보안처분의 합목적성과 정당성*

김 성 돈**

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 보안처분의 목적과 헌법적 정당성
1. 보안처분이 추구하는 목적
2. 보안처분의 목적의 헌법적 정당성
3. 우리나라 보안처분의 목적과 헌법적 정당성
Ⅲ. 보안처분의 정당화이론과 헌법적 정당화 요건
1. 보안처분의 정당화이론
2. 보안처분의 헌법상의 정당화 요건
Ⅳ. 나오는 말

【국 문 요 약】

최근 한국의 현실 형사정책의 영역에서 보안처분의 약진 현상이 두드러지고 있다. 이러한 현상은 일차적으로 지난 10여 년 동안 한국의 형사입법 분야에 위험방지수단으로서 다수의 신종 보안처분 종류가 생겨난 것에 기인한다. 주지하다시피 보안처분은 형벌과 달리 과거의 행위책임을 근거로 하지 않고 대상자의 장래의 위험성이라는 단순한 예측을 근거로 투입되는 형사정책적 수단이다. 하지만 보안처분과 보안처분법은 집단의 이익을 위해 그리고 예방이라는 합목적성을 구실로 삼아 대상자 개인의 희생을 강제하는 어두운 측면을 가지고 있다. 따라서 이 글은 보안처분이 만들어내는 예방적 형사사법의 어두운 그림자를 없애거나 줄여가기 위해 보안처분의 합목적성외에 보안처분의 정당화의 근거를 찾는 시도를 한다. 그 결과 다음과 같은 결론을 얻어냈다.

첫째, 보안처분이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 보안처분이 추구하는 목적의 정당성이 인정되어야 한다. 이를 위해서는 사회방위라는 보안목적 외에도 집행과

* 이 논문은 성균관대학교의 2012학년도 삼성학술연구비에 의하여 연구되었음.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

정상 대상자의 치료와 교육 등을 내용으로 하는 개선목적이 추구되어야 하며, 일반예방목적을 보안처분의 목적으로 추구해서는 안된다. 둘째, 이와 같은 목적을 추구하는 보안처분도 대상자에 대해 기본권을 제한하는 국가에 의한 강제적 수단이라는 점에서 형벌과 동일하므로 헌법상의 보안처분법정주의가 형벌에 관한 죄형법정주의와 동일한 수준으로 법치국가적 안전장치의 역할을 할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해서는 특히 명확성의 원칙과 소급금지원칙이 보안처분법에 대해서도 타당하여야 한다. 셋째, 보안처분에 대해서는 헌법 제37조 제2항이 선언하고 있는 기본권제한의 한계에 관한 헌법의 지침이 적용되어야 한다. 보안처분은 재범의 위험성에 기반 한 장래의 예측을 근거로 삼아 대상자의 기본권을 제한하기 때문에 국가는 대상자의 희생한계를 지켜야 할 윤리적인 책무를 가지는 바, 이러한 국가의 책무가 규범화된 것이 헌법 제37조 제2항이라고 할 수 있다. 특히 비례성원칙이 보안처분과 보안처분법을 실질적으로 제한하는 통제원리가 되도록 하기 위해서는 적합성원칙, 필요성원칙, 그리고 균형성원칙의 내용을 보다 정밀하고 섬세하게 다듬어야 한다.

Ⅰ. 들어가는 말

최근 한국의 현실 형사정책의 두드러진 특징 하나를 꼽으라면 단연 보안처분의 약진을 꼽을 수 있다. 이러한 현상은 일차적으로 지난 10여 년 동안 한국의 형사입법 분야에서 위험방지수단으로 다수의 신종 보안처분 종류들이 생긴 것에 기인한다. 형벌 이외의 형사정책적 수단으로 보안처분이 우리나라에서 처음으로 법적 근거를 가지게 된 것은 1972년 유신헌법에서 부터였다. 그 후 1975년 사회안전법 보호법을 통해 몇 가지 보안처분들이 들어왔지만,[1] 사법처분으로서의 보안처분이 본격적으로 도입된 것은 1980년 12월 국가보위입법회의에서 만들어진 사회보호법을 통해서였다. 사회보호법상의 보안처분[2]은 20여 년간 형벌과 나란히 우리나라의 이원주의 형사제재체계를 이끌어 왔지만, 그 탄생배경에 있어서부터 정당성에 의혹의 그림자가 짙게 드리우고 있었던 보호감호가 학계는 물론이고 인권단체에 의해 강력한 비판을 받아 폐지됨으로써 보안처분제도가 한때 그 기반이 흔들리는 듯했다. 하지만 공교롭게도 형사정책의 최후의 '긴급조치'로 일컬어지는 보호감호라는 수단을 잃은 시점부터 보안처분제도는 이내 새로운 전환기를 맞이한다. 이 시기부터 입법자는 연이어 발생한 성폭력범죄 등 강력범죄에 대한 일반 시민들의 두려움을 해소하고 위험한 범죄자들로부터 사회를 방위하고 보호하여야 할 과제를 한꺼번에 충족시켜 줄 수 있는 기대주가 마치 보안처분 하나 뿐인 양, 그리고 없어진 보호감호의 빈자리를 메꿔야 한다는 강박관념에 사로잡힌 듯 새로운 보안처분 종류들을 잇달아 만들어내기 시작하였다. 신상정보공개 및 고지·등록제도를 필두로 하여 위치추적전자장치부착명령, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 관리 제도를 위시하여 성충동약물치료명령에 이르기까지 다양한 보안처분의 종류들이 이러한 배경 하에서 도입된 것이다.[3] 이것도 모자라 최근 입법자는 폐지되어 역사의

---

1) 사회안전법은 1989년 보안관찰법으로 대체되면서 보안감호와 거주제한은 폐지되었고 현재는 보안관찰만 남아 있다. 보안관찰은 다른 보안처분과는 달리 법원의 판결이나 법률의 규정에 의해 부과되는 것이 아니라 보안처분심의위원회라는 행정기구에 의해 심사되고 부과되고 있기 때문에 헌법상의 적정절차원칙에 위배되어 위헌적이다. 보안관찰의 위헌성에 관한 구체적인 논거는 이 글에서 다루지 않는다.

2) 사회보호법에는 보호관찰, 치료감호, 그리고 보호감호라는 세 가지 보안처분의 종류가 있었지만, 보호감호제도의 남용사례에 대한 비판론을 수용한 국회가 사회보호법을 폐지하고 2005년 8월에 대체입법으로 마련한 치료감호법에서 보호관찰과 치료감호만 남겨두게 되었다.

3) 이하에서는 다양한 보안처분 가운데 대상자의 재범의 위험성에 대한 부정적 예측에 초점을 맞추는 보안처분의 종류만을 논의대상으로 삼고, 소년법상의 보호처분이나 가정폭력방지의 처벌에 관한 특례법의 사회봉사명령 등과 같이 대상자의 위험성과 관련한 긍정적 예측에 초점을 맞추는 경

창고 속에 들어간 보호감호를 리모델링한 '보호수용'이라는 보안처분의 도입을 예고하기까지에 이르렀다. 그 정당성에 관해 의문이 제기될 수 있는 보안처분 종류들에 대한 재평가 및 지난 10여 년간의 행보에 대한 중간결산도 없이 보안처분 가운데 가장 날카로운 칼이 형사제재의 무기고에 다시 반입될지도 모르는 상황이다.

마치 전염병을 예방하기 위해 신종 예방주사약이 출시되는 것처럼 새로운 보안처분 종류들이 개발되고, 그 활용빈도가 계속 높아지고 있음은 장래의 위험한 범죄자들로부터 사회를 보호하려는 보안처분 본연의 목적달성에 대한 기대수준이 긍정적이라는 것을 반영한다. 하지만 보안처분은 형벌과 달리 과거의 행위책임을 근거로 하지 않고 대상자의 장래의 위험성을 근거로 투입되는 형사정책적 수단이므로 아무리 그 목적달성에 적합한 수단이라고 해도 합목적성만으로는 정당화될 수 없다. 왜냐하면 보안처분은 사회라는 집단의 이익을 위해 대상자 개인의 희생을 강제하기 때문이다. 이 때문에 보안처분은 형벌과는 비교될 수 없을 정도의 특단의 정당화근거를 필요로 한다.

이 글은 우리나라 형사사법에서 부실한 보안처분이 만들어내는 예방적 형사사법의 어두운 그림자를 없애거나 줄이기 위해 보안처분이 정당화될 수 있는 근거를 찾는 시도를 한다. 이를 위해 먼저 보안처분을 통해 추구해야 할 예방적 목적의 내용이 무엇이며 개별 보안처분 종류들이 추구하는 목적이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 살펴본 후(이하 Ⅱ), 보안처분이 합목적성만으로 정당화될 수 없다는 관점에서 보안처분을 정당화시킬 수 있는 형식적·실질적인 정당화 요건을 찾아내는 시도를 한다(이하 Ⅲ).[4]

향이 강한 보호처분의 종류는 논외로 한다. 뿐만 아니라 법률의 규정에서 형벌의 선고시 필요적으로 부과할 수 있도록 되어 있는 취업제한처분도 논의의 대상에서 제외하기로 한다. 취업제한처분은 위험성 방지라는 예방목적을 지향한다는 점에서 보안처분적 성격을 가지고는 있지만, 부가형으로서의 자격정지와 유사한 성격을 가질 뿐 아니라 사법처분으로서의 보안처분과는 그 성격을 달리하기 때문이다.

4) 현행 보안처분 관련 법률과 개별 보안처분 종류가 헌법상의 정당화 요건을 충족시키고 있는지에 관한 구체적인 연구는 이 글의 범위를 넘어서는 일이므로 별도의 연구에서 다루기로 한다.

Ⅱ. 보안처분의 목적과 헌법적 정당성

1. 보안처분이 추구하는 목적

주지하다시피 형벌은 행위자의 과거 불법행위에 대한 대응이기 때문에 책임(응보, 책임상쇄)을 본질로 삼는 반면, 보안처분은 장래의 재범의 위험성을 방지하기 위한 수단이기 때문에 책임과 무관하게 '예방'에 초점을 맞춘다. 하지만 보안처분이 지향하는 예방은 '일반인'을 향한 일반예방이 아니라 '행위자'를 향한 특별예방이다. 여기서 특별예방목적에는 대상자의 치료와 교육(재사회화)을 목적으로 하는 이른바 적극적 특별예방목적과 함께 대상자의 장래의 재범의 위험성으로부터 사회를 보호하기 위해 대상자를 사회로부터 격리시키거나 무기력화시킨다는 의미의 소극적 특별예방목적을 포함한다. 우리나라에서 최근 도입된 보안처분들 가운데에도 치료와 교육을 내용으로 하는 적극적 특별예방목적에 비중을 두는 보안처분도 있고, 대상자의 재범의 위험성으로부터의 사회보호라는 소극적 특별예방목적에 중점을 두는 보안처분도 있다. 예컨대 성충동약물치료명령의 경우는 "성충동 약물치료를 실시하여 … 사회복귀를 촉진"(성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제1조)하는 것을 내용으로 하는 재사회적 적극적 특별예방목적을 추구하는 반면, 위치추적전자장치부착명령의 경우 위험하다고 판단된 대상자로부터 "국민을 보호"(특정범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제1조)한다는 사회방위적 소극적 특별예방목적을 추구한다. 교육과 치료를 통한 사회복귀촉진이라는 목적은 '개선'(Besserung)목적, 사회(일반인)보호 또는 사회방위라는 목적을 '보안'(Sicherung)목적이라고 부를 수 있다. 원래 개선 및 보안을 위한 처분(Massnahme zur Besserung und Sicherung)이 정식 명칭이지만, 오늘날 이를 보안처분으로 약칭하고 있는 것이다.

개선목적과 보안목적 가운데 보안처분의 본질 및 보안처분을 등장하게 한 이론적 배경인 책임주의원칙의 한계극복이라는 측면에서 보면 개선목적에 비해 보안목적이 보안처분의 주된 목적이라고 할 수 있다. 형벌이 행위자의 과거행위에 대한 책임에 근거하는 반면, 보안처분은 책임비난과 결부되지 않고 대상자가 사회(일반인)에 대해 미치는 장래의 위험성과 결부된다고 하는 것도 이 때문이다. 즉 보안처분은 대상자의 위험성이 사회(일반인)의 안전을 위협하지 못하도록 하기 위해 대

상자의 기본권을 제한하는 처분이다. 이러한 점은 보안처분이 대상자의 자유권적 기본권이라는 이익과 사회(일반인)의 안전이라는 이익을 비교형량함에 있어 개인을 희생하여 사회의 안전이라는 보안목적을 우위에 두는 합목적적 사고의 산물임을 알 수 있게 한다.

2. 보안처분의 목적의 헌법적 정당성

1) 보안목적의 정당성

사회의 안전 내지 사회방위를 내용으로 하는 보안목적도 헌법상 정당화되지 않으면 안된다. 보안처분이 예방수단으로서 보안목적을 추구함에 있어서 당사자의 기본권을 제한하는 바, 기본권 제한을 내용으로 하는 국가작용이나 법률이 정당화되기 위해서는 가장 기본적으로 그 국가작용을 근거지우는 법률의 취지 내지 입법목적이 정당해야 하기 때문이다. 국민의 인간으로서의 존엄과 가치 뿐 아니라 생명, 신체, 자유 등과 같은 개인의 기본권을 보호하기 위한 법률은 그 입법목적에 아무런 문제가 없다. 전통적으로 '형법적 보호법익'에 해당하는 기본권을 보호하는 것은 헌법상 요구되는 국가의 기본적 의무(헌법 제10조)이기 때문이다. 이와는 달리 보안처분이 추구하는 보안목적은 간접적으로는 국민의 생명과 신체 등을 보호하지만, 직접적으로는 개인적 이익의 차원을 넘어선 사회의 이익이라는 집합적 이익을 보호한다. 헌법은 이러한 집합적 이익을 보호하기 위해서 개인의 자유권적 기본권을 제한할 수 있음은 인정하고 있다. 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서는 법률을 통한 기본권 제한이 가능함을 선언하고 있는 헌법 제37조 제2항이 그에 해당한다. 이 조항은 - 외국의 헌법에는 유례가 없을 정도로 - 입법자로 하여금 개인적 법익을 넘어서는 광범위한 집합적 이익 내지 가치를 보호법익으로 하는 형벌법규를 만들 수 있는 헌법적 근거를 제공해 주고 있다. 이 때문에 기본권을 광범위하게 제한하는 많은 형사특별법이 그 보호법익의 헌법적 정당화 내지 입법목적의 정당성과 관련한 위헌시비에서 자유롭고, 이에 따라 헌법재판소도 입법목적의 정당성 내지 보호법익에 대한 통제를 통해 형벌법규를 제한한 적은 거의 없다고 해도 과언이 아니다.[5] 이러한 맥락에서 보면 사회의 보호라는 차원에서 추구하는 보안목적[6]도 헌법 제37조 제2항의 질서유지 또는 공공복리에 포섭될 수 있

5) 물론 기본권제한을 내용으로 하는 법률을 헌법적으로 정당화하기 위해서는 입법목적의 정당성만으로 충분한 것은 아니다. 비례성원칙이 그러한 법률의 내용과 관련하여 보다 중요한 기준임은 후술한다.

음에 이견이 있을 수 없다.

하지만 보안목적을 위해 대상자의 기본권을 제한할 수 있다고 해서 그 보안목적이 곧바로 헌법적으로 정당화될 수 있는 것은 아니다. 엄밀하게 볼 때 보안목적을 담고 있는 집합적 이익(질서유지 또는 공공복리)이 그 자체로 기본권제한을 정당화하는 것이라기보다는, 그러한 입법목적은 기본권제한의 '근거'라고 하는 것이 올바른 평가이다. 뒤에서 살펴보겠지만 그러한 입법목적이 기본권제한을 헌법적으로 정당화하기 위해서는 그 기본권제한이 "필요한 경우에 한하여" 이루어질 것, 즉 비례성원칙에 위배되지 않아야 할 것이 헌법의 요구이기 때문이다. 이에 따르면 보안목적도 그 자체로 보안처분을 정당화하는 것이 아니라 보안처분의 헌법적 '근거'에 지나지 않는다. 이 때문에 보안목적이 헌법상 정당화되기 위해서는 - 헌법상의 기본권제한의 한계를 지켜야 할 뿐 아니라 - 다른 내용을 통해서 보완되지 않으면 안된다.

2) 개선목적의 근거

보안목적이 보안처분의 헌법적 근거라고 해서 보안목적이 보안처분의 유일한 목적이라는 의미는 아니다. 보안목적이 기본권 제한의 근거가 될 수 있고, 따라서 기본권제한의 법률유보원칙을 통해 형식적 법치국가원칙과 조화될 수는 있다. 하지만 오로지 보안목적만을 위해 보안처분을 부과한다면 대상자는 사회의 안전이라는 집단의 이익을 위해 희생을 강요받는 셈이 되고 만다. 뿐만 아니라 이러한 희생을 근거지우는 법적 기반 역시 매우 취약하다. 보안목적은 재범의 위험성이라는 보안처분의 법적 근거를 만들어내는데 이는 '불확실한 예측'에 기초할 수밖에 없기 때문이다. 즉 보안목적의 추구는 형벌의 응보목적과 같이 과거의 불법과 책임이라는 '객관적 사실'과 연결되지 않고 행위자의 장래의 재범의 위험성이라는 미래의 '추측'만을 근거로 희생을 요구하기 때문에 그 정당화의 기반이 취약할 수 밖에 없게 되어 있다. 따라서 사회의 안전을 확보하려는 목적을 대상자에 대한 공동체의 의무, 즉 사회국가원칙에 따른 의무를 통해 보완해야 할 필요가 있다. 헌법적인 관점에서 볼 때, 인간의 존엄을 가치질서의 정점에 위치시키고 사회국가원칙에 따라야

6) 독일 연방헌법재판소도 이러한 보안목적의 헌법적 정당성을 인정하고 있다. 이에 따르면 "보안감호가 자유형과 다른 목적을 추구하는 것을 인정하지 않을 수 없다. 보안감호의 목적은 (형벌과 달리) 범해진 불법을 속죄하는 것이 아니라 형벌집행 이후 위험한 행위자로부터 사회 일반을 보호하는 일에 있다."고 한다(BVerfGE 2, 118, 120).

할 공동체의 의무는 형벌의 집행에 대해서 뿐 아니라 보아처분의 집행에 대해서도 요구되어야 하기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 보안처분을 통해 사회의 안전이라는 보안목적을 추구함과 동시에 보안목적이 허용하는 보안처분의 범위와 한계 속에서 치료와 교육이라는 수단을 통해 대상자의 사회복귀 촉진이라는 개선목적을 추구해야 한다. 다시 말해 보안처분은 보안목적을 실현하기 위해 부과되지만, 보안목적의 실현을 위해 보안처분이 집행되는 과정에서 추가적으로 개선목적을 추구할 것이 요구되는 것이다. 요컨대 사회 일반의 안전을 위협하는 행위자로부터 시민을 보호하고 사회의 안전을 확보하는 것이 권력을 독점하고 있는 법치국가의 의무에 해당하지만, 동시에 사회국가원칙은 공동체의 관점에서 볼 때 보안처분 대상자의 기본권을 제한하는 범위 내에서 행위자의 사회복귀를 촉진하고 그를 개선시키도록 요구하는 것이다.[7] 오늘날 형벌집행 영역에서도 재사회화목적을 추구하지 않으면 안되듯이 보안처분의 집행에서도 개선목적을 추구하지 않으면 안된다는 것은 이와 같은 헌법적 차원의 의미를 가진다. 보안목적이 사회전체를 위해 보안처분 대상자의 마이너스적 희생과 관계된다면, 개선목적은 희생을 강요당하는 대상자에게 희생이 아닌 플러스적 요인을 제공하는 것이다.

3) 보안목적과 개선목적의 관계

이와 같이 보안처분의 본질(법적 성격) 및 헌법상의 기본권제한의 근거와 직접 결부될 수 있는 보안처분의 목적은 보안목적이지만, 이러한 차원의 보안목적은 대상자에게 희생을 요구하는 측면을 가질 뿐이므로 그 자체만으로 정당화될 수 없다. 보안처분의 집행시 개선목적까지 추구되어야 하는 이유는 대상자의 희생이 희생으로 끝나서는 안되고, 그의 희생이 사회에 대해서 뿐 아니라 그 대상자 자신에게도 의미있는 희생이 되도록 해야 하기 때문이다. 이에 따르면 보안처분은 대상자의 치료와 교육을 통한 사회의 보호, 즉 개선을 통한 사회의 안전이라는 목적에 이를 것이 요구되는 것이다. 물론 이 경우 개선목적은 보안목적을 달성하는 한도 내에서만 그에 적합한 수단을 투입할 수 있다. 다시 말해 개선목적을 추구한다는 명목으로 보안목적의 한도를 넘어서서 기본권제한을 할 수 없다는 것이다. 기본권제한의 근거와 정도는 보안목적으로부터만 나오는 것이기 때문이다.[8]

---

7) 독일연방헌법재판소도 보안처분이 순수 보안목적을 추구하는 것이 아니라 재사회화목적을 추구해야 하는 것임을 인간의 존엄과 사회국가원칙으로부터 도출하고 있다(BVerfGE 35, 202, 235; 40, 276, 284; 45, 187, 239).

8) 이와 같이 보안처분의 정도를 결정함에 있어서 보안목적과 개선목적의 관계는 형벌의 경우 책임

결론적으로 말하면 보안처분이 헌법적 요구에 부합하려면 보안목적을 보완하기 위해 집행단계에서 개선목적이 추구되지 않으면 안된다. 보안처분의 입법목적이 헌법적으로 정당화되려면 순수 보안목적만 추구해서는 안될 뿐 아니라[9] 보안목적을 보완하기 위해 집행단계에서 개선목적도 추구되어야 한다. 순수 보안목적만 추구하기 위해 기본권을 제한하는 보안처분의 부과는 사회국가원리에 반하기 때문에 보완적으로 개선목적도 집행상 추구되도록 해야만 보안처분법의 입법목적의 헌법적 정당성을 인정할 수 있다. 하지만 다른 한편 보안처분이 개선목적만을 추구해서도 안된다.[10] 다른 목적 없이 오로지 대상자를 개선시키려는 것은 국가의 과제가 될 수도 없고, 그의 자유에 대한 국가의 개입을 정당화할 수도 없기 때문이다. 따라서 보안목적만을 추구하거나 개선목적만을 지향하는 보안처분법은 그 입법목적의 헌법적 정당성을 인정받을 수 없기 때문에 위헌무효가 되어야 한다.

의 범위를 넘어서는 안되고 재사회화적 특별예방목적도 그 책임범위 내에서 고려될 수 있는 것과 마찬가지이다.

9) BVerfGE 91, S. 1, 28f은 보안사상의 핵심적인 내용을 이루는 보안감호의 경우조차도 개선목적에 부응하지 못하고 순수 보안목적만 추구할 경우 인간의 존엄 및 사회적 법치국가원칙과 조화를 이루지 못하므로 위헌적이라고 한다.

10) Frisch, Massregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 102(1990), S. 343, 365, 368; 강우예/박학모,「형사법개정연구(Ⅳ) : 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2010, 50면, “개별 보안처분이 추구하는 특수목적 이전에 보안처분의 일반목적으로서, 모든 보안처분의 공통의 존재근거이자 목적은 개별예방적 재범의 방지, 즉 ‘보안’이다. ‘개선·치료’이념이 지향하는 바가 아무리 도덕적으로 탁월할지언정 형사제재, 특히 보안처분의 부과의 일차적 목적 내지 정당화 근거가 될 수 없다.” 독일연방헌법재판소(BVerfGE 22, 180, 219ff: “개인의 자유는 고차원의 법익이기 때문에 특별한 중요한 근거를 통해서만 제한될 수 있다. 이러한 근거들에 속하는 것은 무엇보다도 실체형법의 근거들과 절차형법의 근거들이다. 개인의 인격적 자유에 대한 이와 같은 제한은 사회 일반인의 보호에 기여한다. 공동체에 위험한 정신질환자에 대한 시설수용의 경우에도 마찬가지이다. 더 나아가 대상자의 보호에 기여하는 급부적 성격의 개입, 예컨대 정신박약을 이유로 신체적으로나 경제적으로 스스로에게 더 큰 피해를 입지 않도록 하려는 목적으로 금치산자를 시설 내에 수용하는 것도 허용된다. 하지만 BSHG 제73조 제2항과 제3항에 의한 수용의 경우는 사회 일반인의 보호는 물론이고 대상자의 보호도 지향하지 않는다. 오직 당사자를 “개선”할 뿐인 경우이다. 개선할 뿐인 수용은 대상자가 자유박탈을 통해 질서 잡힌 삶을 영위해야 하고, 규칙적으로 작업을 습득해야 하고 지속적으로 시설 내에 머물러 있어야 할 것을 요구한다. 하지만 국가는 자신의 시민을 “개선”할 과제를 가지고 있지 않다. 따라서 그 시민들이 자유에 처하게 될 때 자기 자신에게나 타인에 대해 위험하지도 않음에도 불구하고 오로지 “개선”하기 위해서만 그 자유를 박탈할 권리도 가질 수 없다. 성인이 된 자를 개선하려는 목적은 인격적 자유를 박탈하기 위한 중요한 근거로서 충분하지 못하기 때문에, BGHG 제73조 제2항과 제3항은 인격적 자유라는 기본권의 본질적 내용을 침해한다.”

3. 우리나라 보안처분의 목적과 헌법적 정당성

1) 보안처분법의 입법목적의 정당성여부

치료감호법이 보안목적 뿐 아니라 개선목적도 추구하는 것을 명문화하고 있기 때문에 목적의 헌법적 정당성에는 문제가 없다. 치료감호법이 "특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대해 … 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진" 하는 것을 목적으로 하고 있기 때문이다(치료감호법 제1조).[11] 하지만 신상정보의 등록, 공개·고지명령의 경우에는 그 처분의 내용부터가 순수 보안목적만을 지향하고 있을 뿐[12] 치료 등 개선목적과 관련된 내용을 포함하고 있지 않기 때문에 입법목적의 헌법적 정당성에 의문이 있다.[13][14] 즉 재범의 위험성으로부터 사회보호를 위해 대상자의 희생만 강요하고 급부적 성격의 원호나 치료 등을 해야 할 사회국가원칙에 따른 의무를 내용으로 하고 있지 않기 때문이다. 뿐만 아니라 신상공개 등을 통하여 "일반 국민에게 경각심을 주어 유사한 범죄를 예방"[15]하는 것을 목적으로 한다는 의미는 일반인에 대한 위하를 노리는 '소극적' 일반예방목적을 염두에 둔 것이지, 대상자에 대한 소극적·적극적 '특별예방'목적을 의미하는 것이 아니다. 위하적 일반예방은 인간을 일반예방을 위한 '수단'으로 도구화하는 것이 목적이므로 이미 형벌목적으로서도 그 목적의 정당성(형벌영역에서 그 정당성)에 대한 비판이 끊이지 않고 있다.[16] 결국 신상정보등록 및 공개·고지는 성범죄자의 정보를 관리하는 동시에 이를 바탕으로 성범죄자로부터 피해를 입지 않도록 정보를 제공하여 성범죄자들로부터 아동·청소년의 안전을 보호한다는 보안목적에 관한 한 문

---

11) 이 같은 입법목적은 치료감호의 부과를 위한 법적요건으로 '재범의 위험성' 외에 '치료필요성'을 요구하고 있음에 반영되어 있다. 종래 보호감호법에서는 치료의 필요성이라는 요건이 치료감호의 부과요건으로 규정되어 있지 않았지만, 2005년 치료감호법에서 비로소 요건으로 추가되었다.

12) 헌법재판소 2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합)에 따르면 "아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보를 공개하는 것은 이를 통하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄행위에 대하여 일반 국민에게 경각심을 주어 유사한 범죄를 예방하고, 성폭력범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하기 위해 정보를 제공하며, 궁극적으로 아동·청소년의 성을 보호하고 사회방위를 도모하기 위한 것"이라고 하면서 사회방위라는 보안목적을 전면에 내세우고 있다.

13) 신상공개 등의 경우는 다른 보안처분 종류와 같이 그 대상범죄나 요건 또는 절차 등을 규정하고 있는 개별 법률 없이 각종 형사특별법에 흩어져서 규정되어 있다.

14) 헌법재판소 2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합).

15) 이와 같이 신상공개라는 제재수단은 그 제재내용 속에 소극적 일반예방목적이 처음부터 내재되어 있다는 성격을 가진다. 이점을 알 수 있는 것은 병역법기피자에 대해 인정될 수 있는 신상공개이다(병역법 제81조의2 참조). 이 경우의 신상공개는 개선목적 뿐 아니라 보안목적과도 관계없이 기획되어 있다.

16) "일반 국민에 대한 경각심을 주어 유사한 범죄를 예방"한다는 일반예방목적을 보안처분의 목적으로 공공연히 포함시키고 있음은 보안처분과 형벌의 본질조차 구분하지 않을 뿐 아니라 보안처분을 마치 형벌적 수단으로 활용하려는 실무가들의 사고를 엿볼 수 있는 대목이다.

제될 것은 없지만,[17] 개선교화를 위한 지도감독이나 원호와 무관하게 순수 보안목적만을 추구하거나 형벌과 같이 위하적 일반예방목적만을 추구하는 이상 목적의 정당성에 관한 한 위헌시비에서 벗어나기 어렵다. 개선목적과 무관하게 의도된 해악의 부과, 즉 수치형이나 명예형과 같은 기능을 함으로써 오히려 공개대상자의 사회복귀를 원천봉쇄하는 배제적 예방처분에 해당하기 때문이다.

입법목적의 정당성에 문제가 있음은 문제가 위치추적전자장치부착명령의 경우도 마찬가지이다. 위치추적전자장치의 부착이 "국민을 보호"하기 위한 목적(특정범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제1조)을 가지고 있는 것임을 밝히고 있는 것도 이 보안처분이 순수 보안목적만 추구하고 있을 뿐 개선목적과는 무관한 것임을 자인하고 있는 것이기 때문이다. 이와 같은 목적의 한계는 이 보안처분에 내재된 한계이기도 하다. 위치추적전자장치를 부착함으로써 대상자의 행동을 통제하고 추적하게 되어 재범의 위험성을 방지할 수는 있지만, 통제와 감시만으로 성행의 교정이라는 목적 자체를 추구할 수는 없기 때문이다. 개선목적이라는 목표를 달성하기 위해 어떤 수단을 강구하고 있는지는 의문이다. 위치추적전자장치는 감시기능에 충실하도록 만들어져 있는 장치이기 때문에 이를 독자적으로 활용할 경우 대상자의 개선목적에는 이바지 할 수 없는 본질적인 한계를 가지고 있다. 따라서 위치추적전자장치부착명령은 독자적인 보안처분으로서가 아니라 보안처분의 보조수단으로만 활용하여 그 본연의 감시기능에 충실하도록 재편할 수밖에 없을 것으로 생각된다.[18]

디엔에이신원확인정보의 수집 및 이용제도 역시 입법목적의 정당성에 문제가 있다. 디엔에이신원확인정보의 수집·이용이 "범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다."(디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제1조)고 함으로써 범죄수사와 범죄예방목적만 내세우고 있을 뿐 개선목적은 처음부터 결여되어 있기 때문이다. 이 제도에 개선목적이 결여되어 있는 것도 앞의 위치추적전자장치부착명령의 경우와 같이 본질상 수사목적에 기여할 수

17) 보안목적을 구체화하여 재범의 위험성을 보안처분의 부과요건으로 인정하여야 하지만 신상정보 공개 등과 관련해서는 재범의 위험성을 그 부과요건으로 요구하지 않고 있는 문제점에 관해서는 후술한다.

18) 예컨대 형집행종료나 형집행면제 후 보안처분의 집행유예시 부과하는 보호관찰이라는 보안처분의 보조수단으로서 활용하는 방안을 그 예로 들 수 있다.

있을 뿐 대상자의 교육 및 치료와는 무관한 것이기 때문이다. 물론 여기서 말하는 "심리적 압박에서 나오는 위하효과"가 일반인에 대한 위하인 일반예방목적이 아니라 대상자에 대한 위하라는 측면의 소극적 특별예방목적으로 이해할 수 있기는 하다.[19] 그리고 이러한 예방목적은 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위함이라는 보안처분의 보안목적에 해당할 수 있기도 하다. 하지만 범죄수사목적이 과연 형사제재수단으로서의 보안처분의 본질과 부합할 수 있는지는 의문이다. 뿐만 아니라 범죄수사목적, 즉 "조속히 범인을 검거함으로써 추가 피해를 방지하고 무고한 용의자를 조기에 수사선상에서 배제"[20]하기 위한 목적이 궁극적으로는 사회의 안전을 위한 것이기는 하지만, 재범의 위험성을 근거로 한 보안목적은 '장래의 범죄예방'을 겨냥한 것을 의미하는 것이지, 이미 발생한 범죄를 '사후적'으로 검거하는 사후 진압적 '수사'와는 무관하다.[21] 따라서 디엔에이신원정보확인의 이용·수집은 '대상자가 동의하는 채취'(디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제8조 제3항)의 경우는 강제성을 결한 이상 그것을 형사제재수단이라고 할 수도 없고, 더 나아가 '대상자가 거부하여 영장에 의한 채취를 하는 경우'에는 채취의 성격상 신체에 대한 강제적 침습을 수반하는 것이고 신체의 자유에 대한 본질적 내용을 침해하는 제재수단이므로 위헌적이라고 하지 않을 수 없다.

성충동약물치료제도도 명목상으로는 목적의 정당성이 인정될 수는 있지만 현실적으로 투입되는 약물이 실제로 대상자의 성충동을 약화시켜 개선목적을 달성할 수 있다는 경험적 보고는 아직 없어서 그 입법목적의 정당성에 의문이 끊이지 않는다. 이 제도가 입법목적상 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여 "약물치료를 실시하여 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진"하는 것을 목적(성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률 제1조)으로 하고 있어서 보안목적과 개선목적을 모두 추구하는 듯한 외양을 보여주고 있긴 하다. 하지만 이러한 명목상의 입법의도와는 달리 투입되는 약물이 현재의 의학적 수준에서 볼 때 성충동 억제 내지 제거라는 개선목적에 처음부터 기여될 수 없는 것이라면,[22] 성충동약물치료명령이라

19) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2011헌마28.
20) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2011헌마28.
21) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2011헌마28의 다수의견과는 달리 위헌의견에서는 "이 사건 법률의 주된 목적은 장래의 범죄수사에 활용하기 위한 것"이라고 한다.
22) 치료수단이 성충동의 억제 내지 제거라는 개선목적을 추구하기에 적합한 수단인지에 대해서는 비례성원칙의 위배여부에 대한 평가가 요구된다.

는 보안처분은 그 추구하고 있는 개선목적을 달성할 수 없는 내재적 한계를 가지고 있다. 바로 이 때문에 이 보안처분은 목적달성에 기여할 수 있는 수단임을 '위장'하고 있는 기만적 보안처분이라고 하지 않을 수 없다.

2) 적용상 보안처분의 정당한 목적의 구현가능성

입법목적상 보안목적(소극적 특별예방목적)을 기초로 삼고 이를 보완하기 위한 개선목적(적극적 특별예방목적)이라는 두 개의 목적을 추구하기 위해 만들어진 보안처분이라도 실제 적용에 있어서는 각 보안처분 종류별로 그 무게중심이 달라질 수는 있다. 물론 이 경우라도 어느 하나의 목적추구를 전적으로 배제한 채 다른 하나의 목적만 추구하기 위해 투입될 수는 없다. 하지만 실제로 어떤 보안처분의 종류가 부과될 경우 순수 보안목적만을 위해 투입되는 경우가 적지 않다. 예컨대 치료감호법의 경우는 입법목적상으로는 보안목적과 치료목적을 동시에 추구하고 있으므로, 실제 치료감호의 선고시에도 재범의 위험성을 넘어서서 정신장애자의 입장에서 치료와 재활 및 사회복귀를 위해 감호가 필요한지는 신중하고 실질적으로 검토해야 할 것이다. 하지만 현실은 '심신장애나 심신미약이 다시 범죄를 저지를 원인이 될 개연성이 높다.'는 이유만으로 치료감호를 기계적으로 부과하면서[23] 치료의 필요성이 있는지에 대한 검토는 사실상 뒷전이다. 이러한 실무의 태도는 치료감호법의 입법목적과는 달리 치료감호를 부과함에 있어 보안목적을 앞세우고 있는 태도라고 평가할 수 있다. 이와 같은 치료감호의 부과 및 그에 기한 집행은 목적의 정당성에 부합하지 못한 적용을 통한 기본권제한이라고 할 수 있으므로 위헌시비에서 자유로울 수 없다.

신상정보 등록 및 공개·고지제도는 입법목적상으로도 개선목적을 추구할 수 없는 한계가 있을 뿐 아니라 실제 적용상으로도 보안목적만을 위해 부과되는 한계를 가지고 있다. 따라서 이 보안처분은 '합목적적'이지도 않을 뿐 아니라 '합헌적' 적용이 되기도 어렵다. 더 나아가 신상정보의 등록 및 공개·고지제도는 그 내용상 재통합적 수치심주기 보다는 치욕주기를 통한 배제효과에 지향되어 있고, 그 배제효과는 대상자에 대한 위하를 넘어서 잠재적 범죄자에 대한 경고 내지 위하라는 일반예방적 효과까지 지향한다. 이러한 점에서 볼 때 신상정보의 등록 및 공개·고지제도는 보안목적과 개선목적을 지향하는 보안처분적 성격보다는 본질상 대상자의

23) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도3940 등.

사회복귀를 저해하는 전근대적 명예형의 부활에 다름 아니다.

특별예방목적을 추구하기 위해 만들어진 보안처분이라도 실제 적용에 있어 - 앞의 헌법재판소 결정문에서 살펴보았듯이 그것을 부과하는 실무가들의 의도가 - 위하적 일반예방목적을 염두에 두는 것이라면 문제는 더욱 심각해진다. 이렇게 겉과 속이 다른 보안처분의 적용은 보안처분이 사실상 형벌'충당'적 역할을 하는 변종형벌로 투입되는 것임을 의미하기 때문이다.[24] 이처럼 형벌의 기능을 충당하는 보안처분이라는 '변종형벌'은 보안처분이 부과되어야 할 자리에 드러서는 형벌을 의미하는 '보안형벌' 못지않은 폐해를 가져온다. 보안형벌은 책임주의원칙에 위배된다는 점에서 '형벌사칭'을 의미할 뿐 아니라 개선목적을 위한 예방적 프로그램의 투입도 현실화시키기 어렵다. 하지만 '변종형벌'은 보안처분이라는 이름으로 투입되면서 실제로 그 기능은 형벌과 같이 억압과 일반예방적 효과를 지향하기 때문에 - 과거 보호감호에 대해 붙여진 오명인 - '명칭사기'에 해당한다. 형벌과 함께 선고되면서 형집행 후 집행되도록 만들어진 보안처분을 그 만들어진 목적에 합치되게 부과하지 않고 마치 '신종 형벌'처럼 투입하는 실무의 태도는 상대적으로 중한 범죄의 경우 죄질을 고려하여 부과하는 것이 마땅하다고 생각하는 (늘어난 형벌로서 기능하는) 위치추적전자장치부착명령의 경우에 분명히 드러난다(특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항). 이와 같이 위하적 일반예방목적을 보안처분의 목적 속에 혼용하는 태도는 보안처분법을 헌법합치적으로 해석하고 적용하는 태도가 아니므로 헌법적으로 정당화되기 어렵다.

Ⅲ. 보안처분의 정당화이론과 헌법적 정당화 요건

보안처분이 보안목적과 함께 개선목적을 추구하고 있다고 하더라도 그것만으로 보안처분 그 자체가 그리고 보안처분을 규정하고 있는 법률이 모두 헌법적으로 정당화 될 수 있는 것은 아니다. 보안처분은 비록 헌법상의 근거를 가지고 있는 보안목적 및 그와 연계된 재범의 위험성을 법적근거로 삼고 있기는 하지만, 형벌과 달리 과거의 확실한 사실(즉 범죄=책임)을 기초로 하고 있는 것이 아니라 장래의

24) 형벌'충당'적 보안처분이란 형벌의 기능을 충당해주는 보안처분을 말한다. 형벌을 대체하거나 형벌을 보완하는 역할을 하기 위해 만들어진 보안처분은 그 목적 뿐 아니라 기능적 측면에 있어서 형벌의 그것과 전적으로 다르다. 하지만 보안처분의 기능과 목적이 형벌과 같다면 그것은 형벌의 기능을 보안처분이 충당해 주는 것이기 때문이 그 정체성이 보안처분이 아니라 형벌, 즉 '변종형벌'에 지나지 않는다.

불확실한 예측(즉 재범의 위험성)만을 기초로 하고 있을 뿐이다. 특히 형벌집행종료 후에 부과되는 보안처분의 경우는 행위자의 과거 불법행위에 대한 책임은 형벌집행을 통해 이미 모두 상쇄된 것으로 보기 때문에 보안처분의 대상자에 대해서는 보안처분을 통한 개입의 정당화 근거가 새롭게 요구되는 것이다.[25] 이 때문에 오늘날 보안처분이 사회의 보호 내지 사회의 안전이라는 집단적인 이익을 위해 개인의 기본권제한이라는 희생을 - 그것도 장래의 위험성이라는 예측에만 근거하여 - 요구하고 있는 이상 국가윤리적인 차원에서 이를 정당화할 수 있는가 하는 물음은 피해갈 수 없는 물음이 되고 있다. 그럼에도 불구하고 종래 형법학에서는 보안처분의 정당화근거에 관한 논의가 - 그 중대성과 심각성에서 보면 형벌목적론에 비해 비교가 되지 않을 정도로 중요함에도 - 형벌목적론에 대해 부여했던 의미와 관심에 비해서는 비교가 되지 않을 정도로 소홀하게 취급되어왔다. 특히 우리나라에서는 이에 관한 논의가 거의 없다시피 해도 과언이 아니다. 따라서 이하에서는 독일 형법학에서 주장된 정당화이론들을 중심으로 보안처분의 정당화이론 및 정당화근거들을 살펴보기로 한다.

1. 보안처분의 정당화이론

1) 자기결정권의 제한을 근거로 삼는 견해

규범에 합치되게 행위 할 수 있는 능력(자유)을 가진 자만 제약없이 자유로운 공동생활을 영위할 수 있다는 생각을 보안처분의 윤리적·법적 기초로 삼으려는 견해이다. 이러한 견해의 대표자인 벨첼(Hans Welzel)에 의하면 “모든 보안처분의 경우에는 그 합목적성(공공의 안전을 위한 필요성) 이외에 항상 그 개인에 대한 도덕적 허용성이 조사되어야 한다. 모든 보안처분에는 일반적인 사회윤리적 사고, 즉 공동생활의 규범에 합치되게 자신의 행위를 이끌어갈 수 있는 자만이 제약없이 공동생활에 참여할 수 있다는 생각이 바탕에 깔려있다. 모든 외적 혹은 사회적 자유는 결국 내적 또는 도덕적으로 구속된 자유를 가지는 것으로부터 정당화될 수 있다. 이러한 내적, 도덕적 자기결정을 함에 있어 행위를 조종할 자유(능력)가 없거

25) 과거에 행한 일정한 범죄가 - 단서범죄로서 - 보안처분 부과를 위한 전제조건으로 요구되지만, 보안처분 부과를 위한 직접적 근거는 단서범죄 등으로 형벌을 부과받은 자에 대해 인정될 장래의 재범의 위험성이지 과거에 행한 범죄 자체가 보안처분의 직접적 근거 내지 부과요건은 아니다. 심지어 단서범죄의 경우 범죄성립요건을 충족시키지 못하는 책임무능력자에 대한 치료감호라는 보안처분도 책임이 없는 자에 대한 것이므로 과거의 범죄 그 자체를 보안처분의 부과를 위한 직접적 근거 내지 요건으로 요구하고 있지는 않다.

나(정신병자), 나쁜 성향, 악덕, 습관 때문에 더 이상 충분한 능력이 없는 자는 완전한 사회적 자유를 요구할 수 없다. (중략) 일반적인 사회윤리적 관점은 도덕적 자기결정의 흠결의 정도와 기간에 따라 단지 자유제한만 정당화하는 반면, 특별한 윤리적 요소는 이러한 자유제한을 구체적인 목적, 즉 치료나 교육을 위해 활용하는 것을 정당화한다."[26]

하지만 도덕적 자기결정권의 결여를 보안처분의 정당화의 근거로 삼는 태도는 모든 종류의 개입과 무기한의 개입을 손쉽게 정당활 수 있게 되어 당사자를 실제로 국가권력에 의해 무제한의 희생자로만 전락시킬 우려가 있다.[27] 이러한 우려는 인간의 자유요구가 스스로 공동생활의 규범에 의해 행위 할 수 있는 능력에 의해 근거지워지는 것이라는 벨첼의 출발점에 내재되어 있다. 생각건대 자유는 공동생활의 규범을 준수할 수 있는 능력에서 근거지워지는 것이 아니라 인간이 인간이라는 단순한 사실에서부터 근거지워진다. 자유요구는 그 원천이 공동생활의 규범에 의해 유예되어 있지 않고, 인간에게 고유한 것이고 도덕적 담론의 전제조건이다. 따라서 노동기피자, 전염성을 가진 환자 혹은 상습범죄자도 인간이라는 이유만으로도 완전한 사회적 자유를 요구할 수 있다고 해야 할 것이다.[28] 이러한 관점에서 우리 헌법재판소도 - 신상공개제도가 위헌이라고 하는 소수의견에서 - "비록 범죄인이라도 윤리적 책임능력을 갖춘 인격체로 보는 것이 오늘날 형벌권 행사의 기본전제이자 궁극적 한계"[29]라고 하고 있다.

2) 국가 내지 사회의 정당방위권을 근거로 삼는 견해

보안처분을 국가 또는 사회가 위험한 범죄자에 대한 정당방위권을 행사하는 수단으로 정당화하려는 견해이다. 이 견해는 자율적인 자기결정권이 없는 책임무능력자나 상습범죄자들은 사회질서에 대해 위법한 공격을 지속적으로 행하는 원천이기 때문에 예방적으로 방어할 필요가 있다고 한다.[30]

---

26) Hans Welzel,「Das deutsche Strafrecht」, 1969, S. 245.

27) Tobias Mushoff,「Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung」, Peter Lang GmbH, 2008, S. 249.

28) Fernado Guanarteme Sannchez Lazaro, Eine Dekonstruktion der Massregeln der Besserung und Sicherung, FS-Roxin zum 80. Geburstag, Bd.2. 2011, S. 1219.

29) 헌법재판소 2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합).

30) Walter Sax, "Grindsätze der Straferechtspflege", in Bettermann/Nipperdey/Scheuner(Hrsg.),「Die Grundrechte」 Bd. Ⅲ/2, 2. Aufl. 1972, S. 960ff., 963, 965. 우리나라에서 이러한 견해를 취하는 이는 배종대,「형사정책」(제9판), 홍문사, 2014, 457면.

하지만 보안처분에서 문제삼는 재범을 범할 위험이 있는 범죄자들이 만들어 내는 위험성을 정당방위의 요건인 현재의 침해와 동일시 하기는 어렵다. 정당방위의 경우 현재의 침해는 침해가 직접 목전에 있거나 적어도 지속되고 있는 경우에만 인정되기 때문이다. 뿐만 아니라 정당방위의 제한사유인 '적합성과 최소 침해'라는 요건과 '사회통념' 내지 '사회윤리적인 관점'은 그 범위가 후술하게 될 비례성원칙과는 달리 법익균형성원칙과는 무관하므로 당사자의 기본권이 무제한으로 무시될 남용의 가능성을 막기 어렵다.[31] 특히 개인의 자기보호원리에 기반을 두고 있는 개인적 차원의 정당방위를 국가의 방위권을 정당화하기 위한 근거로 삼는 것은 정당방위의 본질에도 부합하지도 않는다.[32]

3) 기본권의 사회적 관련성을 근거로 삼는 견해

헌법상 보장되는 기본권의 사회적 관련성을 근거로 삼아 보안처분을 정당화하려는 견해이다. 이에 따르면 헌법상의 기본권을 개인에게 보장하는 것은 그 개인이 단독자로서가 아니라 사회 내에서 일정한 사회적 관련성을 근거로 자유를 행사하는 것을 전제로 하므로, 그 자유를 자신에게 부여된 방식에 따라 행사하지 않는 자는 사회의 보호를 받을 가치가 없다고 한다.[33] 이러한 태도는 기본권에도 내재적인 한계가 있음을 인정하고, 일정한 자에게는 기본권이 상실되어야 한다는 점을 기초로 삼고 있다.[34] 즉 자신의 사회관련적 존재성을 지킬 수 없거나 지키지 않으려고 하는 자에 대해서는 스스로 자유 안에 머물 수 있는 권리를 제한받아 마땅하기 때문에 보안처분이 부과되어도 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이 아니라고 한다.[35] 우리나라 헌법상의 포괄적인 기본권유보조항(헌법 제37조 제2항)에 의하면, 개인의 자유권은 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 "질서유지 또는 공공의 복리"를 위해서도 제한될 수 있다. 헌법 제37조 제2항을 가지고 위의 기본권제한이론을 보안처분의 정당화근거로 삼을 여지도 있다. 하지만 기본권제한이론은 개인에 대한 사회의 무제한적인 개입을 인정할 수 있는 위험과 결부되어 있는 이론

31) Tobias Mushoff, 앞의 책, S. 250.
32) Guenther Jakobs, AT, §1/54.
33) 손동권, 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005, §41/4.
34) 특히 이재상, 「보안처분의 연구」, 법문사, 1978, 30면에서는 - 비록 보안처분제도가 입법화되기 전이긴 하지만 - 사회보호를 위한 기본권의 자기구속성을 보안처분의 정당화근거로 삼고 있었는데, 이러한 태도는 위와 같은 독일의 기본권상실이론과 궤를 같이 하는 것이라고 할 수 있다.
35) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 86.

이다. 왜냐하면 이 이론은 위험방지를 위해 필요불가결한 경우에만 자유를 제한할 수 있다는 - 후술하게 될 비례성원칙과 같은 - 또 다른 제한원리가 있음을 간과하고 있기 때문이다. 이외에도 이 이론은 개인에게 기본권을 상실케 하면서 개인이 사회관련적 의무를 이행하지 못하였다는 점에 대한 비난까지 가하고 있는 바, 책임무능력자에 대한 치료감호와 같은 자유박탈적 보안처분의 경우에는 형벌과는 달리 비난적 요소를 포함해서는 안된다는 점에서 보안처분의 정당화근거가 되기에는 한계를 가지고 있다.[36]

4) 우월적 이익을 근거로 삼는 견해

사회의 안전이라는 이익이 구체적인 사례에서 당사자의 자유권에 비해 우월한 경우 자유박탈적 보안처분을 정당화할 수 있다는 견해이다.[37] 이 견해는 개인의 기본권이 국가에 대한 방어권으로서만 기능하는 데 그치는 것이 아니라, 오히려 중한 범죄가 예측될 경우에는 그러한 범죄의 방지를 위해 일정한 의무를 부과하는 국가의 보호의무도 기본권에서부터 나온다는 기본권이론을 기초로 하고 있다.[38] 이러한 생각에 따르면 사회의 안전 내지 공공복리라는 목적을 위해 개인을 어느 정도 희생시킬 수 있는 가능성이 없이는 공동체가 존속할 수 없으며, 이러한 점 때문에 국가가 사회의 안전을 위해 보안처분을 필요로 한다는 결론에 이르게 된다. 특히 이와 같은 이익형량사상에 찬성하는 록신(Claus Roxin)은 "개인의 자유의 사용이 타인의 자유를 침해할 높은 개연성을 가지고 있고, 그 타인에 대한 자유침해가 전체적으로 볼 때 위험을 야기한 개인이 보안처분에 의해 감수해야 할 제한보다 훨씬 큰 경우에는 그 개인의 자유가 박탈당할 수 있다. 이 경우 인간의 가치와 존엄이 … 조금도 감해지지 않은 채로 저울대위에 올려진다. 이것이 법질서에 의해 높이 평가되면 될수록 예방적 보안처분을 통해 막아야 할 위험의 범위는 그만큼 더 좁아지게 된다."[39]고 하고 있다. 이와 같이 우월적 이익을 기초로 한 견해가 독일에서는 보안처분의 정당화이론으로 가장 많은 지지를 받고 있다.[40]

---

36) Tobias Mushoff, 앞의 책, S. 251.

37) BVerfGE 109, 133(159) 참조.

38) Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 410ff., 415: "국가이전상태에서 국가적 상태에로의 이행(…)에 의해 조건지워진 권리에 대한 폭넓은 포기, 효과적인 자기보호에 대한 포기는 개인이 이러한 포기에 대한 대가로 효과적인 보호에의 권리를 얻을 때에만 합리적으로 정당화될 수 있다."

39) Claus Roxin, AT, § 3 Rn. 66.

40) Henning Radtke, in: Muenchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 1. Aufl., 2003, Vor §§ 38 ff. Rn.

하지만 우월한 이익만을 기초로 삼아서는 자유박탈적 보안처분을 정당화하기 어렵다. 우월한 이익을 근거로 삼는 견해도 사회방위의 목적과 개인의 희생을 이익형량할 수 있음을 인정하고 있지만 개인의 희생의 한계를 그을 수 있는 상위의 기준 내지 원칙이 무엇인지에 대해서까지 나아가지 못하고 있기 때문이다.

2. 보안처분의 헌법상의 정당화 요건

보안처분을 정당화함에 있어서 관건은, 개인의 자유권과 사회의 안전에 대한 이익 사이에 존재하는 긴장관계를 조정해야 할 국가의 책무를 어느 정도의 수준에서 인정할 것인지에 있다. 종래 보안처분이론에서는 그 수준을 다음과 같이 인정하여 왔다. 즉 '국가는 양자 사이의 긴장관계를 조정함에 있어 보안처분이 사회의 보호를 위해 개인에게 요구하는 희생의 한계선을 지켜야 한다.'[41]는 것이다. 이러한 한계선은 국가가 일정한 목적을 위해 규범수범자의 기본권을 제한할 경우 사회적 필요성을 이유로 개인에게 무제한적인 희생을 요구할 수 없다는 국가윤리적인 차원에서 도출된다. 하지만 헌법적인 관점에서 볼 때, 국가윤리적 차원의 한계는 헌법상의 위상을 가져야 한다. 기본권제한을 내용으로 하는 모든 법률에 대해 요구될 수 있는 상위의 원칙으로 기능하도록 하기 위해서이다. 이러한 상위의 헌법적인 지침은 헌법 제37조에 선언되어 있다. 헌법 제37조 제2항에서 보안처분을 통한 기본권제한이 법률의 형식으로 이루어질 것을 요구하고(법률유보원칙), 법률에 의한 기본권제한이 이루어질 경우에도 필요한 경우로 국한되어야 할 뿐 아니라 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없도록 요구하고 있다. 법률유보원칙으로부터는 '보안처분법정주의'가 나오고. 기본권제한이 필요한 경우로 제한되어야 한다는 요구로부터는 '비례성원칙'이 도출되며, 마지막으로 비례성원칙에 합치되는 기본권제한인 경우에도 그 '기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지원칙'이 지켜질 것이 요구된다.[42] 독일에서는 우리나라의 헌법 제37조와 같은 차원의 의미를 가진 기본권제한의 한계를 제시하는 원칙에 관한 명문의 규정이 없다. 앞에서 설명한 보안처분의

---

68 참조.

41) Helmut Frister, 「Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts」, Duncker & Humblot·Berlin, 1988, S. 32.

42) 보안처분의 정당화근거를 비례성원칙에 기반을 둔 법치국가적 정형화에서 찾으면서 이를 "보안처분의 통일적 정당화"라고 강조하는 견해(배종대, 「형법총론」, 홍문사, §4/5)는 보안처분의 정당화근거를 - 후술하게 될 - 헌법상의 비례성원칙에서 구한다는 점에서 선구적이다.

정당화를 근거지우기 위한 독일의 이론들 모두 기본권제한의 한계에 관한 상위의 원칙을 명문화한 규정이 부재함을 메우기 위한 시도라고 할 수 있다. 이러한 시도 가운데 가장 많은 지지를 받고 있는 우월적 이익이론도 우리나라 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한의 한계에 관한 원칙인 비례성원칙의 일부에 속하는 균형성원칙(좁은 의미의 비례성원칙)에 지나지 않는다. 헌법 제37조 제2항에서 말하는 비례성원칙은 - 독일의 우월적 이익이론의 내용인 - 균형성원칙 이외에도 적합성원칙과 필요성(최소침해)원칙까지 포괄하는 넓은 의미의 비례성원칙을 의미하기 때문이다. 이러한 맥락에서 보면 헌법 제37조 제2항이 제시하고 있는 기본권제한의 한계를 긋는 상위원칙들이 곧 보안처분의 헌법적 정당화요건이 되기도 한다. 이하에서는 이를 보안처분의 형식적 정당화요건과 실질적 정당화요건으로 나누어 설명하기로 한다.

1) 보안처분의 형식적 정당화 요건

가) 형벌의 형식적 정당화 요건과의 비교

형벌은 그 본질상 과거의 불법에 대해 회고적인 응보적 수단이고, 보안처분은 장래의 위험성과 결부된 예방적 수단이다.[43] 하지만 형벌과 보안처분은 그 부과목적과 내용면에 있어서는 차별성을 보이지 않는다. 보안처분의 부과목적은 대상자의 재범의 위험성에 기초한 사회의 안전이라는 소극적 특별예방적인 보안목적만을 염두에 두고 있는 것이 아니다. 그 집행단계에서 대상자의 치료 내지 개선목적 또한 지향하고 있기 때문에 형벌의 재사회화목적과 그 궤를 같이한다. 뿐만 아니라 보안처분도 기본권제한을 내용으로 하는 국가의 강제적 개입이라는 점에서 내용상 형벌과 아무런 차이가 없다. 요컨대 시민의 기본권을 제한하기 위해 일정한 강제적 수단을 사용할 때 그 법적 요건으로 책임을 요구하는지(형벌), 재범의 위험성이나 치료필요성을 요구하는지(보안처분)는 그 제재수단의 성격과 특성이 반영된 것일 뿐, 형벌과 보안처분은 모두 기본권을 제한하는 국가의 형사제재라는 점에서는 본질상의 차이를 보이지 않는다. 이러한 맥락에서 보면 근대 이전부터 존재하였던 형벌권의 남용 및 자의적 행사를 제한하는 법치국가적 안전장치가 근대적 사고의 산물인 보안처분에 대해서도 동등하게 적용되어야 한다. 즉 보안처분의 경우도 헌

43) 물론 본질상 형벌과 상이한 보안처분도 현실적으로는 순수 예방적 수단으로만 투입되는 것은 아니다. 보안처분의 종류에 따라 대상자에 대한 억압적 효과 및 비난적 요소를 가지고 있는 보안처분도 있다.

법상 정당화되는 보안목적[44]을 추구하기 위한 기본권제한이 법률을 통해 이루어지고(법률유보원칙), 그 기본권제한의 방식 역시 헌법상 형식적 법치국가원칙(보안처분법정주의)에 합치되어야 한다.

나) 죄형법정주의와 보안처분법정주의

보안처분과 형벌이 동일하게 법치국가원칙의 적용대상이 되어야 한다는 것은 헌법이 선언하고 있는 죄형법정주의와 보안처분법정주의도 내용적으로 동일해야 함을 의미한다. 죄형법정주의라는 명칭은 보안처분이 존재하지 않았던 근대 이전의 시대상황에서 형벌에 초점이 맞추어진 칭명(naming)에 불과한 것이므로 보안처분법정주의의 내용도 죄형법정주의의 그것과 달라져서는 안된다는 것이다.[45] 이러한 헌법정신에 따르면 - 후술하듯이 - 보안처분의 경우에도 형벌과 마찬가지로 소급금지원칙이나 명확성의 원칙이 가감없이 적용되어야 할 것이다. 그러나 현행 보안처분법과 실무의 태도는 형벌과 보안처분의 본질 상이성에 기초하여 형벌과 보안처분의 정당화근거에 대해서까지도 형벌과 보안처분을 각각 따로 바라보는 관점을 유지하고 있고, 이러한 태도는 다시 국가형벌에 대해서 형식적으로 요구되는 조건인 요구되는 형식적인 요구조건인 죄형법정주의원칙도 형벌에만 적용되고, 보안처분과는 무관하다는 사고로 이어져 오고 있다. 이는 다시 죄형법정주의의 내용인 소급금지원칙과 관련해서도 형벌불소급을 의미할 뿐, 보안처분에 대해서는 소급금지원칙이 적용되지 않는다고 보는 태도로 이어지고 있다.[46] 하지만 앞에서 언급했듯이, 보안처분도 형벌과 동등하게 법치국가원리가 작동되어야 할 국가의 강제적 개입인 이상 죄형법정주의원칙이 보안처분에 대해서도 그대로 타당하게 적용되어야 한다. 이러한 관점에서 보면 보안처분에 대해서 원칙적으로 소급금지원칙을 적용하지 않는다고 함으로써 부진정소급효는 물론 진정소급효도 인정하는 부칙조항[47]들은 모두 위헌무효가 되어야 한다.

---

44) 헌법 제37조 제2항에 따르면 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해 법률로써 규범수범자의 기본권을 제한할 수 있는데, 보안처분을 통해 국가가 추구하는 보안목적도 질서유지 또는 공공복리라는 입법목적에 포함될 수 있다는 점에 관해서는 앞서 확인하였다.

45) 보안처분의 헌법 연혁적, 헌법 이념적, 그리고 헌법 해석적 의의에 관해서는 김성돈, “보안처분과 소급금지원칙”, 「형사법연구」 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013, 20면 이하 참조.

46) 물론 실무는 예외적으로 보안처분의 종류에 따라 준형벌적 보안처분, 특히 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법상의 사회봉사명령에 대해서는 소급금지원칙이 적용되는 것으로 본다. 하지만 이러한 태도의 근본적인 뿌리는 죄형법정주의를 형벌부과의 근본원칙인 책임주의에 근거하고 있는 것이라는 사고이고, 이것이 한국의 형사입법자들과 형사실무가들이 출발점으로 삼고 있는 사고라는 점에 관해서는 김성돈, “보안처분과 소급금지원칙”, 13면 이하.

이와 같은 관점은 소급금지원칙 뿐 아니라 그 밖의 다른 죄형법정주의원칙의 내용 또한 보안처분에 그대로 적용되어야 한다. 과거 자유박탈의 기간을 제한하지 않고 "치료가 끝날 때까지"로 치료감호기간을 절대적 부정기로 인정하고 있었던 보호감호법을 대체한 치료감호법에서 그 기한을 "15년"으로 제한한 것도 죄형법정주의의 명확성원칙이 보안처분에 대해서도 그대로 적용된 것으로 이해될 수 있다. 이러한 맥락에서 보면 디엔에이신원확인정보의 경우 무죄판결 등이 없는 한 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 대상자의 "사망시까지" 수록하게 하는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제13조 제1항 및 제2항은 그 이용기간의 절대적 부정기성을 인정하는 것이므로 명확성원칙에 반한다고 해야 한다.[48] 신상정보의 등록 및 공개·고지제도의 경우에도 그 대상범죄의 불명확성 때문에 명확성원칙에 반할 수 있다. 예컨대, 성폭력처벌에 관한 특례법 제14조의2 제1항에 규정되어 있는 카메라등이용촬영죄가 대상범죄가 되어 있는 데, 이 죄는 성풍속 내지 피해자의 사생활을 침해하는 성격을 가지고 있고, 구성요건상의 행위 태양이 행위자의 범의, 범행 동기, 행위 상대방, 행위 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양하기 때문에 수범자인 국민이 보안처분의 부과대상이 되는 행위의 범위를 확실하게 예측할 수 없게 만들고 있다. 뿐만 아니라 같은 법 제14조 제

---

47) 부진정 소급효를 인정하는 경우로는 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(2010. 1.25. 법률 제9944호) 부칙 제2조, 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」 2008.6.13. 법률 제9112호 부칙 제2조(제1심판결 후의 부착명령 청구 등에 관한 경과조치 및 적용 특례) 제1항이 있고, 진정소급효를 인정하는 경우로는 동법 2009.5.8. 법률 제9654호 부칙 제2조(부착명령 청구에 관한 경과조치) 제1항, 동법 2012.12.18. 법률 제11558호 부칙 제2조(부착명령 청구에 관한 적용례 및 경과조치) 제1항이 있으며, 사후에 대상범죄를 추가하거나 피해자 연령을 확대함으로써 소급효를 인정한 경우로 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」에서 2010년 7월 23일에 제정된 법률(법률 제10371호, 시행 2011.7.24.) 제2항(치료명령 청구에 관한 경과조치)과 제3항(성폭력 수형자등에 대한 치료명령에 관한 경과조치), 그리고 2012년 12월 18일에 제정된 동법률(법률 제11557호, 시행 2013.3.19.) 부칙 제2조(치료명령 청구에 관한 적용례)와 제3조(성폭력 수형자에 대한 치료명령 청구에 관한 적용례) 제3항 및 제4항 등이 있다.

48) 이재상, 「형법총론」, §2/29. 한편 부정기의 보안처분이 명확성의 원칙에 위배되는 것은 아니지만 비례성원칙에 반할 수 있다는 견해로는 이상돈, 「형법강의」, §2/59. 절대적 부정기형은 명확성의 원칙에 위배되므로 형사제재인 보안처분에도 금지되어야 한다는 견해로, 김성돈, 「형법총론」, 70면; 배종대, 「형법총론」, [12]/22; 오영근, 「형법총론」, §3/25; 임웅, 「형법총론」, 35면; 정성근, 「형법총론」, 25면; 차용석, 「형법총론강의」, 고시연구사, 1988, 137면. 한편 보안처분을 절대적 부정기로 선고하는 것은 가능하지만 집행은 재범위험성의 심사를 통하여 수시로 한정되어야 하며 이 경우에도 집행기간의 상한선은 정해져 있어야 한다는 견해로는 손동권, 「형법총론」, §3/19. 한편 심재우, "보안처분의 한계", 「고시연구」 제12권 제4호, 고시연구사, 1985. 4, 78면에 의하면 자유제한적 보안처분이라 할지라도 절대적 부정기형의 성격을 띠는 것은 법치국가의 형벌권제한원리인 비례성의 원칙에 위배된다고 한다.

2항은 동의하에 찍은 촬영물의 무단 반포 등을 구성요건으로 규정하고 있는데, 이 죄의 성격 역시 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄라기보다 오히려 성풍속 내지 사생활을 침해하는 범죄의 성격에 가깝다.[49]

다) 보안처분부과요건과 보안처분법정주의

헌법상 죄형법정주의와 나란히 선언되어 있는 보안처분법정주의는 보안처분의 부과요건으로서 - 후술하게 될 - 좁은 의미의 비례성원칙(균형성)과 재범의 위험성을 명시적으로 규정할 것을 요한다.[50] 여기서 좁은 의미의 비례성원칙은 보안처분이 범죄의 의미와 재범의 위험성, 그리고 보안처분으로 인해 제한되는 기본권과 비례관계가 없으면 보안처분을 부과할 수 없다는 소극적인 요건으로 규정하여야 하는 반면, 재범의 위험성은 보안목적을 추구하기 위한 보안처분의 본질과 직결되는 요건이므로 보안처분 부과를 위한 적극적 요건으로 규정되어야 한다.

이에 따르면 위와 같은 비례성원칙을 소극적으로나마 규정하고 있지 않은 모든 개별보안처분법은 헌법상의 보안처분법정주의에 반할 소지가 있다. 뿐만 아니라 재범의 위험성을 보안처분을 부과하기 위한 적극적 요건으로 규정하고 있지 않은 경우도 보안처분법정주의에 반한다. 이러한 관점에서 보면, 예컨대 신상정보등록 공개·고지제도의 경우 일정한 성폭력범죄의 유죄판결이 확정되는 경우 무조건 등록대상자가 되도록 규정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조는 등록대상자의 선정에 있어서 재범의 위험성을 요구하고 있지 않으므로[51] 형식적

---

49) 더 나아가 제14조 제1항 후단의 촬영물 반포·판매·임대 등 행위와 제1항의 촬영물을 영리목적으로 유포한 경우에 성립하는 제3항은 아동·청소년에 대한 성범죄라기 보다는 직업범 내지 영업범에 해당한다. 또한 그 법정형이 '1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금'(공중밀집장소에서의 추행죄, 성적 목적을 위한 공공장소 침입죄) 또는 '2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금'(통신매체를 이용한 음란행위)에 불과한 범죄들도 포함되어 있다. 제11조 제5항의 아동·청소년이용음란물 소지죄와 제13조 제2항의 아동·청소년 성구매 유인·권유죄와 같이 '1년 이하의 징역 또는 벌금'을 법정형으로 설정해 놓은 처벌조항들이 포함되어 있다.

50) 일찍이 헌법재판소는 1989. 7. 14. 88헌가5 결정에서 "행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 '누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다'라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 '재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다'는 뜻을 내포하고 있다고 하였다."

51) 이 법 제37조 제1항 및 제41조에서는 법관이 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우 공개나 고지명령을 하지 아니할 수 있는 가능성을 인정하고 있고 규정하고 있지만, 이 법 제42조의 경우에는 이러한 가능성을 인정하지 않고 "① 제2조 제1항 제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항 제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범죄 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제2호의 범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 같은 법 제49조 제1항 제4호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다."라고만 규정하고

정당화요건을 갖추지 못하여 보안처분법정주의에 반하므로 위헌적이라고 할 수 있다.

2) 보안처분의 실질적 정당화 요건

가) 기본권제한의 한계와 보안처분

보안처분이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 위와 같은 형식적 정당화요건만 충족되는 것으로 충분하지 못하다. 형식적 법치국가원칙은 기본권제한의 형식에 관계할 뿐 보안처분을 제한하거나 보안처분의 내용까지 정당화할 수 없기 때문이다. 이 때문에 헌법은 보안처분이 정당화되기 위해서는 기본권제한 그 자체가 다시 실질적·내용적으로 일정한 한계를 지킬 것을 요구하고 있다. 즉 헌법에서 기본권제한은 "필요한 경우에 한하여" 가능하고, 필요한 경우라고 하더라도 그 제한되는 기본권의 "본질적인 내용"을 침해할 수 없도록 한계를 설정하고 있기 때문에, 이러한 한계를 준수하는 보안처분만 헌법적으로 정당화될 수 있는 것이다.[52] 여기서 "필요한 경우에 한하여" 기본권을 제한할 수 있다는 헌법적 선언은 '비례성원칙'을 의미하는 것임은 주지의 사실이다. 비례성원칙은 보안처분으로 하여금 보안목적 및 개선목적을 위한 수단으로 시민의 기본권을 제한하게 만들지만, 목적달성에 적합하지 않거나, 대상자에 대해 필요한 정도를 넘어선 피해를 야기하거나, 보안처분을 통해 얻게 될 이익에 보다 그로 인해 제한될 대상자의 기본권 제한이 더 중대함을 이유로 과잉이라고 할 수 있는 경우에는 보안처분을 헌법적으로 정당화시키지 않는다. 이와 같은 수단의 적합성, 최소침해 내지 필요성, 그리고 균형성(좁은 의미의 비례성)이라는 세 가지 요소를 내용으로 가지고 있는 비례성원칙이 만들어내는 보안처분의 헌법적인 한계는 입법자의 입법형성의 자유를 제한하는 절대적으로 구속력 있는 기준으로 작용한다. 비례성원칙이 기본권제한을 그 내용으로 하는 보안처분법의 내용적 측면을 제약하는 정당화의 근거가 될 수 있음도 바로 이러한 이유 때문이다.[53]

있다.

52) 해당 기본권의 본질적 내용이 무엇인지에 대해서는 헌법의 기본권론의 중심적 주제로서 이 글의 범위를 벗어난 일이지만, 후술하듯이 대상자의 동의를 요하지 않는 성충동약물치료명령은 강제적 신체침습을 내용으로 하는 것이므로 신체형에 가까워 인간의 존엄과 가치 및 인격권에 대한 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 있다.

53) 종래 이 조항을 기본권유보조항으로만 파악해 왔지만, 기본권 제한 내지 침해라는 적극적 관점에서 보면 해당 법률의 헌법적 정당화 근거로 파악할 수도 있다.

나) 비례성원칙의 적용범위와 강화된 비례성원칙

물론 비례성원칙이 보안처분의 정당화근거의 하나로서 헌법상의 지위를 가진다고 해서 이것이 보안처분에만 국한된 정당화근거는 아니다. 하지만 종래 비례성원칙이 보안처분에 고유한 제한원리로 오해되어온 점도 없지 않다. 이러한 오해를 만들어낸 주범은 '형벌은 책임원칙, 보안처분은 비례성원칙'이라는 공식 때문이라고 할 수 있다. 하지만 이 공식은 형벌과 보안처분을 부과할 경우 그 근거와 정도가 각각 책임원칙과 비례성원칙에 의해 제한받는다는 점을 강조한다는 차원에서 나온 공식으로서, 비례성원칙이 보안처분만 제한하는 통제원리임을 말하는 것이 아니다. 비례성원칙의 도출근거가 되는 헌법 제37조 제2항은 주지하다시피 법률 가운데 형법을 배제할 이유가 없고, 이 때문에 형법의 법효과인 형벌에 대해서도 적용되는 것은 당연한 일이기 때문이다.[54] 헌법 제37조 제2항의 의의는 여기에 그치지 않고 법률 가운데 특히 국가형벌권의 실현을 내용으로 하는 형법의 경우에는 행정법규 등 일반적인 기본권제한을 내용으로 다룬 법률에 비해 보다 강화된 기준으로 채워진 비례성원칙이 타당할 것까지 요구한다. 헌법재판소가 형법의 경우 책임주의원칙까지 형벌의 비례성원칙의 내용인 균형성원칙 속에 결합시켜 넣음으로써 다른 법률의 경우에 비해 강화된 기준을 적용하는 것임을 인정하고 있는 것도 이러한 취지를 반영한 것이다.[55]

문제는 형벌의 특수성을 반영한 강화된 내용의 비례성원칙이 형벌이 아니라 '보안처분'에 대해서도 마찬가지로 요구되는지에 있다. 형벌 및 형벌법규에 강화된 비례성원칙이 적용되어야 하는 이유는, 형벌의 최후수단성과 형벌에 내포된 사회윤리적인 비난이라는 성격 때문이다. 앞에서 언급했듯이 보안처분도 형벌과 마찬가지로 자유박탈 등 국가에 의한 강제적 개입을 내용으로 하기 때문에 다른 법영역의 제재수단과의 관계에서 보충성의 원칙이 적용될 필요가 있다. 최근에는 사회윤리적 비난의 속성이 내재되어 있는 보안처분의 종류도 생겨나고 있다. 뿐만 아니라 보안처분도 형벌과 동일하게 기본권제한을 내용으로 하고 있기 때문에 형벌과 대등한 수준의 법치국가적 제한원리가 적용되어야 한다. 이러한 점을 고려하면 형

54) 종래 형법이론학에서 비례성원칙이 형벌법규의 제재규범 뿐 아니라 행위규범의 존재 그 자체나 그 금지의 범위를 제한하는 역할을 한다는 점이 강조되지 못한 것도 비례성원칙과 보안처분의 직선적 관계성을 표현하는 위 공식이 기여한 측면을 무시할 수 없다.

55) 탁희성/김대근/김유근/김성돈,「한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구 -형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언-」, 한국형사정책연구원, 2014, 188면 이하.

벌 뿐 아니라 보안처분에 대해서도 강화된 비례성원칙이 타당하게 적용되어야 할 것으로 보인다.[56]

다) 비례성심사에서 비교형량의 대상의 구체화

비례성원칙은 보안처분법의 입법지침이지만, 헌법재판소에서 이루어지는 비례성심사는 보안처분법에 대한 사후적 통제의 일환에 해당하는 것이므로 입법자에 대해서 뿐 아니라 법적용자에 대해서도 요구되어야 한다. 개별보안처분종류가 그 입법단계에서나 부과단계에서 비례성원칙이라는 실질적 정당화요건을 충족시키고 있는지를 심사함에 있어 보안처분법의 입법목적을 달성하기 위해서 투입될 보안처분이 적합한 수단인지, 그 목적달성을 위해 기본권제한이 최소한의 정도에 그치는 것인지, 그리고 보안처분을 통해 얻게 될 이익이 그로 인해 제한될 기본권을 비교형량함에 있어 제한되는 기본권의 무게가 더 커지지 않고 양자가 균형을 이룰 것을 요한다. 보안처분의 적합성심사, 필요성심사, 그리고 균형성심사를 함에 있어서 다음과 같은 점을 유의해야 한다.

첫째, 보안처분을 통해 달성하려는 보안목적을 공익으로, 보안처분에 의해 제한되는 기본권을 사익으로 치환하여 양자를 형식적으로 대비시키면서 공익목적을 위한 보안처분을 우위에 두는 결론을 쉽게 도출해서는 안된다. 오히려 보안처분에 의해 제한되는 대상자의 기본권이 구체화되어야 할 뿐 아니라,[57] 보안처분을 통해 달성하려는 보안목적도 구체적인 보호법익으로 구체화되어야 한다. 이를 위해서는 먼저 보안처분의 부과로 인해 제한되는 것으로 예상되는 다양한 기본권의 종류를 확인해야 한다. 예컨대 치료감호의 경우는 신체활동의 자유가 박탈당하고, 위치추

---

56) 자유박탈적 보안처분이 아니라 자유제한적 보안처분의 경우에도 형벌의 경우 자유형을 전제로 한 형법에 대해 적용될 헌법 제37조 제2항의 비례성원칙 등 기본권제한의 한계를 그대로 적용해야 정당화될 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 만약 보호수용과 같은 보안처분이 도입된다면, 이러한 자유박탈적 보안처분의 정당화를 위해서는 - 보안처분의 법적 근거가 자유형의 경우와는 달리 단순한 예측을 근거로 할 뿐 아니라 집단을 위해 개인을 희생시키는 수단으로 사용되는 측면 때문에 - 그 집행에 있어서 자유형의 집행과 본질적으로 차별화되어야 할 것이 요구된다(이에 관해서는 정웅일/김성돈, "형법개정안의 보호수용제도에 대한 검토", 성균관법학 제23권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2011 참조.

57) 종래 헌법재판소는 많은 경우 보안처분을 통해 달성하려는 목적을 공익으로 보고, 보안처분에 의해 제한되는 기본권을 사익으로 보아 양자를 비교형량함에 있어 사익에 비해 공익의 우위성을 인정하는 심사논리를 전개해 왔다. 이러한 심사논리에 따르면 보안처분으로 인해 달성하려는 목적이 우위에 있는 한 보안처분이라는 수단을 통한 기본권제한의 정당성이 부정되는 경우는 좀처럼 인정되지 않는다.

적전자장치부착명령과 신상정보공개명령의 경우는 인격권까지 제한되며, 성충동약물치료명령의 경우에는 신체의 자유 뿐 아니라 인간의 존엄과 가치도 침해되는 것임을 확인해야 한다. 다음으로 보안처분을 통해 달성하려는 보안목적도 사회의 안전과 같이 추상화된 수준이 아니라 보안처분 대상자가 장차 범하게 될 범죄가 구체적으로 어떤 가치 내지 이익(즉 보호법익)을 침해하게 될 것인지도 확인해야 한다.[58] 보안처분이 보안목적을 추구함에 있어 구체적으로 보호하려는 법익은 대상자가 장래 범할 것으로 예측되는 범죄와 관련되어 있다. 여기서 재범의 위험성과 연계되는 범죄로 인해 침해되거나 침해될 위험이 있는 일정한 보호법익으로는 생명, 신체, 자유 등 중대한 법익을 손꼽을 수 있다. 공공의 이익 그 자체도 보호법익으로 할 수는 있지만, 개인의 명예나 재산권 등을 직접 보안목적 관련적 보호법익으로 내세우기는 어렵다.[59]

둘째, 비례성심사에서 비교형량의 대상, 즉 보안처분을 통해 보호할 법익과 보안처분에 의해 제한될 기본권을 구체화하더라도 이들 각각에 대해 동일한 무게를 부여할 수는 없다. 보호법익은 아직 그 침해가 현실화되지 않고 침해될 위험성(재범의 위험성)만으로 보안처분의 투입을 근거지우기 때문에 항상 불명확한 예측이 수반되는 반면, 대상자에 대한 기본권제한은 언제나 현실적이다. 즉 보호할 법익에 대한 장래의 위험성과 현실적으로 제한될 자유권적 기본권의 비교에서 전자는 언제나 가상의 평가를 띨 수밖에 없으므로 실증적(경험적)인 관점에서 볼 때 원칙적으로 외관상 양자의 무게가 비슷하더라도 후자에 대해 더 후한 무게를 인정해야 할 것이다. 즉 비례성심사의 저울대에 올려지는 보안목적 내지 보호법익의 무게를 저울질 할 경우에는 장래의 재범의 위험성이라는 척도에 내재해있는 불확정성 때문에 그 무게를 일정부분 감소시켜 비교형량하지 않으면 안된다.[60]

---

58) 최근 '안전에 대한 기본권'도 보안목적을 정당화하기 위한 근거의 하나로 삼는 견해도 있지만, 이것이 보안목적과 관계되는 구체적인 가치 내지 이익은 아니다.

59) 이 때문에 후술하듯이 보호하려는 법익과 그로 인해 제한되는 자유권적 기본권의 무게가 추상적인 차원에서 이미 판가름 날 경우에는 그 자체로 균형성이 부정되므로 비례성원칙에 위배될 소지가 크다. 예컨대 자유박탈이라는 중대한 기본권제한을 내용으로 하는 치료감호라는 보안처분을 부과하기 위해 재산범죄를 전과범죄나 단서범죄의 목록에 넣을 수 없기 때문에 치료감호의 전과범죄나 단서범죄를 일정한 중대범죄로 제한할 것이 요구된다. 뿐만 아니라 신상정보공개 및 고지·등록제도의 경우 카메라이용촬영죄, 디엔에이 유전자정보 이용 및 수집의 경우 주거침입죄나 퇴거불응죄, 재물손괴죄 등과 같이 비교적 경미한 범죄를 단서범죄로 삼는 보안처분법은 균형성심사를 통과하기 어렵다.

60) 예컨대 보안처분 가운데 위치추적 전자장치 부착명령의 경우와 같이 제한되는 기본권이 두 개 이상인 경우 이 점까지 고려하여 비교형량에서 고려해야 한다. 보안처분의 선고단계에서 두 개

셋째, 보안처분은 재판시의 재범의 위험성을 기초로 하는 것이기 때문에 보안처분을 부과할 시점에 초점을 맞추어 비례성심사를 해야 한다. 뿐만 아니라 재범의 위험성은 가변적이기 때문에 이미 보안처분을 선고받은 대상자가 형벌의 집행을 종료하거나 집행을 면제받거나 또는 가석방될 경우에는 보안처분의 집행에 들어가기 이전 시점에서도 비례성심사를 해야 한다. 더 나아가 선고된 보안처분이 집행되고 있는 동안 재범의 위험성이 제거되는 경우도 있을 수 있기 때문에 보안처분의 집행단계에서 중간심사를 통해서도 비례성심사를 거칠 것이 요구된다.[61] 예컨대 자유박탈적 보안처분인 치료감호의 경우 시간의 흐름에 따라 행위자의 장애상태가 호전되어 재범의 위험성 뿐 아니라 치료의 필요성도 감소하여 자유박탈이 더 이상 필요하지 않고 통원치료만으로도 보안처분의 목적을 달성하기에 충분하다고 판단할 수 있다. 이와 같은 재범의 위험성(또는 치료의 필요성)이 가지고 있는 가변성을 고려하기 위해서는 선고된 보안처분이 실제로 집행되기 이전 또는 보안처분이 집행되는 동안에 보안처분의 (계속) 집행의 필요성을 심사하는 이른바 중간심사제도[62]를 두지 않고 있다면 문제의 보안처분종류가 비례성원칙에 반한다고 해야 한다.[63]

이상의 보안처분이 중첩적으로 선고될 경우도 마찬가지이다.

61) 특히 보안처분의 선고 후 집행 전 또는 보안처분의 집행도중에 중간심사에서 보안처분의 계속집행의 필요성이 제거되었다고 볼 수 있는 경우 보안처분의 집행유예제도나 가해제(및 그와 결합된 보호관찰)라는 중간적 제재를 둘 필요가 있다.

62) 예컨대 위치추적전자장치부착명령의 경우 그 부착명령의 탄력적 집행을 위하여 피부착자 및 보호관찰소장은 3개월마다 가해제를 신청할 수 있으며(제17조), 재범의 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 부착명령을 가해제할 수 있도록 하고 있는 것(제18조)이 그 예이다.

63) 이러한 점을 고려하여 헌법재판소는 예컨대 신상정보등록제도와 관련하여 법원이 신상정보등록을 할 필요가 없다고 인정할만한 특별한 사정이 있는 경우도 존재할 수 있으므로 이를 판단할 수 있도록 하거나 이미 마쳐진 신상정보등록에 관하여도 당사자가 불복할 수 있는 절차를 마련하는 등의 입법적 보완조치를 취하는 것이 바람직하다고 밝힌 바 있다. “이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 일단 20년으로 정해지고 나면, 등록대상자가 재범의 위험성이 줄어들었다는 점을 입증하여 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위해 심사를 받을 수 있는 여지도 존재하지 않는다. 이는 유죄판결이 확정된 시점에서 한 재범의 위험성에 관한 판단이 장래 20년까지 유효하다는 것을 전제로 한 것이다. 그러나 등록대상자가 재범을 저지르지 않고 일정 기간을 경과한다면 재범의 위험성이 그만큼 줄어든다고 할 것임에도, 이 점을 반영하지 않고 일률적으로 20년 동안 신상정보를 관리하는 것은 입법목적의 달성을 위하여 지나치게 과도한 제한을 가하는 것이다. 특히 이 사건 관리조항은 국가가 반사회성을 교정하고 궁극적으로 건전하게 성장하도록 도와야 할 소년범의 경우에도 예외 없이 20년 동안 신상정보가 관리되게 하므로, 소년범의 교정 가능성을 부정하는 것과 다름없어 지나치게 가혹하다. 따라서 최초 등록일부터 일정 기간이 지난 후에는 등록대상자의 신청에 따라 재범의 위험성을 심사한 후 신상정보 등록을 면제하거나 등록기간을 단축할 수 있는 수단을 강구할 필요가 있다.”(헌법재판소 2015.7.30. 2014헌마340·672,2015헌마99(병합))

Ⅳ. 나오는 말

보안처분이 형사제재의 제2원으로서 투입되고 있는 빈도수만 보더라도 보안처분의 약진은 우리나라 형사사법의 역사에서 미증유의 현상을 보이고 있다. 이점은 일차적으로 입법자나 형사실무가가 법익보호과제를 형벌이라는 수단만으로 감당할 수 없다는 '형벌'의 역할실패를 자인하고 있음의 방증이기도 하지만, 보안처분에 대해 거는 기대가 과도하거나 사실무근인 측면도 있다고 하지 않을 수 없다. 특히 이러한 측면은 형벌을 보완하기 위해 고안된 보안처분을 법적용자가 마치 '부가형'처럼 투입하려는 실무의 태도로 이어져 보안처분의 오남용 현상을 부추기고 있는 것이 아닌가 하는 의구심을 자아내게 만든다. 형벌의 실패[64]가 초래한 틈새를 헤집고 들어온 보안처분의 만연현상을 적절하게 통제하지 못하면 결국 형사사법의 총체적 난국으로 이어지게 될 지도 모른다. 이러한 상황에서 그 정당화근거가 허약하고 부실하다는 의혹까지 받고 있는 보안처분의 약진을 그대로 방치하면 보안처분이 추구하는 '안전' 뿐 아니라 안전사회의 테두리 속에서 - 보안처분을 통해서도 제한할 수 없는 - 시민들이 누려할 최소한의 '자유' 및 불가침의 기본적 '인권'까지 잃어버릴 사태가 초래될지도 모른다. 이러한 불행한 사태가 현실화될 가능성이 단순한 억측이 아님은 현행 보안처분 관련 법률과 보안처분의 종류가 헌법적 정당화요건을 충족시키지 못하고 있다는 점을 통해 확인할 수 있었다.

앞서 살펴보았듯이 현행 보안처분 관련 법률과 개별 보안처분들을 일별하면 본래 추구해야 할 목적과 무관하게 사회의 집단적 처벌요구를 과도하게 반영한 결과 합목적성조차도 충족시키지 못한 보안처분들도 눈에 띈다. 뿐만 아니라 합목적성을 추구하기 위해 만들어진 보안처분도 실제로 투입될 경우에는 그러한 목적합리성을 견지하고 있지도 않을 경우도 있음이 확인되고 있다. 무엇보다 개선목적 없이 순수 보안목적만을 추구하도록 만들어진 보안처분은 대상자의 사회복귀를 촉진

64) 특히 보안처분의 보안목적과 집행상의 개선목적은 이미 형벌을 통해서도 어느 정도 실현할 수 있는 가능성이 있다. 예컨대 형벌은 그 본질상 응보책임을 근거로 하지만, 그 책임범위 내에서 행위자에 대한 재사회화적 특별예방목적을 추구해야 하는 것은 보안처분이 추구해야 할 개선목적과 중첩된다. 이 때문에 형벌집행과정에서 수형자에 대한 맞춤형 치료와 교육프로그램을 충실하게 활용하여 재사회화목적을 충실하게 이행하였다면, 보안처분의 투입까지 필요없게 되는 사례도 적지 않게 나올 수 있다. 하지만 최근 우리나라의 형사정책에서 보안처분의 약진이 이토록 두드러진 것은 형벌집행과정에서의 재사회화적 수단을 활용하지 못한 형벌의 실패에 일차적인 원인이 있다고 볼 수 있다.

하는 '통합적' 보안처분이 아니라 대상자를 사회에서 추방하려는 '배제적' 보안처분일 뿐이다. 이러한 배제적 보안처분을 만들어내는 보안처분법은 범죄자를 자유와 권리를 가진 시민으로 보는 대신 제거해야 할 적으로 보는 적대자형법에 지나지 않으므로 법치국가에서 정당화되기 어렵다.

형식적으로 소급금지원칙이나 명확성원칙에 정면으로 위배되는 보안처분법이 어떤 의미있는 저항에도 부딪치지 않고 계속 만들어지고 있다. 뿐만 아니라 실질적으로 보안목적이나 개선목적에 적합하지 않거나(특히 성충동약물치료명령), 대상자에 대한 최소침해원칙에 반할 소지가 있거나(예, 통원치료의 가능성을 인정하고 있지 않은 치료감호제도[65]), 보안처분을 통해 얻게 될 이익에 비해 대상자의 기본권을 과도하게 제한함으로 균형성원칙에 반하는 보안처분이 선고되는 것도 다반사이다. 보안처분도 형사제재체계 내에서 형벌과 동일하게 국가의 강제적 개입을 통한 기본권제한을 내용으로 하는 것인 한, 형벌과 형벌법규에 대해 요구되는 헌법적 정당화요건이 보안처분에 대해서도 동등하게 유지되어야 할 것이 보안처분법정주의 및 비례성원칙의 요청이라면, 위와 같은 보안처분은 헌법적으로 정당화되기가 어렵다. 이 때문에 이미 헌법재판소로부터 비례성원칙에 반한다는 이유로 위헌결정을 받은 보안처분도 있고(예, 20년간의 신상정보등록의 기간), 입법단계에서부터 비례성원칙에 위배되게 만들어진 것임을 이유로[66] 또는 그 적용상 비례성원칙에 반하는 것이라고 볼 여지가 있는 것임을 이유로[67] 장차 위헌결정 받을 것으로 예상되는 보안처분도 있다. 특히 동일한 대상자에 대해 수개의 보안처분이 중첩적으로 적용될 경우에는 최소침해의 원칙이나 과잉금지원칙에 위배될 여지가 있다.[68]

---

65) 이글이 완성된 이후 2015년 11월 12일에야 치료대상자에게 통원치료의 가능성을 인정하는 치료명령제도의 신설 등을 내용으로 하는 치료감호법 일부개정안이 국회를 통과하였다.

66) 2013년 2월 8일 대전지방법원 제12형사부 또한 당사자의 동의가 없는 화학적 거세를 규정한 제4조 제1항과 제8조 제1항에 대한 과잉금지원칙, 인격권과 자기결정권 위반 등의 이유로 위헌법률심판을 제청한 상태임은 앞서 살펴본 바와 같다.

67) 청소년 성매매 관련 범죄자에 대한 신상정보공개제도에 관해서 2003년 헌법재판소는 인격권과 평등권에 대한 과잉침해라는 이유로 위헌 의견이 5명으로 다수의견이기는 하였으나 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정 정족수 6인에 이르지 못하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 내린 바 있다(헌법재판소 2003.6.26. 2002헌가14).

68) 이러한 점을 고려하면 최근 보호수용이라는 자유박탈적 보안처분의 도입과 관련해서도 그 전제로서 과거 보호감호의 빈자리를 형벌로 메우기 위한 보안형벌(장기화된 법정형)을 다시 재조정해야 하고, 누범이나 상습범의 가중처벌규정을 삭제해야 할 뿐 아니라, 책임형벌을 보완하기 위해 우후죽순처럼 만들어진 보안처분의 종류 가운데 신상정보공개제도나 약물치료제도를 폐지하고, 위치추적전자부착장치명령의 경우도 독자적 보안제도가 아니라 보조수단이 되도록 할 것이 요구된다.

예컨대 아동청소년성보호법에 의하면 카메라등이용촬영죄에 대해서는 신상정보공개 뿐 아니라 보호관찰, 위치추적전자장치부착명령 등을 동시에 부과할 수 있는데, 적용자가 이 모든 보안처분을 한꺼번에 부과할 경우 보안처분의 이와 같은 과잉부과가 비례성원칙에 반하여 정당화될 수 없음은 불을 보듯 뻔하다.

입법상으로나 적용상 정당화되지 못하는 보안처분의 투입이 형사사법의 총체적 난국으로 이어지지 않기 위해서는 입법자와 법적용자는 보안처분에 대해 요구되는 정당화의 의미와 그 정당화의 기준을 더욱 높이고 섬세하게 다듬어야 한다. 무엇보다도 보안처분은 장래의 재범의 위험성이라는 불확실한 예측을 근거로 삼는 것이기 때문에 그 자체로 남용의 위험이 내재되어 있다. 왜냐하면 보안처분은 사회전체의 안전을 위한 개인의 자유 희생이라는 기반위에 구축되어 있는 결과, 입법자나 적용자가 개인을 위험한 전체주의적 사고로 도구로 삼으려는 비윤리적 유혹에 노출되어 있으면서도 - 이를 인지하지도 못한 채 - 오히려 공리주의적 사고 프레임으로 그 법적 근거를 제공하려는 경향성을 가지고 있기 때문이다. 보안처분의 남용과 유혹을 억제하기 위한 높고도 정교한 정당화 요건이 필요한 이유는 바로 이 때문이다.

(논문투고일 : 2015.11.23, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

김 성 돈

보안처분, 보안목적, 개선목적, 비례성원칙, 위치추적전자장치
치료감호

【참 고 문 헌】

Fernado Guanarteme Sannchez Lazaro, Eine Dekonstruktion der Massregeln der Besserung und Sicherung, FS-Roxin zum 80. Geburstag, Bd.2. 2011, S. 1219

Hans Welzel,「Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung」, 1969

Klaus Roxin,「Strafrecht AT」Bd 1, Verlag C. H. Beck Muenchen, 2003

Tobias Mushoff,「Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung ueber das Verhaeltnis von Schuld und Praevention」, Peter Lang GmbH, 2008

Wolfgang Frisch, Massregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 102, 1990

강우예/박학모,「형사법개정연구(Ⅳ) : 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원

김성돈, "보안처분과 소급금지원칙",「형사법연구」제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013

정지훈/김성돈, 형법개정안의 보호수용제도에 대한 검토, 성균관법학 제23권 제2호

배종대,「형사정책」(제9판), 홍문사, 2014

손동권,「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005

심재우, "보안처분의 한계",「고시연구」제12권 제4호, 고시연구사, 1985. 4

이재상,「보안처분의 연구」, 법문사, 1978

탁희성/김대근/김유근/김성돈,「한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구 - 형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언 -」, 한국형사정책연구원, 2014

Zusammenfassung

Zweckmaessigkeit und Legitimation von Massregeln zur Sicherung und Besserung

Kim, Seong Don

Neudings wird eine sprunghafte Zunahme von Massregeln zur Sicheru ng und Besserung(=Massregeln) in den Vordergrund von koreanishen Krim inalpolitik gestellt. Diese Erscheinung ist darauf zurueckzufuehren, dass in den letzten 10 Jahren mehrere neuartige Massregeln in die koreanische Re chtsordnung eingefuehrt geworden sind. Bekanntlich ist Massregeln als ein e kriminalrechtliche Sanktion dadurch von Strafe zu unterscheiden, dass si e Mittel zur Abwehr gegen kuenftige Gefahr von Betroffene aufgrund von unsicherliche Vermutung aufgelegt wird, waehrend Strafe aufgrund von v ergangene sicherliche Unrecht und Schuld aufgelegt wird. Massregeln hat aber eine grosse Schattenseite gerade deswegen, weil sie fuer die kollektiv e Interesse die Opferung von individuellen Betroffene verlangt, obwohl sie einen Vorwand von Praevention und Verteidigung von Allgemeinheit such t. Deswegen geht die vorliegende Arbeit davon dass, Massgeln sich nicht nur mit kriminalpolicher Zweckmaessigkeit befriedigt sondern auch mit de m starken Legitimationsgrund begruedet. Als Ergebnis laesst sich festhalte n:

Erstens, Aus dem verfassungrechtlichen Gesichtspunkt muss Massregel n legitime Zwecke versuchen. Dazu soll sie sowohl Sicherungszweck fuer

die Sicherheit von Allgemeinheit als auch Besserungszweck bei der Vollsr eckung haben. Aber die Massregeln muss niemals allgemein Praeventionsz weck versuchen. Zweitens, fuer die Massregeln muss die Gesetzlichkeitsp rinzip als rechtsstaatliche Garantie in der gleichen Mass wie fuer die Straf e, weil Massregeln nicht anders als Strafe in dem Sinne, dass sie beide m it gleichem Eingriff in die Freiheitspaehre einhergehen. Dazu soll die Best immtheitsgebot und Rueckwirkungsverbot auch fuer die Massregeln angewe ndet werden. Drittens, Die verfassungsrechtliche Vorgabe zur Einschraenku ng der Freiheit(§37②KorGG) muss fuer die Massregeln angewendet werde n. Diese Vorgabe ist als Ausdrueck von staatlichen ethischen Pflicht, die nicht die Opfergrenze der Eingriff in die Freiheit ueberschreiten soll. Um die Massregeln und Massregelrecht materiell bzw. inhaltlich einzuschraenke n, soll die 3 Kriterien von Verhaeltnismaessigketsprinzip(Geeignetheit, Erfo rdlichkeit und angemaessne Verhaelnis) konkreter und ausfuerlicher als fru eher ausformuliert werden.

Kim, Seong Don

Massregeln, Sicherungszweck, Besserungszweck, Verhaeltnismaessigkeitspr inzip, elektrische Fussfessel, Unterbringung in die therapeutische Anstalt

기업의 환경책임 강화에 관한 소고*

-기업환경원칙 도입을 중심으로-

김 은 정**

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 환경보호와 기업규제
1. Unocal 사례
2. 회사법상 환경보호에 관한 책임
3. 기업의 환경책임과 법인격 부인
Ⅲ. 기업환경원칙
1. 기존 규정상 기업의 환경보호의무
2. 기업환경원칙의 주요 내용
3. 기업환경원칙의 도입 효과
Ⅳ. 환경책임 강화를 위한 개선방안
1. 기업환경원칙의 도입
2. 기업지배구조상 환경위원회 설치
3. 정관상 환경책임조항 추가
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

미국의 경우 1990년대 나이키(Nike)와 갭(GAP) 등의 비윤리적 기업경영이나 2000년대 Enron(이하 '엔론'이라 함), Worldcom, Arthur Andersen 등이 연루된 기업 회계부정사건 이후에 시민구성원으로서 기업의 사회적 책임의 실천과 평가에 관한 다양한 논의가 제기되어 왔으며, 기업 재무 공시에 관한 중요한 법률이 제정되어 운영되고 있다.[1] 이와 같은 회계부정 사건들로 인하여 기업의 사회적 책임에 관한 논의가 재조명되었으며, 최근에는 사회적 책임의 범위가 환경보호에까지 확대되었다. 이에 우리 또한 기업의 사회와 환경에 있어서 자율규제에 관한 고려가 필요하며, 이를 위한 국제적인 여러 기준들을 검토할 필요가 있다고 보여 진다.

기업의 환경보호에 관한 자율적 규제를 강조하는 입장에서는 기업의 환경에 관한 자율규제기준으로 기업환경원칙(Corporate Environmental Principles, 이하 'CEP')을 제안하고 있다.

---

* 본고는 2013년 한국법제연구원「기후변화와 창조경제 활성화를 위한 법제연구」를 참고하여 작성 됨.
** 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사.
1) Sarbanes-Oxley Act of 2002, 15 U.S.C. §§ 7201-7266.

기업의 사회적 책임의 이행을 위해서는 기업의 사회적 책임을 위한 프로그램을 개발하고, 보다 구체적인 지침 등을 적용하여 인식전환을 통한 자발적인 이행을 유도하는 것이 필요하다. 이에 환경보호라는 우리 시대의 과제에 있어 미국의 기업환경원칙의 도입 논의는 오늘날 국제적으로 환경규제를 다루는 기업들에게 장기적으로는 상당한 이익이 될 수 있는 하나의 대안이 될 수 있다고 생각한다. 기업환경원칙은 준법을 토대로 주주의 우려에 신속하게 부응하는 모범 행동지침을 제시하는 중요한 수단으로 작용할 수 있기에 기업이 자발적으로 환경에 관하여 기업경영 상 구체적인 방향성을 구축해 가는 데 중요한 역할을 할 수 있기 때문이다. 아울러 이를 바탕으로 기업지배구조 상 환경운영위원회와 환경감사위원회 설치를 통하여 기업의 지속가능한 경영을 유도하고, 자신의 영향력과 위치에 맞는 사회적 역할과 책임을 다할 수 있도록 제도적 뒷받침 또한 고려해 볼 수 있을 것이다. 또한 기업의 환경에 관한 행위 지침 준수를 위하여 정관상 환경책임 조항을 추가하는 것도 좋은 대안이 될 수 있다고 본다.

우리 기업과 사회와 또 환경간의 복잡한 관계와 갈등 가운데 함께 상생하며, 또 성장할 수 있는 해결방안의 모색이 시급한 실정이며, 이에 기업의 인식전환과 이행은 지속적으로 구현해야 할 우리의 당면 과제라 할 것이다.

Ⅰ. 들어가며

미국의 경우 1990년대 나이키(Nike)와 갭(Gap) 등의 비윤리적 기업경영이나 2000년대 Enron(이하 '엔론'이라 함), Worldcom, Arthur Andersen 등이 연루된 기업 회계부정사건 이후에 시민구성원으로서 기업의 사회적 책임의 실천과 평가에 관한 다양한 논의가 제기되어 왔으며, 기업 재무 공시에 관한 중요한 법률이 제정되어 운영되고 있다.[2] 엔론사건은 불법공모, 특수목적회사를 이용한 사기적 거래, 손실 은폐와 회계부정, 증권사기, 통신사기, 위증, 자기거래, 내부자 거래 등 기업에서 일어날 수 있는 다양한 부정행위들이 모두 발생한 사건이다.[3] 그 결과 엔론 그룹의 파산은 그 지역사회, 나아가 다른 기업들에게까지 큰 손실을 야기하였게 되었고, 이로부터 기업의 지배구조에 관하여 논의가 본격적으로 제기되었다. 즉, 기업에 관하여 주장되어 왔던 주주중심주의와 이해관계자 중심주의에 관한 재논의가 시작되었으며, 기존의 주주중심주의에 관하여 많은 회의론적인 입장이 대두되게 된 것이다.[4] 이처럼 근래의 회계부정 사건들로 인하여 기업의 책임 일반에 대해서는 심각하게 논의되면서 최근에는 환경보호에 있어서 기업의 책임 재고가 논의되기 시작하였다.[5] 이에 우리 또한 기업의 사회와 환경에 있어 자율규제에 관한 고려가 필요하며, 이를 위한 국제적인 여러 기준들을 검토할 필요가 있다.

기업의 환경보호에 관한 자율적 규제를 강조하는 입장에서는 기업의 환경에 관한 자율규제기준으로 기업환경원칙(Corporate Environmental Principles, 이하 'CEP')이 제안되고 있다. 즉, 엔론, Worldcom, Arthur Andersen 등 기업 회계 부정사건으로 세계적으로 이슈가 되면서 부각되었던 기업의 사회적 책임에 관한 인식이 그 범위를 확장하여 환경, 특히 기후변화에 관한 대안으로 제기되고 있는 것이다.

따라서 본고에서는 기후변화와 기업규제에 관하여 살펴보기 위하여 먼저 회사법상 기업의 환경에 대한 책임 규제에 대하여 분석하기로 한다. 두 번째로는 환경에 관한 기업의 사회적 책임 강화를 위한 규제 방안으로 '기업환경원칙'의 주요 내용에 관하여 살펴보고, 세 번째로 기업의 환경책임 강화를 위한 개선방안에 대하여

---

2) Sarbanes-Oxley Act of 2002, 15 U.S.C. §§ 7201-7266.
3) Russel Powell, The Enron Trial Drama: A New Case for Stakeholder Theory, 38 U. Tol. L. Rev. 1088, (2007).
4) 최준선, "기업의 부정과 기업의 사회적 책임", 성균관법학 제20권 제3호, 2008.12. 875면 참조.
5) Margaret Graham Tebo, "Fertile Water", ABA J. at 36-42 (Feb. 2001).

고찰해 보고자 한다.

Ⅱ. 환경보호와 기업규제

1. Unocal 사례

가. 사실관계[6)]

오랫동안 군부의 지배하에 있었던 미얀마는 천연가스 등 천연자원이 주된 수입원이었다. 천연가스 개발을 위하여 군부는 미얀마의 야다나(Yadana)지역에서 천연가스를 개발하여 이를 송유관을 통해서 태국으로 수출하는 프로젝트를 만들었고, 이는 프랑스의 석유회사인 토탈(Total S.A)이 주도하는 컨소시엄에 의해서 추진되었다.[7)] 총 400Km에 이르는 송유관설치공사과정에서 군인에 의한 살인, 구타, 강간, 고문, 강제노동, 재산몰수와 같은 인권침해가 발생하였고, 이에 대해 미얀마군대, 미얀마국영석유회사, 토탈 그리고 유노칼 등의 책임여부에 대하여 소가 제기된 것이다. 처음에는 1997년 9월 4명의 주민과 미얀마노조연합, 미얀마정부연합이, 이어 1997년 10월에는 다른 14명의 주민이 유노칼, 토탈, 미얀마석유회사, 미얀마 군대 등을 상대로 소를 제기하였다. 1997년 지방법원은 미얀마군대와 미얀마석유회사에 대해서는 외국인주권면제법[8)]에 따른 면책을 인정하며, 소의 관할을 부인하였고,[9)] 토탈에 대해서는 인적관할권이 인정되지 않는다며 각하하였다.[10)] 이에 유노칼에 대한 부분만을 판단하게 되었고, 2000년 8월에 지방법원은 "유노칼이 담당하는 지역에서 살인, 강간, 고문, 강제노동 등 군인에 의한 인권침해가 실제로 발생했다고 하더라도 유노칼이 미얀마 군대를 통제했다거나 그러한 행위에 적극적으로 참여했다는 점은 입증되지 않았다"며 유노칼의 입장을 지지하였다.[11)]

이후 원고 측은 항소를 통하여 군대가 국제법상 위반행위인 살인, 강간, 고문, 강제노동 등을 행하였으며, 유노칼은 그 인권침해행위를 교사·방조하였다며 유노칼의 손해배상 책임을 주장하였다. 이에 대하여 항소법원은 유노칼의 교사·방조행위 인정여부에 관하여 단지 적극적으로 참여했다는 것만으로는 부족하며, 교사·방조의

---

6) Doe I v. Unocal Corp., 963 F.Supp. 883 (C.D.Cal.1997).
7) 컨소시엄에는 토탈 외에 미얀마국영석유회사 유노칼, 그리고 태국국영석유회사가 참여하였다. 유노칼은 프로젝트 지분의 28%를 보유하였다.
8) Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA).
9) Doe v. Unocal Corp., 963 F.Supp. 880, C.D.Cal. (1997).
10) Doe v. Unocal Corp., 67F.Supp.2d 1140, C.D.Cal. (1999).
11) Doe v. Unocal Corpl., 110F.Supp.2d 1294, C.D.Cal. (2000).

기준을 “의도적인 실제의 조력, 조장 또는 범죄의 실해에 실제적인 영향을 미치는 도덕적 지지”라고 인용하였고,[12] 본 항소법원에서의 판결에 따라 유노칼은 강제노동에 있어 교사·방조행위에 대한 위반으로 손해배상책임을 부담하게 되었다.

나. 본 사안의 평가

유노칼 판결은 인권침해를 이유로 한 사례로 다국적기업을 대상으로 국제법적 관점에서 논의가 제기된 판결이라는 점에서 큰 의의가 있다고 한다. 수많은 환경과 인권피해관련 사례들이 제기되고 있는 현실을 고려할 때 앞으로는 환경과 인권침해를 이유로 한 소송이 수용될 가능성이 매우 높기 때문이다.[13] 특히, 유노칼 판결은 국제법적 소송에서 다국적 기업들의 사회적 책임에 대한 부분을 부각시켰으며, 현행법상 위험과 손해를 넘어 예방적인 차원에서의 책임의 문제까지 강화시켰다고 평가되고 있다.[14] 흥미로운 부분은 동 판결에 있어서 다국적기업 Unocal의 불법행위에 대한 책임으로 회사설립허가를 취소하고자 하는 논의까지 있었다는 것이다. 그 논거로는 기업의 설립 허가와 취소가 단지 주정부나 연방정부에서 관할하는 것이 아니라, 그에 연관된 모든 이해관계자들에 의하여 결정된다는 점이 제시되었다. 즉, 기업의 활동이 일자리 창출과 환경, 그리고 공익 보호에 큰 영향을 미치고 있기에 이에 반하는 행위를 하는 경우에는 판사의 명령에 따라 불법행위를 행한 기업을 해산하여 경영을 중지시키고, 그 기업의 자산은 타인에게 매각할 수 있다는 것이다.[15]

동 사안의 경우 환경 책임에 관하여 직접적으로 연관된 사안은 아니었으나, 향후 제기될 수 있는 사례의 범위로 환경 문제를 포함하여 기업의 사회적 책임을 강조하고 있다. 아울러 기업의 활동이 경제와 환경 그리고 관련 이해 당사자에게 미치는 영향력이 크다는 점을 감안할 때 특정 사안의 경우에는 기업의 설립허가 취소 또한 고려될 수 있다고 논의하였다. 동 사안의 판결을 살펴보면 유노칼의 직접적인 행위나 참여가 입증되지 않았음에도 인권이나 환경 등에 있어서 기업의 책임을 넓게 인정하여 교사나 방조 등을 이유로 법적 책임을 묻고 있다. 이는 기업 활

---

12) 이상수, “기업의 사회적 책임 맥락에서 본 유노칼 판결의 의미”, 법학논집 제31집 제2호, 2009, 201면 각주 56 참조.

13) Amlon Metals, Inc. v. FMC Corp., 775 F.Supp. 668, S.D.N.Y. (1991).

14) 이상수, 앞의 논문, 205면 참조.

15) Unocal사례 외에도 담배회사의 회사설립허가를 취소하기 위한 앨라배마 주의 소송이나 뉴욕 주 검찰총장이 담배연구협의회 설립허가를 취소한 사례가 있다.

동에 있어서 직·간접적으로 인과관계가 인정되기 어려운 경우일지라도 환경과 노동에 대한 책임이 인정되는 추세로 변화 되고 있음을 보여 주는 것으로 향후에는 어떠한 형태로든지 기업이 환경과 인권 등에 관하여 책임을 피할 수 없다는 점을 보여 주었다는 점에서 참고할 만한 판례라고 생각된다.

2. 회사법상 환경에 관한 기업의 사회적 책임

기업과 관련된 환경피해에 대한 단일 재해사건 가운데 최대 규모라고 할 수 있는 발데즈호 석유 유출 사건(Valdez oil spill)[16]은 1989년 3월 24일 엑손사 유조선 USS 발데즈호가 Prince William Sound 인근 알래스카에서 좌초하여 북미 사상 최대 규모인 1,100만 갤론의 원유가 유출된 환경 재해 사건이다.[17] 이 사고로 엑손사는 "선박과 화물로 인한 재해손실(약21억 달러)과 벌금과 배상(약1억 2,500만 달러), 정부 기관과의 합의(약9억 달러), 민간 당사자와의 합의(약3억 달러), 순 보상적 손해배상(약1,960만 달러)을 비롯하여 석유 유출로 인하여 총 34억 달러의 손실을 입었다.[18] 당시 동 사안에 관하여 제9순회 항소법원은 북미 최대 석유유출로 인하여 미국 사상 최대의 징벌적 손해배상이 수반되어야 하나, 징벌적 손해배상액 50억 달러는 과도하기 때문에 이를 무효로 한다고 판시하였다.[19]

엑손 발데즈호 석유 유출이 환경법을 위반한 환경 재해사안이라는 점은 명백하나, 동 사안이 회사법 위반사례로도 볼 수 있는 지는 의문이라 할 것이다. 동 사건 발생에 기업의 지배구조 운영 상 문제가 있었는지 여부 및 관련 규정 위반에 관한 현황을 객관적으로 인과관계를 판단하는 것은 쉽지 않기 때문이다.

환경법은 환경보호를 위하여 규제와 허용 여부를 다루고 있으나, 회사법의 경우에는 환경에 관하여 중립적 입장이라고 볼 수 있다.[20] 대기업은 자본과 인재, 기타 재원의 가용성에 힘입어 환경에 유익한 다양한 장점을 제공할 수 있으나, 실제로 이것이 회사법상 요구되는 요건이거나 규제 대상은 아니기 때문이다.[21] 환경에 대한 보다 적극적인 기업의 역할을 위해서는 기업이 적합한 환경전문가의 활용, 자

16) Legacy ofan Oil Spill 10 Years After Exxon Valdez: 10- Year Report.
17) The Exxon Valdez, 270 F.3d 1215, 1222 (9th Cir. 2001), remanded to the District Court, 236 F. Supp. 2d 1043 (D. Alaska).
18) Id. at 1244.
19) Id. at 1246.
20) Grant Ledgerwood & Arlene Idol Broadhurst, Environment, Ethics and the Corporation (2000).
21) Mitchell F. Crusto, Green Business: Should we revoke corporate charters for environmental viloations?, Louisiana Law Review (2003) at 178-179.

본과 준비금 등에 있어 환경보호를 위한 투자, 주주의 기업 영리성 저해에 관한 우려에 대한 대응, 타기업과의 경쟁 우위의 중요성, 법인격부인의 가능성 등 많은 부분이 고려되어야 한다.

기업의 지위에 관하여 John Marshall 판사는 "기업은 주(州) 정부의 허가로 부여되는 지위이다...."라고 언급한 바 있다.[22] 과거에는 회사법상 기업이 주(州)의회나 정부로부터 '설립허가'를 통하여 그 지위를 가지게 되었으나,[23] 현재는 미국의 경우 기업이 소재지에 관계없이 설립 지위를 선택할 수 있으므로 주(州) 정부의 기업에 대한 실질적인 통제권은 매우 약하다고 볼 수 있다.[24] 기업이 설립되면 기업은 그 지위를 가지고 다양한 기업 활동을 하게 되며, 일반적으로 기타 법률 위반을 이유로 기업의 지위가 상실되지는 않는다. 즉, 기업에 관하여 "… 주(州) 정부의 회사법이 일반적으로 투자자나 채권자, 고용주, 고객, 일반인을 보호하기 위하여 기업의 행위를 규제하지 않는다"는 것이다.[25]

미국의 기업에 관한 전통적 입장을 살펴보면 초기 경영진으로부터 주주를 보호하고자 하였던 Berle의 이론에 바탕한 주주중심주의로 주주가 자금을 공급한 회사는 주주의 소유재산이고, 그 자금공급의 이유는 수익을 위한 것이므로 회사 경영진은 주주이익의 극대화를 추구해야 한다는 것이다.[26] 이와 달리 독일 등 대륙법계 국가에서는 이해관계자중심주의를 취하고 있다. 주주중심주의의 입장에서는 일반적으로 기업이 사업과 관련없는 분야에 주주의 재산을 사용하는 것에 부정적인 입장을 취하고 있으며, 이는 기업의 사회적 책임이라는 부분에 부정적인 태도라 볼 수 있다. 회사는 사적인 결합체로서 사회적·도덕적 의무를 부담할 능력은 필요없다고 보며, 기업의 유일한 책임은 단지 수익의 극대화에 있다는 것이다.[27] 이와 달리 이해관계자중심주의에 따르면 그 사업활동에 있어 주주의 이익뿐만 아니라 공동체의 이익을 함께 고려하여야 하고, 따라서 회사는 기부행위 등을 통하여 공

---

22) Trustee of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat) 518 (1819).

23) Paul v. Virginia, 75 U.S. 168, 19 L. Ed. 357 (1869).

24) 이는 하향평준화를 초래하였으며 이에 기업은 규제에 있어 최소한의 기준만을 따르고 있다. 미국에서는 기업 설립 시 대부분 기업 발기인과 이사 대부분 기업세법의 구조가 투명하고 간결한 델라웨어(Delaware)주를 선택하고 있다(William Cary, "Federalism and Corporate Law Reflections upon Delaware", 13 Yale L.J. 663 (1974)).

25) Mark J. Loewenstein, "Delaware As Demon. Twenty-Five Years After Professor Cary's Polemic", 71 U. Colo. L. Rev. 497, at 503-07 (2000).

26) 장덕조, "기업의 사회적 책임-회사본질론을 중심으로-", 상사법연구 제29권 제2호, 2010, 83-84면 참조.

27) 장덕조, 앞의 논문, 90면 참조.

동체나 주주 이외의 자들의 이익추구행위도 회사의 목적범위 내 행위라고 본다. 즉, 기업지배구조가 단지 주주의 이익을 극대화시키기 위한 것이라기보다는 이해관계자를 위한 것으로 모두의 이익을 위한 수단으로 보게 되는 것이다.[28]

최근까지 기업의 본질에 관하여는 주주중심주의의 입장에서 이사회의 구조와 기능, 그리고 주주의 이윤 극대화를 바탕을 두고 발전해 왔다고도 볼 수 있다. 하지만 앞서 언급한 엔론 등 기업 스캔들에 따른 문제들이 발생하면서 기업의 이해관계자주의에 관한 부분이 주목을 받으며, 경영진의 사기행위 개입 방지를 위한 투명경영 등이 가능하도록 할 것을 목적으로 하는 기업개혁을 위한 제안들이 등장하기 시작하였다.[29] 이로써 기업 경영진들에게 투자자 보호를 위한 강력한 내부 감시 시스템과 함께 기업 회계책임 메커니즘, 투명성 및 공시를 위한 제도를 마련하게 되었다. 아울러 기존의 주주지상주의 입장은 그 범위가 확장되어 주주 및 기타 이해관계자들로 근로자, 공급자, 고객, 은행 등의 금융업자, 규제당국, 그리고 널리 환경 및 지역사회 등까지 인정하는 이해관계자주의로 전환되고 있다.

3. 기업의 환경책임과 법인격 부인

기업이 회사 설립에 관한 의무조항을 준수하지 않는 등의 극히 드문 경우를 제외하고는 일반적으로 기업이 그 지위를 상실하게 되는 즉, 설립 취소가 발생하지는 않는다.[30] 다만, 위반 행위가 기업의 법인격상 문제가 되는 경우에는 이러한 사실을 알면서 계약을 체결한 당사자까지 함께 책임을 부담하게 할 수 있다.[31] 즉, 법원은 이에 따른 책임에 관하여 흔히 합명회사에 대한 "책임전환"으로 간주하여 이를 알면서 체결하였거나, 악의로 참여한 자에 대해 개인적인 책임이나 연대책임을 부과하는 '법인격 부인론'을 인정한 것이다.[32] 미국에서 법인격에 관하여는 법인 집합설(aggregate theory)과 법인 실재설(entity theory)로 구분된다.[33] 집합설은 주주지상주의와 상통하는 개념으로 회사를 주주의 사적 재산권의 관점에서 분석함으로써 회사의 실재를 부정하고, 회사의 배후에 있는 주주라는 중요한 구성원에

---

28) Amiram Grill, "Corporate Governance as Social Responsibility", 26 Berkeley J. Int'l L. (2008), 452, at 458.

29) 한철, "기업의 사회적 책임(CSR)과 기업지배구조", 상사판례연구 제22호 제3권, 2009. 9., 319-320면 참조.

30) Rev. Model Bus. Corp. Act § 2.04 (1984).

31) Rev. Model Bus. Corp. Act § 2.04 (1984).

32) Carlton v. Triplett, 517 P.2d 136 (Kan. 1973).

33) 장덕조, 앞의 논문, 111면 참조.

그 논의의 초점을 맞추고 있다.[34] 이와 달리 실재설은 이해관계자주의의 근거가 되는 개념으로 회사를 독립된 법인격으로 취급하면서 이사는 주주가 아닌 회사를 위한 대리인으로 보며, 회사이익과 주주이익은 구별되는 것으로 보고 있다. 이 경우 회사의 이익은 주주 이외에도 이해관계자 모두를 포괄하는 개념으로 볼 수 있기에 채권자, 종업원, 지역사회, 공급자, 고객 등의 이익까지 고려해야 한다는 것이다.

즉, '법인격 부인론'은 법원이 법인격을 부인하고 개별 주주에게 기업의 채무를 부과하는 경우로 기업이 기업의 지위를 상실하게 되는 대표적인 사례라 할 수 있다. 이러한 법인격의 부인은 허위진술이나 과소출자, 기금 혼합, 기업의 형식적 절차 준수 불이행과 같이 복합적인 요인을 포함하여 다양한 이유로 인정된다.[35] 법인격 부인론에 관하여는 미국과 마찬가지로 우리나라에서도 매우 제한적으로 인정하고 있다.[36]

기업의 환경책임과 관련한 법인격부인론에 관한 대표적인 사례는 1980년대에 환경대응보상책임법(CERCLA: Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act)[37]과 관련된 모회사-자회사 간의 United States v. Bestfoods 사건[38]이다. 본 사례에서 대법원은 회사법상 충돌하는 두 개의 원칙을 인정하였는데, 그 중 첫 번째 원칙은 "모기업이 자회사의 행위에 대하여 책임을 지지 않는다"는 것이고,[39] 두 번째는 "주주를 대신하여 특정한 부당한 목적, 특히 사기를 달성하기 위하여 기업의 형식을 오용할 경우…" 법인격은 부인되며, 이 경우에는 주주에게 그 책임을 물을 수 있다는 것이다.[40] 본 판결에 대하여 Souter 대법관은 "모회사의 책임은 모회사의 참여나 자회사 통제가 아니라 위반 시설의 운

34) 그러므로 주주지상주의의 법인관은 회사를 주주의 집합체로 보면서 이사는 주주의 이익만을 목표로 삼는 수탁자이고, 이사의 경영권은 국가 법률이 아니라 주주 위임에 의한 것으로 본다. 또한 주주지상주의의 또다른 축인 계약이론도 회사는 주주들의 단순한 이익집합체로 본다(장덕조, 앞의 논문, 111면 참조).

35) Robert B. Thompson, "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", 76 Cornell L. Rev. 1036 (1991).

36) 예를 들어 모기업이 자회사를 이용하여 격주 폐점을 의무화하는 법률을 회피할 경우 법원은 법인격을 부인한다(Sundaco, Inc. v. State, 463 S.W. 2d 528 (Tex. Ct. App. 1970)). 우리나라의 경우 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결에 따르면 모자회사 간의 법인격부인론의 적용요건에 관하여 구체적으로 설시하였는데, 다만 해당 사안에서는 그 요건이 구비되지 않았기 때문에 법인격부인론이 적용되지 않았다.

37) 94 Stat. 2767, as amended, 42 U.S.C. § 9601-9628 (1980).

38) United States v. Bestfoods, 524 U.S. 51, 118 S. Ct. 1876 (1998).

39) 524 U.S. 51, 61, 118 S. Ct. 1876, at 1885.

40) Id.

영에 대한 직접적인 개입여부에 따라 결정되어야 한다"라고 판시하였다.[41]

우리 상법의 경우 기업에 관하여 법인 실재설의 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다. 판례[42]를 살펴보면 "법인은 기관에 의하여 독자의 행위를 할 수 있는 실재체"라고 판시하였으며, 또한 "주식회사의 손해가 항시 주주의 손해와 일치한다고 할 수도 없다"고 판시[43]한 바도 있다. 이 뿐만 아니라 현행 상법상 인정되고 있는 대표소송의 경우 주주들이 그 소송권을 가지고 행사하게 되나, 그 결과는 주주가 아닌 회사에게 귀속되는 것 또한 회사의 이익을 보장하기 위한 실재설의 근거라 볼 수 있다고 한다.[44]

이와 같이 모회사의 책임은 자회사에 대하여 어느 정도의 통제가 있었는지를 기준으로 판단하게 되며, 자회사의 환경 준수 요건 위반이 모회사의 책임으로 인정되는 사례도 발생할 수 있을 것이다. 물론 환경에 관한 책임을 묻는 경우에 있어서 법인격 부인론을 적용하는 접근방식의 인정 여부는 쉽지 않은 부분이라 할 수 있으나, 이러한 논의는 향후 기업의 행위로 인한 심각한 환경 침해와 이로 인한 손해에 대한 효과적인 구제방안이 될 수도 있다고 본다. 실제로 환경위반을 초래한 기업의 경우 그들이 야기한 광범위한 피해에도 불구하고, 그 책임과 적정한 구제를 위해서는 모회사나 혹은 주주 등에게 그 책임을 묻는 것이 필요할 수도 있기 때문이다. 환경 등과 관련된 이러한 손해가 소비자나 투자자에게 전가될 수도 있다는 점 등을 고려할 때 기업의 환경 보호에 관한 책임은 반드시 검토되어야 할 부분인 것이다.

Ⅲ. 기업환경원칙

1. 기존 규정상 기업의 환경보호의무

기업과 기후변화에 따른 환경보호에 대한 의무와 책임에 대하여 살펴볼 때, 기업을 규제하는 회사법이 환경보호를 증진하는 역할을 하고 있는가에 관하여는 명확히 해석하기 어렵다고 볼 수 있다. 하지만 우리 사회 전반이 점점 더 글로벌화되어 지고, 복잡해지면서 기업의 성과를 사회적 책임 측면에서 평가하는 방식도 점차 확대되고 있는 실정이다. 즉, 기업의 사회적 역할과 그에 따른 책임에 수반하

41) Bestfoods, 524 U.S. at 68, 118 S. Ct. at 1887.
42) 대법원 1978.2.28, 선고 77누155 판결.
43) 대법원 1983.12.13. 선고 83도2330전원합의체 판결.
44) 장덕조, 앞의 논문, 114면.

여 기업지배구조 또한 이전의 주주중심주의의 관점에서 점차 이해관계자중심주의로 기타 윤리적 고려 사항들까지 대상으로 삼고 있는 것이다. 이에 기업지배구조에 관한 논의는 이사회와 경영자들이 근로자·소비자·지역공동체를 주주들과 함께 고려 대상으로 삼아 기업을 환경적·사회적 필요와 더욱 조화시키는 방향으로 해석되고 있다.[45]

미국법률협회(ALI)는 기업지배구조의 체계화를 위하여 1994년 기업지배구조원칙: 분석 및 제언[46]을 발표하였으며, 기업지배구조원칙 제2.01조는 "기업은 사업을 영위함에 있어 (1) 자연인과 마찬가지로 법이 정한 테두리 안에서 행위 해야 할 의무가 있다"라고 규정[47]하면서 이러한 원칙 등은 "수익 향상 여부에 관계없이 즉 경제적 이익을 산출하거나 순 경제 손실을 수반하더라도" 적용된다고 보고 있다.[48] 즉, 기업지배구조원칙은 회사법 준수여부를 결정하는 데에 비용편익에 따른 경제적 계산이 결정적인 기준이 아니라는 것을 명시하고 있는 것이다. 뿐만 아니라 기업지배구조원칙은 기업의 본래 목적인 영리성 추구에 따라 주주의 이익을 추구하여야 하나,[49] 이와 달리 기업이 윤리적 고려사항을 참작하고 공공복지와 인도주의, 교육, 박애주의적 목적에 합당한 재원을 분담할 수도 있다고 규정하고 있다.[50] 따라서, 기업에게 적법한 행위를 요구함과 동시에 사회적 책임 실천 등을 통한 윤리적 행위를 허용하고 있는 것이다. 또한, 영리성 추구에 있어서도 최근 기업경영진(이사 및 임원)이 의사결정 과정의 일환으로 직원과 납품업체, 고객, 공동체의 이익을 고려하여야 한다며 그 범위를 넓게 인정하고 있다. 이 같은 변화는 기업의 환경 보호 증진에 있어 예방적 차원에서 주된 역할을 하고 있다고 할 수 있으나, 실질적으로 그 준수 여부 및 효과에 관하여는 보완이 필요하다고 할 것이다. 구체적으로 이에 관한 가이드라인과 위반 시 제재 수단이 마련되지 않는다면 이에 대한 준수를 기대하기 어렵기 때문이다.

---

45) Doreen McBarnet, Aurora Voiculescu & Tom Campbell (eds.), The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law 9-23 (2007).

46) 기업지배구조의 원칙 검토는 주립 회사법의 일부 단점을 보여 주며, 보다 형평성있는 기준을 제시하고자 하였다(Charles Hansen, A Guide to the ALI Corporate Governance Project (1995).

47) ALI, Principles of Corporate Governance § 2.01(b)(1) (1993).

48) Id. at § 2.01(b)(1),comment (g) (1993).

49) Compare Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "The End of History for Corporate Law", 89 Geo. L.J. 439 (2001).

50) ALI, Principles of Corporate Governance § 2.01(b)(2) and (3) (1993).

2. 기업환경원칙의 주요 내용

회사법은 기업의 영리추구라는 목적 하에 환경에 대한 고려없이 기업의 성장과 영업활동 또 그에 대한 규제 등을 기반으로 발전하여 왔다. 이에 미국에서는 기업의 환경 책임 강화를 위한 수단으로 '기업환경원칙'이 논의되고 있다.[51] 동 원칙의 형태에 관하여는 ALI의 기업지배구조원칙의 일환으로 이를 채택하는 것을 고려하고 있기에 법적 준수를 강조하며, 준법을 선택사항이 아니라 절대적 요건으로 간주하고 있을 뿐만 아니라, 투명성을 장려하며 모든 이해관계자와 소비자 등 관련된 당사자들과의 관계를 중시하고 있다. 아울러 기업에게 지배구조 상 환경 관리에 비중을 두고 환경 문제에 대한 이사와 임원의 책임 강화를 포함하고 있는 것이 특징이다. 이 같은 기업환경원칙은 환경 관리에 대해 먼저 운영 차원에서 준법에 중점을 두는 한편 준법 불이행에 대해 고위 경영진에 책임을 묻는 '상향식' 접근방식이라 할 수 있다.[52] 환경과 관련된 법규가 사실상 그 규제 내용과 범위가 상당히 넓을 뿐만 아니라 해석상 모호하거나 명확하지 않은 경우가 상당수 존재한다는 점과 단지 법규 준수만으로 환경 보호라는 취지에 부합하는 목적 달성이 어렵기 때문이다.

이에 동 원칙은 "기업은 영업을 수행함에 있어 환경 문제와 관련하여서는 자연인과 마찬가지로 법이 정한 테두리 안에서 행위 해야 할 의무가 있으며 환경적으로 책임 있는 기업 행위에 적합하다고 간주되는 윤리적 사항을 고려하고 합당한 재원을 환경 보호를 위하여 사용할 수 있다"고 정하고 있다.[53] 기업이 기업환경원칙과 같은 환경보호를 위한 행동 원칙을 채택하는 이유로는 법률상의 이유, 투자자 보호, 업무의 효율성, 윤리적 이유 등을 들고 있으며, 효과적인 환경 준수 프로그램의 마련하도록 촉구하는 역할을 담당하며, 그 근거를 제공하고 있다는 점에 그 의의가 있다. 이 밖에 환경 위반사례 발생 시 기업이 책임을 부담하게 하거나 또는 그 책임인 벌금이나 과태료 등을 완화할 수 있게 하는 근거가 될 수도 있다

---

51) 정경영, "사회책임투자와 기업의 영리성의 조화",「기후변화와 녹색성장 Ⅲ」, 한국법제연구원, 2012, 145면 참조.

52) 이와 달리 "하향식" 접근방식은 "준법 이상의" 요건을 회사에 부여하고 환경을 "경쟁우위"로 이용하는 고위경영진에게 그 책임을 과도하게 강조하게 된다. 동 원칙은 로욜라 대학교 (Loyola University New Orleans School of Law)의 Mitchell F. Crusto 교수로부터 2003년 논문 "Green Business: Should we revoke corporate charters for environmental viloations?"에서 제안된 것이다.

53) Mitchell F. Crusto, "All That Glitters Is Not Gold: A Congressional- Driven Global Environmental", 11 Geo. Int'l Envt'l L. Rev. 499 (1999), at 519 (proposing a Global Environmental Protection Act featuring pollution prevention, performance measurements, and integrating the environment into business operations).

고 한다.[54] 또한 기업환경원칙은 소비자나 납품업체, 공급업체, 현지 사회, 환경 활동을 비롯하여 구성 그룹과 거래할 때 기업의 평판을 강화할 수도 있으며, 기업간의 경쟁에서 우위를 제공할 뿐만 아니라 장기적인 수익 관점에서 유리하게 작용할 수도 있다. 마지막으로 기업환경원칙은 기업에게 윤리적으로 올바른 행위를 유도하는 자율적인 가이드라인이라는 점에서 기업의 사회적 역할에서 올바른 인식제고에 작용하게 될 것이다.

이러한 기업환경원칙의 주요 내용으로는 다음의 사항들을 고려할 수 있다.[55]

① 법적 준수(준법·감사·공시)

관련 규정 및 지역의 환경법규를 준수한다. 제작과 서비스 제공에 있어 공급자, 소비자 등 모두에게 관련 법률과 그 적용 범위를 상세히 알려주어야 하고, 이를 준수하도록 한다. 또한 정부 등 관련 기관의 요청에 신속하게 대응하고 책임있는 운영을 한다. 운영 시 건강과 안전을 최우선순위로 삼는다.

이는 기업 운영에 있어 환경관련 법규의 이해도와 준수여부를 강화하고, 환경에 대하여 감사 및 평가를 수행하고, 이를 공시함으로써 환경에 대한 기업의 책임있는 대처를 유도하기 위한 것이다. 특히, 환경에 있어서는 사전적 규제가 중요한 만큼 기업의 사업 운영에 있어서 적극적인 대응과 최우선적인 수행을 요구한다.

② 공동체/직원안전/알권리/비상대비(공동체 참여 및 안전·직원의 참여 및 안전·긴급 상황에 대한 예방·위험완화 목표)

- 공동체 참여 및 안전에 있어 기업이 운영 중이거나 관련 제품, 폐기물, 서비스의 실제 영향이나 가능성에 대한 우려를 완화할 수 있도록 노력하고, 실제 우려나 이에 대한 인식에 신속하게 대응할 수 있도록 타 기관에 이에 관한 권한을 위임한다(다국적 기업의 경우도 포함). 지역위원회를 설립하여 이에 관한 정기적인 회의를 한다.
- 직원의 참여 및 안전에 있어 종업원과 협력업체 등에게 환경에 관하여 실제 영향이나 가능성에 대한 우려를 해소하고, 교육과 연수, 동기부여를 통하여 실제 우려나 인식에 신속하게 대응하도록 권한을 위임하고 동기를 부여한다.

54) Kenneth S. Woodrow, "The Proposed Environmental Sentencing Guidelines: A Model for Corporate Environmental Compliance Programs", 25 Envt'l Reg. at 325 (BNA June 17, 1994).

55) Mitchell F. Crusto, supra note 21, at 197-205.

환경 위반이나 위험의 내부 고발을 장려하며, 지속적인 환경 교육을 수행한다.

- 비상 시를 대비하여 국경간 위험을 인지하여 비상 서비스와 관련 당국, 지역사회와 함께 비상대책계획을 세우고, 이에 대해 납품업체나 운송업자, 소비자 등 관련자와 책임감 있게 협력한다.
- 위험을 완화하기 위하여 비상사태에 대비하는 안전한 기술과 시설, 운영 절차를 마련하여 종업원 및 현지 공동체에 대한 환경 건강 및 안전 위험을 최소화한다.

환경에 관한 부분은 기업 내의 단순한 문제가 아니며, 그 파급효과가 상당히 넓다는 점을 고려하여 지역 사회, 임직원 및 협력업체 등 관련자들이 함께 환경 관련 교육과 대응 방안을 수립하여 협력하도록 유도한다. 이는 기업의 책임을 완화하게 되는 부분을 포함하고 있을 뿐만 아니라, 지역위원회 설립을 통한 협업을 통하여 사전 예방적 대응을 강조하고 있다.

③ 정보 수집 및 관리·시설평가

정보 시스템에 있어 월별 분석과 함께 신속한 환경 데이터의 수집 및 배포를 위하여 사용자를 위한 효과적인 전산 시스템을 수립하고, 운영진과 고위 경영진에게 이에 대한 정보를 제공한다. 아울러 해당 시스템을 이용하여 환경 준수 및 성과를 감시 및 개선하고, 대안을 마련한다.

환경에 관한 자료 확보를 위하여 관련 데이터 수집과 배포를 위한 시스템을 구축하여 정보 접근의 강화 및 대안 수립의 용이성을 도모한다.

④ 시설 평가(비상대비· 예방대책 및 프로그램·설계 및 운영)

- 비상 시를 대비하여 중대한 위험이 존속하는 경우 국경간 상황을 파악하여 비상 서비스와 관련 당국, 지역사회와 함께 비상대책계획을 개발 및 관리한다.
- 예방 대책 및 프로그램으로써 신규 활동이나 프로젝트를 개시하고, 시설을 폐쇄하거나 현장을 떠나기 전에 환경 영향을 평가한다.
- 설계 및 운영에 있어 재생자원의 효율적 사용이나 불리한 환경 영향의 관리 및 폐기물 생성, 안전하고 책임감 있는 잔류 폐기물의 처분을 참작하여 시설을 개발, 설계, 운영하고 활동을 수행한다.

환경에 영향을 미칠 수 있는 시설과 프로젝트 등을 평가함으로써 이에 대한 운영과 처리에 대한 계획을 사전에 수립하고, 비상 시를 대비한 대책을 마련함으로써 향후 발생하게 될 위험과 피해에 신속하게 대처하도록 한다.

⑤ 폐기물 처분 및 오염방지(폐기물 감축 및 처리·오염방지대책 및 프로그램·독성물질 사용감소·목표 및 일정)

- 폐기물의 감축 및 처리를 위하여 배출원 감축 및 재활용을 통하여 폐기물을 감축하고 가급적 이를 제거한다. 안전하고 책임감 있는 방식을 통하여 전체 폐기물을 취급 및 처리한다.
- 오염 방지 대책 및 프로그램으로 폐기물 흐름과 생산 방식 등을 식별 및 분석한다. 배출원과 제조공정 전반에 오염과 폐기물을 감축하기 위한 방안을 모색하고, 오염과 폐기물을 감축하거나 제거하기 위해 공정을 개선한다.
- 독성 화학물질과 독성 공정의 사용을 식별 및 분석하고 전술한 독소 사용을 감축하고, 독소 사용을 최소화 또는 제거하기 위한 기회를 모색한다.
- 관련 이행 목표와 목적, 일정을 세우고, 이를 보고한다.

환경에 있어 큰 영향을 미칠 수 있는 폐기물과 재활용 폐기물 처리에 있어 처리 과정을 투명하고, 명확하게 하여, 이로부터 야기될 위험과 피해를 예방한다.

⑥ 제품 및 서비스 안전(환경경영전략·제품영향· 제품개발·예방적 접근방식)

- 환경 원칙과 목표를 각 경영 분야에 통합하고, 환경 보호 장려를 통하여 기업의 전략적 우위와 경쟁 사업 우위를 추진한다.
- 환경 피해나 건강이나 안전 위험을 초래하는 제품 및 서비스의 사용, 제조, 혹은 판매를 자제하고, 가급적 제거한다. 제품 및 서비스의 환경 영향을 고객에게 통지하고, 불안정한 사용의 시정을 위해 노력한다.
- 부당한 환경 피해를 유발하지 않고 사용 목적에 안전하고, 에너지와 천연자원의 소비에 효율적이며, 안전하게 재활용, 재사용, 처리할 수 있는 제품이나 서비스를 개발 및 공급한다.
- 심각하거나 회복 불가능한 환경피해를 방지하기 위하여 과학 및 기술적 이해에 맞게 제조하고, 이에 적합하도록 마케팅이나 제품 또는 서비스의 사용, 활동 수행을 변경한다.

제품 개발 및 서비스 제공에 있어서 보다 친환경적으로 수행하도록 유도한다.

⑦ 공시

건강이나 안전, 환경을 위태롭게 할 수 있는 조건의 영향을 받을 수 있는 모든 관련자에게 신속하게 통지한다. 회사 시설 인근 공동체 주민과의 대화를 통하여 정기적으로 자문과 조언을 구하고, 관련 위험 발견 시, 혹은 사고 등은 경영진이나 주무 당국에 보고하도록 직원과 주민을 장려하고, 이들을 보호한다.

환경에 영향을 미칠 수 있는 경우 이에 관하여 관련된 모든 관계자들에게 신속히 통지하도록 하고, 그 위험성에 대하여 협의할 수 있는 절차와 당사자 등을 정하여 보다 신속한 보호를 도모한다.

⑧ 환경 관련 법규준수를 위한 예산안 마련

환경 준수 프로그램이나 개선, 제품 안전, 폐기물 처리, 본 기업환경원칙을 편리하게 취급하는 데 적합한 자본 예산을 제공한다.

환경에 관한 기술 개발 및 대응을 적극적으로 수행할 수 있도록 재원 마련을 반드시 고려하도록 한다.

⑨ 장기환경 관련 프로그램 마련

장기 기획 프로그램을 통하여 장기 환경 관심사를 식별, 분석, 개발하고 이를 장기 대책에 통합하여 준수 요건을 선도하고, 효과적인 규제 개발을 지도한다.

기업의 경우 단기적인 수익 창출을 우선시하게 되는 경우가 많다는 점을 고려하여, 이 뿐만 아니라 장기적인 관점 또한 중시하거나 선택할 수 있도록 유도한다.

⑩ 환경복구

건강이나 안전, 환경을 위태롭게 하는 조건을 신속하고 책임감 있게 시정한다. 인명 상해나 환경 피해를 최대한 시정하고, 환경을 복구한다.

환경에 영향을 미칠 수 있는 경우 반드시 신속하게 이에 대하여 처리할 것을 요구하도록 한다.

⑪ 생물·천연자원의 지속가능한 사용

물이나 토양, 산림과 같은 재생 천연자원을 지속가능하게 활용한다. 효율적인 사용과 신중한 대책을 통하여 비재생 천연자원을 보존한다.

장기적인 관점에서의 환경 보호를 위하여 친환경제품의 사용을 유도한다.

⑫ 생물다양성 보존

대기나 수질, 토양, 주민에게 환경 피해를 유발할 수 있는 물질의 방출을 감축하고, 이를 제거하기 위하여 지속적으로 노력한다. 운영으로 피해를 입는 주민 전체를 보호하고, 공지와 황무지를 보호하는 한편 생물다양성을 보존한다.

지속가능한 발전을 위하여 친환경 제품과 기술의 사용을 권장하여 환경 보호 및 생물다양성 보존을 고려하도록 한다.

⑬ 에너지 보존

에너지를 보존하고 내부 운영과 판매 또는 공급 물품 및 서비스의 에너지 효율을 개선한다. 환경에 안전하고 지속가능한 에너지원을 이용하기 위해 최선을 다한다.

에너지 효율성 개선을 통하여 에너지 사용의 감축을 통한 환경보호를 도모한다.

⑭ 환경관리 시스템(ISO 26000표준 채택)

- 재정 및 승진 유인책을 이용하여 직원과 현장 주민의 환경 행동주의를 보상한다.
- 상패와 모범사례를 월례 지역신문 등 언론에 공개한다.
- 회사의 주요 구성원을 대변하는 환경위원회를 설립하고, 매월 소집한다.
- ISO 9000 및 14000 표준을 채택한다.

환경에 관한 기준 마련과 선택을 통하여 공정하며, 통일성있는 대응방안을 이행하도록 한다.

⑮ 이사의 환경보호의무와 이사회 내 환경위원회 신설

환경 문제에 있어 이사회나 최고경영책임자에게 상세히 통지하도록 하고, 이들에게 환경보호에 관한 의무를 부과한다. 이사회 내에 환경위원회를 설립하도록 한다.

- 환경감사위원회(Environmental Audit Committee)를 설치하여야 하며, 동 위원회는 이사회 구성원으로 구성되고, 사외이사가 위원장을 맡는다. 환경 준수의 보장과 주주나 활동 지역, 일반에 대한 환경 성과 보고를 담당한다.

- 환경운영위원회(Environmental Operating Committee)는 정기적인 회의를 하여야 하며, 환경에 관한 최근 이슈 등을 논의하여야 한다. 동 위원회는 지역 사회 등 관련자들의 참여가 요구된다.

기업의 지배구조에 환경보호를 고려할 수 있는 제도 마련을 통하여 보다 적극적으로 기업 운영에 환경 문제가 고려될 수 있도록 한다.

3. 기업환경원칙의 도입 효과

기업이 기업환경원칙을 도입하는 경우 그 주된 효과로는 환경 보호를 위한 규제 마련, 환경 위반의 경우 기업의 처벌이나 벌금에 관한 완화, 기관투자자 등 투자 지침 제공, 기업의 환경에 관한 사회적 책임 강화 등이 있다. 기업의 환경에 관한 사회적 책임 강화는 기업 이미지 제고를 통하여 장기적으로 경쟁력을 강화할 수 있는 밑바탕이 될 수 있다는 점 또한 동 원칙 도입의 긍정적 효과라고 할 수 있다.

일반적인 기업의 경우 회사 운영에 있어 필요한 규정을 준수하게 되며, 그 이상의 것을 수행하는 것은 현실적으로 쉽지 않은 것이 사실이다. 특히, 환경 준수를 위한 프로그램 개발이나 지침 마련은 기업 운영에 있어 그 정도와 범위에 있어 기준 마련이 쉽지 않다. 또한 주주나 투자자의 이익 극대화라는 관점에서 또한 환경 관리와 윤리 경영에 관한 기준 마련과 운영은 기업에게 부담일 수 있다. 이에 기업환경원칙은 이에 대한 기준과 지침 제공으로 기업의 환경에 대한 부담을 완화해 주는 역할을 할 수 있다고 볼 수 있다.

또한 기업의 환경오염 등 관련 사건의 경우 고의성 여부와 상관없이 민·형사상 처벌이나 벌금 등 제재를 받을 수 있다. 이 경우 회사법은 이에 대한 부담뿐만 아니라 기업 이미지 차원에서 커다란 타격을 받을 수 있으나, 기업환경원칙의 적용과 준수는 환경보호 등에 관한 기업의 객관적 노력의 지표로써 역할을 할 수 있을 것이다. 이에 기업의 제재 기준에 있어 완화요건으로 작용할 수 있으며, 기업 이미지 제고 효과를 기대할 수 있을 것이다.

Ⅳ. 환경책임 강화를 위한 개선방안

1. 기업환경원칙의 도입

앞선 발데즈호 석유 유출사건에서 살펴본 바와 같이 환경에 관하여 회사법은 직

접적인 규제를 부과하고 있지 않다. 특히, 회사법의 경우 회사 설립에 있어 일정 요건을 갖춘 경우 회사 설립에 관하여 허가를 하게 되며, 이후 설립 및 운영에 있어 환경에 관한 필수적인 요건을 두고 있지는 않다. 하지만, 인권 및 환경 등 많은 사건과 사고가 발생하며, 이로부터 미치게 되는 영향력 등을 고려할 때 회사 설립과 운영에 있어 지켜야 할 기본 요건을 정하고 이에 대한 준수를 요구하는 것은 기업의 사회적 책임, 환경책임 강화에 있어 중요한 부분이라 할 것이다. 특히, 일정 사건의 경우 회사의 불법행위를 통한 해결이 가능한 사안에서 회사 설립을 취소하는 것은 어려운 일이라 할 수 있으며, 또한 이것이 사회적으로 미치는 다양한 영향력을 고려할 때 바람직한 방안이라고 보기 힘들기 때문이다. 이에 회사의 이익에 관하여 이해관계자중심주의로 변화되고 있는 현실과 또 지역사회 등의 이익을 고려하여야 한다는 사회적 요구 등을 고려할 때 기업의 환경에 관한 책임을 강화할 수 있는 구체적인 방안을 논의하는 것은 상당히 시급하며, 중요하다고 할 것이다.

현행 회사법 체제 하에서는 미국과 우리나라의 경우 모두 주주이익을 극대화하는 원칙에 따라 기후변화에 따른 환경보호에 대한 규제나 의무 위반에 관하여 그 책임을 묻는 것이 쉽지 않다. 기업의 경우에도 환경에 대한 책임과 의무로부터 궁극적으로는 파산 등의 제도를 악용하여 회피하는 경우도 발생할 수 있다.[56] 이러한 점을 고려할 때 미국에서 논의되고 있는 기업환경원칙의 도입은 자율적 규제를 통하여 회사법상 규제가 어렵거나 미흡한 부분을 보완하고, 개선할 수 있는 방안이 될 수 있으리라고 본다. 기업 경영진의 환경위반에 대한 민·형사상의 책임에도 불구하고, 보다 지속적이며 효과적인 기후변화에 따른 기업환경 개선을 위해서는 기업의 경영제도가 체계적으로 변경되어야 하기 때문이다.

이에 우리나라 또한 각 기업들의 환경 보호를 위한 준수 가이드라인 혹은 프로그램 개발과 이에 대한 인식 전환을 위하여 기업환경원칙의 도입을 통하여 이를 의무화하는 방안에 대한 검토가 필요하다. 이를 위하여 기업 정관에 기업환경원칙을 추가하도록 하여 설립 허가 요건으로 하는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다. 기업환경책임(CEP)의 경우 미국 ALI의 Principles of Corporate Governance와 같이 각 주에 있어 환경 책임을 위한 가이드라인으로 그 역할을 할 수 있도록 일반화하는 방안으로 제기되고 있는 것과 같이 우리의 경우에도 기업환경원칙과 같은 기업의 자율적인 환경규제 기준을 마련하여 기업이 정관상 반영하여 이행할 수 있도록

56) Jenny B. Davis, “The Enron Factor”, ABA J. 40, at 42-43 (Apr. 2002).

분위기와 방향성을 마련해 나가야 한다고 본다.

2. 기업지배구조상 환경위원회 설치

기업의 환경 관련 규제와 의무 준수에 있어 그 실효성 확보를 위해서는 기업지배구조상 관리와 감시가 필요하다고 볼 수 있다. 따라서 기업환경원칙을 통하여 환경운영위원회(Environmental Operating Committee)를 구성하여 정기적인 운영회의를 개최하고, 환경에 관한 논의와 이슈들을 발굴하여 이에 대한 대안 등을 모색하는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 아울러 환경감사위원회(Environmental Audit Committee)를 구성하여 환경 규제와 의무 준수와 주주나 지역 사회, 일반인들에 대하여 환경성과에 관한 보고 업무 등을 담당하게 하는 것 또한 고려할 수 있다. 이때 환경감사위원회는 이사회를 주축으로 구성하되 사외이사를 위원장으로 총괄하는 위원회를 설치하여야 보다 그 실효성을 기대할 수 있으리라고 본다.

이러한 위원회의 설치와 운영이 기업 운영에 있어 부담이 되거나, 단기적인 영리성 추구에 있어 장애가 될 수도 있으나, 환경관련 위원회의 설치는 환경에 관한 기업의 신속하며, 적극적인 대응으로 비용적 측면에서 사후 보상 및 처리 시 훨씬 효과적일 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다. John Hopkins Medical Center의 연구에 따르면 미국 기업이 청정대기법을 준수를 위하여 270억 달러의 지출이 예상되나, 위반 시 지불하게 될 의료비용면에서만 최대 100억 달러까지 절감될 것이라고 하였다.[57] 이 같은 비용-편익 분석을 살펴보면 기업 또한 사전 예방적인 조치를 취하는 것이 영리성면에서 오히려 유리하게 작용할 수 있다는 점을 알 수 있다.

3. 정관상 환경책임 조항 추가

미국의 'B Corporation'은 기업이 사회적, 환경적 성과에 있어 특정기준을 충족한 경우 부여되는 마크라 할 수 있다. 이를 위하여 기업은 외부적으로는 사회적, 환경적 책임에 관한 조사에서 높은 평가를 받아야 하며, 내부적으로는 정관에 직원, 지역사회와, 환경에 관한 책임 준수에 대한 조항이 마련되어 있어야 한다. 즉, 주주의 이익 고려에 있어 장기적인 전망과 직원, 지역사회 등 사회·경제적 관점 모두를 고려하고 있는 지를 판단하는 것이다.

---

57) Margaret Graham Tebo, supra note 5, at 40-41 (Feb. 2001).

또한 미국 오리건주는 2007년에 회사 설립 허가 시 정관에 '기업이 환경적이고, 사회적으로 책임있는 방법으로 사업을 행하는 것을 승인하고, 지시하는 조문'을 포함하여야 한다고 회사법을 개정하였다. 이에 기업 운영에 있어 경영진들은 중요한 결정에 대한 분쟁에서 주주의 이익과 이해관계자의 이익에 관한 논의로부터 보다 객관적이고, 사회와 환경에 관한 기준에 따라 판단할 수 있는 지침을 제공하게 된 것이다.

기업환경원칙의 경우 그 세부 내용 등에 있어 기준 마련과 이를 일반화 하는 과정 등은 보다 다양한 입장을 반영하여 논의되어야 하며, 관련기관과 이해관계자 및 기업 간에 어느 정도의 합의가 전제되어야 한다. 즉, 기업환경원칙을 마련하고, 이를 도입하기까지는 상당한 시간이 걸릴 수 있으며, 또한 다양한 의견 수렴과정에서 합의점을 마련하는 것이 쉽지 않을 수 있다. 따라서 세부적인 가이드라인으로써의 기업환경원칙 도입에 앞서 정관 상 환경책임에 관한 조항 추가 요구를 통하여 기업의 환경책임에 관한 의무 준수를 도모할 수 있도록 유도할 수 있는 방안을 모색하는 노력 또한 필요하다고 보여진다. 즉, 기업환경원칙 도입에 앞서 먼저 각 기업들의 환경에 대한 적극적인 고려를 유도하기 위한 방안으로써 'B Corporation'과 같은 인증 마크를 기업에게 부여하는 방안이나, 정관에 '환경에 대하여 책임있는 방법으로 사업을 행하고 승인하여야 한다'는 일반 조항을 포함하도록 권장하는 것은 바람직한 대안이 될 수 있을 것이다. 이는 기업에게 개별 사업 내용과 이행 수단 등을 고려한 적합한 기준과 방안을 선택에 있어서 재량을 허용한다는 점에서 기업환경원칙 도입보다 단기적인 관점에서 그 실효성을 기대할 수 있는 방안이라 생각되기 때문이다.

Ⅴ. 결론

우리나라의 많은 국내의 기업들은 1997년 IMF에 따른 외환위기 이후 의무적으로 윤리경영시스템을 도입·운용하였고, 또한 2005년 3월에는 정부와 재계 및 시민단체의 합의로 '반부패투명협약'을 발표하면서 기업의 사회적 책임에 대한 활동을 강화하였다. 이후 2007년 2월에는 국가청렴위원회에서 '기업 윤리경영 모델'을 제정하는 등 대기업들의 기업의 사회적 책임에 관한 자율적 참여를 도모하고 있다.[58] 하지만, 기업의 사회적 책임에 관하여는 아직까지 구체적인 이행 방안에 관

58) 2004년 전경련이 100인의 CEO에게 시행한 조사에 따르면, 응답자 80%가 CSR이 기업경쟁력 제

하여 논의가 미흡한 실정이다. 기업의 사회적 책임을 위한 다양한 활동들이 장기적으로 기업의 홍보·이미지 개선, 경쟁력 확보, 우수인재 채용, 리스크 감소 및 관리 등의 효과를 가져 올 수도 있으나, 단기적으로 매출향상 등 재무적인 성과에는 큰 영향을 미치지 못한다고 보고 있기 때문이다. 이에 기업의 사회적 책임은 기업에서 사회적 책임에 대한 의지를 갖지 않고 추진하지 않는다면 그 이행이 어려운 부분이라고 할 것이다. 이는 환경에 관한 기업의 입장 또한 같다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 기업의 사회와 환경에 관한 책임의 이행을 위해서는 먼저 그 인식전환을 위하여 기업의 보다 구체적인 지침 등을 마련하여 이에 대한 이행을 유도하는 것이 필요하다고 본다. 이에 기업환경원칙의 도입은 구체적인 기준을 바탕으로 하는 모범 행동지침으로 향후 기업의 환경에 관한 방향성 구축에 있어 기여하게 될 것이다. 아울러 기업환경원칙에 따라 기업지배구조 상 환경운영위원회와 환경감사위원회 설치를 통하여 기업의 지속가능한 경영을 유도하고, 자신의 영향력과 위치에 맞는 사회적 역할과 책임을 다할 수 있도록 제도적 뒷받침을 구축한다면 이는 사전적 예방 수단일 뿐만 아니라 기업의 환경에 관한 책임 부과 시 완화 수단으로 작용하는 등 다양한 측면에서 기업에게 혜택으로 작용할 수 있다. 이 밖에도 현실적으로 정관상 기업의 사회적·환경적 역할을 다 할 수 있도록 의무조항의 추가나 인증마크 부과 등 또한 효과적인 대안이 될 수 있을 것이다.

이처럼 기업환경원칙의 자발적 채택과 그 준수를 통하여 정부와 사회의 환경보호의 노력을 강화하고, 이와 함께 기업의 경쟁력 강화 및 더 나아가 사회 안정과 경제 활성화를 도모하는 것은 매우 중요한 부분이다. 우리 기업, 사회와 또 환경간의 복잡한 관계와 갈등 가운데 함께 상생하며, 또 성장할 수 있도록 기업의 환경과 사회적 책임에 관한 인식전환과 적극적인 이행은 지속적인 성장을 위하여 우리가 구현해야 할 과제이기 때문이다.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

김 은 정

기업의 사회적 책임, 이사의 의무, 기업환경원칙, 기업환경책임, 환경위원회

고의 핵심요소 가운데 하나라고 답하였으며, 삼성, LG, SK, 포스코 등 국내 대기업들은 이익공유 경영을 선언하기도 하였다.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

Charles Hansen,「A Guide to the ALI Corporate Governance Project」(1995)

Doreen McBarnet, Aurora Voiculescu & Tom Campbell (eds.),「The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law」, (2007)

Ⅱ. 논문

이상수, “기업의 사회적 책임 맥락에서 본 유노칼 판결의 의미”, 법학논집 제31집 제2호, 2009

장덕조, “기업의 사회적 책임-회사본질론을 중심으로-”, 상사법연구 제29권 제2호, 2010

정경영, “사회책임투자와 기업의 영리성의 조화”,「기후변화와 녹색성장 Ⅲ」, 한국법제연구원, 2012

최준선, “기업의 부정과 기업의 사회적 책임”, 성균관법학 제20권 제3호, 2008.12

한철, “기업의 사회적 책임(CSR)과 기업지배구조”, 상사판례연구 제22호 제3권, 2009.9

Amiram Grill, “Corporate Governance as Social Responsibility”, 26 Berkeley J. Int'l L. (2008)

Compare Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “The End of History for Corporate Law”, 89 Geo. L.J. 439 (2001)

Jenny B. Davis, “The Enron Factor”, ABA J. 40, (Apr. 2002)

Kenneth S. Woodrow, "The Proposed Environmental Sentencing Guidelines: A Model for Corporate Environmental Compliance Programs", 25 Envt'l Reg. (BNA June 17, 1994)

Margaret Graham Tebo, “Fertile Water”, A.B.A. J., (Feb. 2001)

Mark J. Loewenstein, “Delaware As Demon. Twenty-Five Years After Professor Cary's Polemic”, 71 U. Colo. L. Rev. 497, at 503-07 (2000)

Mitchell F. Crusto, “All That Glitters Is Not Gold: A Congressional- Driven Global Environmental”, 11 Geo. Int'l Envt'l L. Rev. 499 (1999)

_____, “Green Business: Should we revoke corporate charters for environmental viloations?”, Louisiana Law Review (2003)

Robert B. Thompson, “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, 76 Cornell L. Rev. 1036 (1991)

William Cary, “Federalism and Corporate Law Reflections upon Delaware”, 13 Yale L.J. 663 (1974)

Abstract

Study on the Activation of Corporate Environmental Responsibility

– Focused on Corporate Environmental Principles –

Kim, Eunjung

Various statutes have been enacted to enforce more transparent disclosure of corporate financial information subsequent to the cases of corporate accounting fraud in which Enron, Worldcom, and Arthur Andersen were involved. As a consequence of these high-profile cases of accounting fraud, the discussion on corporate social responsibility(CSR) has been highlighted once again. Recently, the scope of corporate social responsibility has been expanded to include the protection and preservation of the environment. The extension of CSR to the domain of environmental protection was raised as a means for businesses to respond more actively to changes in the environment as this issue remains a global issue of paramount importance. Therefore, it is necessary to consider autonomous regulation by businesses with respect to society and the environment. To that end, a review of the various international standards needs to be conducted.

As an active means of addressing climate change, the US Sarbanes-Oxley Act was enacted in 2002 in accordance with the view that corporations need to change their governance structure with regard to environmental issues, including the adoption of a system for disclosing environment-related financial information. Those parties who emphasized

the need for autonomous corporate regulation for environmental protection proposed the Corporate Environmental Principles (CEP) as guidelines for autonomous corporate regulation concerning environmental protection.

To ensure that businesses fulfill their social responsibility, it is necessary to induce their voluntary compliance by raising their awareness and understanding of the issues involved, by developing CSR programs and applying more specific guidelines. The Corporate Environmental Principles introduced in the USA are believed to be an alternative that might bring about substantial long-term benefits for businesses that deal with international environmental regulations in view of the contemporary issue of climate change and our task of environmental protection. Since CEP could work as a crucial approach that presents model action guidelines for businesses to respond rapidly to the concerns of their shareholders based on their compliance with the law, it could play an essential role in the deployment of specific directions for voluntary business management concerning the environment. In addition, the provision of institutional support or assistance should be considered so as to enable them to discharge their social roles and responsibilities in a manner commensurate with their insurance and position, while inducing them to practice sustainable business management through the formation of an environment management committee and an environment audit committee within their corporate governance structure. Further, it is also believed to be necessary for us to discuss the necessity of introducing the corporate responsibility to disclose non-financial elements concerning society and the environment in order to ensure that corporations adhere to the relevant behavioral guidelines, protect their investors, and perform socially responsible investments.

Thus, it is urgent to pursue solutions for survival and win-win growth amid the complex relationships and conflicts among businesses, society, and the environment. Therefore, raising awareness of the importance of CSR and Corporate Environmental Responsibility is an essential task that

we need to carry out on a steady and consistent basis.

Kim, Eunjung

Corporate Social Responsibility(CSR), Duty of Director, Corporate Environmental Principles, Corporate Environmental Responsibility, Environmental Committee

친생자 추정: 헌법불합치결정에 따른 개정방안*

현 소 혜**

I. 들어가면서
II. 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정의 소개
1. 사실관계
2. 청구인의 주장
3. 결정요지
III. 대상 결정의 문제점
1. 민법 제844조에 의해 침해되는 기본권
2. 심판 대상 조문
3. 소결
IV. 민법 제844조의 개정방안
1. 개정의 방향
2. 실체적 측면
3. 절차적 측면
V. 결론

【국 문 요 약】

헌법재판소는 2015. 4. 30. 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”를 모의 부(夫)의 자로 추정한 부분에 대해 헌법불합치 결정을 선고하였다. 위 조문은 분명 모의 부(夫)나 생부의 기본권을 일부 제약하는 측면이 있으나, 청구인이었던 모의 기본권을 직접적으로 침해하는 조문은 아니다. 친생추정으로 인해 모가 겪게 되는 기본권 침해상황, 가령 사생활의 노출과 평등권 위반 등의 이슈는 친생부인의 소를 제기하기 전에 반드시 먼저 모의 부(夫)의 자로 출생신고하도록 강요하고 있는 가족관계등록법 제48조로부터 비롯한 것일 뿐 민법 제844조와는 직접적 관련성이 없다. 따라서 위 헌법불합치결정은 민법 제844조를 기준으로 보면 청구인적격이 없는 자에 의한 청구라는 점에서 부적법하고, 모의 기본권 침해를 기준으로 보면 직접성이 인정되지 않아 부적법하다. 이러한 오류에도 불구하고 실제 가족관계등록법 제48조에 의해 기본권을 침해당하고 있는 모를 구제하기 위해 법의 개정은 피할 수 없다. 이를 위해 본 논문은 민법 제844

* 본 논문은 2015. 11. 10. 성균관대학교 법학전문대학원 제58회 패컬티 포럼에서 발표하였던 것을 보완한 글이다. 당시 여러 가지 각도에서 새로운 관점을 제시해주신 제 교수님들과 이 글에 대해 유용한 지적을 해주신 조선대학교 정구태 교수님께 감사드린다.
** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수.

조에 친생추정이 미치지 않는 범위에 관한 예외조항을 두는 방안과 친생추정이 미치는지 여부를 확인하기 위한 간이한 비송절차를 마련하는 방법을 검토하였으며, 이 중 특히 친생추정 예외의 범위에 관해서는 법률상 또는 사실상 혼인관계가 해소된 경우뿐만 아니라 혼인관계 존속 중이라도 유전자검사 결과 등에 의해 부자관계 없음이 명백히 밝혀진 경우까지 포함할 것을, 친생추정 번복의 확인 방법에 관하여는 가정법원의 확인 절차를 거치는 방안을 제시하였다.

I. 들어가면서

2015. 4. 30. 헌법재판소는 민법 제844조 제2항에 관하여 헌법불합치 결정을 선고하였다.[1] 본 조항이"혼인관계종료의 날로부터 300일내에 출생한 자"를 무제한적으로 모의 부(夫)의 친생자로 추정한 결과"오직 친생부인의 소를 통해서만"친생추정을 번복할 수 있도록 한 것은, 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다는 것이다.

혼인 중 출생자는 모의 부(夫)의 자녀로 추정되어야 한다는 것, 그 추정은 친생부인의 소라는 엄격한 소송형태를 통해서만 제거할 수 있어야 한다는 것, 그래야 비로소 자녀의 법적 지위가 안정될 수 있다는 명제에 대한 법학계의 신뢰는 매우 공고하다. 해방 이래 발간된 어떠한 가족법 관련 문헌에서도 친생추정제도와 친생부인의 소의 제도적 의의에 대한 의문을 찾아볼 수 없다. 친생추정이 미치지 않는 예외를 어느 범위까지 인정할 것인가를 둘러싸고 논란이 있었을 뿐이다. 그나마도 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결에 의해 이른바'외관설'[2]이 확립되고, 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14 등 결정의 취지에 따라 2005. 3. 31. 친생부인의 소의 제척기간을 "그 출생을 안 날로부터 1년"에서 "그 사유가 있음을 안 날로부터 2년"으로 연장하는 한편, 원고적격 역시'처(妻)'에게까지 확대하는 내용의 민법 개정이 이루어지면서 민법 제844조 및 제847조에 관한 법학계의 관심은 소멸되다시피 하였다.[3]

하지만 현실적으로 이러한 친생추정 제도가 국민의 생활에 미치는 불편은 상당하였다. 혼인 중 출생자가 모의 부(夫)의 친생자가 아닌 경우에 [모 자신과 그의 부(夫), 그리고 자의 생부가 모두 이러한 사실에 동의하고 있음에도 불구하고] 진

1) 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정.

2) 이 때 '외관설'이란 부가 동거하여 처가 부(夫, 이하 같다)의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 민법 제844조에 따른 친생추정이 미치지 않는다는 견해를 말한다.

3) 학술연구정보서비스(RISS)를 통해 '친생추정'과 '친생부인' 을 주제어로 검색한 결과 1976년부터 2014년까지 총38건의 논문이 검색되었으며(중복이거나 사실상 내용이 동일한 논문 제외), 이 중 민법이 개정된 2005년 이후에 발간된 논문은 20건이다. 그러나 이 중 8건은 인공생식 내지 보조생식기술에 관한 논문, 2건은 혈연관계 확인을 위한 검사절차에 관한 논문이므로, 2005년부터 2014년까지 10년간 이 주제에 관해 발표된 논문은 총10편에 불과하다.

실한 혈연관계를 가족관계등록에 구현하기 위해서는 먼저 ① 자녀를 모의 부(夫)의 친생자로 출생신고하고, ② 모 또는 모의 부(夫)가 다른 일방 또는 자녀를 상대로 친생부인의 소를 제기하여 승소확정판결을 받은 후 ③ 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 '가족관계등록법') 제107조에 따라 자녀의 지위를 혼인 중 출생자에서 혼인 외 출생자로 수정하는 취지의 가족관계등록 정정 절차를 밟은 다음에야 비로소 ④ 생부에 의한 인지가 가능하였기 때문이다.

이러한 불편함으로 인해 법률상 배우자 아닌 자와의 사이에서 자녀를 출산한 모 중 상당수가 애초부터 자녀에 대한 출생신고를 포기하였고, 그 결과 아동이 필요한 건강보험 혜택을 받지 못하거나 제 때 의무교육을 받지 못하는 등 복지의 사각지대가 발생하게 되었다.[4] 자녀의 안정적 지위 확보를 위해 설계된 제도로 인해 오히려 아동의 복리가 침해되는 상황이 된 것이다. 이번 헌법불합치 결정은 위와 같은 현실을 직시하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 그러나 법리적으로 아쉬운 점이 없는 것은 아니다. 이하에서는 먼저 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정의 구체적인 내용을 소개하고(II.), 친생추정 제도로 인해 침해되는 기본권의 유형과 침해의 직접적인 원인을 중심으로 위 결정의 문제점을 살펴본 후(III.)위 헌법불합치 결정의 취지에 부합하는 민법 제844조의 개정방안을 제시해 보고자 한다(IV.).

II. 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정의 소개

1. 사실관계

A와 B는 2005. 4. 25. 혼인하였으나, 2012. 2. 28. 협의 이혼하였다. 그 후 A는 C와 동거하던 중 2012. 10. 22. D를 출산하였다. A는 C의 성과 본을 따라 D의 출생신고를 하고자 하였으나, 이혼성립일로부터 300일 내에 출생한 D는 민법 제844조 제2항에 따라 B의 자녀로 추정되므로 B의 성과 본을 따라야 하며, 이를 번복하기 위해서는 친생부인의 소를 제기해야 함을 알게 되었다. 이에 A는 민법 제844조 제2항이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2013. 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.[5]

---

4) 신동아 2012. 12. 24.자 관련 기사 참조.
http://shindonga.donga.com/docs/magazine/shin/2012/11/21/201211210500035/201211210500035_1.html
(최종방문일자: 2015. 11. 5.)

5) 청구인은 민법 제845조가 자신의 기본권을 침해한다는 주장도 함께 하였으나, 이는 본 논문의 주

2. 청구인의 주장

청구인의 주장은 다음과 같다. 첫째, 친생부인의 소를 거치면서 자신의 성생활에 관한 정보가 노출되므로 사생활의 비밀과 자유가 침해된다. 둘째, 이러한 노출을 막기 위해서는 일정한 기간 동안 성관계 및 혼인을 미루어야 하므로 혼인의 자유 및 성적 자기결정권이 침해된다. 셋째, 친생부인 절차는 유전자검사에 비해 많은 비용이 요구되므로 자신의 재산권이 침해된다. 넷째, 전혼 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 후에 출산한 여성을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권이 침해된다.

3. 결정 요지

가. 쟁점

헌법재판소는 청구인의 주장에 대해 다음과 같은 취지로 판단하였다.

첫째, 청구인의 성생활에 관한 정보가 노출되는 것은 소송법상 변론 및 소송기록 비공개제도의 운영에 기인한 것이므로, 민법 제844조 제2항이 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

둘째, 여성의 재혼금지기간을 규정하던 舊 민법 제811조가 폐지된 이상 민법 제844조 제2항에 따라 청구인의 자유 및 성적 자기결정권이 직접적으로 제한되는 것도 아니다.

셋째, 친생부인 절차로 인한 경제적 부담은 반사적 불이익에 불과할 뿐이며, 친생부인의 소를 제기하도록 요구한다고 하여 헌법이 보장하는 재산권을 제한하는 것은 아니다.

넷째, 전혼 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 후에 출산한 여성을 달리 취급하더라도 합리적 이유가 있으면 평등권 침해라고 볼 수 없는데, 친생 추정 조항의 합리성은 결국 그것이 청구인의 인격권 등을 과도하게 침해하고 있는지에 달려 있으므로, 별도로 판단할 필요가 없다.

청구인의 주장을 모두 배척한 셈이다. 다만, 헌법재판소는 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀에 대해 무조건 전 남편의 친생자로 추정하고 이를 부인하기 위해서는 반드시 친생부인의 소를 거치도록 하는 것은 진실한 혈연에 따라 가족관

제와 직접적인 관련이 없으므로 논의에서 제외하였다.

계를 이루고자 하는 청구인의 인격권과 행복추구권을 제한할 뿐만 아니라, 당사자들에게 원하지 않는 친자관계를 강요한다는 점에서 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권 역시 제한한다는 이유로, 그러한 제한이 입법형성의 한계를 벗어난 것인지 여부를 검토하였다.

나. 다수의견

다수의견은 자녀 출생시 법적 보호의 공백을 없앨 필요가 있다는 점 등을 이유로 친생추정 제도 자체의 합헌성을 인정하였다. 그러면서도 다수의견은 친생추정에 관한 민법 제844조 제2항 중 "혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자"에 대해 헌법불합치 결정을 선고하였다.

과거와 달리 혼인관계 종료 후 300일 이내에 전남편이 아닌 다른 남자의 자녀를 출산하는 일이 빈번해졌고, 과학기술의 발달로 그러한 사실을 확인할 수 있는 길이 넓어졌음에도 불구하고, 엄격한 친생부인 절차를 거쳐야만 부자관계를 제거할 수 있다고 한다면 ① 모가 이혼 후 새로운 가정을 꾸리는데 부담이 되고, ② 이혼한 전남편의 입장에서는 전처가 이혼 후 출산한 다른 남자의 자녀에 대한 부양의무를 면하기 위해 스스로 친생부인의 소를 제기해야 하는 부담을 지게 되며, ③ 생부의 입장에서는 모 또는 이혼한 전 남편이 적기에 친생부인의 소를 제기하지 않을 경우 결국 진실한 혈연관계를 회복할 길이 봉쇄되는 불합리한 결과가 발생한다는 것이 주된 이유이다. 이러한 모든 불합리한 결과에도 불구하고 민법이 친생추정 제도를 유지하는 것은 '가정의 평화'와 '자녀의 법적 지위 안정'을 위한 것인데, 이미 혼인관계가 해소된 경우에는 더 이상 지켜야 할 가정의 평화가 존재하지 않으며, 생부에게 인지의 의사가 있다면 자의 법적 지위에 공백이 발생할 여지도 없다고 한다.

이러한 이유 때문에 다수의견은 "이미 혼인관계가 해소된 이후 자가 출생하였고 (…) 생부가 그 자를 인지하려는 경우"에까지 자를 부(夫)의 친생자로 추정하고 오직 친생부인의 소를 통해서만 이를 번복할 수 있도록 하는 것은 母의 기본권을 침해한다고 판단하였다."친생추정에 일정한 예외를 인정하거나, 친생부인의 소보다 절차가 간단하고 비용도 적게 드는 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길을 열어주는 등 친생추정의 예외를 인정하지 아니함으로 인한 위헌성을 해소함과 동시에 자의 신분관계 안정을 도모할 수 있는 길이 [있음에도 불구하고] 민법 제정 이후 사회적·의학적·법률적 사정변경을 전혀 반영하지 아니하고 아무

런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만을 강요"하는 것은 입법형성의 한계를 벗어났다는 것이다.

다만, 민법 제844조 제2항에 대해 바로 위헌을 선언한다면 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀가 전혼 배우자의 친생자임이 명백한 경우에도 친생추정이 소멸하여 자의 법적 지위에 공백이 발생하므로, 입법자가 개선입법을 할 때까지 이를 잠정적용할 것을 명하면서 헌법불합치 결정을 선고하였다.

다. 반대의견

재판관 3인[6]은 반대의견을 개진하였다. 친생추정 규정 자체는 나름대로의 합리성을 가지고 있으며, 추정규정에 따른 결론이 진실과 다른 결과를 가져오는 경우에 이를 번복할 수 있는 친생부인의 소까지 마련하고 있으므로 그 자체로는 아무런 위헌성이 없다는 것이다. 물론 자의 생부가 전남편이 아님이 명백한 경우 당사자에게 다소간 불합리한 결과가 발생하는 것은 사실이지만, 이는 친생추정에 관한 민법 제844조 제2항의 문제가 아니라 보다 간편한 방법으로 친생자추정을 번복할 수 있는 방법을 정하지 않고 있는 민법 제846조나 제847조의 문제이므로, 부진정 입법부작위 상태에 있는 민법 제846조나 제847조를 합리적으로 개선입법하는 것으로 해결해야 한다고 주장한다.

III. 대상 결정의 문제점

1. 민법 제844조에 의해 침해되는 기본권

2013헌마623 결정의 다수의견과 반대의견은 자의 생부가 전남편이 아님이 명백한 경우에까지 친생추정이 미치는 결과 모의 기본권이 침해된다는 점에 대해 의견이 일치한다. 그러나 모가 침해당하고 있는 기본권은 과연 무엇인가.

헌법재판소는 침해되는 기본권으로"가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권"을 나열하고 있다. 심판대상 조항으로 인해 모가 이혼 후 진실한 혈연관계에 따라 생부와 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 된다는 것이다. 하지만 단순한 불편함의 문제와 기본권 침해의 문제는 엄밀히 구별되어야 한다. 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원 사건은 법률에 의해 직접적으로 기본권이 침해되고 있는 경우에

6) 재판관 이진성, 재판관 김창종, 재판관 안창호.

이를 구제하기 위한 제도이다. 민법 제844조가 모의 재혼 자체를 법률상 또는 사실상 금지하는 결과를 가져온다면 기본권 침해의 직접성이 인정될 수 있을 것이지만, 단순히 재혼에 부담을 가져온다는 것만으로는 아직 기본권 침해상황이 발생한다고 볼 수 없다. 모든 종류의 시스템은 다소간의 형식과 불편함을 수반하며, 제도 자체의 합헌성을 인정할 수 있다면 이로 인한 불편함은 당사자가 스스로 감내해야 하는 반사적 불이익에 불과하다. 친생추정 및 친생부인의 소로 인해 모가 겪어야 하는 번거로움과 그것이 재혼가정에 미치는 부담은 친생추정 제도의 위헌성을 강화하는 논거로 사용될 수 있을지는 몰라도, 그것 자체로 헌법 위반인 것은 아니다.

물론 그렇다고 하여 민법 제844조의 위헌성을 바로 부정할 수 있는 것은 아니다. 민법 제844조는 그 자체로 국민의 기본권을 제약하는 부분이 분명히 있다. 법률에 의한 기본권 침해 여부는"직접성"의 기준에 의해 판단되는데, 이 때 직접성이 있다는 것은"집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우"[7]를 말한다. 이러한 기준에서 볼 때 민법 제844조는 모의 부(夫)와 생부의 기본권을 제약한다. 본 조문에 따른 친생추정으로 말미암아 모의 부(夫)는 진실한 혈연관계에 반하는 부자관계를 강요당하고, 생부는 혈연부로서의 지위를 박탈당하기 때문이다.[8] 물론 모의 부(夫)의 경우에는 친생부인의 소를 통해 법적인 친자관계의 외관을 제거할 수 있다는 점에서, 생부의 경우에는 친생부인 판결의 결과에 따라 진실한 혈연관계를 회복할 수 있는 길이 열려 있다는 점에서, 또한 자녀의 법적 지위 안정을 위해 이러한 종류의 제한이 다소간 필요하다는 점에서 과연 그것이 기본권 침해의 정도에 이르렀다고 할 수 있을지에 대해서는 논자마다 의견이 분분할 수 있을 것이다. 하지만 적어도 민법 제844조에 의해 모의 부(夫)와 생부의 기본권(특히 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권)에 일종이 제한이 발생하였음은 부인할 수 없다.

하지만 민법 제844조는 부자관계를 규율하기 위한 조문일 뿐 모자관계를 직접적으로 규율하는 조문은 아니다. 즉 민법 제844조은 그 자체로 혼인과 가정생활에 있어서 모의 인격권이나 행복추구권 등을 제한하지 않는다. 제844조로 인해 자신

---

7) 헌재 1992. 11. 12. 선고 91헌마192 결정 등.

8) 舊 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제773조 및 제774조상의 계모자관계와 적모서자관계에 빗대어 진실한 혈연관계가 존재하지 않음에도 불구하고 법적 친자관계를 강제하는 것이 기본권 제한에 해당함을 논증하고 있는 문헌으로 현소혜, "친생자 추정과 가족관계등록 절차의 개선방안", 법학논고 제49집(2015), 269면 참조.

이 출산한 자녀의 생부를 바로 법률상 부로 신고할 수 없다는 불편이 발생할 뿐이다. 이와 같이 "단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자, 나아가 반사적으로 불이익을 받는 자"[9]에게는 자기관련성이 인정되지 않으므로 청구인적격이 없다는 것이 헌법재판소의 태도이다. 청구인 스스로도 이러한 상황을 충분히 인식하고 있었기 때문에 인격권과 행복추구권 침해를 주장하는 대신 부득이 사생활의 비밀과 자유, 혼인의 자유, 재산권, 평등권과 같은 부차적인 기본권 침해를 주장한 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 자기관련성이 없는 자의 청구에 의해 기본권 침해를 인정하는 우를 범하였다.

2. 심판 대상 조문

모가 민법 제844조에 의해 직접적으로 혼인과 가정생활에 있어서의 인격권이나 행복추구권을 침해당하는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 모의 기본권 침해상황이 전혀 없는 것은 아니다. 그 이유는 다음과 같다.[10]

현재의 친생추정 제도에 따르면 일단 친생부인 판결이 확정되어야만 부(夫)로부터 법률상 부(父)의 지위를 제거할 수 있을 뿐인데, 친생부인의 소를 제기하기 위해서는 먼저 자에 대해 출생신고를 하여야 한다(가족관계등록법 제47조). 출생신고를 할 때에는 당연히 부(夫)를 자의 부(父)로 신고하여야 한다. 모는 자의 생부가 따로 존재한다는 사실을 명확하게 알고 있음에도 불구하고 법률의 규정에 의해 사실에 반하는 출생신고를 해야 하는 것이다. 이와 같이 모에게 허위의 신고를 강제하는 것은 크게 세 가지 문제를 야기한다.

첫째, 형법 제228조 제1항은 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재 또는 등록하게 하는 경우에 공정증서원본등의 불실기재죄로 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고 있다. 가족관계등록부 역시 위 조문에서 말하는 공정증서원본 내지 공전자기록에 해당하므로, 허위의 출생신고를 통해 실체적 진실에 반하는 친자관계가 기재 내지 등록되도록 하는 것은 명백한 범죄에 해당한다.[11] 법이 한편으로는 허위의 출생신고를 강제하고, 다른 한편으로

9) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 91헌마233 결정 등.
10) 아래의 내용은 현소혜(주8), 267-271면과 일부 중복된다.
11) 허위의 출생신고 행위를 공정증서원본불실기재죄로 처벌한 하급심 판결로 인천지법 1994. 1. 13. 선고 93노1041 판결 참조.

는 이를 처벌하는 것이 정의로운 상황이라고는 누구도 말할 수 없을 것이다.[12)]

둘째, 이러한 출생신고로 인해 모의 사생활의 비밀이 부(夫)에게 노출된다. 모가 다른 남자의 자를 출산하였다는 사실을 부(夫)가 이미 알고 있는 경우도 더러 있으나, 부부가 장기간 별거 상태에 있는 상황에서 이러한 일이 발생한 경우에는 부(夫)가 전혀 사정을 모르는 경우도 적지 않다. 이미 사실상 이혼 상태에 접어든 상태에서 배우자의 애정관계나 출산과 같은 내밀한 영역에 관한 정보가 가족관계등록부를 통해 법률상 배우자에게 전달되는 것은 그의 프라이버시를 침해하는 결과로 이어진다. 경우에 따라서는 그것이 매우 참혹한 결과를 가져올 수도 있는데, 뒤늦게 이러한 사실을 알게 된 부(夫)가 불륜 내지 외도 행위를 이유로 처에게 폭행·협박을 가하는 경우가 없지 않기 때문이다.[13)]

셋째, 허위의 출생신고를 강제당한다거나 성생활·출산과 관련된 사생활의 비밀이 노출되는 위험을 오로지 모만이 부담한다는 점에서 평등의 이슈가 제기될 수 있다. 부(夫)는 혼인외 자를 낳은 경우라도 스스로 허위의 출생신고를 강제당하는 경우가 없다. 부는 생모가 미혼인 경우라면 즉시, 생모가 기혼인 경우라면 친생부인판결의 확정을 기다려 인지신고를 함으로써 친자와의 부자관계를 가족관계등록부에 공시할 수 있다. 그리고 이러한 혼인외 자와의 부자관계는 오로지 부 자신의 가족관계등록부에만 공시되고, 처의 가족관계등록부에는 기록되지 않으므로 그의 사생활이 사실상 이혼 중인 처에게 노출되는 일도 없다. 과거에는 자녀의 생물학적 부를 확인하는 것이 쉽지 않았으므로, 부와 모 간에 이러한 불평등이 발생하는 것을 다소간 감수하는 수밖에 없었으나, 현재와 같이 유전자검사 결과를 통해 손쉽게 진실한 혈연관계를 확인할 수 있는 시대에까지 이러한 구조를 유지하는 것은 합리적 이유 없는 차별에 해당하여 헌법 제11조에 반한다.[14)]

중요한 것은 이와 같은 기본권 침해상황이 발생하는 주된 이유가 민법 제844조 때문이 아니라는 것이다. 민법 제844조 자체는 모에게 자신이 출산한 자녀를 무조건 부(夫)의 자로 출생신고할 것을 강제하지 않는다. 만약 부의 자로 출생신고를 하지 않은 상태에서 바로 친생부인의 소를 제기하는 것이 가능하다면, 부(夫)의 기본권 침해 문제는 별론으로 하고, 모의 기본권 침해문제는 발생할 여지가 없다. 출생신고가 되어 있지 않은 상황이라면 모가 직접 자를 상대로 친생부인판결을 받아

12) 현소혜(주8), 267-268면.
13) 현소혜(주8), 270면.
14) 현소혜(주8), 270면.

바로 생부의 자로 출생신고를 할 수 있으므로, 허위의 출생신고를 강제당하거나 사생활이 노출될 위험이 없기 때문이다. 결국 모의 기본권을 직접적으로 침해하는 조문은 민법 제844조가 아니라 친생부인의 소를 제기하기에 앞서 자에 대해 출생신고를 강제하는 가족관계등록법 제47조인 셈이다.

따라서 헌법재판소는 청구인의 기본권 침해 여부를 판단함에 있어서 심판대상을 가족관계등록법 제47조로 변경해야 했다. 이와 같이 변경하는데 어떠한 절차상의 어려움이 있는 것도 아니다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에서 심판의 대상은 원칙적으로 청구인의 청구취지에 의해 정해지지만, 헌법재판소는 청구취지에 구애됨이 없이 심판청구이유, 당해 사건 재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 그 밖의 여러 가지 사정을 종합하여 직권으로 청구인이 구한 심판의 대상을 변경하여 확정할 수 있기 때문이다.[15]

3. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 대상 결정은 정작 청구인의 기본권을 침해하고 있는 가족관계등록법 제47조에 대해서는 심사하지 않은 채 청구인과 자기관련성이 인정되지도 않는 민법 제844조에 대해 헌법불합치 결정을 선고하였다는 점에서 문제가 있다. 하지만 이미 헌법재판소 결정이 선고된 상황에서 이러한 소소한 오류에 집착하기 보다는, 기왕에 헌법불합치 선언이 나온 것을 기화로 민법 제844조에 모의부(夫)나 생부의 기본권을 다소간 과도하게 제한하거나 자의 복리에 유해한 측면이 있었음에 주목하여 적절한 개선방안을 마련하는 편이 보다 생산적일 것이다.

IV. 민법 제844조의 개정방안

1. 개정의 방향

민법 제844조의 개정 방향에 관한 헌법재판소의 태도는 명백하다. 적어도 “① 이미 혼인관계가 해소된 이후 자가 출생하였고 이 사건과 같이 ② 생부가 그 자를 인지하려는 경우”에는 “③ 친생추정에 일정한 예외를 인정하거나, ④ 친생부인의 소보다 절차가 간단하고 비용도 적게 드는 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길”을 마련해 주어야 한다는 것이다. 따라서 친생추정 제도의 개정

15) 가령 예산회계법에 대한 헌법소원심판 청구에 대해 심판의 대상을 지방재정법 조항으로 변경한 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2005헌마172 결정을 보라.

방안을 마련하기 위해서는 다음과 같은 사항을 검토할 필요가 있다.

먼저 친생추정의 요건과 관련하여서는 다음의 두 가지 쟁점을 검토하여야 한다. 첫째, 혼인관계의 해소의 범위를 어떻게 설정할 것인가. 특히 사실상 혼인관계가 해소된 경우, 더 나아가 혼인관계가 존속하는 경우까지 친생추정의 예외를 인정할 것인가. 둘째, 생부의 인지 내지 인지가능성을 친생추정 예외조항의 요건으로 설정할 것인가.

다음으로 효과와 관련하여서는 다음의 두 가지 쟁점을 검토하여야 한다. 첫째, 친생부인 절차는 그대로 유지한 채 친생추정이 미치는 범위만을 조정할 것인가. 만약 그렇다면 당사자들은 친생부인의 소 대신 친생자관계존부확인의 소를 통해 분쟁을 해결하게 될 것이다. 둘째, 친생추정과 아울러 친생추정을 번복할 수 있는 새로운 형태의 수단을 마련할 것인가. 특히 소송이 아닌 비송을 통해 이러한 수단을 강구하고자 한다면 가족관계등록 비송사건절차를 새롭게 창설해야 할 것이다.

차례로 살펴본다.

2. 실체적 측면

가. 혼인관계의 해소와 친생자추정

(1) 혼인관계가 사실상 해소된 경우

헌법재판소가 심판의 대상으로 삼았던 부분은“혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생”한 부분이다. 이미 부부간의 혼인관계가 해소된 때에는 더 이상 지켜야 할 가정의 평화가 존재하지 않으므로, 굳이 당사자의 기본권을 침해해가면서까지 친생추정을 유지할 필요가 없다는 것이다. 이러한 대상 결정의 의미를 문리적으로 해석한다면 법률혼이 배우자 일방의 사망, 혼인의 취소 또는 협의상·재판상 이혼 등으로 인해 해소된 때로부터 300일 내에 출생하였으나 전 배우자의 친생자가 아님이 명백한 경우에 한하여 예외조항을 신설하는 것으로 족할 것이다.

그런데 이혼 등에 의해 혼인관계가 법률적으로 종료된 경우에만 지켜야할 가정의 평화가 존재하지 않는 것은 아니다. 법적으로는 혼인관계가 여전히 존속 중이지만, 현실적으로는 더 이상 가정이라고 볼 수 없는 경우도 많다. 이른바 ‘사실상 이혼’의 경우가 그러하다. 만약 혼인관계 종료시 친생추정을 유지하는 것이 위헌이라면, 부부관계가 사실상 파탄에 이르렀지만 아직 이혼절차를 밟지 않았다는 이유만으로 친생추정을 미치도록 하는 것 역시 위헌일 것이다. 따라서 민법 제844조를

개정함에 있어서는 단순히 혼인관계 종료 후의 사안만을 염두에 두고 예외조항을 설계하는 것이 아니라, 혼인 존속 중인 경우까지 모두 포섭할 수 있도록 예외조항의 범위를 넓힐 필요가 있다.

다만, 이와 같이 예외조항을 확대하여 혼인 존속 중에도 법률상 배우자 아닌 자의 자녀임이 명백한 경우에는 친생자 추정이 미치지 않도록 하는 것에 대해서는 '혼인의 본질과 제도적 가치'를 침해한다는 반론이 있을 수 있다. "혼인 중 출생자가 법률혼 배우자의 자가 아닐 수도 있음을 법률에서 명시적으로 인정하는 것은 일부일처제의 이념에 반한다는 윤리적 저항"이 바로 그것이다. 필자 역시 불과 8개월 전에 이러한 이유로 민법 제844조의 개정에 반대하는 주장을 펼친바 있다.[16]

그러나 그 사이에 상황은 급변하였다. 그 변화의 중심에 있는 것은 바로 간통죄이다. 민법 제844조의 개정에 반대하는 필자의 논문이 인쇄소로 넘어간 2015. 2. 26. 헌법재판소는 형법 제241조상의 간통죄가 위헌임을 선언하였다.[17] 간통죄의 형사처벌은 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해한다는 것이다. 따라서 혼인 중 법률상 배우자 아닌 자와 성적 교섭을 맺는 행위는 더 이상 형법상 불법의 영역에 속하지 않게 되었다.

한편 간통죄 위헌 결정이 나오기 3달 전인 2014. 11. 20. 대법원은 제3자가 부부 중 일방과 성적인 행위를 하였더라도 "부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 경우"에는 불법행위가 성립하지 않는다고 판단하였다.[18] 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활이 존재하지 않는 이상 제3자가 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하는 위법행위를 했다고 볼 수도 없고, 상대방 배우자의 입장에서도 부부공동생활에 관한 권리가 침해되는 손해가 생긴다고 할 수 없다는 것이다. 따라서 재판상 이혼 여부와 무관하게 사실상 이혼 상태에서 배우자 아닌 자와 성접 교섭을 맺는 행위는 민사상으로도 더 이상 불법의 영역에 속하지 않는다.

물론 성적 교섭 행위 자체는 더 이상 불법이 아닐지라도, 혼인 존속 중 사통관계에서의 출산까지 인정하는 것은 아니라는 반박도 논리적으로는 가능할 것이다. 하지만 우리 대법원은 이미 오래 전부터 혼인 존속 중에 법률상 배우자 아닌 사람

16) 현소혜(주8), 285-286면 참조.
17) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2011헌가31 등 결정.
18) 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결.

의 자녀를 출산하는 현상 자체를 인정하고, 그들을 위한 구제책을 마련해 왔다. 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결이 이미 “부가 동거하여 처가 부(부 이하 같다)의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우”에는 친생추정을 배제하여 왔기 때문이다.[19]

위와 같은 헌법재판소 결정과 대법원 판결에서 보이는 일련의 경향과 사회윤리적 의식의 변화에 비추어 볼 때 혼인관계가 법적으로 종료된 경우에 더하여 혼인관계가 사실상 해소된 경우에까지 친생추정의 예외조항을 두는 것은 이제 피할 수 없는 상황이 된 듯하다. 시각을 달리하여 보면 이는 기존의 ‘외관설’을 입법화하는 것으로, 판례법을 실정법으로 전환시키는 것에 불과한 작업이기도 하다. 사실상 혼인관계가 해소되었다는 사정을 고려하는 것은 당사자에게도 매우 중요한 의미를 갖는다.

그러므로 기왕에 헌법불합치 결정이 나온 것을 기화로“혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생”한 경우뿐만 아니라, 사실상 혼인관계가 해소된 상태에서 출생한 자녀에 대해서도 널리 친생추정을 배제할 수 있는 예외조항을 마련할 필요가 있다.[20]

(2) 혼인관계가 사실상으로도 존속하고 있는 경우

혼인관계가 사실상으로도 존속하고 있었던 경우는 어떠한가. 이러한 경우에까지 혼인 중 출생자를 모의 부(夫)의 자로 출생신고하는 것이 진실한 혈연관계에 어긋

---

19) 이러한 법리가 혼인의 윤리적 가치에 대한 논박의 결과물이었던 점은 위 판결의 반대의견만 보더라도 여실히 드러난다. 당시 대법원판사 유태흥을 비롯한 4인의 대법원판사는 “부부는 정절을 바탕으로 존립하며 가정의 순결은 부부의 정절에 의하여 유지되는 것이다. 친생추정의 규정은 필경 이와 같은 철리에 입각한 것이며 이를 제한적으로 해석할 때 우리 전래의 순풍양속은 그 설 땅을 잃게 된다는 생각에서 종래 무제한설에 입각한 당원의 일관된 견해는 유지되어야 하고 이에 터잡은 원심판시는 정당하다고 하여 다수의견에 동조할 수 없는 뜻을 밝히는 것”이라는 취지의 반대의견을 제시하였다.

20) 독일민법 제1599조 제2항은 “자가 이혼소송 계속 후에 출생하였고, 이혼판결 확정 후 1년 이내에 제3자가 인지한 때”에는 친생추정이 미치지 않는다고 규정하고 있다. 사실상 이혼 상태인지 여부를 확인하기가 쉽지 않으므로, 이혼소송 계속시라는 객관적 기준을 마련하여 획일적 처리가 가능하도록 한 것이다. 반면 스위스 민법 제256조의b 제1항은 “자가 혼인 전 또는 배우자와 별거 중에 포태되었음이 입증된 경우”에는 친생추정이 번복될 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 포태 전후의 시점이 배우자와 성적 교섭을 하였음이 입증된 경우에는 친생추정이 배제되지 않으며, 친생추정의 예외조항을 두는 것이 아니라 친생부인의 소 내에서 입증책임을 전환시키는 규정을 두고 있을 뿐이라는 점에서 특수성이 있다. 자세한 내용은 현소혜(주8), 279-281면 참조.

난다는 이유로 친생추정을 배제한다면 사실상'혈연설'[21]을 입법화하는 결과를 가져올 것이다. 필자는 8개월 전 이와 같은 내용의 민법 제844조 개정에 대해 반대의 의견을 피력한바 있다. 그러나 이 점에 대해서도 역시 기존의 견해를 변경하고자 한다. 당시 논거로 삼았던 몇 가지 사정에 변화가 생기거나, 오류가 발견되었기 때문이다.

첫째, 필자는 기존의 논문에서 혈연설을 택하는 것은 법률상 부가 가지고 있던 선택권을 생물학적 부에게 이전시킨다는 점에서 부당하다고 주장한 바 있다.[22] 혈연설에 따라 친생추정이 미치지 않는 범위를 확대한다면 생물학적 부의 선택에 따라 법률상 부자관계가 좌지우지될 수 있는데, 이는 법률상 부와 모가 가정의 평화를 유지하면서 자녀를 양육하고자 하는 경우에까지 자녀를 법적 분쟁의 소용돌이로 몰아넣어 자녀의 복리에 치명적인 해악을 미칠 수 있기 때문이다.

하지만 이제 이러한 논거는 더 이상 설득력이 없게 되었다. 이는 2015. 11. 19. 부터 시행될 개정 가족관계등록법 제57조 제2항과 관련이 있다(이른바'사랑이법'). 종래 비혼부는 모의 혼인관계증명서를 제출하지 않는 이상 스스로 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 하는 것이 불가능하였다.[23] 모가 직접 출생신고를 하는 경우라면 모의 부(夫)가 자의 부(父)로 기재될 수밖에 없는 상황에서 비혼부가 이러한 사정(즉, 모가 기혼자라는 사실)을 은닉하고 스스로 출생신고를 하는 것을 허용하면, 사실상 친생추정 조항을 잠탈하는 수단으로 사용될 것이라는 고려에 기인한 것이다. 그 결과 아무리 생부라도'모 불상(母 不詳)'의 출생신고를 하는 것은 허용되지 아니하였다.[24] 친생추정 제도와의 정합성을 생각하면 부득이한 행정 처리이나, 실제로 모의 성명불상이나 소재불명 등의 사유로 인해 혼인관계증명서를 제출할 수 없었던 수많은 비혼부들의 입장에서는 혼인 외 출생자를 위해 가족관계등록 창설의 절차를 거치지 않고서는 출생신고나 인지가 불가능하였고, 그 결과 당장 필요한 건강보험급여, 양육수당이나 시설입소 등 사회복지혜택을 받지 못해 여러 가지 문제가 발생하였다.[25]

---

21) 혈연설이란 夫의 생식불능, 혈액형의 불일치 등 과학적·객관적으로 처가 부의 자를 임신할 수 없음이 증명된 경우에는 친생추정이 미치지 않는다는 견해를 말한다. 혈연설을 택하고 있는 대표적인 국내문헌으로 조미경, "친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰", 家族法硏究 第11號(1997), 166-167면 참조.

22) 현소혜(주8), 287-288면.

23) 가족관계등록예규 제89호.

24) 가족관계등록선례 제201106-2호(2011. 6. 30. 시행).

25) https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=96857 (최종방문일자 2015. 12.

이에 새로운 가족관계등록법은 "모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아" 출생신고를 할 수 있도록 규정하였다.[26] 물론 나중에 모가 혼인 중이었음이, 즉 출생자가 제3자로부터 친생추정을 받고 있음이 밝혀졌을 때에는 등록부를 정정하도록 되어 있으나(같은 조 제4항), 비혼부로서는 모의 신원을 은닉한 채 모의 법률상 배우자의 자녀로 추정되는 자를 자신의 친생자로 출생신고할 수 있는 우선적 지위를 갖게 된 셈이다. 이로서 적어도 절차법상으로 모의 법률상 배우자가 오히려 당해 아동에 대해 자신이 법률상 부로 추정됨을 스스로 입증해야 하는 상황이 되었다. 친자관계를 둘러싼 분쟁해결의 주도권이 어차피 생부에게로 넘어간 것이다. 따라서 혼인관계 존속 중에는 가정의 평화를 선택한 법률상 부의 의사를 중시해야 한다는 기존의 입장을 고수하는 것이 무의미해졌다.'사랑이법'에 따르면 부부가 원하건 원하지 않건, 자녀의 의사가 어떠하건 비혼부가 원한다면 한 가정을 분쟁의 소용돌이로 몰아넣는 것이 얼마든지 가능하다.

둘째, 혈연설을 택하는 경우에 AID(Artificial Insemination by Doner) 방식의 인공수정에서 출생한 자녀의 법적 지위가 불안정해질 수 있다는 문제가 있다. AID 방식의 인공수정에 의해 출생한 아동의 혈연부(血緣父)는 정자제공자이므로, 혈연설에 따르면 인공수정을 계획한 의뢰부와의 사이에서 친생추정이 깨지게 된다. 하지만 이러한 문제 역시 소소한 것에 불과하다.

종래 필자가 이러한 문제점을 근거로 혈연설에 반대하였던 것은 AID 방식의 인공수정에 관한 기존의 통설에 내포되어 있던 한계 때문이다. 종래의 통설은 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 하여 출산을 하는 것에 동의했던 의뢰부가 후에 자녀를 상대로 친생부인을 하는 것은 신의칙에 반하므로 허용될 수 없고, 따라서 인공수정 동의 여부에 따라 부를 결정하는 것만으로 충분히 이러한 문제를 해결할 수 있다는 입장이다.[27] 하지만 혈연설을 택한다면 부가 자녀를 상대로 친생

21.) 참조.

26) 이에 대해 출생신고시 가정법원의 확인을 받도록 하는 것은 ① 고유의 보고적 신고인 출생신고의 성격을 전래의 보고적 신고로 변질시키는 것이며, ② 모자간의 친생자관계존재확인판결로 판단해야 할 문제를 결정으로 해결하는 셈이 되고, ③ 어차피 유전자검사 결과를 확인하는 것에 불과하다면 굳이 법원에서 할 필요 없이 가족관계등록공무원에게 바로 제출하게 하면 된다는 점, ④ 추후 모가 기혼자인 것으로 밝혀진 경우 처리 방법이 부적절하다는 점 등을 들어 비판하는 견해로 임대윤, "미혼부의 자녀 출생신고에 관하여 –속칭 '사랑이법'에 대한 비판을 중심으로", 법률신문 연구논단 참조. 위 글은 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=2236 (최종방문일자 2015. 12. 21.)에서 확인할 수 있다.

27) 하급심 중에도 이러한 태도를 취한 판결이 있다. 대구지법 가정지원 2007. 8. 23. 선고 2006드단

부인의 소나 친생자관계존부확인의 소를 제기하는 것은 신의칙에 의해 막을 수 있을지 몰라도, 생부(정자제공자)나 자녀 측에서 의뢰부를 상대로 친자관계를 다투는 소를 제기하는 것이 무제한적으로 허용될 우려가 있다.

하지만 최근 주장되고 있는 소위 '입양설'[28]에 따르면 이러한 문제 역시 손쉽게 해결할 수 있다. 의뢰부는 인공수정에 의해 출산한 자녀와의 사이에서 법적인 친자관계를 설정하고자 하는 효과의사를 가지고 있으므로, 그 의사에 따라 법정친자관계의 성립을 인정하면 된다는 것이다. 이러한 견해에 따르면, 민법 제905조 또는 제908조의5에 따른 재판상 파양사유가 존재하지 않는 한 의뢰부와 자녀 사이의 친자관계가 해소될 수 없으므로, 자의 법적 지위가 안정적으로 확보될 수 있을 것이다. 종국적으로는 인공생식기술에 관한 특별법을 제정함으로써 해결해야 할 문제이다.

셋째, 혈연설을 입법화한다고 하여 과연 모의 부(夫)나 생부의 기본권 침해 문제가 해결될 것인가. 종래 필자가 이에 대해 부정적이었던 이유는 가족관계등록공무원의 형식적 심사권한과 관계가 있다. 혈연설을 택한 경우라도 모가 출산한 자녀를 그의 부(夫)가 아닌 생부의 자녀로 출생신고하려면 당해 자녀가 모의 부(夫)의 자가 아님을 입증할 수 있는 확정적인 자료를 가족관계등록공무원에게 제출하여야 할 것이다. 그런데 실질적 심사권한을 가지고 있지 않은 가족관계등록공무원으로서는 책임소재를 분명히 하기 위해 확정판결과 같이 공적인 기관에 의해 발급된 증빙자료를 요구할 가능성이 높다.[29] 결국 혈연설에 따르더라도 모의 부(夫)나 생부는 법원으로부터 친자관계존부확인판결을 받아와야만 가족관계등록부상의 잘못된 기록을 바로잡을 수 있다. 친자관계존부확인의 소는 원고적격이나 제소기간 등에 있어서 친생부인의 소보다 완화된 소송형태라고 할 수 있으나, 그럼에도 불구하고 그 판결이 확정될 때까지 이해당사자들에게 진실에 반하는 친자관계를 강요한다는 점(현대판 적부서자[30] 관계!), 그리고 그러한 사태에 대해 아무런 잘못이

22397 판결(확정) 참조.

28) 입양설은 鄭光鉉, 親族相續法要論, 法文社, 1959, 222-223면에서 이미 주장된 바 있으나, 권재문, 親生子關係의 決定基準, 경인문화사, 2011, 348-361면을 통해 그 의미가 새롭게 부각되었다. 입양허가제 도입 후에도 보조생식관계에서의 입양설이 유의미하고 있음을 논증하고 있는 문헌으로 편집대표 윤진수/권재문 집필부분, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 682-686면 참조.

29) 실제로 현재 가족관계등록예규 제91호 역시 친자관계에 관한 확정판결만을 신빙성 있는 서류로 간주하고 있다.

30) 이는 한자로 표기가 불가능한 신조어이다. 적모서자관계에서의 "嫡"은 정실, 본처라는 뜻을 가지고 있는바 남자에게만 처첩관계를 인정하였던 시대적 상황을 반영한 단어이기 때문이다.

없는 모의 부(夫)라도 그 효과로부터 벗어나기 위해서는 스스로 소를 제기하고 입증책임을 지는 부담을 감수해야만 한다는 점에서 여전히 기본권 제한의 문제가 남는다.[31]

하지만 헌법재판소의 대상결정은 단순히 친생추정의 예외를 넓히는 방법을 넘어서 "친생부인의 소보다 절차가 간단하고 비용도 적게 드는 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길"을 마련해 주는 방법에 대해서도 언급하고 있는바, 만약 이러한 간이한 방법을 마련할 수 있다면 혈연설을 택하는 것이 당사자에게 실질적인 도움으로 이어질 수 있을 것이다. 소를 제기하지 않고도 강요된 친자관계로부터 벗어나는 것이 가능해지기 때문이다.

넷째, 위와 같이 간이하게 친생추정을 번복할 수 있도록 하는 것에 대한 반발도 만만치 않다. 이는 무엇보다도 '혈연설'이 사실상 친생추정 조항을 공동화(空洞化)시킬 것이라는 우려에 기인한다.[32] 그러나 혈연설을 택한다고 하여 반드시 친생추정 조항이 공동화되는 것은 아니다. 혼인 중 출생자의 절대 다수는 모의 법률혼 배우자의 친생자이며, 이들에게 별다른 절차 없이 바로 생부와의 친자관계를 성립시켜 준다는 것만으로도 친생추정은 혁혁한 의미가 있다. 물론 이러한 견해가 우려하는 바와 같이 일단 혈연설을 택하는 경우에는 설령 법률상 친자관계가 혈연관계와 부합한다고 하더라도 분쟁에 노출될 가능성이 높아지고, 그만큼 자의 법적 지위가 안정되기 힘든 것은 사실이다. 일본 최고재판소 역시 2014. 7. 17. 이와 유사한 이유로 혈연설을 배척한 바 있다.[33][34]

그러나 이는 모의 법률상 배우자가 생부 아님이 명백한지 여부를 판단할 수 있는 절차를 오로지 친생자관계부존재확인소송에 의존하고 있기 때문에 발생하는 문제에 불과하며, 이를 보다 간이한 방식으로 증명할 수 있는 새로운 제도를 설계할

---

31) 자세한 내용은 현소혜(주8), 269면 참조.

32) 權載文, "血緣眞實主義 實現을 위한 親生否認의 要件緩和와 調停節次의 活用, 法曹 제579호(2004), 161면; 정구태, "친생추정의 한계 및 친생부인의 소의 원고적격", 법학연구 제26권 제1호(2015), 133면 등 참조. 같은 이유도 필자도 현소혜(주8), 286-287면에서 같은 입장을 택한 바 있다.

33) 判タ 1406号 59頁. 위 판결은 '기른 정과 낳은 정'이라는 타이틀로 국내 언론에서도 대서특필되었다. http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201407180947461&code=970203 (최종방문일자 2015.12.21.) 외 다수의 기사 참조. 본 판결에 대해 자세히 소개하고 있는 문헌으로 류일현, "친생자 추정이 미치는 범위와 그 한계", 비교사법 제22권 3호(2015), 1014-1021면; 정구태(주32), 126-130면 참조.

34) 정구태(주32), 123면에 따르면 우리 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012므1892 판결(미공간) 역시 혈연설을 명시적으로 배척했다고 하나, 의문이다. 위 판결의 원문과 원심판결을 제공해 주신 정구태 교수님께 감사드린다.

수 있다면 오히려 자녀를 소송이나 극심한 분쟁에 노출시키지 않고도 손쉽게 혈연진실주의를 실현할 수 있을 것이다. 일본과 달리 우리나라는 어차피 비혼부에 의한 출생신고가 가능해진 상황이므로, 애초부터 혈연진실주의에 따른 출생신고의 비율을 높이고, 친생자관계부존재확인의 소가 제기될 가능성을 최소화하는 것이 분쟁의 숫자를 줄이는 묘책이 될 수도 있다.[35]

결국 혈연설이 가져올 수 있는 문제들 중 대부분은 기존의 친생부인의 소나 친생자관계존부확인의 소를 대체할 수 있는 간이한 절차를 도입하는 것으로 해결이 가능하다. 그 절차에 관하여 상세히는 2. 이하에서 다시 논한다.

나. 인지와 친생자 추정

헌법재판소는 친생추정의 예외를 인정할 수 있는 요건으로 생부에 의한 인지 또는 인지의 가능성을 제시하고 있다. 그래야만 자녀의 법적 지위 안정이라는 친생추정 제도의 입법목적을 달성할 수 있기 때문이라고 한다.[36] 이러한 견해는 독일민법 제1599조 제2항[37]에 연원한 것이나, 근본적으로는 정상가정에 대한 강박에 불과하다. 모든 아동은 父와 母가 모두 있어야 행복하다는 사고방식의 발로인 것이다. 물론 父가 있으면 부양의무자가 한 명 더 늘어나는 것이므로, 그만큼 보호의 막이 두터워진다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 생부의 인지 가능성이 없다는 이유만으로 친생자추정의 예외로부터 배제한다면, 결국 모의 법률상 배우자가 父로서의 지위를 유지하게 되는데, 그가 과연 얼마만큼 부모로서의 의무(특히 금전적 부양의무)를 성실히 이행할지 심히 의문이다. 게다가 생부에게 인지의 의사가 전혀 없는 경우라도, 일단 친생추정을 번복하고 나면 자녀는 생부를 상대로 재판상 인지를 청구할 수 있는바, 생부와의 사이에서 진실한 혈연관계가 존재하는 한 父의 부재로 인해 자녀의 법적 지위에 공백이 발생할 가능성은 0에 가깝다. 그러므로

---

35) 최근 가정법원도 “부부가 명백하게 객관적 동거를 하지 않는 경우뿐만 아니라 유전자형이 맞지 않는 경우에도 친생추정의 효력은 미치지 않는다.”고 하여 친생자관계부존재확인의 소를 인용하거나, 사망으로 인해 혼인관계가 종료된 후에 비로소 냉동정자에 의해 포태된 아동에 대해서도 사망한 친부와의 부자관계를 인정하는 등 혈연관계의 존부에 따라 친자관계를 결정하려는 경향을 보이고 있다. 법률신문 2015. 7. 21.자 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=94458: 최종방문일자 2015. 12. 21.) ; 2015. 8.13.자 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=94843: 최종방문일자 2015. 12. 21.) 등 참조.

36) 승이도, “'혼인종료 후 300일 이내에 출생한 子'의 친생추정에 관한 연구”, 家族法硏究 第29卷 第1號(2015), 287-288면도 같은 견해이다.

37) BGB §1599[친생추정의 배제] (2) 자녀가 이혼소송의 계속 후에 출생하였고, 이혼판결 확정 후 1년 내에 제3자가 인지한 때에는 제1592조 제1호 및 제1593조를 적용하지 않는다.

굳이 이러한 요건을 친생추정 예외의 요건으로 부가할 필요는 없을 것이다.

진정으로 자의 복리를 도모하고자 한다면, 오히려 혈연설에 따라 친생추정이 배제되는 범위를 넓히되 이미 모의 부(夫)와 자녀 사이에 사회적 친자관계가 형성된 경우에는 예외적으로 친생추정이 배제될 수 없도록 함으로써 생부와 같은 제3자가 친자관계부존재확인의 소를 제기하는 것을 봉쇄하는 장치를 마련하는 편이 더 긴요하다.[38]

3. 절차적 측면

가. 기존 절차의 한계

효과와 관련하여서는 친생부인 절차는 그대로 유지한 채 친생추정이 미치는 범위만을 조정할 것인지 또는 친생추정과 아울러 친생추정을 번복할 수 있는 새로운 형태의 수단을 마련할 것인지를 검토하여야 한다. 후자에 찬성한다. 이유는 두 가지이다. 첫째, 1.에서 살펴본 바와 같이 혼인관계가 해소된 경우뿐만 아니라 혼인존속 중에도 혈연설에 따라 친생추정의 번복이 가능하도록 하려면 간이한 절차의 마련이 필수적이다. 둘째, 논자에 따라서는 역으로 간이한 절차를 마련해서는 안되기 때문에 혈연설을 택할 수 없다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 간이한 절차를 마련하지 않는다면 대상 결정의 취지를 충분히 살릴 수 없다.

현재 국회에 계류 중인 민법 개정안은 이러한 문제점을 여실히 보여준다. 2015. 5. 15. 국회에 제출된 민법 개정안(대표발의: 이찬열 의원)은 다음과 같이 민법 제844조를 개정할 것을 제안하고 있다.[39]

현행	개정안
제844조 [부의 친생자의 추정] ① 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일후 또	제844조 [부의 친생자의 추정] ① (현행과 같음) ② ----------

38) 이와 유사한 취지에서 사회적 친자관계설을 택하고 있는 견해로 정구태(주32), 131-135면 참조.

39) 개정안의 내용은 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_D1C5E0A5S1W5G1Q7B2V1V2O1W9G1T5 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2015. 12. 21.). 한편 승이도(주36), 288면은 민법 제844조 제2항에 "다만, 妻가 혼인 중 포태한 子가 夫의 子 아님이 명백하고, 生父가 그 子를 인지한 경우에는 그러하지 아니하다."라는 단서를 삽입하는 것을 내용으로 하는 개정안을 제안하고 있으나, 이 역시 본문의 개정안과 동일한 문제점을 수반한다.

는 혼인관계종료의 날로부터 3백일내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다.	---------- ---------- ---------- ---------- -. 다만, 혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자라도 유전자검사에 의하여 친생자가 아님이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다.

친생자추정의 요건과 관련하여서는 “혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생”한 경우에 한하여 예외조문을 마련하는 한편, 그 절차와 관련하여서는 별도의 친생부인 판결을 거치지 않은 경우라도 유전자검사 결과만으로 친생추정이 번복될 수 있도록 한 것이다. 이러한 개정안에 따르면 부 또는 모는 자녀의 유전자검사결과를 제출하는 것만으로 친생추정의 효과에서 벗어나 그가 모의 배우자의 자녀로 기록되는 것을 막을 수 있을 것처럼 보인다. 하지만 현실은 그렇지 않다.

Ⅳ. 2. 가. (2)에서 이미 서술한 바와 같이 가족관계등록공무원의 형식적 심사권한으로 말미암아 그는 유전자검사 결과에 의해 친생자 아님이 증명되었는지 여부를 판단할 권한이 없다. 따라서 법원의 판결이나 결정과 같은 공적 기관의 확인을 요구할 가능성이 매우 높다. 최근 등장하고 있는 사설 유전자검사업체의 난립과 저가화 현상, 그에 따른 유전자검사결과 조작의 위험 등을 고려할 때 가족관계등록공무원이 이와 같이 신중한 태도를 취하는 것은 바람직한 것이기도 하다. 따라서 만약 이러한 공적 기관의 확인을 받아오지 않는다면 일단 모의 부(夫)의 자로 출생신고를 하는 수밖에 없을 것이다.

그런데 현행법상 가족관계등록부에 기록된 부(父)를 모의 부(夫)에서 제3자로 정정하기 위해서는 법원의 확정판결이 요구된다(가족관계등록법 제107조). 부자관계의 정정은 가족법상 법률관계에 중대한 영향을 미치므로, 그 신분관계를 다투기 위한 소송형태가 가사소송법 제2조에 열거되어 있기 때문이다.[40] 따라서 당사자는 이러한 부자관계의 외관을 제거하기 위해 가정법원에 친생부인의 소 또는 친생자

40) 대법원 1993. 5. 22. 자 93스14,15,16 전원합의체 결정 참조.

관계부존재확인의 소를 제기해야만 한다. 위 개정안은 이 때 당사자에게 친생부인의 소가 아니라 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있는 길을 열어주었을 뿐이다.

물론 친생부인의 소보다 친생자관계부존재확인의 소를 거치도록 하는 것이 당사자에게 여러 모로 유리한 것은 사실이지만, 그것은 당사자들이 원하는 바가 전혀 아니다. 본건 헌법소원 청구인의 주장에서 여실히 드러나고 있는 바와 같이 당사자들은 소송절차를 거치지 않은 채 간이하게 생부의 자녀로 출생신고를 할 수 있기를 원한다. 이러한 상황에서 민법 제844조만을 위와 같이 개정한다면, 얼마 되지 않아 다시 간이한 절차를 규정하지 않은 민법 제846조나 제865조 등에 대해 동일한 이유로 헌법소원이 제기될 가능성이 높다.

게다가 이 사안이 친생부인의 소를 거쳐야 하는 사안인지 또는 친생자관계부존재확인의 소를 거쳐야 하는 사안인지 여부는 유전자검사를 통해 친생자가 아님이 증명되어야만 확정되는데, 그러한 증명은 결국 소송절차 내에서 이루어질 수밖에 없는 것이므로, 본안심리에 들어가기 전에는 소송요건을 갖추었는지 여부를 판단할 수 없다는 점에서도 위 개정안은 문제가 있다.[41] 위 개정안은 입증수단을 오로지 유전자검사로 한정한다는 점에서 당사자의 지위를 더욱 열악하게 만드는 것이기도 하다.

그렇다면 애초에 소송을 하지 않고서도 법률상 추정을 손쉽게 번복할 수 있도록 하면서도 가족관계등록공무원이 믿고 의지할 수 있는 공적 확인 절차를 마련하여 처음부터 생부의 자녀로 출생신고하는 것이 가능하도록 입안하는 편이 나을 것이다.[42]

나. 새로운 절차의 마련

가.의 말미에서 서술한 간이하고도 신뢰할만한 절차로는 크게 두 가지 방법을

41) 만약 당사자가 친생자관계부존재확인의 소를 제기하였다가 심리 도중 유전자검사 결과에 따라 친자관계가 존재하는 것으로 판명되면, 이는 본래 친생부인의 소를 제기했어야 하는 사안이므로 친생자관계부존재확인의 소를 각하해야 한다는 결론이 나온다. 친생부인의 소와 친생자관계부존재확인의 소의 소송물이 사실상 동일하다는 점을 고려하면 납득하기 어렵다.

42) 가령 영국의 「출생·사망등록법(Births and Deaths Registration Act 1953)」은 혼인 중인 모라도 명백한 증거가 있으면 부(夫) 아닌 사람의 자로 출생신고를 할 수 있다고 규정한다. 이 때 명백한 증거란 "(법률상 부를 포함한) 당사자 전원의 협력 하에 이루어진 유전자검사결과 또는 당사자의 협력을 얻을 수 없는 경우에는 친자관계에 관한 확정판결"을 의미한다. Shazia Choudhry/Jonathan Herring, European Human Rights and Family Law, Hart Publishing, 2010, p.189 참조. 영국의 태도에 대해 자세히는 현소혜(주8), 281면 참조.

생각해 볼 수 있다. 하나는 가정법원 허가제를 도입하는 것이고, 다른 하나는 가정법원 확인제를 도입하는 것이다. 차례로 살펴본다.

(1) 가정법원 허가제

판결을 거치지 않으면서 가정법원이 개입할 수 있는 방법으로 먼저 생각해 볼 수 있는 것은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제105조에 따라 가정법원의 허가를 받도록 하는 방안이다. 동 조 제1항은 "신고로 인하여 효력이 발생하는 행위에 관하여 등록부에 기록하였으나 그 행위가 무효임이 명백한 때에는 신고인 또는 신고사건의 본인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다."고 규정하고 있다. 그 결과 문리적으로는 창설적 신고만이 이에 해당하는 것처럼 보이나, 실제로는 같은 법 제107조에 따라 가정법원의 판결을 받아야 하는 사항을 제외하고는 모두 위 조문에 따라 가정법원의 허가만으로 간이하게 등록부 정정이 가능하다.[43] 따라서 출생신고된 내용 중 "법률상 부"에 해당하는 사람이 "생부"가 아님이 명백한 때에는 가정법원의 허가를 받아 등록부를 정정할 수 있다고 해석하는 것이 불가능한 것은 아니다.

하지만 이것으로는 당사자들의 기본권 침해상황을 구제하지 못한다. 가정법원의 허가를 받아 등록부를 정정한다는 것은, 일단 등록부에 모의 부(夫)가 父로 기재되어 있음을 전제로 하기 때문이다. 이는 단순한 불편함을 넘어 모의 사생활을 이미 혼인관계가 파탄된 배우자에게까지 노출시킬 위험을 수반하며, 결국 자녀에 대한 출생신고를 기피하게 만들어 자녀의 복리에 대한 심각한 침해로 이어지게 될 것이다.

(2) 가정법원 확인제

판결을 거치지 않으면서 가정법원이 개입할 수 있는 두 번째 방안은 가정법원의 확인을 받도록 하는 것이다. 현행 민법상으로 가정법원의 확인 제도는 협의이혼의 사확인시에만 도입되어 있으나, 2015년 개정 가족관계등록법에 의해 출생신고를 할 때에도 가정법원의 확인을 받도록 요구하는 제도가 신설되었다.[44] 만약 모의 부(夫)의 자가 아님이 유전자검사 그 밖의 사정에 비추어 명백하여 친생추정이 미치지 않음을 가정법원으로부터 확인받을 수 있는 절차를 마련한다면, 출생신고 전

43) 대법원 2012.4.13. 자 2011스160 결정 등 참조.
44) Ⅳ. 2. 가. (2) 참조.

에 간이하게 가정법원의 확인만으로 친생추정을 배제하고, 바로 생부의 자녀로 출생신고를 하는 것이 가능해질 것이다. 이는 당사자의 의사에 부합할 뿐만 아니라, 절차를 간이하게 하여 경제적이면서도 가정법원이 직접 친생추정의 번복에 개입하여 실질 심사를 할 수 있다는 장점을 갖는다.

이러한 조문을 마련하는 것은 비혼부의 출생신고 제도 시행에 대비하여서도 매우 유용하다. 위에서 서술한 바와 같이 가족관계등록법 제57조 제2항은 "모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우"에는 가정법원의 허가를 받아 비혼부가 직접 출생신고를 할 수 있도록 하면서도, 사후에 출생자가 제3자로부터 친생추정을 받고 있음이 밝혀졌을 때에는 모가 해당 자녀에 대해 다시 출생신고를 한 후 등록부를 정정하도록 되어 있다(같은 법 제57조 제4항). 그러나 친생추정을 받는 것으로 밝혀진 경우라도 일단 비혼부와 자녀 사이에 진실한 혈연관계가 존재한다면, 일률적으로 법률상 부와의 관계를 가족관계등록부에 기록한 후 다시 친생부인 판결을 거쳐 비혼부와의 관계를 회복하도록 하기보다는, 혈연관계의 존재에 대한 가정법원의 확인만으로 간이하게 같은 법 제57조 제4항에 따른 등록부 정정 절차를 면제해주는 편이 생부·생모·법률상 부·자녀 모두의 이익에 부합한다.[45] 물론 이러한 절차를 만들기 위해서는 가족관계등록법의 추가 개정작업이 필요할 것이다.

위와 같은 사항을 반영한 민법 및 가족관계등록법의 개정안을 제안하면 다음과 같다.

현행	개정안
민법 제844조 [부의 친생자의 추정] ① 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다.	**민법 제844조 [부의 친생자의 추정]** ① 처가 혼인 중에 포태한 자녀는 부(夫)의 자녀로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 200일후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자녀는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.

45) 일단 친생추정의 법리에 부합하는 출생신고를 한 후 다시 가족관계등록부 정정을 거치도록 하는 개정 가족관계등록법의 태도가 갖는 법리적 문제점을 지적하고 있는 견해로 임대윤(주26) 참조.

	③ 제2항에 따라 혼인 중에 포태한 것으로 추정되는 자녀라도 夫의 자가 아님이 혈액형, 유전자검사 그 밖의 사정에 비추어 명백한 경우에는 가정법원의 확인을 받아 제1항의 추정을 배제할 수 있다. (신설)
민법 제846조 [자의 친생부인] 부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다.	**민법 제846조 [자녀의 친생부인 등]** 제844조 제1항의 경우 부부의 일방은 그 자녀가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다. (개정)
가족관계등록법 제47조 [친생부인의 소를 제기한 때] 친생부인의 소를 제기한 때에도 출생신고를 하여야 한다.	**가족관계등록법 제47조 [친생자 추정과 출생신고]** ① 친생부인의 소를 제기한 때에도 출생신고를 하여야 한다. ② 민법 제844조 제3항에 따른 가정법원의 확인을 받은 때에는 친생부인의 판결을 받지 않은 때에도 모의 부(夫)를 부(父)로 기록하지 않을 수 있다.
가족관계등록법 제47조 [친생자출생의 신고에 의한 인지] ① - ③ (생략) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 신고의무자가 1개월 이내에 출생의 신고를 하고 등록부의 정정을 신청하여야 한다. 이 경우 시·읍·면의 장이 확인하여야 한다. 1. 출생자가 제3자로부터 「민법」 제844조의 친생자 추정을 받고 있음이 밝혀진 경우 2. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는	**가족관계등록법 제47조 [친생자출생의 신고에 의한 인지]** ① - ③ (생략) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 신고의무자가 1개월 이내에 출생의 신고를 하고 등록부의 정정을 신청하여야 한다. 이 경우 시·읍·면의 장이 확인하여야 한다. 1. 출생자가 제3자로부터 「민법」 제844조 제1항의 친생자 추정을 받고 있음이 밝혀진 경우 2. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는

사유에 해당하는 경우 ⑤ (생략)	사유에 해당하는 경우 ⑤ (생략)

V. 결론

현행 친생추정의 법리와 친생부인의 소를 옹호하는 입장에서는 '제도'를 통한 자녀의 법적 지위 확보를 중시한다.[46] 하지만 제도의 사각지대에서 생존의 위협을 받는 아동이 있음을 잊어서는 안 된다. 우리 사회에는 분명 모의 부(夫)가 아닌 제3자와의 사이에서 출생한 자녀라는 이유만으로 출생신고조차 되지 못한 채 그림자처럼 자라나고 있는 아동들이 존재한다. 이러한 아동의 존재가 여러 곳에서 확인되고 있음에도 불구하고, 그 정확한 규모나 현황에 대한 조사나 통계조차 존재하지 않고 있는 상황이다.

이러한 현상이 발생하는 가장 근원적인 이유는 우리나라가 아직 출생자동등록제를 도입하지 않은데 있다.[47] 그러나 여러 이익단체간의 갈등으로 인해 출생자동등록제의 도입이 요원한 상황이니만큼 당면한 문제라도 해결할 수 있도록 관련 규정을 정비하는 편이 나을 것이다. 그 중 핵심에 해당하는 것은 단연 친생부인의 소나 친생자관계존부확인의 소를 거치지 않고도 모의 부(夫)가 아닌 생부의 자녀로 출생신고를 할 수 있도록 할 수 있는 간이한 절차를 마련하는 것, 그러한 출생신고의 법적 근거를 마련하기 위해 친생추정이 미치는 범위를 축소하는 것에 있다. 물론 친생추정 제도 자체가 우리 사회에서 가지는 윤리적 의미를 생각할 때 그 범위를 어디까지 축소할 수 있는가에 대해서는 논란이 많을 수밖에 없을 것이다.

일본에서는 이미 2007년부터 '혼인 해소 후 300일 내에 출생한 자녀'의 법적 지위가 사회적으로 큰 문제가 되었다. 이 문제는'300일 사건' 내지 '무호적인'이라는 제목으로 언론에 여러 차례 보도되었는데,[48] 한 조사에 따르면 2015년 현재 현재

46) 대표적으로 류일현(주33), 1036-1039면 참조.

47) 2014. 9. 25. 국회에 제출된 「가족관계의 등록 등에 관한 법률 일부개정안」(대표발의: 윤명희 의원)을 비롯해 출생자동등록제와 관련된 개정안이 국회에 수차례 제출된바 있으나, 아직까지 통과된 것이 없다.

48) 친생추정 조항 때문에 출생신고가 되지 않은 채 무호적 상태로 성장한 자녀가 여권을 만들지 못해 수학여행을 가지 못하게 된 사례(窪田充見, 家族法, 有斐閣, 2013, 194면: 승이도(주36), 277면 각주 37)에서 재인용)를 시발점으로, 40여년간 무호적 상태로 살면서 직장생활을 하고 있는 한 남성의 인터뷰(http://www.47news.jp/CN/201406/CN2014060501001732.html: 최종방문 2015. 11. 6.), 일본 유명한 여성 레슬링 선수 야마모토 세이코가 전남편과 이혼한지 얼마 되지 않아

일본에는 위와 같은 이유로 무호적 상태에 있는 것으로 확인된 아동만 무려 567명에 달한다고 한다.[49] 이러한 문제에 대응하기 위해 일본 법무성은 2007년에 이미 "이혼 후 비로소 제3자와의 사이에서 포태되기는 하였으나, 조산 등의 사정으로 말미암아 이혼성립일로부터 300일 내에 출생한 자"의 경우에는 친생추정의 법리에도 불구하고 바로 생부의 자로 출생신고하는 것을 허용하였다.[50] 그러나 일본 정계는 이에서 한 발 더 나아가 일본 민법 제722조 자체를 개정하여 친생추정이 미치는 범위를 제한하는 방안을 강구하고 있다.[51]

물론 일본은 이미 1947년에 간통죄를 폐지하는 등 여러 가지 측면에서 우리나라와 사정이 다르기는 하지만, 어떠한 역사적·문화적 배경을 가진 나라더라도 입법자가 제 때 필요한 입법을 하지 않을 경우 가장 즉각적으로 피해를 입는 것은 아동임을 기억할 필요가 있다. 헌법재판소는 민법 제844조 제2항에 대해 헌법불합치 결정을 내리면서도 자의 법적 지위에 공백이 발생할 것을 우려하여 잠정적용을 명하였다. 잠정적용을 명한 것 자체는 지극히 당연한 것이나, 그것이 친생추정 조항 개정의 동력을 약화시키는 결과로 이어져서는 안 될 것이다. 친생추정 조항 개정에 관한 국회의 관심을 촉구한다.

일본 출신의 메이저리그 투수 다르빗슈 유의 아이를 임신한 사건(http://theqoo.net/japan/60765548: 최종방문 2015. 11. 6.) 등 '300일 사건'과 관련된 보도가 꾸준히 나오고 있다.

49) 아사히 신문 2015. 3. 28.자 기사(http://www.asahi.com/articles/DA3S11674370.html).

50) 2007(平成19年). 5. 7.자 지침(通達) 「혼인의 해소 또는 취소 후 300일 내에 출생한 자의 출생신고의 취급에 대하여(婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子の出生の届出の取扱いについて)」. 위 지침의 구체적인 내용은 http://www.moj.go.jp/MINJI/minji137.html (최종방문 2015.1.15.)에서 확인할 수 있다. 현소혜(주8), 282면도 참조.

51) 가령 2010년에는 자민당은 공명당 산하 『민법 제772조 문제 대책 프로젝트 팀』과의 공조 하에 ① 의사의 증명서에 따라 이혼 후 포태하였음을 입증할 수 있는 경우 및 ② 유전자검사 결과에 의해 전 배우자의 적출 아님이 명백히 증명되었고, 전 배우자 역시 적출(嫡出) 아님을 인정하고 있는 경우에는 친생자 추정을 배제하는 예외조항을 두는 것을 주된 내용으로 하는 개정안 제출을 시도한 바 있고(요미우리 신문 2010. 3. 16.자 기사 참조), 2015년 3월경에는 국회 내에 혼인 후 300일 내에 출생하였으나 전남편의 자녀가 아닌 까닭에 무호적인 채로 남아 있는 아이들의 문제를 해결하기 위한 초당파 국회의원 연맹을 설립하였고 한다.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.15)

현 소 혜

친생자추정, 친생부인의 소, 외관설, 혈연설, 출생신고

【참 고 문 헌】

1. 단행본

가. 국내문헌

鄭光鉉, 「親族相續法要論」, 法文社, 1959

권재문, 「親生子關係의 決定基準」, 경인문화사, 2011

편집대표 윤진수, 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015

나. 외국문헌

Shazia Choudhry/Jonathan Herring, European Human Rights and Family Law, Hart Publishing, 2010

2. 논문

權載文, “血緣眞實主義 實現을 위한 親生否認의 要件緩和와 調停節次의 活用, 法曹 제579호(2004)

류일현, “친생자 추정이 미치는 범위와 그 한계”, 비교사법 제22권 3호(2015)

승이도, “'혼인종료 후 300일 이내에 출생한 子'의 친생추정에 관한 연구”, 家族法硏究 第29卷 第1號(2015)

임대윤, “미혼부의 자녀 출생신고에 관하여 -속칭 ‘사랑이법’에 대한 비판을 중심으로”, 법률신문

조미경, “친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰”, 家族法硏究 第11號(1997)

현소혜, “친생자 추정과 가족관계등록절차의 개선방안”, 법학논고 제49집(2015)

Abstract

The Presumption of Paternity:

A Revision Suggestion according to Constitutional Discordance Adjudication

Hyun, So Hye

The Constitutional Court has declared that the article 844 sec.(2) of Korean Civil Act is unconstitutional at 2015, which provides a child born within three hundred days from the day when the matrimonial relation was terminated, shall be presumed to be the child of the wife's husband, because it infringes on the mother's personal rights. But the article does not regulate the relationship between mother and child itself, but only the paternity. Surely she is suffering for the breach of privacy, which constitutes discrimination on sex as well, but it is not because of the presumption of paternity, but because of the birth report system. Therefore the system should be changed which forces the mother who has given birth to a child of a man who is not her husband to report the child as her husband's one. This article considers the details of the new birth report system which enables mothers to report the child as the biological father's one without action of denial of paternity and the scope of exceptions of presumption of paternity for its premises.

Hyun, So Hye

presumption of paternity, action of denial of paternity, the appearance theory, the blood theory, the report of birth

형사성공보수약정에 대한 반사회적 무효판결 관견

정 상 현*

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 대상판결의 분석
1. 사건개요
2. 하급심법원 판결
3. 대법원 판결
4. 본 판결의 의미
Ⅲ. 형사성공보수약정에 대한 외국의 규율태도
1. 영미법계
2. 유럽법계
3. 동아시아법계
Ⅳ. 대한민국의 형사성공보수 실태와 약정의 효력
1. 형사성공보수 실태
2. 형사성공보수약정의 효력
Ⅴ. 반사회적 법률행위의 무효와 불법원인급여의 적용
Ⅵ. 결어

【국 문 요 약】

대법원은 2015년 7월 23일 대법관 13명 전원일치로 형사사건의 성공보수약정을 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로서 무효(민법 제103조)라고 판결하였다. 1948년 정부 수립 이후 67년 만이다. 이로 인하여 향후 변호사는 형사사건에서 불기소, 불구속, 보석, 무죄 등을 조건으로 한 성공보수약정의 유효를 주장할 수 없게 되었고, 그에 따른 약정보수금의 지급청구가 좌절되면서 변호사의 수입체계에 큰 변화가 불가피하게 되었다. 물론 종래의 판결 중에도 보수금 약정이 실제로 출연한 노력과 비용의 정도에 비하여 부당하게 과다한 경우, 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 비추어 과다한 부분만 무효라거나 이를 감액해야 한다는 판결이 있었다. 그런데 이번 판결은 형사사건의 특정한 수사방향이나 재판결과를 성공으로 정하여 그 대가로 금전을 주고받는 변호사와 의뢰인의 합의는 형사사법 절차와 변호사 업무의 공공성을 보장하기 위하여 명백히 사회질서에 위반된다고 선언하면서 기존의 판례도 변경하였다. 이러한 판결의 이면에는 고위 법관이나 검찰 출신의 전관 변호사들이 과다하게 받아 온 형사성공보수를 염두에 두고, 유전

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

무죄·무전유죄의 의혹을 차단함으로써 형사사법의 신뢰를 구축하려는 의도가 깔려 있다는 것이 법조계의 일반적인 시각이다.

대법원과 변호사업계의 충돌이나 헌법재판소와의 권한분쟁은 차치하더라도, 형사사건의 성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언한 본 판결은 민법의 일반원칙으로 자리 잡은 계약자유를 직접적으로 제한하는 새로운 유형이 되므로, 법리적 논쟁의 불씨로 작용하게 될 가능성은 피할 수 없게 되었다. 물론 계약자유의 한계로서 작용하는 반사회적 법률행위의 범주를 대법원이 변경하는 것을 막을 수 없으며, 그러한 점에서 본 대법원판결의 법리적 정당성은 확보될 수 있다. 다만 대한민국의 근대적 법률역사가 시작된 이래 형사사법절차와 변호사 업무의 공공성을 보장해야 한다는 법적 사명은 계속 유지되어 온 이념인데, 이제야 형사보수약정이 과다하지 않은 경우 이를 허용하던 기존의 판결을 폐기하면서, 반사회적 법률행위임을 들어 무효로 선언한 대법원의 태도가 적절하였는지에 대한 검토는 필요할 것으로 보인다.

법원이 일반적으로 유지하고 있는 반사회적 법률행위의 무효(제103조)와 불법원인급여(제746조)의 이념적 일치에 따라서, 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언하였다면, 이러한 약정을 통하여 변호사에게 지급한 금전은 불법원인급여에 해당되어 의뢰인이 반환을 받을 수 없게 된다. 물론 성공보수금이 지나치게 과다하고 의뢰인이 궁박한 상태에서 성공보수약정을 하였다면, 수익자인 변호사의 불법성이 의뢰인의 불법성보다 현저히 크고, 급여자인 의뢰인의 불법성은 미약하다고 보아 의뢰인은 변호사에 대하여 성공보수의 반환을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로 이러한 경우에 의뢰인의 불법성은 없다고 단정할 수 있는지, 불법성비교이론에 대한 판례의 태도는 수익자의 현저한 불법성(사기도박)을 요구함으로써 실제로 이를 잘 인정하지 않는 바, 그럼에도 변호사에게 현저하게 불법성이 크다고 할 수 있을지, 나아가 형사성공보수약정이 변호사직무의 공공성과 염결성에 근거하여 반사회적 법률행위에 해당한다면 오히려 의뢰인이 성공보수금 지급을 약속함으로써 변호사 직무의 공공성과 염결성을 해친 결과이고 변호사는 그로 인하여 이를 지키지 못한 불이익을 안게 되므로 주객이 전도된 것은 아닌지 의문이다.

Ⅰ. 서 설

대법원은 2015년 7월 23일 대법관 13명 전원일치로 형사사건의 성공보수약정[1]을 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로서 무효(민법 제103조)라고 판결하였다. 1948년 정부 수립 이후 67년 만이다. 이로 인하여 향후 변호사는 형사사건에서 불기소, 불구속, 보석, 무죄 등을 조건으로 한 성공보수약정의 유효를 주장할 수 없게 되었고, 그에 따른 약정보수금의 지급청구가 좌절되면서 변호사의 수입체계에 큰 변화가 불가피하게 되었다. 물론 종래의 판결 중에도 민사사건에서 상당하지 못한 변호사보수가 무효라거나[2], 보수금 약정이 실제로 출연한 노력과 비용의 정도에 비하여 부당하게 과다한 경우 신의성실의 원칙에 반하여 무효[3] 또는 약정보수액이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 비추어 부당하게 과다한 경우 이를 감액해야 한다는 판결[4]이 있었다.[5]

그런데 이번 판결은 형사사건의 특정한 수사방향이나 재판결과를 성공으로 정하여 그 대가로 금전을 주고받는 변호사와 의뢰인의 합의는 형사사법절차와 변호사 업무의 공공성을 보장하기 위하여 명백히 사회질서에 위반된다고 선언하면서, 성공보수는 원칙적으로 유효하되 과다한 부분만 효력이 없다는 기존의 판례도 변경하였다. 이러한 판결의 이면에는 고위 법관이나 검찰 출신의 전관 변호사들이 과다하게 받아 온 형사성공보수[6]를 염두에 두고, 유전무죄·무전유죄의 의혹을 차단

---

1) 변호사와 의뢰인 사이의 법률관계는 의뢰인이 변호사에게 자신의 법률문제에 대한 소송과정이나 법률자문 등을 위탁하는 위임계약으로 보는 견해가 일반적이다(한위수, 전문가의 민사책임, 주석민법 채권각칙(8), 한국사법행정학회, 2000, 175면(편집대표 박우동) ; 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1999, 455면 ; 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003, 66면). 성공보수특약을 추가한 경우에도 이는 위임계약의 부관에 불과한 것이고, 독립된 도급계약으로 볼 것은 아니라고 한다(김천수, 한국의 변호사책임론, 한림과학총서 55, 1996, 394면).

2) 대법원 1967.9.5. 선고 67다1322 판결

3) 대법원 1972.02.29. 선고 71다2722 판결 ; 동 1992.3.31. 선고 91다29804 판결

4) 대법원 1991.12.13. 선고 91다8722·8739 판결 ; 동 1993.2.9. 선고 92다30382 판결 ; 동 1995.4.25. 선고 94다57626 판결 ; 동 2002.4.12. 선고 2000다50190 판결

5) 구 변호사법 제48조는 변호사 아닌 자가 이익을 받기로 하거나 제3자에게 공여할 것을 약속하고 감정, 대리, 중재, 화해, 청탁을 하거나 이러한 행위를 알선하는 행위를 금지하고 있었는데, 이를 위반하여 변호사 아닌 자가 성공보수 사례를 받고 소송행위를 대리하기로 약정한 경우에 대하여, 법원은 위 법률규정은 강행규정으로서 이에 저촉되는 행위는 반사회적 법률행위로서 사법적 효력이 부정된다고 판시하였다(대법원 1978.5.9. 선고 78다213 판결 ; 동 1987.4.28. 선고 86다카1802 판결). 그 후 변호사법의 개정으로 동일한 내용을 규정한 제78조에 위반한 법률행위에 대해서도 마찬가지였고(대법원 1990.5.11. 선고 89다카10514 판결), 그 후 변호사법 제109조 위반행위에 대해서도 동일하였다(대법원 2010.2.25. 선고 2009다98843 판결 ; 동 2014.7.24. 선고 2013다28728 판결).

함으로써 형사사법의 신뢰를 구축하려는 의도가 깔려 있다는 것이 법조계의 일반적인 시각이다.

이에 대하여 변호사업계는 극렬한 반대의사를 표명하였다. 전관변호사의 과다수임료 문제는 대법관이나 검찰총장 등 고위 법관이나 검찰의 변호사개업을 제한하는 것이 효과적이라고 주장하면서, 본 판결은 사법불신의 원인을 잘못 파악한 것으로서 즉시 폐기되어야 하며, 이로 인하여 오히려 변호사 시장에 빈익빈 부익부 현상만 커질 것이라는 우려를 표명하였다. 대한변호사협회는 보다 적극적으로 본 판결이 직업수행의 자유와 계약체결의 자유 및 평등권을 침해하였으며, 성공보수의 금지법률이 없는 상태에서 모든 형사사건 성공보수약정을 무효로 선언한 것은 새로운 법률을 만든 것과 다름없으므로 입법권을 침해한 것이라고 주장하면서, 본 판결의 취소를 위한 헌법소원심판과 함께 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌심판도 함께 청구하였다.

대법원과 변호사업계의 충돌이나 헌법재판소와의 권한분쟁은 차치하더라도, 형사사건의 성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언한 본 판결은 민법의 일반원칙으로 자리 잡은 계약자유를 직접적으로 제한하는 새로운 유형이 되므로, 법리적 논쟁의 불씨로 작용하게 될 가능성은 피할 수 없게 되었다. 물론 계약자유의 한계로서 작용하는 반사회적 법률행위의 범주를 대법원이 변경하는 것을 막을 수 없으며, 그러한 점에서 본 대법원판결의 법리적 정당성은 확보될 수 있다. 다만 대한민국의 근대적 법률역사가 시작된 이래 형사사법절차와 변호사 업무의

---

6) 현재 통상 전관변호사의 경우 착수금 2,000만 원 내지 3,000만 원, 성공보수금 5,000만 원 내지 수억 원을 정함으로써 성공보수에서 큰 이익을 남긴다. 검찰 고위간부 출신 변호사의 경우 뇌물사건에서는 착수금 4,000만 원에 구속영장 기각, 기소유예 등은 2억 원, 재판단계에서 집행유예 5,000만 원, 무죄 1억 원을 성공보수로 받는다고 한다(중앙일보 인터넷신문 2015.07.27 01:42 수정, 백민정 기자). 또한 전관 출신이 아닌 변호사를 기준으로 형사사건 착수금은 300-1,000만 원, 성공 보수는 500-1,000만 원 정도이며, 수사단계에 따라 착수금 500만 원에 기소유예가 되면 성공보수는 1,000만 원, 1심 착수금 500만원에 집행유예는 성공보수 1,000만 원, 무죄는 2,000만 원 정도이고, 영장실질심사나 보석청구의 경우 별도의 계약을 체결하며, 영장실질심사는 재판이나 수사보다 준비하는 기간이 짧기 때문에 착수금의 비율이 다소 낮지만, 착수금 300만 원에 영장이 기각되면 성공 보수 1,000만 원을 받는 식이라고 한다. 물론 판사나 검사 출신은 이보다 훨씬 많이 받는데, 형사 단독판사 출신은 재판 단계에서 착수금 3,000만 원에 성공 보수 5,000만 원, 부장판사는 그 보다 좀 더 높거나 비슷하고, 부장검사 출신들은 수사단계에서 1심까지 착수금 1,000만 원에 성공 보수 5,000만 원, 검사장 출신이 재벌 회장의 형사사건이나 기업회계 사건을 맡으면 착수금은 5,000만 원 이상, 성공보수는 수억-수십억 원대가 되기도 한다. 민사나 가사사건의 경우 300-500만 원의 착수금에 손해배상액이나 재산분할 또는 위자료의 10-20% 정도를 성공보수로 받는다고 한다(조선일보 인터넷신문 2015.7.25., 양은경 기고). 물론 착수금이나 성공보수에 대한 명확한 기준이 없고 성공보수약정은 당사자 사이에 체결되는 구체적 계약내용이어서 이러한 기사를 무조건 신뢰할 수는 없으며, 이에 대하여 많은 변호사들도 터무니없이 과다한 액수라고 반박하고 있다.

공공성을 보장해야 한다는 법적 사명은 지속적으로 유지되어 왔는데, 이제야 형사보수약정이 과다하지 않은 경우 이를 허용하던 기존의 판결을 폐기하면서, 반사회적 법률행위임을 들어 무효로 선언한 대법원의 태도가 적절하였는지에 대한 검토 과정은 필요할 것으로 보인다. 국민생활에 대한 규율방식으로서 정당한 원리에 근거한 법적 지배가 원활하게 작동하고 있는지, 면밀히 검토하고 음미해 볼 일이다.

Ⅱ. 대상판결의 분석

1. 사건개요

(1) 사실관계

원고 甲의 아버지 소외 A는 2009. 10. 7. 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률상 상습절도혐의로 긴급체포된 후 구속되었다. 甲은 고모부인 피고 Y2로부터 변호사인 피고 Y1을 소개받고, 같은 해 10. 12. Y1을 A의 변호인으로 선임하였다. 변호사 선임약정 당일 甲은 착수금으로 1,000만 원을 Y1에게 지급하면서, 성공사례금 항목에 '석방조건 사례비 지급하되, 추후 약정하기로 함'이라고 기재한 형사소송 선임약정서를 작성하였다. 甲은 2009. 10. 23. 그의 동생 B가 가져온 2억 원을 Y1, Y2에게 위 절도사건 피해자들과의 합의금 명목으로 지급하였고, Y2는 이를 甲과 B가 동석한 상태에서 Y1에게 보관토록 하였다. 이어서 같은 해 12. 11. 甲은 Y1에게 A의 유리한 정신감정결과와 판결을 받기 위한 청탁비용 명목으로 1억 원을 지급하였다. 그 사이 검찰은 2009. 11. 3. A가 2009. 1. 20.부터 2009. 10. 5.까지 총 57회에 걸쳐 합계 167,745,000원 상당의 금품을 절취하였다는 이유로 A를 기소하였다.[7]

이후 Y2는 여러 차례에 걸쳐 Y1으로부터 총 2억 원을 받아 A의 절도사건에 대한 합의금 및 공탁금, 기타 필요한 경비 등의 명목으로 합계 1억 5,000만 원 상당을 사용하고, 남은 돈을 보관하던 중 같은 해 12. 30.부터 2010년 4월경 사이에 8회에 걸쳐 합계 4,980만 원을 자신의 생활비 또는 채무변제 등의 용도로 사용하였다.

---

7) A는 제1심법원인 대구지법 안동지원으로부터 2009. 12. 17. 보석허가결정을 받았으나(2009.12.17. 자 2009고단720 결정), 2010. 5. 6. 제1심소송에서 공소사실이 모두 유죄로 인정되어 징역 3년, 집행유예 5년의 형을 선고받았다. 이에 A가 항소하여 다른 변호사를 항소심 변호인으로 선임하였는데, 항소심에서 일부 범죄사실을 철회하는 공소장변경이 이루어진 후, 2010. 9. 7. 제1심과 같은 징역 3년, 집행유예 5년의 형이 선고되었고, 위 판결은 같은 해 9. 15. 확정되었다.

이에 B는 Y1과 Y2가 공모하여 피해자들과의 합의금 명목으로 2억 원을 받은 후 그 중 1억 3,934만 원 상당을 임의로 사용하여 업무상 횡령을 하였고, A의 석방을 위한 판사, 정신감정 의사 등에 대한 청탁비용 명목으로 1억 원을 받아 이를 편취하였다고 주장하며 이들을 고소하였다. 이에 검찰은 2012. 7. 11. Y2에 대해서만 합의금 명목으로 받은 2억 원 중 A의 절도사건 합의금, 공탁금, 기타 필요한 경비 등으로 1억 5,000만 원 상당을 사용하고 나머지 4,980만 원은 임의로 사용하여 횡령하였다는 공소사실로 불구속 기소하였으며, 그 외 Y2에 대한 다른 주장 및 Y1에 대한 고소는 증거불충분을 이유로 '혐의 없음' 처분을 하였다. 그 결과 Y2는 2012. 11. 22. 법원으로부터 징역 10월, 집행유예 2년의 유죄판결을 선고받았고[8], Y2가 항소하였으나 2013. 10. 17. 기각되었으며[9], Y2가 상고하여 현재 대법원에 계류 중이다. 또한 B는 A의 절도사건과 관련하여 Y1을 상대로 2010. 11. 17. 부당이득금 반환청구의 소를 제기하였으나 기각되었고[10], B의 항소와 상고 모두 기각되었다.[11]

(2) 원고의 주장

甲은 B의 소송과 별개로 Y1과 Y2에 대하여 합의금 명목으로 지급한 2억 원 중 피해자들과의 합의에 사용된 금액이 6,066만 원에 지나지 않는다고 하면서 나머지 1억 3,934만 원에 관한 부당이득반환을 청구하였다. 또한 甲은 Y1이 Y2에게 피해자들과의 합의업무를 맡겨 Y2로 하여금 합의금 중 실제 합의에 사용된 6,066만 원을 제외한 나머지 금원을 개인적인 용도로 사용하도록 한 변호인 선임계약상의 과실이 있고, 실제로 Y2가 이를 개인적인 용도로 사용하였다고 주장하면서, 그 차액인 1억 3,934만 원에 대하여 Y1과 Y2를 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였다. 한편 甲은 A에 대한 유리한 정신감정결과와 판결을 위하여 Y1에게 판사 또는 의사에 대한 청탁 활동비 명목으로 1억 원을 지급하였으나 실제 활동비로 사용하지 않았다고 하면서 Y1을 상대로 1억 원의 부당이득반환청구도 하였다. 결국 甲은 Y1에 대해서는 2억 3,934만 원 및 이에 대한 지연손해금을, Y2에 대해서는 Y1과 연대하여 1억 3,934만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였다.

---

8) 대구지방법원 2012.11.22. 선고 2012고단3912 판결
9) 대구지방법원 2013.10.17. 선고 2012노3931 판결
10) 대구지방법원 2012.10.16. 선고 2010가합12085 판결
11) 대구고등법원 2013.7.25. 선고 2012나5897 판결 ; 대법원 2013.10.23. 선고 2013다67082 판결

2. 하급심법원 판결

(1) 제1심법원 판결

제1심 법원은 甲의 Y1에 대한 주장과 관련하여, 합의금 명목의 2억 원 중 피해자들에게 6,066만 원을 지급하고 나머지 1억 3,934만 원은 Y2가 개인적 용도로 사용하였을 뿐, Y1이 다른 목적이나 용도에 사용하였다고 인정할 증거가 없으므로 부당이득반환청구는 이유가 없으며, Y2가 피해자들과의 합의업무에 종사하게 된 사실에 대해서도 甲이나 A, B 역시 수긍한 점이 있으므로 Y1이 변호사 선임계약상의 선관주의의무에 위반한 과실이 없으므로 불법행위에 기한 손해배상청구도 허용되지 않는다고 판시하였다. 그 외 청탁활동비 명목의 1억 원에 대한 부당이득반환청구와 관련하여, 공무원이 취급하는 사무에 관하여 청탁·교제비 등의 명목으로 금전을 지급한 행위는 변호사법 제111조 제1항[12]에서 규정하는 행위로서 민법 제746조 소정의 불법원인급여에 해당하지만, 동조 단서의 '그 불법원인이 수익자에게만 있는 때'에 해당된다고도 할 수 없으므로 반환청구는 허용되지 아니할 뿐만 아니라, 오히려 이 금전을 A의 보석허가결정에 대응하는 변호사의 보수금으로 파악하여 甲의 청구를 배척하였다. 한편 Y2에 대한 甲의 청구와 관련하여, 합의금 명목 2억 원 중 Y2가 개인적 용도로 사용한 금전이 1억 3,934만 원이라고 볼 만한 증거가 충분하지 않으며, 이전의 형사사건 판결에서 Y2의 횡령금이 4,980만 원으로 확정된 바 있으므로, 반환해야 할 금전 역시 4,980만 원이라고 판시하였다.[13] 이에 甲과 Y2가 항소하였다.

(2) 원심법원 판결

원심법원은 甲의 Y1과 Y2에 대한 1억 3,934만 원의 부당이득반환청구와 관련하여, 합의금 명목으로 지급된 2억 원은 피해자들과 합의를 성사시키면 구체적인 사용처를 묻지 않고 남은 금액의 반환도 요구하지 않겠다는 취지의 약정이 있었으므로, 그 일부를 형사합의금으로 지출하지 않았다고 하더라도 이를 지정된 용도에 사용하지 않았다거나 지정된 용도와 달리 사용함으로써 법률상 원인 없이 이득한

---

12) 변호사법 제111조(벌칙) ① 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다.

13) 대구지방법원 2013.10.31. 선고 2012가합43908 판결

것으로 인정하기 어렵다고 하면서 甲의 주장을 배척하였다. 그리고 Y1에게 지급된 1억 원 역시 변호사보수금으로 지급된 것일 뿐이라고 보아 청탁활동비 명목으로 지급하였음을 전제로 하는 甲의 주장을 배척하고, 다만 변호사보수라고 할 경우 1억 원 중 적어도 4,000만 원 부분은 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하여 부당하게 과다한 것으로서 무효이므로 Y1에게 그 반환을 명하였다. 결국 원심법원은 제1심법원이 인정했던 Y2의 반환의무는 부정하고, 제1심법원이 부정했던 Y1의 변호사 보수금 반환의무에 대해서는 그 중 4,000만 원의 반환을 인정하였다.[14] 이에 Y1이 상고하였다.

3. 대법원 판결

대법원은 형사사건의 변호사보수약정과 관련된 종래의 판결을 변경하였다. 즉 "변호사가 위임사무의 처리에 대한 대가로 받는 보수는 수임인인 변호사와 위임인인 의뢰인 사이의 자유로운 합의에 의하여 결정되는 것이 원칙"이지만, 공정한 형사절차의 보장과 변호사의 직무에 관한 고도의 공공성 및 윤리성에 비추어, "형사사건에 관한 변호사의 보수는 단순히 사적 자치의 원칙에 입각한 변호사와 의뢰인 사이의 대가 수수관계로 맡겨둘 수만은 없다"고 전제하였다. 이어서 "형사사건에 관한 변호사의 보수 중에서도 의뢰인이 위임사무의 처리결과에 따라 또는 사건해결의 성공 정도에 따라 변호사에게 특별한 보수를 지급하기로 약속하는 이른바 '성공보수약정'은 여러 가지 부작용과 문제점을 안고 있고, 형사절차나 법조 직역 전반에 대한 신뢰성이나 공정성의 문제와도 밀접하게 연관되어 있기 때문에 그 법적 효력에 관하여 면밀한 검토가 필요"하며, 형사사건의 경우 성공보수약정에서 정한 조건의 성취 여부는 형사절차의 요체이자 본질에 해당하는 인신구속이나 형벌의 문제와 밀접하게 관련되므로, "형사사건에서 특정한 수사방향이나 재판의 결과를 '성공'으로 정하여 그 대가로 금전을 주고받기로 한 변호사와 의뢰인 간의 합의가 형사사법의 생명이라 할 수 있는 공정성·염결성이나 변호사에게 요구되는 공적 역할과 고도의 직업윤리를 기준으로 볼 때, 우리 사회의 일반적인 도덕관념에 어긋나는 것이라면 국민들이 보편타당하다고 여기는 선량한 풍속 내지 건전한 사회질서에 위반되는 것으로 보아야 한다"고 판시하였다. 그러면서 대법원은 이와 달리 "약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반

14) 대구고등법원 2014.12.10. 선고 2013나21568 판결

한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다"고 한 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다21249 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들을 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하였다. 다만 본 사안에 대하여 甲과 Y1 사이에 A의 석방을 조건으로 체결된 약정은 형사사건에 관한 성공보수약정으로서 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 평가할 수 있는 측면이 있지만, 위 성공보수약정은 본 대법원의 견해 표명 전에 이루어진 것으로서 그 약정사실만을 가지고 민법 제103조에 의하여 무효라고 단정할 수는 없으나, 원심이 1억 원의 성공보수약정 중 6,000만 원을 초과하는 4,000만 원 부분에 대하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하여 부당하게 과다하므로 무효라고 판단한 것은 수긍할 수 있다고 하여 Y1의 상고를 기각하였다.[15]

4. 본 판결의 의미

우리나라는 형사사건에서 성공보수약정이 널리 이용되어 왔고, 이로 인하여 변호사보수의 과다논쟁을 야기하였을 뿐만 아니라 변호사업무의 공공성 및 윤리성을 저해하고, 국민의 형사사법제도에 대한 신뢰를 현저히 실추시키는 문제점이 있었다. 이번 대법원 전원합의체판결은 이러한 형사사건의 성공보수약정에 대하여 반사회적 법률행위로서 원칙적인 무효임을 선언하고, 이를 통하여 전관예우, 유전무죄・무전유죄 등과 같이 형사사법제도에 대하여 국민의 신뢰를 무너뜨리는 악습을 타파하는데 크게 기여할 것으로 기대된다. 대부분의 외국에서 그 방식에 다소의 차이는 있지만 형사사건에 관한 성공보수약정이 금지되고 있는 것도 본 판결에 영향을 준 요소 중의 하나로 보인다. 본 판결에 대한 부정적 평가와 관계없이 이는 반세기 이상 유지되어 온 변호사 보수체계에도 큰 영향을 미칠 것으로 보인다.

Ⅲ. 형사성공보수약정에 대한 외국의 규율태도

서구 여러 선진 국가에서는 변호사의 성공보수약정이 허용되지 않는다.[16]

---

15) 대법원 2015.7.23. 선고 2015다200111 판결

16) Frederick Benjamin MacKinnon, Contingent Fees for Legal Services, Aldine Publishing Co., 1964, p.38 et seq.

1. 영미법계

(1) 미국

미국에서 변호사가 의뢰인의 불리한 상황을 이용하여 과다한 보수를 약정하는 경우, 이러한 약정은 변호사 전체의 명성과 신뢰성을 훼손시키는 주요한 원인이 되어 왔다.[17] 미국변호사협회(American Bar Association, ABA)에서 제정한 '표준직무규칙'(Model Rules of Professional Conduct)은 변호사가 받을 수 있는 보수의 유형, 금액, 약정방식 등에 대하여 자세한 규정을 두고, 특히 형사사건과 가사사건에서의 성공보수약정(conditional or contingency fee agreement)을 전면적으로 금지하고 있다(1.5.(d)).[18] 물론 ABA는 사적인 임의단체이므로 위 직무규칙이 그 자체로는 아무런 법적 강제력을 갖지 않는 모범안에 불과하다.[19] 그러나 연방법원이나 각 주법원은 ABA의 직무규칙과 이를 채택하고 있는 주변호사협회(State Bar Association)의 개별 직무규칙을 법원의 권한에 따라 주법으로 수용함으로써 강제력을 부여하고 있다.[20]

물론 그 이전부터 형사성공보수약정에 대한 미국법원의 태도는 매우 부정적이었다. 이러한 판례법 형성의 시초는 1897년 오하이오주(Ohio) 대법원의 Weber v. Shay 판결로 알려져 있다. 동 법원은 형사사건에서 성공보수를 허용하면 변호사가 사법정의를 방해하기 위하여 배심원들에게 부당한 영향력을 행사할 수 있기 때문에 무효라고 판시하였고, 이러한 결론은 1920년 뉴멕시코주(New Mexico) 대법원의 Baca v. Padilla 판결에서 이어졌다. 그리고 현재와 같이 공공질서(public policy) 위반에 근거한 것으로는 1959년 펜실베니아주(Pennsylvania) 대법원이 Payton v. Margiotti 판결에서 살인범의 사면을 조건으로 한 성공보수약정을 무효라고 판시한 것이 그 시초이며, 1982년 매사추세츠주(Massachusetts) 법원의 O'donnell v. Bane 판결에서도 동일한 법리가 적용되었다.[21]

---

17) Deborah L. Rhode and David Luban, Legal Ethics, 3rd ed., Foundation, 2002, p.674

18) Adam Silverlight, Gambling with Ethics and Constitutional Rights : A Look at Issues Involved with Contingent Fee Arrangements in Criminal Defense Practice, Seattle U. L. Rev. vol.25, 2003-2004, p.805 ; Edwin Godfrey, Kluwer Law International and IBA : Law without Frontiers-A Comparative Survey of the Rules of Professional Ethics Applicable to the Cross-Border Practice of Law, Kluwer, 1995, p.156

19) Stephen Gillers, Regulation of Lawyers: Problems Of Law And Ethics, 7th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2005, p.3

20) Robert H. Aronsonn James B. Devine and William B. Fisch, Problems, Cases and Materials on Professional Responsibility, 2nd ed., Nutshell series, West PublishingCo., 1995, p.159 ; Gillers, op. cit., p.2-3

이 밖에도 판례들이 구체적으로 들고 있는 근거는 다양하다. 변호사가 성공보수를 받기 위해 수단과 방법을 가리지 않고 증거조작 등의 방법으로 사법질서를 해칠 우려가 있으며, 변호사가 성공보수를 받기 위하여 사전형량조정(plea bargain)에 불응하는 등 변호사 자신의 이익을 우선시 함으로써 의뢰인과의 이해가 상충될 수 있고, 의뢰인 역시 변호사가 은밀하게 법원에 접근하여 판결결과를 바꿀 수 있을 것(buying justice)이라는 잘못된 기대를 할 수 있으며, 형사사건의 경우 승소를 하더라도 의뢰인에게 재산적인 증가가 없으므로 성공보수라는 개념이 타당하지 않기 때문이라고 한다.[22]

그러므로 미국의 형사사건에서 피고인의 변호사는 의뢰인으로부터 성공보수를 받을 수 없고, 이는 형사사건의 피고인이 자연인인 경우뿐만 아니라 법인인 경우에도 적용된다.[23] 그렇다고 성공보수약정이 그 자체로서 변호사의 변호행위를 무효로 하는 것은 아니지만[24], 형사사건에서 피고인의 석방을 조건으로 보수약정을 하는 것은 공서양속(public policy)에 반하는 불법계약(illegal contract)으로서 무효가 된다.[25] 1932년 제1차 계약법 리스테이트먼트(Restatement) 제542조(2) 역시 형사사건의 성공보수와 관련하여 '사법적 정의를 해칠 수 있는 약정'(Bargains Tending to Obstruct the Administration of Justice)이라고 하여 무효라고 규정하였다.[26]

(2) 영국

영국에서는 1967년 형법(Criminal Law Act) 제13조, 제14조에 따라 소송의 상대방에게 해를 끼칠 목적으로 당사자에게 소송비용을 제공하여 소를 제기하게 하거나 상대방의 소송에 대한 부당한 방어행위를 하게 하는 행위, 즉 소송원조행위(champerty)가 금지되어 있었고[27], 보통법(common law) 역시 성공보수약정을 이러

---

21) 형사사건에서 성공보수약정의 금지에 관한 연혁은 Lindsey Godfrey, Rethinking the Ethical Ban on Criminal Contingent Fees : A Common sense Approach to Asset Forfeiture, Tex. L. Rev. vol.79, 2000-2001, p.1699 이하 참조.

22) Molly Vakulskas Joly, A Lawer's fee Shall Be Reasonable : The Contingent Fee-Its Usage and Past and Present Criticism, November 9, 2000. 형사성공보수를 허용해야 한다는 견해로 Charles W. Wolfram, Modern Legal Ethics, West Publishing Co., 1986, p.536-538 참조

23) ABA, Annotated Model Rules of Professional Conduct, 6th ed., 2006, p.84

24) Winkler v. Keane, 7 F. 3d 304 (C.A.2 N.Y., 1993)

25) Genins v. Geiger 144 Ga. App. 244, 240 S. E.2d 745 (Ga. App. 1977)

26) Restatement of Contracts, 1932, §542 (2) A bargain to conduct a criminal case or a proceeding for divorce or annulment of marriage in consideration of a promise of a fee contingent on success is illegal, but a bargain to endeavor to enforce by litigation or otherwise any other kind of claim in consideration of such a promise is not, because of that single fact, illegal.

한 행위의 한 유형으로 취급하여 무효(void)인 불법계약(illegal contract)으로 이해하였다.[28] 다만 한 때 영국은 법률구조기금의 적자가 누적되면서, 1990년 '법원 및 법률 서비스법'(CLSA, Courts and Legal Services Act) 제58조(1)에서 변호사의 성공보수약정을 '이기지 못하면 없다'(no win no fee)는 원리에 따라 허용한 적이 있었다.[29] 물론 재58조(10)은 가족관계사건과 형사소송은 제외하였다.[30] 그러나 1995년 '성공보수약정에 관한 명령'(CFAO, The Conditional Fee Agreements (Revocation) Order)에 의하여 대인법익침해사건, 파산사건 및 유럽인권위원회 및 유럽인권법원에 제기된 절차 외에 모든 성공보수약정이 금지되었고[31], 1999년 '사법절차법'(AJA, Access to Justice Act) 제27조에 따라 개정된 위 CLSA 제58A조(1) 역시 형사소송과 모든 가족관련 소송에서 성공보수약정을 금지하였다.[32] 설령 허용되는 성공보수약정도 2000년과 2005년에 개정된 위 CFAO에서는 서면으로 작성된 경우 대법관에 의하여 특정된 최대 100%를 넘어서지 않도록 하고(제58조(5)), 이를 초과하는 약정은 강제력이 없는 것으로(unenforceable) 규정되었다(제58조(6)).[33] 나아가 2012년 개정된 변호사규제국(Solicitors Regulation Authority)의 '사무변호사 행위규범'(Solicitors' Code of Conduct) 제9장 제6절에서도 성공보수약정을 하지 못한다고 규정하였다.[34]

2. 유럽법계

(1) 독일

---

27) Trendtex Trading Corp. v. Crédit Suisse, [1982] A. C. 679 ; McFarlane v. E. E. Caledonia, [1995] 1 W. L. R. 366, 372 ; Giles v. Thompson, [1994] 1 A. C. 142, 164

28) Edwin Peel, Treitel The Law of Contract, Twelfth ed., Sweet & Maxwell, 2007, 11-014, p.475 ; Wallersteiner v. Moir, [1975] Q. B. 373 ; Awwad v. Geraghty Co., [2001] Q. B. 570 ; Callery v. Gray, [2001] 1 W. L. R. 2212 ; Pickering v. Sogex Services, (1982) 262 E. G. 770 ; Picton Jones Co. v. Arcadia Developments, [1989] 1 E. G. L. R. 43 ; Factortame Ltd. v. S of S for the Environment, [2002] 4 All E. R. 97 ; Kellar v. Williams, [2004] UKOC 30, 21

29) Niel Andrews, Contract Law, Cambriage University Press, 2011, p.636 ; Edwin Peel, op. cit., p.475 fn.50

30) D. D. Prentice, Chitty on Contracts, 27.ed., vol.I, General Principles, Sweet & Maxwell, 1994, 16-049, p.802

31) Janet O'Sullivan and Jonathan Hilliard, The Law of Contract, 3th ed., Oxford University Press, 2008, p.309

32) Edwin Peel, op. cit., p.475 fn.50, 56

33) Edwin Peel, op. cit., p.475 fn.52, 55

34) SCC Chapter9 (Fee sharing and referrals) You do not make payments to an introducer in respect of clients who are the subject of criminal proceedings or who have the benefit of public funding.

독일은 변호사의 성공보수(Vereinbarung eines Erfolgshonorars)에 대한 약정을 민사사건이든 형사사건이든 구별하지 않고 금지하고 있으며 이를 무효로 해석한다.[35] 이는 1887년 명예법원(Ehrengericht)이 변호사가 성공보수를 받는 행위에 대하여 그 직업이나 신분상의 의무위반으로 보았던 역사적 기초에 근거한다.[36] 이에 따라 제국법원(RG)은 변호사 지위에 독립된 사법기관으로서 공적인 의무가 있다는 사실을 강조하였고, 이러한 점에서 성공보수약정 자체는 독일민법 제138조 제1항의 공서양속위반을 근거로 무효라고 판시하였다.[37] 독일연방대법원(BGH) 역시 제국법원의 이러한 태도를 이어받아 변호사가 법적 분쟁에서 당사자 일방의 동반자(Gesellschafter einer Partei)로 전락하는 것을 허용할 수 없으므로[38], 성공보수약정은 공서양속에 반하여 무효라고 판단하고 있다.[39]

이와 함께 독일은 종래 명예법원의 판결에 따라 변호사의 성공보수약정을 금지하는 특별법을 제정하였다. 1879년 '변호사보수법'(RAGebO) 제93조 제2항은 형사사건뿐만 아니라 민사사건의 성공보수약정 전체를 금지하였고[40], 1944년 위 법 제93조 제2항 제5문에서 명시적으로 성공보수약정의 무효를 선언하였다.[41] 그러나 1957년 '연방변호사보수법', 즉 '비용법적 규정의 변경과 보충에 관한 법'[42]과 1959년 '연방변호사법'에서는 명문의 금지규정을 두지 않았고[43], 단지 1959년 연방변호사협회(BRAK, Bundesrechtsanwaltskammer)가 연방변호사법 제177조 제2항에 근거하여 만든 '변호사직무규칙' 제52조에서 성공보수금지에 대한 규정을 두고 있을 뿐이었다.[44] 그럼에도 현재 연방대법원은 종래의 변호사보수법 제93조 제2항 제5문과 변호사의 직무 공공성 및 공서양속위반에 근거하여 형사성공보수약정의 무효를

35) Karl Larenz und Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004, §40 Rn.22, S.729 ; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C. F. Müller, 2010, Rn.700, S.285 ; Christian Armbrüster, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Algemeiner Teil, 1.Halbbd., §§1-240・ProstG, 5.Aufl., C. H. Beck, 2006, §138 Rn.49, S.1663 ; Wendt Nassall, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Jurios GmbH Saarbrücken, 2005, §134 Rn.56, S.703

36) Jan Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland, Mohr Siebeck, 1998, S.102

37) RGZ 83, 110 ; 115, 141 ; 142, 70

38) BGHSt 30, 22

39) BGHZ 22, 162 ; 34, 64 ; 39, 142 ; 133, 90

40) Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7 Juli 1879

41) Gebührenordnung der Rechtsanwälte vom 21. April. 1944

42) Gesetz zur Anderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften vom 26 Juli 1957

43) Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959

44) Auffassung uber Fragen der Ausubung des Anwaltsberufs

선언하고 있다.[45]

이러한 법률과 판결의 혼란은 1987년 7월 14일 의료소송에서 원고의 변호사가 법원 내에 설치된 의료위원회의 의견에 대해 신랄한 비판을 가하는 발언을 한 데 대하여 변호사협회가 징계를 하자 당해 변호사가 헌법소원을 제기한 사안에서, 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 변호사협회의 손을 들어 주었고, 이를 계기로 1994년 '변호사직무개정법'[46]에 따른 '연방변호사법' 제49조 b 제2항에서 성공보수의 금지가 명시적으로 규정되었으며, 이 규정의 내용이 2004년 동법 제49조 b 제2항 제1문에 그대로 수용되면서 일단락되었다.[47]

그런데 2006년 12월 12일 연방헌법재판소가 변호사의 성공보수약정에 대하여 아무런 예외를 인정하지 않고 전면적으로 금지하는 위 규정은 독일기본법 제12조 제1항에 규정된 직업의 자유를 침해한 것이므로 위헌이라고 결정하면서, 입법자는 2008년 6월 30일까지 성공보수약정의 일반적 금지에 대한 예외를 명시하거나 금지규정 자체를 삭제하는 새로운 입법을 요청하였다.[48] 이에 따라 독일연방정부는 2007년 12월 19일 연방변호사법과 연방변호사보수법의 개정을 제안하였고, 현행 연방변호사법(BRAO, Bundesrechtsanwaltsordnung, 2013.10.10) 제49조 b 제2항 제1문은 변호사의 성공보수약정에 대한 원칙적 금지를 유지하면서, 예외적으로 허용되는 경우를 연방변호사보수법 제3조 a와 제4조 a 및 b에서 규정할 것을 제안하였다. 연방변호사보수법(RVG, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 2015.10.20) 제3조 a는 변호사의 성공보수약정을 서면으로 작성하게 하되 과도하게 약정된 보수는 법정활동에 필요한 최소한의 법정비용 이내로 감액할 수 있도록 하고, 제4조 a는 의뢰인의 경제적 사정으로 성공보수약정 없이는 권리구제가 곤란할 경우에 이를 가능하게 하며, 제4조 b는 이들 예외규정의 요건을 충족하지 못한 변호사는 법정보수보다 많은 액수의 보수를 요구할 수 없도록 규정하였다. 만일 이를 위반하여 변호사가 보수를 요구하는 것은 독일민법 제242조의 신의성실원칙에 반하는 부적법한 권

45) BGHZ 39, 142, 146 ; BGH NJW 1963, 1147 ; 1981, 998 ; 1987, 2431 ; 1996, 2499

46) Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2. September 1994

47) Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 1 Juli 2004. Kai von Lewinski, Grunriss des Anwaltlichen Berufsrechts, 2.Aufl., Nomos, 2008, S.105. 제49조 b Absatz 2 Satz 1. 변호사보수법에 다른 규정이 없는 한, 보수나 그 금액이 사건의 결과나 변호사 직무활동의 성공에 좌우되도록 하는 합의 또는 변호사가 수취한 금액의 일부를 사례로 취득하는 합의는 허용되지 않는다.

48) BVerfG 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979

리행사가 될 것이라고 평가된다.[49]

(2) 프랑스

프랑스에서는 19세기 이래 변호사의 성공보수약정(le convention d'honoraires conditionnels)이 금지되고 이를 무효로 하는 전통이 확고하게 자리잡았다. 판례는 크게 두 가지 근거를 들고 있다. 그 중 하나는 변호사 직무의 공공성에 관한 것인데, 1853년 파기법원(Cour de Cassasion)은 성공보수약정으로 인하여 변호사의 명예(honneur)가 실추되고 사건의 이해를 해칠 수 있다고 하였으며[50], 1895년 항소판결 중에는 변호사에게 성공보수약정을 금지시킨 로마법원 D.50.13.1.12[51]을 원용하면서 변호사라는 명예와 직무를 비열한 암거래(une trafic sordide)나 빈곤한 당사자에 대하여 저속한 투기(une vile speculation)로 변화시킨다고 판시하였다.[52] 또 다른 하나는 법률적 측면의 근거인데, 1898년 파기법원은 변호사의 성공보수약정의 무효원인에 대하여 공공질서나 선량한 풍속에 관한 법률에 저촉되는 임의약정이 금지되고(민법 제6조), 불법적 원인에 기인한 채무는 아무런 법적 효력을 가지지 못하며(제1131조), 법률의 규정에 의하여 금지되거나 선량한 풍속에 반하는 원인은 불법의 원인이 되기 때문(제1133조)이라고 하였다.[53] Nancy 항소법원 역시 변호사가 그 직무를 행하는 지역의 법원 관할에 속하는 소송이나 계쟁권리의 양수인이 될 수 없으며, 그러한 양수행위를 무효로 규정(제1597조)한 것도 같은 취지라고 판시하였다.[54]

성공보수약정에 대한 금지법규로 1971년 제정된 변호사법(Loi n° 71-1130 du 31 decembre 1971 portant reforme de certaines professions judiciaires et juridiques) 제10조 제1항은 변호사와 의뢰인의 계약으로 보수를 정한다고 규정하고, 제2항은 발생할 수 있는 결과에 따라 사전에 보수를 정하는 것, 즉 성공보수약정을 금지하며,

---

49) BGHZ 18, 340, 347

50) Cass., 22 août 1853, D. 1854. 1. 345

51) 소송의 진행 중에 장래이익에 관하여 약정하는 것은 나쁜 풍습으로서 무효이다. 이에 반해 소송수행 후의 사례약정은 승리의 칭찬(palmarium)이라는 명목으로 약정된 것이어서 100금을 한도로 하여 소구할 수 있다고 하였다. 이를 근거로 중세 이래 소송종료 후 의뢰인이 변호사에게 소송의 성공을 위하여 하는 특별한 사례약속을 '승리의 칭찬에 관한 약속'(pactum de palmario)이라고 부르기 시작하였다.

52) Poitiers, 20 mars 1895, D. 1896. 2. 201

53) Cass., 22 avril 1898, D. 1898. 1. 415, S. 1902. 1. 343

54) Cour Royale de Nanci, 1er juin 1840, Journal du Palais, Recueil le plus comlet de la jurisprudence Francaise, par Ledru-Rollin, Paris, Tome II de 1846, p.168

이에 위반하는 약정은 모두 체결되지 않은 것으로 간주하고 있다. 이에 대하여 국민의회 법률위원장 포이어(Foyer)는 성공보수약정의 금지를 적용한 사례가 많지 않고, 소송에서 일정 금액을 보수로 약정하는 것은 결코 파렴치한 것이 아니기 때문에 금지해서는 안 되며, 과도하다면 최고한도액을 정하면 될 것이라고 비판하였다.[55] 한편 판례는 1971년 이후 민사사건[56]과 형사사건[57]에서 각각 성공보수약정을 무효라고 선언하였다. 나아가 2011년 변호사회 전국평의회(Conseil national des barreaux)가 작성한 '변호사 직무에 관한 전국적 내부규칙'(Règlement intérieur national de la profession d'avocat) 제11.1조 역시 성공보수약정을 전면적으로 금지하면서, 성공보수약정이란 법원의 확정 판결 이전에 변호사와 의뢰인 사이에 금전 기타 재산 또는 가치의 총합으로 구성되는 보수의 총액이 오로지 사건에 대한 법원의 판결 결과에 따라서 결정되도록 하는 것이라고 정의하였다.

EU와 관련하여 2006년 제정된 '유럽변호사 행위규범'(Code of Conduct for European Lawyers) 3.3.1은 변호사는 '승소액비례보수약정'(pactum de quata litis)을 할 수 없다고 전제하고, 3.3.2는 승소액비례보수약정을 의뢰인이 당사자인 사건의 최종결론이 나기 이전에 체결된 변호사와 의뢰인 사이의 약정으로서, 의뢰인이 그 판결의 결론에 따라 결과물(금전으로 표시되든 의뢰인이 얻은 이익으로 표시되든 상관없음)의 일정비율을 변호사에게 지급하기로 약속하는 내용의 약정이라고 정의하였다.

3. 동아시아법계

(1) 일본

일본은 변호사 보수로서 의뢰인이 판결의 승패 여부와 관계없이 착수금으로 일정 금액을 지급하고, 추가적으로 절차상의 성공을 조건으로 성공보수를 지급하고 있어서 우리나라와 거의 차이가 없다. 일본에서는 근대법학이 도입된 1880년대 초부터 변호사를 성직자나 의사와 함께 고전적인 직업으로서 사명감에 따른 자율적 규율대상으로 보고[58], 특히 변호사의 경우 소송사건의 종류와 관계없이 성공보수

55) Debats parlementaires, Assemblee nationale, 9 decembre 1971, p.6600
56) Cass., 4 juillet 1972, D. 1973. 1. 249
57) Cour d'appel de Versailles, 14 janvier 1980, D. 1980. 2. 422
58) 石井成一, "職業として辯護士とその使命", 辯護士の使命・倫理(講座 現代の辯護士), 日本評論社, 1979, 71頁

약정을 금지하지 않았다.[59] 성공보수약정이 사회정의에 반한다거나 위증 등의 폐해를 주장하는 의견이 일부 있지만[60], 성공보수금액이 보통 소송을 통하여 얻게 되는 이익의 10-20% 정도로 많지 않으며, 그 약정비율 역시 전체 사건의 일부에 지나지 않기 때문에, 이로 인하여 변호사의 독립성이 의심되거나 사법절차를 방해하는 등의 문제점이 크지 않아 이를 금지할 필요성을 느끼지 못하는 것으로 보인다.[61] 이것은 사건에 대한 변호사의 노력을 고려해야 하며[62], 변호사 역시 법률서비스를 제공하고 보수를 받는 직업인이지만[63], 변호사의 업무는 무한대의 가치를 가짐으로써 의뢰인의 감사 정도에 의하여 보수가 결정되어, 변호사업무의 상품성과 노동의 대가와는 그 성격을 달리하기 때문이라는 시각에 의존한다.[64]

다만 2003년 변호사법이 개정되기 전까지 변호사회는 그 회칙에 변호사의 보수에 관한 표준을 규정하였는데, 그 내용은 사건을 위임할 때 지불하는 착수금과 사건 해결시에 얻은 이익에 따라 지불하는 보수금으로 분류하고, 각각 사건 목적물의 가액에 일정한 비율을 곱하여 산출하는 것으로 하였으며, 산출된 금액의 상하 30% 범위 내에서 증감을 허용하였다. 형사사건 및 소년사건의 착수금 및 보수금은 계속되는 법원과 재판부에 따라 최저액이 정해져 있었는데, 변호사는 이 기준을 준수하여야 하고 이보다 낮은 금액으로 사건을 수임한다는 뜻을 표시하거나 선전하지 말아야 한다고 규정하고 있었다. 일본 판례 역시 합리적인 보수약정의 효력은 인정하고[65], 다만 과도한 성공보수약정을 무효로 판시하고 있는데 그 근거는 의뢰인이 변호사에게 지급해야 하는 성공보수약정을 소비자계약으로 분류하면서[66], 보수금액이 과도한 경우 소비자계약법 제9조 제1호[67]의 손해액으로 보아 평

59) 明石三郎, 新版 注釋民法(16) 債權(7), 有斐閣, 1989, 216頁 以下 ; 日本 最高裁判所 昭和48・11・30 民集27・10・1448

60) 來栖三郎, 契約法, 有斐閣, 1974, 545頁 ; 三宅伸吾, “辯護士カルテル-ギルド化する”, 在野 法曹の實像, 信山社, 1995

61) 松代隆, “辯護士報酬合理化の方向”, 東京辯護士會編, 司法改革の展望, 1982, 433-434頁

62) 福原忠男, “民事訴訟事件の依頼者と辯護士との間のいわゆるみなし成功報酬の特約がその效力を生じないとされた事例”, 民商法雜誌 第71卷 第4号, 1975, 751頁

63) 可藤新太郎, “辯護士報酬 倫理”, 法學敎室 第294号, 2005.3, 146頁

64) 石村善助, “プロフエツソヨンと報酬”, 法律時報 第53卷 第2号, 1981, 38頁

65) 日本 最高裁判所 昭和37・2・1 民集16・2・157

66) 日本辯護士聯合會, 消費者法講義, 日本評論社, 2009, 99頁

67) 日本 消費者契約法 第9條 第1号. 소비자계약의 해제에 따른 손해배상액을 예정하거나 위약금을 정하는 조항으로서 이를 합산한 금액이 당해 조항에서 설정된 해제의 사유, 시기 등의 구분에 따라, 그 소비자계약과 같은 종류의 소비자계약 해제에 따라 그 사업자에게 발생하는 평균적인 손해액을 초과하는 것 : 그 초과하는 부분 무효 (当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解

균적인 금액을 초과하는 경우 무효라고 판시하거나[68], 변호사의 과도한 보수금 반환거절을 불법행위로 다루기도 하였다.[69] 이와 관련하여 학설 중에는 점점 증가되는 의뢰인과 변호사의 보수분쟁에 대하여 구체적인 약정의 준수를 통하여 신뢰관계를 유지하려는 노력이 중요하다는 견해도 있다.[70]

2003년 개정변호사법은 '사법제도개혁심의회'의 의견서를 받아들여 변호사보수액의 결정을 공정하고 자유로운 경쟁에 두고, 이용자에 대한 양질의 법률서비스를 저렴한 대가로 제공할 수 있도록 하기 위하여 변호사회 및 일본변호사연합회 회칙의 필요적 기재사항에서 변호사보수에 관한 규정을 삭제하였다. 단지 일본변호사연합회가 2004년 회칙으로 정한 '변호사직무규정' 제24조에서는 변호사가 경제적 이익, 사건의 난이, 시간과 노력 그 밖의 사정에 비추어 적정하고 타당한 보수를 제시해야 한다고만 규정되어 있다. 결국 일본에서는 형사사건의 대다수 피고인이 국선변호인의 조력을 받아 재판에 임하고, 사선변호인을 선임하는 경우에도 그 보수기준이 상당히 낮으며, 판사나 검사가 변호사로 개업하는 경우가 거의 없어 소위 전관들의 성공보수금이 문제되지 않는다.

(2) 중국

중국의 경우 변호사가 사건 수임과 동시에 수임료를 받는다. 수임료를 책정할 때 변호사와 의뢰인은 관련 비용이 모두 수임료에 포함되는 것으로 합의하므로 착수금이라는 명목은 별도로 없다. 수임료에 대한 전국적 차원의 기준은 없고 각 성(省)별로 지침을 제정하여 적용하고 있다. 이 지침 역시 일반기준만 제시하고 있을 뿐이고 구체적인 사건에서 변호사가 받는 수임료는 변호사와 의뢰인의 합의를 통해서 결정된다. 형사사건에서 수임료는 수사단계, 공소단계 및 재판단계에서 각각 별도로 비용을 받으며, 매 단계마다 해당되는 수임료 기준이 정해져 있다.[71] 다만

除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超えるもの　当該超える部分 無效)

68) 日本 横浜地判 平成21・7・10 判例時報 第2074号, 97頁

69) 日本 大阪地判 平成10・2・27 判例時報 第1660号, 86頁

70) 石田京子, "辯護士の報酬-最近の事例を通-じて", NBL No.954, 2011.6.1., 97頁

71) (一)刑事案件收费按照各办案阶段分别计件确定收费标准. 每件收费 1.侦查阶段(수사단계) 2,000元(360,000원)～10,000元(1,840,000원), 2.审查起诉阶段(공소단계) 2,000元～10,000元, 3.一审阶段(1심단계), 4,000元(720,000원)～30,000元(5,520,000원), 4.上述收费标准下浮不限(하향조정의 제한 없음). (二)二审、死刑复核、再审、申诉案件以及刑事自诉案件按照一审阶段的收费标准收取律师服务费(2심, 사형선고, 사법심사사건, 재심, 상고사건, 형사자소사건은 1심재판 단계의 기준에 따름). (三)一个律师事务所代理一个案件的多个阶段, 自第二阶段起酌减收费(같은 변호사사무소에서 동

형사성공보수약정은 금지되어 있다. 예컨대 중국 '변호사수임관리방법' 제12조는 형사사건에서 성공보수를 지급하는 것을 금지한다고 규정한다.[72]

IV. 대한민국의 형사성공보수 실태와 약정의 효력

1. 형사성공보수 실태

(1) 변호사보수기준의 폐지

대한민국 변호사의 보수에 대해서는 당초 1947년 제정된 변호사법[73] 제17조가 "변호사는 계쟁권리를 양수할 수 없다. 변호사는 현저히 불상당한 보수를 받지 못하고 고의로 진실을 엄폐하고 허위의 진술을 하지 못한다"고 규정하여 이를 제한하고 있었다. 그 후 1973년 1월 25일 위 제17조를 4개항으로 분리하고, 변호사보수에 대해서는 제2항에서 위와 동일하게 규정하였다. 1983년 개정 변호사법[74] 제19조에서 "변호사의 보수기준은 대한변호사협회가 이를 정한다"라고 규정하고, 그에 따라 동 협회는 '변호사보수기준에 관한 규칙'을 제정하였다. 여기서 변호사 보수를 사건보수, 사무보수, 실비변상으로 나누고, 사건보수에 관하여 형사사건은 착수금과 성공보수를 각각 5백만 원 이하로 규정하였다.[75] 1995년에는 대한변호사협회가 변호사보수제도 연구위원회를 설치하고 변호사보수기준에 관한 규칙의 개정작업에 착수하여, 형사사건에서의 성공보수를 금지하고(제30조), 변호사보수를 사건 당 500만 원 이하로 제한하는 개정안(제29조)을 마련하였다. 그러나 2000년 제정된 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등

일한 사건의 여러 단계를 모두 대리하는 경우에 두 번째 단계에서부터 수임료를 하향 조정할 수 있음). (四)被害人提起刑事附带民事诉讼案件的, 按照民事诉讼案件收费标准收取律师服务费(피해자가 형사소송 부대 민사소송사건을 제소한 경우 민사소송사건의 기준에 따름). (五)犯罪嫌疑人、被告人同时涉及几个罪名或者数起犯罪事实的, 可按照所涉罪名或犯罪事实分别计件收取(용의자, 피고인이 수 개의 범죄사실 또는 죄명으로 공소된 경우, 기소된 죄명 또는 범죄사실에 따라 각각 변호사비용을 정함). http://www.bjsf.gov.cn/publish/portal0/tab105/info7669.htm. 2015년 9월 7일 검색

72) 律师服务收费管理办法 第十二条 禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费.

73) 1949.11.7. 제정 및 시행, 법률 제63호

74) 1982.12.31. 전부개정 및 시행 법률 제3594호

75) 민사사건은 보수기준을 소가 1백만 원까지는 착수금과 성공보수를 각 10%로, 1백만 원 초과부분은 각 8%, 3백만 원 초과부분은 각 7%, 5백만 원 초과부분은 각 5%, 1천만 원 초과부분은 각 4%, 5천만 원 초과부분은 각 3%, 1억 원 초과부분은 각 2%, 5억 원 초과부분은 각 1%로 정하고, 이 기준의 30% 범위 내에서 증감을 허용하되 전체 경제적 가액의 40%를 초과할 수 없다.

의 정비에 관한 법률'은 변호사 등 사업자의 보수를 해당 사업자단체가 정하고 주무부처장관이 이를 승인 또는 인가하는 제도의 폐지가 입법목적이었으므로, 이에 따라 변호사법이 개정되어[76] 제19조가 삭제되었고[77], 대한변호사협회에서 정한 '변호사보수기준에 관한 규칙' 역시 폐지되었다.

(2) 사법개혁추진위원회의 논의와 변호사법 개정안

1999년 5월 7일 대통령 자문기구로 출범한 '사법개혁추진위원회'는 변호사보수의 합리적 개선방안을 논의하면서, 형사사건의 경우 고도로 위축된 피의자나 피고인의 심리적 상태를 이용하여 다액의 성공보수가 약정될 가능성이 있다고 하면서, 이를 제도적으로 규제할 것인지, 아니면 시장원리에 맡길 것인지 논의하였다. 그리하여 동 위원회가 개선방안으로 제시한 것은 민사성공보수를 포함한 변호사보수는 시장원리에 맡기기로 하면서, 변호사단체로 하여금 소비자의 선택을 도울 수 있는 '표준보수지침'(guideline)을 마련하도록 권고하되, 특히 형사사건에 대한 성공보수는 형사사건의 윤리적인 문제를 고려하여 이를 금지하는 것으로 결론지었다.[78]

국회 역시 2000년 이후 변호사업계의 과다한 수임료가 법조비리의 근본원인임을 지적하면서, 변호사보수의 상한을 대통령령으로 정하고 형사사건의 성공보수약정을 금지하는 내용의 변호사법개정안을 수차례 제출하였다. 이에 대한변호사협회는 2007년 5월경 국회의 변호사법개정안에 반대하면서, 이는 법리적으로 계약자유의 원칙에 어긋나고 자유경쟁을 저해하는 것으로, 결국 모든 형사사건을 국선화하는 효과를 가져와 득보다는 실이 많을 것이라는 의견을 제시하였다. 반면 대부분의 전문가는 형사사건에서 개인의 자유와 권리를 보수와 연계하는 것은 변호사의 공공성과 독립성 및 사법정의를 훼손할 우려가 있다는 이유를 들어 개정안의 취지에 찬성하였다.

---

76) 1999.2.5. 개정 2000.1.1. 시행, 법률 제5815호

77) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등의 정비에 관한 법률은 변호사, 행정사, 공인회계사, 세무사, 관세사, 변리사, 건축사, 수의사 및 공인노무사등 사업자의 보수를 해당사업자단체가 정하는 제도와 주무부처장관이 해당사업자의 보수기준을 승인 또는 인가하는 제도를 폐지하기 위한 입법목적을 갖고 있었으며, 그 제1조에서 변호사보수를 정하고 있는 변호사법 제19조의 폐지를 규정하였다.

78) 강일원, "사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안", 형사재판의 제문제, 제3권, 2001, 473-474면

(3) 현재의 성공보수

우리나라에서는 앞서 본 바와 같이 형사성공보수약정을 금지해야 한다는 사법개혁추진위원회의 논의가 있었고 이를 위한 변호사법개정안이 발의된 바 있으나 이 역시 폐기되었으므로, 형사성공보수약정을 금지하는 현실적 강제력을 가진 규범이 존재한 적은 없다. 다만 현재 변호사보수의 근거는 대한변호사협회 회칙 제44조에서 볼 수 있는데, 그 제1항에서 변호사보수를 사무보수, 사건보수 및 실비변상으로 나누고, 제2항에서 사무보수는 상담료, 감정료, 문서작성료 및 고문료, '사건보수'는 사건의 종류에 따라 '착수금'과 '성공보수', 실비변상은 수임사무 및 사건의 처리비용과 여비 등으로 나누며, 제3항에서 이는 변호사 등과 위임인 사이의 계약으로 정한다고 규정하였다. 이에 따라 민사사건 뿐만 아니라 형사사건이나 가사사건에서도 성공보수약정은 널리 이용되고 있으며, 착수금은 정액으로 하고 성공보수는 정액 또는 승소가액에 대한 비율로 정하고 있다. 다소 지난 일이긴 하지만, 한국소비자단체협의회의 통계자료를 보면, 민사사건의 경우 40%-45%, 형사사건의 경우 43%-53%, 가사사건의 경우 40% 정도가 변호사보수를 착수금과 성공보수금으로 나누어 받고 있다고 한다.[79]

2004년 대한변호사협회가 권고양식으로 만든 형사성공보수의 수임약정서에는 ①경찰 또는 검찰에서 사건이 불기소, 약식명령청구, 가정법원(소년부)에 송치된 때, ②영장이 기각된 때, ③구속적부심사청구·보석청구에 의한 석방결정, 구속집행정지 결정이 된 경우, ④면소, 공소기각, 형의 면제의 선고가 있을 때, ⑤무죄의 선고가 있을 때, ⑥선고유예 또는 집행유예의 선고가 있을 때, ⑦벌금형 이하의 선고가 있을 때, ⑧구형량보다 형이 감경된 때, ⑨소년보호사건에서 불처분, 위탁변경결정, 보호자 등에게 위탁하는 보호처분이 된 때, ⑩상소심에서 원판결이 취소 또는 변경된 경우, ⑪고소 고발사건을 수임한 경우 기소유예, 약식기소, 불구속기소, 구속기소에 대하여, 위임사무가 성공한 경우 약정된 금원을 성과보수로 지급한다면서, 변호사가 위임사무처리를 위해서 상당한 노력이 투입된 후 의뢰인이 정당한 사유 없이 위임계약을 해지하는 경우에도 성과보수를 지급해야 하는 것으로 정하고 있다.

다만 변호사윤리장전은 제31조 제2항에서 변호사의 보수는 사건의 난이도, 소요되는 노력의 정도와 시간, 변호사의 경험과 능력, 의뢰인이 얻게 되는 이익의 정도

79) 한국소비자단체협의회, 전문자격사(변호사, 행정사, 수의사) 보수 실태조사, 2001, 17면 이하

등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 결정하도록 규정하였다. 선포 당시인 1962년 6월 30일 위 장전 제33조(조건부보수 금지)에서 "변호사는 성공보수를 조건부로 미리 받아서는 아니 된다"라고 규정되어 있었고, 통계자료에 비추어 이 규정이 성공보수약정을 실질적으로 제한하는 기능을 발휘하기도 하였다.[80] 그러나 2014년 2월 24일 대한변호사협회는 위 장전의 개정을 통하여 성공보수 선수령 금지에 관한 제33조 규정 자체를 삭제하였다.

2. 형사성공보수약정의 효력

성공보수약정의 효력에 대한 견해는 대체로 민사성공보수와 형사성공보수를 구별하여 다루어야 한다는 입장이다. 즉 민사성공보수에 대해서는 계약자유의 원칙에 비추어 이를 금지할 이유는 없지만, 형사성공보수는 금지되어야 한다는 입장이 다수를 차지한다.[81] 그 구체적 근거로 제시되는 것은 다음과 같다. 우선 변호사는 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 하기 때문에, 법원과 당사자로부터 독립하여 그 사명을 완수할 수 있어야 하고 비윤리적이거나 불법적인 수단을 동원하려는 유혹에 빠지지 않도록 할 필요성이 있다고 하거나[82] 변호사가 의뢰인에게 최선의 이익보다는 그러한 결과발생만을 위하여 활동하게 되는 이익충돌의 가능성이 있으므로 형사성공보수약정은 금지되어야 하고, 이러한 약정은 민법 제103조에 위반되어 무효[83] 또는 의뢰인의 궁박한 사정을 이용한 불공정한 계약의 전형으로서 무효라는 것이다.[84] 그 밖에 사법제도의 부패방지 뿐만 아니라 성공보수약정 자체는 반사회질서적인 것이 아니라 하더라도, 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반하는 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써, 적법절차 아래에서의 신속한 실체진실의 발견이라는 형사사법의 이념에 반하는 반사회질서적인 성질을 띠게 되는 경우 또는 경우에 따라 상대방에게 표시되거나 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우이여서 무효라고 해석하기도 한다.[85]

---

80) 오종근, "변호사보수에 관한 연구", 법과 사회 제27호, 2004, 106면
81) 이청조, "변호사의 보수에 관한 법리", 동아법학 제20호, 동아대학교법학연구소, 1996.2, 217면
82) 권오승, "변호사 보수에 관한 검토", 법과 사회 제11호, 1995, 148면 ; 정선주, "변호사의 성공보수약정", 민사소송 제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008.5, 168-169면
83) 전경운, "변호사의 성공보수약정", 민사법학 제25호, 한국민사법학회, 2004, 222면 ; 이규호, "성공보수금계약에 관한 연구", 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학연구회, 1999, 356면 ; 윤진수, 주석민법 총칙(2), 제3판, 2001, 446면 ; 오종근, 전게논문, 108면
84) 이창희, "변호사 보수의 적정성과 투명성", 법률가의 윤리와 책임, 2003.9, 301면
85) 한상규, "변호사 직무의 공공성과 형사사건 성공보수의 규제", 강원법학 제39권, 강원대학교 법

이에 반하여 형사사건이라 하더라도 성공보수를 포함한 변호사보수를 법정화 또는 제한할 필요는 있으나 성공보수약정 자체를 금지하는 것에는 찬성하기 어렵다는 견해도 있고[86], 원칙적으로 성공보수약정 여부는 당사자의 의사에 맡기는 것이 바람직하다고 하면서, 전관예우 등과 같이 사법불신을 초래하는 과다한 성공보수약정은 규제되어야 하지만, 그 적정성 판단의 기준으로서 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙을 원용하는 것은 곤란하다는 견해도 있다.[87]

한편 본 평석의 대상이 된 대법원판결 이후 그에 대한 평가가 나타나기 시작했는데, 그 중 어떤 견해는 법률로도 금지하지 않는 형사성공보수약정을 민법 제103조를 적용하여 일거에 그리고 일시에 부정하는 결론을 도출한 것이 법리적 논리로서는 수긍되지 않지만 사법적극주의(judicial activism)가 고양된 모습으로 매우 고무적이라고 하였으며[88], 또 다른 견해는 형사성공보수약정 자체는 반사회적 무효라고 하면서 나아가 본 판례가 장래효만을 인정한 것은 사법의 본질에 맞지 않는 권한 밖의 것이며, 당해 사건의 당사자가 판례의 혜택을 입지 못하는 불합리가 있다고 비판하였다.[89]

V. 반사회적 법률행위의 무효와 불법원인급여의 적용

1. 우리민법 제103조는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효”라고 규정한다. 이러한 행위표지를 보다 구체적으로 유형화하는 것은 견해에 따라 다소의 차이가 있지만, 대체로 정의관념에 반하는 행위[90], 윤리적 질서에 반하는 행위[91], 개인의 자유를 극도로 제한하는 행위[92], 생존의 기

학연구소, 2013, 441면

86) 정한중, “변호사 보수의 규제에 대한 연구”, 법학연구 제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011, 117면

87) 박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 법학연구 제63호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 944면 ; 동, “변호사의 성공보수약정의 금지논리와 그 한계”, 법학연구 제66호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 492-493면

88) 김홍엽, “사법적극주의에 대한 단상”, 법률신문 2015년 8월 13일, 14면

89) 윤진수, “형사사건 성공보수 약정 무효 판결의 장래효에 대한 의문”, 법률신문 2015년 8월 6일, 11면

90) 제2매수인의 적극가담에 의한 이중매매행위(대법원 1994.3.11. 선고 93다55289 판결 ; 동 1998.2.27. 선고 97다45532 판결 ; 동 2009.9.10. 선고 2009다23283 판결)나 수사기관에서 허위진술의 대가로 일정한 급부를 약정한 경우(대법원 2001.4.24. 선고 2000다71999 판결), 동거생활의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약(대법원 1966.6.21. 선고 66다530 판결), 불법적인 대가지급약정으로 변호사법을 위반하여 변호사 아닌 자가 승소를 조건으로 당사자로부터 소송물의 일부를 양도받기로 한 약정이나 공무원의 직무에 관하여 청탁하고 그 보수로 금전을 지급하기로 한 약정(대법원 1995.7.14. 선고 94다51994 판결)

초가 되는 재산처분행위[93], 지나치게 사행적인 행위[94], 불공정한 법률행위[95] 등을 포함하고 있다.[96] 그리고 이러한 위반이 법률행위의 내용을 이루는 경우뿐만 아니라 그 중심목적이 반사회성을 띠는 경우로서 사회질서에 반하는 조건을 붙이거나 법률적 강제 또는 금전적 이익의 결부로 법률행위가 반사회성을 띠는 경우 역시 포함되는 것으로 해석한다.[97] 종래의 판례 중 금전적 대가와 결부됨으로써 반사회적 법률행위로 된 경우는 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 약정한 경우[98]이거나 지방자치단체가 골프장 사업계획 승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 지급받기로 약정한 경우[99], 소송사건에서 증인으로 출석하여 증언할 것을 조건으로 대가를 받기로 하면서 그 대가가 통상적으로 용인될 수 있는 수준을 초과하여 약정한 경우[100] 등이 있다.

2. 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언한 본 판결 역시 "수사나 재판의 결과를 금전적인 대가와 결부시킴으로써 기본적 인권옹호와 사회

91) 부첩계약(대법원 1960.9.29. 선고 4293민상302 판결)이나 장래의 부첩관계를 승인하는 합의(대법원 1967.10.6. 선고 67다1134 판결)

92) 절대 이혼하지 않겠다는 약정(대법원 1969.8.19. 선고 69므18 판결), 영리를 목적으로 윤락행위를 하도록 권유, 유인, 알선, 강요하거나 이에 협력하는 행위를 약정하는 것(대법원 2004.9.3. 선고 2004다27488・27495 판결), 과도한 위약벌약정(대법원 1993.323 선고 92다46905 판결 ; 동 1997.6.24. 선고 97다2221 판결), 지나친 경업제한(대법원 2010.3.11. 선고 2009다82244 판결)

93) 사찰의 존립에 필요불가결한 재산을 증여하는 행위(대법원 1991.8.27. 선고 90다19848 판결)

94) 도박자금을 제공할 목적으로 금전을 대여하는 행위(대법원 1973.5.22. 선고 72다2249 판결), 도박 빚을 변제하기로 하는 계약(대법원 1966.2.22. 선고 65다2567 판결), 이득편취의 수단으로 이용되는 보험계약(대법원 2000.2.11. 선고 99다49064 판결)

95) 대주가 우월적 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게 과도한 반대급부를 지우기로 하는 약정(대법원 2007.2.15. 선고 2004다50426 판결)

96) 이들 외 사법(司法)을 방해하는 행위의 유형을 따로 설정하고, 소송법상의 권능을 제한하는 약정을 무효로 하는 일본판례(日大判 1939.11.17.)와 그에 반하여 그러한 약정은 당사자가 자발적으로 소송법상의 권능을 행사하지 않기로 하는 채무를 부담하는 것이므로 소의 취하 또는 화해를 하지 않기로 약정하거나 이에 결합한 위약금약정이 무효는 아니라고 하는 견해도 있다(이태재, 민법총칙, 법문사, 1981, 241-242면).

97) 곽윤직・김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 274면 이하 ; 김증한・김학동, 민법총칙, 박영사, 2001, 312면 이하 ; 김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991, 234면 이하 ; 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 235면 이하 ; 김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 170면 이하 ; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 334면 이하 ; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2015, 240면 이하 ; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2015, 200면 이하

98) 대법원 2000.2.11. 선고 99다56833 판결

99) 대법원 2009.12.10. 선고 2007다63966 판결

100) 대법원 1999.4.13. 선고 98다52483 판결 ; 동 2010.7.29. 선고 2009다56283 판결

정의 실현을 그 사명으로 하는 변호사 직무의 공공성을 저해하고, 의뢰인과 일반 국민의 사법제도에 대한 신뢰를 현저히 떨어뜨릴 위험이 있으므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반"되는 것으로 평가하였다. 이러한 태도로 보아 반사회적 법률행위의 유형별 분류가 큰 의미는 없지만, 굳이 구분하자면 금전적 이익의 결부로 법률행위가 반사회성을 띠는 경우에 해당될 것이다.

3. 본 판결을 통하여 변경된 종전의 형사성공보수약정 관련 판결을 보면, "변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하고 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 하는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서의 지위"에 있기 때문에, "변호사 보수의 성질과 변호사 직무의 특성을 균형 있게 고려하면, 변호사가 수행한 업무와 노력에 비하여 사회상규에 현저하게 어긋나는 과다한 보수를 약정한 경우, 약정된 보수액이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다"고 판시하였다.[101] 즉 형사성공보수약정이 사회상규에 비추어 현저히 과다한 경우에 한하여 신의칙이나 형평칙 위반을 근거로 과다한 부분의 무효를 선언한 것이다. 본 평석의 대상판결도 1억 원이 형사성공보수로 제공되었다고 전제하면서, 이러한 약정은 본 판결 전에 이루어진 것이므로 반사회적 법률행위로서 단정할 수는 없으나, 그 중 6,000만 원을 초과하는 4,000만 원 부분에 한하여 신의칙이나 형평칙에 비추어 부당하게 과다하므로 무효라고 판단하였다.

4. 변경된 이전의 판결과 본 평석대상판결을 비교하면, 일반적으로 당사자 사이에는 계약의 자유가 있음에도, 변호사업무의 공공성과 형사사법제도의 신뢰를 유지하기 위하여, 그 정도의 차이가 있지만 형사성공보수약정을 무효라고 하는 점에서는 동일하다. 다만 이전의 변경된 판례는 무효 판단의 근거로서 신의칙과 형평칙을 원용한 반면, 본 판결에서는 민법 제103조의 반사회적 법률행위로 해석하였다. 법원이 제한의 필요성이 있는 법률행위에 대하여 위와 같은 법의 일반원칙을 근거로 무효화하는 것을 반드시 부당하다고 단정할 수는 없으며, 따라서 본 판결

101) 판결문에서 제시하고 있는 대표적인 것으로 대법원 2009.7.9. 선고 2009다21249 판결과 그 외 대법원 2002.4.12. 선고 2000다50190 판결 ; 동 1995.4.25. 선고 94다57626 판결 ; 동 1993.2.9. 선고 92다30382 판결 ; 동 1992.3.31. 선고 91다29804 판결 ; 동 1991.12.13. 선고 91다8722·8739 판결 ; 동 1972.2.29. 선고 71다2722 판결 ; 동 1967.9.5. 선고 67다1322 판결도 같은 내용이다.

역시 변호사업무의 공공성과 형사사법제도의 신뢰라는 가치를 보호하기 위해서 형사성공보수약정을 무효로 판시한 것은 타당한 법적 처리라고 생각한다.

5. 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 대한 무효는 민법 제746조의 불법원인급여에도 해당되기 때문에[102], 형사성공보수금을 지급하지 않은 경우는 지급할 필요가 없지만, 이미 지급한 것은 그 반환을 청구할 수 없다. 외국의 경우에도 동일하게 해석한다. 독일민법은 제817조 제2문에서 급여의 목적이 금지법규나 선량한 풍속에 반하는 방법으로 정하여진 경우 급여자의 반환청구는 배척된다고 규정하고, 변호사의 성공보수약정에 따라 지급된 금전은 이 규정에 해당되어 의뢰인의 반환청구를 허용하지 않는다.[103] 영미법의 경우에도 변호사의 성공보수약정을 포함하여 사법운영(administration of justice)을 침해하는 합의는 공공질서(public policy)에 반하는 것으로 무효이며, 이미 지급된 것은 '부도덕한 원인에 의한 경우에는 소권이 없다'(ex turpi causa non oritur actio)는 보통법(common law)의 원칙과 '형평법원에 들어오고자 하는 자는 깨끗한 손으로 와야 한다'(He who comes into equity must come with clean hands)는 형평법(equity law)의 원칙에 따라 그 반환청구가 배척된다.[104]

물론 일반적으로 형사성공보수금은 검찰에서의 결정이나 재판의 결과를 조건으로 지급되어 후불적 성격이 강하지만, 본 판결에서와 같이 변호사가 형사 피고인

---

102) 다수설과 판례의 입장이다(곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000, 433면 ; 김증한·김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 741면 ; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990, 435면 ; 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 384면 ; 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1576면 ; 대법원 1983.121.22 선고 83다430 판결 ; 동 2010.12.9. 선고 2010다57626·57633 판결). 그 외 강행법규를 포함하는 견해도 있고(김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998, 65면 ; 권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1990, 405면 주11 ; 배기원, "이자제한법 제2조-적용범위와 초과이자의 효력-", 사법론집 제5집, 법원행정처, 1974, 567면), 다수설보다 좁게 보는 견해(고상룡, 전게서, 347면 ; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2013, 1630면 ; 김선석, 주석 채권각칙(III), 한국사법행정학회, 1986, 199면 ; 문흥수, "불법원인급여규정의 의의 및 적용범위", 법조 제483호, 1996.12, 150면)도 있다.

103) Dieter Leopold, BGB I : Einführung und Allgemeiner Teil, 6.Aufl., Mohr Siebeck, 2010, S.310, Rn.37

104) Keir v. Leeman (1846) 9 Q. B. 371 ; Windhill Local Board of Health v. Vint (1890) 45 Ch. 351, 363 ; Kearley v. Thomson (1890) 24 Q. B. 742 ; Harmony Shipping Co. v. Davis [1979] 3 All E. R. 177, [1979] 1 W. L. R. 1380 ; Frederick Pollock, Principles of Contracts at Law and in Equity(Ann. and Add. by Gustavus H. Wald and Samuel Williston), Fred B. Rothman & Co., 1988, p.496 ; P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd ed., Clarendon Law Press, 1981, p.259 ; John Salmond and Percy H. Winfield, Principles of the Law of Contracts, Sweet & Maxwell, 1927, p.149 ; G. C. Cheshire, C. H. Fifoot and M. P. Furmston, Law of Contract, 12th ed., Butterworths, 1991, p.374 ; G. H. Treitel, The Law of Contract, 4th ed., Stevens & Sons, 1975, p.326

의 석방을 위하여 판사나 정신감정의사 등에 대한 청탁비용 명목으로 받은 금전을 형사성공보수로 해석하면, 이는 이미 선불로 지급된 것으로 의뢰인에 의한 반환청구가 허용되지 않는다. 향후 본 판결의 영향으로 변호사보수가 다양한 명목으로 세분화되더라도, 그 중의 전부 또는 일부가 선불로 지급되고 이들이 형사성공보수금으로 해석된다면, 이 역시 반환을 받지 못하게 되어 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효화한 판결의 법적 효과를 무색하게 만들 수 있다. 그렇다고 의뢰인이 형사사건의 일정한 목적을 달성하기 위하여 체결한 성공보수약정에서 불법의 원인이 수익자인 변호사에게만 있다고 단정할 수도 없으므로, 원칙적으로는 의뢰인이 그 반환을 청구할 수 없을 것이다.

다만 판례가 이른바 불법성 비교이론을 적용하여, 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 큰 데 반하여 급여자의 불법성은 미약한 경우에는 급여자의 반환청구는 허용된다고 보고 있으므로[105], 성공보수의 액수가 지나치게 과다하고 의뢰인이 궁박한 상태에서 성공보수의 약정을 하였다면, 수익자인 변호사의 불법성이 의뢰인의 불법성보다 현저히 크고 급여자인 의뢰인의 불법성은 미약하다고 보아 의뢰인은 변호사를 상대로 지급한 성공보수금의 반환을 청구할 수 있을 것이다. 물론 이 경우에 의뢰인의 불법성은 없다고 단정할 수 있을지, 불법성비교이론에 대한 판례의 태도는 수익자의 현저한 불법성(사기도박)을 요구함으로써 실제로 이를 잘 인정하지 않는데 그럼에도 변호사에게 현저하게 불법성이 크다고 할 수 있을지, 나아가 형사성공보수약정이 변호사직무의 공공성과 염결성에 근거하여 반사회적 법률행위에 해당한다면 오히려 의뢰인이 성공보수금 지급을 약속함으로써 변호사 직무의 공공성과 염결성을 해친 결과이고 변호사는 그로 인하여 이를 지키지 못한 불이익을 안게 되므로 주객이 전도된 것은 아닌지 의문이다.

VI. 결어

형사성공보수에 대한 본 판결의 이면에는 고위 법관이나 검찰 출신의 전관 변호사들이 과다하게 받아 온 형사성공보수를 염두에 두고, 유전무죄·무전유죄의 의혹을 차단함으로써 형사사법의 신뢰를 구축하려는 의도가 깔려 있다. 그러나 변호사업계는 본 판결에 대하여 사법불신의 원인을 잘못 파악한 것으로서, 전관예우 방지는 대법관이나 검찰총장 등 고위 법관이나 검찰의 변호사개업을 제한하는 것

105) 대법원 1993.12.10. 선고, 93다12947 판결 ; 동 1997.10.24. 선고, 95다49530·49547 판결 ; 동 1999.9.17. 선고 98도2036 판결 ; 동 2007.2.15. 선고, 2004다50426 전원합의체판결

이 효과적이라고 주장한다.

대한변호사협회는 긴급 설문조사를 통하여 80%의 변호사가 이 판결에 반대한다는 결과도 발표하기도 하였다. 서울지방변호사회는 형사사건 성공보수약정 금지에 따른 후속대책회의를 열고, 형사사건 표준 수임약정서 배포와 향후 성공보수를 받는 변호사에 대한 징계 문제를 논의하겠다고 밝혔다. 표준 수임약정서와 관련하여 현재는 불기소 또는 불구속기소, 영장기각, 집행유예, 무죄선고 등 성공보수 위주로 수임약정이 체결되는데, 앞으로는 결과와 상관없이 변호사상담, 피의자신문, 재판변론 등 단계별로 비용을 산정하는 방식으로의 변화를 모색하고, 변호사의 징계와 관련해서도 착수금과 성공보수를 포함해 수임료 총액이 1,000만 원 이하인 사건에 대해서는 징계를 면제할 계획이라고 설명했다.

대형로펌들도 기존의 착수금과 성공보수를 위주로 하던 수임체계를 '시간제 보수'(time charge)[106] 방식으로 변경하는 방향을 모색하고 있다. 기업이나 총수 관련 사건 70-80%는 전면적인 시간제 보수형식으로 하고, 나머지 개인사건 20-30%는 성공보수 대신 착수금을 현행보다 1.5 내지 2배 가량 상향 책정하는 방식을 제안하였다. 뿐만 아니라 착수금과 성공보수금의 70%선에서 포괄수임약정을 하거나 이면계약 등의 형태로 사실상의 성공보수 약정이 이뤄지는 등의 꼼수까지도 기승을 부리고 있다.[107]

최근 한 논문에서는 의뢰인과 변호사는 기업의 최고경영자(CEO)와 주주에 유사한 본인, 대리인 관계라고 파악하면서, 문제는 전문지식이 부족한 의뢰인이 전문가인 변호사가 성실하게 업무를 수행하는지 감시, 감독할 수 있는 수단이 없는 점이라고 진단하고, 변호사들의 업무수행을 유도하는 역할을 해 온 성공보수가 사라지면서 오히려 경험이 많은 전관들에게 사건이 쏠릴 수도 있으며, 계약충실의무나 변호사윤리를 강조하는 것만으로 변호사가 성실하게 업무에 임하리라고 보는 것은 근거가 부족하다고 지적했다.[108]

나아가 형사성공보수약정을 무효화한 뒤 그 부작용에 대한 대책도 마련되어야

---

106) 현재 수임체계의 경우 1년차 변호사 기준 시간당 보수가 20만원이고 연차에 따라 5만원씩 추가된다는 보도도 있고(중앙일보 인터넷신문 2015.07.27 01:42 수정, 백민정 기자), 대형로펌의 연차가 낮은 변호사들도 시간당 40-50만 원, 직급이 높은 파트너 변호사는 70만 원, 거물급 전관 변호사는 100만 원대로 알려져 있다는 보도도 있다(조선일보 인터넷신문 2015.7.25., 양은경 기고).

107) 중앙일보 2015.11.3. 화요일 13면

108) 이창민・최한수, "형사 성공 보수 무효 판결에 대한 (법)경제학적 분석", 형사소송 성공보수 약정에 관한 법경제학적 논의, 한국법경제학회 2015 추계학술대회 발표문, 2015.11.6., 33-34면

할 것으로 보인다. 이른바 '풍선효과'로 전관 변호사들의 착수금을 상향 조정하게 되면 본 판결로 인한 형사성공보수약정의 제한 효과를 거두기 어렵다. 변호사가 거액의 착수금을 선지급 받은 후 불성실변론을 할 가능성이 예상된다면 의뢰인 입장에서는 오히려 재판결과에 따라 성공보수를 주기로 약정하는 것이 소기의 목적을 달성하는데 더욱 효과적이라고 생각할 수도 있다. 법원과 변호사단체는 착수금, 성공보수금 등 수임료에 대한 보다 명확한 규정과 누구나 수긍할 수 있는 표준약정서를 제시할 필요가 있을 것이다.

한편 2015년 7월 27일 대한변호사협회는 형사성공보수약정이 무효라는 대법원 판결의 취소를 위한 헌법소원을 청구하였다. 위 협회는 헌법소원청구를 통하여 "대법원 전원합의체판결은 직업수행의 자유와 계약체결의 자유, 평등권을 침해했다"고 하면서, "성공보수를 금지한 법률이 없는 우리나라에서 대법원이 모든 형사사건 성공보수약정을 무효로 선언한 것은 새로운 법률을 만든 것과 같아 입법권을 침해한 것"이라고 주장하였다. 그리고 그 근거로서 2006년 독일연방헌법재판소가 성공보수를 일률적으로 금지한 연방변호사법을 위헌으로 판단한 결정을 제시하였다. 그리고 법원의 재판에 대해 헌법소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌심판도 함께 청구하였다.[109] 위 규정은 "공권력에 의해 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람은 법원의 재판을 제외하고 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다"고 하는데, 이에 대하여 "기본권을 침해하는 모든 공권력 행사에 대한 헌법소원을 허용하면서도 법원 재판을 헌법소원 대상에서 제외한 규정도 이제 헌법적 판단을 받을 때가 됐다"고 주장하였다. 법원의 재판에 대한 헌법소원은 최고법원의 지위를 놓고 대법원과 헌법재판소의 해묵은 갈등의 재연 소지도 안고 있다.[110]

---

109) 헌법재판소법은 1961.4.17. 법률 제601호로 제정되었다가 제도의 폐지와 함께 1963.12.17. 폐지되었다. 현행 헌법과 함께 다시 부활되면서 1988.8.5. 법률 제4017호에 따라 제정되었다. 당시 동법 제68조 제1항은 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다"고 규정되었는데, 1997.12.24. '법원의 재판'에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 동법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다는 결정을 한 바 있다(96헌마172・173). 헌법재판소는 2013년 국회에 재판소원을 금지한 위 규정의 개정이 필요하다는 의견을 제출하면서 이 문제는 국민의 기본권을 심각하게 훼손하는 경우에 한해서는 헌법 문제에 직결되는 만큼 헌법재판소의 심사대상으로 삼아야 한다는 견해를 밝힌 바 있다. 반면 대법원은 이런 움직임에 대하여 "재판소원을 허락하면 4심제를 허용하는 게 되기 때문에 3심제를 정해놓은 현행 법체계상 위헌"이라며 강력한 반대입장을 취하고 있다.

110) 헌법재판소는 1995년 이길범 전 의원이 "양도세는 실거래가로 물리면 안 된다"며 국세청을 상

다시 본 판결의 쟁점으로 돌아가 보면, 반환청구의 대상이 되고 있는 금 1억 원은 甲이 석방대상 피고인 A에 대한 유리한 정신감정결과와 판결을 위하여 의사 또는 판사에 대한 청탁 활동비 명목으로 지급한 것이다. 이에 관하여 제1심법원이 변호사법 제111조 제1항 위반행위로서 민법 제746조 불법원인급여 규정의 적용가능성을 피력하였음에도, 원심법원과 대법원은 이를 성공보수금으로 사실인정을 하였다. 이에 비추어 본 판결의 사실인정에 대한 오류는 없었는지 의문이다. 나아가 형사성공보수금이 어떠한 형식으로 지급되든, 그 유효성과 반환가능성에 대한 이론적 방법으로 불법원인급여 규정의 적용이 필연적인데, 이렇게 되면 선지급된 성공보수금을 의뢰인이 반환받지 못하게 되어, 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 판시한 대법원의 취지가 반감되고 만다. 물론 변호사측의 강한 불법성에 근거하여 성공보수금의 반환가능성을 타진할 수 있는 법원리로서 불법성 비교이론을 고려할 수 있지만, 그 적용에 소극적인 대법원의 태도에 비추어 이 역시 녹록치 않다. 그러므로 변호사협회에 의한 자율적 제한 외에 공공기관에 의한 강제적 제한 가능성을 고려할 필요는 없는지 검토해 보아야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.27, 게재확정일 : 2015.12.24)

정 상 현

형사성공보수, 반사회적 법률행위, 불법원인급여, 공서양속, 선량한 풍속, 변호사의 공익성

대로 낸 소송을 대법원이 기각하자, “조세부과의 근거규정이 시행령에 있어서 헌법위반”이라는 한정위헌 결정을 내리면서 사실상 대법원 결론을 뒤집었다. 2012년 헌법재판소는 GS칼텍스 등이 “법인세 산정과 관련해 대법원이 잘못된 판결을 내렸다”며 제기한 헌법소원 사건에서, “대법원 판결에 위헌 소지가 있다”는 결정을 내리면서 갈등이 재연되기도 했다.

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

강일원, “사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안”, 형사재판의 제문제, 제3권, 2001
고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003
곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000
곽윤직・김재형, 민법총칙, 박영사, 2012
권오승, “변호사 보수에 관한 검토”, 법과 사회 제11호, 1995
권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1990
김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991
김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988
김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998
김상용, 채권각론(하), 법문사, 1999
김선석, 주석 채권각칙(III), 한국사법행정학회, 1986
김증한・김학동, 민법총칙, 박영사, 2001
김증한・김학동, 채권각론, 박영사, 2006
김천수, 한국의 변호사책임론, 한림과학총서 55, 1996
김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010
김홍엽, “사법적극주의에 대한 단상”, 법률신문 2015년 8월 13일, 14면
문흥수, “불법원인급여규정의 의의 및 적용범위”, 법조 제483호, 1996.12
박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 법학연구 제63호, 부산대학교 법학연구소, 2010
박경재, “변호사의 성공보수약정의 금지논리와 그 한계”, 법학연구 제66호, 부산대학교 법학연구소, 2010
배기원, “이자제한법 제2조-적용범위와 초과이자의 효력-”, 사법론집 제5집, 법원행정처, 1974
송덕수, 민법총칙, 박영사, 2015
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2013
오종근, “변호사보수에 관한 연구”, 법과 사회 제27호, 2004

윤진수, “형사사건 성공보수 약정 무효 판결의 장래효에 대한 의문”, 법률신문 2015년 8월 6일, 11면
윤진수, 주석민법 총칙(2), 제3판, 2001
이규호, “성공보수금계약에 관한 연구”, 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학연구회, 1999
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003
이영준, 민법총칙, 박영사, 2007
이창희, “변호사 보수의 적정성과 투명성”, 법률가의 윤리와 책임, 2003.9
이청조, “변호사의 보수에 관한 법리”, 동아법학 제20호, 동아대학교법학연구소, 1996.2
이태재, 민법총칙, 법문사, 1981
이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990
전경운, “변호사의 성공보수약정”, 민사법학 제25호, 한국민사법학회, 2004
정선주, “변호사의 성공보수약정”, 민사소송 제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008.5
정한중, “변호사 보수의 규제에 대한 연구”, 법학연구 제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011
지원림, 민법강의, 홍문사, 2015
한상규, “변호사 직무의 공공성과 형사사건 성공보수의 규제”, 강원법학 제39권, 강원대학교 법학연구소, 2013
한위수, 전문가의 민사책임, 주석민법 채권각칙(8), 한국사법행정학회, 2000

2. 서구문헌

ABA, Annotated Model Rules of Professional Conduct, 6th ed., 2006
Adam Silverlight, Gambling with Ethics and Constitutional Rights : A Look at Issues Involved with Contingent Fee Arrangements in Criminal Defense Practice, Seattle U. L. Rev. vol.25, 2003-2004
Charles W. Wolfram, Modern Legal Ethics, West Publishing Co., 1986
Christian Armbrüster, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Algemeiner Teil, 1.Halbbd., §§1-240・ProstG, 5.Aufl., C. H. Beck, 2006

D. D. Prentice, Chitty on Contracts, 27.ed., vol.I, General Principles, Sweet & Maxwell, 1994

Deborah L. Rhode and David Luban, Legal Ethics, 3rd ed., Foundation, 2002

Dieter Leopold, BGB I : Einführung und Allgemeiner Teil, 6.Aufl., Mohr Siebeck, 2010

Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C. F. Müller, 2010

Edwin Godfrey, Kluwer Law International and IBA : Law without Frontiers-A Comparative Survey of the Rules of Professional Ethics Applicable to the Cross-Border Practice of Law, Kluwer, 1995

Edwin Peel, Treitel The Law of Contract, Twelfth ed., Sweet & Maxwell, 2007

Frederick Benjamin MacKinnon, Contingent Fees for Legal Services, Aldine Publishing Co., 1964

Frederick Pollock, Principles of Contracts at Law and in Equity(Ann. and Add. by Gustavus H. Wald and Samuel Williston), Fred B. Rothman & Co., 1988

G. C. Cheshire, C. H. Fifoot and M. P. Furmston, Law of Contract, 12th ed., Butterworths, 1991

G. H. Treitel, The Law of Contract, 4th ed., Stevens & Sons, 1975

Jan Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland, Mohr Siebeck, 1998

Janet O'Sullivan and Jonathan Hilliard, The Law of Contract, 3th ed., Oxford University Press, 2008

John Salmond and Percy H. Winfield, Principles of the Law of Contracts, Sweet & Maxwell, 1927

Kai von Lewinski, Grunriss des Anwaltlichen Berufsrechts, 2.Aufl., Nomos, 2008

Karl Larenz und Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004

Lindsey Godfrey, Rethinking the Ethical Ban on Criminal Contingent Fees : A Common sense Approach to Asset Forfeiture, Tex. L. Rev. vol.79, 2000-2001

Molly Vakulskas Joly, A Lawer's fee Shall Be Reasonable : The Contingent Fee-Its Usage and Past and Present Criticism, November 9, 2000

Niel Andrews, Contract Law, Cambriage University Press, 2011

P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd ed., Clarendon Law Press, 1981

Robert H. Aronsonn James B. Devine and William B. Fisch, Problems, Cases and Materials on Professional Responsibility, 2nd ed., Nutshell series, West PublishingCo., 1995

Stephen Gillers, Regulation of Lawyers: Problems Of Law And Ethics, 7th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2005

Wendt Nassall, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Jurios GmbH Saarbrücken, 2005

3. 일본문헌

可藤新太郎,“辯護士報酬 倫理”, 法學教室 第294号, 2005.3

來栖三郎, 契約法, 有斐閣, 1974

明石三郎, 新版 注釋民法(16) 債權(7), 有斐閣, 1989

福原忠男, “民事訴訟事件の依頼者と辯護士との間のいわゆるみなし成功報酬の特約がその效力を生じないとされた事例”, 民商法雜誌 第71卷 第4号, 1975

三宅伸吾,“辯護士カルテル-ギルド化する”, 在野 法曹の實像, 信山社, 1995

石井成一, 職業として辯護士とその使命, 辯護士の使命・倫理(講座 現代の辯護士), 日本評論社, 1979

石村善助, プロフエツソヨンと報酬, 法律時報 第53卷 第2号, 1981

松代隆, 辯護士報酬合理化の方向, 東京辯護士會編, 司法改革の展望, 1982

日本辯護士聯合會, 消費者法講義, 日本評論社, 2009

Abstract

The Decision as to the Nullity of Criminal Contingency Fee Agreement contrary to Good Morals and Social Order

111)

Jung Sang-Hyun*

112)

The Korean Supreme Court unanimously decided as to the contingency fee agreement in a criminal case on July 23, 2015 with all 13 Supreme Court judges considering it a juridical act contrary to good morals and social order (the Article 103 of the Korean Civil Law). It has been 67 years since the establishment of government in 1948. Accordingly, laws will not be able to claim the validity of a contingency fee agreement for a criminal case under such conditions as non-indictment, non-detention, and bail, acquittal and inability to request payment of contingency fees is inevitably cause seismic changes in attorney fee structure. Of course, some previous rulings found inappropriate civil case attorney fees invalid or imposing excessive contingency fees compared to the cost and effort provided contrary to the principle of good faith and thus invalid or required to be reduced in light of the principle of good faith or equity. However, the latest ruling changed the precedent that found a success fee valid in principle with only its excessiveness null and void while declaring contingency fee agreement made between an attorney and a client who determine a specific investigative direction or trial outcome as a success and eligibility

* Professor at School of Law in SungKyunKwan University · Ph.D. Jur.

for success fee payment contrary to social order in order to ensure a legitimate criminal procedure and public nature of attorney services. Legal circles believe the Supreme Court's intent to solidify the confidence of criminal justice by eliminating suspicion of 'One law for the rich and another for the poor' with particular attention to the practice of high-ranking judge- or prosecutor-turned attorneys imposing excessive criminal case success fees is behind the recent ruling.

Setting aside the conflict between the Supreme Court and the attorneys' circle as well as the dispute of authority with the Korean Constitutional Court, the ruling that found criminal case contingency fee agreements an antisocial juridical act is a new type of ruling that directly restricts the principle of freedom of contract that has long been considered as one of the fundamental principles of the Civil Law, which is most likely to trigger juridical disputes ahead. Of course, it is not possible to block the Supreme Court from changing the scope of antisocial juridical acts as the limitation of freedom of contract and, in that respect, the judicial legitimacy of the Supreme Court's ruling can be secured. However, the judicial mission that the criminal procedure and the publicness of attorney services that have been upheld since the beginning of the contemporary law history of Korea cannot be changed and, against this backdrop, it is necessary to contemplate and review if the stance of the Supreme Court that ruled against the contingency fee agreement by calling it an anti-social judicial act while discarding precedent rulings that allowed criminal case success fees as long as they are not excessive.

It is not unreasonable for a court to nullify a judicial act that requires restrictions based on the general principle of law, and the recent judgment of invalidating the contingency fee agreement in criminal case in a bid to protect the publicness of attorney services and the value of confidence in criminal justice system is a rational decision. However, a payment of success fee, once made by a client, belongs to the category of the performance for illegal cause as the payment is made against good

public order and customs and, since, in this case, the attorney cannot be the sole illegal cause, the client, in principle, should not be allowed to request for refund as long as the success fee is not excessive and unless the contingency fee agreement is made while the client is in needy circumstances so that the attorney's illegality is considerably larger than that of the client. However, whether or not the client's illegality can be neglected, whether or not the attorney's illegality is considerably large while the stance of judicial precedents in light of theory of the comparison of illegality do not accept it by requesting beneficiary's considerable illegality (fraudulent gambling) and further whether or not putting the cart before the horse if the criminal case contingency fee agreement belongs to the antisocial illegal act based on the publicness of attorney services while attorney end up disadvantages require further contemplations.

Jung Sang-Hyun

nullity, criminal contingency fee agreement, good morals, social order, public order, principle of good faith, limitation of freedom of contract judicial legitimacy, publicness of attorney service

반독점 집단소송에 있어 지배성 요건의 판단기준

-Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (March 27, 2013)-

송 석 은*
정 호 열**

Ⅰ. 서론
1. 의의 및 연혁
2. 집단소송공정법의 제정과 최근 미국 판례의 경향
Ⅱ. 미국 집단소송의 허가요건
1. FRCP 제23조의 요건 일반론
2. 전제요건
3. 유지요건
Ⅲ. 컴캐스트 판결 소개
1. 사건 개요 및 진행 경과
2. 미연방대법원 판시 내용
Ⅳ. 결론
1. 이후의 동향
2. 우리나라에의 시사점

【국 문 요 약】

최근 미연방대법원은 설사 본안 판단과 중첩된다 하더라도, 집단소송의 허가요건을 엄격히 심사하여 그 허가를 거부하는 판결을 잇달아 내보내고 있다. 반독점 집단소송에 있어서도 2013년 Comcast Corp. v. Behrend 사건에서 공통 쟁점의 지배성 요건의 흠결을 이유로 허가를 거부하였다. 즉, 각 구성원들에 대한 인과관계 있는 손해액 산정이라는 개별 쟁점이, 독점금지법 위반에 따른 손해배상책임의 발생이라는 공통 쟁점을 압도하므로 집단소송 허가요건 중 지배성 요건을 흠결하였다는 취지이다.

공정거래법의 사적 집행의 강화는 우리나라 경쟁정책이 앞으로 나아가야 할 길로서, 위 컴캐스트 판결은 향후 우리나라에 미국식의 옵트-아웃 반독점 집단소송제가 도입될 경우, 이에 임하는 사인과 법조인들에게 일응의 가이드라인을 제공하여, 반독점 집단소송제가 당초의 도입 취지대로 남용 없이 올바르게 정착하는 데

* 변호사, 성균관대학교 법학전문대학원 학술박사과정.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

에 밑거름이 될 수 있을 것으로 보인다.

특히 반독점 집단소송의 허가요건에 관하여 별도의 입법을 하지 않고, 기존에 국회에 계류 중인 개정안과 같이 「증권관련 집단소송법」을 그대로 차용하게 될 경우, 미국 집단소송의 허가요건 중 지배성 요건에 상응하는 '중요쟁점의 공통성'을 요구하게 될 것으로 보이는데, 위 컴캐스트 판결은 향후 우리나라 반독점 집단소송의 '중요쟁점의 공통성' 요건 판단에 있어 구체적인 해석지침을 줄 수 있을 것으로 판단된다.

일반적인 손해배상소송과 달리, 반독점 손해배상소송에 있어 반경쟁적 행위와 인과관계 있는 손해액의 산정 문제는, 배상책임의 발생만큼이나 중요하고도 난해한 쟁점으로서, 만일 구성원 간 공통적인 손해액 산정방법을 적용할 수 없다면, 그 구성원 전체를 하나의 집단으로 소송절차를 진행해야 할 당위성이나 필요성이 있다고 보기 어렵기 때문이다.

이 글에서는 우선 일반적인 집단소송 허가요건의 구체적인 내용을 반독점 집단소송의 관점에서 살펴본 후 위 컴캐스트 판결의 주요 판시 내용과 이후의 동향, 우리나라에의 시사점을 차례로 검토하고자 한다.

Ⅰ. 서론

1. 의의 및 연혁

미국 클레이튼법 제4조 제(a)항[1]은 독점금지법 위반행위로 인하여 영업상 또는 재산상 손해를 입은 자는 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용과 손해액의 3배를 배상받을 권리가 있다고 규정하고 있다. 이와 같이 미국에서는 사인에 의한 반독점 손해배상소송에 법위반 억지력 확보 기능을 부여하여 사적 집행이라는 용어를 사용하기도 하며, 전통적으로 경쟁당국에 의한 공적 집행이 발달한 우리나라와 달리, 사소(私訴)가 독점금지법 집행을 주도[2]하고 있다.[3]

---

1) Clayton Act § 4. (Suits by persons injured) (a) Amount of recovery; prejudgment interest
Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances.

2) 2010년부터 2014년까지 최근 5년간 미연방지방법원에 접수된 민사소송 중 독점금지법 위반 사건 통계에 따르면, 연평균 사소 건수는 640.8건, 전체 독점금지법 위반 사건 대비 사인 제소율은 96.88%에 이른다. Statistical Tables For The Federal Judiciary, Table C-2. Civil Cases Commenced, by Basis of Jurisdiction and Nature of Suit, http://www.uscourts.gov/Statistics/StatisticalTablesForTheFederalJudiciary/StatisticalTables_Archive.aspx.

	정부소송 건수	사인소송 건수	합계	사인 제소율
2010	26	548	574	95.47
2011	24	437	461	94.79
2012	20	710	730	97.26
2013	16	827	843	98.10
2014	17	682	699	97.57
누적	103	3,204(연평균 640.8)	3,307	96.88

3) 미국 독점금지법의 집행 역사상 사소가 언제나 활성화되었던 것은 아니어서, 1890년 셔먼법 제정 후 10년간 단 6건의 사소만이 기록되었고, 사인이 당사자인 반독점 손해배상소송에서 3배 배상을 인정한 미연방대법원 판결(W. W. Montague & Co. v. Lowry, 24 S.Ct. 307, February 23, 1904)이 처음으로 등장하기까지는 셔먼법 제정 후 약 14년이 지나야 했다. 3배 배상제, 집단소송제 등의 존재에도 불구하고 초창기 50년 넘게 미미한 집행 수단으로 남아 있던 사소는 제2차 세계대전 이후에 손해전가항변 배척의 법리, 당연위법의 법리 등 친원고적 법리에 힘입어 폭발적으로 증가하였고, 특히 1977년 사소 신건 수가 1,611건으로 정점을 찍었다. 그러나 이후 사소에 대한 반발 기조로 인해 급격한 하락세를 보였고, 1990년에 452건으로 저점을 찍기도 하였으나, 90년대 중반부터 다시 한 번 완만한 증가세를 보이며, 최근에는 연평균 약 600건 이상이 제기되고 있다. Herbert Hovenkamp, 「Federal Antitrust Policy : The Law Of Competition And Its Practice」

가격고정, 끼워팔기, 독점화 등 시장 참여자 전반에 영향을 미치는 독점금지법 위반행위의 특성상 반독점 손해배상소송은 종종 집단소송으로 연결되기 마련인데,[4] 미국의 반독점 집단소송은 독점금지에 관한 실체법인 셔먼법이나 클레이튼법이 아니라 일반 절차법인 미연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'FRCP'라 함) 제23조에 근거한다. 미연방사법센터(Federal Judicial Center)의 통계에 따르면, 2001년 7월부터 2007년 6월까지 6년간 총 454건, 연평균 75.6건의 반독점 집단소송이 제기되었다.[5]

미국의 집단소송(Class Action)은 독일의 단체소송(Verbandsklage)과 더불어 대표적인 집단소송제로 언급되는데, 집단소송의 당사자적격을 특정단체가 아니라 이해관계 있는 대표당사자에게 인정한다는 점에서 대표당사자소송으로도 불린다. 집단소송의 원고는 소장에 원고로서 이름이 표시되는 대표당사자와 이름이 나타나지 않는 구성원으로 이루어지는데, 구성원의 범위를 특정하기 위해 권리관계, 지역 및 기간 등을 소장에 기재하게 된다.[6] 적극적으로 별도의 제외신고(옵트-아웃, opt-out)를 하지 않는 한, 대표당사자가 수행한 판결의 효력이 구성원 전체에 미친다는 점에서 집단분쟁의 일회적 해결 및 주관적 권리 실현에 가장 적합한 제도로 평가된다.[7]

(West, 2011) p.652; Crane, Daniel A, 「The Institutional Structure Of Antitrust Enforcement」 (Oxford University Press, 2011) p.51~60.

4) 반독점 집단소송은 독점금지법 위반에 따라 클레이튼법 제4조에 근거한 손해배상을 집단적으로 구한다는 점에서, 연방거래위원회법상의 소비자보호규정 또는 소비자제품안전법 위반에 따른 손해배상을 구하는 일반적인 소비자 피해구제 관련 집단소송과 구별된다. Dee Pridgen, 「Consumer Protection And The Law」, 2006 Edition (West, 2005) p.521 et seq.

5) 같은 기간 동안의 전체 집단소송 건수 약 21,000건에 비하면, 반독점 집단소송은 그 중 약 2.1%를 차지하는 데 불과하다. American Antitrust Institute, 「The Next Antitrust Agenda: The American Antitrust Institute's Transition Report on Competition Policy to the 44th President of the United States」 (Oct 06, 2008) p.228~229, http://www.antitrustinstitute.org/files/Private%20Enforcement%20Chapter%20from%20%20AAI%20Transition%20Report_100520082053.pdf.

6) 太田洋/宇野伸太郎, "米国クラスアクションにおける承認手続－近時の連邦最高裁判決と日本への影響－", 「(旬刊) 商事法務」 2013号 (商事法務研究會, 2013.11) 19面.

7) 참고로 미국과 같이 옵트-아웃 방식의 집단소송제를 채택하고 있는 국가로는 호주와 캐나다를 들 수 있다. 호주의 경우, 호주 연방법원법 제ⅣA장 이하에서 집단소송절차를 규정하고 있으며, 소송허가절차가 존재하지 않는다는 점이 특징이다. 캐나다의 경우, 프린스 에드워드 아일랜드 주를 제외한 모든 주 법령에 집단소송제가 규정되어 있으며, 일부 주에서 옵트-인 방식을 채택하고 있긴 하나, 대부분의 주에서는 옵트-아웃 방식을 채택하고 있다. 소송허가절차는 존재하나, 분배방식과 관련하여 개별 소비자에게 돌아갈 배상액이 미미한 경우, '가급적 근사의 원칙(cy-pres doctrine)'에 따라 실제 소비자가 아니라 관련 소비자단체나 무역기구에 분배가 이루어질 수도 있다는 점이 캐나다의 특징이다. Gotts, Ilene K, 「The private competition enforcement review」 (Law Business Research Ltd, 2012) 10~11, 50~52쪽.

미국의 집단소송은 17세기 영국의 남소방지소장(Bills of Peace)[8]을 모태로 하여 1842년 연방형평법규칙(Federal Equity Rules) 제48조, 1912년 연방형평법규칙(Federal Equity Rules) 제38조[9]에 근거를 두고 있다가, 1938년 FRCP 제정을 통해 형평법원과 보통법원에 보편적으로 적용되는 하나의 소송규칙으로 채택되었고, 1966년 FRCP 개정을 통해 현재의 모습으로 안착되었다.[10]

2. 집단소송공정법의 제정과 최근 미국 판례의 경향

미국의 집단소송에 대해서는, ① 일정한 대가를 바라고 의도적으로 계속 대표당사자로 나서는 이른바 직업적 원고에 의한 남소 문제, ② 원고의 이익을 대변하는 것이 아니라 자신의 이익을 위하는 변호사들에 대한 비판, 특히 무분별한 쿠폰화해에 있어 각종 사용제한 조건으로 인해 집단 구성원들에 대한 실질적인 배상효과는 미미함에도 변호사들은 발행된 쿠폰의 총 액면가를 기준으로 고액의 성공보수를 가져가는 것에 대한 비판,[11] ③ 피고의 입장에서 비록 정당한 항변사유가 존재한다 하더라도 만에 하나 패소 시 거액의 손해배상 평결로 인하여 파산할 수도 있기 때문에 차라리 화해하는 것이 경제적으로 현명할 수 있다는 부당한 화해 압력의 발생,[12] ④ 집단소송 허가에 우호적이고, 큰 액수의 평결을 내려주기로 유명한 주 법원을 마치 쇼핑하듯 선정하여 제소하는 소위 법정쇼핑의 문제[13] 등 많은 비

8) 남소방지소장(Bills of Peace)이란, 공동의 이익에 의하거나 같은 권리관계에 의해 반복되는 소송에 시달리는 당사자가 법원에 하나의 소송처럼 절차를 진행하거나 원고들의 병합을 요구하는 것을 말한다. 남소방지소장(Bills of Peace)에 대한 대표적인 영국 판례로는, 봉건 영지 내에서의 독점 어업권에 관한 사건인 Mayor of York v. Pilkington, 1 Atk. 282 (1737) 사건을 들 수 있다. Zechariah Chafee, Jr., “Bills Of Peace With Multiple Parties”, 45 Harv. L. Rev. 1297 (June 1932) p.1304~1305; Geoffrey C. Hazard, Jr./John L. Gedid/Stephen Sowle, “An Historical Analysis Of The Binding Effect Of Class Suits”, 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (August 1998) p.1862~1864.

9) 1842년 연방형평법규칙(Federal Equity Rules) 제48조는 1912년 개정되어 연방형평법규칙(Federal Equity Rules) 제38조로 변경되었다. 1912년 연방형평법규칙(Federal Equity Rules) 제38조의 내용은 다음과 같다. “When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.” Geoffrey C. Hazard, Jr./John L. Gedid/Stephen Sowle, “An Historical Analysis Of The Binding Effect Of Class Suits”, 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (August 1998) p.1923~1924.

10) Geoffrey C. Hazard, Jr./John L. Gedid/Stephen Sowle, “An Historical Analysis Of The Binding Effect Of Class Suits”, 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (August 1998) p.1937~1942.

11) Anthony Rollo/Gabriel A. Crowson, “Mapping The New Class Action Frontier--A Primer On The Class Action Fairness Act And Amended Federal Rule 23”, 59 Consumer Fin. L.Q. Rep. 11 (Spring-Summer 2005) p.17.

12) Charles Silver, ““We're Scared To Death”: Class Certification And Blackmail”, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357 (October 2003) p.1362~1384.

판이 제기되어 왔다.

이러한 비판은 반독점 집단소송에 있어서도 마찬가지였는데, 2005년 집단소송공정법(The Class Action Fairness Act of 2005) 제정을 통해 연방법원의 관할권 확대 및 연방법원으로의 이송 요건을 대폭 완화하여 현재 거의 모든 반독점 집단소송은 연방법원에서 다뤄지고 있으며,[14] 판사가 쿠폰화해안을 허가하는 때에는 그 공정성 및 적절성에 관하여 심문을 실시하여 서면에 의한 허가를 하도록 하고, 변호사의 성공보수는 반드시 상환된 쿠폰의 가액에 근거하여 산정하도록 함으로써 쿠폰화해의 내용 및 절차를 통제하고 있다.[15]

이와 더불어 최근 미연방대법원은 설사 본안 판단과 중첩된다 하더라도 집단소송의 허가요건을 엄격히 심사하여 그 허가를 거부하는 판결을 잇달아 내보내고 있다.[16] 반독점 집단소송에 있어서도 2013년 컴캐스트 사건[17]에서 지배성(Predominance) 요건의 흠결을 이유로 집단소송 허가를 거부하였다. 즉, 각 구성원들에 대한 인과관계 있는 손해액 산정이라는 개별 쟁점이, 독점금지법 위반에 따른 손해배상책임의 발생이라는 공통 쟁점을 압도하므로 집단소송 허가요건 중 지배성 요건을 흠결하였다는 취지이다. 이하에서는 우선 FRCP에 따른 일반적인 집단소송 허가요건의 구체적인 내용을 반독점 집단소송의 관점에서 살펴본 후 위 컴캐스트 판결의 주요 판시 내용과 이후의 동향, 우리나라에의 시사점을 차례로 검토하고자 한다.

Ⅱ. 미국 집단소송의 허가요건

소송이 FRCP 제23조에 따른 집단소송으로 진행되기 위해서는 대표당사자가 그 청구취지를 기재하여 소를 제기하는 것만으로는 부족하고, 법원으로부터 허가를

---

13) Anthony Rollo/Gabriel A. Crowson, “Mapping The New Class Action Frontier--A Primer On The Class Action Fairness Act And Amended Federal Rule 23”, 59 Consumer Fin. L.Q. Rep. 11 (Spring-Summer 2005) p.13.

14) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.110.

15) 28 U.S.C. § 1712(e) Judicial scrutiny of coupon settlements.

16) 이는 미국 학계에서 집단소송의 쇠퇴로 평가받고 있으며, 그 대표적인 두 가지 예가, 집단소송의 허가요건 중 공통성(Commonality) 요건에서 후술하는 Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541 (June 20, 2011) 판결과 이 글의 대상판결인 Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (March 27, 2013) 판결이다. Robert H. Klonoff, “The Decline Of Class Actions”, 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013) p.773, 792.

17) Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (March 27, 2013).

받는 것이 필요하다.[18] 집단소송 허가 여부에 대한 심리는 개념상 본안에 대해 독립적이므로 실제로 이후의 본안절차에서 구성원들 중 일부, 또는 심지어 전부의 청구권이 부존재하는 것으로 드러날 수도 있고, 선임된 대표당사자가 집단을 적절히 대표할 수 없는 것으로 드러나 집단의 범위가 축소되는 일은 흔히 있는 일이다.[19] 그러나 실질적으로는 집단소송 허가 여부에 대한 심리가 본안에 대한 판단을 수반하거나 중첩되는 경우가 많아 종종 논란이 된다.

1. FRCP 제23조의 요건 일반론

가. 동조 제(a)항의 전제요건

집단소송이 허가(certification)되기 위해서는 FRCP 제23조(a), (b)의 각 요건이 충족되어야 한다. 우선, 제23조(a)[20]는 모든 유형의 집단소송에 공통되는 필수 전제요건으로서 ① 해당 집단의 구성원이 너무 많아서 전원을 공동소송으로 진행하는 것이 실무상 거의 불가능할 것(다수성, numerosity), ② 집단에 공통되는 법적 또는 사실적 쟁점이 존재할 것(공통성, commonality), ③ 대표당사자의 청구나 항변이 집단의 청구 또는 항변의 전형일 것(전형성, typicality), ④ 대표당사자가 집단의 이익을 공정하고 적정하게 보호할 것(대표성, adequacy of representation), 4가지를 들고 있다.

나. 동조 제(b)항의 유지요건

다음으로 제23조(b)는 각호에서 집단소송의 유형별로 유지요건을 정하고 있는데, 수만 명의 집단 구성원들이 거액의 손해배상을 요구하는 전형적인 집단소송에는

---

18) 참고로 호주 연방법원법 제IVA장 이하에 규정된 집단소송절차(Representative Proceedings)의 경우, 미국과 같은 집단소송 허가절차가 존재하지 않는다는 점이 특징이다. Gotts, Ilene K, 「The private competition enforcement review」 (Law Business Research Ltd, 2012) 11쪽.

19) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.112.

20) Federal Rules of Civil Procedure Rule 23. Class Actions
(a) Prerequisites.
One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:
(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
(2) there are questions of law or fact common to the class;
(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

제23조(b)(3)[21]가 적용된다.[22] 제23조(b)(3)에 따르면, 손해배상을 구하는 집단소송의 경우, 위 4가지 전제요건에 더하여 ① 집단 구성원 전체에 공통된 법률적·사실적 쟁점이 단지 구성원 개인에게만 영향을 미치는 다른 어떠한 쟁점들보다 지배적일 것(지배성, predominance), ② 분쟁을 공정하고도 효율적으로 해결하기 위해 다른 어떠한 수단보다 집단소송이 우월할 것(우월성, superiority)이라는 2가지 유지요건도 추가적으로 갖추어야 한다.

손해배상을 구하는 반독점 집단소송의 관점에서 전제요건 및 유지요건의 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

2. 전제요건

가. 다수성

4가지 전제요건 중 먼저 '다수성' 요건과 관련하여, 법문에 구체적인 최소 인원을 명시하고 있지는 않지만,[23] 다수의 판례에서 일반적으로 40명이 다수성의 기준으로 언급되고 있다.[24] 가격담합으로 인한 초과가격 손해배상을 구하는 반독점 사

---

21) Federal Rules of Civil Procedure Rule 23. Class Actions
(b) Types of Class Actions.
A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:
(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
(D) the likely difficulties in managing a class action.

22) 참고로 FRCP 제23조(b)(1)의 요건은 특허권 침해에 관한 분쟁이나 상린관계 토지소유자 간의 권리·의무에 관한 분쟁 등에 적용되는 요건으로서 독점금지법 위반 사안에서는 거의 문제되지 않고, 제23조(b)(2)의 요건은 집단 전체에 대한 금지명령 또는 확인판결을 구하는 경우에 적용된다. 한편 제외신고(opt-out)는 제23조(b)(3)의 유형에만 인정되고, 제23조(b)(1), (2)의 각 유형에 대해서는 허용되지 않는다.

23) 참고로 우리나라 「증권관련 집단소송법」은 집단소송 허가요건으로 구성원이 50인 이상일 것을 명시하고 있고(동법 제12조 제1항 제1호), 「소비자기본법」상의 소비자집단분쟁조정 특례절차 역시 개시요건으로 피해 소비자 수가 50명 이상일 것을 명시하고 있다(동법 제68조 제1항, 동법 시행령 제56조 제1호).

24) LaBauve v. Olin Corp., 231 F.R.D. 632 (November 10, 2005) ("Numerosity is generally presumed when a proposed class exceeds 40 members."); Serventi v. Bucks Technical High School, 225 F.R.D. 159 (November 29, 2004) ("generally if the named plaintiff demonstrates that the potential

안의 경우 대부분 이 기준을 쉽게 충족하지만, 일부 시장의 경우에는 원고적격을 가진 직접[25]구매자의 수가 40명보다 적을 수 있다. 그러나 다수성 요건은 흩어져 있는 개인들을 하나의 소송으로 묶을 때의 소송경제성에 대한 고려를 포함하여 재량으로 판단하는 것이기 때문에, 29~30명 정도의 작은 규모의 집단도 원고들이 지리적으로 널리 흩어져 있는 경우에는 다수성 요건을 충족시킨다는 판례[26]가 있다. 한편 초과가격 손해를 입은 직접구매자들에 의한 소송 외에 시장에서 배제된 경쟁자에 의한 소송 등 기타 독점금지법 위반 유형의 경우에는 다수성 요건을 충족하는 경우가 매우 드물다.[27]

나. 공통성

두 번째 '공통성' 요건과 관련하여, 독점금지법 위반 사안에서는 피고들 사이의 공동행위의 합의와 같은 반박할 수 없는 공통된 쟁점들이 존재하기 때문에 전통적으로 이 요건은 반독점 집단소송에 있어 거의 문제되지 않았다.[28] 다만 독점금지법 위반 사안은 아니지만 역대 최대 규모의 집단소송이었던 2011년 월마트 사건[29]에서 미연방대법원은 공통성 요건의 흠결을 이유로, 집단소송을 허가했던 원심을

---

number of plaintiffs exceeds 40, the first prong of Rule 23(a) has been met."); Dujanovic v. MortgageAmerica, Inc., 185 F.R.D. 660 (March 25, 1999) ("As a general rule, classes of more than 40 members are deemed to satisfy the numerosity requirement."); Thomas v. Christopher, 169 F.R.D. 224 (November 7, 1996) ("Although Rule 23 requires no minimum number of class members, numerosity is generally satisfied by a proposed class of at least 40 members.").

25) 미연방대법원은 독점금지법상 사적 집행의 효율성을 유지하기 위하여 1968년 Hanover Shoe 사건에서 간접구매자에게 손해가 전가되었다는 피고의 손해전가항변을 받아들이지 않은 다음, 피고의 이중배상위험 및 과잉억지를 피하기 위하여 1977년 Illinois Brick 사건에서 직접구매자로부터 전가된 손해의 배상을 청구하는 간접구매자의 원고적격을 부정하는 판례이론을 확립하고 있다. Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (June 17, 1968); Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (June 9, 1977).

26) Meijer, Inc. v. Warner Chilcott Holdings Co. III, Ltd., 246 F.R.D. 293 (October 22, 2007) ("Numerosity requirement for class action certification was met even though proposed class comprised only 29 or 30 members, in drug wholesalers' antitrust suit seeking to recover overcharges flowing from alleged agreement between manufacturer of brand-name drug and manufacturer of its generic version to delay market entry of generic version; members were dispersed geographically across United States, making joinder impracticable, interest of judicial economy was served by resolving in single action the complex common issues raised, and antitrust nature of case also weighed in favor of certification.").

27) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.113.

28) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.114.

29) Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541 (June 20, 2011).

파기함으로써 그 영향력이 논란이 됐다. 그러나 위 판례는 베티 듀크를 비롯한 3명[30]의 원고들이, 월마트의 미전역 약 3,400개 점포의 현재 또는 과거 150만 여성 근로자들을 대표해서, 임금 책정 및 승진과 같은 인사결정에 있어 전사적인 여성 차별을 당했다는 이유로,[31] 그러한 차별적 취급의 금지[32] 및 차별이 없었다면 받을 수 있었던 체불임금의 지급[33]을 청구했던 사안[34]으로서 매우 이례적인 사실관계에 한정된 선례로 평가되며,[35] 손해배상을 청구하는 전형적인 반독점 집단소송의 공통성 판단기준에는 아무런 영향이 없는 것으로 평가하고 있다.[36] 법원 역시 가격고정이 문제되었던 반독점 집단소송에서, 가격고정이라는 일반적인 방침

30) 최초 소 제기 시에는 베티 듀크를 비롯한 7명의 원고가 있었으나, 상소과정에서 최종 3명만이 남았다.

31) 원고들은 1964년 시민적 권리에 관한 법률 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964, '공민권법'이라 번역되기도 함), 즉, 현재의 주해 미국법령집 제42편 제2000e-1조 이하(42 U.S.C. § 2000e-1 et seq.) 위반을 주장했다.

32) 즉, 월마트 사건은 FRCP 제23조(b)(3)가 아니라, 제23조(b)(2)에 근거하여 집단소송이 제기되었기 때문에 후술하는 지배성 요건은 아예 문제되지 않았고, 제23조(a)의 전제요건 중 공통성 요건이 주로 다투어졌다.

33) 직장내 성차별 금지와 더불어 체불임금의 지급까지 제23조(b)(2)에 의하여 집단인정을 구한 것과 관련하여, 제23조(b)(2)에 의한 집단 인정은 오로지 금지명령 또는 선언적인 구제를 구하는 경우에만 허용되므로, 체불임금의 지급 즉, 금전적 청구에 대하여 제23조(b)(3)이 아니라 제23조(b)(2)에 따른 집단 인정을 구하는 것은 허용될 수 없다고 판시하였다.

34) 월마트 사건에서 다수의견과 소수의견은 5:4로 나뉘어졌다. 스칼리아 대법관을 비롯한 5명의 다수의견은, 구성원들 사이에 단순히 동일 법규 위반행위를 당했다는 공통 쟁점이 존재하는 것만으로는 집단소송 허가요건 중 하나인 공통성을 인정하기에 부족하다고 판시했다. 1964년 시민적 권리에 관한 법률 제7장 위반은 예를 들어, 고의적 차별, 차별적인 고용 및 승진 기준 등 다양한 방법으로 행해질 수 있다. 쟁점이 공통된다고 하려면, 예를 들어 동일한 관리자에 의한 여성 차별적 편견 등을 주장하여야 한다. 나아가 그 공통 쟁점에 대하여 판단함으로써 구성원 전체의 개개의 청구권의 유효성이 좌우되는 핵심 쟁점에 대한 공통이 있어야 한다. 즉, 집단소송 허가에 있어 중요한 것은 공통된 문제를 제기하는 것이 아니고, 구성원 간에 공통된 결론 도출을 방해할 가능성이 있는 비유사성이 존재하는지 여부이다. 직장내 여성차별이 문제된 사안에서 핵심적인 쟁점은 개개의 구성원에 대하여 이루어진 인사 결정의 판단 이유라 할 것인데, 이 사건 월마트 전 점포의 수백만 건의 인사 결정을 이어주는 공통된 이유가 없다면, 이 핵심 쟁점에 대하여 하나의 결론을 도출할 수 없고, 따라서 집단소송의 공통성 요건이 충족되었다고 볼 수 없다. 월마트는 각 지역의 매니저에게 인사결정의 재량권이 주어져 있는데, 이 경우 그들이 여성차별에 관한 일반적인 방침 하에서 인사결정을 내렸다는 점("operated under a general policy of discrimination")이 입증되어야 하지만, 오히려 월마트에는 여성차별금지 방침이 존재하고, 원고가 제출한 월마트의 남녀 직원 사이의 임금 및 승진 불균형에 대한 회귀분석통계, 월마트의 사내문화 및 인사 관행에 대한 전문가(사회학자) 증언, 120개의 월마트 여성 직원 진술서만으로는 월마트 3,400개 전 점포에 공통적으로 시행되고 있는 여성 차별적 방침을 인정하기에 부족하다고 판시했다. 결국 집단소송을 허가했던 원심 판결은 파기됐다.

35) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.114.

36) Amit Bindra, "Antitrust Class Action Litigation Post Wal-Mart V. Dukes: More Of The Same", 13 J. Bus. & Sec. L. 201 (Spring 2013) p.218.

(general policy of price-fixing)이 존재하였다는 것은 본안 전 집단소송 허가단계의 입증 수준에서 명백하고, 따라서 월마트 판결은 이 사건에 아무런 영향을 주지 못한다고 판시하고 있다.[37]

다. 전형성

세 번째로 대표당사자의 청구 내지 항변의 '전형성' 요건 역시 반독점 집단소송에 있어 별 문제가 되지 않는다. 다른 유형의 집단소송과는 달리, 가격담합행위의 피해자들은 관련 시장에서의 동일한 가격인상행위의 결과로 대체로 동일한 방식으로 피해를 입기 때문이다. 그러나 초과가격을 청구하는 손해배상소송이라 하더라도 상이한 거래조건 하에서 피해를 입었다면, 예를 들어, 서로 다른 계약 유형에 따라 구매하였거나 실질적으로 다른 시장에서 구매한 경우에는 전형성 요건이 문제될 수 있다. 제4항소법원은 마이크로소프트 사건에서, 전형성 요건 불충족을 이유로 기업고객을 집단에서 배제했다.[38] 기업고객은 개인고객들과 달리, 소프트웨어 라이센스를 적어도 250개 이상씩 대량으로 구매하면서 각 거래마다 개별적으로 협상한 가격으로 구매했기 때문이다.

라. 대표성

네 번째 요건은 '대표성'으로, 대표당사자와 구성원 간의 이해충돌 여부가 주로 심사된다. 판례는 대표당사자가 구성원들을 적절히 대표하고 있는지를 판단함에 있어 그 소송대리인인 변호사의 능력과 이익충돌 역시 같이 고려한다.[39] 예를 들

---

37) In re Aftermarket Automotive Lighting Products Antitrust Litigation, 276 F.R.D. 364, 369 (July 25, 2011).

38) Deiter v. Microsoft Corp., 436 F.3d 461 (February 7, 2006) ("Individual class representatives in antitrust action against computer software manufacturer, alleging that manufacturer used monopoly power to overcharge purchasers of manufacturer's operating system software during specified time period, did not satisfy typicality requirement as to businesses who purchased software from manufacturer through special pricing program; class representatives purchased software either on-line or by telephone, paying fixed prices posted by manufacturer, while excluded businesses, who purchased at least 250 licenses, paid price that they negotiated with manufacturer and purchased different products, and to show that manufacturer overcharged such businesses would require new and different proof.").

39) Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (June 25, 1997) ("Adequacy-of-representation requirement for certification of class action tends to merge with commonality and typicality criteria of rule, which serve as guideposts for determining whether maintenance of class action is economical and whether named plaintiff's claim and class claims are so interrelated that interests of class members will be fairly and adequately protected in their absence, and adequacy

면 크리스티와 소더비의 경매수수료 담합에 대한 집단소송에서, 미국 국내경매에서의 낙찰인들을 위해 선임된 변호사는 해외경매 낙찰인들의 이익을 적절하게 대변할 수 없는 것으로 판단하였다. 그들의 보수체계는 미국 국내경매에 연동되어 있었기에, 보수가 없는 해외 경매로부터 발생한 손해배상청구에 대해서는 구성원들에게 이를 포기하도록 종용하는 구조적인 이해충돌을 야기했기 때문이다.[40]

또한 반독점 집단소송에서 대표성 요건이 문제될 수 있는 경우는, 구성원 중 상당 부분이 사실은 문제가 된 독점금지법 위반행위로 인하여 순이익을 얻은 것으로 드러난 경우이다. 예를 들면, 제11항소법원은 제약업자들 간의 복제약품 출시를 늦추기로 하는 합의가 염산테라조신 의약품 시장에서의 애보트사의 독점적 지위를 유지하게 했다고 해서 문제되었던 제네바제약회사 사건에서, 집단 전체의 총 청구액의 50% 이상을 차지하는 3개의 의약품 도매업자들이 오히려 염산테라조신 복제약품(generic)의 부재로부터 순이익을 얻었다고 판단했다. 이에 법원은 대표당사자와 구성원 간의 상당한 이해충돌 즉, 대표성 요건 흠결을 이유로, 집단소송을 허가했던 원심을 파기환송했다.[41]

---

heading also factors in competency and conflicts of class counsel.").

40) In re Auction Houses Antitrust Litigation, 138 F.Supp.2d 548, 551 (April 12, 2001) ("Here, the foreign auction claims, while mentioned in the complaint, never were among the claims pursued on behalf of the class, which was defined solely in terms of participation in U.S. auctions during the relevant period. The settlement was negotiated in terms of compensation to be paid with respect to claimed overcharges for services rendered in U.S. auctions. And while the Court does not question anyone's good faith or professionalism, this history explains how Plaintiffs' Lead Counsel have come to have a structural conflict on this issue. They reached a settlement that, as modified, called for payment of $412 million in cash and $125 million in principal amount of discount certificates to class members based on their overcharges in U.S. auctions. By doing so, they earned themselves a fee of more than $26.75 million, contingent upon the settlement becoming effective. At that moment, they gained a powerful incentive to protect the settlement and thus their large fee. They thus have an incentive to acquiesce in defendants' insistence that the deal proceed without modifying the 'release.' And that incentive has manifested itself in their willingness to allocate part of the outstanding recovery they gained with respect to claims based on U.S. auctions to those among them who, in addition, have claims based on foreign auctions.").

41) Valley Drug Co. v. Geneva Pharmaceuticals, Inc., 350 F.3d 1181, 1196 (November 14, 2003) ("District court's failure to address whether three wholesalers in proposed class of direct purchasers of drug created fundamental conflict among class, as would preclude class certification in antitrust action alleging that generic and name-brand drug manufacturers conspired to delay introduction of generic version of drug, was abuse of discretion; wholesalers, whose transactions with manufacturer of brand-name drug constituted over 50% of purchasers' total claims, arguably experienced a net gain from manufacturers' alleged illegal conduct.").

3. 유지요건

가. 지배성

먼저 공통 쟁점의 '지배성'이란, 집단에 공통되는 법적·사실적 쟁점이 단지 존재하는 것(전제요건 중 '공통성' 요건의 충족)만으로는 부족하고, 나아가 그 공통 쟁점이 개별 구성원에게만 문제되는 쟁점을 압도해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 이는 개별 쟁점들이 전혀 부존재해야 한다는 배타성을 의미하는 것은 아니며,[42] 공통 쟁점에 비해 전체적으로 사소하고 덜 중요하여야 한다는 것을 의미한다.

일반적으로 지배성 요건은 공통성 요건에 비해 충족되기 어려운데,[43] 반독점 집단소송에서도 가장 논란이 되는 요건이 바로 이 지배성 요건이다. 주로 피해집단 내에 가격담합행위와는 인과관계 없이 각자에게 특유한 사유로 가격을 과다 지불한 구매자가 일부 포함되어 있을 때 문제된다. 예를 들어 소수의 몇몇 사람들은 같은 제품을 다른 곳에서 더 싸게 파는 데도 불구하고 주관적 선호에 의해 종종 더 비싸게 구입한다. 이와 같이 일부 구성원들에게 '인과관계 있는 손해의 부존재'와 같은 개별적인 쟁점이 존재할 경우, 지배성 요건과의 관계에서 이러한 사람들을 선별하여 배제하는 것이 집단소송 인정 단계에서 필요한 것인지에 관하여 미국 학설이나 판례상 혼선이 있다.

그러나 비록 집단 내에 피고의 행위와 인과관계 있는 손해를 입지 않은 소수가 포함되었을 가능성이 있다 하더라도 집단소송 인정을 방해하지는 않는다는 것이 다수의 입장이다.[44] 앞서 언급한 바와 같이 공통 쟁점의 지배성이란, 집단 내에 개별 쟁점이 전혀 부존재하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 포즈너 판사가 2009년 코헨 사건에서 언급한 바와 같이, 어떤 집단이든 피고의 행위에 의해 손해를 입지 않은 소수가 포함되는 것은 불가피한 일이기 때문이다.[45] 따라서 설사 피

---

42) In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation, 280 F.3d 124 (October 17, 2001) ("The predominance requirement calls only for predominance, not exclusivity, of common questions.").

43) Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 623~624 (June 25, 1997) ("Even if Rule 23(a)'s commonality requirement may be satisfied by that shared experience, the predominance criterion is far more demanding."); Moore v. PaineWebber, Inc., 306 F.3d 1247, 1252 (October 10, 2002) ("predominance inquiry is a more demanding criterion than the commonality inquiry under Rule 23(a).").

44) Foer, Albert A, 「Private enforcement of antitrust law in the United States : a handbook」 Edward Elgar (2012) 119쪽.

45) Kohen v. Pacific Inv. Management Co. LLC, 571 F.3d 672 (July 7, 2009) ("What is true is that a class will often include persons who have not been injured by the defendant's conduct; indeed this is almost inevitable because at the outset of the case many of the members of the class may be unknown, or if they are known still the facts bearing on their claims may be unknown.

고가, 불특정한 집단 구성원 중 일부가 손해를 입지 않았다는 점을 입증한 경우라 하더라도, 집단소송 인정 단계에서 원고는 자신과 동일한 입장에 있는 구성원의 명백한 다수가 공통의 피고의 불법행위에 의해 손해를 입었다는 증거의 우세를 입증하는 것으로 충분하다.[46]

한편 2013년 연방대법원은 이 글의 대상 판결인 컴캐스트 사건[47]에서 이 요건 불비를 이유로, 집단소송을 허가했던 원심판결을 파기함으로써 지배성 요건을 크게 엄격화 하였다는 평가를 받고 있는바, 이 판결의 주요 내용과 반독점 집단소송에 미치는 영향에 대해서는 항을 바꾸어 후술한다.

나. 우월성

두 번째로 '우월성'이란, 분쟁을 공정하고도 효율적으로 해결하기 위한 방법으로 집단소송이 다른 방법보다 우월해야 한다는 것이다. 이 요건은 법원이 집단소송 허가 심사에 있어서, 일률적인 기준에 구속되지 않으면서 구체적인 사건에서 법원이 중요하게 여기는 추가적인 기준을 고려할 수 있도록 허용하는 포괄적 수단으로서 기능한다. 그러나 현실에 있어 대부분의 미국 법원들은 광범위한 우월성 요건 심사보다는 앞서 언급한 구체적인 요건 심사에 초점을 맞추는 경향이 있다.[48]

Ⅲ. 컴캐스트 판결 소개

1. 사건 개요 및 진행 경과

가. 사건 개요

컴캐스트는 케이블TV 사업자로, 1998년부터 2007년까지 특정 지역에서의 생산기반시설 매집행위 즉, 클러스터링(Clustering)으로 볼 수 있는 거래를 연속적으로 했다. 문제가 된 지역은 펜실베니아, 델라웨어, 뉴저지 등 16개 카운티가 포함되어 있는 필라델피아 방송권역(Designated Market Area, DMA)이었다. 컴캐스트는 주로 자신이 위 지역 외에서 보유하는 케이블 시설과 경쟁 사업자의 위 지역 내 케이블

Such a possibility or indeed inevitability does not preclude class certification.").

46) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」, (Edward Elgar, 2012) p.120.

47) Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (March 27, 2013).

48) Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012) p.124.

시설을 교환하는 방법을 썼다. 이와 같은 총 9차례 거래의 결과, 위 지역에서의 컴캐스트의 시장점유율은 1998년 23.9%에서 2007년 69.5%로 상승했다.

캐롤라인 베렌트를 비롯한 원고들은, 이러한 케이블 시설 교환 거래가 특정지역에서의 생산기반시설 매집행위(클러스터링, Clustering)로서 셔먼법 제1조를 위반하였고, 독점화 또는 독점화 시도로서 셔먼법 제2조 역시 위반하였으며, 이로 인하여 경쟁이 제한되어 결과적으로 경쟁가격보다 높은 가격을 지불하였다고 주장하면서, 필라델피아 방송권역에서의 컴캐스트 케이블TV의 현재 또는 과거 가입자 약 200만 명을 집단 구성원으로 하는 초과가격 손해배상소송[49]을 제기하였다.

나. 진행 경과

1심에서 연방지방법원은 공통 쟁점의 지배성 요건이 충족되기 위해, ① 독점금지법 위반행위로 인하여 집단 구성원에게 반경쟁적 효과가 발생한 것이 집단 전체에 공통되는 증거로 입증 가능하고, ② 그러한 반경쟁적 효과로 인하여 발생한 손해액이 집단 전체에 적용되는 공통의 방법론으로 산정 가능해야 한다는 기준을 제시하였다.[50] 원고는 컴캐스트의 행위로 인하여 발생한 반경쟁적인 효과에 대해 4가지 이론을 주장하였다. 즉, 컴캐스트의 클러스터링은, 첫째, 지역 스포츠 프로그램을 경쟁업체에게 주지 않음으로써 컴캐스트의 수익성을 개선하였고, 직접방송위성(direct broadcast satellite, DBS) 사업자들의 시장 진입을 감소시켰으며, 둘째, 기존의 기간통신사업자가 있는 지역에서 경쟁적인 케이블망을 구축하던 부가통신사업자들(overbuilders)의 경쟁 수준을 감소시켰으며, 셋째, 케이블 고객들이 의존하고 있던 가격비교 경쟁의 수준을 감소시켰으며, 넷째, 콘텐츠 제공업자들에 대한 관계에서 컴캐스트의 협상력을 제고시켰다.

연방지방법원은 위 4가지의 이론 가운데 두 번째 이론만이 집단 전체에 적용되는 증거로 입증 가능한 것으로 받아들였다. 즉, 컴캐스트의 클러스터링은 필라델피아 방송권역에서 부가통신사업자들의 진입을 방해하는 반경쟁적 효과가 있다고 보았다. 나아가 이와 같은 부가통신사업자 진입 방해 효과에 따른 손해액에 대해서도 집단 전체적으로 산정이 가능하다고 판단하였는데, 그 유일한 증거는 한 통계전문가의 의견이었으며, 필라델피아 방송 권역에서의 실제 케이블 가입 가격과 컴

49) 즉, 이 사건은 FRCP 제23조(b)(3)에 근거하여 집단소송이 제기되었기 때문에 지배성 요건의 충족 여부가 주된 쟁점이 되었다.

50) Behrend v. Comcast Corp., 264 F.R.D. 150, 154 (January 7, 2010).

캐스트의 행위가 없었을 때의 추정 가격 사이의 회귀분석을 통해 집단 전체의 손해액을 875,576,662 달러로 산출해냈다.

그러나 그 통계 전문가도 인정하였듯이, 위 회귀분석모델은 위 4가지 반경쟁적 효과 이론 중 어느 하나의 이론에 따른 손해를 분리해내지는 못했다. 그럼에도 불구하고 연방지방법원은 이 사건 집단소송을 허가했다.

항소심에서 컴캐스트는, 1심에서 인정된 반경쟁적 효과이론과 손해액 산정방법 사이의 논리 일관성에 문제가 있다고 주장했지만, 제3항소법원은, 손해액 산정방법의 당부에 대하여 공격하는 것은 집단소송 허가여부에 대한 심리과정에서 있을 수 없다고 하면서 1심 판단을 유지했다.[51] 항소법원은 집단소송 허가 단계에서는, 각각의 반경쟁적 효과 이론과 정확한 손해액 산정방법을 반드시 연계할 필요가 없다는 점을 강조했다. 즉, 원고들은 반경쟁적 효과와 그에 따른 손해액 산정이 가능하다는 점을 입증하면 족하고, 미로와도 같은 개별적인 손해액 계산까지 요구되는 것은 아니라고 했다. 이러한 관점에서 원고들이 제시한 회귀분석모델은 반경쟁적 행위가 없었을 때의 초과가격을 산정해냈으므로 위 입증책임을 다한 것이라고 판시했다.

2. 미연방대법원 판시 내용

컴캐스트 사건에서 미연방대법원은 다수의견과 소수의견이 5:4로 나뉘었으나, 결론적으로 원심판결을 파기하여 집단소송의 허가를 인정하지 않았다.[52] 스칼리아 대법관을 비롯한 5명의 다수의견은 다음과 같다.[53]

가. 본안 판단의 선취에 관한 문제

집단소송 절차는 통상적인 소송절차에 대한 예외적인 절차이고, 따라서 이를 제기하는 원고로서는 FRCP 제23조에 따른 요건이 충족되었다는 점을 적극적으로 입

51) Behrend v. Comcast Corp., 655 F.3d 182, 207 (August 23, 2011).

52) Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426, 1429~1435 (March 27, 2013).

53) 이에 대하여 긴스버그 대법관을 비롯한 4명의 소수의견은, 집단에 전체적으로 적용되는 공통의 방법론에 의하여 손해액을 산정할 수 있어야 한다는 것은, 집단소송 허가에 있어 필수조건은 아니라고 판시하였다. 즉, 구성원 개개의 손해액 산정의 문제가 FRCP 제23조(b)(3)에 따른 허가를 방해하지 않는다는 것은 거의 보편적(well nigh universal)인 법리이며, 책임의 발생에 관하여 쟁점이 공통되면 이는 구성원 개개의 손해액 산정에 관한 개별 쟁점을 압도하기 때문에 FRCP 제23조(b)(3)에 따른 허가가 가능하다는 것이 법의 기본원칙(black letter rule)이라는 것이다.

증하여야 한다. 집단소송의 허가는 엄격한 심사를 통해 제23조(a)의 전제요건이 갖춰진 경우에만 정당성을 가질 수 있고, 허가요건 심사가 종종 본안의 쟁점과 겹치게 된다 하더라도 그것은 어쩔 수 없는 일이다. 집단 인정이란 일반적으로 원고의 소인(訴因)을 구성하는 사실적·법적 쟁점과 얽힐 수밖에 없기 때문이다.

이러한 엄격심사의 원칙은 제23조(b)의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 오히려 제23조(b)(3)의 지배성 요건은 동조(a)의 요건들보다 훨씬 까다롭다. 제23조(b)(3)은 집단소송 절차가 반드시 요구되는 것은 아닌 경우를 대비하여 마련해 놓은 조항으로서, 의회가 23조(b)(1),(2)와 달리 23조(b)(3)의 경우에만 위와 같은 절차적인 세이프가드를 둔 이상, 법원은 공통 쟁점이 개별 쟁점을 압도하는지 여부에 대하여 세심한 심사를 하여야 할 의무가 있다.

그러나 항소법원은, 단지 그 쟁점이 본안 판단과 관련된다는 이유만으로, 1심에서 집단소송 허가의 적절성의 근거가 된 원고의 손해액 산정 모델에 대한 논의를 하는 것을 거절함으로써, 정확하게 그 쟁점에 대한 심리를 요구하는 선례에 저촉됐다. 제대로 된 집단소송 허가요건 심사기준 하에서, 원고 측이 제시한 손해액 산정 모델은 집단에 전체적으로 적용되는 손해액을 산정하기에는 역부족이다. 다른 방법론을 제시하지 않는 한, 개별적인 손해액 계산이라는 쟁점이 집단 전체에 공통된 쟁점을 압도할 수밖에 없고, 따라서 원고는 제23조(b)(3)의 지배성 요건을 입증하지 못했다.

나. 반경쟁적 효과이론과 손해산정방법 사이의 일관성 요부

우리는 평범한 전제에서 시작하고자 한다. 만일 원고측이 승소한다면, 그들은 단지 부가통신사업자들의 경쟁 감소에 따른 손해에 대해서만 배상받을 권리를 얻게 될 것이다. 왜냐하면 그것이 연방지방법원에 의해 받아들여진 유일한 반경쟁적 효과 이론이기 때문이다. 따라서 이 사건 집단소송에서 손해의 증거로 제시된 모델은 반드시 그 이론에 따른 손해만을 분리 산정할 수 있어야 한다. 만일 그 모델이 그러한 시도조차 하고 있지 않다면, 제23조(b)(3)에서 요구하는, 집단 전체적으로 산정할 수 있는 손해를 규명하는 것은 불가능하다. 집단소송 허가 단계에서 계산이 정확할 필요는 없지만, 원고의 손해를 뒷받침하는 모델은 책임 유무에 대한 주장, 특히 독점금지법 위반행위의 반경쟁적 효과에 관한 주장과 반드시 일관성이 있어야 한다. 그리고 FRCP 제23조의 목적상, 법원은 그 일관성 여부에 대하여 반드시 엄격한 심사를 수행하여야 한다.

1심과 항소심은, 원고들이 반경쟁적 효과 이론과 손해액 산정방법을 연계할 필요는 없다고 하면서, 그것은 집단 인정 심사에 있어 있을 수 없는 본안 심리와 관련될 수 있다고 판시했다. 이러한 논리는 FRCP 제23조의 요건 충족 여부에 대하여, 설사 본안에 대한 심리가 요구되는 경우라 하더라도 확인을 요구한 사건들[54]과 정면으로 모순된다.

항소법원은, 손해액 산정방법이 타당하고 합리적인 추론과 추정에 의하였는지 여부를 판단하는 것은 불필요하다고 하면서, 원고들이 집단 전체적으로 손해를 산정할 수 있는 방법론을 제공하였다고 단순하게 결론 내렸다. 그러한 논리에 따르면, 집단 인정 단계에서는 어떠한 손해액 산정방법도 그것이 집단 전체적으로 적용될 수 있기만 하면, 그 산정방법이 얼마나 임의적인지 상관없이 받아들여질 수 있다. 그러한 생각은 제23조(b)(3)의 지배성 요건을 무용지물로 전락하게 할 수 있다.

원고가 제시했던 손해액 산정 모델이, 이 사건 컴캐스트의 배상책임의 전제가 된 그 특정 반경쟁적 효과로부터 발생한 손해를 산출해내는 데 실패했다는 데에는 의문이 없다. 이 모델은 원고측 통계 전문가가 고안한 것으로, 만일 독점금지법 위반행위가 없었더라면 존재하였을 경쟁가격의 수준 즉, “but for”의 기준치를 밝히고자 했다. 손해는, 문제가 된 기간 동안의 실제 가격을 그 기준치와 비교함으로써 결정됐다. 그러나 “but for”의 수치는, 원고들이 컴캐스트의 탓으로 돌렸던 4가지 시장 왜곡사항 중 어떤 것도 없는 시장을 가정한 상태에서 계산되었다. 다시 말해서, 그 모델은 원고들이 처음에 제안했던 4가지 반경쟁적 효과 이론[55] 모두를 유효하다고 가정한 것이다. 증거조사기일에서 그 통계 전문가는, 위 손해액 산정 모델이 당해 반경쟁적 행위로 인하여 발생한 전반적인 손해를 계산한 것이고, 어느 하나의 특정 반경쟁적 효과 이론에 의한 것은 아니라는 점을 분명히 인정했다.

이 방법론은, 만약 위 4가지 시장 왜곡사항이 모두 이 사건에서 인정되었다면, 꽤 타당성 있는 손해의 공통성을 보여줬을지도 모른다. 그러나 이 사건에서 유일하게 인정된 반경쟁적 효과이론은, 클러스터링이 부가통신사업(overbuilding)을 감소시켰다는 것인바, 비교가 적절하게 되기 위해서는 비교군이 된 카운티가, 문제가 된 부가통신사업의 감소가 없었더라면 필라델피아 방송권역에 널리 퍼져있을 조건

54) Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541, 2551~2552 (June 20, 2011).

55) 4가지 반경쟁적 효과이론이란, 앞서 언급한 바와 같이, ① 직접방송위성(direct broadcast satellite, DBS) 사업자들의 시장 진출 감소, ② 부가통신사업자들(overbuilders)의 경쟁 감소, ③ 가격비교 경쟁 감소, ④ 컴캐스트의 협상력 제고를 말한다.

들을 반드시 반영하고 있어야 한다. 즉, 부가통신사업 감소와 관련 없는 다른 모든 측면에 있어서는 필라델피아 방송권역의 실제 조건을 반영해야 하며, 아니면 부가통신사업 감소의 결과가 아닌 손해를 구별해 낼 수 있어야 한다. 그렇지 않다면 그것은 법 위반행위의 결과로 볼 수 없다.

이에 대한 대다수의 반응은, 단지 집단소송 허가 단계에서는 각각의 반경쟁적 효과 이론을 정확한 손해액 산정방법에 연결시키는 것까지 요구되지는 않고, 다만 반경쟁적 효과를 입증할 수 있는지, 그로 인한 손해액 산정이 가능한지 여부를 확신시켜주면 족하다는 것이었다. 그러나 법 위반행위와 인과관계 없는 손해까지 보여주고 있는 방법론에 의해서는 그러한 확신이 생길 리 만무하다. 예를 들어 글로스터 카운티의 케이블 가입자들은 컴캐스트의 위성(satellite) 경쟁 제거행위로 인하여 초과가격을 부담했을 수도 있고, 캠던 카운티의 가입자들은 컴캐스트의 협상력 증가로 인하여 상승된 가격을 지불했을 수도 있으며, 몽고메리 카운티의 다른 가입자들은 여러 형태의 반경쟁적 피해들이 복합적으로 작용함으로써 높은 요금을 지불해왔을 수도 있다. 이와 같이 배상책임에 관한 4가지 이론과 16개 카운티에 위치한 200만 가입자들에 대한 순열(permutation)은 거의 끝이 없다.

위 손해액 산정 모델은 위 요인이 복합된 전반적인 초과가격과 부가통신사업의 감소에 기인한 초과가격 사이의 차액을 구별할 수 없는 점을 고려할 때, 필라델피아 클러스터 내의 가입자들을 제23조(b)(3)에 따라 하나의 집단 구성원으로 취급할 수는 없다. 전문가가 경쟁가격이라고 여겼던 기준은 이 사건에서 받아들여진 반경쟁적 효과 이론과 관련 없는 요인에 의해 정해졌으므로, 이러한 의미에서 그 초과가격은 반경쟁적이지 않다. 손해 확정의 첫 번째 단계는, 그 사건의 유해성에 대한 이론을 경제적인 영향 분석으로 전환하는 것이다.

Ⅳ. 결론

1. 이후의 동향

2013년 컴캐스트 판결의 요지는, 집단소송의 지배성 요건이 충족되려면, 집단 전체에 대한 배상책임의 근거가 된 반경쟁적 효과이론과 일관성 있는 손해액 산정방법을 제시해야 한다는 것이다. 즉, 피고의 배상책임의 발생논리와 일관성이 있는 손해는, 원고가 주장한 4개의 반경쟁적 효과이론 가운데 지방법원이 받아들인 1개의 이론으로부터 발생한 손해뿐이지만, 원고 측 전문가가 제출한 손해액 산정방법

은 지방법원이 배척한 3개의 이론으로부터 생기는 손해와 지방법원이 받아들인 1개의 이론으로부터 생기는 손해를 구별하고 있지 않아서, 결과적으로 원고가 제출한 손해액 산정방법은 지방법원이 받아들인 1개의 반경쟁적 효과이론에 의해서만 생긴 손해를 특정하고 있지 않다. 따라서 다수의견은 원고가 주장한 손해액 산정방법은 집단 전체적으로 공통되는 방법으로 손해를 산정할 수 있는 것이 아니므로 지배성의 요건은 충족되지 않았고, 결국 집단소송은 허가되지 않는다는 것이다.

이는 최근 미국 반독점 집단소송의 허가요건 엄격화 경향을 보여주는 판례로서, 종래에는 손해액의 입증에 대해 각각의 구성원마다 사정이 다르더라도 집단소송의 허가 자체를 방해할 수 있는 것은 아니라는 견해가 주류였지만, 이 판결로 인하여 손해액 산정에 대해서도 집단 전체에 공통되는 방법을 요구하게 된 것이다.[56]

그러나 컴캐스트 판결 후 하급심들은 큰 혼선을 보이고 있다.[57] 먼저 컬럼비아 지구 항소법원을 비롯한 소수의 하급심 법원은, 컴캐스트 판결 이전의 판례들은 FRCP 제23조(b)(3)에 따른 집단소송 허가에 지나치게 협조적이었다고 하면서, 개별적인 손해의 산정 없이는 제23조(b)(3)의 지배성 요건의 충족도, 나아가 집단소송 허가도 있을 수 없다고 판시하였다.[58] 정반대로 제5항소법원을 비롯한 몇몇 법원은 컴캐스트 판결의 소수의견의 입장에서, 공통쟁점의 지배성 요건 판단의 중심은 여전히 손해액 산정이 아니라 책임(liability)에 있다고 판시하여 컴캐스트 판결의 판시 내용을 무시하기도 했다.[59]

한편 손해액 산정 부분을 제외하고 책임의 발생 부분으로만 쟁점을 한정한 '쟁점집단소송(issue class action)'의 허가를 인정하는 지방법원 판결들도 나와 있다.[60] 또한 컴캐스트 판결 후에 연방대법원에서 환송되었던, 월풀세탁기 제조물책임소송에서 제6항소법원은, 이 사건은 책임 부분으로 한정한 쟁점집단소송이기 때문에 컴캐스트 판결과는 사안이 다르다며 재차 허가를 인정했고,[61] 유사한 재판진행경

---

56) 太田洋/宇野伸太郎, "米国クラスアクションにおける承認手続－近時の連邦最高裁判決と日本への影響－", 「(旬刊) 商事法務」 2013号 (商事法務硏究會, 2013.11) 23面.

57) Alex Parkinson, "Comcast Corp V Behrend And Chaos On The Ground", 81 U. Chi. L. Rev. 1213 (Summer 2014) p.1225~1226.

58) In re Rail Freight Fuel Surcharge Antitrust Litigation-MDL No. 1869, 725 F.3d 244, 253, 255 (August 9, 2013)("Before Behrend, the case law was far more accommodating to class certification under Rule 23(b)(3).", "No damages model, no predominance, no class certification.").

59) In re Deepwater Horizon, 739 F.3d 790, 815 (January 10, 2014) ("Even after Comcast, therefore, this holding has no impact on cases such as the present one, in which predominance was based not on common issues of damages but on the numerous common issues of liability.").

60) Healey v. International Broth. of Elec. Workers, Local Union No. 134, 296 F.R.D. 587 (August 22, 2013); In re Motor Fuel Temperature Sales Practices Litigation, 292 F.R.D. 652 (April 5, 2013).

과를 밟은 동일 사안에서 제7항소법원의 포즈너 판사 역시, 세탁기 결함에 따른 제조물책임과 같이 오로지 유일한 책임발생 이론을 주장하는 경우에는 개별적인 손해액 산정이라는 개별 쟁점이 배상책임의 발생이라는 공통 쟁점을 압도할 수가 없고 따라서 컴캐스트 판결과는 사안이 다르다며, 쟁점집단소송의 허가를 재차 인정하였다.[62] 참고로 쟁점집단소송이란, FRCP 제23조(c)(4)[63]에 근거한 것으로 특정 쟁점 또는 사건의 일부분에 대해서만 집단소송으로서 허가하고, 나머지 부분은 집단소송으로 다루지 않고 개별 소송으로 절차가 분기되도록 하는 것이다. 이와 같이 최근에는 쟁점집단소송이라는 방법을 이용해서 집단소송의 허가 기준을 엄격화한 컴캐스트 판결의 취지를 우회하는 하급심 판결들이 등장하고 있어 이 점에 대한 미연방대법원의 판단이 기다려지고 있다.[64]

2. 우리나라에의 시사점

제19대 국회 초창기에 제출되었으나 2015. 10. 현재까지도 정무위원회에 계류중인 반독점 집단소송제 도입 관련 공정거래법 일부개정법률안은 총 4건으로,[65] 이들 개정안은 기존의 「증권관련 집단소송법」[66]을 거의 그대로 차용하여 공정거

---

61) In re Whirlpool Corp. Front-Loading Washer Products Liability Litigation, 722 F.3d 838 (July 18, 2013).

62) Butler v. Sears, Roebuck and Co., 727 F.3d 796 (August 22, 2013).

63) Federal Rules of Civil Procedure Rule 23. Class Actions
(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses
(4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

64) 太田洋/宇野伸太郎, “米国クラスアクションにおける承認手続－近時の連邦最高裁判決と日本への影響－”, 「(旬刊) 商事法務」 2013号 (商事法務研究會, 2013.11) 24面.

65) 이 외에 기존의 「증권관련 집단소송법」에 부당공동행위 및 재판매가격유지행위에 대한 공정거래관련 집단소송을 신설하고, 그 법률명을 「증권 및 공정거래관련 집단소송법」으로 변경하는 방식으로 반독점 집단소송제를 도입하자고 하는 법개정안도 현재 국회에 계류 중이다. 국회 법제사법위원회, 「증권관련 집단소송법」 일부개정법률안 (제6784호, 박민식 의원 2013.9.10. 대표발의) 검토보고서 (2014.2) 1~8면, 국회 의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp.

66) 소액주주의 권리를 보호하고 기업의 경영투명성을 높이기 위해 증권시장에서 발생하는 기업의 허위공시・분식회계・부실감사・주가조작 등의 행위를 대상으로 「증권관련 집단소송법」이 2004. 1. 제정되어 2005. 1.부터 시행되었다. 그러나 이 법의 이용실적은 매우 저조하여 2005년 법 시행 후 2015. 10. 현재까지 총 7건의 증권관련 집단소송이 제기 및 허가 신청되었다. 그 중 최초 사건인 단 1건만이 화해로 종결되어 분배절차까지 종료되었고, 나머지 사건은 모두 소송허가 신청의 1심 또는 2,3심이 계속 중인 상태이다. 따라서 실질적으로 본안판결을 받은 사건은 전무한 실정이다. 대법원 홈페이지> 공고> 증권관련집단소송> http://www.scourt.go.kr/portal/notice/securities/securities.jsp.

래법상 손해배상에 관한 제11장 말미에 10개 정도의 조항을 신설함으로써 반독점 집단소송제를 도입하고자 한다는 점에서 기본적으로 동일하다.[67] 특히 기판력의 주관적 범위에 관하여 민사소송법[68]의 특례를 인정하여 "확정판결은 제외신고를 하지 아니한 구성원에 대하여도 그 효력이 미친다."고 규정하여 4개의 개정안 모두 미국식의 옵트-아웃 방식을 채택하고 있다.[69] 그밖에 최근 3년간 3건 이상의 집단소송에 대표당사자로 참여하였던 자의 대표당사자 자격 원칙적 제한, 지방법원 본원합의부 전속관할, 집단소송 허가를 위한 최소 구성원 수 50인 제한, 변호사 강제주의, 배상금 분배과정에서의 부정행위 시 벌칙규정 등 세부 절차 역시 동일하다.

다만 아래의 [표 1]과 같이 적용범위와 자진신고 보호 장치 유무 등에 있어서는 차이가 있다. 즉 적용범위와 관련하여, 이만우의원안은 사업자 또는 사업자단체의 부당공동행위에 한정하고 있는 반면, 나머지 개정안은 부당공동행위뿐만 아니라 재판매가격유지행위, 시장지배적지위 남용행위, 불공정거래행위 또는 거래상지위 남용행위 등으로 폭넓게 규정하고 있다. 또한 이만우의원안은 리니언시 신청인이 공정위에 진술하거나 제출한 자료가 소송절차에 무분별하게 현출됨으로써 리니언시 신청 유인이 감소되는 것을 방지하기 위하여 리니언시 자료에 대한 법원의 문서제출명령 내지 문서송부촉탁을 거부할 수 있도록 하고 있다.

---

67) 국회 정무위원회, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정법률안 (제5162호, 이종훈 의원 2013. 5. 28. 대표발의) 검토보고서 (2013.6) 16~18면; 국회 정무위원회 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정법률안 (제1345호 이만우 의원 2012.8.27. 대표발의, 제1778호 노회찬 의원 2012.9.13. 대표발의) 검토보고서 (2012.11) 7~16면.

68) 민사소송법상 판결의 기판력이 미치는 주관적 범위는 신분관계소송이나 회사관계소송 등에서 제3자에게도 그 효력이 미치는 것으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람과 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람에 국한되고(동법 제218조 제1항, 제3항), 그 외의 제3자나 변론을 종결하기 전의 승계인에게는 미치지 않는다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결 참조).

69) 참고로 현행 「소비자기본법」상 소비자집단분쟁조정 특례절차의 경우, 기본적으로 참가신고(옵트-인, opt-in) 방식을 채택하되(동법 제68조 제3항, 동법 시행령 제59조), 조정이 성립되면 소비자분쟁조정위원회가 사업자에게, 당해 절차에 참가하지 아니한 소비자들에 대해서도 보상계획서 제출을 권고할 수 있도록 정하고 있다(동법 제68조 제5항, 동법 시행령 제60조).

[표 1] 집단소송제 도입 관련 공정거래법 일부개정법률안 비교표[70]

개정안	적용범위	비 고
이만우의원안 (2012.8.27.)	담합	자진신고 보호
노회찬의원안 (2012.9.13.)	담합, 재판가유지, 시지남용, 불공정거래행위	-
정호준의원안 (2013.1.10.)		
이종훈의원안 (2013.5.28.)	담합, 재판가유지, 시지남용, 거래상지위남용행위	-

공정거래법의 사적 집행의 강화는 우리나라 경쟁정책이 앞으로 나아가야 할 길이다.[71] 집단소송제 특히 반독점 집단소송제에 대한 논의 역시 시의에 부합하는 일이다. 이 논의는 미국식의 적극적인 소제기 인센티브 부여를 통한 법위반 억지력 제고 차원에서도 제기될 수 있으나, 보다 근본적으로는 교정적 정의의 실현을 위해 필요하다. 즉, 교정적 정의의 실현은 2가지 국면에서 수행될 수 있다. 첫째는 법위반행위자가 취득한 부당이득의 제거이고, 둘째는 피해자에게 야기된 손해를 전보하는 것이다.[72] 전자는 공정거래위원회의 공적 집행을 통한 금전적 제재의 부과를 통해서도 부수적으로 달성될 수 있지만,[73] 후자의 경우에는 법위반행위에 대한 행정적, 형사적 제재가 아무리 강화된다 하더라도 달성될 수 없다. 공적 집행을 통해 부과된 제재금이 피해를 입은 개별 소비자나 사업자에게 돌아가는 것은 아니기 때문이다.[74]

---

70) 국회 정무위원회, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정법률안 (제5162호, 이종훈 의원 2013. 5. 28. 대표발의) 검토보고서 (2013.6) 17면.

71) 정호열, 「경제법」 제4판 보정쇄 (박영사, 2013) 140-141면.

72) Robert Neruda, “Private or Public Enforcement of competition Law?”, 「Private Enforcement of Competition Law」 (Nomos, 2011) p.235.

73) 부당이득의 환수는 대체로 공적 집행을 통한 법위반 억지 목적의 금전적 제재 부과로부터 자동 달성되는 것이 보통이다. 공적 집행에 따른 제재가 억지력을 가지려면 적어도 위반행위로부터 얻어지는 기대이익을 초과해야 하기 때문이다. Wils, Wouter P. J, “The Relationship Between Public Antitrust Enforcement And Private Actions For Damages”, 「World Competition: Law and Economics Review」 No. 32 (Aspen Publishers, March 2009) p.12.

74) 이와 같이 피해자에 대한 정당한 손해배상은 주로 사소가 담당할 수밖에 없지만, 한편 독점금지법상 손해의 개념 중에는 사소를 통한 배상이 사실상 이루어질 수 없는 손해가 있다는 점 역시 인식할 필요가 있다. 즉, 독점금지법상 손해는 크게 정적 손해와 동적 손해로 나뉘고, 정적 손해는 다시 자중손실과 초과가격으로 나뉘는데, 정적 손해는 주로 독점력 행사에 따른 가격 상승이 문제되는 사안에서, 동적 손해는 주로 시장지배적 사업자가 혁신과 신상품 개발을 방해할 때 문제된다. 이 가운데 독점금지법상 손해로서 중요한 의미를 가지는 자중손실과 동적손해의 경우, 그 피해자들(예: 독점적 가격 인상에 따라 구매를 포기한 사람들, 시장지배적지위 남용행위가 없었다면 출시되었을 더 나은 혁신적인 제품을 구매하지 못한 사람들)이 실제로 손해배상소송을

따라서 설사 제19대 국회에서 위 개정안들이 통과되지 못한다 하더라도 차기 국회에서 이와 유사한 개정안들이 다시 제출될 가능성이 높아 보이고, 향후 미국식의 옵트-아웃 반독점 집단소송제가 도입될 경우, 위 컴캐스트 판결이 이에 임하는 사인과 법조인들에게 일응의 가이드라인을 제공하여, 반독점 집단소송제가 당초의 도입 취지대로 남용 없이 올바르게 정착하는 데에 밑거름이 될 수 있을 것으로 보인다.

특히 반독점 집단소송의 허가요건에 관하여 별도의 입법을 하지 않고, 기존의 개정안과 같이 「증권관련 집단소송법」을 그대로 차용하게 될 경우, ① 구성원이 50인 이상일 것(다수성), ② 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것(중요쟁점의 공통성), ③ 반독점 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단일 것(적합 및 효율성), ④ 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠결이 없을 것(형식의 구비)이라는 4가지 요건을 요구하게 될 것으로 보이는데,[75] 두 번째 요건과 관련해서는, 단순히 공통 쟁점이 존재하기만 하면 되는 것이 아니라 '중요한' 쟁점이 공통되어야 한다는 점에서 FRCP 제23조(b)(3)의 지배성 요건에 상응하는 것으로서 동조(a)의 공통성 요건도 아울러 규정한 것으로 해석하고 있다.[76] 따라서 위 컴캐스트 판결은 향후 우리나라 반독점 집단소송의 '중요쟁점의 공통성' 요건 판단에 있어 구체적인 해석지침을 줄 수 있을 것으로 보인다.

일반적인 손해배상소송과 달리, 반독점 손해배상소송에 있어 반경쟁적 행위와 인과관계 있는 손해액의 산정 문제는, 배상책임의 발생만큼이나 중요하고도 난해한 쟁점으로서, 만일 원고 집단 내에 피고의 책임의 발생 논리와 일관성 없는 손해를 입은 구성원들까지 뒤섞여 있다면, 즉, 구성원 간 공통적인 손해액 산정방법을 도출할 수 없다면, 그 구성원 전체를 하나의 집단으로 소송절차를 진행해야 할 당위성이나 필요성이 있다고 보기 어렵기 때문이다.

제기할 리는 만무하고, 설사 제기하더라도 일반 민사상 입증책임을 충족시켜 승소하기에는 너무나 모험적이다. 따라서 이들 손해의 경우, 손해 전보를 통한 사후적 관점으로 접근할 수는 없고, 법위반행위 억지를 통한 예방적 관점으로 접근할 수밖에 없다. 결국 사적집행과 공적집행의 조화가 필수적인 대목이라고 하겠다. Crane, Daniel A, 「The Institutional Structure Of Antitrust Enforcement」 (Oxford University Press, 2011) p.165, 172~174.

75) 현행 「소비자기본법」상 소비자집단분쟁조정 특례절차 역시 다수성과 중요쟁점의 공통성을 그 요건으로 하고 있다(동법 제68조 제1항, 동법 시행령 제56조 제1호, 제2호).

76) 법원행정처, 「증권관련집단소송실무」 (2005) 57면.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

송 석 은, 정 호 열

반독점 집단소송, 허가요건, 지배성, 컴캐스트 판결, 사적 집행

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

법원행정처, 「증권관련집단소송실무」(2005)

정호열, 「경제법」 제4판 보정쇄 (박영사, 2013)

Crane, Daniel A, 「The Institutional Structure Of Antitrust Enforcement」(Oxford University Press, 2011)

Dee Pridgen, 「Consumer Protection And The Law」, 2006 Edition (West, 2005)

Foer, Albert A, 「Private Enforcement Of Antitrust Law In The United States : A Handbook」 (Edward Elgar, 2012)

Gotts, Ilene K, 「The private competition enforcement review」 (Law Business Research Ltd, 2012)

Herbert Hovenkamp, 「Federal Antitrust Policy : The Law Of Competition And Its Practice」 (West, 2011)

Ⅱ. 논문

Alex Parkinson, "Comcast Corp V Behrend And Chaos On The Ground", 81 U. Chi. L. Rev. 1213 (Summer 2014)

Amit Bindra, "Antitrust Class Action Litigation Post Wal-Mart V. Dukes: More Of The Same", 13 J. Bus. & Sec. L. 201 (Spring 2013)

Anthony Rollo/Gabriel A. Crowson, "Mapping The New Class Action Frontier--A Primer On The Class Action Fairness Act And Amended Federal Rule 23", 59 Consumer Fin. L.Q. Rep. 11 (Spring-Summer 2005)

Charles Silver, ""We're Scared To Death": Class Certification And Blackmail", 78 N.Y.U. L. Rev. 1357 (October 2003)

Geoffrey C. Hazard, Jr./John L. Gedid/Stephen Sowle, "An Historical Analysis Of The Binding Effect Of Class Suits", 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (August 1998)

Robert H. Klonoff, "The Decline Of Class Actions", 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013)

Robert Neruda, "Private or Public Enforcement of competition Law?", 「Private

Enforcement of Competition Law」 (Nomos, 2011)

Wils, Wouter P. J, “The Relationship Between Public Antitrust Enforcement And Private Actions For Damages”, 「World Competition: Law and Economics Review」 No. 32 (Aspen Publishers, March 2009)

Zechariah Chafee, Jr., “Bills Of Peace With Multiple Parties”, 45 Harv. L. Rev. 1297 (June 1932)

太田洋/宇野伸太郎, “米国クラスアクションにおける承認手続－近時の連邦最高裁判決と日本への影響－”, 「(旬刊) 商事法務」 2013号 (商事法務研究會, 2013.11)

Ⅲ. 참조판례

Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (June 25, 1997)

Behrend v. Comcast Corp., 264 F.R.D. 150 (January 7, 2010)

Behrend v. Comcast Corp., 655 F.3d 182 (August 23, 2011)

Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (March 27, 2013)

Deiter v. Microsoft Corp., 436 F.3d 461 (February 7, 2006)

Dujanovic v. MortgageAmerica, Inc., 185 F.R.D. 660 (March 25, 1999)

Healey v. International Broth. of Elec. Workers, Local Union No. 134, 296 F.R.D. 587 (August 22, 2013)

In re Aftermarket Automotive Lighting Products Antitrust Litigation, 276 F.R.D. 364 (July 25, 2011)

In re Auction Houses Antitrust Litigation, 138 F.Supp.2d 548 (April 12, 2001)

In re Deepwater Horizon, 739 F.3d 790 (January 10, 2014)

In re Rail Freight Fuel Surcharge Antitrust Litigation-MDL No. 1869, 725 F.3d 244 (August 9, 2013)

In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation, 280 F.3d 124 (October 17, 2001)

Kohen v. Pacific Inv. Management Co. LLC, 571 F.3d 672 (July 7, 2009)

LaBauve v. Olin Corp., 231 F.R.D. 632 (November 10, 2005)

Mayor of York v. Pilkington, 1 Atk. 282 (UK, 1737)

Moore v. PaineWebber, Inc., 306 F.3d 1247 (October 10, 2002)
Serventi v. Bucks Technical High School, 225 F.R.D. 159 (November 29, 2004)
Thomas v. Christopher, 169 F.R.D. 224 (November 7, 1996)
Valley Drug Co. v. Geneva Pharmaceuticals, Inc., 350 F.3d 1181 (November 14, 2003)
Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541 (June 20, 2011)
W. W. Montague & Co. v. Lowry, 24 S.Ct. 307 (February 23, 1904)

Ⅳ. 기타

국회 법제사법위원회, 「증권관련 집단소송법」 일부개정법률안 (제6784호, 박민식 의원 2013.9.10. 대표발의) 검토보고서 (2014.2) (http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp)
국회 정무위원회, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정법률안 (제5162호, 이종훈 의원 2013. 5. 28. 대표발의) 검토보고서 (2013.6)
국회 정무위원회, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정법률안 (제1345호 이만우 의원 2012.8.27. 대표발의, 제1778호 노회찬 의원 2012.9.13. 대표발의) 검토보고서 (2012.11)
대법원 홈페이지> 공고> 증권관련집단소송> (http://www.scourt.go.kr/portal/notice/securities/securities.jsp)
American Antitrust Institute, 「The Next Antitrust Agenda: The American Antitrust Institute's Transition Report on Competition Policy to the 44th President of the United States」 (Oct 06, 2008). (http://www.antitrustinstitute.org/files/Private%20Enforcement%20Chapter%20from%20%20AAI%20Transition%20Report_100520082053.pdf)
Statistical Tables For The Federal Judiciary, Table C-2. Civil Cases Commenced, by Basis of Jurisdiction and Nature of Suit (http://www.uscourts.gov/Statistics/StatisticalTablesForTheFederalJudiciary/StatisticalTables_Archive.aspx)

Abstract

A study on predominance criteria in antitrust class actions

Seok Eun SONG
Ho Yul CHUNG

Violation of the antitrust law usually causes widespread injuries to many participants in the market concerned. Class action may play a vital role in the remedy of collective interests as a tool of private antitrust enforcement.

In Comcast Corp. v. Behrend, the U.S. Supreme Court decertified a class exceeding two million previous and current Comcast subscribers in the Philadelphia Designated Market Area (DMA) that accused Comcast of engaging in “clustering” violating the Sherman Act. The E.D. Pennsylvania district court certified the class pursuant to Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(3), and the Third Circuit affirmed.

To get a class certified under Rule 23(b)(3), the party seeking class certification must show that questions relating to the class as a whole “predominate” over questions pertaining to individual class members. Prior to Comcast, most courts had recognized that the presence of individualized damages issues normally did not preclude class certification. In Comcast, the Court stated: It is clear that, under the proper standard for evaluating certification, respondents' model falls far short of establishing that damages are capable of measurement on a class-wide basis. Without presenting another methodology, respondents cannot show Rule 23(b)(3) predominance: Questions of individual damage calculations will inevitably overwhelm questions common to the class.

In the following, first of all, general requirements for certification of class action and specific contents of them are reviewed in the perspective of antitrust class action. Then, primary ruling contents of Comcast and trends after the ruling are reviewed.

It is anticipated that, in the near future, antitrust class action would be adopted in Republic of Korea. In this situation, Comcast would be a kind of guideline for privates and lawyers who deal with antitrust class action practice, so, it would be contributed to the stable settlement of antitrust class action in Republic of Korea.

Seok Eun SONG · Ho Yul CHUNG

antitrust class action, requirements for certification, predominance, Comcast Corp. v. Behrend, private enforcement

Protecting Attorney-Client Privilege in the Context of U.S. National Security

Patricia Goedde*

Ⅰ. Introduction
Ⅱ. Defining Attorney-Client Privilege
Ⅲ. When Attorney-Client Privilege Is Not Protected
Ⅳ. Monitoring of Attorney-Client Communications in Guantanamo
Ⅴ. Mass Online Surveillance by the National Security Agency
Ⅵ. Conclusion

【Abstract】

In the past five years, the American Bar Association has twice had to request the U.S. government to respect attorney-client privilege. The first instance concerned the representation of detainees at Guantanamo Bay, and the second addressed the National Security Agency's mass surveillance of online communications. This article essentially asks under what legal authority the U.S. government can monitor attorney-client communications. This article first explains the basis of the attorney-client privilege in common law and the professional code of ethics regulating the legal profession. It then reviews the exceptions to this privilege, including the crime-fraud exception and the laws allowing monitoring of attorney-client communications, such as Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, the Foreign Intelligence Surveillance Act, and special administrative measures implemented in federal prisons. It analyzes whether legal authority exists for U.S. government surveillance of attorney-client communications

* Associate Professor, Sungkyunkwan University, School of Law, Seoul, Korea. The author is a licensed attorney of the Washington State Bar Association. This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grants funded by the Korean Government (NRF-2013S1A3A2055081).

relating to the representation of Guantanamo detainees and mass online surveillance. This article's purpose is to explain the legal framework for protecting or exempting attorney-client privilege from government surveillance so that it may serve as an instructive reference for Korean institutional and legal actors deliberating the balance of national security and civil liberties.

Ⅰ. Introduction

In the past five years, the American Bar Association has had to request the U.S. government to respect attorney-client privilege in two instances: the first, with respect to representation of detainees at Guantanamo Bay, and the second, with respect to the National Security Agency's mass surveillance of online communications. The scope of government surveillance has expanded in response to growing terrorism threats and violence, and especially after the attacks of September 11, 2001. This has inevitably led to the monitoring of communications between convicted terrorists, alleged terrorists, and anyone with links, however innocent or legitimate, with anyone remotely suspected of having terrorist ties, including lawyers representing terror suspects, as well as indiscriminate online surveillance. This means that government surveillance has acquired privileged information, whether intentionally or not, which is deeply troubling for the protection of the attorney-client privilege. The concern is that the attorney-client privilege is increasingly and immediately pierced by government surveillance, either with or without a warrant, therefore continually eroding the principle that communications between a lawyer and a client are to remain confidential to promote frank discussions for effective advocacy and for the wider interests of justice and the rule of law.

This article essentially asks under what legal authority the U.S. government can monitor attorney-client communications. What is the legal framework for protecting or exempting attorney-client privilege from government surveillance? Can national security be a justification to circumvent the attorney-client privilege? Is the national security surveillance of attorney-client communications legal or constitutional? When and how can attorney-client communications be lawfully monitored by the U.S. government in the name of national security? To determine when attorney-client communications may be monitored by the U.S. government in the name of national security, this article first explains the basis of the attorney-client privilege in common law and the professional code of ethics

regulating the legal profession. It touches upon the significance of constitutional protection, and then reviews how the government has justified monitoring through Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, the Foreign Intelligence Surveillance Act, and the special administrative measures implemented in federal prisons. It analyzes how legal authority exists for the instances the American Bar Association protested: the government surveillance of attorney-client communications relating to the representation of Guantanamo detainees and mass online surveillance. In this age of unabated terrorism and rapidly advancing surveillance technology, an analysis of the U.S. legal framework governing national security surveillance of attorney-client communications may be instructive to other state and institutional actors deliberating the balance of national security and civil liberties.

Ⅱ. Defining Attorney-Client Privilege

The attorney-client privilege is the rule that communications between attorney and client cannot be disclosed to third parties or as evidence in court unless certain exceptions apply. The privilege dates back to 17th century England and developed slowly through a dozen court cases until it became a recognized legal principle by the mid-19th century.[1] American court cases began to apply the attorney-client privilege in the early 19th century,[2] and since then the attorney-client privilege has become embodied as an evidentiary principle in federal common law and state statutory law. The attorney-client privilege applies to a communication if it is (1) legal advice sought from a (2) professional legal advisor (3) where the communication is related to the legal purpose, and (4) is made in confidence, (5) by the client, and (6) is permanently protected for the client (7) from disclosure by himself or the legal advisor, (8) unless that protection is waived.[3]

---

1) Hazard, Geoffrey C. Jr., An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege, 66 Cal. L. Rev. 1061, 1070, 1080-1081, 1087-1091 (1978).

2) Id. at 1087.

3) Fed. R. Evid. 501, and 8 J. Wigmore, Evidence in Trials at Common Law, 2292, at 554 (McNaughton rev. 4th ed. 1961).

The central purpose behind protecting the confidentiality of attorney-client communications is to encourage full disclosure of facts by the client so that the lawyer can proceed with the most effective advocacy in the wider interests of justice. The U.S. Supreme Court iterated in Upjohn Co. v. United States (1981) that the purpose of the attorney-client privilege is "to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice" and that "assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequence or the apprehension of disclosure."[4] This safe haven of communication means that clients do not have to be afraid that what they say to their lawyers will be told to other parties such as the government or held against them in court.[5]

In parallel with the evidentiary principle of attorney-client privilege, the American Bar Association developed the professional ethic of attorney-client confidentiality. The 1908 ABA Canons of Professional Ethics enshrined the principle by stating that "[i]t is the duty of a lawyer to preserve his client's confidences.[6] In 1969, the ABA adopted the Model Code of Professional Responsibility, explaining in detail the ethical considerations of respecting the fiduciary relationship between a lawyer and client."[7] Under the current ABA Model Rules of Professional Conduct and the professional conduct codes of each state, the duty of confidentiality continues to be required of attorneys. Rule 1.6 of the Model Rules of Professional Conduct states that information in the attorney-client relationship must remain confidential unless the client gives informed consent or the information must be divulged for other

---

4) Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).

5) Model Rule 1.6, Comment [3]: The attorney-client privilege and work-product doctrine apply in judicial and other proceedings in which a lawyer may be called as a witness or otherwise required to produce evidence concerning a client. See also United States v. Chen, 99 F. 3d 1495, 1499 (9th Cir. 1996) ([T]o get useful advice, [clients] have to be able to talk to their lawyers candidly without fear that what they say to their own lawyers will be transmitted to the government.). Cited in American Bar Association, Resolution and Report 118 (Aug. 12-13, 2013), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_national_security /resolution_118. authcheckdam.pdf.

6) ABA Canons of Professional Ethics Canon 37 (1908).

7) ABA Model Code of Professional Responsibility Canon 4 (1969).

reasons such as to:

(1) prevent reasonably certain death or substantial bodily harm;
(2) prevent the client from committing a crime or fraud;
(3) prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another;
(4) secure legal advice about the lawyer's compliance with these Rules;
(5) establish a claim or defense on behalf of the lawyer in a controversy between the lawyer and the client;
(6) comply with other law or a court order; or
(7) detect and resolve conflicts of interest arising from the lawyer's change of employment.

Though often used interchangeably, attorney-client privilege and attorney-client confidentiality are to be distinguished. The first is a common law and statutory principle under evidentiary law, while the second is a professional rule of broader protective scope required of the legal profession under state bar codes.

Ⅲ. The Legal Exceptions: When Attorney-Client Privilege Is Not Protected

Attorney-client privilege is not always protected. Information can be disclosed under certain circumstances, such as when the client voluntarily waives the privilege or seeks legal advice to commit or cover up a crime or fraud. This section reviews the legal framework which allows for abrogating the attorney-client privilege, including the crime-fraud exception, Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Street Act, the Foreign Intelligence Surveillance Act, and the Bureau of Prisons Order of 2001. It ends with an illustrative case regarding an attorney prosecuted for terrorist-related activities while representing her client.

A. The Crime-Fraud Exception

The attorney-client privilege does not apply if the client seeks legal advice to advance a continuing or future crime or fraud.[8] These types of cases range from lawyers working for organized crime syndicates to clients who use their lawyers' knowledge to rid themselves of incriminating documents. The crime-fraud exception is usually in the form of the lawyer informing the proper authorities or being subpoenaed by the court to provide information or to testify against the client if authorities learn that the client is about to commit a crime or fraud through the services of the lawyer. The lawyer need not be aware that the client is furthering a crime or fraud for the exception to apply.[9] Also, the crime-fraud exception does not apply if the client innocently suggests an illegal course of action in explorative discussions with the lawyer.[10]

The U.S. Supreme Court directly addressed attorney-client privilege with respect to the crime-fraud exception in the case of United States v. Zolin (1989) which concerned a tax investigation into the Church of Scientology and the Internal Revenue Service compelling a state clerk to give sealed documents.[11] The respondents claimed attorney-client privilege to prevent the disclosure of two tapes.[12] The Court held that the privileged communications itself could be the proof showing a connection between the attorney's communication and the client's furtherance of a crime and that additional independent evidence is not necessary as long as the court privately reviews the privileged materials. However, the opposing party must provide evidence to support "a reasonable belief" that the private court review may result in finding this connection. The Court also held that "the threshold showing to obtain in camera [private judicial] review may be met by

---

8) See In re Grand Jury Investigation, 445 F.3d 266, 274 (3d Cir. 2006), In Re Grand Jury Proceedings, 604 F.2d 798, 802 (3d Cir. 1979).

9) 445 F.3d 266, 279 (3d Cir. 2006) (citing In re Grand Jury Proceedings, 87 F.3d 377, 382 (1996) and In re Sealed Case, 754 F.2d 395, 402 (D.C.Cir.1985)).

10) Carl G. Roberts, The Attorney-Client Privilege and the Amended Federal Discovery Rules in Law Practice Today (Dec. 2006), at http://apps.americanbar.org/lpm/lpt/articles/mgt12062.shtml (citing United States v. Doe, 429 F.3d 450, 454 (3d Cir. 2005).

11) 491 U.S. 554, 565 (1989).

12) Id. at 554.

using any relevant evidence, lawfully obtained, that has not been adjudicated to be privileged."[13] Thus, the lower court could review the tapes to determine whether there was a connection between the communications and the furtherance of a crime.

The threshold issue was again addressed in In Re Grand Jury Investigation (3d Cir. 2006), which concerns a party ("Jane Doe") who deleted files from her organization's computers during a federal investigation after learning from her lawyer what documents the Government wanted.[14] The federal court clarified that the party invoking the crime-fraud exception has the initial burden of showing the connection between the alleged crime and the lawyer's services. In criminal cases, because it is the Government invoking the crime-fraud exception, it has the initial burden of making "a prima facie showing that (1) the client was committing or intending to commit a fraud or crime, and (2) the attorney-client communications were in furtherance of that alleged crime or fraud."[15] This is a two-prong test that the Government must pass to make a prima facie case. Furthermore, the court elaborated that the lawyer's communication must have been used to further the crime or fraud, not be merely related to it.[16] In this case, the court examined the communications, finding a connection between the correspondence and the furtherance of the crime of obstructing justice.[17]

B. Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968

The conventional legal framework allowing wiretapping and other surveillance of suspected criminal activity is Title III of the Omnibus Crime Control and Safe

13) Id. at 574.
14) 445 F.3d 266, 274 (3d Cir. 2006).
15) Id.
16) Id. at 276.
17) Obstruction of justice is defined in 18 U.S.C. 1519 as follows: Whoever knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned not more than 20 years, or both.

Street Act of 1968.[18] Federal wiretapping requires a court-issued order based upon a showing of probable cause that an individual is involved in the commission of an offense and that communications about the offense can be obtained via monitoring a wire, oral, or electronic communication.[19] Specifically, a judge may issue a warrant if:

> (a) there is a probable cause for belief that an individual is committing, has committed, or is about to commit a[n] ... offense ... ;
> (b) there is probable cause for belief that particular communications concerning that offense will be obtained through such interception;
> (c) normal investigative procedures have been tried and have failed or reasonably appear to be unlikely to succeed if tried to or to be too dangerous...[20]

An interception must cease as soon as the wanted communication is acquired or for no longer than 30 days without another request for a court order.[21] A judicial warrant is not always first required before surveillance attempts, however. The Attorney General, the Deputy Attorney General, Associate Attorney General, or the head state prosecutor may move first to start surveillance and then apply for an order within 48 hours if he or she decides that there is an emergency situation involving:

> (i) immediate danger of death or serious physical injury to any person,
> (ii) conspiratorial activities threatening the national security interest, or
> (iii) conspiratorial activities characteristic of organized crime[22]

18) Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968 tit. 3, §802, 18 U.S.C. §§ 2510-2521 (2003).
19) See id. §2518(3) [for an offense enumerated in § 2516 of this chapter].
20) § 2518(3).
21) § 2518(5).
22) § 2518(7)(a).

[Italics added]

Surveillance must stop as soon as the desired information is gained or if the order is not granted.[23)]

Attorney-client communications are not necessarily immune from this warrant-based monitoring. Courts have approved applications where attorneys have been targeted for surveillance.[24)] Section 2517 of Title III states though that communications do not lose their privileged character,[25)] meaning that the government must minimize any violations of privileged communications unrelated to the offense. Because of the sensitive nature of various attorney communications, federal courts have had to review orders and decide cases where the government did not cease monitoring upon realizing they were listening to privileged information.[26)]

C. Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA)

Congress enacted the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA) for the purpose of gathering intelligence against foreign powers and their agents inside the United States since the Supreme Court had held that warrantless surveillance is constitutionally prohibited by the Fourth Amendment.[27)] Thus, Title III was amended to provide that the procedures for surveillance under Title III and in FISA shall be the exclusive means by which electronic surveillance ... and the interception of domestic wire, oral, and electronic communications may be conducted.[28)]

---

23) § 2518(7)(b).

24) Ellen S. Podgor and John Wesley Hall, *Government Surveillance of Attorney-Client Communications: Invoked in the Name of Fighting Terrorism*, 17 Geo. J. Legal Ethics 145, 151 (2003) (citing In re Application for an Order Authorizing Interception of Oral Communications (Carreras), 723 F. 2d 1022 (1st Cir. 1983)).

25) § 2517.

26) Sharon Jeffrey, *An Act of Patriotism? Infringing on the Individual's Sixth Amendment Right to Effective Counsel*, 33 Sw. U. L. Rev. 165, 179 (citing United States v. Hoffman, 832 F.2d 1299 (1st Cir. 1987); Podgor and Hall, supra note 24, at 151 (citing In re Application for an Order Authorizing Interception of Oral Communications (Cintolo), 208 F.2d 27 (1st Cir. 1983)).

27) United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan, 407 U.S. 297 (1972).

28) 18 U.S.C. § 2511(2)(f). [Italics added.]

To obtain a FISA warrant, the monitoring government agency must apply to the Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), which consists of 11 judges appointed by the U.S. Chief Justice, but has one sitting judge per week.[29] The government must demonstrate probable cause to believe that "the target of the electronic surveillance is a foreign power or an agent of a foreign power" and that "each of the facilities or places at which the electronic surveillance is directed is being used, or is about to be used, by a foreign power or an agent of a foreign power."[30] This means attorney-client communications may come under surveillance if it is part of communications involving a foreign power or its agent.

To protect privileged communications, especially involving U.S. persons, FISA mandates minimization procedures which are defined as follows:

> specific procedures, which shall be adopted by the Attorney General, that are reasonably designed in light of the purpose and technique of the particular surveillance, to minimize the acquisition and retention, and prohibit the dissemination, of nonpublicly available information concerning unconsenting United States persons consistent with the need of the United States to obtain, produce, and disseminate foreign intelligence information.[31]

The FISC may also modify orders with specific minimization requirements. However, the FISC function and the observance of minimization requirements have been questioned. For example, between 1978 and 2004, the FISC reviewed nearly 19,000 applications, granting all without modifications except for 180 applications, and denying just four applications.[32] Furthermore, the government admitted in September 2000 to the FISC that it had made at least seventy-five materially false applications for FISA warrants, and later in March 2001 that it did not maintain

29) See id. § 1803.
30) 50 U.S.C. § 1805(a)(3).
31) See id. § 1801(h).
32) American Civil Liberties Union et al v. National Security Agency, United States District Court of Michigan, S. Div., Complaint for Declaratory and Injunctive Relief (Jan. 17, 2006), at 12-13 (citing Department of Justice statistics).

minimization requirements.[33] This raises the issue of whether FISC serves in more than a rubber-stamping capacity for government intelligence agencies, and whether minimization procedures are truly respected by these agencies. Internal agency guidelines and their official response on minimization will be covered in greater detail in the forthcoming section regarding online surveillance.

D. Bureau of Prisons Order

A month after September, 11, 2001, Attorney General John Ashcroft issued a Bureau of Prisons (BOP) Order, "National Security, Prevention of Acts of Violence and Terrorism, Final Rule," which allows monitoring of attorney-client communications when authorized by the Attorney General if there is "information from the head of a federal law enforcement or intelligence agency" which amounts to "reasonable suspicion to believe that a particular inmate may use communications with attorneys or their agents to further or facilitate acts of terrorism."[34]

The order states that the Director of the Bureau of Prisons shall notify inmates and their lawyers in writing that all of their communications may be monitored, and specifically "[t]hat communications between the inmate and attorneys or their agents are not protected by the attorney-client privilege if they would facilitate criminal acts or a conspiracy to commit criminal acts, or if those communications are not related to the seeking or providing of legal advice."[35] However, the order also explains to what extent the attorney-client privilege would be protected. For example, an independent team shall review all attorney-client communications for privilege claims, and privilege materials or any recordings of these materials will not be retained during the monitoring. Furthermore, "the privilege team shall not disclose any information unless and until such disclosure has been approved by a federal judge" unless "act of violence or terrorism are imminent."[36]

The legal community was deeply troubled by this new rule. Then President of

---

33) See In re All Matters Submitted to the Foreign Intelligence Surveillance Court, 2002 WL 1949263 *9 (F.I.S. Ct. 2002).

34) National Security, Prevention of Acts of Violence and Terrorism, 28 C.F.R §501.3(d)(2001).

35) See id. at § 501(3)(d)(2).

36) See id. at § 501(3)(d)(3).

the American Bar Association, Robert A. Hirshon, publicly announced that the new rule violates the attorney-client privilege, which is "indelibly ensconced" in the American legal system.[37] He claimed that the rule violates the Sixth Amendment's right to counsel and the Fourth Amendment's requirement of showing probable cause instead of the lower standard of reasonable suspicion before government surveillance can be considered lawful.[38]

The American Civil Liberties Union (ACLU) and the National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL) also protested the rule on constitutional grounds.[39] Many other attorneys and law professors argued that the BOP rule is redundant, overreaching, and unconstitutional given the existing legislative frameworks for government surveillance under Title III and FISA, and the judicial function of piercing attorney-client communications under the crime-fraud exception.[40]

The Sixth Amendment guarantees that "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the Assistance of Counsel for his defense." The issue is whether the attorney-client privilege is included in the right to a lawyer. The Supreme Court has never directly addressed this issue. The most relevant Supreme Court decision on this point is Weatherford v. Bursey (1977), which the Attorney-General used to defend the BOP rule, stating that the Court "held that the presence of a government informant during conversations between a defendant and his or her attorney may, but need not, impair the defendant's Sixth Amendment right to effective assistance of counsel."[41] As further explained by the Attorney

---

37) Statement of Robert A. Hirshon, President, American Bar Association (Nov. 9, 2001), at https://cdt.org/files/security/011109aba.shtml.

38) Id.

39) ACLU, Broad Coalition Calls on Attorney-General to Rescind Unprecedented Frontal Assault on Attorney-Client Confidentiality (Dec. 20, 2001), at https://www.aclu.org/news/broad-coalition-calls-attorney-general-rescind-unprecedented-frontal-assault-attorney-client.

40) See, e.g., Podgor and Hall, supra note 24; Marjorie Cohn, The Evisceration of the Attorney-Client Privilege in the Wake of September 11, 2001, 71 Fordham L. Rev. 1233 (2003); Tamar R. Birckhead, The Conviction of Lynne Stewart and the Uncertain Future of the Right to Defend, 43 Am. Crim. L. Rev. 1 (2006); Avidan Y. Cover, Note, A Rule Unfit for All Seasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and the Sixth Amendment, 87 Cornell L. Rev. 1233 (2002).

41) Podgor and Hall, supra note 24, at 158; see 429 U.S. 545 (1977).

General, "[w]hen the government possesses a legitimate law enforcement interest in monitoring such conversations no Sixth Amendment violation occurs so long as privileged communications are protected from disclosure and no information recovered through monitoring is used by the government in a way that deprives the defendant of a fair trial."[42]

The ACLU and NACDL strongly disagreed with this interpretation. The ACLU argued that "the right to counsel includes the right to confer with one's lawyer," citing to the language in the Supreme Court decision in Geders v. United States.[43] NACDL points out that the Weatherford v. Bursey case was one in which the government did not directly interfere with attorney-client communications, instead citing to various other court decisions which did, thereby supporting the NACDL position that the rule violates the Sixth Amendment.[44] It also points out an overlooked footnoted observation in the Weatherford decision that "a fear that some third party may turn out to be a government agent will inhibit attorney-client communication to a lesser degree than the fear that the government is monitoring those communications through electronic eavesdropping."[45]

While the ACLU reiterated the ABA position that the BOP rule violates the Fourth and Sixth Amendments, the NACDL also argued infringement of the First and Fifth Amendments. NACDL argued that the First Amendment right, which states that the federal government shall "make no law ... abridging the freedom of speech ... and [the freedom] to petition the Government for a redress of grievances," includes the right to access courts and effective assistance of counsel, adding that prisoners do not lose all of their constitutional rights except those that are necessary to protect prison security.[46] NACDL also cites to dicta of the U.S. Supreme Court case of Lanza v. New York, in which "[i]t may be assumed that

---

42) National Security; Prevention of Acts of Violence and Terrorism, 66 Fed. Reg. 55,062 (Oct. 31, 2001) (codified at 28.C.F.R. §§ 501.2 (2003), at 55,064.

43) Podgor and Hall, supra note 24, at 159 (citing ACLU, Coalition Comments Regarding Eavesdropping on Confidential Attorney-Client Communications (Dec. 20, 1001), which cites Geders v. United States, 425 U.S. 80, 88-91 (1976), among other cases).

44) Id.

45) Id. (citing Weatherford, 429 U.S. at 554 n.4).

46) Podgor and Hall, supra note 24, at 155.

even in a jail or perhaps especially there, the relationships which the law has endowed with particularized confidentiality must continue to receive unceasing protection."[47] The NACDL also points out that the Fifth Amendment provides that no person shall be "deprived of life, liberty, or property, without due process of law," and that this due process right includes the right to effective assistance of counsel.[48]

Despite the objections and subsequent litigation over these points, however, federal courts have not found the BOP rule to be unconstitutional, relying on the Weatherford decision in cases dealing with these issues, such as the Lynne Stewart indictment covered next.

E. The Lynne Stewart Case

The first case in which an American lawyer was prosecuted and imprisoned for terrorism was in 2005.[49] This case bears mentioning because legal government surveillance of attorney-client communications led to the prosecution of Lynne Stewart, a long-time defense attorney for an Egyptian Muslim cleric who was imprisoned for conspiring to bomb the World Trade Center in 1993 and inciting crimes of violence against the Egyptian government and the U.S. military.[50] Stewart was prosecuted for her activities during prison visits made in May 2000 and July 2001, before the September 11 attacks, by helping her client Sheik Omar Abdel Rahman confer privately with his interpreter thereby relaying messages to his cohorts, and her own communication with a reporter in Egypt conveying her client's statement that would have incited the terrorist group, Islamic Group, to reject a cease-fire.[51] She was charged with providing "material support" to the terrorist organization, conspiring to defraud the United States, and for making false

---

47) Lanza v. New York, 370 U.S. 139, 143-144 (1962).
48) Podgor and Hall, supra note 24, at 157.
49) See Indictment, United States v. Ahmed Abdel Sattar, Yassir Al-Siri, Lynne Stewart & Mohammed Yousry, 02 Cr. 395 (S.D.N.Y. filed Apr.9, 2002); see also United States v. Stewart, No. 10-3185 (2d Cir. 2012) (affirming the sentence of 120 months).
50) Birckhead, supra note 40, at 2-3.
51) Id. at 7.

statements.[52]

Under the Material Support statute of Title 18 of the U.S. Code, a person may be charged if they "knowingly provide material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so."[53] The statute defines "Material support or resources" as:

> any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials...[54]

Stewart was initially charged with providing "communications equipment" and "personnel" to a foreign terrorist group, but the court granted a motion to dismiss given the vagueness of the definition.[55] (Notably, she was not charged with providing "expert advice or assistance" to her client.) She was later re-indicted under a related statute which allowed evidence showing that "she acted knowingly and intentionally to 'provide' Rahman as 'personnel' to the terrorist group."[56] Meanwhile, the charges of defrauding the government and making false statements were related to Stewart's blatant disregard of the special administrative measures. Stewart was well aware of the special administrative measures, since they required defense counsel "to provide written 'affirmation' of their adherence to the measures terms before gaining access to their clients."[57]

As for the evidence against Stewart, these were gathered during two years of surveillance authorized under FISA,[58] and not from the special administrative

52) Id. at 3.
53) 18 U.S.C. § 2339B(a)(1).
54) 18 U.S.C. § 2339A(b)(1)
55) Birckhead, supra note 40, at 26-27.
56) Id.
57) Id. at 7.

measures from 1996 allowing monitoring of federal prison communications where there is "substantial risk" of death or serious bodily harm.[59] Stewart and other defendants had moved to compel disclosure of whether surveillance was made under authority of Title III, FISA, or the special administrative measures. Courts have been hesitant to disclose this, only going so far as to say that one defendant was not subject to monitoring under special administrative measures or the new BOP order.[60] A number of lawsuits have been filed since 2001 contesting the monitoring of attorney-client communications under the new BOP rule and seeking to find out whether surveillance was pursuant to FISA, Title III, or the special administrative measures under the BOP rule. However, the court in Stewart's case was reluctant to disclose the details surrounding the basis of the surveillance, and did not consider the monitoring under federal prison regulations to violate the Sixth Amendment, citing Weathersford v. Bursey that without a showing that the defendant has been prejudiced and without establishing legitimate grounds to fear that the privileged communications would be used against her.[61] Other court decisions have also shown the judiciary's reluctance to acknowledge that the possibility of monitoring attorney-client communications under the special administrative measures can violate the Sixth Amendment's right to counsel.[62]

IV. Monitoring of Attorney-Client Communications in Guantanamo

On December 21, 2011, ABA President Bill Robinson wrote to Secretary of Defense Leon Panetta expressing his alarm about the interception of communications between Guantanamo detainees and their lawyers, stating that this policy "violate[s] both the letter and spirit of the attorney-client privilege." He

58) Id. at 13.
59) Id. at 6.
60) Id. at 39-40 (citing United States v. Sattar, 2002 U.S. Dist. LEXIS 14798 (S.D.NY. Oct. 24, 1995).
61) Id. at 41 (citing Sattar, at *21).
62) Id. at 41-43 (citing Sattar; Al-Owhali v. Ashcroft 279 F.Supp. 2d 13 (D.D.C. 2003); United States v. Felipe, 148 F.3d (2d Cir. 2000); United States v. El-Hage, 213 F.3d 74 (2d Cir. 2000)).

found deeply troubling the withholding of attorneys' case-related materials from detainees and the possibility of attorney-client communications reaching the prosecution team. He then cited the ABA policy of August 2003 that military commission trials should respect basic principles, including that the "government should not monitor privilege conversations, or interfere with confidential communications, between any defense counsel and client."[63]

Government interference in attorney-client relations has been an issue since alleged terror suspects were detained in Guantanamo--in terms of habeas corpus petitions and granting access to lawyers. From the beginning, attorneys faced numerous obstacles in trying to represent Guantanamo detainees. When alleged terror suspects were first flown into Guantanamo, lawyers could not represent them. Attorneys started to organize in 2002 to be able to represent the detainees, and it was not until the Supreme Court decision of Rasul v. Bush (2004) that allowed lawyers to do so.[64] Once habeas corpus jurisdiction in Guantanamo was recognized, attorneys had to be allowed access so that federal habeas corpus petitions could be filed.[65]

Attorneys continued to encounter hurdles in representing their clients, including submitting advance paperwork to visit Guantanamo Bay, scheduling flights, and dealing with cultural and language difficulties.[66] Defense attorneys also reported that the detainees were sometimes disincentivized to meet with their attorneys, such as the military guards calling a meeting with an attorney a "reservation" which is what interrogations were also called, placing detainees in an isolated cell before or after a meeting with the attorney, or giving them certain perks like a

---

63) ABA Resolution and Report 301, at 1, 9 (Task Force on Enemy Combatants, CJS, IR&R, etc.) (Aug. 11-12, 2003), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/leadership/2003/journal/301.authcheckdam.pdf.

64) Rasul v. Bush / Al Odah v. United States, 542 U.S. 466 (2004).

65) Three more Supreme Court cases between 2004 and 2008 address the constitutional and due process rights of Guantanamo detainees, respectively striking down provisions prohibiting habeas corpus petitions in two statutes, the Detainee Treatment Act of 2005 and the Military Commissions Act of 2006, as unconstitutional: Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006); Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008).

66) See David Luban, Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo, 60 Stan. L. Rev. 1981, 1988 (2008); see also Mark Denbeaux and Jonathan Hafetz, eds. The Guantanamo Lawyers: Inside a Prison Outside the Law (2009).

blanket for not meeting with an attorney.[67] Interrogators have also called themselves lawyers, leading detainees to view actual attorneys with deep suspicion.[68] The combined constraints on the attorneys and the lengthy judicial processes also led detainees to doubt the usefulness of attorneys.[69]

Meanwhile, further complicating attorney-client relations was the protective order issued in 2004 which could not have attorneys sharing or speaking to their clients about anything the U.S. government deemed classified or told the attorneys as such, including the treatment the detainees themselves endured.[70] Additionally, the order allowed a "privilege team" to monitor all mail from the attorney to the client to make sure that no "unnecessary outside information" would reach the client.[71] This monitoring not only delayed communications but also blocked full communications between the attorney and client. These orders were maintained throughout the years. In December 2011, Guantanamo commander, Rear Adm. David Woods, issued an order requiring all correspondence between the charged and their military defense counsel to be reviewed by federal officials.[72] The justification is that this type of review is comparable with federal prison regulations regulating safety and security.[73] In response, Chief Defense Counsel Col. Jeffrey Colwell instructed his military defense lawyers not to follow the order, explaining that to do so would be a violation of the professional code of ethics on attorney-client confidentiality.[74] In February 2012, a civilian lawyer representing one of the charged, also filed a federal suit in Washington, D.C. to seek relief from the

---

67) See Luban, supra note 66, at 1990-1992.

68) Id. at 1993-1994, 1998.

69) Id. at 1998.

70) See In re Guantanamo Detainee Cases, 344 F. Supp. 2d 174, 180 (D.D.C. 2004); Mark Denbeaux and Christa Boyd-Nafstad, The Attorney-Client Relationship in Guantanamo Bay, 30 Fordham Int'l L. J. 491, 501 (2006).

71) Id.

72) Department of Defense, Headquarters, Joint Task Force Guantanamo, Order Governing Written Communications Management for Detainees Involved in Military Commissions (Dec. 27, 2011), available at https://www.aclu.org/files/assets/gitmo_orders_20111227.pdf.

73) Id. 1(b).

74) Email from Col. Jeffrey Colwell to Guantanamo attorneys, Jan. 8, 2012, available at https://www.aclu.org/files/assets/colwell_email_on_attorney-client_communication_monitoring_at_guantanamo.pdf.

order.[75]

In January 2013, presiding Judge James Pohl noticed during a military commissions trial that a third party turned off the audio feed in the courtroom to the public, independent of his authority to determine parts of the hearings as classified.[76] Suspicions about wiretapping attorney-client communication also arose when smoke detectors in the attorney-client meeting rooms were identified as listening devices.[77] Judge Pohl ordered these to be disabled.[78] Judge Pohl later heard defense motions asking to stop the trial in order to resolve the monitoring issue, and found that monitoring did not occur based on the convincing testimony of two officer witnesses in the best position to know about any attorney-client monitoring in the detention facility.[79] In his decision, Pohl emphasized upfront:

> Attorney-client confidential and privileged communications are at the root of the transparency and credibility of the U.S. system of justice at every level, from state court through federal court, to the military courts and other Article I and administrative proceedings. ... This Commission recognizes the sacrosanctity of confidential attorney-client communications, a legal right as much in force in these Commission proceedings as if the accused were on trial in a court-martial, state court or Article III federal court. Unwarranted and unlawful invasion of attorney-client communications would be viewed very dimly by this Commission.[80]

---

75) Martha Neil, Lawyer Sues Over New Gitmo Policy Requiring Review of Attorney Mail to Detainees, Trials & Litigation, ABA (Feb. 10, 2012), at http://www.abajournal.com/news/article/lawyer_sues_over_new_gitmo_policy_requiring_review_of_attorney_mail_to_deta/____.

76) Laura Pitter, Listening In, Foreign Policy (Feb. 21, 2013), at http://foreignpolicy.com/2013/02/21/listening-in/.

77) Id., see also Peter Finn, At Guantanamo, microphones hidden in attorney-client meeting rooms, Washington Post (Feb. 13, 2013).

78) Carol Rosenberg, Secret program at secret Guantanamo prison hears everything, Miami Herald, Nov. 12, 2015.

79) United States v. America v. Abd Al Rahim Hussayn, Muhammad al Nashiri, AE149K Order, Defense Motions, Military Commissions Trial Judiciary, Guantanamo Bay, Cuba (Aug. 5, 2013).

80) Id. at 3.

Meanwhile, a more recently disclosed Guantanamo order informs an accused that "[o]nly when you are in Echo 2 will anything you say be covered by the attorney-client privilege,"[81] which appears consistent with the current Guantanamo policy on maintaining privilege in Camp Echo 2 where the attorneys meet their clients.

These struggles within Guantanamo illustrate that the principle of attorney-client privilege is taken seriously as a matter of law and as a professional ethic. Nonetheless, an important question remains: Is government monitoring of attorney-client communications in Guantanamo legal? This continues to be contested at the federal court level. While defense lawyers, legal scholars, and the ACLU argue that it is a violation of the constitutional right to effective counsel, it appears that in the case of Guantanamo, case law thus far defers to allow mail interception on grounds of comparable federal prison regulations, and that the statutory language of FISA allows wiretapping and electronic surveillance for communications involving a foreign power or its agent, provided that minimization procedures are in place for privileged information.

V. Mass Surveillance of Online Communications by the National Security Agency

On February 20, 2014, ABA President James Silkenat wrote a letter to NSA Director Gen. Keith Alexander and NSA General Counsel Rajesh De expressing concern over the possible foreign government surveillance of communications between U.S. lawyers and their clients overseas.[82] This was in response to revelations that Australian intelligence offered to share its surveillance of communications between the Indonesian government and a U.S. law firm regarding trade negotiations.[83] Underscoring the attorney-client privilege as a "bedrock legal

81) Rosenberg, supra note 78.

82) Letter from James R. Silkenat, American Bar Association President, to Gen. Keith B. Alexander, Director, National Security Agency, and Rajesh Raj De, General Counsel, National Security Agency (Feb. 20, 2014), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/2014feb20_privilegedinformation_l.authcheckdam.pdf.

83) See James Risen and Laura Poitras, Spying by NSA Ally Entangled US Law Firm, N. Y. Times

principle" in both civil and criminal contexts, Silkenat sought clarification from NSA on its policies regarding the protection of attorney-client privileged information.

The NSA director replied that NSA "is firmly committed to the rule of law and the bedrock legal principle of attorney-client privilege," that the attorney-client privilege "deserves the strong protections afforded by our legal system," and that NSA wants "to ensure that the public has confidence that our intelligence institutions respect the role of privileged communications."[84] He stated:

> Let me be absolutely clear: NSA has afforded, and will continue to afford, appropriate protection to privileged attorney-client communications acquired during its lawful foreign intelligence mission in accordance with the privacy procedures required by Congress, approved by the Attorney General, and, as appropriate, reviewed by the Foreign Intelligence Surveillance Court.

He then cites FISA provisions for these protections, including the requirement to consult with the Office of the General Counsel when cases arise.

While FISA and agency instructions delineate minimization requirements and procedures, the legal community has raised concerns over how effectively these are implemented. Under FISA, minimization rules are in place to "minimize" the dissemination of otherwise private communications, including those of U.S. citizens and privileged information. Under Section 702 of FISA, which covers the surveillance of non-U.S. persons outside the United States (and importantly those they may be in contact with), declassified documents of both NSA and the Central Intelligence Agency explain what each agency should do in case attorney-client communications are intercepted.[85] Monitoring must stop when it "becomes apparent"

(Feb. 16, 2014).

84) Letter from Gen. Keith B. Alexander, Director, National Security Agency, to James R. Silkenat, American Bar Association President (Mar. 10, 2014), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/nsa_response_03102014.pdf.

85) Minimization Procedures Used by the National Security Agency in Connection with Acquisitions of Foreign Intelligence Information Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, as Amended, Declassified document NSA/CSSM 1-52 (dated Jan. 8, 2007), at https://www.aclu.org/files/assets/minimization_procedures_used_by_nsa_in_connection_with_fisa_sect_7

that a "communication is between a person who is known to be under criminal indictment in the United States and an attorney who represents that individual in the matter under indictment." It must then be specifically identified as attorney-client communication in a separate log, and that portion of the communication separated. The National Security Division (NSD) of the Department of Justice must then be notified to "protect such communications from review or use in any criminal prosecution, while preserving foreign intelligence information contained therein." The NSA document adds that the NSA Office of General Counsel must review "all proposed disseminations of information constituting United States person attorney-client privileged communications ... prior to dissemination." The CIA document additionally explains that all other privileged attorney-client communications concerning legal advice may be circulated within the U.S. Intelligence Community as long as they relate to foreign intelligence and are labeled as being privileged, but that they may not be disseminated to other parties without NSD approval.

Of concern here is that the privilege seems relevant only in relation to someone who has already been criminally charged.[86] This is because the Fourth Amendment protection applies for anyone criminally charged, but not for the as-of-yet uncharged. Thus, the scope of protection is very narrow, meaning that surveillance can continue on attorney-client communications otherwise as long as it involves a foreign power or its agent. Lawyers must be sensitive in representing any foreign client in a civil or criminal context, especially one who is suspected or accused of a criminal offense, and even moreso in any context related to terrorism.

The stark reality is that most attorneys now must be on guard about protecting the confidentiality of communications with clients. Those who defend foreign clients

---

02.pdf [NSA Minimization Procedures]; and Minimization Procedures Used by the Central Intelligence Agency in Connection with Acquisitions of Foreign Intelligence Information Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, as Amended, at https://www.cia.gov/library/reports/NCS-IRO-Declassification-Review-FISA-2014.pdf (visited Nov. 8, 2015) [CIA Minimization Procedures].

86) See, e.g., Nicolas Niarchos, Has the NSA Wiretapping Violated Attorney-Client Privilege? The Nation (Feb. 4, 2014), at http://www.thenation.com/article/has-nsa-wiretapping-violated-attorney-client-privilege/.

suspected or accused of a criminal offense, including terrorist activities, are aware that their communications may be monitored. Rule 1.6 on confidentiality in the Model Rules of Professional Conduct was amended in 2012 to add the clause that attorneys "shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client.[87] This means lawyers are obligated to warn clients that their communications may be intercepted, which can be through a verbal or written caveat such as email footers. Others have resorted to more face-to-face meetings, encryption technology, the firm's own computer servers, or even "burner" phones.[88] Some attorneys complain that this makes them feel as if they are forced to rely on seemingly illicit means to protect their communications.[89]

Earlier in 2013, the Supreme Court had made its stance clear on the issue of warrantless FISA surveillance with its 5-4 decision in Clapper v. Amnesty International USA, in which it held that the respondents do not have standing to sue on the speculation of future monitoring and that safeguards such as the Foreign Intelligence Surveillance Court were already in place to ensure lawfulness.[90] Lawsuits challenging warrantless surveillance of bulk phone and email data continue to make their way through the court systems.[91] As for protecting attorney-client privilege from online surveillance and metadata collection, it seems clear that the legal profession must assume that attorney-client communications involving foreign powers or agents can be monitored by the government under current statutory and case laws.

---

87) ABA Model Rules of Professional Conduct (1983), Rule 1.6(c).

88) G. Alex Sinha, How US Government Surveillance Threatens Attorney-Client Privilege, Jurist (Aug. 15, 2014), at http://jurist.org/hotline/2014/08/alex-sinha-attorney-client-privilege.php.

89) Steven Nelson, Report: U.S. Lawyers Fear NSA Spying, U.S. News & World Report (July 28, 2014).

90) 133 S. Ct. (2013). See also Adam Liptak, Justices Turn Back Challenge to Broader U.S. Eavesdropping, N.Y. Times (Feb. 26, 2013).

91) See, for example, Pro Publica, NSA Surveillance Lawsuit Tracker, at http://projects.propublica.org/graphics/surveillance-suits (last visited Nov. 21, 2015).

VI. Conclusion

The legal principle that attorney-client communications should be kept confidential and protected is one that has been traditionally respected by the legal profession, courts, and the government. Protection of the attorney-client privilege is reflected in U.S. federal and state codes, statute provisions, case law, agency regulations, and the legal code of professional conduct. It is a legal principle not exclusive to the United States, but also protected in many other countries and respected at the international level. For example, the United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, states that "[g]overnments shall recognize and respect that all communications and consultations between lawyers and their clients within their professional relationship are confidential."[92)]

The attacks against the United States on September, 11, 2001, however, have changed the legal landscape with respect to attorney-client privilege. Laws and executive orders enacted post-9/11 have allowed more intrusive government surveillance. Monitoring was traditionally done through a warrant request under Title III for U.S. citizens or FISA when targeting a foreign power or its agent, but after 2001, newer federal prison regulations, monitoring mechanisms in Guantanamo, and widely cast online surveillance have bypassed the warrant system. While the Executive prerogative for national security and accompanying judicial deference have broadened the scope for capturing attorney-client communications with the assurance that protective measures are in place, the legal community must continue to advocate unceasingly to protect the constitutional right to effective assistance of counsel.

---

92) Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Aug. 27-Sept. 7, 1990, Basic Principles on the Role of Lawyers, Para. 22, U.N. Doc. A/Conf. 144/28 (1990).

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

Patricia Goedde

attorney-client privilege, attorney-client confidentiality, crime-fraud exception, Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), national security, civil liberties

【References】

ABA Canons of Professional Ethics (1908)

ABA Model Code of Professional Responsibility (1969)

ABA Model Rules of Professional Conduct (1983)

ABA Resolution and Report 301 (Task Force on Enemy Combatants, CJS, IR&R, etc.) (Aug. 11-12, 2003), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/ leadership/2003/journal/301.authcheckdam.pdf

ABA Resolution and Report 118 (Aug. 12-13, 2013), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_national_security/resolution_118.authcheckdam.pdf

Birckhead, Tamar R. The Conviction of Lynne Stewart and the Uncertain Future of the Right to Defend, 43 Am. Crim. L. Rev. 1 (2006)

Cohn, Marjorie. The Evisceration of the Attorney-Client Privilege in the Wake of September 11, 2001, 71 Fordham L. Rev. 1233 (2003)

Cover, Avidan Y. Note, A Rule Unfit for All Seasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and the Sixth Amendment, 87 Cornell L. Rev. 1233 (2002)

Denbeaux, Mark and Christa Boyd-Nafstad. The Attorney-Client Relationship in Guantanamo Bay, 30 Fordham Int'l L. J. 491 (2006)

Denbeaux, Mark and Jonathan Hafetz, eds. The Guantanamo Lawyers: Inside a Prison Outside the Law (2009)

Department of Defense, Headquarters, Joint Task Force Guantanamo, Order Governing Written Communications Management for Detainees Involved in Military Commissions (Dec. 27, 2011), available at https://www.aclu.org/files/assets/ gitmo_orders_20111227.pdf

Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Aug. 27-Sept. 7, 1990, Basic Principles on the Role of Lawyers, Para. 22, U.N. Doc. A/Conf. 144/28 (1990)

Hazard, Geoffrey C. Jr. An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege, 66 Cal. L. Rev. 1061 (1978)

Jeffrey, Sharon. An Act of Patriotism? Infringing on the Individual's Sixth Amendment Right to Effective Counsel, 33 Sw. U. L. Rev. 165 (2004)

Letter from Wm. T. (Bill) Robinson III, American Bar Association President, to Leon Panetta, U.S. Secretary of Defense (Dec. 21, 2011), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/2011/gao/2011dec21_Guantanamoattcltpriv.authcheckdam.pdf

Letter from James R. Silkenat, American Bar Association President, to Gen. Keith B. Alexander, Director, National Security Agency, and Rajesh Raj De, General Counsel, National Security Agency (Feb. 20, 2014), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/2014feb20_ privilegedinformation_l.authcheckdam.pdf

Letter from Gen. Keith B. Alexander, Director, National Security Agency, to James R. Silkenat, American Bar Association President (Mar. 10, 2014), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/nsa_response_03102014.pdf

Liptak, Adam. Justices Turn Back Challenge to Broader U.S. Eavesdropping, N.Y. Times (Feb. 26, 2013)

Luban, David. Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo, 60 Stan. L. Rev. 1981, 1988 (2008)

Michmerhuizen, Sue. Confidentiality, Privilege: A Basic Value in Two Different Applications, Center for Professional Responsibility, American Bar Association (May 2007), at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_ responsibility/confidentiality_or_attorney.authcheckdam.pdf

Neil, Martha. Lawyer Sues Over New Gitmo Policy Requiring Review of Attorney Mail to Detainees, Trials & Litigation, ABA (Feb. 10, 2012), at http://www.abajournal.com/news/article/

Nelson, Steven. Report: U.S. Lawyers Fear NSA Spying, U.S. News & World Report (July 28, 2014)

Nicolas Niarchos, Has the NSA Wiretapping Violated Attorney-Client Privilege? The Nation (Feb. 4, 2014), at http://www.thenation.com/article/has-nsa-wiretapping-violated-attorney-client-privilege/

Pitter, Laura. Listening In, Foreign Policy (Feb. 21, 2013), at http://foreignpolicy.com/2013/02/21/listening-in/privilegedinformation_l.authcheckdam. pdf.86)

Podgor, Ellen S. and John Wesley Hall. Government Surveillance of Attorney-Client Communications: Invoked in the Name of Fighting Terrorism, 17 Geo. J. Legal Ethics 145 (2003)

James Risen and Laura Poitras, Spying by NSA Ally Entangled US Law Firm, N. Y. Times (Feb. 16, 2014)

Roberts, Carl G. The Attorney-Client Privilege and the Amended Federal Discovery Rules in Law Practice Today (Dec. 2006), at http://apps.americanbar.org/lpm/lpt/articles/mgt12062.shtml

Rosenberg, Carol. Secret program at secret Guantanamo prison hears everything, Miami Herald, Nov. 12, 2015

Sinha, G. Alex. How US Government Surveillance Threatens Attorney-Client Privilege, Jurist (Aug. 15, 2014), at http://jurist.org/hotline/ 2014/08/ alex-sinha-attorney-client-privilege.php

Statement of Robert A. Hirshon, President, American Bar Association (Nov. 9, 2001), at https://cdt.org/files/security/011109aba.shtml

Abstract

미국 국가안보에서 변호사-의뢰인간 비익특권의 보호

패트리샤 게디*

지난 5년간 미국변호사협회는 비닉특권(attorney-client privilege)의 존중을 미국 정부에 두 번 요청해야 했다. 첫째는 관타나모만(Guantanamo Bay)에 구금된 테러용의자의 대리인(대표)에 관한 문제였고, 두 번째는 미국국가안전국(NSA)의 온라인 커뮤니케이션의 감시에 대한 것이었다. 본 논문은 미국 정부가 어떠한 법률적 권한아래 변호사-의뢰인간의 의사소통을 감시하는가를 분석한다. 먼저, 보통법에서의 비닉특권 원칙과 법률인의 직업윤리규칙을 설명한다. 다음으로, 범죄-사기, 범죄단속 및 가두안전종합법 제3편[1968] (Title III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968), 외국첩보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)), 연방범죄에 적용된 특별한 행정처분 등 비닉특권의 예외에 대하여 살펴본다. 이를 통해 본 논문은 관타나모 구금자와 변호사간의 의사소통 감시 및 온라인 감시를 미국 정부가 할 수 있는 법률적 권한이 존재하는지를 분석한다. 이 논문의 목적은 정부의 감시로부터의 비닉특권 보호 및 예외에 관한 법적체제를 분석하여 국가안보와 시민적 자유간의 균형을 모색하는 한국법조계에 유익한 참고내용을 제공하는 것이다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수. 미국 워싱턴 주 변호사, 본 논문은 한국연구재단의 지원을 받아 작성된 것입니다. (NRF-2013S1A3A2055081)

패트리샤 게디

변호사의 비밀유지특권, 비닉특권 (attorney-client privilege), 변호사-의뢰인간의 신뢰, 범죄-사기 예외, 외국첩보감시법 (FISA), 국가보안, 시민적 자유

미국 증권소송의 추적요건(Tracing Requirement)

– In re Century Aluminum Co. Securities Litigation 사건을 중심으로 –

김 연 미*

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 미국 증권소송의 추적요건
1. 미국 증권소송 개요
2. 추적요건에 관한 기존의 미국 사례
3. In re Century Aluminum Co. 사건
Ⅲ. 우리나라에의 시사점
1. 우리나라 증권소송 개요
2. 유통시장 취득자의 손해배상청구적격
3. 개선방향
Ⅳ. 나오며

【국 문 요 약】

발행시장 공시의무의 준수를 효과적으로 강제하기 위하여는 형사책임이나 과징금 등 행정규제 이외에 피해자에 대한 손해배상이 필수적이다. 이를 위하여 자본시장법에서는 손해배상 특칙을 두고 있으며, 미국 증권법에서도 Section 11에서 손해배상 특칙을 두고 있다. 한편, 이러한 손해배상 특칙을 발행시장에서 증권을 취득한 자에 한정하여 허용할 것인가, 유통시장에서 해당 증권을 취득한 전득자에게까지 허용할 것인가의 문제가 있다. 미국에서는 Section 11의 손해배상 특칙은 허위기재 또는 중요사항이 누락된 발행시장 공시서류를 근거로 발행된 증권에 한하여 적용되지만, 그러한 증권을 발행시장에서 취득한 자뿐만 아니라, 유통시장에서 취득한 자에게도 허용된다. 다만 유통시장에서 증권을 취득한 경우에는 해당 증권이 허위기재 또는 중요사항이 누락된 발행시장 공시서류에 의한 것임을 추적할 수 있어야 하는데, 추적요건의 입증을 어떻게 인정할 것이냐에 따라 발행시장 공시의무 위반에 대한 사적 구제의 범위가 달라지게 된다.

이러한 미국 증권소송에서의 추적요건 및 손해배상 특칙의 적용범위는, 우리 자본시장법의 발행시장 공시의무 규제에 있어서도 시사하는 바가 크다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수.

Ⅰ. 들어가며

발행인이 증권을 대중에게 공모발행하는 경우, 공모에 응하여 증권을 취득하려는 각각의 일반투자자는 공모되는 증권 또는 발행인에 대하여 충분한 정보를 얻기 힘들다. 이러한 증권의 공모에 있어 구조적인 정보비대칭을 해결하기 위하여, 증권을 공모발행하는 발행인에게 개별 투자자들이 투자판단에 필요한 정보를 제공하도록 강제할 필요가 있다. 우리나라는 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 "자본시장법"이라 한다)에서 증권신고서제도를 통하여 발행시장에서의 정보제공을 규율하고 있으며,* 미국에서는 연방증권법(Securities Act of 1933; 이하 "미국증권법"이라 한다) 제5조 이하에서 Registration Statement를 제출하고 일정한 발행절차를 거치도록 규율하고 있다.**

이러한 발행시장에서의 공시의무를 발행인이 준수하도록 강제하는 수단으로는 형사처벌이나 행정제재도 있지만, 공시의무를 위반한 경우 - 특히 거짓된 정보를 제공하거나 중요한 정보를 숨김으로써 투자자들이 손해를 입은 경우에는 투자자들에게 강력한 손해배상책임을 부담하도록 하는 것도 효율적인 수단이 된다. 그런데 증권의 공모발행에 있어 개별 투자자들은 투자금액이 크지 않아서 손해액도 한정되기 때문에 적극적으로 소송을 수행하지 않을 우려가 있다. 이에 자본시장법은 피해자인 증권 투자자들이 손해배상 청구를 쉽게 할 수 있도록 손해배상에 대한 특칙규정을 두고 있으며,*** 집단소송도 가능하게 허용하고 있다.**** 미국 증권법에도 발행시장 공시의무 위반에 대한 손해배상 특칙규정이 마련되어 있다.*****

발행시장에서 거짓이 포함된 공시문서에 기하여 공모에 응한 투자자들은 이러한 손해배상 특칙에 따라 손해배상을 쉽게 구할 수 있다. 그런데 증권이 공모발행절차가 완료되면 공모절차에 응한 투자자들은 계속 해당 증권을 보유하고 있을 수도 있지만 자유롭게 처분할 수 있다. 발행시장 공시문서에 잘못된 정보가 기재되어 있거나 중요한 정보가 누락되었던 사실은 상당한 기간이 지나서 드러나는 경우가 많은데, 공모발행된 증권의 상당부분은 이미 여러 단계로 유통되었을 가능성이 크

---

* 자본시장법 제3편 제1장.
** 미국에서의 발행시장 규제에 대하여는 임재연, 「미국증권법」(박영사 2009), 155-227면 참고.
*** 자본시장법 제125조, 제126조.
**** 증권관련집단소송법 제3조 제1항 제1호.
***** Securities Act of 1933, Section 11, Section 12 등.

다. 이러한 경우 문제된 증권을 유통단계에서 취득한 자도 발행시장 공시의무 위반에 대한 손해배상 특칙에 따라 손해배상을 구할 수 있는지의 문제가 있다. 이 점에 대하여는 우리나라와 미국 모두 다양한 견해가 나오고 있는데,* 미국에서는 허위공시가 포함된 증권신고서에 기하여 발행된 증권을 유통시장에서 취득한 자도 자신이 취득한 증권이 해당 증권신고서에 기하여 발행된 증권임을 추적(tracing)할 수만 있다면 발행시장 공시위반에 대한 손해배상 특칙에 따라 손해배상을 구할 수 있다고 보고 있다.**

최근 미국에서 해당 문제를 다룬 연방항소법원의 판결이 있었다.*** 이 글에서는 해당 판결을 중심으로 발행시장 공시의무 위반에 대한 손해배상 특칙을 어느 범위의 투자자가 이용할 수 있는지에 대한 미국에서의 논의를 살펴본 후, 우리나라에 시사하는 바를 알아보겠다.

Ⅱ. 미국 증권소송의 추적요건 (tracing requirement)

1. 발행시장과 관련된 미국 증권소송의 개요

가. 개요

미국의 증권규제에 관한 대표적인 연방법은 미국 증권법과 미국 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934; 이하 "미국 증권거래법"이라 한다)****이 있다. 미국 증권법과 미국 증권거래법 중 발행시장 공시와 관련된 대표적인 손해배상 특칙은 미국 증권법의 Section 11, Section 12(a)(1), Section 12(a)(2)가 있으며, 그 외에 일반적인 사기금지조항인 미국 증권법 Section 17과 미국 증권거래법 Section 10(b)가 이용될 수 있다.

나. Section 11에 따른 손해배상

미국 증권법 Section 11은 발행시장 부실공시에 따른 손해배상을 청구할 수 있

---

* 우리나라와 미국의 다양한 견해는 이근영, 「자본시장법상 공시의무위반에 대한 손해배상책임」, 성균관대학교 대학원 박사학위논문 (2014) 및 Paul C. Curnin, Christine M. Ford, "The Crinital Issue of Standing under Section 11 of the Securities Act of 1933", Fordham Journal of Corporate & Financial Law (2000) 155면 이하에 잘 정리되어 있다.

** Paul C. Curnin, Christine M. Ford, 앞의 논문 155면.

*** In re Century Aluminum Co. Securities Litigation, 729 F. 3d 1104 (9th Cir. 2013)

**** Securities and Exchange Act of 1934는 증권거래소법이라 번역되기도 한다. 임재연, 앞의 책 7면 각주 12 참고. 이 글에서는 증권거래법으로 지칭한다.

는 기본적인 조항이다.* 즉, Section 11(a)에 의하면 등록신고서(Registration Statement)에 중요한 사실에 관하여 허위의 기재가 있거나, 오인을 유발하지 않기 위하여 기재되어야 할 중요한 사실을 누락한 경우에는, 그러한 증권을 취득한 자는 누구든지 (취득당시 그러한 허위 또는 누락을 알았음이 증명된 경우가 아닌 한) 발행에 관여한 일정한 당사자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.**

Section 11은 책임을 부담하는 자를 열거하고 있는데, 손해배상을 청구하는 자가 이들의 위법행위를 주장하거나 입증할 필요는 없다. Section 11에 의하면 원고는 등록신고서(Registration Statement)에 허위기재 또는 누락과, 해당 사항이 중요한 사항임을 주장·입증하면 충분하고, 보통법상 사기에서 요구되는 피고들의 scienter, 원고의 신뢰(reliance) 및 손해인과관계(loss causation)를 입증할 필요가 없다.***

다만, 발행인이 등록신고서(Registration Statement)의 효력발생일 이후의 12개월 이상의 기간에 대하여 earning statement를 공개한 이후에 증권을 취득한 자는 등록신고서(Registration Statement)를 신뢰하여 증권을 취득하였음을 입증하여야 하나, 이러한 신뢰는 등록신고서(Registration Statement)를 읽었다는 증명 이외의 방

---

* 자본시장법 제125조에 해당하는 조항이다.

** 15 U.S.C. §77k(a). 원문은 아래와 같다:

(a) In case any part of the registration statement, when such part became effective, contained an untrue statement of a material fact or omitted to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, any person acquiring such security (unless it is proved that at the time of such acquisition he knew of such untruth or omission) may, either at law or in equity, in any court of competent jurisdiction, sue—

(1) every person who signed the registration statement;

(2) every person who was a director of (or person performing similar functions) or partner in the issuer at the time of the filing of the part of the registration statement with respect to which his liability is asserted;

(3) every person who, with his consent, is named in the registration statement as being or about to become a director, person performing similar functions, or partner;

(4) every accountant, engineer, or appraiser, or any person whose profession gives authority to a statement made by him, who has with his consent been named as having prepared or certified any part of the registration statement, or as having prepared or certified any report or valuation which is used in connection with the registration statement, with respect to the statement in such registration statement, report, or valuation, which purports to have been prepared or certified by him;

(5) every underwriter with respect to such security.

*** Thomas Lee Hazen, 「The Law of Securities Regulation」, Thomson West, 293-294면.

식으로도 입증될 수 있다.*

다. Section 12에 따른 청구**

미국 증권법 Section 12(a)(1)은 공모발행에 관한 미국 증권법 §5조, 즉 등록신고서(Registration Statement)와 prospectus에 관한 규정을 위반하여 증권을 모집하거나 매도한 경우의 구제수단을 규정하고 있다. Section 12(a)(1)의 책임은 등록신고서 등에 허위기재나 중요사항 누락이 있을 것을 요구하지 않는다.

미국 증권법 Section 12(a)(2)은 증권의 모집이나 매도와 관련하여 구두로 또는 서면으로 중요한 사실의 허위진술을 하거나 오인을 유발하지 않기 위하여 필요한 중요한 사실을 누락한 경우의 구제수단을 규정하고 있다. Section 12(a)(2)은 등록신고서 제출의무와 관계없이 구성되어 있으므로, 등록신고서 제출의무를 전제로 하는 Section 11 및 Section 12(a)(1)을 보완하는 역할을 한다.*** 즉, Section 11 또

---

* 15 U.S.C. §77k(a) 후단. 원문은 아래와 같다:

If such person acquired the security after the issuer has made generally available to its security holders an earning statement covering a period of at least twelve months beginning after the effective date of the registration statement, then the right of recovery under this subsection shall be conditioned on proof that such person acquired the security relying upon such untrue statement in the registration statement or relying upon the registration statement and not knowing of such omission, but such reliance may be established without proof of the reading of the registration statement by such person.

** 15 U.S.C. §77l(a) 원문은 아래와 같다:

Any person who—

(1) offers or sells a security in violation of section 77e of this title, or

(2) offers or sells a security (whether or not exempted by the provisions of section 77c of this title, other than paragraphs (2) and (14) of subsection (a) of said section), by the use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or of the mails, by means of a prospectus or oral communication, which includes an untrue statement of a material fact or omits to state a material fact necessary in order to make the statements, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading (the purchaser not knowing of such untruth or omission), and who shall not sustain the burden of proof that he did not know, and in the exercise of reasonable care could not have known, of such untruth or omission,

shall be liable, subject to subsection (b), to the person purchasing such security from him, who may sue either at law or in equity in any court of competent jurisdiction, to recover the consideration paid for such security with interest thereon, less the amount of any income received thereon, upon the tender of such security, or for damages if he no longer owns the security.

*** Thomas Lee Hazen, 앞의 책 311면.

는 Section 12(a)(1)의 책임이 성립하지 않더라도 Section 12(a)(2) 책임이 성립할 수 있다.

Section 12는 엄격책임을 구성하는데, 객관적 요건만 입증되면 발행인 또는 매도인으로부터 증권을 취득한 자는 증권을 돌려주고 증권 취득을 위하여 지급한 대가에서 이미 지급받은 금원을 공제한 금액을 청구할 수 있으며, 이미 증권을 처분한 경우에는 손해배상을 구할 수 있다. Section 12에 의한 구제는 증권 거래의 취소로 볼 수 있다.* Section 12에 따른 청구를 하려면 원고가 피고로부터 직접 증권을 취득하였다는 사실이 인정되어야 하며, 원고와 피고 사이의 직접계약관계(privy)를 엄격하게 요구한다.**

라. 일반적 사기금지조항

미국 증권법 Section 17***과 미국 증권거래법 Section 10(b)****는 일반적인 사기금지조항을 두고 있다. 이러한 사기금지조항은 모든 증권의 어떠한 거래에도 적용될

---

* Stephen J. Choi, A.C. Pritchard, 「Essentials: Securities Regulation」, Aspen Publishers, 285면.

** 법문으로도 "그 자로부터 증권을 취득한 자에게 책임이 있다(...shall be liable ... to the person purchasing such security from him...) 이라고 명시되어 있다. Thomas Lee Hazen, 앞의 책 312면.

*** 15 U.S.C. §77q. 원문은 아래와 같다:

It shall be unlawful for any person in the offer or sale of any securities (including security-based swaps) or any security-based swap agreement (as defined in section 78c(a)(78)[1] of this title) by the use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or by use of the mails, directly or indirectly—

(1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud, or

(2) to obtain money or property by means of any untrue statement of a material fact or any omission to state a material fact necessary in order to make the statements made, in light of the circumstances under which they were made, not misleading; or

(3) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon the purchaser.

**** 15 U.S.C. §78j. 원문은 아래와 같다:

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange—

(a) [생략]

(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered, or any securities-based swap agreement, any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

수 있으며, 실제로 내부자거래, 신인의무 위반거래, 공시의무 위반거래에 널리 이용되고 있다.* 적용범위가 넓은 대신 원고는 보통법상 사기에서 요구되는 피고들의 scienter, 원고의 신뢰(reliance) 및 손해인과관계(loss causation)를 입증하여야 한다.**

2. 추적요건에 관한 기존의 미국 사례

가. Section 11의 청구적격

미국 증권법 Section 11은 위 1.에서 보았듯이 발행시장 부실공시에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 기본적인 조항으로, "그러한 증권을 취득한 자는 누구든지(any person acquiring such security)" 입증책임이 완화된 미국 증권법 Section 11에 따라 손해배상을 구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때의 "그러한 증권(such security)"은 허위사실이 기재된 또는 중요한 사항이 누락된 등록신고서(registration statement)에 기하여 발행된 증권을 의미하며, 이와 같이 부실공시로 공모발행된 증권과 동종의 증권이라도 문제된 등록신고서에 기하여 공모발행된 증권이 아니라면 미국 증권법 Section 11의 대상은 아니라는 것이 미국 법원의 일관된 태도이다.***

이와 같이 미국 증권법 Section 11의 대상이 되는 증권은 공모발행된 증권으로 한정되지만, 실제로 공모절차에서 해당 증권을 취득한 자만 미국 증권법 Section 11에 따라 손해배상을 청구할 수 있는지, 아니면 공모절차 이후 해당 증권의 유통단계에서 해당 증권을 취득한 자도 미국 증권법 Section 11에 따라 손해배상 청구를 할 수 있는지에 대하여는 논란이 있어 왔다. 후자도 Section 11에 의한 손해배상 청구가 가능하다고 하려면, 원고가 보유한 증권이 문제된 등록신고서에 기하여 공모발행된 것이라는 점을 추적(trace)할 수 있어야 한다.

나. 추적요건에 관한 이론

---

* 임재연, 앞의 책 317면.

** Thomas Lee Hazen, 앞의 책 480면.

*** 이 점에 대하여 선구적인 판결은 연방제2항소법원의 Barnes v. Osofsky 사건이다. 이 사건에서 연방제2항소법원은 부실기재 등록신고서에 기하여 발행된 증권의 취득자에 한하여 미국 증권법 Section 11이 적용된다고 판시하였다. Barnes v. Osofsky, 373 F. 2d 269 (2d Cir. 1967). 한편, 연방대법원은 1995년 미국 증권법 Section 12(a)(2)에 따른 청구에 관한 Gustafson v. Alloyd 사건의 방론에서, 미국 증권법 Section 11이 등록신고서에 따라 공모발행된 증권에 한하여 적용된다는 점을 명백히 하였다. Gustafson v. Alloyd Co., Inc. 513 U.S. 561 (1995).

일반적으로 재산의 이전에 관한 “추적”은, 해당 재산을 최종 보유자인 Z가 Y로부터 매수하였고, Y는 X로부터 매수하였고..... 이렇게 재산의 이전과정을 거슬러 최초 소유자인 A의 최초의 매도단계까지 연속하고 있음을 확인하는 작업이다. 그러나 증권의 발행 및 유통과정에서의 특성에 비추어, 원고가 보유한 증권이 문제된 등록신고서에 기하여 공모발행된 것이라는 점을 어떻게 추적(trace)할 수 있는지에 대하여 여러 가지 견해가 제시되었다.*

1) Direct Tracing 이론

이 이론은 원고가 문제된 등록신고서에 의한 공모발행절차에 참여하여 해당 증권을 취득한 경우에만 추적을 인정한다. 곧, 실제로 공모절차에서 해당 증권을 취득한 자에게만 청구적격을 인정하고 유통단계에서 취득한 자에게는 청구적격을 부인하게 된다.

2) Fungible Mass 이론

이 이론에 의하면 문제된 등록신고서에 의하여 새로 발행된 증권의 물량이, 시중에 유통되는 증권의 물량 중 차지하는 비중에 따라, 원고가 보유한 증권 중 청구적격을 가진 물량을 결정한다. 예컨대, 발행주식 100주 중 50주가 허위기재가 포함된 등록신고서에 기하여 공모발행된 물량이라면, 원고는 소유주식 중 50%에 대하여 Section 11에 따라 손해배상을 구할 수 있다.

3) Contrabroker 이론

원고가 증권을 취득한 증권회사(중개업자)가 해당 공모발행 증권의 시장조성인(market maker)로부터 증권을 취득한 사실만 입증하면, 해당 증권 취득분은 해당 공모발행에 추적이 된다고 본다.

4) Heritage 이론

원고가 취득한 증권의 일련번호가 해당 공모발행에 따른 증권의 일련번호와 일치하면 추적에 성공했다고 본다.

그런데 이 중 2), 3), 4)의 이론은 모두 증권 거래의 실제와 거리가 멀다는 비판

* 아래 견해들의 소개는 Paul C. Curnin, Christine M. Ford, 앞의 논문 162-163면.

을 받았다.* 2)의 Fungible Mass 이론에 의하면 동종의 증권을 취득한 자는 항상 일정 비율에 대하여 손해배상이 가능하게 되는 결과가 되며, 2)에 의하면 공모단계의 인수인(underwriter)이었던 증권회사로부터 동종의 증권을 취득한 자는 모두 손해배상이 가능하게 되는, 청구적격을 지나치게 넓히는 결과가 된다.** 또한 3)은 증권 실물이 발행되어 거래에 이용되는 것이 아니라는 거래 실정을 무시하는 이론이다. 결국 1)의 이론만이 상식적으로 납득할 수 있으며, 그 결과는 유통단계에서의 증권취득자에게 Section 11에 의한 청구적격을 인정하지 아니하는 것과 동일하게 된다는 것이다.

다. 추적요건에 관한 미국 사례

미국 증권법 Section 11의 청구적격에 관한 명시적인 연방대법원의 판단이 없는 상황에서, 유통단계에서의 증권취득자에게 Section 11에 의한 청구적격을 인정할 것인지, 인정한다면 어떻게 추적을 허용할 것인지에 대하여 미국 법원의 태도는 다양하게 나오고 있다.***

1) 추적을 인정하지 않은 사례

Gustafson 판결 직후에는 Gustafson 판결에 의한 연방대법원의 입장을 공모 단계에서 증권을 취득한 자에 한정하여 미국 증권법 Section 11의 청구적격을 인정하는 것으로 해석한 판결들이 나왔다.**** 이 판결들에 의하면 유통단계에서의 증권취득자는 자신이 보유한 증권이 문제된 등록신고서에 의하여 공모발행된 것임을 추적하더라도 Section 11에 의한 청구를 할 수 없다.

2) 추적을 인정한 사례

그러나 증권집단소송이 활발해지면서 추적을 인정하여 유통단계에서의 증권취득자에게 Section 11에 의한 청구를 허용하는 것이 Gustafson 판결과 배치되지 않는다고 해석하는 판결들이 나왔다.

---

* 연방대법원의 Gustafson 판결 이전에 연방제8항소법원은 Kirkwood v. Taylor 사건에서 이러한 사유로 추적을 허용하더라도 Direct Tracing 만을 인정하여야 한다고 판시하였다. Kirkwood v. Taylor, 760 F.2d 772 (8th Cir. 1985)

** Kirkwood v. Taylor, 760 F.2d 772 (8th Cir. 1985)

*** 이하에서는 연방대법원의 Gustafson 판결 이후의 사례들에 한정하여 살펴본다.

**** Gould v. Harris, 929 F. Supp. 353 (C.D. Cal. 1996); Gannon v. Continental Insurance Co., 920 F. Supp. 566 (D.N.J. 1996)

연방제9항소법원은 1999년 Herzberg 사건에서 Section 11의 "그러한 증권을 취득한 자는 누구든지(any person acquiring such security)"의 "누구든지(any person)"에 주목하여, 허위사실이 포함된 등록신고서에 기하여 발행된 증권을 취득한 자는 그 증권을 언제 취득하였는지 상관없이 Section 11에 따라 손해배상을 청구할 적격이 있다고 판단하였다.* 연방제10항소법원의 Joseph v. Wiles 사건도 Herzberg 판결의 취지에 따랐으며,** 같은 취지의 사례를 더 찾아볼 수 있다.***

Herzberg 사건에서는 발행인인 Dignity Partners, Inc.의 주식 전부가 단 1회의 공모로 발행되었기 때문에, 그러한 공모를 위한 등록신고서에 허위기재가 있다고 주장하는 원고가 보유한 Dignity Partners, Inc.의 주식 전량은 해당 등록신고서에 기하여 발행된 것일 수밖에 없었다. 따라서 원고의 Section 11에 따른 청구적격이 인정되는 데에 문제가 없었다. Resenzweig 사건도 동일하게 단 1회의 주식발행만이 있어 추적이 쉽게 인정되었다. Joseph v. Wiles 사건에서는 전환사채의 공모발행을 위한 등록신고서에 중요사실을 누락하였음을 근거로 전환사채 투자자가 Section 11에 따른 손해배상을 청구하였는데, 이 회사는 전환사채를 단 1회 발행하였으므로 원고가 보유한 전환사채가 해당 등록신고서에 기하여 발행된 것으로 인정되었다.

3) 추적에 실패한 사례

허위사실이 포함된 등록신고서에 기하여 발행된 증권을 취득한 자는 그 증권을 언제 취득하였는지 상관없이 Section 11에 따라 손해배상을 청구할 적격이 있다고 인정하더라도, 실제 원고가 보유한 주식이 해당 등록신고서에 기하여 발행된 것임을 추적하는 데에 실패하면, 해당 원고는 Section 11에 의한 청구적격이 인정되지 않는다.

Krim v. pcOrder.com 사건****에서는 회사가 주식을 2회 공모발행하였으며, 공모 이전에 회사의 내부자에게 발행된 주식도 있었다. 공모 발행된 주식은 모두 Cede & Co. 명의로 발행되어 예탁되었으며,***** 공모 후 일정기간이 경과한 이후에는 공

---

* Hertzberg v. Dignity Partners, 191 F.3d 1076 (9th Cir. 1999)

** Joseph v. Q.T. Wiles, 223 F.3d 1155 (10th Cir. 2000)

*** Lee v.Ernst Young, LLP, 294 F.3d 969 (8th Cir. 2002); DeMaria V. Anderson, 318 F.3d 170 (2d Cir. 2003); Rosenzweig v. Azurix Corp., 332 F.3d 854 (5th Cir. 2003) 등.

**** Krim v. pcOrder.com Inc., 402 F.3d 489 (5th Cir. 2005)

***** 우리나라에서 주식을 발행할 때 예탁결제시스템에 따라 증권예탁원 명의로 발행하고 증권예탁원에 예탁 후 계좌대체로 거래하는 것과 유사하다.

모 이전에 내부자에게 발행되었던 주식도 Cede & Co. 명의로 예탁되었다. 연방제5항소법원은 내부자에게 발행된 주식이 예탁되기 이전에 예탁된 주식을 취득한 원고들에 대하여는 Section 11에 의한 청구적격을 인정하였지만, 내부자에게 발행된 주식이 예탁된 시점 이후에 유통시장에서 주식을 취득한 원고들에 대하여는 Section 11에 의한 청구적격을 부정하였다. 공모 이전에 내부자에게 발행된 주식을 해당 원고가 취득하였을 가능성을 완전히 배제할 수 없었기 때문이다.

3. In re Century Aluminum Co. 사건

가. 개요

위 2.에서 보았듯이, 유통시장에서 증권을 취득한 자에게도 연방 증권법 Section 11에 의한 청구적격을 인정할 것인지, 인정한다면 해당 증권이 허위사실이 기재되거나 중요사항이 누락된 등록신고서에 기초하여 발행된 것임을 어떻게 추적할 수 있는지에 대하여 연방대법원이 명시적으로 판단을 내린 적은 없으며, 법원마다 구체적인 사안별로 나름의 판단을 하고 있는 상황이다.

2013년 연방제9항소법원은 In re Century Aluminum Co. 사건에서 미국 증권법 Section 11의 청구적격에 대하여 판단을 내렸는데, 연방대법원의 판단은 아니지만 어느 범위에서 추적을 허용하는지에 대해 기준을 제시하였다.

나. 사안의 소개

1) 사실관계

Century Aluminum Co.는 2009년 1월에 등록신고서를 제출하고 주식을 공모발행하였는데, 발행일자는 1월 28일이었다. 해당 공모절차에서 발행한 주식의 수는 2억 4500만주였으며, 해당 유상증자 이전에 이미 4900만주가 발행되어 유통되고 있었다. Century Aluminum Co.의 해당 등록신고서에 허위기재가 있음을 주장하여 증권집단소송이 제기되었다. 원고들 중 일부는 2009년 1월말 Century Aluminum Co.의 주식을 취득하였는데, 해당 공모발행절차에 응모하여 취득하였음을 입증하지는 못하였다. 증권집단소송의 본안에 앞서, 해당 원고들에게 Section 11에 의한 청구적격이 인정되는지가 다투어졌다.

2) 추적요건에 대한 원칙

일단 연방제9항소법원은 유통시장에서 주식을 취득한 자도 해당 주식이 문제된

등록신고서에 기하여 발행된 것임을 추적할 수만 있다면 연방 증권법 Section 11에 의한 청구적격이 인정된다고 보았다. 그 다음으로, 이 사건에서는 공모에 따른 신주발행 이전에 유통되고 있던 주식(구주)이 있었으므로, 원고들로서는 원고들이 취득한 주식이 구주가 아닌 신주라는 점을 입증하여야 한다고 보았다.

법원은 원고들이 보유한 주식이 문제된 증권신고서에 기한 것임을 추적하는 방법으로 (i) 원고가 공모발행절차에 참여하여 주식을 취득하였다는 사실을 입증하거나, (ii) 원고가 공모절차가 끝난 후 유통시장에서 주식을 취득하였지만, 해당 주식이 공모발행된 주식과 동일한 것임을 추적할 수 있으면 된다고 보았다. (ii)의 추적 방식은 원고가 주식을 취득한 거래로부터 발행된 주식이 최초로 처분된 거래까지의 일련의 거래를 연속적으로 추적하여야 하는데, 중개업자를 통하여 주식을 거래할 때에는 누가 누구로부터 몇 주를 사는지 명확히 구분하지 않고 중개업자가 보유한 주식 전체에 대한 공유지분을 가지는 것으로 처리하며, 신주와 구주를 구분하지 않는다는 점에서 추적이 매우 어렵다고 보았다. 다만 발행인이 동종의 증권을 오로지 1회의 등록신고서에 기하여 발행하였다면, 해당 증권을 취득한 자는 유통시장에서 취득하였든 발행시장에서 취득하였든 묻지 않고 Section 11 청구적격이 인정될 것이다.

3) 추적요건에 대한 원고들의 주장과 법원의 판단

이에 원고들은 우선, 원고들은 주식을 1월 28일과 1월 30일에 취득하였는데, 1월 28일은 등록신고서에 따른 공모발행절차가 완료된 날로 신주가 바로 유통시장에서 거래될 수 있었고, 당시의 거래가격과 거래량을 보면 공모발행된 주식이 유통시장으로 유입되었음을 인정할 수 있다고 주장하였다. 또한 신주발행 물량과 구주의 수량을 비교할 때, 원고들이 취득한 주식 중 일정 비율 이상은 신주일 가능성이 크다고 주장하였다 (Fungible Mass 이론에 유사한 주장).

다음으로, 원고들은 해당 주식을 Citigroup을 통하여 취득하였는데, 당시 Citigroup은 Century Aluminum의 공모절차의 인수인인 Morgan Stanley 와 특수관계에 있었으므로, 원고들이 매입한 주식이 공모에 따라 발행된 신주이었을 가능성이 크다고 주장하였다 (Contrabroker 이론에 유사한 주장).

그러나 법원은, Section 11을 근거로 증권관련집단소송을 제기하려면 원고들이 보유한 주식이 문제된 공모발행에 추적될 수 있다는 점이 주장 자체로 타당성이 있어야 하고 (plausible), 단순히 가능한 정도(mere possible)로는 충분하지 않다고

파단하였다. 원고들의 주식 취득일자와 금액, 당시의 주식물량에 근거한 주장에 관하여는, 원고들의 주장 자체로도 원고들이 취득한 주식이 구주일 가능성이 여전히 존재한다는 이유로, 타당성 (plausible) 정도의 입증에 실패하였다고 보았다.

다음으로, 원고들의 중개업자와 인수인의 관계에 근거한 주장에 대하여는, 역시 원고들의 주장 자체로 Citigroup이 취득한 신주를 원고들에게 팔았을 가능성도 있지만, Citigroup이 회사의 구주를 보유하고 있었을 수도 있고 그 구주 부분을 원고들에게 팔았을 가능성도 여전히 존재한다는 이유로, 역시 타당성 (plausible) 정도의 입증에 실패하였다고 보았다.

다. 평가

1) 추적요건에 대한 입장의 정리

위 2.에서 보았듯이 연방 증권법 Section 11에 따른 청구적격을 발행시장에서 증권을 취득한 자로 한정한 사례들도 있었으나, 2000년대 이후로는 유통시장에서 증권을 취득한 자에게도 청구적격을 인정하는 것이 대부분의 법원의 태도로 보인다. 다만 유통시장에서 증권을 취득한 자가 손해배상 청구를 하려면 해당 증권이 허위기재 또는 중요사항이 누락된 등록신고서에 기하여 발행된 것임을 추적할 수 있어야 하는데, 이러한 추적의 방식에 대하여 In re Century Aluminum 판결은 일응의 기준을 제시하고 있다.

문제된 종류의 증권이 모두 문제된 등록신고서에 기하여 공모발행되었다면 별도의 입증없이 원고가 해당 종류의 증권을 취득한 사실만으로 추적요건을 충족하였다고 본다. 그러나 문제된 종류의 증권이 문제된 등록신고서에 의한 공모발행 이전이나 이후에도 발행된 사실이 있다면, 자신이 취득한 증권이 이 중 허위기재가 포함된 바로 그 등록신고서에 의하여 발행된 것임을 추적할 수 있어야 하고, 그 전에 이미 발행된 주식이나 그 이후 발행된 주식이 아님을 입증하여야 한다. In re Century Aluminum 판결의 입장은, 이 부분의 입증에 있어 Fungible Mass 이론이나 Contrabroker 이론으로는 입증을 허용하지 않음을 확인하였다.

2) 증권집단소송의 경우 입증의 정도

추적요건은 개별 소송에도 적용되지만, 집단소송에서는 더 중요한 의미를 가진다. 연방 증권법 Section 11에 따른 증권집단소송의 경우 총원을 “허위기재 또는 중요사항이 누락된 등록신고서에 기하여 발행된 증권을 취득한 자”로 하여 집단소

송을 제기한다면, 증권집단소송을 직접 제기한 대표당사자인 원고들이 추적의 입증에 실패하더라도 총원에 해당하는 자가 존재할 수 있기 때문에* 본안을 진행할 수 있고 다만 승소 후 분배 과정에서 추적에 성공한 투자자들에게 한정하여 분배를 하면 충분하다는 주장이 있을 수 있다. 반면, 해당 대표당사자인 원고들이 추적 입증에 실패한다면 해당 원고들은 대표당사자로서의 적격을 상실하기 때문에 본안으로 진행하지 않고 집단소송 전체를 각하하여야 한다는 주장도 가능하다.

In re Century Aluminum 판결은 총원을 대표하여 집단소송을 제기하는 원고들의 추적요건이 주장 자체로 가능한 정도(possible)로는 충분하지 않고 타당성(plausible)이 인정되어야 하며, 타당성이 인정될 수 있는 사실관계가 입증되지 않으면 집단소송을 각하하여야 한다고 보았다. In re Century Aluminum 판결에서는 당사자요건(statutory standing)은 당사자의 주장을 기초로 판단하지만, 주장 자체로도 다른 가능성이 인정되는 경우 - 즉, Fungible Mass 이론이나 Contrabroker 이론에 의하면 원고의 주장 자체로도 원고가 취득한 주식이 구주일 가능성 역시 배제되지 아니한다 - 에는 집단소송을 각하하여야 한다는 것이다.

이러한 In re Century Aluminum 판결의 입장은, 집단소송이 지나치게 남발되는 것을 저지하는 효과가 있을 수 있다.

3) In re Century Aluminum 이후

In re Century Aluminum Co. 사건은 연방제9항소법원의 판결로, 다른 연방법원에 구속력을 가지는 것은 아니다. 실제로 2014년과 2015년에 In re Century Aluminum Co. 판결에 따르지 않는다고 명시한 판결이 나왔다.** 특히 Ubiquity Networks 사건에서는, 부실공시 등록신고서에 따른 공모 이전에 발행된 구주가 있었으나, 이들 중 상당수가 전매금지특약(Lock-Up Agreement)으로 처분이 제한되고 있었고, 원고가 해당 회사의 주식을 취득한 시기가 그러한 처분제한기간 동안이었음을 이유로 집단소송을 허용하였다. In re Century Aluminum 판결의 입장에 따른다면 공모 전의 구주 전체가 처분이 제한된 경우가 아니라면 집단소송을 각하하여야 하는데, Ubiquity Networks 사건에서는 Fungible Mass 이론에 유사한 논리로 집단소송을 허용하였다.

---

* 부실기재 등록신고서에 따라 증권을 최초로 취득한 자들이 전원 주식을 전부 매도하였을 가능성은 매우 낮다.

** In re Ariad Pharmaceuticals Securities Litigation, 98 F.Supp.3d 147 (D. Mass. 2015); In re Ubiquity Networks, Inc. Securities Litigation, 33 F.Supp.3d 1107 (N.D.Cal. 2014)

4. 추적요건에 대한 비판

발행시장 공시의무 위반에 따른 피해자들의 사적 구제를 용이하게 하는 것은, 발행시장 공시의무를 효과적으로 강제하는 수단으로 기능할 뿐만 아니라, 구체적으로 피해자들을 구제한다는 면에서도 중요하다. 그런데 피해자에게 누구의 어떤 잘못으로 피해자에게 얼마의 손해가 발생하였으며 그 사이에 인과관계가 존재한다는 점을 모두 입증하라고 한다면, 소액 다수의 피해자들에게 사실상 배상책임을 묻기 어렵게 하는 것이므로,* 손해배상 특칙을 규정할 필요성이 있다. 반면, 이러한 손해배상 특칙의 이용을 입법자의 의도 이상으로 인정한다면, 발행시장을 이용하는 발행인 쪽에 지나친 부담이 부과된다.

미국 연방 증권법 Section 11의 손해배상 특칙의 전반적인 구조에 의하면, 유통시장에서 사후적으로 증권을 취득한 자에게까지 청구를 허용하는 것을 입법자가 예정한 것으로 판단된다.**

즉, Section 11(a) 후단에서는 발행인이 등록신고서 이후 사업보고서 등 12개월 이상의 기간에 대한 earning statement를 공시하였다면, 그 이후에 증권을 취득한 자는 등록신고서를 신뢰하여 증권을 취득하였음을 입증하도록 되어 있다.*** 그런데 공모 이후의 기간에 대하여 earning statement가 공개된 이후에 증권을 취득한 자는, (i) 원래의 부실기재 등록신고서에 기초하여 증권을 취득한 것으로 평가되거나 (ii) 새로 공시된 earning statement에 기반하여 증권을 취득하였을 것이다. (ii)의 경우는 연방 증권거래법에 따라 책임을 지울 수 있고 연방 증권법 Section 11에 따라 책임을 물을 것은 아니며, (i)을 주장하는 경우에는 Section 11(a) 후단에 따라 입증책임을 원고에게 부담시키는 것이다. 이러한 Section 11(a) 후단의 배경에는 등록신고서 제출에 따른 공모절차에서 증권을 취득한 자 뿐만 아니라, 그 이후에 유통단계에서 증권을 취득한 자도 Section 11에 따른 청구가 가능하다는 것이 전제되어 있다.****

또한 Section 11(e)에서는 손해배상액 계산과 관련하여 취득가와 처분가의 차액

---

* 한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 I (개정판)」 636면.

** Hertzberg v. Dignity Partners 사건에서 법원은 Section 11의 전체적인 구조에 의하면 "그러한 증권을 취득한 자는 누구든지(any person acquiring such security)"는 발행시장에서 직접 취득한 자로 한정되는 것으로 볼 수 없다고 보았으며, 추적요건을 인정하는 판결들은 대부분 이 점을 인정하고 있다.

*** 15 U.S.C. §77k(a) 후단. 각주 12 참고.

**** Hertzberg v. Dignity Partners, 191 F.3d 1076 (9th Cir. 1999)

을 손해배상액으로 인정하면서, 취득가에 대하여 "증권이 공모된 금액을 초과하지 못한다(not exceeding the price at which the security was offered to the public)"는 제한을 두고 있다.* 공모절차에서 증권을 취득한 자로 원고적격을 제한한다면, 증권의 취득가는 당연히 증권의 공모가와 동일하게 될 것이므로, 위와 같은 상한을 별도로 규정할 이유가 없다.** 즉, 이 제한은 증권의 공모발행이 종료한 후 공모가보다 높은 가격으로 증권을 취득한 유통시장 취득자가 손해배상 청구를 하는 것을 예정하고 만들어진 제한이다.

이와 같은 미국 증권법 Section 11의 체계를 전반적으로 고려하였을 때, 유통시장에서의 증권 취득자에게 Section 11의 원고 적격을 인정하는 것은 입법자의 의도에 부합하는 것으로 생각된다.***

그러나, 유통시장에서의 증권 취득자가 Section 11의 손해배상 청구를 하기 위해서는 결국 추적 요건을 충족하여야 하는데, 입증이 사실상 불가능한 정도의 추적요건을 요구한다면, 이는 결국 유통시장에서의 증권 취득자에게 Section 11의 손해배상 청구를 허용하지 않는 결과로, 입법자의 의도에 반하게 된다.**** 특히 증권집단소송에서 제소요건으로 추적요건에 대한 강한 입증을 요구하는 것은 발행시장 공시에 따른 손해배상을 집단소송으로 청구하기 어렵게 하는 효과가 있는데, 입법자의 정책적 판단에 따른 것이 아닌 법원의 논리만으로 집단소송의 허용 범위를 결정하는 것이 바람직한 것인지는 의문이다.

In re Century Aluminum 판결 이후 이를 따르지 않고 완화된 기준으로 추적요건의 입증을 허용하는 판결이 나오고 있는 이유도 이러한 우려에 기인하는 것으로 보인다.

---

* 15 U.S.C. §77k(e)

** Hertzberg v. Dignity Partners, 191 F.3d 1076 (9th Cir. 1999)

*** 이러한 해석이 추적요건을 인정하는 미국 법원들의 태도이다. 물론, 이에 대하여 추적요건을 인정하면 안되고 Section 11의 청구적격을 발행시장에서 증권을 취득한 자로 한정하여야 한다는 견해는 이러한 조문에 대하여 다른 해석을 시도한다. Paul C. Curnin, Christine M. Ford, 앞의 논문 188-189면 참고.

**** 다만, 연방 증권법 Section 11의 청구적격이 부정된다고 하여 유통시장에서 증권을 취득한 자들의 사적 구제가 전혀 불가능한 것은 아니다. 대체로 이러한 경우에는 연방 증권법 Section 17 또는 연방 증권거래법 10(b)에 따라 손해배상을 구할 수 있다고 본다. 다만 연방 증권법 Section 17 또는 연방 증권거래법 10(b)의 경우에는 피고의 scienter, 원고의 신뢰, 인과관계 등의 입증책임이 피해자에게 부과된다.

Ⅲ. 우리나라에의 시사점

1. 부실공시 관련 우리나라 증권소송의 개요

가. 개요

우리 자본시장법의 발행시장 공시의무 위반에 따른 손해배상 조항으로 자본시장법 제125조 및 제126조가 있다. 유통시장 공시의무 위반에 따른 손해배상 조항으로는 제162조가 별도로 규정되어 있다. 또한 일반적인 사기적 부정거래행위의 금지조항인 제178조를 위반한 경우, 제179조에서 손해배상 책임을 규정하고 있다.

주권상장법인이 발행한 증권의 매매 그 밖의 거래로 인한 자본시장법 제125조, 제162조(제161조에 따른 주요사항보고서의 경우는 제외), 제179조에 따른 손해배상 청구에 대하여는 증권관련집단소송법에 따라 집단소송이 가능하다(동법 3조).

나. 제125조에 의한 청구

자본시장법 제125조에 의한 손해배상 특칙은 미국 연방 증권법 Section 11에 상응하는 조항이다. 즉, 증권신고서와 투자설명서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 증권의 취득자가 손해를 입은 경우에는 법정 책임자에 대하여 손해배상을 구할 수 있다.

제125조 제1항 각호에서는 손해배상책임자를 열거하고 있는데, 원고는 이들의 위법행위를 주장하거나 입증할 필요가 없으며, 이들이 “상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명”하는 경우 손해배상책임을 면하게 함으로써, 입증책임을 전환하고 있다.*

제126조에서는 손해배상액을 추정함으로써, 손해인과관계에 관한 증명책임을 전환하여 원고의 손해배상 청구가 용이하도록 하고 있다.**

다. 제162조에 의한 청구

제162조는 사업보고서, 반기보고서, 분기보고서, 주요사항보고서의 유통시장 공시에 허위기재 또는 중요사항 누락에 대하여 손해배상 책임을 규정하고 있다. 제162조에서는 제125조와 유사하게 배상의 책임을 질 자가 “상당한 주의를 하였음

---

* 주석 자본시장법, 647면.
** 주석 자본시장법, 651면.

에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명"하는 경우 손해배상책임을 면하게 함으로써, 입증책임을 전환하고 있으며, 손해배상액도 추정하여 손해인과관계에 관한 증명책임을 전환하고 있다.*

한편, 제159조에서는 증권을 공모하거나 상장한 회사를 포함하여 일정한 자에게 유통시장 공시의무를 부과하고 있다.

라. 제179조에 의한 청구

제178조는 미국 연방 증권거래법 10(b)에 상응하는 포괄적인 금지규정으로, "부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위"(1항 1호), "중요한 사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위"(1항 2호), "풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행이나 협박"(2항) 등이 금지된다. 이러한 제178조에 위반한 자는 제179조에 따라 "금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 한 자가 그 매매, 그 밖의 거래에 관련하여 입은 손해"를 배상할 책임이 있다.

제179조의 손해배상 책임조항에는 입증책임의 전환이 없으며, 따라서 피해자가 원고로써 위반자의 위법행위의 존재와 손해와의 인과관계까지 모두 입증책임을 부담한다.**

마. 민법 제750조에 의한 청구

자본시장법의 손해배상 특칙에 불구하고 민법 제750조에 의한 손해배상청구가 가능한지의 문제가 있다. 자본시장법의 손해배상 특칙에 단기시효를 규정한 취지에 비추어 보면 민법 제750조를 배제하는 것으로 해석될 여지가 있으나, 우리 법원은 자본시장법의 손해배상 책임과 민법 제750조의 불법행위에 기한 손해배상 책임은 청구권 경합으로, 피해자가 양 청구권을 모두 행사할 수 있다고 보고 있다.***

민법 제750조에 따른 손해배상을 청구하는 경우에는 자본시장법에 따른 입증책임의 전환의 혜택을 누릴 수 없고, 원고가 손해배상 청구의 요건사실을 모두 입증하여야 한다.

---

* 주석 자본시장법, 806면.
** 주석 자본시장법, 1177면.
*** 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결 등.

바. 평가

입증책임 전환이 인정되는 자본시장법 제125조 및 제162조의 손해배상특칙을 이용하면 피해자가 손해배상을 청구하기가 용이하다. 그러나 제125조 및 제162조의 손해배상특칙은 각각 증권신고서·투자설명서의 부실기재 또는 사업보고서·반기보고서·분기보고서·주요사항보고서의 부실기재가 전제가 되므로, 공모에 해당함에도 불구하고 증권신고서를 제출하지 않은 경우나, 공모 후 최초의 사업보고서 등의 제출 이전의 기간 동안 거래를 한 경우에는 이용하기 어렵다.

2. 유통시장 취득자의 손해배상 청구적격

가. 개요

발행시장 공시의무 위반에 따른 손해배상 특칙인 자본시장법 제125조에서는 "증권의 취득자"가 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하는데, 이러한 취득자가 발행시장에서의 취득자에 한정되는지, 아니면 유통시장에서 증권을 취득한 자도 포함되는지의 문제가 있다.

나. 견해의 대립

"증권의 취득자"라는 문구만으로는 유통시장에서 증권을 취득한 자도 포함되는지가 분명하지 않다. 한편, 유통시장에서의 취득자도 두 가지로 구분할 수 있다:

1) 발행시장에서의 증권 취득자로부터 직접 증권을 취득한 자

제125조의 "증권의 취득자"를 발행시장에서의 취득자로 제한하여 해석하는 견해에서는, 이러한 자가 증권을 유통시키는 경우의 전득자는 제125조의 손해배상 청구권자가 아니라고 본다.*

반면, 발행시장에서의 증권취득자로부터 직접 거래를 통하여 증권을 취득한 자에 대하여도 제125조의 청구권을 인정하여야 한다는 견해가 있는데, 그 논거로는 우리 자본시장법 제125조에서 해당 전득자를 명시적으로 배제하지 않고 있고, 증권신고서는 공모가 완료된 이후에도 계속 공시되어 유통시장의 가격 형성에도 영향을 미치며, 부실기재로 손해를 입었다는 점에서 제1차 취득자와 그 이후의 취득

* 주석 자본시장법, 641면.

자를 차별할 합리적인 이유가 없고, 유통시장 공시 등 다른 공시규정에 비추어 볼 때 유통시장에서 증권을 매수한 투자자까지 보호하는 것이 법의 취지에 부합한다고 한다.*

2) 유통시장에서의 증권 취득자 일반

발행시장에서 발행된 증권을 전득한 자로 한정하지 않고, 발행시장에서 발행된 증권과 동종의 증권을 유통시장에서 취득한 자를 제125조의 "증권의 취득자"에 포함시킬 수 있는지의 문제가 있다.**

실제로 증권신고서를 제출한 법인은 이제 제159조에 의하여 유통시장 공시의무를 부담하기 때문에, 유통시장 공시에 부실기재가 있고*** 그 이후에 증권을 취득하였다면 제162조에 따라 손해배상을 구하면 된다. 유통시장에서의 증권 취득자 일반에게 제125조가 적용된다고 해석하면, (i) 공모 후 최초의 유통시장 공시 이전에 증권을 취득한 자에게 손해배상 특칙이 허용되고, (ii) 발행시장 공시에 허위사실의 기재 또는 중요사항의 누락이 있었으나 유통시장 공시에는 부실기재가 없는 경우에도 증권의 거래자에게 손해배상 특칙이 인정되는 효과가 있다. 특히 (i)과 관련하여서는, 최초의 정기공시 이전에는 발행시장 공시서류 및 그에 기반하여 형성된 발행시장의 가격이 유통시장에서의 가격 형성과 거래의 근거가 되므로, 이를 인정하여야 한다는 주장이 있다.****

다. 법원의 태도

자본시장법 이전의 증권거래법에서는 발행시장 공시의무 위반에 대하여는 제14조에서 손해배상의 특칙을 두고 있었으며, 유통시장 공시의무 위반에 대하여는 제

---

* 주석 자본시장법 641면; 임재연,「자본시장법 (2015)」(박영사), 434면; 김건식·정순섭, 「자본시장법 (제3판)」(두성사), 237면; 김용재, 「자본시장과 법 (상)」고려대학교 출판부, 254면; 김병연·권재열·양기진, 「자본시장법」(박영사), 216면. 우리 거래소의 거래구조상 장내에서 거래가 이루어진 경우에는 거래된 것이 구주인지 신주인지, 누구로부터 주식을 취득한 것인지를 확인할 수 없으므로, 이 견해에서 "유통시장에서의 전득자"는 결국 최초의 취득자로부터 증권을 장외거래로 취득한 자, 상속 등 포괄승계로 취득한 자 등 누구로부터 주식을 취득하였는지 확인할 수 있는 경우로 한정된다. 그렇다면 이는 미국 판례에서 인정하는 추적요건의 입증에 성공한 유통시장 취득자와 범위가 유사하게 된다.

** 주석 자본시장법 642면.

*** 부실기재의 항목에 따라 다르겠지만 일반적으로는 발행시장 공시사항에 부실기재가 있었다면 그 이후의 유통시장 공시사항에도 부실기재가 계속될 가능성이 크다.

**** 김정수,「자본시장법원론」, 443면.

186조의5*에서 제14조의 발행시장 공시의무 위반에 대한 손해배상 특칙을 준용하고 있었다.

대법원은 증권거래법 적용당시 발행시장 공시서류의 부실기재를 이유로 유통시장에서 증권을 취득한 자가 구 증권거래법 제14조의 책임을 구할 수는 없다는 입장을 취하고 있었다.** 당시 증권거래법상의 발행시장과 유통시장에서의 공시책임은 엄격하게 구분되고, 특히 구 증권거래법 제14조의 손해배상 책임 규정은 "법이 특별히 책임의 요건과 손해의 범위를 정하고, 책임의 추궁을 위한 입증책임도 전환시켜 발행시장에 참여하는 투자자들을 보호하기 위하여 규정한 조항"임에 비추어, 구 증권거래법 제14조의 적용범위를 제한하겠다는 입장이었다.

그러나 대법원은 2008년 이후 "구 증권거래법 제14조에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 사람은 모집 또는 매출에 의하여 '발행시장'에서 유가증권을 취득한 사람에 한정되는 것이 아니고, '유통시장'에서 유가증권을 취득한 사람도 포함한다"고 판시하였다.*** 그러나 이 사안들은 발행시장 공시서류에 부실기재가 있었던 경우가 아니라 유통시장 공시에 부실기재가 있었던 사안에 대하여 구 증권거래법 제186조의5에 따라 준용되는 제14조의 적용 여부가 문제된 사안으로, 실제로 발생시장 공시의무 위반을 이유로 유통시장에서 증권을 취득한 자가 구 증권거래법 제14조에 따라 손해배상을 구할 수 있다고 본 사안은 아니어서, 방론에 불과한 것으로 해석될 여지가 있다.****

라. 추적요건과의 비교

---

* 동 조문은 1997. 1. 13. 증권거래법 개정으로 신설되었다.

** 대법원 2002. 5. 14. 선고 99다48979 판결; 2002. 9. 24. 선고 2001다9311 판결. 한편, 이 두 사안에서는 부실공시에 기한 손해배상뿐만 아니라 시장조성의무를 위반하였음을 이유로 손해배상을 구하였는데, 법원은 시장조성의무가 증권의 공모와 관련하여 부과된 것이어도 시장조성 포기로 인한 손해배상을 구할 수 있는 자는 발행시장에서 증권을 취득한 자와 그들로부터 해당 증권을 특정하여 직접 인수한 자 모두로 인정하였으며, 다만 공개된 유통시장에서 불특정주식을 매수한 자는 제외한다고 판단하였다. 이러한 법원의 시장조성의무에 따른 청구적격에 대한 태도는 미국 판례에서 인정하는 추적요건 입증에 성공한 유통시장 취득자와 유사하다.

*** 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다31751 판결; 2010. 8. 19. 선고 2008다92336 판결.

**** 변제호 외 5인, 「자본시장법(제2판)」(지원출판사), 435면에서는 해당 대법원 판결들의 의미를 해석하는 데에도 견해가 갈리고 있음을 지적한다. 또한 최근의 하급심판결에서는 자본시장법 제125조는 발행시장에서의 증권 취득자로 제한하고, 발행시장과 유통시장 모두에서 증권을 취득한 자는 자본시장법 제125조 (대한해운 사건) 또는 민법 750조 및 자본시장법 제64조(금융투자업자의 손해배상책임)에 기하여 책임을 구할 수 있지만(중국고섬 사건), 유통시장에서만 증권을 취득한 자에 대하여는 인과관계를 부정하였다. 대한해운 사건은 서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012나80103 판결, 중국고섬 사건은 서울남부지방법원 2014. 1. 17. 선고 2011가합18490 판결. 변제호 외 5인, 앞의 책 436면에서 재인용.

일견, 최소한 발행시장에서의 증권취득자로부터 직접 거래를 통하여 증권을 취득한 자에 대하여 제125조의 청구권을 인정하여야 한다는 견해는, 미국 증권소송에서 논의되는 추적요건을 인정하는 것처럼 보인다. 발행시장에서 발행된 증권을 장외에서 취득하거나, 포괄승계를 통하여 취득하는 경우에는 그러한 증권이 발행시장에서의 부실공시로 발행된 증권에 해당함을 추적할 수 있으므로, 미국 증권소송에서 인정하는 추적요건을 도입한 것과 동일한 효과가 있다. 그러나 집중예탁제도 및 전부상장주의를 택하고 있는 현행 증권시장 제도에서 부실공시로 발행된 증권을 취득한 것임을 추적하는 것은 본질적으로 불가능하다.* 결국 해석으로 미국 증권소송의 추적요건을 도입한다 하여도 장외거래나 포괄승계 이외의 경우에는 추적이 불가능하므로, 발행시장 공시의무 위반에 대하여 유통시장에서 증권을 취득한 자가 제125조에 따라 손해배상 청구를 할 수 있는 경우는 매우 제한적일 수밖에 없다.

반면, 최근에는 전통적인 주식 이외에도 다양한 증권이 발행되고 유통되는데, 이러한 경우에는 추적요건 입증에 대한 미국 판례의 태도는 시사하는 점이 크다. 회사형 펀드, 유동화전문회사나 SPAC 등의 특수목적기구를 설립하면서 증권을 공모하는 경우나 전환사채, 회사채, 수종의 주식을 공모하는 경우에는 해당 증권은 전량 동일한 증권신고서에 기하여 발행된 것이므로, 유통시장 취득자도 주장만으로 추적요건을 입증할 수 있다. 현재의 법원의 태도만으로는 이러한 범위의 추적요건 입증을 허용하여 유통시장 취득자에게 손해배상을 허용하는 것인지가 분명하지 않다.

3. 개선방안

가. 현행 법체계상 유통시장 취득자의 보호 가능성

현행법의 해석론에 의할 때, 발행시장 부실기재와 관련하여 발행시장 취득자 이후의 취득자는 다음과 같이 구분할 수 있다: ① 발행시장 취득자로부터 해당 증권을 장외에서 전득한 자; ② 위 ①의 자로부터 해당 증권을 장외에서 전득한 자 및 다시 이러한 자로부터 해당 증권을 전득하였음을 분명히 입증할 수 있는 자; ③ 장내에서 동종 증권을 취득하였으나 문제된 증권신고서에 따라 발행된 증권 이외의 동종 증권이 존재하지 아니하거나 유통되지 아니함이 분명하여 문제된 증권신

* 임재연, 자본시장법 439면.

고서에 따라 발행된 증권을 취득하였음이 분명한 자; ④ 문제된 증권신고서에 따라 발행된 증권 이외의 동종 증권이 존재하는 경우 장내에서 동종 증권을 취득한 자. 이 중 ① 및 ②의 유통시장에서의 증권 취득자에 대하여는, 대법원 99다48979 판결 및 2001다9311 판결의 취지에 비추어 볼 때 현행 자본시장법 제126조의 해석으로도 충분히 손해배상청구적격을 인정할 수 있고, 또한 인정하는 것이 옳다고 생각된다.

위 ③의 경우에는 현재의 법원의 태도로는 인정될지 여부가 분명하지 아니하다. 다만 ③의 경우 실질에 있어서는 ① 또는 ②의 경우와 다르게 취급할 이유가 없으며, 이 점에서 미국 판례의 논지를 참고할 필요가 있다고 본다. 반면 ④의 경우에는 현행 법문의 해석으로는 손해배상 청구적격을 인정하기에 어려움이 있다.

나. 유통시장 취득자의 보호필요성

그러나 발행시장 공시서류가 유통시장에서의 가격 형성 및 거래에 중대한 영향을 미치는 점은 무시할 수 없으며, 이 점에서 유통시장에서 동종 증권을 취득한 자에 대하여도 일정한 범위에서 제125조에 의한 손해배상 특칙을 허용하는 것은 필요하다.* 특히 유통시장 공시가 있기 전까지의 기간 동안에는 발행시장 공시서류가 유통시장에 투자에 필요한 정보를 제공하는 기능을 한다는 점을 무시할 수 없다.** 발행시장 규제에서 1년간의 전매가능성을 염두에 두고 증권신고서 제출의무를 부과하는 것 역시, 발행 후 일정기간동안의 유통은 발행시장 공시로 규율하는 것이 옳다는 입장을 뒷받침한다.

또한 이를 허용하지 아니하면 명백한 허위기재에 불구하고 발행인이 아무에게도 책임을 부담하지 않는 결과가 생길 수 있다. 예를 들어 A회사가 주식 100만주를 주당 20,000원으로 공모발행하면서 증권신고서에 중요사항을 허위로 기재하였고, 공모절차에서 신주를 인수한 투자자가 모두 해당 주식을 1주일 이내에 시장에서 주당 20,000원 이상의 가격으로 매도하였다고 가정한다. 그 후 몇 달이 지나 허위기재가 발각된 후 비로소 주가가 공모가 이하로 하락하여, 정상주가가 15,000원으로 형성되었다고 가정한다. 그러면 발행인이 부실공시로 얻은 이익은 50억원(100만주 X 5,000원)이지만, 누구도 발행인에게 제125조에 따른 손해배상을 청구할 수 없다. 발행시장에서 취득한 자는 손해가 없고(공모가 이상으로 처분하였으므로),

---

* 입법론으로 주장하는 견해로 임재연, 자본시장법 439면; 이근영, 앞의 논문 189면 이하.
** 이근영, 앞의 논문 189-190면.

허위기재가 드러나 정상주가가 형성되는 시점의 투자자는 발행시장에서 증권을 취득한 자가 아니고 현행 거래구조에 의하면 추적도 불가능하기 때문이다. 제시된 상황에서 발행인이 아무에게도 손해배상 책임을 부담하지 않고 이익을 향유한다는 것은 법감정에 반하며, 시장에 참여하는 발행인들에게 발행시장 공시의무의 중요성을 무시하게 만든다.

더 나아가, 신규로 대량의 증권이 발행되는 경우에는 발행시장 공시서류에 기반하여 형성된 정보가 기존의 증권에까지 영향을 미치지 아니할 수 없다.

반면, 발행인으로서는 제125조의 책임을 모든 유통시장에서의 거래에 적용한다면 잘못 이상의 책임을 부담하는 결과가 될 수 있다. 앞의 예에서 발행인의 잘못으로 부담하여야 하는 책임은 50억원이라고 할 수 있다. 그런데 이 회사의 기존 주식 200만주가 약 15,000원의 가격으로 유통되고 있었고, 이번의 발행으로 기존 주식의 가격도 주당 20,000원으로 상승하였다고 가정한다. 제125조를 유통시장 거래자에게까지 제한없이 적용하면, 발행인은 100만주가 아닌 300만주(기존 주식 200만주 + 신주 100만주)에 대하여 주가의 차액에 상응하는 손해배상을 해야 한다.

이 점에서 미국 연방 증권법 Section 11에서 발행을 통하여 조달한 총 금액을 한도로 동조에 따른 손해배상을 부담한다고 규정하고 있는 점을 참고할 수 있다.* 또한 Fungible Mass 이론을 이용하면 손해배상 청구자와 손해배상 의무자 사이의 이해를 적절하게 조절할 수 있다. 예를 들어 기존 주식 200만주가 유통되고 있던 회사가 부실공시가 기재된 증권신고서로 100만주를 추가로 발행한 경우, 이후 유통시장 취득자가 손해배상을 구할 때에는 보유 주식의 1/3에 대하여서만 손해배상을 허용한다면 피고 입장에서는 잘못에 상응하는 책임을 부담하고 원고로서도 일부나마 손해전보를 받을 수 있다. 특히 증권집단소송의 경우에는, 발행인의 잘못에 근거한 액수의 손해배상을 피고에게 하도록 한 후 배분과정에서 발행시장에서의 취득자와 유통시장에서의 투자자에게 적절한 방법으로 배분하는 것도 고려할 수 있다.

---

* 15 U.S.C. §77k (g) In no case shall the amount recoverable under this section exceed the price at which the security was offered to the public.

Ⅳ. 나오며

발행시장에서의 공시의무는 증권규제의 핵심적인 사항으로, 이에 중요한 사항의 허위 또는 거짓 기재나 중요한 사항의 누락이 있게 되는 경우 다수의 피해자가 생기게 되며, 결국 자본시장에 대한 불신으로 이어지게 된다. 그러나 형사처벌이나 과징금 등의 행정규제만으로는 강제의 효과가 약하고 피해자의 사후 구제에도 미흡하게 된다. 이 점에서 발행시장 공시의무 위반에 대한 제125조, 제126조의 손해배상 특칙은 매우 중요한 기능을 수행한다.

이와 관련하여 미국 연방 증권법 Section 11의 적용범위에 관한 미국에서의 논의를 살펴 보았다. 이러한 논의는 우리 자본시장법 제125조의 적용범위를 결정함에 있어 시사하는 바가 크다. 현행 법의 해석으로 발행시장 공시의무 위반에 대한 제125조, 제126조의 손해배상 규정을 유통시장에서 동종의 증권을 취득한 자에게까지 확대하여 적용하는 데에는 한계가 있다. 그러나 발행시장 공시서류가 유통시장의 가격 및 거래에 미치는 영향과, 유통시장에서의 전득자의 보호의 필요성, 공시의무 위반의 효과적인 억지를 위하여 일정한 범위에서 제125조의 적용을 발행시장에서의 취득자보다 넓힐 필요가 있다고 본다. 다만 그에 상응하게 발행인의 손해배상 책임을 잘못에 상응하는 금액으로 한정하는 장치가 마련되어야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

김연미

추적요건, 증권소송, 발행시장 공시, 부실공시 책임, 미국증권법 11조

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김건식·정순섭, 「자본시장법 (제3판)」 두성사, 2013
김병연·권재열·양기진, 「자본시장법」 박영사, 2012
김용재,「자본시장과 법 (상)」 고려대학교 출판부, 2011
김정수,「자본시장법원론」 SFL그룹, 2011
변제호 외 5인, 「자본시장법(제2판)」 지원출판사, 2015
임재연, 「미국증권법」 박영사, 2009
임재연,「자본시장법 (2015)」 박영사, 2015
한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 I (개정판)」 박영사 2015
Thomas Lee Hazen, 「The Law of Securities Regulation」, Thomson West
Stephen J. Choi, A.C. Pritchard, 「Essentials: Securities Regulation」, Aspen Publishers

Ⅱ. 논문

이근영, 「자본시장법상 공시의무위반에 대한 손해배상책임」, 성균관대학교 대학원 박사학위논문 (2014)
Paul C. Curnin, Christine M. Ford, “The Critical Issue of Standing under Section 11 of the Securities Act of 1933”, Fordham Journal of Corporate & Financial Law (2000)

Abstract

Tracing Requirement under the Securities Act of 1933

Yon Mi Kim

The securities regulation of each jurisdiction provides for registration requirement for public offering. Section 11 of the Securities Act of 1933 provides for strict liability for violation of disclosure obligation under the registration requirement, including misrepresentation in the offering documents. It is disputable who has standing under the Section 11; whether only those who has acquired securities in the offering process has standing, or whether those who purchased such securities in the after-market are granted standing as well. In 2013, the 9th Circuit in *In re Century Aluminum Securities Litigation,* declared that any person acquiring such security may have standing in Section 11 litigation, in so far as the securities held by such person can be traceable to the offering.

The reasoning under *In re Century Aluminum Securities Litigation* may shed guiding lights for the interpretation of article 125 of the Financial Institutions and Capital Markets Act of Korea, which corresponds to Section 11 of the Securities Act of 1933 in US.

Yon Mi Kim

tracing, securities litigation, Section 11 liability, Century Aluminum litigation, aftermarket purchaser

형사사법재판과 법률해석방법*

이 경 렬**

Ⅰ. 들어가는 말
1. 법의 존재와 인식
2. 법률해석방법의 문제성
3. 논의의 대상과 정도
Ⅱ. 법률해석과 실무에서 異見의 제도적 조정
1. 고전적 해석카논
2. 법원간의 異見-의견불일치와 전원합의체의 구성
3. 소송당사자간의 異見-상소 및 항고제도
4. 확정된 判決과 眞實의 불일치-재심 및 비상상고 제도
Ⅲ. 대법원의 법률해석과 판례의 의미
1. 법률해석에서 대법원의 기능
2. 法官法인 판결의 의미
3. 판례의 법원성 여하
Ⅳ. 죄형법정주의에 합당한 법률의 해석의 한계
1. 법규범의 변천과 소급금지
2. 유추금지와 *in dubio pro reo*
3. 법률해석의 통일성과 평가모순의 극복
Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

법관은 법률에 대한 해석적 활동을 통하여 법을 말한다. 법관은 당사자의 이해를 초월하여 법률의 올바른 의미에 기초하고 또 자기에게 위임된 권한과 사법의 권위를 당사자가 수긍하도록 판단을 판결이유에서 입증해야 한다. 그래야만 법원의 판결에 합법적 권위가 탑재될 것이다. 오늘날 신뢰와 권위를 지닌 법은 법관에 의해 발견·형성되고 있다. 법관이 어떻게 법을 발견하고 어디까지 법률의 흠결을 보충하는가가 법률해석의 방법과 한계의 문제다.

대법원에게는 법령해석의 통일과 사회의 지도가치를 선언하는 최고법원의 기능과 함께 하급심의 과오를 바로잡아 당사자를 구제하는 제3심법원의 기능이 요구되어 있다. 후자의 기능을 위하여 법원은 법률문언에서 인식되는 법규범에 따르는 경우가 불공평한 결과를 초래할 것으로 판단하면, 다른 논거나 해석방법을 도입하

---

* 이 논문은 2015년 10월16일부터 10월19일에 개최된 '성균관대학교-길림대학교 국제학술대회: 한중 사법이론과 실천에서 발제한 글을 수정·보완한 것임.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

여 정당하다고 생각하는 방향으로 새로운 법을 발견하기도 하였다.

그렇지만 대법원이 개별사안에서 당사자의 형평이나 구체적 타당성을 위하여 기존의 관련 법리를 벗어나 판결마다 그 결론을 달리 한다면, 법적 안정성을 심각하게 훼손하는 결과를 초래할 것이고 궁극에는 법의 본질적 기능, 즉 행위규범과 의사결정규범으로서의 기능을 포기해야 할지도 모른다. 그래서 형평을 고려하여 목적론적으로 해석하는 대법원의 규범논리가 법질서의 안정성 내지 법률해석의 통일성을 훼손시키는 자체 모순은 없는지 반문해보았다.

대법원은 법률해석의 통일성을 위하여 개별사건의 구체적 타당성이나 당사자의 형평보다는 사회의 법적 안정성을 중시해야 한다. 법률의 흠결이나 처벌의 필요성을 위하여 법률개정의 문제를 법률해석으로 보완하려는 체계적·종합적 해석방법에는 기존의 규범논리가 이후의 정당한 판결에 장애로 작용될 우려가 있음을 유의해야 한다.

Ⅰ. 들어가는 말

1. 법의 존재와 인식

사회가 있는 곳에 법이 있다(ubi societas, ibi ius). 성문법계에서 법(Recht)은 통상 법률(Gesetz)의 형태로 표현되지만, 문언(text)의 본질상 그 의미하는 바에 대해서는 이해가 다양하다. 다양한 이해는 사용된 법률문언의 일반성과 추상성에 정비례한다. 이에 법률조문(Gesetzestext)에는 해석(Auslegung)이 뒤따랐고,[1] 그 결과 법이 있는 곳에 해석이 있다.

법률의 해석은 통상 法典에 적힌 법조문의 의미를 규명함으로써 '법은 이렇다 또는 이러해야 한다.'고 선언하는 작업을 말한다. 작업의 주체와 방법에 따라 다양한 분류가 가능하지만, 크게 주관적 해석과 객관적 해석방법의 오래된 대립이 있어 왔다.[2] 주관적 법해석론은 법을 의지(will)의 소산으로 보아 입법자의 의사를 파악하고 그에 따라 법률문언의 의미를 정하는 해석방법인 반면, 객관적 법해석론에서는 법을 이성(reason)의 산물로 보아 법이 표상하고 있는 목적에 따라 법문의 의미를 규명한다.[3] 이처럼 우리는 법률문언의 의미에서 법을 발견·인식하거나 반대로 법률문언으로 우리가 믿는 올바름(正)을 법조문에 규정한다. 사회가 있는 곳에 법이 있다는 법 격언(brocard)의 근저에는 우리의 사회가 바름의 사회여야 한다는 희망이 내재되어 있다.

2. 법률해석방법의 문제성

법학방법(Rechtsmethodik)은 그와 같은 법의 발견이나 인식의 올바른 방법 내지 사법적 판단의 정당한 근거설정방법에 관하여 탐구하는 것이다. 법률전문가의 그

---

1) 예로부터 해석학은 문언의 해석에 관한 원리원칙의 제공을 탐구하는 신학과 어문학, 법학(Jurisprudenz)에서의 각 보조분야(Hilfsdisziplinen)를 의미하였다. 해석학(*ars interpretanti*)은 용어상으로는 17세기에 형성되었지만 그 방법적 실천은 이미 서양사상사의 초창기까지 소급된다(Vgl. *Erwin Hufnagel*, Einführung in die Hermeneutik. Urban-Taschenbücher Band 233, Verlag W. Kohlhammer, 1976, S. 9).

2) 다른 한편으로는 법률문언의 용어상의 의미를 밝히는 '의미론', 법조문상의 문장적인 내용을 밝히는 '구문론' 내지 법조문에서 법률문언의 활용적인 의미를 규명하는 '화용론' 등 해석학상의 방법적 구분도 고려할 수 있다.

3) 최봉철, "문언중심적 법해석론 비판", 법철학연구 제2권, 한국법철학회, 1999년, 272면 참조. 한편 이를 각각 '문언주의·의도주의·목적주의'라고 부르기도 한다(김호기, "법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성", 서울대학교 법학 제50권 제1호, 2009년 3월, 137~146면 참조).

것은 - 그가 법학자든, 법조인이든 - 법률의 형태로 표현되어 객관적으로 존재하는 규범적 실체·내용인 법을 인식하고(법률의 해석), 재판절차에서 다루어지는 사실관계를 확인한 다음(사실의 확정), 인식된 법규범에 확정된 그 사실이 包攝되어 그 법률규정이 적용되는지를 판단하는 법적 삼단논법의 논리적 추론과정이다. 법적 삼단논법은 오늘날 법률가를 양성하는 법학교육의 방법론적 대전제가 되어 있고,[4] 그래서 법학의 주된 내용도 법적용을 통하여 정의를 실천하려는 법률의 해석학(Hermeneutik)이 되었다.[5] 바로 여기서 가능한 해석의 적정성과 관련하여 법률해석방법이 문제된다.

3. 논의의 대상과 정도

법학에서 이론과 실무의 관계는 오래된 주제중의 하나다. 종래 법률해석·법학방법에 대해 '실무'에서는 판결(및 결정)의 재판형식으로 진행되었고 학계에서는 판례연구나 평석 등 주로 '이론'의 형태로 논의되어 왔다.[6] 근자에는 관념적 이론이 실무에 거의 적합하지 않은 것인가, 실무는 대부분 이론적 토대 없이 행해지는가 등의 문제가 논의되고 있다.[7] 그럼에도 여기서는 이론과 실무의 구분이나 새로운 논의와의 차이를 살펴보고 그 각각에 대해 비판하거나 변호·반론하는 방식을 탈피하고서 오히려 최고법원인 대법원을 頂點으로 하여 수행되는 사법실무의 법률해석·적용방법을 검토함으로써 법원에 의한 법의 형성·발견기능과 이를 위한 법률해석의 한계를 논구하고, 작금에 주창되고 있는 이른바 적극적 사법주의에 대한 적절한 자기절제의 가능여하 혹은 사법적극주의에 의하더라도 뛰어넘을 수 없는 입법적 제약의 유무에 대해 형사법의 몇몇 사례를 중심으로 조망하고자 한다.

이하에서는 먼저 법률해석에 이견이 있는 경우 사법내적으로 조절하는 법제도적 장치를 소개함으로써 실무의 법해석이 지향하는 바가 무엇인가를 추론한다. 나아가 법률해석에 있어 외적으로 표시된 법률과 그 내재된 법규범의 관계 특히, 법원이 법을 인식·발견하고 형성하는 과정으로서 판결·판례의 의미에 대해 고찰한다.

---

4) 이상돈, 법이론, 박영사, 1996년, 3면.

5) 그럼에도 법해석학 즉, 해석학적 법학방법론은 말 그대로 법학의 보조수단이지, 법학 그 자체는 아니다. 법학(Rechtswissenschaft)의 핵심내용은 正(Richtigkeit)의 학문이다.

6) 오세혁, "한국에서의 법령해석. - 우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석 -", 법철학연구 제6권 제2호, 한국법철학회, 2003, 120면 참조.

7) 김성룡, "법이론과 실무에 던지는 물음, '법학의 학문성'", 형사소송이론과 실무 제7권 제1호, 한국형사소송법학회, 2015년 6월, 1면 이하; *Matthias Jahr·Armin Nack* (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, Carl Heymanns, 2010.

이를 전제로 하여 법률해석에서 사법의 자기절제 및 한계가 어디인가에 관하여 몇몇 형사판결을 검토함으로써 제시한다.

Ⅱ. 법률해석과 실무에서 異見의 제도적 조정

1. 고전적 해석카논(Auslegungscanon)

종래의 전통적 법률해석 방법론으로 문리적 해석, 논리적·체계적 해석, 역사적·주관적 해석, 목적론적·객관적 해석이 법률문언의 의미규명에 봉사하여 왔다.[8] 이와 달리 최근에는 해석의 목표를 기준으로 삼아 법해석방법론이 3가지로 구분되기도 한다. 법률의 제안이유를 중심으로 입법자의 의사·의도(legislator's intent)를 규명하는 것을 목표로 하는 의도중심적 법해석론, 법의 이성 내지 목적(ratio iuris)을 규명하는 목적중심적 법해석론 그리고 법문의 의미를 언어관용(linguistic usage)에 따라 규명하는 문언중심적 법해석론이 그것이다.[9] 이들 해석방법의 의미나 분류의 적절성, 나아가 실제로 그 적용사례를 소개하는 기초적 논의에 대해서는 생략한다. 이런 설명은 법학의 기본으로 굳이 여기서 반복하지 않더라도 이미 주지의 방법적 수단으로 공유하고 있기 때문이다. 오히려 형식적 법률문언의 의미를 규명하여 법을 인식하고 형성하는 작업이 법관의 권한이자 임무이지만, 법조문에 기재된 형식적 문언의 의미다양성 내지 내용적 법에 대한 언어적 묘사·記述의 불완전성 등으로 말미암아 재판에서 쟁송하는 각 당사자나 이를 심판하는 법관 상호간에 법문이해에 이견이 있는 경우, 이를 司法 안에서 조정하는 법제도적 장치를 검토·소개하는 일이 더욱 의미가 있다. 구축된 법제도의 배후에 존재하는 – 만약 있다면 – 어떤 이념이나 사고를 추론할 수 있다고 보기에 그러하다.

2. 법원간의 異見 - 의견불일치와 전원합의체의 구성

법원의 구성·조직체계와 관련하여 재판을 담당하는 법원들 사이에 법률해석에 이견이 있는 경우, 상급법원의 판단에 기속되도록 심급제도를 운영하고 있다. 법령해석이 법원마다 다를 경우에는 상급법원의 해석에 의해 이를 통일하는 것이 법적 안정성과 정의실현을 위하여 필요하기 때문이다.[10] 법원조직법은 원칙적으로 3심

8) 여기서는 특히 권순희, "전통적 법해석방법과 법률해석의 한계", 법학연구 제4권 제1호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009년 2월, 136면 이하; 오세혁, 앞의 논문, 128~136면 참조.
9) 이에 대해서는 특히 최봉철, 앞의 논문, 271면 이하.
10) 이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012년, 720면.

제를 채택하고 있으며,[11] 대법원이 終審으로 1. 고등법원 또는 항소법원(고등군사법원을 포함한다)·특허법원의 판결에 대한 상고사건, 2. 항고법원·고등법원 또는 항소법원·특허법원의 결정·명령에 대한 재항고사건과 3. 다른 법률에 의하여 대법원의 권한에 속하는 사건(중앙해양안전심판원의 재결에 대한 소, 선거쟁송에 대한 상고사건 등)을 담당하도록 정하고 있다(법원조직법 제14조).

대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2이상의 합의체에서 행사하되, 먼저 대법관 3인 이상으로 구성된 재판부에서 심리한다(법원조직법 제7조 제1항).[12] 재판부는 4~5인의 대법관으로 구성되는데, 이들 대법관 사이에 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 전원합의체에서 심판한다. 이런 경우에는 전원합의체 다수의견이 대법원의 판결이 된다.[13]

이처럼 법원의 구성 및 조직체계에 있어서는 법률해석의 통일을 위하여 심급제도를 운영하고 있으며, 최종심을 담당하는 대법관간에 이견이 있는 경우에는 전원합의체를 구성하고 다수의견을 대법원의 판결로 하는 기준을 설정하고 있다.

3. 소송당사자간의 異見 - 상소 및 항고 제도

한편 재판에 참가하는 당사자들 사이에 사실인정이나 법령해석에 이견이 있는 경우, 법원조직체계에 따르는 심급제도에 기반한 상소 및 항고제도에 의해 이를 조정하고 있다. 즉, 하급심의 재판과오를 상급심이 시정함으로써 불이익을 받은 당사자를 구제하고 법령해석의 통일성을 기하는 제도가 바로 상소 및 항고제도다. 자칫 재판의 권위와 법적 안정성을 강조하여 과오 있는 재판을 그대로 유지한다면, 사법이 실체적 진실발견이나 구체적 형평을 훼손할 수 있기 때문이다.

상급법원은 심리범위에 따라 사실심과 법률심으로 분리되는데, 최종심인 상고심

---

11) 3심제에 대한 예외로는 특허소송(2심제), 지방의회의원 및 기초자치단체장의 선거소송(2심제), 대통령·국회의원·광역자치단체장의 선거소송(단심제) 그리고 군사재판도 기본적으로 3심제를 유지하나 예외적으로 "비상계엄하의 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고하는 경우에는 그러하지 않다"(헌법 제110조 제4항).

12) 대법관 전원의 3분의 2이상의 합의체의 관할사항은 "1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반된다고 인정하는 경우, 2. 명령 또는 규칙이 법률에 위반된다고 인정하는 경우, 3. 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우, 4. 부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우"이다

13) 전원합의체의 재판장은 대법원장으로 하며, 자유로운 토론과정에서 서열이 낮은 대법관부터 차례로 자기의견을 표명하고 마지막에 대법원장이 입장을 밝힌다. 전원합의체의 판단은 투표에 의하며, 각 대법관은 평등하게 1표를 행사한다.

은 법률문제만을 심리하는 법률심에 해당하고, 항소심은 사실문제와 법률문제 모두를 재판한다. 원판결에 대한 당사자의 구제와 법령해석의 통일이라는 상소의 목적 중, 상고심에서는 법령해석의 통일에 중점을 두는 반면, 항소심의 주된 목적은 1심판결의 과오에 대한 당사자의 구제에 있다고 할 수 있다.[14]

4. 확정된 判決과 眞實의 불일치 - 재심 및 비상상고 제도

다른 한편으로 확정판결의 내용이 실제로 발생한 역사적 진실과 불일치하는 경우 형사소송법은 그에 대한 비상구제절차로서 재심(제420조 이하) 및 비상상고제도(제441조 이하)를 마련하고 있다. 전술한 상소 및 항고제도는 미확정재판에 대해 이견이 있는 각 당사자의 불복신청인 반면에 재심 및 비상상고는 확정판결에 대한 비상구제제도라는데 가장 큰 차이가 있다.[15] 원판결에서 사실인정의 기초가 된 증거가 허위로 증명된 경우(falsa)나 그 사실인정을 변경해야 할 새로운 증거가 발견된 경우(nova)를 재심사유로 정하고 있는 것(제420조 참조)으로 보아 재심은 확정판결에 사실오인이 있는 경우에 대한 구제를 목적으로 한다. 이에 대해 비상상고는 확정판결의 심판에 법령위반이 있는 경우 검찰총장이 대법원에 신청하고(제441조), 판결의 효력도 원칙적으로 피고인에게 미치지 않는다.[16] 즉, 비상상고가 목적하는 법령위반에 대한 구제는 법령해석에 이견이 있는 경우가 아니라 원확정판결에 구체적 법령해석이나 적용상의 과오가 있는 경우를 시정함으로써 정당한 법령의 해석과 적용을 선언한다는 것이다.[17] 이에 비상상고에는 피고인의 구제기능이 전혀 없는 것인지가 의문이고, 이는 원확정판결에 사실오인의 결과로 발생한 법령위반이 있는 경우 비상상고가 허용되는가의 문제와 관련을 맺고 있다. 이에 대해서는 사실오인으로 인한 법령위반은 비상상고의 이유가 아니라는 소극설, 절차법적 사실과 실체법적 사실을 구별하여 법령위반이 전자의 오인으로 인한 때에는 비상상고를 인정하자는 절충설, 법령위반의 전제가 된 사실오인이 재판기록의 조사에 의해 쉽게 인정할 수 있는 사항이면, 비상상고의 대상이 된다는 적극설의 입장이 대립하고 있다.

생각건대, 비상상고가 법령해석과 적용의 통일성을 제도의 목적으로 하고 있다

---

14) 이재상, 앞의 책, 720면.
15) 형사소송법상 재심청구는 유죄의 확정판결에 대하여서만 할 수 있고, 결정에 대하여는 재심청구가 허용되지 않는다(대법원 1986. 10. 29.자 86모38 결정).
16) 이재상, 앞의 책, 799면.
17) 이재상, 앞의 책, 800면.

면 사실오인에 의한 것이든, 아니든 관계없이 법령위반이 명백하게 인정되어 적정한 형사사법이라고 할 수 없는 경우에는 비상상고가 가능하다고 해야 한다. 비록 형사소송법은 법원의 관할, 공소의 受理와 소송절차에 관한 사실조사를 인정하고 있지만(제444조 제2항), 이를 근거로 비상상고절차가 실체법적 사실오인에 대한 조사를 허용하지 않는다고 파악할 수는 없다. 사실조사를 하지 않더라도 소송기록을 통해 분명하게 인정할 수 있는 실체법적 사실오인에 기한 법령위반에 대해서는 비상상고가 허용되어야 한다.[18] 그렇다면, 비상상고에도 법령해석의 통일기능만이 아니라 원확정판결의 과오가 피고인에게 불이익한 경우에는 피고인을 구제하는 기능도 있다고 해야 한다.[19]

III. 대법원의 법률해석과 판례의 의미

1. 법률해석에서 대법원의 기능

헌법상 근본원리의 하나인 권력분립은 입법과 사법의 구분을 전제하고 있다. 이는 법률의 제정자와 적용집행자의 구별로 귀결되며, 결과적으로는 사법의 입법구속성을 요구한다. 헌법도 법관의 법률구속성을 천명하고 있는데, 법관의 법 인식과 법률해석에 내재적 한계, 즉 헌법과 법률 및 그 양심에 따르는 심판으로 구속된다는 것이 그것이다(제103조 참조). 그러나 법률은 법관이 어떻게 법을 해석하고 법률흠결을 보충해야 하는가에 대하여 구체적으로 정하고 있지 않다. 사법의 입법구속성을 요청하지만 입법의 흠결을 이유로 법관이 재판을 거부할 수 있는 것도 아니다. 대개는 구체적 사건에서 당사자가 법률문언의 해석을 통하여 각자의 해명을 청구하고, 법관은 상반관계에 있는 당사자의 청구에 대해 독자적 제3자의 관점에서 이를 심리하여 판단한다. 그러한 재판에서 우리는 해석의 지침을 도출할 수 있으며, 이를 유형화하는 것이 바로 법률해석방법론으로 된다.

이처럼 원칙은 법관에게 법제정자가 아닌 법집행자의 역할을 기대하지만, 실무현실에서는 구체적 타당성이나 사법적극주의를 표방하여 법령해석에 있어 법원의 법창조적 기능을 당연한 것으로 여기기도 한다.[20] 이에 의하면, 법원은 법적 분쟁

18) 이재상, 앞의 책, 804면.
19) 이재상, 앞의 책, 800면.
20) 이러한 현상은 법률의 흠결을 보충하기 위하여 불가피하게 요청되는 판례 및 조리의 법형성적 기능을 인정하는 민사영역에서 두드러지게 나타난다. 법관의 법형성적 기능에 대해서는 김형배, "판례의 법형성적 기능", 민법학연구, 박영사, 1986년, 44~47면 참조. 그렇지만, 법관이 재판과정에서 법률의 흠결을 적극적으로 보정함으로써 실질적으로 입법자로서의 역할을 수행하는 기능

을 해결함에 있어 법적 삼단논법에 의해 특정법규범에 구체적 사안이 포섭되는지를 심리하여 재판하는데 그치지 않고, 법원의 그 결론이 각 이해당사자의 구체적 형평에도 상응하는지를 고려하여 심판하게 된다. 법률문언으로부터 인식되는 법규범에 따르는 경우가 현저히 불공평한 결과를 초래할 것으로 판단되면, 법원은 다른 논거나 해석방법을 도입하여 자신이 정당하다고 생각하는 방향으로 판단을 迂回하기도 한다.[21] 이러한 태도의 배후에는 아마도 법령해석의 통일을 위하여 (형사)실무에 마련되어 있는 - 전술한 것과 같은 - 이러저러한 異見의 제도적 조정장치가 지향하는 목적을 고려한 것은 아닐까 추단해본다. 여하튼 모든 법적 사안의 종심을 관할하는 대법원은 일반국민으로부터 법령해석의 통일과 우리 사회를 지도할 가치를 선언하는 최고법원으로서의 기능과 함께 하급심의 잘못을 바로잡아 당사자를 구제하는 제3심법원으로서의 기능을 요구받고 있다. 후자의 기능을 잘 수행하기 위하여 법률심인 대법원은 일찍이 사실인정의 문제조차도 '채증법칙의 위배'라는 미명으로 법률문제로 탈바꿈시키고, 이를 대법원의 심판범위로 하였다.[22] 나아가 법이 목적하는 정의실현을 위하여 법원이 적극적으로 법창조적 기능을 수행해야 하는 것으로 사법적극주의의 의미가 오해되기도 하였다.[23] 예컨대, 헌정사에서 저명한 전직 대법관(1981.4월 임명~1986.4월 퇴임, 1988.7월 복직~1989.11월 사임)조차도 법원이 법률에서 때로는 입법자가 미처 예상하지 못한 의미를 부여해

을 법창조적 기능으로 이해한다면, 법형성적 기능과는 차이가 있다(오세혁, 앞의 논문, 123면 각주 6) 참조).

21) 이에 대해서는 이른바 '실화판결'로 불리는 대법원 1994. 12. 20.자 94모32 전원합의체 결정과 동일한 일반물건에 대한 고의의 방화 사건에 관한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7421 판결을 보라. 양자의 비교분석에 대해서는 이경렬, "무주의 일반물건 방화자의 형사책임", 형사판례연구 [18], 박영사, 2010년 6월, 223면 이하 참조.

22) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 중 판결이유 4.의 반대의견 (1) 참조. "범죄사실을 부인하는 피고인에 대하여 형의 선고를 유예한 원심의 조치가 위법하다는 취지의 상고이유는 적법한 상고이유가 되지 못한다."는 다수의견에 대하여, "선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한 때'에 관한 판단이 기본적으로는 하급심의 재량에 속한다고 할 것이지만 그 재량판단이 '현저하게 잘못된 경우'에는 선고유예의 요건에 관한 법리오해의 위법이 있는 것으로 보아 형사소송법 제383조 제1호의 '판결에 영향을 미친 법률위반이 있는 때'에 해당하여 상고심이 그 당부를 심판할 수 있다"거나(반대의견), 형법 "제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저하지 아니하다고 판단되는 자에 대하여 형의 선고를 유예한 경우에도 형사소송법 제383조 제1호에 의하여 상고할 수 있다."고 하여(별개의 반대의견), '개전의 정상이 현저한 때'가 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우를 뜻하는 것으로 제한해석하거나, 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 선고유예를 할 수 없다고 해석한 이전의 판례(대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1635; 1999. 11. 12. 선고 99도3140 판결; 2000. 7. 28. 선고 2000도2588 판결)를 변경하여 "반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석"하는 "다수의견 및 그에 따른 판례변경에 동의할 수 없다고 한다".

23) 오세혁, 앞의 논문, 124면.

야 할 경우도 있고 또 본래 입법자의 의도나 시대사조를 무시하고 전혀 다른 별개의 의미로 해석해야 할 필요도 있다. 따라서 법을 해석·적용함에 있어 법관은 형식적·개념적 자구해석에만 얽매이지 말고 그 법이 담보하는 정의가 무엇인지를 헤아려서 그 정의실현의 방향으로 법의 의미를 부여해야 하며, 정의실현을 위하여 필요한 한도 내에서 성문규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 또는 축소, 제한해석을 함으로써 실질적인 법창조기능을 발휘해야 한다고 보고 있다.[24]

그러나 법원이 개별사안에서 당사자의 형평, 구체적 타당성을 위하여 관련 법리를 완전히 벗어나거나 왜곡하여 판결마다 그 결론을 달리 한다면, 이는 법적 안정성을 심각하게 훼손하는 결과를 초래할 것이다. 궁극에는 법의 본질적 기능 즉, 행위규범과 의사결정규범으로서의 기능을 포기해야 하는 결과가 야기될 수도 있다.[25] 요컨대, 대법원이 구체적 타당성을 도구로 이용하여 법률해석에서 법원의 법창조적 기능을 당연한 것으로 수용하려는 태도는 사법의 내재적 한계인 법률구속성을 스스로 일탈하여 입법자의 영역을 침탈하는 문제가 다분히 있는 법률해석방법이다. 다른 한편으로 적극적 사법이라는 말도 헌법상 국민의 자유와 권리가 침해되는 상황에서 국민의 권리를 적극 보호해야 한다는 것이지, 결코 법관이 관련 법령을 무시하고 능동적으로 법창조자로서의 역할을 수행해야 한다고 의미하는 것은 아닐 것이다.[26]

물론 위와 같은 우려의 비판적 분석이 타당하려면, 법원의 판결에 그와 같은 강제, 즉 힘이 있어야 할 것이다. 여기서 판결의 의미와 판례의 법원성 여부를 문제로 삼는 이유이다.

2. 法官法인 판결의 의미

법원은 '법률'에 대한 해석적 활동을 통해 '법'을 말한다. 사법권은 법관으로 구성된 법원의 재량으로 정해져 있지만, 법률해석을 통하여 법관이 법을 발견·형성한다고 하여 곧바로 법관의 법이 바른 것(正)으로 정당하게 司法한 것은 아니다. 형식적 법률에서 '어떻게' 그 법을 도출하였으며(해석방법의 적정성), '왜' 법률에 대한 그 해석, 법관의 법인식이 규범적 실체로서 우리 사회의 법인가에 대한 이유를

24) 이회창, "사법의 적극주의 –특히 기본권 보장기능과 관련하여-", 서울대학교 법학 제28권 제2호, 1987년 147면 이하, 특히 150~151면.

25) 오세혁, 앞의 논문, 125면.

26) 오세혁, 앞의 논문, 125면; 최대권, "제정법의 해석", 서울대학교 법학 제30권 제1·2호, 1989년 122면 이하, 특히 134~137면.

해명하고 근거를 제시해야(해석의 理性適合性) 비로소 내용적으로 정당한 법집행이 되는 것이다. 또한 법관은 법률의 의미를 규명하여 그에 내재하고 있는 법규범을 언어적으로 말하는데, 법관의 규범적 언어행위(normativer Sprechakt)가 판결의 선고다. 하지만 법관의 말이 모두 법인 것은 아니다. 법관은 자기의 규범적 언어행위가 재판절차에서 판결을 선고받은 사람에 의해 올바름(옳음, 바름), 즉 법(正)으로 승인되도록 그 말의 내용을 근거 짓고 그 말에 책임을 져야 한다.[27] 법관의 말, 판결의 내용을 근거 짓는 것은 판결의 이유다. 법관은 당사자의 분쟁과 상관없이 법률의 올바른 의미에 기초하고 또 자기에게 위임된 권한과 사법의 권위를 당사자가 수긍하도록 '판결이유'에서 자기의 말을 입증해야 한다. 법관의 법률해석·법 인식에는 위와 같은 내재적 제약이 있다. 헌법은 '헌법과 법률 및 그 양심'에 따르는 심판으로 법관을 제약하고 있다(제103조 참조). 이러한 이해가 법관의 재량과 법률에의 구속에 관한 헌법적 균형관계의 설정이다.

법률문언이 의미하는 바에 대해 이견의 여지없이 표현하는 것이 불가능하다는 것은 오늘날 주지의 사실이다. 인간으로서 법관은 신의 눈(目)을 갖고 있지는 않지만 심판자로서는 신의 眼目을 대신해야 하며, 즉 재판절차에서 당사자가 각자의 독해방법(Lesart)에 따라 제출하는 논거를 독립적 제3자의 觀點에서 판단해야 한다. 여기에 '재판의 객관성'이 담보될 수 있으며, 이것이 바로 법관의 권한이자 임무이다.[28] 재판에 제출된 각 당사자의 논거를 채택하지 않는다면 그와 같은 재판은 불법적 강제다. 하지만 재판이 그 논거의 효력을 고려한다면, 그와 같은 판결의 선고에는 합법적 권위가 실릴 것(積載)이다. 재판의 불법적 강제와 합법적 권위의 구분척도로는 판결의 이유가 기여한다. 판결이유가 기재됨으로써 정치적·정책적 판단으로 제정된 법률문언의 합법성은 개별적 사건에 移記될 수 있고, 이로써 법률문언이 의미하는 바의 해석방법은 재판절차에서 제출된 각자의 논거에 의해 판단될 수 있기 때문이다. 판결이유는 판결에서의 쟁점을 해명하고 바로 그 때문에 판결문에 기재되는 것이다. 이런 까닭에 판결이유는 '합법성의 운반자'(Legitimitätstransfer)라고도 한다.[29]

판결의 선고로 법관의 권위가 소멸되는 것은 아니다. 오히려 법적 청문, 공정한 재판의 원칙이나 판결이유의 설시 등을 통해 법원의 권위는 병합되거나 분할될 뿐

27) 이상돈, 앞의 책, 21~22면 참조.
28) *Hans Kudlich·Ralph Christensen*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Carl Heymanns, 2009, S. 5.
29) *Hans Kudlich·Ralph Christensen*, 앞의 책, 5면.

이다. 법관의 권위가 판결의 단점으로 작용하지 않고 판결이유를 통해 그 권위를 해명한다면 오히려 민주주의적 합법성을 근거지우는 기회(Chance)로 활용된다.[30] 또한 법관의 규범적 인식논리를 거쳐 형성되는 판결이 그 규범논리의 마당(場)에서 법률문언의 사용규칙이나 언어관용이 변경되지 않는 한, 즉 다른 사건의 사실관계에 대해서도 그 사용규칙을 따르는가에 의존하여 법률문언의 해석을 통한 법관의 법형성이 정당한 것으로 확정된다.[31] 여기에 '재판의 정당성'이 담보될 수 있다. 위와 같이 판결이유의 설시에 의하여 판결의 객관성이 담보되고 그러한 설시의 방법 즉, 규명된 법률문언의 의미에 대한 독해방법의 일관성을 통하여 판결의 정당성이 확정되어야만 법원의 말, 환언하면 법에 권위가 붙고 강제가 생겨난다. 법관의 법률문언의 사용규칙과 독해방법을 분류·정리한 것(用例)이 이른바 법원의 법률해석방법이다. 그렇지만 권위 있는 법원의 법률해석방법은 법관의 전유물만은 아니며, 그것이 법학의 공유자산·수단임을 잊지 말아야 한다.

3. 판례의 법원성 여하

법관법인 판례는 관습법과 함께 통상 불문법으로 분류되어 왔다. 판례의 법원성에 대해 성문법주의 대륙법계와 불문법주의 영미법계는 그 입장을 달리하고 있다. 우리 민법 제1조는 법원(Rechtsquelle)에 대하여 "민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다."고 규정함으로써 판례의 법원성을 긍정할 여지를 두고 있다. 반면 형법에서는 근본원칙인 죄형법정주의의 내용으로 성문법원칙에 따라 판례는 형법의 법원이 될 수 없다. 판례는 형벌법규의 해석을 위한 자료에 불과하며 법원으로서의 법규범적 효력이 부정된다. 다만, 대법원의 법률문언에 대한 일관된 의미해석은 구체적 사실에 대한 사법적 가치기준이기 때문에 현실의 특정사실에 관한 한, 그러한 판례의 규범적 구속력은 성문법규의 그것에 미치지 못할 바가 아니다. 법관법인 판례는 현실의 사실상 구속력을 장착함으로써 결국 법률을 해석하고 적용함에 있어 판례가 하나의 법규범을 정립하는 결과를 가져오게 된다.

나아가 법률주의의 관철을 위하여 판례는 형사법원이 될 수 없다는 의미가, 입

---

30) *Hans Kudlich·Ralph Christensen*, 앞의 책, 6면.

31) 이를 두고 놀이에 일정한 규칙이 있듯이 법원의 말놀이(Sprachspiel)에도 규칙이 있다고 한다. 이러한 인식은 비트겐슈타인의 후기사상에 해당하는 말놀이의 이론이다(이상돈, 앞의 책, 22면 참조).

법기술상의 이유로 구체적으로 분명하게 규정되지 못한 법률의 적용상 쟁점부분에 대해 사법부가 유권적으로 해석한 최고법원의 판례를 그 기초가 되는 법률의 의미·내용을 보충하는 방법으로도 형사법원이 될 수 없다고 이해되어야 하는 것은 아니다. 따라서 (최소한) 최고법원의 일관된 판례에는 법률대리적·보완적 기능을 인정해야 하는데, 이는 판례가 일반인에게 법률과 동일한 정도로 의사결정의 정향기능(Orientierungsfunktion)을 수행하고 있다고 보기 때문이다.[32]

또한 입법기술의 측면에서 보더라도 입법자는 포괄적 의미의 법률문언개념이 법관에 의해 구체화되고 또 그렇게 될 수 있는 일반조항(Generalklausel)을 적절하게 사용하는데, 그 이유는 입법자 자신이 개별사례의 특수성이나 사실관계의 변동에 따라 더 이상 정당화될 수 없는 경직적 법률규정을 원하지 않기 때문이다.[33] 비록 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 인정되어야 하나 모든 형벌법규의 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정해야 하는 것은 아니다. 입법기술상 불가능에 가깝기 때문이다. 헌법재판소도 일반조항의 사용에 대해 "다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 통상의 해석방법에 의하여 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다."고 보고 있다.[34] 이를 부정한다면, 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이다. 이처럼 변화가 극심한 현대에 있어서는 법률의 제정에서도 삶의 다양성과 사실관계의 변동, 사회가치의 역동성이 고려되어야 할 것이다.

성문법주의가 강조되는 형법에서도 특수형법(Nebengesetze)의 영역에는 생명, 신체의 건강, 재산 등 전통적 법익으로 더 이상 포섭할 수 없는 새로운 법익이 증가

---

32) *Reinhart Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht AT, Tb. 1, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992, S. 159; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl., C. H. Beck, 2006, § 2 Rn. 8 f.; AK-StGB-*Hassemer*, Luchterhand, 1990, § 1 Rz. 59. 반대에 대해서는 *Günther Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1993, 4/81 : 기능의 동일성(Funktionsgleichheit)이 효능의 동일성(Wirkungsgleichheit)과 일치하는 것은 아니다; *Claus Roxin*, Stafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 168; *Thomas Fischer*, StGB, 56. Aufl., C. H. Beck, 2009, § 1 Rn. 17.

33) *Gerhard Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, J. C. B. Mohr, 1993, S. 377; BVerfGE 75, 342.

34) 헌법재판소 2010. 5. 27. 자 2007헌바100 결정. 형법에서 명확하지 않은 법적 개념의 사용에 대해서는 독일헌법재판소도 "입법자는 일관된 판례를 통하여 구성요건의 의미정도와 적용범위를 인식할 수 있으며 또 해석에 의하여 조사될 수 있을 정도로 가벌성의 전제조건을 구체적으로 서술하여야 하는 의무를 부담하고 있다."고 판시하여 인정하고 있다(BVerfGE 25, 285; 73, 234 f.; 75, 340 ff.; 78, 381 f.; 80, 257).

하는 것을 보호할 필요가 있다.[35] 성문법체계조차도 어느 정도 입법의 흠결은 존재하기 마련이고, 그러한 법률의 흠결은 입법자가 간과한 경우(비의도적 흠결)도 있겠지만 법률문제의 판단을 학설·판례에 맡기는, 의도적으로 흠결을 보완하지 아니하는 경우(의도적 흠결)도 있다.[36] 의도적 입법의 흠결인 경우 법관에게는 그 법규범의 범위 안에서 이를 완성하거나 보충할 권한이 부여되어 있다.[37] 이렇게 완성된 법규범은 입법과 사법이 분업적으로 협력하여 만들어 낸 작품이며, 결국 국민에게 법질서를 제공하는 것은 법률만이 아니라 오히려 법률과 법관이다.[38] 입법자의 의도적 흠결을 보완하는 판례에 대해서는 예외적으로 법률과 동일한 정도의 법원성이 인정될 수 있다고 해야 한다. 이와 같이 법관법이 성문법에 대해 법률대리적·보완적 작용을 하는 경우가 많아질수록 판례의 법원성은 확고해질 것이고, 그와 같은 판례는 법적 구속력이 제도적으로 보장되어 있지 않더라도 사회질서를 형성하는 행위규범적 효력이 강하기 때문에 법원은 법적 안정성을 위하여 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 판례의 변경에는 신중을 기해야 할 것이다.

Ⅳ. 죄형법정주의에 합당한 법률의 해석의 한계

1. 법규범의 변천과 소급금지

형벌법규의 해석과 관련된 최고법원의 일관된 판례는 법률과 하나(Einheit)가 되어 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 설정하는 기능을 수행한다. 법률은 판결에 의해 비로소 실효성을 취득하고, 무엇이 금지되며 무엇이 허용되는지를 구체적으로 결정한다.[39] 판결은 법률의 적용이므로 법률과 밀접한 논리적 관계에 있으며,

---

35) 이러한 현상을 일반조항의 특수한 "발전적 기능"(Entwicklungsfunktion)이라고 한다. 형법과 관련해서는 *Klaus Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Mohr Siebeck, 1969, S. 74 f. 및 민법과 관련해서는 *Erwin Deutsch*, "Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestande: Ein Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht", JZ 1963, S. 389 참조.

36) 신동운, 형법총론 제6판, 법문사, 2011년, 17~18면.

37) 김선복, "형법상 해석과 유추", 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001년 12월, 85~86면: 이러한 경우는 금지되는 유추가 아니라 해석이 되며, 해석의 한계는 그 법률의 목적이 정한다고 한다.

38) *Oskar Bülow*, Gesetz und Richteramt, Duncker & Humblot, 1885 (Neudruck 1972), S. 48; 김선복, "판례변경 시 소급효금지의 원칙", 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008년 12월, 207면 참조.

39) 판결과 법률의 논리적 관계에 관하여 콜러(Koller)는 일반적인 법규범으로부터 개별적 규범이 획득될 수 없다면 그 규범은 효력을 갖지 못하고 단지 글씨가 쓰여 있는 종이에 지나지 않는다고 하였다(*Peter Koller*, Theorie des Rechts, Böhlau Verlag, 1992, S. 78; 김선복, "판례변경 시 소급

법원은 일반적인 법규범을 적용하여 개별적인 법규범, 즉 판결을 통하여 규범을 제정한다고 볼 수 있다.[40] 법원에 의한 개별적 규범의 제정은 일반적 규범의 구체화 또는 개별화과정을 의미하며, 판례는 추상적·일반적 법률을 구체적 사안에서 개별화한 법규범이라 하겠다.[41] 이러한 한도에서 판례는 법률의 의미·내용을 보충하는 규범으로서의 성질을 가진다. 그리고 법을 적용함에 있어 법률이 그 규율범위 안에서 해석된다면 법관법인 판례는 법률과 동등한 기능을 하는 것으로 볼 수 있다. 그러한 판례의 변경이 형법 제1조 제2항의 법률의 변경에 포섭되는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.[42] 법원의 법적용에 대해 소급금지원칙을 선언한 헌법 제13조 제1항은 '법률'만을 정하고 있고, 사법권을 부여하는 제103조는 '법률과 그 양심'에 따르도록 정하고 있다. 한편 옐리네크(Jellinek)에 의하면, 최상위법인 헌법에서조차 그 해석이나 정치적 필요 또는 오래 계속된 관행에 의하거나 또는 국가권력의 불행사에 의하거나 헌법의 흠결을 보충·보완하기 위하여 헌법의 변천을 긍정하고 있다.[43] 이러한 헌법의 변천이론에 의하면, 최고법원의 일관된 판례에 대해서는 법률해석, 오래 계속된 관행, 입법흠결의 보충 등의 유형에 근거하여 이른바 '법률의 변천'을 관념할 수 있다.[44] 여기에 형법이 제1조 제1항에서 행위시법주의를 표방하면서도 동조 제2항 및 제3항에서 행위자에게 유리한 경우에는 재판시법

효금지의 원칙", 206면 참조).

40) *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Franz Deuticke, 1960 (Nachdruck 1983), S, 242; 김선복, 앞의 논문, 206면 참조.

41) 일반규범, 법률과 개별규범, 판결의 관계에 대해서는 한스 켈젠 저; 심헌섭 역편, 켈젠법이론선집, 법문사, 1990년, 23~25면 참조.

42) 이러한 이유로서 행위자에게 불리하게 변경된 판례의 소급적용에 대해서는 기본적으로 반대한다. 이에 대해 자세한 것은 이경렬, "변경된 판례의 소급적용에 대한 형법 제16조 원용의 문제점", 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009년 4월, 297면 이하 특히 306~312면 참조.

43) 이에 대해 자세한 것은 성낙인, 헌법학, 제7판, 법문사, 2007년, 58~60면 참조.

44) 최고법원도 형식적 의미의 법률만이 아니라 판례도 실질적 의미의 법률에 해당한다고 본다. 예건대, 형사소송법 제383조 제1호는 "판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때"에는 상고이유로 할 수 있다고 규정하고 있는데, 최고심법원은 판례위반도 상고이유로 보고 있다. 이에 의하면 판례도 형사소송법 제383조 제1호의 법률로 취급되는 것으로 볼 수 있다(서울고등법원 1963. 7. 30. 선고 63도137 판결 참조). 제정형사소송법 제383조 제2호 및 제3호에서는 판례위반을 상고이유로 규정하였으나(2. 대법원의 판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때, 3. 대법원의 판례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있는 때) 법률 제1500호 1963. 12. 13 일부개정에 의하여 현행법과 같이 변경되었다. 그러나 학계에서는 제383조 제1호의 "판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때"라는 상대적 상고이유의 '법령위반'에는 형법 기타 실체법의 '해석'과 적용에 잘못이 있는 것이 포함되는 것으로 보고 있다(신동운, 신형사소송법, 법문사, 2009년, 1295면 및 1325면과 각주 3); 이재상, 앞의 책, 761면).

을 따르도록 규정하고 있는 취지를 중첩시켜 본다면, "행위시의 법률"을 보완·보충하는 해석인 기존판례가 행위자에게 유리한 방향으로 작용하는 때에는 소급금지원칙이 적용되지 않을 것이나 불리하게 작용하는 경우에는 이 원칙이 적용되어야 할 것이다. 소급금지원칙의 인정취지가 행위자에 대한 부당한 사후처벌을 방지하기 위한 것이기 때문이다.

이러한 판례변경의 소급효부정설의 주장에 대해, 당해 사안에서 판례를 변경하는 재판을 할 수 없으므로 결국 변경되어야 할 것으로 판단되는 기존의 법률해석이 고정됨으로써 법원의 발전적 법형성(Rechtsfortbildung)을 막는 결과를 초래하고, 판례변경의 필요가 있는 경우에도 법률의 개정을 기다려야 하며, 또 판례변경의 소급효가 부정되는 결과 당해 사안에서 무죄선고를 하면서 기존판례를 변경하는 것은 현재의 상고심구조에 부합하지 않는다고 비판하는 견해도 있다.[45] 이 견해는 그 논거를 "상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다."라고 규정하고 있는 법원조직법 제8조에서 찾고 있다.[46]

그러나 판례변경에 소급금지원칙도 충족시키고 법원의 판례변경과 발전적 법형성의 필요성도 충족시킬 수 있는 방법이 있다. 이른바 장래효만을 가지는 판례의 변경이 그것이다. 즉 법원은 구체적인 사안에서 종래의 판례에 따라 판결하되, 변화된 견해를 설시하고 이후에는 이에 따라 판결할 것을 공지하는 방식(이른바 방견을 통한 판례변경의 예고)도 생각할 수 있다.[47] 그리고 장래효만 가지는 판례변경이 현행법상으로 불가능하다는 비판에 대해서는 다음과 같이 반론할 수 있다. 즉 기존판례를 따라 무죄를 선고하는 상고심의 "판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속"하고 당해 사건에서 예고된 판례변경은 이후의 사안에 대해서는 사실상의 구속력이 있다. 그와 같은 판례에 규범성이 인정되고 법질서의 형성이 가능할 것이라는 것은 위에서 설명한 바와 같다.

---

45) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011년, 21면; 장영민, "판례변경의 소급효 (1)", 법학논집 제4권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2000년 2월, 42면; 천진호, "피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙", 형사판례의 연구 I (지송 이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003년 1월, 17면.

46) 장영민, 앞의 논문, 44면.

47) *Wilhelm Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, J. C. B. Mohr, 1964, S. 30.

2. 유추금지와 in dubio pro reo

법원이 개별사건에서 형벌법규를 적용할 경우 법률문언의 의미내용을 벗어나지 않아야 한다. 형벌법규의 포괄성 내지 추상성으로 인해 개별사건에 이를 적용함에는 법률의 의미내용을 명확하게 하는 절차가 필요하지만, 허용되는 해석의 범위를 벗어나면 이는 형벌법규를 창조하는 것이기 때문이다. 이것이 법을 적용함에 있어 법률해석의 한계이다. 대법원은 법률문언의 의미내용을 벗어나는 유추가 허용되지 않는다고 분명히 하고 있다.[48] 그런데 또한 대법원은 형벌법규의 해석방법에 대해 그 문언에 따라 엄격하게 해석·적용해야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 안되지만 형벌법규의 해석에 있어서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 한다.[49] 즉, 당해 형벌법규의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 부합한다.[50] 따라서 법률문언의 통상적인 의미와 범위 안에서 입법취지에 따른 목적론적 해석을 하는 것은 죄형법정주의가 경계하는 확장해석이나 유추해석에 해당하지 않는다고 보고 있다. 여기서 일정한 사실관계에 적용할 법률이 존재하지 않는 경우 그것과 가장 유사한 사실관계에 적용되는 법률규정을 찾아내어 이를 적용하는 것을 유추라고 한다.[51] 대법원은 법률문언의 의미내용을 벗어나는 유추가 허용되지 않는다고 분명히 하고 있다.[52]

그러나 허용되는 법률의 해석인가 허용되지 않는 유추인가의 일차적 기준은 법률언어에 대한 일상생활의 사용규칙이나 언어관용이 되지만, 구체적 사안에서 유추와 해석의 구별은 용이하지 않다. 그 결과 대법원은 유추와 해석을 엄격하게 구분하지 않고서 확장해석도 피고인에게 불리하면 허용되지 않는다고 판시하고, 피고인에게 불리하지 아니한 유추해석도 죄형법정주의가 경계하는 유추로서 위헌적

---

48) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결.
49) 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결; 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결; 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결; 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조.
50) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6287 판결.
51) 신동운, 형법총론, 31면; 이재상, 앞의 책, 26면.
52) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결: “피고인에게 불리하게 성문규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석함을 금지하고 있다.”

법률해석은 아니라고 한다. 예건대, “죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다.”고 판시하고 있다.[53]

그런데 여기서 대법원이 말하는 확장해석은 지나친 경우, 즉 형법법규의 의미를 피고인에게 불리하게 지나치게 확장하는 해석은 실질에 있어서 죄형법정주의에 의해 금지되는 유추와 동일하다고 보는 것이며 확장해석을 모두 허용하지 않는다는 취지는 아니다. 대법원의 확장해석과 유추의 불분명한 구별태도는 축소해석의 경우에도 나타난다. 예컨대, 공직선거법 제262조의 “자수”를 “범행발각 전에 자수한 경우”로 한정하는 풀이는 “자수”라는 단어가 통상 관용적으로 사용되는 용례에서 갖는 개념 외에 “범행발각 전”이라는 또 다른 개념을 추가하는 것으로서 결국은 “언어의 가능한 의미”를 넘어선 것이라 할 것이므로, 이는 공직선거법 제262조의 “자수”의 범위를 그 문언보다 제한함으로써 공직선거법 제230조 제1항 등의 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것이라고 할 것이다. 따라서 공직선거법 제262조의 자수를 범행발각 전에 한 것에 한정되는 것으로 축소해석하여 피고인의 범행발각 후 자진출두 및 범죄신고 행위가 공직선거법 제262조의 자수에 해당하지 않는다고 설시한 원심의 판단은 단순한 목적론적 축소해석에 그치는 것이 아니라, 형면제 사유에 대한 제한적 유추를 통하여 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것으로서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반된다고 판시하고 있다.[54] 즉, 대법원은 축소해석 자체를 유추와 동일하게 금지하는 것이 아니라 처벌범위를 실정법 이상으로 확대하는 축소해석을 금지하는 취지로 이해된다.

이러한 대법원의 태도에서 우리는 허용되는 법률해석과 금지되는 유추의 일차적

---

53) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결.

54) 대법원 1997.03.20. 선고 96도1167 전원합의체 판결. 그러나 반대의견에 의하면, 유추해석이란 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 것을 의미하며, 공직선거법 제262조의 자수를 ‘범행발각 전의 자수’로 축소해석하는 것은 공직선거법 제262조의 “자수”라는 문언에 포함될 수 있는 여러 경우(즉 ‘범행발각 전의 자진출두’,‘범행발각 후의 자진출두’ 등) 중에서 제262조의 입법취지와 목적, 다른 처벌규정과의 체계적 관련성에 의하여 내재적으로 한계를 지니고 있는 것을 풀이함으로써 ‘범행발각 전의 자진출두’로 제한한 것에 불과하므로 이를 다수의견이 주장하는 것처럼 제한적 유추해석이 아니라 목적론적 축소해석에 해당한다. 따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반되지 않는다고 본다.

기준은 법률문언의 언어관용상 가능한 의미이지만 구체적 사안에서의 실질적 기준은 피고인에게 불이익한 방향으로의 해석인가에 의존한다. 물론 대법원의 판례에는 이와 같은 실질적 기준의 사용이 곤란한 경우도 있다. 예컨대, 견인료납부를 요구하는 교통관리직원을 승용차 앞 범퍼 부분으로 들이받아 폭행한 사안에 대해 대법원은 "폭력행위 등 처벌에 관한 법률" 제3조 제1항에 있어서 '위험한 물건'은 흉기가 아니더라도 널리 사람의 생명, 신체에 해를 가하는데 사용할 수 있는 일체의 물건을 포함한다고 풀이함으로써, 본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것뿐만 아니라 다른 목적으로 만들어진 칼·가위·유리병·각종공구·자동차 등은 물론 화학약품 또는 사주된 동물 등도 그것이 사람의 생명·신체에 해를 가하는데 사용되었다면 여기서 말하는 '위험한 물건'이라 할 것이므로 자동차도 위험한 물건에 해당한다고 판시하였다.[55] 다른 한편, 이러한 물건을 '휴대하여'라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 '이용'한다는 의미도 포함하는 것으로 파악하고 있는데, 자동차 범퍼를 이용하는 행위가 동법 제3조 제1항의 위험한 물건을 '휴대'한 경우라고 풀이하는 것이 법률문언의 가능한 의미 내에 머물러 있는 것인지, 이러한 방향으로의 해석이 피고인에게 불이익하지 않는 목적론적 확장해석인지는 의문이다.

최근에는 피고인이 이혼분쟁과정에서 자신의 아들을 승낙 없이 자동차에 태우고 떠나려고 하는 피해자일행을 급하게 추격 또는 제지하는 과정에서 자동차를 이용하여 다른 자동차를 충격한 사안에 대해 대법원은 충격당시 차량의 크기, 속도, 손괴정도 등 제반사정에 비추어 이 자동차는 "폭력행위 등 처벌에 관한 법률" 제3조 제1항에 정한 "위험한 물건"에 해당하지 않는다고 판시한다.[56] 또한 '휴대'의 의미에 대해서도 대법원은 "성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률"의 목적과 동법 제6조의 규정취지에 비추어 보면, 제6조 제1항 소정의 "흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 강간죄를 범한 자"란 범행현장에서 그 범행에 사용하려는 의도에서 흉기를 소지하거나 몸에 지니는 경우를 가리키는 것이고, 그 범행과 전혀 무관하게 우연히 이를 소지하게 된 경우까지 포함하는 것은 아니라고 목적론적 축소해석을 하고 있다. 한편 대법원은 이 사건에서 피해자의 손목을 운동화 끈으로 묶어 반항을 억압하였기 때문에 부엌칼을 사용할 필요가 없어 이를 범행에 이용하지 않았다고 하더라도 범행현장에서 범행에 사용하려는 의도에서 흉기 등 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지닌 이상 피고인의 행위는 "흉기 기타 위험한 물건을 휴대하

55) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도597 판결.
56) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도3520 판결.

여"에 해당하는 것으로 해석하고 있다.[57]

법률심을 담당하는 대법원에서 위와 같이 '형평을 고려'하여 목적론적으로 법률을 해석하는 한, 대법원의 규범논리에는 법질서의 안정성이나 법률해석의 통일성을 훼손시키는 자체 모순이 있는 것은 아닌가를 반문하게 한다.

3. 법률해석의 통일성과 평가모순의 극복

하나의 법질서 안에서 위법행위에 대한 평가가 균형적·비례적이지 않을 경우 평가모순이다. 예컨대, 불법이 중한 행위가 가볍게 처벌되거나 경한 행위가 무겁게 처벌되는 경우가 이에 해당한다. 흔히 살인죄의 법정형이 상해죄의 법정형보다 무거운 것은 쉽게 이해할 수 있지만, 강도죄와 강간죄의 법정형은 어떻게 평가할 수 있는가? 또 미성년자약취·유인죄의 법정형과 사기죄의 법정형은 어떠한가? 이처럼 그 차이의 근거를 분명하게 규명할 수 없는 경우도 있고 그 차이의 근거를 제시하더라도 이해하기 곤란한 평가가 있을 수 있다. 평가의 대상이 동일한 차원의 문제일 때에는 평가의 불비례를 용이하게 인지할 수 있으나 공통의 척도로 평가할 수 없는 차원의 평가대상일 경우에는 그러한 불비례의 평가모순을 해명하기 곤란하다. 그런데 동일한 차원의 문제에 공통의 척도로 판단하더라도 두 평가 사이에 모순이 있는 경우 이를 완화하는 것은 법학의 법률해석문제가 된다.

이와 같은 사례를 형법이론에서 찾아보면, 예비의 중지를 생각해 볼 수 있다. 예비의 중지 문제는 범죄의 실현이 예비행위에서 더 진행하여 실행의 착수에 이른 경우에 이를 중지하면 필요적 감면으로 처벌되는데 비하여, 실행의 착수로 나아가지 않고 예비단계에서 그 행위를 중지하면 중지미수범의 규정이 적용되지 않는 형의 불균형문제를 말한다. 대법원은 일관되게 예비에는 중지미수가 성립될 수 없다고 한다.[58] 중지범의 필요적 감면제도는 미수에 관한 제도이고 실행의 착수가 있기 전인 예비행위에는 미수에 관한 규정을 '개념적으로' 적용할 수 없다고 해석하기 때문이다. 대법원의 법률해석인 판례에 따르게 되면, 살인죄의 경우 살인예비죄는 예비단계에서 중지하더라도 처단형이 '10년 이하의 징역'이고, 살인의 미수단계에서 중지하고 유기징역형을 선택하는 경우, 면제의 경우에는 말할 필요도 없고 감경의 경우에도 그 처단형이 '2년6월 이상 15년 이하의 징역'이 되므로 평가모순이 생기는 처단형의 구간이 존재한다고 할 수 있다. 이러한 평가모순을 법관은 법

57) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도2018 판결.
58) 대법원 1966. 4. 21. 선고 66도152 전원합의체 판결; 1999. 4. 9. 선고 99도424 판결 등 참조.

규범의 해석을 통하여 양자에 대한 선고형의 차이로 해소할 수밖에 없을 것이다. 대법원은 이러한 모순을 극복하기 위하여 법률개념의 엄격한 적용을 근거로 제시하였다. 개별적 형평에서는 의문이 있을 수 있으나 관련 법률의 해석을 통하여 그 평가모순을 받아들일 수밖에 없거나 극복된 경우라고 하겠다.

이와 달리 "방화와 실화의 죄"에 대한 대법원의 법률체계상 '관련조문의 전체적·종합적 해석방법'에는 규범논리상 수용하기 곤란한 평가의 모순도 있다. 예컨대 피고인이 노상에서 전봇대 주변에 놓인 재활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소훼한 사안에 대하여, 대법원은 그 재활용품과 쓰레기 등은 '무주물'로서 형법 제167조 제2항에 정한 '자기 소유의 물건'에 준하는 것으로 보아 일반물건방화죄가 성립한다고 하였다.[59] 그 이유는 다음과 같이 요약된다. 첫째, 형법 제167조 제2항은 방화의 객체인 '물건이 자기의 소유에 속한 때'에는 동조 제1항보다 감경하여 처벌하는 것으로 규정하고 있는 바, 방화죄는 공공의 안전을 제1차적인 보호법익으로 하지만 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 볼 수 있다. 둘째, 현재 소유자가 없는 물건인 무주물에 방화하는 경우에는 타인의 재산권을 침해하지 않는 점에서 자기의 소유에 속한 물건을 방화하는 경우와 마찬가지이다. 셋째, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유하는 경우에 소유권을 취득하는 것(민법 제252조)에 비추어 보면, 무주물에 방화하는 행위는 그 무주물을 소유의 의사로 점유하는 것이라고 볼 여지가 있으므로 이를 종합하면, '무주물'은 '자기소유의 물건'에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌해야 한다.

대법원은 무주물을 민법의 법리에 의해 자기소유의 물건에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하는데, 이러한 해석방법은 민법 제252조 '무주물선점의 법리'에도 하자가 있고, 형법 제176조 '타인의 권리대상이 된 자기의 물건을 타인의 물건으로 간주하는 법리'에도 반하는, 나아가 비록 피고인에게 유리하지만 대법원의 기존의 규범논리와 일치될 수 없는 제167조 제1항의 법률문언을 축소하거나 아니면 제167조 제2항의 문언을 확대하였다는 의문이 있다.[60] 먼저 대법원이 무주물에 대하여 민법 제252조 제1항의 법리[61]를 적용한 것이라면, "자기의 소유에 속한" 물건으로 볼 것이지, 판결이유에서 적시하는 것처럼 자기소유의 물건에 '준하는 것'으로 볼 여지가 없다.

---

59) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7421 판결.

60) 이러한 의문에 대해 자세한 것은 이경렬, 무주의 일반물건 방화자의 형사책임", 형사판례연구 [18], 박영사, 2010년 6월, 223면 이하 참조.

61) 민법 제252조 제1항 ; 무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 그 소유권을 취득한다.

다음으로 대법원의 실화에 관한 종래의 전원합의체의 판단과도 논리적 모순이 있다. 이른바 '실화판결'에서 대법원 다수의견은, 형법 제167조에서 타인의 소유에 속하는 일반물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우를 자기의 소유에 속하는 물건에 대한 경우보다 더 무겁게 처벌하고 있으며, 따라서 제170조 제2항에서 말하는 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건'이라 함은 '자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건'을 의미하는 것이라고 해석하고 있다. 이는 제170조 제1항과 동조 제2항의 관계에서 보더라도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관해서는 제170조 제1항에서 이미 규정하고 있기 때문에 제170조 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것만 규정한 것으로 이해되지만, 제167조에 기재한 물건에 관해서는 그 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이 관련조문을 전체적·종합적으로 해석하는 방법일 것이다. 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법률규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추나 확장해석에 해당하지 않는다고 한다.

이에 반해 반대의견에 의하면, 제170조 제2항은 명백히 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건'이라고 되어 있을 뿐 '자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건'이라고는 되어 있지 아니하므로, 우리말의 보통의 표현방법으로는 '자기의 소유에 속하는'이라는 말은 '제166조 또는 제167조에 기재한 물건'을 함께 수식하는 것으로 볼 수밖에 없다. 나아가 과실로 인하여 타인의 소유에 속하는 일반물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우 그 처벌의 필요성이 있다는 점에는 의견을 같이 할 수 있지만 그 처벌의 필요성은 법의 개정을 통하여 충족시켜야 할 것이다. 그렇지 않고 형벌법규를 우리말의 보통의 표현방법으로는 도저히 해석할 수 없는 다른 의미로 해석하는 것에 의하여 그 목적을 달성하려고 한다면, 그것은 죄형법정주의의 정신을 훼손할 염려가 매우 크다고 한다.

타인소유 일반물건에 대한 '실화판결'의 다수의견은 그 처벌의 필요성을 위하여 피고인에게 불이익한 방향으로 제170조 제2항의 법률문언의 의미를 목적론적으로 확대해석한 것이다. 반대의견은 처벌의 필요성이 인정되지만 제170조 제2항에는 죄형법정주의에 따라 처벌할 수 없는 입법의 흠결이 존재하는 것이고, 이는 법해석이 아닌 새로운 입법에 의해 해결되어야 하는 문제라고 한다. 죄형법정주의에

합당한 해석방법인 반대의견의 정당성에도 불구하고 대법원 전원합의체 판결에 있어서 대법원의 견해가 다수의견이라는 점은 전술한 바와 같다.

형법 제170조 제2항 소정의 "제167조에 기재한 물건"의 의미를 대법원의 관련조문에 대한 전체적·종합적 해석방법'에 따라 이해하면, 무주물에 대한 '방화판결'에서도 이제 제167조 제1항에 기재된 물건에는 동조 제2항의 자기소유에 속하는 물건을 제외한 모든 물건으로 포섭되는 것으로 파악해야 할 것이다. 이러한 해석방법이 형벌법규의 법률문언에 대한 엄격한 해석에도 합치하는 것이며 대법원의 기존의 규범논리에도 일치하는 해석이다. 그러나 무주물 '방화판결'에서는 그렇게 하지 않았다. 피고인에게 유리하게 제167조 제1항이 아니라 동조 제2항을 적용하였다.

입법의 흠결, 처벌의 필요성에 대하여 법률의 '개정'으로써 해결하지 않고, '피고인에게 불이익한 방향으로' 관련 법률의 전체를 체계적·종합적으로 검토하여 그 문언의미를 '목적론적으로 확대하는 법률해석'을 한 대법원의 규범논리가 이제는 무주물 '방화판결'에서의 정당한 결론에 이론적 장애실무로 작동하고 있는 것이다. 법률을 해석·적용에 있어 법질서의 통일성이나 법률해석의 통일을 위하여 대법원이 개별사건의 구체적 타당성 또는 당사자의 형평보다는 사회의 법적 안정성을 중시해야 할 것인데, 구체적으로 타당한 귀결을 선취하고서 이런 저런 해석의 기재를 활용하여 자기 판단의 적정성을 근거지어온 대법원의 業報일 것이다.

Ⅴ. 결어

법관은 법률에 대한 해석적 활동을 통하여 법을 말한다. 법관의 말, 즉 판결의 내용을 근거 짓는 것은 판결이유다. 법관은 마땅히 당사자의 이해와 상관없이 법률의 올바른 의미에 기초하고 또 자기에게 위임된 권한과 사법의 권위를 당사자가 수긍하도록 자기의 말, 판결을 판결이유에서 입증해야 한다. 그래야만 법원의 판결에는 합법적 권위가 탑재될 것이다.

법은 개인을 지배하는 것이 아니다. 개인이 법의 힘을 빌려 자기 삶의 주인이 되는 것이다. 법의 권위에 터 잡은 법률전문가는 법을 알고 정통해야 일반시민으로부터 존경과 신뢰를 받게 된다. 오늘날 신뢰와 권위를 지닌 법은 법관에 의해 발견·형성되고 있다(사법적·유권적 해석). 법관이 어떻게 법을 발견하고 어디까지 법률의 흠결을 보충하는가가 법률해석의 방법과 한계의 문제다.

대법원에게는 법령해석의 통일과 사회의 지도가치를 선언하는 최고법원의 기능과 함께 하급심의 과오를 바로잡아 당사자를 구제하는 제3심법원의 기능이 요구되어 있다. 후자의 기능을 위하여 법원은 법률문언에서 인식되는 법규범에 따르는 경우 현저하게 불공평한 결과를 초래할 것으로 판단하면, 다른 논거나 해석방법을 도입하여 정당하다고 생각하는 방향으로 새로운 법을 발견하기도 하였다. 그러나 대법원이 개별사안에서 당사자의 형평이나 구체적 타당성을 위하여 기존의 관련 법리를 벗어나 판결마다 그 결론을 달리 한다면, 법적 안정성을 심각하게 훼손하는 결과를 초래할 것이고 궁극에는 법의 본질적 기능 즉, 행위규범과 의사결정규범으로서의 기능을 포기해야 할지도 모른다.

법률은 판결에 의해 비로소 법으로서의 실효성을 확보하고 허용과 금지의 경계를 설정한다. 형법법규에 관한 한, 대법원의 일관된 판례는 법률과 하나가 되어 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 설정하는 기능을 수행하고 있다. 형벌법규의 해석방법은 그 문언에 따라 엄격하게 해석·적용되어야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하지 말아야 한다. 법률문언의 통상적 의미를 벗어나지 않는 한, 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려하는 목적론적 해석방법도 배제되지는 않는다. 이와 같이 누차에 걸쳐 대법원은 유추가 허용되지 않는다고 분명히 말하였지만, 구체적 사안에서 유추와 해석의 구별이 용이하지만은 않다.

대법원의 일관된 태도에서 허용되는 법률해석과 금지되는 유추의 일차적 기준은 법률문언의 언어관용상 가능한 의미이지만, 구체적 사안에서의 실질적 기준은 피고인에게 불이익한 방향으로의 해석인가에 좌우된다는 것을 살펴보았다. 몇몇 사례에서는 실질적 기준의 사용이 명확하지 않은 경우도 있었고, 그래서 형평을 고려하여 목적론적으로 해석하는 대법원의 규범논리가 법질서의 안정성 내지 법률해석의 통일성을 훼손시키는 자체 모순은 없는지 반문해보았다. 그 결과 "방화와 실화의 죄"에 관한 대법원의 전체적·종합적 해석방법에는 수용하기 곤란한 규범논리의 모순이 있다고 하였다. 하나의 법률질서 안에서 위법행위에 대한 평가가 균형적·비례적이지 않을 경우가 평가모순이다. 이를 법리적으로 극복하는 것이 법률해석방법이다. 대법원은 법률해석의 통일성을 위하여 개별사건의 구체적 타당성이나 당사자의 형평보다는 사회의 법적 안정성을 중시해야 한다. 법률의 흠결이나 처벌의 필요성을 위하여 법률개정의 문제를 법률해석으로 보완하려는 체계적·종합적 해석방법에는 기존의 규범논리가 이후의 정당한 판결에 장애로 작용될 수 있다.

구체적으로 타당한 귀결을 선취하고서 경우에 따라 법률문언의 가능한 의미와 피고인의 불이익이라는 두 기준을 해석의 기재로 활용하여 자기 판단의 적정성을 근거지어온 대법원의 업보다. 유권적으로 법을 발견·형성하는 실무의 법 인식규범논리 이면에 은폐되어 있는 법원의 사법정치적 지향성을 비판하고 감시해야 하는 중요한 과업이 이론적 법학자에게 요구되고 있다.

(논문투고일 : 2015.11.22, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

이 경 렬

법률해석, 소급금지, 유추금지, 법학방법, 법원(法源)

【참 고 문 헌】

권순희, “전통적 법해석방법과 법률해석의 한계”, 법학연구 제4권 제1호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009년 2월, 136면 이하.

김선복, “판례변경 시 소급효금지의 원칙”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008년 12월, 193면 이하.

김선복, “형법상 해석과 유추”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001년 12월, 61면 이하.

김성룡, “법이론과 실무에 던지는 물음, ‘법학의 학문성’”, 형사소송이론과 실무 제7권 제1호, 한국형사소송법학회, 2015년 6월, 1면 이하

김형배, “판례의 법형성적 기능”, 민법학연구, 박영사, 1986년, 44~47면

김호기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 2009년 3월, 123면 이하.

성낙인, 헌법학, 제7판, 법문사, 2007년.

신동운, 신형사소송법, 법문사, 2009년.

신동운, 형법총론 제6판, 법문사, 2011년.

신동운 외 4인, 법률해석의 한계, 법문사, 2000년.

오세혁, “한국에서의 법령해석. - 우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석 -”, 법철학연구 제6권 제2호, 한국법철학회, 2003년, 119면 이하.

이경렬, “무주의 일반물건 방화자의 형사책임”, 형사판례연구 [18], 박영사, 2010년 6월, 223면 이하

이경렬, “변경된 판례의 소급적용에 대한 형법 제16조 원용의 문제점”, 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009년 4월, 297면 이하.

이상돈, 법이론, 박영사, 1996년.

이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011년.

이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012년

이회창, “사법의 적극주의 -특히 기본권 보장기능과 관련하여-”, 서울대학교 법학 제28권 제2호, 1987년 147면 이하.

장영민, “판례변경의 소급효 (1)”, 법학논집 제4권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2000년 2월,

천진호, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 형사판례의 연구 I

(지송 이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003년 1월, 11면 이하.
최대권, “제정법의 해석”, 서울대학교 법학 제30권 제1·2호, 1989년 122면 이하.
최봉철, “문언중심적 법해석론 비판”, 법철학연구 제2권, 한국법철학회, 1999년, 271면 이하.
한스 켈젠 저; 심헌섭 역편, 켈젠법이론선집, 법문사, 1990년.

AK-StGB-*Hassemer* : Luchterhand, 1990, § 1.
Bülow, Oskar : Gesetz und Richteramt, Duncker & Humblot, 1885 (Neudruck 1972).
Dannecker, Gerhard : Das intertemporale Strafrecht, J. C. B. Mohr, 1993
Deutsch, Erwin : “Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestande: Ein Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht”, JZ 1963, S. 385 ff.
Fischer, Thomas : StGB, 56. Aufl., C. H. Beck, 2009.
Hufnagel, Erwin : Einführung in die Hermeneutik. Urban-Taschenbücher Band 233, Verlag W. Kohlhammer, 1976.
Jahn, Matthias·Nack, Armin (Hrsg.) : Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, Carl Heymanns, 2010.
Jakobs, Günther : Strafrecht AT, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1993.
Kelsen, Hans : Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Franz Deuticke, 1960 (Nachdruck 1983).
Knittel, Wilhelm : Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, J. C. B. Mohr, 1964.
Koller, Peter : Theorie des Rechts, Böhlau Verlag, 1992.
Kudlich, Hans·Christensen, Ralph : Die Methodik des BGH in Strafsachen, Carl Heymanns, 2009.
Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz : Strafrecht AT, Tb. 1, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992.
Roxin, Claus : Stafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006.
Schönke/Schröder/Eser : StGB, 27. Aufl., C. H. Beck, 2006.
Tiedemann, Klaus : Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Mohr Siebeck, 1969.

Abstract

A criminal trial and law interpretation

Lee, Kyung Lyul

The language of judge which equals the interpretation of law should be fair and should not be influenced by stake holders. His or her judgement should be also proved by reasonable legal cause which can persuade both plaintiff and defendant.

Meanwhile the trustiness and authority of law are also formed by the judge. The interpretation of law is dependent on how the judge discovers legal factors and supplement the deficiency of law. The supreme court has two functions: One is to maintain the consistency of law interpretation and declare the leading value of society. The other is to correct the judgement of lower court.

The inconsistency of the Supreme court's judgement can harm the legal stability and finally ruin the essential function as the standard of behavior. The Supreme court should put priority on legal stability over specific validity or fairness in individual cases. Arbitrary interpretation of law, even which tries to supplement the absence of legal regulation, may influence on future judgements in undesirable way.

Lee, Kyung-Lyul

interpretation of statutes, prohibition of retroactive effect, prohibition of analogy, methodology of law, source of law.

프랑스법상 이유제시의무와 위법성 심사

이 광 윤*

I. 서론
II. 이유제시의무의 대상인 처분
 1. 개인에게 불이익한 결정
 2. 법령에 의하여 정립된 일반적 규율에 예외를 설정하는 개별적 결정
 3. 사회보장기구와 실업자 부조기관의 개별적 결정
III. 이유제시의무가 면제되는 행위
 1. 법규명령
 2. 비밀에 해당하는 행위
 3. 긴급한 경우
 4. 묵시적 결정
IV. 이유제시의 요건
 1. 이유제시의 형태
 2. 내용적 요건
V. 이유제시에 대한 통제
 1. 외형에 대한 통제
 2. 내용에 대한 통제
VI. 최대한의 심사(기속행위)와 최소한의 심사(재량행위)
 1. 기속행위에 대한 통제
 2. 재량행위에 대한 통제
VII. 결론 : 위법성의 정도

【국 문 요 약】

프랑스에서는 이유제시의무의 위반정도에 따른 처분의 위법성의 정도에 대한 논의를 하지 않는다. 그 이유는 프랑스가 행정절차에 있어 후진적이기 때문인데, 프랑스가 행정절차에 있어 후진적인 증거는 아직 까지 이유제시의무가 일반적으로 성립되었다고는 볼 수 없을 정도로 상대적으로 적용범위가 좁은데서 알 수 있다. 더구나 프랑스는 오랫동안 “이유 불제시 원칙”이 지켜져 왔다. 이는 프랑스가 행정을 입법권이나 사법권과는 독립된 독자적인 권력으로 보아 일찍부터 ‘행정의 특권’ 전통을 세워왔기 때문이다. 심지어는 최근에도 CE 23 déc. 2011 M. Danthony 판결은 “의무적 또는 임의적인 사전절차에 관한 흠은 결정의 방향에 영향을 주거나 또는 보장된 이익을 박탈하는 경우에만 위법하다”고 하고 있다.

그러나 행정절차에 대한 프랑스의 후진성은 사법절차에서 보충되고 있는데, 예를 들어 Barel판결은 법원이 행정청에게 이유를 제시할 것을 요구함으로써 시민에

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

대한 행정절차상의 이유제시의 흠결을 보충하고 있다. Barel 판결의 경우, 이유제시는 시민을 상대로 하는 것이 아니라 판사에게 하고 있다.

다른 한편 다른 유럽국가들(독일 등)의 경우, 이유제시의 흠이 있다고 하더라도 자동적으로 행정행위가 취소되는 것은 아니다. 그러나 프랑스에서는 일단 위법성이 확인 되면 자동적으로 행정행위를 취소한다. 따라서 위법성의 정도를 논할 이유가 없다. 이러한 차이는 행정법원이 프랑스에서는 단순히 시민과 행정청 사이의 정의로운 균형을 맞추려 하는 것이 아니라 국가의 독립적인 행정권의 최상부의 위치에서 행정을 수호하는 동시에 국민의 권리를 확장해 주려는 보다 적극적인 위치에 있기 때문인 것으로 풀이된다.

I. 서론

프랑스는 전통적으로 “행정의 우월성”이 일찍부터 발달해 왔었기 때문에 행정의 재량성이 중시되었고, 행정을 집행하는 행정청의 입장에서는 행정청의 일방적 결정에 이유를 제시하여야 한다는 것은 민주화가 진행되기 전의 고전적 행정법에서는 논외의 사항이었다.[1] 전통적으로 프랑스에서는 행정은 비공개주의 내지 비밀주의를 원칙으로 하였고, 이유제시에 의한 행정의 절차적 통제는 등한시되어 왔다. 꽁세이데따(Conseil d'Etat)는 일관되게 '명문에 의하여 이유제시가 의무 지워지지 않는 한, 이유기재의무는 없다'고 판시하였고, 또한 법령에 이유제시에 관한 규정이 있다고 하더라도 명문으로 그 적용범위에 포함되지 않는다면 이유제시를 할 필요가 없었다. 다만, 꽁세이데따는 이유제시가 불필요하다는 법리를 고수하였지만, 두 가지 범주의 예외를 두었다. 하나는 개별 법령에서 이유제시를 요구하는 규정이 있는 경우이고, 나머지 하나는 행정행위의 성질상 이유제시가 필요하다고 법원이 인정하는 경우였다.

그러나 재판에 있어서는 ‘사법의 자의’를 방지하려는 생각이 일찍부터 있었기 때문에 민·형사 소송에 있어서 사법결정에 대한 이유제시의무가 1790년 8월 16일과 24일 법률에 이미 도입되었다. 이것이 행정소송에도 확대되어 1806년부터 도입되었고, 현재는 행정소송법전 법률편 제9조에 “판결에는 이유가 제시된다”고 규정되어 있다.

그러나 행정처분에 대한 이유제시는 상기와 같은 이유로 꽁세이데따가 임의적으로 처분에 대한 이유제시의무를 부과하거나 또는 특정분야에 한정하거나 또는 ‘행정행위에 대한 이유제시 및 행정청과 시민간의 관계개선에 관한’ 1979년 7월 11일의 법률 제79-586호에 의해 좀 더 처분의 이유제시 범위가 확대 된 이후에도 이런 규정들의 적용을 받는 분야 이외에는 여전히 ‘이유불제시 원칙’이 우월하거나 임의적으로만 이유제시의무가 성립되었다.[2] 꽁세이데따는 이에 관해 1978년 7월의 Comité d'étude et de vigilance des artisans 판결에서 “행정청의 결정은 일반적으로

1) Hervé de Gaudemar, "L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français", La motivation en Droit public, sous la direction de Sylvie Caudal, Dalloz, 2013, p.70.
2) 상게논문, 70면.

이유가 제시되지 않고 예외적으로 합의체 행정청들만 그 기능상으로 이유제시를 하고, 독임제 행정청은 명문규정이 있을 때만 한다"고 설명하였다. 그러다가 "전산과 자유에 관한" 1978년 1월 6일 법률과 "행정문서의 공개에 관한" 1978년 7월 17일 법률의 제정 이후 행정청과 시민의 관계 개선과 행정절차의 간소화가 중요한 정치적 의제로 떠올랐다. 이에 따라 행정행위에 대한 이유제시의무를 부과할 법률 제정의 배경이 형성 되었다. 당시 레이몽 바르 수상은 어떤 경우에 이유제시의무를 부과할 것인가에 관한 꽁세이데따의 연구 보고를 그대로 받아들여 1978년 12월에 1978년 7월 17일의 "행정문서의 공개 법률"의 수정안을 제안하였다. 이에 따라 제정된 "행정행위의 이유제시와 행정청과 시민의 관계개선에 관한(relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public)" 1979년 7월 11일 법률은 이유제시의무가 부과되는 세 가지 유형인 1. 일반적 제시의무, 2. 유형별 제시의무, 3. 특별한 제시의무를 규정함으로써, "프랑스를 특별한 경우에만 이유제시의무를 부과하는 단계에서 유형별로 이유제시를 부과하는 단계로 끌어올렸다"[3]고 평가된다. 이제 1979년 7월 11일의 "행정행위에 대한 이유제시 및 행정과 시민 사이의 관계 개선에 관한" 법률의 제정으로, 일정한 유형에는 이유제시의무를 부과하는 일반법이 탄생하였고, 이 법률은 1986. 1. 17. 및 2000. 4. 12. 두 차례에 걸쳐 부분적으로 개정되었으며, 그 때마다 이유제시의 적용범위가 점점 확대되었다.

프랑스법에서 말하는 이유제시의무란 "불리한 개별적 처분의 당사자의 권리를 보호하고, 일정한 불리한 개별적 처분이 근거한 법적, 사실적 이유를 당사자에게 통지할 의무"[4]를 말한다.

그러다가, 현재 이유제시에 관한 법률은;

① 개인에게 불이익한 결정

② 법령에 의하여 정립된 일반적 규율에 예외를 설정하는 개별적 결정

③ 사회보장기구와 실업자 부조기관의 개별적 결정

---

3) 상게논문, 76면.

4) Songolo Noémy, "La motivation des actes administratifs", VILLAGE DE LA JUSTICE, 23 septembre 2011.

이 세 가지 범주의 행정행위에 대하여 이유제시의무를 부과하고 있다. 그러므로,

① 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우

② 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우

③ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

를 제외하고는 모두 이유제시의무가 부과되는 우리나라 행정절차법에 비하여는 물론, ① 행정청이 신청을 받아들이거나 의사표시에 따르는 행정행위를 하고, 그 행정행위가 타인의 권리를 침해하지 않는 경우, ② 행정행위의 상대방이나 이해관계인이 사안의 법 및 사실상태에 관한 행정청의 견해를 이미 알고 있거나 그 견해를 서면에 의한 이유부기가 없더라도 바로 알 수 있는 경우, ③ 행정청이 동종의 행정행위를 대량으로 또는 자동장치에 의하여 발행함에 있어 개개의 사안에 따라 일일이 이유를 제시할 필요가 없다고 인정되는 경우, ④ 법령의 규정에 의하여 직접 행정 행위의 이유가 주어진 경우, ⑤ 일반처분이 공고되는 경우에 한하여 이유제시의무가 면제[5]되는 독일연방행정절차법에 비하여도 이유제시의무인 행위의 대상이 좁다.

불이익 처분과 함께 이유제시의무가 부과되는 “법령에 의하여 정립된 일반적 규율에 예외를 설정하는 개별적 결정”이라 함은 통상 법령에 규정된 규율의 적용을 배제하는 결정을 말한다. 꽁세이데따는 법령 본문에서 규정하는 예외는 예외적 결정으로 해석하지 않는다. 예를 들어, 개명허가에 관한 결정에서 법률은 개명을 허용하지 않는 원칙을 정하고, 일정한 경우에 이를 수정하여 개명을 허용할 수 있다는 예외를 규정하고 있으므로, 그 예외적 규정을 적용하여 개명을 허용한 것은 위에서 든 사유에 포함되지 않는다. 즉, 법령이 원칙과 예외를 모두 규정하고 있는 경우에 이를 전부 '일반적 규율 상태'로 보면서 법령이 정하지 아니한 다른 근거로 결정을 하는 경우에만 이에 해당하는 것으로 보고 있는 것은 이유제시에 관한 법률의 적용범위를 제한적으로 해석하려는 경향의 연속선상에 있다. 따라서 이유제시에 의한 위법성의 정도에 대한 심사에 까지는 이르지 못하고 있다.

5) 독일 연방행정절차법 제39조 제2항.

II. 이유제시의무의 대상인 처분

1. 개인에게 불이익한 결정

행정행위의 이유제시에 관한 1979년 8월 31일 훈령 제1장 제1절은 법률이 행정행위의 이유제시의무를 일반적으로 부과하지는 아니하나 이유제시 의무의 범위를 대폭 확대하고 있음을 명시하고 있다. 1986년 1월 17일에 개정된 1979년 7월 11일 법률은 자연인 또는 법인인 행정객체에게 불리한 개별적 처분만 이유제시의무의 대상임을 규정하고 있다. 명령의 성격을 가지는 일반적 처분은 이유제시의무의 대상이 아니다. 1979년 7월 11일 법률 제1조는 불리한 개별적 처분의 리스트를 제시하고 있는데 보다 구체적으로는 1987년 9월 28일 훈령이 이를 적시하고 있다. 1986년 1월 17일 법률은 허가 거부를 리스트에 추가하고, 1993년 7월 27일 법률은 민법전 제27조를 개정하여 귀화거부처분을 추가하였다.

행정청이 행정객체의 청구에 대하여 응답을 하지 않는 거부처분의 경우에 청구인은 결정에 대한 이유제시를 요구할 권리를 가진다. 묵시적 거부처분에 대하여 이해당사자는 2개월 내에 묵시적 거부처분의 이유를 청구할 수 있다. 이에 대하여 행정청은 1개월 이내에 답변하여야 한다.

개인에게 불이익한 결정에 대하여 1979년 7월 11일의 이유제시에 관한 법률에서 규정된 것들은 다음과 같다;

① 공적 자유의 행사를 제한하거나 일반적으로 경찰행정에 해당하는 결정;

예컨대 프랑스 국적의 상실, 외국인의 추방, 기본권을 침해하는 허가 거부, 지방자치단체의 자치, 직업의 자유를 침해하는 결정, 노동권에 관한 결정 등 모든 금지·제한 행위 등이 있다.

6세 미만 아동의 입학 거부 같은 경우에는 제한으로 보지 않고, 이유제시의무도 없다. 그랑제꼴(국립 최고 대학원) 준비반 편성 거부 같은 경우에는 준비반에 편성되어야만 입학시험에 응시할 수 있으므로 제한으로 본다.

② 제재를 부과하는 결정;
이 결정에는 공무원에 대한 징계, 조달시장 계약자에 대한 계약상의 제재, 직업상의 제재, 행정제재, 세무제재 등이 있다.

③ 허가를 함에 있어서 일정한 제한조건이나 의무를 부과하는 결정;
일반적으로 허가의 경우에는 행정청이 상황을 감안하여 허가를 하거나 거부할 수 있다. 또한 기한을 정하거나 조건부 허가를 할 수 있다. 이런 경우에는 거부처분과 마찬가지로 이유를 제시하여야 한다.

④ 권리설정적 결정을 소급적으로 혹은 장래를 향하여 폐지하는 결정;
이러한 조치들은 제재의 성격을 갖는 경우가 많고 제재를 부과하는 결정과 결합되어 나타난다. 허가를 받은 자의 과실로 인한 허가의 철회 같은 것이다. 행정청은 권리설정행위가 위법하다고 판단하면 철회할 수 있다. 예를 들면, 요건을 갖추지 못한 자에 대한 체류허가거부 같은 것이다.

⑤ 시효, 소권의 상실 내지 청구권의 실효를 원용하는 결정;
예를 들면, 정해진 기간 내에 공사에 착수하지 않은 건축허가의 실효가 대표적이다.

⑥ 법률상의 취득요건을 충족하는 자가 권리로서 일정한 이익의 부여를 요구할 수 있는 경우에 그 이익의 부여를 거부하는 결정;
개입수단으로서의 기업에 대한 재정적, 세제적 혜택은 임의적이지 권리가 아니다. 따라서 이런 결정들에 대하여는 이유제시의무가 없다.

등 여섯 가지로 열거하였다가, 1986. 1. 17.자 법률에 의하여 ⑦ 허가를 거부하는 결정을 추가하였다.[6)]

원칙적으로 '개인에게 불이익한 결정'이나 '예외적 결정'에 해당하는 경우에는 이유제시가 필요하고, 결정과 동시에 지체 없이 이유제시가 이루어져야 하나, 피할

6) Jean-Marie Pontier, “Les exigences inhérentes à l'acte : la motivation”, Université numérique, Septembre 2008.

수 없는 긴급한 사정이 있는 경우와 법령에 의하여 비밀로 보는 사항에 관한 것은 예외적으로 이유제시를 요하지 않는다. 그리고 1979년 7월 11일 법률과 명령들이 규정하는 이외의 사항은 이유제시의무 대상이 아니다.

이유제시의무의 적용범위는 많이 확장되기는 하였으나 아직도 이유제시의 기능에 비하여 충분한 것은 아니다. 우선 '불리한 개별적 결정'의 개념이 이유제시의 기능에 적합하지 않다[7]. 판례에 따르면 결정의 불리한 성격에 대한 평가는 결정에 직접적으로 관계된 자연인 또는 법인인지를 고려하여 내려진다.[8] 따라서 제3자에 대하여는 불리하다고 보지 않아 제3자의 권리를 침해할 수 있다. 예를 들어 쇼핑센터의 개장이나 확장에 대한 허가거부결정은 1979년 법률에 따라 이유가 제시되어야 하는 불리한 결정이다. 그러나 쇼핑센터의 개장이나 확장에 대한 허가결정은 1979년 법률에 따라 이유가 제시되어야 하는 불리한 결정이 아니다. 그러면 Royer 법률[9]이 보호하는 소상인의 권리가 이유제시 없이 침해될 수 있다. 따라서 '불리한 개별적 결정'의 개념은 제3자효 행정행위의 경우에는 이유제시의무의 기능을 다할 수 없다. 뿐만 아니라 1979년 법률에 따른 이유제시의무가 있는 불리한 결정은 일반적인 것이 아니라 법률에 규정된 것만 해당한다. 따라서 '불리한 개별적 결정'의 개념은 이유제시의무의 기능에 충분하지 않다.

2. 법령에 의하여 정립된 일반적 규율에 예외를 설정하는 개별적 결정

이 결정들은 당사자들에게 불리한 앞서의 결정들과 달리 당사자들에게 유리한 결정들이다. 그런데 당사자들에게 유리한 일반적 규율에 대한 예외를 설정하는 개별적 결정들은 제3자에게 불리할 수 있다. 이러한 결정들은 엄격한 개별적 상황에 의하여 정당화되지 않는다면 "법 앞의 평등" 원칙을 위반할 수 있다. 따라서 도시계획, 채무, 위생, 안전, 근무시간, ... 등에 관련한 규제 규정에 대하여 제조업체에 부여한 예외적 조치에 대하여 이유를 제시하여야 한다.

---

7) 상게논문.

8) CE,sect., 9déc. 1983, Vladescu, Lebon 497.

9) La loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat. 최초의 상업구역계획에 관한 법률.

3. 사회보장기구와 실업자 부조기관의 개별적 결정

이 기구들은 공공서비스 기관이기는 하나 전통적으로 프랑스에서는 사법상의 기관으로 사법상의 행위를 하는 것으로 보아 민사소송의 대상이 되는 행위로 보아왔다. 따라서 불리한 결정이라 하더라도 행정행위가 아니기 때문에 이유제시의무가 발생하지 아니하였었다. 그러나 이러한 행위들에 대하여 이유제시의무를 부여할 필요성이 있어서[10](심리적으로 국민들은 행정청으로 생각하므로) 이유제시의무의 대상행위에 편입시켰다.

III. 이유제시의무가 면제되는 행위

1. 법규명령

법규명령은 특정된 권리주체에 대한 결정이 아니므로 이유제시의 대상이 아니다. 공익성의 선언(déclarations d'utilité publique)이나 부지의 등급부여(le classement d'un site)와 같이 명령도 될 수 있고, 개별적 결정도 될 수 있는(처분성이 있는) 결정에 대하여 총리훈령은 이유제시를 권고하고 있다.[11]

2. 비밀에 해당하는 행위

비밀에 해당하는 행위는 이유제시의무가 면제된다. 1979년 7월 11일 법률 제4조 제2항[12]은 "이 법률 규정들은 비밀사항의 누설 또는 공표를 금지하는 법률규정에서 면제되지 아니한다."고 규정하고 있다. 이러한 규정은 분명히 합리적이다. 그러나 너무 간략하다.

2013년 10월 11일 법률 제21조에 의하여 수정된 행정청과 시민과의 다양한 관계개선 조치에 관한 1979년 7월 11일 법률 제6조에서 규정하는 이유제시의무가 면제되는 비밀에 관한 사항은 다음과 같다 :

---

10) Georges Péquignot, "La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs", Les Cahiers de droit, Volume 21, numéro 3-4, 1980, p.977.

11) Georges Péquignot, 상게논문, 975면.

12) Les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret.

(1) 모든 사람에게 공개가 금지되는 사항;

① 기밀로 분류된 정부의 심의와 행정청의 심의
② 국방의 비밀
③ 프랑스의 외교정책
④ 국가안전, 공공의 안전 또는 사람의 안전
⑤ 화폐와 신용
⑥ 허가가 있는 경우를 제외한 법정에서의 절차 진행 또는 사전 절차
⑦ 세무와 관세에 대한 조사
⑧ 환경법전 L 124-4조를 조건으로, 법률에 의하여 보호되는 그 밖의 비밀사항

(2) 당사자에게만 공개할 수 있는 행정문서;

① 사생활의 비밀, 의료비밀, 상공업의 비밀
② 지명되거나 쉽게 알아볼 수 있는 개인의 육체적 평가에 관한 사항
③ 공개가 손해를 가져올 개인의 태도

3. 긴급한 경우

1979년 7월 11일 법률 제4조[13]는 "매우 긴급하여 결정에 이유를 제시하지 못한 것은 위법성을 구성하지 않는다. 그러나 당사자가 소 제기 기간 안에 요구하는 경우에는 한 달 이내에 이유를 제시하여야 한다."고 규정하고 있다. 즉, 매우 긴급한 경우에는 이유제시를 하지 않아도 형식상의 흠이 발생하지 아니하나, 당사자가 요구하면 행정청은 한달간의 충분한 합리적인 생각의 여유를 가지고 이유를 제시하여야 한다.

4. 묵시적 결정

13) Lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, dans les délais du recours contentieux, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs.

명시적 결정이라면 이유가 제시되어야 하는 경우에 묵시적 결정이 이유를 제시하지 아니하였다는 것만으로는 위법성을 구성하지 않는다. 그러나 당사자가 소제기 기간 내에 요구하면 모든 묵시적 거부에 대하여 이 요구의 다음 달에 이유를 제시하여야 한다. (1979년 7월 11일 법률 제5조)

IV. 이유제시의 요건

이유라고 하는 것은 행정행위 이전에 정하여야 할 객관적 요소를 말한다. 1979년 7월 11일 법률 제3조는 "이 법률에 의하여 요구되는 이유제시는 문서로 하여야 하며 처분의 기초가 되는 법적·사실적 고려 사항에 대한 설명을 포함해야 한다."고 규정하고 있다. 이 규정은 1979년 7월 11일 법률이 제정되기 이전까지의 판례들에 의하여 형성된 원칙이다.[14] 따라서 법원은 사실에 대한 이유와 법적인 이유를 동시에 판별하여 사실관계 또는 법적 관계에 대한 이유의 부재로 인해 결정의 위법성을 선언하게 된다.

1. 이유제시의 형태

이유제시는 문서로 하여야 하며 결정의 근거를 구성하는 사실적·법적 동기를 발표하여야 한다.

(1) 이유제시는 분명(claire)하고 정확(précise)하여야 한다.

처분의 이유는 처분의 상대방이 쉽게 알아볼 수 있도록 하여야 한다. 이유제시가 길 필요는 없으나 분명하고 명료하여야 한다. 이유제시는 상황에 적응하여야 한다. 이유의 제시는 일반적으로 결정의 본문에 삽입된다. 판례에 따르면, 때로는 이유가 결정주문의 부속문서(첨부문서, 보고서, 의견서 등)로 제시될 수도 있고, 또는 보다 넓게 의사 결정과 동시에 당사자의 관심을 끌게 할 수도 있다. 당사자가 이 문서를 알지 못하면 이유가 충분히 제시되어도 이유제시의무가 이행된 것으로 보지 않는다. 이유제시의무의 이러한 요건은 행정청에 대한 구속과 행정처분의 취소를 희망하는 청구인에 대한 기회를 의미한다. 법원은 이유제시의 흠은 본질적 형식의 하자를 구성하여 위법사유로 본다.[15] 이 하자는 치유될 수 없고, 이유를 변

14) Georges Péquignot, 전게논문, 980면.
15) Hervé de Gaudemar, 전게논문, 85면.

경할 수도 없다. 그러므로 형식의 하자는 이유의 변경을 허용하는 내용의 위법성보다 더욱 강한 제재가 될 수 있다[16].

(2) 의견, 제안, 보고서 등등에 대한 참조에 의한 이유제시는 원칙적으로 제외된다. 그러나 다음과 같은 경우는 허용된다. :

① 이유제시에 관한 법률적 요구를 충족시키는 의견, 제안, 보고서 등등의 결론

② 결정을 한자가 이유제시에 해당한다고 하는 경우

③ 이유를 진술하는 내용을 포함하며 결정문에 들어가 있거나 첨부되어 있는 의견, 제안, 보고서 등등의 본문[17]

(3) 이유제시는 간결(concise)하면서도 완전(complète)하여야 한다.

어떤 결정을 할 수 있는 한 개 또는 수개의 이유가 있을 때, 다른 의심스러운 이유들에 대하여는 이유를 거론하지 아니 할 수 있다. 반대로 결정에 필요한 진지한 이유들이 수개 존재할 때, 수개의 이유들이 각각 나열 될 수 있다. 이유들 사이에 논리적인 연쇄고리가 존재할 때는 필수적인 어떤 이유도 생략되어서는 아니된다. 그러나 결정은 항상, 객관적인 요소(나이, 소득수준 등)의 조합에 의하여 내려지고, 이유는 이 요소들을 각각 거론함으로써 유효하게 구성된다. 기속행위인 경우에 행정청은 하여야 할 결정 이외에는 합법적으로 할 수 없으므로, 합법적인 이유만을 거론하여야 한다.

간결성은 징계의 경우를 제외하고는 개인의 육체적 건강이나 정신건강, 태도, 도덕성의 결과에 대하여는 특히 요구된다. 이 경우에 참조에 의한 이유제시는 임의적이다.[18]

2. 내용적 요건

(1) 사건의 상황에 적용 할 수 있어야 한다.

사건상황에 이유제시가 적응할 필요성이 항상 정형화된 이유제시를 배제하는 것

---

16) 상게논문, 85면.

17) Circulaire du 28 septembre 1987 relative à la motivation des actes administratifs

18) 상게자료.

은 아니다. 이유제시는 사건의 사실에 부합하여야 한다.

인쇄된 형태의 정형화된 이유제시는 다음의 두 가지 경우에만 허용된다;

① 결정권자가 아무런 평가도 없이 객관적 조건의 충족 여부만을 검증하는데 그치는 경우

② 결정의 근거인 사실인 고려사항의 자세한 진술이 관계자에게 손해를 야기하는 경우[19]

(2) 엄격한 조건에 따르는 허가

엄격한 조건에 따르는 허가사항은 일반적으로 그 자체가 설명하고 있으므로 형식적인 이유제시를 추가할 필요가 없다. 따라서 건설허가에 수반되는 특정 요구사항에 충분히 정확한 진술은 그 자체로 적합한 이유제시를 구성한다.

제한 조건을 일반적으로 야기할 가능성이 있는 의사 결정을 위한 행정서식은 그 결과로 다양한 조건 유형을 예정하여야 하고, 제한을 부과하기 위해 참조가 기초하고 있는 법률 또는 명령의 본문에 대한 참조를 지적하여야 할 뿐 아니라 그러한 규정들의 본문도 지적하여야 한다. 행정청에게 그러한 조건을 부과하도록 권한을 부여하는 본문의 조합과 조건의 내용은 그 자체가 대부분 충분한 이유제시를 구성한다.[20]

V. 이유제시에 대한 통제

이유제시에 대한 통제는 전통적으로 형식의 하자에 관한 것으로 분류되어 왔다. 그러나 행위의 형식은 내용의 표현이기 때문에 이유제시에 관한 소송에서는 외형뿐만 아니라 제시된 이유의 내용도 위법성 판단의 대상이 된다.[21] 따라서 이유의 제시에 대한 통제는 외형, 즉 형식에 대한 통제와 이유 자체의 내용에 대한 통제를 모두 포함한다.

---

19) 상게자료.

20) 상게자료.

21) Pascale Gonod, Le contentieux de la motivation des actes administratifs unilatéraux, sous la direction de Sylvie Caudal, La motivation en Droit Public, Dalloz, 2013, p.92.

1. 외형에 대한 통제

행정행위에 있어 그 형식을 결여하더라도 행위의 확실성에 본질적인 영향이 없고 단지 행위의 내용을 일층 명백히 하는 것에 불과한 형식은 경우에 따라 행위의 효력에 영향이 없을 수 있다.[22] 이러한 행위의 효력에 영향을 미치지 않는 형식을 가리켜 부수적(accessoire) 형식 또는 비본질적(non substantiel) 형식이라고 부른다. 본질적(Substaililiel)형식과 부수적 형식의 구별은 프랑스의 꽁세이데따의 판례들[23]을 통하여 나타났는데 부수적 형식의 흠은 법률이 명문으로 필요하다고 규정하고 있는 경우를 빼고는 효력에 영향이 없고 국민의 권리를 조금도 침해하지 않는다.[24] 따라서 취소의 대상이 되는 형식상의 흠은 본질적 형식의 흠만이 이에 해당한다. 본질적 형식이란 첫째, 국민의 권리를 보장한다는 것을 목적으로 하는 모든 형식과 둘째, 행정행위의 방향을 바꿀 수 있는 모든 형식을 가리킨다.[25] 따라서 본질적 형식이란 국민의 권리를 보장한다는 것을 목적으로 하지 않는 형식이거나 행정행위의 방향을 수정할 수 없는 형식을 가리킨다. 이러한 부수적 형식의 흠은 그 흠에도 불구하고 취소의 대상이 되지 않는다. 그러나 행정책임의 대상은 된다.[26] 한편 Laferriére는 형식의 흠과 절차의 흠을 혼동하였으나[27] 형식의 흠과 절차의 흠은 엄격히 구분된다.[28] 형식의 흠이 행위의 외형에 관한 문제(instrumentum)인 데 반하여 절차의 흠은 행정행위의 성립절차 자체를 좌우하는 것으로 내용에 관한 문제(negotium)이다. 따라서 절차적 요건은 형식의 요건과는 달리 보통 본질적 요건으로 간주된다.[29] 절차의 흠은 보통 취소의 대상이 된다.[30] 예를 들면 징계대상인 공무원에 대한 관련서류의 통지를 받을 권리는 권리를 보장할 목적의 절차로서 본질적 요건이 되며 토지수용에 있어서의 협의 절차는 협의에 의하여 토지수용권을 행사하지 아니할 수 있는, 즉 행정행위의 방향을 바

---

22) 김도창, 일반행정법(상), 청운사 1993, 480면.

23) C.E. 3 juillet 1896 Syndicat de l'association de Vidanges d'Ailes 판결, C.E. 28 juillet 1905 Boitel de Dieuval 판결.

24) J.M. Auby et R. Drago, Traité de contentiex administratif T2, LGDJ, 1984, p. 301.

25) G. Vedel/P. Delvolvé, Droit administratif T.2, Puf, 1992, p. 311.

26) L. C. Prieto, E. R. Alcubilla, Temas de Derecho constitutionaly Derecho administ-rativo, Marcial Pons, 1988, p. 842.

27) Laferriére, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux T.2, 1888.

28) René Chapus, Droit administratif général T1, Montch, 1990, p. 709.

29) J. M. Auby et R. Drago op. cit., p. 301.

30) 상게서 300 면 ; 절차에 관해서도 본질적인 절차와 부수적인 절차로 구분하는 견해로는 김동희, "형식상 절차의 하자와 행정행위의 효력", 고시계 1987년 2월, 75면 참조.

꿀 수도 있는 요건으로 간주된다.[31]

이유제시는 처분 내에 문서로 포함되어야 하며 구두로 행해진 경우에도 대화 속에 포함되어야 한다. 이유제시가 첨부형식으로 이루어진 경우에 이것을 이유제시로 인정할 것인가에 대하여 꽁세이데따의 1987년 12월 18일의 Loyer판결[32]은 인정하고 있지만 여전히 의문으로 남아있다.[33] 따라서 참조 형식의 이유제시는 원칙적으로 배제된다. 또 이유제시는 정확하고 상황에 적용할 수 있어야 하기 때문에 스트레오타입의 이유제시는 불충분한 이유제시로 간주된다. '법령의 참조'도 이유제시로 보지 않는다. 이유제시가 없거나 불충분하면 처분이 위법하며, 위법하다는 것은 이유제시가 본질적인 형식에 속한다는 것을 의미하며 의무적이라는 것을 뜻한다.

2. 내용에 대한 통제

법원에 의한 '위법성 심사'라고 하는 것은 처분에 대한 위법성 심사가 존재한다는 그 자체로 단순한 형식에 대한 심사 뿐 만 아니라 내용에 대한 심사도 포함한다는 것을 의미한다.[34]

이유의 정당성에 관한 문제는 내용에 관한 통제이다. 사법적 통제는 내용의 합법성까지를 심사한다. 즉, 이유를 구성하는 의사도 심사 대상이다. 내용에 대한 위법성 심사는 이유제시의무에 대한 법원의 통제가 더 이상 외형적인 "형식의 흠"(vice de forme)에 대한 통제에 그치는 것이 아니라 내용적인 "이유의 흠"(vice de motif)에 대한 통제를 하는 것이며 "이유의 흠"(vice de motif)을 이유로 하여 취소판결을 하게 된다[35].

---

31) 이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007, 82,83 면

32) CE 18 déc. 1987, Loyer, Lebon 419 ; "공격의 대상인 지사의 명령이 명시적 이유를 표시하는 첨부문서를 포함하고 있고, 이 것이 Dinard 시청에서 공개되어 법과사실관계의 요소, 특히 각각의 수정이 공용지역(servitude)의 기초가 되는 도면 자료를 나타나게 하므로 이러한 조건에서는 지사의 명령이 충분한 이유제시를 하고 있는 것으로 간주되어야 한다."

33) Pascale Gonod,, 전게논문 96면

34) CE 28 mai 1954, Barel. Rec. Lebon p. 308 ; "

35) Pascale Gonod, 전게논문, 101면.

꽁세이데따는 2011년 6월 1일의 Beddiaf 판결[36]에서 "공공질서를 이유로 한 허가 거부에 대한 취소청구에 대하여 선고를 하기 위해서는 정확한 요소로부터 이유의 근거를 평가하여야 하기 때문에 행정청은 법원이 원인을 충분히 알 수 있도록 정보를 제공하여야 한다."고 하였다. 이 말은 이유제시의 하자를 이유로 소송을 제기한 경우에 행정청은 법원의 질의에 충분히 답할 수 있도록 이유를 설명하여야 된다는 의미다.

사실 또는 법상의 오류가 자동적으로 취소로 이어지는 것은 아니지만 법원은 통제를 다양하게 행사하여 잘못된 이유를 받아들이지 않거나 이유를 변경하게 할 수 있다 그러나 이유의 변경은 기속행위를 제외하고는 법원이 행정청이 되는 것을 피하기 위하여 엄격하게 해석된다. 따라서 기속행위 이외의 경우에 법원은 이유를 변경시키기 보다는 무력화 시키는 방법을 취하기도 한다.[37] 즉, 몇 가지 이유가 제시된 경우에 그 중의 일부는 취하지 않는 것인데, 이렇게 되면 법원은 집행기관이 되는 것을 피하면서도 잘못된 이유를 적용하지 않을 수 있다.

VI. 최대한의 심사(기속행위)와 최소한의 심사(재량행위)

재량행위는 이유제시와 같은 위상에 있는데, 법원은 심사권 확대를 위하여 법적 이유를 나타내려고 한다. 그러나 법원은 적법성을 심사하는 것이지 합목적성을 심사하는 것은 아니다. 따라서 합목적성에 대한 심사를 피하면서 이유의 정당성을 검증하는 것은 까다로운 일이다. 재량행위와 기속행위를 구분하여 재량행위에 대하여는 최소한의 심사를 하고, 기속행위에 대하여는 최대한의 심사를 한다.

1. 기속행위에 대한 통제 : 최대한의 심사

(1) 법적 이유 또는 법적 오류에 대한 심사

기속행위일때 행정청은 자유로이 결정을 할 수 없고 결정의 이유는 법에 의해 정해진다. 이럴 때는 법적 이유가 있다고 하고, 위법한 이유로 내려진 결정은 법적

36) CE 1 juin 2011, Beddiaf 판결은 알제리 출신의 테러리스트의 활동을 방지하기 위한 안보상의 필요성과 그가 오랫동안 프랑스에 거주하였고, 그 가족도 함께 있기 때문에 인권보호상의 배려가 충돌하므로 이를 어떻게 조화시킬 것인가 하는 것이 문제되었는데 꼴세이 데따는 비록 테러에 관련된 것이라 하더라도 "행정청은 법원이 원인을 충분히 알 수 있도록 정보를 제공하여야 한다"고 결론 내렸다.

오류로 인한 무효 또는 법적 이유의 부재로 인한 무효라고 한다. 이 경우에는 법원의 통제에 어려움이 없다. 위법한 이유에 기초한 결정은 법에 반한다. 그리고 법률위반이 존재한다. 흔히 이런 경우에 공무원에 대한 징계는 징계하자가 되지 않는다. 항상 법위반이 존재한다.[38]

(2) 사실 또는 법적 오류에 대한 심사

이 심사는 단계별로 행해진다.

1) 법원은 사실관계를 고려한다. 특히 사실관계가 합법성에 포함되어 있을 때는 더욱 그렇다.

이 통제는 때로는 법관을 합법성과 객관성의 경계선 상에 서게 한다. 특히 경찰권 행사에 대한 통제에 있어서 그렇다. 법관은 질서에 대한 위협에 의하여 기본권에 대한 제한이 정당화 되는 지 여부에 대해 결정하여야 한다.[39]

2) 비례의 원칙에 대한 통제

사실관계가 결정을 법적으로 정당화하는지 조사하기 위하여 법관은 이유제시의 대상이 되는 행위의 적정성에 대한 통제를 한다. Benjamin 판결에서 법관은 이유에 비하여 집회금지 조치가 비례에 맞지 않는지 조사하였다. 이러한 태도는 기본권과 관련하여 발견된다.[40]

3) 대차대조표 이론(bilan coûts-avantages)

토지 수용과 같이 어떤 작용을 하가하는 결정의 경우에 법관은 그 작용으로 인한 이익과 손실을 비교형량 한다. 만약 대차대조표가 흑자이면 그 결정을 유지한다. 대차대조표가 적자이면 그 결정을 취소한다.[41] 이러한 통제방식은 매우 주관적

---

38) C.'É. 28 mai 1954 Barel

39) C.'É. 13 mai 1933 Benjamin

40) C.'É. 5 mai 1976 S.A.F.E.R. d'Auvergne c/ Bernette. En matière de refus de concourir, dans la fonction publique, C.'É. 18 mars 1983 Mulsant : Rec. p. 125. En matière disciplinaire, Conseil d'État 9 juin 1978 Lebon : AJDA 1978 p. 573

41) C.E. 28 mai 1971 ; Ministère de l'Equipoment dt du Logement contere Fédération de défense des personnes concer nées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle-Est", Rec. 409, concl. Braibant. : Lille 신도시에 대학캠퍼스를 건설하는데 있어 캠퍼스가 교외에 위치하게 되면 사회생활과 유리되어 게토(ghettos)를 형성하게 되므로 학생들에게 나쁘다고 판단되어 시내에 캠퍼스를 건설하기로 하였는데 이를 위해서는 250채의 가옥을 수용하여야만 하였다. 주민의 반대에 부

인데, 이렇게 되면 합목적성에 대한 심사에 이르게 된다.

(3) 사실 또는 사실의 오류에 대한 통제

법원은 합법성을 심사하는 것이지 사실관계의 정확성에 대하여도 심사할 수 있는 것인지 하는 의문이 있었으나 꽁세이데따는 기속행위의 경우에는 사실관계의 정확성에 대하여도 심사할 수 있다고 하였다.[42] 사실관계에 대한 조사는 합법성 통제의 한 조건을 구성하며 합목적성에 대한 통제는 아니다.

2. 재량행위에 대한 심사 ; 최소한의 심사

결정의 이유가 법에 의해 정해지지 아니할 때 행정청은 재량권을 가진다고 말한다. 그러나 재량행위에 대하여도 법상의 오류, 사실의 오류 또는 사실에 대한 명백한 평가의 오류가 있는지 그 이유제시에 대한 통제를 하는 경우도 있다.

3. 다수의 이유에 의한 문제

행정청이 다수의 이유를 제시하였으나 그 중 일부만이 법상 또는 사실상 부정확한 경우 그 결정은 위법하다고 보아야 하는가? 이 문제는 재량행위의 경우에 더욱 두드러지나 기속행위의 경우에도 발생한다.

(1) 첫 번째 해결책은 꽁세이데따의 Canavaggia 판결

추방명령을 받은 Canavaggia씨의 세 가지 이유제시 중, 하나는 법상의 오류였으며, 다른 하나는 사실의 오류이었다. 꽁세이데따는 두 가지에 대하여는 제재를 취소하고 나머지 하나에 대해서만 제재를 유지하였다.[43] 이 판례를 객관적인 조사에 관한 판례이다.

딪친 행정청은 수용가옥의 수를 줄였으나 백여 채의 수용은 불가피하였다. 이에 주민들은 집단소송을 제기하여 주택, 정비성장관(Ministre de l'Equipement et du Logement)의 "공적 필요성"(l'utilité publique)을 선언한 省令(arrêté ministériel)의 취소를 Lille행정법원에 구하였으나 패소하였다. 항소심에서 꽁세이데따는 원심을 파기하면서 비교형량(bilan coût-avantage)의 원칙을 도입하였다. 즉 "토지수용은 재정적 부담과 사회질서상의 불편, 사유재산의 침해가 행정작용의 결과 얻을 수 있는 이익에 비해 지나치지 않을 경우에만 '공공적 필요성'(l'utilité publique)이 합법적으로 선언될 수 있다"고 하면서 이 사건에서 "재량권의 남용은 성립되지 않는다."고 판결하였다.

42) C.'É. 14 janvier 1916 Camino

43) C.É. 14 janvier 1948 Canavaggia: Rec. p. 18

(2) 재량행위와 기속행위에 대하여 공통적인 생각

우전면허 취소처분에 있어서 Loeb씨는 만성적인 알콜중독으로 면허가 취소되었는데, 그는 시력도 나쁘며, 차안에서 옷을 벗는 습성도 있었다. 그러나 이것들과는 상관없이 알콜중독 자체는 이유제시로 법적으로 성립되었다.[44]

재량행위에 있어서, 이러한 판례태도는 Dame Perrot 판결에서 진전을 이루었다.[45] Dame Perrot 판결에서 꽁세이데따는 Dame Perrot가 국익이 관련된 시장에서 물건을 진열하는 것을 허가하지 아니하였는데 거절의 두 가지 이유로는 판매액의 부정확과 세금지불의 지연을 들었다. 원고는 첫 번째 이유는 사실관계가 정확하지 않다고 항변하였다. 꽁세이데따는 그 말이 맞다고 하면서 만약 그 결정이 다른 이유 하나 만에 기초하였더라면 동일한 결정을 내리지 아니하였을 것이라고 말했다. 따라서 그 결정은 취소되었다.

Dame Perrot 판결의 결론은 Canavaggia 판결과는 달리 주관적인 태도를 취하였다.

VII. 결론 : 위법성의 정도

프랑스에서는 이유제시의무의 위반정도에 따른 처분의 위법성의 정도에 대한 논의를 하지 않는다. 그 이유는 프랑스가 행정절차에 있어 소극적이기 때문인데, 프랑스가 행정절차에 있어 소극적인 증거는 아직 까지 이유제시의무가 일반적으로 성립되었다고는 볼 수 없을 정도로 상대적으로 적용범위가 좁은데서 알 수 있다. 더구나 프랑스는 오랫동안 "이유 불제시 원칙"이 지켜져 왔다. 이는 프랑스가 행정을 입법권이나 사법권과는 독립된 독자적인 권력으로 보아 일찍부터 '행정의 특권' 전통을 세워왔기 때문이다. 심지어는 최근에도 CE 23 déc. 2011 M. Danthony 판결은 "의무적 또는 임의적인 사전절차에 관한 흠은 결정의 방향에 영향을 주거나 또는 보장된 이익을 박탈하는 경우에만 위법하다"고 하고 있다.

그러나 행정절차에 대한 프랑스의 후진성은 사법절차에서 보충되고 있는데, 예

44) C.E. 17 janvier 1968 Loeb : AJDA 1968 p. 355
45) C.E. 12 janvier 1968 Dame Perrot : AJDA 1968 p. 179

를 들어 Barel판결[46]은 법원이 행정청에게 이유를 제시할 것을 요구함으로써 시민에 대한 행정절차상의 이유제시의 흠결을 보충하고 있다. Barel 판결의 경우, 이유제시는 시민을 상대로 하는 것이 아니라 판사에게 하고 있다.

다른 한편 다른 유럽국가들(독일 등)의 경우, 이유제시의 흠이 있다고 하더라도 자동적으로 행정행위가 취소되는 것은 아니다. 그러나 프랑스에서는 일단 위법성이 확인 되면 자동적으로 행정행위를 취소한다.[47] 따라서 위법성의 정도를 논할 이유가 없다. 이러한 차이는 행정법원이 프랑스에서는 단순히 시민과 행정청 사이의 정의로운 균형을 맞추려 하는 것이 아니라 국가의 독립적인 행정권의 최상부의 위치에서 행정을 수호하는 동시에 국민의 권리를 확장해 주려는 보다 적극적인 위치에 있기 때문인 것으로 풀이된다.

(논문투고일 : 2015.11.16, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

이 광 윤

프랑스, 이유제시 의무, 위법성의 정도, 행정절차, 사법심사

46) C.E. ass., 28 mai 1954, Barel, Lebon 308.

47) Elise Untermaier, Regard critique sur le droit administratif français à l'une de quelques exemples en droit comparé, sous la direction de Sylvie Caudal, La motivation en Droit Public, Dalloz, 2013, p.107.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

Sylvie Caudal, “La motivation en Droit public, sous la direction de Sylvie Caudal, Dalloz, 2013

Ⅱ. 논문

Georges Péquignot, “La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs”, Les Cahiers dedroit, Volume 21, numéro 3-4, 1980

Jean-Marie Pontier, “Les exigences inhérentes à l'acte : la motivation”, Université numérique, Septembre 2008

Songolo Noémy, “La motivation des actes administratifs”, VILLAGE DE LA JUSTICE, 23 septembre 2011

Hervé de Gaudemar, “L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français”, La motivation en Droit public, sous la direction de Sylvie Caudal, Dalloz, 2013

Elise Untermaier, “Regard critique sur le droit administratif français à l'une de quelques exemples en droit comparé”, sous la direction de Sylvie Caudal, La motivation en Droit Public, Dalloz, 2013

Pascale Gonod, “Le contentieux de la motivation des actes administratifs unilatéraux”, sous la direction de Sylvie Caudal, La motivation en Droit Public, Dalloz, 2013

Abstract

The obligations to present the reason and the review of the illegality

LEE Kwangyoun

In France, there is no discussion of the degree of illegality of the administrative act according to the degree of violation of the reasons given duty. The reason is that the evidence that France is backward in the administrative procedure can be found in the relatively narrow range of the application. Moreover, France has had for a long time “principle of no reasons”. This is because the French government and the legislative and judicial power are considered as separate independent powers. Therefore France has established early tradition of "administrative privileges". Even recently in CE 23th of December in 2011, M. Danthony ruling, said "The fault on a mandatory or optional pre-procedure is illegal only if deprived of benefits affecting the direction or the guarantee of decision".

However, the backwardness of France in the administrative procedures is supplemented with the judicial proceedings, for example, Barel case supplement the deficiency in the administrative procedures for citizen by the demand of the court for the administration to present the reason. For Barel case, the reasons are presented to the judge, rather than to the citizens.

On the other hand, in the other European countries (Germany, etc.),

even if there are defects with the administrative decision, it is not automatically canceled. However in France, once the illegality confirmed, the administrative act is automatically canceled. Therefore, there is no reason to discuss the degree of illegality. This difference is to be attributed to the administrative court's more aggressive position in the independent uppermost position of the executive power in the country to defend the administration at the same time to expand the rights of citizens, rather than to simply match the righteous balance between the administration and citizens.

LEE Kwangyoun

France, obligation de motif, degré de illégalité, procédure administrative, contrôle judiciaire

신고의 유형과 수리거부의 대상적격*

: 건축신고에 대한 판례를 바탕으로

정 연 부**

I. 판례의 동향과 문제제기
II. 신고의 유형과 수리의 법적 성격
 1. 신고의 유형과 구분기준
 2. 신고유형별 수리의 법적 성격
III. 수리·수리거부의 대상적격
 1. 수리와 수리거부의 구분
 2. 수리·수리거부의 처분성
IV. 결론

【국 문 요 약】

사인의 공법행위로서 신고는 신고의 유형, 그에 대한 수리, 그리고 수리거부의 대상적격 등 실체법에서 구제법에 이르는 행정법학의 다양한 쟁점이 복잡하게 얽힌 주제 중 하나이다. 전통적인 학계의 논의는 신고의 종류에 따라 수리의 성격이 달라지며, 수리의 성격에 따라 신고수리거부의 대상적격 인정여부가 달라진다고 하는 것이었다. 그런데 건축신고와 관련된 일련의 판례, 특히 '94누9962, 2008두167, 2010두14954' 등은 종전 태도의 변경과 유지 사이에 모호하게 걸친 측면이 있으며, 실체법적 쟁점과 절차법적 쟁점의 연결고리 역시 분명하게 제시하지 못한 측면도 있다. 따라서 일련의 판례의 취지를 명확하게 파악하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 신고와 관련하여 최근 새로이 등장한 논의뿐만 아니라 종래의 논의 역시 다시 되짚어 볼 필요가 있다.

본 연구는 '신고의 유형과 구별기준-수리의 법적 성격-수리거부의 대상적격'이라는 전형적인 논의 체계 속에서 신고의 법적 성격에 대한 논의의 의미, 특히 수리를 요하는 신고의 법적 성격에 대한 논의의 의미, 신고의 유형과 구분기준 및 실익, 신고 유형별 수리의 법적 성격, 특히 수리를 요하는 신고에 대한 수리의 법적 성격, 강학상 수리·등록·허가 등의 구별기준, 대상적격에 있어 수리와 수리거부

* 이 논문은 2015년도 원광대학교의 교비 지원에 의하여 수행됨.
** 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

의 이동(異同), 수리와 수리거부에 대한 대상적격 판단기준, 이러한 쟁점에 대한 판례의 동향과 해석 등에 대해 기존 논의를 분석하고 사견을 제시하였다.

위와 같은 쟁점 중 일부는 사인의 공법행위로서 신고에 대한 '논의체계'의 문제점을 확인하고 정비하기 위한 목적에서 검토되었다. 신고에 대한 논의가 복잡하게 된 원인 중에는 논의체계상의 문제점도 있다고 보았기 때문이다. 물론 가장 큰 이유는 허가제를 완화하기 위하여 신고제를 둔 취지에도 불구하고, 행정기관이 신고제를 변용하고 있기 때문이다. 그러나 쟁점을 보다 명확하게 표현하고, 논의의 평면을 구분하며, 논리 필연적 관련성이 없는 이질적인 쟁점이 서로 결부되는 것을 방지한다면, 논의는 보다 명확해 질 수 있을 것이다. 예를 들어, 2010년 11월에 선고된 '2008두167 판결'에서 건축신고수리거부의 대상적격을 인정한 판례와 2011년 1월에 선고된 '2010두14954 판결'에서 일반적인 건축신고의 법적 성격을 자기완결적 신고라고 한 판례의 해석 문제, 즉 최근 재등장한 수리의 법적 성격과 대상적격에 대한 논의 역시 논의체계에 대한 관점에서 접근하는 것이 필요·가능함을 밝혔다.

I. 판례의 동향과 문제제기

1. 들어가며

신고의 종류에 따라 수리의 성격이 달라지며, 수리의 성격에 따라 신고수리거부의 대상적격 인정여부가 달라진다고 하는 것이 학계의 전통적인 논의 태도이다. 여기서 핵심요소는 '건축신고의 법적 성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'이다. 전통적인 견해는 이 두 요소가 밀접하게 관련된 것으로 보고 있는데, 이러한 태도가 타당한지를 밝히는 것은 본 연구의 목적 중 하나이다.

그런데 2010년 11월에 선고된 '2008두167 전원합의체 판결'은 '건축신고의 법적 성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'의 관련성을 분명하게 밝히지 않았다. 그 결과 이 판례의 취지를 둘러싸고 학계의 대립이 초래되었다. 또한, 동 판례는 종래의 판례를 변경한다고 판시하였는데, 그 변경의 범위를 다시 확정할 필요가 있다. 왜냐하면 동 판례 이후 최근 2011년 1월에 선고된 '2010두14954 판결'은 '건축신고의 법적성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'에 대해 다시 종래의 판례와 동일한 태도로 볼 수도 있는 내용을 판시하였기 때문이다. 따라서 최근 판례의 동향을 분석하는 것 역시 '건축신고의 법적 성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'을 중심으로 검토되어야 한다.

이하에서는 판례의 변화과정을 이해하기 위하여 최근의 관련 판례들을 시간적 순서에 따라 배치하고, 그 내용은 '건축신고의 법적 성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'을 중심으로 분석·검토하기로 한다. 이와 동시에 판례의 문제점을 제기한다. 다만, 논의의 편의상 판례가 지니는 문제점에 대한 세부적인 논의는 후속 논의 과정 속에서 진행하기로 한다.

2. 종래의 판례 태도

종래의 판례는 '건축신고의 법적성격'을 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 공법행위로서 신고)로 보았다. 판례는 원고가 그 소유의 대지에 담장을 설치하기 위하여 동대문구 신설동장에 대하여 담장설치신고를 하였으나, 신설동장이 위 신고서를 반려한 사안[1]에서 "건축법상 신고사항에 관하여는 건축을 하고자 하는 자가

1) 대법원 1995.3.14. 선고 94누9962.

적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요가 없는 것"이라고 판시하였다.[2] 한편, 동 판례는 '건축신고수리거부의 대상적격'에 대해 "높이 2미터 미만의 담장설치공사는 건축법이나 도시계획법 등 관계법령의 규정상 어떠한 허가나 신고 없이 가능한 행위인데, 원고가 이와 같은 사정을 알지 못한 채 이 사건 담장설치신고를 하였고 위 신설동장이 이를 반려하였다고 하여, 그러한 반려조치를 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없다"고 하면서 대상적격을 부정하였다.

그런데 판례는 건축신고의 법적성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 '관계 그 자체'에 대해서는 '직접 명확하게 언급'하고 있지 않다. 다만, 처분에 대해 "항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 할 것", 이 사건 건축신고는 "행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요가 없는 것", "그러한 반려조치를 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없다"라고 하고 있다.

따라서 종래의 판례가 건축신고의 법적성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 '관계'에 대해 어떠한 태도를 취한 것으로 볼 것인지에 대해서는 다수설과 같은 하나의 해석만 가능한 것은 아니다. 즉, 건축신고의 법적성격과 건축신고수리거부의 대상적격이 논리필연적 관련성을 갖는지 여부에 대한 재검토가 필요하다.

3. 종래의 태도를 변경한 판례

2010년 11월에 선고된 '2008두167 전원합의체 판결'은 '건축신고수리거부의 대상적격'을 인정하면서, 종래 판례가 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니라고 본 태도를 변경하였다.[3] 동 판례는 "건축주 등으로서는 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명

2) 同旨 대법원 1968.4.30. 선고 68누12, 대법원 1990.6.12. 선고 90누2468, 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780, 대법원 1999.10.22. 선고 98두18435 등.

3) 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167.

령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 이 사건 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다"라고 판시하였다.

그러나 동 판례는 '건축신고의 법적성격'에 대하여 명시적인 언급을 하지 않았다. 즉, 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 여부에 대한 언급 없이 항고소송의 대상적격을 인정하였다. 따라서 건축신고의 법적성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 '관계'에 대한 태도도 명확하지 않다. 이로 인하여, '건축신고의 법적성격' 및 '건축신고의 법적성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 관계'에 대해 학설의 대립이 있다. 그러므로 각 학설의 타당성에 대한 검토가 요구된다.

학설의 타당성을 분석하기 위해서는 '판례 변경의 대상 내지 범위'를 먼저 확정할 필요가 있다. 즉, 판례가 "건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니어서 그 취소를 구하는 소는 부적법하다는 취지로 판시한 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다"고 판시한 것이 종래 판례가 '건축신고의 법적성격'을 자기완결적 공법행위로서 신고로 본 태도까지 변경한 것인지 여부가 문제된다.

4. 인·허가의제효를 수반하는 신고에 대한 판례

'건축신고수리거부의 대상적격'에 대한 2010년 11월 판결 이후인 2011년 1월에 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고에 대한 판결이 있었다.[4] 이 사안에서 판례는 인·허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 신고(행정요건적 공법행위로서 신고)임을 분명히 하였다. 판례는 "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반

4) 대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954.

적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다"고 판시하였다. 그런데 여기서 판례는 '인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리'라고 표현하고 있다. 즉, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 수리를 요하는 신고인데, 이는 일반적인 건축신고와 다르다는 것이다. 그렇다면 종래의 판례 태도와 같이 일반적인 건축신고의 법적 성질은 '수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 공법행위로서 신고)'로 보아야 하는지, 이는 종래의 판례를 변경한 판례와의 관계에서 모순되는 것은 아닌지가 문제된다.

한편 동 판례가 '건축신고수리거부의 대상적격'에 대해 명문으로 밝히고 있지는 않으나, 해당소송을 각하하지 않고 본안판단을 진행한 점에 미루어 보면, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고수리거부의 대상적격은 인정된 것이다. 다만, 인·허가가 의제되는 건축신고를 수리를 요하는 신고(행정요건적 공법행위로서 신고)로 본 점과 대상적격을 인정한 것이 필연적인 관련성이 있는 것인지는 별도의 검토가 필요하다.

5. 문제제기

위에서는 논의의 편의상 시간 순서에 따라 판례 '94누9962, 2008두167, 2010두14954' 등을 살펴보았다. 이 판례들의 주요 내용은 '건축신고의 법적성격'과 '건축신고수리거부의 항고소송 대상적격'에 대한 내용이므로 이를 기준으로 그 내용을 재분류·정리할 수 있다.

먼저 '건축신고의 법적성격'에 대해, 판례 '94누9962'는 건축신고를 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 공법행위로서 신고)로 보았다. 그러나 판례 '2008두167'은 종래의 판례를 변경하였다. 그런데 동 판례는 건축신고 수리거부의 항고소송 대상적격을 인정하였지만, 건축신고의 법적 성격에 대하여 특별한 언급이 없었다. 따라서 동 판례가 변경한 내용에 건축신고의 법적 성격에 대한 변경이 포함되는지 문제된다. 한편, 판례 '2010두14954'는 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리 수리를 요하는 신고로 보는 것이 옳다고 하였다. 이상과 같은 일련의 태도와 관련하여, 건축신고의 법적 성격을 명확히 할 필요가 있다. 이는 신고의 유형에 관한 논의를 통하여 해결될 수 있을 것이다.

다음으로 '건축신고수리거부의 항고소송 대상적격'에 대해, 판례 '94누9962'는 건축신고의 법적 성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 관계에 대해 직접적으로 언

급하지 않고 있다. 다만, 동 판례는 건축신고가 수리를 요하지 않는 신고이라는 점과 처분의 정의를 각각 언급하면서 대상적격을 부정하였다. 그러나 이러한 태도만으로는 신고의 법적 성격과 그 수리거부의 대상적격과의 관계를 확정하기는 어렵다. 그런데 판례 '2008두167'은 종래 판례가 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니라고 본 태도를 변경하면서 건축신고수리거부의 대상적격을 인정하였다. 그러나 동 판례 역시 건축신고의 법적 성격과 건축신고수리거부의 대상적격의 관계에 대해 명확하게 밝히지 않았고, 오히려 그 해석을 둘러싼 학설 대립의 원인이 되었다. 한편, 판례 '2010두14954'는 인·허가의제효를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보면서, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서는 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다는 내용의 본안판단을 하였다. 즉, 인·허가의제효를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보았고, 그에 대한 수리거부의 대상적격을 인정한 것이다. 그러나 여전히 일반적인 건축신고의 법적 성격과 그 수리거부의 대상적격 사이의 논리적 연관성에 대해 명확하게 언급하고 있지 않다.

이상과 같은 일련의 태도와 관련하여, 건축신고의 법적 성격과 건축신고수리거부의 대상적격이 논리필연적인 관련성을 갖는지, 아니면 수리거부의 대상적격 문제는 신고의 법적 성격과는 별도로 그 고유한 법이론으로만 판단하면 되는 것인지 검토가 요구된다. 이에 대해서는 먼저 '신고의 유형에 따른 수리의 법적 성격'을 밝히고, 다음으로 '수리의 법적 성격과 그 대상적격의 논리적 관련성(구속성)'을 탐구하는 단계적인 과정을 거쳐야 할 것이다.

II. 신고의 유형과 수리의 법적 성격

1. 신고의 유형과 구분기준

(1)공법상 본래 의미의 신고

1)공법상 신고의 공통요소

문언적으로 풀이한다면 신고(申告)란 '일정한 사실을 알리는 행위'라고 할 수 있다. 그런데 일정한 신고가 법적 효력과 상관없는 사실상의 신고라면 법학에서 논의할 실익이 없다. 따라서 법 영역에서 의미 있는 신고는 법적 효력과 관련된 신고에 제한된다. 즉, 신고란 일정한 사실을 알리는 행위가 법적 효과와 관련되어 있

어야 한다. 신고의 법적 효과에 대해 '신고는 공법적 효과가 발생하는 행위가 아니라 관계법이 정하는 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위'라고 보는 견해가 있다.[5] 이 견해에 따라 신고를 의무의 이행 또는 관계법이 정하는 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위라고 보더라도, 이 역시 신고가 법적 효과와 관련성을 갖는 것이다. 그러나 법적 효과 중에서 사법상 효과와 관련된 신고는 본 연구의 논의의 대상에서 제외되어야 한다. 본 연구는 항고소송의 대상에 대한 논의를 포함하고 있다. 항고소송의 대상인 처분은 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"이므로 공법상 효력과 관련되어 있다. 따라서 본 연구에서 다루는 '일정한 사실을 알리는 행위(소위 신고)'는 공법적 효과와 관련되어 있음을 전제로 한다. 뿐만 아니라, 공법 분야에서 논의되는 신고는 사인의 공법행위로서 신고이다. 따라서 사인의 공법상 행위로서 신고를 정의하고자 한다면, 공법상 효과를 그 개념 요소에 포함시키는 것은 당연하다.

학계에서 논의되는 사인의 공법행위로서 신고는 유형에 따라 다양하게 정의된다. 또한, 동일한 유형의 신고라 하더라도 학설에 따라 서로 다른 정의가 나타나기도 한다. 그러므로 신고의 '유형'과 '구별기준'을 논의하기에 앞서 신고의 '정의'를 명확하게 내리는 것은 쉽지 않다. 다만 다양한 유형의 신고에 대해 학설들이 정의하는 공통적인 요소를 살펴보면, 신고란 "사인이 행정청에 대하여 일정한 사항(사실·관념)을 통지함으로써 공법적 효과가 발생하는 사인의 공법행위"라고 기본적인 정의를 내릴 수 있을 것이다.[6] 여기서 사인의 통지가 의무인지 여부와 의무라면 그 성격이 무엇인지, 사인의 통지에 대한 행정기관의 반작용이 공법적 효과의 발생에 어떠한 의미를 지니는지 여부 등에 따라 다양한 유형의 신고가 존재할 수 있게 된다. 실제, 신고의 유형과 구분기준에 대한 학설 논의의 중심축 역시 사인의 신고(통지)와 행정기관의 반작용(수리)에 있다.

2) 본래 의미의 신고: 행정절차법상 신고

---

5) 김명길, 申告의 類型에 관한 論考, 법학연구 제47권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2006. 8, 111면.

6) 김남진/김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2012, 137면; 김남철, 행정법강론, 박영사, 2014, 106면; 김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2012, 122면; 박균성, 행정법강의, 박영사, 2014, 111면; 장태주, 행정법개론, 법문사, 2011, 476면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2013, 109면; 천병태/김명길, 행정법총론, 삼영사, 2005, 101면; 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2014, 97면.

다양한 유형의 신고 중에서 먼저 원형(原型)에 해당하는 신고의 유형을 확정할 필요가 있다. 본래 의미의 신고를 확정한다면, 이를 기준으로 변형된 신고의 유형과 구분기준 및 특징을 검토할 수 있을 것이다. 본래 의미의 신고는 신고제를 도입하게 된 취지를 통하여 추적할 수 있다. 또한, 신고제란 실정법상 제도를 의미하므로 실정법에 규정된 신고의 정의를 통하여 우리 입법자가 설정하고자 했던 신고의 모습을 파악할 수 있다. 신고제가 등장한 배경은 허가제에 대하여 규제를 완화하여 사인의 공권행사를 확대하는 데 있다.[7] 신고제에서는 사인이 특정한 사실관계 및 법률관계의 존부 및 그 내용을 행정기관에 통보하면 행정기관의 별도의 의사표시 없이 의무가 종료된다. 즉, 사인이 행정청에 대하여 일정한 내용을 통지하면 그에 의하여 바로 공법적 효과가 발생한다.[8] 따라서 허가제의 경우 허가처분에 의하여 비로소 금지가 해제되는 것과는 달리, 신고제에 있어서는 사인의 신고에 의해 당연히 금지가 해제된다.[9]

이러한 취지에 따라 제정된 법률로는 행정절차법을 들 수 있다. 「행정절차법」 제40조 제1항은 신고에 대해 "법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고"라고 규정하고 있다. 그리고 이에 대한 제정이유를 살펴보면, "일정한 사항을 행정청에 통지함으로써 의무가 끝나는 신고의 경우 법령등에 규정된 요건을 갖춘 신고서가 해당 기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 보도록 함"으로 설명하고 있다.[10] 여기서 본래 의미의 신고를 확인할 수 있다. 먼저, '일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고'라는 것은 신고가 의무여야 한다는 것이다. 따라서 신고의무가 부여되지 않은 신고는 포함되지 않는다. 다음으로, '요건을 갖춘 신고서'가 해당 기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 보기 때문에 신고서는 요건을 갖추어야 한다. 따라서 신고서가 요건을 갖추었는지 여부가 누군가에 의해 확인 또는 심사되어야 한다. 상식적으로 신고서의 요건 충족 여부는 신고에 대한 반작용을 담당하는 기관이 확인 또는 심사하여야 할 것이다. 끝으로, 요건을 갖춘 신고서가 해당 기관에 '도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것'으로 보기 때문에 요건을 충족한 신고서가 도달되면 신고에 대한 반작

7) '허가제에 비해 규제가 완화되었다'는 표현의 이면에는 비록 완화되기는 하였지만 신고제 역시 개인의 공권행사를 규제하는 기능을 가지고 있다는 의미가 포함되어 있다.

8) 정형근, 집중효가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토, 외법논집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010, 280면.

9) 김세규, 行政法上의 申告에 관한 再論, 동아법학 제33호, 동아대학교 법학연구소, 2003, 57면.

10) 행정절차법 [시행 1998.1.1.] [법률 제5241호, 1996.12.31., 제정]의 제정이유, 국가법령정보센터(http://www.law.go.kr), 2014년 12월 5일 검색.

용을 담당하는 기관의 개입 없이도 의무의 이행이 완료된 것으로 공법적 효과가 발생한다. 이는 신고제의 취지가 허가제에 대한 규제완화라는 점에도 부합한다. 그러나 행정기관이 신고서의 요건을 충족했는지를 확인 또는 심사해야 한다는 것과 신고서가 도달되면 담당기관의 개입 없이 효과가 발생해야 한다는 것은 모순된 것으로 보인다. 이와 같은 모순은 심사의 밀도에 대한 견해 대립으로 나타난다.

3) 본래 의미의 신고에 대한 심사

학계에서도 신고제를 규정한 일반법으로 행정절차법을 드는 데는 이견이 없다. 학계는 일반적으로 행정절차법상 신고를 전형적인 신고로 보면서, 이러한 신고를 본래 의미의 신고라고 한다. 그리고 이처럼 신고요건을 구비하여 신고를 하면 신고의무를 이행한 것이 되는 신고를 일반적으로 '자기완결적 신고' 또는 '수리를 요하지 않는 신고'[11]라고 한다.[12] '자기완결' 또는 '수리를 요하지 않는' 신고라는 의미는 요건을 갖춘 신고서가 행정청에 도달된 때에 효력을 발생한다는 것이다. 따라서 행정청이 신고서의 도달이후 이를 수령하지 않고 반려하여도 신고의무는 이행된 것으로 본다. 그러나 신고는 일정한 요건을 갖춘 신고이어야 한다. 신고가 일정한 요건을 갖출 것을 요구하는 것은 신고제가 비록 허가제 보다 환화된 형태이지만 여전히 공권행사를 규제하는 기능을 가지고 있다는 점과 신고제는 완전 자유인 영역과 구분된다는 점에서 특별히 문제되지 않는다. 문제는 요건을 갖춘 신고인지 여부를 누군가는 확인 또는 심사해야한다는 명제와 도달하면 즉시 효력을 발생한다는 명제가 병존하는 상황에 대한 해석이다. 학계에서는 이를 자기완결적 신고의 '심사' 문제로 다루고 있다. 크게 두 가지 견해로 나눌 수 있는데, 심사가 필요하다는 견해와 심사가 필요 없다는 견해이다. 심사가 필요하다는 견해는 행정기

---

11) '수리'라는 표현의 용례는 매우 포괄적이다. 가장 넓게는 사인의 신고에 대한 행정기관의 반작용이라는 의미로 사용된다. 이는 생활상 용어로서 '접수'에 해당된다. 한편 행정법적 가치가 반영된 개념으로 준법률행위적 행정행위를 의미하는 '강항상 수리'로 사용되기도 한다. 또한, 신고의 유형 중 '수리를 요하는 신고'를 논함에 있어 이때의 신고를 등록이나 허가와 동일한 것으로 보는 경우 수리는 등록이나 허가와 같은 의미가 된다. 따라서 본 연구는 사인의 공법행위로서 신고에 대응되는 행정기관의 행위를 가치중립적으로 '행정기관의 반작용' 또는 '행정기관의 대응'으로 표현하여, 신고에 대한 논의가 복잡해지는 원인 중 하나인 개념의 모호성 문제를 피하고자 한다.

12) 김동희, 앞의 책, 397면; 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2009, 125-126면; 박균성, 앞의 책, 117-118면; 박윤흔/정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2009, 188면; 장태주, 앞의 책, 476-477면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2013, 109-110면; 조만형, 행정법상 신고의 유형과 해석기준에 관한 소고, 공법연구 제39집, 한국공법학회, 2010, 601면; 한견우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014, 180면; 홍정선, 앞의 책, 103-104면.

관이 신고에 대해 형식적 심사권을 갖는다고 한다.[13] 이 견해가 말하는 형식적 심사란 신고요건의 충족여부를 신고서류만으로 심사하는 것을 말한다. 반면, 심사가 필요 없다는 견해는 자기완결적 신고에는 형식적 심사도 필요 없다고 한다.[14] 이 견해는 형식적 심사일지라도 심사가 이루어진다면 이는 자기완결적이라고 볼 수 없다고 한다.

4) 소결

생각건대, 본래적 의미의 신고는 자유로운 행위와는 달리 규제적 성격을 가지고 있으므로 요건을 갖춘 신고를 요구하는 것은 당연하다. 그렇다면 요건을 갖추었는지 여부를 누군가는 확인 또는 심사해야 할 것이고, 그 주체는 사인의 신고서가 도달되는 기관이 되어야 할 것이다. 다만, 이 때 이루어지는 확인 내지 심사의 밀도는 허가의 정도에는 이르지 않아야 한다. 본래 의미의 신고는 허가제 보다 완화된 규제를 목적으로 하고 있기 때문이다. 따라서 신고에 대한 행정기관의 어떠한 반작용은 있어야 하지만, 이를 심사라고 하는 것은 적합하지 않다. 심사란 심사자의 재량을 포함한 개념이다. 따라서 이를 형식적 심사라고 하는 것도 타당하지 않다. 또한, 형식적 심사가 필요 없다는 견해가 행정기관의 어떠한 반작용도 허용하지 않는 취지라면 이 역시 타당하지 않다. 자유로운 행위와 구분되는 신고에는 행정기관의 반작용이 있어야 하지만 이는 심사이어서는 안 되며, 단순히 신고서의 완비여부만 확인하는 것에 그쳐야 한다. 본 연구에서는 이를 편의상 '접수(신고요건확인)'라고 부르기로 한다.

따라서 본래적 의미의 신고란 "사인이 일정한 사항을 행정기관에 통지하여 도달함으로써 의무가 이행된 것으로 보며, 행정기관에는 심사권한은 없으나 이를 접수(신고요건확인)하는 권한이 있는 행위"라고 할 수 있다. 그리고 이를 자기완결적 신고의 의미로 새겨야 할 것이다. 이러한 정의는 자기완결적 신고에 대한 학계의 일반적인 태도 및 행정절차법 제정이유서에서 언급하는 '도달된 때에 효력을 발생한다'는 개념 요소에 '접수됨으로서'라는 요소로 추가하고 있다는 비판이 가능하다.[15] 그러나 자유로운 영역에서 적용되는 도달주의 즉 '도달이란 상대방이 알 수

---

13) 박균성, 앞의 책, 114면.
14) 홍정선, 앞의 책, 103면.
15) 예를 들면, "수리를 요하지 아니하는 신고의 경우 원칙적으로 그것이 행정청에 도달된 때에 효력을 발생한다. 따라서 행정청이 신고서를 접수하지 않고 반려하여도 신고의무는 이행된 것으로 본다(정형근, 앞의 논문, 281면)"는 견해에서 이와 같은 비판이 가능할 것이다.

있는 상태를 말하며, 상대방이 현실적으로 수령하여야 하는 것은 아니다[16]'라는 내용을 신고에 아무런 변용 없이 그대로 적용할 수는 없다. 신고는 완전 자유가 인정되는 행위와는 달리, 비록 그 정도가 완화되기는 했지만 일정한 규제기능을 갖고 있기 때문이다. 따라서 자기완결적 신고는 '원칙적으로 신고가 도달됨으로서 공법적 효력이 발생하지만, 행정기관이 신고서의 요건을 확인하여 요건의 불비가 있는 경우에는 접수(신고요건확인)를 반려하는 것을 해제조건으로 하는 행위'로 새기는 것이 타당하다. 판례도 자기완결적 신고가 반려되는 상황 자체는 인정하고 있다.[17]

(2) 정보제공적 신고

1) 본래 의미 이외의 신고

「행정절차법」 제40조 제1항은 "법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우"라고 하여, 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 본래 의미의 신고 이외에 다른 형태의 신고가 있음을 예정하고 있다.[18] 따라서 개별법상 신고의 유형에는 본래 의미의 신고와 그렇지 않은 변형된 의미의 신고가 모두 존재할 수 있다. 만약 개별법에서 신고를 규정하면서 그 유형과 정의에 대해 규정하고 있다면 규정된 내용에 따라 신고의 법적 성격을 파악할 수 있을 것이다. 그런데 대부분 개별법은 신고의 유형과 정의에 대해 명확히 규정하지 않은 채로 신고라는 표현을 사용하고 있다. 결국 학설과 판례에 의해 개별법에 규정된 신고의 법적 성질을 결정할 수밖에 없을 것이다. 개별법에서 제출·통보·등록·신청 등과 같은 신고 이외의 표현이 사용된 경우에도 실질적으로는 신고에 해당될 수 있다. 이 경우 역시 실정법상 규정이 없으므로 학설과 판례에 따를 수밖에 없다.

한편, 신고의 출발점은 허가제에 대한 규제완화이므로 신고의 유형 내지 법적 성격은 기본적으로 규제의 필요성과 정도를 기준으로 삼아야 한다. 여기서 규제의 필요성은 주로 입법정책적인 관점에서 결정된다. 반면, 규제의 정도는 주로 법해석 관점에서 사인의 영역과 행정기관의 영역에 각각 설정된 규제관련 요소에 의해 결정된다. 즉, 사인의 영역에서는 사인의 일정한 통지가 의무인지 여부와 의무라면

16) 장태주, 앞의 책, 251면.
17) 대법원 1995.3.14. 선고 94누9962; 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167.
18) 조만형, 앞의 논문, 603면.

그 성격이 무엇인지가 문제된다. 행정기관의 영역에서는 사인의 통지에 대한 행정기관의 반작용이 공법적 효과의 발생에 어떠한 의미를 지니는지 여부가 문제된다. 이러한 기준에 따라 당해 법령의 목적과 당해 법령에서 나타나고 있는 관련 조문 간의 관계를 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다.[19]

2) 본래 의미의 신고와 정보제공적 신고의 구분

본래 의미의 신고는 사인이 자유롭게 행위를 할 수 있는 영역에 비해 상대적으로 규제의 정도가 강하다. 여기서 규제의 정도가 강하다는 것은 신고제가 일정한 규제 기능을 가지고 있다는 것을 의미한다. 물론 본래 의미의 신고는 사인의 통지가 도달됨으로서 공법적 효과가 발생한다는 점에서 규제의 정도는 매우 완화되어 있다. 그러나 일정한 내용을 행정기관에게 통지할 의무를 사인에게 부과하고 있다는 점, 행정기관의 접수거부를 해제조건으로 삼고 있다는 점 등에서 본질적으로 규제적 성격을 가지고 있다. 또한, 모든 신고는 규제적 기능 외에도 행정기관에게 행정의 대상이 되는 사실에 관한 정보를 제공하는 기능을 가지고 있다.[20] 본래 의미의 신고 역시 정보제공적 기능을 수행한다. 한편, 본래 의미의 신고와 유사하게 일정한 내용을 행정기관에게 통지할 의무를 사인에게 부과하고, 사인의 통지로 바로 의무의 이행이라는 공법적 효과가 발생하는 신고가 있는데, 이를 '정보제공적 신고' 또는 '사실파악형 신고'라고도 한다.[21]

정보제공적 신고 역시 본래적 의미의 신고인 자기완결적 신고와 마찬가지로 신고의무를 이행하면 공법적 효과가 발생한다. 이러한 점에 기인해 "정보제공적 신고는 항상 자기완결적신고이다"라고 보는 견해도 있다.[22] 그러나 이 견해도 정보제공적 신고를 본래 의미의 신고인 자기완결적 신고와 구별하고 있다. 다수의 견해도 자기완결적 신고와 정보제공적 신고를 다음과 같은 이유에서 구분하고 있는 것으로 보인다.

'정보제공적 신고'는 단순히 행정기관이 행정에 필요한 사실을 파악하도록 하기 위하여 사인에게 작위의무가 부가되는 것이므로, 신고 없이 행위를 하였다고 하여 당해 행위가 법질서에 반하는 행위가 되는 것은 아니다. 따라서 무신고 자체와는

---

19) 同旨 김명길, 申告의 類型에 관한 論考, 법학연구 제47권 제1호 통권55호, 부산대학교 법학연구소, 2006, 127면.
20) 김세규, 앞의 논문, 62면; 조만형, 앞의 논문, 606면.
21) 김명길, 앞의 논문, 110면.
22) 박균성, 앞의 책, 117면.

구별되는 무신고 영업행위에 대해 형벌이 가해지지 않고, 단지 무신고 행위 그 자체에 대해 과태료가 부과된다.[23] 즉, 정보제공적 신고에서 의무의 내용은 작위하명으로서 신고의무이고, 이를 위반할 경우에는 제재수단으로서 주로 행정벌이 부과된다. 그러나 본래 의미의 신고인 자기완결적 신고에서 의무의 내용은 일정한 행위의 금지이고, 이를 해제하기 위하여 신고가 필요하다. 이러한 신고를 규제적 신고 또는 금지해제적 신고라고 한다. 만약, 규제적 신고를 하지 아니하고 신고대상 행위를 하는 경우에는 통상 형벌이 부과되고 위법행위에 대한 시정명령이 발령된다. 다만, 입법정책상 형벌이 아니라 과태료가 부과되기도 한다.[24]

3) 소결

생각건대, 본래 의미의 신고인 자기완결적 신고와 정보제공적 신고는 모두 사인이 행정기관에 일정한 사실을 알리는 통지가 있어야 한다. 그리고 이에 대한 행정기관의 반작용이 있어야 하는데, 여기서 반작용은 규제의 완화라는 취지로 인하여 요건심사에 해당되는 내용이어서는 안 된다. 따라서 본래 의미의 신고에서는 해제조건인 접수거부가 행정기관의 반작용에 해당되었다. 한편, 정보제공적 신고에서는 사인의 통지로 바로 의무의 이행이라는 공법적 효과가 발생하지만, 신고의무를 이행하지 않은 경우에는 그에 대해 과태료가 부과된다. 과태료 부과 역시 사인에게 불이익한 처분이므로, 신고의무의 이행여부를 확인하는 정도의 접수확인이 정보제공적 신고에도 존재할 수밖에 없다. 결국, 본래 의미의 신고와 정보제공적 신고의 구조는 '통보+접수(신고요건확인)'으로 동일하다고 볼 수 있다. 이는 양자 모두 자유영역과 비교해서는 강화된 규제이고, 허가제와 비교해서는 완화된 규제로서 자기완결적인 특성이 존재하기 때문이다.

다음으로 의무위반에 대한 제재에 있어 자기완결적 신고는 형벌, 정보제공적 신고는 과태료 부과로 차이가 있어 보인다. 그러나 제재형식은 입법자의 정책적 선택사항으로서 고정된 것이 아니므로 양자를 구별하는 본질적인 차이점으로 삼기는 어렵다.

끝으로 제재의 대상에 있어서는 자기완결적 신고는 무신고 영업행위이지만, 정보제공적 신고는 무신고 그 자체이므로 차이가 있다. 그러나 모두 제재의 대상(원인)이라는 점에서 실질적인 차이가 없다. 즉, 자기완결적 신고는 규제적 신고 내지

---

23) 김세규, 앞의 논문, 62면.
24) 박균성, 앞의 책, 117면.

는 금지해제적 신고로서 부작위의무(일반적·상대적 금지의무)가 부과되어 있다. 이를 제거하기 위해서 신고를 하여야 하는데 신고를 하지 않았다면 당연히 의무위반의 내용인 무신고 영업행위가 제재의 대상이 되어야 할 것이다. 한편, 정보제공적 신고는 원래 자유롭게 할 수 있는 행위이지만, 행정에 필요한 사실을 파악하기 위하여 사인에게 작위의무를 부과하고 있는 것이다. 그러므로 무신고 영업행위가 아니라 무신고 그 자체를 제재의 대상으로 삼는 것은 당연하다. 이와 같은 제재 대상의 차이는 해당 신고의 의무 내용상 차이에 종속된 결과일 뿐이다. 따라서 제재 대상의 차이 역시 양자를 구별할 본질적인 기준으로 삼기에는 적절하지 못하다. 오히려 두 신고는 비록 의무의 내용에 차이가 있지만 이들 의무는 모두 규제적 성격을 가지고 있다는 점과 모든 신고는 정보제공적 기능을 가지고 있다는 점에서 양자를 법률적으로 구분할 실익은 크지 않은 것으로 보인다.

(3) 수리를 요하는 신고

1) 수리를 요하는 신고의 일반론

(a) 사인의 공법행위로서 신고

본래 의미의 신고와 정보제공적 신고는 비록 구분의 실익은 크지 않지만, 신고에 의해 해제되는 의무의 내용에 따라 구분될 수 있다. 본래 의미의 신고에서 부과된 의무는 일반적·상대적 금지의무이고, 정보제공적 신고에서 부과된 의무는 작위의무이다. 한편, 학계에서는 본래 의미의 신고인 자기완결적 신고 이외에도 일반적·상대적 금지의무가 부과되어 있는 신고의 예로 '수리를 요하는 신고'를 들고 있다. 즉, 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고는 모두 부과된 의무의 내용이 일반적·상대적 금지의무라는 점에서 동일하다. 이처럼 신고가 있으면 일반적·상대적 금지의무가 해제되는 유형의 신고를 학계에서는 '사인의 공법행위로서 신고'라고 한다.[25]

사인의 공법행위로서 신고의 유형 구분은 신고에 의해 신고유보부금지가 해제된

25) 김남진/김연태, 앞의 책, 137-141 참조; 김동희, 앞의 책, 121-126면 참조; 김세규, 앞의 논문, 54면; 천병태/김명길, 앞의 책, 101면; 홍정선, 앞의 책, 97면; 홍준형, 사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰-자기완결적 신고와 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로-, 공법연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012, 336면; 사인의 공법행위로서 신고를 논의함에 있어 자기완결적 신고, 수리를 요하는 신고와 더불어 정보제공적 신고를 포함하는 태도도 있다(김중권, 건축법상의 건축신고의 문제점에 관한 소고, 저스티스 제34권 제3호, 한국법학원, 2001, 154면-160면; 박균성, 앞의 책, 111-117면; 정하중, 앞의 책, 109-110면). 그러나 이러한 견해도 정보제공적 신고에 존재하는 의무의 내용이 일반적·상대적 금지라고 보는 것은 아니다.

다는 동일성으로 인하여 그 구별이 쉽지 않다. 실제 일부 견해는 양자의 구별이 불명확함과 더불어 실정법의 규율 현황과도 맞지 않는다고 한다.[26] 그러나 학계의 일반적인 태도는 사인의 공법행위로서 신고를 자기완결적 공법행위로서 신고와 수리를 요하는 신고로 구분한다. 판례도 양자를 구별하고 있다.[27] 다만, 양자를 구별하는 구체적인 기준에 대해서는 다양한 견해가 존재한다.

(b) 구분기준

① 수리의 유무 및 효력발생시점

학계의 일반적인 태도는 주로 수리의 유무, 효력발생시점, 신고의 요건, 심사의 정도 등을 기준으로 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분을 시도하고 있다.[28] 이 중 수리의 유무 및 효력발생시점에 대한 기준에는 이견이 없는 것으로 보인다. 통설은 수리유무 및 효력발생시점에 대해, 자기완결적 신고는 원칙적으로 신고가 도달됨으로서 공법적 효력이 발생하므로 수리가 필요 없다고 한다. 따라서 자기완결적 신고를 '수리를 요하지 않는 신고'라고도 한다. 그러나 수리를 요하는 신고는 사인의 신고에 대한 행정기관의 수리가 있어야 비로소 법적 효력이 발생한다고 한다.[29] 이 때 사인의 신고는 행정작용 발급의 요건이 되는 것이므로 수리를 요하는 신고를 '행정요건적 신고'라고 부르기도 한다. 의사표시의 방향성을 기준으로 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고를 구분하는 태도도 결국 수리의 유무로 구분하는 것과 동일하다. 의사표시의 방향성을 기준으로 볼 때, 일방당사자의 의사표시만으로 법률효과를 발생하는 것이 자기완결적 공법행위이므로 자기완결적 신고가 이에 해당된다. 쌍방당사자의 의사의 교환에 의해 법률효과를 발생하는 것이 행정요건적 공법행위이므로 수리를 요하는 신고가 이에 해당된다.[30]

---

26) 정훈, 공법상 신고의 법적 성질과 현실에서의 의미, 동아법학 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013, 210면; 동일한 취지의 견해: 김중권, Quo vadis-신고제?, 법률신문 제3916호, 2011. 3. 7, 인터넷 기사, 4면; 김중권, 앞의 논문(주26), 162면, 164면 참조; 김중권, 주민등록전입신고거부의 법적 문제점에 관한 소고, 저스티스 제74호, 한국법학원, 2003, 277면; 신봉기, 우리나라 건축행정분야에 있어서의 수익적 행정처분, 공법학연구 제7권 제4호, 한국비교공법학회, 2006, 320-321면 참조.

27) 대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954.

28) 수리의 유무, 효력발생시점, 신고의 요건, 심사의 정도 등 각 요소는 모두 공법적 효력발생과 관련된 내용으로서 상호관련성이 있다. 예를 들어, 신고의 요건에 따라 심사의 정도가 결정되기도 한다. 또한, 수리의 유무에 따라 심사의 가능성 및 효력발생시점이 달라질 수도 있다. 학설의 태도도 여러 요소를 함께 고려하여 기준을 제시하는 것이 일반적이다.

29) 여기서 수리의 의미가 무엇인가는 별도의 논의가 필요하다.

30) 김세규, 앞의 논문, 63면.

② 신고의 요건과 심사의 정도

수리의 유무 및 효력발생시점과는 달리, 신고의 요건과 심사의 정도에 대해서는 학설이 나누어져 있다. 먼저, 신고의 요건을 기준으로 구분하는 견해가 있다.[31] 이 견해는 신고의 요건으로 형식적 요건만 요구하는 경우를 자기완결적 신고라고 하고, 형식적요건 이외에 실질적 요건도 요구하는 경우에는 수리를 요하는 신고라고 본다. 이 견해에서 수리를 요하는 신고란 '사인이 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 이를 수리함으로써 법적효과가 발생하는 신고'로 정의된다.

다음으로, 신고의 요건과 심사를 모두 고려하지만 심사에 더 비중을 두는 견해가 있다.[32] 이 견해에 따르면, 신고요건이 형식상의 요건만이고 행정기관이 형식적인 심사권만 갖는 신고가 자기완결적 신고이고, 신고 요건에 형식상의 요건뿐만 아니라 실질적인 요건도 포함하고 있으며 실질적 심사가 이루어지는 경우를 수리를 요하는 신고로 본다. 이 견해는 신고의 요건에 실질적 요건이 포함되었다고 하더라도 실질적 요건을 신고서와 부속서류만으로 심사하여야 하는 경우에는 자기완결적 신고라고 본다. 따라서 신고의 요건 보다는 심사에 더 비중을 두고서, 실질적 심사가 이루어지는 경우를 수리를 요하는 신고로 보는 것으로 이해된다. 이 견해는 수리를 요하는 신고를 '신고가 수리되어야 신고의 효과가 발생하는 신고'라고 정의한다. 이와 유사한 견해로 자기완결적 신고는 형식적 요건을 요구하지만, 수리를 요하는 신고는 실질적 심사가 가능하다고 설명하는 견해가 있다.[33] 다만, 여기서 실질적 심사가 가능하다는 의미가 실질적 요건을 전제로 가능하다는 것인지, 아니면 형식적·실질적 심사가 반드시 형식적·실질적 요건에 각각 대응되는 것은 아닌지는 명확하지 않다.[34]

위 견해와는 달리, 신고와 수리를 요하는 신고의 구별기준을 신고요건에서 찾는

---

31) 정하중, 앞의 책, 110면.

32) 박균성, 앞의 책, 114-115면; 김철용, 행정법, 고시계사, 2013, 109면.

33) 유지태, 행정법신론, 신영사, 2008, 105면.

34) 이러한 불분명함으로 인하여 판례의 태도를 이해하는 데에도 어려움이 있다. 판례는 인·허가의 제효가 수반되는 건축신고의 법적 성격에 대해 판시하면서 "행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954)"고 하였다. 여기서 실체적 요건을 실질적 요건의 의미로 이해한다고 하더라도, 실질적 요건에 대한 심사가 논리필연적으로 실질적 심사에 의해야만 하는지는 분명하지 않다. 생각건대, 요건에서 실질적 요건을 규정하고 있다고 하더라도 그에 대한 심사는 신고서와 첨부된 서류 등 신고서류에 대한 심사만으로 이루어 질 수도 있다. 따라서 요건에서 실질적 요건을 규정하고 있다고 하여 논리필연적으로 현장조사를 통한 실질적 심사가 이루어져야 하는 것은 아닌 것으로 보인다.

것을 부정하면서 입법자의 의사 및 심사의 정도를 고려하는 견해가 있다.[35] 이 견해는 실질적 요건을 신고요건으로 규정한다고 하여도 입법자가 이를 수리를 요하지 않는 신고로 규정할 수 있다고 한다. 또한, 수리를 요하는 신고를 등록과 동일한 것으로 이해하면서 허가와의 관계상 이에 대한 심사는 형식적 심사라고 본다. 이 견해는 수리를 요하는 신고란 '법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 행정청이 이를 수리함으로써 법적 효과가 발생하는 신고'라고 정의한다. 이러한 정의는 앞서 살펴본 견해들의 정의와 차이가 없다.

종합적인 기준에 의해 구분해야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 개별 법률에 수리를 요한다는 명시적 규정이 있는지 여부, 동일한 법률 내에 등록사항과 신고사항을 구별하여 동시에 대비시켜 규정하고 있는지 여부, 개별 법률의 규정이 등록제에서 신고제로 개정된 규정인지 여부, 신고행위의 효력시기를 규정하고 있는 규정이 있는지 여부, 시설기준에 적합한 시설을 갖출 것을 신고의 요건으로 하고 있는지 여부, 지위양수에 관한 신고의 경우 최초 사업이나 시설의 규제의 성격, 실질적 심사 규정의 유무, 보충적으로 행정벌 규정의 유무와 벌의 정도 등을 실정법상 신고의 해석기준으로 제시하고 있다.[36] 이 견해는 '실정법상에 나타난 신고의 해석상 행정기관의 수리가 필요한 신고'라고 수리를 요하는 신고를 정의한다.[37]

그 밖에도 원칙적으로 근거 법령의 문언·체제·형식에 따라 구별되어야 한다는 견해[38], 구체적인 경우에 구별이 어려울 경우에는 관련 법률의 취지와 목적에 따라 판단하되 규제완화라는 신고제의 취지를 고려해 가능한 자기완결적 신고로 보는 것이 바람직하다는 견해[39] 등도 있다.[40] 그러나 이들 견해는 위에서 논의한 학설 즉, 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 '구분기준에 관한 논의'와는 구분되어야 할 것이다. 먼저 원칙적으로 근거 법령의 문언· 체제 ·형식에 따라 구별되어야 한다는 견해는 구분기준에 관한 논의가 아니라, 구분기준이 적용되어 해석되어야 할 판단근거(대상)에 관한 일반적인 지적으로 이해하는 것이 타당하다.[41] 그리고

35) 홍정선, 앞의 책, 98면, 106면.
36) 조만형, 앞의 논문, 614면-622면.
37) 조만형, 앞의 논문, 606면.
38) 최계영, 건축신고와 인·허가의제, 행정법연구 제25호, 행정법이론실무학회, 2009, 173면.
39) 정하중, 앞의 책, 110면; 최계영, 앞의 논문, 174면.
40) 홍준형, 앞의 논문, 337면.
41) "명문의 규정에 수리라는 규정이 없으면 원칙적으로 수리권한을 행정기관에 부여한 경우로 볼 수 없으므로 수리를 요하지 않는 신고로 보아야 하며, 또 수리라는 명문의 규정이 있다하더라도 그 수리가 접수나 도달을 의미하는 경우라면 수리를 요하는 신고로 보아서는 아니 된다"는 견해(조만형, 앞의 논문, 617면)는 구분기준인 수리규정의 유무를 판단근거(대상)에 적용시키고 있

두 신고의 구분이 불분명 할 때는 자기완결적 신고로 보는 것이 바람직하다는 견해는 구분기준을 판단근거(대상)에 적용하여도 구분이 불분명 할 경우의 해결방안에 대한 논의라고 이해하여야 할 것이다. 생각건대, 구분기준에 관한 학설, 판단근거(대상)에 대한 학설, 구분 불가능한 경우 해결방안에 대한 학설은 각각 구별되어 논의되어야 할 것이다.

(c) 소결

수리를 요하는 신고에 대한 논의는 매우 복잡하다. 위에서 살펴본 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분기준 문제뿐만 아니라, 후술할 수리를 요하는 신고와 등록·허가의 관계에 대해서도 학계의 다양한 의견이 존재하고 있다. 생각건대, 이처럼 수리를 요하는 신고에 대한 논의가 복잡하게 된 이유 중 하나는 서로 다른 평면의 논의를 구분하지 못하는 것에서 출발된 것으로 보인다. 이를 해결하기 위해서는 우선 사인의 영역에 존재하는 공법상 행위의 성격 문제와 행정기관의 영역에 존재하는 반작용 문제를 분명하게 구분하여 논의하는 것이 필요하다. 사인의 공법행위에는 신고와 신청이 논의될 수 있으나, 수리·등록·허가 등은 사인의 행위가 아니라 행정기관의 사인의 행위에 대한 반작용이다.

수리를 요하는 신고의 효력 발생에 대해 자기완결적 신고와는 달리 도달로서 효력이 발생하는 것이 아니라, 보통 수리라고 불리어지는 행정기관의 일정한 반작용이 있어야 효력이 발생한다는 것이 일반적인 학설과 판례의 태도로 보인다.[42] 다만, 수리라고 불리어지는 행정기관의 반작용의 법적성격이 무엇인가에 대해서는 다양한 논의가 있다. 수리를 요하는 신고에 있어 그 법적효과의 발생이 행정기관의 반작용에 의해 좌우된다는 것은 법적 효력발생의 주도권이 행정기관에 있다는 의미이다. 이때 행정기관이 그 주도권을 심사라는 과정을 통해 행사한다면, 심사의 정도가 형식적이든 실질적이든 사인이 행정기관을 상대로 하는 행위는 심사의 통과를 요구하는 실질을 가지게 된다. 이는 명칭만 신고일 뿐이지 실질은 행정기관에게 소위 수리를 요구하는 신청에 해당된다.[43] 행정요건적 행위인 신청이란 사인

는 구체적인 예이다.

42) 다수설 판례에 따르면, 적법한 요건을 갖춘 수리를 요하는 신고가 있더라도 수리되지 않으면 신고가 되지 않은 것으로 본다. 이와 달리, 적법한 요건을 갖춘 수리를 요하는 신고가 있다면 신고의 수리가 거부되더라도 수리를 요하는 신고에서도 신고가 된 것으로 보는 소수견해(박균성, 앞의 책, 113-114면)가 있다.

43) 同旨 유지태, 앞의 책, 105면.

이 행정청에 대하여 자기의 권리 또는 이익을 위하여 어떤 행정을 청구하는 의사표시를 말한다.[44] 따라서 수리를 요하는 신고에서 사인의 행위는 신고가 아니라 신청이라고 보아야 한다.[45] 그 신청에 대응하는 행정기관의 반작용 즉 보통 수리라고 불리는 행위의 법적 의미에 대해서는 별도로 논의가 진행되어야 한다. 수리를 요하는 신고의 독자성을 부정하는 견해도 마찬가지이다.[46] 이 견해는 수리를 요하는 신고는 허가에 해당한다고 본다. 그러나 허가에 해당한다고 하더라도 사인의 공법행위는 존재하는 것이고, 이는 신청으로 새겨야 할 것이다. 따라서 수리를 요하는 신고의 독자성을 부정하는 견해 역시 사인의 공법행위 영역의 논의가 아니라, 행정기관의 반작용 영역에 대한 논의이므로 여기서 논할 바는 아니다.

(2) 수리를 요하는 신고 관련 개별 문제

(a) 논의의 평면 구분

수리를 요하는 신고와 관련하여 법적 성격이 문제되는 대표적인 예로는 '인허가의제효가 있는 신고의 법적 성격 문제'와 '수리를 요하는 신고와 등록·허가와의 관계'가 있다. 이 중 전자는 인·허가의제효를 수반하는 신고를 수리를 요하는 신고로 볼 것인지 여부 즉, 신고의 법적 성격이 쟁점이다. 그러나 후자는 수리를 요하는 신고가 등록이나 허가와 같은 것인지 여부가 쟁점이 된다. 그런데 사인의 영역에서는 신고 또는 신청이 공법행위로서 존재하는 것이고, 등록이나 허가는 사인의 공법행위에 대한 행정기관의 반작용 유형이다. 따라서 '수리를 요하는 신고가 등록 또는 허가와 같은 것인지 여부'[47]를 정확히 표현한다면, '수리를 요하는 신고에서 그 수리가 등록 또는 허가와 같은 것인지 여부'이다. 이는 행정기관의 반작용의 법적 성격 문제이다. 여기서는 신고의 유형에 관해 논의하고 있으므로 '인·허가의제효가 있는 신고의 법적 성격 문제'만을 분석하기로 하고, '수리를 요하는 신고에서

44) 김철용, 앞의 책, 107면.

45) 同旨 김남진/김연태, 앞의 책, 139면.

46) 김중권, 앞의 인터넷 기사(주27), 4면; 김중권, 앞의 논문(주26), 162면, 164면 참조; 김중권, 앞의 논문(주27), 277면; 신봉기, 앞의 논문, 320-321면 참조; 정훈, 앞의 논문, 210면.

47) "수리를 요하는 신고를 실질적으로 허가라고 보는 견해가 다수견해이다(박균성, 앞의 책, 112면)", "등록은 수리를 요하는 신고로 보아야 한다(홍정선, 앞의 책, 106면)" 등의 용례가 이에 해당하는 표현이다. 물론 이러한 용례를 관련 설명과 함께 이해한다면, '신고'가 아니라 사실상 신고에 대한 '수리'를 주어로 삼고 있음은 분명하다. 다만, 신고에 대한 논의의 혼란을 해소하기 위해서는 정확하게 표현하는 것이 필요할 것으로 보인다. 예를 들어, "대체로 신고가 인·허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지니는 경우가 수리를 요하는 신고에 해당한다고 할 수 있다(김남진/김연태, 앞의 책, 139면)"는 정확한 용례로 들 수 있다. 이 표현에서는 신고가 신청인지를 다루면서 그에 대한 행정기관의 반작용인 인·허가와는 구분하고 있다.

수리가 등록 또는 허가와 같은 것인지 여부'에 대해서는 신고에 대한 행정기관의 반작용 소위 '수리'의 법적성격에서 살펴보기로 한다.

(b) 인·허가의제효가 있는 신고의 법적 성격

원래 인·허가의제제도란 독일의 행정계획에서 인정되는 집중효에 대응되는 것으로, 법률에 의해 주된 허가·특허 등을 받으면 그 시행에 필요한 관련 인·허가도 받은 것으로 의제하는 것을 말한다.[48] 그런데 신고제의 경우에도 개별 법률에서 신고를 하면 관련 인·허가를 받은 것으로 의제하는 규정을 두는 경우가 있다. 이때 신고의 법적 성격을 무엇으로 볼 것인지가 문제된다. 대표적인 예가 「건축법」 제14조이다. 「건축법」 제14조 제1항은 허가 대상 건축물이라 하더라도 일정한 경우에는 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다. 그리고 동조 제2항은 건축허가에 인정되는 인·허가의제를 준용한다. 여기서 「건축법」 제14조 제1항의 "신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다"라는 점만 본다면, 동조의 건축신고를 자기완결적신고로 볼 수 있다. 그러나 관련 인·허가가 의제된다는 점을 고려한다면 신고만으로 다른 법률상의 인·허가를 받은 것으로 보는 것은 문제가 있다. 왜냐하면 신고만으로 다른 법률상의 인·허가가 의제된다면 다른 법률에서 인허가제도를 둔 취지가 몰각될 수도 있으며, 이해관계인이나 관계행정청의 권한을 박탈하는 결과가 될 수도 있기 때문이다. 이러한 이유에서 「건축법」 제14조의 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격이 문제된다. 하지만 그 법적 성격의 모호성에도 불구하고 건축법에는 인·허가의제효를 수반하는 건축신고에 대한 효력발생시기 및 수리여부에 대한 규정이 없다. 따라서 이 문제는 학설과 판례에 맡겨져 있다.

(c) 학설 및 판례

인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격에 대한 학설과 판례의 태도는 크게 수리를 요하지 않는 신고로 보는 견해, 수리를 요하는 신고로 보는 견해, 개별적으로 검토해야 한다는 견해로 나누어 살펴볼 수 있다. 특히 주목해야 하는 것은 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격에 대해 판단한 '대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954' 판례이다.[49] 그리고 동 판례가 나온 이후의 관련 연

48) 김동희, 앞의 책, 185면.

49) 이 판례 이전에도 하급심 판례로서 인·허가의제효가 발생하는 신고를 수리를 요하는 신고로 본 예(서울행정법원 2009. 4. 9. 선고 2009구합1693 판결)가 있다.

구 중에는 신고제와 인·허가의제효의 결합의 입법적 모순을 지적하면서 동 판례의 해석론을 비판하는 견해도 있다.

먼저, 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 수리를 요하지 않는 신고로 보는 견해로는 '대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954' 판례의 소수견해가 있다. 소수견해는 건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없다는 대법원의 종래 견해를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 한다. 이 견해는 인·허가의제효를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다면, 신고와 허가의 본질에 기초하여 건축신고와 건축허가 제도를 따로 규정하고 있는 제도적 의미 및 신고제와 허가제 전반에 관한 이론적 틀이 형해화될 가능성이 있다고 지적한다. 학설 중에는 이와 유사하게 수리를 요하지 않는 신고의 법리를 허가와 대비시키면서, 인·허가의제효를 지니는 건축신고에 신고의 법리를 그대로 적용하는 견해도 있다.[50] 그러나 해당 견해가 명시적으로 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 수리를 요하지 않는 신고라고 밝히고 있는 것은 아니다.

반면, 위 판례의 다수 견해는 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 수리를 요하는 신고로 본다. 이 판례에서 다수 견해는 "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다"라고 하였다. 즉, 인·허가의제효가 수반되는 건축신고의 법적 성격을 수리를 요하는 신고임을 분명히 하였다. 또한, 판례는 인·허가의제효가 수반되는 건축신고의 법적 성격은 일반적인 건축신고와는 다르다고 하였다. 즉, 인·허가의제효가 수반되지 않는 건축신고의 법적 성격에 대해서는 종래의 판례와 같이 수리를 요하지 않는 신고로 보고 있다. 종래 판례는 "건축법상 신고사항에 관하여는 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행

50) 일부 견해(정형근, 앞의 논문, 288면)는 "건축허가의 경우에는 미리 의제대상 인·허가관청과의 협의를 거쳐 의제대상 인·허가의 실체적 요건을 갖추었는지 여부를 검토하여 이에 적합한 경우에 한하여 건축허가를 하는데 반하여, 건축신고의 경우에는 건축법에 의한 절차적 요건에만 적합하면 다른 실체적 요건을 이유로 하여 접수를 거부하거나 신고서를 반려하지 못하므로 의제대상 인·허가의 요건을 갖추었는지 여부를 검토할 방도가 없다. 따라서 건축신고가 있기만 하면 의제대상 인·허가의 요건을 갖추고 있지 아니한 경우에도 인·허가의제의 효과가 발생하게 된다. 보완책이 필요하다 할 것이다(정태용, 인·허가의제제도에 관한 고찰, 법제, 법제처, 2002. 2, 12면)"에 대해 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 수리를 요하지 않는 신고로 보는 견해로 보고 있다.

정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요가 없는 것"이라고 판시하였다.[51]

한편, 위 판례가 나오기 전에 주장된 견해이기는 하지만 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 개별적으로 검토하자는 견해도 있다.[52] 이 견해는 건축신고만으로 수많은 행정처분들이 의제되는 효과가 수반됨에도 불구하고, 건축신고에 허가요건심사가 면제되고 신고의무를 다한 것만으로 건축을 할 수 있다고 해석하는 것은 상식에 맞지 않는다고 지적한다.[53] 이와 동시에 집중효가 발생하는 「건축법」 제11조 제5항의 각 사유가 그 성격을 달리하고 있기 때문에 집중효가 발생하는 모든 건축신고를 일괄적으로 수리를 요하는 신고로 보는 것도 타당하지 않다고 지적한다. 그러므로 이 견해는 집중효가 발생하는 각 사유에 따라서 수리를 요하는 신고인지, 수리를 요하지 아니하는 신고인지 여부를 판단하여야 한다고 본다.

끝으로, 신고제와 인·허가의제효의 결합의 입법적 모순을 지적하면서, 이 문제는 판례의 해석이 아닌 입법을 통해 해결하는 것이 정도라는 견해가 있다.[54] 이 견해는 인·허가의제효가 수반되는 건축신고의 법적성격 문제는 입법적 불찰에서 비롯된 것으로 본다. 즉, 건축신고에 건축허가에서 인정되는 인·허가의제효를 준용한 것이 문제라고 한다.[55] 또한, 이 견해는 대법원 다수견해가 인·허가의제효를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본 점에 대해서도 비판적인 태도를 취하고 있다. 법원이 입법적 해결이 필요한 문제점들을 법해석을 통해 시정해 보려고 시도하는 것은 구체적인 권리구제의 관점은 물론 규제목적 달성을 뒷받침한다는 관점에서 나름대로 정당화할 수 있을지라도, 자칫 수리를 요하는 신고의 비중을 과도하게 확대하거나 허가제에 비해 신고제가 가지는 규제완화방안으로서의 의미와 효과를 크게 손상시키고, 그 결과 신고와 허가를 구분해 온 기성의 규제법체계를 지나치게 교란시키는 결과를 가져올 수 있다고 비판한다.

---

51) 同旨 대법원 1968.4.30. 선고 68누12, 대법원 1990.6.12. 선고 90누2468, 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780, 대법원 1999.10.22. 선고 98두18435 등.

52) 정형근, 앞의 논문, 289면.

53) 김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008, 128-129면 참조.

54) 홍준형, 앞의 논문, 355-356면.

55) "건축법상 건축신고가 자기완결적 신고라고 인식되고 있는 상태에서 건축허가에 인정되는 집중효를 모두 준용하는 것으로 보는 것은 비교적 경미한 건축행위의 자유를 부여하여 건축규제를 완화하려는 입법취지를 이해할 수 있지만, 약한 규제가 강한 규제를 포함하게 되고 형식적 기속행위가 재량행위를 흡수하는 모습이 되는 중대한 모순을 띠게 된다"는 견해(정형근, 앞의 논문, 289면)도 이와 동일한 취지의 지적으로 보인다.

(d) 소결

생각건대, 인·허가의제효가 수반되는 건축신고의 법적 성격이 문제되는 근본적인 이유는 입법단계에서 완화된 규제 영역인 건축신고에 상대적으로 강한 규제인 허가제에서 인정되는 인·허가의제 효과를 결부시켰기 때문이다. 그 결과 신고제의 취지를 고려하여 그 규제 강도를 완화시켜야 함에도 불구하고, 그에 수반되는 강력한 효과를 고려한다면 완화된 규제 상태를 그대로 유지할 수 없는 모순이 발생하게 된다. 따라서 인·허가의제효가 수반되는 건축신고의 법적성격 문제는 입법론적으로 해결하는 것이 최선책이 될 것이다. 그러나 최선책을 실행할 상황이 못 된다면 차선책으로 법해석에 의지할 수밖에 없다. 비록 비판적 견해가 있기는 하지만, 대법원 역시 이러한 모순 상태를 법해석을 통하여 해결할 수밖에 없다. 결국 문제는 법해석을 통한 해결에 있는 것이 아니라, 그 해석의 타당성 여부이다.

한편, 인·허가의제효가 수반되는 신고에 대한 행정기관의 반작용의 의미 내지 규제의 정도 문제는 사인의 공법행위의 법적 성격과는 구분되어야 한다. 그리고 사인의 공법행위에 초점을 두고서 인·허가의제효를 수반하는 신고의 법적 성격을 논하는 것은 사인의 행위가 신고인지 아니면 신청인지 여부에 있다. 본래 의미의 신고와 수리를 요하는 신고라고 불리어지는 영역에서 존재하는 사인의 공법행위인 신청은 법적 효과의 효력발생시점, 행정기관의 반작용 존부 등을 기준으로 구분할 수 있다. 이는 법적 효과 발생의 주도권이 사인에게 있느냐 아니면 행정기관에 있느냐의 문제로 귀결된다. 신고는 그 주도권이 사인에게 있지만, 신청은 그 주도권이 행정기관에 있게 된다.[56] 따라서 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 법적성질 역시 법적효과 발생의 주도권을 누구에게 주는 것이 타당한가라는 관점에서 이해할 필요가 있다. 인·허가의제효를 수반하는 건축신고의 모순이 입법적으로 해결되지 않는 한, 건축신고의 취지 외에도 「건축법」 제11조 제5항에 의해 의제되는 인·허가의 제도적 취지를 고려할 수밖에 없다. 즉, 의제되는 인·허가제도의 취지를 몰각시키지 않기 위해서 집중의 정도에 대해 판례와 같이 실체적 집중은 부정되는 것으로 새겨야 할 것이고[57], 그렇다면 행정기관의 개입 없이 사인의 행위만으로 전적으로 법적 효과가 발생한다고 보기는 어려울 것이다. 이렇게 본다면, 인·허가의제효가 수반되는 신고의 법적 성격은 신청으로 보는 것이 타당하다.

---

56) 다만, 신청에 대응하는 행정기관의 반작용 즉 보통 수리라고 불리는 행위의 법적 의미에 대해서는 별도의 논의가 필요하다는 점은 이미 밝힌바 있다.

57) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결.

2. 신고유형별 수리의 법적 성격

(1) 쟁점의 재구성

수리의 법적 성격을 논의하는 가장 큰 실익은 수리거부에 대해 처분성을 인정할 수 있는지 여부에 있다. 처분성이 인정된다는 것은 항고소송을 통한 구제가 가능하다는 의미이다. 이러한 사후적인 구제뿐만 아니라, 사전적인 측면에서도 수리의 법적 성격은 중요한 지위를 차지하고 있다. 수리의 법적 성격에 따라 규제 제도의 종류와 내용을 결정할 수 있으므로, 규제 유형을 확정하기 위해서도 수리의 법적 성격을 확정하는 것이 필요하다. 그러나 그 중요성에도 불구하고 수리의 법적 성격에 대한 논의는 신고에 대한 논의를 복잡하게 만드는 주범으로 전락하고 말았다.

그 이유는 다음과 같이 살펴볼 수 있다. 우선 가장 직접적인 원인은 행정기관이 신고제를 운영하면서 수리 절차를 다양하게 변형하여 행정규제를 가하고 있으며[58], 더 나아가 규제의 형식과 정도에 있어 일관성을 상실하고 있기 때문이다. 다른 한편, 간접적 원인 중 하나로 쟁점의 평면을 명확하게 구분하지 않은 지금까지의 논의 태도를 들 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 사인의 공법행위의 영역과 그에 대한 행정기관의 반작용 영역을 구분하여야 할 것이다. 전자에서는 사인의 행위가 신고인지 신청인지가 쟁점이 되고, 후자에서는 행정기관의 반작용 즉 소위 수리가 강학상 수리인지, 등록인지, 허가인지 여부가 쟁점이 된다. 끝으로, 실체법 영역의 수리의 법적 성격과 구제법 영역의 처분성 사이의 논리적 연관성을 전제로 논의하는 태도 역시 쟁점을 혼동시키는 원인으로 볼 수 있다. 물론 이에 대해서는 양자를 단절시켜 논의하는 것이 가능한지 여부에 대한 검증 과정이 필요하다.

따라서 본 연구는 이미 논의의 평면을 사인의 공법행위 영역과 그에 대한 행정기관의 반작용 영역으로 나누어 논의한 바 있다. 전자에서는 본래 의미의 신고를 확정하였고, 관련된 신고 유형으로 정보제공적 신고를 분석하였다. 한편, 수리를 요하는 신고는 그 법적 성격이 신고가 아니라, 신청임을 밝혔다. 따라서 여기서는 본래 의미의 신고와 정보제공적 신고에 존재하는 행적기관의 반작용의 법적 성격, 그리고 수리를 요하는 신고 즉 신청에 대응되는 행정기관의 반작용의 법적 성격을 살펴보기로 한다. 특히, '수리를 요하는 신고가 등록·허가 등과 같은지 여부'는 쟁

58) 同旨 조만형, 앞의 논문, 602면.

점을 정확하게 표현한 것이 아니라는 점을 상기하고자 한다. 정확한 쟁점은 '수리를 요하는 신고에서 수리의 법적 성격은 무엇이고, 등록·허가 등과 같은지 여부'이다. 그런데 행정기관이 수리과정, 즉 신청에 대한 요건과 심사를 통하여 다양한 형태의 규제를 사용하고 있기 때문에 수리의 법적 성격과 등록·허가 등 관련 유형간 관계 확정이 어렵게 되었다. 따라서 요건과 심사를 기준으로 수리의 법적 성격에 대한 논의를 진행하도록 한다. 다만, 실체법 영역의 수리의 법적 성격과 구제법 영역의 처분성 상호간의 논리적 연관성과 관련된 논의는 필요한 경우 최대한 제한적으로만 언급하기로 한다. 이에 대한 구체적인 검토는 '수리·수리거부의 대상적격'에서 논의하기로 한다.

(2) 본래 의미의 신고에서 수리의 법적 성격

사인의 공법행위인 신고 또는 신청에 대한 행정기관의 반작용을 보통 '수리'라고 표현한다. 본래 의미의 신고는 수리를 요하지 않는 신고로 불리어지는데, 신고서가 행정기관에 도달되면 원칙적으로 수리여부와 상관없이 효력이 발생한다고 보는 것이 일반적이다. 이러한 일반론에 따르면, 수리를 요하지 않는 신고에서 수리는 개념 내재적으로 법적 효과 발생에 영향을 미치지 않는 사실행위에 불과하다.[59] 종래의 판례도 "그러한 반려조치를 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없다"라고 한 바 있다.[60]

그러나 본 연구는 본래적 의미의 신고에 대해 '원칙적으로 신고가 도달됨으로서 공법적 효력이 발생하지만, 행정기관이 신고서의 요건을 확인하여 요건의 불비가 있는 경우에는 접수(신고요건확인)를 반려하는 것을 해제조건으로 하는 행위'라고 정의한 바 있다. 여기서 접수(신고요건확인)행위는 해제조건으로서 의의를 갖고 있으며, 아무런 제약이 없는 자유영역과 비교한다면 수리를 요하지 않는 신고에서 접수는 규제 기능이 있으므로 법적 효력과 완전히 단절된 것으로 볼 수는 없다.[61] 최근 판례도 "건축주 등으로서는 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물

59) 김명길, 앞의 논문, 14면; 박균성, 앞의 책, 111면; 정하중, 앞의 책, 113면; 정형근, 앞의 논문, 281면; 홍정선, 앞의 책, 113-114면.

60) 만약, 수리를 요하지 않는 신고의 수리(거부)와 처분성의 논리적 연관성에 기초한다면, 종래의 판례(대법원 1995.3.14. 선고 94누9962) 태도가 처분성을 부정한 것을 근거로 본래 의미의 신고에 있어 수리는 사실행위라고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 수리(거부)와 처분성의 논리적 연관성에 대한 논의는 다음 쟁점에서 다루기로 한다.

61) 同旨 김중권, 앞의 논문(주26), 169면.

을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다"고 판시한 바 있다.[62]

이와 더불어, 수리를 요하지 않는 신고의 접수는 수리를 요하는 신고의 수리에 비해 규제 강도를 완화시키는 취지를 가지고 있는 점, 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)가 지니는 자기완결성에 의해 법적 효력 발생의 주도권이 사인에게 유보되어 있는 점 등을 고려하면, 접수(신고요건확인)는 효력발생 주도권이 행정기관에 있는 심사와는 구분된다. 따라서 신고서의 접수(신고요건확인)는 행정행위가 아닌 사실행위이지만, 순수한 사실행위가 아니라 해제조건으로서 법적 효력과 관련성을 갖는 사실행위라고 할 수 있다. 그러나 해제조건으로서 성격을 갖는다고 하여 부관에 해당하는 것은 아니다. 부관은 행정기관에 의해 주된 행정행위에 부가된 것이어야 하는데 접수는 수리를 요하지 않는 신고의 성격 및 효력 발생과정을 논리적으로 해석하여 도출되는 행정기관의 반작용이다. 또한, 접수는 신고요건을 확인하는 것이므로 그 범위에서는 특정한 사실 또는 법률관계의 존부 또는 정부를 확인하는 성격을 가지고는 있다. 이는 준법률행위적 행정행위와 유사하다. 그러나 다툼을 전제로 하는 것이 아니므로 준법률행위적 행정행위인 확인이 아니라, 사실행위로서 확인에 해당할 뿐이다. 이와 같은 독자적인 성격을 강학상 접수라고 이해할 수도 있을 것이다.

(3) 정보제공적 신고에서 수리의 법적 성격

정보제공적 신고와 본래 의미의 신고(수리를 요하지 않는 신고)를 구분하는 견해는 의무의 내용, 신고의무 위반에 대한 제재의 대상과 유형을 중심으로 양자를 구분한다. 정보제공적 신고의 경우 그 의무의 내용은 일정한 사실을 행정기관에 알리는 작위의무이다. 따라서 신고의무 위반 시에는 무신고 행위를 대상으로 과태료가 부과된다. 반면, 본래 의미의 신고의 경우 그 의무의 내용은 일반적·상대적 금지의무이고, 이에 대해 신고가 있으면 신고대상 행위의 적법성이 부여된다. 따라서 신고의무 위반 시에는 무신고 행위 그 자체가 아니라 건축행위나 영업행위 등 신고 대상인 행위를 수행한 것에 대해 형벌이 부과되고 위법행위에 대한 시정명령이 발령된다. 다만, 입법정책상 형벌 대신 과태료가 부과되기도 한다. 그러나 정보제공적 신고와 본래 의미의 신고(수리를 요하지 않는 신고)를 '법적 효력 발생 체계' 관점에서 분석한다면 양자는 차이가 없다. 즉, 양자 모두 도달로써 법적 효력

62) 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167.

이 발생하고, 따라서 효력 발생의 주도권이 사인에게 있다. 양자를 구분하면서도 정보제공적 신고는 항상 자기완결적 신고라고 보는 견해[63]의 취지가 효력 발생 체계에 있어 그렇다는 의미라면 타당한 견해로 보인다.

정보제공적 신고가 자기완결성을 가지는 신고라고 하더라도, 신고 의무가 부과되어 있는 이상 완전 자유영역과는 구분된다. 물론 자기완결적이라는 의미는 신고가 도달됨으로서 효과가 발생한다는 것을 의미한다. 그러나 자기완결적 신고도 규제의 모형 중 하나인데, 행정기관의 아무런 반작용도 없는 규제는 규제의 본질에 부합하지 않는다. 따라서 자기완결적 신고도 최소한의 요건이 있다. 요건이 있다는 것은 그 내용을 불문하고 요건 충족 여부를 확인하는 행정기관의 반작용이 존재한다는 것을 의미한다. 또한, 의무 불이행시 제재조치가 예정되어 있다는 점에서도 자기완결적 신고에 일정한 의미의 심사가 존재한다고 보는 것이 타당하다. 자기완결적 신고인 건축신고에 대해 '반려'의 가능성을 전제로 한 2010년 판례도 이에 부합한다.

여기서 행정기관의 반작용을 편의상 심사라고 칭할 수는 있지만, 자기완결성으로 인하여 수리를 요하는 신고에서의 심사와는 다른 의미를 새겨야 할 것이다. 수리를 요하는 신고에서 심사는 행정기관이 법적 효력 발생의 주도권을 행사하는 의미에서의 심사이지만, 자기완결적 신고에서는 효력 발생의 주도권을 사인이 가지고 있으므로 행정기관은 단순히 신고서의 기재사항을 확인하는 정도의 의미에 그쳐야 한다. 이처럼 행정기관의 반작용이 완전히 배제되는 무심사가 아니라, 행정기관의 일정한 반작용이 요구되는 것은 완전자유 영역과의 구분에서도 타당하고, 보다 강화된 규제 모형인 수리를 요하는 신고와의 구분에서도 타당하다.

따라서 정보제공적 신고와 본래 의미의 신고(수리를 요하지 않는 신고) 모두 '통보=의무이행=효력발생' 및 '효력발생-접수(신고요건확인)반려=효력 해제=의무위반에 대한 제재'의 구조를 취하고 있다. 즉, 일정한 신고가 있으면 의무를 이행한 것이 되고 그에 따라 법적 효력이 발생한다. 그러나 신고요건 불비로 인하여 행정기관이 접수를 거부한다면 법적 효력이 해제되고 그에 대한 제재조치가 이루어진다. 따라서 정보제공적 신고에서 행정기관의 반작용은 본래 의미의 신고(수리를 요하지 않는 신고)에서의 반작용과 동일한 성격으로 보는 것이 타당하다.

(4) 수리를 요하는 신고에서 수리의 법적성격

63) 박균성, 앞의 책, 117면.

1) 본래 의미의 신고의 수리와 구별

본 연구는 앞서 수리를 요하는 신고 그 자체의 법적 성격이 '신청'이라는 점에 대해 살펴보았다. 그리고 인·허가의제효가 수반되는 신고의 법적 성격을 신청으로 보는 것이 타당하다고 밝힌 바 있다. 문제는 사인의 신청에 대한 행정기관의 반작용인 소위 수리의 법적 성격이 무엇이냐이다. 수리의 법적 성격은 우선 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)와 수리를 요하는 신고의 구별에서 접근할 수 있다. 일반적으로 '수리의 유무'를 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)와 수리를 요하는 신고를 구분하는 기준의 하나로 들고 있다. 그리고 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)에는 표현 그대로 수리가 필요 없다고 한다. 그러나 이미 살펴 본 바와 같이 자기완결적 신고는 행정기관의 반작용으로서 접수(신고요건확인)가 존재한다. 또한, 자기완결적 신고는 수리를 요하는 신고에 비해 규제의 정도가 완화된 경우에 해당한다.[64] 따라서 수리를 요하는 신고에서 요구되는 '수리'의 의미는 접수(신고요건확인)보다는 강한 규제적 의미를 지니는 행정기관의 행위여야 한다. 즉, 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)에 대한 행정기관의 반작용과 수리를 요하는 신고에 대한 수리는 구별된다.

이에 대해 행정요건적 공법행위로서의 신고 및 수리(수리거부)의 법리와 자기완결적 공법행위로서의 신고 및 수리(수리거부)의 법리를 달리 취급할 이유는 없다는 견해가 있다. 이 견해는 통상 수리를 요하지 아니하는 신고의 경우에도 요건을 갖추지 못한 신고가 행해질 수 있기 때문에 신고요건의 구비 여부는 문제될 수 있으므로 수리행위는 필요하다고 한다.[65] 이 견해는 두 신고 모두 수리행위가 필요하므로 구별이 필요 없다는 견해이다. 그러나 두 신고 모두 행정기관의 반작용이 존재한다는 점에서 차이가 없다고 하더라도, 반작용이 지니는 규제 강도에는 차이가 있으므로 타당하지 않다.

또한, 신고를 이른바 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고로 구분하는 것은 구별의 불명확함과 더불어 실정법의 규율현황과도 맞지 않는다는 견해도 있다. 이 견해는 기왕에 규제완화 차원에서 허가를 신고로 전환한 것이라면, 신고에 대해 행정청의 실질적인 심사 없이 신고서가 도달한 경우에 신고의무를 다한 것으로 하고, 신고 대상행위의 성질상 행정청의 심사가 필수적인 것이라면 허가로 하는 것이 타당하다고 한다.[66] 이 견해는 자기완결적 신고와 허가의 구별을 인정하면서

64) 김명길, 앞의 논문, 7면.
65) 김명길, 앞의 논문, 14-15면.

자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구별은 인정하지 않는다. 그러나 자기완결적 신고는 본래적 의미의 신고이지만, 수리를 요하는 신고는 신청으로서 사인의 공법행위 관점에서 양자는 분명한 차이가 있다. 이 견해에 따라 수리를 요하는 신고에서 수리의 법적 성격이 허가에 해당된다고 하더라도, 이는 신청에 대한 행정기관의 반작용의 법적 성격이 허가라는 것이므로 신고에 대한 반작용인 접수(신고요건확인)와 구별된다. 무엇보다도 신청에 대한 반작용을 허가라고 하는 것 자체가 이미 허가에 대한 행정요건인 사인의 행위로서 신청을 전제로 하고 있는 것이므로 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구별을 부정하는 것은 타당하지 않다.[67]

수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)에 대한 행정기관의 반작용과 수리를 요하는 신고에 대한 수리는 구별된다. 문제는 수리를 요하지 않는 신고에 대한 행정기관의 반작용인 접수(신고요건확인)보다는 강한 규제적 기능을 수행하는 '수리를 요하는 신고에서 요구되는 수리의 법적 성격'이 구체적으로 무엇인지이다. 그런데 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구별기준을 둘러싼 학설의 대립에도 불구하고, 각 학설에 따른 수리를 요하는 신고의 정의는 사실상 차이가 없다. 그 이유는 학설들이 '수리'라는 표현을 공통적으로 사용하고 있기 때문이다. 그러나 수리의 실질적인 내용을 구성하는 신고의 요건이나 그에 대한 심사에 대해서는 견해를 달리하고 있다. 학설은 일반적으로 수리를 요하는 신고에서 '수리'의 법적 성격을 등록·허가와의 관계에서 논의한다.[68] 이는 수리를 요하는 신고에서 행정기관의 반작용이 무엇인가의 문제이다. 따라서 '수리를 요하지 않는 신고와의 동일성에 관한 논의'와는 평면이 다르므로 서로 비교할 수 없다. 한편, 수리를 요하지 않는 신고에 대한 행정기관의 반작용인 접수(신고요건확인)와는 구별되어야 한다.

2) 강학상 수리, 등록, 허가와의 관계

---

66) 정훈, 앞의 논문, 210면; 동일한 취지의 견해: 김중권, 앞의 인터넷 기사(주27), 4면; 김중권, 앞의 논문(주26), 162면, 164면 참조; 김중권, 앞의 논문(주27), 277면; 신봉기, 앞의 논문, 320-321면 참조.

67) 본 연구와 같이 사인의 공법행위 영역과 그에 대한 행정기관의 반작용을 구분하여 논의하는 태도에서는 자기완결적 신고, 수리를 요하지 않는 신고, 등록, 허가 등을 동일한 평면에서 논의하는 것을 수용하기 어렵다. 따라서 자기완결적 신고와 수리를 요하지 않는 신고는 구분하기 어렵다고 하면서, 자기완결적 신고와 허가를 대비시켜 규제제도를 편성하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.

68) 자기완결적 공법행위로서 신고의 경우에도 수리가 필요하다는 견해에 따르면, '수리'의 법적 성격을 등록·허가와의 관계에서 논의하는 문제는 신고유보부금지의 해체유형으로서의 신고 전부와 관련되어 있는 문제로 본다(김명길, 앞의 논문, 116면).

(a) 학설

수리를 요하는 신고에 대한 행정기관의 반작용인 수리를 본래 의미의 신고에 대한 행정기관의 반작용인 접수(신고요건확인)와 구별하는 경우에도, 수리를 요하는 신고에 대한 수리의 법적 성격을 강학상 수리, 등록, 허가 등 현존하는 규제 모형 중 어느 유형으로 볼 것인지 문제된다. 이에 대해서는 수리를 요하는 신고에 대한 반작용인 수리를 '강학상 수리로 보는 견해, 등록과 동일한 것으로 보는 견해, 허가로 보는 견해, 수리와 수리거부를 구분하여 판단하는 견해' 등이 대립하고 있다.

수리를 요하는 신고의 수리를 강학상 수리로 보는 견해는 수리를 요하는 신고를 본래 의미의 자기완결적 신고와 등록 또는 허가의 중간적 규제수단으로 본다. 이 견해는 신고의 요건이 형식적 요건만 있는 경우에는 자기완결적 신고라고 하고, 형식적요건 이외에 실질적 요건도 요구하는 경우에는 수리를 요하는 신고라고 본다. 수리를 요하는 신고에 실질적 요건이 요구되는 점은 허가와 같지만, 신고요건은 허가요건 보다 완화되어 있고, 수리를 요하는 신고의 수리는 명시적 규정이 없는 한 항상 기속행위로 보는 것이 타당하므로 허가와 구별된다고 한다. 또한, 이 견해는 신고 요건을 갖춘 수리를 요하는 신고가 있더라도 수리되지 않으면 신고되지 않는 것으로 보는 다수설·판례와는 달리, 적법한 요건을 갖춘 수리를 요하는 신고가 있다면 신고의 수리가 거부되더라도 신고가 된 것으로 본다.[69] 따라서 이 견해는 '수리를 요하는 신고'는 적합한 표현이 아니고, 이를 '수리행위가 있는 신고'라고 보는 것이 타당하다고 한다.[70] 수리를 요하는 신고의 수리를 등록으로 보면서 허가와는 구별하는 견해가 있다. 이 견해는 수리를 요하는 신고에서 수리를 준법률행위로 보는데, 이는 수리를 요하는 신고의 수리를 강학상 수리로 보는 태도로 이해된다. 또한, 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제9조[71], 「옥외광고물 등 관리법」 제11조[72] 등과 같이 실정법에서 강학상 수리 대신 등록이라는 표현이 사

69) 박균성, 앞의 책, 113-114면.

70) 박균성, 앞의 책, 114면; 박균성, 납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단, 행정판례연구 16-1, 한국행정판례연구회, 박영사, 2011, 128면.

71) 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 9조(등록) ① 신문을 발행하거나 인터넷신문 또는 인터넷뉴스서비스를 전자적으로 발행하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항을 주사무소 소재지를 관할하는 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)에게 등록하여야 한다. 등록된 사항이 변경된 때에도 또한 같다. 다만, 국가 또는 지방자치단체가 발행 또는 관리하거나 법인이나 그 밖의 단체 또는 기관이 그 소속원에게 보급할 목적으로 발행하는 경우와 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. (이하 생략)

72) 「옥외광고물 등 관리법」 제11조(옥외광고업의 등록) ① 옥외광고업을 하려는 자는 대통령령으

용되는 것으로 본다.[73] 이 견해는 「헌법」 제21조가 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하고 있으므로 「신문 등의 진흥에 관한 법률」, 「옥외광고물 등 관리법」 등 실정법상의 등록제는 허가제와 구별되어야 한다고 본다. 따라서 수리의 경우에는 형식적 심사만 이루어져야 하고, 허가의 경우에는 실질적 심사까지 이루어질 수 있다고 한다.[74]

다수 견해는 수리를 요하는 신고에 대한 수리를 허가와 동일시한다. 허가와 동일시하는 견해 중에는 수리를 요하는 신고의 독자성을 부정하면서, 수리에 비중을 두는 한 신고제가 될 수 없고 허가제에 해당한다는 견해도 있다.[75] 이 견해는 더 나아가 자기완결적 신고의 경우에도 수리와 수리거부를 구분하면서, 수리와는 달리 수리거부는 허가에 대한 거부처분과 동일한 성격을 갖는다고 한다.[76] 한편, 수리를 요하는 신고를 실정법상 등록으로 표현되기도 한다고 하면서도, 수리를 요하는 신고는 허가제와 큰 차이가 없이 운용되고 있다는 견해도 있다.[77]

(b) 소결

생각건대, 수리를 요하는 신고의 법적 성질이란 정확히 말하면 그 수리의 법적 성질을 묻는 것이다. 그런데 수리를 요하는 신고는 신청을 의미하는 것이므로, 그 수리의 법적 성격은 신청에 대한 행정기관의 반작용의 법적 성격에 대한 문제가 된다. 신청에 대한 행정기관의 반작용은 규제 강도와 내용에 따라 등록·인가·허가 등 다양한 형태가 존재할 수 있다. 따라서 신청에 대한 행정기관의 반작용은 어느 한 유형으로 특정되는 것이 아니라, 개별적으로 검토해야 한다.[78] 특히, 상호간의 구별이 문제되는 강학상 수리·등록·허가의 경우에도 어느 한 유형이 수리를 요하는 신고의 수리에 절대적으로 대응되는 것이 아니다. 즉, 입법정책에 의해 결정된 규제 강도에 따라 개별적으로 법적 성격을 결정하는 것이 타당하다. 그런데 수리를 요하는 신고에 있어 그 수리의 법적 성격이 개별적으로 결정된다고 하더라도, 이

로 정하는 기술능력과 시설 등을 갖추고 제12조에 따른 교육을 받은 후에 시장등에게 등록하여야 한다. 다만, 등록사항을 변경하려는 경우에는 교육을 받지 아니할 수 있다. (이하 생략)

73) 홍정선, 앞의 책, 104면.

74) 홍정선, 앞의 책, 106면.

75) 김중권, 앞의 인터넷 기사(주27), 4면; 김중권, 이른바 수리를 요하는 신고의 문제점에 대한 소고, 행정판례연구 8, 한국행정판례연구회, 박영사, 2003, 77-79면 참조.

76) 김중권, 앞의 논문(주26), 162면, 164면.

77) 정하중, 앞의 책, 110면.

78) 同旨 김남진/김연태, 앞의 책, 139면.

는 강학상 수리·등록·허가의 구별을 전제로 하는 것이다. 이러한 의미에서 강학상 수리·등록·허가를 구별할 필요성이 인정된다.

수리를 요하는 신고란 신청을 의미하는 것이고, 신청에 대한 행정기관의 반작용 중에서 강학상 수리·등록·허가는 모두 예방적 금지의 유형에 해당된다. 그러나 이들 유형은 심사의 강도를 기준으로 구분하는 것이 타당하다. 왜냐하면, 규제 제도를 마련함에 있어 요건과 심사의 설정에는 입법자의 정책적 재량이 인정된다. 그런데 규제 제도의 요건은 그 자체로서는 의미가 없고 심사를 통해 법적·실질적 의미를 지니게 된다. 또한, 본래 의미의 신고와는 달리 신청에 대해서는 효력 발생의 주도권이 행정기관에 있다. 행정기관은 요건에 대한 심사를 통해 그 주도권을 행사하게 된다. 이 때 요건과 심사가 논리 필연적으로 연결되는 것은 아니므로 실질적 요건을 설정해 두더라도 이에 대해 형식적으로 심사하는 것도 가능하다. 결국, 심사가 형식적인지 실질적인지 여부를 기준으로 규제의 강도를 구별할 수 있을 것이다.

한편, 재량여부를 기준으로 강학상 수리와 허가를 구분하는 견해가 있으나[79], 양자 모두 원칙적으로 기속행위이면서 예외적으로 재량이 부여될 수 있다는 점에서 차이가 없다.[80] 수리를 요하는 신고의 수리를 강학상 수리로 보면서 실질적 요건이 요구되지만 허가보다는 완화된 요건이 요구된다는 견해[81]도 있으나, 실질적 요건 내부에서 강약을 구분하는 명확한 기준을 찾기 어려우므로 타당하지 않다. 따라서 심사가 형식적 심사만으로 이루어지는지 아니면 형식적 심사와 더불어 실질적 심사까지 이루어지는지 여부를 기준으로 구분하는 것이 타당하다. 일반적으로 허가는 형식적 심사 외에도 실질적 심사가 이루어지는 규제 형식으로 받아들여지고 있다. 그런데 강학상 수리와 등록은 모두 실정법상 허가보다 완화된 규제라는 명목으로 도입되었다. 따라서 등록이나 강학상 수리는 형식적 심사 대상에 해당된다. 또한, 등록은 공적장부의 기재행위인 공증으로서 강학상 수리와 함께 준법률행위적 행정행위에 해당된다. 따라서 강학상 수리와 등록은 동일한 규제 유형으로 이해하는 것이 타당하다.[82]

---

79) 박균성, 앞의 책, 113면.

80) 대판 2010. 9. 9, 2008두22631은 납골당설치신고에 대해 설치기준에 부합하는 한 수리하여야 하나, 중대한 공익상 이유가 있는 경우에는 그 수리를 거부할 수 있다고 하여, 예외적으로 재량행위로 본 바 있다.

81) 박균성, 앞의 책, 113면.

82) 同旨 조만형, 앞의 논문, 610-611면.

III. 수리·수리거부의 대상적격

1. 수리와 수리거부의 구분

사인의 공법행위에는 명칭·법적 성격·효과 등을 달리하는 다양한 행위가 포함된다. 특히, 효력발생 체계를 기준으로, 당해 행위 그 자체만으로 법적효과가 발생하는 것(신고)과 그 자체만으로는 법적 효과가 발생하지 않고 행정기관의 대응되는 행위가 있어야만 법적효과가 발생하는 유형(신청)으로 나눌 수 있다.[83] 그러나 개념적으로 사인의 공법행위란 사인이 행하는 공법상의 행위로서, 공법적 효과를 발생시키는 공통성을 가지고 있다. 따라서 사인의 행위가 신고인지 아니면 신청인지 여부에 상관없이 사인의 공법행위에 해당되는 한 모두 공법적 효과와 관련되어 있다. 또한, 사인의 공법행위는 행정작용이 국민의 의사에 바탕을 두도록 하며, 국민이 행정에 참여하도록 하는 기능을 갖고 있다.[84]

공법적 효과발생에서 사인의 공법행위가 차지하는 위치와 그 기능에 따르면, 사인의 공법행위가 법적 효과를 발생시키는 종합적인 구조는 '사인의 행위-행정기관의 반작용-공법적 효과 발생'으로 볼 수 있다. 다만, 본래 의미의 신고와 같이 사인의 행위 그 자체만으로 공법적 효과가 발생하는 경우, 행정기관의 반작용은 공법적 효과발생 여부와의 관계에 있어 원칙적으로 법적 의미가 없다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 행정기관의 접수거부 내지는 일반적인 용례로서 수리거부가 해제조건으로 작용함은 이미 살펴본 바와 같다. 따라서 사인의 행위 그 자체만으로 공법적 효과가 발생하는 경우에도 '사인의 행위-행정기관의 반작용-공법적 효과 발생'의 구조는 유효하다.

'사인의 행위-행정기관의 반작용-공법적 효과 발생'이라는 효력발생 구조에서 특히 문제가 되는 것은 사인이 의도한 법적 효과가 발생하지 않는 경우이다. 즉, 행정기관이 소위 접수거부 내지는 수리거부에 해당되는 내용의 반작용을 하는 경우이다. 반대로, 행정기관이 사인의 신고 또는 신청에 대해 이를 접수 받거나 수리하는 경우에는 공법적 효과가 발생하게 되므로, 사인은 이를 구제법적으로 다툴 이유가 없다. 이와 관련하여, 행정기관의 반작용을 사인의 신고·신청에 긍정적으로 대응하는 경우와 부정적으로 대응하는 경우로 나누어 법적 성격을 구분하는 견해

83) 김동희, 앞의 책, 121면.
84) 김남진/김연태, 앞의 책, 132-133면.

가 있다. 이 견해는 자기완결적 신고의 수리와 수리거부의 법적 성격을 다르게 파악한다.[85] 일반적인 견해는 자기완결적 신고의 수리와 수리거부를 모두 사실행위라고 본다. 그러나 이 견해는 수리에 대해서는 일반적인 견해와 동일한 태도를 취하지만, 수리거부는 허가에 대한 거부처분과 마찬가지로 법적 행위라고 한다.[86] 이러한 논리 구성은 대상적격과 관련하여, 일반적인 견해와 종래의 판례를 극복하기 위한 노력으로 보인다. 일반적인 견해와 종래의 판례는 자기완결적 신고의 수리거부를 사실행위로 보아 취소소송의 대상으로 인정하지 않는다. 반면, 이 견해는 신고의 수리거부는 예방적·잠정적 금지를 종국화 시킨다는 의미에서 금지하명에 해당되는 것이므로 당연히 취소소송의 대상이 된다고 한다.[87]

생각건대, 자기완결적 신고에서 수리와 수리거부를 구분할 실익은 없는 것으로 보인다. 먼저, '사인의 행위-행정기관의 반작용-공법적 효과 발생'의 구조에서 판단대상이 동일하고, 행정기관의 반작용이라는 점에서 차이가 없다. 둘째, 신고에 대한 행정기관의 반작용은 이를 수리하거나 거부하는 것이므로 양자는 동전의 양면과 같은 선택 관계에 있다. 게다가 대상과 체계적 구조가 동일한 상황에서 양립불가능한 선택 관계에 있는 양자의 법적 성질을 구분하는 것은 타당하지 않다. 끝으로, 신고가 수리된 경우에는 비록 신고인이 의도한 대로 법률에 따른 법적 효과가 발생하지만, 그 법적 효과가 이해관계 있는 제3자의 입장에서는 원하는 법적 효과가 아닐 수도 있다. 이 경우 제3자는 신고의 수리에 대해 다툴 필요가 있다.[88] 즉, 수리거부의 경우 신고인이 수리거부를 다툴 필요성이 있는 것과 마찬가지로 구제

---

85) 김중권, 앞의 논문(주26), 162면.

86) 본 연구는 신고서의 접수(신고요건확인)는 행정행위가 아닌 사실행위이지만, 순수한 사실행위가 아니라 해제조건으로서 법적 효력과 관련성을 갖는 사실행위라고 하였다.

87) 김중권, 앞의 논문(주26), 163면 참조.

88) 자기완결적 신고의 수리에 대하여 이해관계 있는 제3자가 다툰 예로 "대법원 2001. 5. 29. 선고 99두10292 판결"을 들 수 있다. 동 판례는 "행정청이 골프장 사업계획승인을 얻은 자의 사업시설 착공계획서를 수리한 것에 대하여 인근 주민들이 그 수리처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하자 재결청이 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우, 그 수리처분 취소 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하여 부적법 각하하여야 함에도 위 재결은 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하였으므로 재결 자체에 고유한 하자가 있다고 본 사례"이다. 여기서 사업시설 착공계획서에 대해 판례는 자기완결적 신고로 보았다. 판례는 "등록체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 얻은 자는 규정된 기한 내에 사업시설의 착공계획서를 제출하고 그 수리 여부에 상관없이 설치공사에 착수하면 되는 것이지, 착공계획서가 수리되어야만 비로소 공사에 착수할 수 있다거나 그 밖에 착공계획서 제출 및 수리로 인하여 사업계획의 승인을 얻은 자에게 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 부담케 하는 법률효과가 발생하는 것이 아니므로 행정청이 사업계획의 승인을 얻은 자의 착공계획서를 수리하고 이를 통보한 행위는 그 착공계획서 제출사실을 확인하는 행정행위에 불과하고 그를 항고소송이나 행정심판의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다"고 하였다.

의 필요성이 인정되므로, 구제법적 관점에서도 수리와 수리거부의 법적 성격을 구분할 실익은 없다.

2. 수리·수리거부의 처분성

(1) 판례의 변화와 학설

일반적으로 자기완결적 신고의 수리 또는 수리거부는 사실상의 행위에 불과하므로 처분성이 인정되지 않는다고 한다. 반면, 수리를 요하는 신고의 수리 또는 수리거부는 인허가 신청의 수리 또는 수리거부와 동일하게 법적 효력을 인정하여 처분성을 긍정하고 있다.[89] 판례의 태도 역시 '대법원 2010.11.18. 선고 2008두167' 판결이 나오기 전까지 자기완결적 신고의 수리거부에 대해서는 처분성을 부정하였고, 수리를 요하는 신고의 수리거부에 대해서는 처분성을 긍정하였다. 그리고 판례가 자기완결적 신고의 수리거부의 처분성을 부정하는 것은 자기완결적 신고의 수리를 사실행위로 보기 때문으로 이해하는 것이 일반적이었다. 이상과 같은 학계와 판례의 태도는 '자기완결적 신고에 대한 수리여부=처분성 부정'이라는 도식으로 받아들여졌다.

그런데 2010년 11월에 선고된 '2008두167 전원합의체 판결'은 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)의 신고에 대해, 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니라고 본 종래의 태도를 변경하여 수리거부의 대상적격을 인정하였다.[90] 그러나 동 판례는 '건축신고의 법적성격'에 대하여 명시적인 언급을 하지 않았다. 이로 인하여 학계의 혼란이 시작되었다.

더 나아가 인허가의제 효과를 수반하는 건축신고에 대해 2011년 1월에 선고된 '2010두14954' 판결은 "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다"고 하였다. 여기서 판례가 "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리"라고 한 의미는 다수 견해에 대한 체계해석과 "행정청의 수리 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없다는 대법원의 종래 견해를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택"이라는 반대 견해의 취지를 통하여 확인할 수 있다. 즉, 판례는 구「건축법」 제9조 제1항의 신고는 자기완결

89) 김명길, 앞의 논문, 14면.
90) 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167.

적 신고로 보고, 제2항의 인·허가의제효를 수반하는 신고는 수리를 요하는 신고로 보고 있는 것이다.

구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)의 신고의 법적 성격과 처분성에 대한 판례의 변화로 인하여, 학계의 대립이 심화되었다. 종래 판례는 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고의 법적 성질은 자기완결적 신고로 보았고, 수리거부의 처분성을 부정하였다.[91] 2010년 판례는 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고의 법적 성질에 대해 명시적인 언급이 없었으나, 수리거부의 처분성을 인정하였다.[92] 끝으로 인·허가의제효를 수반하는 신고에 대해 판단한 2011년 판례는 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격을 판단하면서 간접적으로 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)의 신고의 법적 성질을 자기완결적 신고로 보았다. 다만, 처분성에 대해서는 명시적인 언급은 없다.

구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고의 법적 성질과 처분성 모두에 대해 판단한 종래의 판례를 '구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고=자기완결적 신고, 이에 대한 수리여부=처분성 부정'으로 이해하는 것이 일반적이다. 이러한 논리를 2010년과 2011년 판례에 적용해 볼 수 있다. 그런데 2010년 판례는 처분성에 대해서만 명확하게 밝히고 있으며, 2011년 판례는 법적 성격에 대해서만 언급하고 있다. 따라서 이 두 최신 판례에서 법적 성격과 처분성에 대한 판단을 병합하면, '구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고=자기완결적 신고, 이에 대한 수리여부=처분성 긍정'으로 도식화할 수 있다. 다시 말해, 종래의 판례에 따른 도식 중에서 '처분성 부정'이 최근 판례에서 '처분성 긍정'으로 변경된 것이다. 이러한 처분성의 변화를 신고의 법적 성격과 어떻게 조화롭게 해석할지 여부에 대하여 크게 두 가지 시각이 대립되고 있다. 먼저, 처분성을 수리여부의 법적 성격과 연동시키는 견해는 2010년 판례에서 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 된다고 한 것은 수리를 요한다는 것을 전제로 하는 것이므로 이 때 신고는 수리를 요하는 신고라고 한다. 그리고 2011년 판례는 인·허가의제효를 근거로 건축신고가 수리를 요하는 신고임을 명시적으로 표현하였다고 한다.[93] 반면, 처분성을 수리여부의 법적 성격과 연동시키지 않는 견

91) 同旨 대법원 1968.4.30. 선고 68누12, 대법원 1990.6.12. 선고 90누2468, 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780, 대법원 1999.10.22. 선고 98두18435 등.

92) 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167.

93) 홍정선, 앞의 책, 105면.

해는 2010년도 판례는 건축신고거부의 처분성을 인정한 것일 뿐 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본 것은 아니라고 한다.[94]

(2) 소결

생각건대, 신고의 법적 성격과 수리나 그 거부의 처분성은 논리 필연적인 관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서 수리나 그 거부에 대한 대상적격 인정여부는 처분성의 표지를 충족하고 있는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 타당하다.

그 이유는 첫째, 종래의 판례가 '구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고=자기완결적 신고, 이에 대한 수리 또는 그 거부=처분성 부정'으로 이해하고 있다는 것이 일반적인 설명이지만, 종래의 판례가 판단하는 과정을 살펴보면, 처분에 대해 정의하면서 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)에 따른 신고가 처분성의 표지를 충족시키지 못하고 있다고 판시하고 있다. 따라서 종래의 '건축신고의 법적 성격'과 '건축신고수리거부의 대상적격'의 관계를 필연적인 관계로 보았다고 단언하는 것은 무리가 있다.

둘째, 2010년도 판례 역시 수리거부가 처분성의 표지를 충족하고 있는지 여부를 기준으로 삼고 있다. 이점에서는 종래의 판례와 동일한 판단 과정을 취하고 있다. 다만, 종래의 판례가 "그러한 반려조치를 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없다"라고 한 것과는 달리, "건축주 등으로서는 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다"고 판시하였다. 즉, 두 판례 모두 수리거부가 처분성 표지를 충족하고 있는지 여부라는 동일한 판단 과정을 취하고 있다. 다만, 포섭에 있어서 다른 견해를 취하고 있을 뿐이다.

셋째, 2011년 판례는 "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다"고 판시하여, 신고를 일반적인 건축신고와 인·허가의제효를 수반하는 건축신고로 구분하고 있다. 판례의 이와 같은 구분은 타당하다. 구 「건축법」 제9조 제1항(현행 제14조 제1항)의 신고에 동조 제2항이 적용되고, 그에 따라 동법상 인·허가의제 규정(현행

94) 박균성, 앞의 책, 112면; 정훈, 앞의 논문, 206면.

제11조 제5항)이 적용된다고 하더라도, 구체적·개별적인 경우에는 신고에 의해 '인·허가가 의제되는 경우'와 '인·허가가 의제될 여지가 없는 경우'의 신고가 존재한다.[95] 따라서 자기완결적 신고에 해당하는 건축신고의 영역이 인정되며, 이에 대해서는 처분성 표지 충족여부를 기준으로 대상적격을 판단하는 것이 타당하다.

IV. 결론

사인의 공법행위로서 신고, 신고에 대한 수리, 그리고 수리거부의 대상적격 등과 관련된 논의는 길목마다 복잡한 쟁점과 그에 대한 견해 대립이 산적(山積)해 있어, 본 연구가 거쳐야 했던 난맥(亂脈)도 적지 않았다. 신고의 법적 성격에 대한 논의의 의미, 특히 수리를 요하는 신고의 법적 성격에 대한 논의의 의미, 신고의 유형과 구분기준 및 실익, 신고 유형별 수리의 법적 성격, 특히 수리를 요하는 신고에 대한 수리의 법적 성격, 강학상 수리·등록·허가 등의 구별기준, 대상적격에 있어 수리와 수리거부의 이동(異同), 수리와 수리거부에 대한 대상적격 판단기준, 이러한 쟁점에 대한 판례의 동향과 해석 등을 예로 들 수 있다.

이상의 개별 쟁점들 대부분에 대해 학계의 대립이 있다. 비록 본 연구가 사견을 밝히면서 비판적 분석을 시도하기는 했으나, 각 견해들은 모두 구체적인 쟁점에 대해 의미 있는 지위를 점유하며 얽혀있다. 그러나 일부 쟁점은 본 연구가 신고와 관련된 논의의 틀을 풀어내 정비하기 위해 제시한 경우도 있다. '수리를 요하는 신고의 법적 성격에 대한 논의의 의미'는 사인의 공법행위 영역에서의 문제이므로 행정기관의 영역에서 신고에 대한 반작용으로서 이루어지는 소위 수리에 관한 논의와 구분할 것, '수리를 요하는 신고의 법적 성격이 허가에 해당하는지'와 같은 표현은 '수리를 요하는 신고에 대한 수리의 법적 성질이 허가에 해당되는지'와 같이 보다 정확하게 표현하는 것이 필요함, 수리를 요하는 신고와 자기완결적 신고를 구분함에 있어 등장하는 판단근거(대상)에 대한 학설 및 구분 불가능한 경우 해결방안에 대한 학설 등을 구분기준에 관한 학설과 구분할 것 등의 제안을 예로 들 수 있다.

물론, 사인의 공법행위로서 신고에 대한 논의가 지금처럼 복잡하게 된 가장 큰 이유는 허가제를 완화하기 위하여 신고제를 둔 취지에도 불구하고, 행정기관이 신고에 대한 반작용을 다양하게 변형하여 규제적 수단으로 활용하고 있기 때문이다.

95) 同旨 홍준형, 앞의 논문, 351-352면.

그러나 완전자유 영역과 비교한다면 신고제 역시 일정 부분 규제 기능이 있다. 또한 일정한 신고 유형을 폐지하자는 것과 같이 행정 현실에 쉽게 반영되기 어려운 법리적 주장을 반복하는 것만이 유일한 결론은 아닐 것이다. 따라서 다양한 관점에서의 논의될 가능성은 얼마든지 열려있다. 신고에 대한 논의의 틀을 다시 한 번 점검하는 것도 이러한 취지에 부응하는 것으로 보인다. 쟁점을 보다 명확하게 표현하고, 논의의 평면을 구분하여, 논리 필연적 관련성 없는 이질적인 쟁점이 서로 결부되는 것을 방지한다면, 논의는 보다 명확해 질 것이다. 예를 들어, 수리의 법적 성격과 대상적격에 대한 논의에 있어서도 이와 같은 시각이 필요할 것으로 보인다.

(논문접수일 : 2015.11.15, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

정 연 부

사인의 공법행위, 사인의 공법행위로서 신고, 신고의 법적 성격, 신고의 유형, 수리의 법적 성격, 수리거부의 대상적격, 자기완결적 신고, 수리를 요하는 신고

【참 고 문 헌】

김남진/김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2012.

김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2012.

김명길, 申告의 類型에 관한 論考, 법학연구 제47권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2006.

김세규, 行政法上의 申告에 관한 再論, 동아법학 제33호, 동아대학교 법학연구소, 2003.

김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008.

김중권, Quo vadis-신고제?, 법률신문 제3916호, 2011. 3. 7, 인터넷 기사 4면.

김중권, 건축법상의 건축신고의 문제점에 관한 소고, 저스티스 제34권 제3호, 한국법학원, 2001.

김중권, 주민등록전입신고거부의 법적 문제점에 관한 소고, 저스티스 제74호, 한국법학원, 2003.

김철용, 행정법, 고시계사, 2013.

박균성, 행정법강의, 박영사, 2014.

박윤흔/정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2009.

신봉기, 우리나라 건축행정분야에 있어서의 수익적 행정처분, 공법학연구 제7권 제4호, 한국비교공법학회, 2006.

유지태, 행정법신론, 신영사, 2008.

장태주, 행정법개론, 법문사, 2011.

정태용, 인·허가의제제도에 관한 고찰, 법제, 법제처, 2002.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2013.

정형근, 집중효가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토, 외법논집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.

정훈, 공법상 신고의 법적 성질과 현실에서의 의미, 동아법학 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013.

조만형, 행정법상 신고의 유형과 해석기준에 관한 소고, 공법연구 제39집, 한국공법학회, 2010.

천병태/김명길, 행정법총론, 삼영사, 2005.

최계영, 건축신고와 인·허가의제, 행정법연구 제25호, 행정법이론실무학회, 2009.

홍정선, 행정법특강, 박영사, 2014.

홍준형, 사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰-자기완결적 신고와 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로-, 공법연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012.

한국행정판례연구회, 행정판례연구 8, 박영사, 2003.

한국행정판례연구회, 행정판례연구 16-1, 박영사, 2011.

Abstract

The Types of Reports and the Suitability of Judicial Review for Refusal of Acceptance

: Based on Precedents Involved with Reports on Construction

Joung, Youn Boo

A report as a personal act in public law is one of the complicated topics in the field of administrative law. It includes some issues such as the types of reports, the legal nature of acceptance, and the suitability of judicial review for refusal of acceptance. The academic world has generally insisted that the types of reports decide the legal nature of acceptance for it, and the legal nature of acceptance determines the suitability of judicial review for refusal of acceptance.

However, some precedents like 94NU9962, 2008DU167, and 2010DU14954 involved in reports on construction put these topics in an uncertain position between maintaining a previous majority opinion and changing it. In this sense, the meaning of precedents have to be ascertained. Both existing debates and new ones should be reviewed for clarifying the precedents.

This study has analyzed the related subjects based on a typical discussion system in which the fundamental topics are regarded as being connected, for example: the types of reports and criteria of categorizing reports, the legal nature of acceptance, and the suitability of judicial review for refusal of acceptance. This paper especially suggests the partial reform of the discussion system as well as insists its own opinions for all

of the significant topics.

Joung, Youn Boo

personal act in public law, report as a personal act in public law, legal nature of a report, types of reports, legal nature of acceptance, suitability of judicial review for refusal of acceptance, self-satisfied report, report requiring acceptance

압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위

민 만 기*

Ⅰ. 글 머리에
Ⅱ. 압수·수색의 요건
1. 범죄 혐의 요건
2. 필요성 요건
3. 관련성 요건
4. 비례성 요건
Ⅲ. 압수·수색 영장 기재의 특정
1. 압수·수색 영장의 특정성에 대한 사법심사
2. 특정의 정도
Ⅳ. 압수·수색 영장의 효력
1. 장소적 범위
2. 시간적 범위
3. 대상적 범위
4. 기타
Ⅴ. 맺는 말

【국 문 요 약】

과거 우리 대법원은 이른바 '성질·형상 불변론'에 입각하여, 적법한 압수·수색 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 대하여도 제한 없이 증거능력을 인정하였기 때문에 압수·수색의 요건이나 압수·수색 영장의 특정, 영장의 효력 범위 등에 대하여 사법적 심사가 이루어질 계기가 거의 존재하지 아니 하였다. 따라서 지금까지는 압수·수색 영장의 특정 문제, 영장의 효력이 미치는 범위 등에 대하여 실무계는 물론 학계에서조차 거의 논의가 이루어지지 아니 하였다고 할 수 있다.

그러나 2008년 개정 형사소송법이 시행될 즈음에 대법원은 압수물에 대하여도 위법수집증거 배제법칙이 적용되어야 함을 선언하였고, 뒤이어 잇따른 판례들은 이러한 원칙을 더욱 강화하는 방향으로 나아가고 있다.

그리하여 이제는 적법한 압수·수색이 적법하게 이루어졌는지 여부를 판단함에 있어, 압수·수색 영장의 특정 문제뿐만 아니라 수색의 장소, 압수의 대상 등 영장의 효력이 미치는 범위에 대한 논의가 반드시 필요하게 되었다.

본 논문에서는 미국 연방대법원의 판결을 중심으로, 우선 압수·수색 영장의 특정

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

과 관련한 문제를 검토하고 이어, 영장의 시간적, 장소적, 대상적 범위 등에 관하여 구체적으로 살펴 본다.

Ⅰ. 글 머리에

압수·수색은 가장 대표적인 대물적 강제처분으로서 기본적 인권 침해의 가능성이 높기 때문에 원칙적으로 법관이 발부하는 영장에 의할 것을 요구하고 있다.[1] 이러한 영장주의 원칙은 압수·수색이 법관에 의하여 발부되는 영장에 의하여야 한다는 형식적인 의미에서 더 나아가 일반영장(general warrant)의 금지를 그 내용으로 한다. 따라서 압수·수색 영장에는 피고의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건, 발부 연월일, 유효기간과 그 기간이 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지, 압수·수색의 사유를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하도록 하고 있다.[2]

또한 영장에 의한 압수·수색이 적법하기 위하여는 영장 기재 자체의 특정 뿐 아니라, 그 집행 과정에서도 적법성이 요구되는바, 집행 과정의 적법성을 검토함에 있어 기본적인 전제가 되는 것이 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위를 확정하는 것이다. 즉 압수·수색 영장의 기재가 특정되어 있다 할지라도 실제적으로 이를 집행함에 있어, 그 현장의 상황과 관련하여 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건 등의 범위가 구체적으로 확정되지 않는다면 압수·수색 대상의 불명확성으로 인한 기본적 인권 침해의 소지가 발생하게 된다.

과거 우리 대법원은 압수물의 증거능력과 관련하여, 이른바 성질·형상 불변론에 입각하여, 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니라는 이유로 그 압수물의 증거능력을 인정하고 있었기 때문에[3] 압수·수색 영장 기재 자체의 특정 여부, 나아가 압수·수색 영장을 집행함에 있어 시간적, 장소적 효력의 범위[4] 등에 관하여 사법적 심사가 제대로 이루어질 계기가 존재하지 않았다.

즉 과거 우리 대법원은 압수·수색 절차의 위법은 물론 심지어 압수·수색 영장 자체가 없는 불법 압수·수색에 의하여 수집한 증거에 대하여도 증거능력을 인정해

---

1) 헌법 제12조 제3항 및 형사소송법 제215조 제1항.
2) 형사소송법 제219조, 제114조 제1항, 형사소송규칙 제58조.
3) 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결 등.
4) 예컨대 피의자의 주거가 수색의 장소로 기재된 경우 피의자의 주거 내 세입자의 방실에 대한 수색이 가능한지(장소적 효력), 또는 영장에 의하여 필로폰에 대한 압수·수색이 이루어지고 있는 현장에 새로운 필로폰이 배달되어 온 경우 기존의 영장만으로 새로 도착한 필로폰에 대한 압수·수색이 가능한지(시간적 효력)와 같은 문제이다.

왔기 때문에[5] 실무계는 물론 학계에서조차 압수·수색 영장의 특정이나 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위 등의 문제에 관하여 관심을 둘 여지가 없었던 것이다.

그러나 2008. 1. 1.부터 시행된 개정 형사소송법에 위법수집증거배제법칙이 명문화되었고[6] 그 즈음 우리 대법원도 전원합의체 판결을 통하여, 「헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 아니한 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다」고 판시함으로써[7] 진술증거가 아닌 증거물에 대하여도 위법수집증거배제법칙을 긍정하기에 이르렀으며 이후 다양한 상황에서, 압수물 등의 증거능력을 적극적으로 배제하는 취지의 판결이 잇달아 선고되고 있다.[8]

이와 같이 증거물의 수집 과정에서 엄격한 적법절차가 요구됨으로써, 압수·수색 영장 자체가 존재하더라도 그 기재가 특정되지 아니한 영장에 의한 압수·수색, 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위를 벗어난 집행 등은 더 이상 허용될 수 없게 되었다.

그러나 전술한 바와 압수·수색 영장 집행 과정에서의 적법성 자체가 사법 심사의 대상이 된 지 얼마 되지 아니한 상황에서, 그 전제가 되는, 압수·수색 영장의 효력 범위 등에 관하여 체계적이면서 구체적 기준을 제시한 법원의 판결은 아직 나타나지 않고 있으며, 학계에서도 이에 대한 논의가 거의 이루어지지 않은 실정이다.

한편 미국에서는 연방 수정헌법 제4조[9]에서 "불합리한 수색과 압수로부터 신체, 주거, 서류 및 재산의 안전을 보장받는 인민의 권리는 이를 침해할 수 없으며, 수색 및 압수 영장은 상당한 이유(probable cause)에 근거하여, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 수색될 장소, 압수될 물품을 특정하지 아니하고 이를 발부할 수 없다"라고 규정하여 무엇보다도 압수·수색 영장기재의 특정을 헌법적 요건으로 하고 있으며, 미 연방대법원은 압수·수색 영장이 유효하기 위한 특정의 정도 및 수

---

5) 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결에서, 대법원은 경찰관들이 노래연습장에서의 주류 판매여부를 확인하기 위하여 법관이 발부한 영장 없이 노래연습장을 검색한 행위가 적법한 공무에 해당하지 않지만 당시 불법으로 취거한 플라스틱 통에 든 음료가 증거능력이 있다고 판단하였다.

6) 형사소송법 제308조의2

7) 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결

8) 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결, 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결 등

9) 원문: The right of the people to be sure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

색 영장의 집행 과정에서 그 영장의 효력이 미치는 범위 등에 관하여 다양한 여러 판례를 발전시켜 왔다.

이제 우리 형사소송법 하에서도 압수·수색 영장의 집행 과정에서 적법절차의 보장이 새로운 명제로 등장하였는바, 영장의 적법한 집행 여부를 판단하는 전제로서 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위에 대하여, 기본적 인권 보장의 이념과 실체적 진실주의의 조화라는 관점에서 합리적인 검토가 필요한 시점이다.

압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위를 논함에 있어서는 당연히 영장 기재 자체의 특정이 전제되어야 하는바, 미국에서와 달리 우리 법원에서는 영장 기재의 불특정은 영장 발부 단계에서 영장 기각(또는 일부 기각)의 사유가 될 뿐이고 일단 영장이 발부된 이상 영장 기재의 특정 여부는 별도로 고려하지 않는 입장을 보여 왔다.[10] 그러나 압수·수색 영장의 특정 여부는 영장 발부 단계에서만 검토되어야 할 문제는 아니며, 당해 형사사건이 계속된 수소법원에서 영장의 특정 여부를 심사하여, 압수·수색의 적법성 여부 즉 압수물에 대한 증거능력 부여 여부를 최종적으로 판단하여야 할 것이다.

본 논문에서는, 압수·수색 영장의 장소적, 시간적, 대상적 범위 등 영장의 효력이 미치는 구체적 범위에 대하여 주된 논의를 전개하되, 그 전제로서 압수·수색의 일반적 요건 및 영장 기재의 특정 문제 등도 아울러 검토하고자 한다.[11] 다만 이에 대한 우리 학계의 논의나 판례의 집적이 거의 없는 상황에서 먼저 미 연방대법원과 일본 최고재판소 판결 등에서 제시된 구체적 기준을 소개하고 이를 바탕으로 압수·수색 영장의 효력 범위에 관한 논의를 전개하고자 한다.

Ⅱ. 압수·수색의 요건

우리 형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수

---

10) 미국에서도 영장 청구서 기재의 불특정을 이유로 한 영장 기각의 사례가 없는 것은 아니지만 영장의 특정 여부는 기본적으로, 영장의 발부 단계에서 심사되기 보다는 본안 심리 단계에서 그에 따른 압수물에 증거능력을 부여할 수 있는 유효한 영장인가 하는 문제로 다루어진다.(Groh v. Ramirez, 540 U.S. 551, 124 S.Ct. 1284, 157 L.Ed.2d 1068 (2004))

11) 실제로 압수·수색의 범위에 관하여는 우리나라뿐 아니라 미국, 독일 등에서도 일반 증거보다는 컴퓨터 등 디지털 증거의 압수와 관련한 논의가 활발한 편이다. 그러나 우리나라에서는 증거 일반에 대한 압수·수색의 범위에 대한 논의조차 거의 이루어지지 않은 상황임을 감안하여, 본 논문에서는 디지털증거의 압수·수색과 같은 각론적 논의는 일단 접어 두고, 증거 일반에 대한 압수·수색에 한정하여 논하고자 한다.

있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다."라고 규정하여, ① 범죄수사에 필요할 것, ② 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있을 것, ③ 압수·수색의 대상은 해당사건과 관련이 있을 것을 압수·수색의 요건으로 하고 있다.

한편 형사소송법 제199조 제1항은, 강제처분이 필요한 최소한도의 범위 내에서 이루어져야 함을 규정하고 있는바, 압수·수색의 요건으로서 추가적으로 비례성의 원칙을 들 수 있다.

우리 형사소송법에 규정된 압수·수색의 요건인, '범죄혐의', '필요성', '관련성', '비례성'의 각 요건은 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위를 논함에 있어서도 필연적으로 관련이 있는 개념적 요소이다.

1. 범죄 혐의 요건

2011. 7. 18. 위 조항이 전면 개정되기 전에는 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다." 라고만 규정하여 필요성만을 압수·수색의 법정 요건으로 하고 있었으나 범죄의 혐의가 없다면 처음부터 수사를 개시할 수 없기 때문에[12] 필요성 외에도 당연히 범죄에 대한 혐의가 존재하여야 하는 것으로 이해되고 있었다. 다만 대물적 강제처분에 필요한 범죄의 혐의 정도에 관하여, 이 경우 요구되는 범죄의 혐의는 구속의 경우에 요구되는 정도에 이를 필요는 없이[13] '최초의 혐의(Anfangsverdacht)' 또는 '단순한 혐의(einfacher Verdacht)'로 족하다는 견해[14]와, 구속· 체포와 마찬가지로 압수·수색의 경우에도 피의자가 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'가 있을 것을 요한다는 견해[15], '상당한 이유'는 요구되지 않는다 하더라도 '단순한 혐의'를 넘어서는, 피의자가 범죄를 범하고 있다 또는 범하였다는데 대한 '객관적·합리적 의심'은 필요하다는 견해[16]가 존재하였다.

---

12) 형사소송법 제195조, 제196조 제2항.

13) 형사소송법 제70조는 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'가 있을 때 구속할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

14) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008, 299면 ; 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 174면 ; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 286면 ; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 222면 ; 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008, 218면.

15) 신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011, 311면 ; 차용석/최용성, 형사소송법(제2판), 세영사, 2004, 322면 ; 정웅석/백승민, 형사소송법(전정1판), 대명출판사, 2001, 582면.

16) 조국, "압수·수색의 합법성 기준 재검토", 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003, 748면

그러나 현행 형사소송법은 '피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황'이 있을 것을 압수·수색의 요건으로 규정하고 있기 때문에 '피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'를 요건으로 하고 있는 구속·체포의 경우와 달리 규정하고 있음이 명백하다. 따라서 현행법의 해석론으로서는 압수·수색의 요건으로서 범죄 혐의의 정도는 체포·구속보다는 낮은 최초의 혐의 내지 단순한 혐의로 족하다고 할 것이다.[17][18]

2. 필요성 요건

다음으로 압수·수색은 범죄수사에 필요한 때에만 할 수 있는바, 이와 관련하여 형사소송규칙은 압수·수색 영장에 압수·수색의 사유를 기재하도록 하고[19], 검사가 압수·수색 영장을 청구할 때에는 '압수·수색 또는 검증의 필요를 인정할 수 있는 자료'를 제출하도록 하고 있다.[20]

압수·수색의 요건으로서 필요성이란 단순히 범죄수사를 위하여 압수·수색이 필요할 뿐만 아니라 강제처분인 압수·수색을 하지 않으면 수사의 목적을 달성할 수 없는 것을 말한다.[21]

따라서 임의수사에 의하여도 수사의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 압수·수색을 할 수 없다. 이와 관련하여 우리 대법원은 「범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내의 것으로서 압수의 대상이 되는 것인지는 당해 범죄사실의 구체적인 내용과 성질, 압수하고자 하는 물건의 형상·성질, 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치, 인멸의 우려는 물론 압수로 인하여 발생하는 불이익의 정도 등 압수 당시의

---

17) 요컨대 압수·수색과 관련된 범죄 혐의의 정도 문제는 입법적으로 해결되었다고 할 것이며, 과거 이와 다른 견해를 취하였던 학자들도 같은 입장이다. 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 356면 ; 정웅석/백승민, 형사소송법(전정 제5판), 대명출판사, 2012, 204면.

18) 조국 교수는 앞의 논문에서, 압수·수색에 필요한 범죄 혐의의 정도에 관하여, '단순한 혐의'를 넘어서는, 범죄에 대한 '객관적·합리적 의심'이 필요하다고 하나, 이는 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'와 같은 개념으로 볼 수 있을 것이다. 만약 조교수가 '객관적·합리적 의심'이 있는 경우를, '단순한 혐의'와 '죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유'의 중간쯤에 해당하는 정도로 파악한다면, 과연 개념적으로 그와 같은 세분화된 구분이 가능할지 의문이다. 또한 실제적으로도 범죄에 대한 '단순한 혐의'만 있는 경우에 압수·수색을 할 수 없다면, 압수·수색이 수사의 유일한 수단이 될 수 밖에 없는 상황에서 중대한 범죄가 발생하였음에도 특정인에 대한 범죄 혐의의 유무를 확인하는 수사가 불가능해지게 되는 문제가 발생한다.

19) 형사소송규칙 제58조.

20) 형사소송규칙 제108조 제1항.

21) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 310면 ; 노명선/이완규, 형사소송법(제3판), SKKUP, 2013, 287면.

여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.」고 판시한 바 있다[22]

3. 관련성 요건

또한 압수·수색은 해당 사건과 '관련성'이 인정되어야 할 수 있다. 관련성 요건은 압수·수색 영장이 일반영장으로 변질되는 것을 방지하는 핵심적 안전장치라고 할 수 있다. 증거법적 의미에서 '관련성'은 어떤 증거가 범죄 사실의 증명과 연관되어 있으며 또 이를 증명할 수 있는 최소한의 힘이 있음을 뜻한다. 사건과의 관련성이 없는 물건 등에 대하여 압수·수색을 할 수 없음은 당연하며 이와 같은 의미에서의 '관련성'은 위에서 언급한 필요성에 당연히 포함되는 개념이라고도 할 수 있다.

그런데 현행 형사소송법 제215조 제1항은 '해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여'라고 규정하여 '관련성'을 압수·수색의 요건으로 새로이 추가하였는바, 이는 필요성과 구별되는 또 하나의 기준을 제시한 것으로 보아야 할 것이다.[23] 즉 필요성 요건이 강제처분을 하는 주체의 입장에서 판단되는 요건임에 대하여 관련성 요건은 해당 사건을 전제로 하여 영장 담당 판사나 압수·수색에 참여하는 피의자, 변호인의 관점에서 객관적으로 판단되어야 하는 요건이다.[24]

관련성은 '해당 사건'과의 관계를 의미하므로 그 전제 개념인 '해당 사건'의 범위를 어떻게 설정할 것인지가 문제된다. 생각건대, 압수·수색 영장의 효력 범위와 관련된 '해당 사건'은 형사소송법 제248조 제2항에서 규정하고 있는 '범죄 사실'과 같은 개념으로 보아야 할 것이다.[25] 여기서 '범죄 사실'이란 검사가 법원에 심판을 구하여 공소를 제기한 전체 범죄 사실을 말하며, 지나간 일정 시점에 일어났던 역사적 사실을 의미한다.[26]

---

22) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2245 판결.

23) 이재상 교수는, 해당 사건과의 관련성은 필요성 판단의 내용에 지나지 않으며, 필요성 이외에 압수·수색의 독립된 요건이 되는 것은 아니라고 한다(이재상, 앞의 책, 311면).

24) 신동운, 앞의 책, 358면 ; 정웅석/백승민, 앞의 책, 205면.

25) 제248조(공소효력의 범위) ① 공소는 검사가 피고인으로 지정한 사람 외의 다른 사람에게는 그 효력이 미치 지 아니한다. ②범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다.

26) 이에 대하여 신동운 교수는 이 경우 '해당 사건'이란 특정한 조문에 구체적으로 규정된 구성요건을 대전제로 놓고 이에 대입하여 재구성한 범죄사실을 의미하는 것이며 피고인의 방어권 보장을 위하여 이와 같이 좁게 해석하여야 한다고 주장한다(신동운, 앞의 책, 358-359면). 그러나 이러한 해석은 '해당 사건'을 소인과 같은 의미로 보는 것이며, 압수·수색이 수사 또는 내사의 초기 단계에서 이루지는 점을 감안할 때 '해당 사건'의 범위를 너무 좁게 설정함으로써 압수·수색의 범위를 과도하게 제한할 우려가 있다는 점에서 타당하지 않다.

그러므로 어떠한 목적물이 범죄수사에 필요하다는 판단만으로는 바로 수사상 압수·수색이 허용되지 않으며 명백하게 압수·수색의 관련성이 인정되지 않는 경우라면 수사기관의 입장에서 필요성이 있다고 판단되는 대상물이라고 할지라도 압수·수색은 인정되지 않는다.[27]

4. 비례성 요건

압수·수색의 요건과 관련하여 형사소송법 제215조에서 규정하고 있는 3가지에 더하여 추가적으로 고려해야 할 점이 있으니, 바로 강제수사비례의 원칙이다. 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다."라고 규정하고 있는바, 압수·수색의 필요성과 관련성 요건이 인정되더라도 비례성 요건이 추가로 요구된다고 할 것이다.

비례성의 원칙과 관련하여 우리 대법원은, 「압수물이 증거물 내지 몰수하여야 할 물건으로 보이는 것이라 하더라도, 범죄의 형태나 경중, 압수물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려 유무, 압수로 인하여 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.」고 하여 압수·수색 요건으로 비례성의 원칙을 전제한 다음 「폐수무단방류 혐의가 인정된다는 이유로 준항고인들의 공장부지, 건물, 기계류 일체 및 폐수운반차량 7대에 대하여 한 압수처분은 수사상의 필요에서 행하는 압수의 본래의 취지를 넘는 것으로 상당성이 없을 뿐만 아니라, 수사상의 필요와 그로 인한 개인의 재산권 침해의 정도를 비교형량해 보면 비례성의 원칙에 위배되어 위법하다」라고 판시한 바 있다.[28]

Ⅲ. 압수·수색 영장 기재의 특정

1. 압수·수색 영장의 특정성에 대한 사법심사

영장주의는 일반영장(general warrant)의 금지를 그 내용으로 하며 우리 형사소송법은 일반적, 탐색적 압수·수색을 금지하기 위하여 압수·수색 영장에는 압수·수색의 대상, 장소 등을 특정하도록 하고 있다.[29]

---

27) 신동운, 앞의 책, 358면
28) 2004. 3. 23. 선고 2003모126 결정

따라서 특정성이 결여된 영장에 의한 압수·수색은 영장주의에 위반한 것으로 그와 같은 영장에 의하여 수집한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 인정될 수 없을 것이다. 전술한 바와 같이, 아직 우리 법원에서 압수·수색 영장이 특정되지 않았다는 이유로 그 증거능력을 문제삼은 경우는 없으나 실무상 법원은 압수·수색 영장의 기각 내지 일부기각[30]의 방식에 의하여 영장 기재의 특정 여부를 심사해 왔다.[31]

그러나 압수·수색은 대체로 범죄수사의 초기 단계에서 이루어지므로 관련된 증거물의 파악이 어렵고 압수·수색 현장의 예측 불가성, 다양성, 복잡성으로 인하여 모든 증거물의 형태나 현장의 특정이 쉽지 않다는 점을 감안할 때 영장발부 단계에서 그 특정성 여부를 엄격하게 심사하여 압수·수색 자체를 사전에 차단하기 보다는 오히려 수사기관으로 하여금 압수·수색 현장에 맞추어 탄력적으로 대응하도록 운신의 폭을 넓혀주되, 문제가 있는 압수·수색에 대하여는 위법수집증거 배제원칙에 의하여 사후적으로 통제하는 방식이 더 합리적이라고 생각한다.[32]

미국에서도 압수·수색 영장이 기각되는 경우는, 전부기각은 물론 일부기각도 매우 드물다고 하며,[33] 영장 특정의 여부는 주로 본안 심리 단계에서, 그에 따른 압수물에 증거능력을 인정할 수 있는 유효한 영장(valid warrant)인가 하는 문제로 다루어지고 있다.

2. 특정의 정도

압수·수색 영장 기재의 특정을 요구하는 이유는 개괄적인 일반영장을 금하여 인권침해를 방지하기 위한 것으로, 구체적으로는 ① 법원에 대하여는 압수·수색의 허부에 관한 판단을 신중히 하도록 하고, ② 수사기관에 대하여는 압수·수색이 허가된 범위를 명확히 알려줌으로써 권한의 일탈이나 남용을 방지하고, ③ 당해 영장의 제시를 받는 피처분자에 대하여는 그 영장에 의하여 법률상 수인할 압수·수색

29) 형사소송법 제114조

30) 실무적으로 일부기각은, 검사가 청구하는 압수·수색 영장에 대하여, 기재된 압수·수색의 대상 또는 장소 등의 일부를 삭제하고 발부하는 방식에 의한다.

31) 2014. 1. 1. ~ 2014. 12. 31. 사이에 전국 법원에 청구된 압수·수색·검증 영장 전체 180,070건 가운데 1,613건이 기각되고, 13,421건이 일부기각되어, 전부기각되는 경우는 1% 미만으로서 영장기각은 주로 일부기각을 의미한다(인터넷 대법원 홈페이지 : http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaViewAction.work?gubunyear=2014)

32) 이기영/주민철/서경원, "압수·수색 영장 일부기각에 관한 연구", 법조, 통권 681호, 2013. 6., 208면.

33) 앞의 책, 219면

의 범위를 알려줌으로써 허가된 장소, 물건 이외의 압수·수색이 이루어졌을 경우 이에 대한 불복 신청의 기회를 보장하기 위한 요청이다.[34]

그러나 압수·수색은 통상 내사 또는 수사의 초기 단계에서 이루어지므로 관련 증거물의 존재 여부, 존재 형태, 존재 장소 등이 모두 불확실한 상태에서 영장을 청구하게 되고, 결국 압수·수색 영장에 압수할 물건, 수색할 장소 등이 어느 정도 개괄적으로 기재될 수 밖에 없는 불가피한 측면이 있다.

따라서 압수·수색 영장 특정의 정도는 헌법 제12조 제3항 및 형사소송법 제114조에 규정된 영장주의 원칙과 개괄적 기재의 불가피성이 조화를 이룰 수 있는 합리적인 선에서 그 접점을 찾을 수 밖에 없다.

그런데 앞서 언급한 바와 같이 우리 법원은 압수·수색 영장의 특정 여부를 심사함에 있어, 본안 심리 단계에서, 당해 영장에 의하여 취득한 증거가 (영장의 특정성 결여로 말미암아) 위법수집증거에 해당하는지 여부를 판단하는 대신 사전적으로, 영장 발부 단계에서 영장 자체를 기각(또는 일부기각)하는 방식으로 영장기재의 특정 여부를 판단해 왔다. 반면 미국에서는 영장 자체를 기각하는 사례는 매우 드물고,[35] 사후적으로 본안 심리에서, 당해 영장에 의하여 수집된 증거가 영장주의에 위반한, 위법수집증거가 되는지 여부에 대하여 판단하는 방식으로, 연방 수정헌법 제4조에 규정된 영장기재의 특정(particularity) 여부를 심사하고 있다.[36]

압수·수색 영장의 특정에 대한 요구(particularity requirement)는 영장 자체의 효력과 관련되는 문제이며 영장주의의 기본 원리인바, 이하에서는 미국 법원의 판례를 중심으로 특정의 기준에 관하여 살펴보고 우리 법원에서 영장기각(또는 일부기각)을 통하여 제시한 특정의 기준[37]과 비교, 검토하고자 한다.

(1) 수색의 장소

수색 장소의 기재는 절대적으로 완벽할 것을 요하는 것은 아니다. 미 연방대법원은 「영장의 특정은 수색 영장을 가진 경찰관이 합리적인 노력(reasonable effort)

34) 대검찰청, 검찰수사 실무전범 Ⅱ(압수·수색), 2008, 35면.
35) 백승주, "미국의 압수·수색 영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무 연구 -디지털 증거를 중심으로-", 법조, 통권 682호, 2013. 7, 187면.
36) 예컨대 Steele v. United States, 267 U.S. 498 (1925), Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927) 등.
37) 우리 법원에서는 압수·수색 영장을 일부기각하면서 그 사유를 기재하지 않거나 기재하더라도 내용이 지나치게 간략한 경우가 많아 특정의 기준을 명확하게 파악하기 어렵다(이기영/주민철/서경원, 앞의 논문, 203면).

을 다했을 때 수색 대상인 장소를 인식하고 확인할 정도로 족하다」고 판시한 바 있다.[38] 미국에서는 도시 지역의 경우 도로명 주소(street address)로 장소를 특정하는 것이 일반적이나, 수색 장소를 특정할 수 있는 다른 요소에 대한 묘사가 있다면 도로명 주소도 반드시 필요하지는 않다. 전원 지역의 경우, 통상 소유자의 이름과 해당 장소에 이르는 전체적인 지시(general directions)로 족하다.[39]

수색 장소의 특정과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 아파트 기타 집합건물 또는 호텔과 같은 다중 점유(multiple occupancy) 공간이다. 다중 점유 공간에 대한 수색 영장은, 실제 수색의 대상이 되는 특정 주거 또는 방실 외에 다른 공간에 대한 무차별적인 수색을 배제할 수 있도록 충분한 명확성(sufficient definiteness)을 가지고 해당 주거 또는 방실을 특정하지 않으면 무효이다.[40] 여기에서 다중 점유 공간이라 함은 하나의 공간을 수인 또는 수 개의 그룹이 분할하여 관리 또는 거주하는 공간을 말한다. 여기에서 다중 점유인가, 단독 점유(single occupancy)인가는 소유권이 복수에게 귀속되는가 혹은 일인에게 귀속되는가의 문제가 아니라 현실적인 관리의 주체가 다수인가 단독인가에 의하여 결정된다.

따라서 1동의 아파트, 빌딩이라도 각 실의 거주자, 사용자가 다르면 각 실마다 별개의 장소가 되므로, 기업 시설 내에 있는 노조 사무실에 대하여는 조합의 대표자가 회사의 관리권과는 별개로 사실상 법률상의 관리권을 가지고 있는 것이 통례이기 때문에 영업 시설과 조합 사무소 모두를 수색하는 경우에는 동일 건물 내라도 별개의 영장에 의하는 것이 상당하다.[41]

이와 같이 다중 점유 공간은 수색의 대상인, 그 건물 내의 구체적 장소(subunit)를 특정하여야 하지만, 당해 건물이 외견상 단독 점유(single occupancy)의 구조로 되어 있어 영장을 집행하는 경찰관이 그 건물의 실제 다중 점유적 성격을 알지 못하였을 뿐만 아니라 알 수도 없었을 경우에는 그 건물 내의 방실 등을 특정하지 아니하였다고 하더라도 그 영장이 무효로 되는 것은 아니다.[42]

Maryland v. Garrison 사건[43]에서, 아파트 3층 전체에 대한 수색이 가능한 영장이 발부되었고(McWebb 거주), 경찰관들은 3층 전체에 한 채의 아파트만이 존재하

38) Steele v. United States, 267 U.S. 498 (1925).
39) Wayne R. Lafave/Jerold H. Israel/Nancy J. King, *Criminal Procedure* 4th ed., Thomson West, 2004, 163면.
40) 앞의 책, 같은 면.
41) 대검찰청, 각국의 압수수색 제도와 실무, 2007, 156면.
42) Wayne R. Lafave/Jerold H. Israel/Nancy J. King, 앞의 책, 163면.
43) 480 U.S. 79 (1987).

는 것으로 알았으나 실제 현장에 가 보니 하나의 공통된 출입문을 지나 2개의 아파트가 존재하는 것을 알게 되었는데, 그 중 하나의 아파트(Garrison 거주)에 들어가 수색한 결과 마약이 발견되어Garrison이 마약소지 혐의로 기소되었다. 위 사건에서 연방 대법원은, 「영장의 유효 여부는 영장 발부 당시를 기준으로, 수사기관이 영장 발부 법관에게 개시한 정보를 바탕으로 결정되어야 한다」고 판시하였는바,[44] 이 후 수색 과정에서 아파트 한 채가 아닌 2채의 아파트에 대한 수색을 허용하는 결과가 되었을지라도 그 수색 영장은 충분히 특정된 것으로 평가된다는 것이다.

일본 판례에 의하면, 수색할 장소의 특정 여부에 대한 일반적 기준은 '합리적으로 해석하여, 그 장소를 특정할 수 있을 정도'이며, 그러기 위하여는 그 장소의 위치가 명확할 것과 장소에 대한 관리권이 단일할 것을 요구한다. 장소의 위치를 명확하기 하기 위해서는 통상 행정 구역상의 주소지를 표시하면 되지만, 반드시 행정구역의 미세한 점까지 구체적으로 기재해야만 하는 것은 아니다.[45]

우리나라에서 압수·수색 영장의 특정과 관련하여 그 구체적 기준을 밝힌 대법원 판결은 찾을 수 없으나 하급심 결정 중에는, 「압수·수색 영장에 압수할 장소의 특정 정도와 관련하여 헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행 실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 압수할 물건과 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로 압수·수색영장에는 압수할 물건을 구체적, 개별적으로 표시하여야 하고 수색할 장소 역시 지역적으로 특정하여야 한다.」라고 판시하여 특정의 일반적 원칙을 제시한 것이 있다.[46]

위 결정에 의하면, 압수·수색 영장에는 수색할 장소로, '노○태의 사무실'이라고만 기재되어 있을 뿐 지번에 의한 지역적인 표시는 기재되어 있지 아니하므로 영

44) Andrew E. Taslitz/Margaret L. Paris/Lenese C. Herbert, *Constitutional Criminal Procedure* 4th ed., Foundation Press, 2010, 255면.

45) 판례는, 「그 가옥 소재지의 동일성을 식별할 수 있는 정도로 장소를 표시하면 족하고, 그 요건만 갖추면 반드시 가옥의 임차인, 현재의 사용자 또는 점유자의 성명을 기재할 필요는 없는 것이다. 따라서 그러한 성명의 표시에 흠결이 있거나 표시에 약간의 오류가 있다고 하더라도, 영장 기재 사항 전체의 합리적인 해석에 따라 그 장소가 명확하게 특정될 경우에는 그 영장은 유효하기 때문에 그 장소에 대하여 압수·수색을 해도 위법은 아니다」라고 하고 있다(最高裁刑二昭24. 12. 10.) 대검찰청, 검찰수사 실무전범 Ⅱ(압수·수색), 2008.,39면.

46) 부산고등법원 1992.10.15. 자 92초109 제2형사부결정

장의 특정성 요청에 위반되는 것이며, 위 '노○태의 사무실'과 함께 수색할 장소로 되어 있던 영진건업주식회사의 외벽에 '노○태 사무소'라는 간판이 붙어 있었고 사무실 내에는 동인의 대형 사진이 걸려 있었던 사실이 인정되더라도 마찬가지라고 판시하였다.

그러나 위 노○태가 전직 국회의원이었고 당시 차기 국회의원 선거에 출마할 예정자로서 지역 사회에서 잘 알려진 인물이었던 점을 감안할 때 압수·수색을 집행하는 경찰관으로서는 동인이 누구인지 잘 알고 있었고, 동인의 아들이 대표이사로 있던 위 영진건업주식회사에 찾아가 그 외벽에 '노○태 사무소'라는 간판이 걸려 있고 그 사무실 내에 동인의 대형 사진이 걸려 있는 것을 보고 합리적으로 해석하여 영장 상의 '수색할 장소'와 동일성을 인식할 수 있었다고 할 것이므로, 위 영장 기재는 특정되었다고 보아도 무방할 것이다.

(2) 압수의 대상

압수 대상의 특정이 요구되는 이유는 압수할 물건을 명칭, 종류, 형상, 특징, 제조번호, 작성일 등으로 특정함으로써, 원래의 압수 대상이 아닌 다른 물건이 압수되는 것을 방지하고자 하는 것이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 압수는 내사나 수사의 초기 단계에서 주로 이루어지기 때문에 압수 대상물을 정확히 특정하기는 쉽지 않으며, 따라서 어느 정도 개괄적 기재가 불가피할 것이다.

가. 포괄 조항(catch-all clause)

미국에서 압수 대상물의 특정에 관한 기준은 영장을 집행하는 수사기관에 여하한 재량도 허용하지 않아야 한다는 것이다. 따라서 경찰관이 압수 현장에서 압수 대상물을 결정함에 있어 영장 기재 내용에 관하여 법령이나 법적 개념을 해석하여야 하는 상황이라면 특성의 요건은 충족되지 않은 것이 된다.[47]

구체적으로 검토하건대, 먼저 압수 대상물에 대하여 아무런 제한 없이 '본건에 관한 일체의 증거'라고 기재한 경우 지나치게 포괄적인 것으로서 일반영장을 금지한 헌법정신에 위배된다고 할 것이다.[48]

미국에서도 '모든 서류, 도서, 기록(all documents, books, records)'라고 기재한 것

47) Robert M. Bloom/Mark S. Brodin, *Criminal Procedure : The Constitution and the Police* 5th ed., Aspen Publishers, 2006, 115면

48) 김경수, 압수·수색 대상의 특정성에 대한 비판적 검토, 성균관법학, Vol. 22 No 3., 2010, 11면.

은 영장을 집행하는 경찰관의 재량을 무제한으로 인정하는 것이기 때문에 명백히 지나치게 포괄적인 것으로 본다.[49]

압수 대상물의 특정과 관련하여 실무적으로 가장 논란이 되는 것은 서류로 된 증거물과 관련하여 영장 청구서에 서류의 종류를 몇가지 구체적으로 열거한 후 '기타 서류', '~등 관련 자료 일체'라고 기재한 경우이다. 미국에서도 이와 같은 기재를 '기타 조항(residual clauses)' 또는 포괄(Catch-All) 조항이라고 하여 압수 대상물의 특정과 관련하여 가장 빈번하게 문제가 되는 부분이다.[50]

현재 서울중앙지방법원에서는, 압수·수색 영장의 '압수할 물건'에 '노트, 수첩 등 관련 자료 일체', '기타 서류', '~등', '기타 범죄 혐의를 입증하는데 필요한 증거서류'라고 기재한 경우 그 기재 부분은 대부분 영장 기각되고 있다.[51]

그러나 이러한 기재가 영장의 특정성을 결여하였는지에 대하여는 좀 더 신중한 검토가 필요하다. 압수·수색 현장은 매우 복잡다기하고, 실제 현장에 가기 전에는 어떤 증거물이 어떤 형태로 존재하는지 예측하기 어려운 경우가 많다. 따라서 영장 청구 시에 관련 증거의 형태를 특정하도록 요구하는 것이 경우에 따라 매우 비현실적이다. '기타 서류', '~등 관련 자료 일체'란 표현은 앞에 특정하였던 대상물에 준하여 판단할 수 있고, '이에 준하나 그 존재 형태를 한정지울 수 없는 물건들'로 특정되며 무한정 확대되는 개념은 아니라고 할 수 있다.[52]

일본의 판결도,'회의 의사록, 투쟁일기, 연락문서, 보고서, 메모지, 기타 본건에 관련이 있다고 사료되는 일체의 물건'이라고 기재된 압수·수색 영장[53]에 대하여 「여기서 말하는 '일체'의 서류라고 하는 것은 구체적 예시 뒤에 부가된 것이고, 위 죄명에 관련이 있고, 동시에 위 예시에 준하는 문서, 물건을 가리키는 것이 명백하기 때문에 명시를 결한 것은 아니다.」라고 판시한 바 있다.[54]

한편 일본 하급심에서는 공직선거법위반 사건에 대하여 수색·압수하여야 할 물건으로서, '본건 범행에 관계있는 문서, 도화, 메모 일체'라고 표시하고 피의사실을

---

49) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra/ Angela J. Davis, *Basic Criminal Procedure* 5th ed., West, 2009, 155면

50) Andrew E. Taslitz/Margaret L. Paris/Lenese C. Herbert, 앞의 책, 256면 ; Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra/ Angela J. Davis, 앞의 책, 156면

51) 이기영/주민철/서경원, 앞의 논문, 206면.(이때 법원은 해당 기재 부분을 삭제하는 방식에 의하여 일부 기각한다.)

52) 앞의 논문, 207면

53) 일본에서는 실무적으로 '수색·압수 허가장'이라는 표현을 사용한다.

54) 最高裁 昭和 33. 7. 29. 刑集 12卷 12号, 2776면

첨부하지 않은 경우에는 「구체적인 물건의 특정이 있거나 그 일부를 예시 또는 상세한 설명적, 한정적 문언을 부가하지 않은 점에서 너무 개괄적이어서 압수할 물건의 특정을 흠결하고 있다」고 한 판결이 있다.[55]

나. 서적의 경우

미국에서는, 압수할 물건이 서적이고 그 서적이 담고 있는 사상이 압수의 근거가 된 경우 가장 세심한 정도의 특정을 요하는 것으로 판단하고 있으며[56] Stanford v. Texas 사건[57] 및 Marcus v. Search Warrant 사건[58]에서 각각 '텍사스 공산당과 관련된 서적', '음란 서적'이라고 된 영장의 기재를 모두 지나치게 광범위하여 무효라고 판결하였다. 일본에서도 '본건의 사상적 배경에 관계가 있다고 인정되는 서적'과 같은 기재는 불충분한 특정으로 위법하다고 한 판결이 있다.[59] 담고 있는 사상으로 인하여 압수의 대상이 되는 서적의 경우, 헌법상 보장된 사상의 자유와 관련하여, 그 내용이 된 사상으로 인하여 압수의 대상의 된 서적의 경우 압수·수색에 더욱 신중을 기하여야 한다는 점에서 타당한 해석이라고 생각한다.

Ⅳ. 압수·수색 영장의 효력

영장에 의한 압수·수색이 최종적으로 유효하기 위해서는, 앞서 살펴본 바와 같이 형사소송법 제215조 및 제199조 제1항에서 규정한 압수·수색의 요건의 갖추고, 영장 기재가 특정되어야 할 뿐만 아니라 발부된 영장의 효력 범위 내에서 집행이 이루어질 것을 요한다.[60] 따라서 압수·수색 영장의 효력이 장소적, 시간적, 대상적으로 어느 범위에까지 미칠 것인가 하는 것은 압수·수색의 적법성 여부를 결정하는 매우 중요한 문제이다.

그러나 앞서 언급한 바와 같이, 과거 우리 대법원은 압수·수색 영장 없이 취득한 증거물에 대하여도 증거능력을 인정하는 등 압수물에 대하여 거의 제한 없이 증거능력을 인정하는 입장이었기 때문에 실무적으로는 말할 것도 없고 학계에서조차

---

55) 東京高昭47. 10. 13. 判時703 · 108
56) Phillip A. Hubbart, *Making Sense of Search and Seizure Law*(A Fourth amendment Handbook), Carolina Academic Press, 2005, 237면.
57) 379 U.S. 479, 85 S. Ct. 506 (1965).
58) 367 U.S. 717, 81 S. Ct. 1708 (1961).
59) 名古屋地昭54. 3. 30. 判例タイムズ 389 · 157
60) 영장 집행의 절차도 적법하여야 함은 말할 나위가 없다.

압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위에 관한 논의 자체가 없었다고 할 수 있다.

그런데 현행 형사소송법에 위법수집증거배제원칙이 명문화되고, 우리 대법원도 「헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련한 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다」고 판시함으로써,[61] 압수·수색 절차의 적법성을 정면으로 요구하기에 이르렀기 때문에 그 전제로서 압수·수색영장의 효력 범위에 관한 논의가 불가피하게 되었다.

다만 아직까지 우리 대법원은 압수·수색 영장의 효력 범위에 관한 일반적인 기준을 제시한 바가 없고, 학계에서도 이에 대한 논의가 거의 전무한 실정이기 때문에 본 논문에서는 미국과 일본 등의 판례를 통하여 형성된 법리에 대한 소개를 바탕으로 논의를 전개해 나가고자 한다.

1. 장소적 범위

압수·수색 영장에 수색할 장소가 특정되어 있다고 할지라도 실제 영장 집행 단계에서 어떤 특정 장소가 수색의 범위에 해당하는지 여부가 다시 문제가 될 수 있다. 예컨대 압수·수색 영장에, 수색할 장소로서 「○○의 주거지」라고 기재된 경우, 주거로 사용하는 건물 외에 부속 토지(curtilage)에 대한 수색이 가능한지 여부 등이 압수·수색 영장의 장소적 효력에 관한 문제이다.

일반적으로 어떤 특정한 지번 또는 주거지에 대한 압수·수색 영장의 효력은, 기본적인 주거 자체뿐만 아니라 주거에 딸린 부속 토지 및 부속 토지 내의 다른 건조물에도 미친다고 보아야 할 것이다.[62] 우리나라의 경우 주거지가 담장 등으로 경계가 분명한 경우가 많지만 담장 등이 없더라도 마찬가지이다.

한편 주거지에 대한 압수·수색 영장의 효력은, 압수 대상물이 차량 내에 있다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 한, 주거지 내의 차량에 대하여도 미친다.[63] 그러나 압수· 수색 당시 자동차가 주거지 내에 없는 경우에는 자동차에 대한 압수·수색 영장 없이는 그에 대한 수색이 불가능하다. 이러한 경우 압수·수색 영장의 수색할 물건으로서는 대상인 자동차를 기재하여야 하며 가능하면 차량 번호를 기재하여 특정함이 바람직하다. 또 실제로 수색을 실시함에 있어 다른 차량

61) 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결
62) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra/ Angela J. Davis, 앞의 책, 168면
63) United States v. Evans, 92 F.3d 540(7th Cir. 1996).

과의 구별을 용이하게 할 수 있도록 차종이나 색상 등도 함
께 기재하는 편이 좋을 것이다.[64]

압수·수색 영장의 수색할 장소에, 「○○유한회사 관리인실」이라고 기재된 경우에 관리인실에서 약 10미터 떨어진 조립식 건물에 대하여도 영장의 효력이 미치는지 여부에 관하여 일본 최고재판소는 「위 조립식 건물은 물리적으로는 독립된 건물이지만 동 부지 내에서는 적어도 관리인실에 가깝고, 또한 독립 주거로 지어진 것이 아니고 그 실체는 관리인실과 떨어진 한 방에 불과하다고 해석되므로 관리인실과 일체를 이루는 부속 건물로서 본건 압수·수색 허가장의 수색 대상이 된다」라고 판시한 바 있다.[65]

아파트와 같이 거주자가 각기 다른 수개의 공간으로 구성된 집합건물의 경우, 특정 공간을 수색 장소로 기재한 압수·수색 영장의 효력은 그 건물의 복도나 계단 등 공용 부분에도 미친다고 할 것인가? 이론상 공용 부분은 영장에 수색 장소로 기재된 주거의 거주자뿐만 아니라 다른 거주자의 관리권도 미치는 것이므로, 특정 거주자의 주거에 대한 영장의 효력이 공용 부분에까지 당연히 미친다고 하기는 어렵다. 따라서 굳이 별개의 영장은 아니더라도 수색할 장소에 주거와 공용 부분을 함께 기재한 1통의 영장에 의함이 타당하다고 할 것이다.[66]

특정 주거에 대한 압수·수색 영장은 압수 대상물이 발견될 수 있는, 그 주거 전체에 대하여 효력이 미치며, 수색 과정에서 별도의 출입·개봉 행위 등을 요한다고 할지라도 영장의 효력이 제한되는 것은 아니다.[67] 따라서 유효한 압수·수색 영장이 되기 위하여 수색할 장소 내의 방실, 캐비넷, 가구 등을 모두 특정하여 기재할 필요는 없다.[68]

2. 시간적 범위

압수·수색 영장의 시간적 범위에 관한 문제는 영장 발부 당시에는 수색할 장소에 존재하지 아니하였으나 영장 집행 개시 이후 수색 현장에 반입된 물건에 대한 압수·수색을 허용할 것인가 하는 것이다. 즉 영장 집행에 착수한 후, 우연히 배달된 우편물 등이 압수의 대상이 될 수 있는가? 이에 대하여 학설로는, 압수·수색 영

64) 대검찰청, 앞의 책, 48면.
65) 東京高判平 4. 10. 15. 判例タイムズ 808号, 232면.
66) 대검찰청, 앞의 책, 52면.
67) United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982).
68) Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra/ Angela J. Davis, 앞의 책, 169면.

장 발부를 기준으로 영장심사 단계에서 심사의 대상이 되지 않은 물건에 대하여는 압수·수색할 수 없다는 입장과(영장발부시 기준설)과, 영장 집행시를 기준으로 판단한다면 영장 범죄사실과 관련이 있는 범위 내의 물건은 압수·수색의 대상이 된다는 입장(영장집행시 기준설)이 있다.[69]

이론상으로는 법관이 영장발부시에 압수 대상물이 당해 장소에 존재하고 있거나 존재할 개연성이 있음을 전제로 하여 압수·수색 영장을 발부한 것이므로 영장발부시를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

우리 대법원도 「헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 '압수할 물건'을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추 해석하여서는 안 된다. 따라서 압수·수색영장에서 압수할 물건을 '압수장소에 보관중인 물건'이라고 기재하고 있는 것을 '압수장소에 현존하는 물건'으로 해석할 수는 없다」고 판시하여[70] 영장 집행 착수 이후에 반입된 물건에 대하여는 압수·수색의 대상이 되지 않는다고 하고 있다.[71]

한편 일본 최고재판소는 영장 집행 중에 현장에 반입된 물건에 대하여도 압수가 유효하다는 입장이다.[72] 법관의 영장에 대한 사법적 통제라는 관점에서 보면 영장 발부 당시를 기준하여 그 시간적 효력을 판단함이 타당한 것으로 보이지만 영장집행 중 우연히 반입된 물건에 대하여도 새로운 권리 침해가 없다면 이미 발부된 영장의 효력 범위 내에 있다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 당해 물건이 피의자를 수취인으로 하는 피의자의 관리권의 범위 내에 있다면 압수할 수 있다고 한 일본 판례가 합리적인 것으로 보인다.[73]

한편 앞서 언급한 미국의 플레인 뷰 원칙에 의하면, 압수·수색 영장 집행 중에

---

69) 노명선, 앞의 책, 319면.

70) 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결

71) 이 사건에서 검사는, 제주도지사 정책특보의 사무실을 수색하는 과정에서 때마침 그곳을 방문한 도지사 비서관이 옆구리에 끼고 있던 서류뭉치에서 도지사 업무일지, 각종 메모, 도지사에 대한 선거관련 보고 문서 등을 압수하고, 이를 증거로 하여 제주도지사를 공직선거법위반죄로 기소하였다.

72) 最決 平成 19. 2. 8. 刑集61-1-1(이 사건에서 피의자에 대하여 각성제단속법위반죄로 수색 장소를, '피의자의 방실 등', 압수하여야 할 물건으로 '각성제, 각성제 사용기구류, 각성제 계량기구류, 각성제 분말포장류, 각성제 거래 관련 서류, 수첩, 메모류, 피의자 사용의 휴대전화 및 부속 충전기'로 기재된 압수·수색 영장이 발부되었고 경찰관이 영장 집행에 착수한 이후 수색 현장에, 피의자를 의뢰인 및 수취인으로 한 과자 상자가 택배로 배달되었는바, 피의자가 서명, 접수 후 위 상자를 개봉한 결과 각성제임이 밝혀져 압수되었다).

73) 노명선, 앞의 책, 320면.

우연히 발견된 금제품 또는 범죄의 증거 등에 대하여, 일정한 요건 하에 별도의 영장 없이 압수가 가능한바, 플레인 뷰 원칙 하에서 영장발부 시점 이후에 현장에 존재하게 된 물건에 대한 압수가 가능하게 되어, 영장의 시간적 효력이 확장되는 효과가 발생하게 된다.[74]

3. 대상적 범위

압수·수색 영장의 대상적 효력이란, ① 수색할 장소 내에 있는 모든 물건에 대하여, 소유 또는 관리 주체와 상관 없이 수색이 가능한가, ② 수색할 장소 내의 사람에 대한 신체 수색이 가능한가 하는 문제이다.

가. 일반적 범위

수색할 장소 내의 물건이 거주자의 소유인 경우에는 압수·수색 영장의 효력은 당연히 미친다. 그러나 거주자의 소유가 아니고 범행과는 무관한 타인의 소유인 경우는 어떠한가? Commonwealth v. Platou 사건에서,[75] 미국의 주 하급심 법원은 거주자의 집에 자고 갈 손님의 가방에 대한 수색은 불가하다고 판시하였다. 위 Platou 사건은 나중에 주 대법원에서, 경찰관으로 하여금 수색을 개시하기 전에 옷가지나 개인 소지품 등이 거주자의 소유인지 방문객의 소유인지 구별하도록 요구하는 것은 비효율적(ineffective)이고 실행하기 어렵다(unworkable)는 이유로 파기되었다.[76] 수색의 대상이 된 장소의 거주자가 손님의 가방에 압수 대상물을 숨겼을 가능성이 상황이라면 당연히 손님의 가방에 대한 수색이 가능하다고 할 것이다.

미 연방대법원에서도 Wyoming v. Houghton 사건에서[77] 자동차에 대한 수색에 상당한 이유가 있는 경우 그 자동차 승객의 짐에 대한 수색을 허용하였다.

한편 수색할 장소를 「○○ 호텔 내」라고 기재한 경우, 호텔 경영자의 점유·관리권이 미치지 않는 숙박객의 물건에 대하여는 압수·수색 영장의 효력이 미치지 않기 때문에 숙박객의 승낙 없이 객실에 대한 수색은 허용될 수 없다. 일본 판례

---

74) 다만 플레인 뷰 원칙이 적용되려면 한눈에 범죄의 증거물임이 명백한 경우이어야 하므로, 위 제주도지사 사건의 경우 검사가 압수한 업무일지 등이 포함된 서류 뭉치가 한눈에 보아 제주도지사의 공직선거법위반과 관련한 증거물임이 명백하다고 보기 어려우므로 위 사건의 경우에는 플레인 뷰 원칙을 적용한다고 하더라도 그 압수가 불가할 것이다.

75) 455 Pa. 258, 312 A.2d 29 (1973).

76) Commonwealth v. Reese, 520 Pa. 29, 549 A.2d 909 (1988).

77) 526 U.S. 295 (1999).

도 호텔 경영자를 피의자로 하는 각성제단속법위반죄와 관련하여, 수색 장소를 호텔 전부라는 취지로 「○○ 호텔 내」로 한 영장에 의하여 숙박객이 있는 객실을 수색하여 주사침 등을 발견하고, 이어 숙박객의 지갑에서 그 속에 들어 있던 각성제를 압수한 사안에서, 이와 같이 숙박객의 소지품인 지갑을 열어 내용물을 발견하는 것은 허용되지 않는다고 하였다.[78]

압수·수색 영장에 수색할 장소가 「○○ 회사 사무소」라고 기재된 경우에 그 사무소 내에 있는 책상 및 사무용 락커의 내부를 수색할 수 있는 것은 당연하다. 사원용 책상 서랍이나 락커 등에 대하여 통상 회사의 관리권이 미칠 뿐만 아니라[79] 미국 법원에서 인정되는 바와 같이, 그 곳에 압수 대상물이 존재할 상당한 이유가 있기 때문이다.

그러나 동일 장소라고 하더라도 다른 배타적인 관리권이 미치는 경우, 예컨대 은행지점에 설치된 대여금고의 경우에는 다른 문제가 있다. 통상 대여금고는 일시 임대차계약에 기하여 차주가 일정 기간 배타적으로 사용하는 관계에 있으므로, 사용 중인 대여금고에 대하여는 설치 장소의 관리인이나 대여금고의 설치자라고 할지라도 함부로 금고를 여는 것이 허용되지 않는다. 따라서 해당 은행 지점에 대한 압수·수색 영장만으로는 그 곳에 설치되어 임대 중인 대여금고에 대하여 수색할 수 없다고 할 것이다. 대여금고는 사용계약에 따라 이용자의 성명이나 주소, 대여금고의 번호 등을 명확하게 알 수 있는 경우가 많으므로 수색할 장소로서 대여금고를, 그 번호 및 이용자의 신상을 특정하여 별개의 영장에 의하여 수색하여야 한다.[80]

나. 수색의 강도(intensity of search)

압수·수색 영장의 장소적 범위와 관련하여, 수색의 강도(intensity of search)가 문제될 경우가 있다. 수색의 범위는, 합리적으로 판단하여, 영장에 기재된 압수 대상물이 은닉될 수 있는 장소에 한정된다. 예컨대 9인치 길이의 권총을 찾기 위하여 편지봉투나 납작한 노트북, 기타 그와 같은 권총을 두기에는 너무 작은 용기의 내부를 수색하는 것은 불합리한 것으로서 허용되지 않는다.[81]

미 연방대법원도 「2장의 취소된 작은 수표를 수색함에 적합한, 동일한 정도의

78) 東京地判昭 50. 11. 7. 判時 811호, 118면.
79) 대검찰청, 각국의 압수·수색 제도와 실무, 166면.
80) 대검찰청, 검찰수사 실무전범 Ⅱ(압수·수색), 2008, 44면.
81) Miles v. State, 742 P.2d 1150 (Okl. Crim.App.1987).

세밀한 조사는 경찰관이 도난 차량이나 불법 밀주 증류기를 찾는 경우에는 불합리한 것으로 간주된다」고 판시한 바 있다.[82]

다. 플레인 뷰(plain view) 원칙

압수·수색 영장의 대상적 효력과 관련하여 미국 연방대법원에서 확립된 플레인 뷰 원칙은 참고할 만한 가치가 있다. 플레인 뷰 원칙이란 영장주의 예외의 하나로서, 수사기관이 적법하게 어느 장소에 들어간 때에, 그곳에서 눈으로 보아, 범죄의 증거 또는 금제품임을 즉각 인식할 수 있는(immediately recognizable) 물건이라면 영장 없이 압수할 수 있다는 원칙을 말하는 것으로[83] 미국에서는 수사기관이 적법한 수색 과정에서 범죄의 증거임이 명백한 물건이라면 압수의 대상물로서 영장에 기재되어 있지 않은 물건이라 할지라도 압수가 가능하다.

플레인 뷰 원칙을 적용하면 영장 기재 상 압수 대상물로 특정되지 아니한 다른 증거물 등에 대한 광범위한 압수가 가능한 바, 이와 같은 법리가 적용되지 않은 우리의 현실에서는, 압수·수색 영장의 대상적 효력의 범위를 다소 완화하는 해석도 크게 불합리하지는 않을 것으로 본다.

3. 기타

(1) 선행영장(anticipatory warrant)의 문제

미국에서 선행영장이라 함은 장래에 어떤 범죄의 증거가 특정 장소에 존재할 것이라는 상당한 이유가 있을 때 발부되는 영장이다.[84] United States v. Grubbs 사건[85]에서 미 연방대법원은, 단순히 영장이 장래 발생할 사건을 조건으로 한다고 해서 영장의 효력이 없는 것은 아니라고 판시하였다. 이 사건에서 Scalia 대법관은, 「선행영장은 기본적 원칙에 있어서 일반 영장과 전혀 다르지 않다. 선행영장이

---

82) Harris v. United States, 331 U.S. 145 (1947).

83) 플레인 뷰 원칙에 관한 자세한 설명으로는, James B. Haddad/Elisabeth P. Marsh/James B. Zagel/Linda R. Meyer/Gary L. Starkman/William J. Bauer, Criminal Procedure(cases and comments), 6th ed., Foundation Press, 2003, 447-465면 참조.

84) Stephen A. Salzburg/Daniel Capra, *American Criminal Procedure Investigative Cases and Commentary* 9th ed., West, 2010, 148면.

85) 547 U.S. 90 (2006). 이 사건에서 Grubbs는 아동 포르노그라피의 수령과 관련된 혐의를 받고 있었는데, 치안판사(Margistrate Judge)는 Grubbs의 집으로 아동포르노그라피 소포가 실제로 배달되는 것을 조건으로 집행될 수 있는 영장을 발부하였다. 실제 영장 발부 이틀 후에 비밀정보원이 Grubbs의 집으로 아동포르노그라피 소포를 배달하였고 경찰이 영장에 따라 그의 집을 수색하였다.

발부되려면, ① 영장이 집행될 장래에 ② 금제품 또는 범죄의 증거가 수색할 장소에 존재할 것이라는 상당한 이유가 현재 있을 것을 요건으로 한다.」고 판시하였다[86]

수사기관이 어떤 범죄와 관련된 증거물 등이 장래에 특정 장소에 존재할 것이라는 정보를 가지고 있고, 즉시 그 증거물을 압수하지 않으면 증거의 확보가 어려운 상황에서 선행영장을 발부받을 필요성이 있다. 따라서 우리나라에서도 형사소송법 제215조 제1항에 따라, 범죄 혐의의 존재와 필요성 및 사건과의 관련성 등 압수·수색의 요건을 갖추고 있을 뿐만 아니라 압수할 물건이 장래에 특정 장소에 존재함이 소명되는 경우에 미국에서와 같이 선행영장이 인정되어야 할 것이다.

(2) 1개의 압수·수색 영장에 의한 거듭된 압수·수색

압수·수색 영장의 유효기간은 원칙적으로 7일이나 법관이 상당하다고 인정하는 때에는 7일을 넘는 유효기간을 정할 수 있다.[87]

다만 수사기관이 압수·수색을 실시하여 그 집행을 종료하였다면 이러한 유효기간이 남아 있더라도 영장은 그 효력을 상실한다.[88] 따라서 수사기관이 동일한 장소, 동일한 대상에 대하여 거듭 압수·수색을 하려면 새로운 영장이 필요하다.

Ⅴ. 맺는 말

과거 우리 대법원은 위법한 압수·수색 절차에도 불구하고 압수물의 증거능력을 절대적으로 인정하는 입장을 취하였기 때문에 압수·수색 요건의 충족이나, 압수·수색 영장의 특정 또는 압수·수색 절차의 적법성과 같은 문제에 대하여 사법적 판단이 이루어질 계기가 존재하지 아니하였다. 따라서 압수·수색 영장의 효력이 미치는 범위에 관하여 실무계에서는 물론 학계에서조차 별다른 논의가 없었음이 하등 이상할 것이 없다.

그러나 2008. 1. 1.부터 시행된 개정 형사소송법[89]에 위법수집증거 배제의 원칙을 명문화하였고, 그 즈음에 우리 대법원도 전원합의체 판결을 통하여, 적법절차를 따르지 않고 수집된 증거에 대하여 증거능력을 부인함으로써,[90] 이제 적법한 압수·

86) Stephen A. Salzburg/Daniel Capra, 앞의 책 148-149면.
87) 형사소송규칙 제178조.
88) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도705 판결.
89) 제308조의 2.

수색 절차에 의하지 않은 압수물은 더 이상 증거로 인정받을 수 없게 되었다. 따라서 압수·수색 영장의 기재가 특정되어야 할 뿐만 아니라 그 영장의 효력이 미치는 범위 내에서 압수·수색이 이루어져야 하는바, 유효한 압수·수색 영장으로 인정받기 위한 특정의 정도 및 영장 집행 단계에서 영장의 시간적, 장소적, 대상적 효력 등에 대하여 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견의 이념이 조화를 이룰 수 있는 합리적인 기준에 대한 논의가 절실하다.

압수·수색 영장의 특정에 관해서는, 그 동안 법원에서 영장 발부 단계에서 영장기각(또는 일부기각)의 방식으로 어느 정도 사법적 심사를 해 왔다고 볼 수 있으나, 압수·수색이 통상 내사 또는 수사의 초기 단계에서 이루어지는 점에서, 관련 증거물의 존재 여부 자체, 존재 형태·장소 등이 모두 불확실한 상태에서 어느 정도 개괄적 기재가 불가피한 측면이 있음을 부정할 수 없다. 따라서 영장 발부 단계에서 지나치게 엄격한 잣대를 적용하여 사전적으로 압수· 수색 자체를 불허하기 보다는 사후적으로 압수물에 대하여, 영장주의 원칙에 위배된 위법수집 증거에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 합리적이라고 생각한다.

일단 압수·수색 영장이 발부되면, 그 영장의 효력이 미치는 범위 내에서 적법한 절차에 따라 압수·수색이 이루어져야 하며, 영장의 장소적, 대상적, 시간적 효력 범위가 문제가 된다.

영장의 장소적 효력 범위로서, 어떤 특정한 지번 또는 주거지에 대한 압수·수색 영장은 주거하는 건물 그 자체 뿐만 아니라 부속 토지(curtilage) 및 그 토지 내의 다른 건조물 등에도 미친다. 그러나 동일 대상지 내라고 하더라도 별도의 권리권이 미치는 공간인 경우(예컨대 은행지점에 설치된 대여금고)에는 영장의 효력이 미치지 않는다.

영장의 대상적 효력과 관련하여, 원칙적으로 별도의 특정이 없어도 대상지 내의 모든 물건에 대하여 압수·수색 영장의 효력이 미치는 것이지만, 합리적으로 판단하여 영장에 기재된 압수 대상물이 은닉될 수 있는 물건에 한정된다. 따라서 절취품인 대형 고려 청자를 찾기 위해 작은 서랍을 뒤지는 식의 수색을 허용되지 아니한다.

영장 발부 당시에는 수색할 장소에 존재하지 아니하였으나 영장 집행 개시 이후 수색 현장에 반입된 물건에 대하여는 원칙적으로 압수·수색이 허용되지 않는다고 해야 할 것이다. 그러나 장래에 특정한 장소에 존재할 것으로 예상되는 증거물 등

90) 2007. 11. 15. 선고 2007도3061.

에 대하여는 미국에서와 같이 이른바 선행 영장(anticipatory warrant)의 발부도 허용하여야 할 것이다.

우리 대법원은 압수물에 대하여 위법수집증거배제 원칙의 적용을 선언한 이래 점점 그 배제의 범위를 폭넓게 인정하는 방향으로 나아가고 있으며 앞으로 압수·수색 영장의 집행 과정에서, 영장의 특정 여부 및 영장의 효력 범위 등에 대하여 보다 많은 논의가 불가피해 질 것이다.

본 논문에서는 그러한 논의의 물꼬를 트는 입장에서, 압수·수색 영장 전반에 걸쳐 일반적인 특정의 문제, 영장 효력 범위에 관한 기본적 문제 제기에 그쳤으나, 앞으로 각론적 차원에서, 특정 대상물(예컨대 디지털 증거)에 따라 구체적으로 압수·수색 대상의 특정, 영장의 효력 등에 대하여도 활발한 논의가 이루어지기를 기대한다.

(논문투고일 : 2015.11.13, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

민 만 기

압수·수색 영장, 영장의 특정, 장소적 효력, 시간적 효력, 대상적 효력, 선행영장

【참 고 문 헌】

1. 국내 문헌

노명선/이완규, 형사소송법(제3판), SKKUP, 2013, 287면
대검찰청, 검찰수사 실무전범 Ⅱ(압수·수색), 2008.
_____, 각국의 압수·수색 제도와 실무, 2007.
배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011.
_____, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012.
신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009.
이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008.
_____, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012.
임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008.
정웅석/백승민, 형사소송법(전정1판), 대명출판사, 2001.
_____, 형사소송법(전정제5판), 대명출판사, 2012.
차용석/최용성, 형사소송법(제2판), 세영사, 2004.
김경수, 압수·수색 대상의 특정성에 대한 비판적 검토, 성균관법학, Vol. 22 No 3., 2010.
백승주, 미국의 압수·수색 영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무 연구 -디지털 증거를 중심으로-, 법조, 통권 682호, 2013. 7.
이기영/주민철/서경원, "압수·수색 영장 일부기각에 관한 연구", 법조, 통권 681호, 2013. 6.
조국, "압수·수색의 합법성 기준 재검토", 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003.

2. 국외 문헌

Andrew E. Taslitz/Margaret L. Paris/Lenese C. Herbert, Constitutional Criminal Procedure 4th ed., Foundation Press, 2010.
James B. Haddad/Elisabeth P. Marsh/James B. Zagel/Linda R. Meyer/Gary L.

Starkman/William J. Bauer, Criminal Procedure(cases and comments), 6th ed., Foundation Press, 2003.

Phillip A. Hubbart, Making Sense of Search and Seizure Law(A Fourth amendment Handbook), Carolina Academic Press, 2005.

Robert M. Bloom/Mark S. Brodin, Criminal Procedure : The Constitution and the Police 5th ed., Aspen Publishers, 2006.

Stephen A. Salzburg/Daniel Capra, American Criminal Procedure Investigative Cases and Commentary 9th ed., West, 2010.

Stephen A. Saltzburg/Daniel J. Capra/ Angela J. Davis, Basic Criminal Procedure 5th ed., West, 2009.

Wayne R. Lafave/Jerold H. Israel/Nancy J. King, Criminal Procedure 4th ed., Thomson West, 2004.

Abstract

The Scope of a Search pursuant to the Search-Seizure Warrant

Man Kee Min

In 2007, Korea's Supreme Court held that all forms of illegally seized evidence are, in principle, inadmissible, overruling the precedents that all kinds of evidences were admissible even though they were obtained without due process of law. Furthermore, the Korea's revised Criminal Procedure Act which came into effect from January first, 2008 explicitly introduced the exclusionary rule.

Before Korea's Supreme Court adopted the exclusionary rule, there had been no opportunity in which the judicial review had been made on the scope of legal effect of the search-seizure warrant.

However, it is nowadays very important for the police officers and prosecutors to observe the due process of law during the execution of the search-seizure warrant because the illegally obtained evidences are likely to be found inadmissible in the court. Therefore, we need to discuss the scope of the legal effect of the warrant to decide whether the execution of the warrant is lawful or not.

The particularity requirement of the warrant must be solved before we discuss the scope of legal effect of the search-seizure warrant. The Fourth Amendment of the US constitution requires that the warrant must set forth the location of the place to be searched with reasonable particularity. The things to be seized, like the place to be searched, must be particularly described in the warrant. The most difficult particularity problems arise where the warrant describes some items in detail, and it includes a catch-all clause in Korea as well as in America. The rationale of the particularity requirement respecting places and things is to control the discretion of the executing officer.

In this article, I, first of all, addressed the issue surrounding the particularity requirement in the Supreme Court of the United States, which would have important implication for Korean courts and commentators.

Secondly, I explored the scope of the legal effect of the search-seizure warrant. The scope and the duration of a search relates directly to harmony between the privacy expectation and the finding of the substantial truth, thus limiting the officers' discretion throughout the search.

A warrant authorizing a search of "premises" or a particular street number is generally deemed to cover, not only the basic residence, but also the grounds and other structures that are found within the curtilage of the house. And, in general, a warrant authorizing a search of a premises justifies a search of the occupants' personal effects that are plausible repositories for the objects specified in the warrant. The scope of a search is limited to places in which the items described in the warrant may be reasonably concealed. Thus, it would be unreasonable to search for handgun nine inches long inside a utility bill or bank statement envelope, or inside any other container too small to hold the weapon.

The scope of the legal effect of the warrant in terms of time is an issue as to whether a search for the items which were delivered at the place searched is allowed after issue of the warrant. Generally, an item which arrives after the issue of the warrant would be outside the scope of the search authorized by the warrant.

However, I think that is reasonable to accept the anticipatory warrant that is wisely recognized in the Supreme Court of the United States.

I expect that a lively discussion of the scope of a search pursuant to the search-seizure warrant will take place among judges, prosecutors and commentators in Korea following this paper.

Man Kee Min

search-seizure warrant. particularity requirement, curtilage, intensity of search, anticipatory warrant

직무발명 승계제도 개선방안

정 차 호*

I. 서론
II. 현행 직무발명 승계제도 및 관련 문제점
1. 종업원의 통지 의무 부과
2. 회사의 통지 의무 및 관련 문제점
3. 직무발명 승계시점의 특정 및 관련 문제점
4. 이중양도의 문제
III. 외국의 직무발명 승계제도
1. 사용자주의 국가
2. 발명자주의 국가
가. 미국의 직무발명 승계제도
나. 독일의 직무발명 승계제도
다. 일본의 직무발명 승계제도
라. 소결
IV. 직무발명 승계제도 개선방안
1. 승계의사 자동통지 인정
2. 조기 승계시점의 합의
3. 직무발명 이중양도의 문제 해소
V. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 2015년말 현재의 직무발명 승계제도가 다음과 같은 문제점을 가지고 있음을 지적한다. 첫째, 종업원의 직무발명 신고 후 회사가 반드시 4개월 이내에 문서로 승계의사를 통지하여야 하고, 동 4개월 이내에 통지가 이루어지지 않은 경우 해당 직무발명은 자유화발명이 되고 회사는 아무런 권리를 가지지 못한다. 이러한 점으로 인하여 통지실패의 위험을 회사가 감수하여야 한다. 둘째, 승계의사가 통지된 때에 직무발명이 승계된다. 그러므로, 직무발명이 더 이른 시기에 승계될 수가 없다. 셋째, 회사로의 승계 전후에 종업원이 해당 직무발명을 선의의 제3자에게 양도하는 경우 이중양도가 발생하고 회사가 그 제3자에게 대항할 수 없을 수 있다.

위에서 지적된 문제점을 해소하기 위하여 이 글은 먼저 미국, 독일 및 일본의 사례를 비교법적으로 연구하였다. 독일 및 일본이 위와 같은 문제점을 인식하였고, 그에 따라 일본은 사용자주의를 도입하였고, 독일은 승계실패의 가능성을 없애고 이중양도의 위험을 해소하는 제도개선을 단행하였다. 이 글은 최선책으로 일본식

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

사용자주의를 도입할 것을 촉구하고 차선책으로 독일 제도와 유사한 다음과 같은 제도의 도입을 제안한다. 첫째, 직무발명의 승계시점을 회사와 종업원이 합의하여 결정할 수 있고, 한 예로, 직무발명 신고서 접수시를 승계시점으로 책정할 수 있어야 한다. 둘째, 이중양도의 위험을 방지하기 위하여 선의의 제3자를 보호하지 않는 특별한 규정을 신설한다.

I. 서론

인간이 만든 모든 제도가 그러하듯이 직무발명제도도 취약점을 가지고 있고, 다행히도 그 취약점은 개선될 수 있다.[1] 우리 특허법 및 발명진흥법이 규정하는 직무발명제도는 ① 발명자주의를 채택하고 있다는 점,[2] ② 대기업의 경우 반드시 직무발명 관련 계약 또는 근무규정을 두도록 강제한다는 점,[3][4] ③ 회사가[5] 직무발명의[6][7] 승계를 정해진 기간(4개월) 이내에 문서로 통지하지 않는 경우 회사가 그 직무발명에 대하여 아무런 권리를 가지지 못한다는 점,[8] ④ 직무발명의 승계시점이 회사가 종업원에게 승계의사를 통지한 때로 고정된다는 점,[9] ⑤ 직무발명 보상

---

1) Mackay ("The biggest room in the world is the room for improvement."). "I'm working on a new me not because the old me is bad, but because the old me can improve." <https://www.pinterest.com/buffiniandco/coaching-tips/>.

2) 특허법 제33조 제1항("발명을 한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다.").

3) 발명진흥법 제10조 제1항("직무발명에 대하여 종업원등이 특허, 실용신안등록, 디자인등록(이하 "특허등"이라 한다)을 받았거나 특허등을 받을 수 있는 권리를 승계한 자가 특허등을 받으면 사용자등은 그 특허권, 실용신안권, 디자인권(이하 "특허권등"이라 한다)에 대하여 통상실시권(通常實施權)을 가진다. 다만, 사용자등이 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업이 아닌 기업인 경우 종업원등과의 협의를 거쳐 미리 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약 또는 근무규정을 체결 또는 작성하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 종업원등의 직무발명에 대하여 사용자등에게 특허등을 받을 수 있는 권리나 특허권등을 승계시키는 계약 또는 근무규정
2. 종업원등의 직무발명에 대하여 사용자등을 위하여 전용실시권을 설정하도록 하는 계약 또는 근무규정").

4) 결과적으로 대기업의 경우 직무발명 승계에 관한 '묵시적' 계약은 인정되지 않게 되었다. 중소기업의 경우 이전 법리에 따라 묵시적 계약이 인정된다. 임호, "특허를 받을 수 있는 권리의 묵시적 승계-대법원 2011.7.28. 선고 2010도12834 판결을 중심으로-", 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013. 독일의 경우에도 묵시적 계약이 인정된다. Federal Supreme Court, X ZR 42/67, decision of 28 April 1970.

5) 우리 발명진흥법은 '사용자등' 및 '종업원등'이라는 용어를 사용하는데, 이 글은 직관적인 이해도를 높이기 위하여 간편하게 각각 '회사' 및 '종업원'이라고 칭한다.

6) 종업원(발명자)이 회사(사용자)에게 승계하는 것은 직무발명과 그 발명에 부착된 '특허를 받을 수 있는 권리'인데, 이 글은 때로는 '직무발명'의 승계라고도 하고 때로는 '특허를 받을 수 있는 권리'의 승계라고도 한다. 특허(법)와 관련하여서는 특허를 받을 수 있는 권리의 승계만이 관심사항이지만, 회사가 동 발명을 영업비밀로 간직하는 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리는 전혀 중요하지 않고 직무발명(기술) 그 자체만이 중요하다.

7) 어느 한 국가에서 한 발명을 창출하면 그 발명을 근거로 발명자는 전세계 모든 국가에서 특허출원권을 가진다. 직무발명의 승계로 회사는 전세계 모든 국가에서의 특허출원권도 승계하는 것이다. 물론, 회사가 국내에서의 특허출원권만 승계하고 국외에서의 특허출원권은 승계하지 않을 수 있다.

8) 발명진흥법 제13조 및 같은 법 시행령 제7조("법 제13조제1항 본문에서 '대통령령으로 정하는 기간'이란 법 제12조에 따른 통지를 받은 날부터 4개월 이내를 말한다.").

에 관한 규정을 종업원과 협의하여야 하고 그 결과를 종업원에게 반드시 알려야 한다는 점,[10] ⑥ 보상규정을 종업원에게 불리하게 변경하는 경우에는 종업원 과반수의 동의를 받아야 한다는 점[11] 등으로 인하여 알려진 주요국의 제도 중에서 종업원(발명자)에게 가장 유리한 제도가 되었다고 생각한다.

한편, 종업원에게 지나치게 유리한 직무발명제도는 회사의 부담을 가중시킨다는 점, 외국 회사의 국내 연구소 설립 등의 투자에 방해요소가 된다는 점 등의 부작용을 초래한다. 그런 점에서 종업원에게 지나치게 유리한 현 제도는 어느 정도는 회사에게 유리한 방향으로 개선되어야 한다.[12] 회사의 이익과 종업원의 이익을 균형되게 조화시키는 직무발명제도가 가장 이상적인 것이다.[13]

이 글은 직무발명제도에 관하여 개선이 필요한 많은 사항 중 직무발명 승계제도에 한정하여 논한다.[14] 즉, 회사가 직무발명 승계의사를 직무발명신고서 접수로부터 4개월 이내에 반드시 문서로 통지하여야 한다는 점, 그 통지의 시점에 비로소 승계가 된다는 점, 발명자주의 및 늦은 승계시점으로 인하여 이중양도의 위험이 상존한다는 점의 단점을 설명하고, 그 단점을 해소할 수 있는 개선방안을 제시하고자 한다. 그를 위하여 우선 현행 우리나라의 직무발명 승계제도를 살펴보고, 나아가 미국, 독일 및 일본의 제도를 비교법적으로 고찰한다.

---

9) 발명진흥법 제13조 제2항("제1항에 따른 기간에 사용자등이 그 발명에 대한 권리의 승계 의사를 알린 때에는 그때부터 그 발명에 대한 권리는 사용자등에게 승계된 것으로 본다.").

10) 발명진흥법 제15조 제2항("사용자등은 제1항에 따른 보상에 대하여 보상형태와 보상액을 결정하기 위한 기준, 지급방법 등이 명시된 보상규정을 작성하고 종업원등에게 문서로 알려야 한다."); 제3항 본문("사용자등은 제2항에 따른 보상규정의 작성 또는 변경에 관하여 종업원등과 협의하여야 한다.").

11) 발명진흥법 제15조 제3항 단서("다만, 보상규정을 종업원등에게 불리하게 변경하는 경우에는 해당 계약 또는 규정의 적용을 받는 종업원등의 과반수의 동의를 받아야 한다.").

12) 필자는 2013년 발명진흥법 개정(법률 제11960호, 2013. 7. 30. 개정) 전까지는 종업원의 이익을 더 강조하였었는데, 2013년 이후로는 회사의 이익을 더 강조하여 오고 있다. 직무발명제도의 균형을 맞추기 위한 사상적 전향이다.

13) William P. Hovell, *Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention*, 58 Notre Dame L. Rev. 863, 863 (1983) ("To encourage continued invention, the patent law must allow both the inventor and the developer (his employer) to obtain adequate compensation.").

14) 종업원이 회사에 승계하는 것이 '직무발명' 그 자체인가 아니면 직무발명에 관한 '특허를 받을 수 있는 권리'인가? 현행 발명진흥법 규정 및 많은 논문은 후자를 승계하는 것으로 표현하지만, 사실은 직무발명을 승계하는 것이고, 그 승계에 따라 해당 직무발명에 내재된 특허를 받을 수 있는 권리도 같이 승계되는 것이라고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 회사는 직무발명을 승계받음에 따라 그것에 내재된 모든 권리도 같이 승계받게 된다.

II. 현행 직무발명 승계제도 및 관련 문제점

1. 종업원의 통지 의무 부과

발명진흥법 제12조는 종업원이[15] 직무발명의 완성 사실을 회사에게 지체 없이 통지하여야 함을 규정한다.[16][17] 종업원은 재직 중 창출한 발명에 대하여는 (재직 중은 물론이고 퇴직 후 일정 기간 동안)[18] 자유발명, 직무발명을 불문하고 신고를 하여야 하고,[19] 자유발명을 신고하는 경우 그 발명이 직무발명이 아니라 자유발명임에 대하여 증명하여야 한다. 참고로, 미국 미네소타 주법도 그러한 종업원의 증명책임을 규정하고 있는데,[20] 대상 발명이 자유발명임에 대하여는 종업원이 더 용이하게 증명할 수 있으므로 종업원에게 증명책임을 부과하는 것이 합리적이다. 2006년 이 규정을 신설하는 당시, (회사가 승계의사 통지를 4개월 이내에 하지 않을 경우의 벌칙과 상응시키기 위하여) 종업원이 직무발명 완성 사실을 지체 없이 통지하지 않았을 때의 벌칙에 관한 규정을 두는 것이 마땅하다는 의견이 있었으나

---

15) 회사의 연구개발에 도움을 받기 위하여 외부 전문가에게 자문(consulting)을 구하는 경우도 있다. 그 경우 그 전문가가 노동법에 따르면 정식의 종업원이 아니더라도 발명을 위하여 고용되었으므로 그 전문가의 계약기간 중 완성된 발명에 대하여는 회사가 특허출원권을 승계받을 권리를 가질 수 있다. Nat'l Dev. Co. v. Gray, 55 N.E.2d 783 (Mass. 1944); Standard Parts Co. v. Peck, 264 U.S. 52, 58-59 (1924); Solomons v. United States, 137 U.S. 342, 345 (1890). 그러나, 그 계약의 내용이 어떠한지, 발명의 내용이 어떠한지 등이 회사가 권리를 가지는지 여부를 결정할 것이므로, 계약서를 세심하게 작성하는 것이 중요하다. 회사가 권리를 가진 경우와 가지지 못한 경우를 설명하는 글: Marc A. Lieberstein, *Employers Beware: Will You Own Your Employee's Inventions?*, 1 Hastings Bus. L.J. 183 (2005).

16) 발명진흥법 제12조("종업원등이 직무발명을 완성한 경우에는 지체 없이 그 사실을 사용자등에게 문서로 알려야 한다. 2명 이상의 종업원등이 공동으로 직무발명을 완성한 경우에는 공동으로 알려야 한다.").

17) 중국 직무발명 조례 초안 제10조에 따르면 종업원은 직무발명의 완성일로부터 2개월 이내에 회사에 그 발명에 대하여 신고하여야 한다.

18) 덴마크의 경우, 퇴직 후 6개월 이내에 특허출원된 발명에 대하여는 직무발명으로 추정을 하고, 종업원이 그 발명이 직무발명이 아님을 증명하여 그 추정을 복멸할 수 있다. The Consolidate Employees' Inventions Act of Denmark, sec. 9. <http://www.dkpto.org/media/20496046/the%20consolidate%20employees%20inventions%20act%202012.pdf>.

19) Toshiko Takenaka, *Serious Flaw of Employee Invention Ownership under the Bayh-Dole Act in Stanford v. Roche: Finding the Missing Piece of the Puzzle in the German Employee Invention Act*, 20 Tex. Intell. Prop. L.J. 281, 316-17 (2012) ("[German Employee Invention Act] imposes a duty on employees to prepare a report on all inventions as soon as they complete them, unless such inventions are obviously unrelated to the employers' business.") (citing §§ 5(1), 18).

20) William P. Hovell, *Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention*, 58 Notre Dame L. Rev. 863, 882 (1983) ("The inventor has the burden of proving that a particular invention falls within the statutory prohibition.").

그 의견은 법 개정에 반영되지 않았다.[21]

2. 회사의 통지 의무 및 관련 문제점

발명진흥법 제13조 제1항 본문은 종업원이 직무발명 완성에 대하여 통지하는 경우 회사가 반드시 대통령령이 정하는 기간(4개월) 이내에 승계 여부를 '문서'로 통지하여야 함을 규정한다.[22] 그 기간 이내에 회사가 문서로 통지를 하지 않은 경우 같은 조 제3항에 따라 회사가 관련 권리를 포기한 것으로 간주한다.[23][24] 즉, 사용자의 불통지 또는 통지실패에 대한 벌칙이 관련 권리의 100% 포기가 되는 것이다.[25][26]

동 규정은 ① 직무발명신고서의 접수를 승계의사 통지로 갈음할 수 없도록 하는 점, ② 회사(구체적으로는 특허담당자)의 실수로 인한 통지실패에 대한 벌칙이 지나치게 가혹하다는 점,[27] ③ 국가연구개발사업관리규정과 상충한다는 점,[28] ④ 이

---

21) 2006년 법 개정 당시 본 필자는 제12조(당시 제10조)에 제2항을 다음과 같이 추가하자는 의견을 제시하였었다. "②신고의 절차 및 미신고 또는 지연신고에 대한 벌칙에 관하여는 종업원등과 사용자등이 합리적인 절차를 거쳐 자율적으로 합의할 수 있다."

22) 발명진흥법 제13조 제1항 본문("제12조에 따라 통지를 받은 사용자등(국가나 지방자치단체는 제외한다)은 대통령령으로 정하는 기간에 그 발명에 대한 권리의 승계 여부를 종업원등에게 문서로 알려야 한다."). 본 규정에 의하면 국가나 지방자치단체는 승계의사를 통지하지 않아도 무방하다. 국가나 지방자치단체가 승계의사를 통지하는 경우 그 때를 승계시점으로 볼 수 있을 것인데, 승계의사를 통지하지 않으면 승계시점이 언제인가?

23) 발명진흥법 제13조 제3항("사용자등이 제1항에 따른 기간에 승계 여부를 알리지 아니한 경우에는 사용자등은 그 발명에 대한 권리의 승계를 포기한 것으로 본다. 이 경우 사용자등은 제10조 제1항에도 불구하고 그 발명을 한 종업원등의 동의를 받지 아니하고는 통상실시권을 가질 수 없다.").

24) 직무발명신고서에 결함이 있어서 회사가 그 신고서의 보완을 요청한 경우, 보완된 신고서가 접수된 때로부터 4개월의 기간이 시작될 것이다. 다만, 보완될 내용이 사소한 것인 경우 최초 신고일이 기산점으로 유지되어야 할 것이다.

25) 독일은 직무발명법의 규정과 충돌하는 직무발명계약은 무효임을 규정하고 있다. § 22. 국제고용계약에서 양 당사자가 외국의 직무발명법을 적용하기로 합의한 경우에도 독일 직무발명법의 강행규정은 여전히 적용된다고 한다. Anja Petersen-Padberg & Markus Georg Müller, *Reform of the German Act on Employees' Inventions as of 1 October 2009: Companies' Rights to Inventions Have Been Expanded*, Newsletter (Hoffmann Eitle) Feb 17, 2010, at 2, fn 7 ("According to prevailing opinion in Germany, in international employment agreements, in which the parties agreed upon the applicability of foreign law on the contract, compulsory provisions of the ArbEG still apply (under the condition that German law is applicable to the employment contract pursuant to the rules of International Private Law). However, compulsory provisions of the ArbEG will not have to be applied if the foreign law which was agreed upon provides for similar rules as the German Act on Employees' Invention."). <http://195.30.228.55/media/he_downloads/datei/0/141/HE_Newsletter_05-2009.pdf>.

26) 100% 포기를 피하기 위해 회사는 무조건 승계를 하게 된다. 포기를 하더라도 통상실시권은 가지도록 하여야 오히려 조금 더 편안하게 포기할 수 있을 것이다.

메일 전송, 핸드폰 문자전송 등의 온라인 통지로 문서 통지를 대신할 수 있는지 여부가 명확하지 않다는 점,[29][30] ⑤ 종업원의 직무발명 미신고 또는 지연신고에 대한 벌칙이 없는 점과 형평이 맞지 않는다는 점, ⑥ 국제공동연구의 가능성에도 부정적 영향을 미친다는 점[31] 등에 대한 지적으로부터 자유롭기 어렵다. 그러므로 제13조는 현행 직무발명제도 관련 규정 중 가장 시급히 변경되어야 하는 것이라고 생각된다.[32]

만약, 해당 직무발명을 2인 이상의 종업원이 공동으로 발명을 한 경우에는 승계의사가 공동발명자 전원에게 통지되어야 할 것이다. 이는 공동발명자 전원에게 신고를 하도록 요구하는 것에 상응한다.[33] 공동발명자는 특허를 받을 수 있는 권리

---

27) 직무발명의 완성에 회사가 적어도 70%는 기여하는데 단순한 통지실패로 그 70% 이상의 지분을 상실하는 것은 타당하지 않다고 지적하는 글: 정차호, "2006년 개정 직무발명제도의 제문제점 및 재 개정방안", 「창작과 권리」, 세창출판사, 2007. 9월호.

28) 국가연구개발사업관리규정에 의하면 국가연구개발예산이 투여된 연구개발의 결과물인 특허는 주관연구기관이 소유토록 규정하고 있다. 즉, 동 규정에 의하면 주관연구기관이 직무발명 승계통지를 하지 않은 경우에도 발명자 소유가 아예 인정되지 않는 것이다. 승계의사 불통지의 경우 발명진흥법에 의하면 종업원이 권리를 가지는데 반해 위 규정에 의하면 주관연구기관이 가진다는 것이다. 당연히 상위법인 직무발명법이 우선 적용되므로 주관연구기관이 실수로 통지를 하지 않는 경우 위 규정은 유명무실한 것이 된다. 즉, 주관연구기관의 실수가 동 규정을 유명무실하게 만드는 것이다. 그러므로, 첫째, 제13조 제3항에 대한 예외 규정을 두든지 아니면 둘째, 통지실패로 직무발명이 발명자에게 넘어가는 규정을 삭제하든지 둘 중 하나를 하였어야 하였는데, 2006년 법 개정 당시 그러한 의견이 있었는데도 불구하고 그 조치는 취해지지 않았다. 필자는 당연히 삭제안을 더 선호한다.

29) 특허청의 설명자료는 이메일 등 온라인 통지가 문서통지에 해당하는 것으로 설명한다. 특허청, "직무발명제도 이렇게 바뀌었습니다", 2006. 6., 16면(통지방법을 문서주의로 하되, 서면•전자문서에 의한 통지를 모두 인정하고 기업, 연구기관 등이 내부 온라인 결재시스템을 활용하여 문서를 유통하고 있는 현실을 반영한 것이라고 설명).

30) 대기업의 경우 회사 내 사무자동화 시스템을 통하여 직무발명 신고, 승계의사 통지 등이 이뤄지고 있는데, 온라인 통지가 문서통지에 해당하는지 여부에 대하여 문의가 있었다. 어떤 통지가 문서통지인지 여부도 판단하기 쉽지 않다. 예를 들어, 독일의 구 법에서는 직무발명 관련 신고, 통지 등을 모두 "written form"으로 요구하였고, 그 요건을 충족하기 위해서는 독일민법 제126조에 따라 문서를 발행하는 자의 성명 및 사인이 포함되어야 하고 그래서 이메일 또는 팩스 통지가 문서통지에 해당하지 않았다.
<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>.
그래서 2009년 법 개정을 통하여 독일민법 제126b조에 따른 "text form"으로 신고, 통지가 가능하도록 하여 결과적으로 이메일 또는 팩스 통지가 가능하게 되었다. Anja Petersen-Padberg & Markus Georg Müller, supra, at 3.

31) 미국 A사와 우리나라 B사가 공동연구를 하며, 결과물인 직무발명 및 특허를 공유하기로 합의한 경우, 우리나라 B사가 종업원에게 직무발명 승계의사 통지를 실패한 경우, 미국 A사는 우리나라 B사와 특허권을 공유하는 것이 아니라 개인인 그 종업원과 공유하게 되는 난처한 상황도 감수하여야 한다.

32) 제13조의 잘못된 점에 대한 다른 설명은 다음 글 참고: 정차호, "2006년 개정 직무발명제도의 제문제점 및 재 개정방안", 「창작과 권리」, 세창출판사, 2007. 9월호.

33) 중국 직무발명 조례 초안 제10조에 따르면 발명이 2인 이상의 발명자에 의해 완성된 경우, 공동

를 공유하므로,[34] 회사가 그 권리를 온전히 승계받기 위해서는 공동발명자 모두가 권리를 승계하여야 한다.[35] 그 승계를 위하여 회사는 공동발명자 전원에게 승계의사를 통지하여야 할 것이다. 만약, 한 명에게라도 통지가 되지 않으면 그 승계는 (공유자 전원의 동의가 없는) 완전하지 않은 것이 된다. 발명자 전원에게 통지가 되지 않은 후 회사가 특허출원을 하면 그 출원은 무권리자에 의한 출원이 되는 것이다.[36]

3. 직무발명 승계시점의 특정 및 관련 문제점

2006년 법 개정 전에는 직무발명의 승계시점이 정확히 언제인지에 대하여 이견이 존재하였다. 그러한 이견을 해소하기 위하여 2006년 개정 발명진흥법 제13조 (그 당시 제11조) 제2항은 회사가 승계의사를 통지한 때를 승계시점으로 규정하고 있다. 이 규정은 승계시점을 명확하게 한다는 장점도 가지지만 승계시점을 더 빨리 당길 수 없게 한다는 단점도 가진다. 미국의 경우, 계약 또는 근무규정에 따라 직무발명의 승계시점을 발명의 완성 시점, 직무발명 신고 시점, 입사 당시 계약서에 사인을 한 시점 등에서 자유롭게 정할 수 있는 반면, 우리의 경우 제13조 제2항으로 인하여 별도의 승계시점을 정할 수가 없게 되었다. 회사가 내규 또는 근무규정으로 별도의 승계시점을 규정하더라도 그 규정은 제13조 제2항과 상충한다는 이유로 효력이 인정되지 않을 것이다. 발명진흥법의 강행규정과 상충하는 회사의 규정은 무효인 것으로 판단될 것이다.[37] 그렇게 보지 않는 경우 발명진흥법의 해당 규정이 유명무실해진다.

제13조 제2항이 강행규정인지에 대하여는 이견이 있을 수 있다. 발명진흥법에는 임의규정이 존재하는데, 예를 들어 "사용자가 직무발명에 관한 사항을 심의하기 위하여 직무발명심의기구를 설치·운용할 수 있다"고 규정하는 제17조는 강행규정이 아니다. 그러나, 보상에 관한 규정은 강행규정이라고 보아야 한다. 서울고등법

발명자 전원 또는 발명자 대표가 단위에게 보고하여야 하고, 발명자 대표가 제출한 발명보고는 공동발명자 전원으로부터 동의를 구하여야 한다.

34) 특허법 제33조 제2항("2인 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다.").

35) 회사A의 갑과 회사B의 을이 공동으로 발명한 경우, 회사A는 갑으로부터 권리를 승계받고, 회사B는 을로부터 승계받은 후, 회사A와 회사B가 공동으로 특허출원을 하여야 할 것이다.

36) 특허법 제34조("발명자가 아닌 자로서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계인이 아닌 자(이하 "무권리자"라 한다)가 한 특허출원이 ...").

37) 독일 직무발명법은 아예 그러한 법리를 명시적으로 규정하고 있다. Section 22 ArbEG ("the provisions of the Act cannot be modified by contract to the detriment of the employee.").

원이 발명진흥법의 '보상' 규정이 종업원을 보호하기 위한 '강행규정'이므로 그 규정에 반하는 회사의 사내 직무발명규정은 무효라고 판단한 바 있다.[38] 보상규정이 강행규정이라는 점에 대하여는 한국의 학설[39] 및 일본의 학설도[40] 같은 의견을 가진다. 회사의 승계의사 통지에 관한 제13조는 강행규정이 아니라고 보는 견해도 있다.[41] 아마도 동 견해는 제13조가 절차적 사항을 규율하기 때문에 임의규정이라고 보는 듯하다. 동 견해가 입법취지를 거론하고 있으나, 입법취지가 어떠하였는지에 대하여 구체적으로 설명하지는 않고 있다.

제13조 규정이 도입된 2006년 법 개정은 기본적으로 종업원의 권리를 보호하기 위한 목적을 가지고 이루어졌고,[42] 회사가 시행령에서 정하는 기간(4개월) 이내에 승계의사를 통지하지 않는 경우, 회사는 아무런 권리를 가지지 않고 종업원이 그 직무발명에 대하여 100%의 권리를 가지게 하는 것이므로, 동 제13조가 절차적 사항을 규율하는 것이 아니라 종업원의 실체적 권리를 보호하기 위한 강행규정이라고 보아야 한다. 2006년 발명진흥법 개정에 대한 특허청 설명자료의 여러 곳에서

---

38) 서울고등법원 2004. 11. 16. 선고 2003나52410 판결(확정)("피고의 직무발명규정 중 처분보상 관련 조항에 피고 명의로 '등록된 특허권'을 양도 또는 기타의 방법으로 처분하였을 때 '직무발명심의위원회의 심의를 거쳐' 보상금을 지급하도록 규정되어 있음은 앞에서 본 바이나, 먼저 내부규정에 불과한 위 직무발명규정을 '등록된 특허권'의 처분을 전제로 피고가 종업원인 원고로부터 이미 직무발명인 이 사건 발명의 특허받을 권리를 승계받아 특허출원 또는 등록까지 마치고, 나아가 이 사건 실시계약을 체결하여 이를 처분함으로써 막대한 이익을 얻은 경우라도 그 직무발명 전부에 대한 특허권 설정등록이 마쳐지기 전에는 보상의무가 없다는 취지라고 본다면, 이는 발명자인 종업원을 보호하기 위한 강행규정으로서 직무발명에 대하여 특허받을 권리를 사용자로 하여금 승계하게 한 때에 곧바로 종업원의 보상금청구권이 발생함을 규정하고 있는 위 특허법 제40조 제1항에 위반되어 무효인 것이고 ..."); 서울고등법원 2009. 10. 7. 선고 2009나26840 판결("특허법에 의해 인정되는 직무발명보상금 청구권은 통상적으로 사업자에 비해 열악한 지위에 있는 종업원의 권익을 보호하고 발명을 진흥하기 위해 인정되는 것으로서 직무발명보상금에 관한 구 특허법의 규정은 강행규정이므로, 직무발명보상금 청구권의 발생, 행사 및 보상금의 정당한 액수에 어떠한 제한을 가하는 계약 또는 근무규정은 무효이고 ...").

39) 윤선희, 「특허법」 제5판, 법문사, 2012, 310면.

40) 青柳吟子, 「職務発明」, 裁判実務大系(9) 294頁; 福田親男, 「職務発明」, 民事の保護と裁判実務(8) 365頁(김동엽, "일본의 직무발명제도", 「직무발명제도해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015, 62면에서 재인용).

41) 한동수, "직무발명의 예약승계", 「직무발명제도해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015, 163면("발명진흥법 제12조(종업원의 직무발명 완성사실의 통지)와 제13조(사용자의 승계 여부의 통지)의 규정을 위반하여 예약승계를 정한 계약과 근무규정을 어떻게 취급할 것인가가 문제된다. 이견이 있을 수 있으나, 위 각 규정은 입법취지에 비추어 볼 때 강행규정으로 볼 수 없으므로, 위 각 규정을 준수하지 아니한 예약승계 계약 등의 효력 자체가 부인된다고 할 것은 아니다.").

42) 특허청, "직무발명제도 이렇게 바뀌었습니다", 2006. 6., 11면("직무발명의 신고·승계 등의 절차 및 효력에 대한 근거규정이 미흡하여 사용자 및 종업원간의 분쟁가능성 상존. 직무발명 보상제도를 실시하는 기업들도 명확한 근거규정 미비로 직무발명의 신고, 승계절차의 표준화 정도가 미흡").

도 그러한 강행규정적 성격에 대하여 설명하고 있다. 그 설명자료의 동 규정이 안정적 권리관계의 형성을 유도하기 위한 것이라는 설명,[43] 승계의사를 문서로 통지하는 경우에만 승계가 된다는 설명[44] 등이 제13조를 강행규정으로 보게 한다.

참고로, 중국 직무발명 조례 초안(draft) 제12조에 따르면 종업원이 회사에 비직무발명을 신고한 경우, 회사는 그 신고로부터 2개월 이내에 답변을 하여야 한다고 규정하고 나아가 회사와 종업원이 그 기간에 대하여 별도로 동의를 한 경우 그 동의에 따를 수 있다고 규정한다. 만약, 우리 제도에서도 승계시점을 회사와 종업원이 별도로 합의할 수 있도록 허용하려면 중국과 같이 그러한 사항을 특별히 규정하여야 할 것이다.[45]

직무발명의 승계시점이 지연되면 ① 종업원 자신에 의한 특허출원의 가능성, ② 종업원에 의한 제3자에의 이중양도의 위험성[46] 등이 높아지므로 승계시점은 빠르면 빠를수록 회사에게 더 유리하다. 어차피 회사에게 승계될 직무발명이 더 빨리 승계된다고 하여 종업원에게 별도의 손해가 발생하지도 않는다. 향후, 회사와 종업원이 합리적인 절차에 따라 합의하여 입사 당시,[47] 발명의 완성시점, 직무발명신고서 제출시점 등을 승계시점으로 삼을 수 있도록 법이 개정되어야 할 것이다.

4. 이중양도의 문제

발명자주의에 따라 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리(이하, '특허출원권'으로 약칭한다)는[48][49] 원시적으로 종업원이 취득한다.[50][51] 그러므로 직무발명

---

43) 특허청, "직무발명제도 이렇게 바뀌었습니다", 2006. 6., 19-20면(종업원 입장에서는 권리관계 불확정에 따른 불측의 손해를 입게 될 가능성이 농후하므로 직무발명에 대한 권리의 소유관계를 조속히 확정함으로써, 사용자와 종업원간 안정적인 권리관계의 형성을 유도하기 위한 것이라고 설명).

44) 상동, 25면("법개정 이후에는 대통령령이 정하는 기간 이내에 승계의사를 문서로 통지하는 경우에만 종업원의 직무발명에 대한 권리 승계가 가능").

45) 중국 직무발명 조례 초안 제18조("발명자가 본 조례에 의해 가지는 권리 또는 전술한 권리에 대한 향유를 취소하거나 비합리적인 조건을 부가한 권리행사에 대한 약정 또는 규정은 무효이다.").

46) 미국에서의 (국가연구개발사업에서의) 이중양도에 의한 분쟁의 발생에 관하여 다룬 글은 다음 참고: 원세환·정차호, "직무발명 이중양도 관련 발명진흥법 개정방안", 「성균관법학」 제24권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2012년 3월.

47) 입사 당시에 미래에 탄생할 직무발명에 대하여 예약승계에 합의할 수는 있다. 그런데, 그 예약승계합의가 발명이 탄생하지도 않은 입사 당시를 승계시점으로 특정할 수 있는가? 현재 미국 판례는 그것을 가능하다고 보는데, 그 판례가 잘못된 것이라고 비판하는 글도 있다. Stephen T. Black, *Psst! Wanna Buy a Bridge? IP Transfers of Non-Existent Property*, 31 Ga. St. U. L. Rev. 523 (2015).

48) 우리의 '특허를 받을 수 있는 권리'를 중국은 '전리(특허)를 출원할 권리'라고 표현하고, 대만은

완성으로부터 그것을 회사에 승계하기 전까지는 종업원이 그 직무발명에 대한 특허출원권을 적법하게 소유하게 된다. 그 적법하게 소유하는 기간 중 발명자가[52] 그 권리를 제3자에게도 양도하고[53] 회사에게도 승계하는 경우[54] 이중양도의 문제가 발생한다.[55][56][57] 이중양도에도 불구하고 회사가 먼저 특허출원을 하면 회사가 제3자에게 대항할 수 있으나[58] 만약 그 제3자가 선의의 구매자(bona fide

---

'전리신청권'이라고 표현한다. 대만의 표현이 중국의 표현보다 더 나아보이고 그에 따라 이 글에서는 우리나라의 용어에 맞게 '특허출원권'이라고 칭한다.

49) 특허를 받을 수 있는 권리를 '발명자권'으로 약칭하는 사례도 있으나, 발명자권에는 특허를 받을 수 있는 권리 외에 성명게재권 등이 포함될 것이므로 동 용어는 지나치게 넓은 개념의 것이라고 생각된다. 조영선, "특허를 받을 수 있는 권리(발명자권)의 위상 검토와 제언", 「고려법학」 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011.

50) 특허출원권은 동산인가, 부동산인가? 특허는 동산인가, 부동산인가? 참고로, 미국 특허법은 특허를 원칙적으로 동산으로 본다. 35 U.S.C. § 261 ("Subject to the provisions of this title, patents shall have the attributes of personal property.").

51) 특허출원권이 부동산적 성격을 더 강하게 가진다는 설명: Filmtec Corp. v. Allied-Signal Inc., 939 F.2d 1568, 1572 (Fed. Cir. 1991).

52) 발명자가 2인 이상인 공동발명의 경우 특허출원권의 양도를 위하여 모든 공동발명자의 동의가 필요하다. 특허법 제37조 제3항("특허를 받을 수 있는 권리가 공유인 경우에는 각 공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 아니하면 그 지분을 양도할 수 없다.").

53) 특허법 제37조 제1항("특허를 받을 수 있는 권리는 이전할 수 있다."); Stanford v. Roche, 131 S.Ct. 2188, 2195 (2011) ("It is equally well established that an inventor can assign his rights in an invention to a third party.").

54) 김운호, "특허법 제33조 해설", 「특허법 주해 I」(정상조·박성수 편저, 박영사, 2010), 450-451면("특허를 받을 수 있는 권리를 강학상 발명자권이라고 한다. 그 권리의 성질에 대하여 공권설, 사권설, 절충설 등이 있는데, 어느 설도 위 권리가 양도성이 있는 재산권이라는 점을 부인하지 않는다").

55) 미국의 *Stanford v. Roche* 사건에서도 Stanford 대학교는 종업원(Holodniy)이 특허출원권을 제3자에게 양도할 권한을 부여받지 못하였다고 주장하였으나, CAFC는 발명자가 그 개인이 보유한 특허출원권을 양도할 수 있다고 판단하였다. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University v. Roche, 583 F.3d 832, 843-44 (Fed. Cir. 2009) ("Stanford also argues that there was no evidence that Holodniy 'had authority to act as Stanford's agent in assigning patent rights.' Stanford's Reply Br. 50. This contention misses the mark—Holodniy signed away his *individual* rights as an inventor, not Stanford's, while performing work for Stanford after promising to assign his rights to the university.").

56) 발명자인 종업원이 직무발명을 회사에게 승계한 후 다시 선의의 제3자에게 이중양도한 경우 사용자와 그 제3자간에 권리의 선후가 다투어지는 것인가, 아니면 제3자에게의 양도는 당연 무효인가? 당연 무효라고 본 틀린 사례: 조광훈, "직무발명의 이중양도에 관한 연구—특허를 받을 수 있는 권리의 이중양도를 중심으로—", 「지식재산21」(특허청), 2008년 10월호, 71면("다만, 종업원이 사용자에게 예약승계하고도 사용자가 아닌 제3자에게 양도하는 것은 당연 무효인 반사회질서에 해당하는 행위로 법률효과가 발생하지 않을 뿐이다.").

57) 이중양도는 영어로는 "dual assignment", "double transfer" 등으로 표현된다. 구글에서 "dual assignment"는 75백만 건이, "double transfer"는 431백만건이 검색되었다. Westlaw "World Journals" DB에서 "dual assignment"는 18건이, "double transfer"는 24건이 검색되었다.

58) 특허법 제38조 제1항("특허출원전에 있어서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계는 그 승계인이 특허출원을 하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다.").

purchaser)이고 회사보다 먼저 특허출원을[59] 하면 회사는 그 선의의 제3자에게 대항할 수 없고[60][61][62] 회사는 종업원을 상대로 책임을 물을 수 있을 뿐이다.[63][64][65] 만약, 그 제3자가 회사에의 승계를 알면서도 그 양도에 적극 가담한 경우 그 제3자에게의 양도는 민법 제103조가 규정한 반사회질서의 법률행위로서 무효이고,[66] 회사는 출원 계류 중인 경우 출원인명의변경 청구를,[67] 등록 후인 경우 특허권자

59) 특허를 받을 수 있는 권리의 양도와 관련하여서는 '출원'이 대항 요건이지만 등록 후 특허권의 양도와 관련하여서는 '등록원부'에의 등재가 효력발생 요건이다. 특허법 제38조 제1항 및 제101조 제1항 제1호.

60) 특허법 제38조 제1항("특허출원 전에 있어서 특허를 받을 수 있는 권리의 승계는 그 승계인이 특허출원을 하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다").

61) 미국 특허법 제261조는 "An assignment, grant or conveyance shall be void as against any subsequent purchaser or mortgagee for a valuable consideration, without notice, unless it is recorded in the Patent and Trademark Office within three months from its date or prior to the date of such subsequent purchase or mortgage"라고 규정하여, 양도일부터 3월 이내 또는 후속되는 거래일보다 앞서 특허청에 등록되지 않으면 그 양수인은 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없게 된다. 우리 특허법에도 최소한 이러한 규정을 도입하여 이중양도의 위험을 줄여야 한다.

62) 이러한 경우, 사용자가 무상의 통상실시권을 가지는가?

63) (승계약정의 불이행에 대한) 채무불이행에 따른 손해배상청구소송, 부당이득반환청구소송, 비밀유지의무의 위반에 관한 죄, 형법상 배임죄 등이 예시된다. 조광훈, "직무발명의 이중양도에 관한 연구—특허를 받을 수 있는 권리의 이중양도를 중심으로—", 「지식재산21」(특허청), 2008년 10월호, 77-78면 참고.

64) 조경임, "직무발명의 승계", 충남대학교 석사학위논문, 2007.12., 38면.

65) 김병일, "특허법상의 직무발명제도 및 그 문제점", 「연세법학연구」 6집 1권, 연세법학연구회, 1999, 427면("종업원이 자기의 직무발명에 관하여 계약 또는 근무규칙에 위반하여 타인에게 특허를 받을 권리를 양도하거나 발명자인 종업원 스스로 특허출원을 하는 것은 종업원의 채무불이행이 문제될 뿐이지 그 양도 또는 특허출원 자체가 무효로 되는 것은 아니다"); 이승길, "기업의 직무발명과 그 보상에 관한 연구," 「노동법 연구」, 2002 하반기 제13호, 서울대학교 노동법연구회, 2002, 270면["이러한 경우(이중양도의 경우) 발명진흥법에 의한 '비밀유지의무의 위반'으로 형사 처벌할 수 있고, 해당 종업원에게 채무불이행에 따른 손해배상책임을 부과하고, 또한 기업 규정에 의하거나 사업장 밖의 행위라 하더라도 경영 비밀을 누설하는 경우에는 정당한 징계사유로 인정되어 징계처분도 할 수 있다"].

66) 특허법원 2006.12.28. 선고 2005허9282 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77101 판결("[부동산] 이중매매의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2매수인이 매도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데, 이때에는 제2매매행위의 상당성과 특수성 및 제2매매계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다."); 특허법원 2006.12.28. 선고 2005허9282 판결("이 사건 등록발명의 발명자와 당초 기술용역계약을 체결한 양수 회사 사이의 기술용역계약과 위 회사의 대표이사였던 출원인의 이 사건 이중계약 체결 경위 및 출원인의 대표이사 사임경위나 특허출원시기 등의 제반 사정에 비추어 볼 때, 양수 회사의 단독 대표이사이던 출원인은 적어도 다른 사람이 대표이사로 추가 선임된 시기까지는 대표이사로서의 직무를 수행할 의무를 지고 있었고, 이 사건 이중계약이 체결될 때까지는 당초의 위 기술용역계약이 해제되지도 않았다고 할 것인바, 출원인은 위 기술용역계약에 기한 특허를 받을 권리가 이미 양수 회사에게 양도된 사실을 잘 알면서도 발명자와 사이에 이 사건 이중계약을 체결하여 그 이중양도행위에 적극적으로 가담하였다 할 것이므로, 이 사건 이중계약에 기한 특허를 받을 권리의 양도행위는 반사회적 법률행위로서 무효라고 할 것이다.").

명의변경 청구를 할 수 있을 것이지만,[68] 현실적으로 회사가 그러한 '적극 가담' 사실을 증명하기는 쉽지 않을 것이다.[69] 적극 가담 여부의 판단은 여타 민사소송 및 형사소송에서도 많이 다루어지는 것이고, 그 판단에 관한 법리를 직무발명 이중양도 사건에서 달리 적용하기도 어렵다. 그리고 이러한 이중양도의 위험은 일상적인 것은 아니더라도 매우 예외적인 것도 아니다.[70] 그렇다면 다른 나라들은 이러한 위험을 어떻게 관리 또는 방지하고 있는지 알아볼 필요가 있다.

III. 외국의 직무발명 승계제도

1. 사용자주의 국가

노동법 이론에 따르면 종업원의 노동의 산물은 회사가 소유한다.[71] (직무)발명은

---

67) 원세환·정차호, 앞의 논문, 각주 32("출원인인 제3자가 그 명의변경에 동의하거나 제3자가 해당 발명이 직무발명인지를 알면서 적극적으로 양도를 받은 사실이 확실한 경우 특허청이 명의변경을 받아들일 수 있을 것이나, 현실에서는 그러한 사실이 확실하지가 않은 경우가 많을 것이고, 그 경우 특허청은 그러한 사실을 판단하는 적절한 기관이 아니므로 법원의 확정 판결을 받아오기를 원하게 될 것이다.").

68) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2011다77313, 77320 판결("그렇다면 직무발명 사전승계 약정 등의 적용을 받는 종업원 등이 직무발명을 완성하고도 그 사실을 사용자 등에게 알리지 아니한 채 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자의 적극 가담 아래 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마친 경우에, 위 직무발명 완성사실을 알게 된 사용자 등으로서는 위 종업원 등에게 직무발명 사전승계 약정 등에 따라 권리 승계의 의사를 문서로 알림으로써 위 종업원 등에 대하여 특허권이전등록청구권을 가지게 된다고 봄이 상당하다. 그리고 위 이중양도는 민법 제103조에서 정한 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 것이므로, 사용자 등은 위 특허권이전등록청구권을 피보전채권으로 하여 종업원 등의 그 제3자에 대한 특허권이전등록청구권을 대위행사할 수 있다고 할 것이다.").

69) 부동산 거래에 있어서는 제2매수인이 매도사실을 단순히 알았다는 점만으로 무효라고 보지는 않고, 제2매수인이 매도인에게 이중매매를 적극적으로 권유하는 등의 행위를 하여야 무효라고 본다. 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77101 판결. 특허법원 2006. 12. 28. 선고 2005허9282 판결에서 특허법원은 제3자가 특허를 받을 수 있는 권리가 이미 회사에게 양도된 사실을 알았다는 점에 근거하여 이중양도 행위에 적극적으로 가담한 것으로 보고 해당 이중양도를 무효라고 보았다. 양도된 사실을 알았다는 사실이 적극적 가담에 해당하는지에 대하여는 다툼의 여지가 있는데 특허법원은 합목적적으로 알았다는 사실을 적극적 가담으로 본 것이다. 그렇다면, 대상판결의 이러한 취지를 살리고 확대하여 대상 특허출원권의 대상이 되는 발명이 직무발명임을 알았거나 알 수 있었던 경우 해당 이중양도가 무효임을 발명진흥법에 규정할 수 있을 것이다.

70) 신지연, 「대학·공공연구기관의 연구개발 아이디어 확보방안 및 직무발명과 기술유출 방지에 관한 정책개발」, 특허청 연구용역 보고서, 2009. 8., 38면(연구원을 대상으로 한 설문조사에 의하면, 상당수 연구원은 외부로부터의 아이디어 매매 요청 사실을 소속 기관에 통지하지 않거나, 주관적 판단에 의해 통지 여부를 결정하는 것으로(과제 수행 관련 아이디어의 경우 14.18%, 특정연구와 관련이 없는 아이디어의 경우 20.57%) 드러났다고 한다.).

71) Christopher Heath, *Japan: Patent Act, sec.35; Horei, art.7 - "RW Laser Disk"*, IIC 2008, 39(6), 733, 736 ("And third, the close connection with labour law suggests that the law applicable to

(회사는 창출할 수가 없고) 종업원 발명자에 의해서 창출된다.[72] 종업원의 (정신적) 노동의 산물인 직무발명에 대하여도 동일한 이론이 적용되어,[73] 종업원이 직무발명을 완성하는 순간 그 발명은 회사에게 원시적으로 귀속된다. 직무발명과 관련된 이러한 제도를 우리는 강학상 '사용자주의'라고 칭한다.[74][75]

사용자주의를 취하는 국가는 영국,[76] 중국,[77] 대만,[78] 호주,[79] 프랑스,[80] 벨기에,[81] 2015년 이후 일본[82] 등인데, 이들 국가에서는 직무발명의 완성과 동시에 특

---

the labour contract should be the same as the one applicable to the employee's invention.").

72) *Patent Ownership Basics*, Neustel Law Offices ("It should be noted that a company can never be an inventor.").
<http://www.neustel.com/Patent-Ownership/Patent-Ownership-Basics.aspx>.

73) Yunjoo Lee & Malcolm Langley, *Employees' inventions: statutory compensation schemes in Japan and the UK*, E.I.P.R. 2005, 27(7), 250, 250 ("From a legal point of view, the law relating to employees' inventions is located at an intersection between contract law, labour law and patent law. In patent law, ownership of inventions is granted to inventors. In labour law, on the other hand, the product of employees' labour belongs to employers. Contract law provides a further ingredient in that parties are free to bind themselves as they see fit, and obtain the benefit of any bargains reached.").

74) 문선영, "직무발명에 대한 발명자의 특허출원과 업무상 배임죄의 성립여부", 「법학논총」 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 202면("사용자주의는 종업원의 직무발명에 대한 권리는 원칙적으로 종업원이 아닌 사용자에게 귀속된다는 것으로, 직무발명의 특허권은 연구시설, 자금, 보조인력 등을 지원한 사용자에게 속한다고 보는 입장이며 ..."); 임호, "판례연구: 특허를 받을 수 있는 권리의 묵시적 승계 -대법원 2011.7.28. 선고 2010도12834 판결을 중심으로-", 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 742면, 각주 13("이에 비하여 사용자주의는 종업원의 직무발명으로 인한 특허를 받을 수 있는 권리는 원칙적으로 사용자에게 귀속된다는 이념이다.").

75) 발명자주의에 비하여 사용자주의가 경제학적으로 더 효율적이라는 주장: Robert P. Merges, *The Law and Economics of Employee Inventions*, 13 Harv. J.L. & Tech. 1, 37-53 (1999).

76) 영국 특허법 제39조 제1항("Notwithstanding anything in any rule of law, an invention made by an employee shall, as between him and his employer, be taken to belong to his employer for the purposes of this Act and all other purposes if - . . .").

77) 중국 특허법 제6조("소속 단위의 업무를 수행하거나 주로 소속 단위의 물질기술조건을 이용하여 완성한 발명은 직무발명이라 한다. 직무발명은 특허를 출원할 권리가 당해 단위에 귀속되며 출원이 특허등록된 후에, 당해 단위는 특허권자가 된다.").

78) 대만 특허법 제7조 제3항("依第一項、前項之規定, 專利申請權及專利權歸屬於雇用人或出資人者, 發明人或創作人享有姓名表示權").

79) Colin Bodkin, *Patent Law in Australia*, 2nd ed., Thomson Reuters, 2014, p. 414 (". . . rights to an invention made by an employee in the course of carrying out his or her normal employment duties normally belong to the employer, in the absence of an agreement to the contrary.").

80) 프랑스 지적재산권법 제611조의7.
<http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>.

81) Fernand De Visscher and Filip Van Elsen, Chapter 4. Belgium, 1 Trade Secrets Throughout the World § 4:13 (2015) ("It is unanimously considered that the employer will automatically be the owner of the industrial property rights relating to such an invention. Thus, the employee will not be entitled to claim any compensation for such inventions.").

82) 2015년 7월 이후의 일본 직무발명제도는 완전한 사용자주의는 아니고, 회사가 원하는 경우에만

허출원권이 사용자에게 원시적으로 귀속되므로 별도의 승계절차가 필요치 않다. 종업원이 직무발명을 회사에게 신고하는 것은 발명의 완성 '사실'을 회사에 알리는 절차에 불과하고 그 신고는 '권리의 승계'와는 무관하다.

사용자주의에 의하면 종업원은 단 1초도 대상 직무발명에 관한 권리를 가지지 않으므로 종업원이 제3자에게 특허출원권을 양도하여도 그 양도는 아무런 대상물을 가지지 않은 자에 의한 허상의 양도에 불과하다. 그래서 사용자주의를 취하는 국가에서는 직무발명의 승계와 관련된 문제가 애초 발생하지 않는다. 직무발명 승계와 관련된 절차적 및 실체적 문제의 발생을 원천 차단하기 위해서는 사용자주의를 도입하는 것이 가장 간명하다. 일본도 그러한 취지에서 2015년 특허법을 개정하여 발명자주의를 버리고 사용자주의를 도입하였다.

덴마크는 발명자주의 및 합리적 보상 체계[83]

2. 발명자주의 국가

우리 민법 제655조가 규정하는 '고용계약의 원칙'에 의하면[84] 고용에 의한 노무의 결과로 창출된 발명은 사용자에게 귀속될 수 있으나, 우리 발명진흥법은 특별히 그러한 고용계약의 원칙의 예외를 인정하여 직무발명에 대한 특허출원권이 원시적으로 발명자에게 귀속되도록 하고 있다. 우리는 이러한 제도를 강학상 '발명자주의'라고 칭한다.[85]

보상규정을 마련하고 사용자주의의 적용을 받을 수 있으므로 부분적 사용자주의라고 볼 수 있을 것이다.

83) Sture Rygaard and Michael Hopp, Chapter 10. Denmark, 1 Trade Secrets Throughout the World § 10:21 (2015) ("The rights to inventions produced during employment are governed by the Employees' Inventions Act of 2012. The Act entitles the employee to the ownership of the inventions he may develop. However, the employer is entitled to request that the right to the invention be transferred if the invention resulted from the performance of the employee's duties, and if the invention falls within the field of activities of the enterprise. The same applies if the invention is the result of a specific task which the employee has been given. Most of the provisions of the Act can be dispensed with by agreement between the parties. However, the employee cannot legally waive the right to apply for a patent himself, nor can the employee waive the right to a reasonable payment if the employer acquires the right to the invention.").

84) 민법 제655조("고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.").

85) 문선영, 앞의 논문, 197면("우리나라의 발명진흥법은 직무발명에 대한 권리귀속에 있어 발명자주의를 취하고 있으므로 ..."); 임호, 앞의 논문, 740면("발명자는 발명에 대한 모든 권리를 원시적으로 취득한다는 원칙을 발명자주의라고 한다.").

발명자주의를 취하는 국가는 우리나라를 비롯하여 미국,[86][87] 독일, 2015년 이전 일본,[88] 캐나다,[89] 오스트리아,[90] 덴마크[91][92] 등이 있다. 그러므로, 그 국가들에서는 회사가 직무발명(특허출원권)을 종업원으로부터 승계받아야 하며, 그러므로 승계에 관한 위험이 내재되어 있다. 즉, 종업원이 회사에 직무발명을 승계하지 않고 본인 스스로 특허출원을 할 위험, 회사에의 승계와 별도로 제3자에게 양도할 위험 등이 상존하는 것이다. 그러한 위험은 제거 또는 관리되어야 하는데, 이하 미국, 독일, 일본이 그 위험을 어떻게 제거 또는 관리하는지 살펴본다.

가. 미국의 직무발명 승계제도

발명자주의와 관련하여 미국 연방대법원은 미국 특허법이 1790년 이래로 발명에 대한 권리는 발명자에게 귀속된다는 전제 하에 운용되어 왔음을 확인하고, 판

---

86) 영국이 1623년 전매조례에서 진정한 최초의 발명자("true and first inventor")라는 표현을 사용하여 발명자주의를 채택한 것으로 해석되고 그 정신은 미국의 헌법(Art. 1, Sec. 8, cl. 8)에 연결되는데, 정작 영국은 사용자주의로 전환하였고 미국은 여전히 발명자주의를 취하고 있다.

87) 미국에서 발명자주의의 예외를 규정한 법은 원자력법(Atomic Energy Act) 및 국가항공우주법(National Aeronautics and Space Act)이 있다.

88) 일본도 1921년 이전에는 사용자주의를 취하였으나 1921년 특허법 개정으로 발명자주의로 전환하였다고 한다. 문선영, 앞의 논문, 201면, 각주 9면 참고.

89) Techform Products Ltd. v. Wolda, 2001 CanLII 8604 (ON CA), para. 11 ("While the federal patent legislation provides that inventors are the first owners of their inventions, it says nothing about what happens when the inventor is an employee."); para. 12 ("The common law rule in Canada is that the mere existence of an employment relationship does not disqualify employees from patenting inventions made during the course of their employment. This rule holds true even where the invention relates to an aspect of the employer's business, the employee used the employer's time and materials to bring his or her invention to completion, and the employee has allowed the employer to use the invention while he or she was employed . . .").

90) Patentgesetz [Patent Act] Bundesgesetzblatt [BGBl] No. 259/1970, § 6.

91) The Consolidate Employees' Inventions Act of Denmark, sec. 3 ("To the extent nothing else follows from this Act or other Acts an employee shall have the right to the inventions made by him.").
<http://www.dkpto.org/media/20496046/the%20consolidate%20employees%20inventions%20act%202012.pdf>.

92) Sture Rygaard and Michael Hopp, Chapter 10. Denmark, 1 Trade Secrets Throughout the World § 10:21 (2015) ("The rights to inventions produced during employment are governed by the Employees' Inventions Act of 2012. The Act entitles the employee to the ownership of the inventions he may develop. However, the employer is entitled to request that the right to the invention be transferred if the invention resulted from the performance of the employee's duties, and if the invention falls within the field of activities of the enterprise. The same applies if the invention is the result of a specific task which the employee has been given. Most of the provisions of the Act can be dispensed with by agreement between the parties. However, the employee cannot legally waive the right to apply for a patent himself, nor can the employee waive the right to a reasonable payment if the employer acquires the right to the invention.").

례[93] 및 현행 특허법의 규정(제101조, 제105조)이 여전히 발명자주의를 인정하고 있다고 보았다.[94] 그러한 원칙은 일반 발명에는 물론 직무발명에도 그대로 적용되며, 직무발명도 최초에는 종업원인 발명자의 재산이며 회사의 재산이 되기 위해서는 발명자로부터 회사로의 승계가 이루어져야 한다.[95] 미국에서도 이러한 승계절차가 회사에 큰 부담이라는 불평이 존재한다.[96]

미국에서는 직무발명의 승계에 관하여 특허법 등에 명시적인 규정이 없고 회사와 종업원 사이의 계약이 그 승계를 규율하며, 통상 그 계약은 직무발명의 완성과 동시에 일차적으로는 발명자인 종업원에게 특허출원권이 귀속됨을 인정하지만, 그와 동시에 그 권리가 회사에게 자동으로 승계되는 것으로 규정한다.[97] 그리고 미래 기대이익(expectant interest)에 대한 자동승계(automatic assignment) 규정은 법적으로 유효하다.[98][99] 그러므로 회사는 직무발명 승계를 위하여 별도의 승계절차를 밟을 필요가 없다. 종업원이 직무발명을 회사에 신고하는 것은 발명의 완성 '사실'을 회사에 통지하는 것에 불과하고 '권리의 승계'와는 무관하다.[100]

미국의 일반적인 선의취득자(bona fide purchaser)[101] 법리에 따르면 직무발명의

---

93) Gayler v. Wilder, 51 U.S.(10 How. 477), 493, 13 L.Ed. 504 (1851) ("the discoverer of a new and useful improvement is vested by law with an inchoate right to its exclusive use, which he may perfect and make absolute by proceeding in the manner which the law requires"); Solomons v. United States, 137 U.S. 342, 346 (1890) ("whatever invention [an inventor] may thus conceive and perfect is his individual property").

94) Board of Trustees of Leland Stanford Junior University v. Roche, 131 S.Ct. 2188 (2011).

95) United States v. Dubilier Condenser Corp., 289 U.S. 178, 189 (1933) ("In most circumstances, an inventor must expressly grant his rights in an invention to his employer if the employer is to obtain those rights.").

96) Stephen T. Black, supra, at 531 ("Employers have argued that this arrangement places a burden on them to police their employees and to require patent transfer agreements upon employment. This argument is sound.").

97) 자동승계를 위하여 '계약 당시 승계한다(I hereby assign)'는 표현을 사용한다. Preston v. Marathon Oil Co., 684 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2012).

98) FilmTec Corp. v. Allied-Signal, Inc., 939 F.2d 1568, 1572 (Fed. Cir. 1991).

99) Parker Tresemer, *Best Practices for Drafting University Technology Assignment Agreements after Filmtec, Stanford V. Roche, and Patent Reform*, 2012 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 347, 372 (2012) ("Universities can preserve their rights in employee inventions by drafting assignment agreements that 1) unequivocally and automatically grant universities rights . . .").

100) 승계계약 당시에는 형평적 권리(equitable right)만 이전되었고, 발명 완성 후 법적 권리(legal title)가 이전된다고 주장하는 소수의견도 있다. Stanford v. Roche (2011) (Breyer, J., dissenting); Alexander Shukh v. Seagate Tech. (Fed. Cir. 2015) (en banc petition).

101) 선의 구매자로 인정받기 위해서는 대가를 지불하여야 하고 선행 양도에 대하여 알지 못하여야 한다. Parker Tresemer, *Best Practices for Drafting University Technology Assignment Agreements after Filmtec, Stanford v. Roche, and Patent Reform*, 2012 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 347, 363-64 (2012) ("To be considered a bona fide purchaser for valuable consideration under

이중양도에도 위험이 존재하게 된다.[102] 이러한 위험을 줄이기 위하여 미국 특허법 제261조는 회사가 직무발명을 승계받은 후 3개월 이내에 그 승계를 특허청에 등록(recordation)하면 선의취득자에게 대항할 수 있다고 규정하고 있다.[103][104] 회사가 승계 후 3개월 이내에 특허출원의 형태로 등록을 하면 이중양도의 위험으로부터 안전하지만 실무에서는 3개월 이내에 특허출원을 하지 못할 가능성이 있으므로 이중양도의 위험으로부터 완전히 자유롭지는 못하게 된다.[105][106] 그런 견지에서 미국의 3개월 유예기간(grace period) 제도는 이중양도의 위험을 줄이기는 하여도 완전히 해소하지는 못한다.

나. 독일의 직무발명 승계제도

(1) 구 독일 제도

직무발명 관련 특허출원권의 승계에 관하여 (회사와 종업원의 계약에 맡기지 않고) 법률이 규정한 국가는 독일이 대표적이다. 독일 구 종업원발명법(2009년 개정 전)에 의하면, 종업원의 직무발명 신고가 있은 후 4개월 이내에 회사가 문서로 권

Section 261, a subsequent purchaser must satisfy two requirements. First, the subsequent assignee must in fact be a purchaser for valuable consideration. . . . Second, a subsequent assignee must be without notice of any prior assignment.”).

102) 악의취득자가 선의의 라이선시에게 라이선스계약을 체결하였다. 그 라이선스계약은 유효한가? Heidelberg Harris, Inc. v. Loebach, 145 F.3d 1454, 1458 (Fed. Cir. 1998)(선의의 라이선시가 라이선서(악의취득자)의 악의를 몰랐다면 그 라이선스계약은 특허권자에게 유효한 것이라는 판시). Cf. Rhone Poulenc Agro, S.A. v. DeKalb Genetics Corp., 284 F.3d 1323, 1334 (Fed. Cir. 2002).

103) 35 USC § 261 (“An assignment, grant or conveyance shall be void as against any subsequent purchaser or mortgagee for a valuable consideration, without notice, unless it is recorded in the Patent and Trademark Office within three months from its date or prior to the date of such subsequent purchase or mortgage”).

104) Peter M. Gilhuly, et al., *Intellectually Bankrupt?: The Comprehensive Guide to Navigating IP Issues in Chapter 11*, 21 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1, 50 fn. 289 (2013) (“For patents and registered trademarks, filing with the United States Patent and Trademark Office, while not strictly necessary for perfection, puts subsequent bona fide purchasers, licensees and secured parties on notice of the licensee's security interest and is therefore advisable.

105) Parker Tresemer, supra, at 379 (“First, under § 261, a bona fide purchaser for value voids any prior assignment of rights if that prior assignee, in this case a university, fails to record the prior assignment in the Patent and Trademark Office within three months from the date of the assignment or prior to the date of the subsequent bona fide purchase.”).

106) 직무발명의 승계와 관련하여 선의취득자 법리를 따진 사례: Board of Trustees of Leland Stanford Junior University v. Roche Molecular Systems, Inc., 583 F.3d 832, 843-44 (Fed. Cir. 2009).

리청구를 하여야 하고,[107] 그 청구로 특허출원권은 회사에 승계되었다.[108] 4개월 이내에 승계의사를 통지하지 않으면, 해당 직무발명은 소위 '자유화발명'이 되었다.[109] 자유화발명에 대하여는 (자유발명과 달리), 종업원이 "제18조의 발명에 대한 통지의무와 제19조의 발명을 사용자에게 우선 제공할 의무"를 부담하지 않았다.[110] 회사가 실수로(by mistake) 4개월 이내에 승계의사를 통지하지 않은 경우 대상 직무발명은 자유화발명이 되므로 회사는 승계의사 통지에 만전을 기해야 했었다. 구 독일 제도는 현행 우리 제도와 유사하다고 생각된다. 우리나라에서도 이미 2007년 이래 이 제도에 대하여 비판이 있었듯이,[111] 독일에서도 유사한 비판이 있었을 것이 예상되고,[112] 그래서 2009년 법이 개정된다.

(2) 신 독일 제도

개정 신 종업원발명법(2009년 10월 19일 발효)에 의하면 종업원이 직무발명을 신고하면 회사가 4개월 이내에 '불승계'를 통지하지 않는 경우 그 직무발명을 회사가 승계하는 것으로 본다.[113] 그 4개월 기간 중에 승계할 것임을 통지할 수도 있고, 그 경우에는 종업원이 그 통지를 받는 때가 승계시점이 된다.[114] 4개월 기간 중 회사가 인도청구권을 행사하는 경우에는 인도청구권의 의사표시가 종업원에게 도달함과 동시(승계시점)에 직무발명에 관한 모든 권리는 사용자에게 승계된다(독일 종업원발명법 제7조 제1항). 신고된 직무발명은 대부분[115] 회사에 승계된다는 점에 근거하여 회사가 별도의 조치를 취하지 않으면 신고된 직무발명을 승계하는

---

107) 독일 종업원발명법 제6조 제2항.

108) 독일 종업원발명법 제7조 제1항.

109) 신혜은 교수(2004년 당시 변리사)는 애초부터 직무발명이 아닌 발명을 '자유발명'이라고 부르고, 애초 직무발명이었으나 회사가 승계하지 않는 발명을 '자유화발명'이라고 구분하여 칭하였다. 영리하고 간편한 구분방법이라고 생각된다. 신혜은, "각국 직무발명제도의 비교법적 연구를 통한 직무발명제도 개선방안", 고려대학교 석사학위논문, 2004.

110) 상동, 104면.

111) 정차호, "2006년 개정 직무발명제도의 제문제점 및 재 개정방안", 「창작과 권리」, 세창출판사, 2007. 9월호.

112) BT-Plenarprot. 16/200 S. 21702 [A](박영규, 앞의 논문에서 재인용).

113) 독일 종업원발명법 제6(2)조 ("Die Inanspruchnahme gilt als erklärt, wenn der Arbeitgeber die Diensterfindung nicht bis zum Ablauf von vier Monaten nach Eingang der ordnungsgemäßen Meldung (§ 5 Abs. 2 Satz 1 und 3) gegenüber dem Arbeitnehmer durch Erklärung in Textform freigibt."). <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229680>.

114) McDermott Will&Emery, *Patent Ownership in Germany: Emploers v Employees*, p. 6, figure 2. <http://www.mwe.com/files/Uploads/Documents/Pubs/White_Paper_Patent_Ownership_Germany.pdf>.

115) 신고된 직무발명을 회사가 자발적으로 승계하지 않는 비율(불승계율)이 얼마나 될까? 5%? 10%?

것으로 하고, 승계하지 않는 예외적인 경우에만 회사가 그 불승계를 통지하면 된다. "사용자는 직무발명에 대한 인도청구를 명확하게 할 것인지의 여부(제6조 제1항), 요건을 구비한 신고의 도달 후 4개월 이내에 직무발명에 대한 인도청구를 하지 않아, 즉 침묵하여 결과적으로 인도청구와 동일한 효과를 의도할 것인지의 여부(제6조 제2항), 직무발명에 대한 인도청구를 명확하게 포기하여 자유[화]발명으로 전환하게 할 것인지의 여부를 자유롭게 결정할 수 있게 되었다(제8조)."[116]

개정 신 종업원발명법 제7조 제2항은 사용자가 인도청구권을 행사하기 이전에 종업원이 당해 발명을 '처분'하는 경우에 사용자의 권리를 침해하는 한도에서 사용자에 대해서는 처분의 효력이 없는 것으로 규정하고 있다.[117] 이는 상대적 처분금지 조항으로 직무발명이라는 재산권에 영향을 미치는 양도, 포기, 실시권 허여 등이 동 조항이 규정하는 처분에 해당하고,[118] 선의의 구매자를 보호하는 독일 민법 제135조 제2항[119]에 상응하는 규정이 독일 종업원발명법에는 없기 때문에 선의의 구매자는 보호되지 않고, 경우에 따라서는 사용자가 종업원에게 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 할 수도 있다.[120] 그러므로, 선의의 구매자가 발명에 관한 권리를 이전받는 계약을 하는 경우, 상대방 발명자가 현재 또는 과거에 어떤 회사의 종업원인지 여부 및 대상 발명이 직무발명인지 여부를 면밀하게 검토하여야 한다. 이전의 제도는 직무발명의 선의의 구매자에게의 양도로 인한 위험을 회사가 부담하였는데 현재의 제도는 그 위험을 선의의 구매자가 부담하도록 하고 있다. 이러한 법 개정으로 인하여 독일 회사는 직무발명 승계로 인한 위험으로부터 자유로워졌다고 생각된다.

다. 일본의 직무발명 승계제도

---

116) 박영규, "독일의 종업원발명법", 「직무발명제도해설」, 한국특허법학회 편, 2015, 박영사, 18면.

117) Verfügungen, die der Arbeitnehmer über eine Diensterfindung vor der Inanspruchnahme getroffen hat, sind dem Arbeitgeber gegenüber unwirksam, soweit seine Rechte beeinträchtigt werden.

118) Bartenback/Volz, Arbeitnehmererfindergesetz, 4.Aufl. Carl Heymanns Verlag, 2002, § 7 Rdn. 61 (박영규, 앞의 논문에서 재인용).

119) 독일 민법 제135조(법률상의 양도금지)
(1) 어떠한 목적물에 대한 처분이 특정한 사람의 보호만을 목적으로 하는 법률상의 양도금지에 반하는 경우에, 그 처분은 그 사람에 대하여서만 효력이 없다. 강제집행 또는 가압류에 의하여 행하여지는 처분은 법률행위에 의한 처분과 동시된다.
(2) 권리를 무권리자로부터 취득하는 사람을 위한 규정은 이 경우에 준용된다.

120) Bartenback/Volz, a.a.O. § 7 Rdn. 62, 65(박영규, 앞의 논문에서 재인용).

(1) 구 일본 제도

2015년 개정(平成27年7月10日, 법률 제55호) 전 일본은 우리나라와 비슷한 직무발명 승계제도를 두고 있었다. 즉, 종업원이 직무발명을 신고하고 회사가 승계절차를 밟아야 비로소 승계가 되며 그 승계와 별도로 선의의 구매자에게 이중양도가 되는 경우 그 구매자에게 대항할 수 없는 상황이 발생하는 것이다.[121]

(2) 신 일본 제도

구 일본 제도에 대한 문제점이 인지되었고,[122] 그에 따라 지적재산전략본부,[123] 경제단체연합회,[124] 변리사회[125][126] 등에서 직무발명에 사용자주의 도입을 촉구하였고, 그 촉구 등에 기초하여 일본 의회는 특허법을 개정하게 된다. 일본의 2015년 개정 특허법(平成27年7月10日, 법률 제55호)은 발명자주의에 따른 회사의 권리취득의 불안정을 해소하기 위하여[127] 사용자주의를 도입하였으며, 동 개정법에 따라 회사가 직무발명 보상에 대한 규정을 먼저 마련하고 그 후 근무규칙, 계약 등에서 회사에게 특허출원권이 귀속된다고 정하는 경우, 그 특허출원권은 직무발명이 '완성된(발생된)' 시점부터 회사에게 원시적으로 귀속된다.[128][129] 이러한 (부분적) 사용자주의 도입으로 인하여 일본에서는 직무발명 승계에 관한 위험이 제거되었다.

일본의 이러한 '사실상 사용자주의'의 사례는 오스트리아에서도 발견된다. 오스트리아 특허법에 의하면 회사와 종업원 간의 서면합의가 있는 경우 그 합의에 따

---

121) 실제 발생한 카토우에機(カトウエ機) 주식회사 사건(지적재산고등재판소 平成22년 2월 24일 선고 평성21(ネ)10017호 사건)에 대한 간단한 설명은 다음 참고: 원세환·정차호, 앞의 논문, 350-351면.

122) 일본 2015년 법 개정의 배경에 대하여는 다음 글 참고: 김동엽, "일본의 직무발명제도", 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회, 박영사, 2015, 63-64면, 68면.

123) 「지적재산추진계획(知的財産推進計画) 2014」, 2014년 7월 4일.

124) 榊原定征 회장의 사용자주의 도입 촉구, 2014년 10월 8일. <http://www.jiji.com/jc/c?g=eco_30&k=2014100800827>.

125) 일본 변호사회 「산업구조심의회 지적재산분과회 특허제도 소위원회」, 2014년 10월 9일. <http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion_141009.pd>.

126) <http://www.jpaa.or.jp/activity/appeal/2014/261016_appeal.pdf>.

127) 기업이 특허를 원활하고 안정적으로 취득하도록 하여 기업 경쟁력을 도모하는 것이 동 개정의 목적이다. <http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/pdf/tokkyohoutou_kaiei_270710/02.pdf>.

128) 일본 특허법 제35조 제3항("従業者等がした職務発明については、契約、勤務規則その他の定めにおいてあらかじめ使用者等に特許を受ける権利を取得させることを定めたときは、その特許を受ける権利は、その発生した時から使用者等に帰属するものとすること.").

129) <http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/tokkyohoutou_kaiei_270710.htm>.

라 회사가 직무발명을 소유할 수 있고, 그러한 합의가 없는 경우 종업원이 직무발명을 소유한다.[130] 회사는 당연히 서면합의를 원할 것이므로 오스트리아에서는 사실상 사용자주의가 적용된다고 말할 수 있다.

라. 소결

발명자주의를 취하는 국가의 회사는 직무발명에 관한 권리를 취득함에 있어서 어려움 및 위험을 어느 정도는 감수하게 된다. 그러한 어려움 및 위험을 제거 또는 관리하기 위하여 미국, 독일 및 일본은 각각 다른 방법을 선택하였다. 미국은 발명자주의를 고수하면서도[131] 특허출원권의 승계시점을 발명의 완성시점 등으로 자유롭게 정할 수 있도록 하여 관련 위험을 낮출 수 있도록 하고 있다. 독일은 직무발명의 승계시점은 직무발명 신고로부터 4개월 또는 승계의사 통지의 때로 하지만, 선의의 구매자에게의 이중양도가 있는 경우 회사가 보호되고 그 구매자가 보호되지 않도록 하여 관련 위험을 줄이고 있다. 일본은 아예 발명자주의를 포기하고 사용자주의로 전환하여 관련 위험을 원천적으로 방지하고 있다. 그렇다면 이러한 미국, 독일, 일본의 사례를 참고하여 우리 직무발명 승계제도를 개선할 필요가 있다.

IV. 직무발명 승계제도 개선방안

1. 승계의사 자동통지 인정

현행 승계의사 통지제도에 의하면 회사가 직무발명 승계에 대하여 4개월 이내에 통지하지 않는 경우 그 직무발명은 종업원의 자유화발명이 되고 사용자는 그 발명에 대하여 무상의 통상실시권 조차도 가지지 못한다. 통지실패의 가능성을 차단하기 위하여 자동통지가 가능하도록 제도가 변경되어야 한다.

누군가는 "승계의사를 통지하면 그뿐이지 그것이 왜 문제가 되느냐"고 반문할

---

130) Rainer Herzig, Chapter 3. Austria, 1 Trade Secrets Throughout the World § 3:30 (2015) ("The area of employee inventions is dealt with in sections 6 to 19 of the Patent Act. Employees may own their inventions unless there is a written agreement to the contrary. Contracts between employer and employee may provide that the employer owns the invention or is entitled to use it, if it was a 'job-related invention.' Such contracts have to be in writing.").

131) 미국 특허제도는 토머스 제퍼슨 이래 발명자 보호를 특허제도의 매우 중요한 목적으로 삼고 있다. *Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson* (Aug. 13, 1813), in 13 *The Writings of Thomas Jefferson* 326, 334-35 (recited by Ryan Desisto, *Vermont vs. The Patent Troll: Is State Action a Bridge Too Far?*, 48 Suffolk U. L. Rev. 109, fn. 23 (2015)).

수 있다. 그런데, 승계의사를 발명자에게 통지하는 것이 때로는 매우 어려운 작업이 된다. 직무발명의 경우, 대부분 복수 명이 공동발명을 하게 되므로 그 여러 명의 공동발명자에게 각각 통지를 하여야 한다. 퇴사를 한 경우, 이민을 간 경우, 육아휴직을 간 경우, 입원한 경우 등에도 어김없이 통지를 하여야 한다. 현행 규정은 통지를 하지 않는 경우 예외 없이 해당 발명이 자유화발명이 되는 것으로 규율하고 있다. 그래서 많은 회사는 승계의사 통지가 자동으로 이루어지도록 시스템을 갖추기도 한다. 그런데, 발명자가 퇴사하여 이전의 회사 이메일 주소를 더 이상 사용하지 않는 경우, 자동통지 시스템에 오류가 발생한 경우 등에는 여전히 사고가 발생할 수 있다. 회사의 특허팀 담당자가 이러한 불안에 떨게 할 필요가 없다.

승계의사 통지의 건수도 상당하다. 매년 20만건의 특허출원이 출원된다고 가정하고,[132] 전체 특허출원 중 80% 이상이 직무발명이라고 가정하고,[133] 모든 직무발명이 100% 특허출원된다고 가정하고, 직무발명의 공동발명자가 평균 2명이라고 가정하면, 대한민국의 모든 회사는 1년간 36만건(20만건×80%×2명)의 승계의사 통지를 하여야 하는 것이다. 만약, 우리나라가 신 독일제도를 채택하고 불승계율(승계하지 않는 비율)이 10%이라고 가정하면 36,000건에 대하여만 불승계 통지를 하고 나머지 324,000건에 대하여는 별도의 통지를 하지 않아도 되는 것이다.[134]

2. 조기 승계시점의 합의

직무발명의 승계시점은 여러 면에서 매우 중요하다.[135] 미국의 경우 승계시점이 ① 입사 당시 사규 또는 계약에 서명한 때(미래 발명에 대한 현재 승계), ② 발명을 한 때(발명 시 승계),[136] ③ 직무발명을 신고한 때(직무발명 신고 시 승계)[137]

---

132) 2014년 중 특허는 210,292건, 실용신안은 9,184건이 출원되었다. 특허청, 지식재산통계 FOCUS 통권 5호, 2015. 5., 1면.

133) William P. Hovell, *Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention*, 58 Notre Dame L. Rev. 863, 863 (1983) ("Eighty-four percent of American patents are awarded to employed inventors . . ."); A. Samuel Oddi, *Beyond Obviousness: Invention Protection in the Twenty-First Century*, 38 Am. U. L. Rev. 1097, 1136 n.219 (1989) (직무발명의 비율이 80-90%일 것으로 추정한다는 설명).

134) 관련된 통계는 아직 없는 것으로 생각되는데, 필자는 직무발명 불승계율이 10%를 넘지 않을 것으로 추측한다. 참고로, 최근 삼성전자에서는 특허출원 품질관리로 인하여 불승계율이 상당히 높다고 한다.

135) 문선영, 앞의 논문, 204면("또한 이 시점은 종업원의 직무발명보상금청구권의 발생시점으로 특단의 사정이 없는 한, 동 권리의 소멸시효 기산일의 기준이 될 수 있는 중요한 시점이다."); 209면("발명자인 종업원의 출원이 무권리자의 출원인지 여부는 결국 직무발명의 승계시점에 따라서 달라질 것으로 생각된다.").

또는 ④ 회사가 승계 사실을 서면 통지한 때(현행 우리 제도)[138] 등에서 사규 또는 계약에 의하여 자유롭게 결정할 수 있도록 하고 있다. 위와 같은 4개의 경우 중 첫 번째 경우가 회사에 가장 유리하므로 회사는 당연히 그것을 채택하고 그 내용에 따라 종업원과 계약한다.

우리 발명진흥법을 개정하여 직무발명의 승계시점을 앞당길 필요가 있다. 권리승계의 시점에 따라서 권리의 우선관계가 바뀔 수 있으므로, 회사의 입장에서는[139] 직무발명의 승계시점이 빠르면 빠를수록 좋다.[140] 우리나라에서 제시될 수 있는 방안은 ① 미래 발명에 대한 입사 당시의 승계, ② 발명완성 시 승계, ③ 직무발명 신고 시 승계의[141] 3가지 정도가 있을 수 있다. ① 및 ② 방식의 승계를 발명 전 승계계약(pre-invention assignment agreement) 또는 사전승계계약(preassignment agreement)이라고 칭하는데, 고용기간 중 창출될 직무발명을 승계하기로 '미리' 합의하는 고용계약을 말한다.[142]

---

136) ① 또는 ② 방법에 의하면, 발명자에 의하여 제출되는 직무발명신고서는 그러한 승계를 확인하고, 공동발명자간의 지분을 확인하는 정도의 기능만을 가지게 될 것이다.

137) ③ 방법에 의하면 직무발명신고서에는 다음과 유사한 표현이 포함될 수 있을 것이다. "본인 발명자는 상기 특정된 발명에 관한 일체의 권리를 신고일 현재 일자로 회사에 승계함을 확인합니다."

138) 현행 우리 발명진흥법에 의한 승계약정은 미래발명에 대한 미래승계의 현재 약정이라고 할 수 있다. 약정은 현재 이루어지지만 승계는 미래에 창출되는 발명에 대하여 사용자가 승계의사를 발명자에게 통지하는 미래에 이루어지는 것이다.

139) 사용자 입장에서 보다 더 좋은 방안은 특허출원권이 원시적으로 사용자에게 귀속되게 하는 것이다. 노동법의 이론에 따라 이렇게 (발명자주의가 아니라) 사용자주의를 채택한 국가도 있다. 미국 저작권법은 제101조에서 업무상저작물(work made for hire)을 정의하고, 제201(b)조에서 업무상저작물에 관한 권리가 원시적으로 사용자에게 귀속된다고 규정하고 있다. 우리 저작권법 제9조("법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다.")도 마찬가지다.

140) 종업원으로부터 사용자에게로의 유효한 예약승계가 있은 후, 종업원이 선의의 제3자에게 이중양도를 한 경우, 사용자의 권리는 어떤 영향을 받는가? 조광훈, "직무발명의 이중양도에 관한 연구—특허를 받을 수 있는 권리의 이중양도를 중심으로—,"「지식재산21」, 특허청, 2008년 10월호, 71면("다만, 종업원이 사용자에게 예약승계하고도 사용자가 아닌 제3자에게 양도하는 것은 당연 무효인 반사회질서에 해당하는 행위로 법률효과가 발생하지 않을 뿐이다"). 미국 특허법 261조 참고.

141) 직무발명 신고 시 승계되는 점을 명확하게 하기 위하여 직무발명신고서에 "본 신고인은 본 신고서를 회사가 접수하는 것이 위 제시된 직무발명을 회사가 승계하는 법률행위임을 인정한다."는 표현을 두어서 직무발명신고서 접수 행위가 회사의 승계의사통지를 대신하도록 하여 별도의 승계의사 통지 절차가 필요하지 않도록 할 수 있다.

142) Donald J. Ying, *A Comparative Study of the Treatment of Employee Inventions, Pre-Invention Assignment Agreements, and Software Rights*, 10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 763 (2008) ("A pre-invention assignment agreement is an agreement in an employment contract whereby the employee agrees to assign to the employer rights to the intellectual property that the employee produces during the period of employment.").

위 ① 또는 ② 방안이 계약법 및 재산권법에 따라 유효한 것인지에 대하여는 여러 가지 논쟁의 여지가 있고,[143][144] 그러한 논쟁의 가능성을 배제하기 위해서 ① 또는 ② 방안은 채택하지 않는 것이 관련 연구가 없는 현재로서는 현명하다. ③ 방안에 따른 개선방안은 다음과 같이 제시될 수 있다.

구분	현행 우리 제도	신 독일 방식	필자안 1	필자안 2
통지 방법	반드시 문서 통지	문서(document)는 물론 문자(text)로 통지 가능	발명진흥법 제13조 제1항 본문의 규정에 "다만, 사용자등은 별도로 승계하지 아니한다는 통지를 하지 않는 경우 일반적으로 모두 승계를 하는 것으로 한다는 규정을 둘 수 있다"는 단서를 삽입	"제12조에 따라 통지를 받은 사용자등은 그 통지의 접수를 직무발명 승계의사로 갈음할 수 있다"는 규정을 신설
승계 시점	승계의사 통지시 승계	4개월 경과시 승계 또는 승계의사의 종업원에게의 도달시 승계	독일 방식과 유사한 효과 구체적인 규정은 근무규정 등에 일임	직무발명신고서 접수 시 승계

3. 직무발명 이중양도의 문제 해소

직무발명의 승계가 빠르면 빠를수록 회사에 유리하기는 하지만[145] 그것만으로는 회사가 이중양도의 위험으로부터 완전히 자유로울 수 없다. 그런 견지에서 이중양도의 위험을 완전히 차단하기 위해서는 사용자주의의 도입이 필요하다. 사용자주의에 의하면 특허를 받을 수 있는 권리를 회사가 원시적으로 취득하므로 종업원은

143) 유효하다는 점에 대한 설명: Evelyn D. Pisegna-Cook, *Ownership Rights of Employee Inventions: The Role of Preinvention Assignment Agreements and State Statutes*, 2 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 163, 164 (1994) ("Although courts generally enforce preinvention assignment agreements, they have been struck down under certain factual circumstances.").

144) 유효함을 인정받지 못하는 경우에 대한 설명: *Id.* at 174-75 & 177.

145) 회사가 먼저 특허출원을 하면 그 후의 선의의 제3자에게 대항할 수 있다. 특허법 제38조 제1항 ("특허출원 전에 이루어진 특허를 받을 수 있는 권리의 승계는 그 승계인이 특허출원을 하여야 제3자에게 대항할 수 있다.").

단 한순간도 동 권리를 소유하지 못하게 되고 그 종업원이 직무발명을 제3자에게 양도하더라도 그 양도는 이중양도를 형성하지 못하고 권리가 없는 무효의 양도가 되는 것이다.[146]

그러나, 사용자주의가 중소기업에서 근무하는 종업원에게 매우 불리할 수 있다. 즉, 중소기업에서의 직무발명에 대하여 중소기업 대표가 본인의 명의로 특허출원을 하고 보상을 하지 않는 사례가 많기 때문에 사용자주의가 종업원의 권리를 침해할 수 있다고 본다. 이와 관련하여 일본의 새로운 사용자주의는 종업원의 직무발명에 대한 권리를 사용자가 원시적으로 취득하고자 하는 경우 해당 기업이 먼저 직원(대표)과 협의 후 보상기준을 협의하여야 하고 종업원이 협의된 보상내용에 대하여 불만을 가지는 경우 이의제기를 할 수 있는 절차를 마련하여야 하도록 하고 있다.[147] 이러한 사전 안전장치가 있다면 중소기업에서도 종업원의 권리가 추가적으로 침해되는 것은 아니라고 생각되고, 그러한 제도가 중소기업이 직무발명 보상제도를 도입케 하는 촉매제가 될 것으로 생각된다.

필자가 2006년 법 개정에 간접적으로 관여한 경험에 의하면 (일본과 같은 안전장치를 둔다고 하여도) 사용자주의로 전환하는 법 개정은 노동자 단체의 강한 반대에 직면할 것이 예상된다. 그런 반대를 극복하기가 어렵다고 판단되는 경우, 발명자주의를 유지하면서 이중양도의 위험을 최소화 하는 방안을 모색할 수 있다. 첫째, (신 독일방식과 유사하게) 발명진흥법에 선의의 구매자를 보호하지 않는 특별한 규정을 신설할 수 있을 것이다. 둘째, 직무발명의 승계시점을 종업원과 사용자의 합의에 따라 결정할 수 있게 하고, 특히, 직무발명신고서 접수시를 승계시점으로 책정할 수 있고, 나아가 선의의 구매자를 보호하지 않는 특별한 규정을 신설할 수 있을 것이다. 결론적으로 필자는 아래 개선방안 2를 선호하되, 개선방안 1에도 찬성한다.

구분	개선방안1 (신 독일식)	개선방안2 (필자안)
승계시점	4개월 경과시 또는 승계통지의 도달시	합의에 따름 (직무발명신고서 접수시 가능)
이중양도 문제 해결	선의 구매자를 보호하지 않는 특별규정 신설	선의 구매자를 보호하지 않는 특별규정 신설

146) 업무상저작물의 경우 예약 승계 없이 사용자의 원시 취득을 인정한다.
147) <http://www.nikkei.com/article/DGXLASFS14H71_U5A910C1EE8000/>.

V. 결론

이 글은 직무발명의 승계와 관련하여 현행 제도가 ① 승계의사를 반드시 문서로 통지하여야 한다는 점, ② 승계의사를 통지한 때에 승계가 된다는 점, ③ 4개월 이내에 승계의사를 통지하지 않으면 대상 직무발명이 자유화발명이 된다는 점, ④ 제3자에게의 이중양도로 인한 위험이 상존한다는 점으로 인하여 회사에게 매우 불편하고 위험하다는 점을 지적하였다. 그러한 불편과 위험을 제거 또는 감소하기 위한 방안을 모색하기 위하여 이 글은 독일, 미국 및 일본의 사례를 비교, 분석하였다. 그에 따라, 이 글은 자동승계를 인정하는 방안, 승계시점을 앞당기는 방안, 이중양도의 위험을 제거하는 방안을 제안한다. 향후, 이에 관한 입법을 통하여 회사의 불편과 위험이 제거 또는 감소되기를 기대한다.

이 글이 제안한 개선방안 외에 차후 회사의 관련 내규 또는 규정을 위반한 종업원에게의 벌칙을 강화하는 규정을 신설하는 방안을 강구할 수 있을 것이다. 직무발명을 즉시 신고를 하지 않은 경우, 비밀유지의무를 위반한 경우, 출원·등록, 라이선스 등에 협조하지 않은 경우 등에는 그러한 사정을 보상금 산정에 감안할 수 있어야 하고 본인의 무단출원, 제3자에게의 이중양도의 경우에는 (회사가 결과적으로 그 권리를 회수하는지 여부와 무관하게) 종업원이 보상금 청구권을 상실한다고 규정하여야 한다.[148]

(논문투고일 : 2015.11.09, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.15)

정 차 호

직무발명, 승계제도, 승계시점, 승계통지, 승계실패, 이중양도, 선의의 구매자

148) 비슷한 의견: 조광훈, 앞의 글, 93면("제3자에게 무단 양도하였다면 이는 사용자에 대한 채무불이행이자, 권리남용에 의한 불법행위에 해당한다. 따라서 이러한 종업원의 이중양도에 따른 불법행위로 말미암아 자동적으로 권리자의 지위에서 배제된다고 보아야 하며 법에서도 이를 당연히 배제시켜야 한다.").

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 자료

김동엽, “일본의 직무발명제도”, 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회, 박영사, 2015.

김병일, “특허법상의 직무발명제도 및 그 문제점”,「연세법학연구」6집 1권, 연세법학연구회, 1999.

김운호, “특허법 제33조 해설”,「특허법 주해 I」(정상조·박성수 편저, 박영사, 2010).

박영규, “독일의 종업원발명법”, 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015.

신지연, 「대학·공공연구기관의 연구개발 아이디어 확보방안 및 직무발명과 기술유출 방지에 관한 정책개발」, 특허청 연구용역 보고서, 2009.

신혜은, “각국 직무발명제도의 비교법적 연구를 통한 직무발명제도 개선방안”, 고려대학교 석사학위논문, 2004.

문선영, “직무발명에 대한 발명자의 특허출원과 업무상 배임죄의 성립여부”, 「법학논총」 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013.

원세환·정차호, “직무발명 이중양도 관련 발명진흥법 개정방안”, 「성균관법학」 제24권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

윤선희, 「특허법」 제5판, 법문사, 2012.

이승길, “기업의 직무발명과 그 보상에 관한 연구,”「노동법 연구」, 2002 하반기 제13호, 서울대학교 노동법 연구회, 2002.

임호, “판례연구: 특허를 받을 수 있는 권리의 묵시적 승계 -대법원 2011.7.28. 선고 2010도12834 판결을 중심으로-”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013.

정차호, “2006년 개정 직무발명제도의 제문제점 및 재 개정방안”, 「창작과 권리」, 세창출판사, 2007. 9월호.

조광훈, “직무발명의 이중양도에 관한 연구 ―특허를 받을 수 있는 권리의 이중양도를 중심으로―”,「지식재산21」, 특허청, 2008년 10월호.

조영선, “특허를 받을 수 있는 권리(발명자권)의 위상 검토와 제언”, 「고려법학」 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011.

특허청, 지식재산통계 FOCUS 통권 5호, 2015.

특허청, “직무발명제도 이렇게 바뀌었습니다”, 2006.
한국특허법학회 편, 「직무발명제도 해설」, 박영사, 2015.

Ⅱ. 국외 자료

A. Samuel Oddi, Beyond Obviousness: Invention Protection in the Twenty-First Century, 38 Am. U. L. Rev. 1097 (1989).

Anja Petersen-Padberg & Markus Georg Müller, Reform of the German Act on Employees' Inventions as of 1 October 2009: Companies' Rights to Inventions Have Been Expanded, Newsletter (Hoffman Elite) Feb 17, 2010.

Christopher Heath, Japan: Patent Act, sec.35; Horei, art.7 - "RW Laser Disk", IIC 2008, 39(6), 733.

Colin Bodkin, Patent Law in Australia, 2nd ed., Thomson Reuters, 2014.

Donald J. Ying, A Comparative Study of the Treatment of Employee Inventions, Pre-Invention Assignment Agreements, and Software Rights, 10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 763 (2008).

Evelyn D. Pisegna-Cook, Ownership Rights of Employee Inventions: The Role of Preinvention Assignment Agreements and State Statutes, 2 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 163 (1994).

Fernand De Visscher and Filip Van Elsen, Chapter 4. Belgium, 1 Trade Secrets Throughout the World § 4:13 (2015).

Marc A. Lieberstein, Employers Beware: Will You Own Your Employee'S Inventions?, 1 Hastings Bus. L.J. 183 (2005).

Parker Tresemer, Best Practices for Drafting University Technology Assignment Agreements after Filmtec, Stanford v. Roche, and Patent Reform, 2012 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 347 (2012).

Peter M. Gilhuly, et al., Intellectually Bankrupt?: The Comprehensive Guide to Navigating IP Issues in Chapter 11, 21 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1 (2013).

Rainer Herzig, Chapter 3. Austria, 1 Trade Secrets Throughout the World § 3:30 (2015).

Robert P. Merges, The Law and Economics of Employee Inventions, 13 Harv. J.L. & Tech. 1 (1999).

Ryan Desisto, Vermont vs. The Patent Troll: Is State Action a Bridge Too Far?, 48 Suffolk U. L. Rev. 109 (2015).

Stephen T. Black, Psst! Wanna Buy a Bridge? IP Transfers of Non-Existent Property, 31 Ga. St. U. L. Rev. 523 (2015).

Sture Rygaard and Michael Hopp, Chapter 10. Denmark, 1 Trade Secrets Throughout the World § 10:21 (2015).

Toshiko Takenaka, Serious Flaw of Employee Invention Ownership under the Bayh-Dole Act in Stanford v. Roche: Finding the Missing Piece of the Puzzle in the German Employee Invention Act, 20 Tex. Intell. Prop. L.J. 281 (2012).

William P. Hovell, Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention, 58 Notre Dame L. Rev. 863 (1983).

William P. Hovell, Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention, 58 Notre Dame L. Rev. 863 (1983).

Yunjoo Lee & Malcolm Langley, Employees' inventions: statutory compensation schemes in Japan and the UK, E.I.P.R. 2005, 27(7), 250.

Abstract

Improvement Proposals for Employee Invention Assignment System

Chaho JUNG

This paper criticizes that current 2015 employee invention assignment system has the following problems. First, after receiving a report of an employee invention by the inventor-employee, the employer must give a document notification to the employee regarding its intent to assign within four months after receiving the report. If the employer fails to do so, the employee invention becomes a free invention and the employer does not have any right. In other words, the employer bears relevant risk of notice failure. Second, when the notification is arrived to the employee, the employee invention is being assigned at that time. Because of this strict provision, the employer cannot set an earlier assignment time. Third, if the employee, before or after the assignment to the employer, assigns the same employee invention to a third party bona fide purchaser for value, the third party can have priority on the employee invention.

To avoid above-specified problems, this paper comparatively studies relevant systems of the U.S.A., Germany and Japan. Germany and Japan recognized such problems and the latter transformed from the inventor system to the employer system and the former has introduced a new system, under which notification failure is impossible and risk of dual assignment is being prevented. This paper preferably proposes to introduce a Japanese-style employer system and as a second alternative to introduce the following German-style system. First, the assignment time of an

employee invention can be decided by an agrement between the employer and the employee, and for one example, the employee invention report time could be the assignment time. Second, to avoid risk of dual assignment, shall be introduced a special provision which does not protect a bona fide purchaser for value.

Chaho JUNG

Employee Invention, Service Invention, Assignment System, Assignment Time, Notification of Assignment, Notification Failure, Dual Assignment, Bona Fide Purchaser for Value

유엔해양법협약에 있어 신속한 석방에 관한 법적 쟁점*

이 창 열**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 관할권 및 수리가능성 판단
1. 관할권 판단에 있어 선박의 국적
2. 수리가능성에 관한 주요쟁점
3. 협약 제290조에 의한 잠정조치로써의 신속한 석방
Ⅲ. 보석금 또는 다른 재정적 보증금 산정 기준
1. 금액, 성격, 방식
2. 혐의의 중대성, 최고 벌금액, 그리고 선박 및 화물의 가치
3. 적법행위의 담보를 위한 보석금 또는 행위 부과
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

유엔해양법협약은 회원국에게 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증이 예치된 경우 체포된 선박 및 선원을 신속하게 석방해야할 일반적 의무를 부여하고 있지는 않다. 협약 제292조는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증이 예치된 경우 즉시 석방 해야 할 다음과 같은 의무 규정을 위반하였다는 혐의가 주장되는 경우에 한하여 강제 분쟁해결절차가 즉시석방 문제를 다룰 수 있도록 규정하고 있다. 첫째, 배타적경제수역에서 연안국의 생물자원 탐사·개발·보존 및 관리하는 주권적 권리의 행사를 위해 채택한 국내법을 위반한 선박을 나포한 경우(협약 제73조 제2항), 둘째, 영해 및 배타적경제수역을 항행중인 선박이 배타적경제수역에서 선박으로부터의 오염의 방지, 경감 및 통제를 위하여 제정한 국내법을 위반하여 위반 선박을 나포한 경우(협약 제220조 제7항, 제226조 제1항(b)) 신속한 석방 의무를 규정하고

* 본 논문은 한국해양과학기술원에서 수행하고 있는 「PE99355」연구사업과 2015년 해양수산부 재원으로 한국해양과학기술진흥원의 지원을 받아 수행된 연구(관할해역 해양지질 및 지구조 연구)의 지원으로 연구되었으며, 본문의 내용은 한국해양과학기술원의 공식적 입장과는 무관하며 전적으로 개인적 견해임을 밝힙니다.
** 한국해양과학기술원 선임연구원, 국제법 박사.

있다.

협약의 신속한 석방과 관련한 다양한 문제에 대하여 국제해양법재판소는 상당히 종합적인 법리를 발전시켜왔다. 그러나 선행연구들은 이들 각 사건들에 대한 개별 분석에 그치고 있으며 신속한 석방과 관련하여 발생하는 법적 쟁점에 대한 판례의 흐름이나 종합적 분석을 다루고 있는 연구를 찾아보기 어려웠다. 이에 이 연구는 국제해양법재판소의 신속한 석방 관련 판례들을 검토하여 협약의 신속한 석방절차와 관련한 주요 법적 쟁점을 추론하고 시사점을 제시하고자 한다.

Ⅰ. 서론

유엔해양법협약은 배타적경제수역 제도를 도입하면서 연안국에 대하여 배타적경제수역에서의 일정한 활동에 대하여 규제하고 관리할 수 있는 주권적 권리와 관할권을 부여하였다. 한편 초안자들은 연안국이 다른 국가의 선박을 규제하고 관리하는데 있어 권한을 남용할 가능성이 있음을 주지하였다. 특히 연안국이 관련 국내법령 위반을 이유로 다른 국가의 선박을 장기간 나포하는 경우 중대한 경제적 손실을 볼 수 있다. 협약은 연안국과 다른 국가의 이러한 이익을 조화시키기 위하여 일정한 경우 연안국에게 신속한 석방 의무를 부과하는 규정을 두었다.

연안국의 신속한 석방 의무는 다음과 같은 제한된 상황에서 발생한다. 첫째, 배타적경제수역에서 연안국의 생물자원 탐사·개발·보존 및 관리하는 주권적 권리의 행사를 위해 채택한 국내법을 위반한 선박을 나포한 경우(협약 제73조 제2항), 둘째, 영해 및 배타적경제수역을 항행중인 선박이 배타적경제수역에서 선박으로부터의 오염의 방지, 경감 및 통제를 위하여 제정한 국내법을 위반하여 위반 선박을 나포한 경우(협약 제220조 제7항, 제226조 제1한(b)) 신속한 석방 의무를 규정하고 있다. 이와 관련하여 신속한 석방 청구에 관한 협약 제292조는 선박 기국이 억류국가에게 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금을 예치하였음에도 불구하고 억류국이 선박 및 그 선원을 신속하게 석방해야하는 위와 같은 협약의 의무 규정을 준수하지 않는다는 사실이 있는 경우에만 신속한 석방을 위한 청구를 할 수 있도록 규정하고 있다.

유엔해양법협약은 연안국에게 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증이 예치된 경우 선박 및 선원을 신속하게 석방해야할 일반적 의무를 부여하고 있지는 않다. 협약 제73조, 협약 제220조, 협약 제226조의 위반이 아니라면 제292조의 신속한 석방 절차를 이용할 수 없다. 그래서 협약 제292조의 절차를 이용할 수 없는 경우 회원국들은 협약 제290조의 잠정조치를 이용한다. 선박의 기국은 “당사국 각각의 권리를 보존하기 위하여” 또는 “해양환경에 대한 중대한 손상을 방지하기 위하여” 잠정조치로써 선박 및 선원의 석방을 구할 수 있기 때문이다. 2012년 ARA Libertad 사건에서 국제해양법재판소의 신속한 석방, 2013년 Arctic Sunrise 사건에서 국제해양법재판소의 신속한 석방이 잠정조치의 명령으로 이루어졌다.

신속한 석방과 관련하여 실제 사건에서 주로 문제가 되었던 규정은 어업활동과

가장 밀접한 관련이 있는 협약 제73조였다. 왜냐하면 동조는 배타적경제수역에서 연안국의 생물자원에 관한 주권적 권리의 실행과 관련이 있기 때문이다. 우리나라는 동북아시아 주변 국가와 관할권 문제를 둘러싸고 잠재적인 충돌 문제를 안고 있다. 불법어업과 관련하여 우리나라는 중국과의 관계에서 피해국인 동시에 원양어업에 있어 가해국이라는 불명예를 안고 있어 외국에 의한 우리나라 어선의 나포는 현실적인 문제로 다가왔다. 이에 따라 사건이 발생할 경우 불이익을 최소화하기 위하여 협약의 신속한 석방절차와 관련한 법적 쟁점을 바르게 이해할 필요가 있다.

협약의 신속한 석방과 관련한 다양한 문제에 대하여 국제해양법재판소는 상당히 종합적인 법리를 발전시켜왔다.[1] 그러나 선행연구들은 이들 각 사건들에 대한 개별 분석에 그치고 있으며 신속한 석방과 관련하여 발생하는 법적 쟁점에 대한 판례의 흐름이나 종합적 분석을 다루고 있는 연구를 찾아보기 어려웠다.[2] 이에 필자는 국제해양법재판소의 신속한 석방 관련 판례들을 검토하여 협약의 신속한 석방절차와 관련한 주요 법적 쟁점을 추론하고 이에 대한 분석을 통하여 시사점을 제시하고자 한다. 신속한 석방과 관련하여 분쟁당사국 간에 가장 큰 법적 쟁점은 관할권 및 수리가능성의 여부와 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 합리성 판단이었다. 다음에서는 이 두 가지 주제를 중심으로 논의하고자 한다.

II. 관할권 및 수리가능성 판단

1. 관할권 판단에 있어 선박의 국적

신속한 석방 사건의 관할권 판단에 있어 재판소가 중요하게 고려하는 것은 분쟁당사국이 협약의 당사국인가 여부와 신속한 석방을 청구한 국가가 나포된 선박의

---

1) Thomas A. Mensah, “The Tribunal and the Prompr Releas of Vessels”, 22 *International Journal of Marine and Coastal Law* 425(2007), p. 427.

2) 홍성근, ”엠/브이 사이가(M/V “Saiga”)호 사건: 신속한 석방절차 사건-1997년 국제해양법재판소 판결-“, 외법논집 제16집(2004); 정갑용, ”Juno Trader호 나포사건과 국제법의 주요 쟁점“, 『월간 해양수산』, 통권 243호(2004); 김태운, “연안국에 의해 나포된 어선의 신속한 석방에 대한 ITLOS 판결의 평석”, 『해사법연구』, 제19권 제2호(2007); 정진석, “선박 및 선원의 신속석방보석금의 합리성-Volga호 사건의 경우-”, 『서울국제법연구』, 제15권 제1호(2008); Warwick Gullet, “Prompt Release Procedures Law Enforcement: The Judgment of the International Tribunal for the Law of the Sea in the ‘Volga’ Case(Russian Federation v. Australia)”, 31 *Federal Law Review* 395(2003); Vincent P Bantz, “View From Hamburg: The Juno Trader Case or How to Make Sense of the Coastal State’s Rights in the Light of ots Duty of Prompt Release”, 24 *the University of Queensland Law Journal* 415(2005).

기국인가 여부다.[3] 이와 관련하여 전자가 문제된 경우는 없으며 주로 후자의 경우가 문제가 되었다. 현재까지 9건의 사건 중에서 3건의 사건에서 관할권 다툼이 있었는데 모두 선박의 국적에 관한 문제였다. 선박의 국적 문제는 선박의 등록과 관련한 문제와 연안국의 국내절차에 의한 선박의 몰수로 인한 국적의 상실 여부와 관련한 문제 두 가지로 나눌 수 있다. 선박의 국적 문제를 관할권 판단의 문제가 아닌 수리가능성 판단의 문제로 보는 경우도 있으나, 협약 제292조에서 신속한 석방의 신청은 협약의 회원국인 기국에 의하여만 가능하도록 규정하고 있으므로 해당 청구의 내용이 적절한 것인가를 판단하기 이전의 인적 관할권 판단의 문제로 보는 것이 타당하다.[4]

(1) 선박의 국적

관할권 판단에 있어 국적이 문제된 첫 번째 사건은 Grand Prince호 사건이었다. 이 사건은 벨리즈 국기를 게양한 Grand Prince호가 프랑스의 Kerguelen 섬 남부의 배타적경제수역과 남극해역에서 불법조업을 한 혐의로 프랑스에 나포되어, 벨리즈가 협약 제292조에 의거하여 국제해양법재판소에 신속한 석방을 청구한 사건이었다.[5] 사실 프랑스는 Grand Prince호가 국내법원의 결정에 의해 몰수 조치되기 때문에 벨리즈가 기국이 될 수 없다고 주장하였으나, 재판소는 관할권 판단은 분쟁당사국의 청구와 관련 없이 스스로 판단할 수 있는 것이라는 이유로 벨리즈와 Grand Prince호의 국적 문제만을 다루었다.[6] 벨리즈의 상선등록법상 어선은 등록에 의하여 국기를 게양할 권리를 가질 수 있었다. 그러나 재판소는 벨리즈가 Grand Prince호에 발부한 문서는 임시 항해증서가 유일하며 더구나 그 증서의 유효기간은 사건 발생 이전인 2000년 12월 29일이었음과 벨리즈가 선박의 등록을 입증할 만한 다른 문서증거를 제출하지 못하였다는 이유로 관할권이 없다고 결정하였다.[7]

협약 제91조는 선박에 대한 자국 국적 부여, 선박의 등록 및 선박이 자국 국기

---

3) 토마스 멘사 전 재판관의 경우 관할권의 요건을 다음과 같이 세 가지로 분류한다. 첫째, 분쟁당사국이 협약의 회원국일 것, 둘째, 분쟁당사국이 억류 이후 10일 이내에 법원 또는 재판소에 석박에 관한 문제를 회부하는 문제에 합의하지 못할 것, 셋째, 석방의 청구는 기국 또는 기국을 대리할 권한을 가지는 개인 또는 단체일 것; Thomas A. Mensah, *op. cit.*, pp. 429~430.

4) *Ibid*, p. 432.

5) *The "Grand Prince" Case(Belize v. France)*, application for prompt release, Judgment, 20 April 2001, paras. 32~53.

6) Thomas A. Mensah, *op. cit.*, p. 428.

7) *The "Grand Prince" Case(Belize v. France)*, application for prompt release, Judgment, 20 April 2001, paras. 83~94.

를 게양할 자격은 국가가 정한 조건에 따라 부여되며 국기를 게양할 자격이 있는 선박만이 그 국가의 국적을 가진다고 규정한다. 따라서 회원국은 자국이 정한 조건에 따라 유효하게 국적을 취득하고 유지하고 있는 선박에 대하여만 신속한 석방 청구를 할 수 있다. 이와 관련한 법적 분쟁은 주로 사실관계에 관한 분쟁으로 이에 관한 분쟁의 소지를 없애기 위해서는 선박에 대한 국적의 부여 조건, 선박의 등록 및 국기를 게양할 권리에 관한 조건을 명확하게 규정하고 법적 공백이 생기지 않도록 갱신 등에 관한 관리를 철저하게 해야 할 것이다. 아울러 신속한 선박 청구를 위한 사건이 발생하였을 경우 선박의 국적에 대한 사실관계 파악이 가장 먼저 이루어져야 한다.

(2) 선박의 몰수로 인한 국적국 지위 상실 여부

신속한 석방과 관련하여 일부 사건의 경우 연안국이 나포한 선박에 대하여 국내법 절차에 따라 몰수를 명하거나 이를 집행하는 경우가 있었다. Juno Trader호 사건과 Tomimaru호 사건이 대표적이다. 특히 이 두 사건은 서로 다른 결정을 하고 있어 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다. 앞서 살펴본 Grand Prince호 사건에서도 몰수가 이루어졌지만 선박의 국적 문제에서 관할권이 없는 것으로 결정되어 몰수와 관련한 논의가 이루어지지 않았다.

선박의 국적과 몰수의 관계가 처음으로 본격적으로 다루어진 것은 Juno Trader호 사건이었다. 세인트빈센트 그레나딘의 국기를 게양한 Juno Trader호가 기니비소의 배타적경제수역에서 불법어업을 하였다는 혐의로 나포되어 기니비소의 국내법원에 의하여 재판이 진행되는 중에 세인트빈센트 그레나딘이 협약 제292조에 따라 신속한 석방을 청구한 사건이었다.[8] 이 사건에서 기니비소는 세인트빈센트 그레나딘이 신속한 석방 청구를 할 2004년 11월 18일 당시, 2004년 11월 5일에 효력이 발생하는 기니비소의 국내조치에 의한 몰수 명령에 의하여 기니비소의 소유로 전환되었기 때문에 세인트빈센트 그레나딘은 더 이상 국적국이 아니므로 재판소는 관할권이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 재판소는 기니비소가 제출한 사실에 의하면, 기니비소의 부처간해양통제위원회의 몰수 결정은 현재 법원에서 심사 중이며 기니비소 지방법원이 최종 판결이 나기 전까지 위원회 결정의 집행을 중지하였기 때문에 벌금 등의 미지급으로 인한 몰수도 모두 정지된다고 하였다.[9] 덧붙여

8) *The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004, pp. 28~34, paras. 33~52.

재판소는 선박 소유권의 명백한 변화는 선박의 국적에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있음을 언급하였지만, Juno Trader호의 국적에 명백한 변화가 있었다는 사실을 입증하는 특별한 상황이 없으므로 재판소가 관할권을 가진다고 하였다.[10]

위 사건과 대비되는 사건으로는 Tomimaru호 사건이 있다. Tomimaru호는 일본에 등록된 선박으로 러시아 배타적경제수역에서 조업하던 중 불법조업 혐의로 나포되어 러시아 국내법원에 의하여 보석금 등의 청구가 기각되고 선박 및 장비의 몰수 판결을 받자 일본이 협약 제292조에 따라 러시아를 상대로 신속한 석방을 청구한 사건이었다.[11] 이 사건에서 재판소는 선박의 몰수에 대하여 Juno Trader호 보다 한 단계 발전한 견해를 제시하였다. 재판소는 선박의 몰수가 소유권을 변경시킬 수는 있지만, 바로 국적의 변화와 상실을 초래하는 것은 아니고, 나포한 국가의 선박의 몰수가 협약에서 규정하고 있는 기국의 이익과 연안국의 이익 간 균형을 깨뜨리는 방식으로 사용되어서는 안 된다고 하였다.[12] 즉 몰수로 인하여 소유권이 변경되더라고 일정한 조건을 충족하지 못하면 기국이 여전히 국적을 보유할 수 있다는 것이다. 또한 몰수라는 국내절차를 선박의 소유주가 국내의 사법적 구제를 이용하지 못하게 할 의도 또는 기국이 협약에 규정된 신속한 석방 절차를 이용하지 못하게 할 수단으로 사용되어서는 안 된다는 것이다. 이와 관련하여 재판소는 선박의 몰수 결정이 있더라도 재판소가 선박의 신속한 석방에 대한 청구를 고려하지 못하는 것은 아니라고 강조하였다.[13] 그러나 재판소는 이 사건에서 일본이 러시아의 몰수 결정이 최종적인 것은 아니라고 주장하거나 국내법원이 적법절차를 준수하지 않았다고 주장하지 않은 사실, 그리고 러시아의 몰수 결정이 국내법원 또는 국제법원에 의한 구제를 방해하기 위한 수단이었다는 주장이 없었다는 사실에 기초하여, 협약 제292조에 따라 재판소가 선박을 석방하는 결정을 하는 것은 적법절차에 따른 국내법원의 결정을 부정하게 되고 국가의 권능을 침해하여 협약 제292조 제3항에 반하게 된다는 이유로 관할권을 부인하였다.[14]

재판소가 협약 제292조 제3항을 근거로 들었지만 이 조항에 대한 해석은 경우에 따라 모호하다. 예를 들어 재판소는 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 합리성

9) *Ibid*, p. 36, para. 62.
10) *Ibid*, p. 36, para. 63.
11) *"Tomimaru"(Japan v. Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007, pp. 50~90, paras. 26~45.
12) *Ibid*, pp. 95~96, paras. 70~75.
13) *Ibid*, p. 97, para. 78.
14) *Ibid*, p. 97, paras. 79~80.

판단이라는 명목으로 나포한 국가의 국내법원의 결정과 다른 결정을 해왔고, Juno Trader호 사건에서는 국내법원에 의하여 집행이 중지되기는 했지만 몰수 결정이 난 선박에 대하여 신속한 석방을 결정하였기 때문이다. 그러나 몰수와 관련하여 재판소의 견해에는 다음과 같은 경향이 있는 것으로 추정할 수 있다. 첫째, 기국이 연안국의 국내법원의 결정에 대하여 항변하지 않으면 그 결정에 이의가 없는 것으로 간주하여 국내법원의 결정을 존중한다. 둘째, 연안국의 국내법원의 절차가 아직 진행 중이어서 확정된 사항이 없는 경우 신속한 석방의 결정에 긍정적이다. 셋째, 적법절차에 관한 위반 사실이 입증되는 경우 국내법원의 결정과 관계없이 신속한 석방 청구에 대한 관할권을 인정한다.

이러한 재판소의 태도에 기초하면, 연안국의 적법한 절차에 따른 최종적인 몰수 결정은 기국의 신속한 석방 청구를 불가능하게 할 수도 있다. 이러한 사태를 방지하려면, 기국은 억류의 통보를 받은 후 가능한 빠른 시일 이내에 적어도 연안국의 최상위 법원에 의한 결정이 나기 이전에 신속한 석방 절차를 청구해야 한다. 만약 최종 결정 이후라면 연안국의 몰수결정이 적법절차에 관한 국제적 기준에 일치하지 않음을 입증할 수 있어야 한다. 국내절차가 진행 중인 경우에도 협약 제292조 제1항의 절차를 진행할 수 있으므로 선박이 나포된 경우 국내절차와 국제절차를 동시에 적극적으로 이용하는 것이 적절하다.

2. 수리가능성에 관한 주요쟁점

신속한 석방 사건과 관련하여 연안국은 거의 빠짐없이 모든 사건에서 협약 제292조와 협약 제73조에 따라 기국이 신속한 석방을 청구하기 위해서는 일정한 요건을 충족해야 하는데 그렇지 못하였기 때문에 재판소가 본 건을 수리할 수 없다고 주장하였다. 연안국이 주장한 사항은 국내구제 고갈의 원칙 문제, 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 예치 문제, 통고의 문제, 청구의 시기 등의 문제였다.[15] 재

15) 이와 관련하여 Thomas A. Mensah 전 ITLOS 재판관은 신속한 석방 청구에 있어 청구인에게 다음과 같은 세 가지의 입증책임이 있다고 한다. 첫째, 연안국에 의한 선박 및 선원의 억류 사실, 둘째, 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 예치되는 경우 신속한 석방을 해야 하는 협약의 규정에 해당하는 사실, 셋째, 협약의 관련 규정에 따라 연안국이 선박 또는 선원을 석방하지 않았다는 사실이다; 첫 번째 사실의 경우는 연안국이 억류하고 있는 선박 및 선원과 그 위치에 대한 사실의 적시로 쉽게 입증되는 부분이며 이에 대한 피고국의 반대 입증이 주로 문제된다. Monte Confurco호 사건에서 프랑스가 선장의 억류 사실을 부인한 적이 있는데, 재판소는 선장이 아직 프랑스 영토에서 떠나지 못하였다는 사실을 이유로 억류 사실을 인정하였다. 실제 사건에서 주로 두 번째와 세 번째가 문제된다. 두 번째는 연안국의 억류가 협약 제73조, 제226조에 적용된다는 사실을 입증해야 하는 부분이며, 세 번째는 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 합리성 여

판소는 일련의 결정을 통하여 위 사항들에 대한 일정한 기준을 정립하였는데 다음에서 항목별로 자세히 설명하기로 한다.

(1) 연안국 국내법원과 기국의 신속한 석방 청구

협약 제292조 제3항은 국내법원(domestic forum)의 선박 및 선원에 대한 본안 판결을 침해하지 않고 신속한 석방의 문제만을 다루어야 한다고 규정하고 있다. 이 규정의 해석과 관련하여 M/V Saiga호 사건의 재판소는 제3항이 신속한 석방 절차의 분쟁당사국들은 선박의 석방과 보석금 또는 다른 재정적 보증금과 관련하여서만 재판소의 판결에 구속되고, 당해 사건의 본안을 심리함에 있어 연안국의 국내법원은 재판소가 확정한 사실관계 또는 법 원칙에 구속되지 않음을 의미한다고 설명하였다.[16] 또한 재판소는 신속한 석방에 대하여 재판소 규칙이 협약 제290조의 잠정조치를 부수적 절차에 대한 절에서 규정하고 있는 것과 달리 신속한 석방은 별도의 절에서 따로 규정하고 있으므로 본안과 별도의 심리가 가능하며, 신속한 석방에 관한 문제를 결정하기 위하여 필요한 경우 본안을 검토할 수 있으나 자제할 필요가 있다고 하였다.[17]

Camouco호 사건에서도 프랑스는 협약 제295조의 국내적 구제완료 원칙에 따라 아직 프랑스 국내법원에 의한 사법절차가 진행 중에 있기 때문에 재판소는 신속한 석방에 대한 수리가 불가능 하다고 주장하였다. 이에 대하여, 재판소는 협약 제292조는 국내법원의 본안 판결을 침해하지 않으면서 국내법원의 불합리한 보석금 등의 부과로부터 선박 및 선원의 석방을 위해 제정된 조항이므로 국내법원에 대한 항소의 성격을 가진 것이 아니라 독립된 절차라고 설명하였다.[18] 위 두 사건을 통하여 재판소는 연안국 국내법원의 절차 진행과 재판소의 절차 진행의 경계를 분명히 하였고, 국내법원의 절차를 침해하지 않고 신속한 석방을 청구할 수 있다고 하였다. 특히 몰수와 관련하여 위에서 살펴본 바와 같이 재판소는 연안국 국내법원과의 균형 문제를 중요하게 다루고 있음을 알 수 있다.

(2) 보석금 또는 다른 재정적 보증금 예치가 필수요건인가 여부

부에 관한 입증 문제다; Thomas A. Mensah, *op. cit.*, pp. 435~436.

16) *The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment of 4 December 1997, para. 49.

17) *Ibid*, para. 50.

18) *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000, paras. 57~58.

다음으로 주로 문제가 제기된 것은 기국이 보석금 또는 다른 재정적 보증금을 실제로 예치한 경우에만 협약 제292조의 신속한 석방 절차를 진행할 수 있는가 하는 문제다. 이와관련하여 M/V Saiga호 사건에서 기니는 세인트빈센트 그레나다가 보석금을 예치하지 않은 상황에서 본 소를 제기하였기 때문에 기니는 즉시석방의 의무가 없으며 따라서 재판소가 수리불가능하다고 주장하였다. 이에 대하여 재판소는 보석금이 예치되지 않아도 신속한 석방 의무위반이 발생할 수 있다고 결정하였다.

구체적으로 재판소는 3가지 경우 보석금 예치 유무와 관계없이 신속한 석방 의무의 위반이 발생한다고 하였다. 첫째, 보석금 예치가 불가능할 경우, 둘째, 연안국에 의하여 거절될 경우, 마지막으로 셋째, 연안국의 법률에 보석금 관련 규정이 없거나 요구한 보석금이 불합리한 경우 신속한 석방의 위무를 위반한 것으로 볼 수 있다고 하였다.[19] 본 사건의 경우에도 재판소는 기니가 나포 사실을 통고하지도 않았고, 보석금 문제에 대한 논의를 거부하였기 때문에 보석금이 예치되지 않은 것을 세인트빈센트 그레나딘의 책임으로 볼 수 없다고 하였다.[20] 이후 Camouco호 사건에서도 재판소는 M/V Saiga호 사건의 판결을 인용하면서 보석금의 예치가 신속한 석방 의무 위반에 대한 소제기의 전제조건은 아니며[21], 본 사건의 경우 파나마가 프랑스가 청구한 보석금이 합리적이지 않다고 항변하고 있으므로 보석의 합리성에 대하여 판단할 수 있다고 하였다.[22]

특히 보석금과 관련하여 재판소가 중요하게 고려하는 것은 예치의 여부가 아니라 금액의 합리성 문제였다. Hoshinmaru호 사건에서 러시아는 일본이 신속한 석방의 절차를 청구한 이후에 보석금을 책정하여 일본에 통고하였으므로 재판소는 본 소를 수리할 수 없다고 주장하였다. 그러나 재판소는 러시아의 행위는 본 사건의 청구를 보석금이 설정되지 않은 것과 책정된 보석금이 합리적인가에 대한 판단 두 범위를 후자로 축소시켰을 뿐, 신속한 석방의 의무 위반에 관한 분쟁의 본질은 변경되지 않았다고 하였다.[23]

---

19) *The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment of 4 December 1997, para. 77.

20) *Ibid*, para. 78.

21) *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000, para. 63.

22) *Ibid*, 64~65.

23) *"Hoshinmaru"(Japan v. Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007, p. 42, para. 66.

(3) 협약 제73조 제3항 및 제4항의 불이행 문제

수리가능성과 관련하여 또 하나의 문제는 협약 제73조 제3항과 제4항의 해석에 관한 문제였다. 협약 제73조 제3항은 어업법령 위반에 대한 연안국의 처벌은 금고 또는 다른 형태의 체형을 포함하지 않는 것으로 규정하고 있고[24] 제4항은 억류한 경우 적절한 경로를 통한 신속한 통고를 의무화하고 있다. 대부분의 선박 나포 사건의 경우 선박과 함께 승선한 선장 및 선원을 함께 억류한다. 이에 따라 초기의 신속한 석방 사건에서 기국이 신속한 석방을 청구하면서 위 조항의 의무 위반을 함께 주장하였다. 그러나 재판소는 협약 제292조의 신속한 석방절차는 합리적인 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 예치되었음에도 불구하고 선박 및 선원을 석방하지 않은 위반이 존재하는지에 대한 것만 판단할 수 있기 때문에 그 외 사항에 대하여는 수리가능성이 없다고 하였다. 구체적인 사건은 다음과 같다.

Camouco호 사건에서 파나마는 프랑스가 선장을 금고의 형식으로 억류하고 나포에 대한 통지 의무를 이행하지 않았으므로 협약 제3항 및 제4항의 규정을 위반하였다고 주장하였다. 이에 대하여 재판소는 협약 제292조에 따라 재판소는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 예치되는 경우 선박과 선원을 즉시석방하지 않았다는 불이행 혐의에 대하여만 판단할 수 있다고 하였다.[25] Monte Confurco호 사건에서도 세이셜이 프랑스의 협약 제73조 제3항 및 제4항의 위반을 주장하였으나 재판소는 Camouco호 사건을 인용하면서 수리불가능성을 판시하였다.[26] 이후 신속한 석방 사건에서 위와 같은 문제가 되풀이되지는 않았다.

다만, Juno Trader호 사건에서 재판소는 협약 제73조 제4항의 통고 의무의 위반이 동조 제2항의 불이행과 관련이 있음을 밝혔다. 재판소는 이 사건에서 협약 제73조 제4항의 불이행이 주장되지는 않았지만, 기니비소에 의한 보석금 또는 보증

---

24) 협약 제73조 제3항은 어업법령 위반에 대하여 금고 또는 다른 형태의 체형을 금지하고 있으며, 협약 제230조 제1항은 외국선박이 영해 밖에서 해양환경오염의 방지, 경감 및 통제를 위한 국내법령이나 적용 가능한 국제규칙과 기준을 위반한 데 대하여 벌금만 부과할 수 있도록 하고 있다. 다만, 제230조 제2항은 영해에서 고의적으로 중대한 오염행위를 한 경우에 대하여는 벌금 이외의 형이 가능한 것으로 규정하고 있다. 또한 어업법령 위반에 해당하지 않는 협약 제73조 제1항에 규정된 배타적경제수역의 생물자원 탐사, 개발, 보존 및 관리하는 주권적 권리를 행사와 관련하여서는 금고 또는 다른 형태의 체형이 가능할 수 있다.

25) *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000, para. 59.

26) *The "Monte Confurco" Case(Seychelles v. France)*, Prompt Release, Judgment of 18 December 2000, para. 63.

금의 예치 요구가 없었으며 Juno Trader호 소유주가 보석금을 예치하였을 때에도 아무런 대응을 하지 않았다는 사실을 언급하면서, Camouco호 사건의 "즉시통보의 부재는 협약 제73조 제2항과 제292조를 즉시 그리고 효율적인 방법으로 주장할 수 있는 능력과 관련이 있기 때문에 협약 제73조 제2항과 제4항은 관련(connection)이 있다."라는 결정을 인용하며, 즉시통보의 부재에 관한 협약 제73조 제4항의 위반을 협약 제73조 제2항의 불이행으로 평가하였다.[27]

(4) 청구의 적절한 시점

마지막으로 분쟁당사국간 간혹 문제가 되는 것이 신속한 석방을 청구하는 시점에 대한 문제다. 이에 대하여 협약은 제292조에 신속한 석방을 청구하기 위하여 10일의 기간을 규정하고 있을 뿐, 청구권이 소멸되는 기간에 대하여는 언급이 없다. 따라서 일반적으로 협약은 신속한 석방의 청구를 지체하였기 때문에 청구의 수리가능성에 문제가 발생한다고 보지 않는다.[28]

신속한 석방을 청구할 수 있는 권리의 소멸과 관련하여 Camouco호 사건에서 프랑스는 파나마가 3개월이 지난 시점에서 나포를 문제 삼은 것은 파나마가 협약 제292조의 권리를 포기한 것으로 보아야 한다고 주장하였다. 이에 대하여, 재판소는 협약 제292조의 문구 해석상 청구에 대한 시간적 제한을 별도로 두고 있지 않다고 해석하였다.[29] 이러한 해석은 이후 사건인 Hoshinmaru호 사건에서 다시 확인되었다. Hoshinmaru호 사건에서 재판소는 신속한 석방과 관련한 기한에 대하여 협약 제292조는 보석금 산정을 위한 기한을 설정하지 않으며 또한 기국이 청구를 제출해야할 기한도 요구하지 않고 있다고 하여 기한에 대한 불이행 문제를 다루지 않았다.[30]

3. 협약 제290조에 의한 잠정조치로써의 신속한 석방

협약 제292조에 의한 신속한 석방은 연안국이 협약에서 정하는 신속한 석방의무 규정을 위반한 경우에만 제한적으로 이용할 수 있는 절차이기 때문에, 그 외 상황

---

27) *The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004, p. 38, para. 75~76.

28) Thomas A. Mensah, *op. cit.*, p. 433.

29) *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000, para. 54.

30) *"Hoshinmaru"(Japan v. Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007, p. 44, para. 80.

의 경우 국가들은 협약 제290조의 절차를 이용하여 잠정조치로써 선박 및 선원의 석방을 재판소가 판결해 줄 것을 요청한다. 특히 협약 제290조 제5항에 의하여 국제해양법재판소에 잠정조치가 청구되는 경우가 많다. 동항은 중재재판소에 본안의 소가 제소된 이후 잠정조치 사건을 심리하기 위하여 중재재판소가 구성되어야 하는데, 상황의 긴급함으로 인하여 이를 기다리기 어려울 경우, 2주 이내에 중재재판소 구성에 대한 합의가 이루어지지 않으면 중재재판소를 대신하여 국제해양법재판소에 잠정조치를 청구할 수 있도록 하고 있다. 현재까지 협약 제290조 제5항의 규정을 이용하여 잠정조치로써 신속한 석방을 청구한 사건은 M/V Louisa호 사건, ARA Libertad호 사건, 그리고 Arctic Sunrise호 사건까지 총 3건이 있다. 협약 제292조의 신속한 석방 청구와 협약 제290조의 잠정조치로써 신속한 석방 청구는 동일한 내용을 청구하지만 서로 다른 성격의 절차이기 때문에 요건에 있어 차이가 있다. 본 논문은 잠정조치에 관한 연구는 아니지만, 동일한 내용을 다루는 사안이므로 잠정조치로써 신속한 석방과 관련한 관할권 및 요건에 대하여 간단히 설명하도록 한다.

먼저 법원 또는 재판소가 잠정조치에 관한 사건을 관할하기 위해서는 법원 또는 재판소가 본안에 대하여 일응의 관할권을 가진다는 판단이 필요하다. 이때의 관할권은 확정적일 필요는 없다. 따라서 잠정조치에 관한 관할권 판단은 사건에 따라 각각 고려요소가 다양하고 판단의 기준이 유연하다. 현재까지 신속한 석방과 관련하여 협약의 법원 또는 재판소가 잠정조치에 관한 사건에서 관할권을 부인한 사건이 없음은 재판소가 잠정조치에 관한 관할권 판단에 있어 엄격하지 않음을 보여준다.

다음으로 재판소가 잠정조치를 명령하기 위해서는 협약 제290조 제2항에 따라 분쟁당사자의 이익을 보전하기 위한 필요성이 있거나 해양환경에 대한 중대한 손상을 방지하기 위한 필요성이 있어야 한다. 또한 동조 제5항에 따라 재판소가 중재재판소를 대신하여 잠정조치를 고려할 경우에는 상황의 긴급함을 추가 요건으로 한다. 이에 따라 잠정조치로써 신속한 석방은 선박 및 선원의 억류로 인하여 당사국의 이익을 침해하는 것이 있는가 또는 해양환경에 중대한 손상을 줄 위험성이 있는가를 주로 판단하였다. 스페인의 영해 및 내수에서의 범죄행위를 이유로 나포된 M/V Louisa호 사건의 경우 세인트빈센트 그레나딘은 나포로 인하여 침해되는 자국의 이익과 해양환경에 대한 중대한 손상의 가능성이 있음을 설득하지 못하여 재판소가 잠정조치를 부인하였다.[31] 반면 군함을 나포한 ARA Libertad호 사건의

경우에 재판소는 가나의 나포는 일반 국제법에 따라 주권면제를 향유하는 아르헨티나의 권리를 침해하는 행위로 보아 보석금 등의 예치도 없이 신속한 석방이 명령되었다.[32] 특히 이번 사건에서 재판소는 협약 제32조가 내수에서 적용될 수 있는가에 대한 당사국의 다툼이 있다는 이유로 일응의 관할권을 인정하면서도 잠정조치의 근거로써 적용 가능한 일반 국제법 규칙의 주권면제를 근거로 두었다는 점이 주목할 만하다. 이는 협약 제7부속서에 따른 중재재판소가 협약 제32조의 내수 적용가능성을 해석할 때에 적용 가능한 일반국제법 규칙을 재판규범으로 사용할 수 있음을 보여준 것이기 때문이다. 마지막으로 Arctic Sunrise호 사건의 경우에는 북극과 쇄빙선이라는 특수성으로 인하여 해양환경에 대한 중대한 손상 가능성이 인정되어 잠정조치가 결정된 사건이다. 이 사건에서 네덜란드는 Arctic Sunrise호는 쇄빙선으로써 운항가능성(operability)을 유지하기 위하여 집중적인 관리를 요하며, 관리가 소홀히 될 경우 선박의 안전에 문제가 발생할 수 있고 해양환경에 위험을 초래할 수 있으며, 특히 오염에 취약한 북극 지역의 경우 그 실현 가능성이 더욱 높아짐으로 긴급성이 있다고 주장하였으며, 선원들 또한 그들의 자유와 안전의 권리 및 이동의 자유 등을 침해받고 있으므로 선박 및 선원들의 계속된 억류는 회복불가능한 결과를 야기하고 있다고 주장하였다.[33] 재판소는 네덜란드의 이러한 주장을 받아들여 현재 사건의 상황이 협약 제290조 제5항의 상황의 긴급성을 만족한다고 보아 일정한 보석금의 예치를 조건으로 즉시석방을 하는 잠정조치를 명하였다.

협약 제290조 절차를 이용한 신속한 석방은 협약 제292조 절차를 이용하는 신속한 석방보다 요건이 까다롭다. 후자의 경우는 나포의 사실, 계속된 억류의 사실, 그리고 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 비합리적이라는 사실만 주장하면 되는 반면, 전자의 경우는 자국의 이익 침해 및 해양환경에 대한 중대한 손상의 가능성과 상화의 긴급성을 설득력 있게 주장해야하기 때문이다.

---

31) *M/V "Louisa"(Saint Vincent and the Grenadine v. Kingdom of Spain)*, Provisional Measures, Order of 23 Decembner 2010, ITLOS Reports 2009-2010, pp. 69~70, paras. 74~83.

32) *The "ARA Libertad" Case(Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012, p. 20~21, paras. 94~99.

33) *The "Arctic Sunrise" Case(Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*, Order of 22 November 2013, ITLOS Reports 2014, pp. 19~20, para. 87.

III. 보석금 또는 다른 재정적 보증금 산정 기준

협약 제292조의 신속한 석방 절차의 본안은 보석금(bond) 또는 다른 재정적 보증금(other financial security)이 합리적인지 그렇지 않은지 여부다.[34] 그럼에도 불구하고 협약에는 합리성을 판단할 수 있는 법적 기준을 설명하고 있지 않다. 이러한 이유로 합리성에 대한 판단 기준은 해양법재판소의 판결에 의지할 수밖에 없다. 다행히도 재판소는 일련의 신속한 석방 관련 사건에서 구체적이진 않지만 일관된 판단 기준을 제시해 왔다.[35] 다음은 합리성 판단 기준에 대한 재판소의 제시 기준을 살펴보고 이에 대하여 분석한다.

1. 금액, 성격, 방식

첫 번째 사건에서 재판소가 합리성에 대하여 판시한 사항은 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 산정은 금액, 성격, 방식을 고려해야 한다는 것이다. M/V Saiga호 사건에서 처음으로 재판소는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 문제를 다루었다. 이 사건에서 재판소는 합리적 보석금 또는 다른 보증금 산정 기준은 보석금 또는 보증금의 액수, 성격, 그리고 방식을 요소로 하고 있으며, 보석금 또는 보증금의 액수, 성격, 그리고 방식의 전체적 균형이 합리적이어야 한다고 하였다.[36] 실제 사건의 액수를 결정함에 있어 재판소는 기니가 M/V Saiga호로부터 하역한 석유의 현물 가치와 이와 함께 재선적할 경우 드는 비용을 고려하였고, 이 금액은 기니 국내법원의 재판 결과에 따라 기니가 소유하거나 세인트빈센트 그레나다에 돌려주어야 하는 보증금의 성격을 가지며, 신용장(a letter credit) 또는 은행보증(bank guarantee) 또는 당사국이 합의한 방식으로 예치된다고 결정하였다.[37] 이 판

---

34) 여기서 보석금은 재판절차 진행 중 선박 또는 선원을 석방해 주는 대신에 법원이 재판의 진행을 위하여 출석을 요구하는 경우 출석할 것을 담보하기 위하여 일정한 금액을 일시적으로 납부하는 것으로 재판이 종료되면 돌려주어야 한다. 보증금은 선장 또는 선박 소유주가 재판 결과 벌금 등을 납부해야할 경우 납부를 담보하기 위한 금액으로 벌금 등에 충당한 이후 나머지를 돌려주어야 한다; 이와 관련하여 협약 제292조에 따라 보석금 등의 예치를 조건으로 신속한 석방을 규정하고 있는 협약 규정은 협약 제73조와 협약 제226조에 따른 제216조, 제218조, 제220조인데, 협약 제73조 제3항과 협약 제230조 제1항에 따라 벌금 형 이외 금고나 체형은 규정할 수 없도록 되어있다. 이에 따라 금고나 체형을 예정하는 중대한 범죄에 대한 신속한 석방은 협약에서 규정하고 있지 않는다는 해석이 가능할 수 있다.

35) Thomas A. Mensah, *op. cit.*, pp. 439~440.

36) *The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment of 4 December 1997, para. 82.

결을 통하여 재판소는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증은 신용장 또는 은행 보증의 형태로 예치되어야 하는 것임을 확립하였다. 이후 사건에서도 재판소는 방식의 결정에 있어 동일한 태도를 유지한다. 이 사건에서 특이한 것은 선박의 가치가 고려되지 않았다는 점과 반대로 선박이 선적한 화물을 하역하였을 경우 재선적에 드는 부가비용을 고려하였다는 점이다. 그런데 이후 판결에서는 선박의 가치가 계속 고려되는 반면, 하역한 물건의 재선적에 대한 언급 더 이상 나오지 않는다.

2. 혐의의 중대성, 최고 벌금액, 그리고 선박 및 화물의 가치

보석금 또는 다른 재정적 보증금의 합리적인 산정 기준을 조금 구체화하여 제시한 판결은 Camouco호 사건이다. 이 사건에서 재판소는 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 합리성은 액수, 성격, 형태와 함께 첫째, 위반 혐의의 중대성, 둘째, 억류국의 국내법에 의하여 부과되거나 부과될 수 있는 벌금, 그리고 억류된 선박과 화물의 가치를 고려해야 한다고 하였다.[38]

그러나 재판소가 실제 합리적 금액을 산정함에 있어 위반 혐의의 중대성이 구체적으로 어떠한 영향을 미쳤는지는 알 수 없다. 왜냐하면 재판소는 불법어업의 결과가 해양생물자원에 미치는 부정적 효과를 볼 때 위반 혐의가 중대하다는 평가는 하였지만, 이 중대한 위반의 혐의가 구체적으로 액수에 어떻게 산정되는가에 대하여는 언급이 없기 때문이다. 이후 판례인 Volga호 사건에서도 재판소는 호주와 러시아 국내법을 볼 때 불법어업이 중대한 위반이라는 사실에는 동의하였으나, 실제 평가에는 고려한 흔적을 찾아보기 힘들다. Camouco호 사건에서 재판소는 프랑스 국내법에서 벌금 최고액은 5백만 프랑이며, Camouco호 선박의 가치는 3,717,571프랑이고 화물의 가치는 380,000프랑임을 고려할 때, 프랑스 국내법원이 판결한 2천만 프랑은 합리적이지 않다고 하였다.[39] 또한 위 사항을 고려할 때 8백만 프랑의 보석금 또는 보증금이 합리적이라고 결정하였고, 당사국이 달리 합의하지 않으면 은행의 보증 형태가 되어야 한다고 하였다.[40] 그런데 이 사건에서 재판소가 결정한 보석금 또는 보증금의 액수는 벌금 최고액과 선박의 가치 및 화물의 가치의 단순합산 액수는 아님을 알 수 있다. 재판소는 왜 이러한 금액이 산출되었는지에 대

37) *Ibid.*, paras. 83~85.
38) *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000, para. 67.
39) *Ibid.*, paras. 68~70.
40) *Ibid.*, para. 74.

하여 구체적 언급도 하지 않았다. 따라서 재판소가 제시하는 기준에 따른 가치의 합계는 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 상한선 정도로 이해할 수 있을 것이고 구체적인 액수 산정은 재판소의 재량에 달려 있다. 또한 재판소는 이 사건에 있어서는 그 성격을 보석금 또는 보증금 어느 하나를 특정하지 않았다.

그런데 위 사건에서 재판소가 언급한 합리성 판단의 기준은 절대적 기준은 아니다. Monte Confurco호 사건에서도 재판소는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금 산정에 대하여 Camouco호 사건에서 재판소가 언급한 사항을 인용하면서 이러한 기준은 M/V Saiga호 사건에서 재판소가 언급한 일반적 기준을 보충하는 것일 뿐 이에 대한 엄격한 규칙이 있는 것은 아니라고 하였다.[41] 이 사건에서 프랑스 국내법원이 결정한 보석금 56,400,000 프랑이었다. 이이 대하여 재판소는 프랑스 법원이 산정한 Monte Confurco호 선박의 가치는 실제 가치와 차이가 있었으며, Monte Confurco호의 나포 당시 선적하고 있던 모든 어획량을 자국의 배타적경제수역에서 불법어업으로 어획한 것으로 추정하고 이에 대한 벌금으로써 보석금을 계산하였으나 재판소는 모든 물고기가 프랑스의 배타적경제수역에서 어획되었다는 사실에 대한 근거가 부족하기 때문에 프랑스 법원에서 결정한 보석금은 과도하다고 결정하였다.[42] 이후 재판소는 합리적 보증금으로 18,000,000 프랑을 결정하였는데, 9,000,000 프랑은 프랑스가 압류하고 있는 Monte Confurco호에 있던 158톤 물고기의 현물가치로 갈음하고 나머지 9,000,000 프랑을 은행 보증 형태로 프랑스에 예치되어야 한다고 하였다.[43] 여기서도 재판소는 프랑스 국내법원이 판결한 금액이 합리적인가를 고려하기 위하여 여러 기준에 대하여 검토하였지만, 정작 재판소가 금액을 결정함에 있어서는 위반 혐의의 중대성, 선박의 가치를 고려하지 않았으며, 18,000,000 프랑의 나머지 9,000,000 프랑은 어떠한 계산으로 나왔는지에 대하여 자세한 언급을 하지 않았다.

Hoshinmaru호 사건에서도 재판소는 선박 및 화물의 가치와 같은 객관적 기준에 대한 구체적인 언급보다는 사건 전체의 정황에서 러시아가 산정한 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 합리적이 않다고 판단하였다. 재판소는 보석금 산정에 앞서 이번 사건은 유효한 어업 면허를 가진 선박에 의한 사건으로 무면허 불법어업과 다름을 지적하였고, 러시아와 일본이 러시아의 배타적경제수역에서 해양생물자원

41) *The "Monte Confurco" Case(Seychelles v. France)*, Prompt Release, Judgment of 18 December 2000, para. 76.
42) *Ibid.*, paras. 84~89.
43) *Ibid.*, para. 93.

의 관리와 보존에 관한 제도적인 협력 체계 수립에 많은 노력을 기울여 왔음을 언급하였고, 또한 일본이 지속적으로 기국 선박의 선원들이 러시아의 국내법과 규제를 준수하도록 노력하고 있음을 확인하였다.[44] 따라서 이 사건의 위반은 양국의 협력적인 제도적 틀 안에서의 위반으로 보아야 하나, Hoshinmaru 선장의 위반은 경미한 위반 또는 순수한 기술적 위반사항이 아님을 고려하여 재정적 보증금으로 10,000,000 루블이 합리적이라고 결정하였다.[45]

합리적 금액의 산정에 있어 비교적 구체적 기준을 제시한 판결은 Volga호 사건이 있다. 이 사건에서 재판소는 호주 국내법원의 진행과 관련하여 호주의 합의체 최고법원이 3명의 선원의 항소를 받아들여 낮은 수준의 보석금을 부과하였고, 이들은 보석금을 내고 이미 호주에서 석방되었기 때문에, 잠재적 벌금에 대한 보증은 의미가 없다고 결정하였다.[46] 즉 국내절차에 따라 이미 보석금을 지불하고 선원이 석방된 경우, 이 선원들에 대하여 부과될 수 있는 잠재적 벌금을 보증하기 위한 보증은 필요 없다는 것이다. 또한 러시아는 Volga호가 선적하고 있던 물고기에 대하여 호주가 선박 및 선원의 석방을 위한 보증금으로 몰수와 처분한 행위에 대하여 이의를 제기하였다. 이에 대하여 재판소는 호주 국내법원이 물고기들이 불법어업으로 잡힌 것으로 결정하면, 호주 국내법에 따라 Volga호에 선적하고 있던 물고기는 몰수의 대상이며, 반대로 호주의 배타적경제수역에서 잡힌 것이 아니라고 결정하면 판매 수익금(proceeds)을 러시아에 주어야하기 때문에, 결국 선적하고 있던 물고기, 선박, 연료, 윤활유, 그리고 장비는 모두 국내법원의 최종 결정을 완전히 집행할 수 있도록 보호하는 보증에 속한다고 하였다.[47] 다만 이 사건의 경우 호주는 판매 대금을 이미 소유하고 있으므로 물고기와 관련한 별도의 보증금은 필요하지 않다고 하였다. 이에 따라 재판소는 호주가 보석금으로 부과한 잠재적 벌금과 적법행위 보증금은 합리적인 보석금이 아니라고 보았고, 선박, 연료, 윤활유, 그리고 어업 장비의 가치인 1,920,000 호주달러가 합리적인 보석금이며, 호주에 있는 은행 또는 호주의 은행과 거래협정을 맺은 은행의 보증 형태로 한다고 결정하였다.[48]

---

44) *"Hoshinmaru"(Japan v. Russian Federation)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007, pp. 49~50, paras. 98.

45) *Ibid.*, p. 50, paras. 99~100.

46) *The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia)*, Prompt Release, Judgment of 12 December 2002, para. 74.

47) *Ibid.*, para. 85.

48) *Ibid.*, paras. 90~93.

그러나 재판소는 때로는 매우 모호한 판결을 하기도 하였다. Juno Trader호 사건에서 재판소는 합리적 금액의 산정에 대하여 선례를 그대로 인용하였으나, 당사국이 다투고 있는 선박의 가치에 대하여 사실의 확인만 하였으며 견해를 제시하지 않았고[49] 금액의 산정에 대하여 자세한 이유나 설명을 하지 않고, 선박에 대한 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금으로 300,000 유로를 결정하였다.[50]

3. 적법행위의 담보를 위한 보석금 또는 행위 부과

신속한 석방과 관련하여 분쟁당사국간 문제가 되었던 것은 연안국이 선박 및 선원의 석방을 위한 조건으로 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 청구와 함께 연안국의 법률 이행을 담보하기 위한 성격의 보석금 또는 특정 행위를 요구할 수 있는가 하는 것이었다. 이 문제는 Volga호 사건에서 논의되었는데, 이 사건에서 호주 국내법원이 Volga호에 대하여 VMS를 설치할 것과 이행을 담보하는 금액을 예치할 것을 명령한 것이 발단이 되었다. 재판소는 먼저 연안국이 협약의 주권적 권리를 행사함에 있어 VMS 설치 또는 보존 조치 이행을 담보하는 금액을 부과할 수 있는가의 문제에 대하여는 관할권이 없다고 하였다.[51] 그러나 협약 제73조 제2항의 “보석금 또는 기타의 보증금”에 대한 해석에 대하여, 재판소는 관련 규정인 협약 제220조 제7항은 “보석금 또는 기타의 재정적 보증금”, 협약 제226조 제1항(b)는 “보석금 또는 기타의 적절한 재정적 보증금”이라고 규정하고 있음을 볼 때, 협약 제73조 제2항의 “보석금 또는 기타의 보증금”은 보석금 또는 재정적 성격의 보증금을 의미하는 것으로 보아야 한다고 하였다.[52] 또한 재판소는 협약 제226조 제1항(c)를 보면 “해양환경에 대한 예견할 수 없는(unreasonable) 손해의 위협이 존재하는 경우, 선박의 석방은 거부되거나 가장 가까운 적절한 수리 조선소로 갈 것을 조건으로 석방될 수 있다.”라고 하여 보석금 또는 기타의 재정적 보증금과 구별하여 추가 조건을 명시하고 있으므로 비재정적인 조건은 보석금 또는 기타의 재정적 보증금의 구성부분으로 볼 수 없다고 하였다.[53]

---

49) *The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004, pp. 42~43, paras. 92~93.

50) *Ibid.*, pp. 43~44, paras. 98~99.

51) *The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia)*, Prompt Release, Judgment of 12 December 2002, para. 76.

52) *Ibid.*, para. 77.

53) *Ibid.*, para. 77.

더구나 재판소는 호주가 말하는 "적법행위 보석금(good behavior bond)"과 같은 조건의 부과가 배타적경제수역에서 연안국의 주권적 권리의 입법적 행위인지 아닌지에 대하여 입장을 밝힐 수는 없으나, 협약 제73조 전체에 관한 정독은 연안국의 법률과 규제의 위반이 행해졌다는 혐의와 관련한 이행조치를 규정하는 것이므로, 연안국의 법률에 대한 미래의 위반을 방지하기 위한 "적법행위 보석금"은 협약 제73조 제2항의 보석금 또는 보증금으로 고려할 수 없다고 결정하였다.[54]

IV. 결론

신속한 석방에 관한 국제해양법재판소의 판결을 간단히 정리하면 다음과 같다. 신속한 석방의 청구는 선박의 기국만이 가능하다. 또한 신속한 석방의 청구는 합리적 보석금 또는 다른 재정적 보증금이 예치되었음에도 불구하고 선박을 신속하게 석방해야할 협약상의 의무를 연안국이 위반하였다는 혐의의 주장만 있으면 충분하며, 관련 협약 규정으로는 제73조, 제220조, 제226조가 있다. 신속한 석방의 청구는 실제로 보석금 등이 예치되지 않아도 다음과 같은 경우 청구가 가능하다. 예를 들면, 연안국이 합리적 보석금 등을 설정하지 않은 경우, 연안국이 설정한 보석금을 선박의 기국이 합리적이라고 생각하지 않는 경우, 선박의 기국이 보석금 등을 예치하였으나 연안국이 거절하는 경우, 연안국의 국내법에 보석금 등에 관한 법률이 없는 경우다. 합리적인 보석금 또는 다른 재정적 보증금의 산정과 관련하여 재판소는 구체적인 설명을 하지 않고 금액을 결정하기도 하였으나 일정한 법적 기준을 발전시켜왔다. 필자는 재판소의 법적 기준을 객관적 지표와 주관적 지표로 분류해보았다. 객관적 지표로는 혐의로부터 부과될 수 있는 벌금의 상한액, 억류 선박 자체의 가치, 선박에 부속된 별도의 가치를 가진 장비, 그리고 선적된 화물의 가치를 들 수 있다. 주관적 지표로는 위반한 행위의 중대성, 성격이 고려되었다. 재판소는 대체로 연안국이 기국에 요구하였던 금액보다 상대적으로 낮은 금액을 합리적인 것으로 판결하였는데, 이는 연안국들이 대체로 많은 금액의 보석금 등을 요구한다는 것을 반증한다.

이상의 분석 결과에 기초하여 신속한 석방과 관련하여 다음과 같은 시사점을 제시할 수 있다. 첫째, 신속한 석방의 청구는 나포 또는 억류된 석박의 기국만이 할 수 있다. 따라서 우리나라 선박에 대한 보호를 확실히 위해서는 선박에 대한 국적

54) *Ibid.*, paras. 79~80.

의 부여 조건, 선박의 등록 및 국기를 게양할 권리에 관한 요건을 명확하게 규정하고 법적 공백이 생기지 않도록 갱신 등에 관한 관리를 철저히 할 필요가 있다. 또한 신속한 석방과 관련한 사건에 있어 문제된 선박의 국적에 대한 사실관계를 먼저 파악해야 한다. 둘째, 일반적으로 신속한 석방의 청구 시기는 소송의 진행에 큰 장애가 되지 않는다. 그러나 연안국의 적법한 절차에 따른 최종적인 선박의 몰수 결정이 내려진 이후에는 기국의 신속한 석방 청구가 불가능할 수 있다. 따라서 우리나라 선박과 선원에 대한 적절한 보호를 위해서는 억류의 사실을 통보받은 즉시 필요한 절차를 거쳐 신속한 석방의 청구를 진행해야할 필요가 있다. 만약 몰수의 절차가 완료된 경우라면 연안국이 기국의 신속한 석방의 청구를 저해하기 위하여 적법절차를 위반하였음을 주장하고 이를 입증할 수 있어야 한다. 셋째, 신속한 석방 절차가 적용되는 협약 제73조, 제220조, 제226조는 연안국의 법률이 모두 금고 또는 다른 형태의 체형을 포함하지 않도록 하고 있다. 따라서 이와 관련한 입법 및 집행에 있어 금고 또는 다른 형태의 체형이 포함되지 않도록 유의해야 한다.

(논문투고일 : 2015.10.27, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

이 창 열

신속한 석방, 제73조, 제292조, 보석금, 다른 재정적 보증금

【참 고 문 헌】

I. 논문

김태운, “연안국에 의해 나포된 어선의 신속한 석방에 대한 ITLOS 판결의 평석”, 『해사법연구』, 제19권 제2호(2007)

정갑용, ”Juno Trader호 나포사건과 국제법의 주요 쟁점“, 『월간 해양수산』, 통권 243호(2004)

정진석, “선박 및 선원의 신속석방보석금의 합리성-Volga호 사건의 경우-”, 『서울국제법연구』, 제15권 제1호(2008)

홍성근, ”엠/브이 사이가(M/V “Saiga”)호 사건: 신속한 석방절차 사건-1997년 국제해양법재판소 판결-“, 외법논집 제16집(2004)

Thomas A. Mensah, “The Tribunal and the Prompr Releas of Vessels”, 22 International Journal of Marine and Coastal Law 425(2007)

Vincent P Bantz, “View From Hamburg: The Juno Trader Case or How to Make Sense of the Coastal State's Rights in the Light of ots Duty of Prompt Release”, 24 the University of Queensland Law Journal 415(2005)

Warwick Gullet, “Prompt Release Procedures Law Enforcement: The Judgment of the International Tribunal for the Law of the Sea in the ‘Volga’ Case(Russian Federation v. Australia)”, 31 Federal Law Review 395(2003)

Ⅱ. 국제판례

The “Grand Prince” Case(Belize v. France), application for prompt release, Judgment, 20 April 2001

The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, Judgment of 4 December 1997

“Tomimaru”(Japan v. Russian Federation), Prompt Release, Judgment, ITLOS

Reports 2005-2007
The "Camouco" Case (Panama v. France), Prompt Release, Judgment of 27 Feburary 2000
“Hoshinmaru”(Japan v. Russian Federation), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007
The “Monte Confurco” Case(Seychelles v. France), Prompt Release, Judgment of 18 December 2000
The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004
M/V “Louisa”(Saint Vincent and the Grenadine v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 Decembner 2010, ITLOS Reports 2009-2010
The “ARA Libertad” Case(Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012
The “Arctic Sunrise” Case(Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Order of 22 November 2013, ITLOS Reports 2014
The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, Judgment of 12 December 2002

Abstract

Legal Issues on the Prompt Release under the UNCLOS

Changyoul Lee

A State Party does not have general obligations to release arrested vessels and their crews promptly upon the posting of reasonable bond or other financial security under the UNCLOS. Article 292 provides that only where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flags of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, the question of release may be dealt by compulsory procedures.

The provisons of the Convention regarding the duties of the prompt release are followings. First, in the case of arrest the vessel or its crew who violates domestic laws and regulations adopted in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the EEZ. Second, if the investigation indicts a violation of applicable laws and regulations or international rules and standards for the protection and preservation of the marine environment.

ITLOS has developed synthetic reasoning in relation to the prompt release under the Convention. Preceding researches, however, focus on the individual analyse of the prompt release cases. This paper hereby draws main issues about prompt release procedures by studying the cases of ITLOS concerning prompt release, and provides its implications.

Changyoul Lee

prompt release, article 73, article 292, bond, flag state

수임사건과 자문사건의 구별에 관한 고찰

이 성 일*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국무총리 후보자 인사청문회 당시의 수임사건과 자문사건의 구별에 관한 논란
1. 논란의 배경
2. 법조윤리협의회의 입장에 대한 인사청문회 참여자의 입장
3. 검토
Ⅲ. 법률사건과 법률사무에 관한 기존의 논의 및 그 한계
1. 기존의 논의
2. 기존의 논의의 한계
Ⅳ. 법률사건과 사건 등 개념에 관한 새로운 고찰
1. 개요
2. 법률사건과 사건 등 개념의 관계
가. 법률사건과 사건 등 개념의 관계
나. 사건 등 개념의 동일성 여부
Ⅴ. 사건 등 개념의 자문사건에 대한 유추적용 가능 여부
1. 개요
2. 구체적인 유형
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

최근 황교안 국무총리 후보자의 인사청문회와 관련해 공직퇴임변호사가 제출한 수임한 사건에 관한 수임자료와 처리결과에 과연 자문사건이 포함되는지 여부와 그 근거에 관하여 논란이 되었다. 이는 변호사 직무에 관한 법 제3조와 비변호사의 법률사무 취급 등 금지에 관한 벌칙규정인 제109조 제1호가 규정한 '법률사건에 관한 법률사무'의 개념뿐만 아니라 공직퇴임변호사의 수임자료 제출의무를 규정한 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건' 등 변호사법 전반에 걸쳐 사용되는 '사건', '수임사건'에 관한 각 개념과 그 개념들의 관계를 살펴볼 필요성을 제기하는 문제라고 할 것이다. 그런데 변호사법의 전반적인 체계를 살펴보면, 입법자는 사건성을 요하지 않는 개념으로서 대상 측면에서 이를 규율하는 용어인 '법률사건'과 행위 측면에서 이를 규율하는 용어인 '법률사무' 개념을 사용하고, 개별적인 규정에서 사건성을 필요할 경우에는 개별적인 규정의 문장구조에 따라 '사건', '수임사건', '수임한 사건' 개념을 선택적으로 사용한 것으로 이해된다. 이와 같은 이해를

* 의정부지방검찰청 검사, 성균관대학교 법학전문대학원 전문박사과정.

바탕으로 할 때 법조윤리협의회가 공직퇴임변호사로부터 제출받는 수임자료와 처리결과는 사건성을 본질로 한 '수임한 사건'이라는 개념을 전제로 한 것이어서 자문사건은 포함되지 않는다고 할 것이다. 더 나아가 사건성을 전제로 규정된 조항 중 법 제28조의2, 법 제89조의4 제1항, 제89조의5는 보고 또는 제출대상의 명확성 차원에서 해석론상 자문사건까지 유추적용하기는 곤란하다고 생각되며, 만약 그와 같은 규정을 자문사건까지 확대시키고자 하는 경우에는 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 아울러 변호사법에 사용되는 법률사건, 법률사무, 사건 등 개념과 관련된 논란을 불식시키기 위해서 변호사법에 이들 개념에 관한 정의 규정을 두는 방법을 적극적으로 고려할 필요성이 있다고 본다.

Ⅰ. 서론

2015년 6월에 있었던 황교안 국무총리 후보자(이하 '국무총리 후보자'라 한다)의 인사청문회와 관련해 공직퇴임변호사가 법조윤리협의회에 제출한 자료 중 변호사법(이하 '법'이라 한다) 제89조의9 제2항 제1호에 따라 인사청문회에 제출할 자료에 수임사건에 관한 자료만 해당하는지 아니면 자문[1]사건에 관한 자료도 해당하는지에 관하여 논란이 있었다.[2] 이와 같은 논란과 관련해 현행 변호사법의 해석론상 어떤 입장이 타당한지 여부를 검토하기 위해서는 직접적으로는 법 제89조의9 제2항 제1호의 전제가 되고 공직퇴임변호사의 수임자료와 처리결과를 제출하도록 규정한 법 제89조의4 제3항, 제1항의 '수임한 사건'의 개념을 검토해야 하고, 아울러 수임장부에 기재할 사항을 규정한 법 제28조 제2항의 '수임한 법률사건'이나 '법률사무'의 개념 등 변호사법에 산재하여 규정된 '법률사건', '법률사무', '사건', '수임사건', '수임한 사건'의 각 개념이 서로 어떤 관계에 있는지를 규명하는 작업이 선행되어야 할 필요성이 있다.[3] 또한 변호사의 직무범위를 규정한 법 제3조와 비변호사의 법률사건에 관한 법률사무 취급 등에 관한 벌칙 규정인 제109조 제1호를 검토할 필요성이 있다.[4]

---

1) '자문'이라는 용어는 지방변호사회의 의무를 규정한 변호사법 제75조에 규정되어 있고, 퇴직공직자 업무내역서의 기재사항을 규정한 변호사법시행령 제20조의15에 규정되어 있다.

2) 이에 관한 대표적인 언론기사로는 2015. 6. 15.자 법률신문의 「'수임사건'의 범위 어디까지인가」,1~2쪽, 2015. 6. 18.자 법률신문의 「논란 빚은 '수임 사건' 범위」, 15쪽.

3) 예컨대 '법률사건' 용어는 법 제28조 제2항, 제29조, 제30조, 제34조부터 제37조, 제109조 제1호에 규정되어 있고, '법률사무' 용어는 법 제3조, 제28조 제2항, 제30조, 제34조부터 제37조, 제75조, 제109조 제1호에 규정되어 있으며, '사건' 용어는 법 제29조의2, 제31조 제1항, 제3항, 제33조, 제52조 제2항, 제89조의5 제1항에 규정되어 있고. '수임사건' 용어는 법 제28조의2, 제58조의11 제1항, 제58조의12, 제58조의25 제1항, 제75조의2에, '수임한 사건' 용어는 법 제89조의4 제1항에 각 규정되어 있다.

4) 변호사법의 법률사건과 법률사무에 관한 기존의 논문은 변호사법 제3조의 변호사의 직무범위에 관한 규정과 비변호사의 법률사건에 관한 법률사무의 취급 등에 관한 벌칙 규정인 제109조 제1호가 규정한 개념 및 양 규정의 상호관계를 주로 논의의 대상으로 삼고 있다. 예컨대 손창완, "법률서비스시장의 진입규제와 변호사가 전속적으로 제공하는 법률서비스의 범위(上),(下)", 「법조」제633호, 제634호 (법조협회, 2009. 6. 및 2009. 7.), 민중기, "변호사법 제90조 제2호 소정 '일반의 법률사건'의 개념과 범위", 「형사재판의 제문제」제2권 (박영사, 2000), 하명호, "가. 변호사법 제3조에서 정한 '일반 법률사무'에 구 부동산중개업법 제2조 제1호의 '중개행위'가 포함되는지 여부(소극) 나. 변호사가 구 부동산중개업법령상 중개사무소개설등록의 기준을 적용받지 않는지 여부(2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결 : 공2006상, 1045)", 「대법원 판례해설」제61호 (법원도서관, 2006. 12.). 아울러 법 제3조와 제109조 제1호의 해석에 관한 대표적인 헌법재판소의 결정으로는 헌법재판소 2000. 4. 27.자 98헌바95 결정이 있다[물론 위 결정의 직접적인 참고법령과 심판대상은 구 변호사법(1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정된 것) 제3조인 "변호사는 당

아래에서는 우선 국무총리 후보자의 인사청문회 당시 수임사건과 자문사건의 구별에 관한 구체적인 논란을 언급하고, 법률사건과 법률사무에 관한 기존의 논의와 그 한계를 살펴본 다음, '법률사건'과 변호사법에 산재되어 표현된 '사건', '수임사건', '수임한 사건'의 개념의 관계를 살펴본 다음, 과연 수임사건과 자문사건이 현행 변호사법에 의해 구별될 수 있는지를 논증하고, 위와 같이 산재한 개념을 둘러싼 해석론적 논란을 불식시킬 수 있는 입법론적 방안을 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 국무총리 후보자 인사청문회 당시의 수임사건과 자문사건의 구별에 관한 논란

1. 논란의 배경

국무총리 후보자 인사청문회 당시에 인사청문회 특별위원회는 국무총리 후보자가 법무부장관으로 취임하기 전에 법 제89조의4 제3항, 제1항에 따라 서울지방변호사회를 통해 법조윤리협의회에 제출한 자료를 법 89조의9 제2항 제1호에 의해 인사청문회에 제출할 것을 요구하였다. 이와 관련해 법조윤리협의회는 국무총리 후보자가 제출한 자료 중 이른바 '자문사건'으로 표시하여 제출한 자료는 법 제89조의4 제1항에 따라 제출받은 '수임한 사건'에 관한 수임자료와 처리결과가 아니기 때문에 법 제89조의9 제2항 제1호에 따른 국회의 요구가 있다고 하더라도, 법 제89조의8의 비밀누설금지의무가 적용되어 제출할 수 없다는 입장이었다.[5] 즉 법 제89조의9 제2항 제1호에 따라 법 제89조의8이 규정한 비밀누설금지의무가 해제되

사자 기타 관계인의 위임 또는 공무소의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 행함을 그 직무로 한다"와 제90조 제2호인 "변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건, 수사기관에서 취급 중인 수사사건 또는 법령에 의하여 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사사건 기타의 일반의 법률사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서작성 기타 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자"에 관한 해석이나, 위와 같은 규정이 현행 변호사법 제3조와 제109조 제1호가 규정한 내용과 기본적으로 동일하다는 점에서 여전히 의미가 있다고 할 것이다].

5) 제334회 국회(임시회) 국무총리(황교안) 임명동의에 관한 인사청문특별위원회 회의록(임시회의록)(http://likims.assembly.go.kr의 국회회의록 중 최근회의록 항목, 이하 '회의록'이라 한다) 12쪽에 나타난 법조윤리협의회 이홍훈 위원장의 발언취지이다. 이홍훈 위원장은 같은 쪽에서 "비밀유지의무가 있기 때문에 그것을 넓게 해석했다 자칫 잘못해서 이것이 아니다 할 때는 법조윤리위원 전체가, 위원이라든지 직원이라든지 비밀유지 의무가 있어서 형사처벌 대상이 되기 때문에 우리로서는 엄격하게 해석해야 하고"라고 발언한다.

는 사항은 자문사건이 아닌 수임사건에 한정되기 때문에 비록 국무총리 후보자가 임의적으로 자문사건을 법조윤리협의회에 제출하였다고 하더라도, 이는 법조윤리협의회가 사실상 보유하고 있는 자료에 불과하여 법 제89조의9 제2항 제1호에 따라 제출할 수 있는 대상이 되지 못한다는 입장으로 이해할 수 있다.[6] 결국 법조윤리협의회의 입장은 현행 변호사법의 해석상 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'의 개념에 자문사건이 포함되지 않거나 혹은 자문사건이 포함되는지 여부에 관하여 다툼의 여지가 있기 때문에 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다는 입장이라고 할 것이다.[7]

이는 결국 법 제89조의4 제1항이 규정한 '수임한 사건'에 자문사건도 해석상 포함되는지 여부에 관한 문제라고 할 것이며, 아울러 법 제89조의4의 규정 취지인 전관예우의 근절을 위한 목적을 자문사건에도 적용할 수 있는지에 관한 문제라고 할 것이다. 이와 같은 법조윤리협의회의 입장에 관하여는 인사청문회 참여자들의 의견이 첨예하게 대립되었다.

2. 법조윤리협의회의 입장에 대한 인사청문회 참여자의 입장

우선 법 제89조의9 제2항 제1호에 따라 법조윤리협의회가 인사청문회에 제출할 자료에 자문사건에 관한 자료도 포함된다는 입장이 있었다. 이 입장은 법조윤리협의회는 법 제89조의4 제3항, 제1항에 따라 지방변호사회가 제출한 자료를 그대로 인사청문회에 제출하여야 하고, 법조윤리협의회가 수임사건과 자문사건을 구별할 아무런 법적인 근거가 없다는 입장이었다.[8] 이에 반하여 법 제89조의4 제1항은 전

---

6) 이와 같이 이해하는 입장의 근거로는 법 제89조의4 제5항에 따라 수임자료와 처리결과의 구체적인 사항을 규정한 변호사법시행령 제20조의11 제2항을 보면, 필요적 기재사항 중 사건번호, 사건명, 수임사건의 관할기관이 규정되어 있는데, 위와 같은 기재사항은 자문사건의 경우에는 상정하기 어려운 개념이라는 것을 들 수 있다고 본다. 예컨대 회사간 합병에 관한 자문의 경우에 사건번호, 관할기관을 상정하기 어렵다고 할 것이다(이와 같은 입장은 회의록 제69쪽에 나타난 법조윤리협의회 서성건 사무총장의 견해이기도 하다).

7) 회의록 제26쪽에 나타난 이홍훈 위원장의 견해로 이해된다. 이홍훈 위원장은 같은 쪽에서 "저희도 작년 세미나에서 이 조항에, 2013년도에 만들어진 변호사법 89조의9에 규정된 자료제출의 규정에 대해서 조금 충분치 못한 조항이라고 생각이 돼 가지고.... 저희도 지금 법무부에서 입법예고가 된 것으로 알고 있습니다. 거기 업무활동 내용을 추가를 한 것으로 알고 있는데요. 그래서 저희도 그런 부분에 대해서는 작년 세미나에서 검토를 했습니다마는 변호사 개인의 영업의 자유라든지 개인의 프라이버시권을 침해하지 않는 범위 내에서 적절한 입법조치를 해서 청문회에서 충분히 기능을 다할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 봅니다"라고 발언한다.

8) 회의록 11쪽에 나타난 서울지방변호사회 김한규 회장의 의견이다. 김한규 회장은 같은 쪽에서 "수임사건의 개념 자체의 형식적 의미를 차치하고서라도 변호사법에는 이미 제3조(변호사의 직무)에는 법률사무가 포함되어 있고요. 변호사들이 장부 보관할 때 법률사건 또는 법률사무라고

관예우 근절을 위한 규정이므로 자문사건의 경우에는 적용되지 않는다는 입장이 있었다. 이 입장은 전관예우는 대관 업무를 전제로 한 것이고, 자문사건은 의뢰인을 상대하는 것이어서 자문사건은 제89조의4 제1항이 적용되는 대상이 아니므로 제89조의4 제1항을 엄격하게 해석하는 경우에 자문사건은 포함되지 않는다는 입장이었다.[9)]

3. 검토

개인적으로는 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'의 개념에 자문사건이 포함된다고 해석하기 어렵다고 본다. 왜냐하면 첫째, 법 제89조의4 제3항에 따라 수임자료와 처리결과를 구체적으로 규정한 변호사법시행령 제20조의11 제2항에 의하면 사건번호, 사건명 등 총 11개 사항을 수임자료와 처리결과에 관한 필수적인 기재사항으로 규정하고 있는데, 자문사건의 경우에는 사건번호, 사건명, 수임사건의 관할기관을 통상적으로 상정하기 어렵기 때문이다. 공직퇴임변호사가 비록 수임자료와 처리결과에 자문사건을 기재하면서 변호사법시행령 제20조의11 제2항에 기재된 사항 중 일부 항목, 예컨대 위임인, 위임인의 연락처, 수임사무의 요지 항목에 이를 기재하였다고 하더라도 자문사건의 본질이 수임사건으로 바뀐다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

이에 반하여 법 제89조의9 제2항 제1호, 제89조의4 제3항, 제1항에 따라 법조윤리협의회는 공직퇴임변호사가 지방변호사회에 제출한 수임자료와 처리결과에 기재한 사항을 모두 인사청문회에 제출해야 한다는 견해는 법 제89조의4 제1항이 '수임한 사건'을 전제로 수임자료와 처리결과를 제출하도록 한 규정을 간과한 것이라고 할 것이다. 왜냐하면 그와 같은 입장이라면 수임한 사건만 제출한 공직퇴임변

법에 규정되어 있습니다. 즉 법률사건이라고 할 때는 우리가 흔히 얘기하는 수임, 송무사건이라고 하겠지만, 법률사무에는 자문사건이 포함됩니다. 따라서 법조윤리협의회는 지방변호사회가 제출한 서류를 법의 규정대로 다 공개하는 것이 법의 취지이지 법조윤리협의회에서 이것은 송무사건 수임사건, 이것은 자문사건이라고 구별할 수 있는 아무런 법적인 근거는 없다고 생각합니다"라고 발언한다. 여기서 '법의 규정대로'에서 언급하는 '법의 규정'은 법 제89조의4 제3항을 의미하는 것으로 이해한다. 김한규 회장은 회의록 제24쪽에서도 수임사건에 자문과 송무를 나누어 법적인 근거가 없다는 취지로 발언한다. 김한규 회장은 회의록 제59쪽에서도 계속해서 수임사건만 제출받고 자문사건은 제출받지 않는다는 규정이 없다는 점을 언급한다. 아울러 회의록 제54쪽에 나타난 우원식 의원도 같은 입장으로 이해된다. 우원식 의원은 같은 쪽에서 "수임자료에 자문은 보내지 않아야 되는 것처럼 했는데 그런 규정이 아무 데도 없고"라고 발언한다.

9) 회의록 제13쪽에 나타나 김회선 의원의 입장이다.

호사와 자문사건까지 제출한 공직퇴임변호사를 구별하지 않고 그 자료를 그대로 인사청문회에 제출해야 한다는 결론에 이르게 되는바, 이는 '수임한 사건'의 개념을 정립하지 아니한 채 법조윤리협의회는 해당 공직퇴임변호사가 제출한 자료를 그대로 보유해야 한다는 결론으로서, 이는 논리적인 선후가 바뀌었다는 비판이 가능하기 때문이다. 또한 법 제117조 제2항 제8호에 의하면 법 제89조의4 제1항을 위반하여 수임자료와 처리결과를 제출하지 아니한 자에 대하여 과태료를 부과한다고 규정하고 있으므로, '수임한 사건'의 개념에 자문사건까지 포함된다고 해석하는 경우에는 자문사건에 관한 자료를 제출하지 아니한 자에 대하여 과태료를 부과할 수 있지만, 자문사건은 포함되지 않는다고 해석하는 경우에는 자문사건에 관한 자료를 제출하지 아니한 자에게 위 규정을 적용할 수 없다. 따라서 먼저 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'의 개념을 정립하여야 하며, '수임한 사건'에 자문사건이 포함되지 않는다고 해석하는 경우에는 비록 공직퇴임변호사가 자문사건에 관한 자료까지 제출하였다고 하더라도, 법조윤리협의회는 자문사건에 관한 자료를 적법하게 보유할 수 있는 권한이 없으므로 이를 인사청문회에 제출할 수 없다고 할 것이다. 왜냐하면 법 제89조의9 제2항이 규정한 자료는 법조윤리협의회가 일단 적법하게 보유한 자료 중 일부 자료를 제출하도록 규정하고 있다고 해석할 수밖에 없기 때문이다.[10]

둘째, 수임사건과 자문사건을 구별하여 인사청문회에 제출하도록 하는 법적인 근거가 없으므로 공직퇴임변호사가 가사 자문사건을 수임자료와 처리결과에 기재하여 제출하더라도, 법조윤리협의회가 법 제89조의9 제2항이 규정한 항목은 모두 인사청문회에 제출해야 한다는 견해 역시 찬성하기 어렵다. 왜냐하면 인사청문회에 제출할 자료의 범위에 관하여 수임사건과 자문사건을 구별하여 제출하라는 규정이 없으면 공직퇴임변호사가 제출한 자료는 모두 인사청문회에 제출해야 한다는 논리는 성립하기 어렵기 때문이다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 오히려 이 문제는 본질적으로 법 제89조의4 제1항이 규정한 '수임한 사건'에 관한 개념 해석 문제라고 할 것이기 때문이다. 수임사건과 자문사건의 구별기준이 없으니 공직퇴임변호사가 소속 지방변호사회를 통해 법조윤리협의회에 제출한 자료를 모두 인사청문회에 제출하여야 한다는 논리는, 수임사건의 건수 및 수임액의 보고에 관한 법 제

10) 따라서 법 제89조의4 제3항에 따라 법조윤리협의회가 지방변호사회로부터 제출받은 자료를 모두 인사청문회에 제출해야 한다는 취지의 김한규 회장의 발언에는 동의할 수 없다고 할 것이다.

28조의2가 규정한 '수임사건'의 개념을 정립하지 않은 채, 어떤 변호사가 자문사건의 건수와 자문액까지 보고하면 소속 지방변호사회가 그대로 이를 보고받고, 다른 변호사가 자문사건을 제외한 건수와 자문액을 제외한 수임액만 보고하면 소속 지방변호사회가 이를 그대로 보고받으면 된다는 결론과 그 논리의 궤를 같이하나, 이와 같은 입장이 타당하지 않다는 것은 다툼의 여지가 없다고 할 것이다.[11]

셋째, 현재 실무 관행과 관련해서도 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'에 자문사건은 포함되지 않는다고 할 것이다. 현재 실무상 대부분의 공직퇴임변호사의 경우에는 자문사건을 제외한 수임사건에 한정하여 법 제89조의4 제1항에 따라 수임자료와 처리결과를 제출하고 있다. 더욱이 법무법인등[12]에 고문변호사로서 취업한 공직퇴임변호사의 경우에는 본인이 아닌 법무법인등이 사건을 수임하고 그 공직퇴임변호사가 담당변호사로 지정되지 아니한 경우에 아무런 수임자료와 처리결과를 제출하지 않고 있는 실정이다. 물론 이와 같은 유형 중 실제로 담당변호사로서 사건의 수임이나 수행에 관여한 경우에는 문제의 소지가 있으나, 법무법인이 변호인선임신고서를 제출하고 해당 공직퇴임변호사가 담당변호사지정서에 누락되었다고 하더라도, 이를 사전경유를 규정한 법 제29조 또는 변호인선임신고서 등의 미제출 변호 금지를 규정한 법 제29조의2 혹은 품위유지의무위반에 관한 법 제24조 제1항 위반이라고 단정하기 어렵고, 실제 징계사례에서도 그와 같은 유형을 발견하기 어렵다. 그리고 법 제50조 제1항은 "법무법인은 법인 명의로 업무를 수행하며 그 업무를 담당할 변호사를 지정하여야 한다"고 규정하나, 법무법인등이 실제 사건에 관여한 변호사들 중 일부만 담당변호사로 지정하였다고 하더라도 이를 위 규정 위반이라고 단정하기는 어렵다. 다만 법 제31조 제4항 제3호가 "법무법인등의 경우 사건수임계약서, 소송서류 및 변호사의견서 등에는 공직퇴임변호사가 담당변호사로 표시되지 않았으나 실질적으로는 사건의 수임이나 수행에 관여하여 수임료를 받는 경우"를 규정하는데, 이는 사건에 관여한 변호사 전부를 담당변호사로 지정하지 않았다는 사유가 곧바로 변호사법위반은 아니나, 법 제31조 제3항을 회피하기 위한 수단으로 공직퇴임변호사를 담당변호사로 지정하는데 누락한 경우에 법 제31조 제3항 수임제한위반으로 간주한다는 의미이다. 따라서 이와 같은 관점에서

11) 각 지방변호사회가 법 제28조의2를 운영하는 구체적인 실태에 관하여는 뒤에서 따로 언급하기로 한다.

12) 여기서 '법무법인등'은 변호사법의 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합을 의미한다. 이하 '법무법인등' 개념도 같은 의미로 사용한다.

도 일부 변호사가 담당변호사 지정서에 누락되었다는 사정 자체가 현행 변호사법 위반이라고는 보기 어렵다고 할 것이다. 이와 관련해 대한변협은 보도자료를 통해 "공직퇴임 변호사가 실제 수임하거나 법무법인이 공직퇴임 변호사에게 배당을 실시한 사건은 반드시 공직퇴임 변호사를 법무법인의 담당변호사로 지정하고 이를 위반할 경우 벌칙으로 제재해야 한다. 이에 따라 변호사법 제50조(업무 집행 방법) 제1항에서 이 점을 명시하고 벌칙 규정을 신설해야 한다"는 입장을 표명하였다.[13]

개인적으로는 공공기관에 제출되는 의견서 작성이나 변론활동에 직·간접적으로 실제 역할을 하는 경우에 담당변호사 지정서에 해당 변호사를 모두 기재하도록 하는 의무 규정을 마련할 필요성이 있다고 생각되나, 제재규정까지 두는 것은 과도한 것으로 생각되므로 그와 같은 의무규정을 위반한 경우에는 해당 법무법인등을 징계하면 족하다고 본다. 다만 위와 같은 규정이 신설되기까지는 법 제50조 제5항, 제58조의16, 제58조의30이 법무법인등이 담당변호사를 지정한 경우에는 지체 없이 이를 수임사건의 위임인에게 서면으로 통지하여야 한다고 규정하고 있으므로, 위임인이 위임한 변호사가 담당변호사로 지정되어 위임인에게 서면으로 통지되었는지 여부를 점검하는 방법으로 간접적으로 실제 담당변호사로 활동하였음에도 담당변호사 지정서에 누락되는 것을 방지할 수 있다고 생각한다. 아울러 공동법률사무소의 경우에는 각 변호사마다 변호인선임서가 제출되는 형태이고 담당변호사 지정서를 제출하는 형태가 아니나, 실제로는 위와 같이 변론활동에 관여하였음에도 변호인선임서를 제출하지 않는 경우가 발생할 수 있으므로 법 제50조 제5항, 제58조의16, 제58조의30을 준용하는 입법적인 개선이 필요하다고 본다. 또한 지방변호사회의 경유제도와 관련해서도 변호사가 공공기관에 제출되는 의견서 작성이나 변론활동에 직·간접적으로 실제 역할을 한 경우에 담당변호사 또는 공동변호인으로 지방변호사회에 반드시 보고하도록 하는 내용을 변호사법이나 각 지방변호사회가 제정하는 경유에 관한 규칙이나 규정에 신설할 필요성이 있다고 본다.

그런데 공직퇴임변호사가 법무법인등에 속칭 '고문변호사'로 취업하였는지 여부에 따라 법 제89조의4 제1항이 규정한 수임자료와 처리결과 제출의무가 달라지는 것은 합리적인 이유에 따른 차별이라고 보기 어렵다고 할 것이다. 따라서 입법론

13) 대한변협 인터넷 홈페이지(http://www.koreanbar.or.kr) 알림마당의 보도자료 항목 중 번호 277번에 게재된 "공직퇴임 변호사의 전관예우 방지를 위한 보완 대책"

적으로는 법 제89조의4 제1항에 자문사건도 포함시킴으로써 공직퇴임변호사가 개업신고한 경우에는 개인법률사무소를 개설하든지 법무법인등에 고문변호사로 취업하든지에 관계없이 수임사건에 관한 자료뿐만 아니라 자문사건에 관한 자료에 관한 제출의무를 부과하는 것이 바람직하다고 할 것이다.[14]

바로 위와 같은 문제점으로 인하여 2014. 11. 4. 변호사법 일부개정안에 관한 법무부공고문 및 변호사법 일부개정안[15](이하 '법무부의 변호사법 일부개정안'이라 부른다)에는 "로펌 등에서 사건을 수임하지 않는 공직퇴임변호사의 활동을 관리하기 위해 퇴직 후 2년간 수임자료 외에 활동내역 제출 의무 부과"라고 언급되어 있고, 법무부의 변호사법 일부개정안 제89조의4 제1항은 기존의 '수임자료와 처리결과'를 '수임자료와 처리결과 및 업무활동내역을'로, 제5항은 기존의 '수임자료와 처리결과의 기재사항'을 '수임자료와 처리결과 및 업무활동내역'으로 각 개정하는 내용이 담겨 있다. 다만 '업무활동내역'이라는 용어가 적절한지 여부는 검토가 필요하다고 본다. 왜냐하면 '업무활동내역'이라는 용어는 퇴직공직자의 명단과 업무내역서를 제출하도록 규정한 법 제89조의6 제1항에 규정된 개념으로서, 변호사에 대하여 사용하기에는 적절하지 않은 면이 있고, 오히려 변호사의 직무에 관한 법 제3조가 규정한 개념인 '일반 법률 사무'를 사용하여 '일반 법률사무에 관한 내역'이라는 표현이 더 적절하다고 생각한다.

그리고 김광진 의원이 대표발의한 변호사법 일부개정법률안[16]은 법 제89조의4의 '수임한 사건'을 '수임한 사건(자문을 포함한다)'로 개정하는 내용 등을 담고 있는바, 비록 자문사건을 포함시킬 필요성에는 공감하나, 뒤에서 언급하는 바와 같이 '수임한 사건' 개념은 사건성을 필요로 하는 개념이라는 점에서 자문을 포함한다는 문구를 부가하는 형태는 법체계적으로 논리적이지 못하므로, 앞서 언급한 바와 같이 기존의 '수임 자료와 처리결과'에 '일반 법률사무에 관한 내역'을 부가하는 형태의 개선안이 타당하다고 생각한다.

---

14) 법조윤리협의회 인터넷 홈페이지(http://www.lepcc.or.kr)의 소통광장에 게재된 번호 26번 「변호사법 개정」관련 세미나 개최에 첨부된 이성일, "법조윤리협의회 관련법령의 문제점 및 개선방안" 11~12쪽.

15) 법무부 인터넷 홈페이지(http//www.moj.go.kr)의 법무정보 중 법령정보 항목의 입법예고 중 "변호사법 일부개정 법률(안) 입법예고"

16) http://likims.assembly.go.kr의 의안정보시스템 중 의안번호 16321, 2015. 8. 5. 변호사법 일부개정법률안(김광진 의원 등 10인)

한편 현행 변호사법의 해석상 과연 수임사건과 자문사건을 구별할 수 없는지 여부는 추가적으로 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 만약 현행 변호사법이 수임사건과 자문사건을 나누어 규율하고 있다면 1차적으로는 해당 조문이 규율하는바에 따라 처리하면 될 뿐이고, 2차적으로 과연 그 조문을 과연 다른 사건에 유추적용할 수 있는지가 문제될 수 있을 뿐이기 때문이다. 예컨대 현행 변호사법의 해당 조항이 수임사건에 관하여만 규율하고 있다면 1차적으로는 수임사건에 한정하여 적용하면 되고, 2차적으로 자문사건에 관하여도 유추적용할 수 있는지를 검토하면 된다고 할 것이다. 다만 위와 같은 검토에 앞서 수임사건과 자문사건에 관한 기존의 논의는 주로 변호사의 직무에 관한 법 제3조와 비변호사의 법률사무 취급 등에 관한 벌칙규정인 법 제109조 제1호의 관계를 토대로 법률사건과 법률사무의 개념을 논의하는 형태로 진행되어 왔으므로, 법률사건과 법률사무에 관한 기존의 논의와 그 한계를 살펴본 다음, 변호사법이 규정한 '법률사건'과 '사건', '수임사건', '수임한 사건'의 각 개념 및 그 관계를 검토하기로 한다.

Ⅲ. 법률사건과 법률사무에 관한 기존의 논의 및 그 한계

1. 기존의 논의

우선 법 제3조는 변호사의 직무를 '소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무'로 규정한다. 그리고 법 제109조 제1호는 비변호사가 법률사건에 관하여 법률사무를 취급하거나 알선하는 것을 금지한다.[17] 그리고 위와 같은 2개 조문의 관계에 관하여 법 제3조는 변호사가 수행할 수 있는 업무의 범위를 포괄적으로 규정한 것으로 이해되고, 이러한 변호사의 직무범위는 변호사법 제109조 제1호로 구체화된 것으로 이해된다.[18] 그리고 헌법재판소의 결정도 위

17) 법 제109조 제1호는 "변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률 관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자 가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건 나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청, 그 박에 행정기관에 대한 불복신청 사건 다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건 라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건 마. 그 밖에 일반의 법률사건"을 규정한다.

18) 손창완, 앞의 논문(上), 270쪽.

와 같은 벌칙규정의 입법목적이 국민의 법률생활영역에 있어서 기본권 보호 및 사회정의 실현을 위한 변호사제도를 보호하고 유지하려는데 있다는 점과 변호사의 직무범위를 '일반의 법률사무'라고 포괄적으로 규정하고 있는 법 제3조 취지를 종합해 보면, 입법자는 변호사의 직무범위를 '법률사건 전반'에 대한 '법률사무 일체'로 광범위하게 형성한 것이라고 보여지며, 법 제3조의 변호사의 직무범위는 위와 같은 벌칙규정이 변호사 아닌 자에게 금지하고 있는 업무영역과 동일하다고 판단하였다.[19] 또한 헌법재판소는 같은 결정에서 위 벌칙 규정의 '일반의 법률사건'이란 법률상의 권리·의무의 발생·변경·소멸에 관한 다툼 또는 의문에 관한 사건을 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 대법원도 일찍부터 '일반의 법률사건'을 법률상의 권리·의무에 관한 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건이라고 일관되게 해석하여 자의적인 확대해석에 의한 법집행을 방지하고 있으며, 위 벌칙규정의 '법률사무'란 법률상의 효과를 발생·변경·소멸시키는 사항의 처리 및 법률상의 효과를 보전하거나 명확화하는 사항의 처리를 뜻하는 것이라고 보아야 할 것이고, 법률사무의 전형적, 구체적 예로 열거된 감정 등은 법률사무가 무엇인지를 해석하는 판단지침으로서 위 규정의 '법률사무'도 법관의 보충적 해석에 의하여 확정될 수 있는 개념이라고 보여진다고 언급하였다.

그리고 위와 같은 헌법재판소의 결정과 같이 법 제3조와 법 제109조 제1호를 동일하게 해석하는 견해가 일반적인 견해로 보인다.[20] 결국 현행 변호사법 제3조는 1993. 3. 10. 변호사법 개정을 통하여 금지대상사건에 '기타 일반의 법률사건'을 추가하여 법률사건 일체를 규율대상에 포함시키고, 금지대상행위에 '법률상담 또는 법률 관계 문서 작성 기타 법률사무'를 추가적으로 규정하여 법적 규제의 범위를 법률사무 전반으로 확대한 것으로 이해된다.[21]

위와 같은 논의에 의한다면 변호사는 예컨대 소송사건 등 법률사건을 대상으로, 예컨대 대리·법률상담 등 법률사무를 취급하는 행위를 할 수 있다고 할 것이다. 즉 변호사는 법률사건을 대상으로 법률사무를 취급한다고 요약할 수 있다. 결국 변호

19) 각주 4)의 헌법재판소 결정.

20) 하명호, 앞의 논문, 370쪽, 민중기, 앞의 논문 203쪽. 손창완, 앞의 논문(上), 270쪽도 같은 입장으로 이해된다. 손창완, 앞의 논문(下), 223~224쪽도 위 벌칙규정의 '일반의 법률사건' 개념에 사건성을 요건으로 하는지와 관련해 이를 부정하는 견해가 타당하다는 입장이어서, 결국 법 제3조와 제109조 제1호의 적용범위가 같다고 이해하는 입장이다.

21) 손창완, 앞의 논문(上), 276쪽.

사가 취급하는 업무는 대상 측면에서 볼 때 법률사건으로, 행위 측면에서 볼 때 법률사무로 각 표현하는 것이므로, 실제적으로 법률사건과 법률사무는 같은 개념으로 이해할 수 있다고 보는 입장으로 정리될 수 있다. 그리고 이와 같은 법률사건과 법률사무의 각 개념은 사건성을 요하지 않는 상당히 넓은 개념으로 이해할 수 있다.[22]

2. 기존의 논의의 한계

그런데 만약 이와 같이 법률사건과 법률사무를 실질적으로 같은 개념으로 이해하는 기존의 논의에 의하면 첫째 법 제28조 제2항, 제29조, 제30조, 제34조부터 제37조가 '법률사건이나 법률사무'로 실질적으로 같은 개념을 굳이 중복하여 사용한 이유를 쉽게 납득하기 어렵다는 생각이 들 수 있다. 왜냐하면 법률사건과 법률사무가 실질적으로 같은 개념이라면 선택적으로 하나의 용어만 사용하면 될 것이고 굳이 양자를 병렬적으로 언급할 필요가 없다고 생각할 수 있기 때문이다. 둘째 법 제29조의2, 제31조, 제33조, 제89조의5 제1항은 '사건'이라고 규정하고 있는바, 그 '사건' 개념이 법률사건이나 법률사무와 어떤 관계에 있는지, 셋째 법 제28조의2, 제58조의11 제1항과 제2항, 제58조의12, 제58조의25 제1항, 제75조의2의 '수임사건'도 마찬가지로 법률사건이나 법률사무와 어떤 관계가 있는지, 또한 법 제29조의2 등에서 규정한 '사건'과 다른 개념인지, 넷째 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'은 법률사건이나 법률사무와 어떤 관계인지, 또한 법 제29조의2 등에서 규정한 '사건', 법 제28조의2 등에서 규정한 '수임사건'과 어떤 관계에 있는지에 관하여 의문이 해소되지 않는다.

Ⅳ. 법률사건과 사건 등[23] 개념에 관한 새로운 고찰

1. 개요

우선 법률사건이나 법률사무가 실질적으로 같은 개념이라고 하더라도 법 제28조 제2항 등에서 양자를 같이 사용한 이유는 해당 조문에서 대상과 행위를 같이 규율

---

22) 따라서 각주 8)에서 김한규 회장이 법률사건을 수임, 송무사건으로 이해하고, 법률사무를 자문사건으로 이해하여 마치 법률사건과 법률사무가 사건성 여부에 있어서 차이가 있는 것처럼 이해하나, 이는 법률사건과 법률사무에 관한 일반적인 견해와는 다른 독자적인 견해라고 할 것이다.

23) 여기서 '사건 등' 개념은 앞서 언급한 사건, 수임사건, 수임한 사건을 모두 포함하는 개념으로 사용한다. 이하에서도 같다.

하고자 하는 취지로 이해할 수 있다고 본다. 예컨대 법 제28조 제2항의 수임장부에 기재할 사항 중 '법률사건이나 법률사무'의 내용이라고 함은 변호사가 수임한 대상과 그와 같이 수임한 후의 행위를 기재하라는 의미로 이해할 수 있다. 위와 같은 법 규정에 의해 변호사법시행령 제7조 제3항, 대한변협의 변호사수임장부에 관한규정 제5조 제1항에 '소송사무'에 관하여 수임장부에 기재할 사항으로 수임일자, 위임인, 상대방, 사건명, 사건번호, 수임사무내용, 처리결과, 변호사 수임액을 규정하고 있는바, 예컨대 대상인 법률사건의 개념에는 예컨대 위임인, 상대방, 사건명, 사건번호 등이 해당되고, 행위인 법률사무의 개념에는 수임사무내용이 해당한다고 이해할 수 있다. 그리고 위 변호사수임장부에관한규정 제5조 제2항은 변호사는 '소송사무 이외의 일반의 법률사무'에 관하여도 수임장부에 기재하도록 규정하면서, 수임일자, 위임인, 수임사무의 내용 등을 기재하도록 하고 있는바, 법률사건의 개념에 수임일자, 위임인이 해당하고, 법률사무의 개념에 수임사무의 내용이 해당한다고 이해할 수 있다.

결국 변호사수임장부에관한규정에 사건성을 요하는 '소송사무'의 경우에 수임장부에 기재할 사항을 공직퇴임변호사의 수임자료와 처리결과를 구체적으로 규정한 변호사법시행령 제20조의14에 규정된 사항과 비교해 보면, 대체적으로 같은 사항을 규정하고 있고 시행령에는 '수임사건의 관할기관'이 더 추가적으로 기재되어 있다고 할 것이다. 그런데 통상 사건번호는 관할기관마다 부여되므로 사건번호를 관할기관을 포함하는 개념으로 이해할 수도 있다는 점에서 소송사무에 관한 수임장부에 기재할 사항과 수임한 사건에 관한 수임자료와 처리결과에 기재할 사항은 수임액을 제외하고는 실질적으로 같다고 할 것이다. 바로 위와 같은 사실은 '수임한 사건'과 '소송사무'가 같은 개념이고, 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'은 사건성을 요하는 개념이라는 결론을 도출할 수 있는 근거가 된다고 할 것이다. 이와 같은 결론은 변호사수임장부에관한규정 제5조 제2항이 사건성을 요하지 않는 일반 법률사무에 관하여 수임일자, 위임인, 수임사무 내용을 기재하도록 한 규정과 대비하면 더욱 분명해진다.

다음으로 과연 '법률사건'[24] 개념과 '사건 등' 개념이 모두 같은 개념으로 해석할

24) 이하의 개념 논의는 대상 측면에서 논의하는 것이므로 '법률사건' 개념을 사용하고 별도로 '법률사무'를 언급하지 아니한다.

수 있을지 아니면 각자 다른 의미를 갖는 개념이라고 해석해야 하는지를 검토하도록 한다.

2. 법률사건과 사건 등 개념의 관계

가. 법률사건과 사건 등 개념의 관계

우선 '법률사건'과 '사건 등' 개념이 모두 같은 개념이라고 이해하는 견해가 있을 수 있다. 이는 사건 등 개념에 법률사건과 마찬가지로 사건성을 요구하지 않는 해석이라고 할 것이다. 이 견해에 의하면, 예컨대 법 제28조의2의 수임사건 개념을 법률사건과 같은 개념으로 이해하므로 변호사는 소송사건뿐만 아니라 자문사건도 매년마다 소속 지방변호사회에 보고하여야 하고, 자문액도 수임액에 포함하여 보고하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

그러나 위와 같은 해석론은 타당하지 않다고 생각한다. 왜냐하면 첫째, 만약 법률사건 개념과 사건 등 개념이 동일한 의미라면 입법자가 예컨대 법 제28조의2에 '법률사건'이라고 표현하면 될 것을 왜 굳이 '수임사건'이라는 다른 용어를 사용하였는지에 관하여 제대로 설명하기 어렵기 때문이다. 둘째, 사건 등 개념에 관하여 법률사건과 달리 사건성을 요한다고 해석해야 사건 등으로 표현된 개별적인 규정의 해석론이 타당한 결과에 이르게 된다. 예컨대 '수임사건' 개념에 사건성을 요하는 것으로 해석하게 되면 법 제28조의2에 따라 변호사는 지방변호사회에 매년 사건성을 요하는 '수임사건'의 건수와 자문액을 제외한 수임액을 보고하면 된다고 해석하게 되어 보고대상의 명확성을 꾀할 수 있다.[25] 그리고 법 제29조의2는 변호사는 법원이나 수사기관에 변호인선임서나 위임장 등을 제출하지 아니하고는 다음 각 호의 '사건'에 관하여 변호하거나 대리할 수 없다고 규정하는바, 위 '사건' 개념에 자문사건을 포함시켜 해석하는 경우에는 변호사가 자문사건을 변호하거나 대리한다는 결론에 이르게 되어 논리적으로 모순되는 결과를 초래한다. 왜냐하면 자문의 경우에 변호사는 위임인의 자문에 응하는 것일 뿐이고 위임인을 변호하거나 대리하는 형태가 아니기 때문이다. 물론 변호사가 이와 같이 자문에 응하여 자문의

25) 법조윤리협의회가 법 제28조의2의 운영 실태를 확인한바, 광주지방변호사회를 제외한 나머지 지방변호사회는 모두 자문사건의 건수와 자문액을 보고받지 않는 것으로 확인되었다. 이와 같은 지방변호사회의 대부분의 실태 역시 수임사건 개념과 법률사건의 개념이 서로 다르다는 것을 입증하는 실증적인 근거라고 할 것이다.

견서 등 법률 관계 문서를 작성하고 그러한 법률 관계 문서를 공공기관에 제출하는 때에는 법 제29조에 따라 사전에 소속 지방변호사회를 경유하여야 한다. 이는 법 제29조가 '사건'이라 표현하지 않고 '법률사건이나 법률사무'로 표현한 것과도 일치하는 해석이라고 할 것이다.

또한 법 제31조는 수임제한을 규정하면서 제1항에 '사건'으로 표현하고 있다. 이 역시 입법자가 일단 소송사건에 한정하여 이익충돌을 방지하기 위해 자문사건을 포함하는 개념인 '법률사건'으로 표현하지 아니한 것으로 이해할 수 있다.[26] 더욱이 법 제31조 제3항이 '사건'이라고 규정한 것은 법원 등 국가기관에서 처리하는 업무는 개념상 사건성을 요하는 '사건'에 한정되는 것이고 사건성을 요하지 않는 '법률사건'을 취급하는 것이 아니기 때문이다. 그리고 특정변호사에 관한 법 제89조의5 제1항도 '사건'으로 표현하고 있는바, 이 역시 변호사가 비록 자문에 응하여 자문의견서 등 법률 관계 문서를 작성하고 그러한 법률 관계 문서를 공공기관에 제출하는 때에는 비록 지방변호사회를 경유하여야 하나, 특정변호사에 해당하는 사건 수를 계산함에 있어서는 사건성을 요하는 '사건'만 포함하고 자문에 응한 것은 포함시키지 않는다는 의미로 해석될 수 있다.[27] 그리고 공직퇴임변호사의 수임자료와 처리결과에 관한 제출의무를 부과한 법 제89조의4 제1항은 '수임한 사건' 개념을 사용하고 있으므로, 앞서와 동일한 해석에 의할 때 법률사건의 개념과 달리 자문사건은 포함되지 않는 의미로 해석가능하다. 결국 입법자는 개별적인 규정에서 사건성을 요하지 않는 법률사건의 개념을 사용하는 경우에는 지나치게 규제범위가 넓다고 판단되는 경우에 사건성을 요하는 개념인 사건 등 개념을 사용한 것으로 이해할 수 있다.[28]

나. 사건 등 개념의 동일성 여부

그렇다면 과연 사건 등 개념에 포함되는 사건, 수임한 사건, 수임사건은 모두 동

26) 물론 이와 같은 입법자의 의사에도 불구하고 자문의 경우에도 위임인의 이익충돌이 발생할 수 있고 이를 회피할 필요가 있는 경우가 발생할 수 있으므로, 그 경우에는 법 제31조 제1항을 유추적용할 수 있는가라는 문제가 발생할 수 있다.

27) 실제로 법조윤리협의회에 제출하는 특정변호사에 관한 사건목록에 자문에 응한 내역이 기재되어 제출된 사례가 전혀 없다는 것 역시 이와 같은 해석의 정당성을 뒷받침한다.

28) 변호사수임장부에관한규정 제3조는 수임사무를 정의하면서 "변호사의 수임사무라 함은 변호사가 소송 기타 일반 법률사무에 관하여 의뢰인으로부터 보수를 받거나 또는 받지 아니하고 수임한 사무일체를 말한다"고 규정하는바, 여기서 '수임사무'의 개념이 변호사법의 '법률사건'이나 '법률사무' 개념과 동일하다고 할 것이다.

일한 의미일까? 이에 관하여는 '법률사건'과 '사건 등' 개념을 검토한 것과 마찬가지로, 각각 규정이 서로 다른 용어를 사용하고 있으므로 사건, 수임한 사건, 수임사건은 모두 다른 개념으로 이해하는 견해가 있을 수 있으나, 그와 같은 견해는 타당하지 않다고 생각한다. 왜냐하면 첫째, 앞서 검토한 바와 같이 사건 등 개념에 속하는 사건, 수임한 사건, 수임사건은 모두 사건성을 요하는 점에서 동일한 의미가 있다고 할 것이기 때문이다. 둘째, 각 조문이 사건이나 수임한 사건, 수임사건이라고 다른 표현을 사용한 이유는 개념적인 차이가 있기 때문이 아니라 해당 조문의 구성 체계에 기인한 것이라고 할 것이기 때문이다.[29][30] 예컨대 법 제29조의2의 '사건'을 '수임한 사건' 또는 '수임사건'으로 표현하는 경우에는 문장구조가 어색하게 된다. 즉 법 제29조의2는 변호인선임신고서 등을 제출하지 아니하고는 사건을 변호하거나 대리할 수 없다는 규정인데, '사건' 개념에 '수임한 사건' 또는 '수임사건'으로 표현하는 경우에는 이미 수임한 사건 또는 수임사건을 변호하거나 대리할 수 없다는 구조가 되어 문장구조가 어색하게 된다. 이는 법 제31조 제1항도 마찬가지이다. 즉 법 제31조 제1항은 수임제한 규정인데, 기존 '사건' 개념을 '수임한 사건' 또는 '수임사건'으로 대체하게 되면 수임제한이 되는 사건을 수임하는 결과가 되어 문장구조가 어색하게 된다. 또한 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건'을 '사건'이나 '수임사건'으로 대체하는 경우에는 그 의미가 모호해지거나 문장구조가 어색하게 된다. 구체적으로 '사건'이라고 표현하면 일단 사건을 수임해야 비로소 수임자료와 처리결과를 제출할 수 있기 때문에 '수임한 사건'이라고 표현하는 것보다 그 의미가 명확하지 않게 되고, '수임사건'이라고 표현하는 경우에는 문장구조가 어색하게 된다. 결국 사건, 수임한 사건, 수임사건은 모두 사건성을 요한다는 의미에서 같은 개념이나, 입법자가 개별적인 규정의 문장구조에 따라 이들 개념

29) 물론 '사건'이란 개념은 변호사가 구체적인 수임을 하지 아니한 단계에서도 사용할 수 있는 용어라는 점에서 수임한 후에 사용하는 용어인 '수임사건', '수임한 사건'과 개념상 차이가 있다고 할 것이다. 다만 이는 '사건'이라는 의미 자체가 '수임사건', '수임한 사건'과 다른 것이고, 법적인 측면에서 '사건성'을 가진다는 점에서는 차이가 없다고 할 것이다.

30) 이는 법 제89조의4 제1항이 '수임한 사건'이라고 표현하고, 법 제89조의4 제5항이 수임자료와 처리결과의 기재사항을 시행령에 위임하며, 수임자료와 처리결과를 구체적으로 규정한 시행령 제20조의11 제2항 제9호가 '수임사건'의 관할기관이라고 표현하고 있는바, 이와 같은 실정법적 근거에 의해서도 '수임한 사건'과 '수임사건'은 동일한 개념이라고 할 것이다. 그렇다면 결국 법 제89조의4 제1항과 법 제28조의2가 규정한 '수임한 사건'과 '수임사건'의 개념이 동일하고, 서울지방변호사회가 법 제28조의2에 따라 보고받는 수임사건의 건수와 수임액에서 자문사건의 건수와 자문액을 제외하고 보고받고 있음에도 앞서 언급한 바와 같이 법 제89조의4 제1항의 수임자료와 처리결과 제출대상에 마치 수임사건뿐만 아니라 자문사건까지 포함해야 한다는 취지로 진술한 김한규 회장의 발언은 논리적으로 문제가 있다고 본다.

중 어떤 하나를 선택하여 규정한 것으로 이해할 수 있다고 할 것이다.

Ⅴ. 사건 등 개념의 자문사건에 대한 유추적용 가능 여부

1. 개요

앞서 살핀 바와 같이 사건 등 개념은 법률사건과 달리 사건성을 요하는 개념이고, 원칙적으로 사건 등 개념이 표현된 해당 규정은 사건성을 요하는 경우에 한정하여 적용될 수 있다. 그런데 그와 같은 규정 중에는 사건성을 요하지 않는 경우까지 유추적용하게 되면 해석상 문제가 발생하여 유추적용하기 어려운 경우와 사안에 따라서는 이를 유추적용할 필요성이 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.

2. 구체적인 유형

우선 유추적용하게 되면 해석상 문제가 발생하는 경우에 관하여 살펴본다. 수임사건 개념을 사용한 법 제28조의2는 자문사건까지 유추적용하기 어렵다고 생각된다. 왜냐하면 이 규정은 변호사의 소속 지방변호사회에 대한 보고의무를 규정한 것으로서, 이는 보고대상의 명확성 차원에서 자문사건까지 유추적용하기 어렵다고 할 것이다. 다음으로 사건 개념을 사용한 법 제29조의2는 앞서 언급한 바와 같이 논리적으로 자문사건까지 유추적용하기는 어렵다고 할 것이다. 사건 개념을 사용한 법 제31조 제3항은 국가기관은 사건성을 요하는 사건을 처리하는 기관이므로 그 업무 속성상 자문사건에 이 규정을 유추적용할 여지가 없다고 본다. 수임한 사건 개념을 사용한 법 제89조의4는 제출대상의 명확성 차원에서 자문사건까지 유추적용하기 어렵다고 본다. 법 제89조의5 제1항도 법 제89조의4와 마찬가지이다.

다음으로 유추적용할 필요성이 있는 경우를 살펴본다. 사건 개념을 사용한 법 제31조 제1항은 위임인의 이익충돌방지를 위한 입법목적을 달성하기 위하여 자문사건의 경우에도 그 유추적용을 고려해 볼 수 있다고 할 것이다. 다만 자문사건의 경우에는 수임사건과 달리 그 개념이 상당히 모호하고 이익충돌이 되는 범위가 상당히 광범위할 수 있게 되므로 그 적용 요건과 적용범위를 설정하는데 상당한 어려움이 발생할 수 있다.[31] 그리고 사건 개념을 사용한 법 제33조는 그 입법취지에

31) 김연미, “기업에 대한 법률자문에 있어 이익충돌의 문제”, 「홍익법학」 제8권 제3호 (법학연구소, 2007), 89~90쪽은 “쌍방대리금지 규정은 분명한 당사자 대립구조를 가지는 소송사건을 염두

비추어 볼 때 자문사건에도 유추적용될 수 있다고 본다. 법 제52조 제2항[32]도 그 입법취지에 비추어 보면 자문사건에도 유추적용할 수 있다고 생각된다. 수임사건과 관련된 법무법인(유한)과 법무조합의 손해배상책임을 규정한 법 제58조의11, 제58조의25의 경우에는 담당변호사의 고의 또는 과실로 인해 위임인에게 손해가 발생한 경우에 본질적으로 수임사건과 자문사건을 나누어 법무법인(유한)과 법무조합이 담당변호사와 연대하여 배상할 책임을 차별할 이유가 없다고 보므로 이들 규정을 유추적용할 수 있다고 생각한다. 다만 자문으로 인해 손해가 발생하였다는 인과관계의 입증책임 면에서 자문의 포괄성, 추상성 측면에서 수임사건보다 더 어려움이 더 발생할 수 있다고 본다.

Ⅵ. 결론

국무총리 후보자의 인사청문회와 관련해 공직퇴임변호사가 제출한 수임한 사건에 관한 수임자료와 처리결과에 과연 자문사건이 포함되는지 여부와 그 근거에 관하여 상당한 논란이 있었다. 이는 변호사 직무에 관한 법 제3조와 비변호사의 법률사무 취급 등 금지에 관한 벌칙규정인 제109조 제1호가 규정한 '법률사건에 관한 법률사무'의 개념뿐만 아니라 공직퇴임변호사의 수임자료 제출의무를 규정한 법 제89조의4 제1항의 '수임한 사건' 등 변호사법 전반에 걸쳐 사용되는 '사건', '수

에 두고 만들어진 것이다. 전통적인 소송사건 및 송무와 관련된 사건의 경우 원고와 피고, 신청인과 피신청인, 피고인과 고소인·고발인 등으로 당사자들의 대립관계가 분명하고 명확하게 드러나며, 법정에서 변호사가 대리권을 밝히고 대외적인 활동을 하므로 변호사와 당사자들이 모두 그에 대하여 명확히 인식하고 있다. (중략) 그러나 법률서비스는 소송사건 이외의 자문이나 용역으로 확대되고 있는데, 그러한 경우에는 소송의 경우와 같은 적대적인 상대방이 존재하지 않는 경우가 많고 계쟁물의 범위도 분명하지 않으며, 의뢰인을 '대리'한 대외적인 행위가 전혀 없고 의뢰인에 대하여 내부적인 법률지식에 따른 분석결과만을 제공하는 경우가 많다. 이러한 송무영역이 아닌 법률자문의 경우에도 여러 의뢰인에게 자문을 제공하면서 의뢰인 사이의 이익충돌이 있을 수 있으나, 이와 같이 대리행위가 없는 경우에는 쌍방대리금지의 규정이 적용될 수 없는 영역이며, 법률서비스의 내용에 맞는 별도의 규정을 제정하여 이익충돌을 규제하는 것이 상당하다고 본다"고 언급한다. 결국 이와 같은 견해도 법 제31조 제1항의 '사건' 개념을 사건성을 요구하는 개념으로 이해하는 입장이라고 할 것이다. 이광수, "변호사법 제31조 제1항 제1호 수임제한 요건의 해석기준", 「인권과정의」441호 (대한변협, 2014. 5.), 41쪽은 "(법 제31조 제1항 제1호는) 구체적인 사건을 대상으로 규율하고 있어서 최근 변호사의 업무범위 중 상당부분을 차지하고 있는 법률자문의 경우에 어느 범위까지 수임이 제한되는 것인지 여부가 문제이다"라고 언급하면서, 43~47쪽은 쌍방수임금지규정을 자문사건에 적용할 수 있는지 여부와 구체적인 요건에 관하여 언급한다.

32) 법 제52조 제2항은 "법무법인의 구성원이었거나 구성원 아닌 소속 변호사이었던 자는 법무법인의 소속 기간 중 그 법인이 상의를 받아 수임을 승낙한 사건에 관하여는 변호사의 업무를 수행할 수 없다"고 규정한다.

임사건'에 관한 각 개념과 그 개념들의 관계를 살펴볼 필요성을 제기하는 문제라고 할 것이다. 변호사법에 위와 같은 각 개념에 관한 정의 규정이 없어 각 개념의 관계에 관하여는 다툼의 여지가 있으나, 변호사법의 전반적인 체계를 살펴보면, 입법자는 사건성을 요하지 않는 개념으로서 대상 측면에서 이를 규율하고자 하는 경우에는 '법률사건'이라는 용어를 사용하고, 행위 측면에서 이를 규율하고자 하는 경우에는 '법률사무'라는 용어를 사용한 것으로 이해된다. 그리고 개별적인 규정에서 사건성을 필요할 경우에는 개별적인 규정의 문장구조에 따라 '사건', '수임사건', '수임한 사건' 개념을 선택적으로 사용한 것으로 이해된다. 이와 같은 이해를 바탕으로 할 때 법조윤리협의회가 공직퇴임변호사로부터 제출받는 수임자료와 처리결과는 사건성을 본질로 한 '수임한 사건'이라는 개념을 전제로 한 것이어서 자문사건은 포함되지 않는다고 할 것이다. 그리고 그와 같은 해석에 의할 때, 수임자료와 처리결과의 내용을 구체적으로 규정한 변호사법시행령 제20조의11 제2항의 기재사항, 대한변협 규정인 변호사수임장부에관한규정 제5조 제1항과 제2항의 각 기재사항의 차이를 논리적으로 설명할 수 있다.

더 나아가 사건성을 전제로 규정된 조항 중 법 제28조의2, 법 제89조의4 제1항, 제89조의5는 보고 또는 제출대상의 명확성 차원에서 해석론상 자문사건까지 유추적용하기는 곤란하다고 생각되며, 만약 그와 같은 규정을 자문사건까지 확대시키고자 하는 경우에는 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 아울러 변호사법에 사용되는 법률사건, 법률사무, 사건 등 개념과 관련된 논란을 불식시키기 위해서 변호사법에 이들 개념에 관한 정의 규정을 두는 방법을 적극적으로 고려할 필요성이 있다고 본다.

(논문투고일 : 2015.10.20, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.22)

이 성 일

수임사건, 자문사건, 법률사건, 법률사무, 인사청문회, 법조윤리협의회

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 논문

김연미, “기업에 대한 법률자문에 있어 이익충돌의 문제”, 「홍익법학」제8권 제3호 (법학연구소, 2007)

민중기, “변호사법 제90조 제2호 소정 ‘일반의 법률사건’의 개념과 범위”, 「형사재판의 제문제」제2권 (박영사, 2000)

손창완, “법률서비스시장의 진입규제와 변호사가 전속적으로 제공하는 법률서비스의 범위(上),(下)”, 「법조」제633호, 제634호 (법조협회, 2009. 6. 및 2009. 7.)

이광수, “변호사법 제31조 제1항 제1호 수임제한 요건의 해석기준”, 「인권과정의」441호 (대한변협, 2014. 5.)

하명호, “가. 변호사법 제3조에서 정한 ‘일반 법률사무’에 구 부동산중개업법 제2조 제1호의 ‘중개행위’가 포함되는지 여부(소극) 나. 변호사가 구 부동산중개업법령상 중개사무소개설등록의 기준을 적용받지 않는지 여부(2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결 : 공2006상, 1045)”, 「대법원 판례해설」제61호 (법원도서관, 2006. 12.)

Ⅱ. 언론기사

2015. 6. 15.자 법률신문의 「‘수임사건’의 범위 어디까지인가」

2015. 6. 18.자 법률신문의 「논란 빚은 ‘수임 사건’ 범위」

Ⅲ. 인터넷 자료

제334회 국회(임시회) 국무총리(황교안) 임명동의에 관한 인사청문특별위원회 회의록(임시회의록)(http://likims.assembly.go.kr)

공직퇴임 변호사의 전관예우 방지를 위한 보완 대책에 관한 대한변협 보도자료 (http://www.koreanbar.or.kr)

법조윤리협의회 관련법령의 문제점 및 개선방안에 관한 「변호사법 개정」관련 세미나 자료(http://www.lepcc.or.kr)

변호사법 일부개정안에 관한 법무부공고문(제2014-0499호) 및 변호사법 일부개정안(http//www.moj.go.kr)

변호사법 일부개정법률안(김광진 의원 등 10인)(http://likims.assembly.go.kr의 의안정보시스템)

Abstract

The difference and relationship between accepted case and consulting case

Lee Sungil

Recently, regarding a confirmation hearing for Prime Minister nominee Hwang Kyo-ahn, there was controversy over the issue of whether a consulting case falls under the scope of ‘accepted case’ for the purpose of ‘Submission of Case Acceptances Material, etc. by Attorneys-at-Law who Have Retired from Public Offices’. This issue raises the question of what the relationship is between the concept of ‘legal services’ for the purpose of Paragraph 1 of Article 109 of Attorney-at-Law Act, ‘material detailing the cases that has been accepted’ for the purpose of Paragraph 1 of Article 89-4 of the act and the concept of ‘case’, ‘accepted case’ that are repeatedly used throughout the Attorney-at-Law Act. From a structural point of view, it would be fair to say that a ripe case is not necessary for ‘legal case’ or ‘legal service’ to develop. The Attorney-at-Law Act uses terms such as ‘case’, ‘accepted case’ with regards to ripe cases. Thus, case acceptances materials submitted to the Legal Ethics and Professional Conduct Council by attorneys-at-laws who have retired from public offices, which is closely related to ripe cases, must be construed to exclude consulting cases. Also, articles regulating ripe cases such as Article 28-2, Paragraph 1 of Article 89-4, Article 89-5 cannot be applied to consulting cases. Legislators’ intention otherwise must be clearly manifested in the act in order for the articles to apply to consulting cases. To put an end to the controversy over the scope of application of

terms such as ‘legal case’, ‘legal service’, ‘case’, it is advisable that the act itself defines these terms.

Lee Sungil

accepted case, consulting case, legal case, legal service, personnel hearing, legal ethics and professional conduct council

법학전문대학원 졸업생에게 요구되는 핵심역량

이 영 호*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 이론적 배경
1. 미국 ABA 로스쿨 인증평가기준에 제시되어 있는 법조인의 핵심역량
2. 일본변호사협회 법무연구재단의 평가의 법조인에 필요한 자질・능력
3. 법학교육을 받은 졸업생에게 요구되는 핵심역량
Ⅲ. 연구방법
1. 조사대상
2. 법전원 졸업생 핵심역량 설문지의 내용타당성에 대한 검토
3. 분석방법
Ⅳ. 연구결과
1. 법전원 졸업생 핵심역량 18개 항목에 대한 조사 결과
2. 법전원 졸업생 핵심역량 영역구분에 대한 요인분석 결과
3. 법전원 졸업생 핵심역량 영역별 집단간 중요도 인식 차
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

이 연구는 법전원 졸업생이 갖추어야 할 핵심역량으로 요구되는 자질과 능력이 무엇인지 탐색해 보고자 하는 목적으로 수행되었다.

이러한 목적을 달성하기 위해서 먼저 미국 ABA 로스쿨평가와 일본 법무연구재단의 인증평가기준에 제시되어 있는 법조인 양성교육에서 길러야할 자질과 능력을 분석·검토·종합하여 법전원 졸업생에게 요구되는 자질과 능력에 관하여 7개 영역 및 18개 항목의 핵심역량을 도출하였다.

그리고 법전원 교수, 법전원 출신 법조인, 사법고시 출신 법조인 총 365명을 대상으로 법전원 졸업생에게 요구되는 18개의 자질과 능력을 조사항목으로 하는 핵심역량의 중요도에 대한 설문조사와 분석을 하였다.

이 연구에서는 법전원 졸업생이 갖추어야 하는 핵심역량으로 '법조 직업윤리', '법조지식·사실조사 및 인정능력', '법적논의·표현·커뮤니케이션 능력', '법적추론·적용

* 서울기독대학교 부교수, 교육학 박사.

문서작성 능력' 이상 4개 영역으로 구분하고, 4개 영역별 자질과 능력을 구체적으로 제시하고 있다.

Ⅰ. 서론

법학전문대학원(이하 : 법전원)은「법학전문대학원 설치・운영에 관한 법률」[법률 제11690호, 시행 2013.3.23.](이하: 법전법)에 근거하여 2009년 3년제 전문대학원으로 도입되었다. 법전원은 다양한 전공 소유자들의 법조계 진출을 용이하게 함으로써 다양한 법률서비스를 할 수 있는 법조인 양성을 목적으로 도입되었다. 법전원법 제2조에는 법전원이 실현해야 하는 교육이념을 다음과 같이 규정하고 있다.

> “법학전문대학원의 교육이념은 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다”

이상에서 알 수 있는 바와 같이 법전원법 제2조 교육이념에는 크게 두 가지 교육의 방향성을 제시하고 있다. 하나는 풍부한 교양과 건전한 직업윤리관을 갖춘 법조인 양성이고, 다른 하나는 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 전문법조인 양성이다. 법전원의 법조인 양성교육의 포괄적 인재상을 제시하고 있는 셈이다. 즉, 직업윤리관이 투철한 전문법조인 양성의 방향을 제시하고 있지만, 어떠한 자질과 능력을 갖추어야 한다는 것은 분명하지 않다.

교육이념이 실현하고자 하는 교육이상을 제시하는 것이라면, 교육목적은 교육이념 실현을 위한 구체적인 교육의도를 말해 주는 것이다. 교육목표는 교육목적의 달성정도를 나타내는 것이기 때문에 교육이념·교육목적·교육목표는 개념적 위계성과 체계성, 내용적 명료성을 갖추어야한다. 우리나라 대학들의 교육목적 체계는 교육이념·교육목적·교육목표를 구분하지 않는 경우가 많다. 예컨대, 고등교육법의 교육목적을 그대로 차용하는 경우가 있는가 하면, 교육이념·교육목적·교육목표를 동어반복하는 식으로 일부 표현만 달리하여 제시하는 경우도 있다. 이와 같은 교육목적 체계의 미분화는 교육이념과 교육목적이 어느 정도 달성되고 있는가를 가늠하기 어렵게 한다. 뿐만 아니라 소정의 교육과정을 이수한 학생이 어떠한 자질과 능력을 갖추고 졸업 했는지를 평가 할 수 없게 하는 요인이 되고 있다.

교육목표는 교육이념과 교육목적을 구현하기 위한 인재상이 갖추어야 하는 자질과 능력을 제시하는 '의도하는 학습 성과'라는 점에서 매우 중요하다. 그 이유는 교육목표는 교육과정의 편성·운영, 교육여건·교육환경 조성 등의 투입과 과정(process) 요인 확보의 전제 조건이기 때문이다. 또한 교육활동이 어느 정도 달성되었는지를 알아 볼 수 있는 학습 성과 평가의 준거라는 점도 간과할 수 없는 이유이다. 더욱이 대학 교육의 질 제고를 목적으로 하는 인증평가(accreditation)가 최근 졸업생이 교육받은 경험으로 획득한 핵심역량(자질과 능력)에 대한 학습 성과(learning outcomes) 평가에 중점을 두고 있는 것 또한 주목할 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 교육이념과 교육목적을 구현하기 위한 인재상이 갖추어야 하는 핵심역량인 자질과 능력을 분명히 정의하는 것은 평가를 시행하는 평가기구나, 평가를 받는 대학차원에서도 필요한 일이 아닐 수 없다.

핵심역량은 OECD가 교육성과(학습 성과) 지표에 대한 담론을 전 세계적으로 확산시키는 과정을 통해 주목 받고 있다.[1] 세계 각 국이 저마다 국가 경쟁력 강화 차원에서 추진하고 있는 교육개혁의 방향인 현대사회에 필요한 역량을 갖춘 인재를 길러내야 한다는 원칙과 맥락을 같이 하기 때문이다.

윤정일 등은 역량의 개념을 제기한 학자들의 문제의식과 다양한 정의에 대한 분석을 근거로 핵심역량을 다음과 같이 정의하고 있다.

> "역량이라는 능력은 기술이나 인지적 측면뿐만 아니라 동기, 태도, 판단, 의지와 같은 다양한 인간 특성 등이 서로 구조적으로 연결되어 있는 총체적 능력(총체성), 실제 수행상황에서 이러한 총체적 인간 능력의 자원들을 적절하게 가동시킬 수 있고, 구사할 수 있는 능력(수행성/가동성), 특정 맥락의 구체적인 요구와 관련된 수행 능력(맥락성), 유전적으로 타고난 능력의 측면보다는 경험과 학습을 통해 습득되고 변화할 수 있는 능력(학습가능성)을 의미한다.[2]

이상의 핵심역량의 정의에서 총체성은 동기, 태도, 판단, 의지 등의 정의적 특성과 관련이 된다는 점에서 '자질'로 볼 수 있으며, 수행성과 맥락성은 실제 업무 수

---

1) 유현숙(2002),「국가 수준의 생애능력 표준 설정 및 학습체제 질 관리 연구(Ⅰ), 한국교육개발원 연구보고서. 요약참조.

2) 윤정일·김민정·윤순경·박민정, "인간 능력으로서의 역량에 대한 고찰 : 역량의 특성과 차원",「교육학연구」, 제45권 제3호(한국교육학회, 2007). 253면.

행능력으로 볼 수 있고, 학습가능성은 총체성과 수행성, 맥락성과 관련된 자기성장 역량으로 볼 수 있다.

이에 이 연구는 법전원법 제2조 교육이념을 구현하기 위한 목적의 일환으로 법전원이 제공하는 소정의 교육과정을 이수한 졸업생들이 갖추어야 하는 핵심역량 즉, 자질과 능력이 무엇인지를 분석함으로써 법전원 교육목표 설정에 필요한 핵심 정보를 제공하고자 한다. 아울러 법전원 평가를 기존의 투입요소 중심의 정량평가에서 최근의 인증평가 추세에 걸맞은 학습 성과 중심의 질적 평가에 필요한 타당하고 객관적인 준거를 제공하고자 한다.

이러한 연구목적을 달성하기 위한 연구문제는 크게 두 가지이다. 첫째, 미국의 로스쿨과 일본의 법과대학원 법조인 양성 교육의 학습 성과로 중요시 되고 있는 자질과 능력을 분석해 보고자 한다. 둘째, 미국과 일본의 사례 분석을 토대로 법전원 졸업생이 갖추어야하는 자질과 능력이 우리나라 실정에 적합한지를 현장 법조인과 현직 법전원 교수를 대상으로 설문조사·분석하여 객관적으로 검증해 보고자 한다.

Ⅱ. 이론적 배경

우리나라 법전원과 일본의 법과대학원은 미국 로스쿨(Law School)을 모형으로 하고 있다. 2004년 출범한 일본의 법과대학원은 우리나라 법전원 보다 5년 앞선다. 따라서 일본의 법과대학원에 대한 인증평가도 우리나라 보다 일찍 시작했다.

미국연방변호사협회 법교육·입회 분과위원회(American Bar Association, Council of the Section of Legal Education Admissions to the Bar : 이하 : ABA 법교육·입회 분과위원회)의 로스쿨 평가와 일본 일변연 법무연구재단의 법과대학원에 대한 인증평가기준에는 표현방식과 평가영역은 달리하지만 법조인 양성교육에서 길러야할 자질과 능력이 제시되어 있다. 미국 ABA 법교육·입회 분과위원회의 로스쿨 평가에서는 교육과정에 대한 평가영역에서 법조인 양성교육에서 중점을 두어야 교육내용 구성의 전제조건으로 평가를 하고 있다. 일본 일변연 법무연구재단의 법과대학원 평가에서는 교육성과 평가영역에서 법조인 양성 교육을 받은 졸업생에게 요구되는 자질과 능력을 제시하여 평가하고 있다.

따라서 미국 ABA 법교육·입회 분과위원회의 로스쿨 평가와 일본 일변연 법무연구재단의 법과대학원 평가의 인증평가 기준에 제시되어 있는 법전원 졸업생의 핵

심역량으로 어떤 자질과 능력이 중요시되고 있는가를 탐색해 보고자 한다.

1. 미국 ABA 로스쿨 인증평가기준에 제시되어 있는 법조인의 핵심역량

미국 로스쿨은 1921년 법학교육기준(standards for legal education)을 만들어 인증평가를 실시하고, 최초로 인증 미국 로스쿨을 발표하였다[3]. 미국 로스쿨 평가는 1952년 ABA 법교육·입회 분과위원회가 미국연방교육부로부터 최초 로스쿨 인증평가 기구로 지정을 받아 오늘에 이르기까지 인증평가를 실시하고 있다.[4]

ABA 로스쿨 인증평가 기준 2014-2015판(ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2014-2015 Edition) 제3장 법학교육 프로그램(Program of Legal Education)은 인증평가기준 301 교육목적(Standard 301. Objectives), 인증평가기준 302 교육과정(Standard 302. Curriculum), 인증평가기준 303 학문적 기준과 성취도(Standard 303. Academic Standards and Achievements), 인증평가기준 304 연구코스와 학사력(Standard 304. Course of Study and Academic Calendar), 인증평가기준 305 교실 밖에서의 연구(Standard 305. Study Outside the Classroom), 인증평가기준 306 원격교육(Standard 306. Distance Education), 인증평가기준 307 외국에 대한 연구 활동(Standard 307. Participation in Studies or Activities in a Foreign Country), 인증평가기준 308 관련 학위(Standard 308. Degree Programs in Addition to J.D) 등으로 구성되어 있다[5].

위에 언급한 인증평가기준 중 제3장 법학교육 프로그램 인증평가기준은 전체 8개의 하위 인증평가기준으로 구성되어 있다. 이중에서 인증평가기준 301은 교육목적, 인증평가기준 302는 교육과정을 평가하는 인증평가기준이다. 인증평가기준 301 교육목적(Standard 301. Objectives)에서는 장차 법률 직역의 역할 수행에 필요한 교육프로그램을 제공하고 있는가에 중점을 두고 있다. 교육목적에 대한 평가의 주안점을 다음과 같이 제시하고 있다[6].

---

3) ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar,「ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2014-2015 Edition」, (The Section of Legal Education and Admissions to the Bar Web page: www.abanet.org/legaled, 2014), p. iv.

4) 이영호, "미국 로스쿨 인증평가에 대한 분석과 시사점",「비교교육연구」제22권 제5호(비교교육학회, 2012a). 156면.

5) ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 2014 : 19면-30면.

6) ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 2014 : 19면.

인증평가기준 301 교육목적(Standard 301. Objectives)- (a)
로스쿨은 그 학생들이 장차 변호사협회에 가입 할 수 있는 준비를 시키고, 법률가로서 법률 직역의 역할 수행에 필요한 효과적인 교육프로그램을 제공하고 유지해야 한다.
(Interpretation 301-1)로스쿨은 그 학생들에게 현재의 또는 장차 제기될 수 있는 법적 문제를 대비하는 교육프로그램을 제공해야 한다.
(Interpretation 301-2)로스쿨은 법률 직역의 특수한 업무를 수행하기 위한 교육프로그램을 제공할 수 있다.
(Interpretation 301-3)로스쿨은 학생의 성취도 평가와 졸업생의 변호사 시험 합격률을 포함하는 모든 교육프로그램을 엄정하게 관리해야 한다.

인증평가기준 301 교육목적(Standard 301. Objectives)- (a)는 로스쿨 본연의 교육목적이 법률가 양성에 있음을 분명히 하고 있다. 또한 로스쿨이 나름대로 설립취지에 따라 특수한 분야의 법률문제 해결 또는 법률 직역을 감당 할 수 있는 다양한 법조인 양성에 대한 것도 중요시하고 있다. 그리고 엄정한 학사관리는 유능한 법률가 양성의 필요조건임을 시사한다.

인증평가기준 302 교육과정에서는 로스쿨의 교육목적을 달성하기 위해 로스쿨 학생들이 어떠한 교육을 충실하게 받아야 하는가에 대한 기준을 다음과 같이 제시하고 있다[7].

인증평가기준 302 교육과정
(A) 로스쿨은 모든 학생이 다음사항에 대하여 충실한 교육을 받도록 해야 한다.
(1) 법률가 직역에서의 효율적이고 책임 있는 역할 수행(참여)에 필요한 필수적인 실체법
(2) 법적 분석과 추론, 법률 조사방법, 문제해결 및 언어적 의사소통(oral communication)
(3) 법적 맥락에서의 글쓰기(Writing : 1학년 과정에서 적어도 1회 이상, 그 이후 1이상)
(4) 법률가 직역에서의 효율적이고 책임 있는 역할 수행(참여)에 필요한 다른 전문적 능력
(5) 법률가 직역의 역사, 목적, 구조, 가치 및 의무

7) ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 2014 : 21면-22면.

(B) 로스쿨은 다음을 위하여 충분한 기회(substantial opportunities)를 제공하여야 한다.
(1) 학생들의 실무경험과 법률가 직역의 가치 및 의무에 대해 반추하고 자신의 성취도와 적합성을 평가함으로써 능력의 발전을 꾀하도록 적절하게 감독하고 계획된 실제고객 또는 실제 사례에 관한 실무경험
(2) 학생들의 공익 활동(pro bono activities) 참여
(3) 세미나, 지정과제 연구, 소규모 강의 또는 협력 작업을 통한 소규모의 학습

인증평가기준 302 교육과정-(a)와 (b)에는 로스쿨 교육을 받은 학생들이 갖추어야 하는 핵심역량이 망라되는 것으로 볼 수 있다. 그리고 동 인증평가기준에서는 모든 로스쿨은 각 학교가 이용할 수 있는 역량을 모두 동원하여 변호사들이 갖춰야 하는 직업적 전문 능력을 함양하기 위한 교육프로그램 개발을 충실히 해야 한다는 것도 강조하고 있다. 특히, 소송변론 및 항소, 대체적 분쟁해결수단, 상담, 인터뷰, 협상, 문제해결, 사실조사, 법률사건의 구성 및 관리, 초고의 작성 등은 인증평가기준302(a)(4) 전문 능력개발의 충족의 주요내용으로 되어 있다[8].

2. 일본변호사협회 법무연구재단의 평가의 법조에 필요한 자질・능력

일본의 법과대학원은 2001년 6월 '사법제도개혁심의회'가 의견서 63쪽에서 법조양성제도개혁의 일환으로 법과대학원의 도입을 주창하고, 2002년 3월 후속기구인 '사법제도개혁추진본부'가 이를 받아들여 '법조양성검토회' 제13차 회의(2002.9.30)에서 '법조양성을 위한 법과대학원의 교육과 사법시험 등의 유기적 연대확보 등에 관한 법률안'을 성안함으로써 일정 준비기간을 거쳐 2004년 도입된 전문 대학원이다[9].

일본 법과대학원 설치 기준에는 법과대학원이 새로운 법조양성제도의 중핵적인 기관으로서의 수준을 유지하고 향상을 도모하기 위해 대학관계자나 법률실무에 종사하는 자, 법적 서비스 이용자 등으로 구성된 기관에 의한 계속적인 제3자 평가(적격인정)를 실시하도록 하고 있다.

---

8) ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 2014 : 22면.
9) 이영호, "일본 법과대학원 평가에 대한 연구",「한국일본교육학연구」 제17권 제1호(한국일본교육학회, 2012b) 192면.

현재 일본 법과대학원에 대한 제3자 인증평가는 일본변호사협회 법무연구재단(日本弁護士連合會 法務研究財団 : 이하 : 법무연구재단), 대학평가학위수여기구(大学評価学位授与機構), 대학기준협회(大学基準協会) 3개 평가기구가 담당하고 있다. 여기서는 법무연구재단의 법과대학원평가기준 제9분야 법조에 필요한 자질・능력의 양성(법조양성교육)의 주요 내용을 검토해 보고자 한다.[10]

9-1 법조에 필요한 자질・능력의 양성(법조양성교육)

1. 평가 기준 : 법조에 필요한 자질과 능력을 양성하는 교육내용이 개설과목 등의 가운데 적절히 계획되고 적절히 실시되고 있을 것[11]

「법조에 필요한 자질과 능력」이란 사회로부터 기대되는 기능을 효과적이고 적절하게 수행하기 위해 법조가 갖추어 두어야 할 핵심역량을 말하며, 각 법과대학원은 이를 분명하게 인식하고 교육성과를 거둘 것을 요구하고 있다. 이의 충족을 위한 「법조에 필요한 자질과 능력」은 다음과 같다[12].

A. 법률전문직으로서 책무성 - 두 가지 자질

⑴ 법조로서의 사명·책임의 자각 : 사법제도의 담당자로서 수행해야 할 사명·역할을 이해하고 그것을 적정하게 수행하기 위해 필요한 책임감을 함양할 것

⑵ 법조윤리

· 법조3자의 윤리와 관련된 법령, 윤리규정, 기준의 내용을 이해할 것

· 변호사윤리에 대해 충실의무·진실의무·이익 상반·비밀유지의 내용을 충분히 이해할 것

· 변호사의 기강·징계절차 등의 제도를 이해할 것

B. 법률전문직 능력 - 일곱 가지 능력

⑴ 문제해결능력

· 사회에서 일어나는 다양한 일에 관해 무엇이 문제인가를 발견하고 그 해결책을 책정, 제시할 수 있는 능력.

---

10) 日弁連法務研究財団(2012), 法科大學院評価基準-解説 の 改正趣旨, 大韓弁護士協会法学部評価委員会との懇談会(2012.1.13.) 資料, NO. 2. 102면-111면.

11) 日弁連法務研究財団, 102면.

12) 日弁連法務研究財団, 108면-111면.

· 법적 지식, 사실조사·사실인정능력, 법적 분석·추론능력, 창조적·비판적 검토능력, 법적 의논·표현·설득능력, 커뮤니케이션 능력 등을 구사하고 성과를 도출할 수 있는 종합능력

(2) 법적 지식(기초적 법적 지식, 전문적 법적 지식, 법정보조사)

· 기초적인 법 분야에 대한 깊은 이해와 더불어 하나의 전문적인 법 분야에 대한 기본적인 지식을 획득할 것.

· 구체적 사실이나 문제에 대해 관련된 국내법령을 망라적으로 추출할 능력

· 국내법령에 대해 적용례(재판예나 행정에서의 운용)나 제정배경을 조사할 능력

· 인터넷 등의 정보원이나 전자 데이터베이스에서 조사할 능력

(3) 사실조사·사실인정능력

· 필요한 사실을 조사할 능력 및 해결해야 할 문제에 관한 사실관계를 각종 증거에 비추어 정확하게 분석·파악할 능력

· 사실인정의 기본적 구조(주요사실, 간접사실, 직접증거, 간접증거, 경험칙, 간접사실에 의한 주요사실의 인정 등) 파악 능력

· 증거능력(증거수집 룰 포함), 증거력, 증거평가(증언의 신용성 등), 증명도, 재판상의 증명과 과학적 증명의 관계 파악 능력

· 증거의 종류나 그것들을 수집하는 방법·기술의 대강

(4) 법적 분석·추론능력

· 해결안의 책정을 향해 정확히 법적 분석·추론을 하고, 그 적용 등을 거쳐 타당한 법적 결론을 도출할 능력.

· 구체적으로는 사안에 대해 적용되는 법을 찾아내고, 그 법의 효과, 요건을 정리한 다음, 사실을 주요사실, 간접사실 등으로 정리하고, 법적 결론에 이르는 논리적 경로를 정리할 수 있는 능력

(5) 창조적·비판적 검토능력

· 현행의 법제도나 실무를 적정하고 근본적인 문제해결이라는 관점에서 비판적으로 검토하고 발전시켜 나가기 위한 창조적인 제안을 할 능력.

· 법의 공백지대에 대해 입법을 제안할 수 있는 능력, 판례가 없는 문제에 대해 신 판례를 만들 내고, 현행의 실정법이나 판례를 상대화하는 능력

(6) 법적 의논·표현·설득능력

· 자신의 의견을 표명하고, 이론적으로 설득력 있게 법적 의논을 전재할 능력

· 법적 문제를 검토할 메모(사실관계, 문제, 적용법규, 결론, 이유 등을 정

리한 메모) 작성능력
· 문제에 대한 자신의 의견과 이유를 명확히 구두로 언급할 능력
· 문제에 대한 자신의 의견과 이유를 문서로 표현할 능력
· 상대방의 이해를 보조할 도표나 영상 등을 이용하는 방법
· 문제에 대한 결론을 향해 효율적으로 의논할 능력
(7) 의사소통 능력
· 상담·면접·교섭·중재 등 문제해결을 위해 법조인에게 필요한 의사소통 능력.
·「사람의 말을 정확히 듣고, 그 사람의 생각이나 배경에 있는 관심을 적절히 헤아리는」능력

법무연구재단의 평가에서는 이상에서 살펴본「법조에 필요한 자질·능력」은 각 법과대학원이 양성하고자 하는 법조인 인재상에 중점을 두고 교육해야 할 핵심역량을 제시하고 있는 것으로 볼 수 있다. 각 법과대학원은 설립취지와 교육목적에 따라 법조 인재상을 분명히 설정하고, 이를 바탕으로 하는 교육목표의 달성여부를 교육의 성과로 평가하고 있다.

3. 법학교육을 받은 졸업생에게 요구되는 핵심역량

앞에서 살펴 본 미국 ABA 로스쿨 인증평가 기준 2014-2015판 제3장 법학교육 프로그램 301, 302에 제시되어 있는 법조인의 핵심역량과 일본 법과대학원평가기준 제9분야에서 제시하고 있는「법조에 필요한 자질과 능력」을 종합해 보면 법학교육을 받은 졸업생에게 요구되는 핵심역량을 <표 1>과 같이 정리해 볼 수 있다.

<표 1> 법학교육을 받은 졸업생에게 요구되는 핵심역량

법조인의 사회적 책무성과 윤리에 관련된 능력
① 직업 법조인으로서 사회에서 수행할 것을 기대하고 있는 역할과 책임
② 법조인의 윤리와 관련된 법령 및 윤리규정에 대한 이해
③ 변호사의 충실의무•진실의무•이익상반•비밀 유지의 내용에 대한 이해
④ 변호사의 기강•징계절차 등에 대한 이해
문제해결 능력
법적 문제의 핵심을 발견하고 법률적으로 해결책을 제시할 수 있는 능력
법적 지식 : 기초적 법적 지식, 전문적 법적 지식, 법 정보조사
① 기초적 법 지식 ② 전문적 법 지식
③ 구체적 사실이나 문제에 대해 관련된 국내 법령을 망라적으로 추출할 능력

④ 국내법령에 대해 적용례(재판예나 행정에서의 운용)나 제정배경을 조사할 능력
⑤ 인터넷 등의 정보원이나 전자 DB를 활용한 조사할 능력
사실조사•사실인정능력
① 사실인정의 기본적 구조에 대한 이해
② 증거능력, 증거력, 증거평가, 증명도, 재판상의 증명과 과학적 증명
③ 증거의 종류나 그것들을 수집하는 방법과 기술
창조적•비판적 검토능력
① 현행의 법제도 개선에 대한 창조적인 제안을 할 능력
② 법의 공백지대에 대해 입법을 제안할 수 있는 능력
③ 판례가 없는 문제에 대해 신 판례를 만들어 낼 수 있는 능력
④ 현행의 실정법이나 판례를 상대화하는 능력
법적 분석•추론능력
① 법적 분석•추론을 하고, 그 적용 등을 거쳐 타당한 법적 결론을 도출할 능력
② 해당 사안에 대해 적용되는 법을 찾아내고, 그 법의 효과, 요건을 정리할 수 있는 능력
③ 주요 사실, 간접 사실 등으로 정리하고, 법적 결론에 이르는 논리적 경로를 정리할 능력
법적 논의•표현•설득능력
① 법적 문제를 검토할 메모를 작성할 능력
② 문제에 대한 자신의 의견과 이유를 명확히 구도로 언급할 능력
③ 문제에 대한 자신의 의견과 이유를 문서로 표현할 능력
④ 상대방의 이해를 보조할 도표나 영상 등을 이용하는 방법
⑤ 문제에 대한 결론을 향해 효율적으로 의논할 능력
커뮤니케이션 능력
① counseling 능력 ② 면접교섭 능력 ③ 커뮤니케이션 기법 ④ 질문하는 능력

Ⅲ. 연구방법

이 연구에서는 법학교육을 받은 졸업생에게 요구되는 핵심역량을 탐색하기 위하여 미국 ABA 로스쿨 인증평가기준에 제시되어 있는 법조인의 핵심역량과 법무연구재단의 평가에서 제시하고 있는 「법조에 필요한 자질과 능력」을 분석·종합하는 문헌분석을 하였다. 문헌분석을 토대로 도출한 법전원 졸업생에게 요구되는 핵심역량의 중요도를 검증하기 위한 설문지를 개발하여 법전원 교수로부터 내용의 타당성에 대한 검토를 하였다. 내용타당도에 대한 검증을 토대로 법전원 졸업생에게 요구되는 핵심역량을 조사하기 위한 최종 설문지를 결정하여 설문 조사를 실시하였다.

1. 조사대상

조사대상은 법전원 교수 42명, 법전원 출신 법조인 115명, 사법고시 출신 법조인 208명을 대상으로 2013년 12월 1개월에 걸쳐 법전원평가위원회 홈페이지를 통하여 실시하였다.

<표 2> 조사 대상

구분	N
법전원 교수	42
법전원 출신 법조인	115
사법고시 출신 법조인	208
합 계	365

2. 법전원 졸업생 핵심역량 설문지의 내용타당성에 대한 검토

미국 ABA 로스쿨 인증평가기준에 제시되어 있는 법조인의 핵심역량과 법무연구재단의 평가에서 제시하고 있는 「법조에 필요한 자질과 능력」을 종합한 앞에 제시한 <표 1>을 토대로 한 법전원 졸업생 핵심역량 설문지를 <표 3>같이 개발하였다.

<표 3>의 법전원 졸업생 핵심역량 설문지(내용 타당성 검토이전)는 법전원평가위원회가 2013년 위탁 정책연구 '한국형 로스쿨 제안'에 참여한 법전원 교수 5명, 평가전문가 1인, 법전원 사무국직원 2명이 내용의 타당성에 대한 검토를 하였다. 내용의 타당성 검토과정에서 중복되는 조사항목을 제외하는 한편, 그 표현이 분명하지 않은 조사항목을 내용을 수정하였다.

<표 3> 법전원 졸업생 핵심역량 설문지(내용 타당성 검토이전)

영역	세부조사항목	만족도 저 ←——→ 고				
		1	2	3	4	5
법조인으로서 가져야 할 직업윤리관	1. 법조인의 윤리와 관련된 법령 및 윤리규정에 대한 이해와 건전한 직업윤리관					
	2. 직업 법조인으로서 사회에서 수행할 것을 기대하고 있는 역할과 책임					
	3. 변호사의 충실의무•진실의무•이익 상반•비밀 유지의 내용에 대한 이해					
	4. 변호사의 기강•징계절차 등에 대한 이해					
문제해결 능력	5. 기초적 법적 지식과 전문적 법적 지식, 법 정보조사 능력					
	6. 사실조사•사실인정능력					
	7. 창조적•비판적 검토능력					

	8. 법적 분석•추론능력					
	9. 법적 논의•표현•설득능력					
	10. 커뮤니케이션 능력					
법적 지식	11. 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 기본적인 법 지식					
	12. 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 전문적인 법 지식					
	13. 재판 또는 행정집행에 대한 국내법령의 적용사례를 조사할 수 있는 능력					
	14. 인터넷 등의 정보원이나 전자 데이터베이스를 활용하여 조사할 수 있는 능력					
사실조사•사실인정 능력	15. 사실인정의 기본적 구조에 대한 이해능력					
	16. 입증능력 : 재판과정에서 증거의 타당성과 객관성을 과학적으로 평가하여 증명을 할 수 있는 능력					
	17. 증거를 수집하는 방법과 기술					
창조적•비판적 검토능력	18. 현행 법제도 개선에 대한 창조적인 대안을 제시 할 수 있는 능력					
	19. 법의 사각지대에 대해 입법을 제안할 수 있는 능력					
	20. 판례가 없는 문제에 대해 새로운 판례를 만들어 낼 수 있는 능력					
	21. 현행의 실정법이나 판례를 유사 사건의 특성을 고려하여 적용할 수 있는 능력					
법적 분석•추론능력	22. 법적 문제의 쟁점을 분석하고 논리적 추론에 근거하여 타당한 법적 결론을 도출할 수 있는 능력					
	23. 해당 사안에 대해 적용할 수 있는 법을 찾아내고, 해당 법의 적용 요건과 적용의 효과를 정리할 수 있는 능력					
	24. 쟁송사건을 주요사실, 간접사실 등을 정리할 수 있고 이에 근거하여 법적 결론도출의 논리를 제시할 수 있는 능력					
법적 논의•표현•설득능력	25. 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 말로 표현할 수 있는 능력					
	26. 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 문서로 작성할 수 있는 능력					
	27. 법적 문제를 보다 효율적으로 이해할 수 있도록 도표나 영상 등을 활용할 수 있는 능력					
	28. 법적 문제에 대한 효율적인 논의를 바탕으로 결론을 도출 할 수 있는 능력					
커뮤니케이션 능력	29. 의뢰인 또는 법원(재판부)과 counseling 할 수 있는 능력					
	30. 의뢰인 또는 법원(재판부)과 효율적으로 면접하고, 협상할 수 있는 능력					
	31. 의뢰인 또는 법원(재판부)과 효율적으로 의사소통을 할 수 있는 커뮤니케이션 능력					
	32. 법적 문제의 핵심을 파악하기 위한 효율적인 질문을 할 수 있는 능력					

<표 3> 법전원 졸업생 핵심역량 설문지(내용 타당성 검토이전)는 법조인으로서 가져야 할 직업윤리관, 문제해결 능력, 법적 지식, 사실조사·사실인정능력, 창조적·비판적 검토능력, 법적 분석·추론능력, 법적 논의·표현·설득능력, 커뮤니케이션 능력

등 8개 영역이었으나, 다른 영역과 전반적으로 중복이 되는 문제해결 능력을 제외한 총 7개 영역으로 구분하였다. 그리고 32개 세부조사 항목을 18개 조사항목으로 재구성하여 최종 확정한 법전원 졸업생 핵심역량 설문지는 <표 4>와 같다.

<표 4> 법전원 졸업생 핵심역량 설문지(중복 조사항목 삭제 및 수정)

영역	조사항목	만족도 저 ←——→ 고				
		1	2	3	4	5
법조인으로서 가져야 할 직업윤리관	1. 법조인의 윤리와 관련된 법령 및 윤리규정에 대한 이해와 건전한 직업윤리관					
	2. 직업 법조인으로서 사회에서 수행할 것을 기대하고 있는 역할과 책임					
법조 지식	3. 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 기본적인 법 지식					
	4. 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 전문적인 법 지식					
	5. 재판 또는 행정집행에 대한 국내법령의 적용사례를 조사할 수 있는 능력					
사실조사•사실인정 능력	6. 사실인정의 기본적 구조에 대한 이해능력					
	7. 입증능력 - 재판과정에서 증거의 타당성과 객관성을 과학적으로 평가하여 증명을 할 수 있는 능력					
	8. 증거를 수집하는 방법과 기술					
창조적•비판적 검토능력	9. 현행 법제도 개선에 대한 창조적인 대안을 제시 할 수 있는 능력					
	10. 현행의 실정법이나 판례를 유사 사건의 특성을 고려하여 적용할 수 있는 능력					
법적 분석•추론능력	11. 법적 문제의 쟁점을 분석하고 논리적 추론에 근거하여 타당한 법적 결론을 도출할 수 있는 능력					
	12. 해당 사안에 대해 적용할 수 있는 법을 찾아내고, 해당 법의 적용 요건과 적용의 효과를 정리할 수 있는 능력					
	13. 쟁송사건을 주요사실, 간접사실 등을 정리할 수 있고, 이에 근거하여 법적 결론도출의 논리를 제시할 수 있는 능력					
법적 논의•표현•설득능력	14. 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 말로 표현할 수 있는 능력					
	15. 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 문서로 작성할 수 있는 능력					
	16. 법적 문제를 보다 효율적으로 이해할 수 있도록 도표나 영상 등을 활용할 수 있는 능력					
커뮤니케이션 능력	17. 의뢰인 또는 상대방 등 소송관계자와 효율적으로 의사소통을 할 수 있는 커뮤니케이션 능력					
	18. 법적 문제의 핵심을 파악하기 위한 효율적인 질문을 할 수 있는 능력					

최종 확정한 법전원 졸업생 핵심역량 설문지의 신뢰도는 Cronbach α를 통해 확인했으며 18개 항목의 Cronbach α는 .886으로 높게 나타났다. 특정 조사항목이 제외된 경우 신뢰도 변화에 있어서도 18개 문항 모두 큰 변화가 없는 것으로 나타나 18개 문항 모두가 유효한 문항으로 판단되었다. 그 결과는 <표 5>와 같다.

<표 5> 조사문항별 신뢰도 검증 결과

조사항목		Cronbach α	
		조사문항	전체
1. 직업윤리	법조인의 윤리와 관련된 법령 및 윤리규정에 대한 이해와 건전한 직업윤리관	.889	.886
2. 역할과 책임	직업 법조인으로서 사회에서 수행할 것을 기대하고 있는 역할과 책임	.888	
3. 사실조사 인정 능력	법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 기본적인 법 지식	.880	
4. 기본 법지식	법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 전문적인 법 지식	.882	
5. 전문 법지식	재판 또는 행정집행에 대한 국내법령의 적용사례를 조사할 수 있는 능력	.880	
6. 사례 조사능력	사실인정의 기본적 구조에 대한 이해능력	.877	
7. 입증능력	입증능력 - 재판과정에서 증거의 타당성과 객관성을 과학적으로 평가하여 증명을 할 수 있는 능력	.877	
8. 증거 수집능력	증거를 수집하는 방법과 기술	.875	
9. 창조 대안능력	현행 법제도 개선에 대한 창조적인 대안을 제시 할 수 있는 능력	.883	
10. 유사 사건 법 적용능력	현행의 실정법이나 판례를 유사 사건의 특성을 고려하여 적용할 수 있는 능력	.877	
11. 논리 추론능력	법적 문제의 쟁점을 분석하고 논리적 추론에 근거하여 타당한 법적 결론을 도출할 수 있는 능력	.881	
12. 사안별 법 조사. 적용능력	해당 사안에 대해 적용할 수 있는 법을 찾아내고, 해당 법의 적용요건과 적용의 효과를 정리할 수 있는 능력	.880	
13. 논리 결론능력	쟁송사건을 주요사실, 간접사실 등을 정리할 수 있고, 이에 근거하여 법적 결론도출의 논리를 제시할 수 있는 능력	.876	
14. 표현능력	법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 말로 표현할 수 있는 능력	.880	

15. 문서 작성능력	법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 문서로 작성할 수 있는 능력	.881	
16. 멀티미디어 활용능력	법적 문제를 보다 효율적으로 이해할 수 있도록 도표나 영상 등을 활용할 수 있는 능력	.883	
17. 대화능력	의뢰인 또는 상대방 등 소송관계자와 효율적으로 의사소통을 할 수 있는 커뮤니케이션 능력	.881	
18. 질문능력	법적 문제의 핵심을 파악하기 위한 효율적인 질문을 할 수 있는 능력	.876	

3. 분석방법

법전원 졸업생 핵심역량을 7개 영역으로 구분한 것의 타당성을 검증하기 위해 요인분석을 하였으며, 조사문항간의 상관관계에 대한 분석을 하였다. 각 조사문항별 평균(M)과 표준편차(SD)를 구하고 조사대상 집단간 유의차를 알아보고, 동일 집단내의 조사영역별 유의차를 알아보기 위해 F 검증을 하였다.

Ⅳ. 연구결과

1. 법전원 졸업생 핵심역량 18개 항목에 대한 조사 결과

법전원 졸업생 핵심역량 18개 항목 즉, 1_직업윤리, 2_역할과 책임, 3_사실조사 인정능력, 4_기본 법지식, 5_전문 법지식, 6_사례 조사능력, 7_입증능력, 8_증거 수집능력, 9_창조대안능력, 10_유사 사건 법 적용능력, 11_논리 추론능력, 12_사안별 법 조사·적용능력, 13_논리 결론 도출능력, 14_표현능력, 15_문서작성능력, 16_멀미 활용능력, 17_대화능력, 18_질문능력 등에 대한 중요도 인식정도에 대한 분석결과는 <표 6>과 같다.

<표 6> 조사문항별 조사 결과

조사항목	N	최소값	최대값	평균	표준편차
1_직업윤리	365	1.0	5.0	4.37	.882
2_역할과 책임	365	1.0	5.0	4.27	.832
3_사실조사 인정능력	365	1.0	5.0	4.58	.638
4_기본 법지식	365	1.0	5.0	4.75	.572

5_전문 법지식	365	1.0	5.0	4.53	.724
6_사례 조사능력	365	1.0	5.0	4.41	.735
7_입증능력	365	2.0	5.0	4.43	.748
8_증거 수집능력	365	2.0	5.0	4.32	.785
9_창조 대안능력	365	1.0	5.0	3.54	1.017
10_유사 사건 법 적용능력	365	2.0	5.0	4.49	.666
11_논리 추론능력	364	2.0	5.0	4.70	.536
12_사안별 법 조사.적용 능력	365	2.0	5.0	4.67	.554
13_논리 결론능력	365	2.0	5.0	4.49	.706
14_표현능력	365	1.0	5.0	4.26	.839
15_문서 작성능력	365	2.0	5.0	4.65	.552
16_멀티미디어 활용능력	365	1.0	5.0	3.60	.979
17_대화능력	365	2.0	5.0	4.41	.701
18_질문능력	365	2.0	5.0	4.39	.706
전체	365	2.94	5.00	4.38	.435

법전원 졸업생 핵심역량 18개 항목에 대한 중요도에 대한 인식정도의 평균값이 4.5 수준인 조사항목은 기본 법지식(4.75), 논리 추론능력(4.70), 사안별 법 조사 및 적용 능력(4.67), 문서 작성능력(4.65), 사실조사 인정능력(4.58), 전문 법지식(4.53), 유사 사건에 대한 법 적용 및 판례 적용능력(4.49), 논리 결론능력(4.49) 등으로 확인되었다. 그리고 멀티미디어 활용능력(3.60)과 창조 대안능력(3.53)은 중요도 인식정도가 상대적으로 낮은 것으로 분석되었다.

법전원 졸업생 핵심역량 18개 항목 조사 결과는 통계적으로 유의한($p< .05$ 또는 $p<.01$) 상관관계가 있는 것으로 분석되었으며, 그 결과는 <표 7>과 같다. 따라서, 본 연구에서 제시한 법전원 졸업생들이 갖추어야 할 자질과 핵심역량에 대해 법전원 교수, 법전원 출신 법조인, 사법고시 출신 법조인 모두가 긍정하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 자질과 핵심역량은 교육목표, 다시 말해 의도한 학습성과를 설정하는데 중요한 준거가 될 수 있다.

<표 7> 조사항목의 문항간 상관관계

조사문항	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
2	.645**																
3	.207**	.247**															
4	.168**	.174**	.492**														
5	.127*	.163**	.419**	.569**													
6	.204**	.166**	.428**	.449**	.459**												
7	.174**	.183**	.453**	.276**	.492**	.454**											
8	.111*	.108*	.400**	.324**	.460**	.475**	.710**										
9	.190**	.207**	.200**	.112*	.219**	.291**	.355**	.471**									
10	.144**	.152**	.367**	.320**	.298**	.470**	.431**	.445**	.358**								
11	.210**	.150**	.330**	.371**	.364**	.391**	.375**	.244**	.219**	.596**							
12	.217**	.238**	.353**	.478**	.379**	.451**	.316**	.306**	.218**	.580**	.599**						
13	.180**	.190**	.389**	.438**	.491**	.459**	.521**	.509**	.311**	.522**	.540**	.561**					
14	.096	.123*	.236**	.178**	.289**	.333**	.312**	.371	.357*	.264**	.246**	.258**	.342**				
15	.135**	.104*	.295**	.279**	.194**	.383**	.364**	.364**	.194*	.436**	.353**	.359**	.405**	.428**			
16	.061	.098	.197**	.083	.238**	.269**	.263**	.439	.452	.277**	.113	.164**	.258**	.516**	.310		
17	.166**	.186**	.318**	.166**	.134*	.222**	.256**	.365**	.290**	.352**	.165**	.244*	.248**	.426**	.428**	.498**	
18	.152**	.185**	.357**	.281**	.227**	.418**	.444**	.450**	.362**	.437**	.263**	.406**	.473**	.460**	.448**	.450**	.617**

* p< .05 ** p<.01

2. 법전원 졸업생 핵심역량 영역구분에 대한 요인분석 결과

당초 법전원 졸업생 핵심역량 조사 설문지의 영역은 ① 법조인으로서 가져야 할 직업윤리관, ② 법조 지식, ③ 사실조사·사실인정능력, ④ 창조적·비판적 검토능력, ⑤ 법적 분석·추론능력, ⑥ 법적 논의·표현·설득능력, ⑦커뮤니케이션 능력 등 7개로 항목으로 구분하여 조사한 요인분석 결과는 <표 7>과 같다.

<표 8> 법전원 졸업생 핵심역량 조사 설문지 요인분석 결과

조사항목	요인			
	1	2	3	4
16_멀티미디어 활용능력	.782	.172	-.027	-.012
17_대화능력	.748	-.030	.232	.137
18_질문능력	.680	.173	.361	.083

14_표현능력	.671	.174	.176	.001
9_창조대안능력	.562	.319	-.017	.175
5_전문법지식	.037	.798	.202	.043
7_입증능력	.340	.698	.165	.053
8_증거수집능력	.505	.688	.075	-.035
4_기본법지식	-.075	.577	.451	.112
3_사실조사인정능력	.163	.553	.293	.204
6_사례조사능력	.236	.543	.403	.078
12_사안별 법 조사.적용 능력	.105	.245	.780	.150
11_논리추론능력	.041	.238	.776	.087
10_유사 사건 법 적용능력	.320	.237	.690	.024
13_논리결론능력	.240	.496	.554	.052
15_문서작성능력	.490	.070	.529	-.013
2_역할과 책임	.101	.110	.075	.888
1_직업윤리	.068	.082	.118	.882

주성분 분석 결과 고유값이 1이상인 1 이상인 유효한 요인은 4개이며, 이때 누적분산비율은 62.26%로 나타났으며, 요인분석 결과는 1. 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력, 2. 법조지식·사실조사 및 인정능력, 3. 법적추론·적용·문서작성 능력, 4. 법조 직업윤리관 4개 요인으로 구분되었다. 이는 당초 7개 영역으로 구분했던 것을 4개 영역으로 구분하는 것이 타당하다는 것을 말해준다.

3. 법전원 졸업생 핵심역량 영역별 집단간 중요도 인식 차이

법조 직업윤리관, 법조지식·사실조사 및 인정능력, 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력의 4개 영역에서 법전원 교수, 법전원 출신 법조인, 사시 출신 법조인 이상 3집단의 중요도에 대한 인식차이는 없는 것으로 조사되었으며 그 결과는 <표 9>과 같다.

<표 9> 영역별 집단간 중요도 인식차이

영역	집단	N	평균	표준편차	F	사후검증 (Tukey)	
						①	②
법조 직업윤리관	법전원 교수	42	4.25	.821	2.222		
	법전원 출신 법조인	115	4.21	.876			
	사법고시 출신 법조인	208	4.39	.703			
법조지식.사실조사 및 인정능력	법전원 교수	42	4.46	.559	.449		
	법전원 출신 법조인	115	4.49	.540			
	사법고시 출신 법조인	208	4.53	.503			
법적 추론.적용.문서작성 능력	법전원 교수	42	4.57	.455	1.089		
	법전원 출신 법조인	115	4.56	.514			
	사법고시 출신 법조인	208	4.63	.441			
법적논의.표현.커뮤니케이션 능력	법전원 교수	42	4.05	.615	.613		
	법전원 출신 법조인	115	4.09	.654			
	사법고시 출신 법조인	208	4.01	.621			
전체	법전원 교수	42	4.35	.431	.326		
	법전원 출신 법조인	115	4.37	.465			
	사법고시 출신 법조인	208	4.40	.420			

각 집단별 4가지 영역에 대한 중요도 인식정도에 대한 조사결과는 <표 10>와 같다. 법전원 교수와 법전원 출신 법조인, 사시 출신 법조인 모두 법적 추론·적용·문서작성 능력을 가장 중요하게 생각했으며, 다음으로는 법조지식·사실조사 및 인정능력을 중요하다고 언급하였으며, 다음으로 법조 직업윤리관, 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력 순으로 응답하고 있다. 각 영역별로는 모든 집단에서 법조지식·사실조사 및 인정능력과 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력간에 통계적으로 유의미한 차이를 보이고 있다.

<표 10> 각 집단별 4가지 영역에 대한 중요도 인식 정도

집단	영역	N	평균	표준편차	F	사후검증 (Tukey)		
						①	②	③
법전원 교수	법조 직업윤리관	42	4.25	.821	5.733***			
	법조지식.사실조사 및 인정능력	42	4.46	.559				
	법적 추론.적용.문서작성 능력	42	4.57	.455				
	법적논의.표현.커뮤니케이션 능력	42	4.05	.615			*	*
법전원 출신 법조인	법조 직업윤리관	115	4.21	.876	12.757***			
	법조지식.사실조사 및 인정능력	115	4.49	.540		*		
	법적 추론.적용.문서작성 능력	115	4.56	.514		*		
	법적논의.표현.커뮤니케이션 능력	115	4.09	.654			*	*
사법고시 출신 법조인	법조 직업윤리관	208	4.39	.703	46.052***			
	법조지식.사실조사 및 인정능력	208	4.53	.503				
	법적 추론.적용.문서작성 능력	208	4.63	.441		*		
	법적논의.표현.커뮤니케이션 능력	208	4.01	.621		*	*	*
전체	법조 직업윤리관	365	4.32	.777	59.552***			
	법조지식.사실조사 및 인정능력	365	4.51	.521		*		
	법적 추론.적용.문서작성 능력	365	4.60	.467		*		
	법적논의.표현.커뮤니케이션 능력	365	4.04	.631		*	*	*

법전원 출신 법조인의 경우 법조지식·사실조사 및 인정능력과 법적 논의·표현·커뮤니케이션 능력이 법조 직업윤리관과 통계적으로 유의미한 차이를 보이고 있다. 사법고시 출신 법조인은 법조 직업윤리관과 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력간에 통계적으로 유의미한 차이를 보이고 있다. 이는 사법고시 출신 법조인이 다른 집단에 비해 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력의 중요도를 특히 낮게 인식하고 있음을 나타낸다.

Ⅴ. 결론

교육은 가치 있는 인간형성을 위한 목적지향적 활동이다. 교육을 통하여 길러주고자 하는 핵심역량인 자질과 역량을 분명하게 설정되지 않은 교육활동은 '갈 곳을 잃고 망망대해에서 표류하는 배'와 같은 것이다. 최근 교육현장에서 학생의 학

습 성과가 중요시되고, 교육의 질을 보장하고자 하는 인증평가의 추세가 교육성과 평가에 중점을 두는 것도 이러한 이유에서이다.

이 연구는 법전원 졸업생이 갖추어야 할 핵심역량으로 요구되는 자질과 능력이 무엇인지 탐색해 보고자 하는 목적으로 수행되었다. 이러한 목적을 달성하기 위해서 먼저 미국 ABA 로스쿨평가와 일본 법무연구재단의 인증평가기준에 제시되어 있는 법률가 양성교육에서 길러야할 자질과 능력을 분석·검토·종합하여 법전원 졸업생에게 요구되는 자질과 능력을 7개 영역·18개 항목의 핵심역량을 도출하였다. 그리고 법전원 교수·법전원 출신 법조인·사시 출신 법조인 총 365명을 대상으로 법전원 졸업생에게 요구되는 18개의 자질과 능력을 조사항목으로 하는 핵심역량의 중요도에 대한 설문조사와 분석을 하였다.

이에 조사·분석 결과에 입각해서 법전원 졸업생이 갖추어야 하는 핵심역량을 제시하는 것으로 결론에 대신하고자 한다. 법전원 졸업생이 갖추어야 하는 핵심역량은 '법조 직업윤리', '법조지식·사실조사 및 인정능력', '법적논의·표현·커뮤니케이션 능력', '법적추론·적용문서작성 능력' 이상 4개 영역으로 구분되었다. 각 영역별 중요한 것으로 분석된 자질과 능력을 구체적으로 제시하면 다음과 같다.

첫 번째, 법조 직업윤리 영역에서는 ① 법조인의 윤리와 관련된 법령 및 윤리규정에 대한 이해와 건전한 직업윤리관, ② 직업 법조로서 사회에서 수행할 것을 기대하고 있는 역할과 책임 등의 자질과 능력이 필요하다.

둘째, 법조지식·사실조사 및 인정능력 영역에서는 ① 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 기본적인 법 지식, ② 법적 문제의 본질을 이해하고 적용할 수 있는 전문적인 법 지식, ③ 재판 또는 행정집행에 대한 국내법령의 적용사례를 조사할 수 있는 능력, ④ 사실인정의 기본적 구조에 대한 이해능력, ⑤ 입증능력 - 재판과정에서 증거의 타당성과 객관성을 과학적으로 평가하여 증명을 할 수 있는 능력, ⑥ 증거를 수집하는 방법과 기술 등의 자질과 능력이 요구된다.

셋째, 법적논의·표현·커뮤니케이션 능력 영역에서는 ① 현행 법제도 개선에 대한 창조적인 대안을 제시 할 수 있는 능력, ② 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 말로 표현할 수 있는 능력, ③ 법적 문제를 보다 효율적으로 이해할 수 있도록 도표나 영상 등을 활용할 수 있는 능력, ④ 의뢰인 또는 상대방 등 소송관계자와 효율적으로 의사소통을 할 수 있는 커뮤니케이션 능력, ⑤ 법적 문제의 핵심을 파악하기 위한 효율적인 질문을 할 수 있는 능력 등을 갖추어야 한다.

넷째, 법적추론적용·문서작성 능력 영역에서는 ① 현행의 실정법이나 판례를 유사사건의 특성을 고려하여 적용할 수 있는 능력, ② 법적 문제의 쟁점을 분석하고 논리적 추론에 근거하여 타당한 법적 결론을 도출할 수 있는 능력, ③ 해당 사안에 대해 적용할 수 있는 법을 찾아내고, 해당 법의 적용 요건과 적용의 효과를 정리할 수 있는 능력, ④ 쟁송사건의 주요사실, 간접사실 등을 정리할 수 있고, 이에 근거하여 법적 결론도출의 논리를 제시할 수 있는 능력, ⑤ 법적 문제에 대한 자신의 의견과 그 이유를 명확하게 문서로 작성할 수 있는 능력 등이 중요하다.

여기에 제시된 법전원 졸업생의 핵심역량인 자질과 역량은 이 연구의 중요도 조사를 토대로 볼 때, 법전원의 법조인 양성과정에서 교육해야 할 최소한의 요구에 해당하는 학습 성과라 할 수 있다. 따라서 의도한 학습성과, 교육목표를 명확하게 정의함으로써 해당 역량과 자질을 기르기 위해 현행 교육과정 중 이와 대응하는 교육 교과목을 분류하고, 해당 역량과 자질이 없는 경우에는, 이를 반영한 신규 교과목을 개발해야 할 것이다. 물론 해당 법전원의 교육이념과 교육목적에 따라 인재상이 다를 수 있고, 그 달성정도를 제시한 교육목표인 인재가 갖추어야할 자질과 역량도 달라 질 수 있다. 그러나 이 연구에서 제시한 법전원 졸업생의 핵심역량은 법전원별로 교육이념과 교육목적 달성을 위한 교육목표 설정의 기틀이 될 수 있으리라 생각한다. 더불어, 법전원 교수 등과의 협력 연구를 통해 본 연구가 법전원 현행 교육과정과 연계된다면, 우리나라 법전원 교육성과 평가영역의 학습 성과 평가기준 설정에도 준거가 될 수 있을 것으로 생각한다.

따라서, 법전원 졸업생이 갖추어야 할 핵심역량과 법전원 교육과정 연계 연구는 법전원 교육과정 전문가 또는 교수 등과 협업을 통한 후속연구가 요청된다.

(논문투고일 : 2015.10.27, 심사개시일 : 2015.11.26, 게재확정일 : 2015.12.15)

이 영 호

법학전문대학원 졸업생의 핵심역량. 학습 성과, 법조인의 자질과 능력

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

유현숙(2002),「국가 수준의 생애능력 표준 설정 및 학습체제 질 관리 연구(Ⅰ), 한국교육개발원 연구보고서. 서울: 한국교육개발원.

ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar(2014),「ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2014-2015 Edition」, The Section of Legal Education and Admissions to the Bar Web page: www.abanet.org/legaled.

日弁連法務研究財団(2012),「法科大學院評価基準-解説の 改正趣旨」, 大韓弁護士協会法学部評価委員会との懇談会(2012.1.13.) 資料, NO. 2.

Ⅱ. 논문

윤정일/김민정/윤순경/박민정(2007), “인간 능력으로서의 역량에 대한 고찰 : 역량의 특성과 차원”,「교육학연구」, 제45권 제3호. 한국교육학회. pp.233-260.

이영호(2012a), “미국 로스쿨 인증평가에 대한 분석과 시사점,「비교교육연구」, 제22권 제5호. 비교교육학회. pp.155-174.

이영호(2012b), “일본 법과대학원 평가에 대한 연구”,「한국일본교육학연구」, 제17권 제1호. 한국일본교육학회. pp.81-96.

이영호(2014), “일본 대학인증평가정책의 변천과 과제”, 「한국일본교육학연구」, 제18권 제2호. 한국일본교육학회. pp.191-211.

Abstract

A Study on the Core Competencies of Law School Graduates

Lee Young Ho

This research is to examine what kind of mind and ability law school graduates need for core competency in their fields. For this, firstly, the accreditation standards of the ABA Law School in USA and the Legal Research Funds in Japan should be analyzed, investigated and synthesized in their education for lawyers. After viewing the accreditation standards, the study has found the results of 7 areas and 18 items of its mind and ability to be asked to law school graduates.

From there, the results of the questionnaire and analysis about the significance of core competency survey 18 items of mind and ability to law school graduates; who are currently law school professors, lawyers from law school and lawyers from judiciary examination, 365 participants in total.

This article suggests 4 areas of core competencies of law school graduates like 'lawyer's professional ethics', 'lawyer's acknowledgement·fact-finding investigation and ability acceptance', 'legal debate·presentation·communication capacity', 'legal reasoning·document task ability and 4 areas of mind and ability like those items.

Lee Young Ho

the core competency of law school graduates, learning outcomes, lawyer's mind and ability, lawyer's professional ethics, lawyer's acknowledgement·fact-finding investigation and ability acceptance, legal debate·presentation·communication capacity, legal reasoning·document task ability

论证券交易所自律管理权法律属性的三元结构

甘 培 忠*

彭 运 朋**

一、 引言
二、法律、法规、规章与司法政策梳理：一块模糊地带
（一）法律、法规、规章
（二）司法政策
三、法理分析：自律管理权——法的三元结构
（一）三元结构的法律构造
（二）三元结构对自律管理权法律属性迷思的破解
（三）三种权力、权利的具体区分
四、结语

【摘 要】

证券交易所自律管理权的法律属性决定了它的行权规则、救济措施等方面的法律适用。然而，中国的法律、法规、规章和司法政策在这方面都缺乏定论，实践上存在不少不一致的做法。证券交易所自律管理权实际上具有三元结构，是包含了法定权力、组织权利、合同权利等三种不同类型的权力与权利的集合，是集合而非个体的概念。立法机关应当在修订《证券法》时明确证券交易所自律管理权的法律属性。从保护有关各方合法权益、保障资本市场公平正义的角度来说，证券交易所趋于膨胀的自律管理权应该受到必要的约束和监督。

* 北京大学法学院教授.
** 北京大学法学院博士生.

一、 引言

证券交易所自律管理是证券市场治理结构中的重要一环。我国沪深证券交易所尽管受到相比国外来说更强的政府干预，但仍然在各个方面发挥着巨大的一线监管作用。例如，一旦市场上出现异常的交易，多数是由交易所在第一时间处置 1)在市场主体发生违规行为后，证券交易所也会根据自律管理规则对违规者处以自律处分等。2)可以说，证券交易所持续不断地进行的自律管理是整个市场有效运行的基础性条件。那么，证券交易所自律管理权的法律属性是什么？这是一个重要而又棘手的问题。不同的权力或权利类型需适用不同的法律规则，因此对证券交易所自律管理权的定性将决定其对象范围、程序规则、救济措施等。例如，对于证券交易所作出的纪律处分，被处分人能否要求证券交易所提供内部救济程序？能否提起行政复议？能否向法院提起诉讼？如果能提起，是民事诉讼还是行政诉讼？这些都取决于证券交易所自律管理权的性质，行权规则、救济措施都是与行为性质相对应的。然而，交易所自律管理权同时具有公权力、私权利的特征，但又与常规的公权力、私权利都有所不同，其定性的确存在法律上的纠结。下文将首先梳理有关的法律法规、司法政策，然后对这个问题进行法理分析，指出证券交易所自律管理权的法律性质是一个三元结构，在不同情形中分别属于法定的行政权、组织权利、合同权利。文章最后建议利用我国证券法修改的时机，在法律上明确证券交易所行政职权的范围。

二、法律、法规、规章与司法政策梳理：一块模糊地带

一）法律、法规、规章

《证券法》（2005年）第102条第1款强调证券交易所是“实行自律管理的法人”，第110-121条规定证券交易所可以进行实时监控、停牌停市、纪律处分等。《证券交易所管理办法》第11条则更具体地规定了证券交易所“提供证券交易的场所和设施”、“制定证券交易所的业务规则”等8项职能以及兜底的“证监会许可的其他职能”。可见，证券交

1) 著例是在2013年8月16日的“光大证券8·16乌龙指事件”中，光大证券的ETF策略套利系统在11点05分出现技术错误，向交易所系统输入天量买入订单，上海证券交易所在两分钟后即11点07分就致电光大证券了解情况。参见：《上交所就光大乌龙事件回答投资者11大问题》，http://finance.sina.com.cn/stock/y/20130825/171916555092.shtml。

2) 上海证券交易所在2012-2014三年间分别作出181、121、222项纪律处分，包括公开谴责、通报批评、限制交易、认定不适合担任相应职务等四种处分措施。参见上海证券交易所：《2014 年自律监管工作报告》，http://www.sse.com.cn/aboutus/regulatory/action/whitepaper/c/c_20150227_3883724.pdf。

易所自律管理拥有来自法律上的授权，但是《证券法》、《证券交易所管理办法》都未规定这些自律管理权属于什么性质的权力（利）。此外，民法、行政法也都没有对包括证券交易所在内的自律组织的自律管理权的法律性质进行规定。

证监会2002年发布的《行政复议办法》把复议对象规定为“中国证监会或其派出机构、授权组织的具体行政行为”，在2010年修订时也维持了这一表述。其中的“授权组织”来自于《行政复议法》第15条第1款第3项的规定“对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议”。尽管证监会在该办法中并未明示证券交易所属于其中的“授权组织”，但是在实践中会接受对证券交易所特定行为的行政复议申请。例如，上海证券交易所于2005年12月31日宣布终止*ST龙科的股票上市，*ST龙科对此不服，向中国证监会提出了行政复议，要求撤销上交所终止公司股票上市的决定，证监会受理了该公司的申请。[3]在之前的另一个类似案件中，证监会拒绝受理投资者针对证券交易所的终止上市决定提起的行政复议，但其理由不是被申请人（证券交易所）不适格，而是申请人不适格，“申请人如果认为该终止上市的决定侵犯其合法权益，应向该公司提出，由公司行使请求行政复议的权利，股东不能直接申请行政复议”。[4]此外，全国中小企业股份转让系统有限责任公司（“新三板”）于2013年2月8日发布的《全国中小企业股份转让系统两网公司及退市公司股票转让暂行办法》第12条第3款提到：“推荐公司股票挂牌的主办券商在办理退市公司股票挂牌过程中，如果退市公司对证券交易所退市决定提起行政复议或诉讼，在中国证监会受理其行政复议申请或法院受理其行政诉讼申请后，主办券商应暂停其股票进入全国股份转让系统挂牌工作，并根据行政复议和诉讼结果决定是否恢复其股票的挂牌工作……”这个规定从侧面说明上市公司被证券交易所终止上市后可以提起行政复议或行政诉讼。由于“新三板”在政策上紧跟证监会步伐，且“新三板”的基本业务规则需经证监会批准、其他业务规则需报中国证监会备案（见《全国中小企业股份转让系统有限责任公司管理暂行办法》第9条），因此，它的前述规定可以在很大程度上反映证监会的立场。

然而，证监会并非一律将证券交易所视为行政法上的“授权组织”。《政府信息公开条例》第36条规定：“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织公开政府信息的活动，适用本条例。”假如把证券交易所视为“授权组织”，它们岂非就应当承担政府信息

3）王文志、颜兰沣：《拒登三板市场，*ST龙科提出行政复议》，http://finance.sina.com.cn/roll/20060213/1434547311.shtml。

4）吴兢：《上市公司被终止上市，多位股民状告证监会》，《人民日报》 2003年08月19日 第2版 http://www.people.com.cn/GB/news/2023777.html。

公开的义务？2015年1月，上海股民郑某在中国南车股票连续涨停期间，试图通过“预埋单”的方式买入中国南车，虽然报价排序均为第一，且该股成交量并不为零，但郑某却未买到该支股票。2015年1月18日，郑某依据《政府信息公开条例》第36条向上海证券交易所申请公开其在上述期间申请的股票交易委托时间及未成交的理由等信息。上海证券交易所于1月22日电话答复拒绝公开，郑某遂向上海证券交易所主管部门中国证券监督委员会申请复议，证监会驳回了他的行政复议申请。[5]显然，证监会在本案中又不认为证券交易所是“授权组织”。

二）司法政策

最高人民法院于2005年发布了《关于对与证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定》，其第1条规定：“……指定上海证券交易所和深圳证券交易所所在地的中级人民法院分别管辖以上海证券交易所和深圳证券交易所为被告或第三人的与证券交易所监管职能相关的第一审民事和行政案件。”显然，最高人民法院认为证券交易所自律管理行为既可能是民事行为，也可能是行政行为。但是，对于这些行为在何时为民事行为、何时为行政行为，该规定并未涉及。诉讼实践方面，法院似乎更倾向于认为这些行为是民事行为。刊登于《最高人民法院公报》的2009年“邢立强诉上海证券交易所权证交易侵权纠纷案”中，[6]原告持有一批武钢认沽权证，后来上海证券交易所突然提前批准券商创设11．27亿份武钢认沽权证，导致这些权证比原有公告的最早上市日期提前一天就上市交易，原告由于市场供求关系改变而产生巨亏，最终将上海证券交易所诉至法院，要求民事赔偿。法院在判决中认为：“相对于民法通则而言，证券法系特别法，证券法中关于侵权行为的规定应当优先适用，证券法没有规定的，可以适用一般民法关于民事侵权的规定…权证创设行为系证券交易所根据国务院证券监管部门批准的业务规则作出的履行自律监管行为，该行为如违反法律规定和业务规则，相关受众主体可以对交易所提起民事诉讼。”显然，法院在此并不认为证券交易所的行为是行政行为，否则当事人应该提起的就不是民事诉讼，而是主张国家赔偿的行政诉讼。此外，在类似的2008年“陈伟诉广东省机场管理集团公司、广州白云国际机场股份有限公司、上海证

---

5) 郑某据此诉至上海第一中级人民法院，请求法院判令被告以书面形式公开涉案信息。法院于2015年7月1日开庭审理了案件，上海证券交易所辩称，其并非行政机关或法律、法规授权组织，不具有行政主体资格，也不承担政府信息公开职责，因此原告郑某以其为被告提起行政诉讼，不符合行政诉讼的起诉条件。陈伊萍：《股民起诉上交所：报价排序均第一，为何买不到“中国神车”》，http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1347572。经检索，尚未见到法院判决。

6) 《最高人民法院公报》2010年第7期。

券交易所侵权纠纷案”、[7]2010年“卢某与上海证券交易所等权证交易侵权赔偿纠纷案”、[8]2011年“胡珍珠与上海证券交易所等金融衍生品种交易纠纷案”[9]等三个案件中，法院也都依据民事侵权法律关系的相关规定去审理。不过，法院系统在这方面也有两个例外。在《证券法》和前述司法解释都尚未出台的1997年，上海证券交易所在“327国债期货事件”中宣布尾市交易无效，投资者胡某由此将上海证券交易所作为被告，向上海市虹口区人民法院提起民事诉讼。一审法院认定上海证券交易所的行为属于行政行为，不适用民事诉讼，因而裁定不予受理。二审法院维持原判。[10]此外，在2013年的“上海顺泰创强实业有限公司等与深圳证券交易所不履行法定职责行政纠纷案”中，[11]投资者以深圳证券交易所未履行《证券法》规定的监管职责为由，提起以深圳证券交易所为被告的行政诉讼，深圳市中级人民法院和广东省高级人民法院相继驳回了起诉，但驳回理由并非诉讼类型不当，而是被诉行为“不直接涉及投资者利益”。除此之外，我们未发现其他以证券交易所为被告的行政诉讼。

值得注意的是，除证券交易所外，法律法规明确规定对行业实施自律管理的还有足协、高校、期货交易所、证券业协会、证券投资基金业协会、保险行业协会、银行业协会、注册会计师协会等其他各行各业的自律组织。从法律性质来说，它们都是法律法规明文规定在所处行业实行自律管理的法人，据此，我们以中国足协、高等学校为例，从更宽广的视野探究法院对自律管理行为的立场。

其一，中国足协。中国《体育法》第31条规定“全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理”，因此足球俱乐部、球员参与国内外大型赛事都要直接受足协管理，一旦足球俱乐部、球员被足协处以禁赛、降级等处罚，就意味着他们的足球事业受到极大的影响。那么，足协作出的处罚决定属不属于行政处罚？北京市第二中级人民法院于2002年1月23日作出行政裁定，认为长春亚泰及其教练员、球员对中国足协提起的行政诉讼“不符合《中华人民共和国行政诉讼法》规定的受理条件”，裁定不予受理。该案之后，尽管行政法学界主流观点认为足协处罚应该纳入行政诉讼受案范围，[12]但我们却又

7）《最高人民法院公报》2008年第12期。

8） 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民三(商)初字第60号判决书，上海市高级人民法院(2010)沪高民五(商)终字第10号判决书。

9） 上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民六（商）初字第28号判决书，上海市高级人民法院(2011)沪高民五(商)终字第5号判决书。

10） 徐明、卢文道：《证券交易所自律管理侵权诉讼司法政策——以中美判例为中心的分析》，《证券法苑》（第1卷），法律出版社2009年版，第1页。

11）深圳市中级人民法院（2013）深中法立行初字第1号行政裁定书，广东省高级人民法院(2013)粤高法行终字第232号行政裁定书。

12）袁曙宏、苏西刚：《论社团罚》，《法学研究》2005年第3期。

没有见到采纳这一立场的案例。随着2015年中国足协的去行政化改革深入推进，[13]出现这样的案例的可能性会更小。

其二，高等学校。《教育法》第21条、第22条以及《中华人民共和国学位条例》[14]第8条规定受教育者的学业证书、学位证书由符合条件的高校等教育机构颁发、授予，那么在高校拒绝向学生颁发毕业证书、学位证书时，学生能否对高校提起行政诉讼？这是行政法理论与实践中非常有争议的问题。1998年，北京科技大学的学生田永因考试作弊被勒令退学，毕业时该校拒绝给其颁发毕业证、学位证，田永遂向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。1999年2月，海淀法院判决田永胜诉；被告不服，提起上诉；北京市第一中级人民法院于1999年4月判决驳回上诉，维持原判。《最高人民法院公报》1999年第4期刊登了这一案件，并总结指出："按退学处理,涉及到被处理者的受教育权利,从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达,允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理,忽视当事人的申辩权利,这样的行政管理行为不具有合法性。"然而情况很快有了变化。同年9月，北京海淀区人民法院受理了"刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士毕业证书案"，同年12月判决责令北京大学在判决生效后两个月内向原告刘燕文颁发博士研究生毕业证书。然而，北京大学不服、提起上诉后，北京市第一中级人民法院裁定撤销海淀法院的判决，发回重审，最终海淀法院重审后以超过诉讼时效为由判决驳回原告起诉。这一案件的判决结果之所以会逆转，很有可能也受到了各方博弈的影响。《瞭望东方周刊》报道称知情法学家透露，刘燕文状告北大并在一审胜诉的消息，让众多高校管理者深感不安，有的高校通过教育部甚至一些担任人大代表的本校学者，向最高人民法院施加压力，要求法院不要受理类似案件。在刘燕文案之后，至少在北京地区，各级法院就和高校达成了默契——凡是学生状告高校的行政诉讼案件一概不予受理。在其他地区，这种默契则程度不同地存在于司法实践中。[15]然而，时隔15年后，最高人民法院于2014年12月25日又将"田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案"作为指导案例予以公开发布，并总结称高等学校对受教育者因违反校规、校纪而拒绝颁发学历证书、学位证书，受教育者不服的，可以依法提起行政诉讼。从这些颇为曲折的司法政策演变过程来看，法院系统对于高校依法履行颁发学业证书、学位证书乃至于给予退学等处分的

13) 2015年中国先后出台《中国足球改革发展总体方案》、《中国足球协会调整改革方案》，去行政化是其中的一大努力。

14) 与一般的由国务院发布的"条例"不同，《中华人民共和国学位条例》是由全国人大常委会发布的规定。

15) 肖山，最高法酝酿将高校纳入行政诉讼，http://news.eastday.com/eastday/news/news/node4938/node29923/userobject1ai467779.html。

行为，整体上认可这些行为的行政行为性质及高校相应的行政诉讼被告地位。

综合前述司法政策，我们可以得出一些启示：（1）法院在处理社团法人自律管理的案件时并非超脱于客观现实、单纯依据法律条文审理，实际上也受到各方利益博弈的影响。这符合法院追求法律效果与社会效果的统一的一贯立场。（2）尽管多种社团法人都由法律法规明文规定享有自律管理权，法律性质较为相似，但是如前所述，法院对于不同社团法人的态度不尽一致，更倾向于具体社团具体分析。由此可见，证券交易所自律处罚的法律性质还是需要回归到证券法和行政法共同的语境下讨论。（3）法院的立场也并非摇摆不定，整体上而言还是越发强调对社团自律管理行为的司法监督。尤其是高校行政诉讼案件中，法院从受理以高校为被告的行政诉讼，到因受到来自教育系统的压力而在相当程度上拒绝受理此类案件，再到以指导案例的形式重提15年前的田永案，这种一波三折的过程更凸显了法院系统司法监督的立场。此外，2014年11月1日《行政诉讼法》修订时增订了第2款："前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。"在建设法治国家的战略背景下，证券交易所自律管理接受司法监督是未来发展的方向所在。

三、法理分析：自律管理权——法的三元结构

(一）三元结构的法律构造

在法律、法规、规章和司法政策对证券交易所自律管理权的法律性质缺乏定论的情况下，我们唯有更多地依靠法理分析来判断自律处罚措施的法律性质。学界在此领域的研究也并不多见。在少数的研究中，有研究者认为证券交易所自律管理权是权利与权力的混合体，其中，因合同而产生的私权力是最根本、最重要、最能反映交易所自律管理权特质的部分。[16]不过，他同时又认为证券交易所处罚上市企业及会员所形成的法律关系属于"特别权力关系"，而所谓特别权力的特别之处在于它不是产生于国家与公民以及经济组织之间，而是"双方当事人通常共处于一个组织体内，形成了紧密的、持续的、内部的关系，其中组织体对其成员或者管理对象有自主性、概括性、强制性的管理权，而被管理者的权利受到相应地限制。"[17]另外，还有研究者从行政法学的角度对自律管理中的社团罚进行了专门研究，他们认为我国社团罚基于的权力，既不是单纯的私权力，又不是单纯的公权力，而是公、私权力的混合，而这种混合导致社团罚的法律性质要依

16）卢文道：《证券交易所自律管理论》，北京大学出版社2008年版，第49-51页。
17）卢文道：《证券交易所自律管理论》，北京大学出版社2008年版，第52-56页。

据公权力与私权力的比重来决定，其中，公权力含量高的社团罚会变异为“变相行政处罚”。“当官办社团或者部分半官半民社团运用行规行约规范公共秩序,管理公共事务时，其维护的便是公共利益和公共秩序；当行规行约所规定的处罚不是对社员权利的限制与剥夺，而是对公民权利的限制与剥夺，而国家对其又予以认可时，社团在实质上则扮演着政府的角色，行使着公权力。按照这样的行规行约所作出的处罚，在实质上完全符合行政处罚的特征，因而应是行政处罚。”[18]这两项研究都强调自律管理或自律处罚兼具公权力与私权利（私权力）双重属性，只不过前一项将其归入特别权力关系，后一项则主张根据具体的处罚中公权力与私权力哪方的比重更大来决定该处罚的法律性质。

我们认同自律管理权同时兼具权力与权利的属性的观点，但同时也认为很有必要再往前推进一步，探究自律管理权在什么样的具体情形下是权利、在什么样的具体情形下是权力。例如，在证券交易所对一家上市公司作出终止上市的自律处罚，该上市公司就此提起诉讼时，应该提行政诉讼还是民事诉讼？法院应该把它们作为哪种案件予以立案和审理？尽管从整体上来看，自律管理权兼具多重权利（力）属性，但是在具体的情形中还是应当具有明确和单一的法律性质。就此而言，我们的观点与前述行政法学者的观点较为接近。但不同的是，我们认为自律处罚权是集合而非个体的概念，或者说，是多项权力、权利的集合，而不是兼具公私双重属性、以比重高低决定性质的一项权利（力）。[19]权利与权力的划分以及它们各自的内部细分都是类型化的结果，但类型化并不说明不同类型的事物的属性就完全不同。例如，权力与权利都涉及利益分配，在这个意义上来说，权利也具备权力的属性（或者反过来，权力也具备权利的属性）。类型化的结果取决于我们选取什么样的划分标准，而划分标准则取决于类型化的目的。我们给证券交易所自律管理权进行定性的目的在于确定在具体情形下应当适用哪一个法律部门的规则，因此，恰当的划分标准应当是自律管理权的法律依据或者说权利（力）来源于哪个法律部门的规定。据此标准，如下图所示，自律管理权实际上是包含了以下三种不同类型的权利（力）的集合：法定权力、组织权利、合同权利。

图1 自律处罚权法律性质的三元结构

18) 袁曙宏、苏西刚：《论社团罚》，《法学研究》2005年第3期。

19) 权利（力）集合与一项权利（力）的区别类似于化学中混合物与化合物的差异，前者指多种物质的混合，后者指不同元素化合而成的单质。

这三种权力、权利由于法律依据不同，所以适用对象、行权规则都不同。（1）法定权力是证券交易所基于法律、法规、规章的直接授权所享有的对所有市场参与者的自律管理权力。[20]例如《证券法》第114条授权证券交易所在特定情形下采取技术性停牌或者停市的措施，第121条授权证券交易所对违反交易所有关交易规则的人施加纪律处分。这里的“法定”指的是法律的直接授权，也即法律直接规定证券交易所拥有的自律管理权。证券交易所基于章程、合同而拥有的管理权尽管也有法律效力，但不属于这里说的法定权力，因为这些管理权来自于法律对章程、合同的效力的承认，也即间接授权。直接授权的法定权力的具体内容由法律规定，而间接授权的权利具体内容由章程、合同规定。（2）组织权利是证券交易所基于组织管理法所享有的对会员的管理权利。例如，证券交易所可以要求会员缴纳会费，可以在会员有严重违规行为时根据章程开除会员，这些都是交易所作为一个民事组织享有的组织权利。证券交易所作为会员共同组建的组织，根据由会员制定（或通过）的章程去管理会员，这种管理权源于会员集体的决议行为，即“数个当事人之间以多数决形式达成合意的法律行为。例如，业主大会的决议、股东大会的决议等”。[21]决议行为的关键特征是它根据预先设定的“多数决”所形成的决议对全体成员具有法律拘束力，不论具体的成员在表决中投出的是赞成票、反对票、弃权票或缺席表决。证券交易所章程是会员大会决议的结果，对会员具有组织法上的法律效力，证券交易所有权依据章程对会员进行管理。同时，这项权利的具体权能、行权规则等也由章程决定。（3）合同权利是证券交易所基于合同法所享有的对上市公司、第三方存管银行、证券登记结算机构、投资者等合同相对方的自律管理权利。证券交易所在对外合同中对相对方提出了很多要求，例如在与上市公司签订的上市协议中规定了上市公司的信息披露、上市费用、处罚措施等义务和责任。这些条款如果是证券交易所基于自律管理的目的提出的，将其纳入自律管理的范畴并无不可。此外，证券交易所的自律管理权与期货交易所的自律管理权非常类似，而最高人民法院2003年发布的《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》在开篇即明确指出其制定依据包括“《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等”，同时其中第36-41条、第47条、第51条涉及的是关于因交易所强行平仓、在交割仓库不依照合同交割交易所承担连带责任后向交割仓库追偿、对市场出现的异常情况采取合理的紧急措施等引发的纠纷，最高人民法院在这些条款中完全是依照合同法进行制

20） 2014年修订的《行政诉讼法》第2条第2款新增了规章作为授权主体，采取“法律、法规、规章授权的组织”的表述。在此之前，《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》、《政府信息公开条例》等都使用“法律、法规授权的组织”或类似表述。

21）王利明：《合同法分则研究》（下卷），中国人民大学出版社2013年版，第434页。

度设计的。这一点值得我们在处理证券交易所自律管理行为的类似问题时应当加以借鉴。

(二）三元结构对自律管理权法律属性迷思的破解

理论与实践中围绕自律管理权法律属性存在的种种纷扰在很大程度上源于人们往往没有区分不同的情形，而是试图给实际上包含三种权力和权利的管理权一个统一的定性。这集中体现在证券交易所是否具有法定的行政权力的问题上。前文提到，法院在是否将因证券交易所自律管理行为引发的诉讼作为行政诉讼予以受理和审理、证监会对于是否接受因这些行为引发的行政复议上都没有明确立场，既在制度和实践中暗示了行政诉讼、行政复议的可能性，又在实践中又倾向于采取否定的做法。还有，在前述郑某因政府信息公开而起诉上海证券交易所的案件中，上海证券交易所辩称其并非行政机关或法律、法规授权组织，不具有行政主体资格，不承担政府信息公开职责。[22]法院、证监会、证券交易所之所以否认或者不明确承认证券交易所的自律管理行为是行政行为，可能是因为证券交易所持续不断地从事大量的自律管理行为，涉及到非常多的投资者、上市公司、会员等的利益，一旦认定这些行为是行政行为，证券交易所就将在政府信息公开、行政复议、行政诉讼等方面面临非常繁重的负担。2003年的一项研究提到："针对我国证券交易所的诉讼全部以失败告终……但是即使是针对交易所的不成功的诉讼，也耗费了交易所不少的人力、物力。"[23]假如把证券交易所依法进行自律管理的行为都认定为行政行为，则显然会让证券交易所不堪重负。但是，我们认为，我们既不能由此就否认证券交易所自律管理权中包含法定的行政权力，也不能把全部的证券交易所自律管理权都认定为行政权力。分述如下：

一方面，证券交易所与高等学校一样，属于"法律、法规、规章授权的组织"，在多数时候确实是以民事主体的身份从事各种活动，但在它们行使法律、法规、规章授予的法定自律管理权的时候属于行政主体，其行为属于行政行为。首先，这类自律管理权来源于法律的明文规定，是国家强制证券交易所必须履行的职能，不是可以选择行使也可以选择放弃的权利，而是必须行使的权力。诚然，自发的纯粹的自律管理早于法定的自律，在证券交易所诞生伊始即已存在，[24]但我们不能据此认为法律的专门规定只是对固

22) 陈伊萍：《股民起诉上交所：报价排序均第一，为何买不到"中国神车"》，http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1347572。

23) 北京大学光华管理学院—上海证券有限责任公司联合课题组：《证券交易所管理市场职能的法律性质研究》，http://biz.sse.com.cn/cs/zhs/xxfw/jysjs/sseResearch/2003-4/20034b.pdf。

24) Edward Peter Stringham, The Emergence of the London Stock Exchange as a Self-Policing Club,

有自发民事活动的确认。在发生大量不当行为，尤其是美国于1929-1933年的大萧条后，人们发现“在交易所这个市场，存在着巨大的公共利益”，[25]而且发现证券交易所的自律管理完全是不足够的，因而纷纷要求强化政府监管。各种政治博弈的最终结果是，政府对市场进行一定程度的监管，同时市场以证券交易所自律管理为代价免于更多的政府监管。在政府与交易所之间的监管权力分配框架下，证券交易所自律管理已经被赋予了政府监管的属性，证券交易所从一开始自治的私人组织演变为准政府组织。[26]其次，在我国的实践中，“很多时候，很多场合下，人们把证券交易所视为证监会主管和领导下的下属机构。”[27]“政府也将证券交易所的自律监管视作行政监管的一部分，根据行政监管的目标和需要随时调整交易所自律监管的范围。”[28]因此，在实践层面，证券交易所自律管理在很大程度上是以政府监管机构的权威作为后盾的。最后，只有行政权的定性才能满足自律管理在对象范围、管理措施、规则修订等方面的需要。《深圳证券交易所自律监管措施和纪律处分措施实施细则（试行）》第7-8条、《上海证券交易所纪律处分和监管措施实施办法》第2条规定的监管对象包括了上市公司的股东、董事、监事、高级管理人员，证券服务机构及其相关人员等。假如证券交易所只有民事上的自律管理权，则其自律管理的对象范围不可能涵盖这些既非会员又非合同相对人的主体。而且，证券交易所只有基于行政权，才能未经会员、合同相对人的同意就修改自律管理规则。

另一方面，证券交易所自律管理权在更多时候是组织权利和合同权利。前文已对组织权利和合同权利的法律逻辑做了论述，这里强调的是，将多数情形下的自律管理权认定为组织权利和合同权利不仅符合强化交易所自治的发展方向，也能为交易所大幅减轻政府信息公开、行政复议、行政诉讼的负担。证券交易所一直在大力主张我国应该借鉴美国经验，建立证券交易所自律管理行为的诉讼阻隔机制。[29]应该说，我国确实应当避免证券交易所被过多的政府信息公开、行政复议、行政诉讼牵制，但在我国法制背景下，

Journal of Private Enterprise, Vol. 17, No. 2, pp. 1-19, Spring 2002.

25) 乔尔·塞利格曼：《华尔街变迁史：证券交易委员会及现代公司融资制度的演化进程》，田风辉译，经济科学出版社2004年版，第164页。

26) William I. Friedman, The Fourteenth Amendment's Public/Private Distinction Among Securities Regulators in the U.S. Marketplace, Annual Review of Banking & Financial Law, Vol 23, p. 727, 2004.

23 Ann. Rev. Banking & Fin. L. 727

27) 卢文道：《证券交易所及其自律管理行为性质的法理分析》，《证券法苑》2011年2期。

28) 彭文革：《依法行政下的证券交易所自律监管》，《深交所》2007年第1期。

29) 北京大学光华管理学院——上海证券有限责任公司联合课题组：《证券交易所管理市场职能的法律性质研究》，http://biz.sse.com.cn/cs/zhs/xxfw/jysjs/sseResearch/2003-4/20034b.pdf。

只要自律管理行为属于行政行为，就必然要适用《政府信息公开条例》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等。我国几乎不可能专门为证券交易所修改这些法律法规。实际上，这也是没有必要的。与其他“法律、法规授权的组织”一样，证券交易所只有在履行有限的法定职权时才属于行政主体，在多数时候只能作为民事主体从事活动。而作为民事主体，证券交易所开展自律管理时所依据的只能是组织权利和合同权利，无需承担政府信息公开和行政正当程序的义务；除法律法规另有强制性规定外，因自律管理行为引发的纠纷，只能依据章程和合同法解决；交易所还可以借助合同仲裁条款实现阻隔诉讼的目的。法院在行政诉讼中需要审查证券交易所在正当程序、比例原则等方面是否符合行政法要求，但在民事诉讼中一般只审查是否合乎章程、合同的规定，而章程、合同的具体内容在很大程度上掌握在证券交易所手中。因此，只要证券交易所在合理合法的范围内设计章程、合同的条款内容，其自律管理行为就能够拥有必要的自主空间。

（三）三种权力、权利的具体区分

如何在具体案件中准确地区分证券交易所行使的是三种权力、权利中的哪一种，这是我们在实践中需要解决的另一个问题。组织权利与合同权利分别适用于会员与合同相对方，对象上的不同使得这两种权利并不难区分。尽管存在会员与合同相对方重合，例如证券公司是会员，同时也可能与证券交易所签订业务上的合同，但是我们只要根据交易所与证券公司在具体情形中的法律关系是否涉及会员身份就可以准确地判断双方之间的法律关系。真正的难点在于法定权力与组织权利、合同权利的区分，因为法定权力的管理对象可以涵盖包括会员和合同相对方的所有市场参与者，与组织权利、合同权利的管理对象存在重叠。这个问题本来也不难解决，只要按照法条竞合的规则处理即可，但是《证券法》关于证券交易所自律管理权的授权规定过于模糊，使得问题复杂化。以《证券法》第102条第1款的规定为例，该条规定：“证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。”问题在于，“为证券集中交易提供场所和设施”显然不属于行政权的范围，而“组织和监督证券交易”、“实行自律管理”则过于笼统，没有说明属于其中哪些自律管理属于民事权利、哪些属于行政权力，给法律适用造成了很大的困难。该法第111-113条、第121条都有相同的规定的现象。证券交易所是“法律、法规、规章授权的组织”，不是行政机关，只能享有法律、法规、规章逐项授予的权力，不能如同行政机关那样享有概括性的法律授权。例如，目前高等学校作为“法律、法规、规章授权的组织”享有的行政权非常清晰，只有一项，就是《教育法》第21条、第22条以及《中华人民共和国学位条例》第8条规定的向受教育者授予学

业证书、学位证书。[30]证券交易所的行政权也应当仅限于法律上有明文规定的具体的事项。因此，我们建议《证券法》修改时把证券交易所拥有的行政权力逐项地规定清楚，以明确权力范围、行权规则、救济方式等。在明文法律直接授权以外的自律管理权都是组织权利和合同权利。

四、结语

中国正在证券市场中推进市场化改革，其中一个重要的改革方向是把强化证券交易所的自律地位，包括把一些原本由证监会行使的权力转变为证券交易所的自律管理权。例如，《中华人民共和国证券法（修订草案）》第22条、第63条分别将公开发行和上市交易的审核权交由证券交易所行使，而且第64条在上市条件的制定上赋予了证券交易所极大的自主权。假如这些条款最终成为正式法律并贯彻在实践中，那么证券交易所将扩充为具有在资本市场“生杀予夺”般的影响力的实权机构。此外，未来政府监管机构是否会在简政放权的压力下故意隐身于证券交易所之后，透过证券交易所，以自律管理之名行行政管理之实，这一点也值得理论界与实务界未雨绸缪。总之，从保护有关各方合法权益、保障资本市场公平正义的角度来说，证券交易所趋于膨胀的自律管理权应该受到必要的约束和监督。为此，法律上应当明确证券交易所自律管理权的法律属性，对其中的法定权力、组织权利、合同权利分别适用不同的行权规则与救济路径予以规范。

甘 培 忠，彭 运 朋

证券交易所；自律管理；法律属性；三元结构

30) 理论上对于这是否属于行政权也存在不同意见，参见袁明圣：《解读高等学校的“法律法规授权的组织”资格——以田永诉北京科技大学案为范本展开的分析》，《行政法学研究》2006年第2期。

Abstract

On the Trinary Structure of Stock Exchanges Self-regulation's Legal Nature

Peizhong Gan
Yunpeng Peng

The nature of stock exchanges self-regulation determines the legal application in enforcement and remedies. There is, however, no firm conclusion in Chinese law, regulations and rules, and some inconsistent practice does exist. This article advocates a trinary structure of stock exchanges self-regulation. The self-regulation is consist of statutory power, organizational rights and contractual rights. It is a collection instead of a sole power or rights. The parliament should clarify stock exchanges self-regulation's legal nature since it is trying to revise Securities Act. For the purpose of protecting related persons' legal rights and the market's fairness and integrity, it is reasonable to put necessary constraint and supervision on stock exchanges self-regulation.

Peizhong Gan, Yunpeng Peng

stock exchanges; self-regulation; legal nature; trinary structure