의 허용 문제 등을 살펴보려고 한다.

1) 처분이유와 처분사유의 구분

행정법규는 행정청이 처분을 행할 경우에 그 처분의 이유를 제시할 의무를 과하고 있다. 예를 들면 행정심판법은 제46조 제2항에서 재결의 이유를 기재하도록 하고, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제13조 제4항에서 정보의 비공개결정을 할 때 청구인에게 비공개이유를 구체적으로 명시하도록 하고 있다. 1996.12.31. 제정되어 1998.1.1.부터 시행되고 있는 행정절차법 제23조는 원칙적으로 모든 처분에 대하여 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하도록 하고 있다. 즉 행정청은 처분의 이유를 제시하는 경우에는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가 되는 법령 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.²¹⁾ 이유 제시의 주요한 기능으

20) 대법원 2008.07.24. 선고 2007두3930 판결.

로 행정청의 자의억제·결정과정공개·투명성향상, 신중성확보, 불복신청의 편의, 법원부담의 경감 등을 들 수 있다.²²⁾ 행정절차법 제정 이전에도 국가공무원법 제 75조와 지방공무원법 제67조에서 처분사유 설명서의 교부의무를 규정하는 등 개별적으로 규정한 법률이 없지 않았으나 일반적으로 처분의 이유 제시는 중요하지 않았고, 처분청에서 추가로 이유를 보완하거나 추가 또는 변경하더라도 실질적 법치주의에 위배되지 않는다고 하였다.

처분사유는 처분이유의 내용인 사실과 법적 근거를 구성하는 요소로서 처분의 적법성을 뒷받침하는 근거라는 의미로 실질적·소송법적 개념이고, 처분이유는 형식적·절차법적 개념이라는 견해가 있다.²³⁾ 독일에서는 처분사유의 변경(Nachschieben von Gründen)과 처분이유의 추완(Nachholen der Begründung)을 구분하고 있다. 처분사유의 변경은 처분의 이유로 제시된 사실적 또는 법적 근거를 변경하는 것을 말하고, 추완은 법령상 요구되는 행정행위의 이유부기의무(우리 행정절차법상 이유제시의무)를 이행하지 않다가 사후에 그 이유를 부기함으로써 형식적 흠을 치유하는 것이다.²⁴⁾ 이에 대해 차이를 두지 않는 견해도 있다.²⁵⁾ 우리와 비슷한 구조를 가지고 있는 일본의 행정수속법 제8조와 제14조 등에서 이유라는 단어를 사용하고, 행정사건소송법 제7조에서 민사소송의 예를 준용 하는 것 외에 처분사유의 추가·변경이란 명문의 규정이 없는 상태에서 ‘이유의 교체’라는 용어를 사용하고 있다.²⁶⁾

생각건대 처분사유는 실정법에서 사용한 개념이 아니고, 행정심판법과 공공기관의 정보공개에 관한 법률상의 이유 및 행정절차법상의 이유가 그대로 취소소송에서 처분사유가 되므로 이전의 논문에서는 구분하지 않고 사용한 것으로 보인다.²⁷⁾ 굳이 차별을 두자면 처분의 이유는 행정절차법에서 명문화되어 사용하고 있고 처

21) 행정절차법 시행령 제14조의2.

22) 김철용, 행정법, 고시계사, 2015. 331쪽. 오준근, 전게서, 349~350쪽.

23) 김철용, 위의 책, 589쪽; 박정훈, 행정소송의 구조와 가능, 박영사, 2006. 481쪽; 류지태·박종수, 앞의 책, 693면(‘처분 사유’ 대신 ‘처분 근거’라고 표현하고 있다); 하명호, “처분사유의 추가·변경에 관한 관례의 평가와 보완점”, 고려법학 제58호, 2010.2쪽.

24) 홍준형, 앞의 책, 592쪽; 박정훈, 앞의 책, 481~482쪽.

25) 홍정선, 앞의 책, 1056쪽; 김동희, 앞의 책, 776쪽.; 홍준형, 앞의 책, 593쪽.

26) 南 博方・高橋 滋 編, 條解 行政事件訴訟法, 弘文堂, 2009.198~199쪽;岡田 幸人, “處分理由の交替え”, 西川知一郎 編, 行政關係訴訟, 青林書院, 2009. 140`146쪽; 大貫 裕之, “行政訴訟の審判の對象と判決の效力”, 行政法の 新構想Ⅲ, 有斐閣, 2008. 152쪽.

27) 허상수, “행정소송의 심리”, 행정소송에 관한 제문제(상), 재판자료 제67집, 법원행정처, 1995. 361쪽(처분이유의 추가와 변경이란 단어를 사용하고 있다.); 김문수, “행정소송에 있어서 처분이유의 추가 및 변경”, 특별법연구 제3권, 1989.

분이유의 추완이라는 문제와 연결이 되므로 절차법적 개념이고, 행정소송 판례에서 사용하고 있는 처분사유의 추가·변경은 계쟁처분의 실체법상 적법성에 관한 소송법적 개념이다.

2) 처분사유의 추가·변경의 허용 문제

가) 판례의 변화

행정소송에서도 초기에는 사법심사의 중점을 행정처분에 대한 절차적 보장보다는 실질적 보장에 두어 처분이유는 민사소송법상 공격방어방법에 불과하므로 이를 추가·변경하더라도 실기한 공격방어방법으로 각하되지 않는 한 민사소송법상의 일반적인 규제를 받지 않는다고 보아 자유롭게 허용하여 왔다.²⁸⁾ 이러한 입장에선 대법원 판결로, 연고권 없이 귀속재산을 임대받았음을 이유로 한 귀속재산임대차계약취소처분의 취소소송에서 부정전대를 원인으로 한 계약취소를 인정할 수 있음을 전제로 한 판결²⁹⁾과 뇌물수수를 이유로 한 징계처분취소소송에서 부하직원들에 대한 감독 소홀을 이유로 한 징계사유변경을 허용한 판결³⁰⁾ 등이 있다.

그러다가 실질적 법치주의 원칙과 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호의 원칙에 따라 행정청은 제시한 이유에 구속을 받아야 하고 원처분의 이유와 다른 새로운 사실을 추가 또는 변경하여 주장함으로써 그 처분의 적법성을 유지할 수는 없다는 주장³¹⁾이 제기되었다. 특히 불이익한 처분을 할 때 요구되던 명시된 이유는 당해 행정처분의 요소라고 보아야 하므로 그 이유를 추가하거나 변경하는 것은 별개의 처분을 구성한다는 것이다.

서울고등법원³²⁾은 항고소송의 심판범위는 처분당시 처분사유로 삼았던 사실에 국한된다는 것을 원칙적으로 선언하고 다만 그 처분사유와 기초사실이 동일하면 그 기초사실에 포함된 다른 사유도 판단의 대상이 된다고 하였다. 즉 피고가 경찰 공무원인 원고를 징계에 회부하여 파면한 사유 즉 징계처분사유설명서의 기재사실은 원고가 교통외근 근무 중 신호위반차량을 적발하고도 의법조치없이 묵과방면하여 직무를 유기하였다는 것이나 심리한 결과 원고가 차량 단속하여 조사한 결과

28) 박만호, “항고소송의 소송물과 심판의 범위”. 사법논집, 제8집, 법원행정처, 1977. 456~458쪽.; 허상수, 앞의 글, 362쪽.

29) 대법원 1957.10.4. 선고 4290행상55판결.

30) 대법원 1969.7.29. 선고 68누21판결.

31) 박만호, 앞의 글, 461면.

32) 서울고등법원 1976.7.24. 선고76구149판결.

신호위반사실이 없다는 것이 밝혀져 방면하였다는 사실이 드러나자, 피고행정청은 가사 신호위반사실이 없었다고 하더라도 원고가 차량운전사가 운전면허증불소지자라는 사실을 알았음에도 불구하고 이를 입건하지 않은 것은 명백한 직무유기가 되고 경찰 공무원법 소정의 비위를 범한 것이 되어 피고의 파면처분은 결과적으로 적법하다고 주장하였던 것이다. 이에 대해 서울고등법원은 파면사유의 적법여부는 징계처분사유설명서 기재비위만을 판단대상으로 하여야 함이 원칙이나 그 비위의 기초사실이 동일하면 그 기초사실에 포함된 다른 비위에 대하여도 판단할 수 있다고 전제한 후 원고는 운전면허증의 제시를 요구받은 운전수가 운전면허증을 소지하지 않고 있다고 자인하였음에도 불구하고 이를 적법히 입건한 바 없이 방면하였던 사실을 인정한 후 이를 직무유기의 비위사실을 범한 것으로서 징계사유에 해당된다고 하면서 원고의 주장은 이유 없다고 판단하였던 것이다.

비슷한 시기에 나온 일본 화가산지방재판소는 학교교직원에 대한 징계면직처분 사건³³⁾에서 처분이유설명서에 기재된 구체적 사실과 기본적 사실로서의 동일성이 인정되지 않는 경우에는 사후의 소송에서 이를 처분이유로 추가 또는 변경하여 주장할 수 없다고 실시하고 동일성의 판단기준에 대하여 ‘처분이유설명서기재의 구체적사실과 동일성이 있는가 여부에 대한 판단을 함에는 형사소송절차에 있어서 공소사실의 동일성의 판단기준과 같은 정도의 엄격한 요건을 정립하기에는 적절하지 않다 하더라도 당해 사실이 처분이유설명서 기재의 구체적사실과 시간적, 장소적으로 비교적 근접하여 행하여졌는가 어떤가 또 그 수단, 행위, 태양, 결과 등에 상호관련성이 있는가 등의 제반사실을 종합하여 기본적 사실의 동일성이 있는가 여부를 객관적으로 판단하여야 한다.’고 하였다.

대법원에서는 이유제시의무가 법정되어 있었던 지방공무원법상 징계처분에 관한 사건³⁴⁾에서 당초의 징계처분사유와 소송 중 추가로 제시된 징계처분사유가 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다고 하면서 원심판결을 파기환송하였다. 즉 “공무원에 대한 징계처분은 법정된 징계사유에 근거를 두어야 하고 징계처분을 행할 때에는 그 공무원에게 징계처분의 사유를 기재한 설명서를 교부함으로써 처분의 이유를 명시하도록 법률이 요구하고 있으므로(지방공무원법 제67조 및 제69조 국가공무원법도 같다), 징계처분 취소소송에 있어서 처분청은 당초의 징계처분사유와

33) 日本 和歌山地方裁判所 昭和50.6.9. 선고 和教組懲戒免職處分取消事件判決(판례시보 780호3면), 동취지의 판례 札幌地方裁判所 昭和50.2.26. 선고 北見郵便局懲戒免職事件判決(판례시보 771호3면), 박만호, 앞의 글, 460~461면에서 요약 전제.

34) 대법원 1983.10.25. 선고 83누396 판결.

기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 한도 내에서만 징계처분사유를 추가하거나 변경할 수 있고 기본적 사실관계의 동일성이 전혀 없는 별개사실을 징계처분사유로서 주장함은 허용되지 않으며, 법원으로서도 당초의 징계처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사실을 징계처분사유로 인정할 수 없다고 보아야 할 것이다.”고 전제한 후 “이 사건 당구장이 정화구역외인 것처럼 허위표시를 함으로써 정화위원회의 심의를 면제하여 허가처분을 하였다는 당초의 징계처분사유와 정부문서 규정에 위반하여 이미 결재된 서류의 도면에 상사의 결재를 받음이 없이 거리표시를 기입하였다는 위 인정의 비위사실과는 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 필경 원심판결은 이 사건 징계처분사유를 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.”고 판시하였다.

이유제시의무가 법정되어 있지 않았음에도 이유를 명시한 광업권설정출원불허가 처분취소등사건³⁵⁾에서 대법원은 “이 사건과 같이 행정처분의 취소를 구하는 소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 기본적 사실관계와 동일성이 전혀 없는 별개의 사실을 들어 처분사유로서 주장함은 허용되지 아니하며, 법원으로서도 당초 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사실은 처분사유로서 인정할 수 없다고 보아야 할 것이다(당원 1983.10.25 선고 83누396 판결 및 1973.10.23 선고 73누7 판결 등 참조).”고 전제한 후 “원고가 이 사건 출원당시 불석을 채굴하고 있지 아니하였으며, 이 사건 광구에는 이미 소외인들에 의하여 광업권설정등록이 필요하여져 있어서 광업법 규정상 원고에 대하여 새로운 광업권의 설정을 허가할 수 없다는 원심인정의 불허가사유는 피고가 변론에서 이를 새로운 불허가 사유로서 주장한 바도 없을 뿐만 아니라, 이 사건 각광구가 도시계획지구 등에 해당하여 광물을 채굴함이 공익을 해하므로 광업법 제29조에 의하여 원고의 이 사건 광업권설정출원을 불허가 하였다는 당초의 처분사유와 그 기

35) 대법원 1987.7.21. 선고 85누694 판결. 원고의 이 사건 광업권설정출원에 대한 피고의 불허가처분 이유는 이 사건 각 광구가 도시계획지구 또는 국토이용관리법에 의한 산림보전지구, 경지지구, 자연환경보전지구이어서 이로부터 광물을 채굴함이 공익을 해하므로 광업법 제29조에 의하여 이를 불허한다는 것이고, 이에 대하여 원고는 변론에서 이 사건 각 광구가 그와 같은 도시계획지구 등에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 가사 그렇지 않다 하더라도 원고에 대한 광업권등록이 공익을 해하는 것은 아니라고 하여 피고의 이 사건 불허가처분이 위법하다고 주장하였고, 피고 역시 광업법 제29조를 이유로 한 위 불허가처분이 적법하다고만 다투므로써, 결국 이 사건 광업권설정출원을 허가함이 과연 광업법 제29조 소정의 공익을 해하는 것인지의 여부만이 쟁점으로 되어 왔다.

본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 결국 원심판결에는 이 사건 불허가 처분사유를 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다”고 하며 원심을 파기환송하였다.

위 대법원의 판례흐름은 1998년 1월 1일부터 시행된 행정절차법 제23조에 따라 행정청이 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하도록 한 이후에도 변함이 없다. 대법원은 시장정비사업추진계획사건³⁶⁾에서 “행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다.”고 판시하고 있다.

나. 처분사유의 추가·변경의 허용범위에 관한 학설

처분사유의 추가·변경의 허용범위에 관하여는 견해가 나뉘고 있다. 종래에는 상대방에게 예기하지 못한 불이익을 가져올 수 있으므로 허용할 수 없다는 부정설과 처분사유의 사후 변경을 부정하여도 행정청은 다른 사유로 새로운 재처분을 할 수 있으므로 처분사유의 추가·변경을 부정할 실익이 없다는 긍정설도 있었다.

1) 제한적 허용설

분쟁의 일회적 해결 및 소송경제의 요청과 원고의 방어권 보장 및 이유제시의무 제도의 취지를 조화하는 입장에서 제한적으로 인정하여야 한다는 것으로 다수설이다. 이 견해는 판례의 입장과 같이 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 한도 내에서 처분사유의 추가·변경을 인정한다.

2) 소송물기준설

분쟁의 일회적 해결과 소송경제를 위하여 소송물의 변경이 없는 한 처분사유의 추가·변경을 인정하는 견해이다.

36) 대법원 2014.05.16. 선고 2013두26118 판결.

3) 개별적 결정설

이 견해는 기속행위, 재량행위, 제재처분, 거부행위 등 행위유형 및 취소소송, 의무이행소송 등 소송의 유형에 따라 처분사유의 추가·변경의 허용범위를 달리 정하여야 한다고 한다.³⁷⁾

다. 처분이유제시제도와 처분사유의 추가·변경

개별법에서 처분의 이유 제시의무를 부과하고 있거나 행정절차법에서 이유제시의무를 부과하여야 하는 경우 그 처분이유제시제도가 실체법상 확정된 처분의 동일성에 제약요인이 되는가이다. 이에 관해 학설의 대립이 있다.

1) 부정설

처분이유제시제도는 처분의 동일성에 제약요인이 되지 않는다는 견해이다. 그 이유로 처분사유의 추가·변경은 처분이유제시제도에 반하지 않는다는 것을 들고 있다.

2) 긍정설

처분이유제시제도는 처분의 동일성에 제약요인이 될 수 있다는 입장이다.³⁸⁾ 즉 불이익처분, 정보비공개처분, 납세신고결정 등에 따라 구체적으로 검토되어야 할 것이나 행정절차법이 처분이유제시제도를 도입한 취지를 존중하여야 한다는 것이다. 그러한 취지에 부합하는 것으로 아래 사유를 강조하고 있다. 행정심판을 거친 재결 자체에 고유한 위법이 있어서 재결이 취소소송의 대상이 된 경우 처분행정청에 해당하는 행정심판기관이 취소소송의 심리단계에서, 재결이유에서 내세우지 아니하였던 처분사유를 내세워 처분의 적법성을 옹호할 수 없다는 것이다. 또한 불이익처분의 경우 처음부터 행정절차법에서 규정한 처분의 사전통지부터 처분사유를 특정하지 않을 수 없는데 그것을 이유로 청문절차가 진행되는 것을 감안하면 원칙적으로 처분이유제시제도가 처분의 동일성의 제약요인이 될 수 있다는 것이다.

3) 생각건대, 행정절차법에서 요구하고 있는 처분이유제시제도는 처분청의 처분과 관련하여 신중한 결정을 요구하고 그것에 대한 책임을 지우려는 것이다. 처분

37) 박정훈, 앞의 책, 411~425쪽; 류지태, 박종수, 앞의 책, 696~697쪽; 박균성, 앞의 책, 1234~1235쪽.

38) 김철용, 앞의 책, 589~591쪽.

의 상대방은 행정절차법의 취지에 따라 처분이유를 신뢰하고 그것에 대한 불만이 있을 경우 행정심판이나 행정소송을 제기하는 것이다. 행정절차법도 국민의 행정 참여 도모와 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다고 천명하고, 행정청의 신의에 따른 성실한 직무수행을 규정하고 있다. 그러므로 원칙적으로 처분이유제시제도의 취지에 반하는 새로운 사후의 처분사유의 추가·변경 주장은 제한되어야 할 것이다. 처분이유의 추가·변경을 자유롭게 허용하면 행정청에게 처분이유를 부기하도록 한 목적에 어긋나고 또한 처분의 상대방은 소송에서 예기치 못한 공격을 받아 방어에 어려움이 있을 뿐 아니라 행정절차법이나 행정심판법상의 구제절차를 행사하지 못하게 될 상황에 처하게 된다. 법원 입장에서도 쟁점의 정리 없이 심리에 들어가거나 처분이유의 추가나 교체로 소송이 지연되어 사법심사권이 침해된다. 취소소송의 소송물이 처분의 위법성일반이므로 처분사유마다 소송물이 달라지는 것이 아니므로 처분사유의 변경을 인정하지 않으면 처분에 대한 취소판결이 나도 처분청은 다른 처분사유를 근거로 동일한 내용의 처분을 하게 되어 소송경제에 반하고 분쟁이 반복되는 문제가 발생하여 결국 국민에게 불리한 결과가 초래한다는 비판도 무시할 수 없다. 어느 부분을 우선적으로 보호하는 것이 행정소송법의 취지에 부합하는지 평가하여 입법으로 해결해야 할 것이다.

Ⅲ. 처분사유의 추가·변경의 허용기준 및 한계로서 기본적 사실관계의 동일성

우리 판례는 처분사유의 추가·변경의 허용기준 및 한계로 기본적 사실관계의 동일성의 유지를 요구하고 있다. 먼저 판례에서 사용하고 있는 기본적 사실관계의 동일성의 개념을 정리하고, 형사소송법에서의 공소사실의 동일성의 기준으로 제시되었던 기본적 사실관계의 동일성의 개념을 살펴보고자 한다.

1. 기본적 사실관계의 동일성의 의의

가. 기본적 사실관계의 동일성의 개념과 기준

기본적 사실관계의 동일성은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라

결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다.³⁹⁾

나. 구체적인 판례 분석

1) 기본적 사실관계가 동일하다고 본 사례

가) 처분의 사실관계에 변경없는 처분의 근거법령의 추가·변경

① 피고는 원고의 택시지입제 경영이 구 여객자동차운수사업법(2000. 12. 30. 법률 제6335호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제76조 제1항 단서 중 제8호 규정에 의한 명의이용금지를 위반한 때에 해당한다는 이유로 1999. 4. 20.자로 자동차운송사업면허취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 한 사실, 원고는 그 취소를 구하는 이 사건 소송 계속 중 1999. 6. 15. 이 사건 법률조항에 대하여 위헌심판제청신청을 하였고, 그 신청을 받아들인 법원의 위헌심판제청에 대하여 헌법재판소가 2000. 6. 1. 이 사건 법률조항(제36조에서 준용하는 경우 제외)이 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌이라는 결정(99헌가11·12(병합))을 한 사실, 그 후 피고가 이 사건 소송에서 처분의 법률상 근거를 같은 법 제76조 제1항 본문 및 제8호로 변경한 사실을 알 수 있다.

그렇다면 위 위헌결정에 의하여 이 사건 처분의 당초 근거규정인 이 사건 법률조항은 그 효력을 상실하였으나, 피고는 명의이용금지 위반의 기본적 사실관계는 변경하지 아니한 채 효력이 유지되고 있는 같은 법 제76조 제1항 본문 및 제8호로 그 법률상 근거를 적법하게 변경하였으니 이 사건 처분이 법률의 근거가 없는 위법한 처분이라고 할 수는 없다고 할 것이다.⁴⁰⁾

② 피고가 그 정보공개거부처분의 당초 처분사유 근거로 내세운 검찰보존사무규칙 제20조는 재판확정기록의 열람·등사를 피고인이었던 자 또는 그와 같이 볼 수 있는 자(피고인이었던 법인의 대표자, 형사소송법 제28조의 규정에 의한 특별대리인 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·호주)에게만 일반적으로 허용하고, 나머지 사건 관계자들(고소인·고발인·피해자 및 참고인 또는 증인으로 진술한 자)에 대하여는 본인의 진술이 기재되거나 본인이 제출한 서류

39) 대법원 2011.10.27. 선고 2011두14401 판결.; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두15586 판결.

40) 대법원 2005.03.10. 선고 2002두9285 판결.

등에 대하여만 열람·등사를 허용하는 내용으로서, 전체적으로 보아 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보를 본인 이외의 자에게 공개하지 아니하겠다는 취지이므로, 결국 원고가 위 규칙 제20조에 해당하는 자가 아니라는 당초의 처분사유는 정보공개법 제7조 제1항 제6호의 사유⁴¹⁾와 그 기초적 사실관계를 같이 한다고 봄이 상당하다.⁴²⁾

③ 행정처분이 적법한가의 여부는 특별한 사정이 없는 한 처분당시의 사유를 기준으로 판단하면 되는 것이고, 처분청이 처분당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 안에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가변경하는 것은 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없으므로 이와 같은 경우에는 처분청이 처분당시에 적시한 구체적 사실에 대하여 처분 후에 추가변경한 법령을 적용하여 그 처분의 적법여부를 판단하여도 무방하다 할 것이다. 그런데 원심이 채택한 갑 제1호증의1(면허취소처분통지서), 을 제2호증의1, 2(각 기안지)의 각 기재에 의하면, 피고는 원고가 주취 중 운전으로 교통사고를 내어 개인택시운송사업면허의 기본요건인 원고의 자동차운전면허가 취소되었음을 이유로 원고에 대한 이 사건 개인택시운송사업면허취소처분을 하면서 처음에는 그것이 자동차운수사업법 제31조 제1항 제3호 소정의 면허취소사유에 해당한다고 보아 같은 법조를 적용하였다가 그 후 그 구체적 사실은 변경하지 아니한 채 적용법조로 같은 법 제31조와 같은 법 시행규칙 제15조를 추가하여 원고에게 통고한 사실이 인정되는 바, 사실이 위와 같다면 피고가 이 사건 운송사업면허의 취소사유로 삼은 것은 개인택시운송사업면허의 기본요건인 원고의 자동차운전면허가 취소되었다는 점이고 피고가 처분 후에 적용법조를 추가하여 통고한 것은 단순한 법령적용의 오류를 정정한 것일 뿐 그에 의하여 취소사유를 달리하는 것은 아니라 할 것이므로 원심으로서의 처분당시에 적시한 구체적 사실인 원고의 자동차운전면허가 취소된 점에 관하여 피고가 처분 후에 추가로 통고한 근거법령을 적용하여 이 사건 취소처분의 적법여부를 판단하여야 할 것이다.⁴³⁾

41) 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보를 제외한다.

가. 법령등이 정하는 바에 의하여 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공표를 목적으로 하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

42) 대법원 2003.12.11. 선고 2003두8395 판결

나) 거부처분사유의 추가·변경

① 동래구청장은 원고가 제출한 이 사건 허가신청에 대하여 관계법 및 부산시 고시 동래구 허가기준에 의거 검토한 결과 허가기준에 맞지 않아 허가신청을 반려한다고 하였는바 그 취지는 다른 허가기준에는 들어맞으나 소론과 같은 액화석유가스판매업 허가기준 보완시행 안에 정하여진 허가기준에 맞지 아니하여 허가신청을 반려한다는 의미라고 할 수는 없고 위에서 본 모든 허가기준에 의거하여 검토한 결과 그 허가기준(원고에 대하여는 이격거리에 관한 허가기준을 나타내는 것이라 함은 위에서 본 바와 같다)에 맞지 아니하여 반려한다는 것으로 이해되는 바이니 피고가 이 사건에서 이격거리 기준위배를 반려사유로 주장하는 것은 그 처분의 사유를 구체적으로 표시하는 것이지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계와 동일성이 없는 별개의 또는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 할 수는 없다.⁴⁴⁾

② 석유판매업허가신청에 대하여 "주유소 건축 예정 토지에 관하여 도시계획법 제4조 및 구 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙에 의거하여 행위제한을 추진하고 있다."는 당초의 불허가처분사유와 항고소송에서 주장한 위 신청이 토지형질변경허가의 요건을 갖추지 못하였다는 사유 및 도심의 환경보전의 공익상 필요라는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 한 사례.⁴⁵⁾

③ 피고가 당초 이 사건 거부처분의 근거와 이유로 삼은 사유는 이 사건 신청이 법 제15조 제1항 제4호 및 법시행령 제14조 제1항 제3의2호의 규정에 의한 준농림지역에서의 행위제한사항에 해당한다는 것이고, 피고가 이 사건 소송에서 추가로 주장한 사유는 준농림지역의 경우 원칙적으로 일정 규모 이상의 토지이용행위를 제한하여 환경의 보전을 도모하는 지역으로서 부지면적 30,000㎡ 미만의 개발은 허용된다고 하더라도 환경오염의 우려가 있거나 자연환경의 보전 및 토지의 합리적인 이용이라는 법의 입법 취지에 부합하는 한도 내에서만 허용된다고 할 것인데, 원고들이 추진하고자 하는 사업은 비교적 대규모의 전원주택의 부지조성사업으로서 위와 같은 법의 취지에 반하여 이를 허용할 수 없다는 것이므로, 그 내용

43) 대법원 1988.01.19. 선고 87누603 판결

44) 대법원 1989.07.25. 선고 88누11926 판결[액화석유가스판매사업불허처분취소]

45) 대법원 1999.04.23. 선고 97누14378 판결[석유판매업(주유소)불허가처분취소]

이 모두 이 사건 임야가 준농림지역에 위치하고 있다는 점을 공통으로 하고 있을 뿐 아니라 그 취지 또한 자연환경의 보전을 위하여 개발행위를 제한할 필요가 있어서 산림형질변경을 불허한다는 것으로서 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다고 할 것이다.⁴⁶⁾

④ 피고가 이 사건 처분의 근거로 삼은 당초의 사유는 이 사건 사업예정지에 폐기물처리시설을 설치할 경우 인근 농지의 농업경영과 농어촌 생활환경 유지에 피해를 줄 것이 예상되어 농지법에 의한 농지전용이 불가능하고 또 농어촌정비법에 의한 구거의 목적 외 사용승인도 용이하지 아니하다는 것이고, 피고가 이 사건 소송에서 추가로 주장한 사유는 이 사건 사업예정지에 폐기물처리시설을 설치할 경우 인근 주민의 생활이나 주변 농업활동에 피해를 줄 것이 예상되어 이 사건 사업예정지가 폐기물처리시설의 부지로서 적절하지 아니하다는 것임을 알 수 있는바, 비록 위 두 사유는 그 법률적 구성에서 다소 차이가 있기는 하지만, 그 내용이 모두 인근 주민의 생활이나 주변 농업활동의 피해를 문제삼는 것으로 기본적 사실관계가 동일하다.⁴⁷⁾

2) 기본적 사실관계의 동일성이 부정된 사례

가) 거부처분사유의 추가·변경

① 원고가 이주대책신청기간이나 소정의 이주대책실시(시행)기간을 모두 도과하여 실기한 이주대책신청을 하였으므로 원고에게는 이주대책을 신청할 권리가 없고, 사업시행자가 이를 받아들여 택지나 아파트공급을 해 줄 법률상 의무를 부담한다고 볼 수 없다는 피고의 상고이유의 주장은 원심에서는 하지 아니한 새로운 주장일 뿐만 아니라 사업지구 내 가옥 소유자가 아니라는 이 사건 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성도 없으므로 적법한 상고이유가 될 수 없다.⁴⁸⁾

② 정보공개법 제7조 제1항 제4호는 범죄의 예방, 수사, 형의 집행, 교정 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보를, 제5호는 의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사

46) 대법원 2004.11.26. 선고 2004두4482 판결[산림형질변경불허가처분취소]

47) 대법원 2006.06.30. 선고 2005두364 판결[폐기물처리업사업계획부적정보처분취소]

48) 대법원 1999.08.20. 선고 98두17043 판결[단독주택용지조성원가공급거부처분취소]

항으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보를, 제6호는 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보(이하 '개인식별정보'라 한다)를 각 비공개대상정보로 규정하고 있어 그 비공개사유의 요건이 되는 사실을 달리하고 있을 뿐 아니라 제4호와 제5호가 모두 직무수행이나 업무의 공정한 수행에 지장을 초래하거나 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보를 그 대상으로 규정하고 있으나 지장이 초래되거나 현저히 곤란하게 하는 구체적인 직무나 업무의 내용이 전혀 다르고, 또한 제4호의 위 정보를 비공개대상정보로 하고 있는 것은 범죄의 일방예방 및 특별예방, 원활한 수사 및 교정행정의 원활성을 보호하고자 함에, 제5호의 위 의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등을 비공개대상정보로 하고 있는 것은 공개로 인하여 공공기관의 의사결정이 왜곡되거나 외부의 부당한 영향과 압력을 받을 가능성을 차단하여 중립적이고 공정한 의사결정이 이루어지도록 하고자 함에, 제6호의 개인식별정보를 비공개대상정보로 하고 있는 것은 개인의 사생활의 비밀과 자유의 존중 및 개인의 자신에 대한 정보통제권을 보장하는 등 정보공개로 인하여 발생할 수 있는 제3자의 법익침해를 방지하고자 함에 각 그 취지가 있어 그 각 정보를 비공개대상정보로 한 근거와 입법취지가 다른 점 등 여러 사정을 합목적으로 고려하여 보면, 피고가 처분사유로 추가한 법 제7조 제1항 제5호의 사유와 당초의 처분사유인 같은 항 제4호 및 제6호의 사유는 기본적 사실관계가 동일하다고 할 수 없다고 할 것이며, 추가로 주장하는 제5호에서 규정하고 있는 사유가 이 사건 처분 후에 새로 발생한 사실을 토대로 한 것이 아니라 당초의 처분 당시에 이미 존재한 사실에 기초한 것이라 하여 달리 볼 것은 아니다.⁴⁹⁾

③ 원고의 건축신고와 관련된 행정심판이 계속 중이므로 그 건축신고 건이 종결되지 않은 상황에서 이 사건 신청을 처리할 수 없다는 당초의 이 사건 처분사유와 원고가 이 사건 건축물을 건축하면서 사전 허가 없이 국토의 이용 및 계획에 관한 법률상의 허가사항인 토지의 형질변경행위를 하였다거나 이 사건 토지가 경상남도의 화포천 유역 종합치수계획에 의하여 화포천 유역의 침수방지를 위한 저류지 부지에 포함되어 하천구역으로 지정·고시될 예정이어서 이 사건 신청을 받아들일 수 없다는 취지로 피고가 이 사건 소송에서 새로이 추가한 처분사유들 사이에 그

49) 대법원 2003.12.11. 선고 2001두8827 판결[정보공개청구거부처분취소]

각 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다는 이유로 피고의 추가 처분사유들이 허용되지 않는다고 판단한 것은 정당하다.⁵⁰⁾

④ 피고가 이 사건 신청에 대한 검토 과정에서 ‘시장정비사업의 대상이 되기 위해서는 그 사업구역 안의 국·공유지 면적이 전체 토지 면적의 1/2 이상이어야 한다’는 개정 재래시장법에서 신설된 이 사건 조항을 적용하겠다는 의사를 밝힌 적이 전혀 없었고, 심의위원회의 위원들이 2009. 11. 2. 위 안전을 부결하면서 제시한 심사의견은 대부분 원종시장정비사업을 재래시장법에 의한 사업방식이 아닌 일반주거지역 내 주택재건축사업으로 시행하거나 도시계획사업으로 지구단위계획에 의거하여 사업을 진행하는 것이 바람직하다는 것일 뿐 국·공유지 면적 요건에 관한 언급은 전혀 없었음을 알 수 있다. 그렇다면 당초 처분사유로 제시된 ‘재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 적용에 무리가 있다’는 의미는 ① 사업구역 안의 국·공유지 면적이 전체 토지 면적의 1/2 이상이어야 하는 요건을 충족하지 못하였다는 의미가 아니라, ② 이 사건 사업추진계획이 재래시장법에 따른 시장정비사업의 본래 취지와는 맞지 않고 재래시장법상의 시장정비사업계획으로서의 요건을 갖추지 못하였다는 의미로 봄이 상당하다. 결국 이 사건의 처분의 이유로 제시된 당초 처분사유는 시장정비사업계획의 적정성 여부에 관한 것인 반면, 추가 처분사유는 사업지역인 원종시장의 국·공유지 면적 요건의 구비 여부에 관한 것으로서 양자는 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다.⁵¹⁾

⑤ 국가유공자 인정 요건, 즉 공무수행으로 상이를 입었다는 점이나 그로 인한 신체장애의 정도가 법령에 정한 등급 이상에 해당한다는 점은 국가유공자 등록신청인이 증명할 책임이 있지만, 그 상이가 ‘불가피한 사유 없이 본인의 과실이나 본인의 과실이 경합된 사유로 입은 것’이라는 사정, 즉 지원대상자 요건에 해당하는 사정은 국가유공자 등록신청에 대하여 지원대상자로 등록하는 처분을 하는 처분청이 증명책임을 진다고 보아야 한다. 이러한 점과 더불어 공무수행으로 상이를 입었는지 여부와 그 상이가 불가피한 사유 없이 본인의 과실이나 본인의 과실이 경합된 사유로 입은 것인지 여부는 처분의 상대방의 입장에서 볼 때 방어권 행사의 대상과 방법이 서로 다른 별개의 사실이고, 그에 대한 방어권을 어떻게 행사하

50) 대법원 2009.02.12. 선고 2007두17359 판결[건축물대장기재신청서반려처분취소]

51) 대법원 2014.05.16. 선고 2013두26118 판결[기타(시장정비사업추진계획)]

는지 등에 따라 국가유공자에 해당하는지 지원대상자에 해당하는지에 관한 판단이 달라져 법령상 서로 다른 처우를 받을 수 있는 점 등을 종합해 보면, 같은 국가유공자 비해당결정이라도 그 사유가 공무수행과 상이 사이에 인과관계가 없다는 것과 본인 과실이 경합되어 있어 지원대상자에 해당할 뿐이라는 것은 기본적인 사실관계의 동일성이 없다고 보아야 한다.⁵²⁾

나) 제재처분사유인 법령위반사유의 추가·변경

피고가 이 사건 처분을 함에 있어서 그 처분사유로 의료보험 요양급여기준 및 분만급여기준(보건사회부고시 제1994-36호)이 정하는 본인부담금 수납대장을 비치하지 아니한 사실과 그에 대한 법령상의 근거로 구 의료보험법(1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제33조 제1항 및 의료보험요양기관 지정취소기준(보사부훈령 제683호) 제2조 [별표 1] 중 "요양급여기준에 명시된 관계서류를 비치하지 아니한 때"를 명시하고 있음이 분명하고(기록 15-16면), 한편 이 사건 소송과정에서 비로소 그 처분의 사유가 된 법 제33조 제2항 제2호, 제76조 제2항이 정하는 보건복지부장관의 관계서류 제출명령에 위반하였다는 것은 당초 처분의 근거로 삼은 위 구체적 사실과는 그 기초가 되는 사회적 사실관계의 기본적인 점에서 다르다.⁵³⁾

다) 징계사유의 추가·변경

구청위생과 직원인 원고가 이 사건 당구장이 정화구역외인 것처럼 허위표시를 함으로써 정화위원회의심의를 면제하여 허가처분하였다는 당초의 징계사유와 정부문서규정에 위반하여 이미 결제된 당구장허가처분서류의 도면에 상사의 결제를 받음이 없이 거리표시를 기입하였다는 원심인정의 비위사실과는 기본적인 사실관계가 동일하지 않으므로 징계처분취소소송에서 이를 징계사유로 추가 또는 변경할 수 없는 것이고 원고에 대한 당초의 징계처분사유가 징계대상이 안된다고 인정되는 이상 후자의 사실을 들어서 원고에 대한 피고의 징계처분이 정당하다고 인정할 수는 없는 것이다.⁵⁴⁾

52) 대법원 2013.08.22. 선고 2011두26589 판결[국가유공자비해당결정처분취소]

53) 대법원 2001.03.23. 선고 99두6392 판결[의료보험요양기관지정취소처분취소]

54) 대법원 1983.10.25. 선고 83누396 판결[감봉처분취소]

3) 기본적 사실관계 판단의 모호성과 피고인의 방어권 보장 및 법원의 직권 심리 범위

피고(공정거래위원회)는 2011. 12. 15. 원고가 1998년부터 2006년까지 삼성생명 보험 주식회사 등 15개 생명보험회사와 개인생명보험 시장에서 상품가격에 해당하는 예정이율⁵⁵⁾과 공시이율⁵⁶⁾(이하 ‘예정이율 등’이라 한다)에 관하여 다음과 같은 부당한 공동행위를 하였다는 이유로 원고에게 시정명령과 486억 1,500만 원의 과징금납부명령을 하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다). ① 1998년부터 2000년까지는 수차례에 걸쳐 예정이율 등을 특정이율로 하거나 함께 인하하기로 합의하였다(이하 ‘1차 행위’라 한다). ② 2001년부터 2006년까지는 시장에 공개되지 않은 미래의 예정이율 등에 관한 정보를 서로 교환하고 이러한 정보를 반영하여 각자의 이율을 결정하였다(이하 ‘2차 행위’라 한다).

그러자 원고가 위 시정명령과 과징금납부명령처분취소청구를 하였고, 피고는 이에 대해 이 사건 처분의 근거로 삼은 2차 행위의 내용은, 원고 등 16개 생명보험 회사가 2001년부터 2006년까지 시장에 공개되지 않은 미래의 예정이율 등에 관한 정보를 서로 교환하고 이를 반영하여 각자의 이율을 결정한 것으로서, 이는 ‘예정 이율 등을 일정한 수준으로 맞추자는 합의가 아니라 예정이율 등에 관한 정보를 공유함으로써 독자적인 이율 결정에 따르는 위험을 제거하려는 성격의 합의’라고 하면서 원고 등 16개 생명보험회사가 시장에 공개되지 않은 미래의 예정이율 등에 관한 정보를 교환하고 이를 바탕으로 각자의 이율을 정하는 것은 이른바 ‘동조적 행위(concerted practice)’로서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 금지하는 공동 행위에 해당한다는 취지로 주장하고, 위와 같은 처분사유는 정보교환행위를 통해 각자의 이율을 결정하는 방식으로 공동으로 가격 결정 등 행위를 하기로 하는 합의가 있었음을 의미한다고 주장하였다.

서울고등법원⁵⁷⁾은 원고의 2차행위는 공동 가격결정 등 행위에 대한 합의를 하였

55) 확정금리형 보험상품에서 고객으로부터 받은 보험료를 보험금 지급 때까지 운용하여 거둘 수 있는 예상수익률을 의미한다. 예정이율이 높아지면 보험료가 싸지고 예정이율이 낮아지면 보험료가 비싸진다. 보통 1년에 1회 정해지며 특정상품에 대하여 정해진 예정이율은 보험금 지급 때까지 고정된다.

56) 금리연동형 보험상품에 적용되는 이율로 매달 1일 결정, 공시된다. 고객이 내는 보험료는 보험금 지급용으로 분류되는 위험보험료와 보험사가 보험모집 등 영업활동에 쓰는 비용(사업비), 그리고 만기환급 등을 위해 쌓아놓는 적립금으로 구분되는데, 공시이율은 이 중 적립금에 부과되는 일종의 금리다. 일반적으로 시중금리를 반영하여 결정되며, 공시이율이 높을수록 고객이 만기에 받는 환급금이나 중도해약 환급금이 커진다. :

57) 서울고등법원 2013.07.17. 선고 2012누2346 판결[시정명령및과징금납부명령취소청구의소]

음이 인정되지 않는 한 공정거래법이 금지하는 공동행위가 아니고, 정보교환행위를 통해 각자의 이율을 결정하여 왔다는 사정만으로 그들 사이에 ‘공동으로 예정이율 등을 결정’하기로 하는 합의가 있었다고 단정하기 어렵고 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다. 다만 국내 생명보험시장에서 50% 이상의 시장점유율을 차지하여 과점체제를 유지하고 있는 원고와 삼성생명보험 주식회사 및 교보생명보험 주식회사가 그동안 이루어진 정보교환 및 예정이율 등에 관한 결정관행을 바탕으로 어느 시기부터서는 시장점유율 1위인 삼성생명보험 주식회사가 예정이율 등을 결정하면 교보생명보험 주식회사와 원고가 그보다는 조금 높지만 자신들 사이에서는 같은 수준으로 예정이율 등을 결정하기로 하는 묵시적 양해가 있었던 것으로 볼 여지는 있다. 그러나 이는 이 사건 처분사유와 공동행위 참가자, 합의내용, 합의방식, 합의의 시기 및 종기 등을 달리하는 것이어서 기본적 사실관계가 같다고 할 수 없어 이 사건 처분의 적법사유로 삼을 수 없다고 판단하였다.

이에 대해 대법원은⁵⁸⁾ 원심의 판단 중 위와 같은 ‘묵시적 양해’에 관한 사실과 이 사건 처분사유의 기본적 사실관계가 다르다고 본 것에는 다소 적절하지 않은 점이 있으나, 양자 사이의 기본적 사실관계가 동일하다고 하더라도, 부당공동행위의 시기, 종기, 합의의 내용과 방식, 참가자의 수 등 다수의 관련 사실이 변경되는 경우에는, 단순한 처분사유의 정정에 그치는 것이라고 보기 어렵고, 당사자의 방어권 행사에 실질적인 불이익이 초래될 우려도 있으므로, 이러한 경우에는 처분사유의 추가·변경 없이, 법원이 직권으로 당초의 처분사유에서 상당 부분 변경된 다른 사실을 처분사유로 인정할 수는 없다고 판시하였다.

58) 대법원 2014.07.24. 선고 2013두16951 판결[시정명령및과징금납부명령취소청구의소]. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제1항이 금지하는 ‘부당한 공동행위’는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의’로서 이때 ‘합의’에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적 합의도 포함된다고 할 것이지만, 이는 둘 이상 사업자 사이의 의사연락이 있을 것을 본질로 하므로 단지 위 규정 각 호에 열거된 ‘부당한 공동행위’가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없고 사업자 간 의사결정의 상호성을 인정할 만한 사정에 대한 증명이 있어야 하며, 그에 대한 증명책임은 그러한 합의를 이유로 시정조치 등을 명하는 피고에게 있다고 할 것이다. 그리고 경쟁 사업자들이 가격 등 주요 경쟁요소에 관한 정보를 교환한 경우에, 그 정보 교환은 가격 결정 등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사결정의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있지만, 그렇다고 하더라도 그 정보 교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련 시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보 교환의 주체 및 시기와 방법, 정보 교환의 목적과 의도, 정보 교환 후의 가격·산출량 등의 사업자 간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정과정·내용, 그 밖에 정보 교환이 시장에 미치는 영향 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 위 합의가 있는지를 판단하여야 한다.

생각건대, 대법원은 묵시적 양해에 관한 사실과 처분사유인 부당한 공동행위의 사실관계가 다르다고 본 원심의 판단이 적절하지 않다고 하면서도 동일하다고 하더라도 처분사유의 추가·변경없이 직권으로 인정할 수 없다고 판시한 만큼 기본적인 사실관계의 동일성 판단이 쉽지 않다고 할 것이다.

4) 내부 시정절차와 기본적 사실관계 동질성 허용되지 않는 처분사유의 추가·변경

산재보험법 규정의 내용, 형식 및 취지 등에 비추어 보면, 산재보험법상 심사청구에 관한 절차는 보험급여 등에 관한 처분을 한 피고로 하여금 스스로의 심사를 통하여 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하도록 하는 피고 내부의 시정절차에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 처분청이 스스로 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하고자 행하는 자신의 내부 시정절차에서는 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 아니하는 사유라고 하더라도 이를 처분의 적법성과 합목적성을 뒷받침하는 처분사유로 추가·변경할 수 있다고 봄이 타당하다.

위와 같은 사실관계와 법리에 의하면, 피고는 이 사건 처분에 관하여 산재보험법 소정의 심사청구에 대한 자신의 심리·결정 절차를 통하여 ‘원고의 상병이 업무상 재해인 소음성 난청으로 보기 어렵다는 것’을 처분사유로 추가하였는데 이는 원고의 상병과 업무 사이에 상당인과관계가 없다는 취지를 당연히 포함하는 것이라고 할 것이다. 그렇다면 이러한 경우에 있어서 추가된 사유인 ‘이 사건 상병과 업무 사이의 상당인과관계 부존재’는 당초 처분의 근거로 삼은 사유인 ‘소멸시효 완성’과 사이에 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는지 여부와 상관없이 이 사건 처분의 적법성의 근거가 되는 것으로서 그 취소소송에서 당초부터 판단대상이 되는 처분사유에 해당한다고 보아야 한다.⁵⁹⁾

2. 형사소송법상 공소사실의 동일성 검토

가. 학설

형사소송법상 공소장 변경과 피고사건의 동일성에 관하여 학자들의 논의와 함께 판례의 변경이 있다. 피고사건의 단일성과 피고사건의 동일성 개념에 대한 논의를 찬성하는 입장과 반대하는 입장이 있다.⁶⁰⁾ 공소장변경을 이루는 사건의 동일성을

59) 대법원 2012.09.13. 선고 2012두3859 판결[장해급여부지급결정처분취소]

60) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014. 645쪽.

위한 기준으로 기본적 사실관계동일설, 규범적 사실관계동일설, 죄질동일설, 소인의 주요부분공통설, 범죄행위동일설 등이 있고, 각 설에 대한 비판이 있으나 대법원은 기본적으로 기본적 사실관계동일설을 취하면서도 규범적 요소도 함께 고려하여야 한다는 입장이다.⁶¹⁾

나. 판례검토

대법원은 컴퓨터등사용사기·전자서명법위반사건⁶²⁾에서 “형사소송법 제298조 제1항은 ‘검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다’고 규정하고 있으므로, 검사의 공소장변경허가신청이 공소사실의 동일성의 범위 안에 있는 것이면 법원은 이를 허가하여야 한다(대법원 1999. 4. 13. 선고 99도375 판결 등 참조). 그리고 그 허가요건인 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지된다 할 것이고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결 등 참조).”고 판시하면서, 검사의 공소장변경허가신청을 불허한 원심을 아래와 같은 이유로 파기하였다.

“우선 기록에 의하면, 당초의 이 사건 공소사실(컴퓨터등사용사기 및 전자서명법 위반)은, ‘피고인은 피고인을 통해 동양생명 주식회사의 월 보험료 100만 원인 보험에 가입한 공소외인으로부터 500만 원의 범위 내에서 약관대출을 받아 피고인이 사용할 수 있다는 승낙을 받았음에도 불구하고 2010. 3. 18.경 공소외인의 공인인증서를 이용하여 1,000만 원의 약관대출을 받고, 그 돈이 입금된 공소외인의 이 사건 통장에서 다시 공소외인 명의의 공인인증서를 이용하여 곧바로 피고인이 관리하는 계좌로 위 돈을 이체하여 승낙받은 금액과 실제 대출받은 금액의 차액인 500만 원 상당의 재산상 이익을 취득한 것을 비롯하여 2010. 8. 5.경까지 이와 유사한 방법으로 총 9회에 걸쳐 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 17,046,680원(총 취득한 금액 22,046,680원에서 최초 승낙을 받았던 금액 500만 원을 뺀 금액임) 상당의 재산상의 이익을 취득하고, 그 과

61) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대출판부, 2011. 446쪽.

62) 대법원 2013.09.12. 선고 2012도14097 판결.

정에서 공소외인의 공인인증서를 이용 범위 또는 용도에 벗어나 부정하게 사용하였다’는 것이다. 그리고 그 후 검사가 공소장변경허가를 신청한 예비적 공소사실(사기)은 ‘피고인은 변제할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 2010. 3. 초순경 공소외인에게 돈을 융통하여 달라고 거짓말하여 이에 속은 공소외인의 승낙을 받아 위와 같이 2010. 3. 18.경부터 2010. 8. 5.경까지 9회에 걸쳐 22,046,680원을 공소외인의 계좌에서 인출하는 방법으로 교부받았다’는 것이다.

위와 같은 두 공소사실은 비록 행위 태양이나 피해범의 등을 서로 달리하는 측면이 있기는 하지만, 전체적으로는 모두 피고인이 공소외인이 가입한 보험을 이용하여 자신에게 필요한 자금을 마련하려는 일련의 행위에 해당하는 것으로서 그 기본적인 사실관계는 동일하다고 볼 수 있다. 또한 당초의 공소사실은 피고인이 공소외인으로부터 약관대출 등과 관련한 공인인증서 등의 사용에 대한 승낙을 받지 못하였음을 전제로 하는 것인 반면, 검사가 예비적으로 추가하여 변경하려는 공소사실은 위와 같은 승낙을 받았음을 전제로 하는 것이어서 서로 양립할 수 없는 밀접한 관계에 있으므로, 규범적으로 보아도 공소사실의 동일성이 인정된다고 할 것이다.”

다. 생각건대 형사소송법은 조문의 해석에 관하여 판례변경을 하면서 구체적 타당성을 모색하고 있다. 형사소송법의 공소장변경제도가 행정소송법에 그대로 적용되기 어렵지만 방어권보장과 일회적 해결 등 그 취지에서는 참작할 부분이 있다. 종래의 대법원 판례인 기본적 사실관계동일설에서 규범적 요소도 함께 고려해야 한다는 것으로 변화하는 것도 형사소송법상 조문을 두고 있기 때문이다. 행정판례에서 기본적 사실관계 동일성이라는 단어를 계속 사용할 필요가 있다면 국민 누구라도 예측가능할 수 있도록 명문의 규정을 두어야 할 것이다.

3. 소결

처분사유의 추가·변경에 대한 기준으로 기본적 사실관계동일성이 등장하였고 지금도 그대로 사용되고 있다면 행정소송법 개정을 논하는 시점에서 함께 검토되어야 할 것이다. 기본적 사실관계가 동일하다는 조문도 없는 상황에서 동일성을 판단하는 것은 입법의 불비라고 아니할 수 없다. 기본적 사실관계의 동일성의 판단 주체가 누구냐는 것은 국민의 권리구제차원에서 중요하다고 아니할 수 없다. 기본적 사실관계 판단의 모호성과 피고인의 방어권 보장 및 법원의 직권 심리 범

위는 입법으로 해결되어야 한다.

IV. 결론

행정소송법상 처분사유의 추가·변경을 위한 기준으로서 기본적 사실관계의 동일성에 대한 사례 분석이 완비되지 않았지만, 실정법적 근거가 없는 것은 해결되어야 한다. 왜냐하면 많은 사례가 축적되고 적극적인 비판에서부터 대법원 판례의 이해 내지 옹호까지 다양한 흐름이 있기 때문이다. 특히 차용한 형사소송법상의 공소사실의 동일성 개념도 1994년의 전원합의체판결로 변동되어 지금까지 유지되고 있는 상황에서 보다 적극적인 기준 논의가 필요하다고 할 것이다. 그러자면 행정소송법 개정 논의에서 처분사유의 개념과 행정절차법상의 처분 이유의 제시의 개념 정의도 하고, 어디에 비중을 두어 국민의 권리보호와 실질적 법치주의 확립을 할 것인지 검토해야 할 것이다. 물론 행정일선에서 일하는 행정부의 입장도 충분히 경청하고, 방어권보장과 함께 일회적 해결을 위한 국민의 소리도 반영해야 할 것이다. 판결의 기속력에 대한 논의와 함께 원고와 처분청인 피고가 원하면 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않더라도 처분사유의 추가·변경을 허용할 수도 있을 것이다.

(논문투고일 : 2015.02.22, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.26)



▶ 배 병 호

취소소송, 처분사유의 추가·변경, 기본적 사실관계의 동일성, 처분의 이유제시, 방어권 보장, 소송경제

【참 고 문 헌】

- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2014.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2015.
- 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2010.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2014.
- 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2001.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012.
- 최선웅, 행정소송의 원리, 진원사, 2007.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2014.
- 홍준형, 행정구제법, 도서출판오래, 2012.
- 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대출판부, 2011.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014.
-
- 김문수, “행정소송에 있어서 처분이유의 추가 및 변경”, 특별법연구 제3권, 1989.
- 김옥곤, “처분사유의 추가·변경과 판결의 기속력” 판례연구 제25집, 부산판례연구회, 2014.
- 박만호, “항고소송의 소송물과 심판의 범위”. 사법논집, 제8집, 법원행정처, 1977.
- 변동걸, “취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경”, 대법원판례해설 1987년 하반기(통권 제8호), 1988.
- 서태환, “행정소송에서의 직권심리주의의 의미와 범위”, 행정판례연구 XVIII-2, 박영사, 2013.
- 성백현, “취소판결의 기속력”, 대법원판례해설 1998년 상반기(통권 제30호), 1998.
- 석호철, “기속력의 범위로서의 처분사유의 동일”, 행정판례연구 V, 서울대출판부, 2000.
- 여남구, “처분의 이유제시의무와 처분사유의 추가·변경”, 행정법원의 좌표와 진로-개원1주년 기념백서-, 서울행정법원, 1999.
- 유지태, “행정소송에서의 행정행위근거변경에 관한 대법원판례분석”, 행정판례연구 II, 1996.

- 조해현, “행정처분의 근거 및 이유의 제시”, 행정판례연구Ⅷ, 박영사.2003.
- 하명호, “처분사유의 추가·변경에 관한 판례의 평가와 보완점”, 고려법학 제58호, 2010.
- 허상수, “행정소송의 심리”, 행정소송에 관한 제문제(상), 재판자료 제67집, 법원행정처, 1995.
- 南 博方・高橋 滋 編, 注釋 行政手續法, 第一法規, 2000.
- 南 博方・高橋 滋 編, 條解 行政事件訴訟法, 弘文堂, 2009.
- 岡田 幸人, “處分理由の交替え”, 西川知一郎 編, 行政關係訴訟, 青林書院, 2009.
- 宇賀克也, 行政法概說Ⅱ, 有斐閣, 2009.
- 宇賀克也, 行政法概說Ⅰ, 有斐閣, 2011.
- 塩野 宏, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 2010.
- 大貫 裕之, “行政訴訟の審判の對象と判決の效力”, 行政法の 新構想Ⅲ, 有斐閣, 2008.

Abstract

The identity of factual basis in revocation litigation

Bae, Byung Ho

Administrative Litigation Act has only 48 articles and is estimated as a special law of Civil Procedure Act because of provisions applicable *mutatis mutandis* of provisions of Article 8, Paragraph 2. But there is something which suggest Criminal Procedure Act to our mind. That is the identity of factual basis in addition or alteration of grounds for an administrative act. Administrative Litigation Act and Civil Procedure Act don't have the identity of factual basis in addition or alteration of grounds for an administrative act. The identity of factual basis is said the concept from the modification of an indictment. There are some critiques of the vagueness in ground and concept of the identity of factual basis of judicial decisions. Nevertheless there is not any discussions that we should make laws of the identity of factual basis in addition or alteration of grounds for an administrative act. I think that situation is a defect of legislation.

The notion of grounds for an administrative act is related that of reasons for an administrative act. The presentation of reasons for an administrative act in Administrative Procedure Act should suppose that Agent must suggest presentation of reasons and grounds for an administrative act to a party. When a party has not conceded reasons and grounds for an administrative act of agent, he institutes lawsuit. There are some debates of the differences between reasons for an administrative act

and grounds for an administrative act. And without of Article in Administrative Litigation Act, can Supreme Court decide addition or alteration of grounds for an administrative act litigation pending. Nowadays Supreme Court has held that Agent is able to present addition or alteration of grounds for an administrative act on the condition of identity of factual basis to protect the substantial constitutionalism and the party's trust.

Whether the judicial precedent is approved or not, Administrative Litigation Act should be amended for the people.



▶ Bae, Byung Ho

revocation litigation, addition or alteration of grounds for an administrative act, identity of factual basis, presentation of reasons for an administrative act, ensuring a party's right to defend its case, litigation economy

행정정보의 공개에 대한 판례의 최근 동향에 대한 연구

- 비공개대상정보를 중심으로 -

강 현 호 *

I. 서설	V. 비공개대상정보목록의 구체적 의미에
II. 정보공개헌법의 기초로서 ‘알권리’	대한 판례의 동향
1. 알권리의 헌법상 근거	1. 법령비밀사항
2. 알권리의 구체적 내용	2. 국익주요사항
III. 정보공개청구	3. 국민중요사항
1. 정보공개청구의 주체	4. 재판공정사항
2. 정보의 보유관리기관	5. 내부공정사항
IV. 비공개대상정보	6. 개인비밀사항
1. 비공개대상정보의 목록	7. 영업비밀사항
2. 비공개대상목록에 대한	8. 특혜부여사항
비교법적 고찰	VI. 결론

【국 문 요 약】

인간들은 태생적으로 어떤 사항에 대해서 알고자 하는 욕구를 지니고 있으며, 국가에서는 이를 ‘알권리’라는 차원에서 보호하고 있다. 이러한 알권리는 행정기관이 보유·관리하고 있는 행정정보에 대해서도 그 효력을 발휘하게 되는데, 특히 행정기관들은 업무의 속성상 다양한 정보들을 광범하게 수집·보유하고 있으므로, 이러한 행정정보들에 대해서 국민들이 접근하여 이용할 수 있는 것은 기본권으로서의 알권리를 충족시킨다는 차원과 더불어 기타의 다양한 기본권들과도 밀접한 관련성을 지니게 된다.

현대사회를 정보화사회라고 할 때, 이러한 정보의 적정한 활용은 국민의 복리를 증진시키며 국가와 사회의 발전에 크게 이바지할 수 있음을 물론이고, 우리 사회가 지향하는 ‘녹색성장’, ‘창조경제’등의 기조와도 일맥상통한다고 볼 수 있다. 공공기관들이 축적한 정보는 국민의 세금이나 부담으로 창출된 것이라는 점에 기초하여 볼 때, 이러한 정보들에 대해서 국민이 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것은 국가의 의무라고도 볼 수 있을 것이며, 이러한 의무에 대하여 국민에게는 행정기

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

관이 보유·관리하고 있는 정보들에 대해서 공개를 청구할 수 있는 권리를 부여하는 것은 충분한 정당성을 갖는다. 다만, 행정정보에 담겨있는 정보의 내용상 국익이나 개인의 사생활 그리고 기타 공정한 행정업무의 수행 등 행정정보의 공개를 제한하는 요소들도 포함되어 있으므로, 행정정보의 공개에는 필수적으로 이러한 관련되는 이익들의 적절한 조화가 요청된다고 할 것이다. 우리나라의 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서는 행정정보를 공개하지 않을 수 있는 비공개 사유들을 제시하고 있는바, 이러한 비공개사유에 대한 해석 내지 운용에 있어서 관련되는 여러 가지 이익들을 종합적으로 검토하여 운영의 묘를 살릴 필요가 있는바, 우리 나라의 판례는 이와 관련하여 다양한 판례를 통해서 올바른 방향을 모색하고 있는 것으로 사료된다. 정보의 공개라는 원칙적인 방향을 설정하고 보다 세심한 노력을 꾸준히 기울여 가는 것이 필요한데, 이런 맥락에서 우리 판례가 청구된 정보들 가운데 분리할 수 있는 부분은 분리하여 공개하도록 한 판례는 하나의 이정표를 설정한 것으로 볼 수 있으며, 앞으로도 비공개대상정보의 요건에 해당성을 판단함에 있어서 관련되는 이익들에 대하여 보다 세심하게 판단하는 것이 필요하며, 나아가 비공개대상정보의 해당성을 판단함에 있어서 관련되는 이익들에 대해서 어느 정도의 가치를 부여하여야 하는지에 대해서 판시를 통하여 가이드라인을 제시하여 줄 것을 기대한다.

I. 서설

우리 인간들은 알고자 하는 욕구를 태생적으로 지니고 있다. 인간이 다른 동물들과 다른 점은 이러한 알고자 하는 마음 나아가 탐구하고자 하는 마음이 있는 것이며, 그것이 우리 인간이 단순히 육체적인 차원을 넘어서 정신적이면서도 고차원적인 영역의 만족을 추구하는 까닭이라고 하겠다. '실미도'라는 영화가 성공한 이유는 여러 가지 요소들이 있겠지만, 국민들에게 감추어져 있었던 부분이 영화를 통해서 드러나게 되었고 이를 통해서 국민들의 알고 싶은 욕구가 충족되었기 때문이라는 주장도 있다.¹⁾ 이러한 알고자 하는 마음에 맞닥뜨려지는 것이 바로 정보가 많이 축적되어 있는 공공기관의 정보들이다. 사실 이러한 공공기관들의 정보를 잘 가공하여 활용할 때 공적인 이유뿐만 아니라 경제적 내지 사업적으로도 커다란 의미가 있을 것이다. 그러면 어떻게 공공기관이 축적하고 소지하고 있는 정보들을 활용할 수 있을 것인가가 문제되는데, 이를 위해서 정보공개제도가 존재한다.

정보공개제도란 행정청이나 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보나 행정기관의 정책결정과정을 국민이나 주민의 청구에 의하여 공개하는 제도로서, 국민의 기본권으로서의 알권리²⁾를 보장하고 행정작용의 투명성을 확보하며, 또한 주권자인 국민이 직접 또는 간접으로 국정에 참여하기 위한 전제조건이 되고, 정치나 행정에 대한 민주적 통제의 기초가 된다. 왜냐하면 주권자로서의 국민이 행정절차에 효율적으로 참가하고 행정을 실질적으로 통제하기 위해서는 사전적으로 이에 대한 충분한 예비지식을 갖추고 있어야 하기 때문이다. 우리나라에 있어서는 행정정보공개법을 위한 일반법으로서 '공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 정보공개법이라 약칭함)'이 1996년 12월 31일에 제정되어 1998년 1월 1일부터 시행되고 있는바, 그 목적은 “공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개 청구 및 공공기관의 공개 의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정(國政)에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로”하고 있다.

1) 이서열, 개정 정보공개법의 내용과 최근 관련판례의 동향, 연세법학연구 11집1권(2005년), 255면.
 2) <http://terms.naver.com/>: 국민 개개인이 정치·사회 현실 등에 관한 정보를 자유롭게 알 수 있는 권리. 국민 개개인이 정치적·사회적 현실에 대한 정보를 자유롭게 알 수 있는 권리, 또는 이러한 정보에 대해 접근할 수 있는 권리를 통칭하는 개념이다. 이 말이 처음 등장한 것은 1945년 미국 AP통신사의 쿠퍼(Kent Cooper)가 '알 권리'를 제창하는 강연을 하면서부터인데, 그는 1956년 저서 《알 권리》를 출간해 개인의 자기 표현을 가능하게 하는 인간의 존엄성을 역설해 알 권리를 세계로 확산시킨 주인공이다.

한편으로는 공공기관이 보유하고 있는 정보를 적극적으로 공개를 하여야 하지만, 다른 한편으로는 정보공개를 다룸에 있어서는 그 대척점에 놓여 있는 정보비공개에 대해서도 함께 고찰하여야 한다. 왜냐하면, 공공기관의 정보들 속에는 국가안보나 공공질서 등 공익상 정보, 공정한 재판이나 업무수행과 관련된 정보, 개인의 사생활이나 영업비밀 등이 담겨져 있으므로 이를 보호할 필요성도 상존하고 있기 때문이다. 행정정보의 공개에 있어서는 이러한 상충하는 이익들을 적절하게 조정하여 조화롭게 양립시키는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이런 점에서 정보공개의 요구와 개인정보보호의 요청이 상호간에 충돌하는 경우에는 개인의 이름을 삭제하는 등 개인을 식별할 수 있는 내용을 삭제함으로써 개인의 프라이버시권 침해를 방지할 수 있는 경우에는 그 식별내용을 삭제하고 정보를 공개하도록 하는 것에서 볼 수 있듯이 행정정보의 공개의 이익과 이에 대척점에 서 있는 비공개의 이익을 합리적으로 조화롭게 해결하고자 하는 시도는 대단히 합리적인 방향이라고 할 수 있을 것이며, 앞으로도 이러한 운영의 모를 통해서 국민 전체의 복리를 추구하는 것이 필요하다.³⁾ 본고에서는 행정정보의 공개와 관련하여 특히 비공개대상 정보로 열거되어 있는 사항들에 대해서 우리 판례가 어떠한 판결을 내리고 있는지를 고찰하여, 판례 속에 녹아 있는 조화로운 시도들을 살펴보고자 한다.

II. 정보공개의 헌법적 기초로서 ‘알권리’

행정기관이 수집하여 보관하고 있는 정보에 대해서 국민이 접근하고 공개를 청구할 수 있는 헌법적 근거는 무엇인가와 관련하여, 학자들이나 판례 모두 ‘알권리’를 들고 있다. 알권리란 말 그대로 무엇을 알고자 하는 것을 권리로서 보장하는 것으로 이러한 알권리의 헌법상 근거와 구체적 내용에 대해서 다양한 견해들이 주장되고 있다.

1. 알권리의 헌법상 근거

가. 표현의 자유설

3) 정보공개법 제14조(부분공개) 공개 청구한 정보가 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.

알권리를 정보의 자유와 동일시 하는 견해와 함께 알권리의 헌법상 근거를 헌법 제21조 제1항 표현의 자유에서 찾고 있다.⁴⁾ 헌법재판소의 다수의견은 알권리의 헌법적 기초는 언론의 자유를 규정한 헌법 제21조에 있다고 본다.⁵⁾ 대법원 역시 국민의 알권리의 헌법적 근거로서 표현의 자유를 들고 있다. “국민의 알 권리, 특히 국가정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로 그 권리의 내용에는 일반 국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함되고, 이 청구권은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(1996.12.31. 법률 제5242호)이 1998.1.1. 시행되기 전에는 「사무관리규정」(1991.6.19. 대통령령 제13390호로 제정되어 1997.10.21. 대통령령 제15498호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항과 「행정정보공개운영지침」(1994.3.2. 국무총리 훈령 제288호)에서 구체화되어 있었다.”⁶⁾

나. 복합적 근거설

알 권리를 포괄적 또는 종합적 성격의 권리로 이해하는 견해에서는 그 헌법상 근거를 헌법 제10조에서 나오는 인격권에서 찾거나, 표현의 자유(제21조 제1항)를 중심으로 하면서도 국민주권의 원리(제1조), 인간의 존엄성 존중과 행복추구권(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항) 등 복합적 근거를 제시하고 있다.⁷⁾

헌법재판소의 반대의견에서는 다음과 같이 주장하고 있다: “알 권리”는 민주국가에서 주권재민의 원리에 의하여 국민의 국정참여를 보장하고, 인격의 자유 및 인간다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 표현 및 정보수집의 자유와 권리를 보장하는 등 자유민주주의 이념의 구현을 위한 국민기본권의 총체적 권리와 자유를 확보하는데 필요한 구조적인 기본적 기본권이기 때문에, 알권리의 헌법적 기초를 헌법전문, 국민주권의 원리에 관한 제1조 제1항, 인간의 존엄과 행복추구권에 관한 제10조, 헌법 제21조, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 제34조 제1항, 국민의 재판청구권에 관한 제27조 등을 종합적으로 근거로 삼고 있다고 본다.⁸⁾

4) 헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

5) 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133.

6) 대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결.

7) 경건, 정보공개청구권의 근거 -대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결-, 행정판례평선, 박영사, 377면.

8) 한위수, 알 권리와 정보공개청구권, 법원도서관 재판자료 제77집(1997년), 415면 이하; 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133; 재판관 한병채의 반대의견.

다. 소결

알권리의 헌법상 근거로서 어떤 것을 취하는가에 따라서 알권리의 내용의 폭을 어느 정도로 가져갈 수 있는가가 달려 있다고 사료된다. 알권리란 어떤 정보에 대해서나 궁금한 사항에 대해서 알고 싶어 하는 인간으로서의 욕구를 헌법적으로 보호하는 권리라고 하는 경우에 이러한 알권리의 내용은 대단히 방대하게 전개될 것이 예상되므로, 알권리는 복합적인 근거를 지니는 것으로 보는 것이 타당하다고 보인다. 알권리의 기초를 표현의 자유로 한정하는 경우에는 알권리의 구체적 내용과 관련하여 주로 소극적인 의미에서 ‘정보의 자유’로 보는 견해와 일맥상통한다고 볼 수 있을 것인데, 알권리의 구체적 내용으로 소극적인 자유로만 보는 것은 부족하다고 사료된다. 알권리의 주된 내용으로서 알고자 하는 대상에 대해서 적극적으로 찾고 정보소재기관에 대해서 공개를 청구하는 권리까지 포함하기 위해서는 복합적인 기초를 가지는 것이 보다 합리적이라고 사료된다.

이런 점에서 알권리의 헌법적 근거를 표현의 자유에 한정하는 헌법재판소의 다수의견과 대법원의 입장은 다소간 무리가 있다고 사료되며, 오히려 헌법재판소의 반대의견의 입장이 보다 합리적으로 사료된다. 물론 헌법재판소의 다수의견이나 대법원 모두 표현의 자유만을 헌법상 기초로 보고 다른 헌법적인 조항들을 배제한다고 명시적으로 언급하지는 아니한 점에서, 아마도 이들도 다른 헌법상의 조항들 역시 그 기초로서 고려한다고도 볼 수는 있을 것이다.

2. 알권리의 구체적 내용

가. 학자들의 견해

다수의견은 알권리를 국가나 다른 사인에 의하여 방해받지 않고 일반적으로 접근(입수)할 수 있는 정보원으로부터 자유로이 정보를 얻을 수 있는 정보의 자유(소극적 측면)와 국가나 사회에 대하여 정보를 공개해 달라고 요청할 수 있는 정보공개청구권(적극적 측면)을 포함하는 포괄적 권리로 이해하고 있다.⁹⁾

이에 반하여 소수의견은 알권리를 정보의 자유와 동일시 하는 견해로서, 이는 소극적으로 방해를 받지 아니하는 권리로 보고 있다.

9) 경건, 정보공개청구권의 근거 -대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결-, 행정판례평선, 박영사, 2011, 376면 이하; 강경근, 미국 정보공개법상 법원의 이익형량의 권한, 판례실무연구 VII, 박영사 (2004.12), 6면 이하; 한위수, 알 권리와 정보공개청구권, 법원도서관 재판자료 제77집(1997년), 416면 이하.

나. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 알권리의 핵심적 내용의 하나로서 정보공개청구권을 들고 있다. 그리고 정보의 자유(정보수령방해배제청구권)도 알 권리의 한 내용으로 보았다: 헌법상 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)와는 달리 행정의 공개에 대하여서는 명문규정을 두고 있지 않지만 “알 권리”의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 “알 권리”, 즉 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 이러한 “알 권리”의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 그러한 법률이 제정되어 있지 않다고 하더라도 불가능한 것은 아니고 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다고 하는 것이 헌법재판소의 확립된 판례인 것이다.¹⁰⁾ 즉, 행정정보의 공개의 기초는 국민의 알권리라고 보고 있으며, 이러한 알권리는 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리로 보고 있다.

다. 대법원의 입장

대법원 역시 알 권리를 ‘국가정보에의 접근의 권리’, 즉 정보공개청구권을 중심으로 파악하고, 아울러 그에는 일반적 정보공개청구권이 포함됨을 명시적으로 밝히고 있다: 국민의 ‘알권리’, 즉 정보에의 접근·수집·처리의 자유는 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것으로서 헌법 제21조에 의하여 직접 보장되는 권리이고, 그 구체적 실현을 위하여 제정된 공공기관의 정보공개에 관한 법률도 제3조에서 공공기관이 보유·관리하는 정보를 원칙적으로 공개하도록 하여 정보공개 원칙을 천명하고 있고, 위 법 제9조가 예외적인 비공개사유를 열거하고 있는 점에 비추어 보면, 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서 위 법 제9조 제1항 각 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 하고, 이를 거부하는 경우라 할지라도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 위 각 호의 어디에 해당하는지를 주장·증명하여야만 하며, 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.¹¹⁾

10) 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133.

대법원은 알권리를 정보에의 접근, 수집 그리고 처리의 자유로 보고 이는 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것으로 보고 있다. 비공개대상정보라고 하더라도 이를 거부하는 경우에는 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 위 각 호의 어디에 해당하는지를 주장·증명하여야만 한다고 본다.

라. 소결

알권리의 구체적인 내용은 방해를 받지 아니하고 정보를 수령할 수 있는 자유로서의 정보의 자유와 나아가 획득하고자 하는 정보에 대해서 접근하여 이를 취득할 수 있는 권리로서 정보공개청구권을 모두 포함한다고 보아야 할 것이다. 우리 헌법재판소나 대법원 모두 정보공개청구권을 알권리의 구체적 내용으로 보고 있음에 비추어 볼 때, 알권리의 내용에는 소극적인 정보의 자유 뿐만 아니라 적극적인 정보의 공개청구권도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 점에서 학자들의 소수견해는 알권리의 구체적인 내용을 너무나 협소하게 파악하고 있는 것으로 사료된다.

III. 정보공개에의 청구

1. 정보공개청구의 주체

정보공개법 제5조(정보공개 청구권자)에 의하면, 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가지고, 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 모든 국민에게 정보공개청구권을 인정하고 있으며, 외국인에 대해서는 시행령 제3조(외국인의 정보공개청구)에서 1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 자 2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체가 정보공개를 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

정보공개를 청구할 수 있는 자에 대해서는 굉장히 광범하게 인정하고 있으므로 정보공개청구권자가 되기 위해서 특정한 정보와 밀접한 관련성이 있거나 공개를 청구하기 위한 필요성이 있다든가 하는 특별한 요건들을 필요로 하지 아니하고 있다. 그래서 정보공개청구권을 나의 이익과 상관없이 주장할 수 있다는 점에서 객

11) 대법원 2009.12.10. 선고 2009두12785 판결[정보공개거부처분취소].

관적 권리라고도 한다.

대법원은 충주환경운동연합이 충주시장을 상대로 제기한 정보공개거부처분취소 소송에서 “공공기관의정보공개에관한법률 제6조 제1항(=현행 법령 제5조 제1항)은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문하며, 한편 정보공개 청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보 공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.”라고 판시하였다.¹²⁾ 이러한 판례에 의거하여 종래 정보공개에 대한 거부처분에 대해서 행정쟁송을 제기할 때 요청되었던 ‘법률상 이익의 침해’를 삭제하였다.

2. 정보의 보유관리기관

정보공개 대상이 되는 정보는 “공공기관이 보유·관리하는 정보”이다. 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보라고 할 때, ‘정보’란 ‘공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항’을 말하고, ‘공개’란 ‘공공기관이 이 법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는 「전자정부법」 제2조제10호에 따른 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다.

공공기관이라고 함은 정보공개법 제2조 제3호에 의거하여 “가. 국가기관 1) 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회 2) 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관 3) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」에 따른 위원회 나. 지방자치단체 다. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 공공기관¹³⁾ 라. 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관¹⁴⁾”

12) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003두8050 판결.

참조: 정보공개법 제19조(행정심판) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정심판법」에서 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다. 이 경우 국가기관 및 지방자치단체 외의 공공기관의 결정에 대한 감독행정기관은 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로 한다. 제20조(행정소송) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

13) 공공기관의 운영에 관한 법률 제2조(적용 대상 등) ① 이 법은 제4조 내지 제6조의 규정에 따라 지정·고시된 공공기관에 대하여 적용한다. 제4조(공공기관) ① 기획재정부장관은 국가·지방자

이 포함된다.

정보공개법시행령 제2조 제4호의 특별법에 의하여 설립된 특수법인으로서 공공기관에 해당되는가와 관련하여 대법원은 다음과 같은 판결을 하였다: “어느 법인이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호, 같은 법 시행령 제2조 제4호에

치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 "기관"이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다. <개정 2008.2.29.> 1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관 2. 정부지원액(법령에 따라 직접 정부의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다. 이하 같다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관 3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 4. 정부와 제1호 내지 제3호의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 5. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 6. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는 설립 기관이 출연한 기관 ②제1항의 규정에 불구하고 기획재정부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 없다.<개정 2007.12.14, 2008.2.29.> 1. 구성원 상호 간의 상호부조·복지증진·권익향상 또는 영업질서 유지 등을 목적으로 설립된 기관 2. 지방자치단체가 설립하고, 그 운영에 관여하는 기관 3. 「방송법」에 따른 한국방송공사와 「한국교육방송공사법」에 따른 한국교육방송공사 ③제1항제2호의 규정에 따른 정부지원액과 총수입액의 산정 기준·방법 및 동항제3호 내지 제5호의 규정에 따른 사실상 지배력 확보의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

- 14) 정보공개법 시행령 제2조(공공기관의 범위) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제3호라목에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 기관"이란 다음 각 호의 기관 또는 단체를 말한다. <개정 2011.10.17, 2013.11.13.> 1. 「유아교육법」·「초·중등교육법」·「고등교육법」에 따른 각급 학교 또는 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 학교 1의2. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단 2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관 중 지방자치단체의 조례로 정하는 기관 가. 지방자치단체의 조례로 설립되고 해당 지방자치단체가 출연한 기관 나. 지방자치단체의 지원액(조례 또는 규칙에 따라 직접 지방자치단체의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관 다. 지방자치단체가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 라. 지방자치단체와 가목부터 다목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 마. 가목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 바. 가목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 지방자치단체 또는 설립 기관이 출연한 기관 3. 삭제 <2013.11.13.> 4. 특별법에 의하여 설립된 특수법인 5. 사회복지사업법 제42조제1항의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금을 받는 사회복지법인과 사회복지사업을 하는 비영리법인 6. 제5호 외에 「보조금 관리에 관한 법률」 제9조 또는 「지방재정법」 제17조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 국가 또는 지방자치단체로부터 연간 5천만원 이상의 보조금을 받는 기관 또는 단체. 다만, 정보공개 대상 정보는 해당 연도에 보조를 받은 사업으로 한정한다.

따라 정보를 공개할 의무가 있는 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당하는지 여부는, 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법 목적을 염두에 두고, 해당 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나 이에 해당하지 않더라도 그 업무 수행으로써 추구하는 이익이 해당 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되, 해당 법인의 설립근거가 되는 법률이 법인의 조직구성과 활동에 대한 행정적 관리·감독 등에서 민법이나 상법 등에 의하여 설립된 일반 법인과 달리 규율한 취지, 국가나 지방자치단체의 해당 법인에 대한 재정적 지원·보조의 유무와 그 정도, 해당 법인의 공공적 업무와 관련하여 국가기관·지방자치단체 등 다른 공공기관에 대한 정보공개청구와는 별도로 해당 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”

이러한 대법원의 판결을 기초로 특수법인의 공공기관 해당성과 관련하여 다음과 같은 판단기준을 도출할 수 있을 것이다:

첫째, 해당 법인의 업무의 성격이 공공성이 있는가 내지 공익적인가?

둘째, 해당 법인에 대한 공적 주체에 의한 지원이 있는가?

셋째, 청구된 정보가 해당 법인에만 소재하는 정보인가?

대법원은 이러한 기준에 의하여 한국방송공사가 동법시행령의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’인지 여부를 판단하고 있다: “방송법이라는 특별법에 의하여 설립 운영되는 한국방송공사(KBS)는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’으로서 정보공개 의무가 있는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호의 ‘공공기관’에 해당한다.¹⁵⁾”

사립대학교가 정보공개법상 공공기관에 해당되는가와 관련하여 A 대학교 교수가 학교법인 B가 설치·운영하는 고등교육법 제2조 제1호 소정의 사립대학교인 A 대학교의 총장에 대하여 ‘행정감시 및 쟁송’을 사용목적으로 「1998.3.1.부터 1999.2.28.까지 지출한 피고의 특별업무추진비와 기관운영관공비의 지출결의서(지출내역 및 증빙 포함) 및 자금운영계산부」에 대한 사본 및 출력물의 교부를 요구하는 정보공개를 청구한 사건에서, 대법원은 “정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 정보공개법 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는

15) 대법원 2010.12.23. 선고 2008두13101 판결[정보공개거부처분취소].

것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, 사립대학교에 대한 국비지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 같은 법 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.”이라고 판시하였다.¹⁶⁾ 여기서 대법원이 사립대학이 수행하는 업무의 공공성 및 정부의 지원에 기초하여 사립대학교를 정보공개법상의 공공기관으로 보았다는 점에 그 의의가 있다.¹⁷⁾

특수법인의 일종으로 ‘한국증권업협회’의 공공기관 해당여부가 문제가 된 사안에서, 대법원은 이를 부정하는 판결을 하였다: ‘한국증권업협회’는 증권회사 상호간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자보호를 위하여 일정 규모 이상인 증권회사 등으로 구성된 회원조직으로서, 증권거래법 또는 그 법에 의한 명령에 대하여 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용 받는 점, 그 업무가 국가기관 등에 준할 정도로 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능에 해당하는 공공성을 갖는다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당한다고 보기 어렵다¹⁸⁾고 판시하였는바, 한국증권업협회(현재 금융투자협회)에 대하여 상기의 기준을 적용하여 보면 다음과 같은 결론에 도달할 수 있을 것이다.

첫째, 해당 법인의 업무의 성격이 공공성이 있는가 내지 공익적인가와 관련하여 그 업무의 성격이 공익적이 아니라고 하기에는 다소 무리가 따른다. 왜냐하면 동 협회는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제283조(설립) 제1항¹⁹⁾에 의거하여 설립되었는바, 해당 법인의 업무가 금융업무의 공정한 수행 및 투자자 보호라는 공

16) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004두2783 판결.

17) 하명호, 정보공개 의무기관 - 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004두2783 판결-, 행정판례평선, 박영사, 2011, 376면 이하.

18) 대법원 2010.4.29. 선고 2008두5643 판결[정보비공개결정취소].

19) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제283조(설립) ① 회원 상호 간의 업무질서 유지 및 공정한 거래를 확립하고 투자자를 보호하며 금융투자업의 건전한 발전을 위하여 한국금융투자협회를 설립한다.

익적 성격을 지니고 있기 때문이다.

둘째, 해당 법인에 대한 공적 주체에 의한 지원이 있는가와 관련하여 동 협회는 회원으로부터 거두는 회비로 운영되는바, 공적인 지원은 비교적 약하다고 볼 수 있다.

셋째, 공개청구가 된 정보가 해당 법인에만 소재하는 정보인가와 관련하여 동 협회가 보유 관리하는 정보는 동 법인에만 존재한다고 볼 수 있다.

이러한 기준에 의할 때 결국 가장 중요한 것은 동 협회의 업무의 성격에 의거하여 판단하는 것이다. 동 협회가 수행하는 업무가 영리를 추구하는 것은 아니고 오히려 공정한 거래질서의 확립과 투자자 보호라는 임무를 수행하는 점에 착안하여 특별법에 의하여 설립된 특수법인에 해당한다고 보는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 동법인은 공무수탁사인으로서의 성격을 지니고 있다고 사료되며 따라서 정보공개법상의 정보공개대상이 되는 공공기관의 해당여부를 판단함에 있어서는 보다 완화된 기준을 적용할 필요가 있다고 사료된다. 그런 연후에 구체적인 경우 그러한 기관이 보유하는 특정 정보의 공개여부는 비공개대상정보목록의 적용을 통해서 균형을 유지할 수 있으리라 사료된다.

IV. 비공개대상정보

정보공개와 관련하여 핵심쟁점은 ‘비공개대상정보’에 있다. 공공기관이 보유하고 있는 행정정보는 공개되어야 할 필요성도 있으나, 그 반면에 비공개로 존재하여야 할 필요성도 존재한다. 행정의 투명화, 주권자인 국민으로서 알권리의 실현, 행정에 대한 감시와 감독의 실질화 등의 이익과 정보의 공개로 인하여 침해될 수 있는 프라이버시, 기업의 비밀, 국가의 안보 등 정보의 공개와 비공개 사이에는 이익의 형량이 요청된다.²⁰⁾ 이러한 이익의 형량과 관련하여 사면대상자들의 사면실시건의서와 그와 관련된 국무회의 안건자료에 관한 정보의 공개를 청구한 사건에서 대법원은 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국정운영의 투명성 확보 등의 공익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라

20) 최창호, 정보공개와 개인정보보호에 관한 소고, 숭실대학교 법학연구소 법학논총 18집 (2007.08), 48면.

신중히 판단하여야 할 것이다라고 판시하였다.²¹⁾ 어떤 특정한 사안과 관련하여 정보의 공개여부가 문제되는 경우에, 정보가 공개대상인지 아닌지 여부는 결국 이익형량의 방법에 의하여 결정될 수 밖에 없을 것이다. 여기서 이익형량의 방법론이 이현령비현령(耳懸鈴鼻懸鈴)식으로 운영되지 않기 위해서는 이익형량과 관련하여 보다 정직한 형량도구와 형량의 방법론들을 발전시킬 필요가 있다고 사료된다.

1. 비공개대상정보의 목록

비공개대상정보란 공익 또는 타인의 이익을 위하여 공공기관이 공개를 거부할 수 있는 정보를 말하는데, 정보공개법 제9조는 다음의 사항들을 비공개대상정보(非公開對象情報)로서 공개하지 아니할 수도 있도록 규정하고 있다:

1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한함)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지하여야 한다.
6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서

21) 대법원 2006.12.07. 선고 2005두241 판결[정보공개청구거부처분취소].

공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인등"이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보.

여기서 비공개대상정보는 ‘비밀정보’를 의미하는 것은 아니다. 비밀정보는 공개가 금지되는 정보이지만 비공개대상정보는 공개가 금지되는 것은 아니며, 다만 공공기관이 공개하지 않을 수 있는 정보를 말한다. 공공기관은 비공개대상정보에 해당하는 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개 필요성이 없어진 경우에는 당해 정보를 공개대상으로 하여야 한다.

2. 비공개대상목록에 대한 비교법적 고찰

가. 독일

독일에서는 독일 기본법 제5조 1항 1문의 규정 즉 “각자는 언어·문서 및 도면으로써 자유롭게 그 의견을 표명·유포하고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 알 권리(das Recht, sich zu unterrichten)를 가진다”라는 규정²²⁾으로부터 정보공개헌법의 상 근거를 찾고 있다. 그런데, 동 조항은 국민이 행

22) GG Art 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten(모든 사람은 언어, 문서 및 도화로서 자유로이 그의 의견을 표명하고 전파하며 일반적으로 접근할 수 있는

정청에 대해 정보공개를 요구할 수 있는 권리를 포함하는 것은 아니고, 여기에서의 알 권리는 언론의 알 권리에 다름 아니고, 그것도 국가에 대하여 공개의무를 도출시키는 기본권은 아니라고 해석되고 있다.

그래서, 독일에서는 이해관계와 무관한 일반적 정보공개제도는 인정되지 아니하였고, 정보공개는 오로지 개인의 구체적 권리보호를 위한 행정절차에서의 관계인(절차당사자)의 기록열람청구제도의 형태로 발전하였다. 그러나 1990년 6월 7일 유럽공동체는 '환경정보의 공개에 관한 지침'(Richtlinie des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt; 90/313/EWG)을 발하여, 유럽공동체의 회원국들에 대해 원칙적으로 모든 환경정보에 대하여 모든 시민에게 공개청구를 인정하는 제도를 입법화하도록 함과 동시에, 환경정보의 공개거부에 대해서는 권리보호의 길을 마련할 것을 요구하였다. 이러한 유럽지침에 의하여 정보공개법이 없는 독일에서도 1994년 환경정보법을 통하여 정보공개제도를 도입하게 되었다.²³⁾ 독일에서는 환경정보와 관련하여 정보공개가 논의되고 있으며, 특히 환경정보법 제8조 공익의 보호(Schutz öffentlicher Belange) 및 제9조 기타의 이익보호(Schutz sonstiger Belange)가 공익의 보호 및 사적 이익의 보호의 관점에서, 정보공개청구권의 배제 또는 제한에 관해서 규정하고 있다.

그 후 2005년 9월 5일에 독일에서도 드디어 정보공개법(Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes(Informationsfreiheitsgesetz - IFG))이 제정되었다. 동법 제1조 제1항에 의거하여 각인은 연방의 행정청에 대하여 행정정보의 공개를 청구할 수 있게 되었다. 그리고 기타 연방의 기관이나 시설에 대해서는 공법적 행정업무를 수행하는 한도에서 각인은 정보의 공개를 청구할 수 있다. 동법 제3조에서는 특별한 공익의 보호를 위해서 정보공개청구권을 제한하고 있으며, 제4조에서는 행정청의 결정과정의 보호, 제5조에서는 인적 사항의 보호, 제6조에서는 영업비밀과 지적재산권의 보호를 위해서 행정정보의 공개를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.²⁴⁾

정보원으로부터 자유로이 정보를 얻을 권리를 가진다). Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

23) 경건, 독일 정보공개법제의 개관, 행정법이론실무연구회 행정법연구 제2호(1998년), 42면 이하.

24) IFG § 3 Schutz von besonderen öffentlichen Belangen

Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht,

1. wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen haben kann auf

a) internationale Beziehungen,

b) militärische und sonstige sicherheitsempfindliche Belange der Bundeswehr,

c) Belange der inneren oder äußeren Sicherheit,

- d) Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Finanz-, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden,
- e) Angelegenheiten der externen Finanzkontrolle,
- f) Maßnahmen zum Schutz vor unerlaubtem Außenwirtschaftsverkehr,
- g) die Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens, den Anspruch einer Person auf ein faires Verfahren oder die Durchführung strafrechtlicher, ordnungswidrigkeitsrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen,
- 2. wenn das Bekanntwerden der Information die öffentliche Sicherheit gefährden kann,
- 3. wenn und solange
 - a) die notwendige Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen oder
 - b) die Beratungen von Behörden beeinträchtigt werden,
- 4. wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift oder durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt,
- 5. hinsichtlich vorübergehend beizugezogener Information einer anderen öffentlichen Stelle, die nicht Bestandteil der eigenen Vorgänge werden soll,
- 6. wenn das Bekanntwerden der Information geeignet wäre, fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr oder wirtschaftliche Interessen der Sozialversicherungen zu beeinträchtigen,
- 7. bei vertraulich erhobener oder übermittelter Information, soweit das Interesse des Dritten an einer vertraulichen Behandlung im Zeitpunkt des Antrags auf Informationszugang noch fortbesteht,
- 8. gegenüber den Nachrichtendiensten sowie den Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes, soweit sie Aufgaben im Sinne des § 10 Nr. 3 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes wahrnehmen.

§ 4 Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses

(1) Der Antrag auf Informationszugang soll abgelehnt werden für Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehender behördlicher Maßnahmen vereitelt würde. Nicht der unmittelbaren Entscheidungsvorbereitung nach Satz 1 dienen regelmäßig Ergebnisse der Beweiserhebung und Gutachten oder Stellungnahmen Dritter.

(2) Der Antragsteller soll über den Abschluss des jeweiligen Verfahrens informiert werden.

§ 5 Schutz personenbezogener Daten

(1) Zugang zu personenbezogenen Daten darf nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat. Besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 des Bundesdatenschutzgesetzes dürfen nur übermittelt werden, wenn der Dritte ausdrücklich eingewilligt hat.

(2) Das Informationsinteresse des Antragstellers überwiegt nicht bei Informationen aus Unterlagen, soweit sie mit dem Dienst- oder Amtsverhältnis oder einem Mandat des Dritten in Zusammenhang stehen und bei Informationen, die einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterliegen.

(3) Das Informationsinteresse des Antragstellers überwiegt das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs in der Regel dann, wenn sich die Angabe auf Name, Titel, akademischen Grad, Berufs- und Funktionsbezeichnung, Büroanschrift und -telekommunikationsnummer beschränkt und der Dritte als Gutachter, Sachverständiger oder in vergleichbarer Weise eine Stellungnahme in einem Verfahren abgegeben hat.

(4) Name, Titel, akademischer Grad, Berufs- und Funktionsbezeichnung, Büroanschrift und -telekommunikationsnummer von Bearbeitern sind vom Informationszugang nicht ausgeschlossen, soweit sie Ausdruck und Folge der amtlichen Tätigkeit sind und kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist.

§ 6 Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen

나. 프랑스

프랑스에서는 정보공개와 관련하여 1979년 ‘행정문서악세스권법’이 제정되었다. 동법에 의하면, 외국인과 법인에게도 정보공개를 청구할 권리를 부여하고 있으며, 또한 단순한 알고자 하는 욕구만으로도 정보공개를 청구할 권리를 인정하고 있다.²⁵⁾ 프랑스에서는 행정정보의 공개대상목록을 제시함과 동시에 비공개대상정보도 함께 규정하고 있다.

프랑스에서 비공개대상은 다음과 같다: ① 정부와 집행권의 책임 있는 기관의 심의에 대한 비밀, ② 국방 및 외교정책상 비밀, ③ 통화·재정·국가안전·공공의 안전에 관한 사항, ④ 권한 있는 기관에 의해 허가된 경우를 제외한, 재판절차나 이에 관한 사전절차가 진행 중 인 것, ⑤ 사생활의 비밀, ⑥ 개인에 관한 문서와 의료상 문서, ⑦ 상공업상의 비밀, ⑧ 재정(조세) 및 관세위반에 대한 수색 등에 관한 사항 ⑨ 일반적으로 법률에 의해 보호되는 비밀.²⁶⁾

다. 미국

1966년 정보공개법 제정 이전에 미국 행정부는 다음과 같은 이유를 들어 정보공개를 거부하였다: 첫째, 정보통제를 위한 행정입법권을 부여한 일련의 법률들(Housekeeping statutes)이다. Housekeeping statute에 의하면, 행정각부의 장에게 당해 부서의 문서를 통제할 수 있는 명령과 규칙 등의 제정권을 부여하였다. 연방대법원도 Housekeeping statute에 근거하여 정부의 정보를 비공개하는 경우에 그 합헌성을 긍정하였다. 둘째, 정보공개를 목적으로 제정되었지만 오히려 정보비공개의 근거로 이용되었던 1946년 연방행정절차법 제3조(§3 of APA of 1946)를 들 수 있다.²⁷⁾ 동조는 제1문에서 정보의 공개를 규정하고 있으나, 제2문에서는 ‘공익상 비

Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht. Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat.

25) 성낙인, 알 권리와 프랑스 정보공개법, 월간고시 제20권 제9호 통권236호(1993년), 60면 이하.

26) 성낙인, 알 권리와 프랑스 정보공개법, 월간고시 제20권 제9호 통권236호(1993년), 62면.

27) Administrative Procedures Act of 1946: Right to information (Section 3): Every agency must publish in the Federal Register descriptions of its organization, established places and methods whereby the public may secure information, statements describing the formal and informal requirements for agency functions, lists of rules adopted by the agency as authorized by law, and copies of all forms, instructions, reports, papers, and examinations. All final opinions on agency-adjudicated cases and other public records must also be published or made available for public inspection.

These requirements can be waived, however, in matters involving secrecy in the public interest or matters solely pertaining to the internal management of the agency.

밀(secretcy in the public interest) 또는 전적으로 기관의 내부운영에만(matters solely pertaining to the internal management of an agency) 관련된 사항'에 대해서는 정보의 공개를 포기할 수 있도록 규정하고 있었다. 셋째, 전통적인 행정특권(executive privilege)으로서 특히, 국가기밀특권(state secret privilege)을 들 수 있다. 연방헌법에는 명시적인 규정이 없으나 연방헌법 제2조의 행정권(Executive Power)에는 행정정보의 비공개 권한이 내포되어 있는 것으로 보고 있다. 사법부 역시 국가안보나 외교상의 비밀에 대해서는 행정특권에 기초한 비공개를 인정하고 있다. 그리고 넷째, 1930년대 후반부터 비롯된 비밀지정제도(the classification system) 등을 들 수 있다.²⁸⁾ 1938년 방첩법(Espionage Act of 1938)은 대통령에게 군사정보에 대한 비밀지정권한을 부여하였다. 이에 근거하여 대통령은 행정명령을 발하여 군사비밀지정제도를 시행하였다. 비밀의 종류를 Top Secret, Secret, Confidential로 분류하고, 일정기간이 지나면 비밀지정이 해제되거나 그 등급이 격하되도록 하였다.

미국에 있어서 정보의 공개에 대해서 주요한 역할을 한 법률로는 1966년의 정보자유법(FOIA of 1966)이다.²⁹⁾ 동법의 주요내용은 다음과 같다: 첫째, 공개가 원칙이다. 둘째, 누구나 동등한 접근권(rights of access)을 가진다. 셋째, 문서의 비공개를 정당화할 입증책임은 당해 문서를 청구하는 개인이 아니라 정부에 있다. 넷째, 문서에의 접근을 부당하게 거부당한 자는 법원에 금지를 구할 권리를 가진다. 다섯째, 정부의 정책과 태도에 변화가 있어야 한다.³⁰⁾

동법 제552조의 (b)는 정보공개원칙에 대한 예외조항으로서 국민의 정보공개청구에 대하여 행정기관이 정보공개를 거부할 수 있는 사유로서 9개의 유형을 들고 있다:

b) 이 조는 다음 사항들에는 적용하지 않는다.

- (1) 국방 또는 외교정책상 비밀로 유지하도록 행정명령에 의하여 명확하게 요구된 사항;
- (2) 기관의 내부인사규칙 및 관행에만 관련된 사항;
- (3) 법률에 의하여 공개가 명확하게 면제된 사항;

28) 김배원, 미국의 정보자유법(FOIA) 30년(1966-1996), 공법학연구 3권 1호 (2001.04), 90면 이하.
 29) The Freedom of Information Act 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048 § 552. Public information; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings.
 30) 김배원, 미국의 정보자유법(FOIA) 30년(1966-1996), 공법학연구 3권 1호 (2001.04), 96면; 유일상, 정보공개법상 비공개정보의 범위에 관한 비교법제적 연구 -한 · 미 · 영 · 일을 중심으로-, 헌법학연구 11권3호(2005.09), 449면 이하.

(4) 기업비밀 및 개인으로부터 입수한 상업적·재정적 정보와 특별면제 또는 비밀사항;

(5) 당해 기관과 소송관계에 있는 기관 이외의 당사자에게는 법률로써 이용될 수 없도록 되어 있는 기관간 또는 기관내부의 메모나 서신;

(6) 그 공개가 개인의 프라이버시에 대하여 명백하게 부당한 침해가 될 수 있는 인사·의료 파일 및 그와 유사한 파일

(7) 기관 이외의 당사자에 대하여 법률에 의하여 활용될 수 있는 정도를 제외하고 법집행목적을 위하여 수집된 수사파일;

(8) 금융기관의 규제나 감독에 대하여 책임이 있는 기관에 의하여, 기관을 대신하여, 또는 기관의 이용을 위하여 작성된 조사, 운영, 상황보고에 포함되어 있거나 그러한 것들과 관련된 사항; 또는

(9) 지질학 및 지구물리학적 정보 그리고 유정에 관한 지도를 포함한 자료.³¹⁾

31) The Freedom of Information Act 5 U.S.C. § 552 (b) This section does not apply to matters that are --

(1)(A) specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order;

(2) related solely to the internal personnel rules and practices of an agency;

(3) specifically exempted from disclosure by statute (other than section 552b of this title), provided that such statute (A) requires that the matters be withheld from the public in such a manner as to leave no discretion on the issue, or (B) establishes particular criteria for withholding or refers to particular types of matters to be withheld;

(4) trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential;

(5) inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency;

(6) personnel and medical files and similar files the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy;

(7) records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information (A) could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings, (B) would deprive a person of a right to a fair trial or an impartial adjudication, (C) could reasonably be expected to constitute an unwarranted invasion of personal privacy, (D) could reasonably be expected to disclose the identity of a confidential source, including a State, local, or foreign agency or authority or any private institution which furnished information on a confidential basis, and, in the case of a record or information compiled by a criminal law enforcement authority in the course of a criminal investigation or by an agency conducting a lawful national security intelligence investigation, information furnished by a confidential source, (E) would disclose techniques and procedures for law enforcement investigations or prosecutions, or would disclose guidelines for law enforcement investigations or prosecutions if such disclosure could reasonably be expected to risk circumvention of the law, or (F) could reasonably be expected to endanger the life or physical safety of any individual;

라. 영국

영국에서는 1911년 제정된 공무비밀보호법에 의하여 공무원에게 비밀엄수의무를 요구하고 있으며, 따라서 행정부가 하는 일에 대해서 비밀유지에 초점을 맞추어 왔다. 그런데 1985년 지방자치법상 지방공공단체의 정보공개제도가 먼저 성립되었고, 1991년에는 '시민헌장'의 제정으로 중앙정부도 행정정보를 제공하도록 하였다. 그 후 행정정보공개제도는 2000년 11월 30일 정보자유법(Freedom of Information Act 2000)이라는 명칭으로 제정되어 법전 제36편(CHAPTER 36)에 편제되어 있다.

정보자유법에 의거하여 정보공개대상에서 제외되는 정보는 제2부 Exempt Information 제21조(Information accessible to applicant by other means)부터 제44조(Prohibitions on disclosure)에서 규정되어 있다.³²⁾

제21조(정보청구자가 다른 수단으로 접근할 수 있는 정보: Information accessible to applicant by other means): 무료 또는 유료를 막론하고 정보공개를 청구하지 않고도 법령에 정해진 바에 의해 합리적으로 접근할 수 있는 정보.

제22조(향후 발간예정 정보: Information intended for future publication): 해당 기관이나 다른 기관에서 발표일자 확정 여부를 불문하고 발표를 예정하고 있는 정보.(다만, 공문서 보관소가 보유하고 있는 역사적 기록은 제외함.)

제23조(비밀 업무를 다루는 단체가 제공하거나 그 단체와 관련된 정보: Information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters): 국가안보청(Security Service)을 비롯하여 비밀정보원(Secret Intelligence Service), 정부통신총본부(Government Communications Headquarters) 등의 비밀기구가 직·간접적으로 공공기관에 제공한 정보 또는 그 비밀기구와 관련된 정보.

제24조(국가 안보: National security): 비밀기관이 아니더라도 해당 정보의 비공개가 국가안전보장을 위해 필요한 경우의 정보.

제26조(국방: Defence): 영국의 제도(제도) 또는 영국 식민지의 방위, 국왕군 또

(8) contained in or related to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervision of financial institutions; or

(9) geological and geophysical information and data, including maps, concerning wells.

32) Freedom Information Act 2000, Part II Exempt Information. 21 Information accessible to applicant by other means. ... 22 Information intended for future publication. ... 23 Information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters. ... 24 National security. ... 44 Prohibitions on disclosure.

는 그에 협력하는 군대의 능력과 안전을 해칠 우려가 있는 정보.

제27조(국제 관계: International relations): 해당 정보의 공개가 영국과 타국의 관계, 영국과 국제조직 또는 국제재판소의 관계, 영국의 외국에서의 이익과 그 이익의 촉진 또는 보호를 해치거나 해칠 우려가 있을 경우 및 영국 이외의 국가, 국제조직 또는 국제재판소로부터 입수한 비밀정보.

제28조(영국 국내 관계 정보: Relations within the United Kingdom): 영국 국내의 각급 행정기관(Administration: 영국 정부, 스코틀랜드 행정부, 북아일랜드 행정위원회, 웨일스 국민의회) 상호간의 관계를 해치거나 해칠 우려가 있는 정보. (단. 역사적 기록인 경우에는 비공개 대상정보에서 제외)

제29조(경제 정보: The economy): 영국 또는 영국 일부의 경제적 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 정보.

제30조(공공기관이 행하는 조사와 절차: Investigations and proceedings conducted by public authorities): 범죄자의 기소 이유와 기소 여부를 확인하기 위해 수사의 목적으로 공공기관이 보유하고 있는 정보 또는 형사소송이나 민사소송 절차를 진행하기 위해 공공기관이 보유하고 있는 정보.

제31조(법의 집행: Law enforcement): 범죄의 방지 또는 발견, 범인의 체포 또는 기소, 사법의 운영, 조세 등의 부과 징수, 이민관리의 운영, 교도소 등의 안전과 질서유지를 해치거나 해칠 우려가 있는 정보.

제32조(재판 기록 등: Court records, etc.): 법원이 소송절차 등과 관련하여 작성 또는 취득한 정보.

제33조(재무 관계 문서: Audit functions): 공공기관의 회계 감사와 관련된 정보 중에서 공개될 경우 해당기관의 업무 수행을 해치거나 해칠 우려가 있는 정보.

제34조(의회의 특권: Parliamentary privilege): 의회의 면책특권과 관련된 정보.

제35조(정책 등의 형성 등: Formulation of government policy, etc.): 정부기관이 정책 개발을 위해 보유하고 있는 정보, 각 부처간의 통신, 정책 개발과 관련된 법률고문의 건의문 등.

제36조(공공문제의 효과적인 수행을 위한 권리침해: Prejudice to effective conduct of public affairs): 영국의 정부 부처 또는 각급 정부기관이 보유한 정보로서 대장상(Ministers of Crown), 북아일랜드 행정위원회, 웨일스 국민의회의 집행위원회가 정책을 수행할 권리를 침해할 수 있는 정보.

제37조(여왕 등의 커뮤니케이션과 서훈: Communications with Her Majesty, etc.

and honours): 국왕, 왕족 또는 왕실과의 통신 또는 국왕의 서훈에 관한 정보.

제38조(건강과 안전: Health and safety): 개인의 건강이나 안전을 보호하기 위해 필요한 정보.

제39조(환경 정보: Environmental information): 1998년 6월 25일 조인된 Aarhus 협약의 규정에 따라 공개하지 않기로 규정된 정보.

제40조(개인 정보: Personal information): EU의 개인정보보호지침과 유럽인권협약에 따라 제정된 데이터 보호법의 규정에 의한 개인 데이터.

제41조(비밀을 조건으로 제공된 정보: Information provided in confidence): 공공기관이 다른 기관 또는 개인으로부터 입수한 정보 가운데 비공개를 약속하고 제공받아 공개할 때는 신의의 원칙을 위반할 수 있는 정보.

제42조(법률전문가의 비닉 특권: Legal professional privilege): 소송절차와 관련하여 법률전문가에게 비닉의 특권이 인정되거나 스코틀랜드에서는 통신의 비밀이 유지될 수 있는 정보.

제43조(상업적 이익: Commercial interests): 개인이나 공공사업체의 상업적 이익을 해칠 수 있는 영업비밀.

제44조(법령에 의한 공개 금지 정보: Prohibitions on disclosure): 법령으로 금지되거나 공동체의 의무와 양립할 수 없거나 법정 모독으로 처벌될 수 있는 정보.³³⁾

마. 일본

일본에서는 1970년대 외무성기밀문서누설사건, 항공기의혹사건 등을 계기로 행정정보의 공개 필요성이 제기되었으며, 1991년에 이르러 일본 정부는 국민의 행정정보의 공개요구에 대하여 행정정보공개기준을 공표하였다. 행정정보의 공개에 대해서는 지방자치단체들이 정보공개법조례를 제정하여 적극적으로 공개하기 시작하면서, 중앙정부도 1996년 4월 24일에 정보공개법요강안(중간보고)을 발표하였고, 1996년 11월 1일에 행정정보공개부회의 보고문으로서 정보공개법요강안을 행정개혁위원회에 제출하였다. 1999년 5월 14일 情報公開法이 제정되었고, 2001년 4월 1일부터 시행되어 오고 있다. 동법은 정부의 활동을 국민에게 설명할 책임과 함께, 국민의 정확한 이해와 비판을 받아 행정절차를 공정하고 민주적으로 추진하는 것을 목적으로 하고 있다.³⁴⁾

33) 유일상, 정보공개법상 비공개정보의 범위에 관한 비교법제적 연구 -한·미·영·일을 중심으로-, 헌법학연구 11권3호(2005.09), 453이하.

일본의 정보공개법상 비공개정보는 行政機關の保有する情報の公開に関する法律 제2장 제5조에서 규정하고 있는바, 행정문서 중에서 비공개정보로 다음과 같은 6 개항을 열거하고 있다.³⁴⁾

(1) 개인에 관한 정보 : 사업자의 해당 사업에 관한 정보를 제외한 개인의 성명, 생년월일 등의 개인식별이 가능하거나 개인의 이익을 해칠 우려가 있는 정보. (단, 공개예정정보, 사람의 생명·건강·생활 또는 재산을 보호하기 위해 공개할 필요한 정보, 공무원인 개인일 경우에 해당정보가 공무원의 직무 및 직무수행과 관련된 것일 때는 공개대상정보가 됨.)

(2) ‘법인’에 관한 정보 또는 그 운영자에 관한 정보 : 사람의 생명·건강·생활 또는 재산에 관한 정보로 공개될 경우에는 해당 법인 또는 당사자의 권리나 경쟁상의 지위, 기타 정당한 이익을 해칠 우려가 있는 정보 또는 행정기관이 비공개를 조건으로 하여 임의로 제공받은 정보로서 비공개가 통레이거나 비공개조건이 해당 정보의 성질이나 당시의 상황 등에 비추어 합리적인 정보.

(3) 국가안전보장과 외교에 관한 정보 : 국가의 안전을 해치거나 타국 또는 국제기관과의 신뢰관계를 손상시킬 우려 또는 행정기관의 장이 국제교섭에서 불이익을 가져올 우려가 있다고 인정할 상당한 이유가 있는 정보.

(4) 공안정보 : 범죄의 예방·진압 또는 수사, 공소의 유지, 형의 집행, 기타 공공의 안전과 질서의 유지에 지장을 줄 우려가 있다고 행정기관의 장이 이를 인정할 상당한 이유가 있는 정보.

(5) 정책의사 형성과정의 정보 : ‘공공기관 등’의 내부 상호간에 심의·검토 또는 협의와 관련되는 정보로서 공개할 경우에 솔직한 의견 교환이나 의사결정의 중립성이 부당하게 손상될 우려, 국민에게 혼란을 일으킬 우려 또는 특정인에게 부당한 이익이나 불이익을 줄 우려가 있는 정보.

(6) 행정집행정보 : ‘공공기관 등’의 사업 또는 사무에 관한 정보로서 공개 시에는 그 성질상 적정한 수행에 지장을 줄 우려가 있는 정보로서 감사·검사·단속 또는 사무에 관하여 정확한 사실 파악을 곤란하게 하거나 위법 부당한 행위를 용

34) 채우석, 일본정보공개법의 의의와 과제, 숭실대학교 법학연구소 법학논총 13집(2003. 02.), 183면 이하.

35) 行政機關の保有する情報の公開に関する法律 (行政文書の開示義務) 第五条 行政機關の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報(以下「不開示情報」という。)のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。….

이하게 하거나 그와 같은 행위의 발견을 곤란하게 할 우려가 있는 정보, 계약·교섭·소송 사무와 관련하여 행정기관 등의 재산상 이익 또는 당사자로서의 지위를 부당하게 해칠 우려가 있는 정보, 조사연구와 관련된 사무의 공정하고 능률적인 수행을 부당하게 저해할 우려가 있는 정보, 공정하고 원활한 인사관리 업무에 지장을 줄 우려가 있는 정보 및 행정기관 등의 사업과 관련하여 기업경영상의 정당한 이익을 해칠 우려가 있는 정보.³⁶⁾

바. 소결

이러한 행정정보 중에서 비공개대상으로 분류되는 정보들을 고찰할 때, 독일, 프랑스, 미국, 영국, 일본 등 다양한 나라들에서도 비교적 비슷한 정보들을 비공개대상정보로 삼고 있는 것을 발견할 수 있다. 국가의 안보, 국방이나 국제관계에 대한 정보, 통화나 재정에 관한 사항, 재판절차나 범죄수사절차 상에 있는 정보, 사생활의 보호, 의료정보, 기업비밀 내지 영업비밀에 해당하는 정보, 심의 중에 있는 정보 등이 대체로 그러한 정보들에 해당된다.

독일에서는 정보공개청구가 권리남용이라고 판단되는 경우, 특히 신청인이 청구하는 정보를 이미 가지고 있는 경우 등 정보공개청구가 남용되는 것을 방지하는 규정을 두고 있다. 이는 독일에서는 행정의 효율성을 대단히 중요한 가치로 삼고 있는 것을 방증하고 있다고 볼 수 있다. 프랑스의 경우에도 유사하게 규정을 두고 있는 것으로 보인다. 미국의 경우에는 기관의 내부인사규칙 및 관행에만 관련된 사항, 지질학 및 지구물리학적 정보 그리고 유정에 관한 지도를 포함한 자료를 비공개대상정보를 포함시키고 있다. 영국의 경우에는 정보를 신청한 자가 다른 수단을 통하여 합리적으로 접근할 수 있는 정보 및 향후 발간예정정보도 역시 비공개대상정보로 분류하여, 역시 독일과 유사하게 행정의 효율성의 가치를 중요시하고 있는 것으로 보인다. 일본에서는 정책의사 형성과정의 정보에 대해서 비공개대상정보로 보고 있다. 이러한 타국가의 비공개대상정보의 목록을 살펴보다도 다소간 비슷한 양상을 보이고 있는바, 실제 운용에 있어서는 결국 정보공개청구에 대해서 정보공개거부처분이 발급된 경우 법원이 개별적인 사안에서 어떻게 판단을 하는가가 대단히 중요하다고 사료된다.

36) 유일상, 정보공개법상 비공개정보의 범위에 관한 비교법제적 연구 -한·미·영·일을 중심으로-, 헌법학연구 11권3호(2005.09), 456면 이하.

V. 비공개대상정보 목록의 구체적 의미에 대한 판례의 동향

1. 법령비밀사항

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 ‘법률이 위임한 명령’의 의미와 관련하여 대법원은 “법률이 위임한 명령은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다.”고 판시하였다.

교육공무원의 근무성적평정의 결과를 공개하지 아니한다고 규정하고 있는 교육공무원승진규정 제26조를 근거로 정보공개청구를 거부하는 것이 타당한지 여부와 관련하여, “교육공무원법 제13조, 제14조의 위임에 따라 제정된 교육공무원승진규정은 정보공개에 관한 사항에 관하여 구체적인 법률의 위임에 따라 제정된 명령이라고 할 수 없고, 따라서 교육공무원승진규정³⁷⁾ 제26조에서 근무성적평정의 결과를 공개하지 아니한다고 규정하고 있다고 하더라도 위 교육공무원승진규정은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호에서 말하는 법률이 위임한 명령에 해당하지 아니하므로 위 규정을 근거로 정보공개청구를 거부하는 것은 잘못이다.”라고 판시하였다.³⁸⁾ 대법원은 정보공개에 관한 사항에 관하여 구체적인 법률의 위임에 따라 제정된 명령만이 정보공개법 제9조 제1항 제1호에서 규정하는 명령으로 보고 있다.

그리고, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 제1항, 제2항, 제3항 및 같은 법 시행령 제17조 규정들의 내용³⁹⁾, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 목적, 입법 취지, 특히 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 제3항이 학교폭력대책자치위원회의 회의를 공개하지 못하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어, 학교폭력대책자치위원회의 회의록은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당한다고 보았다.⁴⁰⁾

37) 판례에 영향을 받아서 규정이 개정되었다고 사료됨: 교육공무원 승진규정 [시행 2013.3.23.] [대통령령 제24423호, 2013.3.23., 타법개정] 제26조(평정결과와 공개) 평정대상자의 요구가 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 본인의 최종 근무성적평정점을 알려주어야 한다. [전문개정 2007.5.25]

38) 대법원 2006.10.26. 선고 2006두11910 판결[정보비공개결정취소].

39) 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제24조(피해학생 제심청구 및 심사 절차 및 결정 통보 등) ⑤ 지역위원회의 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

40) 대법원 2010.6.10. 선고 2010두2913 판결[정보공개거부처분취소].

2. 국익중요사항

KAL 858 비행기 폭파 사건과 관련된 정보에 대한 공개청구와 관련하여, 서울행정법원은 다음과 같이 판시하였다: 이 법원이 비공개로 이 사건 각 정보를 열람·심사한 결과 및 변론의 전 취지에 의하면, 이 사건 각 정보에는 인터폴 동경 사무국장이 인터폴 서울 사무국장에게 일본 내 북한공작원에 대한 정보를 담고 있는 일본경찰 수사결과 회보서라는 제목의 정보와 국가안전기획부 소속 사법경찰관이 이러한 정보를 토대로 일본 내 북한공작원에 관한 여러 자료를 첨부하여 작성한 수사보고의 정보 즉, 별지 제3목록 기재 정보가 포함되어 있는 사실, 위 정보에는 아직 검거되지 아니한 일본 내 북한공작원의 인적사항, 공작 활동 및 가족관계 등이 포함되어 있을 뿐 아니라 인터폴 동경 사무국장이 일본 내 북한공작원과 관련한 자료에 관하여 무기한 비밀을 요구하고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면, 위 정보가 외부로 공개될 경우에는 검거되지 아니한 일본 내 북한공작원에 대한 일본 사법당국의 수사권에 지장을 초래할 뿐 아니라 한일 사법당국의 긴밀한 수사공조관계 및 상호신뢰관계가 심히 훼손되어 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 봄이 상당하다. 따라서 별지 제3목록 기재 정보는 정보공개법 제7조 제1항 제2호 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 할 것이다. 한편, 이 법원이 비공개로 이 사건 각 정보를 열람·심사한 결과에 의하면, 피고가 정보공개법 제7조 제1항 제2호, 제4호 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 하면서 공개를 거부한 이 사건 각 정보 중 별지 제3목록 기재 정보를 제외한 나머지에는 김현희에 대한 국가안전기획부 소속 사법경찰관 작성의 의견서로서 이 사건 사고에 이르게 된 범행 경위, 압수물 목록, 사망한 김승일에 대한 사체부검의뢰 등 사체처리에 관한 자료 및 부검결과, 바레인국 경찰 작성의 이 사건 사고에 대한 수사자료 등, 검거된 납파 간첩에 대한 수사 자료, KAL 858 비행기의 제원 및 이 사건 사고로 인한 사망자 명단 등에 관한 정보가 들어 있는 사실을 알 수 있는바, 이러한 정보들은 개인 내지 개인 소유물에 관한 것이거나 과거의 단순한 수사자료에 불과한 것으로서 김승일은 이미 사망하였고, 김현희 역시 수기를 통하거나 언론을 통하여 그에 관한 인적사항이 상당 부분 공개되었으며, 또 외국 사법당국 작성의 수사자료 역시 이 사건 사고에 관한 것으로서 공개된다 하더라도 외국과의 외교관계 내지 사법공조에 있어 지장을 초래한다고 보기는 어려운 점, 가사 위 정보가 공개됨으로써 국가안전보장·외교관계 등에 다소간 영향을 미칠 수 있다고 하더라도 이로써 입게 될지도 모르는 국가적 손실보다 이 사건 사고와 관련하여 남아 있

는 광범위한 의문에 대한 진상을 밝혀 국민적 의혹과 불신을 해소시킴으로써 얻을 수 있는 공익이 훨씬 더 크다고 보이는 점에, 앞서 본 정보공개청구권의 성질 및 정보공개법의 입법목적 등을 종합하여 보면, 위 정보가 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되지는 아니하므로, 별지 제3목록 기재 정보를 제외한 나머지 이 사건 각 정보는 정보공개법 제7조 제1항 제2호 소정의 비공개정보에 해당하지 아니한다고 할 것이다.⁴¹⁾

한일회담에 대한 문서에 대한 정보공개청구사건에서 서울행정법원은 다음과 같이 판시하였다: 이 사건 문서에는 한일회담 교섭과정에서 제기된 양국의 여러 현안에 관한 구체적 주장 및 대응 내용, 교섭방침에 관한 지시 및 훈령, 교섭전략 등 우리 나라와 일본의 외교적 비밀에 관한 사항이 포함되어 있는데, 우리 나라와 일본은 국제적으로 긴밀한 관계를 유지하고 있고 또 장래에도 그와 같은 관계를 유지하여야 하며 공개를 보류하여 달라는 일본정부의 요청 자체가 외교관계상 부당한 것으로 보이지는 아니하므로 외교관례에 따르거나 국제적 신뢰관계 유지를 위하여 당사국인 일본의 요청을 존중하는 것도 국가의 이익에 부합하고, 외교관계에 관한 사항은 특히 전문적 판단을 요하므로 이에 관하여는 피고의 판단을 최대한 존중하는 것이 바람직하다는 점을 함께 감안하여 보면, 이 사건 문서는 정보공개법 제7조 제1항 제2호 소정의 비공개대상정보에 해당할 여지가 있다고 할 것이다. 그러나 국민의 알권리는 헌법상의 표현의 자유의 내용을 이루면서도 자유민주주의 국가에서 국민주권을 실현하는 핵심이 되는 기본권이고 인간의 존엄과 가치 및 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제1조, 제10조, 제21조, 제34조 제1항 참조)와 관련되는 것이므로, 헌법 제37조 제2항에 근거하여 정보공개법이 이를 제한하는 경우에도 그 제한은 위와 같은 알권리의 성격에 비추어 필요 최소한도에 그쳐야 할 것이고 그러한 한도를 결정하기 위하여는 그 제한으로 인하여 국민이 입게 되는 구체적 불이익과 보호하려는 국익의 정도를 비교형량하여야 하는 것인바, 이 사건에 있어서 피고가 정보공개법 제7조 제1항 제2호 소정의 '공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보'에 해당한다는 이유를 들어 이 사건 문서의 공개를 거부할 수 있으려면 그 비공개로 인하여 보호되는 이익이 국민으로서의 알권리에 포함되는 일반적인 공개청구권을 넘어 원고들이 이 사건 문서 공개에 관하여 특별히 가지는 구체적인 이

41) 서울행정법원 2004.02.03. 선고 2002구합24499 판결: 항소[정보공개청구거부처분취소]. 아직 항소심 판결은 내려지지 아니한 것으로 보임.

익도 희생시켜야 할 정도로 커야 할 것이고, 과연 그러한지 여부는 이 사건 문서의 내용, 공개를 필요로 하는 사유 및 그에 관한 원고들의 구체적 이익 등과 피고가 공개를 거부할 사유로서 드는 외교관계 등에의 영향, 국가이익의 실질적 손상 정도 등을 두루 고려하여 판단하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 살펴건대, 이 법원의 비공개문서검증결과에 의하면, 이 사건 문서 중 순번 36번 '제6차 한일회담 청구권 관계자료'에 1963. 3. 5.자 외무부의 '한일회담 일반청구권문제'라는 문서가 포함되어 있고 여기에는 제1차부터 그때까지의 한일회담 경과, 우리 정부가 제시한 청구항목, 이에 대한 일본측의 반응, 청구권협정의 세목에 관한 토의 등이 정리되어 있는 사실, 그 이후에 작성된 순번 48번 '속개 제6차 한일회담 : 청구권위원회 회의록 및 경제협력 문제', 순번 55, 56번 '제7차 한일회담청구권관계회의 보고 및 훈령'(전2권), 순번 57번 '제7차 한일회담 청구권 및 경제협력에 관한 협정내용 설명 및 자료'에도 우리 국민의 개인적 청구권의 해결에 관한 양국의 인식을 표시한 자료가 포함되어 있는 사실(순번 48, 55, 56, 57번 문서에는 개인적 청구권의 해결과 무관한 사항도 많이 포함되어 있으나, 순번 36번 문서와 달리 관련 부분을 따로 특정하기 어렵다), 그 외의 문서들에도 우리 국민의 개인적 청구권에 관한 사항이 일부 포함되어 있으나 그 내용은 대부분 순번 36번 문서 중 한일회담 일반청구권문제에 정리되어 있는 사실이 인정되는바, 위 순번 36번 문서 중 한일회담 일반청구권문제와 순번 48, 55, 56, 57번 문서들은 청구권협정 제2조 제1항에 의하여 원고들의 일본이나 일본기업에 대한 개인적 손해배상청구권이 소멸된 것인지 여부를 판단할 유력한 자료가 될 것으로 보이고(그 외의 문서들은 따로 공개하지 않더라도 위 문제의 판단에 별 영향이 없을 것으로 보인다), 원고들의 나이가 매우 많아 그들에게 개인적 청구권이 인정되는지 여부를 판단받을 수 있는 기간이 그리 오래 남지 않았으며, 위 문서들은 생산된지 30년이 훨씬 지나 당시의 외교 기밀이 일부 포함되어 있다고 하더라도 이를 비공개 대상으로 하여 그 비밀성을 유지하여야 할 객관적 필요성이 크게 감소하였다고 볼 것인 데다가(외교기밀이 포함되어 있다고 하여 비공개 문서로 유지하여야 한다면 생산 또는 접수된 후 30년이 경과한 외교문서를 원칙적으로 공개하도록 정한 외교문서보존및공개에관한규칙을 무의미하게 만드는 결과가 된다), 위 문서들의 공개로 인하여 일본과의 외교관계에 있어 다소의 불편이 따를 수 있다고 하더라도 한일관계의 역사적 특수성에 비추어 이는 국가적으로 수인할 수 있는 것으로 보인다. (3) 그렇다면 원고들 중 소송의 방법을 통하여 구체적으로 일본 강점기에 입은 피해에 대한 개인적 손해배상청구

권 또는 이에 준하는 권익의 보호를 구한 사람들은 그 소송에서의 청구인용 여부와 관계없이 위 순번 36번 문서 중 한일회담 일반청구권문제와 순번 48, 55, 56, 57번 문서들의 공개에 관하여 특별하고 구체적인 이익을 가지는 한편 이를 비공개함으로 인하여 보호되는 국익은 그들의 위와 같은 이익을 희생시켜야 할 정도로 크지는 않다고 볼 것인바, 결국 피고는 위 원고들에 대하여 정보의 부분공개를 정한 정보공개법 제12조에 따라 위 문서들을 공개하여야 할 의무가 있다.⁴²⁾

3. 국민중요사항

보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제2호, 제3호 소정의 비공개대상정보에 해당하는지 여부와 관련하여, 대법원은 다음과 같이 판시하였다: 보안관찰처분을 규정한 보안관찰법에 대하여 헌법재판소도 이미 그 합헌성을 인정한 바 있고, 보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료는 우리 나라 53개 지방검찰청 및 지청관할지역에서 매월 보고된 보안관찰처분에 관한 각종 자료로서, 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자들의 매월 별 규모, 그 처분시기, 지역별 분포에 대한 전국적 현황과 추이를 한눈에 파악할 수 있는 구체적이고 광범위한 자료에 해당하므로 '통계자료'라고 하여도 그 함의를 통하여 나타내는 의미가 있음이 분명하여 가치중립적일 수는 없고, 그 통계자료의 분석에 의하여 대남공작활동이 유리한 지역으로 보안관찰처분대상자가 많은 지역을 선택하는 등으로 위 정보가 북한정보기관에 의한 간첩의 파견, 포섭, 선전선동을 위한 교두보의 확보 등 북한의 대남전략에 있어 매우 유용한 자료로 악용될 우려가 없다고 할 수 없으므로, 위 정보는 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제2호 소정의 공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 또는 제3호 소정의 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다.⁴³⁾

4. 재판공정사항

경제개혁연대와 소속 연구원 갑이 금융위원회위원장 등에게 금융위원회의 론스

42) 서울행정법원 2004.02.13. 선고 2002구합33943 판결: 항소[정보공개거부처분취소]: 역시 항소심 판결이 아직 내려지지 않고 있음.

43) 대법원 2004.03.18. 선고 2001두8254 전원합의체 판결[정보비공개결정처분취소] .

타에 대한 외환은행 발행주식의 동일인 주식보유한도 초과보유 승인과 론스타의 외환은행 발행주식 초과보유에 대한 반기별 적격성 심사와 관련된 정보 등의 공개를 청구하였으나, 금융위원회위원장 등이 현재 대법원에 재판 진행 중인 사안이 포함되어 있다는 이유로 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조 제1항 제4호에 따라 공개를 거부한 사안과 관련하여, 대법원은 다음과 같이 판시하였다: 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 목적, 정보공개의원칙, 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 정보공개법 제9조 제1항 제4호에서 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없다. 그러나 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 보는 것이 타당하다.⁴⁴⁾

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에서 비공개대상으로 규정한 '형의 집행, 교정에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하는 정보'의 의미와 관련하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다: 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에서 비공개대상으로 규정한 '형의 집행, 교정에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하는 정보'란 당해 정보가 공개될 경우 재소자들의 관리 및 질서유지, 수용시설의 안전, 재소자들에 대한 적정한 처우 및 교정·교화에 관한 직무의 공정하고 효율적인 수행에 직접적이고 구체적으로 장애를 줄 고도의 개연성이 있고, 그 정도가 현저한 경우를 의미한다. 교도소에 수용 중이던 재소자가 담당 교도관들을 상대로 가혹행위를 이유로 형사고소 및 민사소송을 제기하면서 그 증명자료 확보를 위해 '근무보고서'와 '징벌위원회 회의록' 등의 정보공개를 요청하였으나 교도소장이 이를 거부한 사안에서, 근무보고서는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에 정한 비공개대상정보에 해당한다고 볼 수 없고, 징벌위원회 회의록 중 비공개 심사·의결 부분은 위 법 제9조 제1항 제5호의 비공개사유에 해당하지만 재소자의 진술, 위원장 및 위원들과 재소자 사이의 문답 등 징벌절차 진행 부분은 비공개사유에 해당하지 않는다고 보아 분리 공개가 허용된다.⁴⁵⁾

정보비공개대상목록에 설령 해당된다고 하더라도, 그 전부에 대해서 비공개로

44) 대법원 2011.11.24. 선고 2009두19021 판결[정보공개거부처분취소].

45) 대법원 2009.12.10. 선고 2009두12785 판결[정보공개거부처분취소].

할 것이 아니라 비공개하여야 할 필요성이 있는 부분에 대해서만 비공개를 하도록 한 점에 있어서 이 대법원의 판례는 중요한 의미를 지니고 있다고 할 것이다.

5. 내부공정사항

내부공정사항이라 함은 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다고 할 것이고, 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단되어야 한다.⁴⁶⁾

조전혁(인천대학교 경제학과 교수), 이명희(공주대학교 사범대학 역사교육과 조교수), 신지호(주식회사 뉴라이트닷컴 대표이사)들이 우리나라의 교육실태를 연구하기 위한 목적으로 교육인적자원부장관에게 대학입학수학능력시험 원데이터와 국

46) 대법원 2014.07.24. 선고 2013두20301 판결[행정정보공개청구거부처분취소]: (1) 공적심사위원회의 심사는 피고가 영전 수여 추천 여부를 결정하기 위한 절차의 하나일 뿐이어서(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001두4764 판결 등 참조) 신청당사자의 알권리는 일정 부분 제한될 수밖에 없는 한계를 지니고 있다. 한편 독립유공자 등록신청을 받은 피고는 독립유공자에 해당하는지 여부를 심사한 후 그 심사 결과의 구체적 사유를 밝혀 신청당사자에게 통보하여야 하므로(독립유공자에 우에 관한 법률 시행령 제4조 제2항 참조), 이로써 신청당사자의 알권리가 어느 정도 보장된다고 볼 수 있다. 이와 같이 독립유공자 등록에 관한 신청당사자의 알권리 보장에는 불가피한 제한이 따를 수밖에 없고 관계 법령에서 그 제한을 다소나마 해소하기 위한 조치를 마련하고 있다고 볼 수 있다. (2) 독립유공자 등록의 요건인 일체의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일체에 항거한 사실은 오래된 과거의 사실로서 그 객관적인 사실 확인도 어려울 뿐더러 일체의 국권침탈이 오랜 기간 전면적으로 이루어졌으므로 위 기간 동안의 객관적 행위사실을 어떻게 평가할 것인가의 가치판단의 문제가 불가피하게 남게 된다(헌법재판소 2010. 6. 24. 선고 2009헌바111 전원재판부 결정 참조). 이와 아울러 등록신청 대상자의 독립운동 이후 사망 시까지 행적 또한 평가의 대상이 되는 점까지 감안하면, 공적심사위원회의 심사에는 심사위원들의 전문적·주관적 판단이 상당 부분 개입될 수밖에 없다. 이러한 심사의 본질에 비추어 공개를 염두에 두지 아니한 상태에서의 심사가 그렇지 아니한 경우보다 더욱 자유롭고 활발한 문답과 토의를 거쳐 객관적이고 공정한 심사 결과에 이를 개연성이 크다고 할 것이다. (3) 반면 위와 같은 공적심사위원회의 광범위한 심사내용 및 심사의 본질 등을 고려하면, 이 사건 회의록에 심사위원들의 대립된 의견이나 최종 심사 결과와 세부적인 면에서 차이가 나는 내용이 포함되어 있을 경우 그 공개로 인하여 신청당사자에게는 물론 사회적으로도 불필요한 논란을 불러일으키거나 외부의 부당한 압력 내지 새로운 분쟁에 휘말리는 상황이 초래될 우려가 높고, 심사위원들로서도 공개될 경우에 대한 심리적 부담으로 인하여 솔직하고 자유로운 의사교환에 제한을 받을 수밖에 없을 것으로 보인다. 또한 이는 이 사건 회의록을 익명으로 처리하는 방법으로 해소될 문제는 아니라 할 것이다. 나. 위에서 본 바와 같이 이 사건 회의록의 공개에 의하여 보호되는 알권리의 보장과 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익 등을 비교·교량하여 볼 때, 이 사건 회의록은 정보공개법 제9조 제1항 제5호에서 정한 ‘공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보’에 해당한다고 보아야 할 것이다.

가수준 학업성취도 평가 자료의 공개를 청구하였던바, 교육인적자원부장관은 그 청구를 거부한 사안에서, 대법원은 다음과 같이 판시하였다:

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제5호에서 정한 ‘공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우’의 의미와 관련하여, 여기에서 규정하고 있는 ‘공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우’란 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다. ‘2002년도 및 2003년도 국가 수준 학업성취도 평가 자료’는 표본조사 방식으로 이루어졌을 뿐만 아니라 학교식별정보 등도 포함되어 있어서 그 원자료 전부가 그대로 공개될 경우 학업성취도평가 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재한다고 볼 여지가 있어 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제5호에서 정한 비공개대상정보에 해당하는 부분이 있으나, ‘2002학년도부터 2005학년도까지의 대학 수학능력시험 원데이터’는 연구 목적으로 그 정보의 공개를 청구하는 경우, 공개로 인하여 초래될 부작용이 공개로 얻을 수 있는 이익보다 더 클 것이라고 단정하기 어려우므로 그 공개로 대학수학능력시험 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재한다고 볼 수 없어 위 조항의 비공개대상정보에 해당하지 않는다.⁴⁷⁾

대상판결은 수능시험정보가 그대로 공개될 경우 학교 간 서열화 및 사교육에 대한 의존도가 심화되는 등의 부작용이 발생할 가능성을 인정하면서도, 이러한 학교 간 학력격차 및 사교육에 대한 의존도가 이미 존재하는 현실에서 수능시험정보를 연구자 등에게 공개하여 위와 같은 현실의 개선에 활용하는 것이 정보공개법의 목적에 부합한다고 보아, 수능시험정보가 비공개대상정보에 해당하지 않는다고 보았다는 점에서 의미가 있다.⁴⁸⁾

문제은행 출제방식을 채택하고 있는 치과의사 국가시험의 문제지와 정답지에 대한 정보공개청구소송에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다: 피고가 이 사건 시험에서 채택하고 있는 문제은행 출제방식은 출제의 시간·비용이 절감되면서도 양질의 문항을 확보할 수 있는 등의 많은 장점을 가지고 있는바, 이 사건 시험에서 그

47) 대법원 2010.2.25. 선고 2007두9877 판결[정보공개거부처분취소등].

48) 김기수, 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 적용 대상 정보 - 2010. 2. 25. 선고 2007두9877 판결, 재판실무연구 2010(II), 38면.

시험문제를 공개할 경우, 기출문제와 동일 또는 유사한 문제를 다시 출제하는 것이 사실상 불가능하게 되어 그 공개를 수년 동안 거둬다 보면 이미 축적하여 놓은 문제는행을 정상적으로 유지할 수 없는 상태에 이르게 될 것인 점, 문제는행 출제방식을 채택하되 한번 출제된 문제를 다시 출제하지 않는 방식으로 운영하기 위해서는 지금보다 현저히 많은 양의 문항을 축적하는 것이 전제가 되어야 할 것인데 그에 따른 시간과 비용의 부담이 발생하고 이미 양질의 문제로 검증된 기출 문제의 재활용을 포기하여야 하며, 매년 많은 수의 문항을 개발하더라도 출제가 가능한 문제의 범위가 점차 좁아들어 문제 출제 자체가 점차 어려워지게 될 것인 점, 수험생들은 출제빈도가 높은 문제위주의 수험준비를 하게 될 것이어서 시험을 통하여 수험생들의 실력을 정확하게 측정하는 데 상당한 지장을 받게 될 것인 점 등을 감안하면, 비록 이 사건 시험의 문제지와 그 정답지를 공개하지 않음으로써 수험생 일반에 의한 출제오류의 시정 가능성과 이 사건 시험행정의 투명성의 확보 등이 다소 떨어진다 할지라도, 이 사건 시험의 문제지와 그 정답지의 공개가 시험 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 것이고, 사법시험이나 고등고시의 제1차 시험 등은 주관기관, 시험의 목적, 속성, 출제 및 평가방식 등이 이 사건 시험과는 달라 양자를 단순 비교할 수는 없는 것이다.⁴⁹⁾

6. 개인비밀사항

여기서 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국정운영의 투명성 확보 등의 공익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 신중히 판단하여야 할 것이다.⁵⁰⁾

고소인이, 자신이 고소하였다가 불기소처분된 사건기록의 피의자신문조서, 진술조서 중 피의자 등 개인의 인적사항을 제외한 부분의 정보공개를 청구하였으나 해당 검찰청 검사장이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호에 해당한다는 이유로 비공개결정을 한 사안에서, 대법원은 다음과 같이 판시를 하였다: 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호 본문에서 정한 '당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인

49) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006두15936 판결 【정보공개거부처분취소】.

50) 대법원 2003. 3. 11. 선고 2001두6425 판결 【행정정보비공개결정처분취소】.

의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'의 의미와 범위와 관련하여, 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다)의 개정 연혁, 내용 및 취지 등에 헌법상 보장되는 사생활의 비밀 및 자유의 내용을 보태어 보면, 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보에는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다)의 이름·주민등록번호 등 정보 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 '개인식별정보'뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 '개인에 관한 사항의 공개로 개인의 내밀한 내용의 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보'도 포함된다고 새겨야 한다. 따라서 불기소처분 기록 중 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문 소정의 비공개대상에 해당한다.⁵¹⁾

7. 영업비밀사항

영업비밀사항을 판단함에 있어서는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는 지 여부에 따라 결정되어야 하는바, 그 정당한 이익 유무를 판단할 때에는 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로 하는 구 정보공개법의 입법 취지와 아울러 당해 법인 등의 성격, 당해 법인 등의 권리, 경쟁상 지위 등 보호받아야 할 이익의 내용·성질 및 당해 정보의 내용·성질 등에 비추어 당해 법인 등에 대한 권리보호의 필요성, 당해 법인 등과 행정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 한다.⁵²⁾

한국방송공사(KBS)가 제작한 '추적 60분' 가제 "새튼은 특허를 노렸나"인 방송용 편집원본 테이프 1개에 대하여 정보공개청구를 하였으나 한국방송공사가 정보공개 청구접수를 받은 날로부터 20일 이내에 공개 여부결정을 하지 않아 비공개결정한 것으로 간주된 사안에서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에서 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀'의 의미 및 공개를 거부할 만한 '정당한 이익'이 있는지 여부의 판단 방법과 관련하여, 정보공개법 제9조 제1항 제7호에서

51) 대법원 2012.6.18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결[정보공개청구거부처분취소].

52) 대법원 2014.07.24. 선고 2012두12303 판결[정보공개거부처분취소].

정한 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀’은 ‘타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보’ 또는 ‘사업활동에 관한 일체의 비밀사항’을 의미하는 것이고, 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지 여부에 따라 결정되어야 하는바, 그 정당한 이익이 있는지 여부는 앞서 본 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 취지에 비추어 이를 엄격하게 판단하여야 할 뿐만 아니라, 국민에 의한 감시의 필요성이 크고 이를 감수하여야 하는 면이 강한 공익법인에 대하여는 보다 소극적으로 판단하여야 한다. 방송사의 취재활동을 통하여 확보한 결과물이나 그 과정에 관한 정보 또는 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보는 경쟁관계에 있는 다른 방송사와의 관계나 시청자와의 관계, 방송프로그램의 객관성·형평성·중립성이 보호되어야 한다는 당위성 측면에서 볼 때 ‘타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보’에 해당한다고 볼 수 있는바, 개인 또는 집단의 가치관이나 이해관계에 따라 방송프로그램에 대한 평가가 크게 다를 수밖에 없는 상황에서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개청구의 방법으로 방송사가 가지고 있는 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보 등을 제한 없이 모두 공개하도록 강제하는 것은 방송사로 하여금 정보공개 결과로서 야기될 수 있는 각종 비난이나 공격에 노출되게 하여 결과적으로 방송프로그램 기획 등 방송활동을 위축시킴으로써 방송사의 경영·영업상의 이익을 해하고 나아가 방송의 자유와 독립을 훼손할 우려가 있다. 따라서 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보로서 방송사가 공개하지 아니한 것은, 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보나 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보를 제외하고는, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에 정한 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항’에 해당할 뿐만 아니라 그 공개를 거부할 만한 정당한 이익도 있다고 보아야 한다.⁵³⁾

정보공개법 제9조 제1항 제7호 소정의 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀’은 부정경쟁방지법 제2조 제2호 소정의 ‘영업비밀’에 한하지 않고, ‘타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보’ 또는 ‘사업활동에 관한 일체의 비밀사항’으로 해석함이 상당하다. 그러나 한편, 정보공개법 제9조 제1항 제7호는 ‘법인 등의 경영·영업상의 비밀에 관한 사항’이라도 공개를 거부할 만한 정당한 이익이

53) 대법원 2010.12.23. 선고 2008두13101 판결[정보공개거부처분취소].

있는지의 여부에 따라 그 공개 여부가 결정되어야 한다고 해석되는바, 그 정당한 이익이 있는지의 여부는 앞서 본 정보공개법의 입법 취지에 비추어 이를 엄격하게 해석하여야 할 뿐만 아니라 국민에 의한 감시의 필요성이 크고 이를 감수하여야 하는 면이 강한 공익법인에 대하여는 다른 법인 등에 대하여 보다 소극적으로 해석할 수밖에 없다고 할 것이다.⁵⁴⁾

8. 특혜부여사항

갑 등이 한국토지주택공사가 사업시행자로서 택지개발하고 분양가상한제아파트로 건축 및 분양한 고양일산 2지구 아파트와 관련하여 토지매입보상비, 택지조성비 등에 대한 정보공개를 청구하였으나 한국토지주택공사가 이를 거부한 사안에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다: 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보한다는 정보공개법의 입법목적과 취지에 비추어 보면, 공공기관은 자신이 보유·관리하는 정보를 공개하는 것이 원칙이고, 정보공개예외로서 비공개사유에 해당하는지 여부는 이를 엄격하게 해석할 필요가 있는 점, 피고는 토지의 취득·개발·비축·공급, 도시의 개발·정비, 주택의 건설·공급·관리업무를 수행하여 국민주거생활의 향상 및 국토의 효율적인 이용을 도모하여 국민경제의 발전에 이바지하게 함을 목적으로 한국토지주택공사법에 의하여 설립된 법인으로서 그와 같은 목적의 수행을 위하여 일반 사기업과는 다른 특수한 지위와 권한을 가지고 있는 점, 피고가 이미 분양이 종료된 고양시 일산동구 중산동 소재 고양일산 2지구 휴먼시아 아파트 단지의 아파트 분양원가 산출내역과 관련된 자료를 공개한다고 하여 사업을 영위하는 데 있어 치명적인 타격을 입는다거나 재정악화로 인하여 국민임대주택건설, 보금자리주택건설사업과 같은 각종 공익사업을 추진하는 것이 곤란해진다고 단정할 수 없는 점, 피고가 위 정보를 공개함으로써 위 아파트의 분양원가 산출내역을 알 수 있게 되어 수분양자들의 알 권리를 충족시키고, 나아가 공공기관의 주택정책에 대한 국민의 참여와 그 운영의 투명성을 확보할 수 있는 계기가 될 수 있는 점 등 여러 사정들을 감안하여 보면, 위 정보를 공개함으로써 피고의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 볼 수 없다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006두20587 판결 등 참조).⁵⁵⁾

54) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두1798 판결 【정보비공개결정처분취소】.

55) 대법원 2011.07.28. 선고 2011두4602 판결[정보공개거부처분취소].

VI. 결론

행정의 역할은 공익을 위하여 국가를 운영하는 것이다. 국가의 운영을 위해서는 먼저 다양한 정보를 수집하는 것이 요청된다. 국가의 수족으로서 공공기관들은 많은 정보를 가지고 있는데, 이러한 정보들 중에서 특히 공개되어도 무방한 것이라면 적극적으로 공개될 필요가 있다고 사료된다. 정보화시대를 살고 있는 우리는 ‘빅데이터’ 논의에서도 알 수 있듯이 특히 정보의 축적으로부터 다양한 혜택을 누릴 수 있다. 이러한 정보공개에의 방향은 우리 사회가 지향하는 ‘녹색성장’, ‘창조경제’등의 기조와도 일맥상통한다고 볼 수 있다. 공공기관들이 축적한 정보는 결국 국민의 세금이나 부담으로 모여진 것이라는 점을 고려한다면, 국민들이 모여진 정보들을 잘 활용할 수 있도록 하여 국가 사회의 발전에 도움이 되도록 할 책무가 공공기관에 있다고 할 것이다. 이러한 점에서 국민에게 알권리를 부여하고 그에 기초하여 공공기관이 소지하고 있는 정보들에 대해서 공개를 청구할 수 있는 권리를 부여하는 것은 충분한 정당성을 갖는다고 사료된다. 다만, 정보의 공개 역시 국가 사회의 발전, 국민의 공공복리에 이바지하여야 하므로 그로 인하여 부작용이 더 큰 경우는 이를 다 받아들이는 수는 없을 것이다. 정보의 공개로 인한 이익들과 정보를 비공개하여야 하는 이익들 사이에 비교교량이 이루어지고 그에 대해서는 입법부, 행정부 그리고 사법부가 서로 협력하여 궁극적으로는 국가와 사회의 발전에 이바지되는 방향으로 운용하여야 할 것이다. 이러한 점에서 우리 정보공개법 제9조에서 정보의 비공개 사유들을 제시하고 있는바, 이에 대한 운용의 묘를 살릴 필요가 있다.

독일, 프랑스, 미국, 영국, 일본 등 다양한 나라들에서도 국가의 안보, 국방이나 국제관계에 대한 정보, 통화나 재정에 관한 사항, 재판절차나 범죄수사절차 상에 있는 정보, 사생활의 보호, 의료정보, 기업비밀 내지 영업비밀에 해당하는 정보, 심의 중에 있는 정보 등에 대해서는 비공개대상정보로 삼고 있는 것을 발견할 수 있다. 독일에서는 신청인이 청구하는 정보를 이미 가지고 있는 경우 등 정보공개에의 청구가 권리남용이라고 판단되는 경우에는 이를 방지하는 규정을 두고 있는 점을 고려할 때, 정보공개행정의 효율성도 중요한 가치로 자리매김하여야 할 것이다.

정보의 공개라는 원칙적인 방향을 설정하고 보다 세심한 노력을 기울여 갈 필요성이 엿보인다. 이런 맥락에서 우리 판례는 비공개대상정보에 대해서 제한하는 법

령은 법규명령에 한정하고 있으며, 관련되는 여러 가지 이익들을 형량하여 판단하고 있으며, 또한 정보공개가 청구된 정보들 가운데 분리할 수 있는 부분은 분리하여 공개하도록 하고 있으며, 설령 특정의 정보가 정보비공개대상목록에 설령 해당된다고 하더라도 그 전부에 대해서 비공개로 하지 아니하고 비공개하여야 할 필요성이 있는 부분에 대해서만 비공개를 하도록 하는 등 합리적인 절충점들을 충실하게 찾아나고 있다고 사료된다. 비공개대상정보목록의 요건에 해당하는 지 여부를 판단함에 있어서 관련되는 이익들에 대한 형량을 하여야 하는 경우가 증가하고 있음에 비추어 볼 때, 앞으로는 특정의 요소에 대해서 어느 정도의 가치를 부여하여야 하는지에 대해서 판시에서 보다 상세한 가이드라인들을 제시하는 것이 우리 판례가 나아갈 방향임을 적시하면서 글을 마치고자 한다.

(논문접수일 : 2015.02.03, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.25)



▶ 강 현 호

정보공개, 알권리, 정보공개청구권, 비공개정보대상목록, 정보화사회, 공공기관

【참 고 문 헌】

- 강경근, 미국 정보공개법상 법원의 이익형량의 권한, 판례실무연구 VII, 박영사 (2004.12).
- 경 건, 정보공개청구권의 근거 -대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결-, 행정판례평선, 박영사, 2011.
- 경 건, 독일 정보공개법제의 개관, 행정법이론실무연구회 행정법연구 제2호 (1998년).
- 경 건, 독일 환경정보공개소송(UIG-Klage)의 특성, 행정법이론실무연구회 행정법연구 5호(1999년).
- 김기수, 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 적용 대상 정보 - 2010. 2. 25. 선고 2007두9877 판결, 재판실무연구 2010(II).
- 김배원, 미국의 정보자유법(FOIA) 30년(1966-1996), 공법학연구 3권 1호 (2001.04).
- 김세규, 독일의 정보공개제도와 환경정보법, 동아법학 26호(1999년).
- 김의환, 비공개대상정보의 범위, 행정소송(II) 한국사법행정학회, (2008년).
- 박종보, 공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거, 헌법규범과 헌법현실, 권녕성교수 정년기념논문집, 법문사, 2000.
- 성낙인, 알 권리와 프랑스 정보공개법, 월간고시 제20권 제9호 통권236호(1993년).
- 성낙인, 개인정보보호 및 정보공개 법제의 정립과 언론, 언론중재 제15권제1호 (통권54호)(1995년).
- 소병천, 영국의 환경정보공개에 관한 법제 연구, 외법논집 제35권 제2호 (2011.05).
- 유일상, 정보공개법상 비공개정보의 범위에 관한 비교법제적 연구 -한·미·영·일을 중심으로-, 헌법학연구 11권3호(2005.09).
- 이서열, 개정 정보공개법의 내용과 최근 관련판례의 동향, 연세법학연구 11집1권 (2005년).
- 채우석, 일본의 정보공개법제에 관한 일고, 아·태 공법연구 제5집 219면, 1998.
- 채우석, 일본정보공개법의 의의와 과제, 숭실대학교 법학연구소 법학논총 13집 (2003. 02.).
- 최창호, 미국의 정보자유법에 관한 연구, 법무연수원 해외연수검사연구논문집 19

집1호(2004.01.).

최창호, 정보공개와 개인정보보호에 관한 소고, 숭실대학교 법학연구소 법학논총 18집 (2007.08).

하명호, 정보공개 의무기관 - 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004두2783 판결-, 행정 판례평선, 박영사, 2011.

한위수, 알 권리와 정보공개청구권, 법원도서관 재판자료 제77집(1997년).

황정근, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조의 비공개대상정보, 행정소송실무연구 2권(2002년).

<http://www.gesetze-im-internet.de/>

<https://www.google.co.kr/>

Abstract

Current trends of the supreme court decisions regarding disclosure of administrative informations of public institutions

Kang, Hyun Ho

The function of the administration locates in the operation of the state for the public welfare. To achieve this goal the administration needs to gather many informations. Therefore the administration and its agencies file up various informations. Among these informations some of them can be distributed for the people, who need them. We live in a society of information due to the development of information and communication technology. In this society the people can get much benefit out of information. To release these informations for the public might stimulate the public benefits and also make better society. This trend would be coincide with the creative economy, which is the key motto of the current korean president, Park Guen-Hye.

In a sense the administrative informations would be gathered by means of tax or burden of the people. Thus the administrative agencies should not consider them as their own property but the property of the people. The administrative agencies and their staffs have to contribute to create public wealth and try to actively to disclose them to support the people. In this meaning it might be legitimate to give the people the right to access to the administrative informations.

Because the disclosure of the informations should contribute to the welfare, we have above all to check, whether the disclosure of the

informations might bring side effects. Sometimes there are conflicts between disclosure and concealment. This kind of weighing process happens all the time for the disclosure of the informations. This weighing process would start also in the interpretation of the legal conditions of § 9 in the korean information freedom act, which regulates the informations, which are not to be disclosed.

The fundamental direction of the korean supreme court for the interpretation of the above clause should be continued further, because it tries to enlarge the disclosure of the administrative informations that it orders the agency to disclose the asked informations even in part, if the seperated part can be disclosed.

Finally, for the disclosure of the administrative informations the interpretation of the legal conditions is very important and it depends on mainly the interests assessment or evaluation. Therefore it is to be requested that our korean courts develop proper evaluation elements and their right values, so that the process for the information disclosure might become more rational and objective.



▶ Kang, Hyun Ho

disclosure of information, right to know, right to disclosure of information, nondisclosure list of information, information society, public institutions

개인정보보호법제상 동의의 법리에 대한 형사법적 고찰

이 성 대*

I. 들어가며	
II. 정보자기결정권행사의 방식과 입법례	
1. 개인정보보호법제상 정보자기 결정권과 동의의 의미	IV. 우리 개인정보보호법제상 동의제도의 문제점과 보완방안
2. 외국의 입법례	1. 현행 동의제도의 문제점과 보완의 필요성
3. 시사점	2. 사전동의원칙의 일관적 관철 및 보완방안의 마련
III. 우리 개인정보보호법제상 동의의 법리에 대한 형사법적 고찰	3. 이익형량의 근거정비와 자기 결정권의 확대
1. 형법상 자기결정권의 보호문제와 정보자기결정권	4. 동의의 원칙에 대한 예외규정의 개선
2. 정보주체의 자기결정권 행사로서 동의의 형사법적 성격	V. 나오며
3. 개인정보 보호관련 법률상 동의 제도의 형사법적 이해	
4. 평 가	

【국 문 요 약】

이 논문은 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리와 동의제도를 형사법적 관점에서 검토함에 목적을 두었다. 이를 위하여 먼저 정보자기결정권을 중심으로 하는 정보주체의 권리와 그 행사와 관련된 외국의 입법례를 살펴보았다. 이에 따르면 각국의 입법례는 정보주체의 명시적인 동의를 원칙으로 하는지 아니면 정보주체에 대한 통지 내지 정보주체의 인지만으로도 개인정보의 수집 및 취급이 가능한지에 따라 구체적인 내용에서 차이를 보이고 있다는 점을 지적할 수 있었다. 그리고 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리에 대하여 살펴보았다. 현행 개인정보보호법제는 개별적 사항에 대한 사전의 명시적인 동의를 원칙으로 삼고 있을 뿐 아니라, 자기결정권이 문제되는 다른 구성요건의 경우와 달리 동의의 전제로서 동의의 상대방이 지켜야할 설명의무의 이행과 관련한 사항도 비교적 상세하게 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행 법제상의 동의제도는 법리적으로 불분명한 부분이 존

* 동서대학교 강사, 법학박사.

제할 뿐 아니라 몇 가지 문제점을 노출하고 있다. 이에 따라 개인정보보호법제상의 사전동의의 원칙에 대한 비판적 관점에서 동의관련범죄의 비범죄화를 주장하는 극단적인 견해도 등장하고 있다. 그러나 이 논문은 개인정보자기결정권의 보장이 라는 측면에서 동의관련범죄의 비범죄화 보다는 현행 사전동의의 원칙을 기반으로 구체적 타당성을 확보할 수 있는 제도적 정비의 방안을 모색하는 것이 바람직하다고 보았다. 이에 따라 현행 동의제도의 보완을 위한 나름의 방안으로써 ① 사전동의원칙의 일관적 관철 및 보완방안의 마련, ② 이익형량의 근거정비와 자기결정권의 확대, ③ 동의의 원칙에 대한 예외규정의 개선 등을 제안하였다.

I. 들어가며

우리 개인정보보호법제의 두드러진 특징들 중 하나는 다른 입법례에서는 그 유래를 찾기 어려울 만큼 강력한 형사처벌규정을 두고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이와 같은 강력한 형사처벌규정은 개인정보침해행위를 억지하려는 의도를 담고 있는 것이지만, 그럼에도 불구하고 우리 사회에서 개인정보침해는 아주 빈번하게 발생하고 있다. 개인정보침해행위로 인하여 침해하는 정보의 내용이 중요하지 않고 그 규모도 작은 경우라면 모르겠으나, 최근 들어 문제되고 있는 정보침해사례들 중에는 경제적 가치가 상당하거나 민감한 내용의 개인정보를 침해할 뿐 아니라 그 규모도 상당한 경우가 적지 않다는 점에서 개인정보침해에 대한 사회적 관심은 나날이 고조되고 있는 실정이다.

2014년도에 발생한 개인정보침해사례들 중에서는 카드3사의 개인정보유출사건(1월), KT고객센터 홈페이지 해킹사건(3월), POS단말기 해킹사건(4월) 등이 특히 문제되었다. 이 사건들의 경우에는 침해규모가 크다는 점뿐만 아니라 경제적 관련성이 강한 개인정보들이 함께 유출되었다는 점에서 공통분모를 지니고 있다. 최근에는 유명유통업체의 임직원이 이미 확보하고 있던 고객들의 개인정보와 미끼성 경품행사를 통해 수집한 개인정보를 보험사 등에 팔아 부당한 이익을 취득한 사건이 발생하기도 했다. 특히 이 사건의 경우에는 보험사에 고객정보를 제공한다는 사실을 1mm의 작은 글씨로 기재하여 대부분의 경우 고객들이 이 사실을 인지하지 못한 채 정보제공에 동의하도록 하는 등 정보주체의 자기결정권을 교묘하게 침해했다고 알려졌다.¹⁾ 여기서 주목해야 할 것은 정보주체의 동의를 ‘전가의 보도(傳家寶刀)’처럼 생각하는 그릇된 인식이다. 여기서의 동의는 법률이 요구하는 요건을 충족할 것을 전제로 함에도 불구하고 개인정보취급자들은 형식적 동의의 확보에만 관심을 기울이고 있는 현실을 지적하지 않을 수 없는 것이다. 이러한 정보주체의 처분행위로서 동의의 확보여부는 개인정보침해행위에 대한 형벌부과를 정함에 있어서 결정적인 역할을 하게 된다는 점에서 현행 개인정보보호법제가 규정하고 있는 동의의 법리를 형사법적 관점에서 면밀하게 검토해 볼 필요성을 찾을 수 있다.

1) “홈플러스, 고객정보 2천400만건 보험사에 팔아넘겨”, 2015. 2. 1.자 연합뉴스기사 참조 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/01/30/>, 검색일: 2015. 2. 11.). 이 사건이 발생한 이후 다른 유통업체들에 대한 의혹도 함께 제기되고 있다. 이에 대하여는 “홈플러스 이어 ‘고객정보 불법판매’ 혐의로 이마트·롯데마트 검찰 고발”, 2015. 2. 24.자 조선닷컴기사 참조 (http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2015/02/24/2015022403302.html, 검색일: 2015. 2. 24.).

이 논문의 목적은 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리를 형사법적 관점에서 검토함에 있다. 이를 위하여는 ① 정보자기결정권을 중심으로 하는 정보주체의 권리와 그 행사와 관련된 외국의 입법례(Ⅱ), ② 현행 법제상의 동의의 법리(Ⅲ), ③ 동의의 법리의 문제점과 보완방안(Ⅳ) 등에 대하여 살펴 볼 필요가 있으며, 이하에서 차례로 검토하고자 한다.

Ⅱ. 정보자기결정권행사의 방식과 입법례

1. 개인정보보호법제상 정보자기결정권과 동의의 의미

구체적인 침해유형에 따라 다를 수 있겠지만 개인정보 침해행위를 처벌함으로써 보호하고자 하는 것은 기본적으로 정보자기결정권이라는 점에 대하여는 별다른 이견을 찾아보기 어렵다.²⁾ 다시 말해서, 개인정보보호법을 비롯한 관련법률상의 형벌규정들은 정보자기결정권을 그 보호법익으로 삼고 있는 것이다.³⁾ 여기서 정보자기결정권이란 ‘개인관련정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리’를 의미한다.⁴⁾ 이러한 정보자기결정권의 헌법적 근거와 관련하여 우리 헌법재판소는 “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 하여 개인정보자기결정권의 의미와 헌법상의 근거조항을 제시하고 있다.⁵⁾ 이는 법률상 개인정보의 보호근거라고도 할 수

2) 여기서 정보자기결정권은 개인정보자기통제관리권, 개인정보자기지배권, 개인정보관리권, 개인정보자기통제권 등 다양하게 지칭되고 있으나 그 내용은 동일하다. 다만 현행 개인정보보호법제의 일반법인 개인정보보호법상 형벌규정의 보호법익과 관련하여 동법 제70조의 경우는 공공기관의 개인정보 처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경하거나 말소하여 공공기관의 업무 수행의 중단·마비 등 심각한 지장을 초래하는 행위를 대상으로 하는 것이므로 개인정보의 변경·말소로 인하여 간접적으로 정보주체의 개인정보자기결정권을 침해하는 측면이 있기는 하지만, 이 구성요건의 직접적인 보호법익은 ‘공공기관의 업무’이다(동조의 구성요건 및 성격 등에 대하여는 정혜옥, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 법학논문집 제35집 제3호, 2011, 116면 참조).

3) 한편 개인정보 침해행위의 객체는 ‘개인정보’이다. 이러한 개인정보를 분류 및 유형화하는 방식은 다양하다고 할 수 있는데, 기록으로서의 정보, 비밀로서의 정보, 인격적 가치로서의 정보 등으로의 분류를 대표적인 예로 들 수 있다(이러한 분류방식에 대하여는 이경렬, “개인정보 침해의 형법적 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010, 584면 이하 참조).

4) 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 헌법학 연구 제17권 제2호, 2011, 357면.

있는데, 개인정보보호법 제4조는⁶⁾ 이러한 개인정보자기결정권의 내용을 구체화하여 규정하고 있다.⁷⁾

또한 개인정보보호법을 중심으로 하는 현행 개인정보보호법제는 정보주체의 자기결정권을 구체화하여 규정하면서 그 보호를 위한 다양한 규정들을 마련하고 있다. 이와 같이 개인정보를 보호하는 궁극적인 목적은 정보자기결정권이라는 개인의 자유와 권리를 보호함에 놓여있다고 할 수 있는데, 정보자기결정권보호의 중심에 놓여있는 개념이 바로 ‘동의’이다. 달리 표현하면, 현행 개인정보보호법제는 기본적으로 정보주체의 동의를 중심으로 구성되어 있다고 할 수 있다는 것이다. 왜냐하면, 정보주체의 개인정보처리에 대한 동의와 그 철회는 정보자기결정권을 행사하는 구체적인 수단으로 기능하게 되는 반면에, 개인정보처리자의 입장에서 정보주체의 동의는 정보의 수집에서 파기에 이르는 개인정보처리과정을 정당화하는 가장 확실한 수단으로서의 의미를 지니게 되기 때문이다.⁸⁾ 여기에 현행 개인정보보호법제상 정보주체의 처분행위로서 동의의 중요성이 존재한다. 그런데 이러한 정보주체의 동의가 지니는 의미와 구체적인 취급방식은 입법례에 따라 차이를 보인다. 여기서는 이와 관련한 각국의 입법례를 간략하게 살펴보고자 한다.

2. 외국의 입법례

가. OECD가이드라인

1980년 9월 OECD이사회가 채택·권고한 ‘개인데이터의 국제유통과 프라이버시 보호에 관한 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data: 이하 OECD가이드라인)’은 개인정보의 보호와 관련한 국제사회의 대응에 있어서 출발점으로서의 의미를 지닌다고 할 수 있다. 이러한 OECD가이드라인은 개인정보보호를 위한 원칙들을 규정하고 있는데,⁹⁾ 이

5) 헌법재판소 2010. 9.30, 2008헌바132 결정. 그 외 헌법재판소, 2005. 5. 26, 2004헌마190; 헌법재판소, 2007. 5. 31, 2005헌마1139 결정 등 참조.

6) 동조에 따라 정보주체는 ① 자신의 개인정보 처리와 관련한 정보를 제공받을 권리, ② 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리, ③ 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람을 요구할 권리, ④ 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리, ⑤ 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리 등을 보장받고 있다.

7) 정보자기결정권의 의미와 헌법적 근거 등에 관련된 자세한 내용은 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 공법연구 제29집 제3호, 2001 참조.

8) 개인정보의 보호와 관련한 법률체계에서 동의의 의미와 기능에 대하여는 전용준, “위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구”, 정보법학 제18권 제1호, 2014, 221면.

중에서 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle)을 규정하고 있는 제7조는 정보를 수집하는 단계에서부터 정보주체의 인지(knowledge) 혹은 동의(consent)를 전제로 할 것을 규정하고 있다. 그렇지만 OECD가이드라인은 정보주체의 인지나 동의의 확보 없이도 개인정보의 수집이 가능하다는 점을 밝히고 있다는 점과¹⁰⁾ 정보주체가 인지하도록 하는 방법에 대하여는 별다른 제한을 두지 않고 있다는 점에 주의를 요한다. 즉, 정보주체의 동의는 반드시 요구되는 필수적 요건이 아닐 뿐만 아니라 구체적인 경우 정보주체의 동의 외에도 고지 내지 통지 등의 방법을 통해서도 정보수집이 가능하다는 것이다.¹¹⁾ 또한 OECD가이드라인은 수집된 개인정보를 명시된 목적을 벗어나서 공개하거나 이용하는 것을 금지하고 있지만, 정보주체의 동의가 있는 경우 외에도 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 공개 및 이용이 가능하도록 규정하고 있다는 점(동 가이드라인 제10조 참조)에서 동의를 필수적 원칙으로 일관되게 관철하고 있는 것은 아니라고 할 수 있다.

이상의 내용을 종합해 보면 OECD가이드라인은 정보주체의 동의를 원칙으로 규정하면서도 동의에 비하여 다소 간편할 수 있는 정보주체의 인지를 인정함으로써 정보자기결정권에 대한 절대적 보호보다는 개인정보의 합리적 이용과 정보자기결정권의 최소한의 보장을 추구하고 있는 것이라 할 수 있다.¹²⁾

나. 독 일

독일의 연방정보보호법(BDSG: Bundesdatenschutzgesetz)은 공공부문과 민간부문을 포괄하는 소위 ‘통합방식’을¹³⁾ 취하고 있다.¹⁴⁾ 현재의 연방정보보호법은 1995년 EU 개인정보보호지침의¹⁵⁾ 내용을 반영하고 있다. 즉, 독일 연방정보보호법은 동법

9) 이를 보통 ‘개인정보보호 8원칙’이라 하는데, ① 수집제한의 원칙, ② 정보내용정확성의 원칙, ③ 목적특정의 원칙, ④ 이용제한의 원칙, ⑤ 안전확보의 원칙, ⑥ 공개의 원칙, ⑦ 개인참가의 원칙, ⑧ 책임의 원칙을 내용으로 한다(OECD가이드라인 제7조 내지 제13조).

10) OECD가이드라인의 부속해설서(Explanatory Memorandum)는 미성년자, 정신장애자 등의 경우를 구체적으로 예시하고 있다(동해설서 제52문 참조).

11) OECD가이드라인 및 부속해설서의 구체적인 내용은 <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> 참조.

12) 정보주체의 인지를 OECD가이드라인의 부속해설서는 ‘최소한의 요건(the minimum requirement)’이라 설명하고 있다.

13) 통합개인정보보호법의 제정이전에 통합방식과 개별방식과 관련한 국내에서의 논의에 대하여는 정준현, “개인정보보호법 제정 필요성 및 방향”, 성균관법학 제22권 제3호, 2010, 585면 이하 참조.

14) 세계최초의 정보보호법은 독일 Hessen주(州)의 정보보호법(1970)이라고 알려져 있다. 독일은 Hessen주의 정보보호법을 필두로 하여, 1977년 연방차원의 정보보호법을 제정하였다(<http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesdatenschutzgesetz> 참조, 검색일: 2015. 2. 24.).

의 적용과정에서 드러난 문제점을 반영하여 1990년 12월에 개정되었지만, 2003. 1. 14.에는 유럽연합(EU)의 개인정보보호지침을 반영하기 위해 다시 개정되어 오늘에 이르고 있다.¹⁶⁾

여기서 EU 개인정보보호지침은 앞서 언급한 OECD가이드라인과는 달리 일정한 예외를 제외하고는 정보주체의 동의가 있을 것을 요구하고 있다는 점에서 보다 엄격한 형태라고 할 수 있다.¹⁷⁾ 다만, EU지침이 인정하는 예외도 비교적 폭넓은 범위라 할 수 있어 개인정보의 수집·이용의 일반원칙으로서 동의를 전면에 내세우는 입법이라 평가할 수는 없다.¹⁸⁾ 반면, EU 개인정보보호지침을 반영한 독일의 연방정보보호법은 개인정보의 수집 및 이용에 있어서 동의를 원칙으로 하고 있다는 점에서 본질적인 차이를 보이고 있다. 즉, 독일 연방정보보호법은 개인정보를 수집·이용하는 등의 처리과정에서 몇몇의 예외를¹⁹⁾ 제외하고는 정보주체의 ‘유효한 동의(동법 제4조a 참조)’를 원칙으로 삼고 있다는 점에서 그 특성을 찾을 수 있다.

다. 미 국

개인정보보호와 관련하여 미국은 각각의 영역별로 법률을 마련하여 이를 보호하는 소위 ‘개별방식’을 취하고 있다.²⁰⁾ 이에 따라 공공분야에 있어서는 프라이버시법(Privacy Act of 1974)을 통하여 공공기관이 보유하는 개인정보에 대한 규율을 규정하고 있으며, 민간분야의 경우에는 부문별로 개별적인 단행법을 통하여 개인정보를 보호하는 방식을 취하고 있다.²¹⁾ 미국의 개인정보보호법제에서 정보주체의

15) 정식명칭은 “Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr”이다. 이하에서는 ‘EU 개인정보보호지침’이라 약칭한다.

16) 유한나/김형주/이재식/박태성/전문석, “국내 개인정보보호법의 발전방향 제시를 위한 국외 개인정보보호법 분석”, 정보보호학회논문집, 제22권 제5호, 2012. 10, 1093면. 그리고 동법에 대한 최근의 개정은 2009. 8. 14.자 이다.

17) 유럽연합에서 개인정보보호와 관련한 최근의 논의에 대하여는 김일환/홍석한, “유럽연합의 개인정보보호 집행체계에 관한 연구”, 성균관법학 제24권 제4호, 2012, 6면 이하 참조.

18) EU 개인정보보호지침 제7조는 개인정보취급의 전제로서 ㉔ 동의가 있는 경우, ㉕ 계약이행을 위한 경우, ㉖ 법률적 의무준수를 위한 경우, ㉗ 정보주체의 이익을 보호하기 위한 경우, ㉘ 공공의 이익이 존재하거나 공권력의 행사에 뒤따르는 경우, ㉙ 개인정보처리자 또는 제3자의 이익을 위한 경우의 6가지를 규정하고 있다. EU 개인정보보호지침의 상세한 내용은 전웅준, “위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구”, 224면 및 임규철, 개인정보법(2012), 북포유, 2013, 154면 이하 참조.

19) 이러한 예외에 대하여는 독일 연방정보보호법 제13조 및 제14조 참조.

20) 통합개인정보보호법이 제정되기 이전의 우리 법제와 유사한 형태라고 할 수 있다. 개인정보보호와 관련한 입법형식에 대하여는 백윤철/이창범/장교식, 개인정보보호법, 한국학술정보(주), 2008, 233면 참조.

동의를 확보하는 방법과 구체적인 취급은 일률적으로 설명하기 어렵다. 다만 정보주체의 동의확보와 관련하여는 사후적인 거절의사를 통하여 개인정보의 취급을 제한하는 방식(소위 ‘opt-out 방식’)을 폭넓게 활용하고 있다는 점에서 우리법제와 구별되는 특색을 찾아 볼 수 있다.²²⁾

라. 일 본

일본의 개인정보의 보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法: 이하 ‘개인정보보호법’)은²³⁾ 개인정보의 수집 및 처리에 있어 정보주체의 동의를 원칙으로 규정하고 있지 않다. 다만 동법은 개인정보를 목적 외로 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우에 한하여 정보주체의 동의를 요구하고 있다(동법 제16조 및 제23조 참조). 따라서 일본의 개인정보보호법은 개인정보의 수집 및 이용에 있어서 정보주체의 동의확보를 요건으로 하지 않는다는 점은 명확하다고 할 수 있으며, 정보주체의 동의가 아닌 인지를 최소한의 요건으로 규정하고 있는 OECD가이드라인의 태도와 가장 유사한 입법형태라고 할 수 있다.

3. 시사점

이상에서 살펴보았듯이 각국의 입법례는 정보주체의 명시적인 동의를 원칙으로 하는지의 여부에 따라 구체적인 내용에서 차이를 보이고 있는데, 이는 각국이 정보주체의 자기결정권보호와 개인정보의 활용·유통 중 어디에 무게중심을 두고 있는지를 판가름할 수 있는 요소라 할 수 있다. 즉, OECD가이드라인과 일본의 개인정보보호법은 개인정보의 유통 및 활용에 중점을 두고 있는 것으로서 최소한의 자기결정권보호를 요구하는 입법례라고 할 수 있는 반면에, EU지침을 비롯한 독일의 개인정보보호법은 정보주체의 자기결정권 보호에 우선순위를 두고 있는 것이라 할 수 있다. 한편, 미국의 법제는 입법형식상의 차이에 따라 일률적으로 평가할 수는 없지만, 개인정보의 효율적 이용이라는 부분에 중점을 두고 있는 것으로 보인다. 그렇지만 구체적인 법률에 따라 정보주체의 자기결정권을 반영할 수 있는 근거규정

21) 미국의 개인정보보호법제상 주요한 법률로는 공정신용조사법(Fair Credit Reproting Act of 1970), 금융프라이버시권법(Right to Financial Privacy Act of 1978), 전자통신프라이버시법(Electronic Communication Privacy Act of 1986) 등을 들 수 있다.

22) 미국법제상 전기통신분야에서 고객위치정보의 취급에 관련한 소위 ‘opt-in방식’과 ‘opt-out방식’에 대하여는 전용준, “위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구”, 225면 이하 참조.

23) 동법률은 2003년 5월 30일 법률 제57호로 제정되었으며, 이에 대한 최근의 개정은 2009년 6월 5일(법률 제49호)에 있었다.

들 마련하고 있으므로, 경우에 따라 정보주체의 자기결정권을 보호함으로써 구체적인 타당성의 확보할 수 있을 것이다.

이상의 내용에 비추어 볼 때, 우리 개인정보보호법제는 EU 및 독일의 법제에 가장 가까운 형태를 취하고 있음을 알 수 있다. 주의할 것은 우리 개인정보보호법제가 정보주체의 사전동의를 원칙으로 삼고 있다는 부분에서 EU 및 독일의 법제와 기본적인 유사성을 보이고 있지만, 세부적인 내용에 있어서는 역시 차이가 존재한다는 점이다. 예를 들어, 사전동의를 원칙에 대한 예외의 규정형식과 사전동의를 미확보에 대한 구체적인 취급형태 등에서 그 차이를 지적할 수 있다. 따라서 우리 법제상 동의의 법리를 검토함에 있어서 각국의 입법내용을 비교하는 과정을 통하여 법제적 정비방안과 관련한 시사점을 얻을 수 있을 것이라 예상된다.

III. 우리 개인정보보호법제상 동의의 법리에 대한 형사법적 고찰

1. 형법상 자기결정권의 보호문제와 정보자기결정권

개인정보의 형법적 보호문제는 비교적 최근의 문제이지만 그 보호법익으로서의 ‘자기결정권’은 기존에도 빈번하게 다루어져 온 주제 중의 하나이다.²⁴⁾ 대표적으로 형법상 성적 자기결정권의 보호문제와 주로 상해죄와의 관계에서 논의되어 온 환자의 자기결정권의 문제를 예로 들 수 있다. 이 중에서 성적 자기결정권은 다양한 성적 침해로 내용으로 하는 범죄군에 있어서 그 자체가 보호법익이 된다는 점에서 정보자기결정권과 유사한 구조를 보인다. 다음으로 환자의 자기결정권에 대한 보호의 문제와 관련해서는 자기결정권의 적절한 행사를 위한 전제로서 의사의 설명의무가 주요한 검토대상이라 할 수 있으며, 정보자기결정권의 보호문제에 있어서도 개인정보취급자의 설명의무가 문제된다는 점에서 양자 간의 유사성을 찾을 수 있다. 이러한 형법상 자기결정권보호의 중심에 놓여있는 개념이 바로 ‘동의’라 할 수 있으며, 이에 따라 형법상 자기결정권의 보호문제는 법익주체의 처분행위로서 동意的 법적 성격과 효과의 문제로 집약되어 논의된다. 여기서는 개인정보보호법을 중심으로 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리를 살펴보고자 한다.

24) 형법적 의미에서 자기결정권의 의미와 그 한계에 대하여는 황태정, “형법상 동의의 법적 효과와 한계”, 형사법연구 제19권 제2호, 2007, 65면 이하.

2. 정보주체의 자기결정권 행사로서 동의의 형사법적 성격

앞서 언급했듯이 개인정보침해행위를 대상으로 하는 현행 개인정보보호법제상의 구성요건들에 있어 정보자기결정권이 그 주요한 보호법익이라는 점에 대해서는 별다른 이견을 찾아보기 어렵다. 하지만 이러한 정보자기결정권의 처분행위로서 정보주체의 동의가 지니는 법적 성격과 효과에 대한 이론구성상의 차이가 존재할 수 있음은 쉽게 예상할 수 있는 부분이다. 형법상 동의의 체계적 지위와 관련한 이원설, 구성요건조각사유설, 위법성조각사유설 등에서 그 가능성을 엿볼 수 있다.²⁵⁾ 이 중에서 이원설의 전제에서 보면, 개인정보침해행위에 대한 법익주체의 동의에 대한 법적 평가는 양해로 바라보는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 개인정보침해행위는 법익주체의 의사에 반할 것을 ‘본질적 불법내용’으로 하는 경우라 할 수 있기 때문이다.²⁶⁾ 뿐만 아니라 개인정보보호법을 비롯한 관련법률상의 구성요건 중에는 정보주체의 동의가 있으면 동법위반행위를 구성하지 않도록 규정하고 있는 경우를 다수 찾아 볼 수 있다.²⁷⁾ 즉, 개인정보보호법 등은 법익주체의 동의는 기본적으로 구성요건해당성을 배제하는 성격을 지닌다는 점을 전제하고 있는 것이다. 따라서 정보자기결정권에 기반한 정보주체의 동의는 당해 침해행위에 대한 사회적 관점에서의 가치평가가 문제되지 않는 한 원칙적으로 구성요건해당성을 조각하는 양해로서의 성격을 지닌다고 보아야 할 것이다.²⁸⁾

25) 동의가 구성요건해당성을 배제시키는 경우를 양해(Einverständnis)라 하고, 위법성을 배제시키는 경우를 승낙(Einwilligung)이라고 구별하는 이원설의 입장이 오늘날의 통설이라 할 수 있다.

26) 이원설의 입장에 따르면이라도 피해자의 동의를 양해와 승낙으로 구분하는 일반적인 원칙은 없다. 다만 어떤 행위가 양해에 해당하느냐에 대해서는 자율의 원리와 관계에서 개별적으로 결정해야 한다(정성근/박광민, 형법총론, SKKUP, 2013, 284면). 구체적으로는 당해 법익이 오로지 피해자의 개인적 처분권의 객체가 되는가 아니면 당해 법익에 대한 사회적 관점에서의 의미 내지 가치가 부여되어 있는가에 따라 판단될 수 있다(김성돈, 형법총론, SKKUP, 2014, 307면).

27) 대표적으로 개인정보보호법 제71조 제1호는 정보주체의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 제3자에 제공하는 등의 행위만을 원칙적인 처벌대상으로 삼고 있으며, 이외의 구성요건에서도 정보주체의 동의가 존재하는 경우에는 처벌대상에서 제외되는 경우가 다수 규정되어 있다. 또한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’) 제71조 제1호도 동의를 받지 아니하거나 불완전한 동의(동법 제22조 제1항 각호의 사항을 알리지 아니하고 얻은 동의)를 받고서 개인정보를 수집한 경우를 처벌대상으로 하고 있으며, 그 외 다수의 구성요건에서 동의를 받지 아니한 경우를 원칙적인 처벌대상으로 규정하고 있다.

28) 개인정보 침해행위에 있어서 정보주체의 동의가 양해로서의 성격을 지닌다고 보는 견해로는 전응준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 226면과 정해옥, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 124면 등을 예로 들 수 있다.

3. 개인정보 보호관련 법률상 동의제도의 형사법적 이해

가. 동의의 유효요건

구성요건해당성을 배제하는 양해가 유효하기 위한 요건은 구체적인 구성요건에 따라 다르게 파악하는 입장이 오늘날 일반적인 견해라 할 수 있다.²⁹⁾ 다만, 개인의 자유에 관한 죄(대표적으로 강간죄)의 경우 ① 법익처분자의 양해능력,³⁰⁾ ② 법익처분자의 명시적 의사 내지 명시적 의사에 반하지 않을 것,³¹⁾ ③ 의사표시에 하자가 없을 것,³²⁾ ④ 양해의 현실적 존재³³⁾ 등이 요구된다고 이해하는 것이 일반적이다.

동의의 유효요건과 관련하여 개인정보보호법 제22조는 ① 법률상 규정된 방법에 따른 명시적 동의를 받을 것(제1항)³⁴⁾, ② 14세 미만 아동의 경우 법정대리인의 동의를 받을 것(제5항) 등을 별도로 규정하고 있다.³⁵⁾ 이 중에서 법정대리인의 동의는 14세 미만 아동의 자기결정권을 후견적 입장에서 보조하기 위한 것으로 법정대리인의 동의가 없더라도 14세 미만 자의 동의자체가 무효로 되는 것은 아니라고

29) 대표적으로 주거침입죄의 경우 자연적 의사능력만으로 유효한 양해가 성립할 수 있는지의 여부에 대하여 견해가 나뉘고 있다. 이는 양해의 법적성질에 대한 사실적 성질설과 개별설의 견해대립에서 출발한다. 이러한 사실적 성질설과 개별설의 구체적인 내용에 대하여는 이정원, “법익주체의 동의로서 승낙과 양해”, 형법논총 제16집 제2호, 2009, 14면 이하 참조.

30) 법익을 임의로 처분할 수 있는 자의 양해가 있어야 하며, 적어도 자연적 의사능력이 있는 자의 양해라야 한다. 즉, 자연적 의사능력이 있으면 판단능력이 없는 미성년자나 정신이상자도 양해를 할 수 있다는 것이다.

31) 명시적 의사표시를 요건으로 하는 것은 아니라는 의미이다. 즉, 자연적 의사능력으로 충분한 경우 양해의사가 외부에 표시될 필요가 없고, 행위자는 양해가 있다는 사실을 인식하지 않았어도 그 의사 내지 내심에 반하지 않으면 양해가 된다는 것이다(정성근/박광민, 형법총론, 286면).

32) 이 또한 ‘사실적 성질설’과 ‘개별적 취급설’ 중 어느 입장을 취하는지에 따른 이론구성상의 차이가 존재한다. 다만 다수의 입장인 개별적 취급설의 전제에서는 절도죄나 주거침입죄에 있어서는 하자가 개입하더라도 양해는 여전히 유효하지만, 미성년자유인죄나 강간죄 등 성적 자유에 관한 죄에 있어서는 하자가 개입된 경우의 양해에 대해서는 그 효력이 인정될 수 없다(김성돈, 형법총론, 310면).

33) 이와 관련하여 이른바 ‘추정적 양해’를 긍정하는 견해(대표적으로 오영근, 형법총론, 박영사, 2012, 390면)도 존재하지만, 현실적 양해의 존재를 요구하는 것이 일반적인 입장이라 할 수 있다. 이에 따르면 추정적 양해는 부정되지만, 현실적 양해가 없는 경우라도 추정적 승낙의 요건을 구비한 경우에는 위법성이 조각될 수 있다(김성돈, 형법총론, 310면 이하; 정성근/박광민, 형법총론, 287면).

34) 개인정보보호법 제22조 제1항은 “개인정보처리자는 이 법에 따른 개인정보의 처리에 대하여 정보주체(제5항에 따른 법정대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 동의를 받을 때에는 각각의 동의 사항을 구분하여 정보주체가 이를 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 각각 동의를 받아야 한다”고 하여 개별적이고 명시적인 동의가 원칙임을 명확히하고 있다. 독일의 경우에도 사전에 동의설명서와 함께 개인정보의 사용을 허락할 수 있으며, 동의는 원칙적으로 서면동의를 의한다(임규철, 개인정보 보호법제, 푸른세상, 2004, 20-22면 참조).

35) 이와 같은 개인정보보호법상 동의의 요건에 대응하여 정보통신망법과 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 ‘위치정보법’)에도 유사한 규정이 존재한다.

생각된다. 개인정보보호법은 법정대리인의 동의를 받지 아니한 경우 동법 제75조 제1항 제2호에 따라 5천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있을 뿐 동의자체의 효력에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 개인정보보호법은 정보주체의 명시적인 동의를 요구한다는 점에서 일반적인 양해의 유효요건과는 구별되는 요건을 설정하고 있는 것이라 할 수 있다. 그런데 동법 제22조 제1항의 해석과 관련하여 동법은 반드시 명시적 동의를 요구하는 취지는 아니라는 주장도 찾아 볼 수 있다.³⁷⁾ 하지만 동법시행령 제17조 및 정보통신망법 시행령 제12조에서 동의를 받는 방법으로서 서면, 전화, 우편, 팩스, 인터넷 홈페이지, 전자우편 및 이에 준하는 방법으로 동의 내용을 알리고 동의의 의사표시를 확인할 것을 명시하고 있는 점을 고려하면, 동법은 명시적 동의를 요구하는 취지라고 보아야 할 것이다.³⁸⁾ 또한 동법 제72조 제2호의 처벌규정은 동의의 의사표시에 하자가 있는 경우 동의의 유효성의 문제에서 나아가 별도의 처벌대상이 될 수 있음을 명시하고 있다는 점에 비추어 보더라도 이와 같이 해석하는 것이 동법의 취지에 보다 더 부합한다고 본다.

결국, 우리 개인정보보호법제가 예정하는 동의는 고지된 동의(informed consent)로서 개별적 사항에 대한 사전의 명시적인 동의라 할 것이다(사전동의의 원칙).

나. 개인정보취급자의 설명의무

개인정보취급자의 설명의무와 관련하여 개인정보보호법은 제15조 제2항에서 개인정보처리자는 동의를 받음에 있어서 개인정보의 수집·이용 목적, 수집하려는 개인정보의 항목, 개인정보의 보유 및 이용 기간, 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 정보주체에게 알려야 하며 이들 사항 중 어느 하나의 사항을 변경하는 경우에도 이를 알리고

36) 반면, 정보통신망법은 제71조의 벌칙규정을 통하여 정보주체의 동의를 받지 아니하거나(제1호) 법정대리인의 동의를 받지 아니한 경우(제8호)에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

37) 예를 들어, 전용준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 227면. 이에 따르면, 묵시적 동의가 존재하는 경우에도 유효한 양해가 된다고 한다. 그러나 개인정보보호법이 명시적 동의에 한정하고 있는 한 이와 같은 해석은 바람직하지 않다고 본다. 또한 묵시적 동의는 경우는 추정적 승낙의 법리에 따라 그 위법성을 조각하는 형태로 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 가능할 것이므로 굳이 법률의 문언에 반하는 해석을 따를 필요는 없다고 본다.

38) 이와 관련하여 개인정보보호법령 및 지침고시 해설서(행정안전부, 2011/12) 73면도 “이 법에서 정보주체의 동의는 명시적 동의를 의미한다”고 해석하고 있다. 또한 정보통신망법 시행령 제12조는 인터넷사이트, 전화, 서면, 우편, 모사전송, 전자우편 이외에 ‘이에 준하는 방법’은 인정하지 않고 있다.

동의를 받을 것을 요구하고 있다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 동법 제22조는 동의를 받는 방법에 대하여 상세하게 규정하고 있으며, 동법 시행령 제17조는 이를 보다 구체화하여 규정하고 있다.³⁹⁾ 또한 동법 제16조는 개인정보처리자는 개인정보를 수집하는 경우에는 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집할 것(제1항), 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에는 동의하지 아니할 수 있다는 사실을 구체적으로 알리고 개인정보를 수집할 것(제2항), 정보주체가 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에 동의하지 아니한다는 이유로 정보주체에게 재화 또는 서비스의 제공을 거부할 수 없다는 것(제3항)을 규정하고 있다.

또한 개인정보보호법은 이상의 의무를 위반한 경우에 대하여 그 경중에 따라 과태료(1천만원 내지 5천만원)의 부과를 예정하고 있다.⁴⁰⁾ 개인정보보호법과 마찬가지로 정보통신망법, 위치정보법 등의 개별·특별법도 비교적 상세하게 개인정보취급자의 설명의무를 규정하고 있다.

다. 동의의 원칙에 대한 예외

이상에서 살펴본 바와 같이 개인정보보호와 관련한 현행의 법률체계는 개인정보취급자에 대하여 타인의 개인정보를 수집 및 처리함에 있어서 원칙적으로 법익주체의 동의를 확보할 것을 요구하고 있다(사전동의의 원칙).⁴¹⁾ 이는 정보주체의 자기결정권을 최대한 보장하기 위한 것으로 ‘자신에 관련된 정보의 사용과 공개에 대하여 스스로 결정할 권리’를 의미하는 자기결정권을 보호법익으로 하는 개인정보침해범죄에 있어서 정보주체의 의사에 근거한 법익처분이 원칙이 되어야 한다는

39) 개인정보보호법시행령 제17조 제1항은 동의를 받는 방법이라는 표제하에 정보주체의 동의를 받는 방법을 상세하게 규정하고 있는데, ① 동의 내용이 적힌 서면을 정보주체에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스 등의 방법으로 전달하고, 정보주체가 서명하거나 날인한 동의서를 받는 방법(제1호), ② 전화를 통하여 동의 내용을 정보주체에게 알리고 동의의 의사표시를 확인하는 방법(제2호), ③ 전화를 통하여 동의 내용을 정보주체에게 알리고 정보주체에게 인터넷주소 등을 통하여 동의 사항을 확인하도록 한 후 다시 전화를 통하여 그 동의 사항에 대한 동의의 의사표시를 확인하는 방법(제3호), ④ 인터넷 홈페이지 등에 동의 내용을 게재하고 정보주체가 동의 여부를 표시하도록 하는 방법(제4호), ⑤ 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 정보주체로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 받는 방법(제5호), ⑥ 그 밖에 제1호부터 제5호까지의 규정에 따른 방법에 준하는 방법으로 동의 내용을 알리고 동의의 의사표시를 확인하는 방법(제6호) 등이 그것이다.

40) 개인정보보호법 제75조 참조.

41) 이러한 우리 법제의 태도는 정보주체가 동의를 해야만 개인정보를 처리할 수 있는 방식으로서 소위 ‘opt-in방식’을 원칙으로 하는 것이라 할 수 있다. 반면에 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 처리하는 방식을 소위 ‘opt-out방식’이라고 하는데, 이 방식에 따르면이라도 정보주체가 거부 의사를 밝힌 경우에는 개인정보의 처리를 바로 중지해야 한다.

점에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다.

그런데 개인정보보호법 등은 법익주체의 동의를 받을 것을 원칙으로 하면서 이에 대한 일정한 예외를 규정하고 있다. 개인정보보호법을 예로 들어 보면, 개인정보의 수집 및 이용(제15조 제1항 제2호 내지 제6호), 개인정보의 제3자 제공(제17조 제1항 제2호), 개인정보의 목적 외 이용 및 제공(제18조 제2항 제2호 내지 제9호), 개인정보를 제공받은 제3자의 이용 및 제3자 제공(제19조 제2호) 등의 각 단계에서 예외적으로 법익주체의 동의 없이 개인정보를 수집, 이용 및 제공할 수 있는 구체적인 사유를 규정하고 있다.⁴²⁾ 대체적으로 동법 제15조에 규정된 개인정보의 수집 및 이용단계에서의 예외요건에 비하여 이후의 단계에서 동의의 예외요건이 보다 엄격하게 규정되어 있다고 할 수 있다. 예를 들어, ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에는 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용 및 제공하는 것이 가능하지만(제15조 제1항 제2호, 제17조 제1항 제2호, 제18조 제2항 제2호, 제19조 제2호 등), ‘계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우’에는 개인정보의 수집 및 이용은 가능한 반면에 제3자 제공, 목적 외의 이용 및 제공 등은 불가능하다.⁴³⁾

4. 평 가

이상에서 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리에 대하여 살펴보았다. 이에 따르면, 현행 개인정보보호법제는 개별적 사항에 대한 사전의 명시적인 동의를 원칙으로 삼고 있을 뿐 아니라 자기결정권이 문제되는 다른 구성요건의 경우와 달리 동의의 전제로서 동의의 상대방이 지켜야할 설명의무의 이행과 관련한 사항도 비교적 상세하게 규정하고 있음을 알 수 있다. 다시 말해서, 우리 개인정보보호법제는 앞서 살펴 본 독일의 입법례와 마찬가지로 사전동의의 원칙을 전면으로 내세우고 자기결정권의 행사와 보호를 위한 비교적 자세하고 엄격한 규정을 마련하고 있는 것이다.

이와 같은 사전동의의 원칙에 대하여는 개인정보보호법제를 구성하는 규범구조에 있어서 정보자기결정권이 그 핵심이 될 뿐 아니라 이를 최대한 존중해야 한다

42) 개인정보보호법은 이외에 민감정보, 고유식별정보, 주민등록번호 등을 처리하는 경우 등에 대해서도 동의의 예외요건을 별도로 규정하고 있다(동법 제23조 내지 제24조의2 참조).

43) 다시 말해서, 동법 제15조 제1항 4호의 사유(‘정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우’)는 제17조 내지 제19조에서는 찾아 볼 수 없다.

는 관점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 문제는 우리 법제상 정보자기결정권의 침해는 형사처벌의 대상이 될 수 있다는 점에 있다. 즉, 우리 개인정보보호법제는 형사처벌을 매개로하여 일률적으로 사전동의의 원칙을 강제하고 있다고 할 수 있는데, 이는 개인정보취급자의 입장에서는 과도한 규제로 받아들여질 수 있을 뿐 아니라 개인정보의 보호와 이용이라는 상반되는 요구들을 조화시키기 어렵게 하는 근본적인 원인이 된다고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 이러한 문제의식에 기반하여 현행법제상의 동의의 범리에 대한 의문을 제기하고 나아가 동의관련 범죄의 비범죄화를 주장하는 견해도 등장하고 있다.⁴⁵⁾ 이러한 비범죄화의 주장은 현행과 같이 사전동의의 원칙을 관철하게 되면, 기업활동의 위축과 함께 새로운 산업발전을 저해하게 될 우려가 높다는 점을 강조한다. 그리고 특히 ① 정보주체의 동의를 받지 않은 채 개인정보를 수집한 행위에 대하여 개인정보보호법은 과태료를(동법 제75조 제1항 제1호 참조) 부과하도록 규정하고 있는 반면에, 정보통신망법은 형사처벌을(동법 제71조 제1호 참조) 예정하고 있다는 점과 ② 정보주체로부터 개인정보를 수집하는 경우 엄격한 사전고지 및 동의의 원칙을 적용(개인정보보호법 제15조)하는 반면에 정보주체 이외의 자로부터 수집한 개인정보를 처리하는 경우에는 정보주체의 요구가 있으면 고지하도록 함으로써⁴⁶⁾ 정보주체로부터 개인정보를 수집하는 경우와 정보주체 이외의 자로부터 개인정보를 수집하는 경우를 달리 취급하고 있다는 점⁴⁷⁾ 등을 근거로 동의관련 범죄의 비범죄화를 주장한다.

이러한 비범죄화의 주장은 개인정보의 효율적 이용을 중시하는 입장이라 할 수 있는데, 이에 따라 동의관련 범죄를 비범죄화하더라도 그에 따른 별도의 보완책이 요구된다는 점에서 근본적 해결방안이라 하기는 어렵다고 본다. 물론, 일반적인 정보처리의 단계에 있어서 첫 번째 단계에 해당하는 정보수집의 단계는 이후의 정보처리과정을 준비하는 단계에 불과하므로 이를 처음부터 형사처벌의 대상으로 삼는

44) 이러한 관점에 대하여는 전용준, “위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구”, 227면.

45) 구태인, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제4호, 2013, 75면 이하.

46) 개인정보보호법은 제20조에서 정보주체 이외의 자로부터 정보를 수집하는 경우 정보주체의 요구가 있으면 즉시 개인정보의 수집 출처, 개인정보의 처리 목적, 동법 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실 등을 고지할 의무가 있음을 규정하고 이러한 고지의무를 위반한 경우 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제75조 제2항 제3호). 반면, 정보통신망법은 이에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 정보통신망법의 적용을 받는 경우에도 개인정보보호법 제20조와 제75조 제2항 제3호를 보충적용하게 된다.

47) 이와 관련하여 구태인, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 74면은 정보주체 이외의 자로부터 개인정보를 수집하는 경우에 대해서는 사전고지 및 동의의 원칙을 관철하지 않아 ‘고지·동의 제도의 사각지대’가 발생하게 된다고 한다.

것이 바람직하지 않다고 생각할 여지는 존재한다. 그러나 지금까지 살펴본 바와 같이 개인정보보호제도에 있어서 자기결정권은 그 핵심이 되지 않을 수 없으며, 이러한 자기결정권침해의 출발점이라 할 수 있는 정보수집단계에서 이를 강력하게 규제할 필요성도 부정할 수는 없다. 따라서 일률적인 동의관련범죄의 비범죄화는 바람직하지 않다고 본다. 그렇다고 하더라도 현행 개인정보보호법제상의 동의의 법리가 품고 있는 문제점들에 대한 검토의 필요성은 여전히 남게 되는데, 이에 대하여는 항을 바꾸어 언급하고자 한다.

IV. 우리 개인정보보호법제상 동의제도의 문제점과 보완방안

1. 현행 동의제도의 문제점과 보완의 필요성

현행 개인정보보호법제상 동의제도의 문제점으로는 다음과 같은 것들을 지적할 수 있으며, 이에 대한 보완책의 마련은 개인정보주체의 실질적 권익향상을 위하여 반드시 해결되어야 할 과제라 생각한다. 특히 이는 강력한 형사처벌을 예정하고 있는 현행법제상의 형벌규정과 관계에서 발생하는 문제점들을 주요한 내용으로 한다는 점에서 개인정보처리자의 입장에서 중요한 문제라 할 수 있다.

먼저, 사전동의원칙의 비밀관성이다. 이는 두 가지 정도의 문제점에 기인하는 것이라 할 수 있는데, ① 개인정보보호법과 정보통신망법이 사전동의의 원칙을 침해한 행위에 대하여 과태료의 부과와 형사처벌이라는 서로 다른 평가를 하고 있다는 점과 ② 정보주체로부터 개인정보를 수집한 경우와 정보주체 이외의 자로부터 개인정보를 수집한 경우를 본질적으로 다르게 취급하고 있다는 점(행위유형에 따른 비대칭성)이 그것이다. 이러한 사전동의원칙의 비밀관성은 현행 법제상 사전동의의 원칙에 대한 수범자의 신뢰를 해하게 되고, 이에 따라 앞서 언급한 동의관련 범죄의 비범죄화를 주장하는 견해와 연결된다는 점은 이미 지적한 부분이다.

다음으로, 현행 개인정보보호법제상 동의제도는 정보주체와 정보처리자 사이의 이익형량가능성을 충분히 반영하지 못하고 있다는 점 또한 문제가 아닐 수 없다. 타입법제와 달리 강력한 형사처벌규정을 두고 있음에도 정보자기결정권침해에 대하여 일률적인 처벌만을 규정하고 개인정보보호와 개인정보의 효율적 활용이라는 개인정보보호제도의 목적을 조화시키기 위한 고려가 부족하다는 것이다. 따라서 사안에 따른 구체적 타당성을 확보하고 개인정보를 효율적으로 활용할 수 있도록

제도적 보완방안을 고민할 필요가 있다.

마지막으로, 현행 법제상 동의의 원칙에 대한 예외규정이 지니는 복잡성도 문제이다. 앞서 언급했듯이 개인정보를 취급하는 각 단계별로 별도의 예외규정을 마련하고 있는 것이 현행 법제의 규정형식이지만, 이렇게 별도로 규정되어 있는 사유들은 대부분의 경우 대동소이하다. 이와 같이 대동소이한 내용을 반복하여 규정하는 것은 입법경제적 관점에서 효율적이지 않을 뿐만 아니라 이를 숙지하고 준수해야 할 수범자(개인정보처리자)의 의무준수를 어렵게 하는 요인이 될 수 있다는 점에서 이에 대한 정비가 요구된다고 하겠다.

여기서는 현행 개인정보보호법제에서 발견되는 이러한 문제점들을 해결하기 위한 나름의 방안을 제시하고자 한다.

2. 사전동의원칙의 일관적 관철 및 보완방안의 마련

현행 개인정보보호법제상의 동의제도에 대한 보완방안으로는 우선 사전동의의 원칙을 일관하여 관철할 수 있도록 법률을 정비해야 한다는 점을 제시할 수 있다. 다만 동일한 정보자기결정권 침해행위에 대한 개인정보보호법과 정보통신망법의 차별적 취급문제는 각 법률이 적용되는 영역상의 차이에 따른 입법적 고려의 일환으로서 광범위한 입법재량을 일탈한 것으로 단정할 수 없으므로 동의제도 자체의 문제점을 대상으로 하는 이 논문의 검토대상에서는 제외하는 것이 타당하다고 본다. 즉, 정보주체로부터 개인정보를 수집한 경우와 정보주체 이외의 자로부터 개인정보를 수집한 경우를 차별적으로 취급하고 있다는 문제점이 주요한 개선대상이 되어야 한다. 따라서 정보통신망법에도 개인정보보호법 제20조와 같은 정보주체에 대한 즉시의 통지의무규정을 마련하고, 나아가 이러한 통지의무를 위반한 행위에 대하여는 정보통신망법이 정보주체로부터 동의 없이 정보를 수집하는 경우 형사처벌을 하고 있는 것과 균형을 맞추어 처벌규정을 마련해야 한다고 본다.

그리고 사전동의의 원칙을 일관하게 되면, 구체적인 경우에 개인정보처리자에 대해 불가능한 의무를 부과하는 결과를 초래하거나 정보주체의 일반적 활동에 상당한 불편을 야기할 수 있다는 등의 부작용이 예상되는 만큼 이에 대한 추가적인 보완책이 요구된다. 이에 대하여는 개인정보처리사유를 구체화하고 정보주체에 대한 명확한 고지를 기반으로 하는 opt-out방식(선택적 거부)을 적극적으로 도입함으로써 어느 정도 보완이 가능하다고 본다. 특히 일률적인 opt-in방식의 적용은 빅데이터의 활용과 같은 새로운 기술발전의 편의를 저해하게 된다는 점에서 다방면에

서 비판을 받고 있는 실정을 고려하면, opt-out방식을 통한 탄력적인 동의방식의 확보는 충분히 의미있는 보완방안이 될 것이라 생각한다. 다만 민감정보 및 고유 식별정보와 같이 보호의 필요성이 보다 강하게 요청되는 개인정보에 대하여는 현행과 같은 opt-in방식을 유지해야 할 것이고, 그 외의 경우로 opt-out방식의 적용범위를 고민해야 한다고 본다.

3. 이익형량의 근거정비와 자기결정권의 확대

다음으로, 정보주체와 정보처리자 사이의 이익형량가능성을 충분히 반영하지 못하고 있다는 문제점과 관련하여 개인정보보호법 제15조 제1항 제6호는 “개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우”⁴⁸⁾ 정보주체의 동의 없이 개인정보를 수집할 수 있다고 명시하고 있다. 즉, 독일의 정보보호법이 규정하고 있는 것과 유사한 이익형량의 근거규정이 마련되어 있는 것이다. 그러나 이 규정은 개인정보의 ‘수집 및 이용’에 제한되어 있으며, 이는 개인정보의 처리과정 중 일부에 불과하다. 즉, 제3자 제공 및 목적의 이용 등의 단계에서는 이익형량의 근거규정(개인정보보호법 제15조 제1항 제6호)이 적용될 수 없는데, 기타의 예외사유들이 수집 및 이용의 단계이후에도 유사하게 규정되어 있는 점과는 대비되는 부분이라 할 수 있다. 그러나 정보주체와 정보처리자의 이익형량의 필요성은 정보처리의 단계에 따라 구체적인 범위의 차이는 있을 수 있겠으나, 그 필요성 자체에는 차이가 없다고 본다. 따라서 이익형량의 근거규정의 적용범위를 보다 일반화하고 근거규정의 배제와 관련한 구체적인 규정들을 마련하는 형태로 법률을 정비할 필요가 있다고 본다. 여기서는 독일의 개인정보보호법상 이익형량의 원칙에 관련한 규정의 체계를 다수 참고할 수 있을 것이라 예상된다. 다만 이는 현행법상 동의의 원칙에 대한 예외를 규정하고 있는 다수의 관련규정들을 통괄하여 정비해야 한다는 점에서 다소간의 주의가 필요한 부분이라 할 수 있다(이익형량규정의 정비).

그리고 정보자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄에 대하여 이를 일률적으로 비범죄화하는 주장은 정보주체의 자기결정권 보호를 저해하게 될 것이므로 그대로 받아들이기에는 무리가 있음은 앞서 지적한 부분이다. 그러나 정보자기결정권 침해행위를 일률적으로 처벌함에 따라 발생하는 불필요한 범죄자의 양산

48) 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다(동호 2문).

과 수사기관의 부담가중이라는 문제는 반드시 해결되어야 할 과제에 속한다. 이에 대하여는 정보자기결정권 침해로 내용으로 하는 범죄들 중에서 경미한 침해에 대해서는 정보주체의 의사에 따라 형사처벌의 여부를 결정할 수 있도록 친고죄 혹은 반의사불벌죄의 형식을 취하는 방안을 하나의 대안으로 고려해 볼 수 있다(자기결정권의 확대). 다만 은밀하게 발생하는 정보침해범죄의 특성상 정보주체가 침해사실 자체를 인지하는 것도 어렵다는 점을 고려하면, 친고죄의 형태로는 정보주체를 두텁게 보호하기는 어려울 것으로 보인다. 따라서 반의사불벌죄의 형식을 취하는 편이 정보주체의 권익향상이라는 측면에서 보다 효율적일 것이라 생각한다.

4. 동의의 원칙에 대한 예외규정의 개선

마지막으로, 동의의 예외요건에 대한 개선이 필요하다. 현행 개인정보보호법은 개인정보의 취급단계에 따라 개별적인 예외요건을 별도로 규정하고 있으나 각각의 예외요건이 중첩되고 있을 뿐만 아니라 각 단계에 따른 차별적 규정의 필요성도 찾아보기 어렵기 때문이다. 또한 개인정보보호법 등은 정보처리의 단계가 진행됨에 따라 정보주체의 자기결정권행사를 보장하기 위하여 정보주체에 대한 통지제도를 다양하게 마련하고 있으므로 예외요건을 어떻게 규정하고 있는지와 상관없이 정보주체의 자기결정권행사를 보장하는 것은 충분히 가능하다고 본다. 게다가 동의의 예외요건을 통일적인 형태로 규정하지 않음으로 인하여 수범자인 개인정보취급자로서는 그렇지 않아도 법률상 부과된 다양한 준수사항에 더하여 검토해야 할 사항만 복잡해지는 바람직하지 않은 상황에 놓이게 되는 것도 문제이다. 따라서 동의의 예외요건은 개인정보의 성격에 따라 통일적으로 규율하는 형태로 개선되어야 한다. 그리고 정보의 취급단계에 따른 개별적인 취급이 필요하더라도 일반적인 동의의 예외요건에 대한 배제규정과 당해 정보취급단계에 특유한 예외규정만을 별도로 규정하면 충분할 것이다. 이는 정보취급자를 비롯한 수범자의 의무준수를 유도함에도 바람직한 방법이라 생각한다.

V. 나오며

이 논문은 현행 개인정보보호법제상 동의의 법리와 동의제도에 대한 고찰을 목적으로 하였는데, 이상에서 살펴본 바와 같이 현행 개인정보보호법제상 동의제도

는 동의확보의 형식화, 예외규정의 복잡성 등과 같은 몇 가지 문제점을 노출하고 있다. 개인정보보호의 문제에 있어서 정보자기결정권은 개인정보보호를 위한 규범 체계상 핵심적 위치를 점하고 있다는 점을 고려하면, 동의제도와 관련하여 이상에서 검토한 문제점들은 향후 개인정보보호법제의 정비에 있어서 반드시 해결되어야 할 과제는 분명하다. 그렇지만 법률 및 제도의 정비만으로는 개인정보의 보호와 개인정보의 효율적 이용이라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 없다는 점을 유념해야 할 것이다. 즉, 개인정보에 대한 사회일반의 그릇된 인식을 전환하는 것이 무엇보다도 시급한 과제이며, 이러한 인식의 전환이 함께 이루어져야만 개인정보보호법제의 정비가 실질적 효용을 발휘할 수 있다는 점을 강조하고자 한다.

향후 우리 개인정보보호법제와 관련한 적극적인 법제의 정비와 개인정보를 취급하는 사업자 등을 비롯한 사회일반의 올바른 인식의 전환이 이루어지기를 기대한다.

(논문투고일 : 2015.02.08, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.19)



이 성 대

개인정보보호법, 동의의 법리, 정보자기결정권, 개인정보처리자, 정보주체

【참 고 문 헌】

- 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2014.
- 백윤철/이창범/장교식, 개인정보보호법, 한국학술정보(주), 2008.
- 임규철, 개인정보 보호법제, 푸른세상, 2004.
- 임규철, 개인정보법(2012), 북포유, 2013.
- 정성근/박광민, 형법총론, SKKUP, 2013.
- 행정안전부, 개인정보보호법령 및 지침고시 해설서, 2011.
- 구태언, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 가천법학 제6권 제4호, 2013.
- 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 공법연구 제29집 제3호, 2001.
- 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 헌법학 연구 제17권 제2호, 2011.
- 김일환/홍석한, “유럽연합의 개인정보보호 집행체계에 관한 연구”, 성균관법학 제24권 제4호, 2012.
- 유한나/김형주/이재식/박태성/전문석, “국내 개인정보보호법의 발전방향 제시를 위한 국외 개인정보보호법 분석”, 정보보호학회논문집, 제22권 제5호, 2012/10.
- 이경렬, “개인정보 침해의 형법적 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010.
- 이정원, “법익주체의 동의로서 승낙과 양해”, 법학논총 제16집 제2호, 2009.
- 전응준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 정보법학 제17권 제2호, 2013.
- 전응준, “위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구”, 정보법학 제18권 제1호, 2014.
- 정준현, “개인정보보호법 제정 필요성 및 방향”, 성균관법학 제22권 제3호, 2010.
- 정혜옥, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 법학논문집 제35집 제3호, 2011.
- 황태정, “형법상 동의의 법적 효과와 한계”, 형사법연구 제19권 제2호, 2007.

Abstract

A Review on the Provisions in the Criminal Law about legal principles of consent on the protection of the personal information Protection Law System in Korea

LEE, SUNGDAE

These days, infringement against personal information was made frequently. This study investigated legal principles of the agreement and agreement system according to current personal information system protection system from point of view of criminal law. Even if the agreement of current personal information protection law system should satisfy legal requirements, personal information users paid attention to acquisition of the agreement to require examination from point of view of criminal law.

The study discussed to examine legal principles of the agreement of the personal information protection law system:

At first, the study investigated legislation cases in foreign countries concerning rights and exercise of information body based on right to informational self-determination. Legislation case in foreign countries varied depending upon principles of agreement of information body and notice to information body and/or information body's cognition to collect and handle information.

The study investigated legal principles of the agreement of current personal information protection law system. Current personal information protection law had principle of advance agreement on individual matters to regulate performance of explanation duties of the other party subject to

agreement to differ from other requirements. Nonetheless, the agreement system of current law had legal uncertainty to disclose some problems. Some scholars said quite opposite ideas arguing de-criminalization of agreement related crimes from criticism point of view against principles of advance agreement.

In this study, system of validity based on principle of the advance agreement rather than de-criminalization of agreement related crimes was needed from point of view of assurance of personal information decision right. The study suggested to supplement current agreement system: First, consistent adoption and supplementation of the principle of advance agreement, second, base of interest balance theory and expansion of self-determination, third, improvement of exceptional regulations of the principle of the agreement.



▶ LEE, SUNGDAE

Personal Information Protection Act, legal principles of consent, the right to informational self-determination, Data Controller, Data Subject

근저당권설정자가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부*

—대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결을 위한 변론—

이 현 재**

I. 서론	4. [이유] 부분과 [판시사항] 및 [판결요지]의 차이
II. 사안의 개요	5. 소결
1. 사실관계	V. 근저당권부 채권에 대한 전부명령과 채무부존재확인청구
2. 원고의 청구와 제1심의 판단	1. 문제의 제기
3. 원고의 청구와 원심의 판단	2. 채무자 對 채권자 겸 근저당권자
4. 대법원판결(대상판결)	3. 피담보채권이 전부된 경우의 예상 되는 주문
III. 비판적 견해의 요약	4. 전부명령 제3채무자의 채무부존재 확인청구
1. 요약	5. 소결(발본색원적 해결 수단의 탐구)
2. 논의의 순서	VI. 비판적 견해에 대한 고찰
IV. 대상판결의 이해	VII. 결론
1. 원고의 지위의 분석	
2. 「물상보증인」의 지위와 확인의 이익	
3. 원고의 지위 추론	

【국 문 요 약】

「근저당권설정자」가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부에 관한 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)은 확인의 소의 보충성을 완화하자고 주장하거나 심지어 보충성의 원칙은 불필요하다고 주장하는 학자들로부터 많은 비판을 받아왔다. 여기서 쟁점은 「근저당권설정자」의 의미 내지 범위이다. 비판적 견해는 원고의 지위를 「채무자 겸 근저당권설정자」임을

* 이 논문은 2014. 4.경 대한민사법학회에 발표한 내용을 수정, 보완한 것임.

** 전남대학교 법학전문대학원 부교수.

전제로 하고 논의를 전개하고 있다. 그러나 이 논문에서 원고는 「채무자」와 「물상보증인으로서 근저당권설정자」라는 두 지위를 가지고 있다는 점을 밝히고 두 지위에서 제기한 피담보채무부존재확인청구의 소의 이익을 검토하였다. 그 중 물상보증인의 지위에서 제기한 원고(선정당사자)의 피담보채무부존재확인청구에 대하여 근저당권설정등기 말소청구라는 가장 유효·적절한 해결 수단의 존재로 인해 소의 이익이 없다고 판시한 대상판결이 비판이나 비난받을 이유나 근거가 없다는 점을 살펴보았다.

근저당권의 채무자는 「채무자」의 지위에서 원래의 채권자 또는 전부채권자를 상대로 얼마든지 채무부존재확인을 구할 수 있다는 점을 살펴보고, 전부채권자를 상대로 소를 제기할 경우 가능한 여러 채무부존재확인청구 중에서 어느 것이 가장 발본색원적 해결 수단인지에 대해 검토하여 보았다. 확인의 소의 독자적 확인의 이익이 있음을 주장하더라도 가능한 여러 채무부존재확인청구 중에서 가장 유효·적절한 방법을 찾아내는 작업이 선행되어야 할 필요성은 인정해야 하기 때문이다. 그 논의의 결과 근저당권부 채권이 전부된 경우 제3채무자는 전부채권자를 상대로 전부금채무부존재확인청구를 선택하는 것이 가장 발본색원적 해결 수단이라는 결론에 도달하였다.

결국, 대상판결은 「채무자 겸 근저당권설정자」를 다룬 사안이 아니라 「채무자」와 「물상보증인으로서 근저당권설정자」를 다룬 사안이다. 나아가 대상판결은 「채무자」의 채무부존재확인청구를 허용하지 않은 것이 아니라 전부명령의 제3채무자가 전부채권자를 상대로 제기한 「피담보채무부존재확인청구」를 허용하지 않은 것이라고 보아야 한다.

I. 서론

「근저당권설정자」¹⁾가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부에 관한 대판 2000.4.11, 2000다5640(이하 ‘대상판결’이라 한다)만큼 많은 비판을 받아온 판결도 없을 것 같다. 대상판결은 확인의 소의 보충성을 오해 또는 부당하게 확대적용한 것이라거나²⁾ 확인의 소의 보충성을 완화하자고 주장하거나 심지어 보충성의 원칙은 불필요하다고 주장하는 학자들로부터 비판의 강도가 심했³⁾, 그 비판은 지금까지도 수그러들지 않고 있다.⁴⁾ 비판적 견해는 “대상판결은 변경되거나 예외적인 경우에 한하여 적용되어야 한다.”거나,⁵⁾ “대상판결의 판시는 명시적으로 폐기되어야 한다.”거나⁶⁾ 또는 “근저당권의 피담보채무부존재확인청구에 대하여는 이른바 확인의 소에 대한 보충성의 원칙이 적용될 필요가 없고 근본적으로는 보충성의 원칙 자체가 폐기되어야 한다.”고 주장하고 있다. 비판적 견해가 공통적으로 들고

1) 「근저당권설정자」라는 말은 대상판결의 [이유] 부분에는 기재되어 있지 않고 [판시사항] 및 [판결요지]에만 기재되어 있으나, 이미 여러 선행연구에서 「근저당권설정자」가 피담보채무부존재확인청구를 할 때 그 확인의 이익이 있는지 여부에 관한 주제로 다루어 왔고, 이 논문의 주제 역시 「근저당권설정자」에 대한 올바른 이해에 관한 것이어서 [판시사항] 및 [판결요지]상의 표현을 그대로 차용하였음을 양지바란다.

2) “확인 소의 보충성을 오해하였거나 부당하게 확대적용하는 것으로 타당하지 않다.” 호문혁, 「민사소송법(제11판)」, 법문사, 2013, 316면.

3) 안철상, “근저당권 피담보채무부존재확인청구의 소와 확인의 이익”, 「민사재판의 제문제 11권」, 2002, 변재승선생 권광중선생화갑기념, 민사실무연구회, 934-951면.

4) 최근의 비판적 견해로, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소에 관한 검토-대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결을 소재로-”, 민사소송(제18권 제2호), 2014, 87면 참조.

5) 안철상, 앞의 논문, 951면.

6) 최진수 변호사가 2011. 2. 27. 00:20 작성한 네이버 블로그(닉네임: 고갱이) 「최진수 변호사의 법률 쟁점 노트」 중 「근저당권 피담보채무의 부존재확인 청구의 소의 이익의 유무(공정)」이란 주제에서 “대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결의 판시는 타당치 않은 것이고, 아래에서 보는 主流的 대법원판결들에 비추어 보면 非主流的 판례로 취급하여 그 적용을 배제함이 옳다. 근저당권말소청구의 소와 함께 제기된 피담보채무부존재확인 소는 확인의 이익이 있다고 보아야 한다. 아래의 主流的 대법원판결들은 근저당권말소청구의 소와 함께 제기된 피담보채무부존재확인 소가 확인의 이익이 있음을 전제로 한 것들이다. 만일 그 확인의 이익을 부정하는 입장을 취하였다면 확인의 이익의 존부는 직권으로 판단하여야 할 사항이므로 피담보채무부존재확인 소는 직권으로 각하되었어야 하기 때문이다. 위 판시는 명시적으로 폐기됨이 옳다.”고 주장한다. 그리고 “아래의 판결”로써 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다393 판결, 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카37 판결, 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1115 판결, 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001다45201 판결 등을 거론하고 있다.

「최진수 변호사의 법률 쟁점 노트」 <http://blog.naver.com/yejeeena/20123469716> 혹은 <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=yejeeena&logNo=20123469716&redirect=Dlog&widgetTypeCall=true> (2014. 4. 20. 봄.)

있는 논거는 채무부존재확인청구는 근저당권설정등기말소청구와는 소송물 및 기판력에서 서로 다르고, 채무부존재확인청구를 독자적으로 제기할 필요성이 있으며, 피담보채무부존재확인청구는 근저당권설정등기말소청구의 선결적 법률관계로서 중간확인의 소(민사소송법 제264조)와 같은 성격이어서 처음부터 소의 보충성의 원칙이 문제되지 않는다는 것 등이다. 비판적 견해의 이론 전개는 치밀함과 정치함에 놀라지 않을 수 없었고 위의 논거들을 포함하여 제시하고 있는 여러 논거들은 그 어느 것 하나 놓쳐서는 안 되는 훌륭한 생각들이어서 부족한 공부에 지대한 도움이 되었다.

그러나 한편으로 도대체 대상판결은 무엇을 잘못하였기에 ‘변경 또는 폐기’라는 말을 듣는 것인지 지적 호기심이 발동하였고, 그 이유를 탐구하는 과정에서 대상판결을 지지하거나⁷⁾ 호의적으로 해석하려는 입장⁸⁾을 발견하기도 하였다. 그러던 중 대상판결의 사실관계에서 고유한 채무자의 지위에 있던 원고가 상속으로 인하여 물상보증인의 지위를 승계하였다는 점을 발견하였고, 뒤에서 보는 바와 같이 비판적 연구의 근거에는 원고의 지위를 「채무자 겸 근저당권설정자」로만 보는 시각이 깔려 있지 않나 라는 의문이 들었다. 이번 기회를 통해 대상판결을 제대로 이해하고 제3채무자가 전부채권자를 상대로 채무부존재확인청구를 할 경우 그 소의 이익을 논해보자는 생각으로, 논문주제 그 자체로만 보더라도 별 독창성이나 전문성 등이 없음에도 불구하고, 이 글을 쓰게 되었으니 깊은 양해바란다.

7) 김홍엽, 「민사소송법(제3판)」, 박영사, 2013, 271, 272면에서, 대상판결을 지지하고 있다. 그 논거로 “피담보채무가 부존재한다고 하여 근저당권설정말소등기를 청구하는 경우(근저당권말소청구를 현재의 이행의 소로 제기하는 경우)에는 분쟁의 주된 대상은 말소등기 자체이므로 피담보채무의 부존재확인 소는 분쟁의 유효적절한 수단이 될 수 없다. 따라서 채무부존재확인청구는 확인의 이익이 없다고 봄이 상당하다.”는 점을 제시하고 있다.

8) 최근에 위 대상판결의 결론을 호의적으로 해석하려는 논문으로는, 강수미, “채무부존재확인청구의 확인의 이익에 관한 고찰-판례를 중심으로-”, 「민사소송(제18권 제2호)」, 한국민사소송법학회, 2014, 144면이 있는데, 이 논문은 “이 사건에서 甲은 현재의 근저당권자인 乙이 아니라 종전의 근저당권자인 A와의 사이에서 체결된 근저당권설정계약에 기한 피담보채무의 부존재확인을 구하였는데, 이러한 경우 甲의 피담보채무부존재확인청구는 과거의 법률관계를 대상으로 하는 것으로 볼 수 있고, 그 결과 확인의 이익이 부정되는 것으로 해석할 수 있다(필자 주: 甲-원고, 乙-피고).”고 논거를 제시한다. 그러나 이와 같은 논거는 “근저당권이 이미 말소된 경우 근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인청구는 확인의 이익이 없다”는 대판 2013.8.23. 2012다17585의 판결 이유를 참고한 생각으로부터 나온 것으로 보이는 점, 나아가 대상판결의 사안과 다르다는 점 등을 고려할 때 동의하기 어렵다.

II. 사안의 개요

1. 사실관계⁹⁾

소외 甲의 소유이던 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호로 채권최고액 50,000,000원, 등기원인 1995. 10. 23.자 근저당권설정계약, 채무자 원고(선정당사자, 이하 ‘원고’라고만 한다), 근저당권자 소외 乙로 된 근저당권설정등기가 마쳐졌다. 그 후 乙의 전처인 피고가 1998. 1. 13. 채무자를 乙, 제3채무자를 원고로 하여 같은 법원 98타기298, 299호로 위 근저당권부 채권에 대한 압류 및 전부명령을 받았고, 위 채권압류 및 전부명령은 1998. 2. 8. 확정되어 1998. 2. 19. 근저당권자를 피고로 하여 위 근저당권의 이전등기가 마쳐졌다. 한편 이 사건 부동산에 관하여 1998. 3. 12., 1997. 1. 8.자 상속을 원인으로 하여 원고를 포함한 별지 선정자 6인(이하 합하여 ‘원고등’이라 한다) 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다.

원고는 이 사건 청구원인으로서, 원고가 위 乙로부터 영업자금을 차용하기로 하고 먼저 위와 같은 근저당권설정등기를 마쳤으나 원고가 부도가 나는 바람에 돈을 차용하지 아니하였으므로, 위 근저당권설정등기는 그 설정계약에 기한 피담보채무가 없는 무효의 등기이어서 그 피담보채무의 부존재확인과 위 근저당권설정등기의 말소를 구한다고 주장하였다.

이에 대하여 피고는, 원고가 위 근저당권설정등기 이전에 위 乙로부터 40,620,000원을 차용하였으며, 乙이 이 사건 부동산을 원고로부터 임차하여 그 보증금으로 30,000,000원을 지급하였는데 위 근저당권설정등기는 그 피담보채무로서 위 차용금채무와 위 임대차보증금반환채무를 포함하며, 위 각 채무는 변제되지 아니하였으므로 원고의 청구에 응할 수 없다고 다투었다.

심리 결과, 원고는 위 乙로부터 위 근저당권설정등기 전에 여러 차례의 차용과 변제를 반복한 끝에 채무가 12,820,000원이 남아 있는 사실 및 위 乙은 1997. 1. 15. 이 사건 부동산을 원고로부터 임차하고 임대차보증금으로 30,000,000원을 지급한 사실이 인정되었다. 한편, 원고가 위 근저당권설정등기를 마친 후 위 乙로부터 영업자금으로 새로이 돈을 차용하려 하였으나 위 乙이 부도를 내게 되어 돈을 차용하지 않은 사실이 인정되었고, 그리고 결정적으로, 원고와 위 乙 사이에 원고의

9) 대법판결의 원심인 대구지법 제3민사부 1999.1.26, 99나2582 참조.

위 乙에 대한 차용금채무와 위 임대차보증금반환채무를 이 사건 근저당권의 피담보채무에 포함시키기로 하는 약정이 있었음을 인정할 증거가 없었다.

2. 원고의 청구와 제1심¹⁰⁾의 판단

제1심에서 원고(선정당사자)의 청구취지는 「1. 원고들의 피고에 대한 별지 목록 기재 건물에 관하여 근저당권자 피고, 채권최고액 금 50,000,000원, 채무자 원고, 원인 1995. 10. 23. 계약에 기한 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호 근저당권설정등기에 기한 근저당채무는 존재하지 아니함을 확인한다.¹¹⁾ 2. 피고는 원고들에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.」였다. 제1심은 원고(선정당사자)의 채무부존재확인청구 부분에 대하여 이 사건 근저당권등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하여 승소판결을 받는 것이 피담보채무가 없음에도 여전히 근저당권설정등기가 존속함으로 말미암아 생긴 원고의 법적 지위의 불안을 제거하는데 보다 유효하고 적절한 수단이 될 것이고, 또 실제로 원고가 피담보채무 없음을 이유로 이 사건 근저당권등기의 말소를 구하고 있는 이상 별도로 그 피담보채무의 부존재확인을 구할 이익이 있다고 할 수 없다는 이유로 각하하고, 근저당권등기말소청구 부분은 근저당권설정등기가 피담보채무 없이 종료된 것인가의 점에 관하여 인정할 증거가 없다는 이유로 기각하였다. 이에 대해 원고(선정당사자)가 항소하였다.

3. 원고의 청구와 원심¹²⁾의 판단

원심에 나타난 채무부존재확인청구 및 근저당권설정등기말소청구에 대한 주문에 대응하는 원고의 청구취지는 다음과 같다.

1. 원고(선정당사자)와 소외 乙 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 근저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니함을 확인한다.

2. 피고는 원고(선정당사자) 및 별지 선정자들에게 위 부동산에 관하여 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를

10) 대구지법 1999.1.26, 98가단27941.

11) 청구취지에서 말소대상으로 삼은 근저당권은 ‘근저당권설정등기’가 아니라 근저당권자가 피고인 ‘근저당권이전등기’였고, 제1심법원도 말소대상으로 근저당권이전등기를 언급하고 있다.

12) 대구지법 제3민사부 1999.12.24, 99나2582.

이행하라.

제1심에서는 원고 및 선정자들 모두 피담보채무부존재확인을 구하고 있는데 반해 항소심인 원심에서는 원고만이 구하는 것으로 변경되어 있는 등 몇 가지 점에서 차이가 있다. 아마도 원심에서 청구취지의 변경이 있었던 것으로 추측된다. 원심은 위에서 인정한 사실관계를 바탕으로, 「그렇다면, 원고와 소의 乙 사이에 이 사건 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 근저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니한다 할 것이고, 피고가 이를 다투고 있으므로 원고는 그 확인을 구할 이익이 있다 할 것이며, 또한 위 피담보채무가 존재하지 아니하는 이상 피고는 원고등에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.」고 판시한 후, 원고의 피담보채무부존재확인청구 및 근저당권설정등기말소청구를 인용하였다. 이에 대해 피고가 상고를 하였다.

4. 대법원판결(대상판결)

「확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용된다고 할 것이다.¹³⁾ 이 사건과 같이 원고가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 원고로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다고 할 것인데, 원심이 이 점을 간과하고 이 사건 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니하고 피고가 이를 다투는 이유만으로 채무부존재확인을 구할 이익이 있다고 판단하여 채무부존재확인을 구하는 청구 부분을 각하한 제1심판결을 취소하였으니, 여기에는 채무부존재확인의 소의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.」 (밑줄은 필자)

13) 대상판결이 참조한 판례: 대판 1999.9.17, 97다54024; 대판 1966.4.6, 66다231 등 참조.

Ⅲ. 비판적 견해의 요약

1. 요약

논의의 편의상 먼저 비판적 견해를 간단히 소개하고자 한다. 대상판결에 대한 비판적 견해를 요약하면 아래와 같다.¹⁴⁾

금전채무와 관련하여 “채무자로서는 당해 채권에 관하여 근저당권 등의 담보권이 존재하고 있는 때”¹⁵⁾(필자 주: 이런 경우를 통상 「채무자 겸 근저당권설정자」라고 한다)에는 근저당권설정등기의 말소와 함께 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구할 확인의 이익이 있다고 해야 한다. 그런데 대상판결은 다음과 같은 의문과 문제점이 있다.

첫 번째, 대상판결의 취지는 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 “함께” 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 채무부존재확인청구의 소는 확인의 이익이 없다는 취지로 이해된다. 그렇다면 근저당권설정등기의 말소청구를 하지 아니한 채 피담보채무부존재확인청구만 한 경우에도 확인의 이익이 없다고 할 것인가?

두 번째, 대상판결의 취지는 피담보채무 “전부”의 부존재확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 채무부존재확인청구는 확인의 이익이 없다는 취지로 이해된다. 실무에서는 일정한 금액을 초과하는 금액의 부존재확인청구도 허용되고(대판 1982.11.23, 81다393; 대판 1983.6.14, 83다카37), 전액변제를 이유로 말소를 구하였더라도 잔액이 남아 있는 경우 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정되고 있는데(대판 1995.7.28, 95다19829), 그렇다면 이 판결들과 대상판결의 관계는 무엇인가?

세 번째, 이 사건의 채권자(피고)는 원래의 근저당권자가 아니라 근저당권자의 채권자로서 근저당권부 채권을 압류·전부받은 자인바, 그렇다면 채권양도와 마찬가지로 압류된 채권은 동일성을 유지한 채로 압류채권자인 피고에게 이전되었다고 할 것인데, 이처럼 채권자가 변경되었다고 하여 확인의 이익을 달리할 것인가?¹⁶⁾

비판적 견해 중에는 대상판결은 이유와 결론 모두 부당하며, 위와 같은 명백히

14) 안철상, 앞의 논문, 936-938면 참조.

15) 안철상, 앞의 논문, 937면.

16) 안철상, 앞의 논문, 949, 950면 참조.

부당한 판결이 나오는 이유는 확인소송의 보충성을 너무 강조하고 오해하였기 때문이라는 견해도 있다.¹⁷⁾ 이에 대한 필자의 입장을 VI. 비판적 견해에 대한 고찰 부분에서 몇 자 적어보고자 한다.

2. 논의의 순서

첫째, 이 논문은 고유한 「채무자」의 지위를 가지는 원고가 상속으로 「물상보증인」의 지위를 승계하였다는 점을 밝힘으로써 시작한다. 원고가 갖는 두 지위는 논의의 출발점이고 이 논문의 근간이기 때문이다. [판시사항] 및 [판결요지]상에 원고의 지위를 「근저당권설정자」라고 함으로써 빚어지는 오해를 짚어본다. 원고는 「채무자」와 「물상보증인」의 지위를 가지므로 원고가 제기한 피담보채무부존재확인청구의 소의 이익을 판단함에 있어 그 두 지위에 따라 판단하여야 하는 것인바, 대상판결이 과연 두 지위를 인식한 뒤에 판단하였는지 검증하기로 한다. 이를 위해 판결구조 및 주문 기재방식에 따라 추론해 본다. 그 가운데 물상보증인의 지위에서 제기한 피담보채무부존재확인청구에 대한 소의 이익 여부를 살펴본다. 사건으로, 대상판결은 「물상보증인」의 지위를 인식하고 판단한 것은 분명하나 「채무자」의 지위를 인식하고 판단하였는지는 불분명하다는 결론을 내린다. 그러나 필자의 생각이 짊어질 수도 있다는 점을 배제할 수 없다. 그리하여 대상판결이 채무자의 지위에서도 판단하였다는 것을 전제하고 그렇다면 보충성의 원칙을 들어 채무자의 피담보채무부존재확인청구에 대하여 확인의 이익이 없다고 선언한 대상판결을 어떻게 이해할 것인지 그 방향을 제시한다.

둘째, 한편 사안은 피담보채권이 전부명령에 의해 전부된 사안으로, 제3채무자인 원고가 전부채권자를 상대로 채무부존재확인청구를 할 때 채무부존재확인이라는 같은 이름으로 불려도 여러 가능한 채무부존재확인청구의 종류가 있으므로 그 중 누구를 상대로 무엇을 확인대상으로 삼는 것이 가장 발본색원적 해결 수단인지를 검토한다. 그리하여 전부채권자를 상대로 한 전부금채무부존재확인청구가 가장 유효·적절한 방법이라는 것을 제시한다.

마지막으로, 이와 같은 논의를 통해 필자는 비판적 견해를 검토한다. 이하에서 자세히 살펴보겠지만, 원고는 「채무자」와 「물상보증인」의 지위를 가지고 있는데도, 비판적 견해는 원고의 지위를 「채무자 겸 근저당권설정자」임을 전제로 하

17) 최성호, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소에 관한 검토-대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결을 소재로-”, 「민사소송(제18권 제2호)」, 2014, 87면 참조.

고 있어 대상판결에 적절한 비판이 아닌 것으로 생각되기 때문이다.

IV. 대상판결의 이해

1. 원고 지위의 분석

사실관계에서 보듯, 소의 甲이 채무자(원고)를 위해 甲 소유의 이 사건 부동산에 근저당권을 설정하여 줌으로써 물상보증인이 되었고, 그의 사망으로 원고를 포함한 자녀 6명이 물상보증인의 지위를 공동상속 함으로써 물상보증인의 지위를 승계한 사안이다. 즉 원고는 고유한 채무자의 지위와는 별개로 상속을 통해 물상보증인의 지위를 갖게 된 것이다. 원고를 포함한 나머지 5명의 상속인은 모두 「물상보증인」의 지위를 가진다는 점에서 공통된다. 이와 같은 원고의 지위를 이 논문에서는 상황에 따라 「채무자」와 「물상보증인으로서의 근저당권설정자」 또는 「물상보증인」이라고 한다. 사안에서, 원고가 피담보채무부존재확인을 구하고 있으므로 「채무자」와 「물상보증인」이라는 별개의 두 지위에서 각 확인의 이익을 검토하여야 한다.

통상적으로 채무자가 자기 소유의 부동산에 대하여 근저당권을 설정한 경우를 가리켜 이른바 「채무자 겸 근저당권설정자」라 칭하는 관행에 비추어 볼 때,¹⁸⁾ 위와 같이 상속으로 인해 두 지위를 가지는 원고에 대하여 「채무자 겸 근저당권설정자」의 지위를 가진다고 말하는 것은 대상판결을 오해할 우려가 있으므로 사용하여서는 안 된다.

그리고 채무자가 물상보증인을 상속함으로써 혼동(민법 제507조)으로 「채무자 겸 근저당권설정자」가 되는 것이 아닌가라는 의견도 있을 수 있지만, 혼동의 법리란 채권과 채무가 동일한 주체에게 귀속할 때 적용되는 것이므로 채무와 책임이 동일한 주체에게 귀속되는 경우에는 그 법리를 적용할 수 없다.¹⁹⁾

한편, 대상판결은 피담보채무부존재확인청구와 “함께” 근저당권설정등기말소를 청구하는 경우에 전자의 청구는 허용하지 않겠다고 선언하고 있다. 대상판결의 “함께”라는 표현이 주는 뉘앙스는 “실제로 원고가 피담보채무 없음을 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있는 경우”로 이해된다. 그런데 문제는

18) 「채무자 겸 근저당권설정자」는 용어는 대판 2010.5.13, 2010다3681 등에서 쓰이고 있다. 또 채권자가 근저당권자인 경우에는 「채권자 겸 근저당권자」라 한다.

19) 대판 1995.5.12, 93다48373.

‘누가’ 함께 제기하여야 소의 이익이 없게 되는 것인가이다. 이 문제는 대상판결 [이유] 부분의 “이 사건과 같이 원고”가 어떤 지위를 가지는지를 밝히는 작업이다. 이를 위하여 확인의 이익이 없다는 대상판결의 결론에 원고의 두 지위를 각 대입하는 방법을 선택하기로 한다.

2. 「물상보증인」의 지위와 확인의 이익

원고가 물상보증인일 때, 채무자 아닌 물상보증인이 근저당권자를 상대로 피담보채무부존재확인의 소를 제기할 소의 이익이 있는지 여부가 쟁점이 된다. 물상보증인은 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위²⁰⁾를 통해, ‘채무’를 부담하지 않고 담보로 제공한 물건의 한도에서 ‘책임’을 부담할 뿐이다. 따라서 채권자는 물상보증인에 대하여 이행의 소를 제기하거나 그의 일반재산에 대하여 집행하지 못한다.²¹⁾ 물상보증인은 피담보채권의 채권최고액을 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고, 채권최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 변제할 의무가 있는 것은 아니다.²²⁾ 따라서 특별한 사정이 없는 한,²³⁾ 물상보증인은 근저당권 소멸을 원인으로 근저당권설정등기의 말소청구만을 할 수 있을 뿐 채무자와 근저당권자 사이의 채무 즉 근저당권의 피담보채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다고 보아야 한다. 물상보증인이 자신의 권리 또는 지위의 불안·위험을 근본적으로 해소할 수 있는 유효·적절한 방법은 다른 아닌 근저당권설정등기의 말소를 청구하는 것이다. 물상보증인은 채무자가 아니므로 위 소송에서 승소확정판결을 받아 그 등기를 말소하면 훗날 채권자 내지 근저당권자로부터 책임추궁을 받을 불안이나 위험이 없게 된다. 그러므로 물상보증인은 소극적으로 채무부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다는 결론에 이르게 된다.²⁴⁾ 이와 같은 법리는 근저당권의

20) 대판 2001.4.24, 2001다6237.

21) 지원림, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014, 753면.

22) 대판 1974.12.10, 74다998.

23) 대판 2004.3.25, 2002다20742.

24) 물상보증인은 피담보채무부존재를 구할 소의 이익이 없다는 필자의 생각에도 여러 반론이 있을 수 있다. 예를 들면 피담보채무부존재확인청구만을 ‘단독’으로 제기한 경우, 또 피담보채무 ‘일부’의 부존재에 대해서 다투는 경우에도 확인의 이익이 없다고 단언할 수 있느냐의 질문이 그것이다. 필자는 원칙적으로 확인의 이익이 없다고 보아야 하지만 특별한 사정이 있는 경우에는 허용되어야 한다는 입장이다. 확인의 이익이란 항상 구체적인 사안을 감안하여 판단하여야 하는 것이어서 결국 권리의무를 갖느냐 여부가 아니라 다툼이 있고 즉시확정의 이익이 있느냐에 따라 결정되어야 하는 것이라 보고 있다. 즉 일률적으로 공식화하지 않고 각 분쟁마다 개별적으로 확인의 이익 유무를 따져 보아야 한다고 본다. 물상보증인이더라도 근저당권자와 피담보채무의 존부나 액수에 관하여 다툼이 심하여 그 분쟁이 계속되고 있다면, 근저당권자를 상대로

피담보채권이 전부된 경우에도 마찬가지이다.

위 법리에 따르면, 대상판결의 원고가 물상보증인의 지위에서 제기한 피담보채무부존재확인청구는 근저당권설정등기 말소청구라는 가장 유효·적절한 해결 수단의 존재로 인해 소의 이익이 없어 부적법 각하함이 타당하다. 여기서 근저당권설정등기의 말소청구가 가장 유효·적절하다 함은 후술하는 바와 같이 대상판결에서 문제가 된 ‘근저당권부 채권에 대한 압류 및 전부명령’의 형식[V. 3. 참조]을 보면 전부할 채권(피전부채권) 자체를 근저당권설정등기에 기한 (피담보)채권을 기준으로 특정하고 있어 만약 근저당권설정등기가 말소된다면 피전부채권을 특정할 수 없게 되므로 후일 전부채권자가 제3채무자를 상대로 전부금청구소송을 제기하더라도 그 청구는 기각될 것으로 예상되기 때문이다.

3. 원고의 지위 추론

가. 판결의 구조에 따른 추론

원고가 피고를 상대로 원고와 제3자 사이의 법률관계의 부존재확인을 청구하는 경우를 가리켜 이른바 ‘제3자 확인의 소’²⁵⁾라고 하는데, 대법원은 통상적으로 「소송 당사자 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호 간의 법률관계가 확인의 소의 대상이 될 수 있는지 여부」가 문제된 사안에서, 「확인의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고, 당사자 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있지만, ...」이라는 확립된 법리를 대전제로 선언한 뒤, 그것이 발본색원적 해결 수단이어야 한다는 구조를 취하여 왔다.²⁶⁾ 그런데 대상판결은 원고와 소의 乙 사이의 피담보채무가 확인대상이 되는지 여부를 검토

전부든 일부든 제3자인 채무자의 채무부존재확인을 구할 이익이 있다고 본다. 물상보증인이라는 이유만으로 확인의 이익이 없다고 보면 물상보증인은 피담보채무의 유동성에 대하여 아무런 조치를 취할 수 없게 되어 물상보증인의 지위를 열악하게 만들 수 있기 때문이다. 그 반대로, 물상보증인이 근저당권자의 채권에 대하여 다투고 있을 때 근저당권자가 물상보증인을 상대로 피담보채권의 존부 확인의 소를 제기하는 것이 그 분쟁을 종식시키는 유일한 방법이라고 인정되는 경우도 있을 수 있다(대판 2004.3.25, 2002다20742). 다만 확인의 이익을 인정하더라도 예외적이어야 한다는 생각에는 변함이 없다. 사안의 경우, 원고는 피담보채무 외의 차용금과 임대차보증금반환채무를 더 부담하고 있다는 것이므로 피담보채무부존재확인만으로 원고와 피고 사이의 법률관계가 종식되는 것도 아니다. 원고등은 오로지 근저당권의 말소에만 주된 관심을 보일 뿐 원고의 피담보채무나 채무의 존재나 부존재가 아니었다. 특히 원고는 나머지 상속인 5명의 선정당사자로서 소송수행을 하였고 때문에 자신의 채무의 존부 여부 보다는 근저당권의 말소 여부에 더 관심을 갖지 않을 수 없었을 것이다. 따라서 사안의 경우 물상보증인으로서의 원고의 피담보채무부존재확인청구는 소의 이익이 없다고 본다.

25) 이시윤, 「신민사소송법(제6증보판)」, 박영사, 2013, 224면.

26) 대판 1994.11.8, 94다23388; 대판 2010.2.25, 2008다96963, 96970; 대판 2013.12.12, 2013다30196 등.

함이 없이 곧바로 「확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용된다.」는 이른바 보충성의 원칙을 선언한 뒤 사안에 대입하는 판결구조를 취하고 있다.

제3자 확인의 소에 대한 판결 구조와 대상판결의 구조를 비교분석해 볼 때, 대상판결은 사안의 쟁점을 소송 당사자 일방과 제3자 사이의 법률관계의 확인의 문제가 아닌 확인청구의 보충성 원칙이라 여기고 있음이 분명하다.

필자는 채무자가 근저당권설정등기 말소청구와 함께 채무부존재확인청구를 할 확인의 이익이 있고 여기에 보충성의 원칙이 개입하여서는 안 되지만, 앞에서 본 바와 같이 물상보증인은 특별한 사정이 없는 한 보충성의 원칙으로 인해 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 없다고 보는 입장이다. 대상판결은 확인의 이익이 없다는 결론을 내리면서 보충성의 원칙을 동원하였는바 이는 원고의 지위를 「물상보증인」으로 파악하여 내린 결론이라 사료된다. 대상판결의 [판시사항]과 [판결요지]에서 ‘근저당권설정자’란 용어를 사용한 점에 비추어 더욱 그러하다. 즉 대상판결의 ‘근저당권설정자’란 「물상보증인으로서의 근저당권설정자」를 의미한다고 새겨야 한다.

나. 주문 기재방식에 따른 추론

선정당사자²⁷⁾가 소송을 수행한 경우에, 선정자의 권리·의무의 내용을 주문에 표시하는 방법을 개별적 기재방식이라 하고, 선정자의 권리·의무의 합계를 선정당사자의 권리·의무로 기재하는 방식을 포괄적 기재방식이라 하는데, 위 두 기재방식 모두 적법하다. 그러나 집행의 편의를 위한다는 점에서 개별적 기재방식을 택하는 것이 일반적이다. 확인소송의 경우에도, 정관무효확인처럼 확인의 대상이 되는 권리관계가 가분적인 것이 아닐 때에는 개별적 기재방식을 취할 수 없겠지만, 예컨대, 공동상속인이 그 중 1인을 선정당사자로 선정하여 국가를 상대로 어느 부동산이 공동상속인들의 지분에 의한 공동소유임을 확인하는 경우처럼, 확인의 대상이 되는 권리관계가 가분적인 경우에는 개별적 기재방식에 의하는 것이 타당하다고 한다.²⁸⁾

27) 선정당사자에 관하여, 이시운, 앞의 책, 709면; 홍기문, 「민사소송법(개정 제4판)」, 대명출판사, 2013, 690면 참조.

28) 신동윤, “선정당사자 제도의 실무상 문제점”, 「실무연구자료(제4권)」, 대전지방법원, 2000, 51, 52면 참조. 예를 들면, 선정당사자가 원고측인 경우 개별적 기재방식에 의한 원고 승소판결의

원심은 피담보채무부존재확인청구를 인용하는 주문 기재방식으로 개별적 기재방식을 택한 것으로 보이고, 그와 같은 주문 기재방식으로부터, 피담보채무부존재청구의 확인의 이익을 판단함에 있어 원고의 지위를 「채무자」로 인식하고 판단한 것으로 추정된다. 특히 판결이유에서 ‘원고’와 ‘원고등’을 분별하여 사용하고 있는 점 등에 비추어 그러하다. 따라서 원심은 원고를 물상보증인이 아니라 채무자의 지위에 놓고 판단한 것이라 볼 수 있다.

그렇다면 대상판결은 원심의 위와 같은 판단에 상응하는 응답을 하여야 하고 판결이유 부분에 명시하여야 한다. 그런데, 대상판결의 [판시사항]과 [판결요지]는 ‘채무자’라는 문구를 쓰지 않고 ‘근저당권설정자’라는 문구를 사용함으로써 「채무자」의 지위를 인식하여 판단하였다는 어떠한 객관적인 표현이나 징표를 보여주지 못하고 있다. 채무자의 지위에서 제기한 피담보채무부존재확인청구부분에 관한 판단이 누락되었다는 강한 의심이 든다. 그러나 필자의 생각이 옳을 수도 있다는 점을 배제할 수 없다. 그리고 만약 대상판결이 「채무자」 지위를 인식하고 판단하였다면, 보충성의 원칙에 비추어 확인의 이익이 없다고 한 판시를 어떻게 이해할 것인가의 문제가 남게 된다. 즉 비판적 견해처럼 대상판결을 채무자의 지위에서는 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 없다는 선언으로 이해해도 좋은가? 이 점에 대한 필자의 견해는 결어 부분으로 미룬다.

4. [이유] 부분과 [판시사항] 및 [판결요지]의 차이

대상판결은 그 판결의 [이유] 부분에서 단지 「이 사건과 같이 원고가 근저당권 설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 …」라고 표현하고 있을 뿐이나 [판시사항]과 [판결요지]에서 「근저당권설정자가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우

주문은, “피고는 원고(선정당사자)에게 2,000,000원, 선정자 갑에게 1,500,000원, 선정자 을에게 1,000,000원을 지급하라”는 형식이 되고, 포괄적 기재방식에 의한 주문은, “피고는 원고(선정당사자)에게 4,500,000원을 지급하라”는 형식이 될 것이다. 포괄적 기재방식에 의할 때에는 판결의 이유(보통은 별지로 기재한다)에서 선정자별 권리 범위를 특정하여야 한다. 반면에 선정당사자가 원고측이고 원고 전부 패소판결을 하는 경우에는 “원고(선정당사자)의 청구를 기각한다”라고만 하고, “원고(선정당사자) 및 선정자의 청구를 기각한다”라고 할 것은 아니다. 소송상의 청구는 선정당사자가 하는 것이고 선정자는 소송상의 청구를 하는 당사자가 아니기 때문이다. 선정당사자 및 선정자의 권리 중 일부씩만을 인용하는 경우 및 선정당사자 고유분의 청구만 인용하고, 나머지 선정자들분의 청구를 기각하는 경우에도 “원고(선정당사자)의 나머지 청구를 기각한다”라고만 표시한다.

에 ...」라고 기재하고 있다. 대상판결의 이유 부분을 근거로 판결의 판시사항과 판결요지로 정리하는 과정에서 “이 사건과 같이 원고”를 “근저당권설정자”로 치환한 것으로 보인다.

판시사항과 판결요지는 판결문의 내용을 이루는 것은 아니더라도 대법원의 판결을 요약하여 널리 공표, 공시하는 역할을 담당하는 것이므로 판결서와 동일하게 그 문체는 논리적이고 일의적이어야 한다. 근저당권설정자는 채무자일 수도 있고 물상보증인일 수도 있으므로 같은 이름의 근저당권설정자로 불리더라도 「채무자 겸 근저당권설정자」와 「물상보증인으로서의 근저당권설정자」는 그 지위나 채무 부담 여부 등에서 많은 차이가 있으므로 엄격히 구별하여 표현하여야 한다. 그런데 판시사항과 판결요지에서 ‘근저당권설정자’라고만 표현을 하는 바람에 독자들로부터 그것의 의미를 모든 근저당권설정자, 특히 「채무자 겸 근저당권설정자」로 오해할 소지를 제공하였고 그로 인하여 대상판결을 그와 같은 지위에서 제기한 피담보채무부존재확인청구는 확인의 이익이 없어 부적법 각하해야 한다는 의미로 새기게 되었고, 비판적 입장에 선 학자들조차 위와 동일하게 인식하여 ‘대상판결의 변경 내지 폐지’ 운운하는 매우 강한 견해를 내놓게 되었다고 사료된다. 심지어 최근 그와 동일한 인식하에 「채무자 겸 근저당권설정자」의 피담보채무부존재확인청구를 부적법 각하하기도 한 하급심 판결도 보이는데,²⁹⁾ 이 판결 역시 대상판결의 본뜻을 오해한 것에서 비롯되었다고 본다. 결국,冒頭에서 본 대상판결에 대한 비판이나 비난은 판시사항과 판결요지상의 ‘근저당권설정자’라는 포괄적인 용어의 사용에서 기인한 것으로 대법원 스스로 비난을 자초한 측면이 없지 않다고 본다.

5. 소결

지금까지의 논의를 바탕으로 원고가 물상보증인과 채무자의 지위에서 각 제기한 청구에 대하여 이해를 도모하기 위하여 표를 만들어 보았다. (○: 존재, ×: 부존재, △: 불분명)

29) 서울중앙지법, 2012.3.20, 2011가합130110은 원고(선정당사자)가 피담보채무가 존재하지 아니한다는 이유로 근저당권등기의 말소와 함께 선정자 A의 피고에 대한 근저당권설정등기의 피담보채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구한 사건에서, 무변론 판결을 하면서 직권으로 채무부존재확인청구 부분을 각하하였다.

물상보증인	① 피담보채무부존재확인청구(청구: ○, 판단: 확인의 이익 ×)
	② 근저당권설정등기말소청구(청구: ○, 판단: 청구인용 ○)
채무자	① 피담보채무부존재확인청구(청구: ○, 판단: 불분명 △)
	② 근저당권설정등기말소청구(청구: ×, 판단: ×)

여기서 먼저 짚고 넘어가야 할 점은, 원고는 「채무자」와 「물상보증인」의 지위를 가지는 바, 근저당권의 단순한 채무자의 지위에서는 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 없고, 물상보증인의 지위에서는 피담보채무부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다. 위 표를 통하여 알 수 있는 것은 원고는 채무자의 지위에서는 특별한 사정이 없는 한 근저당권말소와 피담보채무부존재확인이라는 두 청구를 “함께” 청구할 수 없다는 점이다.

위 논의의 결과에서 보듯 과연 대상판결이 「채무자」의 지위를 인식하고 판단하였는지 분명하지 않다. 설령 인식하여 판단하였다고 하더라도 그 판시를 채무자의 채무부존재확인청구를 허용하지 않은 것으로까지 일반화하거나 확장하여 해석하여서는 안 된다. 사실관계를 정확히 파악할 때 대상판결을 올바르게 이해할 수 있다. 대상판결은, 피고는 압류 및 전부명령에 의해 피담보채권을 이전받은 자이고 원고는 전부명령의 제3채무자로서, 제3채무자가 전부채권자를 상대로 피담보채무부존재의 확인을 구한 사안일 뿐이고 원고가 채무자로서 종전 채권자이자 근저당권자인 乙을 상대로 부존재확인을 구한 사안이 아니라고 보고 있다. 따라서 대상판결의 판시도 그 사안의 범위 내에서 받아들이고 해석하여야 한다고 본다.

V. 근저당권부 채권에 대한 전부명령과 채무부존재확인청구

1. 문제의 제기

대상판결의 사안을 예로 들면, 乙의 전처인 피고가 채무자를 乙, 제3채무자를 원고로 하여 근저당권부 채권에 대한 압류 및 전부명령을 받았고, 채권압류 및 전부명령이 확정되어 근저당권자를 피고로 하여 근저당권의 이전등기가 마쳐졌다는 것이므로, 가령 전부명령의 제3채무자인 원고가 근저당권부 채권의 불성립, 무효, 소멸을 이유로 채무부존재확인청구를 함에 있어 누구를 상대로 어떤 법률관계의 부

존재확인을 구하는 것이 가장 유효·적절한 방법인가를 구상하여야 할 필요성이 있고 그 작업은 유의미하다. 이 작업은 원고의 지위에 대한 인식의 차이 또는 확인청구의 독자적 이익의 인정 여부에 대한 입장의 차이와 전혀 무관하게 순수한 관점에서 가능한 여러 채무부존재확인청구의 종류에 따른 소의 이익에 관한 논의이다. 먼저 근저당권의 채무자가 채권자(근저당권자)를 상대로 채무부존재확인청구를 할 경우의 청구취지와 근저당권의 피담보채권이 전부된 경우 제3채무자가 채무부존재확인청구를 할 경우에 생각할 수 있는 여러 종류의 부존재확인 청구 등을 살펴보고 그 중 어느 것이 가장 발본색원적 해결 수단인지 검토하기로 한다.

2. 채무자 對 채권자 겸 근저당권자

1) 근저당권의 채무자가 근저당권자를 상대로 한 피담보채무부존재확인청구

근저당권의 채무자가 원고가 되어 근저당권자(채권자)를 피고로 삼아 채무부존재확인청구를 할 경우 예상되는 청구취지는 다음과 같다.

「원고의 피고에 대한 별지 목록 기재 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」

또는,

「별지 목록 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호로 마친 근저당권설정등기에 기한 원고의 피고에 대한 피담보채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」

2) 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고,³⁰⁾ 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피

30) 대판 2004.5.28, 2003다70041.

담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다.³¹⁾

근저당권설정계약	+	등 기	-	피담보채권을 성립시키는 법률행위
· 채권최고액 · 피담보채권의 범위를 결정하는 기준 · 기본계약관계(피담보채권으로 될 채권의 발생의 기초가 되는 계속적 법률관계)		· 등기원인 근저당권설정계약 · 권리자맞기타사항 채권최고액 채무자 근저당권자		예: 금전소비대차에 기한 채무(차용행위), 임대차 보증금반환채무 등

3. 피담보채권이 전부된 경우의 예상되는 주문

대상판결의 사안은 피고가 채무자를 乙, 제3채무자를 원고로 하여 근저당권부 채권에 대한 압류 및 전부명령을 받았다는 것이므로 이때 피고가 얻었을 것으로 예상되는 전부명령의 주문은,

「채무자의 제3채무자에 대한 별지 목록 기재의 채권을 압류한다.
제3채무자는 채무자에 대하여 위 채권에 관한 지급을 하여서는 아니 된다.
채무자는 위 채권의 처분과 영수를 하여서는 아니 된다.
위 압류된 채권은 지급에 갈음하여 채권자에게 전부한다.」 이고,

별지 목록의 ‘압류 및 전부할 채권의 표시’는,

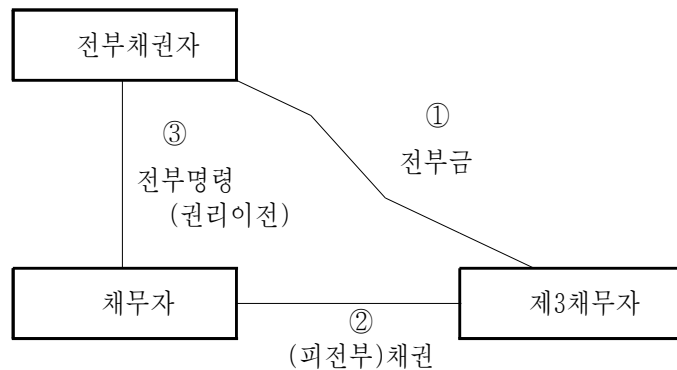
「채무자가 제3채무자에 대하여 가지고 있는 아래 부동산에 관하여 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호로 마친 채권최고액 금 50,000,000원의 근저당권 설정등기에 기한 채권」이다.

피전부채권이 곧 근저당권의 피담보채권이다(피전부채권=피담보채권, 이하에서는 상황에 따라 ‘피담보채권’, ‘피담보채무’ 또는 ‘채무’ 등이라고 한다).

31) 대판 2011.4.28, 2010다107408; 대판 2009.12.24, 2009다72070.

4. 전부명령 제3채무자의 채무부존재확인청구

아래의 그림은 전부채권자, 집행채무자, 제3채무자의 관계를 그림으로 나타낸 것으로 피전부채권의 불성립, 무효, 소멸을 주장하는 제3채무자로서는 첫째, 전부채권자를 상대로 ①, ②, ③의 관계 중 하나를 확인대상으로 삼아 부존재확인 혹은 무효확인의 소를 제기하는 방법을, 둘째, 채무자를 상대로 그림 ②의 관계를 확인대상으로 삼아 부존재확인청구를 제기하는 방법 등 크게 네 가지를 생각해 볼 수 있다.



위 네 가지 방법은 모두 ‘채무부존재확인청구’라 불리더라도 피고가 다르고 확인 대상도 달라 소송물 및 기판력에서도 다르다. 각 방법에 따른 청구취지를 살펴본다.

1) 전부채권자를 상대로 한 전부금채무부존재확인청구(그림 ①)

[예상되는 청구취지]

우선, 실무상 채권양도의 채무자가 양수인을 상대로 「양수금지급채무부존재확인청구」를 할 경우는 「별지 목록 기재 채권을 양수한 피고에 대한 원고의 양수금지급채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」는 청구취지를 기재하는 것이 일반적이다. 전부명령은 채권의 이전이라는 점에서 채권양도와 유사하므로, 전부명령의 제3채무자가 전부명령의 실제적 무효를 주장하며 전부채권자의 지위를 가진 피고를 상대로 「전부금채무부존재확인청구」를 하는 경우에는 「대지방법원 199×.××.××.자 98×타기××××호 전부명령에 의한 별지 목록 기재의 채권을 전부받은 피고에 대한 원고의 전부금채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」는 청구취지를

기재하게 된다.³²⁾ 대상판결의 사안의 경우 피전부채권이 곧 피담보채권이므로 이를 단순화하면 「피담보채권을 전부받은 피고에 대한 원고의 전부금채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」로 고쳐 쓸 수 있을 것이다.

전부금채무부존재확인청구의 소송물은 전부금채무존부이고, 피전부채권의 불성립, 무효, 소멸은 단순한 공격방어방법에 불과하다.

2) 전부채권자를 상대로 한 피전부채무부존재확인청구(그림 ②)

[예상되는 청구취지]

「원고의 소외 채무자에 대한 별지 목록 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 1995. 10. 23. 접수 제104230호로 마친 채권최고액 금 50,000,000원의 근저당권설 정등기에 기한 채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」

이와 같은 청구취지에 따른 확인대상은 피전부채무의 부존재이다. 대상판결에서 원고가 삼은 확인대상과 같다. 소송물은 피전부(=피담보)채무의 존부로서 소외 집행채무자와 원고 사이의 법률관계의 부존재이다. 그리하여 원고는 아래와 같은 청구취지를 작성하였다.

「원고(선정당사자)와 소외 000 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 근저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」

3) 집행채무자를 상대로 한 (피전부)채무부존재확인청구(그림 ②)

[예상되는 청구취지]

「원고의 피고에 대한 별지 목록 기재 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 근저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」

4) 전부채권자를 상대로 한 전부명령무효확인청구(그림 ③)

전부명령이 발효하더라도 피전부채권이 존재하지 않는 경우에는 전부명령은 실

32) 또는, 「서울중앙지방법원 201×. ××.××.자 201×타채××××호 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 전부명령에 기한 원고의 피고에 대한 전부금 채무는 존재하지 않음을 확인한다.」 또는 「광주지방법원 순천지원 2007타채233호 채권압류 및 전부명령에 기한 원고의 피고에 대한 전부금 채무는 존재하지 아니함을 확인한다.」는 청구취지도 가능하다.

채상 무효이므로 집행채권 소멸의 효력은 발생하지 않는다.³³⁾ 전부명령이 확정됨으로써 제3채무자에게 송달된 때로 소급하여 발생하였던 피압류채권 이전과 집행채권 소멸이라고 하는 전부명령의 실체적 효력이 소급하여 실효된다.³⁴⁾ 피전부채권이 존재하지 않는 경우라 함은 전부명령 송달 당시 피전부채권이 처음부터 존재하지 아니하였거나 또는 소멸 내지 제3자에게 양도된 경우 등은 물론이고, 전부명령 송달 당시에는 피전부채권이 유효하게 존재하고 있었으나 그 후 제3채무자의 취소나 해제 또는 상계 등에 의해 소급하여 소멸한 경우도 포함한다.³⁵⁾ 따라서 전부채권자의 전부금청구소송에서 제3채무자는 위와 같은 사유를 들어 전부명령의 무효를 주장할 수 있다.³⁶⁾

대판 2007.4.12, 2005다1407은 “압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었다고 하더라도, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않으면 전부명령은 무효이므로, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없다.”³⁷⁾고 하면서, 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않는 경우에 전부명령이 무효라고 한다.

여기서 전부명령이 무효인 경우 제3채무자는 전부금 소송에서 이를 주장할 수 있다거나 무효인 전부명령의 실체적 효력은 소급하여 실효된다는 의미가 무엇인지 문제된다. 대판 2000.7.4, 2000다21048은 “압류가 금지된 채권에 대한 압류명령은 강행법규에 위반되어 무효라 할 것이며, 또 전부명령은 압류채권의 지급에 갈음하여 피전부채권을 채무자로부터 압류채권자에게로 이전하는 효력을 갖는 것이므로 전부명령의 전제가 되는 압류가 무효인 경우 그 압류에 기한 전부명령은 절차법상으로는 당연히무효라고 할 수 없다 하더라도 실체법상으로는 그 효력을 발생하지 아니하는 의미의 무효라고 할 것이고, 따라서 제3채무자는 압류채권자의 전부금 지급청구에 대하여 위와 같은 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다.”고 판시하여,³⁸⁾ 압류명령이 강행법규에 위반하여 무효일 때 전부명령은 절차법상 당연히무효가 아니더라도 실체법상 무효이므로 제3채무자는 전부금청구소송에서 ‘항변할 수

33) 대결 1992.4.15, 92마213.

34) 대판 2001.9.25, 99다15177; 대판 2002.7.12, 99다68652.

35) 김능환, 「주식 민사집행법[V](제3판)」, 한국사법행정학회, 2012, 497면.

36) 윤경, “무효인 전부명령 또는 추심명령에 대한 구제방법”, 「재판자료(제109집) : 민사집행법실무연구[민사집행법커뮤니티 연구자료집]」, 법원도서관, 2006, 507면 이하 참조.

37) 대법원 1981. 9. 22. 선고 80누484; 2004. 1. 5.자 2003마1667 결정 등 참조

38) 대판 1987.3.24, 86다카1588.

있다’는 뜻으로 사용하고 있다.

위 판결의 취지는 전부명령이 확정된 이후 피전부채무의 불성립, 무효, 소멸 등의 사유가 있더라도 전부명령이 당연무효가 되는 것은 아니므로 방어적으로 제3채무자로서는 전부채권자가 제기한 전부금청구 소송에 응소하여 그 무효사유를 ‘항변’으로 주장할 수 있을 뿐,³⁹⁾ 공격적으로 전부명령의 무효확인을 구할 수 없다는 의미로 해석된다.

한편 실무상, 「수원지방법원 평택지원 201×. ××. ××.자 201×타기×××× 채권자 피고, 채무자 000, 제3채무자 원고로 하는 채권압류 및 전부명령은 무효임을 확인한다.」라는 채권압류 및 전부명령 무효확인의 소가 제출되는 경우가 있는바, 법원으로서 부적법 각하하기 보다는 석명권을 행사하여 청구취지 및 원인변경을 하도록 하거나 채권압류 및 전부명령의 효력이 있는지 여부는 확인의 소의 대상이 되지 아니하므로 그 채권압류 및 전부명령이 무효임을 내세워 그 채권압류 및 전부명령에 기한 피고의 전부금채무부존재확인을 구하는 취지로 선행하여야 할 것으로 본다.

5. 소결(발본색원적 해결 수단의 탐구)

확인 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있다. 그 법률관계에 대한 확인청구가 확인의 이익이 있기 위하여는 그 법률관계에 따라 제소자의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안이 야기되어야 하고, 그 위험·불안을 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 한 확인판결에 의하여 즉시 확정할 필요가 있으며 또한 그것이 가장 유효·적절한 수단이 되어야 한다.⁴⁰⁾ 즉 확인판결을 받는 것이 위험·불안을 제거함에 있어 ‘가장’ 유효·적절한 수단이어야 한다. 이를 가리켜 대법원은 “발본색원적인 해결 수단”이라는 용어를 사용하기도 한다.⁴¹⁾ 발본색원적 해결 수단 개념은 확인청구를 정당화하는 역할을 함과 동시에 부적법하게 만드는 역할을 수행한다. 다시 말하면 확인청구는 그것이 현재의 분쟁

39) 제3채무자가 무효임을 알면서 응소하지 아니하여 전부금청구의 소송에서 패소판결을 받은 경우에는 다른 채권자에 대하여 불법행위가 되므로, 다른 채권자는 불법행위에 기한 손해배상 청구로 구제받을 수 있다. 대판 1988.8.23, 87다카546.

40) 대판 1994.11.8, 94다 23388; 대판 1994.11.8, 94다23388; 대판 2010.2.25, 2008다96963, 96970; 대판 2013.12.12, 2013다30196 등 참조.

41) 대판 2006.6.29, 2005다49836; 대판 1994.11.8, 94다23388 등.

을 해결하는 발본색원적 해결 수단일 때만 허용되며 다른 수단이 있는 한 허용되지 않는다. 또 가능한 여러 부존재확인청구 중 현재의 분쟁해결에 가장 유효·적절한 소의 형태이어야 한다. 중도반단적 확인은 그 확인의 이익이 없고 원고가 구하는 권리관계가 확정되어도 아직 다툼이 남게 될 여지가 있다면 확인의 이익은 부정된다.⁴²⁾

위 법리에 따라, 그림 ③의 전부명령무효확인은 허용되지 아니하므로 논의의 대상에서 제외하고, 전부명령의 제3채무자가 전부채권자 또는 집행채무자를 상대로 한 나머지 세 가지 방법 중 어느 방법이 가장 발본색원적 해결 수단이 될 수 있는지를 상호 비교하여 탐구한다.

첫째, 집행채무자를 상대로 그림 ②의 피전부채무의 부존재확인을 청구할 경우 확인의 대상은 피전부채무의 존부이다. 전부채권자에 의한 압류 및 전부명령의 효력이 피전부채무의 존재를 전제로 한다는 점에서 일응 이 형태의 소송이 가장 발본색원적 해결 수단이 아닐까라는 생각이 드는 것도 사실이나, 문제는 피고가 집행채무자라는 점에 있다. 현재의 분쟁은 집행채무자가 아닌 전부채권자와의 사이의 전부금채무의 존부에 관한 것이므로 즉시 확정 of 이익도 있다고 볼 수 없다. 주지하는 바와 같이, 전부명령이 확정되면 채권은 전부채권자에게 이전되므로 집행채무자는 더 이상 채권자가 아니어서 집행채무자는 제3채무자에게 채권의 이행을 청구할 수 없고 나아가 채권이 존재한다는 확인청구도 할 수 없다. 또 제3채무자가 집행채무자를 상대로 채무가 부존재한다는 확인판결을 받더라도 그 판결은 무권리자를 상대로 한 것으로 전부채권자에 대한 전부금청구에 어떠한 영향도 미칠 수 없다. 그렇다면 위와 같은 소송의 형태는 소의 이익이 없다고 보아야 한다.

둘째, 전부채권자를 상대로 한 그림 ②의 「피전부채무부존재확인청구」 또는 「피담보채무부존재확인청구」는 아주 간혹 실무에서 ‘피전부채무부존재확인청구’의 모습으로 등장하기도 하나⁴³⁾ 여러 가능한 채무부존재확인청구 가운데서 가장 발본색원적 해결 수단인가라는 점은 아래에서 보는 것처럼 부정적이다(이하 사건). 먼저 피고적격에 관하여 보면, 제3채무자의 권리 또는 법률상 지위가 전부채권자로부터 부인당하거나 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해를 받

42) 김상원, “권리보호요건에 관하여”, 「변호사(VI)」, 서울제일변호사회, 1975, 59면 참조.

43) 예를 들면, 부산지법 1995.6.14. 94가단48604(본소), 94가단59673(반소) 「원고(반소피고)에 대하여 피고(반소원고)가 창원지방법원 94타기2503, 2504호 채권압류 및 전부명령에 의하여 소외 000로부터 전부받은 1994년 6, 7, 8월의 철골구조물 열처리가공대금 10,000,000원의 채권은 존재하지 아니함을 확인한다.」

고 있으므로 피고적격에 별 문제는 없어 보인다. 문제는 그 확인의 대상이 제3채무자와 소외 집행채무자 사이의 피전부채무의 부존재라는 점에 있다. 전부금청구소송의 청구원인의 요건사실은 피전부채권의 존재, 전부명령, 제3채무자에 대한 송달이다. 전부명령에 의하여 피전부채권은 동일성을 유지한 채로 집행채무자로부터 집행채권자에게 이전되므로 전부채권자는 원래의 채권자인 집행채무자에 갈음하여 그의 채권을 취득하며, 자기의 채권으로서 이를 자유롭게 처분할 수 있다. 그러므로 제3채무자는 채권압류 전에 피전부채권자에 대하여 가지고 있었던 항변사유를 가지고 전부채권자에게 대항할 수 있으며, 나아가 전부채권자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수도 있다. 이는 피전부채권의 범위와 전부금청구소송의 결과가 반드시 일치하지 않을 수도 있다는 것을 의미한다. 예를 들면 제3채무자가 집행채권자를 상대로 피전부채무가 1억 원 이상 존재하지 아니한다는 확인판결을 받았더라도 후일 전부채권자가 제기한 전부금청구의 소에서 제3채무자는 전부채권자에 대한 3천만 원의 반대채권으로 상계권을 행사할 수 있고 그 결과 7천만 원의 전부금지급판결이 나올 수 있어, 양자의 결과가 일치하지 아니할 수 있다. 이처럼 제3채무자가 전부채권자를 상대로 소외 집행채무자와 원고 사이의 피전부채무의 부존재확인판결을 받더라도 그 판결은 전부채권자의 전부금청구에 아무런 영향을 미치지 못하고 있다. 한편 기판력은 소송의 당사자에게만 미치는 것이 원칙이므로 그 판결의 효력이 집행채무자에게도 미치지 아니한다. 그렇다면 피전부채무부존재확인판결을 받더라도 그 판결로 인하여 전부채권자에 대한 관계에서 전부금채무부존재가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 소외 집행채무자에게 미치는 것도 아니어서, 이러한 형태의 부존재확인청구는 원고의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안·위험을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없으므로 확인의 이익이 없어 부적법하다고 보아야 한다. 결국 전부채권자를 상대로 한 그림 ②의 피전부채무부존재확인청구는 분쟁의 내용과 성격, 그리고 소송을 통해 달성하고자 하는 목적, 그 후의 분쟁의 재발 가능성 등 제반 상황을 모두 고려하여 볼 때 확인대상을 잘못 선택한 무용한 소라고 할 수 있다.

마지막으로, 전부채권자를 상대로 그림 ①의 전부금채무부존재확인을 청구하는 경우 소외 이익을 검토하기로 한다. 피고적격에 관한 것과 피전부채권이 존재하지 않는 경우에는 전부명령은 실체상 무효이고, 제3채무자는 압류채권자의 전부금 지급청구에 대하여 위와 같은 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다는 점은 앞에서 살펴본 내용과 같으므로 따로 논하지 아니한다.

다만, 여기서 ‘항변할 수 있다’함을 제3채무자로서는 전부금청구소송이 제기될 때까지 마냥 기다려야 한다는 좁은 의미로 해석할 수 없다. 전부채권자의 전부금 청구에 대응하는 것은 제3채무자의 전부금채무부존재확인청구이다. 채무부존재확인소송은 소극적 확인소송일반과 마찬가지로 분쟁예방 내지 권리 또는 법률관계의 명확화, 안정화의 기능이 있고, 상대방으로부터의 권리주장이 예측되는 경우에 상대방의 주장·입증이 불충분한 단계에서 권리 또는 법률관계의 부존재확인을 구할 수 있다고 하는 선제공격적 성격도 있고, 피고가 된 채권자는 응소하여 그 채권의 존재를 주장·입증하지 않으면 안 된다고 하는 점에서 실질적으로 채권의 행사를 강제당한다고 하는 특유의 성질, 즉 ‘제소강제적기능’도 가지고 있다는 것⁴⁴⁾을 감안할 때, 제3채무자가 선제적으로 전부채권자를 상대로 전부금채무부존재확인을 구하는 것을 막을 이유는 없다고 본다. 또한, 제3채무자가 소송을 통하여 달성하려는 목적은 제3채무자의 현재의 불안과 위험을 야기한 자가 전부채권자이므로 그와의 사이에서 전부금채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구하여 현재의 분쟁을 종식코자 하는 것이다.

한편, 설령 위 세 종류의 채무부존재확인청구마다 각자의 독자적인 확인의 이익이 있다고 하더라도 현재의 분쟁의 내용과 성격, 그리고 소송을 통해 달성하고자 하는 목적, 그 후의 분쟁의 재발 가능성 등 제반 상황을 모두 고려하여 그 중 현재의 분쟁해결에 ‘가장’ 유효·적절한 소의 형태를 찾아낸다면 그것은 바로 제3채무자의 전부채권자를 상대로 한 전부금채무부존재확인청구라고 할 수 있다.

그렇다면 대상판결의 사안에서 전부명령의 제3채무자인 원고로서는 전부채권자를 상대로 하여 전부금채무부존재확인을 구하였어야 함에도 원고와 소외 집행채무자 사이의 피담보채무부존재를 확인대상으로 삼는 잘못을 범하였다고 말할 수 있다. 이상과 같이 대상판결이 원고의 채무부존재확인청구를 부적법 각하한 이유는 피고가 전부채권자의 지위에 있었기 때문이 아니라 원고가 확인대상을 잘못 선택한 데서 찾아야 한다고 본다.

VI. 비판적 견해에 대한 고찰

지금까지의 논의에 비추어 III.장에서의 비판적 견해가 대상판결을 향해 던진 의

44) 조용호, “채무부존재확인소송”, 「사법논집(제20권)」, 법원도서관, 1989, 428면.

문점 및 문제점이 타당한지에 대하여 검토하고자 한다.

첫 번째 점에 관하여, 비판적 견해는 원고가 근저당권말소청구와 피담보채무부존재확인청구를 “함께” 제기하는 경우 전자의 원고승소 판결의 기판력은 당해 채무의 부존재를 확정하는 것은 아니기 때문에 원고의 법률상의 지위의 불안정을 완전히 제거하기 위해서는 전자의 선결관계에 있는 채무부존재확인을 구하는 것이 가장 유효·적절하다고 할 것이므로 확인의 이익을 인정하여야 한다고 한다. 살피건대, 비판적 견해는 필자의 원고의 지위에 대한 인식과는 달리 대상판결의 원고의 지위를 「채무자 겸 근저당권설정자」로 이해하고 그 지위를 전제로 논의를 진행하고 있다. 그러나 앞에서 본 것처럼[IV. 5. 참조] 원고는 「채무자」의 지위에서 특별한 사정이 없는 한 근저당권말소와 그 피담보채무부존재확인이라는 두 청구를 “함께” 청구할 수 없다. 비판적 견해는 원고의 지위를 오인한 상태에서 양립 불가능한 위 두 청구가 “함께” 제기될 수 있다는 것을 전제한 것으로, 그 내용 만큼은 경청할 만한 훌륭한 생각들이 많음에도 불구하고, 적어도 대상판결의 사안에서 만큼은 그 비판이 적절하다고 보기 어렵다.

두 번째 점에 관하여, 비판적 견해는 우선 대상판결을 근저당권설정등기의 말소를 구함과 동시에 피담보채무 ‘전부’의 부존재확인을 구한 경우 확인의 이익이 없다고 선언한 것으로 이해하고, 이에 대한 비판의 근거로 채무 일부 (부)존재확인청구의 확인의 이익을 인정하는 대판 1982.11.23, 81다393과 대판 1983.6.14, 83다카37을 들고 있다. 위 대판 81다393 및 위 대판 83다카37과 비교할 때, 대상판결은 논리적으로 일관성 있는 태도라고 할 수 없다고 하면서, 일관성을 유지하기 위해 채무‘전부’의 부존재확인도 확인의 이익이 있다고 해야 한다고 주장한다.

그러므로 보건대, 대판 1982.11.23, 81다393 사안의 당사자의 지위 및 확인대상을 분석해 보면 모두 ① 원고가 피담보채무의 채무자 겸 근저당권설정자이고, ② 피고가 채권자 및 근저당권자이며, ③ 원고는 채무 일부 부존재확인청구를 함과 동시에 근저당권설정등기의 말소를 청구하고 있음을 알 수 있다. 대판 1983.6.14, 83다카37 사안의 당사자의 지위 및 확인대상을 분석해 볼 때, ① 원고가 피담보채무의 채무자 겸 근저당권설정자이고, ② 피고는 채권자 겸 근저당권자이며, ③ 원고는 채무 일부 부존재확인청구를 하고 있다는 것을 알 수 있다. 필자는 비판적 견해와는 달리 원고가 「채무자 겸 근저당권설정자」이고 피고가 「채권자 겸 근저당권자」라는 원·피고의 지위에 초점을 맞추어 채무부존재확인청구의 확인의 이익 유무를 결정하자는 입장이다. 즉 원·피고가 원래의 채권자·채무자 관계였다면

전부든 일부든 그 확인의 이익이 있다고 본다. 이와 같은 필자의 시각에 선다면 대상판결에서 원고 「채무자」와 피고 「근저당권의 양수인 내지 전부채권자」는 본래의 채권자·채무자의 관계에 있지 아니하므로 보충성의 원칙이 적용되어 그들 사이에서 피담보채무부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다고 봄이 타당하다. 따라서 오히려 비판적 견해가 대상판결을 비판하기 위하여 근거로 삼고 있는 위 판례들은 필자의 주장을 위한 근거가 되고, 대상판결과 위 판례들은 서로 사안이 다르므로 대상판결이 위 판례의 태도에 어긋난다고 보기 어렵다.

세 번째 점에 대하여, 채무자라면 채권자를 상대로 ‘채무’부존재확인을 구할 수 있고, 그 채권이 양도나 전부된 경우에는 그 채권이 동일성을 유지하면서 신 채권자에게 이전하므로 양수인이나 전부채권자를 상대로 양수금 내지 전부금채무부존재확인을 구할 수 있는 것은 당연한 법리이다. 따라서, 대상판결이 채무자의 지위에서 제기한 원고의 피담보채무부존재확인의 소를 확인의 이익이 없다고 각하한 이유는 피고가 전부채권자여서가 아니라 원고가 확인대상을 잘못 선택했기 때문이라고 해석된다.

앞에서 구체적으로 살펴보았듯이, 전부명령의 제3채무자인 원고는 여러 확인의 소 중에서 전부채권자를 상대로 하여 전부금채무부존재확인을 구해야 했음에도 불구하고 원고와 소외 집행채무자 사이의 피담보채무부존재를 확인대상으로 삼았다. 따라서 「전부금채무부존재」를 확인의 대상으로 선택하였더라면 소의 이익이 있다는 선언을 받을 수도 있는 사안이었다고 본다. 즉 대상판결은 채무자 또는 채무자 겸 근저당권설정자의 채무부존재확인청구나 피담보채무부존재확인청구를 허용하지 않겠다는 것이 아니라, 다만 「전부명령의 제3채무자가 전부채권자를 상대로 제3채무자와 집행채무자간의 피담보채무의 부존재확인을 구하는 것은 허용하지 않겠다.」는 취지로 이해하여야 한다.

VII. 결론

지금까지 진행하여 온 논의는 크게 둘로 나눌 수 있다. 첫째, 대상판결에 대한 비판적 견해는 원고의 지위를 「채무자 겸 근저당권설정자」임을 전제로 하고 논의를 전개하고 있으나, 원고는 「채무자」와 「물상보증인으로서 근저당권설정자」라는 별개의 두 지위를 가지고 있다는 점을 밝히고 두 지위에서 제기한 피담보채

무부존재확인청구의 소의 이익을 검토하였다. 그 중 물상보증인의 지위에서 제기한 원고(선정당사자)의 피담보채무부존재확인청구에 대하여 근저당권설정등기 말소청구라는 가장 유효·적절한 해결 수단의 존재로 인해 소의 이익이 없다고 판시한 대상판결에 비난 받을 점이 없다는 점을 살펴보았다. 이제는 대상판결은 변경되어야 한다거나 명시적으로 폐기되어야 한다는 등의 비판으로부터 자유로워져야 한다고 본다.

둘째, 근저당권의 채무자는 「채무자」의 지위에서 원래의 채권자 또는 전부채권자를 상대로 얼마든지 채무부존재확인을 구할 수 있다는 점을 살펴보고, 전부채권자를 상대로 제기 가능한 여러 채무부존재확인청구 중에서 어느 것이 가장 발본색원적 해결 수단인지에 대해 검토하여 보았다. 확인의 소의 독자적 확인의 이익이 있음을 주장하더라도 가능한 여러 채무부존재확인청구 중에서 가장 유효·적절한 방법을 찾아내는 작업이 선행되어야 할 필요성은 인정해야 하기 때문이다. 그 논의의 결과 근저당권부 채권이 전부된 경우 제3채무자는 전부채권자를 상대로 전부금채무부존재확인청구를 선택하는 것이 가장 발본색원적 해결 수단이라는 결론에 도달하였다. 결국 대상판결은 「채무자」의 채무부존재확인청구를 허용하지 않은 것이 아니라 전부명령의 제3채무자가 전부채권자를 상대로 제기한 「피담보채무부존재확인청구」를 허용하지 않은 것이라고 보아야 한다.

(논문투고일 : 2015.02.24, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.25)



▶ 이 현 재

채무부존재확인, 피담보채무부존재, 전부금채무부존재, 확인의 이익, 근저당권설정등기말소청구

【참 고 문 헌】

- 강수미, “채무부존재확인청구의 확인의 이익에 관한 고찰-판례를 중심으로-”, 「민사소송(제18권 제2호)」, 한국민사소송법학회, 2014
- 김능환, 「주식 민사집행법[V](제3판)」, 한국사법행정학회, 2012
- 김상원, “권리보호요건에 관하여”, 「변호사(VI)」, 서울제일변호사회, 1975
- 김홍엽, 「민사소송법(제3판)」, 박영사, 2013
- 신동윤, “선정당사자 제도의 실무상 문제점”, 「실무연구자료(제4권)」, 대전지방법원, 2000
- 안철상, “근저당권 피담보채무부존재확인청구의 소와 확인의 이익”, 「민사재판의 제문제 11권」, 2002, 변재승선생 권광중선생화갑기념, 민사실무연구회
- 윤 경, “무효인 전부명령 또는 추심명령에 대한 구제방법”, 「재판자료(제109집) : 민사집행법실무연구[민사집행법커뮤니티 연구자료집]」, 법원도서관, 2006
- 이시윤, 「신민사소송법(제6증보판)」, 박영사, 2013
- 지원림, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014
- 조용호, “채무부존재확인소송”, 「사법논집(제20권)」, 법원도서관, 1989
- 최성호, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인의 소에 관한 검토-대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결을 소재로-”, 「민사소송(제18권 제2호)」, 2014
- 최진수 변호사의 법률 쟁점 노트 <http://blog.naver.com/yejeeyena/20123469716> 혹은 <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=yejeeyena&logNo=20123469716&redirect=Dlog&widgetTypeCall=true> (2014. 4. 20. 봄)」
- 호문혁, 「민사소송법(제11판)」, 법문사, 2013
- 홍기문, 「민사소송법(개정 제4판)」, 대명출판사, 2013

Abstract

A study of whether there exists interest of right protection for flexible mortgage-establisher to file an action to confirm the nonexistence of debt secured by the flexible mortgage

Lee, Hyun Jai

In terms of whether there exists interest of right protection for 「debtor and mortgage-establisher」 to file an action to confirm the nonexistence of debt secured by flexible mortgage and to expunge its flexible mortgage registration together, the supreme court decision 2000Da5640 decided April 11, 2000 has been criticized by critics who dispute lawsuit because application of supplement nature is supposed to be relieved or even it is unnecessary. However, the main issues are the meaning and extent of flexible mortgage-establisher. The critics misunderstood legal principles of inheritance and developed their opinions assuming that plaintiff's position is a 「debtor and flexible mortgage-establisher」. However, herein, we examined that plaintiff has two positions - 「debtor/flexible mortgage-establisher as a person who pledged one's property to secure another's obligation」.

First, we examined that a debtor of flexible mortgage is able to file the confirmation lawsuit of a debt nonexistence as a 「debtor」 in the case of filing lawsuits against creditor who obtained assignment order. Afterwards, we looked into what the most eradicable solution method is among several confirmation lawsuits of a debt nonexistence.

As a result, the most eradicable solution method is confirmation

lawsuit of a debt nonexistence against creditor who obtained assignment order if a claim secured by a flexible mortgage is transferred by the assignment order.

Eventually, the supreme court's decision is not about a 「debtor and flexible mortgage-establisher」 but a 「debtor / person who pledged one's property to secure another's obligation」. In addition, what the supreme courts does not allow is the confirmation lawsuit of 「nonexistence of debt secured by the flexible mortgage」 against a creditor sued by garnishee, not a debtor.



▶ Lee, Hyun Jai

Confirmation lawsuit, Confirmation lawsuit of a debt nonexistence, Interest of right protection, Assignment order, Extinction of the mortgage

주주권 행사와 관련한 이익공여금지 소고

최 준 선*

- | | |
|-------------------|-----------|
| I. 서론 | 2. 쟁 점 |
| 1. 이익공여금지규정의 입법취지 | 3. 대법원 결정 |
| 2. 입법례와 현황 | 4. 검토 |
| II. 사례 분석 | III. 결 론 |
| 1. 사안의 개요 | |

【국 문 요 약】

“법 해석은 어디까지나 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로 이루어져야 한다. 이를 위해서는 가능한 한 원칙적으로 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 타당성 있는 법 해석의 요청에 부응하여야 한다”¹⁾ 이 판결문은 법적 안정성과 구체적 정의가 충돌할 때 어느 것이 우선하는가에 관한 현대 법철학의 정확한 인식을 설파하고 있다. 나아가 “법률의 입법 취지와 목적”이 법해석의 중요한 도구임을 재천명하고 있다. 최근에 우리 학계에 상법 제467조의2에서 규정하고 있는 이익공여금지 규정의 입법 취지에 관한 논쟁이 있다. 이 규정의 본래의 입법 취지에서 벗어나 현실에 맞는 새로운 해석론이 힘을 얻고 있다. 입법 당시 본래의 입법 취지가 세월이 가고 후세에 와서 변경될 수 있는 것은 아니로되, 시대상황에 따라 결론론으로서 새로운 해석이 가능하다고 해야 하지 않을까.

이익공여금지규정은 1984년 개정상법에 도입되었다. 이 규정은 주주의 권리행사와 관련하여 회사는 누구에게든지 재산상의 이익을 공여할 수 없다고 정하고 있다. 이와 같은 규정이 도입된 배경에는 우리나라의 주주총회의 문화와 깊은 관계가 있다. 즉, 우리나라에서는 이른바 ‘총회꾼’(또는 ‘전문주주’라고 한다)이 주주총

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 대법원 2014. 12. 11. 2013므4591.

회에서 회사와 불건전한 거래를 하는 사례가 많아서 이를 근절시킬 목적으로 도입되었다.²⁾ 이와 같은 규정은 세계적으로도 매우 드물어서 오직 일본 회사법만이 유사한 규정을 두고 있다.³⁾ 총회꾼이 활약하는 문화가 일본과 한국에만 유독 두드러지기 때문이다.

2014년에 이익공여금지와 관련하여 최초의 사례라고 할 수 있는 대법원 결정이 나왔다.⁴⁾ 이 결정에는 여러 가지의 쟁점이 있으나, 필자가 이 글에서 다룰 쟁점은, 첫째, 주주제로 운영되는 회원제 골프장이 주주총회를 성립시키기 위하여 동 회사의 이사회가 사전투표에 참여하는 주주들에게 주주당 1회에 한하여 양도가능한 골프장 예약권을 부여하고, 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 의결권을 행사하는 주주들에게 20만 원 상당의 상품교환권을 지급하기로 결의하고 이를 실행에 옮긴 것이 상법상 금지되는 주주의 권리행사와 관련하여 이익을 공여한 것(상법 제467조2)으로 볼 수 있는가, 둘째, 이익공여금지를 위반한 경우 그 주주총회의 효력, 즉 그 주주총회는 취소되어야 하는가 하는 점이다. 둘째 쟁점에 관하여 이익의 수령은 의결권행사의 한 가지 동기에 불과하므로 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 주주총회의 결의 자체는 영향이 없다고 본다는 것이 통설이었다. 그런데 이번 결정에서는 이익공여가 있는 경우 그 주주총회는 취소의 사유가 있다고 하였다.

오늘날에는 투명경영과 기업공시제도의 활성화로 총회꾼의 발호가 거의 소멸되고, 따라서 이익공여금지규정 최초의 입법취지였던 총회꾼의 대책은 유명무실하여졌다. 이익공여금지규정은 본래는 회사재산의 낭비를 방지하기 위한 것이었다고 생각된다. 이익공여금지규정과 이익공여죄를 연결하여 해석해 보면, ① 이 규정들은 재산상 이익을 공여 금지하고, ② 이 규정에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 때에는 그 반환을 하여야 하도록 규정하고 있으며, ③ 그 반환은 대표소송 등에 의하도록 하고 있고, ④ 통설에 따르면 이익공여죄의 보호법익도 회사의 재산보호에 있고, ⑤ 회사재산의 낭비가 없으면 형사적으로 이익공여죄(상법 제634조의2)를 구성하지도 아니하며, 따라서 회사 이외에 주주가 다른 주주에게 이익공여하는 경우에는 처벌하지 않는 점, ⑥ 회사운영의 건전성을 해한다는 것은 범죄 구성요건이 아닌 점, ⑦ 상법에 이미 증수죄(상법 제631조)가 규정되어 있는데 이 규정은

2) 법무부, 「1984년 개정상법 초조해설」, 한국사법행정학회, 1984, 140면.

3) 일본과 한국 외에는 이와 유사한 규정이 존재하지 않는다. 根本伸一, 根本伸一, “利益供與の禁止規定の可能性”, 「法律論叢」, 제83권 제6호, 明治大學法律研究所, 2010, 277면.

4) 대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397결정.

회사운영의 건전성 확보를 그리고 이익공여죄의 경우는 회사재산낭비방지가 그 보호법익이라고 보는 것이 옳다는 것, ⑧ 총회장의 교란행위에 대해서는 총회회장의 질서유지권으로 대처하고 있다는 것(상법 제366조의2) 등이 그 이유이다. 오늘에 와서 이익공여금지규정이 회사운영의 건전성 확보규정으로 인식되고 있는 것은 결과론이 아닐까. 결과론일지라도 이와 같은 입법취지의 변경해석이 가능하다면 주주총회결의취소의 소가 용인될 수 있는 근거도 생긴다. 이와 같이 입법 취지의 변경해석이 가능한 것인가? 본고에서는 종래 규정에 대한 해석론을 재음미하고 이번 대법원 결정의 의미를 음미하여 바람직한 해석론 및 현실에 맞는 입법론을 제시하고자 한다.

I. 이익공여금지규정의 입법취지

회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없으며(상법 제467조의2 제1항), 이에 위반하여 이익을 얻은 자는 그 이익을 회사에 반환하여야 한다(동조 제3항). 이 규정은 이른바 총회꾼과 회사의 불건전한 거래를 근절시키고자 하는 취지에서 둔 규정이다.⁵⁾ 과거 상장회사의 주주총회의 운영실태를 보면 총회꾼들이 소량의 주식을 소지하며, 주주총회에서 장시간 발언하거나 소동을 피우는 등 물리적인 수단을 행사할 수 있음을 예고하고 이를 삼가는 대가로 회사로부터 이익을 제공받거나, 반대로 임원과 결탁하여 회사로부터 대가를 받고 다른 주주의 발언을 봉쇄하는 등의 방법으로 임원의 연임에 협력하는 등 임원들의 사사로운 이익을 위해 의사진행을 불공정하게 이끌어 가는 폐단이 있었다. 총회꾼의 이러한 횡포는 회사재산 또는 이익의 부당한 일실을 초래하고, 다른 주주의 정당한 권리행사를 방해함으로써 주주총회의 형해화를 재촉한다.

총회꾼은 우리나라와 일본에서 주로 나타나고 있는데,⁶⁾ 오늘날에도 총회꾼은 근절되지 않은 것으로 보인다. 대한상공회의소가 2014년 최근 3년간(2012~2014년) 주주총회에서 새도우보팅 제도를 이용한 상장회사 302개사(유가증권 110개사, 코스닥 192개사)를 대상으로 ‘새도우보팅 제도 폐지에 따른 기업의 대응과 과제’를 조사한 결과, 새도우보팅제도를 폐지하면 전문주주가 등장할 것을 우려한 응답이 5.6%로 나타났으며, 2013년에도 총회꾼의 난입을 애로사항이라고 응답한 비율이 27.0%나 되었다.⁷⁾ 오늘날의 총회꾼은 변호사와 회계사 등 고도의 회사법적, 재무적 지식을 갖춘 전문가들이 회사의 내용을 분석하고 주주의 정당한 권리행사의 외관을 갖추고 회사와 접촉한다는 점에서 ‘專門株主’라는 이름을 새로이 얻었다. 그러나 오늘날 기업의 투명경영과 기업공시제도의 활성화로 총회꾼의 발호가 거의

5) 법무부, 전계 「1984년 개정상법 축조해설」, 140면.

6) 김선정, “주주의 권리행사에 관한 이익공여금지-소위 주주꾼의 횡포에 대한 법적 대응”, 동국대학교 지역개발대학원, 「개발논총」, 제2집, 1992, 22면.

7) 기업들은 새도우보팅 폐지로 인해 가장 크게 우려되는 상황으로 ‘감사 또는 감사위원 선임 불발에 따른 관리종목 지정’(67.6%)을 들었다. 이어 ‘주총 결의 성립의 무산’(14.2%), ‘기업의 주총참여 권유업무 과중 우려’(11.9%), ‘총회꾼 등 참석을 대가로 금품을 요구하는 악성주주 등장’(5.6%) 순으로 응답했다. 아주경제, 2014. 10. 26.자. 한편 2013년에도 대한상공회의소가 코스피 상장기업 230개사를 대상으로 ‘주총 관련 기업으로 실태’를 조사한 결과, 가장 많은 기업이 ‘각종 의무 및 일정준수 부담’(48.3%)이라고 답했다. 또 다른 애로사항으로는 ‘주총 진행을 방해하는 총회꾼 난입’(27.0%), ‘의사정족수 확보’(17.4%), ‘외부감사 준비’(6.4%)를 차례로 들었다. 상공회의소 보도자료 2013. 3. 14.자.

소멸되고 있어서 이익공여금지규정이 그 최초의 입법취지였던 총회꾼의 대책은 상당히 효과를 거두고 이제는 용도를 다 한 것으로 볼 수 있다. 총회꾼에 대하여 본조가 적용된 판례가 전무한 것만 봐도 알 수 있다.

총회꾼의 배후작용에 의한 총회의 형식화에 대해서는 상법상 권리행사방해 등에 관한 贈收賂罪(상법 제631조)를 이미 마련해 두고 있다. 이 밖에도 총회장의 교란행위에 대해서는 총회회장의 질서유지권으로 대처하고 있다(상법 제366조의2). 그런데 권리행사방해 등에 관한 증수죄는 재산상의 이익의 수수 또는 공여가 '부정한 청탁'하에 이루어질 것을 요건으로 하므로 그 입증이 매우 곤란하고, 따라서 별로 실효가 없는 것이다.⁸⁾ 이에 상법은 민사법적으로 이들에게 제공된 이익을 회사에 회복시키기 위한 사법적 수단이 필요하여 민사법적으로는 이익공여금지규정(상법 제467조의2)을 마련하였고,⁹⁾ 형사법적으로도 이익공여죄(상법 제634조의2)를 두어 대비하고 있다. 즉, ① 총회꾼의 횡포를 막고, ② 올바른 주주권의 행사를 확보하며, ③ 공여된 금전이 불법원인급여나 非債辨濟에 해당하여 회사가 이를 반환받을 수 없는 경우에 대비하여 이 규정에 의거, 회사가 이의 반환청구를 할 수 있게 된 것이다.¹⁰⁾

이익공여금지제도는 본래 1981년 일본 개정상법 제423조에서 제425조까지를 입법례로 삼아 도입한 것이다. 일본상법은 1981년 주주의 권리행사에 관한 이익공여를 사법적으로 금지하고 사법상 금지규정의 실효성을 확보하기 위하여 벌칙으로서 이익공여죄를 마련하였다고 한다.¹¹⁾ 1980년대 당시 일본에는 총회꾼이 6,000명이나 되었으며, 기업이 이들에게 부당하게 지급하는 돈이 연간 1,000억 엔에 이르렀다고 한다. 더욱이 폭력단이 총회꾼으로 진출함으로써 큰 사회적 부담이 되었으므로, 그 폐해방지에 부심하던 끝에 이 제도가 입법되었다고 한다.¹²⁾

일본은 그 후 '자회사의 계산으로 한 이익공여'를 추가하고 이익공여요구죄를 신설하였으며 벌칙을 인상하는 등 이익공여금지의 범위와 실효성 확보를 도모하였

8) 최기원, 「상법학신문(상)」, 2009, 1132면; 최준선, 「회사법」, 2015, 400면.

9) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2014, 976면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2014, 1143면; 최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2012, 957면.

10) 최준선, 전게서, 400-401면; 정쾌영, "이익공여금지", 「주식회사법대계Ⅱ」, 2013, 232면; 北澤正啓, 「會社法」, 青林書院新社, 2001, 576면; 元木伸, 「改正商法逐條解説」, 商事法研究會, 1981, 208면.

11) 이효경, "이익공여금지규정을 둘러싼 제 문제-최근 일본에서의 논의를 중심으로", 「경영법률」, 2013, 3면.

12) 前田ひとし, 「회사법입문」, 有斐閣, 2008, 365면.

다. 2005년 일본회사법은 제120조에 ‘주주의 권리행사에 관한 이익공여금지’ 규정을, 제970조에 ‘주주의 권리행사에 관한 이익공여죄’를 각각 규정하여 조문을 정리하는 외에, 이익공여에 직접 관여한 자를 제외하고 이사 등의 책임을 과실책임으로 개정하였다.¹³⁾ 이 외에도 일본 회사법 제968조에는 ‘주주 등의 권리행사에 관한 뇌물증여죄’가 규정되어 있다.

우리나라에서는 일본만큼은 아니지만 1984년 상법이 개정될 당시 총회권 문제가 사회적 이슈로 대두되었다. 특이한 것은 일본과 한국 외에는 총회권 문제가 거의 없다는 것이다. 아마도 기업문화와 관계있는 것이 아닌가 여겨진다. 우리나라 상법은 이러한 일본의 입법을 거의 그대로 계수하여 1984년 본 조항을 신설하게 되었다.¹⁴⁾

이익공여금지규정(상법 제467조의2)의 입법취지에 대하여는 회사재산의 낭비 방지에 있다는 견해, 주주총회 운영의 정상화에 그 목적이 있다는 견해, 회사운영의 공정성 확보에 있다는 견해 등이 있다.¹⁵⁾ 한편 이익공여죄규정(상법 제634조의2)의 입법취지에 대하여는 회사재산의 낭비방지를 중시하는 의견과 주주권 행사에 대한 영향을 금지하는 것을 중시하는 의견, 그리고 이들 견해를 절충한 입장이 있다.¹⁶⁾ 이익공여금지는 이익공여죄에 의하여 실효성이 확보되므로 이 두 규정은 서로 독립된 것이 아니므로 함께 고찰되어야 한다. 이익공여금지규정과 이익공여죄규정을 종합하여 입법취지를 살펴보면 대체로 ① 회사자산낭비방지설,¹⁷⁾ ② 주주권행사에 대한 영향금지설,¹⁸⁾ ③ 회사운영의 건전성 확보설¹⁹⁾ 등의 견해가 있다. 일본에서는

13) 村田敏一, “株主の権利行使に關する利益供與について-民事責任と刑事責任”, 『立命館法學』 2012年 5・6號(345・346號), 822면.

14) 이효경, 상개논문, 3면; 권재열, “상법상 이익공여죄에 관한 소고”, 연세대학교 법학연구소, 『법학연구』, 제18권 제3호, 2008, 129~130면. 根本伸一, 전개논문, 277면 이하는 유사한 규정은 흔하지 않지만, 일본 외에 독일에서도 유사한 기능을 하는 규정으로 의결권 매매(Stimmenkauf, Vote Buying, 주식법 제405조 제3항 제6호·제7호), 뉴욕주 회사법(N.Y. Bus. Corp. Law §609(e))가 있고, 미국 판례로서 Schreiber v. Camey, 447A.2d 17.(Del.Ch.1982)가 있다고 소개하고 있다.

15) 정쾌영, 전개논문, 『주식회사법대계Ⅱ』, 233면 이하가 자세하다.

16) 권재열, 전개논문, 130면이 자세하다

17) 현재 일본의 통설로, 이 견해에 따르면 회사에게 필요한 거래이자 그 대가가 상당하다고 판단되는 경우에는 설령 그 거래가 총회권에게 이윤을 부여하더라도 이익공여죄를 구성하지 않는다고 본다. 박길준, “상법상의 벌칙규정에 대한 입법론적 고찰-일본법과의 비교를 중심으로”, 『연세행정논총』, 제15집, 1989, 162면; 송호신, “상법상 회사관련 범죄에 대한 연구-벌칙조항 활성화 방안을 중심으로”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2002, 161면; 박영길, “이익공여의 금지”, 『고시계』, 제392호, 1989, 134면; 권재열, 전개논문, 133면 등 참조. 市川兼三, “利益供與要求罪の新設と利益供與禁止規定の立法趣旨”, 『香法』, 1998, 1면 이하; 竹内昭夫, “利益供與罪(商法497條)の處罰範圍”, 『産大法學』 第34卷 第3号, 2000, 147~148면.

18) 이 입장에 따르면 상법이 금지하는 재산상의 이익의 공여는 대가의 유무를 요건으로 하지 않고

이익공여금지규정의 입법취지가 ① 주주의 권리행사에 관하여 회사재산의 낭비를 방지하여 회사운영의 건전성을 확보하는 데 있다는 견해, ② 주주총회의 운영을 포함하여 정상적인 회사운영과 회사재산의 부당한 지출, 쌍방에 있다는 견해, ③ 주주의 권리행사의 공정성을 1차적 보호법익으로 한다는 견해가 있으나, 어떤 견해에 의하더라도 총회꾼에 대한 이익공여 뿐만 아니라 총회꾼 이외에도 적용될 것이 입법 당초부터 주장되었고, 판례도 이를 인정하여 왔다고 한다.²⁰⁾ 또한 이익공여죄의 보호법익을 회사자산 낭비 방지로 인한 회사운영의 건전성 확보와 주주 권리행사의 적정 모두가 보호법익이라고 보는 견해도 있다.²¹⁾ 일본에서는 처음부터 총회꾼이라는 단어를 법조문에 구체적으로 사용함에는 입법 기술적으로 곤란하여 “누구든지”라는 단어를 쓰게 되었고, 이로써 일본법이 총회꾼대책뿐만 아니라 광범하게 회사운영의 건전성 확보가 입법취지라고 설명되고 있다.²²⁾

학설의 소개에 관하여는 다른 연구자의 선행연구에서²³⁾ 이미 자세히 소개되어 있으므로 재론을 피한다. 근래에는 한국에서도 본조의 입법목적인 총회꾼에 대한 대응을 넘어 그 적용범위가 날로 확대되어 가는 추세이며, 판례에서도 이 규정이 회사운영의 건전성의 측면에서 그 정용의 여부가 결정되고 있는 사례가 흔히 있게 되었다.²⁴⁾

특히 일본에서는 이 규정이 1981년에 도입된 지 35년이 지나면서 이익공여에 관한 많은 판례가 나와서²⁵⁾ 이익공여행위의 전형으로 생각되었던 총회꾼에 대한 이익 공여 외에 종업원 지주회사제도와 관련한 장려금의 지급,²⁶⁾ 주주우대승차권

있으므로, 만약 회사가 시가에 상당한 대가를 받더라도 그 거래가 주주의 권리의 행사와 관계가 있는 것으로 인정된다면 그 거래는 위법하다. 일본의 많은 학자가 이를 주장하고 있다. 권재열, 전계논문, 132면 각주 17 및 18 참조; ; 박상조, 「신회사법론」, 2000, 820면; 안동섭, 「상법강의(II) 회사법」, 1999, 343면; 최기원, 「신회사법론」, 2009, 952면.

19) 이익공여는 회사재산을 부당하게 사용하여 주주총회의 공정한 운영을 방해하는 것이며, 이는 곧 회사의 건전한 운영을 해치는 결과를 낳는다고 보는 견해이다. 우홍구, “주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지”, 건국대학교 「법대논총」, 제3집, 1994, 47면; 김선정, 전계논문, 26면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 2010, 1061면.

20) 根本伸一, 전계논문, 274면.

21) 한석훈, 「주식회사법 대계」, 2013, 948면.

22) 根本伸一, 전계논문, 274면. 일본에서의 이익공여금지규정과 이익공여죄규정의 입법취지에 대하여는 市川兼三, 전계논문 “利益供與要求罪の新設と利益供與禁止規定の立法趣旨”가 가장 자세하다.

23) 市川兼三, 전계논문, 2면 이하; 정쾌영, 전계논문, 「주식회사법대계II」, 231면 이하; 권재열, 전계논문, 131면 이하. 강대섭, “주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회 결의의 효력”, 한국상사법학회 2015년 동계학술대회 발표자료, 2015. 2. 13. 16면 이하.

24) 강대섭, 상계논문, 4면, 16면 이하.

25) 일본 판례와 일본 학설의 전개에 대한 자세한 소개로는 이효경, 전계논문, 8면 이하 참조.

26) 熊谷組従業員持株會事件(福井地判 1985.3.29. 判例タイムズ 제559호 275면).

의 교부,²⁷⁾ 적대적 주주에 대한 대처하기 위한 행위로서의 일정한 행위,²⁸⁾ 蛇の目ミシン 주주대표소송사건,²⁹⁾ 위임장 쟁탈 사건인 모리텍스사건³⁰⁾ 등을 거치면서 경영지배권을 둘러싼 주주제안권의 행사, 위임장 쟁탈 등에서 이익공여가 문제되는 국면에까지 나아가므로, 과거 이익공여가 민사책임과 형사책임문제에서 더 나아가 주주총회결의의 하자 즉 결의취소사유라는 관점에서 새롭게 문제성을 보이고 있다.³¹⁾

이와 같은 점을 고려하면 제3설인 회사운영의 건전성 확보설도 일리가 있다고 본다.³²⁾ 연구대상 판례도 회사운영의 건전성 확보설의 입장에서 그 타당성이 설명될 수 있다고 하겠다.

전술한 바와 같이 입법취지는 해석론의 중요한 근거가 된다. 입법취지를 무시하고 단순한 문구에만 집착하여 법규정을 해석하게 되면 전혀 의도하지 않았던 결과가 발생하기 때문이다. 한국에서 이익공여금지규정의 본래 입법취지는 법무부가 1984년에 발간한 「1984년 개정상법 축조해설」에 명확하게 나와 있는 것처럼, 이른바 총회꾼과 회사의 불건전한 거래를 근절시키고자 하는 데 있음은 부인할 수 없다.³³⁾ 이제 상황이 바뀌어 총회꾼의 폐해가 상당히 사라지고 이 규정이 회사건전성확보에 유용한 도구로 활용된다고 하여, 이제 와서 이 규정의 입법취지가 본래 회사운영의 건전성에 있다고 주장하는 것은 결과론적인 것이다. 이익공여금지규정과 이익공여죄를 연결하여 해석해 보면 이들 규정의 입법취지는 회사자산낭비방지설이 타당할 것으로 본다. ① 이 규정들은 재산상 이익을 공여 금지하고, ② 이 규정에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 때에는 그 반환을 하여야 하도록 규정하고 있으며, ③ 그 반환은 대표소송 등에 의하도록 하고 있고, ④ 통설에 따르면 이익공여죄의 보호법익도 회사의 재산보호에 있고, ⑤ 회사재산의 낭비가 없으면 형사적으로 이익공여죄(상법 제634조의2)를 구성하지도 아니하며, 따라서 회사 이외에 주주가 다른 주주에게 이익공여하는 경우에는 처벌하지 않는 점, ⑥ 회사운영의 건전성을 해한다는 것은 범죄 구성요건이 아닌 점, ⑦ 상법에 이미 증수죄(상법 제631조)가 규정되어 있는데 이 규정은 회사운영의 건전성 확보를 그리고

27) 土佐電氣鐵道事件(高松高判 1990.4.11. 金融商事判例 제859호 3면).

28) 國際航業事件(東京地判 1995.12.27. 判例タイムズ 제912호 238면).

29) 日本最高裁判所 2006.4.10. 民集 제60권 제4호 1273면.

30) 東京地判 2007. 12. 6. 金融商事判例 제1281호 37면.

31) 村田敏一, 전게논문, 823면.

32) 이효경, 전게논문, 17면, 19면 이하.

33) 법무부, 전게 「1984년 개정상법 축조해설」, 140면.

이익공여죄의 경우는 회사재산낭비방지가 그 보호법익이라고 보는 것이 옳다는 것, ⑧ 총회장의 교란행위에 대해서는 총회회장의 질서유지권으로 대처하고 있다는 것(상법 제366조의2) 등이 그 이유이다.

특히 이익공여죄의 보호법익은 재산범의 성격을 가지는 것으로 특별배임죄를 보충하는 것이다.³⁴⁾ 이익공여죄를 설계할 때부터 회사자산낭비방지설의 견지에서 입법된 것이지 회사운영의 건전성 확보가 입법취지는 아니었던 것이다.³⁵⁾ 그러므로 이익공여죄 그 이익의 반환이 문제된 것이다. 즉, 공여된 이익이 사회통념상 허용되는 의례적인 수준을 초과한다면 회사재산의 낭비가 될 것이니 이를 금지하여야 할 것이며, 이에 대하여 제재를 가하면 그 반사적 효과로서 주주의 권리행사의 공정성이 확보되어 회사운영의 건전성이 확보되는 것이다.³⁶⁾

법률의 해석이 본래의 입법취지를 벗어나면 법적안정성이 침해된다. 물론 그렇다고 하여 모든 법규가 본래의 취지대로만 적용되어야 하고 다른 목적으로는 적용될 수 없다고 주장하여서는 곤란하다. 상법은 상거래가 매우 신속하게 변화, 발전해 감에 따라 끊임없이 변화, 발전해 가는 법률분야이다. 상법 법규 역시 처음에 의도하지 않았던 부분에까지 확대적용될 가능성은 언제나 열려 있다. 다만, 이것은 법적 안정성의 관점에서 매우 신중한 접근이 필요하다고 본다. 특히 이 규정의 확대적용은 형사법적 제재, 즉 이익공여죄(상법 제634조의2)와 연동되어 형사범의 확대라는 부작용을 초래할 수 있으므로 신중을 기하여야 한다.³⁷⁾

실제로 이 글에서 연구대상으로 하는 사건에서도 창원지방법검찰청 검사는 채무자 1에 대하여 위와 같이 사전투표를 하거나 주주총회에 직접 참석하여 의결권을 행사한 주주들에게 예약권 및 20만 원 상당의 상품권을 제공한 행위가 주주의 의결권 행사 여부 및 그 행사 방법과 관련하여 재산상 이익의 공여를 금지한 상법을 위반하였다고 하여 벌금 100만 원의 약식명령을 청구하였고, 창원지방법원은 2013.10.21. 위와 같은 내용의 약식명령을 고지하였다. 이와 같이 입법의도의 유추적 확장은 민사사건의 형사화로 형벌권의 남용 문제를 일으킨다. 이익공여금지 및 이익공여죄 규정의 입법취지에 대한 무한정한 확대해석은 경계하여야 한다.

34) 村田敏一, 전게논문, 841면; “株主の權利行使に關する利益供與に關する規律”, 「特輯 “取り殘された”, 會社法罰則の檢證」, 法律時報 1052호 32면 이하, 久保田安彦, “會社法からの分析”, 33면.

35) 久保田安彦, 상계 “會社法からの分析”, 33면.

36) 동지. 권재열, 전게논문, 133면.

37) 村田敏一, 전게논문, 824면; 森本滋, “違法な利益供與の範圍”, 「監査役」, 제167호, 1982, 807면 이하, 이효경, 전게논문, 17면.

2. 입법례와 현황

일본과 한국을 제외한 외국에서는 총회꾼도, 또 총회꾼에 대한 대책으로서의 어떤 규제도 존재하지 않는다. 다만, 이익공여금지규정과 유사한 기능을 가진 제도가 있으니, 독일에서는 의결권 매매(Stimmenkauf, Vote Buying)가 예전에는 금지되는 경향이 있었으나 현재는 이를 허용하는 입장이 주류를 이루고 있다고 한다.³⁸⁾ 독일 주식법 제405조 제3항 제6호·제7호에는 의결권 매매행위를 행정벌(Ordnungswidrigkeit)로서 최고 25,000유로의 과태료 처분을 받도록 하고 있으나, 이 규정은 실제로는 전혀 적용되지 않는다고 한다. 이 규정은 일본과 한국에서는 주주 등의 권리행사에 관한 중수퇴좌(일본회사법 제968조, 한국상법 제631조의 권리행사방해 등에 관한 중수퇴좌)의 모법이 되었다고 한다.³⁹⁾ 미국에서는 의결권의 매매는 과거에는 당연히 위법으로 무효였고, 주 회사법에도 전면적으로 금지되었으나, 현재는 뉴욕주 사업회사법(N.Y. Bus. Corp. Law §609(e))이 조건부로 금지하고 있을 뿐이다. 미국 판례로서 Schreiber v. Camery, 447A.2d 17.(Del.Ch.1982)가 있는데, 과거의 당연위법으로 보던 견해를 바꾸어 다른 주주를 詐害할 목적, 또는 다른 주주의 의결권을 무효화할 목적이 없는 한 의결권 매수는 유효하다고 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 오히려 근래에는 hedge fund에 의한 empty voting 등 새로운 문제가 등장하고 있고, 이러한 행태에 대하여 종래 의결권 매매에 관한 rule로는 충분히 대응할 수 없어, 회사 경영진이 의결권을 매수하여 이를 행사한 경우 경영진 등 이사의 신인의무(fiduciary duty) 위반만이 문제될 뿐이라고 한다.⁴¹⁾

다음으로, 숨은 이익배당(verdeckte Gewinnausschüttungen)의 수단으로 이익공여를 하는 수가 있다. 독일법에서는 해석상 주식법 제57조 제1항을⁴²⁾ 근거로 출자금 반환금지의 원칙이 존재한다. 일본에서 이익공여금지규정이 입법화될 때 이 규정도 도입할 것인가가 논의되었으나, 일본에서는 이 규정이 직접 도입되지는 아니하여 과연 출자금반환금지의 원칙이 존재하는지에 관하여 논란이 있다.⁴³⁾ 한국에서도 같다. 일본에서는 오늘날 결함기업규제와의 관계에서, 즉 자회사로부터 모회사로의 이익이전에 이익공여금지규정이 적용되는가에 관한 문제가 중요한 이슈가 된

38) 根本伸一, 전제논문, 277면.

39) 根本伸一, 전제논문, 277면.

40) 根本伸一, 전제논문, 277면.

41) 根本伸一, 전제논문, 278면.

42) § 57 Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen.

43) 根本伸一, 전제논문, 278면.

다고 한다.⁴⁴⁾

II. 사례 분석

1. 사안의 개요

(i) 주주제로 운영되는 골프장인 주식회사 ○○컨트리클럽(이하 ‘이 사건 회사’라고 한다)은 2012. 11. 13. 이사회(이하 ‘이 사건 이사회’라고 한다)를 개최하여, ① 2013. 3. 25. 정기주주총회(이하 ‘이 사건 주주총회’라고 한다)에서 차기 임원들을 선임하고, ② 위 임원선임결의(이하 ‘이 사건 주주총회결의’라고 한다)에 관한 사전투표(이하 ‘이 사건 사전투표’라고 한다)의 시기(始期)를 주주총회일로부터 ‘2주 전’에서 ‘24일 전’으로 연장하여 2013. 3. 1.부터 2013. 3. 24.까지 24일간 사전투표를 실시하기로 결의하였다.⁴⁵⁾

1. 사전투표기간 : 2013. 3. 1. ~ 3. 24. (24일간)
2. 사전투표시간
 - 가. 2013. 3. 1. ~ 2013. 3. 23. : 09:00 ~ 19:00까지
 - 나. 사전투표마감일(2013. 3. 24.) : 09:00 ~ 17:00까지

(ii) 이 사건 회사는 2013. 2. 5. 이사회를 다시 개최하여, ① 이 사건 사전투표에 참여하는 주주들에게 주주당 1회에 한하여 양도가능한 골프장 예약권(이하 ‘이 사건 예약권’이라고 한다)을 부여하고, ② 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 의결권을 행사하는 주주들에게 20만 원 상당의 상품교환권(이하 ‘이 사건 상품권’이라고 한다)을 지급하기로 결의하였다. 그 후 실제 사전투표나 주주총회에서 직접 의결권을 행사한 주주들은 이 사건 회사로부터 위 이사회 결의내용대로 이 사건 예약권과 상품권을 제공받았다.

(iii) 채권자 1과 당시 이 사건 회사의 대표이사였던 채무자 1은 이 사건 주주총회결의의 대표이사 후보자로, 채권자 1과 위 회사 이사들이었던 채무자 2, 3, 4는

44) 根本伸一, 전제논문, 278면.

45) 본고를 작성하는 도중에 2015. 2. 13. 한국상사법학회 동계학술대회에서 이 선에 대한 판례평석인 강대섭, “주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회 결의의 효력”이라는 주제발표가 있었기에 본고에서 이를 반영하였다.

이사 후보자로 등록하였는데, 대표이사 선임투표결과 채권자 1은 676표, 채무자 1은 711표를 획득하였고, 특히 사전투표에서는 채권자 1이 226표, 채무자 1이 711표를 얻어 채무자 1이 압도적으로 우세하였다. 그리고 총 사전투표수 942표 중 연장된 사전투표기간(2013. 3. 1.부터 2013. 3. 10.까지)의 투표수는 610표이고, 나머지 사전투표기간(2013. 3. 11.부터 2013. 3. 24.까지)의 투표수는 332표이다.

	사전투표	위임장투표	직접투표	총 득표수
채권자 1	226	436	14	676
채무자 1	711	15	4	730
무효	5			
계	942	451	18	

(iv) 이러한 투표결과에 따라 2013. 3. 25. 채무자 1을 이 사건 회사의 대표이사로, 채무자 2, 3, 4 등 10인을 위 회사의 이사로 선임하는 이 사건 주주총회결의가 이루어졌다.

(v) 한편 이 사건 회사의 정관 제28조 제4항 후단(이하 ‘이 사건 정관규정’이라고 한다)은 임원선임결의에 관한 사전투표와 관련하여, “선거관리위원회는 사전투표함을 주주총회일 2주 전부터 주주총회 개최 1일 전 17시까지 비치하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(vi) 채권자들은, ① 이 사건 정관규정(제28조 제4항)에서 임원선임결의를 위한 사전투표의 시기(始期)를 주주총회일 2주 전부터로 정하고 있음에도 이 사건 회사는 이사회결의만으로 주주총회일 24일 전부터 사전투표를 실시하였고, ② 사전투표를 하는 주주에게 이 사건 예약권과 상품권을 제공한 것은 주주의 권리행사와 관련하여 상법상 금지되는 이익을 공여한 것이므로, 이 사건 주주총회결의는 그 결의방법이 정관과 법령에 위반하여 결의부존재 또는 결의취소사유가 존재한다고 주장하면서 채무자들에 대한 직무집행정지 등을 구하는 이 사건 가처분을 신청하였다.

2. 쟁 점

(i) 이 사건 정관규정(제28조 제4항)에서 임원선임결의를 위한 사전투표의 시기(始期)를 주주총회일 2주 전부터로 정하고 있음에도 이 사건 회사는 이사회결의만으로 주주총회일 24일 전부터 사전투표를 실시한 것이 위법한 것인지 여부, 즉 사

전투표함의 비치기간을 “주주총회일 2주 전”부터라고 규정한 정관이 사전투표의 始期를 정한 것인지 여부. 이 부분은 명백히 정관위반이므로 본고에서는 더 이상 논의하지 않기로 하겠다.

(ii) 사전투표를 하는 주주에게 이 사건 예약권과 상품권을 제공한 것은 주주의 권리행사와 관련하여 상법상 금지되는 이익을 공여한 것인지 여부, 그리고 이 경우 결의취소사유인지 여부.

3. 대법원 결정

상법 제467조2 제1항은 “회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없다”고 규정하고, 이어 제2항 전문은 “회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다”고 규정하고 있다. 이러한 규정에 비추어 보면, 이 사건 회사가 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 투표권을 행사한 주주들에게 무상으로 이 사건 예약권과 상품권을 제공하는 것은 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정된다.

뿐만 아니라 다음과 같은 사정, 즉 ① 기존 임원들인 채무자들과 반대파 주주들인 채권자들 사이에 이 사건 주주총회결의를 통한 경영권 다툼이 벌어지고 있는 상황에서 대표이사인 채무자 1 등의 주도로 사전투표기간이 연장되었고, 사전투표기간의 의결권행사를 조건으로 주주들에게 이 사건 예약권과 상품권이 제공된 점, ② 이 사건 예약권과 상품권은 그 액수가 단순히 의례적인 정도에 그치지 아니하고 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로 보이는 점, ③ 이러한 이익이 총 주주의 68%에 달하는 960명의 주주들(사전투표에 참가한 주주 942명과 주주총회 당일 직접 투표권을 행사한 주주 18명)에게 공여된 점, ④ 사전투표기간에 이익공여를 받은 주주들 중 약 75%에 해당하는 711명의 주주가 이러한 이익을 제공한 당사자인 채무자 1에게 투표하였고, 이러한 사전투표기간 중의 투표결과가 대표이사 후보들의 당락을 좌우한 요인이 되었다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 이러한 이익은 단순히 투표율 제고나 정족수 확보를 위한 목적으로 제공되기보다는 의결권이라는 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 의도로 공여된 것으로 보인다.

따라서 이 사건 예약권과 상품권은 주주권행사와 관련되어 교부되었을 뿐만 아니라 그 액수도 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로서 상법상 금지되는 주주의 권리행사와 관련된 이익공여에 해당하고, 이러한 이익공여에 따른 의결권

행사를 기초로 한 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 봄이 상당하다.

이 사건 결의는 정관에 위반하여 사전투표기간을 연장하고, 그 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%(전체 투표수 1,411표 중 942표)에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익이 제공됨으로써 주주총회결의취소사유에 해당하는, 결의방법이 법령과 정관에 위반한 하자가 있다고 할 것이므로, 이 사건 가처분신청은 채무자들에 대한 직무집행정지가처분을 구할 피보전권리의 존재가 인정된다.

그럼에도 원심은 판사와 같은 이유만으로 채무자들의 직무집행정지를 구할 피보전권리가 소멸되지 않는다고 보아 채권자들의 이 사건 가처분신청을 기각하였으니, 이러한 원심의 판단에는 주주총회결의취소사유에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 위법이 있다. 그러므로 원심결정을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 결정한다.

5. 결 토

(1) 이익공여금지 위반

이 사건에서 도심에서 멀리 떨어진 골프장에서 주주총회를 개최한다면 주주들이 쉽게 출석할 수 없어서 총회가 무산될 우려가 크므로, 골프장 클럽하우스 내에 사전투표함을 설치하고 사전에 투표한 주주들에게 20만원 상당의 상품권을 제공한 것이 위법이 되는가 하는 것이다. 이 사건에서는 주주총회에서 문제된 안전에 대하여 찬성해 달라는 것이 아니라 투표참여만을 독려하기 위한 것이고, 특정 주주나 세력들이 아닌 모든 주주를 대상으로 투표참여를 독려한 것이므로 상법 제467조의2가 규정한 이익공여금지에 해당하지 않는다고 볼 여지도 있다. 본조의 입법 취지는 이른바 총회꾼의 횡포에 대응하기 위한 것인데, 이와는 달리 총회 자체의 무산을 막기 위한 고육지책으로 동원된 조치에 대하여 이익공여에 해당하는 것으로 금지의 대상이 되는 것인지 의문이다. 이 사건의 원심(부산고법 2013.11.13.자(창원) 2013라70결정)은, “이 사건 골프장 예약권과 상품권과 같은 이익공여로 인하여 주주들의 의사가 왜곡되었다고 보기에에는 부족하며, 위임장에 의한 결의방법에 의한 폐해를 줄이고 사전투표를 통한 주주회원의 직접투표율을 제고하기 위하여 이사회 결의를 거쳐 시행한 점에 비추어 보면 그 방법에 주주총회의 임원선임

결의를 취소할 정도의 하자가 있다고 보이지 않는다. 또한 주주의 권리행사와 관련하여 회사가 재산상의 이익을 공여하였다고 하더라도, 그 이익공여는 주주권행사의 동기에 불과할 뿐이므로, 비록 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 주주권행사의 효력자체에는 영향이 없어 주주총회의 결의자체는 유효하다.”고 판단하여 이를 이익공여에 해당하는 것으로 보지 아니하였다. 이와 같은 점 등에 비추어, 채권자가 채무자들에 대한 직무집행정지를 구할 피보전권리가 충분히 소명되지 않으므로 원고의 청구를 기각하였다.

그러나 대법원은 “예약권과 상품권은 주주권행사와 관련되어 교부되었을 뿐만 아니라 그 액수도 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로서 상법상 금지되는 주주의 권리행사와 관련된 이익공여에 해당하고, 이러한 이익공여에 따른 의결권행사를 기초로 한 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 봄이 상당하다.”고 판단하고, 원심의 판단에는 주주총회결의취소사유에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 위법이 있어 원심법원에 환송하는 판결을 하였다.

(2) 주주총회결의 취소사유

사례의 결정에서 대법원은 “이 사건 주주총회결의는 ① 정관에 위반하여 사전투표기간을 연장하고, 그 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%(전체 투표수 1411표 중 942표)에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 ② 위법한 이익이 제공됨으로써 주주총회결의취소사유에 해당하는, 결의방법이 법령과 정관에 위반한 하자가 있다고 할 것이므로, 이 사건 가처분신청은 채무자들에 대한 직무집행정지가처분을 구할 피보전권리의 존재가 인정된다.”고 하여 주주총회취소사유가 있다고 판단하고 있다. 이 사건에서는 ① 정관에 위반한 사전투표기간연장만으로 이미 주주총회결의취소사유가 존재한다. 그 외에 ② 위법한 이익제공도 취소사유로 덧붙여진 것으로 보인다. 문제는 ② 위법한 이익제공만으로도 총회결의취소사유가 될 것인가에 있다.

(i) 종래 한국의 통설

이익공여를 받은 상대방은 그 공여받은 이익을 반환할 의무만 부담하고, 그 이익공여와 관련해 주주의 권리를 행사한 경우에 그 권리행사의 효력에는 영향이 없다는 것이 통설이다.⁴⁶⁾ 그리고 이익의 수령은 의결권행사의 한 가지 동기에 불과

하므로 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 주주총회의 결의 자체는 영향이 없다고 본다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 상법 제467조의2의 목적은 주주권 행사와 관련된 불공정한 거래를 방지하자는 것이고, 또 주주권행사 자체는 위법, 불공정을 요하지 않기 때문이다.⁴⁸⁾

(ii) 일본에서의 논의

일본에서는 주주총회의 결의의 하자는 이익공여의 태양에 따라 달라질 수 있다는 견해가 있다. 즉, 이익공여의 태양에 따라 주주총회결의의 하자를 결의방법의 법령위반, 결의방법의 현저한 불공정 및 현저하게 부당한 결의로 나누어 그 성립 여부를 검토하는 것으로서, 이익공여가 있었던 결의는 그 결의방법이 법령에 위반하는 것으로 본다는 것이다.⁴⁹⁾ 주주의 권리행사에 관하여 이익공여가 금지되고 있어, 의결권 행사 자체에 관하여 재산상의 이익이 공여되면 위법하게 된다고 해석된다는 것이다.⁵⁰⁾ 실례로 일본의 이른바 모리텍스사건에서 의결권을 행사한 주주에게 소액의 기프트 카드를 교부한 것은 이익공여위반으로 이 경우 그 결의는 취소를 면할 수 없고, 또한 위반 사실은 중대하고 주주에 의한 의결권 행사에 적지 않은 영향을 미쳤다는 사실이 밝혀졌기 때문에 재량기각이 될 수 없다고 한다.⁵¹⁾

(iii) 사건

생각건대 총회권 대책이라는 본조의 입법취지를 넘어 근래에는 회사의 건전한 운영을 위하여 필요한 경우에까지 본조의 확대적용이 가능한 점, 위법한 이익제공으로 의결권을 대규모로 매수하고, 이사의 선임에까지 영향을 주는 결과는 본래의 총회권 대책의 한계를 넘어 결의방법이 법령에 위반한 것으로 해석할 수 있는 점에서 위법한 이익제공만으로도 총회결의취소사유가 될 수 있다고 본다. 전술한 바와 같이 위임장 권유와 관련하여 5,000원 상당의 상품권을 교부한 경우 상품권의

46) 정동윤, 전게서, 729면; 강위두·임재호, 전게서, 1006면; 박상조, 전게서, 822면; 이철송, 전게서, 978면; 최준선, 전게서, 402면; 김선정, 전계논문, 34면; 정쾌영, 전계논문, 「주식회사법대계Ⅱ」, 247면

47) 이철송, 전게서, 978면; 정찬형, 전게서, 1146면; 정동윤, 전게서, 648면; 최준선, 전게서, 402면; 정쾌영, 전계논문, 「주식회사법대계Ⅱ」, 247면.

48) 이철송, 전게서, 978면.

49) 川島いづみ, “利益供與と株主總會の決議瑕疵”, 「法律時報」, 제80권 제11호, 2008, 35면; 강대섭, 전계논문, 26면.

50) 川島いづみ, 상계논문, 35면; 강대섭, 전계논문, 26면.

51) 川島いづみ, 상계논문, 35면; 강대섭, 전계논문, 26면.

증정과 회사제안에 찬성하는 것과 사이에 상호관련이 있어서 결의취소사유가 있다는 견해도 있다.⁵²⁾ 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익이 제공되는 경우 주주총회결의 취소사유(상법 제376조)에 해당하는, 결의방법이 법령에 위반한 하자가 있게 된다. 이 사건에서는 상법 제467조의2가 본래 의도하였던 목적, 즉 총회권 대책의 범위, 즉 보통 한 두명의 총회권들이 작은 돈을 노리고 은밀하게 불건전한 행위를 하는 경우를 넘어, 이사의 선임이라는 의도를 실현하고자 합법을 가장한 공개적이며 대담하고 조직적이며 광범위한 불법행위가 저질러졌다. 이것은 상법 제467조의2가 예정했던 총회권 대책의 범위를 넘어서 주주총회 자체의 효력에 영향을 줄 정도에 이르렀다고 볼 수 있다. 이 사건에서는 정상적인 주주총회가 개최되었다고 보기 어렵다. 따라서 이 주주총회에 취소사유가 있다는 대법원 결정에 찬동한다.⁵³⁾ 이익공여는 총회결의취소사유가 될 수 없다는 현재의 통설은 이번 판례를 계기로 총회결의취소사유가 될 수 있는 것으로 변경되어야 한다고 본다.

(iv) 기타의 논의

회사가 특정 주주제안을 부결시키기 위하여 일반주주에 대하여 이익공여를 하고 그로써 그 주주제안이 부결된 경우에는 주주의 권리행사에 관한 이익공여는 성립하지만 결의 자체가 성립하지 않았기 때문에 결의취소문제는 발생하지 않는다는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 타당한 지적이라 생각한다. 다만, 이때는 결의방법이 현저하게 불공정하여 부당하게 주주제안을 부결시켰기 때문에 민사소송법상 확인의 소에 의하여 결의의 존재확인을 구하여야 할 것으로 본다. 그러나 주주측 제안을 부결시키고 회사측 제안을 가결시키기 위하여 이익공여를 한 경우에는 회사측 가결을 취소하는 소가 가능하다고 본다.⁵⁵⁾ 예컨대 위임장 쟁탈을 위하여 주주들이 이익공여를 하고 그 결과 주주제안이 가결된 경우는 본조의 이익공여에는 해당하지 않지만 결의방법이 현저하게 불공정하여 결의취소의 소의 대상이 된다고 본다. 이때 이익공여한 위임장에 의하였으나 결과적으로 주주제안이 부결되었다면 부결된 결의는 결의 자체가 존재하지 않으므로 취소가 문제되지 않는다.⁵⁶⁾

52) 양만식, 전계논문, 186면.

53) 대체로 동지: 강대섭, 전계논문, 27면, 30면.

54) 강대섭, 전계논문, 26면.

55) 川島いづみ, 전계논문, 35면; 강대섭, 전계논문, 26면.

56) 川島いづみ, 전계논문, 35면; 강대섭, 전계논문, 26면.

III. 결 론

이익공여금지는 본래 회사법이 상정하고 있는 주주의 이익, 즉 주가의 상승으로 인한 이익의 증가나 배당 이외, 회사법이 본래 의도하지 아니한 이익을 취하는 주주에게 제재를 가하기 위한 규정이다. 총회꾼과 같은 목적을 가진 다른 주주도 흔히 있다. 예컨대 어떤 회사의 경영진과 합의하에 다른 회사가 순수투자목적 외에 주식을 보유하는 것이다. 경영자의 사적이익 추구나 적대적 기업인수 방어대책으로서 주식을 보유하므로 주식 가치의 향상에는 관심이 없다. 이 경우에도 주주와 경영자의 유착으로 회사법이 예정하고 있는 정상적인 주주총회를 형해화하고, 총회꾼 못지않게 회사의 건전한 운영을 방해할 수 있다. 그럼에도 이러한 유형에 대한 규제는 없다. 이와 같은 점에서 이익공여를 형사벌로 처리하는 것이 과연 정당하고 공정한지도 의문이고, 주주총회결의 취소사유로 보는 것이 공정한지도 의문이다. 주주총회를 왜곡한다는 점에서는 자기주식에 대한 의결권행사의 금지, 주식상호소유의 경우 의결권 제한, 특별이해관계인의 의결권 제한 등과 궤를 같이하는 측면이 있다. 일본과는 달리 한국에서는 이익공여금지규정의 본래의 입법취지가 총회꾼 대책에 있었는데, 오늘날에 와서 회사운영의 건전성 확보라는 것으로 입법취지가 확장해석되는 것은 根本伸一이라는 학자가 적절하게 지적한 바와 같이 “헌 가죽 푸대에 새 술”(古い革袋に新しい酒)을 담으려고 애쓰는 형국이다.⁵⁷⁾

이익공여금지규정과 이익공여죄를 연결하여 해석해 보면 이들 규정의 입법취지는 회사자산낭비방지설이 타당할 것으로 본다. ① 이 규정들은 재산상 이익을 공여 금지하고, ② 이 규정에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 때에는 그 반환을 하여야 하도록 규정하고 있으며, ③ 그 반환은 대표소송 등에 의하도록 하고 있고, ④ 통설에 따르면 이익공여죄의 보호법익도 회사의 재산보호에 있고, ⑤ 회사재산의 낭비가 없으면 형사적으로 이익공여죄(상법 제634조의2)를 구성하지도 아니하며, 따라서 회사 이외에 주주가 다른 주주에게 이익공여하는 경우에는 처벌하지 않는 점, ⑥ 회사운영의 건전성을 해한다는 것은 범죄 구성요건이 아닌 점, ⑦ 상법에 이미 증수취죄(상법 제631조)가 규정되어 있는데 이 규정은 회사운영의 건전성 확보를 그리고 이익공여죄의 경우는 회사자산낭비방지가 그 보호법익이라고 보는 것이 옳다는 것, ⑧ 총회장의 교란행위에 대해서는 총회회장의 질서유지권으로

57) 根本伸一, 전제논문, 274면.

대처하고 있다는 것(상법 제366조의2) 등이 그 이유이다. 오늘에 와서 이익공여금지규정이 회사운영의 건전성 확보규정으로 인식되고 있는 것은 결과론이 아닐까. 결과론일지라도 이와 같은 입법취지의 변경해석이 가능하다면 주주총회결의취소의 소가 용인될 수 있는 근거도 생긴다. 이와 같이 입법 취지의 변경해석이 가능한 것인가?

총회권의 발호가 거의 소멸된 요즈음 이익공여금지에 대한 규정을 재정립할 필요가 있다. 즉, 이익공여금지규정을 총회권 대책규정에서 회사운영의 건전성 확보를 위한 규정으로 재인식하는 것이다. 주주는 일반적으로 주가의 상승을 바라는 투자자인데, 주식가치의 최대화와는 상관없이 주식을 보유하는 주주로서 총회권과 경영진과 공모한 주식보유가 있다. 이들은 투자자로서의 주주의 지위를 벗어나 개인적 이해관계를 갖는 자들이다. 이익공여금지규정은 회사를 이익공여의 주체로 하므로 주주가 이익공여의 주체가 될 경우, 예컨대 의결권 매매의 경우에는 효과가 없다. 이에 대한 대책으로 권리행사방해 등에 관한 증수되죄로도 충분히 교정이 가능하다. 한국에서도 일본처럼 이익공여금지규정을 회사재산의 낭비와 회사운영의 건전성 확보를 위한 이중적 취지를 가진 규정으로 인식한다면 이번 결정과 같이 주주총회결의취소의 소가 인정되면 충분할 것이고, 이익공여죄는 민사사건의 형사화를 가져오므로 폐지하는 것이 마땅하다. 이익공여를 회피하기 위한 방안으로 의결권매매가 있다. 의결권 매매 자체를 통제할 수 없으며 통제할 방법도 없다. 실제로 일본과 한국을 제외한 어떤 나라에서도 의결권 매매를 행정벌로 다룰 수는 있어도 형사범죄로 처리하고 있지는 않다. 일본과 한국 외에는 주주권의 행사에 관한 거래를 형사벌로 처벌하지 않는다. 한국은 형사벌이 남용되고 있는 것은 아닌지 진지한 반성이 필요하다.⁵⁸⁾ 이 점에서 이익공여죄를 폐지하는 문제를 신중하게 고려하여야 한다고 본다. 우리 상법에는 이미 권리행사방해 등에 관한 증수되죄가 규정되어 있기 때문에 형사벌은 이것만으로도 충분할 것이다. 이번 대법원 결정은 회사의 재산을 활용하여 임원 선임을 둘러싸고 사적 이익을 꾀할 수 있다는 것이 증명된 사건을 다룬 점에서 이익공여금지규정이 회사재산의 낭비 외에 회사운영의 건전성 확보라는 입법목적을 가진 것을 확인하였다고 본다.

58) 김일중, 「규제범죄에 대한 과잉범죄화」, 2015.02.24., 2면: 과잉범죄화로 인해 한국에서 벌금 이상의 형벌을 1회 이상 받은 전과자 수가 2010년 약 1,100만명에 근접하여 2000년대 들어 1.5배 증가(인구대비 비중은 약 22%, 15세 이상 인구대비 26.5%로서 성인대비 4명 중 1명 이상의 전과자이며), 이러한 추세가 지속되면 2020년 인구대비 전과자 비중의 추정치는 약 32%가 됨. 2000년대 증가율은 OECD회원국들 중 최상위권에 포함.

(논문투고일 : 2015.02.21, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.23)



▶ 최 준 선

주주권 행사, 이익공여금지, 이익의 반환, 사전투표, 주주총회 결의취소

【참 고 문 헌】

- 강대섭, “주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회 결의의 효력”, 「한국상사법학회 2015년 동계학술대회 발표자료」, 2015. 2. 13. 16면 이하.
- 강위두·임재호, 「상법강의(상)」, 2009
- 권재열, “상법상 이익공여죄에 관한 소고”, 연세대학교 법학연구소, 「법학연구」, 제18권 제3호, 2008
- 김선정, “주주의 권리행사에 관한 이익공여금지-소위 주주꾼의 횡포에 대한 법적 대응”, 동국대학교 지역개발대학원, 「개발논총」, 제2집, 1992
- 박길준, “상법상의 벌칙규정에 대한 입법론적 고찰-일본법과의 비교를 중심으로”, 「연세행정논총」, 제15집, 1989
- 박상조, 「신회사법론」, 2000
- 박영길, “이익공여의 금지”, 「고시계」, 제392호, 1989
- 법무부, 「1984년 개정상법 축조해설」, 한국사법행정학회, 1984
- 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2004
- 송호신, “상법상 회사관련 범죄에 대한 연구-벌칙조항 활성화 방안을 중심으로”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2002
- 안동섭, 「상법강의(Ⅱ) 회사법」, 1999
- 양만식, “위임장권유와 주주총회결의의 취소”, 「기업법연구」, 제23권 제3호, 2009
- 우홍구, “주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지”, 건국대학교 「법대논총」, 제3집, 1994
- 이기수·최병규·조지현, 「회사법」, 2009
- 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2014
- 이효경, “이익공여금지규정을 둘러싼 제 문제-최근 일본에서의 논의를 중심으로”, 「경영법률」, 2013
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2014
- 정동윤, 「상법(상)」, 법문사, 2012
- 정쾌영, “이익공여금지”, 「주식회사법대계Ⅱ」, 법문사, 2013
- 정희철, 「상법학(상)」, 1989
- 최기원, “이익공여의 금지”, 「고시연구」, 1990

최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2012

최준선, 「회사법」, 삼영사, 2015

根本伸一, “利益供與の禁止規定の可能性”, 「法律論叢」, 2010

市川兼三, “利益供與要求罪の新設と利益供與禁止規定の立法趣旨”, 「香法」, 1998

竹内昭夫, “利益供與罪(商法497條)の處罰範圍”, 「産大法學」第34卷 第3号, 2000

村田敏一, “株主の權利行使に關する利益供與について-民事責任と刑事責任”, 「立
命館法學」 2012年 5・6號(345・346號)

前田ひとし, 「회사법입문」, 有斐閣, 2008

元木伸, 「改正商法逐條解説」, 商事法研究會, 1981

北澤正啓, 「會社法」, 青林書院新社, 2001

熊谷組従業員持株會 사건. 福井地判 1975.3.29. 金判 720호

土左電氣鐵道 사건. 高松高判 1990.4.11. 金判 859號

國際航業 사건. 東京地判 1995.12.27. 「判例タイムズ」, 912號

蛇の目ミシン 사건. 最判 2006.4.10. 民集 60卷 4號

モリテックス 사건. 東京地判 2007.12.6. 「判例タイムズ」, 1258號

Abstract

Prohibition against Granting Pecuniary Benefit

Junesun Choi

The Korean Commercial Code(hereinafter 'KCC') in Art. 467-2 provides 'Prohibition against Granting Pecuniary Benefit'. According to Art. 467-2, Para. 1, a company may not grant to any person a pecuniary benefit in connection with the exercise of rights as a shareholder. This provision was introduced in KCC when the KCC was revised in 1984 following the legislative model of the Japanese Commercial Code Art. 423 through Art 425. The current Japanese Company Law still preserves the same provision in Art. 210. No other legislative example could be found except the Japanese Code, because this rule came from unique, expedient practice of Japanese and Korean business enterprises. At the shareholders' meeting in Japan and Korea, often appears a professional troublemaker, who usually holds only few shares and wants to negotiate with directors of the company in connection with the exercise of rights as a shareholder. If the director of a company grants any pecuniary benefit to him, then he will be irenic to the director, but in contrary if the director refuses to grant any benefit, then the troublemaker become bolshie at the general meeting. In order to eradicate these indecent practices, the KCC provides in Art. 467-2 Para 3 that if a company has granted any pecuniary benefit in contravention of paragraph (1), the person who has received such benefit shall return it to the company. In this case, if the person paid to the company anything in compensation for such benefit, the company may

return to him. In order to avoid difficulty providing proof, the KCC provides further in Para 2 of the same Article that if a company has given gratuitously any pecuniary benefit to a specified shareholder, such pecuniary benefit shall be presumed to have given in connection with the exercise of shareholder's rights. If a company has given for value any pecuniary benefit to a specified shareholder but if the benefits obtained by the company are remarkably less than the pecuniary benefit granted to the shareholder, the same shall be applicable.

Recently, the first court decision on this subject was delivered. The Korean Supreme Court has decided in 2014 that the grant of gift certificate to shareholders who have participated in vote in advance or vote itself at the shareholders' meeting is tantamount to violation of Art. 467-2, and that the shareholders' meeting in violation of Art. 467-2 shall be revoked.

This article reexamines this court decision and suggests desirable interpretation on the matter of 'Prohibition against Granting Pecuniary Benefit' in general.



▶ Junesun Choi

exercise of shareholder's rights, prohibition against granting pecuniary benefit, return of pecuniary benefit, vote in advance, revocation of shareholder's meeting

은행 경영지배구조의 법제도적 개선 과제

고 동 원*

I. 머리말

II. 은행 경영지배구조의 현행 제도와 개선 과제

1. 임원 제도

2. 이사회 구성 및 운영 제도

3. 사외이사 제도

4. 감사위원회 제도

5. 내부 통제 및 준법감시인 제도

6. 경영지배구조 내부 규범 제도

III. 맺음말

【국 문 요 약】

은행 경영지배구조 규제는 중요한 건전성 규제의 하나이다. 즉 건전한 경영지배구조의 구축 없이는 은행의 건전성을 담보하기가 어렵다. 이런 점에서 은행이 자율적으로 좋은 경영지배구조를 구축하지 못하면 법이 개입해야 할 필요가 있다. 은행 경영지배구조의 핵심은 은행장 등 경영진을 어떻게 잘 견제해서 건전한 경영을 도모하느냐 하는 것이다. 이런 역할을 하는 것이 사외이사 제도이다. 그런데 문제는 사외이사가 이러한 역할을 제대로 하지 못하고 있다는 것이다. 또한 은행장 선임에 있어서 투명성이 확보되지 못하여 ‘낙하산 인사’가 행해지고 있는 것도 큰 문제이다. 이 글의 핵심적인 주장은 다음과 같다. 첫째, 은행이 자율적으로 설치하여 운영하고 있는 은행장후보추천위원회를 법제화 하여야 하며, 위원 구성에 있어서도 금융소비자 및 종업원 대표가 참여하도록 해야 한다. 둘째, 은행장의 자격 요건으로서 은행 실무 경력 5년 이상을 요구함으로써 ‘낙하산 인사’가 행해질 수 없도록 해야 한다. 셋째, 은행 이사회 의장을 사외이사가 맡도록 함으로써 은행장을 견제할 필요가 있다. 넷째, 사외이사 선임에 있어서 경영진의 영향력을 배제하여 사외이사의 독립성을 확보하기 위해서, 사외이사후보추천위원회 구성에 있어 은행장과 사내이사를 배제하고, 대신에 금융소비자 및 종업원 대표가 참여하도록 해야 한다. 다섯째, 사외이사 후보군(pool) 제도를 도입하여 사외이사 후보 추천 과정에서 은행 경영진의 영향력이 배제되도록 하여야 한다. 여섯째, 감사위원 선임에 있

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

어서 주주총회와 이사회 2단계를 거치는 절차를 주주총회로 단일화 하여야 한다. 일곱째, 상임 감사위원의 자격 요건으로서 은행 실무 경력 5년 이상을 신설함으로써 감독기관 등의 출신이 ‘낙하산 인사’로 선임되는 것을 막아야 한다. 여덟째, 2008년 세계적 금융위기 이후 중요성이 강조되고 있는 위험관리위원회와 보수위원회의 설치를 법제화하여 한다. 아홉째, 내부 통제 기준에서 위험 관리 기준을 분리하고, 별도의 위험관리책임자를 임명하여 운영해야 한다. 열째, 실효성이 크지 않은 준법감시인의 적극적 자격 요건을 폐지해야 한다.

I. 머리말

은행 감독에 관한 국제적인 기준을 제시하고 있는 바젤은행감독위원회(Basel Committee on Banking Supervision)의 ‘은행 경영지배구조 원칙’(Corporate Governance Principles for Banks)은 ‘경영지배구조’¹⁾를 “회사의 목적을 달성하고 경영 성과를 감시하는 수단으로 작동하는, 회사의 경영진, 이사회, 주주 및 기타 이해관계자 사이의 일련의 관계”라고 정의하고 있다.²⁾ 이러한 정의에서 알 수 있듯이 바람직한 경영지배구조를 구축하는 것은 회사의 건전한 경영을 위해서 필요한 요소라고 할 수 있다. 특히 다수의 금융 소비자와 거래하는 금융기관의 경우에 그 필요성은 더욱 절실하다. ‘선량한’ 예금자가 있는 은행의 경우도 마찬가지이다. 지급 결제 기능이 있는 은행이 부실화될 때 전체 금융제도에 미치는 영향이 다른 금융기관에 비해 크다는 점을 감안할 때 은행의 경영지배구조는 더 강화되어야 한다는 주장도 가능하다. 이렇게 금융기관 경영지배구조 문제는 건전성 규제(prudential regulation)의 핵심으로 자리 잡고 있다.

은행을 비롯한 금융기관 경영지배구조는 1997년 말 외환 위기 후 시행된 금융 개혁 조치로 상당히 큰 변화가 있었다. 종전의 사내이사로 구성되었던 이사회가 사외이사(outside director)³⁾ 중심의 이사회가 되었고, 감사(auditor) 대신에 감사위원회(audit committee) 제도가 도입되었으며, 내부 통제(internal control) 강화 장치로서 준법감시인(compliance officer) 제도가 도입된 것이 특징적이다.

이러한 경영지배구조의 획기적인 변화에도 불구하고 아직도 여러 문제점이 나타나고 있는 것이 현실이다. 대표적인 사례가 2014년 발생한 소위 ‘KB국민은행 사태’이다. KB국민은행의 주(主) 전산기 교체 문제에 따른 경영진의 갈등이 드러난 사

1) 보통 ‘기업지배구조’라고 하는데, 여기서는 연구 대상이 은행이고, ‘소유 지배구조’라는 용어도 사용되고 있어서, 이와 구별하기 위하여 ‘경영지배구조’라는 용어를 사용한다.

2) Basel Committee on Banking Supervision, "Corporate Governance Principles for Banks - Consultative Documents," Oct. 2014, Glossary ("A set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders which provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance. . ."). 바젤은행감독위원회의 ‘은행 경영지배구조 원칙’은 1999년 9월 처음 제정되었고("Enhancing Corporate Governance for Banking Organizations"), 이후 2006년 2월 및 2010년 10월 각각 개정된 후("Principles for Enhancing Corporate Governance"로 명칭 변경), 2014년 10월 다시 개정안(Consultative Document)이 발표되었다("Corporate Governance Principles for Banks"로 명칭 변경). 이하에서는 2014년 개정안을 인용한다.

3) 독립이사(independent director)라고 불리기도 한다.

건인데, 이는 결국 소위 ‘낙하산 인사’로 각기 임명된 KB금융지주회사 회장과 KB국민은행장 사이의 갈등이 표출된 사건이다. 아직도 은행을 비롯한 금융기관 최고경영자의 선임 과정에 정치권이나 관(官)의 ‘보이지 않는’ 외부 개입이 이루어지고 투명성이 확보되지 못하고 있는 것이다. 거슬러 올라가면, 2010년 하반기에 발생한 신한금융지주회사의 경영권 내분 사태도 최고 경영자 승계 계획이 제대로 구축되지 못하면서 발생한 경영지배구조의 문제이다. 왜 이런 문제가 발생하는 것인가? 그것은 바로 은행 등 금융기관의 최고 경영자가 ‘막강한’ 권한을 갖고 있기 때문이다. 그래서 최고 경영자 등 경영진을 견제하는 역할을 하는 사외이사 제도가 도입된 것인데, 실제 사외이사가 이러한 역할을 제대로 하지 못하는 것이 현실이다. 더 나아가 사외이사의 ‘권력의 집단화’ 현상까지도 나타나고 있어 문제이다. 특히 은행장 등 금융기관 최고 경영자 선임에 있어서 ‘낙하산 인사’가 행해지고 있는 것은 좋은 경영지배구조 구축에 최대의 걸림돌이 되고 있을 뿐만 아니라 우리 나라 금융 산업의 발전을 가로막는 큰 장애물이 되고 있다.

이 글은 이러한 현행 은행 경영지배구조의 문제점을 인식하고 은행 경영지배구조에 관한 현행 제도를 분석하면서 법제도적인 개선 방안을 모색하고자 하는 데 그 목적이 있다. 그래서 은행법령 등 관련 법령을 중심으로 법적 쟁점을 분석하고 제도적인 개선 방안을 제시하고 있다. 특히 이 글은 우리 나라 금융 산업의 고질적인 병폐인 ‘낙하산 인사’를 막을 제도적인 개선 방안과 사외이사 본연의 역할인 은행장 등 경영진 견제 역할을 충실히 잘 할 수 있는 개선 방안의 모색에 보다 중점을 두고 있다.

II. 은행 경영지배구조의 현행 제도와 개선 과제

은행법은 “제4장 지배구조”라는 제목 아래에 제18조(임원의 자격 요건 등), 제20조(임원 등의 겸직 제한), 제21조의2(비공개정보 누설 등의 금지), 제22조(이사회 구성), 제23조(이사회 권한), 제23조의2(감사위원회의 설치 등), 제23조의3(내부통제기준 등), 제23조의4(지배구조내부규범), 제23조의5(소수주주권의 행사), 제24조(감사위원회 위원 후보의 추천), 제25조(이해관계자의 의결권 제한) 등 11개의 조문을 두고 있다. 이 조항들을 정리해보면, 임원 제도, 이사회 구성 및 운영 제도, 사외이사 제도, 감사위원회 제도, 내부 통제 및 준법감시인 제도, 경영지배구 내부

규범 제도로 나누어 볼 수 있다. 그래서 이 장에서는 6개 부분으로 나누어 해당되는 쟁점을 살펴보면서 개선 방안을 논의하고자 한다. 특히 은행은 주식회사 형태를 띠고 있어 상법도 적용되게 되는데, 이 경우에는 은행법과 상법이 상충될 때 제기되는 법적 쟁점도 있어 해당되는 곳에서는 이러한 쟁점도 같이 살펴본다.

그리고 2014. 12. 24. 금융 정책 당국이면서 감독 당국인 금융위원회가 행정지도로 제정한 「금융회사 지배구조 모범규준」도 실무상 중요해졌으므로 해당되는 부분에서는 이 모범 규준의 내용도 다루기로 한다.⁴⁾ 이 모범 규준은 행정지도이어서 원칙적으로 강행성이 없지만⁵⁾ 실무에서는 이를 무시하기가 쉽지 않아 사실상의 강제력이 있다는 점에서 언급할 필요가 있다. 또한, 2012년에 정부가 국회에 제출한 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」 제정안(이하 “지배구조법안”이라 한다)도 해당되는 부분에서는 비교·분석하기로 한다.

1. 임원 제도

임원은 일반 직원과 달리 은행의 경영 전략 수립 등 주요 업무에 관한 의사 결정을 하는 위치에 있어 중요한 역할을 한다. 그래서 은행법은 임원의 자격 요건을 규정하고 겸직을 제한하는 조항을 두어 엄격히 규제하고 있다. 이하에서는 임원의 범위, 자격 요건, 임원의 겸직 제한 등과 관련되는 쟁점에 대하여 살펴본다.

가. 임원의 범위

1) 현황

은행법은 ‘임원’의 범위에 대하여 특별히 정의하고 있지 않다. 그래서 임원의 범위가 문제가 되는데, 이는 결국 해석으로 해결할 수밖에 없다. 은행도 주식회사 형태를 취하고 있기 때문에 주식회사에 적용되는 상법을 적용할 수 있다. 더욱이 은

4) 금융위원회는 이 모범 규준을 행정지도로 분류하고 있으나, 금융위원회가 제정한 ‘행정지도 운영 규칙’에 부합하지 않는 문제점이 있다. 왜냐하면, 행정지도는 1년 이내의 존속 기한으로서 한시적으로 운영되는 것인데(제8조), 이 모범 규준은 한시성을 나타내는 조항이 없기 때문이다.

5) 행정지도는 금융기관의 임의적 협력에 기초한 것이고(행정지도 운영 규칙 제2조), 행정지도를 받은 금융기관의 의사에 반하여 부당하게 강요해서도 안 되며(제3조 제1항), 행정지도를 따르지 않았다고 해서 불이익 조치를 해서도 안 되므로(제3조 제3항) 강행성이 없다고 할 수 있다. 또한 이 모범 규준 자체도 모범 규준에서 정한 것을 따르지 못할 때 그 사실과 이유를 공시하도록 하고 있어서(제58조) 강행성이 없다고 보아야 할 것이다. 다만 그 이유를 “법령상의 특례 적용 사유, 주주총회 의결 사유 등 이 규준을 따르지 않는 사유를 말한다”라고 제한하여 그 밖의 이유로 모범 규준을 따를 수 없는 경우를 배제함으로써 사실상 강행성이 있다고 보여질 수도 있으나, 이는 모범 규준의 원래 취지에도 맞지 않는 것이어서 그렇게 해석해서는 안 되며, 또한 그렇게 제한해서도 안 될 것이다.

행법 제3조 제2항은 “[은행법] . . .은 「상법」이나 그 밖의 법령에 우선하여 적용한다”라고 하고 있어서 상법을 적용할 수 있음을 의미하고 있다.

상법에도 임원에 대한 정의 조항은 특별히 없으나, 제312조(임원의 선임)에서 “창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다”라고 하고 있어서 상법상 임원은 이사와 감사를 말한다고 해석할 수 있다. 그리고 상법상 이사 및 감사는 등기를 해야 하므로(제317조 제1항 제8호), 결국 상법상 임원은 ‘등기된’ 이사 및 감사를 말하게 된다. 따라서 은행법상의 임원은 상법을 적용하여 등기된 이사 및 감사로 보는 것이 타당할 것이다. 그리고 은행법은 사외이사를 두도록 하고 있기 때문에(제22조 제2항), 은행법상 임원은 사내이사 뿐만 아니라 사외이사도 포함하게 된다. 또한 은행법상 감사 대신에 이사회 산하 위원회로서 감사위원회를 두도록 하고 있어서(제23조의2) 구성원인 감사위원도 이사가 되므로(상법 제415조의2, 제393조의2), 결국은 주주총회에서 선임된 이사가 은행법상 임원이 된다.

2) 임원의 정의 조항 추가 필요

입법론적으로는 은행법에 임원의 정의 조항을 두는 것이 좋다. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」이 임원을 “이사와 감사”로 정의하고 있는 조항(제9조 제2항)을 입법례로 참고할 수 있다.

나. 임원의 자격 요건

예금자를 보호해야 할 의무가 있는 은행은 ‘건전 경영’을 추구해야 한다. 이를 위해서는 은행의 주요 업무 집행을 결정하는 임원의 역할이 중요하므로 일정한 자격을 갖춘 자만이 할 수 있어야 할 것이다. 그래서 은행법은 임원의 자격 요건에 관한 조항을 두고 있는데, 적극적 자격 요건과 결격 사유로 나누어 규정하고 있다.

1) 적극적 자격 요건

가) 현황

은행법 제18조 제2항은 “은행의 임원은 금융에 대한 경험과 지식을 갖춘 자로서 은행의 공익성 및 건전 경영과 신용질서를 해칠 우려가 없는 자이어야 한다”라고 하여, 임원을 금융에 대한 전문적인 지식과 경험을 갖춘 자로 제한하고 있다. 고객의 예금을 운용·관리해야 하는 은행의 특성과 공공성을 감안할 때 금융 전문가가 은행을 경영해야 한다는 점에서 타당한 입법 방향이다. 다만, 규정이 추상적이어서

해석상 엄격한 운영이 되지 않을 가능성이 있다는 점이 지적될 수 있다. 예를 들어, 1년 또는 6개월 동안 금융기관에 근무한 자가 임원의 자격 요건을 충족하는지가 문제될 수 있다. 특히 이런 추상적인 규정이 존재함으로써 정치권 출신 등 금융 전문가가 아닌 자가 은행 임원으로 선임되는 소위 ‘낙하산 인사’ 문제를 막을 수 없는 법적 한계가 있다.

나) 구체적인 적극적 자격 요건 규정 필요

그래서 보다 구체적인 적극적 자격 요건을 규정하는 것이 필요하다. 특히 최근 문제가 많이 되고 있는 ‘낙하산 인사’를 막기 위해서라도 적극 검토해야 한다. 이에 대해서 헌법상의 직업 선택의 자유(제15조)에 대한 침해 주장이 제기될 수도 있겠지만, 건전 경영을 통하여 은행의 고객을 보호할 필요가 있다는 점을 감안할 때 헌법 제37조에 근거하여 충분히 받아들일 수 있다고 본다. 즉 헌법상 “공공 복리”를 위해 필요한 경우 법률로써 헌법상의 기본권을 제한할 수 있기 때문이다(제37조 제2항). 바젤은행감독위원회가 제정한 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 임원의 적극적 자격 요건으로서 “금융 및 자본시장, 금융 분석, 금융 안정, 전략 기획, 위험 관리, 보수, 규제, 기업지배구조 및 경영 기술 분야”에 지식과 경험을 갖춘 자⁶⁾를 제시하고 있어 이를 참고할 수 있을 것이다. 입법 기술상으로는 은행법에 근거 규정을 두고 자세한 자격 요건을 시행령에 위임하는 것을 검토할 수 있다.

2) 결격 사유

가) 현황

은행법은 적극적인 자격 요건 이외에 결격 사유도 자세히 규정하고 있다. 이것 또한 은행의 건전 경영을 유지하기 위한 목적상 필요한 것이다. 주로 미성년자 등 행위 무능력자, 형(刑)의 선고를 받은 자로서 일정한 기간이 경과하지 않은 자, 영업 인가 취소를 받은 금융기관에 재직하였고 그 인가 취소에 책임이 있는 자로서 일정한 기간이 경과하지 않는 자, 금융 관련 법령에 따라 징계 조치를 받은 자로

6) BCBS 2014 Principles, para. 46 (“Board members should have a range of knowledge and experience in relevant areas and have varied backgrounds to promote diversity of views. Relevant areas of competence include financial and capital markets, financial analysis, financial stability, strategic planning, risk management, compensation, regulation, corporate governance and management skills.”).

서 일정 기간이 경과하지 않은 자 등을 결격 사유로 규정하고 있다(제18조 제1항, 시행령 제13조 제4항). 그만큼 은행 임원이 되려는 자는 높은 도덕성을 갖추고, 법령을 잘 준수하는 등 문제가 없는 자이어야 한다는 것을 의미한다. 이것 또한 은행의 건전 경영 목적에 비추어 볼 때 헌법상의 직업 선택의 자유(제15조)에 대한 침해 주장은 설득력이 없을 것이다.

나) 임원 자격 상실 사유 발생 시 집행력 확보를 위한 규정 신설 필요

은행법은 임원이 된 후 결격 사유가 발생한 경우에 임원의 직(職)이 상실되는 것으로 규정하고 있는데(제18조 제1항 본문 후단), 그 상실된 사실을 알았을 때 어떤 조치를 취해야 하는지에 관한 사항은 규정되어 있지 않다. 따라서 임원이 해당 직의 결격 사유가 발생함에도 불구하고 계속 그 직무를 수행할 가능성이 있다. 이를 방지하기 위해서는, 첫째, 감독당국이 임원 결격 사유를 알게 된 때에는 해당 임원에게 직무 정지를 명령할 수 있도록 하고, 둘째, 임원 결격 사유에 해당된다는 사실을 알고서도 계속 업무를 수행한 임원에 대해서는 형벌 부과 등 벌칙 규정을 둬으로써 집행력을 확보하여야 한다.

3) 임원 자격 적합성 여부 공시 조항 신설 필요

경영지배구조에서 또 하나 중요한 것은 공시 제도를 통하여 시장 규율(market discipline)이 작동되도록 하는 것이다. 이런 점에서 임원 자격의 적합성 여부에 관한 공시(disclosure) 제도를 도입할 필요가 있다. 즉 은행이 임원을 선임한 경우에는 해당 은행의 인터넷 홈페이지에 임원 선임 사실과 자격 적합 여부 확인 등의 사항을 공시하도록 하는 것이다. 이렇게 되면 해당 은행은 임원을 선임하는데 있어 보다 신중을 기할 수 있게 될 것이다.

4) 감독당국의 임원 자격 심사 제도는 필요한가?

은행법상 은행 임원의 선임과 해임 또는 사임 사실은 감독당국에 대한 사후 보고 사항으로 규제하고 있고(제47조 제6호), 사전 심사 사항으로 되어 있지 않다. 다만 예외적으로 은행 설립 인가를 할 때 인가 심사 요건으로서 감독당국이 해당 은행의 임원 자격 요건 충족 여부를 심사하도록 하고 있기는 하다(제8조 제2항 제6호).

이와 관련하여 바젤은행감독위원회가 제시한 ‘은행 경영지배구조 원칙’과 미국,

영국, 독일 등 외국의 사례를 들어, 감독당국이 은행장을 비롯한 은행 임원에 대한 자격 심사를 하는 제도를 도입해야 한다는 주장이 있다.⁷⁾ 그러나 우리나라와 같이 감독당국의 신뢰성이 확보되지 않고, 특히 ‘관치금융’의 논란이 항상 제기되는 현재의 금융 감독 환경에서는 감독당국의 임원 자격 심사 제도 도입은 시기 상조이다. 감독당국이 이 권한을 남용할 가능성이 크고, ‘관치금융’의 행태가 더 심해질 가능성을 배제할 수 없다. 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 “감독당국은 임원 선임에 관한 은행의 절차와 기준을 평가하고, 필요하다고 판단하는 경우 임원의 전문성과 특성에 관한 정보를 입수해야 한다”⁸⁾라고 하면서, “은행 임원의 적합성은 감독당국에 의하여 계속적인 관심의 대상이 되어야 한다”⁹⁾는 정도로 규정하고 있지, 감독당국이 임원 자격 심사를 해야 한다고 명확하게 규정하고 있지는 않다.¹⁰⁾

다. 업무집행책임자(집행임원) 문제

1) 현황

1997년 외환 위기 이후 은행 경영지배구조의 큰 변화 중의 하나는 종전의 사내이사 중심의 이사회 구성에서 사외이사 중심의 이사회가 되었다는 점이다. 즉 종전에는 사내이사가 업무 집행도 담당하는(예를 들어, 전무이사 또는 상무이사는 등

7) 최영주, “은행CEO리스크와 지배구조에 관한 연구,” 『법학논고』 제36집(경북대학교 법학연구원, 2011. 6), 164~165쪽; 김우진, “은행 경영지배구조 개선,” 정책조사보고서, 한국금융연구원, 2007. 3, 21~23쪽. 이 보고서 22쪽은 미국, 영국, 독일에 있어서 감독당국의 은행 임원 자격 심사 제도에 대해 소개하고 있다. 충분히 검토할 수 있는 방안이지만, 요건의 구체화 정도가 관건이라는 견해는 정순섭, “금융회사의 조직규제,” 『상사판례연구』 제24집 제2권(한국상사판례학회, 2011. 6), 31쪽.

8) BCBS 2014 Principles, para. 162 (“Supervisors should evaluate the processes and criteria used by banks in the selection of board members and senior management and, as they judge necessary, obtain information about the expertise and character of board members and senior management. . .”).

9) BCBS 2014 Principles, para. 162 (“... The individual and collective suitability of board members and senior management should be subject to ongoing attention by supervisors.”).

10) 다만 ‘2010년 은행 경영지배구조 원칙’상은 감독당국이 은행 임원 자격 심사에 관한 권한을 가져야 된다고 볼 만한 문구로 되어 있었으나(para. 137: “Supervisors should obtain the information they judge necessary to evaluate the expertise and integrity of proposed board members and senior management. The fit and proper criteria should include, but may not be limited to: (1) the contributions that an individual’s skills and experience can make to the safe and sound operation of the bank, including general management skills and (2) any record of criminal activities or adverse regulatory judgments that in the supervisor’s judgment make a person unfit to uphold important positions in a bank.”)(밑줄 친 부분은 필자 강조). ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’은 본문에서 서술한 바와 같은 문구로 바꿨기 때문에 감독당국이 임원 심사 권한을 가져야 한다고 보기는 더 어려워졌다고 할 것이다.

기 이사이면서 업무 집행도 담당하였다) 일원적 구조이었으나, 이사회가 사외이사 중심의 이사회로 개편되면서 이사회는 업무 집행 결정 기구가 되었고, 이에 따라 업무를 집행하는 새로운 직책인 부행장, 부행장보 등이 등장하게 되었다. 이러한 부행장 등은 등기되지 않기 때문에 은행법상 임원의 범위에 포함되지 않는다.

그런데 이러한 부행장 등이 은행의 주요 업무를 집행하는 중요한 역할을 하고 있음에도 임원에 대한 자격 요건이 부행장 등에게 적용되지 않는 문제점이 지적되면서, 2010년 개정 은행법은 부행장 등을 임원의 자격 요건 적용 대상에 포함시켰다. 은행법은 이러한 부행장 등을 “「상법」 제401조의2 제1항 제3호¹¹⁾에 따른 자로서 대통령령으로 정하는 자”라고 하고 있으며(제18조 본문), 시행령은 “이사가 아니면서 명예회장·회장·부회장·사장·부사장·행장·부행장·부행장보·전무·상무·이사, 그 밖에 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 은행의 업무를 집행하는 사람”이라고 하고 있다(제12조). 이렇게 은행법은 이러한 부행장 등을 직접 정의하는 용어는 사용하고 있지 않은데, ‘업무집행책임자,’ ‘집행임원,’ ‘집행간부,’ ‘전문경영임원’¹²⁾이라는 용어로 부를 수 있을 것이다. 여기서는 ‘업무집행책임자’라는 용어를 사용한다.

2) 업무집행책임자의 임면권자를 이사회로 하여 지위 강화 필요

이렇게 중요한 업무를 집행하는 업무집행책임자에 대한 임면권은 은행 내부 규정에 의하여 은행장이 행사하고 있어서, 업무집행책임자가 은행장에 예측되어 ‘소신있게’ 업무를 수행하지 못하는 한계가 있다. 그래서, 아래에서 논의하는 상법상의 집행임원 제도가 의무화 되지 못하는 경우에는, 업무집행책임자의 임면에 관한 규정을 은행법에 두어 업무집행책임자의 지위를 강화할 필요가 있다. 즉 업무집행책임자의 임면권자를 은행장에서 이사회로 하여,¹³⁾ 업무집행책임자가 은행장의 간섭이나 영향에서 벗어나 독립적으로 소관 업무를 충실히 수행할 수 있도록 하여야 한다. 임기도 대부분 1년으로 운영되고 있는데, 임기도 원칙적으로 2년을 보장함으로써 임기 중간에 해임될 염려 없이 업무를 수행할 수 있도록 해야 한다.¹⁴⁾ 그리

11) “이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자”이다.

12) ‘전문경영임원’의 용어를 사용하고 있는 글로는 김태진, “개정 상법하의 집행임원제 운용을 위한 법적 검토,” 「상사법연구」 제30권 제2호(한국상사법학회, 2011. 8), 308, 318쪽.

13) 「금융회사 지배구조 모범 기준」은 업무집행책임자의 선임과 해임을 이사회 결의에 의하거나 이사회에 보고하는 체계를 갖추도록 하고 있다(제35조 제1항). 또한 지배구조법안도 이사회 결의로 업무집행책임자를 임면하도록 하고 있는데(제8조), 이는 바람직한 입법 방향이다.

고 은행과 업무집행책임자와의 관계는 위임 관계로 규정하는 조항을 신설함으로써 법률 관계를 명확히 할 필요도 있다. 그런데, 아래에서 논하는 바와 같이, 상법상의 집행임원 제도가 은행에 도입된다면, 이러한 문제는 자연스럽게 해결될 수 있을 것이다.

3) 상법상의 집행임원 제도의 의무화 필요

2012년 시행된 개정 상법은 집행임원 제도를 도입하면서, 의무 규정이 아닌 임의 규정으로 하였다(제408조의2 제1항). 그러다 보니 상법상의 집행임원 제도를 자발적으로 도입하는 회사를 거의 찾아볼 수 없다. 그 이유는 집행임원 제도를 도입하는 경우 집행임원의 책임이 강화되고 집행임원의 의무 사항이 적용되는 등 회사 입장에서는 부담이 되기 때문이다. 회사가 상법상의 집행임원 제도를 도입하게 되면, 대표이사를 두지 못하며(제408조의2 제1항), 집행임원의 권한(제408조의4 제4항), 집행임원의 임기(제408조의3), 집행임원의 선임·해임(제408조의2 제3항), 대표집행임원(제408조의5), 집행임원의 회사나 제3자에 대한 손해 배상 책임(제408조의8), 집행임원의 의무(제408조의9) 등의 규정이 적용된다. 이와 같이 집행임원 제도를 도입하면 집행임원의 책임과 권한·의무 등 법적 관계를 명확히 할 수 있고, 지위도 확실해져 투명성을 확보할 수 있게 된다. 그래서 집행임원 제도를 의무화해야 한다는 주장도 제기된다.¹⁵⁾ 그러나 이에 대해 여전히 업계는 난색을 표시하고 있어¹⁶⁾ 아직 의무 규정으로 되지 못한 상태이다.

그럼 은행의 경우 집행임원 제도를 의무화 하는 방안은 어떤가? 현재 은행의 업무집행책임자는 은행장에 의해 임명되고 임기도 1년으로 운영되고 있다. 이렇게 업무집행책임자가 은행장에 의해 임명되다 보니, 그 지위가 불안하여 업무집행책임자가 은행장의 독단적인 결정에 이의를 제기하기가 어렵고, 은행장의 “독단과

14) 「금융회사 지배구조 모범 기준」은 업무집행책임자의 임기를 최초 선임 시 2년 이상으로 하도록 하고 있다(제35조 제1항). 반면에 지배구조법안은 업무집행책임자의 임기는 정관에서 달리 정하지 않는 한 3년을 초과하지 못하도록 규정하고 있다(제8조 제2항).

15) 그러한 주장을 하는 글로는 강희갑, “집행임원 제도의 도입과 기업환경(모두 발제),” 「상사법연구」 제25권 제4호(한국상사법학회, 2007. 2), 정찬형, “한국 주식회사에서의 집행임원에 대한 연구,” 「고려법학」 제43호(고려대학교 법학연구소, 2004), 정찬형, “주식회사의 지배구조,” 「상사법연구」 제28권 제3호(한국상사법학회, 2009. 11), 황근수, “한국에 있어서 집행임원제도의 현황과 향후의 운용방향,” 「법학」 제49권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2008. 6) 등이 있다.

16) 업계의 주장은 다음과 같다. “. . . 회사의 업무집행기능과 감독기능을 분리함으로써 갈등구조를 형성하고 경영효율성을 떨어뜨릴 수 있으며, 신속한 의사결정 등 기업이 정신을 훼손하게 되며, 집행임원의 책임문제는 감사위원회제도나 업무집행지시자의 책임 등 현행법 규정으로도 보완이 가능하다는 입장이다.” 최영주, 앞의 논문, 163쪽.

전행”을 견제할 수 없는 문제점이 제기된다.¹⁷⁾ 은행이 상법상의 집행임원 제도를 도입하게 되면, 업무집행책임자는 이사회에 의해 임명되게 되며(제408조의2 제3항 제1호), 임기도 2년으로 할 수 있으며(제408조의3 제1항), 권한도 명확해지고(제408조의4), 이사회 소집권 등 지위가 격상되며(제408조의7), 책임 관계도 명확해지는(제408조8) 등 법적 관계가 확실해짐으로써 이와 같은 문제점을 해결할 수 있을 것이다. 은행의 경우 사외이사를 과반수로 두도록 하고 있는 사외이사 제도에서는 이사회가 감독기관의 성격을 갖게 되므로 상법상의 집행임원 제도가 필요한 제도라고 할 수 있다. 특히 은행의 경우 일반 회사에 비해 공공성이 더 강하다는 점, 예금자 등 다양한 이해 관계자가 있어 이들을 보호하기 위한 경영지배구조의 투명성과 건전성을 확보해야 한다는 점 등을 고려할 때 상법상의 집행임원 제도를 의무화하는 방안을 적극적으로 검토하여야 한다.¹⁸⁾

라. 임원의 겸직 제한

1) 원칙적인 겸직 제한

은행법은 임원의 겸직 제한에 관한 조항을 둬으로써 은행의 주요한 업무를 수행하는 임원으로 하여금 은행 업무를 충실히 수행할 것을 요구하고 있다. 겸직 제한이 적용되는 임원의 범위에는, 뒤에서 자세히 논하는 것처럼, 업무집행책임자는 포함되지 않는다. 즉 업무집행책임자는 겸직 제한 규정과 관련해서는 직원의 범위에

-
- 17) 현행 은행의 업무집행책임자 제도의 문제점에 대한 지적은 다음 자료에서 잘 찾아볼 수 있다. 김홍달, 은행법학회 제8회 정기 학술대회 자료집(은행 경영지배구조의 현황과 과제) 토론문, 2011. 11. 11, 104~105쪽. 즉, “. . . 사외이사 제도가 도입되면서 야기된 대표적인 사례로서는 은행 내부에서 은행장의 독단과 전횡을 견제하기가 오히려 어려워졌다는 점을 말씀드리고자 합니다. . . 사외이사제도가 도입된 이후에는 이들 집행간부들의 임면권을 전적으로 은행장이 갖게 됨으로써 이들 집행간부의 법적 위상이 추락하게 되었습니다. 집행간부들은 자신의 임명권자 즉, 생사여탈권을 가진 은행장에게 감히 ‘아니오’라는 말을 하기가 사실상 불가능하게 된 것입니다. . . 수년 전 우리은행의 경우 은행장이 과도하게 외형 성장 전략을 추진할 당시 이사회는 물론 은행 내부에서 그 누구도 여기에 대한 문제점이나 이의를 제기하지 못하였습니다. 그 후 우리은행은 무리한 외형 성장의 후유증으로 엄청난 규모의 부실 자산이 발생하고 10조원 이상의 대손 비용을 부담하는 엄청난 대가를 치른 것이 대표적인 사례라고 할 수 있습니다. . .” 당시 은행장은 황영기 행장이었다. 이렇게 최고 경영자의 영향력이 크고 그 의존도가 높아 발생할 수 있는 과도한 위험 추구 내지 그로 인한 경영상의 내재된 위험을 “CEO리스크”라고 한다. 김동원/노형식, 「금융지주회사의 CEO 리스크와 지배구조의 개선 방안」, 한국금융연구원, 2013. 11, 5쪽.
- 18) 은행에 상법상의 집행임원 제도를 의무화 해야 한다는 주장들로는 김태진, 앞의 논문, 326쪽; 김효신, “집행임원제도 도입과 회사지배구조의 변화,” 「중앙법학」 제9집 제3호(중앙대학교 법학연구소, 2007. 10), 532쪽; 최영주, 앞의 논문, 163쪽; 강희주/조준우, “은행지배구조에 대한 소론,” 「증권법연구」 제12권 제3호(한국증권법학회, 2011. 12), 248쪽(“집행임원제도는 이사회의 감독기능을 강화한다는 점에서 은행에서 도입 여부를 긍정적인 측면에서 검토해 보아도 좋을 것이다”).

포함되는 것이다.

은행의 임원(상임 또는 비상임 상관 없이 모두)은 원칙적으로 한국은행, 다른 은행, 다른 은행지주회사의 임원이나 직원을 겸직할 수 없다(제20조 제1항 본문).¹⁹⁾ 다만, 예외가 있는데, 자은행(子銀行)²⁰⁾의 임직원이 되는 경우, 해당 은행을 자회사로 하는 은행지주회사의 임직원이 되는 경우, 해당 은행을 자회사로 하는 은행지주회사의 다른 자회사인 은행의 임원이 되는 경우이다(제20조 제1항 제1호 내지 제3호). 이는 겸직을 통한 업무의 효율성을 기하기 위해서 아주 예외적으로 계열회사인 금융기관이나 해당 은행지주회사의 임직원을 겸직하도록 허용하고 있는 것이다. 다만 이해 상충 문제가 발생하게 되는 경우에는 이를 엄격히 금지할 필요가 있을 것이다.

여기서 은행법 제20조 제1항의 해석상 은행의 임원이 다른 은행과 은행지주회사를 제외한 다른 금융기관(예를 들어, 보험회사나 금융투자회사)의 임원이나 직원을 겸직할 수 있는지가 문제될 수 있다. 문구 해석상, 뒤에서 언급하는 것처럼, 상임 임원을 제외하고는, 즉 사외이사인 비상임 임원은 보험회사나 금융투자회사 등 다른 금융기관의 임원이나 직원을 겸직할 수 있다고 볼 수 있다.

더 나아가서 은행법은 상임 임원에 대해서는 업무에 보다 충실하도록 하기 위하여, 일정한 예외적인 경우를 제외하고는, 다른 영리법인의 상무에 종사할 수 없도록 하고 있다(제20조 제2항). ‘영리법인’이라고 하고 있으므로 금융투자회사나 보험회사 등 금융기관도 포함된다. 상임 임원이 수행하는 업무의 중요성을 감안할 때 타당한 입법이다. 겸직할 수 있는 예외적인 경우는 앞서 본 3 가지 경우(제20조 제1항 제1호 내지 제3호 사유) 뿐만 아니라 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 관리인으로 선임되는 경우와 해당 은행의 자회사²¹⁾의 임직원을 겸직하는 경우가 해당하는데(제20조 제2항 제1호 내지 제3호), 이는 겸직을 허용함으로써 업무의 효율성을 도모하기 위한 것이라고 이해할 수 있다.

2) 개선 과제 - 겸직 제한에 있어서 업무집행책임자를 임원의 범위에 포함 필요, 겸직 시 감독당국의 승인 제도 도입 등

19) 이러한 겸직 제한은 물론 직원에 대해서도 동일하게 적용된다(제20조 제1항).

20) 은행법상 "자은행"이란 은행이 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하여 주식을 소유하는 다른 은행을 말한다(제37조 제5항).

21) 은행법상 "자회사"라 함은 은행이 의결권 있는 지분증권의 15%를 초과하여 지분증권을 소유하는 회사를 말한다(제37조 제2항).

여기서 법적으로 검토해야 할 몇 가지 사항이 있다. 첫째, 임원 겸직 제한 조항과 관련해서 임원의 범위에 업무집행책임자도 포함되는지 여부이다. 결론은 포함되지 않는다는 것이다. 그 이유는 임원의 자격 요건을 정하고 있는 은행법 제18조에서 “이하 이 조에서 같다”라고 하고 있어서²²⁾ 제18조에서만 업무집행책임자를 임원의 범위에 포함하도록 하고 있기 때문이다. 그렇다면 업무집행책임자는, 법이 금지하는 경우를 제외하고, 원칙적으로 다른 영리법인의 상시 업무에 종사할 수 있다는 결론이 된다. 그런데, 업무집행책임자도 은행의 주요한 업무에 관여하고 있어 해당 업무에 전념해야 한다는 점을 감안할 때, 겸직 제한과 관련해서 업무집행책임자를 임원의 범위에 포함시켜 규율하는 것이 바람직하고, 또한 은행법상 일관성을 유지한다는 점에서도 좋다고 본다.

둘째, 상임 임원의 겸직 사유에 업무의 효율성 때문에 불가피하게 겸직을 해야 하는 사유를 추가할 필요가 있다. 예를 들어, 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제10조 제1항 제4호의 규정에 의하여 상임 임원이 다른 금융기관의 관리인으로 선임되는 경우를 들 수 있다.

셋째, 은행법은 임원의 겸직을 일정 부분 허용하고 있지만 이 경우에 감독당국의 승인을 요구하고 있지는 않다. 그러나 허용된 겸직이라고 할지라도 그 겸직이 은행 영업에 지장을 초래할 염려가 있거나 시장 질서를 해칠 가능성이 있는 경우에는 통제할 필요가 있다. 이 통제 권한을 감독당국이 수행할 필요가 있다. 따라서 이러한 사유에 해당하는 경우에는 (물론 다소 추상적이기는 하지만) 해당 은행이 감독당국으로부터 승인을 얻도록 하는 조항을 두어 어느 정도의 통제 장치를 만들 필요가 있다.²³⁾

2. 이사회 구성과 운영 제도

가. 현황

경영지배구조에서 최고 업무 집행 의결 기관인 이사회의 구성과 그 역할은 중요하다. 은행법은 이사회 구성과 관련해서는 사외이사에 관한 조항 이외에는 다른 규정은 없다. 그래서 나머지 사항에 대해서는 상법이 적용된다. 따라서 은행의 이사는 주주총회에서 선임되며(제382조 제1항), 이사 수는 3인 이상이어야 하고(제

22) “. . . 해당하는 사람은 은행의 임원(「상법」 제401조의2제1항제3호에 따른 자로서 대통령령으로 정하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)이 될 수 없으며 . . . (밑줄 친 부분은 필자 강조).

23) 지배구조법안도 같은 내용을 규정하고 있어(제11조) 바람직한 입법 방향이라고 본다.

383조 제1항), 이사의 임기는 원칙적으로 3년을 초과하지 못하게 된다(제383조 제2항).

이사회 운영과 관련해서는, 은행법은 이사회의 심의·의결 사항을 특별히 별도로 규정하고 있어(예를 들어, 경영 목표 및 평가에 관한 사항)(제23조), 상법상의 이사회 권한 사항(제393조 등) 이외에도 은행법이 규정하는 이사회 결의 사항이 적용된다. 반면에 은행법은 상법상 이사회 권한으로 되어 있는 “지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지에 관한 사항”을 은행의 정관이 정하는 바에 따라 위임할 수 있도록 예외를 두고 있다(제393조 제1항). 이는 은행의 경우 지점과 지배인의 숫자가 많아서 일일이 이사회 결의 절차를 밟는 것이 번거로운 점을 감안하여 예외 조항을 둔 것으로 이해할 수 있다.

나. 개선 과제

사외이사 제도에 대해서는 다음 항목에서 자세히 살펴보기로 하고, 여기서는 이사회 구성 및 운영과 관련한 개선 과제를 논의하기로 한다.

1) 이사회 의장을 누가 맡아야 하는가? - 대표이사(은행장)가 아닌 사외이사로

은행법은 이사회 의장을 누가 맡아야 하는지에 관한 조항을 두고 있지 않다. 상법도 특별히 이사회 의장에 관한 조항을 두고 있지 않으므로 은행 내부적으로 정관이나 규칙으로 정하면 된다. 그래서 대부분 대표이사인 은행장이 이사회 의장을 맡고 있다.

그러면, 은행이 자율적으로 정하고 있는 이사회 의장 선임 문제를 법이 개입할 필요가 있는가? 경영지배구조의 최선은 은행이 자체적으로 바람직한 경영지배구조를 만드는 것이지만, 그것이 잘 작동되지 않거나 예금자 등 이해 관계자를 보호하기 위하여 필요한 경우에는 법이 개입할 필요가 있다. 이사회 의장 선임 문제가 바로 그러한 예가 될 수 있다. 은행에서 대표이사를 겸하고 있는 은행장의 권한은 막강하다. 자연스럽게 권한의 남용과 폐해의 가능성이 발생할 수 있다. 그 결과는 은행 경영의 부실로 연결될 수 있으며, 그 피해는 예금자 등에게 돌아가게 된다. 즉 독주와 전횡 가능성이 있는 은행장의 막강한 권한을 견제할 당위성이 있다는 점에서 법이 개입할 필요가 있다.

따라서 그 대안은 바로 은행장 등 경영진을 견제하는 역할을 하는 사외이사(사외이사의 역할론에 관해서는 뒤에서 자세히 논의하고 있다)가 이사회 의장직을 맡

도록 하는 것이다. 이렇게 되면, 자연스럽게 사외이사의 역할이 강화되는 효과가 있어 사외이사 제도의 도입 취지에도 부합하는 점이 있게 된다. 바젤은행감독위원회의 '2014년 은행 경영지배구조 원칙'도 이사회 의장은 '비상임 이사'로 임명할 것²⁴⁾을 제시하고 있는데, 이런 점에서도 그 필요성을 인정할 수 있다.²⁵⁾

2) 은행장 선임 절차의 법제화 필요 - '은행장후보추천위원회' 구성의 의무화와 은행 실무 경력 5년 이상의 적극적 자격 요건 신설

은행에서 은행장의 역할은 중요하다. 또한 은행장의 권한은 막강하다. 은행장의 '독주와 전횡'이 이루어질 가능성이 있는 것이다. 그래서 어떠한 사람이 은행장이 되느냐에 따라 은행 경영 성과에 상당한 영향을 미친다. 2014년 'KB국민은행 사태'는 최고 경영자인 은행장 선임의 중요성을 다시 한 번 일깨워 준 사건이다. 은행 법은 이렇게 중요한 위치에 있는 은행장의 선임 절차에 관하여 침묵을 하고 있다. 따라서 대표이사인 은행장의 선임은 상법에 따르기만 하면 되는데, 상법은 대표이사를 이사회에서 선임하도록 하고 있다(물론 정관의 규정으로 주주총회에서 선임할 수도 있다)(제389조 제1항). 그 이외의 사항은 은행 자율적으로 정하게 된다. 그래서 대부분의 은행은 내부 규칙으로 한시적인 위원회인 은행장후보추천위원회를 구성해서 운영하고 있다. 그런데 문제는 이러한 자율적인 절차가 잘 작동되지 않는다는 점이다. 은행장 선임 과정에서 '낙하산 인사'가 이루어지는 것이 바로 대표적인 사례이다. 은행 자율적으로 정하다 보니, 아무래도 은행 편의 위주로 절차를 규정하기가 쉽다. 투명성을 갖추지 못할 가능성도 존재한다. '낙하산 인사'가 이루어질 가능성을 충분히 내포하고 있는 것이다.

따라서 법이 개입해야 할 필요성이 크다. 예금자 등 이해 관계자를 보호하고, 더 나아가서 금융제도의 안정을 유지하기 위한 목적에서도 그 필요성은 정당화될 수 있다. 특히 우리 나라 금융 산업의 발전을 가로막고 있는 고질적인 병폐인 '낙하산 인사'를 막기 위해서라도 은행장 선임 절차를 법제화 하여야 한다. 그 방법은

24) BCBS 2014 Principles, para. 60. "To promote checks and balances, the chair of the board should be a non-executive board member and not serve as chair of any board committee."

25) 「금융회사 지배구조 모범규준」도 사외이사 중에서 이사회 의장을 선임하도록 하고, 그렇지 않은 경우에는 사외이사를 대표하는 선임 사외이사를 선임할 것을 규정하고 있다(제7조 제1항, 제2항). 그러나 반드시 이사회 의장을 사외이사 중에서 선임하도록 하고 있지 않고, 더욱이 모범규준은 강행성이 없다는 점(모범 규준을 준수하지 못할 때는 단지 그 사실과 사유를 공시하기만 하면 된다)(모범규준 제58조)에서 한계가 있다. 따라서 은행장이 이사회 의장을 겸직하는 것을 금지하는 것이 은행장의 독주와 전횡을 막기 위한 하나의 방안이 될 수 있다는 점에서 보다 실효성이 있는 법제화를 해야 한다.

우선 1997년 1월 은행법 개정으로 도입되었다가²⁶⁾ 2002년 4월 개정 은행법에 의해 폐지된 ‘은행장후보추천위원회’를 다시 부활하여 의무적으로 설치하게 하고,²⁷⁾²⁸⁾ 위원 구성도 법으로 정하는 것이다.²⁹⁾ 은행장후보추천위원회의 위원 구성은 사외이사뿐만 아니라 은행의 이해 관계자인 금융소비자 대표와 종업원 대표가 각각 1인 이상이 참여하도록 하여 독립성과 중립성을 유지하도록 하여야 한다. 당연히 현직 은행장은 은행장후보추천위원회 구성에서 배제해야 한다. 특히 은행장 선임 절차의 투명성 확보가 중요하다. 아무리 구성이 좋다고 하더라도 투명성이 확보되지 않으면 무의미하다. 그래서 은행장후보추천위원회의 의사록을 공개하도록 하고, 은행장 선임 과정을 공시하도록 하여야 한다. 이러한 투명성을 갖출 때 자연스럽게 자격과 능력을 갖춘 자가 은행장으로 선임될 수 있고, ‘낙하산 인사’ 문제도 해결될 수 있을 것이다.³⁰⁾

더 나아가서 은행장의 적극적인 자격 요건으로서 은행 실무 경력(예를 들어, 5년 이상)을 요구해야 한다. 은행 업무에 관한 전문적인 지식과 실무 경험이 없으면 사실 은행 경영을 하기가 쉽지 않다. 최고 경영자의 위치와 영향력이 큰 만큼 은행 실무에 밝아야만 은행의 복잡한 현안을 잘 해결할 수가 있다. 외부 출신 인사가 은행장에 임명되었을 때 그러한 일을 충분히 잘 해낼 수가 없을 것이고, 그러

26) 구 은행법 제14조의6 (은행장후보 및 감사후보의 추천) “은행장후보자 및 감사후보자는 비상임이사 전원으로 구성된 후보추천위원회에서 추천하되, 재직 비상임이사의 3분의 2이상의 찬성으로 의결한다. [본조 신설 1997·1·13].” 제14조의6 조항은 1998. 1. 은행법이 전부 개정되면서 제24조로 옮겨졌고, 은행장후보추천위원회 내용은 2002. 4. 개정 시 삭제되었다.

27) 같은 주장은 최영주, 앞의 논문, 160쪽; ‘임원후보추천위원회’를 구성하여 CEO 후보 추천 역할을 하도록 하자는 주장도 같은 취지일 것이다(구본성, “금융회사 지배구조 선진화 방안,” 공청회 발표 자료(한국금융연구원, 2013. 6. 17). 27쪽); 구본성/이시연, “금융회사의 지배구조 리스크 완화 방안,” 한국금융연구원 보고서, 2011. 9. 40쪽도 ‘CEO 후보추천위원회’를 구성하여 주요 주주 등 기타 이해관계자 1인 이상이 참여하도록 할 것을 제안하고 있어 같은 취지로 이해할 수 있다.

28) 이 경우 은행장후보추천위원회에서 추천한 후보자를 주주총회에서 이사로 선임하고, 이사회에서 해당 후보자를 대표이사인 은행장으로 선임하게 된다. 물론 정관이 대표이사를 주주총회에서 선임하도록 하고 있는 경우는 이사회 절차가 필요 없을 것이다.

29) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 ‘이사 후보 지명 위원회’를 설치하고, 충분한 숫자의 독립 이사로 구성되어야 한다는 것을 강조하고 있다. BCBS 2014 Principles, para. 52 (“The bank should have in place a nomination committee or similar body, composed of a sufficient number of independent board members, which identifies and nominates candidates after having taken into account the criteria described above.”).

30) 「금융회사 지배구조 모범규준」도 은행 및 은행지주회사에 한해서 최고 경영자 등을 추천하기 위한 ‘임원후보추천위원회’를 설치하도록 하고 있는데(제14조 제1항), 앞서 언급한 것처럼, 모범규준은 강행성이 없다는 점에서 한계가 있고, 위원 구성에 있어서도 “독립성과 공정성을 보장하기 위하여 충분한 수의 사외이사를 포함하여야 한다”(제14조 제2항)라는 정도로 그치고 있어 크게 실효성이 없다고 본다. 따라서 법제화 하는 것이 필요하다.

면 해당 은행의 영업력과 경쟁력이 떨어질 수 있다. 그 동안 계속 ‘낙하산 인사’에 휘둘려 온 KB국민은행이 좋은 사례가 된다. 그래서 ‘낙하산 인사’가 행해져서는 안 되는 것이다. 더욱이 은행 업무는 증권이나 보험 등 다른 금융기관의 업무와도 크게 다르다. 증권이나 보험 실무 경력을 갖고도 충분하지 않다. 업무의 성격이 확연히 다르기 때문이다. 그래서 은행 실무 경력이 필요한 것이다. ‘낙하산 인사’를 막기 위해서라도 은행장의 적극적인 자격 요건은 반드시 필요하다. 외부 인사가 은행장이 되려면 적어도 5년 동안은 은행의 임원이나 직원으로 근무하게 해야 하는 것이다.

3) 이사회 산하 위원회 제도의 개선 - 보수위원회와 위험관리위원회 설치 의무화

이사회 산하 위원회 제도는 1997년 외환 위기 이후 상법이 도입한 제도이다(제393조의2). 즉 이사회가 모든 업무 집행 의사 결정을 다 하기가 어렵고, 일부 전문적인 사항에 대해서는 전문가로 구성된 별도의 위원회가 심의 결정하는 것이 효과적이라고 보고, 이사회 내에 별도의 위원회를 설치하는 제도를 도입한 것이다. 이사회 내 위원회이므로 위원회는 이사로 구성되는 데, 상법은 2인 이상의 이사로 구성하도록 하고 있다(다만 감사위원회는 3인 이상의 이사로 구성된다)(제393조의2 제3항, 제415조의2 제2항). 상법은 “주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안”이나 “대표이사의 선임 및 해임” 등 일정한 사항을 제외하고는 위원회에게 위임할 수 있도록 하고 있다(제393조의2 제2항). 상법은 명시적으로 감사위원회를 이사회 산하 위원회라고 규정하고 있어서(제415조의2 제1항) 감사위원회를 제외하고는 어떠한 위원회를 둘 수 있는지는 회사 정관에서 정하면 된다(제393조의2 제1항).

은행법은 사외이사후보추천위원회 및 감사위원회만 이사회 산하 위원회로 설치하도록 의무화 하고(제22조 제3항), 나머지 위원회 구성에 대해서는 별다른 규정을 하고 있지 않기 때문에 은행 자율적으로 정관에 규정하여 위원회를 설치하여 운영하고 있다. 그래서 집행위원회(executive committee), 보수위원회(compensation committee), 위험관리위원회(risk management committee)를 설치하여 운영하는 은행이 많다. 그러나 그 중요성에 비추어 볼 때 법이 개입해서 설치를 의무화 해야 할 위원회가 있다. 바로 보수위원회와 위험관리위원회이다.

특히 2008년 세계적 금융위기를 겪으면서 임원에 대한 과도한 보수 지급이 문제되었기 때문에 임원에 대한 보수 체계를 통제하기 위해서라도 보수위원회 설치를 의무화 하여 한다.³¹⁾ 그리고 보수위원회의 구성은 사외이사가 과반수가 되도록

하고,³²⁾ 위원장도 사외이사가 맡도록 하여³³⁾ 운영의 독립성을 갖추게 하여야 한다. 또한 보수위원회의 의사록을 공개하도록 하여 투명성을 확보하여야 한다. 이와 더불어 임원에 대한 보수를 공개하도록 함으로써 시장 규율(market discipline)이 작동하게 하여 과도한 보수가 지급되지 않도록 하여야 한다.

또한 2008년 세계적 금융위기 이후 금융기관의 위험 관리의 중요성이 어느 때보다도 강조되고 중요하게 다루어지고 있으므로 이를 다룰 위험관리위원회를 의무적으로 설치하게 하여야 한다.³⁴⁾ 위원회 구성도 사외이사가 과반수가 되도록 하고,³⁵⁾ 위원장도 사외이사가 맡도록 하여 독립성을 갖추도록 하여야 한다.

3. 사외이사 제도

은행 경영지배구조에서 중요하고 또 논란도 많이 제기되는 것이 사외이사 제도이다. 사외이사가 은행장 등 경영진 견제 역할을 충실히 잘 하지 못하고 있다는 비판이 대표적이다. 여기서는 은행법령 등 관련 법령상의 사외이사 제도를 살펴 보면서 그 원인을 분석하고 제도적인 개선 방안을 논의하기로 한다.

가. 사외이사의 정의

은행법은 사외이사를 “상시적인 업무에 종사하지 아니하는 이사로서 [은행법 제

31) 「금융회사 지배구조 모범 기준」도 보상위원회를 이사회 내 위원회로서 별도로 설치하도록 규정하고 있다(제8조 제1항). 지배구조법안도 이사회 내의 위원회로서 별도의 보수위원회를 설치하도록 하고 있어(제17조 제1항, 제21조), 바람직한 방향이라고 판단된다. 미국의 경우도 2008년 세계적 금융위기 이후에 제정된 2010년 금융개혁법(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010)을 통하여 상장회사에 대하여 보수위원회 설치를 의무화 하고, 모두 독립된 이사로 구성하도록 하고 있다. Section 952(a) ("(2) INDEPENDENCE OF COMPENSATION COMMITTEES.—The rules of the Commission under paragraph (1) shall require that each member of the compensation committee of the board of directors of an issuer be — (A) a member of the board of directors of the issuer; and (B) independent.").

32) 「금융회사 지배구조 모범 기준」도 총 위원의 과반수를 사외이사로 구성하도록 하고 있다(제11조 제1항). 지배구조법안도 같은 내용을 담고 있다(제17조 제3항).

33) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 이사회 내 위원회의 위원장은 사외이사가 맡도록 규정하고 있다. BCBS 2014 Principles, para. 66 ("A committee chair should be an independent, non-executive board member."). 지배구조법안도 이사회 내 위원회의 위원장은 사외이사가 맡도록 규정하고 있어(제17조 제4항), 바람직한 입법 방향이라고 본다.

34) 「금융회사 지배구조 모범 기준」도 위험관리위원회를 이사회 내 위원회로서 별도로 설치하도록 규정하고 있다(제8조 제1항). 지배구조법안도 같은 내용을 두고 있어(제17조 제3항, 제4항, 제20조), 바람직한 방향이라고 평가된다.

35) 「금융회사 지배구조 모범 기준」도 위험관리위원회 총 위원의 과반수를 사외이사로 구성하도록 하고 있다(제12조 제1항). 지배구조법안도 같은 내용을 담고 있다(제17조 제3항).

22조]에 따라 선임되는 이사”라고 하고 있다(제22조 제1항). 이 정의 조항에서 사외이사는 비상임 임원에 해당한다는 점을 알 수 있고, 은행법 제22조가 규정하고 있는 사외이사 결격 요건에 해당하지 아니하면서 사외이사후보추천위원회의 추천을 거쳐 주주총회에서 선임되는 자라고 할 수 있다.

그러면 사외이사의 정의 조항에서 사외이사가 아닌 ‘비상임 이사’를 둘 수 있는지 여부가 해석상 쟁점이 될 수 있다. 다시 말해서 은행법상의 자격 요건을 충족하지 않으면서 은행법 제22조에 따라 선임되지 않고 상무에 종사하지 않는 이사를 둘 수 있는가 하는 문제이다. 얼핏 보면 사외이사 제도의 취지상 이사회를 사내이사와 사외이사로 구성해야 한다는 것으로 볼 여지도 있으나, 은행법 제22조의 해석상 사외이사가 아닌 비상임 이사를 두는데 법적 문제는 없다고 할 수 있다. 그러나 입법론으로는 비상임 이사를 두는 것을 금지할 필요가 있다. 사외이사 자격 요건을 충족하지 않는 자이어서 대주주가 추천하는 자가 비상임 이사로 선임될 가능성이 많고, 사외이사와 같은 역할을 기대할 수 없으므로 굳이 둘 실익이 없기 때문이다.

한편, 은행법은 사외이사를 3인 이상 두도록 하고 있으며, 전체 이사 숫자의 과반수가 되도록 하고 있다(제22조 제1항).³⁶⁾ 이 과반수 요건도 의미가 있다. 2010년 은행법 개정 전에는 “2분의 1 이상” 즉 50% 이상으로 하고 있었는데, 이렇게 되는 경우(즉 同 數가 될 수 있으므로) 사외이사가 경영진 견제 역할을 충분히 잘 수행할 수 없다는 비판이 제기되면서 과반수로 변경된 것이다.³⁷⁾

한편, 금융지주회사법은 금융지주회사의 완전자회사 및 완전손자회사³⁸⁾의 경우에는 경영의 건전성 등 금융위원회가 정하는 일정한 요건에 해당하는 경우에 한하여 사외이사를 두는 것을 면제해주고 있다(제41조의4). 그 취지는 완전자회사와 완전손자회사의 경우에는 보호할 소수 주주가 존재하지 않아 사외이사를 둘 필요가 없다는 것이다.³⁹⁾ 그러나 사외이사의 역할이, 아래 항목에서 논의하는 것처럼, 소

36) 예를 들어, 10명의 이사가 있는 경우에 사외이사는 적어도 6인 이상이어야 한다는 의미이고, 나머지는 사내이사 또는 비상임 이사로 구성될 수 있는 것이다.

37) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 이사회는 충분한 숫자의 독립적인 이사로 구성되어야 한다고 하고 있다(BCBS 2014 Principles, para. 45: “. . . [T]he board should be comprised of a sufficient number of independent directors.”).

38) “완전자회사”라 함은 지주회사가 지분 100%를 소유하고 있는 회사를 말하며, “완전손자회사”라 함은 자회사가 지분 100%를 소유하고 있는 회사를 말한다.

39) 재정경제부, “금융지주회사법 개정안 차관회의 통과,” 보도자료, 2006. 10. 27, 1쪽. 같은 주장은 김우진, “금융지주회사제도의 발전 방향,” 「계간 금융동향 - 분석과 전망」, 제15권 제2호(한국금융연구원, 2005년 여름), 130쪽.

수 주주뿐만 아니라 경영진을 견제하여 궁극적으로는 예금자 등 은행의 이해 관계자를 보호하기 위한 것을 감안하면 은행이 완전자회사 등이라고 할지라도 사외이사를 두도록 하는 것이 바람직하다고 하겠다.

나. 사외이사의 역할론

그러면 왜 사외이사 제도를 도입했는지 생각해볼 필요가 있다. 다시 말해서 사외이사의 역할론에 관해 논의할 필요가 있다. 1997년 외환 위기 전에는 은행의 이사회는 사내이사로만 구성되었기 때문에 사내이사가 업무 집행도 하는 구조이었다. 즉 은행 이사회는 대표이사인 은행장, 전무이사, 상무이사 등으로 구성되었다. 그러다보니 자연스럽게 은행장의 영향력이 커지게 되었고, 전무이사나 상무이사 등은 은행장의 지시를 받아 업무를 집행하는 자이어서 이사회가 은행장을 견제하는 역할을 제대로 할 수가 없는 구조이었다. 그러다 보니 부실 대출의 결정 사례가 많이 발생하곤 하였다. 그래서 이사회에서 은행장인 대표이사를 견제할 수 있는 역할을 할 자가 필요하다고 생각한 것인데, 이것이 바로 사외이사인 것이다. 즉 ‘외부인’(상임이 아니고 은행이나 대주주와 이해 관계가 없는 자이므로 그렇게 부를 수 있을 것이다)으로서 사외이사는 은행장의 지시를 받는 자가 아니므로 이사회에서 보다 독립적인 역할을 수행하여 이사회의 합리적인 의사 결정을 도모할 수 있는 것이다.

여기서 바로 사외이사의 역할은 은행장 등 경영진에 대한 견제 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 그래서 은행법도 은행과 이해 관계가 있는 자를 사외이사의 결격요건으로 규정하고 있다. 예를 들어, 은행, 그 자회사, 해당 은행지주회사의 임직원이거나 최근 2년 이내에 임직원이었던 자는 은행의 사외이사가 될 수 없도록 하고 있다(제22조 제7항).

한편, 더 나아가서 사외이사가 대주주⁴⁰⁾에 대한 견제 역할도 하는지에 관한 논의가 있을 수 있다. 이 논의는 결국 사외이사의 결격 사유로서 ‘대주주나 그 특수관계인⁴¹⁾’도 포함이 되어야 하는지에 관한 논의로 연결되는데, 2010년 개정 은행법에 의하여 은행의 대주주나 그 특수관계인도 사외이사의 결격 사유로 추가되었기 때문에(제22조 제7항 제2호), 사외이사는 대주주에 대한 견제 역할, 즉 소수 주주를 보호하는 역할을 수행하는 것으로 결론지을 수 있다.⁴²⁾⁴³⁾

40) 대주주의 정의는 은행법 제2조 제1항 제10호에 있다.

41) 특수관계인의 범위는 은행법 제2조 제1항 제8호 및 시행령 제1조의4에 있다.

다. 사외이사의 결격 사유

1) 현황

경영진과 대주주를 견제하는 역할을 수행하는 사외이사가 그 역할을 충실히 수행할 수 있도록 은행법은 은행 및 대주주와 이해 관계가 있거나 직무를 충실히 수행할 수 없는 자 등을 사외이사 결격 사유로 규정하고 있다(제22조 제7항).⁴⁴⁾ 예를 들어, 앞서 언급한 것처럼, 은행, 그 자회사, 해당 은행지주회사의 상임 임직원이거나 최근 2년 이내에 상임 임직원이었던 자는 은행과 이해 관계가 있는 자로 분류할 수 있고, 은행과 “중요한 거래 관계에 있거나 사업상 경쟁 관계 또는 협력관계에 있는 법인의 상임 임직원이거나 최근 2년 이내에 상임 임직원이었던 자”도 은행과 이해 관계가 있는 자로 보아 사외이사 결격 사유로 규정하고 있다(제22조 제7항 제3호, 제4호, 제6호). 또한 은행의 ‘대주주나 그 특수관계인’도 사외이사 결격 사유로 규정하고 있다는 점(제22조 제7항 제2호)은 앞서 언급한 바와 같다.

2) 상법상의 결격 사유 적용과 관련한 은행법과 상법과의 관계

상법도 사외이사의 결격 사유 조항을 별도로 두고 있기 때문에(예를 들어, “이사·감사·집행임원의 배우자 및 직계 존속·비속”)(제382조 제3항), 이 결격 사유도 은행에게 적용된다. 더욱이 상장회사(발행 주권이 유가증권시장에 상장된 회사를 말한다)인 은행의 경우에는 상법상의 상장회사 특례 규정이 적용되어 사외이사 결격 사유(상법 제542조의8 제2항)가 추가로 적용되게 된다.

이렇게 2개의 법이 적용되다 보니 2개의 법이 서로 상충될 때 어느 법을 우선 적용해야 하는지에 관한 법적 쟁점이 있을 수 있다. 2가지 경우가 있을 수 있는데, 첫째는 은행법의 결격 사유가 상법의 결격 사유보다 더 강화된 경우이고, 둘째는 은행법의 결격 사유가 상법보다 완화되어 규정된 경우(즉 상법상은 결격 사유인데

42) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 “이사 후보자는 경영진이나 주주로부터 부당한 영향력의 행사를 받지 않는 자”이어야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 보더라도 이러한 점을 인정할 수 있다. BCBS 2014 Principles, para. 50 (“Board candidates should not have any conflicts of interest that may impede their ability to perform their duties objectively and subject them to undue influence from [. . .] other persons (such as management or other shareholders) . . .”).

43) 「금융회사 지배구조 모범 기준」 제21조는 사외이사의 역할을 규정하고 있는데, “사외이사는 이사회 등의 구성원으로서 금융회사, 주주 및 금융소비자 등 이해관계자의 장기적인 이익을 위하여 경영이 적법하고 건전하게 이루어지도록 하여야 한다”라고 하고 있다.

44) 한편, 「금융회사 지배구조 모범 기준」은 사외이사의 적극적 자격 요건도 규정하고 있는데(제16조), 그 범위가 아주 구체적이지는 못하지만 그래도 어느 정도의 범위는 정할 수 있어 나름 의미가 있다고 할 수 있다.

은행법상은 결격 사유가 아닌 경우)이다. 예를 들어, 은행법은 금고 이상의 형의 실형을 선고받고, 집행이 끝나거나 집행이 면제된 날로부터 5년이 경과하지 아니한 자를 결격 사유로 규정하고 있는데(제22조 제7항 제1호→제18조 제1항 제3호), 상법은 상장회사의 경우 그 기간을 2년으로 규정하고 있다(제542조의8 제2항 제3호). 이것은 첫 번째 경우의 사례가 된다. 두 번째 경우의 사례로는, 은행법은 대주주가 법인인 경우에 그 법인의 직원만 결격 요건으로 규정하고 있는데 비하여(제22조 제7항 제2호), 상법은 최대주주(은행법상의 대주주 정의에 포함된다)가 법인인 경우 그 직원뿐만 아니라 임원도 포함하고 있는 경우(제382조 제3항 제3호)이다.

2가지 견해가 있을 수 있다. 2개의 법이 둘 다 적용되고 그 중에서 보다 강화된 요건(즉 결격 사유의 범위가 확대되는 경우를 말한다)을 적용해야 한다는 견해가 있을 수 있고, 반면에 은행법이 상법에 우선하여 적용한다는 은행법 제3조 제2항에 근거하여(즉 은행법이 상법에 대한 특별법이 되는 것이다) 은행법이 우선하여 적용된다고 보는 견해가 있을 수 있다. 검토해보면, 첫 번째의 사례의 경우는 2가지 견해 둘 다 결론에서 차이가 없게 된다. 즉 은행법이 보다 강화된 요건을 규정하고 있으므로 은행법상의 결격 사유가 적용되게 된다. 문제는 두 번째 사례의 경우이다. 보다 강화된 요건을 적용해야 한다는 견해에 따르면, 상법상의 요건을 적용해야 하지만, 은행법이 우선 적용된다는 견해에 따르면(즉 은행법이 상법상의 결격 사유를 배제했다고 보는 것이다) 상법상의 요건은 적용되지 않게 된다. 첫 번째 사례처럼 특별법인 은행법이 일반법인 상법에 비해서 보다 강화된 결격 사유를 규정하는 것은 이해하기가 어렵지 않다. 그런데 두 번째 사례처럼, 은행법이 보다 완화된 결격 사유를 규정하는 것은 이해적이어서 문제가 되는데, 입법자의 의도가 상법보다 완화된 결격 사유를 적용하려고 하는 것이라고 볼 여지도 있지만, 은행의 특성상 일반 회사보다 강화된 요건을 규정하는 것이 당연하고 합리적이라는 점을 볼 때 입법 오류로 볼 여지도 있다. 합리적인 해석은 상법상의 결격 사유도 적용된다고 보는 것이겠지만, 입법론적으로는 이러한 논란의 소지를 없애기 위해서 은행법이 상법에 규정된 결격 요건을 다 포섭할 수 있도록 세심하게 규정하면서 강화된 요건을 추가적으로 규정하는 것이 필요하다.

3) 이해 관계인의 범위 확대를 통한 사외이사 결격 사유의 강화 필요

전반적으로 사외이사의 결격 사유는 엄격하게 규정되어 있어서 이해 관계인을 배제하기에는 어느 정도 충분하다고 본다. 다만 추가적인 개선 과제로 생각할 수

있는 것은 미세한 부분이지만 이해 관계인의 범위를 조금 더 넓힐 필요가 있다는 점이다.⁴⁵⁾ 우선 은행법은 은행의 대주주 및 그 특수관계인을 사외이사 결격 사유로 규정하면서 대주주 및 그 특수관계인이 법인인 경우에는 그 법인의 직원만을 포함하고 있는데(제22조 제7항 제2호), 사외이사의 독립성을 보다 강화하기 위해서는 그러한 법인에서 근무하고 있는 현직 임원도 결격 사유로 포함하고, 더 나아가서 과거 5년 이내에 임직원이었던 자도 사외이사 결격 사유로 추가하여 사외이사가 대주주나 특수관계인의 영향으로부터 벗어나도록 할 필요가 있다. 그리고 은행자회사 등의 상임 임직원이었던 자 및 중요한 거래 관계 등이 있는 법인의 상임 임직원이었던 자의 과거 2년 재직 기간(제22조 제7항 제4호, 제6호)도 5년으로 늘려 사외이사의 독립성을 강화할 필요가 있다.

라. 개선 과제

1) 사외이사후보추천위원회 구성 변혁을 통한 사외이사의 독립성 강화 필요

은행법은 사외이사 선임 과정에서 경영진이나 대주주의 영향력을 배제하기 위하여 사외이사후보추천위원회 제도를 두고 있다. 즉 은행법은 이사회 산하 위원회로서 사외이사후보추천위원회 설치를 의무화 하고 있다(제22조 제3항). 이 위원회는 이사회 산하 위원회이므로 2인 이상의 이사로 구성되는데(상법 제393조의2 제3항), 은행법은 더 나아가 사외이사가 총 위원의 2분의 1 이상이 되도록 하여(제22조 제3항),⁴⁶⁾ 나름 후보 추천 과정에서 독립성을 갖추도록 하고 있다.

그러나 이러한 구성은 문제가 있다. 즉 사외이사후보추천위원회는 사내 이사인 은행장과 다른 사내이사 또는 비상임 이사의 숫자가 사외이사의 숫자와 같을 수 있는데, 이 경우에 사외이사 후보자에 관한 정보가 부족한 사외이사가 자연스럽게 은행장이나 다른 사내이사에게 의존하게 되어 사외이사 후보 추천 과정에서 은행장 등 경영진이 주도할 가능성이 높다. 특히 은행장이 후보추천위원회의 의장을 맡게 되는 경우⁴⁷⁾에는 더욱 그러하다.

45) 반대로 사외이사의 결격 사유를 완화하고 대신 업계의 실무 경험이 있는 전문성 있는 인사를 사외이사로 활용하는 것이 더 효율적인 방안이라는 견해는 송옥렬, “새로운 금융환경하의 은행의 구조와 행위에 대한 법적 고찰,” 한국금융연구원 보고서, 2013. 4, 18쪽.

46) 그런데 「금융회사 지배구조 모범 기준」은 총 위원의 과반수를 사외이사로 구성하도록 하고 있어(제9조 제1항), 은행법의 조항과 충돌되는 문제점이 있다. 그러나 행정지도가 법보다 우선할 수는 없을 것이다.

47) 은행장이 사외이사후보추천위원회의 위원장을 맡고 있는 은행이 80% 이상이 된다고 한다(구본성/이시연, 앞의 보고서, 17쪽).

그래서 사외이사 후보 추천 과정에서 은행장 등 경영진의 영향력을 최소화 하는 장치가 필요하다. 따라서 이 위원회에는 은행장 등 사내이사와 비상임 이사를 배제하고, 사외이사의 숫자도 과반수로 하여야 한다. 그리고 사외이사의 역할이 소수 주주를 보호하는 것뿐만 아니라 은행 이해 관계자(예금자 등 채권자, 종업원 등)의 이익을 보호하기 위한 것이라는 점을 감안할 때, 위원 구성에 있어서 금융소비자 대표자와 종업원 대표자를 각각 적어도 1인 이상 포함시키도록 하여야 한다. 따라서 이 경우 후보추천위원회는 상법상의 이사회 산하 위원회일 필요는 없다. 그리고 위원장은 사외이사가 맡도록 하여야 한다.

한편, 은행법은 사외이사후보추천위원회가 사외이사를 추천하는 경우에는 소수 주주권 행사를 할 수 있는 요건을 갖춘 주주⁴⁸⁾가 추천한 사외이사 후보를 포함시키도록 하고 있어, 소수 주주의 권리를 보호하는 장치를 두고 있는 점도 특징적이다. 다만 소수주주가 추천한 후보자가 사외이사로 선출되기 위해서는 집중투표제(상법 제382조의2)가 필요하므로 상법상 선택 사항인 집중투표제를 은행에게는 의무화 하도록 해야 한다.

2) 사외이사 후보군(pool) 운영 제도 도입을 통한 사외이사의 독립성 강화 방안

은행장이 사외이사후보추천위원회의 위원이 되고 의장이 될 수 있는 현행 제도에서는 사외이사후보추천위원회는 사실상 해당 은행의 경영진이나 실무 부서로부터 사외이사 후보 추천을 받게 될 가능성이 크다. 즉 이러한 제도에서는 여전히 은행의 경영진이 사외이사 후보 추천 과정에서 영향력을 행사할 가능성이 있고, 이렇게 선임된 사외이사는 경영진을 견제하는 역할을 제대로 하지 못하게 된다. 이를 막기 위해서는 후보 추천 과정에서 은행장 등 경영진의 영향력을 최소화 할 수 있는 장치가 필요하다.

이를 위해서 은행을 회원으로 하여 조직된 전국은행연합회에서 사외이사후보군(pool)(외국인도 포함)을 만들고, 은행으로부터 사외이사 후보 추천 의뢰가 들어오면 책임자를 추천하도록 하는 제도를 운영하여 사외이사의 독립성을 보다 강화할 필요가 있다.⁴⁹⁾ 이렇게 되면 공정하고 전문성을 갖춘 후보자가 사외이사로 추천될

48) 은행법 제23조의5 제4항에 따른 권리를 행사할 수 있는 요건을 갖춘 주주를 말하는데, “6개월 이상 계속하여 은행의 의결권 있는 발행주식 총수의 1만분의 50 이상(대통령령으로 정하는 은행의 경우에는 1만분의 25 이상)에 해당하는 주식을 대통령령으로 정하는 바에 따라 보유한 자”를 말한다.

49) 사외이사 후보 추천 과정에 있어서 “외부자문기관(헤드헌터 또는 pool)” 등 외부 추천을 적극적

수 있는 장점이 있게 되고, 이렇게 선임된 사외이사는 경영진의 ‘눈치’를 보지 않고 경영진을 견제하는 사외이사 본연의 역할을 잘 수행할 수 있게 될 것이다.

3) 사외이사에 대한 정보 제공 의무 신설 필요

사외이사가 경영진 견제 역할을 충실히 잘 수행하려면 은행 경영 정보에 대한 정확한 내용을 파악하고 있어야 한다. 이를 위해서는 은행이 경영 정보를 사외이사에게 정기적으로 제공하도록 하고, 더 나아가서 사외이사가 필요한 정보 제공을 은행에게 요구할 수 있는 권한도 은행법에 규정할 필요가 있다.⁵⁰⁾

3. 감사위원회 제도

은행 경영지배구조의 또 하나의 축을 이루는 것이 감사위원회 제도이다. 1997년 외환 위기 이후 새로 도입된 제도인데, 종전에 감사의 역할이 제대로 작동되지 않으면서 은행의 부실을 막을 수 없었던 점을 인식하고 감사위원회 제도를 도입한 것이다. 상법에서는 자산 총액 2조원 이상인 상장회사의 경우를 제외하고는 감사위원회 설치가 회사의 선택적인 사항이지만(제542조의11), 은행법은 이를 의무화하고 있다(제23조의2). 상법상 감사위원회는 감사의 역할과 동일하므로(제415조의2 제6항), 감사위원회는 이사의 직무 집행 감사 권한, 이사에 대한 영업 보고 요구 권한, 은행 업무와 재산 상태 조사 권한을 갖는다(제415조의2 제6항, 제412조).

가. 감사위원회의 구성

1) 현황

은행법상 은행은 이사회 산하 위원회로서 감사위원회를 설치하여야 한다(제23조의2 제1항). 감사위원 3분의 2 이상이 사외이사가 되도록 함으로써 감사위원회의 독립성이 보장되도록 하고 있다(제23조의2 제2항). 그 중 1명 이상은 회계 또는 재무 전문가일 것을 요구하고 있어(제23조의2 제2항), 또한 전문성을 구비하도록 하

으로 활용하자는 주장도 같은 취지로 이해할 수 있을 것이다(구본성, 앞의 공청회 발표 자료, 30쪽). 사외이사 후보자를 제3의 외부 추천기관이 제시하는 후보자 군으로 제한하자는 방안을 제시하면서 동시에 제3의 외부 추천기관의 독립성과 전문성을 확보하는 방안을 마련하는 것이 필요하다는 견해는 심인숙, “상법상 사외이사 제도 개선 방안에 관한 소고,” 「선진상사법률연구」 통권 제56호(법무부, 2011. 10), 53쪽.

50) 「금융회사 지배구조 모범 기준」도 사외이사의 자료 요청권(제22조), 사외이사에 대한 정보 제공 의무(제27조)를 규정하고 있다. 지배구조법안도 같은 내용을 담고 있어(제16조), 바람직한 입법 방향이라고 판단된다.

고 있다. 즉 감사위원회의 독립성과 전문성을 유지하기 위한 법적 장치를 두고 있는 것이다.

감사위원회 구성과 관련해서 상임 감사위원(즉 사내이사인 감사위원)을 두어야 하는지에 관한 해석상 문제가 있다. 은행법이 상임 감사위원의 결격 사유에 관한 규정을 두고 있어서(제23조의2 제2항), 이 조항 때문에 상임 감사위원을 반드시 두어야 하는 것처럼 생각할 수도 있다. 그러나 은행법은 감사위원회 총 위원의 3분의 2 이상을 사외이사로 구성하도록 하고 있지(제23조의2 제2항), 반드시 상임 감사위원을 두도록 하는 조항은 두고 있지 않다. 따라서 상임 감사위원을 두지 않고 전원을 사외이사로 구성할 수 있다고 보아야 할 것이다. 즉 상임 감사위원을 둘지 여부는 결국 해당 은행이 판단할 사항인 셈이다. 다만 상임 감사위원을 두는 경우에는 결격 사유에 해당하지 않는 자를 선임해야 한다. 예를 들어, 은행의 대주주, 당해 은행의 상임 임직원이거나 최근 2년 이내에 상임 임직원이었던 자 등은 상임 감사위원이 될 수 없다(제23조의2 제2항). 은행과 이해 관계가 있어 그 직무를 충실히 수행하기가 어렵다고 본 것이다.

한편, 입법론으로 상임 감사위원을 반드시 두는 것이 바람직한지에 관한 논의도 제기되는데, 은행의 복잡한 감사 업무를 효율적으로 수행하기 위해서는 상임 감사위원을 의무화 하여야 한다는 견해⁵¹⁾도 있으며, 그 반대의 견해⁵²⁾도 있어 양립하고 있다. 어쨌든 법적으로는 상임 감사위원을 두지 않고 운영하더라도 문제는 없다.

2) 개선 과제 - 상임 감사위원의 5년 이상 은행 실무 경력 자격 요건 신설, 비상임 이사의 감사위원 금지, 완전자회사 등에 대한 감사위원회 구성 면제 폐지 필요

51) 고동원, “은행 경영지배구조의 법·제도적 문제점과 개선 방향,” 『증권법연구』 제8권 제2호(한국증권법학회, 2007. 12), 291쪽(사외이사만으로 구성되는 감사위원회가 업무 집행에 대한 상시 감사 역할을 충분히 잘 수행하기가 어렵다는 점을 그 이유로 들고 있다). 상임 감사위원 선임을 권고하거나 경영 평가에 반영하자는 견해로는 김우진, 앞의 보고서, 29쪽.

52) 김근식, “법적 시각에서 본 감사위원회,” 『BFL』 제13호(서울대학교 금융법센터, 2005. 9), 41쪽(그 이유를 “상근을 하게 되면 감사위원회의 독립성이 훼손될 가능성이 커진다. 따로 생업이 있는 일반 감사위원과는 달리 상근 감사위원은 아무래도 그 자리 유지에 더 신경을 쓰고 그 결과 감사 대상인 경영진의 눈치를 보게 되기 십상이다. 또한 상근 감사위원과 일반 감사위원과의 사이에 정보의 격차가 생기고 일반 감사위원이 상근 감사위원에 의존함으로써 상근 감사위원이 감사위원회를 지배할 우려가 있다”라고 하고 있다); 강희주/조준우, 앞의 논문, 250쪽(“감사위원회의 독립성을 담보하는 주요 요소인 사외이사들의 역할이 계속 감소한다면 감사위원회의 독립성에 부정적인 영향을 미칠 가능성이 존재하는바, 이러한 상황을 개선하기 위해 감사위원회 감사위원 전원을 사외이사로 구성하는 방안을 고려해 볼 수 있다.”).

상임 감사위원과 관련해서 지적해야 할 점은 상임 감사위원 선임 과정에서 이루어지는 ‘낙하산 인사’ 문제이다. 즉 정부나 금융감독원 또는 감사원 출신이 은행 상임 감사위원으로 임명되는 경우가 많다. 물론 은행 입장에서는 감독기관 출신을 영입함으로써 감독기관과의 ‘원만한’ 관계를 유지할 수 있는 점은 있겠지만, 오히려 감독기관과의 유착 관계가 있을 수 있고, 또한 효율적인 감사 업무를 위해서는 은행 내부 사정을 잘 아는 사람이 상근 감사 업무를 맡아야 한다는 점에서 이러한 ‘낙하산 인사’를 막을 필요가 있다. 그래서 상임 감사위원의 적극적 자격 요건의 하나로서, 앞서 논의한 은행장의 자격 요건과 마찬가지로, 5년 이상의 은행 실무 경력을 요구할 필요가 있다.

그리고 은행법은 감사위원회 총 위원의 3분의 2 이상을 사외이사로 구성하도록 하고 있기 때문에(제23조의2 제2항), 3분의 2를 사외이사로 선임하는 경우 나머지 3분의 1은 사외이사가 아닌 비상임 이사로 선임할 수도 있을 것이다. 이는, 앞서 사외이사 항목에서 본 것처럼, 비상임 이사도 존재할 수 있기 때문이다. 이러한 비상임 이사인 감사위원은 사외이사인 감사위원이나 상임 감사위원과 달리 결격 사유가 적용되지 않아⁵³⁾ 감사 업무의 독립성 확보에 문제가 있을 수 있다. 따라서 비상임 이사가 감사위원이 되는 것을 금지할 필요가 있다.

한편, 금융지주회사법은 금융지주회사의 완전자회사나 완전손자회사에 대해서는 감사위원회 설치를 면제해 주고 있는데, 앞서 사외이사와 관련해서 논의한 바와 같이, 이 면제 제도를 재검토할 필요가 있다.

나. 감사위원의 결격 사유

사외이사인 감사위원의 결격 사유와 관련하여, 앞서 본 것처럼, 사외이사 결격 사유가 적용되어, 은행 대주주나 그 특수관계인 등 은행과 이해 관계가 있는 자는 사외이사인 감사위원이 되지 못한다. 이는 감사위원회의 독립성을 보장하기 위한 것이다. 더 나아가서 은행법은 상임 감사위원(즉 사내이사인 감사위원)에 대해서도 마찬가지로 은행 대주주, 해당 은행의 상임 임직원, 최근 2년 이내에 상임 임직원이었던 자 등을 결격 사유로 규정하고 있다(제23조의3 제3항). 이것 또한 상임 감사위원의 독립성을 보장하기 위한 것으로 볼 수 있다. 그런데 이는 사외이사인 감

53) 은행법 제23조의2 제3항은 “사외이사가 아닌 감사위원회 위원(이하 이 조에서 “상임감사위원”이라 한다)”라고 하고 있어서, 결격 사유는 상임 감사위원에게만 적용되는 것으로 하고 있다. 그런데 사외이사가 아닌 감사위원은 비상임 이사도 있을 수 있기 때문에 “상임 감사위원”이라고 한 것은 정확한 용어 정의는 아닐 것이다.

사위원의 결격 사유보다도 다소 완화된 것인데, 사외이사와 같은 수준으로 엄격하게 규정할 필요가 있다. 예를 들어, 상임 감사위원의 결격 사유로서 은행의 대주주만 규정하고 있는데, 대주주의 특수관계인도 그 결격 사유에 포함시켜 상임 감사위원의 독립성을 강화할 필요가 있다.

한편, 상장회사 특례 규정인 상법 제542조의11 제3항은 상장회사의 ‘사외이사가 아닌 감사위원’(사내이사일 수도 있고 비상임 이사일 수도 있다)의 결격 사유를 규정하고 있어서, 상장회사인 은행의 경우에는 상법상의 결격 사유도 ‘사외이사가 아닌 감사위원’에게 적용하게 된다. 다만, 2개의 법이 상충될 때에는 사외이사 결격 사유에서 살펴본 바와 같은 논의가 적용될 수 있을 것이다.

다. 감사위원의 선임 절차

1) 현황

은행법은 감사위원 선임 절차에 관하여 규정하고 있는데, 사외이사 전원으로 구성되는 감사위원후보추천위원회에서 감사위원 후보를 추천하도록 하고 있다(제24조). 그리고 그 의결은 재적 사외이사 3분의 2 이상으로 하도록 하고 있어서(제24조), 보다 엄격한 결의 요건을 규정하고 있는 것이 특징적이다. 감사위원후보추천위원회는 사외이사 전원으로 구성되기 때문에 명시적인 문구(즉 “상법 제393조의2에 따른 위원회”라는 문구)는 없지만 이사회 산하 위원회라고 보아야 할 것이다,

그런데 문제되는 것은 이렇게 후보추천위원회를 통해 추천받은 후보자를 누가 선임하는 지에 관한 선임권자의 문제이다. 은행법은 감사위원회를 이사회 산하 위원회로 규정하고 있어(제23조의2 제1항, 상법 제415조의2, 제393조의2), 상법에 따라 이사회가 감사위원을 선임하는 것으로 된다(제393조의2 제2항 제3호). 이 조항에 따른다면 주주총회에서 선임된 이사 중에서 이사회가 감사위원을 선임하게 된다.

그런데 은행법은 감사위원이 되는 사외이사 선임과 관련하여 3%를 초과하는 주식에 대한 의결권 행사를 제한하고 있는 조항을 두고 있어(제23조의5 제5항->상법 제409조 제2항) 문제가 된다. 이 조항은 2010년 개정 은행법에 의하여 추가된 것인데, 이 조항이 들어가기 전에는 감사위원 선임권이 주주총회에 있다고 보기가 어려울 수도 있었는데, 이 조항이 추가되면서 사외이사인 감사위원 선임권이 주주총회에 있다고 볼 가능성이 커졌다. 즉 이 조항에 따른다면 사외이사인 감사위원 선임은 주주총회에서 확정된다고 볼 수 있기 때문에, 감사위원 선임권이 주주총회

에 있다고 볼 수 있는 것이다. ‘사외이사가 아닌 감사위원’의 경우도 마찬가지이다. 은행법 제23조의2 제3항은 ‘사외이사가 아닌 감사위원’의 결격 사유를 별도로 정하고 있어, 이 경우도 주주총회에서 ‘사외이사가 아닌 감사위원’ 후보자가 정해져 있어야 한다. 다시 말해서 사외이사이건 아니건 감사위원 선임은 이미 주주총회에서 결정되는 셈이다.

그러면 이 경우 이사회의 감사위원 선임권은 어떻게 되는가? 자산 총액 2조원 이상인 대규모 상장회사의 경우처럼 감사위원 선임권을 주주총회에 부여하고 있는 명시적인 조항(상법 제542조의12 제1항)을 은행법에 두고 있지 않는 한, 은행법상 감사위원 선임권이 이사회에 있다는 것을 부정할 수는 없을 것이다. 그렇다면 이 사회의 감사위원 선임권을 어떻게 보아야 하는 지가 문제된다. 즉 이사회가 주주총회에서 선임된 감사위원을 거부할 수 있는가의 문제이다. 이사회가 선임권이 있는 한 이를 거부할 수 있다는 견해도 있을 수 있고, 회사의 최고 의사 결정 기관인 주주총회가 감사위원을 선임하였기 때문에 이를 존중하여 이사회는 형식적인 선임 절차를 거쳐야 하는 것으로 볼 수도 있다. 실무상으로는 보다 안전한 방법으로 후자의 방식으로 행해질 가능성이 클 것이다.

2) 감사위원 선임권자를 주주총회로 명확화

입법론으로는 감사위원 선임권자를 일원화 하는 것이 필요하다. 감사위원회의 역할이 대주주의 부당한 영향력 행사를 막아 은행의 건전한 경영을 도모하기 위한 것이라는 점을 감안한다면 대주주의 의결권 행사 제한은 필요한 것이고, 자격요건을 충족하는 감사위원을 선임하기 위해서는 주주총회에서 감사위원 선임을 확정할 수밖에 없다. 따라서 이사회의 선임권을 배제하고 주주총회가 선임권을 갖는 것으로 일원화 하는 것이 합리적이라고 본다.⁵⁴⁾

한편, 상법상 대규모 상장회사의 경우에는 감사위원 선임권이 주주총회에 있게 되는데, 그러면 대규모 상장회사인 은행의 경우에는 이 조항의 적용을 받아 감사

54) 같은 견해로는 강희주/조준우, 앞의 논문, 251쪽. 반대 견해로는 김건식, “상법개정요강안에 대한 발표의견(III),” 상법개정공청회자료, 1999. 9. 14, 38쪽(임충희, “감사위원회제도의 현상과 과제,” 「상사법연구」, 제20권 제3호(한국상사법학회, 2001. 11), 314쪽에서 재인용). 그 이유를 “감사위원을 주주총회에서 선·해임하도록 하지 못한 이유가 이사회는 사외이사가 과반수 이상을 차지하므로 이사회에서도 선임해도 독립성이 문제되지 않으며, 주주총회에서 선임한다고 해서 반드시 독립성이 확보된다는 보장이 없고, 위원의 교체시에 일일이 주주총회를 소집해야 한다는 불편도 있기 때문이다”라고 하고 있다. 한편, 지배구조법안은 감사위원 선임권을 주주총회에 부여하고 있어(제18조 제6항), 이 문제를 해결하고 있다.

위원 선임권이 주주총회로 일원화 되어 있는 것으로 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 일면 상충되는 조항이 아니라고 볼 여지도 있지만, 선임권자에 관한 내용이어서 상충된다고 보아야 하고, 그러면 특별법인 은행법이 우선 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

그런데 상법상의 상장회사 특례 규정은 상장회사의 경우(이 경우는 대규모 상장회사 여부를 불문한다) ‘사외이사가 아닌 감사위원’을 선임하거나 해임할 때 최대주주 및 그 특수관계인 등이 합하여 소유한 3% 초과 주식에 대해서도 의결권 행사를 제한하는 조항을 두고 있는 데 반하여(제542조의12 제3항), 은행법은 이 조항을 두고 있지 않다. 그러면 상장회사인 은행의 경우에 이 조항이 적용되는지가 또한 논란이 될 수 있다. 일면 상충되는 조항이 아니어서 상법이 적용되어야 한다고 볼 여지도 있지만, 은행법이 이 조항을 두고 있지 않다는 것은 은행법이 상장회사 특례 규정을 적용하지 않으려는 입법 의도가 있다고 볼 여지도 있다. 은행법이 상법상의 대주주의 3% 초과 의결권 행사 제한 조항을 준용하는 명시적인 조항을 두고 있지만, 반면에 최대주주의 의결권 행사 제한 조항에 대한 명시적인 준용 조항은 두고 있지 않은 점에서 더욱 그러하다. 그러나 입법론으로는 감사위원의 선임과 해임에 있어서 최대주주 등의 영향력을 배제할 필요가 있기 때문에 은행법에 상법 준용 조항을 두는 것이 바람직하다고 하겠다.⁵⁵⁾

한편, 또 하나 개선점으로서 문구상의 사항이기는 하지만 다음을 지적할 수 있다. 은행법은 감사위원이 결원되었을 때 결원 발생일로부터 최초로 소집되는 “정기주주총회”에서 감사위원을 선임하도록 하고 있으나(제23조의3 제4항), 이렇게 되면 정기 주주총회까지 기다려야 하는 문제가 발생하므로 중간 임시 주주총회에서도 감사위원을 선임할 수 있도록 문구를 결원 발생 사유일로부터 최초 “주주총회”로 할 필요가 있다. 같은 내용의 문구가 있는 상법 조문에서도 “정기주주총회”가 아닌 “주주총회”로 규정하고 있다(제542조의11 제4항)는 점을 참고할 수 있다.

4. 내부 통제 및 준법감시인 제도

1997년 외환 위기 이후 새로 도입된 은행 경영지배구조의 또 하나 구성 요소는 내부 통제 및 준법감시인 제도이다. 외환 위기 전에 은행 등 금융기관이 부실하게 되었던 이유 중의 하나가 은행의 위험 관리에 대한 사전 통제가 미비하고 법규 준

55) 지배구조법안도 같은 내용을 담고 있어(제18조 제7항), 바람직한 방향이라고 하겠다.

수 관리가 미흡했다는 비판이 제기되면서, 위험 관리와 법규 준수 여부를 잘 감시할 수 있는 사전 내부 통제 장치 제도를 새로이 도입한 것이다. 그래서 은행법은 은행 자체적으로 내부 통제 기준을 정하고, 또한 이의 준수 여부를 감시하는 준법 감시인을 두도록 하고 있다. 이하에서는 내부 통제 제도와 관련된 내용과 개선 과제를 알아보기로 한다.

가. 내부 통제 기준의 제정 의무

1) 현황

은행법은 은행으로 하여금 ‘내부 통제 기준’을 정하고, 이의 준수 여부를 점검하는 준법감시인을 두도록 하고 있다(제23조의3 제1항, 제2항). 은행법은 내부 통제 기준을 “법령을 준수하고 경영을 건전하게 하며 주주 및 예금자 등을 보호하기 위하여 그 은행의 임직원이 직무를 수행할 때 따라야 할 기본적인 절차와 기준”이라고 정의하고(제23조의3 제1항), 내부 통제 기준에 포함되어야 할 사항은 시행령에 정하도록 위임하고 있다(제23조의3 제5항). 이에 따라 은행법 시행령은 내부 통제 기준에 정할 사항을 규정하고 있는데, i) 준법감시인의 임면 절차에 관한 사항, ii) 업무 수행 시 발생할 수 있는 이해 상충의 관리 방법과 절차 등에 관한 사항, iii) 위험의 관리에 관한 사항 등 상당히 광범한 내용을 열거하고 있다(제17조의2 제1항). 그리고 은행법 시행령은 내부 통제 기준을 제정하거나 변경하는 경우에는 이 사회의 의결 절차를 거치도록 하고 있는데(제17조의2 제2항), 이는 내부 통제 기준의 중요성을 감안할 때 타당한 것이라고 본다.

2) 상법상의 ‘준법 통제 기준’과의 관계

한편 2012년 개정 상법은 자산 총액이 5천억 원 이상인 상장회사에 대하여 ‘준법 통제 기준’ 제정 의무를 부여하고 있는데(제542조의13 제1항, 시행령 제39조), 이와 관련하여 이에 해당하는 은행의 경우에도 별도로 준법 통제 기준을 제정하여야 하는지가 의문이 될 수 있다. 준법 통제 기준과 내부 통제 기준이 유사하다는 점에서 그러하다. 이러한 의문은 상법 시행령 제39조 제1항 단서가 다른 법률에 따라 내부 통제 기준을 두는 상장회사에게는 적용하지 않도록 하고 있어 해결되고 있지만, 법 체계상으로는 시행령이 아닌 법에 규정하는 것이 좋다고 본다.

3) 위험 관리 기준의 분리 필요

내부 통제 기준에 포함되는 사항에는 “위험 관리에 관한 사항”도 포함되는데, 이 의미는 준법감시인 업무 중의 하나가 위험 관리에 관한 사항도 포함된다는 것을 말한다. 즉 준법감시인은 법령 준수 여부의 감시에 관한 법률적인 업무뿐만 아니라 위험 관리 등 경영에 관한 사항도 점검할 의무가 있는 것이어서, 준법감시인은 법률 지식뿐만 아니라 경영에 관한 지식과 경험도 보유하는 자이어야 그 직무를 충분히 잘 수행할 수 있을 것이다. 그만큼 준법감시인의 업무 부담이 크다는 것을 알 수 있다. 그런데 이렇게 다양한 경험과 지식을 보유한 적격자를 구하기가 쉽지 않다는 점과 점차 은행의 위험 관리 업무가 중요해지고 있고 전문적이라는 사항이라는 점을 고려할 때, 별도의 위험 관리 책임자를 두어 전문가로 하여금 이 업무를 수행하게 하고, 준법감시인은 법령 준수 여부를 감시하는 업무에 전념하도록 하는 것이 효율적인 방안이 될 수 있을 것이다. 따라서 내부 통제 기준으로부터 위험 관리에 관한 사항을 분리하여 별도의 위험 관리 기준을 제정하고,⁵⁶⁾ 이러한 위험 관리 기준의 준수 여부를 감시하는 별도의 위험 관리 책임자를 두는 것이 바람직하다고 하겠다.⁵⁷⁾

나. 준법감시인 제도

1) 현황

내부 통제 기준 제도의 운영과 맞물려 있는 것이 준법감시인 제도이다. 즉 은행법은 준법감시인을 “내부 통제 기준의 준수 여부를 점검하고 내부 통제 기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회에 보고하는 자”로 정의하고 있어(제23조의 3 제2항), 준법감시인의 업무가 내부 통제 기준의 준수 여부를 감시하는 자임을 밝히고 있다. 내부 통제 기준의 내용이 광범위한 만큼 준법감시인의 업무도 과중하

56) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 효율적인 위험 관리 기능이 작동되어야 한다고 강조하면서(BCBS 2014 Principles, "Principle 6: Banks should have an effective independent risk management function, under the direction of a Chief Risk Officer (CRO), with sufficient stature, independence, resources and access to the board."), 독립적인 위험 관리 기능이 후선 업무의 핵심적인 요소라고 하고 있다(BCBS 2014 Principles, para. 103: "The independent risk management function is a key component of the bank's second line of defence."). 지배구조법안도 별도의 위험 관리 기준을 제정할 것을 요구하고 있다(제26조).

57) 바젤은행감독위원회의 ‘2014년 은행 경영지배구조 원칙’도 위험 관리 책임자(chief risk officer: CRO)를 별도로 둘 것을 제시하고 있다. BCBS 2014 Principles, para. 106: "Large, complex and internationally active banks, and other banks, based on their risk profile and local governance requirements, should have a senior manager (CRO or equivalent) with overall responsibility for the bank's risk management function." 지배구조법안도 별도의 위험관리책임자를 두도록 하고 있어(제27조) 바람직한 방향이라고 판단된다.

다고 하겠다.

은행법은 준법감시인의 중요성을 감안하여 준법감시인의 임면 절차와 자격 요건을 규정하고 있다(제23조의3 제3항, 제4항). 즉 준법감시인의 임면은 이사회 의결을 거치도록 하고 있다(제23조의3 제3항). 이는 준법감시인이 법령 준수 감시 의무를 잘 수행하기 위해서는 은행장 등 경영진의 영향으로부터 벗어나서 독립적으로 업무를 수행할 필요가 있기 때문에 이사회 의결 절차를 거치도록 하는 것인데, 바람직한 입법 방향이라고 본다. 만약에 준법감시인이 은행장에 의해 임면된다면, 임면권자가 법령을 준수하고 있는 지 여부를 준법감시인이 잘 감시하기가 쉽지 않을 것이다.

한편, 은행법은 준법감시인의 적극적인 자격 요건도 자세히 규정하고 있는데, 금융기관에서 10년 이상 근무한 경력이 있는 자나 감독기관에서 5년 이상 근무한 경력이 있는 자 등을 열거하고 있다(제23조의3 제4항). 이러한 자격 요건을 요구하는 이유도 준법감시인 역할의 중요성을 인식했기 때문으로 이해할 수 있다. 특히 준법감시인은 법령 준수 여부를 감시하는 자이어서 결격 사유도 엄격한데, 감독당국으로부터 경미한 제재 조치(즉 주의나 경고 요구 조치)를 받아도 준법감시인이 될 수 없으며, 준법감시인 재직 중 이러한 제재 조치를 받으면 자격이 상실된다(제23조의3 제4항).

2) 상법상의 준법통제인과의 관계

한편, 앞서 준법 통제 기준에서도 본 것처럼, 자산 총액 5천억 원 이상인 상장회사인 은행의 경우에 상법에 따른 준법통제인(상법 제542조의13 제2항)을 별도로 두어야 하는지에 관한 의문이 있을 수 있는데, 상법 시행령이 이를 해결하고 있다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 즉 상법 시행령 제39조에 따르면, 은행법에 따라 준법감시인을 둔 경우에는 준법통제인을 별도로 둘 필요가 없게 된다.

3) 개선 과제 - 준법감시인의 적극적 자격 요건 폐지, 결격 사유의 완화, 임기 보장, 해임 요건 강화 등의 개선 조치 필요

준법감시인의 적극적인 자격 요건을 법에 규정할 필요가 있는지에 대해서는 생각해볼 필요가 있다. 예를 들어, 은행법은 준법감시인 자격 요건의 하나로서 금융기관에서 10년 이상 근무한 경력이 있는 자라고만 하고 있지, 준법 감시 업무에 종사했는지 여부는 묻지 않고 있다. 예를 들어, 금융기관 총무 부서에서 10년 이상

근무한 자도 준법감시인 자격이 있게 되는데, 과연 그러한 경력자가 전문적인 법률 지식과 경영 지식을 요구하는 준법 감시 업무를 충분히 잘 수행할 수 있을지 의문이다. 오히려 적극적 요건을 규정한다면 근무 연수를 기준으로 할 것이 아니라 준법 감시 업무에 종사했는지 여부를 기준으로 규정하는 것이 보다 합리적이다. 그러나 보다 바람직한 것은 적극적인 요건을 법에 규정하지 않고, 은행이 준법 감시 업무에 적합한 자를 자체 기준에 의하여 자율적으로 선임하도록 하는 방법이다. 왜냐하면 설령 법이 적극적인 요건을 규정하지 않더라도 은행 스스로가 준법 감시 업무의 중요성을 감안하여 책임자를 선임할 것이기 때문이다.

그리고 결격 사유도 완화할 필요가 있다. 감독당국으로부터 경미한 제재 조치만 받아도 준법감시인의 결격 사유가 되기 때문에, 실제 자격 요건을 충족하는 준법 감시인을 발견하기가 쉽지 않으며, 준법감시인 업무의 범위가 넓다 보니 감독당국으로부터 제재 조치를 받을 가능성도 커서 준법감시인을 기피하는 현상이 나타나는 문제가 발생하고 있다. 물론 취지는 이해되나 이렇게 까다로운 결격 사유를 요구할 필요가 있는지 의문이다. 결격 사유를 완화하는 조치(예를 들어, 문책 경고나 감봉 요구 등 중징계 조치의 경우에만 결격 사유가 되도록 하는 것)를 할 필요가 있다.

더 나아가서, 준법감시인 제도의 운영과 관련해서 다음과 같은 개선 방안이 필요하다. 첫째, 준법감시인의 해임 시 이사회 의결 요건을 강화하여 현행 과반수에서 3분의 2로 할 필요가 있으며, 둘째, 그 지위도 격상하여 이사회 업무집행책임자 중에서 임명하게 하도록 하며, 셋째, 임기도 법에서 정하고(예를 들어, 3년), 그 임기를 보장하도록 하는 것이다. 이렇게 함으로써 준법감시인이 책임감을 갖고, 그 업무를 충실히 ‘소신 있게’ 그리고 독립적으로 잘 수행할 수 있을 것이고, 이것이 궁극적으로 은행의 건전성을 유지하는데 도움이 될 것이다.

5. 경영지배구조 내부 규범 제도

가. 내부 규범 제정 의무

은행 경영지배구조의 또 하나 특징은 ‘경영지배구조 내부 규범(規範)’의 제정 의무이다. 이는 2010년 5월 은행법 개정에 의하여 시행된 새로운 제도이다. 은행법은 경영지배구조 내부 규범을 “은행의 이사회 운영 등에 관하여 지켜야 할 구체적인 원칙과 절차”라고 정의하면서(제23조의4 제1항), 자세한 사항은 시행령에 정하도록 위임하고 있다(제23조의4 제2항). 은행법 시행령은, 법이 위임한 바에 따라, 경영지

배구조의 주요한 사항인 i) 이사회 구성과 운영에 관한 사항, ii) 이사회 내 위원회의 설치에 관한 사항, iii) 임원의 범위와 성과 평가 및 보수 지급 방법 등 임원에 관한 사항을 정하도록 하고 있다(시행령 제17조의4).

이러한 내부 규범 제정 의무를 요구하는 취지는 무엇인가? 은행법은 그 목적을 “주주와 은행이용자 등의 이익을 보호하기 위하여”라고 하고 있어서(제23조의4 제1항), 은행의 이해 관계자인 주주와 예금자 등 채권자를 보호하기 위한 목적임을 알 수 있다. 즉 내부 규범의 제정 및 운영을 통한 건전한 경영지배구조의 유지가 은행의 건전성을 담보할 수 있고, 이것이 결국은 주주와 예금자 등을 보호할 수 있는 길이라는 것을 법제정권자가 인식했다고 볼 수 있다.

나. 내부 규범의 공시 의무

은행법은 이러한 내부 규범의 제정 의무와 함께 내부 규범을 은행 인터넷 홈페이지 등에 공시하도록 하고 있다(제23조의4 제3항). 즉 은행은 경영지배구조 내부 규범을 제정하거나 변경한 경우에 그 제정이나 변경한 사항, 그리고 매년 경영지배구조 내부 규범에 따라 이사회 등의 운영 사항을 공시하도록 하고 있다(제23조의4 제3항). 이렇게 공시 의무를 부과하는 이유는 은행의 경영지배구조가 시장 규율에 따라 잘 작동할 수 있도록 하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 즉 이러한 공시 제도를 통하여 시장이 해당 은행의 경영지배구조가 잘 운영이 되는 지 알 수 있으므로 은행도 투자자 등을 의식하여 가능한 좋은 경영지배구조를 만들려고 할 것이기 때문이다. 바람직한 경영지배구조 안착에 좋은 정책 방향이라고 본다.

다. 내부 규범의 법적 성격 - 규범에 정한 사항의 위반 시 제재 대상이 되는가?

그런데, 이러한 경영지배구조 내부 규범의 법적 성격이 애매한 점이 있다. 즉, 은행이 스스로 제정한 이러한 내부 규범을 준수하지 않았을 때 제재 대상이 될 수 있는지 여부의 문제이다. 물론 내부 규범 자체를 제정하지 않았거나 내부 규범에 정한 사항이 은행법령 등 관련 법령상 의무적인 사항인 경우(예를 들어, 임원 자격요건을 충족하지 못하는 임원을 선임한 경우)에는 당연히 법령 위반 사항이 되므로 제재 대상이 되는 것은 틀림없으나, 내부 규범에 정한 사항 중 은행이 자체적으로 규정한 사항을 위반한 경우가 해당될 수 있다. 예를 들어, 관련 법령상 의무규정으로 되어 있지 않은 임원 평가 방법에 관한 사항을 내부 규범에 정했을 때 이를 위반한 경우가 해당될 수 있다.

검토해 보면, 은행법은 은행에 대한 제재 조치를 취할 수 있는 사유를 “[은행]법 또는 [은행]법에 따른 규정·명령 또는 지시를 위반”한 경우라고 규정하고 있는데(제53조 제1항), 과연 이 내부 규범이 은행법에 따른 규정(規程)이나 명령 또는 지시라고 볼 수 있는지가 문제될 수 있다. 여기서의 규정 등은 법령에 따라 위임을 받아 법 집행권자(즉 감독당국)가 제정한 규정이나 기타 명령 또는 지시 사항을 의미하는 것으로 봐야지 은행 자체가 스스로 제정한 규칙이나 규범이 이에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 은행 스스로 정한 경영지배구조 내부 규범 사항을 위반했을 때 제재권자의 제재 대상이 된다고 보기는 어렵다. 이런 점을 볼 때, 은행법상의 경영지배구조 내부 규범 제도의 취지는 공시를 통한 시장 규율에 의해 은행의 경영지배구조가 잘 정착이 되도록 하는데 있다고 이해할 수 있다.

III. 맺음말

경영지배구조 문제는 은행 건전성 규제의 핵심이 된다. 그 이유는 건전한 경영지배구조의 유지가 은행의 건전성을 담보할 수 있기 때문이다. 그래서 은행이 스스로 좋은 경영지배구조를 만들지 못하면 법이 개입해야 할 정당성이 있게 된다. 이러한 점에서 이 글은 은행 경영지배구조의 문제점을 해결하기 위해서 행정지도인 ‘모범 기준’의 방식보다는 법제화 하는 방안을 제시하고 있다.

은행 경영지배구조의 핵심은 ‘막강한 권한’을 갖고 있는 은행장을 어떻게 잘 견제하고 통제하느냐 하는 문제이다. 그래서 그러한 역할을 하는 사외이사 제도가 도입된 것이다. 그러나 현실은 사외이사 선임 단계에서부터 은행장의 영향력이 행사되면서 사외이사가 은행장으로부터 자유롭지 못하는 못하게 되는, 즉 사외이사가 은행장을 견제하는 역할을 제대로 수행하지 못하고 있다는 점이다. 그래서 사외이사 후보군(pool) 운영 제도가 필요한 것이고, 사외이사후보추천위원회의 구성도 은행장 등 사내이사를 배제하고, 공익성을 대표하는 금융소비자 및 종업원 대표가 포함되어야 하는 것이다.

더욱이 은행장 선임에 있어서 ‘낙하산 인사’가 행해지는 것은 경영지배구조 문제를 떠나서 우리 나라 은행 산업의 발전을 가로막는 큰 장애물이 되고 있으므로 이를 막을 근본적인 대책이 필요하다. 그래서 과거 시행되었다가 폐지되어 현재는 은행 자율적으로 설치하고 있는 은행장후보추천위원회 제도를 법제화 해서 투명성

을 갖추게 하고, 은행장의 적극적 자격 요건으로서 은행 실무 경력 5년 이상을 명시적으로 규정함으로써 책임자가 은행장으로 선임될 수 있도록 해야 한다. 상임 감사위원 선임도 마찬가지이다. 감독기관 출신 등이 상임 감사위원으로 선임되는 것을 막기 위해서 은행 실무 경력 5년 이상을 자격 요건으로 요구해야 한다. 또한 은행장을 견제하기 위해서 이사회 의장을 사외이사가 맡도록 법제화 하여야 한다.

마지막으로 ‘모범 기준’ 제정 방식으로 금융기관 경영지배구조를 규율하려는 금융위원회의 정책 방향도 재고할 필요가 있다. 금융위원회는 「금융회사 지배구조 모범 기준」을 행정지도로 분류하고 있는데, 행정지도는 원칙적으로 강행성이 없지만 실무상 금융기관이 이를 따르지 않을 수밖에 없는 현실을 감안할 때⁵⁸⁾ 사실상 구속력이 있다고 볼 수 있고, 그렇다면 금융기관 및 기타 이해 관계인의 권리와 의무에 중대한 영향을 미치는 경영지배구조에 관한 사항을 법령이 아닌 행정지도로 규제하는 것은 ‘법률 유보 원칙’⁵⁹⁾에 위반된다고 볼 수 있다. 따라서 이 모범 기준을 폐지하고, 비교적 선진화된 금융기관 경영지배구조의 내용을 담고 있는 2012년 지배구조법안이 시급히 입법되어야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.02.06, 심사개시일 : 2015.02.27, 게재확정일 : 2015.03.25)



고 동 원

은행 경영지배구조, 사외이사, 감사위원회, 준법감시인, 내부통제기준

58) “행정지도를 [금융기관] 내규에 반영하도록 하고, 위반시 제재[조치]”를 취한다고 한다. 금융위원회, “금융규제 개혁방안,” 2014. 7. 10, 46쪽.

59) 국민 등의 자유와 재산을 침해하는 침익적 행정행위 등 국민 등에게 영향을 미치는 중요한 본질적인 사항은 반드시 법률에 근거가 있어야 한다는 원칙을 말한다. 김철용, 「행정법 I」 제7판 (박영사, 2004), 30~33쪽.

【참 고 문 헌】

- 강희갑, “집행임원 제도의 도입과 기업환경(모두 발제),” 「상사법연구」 제25권 제4호(한국상사법학회, 2007. 2).
- 강희주/조준우, “은행지배구조에 대한 소론,” 「증권법연구」 제12권 제3호(한국증권법학회, 2011. 12).
- 구본성, “금융회사 지배구조 선진화 방안,” 공청회 발표 자료(한국금융연구원, 2013. 6. 17).
- 구본성/이시연, “금융회사의 지배구조 리스크 완화 방안,” 한국금융연구원, 2011. 9.
- 고동원, “은행 경영지배구조의 법·제도적 문제점과 개선 방향,” 「증권법연구」 제8권 제2호(한국증권법학회, 2007. 12).
- 금융위원회, “금융규제 개혁방안,” 2014. 7. 10.
- 김효신, “집행임원제도 도입과 회사지배구조의 변화,” 「중앙법학」 제9집 제3호(중앙대학교 법학연구소, 2007. 10).
- 김건식, “법적 시각에서 본 감사위원회,” 「BFL」 제13호(서울대학교 금융법센터, 2005. 9).
- , “상법개정요강안에 대한 발표의견(III),” 상법 개정 공청회 자료, 1999. 9. 14.
- 김동원/노형식, 「금융지주회사의 CEO 리스크와 지배구조의 개선 방안」, 한국금융연구원, 2013. 11.
- 김우진, “금융지주회사제도의 발전 방향,” 「계간 금융동향 - 분석과 전망」, 제15권 제2호(한국금융연구원, 2005년 여름).
- , “은행 경영지배구조 개선,” 정책조사보고서, 한국금융연구원, 2007. 3.
- 김태진, “개정 상법하의 집행임원제 운용을 위한 법적 검토,” 「상사법연구」 제30권 제2호(한국상사법학회, 2011. 8).
- 김철용, 「행정법 I」 제7판(박영사, 2004).
- 김홍달, 은행법학회 제8회 정기 학술대회 자료집(은행 경영지배구조의 현황과 과제) 토론문, 2011. 11. 11.
- 송옥렬, “새로운 금융환경하의 은행의 구조와 행위에 대한 법적 고찰,” 한국금융연구원 보고서, 2013. 4.
- 심인숙, “상법상 사외이사 제도 개선 방안에 관한 소고,” 「선진상사법률연구」 통권 제56호(법무부, 2011. 10).

임충희, “감사위원회제도의 현상과 과제,” 「상사법연구」 제20권 제3호(한국상사법학회, 2001. 11).

재정경제부, “금융지주회사법 개정안 차관회의 통과,” 보도자료, 2006. 10. 27.

정순섭, “금융회사의 조직규제,” 「상사판례연구」 제24집 제2권(한국상사판례학회, 2011. 6).

정찬형, “한국 주식회사에서의 집행임원에 대한 연구,” 「고려법학」 제43호(고려대학교 법학연구소, 2004).

———, “주식회사의 지배구조,” 「상사법연구」 제28권 제3호(한국상사법학회, 2009. 11).

최영주, “은행CEO리스크와 지배구조에 관한 연구,” 「법학논고」 제36집(경북대학교 법학연구원, 2011. 6).

황근수, “한국에 있어서 집행임원제도의 현황과 향후의 운용방향,” 「법학」 제49권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2008. 6).

Basel Committee on Banking Supervision, "Corporate Governance Principles for Banks - Consultative Documents," Oct. 2014.

Abstract

Legal Review on Corporate Governance for Banks in Korea

Dong Won Ko

The issue of corporate governance for banks is regarded as one of the significant prudential regulations because a 'bad' corporate governance scheme may lead to 'poor' management performance or ultimately insolvency of banks. Recently, since the 2008 global financial crisis, the issue of corporate governance has been becoming more important and emphasized, domestically as well as globally. Similarly, the issue of corporate governance for banks in Korea gives a spotlight in respect that the process of selection of a bank president is not so transparent that 'undue influence' by 'outsiders' (e.g., the government or politics) is being made. Further, outside directors whose main role is to check an 'enormous' power of a bank president are criticized in that they do not nor are able to perform their assigned roles properly because the management including a bank president still exerts a strong influence on the process of their selection.

Thus, this article assesses the problems of the current corporate governance system for banks and suggests some recommendations. Among others, this article argues that a 'bank president candidate recommendation committee' should be legally established and the committee's constitution should be comprised of representatives from consumers and employees, respectively. Further, the minutes of the committee should be disclosed in order to enhance transparency. Second, a bank president, a bank executive director, or the management should be excluded in the constitution of an

'outside director candidate committee'; instead, representatives from consumers and the bank's employees should be included, in order to prevent undue influence from a bank president or the management. Third, a new requirement of at least five-year bank work experience should be added to the qualification requirements for a bank president, in order to exclude 'outside' undue influence and as well to prevent an unqualified candidate from being selected. Fourth, such bank experience requirement should be also added to the list of the qualifications for a standing audit committee member, because most executive audit members of banks are currently selected from the group of financial supervisor employees or high ranking officials of the government, which is highly likely to lead to a corruption from such connections. Fifth, the authority for appointing audit members should be streamlined into a shareholders meeting, rather than the current bifurcated system (i.e., selection by a shareholders meeting and then confirmed by a board of directors). Finally, this article points out that the regulator's policy toward enacting a 'best practice' for setting up a good corporate governance scheme should be shifted into enacting the law and regulation.



▶ Dong Won Ko

Corporate Governance for Banks, Outside Director, Audit Committee,
Compliance Officer, Internal Control Standards

중국의 소액소송제도 소고

장 송 청*

I. 들어가며	4. 소송절차의 전환
II. 중국의 민사소송절차제도	5. 소액소송의 이용현황
III 소액소송제도의 확립	VI 소액소송제도의 문제점 및 개선안
IV. 소액소송제도의 내용	1. 구체적인 절차규정의 결여
1. 소액소송의 기준	2. 절차의 간소화
2. 소액소송의 강제적용	3. 소액소송의 적용에 대한 당사자의 선택권
3. 심급제도	4. 사건유형의 규범화
V. 재판실무에서의 소액소송의 적용	5. 1심중심에 따른 구체절차의 결여
1. 소액소송의 적용범위	6. 재심에 의한 구제
2. 소액소송의 적용에 대한 이의신청	VII 나오며
3. 소액소송의 약정적용	

【국 문 요 약】

소액사건심판의 효율성을 제고하고 당사자의 소송부담을 줄이며 ‘사건의 수는 많지만 재판담당법관의 수가 적음’ 모순을 완화하기 위하여 2012년 개정민사소송법은 최초로 소액소송제도를 확립하였다.

개정민사소송법 제13장 간이절차편 중의 제162조는 기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 간단한 민사사건으로서 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하인 경우에는 1심중심을 실행한다고 규정하였다.

개정민사소송법 시행 이후, 각 기층인민법원은 다양한 방식을 취하여 소액소송제도의 적용을 적극적으로 추진하고 있다. 각 지역의 고급인민법원도 소액소송관련 지도의견 등을 제정하여 소액소송의 적용범위, 재판조직, 심리방식, 심리기한 등에 대하여 구체적인 규정을 두었고, 적시에 본 지역 소액소송사건의 소송목적의 값을 공포하여 소액소송재판업무의 규범화를 꾀하고 있다.

다만, 소액소송제도에 존재하는 법조문이 지나치게 간단하고, 독립된 절차를 규정하지 아니하였고, 소액소송의 적용범위를 획일적으로 확정하기 어려우며, 강제로

* 가천대학교 글로벌교양대학 조교수, 법학박사.

1심중심을 실행하면서도 통상적인 구체절차가 결여되어 당사자와 법관 모두 소액소송의 적용에 부담감을 느끼는 등 여러 문제점으로 말미암아 각지의 인민법원 민사재판실무에서의 소액소송의 적용률은 전반적으로 높지 아니하다. 소액소송제도의 합리적으로 복잡한 사건과 간단한 사건을 분류하고, 소액소송사건의 신속한 재판을 통하여 당사자의 소송부담을 경감한다는 목표를 실현하지 못하고 있다. 최고인민법원은 소액소송재판의 실무경험을 총괄한 기초 위에서 2015년 1월 30일에 개정민소법 사법해석을 제정, 공포하여 소액소송의 적용범위, 심리방식, 절차의 전환, 재판문서의 간소화 등에 대하여 좀 더 구체적인 해석규정을 하였다. 동 사법해석은 2015년 2월 4일부터 시행되고 있다. 향후의 소액소송재판실무에서 개정민소법 사법해석의 규정에 따른 소액소송의 규범화를 적극적으로 추진하여 소액소송의 활성화를 꾀하여야 할 것이다.

I. 들어가며

중국은 현재 경제체제와 사회구조전환의 중요한 시기에 있기에 여러 가지 갈등이 지속적으로 발생하고 있으며 법원에 제소하는 사건도 대폭 증가하고 있다. 통계에 따르면, 1991년부터 2010년까지 전국법원이 수리한 민사1심사건의 수는 해마다 10.66%의 폭으로 증가하였다. 2008년부터 2010년까지 전국법원은 모두 19,977,144건의 사건을 수리하였는데 민사1심사건이 17,303,357건으로 전체 1심사건의 86.62%를 차지하였다. 그러나 인민법원의 재판을 담당하는 법관의 수는 크게 증가하지 아니하여 ‘사건의 수는 많지만 재판담당법관의 수가 적은’ 문제가 더욱더 부각되었다.¹⁾ 기존의 민사소송법의 규정에 의하면 간단한 민사사건은 간이절차에 따라 심리하도록 하였지만 제도적인 한계로 간단한 소액사건이 신속한 해결을 얻지 못하는 경우가 발생하여 당사자의 부담이 가중되었다. 간단한 소액사건에 적용될 수 있는 새로운 소송제도, 즉 소액소송제도의 창설이 필요하게 되었다. 학계에서는 외국의 소액소송입법에 대한 고찰과 중국의 소액사건재판실무에 대한 분석을 통하여 소액소송제도도입의 당위성을 역설하였고 실무에서는 최고인민법원의 소액신속재판업무시범을 통하여 소액사건심리절차의 규범화를 꾀하였으며 입법부에서는 본격적으로 소액소송제도의 확립을 위한 입법에 착수하였다. 그 결과로 2012년 8월 31일에 전면 개정되어 2013년 1월 1일부터 시행하고 있는 민사소송법(이하 개정민소법으로 약칭함)에 최초로 소액소송제도를 도입하였다. 이는 외국 소액소송제도의 경험을 충분히 참조하여²⁾ 확립한 중국특색이 있는 소액소송제도이다.³⁾ 소액소송제도의 도입은 금번 민사소송법개정의 하이라이트로 평가되기도 한다.⁴⁾ 최고인민법원은 2015년 1월 30일에 공포한 「중화인민공화국민사소송법의 적용에 관한

1) 曹守晔, 《诚实信用原则入法与小额诉讼机制创新》, 《人民司法》2012.21, 11면.

2) 중국 민사소송법학계에서는 민사소송법개정 중 소액소송제도의 도입에 있어 한국의 소액사건심판제도의 규정도 충분히 참조하였다고 설명한다. 특히 2011년 중국 남경사범대학에서 개최되었던 제3회 한중민사소송법학회 국제학술대회에서 부산대학교 법학전문대학원의 김상영 교수가 ‘한국의 소액사건심판제도’를 주제로 발표하였고, 이시윤 전 감사원장의 ‘한국의 소액사건심판제도에 대한 보충설명’이 있었으며, 한중민사소송법학 학자들과 실무가들의 진지하고 심층적인 토론이 있었다. 동 국제학술대회 이후 중국민사소송법학회는 위의 발표, 보충설명, 토론내용을 토대로 한국의 소액사건심판제도에 대한 내용을 정리하여 중국의 입법기관인 전국인민대표대회 상무위원회 법제업무위원회에 제출하였다고 한다. 다만 입법기관의 구체적인 참조여부나 참조내용 등은 명확하지 아니하다.

3) 曹守晔, 상계논문, 9면.

4) 刘学在, 欧阳俊, 《残缺不全的“小额诉讼程序”质疑》, 《人大法律评论》2012年第二辑(论文·评论), 142면.

해석」(关于适用中华人民共和国民事诉讼法的解释, 이하 「민소법적용해석」으로 약칭함)에서 소액소송에 대한 해석규정을 두고 있다.

본 논문에서는 소액소송의 기준, 소액소송의 강제적용, 소액소송의 심급제도 등 소액소송제도의 내용과 재판실무에서의 소액소송의 적용을 중심으로 중국의 소액소송제도 전반에 대해 개략적으로 살펴보기로 한다.

II. 중국의 민사소송절차제도

중국 민사소송절차는 보통절차와 간이절차⁵⁾를 포함한다. 보통절차는 민사사건의 심리에서 보편적으로 적용되는 절차이고, 간이절차는 기층인민법원과 그 파출법정⁶⁾이 간단한 민사사건을 심리할 때에 적용되는 절차이다. 때문에 간단한 민사사건 외의 기타 사건의 심리는 보통절차를 적용한다. 간이절차는 기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 사건에서만 적용되기에 중급인민법원 및 고급인민법원, 최고인민법원이 심리하는 사건은 모두 보통절차를 적용한다.

간이절차를 적용하는 사건은 법관 1인이 단독으로 재판하며 간단한 민사사건이라는 특성을 고려하여 소의 제기, 소의 수리, 기일통지, 출석요구, 송달, 심리 등 단계에서 보통절차보다 더 간단하고 탄력적인 규정을 두고 있다. 간단한 사건이라는 사실은 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 사건을 의미한다.⁷⁾ 이와 관련하여 최고인민법원은 1992년 「중화인민공화국 민사소송법적용의 약간문제에 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) 제168조에서 좀 더 자세한 해석을 하고 있다. 즉 “사실이 명백하다는 것은 당사자쌍방이 쟁의사실에 대한 진술이 기본적으로 일치하며 확실한 증거를 제출할 수 있어서 인민법원의 증거조사가 없어도 사실을 판명할 수 있고, 시비를 명확히 가릴 수 있음을 뜻한다. 권리의무관계가 명확하다는 것은 누가 책임을 부

5) 소액소송절차는 개정민사소송법 간이절차편에 정해져 있기에 간이절차에 포함되는 것으로 보고 있다.

6) 파출법정이란 인민법원조직법 제19조의 규정에 따라 기층인민법원이 지역, 인구와 사건의 상황에 근거하여 설립한 인민법정(人民法庭)을 가리킨다. 인민법정은 기층인민법원의 파출기구로서 민사사건과 형사자소(自诉)사건을 수리, 재판한다. 인민법정이 내린 판결과 재정은 기층인민법원의 판결과 재정이 된다. 인민법정은 민사재판에 있어 일반적으로 간이절차를 적용한다.

7) 개정민소법 제13장 간이절차 제157조 제1항 : “기층인민법원과 그 파출법정이 사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 간단한 민사사건을 심리할 때에는 본장의 규정을 적용한다.”

답할 자이고 누가 권리의 향유자인지의 관계가 명확함을 뜻한다. 논쟁이 크지 아니하다는 것은 당사자가 사건의 시비, 책임 및 소송물에 대한 다툼에 있어 원칙적인 이견이 없음을 뜻한다.”⁸⁾ 이러한 해석에도 불구하고 간단한 사건 확정의 불확실성을 완전히 해소할 수 없었기에 최고인민법원은 「간이절차를 적용한 민사사건의 심리에 관한 약간규정」(关于适用简易程序审理民事案件的若干规定, 이하 「간이절차적용규정」으로 약칭함) 제1조에 간이절차의 적용을 배제하는 사건을 규정하였다. (1) 제소 시 피고가 행방불명인 사건, (2) 파기환송사건, (3) 공동소송에서 일방 또는 쌍방당사자의 수가 아주 많은 사건, (4) 법의 규정에 의하여 특별절차, 재판감독절차, 독촉절차, 공시최고절차와 기업법인과산절차를 적용하여야 하는 사건, (5) 인민법원이 간이절차를 적용하여 심리하는 것이 바람직하지 아니하다고 인정하는 사건.⁹⁾

보통절차와 간이절차를 구분하는 주된 기준은 사건의 간단성 여부이며 소송목적의 값은 중요한 기준으로 되어 있지 아니하다. 이러한 기준은 최고인민법원의 사법해석에도 불구하고 지나치게 원칙적이기에 재판실무에서 정확한 파악이 쉽지 아니하고 결과적으로 간이절차적용의 과도한 확장을 초래하였다. 소송목적의 값이 몇 십만 위안 심지어는 몇 백만 위안인 사건에서도 간이절차를 적용하기도 한다.

개정민소법은 간이절차합의적용규정을 신설하였다. 동법 제157조 제2항은 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 전항 이외의 민사사건에서 당사자쌍방은 간이절차의 적용을 약정할 수 있다.”고 규정하였다. 이 규정은 간이절차를 적용하는 사건의 범위를 확대하였다. 즉 기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 사건이 간단한 사건이 아니어서 원칙으로 보통절차를 적용해야 함에도 불구하고 쌍방당사자가 분쟁의 신속한 해결을 위하여 간이절차의 적용을 약정할 경우 인민법원은 당사자의 절차선택권을 존중하여야 하며 이러한 약정이 민사소송절차의 강제규정에 위배

8) 「민소법적용해석」에서도 유사한 해석규정을 두고 있다. 「민소법적용해석」 제256조는 “사실이 명백하다는 것은 당사자가 쟁의사실에 대한 진술이 기본적으로 일치하며 상응한 증거를 제출할 수 있어서 인민법원의 증거조사가 없어도 사실을 밝힐 수 있음을 뜻한다. 권리의무관계가 명확하다는 것은 누가 책임의 부담자이고 누가 권리의 향유자인지를 명확하게 구분할 수 있음을 뜻한다. 논쟁이 크지 않다는 것은 당사자가 사건의 시비, 책임의 부담 및 소송물에 대한 다툼에 있어 원칙적인 이견이 없음을 뜻한다.”고 규정하고 있다.

9) 「민소법적용해석」 제257조에서도 간이절차를 적용하지 아니하는 사건을 열거하고 있다. (1) 제소 시 피고가 행방불명인 사건, (2) 파기환송사건, (3) 당사자일방의 수가 아주 많은 사건, (4) 재판감독절차를 적용하는 사건, (5) 국가이익, 사회공공이익과 관련되는 사건, (6) 제3자가 제소하여 법적 효력을 발생한 판결, 재정, 조정서의 변경 또는 취소를 청구하는 사건, (7) 기타 간이절차의 적용이 바람직하지 아니한 사건.

되지 아니한 경우 원칙으로 간이절차를 적용하여 심리하여야 한다.¹⁰⁾

III. 소액소송제도의 확립

중국의 재판실무에서 간단한 민사사건에 대하여 간이절차를 적용하여 왔지만 소송목적의 값이 작은 사건에 있어서 간이절차는 여전히 복잡하고 비효율적이기에 소액사건의 특성에 맞는 더욱더 간편하고 신속하며 비용이 저렴한 절차의 창설이 필요하게 되었다.¹¹⁾ 최고인민법원은 「인민법원 두 번째 5년 개혁요강(2004-2008)」에서 민사소송절차의 간소화형식을 탐색하여 민사간이절차의 기초 위에서 신속재판절차제도를 건립하고 소액채무사건을 심리하는 조직기관, 운행절차, 재판방식, 재판문서양식을 규범화하는 것을 중요한 개혁목표로 제기하였다. 학계에서도 소액소송제도의 도입필요성, 장단점에 대한 논의가 활발하게 진행되어 왔다.¹²⁾

중국의 입법기관은 2010년부터 민사소송법개정을 위한 연구와 기초업무에 착수하면서 간이절차를 적용하는 일부 사건에 대하여 소액소송제도를 확립하는 입법준비를 시작하였다.

최고인민법원은 2011년에 3월 17일에 「부분 기층인민법원에서의 소액신속재판 시범업무의 전개에 관한 지도의견」(关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见, 이하 「소액신속재판지도의견」으로 약칭함)을 반포하였다. 「소액신속재판지도의견」의 규정에 의하면, 소액신속재판의 적용대상은 사건의 법률관계가 단일하고 사실이 명백하며 소송목적의 값이 1만 위안 이하(경제발달지역의 경우 5만 위안 이하)인 (1) 권리의무관계가 명확한 대출, 임대, 차용분쟁사건, (2) 신분관계가 명백하고 급부의 액수, 시간에 대해서만 논쟁이 존재하는 부양비분쟁사건, (3) 책임이 명확하고, 손해금액이 확정된 도로교통사고손해배상과 기타 인신손해배상분쟁사건, (4) 권리의무관계가 명확한 수도, 전기, 난방, 천연가스비용 및 부동산관리비용채불분쟁사건, (5) 기타 소액신속재판절차를 적용할 수 있는 사건 등 급부청구 사건이다. 다만 당사자가 이의를 제기할 경우에는 제외한다. 소액신속재판절차를 적용하는 사건은 법관 1인이 단독으로 재판하고, 당사자의 신청에 따라 야간이나

10) 奚晓明, 张卫平主编, 《民事诉讼法新制度讲义》, 人民法院出版社2012.9, 224면.

11) 李浩, 《论小额诉讼立法应当缓行 - 兼评〈民事诉讼法修正案(草案) 第35条〉》, 《清华法学》2012年第2期, 6면.

12) 潘剑锋, 齐华英, 《试论小额诉讼制度》, 《法学论坛》2001年第1期; 范愉, 《小额诉讼程序研究》, 《中国社会科学》2001年第3期.

공휴일에 개정할 수 있으며, 입안일로부터 1개월 내에 사건심리를 종료하여야 하며, 법원의 판결에 대하여 당사자의 상소는 허용되지 아니하되 판결서를 수령한 날로부터 10일 내에 원심법원에 이의신청을 제기할 수 있도록 하였다. 「소액신속재판지도의견」에 근거하여 전국 90개의 기층인민법원에서 소액신속재판시범업무를 시행할 것을 결정하였고, 2011년 5월 1일부터 시범업무를 시작하였다.¹³⁾

전국인민대표대회 상무위원회가 2011년 10월 29일 공포한 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)」 제35조는 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 소송목적의 값이 5,000위안 이하인 민사사건은 1심중심을 실행한다.”고 규정하였고, 2012년 4월 24일에 전국인민대표대회 상무위원회에 제출한 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)(제2차 심의원고)」은 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 소송목적의 값이 1만 위안 이하의 민사사건은 1심중심을 실행한다.”고 규정하였다.

2012년 8월 31일 제10기 전국인민대표대회 상무위원회 제28차 회의에서 개정을 거친 민사소송법 제162조는 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 본법 제157조 제1항의 규정¹⁴⁾에 부합하는 간단한 민사사건으로서 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하인 경우에는 1심중심을 실행한다.”고 규정하여 최초로 민사소송법에 소액소송제도를 확립하였다. 동 규정은 2013년 1월 1일부터 시행되고 있다.

2015년 1월 30일 최고인민법원은 「민소법적용해석」을 공포하여 소액소송의 적용범위, 심리방식, 절차의 전환, 재판문서의 간소화 등에 대하여 좀 더 구체적인 해석규정을 하였다. 「민소법적용해석」은 2015년 2월 4일부터 시행되고 있다.

IV. 소액소송제도의 내용

1. 소액소송의 기준

소액소송의 기준은 크게 두 가지로 나뉜다. 하나는 기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 간단한 민사사건이어야 한다는 것이고, 다른 하나는 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하여야 한다는 것이다.

13) 李浩, 전제논문, 8면.

14) 개정민소법 제157조 제1항은 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 사실이 명백하고 권리의 무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 간단한 민사사건은 본장의 규정을 적용한다.”고 규정하였다. 여기에서 본장이라 함은 개정민소법 제13장 간이절차를 가리킨다.

가. '간단한 사건'의 기준

개정민소법 제162조는 소액소송절차를 적용하는 사건은 기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 간이절차를 적용하는 간단한 민사사건이어야 한다는 기준을 명확하게 정하고 있다. 위에서 살펴보았듯이 민사사건의 간단성 여부를 판단하는 기준은 '사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니하다.'는 추상적이고 원칙적인 기준이다.

「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)」 제35조는 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 소송목적의 값이 5,000위안 이하인 민사사건은 1심중심을 실행한다.”고 규정하였고, 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)(제2차 심의원고)」은 “기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 소송목적의 값이 1만 위안 이하인 민사사건은 1심중심을 실행한다.”고 규정하였다. 규정의 내용자체만 보면 양 초안은 소액사건의 기준으로 소송목적의 값의 기준만 정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 때문에 일부 학자들은 개정민소법 제162조에 ‘본법 제157조 제1항의 규정에 부합하는 간단한’이라는 규정을 신설한 것은 매우 중요한 변화이며 이로 인하여 소액소송의 기준이 기존의 소송목적의 값이라는 ‘一元的 기준’에서 소송목적의 값과 사건의 상황이라는 ‘二元的 기준’으로 바뀌었다고 주장한다.¹⁵⁾ 다만 2011년 10월 24일 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제23차 회의에서 법제업무위원회 부주임 王勝明이 보고한 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)에 관한 설명」의 관련내용을 보면 소액소송제도는 수정안초안 작성 시부터 간이절차를 적용하는 일부 사건에 대하여 건립하는 것으로 추진하고 있었음을 알 수 있다.¹⁶⁾ ‘간이절차를 적용하는 일부 사건’이라 함은 ‘간이절차를 적용하는 사건 중 소송목적의 값이 일정 액수 이하인 사건’으로 이해하여야 할 것이다. 때문에 소액소송절차를 적용하는 소액사건의 기준에는 처음부터 ‘간이절차를 적용하는 사건’, 즉 간단한 민사사건이라는 기준이 포함되어 있었고, 소액소송의 기준은 처음부터 ‘二元的 기준’이었던 것으로 보는 것이 바람직할 것이다.

민사사건의 간단성 여부를 판단하는 기준인 ‘사실이 명백하고 권리의무관계가

15) 蔡彦敏, 《以小见大:我国小额诉讼立法之透析》, 《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第3期, 123면.

16) 동 설명 4. ‘간의절차의 완비’의 (1): “소액소송제도의 설립, 적시에 대량의 민사분쟁을 해결하기 위하여 일부지역의 시범탐색에 근거, 그리고 외국의 좋은 방법을 참조하여 간이절차를 적용하는 일부사건에 대하여 소액소송제도를 건립할 수 있다. 다음 규정의 증설을 건의한다. ‘기층인민법원과 그 파출법정이 심리하는 소송목적의 값이 5000위안 이하인 민사사건은 1심중심을 실행한다.’(수정안초안 제35조)”

명확하며 논쟁이 크지 아니하다.’는 추상적이고 원칙적인 기준이기에 확정적으로 파악하기가 쉽지 아니하다. 민사사건의 간단성 여부에 대한 판단은 법원이 직권으로 하게 되는데 당사자가 제소 시에 제출한 소장이나 증거 등에 근거하여 당해사건의 간단성 여부를 확정적으로 판단함에 있어서는 한계가 있을 수밖에 없다. 가령 간단한 민사사건으로 판단하여 소액소송의 적용을 결정하였는데 재판 중에 당해사건이 복잡하고 해결이 어려운 민사사건임을 발견할 수 있을 것이다. 그리고 법원이 직권으로 간단한 민사사건으로 본 판단에 대하여 당사자가 당해 사건이 복잡하고 해결이 어려운 민사사건임을 주장하고 그러한 주장이 성립되는 경우도 발생할 수 있다. 개정민소법 제162조는 소액소송절차와 보통절차의 전환여부에 대한 명문의 규정을 두고 있지 아니하지만, 이러한 경우에는 개정민사소송법 제163조¹⁷⁾에 정한 간이절차의 보통절차로의 전환규정을 적용하여 소액소송절차를 보통절차로 전환하여야 한다.

나. 소송목적의 값의 기준

개정민사소송법 제162조는 소액소송을 적용하는 사건의 소액의 기준을 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하인 경우로 정하고 있다.

2011년 최고인민법원 「소액신속재판지도의견」은 소액신속재판의 적용대상을 소송목적의 값이 1만 위안 이하(경제발달지역의 경우 5만 위안 이하)인 사건으로 정하였고, 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)」과 「중화인민공화국 민사소송법수정안(초안)(제2차 심의원고)」는 소액의 기준을 각각 5,000위안 이하와 1만 위안 이하로 규정하여 모두 획일적인 기준을 정하고 있었다. 다만 입법과정에서 중국은 국토가 광대하고 지역경제발전수준의 차이가 크기에 전국 범위에서 획일적인 금액기준을 정하는 것이 바람직하지 아니한 점 등을 고려하여 최종 개정에서 추상적 비례의 원칙을 채택, 즉 일정한 비례를 확정하여 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하의 기준으로 계산하도록 정하였다. 2011년 중국도시취업자 연평균임금이 41,799위안이었기에 그 30%는 약 12,500위안이다. 각 성, 자치구, 직할시의 고급인민법원이 본 지역에서 적용되는 구체적인 액수를 확정하여 발표한다. 2013년 소액소송제도의 시행 당시 각 지역에서 적용된 구체적인 액

17) 제163조 : “인민법원은 심리과정 중에 사건이 간이절차를 적용하는 것이 바람직하지 아니함을 발견한 때에는 제정의 방식으로 보통절차로 전환하여야 한다.”

수를 살펴보면, 江苏省 13,700위안, 浙江省 14,000위안, 北京市 22,750.2위안, 天津市 17,590위안, 广西壮族自治区 10,000위안이다. 「민소법적용해석」은 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금이란 이미 공포한 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금이며, 전년도 취업자 연평균임금이 공포되기 전에는 이미 공포한 최근연도의 취업자 연평균임금을 기준으로 한다고 규정하였다.¹⁸⁾ 추상적 비례의 원칙은 각 지역의 경제발전수준을 고려하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있지만 취업자 평균임금은 가변수이기에 해마다 구체적인 액수를 확정해야 하는 불편함이 따르게 된다.

소액소송의 기준이 소송목적의 값과 사건의 상황, 즉 간단한 민사사건이라는 이른바 ‘二元的 기준’을 채택하고 있기에 소송목적의 값이 소액인 민사사건도 간단한 민사사건인지 여부에 따라 그 적용절차를 각기 달리하게 된다. 즉 간단한 소액사건은 소액소송절차를 적용하게 되고, 간단하지 아니한 소액사건은 간이절차를 적용할 수 없고 보통절차를 적용하게 된다.¹⁹⁾

2. 소액소송의 강제적용

소송절차의 적용에 있어 크게 두 가지 방식을 생각할 수 있다. 하나는 선택적용의 방식이고 다른 하나는 강제적용의 방식이다. 전자의 경우 절차의 적용여부에 대하여 당사자가 선택하여 정하게 되기에 쌍방당사자가 모두 동의하는 경우에만 적용가능하고, 후자의 경우에는 당사자의 동의가 필요 없이 법원이 그 적용여부를 결정한다.²⁰⁾ 소액신속재판에서는 전자의 방식을 채택하였고, 소액소송은 후자의 방식을 채택하였다.

소액신속재판은 그 당시 2심중심이라는 심급제도의 틀 내에서 진행된 재판시범 업무로 쌍방당사자의 상소권포기를 전제로 할 수밖에 없는 한계를 가지고 있었기에 소액신속재판절차의 적용여부에 대하여 쌍방당사자가 선택하도록 하였다. 즉 쌍방당사자의 소액신속재판절차의 선택은 바로 상소권의 포기를 의미하였다. 다만, 시범과정에서 법원이 소송비용의 전액면제, 야간 또는 공휴일을 이용한 개정 또는 조정, 심리기한의 단축 등 다양한 혜택을 제공하고, 당사자에게 절차적용의 유도를 위한 많은 해석, 권유를 하였지만 당사자가 소액신속재판절차를 선택하는 비율이

18) 「민소법적용해석」 제272조의 규정.

19) 蔡彦敏, 상계논문, 124면.

20) 李浩, 전계논문, 9면.

비교적 낮은 문제가 발생하였다.²¹⁾ 예를 들어, 福建省厦门市思明区人民法院의 경우, 2011년 5월부터 2012년 9월까지 수리한 민상사사건 18,917건 중 소액신속재판 절차적용요건에 부합하는 사건은 6,048건이었는데 원고가 소액신속재판절차의 적용을 선택한 사건은 185건으로 소액신속재판절차적용요건에 부합하는 사건의 3.06%에 지나지 아니하였고, 피고가 소액신속재판절차의 적용을 동의한 사건은 143건에 불과하였다.²²⁾ 이러한 문제점을 고려하여 개정민소법은 소액소송의 범위에 포함되는 사건은 법원이 직권으로 소액소송의 적용을 결정하도록 규정하였다.

3. 심급제도

가. 1심중심

중국의 경우 민사, 형사, 행정사건을 불문하고 원칙으로 2심중심제도를 실행하고 있다. 다만 개정민소법은 소액소송절차를 적용하는 사건은 1심중심을 실행한다고 규정함으로써 이러한 심급제도의 기본적인 틀을 깨었다.

소액소송제도의 확립 이전에는 소액사건에 대해서 간이절차에 따라 해결하였는데 간이절차의 경우 보통절차와 동일하게 2심중심제를 실행하였기에 소액사건의 신속한 해결이 어려워졌고 당사자의 소송부담도 늘어났으며 심지어는 당사자의 소송비용이 소송을 통하여 얻을 수 있는 이익보다 큰 극단적인 현상도 나타나게 되었다. 간이절차보다 더 간이한 소액소송절차는 일반적으로 상소의 제한으로 구현되기에 1심중심을 실행한다고 규정하였다.²³⁾

1심중심제도를 확립한 제도적 목표는 복잡한 사건과 간단한 사건의 분류를 실현하고 심리절차를 간소화하며 소송의 효율을 제고하여 법원의 '사건의 수는 많지만 재판담당법관의 수가 적음' 모순을 완화하기 위한 것이다.²⁴⁾

나. 판결에 대한 이의신청권의 불인정

소액신속재판은 기존의 2심중심의 기본적인 틀 내에서 쌍방당사자의 상소권포기를 전제로 상소를 허용하지 아니하였지만 판결에 불복하는 당사자에게 원심법원에 이의신청을 제기할 수 있는 권리를 인정하였다.²⁵⁾ 이와 달리 개정민소법 제162조

21) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 136면.

22) 厦门市思明区人民法院课题组, 《民事小额诉讼程序的适用与完善-以思明法院小额速裁试点工作为研究样本》, 《福建法学》2013年第2期(总第114期), 76면.

23) 张卫平, 李浩著, 《新民事诉讼法原理与适用》, 人民法院出版社2012.9, 278면.

24) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 145면.

는 판결에 대한 이의신청권을 규정하지 아니하여 이를 인정하지 아니하고 있다.

소액소송제도의 입법과정에서 소액소송의 당사자에게 어떠한 구제방식을 인정해야 하는가에 대하여 크게 소액소송의 당사자에게 재판에 대한 이의신청권을 인정해야 한다는 이의신청권설과 재판에 대한 재심청구만을 인정해야 한다는 재심신청권설이 유력하게 주장되었다. 양자의 주되는 차이점은 소액소송에서 법원이 내린 재판이 바로 효력을 발생할 수 있는지 여부이다. 가령 당사자에게 일정한 기한 내에 이의를 신청할 수 있는 권리를 인정한다면 재판은 반드시 이의신청심사를 거쳐야만 확정되게 되는데 이는 소액소송제도의 분쟁의 신속한 해결이라는 취지와 부합하지 아니하며 의도적인 소송지연을 위한 합법적인 방식을 마련해주게 된다. 가령 당사자에게 재심신청권을 인정한다면 법원이 내린 재판은 바로 법적 효력이 발생하게 되며 당사자는 이에 근거하여 집행신청을 함으로써 신속하게 권리를 실현할 수 있게 된다. 재심사유에 부합하는 일부 사건에만 재심이 개시되기에 재판의 안정성을 보장할 수 있다.²⁵⁾

개정민소법은 재심신청권설을 채택하여 당사자에게 원심법원에 이의신청을 제기할 수 있는 권리를 인정하지 아니하고 판결과 재정에 대하여 재심을 신청할 수 있도록 하였다.

V. 재판실무에서의 소액소송의 적용

개정민소법이 시행된 이래로 중국의 기층인민법원에서는 소액소송제도를 적용한 민사분쟁의 신속한 해결을 적극적으로 추진하여 왔다. 각 지역의 고급인민법원도 소액소송과 관련된 업무지도의견 등(이하 「소액소송업무지도의견」이라고 통칭함)을 제정하여 본 관할구역 내의 소액소송업무의 규범화를 꾀하고 있다.

1. 소액소송의 적용범위

25) 「소액신속재판지도의견」 3.소액신속재판의 재판과 비용. “... 당사자가 인민법원이 소액신속재판을 적용하여 내린 판결에 불복할 경우 판결서를 수령한 날로부터 10일 내에 원심인민법원에 이의신청을 제기할 수 있다. 인민법원은 반드시 다른 법관을 지정하여 이의신청에 대하여 심사하여야 한다. 심사를 거쳐 이의가 성립하지 아니하는 경우 인민법원은 3일 내에 재정의 방식으로 이의를 기각하여야 한다. 심사를 거쳐 이의가 성립되는 경우 인민법원은 재정의 방식으로 원 판결을 취소하고 보통절차를 적용하여 사건에 대하여 심리를 진행한다. ...”

26) 宋朝武, 《小额诉讼程序的宪法解释及程序设计》, 《河南社会科学》第19卷第5期, 2011年9月, 5면.

개정민소법은 간이절차를 적용하는 사건에 대하여 사건의 유형 등에 대한 제한 규정을 두고 있지 아니하기에 간이절차 중의 특별절차로서의 소액소송절차를 적용하는 사건도 사건의 유형 등에 대한 제한은 없다. 즉 사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니하다는 간이절차적용의 세 개의 요건을 충족하고 소송목적의 값이 소액사건의 범위에 포함되면 사건의 유형을 묻지 아니하고 소액소송절차를 적용하여야 한다.

다만, 현재 중국의 민사재판실무에서 90% 이상의 제1심 민사사건에 대하여 일단 간이절차가 적용되며 이 중 일부 사건의 경우 최종적으로 보통절차로 전환되어 결과적으로 간이절차의 적용률은 80%를 넘기고 있다. 비록 소송목적의 값에 대한 제한이 있지만 현행 간이절차의 적용모델을 그대로 따른다면 소액소송의 적용범위가 지나치게 넓게 되는 문제가 발생할 수 있기에 각 지역의 고급인민법원은 소액소송을 적용하는 사건의 유형에 대하여 일정한 제한을 두고 있다.²⁷⁾ 각 지역의 규정상 일부 차이가 있지만 대체적으로 금전지급을 목적으로 하는 사건으로 제한하고 있다.²⁸⁾ 이러한 규정은 각 고급인민법원에서 본 관할구역의 민사재판의 현실에 입각하여 최고인민법원의 「소액신속재판지도의견」 중 소액신속재판적용대상의 규정을 참조하여 제정한 것으로 보인다. 그리고 소액소송절차를 적용하는 사건과 적용하여서는 아니 되는 사건을 구체적으로 명시하고 있다. 소액소송절차를 적용하는 사건으로는 주로 권리의무관계가 명확한 매매계약분쟁사건, 대출계약분쟁사건, 임대계약분쟁사건, 서비스계약분쟁사건; 수도, 전기, 가스, 열에너지공급계약분쟁사건; 은행카드분쟁사건; 신분관계가 명확하지만 지급액수, 시간 등에서만 논쟁이 있는 부양비분쟁사건; 책임이 명확하고 손해액수가 확정된 자동차교통사고책임분쟁사건 등을 규정하고 있다. 소액소송절차를 적용하여서는 아니 되는 사건으로는 상대방의 행방불명으로 공시송달이 필요한 사건, 인신관계 관련분쟁사건, 재산권확인분쟁사건, 평가나 감정이 필요한 사건, 당사자추가 또는 반소를 제기한 사건, 섭외사건

27) 盛勇强, 陈雪明, 王茜, 《关于开展小额诉讼审判工作问题》, 《人民司法》2013.13, 40면.

28) 广西壮族自治区高级人民法院의 「소액소송절차를 적용하여 민사사건을 심리함에 있어 관련문제에 관한 해답(关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的解答)」에서는 “소액소송절차를 적용하여 심리하는 사건은 사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 소송목적의 값이 본 자치구 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하인 금전급부사건이다.”고 규정하고 있다. 浙江省高级人民法院의 「소액소송절차를 적용하여 민사사건을 심리함에 있어 관련문제에 관한 의견(关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的意见)」에서는 “사실이 명백하고 권리의무관계가 명확하며 논쟁이 크지 아니한 단일 금전급부의 소로서 소송목적의 값이 당년도에 공포한 소액사건소송목적의 값의 한도액보다 낮은 민사사건은 소액소송절차를 적용한다.”고 규정하였다.

등을 규정하고 있다. 실무계에서는 소액소송의 시작단계에는 ‘먼저 엄격하고 나중에 느슨하다’는 모델을 취하고, 재판실무경험이 쌓여 성숙되기를 기다려 소액소송 절차가 적용되는 사건의 유형을 더 늘리는 것이 소액소송의 건전하고, 과학적이며 지속적인 발전에 유리하다고 주장하였다.²⁹⁾ 실제로 각 기층인민법원은 소액소송실무에서 대체로 「소액소송업무지도의견」에 따라 소액소송절차가 적용되는 사건의 범위를 정하여 소액소송사건을 수리하였다.

「민소법적용해석」은 소액소송절차를 적용하는 사건을 금전급부사건으로 제한함과 동시에 소액소송절차를 적용하여서는 아니 되는 사건에 대하여 명확한 규정을 두어 소액소송의 적용범위를 정하고 있다. 「민소법적용해석」 제274조의 규정에 의하면 소액소송절차를 적용하는 금전급부사건은 (1) 매매계약, 대출계약, 임대계약분쟁사건, (2) 신분관계가 명백하지만 급부액수, 시간, 방식에서만 논쟁이 있는 부양비분쟁사건, (3) 책임이 명확하지만 급부액수, 시간, 방식에서만 논쟁이 있는 교통사고손해배상과 기타 인신손해배상분쟁사건, (4) 수도, 전기, 가스, 열에너지계약분쟁사건, (5) 은행카드분쟁사건, (6) 노동관계가 명백하지만 노동보수, 산재보험료, 경제보상금 또는 배상금 급부액수, 시간, 방식에서만 논쟁이 있는 노동계약분쟁사건, (7) 노무관계가 명백하지만 노무보수 급부액수, 시간, 방식에서만 논쟁이 있는 노무계약분쟁사건, (8) 부동산관리, 통신 등 서비스계약분쟁사건, (9) 기타 금전급부분쟁사건이다. 「민소법적용해석」 제275조는 소액소송절차를 적용하여서는 아니 되는 사건으로 (1) 인신관계, 재산권확인분쟁사건, (2) 섭외민사분쟁사건, (3) 지적재산권분쟁사건, (4) 평가, 감정이 필요하거나 또는 제소 전 평가, 감정결과에 대하여 이의가 있는 분쟁사건, (5) 기타 1심중심의 적용이 바람직하지 아니한 분쟁사건을 정하고 있다.

2. 소액소송의 적용에 대한 이의신청

소액소송은 강제적용의 방식에 따르고 있기에 당사자의 소액소송의 적용에 대한 선택권은 인정되지 아니한다. 다만 법원의 소액소송의 적용결정에 대하여 당사자는 이의를 제기할 수 있다. 「간이절차적용규정」 제13조의 규정에 따르면 당사자에게는 간이절차의 적용에 대하여 이의를 제기할 권리가 인정된다.³⁰⁾ 소액소송절차

29) 盛勇强, 陈雪明, 王茜, 상계논문, 41면.

30) 「간이절차적용규정」 제13조 : “당사자일방 또는 쌍방이 간이절차의 적용에 대하여 이의를 제기한 이후 인민법원은 이를 심사하여야 하며, 아래의 경우에 따라 각각 처리한다. (1) 이의가 성립

는 간이절차에 포함되는 특별절차이기에 이러한 규정은 소액소송사건에도 당연히 적용된다. 각 고급인민법원의 「소액소송업무지도의견」에서도 이러한 이의신청권을 인정하는 규정을 두고 있다. 「浙江省 소액소송업무지도의견」 제9조는 “당사자가 소액소송절차의 적용에 대하여 이의를 제기하고 심사를 거쳐 이의가 성립하는 때에는 일반간이절차³¹⁾에 따라 또는 보통절차로 전환하여 심리한다. 이의가 성립하지 아니하는 때에는 당사자의 이의신청을 기각하고 기각이유를 조서 또는 재판 문서에 기입한다.”고 규정하였고, 「天津市 소액소송업무지도의견」³²⁾은 “당사자가 소액소송절차의 적용에 대하여 이의를 제기하면 인민법원은 반드시 심사하여야 한다. 이의가 성립되면 庭长에게 보고하여 동의를 얻은 후 사건을 간이절차 일반규정의 적용으로 전환하여 처리하여야 한다. 이의가 성립되지 아니하면 구술로 이의의 불성립을 고지하고 조서에 기입한다.”고 규정하고 있다.

「민소법적용해석」은 간이절차의 적용과 소액소송의 적용에 대한 이의신청권을 각각 규정하고 있다. 「민소법적용해석」 제269조는 “당사자가 사건에 대한 간이절차의 적용에 대하여 이의를 제기한 경우 인민법원의 심사를 거쳐 이의가 성립되는 때에는 재정의 방식으로 보통절차로 전환하여야 하고, 이의가 성립되지 아니하는 때에는 구술로 당사자에게 고지하고 조서에 기입하여야 한다. 보통절차로 전환하는 경우 인민법원은 합의부구성원 및 관련사항을 서면으로 쌍방당사자에게 통지하여야 한다.”고 규정하였고,³³⁾ 제281조는 “당사자가 소액소송사건에 따른 심리에 이의가 있는 경우에는 개정 전에 제기하여야 한다. 인민법원의 심사를 거쳐 이의가 성립될 때에는 간이절차의 일반규정을 적용하여 심리하여야 하고, 이의가 성립하지 아니할 때에는 당사자에게 고지하고, 조서에 기입한다.”고 규정하였다.

3. 소액소송의 약정적용

개정민소법의 규정에 따르면 소액소송은 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30% 이하인 사건에 대해서만 적용된다. 소송목적의

되는 때에는 사건을 보통절차로 전환하여 심리하여야 하며 합의부구성원 및 관련사항을 서면으로 쌍방당사자에게 통지하여야 한다. (2) 이의가 성립되지 아니하는 때에는 구술로 쌍방당사자에게 고지하고 상기내용을 조서에 기입한다. 보통절차로 전환하여 심리하는 민사사건의 심리기한은 인민법원이 입안한 다음날로부터 기산한다.”

31) 간이절차의 일반규정을 가리킨. 저자 주.

32) 天津市高级人民法院 「소액소송절차를 적용하여 민사사건을 심리함에 있어 관련문제에 관한 실시의견(시행), [关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的实施意见(试行)]」.

33) 「민소법적용해석」 제281조 제1항, 제2항의 규정.

값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30%를 초과하는 사건의 당사자가 소액소송의 적용을 선택할 수 있는지에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 아니다. 이 문제에 대하여 재판실무에서는 지역에 따라 이해를 달리 하고 있다. 일부 지역의 경우 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30%를 초과하는 사건의 경우라도 일정한 요건을 충족하고 당사자쌍방이 소액소송의 적용을 선택할 때에 그 사건에 대하여 소액소송을 적용할 수 있다고 규정하고 있다. 「上海市 소액소송업무지도의견」³⁴⁾ 제5조는 “본 세칙의 기타 요건에 부합하지만 소송목적의 값이 소액소송금액기준을 초과하는 사건에서 당사자쌍방의 합의로 소액소송의 적용을 요구할 경우, 가령 소송목적의 값이 소액소송금액기준의 2배보다 낮을 때에는 인민법원은 이를 허가할 수 있으며 조서를 작성하여야 한다.”고 규정하고 있다. 「浙江省 소액소송업무지도의견」 제5조는 “소액소송절차를 적용하는 기타 요건에 부합하지만 사건의 소송목적의 값이 규정기준 이상이고 10만 위안 이하인 사건에 대하여 개정심리 전에 쌍방당사자의 동의를 얻어 소액소송절차를 적용하여 심리할 수 있다.”고 규정하였다.³⁵⁾ 일부 지역의 경우 상기한 약정 적용의 문제와 관련하여 「소액소송업무지도의견」에 별도의 규정을 두고 있지 아니하여 개정민소법의 규정을 따르는 것으로 보인다.³⁶⁾ 「민소법적용해석」은 소액소송의 약정적용과 관련하여 별도의 규정을 두지 않았다.

4. 소송절차의 전환

소액소송절차는 간이절차에 포함되는 것이기에 소액소송사건과 간이절차 일반규정을 적용하는 사건은 그 본질상 적용되는 절차는 모두 간이절차이지만 당사자의 입장에서는 완전히 구별되는 소송모델이다. 절차적용의 안정을 기하기 위하여 일반적인 상황에서는 소송절차의 전환은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 소송절차의 전환이 반드시 필요한 경우에는 엄격한 요건에 따라 간이절차 일반규정으로 전환 또는 보통절차로 전환하여 심리하여야 한다.³⁷⁾ 각 고급인민법원의 「소액소송업무

34) 上海市高级人民法院「상해법원 소액소송재판업무 실시세칙(시행)[上海法院开展小额诉讼审判工作实施细则(试行)]」.

35) 일부 학자들은 소송목적의 값이 개정민소법의 정한 값을 초과하였지만 소액소송금액기준의 5배 이하인 사건에 대하여 당사자에게 소액소송절차를 선택할 수 있는 절차선택권을 부여하여야 한다고 주장하기도 한다. 刘秀明, 何亮辰, 《论民事小额诉讼中的四对关系》, 《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)第41卷第4期, 2013年7月, 97면.

36) 江苏省, 天津市, 广西壮族自治区「소액소송업무지도의견」등.

37) 盛勇强, 陈雪明, 王茜, 전개논문, 41면.

지도의견」에도 소송절차의 전환과 관련된 규정을 두고 있다. 각 규정상 일부 차이는 존재하지만 대체적으로 당사자가 소송청구를 추가하여 소송목적의 값이 소액 사건기준을 초과하였거나 당사자가 반소를 제기하거나 또는 당사자추가를 요구하거나 또는 재판에서 당해 사건이 사실이 복잡하고 권리의무관계가 불명확하며 논쟁이 비교적 큰 사건임을 발견한 등 경우에 소송절차의 전환을 인정하고 있다. 간이절차적용요건을 충족할 경우에는 간이절차 일반규정의 적용으로 전환하고, 간이절차의 적용요건에 부합하지 아니할 경우에는 보통절차로 전환하도록 하고 있다.³⁸⁾

「민소법적용해석」 제280조는 당사자가 소송청구의 추가 또는 변경을 신청하거나 반소를 제기하거나 당사자를 추가하는 등 원인으로 말미암아 사건이 소액소송 사건의 요건에 부합하지 아니하게 된 경우에는 간이절차 일반규정을 적용하여 심리하여야 하며, 보통절차를 적용하여야 하는 경우에는 재정의 형식으로 보통절차로 전환하여야 한다고 규정하였다.

재판실무에서 소액소송사건의 심리기한이 현저하게 짧기에 해당 심리기한 내에 사건을 심리종료하지 못한 경우에 심리기한을 기피하는 방편으로 소액소송절차를 보통절차로 전환하는 경우가 발생하고 있다.³⁹⁾ 「上海市 소액소송업무지도의견」 제18조의 규정에 따르면 소액소송사건의 심리기한은 원칙으로 입안일로부터 1개월이며 최장 3개월까지 연장 가능하도록 하고 있다.⁴⁰⁾ 동 지도의견 제26조는 3개월 내에 심리종료하지 못할 경우 업무주관원장의 비준을 거쳐 서면재정방식으로 보통절차로 전환한다고 규정하고 있다.⁴¹⁾ 소액소송사건의 심리기한 내에 심리종료하지 못한다는 이유만으로도 보통절차로의 전환을 인정하고 있기에 심리기한을 기피하기 위한 제도적 규정으로 볼 수 있다.

소액소송절차에서 보통절차로 전환할 때에는 반드시 재정의 형식으로 하여야 한

38) 上海市, 天津市, 江苏省「소액소송업무지도의견」참조.

39) 奚晓明, 张卫平主编, 전제《民事诉讼法新制度讲义》, 224면.

40) 「上海市 소액소송업무지도의견」 제18조 심리기한: “소액소송을 적용하여 심리하는 민사사건은 입안일로부터 1개월 내에 심리종료하여야 한다. 객관원인, 예컨대 당사자가 특수한 원인으로 개정연기를 신청하거나, 당사자가 조정을 계속할 것을 요구하여 1개월 내에 심리종료할 수 없는 때에는 본 업무정 庭長の 서면비준을 거쳐 심리기한을 3개월까지 연장할 수 있다.”

41) 「上海市 소액소송업무지도의견」 제26조 보통절차로의 전환: “인민법원이 소액소송을 적용하여 민사사건을 심리하는 과정 중 아래와 같은 상황이 발생한 경우 소액소송을 보통절차로 전환하여야 하고 합의부를 구성하여 다시 개정 심리하여야 한다. 1) 인민법원이 3개월 내에 심리종료하지 못하는 경우에는 사건 심리기한이 만료하기 5근무일 이전에 서면으로 업무주관원장에게 보고하여 심사비준을 받아야 한다. 업무주관원장의 심사비준을 거쳐 서면재정방식으로 보통절차로 전환한다.”

다고 규정하고 있지만 소액소송절차에서 간이절차 일반규정의 적용으로 전환할 때에 어떠한 형식을 취하는가와 관련하여 각 지역의 「소액소송업무지도의견」은 서로 다른 규정을 두고 있다. 「北京市 소액소송업무지도의견」⁴²⁾은 간이절차 일반규정에 따라 심리함을 재정의 형식으로 하여야 한다고 규정하고 있는 반면에 浙江省, 上海市, 天津市, 江苏省 등 지역의 「소액소송업무지도의견」은 당사자에게 간이절차 일반규정에 따라 심리함을 고지 또는 석명하여야 한다고 규정하고 있다. 「민소법적용해석」은 소액소송절차에서 보통절차로 전환할 때에는 재정의 형식으로 하여야 한다고 명확히 규정하면서도 소액소송절차에서 간이절차 일반규정의 적용으로 전환할 때에 “간이절차 일반규정을 적용하여 심리하여야 한다.”고만 규정하여 재정의 형식이 필요 없다는 점을 강조하고 있는 것으로 보인다.⁴³⁾

간이절차 일반규정의 적용으로 전환한 경우 가령 당사자가 새로운 증거를 제출하지 아니하고 이미 개정심리를 진행하였을 때에는 별도로 개정할 필요가 없고, 보통절차로 전환한 경우에는 반드시 합의부를 구성, 다시 개정하여 사건의 심리를 계속하여야 한다.

5. 소액소송의 이용현황

중국의 각 기층인민법원은 본 법원의 소액소송재판업무에 적용되는 내부규범을 별도로 마련하여 소액소송의 적용범위, 입안절차, 절차규범, 업무평가 등에 대하여 구체적인 규정을 두어 소액소송사건의 심리를 규범화하거나, 소액소송사건입안창구를 별도로 마련하여 소액소송제도에 대한 홍보를 강화하고 사건수리의 편의를 도모하거나, 소액소송사건을 전담하는 업무정 또는 업무팀을 구성하여 재판경험이 풍부한 법관에게 소액소송사건의 심리를 담당하게 하는 등 다양한 방식을 취하여 소액소송의 이용을 추진하고 있다.

중국 최고인민법원은 개정민소법이 시행되면 전국기층인민법원이 수리하게 되는 소액사건의 수는 약 120만 건이 될 것이며 이는 기층인민법원이 수리한 민사사건의 30% 정도가 될 것이라고 낙관적으로 예상하였다.⁴⁴⁾ 소액소송제도가 2013년 1월 1일부터 시행한 이래로 최고인민법원의 관련 통계는 보이지 아니하지만 문헌에

42) 北京市高级人民法院「소액소송절차를 적용하여 민사사건을 심리함에 있어 약간문제에 관한 의견(시행)[关于适用小额诉讼程序审理民事案件若干问题的意见(试行)]」.

43) 「민소법적용해석」 제280조 제1항, 제2항의 규정.

44) 최고인민법원 재판위원회 전문직 위원인 杜萬華의 2012년 년하 지역 조사연구 중의 발언내용. 北方网(<http://news.enorth.com.cn/system/2012/10/09/010098619.shtml>).

서 나타난 여러 기층법원의 소액소송제도의 이용과 관련된 통계자료 등을 보면, 지역이나 법원에 따라 차이가 있지만 전체적으로 소액소송제도의 이용률은 높지 아니한 것으로 보인다. 浙江省衢州市柯城区인민법원은 2013년 1월 1일부터 9월 22일까지 민상사사건 2,838건을 수리하였는데 소액소송사건에 해당되는 사건은 307건으로 민상사사건의 10.82%에 불과하였다.⁴⁵⁾ 모 직할시⁴⁶⁾의 6개 기층법원을 대상으로 한 조사연구에서 2013년에 수리하여 심리종료한 민사사건에서 간이절차를 적용한 사건 중 소액소송제도를 적용한 사건의 수의 비율을 고찰한 결과, 소액소송제도의 적용률이 가장 높은 R법원의 경우도 겨우 5.14%에 달하였고, 적용률이 가장 낮은 S법원의 경우 0.49%밖에 되지 아니하였으며, 6개 법원의 적용률의 평균치는 2.14%에 불과하였다.⁴⁷⁾ 다만 일부 소액소송의 이용률이 높은 사례도 보인다. 예를 들어 江苏省淮安市青浦区인민법원의 경우, 2013년 1월 1일부터 2014년 11월 30일까지 민상사사건 11,189건을 심리종료하였는데 간이절차로 심리종료한 사건 9,415건 중 소액소송절차를 적용한 사건이 3,302건이었다. 소액소송절차를 적용하여 심리종료한 사건은 전체 민상사사건의 29.51%이고 간이절차로 심리종료한 사건의 35.07%에 달하여 淮安市 내지 江苏省에서 소액소송사건 심리종료율이 가장 높은 기층법원이 되었다.⁴⁸⁾

소액소송사건의 심리에서 소취하 또는 조정의 방식으로 사건을 종료하는 비율이 현저히 높게 나타나고 있다. 四川省成都市郫县인민법원의 조사보고에 의하면, 2013년 1월 1일부터 6월 10일까지 심리종료한 소액소송사건 61건 중 소취하 42건으로 소취하율은 68.9%에 달하고, 조정 19건으로 조정율은 68.9%에 달하며, 판결 0건이었다.⁴⁹⁾ 山东省诸城市인민법원은 2013년에 수리한 소액사건 49건을 전부 심리종료하였는데 소취하 18건으로 소취하율은 36.7%이고, 조정 26건으로 조정율은 53.1%이고, 판결 5건으로 판결율은 10.2%이다.⁵⁰⁾

각 기층인민법원의 소액소송의 실무에서 흥미로운 점은 일부 기층법원의 경우

45) 柯城区人民法院课题组, 《关于小额诉讼程序运行情况的调研》, 衢州中级人民法院网 (<http://www.qzzjfy.com/page.asp?id=6282>).

46) 중국 서남지역의 重庆직할시로 보임. 저자 주.

47) 唐力, 谷佳杰, 《小额诉讼的实证分析》, 《国家检察官学院学报》第22卷第2期, 2014年3月, 13면.

48) 《提高民事审判实效 经济便捷化解纠纷 - 江苏淮安市清浦区法院关于小额诉讼运行情况的调研报告》, 中国法院网(<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/12/id/1518012.shtml>).

49) 郫县人民法院课题组, 《小额诉讼程序的价值与实证论》, 《法制与社会》2013.1(下), 100면.

50) 《诸城法院对“小额诉讼”运行情况进行分析并提出建议》, 齐鲁法制网 (<http://www.qlfz365.cn/Article/idft/201403/20140326091247.html>).

본 지역 고급인민법원의 「소액소송업무지도의견」 심지어는 개정민소법의 규정과 달리 탄력적으로 소액소송제도를 이용하고 있다는 것이다. 개정민소법에는 소송목적의 값이 각 성, 자치구, 직할시 전년도 취업자 연평균임금의 30%를 초과하는 사건의 당사자가 소액소송의 적용을 선택할 수 있는지에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 「江苏省 소액소송업무지도의견」도 이와 관련하여 별도의 규정을 두고 있지 아니하여 개정민소법의 규정을 따르는 것으로 보인다. 그러나 江苏省淮安市青浦区인민법원은 소액소송절차의 약정적용을 적극적으로 탐색하여 소송목적의 값이 개정민소법의 기준보다 조금 더 높은 간단한 사건의 경우 쌍방당사자의 약정에 기하여 소액소송절차를 적용하고 있다. 「江苏省 소액소송업무지도의견」은 소액소송절차의 적용범위를 급부의 소로 정하고 있지만 江苏省淮安市青浦区인민법원의 경우 신분관계의 확인 등 성질상 소액소송절차의 적용이 적합하지 아니한 극히 일부 사건을 제외하고 개정민소법 제162조의 규정에 부합하지만 하면 모두 소액소송제도를 적용하고 있다.⁵¹⁾

VI. 소액소송제도의 문제점 및 개선안

소액소송제도의 도입은 민사소송법개정의 하이라이트로 평가되기도 하지만, 제162조의 조문설계는 지나치게 간단하고 활용성이 결여되며 강제로 소송목적의 값이 일정 금액 이하인 사건에서 1심중심을 제도를 실행한다고 규정하여 당사자의 절차권에 대한 보장이 부족하고 입법의 목표와 실제운행상황의 괴리를 초래할 수 있기에 단점이 장점보다 많다는 비판도 제기되고 있다.⁵²⁾ 이하에서는 그 문제점을 살펴보고 개략적인 개선안을 제시하기로 한다.⁵³⁾

1. 구체적인 절차규정의 결여

개정민소법 제162조는 소송목적의 값이 일정 금액 이하인 간단한 민사사건에 대하여 1심중심을 실행한다는 내용만 담고 있고 구체적인 절차규정을 두고 있지 아

51) 전계 《提高民事审判实效 经济便捷化解纠纷 - 江苏淮安市清浦区人民法院关于小额诉讼运行情况的调研报告》.

52) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 154면.

53) 개정민사소송법의 소액소송제도에 대하여 개정해야 한다는 주장도 많이 제기되고 있지만 현실적으로 단기 내에 개정입법이 어려운 점을 감안하여 가급적이면 현행제도의 틀 내에서 가능한 안을 제시하기로 한다.

니하다. 동 조문이 간이절차편에 규정되어 있기에 소액소송절차는 보통절차와 간이절차 외의 독립한 절차가 아니라 간이절차의 부속절차이다. 소액사건의 심리에 대한 독립완전한 절차가 없기에 소액사건의 심리는 간이절차를 적용하여야 한다.⁵⁴⁾ 때문에 소액소송제도를 규정하였지만 특별한 소액소송절차가 없기에 소액소송이 신속하게 소액분쟁을 해결하는 기능을 발휘할 수 없게 된다.⁵⁵⁾

다만, 재판실무에서 소액소송에 적용할 수 있는 특별절차규정이 전무했던 것은 아니다. 최고인민법원은 2011년에 「소액신속재판지도의견」을 제정한바 있다. 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 「소액신속재판지도의견」은 여전히 소액사건의 심리에 적용된다. 「소액신속재판지도의견」과 개정민소법의 규정이 모순될 경우 개정민소법의 규정에 따라야 하지만 「소액신속재판지도의견」의 규정이 개정민소법의 규정과 모순되지는 아니하지만 내용이 일치하지 아니할 경우 「소액신속재판지도의견」을 개정민소법의 특별규정으로 이해하여 우선 적용하여야 한다.⁵⁶⁾

「민소법적용해석」은 소액소송의 절차와 관련하여 일부 규정을 신설하였다. 구체적으로 살펴본다면 제277조 제1항의 증거제출기한은 원칙으로 7일을 초과하지 아니한다는 규정, 제278조의 소액사건관할이의재정에 대한 상소의 금지규정⁵⁷⁾, 제281조의 소액소송절차의 적용에 대한 이의신청권의 명문규정, 제282조의 소액소송 사건재판문서의 간소화규정 등이 있다. 이러한 절차규정은 소액소송의 전 단계에 일관되는 절차규정이 아닌 단편적인 절차규정에 불과하기에 소액소송의 독립된 절차규정은 여전히 없는 것으로 보이며 구체적인 절차규정의 결여문제를 여전히 해소하지 못하고 있다.

2. 절차의 간소화

소액소송의 구체적 절차가 결여된 문제점을 해결하기 위하여 각 지역의 고급인민법원은 개정민소법과 「소액신속재판지도의견」의 규정, 그리고 소액신속재판시범업무의 경험을 살려 「소액소송업무지도의견」을 제정하여 이 문제를 해결을 피하고 있다. 다만 각 「소액소송업무지도의견」에서도 소송절차의 간소화에 대하여

54) 张卫平著,《民事诉讼法(第三版)》,法律出版社2013.8, 324면.

55) 陈爱武,《论小额诉讼程序的性质-兼评我国民事诉讼法第162条》,《山东警察学院学报》2013年5月第3期(总第129期), 15면.

56) 奚晓明, 张卫平主编, 전개《民事诉讼法新制度讲义》, 230면.

57) 제278조 : “당사자가 소액소송사건에 대하여 관할이의를 제기한 경우 인민법원은 재정을 하여야 한다, 재정은 바로 법적 효력을 발생한다.”

서로 다른 입장과 방식을 취하고 있다. 「重庆市 소액소송업무지도의견」⁵⁸⁾은 소액소송에서 간이절차의 간소화를 편면적으로 추구하여서는 아니 된다고 하여 실제로 간이절차의 간소화를 허용하지 아니하고 있다. 그러나 北京市, 上海市, 浙江省 등의 「소액소송업무지도의견」은 답변과 증거제출, 개정심리 등에 대하여 간이절차보다 더 간소화된 규정을 두고 있다.⁵⁹⁾

「민소법적용해석」은 절차의 간소화와 관련된 일부 규정을 신설하였다. 예를 들어, 소액소송사건의 증거제출기한과 관련하여 원칙으로 7일을 초과하지 아니한다고 규정하였고,⁶⁰⁾ 소액소송사건의 재판문서의 경우 주로 당사자의 기본정보, 소송청구, 주문 등 내용을 기재하는 것으로 간소화할 수 있다고 규정하였다.⁶¹⁾

3. 소액소송의 적용에 대한 당사자의 선택권

개정민소법은 소액소송의 적용여부와 관련하여 당사자의 동의가 필요 없이 법원이 그 적용여부를 결정하도록 하여 강제적용의 방식을 취하고 있다. 이에 대하여 소액소송절차의 운행은 당사자의 일부 절차적 권리를 대가로 하기에 권리포기여부는 당사자가 확정하도록 절차선택권을 당사자에게 부여하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.⁶²⁾

당사자에게 소액소송의 적용여부에 대한 선택권을 인정한, 즉 이른바 선택적용의 방식을 채택하였던 소액신속재판시범업무의 경험상 당사자가 소액신속재판절차를 선택하는 비율이 비교적 낮았음은 위에서 살펴본 바와 같다. 소액소송의 입법 취지는 간단한 소액사건에 대한 신속한 재판을 통해 소송수행의 비용과 노력을 최소화하는 것, 즉 소송의 신속, 경제를 도모하는 것이라는 점, 개정민소법은 소액소송을 적용하는 전제의 하나로 간단한 사건이라는 요건을 정하여 소액소송의 범위를 제한하고 있다는 점 등을 고려하면 법원이 강제로 소액소송의 적용을 결정하도록 한 것은 바람직하다고 생각한다. 이로 인하여 발생할 수 있는 문제, 예컨대 보통절차를 적용하여야 하는 사건에 대하여 소액소송의 적용을 결정하였거나 또는

58) 重庆市高级人民法院 「소액소송절차 약간문제에 관한 해답(关于小额诉讼程序若干问题的解答)」.

59) 唐力, 谷佳杰, 전계논문, 16면.

60) 「민소법적용해석」 제277조 제1관의 규정. 이와는 달리 간이절차 일반규정을 적용하는 사건의 경우 증거제출기한은 15일을 초과하지 못한다고 규정하고 있다(「민소법적용해석」 제266조 제1항 전단의 규정).

61) 「민소법적용해석」 제282조의 규정.

62) 赵刚, 《小额诉讼程序的司法适用及完善》, 《法制与社会》2014.2(下), 114면.

간이절차 일반규정을 적용하여야 하는 사건에 대하여 소액소송의 적용을 결정한 경우에는 위에서 이미 언급한 당사자의 소액소송의 적용에 대한 이의신청권을 보장하는 방법으로도 충분히 해결 가능한 것이다.

4. 사건유형의 규범화

개정민소법은 소액소송을 적용하는 사건유형을 제한하고 있지 아니하다. 재판실무에서 사건유형을 대체적으로 금전지급을 목적으로 하는 사건으로 제한하고 있음은 위에서 이미 살펴보았다. 학계에서도 소액소송이 적용되는 사건의 유형을 금전지급을 청구하는 채권채무사건으로 제한해야 한다고 많이 주장하였다.⁶³⁾

「민소법적용해석」에서 소액소송을 적용하는 사건을 금전급부사건으로 제한하는 규정을 둬으로써 소액소송사건유형의 규범화에 대한 논쟁은 일단락되었다. 다만, 개정민소법이 소액소송의 적용기준으로 소송목적의 값 외에도 간단한 사건이라는 요건을 정하여 소액소송의 적용을 제한하고 있는 점, 현재까지의 재판실무에서 구체적으로 소액소송을 적용하는 사건의 유형을 금전지급을 목적으로 하는 사건으로 제한하고 있었지만 이는 소액소송의 적용범위가 지나치게 좁게 되는 문제를 야기하여 결과적으로 소액소송의 이용률이 높지 못한 문제를 초래하였다는 점 등을 고려한다면, 「민소법적용해석」이 바로 시행되는 현 단계에서는 좀 더 지켜볼 필요가 있지만 「민소법적용해석」의 상기 규정으로 인하여 소액소송의 적용범위가 협소해지는 문제가 발생하지 아닐까라는 우려를 지울 수 없다.

5. 1심중심에 따른 구제절차의 결여

소액소송에서는 1심중심을 실행하며 「소액신속재판지도의견」에서 인정하던 판결, 재정에 대한 이의신청권을 인정하지 아니하고 있다. 이는 절차보장에 대한 당사자의 우려를 불러왔으며,⁶⁴⁾ 재판을 담당하는 법관에게도 큰 영향을 미치고 있다. 대부분 법관들은 소액소송의 1심중심으로 인하여 재심 또는 민원⁶⁵⁾의 압박감을 느끼어 사회안정의 유지라는 업무상의 요구 및 법관업적평가 등 요소의 영향 하에

63) 刘冬京, 《我国小额诉讼程序适用的案件类型之规范化探究》, 《法学论坛》2014年 5月 第3期(第29卷, 总第153期), 110면; 宋朝武, 전게논문, 4면; 刘秀明, 何亮辰, 전게논문, 98면.

64) 절차의 적용을 당사자가 선택하도록 한 인민법원의 소액신속재판시범업무에서 당사자들은 상소권을 매우 중시하여 소액재판절차를 선택할 경우 상소권을 상실하게 된다는 우려 때문에 소액신속재판절차를 선택하는 것을 꺼려하였다. 李浩, 전게논문, 11면.

65) 중국에서는 이를 信访이라고 한다.

소액소송제도에 대하여 신중히 적용하는 태도를 보이고 있다.⁶⁶⁾

분쟁의 신속한 해결이라는 소액소송제도의 취지를 살리기 위하여 당사자의 이의신청권을 인정하지 아니하게 되었지만, 현재 중국의 민사재판에서 직면하는 제일 중요한 문제는 사법공정성과 절차보장의 결여문제이고 이로 인하여 당사자와 사회대중이 사법의 공정성에 대하여 회의를 가지고 있고, 사법의 신뢰도가 높지 못한 점을 고려한다면,⁶⁷⁾ 통상적인 불복방식을 인정하여야 한다는 다양한 주장이 제기되고 있다. ① 이의신청권 부여설. 이 설은 소액소송의 1심재판에 불복할 경우, 당사자에게 원심법원에 이의를 신청할 수 있는 권리를 부여하여 간편하게 구제를 받을 수 있는 기회를 마련해주어야 한다고 주장한다.⁶⁸⁾ ② 간이상소절차 도입설. 이 설은 소액소송의 1심재판에 불복할 경우, 상소를 허용하되 2심에서는 간이절차규정에 따라 법원이 단독으로 재판하고 재심을 제한 또는 불허하여야 한다고 주장한다.⁶⁹⁾ ③ 유한상소제도 도입설. 이 설은 소액소송의 1심재판에 불복할 경우, 상소를 허용하되 통상의 소송사건과 달리 일정한 제한을 두어 1심판결의 절차가 심각하게 법규정을 위반한 경우나,⁷⁰⁾ 1심판결의 사실인정에 명백한 착오가 있거나 법 적용에 중대한 착오가 있는 등의 경우에 한해서만 상소를 허용하여야 한다고 주장한다.⁷¹⁾ 생각건대, 1심중심의 실행은 소액소송제도의 가장 핵심적인 내용으로 단기 내에 이에 대한 개정은 현실적으로 불가능하기에 이의신청권 부여설의 주장대로 1심중심이라는 틀 내에서 당사자에게 이의신청권을 인정하여 구제경로를 마련해주는 것이 바람직할 것이다. 「민소법적용해석」은 이와 관련하여 별도의 규정을 두지 아니하여 침묵하고 있는 것으로 보여 아쉽다.

6. 재심에 의한 구제

입법부는 소액소송재판의 공정성을 확보하기 위하여 재판감독절차와 연결하여 소액소송에서 1심중심을 실행하되 당사자가 1심 판결, 재정에 불복할 경우 재심을

66) 唐力, 谷佳杰, 전계논문, 15면.

67) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 142면.

68) 陈爱武, 전계논문 17면; 齐树洁, 《构建小额诉讼程序的若干问题之探讨》, 《国家检察官学院学报》第20卷第1期, 2012年2月, 134면; 廖中洪, 《小额诉讼救济机制比较研究》, 《现代法学》2012年9月, 第34卷第5期, 160면.

69) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 152면.

70) 季秀平, 朱金东, 《小额诉讼程序运行现状及制度完善 - “小额诉讼程序研讨会”综述》, 人民法院报 2014年12月17日, 5면 중 潘剑锋 발언내용.

71) 肖建华, 唐玉富, 《小额诉讼制度建构的理性思考》, 《河北法学》第30卷第8期, 2012年8月, 45면.

신청할 수 있도록 하여야 한다고 해석하여,⁷²⁾ 당사자의 재심신청권을 인정하고 있다. 1심재판에 대한 당사자의 이의신청권을 인정하지 아니하기에 당사자가 소액소송사건의 재판에 불복할 경우 비상불복방법인 재심절차에 의할 수밖에 없게 되는데 이는 현재 학계와 실무계에서 재심을 엄격히 통제하여야 한다는 주장과 배치되는 것이다.⁷³⁾ 중국의 민사소송법은 기관력제도를 도입하지 아니하였기에 재심사유를 상대적으로 폭 넓게 인정하고 있지만 재심절차는 어디까지나 비상불복방법이기에 여전히 엄격한 요건을 정하고 있다. 신속하고 경제적으로 분쟁을 해결하는 방식으로서의 소액소송에서 그 재판의 불복에 대하여 요건이 가장 엄격한 재심으로 다룰 수밖에 없다는 점은 논리적으로 모순점을 안고 있다고 볼 수 있을 것이다. 소액소송제도가 정하고 있는 오로지 재심 만에 의한 불복방식에 대하여 다시 검토할 필요가 있다고 본다.

개정민소법 제199조의 규정에 의하면, 당사자의 재심신청은 상급인민법원에 제기하는 것이 원칙이고, 당사자일방의 수가 다수거나 또는 쌍방이 모두 개인인 경우에는 예외적으로 원심인민법원에 재심을 신청할 수 있다. 소액소송의 당사자가 대부분 개인이기에 원칙으로 원심법원에 재심을 신청하여야 할 것이다.⁷⁴⁾

개정민소법 제207조는 인민법원이 재판감독절차에 따라 법적 효력이 발생한 제1심 법원의 판결, 재정에 대하여 재심할 경우에는 제1심 절차에 따라 심리하고 재판감독절차에서 내린 판결, 재정에 대하여 상소할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정을 엄격히 해석한다면 기층인민법원의 소액소송사건의 판결, 재정에 대한 재판감독절차에서는 소액소송절차에 따라 심리하고 재심판결, 재정에 불복할 경우에는 상소할 수 있게 된다. 이는 소액소송사건이 1심중심을 실행하는 심급제도와 배치되는 것이다. 개정민소법 제207조의 규정은 소액소송의 1심중심이라는 특별한 심급규정을 간과한 규정으로 보인다. 소액소송제도의 확립취지에 따르면 소액소송사건에 대한 재심에서도 1심중심을 실행하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 「민소법적용해석」 제426조는 소액소송사건의 판결, 재정에 대하여 당사자가 통상의 재심사유로 원심법원에 재심을 신청한 경우에 내린 재심판결, 재정에 대하여 당사자는 상소하여서는 아니 된다고 명문으로 규정하여 이 문제를 해결하였다. 다만,

72) 全国人大常委会法制工作委员会民法室, 《2012民事诉讼法修改决定条文解释》, 中国法制出版社 2012年版, 226면, 王胜明主编, 《中华人民共和国民事诉讼法释义》, 法律出版社2012年版, 403면.

73) 刘学在, 欧阳俊, 전계논문, 146면.

74) 曹守晔, 전계논문, 15면.

75) 张卫平著, 전계서, 325면.

당사자가 소액소송사건으로 심리하여서는 아니 된다는 이유로 원심법원에 재심을 신청한 경우에 내린 재심판결, 재정에 대하여 당사자는 상소할 수 있다.

VII. 나오며

앞에서 중국의 소송절차제도와 소액소송제도의 확립과정, 소액소송제도의 내용과 재판실무에서의 적용을 살펴보고, 소액소송제도에 존재하는 문제점에 대한 검토를 함으로써 중국의 소액소송제도 전반에 대해 살펴보았다.

소액소송제도의 확립은 민사사건의 심리에 있어 복잡한 사건과 간단한 사건의 분류를 더욱더 합리하게 하고, 소액소송사건의 신속하고 경제적인 해결을 이룸으로써 향후 중국의 민사재판에서 큰 역할을 할 것으로 생각한다. 다만, 아쉬운 것은 개정민소법 시행 이후 2년여 지난 현재까지 소액소송의 이용률이 당초의 기대에 크게 미치지 못한다는 점이다. 이는 소액소송제도와 관련된 조문이 지나치게 간단하게 규정되어 소액소송을 위한 별도의 절차규정이 거의 전무한 점, 소액소송의 적용범위가 명확하지 못한 점, 소액소송의 강제적용과 1심중심을 실행하면서 통상의 불복절차를 규정하지 아니하여 당사자와 법관 모두가 소액소송의 적용에 부담감을 느끼는 점 등 다양한 요소가 복합적으로 작용한 결과라고 생각한다.

소액소송의 재판실무에서 주로 각 지역의 고급인민법원을 중심으로 「소액소송업무지도의견」을 제정하여 소액소송과 관련된 구체적인 규정을 두어 본 관할구역 내의 소액소송업무의 규범화와 활성화를 추진하였다. 소액소송을 위한 별도의 절차규정이 거의 전무한 점을 고려한다면 바람직한 방식이라고 할 수 있었다. 다만 같은 문제에 대해서 지역에 따라 심지어는 동 지역 내의 법원에 따라 각기 다르거나 모순되는 내용으로 파악하여 적용함으로 인하여 소액소송제도의 통일성을 저해하는 문제가 발생하기도 하였다.

최고인민법원은 소액소송재판의 실무경험을 총괄한 기초 위에서 「민소법적용해석」을 제정, 공포하여 소액소송의 적용범위, 심리방식, 절차의 전환, 재판문서의 간소화 등에 대하여 좀 더 구체적인 해석규정을 하였다. 「민소법적용해석」은 소액소송의 적용범위를 명확히 하였고, 단편적이거나 소액소송에 적용되는 일부 절차를 규정하였으며, 절차의 전환과 재판문서의 간소화 등에 대하여 구체적인 규정을 두었다. 이는 소액소송재판실무에 지대한 영향을 미치게 될 것이다. 다만 소액

소송의 독립된 구체적인 절차를 마련하지 못한 점은 크게 아쉽다. 중국의 각 기층 인민법원 및 그 파출법정은 향후의 소액소송재판실무에서 「민소법적용해석」의 규정에 따른 소액소송의 규범화를 적극적으로 추진하여 소액소송의 활성화를 꾀하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2014.02.20, 심사개시일 : 2014.02.27, 게재확정일 : 2014.03.25)



▶ 장 송 청

간이절차, 소액소송제도, 소액소송의 기준, 1심종심, 소액소송의 적용

【참 고 문 헌】

- 奚晓明, 张卫平主编, 《民事诉讼法新制度讲义》, 人民法院出版社2012.9。
- 唐力, 谷佳杰, 《小额诉讼的实证分析》, 《国家检察官学院学报》第22卷第2期, 2014年3月。
- 潘剑锋, 齐华英, 《试论小额诉讼制度》, 《法学论坛》2001年第1期。
- 范愉, 《小额诉讼程序研究》, 《中国社会科学》2001年第3期。
- 郟县人民法院课题组, 《小额诉讼程序的价值与实证论》, 《法制与社会》2013.1(下)。
- 盛勇强, 陈雪明, 王茜, 《关于开展小额诉讼审判工作问题》, 《人民司法》2013.13。
- 宋朝武, 《小额诉讼程序的宪法解释及程序设计》, 《河南社会科学》第19卷第5期, 2011年9月。
- 廖中洪, 《小额诉讼救济机制比较研究》, 《现代法学》第34卷第5期, 2012年9月。
- 刘冬京, 《我国小额诉讼程序适用的案件类型之规范化探究》, 《法学论坛》2014年5月第3期(第29卷, 总第153期)。
- 刘学在, 欧阳俊, 《残缺不全的“小额诉讼程序”质疑》, 《人大法律评论》2012年第二辑(论文·评论)。
- 李浩, 《论小额诉讼立法应当缓行 - 兼评〈民事诉讼法修正案(草案) 第35条〉》, 《清华法学》2012年第2期。
- 张卫平著, 《民事诉讼法(第三版)》, 法律出版社2013.8。
- 张卫平, 李浩著, 《新民事诉讼法原理与适用》, 人民法院出版社2012.9。
- 齐树洁, 《构建小额诉讼程序的若干问题之探讨》, 《国家检察官学院学报》第20卷第1期, 2012年2月。
- 曹守晔, 《诚实信用原则入法与小额诉讼机制创新》, 《人民司法》2012.21。
- 陈爱武, 《论小额诉讼程序的性质-兼评我国民事诉讼法第162条》, 《山东警察学院学报》2013年5月第3期(总第129期)。
- 蔡彦敏, 《以小见大:我国小额诉讼立法之透析》, 《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第3期。
- 厦门市思明区人民法院课题组, 《民事小额诉讼程序的适用与完善-以思明法院小额速裁试点工作为研究样本》, 《福建法学》2013年第2期(总第114期)。
- 肖建华, 唐玉富, 《小额诉讼制度建构的理性思考》, 《河北法学》第30卷第8期, 2012年8月。

Abstract

The study on the small claims system of china

ZHANG SONGQING

In order to improve the efficiency of the small claims judgment, reduce litigation costs, and to alleviate the contradiction of having an insufficient amount of judges between the people's courts, the amendment of the small claims system in the "Civil Procedure Act (2012)", was established for the first time.

The amendment of the "Civil Procedure Act(2012)" chapter13(XIII) summary procedure, article162 is defined that the judgment of first instance shall be final if the amount of the subject matter is lower than 30 percent of the previous year's average annual wages of workers in a province, autonomous region or municipality directly under the Central Government, and if "the facts are clear, the relations of rights and obligations are definite", the adjudication of the basic people's court or detached tribunal shall be final.

After the execution of the amendment of the "Civil Procedure Act (2012), each basic people's court works on positive levels in many ways for the small claims system. Each region of the higher people's court strives to standardize 'small claims system' as the norm and standard. The higher people's court also made definite regulations about the small claims system. For example, they enacted a guide of small claims system,

made a scope of small claims applications, trial organizations, trial methods and terms of case. Moreover, in time they will promulgate the amount in controversy of small claims cases.

However, because the small claims systems are not complex and do not prescribe an independent procedure, each people's court in a civil trial has a low intensity of using the small claims system. Furthermore, it is very hard to apply this standard of the small claim's application scope. Even if the small claims system is forced to be applied on the first trial as the final trial, it still shows a lack of usual specific procedures. Therefore, there still remain many problems of the small claims system amendment. Both the person directly involved and the judge feel burdened using the system.

Yet, with the small claims system, it is still difficult to rationally separate the complicated cases and the simple civil cases, and reduce the people's burden of a trial. Under the abundant amount of small claims trial experiences, the People's Supreme Court legislated and proclaimed the judicial interpretation of the revised Civil Procedure Act on January 30th, 2015. The scope of small claims applications, trial methods, conversion of the proceeding, and the simplification of trial documents are concretely defined in the revised Act. The judicial interpretation of the revised civil Procedure Act has been in operation since February 4th, 2015. In the future, in order to vitalize the small claim system, trials ought to positively prosecute and standardize the system through the regulation of the revised Civil Procedure Act.



▶ ZHANG SONGQING

summary procedure, small claims system, standard of small claims, the first trial as the final trial, application of small claims