

成均館法學

第29卷 第2號



法學研究所

2017

발 간 사

이상기후의 징조인지 비가 제때에 오지 않아 온 국민의 근심이 많습니다. 장마가 주말에 온다는 소식에 충청도 지역이나 가문 지역의 마른 땅을 적시고 저수지에 물이 넘치기를 고대하고 있습니다. 작물의 생산은 경작자의 정성 외에 자연의 은혜도 필요하다는 것을 느끼게 합니다.

정성껏 쓴 논문을 탈락률 40%라는 강요되지 않는 기준으로 보아야 한다는 것이 현실입니다. 그러한 상황과 관계없이 대한민국 법학의 발전을 위하여 무더위 속에서 옥고를 보내주신 여러 선생님들과 논문을 심사하여 주신 여러 심사위원님들의 노고에 감사를 표하지 않을 수 없습니다. 여러 선생님들의 사랑으로 성균관 법학이 나날이 발전하고 있음을 알려드리며 더욱 더 아껴주시기를 바랍니다.

성균관 법학의 도약을 위하여 지난 3월 법학연구소를 법학연구원으로 격상시키고 새로운 체제를 정비하고 있습니다. 아직 많이 부족한 성균관 법학의 발전을 위하여 지금까지 옥고를 보내주소 심사를 하신 여러 선생님들의 노고를 위로하면서 좋은 의견을 들을 수 있는 자리를 마련하였으면 합니다.

항상 어려운 작업을 하고 계신 편집위원님들에게 감사를 드리며, 묵묵히 책임을 다하고 있는 법학연구원 조교들의 노고도 치하합니다.

2017. 6. 30.

법학연구원장

배 병호

目 次

[研究論文]

• 내용심의 제재조치의 법적쟁점에 관한 연구	김민호·이도형	1
• 사할린한인 우편저금청구소송과 그 후의 동향	노영돈	43
• 중고 휴대폰 보상계약의 법적 성질과 규제 정합성에 관한 연구	정경영	69
• 미국의 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성 법리 -특허적격성을 긍정한 CAFC 판결들에 따른 판단기준 및 시사점-	이혜영·정차호	109
• 외국환거래법상 필요적 물수·추징 규정에 관한 몇 가지 고찰	노수환	145
• 테러방지법상 조사권의 문제점과 개선방안에 관한 연구	박웅신	179
• 고유목적사업준비금에 관한 법령의 해석방법에 대한 소고 -대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59249 판결에 대한 판례평석-	박훈·정혜윤· 권형기	205
• 배심원의 직무수행에 따른 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안	성경숙	237
• 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」을 다시 논함	이진기	267

CONTENT

Articles

- | | | |
|---|--|-----|
| • A study on the Legal Issue of Contents Deliberation Sanctions | Kim, Min Ho
Lee, Do Hyung | 1 |
| • The Reimbursement Claim for the Postal Savings of Sakhalin Koreans Unpaid by Japan during the World War II | Loh, Yeong Don | 43 |
| • A study on the Legal nature of a Price Compensation Contract of a Used Mobile Phone and the Properness of the Regulations on it. | Jung, Gyung Young | 69 |
| • Patent Eligibility Jurisprudence of a Computer Implemented Invention in the U.S.A.: Criteria Based on CAFC Judgements Affirming Patent Eligibility and Implications According Thereto | Lee, Hae Young
Jung, Cha Ho | 109 |
| • Several Review Points for Necessary forfeiture and Confiscation in Foreign Exchange Transactions Act | Roh, Su Hwan | 145 |
| • A Study on the Problems and Improvement of the Investigation in the Act on Anti-Terrorism | Park, Woong Shin | 179 |
| • Study on Interpretation of the Law on Reserve Funds for Essential Business
– Review on Supreme Court Decision 2016Du59249
Decided on March 9, 2017– | Park, Hun
Chung, Hea Yoon
Kwon, Hyung Ki | 205 |
| • Recommendations for addressing the effects of stress related jury duty | Seong, Kyung Suk | 237 |
| • Rethinking the 「Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name」 [RATNA] | Lee, Jin Ki | 267 |

내용심의 제재조치의 법적쟁점에 관한 연구

김민호*

이도형**

【목 차】

I. 서론

II. 내용심의 제재조치의 개관

1. 의의
2. 공적규제의 종류와 법적근거
3. 소결

III. 행정법상 행정작용의 법적성격:

행정지도로서의 한계

1. 의의
2. 통신심의 시정요구의 처분성

3. 방송심의 의견제시의 처분성

4. 소결

IV. 현행 심의제도의 문제점과 그 개선방안

1. 종래의 논의 재고
2. 법제도상 문제점
3. 개선방안

V. 결론

【국 문 요 약】

방송통신심의위원회의 사무는 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률에서 정하고 심의대상과 제재유형은 방송법, 정보통신망법, 인터넷 멀티미디어 방송사업법 등 개별법에서 정하고 있다. 내용심의·의결권한과 제재조치 명령권한을 구분하여 전자는 방송통신심의위원회가, 후자는 방송통신위원회가 수행하고 있다. 이처럼 이원적 체계 내에서 양 기관의 권한이 존재하고 이에 따른 행정작용의 성격도 달리 판단된다. 내용심의·의결권한은 행정지도의 성격으로, 제재조치 명령권한은 항고소송의 대상인 처분의 성격으로 보는 것이 일반적이다. 그러나 헌법재판소와 법원이 방송통신심의위원회의 고유권한인 시정요구에 처분성이 인정된다고 판시한 결과 종래의 심의체계에 혼란이 가중되었다. 이 연구는 일부 심

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

** 성균관대학교 법학전문대학원 박사수료

의규정의 불명확성을 지적함과 동시에 심의체계 법적 한계 해소에 중점을 두었다. 방송통신심의제도의 개선방안으로는 첫째, 구체적이고 명확한 심의기준이다. 헌법재판소는 심의관련 법조항에 대해 합헌결정을 내리고 있으나 계속해서 내용 규제 판단기준의 모호성을 지적하고 있다. 표현의 자유에 대한 규제에 있어서 명확성의 원칙은 강하게 요청되므로 관련 법조항을 더욱 명료하게 개정하여 자의적 집행의 위험에서 벗어나면서 불법정보 등은 언제든지 제재할 수 있도록 해야 한다. 둘째, 방송통신심의위원회법(가칭) 제정 및 권한강화이다. 방송통신심의위원회는 방송과 통신영역에서 방송과 통신의 자유를 수호해왔다. 이러한 공적의무는 방송통신융합시대에도 유효하므로 행당 기관에 이에 상응하는 권한과 책임이 주어져야 한다. 분임되어 있던 방송통신위원회의 처분권한을 방송통신심의위원회의 권한으로 이전하여 처분권한의 중복을 피하고 실질적 독립성을 확보하여야 한다. 셋째, 규제방식 변화와 과징금 제도 개선이다. 방송과 통신의 경계에서 콘텐츠마다 심의기준을 달리하는 수직적 규제방식에는 한계가 있으므로 규제방식의 변화가 필요하다. 또한 과징금 처분을 받은 피심의자의 의견진술 외 보호절차를 마련하고 강화하여야 한다.

I. 서론

우리나라 방송통신 내용심의 체계를 살펴보면, 방송내용 및 통신내용에 관한 심의 권한은 방송통신심의위원회(이하 심의위원회라고 한다)에게, 방송심의에 관한 규정 또는 정보통신에 관한 심의규정을 위반한 경우 “방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사” 또는 “정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자”에게 제재조치를 명할 권한은 방송통신위원회에게 부여하는 이원적 체계이다. 그러나 헌법재판소와 고등법원은 심의위원회의 시정요구에 대해 처분성을 인정하였고¹⁾ 그 결과 심의 권한과 처분명령 권한이 일원화되면서 방송통신 내용심의 체계에 혼란을 주고 있다. 디지털 기술의 발달로 방송통신은 변모하고 있으나 현행법은 아직 이원화된 규제형태에 머무르고 있고, 처분 권한이 없는 심의위원회는 심의·의결 권한만으로 방송통신을 규제할 수밖에 없으므로 직무의 효율성이 떨어질 수밖에 없는 점, 시정요구의 처분성이 인정됨에도 계속해서 심의위원회가 시정요구를 하는 경우 권한 이원적 체계에 반한다는 점, 현행

1) 헌법재판소 2012. 2. 23 선고 2008헌마500 결정, 서울고등법원 2012. 5. 3. 선고 2010누9428 판결.

법의 개정 없이는 심의위원회의 직무로 되어있는 시정요구를 방송통신위원회가 할 수도 없어 어느 기관도 시정요구를 하지 않는다면 직무공백이 생긴다는 점 등 지금의 내용심의 체계 내에서 방송통신심의 지속함에는 한계가 있다. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(이하 “방통위 설치법”이라고 한다) 제18조는 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 수행하는 심의위원회를 둔다고 정하여 심의위원회에게 독립적 지위를 명시하고 있으나 처분권한은 방송통신위원회가 행사하는 이유로 심의위원회가 자칫 방송통신위원회에 종속될 우려가 있다. 예를 들면 심의위원회의 주요 심의·의결 대상은 방송법 제32조, 제33조에 규정된 사항의 심의, 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법이라고 한다) 제44조의7에 규정된 사항 등이고 구체적으로 방송법 제100조 제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시, 정보통신망법 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한의 제재조치를 정할 권한에 그치고 이 경우 방송통신위원회에 제재조치의 처분을 할 것을 요청하는 의무만 있을 뿐이다. 헌법재판소의 결정²⁾을 계기로 방송 또는 통신심의의 관련법 개정을 기대했으나 아직까지 이원적 규제체계의 큰 틀에서 벗어나고 있지 못하는 것이 현실이다.

뿐만 아니라 방통위법 제25조 제3항에 따르면 심의위원회는 제재조치 등을 정한 때에는 방송통신위원회에 지체 없이 그 처분을 할 것을 요청하도록 하고 동법 제5항에서 방송통신위원회가 심의위원회로부터 제재조치를 요청받은 때에는 방송법 또는 정보통신망법이 정하는 바에 따라 해당 사업자에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 하나 방송통신위원회의 제재조치 처분명령을 하는 빈도가 매우 낮아 위 방통위 설치법 제25조 제3항과 제5항은 사문화되어 있어 이원적 체계를 계속 유지하기에 무리가 있다. 이는 심의위원회의 시정요구에만 한정된 문제가 아니다. 최근에는 비록 하급심이나 심의위원회가 내린 의견제시에도 처분

2) 헌재 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500, 헌재 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정은 헌법재판소가 심의위원회의 시정요구가 항고소송의 대상인지 여부를 판단하면서 심의위원회의 시정요구는 i) 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, ii) 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, iii) 행정기관인 방송통신심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 판단하였다.

성이 인정된다면서³⁾ 방송통신 내용심의와 제재조치 명령의 분임된 권한체계가 일원화되고 있음을 시사하고 있다. 일반적으로 행정행위는 행정청이 국민들에게 구체적 사실에 관한 법집행으로서 행하는 외부적 효력을 갖는 권력적 단독행위인 공법행위로 정의되나 행정행위의 정의는 나라에 따라 다르며 프랑스의 경우 명령을 일반적 행정행위라 하고 오토 마이어의 정의에 해당하는 행정행위는 개별적 행정행위로 보기도 하는데 종합하면 행정행위란 행정기관이 발하는 법적 질서에 영향을 주는 일방적인 행정법상의 행위로 행정법원의 관할사항에 해당하는 행위를 말한다.⁴⁾ 이에 따르면 비권력적 사실행위의 특성을 갖는 행정지도가 행정심판법 제2조 제1호와 행정소송법 제1조 제1항 제1호, 행정절차법 제2조 제2호에서 정의하는 처분의 개념에 대응되어 결과적으로 항고소송의 대상 범주로 들어온 것이다. 결과적으로 심의위원회의 심의·의결과 방송통신위원회의 처분과 같은 이원적 규제를 전제로 구성된 현행법 체제에서는 양 기관의 권한중복문제 등 법정합성 불일치문제가 발생한다. 이러한 현상은 앞으로도 계속될 것으로 예상되고 이는 곧 규제일원화에 관한 요청이라고 판단된다. 본 고에서는 방송통신심의의 중립성과 공정성을 위해서 현행 법제도의 문제점들을 규제일원화의 큰 틀에서 다루고 공법적 의미에서 해결방안을 제시하려 한다.

II. 내용심의 제재조치의 개관

1. 의의

심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 방송법 제33조에 따른 방송심의에 관한 규정과 방통위 설치법 제21조 제3호 및 제4호를 심의하기 위한 정보통신에 관한 심의규정을 위반된다고 판단하는 경우 제재조치 등을 정할 수 있고 방통위 설치법 제25조 제3항에 따라 방송통신위원회에 제재조치의 처분을 할 것을 요청하고 그 요청을 받은 방송통신위원회는 방송법 또는 정보통신망법이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다. 이러한 이원적 체계는 심의위원회가 민간독립기구임을 전제로 하여 행정부가 주도적으로 방송내용심의 또는 인터넷 내용심의를 담당하면 헌법이 금지한 검열금지의 원칙

3) 서울행정법원 2016. 10. 27. 선고 2016구합51610 판결.(현재 항소심 중).

4) 이광윤·김민호, 행정법강의 I, 제2판, 법문사, 2000, 126면.

에 반할 것을 우려한 것이며 심의위원회가 행정처분을 하는 경우 심의위원회를 행정예정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가의 기관인 행정청으로 볼 수 있는 점을 고려하여, 방송 내용심의 또는 인터넷 내용심의에 따른 제재조치권한을 대통령 직속의 중앙행정기관인 방송통신위원회에 부여한 것으로 판단된다.⁵⁾

그러나 심의위원회는 헌법재판소와 법원에 의해 심의위원회가 공권력 행사의 주체인 국가행정기관으로서의 지위를 인정받았으므로 더 이상 민간기구가 아닌 국가행정기관인 점에서 검열금지의 원칙에서 말하는 검열의 주체임을 부정하기 어렵게 되었고 그간 심의위원회가 방송통신위원회의 처분 권한의 요청 없이도 직접 취할 수 있는 조치는 시정요구였으나⁶⁾ 심의위원회의 국가행정기관으로서의 지위를 인정한 동 판례에 따르면 시정요구는 권고적 성격을 가지는 비권력적 사실행위가 아닌 처분성을 가진다. 본 장에서는 이와 관련된 문제를 다루기 전에 심의위원회의 방송·통신심의와 각 제재조치 및 행정지도를 다루고 시사점을 찾도록 한다.

2. 공적규제의 종류와 법적근거

(1) 통신심의 시정요구

(가) 통신심의 연혁

구 전기통신사업법 제53조 제1항은 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다고 정하였으나 헌법재판소는 불온통신의 표현의 내용에 대한 규제가 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반한다고 판단되어 위헌결정을 하였고⁷⁾ 2002. 12. 개정된 전기통신사업법은 제53조 제1항은 불온통신인 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’ 대신 ‘불법통신’을 금지대상 정보로 규정하고, 음란한 내용의 통신, 타인의 명예를 훼손하는 내용의 통신 등 9개의 유형으로 분류하여 이를 구체화하였고, 제53조 제2항은 불법통신에 대한 규제수단으로서 정보통신부장관의 전기통신사업자에 대

5) 최종선, “방송통신심의위원회의 독립성 확보방안에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제3호, 2014, 521면; 이는 권력분립의 원칙과 유사하다고 판단되는데 이와 관련하여 Ernst Gellhorn, et.al., Administrative Law and Process, West Group, 1997, p.9에서 권력분립의 원리를 도식화하면 입법권이 정립한 법규범에 근거하여 행정권이 집행하고 사법권은 집행작용의 법률적합성을 심사하여 상호간 견제와 균형이 이루어진다고 한다. 김민호·정희성, “법률유보와 위임입법에 대한 재평가”, 성균관법학, 제21권 제2호, 2009, 429면에서 재인용.

6) 정혜옥, “방송통신심의위원회의 시정요구에 대한 행정법적 고찰”, 동아법학 제57호, 2012, 62면.

7) 헌재, 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정.

한 해당 전기통신의 취급의 거부·정지명령 제도를 두었다. 한편 불법통신에 관한 규제제도는 2007. 1. 개정된 정보통신망법으로 승계되어 동 법에서 불법통신의 내용규제를 정하고 정보통신망법 제44조의9 제1항 제3호는 정보통신윤리위원회가 ‘정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 이 법 및 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 할 수 있는 있도록 하는 법적근거를 마련하였고 이후 개정된 정보통신망법 제44조의7 제3항에서 방송통신위원회의 취급 거부·정지·제한명령제도와 방통위 설치법이 제정되면서 시정요구제도가 생긴 것이다.⁸⁾

(나) 통신심의 시정요구의 법적근거

통신심의란 정보통신망에 유통되고 있는 정보를 대상으로 심의위원회가 정보통신에 관한 심의규정 위반 여부를 심의·의결하는 것을 말한다.⁹⁾ 방통위 설치법 제18조 제1항에는 통신심의를 담당하는 심의위원회의 업무 독립성을 보장하고 있고¹⁰⁾ 통신심의 법적근거는 방통위 설치법 제21조 제4호에서 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구로 정하고 있다. 이 경우 방통위 설치법 시행령 제8조 제3항에 따라 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 조치결과의 통지의무를 부담한다. 구체적으로 정보통신망법 제44조의7 제2항에 따라 방송통신위원회는 제1항 제1호부터 제6호까지 및 제6호의 2의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할

8) 현재, 2012. 2. 23. 선고 2011한가13 결정; 한편 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014, 655면은 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니하는데(헌법 제18조) 통신은 대화를 포함하여 우편, 전신, 전화, 이메일, 개봉된 메모 등 기타 여러 종류의 방법으로 일방향적 또는 쌍방향적으로 정보와 의사를 전달하는 행위로 여기서 말하는 통신은 특정한 상대방의 존재를 전제로 하여 정보를 전달하는 점에서 상대방이 없는 경우에 보장되는 각종의 ‘표현’과는 다르다”는 입장이고 윤수진, “방송·통신 융합의 법적 연구”, 고려대학교 박사학위 청구논문, 2004, 9면은 “통신은 넓은 의미로는 교통의 일부로서 인체와 재화의 위치적 이동을 의미하는 운수(transportation)에 대응하여 서신을 대상으로 하는 우편, 전기에너지를 매체로 하는 전기통신, 공간과 수중을 통한 음향통신, 빛·연기 등을 통한 시각통신 등으로 대별할 수 있으나 좁은 뜻으로는 우편통신과 전기통신만을 지칭한다.”는 입장이다.

9) 황창근 외, “통신심의 관련법제 개선방안에 관한 연구”, 방송통신심의위원회, 2010, 44면; 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 공법학연구 제8집 제3호, 2007, 453면은 “지식정보사회가 가속화될수록 정보의 유통을 통하여 국민의 기본권이 침해될 가능성이 많아지게 되었다”고 한다.

10) 최종선, 전개논문(주5), 501면.

수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없고 방통위 설치법 시행령 제8조 제4항에서는 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지¹¹⁾의 규정에 따른 불법정보인 때에는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급 거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다. 비방 목적 명예훼손 정보, 공포심 등 유발 정보의 경우에는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다. 그 밖에 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보¹²⁾ 등에 대해서도 법적인 거에 따라 심의할 수 있다.¹³⁾

만약 위 해당 정보가 정보통신에 관한 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 정보통신망법 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한의 조치 및 방통위 설치법 제21조 제4호의 시정요구를 정할 수 있다. 방통위 설치법 시행령 제8조에서는 심의위원회의 심의대상 정보를 규정하면서 제1항에서는 방통위 설치법 제21조 제4호의 대통령령이 정하는 정보를 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 정보통신망법 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보로 규정하고 있고 동법 시행령 제2항에서는 방통위 설치법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류로 해당 정보의 삭제 또는 접속차단¹⁴⁾, 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지¹⁵⁾,

11) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」 제8조 제4항은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 6의2가 신설되었음에도 이를 반영하지 않는 문제점이 있다.

12) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제7호.

13) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제3항은 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보, 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보, 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보에 대해서는 다음 각 호에 모두 해당하는 경우, 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다고 정하고 있다.

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것
2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것
3. 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것

위와 같은 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

14) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」 제8조 제2항 제1호.

15) 위의 법 동조항 제2호.

청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항¹⁶⁾을 정하고 있다. 제2항에 따른 시정요구에 대하여는 정보통신서비스제공자, 게시관 관리·운영자 또는 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 다음 각 호의 사항이 적힌 문서를 제출하여 이의신청을 할 수 있다.

(2) 방송심의 의견제시

(가) 방송심의 연혁

방송법¹⁷⁾ 제4조는 국내의 모든 방송국은 방송의 공공성과 그 질서를 자율적인 방법으로 유지하기 위하여 방송윤리위원회를 조직하여야 한다고 정하여 방송의 공공성 등을 위해 방송윤리위원회 조직을 의무화하였다. 10월 유신 때 방송법¹⁸⁾ 제6조에서 방송윤리위원회는 윤리규정을 위반한 방송국에 대하여 사과·정정·해명 또는 취소 등을 하게 하거나, 관계자의 출연정지, 집필정지 또는 징계 등을 요구할 수 있고¹⁹⁾ 방송국은 그 요구사항을 이행한 후 그 결과를 위원회에 통보해야 할 의무가 있고²⁰⁾ 문화공보부장관은 방송국이 전항의 요구사항을 이행하지 아니한 때에는 그 이행을 명할 수 있고²¹⁾ 문화공보부장관은 방송국이 전항의 명령을 위반한 때에는 체신부장관에 대하여 그 방송국의 재허가를 유보하도록 요구할 수 있도록 하면서²²⁾ 이전보다 방송윤리위원회의 기능이 강화되었다.²³⁾

이후 12월 신군부의 언론통폐합 조치에 따라 방송법은 폐지되었다가²⁴⁾ 제정된

16) 위의 법 동조항 제3호.

17) [시행 1964.1.1.] [법률 제1535호, 1963.12.16., 제정].

18) [시행 1973.2.16.] [법률 제2535호, 1973.2.16., 일부개정].

19) 「방송법」 제6조 제1항.

20) 「방송법」 제6조 제2항.

21) 위의 법 동조 제4항.

22) 위의 법 동조 제5항.

23) 성미경, “방송심의 의의연결망 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2015, 20면.

24) 안정민, “방송규제 이념에 대한 연혁적 고찰”, 정보법학 제20권 제1호, 2016, 180-181면은 서울 문화방송(MBC)은 지역MBC의 지분절반 이상이 서울 MBC로 강제 양도되어 서울 MBC의 자회사로 통합되었고, 서울문화방송의 주식을 KBS에 강제로 넘겨 공영방송으로 된 배경을 설명하고 있다. 동시에 2015년 현재 2015. 4. 30. 선고 2012헌바358 결정에서 「방송법」(2009. 7. 31) 제8조(소유제한 등) 제8항 단서의 소유제한 예외규정의 위헌여부판단에서 현재는 MBC가 공적기관의 성격을 가진다는 점 등을 이유로 공영방송의 성격을 가진다는 판단에 하였는데 이에 대해 공적기관의 성격을 가진다고 하여 MBC가 KBS와 같은 공영방송이라고 보기는 어렵고 그 이유는 현재가 근거로 내세운 정당법이나 공직선거법의 조항들은 공영방송사의 부담으로 정책토론회를 중계방송하기 위한 의무를 부여한 것이며, 이러한 의무는 1980년 통폐합 조치 이후 정당한 근거 없이 MBC에게 주어진 책무일 뿐이라는 입장이다.

방송법²⁵⁾ 제11조에서 방송위원회의 설치근거를 마련하였고 제17조에서 방송위원회가 방송내용을 심의·의결하도록 하면서 일부 사항은 방송되기 전에 심의·의결토록 하여 사전심의를 명시하였다. 제38조에서 방송국은 매월 정기적으로 방송 실시결과를 대통령령이 정하는 바에 따라 제출할 의무가 있었으므로 규제정도는 지금보다 더 강력하다고 볼 수 있다. 이후 2004년, 2008년에 각각 개정된 방송법²⁶⁾ 제32조 제2항과 제3항²⁷⁾과 방송법²⁸⁾ 제32조 제2항과 제3항²⁹⁾이 사전검열 금지원칙위반을 이유로 위헌이 선언되기도 하였다.³⁰⁾ 이후의 방송법부터는 위헌 선언된 사전검열조항을 삭제하였다.³¹⁾

(나) 방송심의 제재조치의 법적근거

방송심의의 주체인 심의위원회는 방통위 설치법 제21조 제1호, 제2호에 근거하여 방송법 제32조에 규정된 사항의 심의와 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결을 수행하고 구체적인 사항은 다음과 같다. 첫째, 방송법 제32조는 방송³²⁾·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하

25) [시행 1987.11.28.] [법률 제3978호, 1987.11.28., 제정].

26) [시행 2004.3.22.] [법률 제7213호, 2004.3.22., 일부개정].

27) 「방송법」 제32조 제2항 위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다. 제3항 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니된다.

28) [시행 2008.2.29.] [법률 제8867호, 2008.2.29., 타법개정].

29) 「방송법」 제32조 제2항 방송통신심의위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다. 제3항 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 방송통신심의위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니된다.

30) 현재, 2008. 6. 26. 선고 2005헌마506 결정; 이민영, “방송통신심의의 성질에 관한 법적 연구”, 성균관법학 제21집 제1호, 2009, 786면은 방송심의 대상인 방송영역은 방송의 개념정의와 관련 법조항을 통해 확인할 수 있고 이는 통신심의 대상인 통신영역의 논의에서와 다름없다면서 전기통신설비를 이용하는 송신망을 구축하며, 이를 통하여 불특정 다수에 대해 음성 및 영상이 포함된 방송프로그램을 단방향으로 전달하는 것을 방송이라고 이해하고 있고 심의위원회, 방송통신심의동향 Focus: 선거방송과 심의, 2012, 60면은 국민의 재산인 전파를 사용하는 매체로, 방송사업 허가의 특혜를 받은 사업자는 다른 매체보다 강한 공적 규율을 받는 것이 타당하다는 입장이다.

31) [시행 2009.11.1.] [법률 제9786호, 2009.7.31., 일부개정].

32) 김민호·김현정, “방송통신 융합의 기술적 개념과 법적 개념의 정합성에 관한 연구”, 토지공법연구 제46집, 2009, 273면은 방송은 학술상 희소한 전파자원을 이용하여 방송사가 불특정다수의 시청자에게 동시에 일정한 메시지를 일방적으로 전송하는 매스미디어의 영역에 속하는 서비스라는 입장이다. 한편 현행 「방송법」 [시행 2016.8.4.] [법률 제13978호, 2016.2.3., 타법개정] 제2조 제1호에서 “방송이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 텔레비전방송, 라디오방송, 데이터방송, 이동멀티미디어

여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하는지 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다고 정하고 있다. 여기서 대통령이 정하는 정보란 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 전기통신회선을 통하여 방송, TV 또는 라디오 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보로 방통위 설치법 시행령 제21조에서 규정하고 있고 이러한 정보가 방송심의에 관한 규정을 위반한 때에는 그 정보의 제공자에 대하여 이의 시정을 권고할 수 있다. 둘째, 방송법 제100조 내에 제시된 방송법 제33조에서는 심의위원회가 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정을 제정·공표하여야 한다고 정하고 있고 방송법 제74조는 방송사업자는 대통령이 정하는 범위 내에서 협찬고지를 할 수 있고 협찬고지의 세부 기준 및 방법 등에 관하여 정하고 있다. 그 밖에 방통위 설치법 제25조 제3항에 따라 심의위원회가 제재조치를 정한 때에는 위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 하고 제5항에 따라 방송통신위원회는 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 방송법 등이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다.

즉, 방송심의와 관련하여 방통위 설치법 제21조에서는 심의위원회의 직무를 정하면서 방송법 제32조에서 정하는 바에 따라 심의위원회는 심의·의결하되 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 하고 방송법 제100조의 제재조치 등에 대한 심의·의결을 한다. 방송법 제100조의 제재조치 등을 하는 경우 심의위원회와 방송통신위원회의 권한은 상이한데 전자는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있는 반면, 후자는 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사가 방송심의에 관한 규정 및 협찬고지 규칙을 위반한 경우에는 5천만원 이하의 과징금을 부과하거나 위반의 사유, 정도 및 횟수 등을 고려하여 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지, 방송편성책임자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계, 주의 또는 경고의 제재조치를 명할 수 있다.

방송을 말한다”고 정하고 있다.

다만 방송법 제100조에서 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의규정을 위반하는 경우³³⁾, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제1호의 규정에 의한 마약류 복용·투약·흡입 및 음주 후 방송출연 등으로 인한 심의규정을 위반하는 경우³⁴⁾, 제1항 제1호 내지 제3호의 제재조치를 받았음에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 동일한 사유로 반복적으로 심의규정을 위반하는 경우³⁵⁾라면 위반의 정도가 중대하다고 인정되어 방송통신위원회는 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 위 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 및 외주제작사는 과징금처분 또는 제재조치명령을 받은 경우 지체 없이 그에 관한 방송통신위원회의 결정사항전문을 방송하고, 제재조치명령은 이를 받은 날부터 7일 이내에 이행하여야 하며, 그 이행결과를 방송통신위원회에 보고할 의무를 진다.

만약 방송통신위원회가 방송법 제100조 제1항 및 제3항에 따라 과징금처분 또는 제재조치명령을 하는 경우 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고 과징금처분 또는 제재조치명령에 이의가 있는 자는 당해 제재조치명령을 받은 날부터 30일 이내에 방송통신위원회에 재심을 청구할 수 있고 방송통신위원회는 방송통신위원회의 재심결과를 당사자 또는 그 대리인에게 통지하여야 한다.

3. 소결

방송·통신 내용심의과정은 먼저 심의위원회가 방송 또는 정보통신의 내용이 방송법 제33조에 따른 방송심의에 관한 규정과 방통위 설치법 제21조 제3호 및 제4호를 심의하기 위한 정보통신에 관한 심의규정 위반여부를 판단하고 위반 시 제재조치를 정하며 제재조치를 정한 때에는 위원회에 제재조치의 처분을 할 것을 요청하고 방송통신위원회는 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 방송법 또는 정보통신망법이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하도록 하여 이원적 체계를 유지해 왔다.

그러나 심의위원회의 시정요구에 대해서 헌법재판소 및 법원이 시정요구의 처분성을 인정하였고 이는 종래의 권한 이원적 체계에서 벗어난 것으로 볼 수 있다. 시정요구의 종류에는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용

33) 「방송법」 제100조 제3항 제1호.

34) 「방송법」 위의 법 동조 제2호.

35) 「방송법」 위의 법 동조 제3호.

정지 또는 이용해지, 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항이 있는데³⁶⁾, 헌법재판소는 시정요구에 대해 “정보통신서비스제공자 등에게 시정요구 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 내려질 수 있으며, 행정기관인 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다”고 결정하여 시정요구의 처분성을 인정하면서 이원적 체계에 혼란을 가져온 것이다. 따라서 통신 내용심의에 있어서의 내용심의의결 권한과 제재조치 처분명령 권한의 이원적 체계를 수정하고 이에 따라 혼란이 예상되는 경우에는 어떻게 대처할 것인지 등을 고찰할 필요가 있다.

III. 행정법상 행정작용의 법적성격: 행정지도로서의 한계

처분의 개념과 관련하여 행정절차법 제2조 제2호에서는 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 명시하고 있으며 행정법원 판결에 따르면³⁷⁾, 처분성이 인정되기 위해서는 i).행정청의 행위이고 ii).국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이어야 한다고 보고 있다.

통신심의에 있어 시정요구가 이러한 행정처분으로서의 성격을 가지고 있는지에 대해서는 논란이 있는데, 처분성을 인정하는 견해는 시정요구가 사실상 당사자를 구속할 수 있는 공권력의 행사라는 점, 처분성을 부정하는 견해는 시정요구에 반드시 응하여야 할 법적 의무를 가지지 않기 때문에 권고적 성격을 가지는데 불과하다는 점을 각각 논거로 들고 있다.

1. 의의

행정절차법 제2조 제3호에서 행정지도는 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서

36) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」 제8조 제2항.

37) 서울행정법원 2010. 2. 11. 선고 2009구합35924 판결.

일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용으로 명시하고 있다. 헌법재판소는 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는 지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여 질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다고 결정하였고³⁸⁾ 대법원은 행정주체가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 권고 등과 같은 비강제적인 수단을 사용하여 상대방의 자발적 협력 내지 동의 등을 얻어내어 행정상 바람직한 결과를 이끌어내는 행정활동으로 이해되고, 따라서 적법한 행정지도로 인정되기 위하여는 우선 그 목적이 적법한 것으로 인정될 수 있어야 한다고 판시하였다.³⁹⁾ 요컨대 행정지도는 행정기능의 확대에 따라 행정책무가 증대하면서 임의적이고 비권력적 수단이 지닌 편의성과 일정 방향으로 국민을 유도하는 정보의 공여를 위한 적절한 수단으로 여겨지고 상대방에 대한 구속력 또는 강제력을 발생하지 아니하는 비권력성과 직접적으로는 아무런 법적 효과를 발생하지 아니하는 사실행위성의 성질을 기초로 하여 i).법령에 의한 규율과 현실에서 행정의 요청을 조절하여 확실적인 규제를 탄력화하는 법령의 보완적 기능 ii).행정청의 권력적 행정조치가 지닌 권력성을 완화하여 마찰을 줄이는 권력성의 완화기능 iii). 새로운 행정정책에 대한 실험적 조치가 필요한 경우 활용 가능한 실험적 기능, iv).임기응변적 대책에 대하여 행정목적 유연하게 달성하는 임기응변의 기능 v).이해대립의 조정·통합기능을 수행한다.⁴⁰⁾ 행정지도가 법률유보의 원칙에 따라 법률의 근거를 요하는 지에 대해서는 비권력적 활동에 있어 행정지도를 필요로 하는 현실과 행정지도의 본질과 기능 등을 고려하면 일반적으로 행정지도는 법적 근거를 필요로 하지 않는다는 부정설과 행정주체의 행위는 실질적으로 권력적 행정에 못지않은 강제적 효과를 발생시킬 수 있다는 점에서 원칙적으로 법적 근거를 요한다는 긍정설, 규제적 행정지도의 경우 상대방의 임의성을 억압하는 일방적 공권력행사로 변질될 우려가 있으므로 법적 근거를 요한다는 절충설이 있으나⁴¹⁾ 심의위원회의 시정요구의 경우, 방통위 설치법 제21조 제4호

38) 헌재 1994. 5. 6. 선고 89헌마35 전원재판부 결정.

39) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다49482 판결.

40) 석중현·송동수, 일반행정법(상), 제15판, 삼영사, 2015, 432-434면.

41) 정하중, 행정법개론, 제9판, 법문사, 2015, 334-335면.

와 방통위 설치법 시행령 제8조, 정보통신망법 제44조의7에서 정하고 있으므로 법적 근거 미비를 이유로 한 논란의 여지는 없다.

다만, 판례에 따르면 행정지도는 비강제적 수단을 요하므로 시정요구의 강제성 유무에 관한 판단을 놓고 부정설은 시정요구가 사업자에 의해 시정되지 않는 경우 별도의 제재조치절차에 의해 이행될 가능성이 있고 강제력을 인정하기 어려워 일종의 행정지도로 보아야 한다는 입장⁴²⁾이고 긍정설은 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호 내지 제6호의 불법정보에 대한 시정조치에 응하지 아니한 경우 동법 시행령 제8조 제4항에 따라 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있으므로 직접적으로 기속되는 공권력의 행사라고 할 것이라는 입장이다.⁴³⁾ 헌법재판소와 법원은 심의위원회의 시정요구가 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로 봄에 따라 시정요구의 성격을 둘러싼 논란은 축소된 상황이다. 그러나 이러한 논의는 시정요구 외에도 심의위원회의 다른 제재조치들의 법적 성질이 무엇인지를 판단하고 그 기준을 파악하는데 일조할 것으로 보인다. 예를 들면 심의위원회의 의견제시의 경우 시정요구에 비하여 기존에 연구된 것을 찾아보기 어려운 사정이 있는데 비록 하급심이긴 하나 의견제시의 처분성을 인정한 점에 비추어 시정요구의 법적성질에 관한 논의가 의견제시를 포함한 그 외의 제재조치의 성격을 판단하는 기준이 될 수 있는 것이다. 아래에서는 통신심의 및 방송심의의 대상과 이에 대한 심의위원회의 제재조치 사례를 통해 처분성을 확인하고자 한다.

2. 통신심의 시정요구의 처분성

(1) 통신심의 대상정보

정보통신망법 제44조의7과 방통위 설치법 제21조에서 통신심의 대상을 정하고 있다. 먼저 정보통신망법 제44조의7 제1항에서는 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다고 정하고 있다. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보(동법 동조항 제1호), 사람을 비방할 목적으로 공공연하

42) 김성천 외, “방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구”, 방송통신심의위원회, 2009, 38면.

43) 황창근, “행정상 내용규제체계 개선방향에 대한 일고”, 홍익법학 제13권 제2호, 2012, 360면.

게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보(동법 동조항 제2호), 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보(동법 동조항 제3호), 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보(동법 동조항 제4호), 청소년 보호법에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보(동법 동조항 제5호), 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보(동법 동조항 제6호), 이 법 또는 개인정보 보호에 관한 법령을 위반하여 개인정보를 거래하는 내용의 정보(동법 동조항 제6호의2), 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보(동법 동조항 제7호), 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보(동법 동조항 제8호), 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보이다.(동법 동조항 제9호)

그밖에도 방통위 설치법 제21조⁴⁴⁾ 이하 다음 각 호에서는 방송법 제32조에 규정된 사항의 심의(동법 동조 제1호)와 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결(동법 동조 제2호)외에 다음과 같이 심의위원회의 통신심의 직무를 정하고 있다. 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의(동법 동조 제3호), 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구(동법 동조 제4호), 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화에 관한 사항(동조 제5호), 심의위원회의 사업계획·예산 및 결산에 관한 사항(동법 동조 제6호), 심의위원회 규칙의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항(동법 동조 제7호), 다른 법령에 의하여 심의위원회의 심의사항으로 정한 사항이다.(동법 동조 제8호) 다만 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호의 범죄를 목적으로 하는 정보에 의해 모든 범죄행위가 불법정보로 편입되어 있어 앞의 제1호 내지 제8호의 의미가 퇴색되어 이로 인해 제1호 내지 제8호의 구체적인 불법정보의 규정이 무의미

44) 「통신비밀보호법」 제2조에서 통신의 정의를 우편물 및 전기통신을 말하고 다시 전기통신을 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것이라 한다. 그렇다면 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제3호와 제4호의 적용 영역인 통신은 기술발전에 따른 가변적인 탓에 단일한 기준으로 판단하기는 어려운 것이므로 이를 기초로 통신심의범주가 정해진다고 봄이 타당하다.

하다는 비판이 있고⁴⁵⁾ 위 법조항에 의해 규제 대상인 정보가 매우 광범위하고, 규제법조항 간의 중복 내지 충돌현상이 발생되고 있으며, 행정권의 시정명령의 종류가 모호하다는 논란이 끊임없이 제기되는 문제가 있다.

(2) 통신심의 제재조치의 처분성

방통위 설치법 시행령 제8조 제2항에서는 방통위법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류로 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항으로 정한다. 방통위 설치법 제21조 제4호에서 전기통신 회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구를 정하고 있고 여기서 대통령령이 정하는 정보란 정보통신망법 제44조의7에서 정하고 있는 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등을 의미한다.⁴⁶⁾

특히 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등의 삭제 또는 접속차단의 경우 해당 정보의 유통 자체를 차단하므로 매우 효율적이나 국내ISP와 해외ISP간의 규제 형평성 문제를 야기하기도 한다. 예를 들어 해외에 서버를 두고 있는 ISP의 서비스 정보가 심의 기준에 따라 시정요구조치 대상이 되는 경우 '접속차단'을 하여 국내에서의 유통을 봉쇄하고 국내에 서버를 두고 있는 ISP의 서비스 정보는 '삭제' 나 '이용정지 또는 이용해지(사이트폐쇄 등)'나 '청소년유해매체물'로 결정하여 P2P나 SNS를 통해 유통되는 음란물 등의 삭제가 이루어지는 것이 일반적이다. 사안에 따라서는 수사가 이루어지기도 한다.⁴⁷⁾ 하지만 이와 같은 접속차단 등의 제재조치는 국경의 범위를 뛰어넘는 인터넷 관할 분쟁으로 이어져 통신상의 행정제재조치의 역외적용문제를 야기하기도 한다. 이를테면 야후닷컴의 인터넷경매서비스에서 나치기념품 판매를 중지시킬 것인지 여부를 둘러싸고 프랑스법원과 야후닷컴·미국법원은 관할권 분쟁이다.⁴⁸⁾ 그 밖에 애슬리 매디슨⁴⁹⁾이나 노스코리

45) 황창근, “인터넷상 불법정보 규제법제의 분석”, 세계헌법연구, 제15집 제3호, 2009, 534면.

46) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」 제8조 제1항.

47) 머니투데이, “경찰-방통심위 업무협약으로 불법사이트 신속차단”, (2016. 11. 14.)

<http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2016111410182460133&type=1> (2017.5.20. 최종확인); 미국의 경우 연방통신위원회 Federal Communications Commission(FCC)로 하여금 정보통신 분야를 규제하고 있다. Jason Oxman, “The FCC and the Unregulation of the Internet”, FCC, 1999, p.22 에서는 전통적으로 규제대상인 것과 비규제대상의 경계가 흐려지고 있으며 FCC의 역할을 새롭게 정립할 필요성을 언급하고 있다.

아테크⁵⁰⁾의 사례에서처럼 방통위 설치법 시행령 제8조 제2항에 근거하여 접속차단을 한 사례가 있다. 해외서버에 기반을 둔 ISP의 경우 접속차단만이 거의 유일한 수단이라는 점에서 다양한 규제를 받는 국내 ISP와의 규제차별성이 문제되기도 한다.

3. 방송심의 의견제시의 처분성

(1) 방송심의 대상

방송심의 대상에는 방송사업자(종합유선, 위성, 지상파, 방송채널사용, 공동체라디오, 중계유선, 음악유선, 전광판 등)의 방송내용, 광고 및 상품정보소개(홈쇼핑 등)와 같이 상품판매를 목적으로 하는 자의 방송내용, 인터넷 멀티미디어방송 콘텐츠 사업자(IPTV)의 실시간 방송내용 등 이다.

특히 방송법 제100조 제1항 전단에서는 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사를 대상으로 제33조의 심의규정 및 제74조 제2항에 의한 협찬고지 규칙을 위반한 경우에는 과징금을 부과하거나⁵¹⁾ 제재조치를 명할 수 있고 후단에서 심의위원회는 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 권고나 의견을 제시할 수 있다고 정하면서 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 외에도 외주제작사를 대상에 포함하고 있다. 이는 외주제작사의 간접광고 판매를 허용하면서 방송심의에 관한 규정의 준수 의무를 지킬 것을 규정한 것이다. 개정된 방송법⁵²⁾ 제73조 제5항은 외주제작사는 방송프로그램을 제작하는 경우에 간접광고를 판매할 수 있다고 정하고 동법 제2조에서 외주제작사란 문화산업진흥기본법 제2조 제20호에 따른 방송영상독립

48) Jack Goldsmith/ Tim Wu, Who Controls the Internet? : Illusion of a Borderless World, Oxford University Press, 2006, p.1-19.

49) 방송통신심의위원회 보도자료, “불륜 조장 애슬리 매디슨 사이트 접속차단 결정”, 2014. 4. 15. 일반인의 간통을 방조하거나 조장하여 사회적 해악의 확산과 건전한 법질서를 현저히 해할 우려가 크다고 보고, 건전한 성도덕, 혼인제도 및 가족생활의 보장 등의 가치를 보호하고자 하는 관련 법률의 취지를 고려하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) 및 정보통신심의에 관한 규정 제7조(범죄 기타 법령 위반)를 위반한 것으로 판단하고 해당 사이트에 대한 이용자의 접속을 차단하였으나 간통죄 위헌이후 이러한 조치를 철회한 바 있다.

50) 방송통신심의위원회는 위 사이트가 「국가보안법」 제7조(찬양·고무 등) 1항과 5항 등을 위반한 것으로 판단하였다.

51) 방송통신심의위원회 보도자료, “선정·저속한 내용 방송한 Mnet 더 러비에 과징금 2천만원”, 2015. 8. 13.

52) [시행2016.7.28] [법률 제13821호, 2016.1.27., 일부개정].

제작사, 동조 제21호에 따른 문화산업전문회사 등 방송사업자에게 제공할 목적으로 방송프로그램을 제작하는 자를 말하고 방송법 제33조 제3항에서 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 및 외주제작사는 심의규정을 준수하여야 한다고 정하고 있다. 이는 간접광고를 통해서 허위·과장된 표현을 규제하고 방송의 공정성 및 공공성을 유지하기 위함이다. 간접광고와 관련하여 방송심의에 관한 규정 제47조 제1항은 간접광고가 시청흐름을 방해하여서는 아니 된다고 정하면서 해당내용으로 해당 방송프로그램의 내용전개 또는 구성과 무관한 간접광고 상품 등을 노출하여 시청흐름을 현저하게 방해하는 내용⁵³⁾, 간접광고 상품 등 또는 간접광고 상품명 등을 과도하게 부각하거나 반복적으로 노출하여 시청흐름을 방해하는 내용⁵⁴⁾, 간접광고 상품 등의 기능을 시현하는 장면 또는 이를 이용하는 장면을 과도하게 부각하거나 구체적으로 소개하여 시청흐름을 방해하는 내용⁵⁵⁾을 정하고 있고 제2항에서 간접광고를 포함하고 있는 방송프로그램은 법령이 허용한 간접광고 상품 등의 노출을 넘는 내용을 방송하여서는 아니 된다고 정하면서 해당 내용으로 간접광고 상품명 등을 자막, 음성 또는 소품(간접광고 상품 등은 제외)을 통하여 구체적으로 노출·언급하는 내용⁵⁶⁾, 간접광고 상품 등에 관한 상업적 표현을 자막, 음성 또는 소품(간접광고 상품 등을 포함한다)을 통하여 구체적으로 노출·언급하는 내용⁵⁷⁾, 그 밖에 간접광고 상품 등을 연상시키는 광고문구, 음향 또는 이미지를 사용하거나 특징·장점을 묘사하는 등의 방법으로 해당 상품 등에 부적절한 광고효과를 주는 내용⁵⁸⁾을 금하고 있다. 따라서 외주제작사도 심의 규정을 위반하는 경우 방송법 제100조에 따라 제재조치의 대상이 된다.

(2) 방송심의 제재조치의 처분성

방통위 설치법 제25조 제1항에 따르면 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 제24조의 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 방송법 제100조 제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시를 정할 수 있다. 방송법 제100조 제1항 전단에 따르면 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업

53) 「방송심의에 관한 규정」 [2016.12.22. 방송통신심의위원회규칙 제123호] 제47조 제1항 제1호.

54) 위 규정 동조항 제2호.

55) 위 규정 동조항 제3호.

56) 「방송심의에 관한 규정」 [2016.12.22. 방송통신심의위원회규칙 제123호] 제47조 제2항 제1호.

57) 위의 규정 동조항 제2호.

58) 위의 규정 동조항 제3호.

자 또는 외주제작사가 제33조의 심의규정 및 제74조 제2항에 의한 협찬고지 규칙을 위반한 경우에는 5천만원 이하의 과징금을 부과하거나 위반의 사유, 정도 및 횟수 등을 고려하여 제재조치를 명할 수 있다고 정하면서 그 종류로 i). 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지, ii). 방송편성책임자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계, iii). 주의 또는 경고를 정하고 있다. 여기서 방송법 제100조 제1항은 상대적으로 경미한 제재조치를 부과받았더라도 이러한 위반행위가 반복될 경우에는 상대적으로 중대한 제재조치를 부과할 수 있는 구조로 해석될 수 있고 위반의 사유, 정도 및 횟수 등은 제재조치의 유형인 정정·수정·중지, 징계, 주의 또는 경고를 선택하는 판단기준이 된다.⁵⁹⁾

방송법 제100조 제1항 후단에서는 심의위원회는 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 권고나 의견을 제시할 수 있다고 정하고 있고 다만 방송법 제100조 제3항에서 위 제1항의 규정에 불구하고 위반의 정도가 중대하다고 인정되는 다음 각 호의 경우에 한하여 방송통신위원회는 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다고 정하고 있다. 이에 해당되는 경우는 음란, 퇴폐 및 폭력 등에 관한 심의규정을 위반하는 경우⁶⁰⁾, 마약류관리에 관한 법률 제2조 제1호의 규정에 의한 마약류 복용·투약·흡입 및 음주 후 방송출연 등으로 인한 심의규정을 위반하는 경우⁶¹⁾, 제1항 제1호 내지 제3호의 제재조치를 받았음에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 동일한 사유로 반복적으로 심의규정을 위반하는 경우⁶²⁾이다.

한편 구 방송법⁶³⁾ 제100조 제1항 제1호는 제재조치의 종류 중 하나로 시청자에 대한 사과를 규정하고 있었으나 해당 제재조치는 사과여부 및 사과의 구체적 인 내용이 방송통신위원회라는 행정기관에 의해 결정됨에도 불구하고 마치 방송사업자 스스로의 결정에 의한 사과인 것처럼 그 이름으로 대외적으로 표명되고, 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등을 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만들어 방송사업자의 인격권을 침해한다는 이유로 헌법재판소에 의해 위헌 결정을 받은 바 있다.⁶⁴⁾

59) 방송통신심의위원회, “방송심의 제재조치 부과기준 연구”, 2016. 27-28면 참조.

60) 「방송법」 제100조 제3항 제1호.

61) 위의 법 동조항 제2호.

62) 위의 법 동조항 제3호.

63) [시행2012.5.23] [법률 제11373호, 2012.2.22., 타법개정].

심의위원회의 의견제시의 법적성질과 관련하여 종래 의견제시는 방송통신심의위원회가 심의·의결을 거쳐 상대방에 대하여 행하는 비권력적 사실행위에 불과한 것으로 규제적·구속적 성격이 없는 것으로 여겨지는 행정지도로 분류되었다. 하지만 최근에 하급심이기는 하나 최근 MBC보도 의견제시 취소의 소⁶⁵⁾에서 법원은 i)이 사건 의견제시는 방통위법 제24조 제1호에 의한 ‘구체적 사실에 관한 법 집행’에 해당하여 ii) 구 방송법 제100조 제1항 단서, 방통위법 제25조 제1항 제1호에 의하여 부여받은 방송사업자 등에 대한 의견제시권한에 따라 의견제시를 하였고 iii)향후 유사한 성격의 정치적, 사회적 보도의 공정성 판단에 관하여 구속력 있는 기준 또는 선례로 작용할 가능성이 크므로 의견제시의 위법성 여부에 대한 사법심사의 필요성은 지속되고 iv) 앞으로 이와 유사한 성격의 보도를 할 때 표현의 자유가 위축되어 스스로 표현행위나 보도행위를 자제할 가능성이 크고 이러한 위축효과는 원고가 자신의 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래할 수 있음을 근거로 그 법적성격을 처분이라 보았다. 하지만 위 사안은 항소심 계속 중에 있고 실무에서의 의견제시는 행정지도로 구분되어 있다.

2015년 및 2016년 상반기 제재종류별 심의현황(단위:건,%)⁶⁶⁾

구분		2015 상반기					2016년 상반기				
		보도 교양	연예 오락	상품 판매	방송 광고	계	보도 교양	연예 오락	상품 판매	방송 광고	계
법정 제재	병과	1	12	0	0	13(2.0)	1	4	0	0	5(0.9)
	정정·수정, 중지	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	관계자 징계	8	12	1	0	21(3.3)	10	3	4	0	17(3.2)
	경고	35	29	0	0	64(9.9)	15	17	6	20	58(10.8)
	주의	57	24	7	4	92(14.3)	24	19	14	42	99(18.4)
행정 지도	소계	101	77	8	4	190(29.5)	50	43	24	62	179(33.2)
	권고	148	70	29	126	373(57.8)	106	59	21	97	283(52.5)
	의견제시	35	16	4	27	82(12.7)	45	9	5	18	77(14.3)
	소계	183	86	33	153	455(70.5)	151	68	26	115	360(66.8)
계		284	163	41	157	645(100)	201	111	50	177	539(100)

※ 병과 : 「방송법」제100조 제1항 각 호의 제재조치를 동시에 의결한 경우

3. 소결

심의위원회의 행정지도는 처분과는 달리 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용으로 그 요건으로 i)비권력적 사실 ii)사실행위 iii)행정목적의 실현으로 보는 것이

64) 헌재, 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정.

65) 서울행정법원 2016. 10. 27. 선고 2016구합51610 판결.

66) 방송통신심의위원회, 방송통신심의동향, 제2016-2호(통권13호) 2016, 96면.

일반적인데 급속하게 변하는 행정현상에 신속적이고 탄력적으로 대응할 수 있고, 임의적 동의를 전제로 하는 이유로 마찰을 방지할 수 있으며 고도화된 과학기술 사회에서 국민들에게 신속하고 적절한 지식과 정보를 제공할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 사실상의 강제가 될 수 있고 법적 성격상 행정쟁송 또는 국가배상을 통한 구제가 어려울 수 있으며 불필요한 행정지도는 오히려 공익과 법치주의를 후퇴시킬 우려가 있다는 문제가 있다.⁶⁷⁾ 기존의 연구에서는 심의위원회의 시정요구를 두고 사실상 구속력이 인정된다는 점, 피해자 구제측면에서는 긍정적으로 작용한다는 점 등을 이유로 행정지도를 부정하거나 이와 달리, 일정한 작위나 부작위를 이끄는 행정작용으로 명령·강제하는 작용이 아니어서 행정지도로서의 법적성질을 가진다고 보는 등⁶⁸⁾ 그 법적성격을 두고 대립이 있었으나 시멘트유독성 게시글 삭제 사례⁶⁹⁾에서 시정요구의 법적성격을 항고소송의 대상이 되는 처분⁷⁰⁾으로 보면서 논란은 잠식되었다. 하지만 행정행위의 영역에서 국민의 구체적인 권리와 의무에 직접 영향을 주는 경우 법치행정의 원리에 따라 마땅히 구제

67) 이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007, 123면; 오준근, “행정지도에 관한 절차법적 고찰”, 공법연구 제26집 제1호, 1998, 213면은 “특정인에게 일정한 행위의 작위나 부작위를 하도록 하는 행정기관의 견해를 표시하는 작용으로 그 법적효과는 행정기관의 이와 같은 견해표시에 대하여 상대방이 일정한 협력을 행함으로써 달성된다”고 한다.

68) 김성천 외, 전계연구보고서(주42), 38면.

69) 이 사건은 제청신청인이 다음커뮤니케이션의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관한 글을 게재하였고 방송통신심의위원회는 00협회 등으로부터 게시글에 대한 심의신청이 제기되자, 게시글이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제2호 소정의 불법정보인 ‘비방 목적의 명예훼손 정보’에 해당한다는 이유로, 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호, 동법 시행령 제8조 제1항, 제2항에 근거하여 주식회사 다음에 대하여 게시글의 삭제를 요구하였다. 제청신청인은 이 사건 시정요구에 대하여 이의신청을 제기하였으나 기각당하자, 서울행정법원 2009구합35924호로 시정요구의 취소를 구하는 소를 제기하였으며, 서울행정법원은 제청신청인의 청구 인용판결을 선고하였다. 이에 심의위원회가 항소하여 항소심 계속 중 제청신청인은 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제2호에 대하여 서울고등법원 2010아189호 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 당해 법원은 2011. 2. 14. 그 중 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호에 대한 신청을 받아들여 위헌법률심판제청을 한 사건이다.

70) 석종현·송동수, 전계서(주40), 215면은 처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로 정의하고(행정심판법 제2조 제1항 제1호) 행정소송법도 동일 의미에서 처분을 정의하면서 행정심판에 대한 재결을 포함하고 있다.(제1조 제1항 제1호) 행정절차법도 마찬가지로 행정심판법에서 정의하는 처분의 개념을 따른다.(제2조 제2호) 현행 행정쟁송법상의 처분개념은 행정행위보다 넓은 개념으로 전단의 ‘구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부’는 행정행위이지만, 후단의 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’은 행정행위는 아니지만 행정행위에 준하는 행위로 행정소송의 대상이 될 수 있도록 하여 다양한 행정작용으로 구제방법이 모호한 경우에 그 처분성을 인정하여 국민의 권익구제를 돕기 위함이다. 엄격히 행정행위는 실체법상의 개념이고 처분은 쟁송법상 인정된 개념으로 동일한 것은 아니라고 한다.

적인 법적근거가 있어야 하는데 심의위원회의 제재조치의 처분성을 명시적으로 정하는 법률의 부재는 또 다른 심각한 문제이다. 시정요구의 경우 법적구속력을 인정한 것임에도 불구하고 방통위 설치법이나 방송법에서 일부 언급하고 있을 뿐 구체적 내용의 규정이 존재하지 않고 시행령에 의존하고 있으므로 포괄위임입법 금지나 법률유보의 원칙에 충실하지 못하게 된다.

방송통신심의는 방송과 통신의 융합환경에서 해당 내용물이 방송콘텐츠인지 정보통신 콘텐츠인지를 식별하고 판단의 경계영역에서도 내용규제적 심사와 종국적 의사결정이 이행될 수 있는 구조적 장치이다.⁷¹⁾ 심의위원회의 방송통신심의의 의결과 그 요청에 따른 방송통신위원회의 제재조치는 이원적 체계를 통해서 방송통신심의의 중립성과 공정성을 지키기 위함이고 결코 선행처분인 방송통신심의의 의결의 후행처분으로서 제재조치가 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 것이 아닌 것이다. 다만 심의위원회를 행정기관이 아닌 민간기구로 보는 경우 제재조치의 특성상 국가행정기관에서 담당하는 것이 마땅하고 이 같은 국가사무이전에 중립적인 판단이 이루어지면 방송통신심의의 부적법성을 밝혀 권리구제의 실효성을 확보하려 하였다.⁷²⁾ 현재는 헌법재판소 결정에 따라 심의위원회는 방송위 설치법 제18조 제1항에 의하여 설립된 기관으로 심의위원회의 위원은 대통령이 위촉하고, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며 별도의 기금 이외에 국고에서 심의위원회의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있고 심의규정의 제정 및 공표를 하며, 심의규정에 위반되는 경우에는 그 제재조치를 결정할 수 있는 등 심의위원회의 설립, 운영, 직무에 관한 내용을 종합했을 때 심의위원회를 공권력 행사의 주체인 국가행정기관으로 인정할 수 있으나⁷³⁾ 여전히 심의위원회가 직무를 독립적으로 수행하고 있는 행정조직임에는 변함이 없다. 다만 행정절차법 제2조 제1호에 따르면 행정청은 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관 또는 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인이라 정의되는데 헌법재판소는 심의위원회의 세부적인 국가기관 유형에 대해서는 침묵하고 있으므로 내용 심의·의결권한 및 처분권한의 이원화로 인한 심의위원회의 내용심의 업무 독립성 침해 등이 우려된다.⁷⁴⁾

71) 이민영, 전계논문(주30), 789면.

72) 이민영, 전계논문(주30), 808면.

73) 현재 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정.

따라서 행정지도인 통신심의 시정요구의 처분성 인정과 항소심 중에 있는 방송심의 의견제시의 처분성인정 가능성을 고려하여 심의위원회와 방송통신위원회 양 기관이 중복으로 처분권한을 갖게 되어 내용심의·의결권한과 제재조치 명령권한 간의 재정립에 대한 고찰이 필요하다.

IV. 현행 심의제도의 문제점과 그 개선방안

1. 종래의 논의 재고

종래의 내용심의 법제도는 방송과 통신영역의 명확한 경계를 전제로 수직적 규제체계를 전제로 심의대상인 서비스와 이를 규제하는 법조항간의 적용이 용이하도록 설계되었으나 각종 서비스간의 융합과 새로운 융합서비스를 제공하는 사업자의 경우 이에 상응하는 법조항이 무엇인지 명확하지 않아 법적용의 대상과 범위가 자의적인 법령 해석을 통해서 결정될 우려가 있고 해석결과에 따라서는 동일한 내용이라도 관련법 적용의 충돌을 야기하거나 혹은 법적 공백으로 규제가 불가능한 상황이 예상되는 이유로 내용심의 법체계의 변화는 불가피한 실정이다. 뿐만 아니라 방통위 설치법에서는 심의대상과 제재조치를 정하면서 구체적인 사항은 방송법, 정보통신망법, 인터넷 멀티미디어 방송사업법 등 개별법에 따르도록 하고 있으나 심의기준이 다소 모호한 실정이다. 예를 들면 방송심의의 경우 상위 법률과 하위 규정이 추상적이며 유사한 표현의 반복일 뿐 명확하지 않아 결국 심의기준 자의적 확대해석으로 번져 방송의 자유에 위협적이라는 지적이 있고⁷⁴⁾ 방송법 제74조 위헌여부 결정과정에서 헌법재판소의 반대의견은 협찬고지의 허용범위에 관하여는 대통령령으로 정하도록 위임했는데 위 조항은 입법권을 행정부에 위임하면서 행정부가 위임된 입법권을 행사함에 있어서 준수해야 할 기본방침이 부재하여 입법위임의 명확성원칙위반임을 지적한 바 있다.⁷⁶⁾ 통신심의

74) 최종신, 전제논문(주5), 501면.

75) 정연부, “방송·통신 콘텐츠 심의제도 문제점 및 개선방안”, 원광법학 제30권 제3호, 2014, 317면.

76) 현재, 2003. 12. 18. 선고 2002헌바49 결정; 김민호, “지상파방송광고규제의 문제점 및 개선방안”, 토지공법학회 토지공법연구 제55집, 2011, 364면은 “협찬이라는 행위에 대해서는 어떠한 행위규제 또는 내용규제를 하지 아니하고 ‘협찬고지’라는 형식규제만을 하고 있는 까닭에 협찬이라는 내용과 협찬고지라는 형식의 입체적규제시스템이 작동하기 곤란한 문제점을 내포하고 있다. 즉, 협찬이라는 행위에 대한 규제법령이 존재하지 않는 까닭에 편법 또는 불법 협찬을 규제하는 것은 불가능하다”고 한다.

의 경우 방통위 설치법 제21조 제3호는 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의를 정하고 정보통신망법 제44조의7에서는 불법정보를 정하는데 만약 불법정보에 대하여 지나치게 포괄적인 규제를 허용할 경우 표현의 자유에 대한 본질적인 침해가능성 등 다층적 문제가 있다.⁷⁷⁾ 이처럼 현행 법조항에 관한 위헌법률심판이나 헌법소원⁷⁸⁾이 지속적으로 제기되는 때에는 심의위원회의 업무가 위축될 수밖에 없다. 그 개선방안으로 보다 합리적이고 정형화된 심의기준을 마련하고 종래의 규제체계를 점검하면서 새로운 규제체계를 구축하여 적용하고 방송통신 내용심의 법조항을 개정하여 기존의 모호한 규정을 구체화하는 방법을 고찰하고자 한다.

2. 법제도상 제점

(1) 규제대상 및 범위의 모호성

심의대상이 불분명하거나 포괄적이라면 무엇을 규제하는 지에 대해 예측가능성이 떨어지고 그 결과 위축효과를 가져올 수 있다. 금지되는 표현이 불명확한 경우 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 있기 때문이다.⁷⁹⁾ 현행 심의관련 법조항은 과거 위헌결정 이후 헌법 제21조 제2항의 허가·검열금지원칙과 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 등 헌법적 요청에 충실하여 거듭 개정되어 왔고 과거와 달리 위헌성논란에서 벗어나 공정한 심의를 유지하고 있다. 그러나 심의기준은 새로운 융합서비스에 대응하여 현재보다 더 세밀하고 구체적으로 재정비되어야 하고 변화하는 방송통신 환경을 고려하여 탄력적으로 운영될 수 있어야 하는데 이를 고려하여 법개정이 이루어지는 경우에도 헌법적 요청에 충실하여 다소 애매모호한 법조항은 수정되어야 한다. 예를 들어 정보통신망법 제44조의7은 규정한 불법정보의 유통금지 등은 구 전기통신사업법 시행령 제16조 제1호 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신조항과 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보가 현재의 다른

77) 황창근, 전개논문(주45), 534면.

78) 현재, 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500 결정.

79) 현재, 2002. 6. 27. 선고 99헌마480; 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500 결정.

매체에서 정하고 있는 내용규제의 판단기준과 차별성을 찾기 어렵고⁸⁰⁾ 방통위 설치법 제21조 제4호의 건전한 통신 윤리함양과 심의위원회가 심의가 필요하다고 인정하는 경우가 명확성을 가지고 있다고 보기 어렵다는 지적이 있다.⁸¹⁾ 이를 해결하기 위해 다음과 같은 방통위 설치법 개정안이 소관위에 계류중이나 개정안은 다음과 같은 문제가 있다.

현 행	개 정 안 ⁸²⁾
제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다. 1. 2. (생 략) 3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정된 사항의 심의 4. <u>전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령이 정하는 정보의 심의 및 시정 요구</u> 제25조(제재조치 등) ① (생 략) ② 심의위원회는 제1항의 제재조치 및 제21조제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 제21조제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 의견진술의 기회를 주지 아니할 수 있다.	제21조(심의위원회의 직무)----- -----. 1. 2. (현행과 같음) 3.----- 불법정보의 심의 및 삭제·접속차단의 시정요구 4. 음란, 폭력정보 등 청소년에게 유해한 정보에 대한 청소년유해정보 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등의----- -----. 제25조(제재조치 등) ① (현행과 같음) ② ----- ----- 제 2 1 조 제 3 호 · 제 4 호 ----- ----- . -- 제 2 1 조 제 3 호 · 제 4 호 ----- -----.

위 방통위 설치법 제21조 개정안에 따르면 동법 제21조 제3호에서 정보통신

80) 황창근, 전개논문(주45), 524-533면.

81) 박경신, “방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성”, 법학논총, 제27집 제2호, 2010, 71-87면.

82) 유승희의원 등 11인 발의, “방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법 일부개정법률안”, 2004397, (2016. 12. 15.) [계류중], 5-6면.

망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의가 동법 제44조의7에 규정된 불법정보의 심의 및 삭제·접속차단의 시정요구로 개정된다. 즉 기존의 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의에서는 1호 내지 9호에서 불법정보를 정하고 있는데 여기에 삭제·접속차단의 시정요구를 접목시킨 것이다. 방통위 설치법 제21조는 단지 심의위원회의 직무를 정한 것인데 방통위 설치법 제21조 제3호 개정안이 위원회 직무의 구체화, 세분화한 규정인 것인지 의문이 있다. 입법자의 의도는 통신심의 대상이 불법정보와 청소년유해정보임을 고려하여 방통위 설치법 제21조 제4호의 건전한 통신윤리의 함양과 같은 모호한 규정의 개정을 주목적으로 하면서 동법 제4호와의 균형을 맞추어 동법 제3호에서 시정요구를 추가로 규정한 것으로 보인다. 하지만 위 개정안은 시정요구의 종류를 삭제·접속차단에 한정함으로써 심의위원회의 자율성을 침해할 가능성이 높고 무엇보다 불법정보의 범위에 대하여 세부적인 언급이 전혀 없다.

(2) 조직 내부적 한계

헌법재판소는 심의위원회를 공권력 행사의 주체인 국가행정기관이라고 판단하였다. 법률상 근거에 따라 설치된 심의위원회는 방송과 통신 심의·의결에 대해 관리 및 감독을 받지 않으며, 행정(내용심의)·입법(규칙제정권)·준사법적 권한(처분)을 가진 독립행정기관으로서 지위를 가져야 하나⁸³⁾ 현행 법률은 심의위원회의 독립성을 충분히 보장하지 못하고 있다. 방통위 설치법 제18조에서는 심의위원회의 설치 등이라 정하면서 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는 방송통신심의위원회를 둔다고 정하고 있다. 하지만 설치의 사전적 용례는 '안테나의 설치 위치를 바꿨더니 텔레비전이 잘 나온다.'와 같이 쓰이고 설립은 '기관이나 조직체 따위를 만들어 일으킴'을 뜻하므로 내포된 의미에서 큰 차이가 있고⁸⁴⁾ 방통위 설치법 제18조는 설치 등이라고 정함으로써 그 밖의 것들과 동일하게 취급되어 독립성 의미가 희석될 우려가 있다. 심의위원회와 같이 상위조직이 없는 국가인권위원회와 비교해 보았을 때도 차이가 있다. 국가인권위원회법 제3조에서는 국가인권위원회의 설립과 독립성이라 하면서 제1항에서 이 법에서 정하는 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가

83) 최종선, 전개논문(주5), 525면.

84) 국립국어원제공, http://krdic.naver.com/rescript_detail.nhn?seq=5122 (2017.5.20. 최종확인).

인권위원회를 둔다고 하여 방통위 설치법과는 달리 독립성을 매우 강조하였다. 또한 국가인권위원회법 제5조 제2항에서는 국가인권위원회의 위원을 국회가 선출하는 4명, 대통령이 지명하는 4명, 대법원장이 지명하는 3명으로 입법부, 행정부, 사법부가 고르게 위원을 추천하는 반면 심의위원회의 경우 9인의 심의위원 6인은 여당측에서 추천하고, 3인은 야당이 추천을 하는 구조인 관계로 정치적 쟁점에 취약하다.⁸⁵⁾ 뿐만 아니라 국가인권위원회법 제8조의 2에서는 위원의 책임면제를 규정하는데 위원은 위원회나 상임위원회 또는 소위원회에서 직무상 행한 발언과 의견에 관하여 고의 또는 과실이 없으면 민사상 또는 형사상의 책임을 지지 아니한다고 정하여 독립성을 강하게 보장하는 반면 심의위원회의 경우 면책조항이 없는 결과, 책임을 우려한 소극적인 직무수행으로 이어질 수 있는 문제가 있다.

(3) 법체계 위반 가능성

방통위 설치법 제25조 제1항에서 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 제재조치 등을 정할 수 있고 그 종류로 제1호에서는 방송법 제100조제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시를 정하고 있다. 동시에 방통위 설치법 제25조 제3항에서 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정한 때에는 방송통신위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다고 정하고 있을 뿐 통신심의 시정요구의 경우에는 제재조치와는 달리 위와 같은 절차가 존재하지 않는 오류가 있다. 그 근거로 시정요구는 앞서 논한바 같이 헌법재판소와 법원에 의해 처분성을 인정받았음에도 방통위 설치법 제25조 제3항은 처분의 요청대상에서 시정요구를 제외한 결과 심의위원회의 심의·의결권한과 방송통신위원회의 처분권한의 이원적 체계에서는 맞지 않으며 이는 시정요구를 정하는 주체와 그 시정요구를 처분하는 주체가 동일한 일원적 체계를 의미한다. 방통위 설치법 제25조 제3항은 시정요구의 처분성 인정 판례 이전에 시정요구가 행정지도에 불과한 점을 전제로 설계된 것이란 가정 하에 이원적 체계 내에서는 적합하나 현재 이원적 체계를 유지하는 한에서는 법체계를 벗어난 것이다. 의견제시의 경우에도 시정요구 논의와 같은 맥락에서 보면 심의위원회의 심의·의결권한과 방송통신위원회의 처분권한의 이원적 체계 내에서 방송법 제

85) 최종선, 전개논문(주5), 532면.

100조 제1항 단서는 심의위원회는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있음을 비추어 보았을 때 권고나 의견제시는 위법의 정도가 경미하여 제재처분과는 구분되는 것으로 비처분성을 고려하여 심의 법체계가 설계되었음을 의미한다. 그러나 의견제시의 경우 항소심중에 있긴 하나 하급심에서는 의견제시의 처분성을 인정하였고 시정요구 사례에서처럼 하급심을 거쳐 헌법재판소나 법원에 의해 행정지도가 아닌 처분성을 인정받을 가능성을 배제하기 어렵다. 만약 의견제시의 처분성이 확정적으로 인정되는 경우에는 방통위 설치법 제25조 제3항에서 제재조치만을 정하는 것은 오류로 판단된다.

(4) 기술발전에 따른 규제방식의 한계

방송과 통신영역의 융합 환경⁸⁶⁾에서 일차적으로 방송법 제100조 등의 방송심의 대상이나 정보통신망법 제44조의7 등의 통신심의 대상 자체를 확정짓기 어려운 한계가 있다. 기존의 방송과 통신의 구분은 전송의 대상과 전송의 방식을 기준으로 전자는 불특정다수를 대상으로 한 일방향 전송으로, 후자는 특정인 사이의 쌍방향전송의 형태를 가진 것으로 구분하였으나 방송과 통신이 융합된 형태의 새 서비스가 등장함으로 인해서 이전에 방송개념은 더 이상 유효한 개념으로서 통용될 수 없게 된 것이다.⁸⁷⁾ 이에 따라 갈라파고스식의 규제에 변화가 불가피해졌다. 과거의 수직적 규제방식은 방송과 통신의 구별이 용이하여 해당 법제의 적용을 신속히 적용할 수 있는 이점이 있었다. 예를 들면 지상파방송은 주파수를 이용, 종합유선방송사업자는 케이블을 이용, 위성방송사업자는 위성을 이용하는 형태이고 전통적으로 통신의 경우 전기통신회선을 이용하여 제공되는 형태를 의미했으므로 수직적 규제방식의 적용 대상인 방송과 통신의 고유영역이 분명하였

86) 지성우, “방송·통신 융합에 따른 행정기구개편과정의 회고와 전망”, 성균관법학, 제20권 제1호, 2008, 43-44면은 “네트워크의 통합을 통하여, 그간 엄격하게 구별되었던 방송서비스와 통신서비스의 경계가 불확실해지면서, ‘방송과 유사한 통신서비스’ 또는 ‘통신과 유사한 방송서비스’들이 속속 등장하게 되었다. 이러한 현상을 방송 실무계에서는 흔히 방송과 통신의 ‘융합’(Convergence)이라고 표현하면서 마치 이러한 서비스의 융합현상을 통하여 방송과 통신이 기본적으로도 융합되는 것으로 오해하고 있는 듯하다. 하지만 헌법적 차원에서 기본권 속성상의 차이점을 고찰해보면 방송의 자유와 통신의 자유는 기본권적 속성이 전혀 다른 별개의 기본권으로서, 향후 어떠한 네트워크 기술의 발전에도 불구하고 여전히 하나의 기본권으로 융합될 수 없다”는 입장이다.

87) 안정민, 새로운 방송질서와 방송규제, 사이버커뮤니케이션학보, 제25권 제2호, 2008, 147면.

다. 하지만 수직적 규제방식이 통하던 상황과는 달리 지금은 다양한 디바이스를 통해 콘텐츠가 공급·소비되어 방송과 통신의 경계를 구분하기 어려워진 이유로 콘텐츠마다 심의기준을 달리하는 수직적 규제방식에는 한계가 있다.⁸⁸⁾ 예를 들어 아프리카TV, Twitch TV와 같은 인터넷방송 플랫폼은 방송이라는 용어를 사용하고 있으나 방송심의 대상인 방송법상 방송으로 구분되지 않고 있고 심의위원회도 아프리카TV를 통신심의 대상으로 보고 통신심의 시정요구를 통해 규제의 범주 내에 포섭하고 있다. 방송법 제2조 제1호에서는 방송의 개념을 정의하는데 다목에서는 데이터방송의 개념을 정의하면서 인터넷 등 통신망을 통하여 제공하거나 매개하는 경우를 제외하고 있는 실정이다. 이처럼 방송·통신이 융합된 콘텐츠를 놓고 방송심의기준을 적용할 것인지 통신심의기준을 적용할 것인지, 해당 심의기준은 일관성을 가지는지 그리고 방송, 인터넷, 동영상, 광고, 통신 등 모든 콘텐츠가 하나로 묶이는 스마트 미디어의 경우 어떠한 심의규제 방식이 적합한지를 가리기 어려운 점이 있다.⁸⁹⁾

현재는 방송법 제32조 및 동법 시행령 제21조 제1항에 따라 심의위원회가 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것을 심의 대상으로 하면서 전통적인 방송(지상파, 케이블, 위성 등)과 방송사업자가 전기통신회선을 통하여 유통시키는 정보를 그 대상으로 하고 있으나⁹⁰⁾ 여전히 방송과 통신의 경계가 모호한 서비스에 대한 규제는 이전처럼 단순하지 않으며 만약 수직적 규제를 유지하는 경우, 융합콘텐츠에 대한 규제중복, 규제공백, 규제불균형 등의 문제가 있다.⁹¹⁾ 예를 들어 법적 해석을 통해 융합된 콘텐츠를 방송으로 판단하여 방송심의기준을 적용하는 경우에 해당 매체는 다른 매체보다 강한 공적 규율을 받게 되므로 그렇지 않은 경우와 달리 규제 불균형의 문제가 발생한다. 특히 방송은 소수의 기업이 매체를 독점하고 정보의 유통을 제어하는 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수 없고 강한 호소력을 바탕으로 경우에 따라서는 대중조작이 가능

88) 정연부, 전계논문(주75), 304-305면.

89) 권상희·이완수, “규제와 탈규제 -스마트 미디어 등장에 따른 방송통신 심의규제의 새로운 틀에 대한 탐색-”, 방송통신연구 제79호, 2012, 14면; 미국방송협회(NAB) 자율심의와 관련하여 media를 포함한 advertising, news, comic books, motion picture 등 다양한 영역에서 각각 자율규제의 효율성을 분석에 관하여는 Angela J. Campbell, “Self-Regulation and the Media,” Federal Communication Law Journal, 51(3), 1999, p.711-772 참조할 만하다.

90) 심의위원회, “방송통신 융합에 따른 콘텐츠 규제 체계 정비 방안”, 2014, 43면.

91) 정연부, 전계논문(주75), 322면.

하며, 그 영향력이 커서 방송의 기능을 보장하기 위한 규제의 필요성은 신문 등 인쇄매체보다 높기 때문이다.⁹²⁾

(5) 제재이후 구제 절차 미흡

과징금은 인허가의 정지에 갈음하여 부과하는 행정제제금의 성질⁹³⁾과 그 밖에 부당이득환수의 성질, 절충설 등이 있으나 기본적으로 행정목적의 달성을 위한 정책적인 수단이다.⁹⁴⁾ 방송법 제100조에서는 방송통신위원회가 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사가 동법 제33조의 심의규정 및 제74조 제2항에 의한 협찬고지 규칙을 위반한 경우에 5천만원 이하의 과징금 부과나 위반의 사유, 정도 및 횟수 등을 고려하여 각 호 i) 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지 ii) 방송편성책임자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계 iii) 주의 또는 경고의 조치를 할 수 있다고 정하고 있다. 최근에 심의위원회는 과도한 욕설 및 비속어 사용, 선정적 랩 가사 등으로 논란이 된 방송프로그램에 대하여 방송심의에 관한 규정 제27조(품위 유지), 제51조(방송언어) 등의 위반을 이유로 각각 3천만원, 2천만원의 과징금을 부과기로 하는 등 과징금 총 5천만원을 의결하였다.⁹⁵⁾ 법제처 법령해석에 따르면⁹⁶⁾ 과징금의 경우에도 심의위원회는 방통위 설치법 제21조 제1호에 따라 방송이 공정성 및 공공성을 준수하고 있는지를 심의규정 위반 여부로 심의하고 방송의 내용이 이를 위반하였을 경우에는 방통위 설치법 제21조 제2호에 따라 방송법 제100조 제1항에 따른 제재조치 등에 포함되어 있는 과징금, 제재조치·권고 또는 의견제시를 제재수단으로 심의·의결할 수 있다. 하지만 방통위 설치법 제25조 제2항에서는 심의위원회가 방송법 제100조 제1항의 제재조치나 동법 제21조 제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다고 정하고 있을 뿐 법제처 해석에 따라 ‘제재조치 등’으로 제재조치와 별개인 과징금의 경우에는 방통위 설치법 제25조 제2항에서 제외되는 문제가 있다. 즉 방통위 설치법 제25조 제2항은 피심의자에 대한 방어권

92) 헌재, 2003. 12. 18. 선고 2002헌바49 결정.

93) 정하중, 전개서(주41), 488면.

94) 조성국, “방송통신위원회 심결절차 개선에 관한 연구”, 행정법연구, 제24권, 2009, 10면.

95) 심의위원회 보도자료, 과도한 욕설·선정적 랩 가사 방송한 Mnet에 ‘과징금 총 5천만원’, (2015. 9. 17.).

96) 법제처 법령해석, <http://moleg.go.kr/lawinfo/lawAnalysis/nwLwAnList?searchCondition=3&searchKeyword=%eb%b0%a9%ec%86%a1%eb%b2%95&csSeq=100684&rowIdx=1> (2017.5.20. 최종확인).

을 보장하는 취지이나 과정금을 부과 받은 피심의자는 의견진술을 얻지 못한다는 문제가 있고 제재조치에 과정금을 포함한다 하더라도 의견진술 외에는 별다른 절차가 존재하지 않으므로 피심의자의 구제절차에 소극적인 측면이 있다.

3. 개선방안

(1) 구체적이고 다양한 심의기준 확보

소관위에 계류 중에 있는 방통위 설치법 개정안은 심의위원회의 시정요구 방식을 삭제, 접속차단과 청소년유해정보 표시의무 등으로 구분하여, 불법정보에 대해서는 삭제 또는 접속차단의 시정요구를 하도록 하고, 그 밖의 청소년유해정보에 대하여는 청소년유해정보 표시와 관련한 시정요구를 하도록 규정하고 있다. 하지만 방통위 설치법 개정안의 제21조 제3호는 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의 및 삭제·접속차단 시정요구로 정하고 있다. 즉 그 시정요구의 방식으로 삭제·접속차단만을 인정하고 있으므로 다른 방식의 시정요구를 할 수 없는 결과 심의위원회의 심의 자율성이 침해 될 우려가 있다. 삭제·접속차단의 경우 불법정보를 차단하는데 가장 효율적인 방법임에는 의문의 여지가 없다. 그러나 심의위원회가 다른 제재조치 등을 판단할 가능성조차 배제하는 것은 별개의 문제이다. 시정요구에는 삭제·접속차단 외에도 이용해지, 이용정지, 기타(청소년유해매체물 표시의무이행, 표시방법 변경) 등이 있다. 다른 방식을 외면한 채 심의위원회로 하여금 삭제·접속차단 방식의 시정요구 권한만을 강요할 합리적인 이유를 찾기 어렵다.⁹⁷⁾ 오히려 상황에 따라 심의위원회가 다양한 시정요구를 선택하도록 함으로써 효율적인 처분이 가능토록하고 이는 심의위원회의 자율성보장 측면에서도 유리하므로 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의 및 시정요구'로 하는 것이 바람직하다.

한편 계류 중에 있는 개정안은 현행 방통위 설치법 제21조 제4호의 건전한 통

97) 방송통신심의위원회 보도자료, “2016년 불법·유해정보 20만여건 삭제·차단 조치”, (2017. 2. 21.).
[기간 : 2012. 1. 1. ~ 2016. 12. 31. / 단위 : 건]

시정요구	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
삭제	17,827	22,986	24,581	27,650	35,709
이용해지 등	14,342	16,914	10,031	9,821	8,422
접속차단	39,296	62,658	97,095	111,008	157,451
기타	460	1,842	1,177	272	209

신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항이라는 법문언의 불명확성과 포괄적 규정이 라는 이유로 음란, 폭력정보 등 청소년에게 유해한 정보에 대한 심의로의 내용 변경을 골자로 하고 있다. 다만, 유해한 정보는 규제대상인 반면 청소년은 보호 대상이므로 보호대상의 범주에 청소년만을 한정할 필요는 없을 것이며 어린이나 심실미약 등 제한능력자를 범위에 포함하여 보호대상을 확대할 필요가 있다.

(2) 조직 독립성 강화

심의위원회의 자주성 확보를 위해 방통위 설치법 제18조 제1항의 ‘심의위원회의 설치 등’에서 ‘심의위원회의 설립과 독립성’으로 개정해야 하고 총 9인으로 구성되는 위원회구성과 관련하여 동법 제18조 제3항에서는 심의위원회 위원은 대통령이 위촉하고 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉한다고 정하는데 이러한 구조에서 행정부, 입법부, 사법부가 각 3인의 심의위원을 추천하는 구조로 개편할 필요가 있다.⁹⁸⁾ 또한 국가인권위원회의 경우 국가인권위원회법 제8조의 2에서 위원의 책임 면제를 규정하는 바와 같이 방통위 설치법 제18조의 2를 신설하여 ‘위원은 심의위원회나 상임위원회 또는 소위원회에서 직무상 행한 발언과 의결에 관하여 고의 또는 과실이 없으면 민사상 또는 형사상의 책임을 지지 아니한다.’고 규정한다면 심의위원이 과징금, 방송프로그램이나 방송광공의 정정·수정·중지, 관계자에 대한 징계·경고·주의, 권고나 의견제시 등의 방송심의·의결권한과 불법정보와 유해정보의 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등 통신심의·의결 권한을 행사함에 있어서 외부의 영향을 차단할 수 있다.

(3) 법정합적 체계 구성

기존의 방송통신위원회와 심의위원회의 이원적 체계에서 심의위원회가 심의·의결·처분권한을 갖는 일원적 체계로의 전환을 가정하여 각 체계에 맞는 법적 지원 방안을 모색할 필요가 있다. 곧바로 일원적 체계로의 전환을 생각해 볼 수 있으나 법제도적 논의와 구성원간의 합의를 고려하여 단계적 접근이 필요하다. 먼저

98) 최종선, 전제논문(주5), 532면; Irene Wu, “Traits of an Independent Communications Regulator: a Search for Indicators”, FCC, 2004, p.14에서는 미국을 비롯하여 각국의 유관기관들의 독립성 정도를 나타내고 있다.

이원적 체계에 불가피하게 머무르는 경우 방통위 설치법 제25조 제3항의 개정이 필요하다. 동법조항에서 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정한 때에는 위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다고 정하는데 ‘제1항의 제재조치 및 제21조 제4호의 시정요구를 정하려는 때에는’으로 수정하고 동법 제25조 제5항의 방송통신위원회는 제3항에 따라 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 방송법 또는 정보통신망법이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다고 정하는데 ‘제재조치 및 제21조 제4호의 시정요구를 요청받은 때에는’으로 수정해야 한다. 심의위원회의 의견제시가 처분으로 확정된다는 가정 하에는 방통위 설치법 제25조 제3항에서 ‘제1항의 제재조치·의견제시 및 제21조 제4호의 시정요구를 정하려는 때에는’으로 수정하고 동법 제25조 제5항의 방송통신위원회는 제3항은 ‘제재조치·의견제시 및 제21조 제4호의 시정요구를 요청받은 때에는’으로 수정해야 한다.

심의위원회에 심의·의결·처분권한을 부여하는 일원적 체계를 전제하는 경우에는 방통위 설치법을 비롯한 방송법과 정보통신망법 등에서 언급된 방송통신위원회 주체의 처분권한이 모두 심의위원회로 이관되어야 하므로 관련 법조항을 모두 개정되어야 하고 만약 방송통신심의위원회법(가칭)을 제정한다면 가령 제00조(다른 법률과의 관계) ‘이 법은 방송통신심의를에 관한 처분을 할 때 다른 법률보다 우선 적용한다’ 등의 법조항을 신설해야 할 것이다.

(4) 수평적 규제체계에 의한 내용심의

사업자별로 규제했던 기존의 수직적 규제체계에서 수평적 규제체계로 전환해야 한다. 수평적 규제란 방송·통신 콘텐츠 내용심의를 적용하는 기준을 매체가 아니라, 콘텐츠 자체를 기준으로 삼는 것으로 매체의 종류와 계층, 서비스 방식과 관계없이 동일 콘텐츠에 대해서 동일 내용의 심의를 적용하는 것을 말한다.⁹⁹⁾ 기존의 수직적 규제체계는 비교적 방송과 통신의 명확한 구분을 전제로 특정 네트워크와 서비스별로 별개의 규제체계를 적용하여 방송 네트워크를 이용한 방송 서비스는 방송규제로 통신네트워크를 이용한 통신서비스는 통신규제로 다루는 방식이다. 예를 들면 유선전화 규제는 유선전화망을 사용하는 유선전화서비스, 이동전화규제는 이동전화망을 사용하는 이동전화서비스, 인터넷규제는 인터넷망을

99) 정연부, 전개논문(주75), 322면.

사용하는 인터넷서비스, 방송규제는 방송망을 사용하는 방송규제서비스를 규제하는 방식으로 새로운 서비스가 나타날 때마다 유선방송사업법이나 종합유선방송사업법 등의 이름으로 별개의 규제를 하는 방식이다. 하지만 지금은 방송통신융합 현상과 디지털 기술의 발달로 동일한 콘텐츠가 다양한 네트워크와 서비스로 이용자에게 제공되어 특정 네트워크와 서비스를 구분하기 어렵고 그 결과 규제중복이나 규제공백, 규제차별 등의 문제를 유발하므로 수직적 규제방식만으로는 지금의 방송통신시장을 규제하기 어려운 점은 분명하다. 따라서 수평적 규제를 통해 특정 네트워크와 서비스와 무관하게 동일 계층에 동일 규제를 적용하여 위와 같은 문제를 해결해야 한다.¹⁰⁰⁾ 다만 이러한 수평적 규제의 도입을 놓고 융·복합적인 방송통신영역을 점검하면서 단계적으로 접근하는 견해는 단기적으로는 기존의 법체계를 유지하면서 필요규정을 개정하고 중기적으로 방송법과 전기통신사업법, 인터넷 멀티미디어 방송사업법에서 정하는 금지행위규정을 통합하여 정리하고 사업자간 비대칭규제를 완화하기 위해 방송법과 인터넷 멀티미디어 방송사업법의 통합과정을 시작으로, 장기적으로 방송법과 전기통신사업법, 인터넷 멀티미디어 방송사업법의 통합을 주장한다.¹⁰¹⁾ 급변하는 방송·통신시장을 고려하여 점진적으로 규제방식을 정하고 수정하는 것이 타당하고 통합과정에서도 명확하고 구체적인 심의 기준을 최우선으로 고려해야 하는 것이 핵심이다.

(5) 과징금 부과에 대한 불복절차 구체화

방통위 설치법 제25조 제2항은 심의위원회가 방송법 제100조 제1항의 제재조치이나 동법 제21조 제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다고 정하고 있으나 ‘제재조치 및 과징금’으로 개정하여 과징금의결에 대해서도 피심의자에게 의견 진술의 기회가 부여되어야 한다. 그리고 별개의 항을 추가하여 위원회의 과징금 의결에 대하여 의견진술 뿐만 아니라 자료제출, 자료열람요구, 집행정지제도 등을 도입할 필요가 있다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법(이하 공정거래법)과 비교하면 동법 제52조 제1항은 공정거래위원회는 동법의 규정에 위반되는 사항에 대하여 시정조

100) 이상우 외, “통신방송 융합환경하의 수평적 규제체계 정립방안에 관한 연구”, 정보통신정책연구원, 2007, 27-42면; Sherille Ismail, “Transformative Choices: A Review of 70 Years of FCC Decisions”, 2010, p.1-25에서는 그간 FCC의 결정을 기록하였으므로 참조할 만하다.

101) 정필운, “방송통신통합사업법 제정론에 대한 비판적 검토”, 과학기술법연구 제19집 2호, 2013, 74-79면.

치 또는 과징금 납부명령을 하기 전에 당사자 또는 이해관계인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다고 하여 방통위 설치법 제25조 제2항과 달리 과징금의 경우에도 당사자에게 의견진술기회의 부여를 정하고 있다. 또한 공정거래법 제52조 제2항에서는 당사자는 의견진술 외에도 필요한 자료를 제출할 수 있고 동법 제52조의2에서는 당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회의 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다. 또한 동법 제53조의2 제1항에서는 공정거래위원회는 시정조치명령을 받은 자가 제53조 제1항의 이의신청을 제기한 경우로서 그 명령의 이행 또는 절차의 속행으로 인하여 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청이나 직권에 의하여 그 명령의 이행 또는 절차의 속행에 대한 정지를 결정할 수 있도록 정하고 있다. 이를 고려하여 방통위 설치법에 필요한 사항을 마련 할 필요가 있다.

V. 결론

심의위원회의 시정요구는 해당정보의 접속차단, 삭제, 이용자에 대한 이용정지, 이용해지로 구분되는 이러한 시정요구의 법적성질이 행정지도인지 아니면 항고소송의 대상인 처분인지 그리고 처분이라면 사실상 구속력을 인정하는 수준인지 아니면 그 자체로서 법적 구속력을 갖는지에 대해서 논의되어 왔으나 헌법재판소의 결정에 따라 시정요구는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는다. 이와 같은 사실은 심의·의결권한과 처분권한의 구분을 전제로 한 규제 체계에서의 이탈을 의미한다. 여기에 심의위원회의 의견제시를 비롯한 다른 행정행위가 행정법상 처분의 개념에 포함되어 규제의 탈이원화현상이 확장되는지에 대해서는 선불리 판단하기는 어려우나 방통위 설치법과 방송법, 정보통신망법 등 관련 법제를 정비하여 방송통신위원회와의 권한을 재정립할 필요가 있다.

양 기관의 이원적 체계는 법연혁적으로 볼 때, 사전검열을 배제하고 기본권 침해를 최소화하면서 공익적 관점에서 규제의 목적을 달성해야 하는 숙명으로부터 기인하였다. 그 완충수단으로서 심의권한과 처분명령 권한의 이원화 해법을 택하였으나 심의위원회의 시정요구가 행정지도에서 처분으로 그 법적 성격이 바뀌었고 이에 따라 관련 법제도의 정비가 시급하다는 점, 특히 헌법재판소가 처분성을 인정한 법적근거로 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의

도하거나 또는 적어도 예상하였다는 것에 주목하면 심의제도의 속성상 이항대립적인 표현의 자유에 대한 규제는 명확하고 지속적인 판단이 요구된다는 점 등을 이유로 법제정비는 더 이상 미룰 수 없는 것이다. 동시에 수직적 규제만을 강화할 경우 다변하는 방송과 통신 융합서비스에 대한 규제는 점점 어려운 상황에 직면할 수밖에 없다. 왜냐하면 융합서비스에 대한 개별법조항은 결국 규제의 중복이나 충돌을 야기할 것이고 혹은 아무 규제도 받지 않는 규제 공백사태로 이어질 수 있기 때문이다.

심의위원회와 방송통신위원회 간의 권한재정립의 시점에서 이와 같이 당면한 현안은 가볍지 않다. 수직적 규제에서 수평적 규제로의 변화는 여전히 요청되고 이 과정에서 종래의 제재조치를 단계적으로 강화하거나 약화할 수도 있다. 다만 제재조치의 대상과 범위를 확대하여 대통령령에 위임하는 경우 위임되는 내용을 구체적으로 정하여 법률유보의 원칙이나 포괄위임금지원칙과 조화를 이루면서도 유연하고 최적의 심의 풍토를 조성해야 한다. 또한 심의에 있어서도 피심의자 행위의 구체적 태양을 고려하여 선의의 이용자의 권익보호나 피해구제절차 강화 등의 노력이 수반되어야 하고 권한 일원화체계에서 우려될 수 있는 기본권 침해 문제에 항상 대비할 필요가 있다.

(논문투고일: 2017.05.24., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ 김 민 호 · 이 도 형

내용심의, 제재조치, 행정지도, 시정요구, 의견제시

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

석종현·송동수, 일반행정법(상), 제15판, 삼영사, 2015

이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007

_____. 김민호, 행정법강의 I, 제2판, 법문사, 2000

정종섭, 헌법학원론, 제9판, 박영사, 2014

정하중, 행정법개론, 제9판, 법문사, 2015

2. 논문

권상희·이완수, “규제와 탈규제 -스마트 미디어 등장에 따른 방송통신 심의규제의 새로운 틀에 대한 탐색-”, 방송통신연구 제79호, 2012

김민호, “지상파방송광고규제의 문제점 및 개선방안”, 토지공법학회 토지공법연구 제55집, 2011

_____. 김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 공법학연구 제8집 제3호, 2007

_____. 김현정, “방송통신 융합의 기술적 개념과 법적 개념의 정합성에 관한 연구”, 토지공법연구 제46집, 2009

_____. 정희성, “법률유보와 위임입법에 대한 재평가”, 성균관법학, 제21권 제2호, 2009

박경신, “방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성”, 법학논총, 제27집 제2호, 2010

성미경, “방송심의 의미연결망 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2015

안정민, “방송규제 이념에 대한 연혁적 고찰”, 정보법학 제20권 제1호, 2016

_____, “새로운 방송질서와 방송규제”, 사이버커뮤니케이션학보, 제25권 제2호, 2008

오준근, “행정지도에 관한 절차법적 고찰”, 공법연구 제26집 제1호, 1998

윤수진, “방송·통신 융합의 법적 연구”, 고려대학교 박사학위 청구논문, 2004

이민영, “방송통신심의의 성질에 관한 법적 연구”, 성균관법학 제21집 제1호,

2009

정연부, “방송·통신 콘텐츠 심의제도 문제점 및 개선방안”, 원광법학 제30권 제3호, 2014

정필운, “방송통신통합사업법 제정론에 대한 비판적 검토”, 과학기술법연구 제19집 2호, 2013

정혜옥, “방송통신심의위원회의 시정요구에 대한 행정법적 고찰”, 동아법학 제57호, 2012

조성국, “방송통신위원회 심결절차 개선에 관한 연구”, 행정법연구, 제24권, 2009

지성우, “방송·통신 융합에 따른 행정기구개편과정의 회고와 전망”, 성균관법학, 제20권 제1호, 2008

최종선, “방송통신심의위원회의 독립성 확보방안에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제3호, 2014

황창근, “행정상 내용규제체계 개선방향에 대한 일고”, 홍익법학 제13권 제2호, 2012

_____, “인터넷상 불법정보 규제법제의 분석”, 세계헌법연구, 제15집 제3호, 2009

3. 연구보고서

김성천 외, “방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구”, 방송통신심의위원회, 2009

심의위원회, “방송통신심의동향 Focus: 선거방송과 심의”, 2012

_____, “방송심의 제재조치 부과기준 연구”, 2016

_____, “방송통신심의동향”, 제2016-2호(통권13호) 2016

이상우 외, “통신방송 융합환경하의 수평적 규제체계 정립방안에 관한 연구”, 정보통신정책연구원, 2007

황창근 외, “통신심의 관련법제 개선방안에 관한 연구”, 방송통신심의위원회, 2010

II. 외국문헌

Angela J. Campbell, “Self-Regulation and the Media,” Federal

Communication Law Journal, 51(3), 1999

Ernst Gellhorn, et.al., "Administrative Law and Process", West Group, 1997

Irene Wu, "Traits of an Independent Communications Regulator:a Search for Indicators", FCC, 2004

Jason Oxman, "The FCC and the Unregulation of the Internet", FCC, 1999

Sherille Ismail, "Transformative Choices: A Review of 70 Years of FCC Decisions", FCC, 2010

Abstract

A study on the Legal Issue of Contents Deliberation Sanctions

Kim, Min Ho

Lee, Do Hyung

The Korea Communication Standards Commission(KCSC)'s functions and operations are prescribed in the Act on the Establishment and Operation of Korea Communications Commission. The subjects of deliberation and types of sanctions are stipulated in individual laws such as Broadcast Act, Act on Promotion of Utilization of Informaion and Communications Network and Internet Multimedia Broadcast Services Act etc. The authority to deliberate the contents of the law and make a decision and the authority to order sanctions are divided. The former is carried out by KCSC and the latter is carried out by The Korea Communications Commission(KCC). As such, since the authority system takes a dualistic form, the characteristics of administrative actions from the exercise of authorities are considered different. The authority to deliberate contents and make a decision is considered to have characteristics of an administrative guidance and the authority to order sanctions is generally considered to have characteristics of a measure which is subject to an appeal lawsuit. However, as a result of the court ruling that an administrative guidance like a correction request which belongs to KCSC's exclusive authority has characteristics of a measure, the traditional deliberation system came to have limitation in harmonious regulation. Moreover, uncertainties of some provisions increased confusion. This study focused on removing legal limitation of deliberation system along

with pointing out uncertainties of some provisions related to deliberation. As for measures to improve the broadcasting and communications system, firstly a specific and clear guideline for deliberation is needed. Even though the Constitutional Court made a decision that legal provisions related to deliberation are constitutional, there are still views that argue the judging guideline of the content regulation is still unclear. In terms of regulating freedom of expression, the principle of clarity should be upheld strongly and therefore, the danger of arbitrary enforcement should be avoided and illegal information should be subject to sanctions anytime by revising related legal provisions clearly. Secondly, Act on KCSC(tentative name) should be enacted and its authority should be strengthened. KCSC has been protecting broadcasting and communications in the realm of broadcasting and communications. As this public obligation is still effective in the era of convergence of broadcasting and communications, authority and responsibility corresponding to this should be given. Provisions of individual laws related to deliberation should be revised. By transferring KCC's separated authority to take a measure to KCSC, overlapping of authorities to take a measure should be avoided and actual independence should be secured by enacting a separate law like Act on KCSC. Thirdly, change of regulating method and improvement of penalty system are needed. The limitation of vertical regulating method which applies a deliberation guideline differently by each content on the boundary of broadcasting and communications makes the change of regulating method necessary. In addition, protective procedures like statement of opinion for a person subject to imposition measure of penalty surcharges should be strengthened.



▶ **Kim, Min Ho · Lee, Do Hyung**

Contents deliberation, Sanctions, Administrative Guidance, Requests for correction, The submission of opinions

사할린한인 우편저금청구소송과 그 후의 동향*

노영돈**

【목 차】

- I. 서론
- II. 사할린한인 관련 주요문제의 개관
- III. 2007년 <우편저금청구소송>의 개요와 주요쟁점
 - 1. 소송의 개요 및 의의
 - 2. 소송상의 주요쟁점과 그에 대한 검토
- IV. <우편저금청구소송> 이후의 동향
- V. 결론

【국 문 요 약】

사할린한인문제는 크게 귀환문제, 국적문제, 개인재산권문제의 3가지로 구분할 수 있다. 사할린한인문제가 제기된 초기에는 일본에서 귀환문제가 중심이 되어 소송이 제기되었으나, 1990년대 들어 생존자인 사할린한인 1세에 한하여 귀환문제가 어느 정도 해결되었으며, 이로써 사할린한인의 우편저금 등 미지급임금과 관련한 개인재산권문제로 2007년 일본 도쿄 지방재판소에 <사할린한인 우편저금 청구소송>이 제기되었다.

한편 그 동안 사할린한인의 국적문제가 간간히 제기된 바가 있었는데, 우편저금 청구소송 과정에서 2009년 일본 측이 한국으로 영주 귀국한 사할린한인은 이로써 한국국적을 취득하였으므로 1965년 한일 청구권협정이 소급 적용되어 그 청구권이 소멸되었다고 주장함으로써 사할린한인의 개인재산권문제는 귀환문제 및 국적문제와 연계되게 되었다.

한일 청구권협정 체결 이후부터 이 당시까지는 한일 양국정부가 공히 사할린한인은 청구권협정의 대상이 아니라는 입장이 일치되어 있었다. 그런데 이 소송

* 이 논문은 인천대학교 2015년도 자체연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 인천대학교 법학부 교수.

에서 일본정부가 소급적용이라는 논리로 기존의 입장을 번복하였다. 반면 한국정부는 기존의 입장을 그대로 유지함으로써 양국 간에 의견의 차이가 생기게 되었다.

그런데 그 후 2011년 한국헌법재판소는 일본군위안부사건과 원폭피해자사건에서 한일 양국 간에는 청구권협정의 해석에 있어서 분쟁이 있다고 판단하고, 이러한 분쟁의 존재에도 불구하고 동 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차로 나아가지 않는 부작위를 위헌이라고 결정하였다. 청구권협정 제3조는 양국 간에 동 협정의 해석과 이행에 있어서 분쟁이 발생한 경우에는 먼저 교섭을 통한 외교적 해결을 모색하고, 외교적으로 해결되지 않는 경우에는 중재위원회를 구성하여 이에 그 해결을 회부하는 것으로 되어 있다. 헌법재판소의 이러한 결정이 있자 이러한 헌법재판소의 결정은 사할린한인의 경우에도 동일하므로 결국 머지않아 한국정부가 일본정부에 대하여 사할린한인의 개인재산권에 대한 해결을 위하여 청구권협정 제3조에 따른 해결절차를 진행하게 될 것이므로 이 우편저금 청구소송은 의미가 없다고 판단하여 소를 취하하였다.

그 후 한국정부는 일본정부에 외교적 해결을 위한 교섭을 요청하였으나 일본정부는 무대응의 태도로 대응함으로써 그 해결이 진전되지 않았다. 이런 상황에서 한국정부가 청구권협정상 다음 단계인 중재에 회부할 작위의무를 위반하였다고 하여 서울중앙법원에 손해배상을 청구한 사건에서 동 법원은 2015년 현재로는 한국정부의 태도에 대하여 충분한 것은 아니지만 중재에 회부하여야 할 작위의무가 있다고 할 수는 없다고 하여 청구를 기각하였다. 현재까지 양국 정부의 태도의 변화나 문제해결에 진전이 전혀 없는 상태이다. 한국 외교부의 분쟁해결을 위한 보다 적극적인 외교적 노력이 필요하다고 하겠다.

이 논문은 사할린한인의 개인재산권문제와 관련하여 일본에서 제기된 <사할린한인 우편저금 청구소송>과 그 후의 동향을 고찰하였다. 이와 관련하여 동 소송 과정에서 사할린한인의 또 다른 문제인 귀환문제와 국적문제가 우편저금 등 개인재산권문제에 영향을 주고 있으므로 이 두 문제의 개요를 먼저 알아보고, 다음으로 사할린한인 우편저금 청구소송에서 제기되었던 문제들을 중점적으로 고찰하고, 이어서 그 소송 취하 이후의 동향을 고찰하였다.

I. 서론

1937년 7월 중일전쟁을 일으킨 일본은 평시의 경제체제로는 막대한 전쟁수요가 충족되지 않아 경제의 전시체제화를 위하여 국가 전체의 인적·물적 자원을 정부가 통제·운영할 수 있는 국가총동원체제를 마련하기 위하여 1938년 <국가총동원법>을 제정하여 같은 해 5월에 시행하였다. 이 법은 일본이 제2차 세계대전에서 패전함으로써 그 명분이 없어져 1945년 12월 공포된 <국가총동원법 및 전시긴급조치법 폐지법률>에 의하여 1946년 4월 폐지되었는데, 이때까지 이 법은 1939년 4월, 1941년 3월, 1944년 3월의 세 차례에 걸쳐 개정되었는데, 개정될 때마다 법에 의한 통제범위는 매번 확대되었다.

국가총동원법에서는 국가통제의 대상으로 노동문제일반, 물자통제, 금융·자본통제, 카르텔, 가격, 언론출판 등을 명시하였고, 이러한 통제는 1939년의 <국민징용령>을 시작으로 하는 칙령에 위임되었다. 이 국민징용령에 의하여 국가총동원법이 실질적으로 발동되었는데, 국민징용령은 국가총동원법 제4조에 기한 국민의 징용과 동법 제6조에 기한 피징용자의 사용, 임금, 급료 및 그 외의 종업조건(노동조건)에 관한 명령이었다. 이러한 일본의 강제동원은 모집, 알선, 강제징용의 순으로 강제성이 강화되면서 실시되었다¹⁾.

그리고 일본은 종전에 즈음하여 사할린에 강제 동원된 자들을 소개 또는 인양하였는데, 이 때 일본은 일본인만 그 대상으로 하고 조선인은 제외시킴으로써 사할린에는 많은 한인이 잔류하게 되었다²⁾. 일본 국회에서 발족한 <사할린잔류한국·조선인문제의원간담회>에서 출간한 자료집³⁾에 의하면, 일본의 이러한 총동원

1) 이 강제동원은 3단계로 이루어졌다. 1단계는 1942년 2월까지의 모집에 의한 동원, 2단계는 1944년 9월까지의 관알선에 의한 동원, 3단계는 종전 시까지 징용에 의한 동원이다. 이에 대한 자세한 내용은 華太殘留者歸還請求訴訟 1977년 3월 7일자 原告側 準備書面.

2) 일본은 1910년 한국을 병합하고는 대한제국의 영역을 '조선'이라 칭하고(<韓國ノ國號ヲ改メ朝鮮ト稱スルノ件(칙령 제318호)>) 일본의 영역의 일부로 편입하였고, 또 대한제국의 국민을 조선인이라 칭하고 일본국적자로 취급하였다. 그런데 일본은 조선인을 일본국적자로 취급하면서도 호적에 있어서는 내지인인 일본인의 호적과 외지인인 조선인의 호적을 분리하여 관리하였는데, 사할린에서 일본인을 소개하거나 인양할 때에도 이러한 구별이 차별을 가져와 조선인은 그 대상으로 하지 않았다. 소개 또는 인양된 일본인 중에는 일본인과 결혼한 조선인과 그들의 자녀들이 일부 섞여 있었다. 이에 대한 자세한 내용은 サハリン殘留韓國・朝鮮人問題議員懇談會 編, サハリン殘留韓國・朝鮮人問題と日本の政治: 議員懇談會の七年, 1994, 46~50쪽; 노영돈, “사할린한인에 관한 법적 제문제”, 국제법학회논총, 제37권 제2호, 1992, 123~137쪽 참고.

3) 이 자료집은 상게 주에 언급한 것으로 1958년 사할린에서 일본으로 귀환한 박노학이 <사할린억류귀환한국인회>를 결성하여 활동함으로써 사할린한인 귀환문제가 일본사회에 대두된 이래 국

정책에 의하여 사할린으로 강제동원된 한인의 수는 모두 20만명 정도였고, 종전 직전 약 2만명의 한인이 홋카이도 등의 탄광으로 전환 배치되었고⁴⁾, 종전 시점에 사할린에는 약 300,000명의 일본인과 43,000명의 한인이 있었던 것으로 되어 있다⁵⁾.

따라서 이 논문에서는 사할린한인이라 함은 일제강점기 일본에 의하여 사할린으로 강제동원 되었다가 종전에도 불구하고 귀환하지 못하고 사할린에 잔류하게 된 한인과 그 자손들을 말한다. 현재 한일 양국 정부는 사할린한인 1세를 사할린에 거주하는 한인으로서 1945년 8월 15일 이전 출생자로 정의하고 있다.

사할린한인문제라고 할 때 법적으로 주요한 사항으로는 ① 귀환문제, ② 국적문제, ③ 개인재산권문제 등이 있다. 이 논문은 개인재산청구권문제에 관한 것이다.

이하에서는 사할린한인문제의 특성을 이해하기 위하여 이들 3개의 문제에 대하여 간단히 개관하고, 이어서 이 논문의 핵심인 사할린한인의 개인적 재산권과 관련하여 먼저 일본에서 제기되었던 <사할린한인 우편저금 청구소송>에 대하여 그 개요와 주요한 법적 쟁점에 대하여 고찰하고, 끝으로 동 소송 이후 한일 양국 간에 전개된 상황을 검토하기로 한다.

제냉전이 와해되는 분위기가 시작되던 1987년 7월 일본국회는 초당적으로 중의원과 참의원 양원의 의원 120명이 참여하는 <サハリン残留韓国・朝鮮人問題議員懇談會>를 발족하여 사할린한인 문제를 조사하여 발간한 것으로, 그 조사된 내용과 사할린한인 관련 일본국회 회의록과 공식문건들을 수록하고 있다.

- 4) 그리고 이 ‘전환배치’는 ‘이중징용’이라고도 하는데, 2000년대 초 새로이 발굴된 자료에 의하면 상기한 홋카이도로 20,000명의 한인을 전환배치한 외에도 1944년 8월~9월 기간에 약 3,000명의 한인이 큐슈로 전환배치된 사실이 밝혀졌다. 이에 대하여는 RUSSIA SAKHALIN 韓人二重徵用鑛夫遺家族會 編, サハリン朝鮮人二重徵用鑛夫眞相關聯資料, 유즈노 사할린스크, 2004 참고.
- 5) 전계자료집, 주 2, 170쪽. 그리고 이 의원간담회 조사과정에서 사할린한인에는 ① 전시 중 징용 등에 의해 건너온 사람, ② 전전에 이미 이주하였던 사람, ③ 전전과 전중에 걸쳐 일을 찾아 건너온 사람, ④ 연해주 부근의 조선족으로 이주한 사람, ⑤ 전후 북한에서 파견된 노동자들이 있다고 하며, 이들 모두를 ‘강제연행’된 사람으로 보아도 좋을까 하는 의문이 제기된 바가 있다. 전계자료집, 주 3, ix쪽 참고. 그러나 당시 사할린 등에 징용되었던 사람은 예컨대 약속기간이 지나 귀환을 희망하여도 헌병이 비상시라는 이유로 현지에서 재징용하였던 사실을 간과하고 있다. 李義八, “サハリン残留韓国・朝鮮人の歸還を求めて”, 世界, 2003년 3월호, 301쪽 참고. 그러나 이후 한일 양국 적십자사를 통한 사할린한인 모국방문사업에서는 이를 따지지 않고 사할린에 거주하는 모든 한인을 대상으로 하되 1945년 8월 15일 이전 출생자를 사할린한인 1세로 하여 진행하였다.

II. 사할린한인 관련 주요문제의 개관

먼저 귀환문제는 강제동원해 간 일본이 종전에 즈음하여 악의적으로 귀환을 시키지 않은 책임에 대한 것이다. 만약 종전 직후에 사할린한인을 소개 또는 인양하였다면, 사할린한인 전체가 그 대상이 되었을 것이지만, 일본이 그 귀환의 책임을 다하지 않은 채 수십 년이 지나면서 사할린한인은 많은 1세들이 사망하였으며, 동시에 2세, 3세, 4세가 생겨나면서 귀환문제는 복잡하고 어렵게 되었다. 이 귀환문제와 관련하여 일본에서 3건의 소송이 제기된 바가 있다.

그 첫 번째는 1974년 1월 재일한국인과 일본인 6명이 일본국을 피고로 하여 도쿄지방법판소에 <가라후토(華太)억류조선인귀환청구소송>을 제기하였다. 이 소송에서 원고는 일소 인양협정에 의한 인양과정에서 사할린한인은 일본국민이 아니라고 하여 그 대상에서 제외시켰는데, 이 소송 제기 당시 7,000명의 귀국을 희망하고 있으며, 사할린에 방치되어 있는 가족에 관한 조사, 일본 또는 한국으로의 귀환희망자의 귀환수속, 귀환비용부담, 정신적·물질적 손해의 조사와 배상의무의 확인을 구하는 것이었다. 그러나 이 소송은 각하되었다.

두 번째는 1975년 12월, 사할린잔류한인 4명이 일본국을 피고로 하여 동경지방법판소에 <사할린잔류자귀환청구소송>을 제기하였다. 이 소송은 일본정부에게 사할린에 잔류되어 있는 한인을 귀환시킬 것을 청구한 것이었는데, 15년간 총 61회의 구두변론을 하였으나, 원고 4명 중 3명이 사망하고, 나머지 1명은 재판과 관련 없이 영주 귀국함으로써 1990년 소송은 취하되었다⁶⁾. 따라서 이 소송으로 일본의 귀환에 대한 법적 책임과 관련한 일본 사법부의 의견은 표시되지 않았다. 그러나 이 소송은 여론의 관심으로 일본 정부를 움직이는 계기가 되었다⁷⁾.

세 번째는 1990년 8월 사할린잔류 미귀환자, 일본으로의 영주귀국자, 미귀환

6) 이 소송과 관련된 주변적 내용은 재일코리아번호사협회 편저, 박인동 옮김, 일본재판에 나타난 재일코리아인, (한국학술정보: 파주), 2010, 101~102쪽; 전계 자료집, 주 2, 61~62쪽.

7) 1978년 3월 2일 일본 소노다 외무대신은 국회에서 일본에는 법률적 이상의 도의적 정치적 책임이 있다고 답변한 바가 있다. 그리고 1883년 4월에는 일본의 <아시아에 대한 전후책임을 생각하는 모임>이 설립되어 사할린 잔류 한국·조선인 문제의 해결을 위한 운동이 처음으로 전개되었다. 또 1887년 7월에는 전술한 일본국회는 초당적으로 <사할린 잔류 한국·조선인문제 의원간담회>를 결성하고 일본이 국가예산을 처음으로 책정하였다. 1989년에는 한국국회에서 <사할린동포 모국방문 및 귀환 촉구 결의안>을 채택하였고, 한일 양국정부는 한일 양국의 적십자사에 의한 <재사할린한인 지원 공동사업제>를 발족하였고, 한국과 구소련 간에는 <이산가족재회 사무처리규정>을 마련하였으며, 서울과 유즈노 사할린스크 간의 항공기 운항을 개시하였다. 그리고 1990년 한국은 <사할린동포 영주귀국 업무처리지침>을 마련하였다.

자의 처 및 미귀환사망자의 유족 등 21명이 원고가 되어 일본국을 피고로 하여 동경지방법판소에 <사할린한인 피해보상청구소송>을 제기하였다. 이 소송은 강제연행·강제노동, 귀환시킬 의무의 불이행, 인양(즉, 귀환)을 방해한 행위는 ‘인도에 반하는 죄’에 해당한다는 이유로 1인당 1천만엔의 손해배상을 청구하는 것이었는데, 이 소송도 일본정부가 국가예산 32억엔을 확보하여 한국에의 영주귀국사할린한인을 위한 아파트 건설을 지원하는 등 책임을 이행하고 있으니 원고에게 소송을 취하할 것을 권유하였고, 원고 측이 이를 받아들여 1995년 7월 소를 취하하였다.

그러나 뒤늦긴 하였으나 사할린한인의 귀환, 즉 영주귀국⁸⁾은 한일간의 합의로 양국 적십자사를 사업추진체로 하여 점진적으로 진행되었다. 이리하여 1945년 종전 직후 43,000명의 사할린한인이 있었지만, 1990년부터 2016년 말까지 4,387명의 사할린한인 1세가 한국으로 영주 귀국하였다. 현재 사할린에 남아있는 사할린한인 1세의 수에 대하여는 공식적인 조사는 없지만, 사할린의 관계자들에 의하면 현재 650명 정도 남아있을 것으로 추정하고 있으며, 이들은 이산가족을 강요하는 현재의 영주귀국제도를 거부하며 모든 가족이 영주귀국하는 것을 희망하는 사람들만 남아 있는 것으로 전해지고 있다⁹⁾. 이렇게 하여 귀환문제는 기 사망한 자와 그 자손들과 관련 하여는 해결되지 않았지만, 1990년대 이후까지 생존해 있는 사할린한인 1세에 대하여는 어느 정도는 해결이 되었다.

다음으로 국적문제는 1910년 대한제국을 병합한 일본은 조선인을 일본국적자로 처리하였다. 그런데 종전 이후 일본은 미국의 통치하의 1947년 <외국인등록령>에 의하여 재일조선인을 외국인으로 취급하고 외국인등록에서 ‘조선적’으로 등록하게 하였고, 1952년 4월 발효한 <샌프란시스코 대일평화조약> 제2조에서 일본이 한국의 독립을 승인하게 되자, 동 조약의 교섭과정에서 이에 대비하여

8) 이러한 과정에서 사할린한인의 ‘귀환’은 자연스럽게 ‘모국방문’이란 표현으로 바뀌게 되었고, 초기에는 모국방문은 ‘일시방문’과 ‘영주귀국’으로 구분되었으며, 그 후 이 모국방문사업은 점차 영주귀국문제로 변천되었다. 또 사할린한인의 영주귀국 대상자가 사할린한인 1세로 한정되어 있음으로 인해 영주귀국한 사할린한인은 그 자손들과 새로운 이산가족이 되었기 때문에 이산의 고통을 경감시키기 위하여 2001년부터는 사할린으로 1~3개월간 ‘역방문’사업도 진행하고 있다. 유영남, “대한적십자사의 영주귀국 사할린 동포 지원 현황”, 2017.3.17., 영주귀국 사할린동포의 국내 거주정착 지원을 위한 입법토론회 토론문, 34~35쪽.

9) 2015년 12월 한일 양국 정부는 그동안 공동추진해온 사할린한인 영주귀국사업을 종료하기로 합의하였고, 2016년부터는 한국 정부가 단독 추진하고 있다. 유용조, “사할린동포 영주귀국 지원정책 현황과 개선과제”, 2017.3.17. “영주귀국 사할린동포의 국내 거주정착 지원을 위한 입법토론회” 발표문, 11쪽.

1952년 4월 법무부 민사국장 통달 <평화조약의 발효에 따른 조선인, 대만인 등에 관한 국적 및 호적 사무의 처리에 관하여(민사 갑 438호)>에 의하여 조선인이 일본국적을 상실하는 것으로 해석함으로써 일본국적을 박탈하였다. 이렇게 일본국적상실한 자는 샌프란시스코조약 발효 시(1952년 4월 28일 오후 10시 30분)에 <조선호적령>의 적용을 받고 있는 사람이었다. 이에 따라 사할린한인은 모두 1952년에 일본국적을 박탈당하였다¹⁰⁾.

반면 소련은 처음에는 사할린한인을 무국적자로 간주하였다. 이는 1938년 개정된 <소련연방국적법> 제8조는 “소련 영토 내에 거주하는 자로서 이 법에 의하여 소련공민이 아니면서 자신과 외국국적과의 관계에 대한 증명을 가지고 있지 않는 자는 무국적자로 간주한다.”고 규정하고 있었기 때문이다. 그러던 중 소련은 1950년대에 들어서 사할린한인에게 북한국적을 취득하거나 소련국적을 취득할 수 있도록 하였는데, 이로써 일부는 북한국적을, 다른 일부는 소련국적을 취득하기도 하였으며, 또 다른 일부는 무국적자에 대한 차별에도 불구하고 그대로 무국적자로 남아 있었다.¹¹⁾ 그러던 중 1960년대 북한국적을 취득하여 유학 등으로 북한으로 간 사할린한인이 자신의 가족이 있는 사할린으로 다시 돌아가는 것을 북한이 허용하지 않자 사할린한인사회에서 북한에 대한 인식이 크게 바뀌면서 1990년경 북한국적을 취득했던 사람들이 대거 북한국적을 이탈하여 무국적자로 되거나 소련국적으로 변경하였다. 이즈음 소련이 붕괴되고 러시아가 1992년 국적법을 통하여 이들의 러시아국적 취득을 용이하게 하였다¹²⁾. 현재 사할린에 거주

10) 이러한 일본의 조치에 대하여 1947년 일본으로 돌아온 송두희는 1969년 10월 일본국을 상대로 교토지방법판소에 자신이 일본국적확인소송을 제기하여, 자신은 일본의 법률에 의해 출생과 함께 일본국적을 취득하였으나 자신은 일본국적을 포기한 적이 없고, 일본국적을 상실할 법률상의 원인이 없음에도 불구하고 외국인으로 취급받는 것은 위헌·위법이라고 하고, 조선인에게 국적선택권이 인정되어야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 교토지방법판소는 1980년 5월 이를 기각하는 판결을 내렸는데, 샌프란시스코조약상 “일본은 조선에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다”고 한 것은 조선의 영토 및 주민에 대한 일본의 주권에 의한 지배의 포기를 포함한다고 해석하여야 하고, 따라서 일본이 조선인에게 부여하고 있던 일본국적의 포기도 포함된다고 해석하였으며, 국적선택권에 관하여도 샌프란시스코조약상 그에 대하여 고려하기에 충분한, 그리고 그를 위한 구체적인 명문규정이 없는 사정 등에 비추어 조선인이 종전에 가지고 있던 일본국적을 인정하는 의미로의 국적선택권을 인정하지 않는다고 보아야 한다고 하였다. 재일코리아안변호사협회 편, 전계서, 주 6, 106~112쪽.

11) 예컨대 한 자료는 1960년대에 북한국적 65%, 소련국적 25%, 무국적 10%였다고 하고 있다. J. J. Stephan, Sakhalin: A History, (Clarendon Press: Oxford), 1971, p. 194.

12) 북한은 1968년 국적법을 제정하였다. 그러나 이 국적법에는 국적이탈제도 자체를 두지 않았다. 반면 북한국적법은 우리 국적법과 같이 선천적 국적취득에 있어서 혈통주의를 취하고 있는데, 이러한 혈통주의 국적법에서 필수적인 최초의 국민의 정의 또는 범위에 대한 규정(최초국민규정)을 우리 국적법은 결여하고 있어서 치명적인 결함이 되고 있지만, 북한국적법은 과거 조선

하고 있는 사할린한인은 극소수의 무국적자를 제외하고는 모두 러시아국적이다¹³⁾.

반면 정작 한국은 헌법 전문에서 대한민국임시정부의 법통을 계승하였다고 함에도 불구하고 대한민국 정부수립 이전에 소련과 중국으로 이주한 한인들을 한국국적자로 보지 않았다. 이들은 모두 외국인으로 간주되었고, 그 후 한국으로 영주귀국한 사할린한인들만이 사후에 한국국적을 취득하였다. 사할린한인의 국적문제는 소련 또는 러시아국적문제가 아니라 일본의 1952년의 해석에 의한 일본국적 박탈조치와 그리고 이들을 외국인으로 간주해왔던 한국의 국적정책이 문제이다¹⁴⁾¹⁵⁾¹⁶⁾.

끝으로 사할린한인의 우편저금, 보험, 또는 국채 등의 형식으로 미지급된 임금에 대한 개인재산권문제이다. 일본은 전쟁수행자금을 확보하기 위하여 강제동원된 자들에게 정해진 임금을 지급하지 않고 다양한 형태로 유치하여 전쟁자금을 충당하였다¹⁷⁾. 일본은 지금까지도 이를 상환하지 않고 있다. 이는 임금이므로 전적으로 개인의 재산, 즉 사유재산이다. 이 문제는 현재 한일 청구권협정과 관련하여 양국의 입장이 대립하고 있으며, 양국의 국내에서의 법적 조치나 사법기관의 견해도 차이가 있는 복잡한 문제이다. 이러한 개인재산권문제에 대하여 처음

의 국민은 모두 북한의 국적을 가지는 것으로 하고 있다.

- 13) 이 중에 한국으로 영주귀국한 사할린한인 1세는 그로 인하여 한국국적을 취득하면서 러시아국적을 상실하였다.
- 14) 사할린한인의 국적문제에 대한 자세한 연구는 노영돈, “사할린한인에 관한 법적 제문제”, 대한국제법학회, 국제법학회논총, 제37권 제2호, 1992, 127~143쪽.
- 15) 무국적 사할린한인에 대한 주목할 만한 한국의 판례가 있다. 사할린한인 1세를 부모로 하여 종전 이후인 1954년 1월 사할린에서 출생한 무국적 사할린한인이 2012년 서울행정법원에 대한민국을 피고로 하여 한국국적확인소송을 제기한 바 있는데, 서울행정법원은 2014년 6월 이에 대하여 원고의 한국국적을 확인하는 판결을 내렸다. 서울행정법원은 미군정기인 1948년 5월 제정된 남조선과도정부법률인 <국적에 관한 임시조례> 제2조 제1호에서 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가진다고 하여 혈통주의를 규정하였고, 이는 그 후 1948년 7월 제정된 제헌헌법 제100조에서 현행법령(당시의 현행법령)은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하였고, 1948년 12월 제정된 제정국적법 제2조 제1호는 위 임시조례의 혈통주의 규정을 그대로 유지하였다. 이에 따라 사할린으로 강제동원된 한인으로서 임시조례에 정한 요건에 해당하는 사람은 조선의 국적을 가지고 있다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하고, 제헌헌법 공포 후에 출생한 경우 임시조례 제2조 제1호와 제정국적법 제2조 제1호에 따라 출생과 동시에 대한민국국적을 취득한다고 하였다. 서울행정법원 제2부 2012. 8. 3. 선고 2012구합26159.
- 16) 이 문제에 관한 자세한 논의는 노영돈, 전개논문, 주 2, 137~144 및 노영돈, “재소한인의 국적에 관한 연구”, 국제법학회논총, 제35권 제1호, 1990, 163~183쪽 참고.
- 17) 이들 조선인의 급여는 전시 하의 일본에서 “낭아라 늘려라 저축해라(産めよ増やせよ貯蓄せよ)”라는 표어 아래 강제적으로 저금을 강요당했고, 그 저금통장은 탄광 등 경영자인 회사가 보관해 도망방지의 기능을 하였다. 이러한 저금은 피고국이 관장하는 우편저금이나 간이보험제도에 의해 전시 중에는 피고국의 전쟁체제수행, 전후에는 일본경제재건의 재원으로서 이용되었다. 동 소송 訴狀, 3쪽.

으로 소송을 제기한 것은 2007년 9월 25일 일본 도쿄지방법재판소에 <사할린잔류 한국·조선인 우편저금청구소송>이다. 이 소송은 사할린한인의 개인재산권과 관련한 최초의 소송이라는 의의가 있으며, 이는 사할린한인문제의 국면변화를 보여주는 것이라는 점에서 주목할 만하다.

이하에서는 사할린한인의 개인재산권문제와 관련하여 우편저금청구소송과 그 이후의 양국에서 전개된 법적 동향을 검토하고자 한다.

III. 2007년 <우편저금청구소송>의 개요와 주요쟁점

1. 소송의 개요 및 의의

2007년 9월 일본 도쿄지방법재판소에 <사할린한인 우편저금 청구소송>이 제기되었다. 이 소송의 정식명칭은 <사할린잔류한국·조선인 우편저금등 보상청구사건>이다. 이 소송은 당초 사할린한인 11명을 원고로 하고, 일본국과 일본우정공사를 피고로 하여 도쿄지방법재판소에 제기되었다¹⁸⁾.

이 소송은 이렇게 미지급된 임금 중에서 우편저금이나 간이보험의 형태로 되어 있는 것을 중심으로 그에 대한 상환을 청구하는 것이었다. 우편저금과 간이보험 모두 당시 일본의 중앙행정기구인 체신성이 관장하던 공적 사업이었고, 우편국을 통해서 이루어졌다. 가입자 개인을 위하여 통장이나 증서가 있고, 일본정부는 우편국-체신성을 통하여 그 원부를 가지고 있었다. 그런데 1992년 일본국회의 의원간담회측은 러시아 사할린주 당국에 과거 도요하라(豊原) 우편국의 관련 자료에 대하여 조회하였는데, 사할린주 당국은 1947~1948년 기간에 사할린주 문서관에 우편저금원부를 포함한 자료들이 수합되었는데, 그에 관심을 가지지 않았던 소련정부와 사할린주 당국은 1959년에 이를 소각 처분하였다는 통보를 하였다¹⁹⁾. 그렇다면 현재로서는 채권자인 각 가입자 개인이, 그것도 그 통장이나 증서를 가지고 있는 자가 그것을 근거로 권리확인과정을 거쳐 그 상환을 청구할 수밖에 없는 상황이 된다. 그런데 현재 사할린한인 중에도 이러한 통장이나 보험증을 보관하고 있는 사람은 매우 드문 상황이다. 그러던 중 일본의 다카키 켄이

18) 우편저금 등의 문제가 처음으로 알려진 것은 1990년경 사할린에서 일본을 경유하여 한국으로 일시방문하는 사할린한인이 우편저금통장이나 간이보험증 및 전해보국채권 등 유가채권증서를 지참하여 일본을 들른 김에 이를 환급받으려 한 것에서 비롯되었다. 전계자료집, 주 2, 47쪽.

19) 전계자료집, 주 2, 47~48쪽.

치(高木 健一) 변호사가 주동이 되어 아직까지 이들 통장이나 증권 등을 가지고 있는 사할린한인을 물색한 결과 몇 사람을 발굴하여 이들을 원고로 하여 이 소송을 제기하게 된 것이다.

당초 이 소송에서 다카키 변호사의 구상은 자신의 조사결과에 의하면 사할린한인의 우편저금의 총액은 2억엔 정도로 보고, 이 소송을 대표소송의 형식으로 하여 총 100억엔을 얻어내는 것이었다. 즉 다카키 변호사는 이 소송을 목적이 아니라 수단으로 삼아 이 소송을 통하여 일본사회로 하여금 일본이 사할린한인에 대한 귀환책임 뿐만 아니라 개인적 재산에 대한 상환책임도 있다는 것을 인식시켜 정치적 또는 사회적으로 그 보상을 위한 기금을 마련하고, 이 기금으로 사할린한인을 위한 여러 가지 사업을 수행할 수 있도록 하겠다는 것이었다.

이 소송의 청구취지는 피고는 원고 11명 각각에 대하여 개별적으로 상이한 금액을 지불하고, 또 원고 각각에 대하여 소장송달일 다음날부터 지불완료시까지 연 50%의 비율에 따른 금액을 지불할 것을 요구하는 것이었다.²⁰⁾ 소송물의 가액, 즉 11명 원고가 피고에게 청구한 금액의 합계는 28,048,720엔으로 이는 원고들이 소지한 우편저금과 간이보험의 액면가액에 물가상승률을 감안하여 액면가의 2,000배에 해당하는 것으로 환산하였다²¹⁾.

한편 2006년 일본군위안부가, 2008년 원폭피해자가 각각 청구인이 되어 외교통상부장관을 피청구인으로 하여 이들 각각의 배상청구권이 한일 청구권협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한일 양국간의 해석상 분쟁을 동 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 않고 있는 피청구인인 외교통상부장관의 부작위가 위헌임을 확인하고자 하는 헌법소원에서, 헌법재판소는 2011년 8월 두 사건에서 동일하게 이러한 부작위는 위헌이라고 결정하였다²²⁾²³⁾. 이에 사할린한인도 일본국에 대하여 가지는 우편저금 등의 재산권 또는 배상청구권이 한일 청구권협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한일 양국간의 해석상 분쟁을 동 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 않고 있는 피청구인인

20) 동 소송 訴狀, 2-3쪽.

21) 동 소송 訴狀, 7 및 38쪽.

22) 헌법재판소 2011.8.30. 결정, 2006헌마788; 헌법재판소 2011.8.30. 결정, 2008헌마648.

23) 한편 2010년 일본의 한국 강점 100주년을 즈음하여 한일과거사에 대한 종합적인 조명이 진행되었고, 이 과정에서 사할린한인의 개인적 재산권에 대한 문제도 부각되었다. 이에 한국국회는 2011년 6월 <일본의 사할린 한인 학살 진상조사·전후피해 배상 촉구 및 러시아의 사할린 강제 징용 한인 기록·일본의 우편저금 계좌정보 공개 촉구 결의안>을 채택한 바 있다.

외교통상부장관의 부작위가 위헌임을 확인하고자 하는 헌법소원을 준비하자, 다카키 변호사는 이 헌법소원에서 헌법재판소가 전술한 2개의 사건에서와 동일한 결정을 내릴 것이 예상되고, 따라서 사할린한인의 우편저금과 관련하여 외교통상부가 장차 한일 청구권협정 제3조가 정한 절차에 따라 일본과 외교적 경로 또는 중재위원회에 회부로 나아가게 될 것이므로 일본에서의 이 소송을 계속할 필요가 없다고 판단하여 2012년 9월 이 소송을 취하하였다.

2. 소송상의 주요쟁점과 그에 대한 검토

(1) 샌프란시스코조약상의 ‘특별처리’의 불이행과 지급 ‘보류’의 불법성문제

원고는 소장에서 1952년 4월 28일 발효한 샌프란시스코조약 제4조 (A)항의 있어서 피고국이 의무를 지고 있는 원고들의 채권에 대하여 피고국이 ‘이들의 당국’인 소련 또는 러시아공화국과의 사이에 ‘특별처리(特別取極)’ 하지도 않고, 현재까지 55년간 이상 방치를 계속하고 있는 불법행위를 청구원인으로 지적하였다²⁴⁾. 이에 대해 피고 측은 “남사할린에 있어서의 재산, 청구권의 처리에 관한 동 평화조약 제4조 (a)항에 상당한 ‘특별처리’로 하지 않았다.”라고 이 특별처리가 현재에 이르러도 아직 처리되지 않은 사실을 인정하였다.²⁵⁾

샌프란시스코조약상의 특별처리로 처리되지 않으면, 원고들의 채권이 확정되지 않게 되고, 결국 개개인의 우편저금지불청구에 대하여는 ‘보류’로 취급이 되는 것이다. 피고 측도 대만이나 북조선과 동일하게 사할린의 <외국인예입분>의 지불에 관하여는 ‘보류’로 처리하고 있다.²⁶⁾ 이를 태면 원고들의 우편저금 등의 채권은 피고 측이 ‘보류’로 처리하여 그 지불을 거절함으로써 그 권리실현이 불가능하게 되어 있는 것이다.

또 피고 측은 동 조약 제4조 (a)항은 ‘그 특별처리의 내용을 어떻게도 정하지 않은’ 것이므로 그 내용의 확정은 외교교섭에 위임되어 있기 때문에 이 조항은 피고국에게 구체적 의무를 지운 것은 아니라고 주장하였다. 이러한 주장은 샌프란시스코조약 제4조 (a)항에 따르면 사할린한인의 일본국에 대한 채권은 사할린 지역을 시정하는 구소련 또는 현재의 러시아와의 특별처리에 의하여 해결되었어

24) 동 소송 訴狀, 請求原因 第2.

25) 동 소송 被告側 被告國 準備書面(1) 第6.

26) 동 소송 原告側 準備書面(4) 第2. 日本 郵政省 郵便局 業務課, “外地郵便貯金の状況(1991年2月)”, 전게자료집, 주 2, 465쪽.

야 한다는 것을 근거로 한다.

그런데 실제로는 일본정부는 이러한 특별처리에 의한 처리를 이행하려고 노력하지 않고 사할린한인의 우편저금 등의 청구에 대하여 지불 ‘유보’로 처리해 온 것은 샌프란시스코조약 제4조 (a)항의 ‘특별처리’ 의무를 위반하는 것이라 하겠다. 만약 특별처리를 하게 된다면 당연히 사할린한인 개개인의 채권이 확정될 것이고, 그렇게 된다면 채무자인 일본국이 그 확정된 채무를 이행하지 않을 경우에는 그 채무불이행에 대한 손해배상책임이 확정될 것인데, 일본정부는 특별처리의무를 위반하여 사할린한인의 채권이 확정되지 않는 상태를 야기해 놓고는 오히려 이를 빌미로 ‘유보’ 조치를 취하고 있는 것은 불법적인 것이다. 이 소송은 이 문제에 대한 일본정부의 불법행위책임에 대하여는 직접 손해배상을 청구하고 있지는 않지만 사할린한인의 개인적 재산권 전반을 이해함에 있어서 일본정부의 불법성을 지적하기에는 적절한 것이다.

원고 측은 일본국이 대만의 경우에 보류로 처리하였다가 1998년에 특별처리의 형식으로 당시의 화폐가치로 환산하여 120배로 지불한 사례²⁷⁾를 들어 사할린한인의 경우에는 아직도 사할린한인의 개인적 청구권이 실현되지 않고 있는 것을 일본정부의 특별처리 의무 불이행에 의한 것으로 지적하면서 물가상승률을 감안하여 현재 가를 정용 당시의 액면가의 2,000배에 해당하는 것으로 환산하여 청구하였다.

(2) 한일 청구권협정과 국적문제

이 소송에서 일본 측은 1965년 6월에 체결된 한일 청구권협정 제2조 제1항 및 동년 일본의 <재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 일본국과 대한민국간의 협정 제2조의 실시>에 따른 대한민국 등의 재산권에 대한 조치에 관한 법률(이하 ‘재산권조치법’)²⁸⁾에 의해 한국국민의 일본국에 대한 채권은 소멸된 것으로서 원고들이 당시 한국국적에 있는 경우는 그 채권이 국내법적으로 소멸하였다고 하였다.

1965년 6월 체결된 한일 청구권협정 제2조 제2호 (a)는 “일방계약국의 국민으

27) 일본은 같은 상황인 대만 징용피해자들에게는 미불금에 대하여 1995년부터 5년간 1인당 18만 엔씩을 지급하였다.

28) 이 법은 1965년 12월 17일 제정·시행하였는데, 그 내용은 한국 또는 그 국민의 일본국 또는 그 국민에 대한 채권 또는 담보권으로 협정 제2조의 재산, 이익에 해당하는 것을 1965년 6월 22일에 소멸한 것으로 한다는 것이다.

로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방채약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익”은 한일 청구권협정의 대상에서 제외된다고 규정하고 있고, 또 같은 날 동시에 체결된 한일 청구권협정 합의의사록 제2항 c호는 “(한일 청구권협정 제2조 제2항 (a)에 규정된) “거주한”이라 함은 동조 2 (a)에 기재한 기간 내의 어떠한 시점까지든 그 국가에 계속하여 1년 이상 거주한 것을 말하는 것으로 양해되었다”고 규정하고 있다.

또한 1991년 2월 22일 일본중의원 예산위원회에서 외무성 조약국장은 “만약 역으로 한국적인 자가 전혀 없다고 하는 상황에서, 지금 선생이 말씀하시려고 했던 것과 같은 것이 틀림없이 실태라고 생각하지만, 그 경우에는 일한 청구권·경제협력협정에 기한 처리는 사할린사람에게는 미치지 않는다고 하는 것이 된다.”고 진술하였다²⁹⁾. 또 사할린으로 강제 동원된 노무자들의 우편저금은 1만6천여명분 1억8700만엔(현재 가치로 환산하면 4조4천506억원)이라고 일본 정부가 밝힌 바 있다. 즉 사할린 우편저금은 공탁금과 달리 양국 모두 1965년 한일 청구권 협정에서 소멸되지 않았다는 입장인 것이다.

이와 같이 일본 측은 이 소송상의 채권을 포함해 사할린한인의 청구권에는 한일 청구권협정의 효력이 미치지 않는다고 하는 입장을 가지고 있었다.³⁰⁾

그러나 피고 측은 소송 진행 중에 갑자기 이러한 입장을 번복하여 새로운 주장을 하였다. 즉 피고 측은 가령 1965년 6월 22일 당시 무국적 또는 소련국적이었다 하더라도 원고들 중에서 현재까지 한국으로 영주 귀국하여 한국국적을 확인 또는 회복하였다고 인정되는 자는 모두 한일 청구권협정의 대상이 되어 일본국에 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 해석된다고 주장하였다. 일본 측은 2009년 3

29) 동 소송 原告側 準備書面(4) 3, 甲第15号証.

30) 일본정부는 이 우편저금등 개인적 재산권문제가 제기된 1990년경 일본을 통한 일시귀국자의 상환 요구를 받은 일본 우정성의 담당관은 당초에는 1965년 한일 청구권협정으로 청산이 끝났다고 회답하였다. 전게자료집, 주 2, 47쪽 참고. 그러나 일본국회 의원간담회에 의하여 문제가 제기되자 1990년 4월 중의원 외무위원회에서 우정성은 “사할린에 거주한 분의 우편저금에 관련하여는 이는 확정채무이며, 청구가 있으면 지급하지 않으면 안된다”고 답변하였고, 그 후 우정성은 전전의 우편저금 잔고는 이자를 합하여 1억 6천만엔에 이르고 있으며 잔류한국조선인의 우편저금에 관해서 미청산인 것을 확실히 인정하였다. 전게자료집, 주 3, 48쪽, 220쪽 및 465쪽 참고. 이러한 일본정부의 입장은 1965년 한일 청구권협정 체결 당시에도 마찬가지였음이 2008년 밝혀졌다. 2005년 한국정부가 한일회담 관련 외교문서를 공개한 것에서 비롯된 일본에서의 정보공개소송에 따라 2008년 일부 공개된 1965년 당시의 일본의 외교문서에서는 일본정부는 한일 청구권협정에도 불구하고 개인적 재산권에 대한 청구권은 유효하다고 판단하였다. 1965년 4월 6일자 일본외교문서, “평화조약에 국민의 재산 및 청구권 포기의 법률적 의미” 및 1965년 9월 1일자 일본외교문서, “일한 청구권조약과 재한 사유재산 등에 관한 국내보상문제” 참고.

월 원고 11명 중 1990년대 이후에 한국에 영주귀국한 4명의 청구권은 한일 청구권협정으로 소멸되었다고 주장하면서, 나머지 원고들도 한국 국적을 취득한 사실이 확인되면 마찬가지라고 주장하였다³¹⁾. 일본 측의 논리는 설사 사할린한인 중에 1965년 6월 22일 당시는 한국국적이 아니었다 하더라도 그 후에 한국국적을 취득한 경우에는 소급하여 동 협정 제2조 제1항의 양체약국인 한국의 국민이므로 동조 제2항의 예외에 해당하지 않는다는 것이다. 일본정부는 그 동안 일본 법정에 제기된 일제 피해자들의 청구권소송에 대해 "소멸시효가 지났다."거나 "일본 국내법에 의해 지급할 수 없다", 또는 "가입자들의 통장 원본이 없다"는 등 다양한 논리로 지급을 거부해왔지만 이처럼 과격한 주장을 한 것은 이때가 처음이었다.

이렇게 하여 한일정부 간에는 청구권협정의 해석 및 실시에 관하여 이견이 발생하게 되었다. 그리고 이는 사태의 진전에 따라서는 한국정부로 하여금 한일 청구권협정 무효주장의 근거가 될 수 있다고까지 지적되었다.

이러한 일본 측의 반복된 주장에 대하여 원고 측은 피고국의 근거라고 생각되는 것은 한일 청구권협정과 이에 따른 일본의 국내법인 <재산권조치법>을 잘못 해석한 것이라 하여 그 부당성을 지적하였다. 즉 피고국은 한일 청구권협정에 따라 소멸했다고 되는 '한국국민'의 '재산, 권리 및 이익'과 '청구권'과 관련하여 '한국국민'의 범위는 조약체결국인 일본정부가 판정하는 것이 된다고 주장하나, <조약법에 관한 비엔나협약>³²⁾ 제31조 제1항이 "조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다."고 규정한 바와 같이, 조약의 해석은 용어의 통상의 의미에 따라 객관적으로 하는 것을 원칙으로 하는 것이고, 조약의 해석은 일방체결국이 독자의 견해에 기해 판정하여 해석할 수 있는 것이 아니다"고 반박하였다³³⁾. 또 원고 측은 일본정부의 이러한 논리에 의한다면 결과적으로 1965년 동 협정의 체결 당시에 한국정부가 예상하지 못한 부담을 한국에 초래하는 것이기 때문에 <조약법에 관한 비엔나협약> 제31-33조의 조약해석에 관한 원칙에 어긋나며, 나아가서는 동 협약 제48조에 따라 '착오'를 원용하여 무효를 주장할 수도 있다는 것이

31) 동 소송 被告國 準備書面(5) 第3.

32) 조약법에 관한 비엔나협약은 1969년 5월 23일 채택되어 1980년 1월 27일 발효하였으며, 한국에는 동 협약이 발효한 1980년 발효되었고, 일본에는 1981년 발효되어 현재로는 양국이 모두 동 협약의 당사국이다.

33) 원고측은 이 부분에 대하여 山本草二, 新版 國際法, (東京: 有斐閣), 1994, 614項을 근거로 인용하였다.

다. 그리고 일본정부의 ‘와쿠쿠미(杵組み)³⁴⁾’라는 논리는 1965년 한일 청구권협정의 전제이기도 한 1952년 샌프란시스코조약 제4조의 “특별처리”에 배치되는 것이라고 지적하였다.

또 원고 측은 이러한 일본 측의 새로운 주장이 일본사법부에 의하여 받아들여지면 1990년대 영주 귀국한 사할린한인의 우편저금을 한국정부가 일본정부를 대신하여 상환 채무를 떠맡게 되므로, 이는 한국정부는 한일 청구권협정 체결시 미처 예상하지 못한 책임을 떠맡게 되고, 그로 인한 진행될 한일 청구권협정에 규정된 분쟁해결방식에 의하여도 타결되지 않으면, 한국정부에게 청구권협정 제2조의 무효를 선언할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이라는 경고와 함께 일본정부에 동 주장의 철회를 요구하였다. 이에 한국정부도 마찬가지로 반박주장을 일본재판소에 제출하기도 하였다. 그러나 이러한 요구에 대한 일본정부는 특유의 ‘무대응’ 태도로 일관하였다³⁵⁾.

생각건대, 피고 측이 말하는 샌프란시스코조약을 비롯하여 일본이 전후처리에 있어서 ‘와쿠쿠미’를 강조하나, 원고 측은 샌프란시스코조약은 일본국과 48개 연합국과의 전쟁상태를 종료하게 하는 것이기 때문에 전쟁의 수행 중에 생긴 청구권에 관한 문제를 일괄 해결하는 방식(“와쿠쿠미”)이란 것은 이 소송상의 특별처리문제와는 성질을 전적으로 달리하는 것이다. 즉 특별처리규정은 일본이 “폭력 및 강욕에 의해” “약취한” “모든 지역으로부터 구축된다.”는 카이로선언의 이행을 구하는 포츠담선언을 일본국이 수락한 결과, 포기한 영토에 있어서의 재산청구권의 처리문제가 발생해있기 때문에 둔 것이다. 즉 일본 측의 주장은 장기간 영유했던 지역의 포기에 수반한 재산권의 처리문제를 ‘와쿠쿠미’라고 하는 표현을 통하여 전생수행의 과정에서 생긴 배상이나 보상 문제로까지 확대해석하는 것

34) “와쿠쿠미”란 우리말로 “틀짜기” 정도로 번역할 수 있는데, 이 표현은 일본이 한국의 대일청구권이 더 이상 존재하지 않음을 주장하기 위해서 흔히 사용하는 것이다. 다시 말해서 한일 청구권협정 제2조 제1항과 관련하여 이 규정으로 한일 간의 청구권문제를 ‘통채로’ 또는 ‘일괄하여’ “와쿠쿠미”, 즉 “틀짜기”한 것이므로 한국의 대일청구권은 더 이상 존재하지 않는다는 것이다.

35) 이러한 한국정부의 대응에 관하여는 한국외교부는 공식적으로는 아무런 보도 자료도 내지 않았지만 관련기사는 연합뉴스, 2010년 3월 22일자 참고.
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0003180823>.
 2017년 4월 30일 검색. 한편 한국외교부는 정부는 1965년 당시 한일청구권에 관한 합의의사록에 명기된 8개 항목에 대해서는 개인청구권이 소멸됐다는 입장을 유지하고 있으며, 따라서 강제징용 피해자들의 개인청구권은 소멸된 것으로 보지만 군대위안부와 사할린 한인, 원폭피해자 문제는 당시 한일회담에서 논의되지 않았던 사항으로 한일청구권협정 적용 대상에서 제외되었으므로 이와 관련한 개인청구권은 유효하다는 입장이다. 2017년 4월 30일 검색 및 참고.
<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2010/03/14/0200000000AKR20100314048400043.HTML?did=1195r>

으로 이는 타당하지 않다.

또한 한일 청구권협정이 일본정부가 희망하는 ‘와쿠쿠미’의 형식으로 처리된 것이라 보더라도 그것이 동 협정 제2조 제1항이 “완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”고 한 것은 동 협정이 체결되어 발효한 시점인 1965년 12월 18일을 기준으로 하여 ‘와쿠쿠미’에 포함된 것에 대하여 적용된다고 보아야 하며, 따라서 사할린한인 중에서 그 이후에 한국으로 영주 귀국하여 한국국적을 취득한 경우에도 ‘소급하여’ 동 협정의 대상이 된다고 해석하는 것은 타당하지 않다. 이러한 한일 청구권협정의 해석상의 이견은 동 협정 제3조에서 규정하고 있는 “본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 계약국간의 분쟁”에 해당하는 것이라 하겠다.

IV. <우편저금청구소송> 이후의 동향

전술한 바와 같이 2011년 8월 헌법재판소는 중군위안부문제와 원폭피해자문제에 관하여 한일 청구권협정 제2조 제1항에 대한 양국간의 해석상의 분쟁을 동 협정 제3조가 정한 수속에 따라서 해결하지 않고 있는 외교통상부의 부작위는 위헌이라고 결정을 하였다.

이 결정의 요지는 다음과 같다. 먼저 출발적 전제로서 한국정부와 일본정부 간에는 동 협정 제2조와 관련하여 일본군위안부의 배상청구권의 소멸되었는지에 대하여 해석상의 분쟁이 있다고 보았다. 즉 일본 측은 한국국민의 일본국에 대한 배상청구권은 ‘와쿠쿠미’ 방식에 의하여 모두 한일 청구권협정의 체결 및 그 이행에 의하여 완전히 그리고 최종적으로 해결되었기 때문에 그 배상은 종료하였다고 하였지만, 한국정부는 동 협정 체결시에 대상이 되지 않은 원폭피해자문제, 일본군위안부문제, 사할린한인문제는 동 협정으로 해결되었다고 보지 않기 때문에 여전히 일본정부의 법적 책임이 인정된다고 하는 입장이므로 양국 정부의 입장의 차이가 있어 한일 청구권협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당한다고 본 것이다.

이러한 전제하에서 헌법재판소는 한국정부의 청구권협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국의 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청으로, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해

될 가능성이 있다고 하였다.

아울러 한일 청구권협정에서 한국정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점도 지적하였다.

또 헌법재판소는 분쟁해결절차로 나아가지 않은 한국정부의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부는, 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위험의 절박성, 기본권의 구제가능성, 작위로 나아갈 경우 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 재량권 행사 범위 내로 볼 수 있을 것인지 여부에 따라 결정된다고 전제하고, 우선 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권의 실현은 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로 피청구인의 부작위로 인하여 침해되는 기본권이 매우 중대하며, 또 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되며, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내·외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다고 하고, 반면 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도 피청구인(외교통상부장관)이 부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어 기본권 침해의 중대한 위험에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다고 보았다.

이러한 헌법재판소의 부작위 위헌 결정이 있자 외교통상부는 2011년 9월 그 후속조치 추진을 위하여 외교통상부 내에 <한일 청구권협정 대책 T/F>를 설치하였고, 이어서 동 T/F에 대한 자문을 위해 같은 해 10월 자문단을 발족하였다³⁶⁾.

그러나 한국정부는 한일 청구권협정 제3조 제1항에 따라 외교당국자의 면담, 협의, 구상서 전달 등을 통하여, 또 일본외교당국자와 국회의원, 지방자치단체관계자와의 면담 등을 통하여 일본 측에 양자협의를 개최를 반복해서 제의하였는데³⁷⁾, 일본정부가 이에 응하지 않아, 청구권협정 제2조 제1호의 해석문제에 대한

36) 외교통상부, 2011년 10월 7일자 보도자료.

37) 이와 같은 한국정부측의 노력의 주요한 내용은 서울중앙지방법원, 2015. 6. 26. 선고 2013가합

분쟁의 해결은 진전되지 못하고 있는 실정이다. 사정이 이렇다면, 한국정부는 교섭에 의한 해결은 불가능하다고 판단하여 청구권협정 제3조 제2~4항에 따른 중재위원회에 회부하여야 하는데 지금까지 이러한 절차를 밟지 않고 있다³⁸⁾. 한국정부가 이러한 중재위원회에 회부절차를 진행하지 않자 2013년 원폭피해자 79명은 대한민국을 상대로 청구권협정 제3조 제2항에 규정된 중재위원회에 회부할 의무가 있음에도 불구하고 이를 해태하고 있다고 하여 서울중앙지방법원에 1인당 1천만원의 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 이 사건에 대하여 2015년 6월 동 법원은 헌법재판소의 위헌결정 이후의 외교부가 T/F와 그 자문단을 구성하여 대응책을 강구하면서 일본 측에 양자간의 협의를 지속적으로 요구한 것은 동 위헌결정 이전에 행한 일련의 외교상의 조치와는 구분되고, 현 단계에서 피고 한국정부의 조치가 충분하다고는 할 수 없지만 헌법재판소 결정은 일정기간 외교상의 경로를 통한 분쟁해결을 모색한 후에는 반드시 중재회부를 통한 분쟁해결절차에 들어가지 않으면 안 된다고 선언하고 있는 것은 아니며, 중재회부로 나아가는 작위의무에 위반했다고 하여 불법행위가 성립한다고 하는 것은 곤란하다 하여 기각 결정을 하였다³⁹⁾.

그러나 이러한 판결이 한국정부로 하여금 이 문제의 해결을 위한 중재위원회 회부로부터 영원히 자유롭게 하는 것은 아니라고 보아야 한다. 아직은 양국간의 외교적 교섭을 통하여 해결을 모색할 수 있도록 여유를 준 것으로, 동 분쟁이 해결되지 않은 채 앞으로 상당한 시간이 더 경과하여도 중재위원회 회부로 나아가지 않을 경우에는 작위의무 위반으로 국가에게 손해배상책임이 인정될 수 있을 것이다.

그런데 2012년 5월에 중요한 대법원 판결⁴⁰⁾이 있었다. 이 판결은 한국인들이 원고가 되어 2009년 일본국적의 회사인 미쓰비시중공업 주식회사와 일본제철주식회사를 각각 피고로 하여 손해배상을 청구한 사건에 대한 것이다. 이 사건에

537074 참고.

38) 동 협정 제3조 제1항에 의하면 양국간의 외교적 경로를 통하여 해결할 수 없는 분쟁은 어느 일방체약국의 정부가 타방체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간내에 각 체약국 정부가 각각 1명씩의 중재위원을 임명하고, 그로부터 30일 이내에 각각 선정된 2명의 중재위원 또는 이들이 합의한 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 회부하는 것으로 규정되어 있다.

39) 서울중앙지방법원 2015. 6. 26. 선고 2013가합537074. 이러한 1심 판결은 이후 서울고등법원(2016. 1. 14. 선고 서울고법 2015나2036271)과 대법원(2016. 5. 26 선고 2016다205847)에서도 유지되었다.

40) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 사건과 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 사건.

있어서 대법원은 공히 일본국적인 회사에 대한 국제재판관할권을 가지는가에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구와 미지급임금지급청구 사이에 객관적 관련성이 인정되는 점 등에 더하여 대한민국은 이 사건의 당사자 및 분쟁이 된 사안과 실질적 관련성이 있다고 할 것이므로 대한민국 법원은 이 사건에 대하여 국제재판관할권을 가진다고 판시하였다. 또 일제강점기에 국민징용령에 의하여 강제징용되어 일본의 회사인 위 회사들에서 강제노동에 종사한 대한민국 국민들이 위의 일본회사들을 상대로 국제법위반 및 불법행위를 이유로 한 손해배상금의 지급을 구하기 위하여 일본국에서 제기한 소송의 패소확정판결을 받았다 하더라도, 한국의 법원이 이러한 패소확정판결을 승인하는 것은 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나므로 효력을 인정할 수 없다고 판시하였다. 그리고 한일 청구권협정에 의해 원고들의 대일청구권이 소멸되었는가에 대하여는 동 청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코조약 제4조에 근거하여 한일 양국간의 재정적 및 민사적 채권채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것으로 동 협정 체결과정에서 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였고, 원고들의 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸한다고 볼 수 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내조치로 해당 청구권이 일본국내에서 소멸하여도 대한민국이 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이라고 판시하였다. 이리하여 대법원은 원심인 서울고등법원에 환송하였고, 이에 서울고등법원은 원고 1인당 1억원의 손해배상을 인용하였고⁴¹⁾, 이러한 서울고등법원의 판결에 대한 상고심이 현재 대법원에 계류 중이다⁴²⁾. 이 대법원 판결은 사할린한인의 개인재산권 문제에 관심을 제고시키는 계기가 되었다.

V. 결론

1965년 한일 청구권협정으로 양국은 양국 및 그 국민간의 청구권문제가 완전히 그리고 최종적으로 해결되는 것으로 합의하였다. 이 청구권협정의 대상이 되

41) 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947.

42) 대법원 2013. 8. 9. 선고 2013다61381.

는 청구권의 범위는 1951년 제1차 한일회담에서 한국측이 일본측에 대하여 제시한 대일청구요강 8개 항목에 열거되어 있는데, 그 다섯 번째 항목에 “한국법인 또는 한국자연인의 일본국 또는 일본국민에 대한 일본 국채, 공채, 일본은행권, 피징용한국인의 미수금, 보상금(전쟁에 의한 피징용자의 피해에 대한 보상) 및 기타 청구권”이 포함되어 있다.⁴³⁾ 그리고 한일 청구권협정 체결 당시 한국정부는 한국 측이 제시한 8개 항목의 대일청구요강에서 요구한 것은 모두 소멸케 된다고 보았다.⁴⁴⁾ 이러한 국가 간의 합의는 국가가 개인의 재산권을 처분한 것으로 이는 적어도 사유재산을 인정하는 민주주의와 자본주의를 채택한 헌법을 가진 한국과 일본 양국에서 모두 위헌적 성격을 띠는 것이라 할 수 있다. 그러나 한일 양국정부는 이 조약의 유효성을 인정하고 있다.

한편 사할린한인문제는 이 대일청구요강에 포함되지 않은 것이어서 한일 청구권협정의 적용을 받지 않는다. 특히 사할린한인의 우편저금 등은 미지불임금으로서 개인재산권이다.

이러한 개인재산권의 상황을 위해 2007년 일본국을 피고로 하여 도쿄지방법원에 제기된 사할린한인 우편저금 청구소송은 2011년의 한국헌법재판소의 결정의 영향으로 일본사법부의 의견을 보지 못하고 중간에 취하되었다. 그러나 이 소송과정에서 일본 측은 종래에 유지해오던 입장을 번복하여 청구권협정 체결·발표 이후인 1990년대 이후 한국으로 영주 귀국하여 한국국적을 취득하게 된 사할린한인은 한일 청구권협정이 소급 적용되는 만큼 개인청구권도 소멸되었다고 하며 우편저금의 상황을 거부하였다. 반면 한국정부는 사할린 한인에 대한 일본의 법적 책임은 한일 청구권협정과 상관없이 남아 있다는 입장을 보이고 있다.

이러한 상황에서 헌법재판소는 일본군위안부 피해자들과 원폭피해자들이 각각 한국정부를 상대로 낸 헌법소원에 대해 2011년 8월에 “피해자의 배상청구권을 놓고 한·일 양국 간 분쟁이 있는데도 정부가 해결 노력을 다하지 않는 것은 피해자의 기본권을 침해한 위헌”이라는 결정을 내렸다. 사할린한인문제와 함께 일본군위안부문제와 원폭피해자문제는 대일청구요강을 비롯하여 당시 한일협상에서 논의되지 않았던 사안이므로 위 두 가지 사안에 대하여 헌법재판소가 내린 부작위 위헌 결정은 사할린한인의 경우도 동일한 결론이 예상된다.

이상에서 본 바와 같이 사할린한인문제 중에서 일본 도쿄지방법원소에의 우편

43) 대한민국정부, 한일회담백서, 1965, 45~46쪽.

44) 대한민국정부, 대한민국과 일본국간의 조약 및 협정 해설, 1965, 84쪽.

저금 등 미지급입금에 대한 개인재산권에 기한 상환청구소송은 사할린한인문제의 새로운 국면으로의 전환을 보여주는 것이었다. 이 소송에서 한일 양국은 청구권협정에 대한 해석상의 차이가 발생하였는데, 이에 헌법재판소는 양국 간에 그러한 분쟁이 존재하는 것으로 인정함과 동시에 이 문제의 해결을 위하여 한국정부가 필요한 조치를 취하지 않는 부작위는 위헌이라고 결정하였다. 또 그 후 이러한 부작위 위헌 결정에도 불구하고 한국정부가 한일 청구권협정 제3조에 따른 중재위원회 회부절차에 들어가지 않음으로 인해 발생한 손해배상을 청구하는 소송에서 2015년 서울중앙지방법원은 한국정부의 조치는 충분하다고 볼 수는 없지만 현재로는 이 결정으로 한국정부의 작위의무가 인정된다고 볼 수 없다는 이유로 이 청구를 기각하였다.

이러한 서울중앙지방법원의 판결은 외교부를 비롯한 한국정부에게 당분간 외교교섭에 의한 해결을 위한 시간적 여유를 준 것으로 이해된다. 즉 상당한 시간 내에 양국정부간의 외교적 경로로 적절한 해결을 보지 못하고도 한국정부가 청구권협정 제3조에 따른 중재위원회 회부로 나아가지 않으면, 이 부작위도 위헌으로 평가될 것이다. 한국 외교부의 적극적인 노력이 필요하다 할 것이다.

(논문투고일: 2017.05.08., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일:2017.06.19.)



● 노 영 돈

사할린한인, 우편저금, 한일 청구권협정, 징용피해자, 개인재산권, 일제강점기, 헌법재판소, 부작위 위헌, 중재

【참 고 문 헌】

I. 단행본

대한민국정부, 한일회담백서, 1965.

대한민국정부, 대한민국과 일본국간의 조약 및 협정 해설, 1965.

サハリン残留韓國・朝鮮人問題議員懇談會 編, 「ハリン残留韓國・朝鮮人問題と日本の政治: 議員懇談會の七年」, 1994.

RUSSIA SAKHALIN 韓人二重徴用鑛夫遺家族會 編, サハリン朝鮮人二重徴用鑛夫眞相關聯資料, 유즈노 사할린스크, 2004.

재일코리아안변호사협회 편저, 박인동 옮김, 일본재판에 나타난 재일코리아, (한국 학술정보: 과주), 2010.

山本草二, 新版 國際法, (東京: 有斐閣), 1994.

J. J. Stephan, Sakhalin: A History, (Clarendon Press: Oxford), 1971.

II. 논문

노영돈, “사할린한인에 관한 법적 제문제”, 대한국제법학회, 국제법학회논총, 제37권 제2호, 1992.

노영돈, “재소한인의 국적에 관한 연구”, 대한국제법학회, 국제법학회논총, 제35권 제1호, 1990.

유용조, “사할린동포 영주귀국 지원정책 현황과 개선과제”, 2017.3.17. “영주귀국 사할린동포의 국내 거주정착 지원을 위한 입법토론회” 발표문.

유영남, “대한적십자사의 영주귀국 사할린 동포 지원 현황”, 2017.3.17., 영주귀국 사할린동포의 국내 거주정착 지원을 위한 입법토론회 토론문.

李義八, “サハリン残留韓國・朝鮮人の歸還を求めて”, 世界, 2003년 3월호.

III. 자료

헌법재판소 2011.8.30. 결정, 2006헌마788.

헌법재판소 2011.8.30. 결정, 2008헌마648.

대법원 2016. 5. 26 선고 대법원 2016다205847.

대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549.

대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620.

대법원 2013. 8. 9. 선고 2013다61381.

서울고등법원 2016. 1. 14. 선고 서울고법 2015나2036271.

서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947.

서울중앙지방법원 2015. 6. 26. 선고 2013가합537074.

서울행정법원 2012. 8. 3. 선고, 2012구합26159.

외교통상부, 2011년 10월 7일자 보도자료.

연합뉴스, 2010년 3월 22일자.

華太殘留者歸還請求訴訟 1977년 3월 7일자 原告側 準備書面.

〈サハリン殘留韓國・朝鮮人郵便貯金等補償請求事件〉 訴狀, 原告側 準備書面, 被告側 被告國 準備書面.

Abstract

The Reimbursement Claim for the Postal Savings of Sakhalin Koreans Unpaid by Japan during the World War II

Loh, Yeong Don

The issues about Sakhalin Koreans fall into three; repatriation, nationality and private property. In the early years when the matter of Sakhalin Koreans had come up to public attention, the issue about their repatriation was filed a lawsuit in Japan. But, from the 1990's, the survived the first generation of Sakhalin Korean of the time started out to be repatriated to South Korea, the matter moved over to the issue of private property. A case of reimbursement claim for the postal savings of unpaid by Japan was brought to a Japanese court in 2007. Whereas the issue about their nationality was occasionally brought up until this case.

The Japanese government, the dependant, argued in this case, in 2009, that Sakhalin Koreans who had repatriated to South Korea and, therefore, acquired Korean nationality, should lose their right of claim, because the 1965 Agreement between Korea and Japan was retroactively applied. By this time, both Korean and Japanese Government had commonly approved that the matter of Sakhalin Koreans were laid beyond the scope of application of the Agreement. The Japanese Government abruptly reversed its attitude and the Korean government, maintained conventional attitude, not taken any diplomatic action against Japan.

Meanwhile, the Constitutional Court of Korea upheld, in the cases concerning comfort women and explosion-affected people, in 2011, that the

omission that Korean Ministry of Foreign Affairs had not protested according to the article 3 of the Agreement is unconstitutional. The article 3 provides that any dispute concerning the interpretation or the implement of this Agreement shall be settled primarily through diplomatic channels and any dispute which cannot be settled through diplomatic channel shall be submitted for decision to an arbitral commission of three arbitrator.

As the Constitutional Court of Korea upheld the omission unconstitutional, the plaintiffs of the case of reimbursement claim for the postal savings withdrew it. They considered that these decisions of the Constitutional Court should be the same to the case of Sakhalin Koreans and then, if the Korean Ministry of Foreign Affairs would proceed to the diplomatic channel to settle this dispute, the case in Japan would be meaningless.

Afterwards Korean government requested Japanese government to hold the diplomatic channel, but Japanese government refused by non-response policy. In this circumstance, a claim for compensation was filed to the Seoul Central District Court for the reason why Korean Ministry of Foreign Affairs have violated the obligation to proceed the next step to submit the dispute to the arbitral commission. The Court ruled that although Korean government's measure was not sufficient, it is not approved that the Ministry has the legal obligation to proceed to submit to the arbitral commission for the present. There is no progress to this dispute until now.



▶ Loh, Yeong Don

Sakhalin Koreans, postal savings, Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between Korea and Japan, property rights, unpaid wages due, violation of the constitution for omission, arbitration, arbitral commission, Constitutional Court of Korea, unconstitutionality

중고 휴대폰 보상계약의 법적 성질과 규제 정합성에 관한 연구

정경영*

【목 차】

I. 문제의 제기

II. 보상프로그램의 현황과 문제점

1. 보상프로그램의 개요
2. 실무상 보상프로그램
3. 특허법원 판결
4. 대법원 판결

III. 보상프로그램의 법적 성질

1. 의의
2. 보상계약의 법적 성질

3. 매매계약성 검토

4. 보험상품성

5. 보험의 종류

IV. 보상프로그램에 대한 법적 규제와 문제점

1. 규제의 필요성
2. 휴대폰 교환서비스에 대한 규제
3. 규제의 문제점
4. 규제의 개선방안

V. 결론

【국 문 요 약】

중고 휴대폰의 보상프로그램은 매매계약을 기반으로 하고 있지만 신형 휴대폰을 할부로 구입할 때 이미 체결된다는 점에서 단순한 매매계약과는 구별된다. 그리고 보상프로그램에 가입하였다 하더라도 모두 보상을 받는 것은 아니고 보상조건이 성취될 경우에만 보상프로그램이 적용된다는 점에서 조건부 계약의 성질도 가지고 있다. 그러면서도 보상프로그램으로 보상되는 금액은 중고 휴대폰의 잔여할부금을 변제하는데 충당됨으로써 신형 휴대폰 구입을 용이하게 한다. 휴대폰 사용자는 보상프로그램에 가입함으로써 향후 신형 휴대폰이 출시되어 기기를 변경하고자 할 경우 보상프로그램에 의해 중고 휴대폰의 잔여할부금을 변제함으로써 다시 신형 휴대폰을 구매할 수 있게 된다. 휴대폰 보상프로그램계약은 유상·

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

쌍무계약이고 급부의 비등가성, 사행성을 가지며 그 조건의 성취가 우연성을 가질 뿐만 아니라 위험의 분산·전가가 실질적으로 발생하므로 보험계약의 요소를 모두 갖추고 있다. 그리고 보상프로그램을 보험계약으로 구성할 경우 피보험이익은 중고 휴대폰 가치가 아니라 신형휴대폰 출시에 따른 기기변경비용으로 보는 것이 당사자의 의사에도 부합하고 보험법리에 비추어 보아 적절하다고 본다.

현재 실무상 판매되고 있는 보상프로그램으로는 SK텔레콤이 메리츠화재해상보험(주)와 제휴하여 판매하는 프리미엄클럽과 LGU+가 브라이트스타와 제휴하여 판매하는 I-Phone 클럽 등이 있다. 양자는 기기변경비용을 보상한다는 동일한 서비스를 내용으로 하고 있고 동 서비스는 실질적으로 보험상품의 성질을 가지고 있는데도 불구하고 상품 및 사업자에 대한 규제를 달리 하고 있어 문제가 있다. 즉 프리미엄클럽과 연계하여 판매되는 잔존물회수보험에는 보험상품의 규제를 그리고 이를 판매하는 메리츠화재에는 보험업에 관한 규제를 하는 반면, I-Phone 클럽에는 보험상품규제를 하지 않고 이를 판매하는 브라이트스타에는 보험업규제를 하지 않는다. 이로 인해 양자 간에 규제의 차익을 발생하고 이는 보상프로그램시장의 건전한 성장과 소비자의 권리보호에 흠결이 발생할 위험이 있어 보상프로그램에 대한 규제체제의 개선이 요구된다. 동일한 상품에는 동일한 규제를 하여야 규제의 차익이 없어 시장이 균형적으로 발전하며 소비자보호도 충실해질 수 있으므로, 현재 I-Phone 클럽의 휴대폰교환프로그램에도 보험계약법과 보험업법이 적용될 수 있어야 한다.

I. 문제의 제기

최근 휴대폰의 기능이 점점 고도화되고 사양이 고급화되고 그 기술변화가 빠르게 진행되어 신형휴대폰에 대한 고객의 수요가 급증하고 있다. 신형 휴대폰을 구매하고자 할 경우 자신이 현재 사용하고 있는 중고 휴대폰의 처분이 쉽지 않은 상황이다. 이를 위한 인터넷 시장이 있긴 하지만 고객이 원하는 가격을 받기가 쉽지 않다. 고객의 입장에서선 중고 휴대폰을 높은 가격에 처분하여 그 대금으로 휴대폰 할부대금을 변제할 수 있다면 신형 휴대폰으로 교체하는 것이 한층 수월해 질 수 있다. 휴대폰 제조회사 입장에서선 휴대폰이 교체주기를 짧게 하여 많은 고객을 확보하기 위해 중고 휴대폰을 적절한 가격으로 보상할 수 있게 한다면

새로 출시된 신형 휴대폰을 판매하기가 훨씬 용이하게 될 것이다.

신형 휴대폰의 매매에 관해 고객과 제조업·통신업자는 ‘중고 휴대폰의 적정가 구입’이라는 데 이해관계가 일치하게 되었고, 이는 제3자에 의한 중고 휴대폰의 보상프로그램 시장을 탄생시켰다. 그런데 중고 휴대폰의 보상프로그램은 매매계약을 기반으로 하고 있지만 신형 휴대폰을 할부로 구입할 때 체결된다는 점에서 단순한 매매계약과는 구별된다. 그리고 보상프로그램에 가입하였다 하더라도 모두 보상을 받는 것은 아니고 보상조건이 성취될 경우에만 보상프로그램이 적용된다는 점에서 조건부 계약의 성질도 가지고 있다. 그러면서도 보상프로그램으로 보상되는 금액은 중고 휴대폰의 잔여할부금을 변제하는데 충당됨으로써 신형 휴대폰 구입을 용이하게 한다. 휴대폰 사용자는 보상프로그램에 가입함으로써 향후 신형 휴대폰이 출시되어 기기를 변경하고자 할 경우 보상프로그램에 의해 중고 휴대폰의 잔여할부금을 변제함으로써 다시 신형 휴대폰을 구매할 수 있게 된다.

휴대폰 보상프로그램에 따라 고객은 계약 체결일로부터 서비스이용료를 바로 지급하지만, 사업자는 1년 이상의 기간 경과 후에 보상을 이행하게 되어 선이용료를 지급하는 고객의 보상권한을 보장할 필요가 있다. 근래 휴대폰 판매와 관련하여 소비자보호의 필요성이 주장되고 있고¹⁾ 이를 위해서는 향후 서비스제공을 보장하기 위한 사업자 규제가 필요하며 시장의 안정적 성장과 소비자보호를 위해 규제의 정합성도 더욱 문제되고 있다. 특히 최근 휴대폰 보상판매업자들간의 보험업법 위반의 고발사건까지 발생하여²⁾ 보상판매의 법적 성질에 관해 고찰의 필요성이 높아졌다. 이 글은 최근 한국에서 뿐만 아니라 외국에서도 동 상품의 판매가 급증하고 있는 중고 휴대폰 보상프로그램의 법적 성질에 관해 고찰한 후 실무상 보상프로그램에 대해 어떠한 규제가 행해지는지 살펴본다. 보상프로그램에 가입한 소비자를 보호하고 보상프로그램 시장의 안정적 성장을 위해 현행의 규제 체계가 적합한지를 검토하고 보다 적절한 규제방안에 관해 고찰한다.

1) 단말기 유통구조 개선법(단통법) 이후 수익 감소에 시달리는 휴대폰 판매점들이 새로운 형태로 진화하고 있다. 일부 판매점은 자체적인 휴대폰 수리부터 자체 보상기변 프로그램까지 두고 소비자들을 유혹하고 있다. 일각에선 혹여 소비자 피해로 이어질까 우려 섞인 시선을 보내고 있다 (KINEWS; <http://www.kinews.net/news/articleView.html?idxno=72995>(2017.5.30.방문)).

2) 2017년 4월 21일 보험업계와 통신업계에 따르면 4월 초 메리츠화제는 보험업법 위반이라는 이유로 중고폰 유통업체인 브라이트스타코리아를 경찰에 고발했다. 메리츠화제는 SKT와 갤럭시S8 보상판매 제휴관계이고, 브라이트스타코리아는 KT와 제휴관계에 있다. 이 업체는 LGU+와는 아이폰으로 관계를 맺고 있다.

(<http://www.sisafocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=160081>(2017.5.30.방문)).

II. 보상프로그램의 현황과 문제점

1. 보상프로그램의 개요

중고 휴대폰 보상프로그램(이하 ‘보상프로그램’이라 한다)이란 고객이 휴대폰을 통신사로부터 구매하면서 통신사 또는 제3자(사업자)와 일정 기간 경과 후 보상 조건이 충족될 경우 중고 휴대폰을 매각하여 일정한 가격으로 보상받을 권리를 약정하고, 보상금액을 중고 휴대폰의 잔여할부금채무에 충당하도록 하도록 하여 고객이 다시 신형 휴대폰을 구매할 수 있게 하는 프로그램을 의미한다. 보상프로그램은 통신사 또는 사업자와 휴대폰 구매고객 간의 합의에 기반하고 있어 이는 고객의 청약과 통신사·사업자의 승낙에 의한 계약으로서의 실질을 가진다.

보상프로그램에 따라 지급되는 보상대금은 중고 휴대폰의 잔여할부금에 충당 되도록 정해져 있으므로 휴대폰 판매자인 통신사와도 밀접하게 관련되어 잔여할부금채무의 변제를 사실상 보장받게 된다. 하지만 휴대폰 보상계약이 사업자, 고객, 통신사의 3면 계약으로 체결되지는 않는다. 통신사가 직접 고객과 보상프로그램계약을 체결하는 경우도 있고, 사업자가 보상프로그램 운용위탁(보상위탁계약)³⁾을 통신사와 체결하여 통신사가 사업자를 대행하여 고객과 휴대폰 보상계약을 체결하는 경우도 있다.⁴⁾ 요컨대 휴대폰 보상계약은 고객과 통신사간의 휴대폰 할부판매계약을 체결하는 시점에 통신사가 직접 또는 사업자를 대행하여 체결되는 계약으로서, 고객은 이용수수료(월정액)를 지급하고 통신사 또는 사업자는 일정 기간이 경과한 후 고객의 신청에 따라 고객의 중고 휴대폰의 잔여할부금채무를 면제 또는 변제하기로 약정하는 계약이다.

2. 실무상 보상프로그램

(1) 실무에서의 활용

실무에서 휴대폰 보상프로그램은 프리미엄클럽 또는 I-Phone클럽 등 다양한

3) 보상프로그램을 판매하는 사업자는 특정 통신사로부터 휴대폰을 구매하는 고객에 대해 보상프로그램을 판매할 것을 통신사에 휴대폰 보상계약의 체결을 위탁하는 위탁계약(보상위탁계약)을 먼저 체결한다. 통신사는 보상프로그램에 의해 휴대폰의 판매가 촉진되므로 통상 수수료를 받지 않고 휴대폰 보상계약을 대리 또는 대행한다.

4) 통신사가 직접 프로그램을 운영하는 형태가 SK텔레콤의 프리미엄클럽이고 통신사에 위탁하여 사업자가 프로그램을 운영하는 형태가 LGU+의 I-Phone클럽이다.

상품명으로 통신사들에 의해 판매되고 있다. 상품내용도 진화하여 휴대폰 파손보상 프로그램을 접목시킨 ‘R클럽’도 새로 등장하고 있으며⁵⁾ 다양한 부가서비스의 결합도 예상된다. 이들 상품들은 제품명과 프로그램의 구체적 내용의 다양성에도 불구하고, 고객이 휴대폰 기기를 변경하고자 할 경우 일정 조건이 성취된다면 사업자가 중고 휴대폰의 잔여 할부금을 해소(면제 또는 변제)한다는 점이 공통적이다. 이하에서는 이 중 대표적인 보상프로그램으로서 SK텔레콤이 판매하고 메리츠화재보험(주)가 그 비용을 보상⁶⁾하는 프리미엄클럽 서비스와 LGU+와 제휴하여 판매되는 브라이트스타 코리아 유한회사(이하 브라이트스타라 함)의 I-Phone 클럽 서비스에 관해, 그 약관을 중심으로 상품내용을 비교·분석하고 보상프로그램의 법적 성질을 논의하기 위한 기초로 활용한다.

(2) 프리미엄클럽 서비스(P)⁷⁾

1) 보상서비스: SK텔레콤은 메리츠화재해상보험(주)(이하 메리츠화재라 함)와 제휴하여 프리미엄클럽이라는 서비스상품을 고객에게 판매한다. 약정의 내용은 고객이 가입 18개월 이후 SK텔레콤과 기기변경계약을 체결할 경우 고객이 사용하던 휴대폰의 잔여할부금 부담을 경감할 수 있는 보험연계 상품이다.⁸⁾ 18개월 간 휴대폰 할부금을 납부한 고객이 휴대폰 기기변경을 하고자 할 경우 SK텔레콤에 기기를 반납하고 중고 휴대폰의 잔여할부금을 면제받은 후 신형 휴대폰을 구입하게 된다.

2) 서비스계약과 보험계약의 연계: 프리미엄클럽 계약은 통신사와 고객과의 계약이지만, 통신사는 고객에게 보상을 함으로써 발생한 손해 즉 중고 휴대폰의 잔여할부금과 재매각가격(시장가치)의 차이를 보상받을 수 있는 별도의 보험계약을 보험사와 체결한다. 동 보험계약이 메리츠화재와 SK텔레콤 간에 체결되는 잔존물회수보험계약이다. 잔존물회수보험의 보험계약자와 피보험자는 SK텔레콤이고 고객은 보험계약의 당사자는 아니다. 하지만 고객은 피보험휴대폰의 소유자이면서 SK텔레콤이 보험사에 지급하는 보험료에 상응하는 금액을 SK텔레콤에 보상

5) <http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20170324010015809>(2017.5.24.방문).

6) 메리츠화재는 SK텔레콤이 프리미엄클럽계약에 따라 중고 휴대폰 보상프로그램의 실행에서 발생하는 손해를 잔존물회수보험의 형식으로 보상한다.

7) 이하에서 필요한 경우 프리미엄클럽 서비스를 줄여 (P)로 표시한다.

8) 동 상품 서비스개요 참조(<http://www.tworld.co.kr> (2017.5.27.방문)).

서비스의 비용(수수료)으로 지급한다. 따라서 고객은 서비스계약과 보험계약이라는 분리된 2개의 독립된 계약을 통해 기기변경비용이라는 위험을 통신사를 통해 실질적으로 보험사에 전가하게 된다.

3) 서비스계약과 반납조건: 서비스계약이 체결되면 SK텔레콤은 고객으로부터 월정액 5,000원의 이용요금을 받고 보장기간(서비스 가입 후 19개월차에서 30개월차까지)이 되면 중고 단말기 반납신청을 받는다. 그런데 이용요금을 납부한 고객이 중고 휴대폰의 잔여할부금 면제라는 보상의 혜택을 받기 위해서는 반납하는 단말기가 일정한 조건을 충족하여야 한다. 액정, 통화·충전 기능, 도난방지기능 등 정상적인 기능을 유지하고 있는 단말기만이 반납가능하다.⁹⁾ 중고 휴대폰이 검수를 통과하면 SK텔레콤은 고객의 반납 휴대폰의 잔여할부금을 면제한다. 이동통신 이용약정에 가입된 단말기(서비스등록 단말기)가 잔존물회수보험에 가입하여(가입대상 단말기) 일정기간 경과 후 할부금면제를 신청하여(회수단말기) 보험회사의 매각 가능 단말기로 승인을 획득(반납단말기)하는 절차를 거친다.

4) 잔존물회수보험계약: 잔존물회수보험계약은 보험계약자이자 피보험자인 SK텔레콤과 보험자인 메리츠화재가 체결하는 보험으로서, 보험계약자와 보험회사 사이에 피보험자가 보험사고로 인하여 입은 비용손해에 대한 위험을 보장하는 계약이다(동 약관 제1조). 보험회사는 보험기간 중 보험목적물에 대하여 특별약관에서 정한 보험사고로 인하여 미래가격과 실제매도가격의 차액으로 피보험자가 입은 손해를 약관에 따라 보상한다고 정하고(제3조), 이를 보다 구체적으로 동 약관에 근거한 이동통신단말기 잔존물회수 특별약관에서 정하고 있다. 동 특별약관에 의하면, 피보험휴대폰을 회수하여 처분(또는 매각)하여 발생한 손해를 보상하는데(특약 제2조 1항), 이는 피보험휴대폰의 처분(매각)할 때의 비용손해를 의미하게 된다.¹⁰⁾ SK텔레콤은 고객으로부터 취득한 중고 반납 휴대폰을 재매각하고¹¹⁾ 면제한 할부금채무와 휴대폰 매각대금의 차액만큼의 손해를 보험사로부터 보상받는다.

9) 반납 단말기의 검수는 1차로 SK텔레콤 대리점 등에서 실시하고 다시 2차 검수는 보험사 등이 실시한다.

10) 실제 피보험휴대폰의 회수 및 매도행위는 피보험자가 직접 수행할 수도 있지만 이를 회사 또는 제3자에게 위임할 수 있다(동 약관 제2조 2항).

11) 피보험휴대폰의 회수 및 매도행위는 피보험자가 수행하거나 보험회사 또는 제3자에게 위임할 수 있다(특약 제2조 2항).

5) 보상액: 보험사고가 발생한 경우 보험자가 보상하는 보상액은 보험사고로 인하여 미래가격과 실제매도가격의 차액으로 피보험자가 입은 손해이다(약관 제3조), 여기서 미래가격이란 단말기 특약에서는 ‘가입당시 피보험휴대폰의 출고가에 서 개통시 제공된 공시 지원금¹²⁾을 공제하고 다시 이미 상환된 할부금을 공제한 금액을 의미한다. 예를 들어 휴대폰의 출고가가 1백만원이고 휴대폰 개통시 공시 지원금 28만원을 지원받아 고객 부담금 72만원을 24개월 할부(월 할부금 3만원)로 약정하였다. 그리고 휴대폰 사용자가 18개월 사용한 시점 중고 휴대폰의 시장가격이 15만원이라고 가정한다면, 약관상의 미래가격은 $28=(100-28-54=(3 \times 18))$ 만원이 되고 시장가격은 실제매도가격¹³⁾이 되어 보상하는 손해는 $13=(28-15)$ 만원이 된다. 미래가격은 결국 고객이 통신사에 부담하는 할부잔액을 의미하므로 보상하는 손해는 할부잔액에서 중고 휴대폰 시장가격을 뺀 금액을 의미한다. 이는 결과적으로 고객이 통신사를 통해 보험사에 중고 휴대폰을 이전하고¹⁴⁾ 보험사가 잔여할부금채무를 변제(부담)하는 것과 동일하게 된다.

6) 비용과 보상의 흐름: 고객은 SK텔레콤에 월정액의 이용료를 납부하고 SK텔레콤은 이를 메리츠화재에 보험료로 지급한다. 고객의 중고 휴대폰 반납 등 보상조건이 성취되면, SK텔레콤은 고객의 잔여할부금채무를 면제하고 메리츠화재는 그 비용을 보상한다. 서비스계약과 보험계약은 형식적으로 구별되지만, 고객과 메리츠화재의 중간에 있는 SK텔레콤은 비용을 전달하고 보상을 전달하는 형식적 당사자에 지나지 않는다. 실질적으로 보면, 고객의 비용(실질적 보험계약자의 지위¹⁵⁾)으로 메리츠화재가 고객의 기기변경에 발생하는 비용을 보상하는 구조가 된다.

12) 공시지원금이 제공되지 않는 요금제의 경우 이동통신사가 추정하여 계산한 금액이 적용된다.

13) 매각금액에서 매각에 소요된 비용(회사 또는 피보험자가 피보험휴대폰을 매각하기 위해서 지출한 제반비용)을 공제한 금액이다.

14) 특별약관 제2조 5항에서도, 실제 매도가격이라 함은 회사가 인정한 가격으로서 보험증권에서 매각기간에 피보험휴대폰을 매각 처분한 가격을 의미한다. 매각기간 동안 매각되지 않은 경우에는 보험증권상의 보상한도 내에서 미래가격을 지급하고 피보험휴대폰의 소유권을 획득할 수 있다고 정하여 보험사가 휴대폰이 매각되지 않을 경우 휴대폰의 소유권을 취득한다.

15) 고객의 비용으로 SK텔레콤이 보험계약을 체결하므로 보험계약은 SK텔레콤 명의로 체결되지만 그 이익과 계산의 주체는 고객이 되므로 실질적으로 보면, 위탁계약의 구조가 된다. 이렇게 이해하면, SK텔레콤과 메리츠화재간의 보험계약은 상법상 준위탁매매(상법 제113조)의 성질을 가진다고 이해할 수도 있다.

(3) I-Phone클럽 서비스(I)¹⁶⁾

1) 서비스의 내용: 고객이 LGU+ 와 단말기 할부구매계약(24개월 할부)과 함께 이동통신 가입계약을 체결하고, 이에 대한 부가서비스 형태로 LGU+ 는 가입고객과 I-Phone 클럽이라는 약정을 체결한다. 약정의 내용은 고객(가입자)이 월 2,300원 상당의 이용료(이하 “이용료”라 함)를 브라이트스타를 대행하는 LGU+ 에게 납부하고 일정기간이 경과한 이후 가입고객이 사용 중인 핸드폰만 반납하면 고객이 보장금액을 제공받는다(동 약관¹⁷⁾ 제6조). 이는 중고 휴대폰 반납시점에 출고가의 최대 50%로 매입을 보장하는 프로그램으로서(약관 제2조 1항), 고객은 보장금액으로 종전 휴대폰의 잔여 할부금을 상환할 수 있게 되어 새로운 휴대폰으로 교환할 수 있게 된다.

2) 서비스계약: LGU+ 는 브라이트스타로부터 업무위탁을 받아 브라이트스타를 대행하여 가입고객과 I-Phone클럽 약정(이하 클럽약정이라 함)을 체결한다.¹⁸⁾ 고객은 LGU+ 로부터 I-Phone을 구매하면서 할부 24개월 약정을 하고 I-Phone 클럽약정을 체결한 후 12개월 동안 이용료(월정액)를 LGU+ 에 납부하면 보장금액을 신청할 권리를 가지게 된다(약관 제5조 2항). LGU+ 는 고객이 납부하는 월정액을 브라이트스타에 전달하는 수납대행 등의 업무를 하며, 브라이트스타는 휴대폰 매입가격보장, 반납된 중고 휴대폰 매각 업무를 수행한다(약관 제3조 1항).

3) 반납조건: 고객이 보장금액을 지급받기 위해서는 중고 휴대폰을 브라이트스타에 반납하여야 하는데, 반납업무는 LGU+ 또는 그 위탁대리점에서 가능하다. 그런데 모든 중고 휴대폰이 반납 가능한 것은 아니고 일정한 조건 즉 반납조건을 충족해야만 반납할 수 있고(약관 제5조 5항) 그에 따라 보장금액을 지급받을 수 있다(약관 제6조). 약관에서 정한 반납조건에는 단말기 전원스위치, 충전기능, 약정, 와이파이기능 등이 정상일 것을 정하고 있으며(약관 제5조 5항), 반납조건을 충족하였더라도 일정한 가격차감요인이 있는 경우 차감금액을 고객이 부담한다(동항 7호).

16) 이하에서 필요한 경우 I-Phone클럽 서비스를 줄여서 (I)로 표시한다.

17) 이는 엘지 유플러스 I-Phone 클럽 이용 약관을 의미하고 이하 I-Phone 클럽과 관련하여서는 약관이라 함은 이를 의미한다.

18) 브라이트스타는 주식회사 KT에 ‘갤럭시 S8 체인지업’이라는 상품을 판매하고 있다. 동 상품은 대상기기가 다르다는 점, 월정액이 5,500원인 점을 제외하고는 보장금액의 지급(제7조), 서비스 이용료의 환불(제8조) 등 중요사항은 I-Phone 클럽과 유사하다(갤럭시 체인지업/체인지업 제로 이용 약관 참조).

4) 월정액의 환불: 단말기가 완전히 파손된 경우 등 중고 휴대폰 가치를 판단할 수 없을 정도일 경우에는 휴대폰 반납이 불가능한데, 이 경우에는 고객이 납부했던 월정액을 환불한다(약관 제7조). 하지만 약관 제5조 5항의 조건(반납조건)에 명기된 조건을 미충족한 경우에는 고객이 납부한 월정액은 반납되지 않는다(약관 제7조 1항 반대해석). 이를 정리하면, 12개월의 월정액을 완납한 고객이 휴대폰을 망실하여 더 이상 사용이 불가능한 정도일 경우에는 월정액을 반납하고, 반납조건이 충족된 경우에는 보장금액을 지급한다. 하지만 중고 휴대폰을 사용하면서 반납조건을 충족하지 못하는 경우에는 월정액을 환불하지 않으므로¹⁹⁾ 앞서 본 SK텔레콤의 프리미엄클럽과 크게 다르지 않다.

5) 반납신청과 보상: 가입고객이 휴대폰 구입시점에서 12개월이 경과한 이후부터 할부금 납입이 종료되는 24개월 이전까지의 기간(보장기간) 중에 사용 중인 휴대폰 단말기의 반납을 신청할 수 있다. 반납을 신청할 수 있는 고객은 12개월의 월정액(27,600원)을 납부한 고객에 한하고, 반납조건을 충족할 경우 중고 휴대폰 매입가격 보장금액을 제공받는다. 다만 보장금액은 가입자의 선택에 따라 유플러스의 요금납부, 멤버십 포인트 전환, 잔여할부금 납부 중 선택할 수 있다(약관 제6조). 브라이트스타는 LGU+에 잔여할부금 상당액을 지급하고 LGU+는 통상 이를 수령하여 고객의 잔여할부금에 충당한다.²⁰⁾

(4) 양자의 비교

1) 서비스의 내용: 보상프로그램은 실무에서 사업자의 고객에 대한 보상서비스와 그 손해를 보상하는 잔존물회수보험을 연계하여 판매되는 경우(보험연계형)도 있고 휴대폰 교환서비스의 형태로 판매되는 경우(서비스형)가 있음을 위에서 보았다. 전자는 보험상품과 관련되지만 후자는 일반 서비스계약이어서 형식상 구별되지만, 고객의 기기변경비용을 보상한다는 점에서 양자는 유사하다. 보상서비스를 시간적 순서에 따라 구성해 보면 ① 고객과 통신사가 휴대폰 할부판매계약과

19) 브라이트스타가 KT와 제휴하여 판매하는 갤럭시 S8 체인지업도 서비스 이용료의 환불에 관해 동일하게 정하고 있다(동 약관 제8조).

20) 그 과정에서 매도시점의 중고 휴대폰 시장가격보다 잔여할부금 상당액이 더 높은 경우 고객은 그 차액 상당의 경제적 이익을 얻게 된다. 브라이트스타는 고객들로부터 매입한 휴대폰 단말기를 제3자에게 매각하여 그 매각비용과 고객들로부터 받은 이용료(수수료)를 재원으로 보상프로그램을 운영한다.

함께 이동통신서비스를 체결하면서, 부수계약으로 ② 통신사는 자신의 명의로(P) 또는 사업자를 대행하여(I) 고객과 서비스계약을 체결한다. 물론 프리미엄클럽의 경우 통신사는 다시 보험사와 잔존물회수보험계약을 체결하는데 I-Phone클럽의 통신사는 보험계약을 체결하지 않는다. ③ 일정기간이 경과한 후 월정액 이용료를 납부한 고객이 중고 휴대폰을 통신사에 반납하면서 보상신청을 하면, ④ 보상조건이 충족될 경우 통신사가 중고 휴대폰 잔여할부대금을 면제하거나(P) 사업자가 통신사에 변제하여(I) 고객은 채무를 면하고, ⑤ 고객은 중고 휴대폰에 대한 잔여할부금의 부담 없이 다시 통신사와 신형 휴대폰구매계약을 체결함으로써 휴대폰 기기변경을 마무리하고, 프리미엄클럽의 경우 통신사는 보험사로부터 손해를 보상받는다.

2) 계약관계(형식): 보상프로그램에 관해 고객과 통신사 그리고 사업자(보험사) 등 3당사자가 관여한다는 점에서 양 프로그램은 동일하다. 다만 프리미엄클럽은 보상의 실질적 주체인 사업자(보험사)가 통신사와 보험계약을 체결하므로 사업자(보험사)와 고객 간의 관계가 간접적인데 반해, I-Phone클럽은 보상주체인 사업자가 통신사에 보상서비스의 판매를 위탁하는 구조이어서 사업자와 고객은 직접 계약당사자가 된다. 하지만 어느 경우나 통신사는 형식적으로 보상을 실행하지만 보상비용은 사업자(보험사)가 부담하고 그 대가인 비용은 고객의 월정액인 이용료라는 점에서 실질적으로 양자는 차이가 없다. 그런데 보험연계형의 경우에는 상품을 보험계약으로 구성하여 사업자가 보험회사로 되는데, 서비스형의 경우 상품을 서비스계약으로 구성하여 사업자는 보험회사로 제한되지 않게 된다. 이러한 특성으로 인해 보험연계형은 미래가치와 휴대폰 반납에 따른 현실가치의 차액을 비용손해로 인식하여 이를 보험사고로 구성하고 사업자(보험사)로부터 보상을 받아 통신사가 할부대금을 면제하는데 반해, 서비스형은 사업자가 통신사를 통해 중고 휴대폰을 반납 받고 직접 고객의 휴대폰 잔여할부대금을 변제하게 된다.

3) 기기변경비용의 지급(실질): 보험연계형이나 서비스형은 사업자가 제공하는 급부를 ‘손해의 보상’과 ‘서비스’라는 서로 다른 형식을 취한다. 하지만 보험연계형에서 보상하는 손해는 중고 휴대폰의 미래가치와 현재가치의 차액이고, 미래가치가 중고 휴대폰 잔여할부대금을 의미한다. 따라서 보험자가 중고 휴대폰을 반납 받고 차액을 보상하는 경우(P) 중고 휴대폰의 잔여할부대금을 변제하는 것(I)

과 동일하게, 고객은 실질적으로 기기변경비용을 보상받게 된다. 즉 보험연계형과 서비스형은 그 계약의 형식적 차이에도 불구하고, 고객은 중고 휴대폰을 사업자에게 직접(I)·간접(P)으로 이전하고 사업자는 중고 휴대폰의 잔존할부대금을 부담하여 고객을 면책시키고 할부대금의 부담 없이 신형 휴대폰을 구입하게 한다는 점에서 동일하다.

4) 소결: 보상프로그램은 서비스계약과 보험의 결합으로 구성되기도 하고 단순히 서비스계약으로 구성되기도 한다. 하지만 양자는 형식적 당사자관계에서 구별될 뿐 실질적 서비스의 내용에서 동일하고 계약의 실질적 내용도 수수료를 지급한 고객의 기기변경비용을 사업자가 보상하는 것임을 알 수 있다. 그리고 양자의 차이로 인식되는 당사자관계의 구별을 좀 더 구체적으로 보면, 통신사는 보상프로그램의 실질적 당사자인 고객과 사업자 사이에서 중계의 역할을 하는데 지나지 않음을 알 수 있다. 프리미엄클럽의 경우 통신사는 고객의 이용료를 받아 보험료의 형태로 사업자(보험자)에 지급하고, I-Phone클럽의 경우 통신사는 서비스의 대행 판매자²¹⁾에 지나지 않는다. 다음으로 양 보상프로그램 모두 수수료를 납부한 모든 고객에게 서비스(보상)가 제공되는 것이 아니고 보상조건을 충족한 고객에만 보상이 제공된다는 점에서 조건부 급부의무가 문제되고, 통상의 계약이 가진 급부의 등가성을 가지지 않아 양 보상프로그램은 서로 유사하다. 즉 고객이 이용료(수수료)를 납부하고도 일정한 조건을 갖추지 않으면 보상을 받지 못하는 경우도 발생한다는 점에서 양 서비스계약은 일치한다.

III. 보상프로그램의 법적 성질

1. 의의

휴대폰 보상프로그램은 고객이 일정한 요금을 지급하고 사업자는 보상조건 성취를 조건으로 하여 구형 휴대폰의 잔여할부금채무의 해소를 통해 신형 휴대폰

21) LGU+는 자신의 이름으로 브라이트스타의 계산으로 판매하는 것이 아니므로 준위탁매매(상법 제113조)에 해당하지 않고, 브라이트스타의 명의로 계산으로 단지 계약을 대행하는 것에 지나지 않는다. 대행은 대리의 일종으로 이해하므로(대법원 1964. 6. 9. 선고 63다1070 판결) 대리에 관한 법률관계가 적용될 수 있다. 따라서 I-Phone클럽 서비스 판매에 관련된 모든 책임은 원칙적으로 브라이트스타가 부담한다.

구입비용을 지급하는 일종의 비용보상계약이라 할 수 있다. 그런데 보상프로그램 계약을 체결한 모든 고객이 보상을 받을 권리를 가지는 것은 아니다. 계약에서 정한 유예기간이 경과한 후에 일정한 보상조건을 갖춘 고객이 신형 휴대폰 구입(또는 중고 휴대폰 반납)이라는 의사결정을 할 경우에 보상금액이 지급되어 중고 휴대폰의 잔여할부금을 변제하거나(I) 이를 면제하게(P) 된다. 이는 일정한 조건의 성취가 요구되는 유상계약으로서 사행계약성을 가지므로 동 계약을 보험으로 볼 수 있는지가 문제되고, 보험으로 볼 경우 어떠한 성질의 보험에 해당하는가 하는 점도 문제된다. 실무에서 양자는 동일한 상품임에도 불구하고 일부 상품은 보험으로 일부 상품은 단순 서비스로 판매되고 있어 ‘동일상품에 대한 동일규제의 원칙’에 반한다는 문제가 있다. 따라서 실무상 판매되고 있는 보상프로그램 계약(이하 보상계약이라 함)의 법적 성질이 무엇인지 고찰이 필요하고 특히 그에 대한 보험성의 검토가 요구된다.

2. 보상계약의 법적 성질

(1) 일반적 성질

1) 유상·쌍무계약성: 보상계약이 체결되면 고객은 월정액을 통신사(P)·사업자(I)에게 지급할 의무를 부담하고, 통신사·사업자는 보상조건이 충족된 고객의 중고 휴대폰을 정해진 가격으로 구매할 의무를 부담한다. 고객의 금전지급의무와 통신사·사업자의 예정가에 의한 중고 휴대폰 구매의무가 대가관계를 형성하고 있어 휴대폰 보상계약은 유상, 쌍무계약의 성질을 가진다.

2) 조건부 급부의무²²⁾: 동 계약에서 통신사·사업자가 부담하는 중고 휴대폰 구매의무는 일정한 보상조건이 충족되어야 이행의무가 발생하는 조건부 급부의무이다. 통신사·사업자에게 이행의무를 부담시키게 하는 조건은 계약의 성립·효력조건이 아니다. 보상계약은 조건의 성취 없이도 이미 효력을 발생하지만, 통신사·사업자의 급부의무 성립은 조건이 성취되어야 한다. 즉 통신사·사업자와 고객 간의 합의에 의해 유효하게 보상계약은 성립되고 고객의 의무는 발생하지만, 보상계약

22) 조건부 급부의무는 보험계약에서만 나타나는 성질이 아니고 계약상 집행권한이라든가 손해배상채무의 발생, 보증계약 등에서 나타날 수 있다. 보험계약에서의 조건은 보험사고를 의미하고 조건의 성취는 보험사고의 발생을 의미하여 보험자의 보험금 지급의무는 보험사고의 발생을 조건으로 성립한다.

상의 통신사·사업자의 의무는 일정한 조건이 성취되어야만 발생한다.

3) 사행계약성²³⁾: 동 계약은 고객의 금전(수수료·이용료·보험료) 지급의무와 통신사·사업자의 휴대폰 보상구매가 대가관계에 있지만 통신사·사업자의 의무가 조건부 의무여서 모든 고객이 보상을 받게 되는 것은 아니다. 휴대폰 보상계약은 보상조건의 성취라는 사건이 발생할 경우 통신사·사업자의 보상의무가 비로소 발생하게 된다는 점에서 계약당사자의 의무의 발생이 일정한 조건의 성취에 의존하는 사행계약적 성질을 가진다. 보상계약은 사행계약임에도 불구하고 이는 고객의 휴대폰 기기변경비용의 보상이라는 적법한 목적으로 체결되는 계약이어서 도박계약과는 구별된다.

(2) 급부의 특수성

1) 고객의 급부: 휴대폰 보상계약이 체결되면 고객은 약관에 따라 서비스 이용료(수수료)를 통신사·사업자에 지급한다. 대체로 고객은 정기적으로 일정한 요금(월정액)을 지급하고 일정 기간이 경과한 후 통신사(P)·사업자(I)의 급부 즉 보상을 신청하기 위해서는 자신이 사용하던 중고 휴대폰을 통신사·사업자에게 반납(이전)하여야 한다. 고객에 의해 통신사·사업자에게 지급된 금액(월정액의 합계액)과 중고 휴대폰의 시장가치가 합쳐져 통신사·사업자의 급부인 보상과 대가관계를 형성한다.

2) 통신사·사업자의 급부: 보상계약이 체결된 후 일정 기간이 경과하고 보상조건이 성취되면 통신사·사업자는 보상서비스를 제공한다. 통신사·사업자는 보상조건을 충족하는 고객으로부터 중고 휴대폰을 예정가(잔여할부금에 상응)로 매입하고, 그 대금은 통신사에 부담하고 있는 고객의 중고 휴대폰 잔여할부금의 면제(P)·변제(I)에 충당된다. 즉 보상대금은 고객에게 직접 지급되는 것이 아니라 중고 휴대폰의 잔여할부금의 면제·변제라는 형식으로 사용되고, 잔여할부금채무에서 벗어난 고객은 다시 신형 휴대폰을 구입할 수 있게 된다. 통신사·사업자의 급부가 고객의 잔여할부금 면제·변제라는 형태로만 이뤄진다는 점에서 중고 휴대폰의 매매는 단순한 매매계약이 아니라 잔여할부금 면제·변제라는 조건부 급부의

23) 통설은 물론 판례에서도 보험계약은 대표적인 사행계약으로 보고 있어, 쌍무·유상·사행계약을 보험계약의 성질로 이해한다(대법원 2000. 10. 10. 선고 99다35379 판결).

제공을 내용으로 하는 혼합계약의 성질을 가지게 된다.

(3) 고객의 선택권(option)²⁴⁾

통신사·사업자의 급부의무는 휴대폰 보상계약에서 미리 약정되어 있긴 하지만 일정한 조건이 성취되면 자동적으로 발생하는 것이 아니고, 고객의 선택이 있어야만 급부의무가 구체화된다는 특징을 가진다. 즉 고객은 일정한 기간이 경과한 후에는 자신이 원하는 시점에 사업자에게 중고 휴대폰을 살 것을 청구할 권리가 있으며, 권리 행사여부는 고객의 의사에 의존한다는 점에서 마치 풋옵션(put option)²⁵⁾과 유사한 성질을 가진다. 요컨대 고객의 급부와 통신사·사업자의 급부는 계약에 의해 형성되고 고객의 급부는 계약체결에 의해 확정되지만 통신사·사업자의 의무는 미리 확정되어 있는 것은 아니고 고객의 선택권에 의존하게 된다.

(4) 소결

보상계약은 장차 고객이 신형 휴대폰의 구입을 원할 경우, 통신사·사업자가 중고 휴대폰을 이전받으면서 그에 발생하는 비용 즉 중고 휴대폰 잔여할부금을 보상하는 구조를 가진 유상계약이다. 비용보상계약의 실질을 가진 보상계약은 보상의 조건성취와 고객의 선택권이 전제되고, 통신사·사업자의 보상의무는 일정한 조건 또는 선택권에 의존한다는 특징을 가진다. 그리고 비용보상방법도 중고 휴대폰을 예정가(중고 휴대폰의 잔여할부금에 상당)로 구매하여 그 대금을 중고 휴대폰 잔여할부금에 충당하는 방식으로 이뤄진다. 따라서 보상계약은 조건부 중고 휴대폰 예정가 매수계약의 성질을 가진다고 할 수 있는데, 동 계약은 매매계약의 성질을 가지는지 특히 고객의 선택권을 고려할 때 파생상품 판매거래인지 아니면 조건부 급부의무를 내용으로 하는 전형적인 계약으로서 보험계약의 성질을 가지는지 검토를 요한다.

24) 선택권은 모든 권리 행사에서 나타나는데, 이는 권리행사의 의무가 있지 않은 경우에는 권리행사가 자유롭기 때문이다. 하지만 여기서 말하는 선택권은 이미 계약을 체결되어 있어 급부의무가 발생할 수 있는 상태에서 그 선택권을 행사하여 급부의무를 현실화하여 이득을 실현할 것인지에 관한 것이어서 통상적인 선택과는 구별된다.

25) 풋옵션은 장래 일정한 날 또는 일정 기간 동안 기초자산 등을 일정 가격에 매도할 수 있는 계약상의 권리를 말하고 콜옵션(call option)과 구별된다(정찬형 편집대표, 「주식 금융법(III)(자본시장법1)」, 한국사법행정학회, 2013, 58면).

3. 매매계약성 검토

(1) 계약요소

보상프로그램의 내용에는 통신사·사업자가 중고 휴대폰을 구매할 것이 예정되어 있어 보상프로그램은 매매계약의 요소를 가지고 있다. 따라서 매매계약이 주된 요소이고 기타 요소는 매매계약에 부수한 일종의 조건 내지 부관으로 볼 수 있는지 또는 매매계약과 다른 계약이 혼합된 혼합계약의 성질을 가진다고 볼 수 있는지 하는 점이 문제된다. 중고 휴대폰 매매계약의 당사자는 통신사·사업자와 고객이지만, 계약의 체결시점은 고객이 보상프로그램에 가입하는 시점으로 볼 수도 있고 또는 일정 기간 경과 이후라 볼 여지도 있다. 매매계약에 따라 고객은 중고 휴대폰을 통신사·사업자에게 인도하고 그 매매대금은 고객의 잔여 할부금채무를 면제·변제하는데 충당된다. 이와 같이 매매계약적 요소가 있음을 이유로 보상프로그램을 단순히 중고 휴대폰 매매계약으로 보아야 하는지 아니면 특수한 매매계약으로 보아야 하는지 또는 다른 중요한 성질을 가져 별개의 성질을 가진 계약으로 해석해야 하는지 검토한다.

(2) 파생상품성 검토

1) 옵션거래: 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 자본시장법이라 함)은 금융상품으로 증권과 파생상품을 규정하고 있는데, 보상프로그램이 파생상품 중의 하나인 옵션거래에 포함되는가가 검토를 요한다. 파생상품이란 기초자산의 가격을 기초로 손익이 결정되는 금융상품을 의미하고, 그 중 하나인 옵션거래라 함은 당사자 일방의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리(option)를 부여하는 거래로서, 유리한 가격조건에서만 권리를 행사하고 불리한 조건에서는 행사하지 않을 선택권이 주어진다.²⁶⁾ 보상프로그램도 통신사·사업자의 급부가 일정한 기간이 경과한 후 타방(고객)의 선택권(option)에 의존하고 있어 옵션거래가 아닌가 하는 의문이 있다. 특히 고객의 선택권 행사로 고객의 중고 휴대폰을 통신사·사업자가 예정가격으로 매수할 의무를 부담하게 되므로 중고 휴대폰 매매계약과 관련된 풋옵션(put option)거래로 이해될 여지가 없지 않다.

26) 정찬형 편집대표, 앞의 책, 58면.

2) 선도거래: 보상프로그램에 가입하면 통신사·사업자가 고객의 중고 휴대폰을 약정한 금액으로 일정한 기간이 경과한 후에 매수할 것을 미리 약정하는데, 이는 자본시장법상 선도거래에 해당하지 않는가 하는 의문이 있을 수 있다. LGU+ I-Phone 클럽 이용 약관 제2조에서 I-Phone 클럽을 정의하면서 ‘서비스가입계약의 체결 시에 브라이트스타(사업자)가 고객과 선도매매계약을 체결’하는 것으로 정하고 있다. 선도거래란 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약이다(자본시장법 제5조 1호). 선도의 경우에 옵션과 달리 매도인·매수인 모두 매매를 이행할 의무를 부담하므로,²⁷⁾ 선도거래는 계약체결과 이행이 계약체결 당일 이루어지는 현물거래와 달리 이행기가 계약체결 시로부터 일정 기간 경과 후인 거래에 해당한다.²⁸⁾ I-Phone 클럽 서비스계약에 따르면 고객이 약정기간의 경과한 시점에 휴대폰을 사업자에게 이전할 것을 약정하였다는 점에서 선도거래로 볼 가능성이 논의된다.

3) 검토: 보상프로그램은 고객이 지급하는 월정액이 옵션·선도거래의 대금이 되고 옵션·선도거래의 기초자산은 중고 휴대폰이 되어, 중고 휴대폰을 일정가격으로 매도할 수 있는 옵션(put option) 또는 이를 미리 사업자가 매수한 선도로 구성할 여지가 있다. 하지만 보상프로그램은 다음과 같은 이유로 파생상품의 하나인 옵션·선도거래로 보기 어렵다. 첫째, 중고 휴대폰매매는 조건부거래로서 보상조건이 성취되어야 사업자의 의무가 발생하므로, 옵션 만에 의해 매매가 성립되지도 않고 계약 체결 시에 휴대폰을 사업자가 매수하였고 이행기(인도시기)만 연기되는 선도로 볼 수 없다. 둘째, 옵션·선도거래에 추가지급의무를 부담할 가능성이 반드시 예정되어야 하는 것은 아니더라도²⁹⁾ 금융투자상품으로서 투자성 즉 투자금액보다 회수금액이 적을 가능성(자본시장법 제3조 1항) 있어야 한다. 옵션을 가지는 고객은 항상 회수금액이 많게 되어(잔여할부대금은 중고 휴대폰 시가보다 높음) 즉 권리행사에 따른 이익이 보장되어 있어³⁰⁾ 투자성을 가지지 못하

27) 위의 책, 56면.

28) 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2014, 55면.

29) 임재연, 앞의 책, 66면.

30) 특정 중고 휴대폰의 가격이 치솟아 예정가(중고 휴대폰 잔여할부금)보다 높아질 가능성도 없지 않지만 이를 전제하고 상품을 설계한 것은 아니라는 점에서 보상프로그램의 투자성은 인정되지 않는다.

고 선도거래로 구성할 경우에도 투자성을 찾기 어렵다.³¹⁾ 셋째, 파생상품의 기초 자산에 금융상품뿐만 아니라 일반상품이 포함될 수는 있지만, 중고 휴대폰은 가격 등락이 문제되지 않고 고객 역시 중고 휴대폰의 가격등락의 위험을 전가하기 위해 고객이 보상프로그램을 구매하는 것이 아니라 자신이 부담하는 채무를 면제 받기 위해 동 상품을 구매하므로 파생상품거래와는 구별된다.³²⁾ 넷째, 보상프로그램은 개별적 거래에 의한 위험의 전가가 아니라 보상의 위험을 전가 받은 사업자는 동질적인 위험(기기변경비용 발생)에 놓인 다수의 고객에게 그 위험을 다시 분산시킨다는 점에서 위험의 분산³³⁾을 전제하지 않는 파생상품거래와 구별된다.

(3) 계약요소 검토

1) 당사자의 의사: 보상프로그램에서 당사자의 의사를 보면 고객과 통신사(P)·사업자(I) 모두 중고 휴대폰의 매매 자체를 주된 목적으로 하지 않으므로 단순한 매매계약으로 보기 어렵다. 고객의 의사를 고찰하면, 신형휴대폰을 구입하기 위한 전제로서 자신이 부담하고 있던 중고 휴대폰의 잔여할부금을 해소하려는 것이 주된 목적이다. 통신사·사업자의 의사도 중고 휴대폰을 매수하지만 이를 사용하거나 매수한 후 재매각하여 그 차익을 실현하려는 데 있는 것이 아니라, 오히려 매월 일정한 수수료를 고객으로부터 받고 일정한 서비스를 제공하려는 데 있다. 즉 보상조건을 충족한 고객의 신청이 있을 경우 고객의 중고 휴대폰 잔여할부금 채무를 해소를 위해 중고 휴대폰을 예정가(잔여할부금 상당)로 취득함으로써 결과적으로 고객의 잔여할부금채무를 면제(P)·변제(I)한다. 요컨대, 보상프로그램계약은 고객의 중고 휴대폰 잔여할부금 해소라는 목적을 실현하기 위한 수단으로서

31) 선도·선물거래는 현물시장에서 포지션을 유지하고 선도·선물시장에서 그와 반대의 포지션을 취함으로써 가격변동위험을 회피하는데, 중고 휴대폰의 경우 그러한 헷지기능이 나타나지 않는다(정찬형, 편집대표, 앞의 책, 57면).

32) 그밖에 옵션 매수인은 자신에게 이익 또는 손해의 발생여부를 따져 거래의 성립여부를 결정하는 선택권을 가지는데 보상프로그램의 고객은 보상조건이 충족만 된다면 선택권을 행사하는 것이 자신에게 항상 이익이어서 옵션거래에서 옵션과 보상프로그램에서 선택권은 성질상 구별된다. 그리고 선도거래는 장래 이행기의 매매계약인데, 보상프로그램을 서비스계약 성립시 사업자가 고객의 휴대폰을 매수한 것으로 이해하는 것은 당사자의 의사와 합치되지 않는다고 본다.

33) 파생상품과 보험의 경계가 문제되는 경우가 종종 발생한다. 예를 들어 신용부도스왑(CDS)과 신용보험의 관계가 그러하다. 보험과 파생상품을 비교하면 전자는 위험의 전가·분산이 발생하지만 파생상품의 경우에는 위험의 전가는 있지만 위험의 분산은 나타나지 않는다는 점 등 다양한 부분에서 차이가 있다. 이에 관한 자세한 내용은 Gyung Young Jung, "Is credit derivatives including credit default swap an insurance and thus should be regulated by insurance business act?", 「금융법연구」, 한국금융법학회, 제9권 제1호(통권 제17호), 2012, 13면 참조.

고객과 통신사·사업자간에 중고 휴대폰의 소유권이 예정가로 이전되는 것에 지나지 않는다(매매의 수단성).

2) 당사자의 급부: 보상프로그램에서 당사자의 급부를 보면, 고객은 수수료를 통신사·사업자에게 계속적으로 납입하고(월정액) 일정조건이 성취되면 중고 휴대폰을 통신사·사업자에게 이전한다. 이에 대응하여 부담하는 통신사·사업자의 급부는 조건이 성취된 고객에 대해 일정한 가액으로 중고 휴대폰을 구매하는 것이고, 고객으로부터 받은 수수료 수입과 중고 휴대폰을 재매각해서 얻은 금액을 그 비용(고객의 잔여할부금채무의 해소)에 충당한다. 보상프로그램에 가입하여 계약이 성립하면, 고객의 급부의무는 확정되어 수수료 지급의무가 현실적으로 발생하는데 반해, 사업자의 이행의무는 계약 성립 즉시 발생하지 않고 일정한 조건이 성취되어야 발생한다.³⁴⁾ 월정액을 납입한 모든 고객이 사업자의 급부를 수령하는 것이 아니어서 급부의 부등가성이 나타나므로, 보상계약은 등가성을 가지는 통상적인 매매계약이나 서비스제공계약과는 성질을 달리한다(부등가 계약성).

3) 소결: 고객이 중고 휴대폰을 통신사·사업자에게 이전할 경우 그 대금은 다시 통신사에 지급되어 중고 휴대폰 잔여할부금의 해소에 사용된다. 할부금 해소가 보상계약을 체결하는 고객의 주된 목적이므로 보상계약을 단순한 매매계약으로 보기 어렵다. 그리고 보상프로그램에서 중고 휴대폰의 소유권이 이전된다는 점에서 매매계약적 요소가 포함되어 있고 다소 파생상품적 특성이 엿보이지만 상품의 투자성이 결여되어 특수한 매매계약인 파생상품거래로도 볼 수 없다. 당사자의 의사(매매의 수단성)나 당사자의 급부(조건부 급부의무), 계약의 성질(부등가 계약성)을 고려하면, 보상프로그램의 특성은 중고 휴대폰 소유권의 예정가 이전을 포함하는 조건부 부등가계약으로 일단 정리될 수 있다. 그런데 조건부 부등가계약의 대표적인 계약형태가 보험계약이므로 보상계약이 보험계약적 성질을 가지는가 하는 점을 검토한다.

34) 보험계약상의 보험자의 급부의무 또는 피보험자의 권리에 관해 보험사고라는 조건이 성취되어야 발생하는 권리로 보지 않고, 보험계약으로 발생하지만 보험사고에 의해 구체화된다고 본 판례(대법원 2015.11.26. 선고 2013다62490 판결)도 있다. 이는 논리구성의 문제로 볼 수 있으나, 보험사고 발생전에는 집행가능한 권리가 발생하지 않는다는 점에서 추상적인 권리(집행할 수 없는 이론적 권리)에 지나지 않으므로 보험자의 급부의무는 조건부 급부의무로 볼 수 있다.

4. 보험상품성

(1) 조건부 급부의무

1) 급부의무: 고객과 통신사(P)·사업자(I)간에 체결되는 보상계약 자체는 조건에 의존하지 않고 바로 효력이 발생하고 일방 당사자(고객)의 의무 역시 즉시 성립하지만, 다른 당사자(통신사·사업자)의 의무는 조건에 의존하여 조건이 성취된 경우에 효력이 발생하고 확정³⁵⁾된다. 즉 고객이 보상프로그램에 가입하면 고객은 수수료를 납부의무를 부담하지만 통신사·사업자는 (보상)조건이 성취되어야 중고 휴대폰 잔여할부금채무를 인수(변제)할 채무를 부담하게 된다. 보험계약은 전형적인 조건부 급부의무를 내용으로 하는 계약인데, 보상프로그램도 ① 일정한 기간의 경과와 중고 휴대폰의 이전, ② 중고 휴대폰의 상태, ③ 신형휴대폰의 출시에 따른 기기변경비용의 발생 등 (보상)조건이 충족되어야 발생하는 조건부 급부의무를 계약의 내용으로 하고 있다.

2) 조건의 우연성: 보험계약은 불확실한 사고가 발생할 경우에 보상할 것을 목적으로 하는 계약이고, 불확실한 사고의 발생은 위험인수인인 보험자가 지배할 수 없어야 한다.³⁶⁾ 하지만 조건부 계약이라고 모두 보험계약이 되는 것은 아니고 조건성취 즉 보험사고에 우연성³⁷⁾이 있어야 보험계약이 될 수 있다. 위에서 언급한 조건들이 과연 보험계약의 우연성³⁸⁾을 충족한다고 볼 수 있는가 하는 점은

35) 보험자의 보상의무는 법적으로 구속력이 있는 것이어야 하고 단순히 재량적 급부의 성질을 가질 경우에는 보험계약으로 볼 수 없다(John Birds, Birds Modern Insurance Law(10th), Sweet & Maxwell, 2016, p.9).

36) John Birds, op.cit., p10.

37) 보험계약을 정의함에 있어 우연성이라는 개념을 끌어들이 법률상 그 개념요소로 삼는 것이 적당하지 않다고 보고 불확정성이라는 개념을 사용하여야 한다고 주장하는 견해도 있다(장덕조, 「보험법」(제2판), 법문사, 2015, 13면). 법문에서는 불확정성을 사용하고 있지만 확정(객관적으로)되었더라도 주관적 불확정성을 보험사고로 보는 것이 상법의 입장이어서(제644 단서), 확정 여부보다 ‘당사자의 의사 등의 개입에 의한 필연성’을 부정하는 의미에서 ‘우연성(fortuitousness)’이라는 용어가 더 적절하다고 본다.

38) 관례는 보험사고의 우연성을 보험계약의 요소로 파악하고 있다. 즉 ‘상법 제644조에 의하면, 보험계약 당시에 보험사고가 발생할 수 없는 것인 때에는 보험계약의 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 경우가 아닌 한 그 보험계약은 무효이다. -- 계약이 유효하게 성립하기 위해서는 계약 당시에 보험사고의 발생 여부가 확정되어 있지 않아야 한다는 우연성과 선의성의 요건을 갖추어야 한다. -- 만약 보증보험계약의 주계약이 통정허위표시로서 무효인 때에는 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 그 보증보험계약은 무효이다. 이때 보증보험계약이 무효인 이유는 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못하였기 때문이므로, 보증보험계약의 보험자는 주계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못한 제3자에 대하여도 보증보험계약의 무효를 주장할 수 있다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다81623 판결).

보상계약의 보험계약성을 인정하기 위해 필요한 검토이다. 보험사고의 우연성이라 함은 대체로 보험사고의 발생여부가 불확실하다는 의미로 사용되나 보험사고의 발생여부는 확실하지만 발생시기가 불확실한 경우도 보험사고가 될 수 있다고 본다.³⁹⁾ 판례도 우연한 사고로 입은 손해라 함은 보험계약의 성립 당시 그 발생여부나 발생시기 또는 발생방법 등이 객관적으로 확정되지 아니한 사고로 인한 손해를 의미한다고 본다.⁴⁰⁾

중고 휴대폰이 회수(반납)되기 이전에 물리적인 파손, 부분품의 도난, 망실 또는 이와 유사한 상태가 되거나, 이동통신기능이 정상적으로 작동하지 않아 고장난 경우 보상되지 않으므로, ‘중고 휴대폰의 보전’과 ‘보상신청’ 그리고 “기기변경비용의 발생” 등은 보험계약 당시 발생 여부나 발생시기 등이 객관적으로 확정되지 않아 우연성을 가진다고 볼 여지가 있다. 이를 서비스별로 보면, 프리미엄클럽의 연계계약으로 체결되는 잔존물회수보험은 통신사가 고객의 휴대폰을 인수하고 고객의 잔여할부금을 면제함으로써 발생하는 비용을 보상하므로 그 비용발생은 보험계약자·피보험자인 통신사의 의사에 아닌 제3자인 고객의 의사에 따르고 보상조건의 충족이 다시 요구되므로 우연성을 부정하기는 어렵다. 하지만 브라이트스타가 판매하는 I-Phone클럽 서비스를 보험으로 구성할 경우 계약당사자인 고객의 반납신청이라는 행위에 의해 보험사고가 발생한다는 점에서 반납결정이라는 고의에 의한 행위에 의한 보험사고가 우연성을 가질 수 있는가 하는 점이 다시 문제될 수 있다. 하지만 보증보험에서 보험사고 역시 고의에 의한 보험사고이지만 보험계약 체결 당시에는 보험사고의 발생 여부가 불확실하다는 점에서 우연성을 충족하는 것으로 통설·판례⁴¹⁾는 이해한다. 게다가 보상프로그램의 경우에는 반납결정뿐만 아니라 보상조건의 충족 등의 요소가 발생하여야 하고 이는 계약체결 당시 당연히 불확정적이었으므로, 동 계약을 보험으로 볼 경우라도 보험사고는 우연성을 가진다고 볼 수 있다.

(2) 부등가계약과 사행성

1) 부등가계약: 보상프로그램의 통신사·사업자와 고객이 부담하는 급부는 등가성을 가지지 않는다.⁴²⁾ 첫째, 고객의 신청에 따라 보상이 실현되는 경우 통신사·

39) 정경영, 「상법학쟁점」, 박영사, 2016, 321면.

40) 대법원 2001. 7. 24. 선고 2000다20878 판결.

41) 정경영, 앞의 책, 368면; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다81623 판결.

사업자의 급부 즉 중고 휴대폰 잔여할부대금채무의 해소의 비용은 고객이 지급한 수수료 월정액의 총액과 중고 휴대폰의 시장가치를 합친 금액을 상회하므로 증가성을 가지지 않는다. 둘째, 보상조건이 성취되지 않을 경우 고객의 수수료를 지급하였음에도 불구하고 통신사·사업자는 보상의무를 부담하지 않으므로 급부의 증가성이 유지되지 않는다. 셋째, 통신사·사업자의 급부의무가 확정되어 있지 않고 고객의 신청에 의존한다. 결국 사업자는 보상조건이 성취되지 않거나 보상을 신청하지 않음으로써 얻는 이익과 보상이 신청되었을 경우 부담하는 손실의 균형 속에서 수익성을 실현한다.

보상프로그램 약관에서 휴대폰이 망실되었을 경우 서비스 이용료의 환불을 약정하는 경우도 있다.⁴³⁾ 이 경우 보상조건을 충족하지 못한 고객은 자신이 지급하였던 이용료를 환불 받으므로 보상프로그램이 증가계약성을 가진다고 볼 여지도 있다. 하지만 이용료 환불을 받는 경우란 휴대폰이 망실된 경우로 한정하고 있으므로, 휴대폰을 사용하면서 보상조건(액정·충전기능·와이파이기능 등)을 충족하지 못한 고객은 보상을 받지 못하면서도 이용료를 환불 받지 못하므로 동 보상프로그램은 여전히 부등가 계약성을 가진다. 휴대폰이 망실된 경우는 더 이상 통화기능을 할 수 없으므로 고객이 이용료를 환불 받는다고 하더라도 잔여할부금을 여전히 지급하여야 한다. 따라서 이용료 환불을 위해 휴대폰을 고의로 망실시킬 가능성은 매우 낮아⁴⁴⁾ 설사 동 보상프로그램을 보험으로 구성하더라도 보험사고의 유발 가능성(도적적 위험)은 거의 없다.

2) 사행성: 보상계약의 당사자간의 급부의 부등가성⁴⁵⁾은, 특히 보상조건이 충족되지 않은 경우 고객이 지급한 수수료가 고객에게 반환되지 않는다는 점에서 극명하게 드러난다. 이 때 반환되지 않는 수수료는 보상조건이 충족될 경우 사업자가 부담하는 손실에 대한 보상으로 기능하므로 사업자는 보상조건을 충족하여

42) 보험에서는 개별 보험계약자의 급부와 보험자의 급부는 증가성을 가지지 않지만, 보험단체의 급부와 보험단체가 수령하는 보험자의 급부는 증가성을 가진다고 볼 수 있다. 이러한 증가성이 판례에서 “보험단체의 공동이익과 보험의 증가성” 등으로 언급되기도 한다(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결).

43) 브라이트스타의 갤럭시 S8 체인지업 이용약관 제8조 1항 등 참조.

44) 이는 휴대폰 잔여할부금 변제의 이익이 이용료 환불이익보다 더 크기 때문이다.

45) 급부의 부등가성은 계약의 사행성과 밀접하게 관련된다. 급부의 부등가성은 개별 계약당사자의 관점에서 본 것이고 사행성은 계약 전체의 구조라는 관점에서 본 것이다. 급부의 부등가성과 증가성이 혼재하는 계약이라도 사행계약이 될 수 있다.

보상을 신청하는 고객이 적을수록 이익이 증가하게 된다. 뿐만 아니라 사업자는 다수 고객의 비용부담으로 보상조건을 충족하는 고객에게 보상하는데, 이는 보험자가 보험료 수입으로써 보험사고가 발생한 피보험자에게 보상하는 보험계약과 유사하다. 결국 보상프로그램에 가입한 자 중 보상조건을 충족하는 자만이 보상을 받게 되어 ‘보상조건 충족한 고객의 보상청구’라는 요건이 충족되어야만 보상이 이뤄지므로 제한적이지만 보상계약은 사행성을 가진 계약⁴⁶⁾이라 할 수 있다. 사행계약이라 함은 계약당사자의 쌍방 또는 일방의 급여의 발생 여부 및 범위가 계약 체결시에는 불명하고 계약 체결 후의 우연한 사실에 달려 있는 것을 의미하고⁴⁷⁾ 보험계약도 보험금지급책임이 우연한 사고의 발생에 달려 있으므로 사행계약에 속한다.⁴⁸⁾ 보험계약의 사행성으로 피해를 제한하기 위해 상법 제659조에서는 보험사고를 유발한 경우 보험자의 보상을 제한하고 있다.⁴⁹⁾

(3) 위험의 분산·전가

보상프로그램은 급부의 부등가성, 사행성으로 인해 모든 계약자가 보상을 받지는 못하지만, 계약자 중의 일부는 자신이 지급한 수수료보다 많은 보상을 받아 중고 휴대폰의 잔여할부금채무를 부담하지 않고 신형휴대폰을 구입할 수 있게 하는 구조이다. 고객은 보상계약을 체결함으로써 향후 신형 휴대폰이 출시될 경우 발생하는 ‘기기변경비용’이라는 위험을 사업자에 전가하고 사업자는 보험구조를 통해 그 위험을 다수의 고객(계약자)에게 분산시킴으로써 대수의 법칙에 따른 보험사고의 발생을 예측할 수 있게 된다. 위험⁵⁰⁾의 전가는 보증이나 담보계약, 일부 파생상품거래에서도 나타나지만 위험의 분산은 보험의 특징 중 하나로서 다른 일회적인 보증, 담보 목적의 계약이나 서비스계약에서는 나타나지 않는다. 보험

46) 보험계약이 사행계약임을 밝히고 있는 판결로는 대법원 2000. 10. 10. 선고 99다35379 판결 등이 있다.

47) 박세민, 「보험법(제4판)」, 박영사, 2017, 89면.

48) 양승규, 「보험법(제4판)」, 삼지원, 2002, 88면; 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 110면.

49) 판례도 상법 제659조에서 보험계약자 등의 고의, 중과실로 인하여 발생한 보험사고에 대하여 보험자를 면책시키는 것으로 규정한 것은 보험계약의 사행계약적 성질에 비추어 당사자에게 요구되는 신의성실의 원칙 및 보험금 취득을 목적으로 사고를 유발할 폐단을 방지할 공익적 필요에 의한 것으로 보고 있다(서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나87593 판결).

50) 보험의 성립요소 중 하나로서 우연한 사고로 인한 경제적 손해의 발생가능성을 의미한다고 보며, 특히 손해보험의 경우 “위험이 없으면 보험도 없다”라는 법언에서와 같이 위험은 보험계약의 필수적 요소로서 위험이 흠결된 경우 그 보험계약은 무효로 보는 것이 타당하다고 한다(이정원, “손해보험계약에서 피보험이익 및 위험과 상법 제644조의 관계”, 「경영법률」 제23권 4호, 2013, 288면).

회사는 고객으로부터 전가된 위험을 분산시킴으로써 위험을 안정적으로 관리하게 되고, 금융당국은 위험이 현실화된 경우 보상을 보장하여 소비자를 보호하기 위해 보험회사의 자산건전성 등을 규제한다. 요컨대 보상계약은 고객이 자신의 위험을 사업자에게 전가하고 사업자는 다시 그 위험을 다수의 고객에게 분산시키고 있어 보험계약적 특성을 가진다고 볼 수 있다.

(4) 소결

보상프로그램은 유상·쌍무계약이지만 고객의 ‘수수료 지급 및 중고 휴대폰 이전의무’와 사업자의 ‘보상의무(중고 휴대폰 잔여할부금 지급의무)’가 ① 부등가계약이고, 사업자의 급부의무는 조건부 급부의무여서 ② 사행계약이다. 그리고 보상조건의 성취가 계약 당사자의 의사에 의존하지 않고 객관적으로 확정되므로 ③ 조건성취의 우연성이 인정되어 보험사고의 요건을 갖추고, 고객이 기기변경비용의 위험을 사업자에게 전가하고 이는 다수 고객의 수수료로 분산되므로 ④ 위험의 분산·전가가 실질적으로 발생한다. 이렇게 볼 때 보상계약은 보험계약의 모든 요소를 충족하고 있어 보험계약으로 이해된다. 요컨대 보상계약은 기기변경비용의 발생이라는 동질적 위험에 놓인 다수인(고객)이 보험계약자 및 피보험자가 되고, 사업자인 보험자에게 수수료(보험료)를 지급하고 ‘기기변경비용의 발생과 보상조건의 성취’라는 보험사고의 발생으로 경제적 수요가 발생한 고객(피보험자)에게 중고 휴대폰 잔여할부금이라는 보험금을 지급하는 계약의 실질을 가진 보험계약으로 이해할 수 있다. 다만 실무에서 이는 보험연계 서비스계약 또는 단순한 서비스계약으로 판매되고 있을 뿐이다.

5. 보험의 종류

(1) 피보험이익

보상계약을 보험계약으로 이해할 경우 피보험이익은 무엇인가? 보험계약에서 피보험이익이란 피보험자가 보험의 목적에 대하여 갖는 경제상 이익, 보험사고로 인한 손해발생에 관한 경제적 이해관계로 개념정의 된다.⁵¹⁾ 보상계약에서 보험의 목적은 할부프로그램이 개시된 고객의 휴대폰이고, 일정한 기간을 사용하면 휴대폰의 가치는 하락하게 되는데 단순한 휴대폰 가치의 하락은 피보험이익이 될 수

51) 정경영, 앞의 책, 337면.

없다.⁵²⁾ 오히려, 첫째, 중고 휴대폰의 가치와 할부금채무상환에 대한 피보험자가 갖는 경제적 이해관계로 이해하는 방법, 둘째, 사업자의 의무를 고객이 통신사에 부담하는 할부금채무의 상환을 보증한 것으로 보아 고객이 할부금채무의 이행에 관해 가지는 경제적 이해관계로 이해하는 방법, 셋째, 보험사고를 신형 휴대폰 출시에 따른 비용발생으로 보아 고객이 휴대폰 기기변경에 대한 경제적 이해관계를 피보험이익으로 볼 수 있다. 피보험이익을 어떻게 이해하느냐에 따라 보상계약은 다음과 같은 다양한 보험종목에 포섭될 수 있다.

(2) 잔존물회수보험(Residual Value Insurance: RVI)

1) 개념: 잔존물회수보험 또는 잔존가치보장보험은 일정한 물건에 관해 이해관계를 가지게 된 자가 일정기간 경과 후 예상되는 가치를 보장받지 못함으로써 발생하는 손해를 보상하는 손해보험계약이다. 예를 들어 선박에 담보권을 취득한 경우 피담보채권의 변제기 등 일정한 시점에 선박의 잔존가치가 예상보다 더 하락했을 경우 보험자가 그 하락한 가치만큼 보상을 해주는 보험계약이다. 특히 프로젝트 파이낸싱과 같이 일정기간 이후 자산매각을 통해 투자금의 회수가 요구되는데 그 잔존가치가 투자 미회수금 잔액보다 낮을 위험을 보험자에게 전가할 수 있게 된다.⁵³⁾ 프리미엄클럽은 휴대폰을 구매하는 통신사가 중고 휴대폰의 가격이 예상가치(중고 휴대폰 잔여할부금)보다 낮을 경우 발생하는 손해를 보험사가 보상하는 잔존물회수보험을 보상프로그램과 연계시키고 있다.

2) 검토: 보상프로그램을 대상물의 가치를 보장하는 보험으로서 통신사가 투자자가 되고 투자대상물의 가치의 감손을 보상한다고 이해할 수 있지만, 휴대폰의 경우 중고 휴대폰의 가치감손은 사용기간의 경과에 따라 자연스럽게 발생한다는 점에서 손해보험의 보험사고로 구성되기는 어렵다(상법 제678조 참조). 결국 휴대폰의 가치감손이 원인이 되지만 통신사가 가치감손에도 불구하고 미래가격(중고 휴대폰의 잔여할부금 상당)으로 매입하기로 약정하고 이를 실행함으로써 발생한 손해를 보상한 것으로 구성한다. 잔존가치보장보험은 이미 약정된 청산시점에 약정된 가치와 시장의 잔존가치를 비교하여 그 차이만큼 피보험자에게 보험급여

52) 상법 제679조는 보험의 목적의 성질, 하자 또는 자연소모로 인한 손해는 보험자가 이를 보상할 책임이 없다고 하여 보험자의 면책을 규정하고 있다.

53) 신장현, “한국해양보증보험의 법적 지위에 대한 연구”, 고려대학교 석사논문, 2015. 102면.

를 해 주는 것으로 보험계약자와 피보험자가 동일한 자기를 위한 보험이다.⁵⁴⁾

보상프로그램과 관련되는 잔존물회수보험은 비록 보험사와 통신사간의 계약이 이어도 통신사는 형식적 당사자이고 고객의 수요를 보험자가 실질적으로 충족하고 있다. 왜냐하면 고객은 유상으로 위험을 통신사에 이전하지만 통신사는 이를 고스란히 보험사에 이전하는 구조이기 때문이다. 즉 보험계약자인 통신사가 납부하는 보험료는 고객이 납부하는 이용료이며, 사실상 휴대폰의 가치감손에 따른 실질적 이해관계를 가지는 자는 고객이다. 고객과 통신사간의 보상계약과 통신사와 보험자간의 잔존물회수보험으로 연계되어 있지만, 이는 실질적으로 보험자가 고객의 휴대폰에 대한 잔존가치를 보장해 주는 보험이라 볼 수 있다. 보험자가 통신사를 통해 고객과 계약을 체결하는 것은 고객과 통신사가 휴대폰 할부판매계약, 이동통신 이용계약 등을 체결하기 때문에 편의상 당사자로 등장한 것으로 이해되지만, 통신사라는 형식적 당사자가 개재되어 위험에 대한 이해당사자인 고객과 보험자간의 실질적 보험관계가 고객·통신사, 통신사·보험사라는 형식적 관계와 불일치하여 소비자보호에 제한이 있을 수 있다.

(3) 보증보험

1) 개념: 보상계약을 보증보험으로 볼 경우, 사업자가 고객이 통신사에 부담하는 할부금채무의 이행을 중고 휴대폰을 반납시점에 보증하는 할부판매보증보험으로 이해할 수 있다. 고객은 일정한 수수료(보험료)를 사업자(보험사)에 지급하고 일정한 조건이 성취되어 중고 휴대폰을 반납하게 되면 고객이 잔여할부금채무를 이행하지 않을 경우 사업자가 이를 이행할 의무를 부담하게 된다고 보아 사업자는 고객의 잔여할부금채무를 보증한다는 실질을 가진 것으로 이해한다.

2) 검토: 보상프로그램이 실행되면 고객의 잔여할부금채무가 사업자에게 전가된다는 점에서 보증보험을 체결한 것과 동일한 결과가 되지만 다음과 같은 이유에서 이를 보증보험으로 이해하기는 어렵다. ① 보증보험의 경우 채무자(고객)의 채무불이행이 보험사고가 되는데 보상프로그램에서는 채무불이행이 있을 것을 요구하지 않으며, ② 보증보험에서 보험자가 채무자의 채무를 이행한 후에는 다시 보험자가 채무자에게 구상권을 행사하는데 보상프로그램에서는 고객에 대한 구상

54) 상계논문, 102면.

권⁵⁵⁾이 인정되지 않으며, ③ 채무자가 잔여할부금채무를 불이행할 경우 사업자가 이를 부담한다고 구성할 경우 이는 고의에 의한 보험사고의 발생이 되어 상법 제 659조에 반하게 되며,⁵⁶⁾ ④ 고객, 사업자 등 당사자의 의사는 기기변경비용(잔여할부금 상당)의 해소에 있지 통신사에 대한 할부금채무이행의 확보와는 무관하므로 보상계약을 보증보험으로 구성하는 것은 부적절하다.

(4) 비용보험

1) 개념: 실무에서 판매되고 있는 비용보험은 당사자가 보험계약에서 정한 비용이라는 손해가 발생한 경우 보험자가 이를 보상하는 보험이다. 비용의 보상을 목적으로 하는 비용보험에서 비용은 보험의 목적에 대한 피보험자의 경제적 이해관계와 관련되어, 비용은 피보험이익(상법 제668조의 ‘보험계약의 목적’)의 일부를 구성할 수 있다. 다만 보험사고는 우연성을 가져야 하고 보험사고의 불확정성(상법 제638조), 보험사고의 객관적 불확정성(제644조) 등을 고려할 때, 우연하게 발생하는 비용 즉 보험계약 체결 당시 발생여부가 확정되지 않은 비용만이 피보험이익이 될 수 있다. 비용보험이란 보험기간 중 보험의 목적에 우연하게 발생한 비용으로 인한 피보험자의 손해를 보험자가 보상하는 보험으로 정의될 수 있으므로, 보상계약도 신형 휴대폰 출시에 따라 고객이 부담하게 되는 기기변경비용을 보상하는 보험으로 볼 수 있다.

2) 검토: 중고 휴대폰을 사용하는 고객이 신형 휴대폰이 출시되어 기기변경을 하려고 할 때 중고 휴대폰의 잔여할부금채무의 변제가 문제되고 이는 일종의 기기변경비용으로 인식된다. 이러한 보험사고가 발생하면 보험자는 기기변경에 필요한 비용 즉 중고 휴대폰 잔여할부금채무에서 중고 휴대폰 가치를 차감한 금액의 급부를 지급하게 된다. 고객은 동 보험금과 중고 휴대폰을 보험자에 이전함으로써 중고 휴대폰 잔여할부금채무를 해소할 수 있게 되고 휴대폰 기기변경을 할 수 있게 된다. 다만 이 경우 신형 휴대폰출시에 따른 기기변경비용의 발생과 보

55) 상법 제726조의7에서 보증보험계약에 보증채무에 관한 민법규정을 준용한다는 규정을 두어 보증보험에 구상권을 인정할 것인가 여부에 관한 학설대립을 해소하였다. 보증보험은 그 실체의 보증성뿐만 아니라 보험사고를 유발하는 보험계약자에 대한 책임을 묻는 구상권은 모달리스크의 방지(우연성의 회복)라는 측면에서 오히려 필요한 제도로 이해된다(정경영, 앞의 책, 368면).

56) 보험금을 지급한 보험자가 보험계약자에게 행사할 구상권이 인정되지 않으므로 중고 휴대폰의 잔여할부금채무의 불이행은 고의에 의한 보험사고의 유발이 되어 보증보험과 달리 도덕적 위험이 문제가 된다.

상조건의 충족을 보험사고로 구성할 수 있을지 그리고 이러한 보험사고가 우연성을 가지는지 등이 문제된다. 신형 휴대폰의 출시와 그에 따른 기기변경비용의 발생이나 보상조건의 충족 여부는 보험계약시 확정되어 있지 않을 뿐만 아니라 당사자의 의사에 따르지도 않으며 일정한 객관적 기준이 달성되어야 하므로 일응 보험사고의 우연성을 가진다고 본다. 따라서 기기변경비용의 발생은 보험사고가 될 수 있고 보상계약은 비용보험⁵⁷⁾적 성질을 가진다고 이해될 수 있다.

(5) 소결

보상계약의 피보험이익을 어떻게 이해하느냐에 따라 잔존물회수보험으로 또는 보증보험의 일종으로 이해될 가능성은 없지 않지만, 당사자의 의사를 고려하고 잔존물회수보험, 보증보험의 본질을 고려할 때 이들 보험에 포섭하는 것은 최상의 구성은 아니라고 본다. 오히려 휴대폰의 진화에 따라 성능과 속도가 개선된 신형 휴대폰의 출시에 따른 기기변경은 휴대폰 사용자에게는 중요한 일이 되고, 그 구입비용은 휴대폰 사용자인 고객에게 경제적 이해관계를 가질 수 있다. 따라서 보상계약을 신형 휴대폰으로의 기기변경시 중고 휴대폰의 잔여할부금이라는 기기변경비용을 보상하는 보험으로 구성하는 것이 보다 직접적이고 적절하다고 본다.

보상프로그램을 보험계약으로 보고 피보험이익을 중고 휴대폰 가치가 아니라 신형휴대폰 출시에 따른 기기변경비용의 발생으로 이해하는 편이 당사자의 의사에 더 부합한다고 본다. 다만 이렇게 볼 경우 기기변경비용의 발생을 우연성을 가진 보험사고로 이해할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 사실 비용보험은 법률(비용)보험, 실손의료보험, 화재보험의 잔존물제거비용특약, 운전자보험 등 다양한 영역에서 이미 활용되고 있는데, 이들 보험보다 고객의 기기변경의 비용발생은 고객의 선택에 의존하고 있어 보험사고의 우연성이 약하다는 점이 문제된다. 하지만 보상프로그램은 기기변경비용의 발생만이 아니라 중고 휴대폰이 일정한 객관적 보상조건을 충족하는 것을 보험사고로 보고 있어, 보험사고의 불확정성을

57) 비용보험 특히 법무비용보험에 관한 신용상품(Credence Goods)은 전문가가 제공하는 서비스와 상품에 대해 사후적으로 품질을 확인할 수 없는 상품으로 정의하면서, 의료서비스, 법률서비스, 자동차수리서비스 등을 포함하여 전문가가 진단하여 수요자에게 적절한 서비스의 양을 추천하는 대부분의 전문가 서비스 상품이 신용상품의 범주에 속한다고 본다(이창우, “법률비용보험의 특성과 운영체계 구축방향”, 『주간이슈』 82호, 보험연구원, 2010. 5. 24. 3면). 하지만 보상프로그램은 신형 휴대폰의 출시에 따른 비용(중고 휴대폰의 잔여할부금 변제)이 문제되므로 다른 비용보험과 달리 불확정성이 낮은 상품에 속한다.

내용으로 하는 우연성을 인정할 수 있다고 본다. 요컨대 고객은 보험자에게 일정 기간이 경과한 후 신형 휴대폰이 출시되고 자신이 사용하고 있는 중고 휴대폰이 보상조건을 충족할 경우 중고 휴대폰의 잔여할부금과 시장가격의 차액 즉 기기변경비용을 보상할 것을 약정하는 보험으로 이해될 수 있다.

IV. 보상프로그램에 대한 법적 규제와 문제점

1. 규제의 필요성

현재 보상프로그램에 관해 금융당국은 아무런 규제를 하고 있지 않다. 이는 보상프로그램이 실무에 도입된 지 오래지 않아 그 법적 성질에 관한 논의가 충분히 진행되지 않았기 때문이라 이해할 수 있다. 하지만 많은 고객들이 보상프로그램을 이용하고 서비스가 제대로 제공되기 위해서는 보상프로그램의 성질에 맞는 규제가 병행되어야 하고 이를 통해 적정한 소비자보호가 이뤄질 수 있다. 뿐만 아니라 적절한 규제가 흡결될 경우 규제의 차익이 발생하여 정상적인 보상프로그램 시장형성을 저해할 수 있다. 상품이나 서비스의 성질에 맞는 적절한 규제는 건전한 시장을 형성하게 하고 경쟁을 통한 산업의 발전은 물론 중국적으로 소비자의 이익을 보호하게 된다.

이하에서는 앞서 논의한 보상프로그램의 성질에 관한 논의를 기초로 실무에서 판매되고 있는 보상프로그램의 규제에 어떠한 문제가 있는가를 살펴보고 적절한 개선방안을 모색한다. SK텔레콤이 판매하는 프리미엄클럽은 서비스계약이지만 이와 연계하여 SK텔레콤이 체결하는 잔존물회수보험은 보험회사(메리츠화재)에 의해 판매되고 있어 우선 보험업법상의 문제는 발생하지 않는다. 이에 반해 특히 LGU+가 브라이트스타와 제휴하여 판매하는 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스는 보험회사가 아닌 일반 기업이 이를 판매하고 있어 보험업 위반 문제가 예견된다. 이하에서는 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스를 중심으로 규제 현황과 문제점을 살펴본다.

2. 휴대폰 교환서비스에 대한 규제

(1) I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스

LGU+는 고객과 단말기 할부판매 방식으로 이동통신 가입계약을 체결하면서,

브라이트스타를 대행하여 I-Phone 클럽 약정을 체결한다. 동 약정은 고객이 월 2,300원 상당의 이용료를 LGU+에 납부하면 일정기간이 경과한 이후 가입고객이 사용 중인 핸드폰을 반납할 경우 중전 휴대폰의 잔여할부금을 상환할 필요 없이 새로운 휴대폰으로 교환받을 수 있다. LGU+는 브라이트스타로부터 업무위탁을 받아 동 약정을 체결하고 고객이 납부한 이용료를 브라이트스타에 전달한다.⁵⁸⁾ 고객이 교환신청을 하고 휴대폰을 반납하면 LGU+는 이를 브라이트스타에 인도하고, 브라이트스타는 잔여할부금 상당의 금원을 LGU+에 지급한다. LGU+는 브라이트스타로부터 받은 금원을 고객의 잔여할부금에 충당하고 고객과 신형 휴대폰 (할부)판매계약과 이동통신 가입계약을 갱신 또는 다시 체결한다.

(2) 휴대폰 교환서비스계약의 성질

LGU+와 브라이트스타가 제휴하여 제공하는 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스는 중고 휴대폰 매매계약 또는 중고 휴대폰의 보상서비스의 외형을 가지고 있다. 하지만 ① 사업자의 급부의무는 보상조건 충족 등에 의존하는 의무이며(조건부 급부의무), ② 보상조건이 충족 등은 계약당시 발생여부가 확정되어 있지 않으며(우연성), ③ 고객이 이용료를 계속적으로 납부하여도 보험자의 중고 휴대폰 보상은 항상 실현되는 것이 아니고 일정한 보상조건이 성취되어야만 보험자의 급부의무가 발생하고(사행성), ④ 보상조건이 성취되지 않을 경우 납입 이용료는 고객에게 반환되지 않는다(부등가성). ⑤ 고객은 중고 휴대폰 가격변동 또는 기기변경비용 발생의 위험을 브라이트스타에 전가하고(위험의 전가), ⑥ 브라이트스타는 그 위험을 다수의 고객에 분산시키고 있다(위험의 분산). 이렇게 볼 때 브라이트스타의 휴대폰 교환서비스는 보험계약의 성질을 가진다고 볼 수 있다. 휴대폰 교환서비스에 가입한 고객은 신형휴대폰을 구매할 경우 발생하는 기기변경비용 즉 중고 휴대폰의 잔여할부금을 면제받기 위해 I-Phone 클럽에 가입하므로 이는 실질적으로 비용보험 등 보험계약적 성질을 가지고 있다.

(3) 규제 현황

1) I-Phone 클럽이 제공하는 서비스는 비용보험 등 보험계약에 해당하지만 통상적인 매매계약 또는 서비스계약과 같이 아무런 규제는 받지 않고 판매되고 있

58) I-Phone 클럽약정 체결의 대행, 이용료의 수수 및 전달과 관련하여 LGU+가 브라이트스타로부터 별도의 수수료는 받지 않는 것으로 보인다.

다. 금융당국도 이에 대해 비공식적인 의견을 표명한 바 있는데, 브라이트스타가 판매하는 서비스거래는 특정시점에 중고 휴대폰의 교환가치를 보상하는 것이어서 손해보험에서의 피보험이익이 결여되어 있다고 보았다. 그리고 반납조건 미충족 즉 보상조건을 만족하지 못할 경우 이용료 전액이 반환되므로 보험으로서의 실질을 가지지 않는다는 입장을 표명한 바 있다. 교환가치의 보상은 우연성이 없어 피보험이익이 결여된다고 보고 이용료가 반환되므로 등가계약성을 가진다고 보아, 결과적으로 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스는 보험상품성을 부정한 것으로 판단되며 따라서 특별한 규제대상으로 보지 않았다.

2) 피보험이익: I-Phone 클럽이 제공하는 서비스거래는 중고 휴대폰의 교환가치를 보상하는 거래이어서 손해보험에서의 피보험이익이 결여된다고 보는 견해는 동 상품의 본질에 관해 정확한 이해가 결여되어 있다. 보상프로그램이 중고휴대폰을 단순히 일정한 가치로 매입하고 일정시점에 이를 인도받는 약정이라면 앞서 언급한 바와 같이 선도거래에 해당한다. 하지만 보상프로그램은 고객이 보상신청을 하여야 하며 중고 휴대폰의 매각대금이 고객에게 직접 지급되는 것이 아니라 중고 휴대폰 잔여할부대금 해소에 사용된다는 점에서 선도거래나 일반 매매거래와 구별된다. 그리고 신형 휴대폰이 출시되고, 고객이 사용하던 휴대폰이 일정한 보상조건을 충족하여야 하고, 고객이 보상신청을 할 경우에만 사업자가 고객에게 보상하고 고객은 신형 휴대폰으로 기기변경을 할 수 있다. 따라서 고객은 보상조건을 충족하는 신형 휴대폰으로의 기기변경비용에 관해 경제적 이해관계를 가진다고 볼 수 있어 피보험이익을 인정할 수 있다.

3) 이용료의 반환: 고객이 휴대폰교환을 신청하였음에도 보상조건을 충족하지 못하였을 경우 고객이 이미 지급한 이용료 전체를 사업자가 고객에게 반환한다면 고객과 이용자의 급부는 등가성을 가지게 되고 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스는 보험계약이 될 수 없다. 하지만 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스 약정서를 보면 보상조건이 충족되지 못하더라도 지급이용료는 반환되지 않으므로⁵⁹⁾ 이

59) 앞서 본 바와 같이 브라이트스타의 LGU+ I-Phone클럽 이용약관 제7조와 브라이트스타가 KT와 제휴하여 판매하는 갤럭시 S8 체인지업 이용약관 제8조에서는 휴대폰이 망실된 경우에는 고객에 대한 이용료의 반환을 정하고 있다. 하지만 휴대폰이 망실되지 않고 보상조건을 충족하지 못하는 경우에는 이용료의 반환이 되지 않으므로 여전히 부등가계약성, 사행계약성을 가진다는 점에는 변화가 없다.

는 동 상품의 내용을 잘못 파악한 것으로 생각된다. 동 상품 약정서에 따라 보상 조건이 충족되지 않을 경우 이용료의 반환이 되지 않는다면 부등가계약이 되고, 보상조건의 성취라는 보험사고의 우연성을 충족하며, 고객은 유상으로 사업자에게 기기변경비용 발생의 위험을 전가하므로 동 서비스판매계약은 보험계약성을 가진다. 요컨대 부등가성과 사행성을 가지는 I-Phone 클럽의 휴대폰 교환서비스는 보험계약에 속함에도 불구하고 보험상품 판매에 관한 아무런 규제를 받지 않고 있다.

3. 규제의 문제점

(1) 보험업법상 문제점

1) 브라이트스타가 판매하고 있는 I-Phone 클럽(휴대폰 교환서비스)계약은 기기변경비용의 발생이라는 우연한 사건 발생에 관해 일정한 급부를 지급할 것을 약정하고 그 대가를 수수하는 계약으로서 보험상품(보험업법 제2조 제1호)에 해당한다. 보험상품의 취급과 관련하여 발생하는 보험의 인수, 보험료 수수 및 보험금 지급 등을 영업으로 할 경우 보험업에 해당하고(보험업법 제2조 제2호), 보험업을 경영하기 위해서는 보험종목별로 금융위원회의 허가를 받아야 한다.

2) 보험계약은 보험계약자와 보험회사 사이의 사적계약이지만, 일반 보험계약자가 보험계약의 내용의 적정성이나 보험회사의 재무, 업무의 건전성을 적절하게 파악하고 판단하는 것은 용이하지 않다. 이런 배경에서 보험이 사람의 사회생활상의 다양한 위험에 대비하는 보장(또는 보상)을 제공하고 국민경제나 국민생활의 기초로 되고 있음에 비추어, 보험업법은 일반 보험계약자가 과도한 우려 없이 보험회사와 보험계약을 체결할 수 있도록⁶⁰⁾ 금융위원회의 허가를 받은 자만이 보험업을 할 수 있도록 하고 있다. 허가 없이 보험업을 영위하는 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 해당하는 형사처벌을 받을 수 있다(보험업법 제4조 제1항, 제200조 제1호). 휴대폰 교환서비스는 보험상품에 해당하므로 이를 판매하기 위해서는 보험업의 허가를 받아야 한다.

60) 安居孝啓 編著, 「最新 保險業法の 解説(改訂版)」, 大成出版社, 2010, 41頁.

(2) 규제의 차이문제

보상프로그램을 잔존물회수보험으로 구성하든 보증보험으로 구성하든 또는 비용보험으로 구성하든 그 포섭의 적절성은 문제될 수 있지만 보험상품으로 규제를 받기 때문에 규제의 차이문제는 거의 발생하지 않는다. 하지만 동일한 서비스가 보험상품이 아닌 형태로 판매될 경우에 엄격한 규제를 받는 보험상품과 그렇지 않은 서비스계약 간에는 규제의 차이가 발생할 수 있고 이는 서비스시장을 왜곡하고 시장의 건전한 발전을 방해하게 된다. 보험상품을 판매하는 보험회사는 건전성규제를 비롯하여 영업행위규제와 상품규제 등으로 인해 소비자가 보호되고 사업자는 그 비용을 지출하는데 반해, 일반 서비스상품을 제공하는 사업자는 규제를 받지 않아 보다 저렴한 비용으로 서비스를 제공할 수 있지만 소비자는 위험에 노출된다. 결국 보험상품을 보험사와 비보험사가 동일하게 판매할 경우 ‘악화(惡貨)가 양화(良貨)를 구축’하는 효과가 발생하여 저렴한 비보험사의 상품이 시장을 지배하게 되어 소비자의 권리보호는 악화되고 시장은 왜곡될 가능성이 높아진다.

(3) 상법과 소비자보호

상법에는 보험계약자와 피보험자를 보호하기 위해 많은 규정들을 두고 있다. 계약의 성립과정에 약관명시설명의무를 두고 있으며(상법 제638조의3), 청약과 승낙에 있어 낙부통지의무, 승낙의제, 적격피보험체보호 등의 제도를 두고(제638조의2) 있는 등 보험계약법 전제가 사실상 보험계약자와 피보험자를 보호하고 있다. 그리고 상법 제663조는 이들 보험계약법 규정에 관해 상대적 강행법규성을 부여하여 보험계약법의 규정보다 약관을 보험계약자나 피보험자에게 더 불리하게 약정할 수 없도록 하여 이들을 보호한다. 뿐만 아니라 판례도 보통보험약관의 해석에 관해 형식적 내용통제,⁶¹⁾ 실질적 내용통제⁶²⁾ 등 다양한 약관해석원칙을 활용해서 보험계약자와 피보험자를 보호하고 있다. 요컨대 보험회사가 판매하는 보험상품에는 약관의 불리한 조항에도 불구하고 상법이 적용되어 보험계약자 등이 보호될 가능성이 높은데 반해, 실질적 보험상품을 일반 서비스계약으로 분류할 경우 이에는 상법의 보험계약법이 적용되지 않아 소비자보호가 충실하게 이뤄질 수 없게 되는 문제가 발생한다.

61) 대법원 2016.05.12. 선고 2015다243347 판결.

62) 대법원 1991.12.24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결.

(4) 소결

현재 실무상 판매되고 있는 보상프로그램으로는 SK텔레콤이 메리츠화재와 제휴하여 판매하는 프리미엄클럽(잔존물회수보험과 연계)과 LGU+가 브라이트스타와 제휴하여 판매하는 I-Phone 클럽 등이 있다. 양자는 기기변경비용을 보상한다는 동일한 서비스를 내용으로 하고 있고 동 서비스는 보험상품의 성질을 가지고 있는데도 불구하고 상품 및 사업자에 대한 규제를 달리하고 있다. 프리미엄클럽과 연계된 잔존물회수보험에는 보험상품의 규제를 그리고 이를 판매하는 메리츠화재에는 보험업에 관한 규제를 하는 반면, I-Phone 클럽에는 보험상품규제를 하지 않고 이를 판매하는 브라이트스타에는 보험업규제를 하지 않는다. 이로 인해 양자 간에 규제의 차익을 발생하고 이는 보상프로그램시장의 건전한 성장과 소비자의 권리보호에 흠결이 발생할 위험이 있어 보상프로그램에 대한 규제체제의 개선이 요구된다.

4. 규제의 개선방안

(1) 판매자 제한

보상프로그램은 비용보험 또는 잔존물회수보험적 성질을 가지고 있으므로 보험업법에 따라 보험회사만이 이를 판매할 수 있도록 규제할 필요가 있다. 이는 다른 보험상품의 경우와 마찬가지로 보험상품은 계약자와 보험자인 계약당사자간의 급부가 시간적으로 불일치하고 특히 보험자의 급부가 훨씬 늦게 이뤄지므로(급부의 시차성) 자산건전성 등의 규제, 감독을 받는 보험회사만이 보험상품을 판매하도록 하여야 한다.

(2) 보험상품의 규제

보험사고 발생이 보험자의 급부의무의 발생의 조건이 되어 있어 보험사고의 발생여부에 관해 당사자간의 분쟁이 발생할 가능성이 많다. 따라서 보상프로그램에 관한 약관은 다른 보험약관과 동일하게 인가·변경명령 등을 통해 규제되어야 하고, 일반 서비스상품의 판매와 달리 보험상품을 판매함에 있어서는 보험자는 고객에게 약관을 명시설명 하여야 함은 물론 청약자 보호 등 보험소비자의 보호를 위해 보험업법상의 영업행위규제 등이 요구된다.

(3) 상품시장의 건전한 육성

보상프로그램은 현재 휴대폰에서 활용되고 있지만, 기술발전의 속도가 빨라 업그레이드가 요구되고 중고상품시장이 형성될 수 있는 소비재에도 유사한 보상프로그램이 활용될 가능성이 있다. 예컨대, 자동차 역시 보상프로그램을 활용하게 되면 소비자는 보다 안정적으로 새로운 성능을 가진 자동차를 이용할 수 있고 기타 가전제품에도 적용될 가능성이 많다. 따라서 이렇게 확산되는 보상프로그램의 소비자를 보호하기 위해 약관규제법상의 규제뿐만 아니라 금융상품으로서의 규제 방안도 고려할 필요가 있다고 본다.

(4) 비용보험제도의 도입

보험업법에는 보험의 종류가 구분되어 있지만 새롭게 시장에 등장하는 신종보험을 모두 포섭하고 있지 못하다. 신종보험이 반드시 보험업법에 반영되어야 하는 것은 아니지만 신종보험 중에 보험성 여부에 논란이 생길 수 있는 보험이고 다양한 영역에서 문제가 활용되는 보험일 경우 그 보험성이 확인될 경우 보험상품거래의 법적 안정성을 위해 보험업법에 반영할 필요가 있다. 이는 마치 보증보험이 도입될 당시 보험성에 의문이 제기되어 보험업법을 개정하여 보험성을 인정한 것도 유사한 취지이다. 보상프로그램의 법적 성질을 비용보험으로 이해할 수 있는데, 비용보험에는 보상프로그램 이외에도 법률(비용)보험, 실손의료보험, 화재보험의 잔존물제거비용특약, 운전자보험 등이 있고, 다양한 영역에서 비용을 보상하는 보험으로 활용되고 있다. 보상프로그램을 포함하여 다양한 비용보험상품에 관한 법률관계의 법적 안정성을 위해 보험업법에 새로운 손해보험종목의 하나로 비용보험을 도입할 필요가 있다.

V. 결론

최근 휴대폰의 기술발전 속도가 더 빨라져 휴대폰 교체주기가 짧아지고 있다. 더 나은 성능을 가진 휴대폰으로 기기를 변경하기 위해 신형 휴대폰을 할부구입할 경우 휴대폰 구입비용은 부담을 줄일 수 있지만, 지금까지 사용하던 중고 휴대폰의 잔여할부금의 지급과 중고 휴대폰의 처리가 걸림돌이 된다. 소비자에게는 중고 휴대폰의 잔여할부금 청산과 중고기기 처리는 신형 휴대폰으로 기기를 변경

하는 비용으로 인식될 수 있고, 그 비용을 보상하는 보상프로그램은 소비자에게 상당히 매력적인 상품이 된다.

일정한 수수료를 받고 일정기간 경과 후 고객의 중고 휴대폰을 통신사(P)·사업자(I)가 예정가로 보상해 주는 보상프로그램계약은 수수료와 통신사·사업자의 보상이 대가관계를 형성하는 유상·쌍무계약이다. 그런데 동 계약은 통신사·사업자의 급부의무가 조건부로 발생하여 급부의 비등가성, 사행성을 가지며, 그 조건의 성취가 우연성을 가질 뿐만 아니라 위험의 분산·전가가 실질적으로 발생하므로 보험계약의 요소를 모두 갖추고 있다. 다만 보상프로그램의 피보험이익을 어떻게 이해하느냐에 따라 잔존물회수보험으로 또는 보증보험의 일종으로 이해될 가능성은 없지 않지만 최상의 포섭은 아니라고 본다. 오히려 휴대폰의 진화에 따라 성능과 속도가 개선된 새로운 휴대폰의 출시와 그 구입은 휴대폰 사용자에게는 중요한 일이 되고 그 구입비용은 휴대폰 사용자인 고객에게 경제적 이해관계(피보험이익)를 가질 수 있어 이러한 기기변경비용을 보상하는 보험으로 구성하는 것이 보다 적절하다고 본다. 요컨대 보상프로그램을 보험계약으로 구성할 경우 피보험이익은 중고 휴대폰 가치가 아니라 신형휴대폰 출시에 따른 기기변경비용으로 보는 것이 당사자의 의사에도 부합하고 보험법리에 비추어 보아 적절하다고 본다.

현재 실무상 판매되고 있는 보상프로그램으로는 SK텔레콤이 메리츠화재해상보험(주)와 제휴하여 판매하는 프리미엄클럽과 LGU+가 브라이트스타와 제휴하여 판매하는 I-Phone 클럽 등이 있다. 양자는 기기변경비용을 보상한다는 동일한 서비스를 내용으로 하고 있고 동 서비스는 실질적으로 보험상품의 성질을 가지고 있는데도 불구하고 상품 및 사업자에 대한 규제를 달리 하고 있어 문제가 있다. 즉 프리미엄클럽과 연계하여 판매되는 잔존물회수보험에는 보험상품의 규제를 그리고 이를 판매하는 메리츠화재에는 보험업에 관한 규제를 하는 반면, I-Phone 클럽에는 보험상품규제를 하지 않고 이를 판매하는 브라이트스타에는 보험업규제를 하지 않는다. 이로 인해 양자 간에 규제의 차익을 발생하고 이는 보상프로그램시장의 건전한 성장과 소비자의 권리보호에 흠결이 발생할 위험이 있어 보상프로그램에 대한 규제체제의 개선이 요구된다. 동일한 상품에는 동일한 규제를 하여야 규제의 차익이 발생하지 않고 시장이 균형적으로 발전하며 소비자보호도 충실해질 수 있으므로, 현재 I-Phone 클럽의 휴대폰교환프로그램에도 보험계약법과 보험업법이 적용될 수 있어야 한다.

(논문투고일: 2017.05.26., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ 정 경 영

보상프로그램, 비용보험, 잔존물회수보험, 중고 휴대폰, 보험사고의
우연성, 소비자보호

【참 고 문 헌】

- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
- 박세민, 「보험법(제4판)」, 박영사, 2017.
- 양승규, 「보험법(제4판)」, 삼지원, 2002.
- 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2014.
- 장덕조, 「보험법(제2판)」, 법문사, 2015.
- 정경영, 「상법학쟁점」, 박영사, 2016.
- 정찬형 편집대표, 「주석 금융법(Ⅲ)(자본시장법1)」, 한국사법행정학회. 2013.
- 신장현, “한국해양보증보험의 법적 지위에 대한 연구”, 고려대학교 석사논문, 2015.
- 이정원, “손해보험계약에서 피보험이익 및 위험과 상법 제644조의 관계”, 「경영법률」 제23권 4호 2013.
- 이창우, “법률비용보험의 특성과 운영체계 구축방향”, 「주간이슈」 82호. 보험연구원, 2010. 5. 24.
- Gyung Young Jung, “Is credit derivatives including credit default swap an insurance and thus should be regulated by insurance business act?”, 「금융법연구」, 한국금융법학회, 제9권 제1호(통권 제17호), 2012.
- 安居孝啓 編著, 「最新 保険業法の 解説(改訂版)」, 大成出版社, 2010.
- John Birds, Birds Modern Insurance Law(10th), Sweet & Maxwell, 2016.

Abstract

A study on the Legal nature of a Price Compensation Contract of a Used Mobile Phone and the Properness of the Regulations on it.

Jung, Gyung Young

Recently we have been watching the speedy development of the technology of a mobile phone and the shortening of its model changing term of consumers. When consumers want to upgrade their mobile phone model, they encounter the expense of upgrading that means the residual due of allotment of used mobile phone. If the used mobile phone can be sold expensively, it would be helpful to payment of the residual allotment and to buy a new model. Therefore, a service to help a consumer to be free from the obligation of paying the residual allotment of mobile phone came into being in mobile phone market.

In this paper two types of service contract are examined, one of which is the 'Premium Club' provided by SK Telecom and the other one is 'I-Phone Club' provided by LGU+. Those contracts are common in characteristics of solving the expenses to change the model, that is, exemption or discharge of the residual allotment due for consumer and a limitation of that compensation in case of the mobile phone with the required standard. The subscribers to the contract, therefore, are not always to be able to enjoy the chance of exemption or discharge of the residual allotment due of used mobile phone.

Taking into consideration of all the characteristics of price compensation contract of a used mobile phone, we consider that contract

as a kind of insurance contract. Because it has the nature of an insurance contract such as the shift and diversification of risk, speculative contract, unequal considerations. As for the shift and diversification of risk in price compensation contract of mobile phone, the consumer shifts the risk of paying the expense for upgrading the model to service provider. And as for the speculative nature of that contract with unequal consideration, not all the consumers but the only consumers who meet the requirements in returning the used phone. and the consumer who does not meet the requirements can not retrieve what he or she has paid.

If the price compensation contract of mobile phone is classified to an insurance contract, all the service contract should be provided by insurer, because only the insurance company can provide the insurance products under insurance business act. In case that general merchants provide the insurance products, the market order would be damaged and consumers can not be protected from the service provider who does not have the capacity to provide the service in near future. For example, as the I-Phone club service contract belongs to an insurance contract, that contract should be regulated by the Korean Insurance Business Act.



▶ **Jung, Gyung Young**

price compensation contract, used mobile phone, shift and diversification of risk, expense insurance, residual value insurance(RVI)

미국의 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성 법리

-특허적격성을 긍정한 CAFC 판결들에 따른 판단기준 및 시사점-

이해영*

정차호**

【목 차】

I. 서론

II. 특허적격성 요건 및 *Alice* 테스트

1. 특허적격성 요건 일반
2. *Alice* 테스트

III. 특허적격성을 긍정한 2014~17년 CAFC 판결

1. *DDR Holdings v. Hotels.com*
2. *Enfish v. Microsoft*
3. *Bascom v. AT&T*
4. *McRO v. Bandai Namco*
5. *Amdocs v. Opnet Telecom*
6. *Thales v. U.S.*

IV. *Alice* 테스트에 기초한 특허적격성 판단기준

1. *Alice* 단계 ① 및 ②의 관계
2. *Alice* 단계 ① 판단기준
3. *Alice* 단계 ② 판단기준
4. *Alice* 단계 ① 및 ②의 분석방법의 수렴: 컴퓨터 기능성의 향상

V. 대상 CAFC 판결들에 따른 시사점

1. 소프트웨어 청구항의 특허적격성 문제
2. 기능식 청구항 해석 원칙의 적용
3. ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 여부: 명세서의 종래기술과의 대비·분석

VI. 결론

【국 문 요 약】

컴퓨터로 구현되는 발명에 대한 특허적격성 문제는 1970년대 이후로 계속 논란이 되어왔다. 2014년 6월, 미국 연방대법원은 *Alice* 사건에서 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성에 관한 판결을 내리면서 지난 수십 년동안 이어져 온 논란을 일단락 지었다. *Alice* 판결 이후, 미국 특허청과 법원은 특허적격성 요건을 매우 엄격하게 적용하였고, 컴퓨터 구현 발명을 다룬 대부분의 사건에서 특허적격성이 부정되었다. 그러다가 *Alice* 대법원 판결 후 특허적격성을 긍정한 첫 CAFC 사례

* 리엔목특허법인 변리사(주저자).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수(교신저자).

로 2014년 12월에 *DDR* 판결이 나왔다. 그 후, 2016년 5월 CAFC는 *Enfish* 사건에서 소프트웨어 발명의 특허적격성에 대해 상당히 우호적인 입장을 천명하였다. 이를 기점으로 특허적격성을 긍정하는 일련의 판결들이 나왔다. 이들 CAFC 판례에 따르면, 소프트웨어도 하드웨어와 마찬가지로 특허적격성을 가질 수 있음이 확인되었고, 소프트웨어 청구항에 기능식 청구항 해석 원칙을 적극적으로 적용하는 경향을 보였다. 그리고 추상적 아이디어와 관련한 청구항이 ‘컴퓨터 기능성에서의 향상’을 보이는 경우 특허적격성을 충족할 수 있다는 것이 판례의 입장이다. 최근 CAFC는 종전에 비해서는 특허적격성의 문턱을 다소 낮추는 경향을 보이지만, 앞으로 좀 더 지켜볼 일이다.

I. 서론

20세기 들어 과학기술이 급속하게 발전하면서 ‘컴퓨터’라는 만능의 기계가 출현하게 되었고, 그 컴퓨터는 이제 거의 모든 산업분야에서 응용되고 있다.¹⁾ 1970년대 컴퓨터가 대중화되면서, 그 구현에 있어서 컴퓨터를 필요로 하는 발명(이하 ‘컴퓨터 구현 발명’)에 대한 특허적격성 문제가 대두되기 시작하였다.²⁾ 2014년 6월, 미국 연방대법원은 *Alice* 사건에서 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성에 관한 판결을 내리면서 지난 수십 년동안 이어져 온 논란을 일단락 지었다.³⁾ *Alice* 대법원은 추상적 아이디어(abstract idea)를 컴퓨터에 ‘단순 적용’(apply it)하는 것만으로는, 또는 추상적 아이디어를 특정 기술환경에서의 이용으로 한정하는 것만으로는 그 추상적 아이디어에 특허적격성을 부여하기에 충분하지 않다

1) 김승현·김만진, “소프트웨어 활용분야별 혁신특성 분석 및 정책방향”, 「STEPI Insight」 제165호, 2015. 5. 1., 6면(모든 산업분야에 IT기술이 폭넓게 접목되고 있는 최근의 추세를 보면, 제품 개발·생산·판매 등 기업활동 전반에 걸쳐 소프트웨어가 차지하는 비중과 중요성은 점점 더 커지고 있음. 2008년 기준, 자동차 52.4%, 가전제품 53.7%, 산업자동화 분야 51.5%, 통신산업 52.7%가 소프트웨어 관련 비용임.).

2) 미국 특허법(35 U.S.C.) 제101조의 요건은 우리 특허법 제29조 제1항 본문의 ‘산업상 이용할 수 있는 발명’ 요건에 상당하는데, 이는 특허법상 보호를 받을 자격이 있는 대상으로 적격인지의 요건을 말하며, 미국 실무상 주로 ‘특허적격성’(patent-eligibility)이라 칭한다. 이 글의 교신저자는 (미국 법리를 논하는 장면에서도) ‘특허적격성’이라는 용어보다는 ‘발명성’ 또는 ‘성립성’이라는 용어가 더 낫다고 생각하지만, 주저자의 뜻을 존중하여 이 글에서는 특허적격성이라는 용어를 사용하기로 한다.

3) *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank International*, 134 S.Ct. 2347 (2014).

4) *Alice* 판결에 대한 평석 논문: 나동규, “미국 소프트웨어 특허의 인정범위 -*Alice Corporation v. CLS Bank International* 판결을 중심으로-”, 「홍익법학」 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014; 이해영, “소프트웨어 발명의 특허적격성에 대한 *Alice* 대법원 판결”, 「미국특허판례연구(III)」, 미국특허법연구회 편, 대한변리사회, 2017.

고 실시하면서,⁵⁾ 청구항에 ‘주지의 일상적이고 통상적인 행위’를 부가하는 것만으로는 특허적격성 인정에 필요한 ‘발명적 개념’으로 충분하지 않다고 판시한다.⁶⁾ *Alice* 대법원 판결이 나온 후 한동안 미국 특허청과 법원은 특허적격성 요건을 매우 엄격하게 적용하였었다.⁷⁾⁸⁾

Alice 대법원 판결 이후, 미국 연방관할항소법원(U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit; 이하 ‘CAFC’)에서 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성을 다룬 사건에서 특허적격성이 대부분 부정되었는데, 그를 긍정한 첫 사례로 2014년 12월에 *DDR* 판결이 나왔다.⁹⁾ 그 후 2016년 5월에 나온 *Enfish* 판결은 그 때까지의 것에 비해 소프트웨어 발명에 대해 상당히 우호적인 입장을 천명하여,¹⁰⁾ 발명자에게 희망적인 이정표를 제시하였다. 이를 기점으로 특허적격성을 긍정하는 일련의 판결들이 나왔다. 소프트웨어 특허권자의 입장으로서는 *Alice* 판결 이후 다소 절망적이었던 상황에서는 약간이나마 벗어난 것으로 생각된다.

이 글에서는, *Alice* 대법원 판결이 나온 지 약 3년이 경과한 시점에서, 그 3년간 특허적격성을 긍정한 CAFC 판례를 통하여, 컴퓨터 구현 발명이 특허적격성을 갖기 위한 요건과 관련하여 그 판단기준 및 시사점을 검토한다.¹¹⁾ 그럼으로써, 우리 출원인이 컴퓨터 구현 발명에 대해 미국에서 특허를 받고자하는 경우 어떻게 대처해 나가야 할지 교훈을 얻고자 한다.

5) *Alice*, 134 S.Ct. at 2358.

6) *Alice*, 134 S.Ct. at 2359; *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc.*, 132 S.Ct. 1289, 1298 (2012).

7) Jasper L. Tran, *Software Patents: A One-Year Review of Alice v. CLS Bank*, 97 J. Pat. Trademark Off. Soc’y 532 (2015) (*Alice* 대법원 판결의 선고로부터 1년 후인 2015년 6월 19일 당시, 지난 1년 동안 *Alice* 판결이 인용된 사건은 PTAB 심결 198건, 지방법원 판결 63건, CAFC 판결 11건으로, 총 272건이었다. 이들 사건에서 다루어진 특허 또는 출원 345건 중에서 286건이 무효 또는 거절되어, 평균 무효(거절)율이 82.9%에 이른다.).

8) 나동규, 앞의 논문, 824면(“*Bilski* 판결로 인해 확대되던 소프트웨어 특허의 인정범위에 제동이 걸리게 되었고, *Alice* 판결로 특허성의 인정범위는 훨씬 축소되는 분위기이다.”).

9) *DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P.*, 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).

10) *Enfish, LLC v. Microsoft Corp.*, 822 F.3d 1327 (Fed. Cir. 2016).

11) 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성 법리에 관하여 어떤 한 국가의 법리를 집중 분석할 필요가 있다. 그런 다음 그 국가들의 법리를 비교종합하면 이상적인 법리의 제안이 가능할 것이다. 최근 일본의 관련 법리를 나름 분석한 글: 권태복, “일본판례를 통해서 본 프로그램발명의 특허적격성 -프로그램특허제도 도입 후를 기준으로-”, 「산업재산권」 제52호, 한국지식재산학회, 2017.

II. 특허적격성 요건 및 *Alice* 테스트

1. 특허적격성 요건 일반

미국 헌법에서는 ‘과학과 유용한 기술’의 진보를 촉진하도록 저작자 및 발명자에게 배타권을 부여하는 제도를 의회가 만들도록 위임하였는데,¹²⁾ 그에 따라 미국 의회는 특허법에서 ‘특허법 상 보호받을 수 있는 대상’이 갖추어야 할 요건(‘특허적격성’)을 규정하였다. 아울러, ‘자연법칙, 자연현상 및 추상적 아이디어’에 대해서는 특허를 받을 수 없다는 법리가 판례로 확립되었다.¹³⁾

(1) 법정 특허적격대상

미국 특허법(35 U.S.C.)은 특허를 받을 수 있는 대상을 “새롭고 유용한 방법, 기계, 제조물 또는 합성물”이라고 규정한다.¹⁴⁾ 즉, 특허적격성을 갖는 법정 카테고리로서 방법, 기계, 제조물 또는 합성물을 나열하면서¹⁵⁾ 새롭고 유용한 것이어야 특허를 받을 수 있다는 것이다. 미국 대법원은 법정 카테고리는 발명을 장려하고자 하는 특허시스템의 헌법적 목적에 따라 넓고 포괄적으로 의도된 것으로 본다.¹⁶⁾

(2) 사법적 예외사항

미국 특허법 제101조 규정에 따른 특허적격대상의 카테고리들이 넓게 해석된다고 하더라도 그 범위는 사법적으로 창설된 예외사항에 의하여 제한된다.¹⁷⁾ 즉, 대법원은 ‘과학기술 성과의 기본도구’에 대해 특허를 부여한다면 그러한 특허가 기술혁신을 촉진하기 보다는 오히려 방해할 것이기 때문에 ‘자연법칙, 자연현상

12) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8 (“The Congress shall have Power . . . To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries . . .”).

13) *Mayo Collaborative Servs. v. Prometheus Labs., Inc.*, 566 U.S. 66, 70 (2012) (“The Court has long held that this provision contains an important implicit exception. ‘laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas’ are not patentable.”).

14) 35 U.S.C. §101 (“Inventions patentable. Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.”).

15) 우리 특허법에서는 발명의 카테고리로 ‘물건 및 방법’을 규정하는데(제2조 제3호), 미국 특허법의 ‘방법’(process)은 우리 법의 ‘방법’에 대응하고 미국 법의 나머지 카테고리들은 우리 법의 ‘물건’에 대응한다.

16) *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 308-09 (1980).

17) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1293.

및 추상적 아이디어’는 특허를 받을 수 없는 것으로 확립하였다.¹⁸⁾ 다른 한편, 모든 발명은 어느 정도 자연법칙, 자연현상 또는 추상적 아이디어를 반영하거나 응용하기 때문에, 그러한 사법적 예외사항을 지나치게 적극적으로 적용하는 것은 부작용을 초래할 것인 바,¹⁹⁾ ‘예기치 못한 발명’이 특허보호에서 제외되지 않도록 제 101조 규정을 지나치게 한정적으로 해석하지 않아야 한다고 실시한 바 있다.²⁰⁾

2. Alice 테스트

2010년 *Bilski* 사건에서 대법원은 소프트웨어 관련 방법의 특허적격성 문제를 다루었고,²¹⁾ 그 뒤 2012년에는 *Mayo* 사건에서 의료진단 방법의 특허적격성 문제를 다루었다. *Mayo* 대법원은 특허적격성 요건으로 ‘발명적 개념’(inventive concept)이라는 개념을 제시하였다.²²⁾ *Mayo* 사건에서 다룬 청구항은 의료진단 방법에 관한 것이지만, 그 뒤 *Alice* 대법원은 ‘소프트웨어 발명’의 특허적격성 문제를 다루면서 *Mayo* 판결의 기준을 그대로 채택하였다.²³⁾

Mayo/Alice 대법원은 추상적 아이디어 등 사법적 예외사항 자체를 청구하는 것 및 그러한 것에 관한 특허적격성 있는 응용을 청구하는 것을 구별하기 위한 틀을 제시하였다. *Alice* 대법원이 확립한 특허적격성 판단을 위한 2단계 테스트(이하 ‘*Alice* 테스트’)는 다음과 같다: ① 대상 청구항이 추상적 아이디어를 ‘지향’(directed to)하는지를 판단하고,²⁴⁾²⁵⁾ ② 만일 그렇다면, 청구항 구성요소들을

18) *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 185 (1981).

19) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1293.

20) *Chakrabarty*, 447 U.S. at 316.

21) *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010).

22) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1298. 참고로, 특허법에서 ‘inventive step’은 통상적으로 ‘진보성’으로 번역 되는데, 특허적격성 요건에 관한 ‘inventive concept’은 그것과 구별시키기 위하여 ‘발명적 개념’이라는 용어를 사용한다.

23) *Alice* 판결에 대한 상세한 해석은 다음 논문 참고: 이해영·정차호, “컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성에 관한 미국판례에 따른 판단기준”, 「성균관법학」 제26권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.

24) 여기서, ‘directed to’라는 용어는 사실 *Mayo* 대법원 판결문에서는 찾을 수 없는데, *Alice* 대법원이 *Mayo* 테스트를 정립하면서 사용한 것이다. *Alice* 단계 ①은 청구항에 단지 추상적 아이디어가 ‘포함’되어 있는지가 아니라 청구항에서 권리대상으로 ‘추구하는(즉, 향(向)하는) 바가 무엇인 지’를 확인하는 것이라는 관점에서, 이를 ‘지향’이라고 번역한다.

25) 청구항이 추상적 아이디어를 지향하고 있지 않은 경우에는 *Alice* 단계 ②로 가지 않고 바로 특허적격성을 인정한다. *Enfish*, 822 F.3d at 1339 (“Because the claims are not directed to an abstract idea under step one of the *Alice* analysis, we do not need to proceed to step two of that analysis.”).

개별적으로 그리고 전체적으로 고려하여, 추상적 아이디어에 부가된 요소가 대상 청구항을 특허적격성 있는 ‘응용’으로 만들기에 충분한지 여부를 판단한다.²⁶⁾

(1) Alice 단계 ①

Alice 단계 ①은 먼저 청구항이 지향하는 개념(아이디어)이 무엇인지를 확인한다. 청구항에 전적으로든 부분적으로든 추상적 아이디어에 해당하는 것이 들어있는 경우, 청구항에서 권리대상으로 추구하는 바가 무엇인지를 확인하는 것이다.²⁷⁾ 일반적으로 특허적격성 있는 발명들도 어느 정도 추상적 아이디어를 구현하거나 사용하기 때문에²⁸⁾ 청구항에 단지 추상적 아이디어가 ‘포함’되어 있다는 것만으로 추상적 아이디어를 ‘지향’한다고 볼 수는 없다.²⁹⁾

(2) Alice 단계 ②

Alice 단계 ②는 청구항의 한정사항들을 개별적으로 그리고 전체적으로 고려하여, 추상적 아이디어에 부가된 추가 한정사항이 그 청구항을 특허적격성 있는 응용으로 만들기에 충분한 ‘발명적 개념’을 갖는지를 판단한다.³⁰⁾³¹⁾ 다시 말하면, 청구항이 추상적 아이디어 자체를 넘어 ‘의미 있는 무엇’(significantly more)으로 평가되기에 충분한 실질적 한정사항을 갖는지, 즉 ‘발명적 개념’을 갖는지 여부를 판단한다.³²⁾³³⁾ 청구항에서 추상적 아이디어에 부가된 특징들로 인하여 발

26) *Alice*, 134 S.Ct. at 2355 (quoting *Mayo*, 132 S.Ct. at 1297) (“First, we determine whether the claims at issue are directed to one of those patent-ineligible concepts. . . . If so, we then ask, ‘what else is there in the claims before us?’ . . . We have described step two of this analysis as a search for an ‘inventive concept’ i.e., an element or combination of elements that is ‘sufficient to ensure that the patent in practice amounts to significantly more than a patent upon the [ineligible concept] itself.’”).

27) 추상적 아이디어를 지향하는 예: ① 기본 경제실무를 포함하는 경우; ② 주지의 영업실무에 종래 컴퓨터 요소들을 부가하는 경우; ③ 범용 컴퓨터에 추상적인 수학공식의 사용을 언급하는 경우; ④ 순전히 종래 컴퓨터로 수학공식을 구현하는 경우; 또는 ⑤ 일반화 된 단계를 종래 컴퓨터의 기능을 이용하여 수행하는 경우. *Enfish*, 822 F.3d at 1335, 1338 참조.

28) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1293.

29) *Enfish*, F.3d at 1334.

30) *Alice*, 134 S.Ct. at 2355.

31) 발명적 개념의 존재 여부를 판단하는 것이 실무적으로 매우 중요하므로, 향후 이를 판단하는 법리를 명확하게 제시할 필요가 있다. 참고: Timothy J. Busse, *The Relativity of an Abstract Idea: A Practicable Approach to Alice’s Inventive Concept*, 16 Hous. Bus. & Tax L. J. 252 (2016).

32) *Alice*, 134 S.Ct. at 2354-55.

33) 우리나라는 “소프트웨어에 의한 정보 처리가 하드웨어를 이용해 구체적으로 실현되고 있는 경우” 해당 청구항의 특허적격성을 인정한다(특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, 2017, 9A09면). 이러한 ‘하드웨어에 의한 구체적 실현’이 (그 구체적인 판단기준은 다르지만) *Alice* 판례에서 말하는 ‘발명적 개념’에 대응된다고 볼 수 있다.

명적 개념을 갖기 위해서는, 이들이 ‘주지의, 일상적, 종래의 행위’(well-understood, routine, conventional activity) 그 이상이어야 한다.³⁴⁾

Ⅲ. 특허적격성을 긍정한 2014~17년 CAFC 판결

Alice 대법원 판결 이후 CAFC에서 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성을 긍정한 첫 번째 사례는 ‘*DDR* 판결’이다.³⁵⁾ *DDR* 판결은 영업방법에 관한 것이라 하더라도 새롭고 이로온 특징을 제공하는 ‘새로운 컴퓨터 동작’에 관련되는 경우 미국 특허법 제101조 규정의 난관을 극복할 수 있는 가능성을 열었다고 평가된다.³⁶⁾ *DDR* 판결 후 1년 6개월이 지나서 두 번째로 특허적격성을 긍정한 *Enfish* 판결이 선고되었다. *Enfish* 사건의 CAFC는 *Alice* 단계 ①에서, 청구항의 목적을 지나치게 높은 수준으로 일반화하여 널리 추상적 아이디어를 지향한다고 보는 실무 경향에 경종을 울리면서, ‘명세서’의 기재를 참조하여 청구항의 구체적 한정사항들을 그 전체로 고려하여 ‘기존 기술에 관한 향상’을 지향하는지를 확인하여야 한다고 판시한 점에 의의가 있다.

Enfish 판결이 나온 지 1개월 후에 다시 특허적격성을 긍정하는 *Bascom* 판결도 나왔다.³⁷⁾ *Bascom* 판결에서는 *Alice* 단계 ②의 ‘발명적 개념’을 파악할 때 청구항 한정사항들을 개별적으로만 볼 것이 아니라 ‘순서에 따른 조합’ 그 전체로 분석하여야 한다는 점을 강조하였다.³⁸⁾ 그때까지만 해도 CAFC 판결들 중에

34) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1298. 컴퓨터 구현 발명에서 발명적 개념으로 인정되기에 충분하지 않은 예: ① 컴퓨터로의 ‘단순 적용’(apply it)을 부가하거나, 범용 컴퓨터를 단지 언급하는 경우(*Mayo*, 132 S.Ct. at 1294; *Alice*, 134 S.Ct. at 2358; *DDR*, 773 F.3d at 1256); ② 컴퓨터의 만능성으로 인하여 전적으로 범용 컴퓨터로 구현되거나 범용 컴퓨터 기능을 수행하는 경우(*Alice*, 134 S.Ct. at 2358-59); ③ 특정의 기술환경으로 그 사용을 한정한 경우(*Alice*, 134 S.Ct. at 2350; *Diehr*, 450 U.S. at 191); ④ 단지 ‘의미 없는 선행 해결행위’(insignificant pre- or post-solution activity)가 부가된 경우(*Parker v. Flook*, 437 U.S. 584, 590 (1978); *Bilski*, 561 U.S. at 610-11); ⑤ 주지의, 일상적, 종래의 행위를 단지 부가하는 경우(*Mayo*, 132 S.Ct. at 1298; *Alice*, 134 S.Ct. at 2359).

35) *DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P.*, 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).

36) Andrew (A.J.) Tibbetts and Justin C. Colannino, *3 Concrete Approaches To Defeat Abstractness*, Law360 Blog (July 21, 2016) (컴퓨터 구현 발명의 상대방은 주로 상업적 혜택을 추구하는 것인데, CAFC는 이러한 청구항에 대해 대부분 특허적격성이 없다고 판시하였다. 그러나 *DDR* 판결에 따르면, 상업적으로 유익한 소프트웨어 청구항도 그 상업적 과제가 어떻게 특정의 기술적 관점에서 해결되었는지를, 그리고 대상 발명이 그 상업적 과제를 어떻게 컴퓨터 기능성으로 다루었는지를 보임으로써, 특허의 가능성을 열어두었다.).

37) *Bascom Global Internet Services, Inc., v. AT&T Mobility LLC*, 827 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2016).

38) *Id.* at 1350 (“The inventive concept inquiry requires more than recognizing that each claim element, by itself, was known in the art. As is the case here, an inventive concept can be

특허적격성을 부정한 사례가 훨씬 많았는데,³⁹⁾ 2016년 후반 들어 특허적격성을 긍정하는 CAFC 판결들이 연이어 나왔다. 이하, 그 판결들을 상세히 검토한다.

1. *DDR Holdings v. Hotels.com* (2014년 12월)⁴⁰⁾

특허발명은 호스트 웹-사이트의 특정 시각적 요소를 제3자 상인의 콘텐츠와 결합시켜 복합 웹-페이지를 생성하는 것이다.⁴¹⁾ *Alice* 단계 ① 관련하여, CAFC는 청구항이 ‘인터넷에 특화된 과제’라고 보면서도,⁴²⁾ 추상적 아이디어에 관한 정확한 성질을 확인하는 것은 쉽지 않음을 인정하면서, *Alice* 단계 ②로 넘어갔다.⁴³⁾

Alice 단계 ② 관련하여, CAFC는 대상 청구항이 통상적인 컴퓨터와 인터넷을 이용하지만, 인터넷 시대 ‘전’에 알려진 영업실무를 단지 인터넷에서 수행하도록 한 것이 아니라 컴퓨터 네트워크의 영역에서 일어나는 특유의 문제를 극복하기 위하여 필수적으로 ‘컴퓨터 기술’에 그 뿌리를 두고 있다는 점을 들어, 발명적 개념 요건을 충족한다고 판시한다.⁴⁴⁾ 다만, 인터넷-중심의 과제를 다룬 청구항이 모두 특허적격성을 갖는 것은 아니라고도 지적하였다.⁴⁵⁾ 아울러, 특허 청구항은

found in the non-conventional and non-generic arrangement of known, conventional pieces.”).

39) *Alice* 대법원 판결이 나온 후 *Bascom* 판결이 있기까지 특허적격성 요건을 다룬 CAFC 판결들의 결과를 요약하면 다음과 같다.

특허적격성 ‘부정’	건수	특허적격성 ‘긍정’	건수	
의견(opinion)과 함께 인용	15	긍정 인용	1*	* <i>DDR</i>
의견 없이 인용	12	부정판결을 파기	2**	** <i>Enfish & Bascom</i>
계	27	계	3	

* 출처: Andrew H. DeVoogd and Matthew A. Karambelas, *Focusing on Second Step of Alice, Federal Circuit Finds Inventive Concept in Software Patent in Bascom*, National Law Review (July 6, 2016).

40) *DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P.*, No. 2013-1505, 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).

41) 미국 특허 제7,818,399호 청구항 19.

42) *DDR*, No. 2013-1505, slip op. at 19.

43) *Id.* at 19.

44) *Id.* at 20. 특히, 통상적인 인터넷 하이퍼링크 프로토콜 기능에 따르면, 하이퍼링크(예: 광고)를 활성화시키면 호스트 웹-사이트를 즉시 떠나버려 호스트 방문자를 유지할 수 없는 문제가 있었는데, 대상 청구항은 이러한 문제를 해결한 것이라 설명한다(*Id.* at 20-22).

45) *Id.* at 22-23 (*Ultramercial v. Hulu* 사안(772 F.3d 709 (Fed. Cir. 2014))과 대비하면서, 그 청구항은 광고를 보는 대가로 미디어 콘텐츠를 제공한다는 단지 추상적 아이디어를 청구한 것임에 반하여, *DDR* 청구항은 하이퍼링크의 클릭에 따른 소기의 결과를 낳도록 ‘인터넷과의 상호작용’을 어떻게 조작하는가를 규명한 것으로, 단지 통상적인 인터넷 사용을 청구한 것이 아니라고 결론짓는다.).

판매 증대 아이디어에 대한 모든 응용을 선취하는 것이 아니라 인터넷 웹-사이트에 직면한 문제를 해결하기 위하여 복합 웹-페이지의 생성을 자동화하는 ‘구체적인 방식’을 제시한 것으로, 이는 인터넷 특유의 문제를 해결하기 위한 부가적 특징으로 인하여 발명적 개념을 갖는다고 평가하였다.⁴⁶⁾

DDR 판결이 나온 후 지방법원에서도 컴퓨터·통신 분야의 특유한 과제의 해결책 또는 컴퓨터 자체의 기능성 향상이라는 관점에서, 또는 청구항의 구체성 관점에서, 특허적격성을 긍정한 판결들이 일부 나왔다.⁴⁷⁾

2. *Enfish v. Microsoft* (2016년 5월)⁴⁸⁾

Enfish 판결은 DDR 판결에 이어, 거의 1년 반 만에 CAFC에서 두 번째로 컴퓨터 구현 발명의 특허적격성을 인정한 것인데, 특히 *Alice* 단계 ①에 주안점을 두었다. 특허발명은 컴퓨터 데이터베이스용 논리모델에 관한 것이다.⁴⁹⁾ 지방법원은, *Alice* 단계 ①은 합리적으로 높은 수준으로 일반화된 청구항의 ‘목적’을 찾는 것으로,⁵⁰⁾ 대상 청구항은 논리 테이블에 있는 데이터를 저장·검출한다는 추상적 목적을 다룬 것이라고 판시한다.⁵¹⁾ *Alice* 단계 ② 관련하여, 지방법원은 청구항의 논리 테이블, ID번호, 인덱스 등 모든 한정사항들이 종래의 요소들이라고 지적하며 발명적 개념을 인정하지 않았다.⁵²⁾ 그러나 CAFC는 *Alice* 단계 ①에서 특허적격성을 긍정하였다.

CAFC는 기능식 청구항의 해석원칙을 규율한 미국 특허법 제112(f)조 규정을 적용하여 청구항의 ‘인덱싱’ 기능을 명세서에 기재된 세 단계 알고리즘에 대응시켜 그 기능이 ‘자기참조형’(self-referential) 속성을 갖는다고 해석하였다.⁵³⁾ 그

46) *Id.* at 23.

47) See e.g., *Intellectual Ventures I, v. Manufacturers & Traders Trust Co.*, No. 13-1274-SLR (D. Del. 2014); *StoneEagle Services, v. Pay-Plus Solutions*, No. 8:13-cv-2240-T-33MAP (M.D. Fla. 2015); *Execware, v. BJ's Wholesale Club*, No. 14-233-LPS (D. Del. 2015); *Maxus Strategic Systems, v. Aquamin*, No. A-11-CV-073-LY (W.D. Tex. 2015).

48) *Enfish, LLC v. Microsoft Corp.*, 822 F.3d 1327 (Fed. Cir. 2016).

49) 미국 특허 제6,151,604호 청구항 47.

50) *Enfish, LLC v. Microsoft Corp.*, No. 2:12-CV-07360-MRP, slip op. at 8 (C.D. Cal. 2014).

51) *Id.* at 11-12.

52) *Id.* at 13-15.

53) *Enfish*, 822 F.3d, slip op. at 2-3. 사실, 특허 청구항은 매우 넓게 작성되어 있다.

Claim 47. A method for storing and retrieving data in a computer memory, comprising the steps of: configuring said memory according to a logical table, said logical table including:

a plurality of logical rows, each said logical row including an object identification number (OID)

리고 ‘명세서’의 종래기술 부분을 참조하여 자기참조형 테이블과 종래의 ‘관계형’ 모델과의 차이점을 상세히 설명하면서,⁵⁴⁾ 청구항은 ‘컴퓨터의 기능성 자체’에 대한 향상방안을 지향하는 것이라고 판시한다.⁵⁵⁾ 특허발명은 종래 데이터베이스에 비하여 ‘보다 향상된 유연성, 보다 빠른 검색시간 및 보다 소형의 메모리 용량’과 같은 효과를 달성하며, 이는 ‘기존 기술에 관한 향상’이므로 추상적 아이디어를 지향하는 것이 아니라고 판단하였다.⁵⁶⁾

3. *Bascom v. AT&T* (2016년 6월)⁵⁷⁾

특허발명은 인터넷망의 원격서버에서 각 사용자가 요청한 웹사이트에 그 사용자의 메커니즘에 따라 웹사이트의 접속 여부를 결정하여 ‘개별적 맞춤형 필터링’을 제공하는 방법이다.⁵⁸⁾ 지방법원은 특허적격성을 부정하였으나,⁵⁹⁾ CAFC는 *Alice* 단계 ②에서, 청구항 구성요소들의 ‘순서에 따른 조합’에 초점을 맞추어 특허적격성을 긍정하였다.

Alice 단계 ① 관련하여, CAFC는 특허 청구항이 인터넷 콘텐츠를 필터링하는 것을 지향하는 것인데, 이는 오랫동안 주지의 것으로 추상적 아이디어에 해당한다고 판시한다.⁶⁰⁾ 아울러, *Enfish* 사안과는 달리, 대상 청구항의 구체적 한정사항에도 불구하고 추상적 아이디어를 지향하지 않는다고 쉽게 말할 수 없는 바, 청구항의 구체적 한정사항들로 인한 효과는 *Alice* 단계 ②에서 논한다고 하였다.⁶¹⁾

to identify each said logical row, each said logical row corresponding to a record of information; a plurality of logical columns intersecting said plurality of logical rows to define a plurality of logical cells, each said logical column including an OID to identify each said logical column; and indexing data stored in said table.

청구항 47. 컴퓨터 메모리에 데이터를 저장·검출하는 방법으로, 논리테이블에 따라 메모리를 구성하는 단계로, 그 논리테이블은,

각 논리 열을 확인하기 위한 OID를 갖고, 정보의 기록에 대응하는 복수의 논리 열들; 각 논리 행을 확인하기 위한 OID를 갖고, 복수의 논리 셀들을 정의하기 위하여 복수의 논리 열들과 교차하는 복수의 논리 행들; 및 상기 테이블에 저장된 인덱싱 데이터를 포함함.

54) *Id.* at 3-7.

55) *Id.* at 12.

56) *Id.* at 15.

57) *Bascom Global Internet Services, Inc., v. AT&T Mobility LLC*, No. 2015-1763 (Fed. Cir. 2016).

58) 미국 특허 제5,987,606호 청구항 1항.

59) *Bascom v. AT&T*, No. 3:14-cv-03942-M (N.D. Tex. 2015).

60) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 12.

61) *Id.* at 13.

Alice 단계 ② 관련하여, CAFC는 발명적 개념 문제는 “청구항의 구성요소 각각이 종래의 것인지를 인식하는 것으로 끝나는 것이 아니라, 공지의 통상적인 요소들에 관한 ‘비-통상적이고 비-일반적인 배열’에서 발명적 개념을 찾을 수도 있다”고 전제한다.⁶²⁾ 이런 관점에서, 청구항은 네트워크 기술에 기초하여 필터링 시스템을 원격서버에 위치시키면서 사용자 계정 및 그 사용자의 필터링 방책을 연관시킨 점에서, 이러한 구체적인 인터넷 콘텐츠 필터링 방법은 발명적 개념을 갖기에 충분하다고 판시한다.⁶³⁾

또한, 특허 청구항은 콘텐츠 필터링이라는 추상적 아이디어에 관한 ‘구체적이고 고도 특이한 구현’을 청구한 것으로,⁶⁴⁾ 종래 방식에 대한 ‘기술적 향상’을 이룬 것으로 보았다.⁶⁵⁾ 즉, 특허발명은 컴퓨터 시스템 자체의 성능을 향상시킨 ‘소프트웨어’ 기반의 발명으로, 종래의 일률적 방식의 콘텐츠 필터링 문제를 극복하기 위하여 개인별 네트워크 계정에 따른 맞춤형 필터링 방식의 기술-기반의 해결책을 청구한 것으로, 발명적 개념이 인정된다고 결론짓는다.⁶⁶⁾

4. *McRO v. Bandai Namco* (2016년 9월)⁶⁷⁾

특허발명은 3차원 캐릭터의 립-싱크 및 얼굴표정을 자동적으로 애니메이션하는 방법으로,⁶⁸⁾ 키프레임의 설정시기를 결정하고 키프레임을 설정하는 과정에서, 몰프가중치 출력을 결정하는 대사(timed transcript)에 적용되는 ‘규칙들’(rules)을 이용한다.⁶⁹⁾ 이러한 규칙 설정을 통해 종래에 수동적으로 이뤄지던 입술-표정 동기화 작업을 자동화하여 자연스러운 표정과 음성의 연출이 가능하도록 한다.⁷⁰⁾

62) *Id.* at 15.

63) *Id.* at 15-16.

64) *Id.* at 16.

65) *Id.*

66) *Id.* at 18.

67) *McRO, Inc. v. Bandai Namco Games America Inc.*, No. 2015-1080 (Fed. Cir. 2016).

68) 미국 특허 제6,307,576호 청구항 1항.

69) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 9-10 (특허 명세서에는 많은 규칙셋을 예시적으로 설명하는데, 이들 규칙셋은 문맥에 기초하여 비슷한 음소들에 대한 입 위치에서의 차이를 고려하여 보다 현실감 있는 음성을 제공한다.).

70) *Id.* at 5-9 (종래의 애니메이션은 애니메이션 전문가가 각 키프레임에 대한 몰프(morph) 가중치를 ‘수작업’으로 결정하고, 컴퓨터에 의하여 그 몰프가중치에 따라 립-싱크 및 얼굴표정을 구현하였는데, 시간이 많이 소요될 뿐만 아니라 정확하지도 않다는 문제가 있었다. 특허발명은 3차원 캐릭터에 대해 보다 정확하고 현실감 있는 립싱크 및 얼굴표정을 ‘자동적으로’ 구현한 것이다.).

CAFC는 이 사안에서 ‘청구항 해석’이 특허적격성 문제를 해결하는 데 도움을 준다고 전제하고,⁷¹⁾ 청구항의 ‘제1 규칙셋’을 명세서의 기재를 참조하여 해석한 다음⁷²⁾ 대상 청구항이 추상적 아이디어를 지향하는 것이 아니라고 판단하였다. Alice 단계 ① 관련하여, CAFC는 청구항이 음소시퀀스 및 그 시간의 함수로 정의되는 몰프가중치셋 스트림을 각 음소시퀀스에 적용하는 ‘규칙들’로 한정되었으며, 이 규칙들의 구체적 특징으로 인하여, 컴퓨터로 하여금 3차원 캐릭터에서 보다 정확하고 현실감 있는 립싱크 및 얼굴표정을 자동적으로 생성할 수 있도록 한 점에 기술적 향상이 있다고 보았다.⁷³⁾ 아울러, 청구항의 ‘규칙들’은 종래에 애니메이션(전문가)에 의하여 사용된 것과 동일하지 않은 바, 그것이 범용 컴퓨터에서 처리된다고 하더라도, 그 규칙들과 결합하여 애니메이션 작업을 자동화하여 ‘기존 기술공정을 향상’시킨 것이라 인정한다.⁷⁴⁾

5. *Amdocs v. Opnet Telecom* (2016년 11월)⁷⁵⁾

특허발명은 네트워크 사용정보 및 과금정보를 처리하는 것이다.⁷⁶⁾ 지방법원은 모든 청구항에 대해 특허적격성이 없다고 판시하였지만, CAFC 다수의견은 Alice 단계 ②에서 이들 모두에 대해 특허적격성을 긍정하였고, 소수의견은 일부 청구항에 대해서만 그리 보았다. 그렇게 결론이 갈린 것은 특허적격성 판단에서 청구항 해석에 관한 미국 특허법 제112(f)조의 적용 여부에 대한 관점을 달리하였기 때문이다.

(1) 다수의견

대상 특허(‘065 특허)의 발명은 네트워크-기반의 플랫폼에서 네트워크 과금 데이터기록을 개선(enhance)하는 것이다.⁷⁷⁾ CAFC 다수의견은 특허시스템에 이용된 장치들의 기능과 구성에 대해 명세서의 기재내용을 상세히 참조하면서,⁷⁸⁾ 지

71) *Id.* at 18.

72) *Id.* (‘제1 규칙셋’은 “다수의 순차적인 음소들로 구성된 서브-시퀀스를 평가하는 규칙들”로 한정되며, “제1 규칙셋에 대한 복수의 서브-시퀀스들을 평가하여 중간 몰프가중치셋 및 전이 파라미터를 생성”한다고 해석하였다.).

73) *Id.* at 21-22.

74) *Id.* at 24.

75) *Amdocs (Israel) Limited v. Opnet Telecom, Inc.*, No. 2015-1180 (Fed. Cir. 2016).

76) 이 사건에서 4건의 특허(미국 특허 제7,631,065호, 제7,412,510호, 제6,947,984호 및 제6,836,797호)가 다루어졌는데, 이들은 모두 미국 특허출원 제09/442,876호의 계속출원에 기초한 것이다.

77) 미국 특허 제7,631,065호 청구항 1항.

78) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 3-4 (명세서에는 네트워크 서비스 제공자로 하여금 IP 통

방법원에서 있었던 ‘청구항 해석’에 근거하여 ‘개선’이라는 용어가 ‘분산방식의 적용’에 관한 것이라고 인정하였다.⁷⁹⁾

CAFC는 대상 청구항이 ‘두 네트워크의 과금기록을 연관시켜 제1기록을 개선’한다는 추상적 아이디어를 지향한다고 하더라도 ‘명세서’를 참조하여 청구항의 전체 조합으로 볼 때 ‘분산형 구조’에 따른 발명적 개념이 인정된다고 결론지었다.⁸⁰⁾ CAFC는 대상 청구항이 방대한 데이터 흐름이라는 기술과제에 대한 독특한 기술적 해결책, 즉 분산형 구조의 데이터 처리방안을 제시한 것으로,⁸¹⁾ 그 해결에 있어서 범용의 컴퓨터 요소들을 사용하지만, 그러한 범용요소들이 독특한 방식으로 동작하여 ‘컴퓨터 기능성(functionality)의 향상’을 달성한다고 보았다.⁸²⁾ 아울러, 그 외 세 특허의 청구항들 또한 ‘분산형’ 구조에 의존하는 것으로 해석하면서, 위와 마찬가지로 이유로 발명적 개념을 인정하였다.⁸³⁾

(2) 소수의견

다수의견은 ‘명세서’에 의존하여 대상 청구항의 특징이 ‘분산형 구조’의 사용이라고 해석하면서 특허적격성을 긍정하였다. 소수의견도 명세서에는 분산형 구조의 종래기술에 비한 향상을 설명한다는 점을 인정하였다.⁸⁴⁾ 그러나 “특허적격성 문제는 명세서가 아니라 ‘청구항’ 자체가 추상적 아이디어를 지향하는지, 가령 그렇다면 그 아이디어 자체를 넘어 의미 있는 무엇으로 평가하기에 충분한 구조적·절차적 한정사항을 언급하는지 여부를 판단하는 것”이라 지적하면서, 다수의견의 관점을 비판하였다.⁸⁵⁾

이런 측면에서, 소수의견은 ‘065 특허의 청구항이 높은 수준으로 ‘기능적으로’ 기재되어 있을 뿐 그 기능을 어떻게 구현하는지에 관한 ‘특정의 수단’(구조나 절차)으로 한정되지 않았다는 이유로, 특허적격성을 부정하였다.⁸⁶⁾ 한편, ‘510 특허

신망에 대해 과금을 할 수 있는 시스템을 설명하며, 그 시스템은 다수의 장치들(네트워크 장치들, ISM(Information Source Modules), 수집기들(gatherers), CEM(Central Event Manager), 데이터 베이스, 사용자 인터페이스 서버 및 고객 터미널 등)을 구비한다.)

79) enhance: “to apply a number of field enhancements in a distributed fashion.”

80) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 21.

81) *Id.* at 22 (종래에는 모든 네트워크 정보가 중앙서버로 흘러들어 네트워크 장치들로부터의 방대한 기록 흐름을 따라잡기가 어려웠는데, 당해 청구항의 분산형 구조로 인하여 네트워크 병목현상을 해소하면서도 중앙서버로부터 데이터를 접근할 수 있도록 하는 이점이 있다.)

82) *Id.* at 23.

83) *Id.* at 27, 30, 32.

84) *Id.* at 12.

85) *Amdocs*, No. 2015-1180, dissenting op. at 2, 12-13.

86) *Id.* at 14-15.

에 대해서는,⁸⁷⁾ 청구항 자체에 분산형 구조가 ‘충분히’ 언급되어, 네트워크 과금정보에 관한 특정의 방식으로 한정되었으므로, 특허적격성을 갖는다고 판단하였다.⁸⁸⁾

6. *Thales v. U.S.* (2017년 3월)⁸⁹⁾

특허발명은 이동기준프레임에 대한 물체의 상대적인 이동을 추적하는 관성추적시스템이다.⁹⁰⁾ 지방법원은 *Alice* 테스트가 ‘청구항’ 자체에 관한 것이라고 전제하고, 청구항에 기재된 사항을 보통의 의미로 해석하였다. 그 결과, 항법 관련 자연법칙과 결합하여 두 이동물체를 추적하는 것은 추상적 아이디어로서 발명적 개념을 찾을 수 없다고 판단하였다.⁹¹⁾ 그러나 CAFC는, 청구항을 ‘명세서’의 관점에서 보다 구체적으로 해석한 다음⁹²⁾ 종래기술과 대비한 이점에 기초하여,⁹³⁾ 추상적 아이디어를 지향하는 것이 아니라고 판단하여, 상반된 결론을 내렸다.

CAFC는 미국 특허법 제112(f)조를 적용하여, 청구항의 ‘판단단계’가 명세서에 개시된 바에 따라 “관성센서들의 신호들에 기초하여 물체의 회전을 판단한다”고 해석하면서,⁹⁴⁾ 대상 청구항은 관성센서를 이용하여 이동플랫폼 상 물체를 보다 효과적으로 추적하는, 물리학을 응용한 ‘새롭고 유용한 기술’을 지향한다고 판시한다.⁹⁵⁾

87) 미국 특허 제7,412,510호 청구항 16항.

88) *Amdocs*, No. 2015-1180, dissenting op. at 18 (‘510 특허의 청구항은 “네트워크 정보가 구체적인 소스(즉, 복수의 레이어에서 복수의 장치들)로부터 수집하고, 분산형 시스템이 그 수집된 정보들을 필터링/종합한 다음 그 처리된 정보가 분산방식으로 개선한다”고 기재되어 있음을 들면서, ‘065 특허의 청구항과는 달리, 복수의 네트워크를 통하여 분산방식으로 동작하는 것으로 한정되었다고 설명한다.).

89) *Thales Visionix Inc. v. U.S.*, No. 2015-5150 (Fed. Cir. 2017).

90) 미국 특허 제6,474,159호 청구항 22항.

91) *Thales Visionix Inc. v. U.S.*, No. 1:14-cv-00513-TCW (Fed. Cir. 2015) (지방법원은 명세서의 구체적인 내용은 이 분석에서 무관하다고 전제하고, 특허권자가 명세서의 다이어그램 및 배경기술의 내용을 참조하거나 청구범위를 좁혀 해석하려는 시도를 배척하였다.)

92) *Thales*, No. 2015-5150, slip op. at 3 (CAFC는 명세서를 참조하여 청구항을 다음과 같이 해석하였다: 관성센서들이 종래와 같이 지구와 관련한 관성변화를 측정하는 것이 아니라, 플랫폼(예: 차량) 관성센서가 플랫폼 프레임 내의 중력장을 직접 측정하고, 물체(예: 헬멧) 관성센서는 이동플랫폼의 프레임에 대한 위치정보를 계산한다.).

93) *Id.* at 3-4 (CAFC는 특허발명이 종래기술에 비하여 다음과 같은 이점이 있다고 인정하였다: ① 관성센서가 이동프레임 상의 추적대상 물체를 보다 정확하게 측정할 수 있다; ② 이동플랫폼 자체의 회전이나 위치를, 별도의 하드웨어 없이도, 독립적으로 판단할 수 있다; ③ 모든 시스템이 이동플랫폼 내에 장착되어 보다 간단히 설치할 수 있다.).

94) *Id.* at 9.

95) *Id.* at 10.

IV. *Alice* 테스트에 기초한 특허적격성 판단기준

추상적 아이디어와 관련한 청구항이 특허적격성을 인정받기 위해서는 그것이 ‘실제적 응용’을 가져야 한다는 기준은 *Benson* 대법원 판결 이래로 일관된 기준이다.⁹⁶⁾ 대상 6개 판례에서, 컴퓨터 구현 발명에서의 실제적 응용의 문제는 ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 여부로 판단된다. 이와 같이, 컴퓨터 분야에서의 특허적격성은 ‘기술적 측면’에 중점을 둔다.

1. *Alice* 단계 ① 및 ②의 관계

Alice 대법원은 청구항의 구체적인 한정사항들을 *Alice* 단계 ②에서 고려하여, 그것이 ‘발명적 개념’을 구성하기에 충분한지를 물었다.⁹⁷⁾ 그래서 *Alice* 판결 후에 법원은 *Alice* 단계 ①에서 청구항의 구체적인 한정사항에 구애받지 않은 채 청구항이 추구하는 ‘목적 내지 요점’을 넓게 개념화하여 단순화시킨 다음 널리 추상적 아이디어를 지향한다고 보고 *Alice* 단계 ②로 넘어가는 경향이 있었다.⁹⁸⁾ 그러나 CAFC는 *Enfish* 판결에서 이러한 실무경향을 질책하면서, *Alice* 단계 ①에서도 청구항의 한정사항을 주의깊게 검토하여야 함을 강조하였다.⁹⁹⁾ 다만, 청구항이 지향하는 바를 특징짓기 어려운 경우에는 *Alice* 단계 ②로 넘어가서 발명적 개념 관점을 다루게 된다.¹⁰⁰⁾

96) *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63, 71-71 (1972) (“The mathematical formula involved here has no substantial practical application except in connection with a digital computer, which means that . . . the patent would wholly pre-empt the mathematical formula and in practical effect would be a patent on the algorithm itself.”).

97) Jasper L. Tran, *supra*, at 532.

98) See e.g., *Enfish, LLC v. Microsoft Corp.*, No. 2:12-CV-07360-MRP, slip op. at 8 (C.D. Cal. 2014) (“Courts should recite a claim’s purpose at a reasonably high level of generality. Step one is a sort of ‘quick look’ test, the purpose of which is to identify a risk of preemption and ineligibility.”); *Open Text S.A. v. Box, Inc.*, 78 F.Supp.3d 1043, 1046 (N.D. Cal. 2015) (“In evaluating the first prong . . . the Court distills the gist of the claim.”).

99) Mark Lemley 교수는 “*Alice* 대법원은 컴퓨터 기능성의 향상 문제를 *Alice* 단계 ②에서 다루었지만, *Enfish* CAFC는 이를 *Alice* 단계 ①로 옮겨 놓았는데, 대법원이 이러한 CAFC 입장에 동의하지 않을 것”이라는 부정적인 전망을 내 놓았다(Richard Lloyd, *Some hope for software patents in the US after the CAFC’s Enfish decision, but this is no game-changer*, Intellectual Asset Management Blog (May 13, 2016)).

100) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 18 (“[I]n other cases involving computer-related claims, there may be close calls about how to characterize what the claims are directed to. In such cases, an analysis of whether there are arguably concrete improvements in the recited

한편, *Alice* 단계 ①에서 청구항 발명이 추상적 아이디어를 ‘지향’하는 것이 아니라고 판단되면, 더더욱 추상적 아이디어를 ‘청구’하는 것이라 볼 수 없는 바 그 자체로 특허적격성 요건을 만족한다고 볼 수 있다. 따라서 그와 같은 경우 *Alice* 단계 ②로 나아가 판단할 필요도 없이 특허적격성이 긍정된다.¹⁰¹⁾

2. *Alice* 단계 ① 판단기준

Alice 단계 ①은 청구항이 지향하는 아이디어가 추상적인지를 확인한다. 그런데 *Alice* 대법원은 추상적 아이디어가 무엇인지에 대한 명확한 기준을 제시하지 않았다.¹⁰²⁾ 그래서 하급심 법원은 거의 반사적으로 소프트웨어 관련 청구항을 추상적인 것으로 보는 경향이 있었다.¹⁰³⁾ 그러나 CAFC는 *Enfish* 판결에서 이러한 종래의 실무경향에 경종을 울리면서,¹⁰⁴⁾ *Alice* 단계 ①에서 청구항의 구체적 한정사항을 기초로 ‘컴퓨터 기능성의 향상’이 있는지를 판단하여야 한다는 기준을 제시하였다.

(1) 청구항의 추상화 수준

청구항의 아이디어를 ‘넓게 또는 좁게’ 정의하느냐에 따라 특허적격성의 운명이 갈린다. 가령 어떤 발명을 높은 수준으로 일반화시켜 ‘요점’으로 파악한다면 추상적 아이디어를 지향한다는 결론이 날 가능성이 높아진다.¹⁰⁵⁾ 문제는 ‘추상성

computer technology could take place under step two.”); *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 13 (CAFC는 대상 청구항의 구체적 한정사항에도 불구하고 비-추상적 아이디어를 지향하는 것이라 쉽게 말할 수 없다고 전제하고, 그로 인한 효과를 *Alice* 단계 ②에서 논하였다.).

101) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 18; *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 27.

102) *Alice*, 134 S.Ct. at 2357 (“We need not labor to delimit the precise contours of the ‘abstract ideas’ category in this case.”). 그러면서, 대상 청구항에 있는 ‘전자적 수행에 관한 여러 한정사항들’에도 불구하고, 간단히 ‘중재정산’에 관한 추상적 아이디어를 지향한다고 판시하였다.

103) Joseph Casino & Benjamin Daniels, *What Courts Are Saying About Software Patents Post-Enfish*, Law360 Blog (Aug. 9, 2016).

104) James Yang, *Ordered combination of software steps is patent eligible*, OC Patent Lawyer Blog (Aug. 25, 2016).

105) Michael Renaud, Courtney Quish, Sean Casey, and Matthew Karambelas, *Patentability of Software Post-Alice: How Do Courts Determine Whether an Idea is Abstract?*, Mintz Levin Intellectual Property Advisory (Dec. 1, 2015). See e.g., *Cogent Med., Inc. v. Elsevier Inc.*, No. C-13-4479 (N.D. Cal. 2014) (피고는 청구항의 개념을 넓게 해석한 반면 특허권자는 좁게 특정화 하였는데, 지방법원은 피고보다도 더 넓게 해석하여 특허적격성이 없다는 결론을 내렸다.); *Open Text S.A. v. Box, Inc.*, 78 F.Supp.3d 1043, 1046 (N.D. Cal. 2015) (“In evaluating the first prong of the *Mayo/Alice* test, which looks to see if the claim in question is directed at an abstract idea, the Court distills the gist of the claim.”).

의 상대적인 척도'를 어느 정도로 볼 것인가 하는 점이다.¹⁰⁶⁾ CAFC는 *Enfish* 판결에서 청구항을 너무 높은 수준으로 추상화 또는 일반화하는 것은 잘못이라고 지적하였고,¹⁰⁷⁾ *McRO* 판결에서도 청구항을 너무 단순화 하여 구체적 한정사항을 무시하지 않아야 한다는 점을 재확인하였다.¹⁰⁸⁾

특허적격성 있는 물리적 제품이나 동작에 관한 발명들도 자연법칙 또는 추상적 아이디어를 어느 정도 사용하거나 반영한다.¹⁰⁹⁾ 따라서 *Alice* 단계 ①은 청구항이 추상적 아이디어를 단지 '포함'하느냐의 여부가 아니라 청구항의 특징 전체로서 추상적 아이디어를 '지향'하는지의 문제이다.¹¹⁰⁾

(2) 컴퓨터 기능성의 향상 여부

청구항 발명에 의한 '컴퓨터 기능성의 향상' 또는 '기존 기술의 향상'의 문제는 대개 *Alice* 단계 ②에서 다루어졌는데, CAFC는 *Enfish* 판결에서 이를 단계 ①에서 판단하였으며,¹¹¹⁾ *McRO* 판결에서도 마찬가지이다.¹¹²⁾ 즉, 청구항 발명이 컴퓨터 기능성의 구체적인 향상을 추구하는 것인지, 아니면 컴퓨터가 종래의 경제실무를 수행하는 데 단순히 도구로 사용된 것인지를 판단하는 것인지를 물었다.¹¹³⁾ 이 때 명세서의 종래기술과 대비한 효과가 중요한 역할을 담당하였다.¹¹⁴⁾

가령 '컴퓨터를 이용한 자동화'가 기존 정보를 새로운 형태로 체계화하는 것 또는 기본 경제실무를 단순히 수행하는 것이라면 컴퓨터가 종래의 행위를 자동화하는 단순 '도구'로 사용된 것으로 추상적 아이디어를 지향하는 것에 해당한

106) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 20.

107) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 14. 다만, *Enfish* 판결 후에도 '요점 접근법'을 적용한 CAFC 판결도 있는 바, 현재로서는 그에 관한 판단기준이 정립되었다고 볼 수는 없다. See e.g., *Blue Spike v. Google*, No. 2016-1054 (Fed. Cir. 2016) (지방법원은 *Alice* 단계 ①에서 청구항의 '요점' 관점에서 추상적 아이디어를 지향한다고 판시하였는데, CAFC는 별도의 의견 없이 그 판시를 그대로 인용하였다.).

108) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 21.

109) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1293 ("For all inventions at some level embody, use, reflect, rest upon, or apply laws of nature, natural phenomena, or abstract ideas.").

110) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 10; *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 21.

111) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 10-11.

112) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 27.

113) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 11-12 ("[T]he first step in the *Alice* inquiry in this case asks whether the focus of the claims is on the specific asserted improvement in computer capabilities . . . or, instead, on a process that qualifies as an 'abstract idea' for which computers are invoked merely as a tool.").

114) Steve Shumaker & Al Vredevel, *Specific Improvements to Computer-related Technology Are Not Abstract Under Alice §101 Framework*, Shumaker & Sieffert Publications (May 16, 2016).

다.¹¹⁵⁾ 하지만, 종래에 사람에 의하여 수행되던 것과 다른 ‘새로운 방식’을 소프트웨어로 구현하여 컴퓨터로 자동화 하는 것은 기존 방식의 향상에 해당할 수 있다.¹¹⁶⁾ 다만, 청구항의 ‘새로운 방식’이 가령 금융서비스와 같은 소위 ‘영업방법’ 측면이라면, 그것이 컴퓨터에서 수행되더라도 추상적 아이디어의 범주를 벗어나기 어려울 것이다.¹¹⁷⁾

3. Alice 단계 ② 판단기준

Alice 단계 ②는 청구항의 한정사항을 개별적으로, 그리고 전체적으로 고려하여, 추상적 아이디어에 추가된 한정사항이 그 청구항을 특허적격성 있는 응용으로 만들기에 충분한 발명적 개념을 갖는지를 판단한다.¹¹⁸⁾ 다시 말하면, 청구항이 추상적 아이디어 자체를 넘어 ‘의미 있는 무엇’으로 평가되기에 충분한 실질적 한정사항, 즉 ‘발명적 개념’을 갖는지 여부를 판단한다.¹¹⁹⁾

(1) 청구항을 전체적으로 평가

Bascom 판결은 Alice 단계 ②의 발명적 개념과 관련하여, 청구항 구성요소들의 ‘순서에 따른 조합’에 특히 초점을 맞추었다. ‘발명적 개념’을 파악할 때 청구항 한정사항들을 개별적으로만 볼 것이 아니라 ‘순서에 따른 조합’ 그 전체로 분석하여야 하며,¹²⁰⁾ 공지의 통상적인 요소들에 관한 ‘비-통상적이고 비-일반적인 배열’에서 발명

115) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 25.

116) *Id.* at 24.

117) *See Netflix, Inc. v. Rovi Corp.*, No. 4:11-cv-06591-PJH (N.D. Cal. 2015) (대상 청구항은 영화를 분류함에 있어서 코미디, 드라마와 같은 ‘단순’ 카테고리를 이용하는 것이 아니라 예컨대, 스포츠 드라마, 로맨틱 코메디 등과 같은 ‘조합’ 카테고리를 이용하여 영화를 분류할 수 있도록 한다. 지방법원은 청구항이 지향하는 추상적 아이디어는 영화를 분류하는 데 조합 카테고리를 사용하는 것이며, 가령 그것이 출원 당시 전적으로 ‘신규한’ 것이라 하더라도 추상적인 것임에는 변함이 없다고 판시한다. 그러면서, 추상적 아이디어의 신규함은 ‘발명적 개념’의 판단에서 중요하지 않다고 지적한다.); *Integrated Technological Systems, Inc. v. First Internet Bank of Indiana*, No. 2:16-CV-00417-JRG-RSP, slip op. at 7 (E.D. Tex. 2017) (“It is possible, however, that ‘[a] novel abstract idea is still an abstract idea.’ . . . Comparing the claims of the patents-in-suit to claims assessed under §101 in past cases reveals that the concept to which the claims are directed is remarkably similar to the category of claims most susceptible to conquest by §101 those involving ‘fundamental economic and conventional business practices.’ Such claims are ‘often found to be abstract ideas, even if performed on a computer.’”).

118) *Alice*, 134 S.Ct. at 2355.

119) *Id.* at 2354-55.

120) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 11 (quoting *Alice*, 134 S.Ct. at 2355).

적 개념을 찾을 수 있다고 실시하였다.¹²¹⁾

(2) 컴퓨터 기능성의 향상 여부

Alice 단계 ②에서 청구항이 발명적 개념을 갖기 위해서는 추상적 아이디어에 부가된 특징들이 ‘주지의 일상적인, 종래의 행위’ 그 이상이어야 한다.¹²²⁾ *Alice* 단계 ②에서는 단계 ①에 비하여 청구항의 한정사항을 보다 면밀하게 분석하여, 청구항이 지향하는 추상적 아이디어에 대한 구체적인 구현으로 기술적 향상을 이루었는지, 기술-기반의 해결책인지의 여부를 검토한다. 아울러, 종래기술의 문제점과 관련하여 해결하고자 하는 기술과제 및 그로 인한 효과가 무엇인지를 탐구한다.

DDR 판결은 종래의 컴퓨터 네트워크 기술에 존재하던 기술과제를 극복하기 위하여 ‘컴퓨터 기술’에 기반을 두고 ‘인터넷과의 상호작용’에 관한 구체적인 방식이라는 점에서 발명적 개념을 긍정하였다.¹²³⁾ *Bascom* 판결에서 대상 청구항은 콘텐츠 필터링이라는 추상적 아이디어에 관한 ‘구체적이고 특이한 구현’을 청구한 것으로, 종래기술에 비한 ‘기술적 향상’을 이루었으며,¹²⁴⁾ 그러므로 발명적 개념을 인정하기에 충분하다고 보았다.¹²⁵⁾ *Amdocs* 판결에서는 대상 청구항이 방대한 데이터 흐름에 따른 기술과제에 대해 분산방식의 데이터 처리라는 독특한 기술적 해결책을 제시한 것으로, 그 해결책은 ‘컴퓨터 기능성의 향상’을 달성한다고 판시하였다.¹²⁶⁾

한편, *Enfish* 사건의 지방법원은 ‘체스게임’ 프로그램을 예로 들면서, 컴퓨터를 이용하여 종래의 방식에 비해 ‘보다 빨리 또는 효율적으로’ 수행하는 것만으로 부족하지만, 컴퓨터 수행과정에서 ‘동적 메모리 할당’과 같이 컴퓨팅 과제에 대한 새로운 해결책을 창설한다면 발명적 개념을 충족시킬 수 있다고 설명하였는데,¹²⁷⁾ 참고할 만하다.

121) *Id.* at 15 (CAFC는 지방법원이 청구항의 한정사항을 ‘개별적으로’ 검토하여 그것만으로 특허적격성을 부정하는 실무를 질책하였다.).

122) *Mayo*, 132 S.Ct. at 1298.

123) *DDR*, No. 2013-1505, slip op. at 22-23.

124) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 16.

125) *Id.* at 18.

126) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 22-23.

127) *Enfish*, No. 2:12-CV-07360-MRP, slip op. at 20-22 (① 제1 프로그램은 ‘brute force’ 방식, 즉 체스 말들(pieces)의 여러 움직임을 테스트하여 최선의 것을 결정하는 것인데, 이는 체스 플레이어들이 오랫동안 사용한 방식으로, 컴퓨터가 인간에 비하여 보다 ‘빨리’ 계산할 수 있다는 것만으로는 특허적격성을 인정받기에 충분하지 않다; ② 제2 프로그램은 킹(king)의 안전성,

4. Alice 단계 ① 및 ②의 분석방법의 수렴: 컴퓨터 기능성의 향상

Alice 대법원은 소프트웨어 청구항이 컴퓨터 자체의 기능성을 향상시키거나 기술적 측면의 향상이 있으면 특허적격성을 가질 수 있음을 시사한 바 있었는데, 이를 Alice 단계 ②와 관련하여 언급하였다.¹²⁸⁾ 그러나 CAFC는 *Enfish* 판결에서 Alice 대법원이 ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 측면을 반드시 Alice 단계 ②에서 고려하여야 한다고 판시한 것은 아니라고 보고,¹²⁹⁾ 이를 발명적 개념을 찾는 Alice 단계 ②가 아니라 추상적 아이디어를 지향하느냐를 묻는 Alice 단계 ①에서 다루었다.¹³⁰⁾ 한편, 컴퓨터 구현 청구항이 추상적 아이디어를 지향하는 것이 아니라고 명확히 말할 수 없으면, 청구항의 한정사항들로 인한 효과는 Alice 단계 ②에서 보다 구체적으로 검토하게 되는데,¹³¹⁾ 발명적 개념은 기술과제에 대한 기술적 해결책으로, ‘컴퓨터 기능성의 향상’을 달성하는 지로 판단된다.¹³²⁾ 따라서 Alice 단계 ① 또는 ②에서 특허적격성을 긍정하는 근거는 ‘컴퓨터 기능성의 향상’으로 귀결되며, 결과적으로 이들의 분석방법이 수렴하게 되었다.¹³³⁾ 다만, Alice 단계 ②에서는 청구항 구성요소들을 ‘보다 면밀하게’ 검토하게 된다.¹³⁴⁾

말들의 발전성 및 각 측 잔여 말의 수 등 다양한 요인을 고려하여 말들의 이동을 판단한다. 체스 플레이어들은 예전에도 말들의 위치를 평가하는 데 이들 요인을 이용하였는 바, 체스 게임의 기본 아이디어를 컴퓨터에 적용한 것에 불과하다. 컴퓨터가 인간에 비하여 보다 ‘효율적으로’ 아이디어를 적용할 수 있다는 것만으로는 특허적격성을 충족하기에 부족하다; ③ 제3 프로그램은 제2 프로그램과 같이 다양한 요인들을 평가하여 말들의 이동을 결정하면서, 각 요인 별로 그 중요도에 따라 메모리 용량을 달리 할당하고, 게임의 각 단계마다 메모리를 재할당한다. 당해 청구항은 ‘동적 메모리 할당’이라는 컴퓨팅 개념, 즉 메모리 부족이라는 컴퓨터 특유의 문제를 해결한 것으로, 이와 같이 체스 아이디어 및 컴퓨팅 개념의 조합은 특허적격성 있는 발명을 구성한다.).

128) *Alice*, 134 S.Ct. at 2359 (“The method claims do not, for example, purport to improve the functioning of the computer itself. Nor do they effect an improvement in any other technology or technical field.”).

129) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 11 (그러면서, 실제로 컴퓨터 기술에서의 향상으로 의심할 나위 없이 추상적이지 않은 청구항들도 많이 있다고 지적한다. 종전 판례들에서 그것이 Alice 단계 ②에서 주로 다루어진 것은 대부분의 사건에서 대상 청구항이 추상적 아이디어를 지향하는 것이 명확하여 Alice 단계 ①을 굳이 자세히 논할 필요가 없었기 때문이라 보았다.).

130) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 10-11.

131) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 13

132) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 22-23.

133) 다만, ‘컴퓨터 기능성의 향상’이 무엇인지를 보는 시각에서는 CAFC 판사들 간에 시각 차이가 있는 것 같다. Stephen A. Marshall, *Enfish and TLI: A Study of the CAFC’s Recent Section 101 Opinions*, Fish’s Litigation Blog (May 31, 2016) (예컨대, *Enfish* 판결의 선고 후 5일 후에 *TLI* 판결(*TLI Comm’n v. AV Automotive LLC*, 823 F.3d 607 (Fed. Cir. May 17, 2016))이 나왔는데, *Enfish* 판결에서 제시한 판단기준을 그대로 채용하였다. 그러나 그들 발명의 사실적 유사성에도 불구하고, 그 결론은 정반대로 나왔다. *Enfish* 판결은 소프트웨어 ‘알고리즘’에 초점을 맞춘 반면 *TLI* 판결은 ‘하드웨어 구조’에 초점을 맞춘 것 같다.).

컴퓨터 구현 발명의 특허적격성 판단에서 ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 여부를 판단 요소로 하고, 해결하고자 하는 과제 및 해결책이 ‘기술적’인지를 묻는다. 이와 같은 CAFC 판례들의 관점에서, 적어도 컴퓨터 분야에서는 소위 ‘기술분야 테스트’를 수용한 것이라고 보는 견해도 있다.¹³⁵⁾ ‘기술분야 테스트’는 특허적격성 요건을 만족하기 위해서 대상 청구항이 ‘기술분야’ 내에 들어야 한다는 것으로, 현재는 (미국에서는) 사장된 이론이다.¹³⁶⁾ 그러나 CAFC의 Mayer 판사는 2008년 *Bilski* 사건의 CAFC 전원합의체 판결에서 소수의견을 내면서, 과학이나 기술에 관한 것을 청구하여야 특허적격성이 인정된다는 ‘기술분야 테스트’를 주창한 바 있으며,¹³⁷⁾ *Alice* 대법원도 사실상 특허적격성에 대한 ‘기술분야’ 테스트를 설정한 것이라 주장하였다.¹³⁸⁾ Mayer 판사에 따르면, 청구항 발명이 특허적격성을 가지려면, 과학원리와 자연법칙에 관한 기술적 응용이어야 하며, 자연과학이 아니라 영업·법률·사회학·심리학 등과 같은 학문에서 도출된 원리를 응용한 것은 ‘비

134) *Elec. Power Grp., LLC v. Alstrom S.A.*, No. 15-1778, slip op. at 9 (Fed. Cir. 2016) (“When we turn to stage two of the *Alice* analysis and scrutinize the claim elements more microscopically, . . .”); *FairWarning IP, LLC v. Iatric Systems, Inc.*, No. 2015-1985, slip op. at 9 (Fed. Cir. 2016).

135) Jasper L. Tran, *supra*, at 532 (컴퓨터 구현 청구항의 특허적격성을 판단하는 *Alice* 테스트에 대한 CAFC 판례의 입장에 따르면, CAFC와 대법원에서 거부된 바 있었던 종래의 ‘기술분야 테스트’와는 달리, 특허 ‘전체로서’ 기술분야에 드는지 여부가 아니라 ‘컴퓨터 기술 자체에 대한 향상’이 있는지 여부를 묻는데, 이는 기술분야 테스트의 ‘변종’으로 보인다.); Gregory A. Castanias, David M. Maiorana, and Matthew W. Johnson, *Alice Corp. v. CLS Bank: Did the Supreme Court Sign the Warrant for the ‘Death of Hundreds of Thousands of Patents’*, Jones Day Publications, p. 4 (June 2014) (*Alice* 판결은 보다 의미 있는 기술적 기반을 갖는 청구항은 보다 특허적격성이 있을 것임을 시사한 것으로, 기술분야 테스트를 일부 수용한 것이다.); Steve Lundberg, *Federal Circuit finally meets a software patent it can love: DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, et al.*, Patents4software Blog (Dec. 11, 2014) (*DDR* 판결은 소프트웨어 발명의 선행기술과 비교한 향상이 그 성질상 ‘기술적’이라면 특허적격성을 만족한다는 ‘기술분야 테스트’를 적용한 것이다.); Michael Borella, *Technical Tools and Problems: Going Beyond the Two-Prong Alice Test*, Patentdocs Blog (Aug. 21, 2016) (특허적격성은 청구항 발명의 해결하고자 하는 과제가 그 성질상 ‘기술적’인지의 문제이다.).

136) 기술분야 테스트는 1970년대 CCPA가 일부 채용한 적도 있었지만(*In re Musgrave*, 431 F.2d 882 (CCPA 1970)), 일반적으로 용인되는 접근법은 아니다. 더욱이, 2008년 *Bilski* 사건에서 CAFC 전원합의체는 ‘기술분야 테스트’는 그간 대법원에서 채택된 바 없었을 뿐만 아니라 판단기준이 모호하고 불명확하다는 이유로 이를 명시적으로 배척하였다(*In re Bilski*, 545 F.3d 943, 960 (Fed. Cir. 2008) (*en banc*)).

137) *In re Bilski*, 545 F.3d at 1008-09.

138) *I/P Engine v. AOL*, No. 2013-1307, Mayer op. at 1-2 (Fed. Cir. 2014) (*Alice* 대법원이 정산위험을 완화하기 위한 컴퓨터-구현 시스템은 컴퓨터 자체의 기능을 향상시키는 것도 아니며 다른 기술분야에서의 향상도 가져오는 것이 아니라는 이유로 제101조 규정을 만족하지 못한다고 결론지었는 바, 과학기술에서 의미 있는 진보와는 무관한 추상적 아이디어는 특허로 보호받을 자격이 없다고 본 것이라고 해석하였다.). See also *DDR*, No. 2013-1505, dissenting op. at 4.

-기술적'인 것으로 이는 특허적격성에 도움이 되지 않는다고 설명하였다.¹³⁹⁾

비록 영업방법 청구항이 소기의 결과를 달성하기 위하여 컴퓨터와 같은 기술을 사용하기도 하지만, 청구항 방법의 혁신적인 측면이 기술적인 것이 아니라 사업적인 것이라면 컴퓨터로 구현된다는 것만으로는 특허를 받을 수 없다.¹⁴⁰⁾ 따라서 기술분야 테스트가 특허적격성 판단을 위한 일반론으로서는 수용하기 어렵다고 하더라도, 적어도 컴퓨터 구현 발명에 대해서는 유용한 테스트의 하나라 생각된다.

한편, 청구항의 과제와 해결책이 '기술적'인지 아닌지, 그 사이를 경계 짓는 것도 쉽지 않은 과제이다. 청구항 발명의 목적을 넓게 일반화시키면 궁극적으로는 영업 목표(예: 보다 빨리, 좋게, 싸게, 편리하게 등)를 해결하고자 하는 것이다.¹⁴¹⁾ 그러나 이를 해결하는 데 범용 컴퓨터 기술을 단순히 적용하는 것만으로는 특허적격성을 인정받기 어렵다. 다만, DDR 판결은 궁극적으로는 '판매 증대'라는 사업상 과제에 관한 것이지만, 인터넷 웹-사이트에 직면한 문제를 해결하기 위하여 복합 웹-페이지의 생성을 자동화하는 '구체적 방식'을 제시한 점에서 발명적 개념을 인정받았던 점은 참고할 만하다.¹⁴²⁾ 따라서 청구항의 과제를 지나치게 넓게 관념화 하는 것은 삼가야 하며, 그 해결책을 보다 구체적으로 파악할 필요가 있다.

V. 대상 CAFC 판결들에 따른 시사점

앞서 살펴 본, 특허적격성을 긍정한 CAFC 판결들에 따른 시사점을 요약하면 다음과 같다: ① 특허적격성 판단에서 소프트웨어와 하드웨어 간에 본질적 차이가 없다는 점, ② 소프트웨어 청구항에 대해 기능식 청구항 해석 규정을 적극적으로 적용하는 점, 및 ③ 특허발명의 기술적 향상 여부를 명세서의 종래기술과 구체적으로 대비·판단하는 점.

139) *In re Bilski*, 545 F.3d at 1009-10 ("A claimed process is technological to the extent it applies laws of nature to new ends. . . . By contrast, a process is non-technological where its inventive concept is the application of principles drawn not from the natural sciences but from disciplines such as business, law, sociology, or psychology."); *See also I/P Engine*, No. 2013-1307, Mayer op. at 3-4.

140) *In re Bilski*, 545 F.3d at 1002; *DDR*, No. 2013-1505, dissenting op. at 7 (Mayer 판사는 대상 청구항이 범용 컴퓨터에 의하여 구현된 '판매 증대'에 관한 추상적 아이디어를 청구한 것으로, 고객의 주의를 유지하고자 하는 개념은 기술적인 것이 아니라 사업적인 것으로, 특허적격성이 인정되어서는 안 된다고, 다수의견과는 다른 결론을 내렸다.).

141) Michael Borella, *Technical Tools and Problems: Going Beyond the Two-Prong Alice Test*, Patentdocs Blog (Aug. 21, 2016).

142) *DDR*, No. 2013-1505, slip op. at 22-23.

1. 소프트웨어 청구항의 특허적격성 문제

Enfish 사건의 특허는 어떠한 ‘범용 컴퓨터’에서도 수행될 수 있는 순수 ‘소프트웨어’ 기술에 관한 것인데, 이러한 유형의 청구항이 특허적격성을 갖는지에 관하여 그간 불명확하였지만, CAFC는 그러한 것도 자동적으로 추상적인 것이 아님을 명확히 하였다.¹⁴³⁾ CAFC는 *Alice* 단계 ①의 목적상, 소프트웨어와 하드웨어 간에 본질적 차이를 두지 않고,¹⁴⁴⁾ 소프트웨어도 하드웨어와 마찬가지로 컴퓨터 기술에 대한 비-추상적인 향상을 이룰 수 있음을 확인하였다.¹⁴⁵⁾ CAFC는 *Enfish* 판결에서 기본 경제실무나 수학적 공식에 범용 컴퓨터가 부가된 것만으로는 부족하지만, 소프트웨어 분야의 과제라 하더라도 그에 대한 해결책을 구체적으로 구현한 것이라면 특허적격성 요건을 만족한다고 판시하였다.¹⁴⁶⁾ 아울러, 소프트웨어의 속성상 물리적 특징이 아니라 논리구조나 과정의 한정으로도 컴퓨터 기능성의 향상을 이룰 수 있다.¹⁴⁷⁾ *Bascom* 판결에서는 *Alice* 단계 ②에서, ‘소프트웨어’ 기반의 발명도 컴퓨터 시스템의 성능을 향상시켜, 종래의 과제에 대한 기술-기반의 해결책을 청구한다면 발명적 개념이 인정된다고 결론짓는다.¹⁴⁸⁾

한편, 소프트웨어 발명의 상당수는 주로 상업적인 혜택을 추구하는 것인데, 이러한 유형의 청구항은 대부분 특허적격성이 부정되었다. 그러나 *DDR* 판결에 따르면, 특허 청구항이 가령 상업적 과제와 관련된 것이라 하더라도, 이를 단지 인터넷에서 수행하도록 한 것이 아니라 기술적 해결책으로 ‘컴퓨터 기술’에 기반하는 ‘새로운 컴퓨터 동작’을 구현하면 제101조 규정의 특허적격성을 충족할 수 있는 가능성을 열어두었다.¹⁴⁹⁾

2. 기능식 청구항 해석 원칙의 적용

미국 특허법 제112(f)조는 기능식 청구항에 대한 해석 원칙을 규정한다.¹⁵⁰⁾

143) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 16.

144) *Id.* at 11 (“Software can make non-abstract improvements to computer technology just as hardware improvements can, and sometimes the improvements can be accomplished through either route.”).

145) *Id.*

146) *Id.* at 18.

147) *Id.*

148) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at 18.

149) *DDR*, 773 F.3d at 1256.

150) 35 U.S.C. §112(f) (“ELEMENT IN CLAIM FOR A COMBINATION- An element in a claim for a

2015년 CAFC 전원합의체는 *Williamson* 판결에서, 동 규정의 적용 여부는 청구항에 단순히 ‘수단’이라는 용어가 들어있는지의 여부가 아니라 통상의 기술자의 관점에서 청구항 용어가 어떤 구조를 지칭하는 것으로 충분히 명확한 의미를 갖는지의 여부라고 판시하였다.¹⁵¹⁾ 이로써, ‘수단’이라는 용어가 없는 청구항 요소에 대해서도 제112(f)조 규정이 적용될 가능성이 보다 높아졌다.¹⁵²⁾ *Williamson* 판결을 기점으로, CAFC는 소프트웨어 청구항의 특허적격성을 판단함에 있어서, 제112(f)조 규정에 따라 명세서의 내용을 참조하여 청구항을 보다 구체적으로 해석하는 경향을 보였다. 그 결과, 2016년에 특허적격성을 긍정하는 일련의 판결들이 나왔다.¹⁵³⁾

(1) 특허적격성 판단에서 제112(f)조 규정의 적용 여부에 대한 논란

특허적격성 요건의 판단을 위하여 청구항을 해석하는 경우 ‘청구항’의 기재사항만으로 해석할 것인지, 아니면 ‘명세서’의 기재를 참작하여 해석할 것인지? 즉, 특허적격성 판단에서 제112(f)조 규정의 적용 여부에 대해 논란이 있다.

Amdocs 사건의 CAFC 다수의견은 제112(f)조의 ‘수단+기능’ 규정은 청구항에 기재된 기능에 대응하는 ‘수단’을 명세서에서 찾을 수 있도록 허용한 것으로, 특허권자는 자신 발명의 ‘목적이나 기능’을 넓게 청구항으로 작성할 수 있으며, 이런 경우 그 기본적인 목적이나 기능을 커버할 수는 없지만, ‘명세서’에 기재된 바에 따라 이를 구현하는 ‘특정의 수단 및 균등물’로 한정 해석된다고 하였다.¹⁵⁴⁾

combination may be expressed as a means or step for performing a specified function without the recital of structure, material, or acts in support thereof, and such claim shall be construed to cover the corresponding structure, material, or acts described in the specification and equivalents thereof.”).

151) *Williamson v. Citrix Online, LLC*, 792 F.3d 1339, 1349 (Fed. Cir. 2015) (*en banc*) (“The standard is whether the words of the claim are understood by persons of ordinary skill in the art to have a sufficiently definite meaning as the name for structure. When a claim term lacks the word ‘means,’ the presumption can be overcome and §112, para. 6 will apply if the challenger demonstrates that the claim term fails to ‘recite sufficiently definite structure’ or else recites ‘function without reciting sufficient structure for performing that function.’”).

152) Doris Johnson Hines & Andrew G. Strickland, *The Future of Functional Claiming, Part 1: Practical Implications of the Williamson Decision for Software Patents*, Intellectual Property & Technology Law Journal (2015); Nicholas R. Mattingly, *Avoiding Invocation of Functional Claim Language in Computer-Implemented Inventions*, IPWatchdog Blog (June 18, 2015).

153) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 2-3; *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 18; *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 20; *Thales*, No. 2015-5150, slip op. at 10-11.

154) *Amdocs*, No. 2015-1180, slip op. at 11.

그런 다음, 그렇게 (좁게) 해석된 청구항을 기준으로 특허적격성을 판단하였다. 그러나 소수의견은 “특허적격성 요건은 명세서가 아니라 ‘청구항’ 자체에서 소망하는 목적을 어떻게 달성하는지, 그 구체적 방식을 기술하여야만 특허적격성을 갖는다”고 반박하면서, 당해 청구항이 ‘기능’을 기재한 것이라 보았음에도 불구하고 특허적격성 판단과정에서 제112(f)조 규정을 적용하지 않았다.¹⁵⁵⁾ 이러한 관점의 판결들도 제법 있다.¹⁵⁶⁾ 이와 같이, 특허적격성 판단에서 기능식 청구항 해석 원칙이 적용되어야 하는지의 여부에 관하여 CAFC 내에 의견대립이 있는 상황이다.¹⁵⁷⁾

(2) 특허적격성 요건 및 청구항 해석의 관계

특허적격성을 판단하기 전에 청구항 해석이 ‘반드시’ 필요한 지에 대한 명확한 원칙은 아직 확립되지 않은 것으로 보인다.¹⁵⁸⁾ 그런데, 컴퓨터 구현 발명에 대해 특허적격성을 긍정한 2016년 CAFC 판례에서는 제112(f)조 규정을 보다 적극적으로 적용하였다. 이는 2015년에 있었던 *Williamson* 판결에서 제112(f)조 규정의 적용 가능성을 보다 높인 것에 영향을 받았던 것 같다.¹⁵⁹⁾ 특히, CAFC는 *McRO* 판결에서 특정의 ‘중’ 청구항뿐만 아니라 널리 ‘속’ 청구항 또한 특허를 받을 수 있는 것으로 인식되어 왔다고 언급하면서, ‘속’ 청구항을 추구하는 경우 제

155) *Amdocs*, No. 2015-1180, dissenting op. at 2 (“This contravenes the fundamental principal that the section 101 inquiry is about whether the claims are directed to a patent-eligible invention, not whether the specification is so directed.”); *Id.* at 10 (“Claims that fail to recite how a desired goal is accomplished do not recite an inventive concept.”).

156) *See e.g., Recognicorp, LLC v. Nintendo Co.*, No. 2016-1499, slip op. at 10 (Fed. Cir. 2017) (“To save a patent at step two, an inventive concept must be evident in the claims.”); *Synopsys, Inc. v. Mentor Graphics Corp.*, No. 2015-1599, slip op. at 20 (Fed. Cir. 2016) (“The §101 inquiry must focus on the language of the Asserted Claims themselves. . . . complex details from the specification cannot save a claim directed to an abstract idea that recites generic computer parts.”); *Content Extraction & Transmission LLC v. Wells Fargo Bank, Nat’l Ass’n*, 776 F.3d 1343, 1346 (Fed. Cir. 2014) (“We focus here on whether the claims of the asserted patents fall within the excluded category of abstract ideas.”).

157) Michael Borella, *Amdocs (Israel) Limited v. Openet Telecom, Inc.* (Fed. Cir. 2016), PatentDocs Blog (Nov. 27, 2016).

158) 특허적격성 판단에서, 청구항 해석이 불필요하다고 본 판례 및 청구항 해석에 기초하여 판단한 판례들이 공존한다: (1) 전자의 예: *Cyberfone Sys., LLC v. CNN Interactive Grp., Inc.*, 558 F. App’x 988, 992-93 (Fed. Cir. 2014); *Research Corp. Techs., Inc. v. Microsoft Corp.*, 627 F.3d 859, 869 (Fed. Cir. 2010); (2) 후자의 예: *Content Extraction & Transmission*, 776 F.3d at 1349; *Execware v. B/S Wholesale Club*, No. 14-cv-233 (D. Del. 2015); *Secured Structures v. Alarm Sec. Grp.*, No. 6:14-cv-930 (E.D. Tex. 2016).

159) *Williamson*, 792 F.3d at 1349.

112(f)조 규정에 따른 청구항 해석을 요한다고 판시하였다.¹⁶⁰⁾

특허적격성 문제는 발명자가 ‘청구항을 통하여 권리보호를 받고자 하는 대상’이 무엇인지를 탐구하는 것이다. 특허적격성 요건도 다른 특허요건과 마찬가지로, 청구항의 적절한 범위가 무엇인지를 이해할 것이 요구된다.¹⁶¹⁾ 제112(f)조 규정은 청구항을 기능적으로 기재할 수 있도록 허용하면서 그 기술적 범위를 명세서의 기재내용으로 제한하는 청구항 해석 원칙이다.¹⁶²⁾ 소프트웨어 청구항은 대개 기능적으로 서술되는 경우가 많은데, 청구항을 문언적으로 해석하면 그 청구항이 지향하는 것이 너무 넓어 추상적 아이디어의 범주에 속한다고 볼 가능성이 높다. 반면, 제112(f)조 규정에 따라 명세서에 기재된 구조나 동작으로 한정 해석된다면, 특허적격성의 문턱을 넘을 가능성이 높아질 것이다.¹⁶³⁾

특허적격성 요건은 청구항이 지향하는 것이 무엇인지, 또는 의미 있는 한정이 무엇인지를 묻는 것으로, 청구발명이 추상적 아이디어를 부당하게 선취하지 않도록 충분히 구체적인지를 판단하는 데 청구항 해석이 필요하기도 하다.¹⁶⁴⁾ 따라서 특허적격성 판단에서 청구항 해석이 필수적이라고는 할 수 없지만 대개는 바람직할 것이다.¹⁶⁵⁾ 그렇다면, 출원인으로서 제112(f)조 규정의 해석에 부합하도록 청구항의 기능에 대응하여 명세서에 구조나 동작을 보다 구체적으로 기재할 것이 요구된다.

한편, 제112(f)조 규정에 따른 청구항 해석이 적용되면 특허적격성 문턱을 넘을 가능성은 보다 높아지겠지만, 청구범위가 너무 좁게 해석된다면 특허를 받

160) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 22-23.

161) James J. DeCarlo, Nicholas Martin & James L. Ryerson, *Patent Eligibility After ‘Alice’- Light at the end of the rabbit hole?*, New Jersey Law Journal (June 10, 2016).

162) Mark A. Lemley, *Software Patents and the Return of Functional Claiming*, 2013 Wis. L. Rev. 905, 946 (2012) (제112(f)조 규정은 발명자의 기여에 상응하도록 기능식 청구항의 범위를 명확히 하는 것으로, 과도하게 넓은 청구항 문제를 해소하고자 하는 청구항 해석 원칙이다.).

163) Michael Borella, *Amdocs (Israel) Limited v. Openet Telecom, Inc.* (Fed. Cir. 2016), PatentDocs Blog (Nov. 27, 2016). (*Alice* 판결 후 대부분의 지방법원은 청구항 해석 과정을 거치지 않고 특허적격성에 관한 결론을 내렸다. 만일 제112(f)조 규정에 따른 청구항 해석 원칙을 적용하였다면, 종전에 무효로 되었던 사안들도 다른 결론이 나왔었을 수 있었을 것이다.).

164) James J. DeCarlo, *supra*. See e.g., *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 18.

165) See *Bancorp Servs., L.L.C. v. Sun Life Assurance Co. of Can.*, 687 F.3d 1266, 1273 (Fed. Cir. 2012) (“We perceive no flaw in the notion that claim construction is not an inviolable prerequisite to a validity determination under §101. We note, however, that it will ordinarily be desirable -and often necessary- to resolve claim construction disputes prior to a §101 analysis, for the determination of patent eligibility requires a full understanding of the basic character of the claimed subject matter.”).

라도 타인이 쉽게 회피할 수 있게 되어 특허의 가치가 거의 없게 될 수 있다는 점에 유의하여야 한다.¹⁶⁶⁾ 결국, 제112(f)조 규정은 ‘양날의 칼’이라 할 수 있다.¹⁶⁷⁾

3. ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 여부: 명세서의 종래기술과의 대비·분석

일반적으로, 특허출원을 할 때 명세서의 ‘배경기술’ 부분에는 종래기술의 상태와 문제점을 간단하게 적는 것이 보통이다. 그러나 컴퓨터 구현 발명의 경우, 명세서의 배경기술 설명 부분이 특허적격성 판단에 중요한 역할을 담당한다.¹⁶⁸⁾ CAFC는 컴퓨터 분야에서 청구항이 지향하는 것이 무엇인지, 또는 발명적 개념이 있는지에 대한 판단이 컴퓨터 기능성의 향상 내지 기존 기술에 대한 향상이 있는지의 관점에서 파악하는데, 이를 위해서 명세서의 종래기술과 대상 청구항을 대비하여 그 차이점 및 효과를 근거로 판단하였다. 즉, 발명자가 청구한 것이 컴퓨터 기능성을 향상시키는지를 확인할 때, 비교대상이 되는 것은 명세서에 기재된 ‘종래기술’이며, 그 종래기술과 비교하여 과제에 대한 해결책이 무엇인지를 탐구한다.

CAFC는 *Enfish* 판결에서 *Alice* 단계 ①에 대해, 판결문 5면에 걸쳐 ‘명세서’에 기재된 종래기술을 참조하면서 자기참조형 데이터베이스에 따른 이점을 상세히 설명한 다음¹⁶⁹⁾ 그 청구항이 추상적 아이디어가 아니라 기존 기술에 대한 구체적인 향상을 지향한다는 결론을 뒷받침하는 데 사용하였다.¹⁷⁰⁾ *McRO* 판결도 마찬가지였다.¹⁷¹⁾ 아울러, *Bascom* 판결에서는, *Alice* 단계 ②에서 명세서의 기

166) Andrew (A.J.) Tibbetts, *supra*.

167) Ken Bousfield, *Enfish Swims Over the Reefs of Subject-Matter*, Bereskin & Parr LLP Blog (May 19, 2016). *Enfish* 사건에서, 지방법원은 특허적격성 및 명확성 요건의 미비로 당해 특허를 무효라고 판시하였지만, CAFC는 대상 청구항에 제112(f)조 규정을 적용하여 명세서에 기재된 3단계 알고리즘으로 해석하면서 지방법원 판결을 파기하였다(*Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 28). 흥미롭게도, 특허권자는 명세서의 알고리즘은 단지 ‘선택적인’ 것일 뿐이라고 주장하였고(*Id.* at 26) CAFC는 명세서에 기재된 실시예로 청구범위를 한정하였다(*Id.* at 29). 특허권자는 제112(f)조 규정에 따른 한정 해석을 원하지 않았는데, 가령 그렇게 되면 결국 특허적격성을 극복하지 못하였을 것이다.

168) Paul R. Juhasz, *Bascom v. AT&T Fine Tunes Alice Guidance; Reveals Importance of the Background Section of a Patent in the Analysis*, Juhasz Law Blog (Oct. 14, 2016).

169) *Enfish*, No. 2015-1244, slip op. at 3-7.

170) *Id.* at 18 (“The specification’s disparagement of conventional data structures, combined with language describing ‘the present invention’ as including the features that make up a self-referential table, confirm that our characterization of the ‘invention’ for the purposes of the §101 analysis has not been deceived by the ‘draftsman’s art.’”).

171) *McRO*, No. 2015-1080, slip op. at 24-25. CAFC는 판결문에서 종래기술에 관한 내용을 4면에

재내용에 크게 의존하였다. 즉, 대상 청구항이 구체적인 향상을 지향하고, 관련 응용을 모두 선취하지 않는다는 점을 뒷받침하는 데, 명세서의 종래기술 설명부분이 사용되었다.¹⁷²⁾ CAFC 판례에 비추어 보면, *Alice* 테스트에서 ‘컴퓨터 기능성의 향상’ 여부는 명세서에 기재된 종래기술의 관점에서 파악하였으며, 이것이 그 결론에 중대한 영향을 미쳤다.¹⁷³⁾ 특허심판원도 청구항의 특허적격성을 확립하는 데 ‘명세서’의 기재내용에 의존하는 경향을 보이고 있다고 한다.¹⁷⁴⁾

컴퓨터 구현 발명의 경우, *Alice* 테스트에서 명세서가 상당히 중요한 역할을 하므로 명세서의 ‘배경기술’ 부분을 보다 철저하게 작성하는 것이 특허적격성 인정에 도움이 될 것이다.¹⁷⁵⁾ 따라서 ‘명세서’에서 종래기술의 상태 및 해결하고자 하는 과제의 관점에서 청구항의 해결책이 기술분야에서의 향상을 이루는 이유 내지 근거가 무엇인지 등을 상세하게 기술할 필요가 있다.¹⁷⁶⁾

VI. 결론

최근에 이슈화되고 있는 4차 산업혁명은 물리학·디지털·생물학 기술이 융합되어 새로운 산업을 창출하고 있으며, 이를 위해서는 ‘소프트웨어’가 필수적이다.¹⁷⁷⁾ 따라서 4차 산업혁명의 시대에 소프트웨어 특허의 중요성이 한층 강조될 것이

걸쳐 상세히 설명하였다(*Id.* at 4-9).

172) *Bascom*, No. 2015-1763, slip op. at. 16-17.

173) James L. Reed, *Why Fed. Circ. Treated Software Claims Differently In Enfish*, Law360 Blog (June 16, 2016); Michael Borella, *Technical Tools and Problems: Going Beyond the Two-Prong Alice Test*, Patentdocs Blog (Aug. 21, 2016).

174) Lauren Hockett & Christopher M. DiLeo, *Analogous Analysis: A Survey of Recent PTAB Decisions Establishing Subject Matter Patent Eligibility*, Knobbe Martens News & Resources (April 24, 2017) (2017년 1-4월 기간에, 특허심판원은 특허청의 제101조 규정에 따른 거절결정 27건을 취소하였다. 이에 따르면, 심판원은 대상 청구항이 기술적 향상 또는 기술적 해결책을 제공한다는 주장을 뒷받침하는 데 명세서의 상세한 설명이 설득력 있는 증거로 작용하였다.).

175) Paul R. Juhasz, *supra*.

176) James J. DeCarlo, *supra*; Andrew (A.J.) Tibbetts, *supra*.

177) 박종산·한병화, “4차 산업혁명, 소프트웨어가 답이다!”, 2017년 산업전망: 스물갑 이슈분석 시리즈 (1) 소프트웨어 산업, 유진투자증권, 2016. 10. 18., 10면(“4차 산업혁명은 소프트웨어를 통한 공장과 제품의 ‘지능화’로 정의할 수 있다. 디지털혁명이었던 3차 산업혁명의 기반을 통해 4차 산업 혁명에서는 물리적 공간, 디지털적 공간 및 생물공학 공간의 경계가 희석되는 시대를 의미한다. . . . 4차 산업혁명의 원동력은 ‘소프트파워’가 핵심이 되며, 특히 소프트웨어가 4차 혁명의 생존에 있어서 필수적인 역할을 수행할 것이다.”); 정보통신산업진흥원, “이슈 트랜드 연구 - 4차 산업혁명과 소프트웨어”, 214호 웹진: 공학 트랜드, 2017. 3. 6. (“4차 산업혁명은 소프트웨어를 절대적으로 필요로 한다.”).

며,¹⁷⁸⁾ 그러한 발명의 특허적격성을 판단하는 기준을 명확하게 정립하는 것은 매우 중요하다. 이 글은 그러한 작업의 일환이다.

미국 대법원의 *Alice* 판결에 따른 특허적격성 판단과정은 다음과 같다: ① 청구항이 추상적 아이디어를 ‘지향’하는지를 묻고, 그렇지 않으면 특허적격성이 바로 긍정된다. ② 청구항이 추상적 아이디어를 ‘지향’하는 것이면, ‘발명적 개념’을 가져야 특허적격성이 긍정된다. 즉, 추상적 아이디어를 지향하는 청구항에 발명적 개념을 찾을 수 없으면, 이는 추상적 아이디어 자체를 ‘청구’하는 것으로 특허적격성이 부정된다.

Enfish 및 *Bascom* 판결에 의하면, ‘소프트웨어’를 기반으로 하는 발명도 하드웨어와 마찬가지로 컴퓨터 기능성의 향상을 이룬다면 구체적인 컴퓨터 하드웨어 구조를 언급하지 않더라도 *Alice* 단계 ① 또는 ②에서 특허적격성이 긍정될 수 있음을 보았다. 이와 같이, ‘소프트웨어’의 특허적격성은 ‘컴퓨터 기능성의 향상’의 관점에서 판단하며, 추상적 아이디어를 지향하는 청구항에 부가된 요소가 오로지 ‘범용 컴퓨터 기술’, 즉 범용 하드웨어 요소 또는 소프트웨어의 기본기능에 불과한 것과 같이, 추상적 아이디어에 컴퓨터를 ‘단순 적용’하는 것만으로는 특허적격성을 갖기에 충분하지 않다.¹⁷⁹⁾

2015년 *Williamson* 판결은 기능식 청구항의 해석에 관한 미국 특허법 제 112(f)조 규정의 적용범위를 한층 넓혔다. 2016년 CAFC에서 특허적격성을 긍정한 일련의 판결들은 *Williamson* 판결의 영향을 받아, 소프트웨어 청구항에 제 112(f)조 규정을 적용하여 청구항을 보다 구체적으로 해석한 결과 추상적 아이디어 범주를 벗어날 가능성이 보다 높아졌다고 이해된다. 이와 같이 CAFC는 특허적격성의 문턱을 다소 낮추는 경향을 보이지만, 특허적격성의 경계를 구분하는 것은 여전히 어려운 문제이다.¹⁸⁰⁾ 향후 지방법원에서 어느 정도로 그 문턱을 넓힐지는 조금 더 지켜볼 일이다.

앞서 보았듯이, 컴퓨터 구현 발명은 종래기술에 비추어 컴퓨터 기능성의 ‘향상’이 있어야 특허적격성 요건을 충족한다는 것이 현행 판례의 태도이다. 특허적격

178) 미국에서의 소프트웨어 특허소송 등에 관한 설명: 김원준, “소프트웨어 특허의 현황과 미국 소프트웨어 판례 동향”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016.

179) *Alice*, 134 S.Ct. at 2358 (청구항에 전적으로 범용 컴퓨터 구현을 단지 부가하는 것만으로는 청구범위를 의미 있게 한정하는 것이 아니라, 실제로는 추상적 아이디어 자체에 특허를 부여하는 것과 마찬가지로 결과로 된다.).

180) *DDR*, No. 2013-1505, slip op. at 16 (특허적격성 있는 발명을 청구하는 청구항과 추상적 아이디어에 거의 아무 것도 부가하지 않은 청구항 간을 구별하는 것은 쉽지 않다.).

성 판단에서 컴퓨터의 기술적 측면에 초점을 둔 것은 수공이 가지만, ‘향상’이라는 개념은 진보성(또는 비자명성) 요건에 보다 가까운 것처럼 보인다. 대상 청구항이 특허적격성 요건을 충족하더라도 궁극적으로 특허를 받기 위해서는 신규성·진보성이라는 실체적 요건을 충족하여야 한다. 그런데도, 특허적격성 요건으로 기술적 ‘향상’ 문제를 다루는 근거는 무엇인지, 아울러 특허적격성 및 진보성의 관계는 어떻게 되는지 등과 관련하여 논란이 있다.¹⁸¹⁾ 이러한 논란을 다루는 것은 이 글의 범위를 벗어나므로 훗날의 연구과제로 남긴다.

181) Compare Rebecca S. Eisenberg, *Diagnostics Need Not Apply*, J. Sci. & Tech. L. Vol: 21.2, 256, 267 (2015) (*Mayo* 테스트는 특허적격성 요건을 신규성과 비자명성 요건과 합쳐시킨 부당한 것이다.); Gregory S. Bernabeo, Brian R. Landry & Weiguo Zhou, *Federal Circuit Says Content-Filtering Claims are Not Invalid Under Alice, Provides Guidance on Considering Patent Eligibility Based on Ordered Combination of Limitations*, Saul Ewing Publications (June 30, 2016) (“The *BASCOM* decision provides such a standard through the obviousness analysis analogy.”), with *Verint Systems Inc. v. Red Box Recorders Ltd.*, No. 14-cv-5403 (KBF), slip op. at 9 (S.D.N.Y. 2016) (제101조 규정의 특허적격성 요건 및 제102조 및 제103조 규정의 특허요건은 법적으로 구별된다.); *JDS Techs., Inc. v. Exacq Techs.*, Case No. 15-10387, slip op. at 17 (E.D. Mich., 2016) (“The Court will only briefly comment that Exacq’s arguments as to an inventive concept appear more appropriately directed to an obviousness challenge.”).

(논문투고일: 2017.05.26., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ 이 해 영 · 정 차 호

특허적격성, 발명의 성립성, 특허대상, 컴퓨터 소프트웨어,
Alice 테스트, 기능식 청구항

【참 고 문 헌】

- 권태복, “일본판례를 통해서 본 프로그램발명의 특허적격성 -프로그램특허제도 도입 후를 기준으로-”, 「산업재산권」 제52호, 한국지식재산학회, 2017.
- 김승현·김만진, “소프트웨어 활용분야별 혁신특성 분석 및 정책방향”, 「STEPI Insight」, 제165호, 2015. 5. 1.
- 김원준, “소프트웨어 특허의 현황과 미국 소프트웨어 판례 동향”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 나동규, “미국 소프트웨어 특허의 인정범위 -Alice Corporation v. CLS Bank International 판결을 중심으로-”, 「홍익법학」 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
- 이해영, “소프트웨어 발명의 특허적격성에 대한 Alice 대법원 판결”, 「미국특허 판례연구(II)」, 미국특허법연구회 편, 대한변리사회, 2017.
- 이해영·정차호, “컴퓨터 소프트웨어 발명의 특허적격성에 관한 미국판례에 따른 판단기준”, 「성균관법학」 제26권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.
- Andrew (A.J.) Tibbetts & Justin C. Colannino, 3 *Concrete Approaches To Defeat Abstractness*, Law360 Blog (July 21, 2016).
- Andrew H. DeVoogd & Matthew A. Karambelas, *Focusing on Second Step of Alice, Federal Circuit Finds Inventive Concept in Software Patent in BASCOM*, National Law Review (July 6, 2016).
- Doris Johnson Hines & Andrew G. Strickland, *The Future of Functional Claiming, Part 1: Practical Implications of the Williamson Decision for Software Patents*, Intellectual Property & Technology Law Journal (2015).
- Gregory A. Castanias, David M. Maiorana & Matthew W. Johnson, *Alice Corp. v. CLS Bank: Did the Supreme Court Sign the Warrant for the ‘Death of Hundreds of Thousands of Patents’*, Jones Day Publications (June 2014).

- James J. DeCarlo, Nicholas Martin & James L. Ryerson, *Patent Eligibility After 'Alice'— Light at the end of the rabbit hole?*, New Jersey Law Journal (June 10, 2016).
- James L. Reed, *Why Fed. Circ. Treated Software Claims Differently In Enfish*, Law360 Blog (June 16, 2016).
- James Yang, *Ordered combination of software steps is patent eligible*, OC Patent Lawyer Blog (Aug. 25, 2016)
- Jasper L. Tran, *Software Patents: A One-Year Review of Alice v. CLS Bank*, 97 J. Pat. Trademark Off. Soc'y, 532 (2015).
- Joseph Casino & Benjamin Daniels, *What Courts Are Saying About Software Patents Post-Enfish*, Law360 Blog (Aug. 9, 2016).
- Ken Bousfield, *Enfish Swims Over the Reefs of Subject-matter*, Bereskin & Parr LLP Blog (May 19, 2016).
- Lauren Hockett & Christopher M. DiLeo, *Analogous Analysis: A Survey of Recent PTAB Decisions Establishing Subject Matter Patent Eligibility*, Knobbe Martens News & Resources (April 24, 2017).
- Mark A. Lemley, *Software Patents and the Return of Functional Claiming*, 2013 Wis. L. Rev. 905 (Oct. 12, 2012).
- Michael Borella, *Amdocs (Israel) Limited v. Openet Telecom, Inc. (Fed. Cir. 2016)*, PatentDocs Blog (Nov. 27, 2016).
- Michael Borella, *Technical Tools and Problems: Going Beyond the Two-Prong Alice Test*, Patentdocs Blog (Aug. 21, 2016).
- Michael Renaud, Courtney Quish, Sean Casey & Matthew Karambelas, *Patentability of Software Post-Alice: How Do Courts Determine Whether an Idea is Abstract?*, Mintz Levin Intellectual Property Advisory (Dec. 1, 2015).
- Nicholas R. Mattingly, *Avoiding Invocation of Functional Claim Language in Computer-Implemented Inventions*, IPWatchdog Blog (June 18, 2015).
- Paul R. Juhasz, *Bascom v. AT&T Fine Tunes Alice Guidance: Reveals Importance of the Background Section of a Patent in the*

Analysis, Juhasz Law Blog (Oct. 14, 2016).

Rebecca S. Eisenberg, *Diagnostics Need Not Apply*, J. Sci. & Tech. L. Vol: 21.2, 256 (2015).

Richard Lloyd, *Some hope for software patents in the US after the CAFC's Enfish decision, but this is no game-changer*, Intellectual Asset Management Blog (May 13, 2016).

Stephen A. Marshall, *Enfish and TLI: A Study of the CAFC's Recent Section 101 Opinions*, Fish's Litigation Blog (May 31, 2016).

Steve Lundberg, *Federal Circuit finally meets a software patent it can love: DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, et al.*, Patents4software Blog (Dec. 11, 2014).

Steve Shumaker & Al Vredevel, *Specific Improvements to Computer-related Technology Are Not Abstract Under Alice §101 Framework*, Shumaker & Sieffert Publications (May 16, 2016).

Abstract

**Patent Eligibility Jurisprudence of a Computer
Implemented Invention in the U.S.A.: Criteria Based on
CAFC Judgements Affirming Patent Eligibility and
Implications According Thereto**

**Lee, Haeyoung
Jung, Chaho**

The issue of patent eligibility for computer-implemented inventions has been controversial since the 1970s. In June 2014, the U.S. Federal Supreme Court settled the decades-long controversy over patent eligibility through *Alice*'s decision. After the *Alice*'s ruling, the U.S.P.T.O. and courts applied the patent eligibility requirement very strictly, and denied patent eligibility in most eligibility cases. The first CAFC case (since *Alice*) which affirmed patent eligibility was *DDR* ruling in December 2014. Then, in May 2016, *Enfish* CAFC declared a very favorable position on patent eligibility for software inventions. From that time on, a series of judgments affirming patent eligibility came out. These CAFC judgments confirmed that software as well as hardware would have patent eligibility and showed a tendency to actively apply the principle relating to construction of means-plus-function claims to software claims. It is the position of the precedents that the claims related to abstract ideas must have an improvement in computer functionality in order to have patent eligibility. Recently, the CAFC tends to somewhat lower the threshold of patent eligibility compared to the past, but it remains to be seen whether such tendency would be settled.



▶ **Lee, Haeyoung · Jung, Chaho**

Patent-eligibility, Patentable Subject-matter, Computer Software, *Alice* Test, Means plus Function Claim

외국환거래법상 필요적 몰수·추징 규정에 관한 몇 가지 고찰

노수환*

【목 차】

I. 들어가며	III. 징벌적 몰수·추징 이론과 그에 의한 공동연대추징은 정당한가?
II. 외국환거래법상 필요적 몰수·추징 규정은 합헌인가?	1. 몰수·추징의 의의
1. 이 사건에서 문제되는 필요적 몰수·추징 조항	2. 징벌적 몰수·추징과 공동연대추징
2. 구 외국환거래법 제30조에 대한 헌법재판소의 합헌 결정 내용	3. 외국환거래법상 필요적 몰수·추징에 관한 대법원 전원합의체 판결의 태도
3. 입법례	4. 검토
4. 이 사건 외국환거래법상 필요적 몰수·추징의 위헌성	IV. 양벌규정에 의하여 법인으로부터 몰수· 추징할 수 있는가?
5. 소결	V. 나오며

【국 문 요 약】

거주자가 비거주자와 대통령령으로 정한 금액 이상의 자본거래를 하면서 신고 없이 비거주자로부터 국내로 돈을 송금받은 위반행위에 대하여 그 송금된 돈을 필요적으로 몰수·추징하여야 한다는 외국환거래법의 규정은 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 최소침해의 원칙에 위배된다. 위 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하고, 헌법상 보장된 사유재산권을 합리적 근거 없이 과도하게 침해하는 것이며, 법관의 양형결정권을 과도하게 제한하고 있어 위헌이라고 할 것이다. 따라서 위 규정은 몰수·추징 규정을 삭제하거나 임의적 몰수·추징으로 조속히 개정되어야 한다.

대법원이 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정을 ‘징벌적’이라고 해석하면서 몰수

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

대상물을 취득하지도 아니한 모든 공범에 대하여 공동연대추징하도록 인정하고 있는 것은 법률상 근거 없는 해석의 한계를 벗어난 것으로서 죄형법정주의에 어긋난다. 이와 같은 추징 집행방식은 형법의 개인책임원칙에 어긋나며 일정한 경우에는 추징의 징벌적 성격을 부여하는 의미를 퇴색시키고 있다. 따라서 적어도 외국환거래법의 필요적 몰수·추징 규정을 징벌적 추징이라고 해석하면서 공동연대추징을 인정하는 대법원의 태도는 즉시 시정되어야 한다. 이에 관하여 형성된 대법원 판결이 확고하다고 하여도 판례 변경을 두려워 하지 말고 하루 속히 새로운 판례의 법리를 정리해 주어야 한다.

[연구대상 사건 : 서울중앙지법 2012노4404 사건¹⁾]

1. 공소사실 요지

피고인은 거주자인 재단법인 ○○○ 선교회의 이사이자 사무총장으로서 위 재단법인의 자금관리 업무를 총괄하고 있다. 비영리법인인 거주자가 비거주자로부터 외화자금을 차입하고자 하는 경우 지정거래 외국환은행을 경유하여 한국은행 총재에게 신고하여야 하고, 거주자가 비거주자로부터 원화자금을 차입하고자 하는 경우에는 지정거래 외국환은행을 경유하여 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 그럼에도 불구하고, 피고인은 2009. 11. 9.경 위 재단법인이 비거주자인 워싱턴 타임스(Washington Times Aviation USA LLC)로부터 원화자금 및 외화자금을 차입함에 있어 위와 같은 신고를 하지 아니하고 워싱턴 타임스로부터 원화 160억 원 및 미화 700만 달러를 차입하였다.

2. 외국환거래법 관련 규정

제18조 【자본거래의 신고 등】 ① 자본거래를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 경미하거나 정형화된 자본거래로서 대통령령으로 정하는 자본거래는 사후에 보고하거나 신고하지 아니할 수 있다.

제29조 【벌칙】 ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 위반행위의 목적물 가액의 3배가 1억원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물 가액의 3배 이하로 한다.

6. 제16조 또는 제18조에 따른 신고의무를 위반한 금액이 5억원 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 자

1) 이 사건은 현재 대법원 2013도8389호로 상고심 계속중인데 이 글은 위 사건을 검토하여 대법원 형사실무연구회에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것임.

제30조 【몰수·추징】 제27조제1항 각 호 또는 제29조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 해당 행위를 하여 취득한 외국환이나 그 밖에 증권, 귀금속, 부동산 및 내국지급수단은 몰수하며, 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액을 추징한다.

3. 1심 및 2심의 판단

1심(서울중앙지법 2011고정7114): 벌금 3,000만 원, 추징 235억 3,200만 원

2심(서울중앙지법 2012노4404): 피고인 항소 기각

I. 들어가며

대법원은 다수의 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정을 징벌적 몰수·추징이라고 하면서 일반 형법상의 몰수·추징과 달리 해석하여 왔다. 외국환거래법상 몰수·추징의 성격에 대한 대법원 전원합의체 판결도 그 일환으로 위 판결이 나온 지 어느덧 이십여 년이 되어간다. 그 동안 세계경제의 흐름이 격변하여 현재 국제 기업 간 외환거래는 필수적이고 대규모화 되었고 개인에게도 외환거래의 규모는 천문학적인 수치로 증대하였다. 그런데 우리 외국환거래법은 신고의무 위반과 같은 비교적 경미한 사안에 대하여도 필요적 몰수·추징 규정을 두어 개인의 사유재산권을 심하게 제한하고 있는데, 대법원은 여기서 더 나아가 이를 징벌적 몰수·추징이라고 해석하면서 모든 공범자에게까지 공동연대추징을 인정하고 있다. 그러나 대법원이 몰수·추징의 적용에 있어서 일반 형법상의 몰수·추징과 특별법상의 몰수·추징을 다르게 보고, 특별법상의 필요적 몰수·추징을 징벌적 몰수·추징으로 해석하면서 추징의 범위를 확장하고 있는 판시는 심각하게 재고되어야 한다. 한편 헌법재판소는 이 사건 사안과 유사한 외국환거래법상 필요적 몰수·추징 조항에 대하여 합헌 결정 한 바가 있는데 이와 관련하여 위헌 여부에 관하여도 돌이켜 볼 필요가 있다. 이 사건 사안은 외국환거래법과 관련된 기존의 헌법재판소 결정과 대법원의 징벌적 몰수·추징에 관한 판결을 되돌아 보게 하는 아주 훌륭한 케이스이다. 이 사건과 같은 사안에서 적용되는 외국환거래법상의 필요적 몰수·추징 규정이 합헌이라고 할 수 있는지 일본, 미국, 독일의 입법례를 살펴보고 기존의 헌법재판소 결정례를 중심으로 검토해 보기로 한다. 또한 징벌적 몰수·추징의 개념을 인정하고 공범자 사이의 공동연대추징 등 몰수·추징의 범위를 확장하고 있는 판례의 타당성을 살펴본다. 그 과정에서 외국환거래법과 그 외 관세법,

마약류 관리에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 등도 같이 살펴볼 필요가 있다. 위 법률들이 정하고 있는 몰수·추징에 관하여 대법원이 모두 징벌적 성질의 제재임을 인정하고 있기 때문이다.

마지막으로 대상 사건의 경우와 같이 법인의 종업원이 업무로 위반행위에 이른 경우에는 양벌 규정을 검토하여야 하는바 양벌규정에 의하여 처벌받는 법인에 게도 몰수·추징을 적용할 수 있는지를 살펴본다.

II. 외국환거래법상 필요적 몰수·추징 규정은 합헌인가?

1. 이 사건에서 문제되는 필요적 몰수·추징 조항

외국환거래법은 제30조(몰수·추징)를 통해 “제27조제1항 각 호 또는 제29조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 해당 행위를 하여 취득한 외국환이나 그 밖에 증권, 귀금속, 부동산 및 내국지급수단은 몰수하며, 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액을 추징한다.”고 규정하고 있는데, 이 사건에서 문제되는 조항은 제29조 제1항 제6호 ‘제16조²⁾ 또는 제18조³⁾에 따른 신고의무를 위반한 금액이 5

2) 제16조(지급 또는 수령의 방법의 신고) 거주자 간, 거주자와 비거주자 간 또는 비거주자 상호 간의 거래나 행위에 따른 채권·채무를 결제할 때 거주자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면(제18조에 따라 신고를 한 자가 그 신고된 방법으로 지급 또는 수령을 하는 경우는 제외한다) 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 지급 또는 수령의 방법을 기획재정부장관에게 미리 신고하여야 한다. 다만, 금액이 소액이거나 통상적인 거래로서 대통령령으로 정하는 경우에는 사후에 보고하거나 신고하지 아니할 수 있다.

1. 상계 등의 방법으로 채권·채무를 소멸시키거나 상쇄시키는 방법으로 결제하는 경우

2. 기획재정부장관이 정하는 기간을 넘겨 결제하는 경우

3. 거주자가 해당 거래의 당사자가 아닌 자와 지급 또는 수령을 하거나 해당 거래의 당사자가 아닌 거주자가 그 거래의 당사자인 비거주자와 지급 또는 수령을 하는 경우

4. 외국환업무취급기관을 통하지 아니하고 지급 또는 수령을 하는 경우.

3) 제18조(자본거래의 신고 등) ① 자본거래를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 경미하거나 정형화된 자본거래로서 대통령령으로 정하는 자본거래는 사후에 보고하거나 신고하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 신고와 제3항의 신고수리(申告受理)는 제15조제1항에 따른 절차 이전에 완료하여야 한다. ③ 기획재정부장관은 제1항에 따라 신고하도록 정한 사항 중 거주자의 해외직접투자 및 해외부동산 또는 이에 관한 권리의 취득의 경우에는 투자자 적격성 여부, 투자가격 적정성 여부 등의 타당성을 검토하여 신고수리 여부를 결정할 수 있다. ④ 기획재정부장관은 제3항에 따른 신고에 대하여 대통령령으로 정하는 처리기간에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 결정을 하여 신고인에게 통지하여야 한다.

1. 신고의 수리

2. 신고의 수리 거부

3. 거래 내용의 변경 권고

⑤ 기획재정부장관이 제4항제2호의 결정을 한 경우 그 신고를 한 거주자는 해당 거래를

억 원 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액⁴⁾을 초과하는 자'이다.

2. 구 외국환거래법 제30조에 대한 헌법재판소의 합헌 결정 내용

헌법재판소는 거주자가 대통령이 정하는 바에 의하여 기획재정부장관에게 신고를 하지 아니하고 취득한 해외부동산을 필요적으로 몰수·추징하도록 규정한 구 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되기 전의 것) 제30조⁵⁾ 중 '제28조 제1항 제4호⁶⁾ 가운데 제18조 제1항⁷⁾의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 자본거래를 한 자가 당해 행위로 인하여 취득한 부동산에 관하여 적용되는 부분'이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판시한 바 있다.⁸⁾ 결정요지는 다음과 같다.

하여서는 아니 된다.

⑥ 제4항제3호에 해당하는 통지를 받은 자가 해당 권고를 수락한 경우에는 그 수락한 바에 따라 그 거래를 할 수 있으며, 수락하지 아니한 경우에는 그 거래를 하여서는 아니 된다. ⑦ 제4항에 따른 처리기간에 기획재정부장관의 통지가 없으면 그 기간이 지난날에 해당 신고가 수리된 것으로 본다.

제3조제1항 19호 "자본거래"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 거래 또는 행위를 말한다. 가. 예금계약, 신탁계약, 금전대차계약, 채무보증계약, 대외지급수단·채권 등의 매매계약(다목에 해당하는 경우는 제외한다)에 따른 채권의 발생·변경 또는 소멸에 관한 거래(거주자 간 거래는 외국환과 관련된 경우로 한정한다)

4) 외국환거래법 시행령 제40조 제1항에서 위 금액을 구체화하여 법 제16조 위반의 경우는 25억 원, 법 제18조 위반의 경우는 10억 원으로 규정하고 있다.

5) [심판대상조항] 구 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되기 전의 것) 제30조(몰수·추징) 제27조 제1항·제28조 제1항 및 제29조 제1항의 각 호의 1에 해당하는 자가 당해 행위로 인하여 취득한 외국환 기타 증권·귀금속·부동산 및 내국지급수단은 이를 몰수하며, 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

6) [관련조항] 구 외국환거래법(2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되기 전의 것) 제28조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 위반행위의 목적물의 가액의 3배가 1억 원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물의 가액의 3배 이하로 한다.

4. 제18조 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고(동조 제6항 또는 제7항의 규정에 위반한 경우를 포함한다)하고 자본거래를 한 자

7) 제18조(자본거래의 신고 등) ① 자본거래를 하고자 하는 자는 대통령이 정하는 바에 의하여 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 경미하거나 정형화된 자본거래로서 기획재정부장관이 대통령이 정하는 바에 의하여 지정한 자본거래는 그러하지 아니하다.

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

12. "거주자"라 함은 대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인을 말한다.

18. "자본거래"라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 거래 또는 행위를 말한다.

사. 거주자에 의한 외국에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득 또는 비거주자에 의한 국내에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득.

8) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌가97.

“해외부동산 취득시 대규모의 자금이동 내지 비정상적인 거래가 이루어질 가능성이 있음에도 그 적발이 쉽지 않은 점, 대외적 요인에 취약한 우리나라의 경제규모나 구조, 자본의 불법적 유출입에 대한 감시의 필요성, 외국환거래법상의 몰수·추징의 징벌적 특성 및 부가형적인 성질 등에 비추어 볼 때, 거주자가 해외 부동산을 신고하지 아니하고 취득한 경우 이를 형사처벌하는 외에 취득한 해외부동산을 필요적으로 몰수·추징하도록 하는 것은 신고제도의 실효성을 확보함과 동시에 미신고 해외부동산 취득에 관한 경제적 유인을 억제함으로써 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 달성하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 이를 달성하기 위한 적절한 수단이다.

신고를 요건으로 하는 거주자의 해외부동산 취득절차에서 취득하려는 해외부동산에 대한 자발적 신고는 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 확보하기 위하여 가장 기본적으로 요구되는 사항이므로, 그 이행을 위해서는 신고의무에 정면으로 배치되는 미신고 해외부동산 취득행위를 방지하고 그 취득에 관한 경제적 유인을 금지하여 엄격하게 처벌할 필요가 있다. 그러므로 신고의무를 해태하는 경우 일반 행정법규상의 단순한 신고 미이행 등과 같은 질서벌이 아닌 형사범으로 다루는 것 외에 신고하지 아니하고 취득한 해외부동산을 반드시 몰수·추징할 필요성이 있고 이를 임의적 규정으로 하여서는 위와 같은 입법 목적을 달성하기에 부족하다. 한편, 주형의 구체적인 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있으며, 법관은 주형에 대하여 선고유예하는 경우에는 부가형인 몰수·추징에 대하여 선고를 유예할 수 있어 사안에 따라 필요적 몰수·추징이 가혹할 경우에는 선고유예를 통하여 구체적 형평성을 기할 수 있다. 나아가 외국환거래법이 거주자의 해외부동산 취득과 관련하여 기획재정부장관에게 수리 여부를 결정하거나 거래 내용의 변경을 권고할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로, 거주자의 해외부동산 취득이 단순히 신고라는 절차적인 요건을 갖추기만 하면 완전히 자유롭게 허용되는 행위라고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해최소성원칙에 반하지 아니한다.

거주자의 미신고 해외부동산 취득행위는 곤궁범이 아닌 이득범이자 재정범으로 국가경제에 미치는 부정적 영향이 지대하다는 점을 고려할 때, 이 사건 법률조항에 의해 제한되는 재산권 등 사익이 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 통한 건전한 외국환거래질서 확립이라는 공익보다 더 크다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.”

3. 입법례

가. 일본

우리나라 외국환거래법과 유사한 법률로 ‘외국환거래 및 외국무역법’이 존재하며 이는 우리나라의 외국환거래법과 대외무역법이 혼합되어 있는 법률이다. 위 법률상 거주자와 비거주자와의 사이의 금전 소비대차계약에 대하여 2011년 5월 이전에는 사후 신고를 필요로 하였으나 2011년 5월 ‘외환의 거래 등의 보고에 관한 성령’이 개정 시행되어 신고가 불필요해졌다.

다만 위 법률상 몰수 및 추징에 관한 규정은 없고 일본 형법 제19조의 몰수·추징에 관한 일반규정이 준용된다. 결국 외국환거래에 대한 일본의 입법례는 우리나라와 달리 ‘보고를 하지 않아도 법의 목적을 달성하기 위해 특히 지장이 없는 것으로 재무 성령으로 정하는 자본 거래’에 관하여는 신고의무를 부과하고 있지 않다. 나아가 신고를 요하는 경우라 할지라도 그 신고의무를 위반한 자에 대하여 필요적 몰수·추징을 규정하지 않고 있으며 일반 형법상 임의적 몰수·추징을 준용하고 있을 뿐이다. 그 외에 ‘조직적인 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률’에서 ‘외국환거래 및 외국무역법’ 제69조의6(국제적인 평화 및 안전의 유지를 방해하게 될 무허가거래 등)의 죄에 대하여 임의적 몰수를 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다.⁹⁾

나. 미국

일명 Bank Secrecy Act에 있는 31 U.S.C. 5316조가 우리나라 외국환거래법상의 신고의무와 유사한 내용을 다루고 있다.¹⁰⁾ 이와 관련하여 31 U.S.C.

9) 組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律 別表 二十 外国為替及び外国貿易法(昭和二十四年法律第二百二十八号)第六十九条の六(国際的な平和及び安全の維持を妨げることとなる無許可取引等)の罪.

10) 31 U.S.C. 5316(a) (Reports on exporting and importing monetary instruments) (a) Except as provided in subsection (c) of this section, a person or an agent or bailee of the person shall file a report under subsection (b) of this section when the person, agent, or bailee knowingly— (1) transports, is about to transport, or has transported, monetary instruments of more than \$10,000 at one time— (A) from a place in the United States to or through a place outside the United States; or (B) to a place in the United States from or through a place outside the United States; or (2) receives monetary instruments of more than \$10,000 at one time transported into the United States from or through a place outside the United States. (a) 본 조 제(c)항에 따른 경우를 제외하고, 人 또는 그의 대리인 또는 수탁자는 그 人, 대리인 또는 수탁자가 고의로 다음의 경우에 해당하는 경우 본 조 제(b)항에 따른 보고를 하여야 한다. (1) 일시에 미화1만 달러 이상의 화폐수단(monetary instruments)을 다음과 같이 이송하거나, 이송할 예

5317(c)조는 몰수(Forfeiture)라는 표제 하에 31 U.S.C. 5316조 위반의 경우 몰수규정이 적용됨을 명시하고 있다. 하지만 위 조항은 현금의 이동 즉, 개인이 현금을 소지한 채 출·입국하는 경우를 규제하고 있는 것이며 대상 사건의 경우와 같이 송금·이체가 이뤄진 경우에 관한 규정은 아니다.

그 이외에 31 U.S.C. 5315조¹¹⁾가 외국환 거래에 대한 신고(Reports on foreign currency transactions)를 규정하고 있으나 몰수를 정하고 있는 5317(c)조는 5313조(Reports on domestic coins and currency transactions), 5316조(Reports on exporting and importing monetary instruments), 5324(Structuring transactions to evade reporting requirement prohibited)조의 위반에만 적용된다고 명시하고 있어 5315조의 신고의무를 위반하였을 경우에 몰수하는 규정이 아니다. 참고로 위 31 U.S.C. 5317(c)조의 몰수는 형사몰수¹²⁾와 민사몰수¹³⁾로 나뉘지며 형사몰수는 필

정이거나, 이송한 경우: (A) 미국 내 지역으로부터 미국 외 지역으로 또는 미국 외 지역을 통하여 이송; 또는 (B) 미국 외 지역으로부터 또는 미국 외 지역을 통하여 미국 내 지역으로 이송; 또는 (2) 일시에 미국 외 지역으로부터 또는 미국 외 지역을 통하여 미국 내로 이송된 미화1만 달러 이상의 화폐수단(monetary instruments)을 수령한 경우.

11) (a) Congress finds that—

(1) moving mobile capital can have a significant impact on the proper functioning of the international monetary system;

(2) it is important to have the most feasible current and complete information on the kind and source of capital flows, including transactions by large United States businesses and their foreign affiliates; and

(3) additional authority should be provided to collect information on capital flows under section 5(b) of the Trading With the Enemy Act (50 App. U.S.C. 5(b)) [1] and section 8 of the Bretton Woods Agreement Act (22 U.S.C. 286f).

(b) In this section, “United States person” and “foreign person controlled by a United States person” have the same meanings given those terms in section 7(f)(2)(A) and (C), respectively, of the Securities and Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78g(f)(2)(A), (C)).

(c) The Secretary of the Treasury shall prescribe regulations consistent with subsection (a) of this section requiring reports on foreign currency transactions conducted by a United States person or a foreign person controlled by a United States person. The regulations shall require that a report contain information and be submitted at the time and in the way, with reasonable exceptions and classifications, necessary to carry out this section.

12) (1) Criminal forfeiture.— (A) In general.— The court in imposing sentence for any violation of section 5313, 5316, or 5324 of this title, or any conspiracy to commit such violation, shall order the defendant to forfeit all property, real or personal, involved in the offense and any property traceable thereto. (1) 형사몰수. (A) 일반. 법원이 제5313조, 제5316조, 또는 제5324조 위반 또는 그러한 위반의 공모에 대하여 죄를 부과할 때에는 범칙행위에 관계된, 또는 범칙행위로 추적 가능한, 모든 동산 부동산의 몰수를 피고인에게 명하여야 한다.

13) (2) Civil forfeiture.— Any property involved in a violation of section 5313, 5316, or 5324 of this title, or any conspiracy to commit any such violation, and any property traceable to any such violation or conspiracy, may be seized and forfeited to the United States in accordance with the procedures governing civil forfeitures in money laundering cases pursuant to section

요적인 것으로 민사몰수는 임의적인 것으로 규정되어 있다. 특히 형사몰수의 경우 피고인의 작위나 부작위에 의하여 몰수대상물의 소재가 판명되지 않거나 제3자에게 양도되거나 가치가 현저하게 감소된 경우에는 당해 재산의 가치 한도 내에서 피고인의 다른 재산을 대체 몰수할 수 있을 뿐 추징이라는 개념이 별도로 사용되고 있지는 않다는 점이 특징이다. 결국 미국법상 외국환 거래에 대한 신고 의무를 위반한 자를 상대로 필요적으로 몰수·추징하도록 하는 규정은 없는 것으로 판단된다.

다. 독일

독일 대외거래법(Aussenwirtschaftsgesetz; AWG) 제11조 제2항 및 동법 시행령(Aussenwirtschaftsverordnung; AWV) 제67조에 의하면 외국인이 독일 내국 거주자에게 12,500 유로화를 초과하는 금액을 송금할 경우 수령인은 독일 중앙은행(Deutsche Bundesbank)에 신고를 하여야 한다. 위 신고의무를 위반할 경우 대외거래법 제19조 제3항 제1(b)호 및 동법 시행령 제81조 제2항 제19호에 따라 행정법규 위반범죄(Ordnungswidrigkeit)를 구성하게 된다. 이 경우 대외거래법 제20조에 따라 행정법규 위반범죄의 대상이 된 금전이 몰수될 수 있으며 몰수의 요건은 독일 형법 제74조에 규정되어 있고, 필요적 몰수·추징 규정은 적용되지 않는다.

이상에서 본 바와 같이 우리의 외국환거래법 위반 행위와 같은 유형에 있어서 일본, 미국, 독일에서는 필요적 몰수·추징 규정은 적용되지 않는다.

4. 이 사건 외국환거래법상 필요적 몰수·추징 규정의 위헌성

몰수·추징은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 임의적 몰수·추징이 있고, 요건이 충족되는 한 반드시 몰수·추징을 신고하여야 하는 필요적 몰수·추징이 있는데, 몰수·추징을 임의적으로 할지 아니면 필요적으로 할지는 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 법

981(a)(1)(A) of title 18, United States Code. (2) 민사몰수. 제5313조, 제5316조, 또는 제5324조 위반 또는 그러한 위반의 공모에 관련된, 또는 그러한 위반 또는 공모로 추적가능(traceable)한, 어떠한 재산도 United States Code Title 18의 제981조 제(a)항 제(1)목 제(A)호에 따른 자금세탁사건의 민사몰수 절차에 따라 미국정부로 추징 및 몰수될 수 있다.

죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법정책에 관한 사항이다. 한편 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하다면, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 될 것이다¹⁴⁾ 즉, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지원칙에 반하는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다¹⁵⁾.

현재 외국환거래법은 위반 유형별로 그 불법의 경중을 달리 평가하지 않고 제27조 제1항 각 호, 제29조 제1항 각 호의 모든 경우에 대하여 일률적으로 필요적 몰수·추징 조항을 적용하고 있다. 그러나 예컨대 제5조제2항을 위반하여 기준환율 등에 따르지 아니하고 거래한 자¹⁶⁾의 경우에는 통화가치의 안정을 도모하기 위하여 일응 형사 처벌할 필요가 있을 것이나, 제7조에 따른 회수명령을 위반하여 채권을 국내로 회수하지 아니한 자¹⁷⁾의 경우는 시장질서에 대한 국가의 지나친 개입으로 볼 여지가 상당하다. 이에 따라 2017. 1. 17. 개정되고 2017. 7.

14) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16.

15) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89.

16) 제27조 제1항 제1호.

17) 제29조 제1항 제1호.

18. 시행이 예정되어 있는 외국환거래법 개정안 역시 위 제7조는 삭제하고 제29조 제1항 제1호도 삭제하였다. 기획재정부는 위 개정안의 입법 배경을 공고하여 i) 1999년 외국환관리법이 외국환거래법으로 대체되면서 외환거래의 자유화가 진전되었고, ii) 2006년 자본거래 허가제가 폐지되고 신고제로 전화되었으며, iii) 이후에도 지속적으로 개별 사안별 개정을 이어와 외환거래의 자유화를 추진해왔다고 밝힌 바 있다. 한편, 기획재정부 스스로도 그 동안의 자유화 조치에도 불구하고 현행법은 대외거래 증가, 금융업 성장 등의 여건 변화를 근본적으로 반영하지 못하는 상태임을 자인하고 있다. 즉, 지급·수령시 은행의 확인절차와 자본거래 신고제 등이 사실상의 규제로 인식되어 자유화를 체감하기 어렵고 금융회사 등만이 외국환업무를 취급할 수 있게 되어 있어 경쟁체제에도 큰 제약이 따르고 있다는 것이다. 이에 따라 기획재정부는 2015년 3월 ‘외환제도 개혁방안’을 발표한데 이어 2016년 3월에는 비금융회사의 외국환 업무 범위 확대 등을 주요내용으로 외국환거래법 및 시행령을 한 차례 개정한 바 있다. 위와 같은 일련의 과정을 볼 때 현재 우리나라의 외국환거래법은 여전히 대내외 여건 변화와 국경간 경상·자본거래 및 지급·수령 등 외국환거래의 규모를 온전히 반영하고 있지 못함을 알 수 있다. 따라서 근본적으로 외환거래의 자율성을 제고하고 국민과 기업의 대외거래 원활화를 촉진하는 방향으로 관련 법령의 대대적 개선이 필요한 시점이다.

한편 제29조 제1항 제6호는 ‘신고의무를 위반한 금액이 5억 원 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 자’라고 정하고 있고 대통령령에서는 18조 위반의 경우에는 10억 원으로 정하고 있는데 이를 일률적으로 적용하게 되면 10억 100원에 관한 신고의무를 위반한 자의 경우에는 위반 금액 전부를 필요적 몰수·추징하게 되는 반면 10억 원에 관한 신고의무를 위반한 자에 대하여는 위 조항 위반을 인정할 수 없게 되고 제32조의 적용을 받아 단순 과태료만 부과하게 되므로 한 톨도 몰수·추징하지 않게 되는데, 구체적인 사안의 내용을 따져 신고의무를 위반하게 된 경위나 이유 등 불법의 정도를 가리지도 않고 필요적 몰수·추징 규정을 일률적으로 적용하게 되면 천양지차가 나게 되는데 이러한 결과는 헌법상 평등의 원칙을 실질적으로 위반하는 것이라고 보아야 한다. 나아가 외국환거래법은 외국환거래와 그 밖의 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 함을 선언하고 있다.¹⁸⁾ 위

입법 목적에 비추어 볼 때 일정금액 이상의 대외거래를 단순히 신고하지 않았다는 이유만으로 전부에 대하여 필요적으로 몰수·추징하는 것이 과연 ‘거래의 자유를 보장’하고 ‘국민경제의 건전한 발전에 이바지’하는 것이라고 할 수 있을지 의문이다. 금융기관을 통하여 비거주자로부터 거주자에게 국내로 송금되는 돈은 신고가 없다고 하더라도 사후적인 추적이 매우 용이하다고 할 수 있으므로 몰수·추징을 필요적으로 하지 아니하고 임의적으로 한다고 하더라도 외국환거래법의 입법목적 달성에 부족함이 없다.

헌법재판소는 위 결정에서 “외국환거래법상의 몰수·추징은 재산상 이익을 환수하는 데 그치는 것이 아니고 징벌적인 성격을 가지며, 행위자의 책임과 형벌의 비례관계는 주형과 부가형을 통산하여 인정되는 것이므로 주형의 구체적인 양형 과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있다. 또한 법원은 주형에 대하여 선고를 유예하지 아니하면서 그에 부가할 추징에 대하여서만 선고를 유예할 수는 없으나, 주형에 대하여 선고를 유예하는 경우에는 부가형인 몰수·추징에 대하여 선고를 유예할 수 있어, 사안에 따라 필요적 몰수·추징이 가혹할 경우에는 선고유예를 통하여 구체적 형평성을 기할 수 있다. 따라서 부가형이 주형보다 중할 수 있다는 점만으로 법원의 양형재량이 과도하게 제한된다거나 책임과 형벌의 비례원칙에 반한다고 볼 수 없다.”고 판시한다. 하지만 행위자의 책임이 무겁지 않아 경한 벌금형을 주형으로 선고할 경우에 있어서까지 필요적으로 당해 금전을 몰수·추징하도록 한 결과 행위의 불법성이 크지 않은 경우에도 법원은 주형에 비하여 과도하게 높은 부가형을 선고하여야 하고, 이를 피하기 위하여는 주형마저도 선고를 유예할 수밖에 없는바, 이와 같은 구조는 법원의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하여 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없게 하므로 법원의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있다고 보아야 한다. 헌법재판소가 극히 예외적인 주형과 부수형의 선고유예를 가정하여 구체적 형평성을 기할 수 있다고 판시하는 것은 공색한 논리라고 하지 않을 수 없다. 이는 법관으로 하여금 부수형의 선고를 유예하기 위하여 주형의 선고유예를 강제하고 있는 꼴이다.

18) 제1조.

이 사건 사안에서 문제되는 외국환거래법 규정과 헌법재판소의 대상사건과 다른 부분도 살펴보아야겠다. 헌법재판소는 “나아가 외국환거래법이 거주자의 해외 부동산 취득과 관련하여 형식적으로는 신고를 하도록 규정하고 있지만 그 내용 면에서는 여전히 기획재정부장관에게 수리 여부를 결정하거나 거래 내용의 변경을 권고할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로(법 제18조 제4항 내지 제7항 참조), 거주자의 해외부동산 취득이 단순히 신고라는 절차적인 요건을 갖추기만 하면 완전히 자유롭게 허용되는 행위라고 볼 수도 없다. 즉 거주자가 신고를 하지 아니하고 취득한 해외부동산 중에는 신고만 하면 취득할 수 있었던 경우만 존재하는 것이 아니라 신고를 하더라도 수리거부 등으로 취득하지 못하였을 경우도 얼마든지 존재할 수 있다. 청구인은, 거주자가 외국에서 발생한 수입으로 해외부동산을 취득한 경우에는 국제수지의 균형과 통화가치의 안정에 하등의 영향을 미치지 아니하므로 이러한 경우까지 이 사건 법률조항을 적용하여 해외부동산을 몰수·추징하는 것은 과도한 제한이라고 주장하나, 대한민국에 주소 또는 거소를 둔 개인 등이 외국에서 얻은 수입으로 해외부동산을 취득하였다 하여도 국가가 외환에 관한 일련의 자금흐름을 유기적으로 파악하여 감독하기 위하여는 이에 대한 신고의무를 부과하고 이를 위반한 경우 해외부동산을 몰수·추징할 필요가 있으므로, 이를 지나친 제한이라고 할 수 없다. 결국 위 법률조항은 침해최소성 원칙에 반하지 아니한다.”고 판시한다.

현행 외국환거래법 제18조 제3항은 “기획재정부장관은 제1항에 따라 신고하도록 정한 사항 중 거주자의 해외직접투자자와 해외부동산 또는 이에 관한 권리의 취득의 경우에는 투자자 적격성 여부, 투자가격 적정성 여부 등의 타당성을 검토하여 신고수리 여부를 결정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉, 기획재정부장관이 수리 여부를 결정하거나 거래 내용의 변경을 권고할 수 있는 권한을 가지는 것은 거주자의 해외직접투자자와 해외부동산 또는 이에 관한 권리의 취득의 경우에만 적용되는 것으로서 그 이외의 자본거래에 관하여는 기획재정부장관에게 수리 여부를 결정할 권한이 부여되어 있지 않다. 결국 이 사건 사안의 경우에는 거주자의 비거주자로부터의 금전대차거래에 의한 자금송금은 단순히 신고라는 절차적인 요건을 갖추기만 하면 완전히 자유롭게 허용되는 행위라고 하지 않을 수 없다. 게다가 외국환거래법시행령에 의하면 신고의 수리 여부 기간을 무려 30일이나 허여하고 있는데, 급변하는 세계경제에서 개인과 기업의 외화의 자본거래에 관하여 사후 일정기간 내의 신고의무를 부과하는 것으로도 충분히 입법목적은 달성할 수

있다고 할 것임에도 이 사건 사안과 같이 기획재정부장관에게 수리 여부와 변경 권고의 권한이 부여되어 있지 않은 경우여서 단순히 신고를 수리하는 외에 중요한 후속절차나 규제도 없는 경우, 신고와 관련한 단순한 업무상 착오나 과실로 해태하여 신고의무를 이행하지 못한 경우, 개별적 사안에 있어서 범죄와 관련된 불법적인 사정이 전혀 없고 다른 급박한 사정 등으로 인하여 신고절차를 취할 시간적 여유가 없는 경우여서 신고의무를 이행하지 못하고 송금하게 된 경우 등과 같이 행위자에게 비난가능성이 매우 낮은 경우에도 일률적으로 사전 신고를 하지 않았다는 이유만으로 자본거래의 대상이 된 돈 전액의 몰수·추징을 명하는 것은 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어서 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 최소침해성의 원칙에 위배되고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반한다고 보아야 한다.

해외 비거주자와 국내 거주자 사이의 금전대차 등으로 인한 자본거래에 관하여 불법적인 거래를 사전에 방지하고 자본거래 관련 통계의 적정을 도모하기 위하여 신고를 확보할 필요가 있다고 할 수 있지만, 그러한 목적만으로는 사전 미신고 거래행위를 형사처벌하고 나아가 범죄와 아무런 관련도 없는 외환을 필요적으로 몰수·추징하게 하는 것을 정당화할 수 있는 사유라고 보기 어렵다. 불법적인 거래라고 한다면 어차피 사전이든 사후든 신고를 하지 않고 자금을 반입, 반출할 것이나, 불법적인 거래와 아무런 관련이 없는 사람의 행위에 대해서까지 신고의무위반으로 대상 금액을 전액 몰수할 근거가 부족하다. 또한 단순히 통계자료를 확보하기 위하여 신고의무를 위반한 사람에 대하여 대상 금액을 전액 몰수한다는 것은 국민을 납득시킬 만한 근거가 되지 못한다. 따라서 설사 그것이 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한사유(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)에 해당된다고 하더라도 필요적 몰수 규정은 그러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어서 거래의 자유와 재산권을 과도하게 제한하는 것이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 미신고 자본거래 외환을 필요적으로 몰수·추징하도록 하는 법률규정은 기본권을 제한할 필요성이 없거나 그러한 필요성의 한도를 넘어서 자본거래의 자유와 재산권을 제한하는 것으로서 헌법 제15조, 제23조 제1항 본문 및 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다¹⁹⁾.

19) 헌법재판소 2008. 12. 26. 2005헌바30 사건의 조대현 재판관의 소수의견 참조.

거주자가 비거주자로부터 외환을 국내로 송금받는 행위가 국가경제에 미치는 부정적인 영향이 지대하다고 할 수 있는가? 이것도 전혀 근거가 없는 막연한 추측에 불과할 뿐이다²⁰⁾. 현재 세계는 지구촌화 되어 어느 한 국가에서의 사건이 전세계에 파급효과를 미치고 그 영향은 경제적인 측면에서도 지대한 영향을 미친다. 따라서 개인이든 기업이든 국가 경제주체는 시시각각으로 변하는 세계경제에 즉각적으로 대응할 수 있게 하여야 할 필요가 있다. 예컨대 환율이 과도하게 상승하는 경우에 개인과 기업은 해외로부터 외화를 들여오려고 하므로, 해외의 비거주자로부터 외화를 차입하거나 해외 투자 부동산이 있는 경우에는 그 부동산을 매각하여 회수된 투자금을 국내에 반입하게 된다. 그러면 외화의 공급으로 인하여 환율은 하락하게 되므로 이는 환율상승을 저지하는 역할을 하게 된다. 반대로 환율이 지나치게 하락하는 경우에는 개인과 기업은 보유하는 원화를 외화로 바꾸어 해외에 투자를 하려 하고 그 결과 이는 환율의 하락을 저지하는 역할을 하게 된다. 어느 경우이든지 외환의 자유로운 유입, 유출을 보장하는 것이 수익의 최대화를 추구하는 개인과 기업의 경제활동으로 국가경제의 안정을 추구하는 방향으로 나아갈 수 있게 하는 것이다. 따라서 범죄와 관련되지 않은 개인과 기업의 해외로의 자금의 투자 또는 해외 투자금의 유치 등은 오히려 국가경제에 미치는 영향이 긍정적인 측면이 많다고 보아야 하므로 그 자금이 불법적인 것임을 전제로 하여 무조건 처벌하려고 해서는 안된다.

외국환거래법과 다른 법률과의 불법의 경중이나 처벌의 필요성을 비교해볼 필요도 있다. 마약류 관리에 관한 법률, 관세법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 등의 경우에는 위반행위의 불법의 정도가 강하지만 외국환거래법상 위반행위의 불법의 정도는 단순 신고의 무의 불이행에 불과하여 행정형벌적 성격에 불과하다고 하지 않을 수 없다. 범죄 혹은 범죄수익과 연관되지 않는 한 외환거래는 자율적으로 운용되어야 마땅하고 자유 시장경제질서 및 자본주의의 특성상 국민 개개인의 자산관리는 자유로이 보장되어야 한다.

20) 이는 마치 헌법재판소가 과거 재벌 등의 부정축제자들이 국내의 돈을 해외로 빼돌려 신고하지 아니하고 해외부동산을 취득하는 행위로 국민적 비난을 심대하게 받아온 사안과 동일하게 생각하고 있는 듯하다.

5. 소결

이 사건 사안과 같은 경우에 필요적 몰수·추징을 규정하고 있는 외환거래법의 규정은 과잉입법금지의 원칙에 위반된 것으로, 국민의 사유재산권을 과도하게 제한하는 것이어서 위헌이라고 하지 않을 수 없다²¹⁾. 재산형성에 어떠한 불법도 개입된 바가 없고 자본거래의 원인도 자유로운 시장경제의 주체로서 합법적임에도 불구하고 단지 그 유입과 유출을 사전에 신고하지 않았다는 사유만으로 개인의 사유재산을 다른 어떠한 사정도 고려함이 없이 국가가 침탈해 간다면 이러한 국가는 전체주의 국가라고 하지 않을 수 없다.

따라서 외국환거래법은 위반 행위별 불법의 경중을 고려하여 처벌 여부를 결정하여야 하고, 이에 관한 필요적 몰수·추징 규정은 삭제하여야 마땅하다. 국부유출, 통화가치의 안정을 해하는 중대한 법 위반, 범죄의 수익과 연루된 외국환 등 제한적인 경우에만 몰수·추징할 수 있도록 하여야 진정한 대외거래의 자유 및 세계 시장경제질서에서의 경쟁력 구축이 가능할 것이다.

Ⅲ. 정벌적 몰수·추징 이론과 그에 의한 공동연대추징은 정당한가?

1. 몰수·추징의 의의

몰수는 범죄행위와 관련된 재산을 보상 없이 박탈하여 국고에 귀속시키는 국가의 처분이다. 형법은 몰수를 다른 형에 부가하여 과하는 부가형으로 규정하고 있으나, 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 예외적으로 몰수의 요건이 있는 경우에는 몰수만을 선고할 수도 있다(형법 제49조).

몰수의 법적 성격에 관하여는, 형법이 몰수를 형벌의 일종으로 규정하고 있으므로 몰수는 재산형으로 주형에 부가하여 과하여지는 부가적 형벌이라고 하는 견해(부가적 형벌설), 몰수는 형식적으로는 형벌이지만 실질적으로는 대물적 보안처분이라는 견해, 범인 소유의 물건의 몰수는 재산형으로서의 성질을 띠지만 제3자 소유의 물건의 몰수는 대물적 보안처분의 성질을 가진다고 보는 견해, 형벌과 보안처분의 중간영역에 위치한 독립된 형사제재라는 견해 등이 주장되고 있다.

21) 필요적 몰수·추징 규정이 위헌이라고 한 결정에 대하여는 1995. 11. 30. 94헌가3, 2004. 3. 25. 2001헌바89 참조.

요컨대 몰수의 법적 성격에 관한 논의는 그것이 형벌인가 보안처분인가에 집중되어 있다고 할 수 있다.

그렇다면 몰수의 법적 성격이 형벌인가 보안처분인가에 따라서 확연한 차이를 보이는 것이 있는가. 몰수를 형벌이 아닌 보안처분으로 보는 경우에는 몰수 판결의 제3자에 대한 효력을 설명하기에 용이한 부분이 있지만 몰수의 법적 성격과 몰수판결의 대세효 여부는 별개의 문제라고 보아야 한다. 몰수를 형벌로 보기 때문에 불이익변경금지의 원칙이 적용된다고 설명하는 견해도 있지만 불이익변경금지의 원칙은 몰수를 형벌이 아닌 보안처분으로 보는 경우에도 적용된다. 또한 몰수를 형벌로 보든 보안처분으로 보든 죄형법정주의는 적용되어야 한다²²⁾.

추징은 몰수 대상물의 전부 또는 일부가 몰수하기 불가능한 때에 몰수에 갈음하여 그 가액 상당의 납부를 명하는 사법처분이다. 형법 제48조 제2항에서 규정하는 추징은 본래 의미의 임의적 추징으로서 일반적 추징 또는 이익박탈적 추징이라고 한다.

일반적 추징의 법적 성격에 관하여는, 이득박탈을 통한 범죄반복의 위험성을 예방하는 측면에서 보안처분적 성격이 중시되는 반면 범인의 범죄에 대한 재산형으로서의 성격은 약하게 평가받고 있다는 견해가 있으나²³⁾, 다수 학설은 추징은 몰수의 취지를 관철하기 위한 사법처분이면서 실질적으로는 부가형의 성질을 띠고 있다고 한다. 판례 역시 추징을 형벌적 성격을 보유하는 것으로 보고 있으며²⁴⁾ 재판실무상 추징은 실질적으로 형에 준하여 평가되고 있다.²⁵⁾

22) 이상원, “몰수의 법적성격”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 255, 256면.

23) 김대휘, “징벌적 추징에 관하여”, 형사판례연구 제8호, 2000, 166면; 이영한, “징벌적 개념의 몰수·추징에 대한 몇 가지 문제”, 재판실무연구, 2004, 126면.

24) 형법 제41조에 의하여 추징이 형이 아님은 명백하나 실질적으로 볼 때 몰수와 차이가 없으며 특히 보안처분적 의미를 가지지 아니하는 점에 있어서는 오히려 순수한 형벌적 성격을 보유하는 것이라 할 것이므로 피고인이 항소한 원심에서 주형은 1심판결과 동일하게 하였으나 새로이 피고인으로부터 금 구천환을 추징하는 선고를 하였음은 불이익변경금지의 법원칙에 위배된다 할 것이다(대법원 1961. 11. 9. 선고 4294형상572 판결).

25) 다만, 대법원이 몰수·추징에 대하여 범죄행위로 인한 이득을 박탈하여 부정한 이익을 보유하지 못하게 하는 보안처분의 성격도 인정하고 있다는 견해가 있으나(이승현, “특별법상 추징의 법적 성격”, 한국형사판례연구회, 형사판례연구 18, 2010, 650면.), 위 논문이 인용하고 있는 판례는 형법 제134조의 필요적 몰수·추징에 관한 것으로서 형법 제48조의 임의적 추징과는 다른 경우로 보인다.

2. 징벌적 몰수·추징과 공동연대추징

한편 징벌적 몰수·추징은 형사법 문언상의 용어가 아니라 대법원 판례에 의하여 생성된 것으로서 특별법상의 특수한 입법목적과 취지에 따라 인정되고 있으며 단순한 불법이익의 박탈을 목적으로 하는 본래 의미의 몰수·추징과는 구별되고 있다.²⁶⁾

대법원은 마약류 관리에 관한 법률, 관세법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 밀항단속법 등에서 규정하는 필요적 몰수·추징을 징벌적이라고 해석하면서 여러 사람이 공모하여 위반행위를 한 경우 대상물을 몰수할 수 없을 때에는 각 공범자 전원에 대하여 그 가액 전부의 추징을 명하는 공동연대추징을 적용하여야 한다고 판시하고 있다.

대법원은 징벌적 몰수·추징에서의 ‘징벌’이란 범죄이익의 환수와 관련하여 범죄 수익이 없어도 부과되는 불리한 형사제재의 개념으로 사용하면서 실질적으로 책임주의의 통제에서 벗어나는 통로를 창설하는 듯하는 판시를 하고 있으나, 이른바 징벌적 몰수·추징도 범죄의 철저한 억제를 도모하려는 재산형을 의미하는 형사제재를 일컫는 것으로 보아야 하므로 책임주의의 통제에서 벗어날 수는 없다고 보아야 한다.²⁷⁾

일반적 추징은 금품 기타 이익을 받은 범인 또는 제3자로부터 이를 박탈하여 그로 하여금 불법적인 이득을 보유하지 못하게 하는 것이 목적이다. 따라서 이익의 귀속자로부터 개별적으로 추징하게 되며 추징의 액수는 받은 이익의 한도를 넘어설 수 없다. 또한 추징의 방법도 분할추징의 원칙이 적용되어 수인이 공동하여 뇌물을 수수한 경우 각자로부터 각자 실제 분배받은 금품만을 개별적으로 몰수 혹은 추징하게 되며 개별액수를 알 수 없는 경우에는 균분하여 추징하여야 한다는 것이 판례이다.

이에 반해 대법원은 공동연대추징에 해당하는 경우에는 수인의 공범자 중 이익을 얻은 자에 대하여만 추징하는 것이 아니라 공범자 각자에 대하여 가액 전부의 추징을 명하여야 한다고 하면서 위 공범자에 공동정범뿐 아니라 교사범, 중범

26) “외국환관리법상의 몰수와 추징은 일반 형사법의 경우와 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다고 할 것이므로”(대법원 1998. 5. 21. 선고 95도2002 전원합의체 판결).

27) 홍찬기, “징벌적 추징의 문제점과 개선방향”, 법학논총 제37권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 710면.

이 포함되는 것으로 보고 있다.²⁸⁾ 또한 공범자 중 일인이 추징금 전액을 납부하게 되면 다른 사람 역시 추징의 집행을 면하고 일부라도 납입이 되지 않았을 경우에는 그 범위 내에서 공범자 모두가 추징의 집행을 면할 수 없게 된다는 점이 일반적 추징의 해석과 다르다.

대법원과 같이 공동연대추징을 인정할 것인지에 대하여, 대법원이 공동연대추징을 인정하는 경우는 관세법, 외국환거래법, 마약류관리에 관한 법률 등 극히 예외적인 경우인 점, 위 법 위반행위들은 사회적 영향이 심대하고 범죄도 빈발하고 있어 이를 막기 위한 일반예방적인 조치가 필요한 점, 특히 범죄의 특성상 적발이 어려워 공범간의 역할분담이나 이득분배내용을 밝히는 것이 쉽지 않아 징벌적인 제재의 강화가 필요하다는 점을 들어 긍정하는 견해가 있다.²⁹⁾ 반면 불법의 공동귀속은 가능하더라도 책임만큼은 개별 귀속되어야 한다는 형사법의 기본원칙인 책임 개별화 원칙에 위배된다고 보아 이를 부정하는 견해가 있다.³⁰⁾

3. 외국환거래법상 필요적 몰수·추징에 관한 대법원 전원합의체 판결의 태도³¹⁾

가. 다수의견

외국환관리법상의 몰수와 추징은 일반 형사법의 경우와 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다고 할 것이므로, 여러 사람이 공모하여 범칙행위를 한 경우 몰수대상인 외국환 등을 몰수할 수 없을 때에는 각 범칙자 전원에 대하여 그 취득한 외국환 등의 가액 전부의 추징을 명하여야 하고, 그 중 한 사람이 추징금 전액을 납부하였을 때에는 다른 사람은 추징의 집행을 면할 것이나, 그 일부라도 납부되지 아니하였을 때에는 그 범위 내에서 각 범칙자는 추징의 집행을 면할 수 없다.

나. 반대의견

형법법규는 죄형법정주의의 내용인 유추해석의 금지나 명확성의 원칙상 문리

28) 대법원 1985. 6. 25. 선고 85도652 판결.

29) 이영한, 앞의 논문, 133면; 김대휘, 앞의 논문, 174면; 이승현, 앞의 논문, 688면.

30) 서보학, “공범간에 취득한 이익이 다른 경우의 추징방법 - 외국환관리법 및 관세법상의 몰수·추징의 법적성격과 추징방법을 중심으로”, 형사판례연구 제8권, 2000, 10면.

31) 대법원 1998. 5. 21. 선고 95도2002 전원합의체 판결.

에 따라 해석하여야 한다. 외국환관리법상의 추징의 성격이 징벌적인가 아니면 이익박탈적인가의 여부는 먼저 외국환관리법상의 추징에 관한 규정을 문리해석하여 그 결과에 따라 판단해야 할 것이다. 다수의견이 외국환관리법의 입법목적까지를 고려하여 그 추징에 징벌적 제재의 성격을 강조하는 이유는, 외국환관리법 위반 사범의 단속과 일반 예방의 철저를 기하기 위한 것으로 보여 타당한 면이 없지 아니하다. 그러나 외국환관리법위반 사범의 단속과 일반예방의 철저를 기할 필요가 있다면 그것은 주형을 엄하게 하여 그 목적을 달성해야 할 것이지, 부가형인 몰수에 대한 환형처분에 불과한 추징으로 이를 달성하려고 할 것은 아니라고 생각될 뿐만 아니라, 이는 추징의 본질이나 보충성에 비추어 보더라도 그 한계를 벗어나는 것이라고 하지 않을 수 없다. 다수의견에 따르면 여러 가지 논리상 모순이 생기고 따라서 외국환관리법상의 추징을 공동연대 추징으로 보는 것은 타당하지 아니하므로, 몰수의 대상이 된 외국환 등을 '취득한 사람'만이 추징의 대상자가 되는 것으로 해석함이 마땅하다.

외국환관리법상의 추징은 관세법상의 추징과는 그 조문의 규정내용과 형식이 모두 다르다. 다만 외국환관리법상의 추징이 외국환 등의 취득에 소요된 비용 내지 대가의 유무·다과를 고려함이 없이 그 가액 전부를 추징한다는 점에서 그 성격이 이익박탈적이기보다는 징벌적이라고 볼 여지가 없지 아니하나, 그렇다고 하여 관련 규정의 문언과 공동연대 추징의 문제점 등에도 불구하고 굳이 외국환관리법위반의 경우에까지 공동연대 추징의 유추해석을 도출하는 것은 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

4. 검토

그러나 판례와 같이 징벌적 몰수·추징 개념과 공동연대추징을 인정하여 추징의 대상과 범위를 넓히는 것은 타당하지 못하다.

(1) 먼저 형법상의 몰수·추징의 규정과 대부분의 특별법상의 몰수·추징 규정의 형식과 내용이 다르지 않으므로 특별법상의 몰수·추징 규정을 징벌적이므로 일반 형법상의 몰수·추징과는 다른 법리를 적용하여 공동연대추징해야 한다는 해석이 도출되지 않는다.

형법 총칙 제48조의 몰수·추징 규정과 형법 각칙, 관세법을 제외한 다른 특별

법상의 몰수·추징 규정은 그것이 임의적인지 필요적인지에 차이가 있을 뿐 법률 규정의 형식과 내용이 다르지 않다³²⁾. 따라서 특별법상의 몰수·추징 규정에서 이를 징벌적 몰수·추징 규정으로 해석하면서 일괄적인 공동연대추징의 해석을 끌어낼 수는 없다. 판례는 여기에 특별법의 입법목적에서 징벌적 몰수·추징의 근거를 찾고 있으나, 일반, 추상적인 문구로 이루어진 특별법의 입법목적만으로 형법상의 몰수·추징과 특별법상의 몰수·추징을 구별하는 기준의 근거로 삼기는 어렵다. 입법 목적을 원용하면서 곧바로 “몰수와 추징은 일반 형사범의 경우와는 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다”는 결론을 도출하고 있는 해석은 특별법 위반사범의 단속과 일반예방에 철저를 기한다는 처벌효과만을 염두에 둔 것으로서, 이른바 결과지향적 해석의 전형적 모습을 보여주는 것 같다. 일련의 합리적인 논거를 수반하지 않는 목적론적 해석은 극단적으로 말해 해석이라고 보기 어려운 면이 없지 않다³³⁾. 게다가 예컨대 외국환거래법의 입법목적은 “외국환거래와 그 밖의 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”는 것이고, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 입법목적은 “건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”는 것이어서 두 법의 입법목적이 매우 유사한데 대법원은 외국환거래법의 추징규정은 징벌적이고, 특가법상의 추징규정은 징벌적이지 아니라고 다른 해석을 하고 있다. 이는 범죄에 대한 엄격한 처벌이라는 목적을 우선시하여 본질적으로 같은 것을 다르게 판단한 것이라고 하지 않을 수 없다³⁴⁾. 외국환관리법위반죄, 특정법위반죄 등 범죄에 대한 단속과 일반예방을 철저히 할 필요가 있다면 주형을 엄하게 하여 그 목적을 달성하면 충분하며 부가형인 몰수나 그에 대한 환형처분인 추징을 모든 공범자에게 확대하여 적용하는 방법으로 할 것은 아니다.

(2) 그럼에도 불구하고 대부분의 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정을 징벌적이라고 해석하면서 추징의 대상과 범위를 확대하는 것은 죄형법정주의에 어긋난다.

32) 그런데 대법원은, 마약류법률위반죄, 관세법위반죄, 외국환거래법위반죄, 특정경제범죄등가중처벌위반죄 중 재산국외도피죄, 밀항단속법위반죄 등은 징벌적 몰수·추징이므로 일반 형법상의 몰수·추징과 다른 법리가 적용되어야 한다고 하고, 뇌물죄, 배임수증죄, 변호사법위반죄 등은 일반 형법상의 몰수·추징 법리가 적용되어야 한다고 한다.

33) 변중필, “대법원의 형법해석론에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005.

34) 홍찬기, 앞의 논문, 726쪽.

각각의 물수의 성격상 형벌의 성격이 강하게 드러나는 경우가 있고, 형벌과 보안처분의 성격을 겸유하는 경우도 있으며, 보안처분의 성격이 강하게 드러나는 경우가 있지만 어느 경우이든 물수와 추정은 형벌의 성격을 항상 보유하고 있다. 추정도 부가형으로서 일종의 형벌이고 특히 물수의 환형처분으로 해석하는 이상 특별규정이나 명확한 근거 없이 피고인에게 불이익한 선고를 할 수 없는 것이다. 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 아니한다³⁵⁾. 대법원은 이미 일반 형법상 물수·추정에 관하여 개별추정의 원칙을 선언하면서 물수대상물의 취득자로부터 물수할 수 없는 경우에 그 물수대상물건의 취득자였던 사람으로부터 환형처분으로 추정을 할 수 있다고 하고 있다. 그런데 형사정책적인 필요나 처벌의 필요성만을 고려하여 물수대상 물건을 취득한 바가 전혀 없는 공범자로부터 물수대상물건의 가액 전부를 공동연대추정할 수 있다고 해석하는 것은 형벌법규의 명확성의 원칙을 저버리고 문리와 다르게 확장해석한 것이라고 하지 않을 수 없다. 공범자가 범행에 가담한 경우에 물수와 추정은 각자가 받은 이득을 물수·추정하는 것이 추정의 본질에 적합한 것이므로 형법상 추정과 관련한 일반적인 추정에 관한 대법원의 해석은 적합한 것이다. 외국환관리법위반죄의 본 사안의 경우, 이를 일반적인 추정의 원리를 적용하게 되면 신고의무를 위반하여 국내로 들어온 돈을 취득한 것은 피고인이 근무하는 법인이고 피고인은 그 돈을 취득한 바가 전혀 없으므로 물수는 양벌규정에 의하여 처벌받는 법인으로부터 하여야 한다. 그리고 그 법인으로부터 물수할 수 없는 경우에는 당해 법인이 그 돈을 취득, 사용하였으므로 그 법인으로부터 추정을 하게 된다. 그런데 이를 징벌적 추정이어서 공동연대추정을 할 수 있다고 하게 되면 애초에 추정의 대상이 아니었던 피고인에게 200억 원이 넘는 금전의 전액을 추정할 수 있게 되는데 이는 피고인의 입장에서는 자신의 인생을 파탄내는 결과임은 명백하다. 물수대상 물건을 취득한 바도 없고, 이를 처분한 자도 아닌 자로부터 추정을 한다면 그러한 판결에 누가 합리적이라고 승복할 것인가. 형법 총칙상의 규정과 특별법상의 규정의 내용이 다를 바가 없는데 전

35) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결.

혀 다르게 해석하여 적용한다면 일반 시민을 쉽게 납득시킬 수는 없다고 하겠다. 따라서 특별법상의 명문의 규정의 없다면 이는 그 규정의 취지가 무엇이든 상관없이 개별추징의 원칙을 적용하여야 한다고 본다.

그렇다면 개별추징이 아닌 공동연대추징은 언제나 할 수 없는 것인가? 범죄행위에 다수인이 관여된 경우에 그 다수인의 관여 정도, 몰수대상물이나 그 이익의 불가분적인 취득에 따라 -예컨대 갑과 을이 공동정범으로 행동하였고 그에 따라 취득한 몰수대상물을 공동으로 취득하여 불가분적으로 사용한 경우- 공동연대추징을 인정할 수 있을 것이다³⁶⁾. 요컨대 형법상 일반적인 추징이든 특별법상의 필요적인 추징이든 개별추징의 원칙을 적용하되 공범자의 관여 정도와 몰수대상물 또는 그 이익의 불가분적 취득, 사용이 인정되는 경우에는 공동연대추징을 인정하여야 한다³⁷⁾.

(3) 이와 같이 특별법상의 몰수·추징 규정이 징벌적 제재의 성질을 가지고 있는가, 아니면 이익박탈의 성격을 가지고 있는가의 여부에 따라 공동연대추징의 인정 여부가 달라지는 것은 아니며, 특별법상 일반적인 공동연대추징을 인정할 것 인지는 형사정책적인 문제이므로 만일 이를 인정하려면 법률에 이에 관한 입법자의 명백한 의사가 표시되어야 한다. 외국환거래법상 신고의무를 위반하여 국내로 들여온 돈을 필요적으로 몰수하는 법률은 사실 몰수 자체를 형사처벌의 방편으로 사용하는 성격이 매우 강하다. 피고인이 신고의무를 위반하고 국내로 들여온 돈은 신고의무를 위반한 행위 자체를 직접적 원인으로 하여 취득한 것은 아니고, 금전 취득의 직접적 원인은 외국의 비거주자로부터의 차용행위로 보아야 할 것이다. 따라서 그러한 미신고행위의 행정법규 위반에 대하여 반드시 해당 돈을 몰수할 필요성이 있다고 단정하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 그 돈을 필요적으로

36) Leipziger Komm., 73 Rn. 20, : 공범자가 취득한 몰수대상물이 공범자를 위하여 공동으로 사용된 경우에는 공동연대추징을 선고할 수 있다고 보아야 한다고 한다. 징벌적 추징에 관하여 김대휘, 앞의 논문, 170쪽에서 재인용.

37) 김대휘 부장판사도 “당해 물건이 공범자들 전원을 위하여 사용되었거나 각자 받은 이익을 나눌 수 없는 때에는 공동불법행위자의 부진정 연대책임의 규정에 의하여 공동연대의 추징을 명하는 것이 타당한 해석”이라고 하면서 이는 “민법상 분할채무에 관한 규정은 다수당사자의 채권관계를 규율하는 것이고 당사자간에 계약이 없는 경우에 권리내용을 정하는 원칙적 규정일 뿐이므로 형사법의 영역에 곧바로 적용될 수 없는 것이며, 오히려 민법 제760조의 공동불법행위자의 책임에 관한 규정이 그 성질상 더 가까운 것이라고 보이기 때문”이라고 하고 따라서 “이러한 공범자들간의 부진정연대의 규정은 형법상의 원칙적 추징 뿐만 아니라 다른 특별규정이 없는 한 특별법상의 모든 추징의 경우에도 적용되어야 할 것이다”라고 하고 있는데, 타당한 해석이다. 김대휘, 앞의 논문, 173쪽.

몰수하는 법률 규정은 당해 금전을 취득하는 당사자에게 강력한 형사제재를 가하는 점에 있어서 매우 ‘징벌적’이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 ‘징벌적’ 몰수이고, 몰수의 환형처분인 추징도 ‘징벌적’이라고 할 수 있으나 그 당연한 결과로 몰수 대상물의 취득과 아무런 관련이 없는 모든 공범들에 대하여 공동연대추징에 복종할 의무가 있다고 볼 수는 없다. 오히려 법률이 이와 같이 강력한 형사제재를 하겠다는 의사를 표시하면서 그 방편으로 몰수나 추징을 ‘징벌적’으로 하려고 한다면 그에 관한 해석은 더욱 엄격하게 이루어져야 하고 적용범위를 함부로 확장하는 해석을 하여서는 아니되고 국민의 기본권을 보호하기 위하여 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 판례는 ‘징벌’이란 말을 범죄로 인한 수익이 없음에도 불구하고 그 범죄의 예방을 위한 특별한 형사정책적 관점에서 추징을 가능하게 해주는 개념으로 사용하고 있는데 징벌성이 인정되는 추징과 부정되는 추징의 경계가 모호하기 그지 없다³⁸⁾.

(4) 실무상 관세법위반범죄³⁹⁾, 마약류범죄 등의 경우에는 다수의 공범이 관여하는 경우가 많고 공범자들 사이의 역할의 분담과 이득의 분배내용을 밝히는 것이 쉽지 않다. 그런 점에서 위와 같은 범죄의 특성상 징벌적인 제재의 강화가 필요하고 또한 추징 집행의 확보를 위하여 공동연대의 추징이 필요한 측면이 있다. 그러나 특별법상의 일부 범죄에 대하여 범죄의 적발이 쉽지 아니하고 공범자간의 역할의 분담내용과 이득의 분배내역을 밝히는 것이 쉽지 아니하다는 실무상의 필요만으로 공동연대추징을 인정할 근거가 될 수는 없다. 공범의 관여 정도, 몰수대상 물건이나 이득의 취득자는 범죄사실과 관련하여 매우 중요한 부분이므로 합리적인 의심의 여지 없이 증명되어야 하는데, 이러한 검사의 입증의 곤란을 해소시켜 주기 위한 방편으로 법원이 명확한 근거 없이 징벌적 몰수·추징이라는 개념을 도입하여 공동연대추징을 인정한다는 것은 올바른 태도가 아니다.

(5) 판례와 같이 징벌적 추징에 의한 공동연대추징을 인정하는 경우에는 추징의 대상이 몰수대상물을 취득한 적도 없는 공범자가 추징을 당하게 되고, 공범자

38) 윤동호, “몰수추징의 대상과 한계 및 문제점”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 78쪽, 한국비교형사법학회, 2015.

39) 관세법의 규정의 형식과 내용을 종합하면 다른 특별법과 다른 해석을 할 수 있는 여지가 다분하지만 여기에서는 이 부분의 논의는 제외하기로 한다.

간의 우연한 사정인 추정의 집행 여부에 따라 결과가 달라지기도 하는데, 이는 형벌개별화의 원칙에 반하는 것으로 부당하다. 하나의 범죄에 가공한 공범의 경우에 그 가담의 정도는 매우 다양하게 나타날 수 있다. 공범은 범죄의 가담 정도에 따라 불법의 정도가 다르다. 다음과 같은 경우를 상정해 보자.

거주자인 갑은 북한의 핵실험 사태로 주가가 3일 연속 폭락하여 자신이 가진 주식 담보가치의 하락으로 보유주식이 반대매매로 처분되어 깡통계좌가 될 위기에 처하자 미국에 거주하는 비거주자인 을로부터 200만 달러를 급히 차용, 송금받아 차용금을 변제하기로 하였다. 상황이 급박하자 갑은 신고 없이 위와 같이 을로부터 돈을 송금받았고, 병은 이러한 사정을 잘 알면서 송금 절차 등의 업무를 도와 주었다. 갑은 송금받은 돈으로 차용금을 변제한 후 미신고 사실이 적발되기에 이르자 자신의 아들이 거주하는 브라질로 출국하여 귀국하지 아니하고 있다. 검사는 갑에 대하여는 기소중지처분을 하고 병에 대하여는 외국환거래법위반범죄의 방조범으로 기소하였다. 병은 평생 모은 재산으로 200만 달러 상당의 재산을 보유하고 있다.

위의 사례에서 공동연대추정을 인정하는 이론에 따르면, 법원은 방조범인 병에 대하여 200만 달러에 대하여 추정의 선고를 하여야 한다. 검사는 병의 전재산에 추정의 집행을 하게 되고, 그 결과 병은 빈털터리가 되어 그와 그의 가족의 인생은 파탄날 것이다. 추정은 환형유치도 불가능하므로 병이 노역장유치에 의하여 추정금을 변제하는 효과를 누릴 수도 없다. 벌금형은 집행유예가 가능해졌으나 추정은 집행유예를 선고하는 경우에도 추정의 집행유예는 불가능하므로 같은 금액 상당의 벌금형의 선고보다 더 중한 결과를 초래한다. 방조범은 형을 정하는데 있어서 필요적 감경 사유에 해당하고, 공범의 경우 법률상 감경 사유가 있는 경우에 주형은 법률상 감경 대상이지만 부가형인 몰수·추정의 경우에는 법률상 감경 사유와 무관하여 전액을 추정당한다. 그러나 갑은 향후 귀국하여 재판을 받는 경우에 추정의 선고를 받지 않게 되어 형사상 추정으로 인한 손해는 보지 않게 된다. 몰수 대상 물건을 취득한 바가 없고 범죄행위에 있어서 가담 정도가 경미한 방조범에 불과한 병은 전재산을 추정당하는 처지에 놓이게 되고, 오히려 정범인 갑이 몰수대상 금전을 보유하여 그 이익을 향유한 주범임에도 우연한 사정에

의하여 추정의 집행을 면하게 되는 결과가 되는데, 이는 형벌개별화의 원칙에 반하는 결과를 초래하여 부당하다고 하지 않을 수 없다.

(6) 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정은 법관의 합리적인 양형을 제한하는 규정이기도 하다. 필요적 몰수·추징 규정은 부수적 형벌인 몰수·추징이 주위적 형벌을 강화하는 차원에서 이루어지는 것을 막을 수 없고, 이는 피고인에게 매우 가혹한 것이 되어서 책임원칙에 어긋날 수 있다. 이에 필요적 몰수·추징 규정이 헌법 37조 2항의 과잉입법금지원칙에 어긋난다는 이유로 위헌판결을 받은 경우도 있다⁴⁰⁾.

따라서 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정은 이익박탈적인지 이른바 ‘징벌적’인지의 여부와 상관없이 형법상의 일반적인 몰수·추징과 다르게 해석할 필요가 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 개별적으로 몰수·추징하여야 한다. 판례와 같이 필요적 몰수·추징 규정을 해석, 적용하는데 있어서 ‘징벌적’이라는 개념을 사용할 필요는 없으며, 각각의 개별 법률의 구체적인 규정 내용에 따라서 일반 형법상의 몰수·추징과 동일한 견지에서 해석하여도 전혀 불합리한 점이 없는 것이다.

IV. 양벌규정에 의하여 법인으로부터 몰수·추징할 수 있는가?

외국환거래법 제31조(양벌규정)는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 재산 또는 업무에 관하여 제27조부터 제29조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 재산 또는 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 따라서 이 사건과 같이 법인의 직원인 피고인이 법인의 업무에 관하여 외국환거래법위반행위를 하고 법인이 외국환 등을 취득한 경우에는 피고인을 처벌하

40) 헌법재판소 1995. 11. 30. 94헌가3 결정은 폐지된 음반 및 비디오물에 관한 법률의 필요적 몰수·추징 규정의 위헌 판결이고, 헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌바89 결정은 구 관세법 제198조 2항(타소장치 허가 받은 반입물품의 수입신고 없는 반출)의 필요적 몰수·추징 규정의 위헌 판결임.

는 외에 법인도 양벌규정에 의하여 벌금형으로 처벌받게 되는데, 이 경우에 법인에게 외국환거래법 제30조의 몰수·추징 규정도 적용되어 법인으로부터 당해 외국환 등을 몰수·추징할 수 있는지가 문제된다.

관세법에서는 제279조에서 양벌규정을 정하고 있고, 제282조(몰수·추징) 제4항에서 “제279조의 개인 및 법인은 제1항부터 제3항까지의 규정을 적용할 때에는 이를 범인으로 본다.”고 명시하고 있어 법인이 양벌규정으로 처벌받는 경우에 법인으로부터 몰수·추징하는데 문제가 없다. 판례도 위와 같은 규정이 있는 상태에서 “관세법 제196조에 의하여 법인에게 형사책임을 문책하여 처벌하는 이상 그 법인에게 부가형인 몰수나 추징도 과하여야 할 것이므로 양벌 규정에 의한 법인의 처벌의 경우에는 행위자가 아닌 법인에게 따로 추징을 과하는 판결을 할 수 없다는 논지는 독자적인 견해로서 채용할 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁴¹⁾

그렇다면 관세법과 같은 간주규정이 없는 경우에는 어떠한가? 관세법 제282조 제4항과 같이 몰수·추징을 적용함에 있어서 법인을 범인으로 본다는 규정이 없는 경우에는 그 반대해석으로 법인에게 몰수·추징은 부과할 수 없다고 해석할 것은 아니라고 생각된다. 통설과 판례에 따라 범죄능력이 부정되는 ‘법인’이 형법전의 범죄와 관련해서는 형벌부과의 대상이 될 수 없지만, 양벌규정을 통해서 수형능력이 인정됨으로써 예외적으로 형벌이 부과되는 경우라면 부가형인 몰수·추징도 마땅히 법인에게 부과할 수 있다고 보아야 할 것이다. 판례도 “법인에 대한 추징 문제에 관하여 심안컨대 관세법 제210조에 의하면 「법인의 사원 혹은 직원 사 용인 기타 종업원이 법인의 업무에 관하여 본법에 규정한 벌칙에 저촉하는 행위를 한 때에는 당해 행위자를 처벌하는 외에 법인도 처벌한다」 규정하였으므로 우 처벌에 부수하여 처단할 부가형인 몰수 또는 추징에 있어서도 그 적용을 배제하는 특별명문이 없는한 이를 부가 처단하여야할 것이라고 해석되는 바 동법 제 212조 제1호에 의하면 「제197조제198조 제198조의2 또는 제200조의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 원가에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다」 규정하였고 또 동 제 2호에 의하면 「제209조의 설명인 영업자 또는 세관 화물취급인은 전항의 규정의 적용에 있어서는 범인으로 간주한다」 규정하였을 뿐이고 제210조 소정의 범

41) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80도584 판결.

인에 대하여는 범인으로 간주한다는 규정이 결여되어 있으므로 일견 법인에 대하여는 처벌하나 몰수추징은 과하지 아니하는 취지로 해석할 수 있는 감이 없지 아니하나 이것만으로는 곧 법인에 대한 몰수추징의 적용을 배제하는 특별규정으로 볼 수 없다고 해석함이 타당하다 할 것이다. 왜냐하면 원래 세법상의 범칙처벌은 범칙발생을 방지하는 동시에 동 범칙으로 인하여 침해된 국가재정을 보전확보함에 있다 할 것인바 만일 소론과 같이 범인인 종업원등 개인에게만 몰수 또는 추징을 과하고 법인에게는 이를 과하는 취지가 아니라면 이는 우 국가재정의 전보확보의 목적에 배치되는 것이기 때문이다. 즉 법인의 사원 직원 사용인 종업원 등은 법인에 비하여 일반적으로 그 자력에 있어서 열등하고 따라서 거액의 범칙에 대하여 무자력자인 여사한 개인에게 추징을 과한다 하여도 그 실효를 걷을 수 없고 결국은 국가손실에 귀착할 것이요 그 반면 법인은 추징을 면하므로 인하여 범죄에 의하여 불법 이익을 보유함에 이르르게 됨에 비추어 유자력자인 법인에게 추징을 과하여야 할 것임은 당연한 귀결이기 때문이다. 그러므로 관세법 제210조에 의하여 법인에게 형사책임을 문책하여 처벌하는 이상 부가형인 몰수추징도 이를 과하여야 할 것이며 또 그 처벌되는 행위에 의한 법인의 불법이익 보유의 폐를 제거하여야 할 것이다.”라고 판시하여⁴²⁾ 양벌규정으로 처벌받는 법인에 대한 몰수·추징을 인정하였다.

따라서 이 사건에서 범인인 재단법인의 직원인 피고인이 업무로 행위를 하고 재단법인이 외국환 등을 취득하여 사용하였으므로 그 몰수대상물의 취득자인 재단법인으로부터 외환거래법에 의한 몰수·추징을 하는 것은 가능하다고 하겠다. 다만 이 경우에도 대표자의 행위가 법인의 행위로 귀속되어 직접 책임을 지는 경우나 법인이 종업원의 위반행위에 대하여 이를 교사하거나 알면서도 방치하는 등의 경우 외에 법인이 종업원의 위반행위에 상당한 주의와 감독의무를 해태하여 알지 못한 경우(일응 과실이 있을 뿐인 경우)까지 몰수·추징 규정을 적용할 수 있는지 의문은 남는다.

42) 대법원 1961. 6. 7. 선고 4293형상923 판결.

V. 나오며

거주자가 비거주자와 대통령령으로 정한 금액 이상의 자본거래를 하면서 신고 없이 비거주자로부터 국내로 돈을 송금받은 위반행위에 대하여 그 송금된 돈을 필요적으로 몰수·추징하여야 한다는 외국환거래법의 규정은 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 최소침해의 원칙에 위배된다. 위 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하고, 헌법상 보장된 사유재산권을 합리적 근거 없이 과도하게 침해하는 것이며, 법관의 양형결정권을 과도하게 제한하고 있어 위헌이라고 할 것이다. 따라서 위 규정은 몰수·추징 규정을 삭제하거나 임의적 몰수·추징으로 조속히 개정되어야 한다.

대법원이 특별법상의 필요적 몰수·추징 규정을 ‘징벌적’이라고 해석하면서 몰수 대상물을 취득하지도 아니한 모든 공범에 대하여 공동연대추징하도록 인정하고 있는 것은 법률상 근거 없는 해석의 한계를 벗어난 것으로서 죄형법정주의에 어긋난다. 이와 같은 추징 집행방식은 형법의 개인책임원칙에 어긋나며 일정한 경우에는 추징의 징벌적 성격을 부여하는 의미를 퇴색시키고 있다. 따라서 적어도 외국환거래법의 필요적 몰수·추징 규정을 징벌적 추징이라고 해석하면서 공동연대추징을 인정하는 대법원의 태도는 즉시 시정되어야 한다. 이에 관하여 형성된 대법원 판결이 확고하다고 하여도 판례 변경을 두려워 하지 말고 하루 속히 새로운 판례의 법리를 정리해 주어야 한다.

법인이 양벌규정에 의하여 처벌받는 경우에 별도의 규정이 없더라도 법인에게 벌금형을 선고하면서 부가형인 몰수·추징의 형을 선고하는 것은 가능하므로, 법인에게 몰수·추징 규정을 적용하여 몰수·추징을 선고할 수 있다.

돌이켜 이 사건에 와서 보건대, 이 사건에서 적용되는 법률의 규정은 전체주의 국가에서나 가능한 위헌적인 법률이나 위 규정이 합헌임을 전제로 한다면, 피고인은 재단법인의 종업원으로서 재단법인의 업무로 신고 없이 자금을 재단법인 명의의 계좌로 송금받았는데, 그 자금의 취득자 및 사용자⁴³⁾는 재단법인이고, 피고

43) 재단법인은 송금자인 워싱턴 타임스에게 위 금액 상당의 돈을 반환공탁하였다.

인은 송금된 자금을 취득한 바가 없으므로 외국환거래법에 의하여 필요적 몰수·추징의 대상은 재단법인이고 피고인이 아니다. 따라서 법원은 재단법인에 대하여 추징의 선고를 할 수 있어도 피고인에 대하여 추징의 선고를 할 수는 없다. 이 점에서 피고인에게 235억 3200만원의 추징을 선고한 원심판결은 파기되어야 마땅하다.

(논문투고일: 2017.05.28., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ 노 수 환

징벌적 몰수·추징, 공동연대추징, 죄형법정주의, 책임주의, 외국환거래법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대출판부, 2015.
김일수, 서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 2014.
배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2016.
신동운, 『형법총론』, 법문사, 2015.
오영근, 『형법총론』, 박영사, 2015.
이재상, 장영민, 강동범, 『형법총론』, 박영사, 2017.
임웅, 『형법총론』, 법문사, 2016.

II 논문

- 김대휘, “징벌적 추징에 관하여”, 형사판례연구 제8호, 2000.
변종필, “대법원의 형법해석론에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005.
서보학, “공범간에 취득한 이익이 다른 경우의 추징방법 - 외국환관리법 및 관세법상의 몰수·추징의 법적성격과 추징방법을 중심으로”, 형사판례연구 제8권, 2000.
신영호, “몰수의 법적성격에 관하여”, 부산대학교 법학연구 제41권 제1호, 부산대학교, 2000.
윤동호, “몰수추징의 대상과 한계 및 문제점”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015.
이상원, “몰수의 법적성격”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.
이승현, “특별법상 추징의 법적 성격”, 한국형사판례연구회, 형사판례연구 18, 2010.
이영한, “징벌적 개념의 몰수·추징에 대한 몇 가지 문제”, 재판실무연구, 2004.
홍찬기, “징벌적 추징의 문제점과 개선방향”, 법학논총 제37권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
황일호, “징벌적 몰수·추징의 법적 문제”, 중앙법학 제10집 제2호, 중앙법학회, 2008.

Ⅲ. 기타

김열매, “외국인의 한국 부동산 투자 동향”, KB금융지주 경영연구소, 2017.

일본 外国為替及び外国貿易法

組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律

미국 Bank Secrecy Act 31 U.S.C. 5315, 5316, 5317

독일 Aussenwirtschaftsgesetz

Aussenwirtschaftsverordnung

OLG Düsseldorf 3 RVs 154/13

Abstract

Several Review Points for Necessary forfeiture and Confiscation in Foreign Exchange Transactions Act

Roh, Su Hwan

The regulation of the Foreign Exchange Transactions Act which states that the illegal remittance toward Korea from a non-resident without a declaration during a capital transaction of more than the amount set by the presidential order has to be compulsorily confiscated and charged is a violation of the Constitution since it violates the excess prohibition principle of the Second Clause of Article 37 of the Constitution since it goes against the principle of minimum violation by markedly deviating from the necessary degree when it comes to satisfying the original functions and objective of punishment, excessively infringes the private ownership of property guaranteed by the Constitution without any rational ground, and immoderately limits the judge's right to decide the weighing of an offense. Thus, the aforementioned regulation should remove the confiscation and collection regulation or be amended as random confiscation and collection as soon as possible.

The fact that the Supreme Court is acknowledging the collective responsibility of confiscation with regard to all accomplices who had not even acquired the targets of confiscation by interpreting the necessary confiscation and collection regulation of the special law as 'punitive' goes against the principle of legality since it has gone past the limit of judicial groundless interpretation. Such a way of conducting collection violates the criminal law's individual responsibility principle and in some cases fades

the meaning of imposing punitive character of collection. Therefore, the attitude of the Supreme Court acknowledging the collective responsibility of confiscation while interpreting the necessary confiscation and collection regulation of the Foreign Exchange Transactions Act as a punitive collection should immediately be corrected.



▶ **Roh, Su Hwan**

Disciplinary forfeiture and confiscation, Collective responsibility of confiscation, The principle of legality, The principle of responsibility, Foreign Exchange Transactions Act

테러방지법상 조사권의 문제점과 개선방안에 관한 연구

박웅신*

【목 차】

I. 들어가며

II. 테러방지법상 조사권의 개념과 유형

1. 대테러 조사권의 개념
2. 대테러 조사권의 구체적 유형
3. 대테러 조사권의 필요성

III. 형사법적 관점에서 대테러 조사권의 정착을 위한 고려 사항

1. 대테러 조사권의 성격
2. 대테러 조사권 행사의 지도원칙

IV. 대테러 조사권의 형사법적 문제점과 개선방안

1. 현장조사의 성격과 적법절차 원칙
2. 자료제출 요구권의 성격과 문제점

V. 나가며

【국 문 요 약】

세계 각국은 2001년 9·11 테러 이후 테러로부터 국민의 생명과 재산 그리고 공동체의 안전을 위해 다양한 조치들을 취해 왔다. 그러나 이러한 제도적 장치는 역설적으로 국민의 기본권을 제한할 가능성이 있다는 점에서 현재까지도 그 타당성에 대한 논의가 지속되고 있다. 하지만 국민의 기본권을 실질적으로 침해할 우려가 있음에도 논란의 중심에서 벗어나 있는 제도가 있으니 바로 테러방지법 제2조 및 제9조에 규정된 국가정보원 직원에 의한 조사권이다. 이 조사권은 형식적으로는 행정조사지만, 실질적으로는 수사와 유사하기 때문에 면밀한 검토 필요성이 제기된다.

이를 위해 본 연구에서는 우선적으로 테러방지법상의 조사의 성격이 무엇인가를 검토하였다. 테러방지법의 조사권이 형식적으로는 행정조사의 성격을 가지고 있지만 형사제재와의 관련성을 가지고 있기 때문이다. 그 결과 테러방지법상 조사권은 국가의 행정경찰작용이지만 당해 조사권의 행사가 형사절차상 수사로 발전되는 경우에 한해서 불심검문과 유사하게 수사의 단서로 볼 수 있음을 확인했다.

* 한남대학교 시간강사, 법학박사.

문제는 원칙적으로 예방적 성격을 가지는 조사권의 행사가 행사주체, 범위 그리고 한계 등에 대해 아무런 규정이 없다는 점이다. 이러한 절차적 문제를 해결하기 위해 테러방지법상 조사권 행사의 지도원칙을 제시하여 실제 국가정보원의 조사권 행사가 문제되는 경우에 있어서 당해 처분의 적법성을 판단할 수 있는 최소한의 근거로 삼고자 하였다.

다음으로 조사권의 구체적 유형인 현장조사와 제출명령 제도의 형사법적 문제점을 지적하고 이를 개선할 수 있는 방안을 제시하고자 하였다. 즉, 조사권의 구체적인 유형이 실질적으로 강제처분과 유사한 성격을 가지고 있고, 조사권이라는 대의명분으로 헌법상 영장주의 등 적법절차를 잠탈하고 있기 때문이다. 이에 본 연구에서는 그 구체적인 유형 중에서 강제처분과 유사성이 높은 현장조사와 제출명령에 대해 문제점과 개선방안을 찾아본 것이다. 뿐만 아니라 구체적인 조사권 행사 중 증거가 발견되는 경우를 i) 테러범죄와 아무런 관련성이 없는 경우, ii) 테러범죄와 관련성 있는 증거가 발견되는 경우, iii) 별개의 범죄증거가 발견된 경우로 구분해서 당해 증거를 어떻게 취급해야 하는가를 간략하게 검토하였다.

테러범죄를 비롯한 강력범죄·조직범죄의 사전적 예방에 있어서 가장 중요한 것은 정보이다. 이러한 정보의 중요성은 본 연구에서 강조하지 않더라도 이미 입증된 문제이다. 그렇기에 테러범죄라는 특수한 범죄의 예방을 위해 국가정보기관에게 강제조사권을 부여한 것이다. 하지만 지금과 같은 조사권은 영장주의의 실질적 위반은 국민의 기본권을 직접적으로 침해할 뿐만 아니라, 테러범죄와의 투쟁을 통해 국민의 기본권을 보호할 수 없다는 점에서 문제가 있다고 판단되며, 입법적 개선조치가 요구된다. 본 연구가 그 개선조치에 일조할 수 있다면 더 이상의 영광이 없을 것이다.

I. 들어가며

지금과 같은 테러의 전성시대에서 테러범죄와의 투쟁은 국내법적 정비 뿐만 아니라 국제적 협력도 요구되고 있다. 이에 다양한 국제기구 뿐만 아니라 개별국가들도 테러범죄의 대응을 위해 다양한 방안을 모색하고 실현해가고 있다. 다수의 국가는 형법 뿐만 아니라 특별법에 테러행위를 범죄로 규정하여 그 처벌과 대

응에 나서왔으나, 그간 우리나라는 테러범죄에 대한 입법적 대응이 지지부진했음은 주지의 사실이다.

하지만 지난 2016년 3월 3일에 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법(이하 테러방지법)」이 제정되고, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 시행령(이하 시행령)」이 2016년 5월 31일 제정됨으로 우리나라도 테러대응을 위한 기본적인 틀을 갖추었다(테러방지법 및 시행령 모두 시행일은 2016년 6월 4일).

세계 각국은 2001년 9·11 테러 이후 테러로부터 국민의 생명과 재산 그리고 공동체의 안전을 위해 다양한 조치들을 취해 왔다. 그러나 이러한 제도적 장치는 그 필요성에도 불구하고 역설적으로 국민의 인권을 침해하고 기본권을 제한할 가능성이 있다는 점에서 현재까지도 상당한 논란이 되고 있는 것이 사실이다.¹⁾ 우리나라의 테러방지법도 이러한 논란에서 자유롭지 않았는데, 입법 당시부터 국가안보와 국민안전을 위해 법제정이 필수적이라는 주장²⁾과 법제정 이전에 인권침해 가능성 및 국가정보 기관의 권한남용 가능성에 대한 통제방안이 우선적으로 마련되어야 한다는 주장³⁾이 대립하였으나 결과적으로 필요성의 주장에 힘이 실려 통과되었다.

테러방지법 자체에 정당성과 실질적인 효용성에 대한 논의가 지속적인 상황에서 최근에는 테러방지법 폐지법률안도 제안된 실정이다.⁴⁾ 그럼에도 불구하고 테러범죄가 지속적으로 발생하고 있는 상황에서 테러범죄 예방의 기본적인 사항을 규정하고 있는 테러방지법 자체의 무용론은 시기상조라고 판단된다. 우리에게 필요한 것은 테러방지법 자체가 가지고 있는 문제점을 지속적으로 발굴하여 개선방안을 제시하는 것이다. 이에 본 연구는 테러방지법 중에서 많은 관심을 받지 못하였던 대테러 조사권을 우선적으로 검토하고자 한다. 대테러 조사권이란 국가정보원장이 대테러활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 국가정보원 직원들에게 현장조사, 문서열람, 시료채취, 자료제출 및 진술요구권을 부여한 권한이다. 정보기관의 수사권이 아닌 조사권은 범죄혐의 유무를 판단하기 이전의 기초가 되는 사실관계 파악을 위한 성격을 가지고 있어서 그간 논의의 중심에서 벗어나고

1) 전학선, “테러방지법과 인권보장”, 『경찰법연구』 제14권 제1호(경찰법학회, 2016), 4면.

2) 박호연/김종호, “국민보호와 공동안전을 위한 테러방지법 개정 논의에 관한 고찰”, 『한국경찰학회회보』 제18권 제3호(한국경찰학회, 2016), 80면.

3) 임준태/이상식, “테러방지법 입법 방향에 대한 소고”, 『한국테러학회회보』 제5권 제1호(한국테러학회, 2012), 178면.

4) 윤종오 의원 대표발의, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 폐지법률안」(의안번호 2004364).

있었다. 하지만 이러한 조사권은 형식적으로는 행정조사의 외연을 추구하고 있지만, 실질적으로는 국민의 기본권을 제한하는 수사의 실질을 취하고 있기 때문에 정보·수사기관의 조사권에 대해서는 면밀한 검토를 할 필요가 있다. 특히 우리 테러방지법은 제2조에서 대테러 조사권의 개념을 규정하고, 제9조에서 국가정보원장에게 대테러 조사권을 부여하기만 할 뿐 세부적인 요건, 절차, 대상 등에 대해 침묵하고 있다. 이러한 점은 유사한 조사권을 규정하고 있는 공정거래법, 자본시장법과 극명하게 대비되고 있다.⁵⁾

주지하고 있듯이 테러범죄는 그 특성상 사후적 대응보다는 사전적 예방이 중요하기 때문에 테러범죄의 수사절차 편입이라는 규범적 절차 이전에 테러범죄와의 관련성을 따지는 사실적 영역의 조사절차도 일정한 의미를 가질 수 있다. 하지만 현행 테러방지법에 규정된 조사권은 그 내용과 절차의 부실함을 통해 다양한 사실적·규범적 비판이 가해질 가능성이 있다. 따라서 국민의 기본권 보장이라는 소극적인 측면 뿐만 아니라 테러범죄의 억제를 통한 국민의 기본권 보장이라는 적극적인 측면에서도 대테러 조사권의 법치국가적 정착이 필요하고, 이는 대테러 조사권의 개념과 유형 그리고 그 한계에 대한 면밀한 검토가 전제되는 경우에만 가능하다. 뿐만 아니라 이러한 조사과정에서 범죄에 관한 증거가 현출된 경우 수사과정으로 발전될 것인데, 그 증거에 대한 처리도 문제가 될 수 있다. 특히 이 부분은 테러범죄에 관한 증거와 일반 형사증거에 관한 증거로 대별해 생각할 수 있다.

따라서 이하에서는 테러방지를 위한 조사권의 법치주의적 정착을 위해 현행 테러방지법에 규정된 조사권의 개념과 구체적 유형 등에 대해 우선적으로 검토하고(Ⅱ), 형사법적 관점에서 테러방지법상 조사권의 정착을 위한 선결과제를 확인하고자 할 것이다(Ⅲ). 다음으로 앞의 논의에 터잡아 테러방지법상 조사권의 문제점과 개선방안을 제시하여(Ⅳ) 테러범죄로부터 국민의 생명과 재산을 보호하기 위한 첫 걸음을 떼고자 한다.

5) 물론 양법과 테러방지법의 입법목적과 규율대상이 상이하기 때문에 정확한 비교가 될 수 없지만 동일한 조사권의 절차에 대해 규정하고 있다는 점에서 일정부분 참고할 필요가 있다.

II. 테러방지법상 조사권의 개념과 유형

테러방지법 제2조는 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나, 조사대상자에게 자료제출 및 진술을 요구하는 활동을 대테러 조사권이라 규정하고 있다. 여기서 대테러 활동이란 “테러 관련 정보의 수집, 테러위험인물의 관리, 테러에 이용될 수 있는 위험물질 등 테러수단의 안전관리, 인원·시설·장비의 보호, 국제행사의 안전확보, 테러위협에의 대응 및 무력진압 등 테러 예방과 대응에 관한 제반 활동”을 말한다. 또한 테러방지법 제9조는 국가정보원장에게 대테러활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 대테러조사를 할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 대테러 조사권의 개념과 수권규정을 규정하면서 그 구체적인 범위, 절차와 대상 등을 전혀 규정하고 있지 않다는 점을 우선적인 문제점으로 지적할 수 있다.

물론 종래에는 예측할 수 없었던 형태의 테러범죄가 지속적으로 발현하고 있는 현 시대의 실정을 감안한 것이라 선해할 수 있지만, “행정조사”의 탈을 쓰고 “수사”의 성격을 가지고 있는 대테러조사권과 같은 회색지대가 있는 것이 법치국가적 원리에 비추어 볼 때 과연 타당한 것인지 묻지 않을 수 없다.

1. 대테러 조사권의 개념

앞에서 검토한 것처럼 테러방지법은 대테러 조사의 개념에 대해 “대테러활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나, 조사대상자에게 자료제출 및 진술을 요구”할 수 있는 권한이라고만 규정하고 있다. 즉, 현장조사가 무엇인지, 문서열람은 무엇인지 진술을 요구하는 것은 무엇인지에 대해 전혀 규정하고 있지 않아서, 이들이 과연 수사절차상 강제처분인 압수·수색 그리고 피의자신문과 차이점이 무엇인지 알 수 없다는 점이다.

테러방지법상 대테러 조사권의 개념을 확인함에 있어서 테러방지법이 테러범죄에 대한 사후적 대응보다는 사전적 대응에 맞춰진 법률이며, 정보기관의 권력적 행위는 국민의 기본권을 최대한 보장해야 한다는 점, 그리고 테러범죄에 대한 조사는 당연히 사전적 대응이 전제라는 점을 우선적으로 고려해야 한다. 뿐만 아니라 대테러 조사는 일반 행정기관에 의한 행정조사와 구별됨을 확인해야 한다. 즉, 일반 행정청의 조사는 행정목적 달성을 위해 필요한 정보·자료 등을 수집하

는 일반적인 자료수집 활동으로 법률 등의 위반에 대한 처벌이 아니라 법령 등을 준수하도록 유도하는데 중점을 두고 있지만,⁶⁾ 정보기관에 의한 테러범죄 관련 조사권은 테러범죄와의 관련성 있는 사실관계⁷⁾를 확인하기 위한 목적으로 행하는 활동으로 그 과정에서 테러범죄와의 관련성이 확인되면 장래적으로 형사제재의 근거 또는 형사절차로의 편입 여부를 결정하는 근거가 될 수 있다. 이러한 점들을 감안할 때 테러방지법 제9조의 대테러 조사권은 국가정보원이 테러범죄 관련 첩보를 수집한 후 형사절차의 첫 단계인 내사절차로 나갈 것인지를 결정하거나, 조사절차 개시 이후 계속적으로 조사에 필요한 자료 등을 수집할 목적으로 사인에 대해 행사하는 일체의 권력적 작용을 의미한다고 볼 수 있다.

2. 대테러 조사권의 구체적 유형

그렇다면 대테러 조사권의 구체적 유형은 무엇인가? 테러방지법은 제2조에서 조사권의 목적과 구체적 유형만을 규정하고 있으며, 그 유형의 대상과 방법에 대해서는 침묵하고 있어 이를 확인할 필요가 있다. 조사권 자체가 형사소송법상 강제처분만큼은 아니지만 국민의 기본권을 일정수준 제한할 수 있다는 점에서 조사권의 구체적 유형의 대상과 절차를 확정하는 것이 급선무라 할 것이다. 이를 위해 참고할 수 있는 기존 법령이 바로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법)이다. 공정거래법은 제49조 이하에서 동법 위반행위에 관한 조사권한을 공정거래위원회에게 부여하고 있으며 구체적인 유형은 출석요구 및 의견청취,⁸⁾ 자료제출 명령 및 영치,⁹⁾ 현장조사 및 현장에서의 자료제출 요구¹⁰⁾를 규정하고 있기 때문이다. 이하에서는 공정거래법 제49조 이하의 규정을 참고하여 테러방지법상 조사권의 구체적 내용에 대해 검토하기로 한다.

가. 현장조사

테러방지법에서 대테러활동을 위한 현장조사의 정의를 내리고 있지 않지만 다

6) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 『형사법의 신동향』 제 37호 (대검찰청, 2012), 5면.

7) 여기서의 사실관계는 범죄혐의 유무를 판단하기 이전의 사실관계이다. 범죄혐의 유무가 확인되면 당연히 내사절차로 진행되기 때문이다.

8) 공정거래법 제50조 제1항 제1호.

9) 공정거래법 제50조 제1항 제3호.

10) 공정거래법 제50조 제2항.

른 법률(공정거래법 등)에서의 현장조사의 개념을 유추할 수 있다. 공정거래법 제50조 제2항에 의하면 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위해 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 공무원으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 기타 자료를 조사할 수 있다. 이를 통해 테러방지법상의 현장조사는 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 국가정보원 소속 공무원이 테러범죄와의 관련성이 의심되는 사무소, 사업장 등에 출입하여 업무상황, 장부·서류, 전산자료, 음성녹음자료·화상자료 등의 자료 또는 물건을 조사할 수 있는 권한으로 볼 수 있다.

나. 문서열람

문서열람이란 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 국가정보원 소속 공무원이 테러와의 관련성이 의심되는 사무소 등에서 테러와의 관련성이 의심되거나 테러범죄의 징후 등을 파악할 수 있다고 합리적으로 판단되는 자료를 열람할 수 있는 권리이다. 다만 열람이라고 규정되어 있지만 후단의 “자료제출”이 별도로 규정되어 있기 때문에 이는 대테러 조사권 중에서도 사전적 의미를 가지는 제도라 할 것이다.

다. 시료채취

국가정보원 공무원이 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 특정 물질의 시료를 채취하는 경우이다. 주로 테러범죄의 물적 도구에 대한 단속적 의미를 가진 규정이다. 또한 이를 실제 수행하는 경우 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위안에서 최소한도로 채취하여야 한다. 행정기관의 장은 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.

라. 자료제출 및 진술요구

공무원이 조사대상자에게 장부·서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하거나 진술을 요구하는 권리이다.

3. 대테러 조사의권의 필요성

가. 테러범죄에 관한 측면

오늘날 테러범죄 뿐만 아니라 형사범죄의 실체적 진실 파악을 위해서 누가 뭐래도 가장 중요한 자산은 “정보”일 것이다. 수사에 있어서 정보의 중요성 더 나아가 정보의 활용에 대해 심각한 고민을 하게 된 계기는 2001년 발생한 9·11 테러사건이다. 종래 미국은 막강한 권한을 가지는 정보공동체를¹¹⁾ 견제하기 위해 정보기관과 수사기관의 영역을 명확하게 구별하였다. 그러나 9·11 사건 이전에 사건발생을 막을 수 있는 약 10번의 기회를 놓쳤다는 사실이 진상조사위원회의 조사결과 밝혀지고,¹²⁾ 진상조사위원회는 정보와 수사의 유기적인 융합을 통해서만 테러범죄에 효율적으로 대처할 수 있다고 제안했다. 정보와 수사의 인위적인 분리는 오히려 정보기관과 수사기관 사이의 정보공유를 저해함으로써 담당 업무 수행자들이 법적 장애를 먼저 고려하여 필요한 활동과 조치를 하지 못하고 결국 불측의 타격을 당하는 국가적 위기상황을 초래했던 것이다.¹³⁾

테러범죄의 사전적 예방을 위해서는 우리는 해외의 경험에서 “정보”의 사전적 입수와 이에 대한 분석이 중요함을 알 수 있었다. 하지만 테러라는 위협 때문에 국민의 기본권을 침해할 가능성이 있다는 점과 이로 인한 위축효과를 감안하여

11) 정보공동체(Intelligence Community)란 1981년 12월 4일 로널드 레이건(Ronald Wilson Reagan) 대통령의 행정명령 제12,333호에 의해 개별 정보기관들 중에서 국가차원에서 통합관리할 필요성이 있는 정보기관들을 대상으로 하여 발족한 정보운영체계이다. 기존에는 CIA 국장이 중앙정보장(Director of Central Intelligence, DCI)으로서 이 정보공동체를 지휘하였으나, 지금은 2001년 9·11 테러 이후 발족한 국가정보국 장관(Director of National Intelligence, DNI)이 지휘하고 있다. 국가정보국 장관은 자신이 직할하는 국가정보실(Office of the Director of National Intelligence)을 통하여 정보공동체에 속하는 16개의 정보기관에서 취합된 테러정보를 비롯하여 모든 국가차원의 정보를 관리·보고하고 주도적으로 운영한다.

12) 미 의회는 공화·민주 양당에서 추천한 10인으로 구성된 “9/11 Commission”을 구성하여 2002년 11월부터 2004년 7월까지 250만 페이지의 자료들을 열람과 1,200여명과 면담 그리고 19일 간의 청문회를 개최하여 9·11테러 예방의 실패원인 분석 및 개선방안을 제시한 최종보고서를 제출했다. 이에 대해서는 National Commission on Terrorist Attacks upon the United State, The 9/11 Commission Report, 2004 참고(<https://9-11commission.gov/report/911Report.pdf>)(2017.05.05 최종방문).

13) 이러한 정보의 공유문제는 최근 발생한 테러사건에서 모두 문제가 되었던 것으로 밝혀졌다. 먼저 프랑스 연쇄테러를 기준으로 보도록 하자. 프랑스 현지 언론에 의하면 “2015년 11월 12일 IS의 지도자 아부 바르크 알-바그다디(Abu Bakr al - Baghdadi)가 이라크와 시리아 등지에서 IS를 공습하고 있는 연합국 참가국 뿐만 아니라 이란, 러시아를 상대로 수일 내에 폭탄테러를 실행하라는 정보”를 이라크 정보기관이 입수해 이라크 정보기관의 고위 관계자 4인이 프랑스에 대해 직접 경고를 발했었다고 보도되었다. 이에 대해서 프랑스 정부는 별 관심을 기울이지 않았다고 보도되었다. 이에 대해 자세한 것은 2015년 11월 15일 KBS 보도 참조.

(<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3182399>)

본격적인 형사절차의 편입 이전에 관련기관의 내부적 조사가 필요한 것이다. 즉, i) 사실적 영역에서 테러와의 관련성 또는 대테러 활동에 필요한 사항을 조사하기 위해 정보기관이 이를 수집·분석하여 ii) 테러범죄와의 관련성이 판명되어 범죄혐의의 유무를 조사할 필요성이 인정되면 형사절차인 내사의 단계에서 이를 판명하고 iii) 이러한 초기혐의를 초월하여 범죄성립 여부가 문제되는 단계에서는 본격적인 수사절차로 발전하게 되는 것이다. 따라서 테러범죄의 사전적 정보수집을 위해 정보·수사기관에 의한 조사가 필요함은 두말할 필요가 없다. 뿐만 아니라 범죄의 사전적 예방과 장래 형사절차로의 편입 여부를 결정하기 위해 관계기관에게 강제적 조사권을 부여하고 있는 입법형태도 다양하게 있는 현실이다.¹⁴⁾ 문제는 관련기관에 의한 강제조사권이 형식상으로는 형사절차가 아닌 행정법상 즉시강제의 일종인 행정조사의 일종으로 되어 있음에도 불구하고 실질적인 형사절차의 형태를 띠고 있어 국민의 기본권을 침해할 우려가 있다는 점이다. 테러방지법의 조사권은 여기서 더 나아가 위 법률들과 같은 세부적인 절차와 대상 등에 대한 규정도 없이 추상적으로 규정되어 있으며, 그 조사 주체도 일반인의 관점에서 막강한 권한을 가지는 정보기관으로 되어 있다는 점이 문제이다.

나. 일반 범죄에 관한 측면

또한 특수한 형태의 범죄(ex. 회사범죄, 조직범죄, 경제범죄 등등)는 범행을 최소한의 행위자만이 인식하고 이를 의욕하여 준비하기 때문에 범죄와의 관련성을 입증하는 증거를 확보하기 쉽지 않다. 수사절차 특히 강제처분은 법원에 의한 영장이 대부분의 경우 필수적이기 때문에¹⁵⁾ 관련 정보의 사전적 입수를 통한 수사의 효율성 제고를 위해서 범죄의 사전적 조사가 필요하다.

14) i) 범죄의 사전조사를 위해 관계기관에게 강제조사권을 부여한 법으로 조세범 처벌절차법, ii) 법 위반 사실의 조사를 위해 관계기관에게 강제조사권을 부여한 법으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 등이 있다.

15) 형사소송법에서 영장주의의 예외인 대물적 강제처분은 제216조 제1항 제1호 체포·구속을 위한 피의자·피고인 수사(수색), 제216조 제1항 제2호의 체포현장에서의 압수·수색·검증, 제216조 제2항의 피고인 구속현장에서의 압수·수색·검증, 제216조 제3항의 범죄현장에서의 압수·수색·검증, 제216조 제1항 제2호의 긴급체포시의 압수·수색·검증, 제218조의 유류물 또는 임의제출물의 압수(영치)로 6가지 유형이 있다. 그 중에서 피의자 수색과 임의제출물의 압수는 사후영장도 요구하고 있지 않다.

Ⅲ. 형사법적 관점에서 대테러 조사권의 정착을 위한 고려 사항

1. 대테러 조사권의 성격 - 행정절차인가 형사절차인가

우선적으로 대테러 조사권의 성격이 문제된다. 조사권이란 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 할 수 있는 현장조사, 문서열람, 시료채취 및 자료제출 및 진술요구권을 정보기관에게 부여하는 것인데, 형식적인 측면이 어떠한 간에 실질적인 측면에서 조사대상자의 인식여부와 상관없이 기본권을 침해할 수 있다. 즉, 조사권의 구체적 형태인 현장조사, 문서열람, 시료채취는 압수·수색과 유사하며, 진술요구는 신문절차와 유사한 성격을 가지고 있기 때문에 헌법상 영장주의를 우회할 수 있는 통로로 인식될 수 있다는 점이다. 이러한 인식은 국민의 기본권을 법치국가적 근거 없이 침해할 뿐만 아니라 정보기관에게 오히려 부담을 가중할 수 있기 때문에¹⁶⁾ 조사권의 성격을 규명하여 이에 대한 입법적 보완조치를 모색하는 것이 필요하다.

가. 행정법적 관점에서 조사권

일반적으로 행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람 등을 하거나 조사대상자에게 자료제출 요구 및 출석진술요구를 행하는 일체의 행정작용을 의미한다.¹⁷⁾ 이러한 행정조사는 그 자체가 행정상 필요한 구체적 결과를 실현시키는 것이 아니라, 특정한 행정목적에 필요한 자료의 수집을 위해 진행되는 보조적 수단으로 이해되고 있다. 이러한 관점에서 본다면 테러방지법상 조사권도 현실적으로는 테러범죄의 예방이라는 국가의 목적을 위해 필요한 자료나 정보의 수집을 위해 진행되는 보조적 수단이라 볼 수 있다(단, 실질적으로는 기본권의 제약하고 장래 형사절차로 편입될 가능성이 높은 제도이라는 점도 잠재되어 있다).

16) 예를 들어 시행 초기 통제받지 않은 몇 번의 조사권 남용을 실질적인 수사작용으로 활용한다면 단기적인 관점에서는 이점이 있을 수 있겠지만, 이에 대한 비판도 분명하게 제기될 것이며 이러한 비판은 권위주의적 시절 정보기관에 대한 우리 국민의 어두운 기억과 맞물려 조사권 자체에 대한 비판과 제약이 이루어질 수 있기 때문이다. 따라서 조사권 자체의 법치국가적 작용근거와 한계점을 마련해 주는 것도 장기적 관점에서 정보기관에게 유용한 일이 되리라 생각한다.

17) 장태주, 「행정법개론」(법문사, 2010), 583; 고현환, 「경찰행정법」(한국학술정보, 2012), 566면; 박균성/김재광, 「경찰행정법 입문」(박영사, 2014), 182면.

나. 형사법적 관점에서 조사권

하지만 형사법적 관점에서 조사권 특히 정보기관에 의한 “영장 없는” 조사권은 대단히 민감한 주제이다. 형식적으로 조사권은 수사절차가 아니기 때문에 영장 없이 가능하다는 인식은 다음과 같은 문제점을 안고 있다.

우선 테러방지법 도입 초기에 가장 문제가 되었던 정치인을 포함한 국민 사찰에 대한 문제가 우선 제기될 수 있다. 즉 국가권력이 규범적으로 완비되지 않은 조사권을 운용한다는 것은 필연적으로 공정성의 문제가 제기될 수 있으며 정치적으로 악용되는 경우의 부작용을 고려해야 할 것이다. 또한 밀행성을 중요시하는 정보기관에 의한 조사권은 헌법상 국민의 사생활 비밀과 행복추구권을 침해할 뿐만 아니라, 정보사회에서 국민의 개인정보 자기결정권 역시 침해할 우려가 있다. 더 나아가 테러범죄의 특성상 테러자금 추적은 필수적이기 때문에 정보기관은 대상자(국민)의 계좌추적에 대해 강한 욕구를 가질 수 있다.¹⁸⁾ 이는 개인 신용정보 침해라는 미시적 측면 뿐만 아니라 신용사회라는 거시적 측면에서의 문제도 초래한다.¹⁹⁾

그렇기 때문에 일반적인 조사권과 형사제재와의 관련성을 가지는 조사권은 구별해서 달리 접근해야 한다는 것이 본 고의 출발점이다. 일반적인 조사권이란 특정한 행정목적에 위해 정부 행정기관이 자료나 정보를 수집하는 것을 의미하지만, 테러방지법상 조사는 그 목적과 대상의 특수성으로 인해 사실상 수사의 성격을 가진다. 즉, 조사권은 범죄의 혐의 유무 이전에 사실관계에 대한 확인차원으로 볼 수 있다. 문제는 혐의 이전의 사실관계 파악과 혐의 유무를 판단하는 것을 명확하게 구별할 수 없다는 점이다.

양자의 구별이 어려운 측면은 있지만 우선적으로 조사의 실질적 측면을 고려하여 행정조사로 볼 것인지 아니면 형사절차와의 관련성을 가지는 것인지 여부를 결정해야 할 것이다.²⁰⁾ 즉, 당해 조사가 순수한 행정적 목적 달성을 위한 기초자

18) 여기서도 구체적 유형 중의 하나인 현장조사와 자료제출의 문제점이 발생한다. 즉, 금융기관이 가지고 있는 의심자에 대한 금융계좌 정보를 국가정보원이 조사권이라는 미명하게 금융기관에게 요구한다면? 그리고 이 제출요구가 현장에서만 가능한지? 아니면 사후적으로도 가능한지? 이러한 현실적인 문제에 대해 전혀 언급하고 있지 않은 테러방지법에 대해 비판의 소지가 있다. 물론 현장의 판단을 존중하기 위해서라고 선해할 수 있으나 오히려 현장에 부담을 주는 입법적 공백이라 생각한다.

19) 서보학, “예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계”, 「형사정책」 제14권 제1호(한국형사정책학회, 2002), 198면.

20) 이근우, “사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적 한계”, 고려대학교 석사학위논문, 2003, 74면

료 수집 등을 목표로 수행되는 경우라면 순수한 행정조사이지만, 조사가 수사기관(특사경 포함)에 의해 수행되며 여기서 획득한 기초자료가 향후 형사제재의 근거가 될 수 있다면 형사절차로의 편입 여부를 고려해야하고, 이는 형사절차상 수사의 단서로 위치시킬 수 있다. 전자의 예로 국세기본법 제81조 4의 세무조사권, 경찰관직무집행법 제3조의 불심검문 등을 들 수 있으며, 후자의 예로는 공정거래법 제50조 이하에서 규정하고 있는 공정거래위원회의 조사권, 자본시장법 제444조 제18호 등에서 규정하고 있는 금융위원회의 조사권 그리고 테러방지법 제2조와 제9조의 대테러 조사권을 들 수 있다.

다. 조사권의 성격

테러방지법상 조사권은 형사제재와의 관련성이 있기 때문에 일반적 행정조사와 구별된다는 점은 확인했다. 그렇다면 이 조사권을 행정조사가 아니므로 형사절차로 포섭시킬 수 있을 것인가?

테러방지법의 입법목적은 테러의 예방 및 대응활동 등을 규정하여 테러범죄로부터 국민의 생명과 재산을 보호하고 국가 및 공공의 안전을 확보하는 것이다. 즉, 테러범죄에 대한 사후적 처벌절차가 아니라 테러범죄의 예방·억제를 기본적인 목적으로 하고 있다. 그렇기 때문에 동법의 규정들도 테러범죄 억제를 위한 대응조직(제5조-제8조), 사전적 안전조치 수립(제10조-제14조) 등을 중심으로 규정하고 있는 것이다. 따라서 동법의 입법목적과 제2조 제6호의 대테러활동의 정의 그리고 제5조부터 제14조까지의 규정을 체계해석한다면 제2조 및 제9조에 규정된 조사권은 테러범죄의 발생억지를 위한 사전적 성격을 주로 가지며, 예외적으로 “테러위협에의 대응 및 무력진압”을 위한 경우에만 사후적 처벌을 위한 성격을 가진다고 볼 것이다(원칙과 예외). 이러한 점에서 테러방지법상의 조사권은 독일에서 논의되는 “사전영역에서의 조사(Vorfelddermittlung)”와 유사하다고 볼 수 있다.²¹⁾ 즉 테러방지법상 조사권은 독일에서 논의되는 사전영역의 조사와 유

도 이러한 관점에서 “법 위반 사실의 조사”와 수사는 시민의 기본권의 최대 보장의 관점에서 접근해야 함을 주장하고 있다.

21) 독일에서 내사와 사전적 조사의 구별에 관한 논의는 조성용, “우리나라와 독일의 내사제도에 대한 비교법적 검토”, 「법조」 제693호(법조협회, 2014), 143면; 조성용, “형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰”, 「형사정책연구」 제24권 제2호(한국형사정책연구원, 2013), 45면; 조인현, “수사기관의 내사와 형사소송절차 - 독일에서의 경찰 내사활동을 중심으로”, 「경찰법연구」 제11권 제2호(한국경찰법학회, 2013), 131면.

사하게 예방적 범죄투쟁을 목적으로 한다는 점에서 미래지향적이며 동시에 그러한 범죄행위가 발생하거나 발생하려고 할 경우 그것을 조기에 진압하기 위한 조사활동²²⁾으로²³⁾ 범죄의 혐의 존재여부가 불분명한 상황에서 관련 정보를 탐색하기 위한 절차를 의미한다.

따라서 테러방지법상의 조사는 국가의 행정경찰(또는 보안경찰)작용으로(일반적인 행정작용과의 구별) 당해 조사권의 행사가 장래적으로 형사절차상 수사로 발전되는 경우에 한해서 수사의 단서로 위치시킬 수 있다고 본다. 따라서 테러방지법에 규정된 대테러 조사권이 발동되는 대테러 활동의 구체적 유형인 “테러 관련 정보의 수집, 테러위험인물의 관리, 테러에 이용될 수 있는 위험물질 등 테러수단의 안전관리, 인원·시설·장비의 보호, 국제행사의 안전확보, 테러위협에의 대응 및 무력진압 등 테러 예방과 대응에 관한 제반 활동”을 그 활동의 성격에 따라 일반적 행정목적의 조사권과 수사절차와 관련성을 가지는 조사권으로 구별할 수 있다. 즉 형사절차로의 발전 가능성을 기준으로 i) “테러에 이용될 수 있는 위험물질 등 테러수단의 안전관리, 인원·시설·장비의 보호, 국제행사의 안전확보”는 순수하게 국가의 테러범죄 발생억지라는 보안경찰작용을 위한 일반적 조사권 행사의 유형이지만, ii) “장래 형사절차 발전 가능성이 있는” 테러 관련 정보의 수집, 테러 위험인물의 관리 및 테러위협에의 대응 및 무력진압“은 불심검문과 같은 수사의 단서로 위치시킬 수 있다고 본다.

문제는 원칙적으로 예방적 성격을 가지는 조사권의 행사가 전술한 바와 같이 국민의 기본권을 침해할 우려가 있음에도 조사권의 행사주체, 범위 그리고 한계 등에 대해 아무런 규정이 없다는 점이다.

2. 대테러 조사권 행사의 지도원칙

국가정보원에 의한 조사권은 조사이긴 하지만 행정조사의 기본원칙과 방법을 규정하는 「행정조사기본법」의 적용이 배제된다. 행정조사에 대한 기본적인 방법과 절차를 규정하는 행정조사기본법에서 행정조사란 정책을 결정하거나 직무를

22) 조성용, “우리나라와 독일의 내사제도에 대한 비교법적 검토”, 「법조」 제693호(법조협회, 2014), 144면.

23) 경찰권 행사 시점을 기준으로 본다면 예방경찰과 진압경찰로 구분할 수 있다. 예방경찰은 위해 발생을 방지하기 위한 권력적 작용이며, 진압경찰은 이미 발생한 범죄를 제지, 진압, 수사하고 피의자를 체포하는 작용을 의미한다(김형중/백상진/김순석, 「새로 쓴 경찰행정법」(박영사, 2014), 13면 참조). 테러방지법상의 조사권은 예방경찰 작용으로 볼 수 있다.

수행하는 필요한 자료를 수집하여 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고 국민의 권익을 보호하는 것이라 규정하고 있다. 즉 행정조사기본법의 보호법익은 행정의 공정성·투명성 및 효율성인 것이다. 이에 반해 테러방지법의 보호법익은 국민의 생명과 재산 더 나아가 국가 및 공공안전이다. 즉 양법은 보호법익 자체가 상이하기 때문에 대테러 조사권의 “형식”이 행정조사기본법상의 행정조사권과 유사하다고 이를 동일하게 볼 수 없다. 더 나아가 행정조사기본법 제3조는 적용범위를 규정하고 있는데 제2호에서는 국방 및 안전에 관한 사항 중 일부 사항, 제5호에서 “조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항”을 적용제외 영역으로 명시적으로 규정하고 있다. 제2호에서 규정하고 있는 국방 및 안전에 관한 사항은 군사시설, 방위사업 및 병역자원 관리에 관한 것이기 때문에 이를 테러방지법의 공공의 안전과 동일한 평면에서 볼 수는 없고, 제2호와 제5호의 입법취지는 국가안보와 범죄의 예방과 처벌에 관한 사항에 대해서는 행정조사기본법이 적용되지 않는다고 규정한 것이라 볼 수 있기 때문이다.

하지만 행정조사기본법 제3조 제3항에 의해 동법 제4조의 행정조사의 기본원칙은 테러방지법상 조사권에도 적용된다.²⁴⁾ 따라서 i) 국가정보원의 조사권은 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시해야 하고 다른 목적을 위해서 조사권을 남용해서는 안되며, ii) 국가정보원은 조사목적에 적합하도록 조사대상을 선정하여 조사를 실시해야 하고, iii) 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시하여 중복조사를 지양해야 한다. 또한 iv) 다른 법률에 의하지 않고서 조사 대상자 또는 조사내용을 공포하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 안되고, v) 조사를 통해 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공해서는 안된다.

이와 같은 기준은 현행 테러방지법이 조사권의 구체적인 행사기준을 규정하지 않은 상태에서 실제 국가정보원의 조사권 행사가 문제되는 경우에 있어서 당해 처분의 적법성을 판단할 수 있는 최소한의 근거가 될 수 있을 것이다.

24) 제3조(적용범위) ③ 제2항에도 불구하고 제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)는 제2항 각 호의 사항에 대하여 적용한다.

IV. 대테러 조사권의 형사법적 문제점과 개선방안

1. 현장조사의 성격과 적법절차 원칙

가. 문제의 소재

현장조사는 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 국가정보원 소속 공무원이 테러범죄와 관련성이 의심되는 사무소, 사업장 등에 출입하여 업무상황, 장부·서류, 전산자료, 음성녹음자료·화상자료 등의 자료 또는 물건을 조사할 수 있는 권한이다. 국가정보원 직원이 신분증을 제시한 후²⁵⁾ 현장조사의 필요성과 조사하고자 하는 정보 및 자료에 대해 설명하고 상대방의 동의를 얻은 후에 진행될 것이다.

현장조사는 대테러 활동을 위해 필요한 자료 등을 수집하기 위해 타인의 주거 등에 들어가 자료 또는 물건을 조사하는 것이기 때문에 대물적 강제처분인 수색과 유사한 성격을 가지고 있다. 즉 수색이 압수를 위해 행해지는 것과 유사하게 문서열람, 시료채취, 자료제출 및 진술요구를 위한 전단계적 의미를 가지는 것이 현장조사이다. 다만 강제처분인 수색과 다른 것은 현장조사는 영장주의의 적용대상이 아니라는 점이다.

하지만 i) 영장주의의 적용대상이 아님에도 불구하고 ii) 그 목적이 특정한 자료나 특정인을 조사하기 위한 전제가 되는 수색과 유사한 성격을 가지는 조사이며,²⁶⁾ iii) 현장조사를 하는 과정에서 그 범위가 확대될 가능성이 높은 수단임에도 불구하고 이에 대한 세부적 규정이 전혀 없다는 점은 테러방지법의 현장조사가 비례성의 원칙을 위반이라는 의심을 들게 한다. 실질적으로 수색의 성격을 가지는 행정기관의 행위에 대해 최소한의 통제²⁷⁾도 배제하고 있는 현행 테러방지법은 정보기관으로 하여금 적법절차 원칙 위반의 유혹을 느끼게 할 수 있다는 문제점이 있다.

25) 테러방지법에는 현장조사이시 신분증 제시 규정이 없지만, 공정거래법 제50조 제4항과 자본시장법 제426조 7항은 “그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다”고 규정하고 있다.

26) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 「형사법의 신동향」 제37호(대검찰청, 2012), 14면.

27) 예를 들어 법원에 의한 심사(영장주의)나 공정거래법 제49조 제3항에 규정된 조사결과의 통지 의무 등을 들 수 있다.

나. 현장조사의 한계

현장조사가 임의조사의 성격을 가지고 있지만 현장조사를 위한 구체적 규정과 절차가 없기 때문에 현장조사의 한계가 어디이고, 그 한계를 일탈한 조사의 효력 그리고 조사절차에서 현출된 증거를 어떻게 평가할 것인가가 문제된다.

현장조사는 다른 조사권의 선행적 성격을 가지고 있기 때문에 특별히 현장조사가 시작되는 시점에 대해 명문의 규정은 두어야 한다고 생각한다. 테러범죄 억제 위해 필요한 자료나 정보의 범위를 일률적으로 규정할 수는 없기 때문에 형사절차상 수사개시요건 또는 영장의 발부여건 등에 이르지 않는더라도 국가정보원의 권한행사에 대한 최소한의 문턱으로 테러범죄와의 “최소한의 관련성” 또는 “최소한의 법 위반 혐의”가 있다는 점을 객관적인 자료로 국가정보원이 소명할 수 있는 경우에²⁸⁾ 현장조사를 시작할 수 있다고 규정하는 것을 고려할 수 있다. 뿐만 아니라 최소한의 관련성에 대한 검증절차도 마련해야 할 것이다. 그리고 이 검증절차를 진행하는 기관은 법원이나 국회와 같은 독립된 기관에 의해 수행되어야 할 것이다. 따라서 현장조사의 한계는 테러범죄와의 최소한의 관련성이고, 이 최소한의 관련성이 없음에도 현장조사를 행한 정보기관의 처분은 임의조사를 일탈하고 영장도 없는 처분이기 때문에 위법한 처분이 되며, 증거능력 역시 인정할 수 없을 것이다.

다. 현장조사의 개선방안

테러방지법상 현장조사 제도는 테러관련 정보의 원활한 수집을 통해 테러범죄 예방을 위한 제도이기 때문에 필요성은 분명히 존재하는 제도이다. 다만 현장조사 제도가 비정형적인 성격을 가지고 있기 때문에 무제한적으로 확장될 수 없도록 통제방안을 강구해야 할 것이다. 우선 현장조사시 특정의 정도이다. 대테러 조사권이 테러범죄의 혐의가 확인된 이후의 절차가 아니라 테러와의 관련성 여부에 관한 기초조사를 하는 단계이기 때문에 압수·수색과 같은 수준의 특정을 요구할 수 없다. 현장조사는 장소적 개념과 논리필연적인 관계를 가지고 있기 때문에 현장조사의 장소의 범위가 문제되는 것이고, 이는 강제처분이 아니라는 점에서 피조사자의 동의 여부로 판단해야 할 것이다.

28) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 「형사법의 신동향」 제37호(대검찰청, 2012), 6면.

다음으로 테러범죄의 예방과 억제라는 점을 감안할 때 사전적 통제와 사후적 통제제도로 구분해 개선책을 모색할 수 있다. 사전적 통제제도로는 현장조사시 참여권 보장 제도와 사후적 통제절차는 조사결과와 통지제도를 고려할 수 있다.

현장조사시 참여권 보장 제도는 형사소송법상 압수수색시 당사자 등의 참여권 보장과 맥을 같이한다. 참여권 보장제도는 압수수색의 절차적 공정성을 확보하고 집행을 받는 자의 이익을 보호하기 위한 것이며,²⁹⁾ 혐의사실과의 관련성 없는 증거의 압수배제를 통해 압수범위의 합리적 제한을 위한 제도이다. 테러방지법상 현장조사 역시 형소법상 당사자 참여권 보장에 준하여 피조사자에게 참여의 기회를 준다면 현장조사의 무제한적 확장을 일차적으로 견제할 수 있을 것이다.

뿐만 아니라 사후적으로 현장조사 완료 후 조사의 목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용에 대해 피조사자에게 통지해주는 절차도 고려할 수 있다. 이는 피조사자의 정보 통제권을 보장해줄 뿐만 아니라 피조사자가 당해 조사처분의 적법성을 다룰 수 있는 근거가 될 수 있을 것이다.

2. 자료제출 요구권의 성격과 문제점

가. 문제의 소재

국가정보원 직원은 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 문서를 열람할 수 있을 뿐만 아니라 조사대상자에게 자료제출을 요구할 수 있다. 즉 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 피조사자에게 임의제출을 요구할 수 있는 권한을 부여한 것이다. 상대방의 “동의”가 있기 때문에 형사소송법 제218조에 규정된 영장에 의하지 않은 압수(영치)제도를 규정한 것으로 평가할 수 있다.

임의성 있는 제출 또는 진술이 이루어진 경우에는 문제될 것이 없겠지만 사실적인 측면에서 임의성이 확보되지 않은 자료제출이 얼마든지 일어날 수 있으며, 이는 실질적으로 영장 없는 압수로 볼 수 있다. 형소법에도 일정한 경우에 영장 없는 압수수색이 가능하며 이를 구체적으로 6가지의 유형으로 허용하며 각각의 실정법적 근거를 두고 있다. 테러범죄의 경우 특히 사전적 예방을 위해서 긴급성이 요구되는 경우가 많을 것이며, 이는 사실적 영역의 조사차원에서도 동일할 것이다. 따라서 이와 같은 영장 없는 압수를 인정할 필요성은 존재한다. 하지만 자료제출 요구가 실질적으로 영치의 의미를 가지는 현실에서 특별한 수권 없이 자

29) 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015, 330면.

료제출 및 진술요구권을 국가정보원장에게 인정하는 현행법과 같은 입법태도는 지양해야 할 것이다.

나. 개선방안

테러범죄 억제를 위한 대테러 활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해서는 필연적으로 특정 정보나 자료를 정보기관이 확보할 필요성은 있다. 하지만 현행법은 정보기관에 의한 자료제출 요구의 세부적인 대상과 절차를 규정하지 않기 때문에 이에 대한 세부적인 절차를 규정해줄 필요가 있다.

우선적으로 자본시장법 제427조, 조세범처벌절차법 제8조에 규정된 압수수색 절차와 같은 규정을 테러방지법에 도입하는 방안을 고려할 수 있다.³⁰⁾ 하지만 이들 법과 테러방지법의 입법목적과 보호법익이 차이가 크고, 테러범죄라는 특성을 고려할 때 현장에서의 판단을 존중하여 자료입수를 인정해줄 필요가 있다. 즉, i) 테러범죄의 예방적 투쟁이라는 점을 고려할 때 정보기관의 조사단계에서 일괄적인 영장주의 적용은 타당하지 않다. ii) 하지만 피조사자의 입장에서 이는 영장 없는 압수와 유사한 의미를 가지는 점은 분명하고, iii) 현행법은 당해 자료제출 요구권의 요건, 한계 및 통제대책에 대해 침묵하고 있기 때문에 그 세부적인 절차와 요건 특히 사후적 통제대책을 신설하는 것으로 제도적 보완을 해야 할 것이다.

물론 현행 테러방지법도 대테러 조사 및 추적권에 대한 사후적 통제대책으로

30) 자본시장법 제427조(불공정거래 조사를 위한 압수·수색) ① 증권선물위원회는 제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지의 규정을 위반한 행위(이하 이 조에서 "위반행위"라 한다)를 조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 금융위원회 소속공무원 중 대통령령으로 정하는 자(이하 이 조에서 "조사공무원"이라 한다)에게 위반행위의 혐의가 있는 자를 심문하거나 물건을 압수 또는 사업장 등을 수색하게 할 수 있다.
② 조사공무원이 위반행위를 조사하기 위하여 압수 또는 수색을 하는 경우에는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다.
③ 조사공무원이 제1항에 따라 심문·압수·수색을 하는 경우에는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 내보여야 한다.
④ 형사소송법 중 압수·수색과 압수·수색영장의 집행 및 압수물 환부 등에 관한 규정은 이 법에 규정된 압수·수색과 압수법률수색영장에 관하여 준용한다.
⑤ 조사공무원이 영치·심문·압수 또는 수색을 한 경우에는 그 전 과정을 기재하여 입회인 또는 심문을 받은 자에게 확인시킨 후 그와 함께 기명날인 또는 서명하여야 한다. 이 경우 입회인 또는 심문을 받은 자가 기명날인 또는 서명을 하지 아니하거나 할 수 없는 때에는 그 사유를 덧붙여 적어야 한다.
⑥ 조사공무원이 위반행위의 조사를 완료한 경우에는 그 결과를 증권선물위원회에 보고하여야 한다.

국무총리를 위원장으로 하는 국가대테러대책위원회에 사전 또는 사후적으로 보고하도록 규정하고 있다.³¹⁾ 하지만 테러대응업무를 함에 있어 국민의 기본권을 침해한 처분에 대한 사후적 판단을 대테러 활동에 관한 정책의 중요사항을 심의·의결하는 국가대테러대책위원회에 보고하여 판단하도록 하는 것은 무분별한 조사권 시행을 통해 국민의 기본권을 보장하겠다는 당해 규정의 근본취지와 거리가 있다. 따라서 사후통제책은 동 자료제출 요구가 대물적 강제처분과 유사한 의미를 가진다는 점에서 사후영장 청구의무와 이에 대한 법원의 심사, 그리고 당사자에 대한 통지 제도를 고려할 수 있다.

사후영장제도는 i) 정보기관 직원이 합리적으로 판단했을 때 테러범죄와의 관련성이 인정되어 대테러 활동을 위해 필요한 정보·자료이기 때문에 제출 요구를 하는 것을 우선 인정해주되(필요성, 긴급성), ii) 당해 제출요구 처분의 적법성은 내부적 판단(즉, 수령 후 정보기관의 내부적 검토) 뿐만 아니라 iii) 독립된 법원에 의해 사후적인 판단을 거칠 수 있게 한다면, 조사권이 영장주의를 우회하여 침해한다는 비판은 어느 정도 불식시킬 수 있을 것이다.

뿐만 아니라 제출받은 자료가 테러범죄와의 관련성이 없는 것이 판명된다면 소지자 기타 권리자에게 환부해야 할텐데 이에 관한 명시적 규정이 없는 것도 문제점으로 볼 수 있을 것이다. 더 나아가 자료제출 요구시 피조사자의 임의성 있는 제출이 있다고 해도 실질적으로 압수의 성격을 가지기 때문에 형소법 제129조 및 제219조에 준한 압수목록 작성 및 배부 의무 도입을 고려할 수 있다.

요약하자면 테러범죄와의 투쟁에 있어서 신속성과 긴급성 그리고 중요성을 감안해 현장에서 자료제출 요구를 인정할 수 있지만, 이에 대해서는 현장 상황의 다의성과 복잡성을 고려해 세부적인 규정을 마련할 수는 없다. 다만 국가정보원에 권한을 준다면 그에 대한 통제책도 구비해야 하기 때문에 특히 사후적 통제권을 마련해야 하는 것이며 이는 형사소송법상 대물적 강제처분에 대한 사후적 통제대책에 준해서 도입하는 것을 제안하고자 한다. 물론 국가정보원 직원들도 이에 대한 기본 소양이 있는 공무원이기 때문에 무분별한 압수수색이 이루어지는 것은 상정하기 힘들지만, 이러한 사후적 통제대책에 대한 규정 혹은 형소법의 준용규정을 두는 것과 담당 공무원의 개인적 혹은 조직적 역량에 기대하는 것은 별

31) 테러방지법 제9조(테러위험인물에 대한 정보 수집 등) ④ 국가정보원장은 대테러활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 대테러조사 및 테러위험인물에 대한 추적을 할 수 있다. 이 경우 사전 또는 사후에 대책위원회 위원장에게 보고하여야 한다.

개의 문제라 할 것이다.

따라서 자료제출 명령에 대해서는 현행과 같은 입법태도를 취하되, 사후적 통제를 위해서 i) 사후영장을 통한 법원의 통제, ii) 내부조사 후 관련성 없는 정보에 대한 환부절차, iii) 임의제출 목록 작성 및 피조사자에 대한 배부 의무를 규정해야 할 것이다. 그리고 이는 준용규정을 두는 방안도 가능하지만, 국민의 기본권 보장의 실질화를 위해 직접 테러방지법에 이러한 규정의 신설을 제안하는 바이다.

3. 대테러 조사권 수행 중 제출받은 증거의 취급

테러방지법의 조사권 규정에서 또 문제가 되는 것은 조사권의 구체적 실현으로 제출받은 자료 또는 정보의 증거능력을 어떻게 판단할 것인가 침묵하고 있다는 점이다. 대테러 활동을 위해 필요한 자료를 제출받는 경우는 크게 i) 조사해보니 테러범죄와 전혀 관련성이 없는 자료 또는 정보로 판명된 경우, ii) 조사해보니 테러범죄의 혐의가 있어서 내사 또는 수사절차로 진행되는 경우 그리고 iii) 조사도중 테러범죄와 전혀 관련성은 없지만 명백한 다른 범죄의 증거가 현출된 경우로 상정해볼 수 있다.

가. 제출받은 자료 등이 범죄 혐의성 없는 경우

임의제출 받은 정보가 테러범죄와의 관련성도 없고 대테러 활동에 필요한 정보가 아니라고 국가정보원의 내부조사 결과 판명된다면 형사소송법 제333조³²⁾의 규정을 유추적용하여 피조사자에게 환부하여야 할 것이다.

나. 조사도중 범죄 혐의 관련성 있어서 수사절차가 진행되는 경우

1) 수사의 시작은 어디인가?

다음으로 내부조사 결과 테러범죄와의 직·간접적인 관련성이 인정되는 경우에는 어떻게 해야 할 것인가? 테러범죄와의 관련성, 즉 테러범죄의 혐의가 인정된다면 당연히 국가정보원은 수사절차로 진행해야 한다. 국가정보원법에 의하면 국가정보원은 대테러에 관한 직무를 수행하며(제3조 제1항 제1호), 국가정보원

32) 제333조(압수장물의 환부) ① 압수한 장물로서 피해자에게 환부할 이유가 명백한 것은 판결로써 피해자에게 환부하는 선고를 하여야 한다(이하 생략).

직원으로 원장이 지명하는 사람은 제3조 제1항 제3, 4호에 규정된 범죄에 관해 사법경찰관리의 직무를 수행하기 때문이다.

예방적 영역인 조사절차에서 범죄혐의가 있다고 사료되어 수사절차로 진행된다면 양 절차의 연관성은 어떻게 될 것인가? 조사절차와 수사절차가 외부적으로 구별되는 것이 아니기 때문에 그 구별이 문제될 수 있겠지만 우리는 불심검문을 위한 (임의)동행을 한 후 수사로 이어진 경우 당해 동행의 성격에 대한 논의에서 시사점을 찾을 수 있다. 불심검문을 위한 동행은 수사의 단서에 불과하므로 이에 의해 구체적 범죄혐의가 밝혀진 때에 비로소 수사가 개시된다는 입장도 있지만,³³⁾ 동행을 하는 시점에 이미 수사가 시작된 것으로 보는 것이 타당하다.³⁴⁾ 불심검문은 조사권과 같이 전형적인 보안경찰작용이고, 수사는 전형적인 사법경찰작용이지만 불심검문을 통한 수사의 제약을 회피하는 것을 방지하기 위해 불심검문을 위한 동행시부터 수사절차로 보는 것이 타당하기 때문이다.³⁵⁾

이러한 불심검문에 대한 문제의식은 조사권에 대한 본 연구의 문제의식과 동일하다고 생각되기 때문에, 국가정보원의 조사과정에서 테러범죄의 혐의 유무가 확인되면 당해 테러범죄에 대한 수사는 조사를 위해 임의제출을 받은 그 시점부터 시작하는 것으로 봐야 할 것이다.

2) 조사도중 현출된 증거의 증거능력 판단

따라서 실질적으로 정보기관의 제출요구 또는 의견진술 요구에 의해 특정 자료를 제출한 그 순간부터 이미 수사는 시작되는 것인데, 문제는 정보기관에 의한 제출요구 또는 의견제시 요구는 영장에 의한 것이 아니라는 점이다. 예를 들어 조사과정에서 정보기관의 제출요구에 의해 당사자의 임의성이 배제된 제출이 있었고, 당해 자료가 테러범죄와의 관련성이 있는 경우라면 테러범죄에 대한 수사로 전환될 것인데, 실질적으로 영장에 의하지 않은 압수로 평가될 수 있으며, 이는 형사소송법 제308조의 2에 의해 증거능력이 부인될 것이다. 따라서 이러한 현실적 필요성(우연히 발견한 테러범죄의 관련 증거)과 입법적 공백을 개선하기 위해서는 사후영장 제도의 도입 필요성(특히 제출요구의 경우)이 다시 제기되는

33) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」 제3판(홍문사, 2011), 100면.

34) 이재상/조균석, 「형사소송법」 제10판 보정판(박영사, 2016), 228면; 이은모, 「형사소송법」 제5판(박영사, 2015), 221면.

35) 대법원 2011.6.30. 선고, 2009도6717 판결.

것이다. 즉, 현행법에서는 수사절차로 전환되어도 당해 증거는 위법증거로 증거능력을 인정할 수 없게 되는 것이다.

다. 조사도중 전혀 별개 범죄 증거가 발견되는 경우

정보기관의 조사과정에서(즉, 체포 등이 아닌 상황에서) 목적으로 하던 범죄가 아닌 전혀 별개의 범죄증거가 현출된 경우는 어떻게 해야 할 것인가?³⁶⁾ 현실적으로 얼마든지 가능한 사례이지만 현행법의 해석으로는 입법의 공백이 있는 부분이다. 특히 최근 대법원은 우연히 발견한 별도 범죄의 증거에 대해서 “더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우”에만 별도 범죄에 대한 수사가 가능하다고 판시하였다.³⁷⁾ 이러한 경우 수사기관에 의한 강제처분을 인정한다면 영장주의를 잠탈하는 일반영장을 허용한다는 점에서 이론적인 문제점이 있지만, 현실적으로는 증거인멸의 우려 등 필요성도 인정되는 것이 사실이다. 즉, 형사절차에서 이상과 현실의 괴리가 극단적으로 표현되는 영역이라 할 수 있고 입법의 공백이기 때문에 입법론적 해결방안을 찾을 수 밖에 없다. 여기서 참고할 수 있는 것이 독일 형사소송법 제108조에서 규정된 ‘우연히 발견한 물건’에 대한 가압수 제도이다.³⁸⁾ 다른 범죄혐의와의 관련성이 있는 대상을 발견한 경우, 영장 없이 압수할 수 있는 사전 영장주의의 예외를 규정하고 있는데 제한적 영역에서 이와 유사한 긴급압수 제도의 도입을 고려할 수 있다.³⁹⁾ 만약 우연 발견물에 대해 긴급압수가 도입된다면, 긴급압수를 행한 후에 법원의 사후적 영장을 청구하고, 그 사후적 영장이 기각되거나 범죄혐의와의 관련성이 없다고 판명되면 압수물을 환부하면 될 것이다. 다만 이를 형사절차 전반에 인정하는 것은 영장주의 예외의 과도한 인정이라 볼 수 있기 때문에 대상범죄를 한정하는 것이 필요하고, 그 예외 인정의 가장 큰 필요성이

36) 정보기관의 조사과정에서 현출된 경우를 상정한 것이기 때문에 대물적 강제처분의 예외에 대해 규정하고 있는 형사소송법 제216, 제217조에 관한 문제가 아니다.

37) 대법원 2015.7.16. 선고, 2011모1839 결정 중 다수의견.

38) 독일 형사소송법 제108조(여타 대상에 대한 압수) ① 조사와는 직접적 관련이 없지만 수색의 기회에 다른 범행의 혐의근거가 되는 대상을 발견한 때에는 이를 가압수할 수 있다. 당해 사실은 검사에게 통지하여야 한다. 제103조 제1항 제2문에 의한 수색의 경우에는 제1문을 적용하지 아니한다.

39) 수사기관이 우연 발견물에 대한 개선방안으로 우연발견물에 대한 새로운 영장청구까지 시간적 공백 사이에 보관자 등이 이를 훼손한다면 증거인멸죄로 의율하는 방안도 제기된다. 이에 대해서는 박민우, “영장이 없는 상태에서 발견한 증거의 보존을 담보해주는 방안”, 「형사법의 신통향」 제54호(대검찰청, 2017), 378면.

있는 것이 테러범죄라 생각한다.

V. 나가며

이상에서 테러방지법에 규정되었지만 비교적 논의의 중심에 서 있지 못했던 국가정보원의 조사권의 개념과 문제점, 개선방안에 대해 간단하게 검토하였다. 테러범죄와의 투쟁을 위해 가장 효율적인 방안은 테러범죄의 발생 이전에 이를 효과적으로 억제하는 것은 당연하다. 하지만 테러범죄를 포함한 모든 범죄의 예방에는 필요하고 적절한 정보가 필요하고, 정보·수사기관은 이 정보의 수집을 위한 노력을 기울여야 함은 물론이다. 이를 위해 우리 테러방지법이 국가정보원에 의한 강제 조사권을 부여한 것이다. 다만 이러한 필요성과 적법성은 별개이기 때문에 우리는 테러방지법상의 조사권이 적법성 차원에서 개선의 여지가 있음을 확인하였다. 특히 조사권의 구체적인 유형이 실질적으로 강제처분과 유사한 성격을 가지고 있고 이는 조사권이라는 명목상 헌법상 영장주의 등 적법절차를 잠탈하고 있음을 알 수 있었다. 이에 본 연구에서는 대테러 조사권의 성격이 행정법상 조사권에서 출발했지만 실질적으로 수사와 동일하게 볼 수 있으며 그 구체적인 유형인 현장조사와 제출명령에 대해 개선방안을 찾아본 것이다. 테러방지법상 조사권은 실질상 강제처분으로 볼 수 있어 영장주의의 적용을 받아야 하지만 테러범죄의 특성상 일반 형사절차와 동일한 수준의 영장주의를 관철할 수 없으며 사후영장제도를 비롯한 사후적 통제수단의 확립이 필요함을 강조하였다.

본 연구가 최초 의도하였던 바는 앞에서 본 조사권의 문제의식에 터잡아 조사권의 구체적 형태의 허용범위와 범위를 넘은 조사권 행사의 효과와 그 하자의 치유수단 그리고 이 경우의 증거능력에 대해 검토해보고 싶었지만, 저자의 능력부족으로 피상적인 연구만 진행된 것 같아 두려울 따름이다. 본 논문에서 검토하지 못한 부분들은 지속적으로 연구할 것을 약속하며 졸고를 마무리하고자 한다.

(논문투고일: 2017.05.28., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19)



▶ 박 응 신

테러범죄, 조사권, 현장조사, 자료제출 요구권, 적법절차

【참 고 문 헌】

1. 단행본

- 고헌환, 경찰행정법, 한국학술정보, 2012.
- 김형중·백상진·김순석, 새로쓴 경찰행정법, 박영사, 2014.
- 박균성·김재광, 경찰행정법 입문, 박영사, 2014.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법 제3판, 홍문사, 2011
- 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 박영사, 2016
- 장태주, 행정법개론, 법문사, 2010.

2. 연구논문

- 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신동향 제37호, 대검찰청, 2012.
- 박호연·김중호, “국민보호와 공동안전을 위한 테러방지법 개정 논의에 관한 고찰”, 한국경찰학회회보 제18권 제3호, 2016.
- 박민우, “영장이 없는 상태에서 발견한 증거의 보존을 담보해주는 방안”, 형사법의 신동향 제54호, 대검찰청, 2017.
- 서보학, “예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계”, 형사정책 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002.
- 이근우, “사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적 한계”, 고려대학교 석사학위논문, 2003.
- 임준태·이상식, “테러방지법 입법 방향에 대한 소고”, 한국테러학회보, 제5권 제1호, 2012.
- 조성용, “우리나라와 독일의 내사제도에 대한 비교법적 검토”, 법조 제693호, 법조협회, 2014
- , “형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013
- 조인현, “수사기관의 내사와 형사소송절차 - 독일에서의 경찰 내사활동을 중심으로”, 경찰법연구 제11권 제2호, 한국경찰법학회, 2013.
- 전학선, “테러방지법과 인권보장”, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016.

Abstract

A Study on the Problems and Improvement of the Investigation in the Act on Anti-Terrorism

Park, Woong Shin

Since the September 11, 2001 terror crimes, many countries have taken various institutional measures to protect the lives and property of the people as well as the safety of the community itself from terrorism. However, despite the necessity of such an institutional apparatus, there is a possibility of paradoxically violating the fundamental human rights of the people and restricting the fundamental human rights. However, there is a system deviating from the center of the controversy even though there is a possibility of infringing on the fundamental human rights of the people. It is the investigation by the staff of National Intelligence Service prescribed in Articles 2 and 9 of the “Act on Anti-Terrorism.” Although these investigations formally take the place of administrative investigations, they actually take the substance of the criminal investigation, which limits the fundamental human rights of the people, so that there is a need for close scrutiny.

For this purpose, this study first examined the nature of the investigation under the “Act on Anti-Terrorism.” The investigation of the “Act on Anti-Terrorism” is formally an administrative investigation, but it has relevance to criminal sanctions. As a result, it is confirmed that the investigation of the “Act on Anti - Terrorism” is the administrative police function of the state, but it can be regarded as a clue to investigations similar to the case of anxiety checkup only if the investigation event is developed into criminal procedure investigation in the future. In other words, the investigation in the “Act on Anti-Terrorism” is futuristic in that it is aimed at preventive crime struggle similar to the preliminary domain investigation discussed in Germany, but at the same time, investigative activities to suppress such crime, this means a procedure for searching for relevant information in a

situation where the existence of a suspicion of a crime exists or not.

The problem is, in principle, that there is no provision on the subject, scope, and limitations of the investigation. In order to solve these procedural problems, the guiding principle of the investigation in the “Act on Anti-Terrorism” was presented, so that it would be a minimum basis to judge the legality of the disposition in case of the problem of the exercise of the investigation of the NIS.

Next, I pointed out the problems of criminal law in the field investigation and submission order system, which is the concrete type of investigation, and suggested ways to improve them. In other words, the specific type of investigation is substantially similar to the compulsory disposition, and the lawful procedure such as the constitutional warrant is stifled as the cause of the investigation. Therefore, in this study, we have searched the problem and improvement plan for field investigation and submission order which are highly similar to the forced disposition among the concrete types.

Intelligence is the most important thing in the proactive prevention of violent and organized crime including terror crime. The importance of this intelligence is already proven, even if not emphasized in this study. That is why the NIS has been given the investigation in order to prevent the special crime of terrorism. However, the investigation now seems to be problematic in that the actual violation of doctrine of warrants directly infringes on the fundamental human rights of the people, and it can not protect the fundamental human rights of the people through the struggle for terror crime. If this study can contribute to the legal improvement, there will be no more glory.



▶ **Park, Woong Shin**

Terror, Investigation, On-Site Investigation, Requirement of Submission,
Due Process

고유목적사업준비금에 관한 법령의 해석방법에 대한 소고

- 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59249 판결에 대한 판례평석 -

박훈*
정혜윤**
권형기***

【목 차】

I. 서론

II. 사실관계, 대상조항, 대상판결 및

원심판결의 내용

1. 사실관계
2. 대상조항
3. 원심판결의 내용
4. 대상판결의 내용

III. 대상판결에 대한 평석

1. 법 해석에 대한 일반론
2. 법해석론적 관점에서 대상판결의 위법성
3. 대상판결 실시법리의 위법성

IV. 결론

【국 문 요 약】

본 판례평석은 구 법인세법 제29조 제3항 제4호의 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업등에 사용하지 아니한 때(5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다)”에 관한 대법원 및 고등법원의 판결을 바탕으로 법률의 해석방법을 분석한 후, 대상판결이 갖고 있는 해석상의 오류들에 대하여 비판한다.

대법원은 조세법의 해석에 있어 엄격하게 해석해야 한다고 실시하고 있으나 종종 이에 반하는 판단을 하는 경우가 발생한다. 본 판례평석에서는 조세법의 해

* 교신저자, 서울시립대학교 세무학과 교수

** 제1저자, 국회예산정책처 행정사무관, 공인회계사

*** 공동저자, 서울시립대학교 세무전문대학원 박사과정, 변호사/공인회계사

**** 본 연구에서 제시된 의견은 소속기관과 무관한 개인적인 의견임을 밝힙니다.

석이 일반 법령과 달리 해석되어야 하는가에 대하여 알아본 후, 대법원의 해석 방법에 일반적인 법해석 방법을 적용해 보더라도 판결의 논리가 성립할 수 없다는 점을 확인한다. 대법원의 판결은 “5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다.”라는 명확한 문구에 대하여 법해석상의 한계를 벗어난 해석을 하였으며, 당초 입법 절차에서 나타난 고유목적사업준비금의 정책 의도와는 다른 판단을 내림으로써 사법부와 행정부의 자의적인 법률해석을 초래하였다. 또한 조세제도의 합목적성을 잃어버린 판결을 내림으로써 납세자의 이익을 현저히 침해하였으며, 판결문에 나타난 과세처분의 기준이 매우 불명확하여 과세요건 명확주의에 위배되는 해석을 하였다.

대법원은 이와 같은 고유목적사업준비금에 대한 법리오해로 인하여 5년의 기한이 도래하기 이전에라도 고유목적사업에 사용하지 아니할 것으로 판단되는 사유가 발생한 사업연도에 과세할 수 있다는 해석을 내린 것으로 보인다. 그러나 법인세법의 고유목적사업준비금의 손금산입 제도는 비영리내국법인의 수익사업을 통한 소득 중 일부를 장래 고유목적사업의 재원으로 사용할 수 있도록 5년의 유예기간을 부여할 목적으로 도입된 것이다. 이러한 제도의 취지뿐 아니라 다양한 법해석의 방법을 적용해 볼 때, 대법원은 설령 5년이 경과한 시점까지 비영리내국법인이 준비금 전액을 고유목적사업에 사용하지 아니하였다 할지라도 유예기간 중에 수익용 부동산을 취득한 시점을 “더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러난”사건으로 사후적으로 간주하는 것은 법해석과 적용에 있어 타당하지 아니하며, 5년의 법정기한이 경과하지 않은 시기를 익금의 귀속시기로 보아 과세처분한 것은 위법하다는 취지의 판결을 내리는 것이 타당할 것이다.

I. 서론

세법의 해석에 있어 조세법률주의 원칙상 엄격해석을 해야 한다는 것이 학계 다수의 입장으로 보이며, 대법원 역시 이와 같이 일관하여 실시하고 있다. 그러나 대법원의 실시 내용을 살펴보면 실제로 법문을 엄격해석하고 있는 것인지의 여부에 대하여 의구심이 발생한다. 이하에서는 법령의 해석방법, 특히 조세법령의 해석방법을 위주로 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59249 판결(이하 “대상 판결”이라 한다)과 그 원심판결인 2016. 10. 5. 선고 2016누35924 판결(이하

“원심판결”이라 한다)에서 나타나는 구 법인세법[2010.12.30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것] 제29조 제3항(이하 “대상조항”이라 한다)의 법령 해석 방법에 대하여 분석해 본 후, 그 타당성을 논해보기로 한다. 나아가 본 판례평석에서는 대상판결의 고유목적사업준비금에 대한 법리오해에서 비롯한 위법성에 대해서도 함께 검토해 보기로 한다.

II. 사실관계, 대상조항, 원심판결 및 대상판결의 내용

1. 사실관계

원고는 중등교육과 실업에 관한 전문교육을 실시할 목적으로 설립된 학교법인으로, 설립 당시 토지(이하 “이 사건 토지”)를 출연받은 이래 기본재산으로 보유하다가, 이를 2007년 17억원에 매도하였다. 이로 발생한 토지매각처분이익 약 13억원을 정기예금으로 예치하여 관리하였으며, 2007, 2008 사업연도 법인세 신고시 이를 고유목적사업준비금으로 손금에 산입하였다.

그 후 원고는 쟁점토지 매각대금을 정기예금으로 예치해 관리해 오다가, 2010년 관할교육청의 허가를 받아 2009 사업연도 중에 아파트 등 5채, 2010 사업연도 중에 오피스텔 2채를 합계 약 20억원에 취득하였다. 원고는 해당 아파트 등을 임대사업에 사용하였으며, 법인세법상 손금에 산입한 고유목적사업준비금의 5년의 유예기간이 지나도록 이를 고유목적사업에 지출하지 않았다.

과세관청은 원고인 비영리법인이 고유목적사업준비금을 고유목적이 아닌 수익용 부동산 취득에 사용하였다고 보고, 아파트 등의 최초 취득일이 속하는 2009 사업연도에 이 사건 토지 매각처분이익을 재원으로 설정한 고유목적사업준비금 전액을 익금에 산입하고 법인세를 부과했다.

2. 대상조항

구 법인세법 제29조(고유목적사업준비금의 손금산입) ③ 제1항의 규정에 의하여 손금에 산입한 고유목적사업준비금의 잔액이 있는 비영리내국법인이 다

음 각 호의 1에 해당하게 된 경우 그 잔액은 당해 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액계산에 있어서 이를 익금에 산입한다.

1. 해산한 때
2. 고유목적사업을 전부 폐지한 때
3. 법인으로 보는 단체가 「국세기본법」 제13조제3항의 규정에 의하여 승인 취소되거나 거주자로 변경된 때
4. 고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업등에 사용하지 아니한 때(5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다)¹⁾

3. 원심판결의 내용²⁾

원심판결은 “익금의 귀속시기와 관련한 ‘5년이 되는 날까지 고유목적사업에 사용하지 아니한 때’의 해석에 관하여는 다음과 같은 점에 비추어 보면 ‘5년이 되기 전이라도 고유목적사업이 아닌 다른 사업에 사용한 때’라기보다는 ‘손금으로 계상한 사업연도 종료일 후 5년이 되는 날’이라고 보아야 한다.

① 위 조항의 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 등에 사용하지 아니한 때(5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다)”라는 문언 중 “5년이 되는 날까지”는 사용기간의 종기를 표시하고 있고 괄호안의 “잔액”이라는 개념에는 5년 내 사용하지 아니하고 남은 액수를 상정하고 있으므로 위 잔액은 5년이 되는 종기에 이르러서야 특정될 수 있을 뿐 5년이 되기 전에 특정될 수 없다. 따라서 ‘5년이 지나기 전에 고유목적사업이 아닌 다른 사업에 사용한 때의 남은 액수’라는 해석보다는 ‘5년이 지난 시점에서도 남은 액수’라는 해석이 문언에 더 부합한다.

② 고유목적사업준비금은 이를 손금으로 인정하여 과세이연의 혜택을 부여한 만큼 손금 산입한 고유목적사업준비금을 법령에 정한 기간 내에 실질적으로 고유

1) 이후 동 조문은 “4. 고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업등에 사용하지 아니한 경우(5년 내에 사용하지 아니한 잔액으로 한정한다)”로 변경되었으나, 그 의미는 동일한 것으로 사료된다.

2) 이하 밑줄은 가독성을 위하여 필자가 기재한 것이다.

목적사업을 위한 사용을 강제하되 그 기간 내에 이를 사용하지 않게 되면 익금으로 과세되므로, “5년이 되는 날까지”라는 제한은 5년의 범위 내에서는 고유목적사업을 탄력적으로 운영할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다. 이와 달리 5년이 되기 전이라도 고유목적사업이 아닌 다른 사업에 사용한 때에 곧바로 해당 사유가 발생하였다고 보는 것은 과세이연의 혜택을 부여하여 탄력적으로 고유목적사업비를 지출할 수 있도록 법령에서 허용한 기회를 박탈하는 것이어서 고유목적사업준비금의 제도취지에 반한다.

③ 수익사업을 위해 자산을 취득하였다고 하더라도 5년 이내에 고유목적사업으로 이를 다시 사용하는 것으로 전환할 수 있는 이상, 수익사업을 위해 지출한 준비금이 곧바로 5년이 경과하는 기간까지 고유목적사업에 사용되지 않을 것이라고 단정할 수 없다. 설령 수익사업 지출 준비금이 고유목적사업에 사용하는 것으로 전환되지 않았다고 하더라도 구 법인세법 제29조 제4항은 고유목적사업준비금의 잔액을 익금에 산입하는 경우 이자상당액을 법인세에 가산하고 있으므로 그 만큼 비영리법인의 세수부담이 증가하여 국가의 세수손실의 위험도 없다.

④ 비영리법인이 이전 사업연도에 고유목적사업준비금으로 계상하여 손금에 산입한 금원을 법령에 정한 기간 내에 고유목적사업비로 사용하지 아니하고 환원하여 익금에 산입함으로써 법인세 과세이연의 혜택을 포기하고 익금산입에 따른 법인세 및 과세이연된 기간 동안의 법인세 이자상당액을 납부한다는 것은 법인의 해산, 고유목적사업의 전부 폐지, 법인으로 보는 단체의 승인취소 등과 같은 불가피한 사정이 있는 경우 외에는 매우 이례적이다(구 법인세법 제29조 제3항 각호). 손금 계산 사업연도 종료일 후 5년이 지나기 전에 고유목적사업준비금을 다른 사업을 위해 사용하는 경우에 이를 바로 익금에 산입하는 것은 다른 각 호의 불가피한 경우와 동일하게 평가하는 것이나 그와 같이 보기 어렵다.

...(중략)... 위 법리에 비추어 보면, 원고가 2007 사업연도에 이 사건 토지 매각대금을 고유목적사업준비금으로 손금에 계상하고 이를 고유목적사업이 아닌 임대사업을 위한 아파트 매입에 사용하였더라도 아직 손금 계상 사업연도 종료일부터 5년이 되는 날에 도달하지 아니한 이상, 아파트 매입을 위한 지출이 곧바로 고유목적사업에 사용하지 아니한 당해 사유 발생으로는 볼 수 없으므로, 피고는

위 고유목적사업비를 이 사건 아파트 매입일이 속한 사업연도의 익금에 산입할 수 없다. 따라서 원고의 나머지 주장에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 토지 매각대금을 2007 사업연도 익금에 산입한 이 사건 처분은 위법하다.”고 설시하여, 1심 판결을 취소하였다.

4. 대상판결의 내용

대상판결은 “구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항은 비영리내국법인이 각 사업연도에 그 법인의 고유목적사업 등에 지출하기 위하여 고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 경우에 일정 한도액의 범위 안에서 이를 손금에 산입하도록 규정하고 있고, 제3항 제4호는 고유목적사업준비금을 손금에 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 등에 사용하지 아니한 때에는 그 잔액을 해당 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 익금에 산입하도록 규정하고 있다.

위와 같은 규정들은 비영리내국법인이 고유목적사업준비금으로 계상한 부분에 대하여 고유목적사업 등에 지출하기 전이라도 미리 손금에 산입할 수 있도록 허용하는 대신 고유목적사업준비금을 손금에 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지는 고유목적사업 등에 지출이 이루어져야 한다는 점을 전제로 하여 위 기간 동안 과세를 이연함으로써 비영리내국법인이 공익사업을 원활하게 수행할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 비영리내국법인이 5년의 유예기간 중에 고유목적사업준비금을 고유목적사업 등이 아닌 다른 용도에 사용하여 더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러남으로써 앞서 본 바와 같은 과세혜택을 부여할 전제가 상실된 경우라면, 5년의 유예기간에도 불구하고 사용금액 상당을 그 사유가 발생한 사업연도의 익금에 곧바로 산입할 수 있다고 봄이 상당하다...(중략)...그런데도 원심은 이와 달리 그 판시와 같은 이유만으로 원고가 이 사건 토지 매각대금을 고유목적사업이 아닌 임대사업에 사용하였더라도 아직 손금에 계상한 사업연도 종료일부터 5년이 되는 날에 도달하지 아니하였으므로 이 사건 토지 매각대금을 이 사건 아파트 매입일이 속한 사업연도의 익금에 산입할 수 없다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 고유목적사업준비금의

익금산입시기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”고 설시하면서 원심판결을 파기하였다.

Ⅲ. 대상판결에 대한 평석

대상판결은 일정한 논거를 설시하고 있으나, 법령상 명확한 문구에 대해 법해석상의 한계를 벗어난 판단을 하였으며, 입법 취지에서도 벗어나 역사적 해석 방법의 측면에서도 부합하지 않으며, 조세법의 합목적성을 감안할 때에도 이에 벗어날 뿐만 아니라, 과세요건 명확주의에도 위배된 해석에 해당한다. 이에 본 판례평석에서는 법령의 해석방법에 대한 일반론과 조세법의 해석방법에 대하여 언급한 후, 대상판결의 위법성에 대하여 지적하고자 한다. 나아가 대상판결은 근원적으로 고유목적사업준비금에 대한 오해로 인하여 위법한 판결을 내린 것으로 사료되는바, 비영리내국법인의 고유목적사업준비금 관련 세무제도의 취지와 이에 대한 법리오해에서 비롯된 대법원 판결의 위법성을 추가적으로 검토해본다.

1. 법 해석에 대한 일반론

가. 법의 해석

법의 해석이란 재판규범으로서의 법원의 의미·내용을 명확히 밝히는 작업을 말한다.³⁾ 법을 해석하는 방법에는 크게 네 가지를 들 수 있는데, 먼저 문리 해석은 법규범의 문언에 충실한 해석으로서⁴⁾ 문장·용어를 기초로 하여 그 문자가 가지는 보통의 의미에 따르는 해석방법이고, 논리 해석⁵⁾은 어느 규정을 해석하면서 법규의 다른 관련규정도 고려하여 전체가 체계적으로 조화를 이룰 수 있도록 하는 해석이다. 역사적 해석은 입법 당시의 자료를 바탕으로 입법의 목적·의미를 참조하는 해석이고, 목적론적 해석은 법의 목적(정신·취지)에 따라 법규를 해석하는, 즉 법의 관련 규정을 모두 종합하여 특정한 사항에 관하여 어떻게 가치판단을 하고

3) 김준호, 「민법강의」(제5판), 법문사, 1999, 31면.

4) 김주수/김상용, 「민법총칙」(제7판), 삼영사, 2013, 48면.

5) 논리 해석은 체계적 해석이라고도 한다. 김중환/김학동, 「민법총칙」(제9판), 박영사, 2008, 39면. 반면, 법제처, 법령질의회신, 2009, 27~35면에서는 논리 해석을 체계적 해석, 역사적·주관적 해석, 목적론적 해석으로 분류하고 있다.

있는지를 확정하고 이러한 법의 목적에 따라 법규를 해석하는 해석방법이다.⁶⁾

이상과 같은 법해석을 함에 있어서 여러 가지 해석기술이 발달해 왔는데, 이 중 반대해석은 어떤 법규정이 있을 경우에 그것은 그 법규정이 규정하는 사람 외에는 영향을 미치지 않는다고 해석하는 것이고, 유추해석은 유사한 A·B라는 두 개의 사실 중에서 A에 대해서만 규정이 있는 경우에 B에 대해서도 A와 마찬가지로의 결과를 인정하는 해석기술이다.⁷⁾ 또한, 법규의 내용에 포함되는 개념을 문자 그 자체가 가지는 뜻보다 확장해서 해석하는 확장해석, 일반적인 의미보다 좁게 해석하는 축소해석이 있으며, 그 밖에 변경해석, 물론해석 등이 있다.⁸⁾

해석에는 여러 가지 방법이 있으나 만일 그러한 방법들을 편한대로 함부로 써서 새기게 된다면, 그 해석은 제멋대로 되어 객관성을 잃게 된다.⁹⁾ 따라서 법의 목적을 이해하고 그 목적에 적합한 방법으로 해석하여 법의 진정한 의미를 밝혀야 할 것이며 구체적인 타당성을 갖는 해석을 하여야 하나, 법적 안정성도 해하지 않는 해석을 해야 한다.¹⁰⁾ 다만, 구체적 타당성과 법적 안정성은 쉽게 조화되지 않기 때문에 한 쪽을 존중하면 다른 쪽이 희생되는 경향이 강하다.¹¹⁾

법률을 해석할 때에는 전체법질서 안에 담겨진 가치평가를 고려할 때 정당하다고 판단되는 해석을 해야 하며, 이와 같은 임무를 다하기 위해서는 법률문언을 넘어선 해석을 해야 할 경우가 존재한다.¹²⁾ 이는 주로 법률에 공백이 있는 경우에 행해지는 것이지만, 사회경제적 사정의 변화로 법문대로의 해석이 사회사정에 적합지 않게 된 경우나 보호가치 있는 거래의 수요가 법이 인정하지 않는 제도를 요구하는 경우, 신의칙이 적용되는 경우 및 법령의 체계성을 고려할 때 문언대로의 해석이 다른 규정이나 법원칙과 모순되는 경우에 가능하다. 다만, 법률문언에

6) 송덕수, 「민법총칙」(초판), 박영사, 2011, 71면.

7) 김주수/김상용, 앞의 책, 삼영사, 2013, 49면.

8) 박윤직, 앞의 책, 68면, 기타 입법자의 의사를 해석의 기준으로 하는 역사적 해석도 존재하며(김중환/김학동, 앞의 책, 39면), 법률의 근저에 놓인 이익의 평가에 입각한 이익평가적 방법, 외국법과의 비교에 의한 비교법적 방법 등도 존재한다(지원립, 「민법강의」(제5판), 홍문사, 2007, 25면).

9) 박윤직, 앞의 책, 68면.

10) 박윤직, 앞의 책, 68~71면.

11) 박윤직, 앞의 책, 70면.

12) 김중환/김학동, 앞의 책, 40면.

반하는 해석은 법률의 객관적 가치평가에 기해야 하며, 다른 방법으로 정당한 해석을 구하는 것이 극히 어려운 경우 충분히 설득력 있는 근거를 제시할 수 있다는 전제 하에서만 가능한 것이다.¹³⁾

대법원은 법률의 해석과 관련하여 “...법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다. 한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.”고 실시하고 있다.¹⁴⁾

나. 조세법의 해석

1) 의의

조세법의 해석이 일반 법률의 해석과 달라야 하는 것인지 여부에 관해서는, 기본적으로 세법상 조세법률주의 원칙 및 그에 근거한 엄격해석의 원칙에 따라 납세의무의 성립 요건을 보다 엄격하게 보아 납세자의 재산권을 보장해야 한다는 것이 다수의 견해로 보인다. 그러나 현행 세법의 해석을 자세히 들여다보면 반드시 이와 같이 해석하기는 어렵다는 점을 알 수 있다. 이하에서는 조세법 해석에 대한 전통적 견해부터 우리 대법원의 최신 판결까지 검토해 보면서, 과연 조세법의 해석에 특별한 점이 존재하는지 여부에 대하여 살펴본다.

13) 김중환/김학동, 앞의 책 41면.

14) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

2) 조세법의 해석에 관한 전통적 견해

전통적인 견해는 세법에서는 확대해석이나 목적론적 유추가 불가능하다고 설명하고 있다.¹⁵⁾ 이 견해에 따르면 세법은 애초에 그 속에서 합리성을 발견할 수 있는 것이 아니므로 어떤 것도 체계적인 해석의 기준이 될 수 없으며, 유일하게 관철시켜야 할 가치란 법에 명시된 그대로 법적안정성을 확보하는 것이라고 한다.¹⁶⁾ 이후 19세기에 지배적이었던 개념법학에 대한 반발로 독일에서는 Enno Becker의 주도로 세법의 해석에는 목적과 경제적 의미를 고려해야 한다는 조향을 들여왔다.¹⁷⁾

3) 조세법의 해석방법

가) 헌법상 조세법률주의 원칙에 내재된 엄격해석의 원칙

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 규정하고 있다. 또한, “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정한다.¹⁸⁾ 조세법률주의로부터 과세요건 법정주의 및 과세요건 명확주의가 도출될 수 있다. 이 중 과세요건 명확주의는 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있고, 과세관청이 조세법을 자의적으로 해석하고 집행할 수 있는 여지를 줄이기 위하여 조세법은 다른 법률에 비하여 입법기술상 허용되는 범위 내에서 가능한 한 보다 명확하게 규정되어야 한다는 원칙이다.¹⁹⁾ 그러나 실제의 입법에 있어 모든 규정이 명확하게 규정될 수는 없기에 그 해석과정에 있어 필연적으로 해석의 방법론이 문제가 되며, 법의 흠결을 유추해석으로 메우거나 행정편의적인 확장해석을 할 수 없다는 원칙이 확립되어 있는데, 이를 엄격해석의 원칙이라고 한다.²⁰⁾

15) 이창희, “조세법연구방법론”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 2005, 4면에서는 19세기 미국의 판결(Cahoon v. Coe, 57 NH 556, 1876)이나 1920년대 영국의 판결(Cape Brancy Syndicate v. IRC, 1921) 등을 그 예로 들고 있다.

16) 이창희, 앞의 논문, 4면.

17) 이창희, 앞의 논문, 6면.

18) 이준봉, 「조세법총론」, 삼일인포마인, 2017, 50면 내지 54면에서는 헌법 제40조에서 법률은 당연히 국회에서 제정됨에도 불구하고, 헌법 제59조를 추가로 규정한 것은 적법절차의 원칙, 종목과 세율 등을 명시해야 함 등을 사유로 헌법 제59조를 별도로 규정할 실익이 있다고 설명한다. 타당한 견해이다.

19) 이준봉, 앞의 책, 78면.

또한, 엄격해석과 관련한 세법의 해석원리로 “의심스러울 때는 납세자의 이익으로(in dubio contra fiscum)”라는 원리가 있다. 이에 대하여 사실인정에만 적용되는 원리라고 하는 견해도 있으나,²¹⁾ 법문의 해석에 있어 불확정개념을 사용하는 경우 등에는 이론상 구성이 어떠한 간에 법해석론에도 이를 적용할 여지가 있다고 보아야 할 것이다.²²⁾

나) 유추해석과 확장해석

세법의 해석에 있어 확장해석과 유추해석이 가능한지 여부에 대해서는 조세공평의 원칙 내지 경제적 실질의 파악을 위해서는 유추해석이나 확장해석이 허용되어야 한다는 견해(긍정설)와 헌법이 보장하고 있는 각 개인의 재산권과의 관계에서 보아 침해법규이며 법적 안정성이 강하게 요청되는 것이므로 원칙적으로 문리해석에 의하여야 하고 함부로 확장해석이나 유추해석을 하는 것이 금지된다고 하는 견해(부정설)이 존재한다.²³⁾

혹자는 국세기본법 제18조²⁴⁾를 엄격해석의 논거로 삼고 있기도 하다. 그러나 국세기본법 제18조는 오히려 “과세의 형평”과 “당해 세법의 합목적성에 비추어” 해석하도록 규정하고 있다는 점을 볼 때, 동 조항이 반드시 엄격해석의 논거라고 보기는 어려울 것이다.²⁵⁾

20) 임승준, 「조세법」, 박영사, 2014, 45면.

21) 위 원칙에 대해 사실인정의 문제 적용할 원리이며, 조세법 문언의 해석원리일 수 없다는 견해로는 이태로/한만수, 「조세법강의」(신정10판), 박영사, 2014, 28면. 반면, 이창희, 「세법강의」(제13판), 박영사, 2015, 81~82면은 이는 국고주의적 행위를 뒤집어 풍자한 말일 뿐 법의 해석이나 집행의 원리일 수 없다고 하면서, 세법에서만 사실확정과 입증책임 이론이 달라질 이유가 없다는 취지이다.

22) 최명근, 「세법확충론」, 세경사, 2006, 190면도 동일한 취지. 물론 사실인정의 문제에서도 발생할 수 있다고 하며, 이에 대해서는 납세의무자에게 불이익하더라도 추계조사방법에 의하여 과세할 수 있는 등의 규정으로서 보완하고 있다는 취지이다.

23) 최명근, 앞의 책, 203~204면. 동 저서에 따르면 일본 하급심 법원에서는 납세자의 이익을 위해서는 유추해석이 허용된다고 해석하였다고 한다(東京地判, 昭和 39. 5. 28, 昭和 35(行) 85). 다만, 이는 파기된 판결에 해당한다(最高判, 昭和, 45. 10. 23.).

24) 「국세기본법」 제18조(세법해석의 기준) ① 세법의 해석·적용에 있어서는 과세의 형평과 당해 세법의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당히 침해되지 아니하도록 하여야 한다.

25) 이창희, 앞의 논문 13면에서는 Tipke가 세법의 유추적용에 의한 과세를 주장하는 논거가 바로 과세의 형평과 합목적성이라는 점 등을 볼 때, 위 규정이 오히려 엄격해석과 반대방향에 서 있다고 설명하고 있다. 또한, 동 논문 15면에서는 세법에서 엄격해석만이 인정된다는 식의 조세법률주의란 독일에도 없고 미국에도 없다고 설명한다. 이태로/한만수, 앞의 책, 32면에서도 형

다) 세법의 해석에 관한 대법원의 실시내용

대법원은 조세법령은 과세요건이나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 엄격하게 해석되어야 하는 것이고, 감면요건 가운데 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 보다 엄격하게 해석해야 한다고 실시하고 있다.²⁶⁾ 그러나 이와 같이 엄격해석의 원칙을 견지함과 동시에 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법의 동기, 취지 및 목적과 사회통념에 따른 목적론적인 해석을 하여야 한다.²⁷⁾ 다만, 조세법규가 사용하는 용어의 성격은 크게 확정개념과 불확정개념으로 구분되는데, 확정개념에 대해서는 원칙적으로 문언의 객관적인 의미에 기초하여 해석하여야 하는바, 그 해석방법에 관하여는 일반적으로 특별히 문제될 것이 없다.²⁸⁾

나아가 대법원 역시 엄격하게 해석되어야 한다는 스스로의 실시 내용에도 불구하고, 실제 판결에 있어 반드시 엄격해석만을 고수하고 있지는 않으며, 납세자에게 불리한 방향으로 법령을 확장·유추하거나 축소해석하고 있는 판결들이 많다.²⁹⁾ 대법원은 엄격해석의 원칙을 강조하면서도 최근에는 “조세법규에 대하여는 법규 상호 간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 경우에는 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석을 할 수 있는바...”라고 실시하는 등 과거 실시하였던 엄격해석이 아닌 “합목적적 해석”을 직접 언급하기도 한다.³⁰⁾ 나아가 미국에서도 세법의 해석론이 일반법과 다를 이유가 없다는 판례가 굳어졌으며, 영국이나 독일 역시 목적론적 해석 자체는 당연한 것으로 받아들이고 있다고 한다.³¹⁾

평과세 정신을 선언하고 있는 규정으로 보고 있다.

26) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008두11372 판결 등.

27) 임승순, 앞의 책, 45면.

28) 임승순, 앞의 책, 46면. 이와 같은 조세법의 해석에 있어서도 역시 모든 국민을 평등하게 취급하여야 함은 물론이다(권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1999, 619면).

29) 이창희, 앞의 논문, 5면에서는 그 예로 대법원 1999. 9. 17. 선고 97누9666 판결, 대법원 1982. 10. 26. 선고 80누455 판결, 대법원 1990. 12. 23. 선고 89누6426 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누19816 판결, 대법원 1987. 5. 12. 선고 85누1000 판결을 들고 있다. 엄격해석 원칙에 관한 대법원 판례에 대한 자세한 비교분석은 이동식, “조세법상 엄격해석원칙의 타당성 검토”, 조세법연구(17-3), 2011, 100면 이하를 참조.

30) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두26711 판결.

31) 이창희, 앞의 책, 74면. 나아가 이창희, 앞의 논문, 10면에서는 미국의 경우 정부에 불리한 경우

다. 세법 해석의 한계

앞서 본 바와 같이 대법원은 세법을 엄격히 해석한다는 입장을 견지하면서도, 세법의 해석적용에서는 사법상의 거래형식만을 고려하지 않고 실질에 따라 판단하고 있다. 그러나 이에 대하여 법률을 유추적용이라든가 확장적용하여 과세할 수 있다고 직접 실시하는 경우는 드물고 대부분 실질과세 원칙의 개념을 동원하여 과세처분을 인정하고 있는 것으로 보인다.³²⁾

즉, 유추적용이나 확장적용의 다른 예도 있을 것이나, 법령의 문언적 해석을 넘는다고 볼 수 있는 대부분의 경우는 실질과세 원칙이라는 개념을 통하여 그 문언을 달리 해석한다는 것이다. 이는 규정의 문언을 넘는 해석은 이미 해석이 아니라 새로운 입법을 행하는 것과 마찬가지로 조세법의 해석에서 허용되지 않는다는 반론에도 불구하고³³⁾ 일정한 경우에 있어서 유추과세를 허용하는 것으로 볼 수 있으며, 대법원은 결국 많은 경우에 있어 실질과세원칙을 통하여 엄격해석 원칙이라는 대전제를 깨뜨리는 것으로 해석할 수 있다고 본다.³⁴⁾

그러나 세법의 해석론이 일반법의 해석론과 동일하다고 하더라도, 유추해석이나 확장해석에는 한계가 있어야 한다. 또한, 실질과세 원칙이 적용되더라도 일반법의 해석론과 비교하여 오히려 조세법상 해석에 있어 유추해석이나 확장해석이 넓게 허용된다고 보는 것은 헌법상 전반적인 측면에서 보더라도 불합리하다. 이는 결국 조세법의 해석상 “합리적 이유”가 없는 한 유추해석이나 확장해석이 허용되지 않는다는 점에 있어³⁵⁾, 그 합리적 이유가 무엇인지를 모색하는 과정과 동

보다는 오히려 비과세, 공제 기타 감경에서 납세자에게 불리하게 하는 경우 더 자주 엄격하게 해석을 한다고 한다.

32) 이창희, 앞의 논문, 16~17면에서는 미국 법원의 경우에도 사업목적 이론, 다단계 거래 이론, sham이론 등의 개념을 과세권의 정당화 근거로 쓴다고 한다.

33) 김두형, “조세법의 해석원칙”, 조세법연구 3, 1997. 9., 339면. 이태로/한만수, 앞의 책, 47면에서는 이보다는 약간 완화된 표현을 사용하고는 있으나, 법문언의 합리적 의미를 일탈하는 경우 해석이 아닌 입법의 문제가 된다고 서술하고 있다.

34) 이창희, 앞의 논문, 17면에서는 독일 역시 경제적 관찰방법 조항의 적용을 받는 범위 안에서는 유추과세를 허용한다고 해석하고 있다. “신탁재산에 대한 재산세 납세의무자”, 정지선/권형기, 세무학연구 제30권 제4호, 2013. 12., 335면에서는 결국 조세법률주의 원칙에서 대법원이 실시하는 “특별한 사정”이 실질과세 원칙에 있어 “수정된 법적실질”을 적용하는 부분과의 겹침에 해당한다고 설명하고 있으며, 이는 법의 궁극적인 지향점인 정의와 맞닿을 수 있기 때문이라고 설명한다. 이준봉, 앞의 책, 166~167면 역시 유사한 취지로 보인다.

35) 헌법재판소 1996. 8. 29.자 95헌바41 결정.

일하고 볼 수 있다. 다만, 대상판결의 경우 실질과세원칙을 적용하지 않고, 법 해석론만으로 원심판결을 파기한 것이므로 실질과세원칙 적용에 대해서는 자세히 논의하지 않기로 한다.

라. 소결

법령을 해석하는 방법은 여러 가지가 있으나, 이를 해석할 때에는 전체 법질서를 고려하여 구체적 타당성과 법적 안정성을 조화롭게 하여야 한다. 다만, 법률의 문언이 명확한 개념으로 구성되어 있다면 쉽사리 문리해석을 넘어서는 해석을 하기는 어려울 것이다. 조세법에 있어서는 엄격해석의 원칙에 따라 유추해석이나 확장해석을 더욱 제한적으로 판단해야 한다는 견해가 존재할 수 있으나, 실제 전 세계적으로 보더라도 특별히 조세법에서만 유추해석이나 확장해석을 제한하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 그러나 세법의 해석이 일반법의 해석과 동일하다고 하더라도, 실질과세 원칙 등을 적용하여 지나치게 그 유추해석 등을 확대해서는 아니 될 것이다.

2. 법해석론적 관점에서 대상판결의 위법성

가. 의의

대상판결과 원심판결은 구 법인세법 제29조 제3항 제4호의 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 등에 사용하지 아니한 때(5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다)”의 해석에 관하여 서로 다른 해석을 하였다. 이때 원심판결과 대상판결이 각각 어떠한 관점에서의 해석을 한 것인지에 대하여 알아보기로 한다.

나. 원심판결의 해석방법

원심판결은 대상조항에 대하여 “...“5년이 되는 날까지”는 사용기간의 종기를 표시하고 있고 괄호안의 “잔액”이라는 개념에는 5년내 사용하지 아니하고 남은

액수를 상정하고 있으므로 위 잔액은 5년이 되는 종기에 이르러서야 특정될 수 있을 뿐 5년이 되기 전에 특정될 수 없다. 따라서 ‘5년이 지나기 전에 고유목적사업이 아닌 다른 사업에 사용한 때의 남은 액수’라는 해석보다는 ‘5년이 지난 시점에서도 남은 액수’라는 해석이 문언에 더 부합한다...”고 실시하고 있다. 이는 문리해석상 잔액의 개념을 5년이 되는 종기에 특정할 수 있다는 것에 해당한다.

나아가 원심판결은 아래와 같이 체계적 해석을 하고 있다. “...비영리법인이 이전 사업연도에 고유목적사업준비금으로 계상하여 손금에 산입한 금원을 법령에 정한 기간 내에 고유목적사업비로 사용하지 아니하고 환원하여 익금에 산입함으로써 법인세 과세이연의 혜택을 포기하고 익금산입에 따른 법인세 및 과세이연된 기간 동안의 법인세 이자상당액을 납부한다는 것은 법인의 해산, 고유목적사업의 전부 폐지, 법인으로 보는 단체의 승인취소 등과 같은 불가피한 사정이 있는 경우 외에는 매우 이례적이다(구 법인세법 제29조 제3항 각 호). 손금 계산 사업연도 종료일 후 5년이 지나기 전에 고유목적사업준비금을 다른 사업에 위해 사용하는 경우에 이를 바로 익금에 산입하는 것은 다른 각 호의 불가피한 경우와 동일하게 평가하는 것이나 그와 같이 보기 어렵다.”

또한, 원심판결은 “고유목적사업준비금은 이를 손금으로 인정하여 과세이연의 혜택을 부여한 만큼 손금 산입한 고유목적사업준비금을 법령에 정한 기간 내에 실질적으로 고유목적사업을 위한 사용을 강제하되 그 기간 내에 이를 사용하지 않게 되면 익금으로 과세되므로, ‘5년이 되는 날까지’라는 제한은 5년의 범위 내에서는 고유목적사업을 탄력적으로 운영할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다. 이와 달리 5년이 되기 전이라도 고유목적사업이 아닌 다른 사업에 사용한 때에 곧바로 해당 사유가 발생하였다고 보는 것은 과세이연의 혜택을 부여하여 탄력적으로 고유목적사업비를 지출할 수 있도록 법령에서 허용한 기회를 박탈하는 것이어서 고유목적사업준비금의 제도취지에 반한다.”고 실시하고 있다. 이는 법령의 입법취지를 고려한 역사적 해석에 해당한다.

마지막으로 원심판결은 “수익사업을 위해 자산을 취득하였다고 하더라도 5년 이내에 고유목적사업으로 이를 다시 사용하는 것으로 전환할 수 있는 이상, 수익사업을 위해 지출한 준비금이 곧바로 5년이 경과하는 기간까지 고유목적사업에

사용되지 않을 것이라고 단정할 수 없다. 설령 수익사업 지출 준비금이 고유목적 사업에 사용하는 것으로 전환되지 않았다고 하더라도 구 법인세법 제29조 제4항은 고유목적사업준비금의 잔액을 익금에 산입하는 경우 이자상당액을 법인세에 가산하고 있으므로 그 만큼 비영리법인의 세수부담이 증가하여 국가의 세수손실의 위험도 없다.”고 해석하고 있다. 이는 세수확보라는 조세법 고유의 목적에 따라 판단하더라도, 고유목적사업준비금을 손금에 산입한 사업연도 종료일 이후 5년이 도래한 시점의 잔액에 대하여 납세자가 이를 익금에 산입하지 아니한 경우에 한하여 과세관청이 이를 경정할 수 있다는 취지로서, 원심판결은 목적론적 해석을 하고 있다.

즉, 원심판결의 내용에 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석방법을 적용해 볼 때, 구 법인세법 제29조 제3항 제4호를 5년이 지나기 전 시점에는 과세처분 할 수 없다는 취지인 것으로 해석한 것으로 나타난다.

다. 대상판결 해석방법의 문제점 검토

대상판결은 “...위 기간 동안 과세를 이연함으로써 비영리내국법인이 공익사업을 원활하게 수행할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 비영리내국법인이 5년의 유예기간 중에 고유목적사업준비금을 고유목적사업 등이 아닌 다른 용도에 사용하여 더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러남으로써 앞서 본 바와 같은 과세혜택을 부여할 전제가 상실된 경우라면, 5년의 유예기간에도 불구하고 사용금액 상당을 그 사유가 발생한 사업연도의 익금에 곧바로 산입할 수 있다고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다. 이는 비영리내국법인에게 과세이연의 혜택을 부여한 목적에 따라 법규를 해석하는 목적론적 해석을 한 것으로 보인다.

그러나 대상판결의 해석방법은 다음과 같이 법령 해석의 방법을 위배하였으며, 고유목적사업준비금의 성격 등에 대한 오해에서 비롯한 판결로 위법성이 존재한다.

1) 문리적 해석방법에 위배된 해석

대상조항은 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 등에 사용하지 아니한 때”익금에 산입하여야 함

을 규정하고 있으며, 이에 더하여 괄호 안에 “5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다.”고 정하고 있다.

이때 위 규정이 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업등에 사용하지 아니한 경우”라고만 정하고, 괄호 내의 “5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다.”라는 문구가 없는 경우를 가정해 볼 수 있다.

이를 최대한으로 문구의 한계를 벗어나도록 해석해본다면, 5년이라는 과세 유예기간의 종료시점이 도래하기 전에라도 과세관청은 납세자가 이를 고유목적사업등에 사용하지 않은 경우 과세처분을 할 수 있다는 취지로 이해할 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 법령에서 “5년내 사용하지 아니한 잔액으로 한한다.”라는 문구를 추가한 데에는 분명한 의도가 있을 것으로 예상할 수 있다. 이는 5년이라는 기간 동안에는 비영리내국법인이 수익사업으로부터 창출한 재원을 고유목적사업에 사용하여 조세부담을 지지 않을 수 있는 기회를 부여한 후, 5년이 지난 시점에 이르러서는 그 미사용 잔액에 대해서 과세할 수 있다는 취지가 강조된 것으로 그 외의 다른 의미로 해석될 수 있는 여지가 없다. 즉, 해당 문구에서 “5년이 되는 날까지”사용하지 않은 경우 익금에 산입하여 함을 규정하면서, “5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다.”를 추가하였다는 것은 해석에 논란을 방지하기 위함이라는 취지임이 명확하다. 이는 법령의 해석상 달리 볼 수 있는 불확정개념이 아닌, 매우 명확하게 파악될 수 있는 확정개념에 해당하는 것이다. 뿐만 아니라 이는 입법자의 정책적 목적이 반영되는 입법과정의 관점에서 해석할 때에도 달리 해석될 여지가 없다.³⁶⁾

앞서 살펴본 바와 같이 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결에 따르

36) 대상조항은 “제12조의2제1항의 규정에 의하여 손금에 산입한 고유목적사업준비금으로서 그 사업연도종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 또는 제18조 제1항의 지정기부금에 사용하고 남은 잔액은 그 5년이 되는 날이 속하는 사업연도의 소득금액계산에 있어서 이를 익금에 산입한다.”의 구 법인세법[1998.12.28. 법률 제5581호로 전부개정되기 전의 것] 제12조의2제2항의 법문을 간결하게 수정하여 “고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업등에 사용하지 아니한 때(5년내 사용하지 아니한 잔액에 한한다)”로 개정되었다. 이를 참고할 때 전부개정법률안의 법제 과정에서 괄호안의 법문을 병기한 취지는 ‘고유목적사업에 사용하고 남은 잔액은 그 5년이 되는 날이 속하는 사업연도에 익금에 산입한다.’로 해석하여야 함이 적절하다.

면 “법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.”고 한다. 즉, 대상조항과 같이 법률이 문언이 명확하게 파악될 수 있는 경우에는 다른 해석방법을 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없게 된다. 나아가 당해 법률 내의 다른 규정들이나 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 보더라도 이와 달리 해석할만한 특별한 사정이 존재하는 경우에도 해당하지 아니한다. 반면, 원심판결의 실시 내용은 당해 법률 내의 다른 조항을 체계적으로 해석하더라도 타당하며, 이는 세수의 확보라는 조세법의 목적에 반하지 아니하며, 법문구상 유추할 수 있는 입법 취지를 고려해보더라도 달리 판단하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 “과세혜택을 부여할 전제가 상실”되었다고 해석하면서, 특별한 사정없이 법문을 확장해석(과세혜택을 부여할 전제가 상실되는 경우에는 과세이연혜택에 대한 규정을 적용하지 아니한다는 해석)하고 있는 것으로 보인다. 구 법인세법 제29조 및 동법 시행령 제56조에서는 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년 이내에는 고유목적사업을 위한 지출이 발생한 경우 이를 우선적으로 사용(상계)하여야 하고, 5년이 도래한 경우에는 사용하지 아니한 잔액을 익금에 산입함을 정하고 있어, 5년 이내에 고유목적사업에 사용하지 아니하게 되는 경우에 대해서는 별도로 정하고 있지 아니하다. 즉, 대상판결에서 실시한 바와 같이 “고유목적사업준비금을 고유목적사업 등이 아닌 다른 용도에 사용”하는 경우에 대해서는 정하는 바가 없음에도 불구하고 대상조항을 확장해석하여 과세처분을 정당화 하고 있다.

이후 2014년 1월 1일부터 시행된 구 법인세법[법률 제12166호]은 비영리내국법인이 고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 사업연도의 종료일 이후 5년 이내에 고유목적사업준비금의 잔액 중 일부를 환입하여 익금으로 계상한 경우 이를 해당 사업연도의 소득금액 계산 시 익금에 산입(제29조 제4항 제6호)함을 신

설하였다. 이는 고유목적사업에 사용하지 못할 것으로 예상되는 준비금에 대한 환입 근거를 두고 납세자의 의사결정(결산조정)을 통하여 조기에 익금에 산입함으로써 이자상당액을 경감할 수 있는 기회를 부여한 것이다. 이로 미루어 보아, 개정 전의 대상조항에서는 5년 이내의 기간 중에 고유목적사업에 사용하지 아닐 경우의 준비금의 익금 산입의 근거는 경정을 통한 과세처분의 가능여부 뿐만 아니라 납세자의 측면에서도 존재하지 아니하였던 것으로 이해할 수 있다.

Bittker는 미국 세법에 대하여 설명하면서, 미국 대법원에서 세법의 엄격해석의 원칙이 정부에게 불리하게 하는 경우보다는 비과세, 공제 기타 감경에서 납세자에게 불리하게 해석되고 있다는 점을 지적 한 바 있다.³⁷⁾ 이를 고려해보더라도 대법원의 대상판결은 해석의 한계를 넘는 것이라고 볼 수밖에 없다. 세법상 엄격해석의 원칙이 아닌 법해석의 일반원칙에 따르더라도 그 한계를 넘은 것이 명백하기 때문이다.

2) 역사적 해석방법에 위배된 해석

구 법인세법[1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것] 제12조의2제2항에서는 “제1항의 규정에 의하여 손금에 산입한 고유목적사업준비금으로서 그 사업연도 종료일 이후 5년이 되는 날까지 고유목적사업 또는 제18조 제1항의 지정기부금에 사용하고 남은 잔액은 그 5년이 되는 날이 속하는 사업연도의 소득금액계산에 있어서 이를 익금에 산입한다.”라고 규정하고 있다. 즉, “고유목적사업에 사용하고 남은 잔액(과세표준)”을 “그 5년이 되는 날이 속하는 사업연도의 소득금액계산에 있어 이를 익금에 산입(해당 사업연도)”한다는 내용이 명시적으로 드러나 있었던 것이다.

그러나 정부는 1998. 12. 28. 법인세법의 전부개정을 통하여 해당 규정을 법인세법 제29조 제3항 제4호로 위치를 변경하고, 법문을 간결하게 수정하였다. 이러한 법 개정 절차를 고려했을 때, 입법자가 이와 같은 법령의 개정을 통하여 당해 고유목적사업준비금의 과세이연 정책을 변경하고자 하는 의지가 있어, 개정

37) Boris I. Bittker, Martin J. McMahon & Lawrence A. Zelenak, Federal Income Taxation of Individuals(Third Edition), Thomson Reuters Tax and Accounting, 2017, 1.03[1]절.

이후에는 이를 달리 해석하여야 할 필요가 있는지의 여부가 중요한 쟁점이 될 수 있다. 그런데 당시 정부에 의하여 발의된 「법인세법개정법률안」(의안번호 151204, 1998. 10. 1.)을 보면, 동 개정안은 “1967년 전문개정 이후 28차의 개정으로 복잡하게 된 현행 법인세법의 체계를 전면 개편하여 기업 및 관련종사자들이 이해하기 쉽게 하는 한편, 해석·적용하기에 편리하게”하는 것을 그 제안이유로 하고 있으며, 입법당시 소관 상임위원회인 재정경제위원회의 검토, 심사, 회의록에서도 동 개정안은 “산만한 법인세법체계를 일반법률의 보편화된 체제에 맞추면서도 세법의 특성을 살려 간명하게 정비하려고 노력”한 데에 그 주요 의의를 두고 있었음을 알 수 있다.³⁸⁾

이후 정부는 「법인세법 일부개정법률안」(의안번호 190704, 2013. 9. 30. 발의)에서 고유목적사업준비금 임의환입(任意換入) 규정을 입법하여, 고유목적사업준비금을 손금에 산입한 후 5년이 되기 전이라도 납세자의 선택에 의하여 이를 환입하여 익금으로 계상하고, 이자상당액을 경감할 수 있는 제도를 신설하였다. 기존의 법령에서는 한 번 손금에 산입한 고유목적사업준비금의 조기 환입에 대한 명문화된 규정이 존재하지 않는다는 현행 제도의 미비점을 보완하기 위해 이를 신설한다는 것을 그 제안이유로 하고 있다. 즉 개정 전의 구 법인세법 제29조는 납세자의 판단에 의한 준비금 환입을 선택 가능한 것으로 명문화하지 아니하였으며, 정부 역시 이러한 제도의 미비에 대하여 인지하고 있었음을 짐작할 수 있다.

입법과정에 있어 ‘법률안’은 정치적 의사를 표현하는 수단이며, 발의자의 의사를 확인할 수 있는 사실상 유일한 서면자료로서 존속한다. 이에 따라 법률안에 포함되는 ‘제안이유’에는 현행제도의 문제점, 입법의 추진 배경 및 기본적인 제도 개선 방향이 포함되는 바,³⁹⁾ 다수의 판례에서도 법령의 해석에 있어서 그 입법연혁과 입법취지의 파악이 필요할 때에는 입법 당시의 법률안을 참고하기도 한다.

38) 당시 전부개정을 통해서 변경되는 경비 요건 및 범위, 합병법인의 피합병법인 이월결손금 승계·공제, 성실신고를 유도하기 위한 가산세의 차등적용 등 주요한 조세정책의 변경에 대한 제안이유에는 그 취지가 명시되어 있으나, 해당 조항(고유목적사업준비금의 손금산입)에 관하여는 상임위원회의 검토, 심사보고 및 회의록을 통틀어 전혀 언급되지 않고 있다. 전부개정법률안의 경우 일부개정방식과 달리 전체에 대하여 수정을 가하는 것으로, 현행법에서 변경되는 모든 사안에 대한 검토가 이루어지기는 어려운 것이 현실이나, 개정안의 제안이유로부터 판단해볼 때 적어도 대상조항의 경우 기존의 정책은 유지한 채 범문만을 간명하게 수정하고자 하였던 것으로 해석될 수 있다.

39) 국회 법제실, 「법제이론과 실제」, 2016, 104면.

1998년부터 2013년까지에 걸쳐 개정된 대상조항의 개정연혁을 살펴보면, 고유목적사업 등에 사용하고 남은 준비금의 익금산입이 의무화되는 시기는 5년의 유예기간이 도래한 사업연도이며, 그 전의 기간에는 납세자의 결산조정에 의한 임의환입이 가능한지 여부도 불명확하였음에 따라 재차 개정이 이루어졌음을 알 수 있다. 이처럼 정부가 당초에 조세정책의 변경이 아닌 법문의 간결화를 골자로 한 법인세법 개정안을 국회에서 통과시킨 후에, 과세당국이 이를 자의적으로 해석하여 조세정책을 변경하는 과세처분을 행하였으며, 사법부 역시 입법과정에서 나타난 법의 취지에 반하는 해석을 한다면, 이는 민의를 수렴하고 민주국가의 정책을 결정하는 입법과정의 중대한 의의를 훼손할 우려가 있다.

3) 합목적적 해석에 벗어난 해석

세법을 해석·적용함에 있어서는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당히 침해되지 아니하도록 하여야 한다(국세기본법 제18조 제1항). 이러한 합목적적 해석은 과세당국과 납세자의 입장에 각각 적용해볼 수 있는 바, 과세당국의 입장에서는 고유목적사업준비금을 설정한 이후 5년이 되는 시점에 도달한 경우에 한하여 과세처분을 하더라도 법령에 따른 충분한 이자를 수취하여 재정수입을 확보할 수 있게 된다.

반면 납세의무자는 5년 이내의 기간 중에 수익사업을 행하였다는 이유로 과세이연의 혜택을 향유할 수 있는 기한의 이익을 침해받는 일이 발생한다. 이러한 과세처분은 납세자의 세법 적용에 있어서의 예측가능성을 침해할 뿐만 아니라, 당초에 준비금을 설정하여 과세이연의 혜택을 적용받았다는 이유로 유예기간 중에 일시적으로 수익을 창출하기 위한 자금운용의 의사결정에 대하여 과세관청의 임의적인 의사판단에 의해 되돌릴 수 없는 경제적 손실을 입게 된다는 문제점이 있다.

즉, 대상판결의 해석은 조세법의 측면에서 목적적합하지 않을 뿐만 아니라 납세의무자에게만 일방적으로 불리하게 구성된 논리로 간주될 수 있다.

4) 과세요건 명확주의에 위배되는 해석

대상판결이 실시하는 “더는 고유목적에 사용할 수 없는 것이 명백해진 경우”

는 적용의 범위가 매우 광범위하고 불명확하여 처분사유로 인정하기 어렵다. 예를 들면, 현금이 아닌 은행 예금으로 보관하고 있는 것은 고유목적사업에 전용될 여지가 남아있고, 은행 적금으로 예치하고 있는 것은 이자수익의 획득을 위한 수익사업으로의 자금운용의사로 보아 불입 시점에 과세처분을 할 수 있다는 취지인지,⁴⁰⁾ 부동산을 매수한 후 교직원 숙소 또는 기숙사 등으로 전용하는 등 고유목적에 직접 사용하게 된 경우에도 매수 시점을 기준으로 경정처분이 가능하다는 의미인지, 단기간에는 고유목적사업에 사용하지 않을 예정임에 따라 투자의 목적으로 부동산 등의 자산을 매입하여 임대수익 및 양도차익을 얻고 이에 비롯한 수익을 고유목적에 사용하는 경우에도 준비금을 익금에 산입하여야 한다는 취지인지 여부⁴¹⁾ 등에 대하여 예측하기 어렵다. 결과적으로 대상판결을 그대로 적용한다면 비영리내국법인이 “일시적으로 부동산을 매입”한 경우에도 “더는 고유목적에 사용할 수 없는 것이 명백해지는 경우”에 해당하게 되어 과세 이연기간 중에 있는 준비금 중 부동산 매입액에 해당하는 금액은 익금에 산입할 의무가 발생한다. 즉, 납세의무자가 고유목적사업준비금으로 전입한 가액을 오로지 현금 또는 이에 준하는 자산의 형태로 보유하고 있지 않는 한, 자금운용을 통한 이자, 배당 또는 기타의 수익 창출을 위한 행위를 하는 시점에는 과세처분을 인정해야 한다고 확장해석 될 여지를 제공한다는 점에서 인정되기 어려운 판결이라고 본다.

결론적으로 대상판결의 실시 내용은 불확실한 개념에 대하여 혼란을 가중시키고 있음에 따라 법정안정성을 훼손할 뿐 아니라, 대법원의 판결로 인하여 확정개념을 불확정개념으로 변경시키고 있어, 이를 수증하기 어렵다. 이와 같은 판단은 “조세법률주의 원칙”의 하위 개념인 “과세요건 명확주의”에 위배되는 사항으로 해석할 수 있다.

40) 예를 들면 만기일이 5년 이후에 도래하고 중도 해약에 따른 손실이 존재하여 사실상 해약이 어려운 적금 등의 경우, 언제든지 매매가 가능한 부동산의 매입보다 “더는 고유목적에 사용할 수 없다는 것이 명백”해진 경우로 볼 수 있는가에 대해서는 분명하게 판단하기 어려울 수 있다.

41) 대상판결의 취지는 1년 후 부동산을 매도한 것이라면, 당해 부동산의 매수 당시에 준비금을 익금에 산입하고, 처분으로 인하여 발생한 이익을 다시 고유목적사업준비금으로 설정하라는 취지일 수도 있을 것이다. 그러나 이와 같은 취지의 해석이라면 법문언에 명백히 반할 뿐만 아니라, 납세의무자의 입장에서는 법인세법상 이자 및 추후 부과 처분 시 자산세 등까지 부담하게 되는 바, 납득하기에 어려움이 있다.

3. 대상판결 실시법리의 위법성⁴²⁾

본래 비영리내국법인의 고유목적준비금이란 수익사업으로 인한 소득에 대하여 영리법인과 동일하게 과세하지 않음으로서 재원의 우선적인 국가귀속을 이연하여, 일정한도내의 금액을 사전에 손금으로 인정하여 과세가 되지 않도록 하되 5년 내에 이를 사용하지 않을 경우에는 5년이 되는 날이 속하는 사업연도에 익금산입함과 동시에 미사용 잔액에 해당하는 법인세 상당액에 대한 이자상당액을 납부하도록 하는 제도이다.⁴³⁾

이처럼 세법상 적립이 강제되어있지 아니한 준비금은 원칙적으로 결산조정사항이며, 미사용 분에 대해서는 손금에 산입한 사업연도를 기준으로 일정 기간이 도과했을 때 일시에 환입(익금산입)하는 세무조정을 행하는 것이 일반적인 원리로 인식되어 왔다. 동일선상에서 대법원은 “구 조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되기 전의 것) 제4조의 중소기업투자준비금이나 제9조의 연구 및 인력개발준비금은 장래의 일정한 과세기간까지 사업용 자산의 교체 또는 신규취득이나 연구 및 인력개발 등에 소요될 비용에 충당하기 위하여 설정하는 것으로서, 이를 손금으로 계상한 경우에는 일정한 금액 범위 안에서 실제 지출 여부를 묻지 않고 그 사업연도의 소득금액 계산 시 손금에 산입되었다가 나중에 위 각 규정에서 정한 바에 따라 일정 과세기간에 걸쳐 균등하게 안분하여 환입되거나 일시에 환입되게 된다. 결국, 이러한 준비금은 일정한 정책적 목적을 달성하기 위하여 먼저 설정 사업연도의 소득금액 계산 시 이를 가공의 손금으로 산입하였다가 나중에 환입되는 사업연도에 그 환입액을 가공의 익금으로 산입하는 방법으로 일정 기간 동안 조세부과를 유예해 주기 위한 것”⁴⁴⁾이라고 준비금 세무조정의 기본적인 구조에 관하여 실시한 바 있다. 그러나 대상판결은 고유목적사업준비금에 관하여 다음과 같은 오해를 함으로써 잘못된 해석을 내린 것으로 판단된다.

42) 참고로 대법원 2013.3.28. 선고 2012두690 판결에서는 비영리내국법인이 수익사업회계에 속하던 자산을 비영리사업회계로 전출하였다는 이유만으로는 고유목적사업준비금을 손금에 산입할 수 없다고 판시한 바 있으며, 이와 관련한 실질과세원칙의 적용가능성은 “조세법상 가장행위와 고유목적사업준비금 전출행위” (정지선/김정국/권형기, 2015)에서 검토한 바 있다.

43) 조영재, 「비영리법인 회계와 세무실무」, 삼일인포마인, 2016, 259면.

44) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두22280 판결.

먼저 고유목적사업준비금 계정에 전출되는 가액은 법률상 특정물과 같은 개념에 해당하지 않는다. 따라서 전출되는 재원이 무엇이든 간에 일단 고유목적사업준비금 계정으로 전입된 이상 그 성질을 구분할 수 없게 된다. 고유목적사업준비금 계정에 일억원이 있는 상태에서 추가로 일천만원을 전출하고 이후에 오백만원을 사용하더라도 기존에 보유하고 있었던 고유목적사업준비금에서 사용한 것인지 추가로 전출한 일천만원을 사용한 것인지 여부를 특정할 수 없으며, 고유목적사업준비금의 과세구조상 이를 구분할 실익이 없다.⁴⁵⁾ 참고로 법인세법 제29조 제2항⁴⁶⁾에서 먼저 계상한 사업연도의 고유목적사업준비금부터 차례로 상계하여야 한다고 규정하고 있으며, 이는 준비금의 손금산입 한도 및 5년 후에 익금에 산입하여야 할 잔액을 산정하기 위해 제시된 방법으로, 익금산입의 대상이 전출 재원을 기준으로 구분하지 아니하고 5년이 도래한 시점의 사용 후 잔액만을 익금에 산입한다는 동 준비금 제도상 특정물 개념이 아니기 때문에 이를 운용함에 있어 계산 구조를 마련한 것으로 이해할 수 있다. 또한, 이는 사용된 고유목적사업준비금의 성격을 특정하기 위한 목적이라기보다는 그 계산의 편의를 위한 것으로 보인다.⁴⁷⁾

이에 따라 대상판결이 실시하고 있는 “고유목적사업준비금을 고유목적사업 등이 아닌 다른 용도에 사용하여 더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러남”의 부분에 관해서는, 준비금 본래의 재원을 별도로 식별하고 이를 사용목적 별로 관리하여야 할 의무가 없는 사항임에도 불구하고 이를 오해하여 내린 결론임을 이해할 수 있다. 설사 대상판결의 입장에 따른다 할지라도, 고유목적사업준비금에 전출한 금액, 즉 “매각대금”을 문제 삼을 수 있는 것이 아니

45) 예를 들어 우물에 물 한 바가지를 부은 후, 다시 물 한 바가지를 떠낸다고 해서 이를 두고 같은 물이라고 볼 수 없는 것과 동일하다.

46) 구, 「법인세법」 제29조(고유목적사업준비금의 손금산입) ② 비영리내국법인이 제1항의 규정에 의하여 손금으로 계상한 고유목적사업준비금을 고유목적사업등에 지출하는 경우에는 그 금액을 먼저 계상한 사업연도의 고유목적사업준비금으로부터 순차로 상계하여야 한다. 이 경우 직전 사업연도종료일 현재의 고유목적사업준비금의 잔액을 초과하여 당해 사업연도의 고유목적사업등에 지출한 금액이 있는 경우 그 금액은 이를 당해 사업연도에 계상할 고유목적사업준비금에서 지출한 것으로 보아 제1항의 규정을 적용한다.

47) 위 조항은 “5년 뒤 잔액”을 계산하기 위하여 필요한 조항으로서 전입된 고유목적사업준비금의 성격을 변화시킨다고 볼 수는 없다. 물론, 앞서 전입된 고유목적사업준비금부터 상계하도록 규정한 것은 후입선출과 같은 방식을 사용하는 경우 5년의 제한 없이 무기한 과세이연의 혜택을 부여하는 결과가 도출될 수 있으므로 조세회피를 방지하기 위한 합리적인 규정으로 보인다.

라,⁴⁸⁾ 고유목적사업준비금으로 전출한 금액 중 일정액을 수익사업의 용도로 “사용”하였다는 것에 대한 과세처분은 고려해 볼 수는 있을 것이다. 준비금 계정금액을 세부적으로 구분되는 특정개념으로서 인식할 수 있다 하더라도, 이는 “고유목적준비금의 재원이 아닌 다른 용도로 사용한 가액”에 대해서만 경정처분 할 수 있다는 것이다. 그러나 대상판결에서는 “사용대금(수익사업용 부동산 취득가액)”이 아닌 “매각대금(고유목적준비금의 재원)”을 익금에 산입한 것으로서, 그 논리 자체가 모순으로 성립될 수 없다.

결론적으로 구 법인세법 제29조 제2항이 규정하고 있는 고유목적사업준비금의 성격을 참고할 때, 고유목적사업준비금으로 먼저 전입한 자금부터 부인함이 타당할 것이지 시간적으로 연관성이 있는 일정한 사건(event)이 존재한다고 하여⁴⁹⁾ 이로부터 유래한 준비금 중 일정 금액을 식별하여 익금에 산입하는 것은 타당하지 않다. 그러나 대상판결의 실시내용을 살펴보면 이는 명백히 매각대금의 수익사업과 고유목적사업에의 사용금액을 구분하지 아니한 채, 전체에 대한 과세처분을 인정하고 있는 것으로 고유목적사업준비금의 성격에 대한 법리 오해에서 비롯된 모순된 해석이다.

다음으로 대상판결은 비영리내국법인이 부동산을 매입한 행위가 “더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러남으로써 과세혜택을 부여할 전제가 상실된 경우”에 해당한다고 판시하고 있으나, 준비금 잔액을 관리하는데 있어 선입선출을 기본원칙으로 하는 회계적 측면에서 볼 때 전제가 상실되었다고 바라보기 어렵다. 대상판결은 “과세혜택을 부여한 전제”의 상실여부를 파악하기 위해 당해 매각대금에 초점을 두고 유사한 금액이 수익사업을 위하여 지출된 시점에 과세혜택의 전제가 상실되었다고 단정하였다. 그러나 비영리내국법인은 매사업연도마다 계속적으로 준비금을 설정하고 선입선출의 방법에 의하여 기말 잔액을 산정하며 이 중에 5년이 도래한 금액은 익금에 산입, 도래하지 아니한 준비금은 잔여기간 내에 고유목적사업 등에 지출하는 것으로 과세혜택을 받을 수 있

48) 고유목적사업준비금에 전출하는 행위 자체에 대하여 문제 제기한 판결로는, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012두690 가 있으며, 이에 대하여 정지선, 김정국, 권형기는 “조세법상 가장행위와 고유목적사업준비금 전출행위 - 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012두690 판결을 중심으로 -”를 기고한 바 있다(조세연구(15-3), 한국조세연구포럼, 2015. 12.).

49) 나아가 동 판결에서는 2년 6개월이라는 시간적 간격이 존재한다.

는 가능성이 존속한다. 따라서 수익사업을 위한 지출이 발생하는 시점으로부터 5년 이내에 설정한 준비금에 대하여 과세이연의 기간을 종결시키고 이를 익금산입으로 처분하는 것은 해당 조세제도에 대한 오해에서 비롯한 잘못된 해석이다. 손금산입 한도 내의 준비금에 대한 과세혜택 부여의 전제는 5년간 지속되며, 비영리내국법인의 수익사업에 대한 지출 시점을 기준으로 과거 준비금 설정 재원이 된 매각대금으로 특정하여 과세처분하는 것은 타당하지 않다.

IV. 결론

이상에서 세법의 해석방법과 대상조항에서의 적절한 해석방법을 검토해 보았다. 국민 재산권의 보호 측면에서 세법을 함부로 유추해석 및 확장해석 할 수는 없을 것이나, 이로 인하여 세법의 해석방법이 굳이 일반법의 해석방법과 달리 훨씬 엄격해야 한다고 보지는 않는다. 다만, 실질과세 원칙의 적용을 통하여 이를 해석하는 경우에도 일반 법령의 해석과 비교하였을 때 오히려 확장된 해석을 하는 경우가 발생할 수 있으며, 이는 실질과세 원칙의 적용방법에 대한 문제로 보인다. 나아가 대상판결과 원심판결을 비교해볼 때, 원심판결은 법령의 문리 해석, 체계적 해석, 역사적 해석 및 목적론적 해석상 타당한 반면, 대상판결의 목적론적 해석은 그 논리가 빈약할 뿐만 아니라 다른 문제점까지 내포하고 있다. 대상판결은 명확한 문구에 대하여 법해석상의 한계를 벗어난 해석을 하고 있으며, 당초 입법절차에서 나타난 고유목적사업준비금의 정책 의도와는 다른 판단을 내림으로써 사법부와 행정부의 자의적 법률해석을 초래하였다. 또한 조세제도의 합목적성을 잃어버린 판결을 내림으로써 납세자의 이익을 현저히 침해하였으며, 판결문에 나타난 “명백한 경우”의 기준이 매우 불명확하여 과세요건 명확주의에 위배되는 등 고유목적사업준비금에 대한 기본적 오해에 비롯한 논리를 전개하고 있다.

대법원은 이와 같은 고유목적사업준비금에 대한 법리오해로 인하여 5년의 기한이 도래하기 이전에라도 고유목적사업에 사용하지 아니할 것으로 판단되는 사유가 발생한 사업연도에 과세할 수 있다는 해석을 내린 것으로 보인다. 그러나 법인세법의 고유목적사업준비금의 손금산입 제도는 비영리내국법인의 수익사업을 통한 소득 중 일부를 장래 고유목적사업의 재원으로 사용할 수 있도록 5년의 유

예기간을 부여할 목적으로 도입된 것이다. 이러한 제도의 취지뿐 아니라 다양한 법해석의 방법을 적용해 볼 때, 대법원은 설령 5년이 경과한 시점까지 비영리내국법인이 준비금 전액을 고유목적사업에 사용하지 아니하였다 할지라도 유예기간 중에 수익용 부동산을 취득한 시점을 “더 이상 고유목적사업에 지출할 수 없다는 점이 분명하게 드러난” 사건으로 사후적으로 간주하는 것은 법해석과 적용에 있어 타당하지 아니하며, 5년의 법정기한이 경과하지 않은 시기를 익금의 귀속시기로 보아 과세처분한 것은 위법하다는 취지의 판결을 내리는 것이 타당할 것이다.

따라서 대법원은 이와 같은 대상판결의 논리를 보완하여 납세의무자에게 납득할 수 있는 설시를 하거나 만일 그와 같은 논리 보강이 어렵다면 대법원의 입장을 바꾸어 전원합의체 형식으로 다시 판단해야 할 것이다. 만일 대법원이 이와 같이 법해석의 한계를 벗어난 해석을 하게 된다면, 입법과정에서 과세관청 스스로 분명하게 피력한 개정이유와 모순된 처분을 행하였음과 동시에, 사법부가 이에 동의하는 해석을 내림으로써 사실상 법원이 정책을 변경하고 법을 개정하는 효과를 가져 온다. 이와 같이 사법부가 입법부가 정한 정책적 의도에 반하는 해석을 한다면, 이는 삼권 분립이라는 헌법의 기본적 가치를 크게 훼손하는 것으로서 민주적 정당성을 가진 입법부의 존재를 몰각하는 판단을 내리는 것으로서 이는 필히 지양해야 하는 해석 방법으로 사료된다.

(논문투고일: 2017.05.28., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ 박 훈, 정 혜 윤, 권 형 기

법령의 해석, 고유목적사업준비금, 역사적 해석, 체계적 해석, 합목적적 해석

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 곽윤직, 「민법총칙」(신판), 박영사, 1999
국회 법제실, 「법제이론과 실제」, 2016
권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1999
김주수/김상용, 「민법총칙」(제7판), 삼영사, 2013
김준호, 「민법강의」(제5판), 법문사, 1999,
김증한/김학동, 「민법총칙」(제9판), 박영사, 2008
송덕수, 「민법총칙」(초판), 박영사, 2011
임승순, 「조세법」(2014년도판), 박영사
이준봉, 「조세법총론」, 삼일인포마인, 2017
이태로/한만수, 「조세법강의」(신정10판), 박영사, 2014
이창희, 「세법강의」(제13판), 박영사, 2015
조영재, 「비영리법인 회계와 세무실무」, 삼일인포마인, 2016
지원림, 「민법강의」(제5판), 홍문사, 2007
최명근, 「세법학총론」, 세경사, 2006
Boris I. Bittker, Martin J. McMahon & Lawrence A. Zelenak, Federal Income Taxation of Individuals(Third Edition), Thomson Reuters Tax and Accounting, 2017

II. 논문

- 김두형, “조세법의 해석원칙”, 조세법연구 3, 1997. 9.
이동식, “조세법상 엄격해석원칙의 타당성 검토”, 조세법연구(17-3), 2011. 12.
이창희, “조세법연구방법론”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 2005. 6.
정지선/권형기, “신택재산에 대한 재산세 납세의무자”, 세무학연구 제30권 제4호, 2013. 12.
정지선/김정국/권형기, “조세법상 가장행위와 고유목적사업준비금 전출행위 - 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012두690 판결을 중심으로 -”, 조세연구 (15-3), 한국조세연구포럼, 2015. 12.

Ⅲ. 기타 참고문헌

법제처, 법령질의회신, 2009

Abstract

**Study on Interpretation of the Law on Reserve Funds
for Essential Business**

- Review on Supreme Court Decision 2016Du59249

Decided on March 9, 2017-

Park, Hun

Chung, Heayoon

Kwon, Hyunki

This review of the Supreme Court decision first analyzes the interpretation of the law based on the decisions of the Supreme Court and the high court on Corporate Tax Act article 29 paragraph 3 item 4 “where the non-profit domestic corporation fails to use the reserve funds for essential business appropriated as deductible expenses for essential business, etc., by the fifth anniversary of the end date of the relevant business year (limited to a balance unused within such five years),” and then criticizes the errors on the decision’s interpretation.

The Supreme Court instructs that the tax law should be interpreted strictly, but often there are decisions that do not abide by the principle. This review first discusses whether the tax law should be interpreted differently from other law, and then confirms that this decision’s legal principle cannot be viewed valid even if the law is interpreted differently from the tax law. The Supreme Court’s decision decided against the interpretive scope of the specific language of the law that it is “limited to a balance unused within such five years,” and ruled differently from the policy intention of the reserve funds for essential business; such decision resulted in arbitrary legal interpretations of the judicial and the

administrative branch. In addition, the decision that did not reflect the purpose of the tax system evidently infringed the taxpayers' rights and is interpreted against the principle of clearness of tax code (Prinzip der Tatbestandbestimmtheit) with the unclear requirements for taxation stated in the decision.

Based on the Supreme Court's misapprehension of the reserve funds for essential business, the court interpreted that even before five years passed, the tax authority could levy taxes for the business year, in which the funds would not be used for the essential business. However, the policy that included reserve funds for essential business in deductible expenses in Corporate Tax Act was introduced to allow legal delay period of five years to use the partial profits of the profit business of the non-profit domestic corporations for the future essential business. Considering such policy intention as well as various methods of legal interpretations, the Supreme Court cannot legally view, *ex post facto*, the point of time, within the legal delay period, the real estate for profit business was acquired as an incident that evidently shows the fund cannot be used for the essential business; therefore, it is illegal to decide that the profit can be acknowledged before five years elapsed and the tax can be levied at the time.



▶ **Park, Hun · Chung, Heayoon · Kwon, Hyungki**

Interpretation of law, Reserve funds for essential business, Historical interpretation, Systematic interpretation, Purposeful interpretation,

배심원의 직무수행에 따른 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안

성경숙*

【목 차】

I. 들어가는 말	III. 직무수행에 따른 배심원의
II. 배심원의 직무수행 및 이에 따른	정신건강상 문제에 관한 미국의
정신건강상 쟁점	실증적 연구
1. 배심원의 직무수행과 관련된	1. 배심원 스트레스에 관한 실증적 연구
배심원의 권한과 의무	2. 배심원 스트레스의 완화 방안
2. 배심원의 직무수행에 따른	IV. 배심원의 정신건강의 보호 및
정신건강상 쟁점	회복을 위한 개선방안
	1. 절차적 접근을 통한 개선방안
	2. 임상학적 접근을 통한 개선방안
	V. 나오는 말

【국 문 요 약】

우리나라는 지난 2008년 1월 1일부터 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률”을 마련하여 국민참여재판제도를 시행하고 있다. 국민참여재판의 실시는 사법권한의 민주적 정당성을 강화하고, 사법부에 대한 국민의 신뢰회복과 재판에 있어서 일반국민의 다양한 가치관과 상식을 반영할 수 있으며, 그리고 공정하고 신중한 재판이 이루어질 수 있는 실질적인 공판중심주의의 실현을 추구할 수 있다는 점 등에서 긍정적인 역할을 하고 있다. 이와 같은 국민참여재판제도의 장점에도 불구하고 일부 배심원은 직무수행으로 인하여 스트레스를 경험하고 있다. 배심원들은 가족과 직업으로부터 분리되고 제시된 생생한 증거들과 증언 및 재판과정 그 자체에서 스트레스를 경험한다는 것

* 용인대학교 경찰행정학과 조교수.

이다. 배심원 의무가 정신건강상 부정적인 영향을 준다면, 배심원의 의무를 단념시키며 그 결과 국민참여재판제도의 본래 목적은 약화될 것이다.

일반적으로 국민참여재판제도의 시행에 따라 나타나는 배심원의 정신건강상의 문제는 배심원 선정단계부터 단기간 배심원의 결정에 이르도록 하는 즉일재판 및 배심원의 정당한 평결에 대한 권고적 효력만을 인정하고 평결의 최종성을 인정하지 않는 태도에 기인하고 있는 것으로 보인다. 실제로 상당수 배심원이 배심원 직무수행의 결과로 인하여 스트레스를 경험한다는 것을 미국에서 실시한 배심원의 스트레스에 대한 실증적인 연구가 이를 뒷받침하고 있다.

국민참여재판 참여에 따른 정신건강의 부정적인 효과로부터 배심원을 보호하기 위해서는 배심원 의무에 대한 정당한 보상뿐만 아니라 배심원들이 의존하는 사법시스템을 개선해야 한다. 따라서 배심원의 직무수행에 따른 스트레스를 완화하기 위하여 절차적 접근과 임상학적 접근방법을 활용하여 배심원의 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안을 제안한다.

배심원의 스트레스를 효과적으로 해결하기 위하여 절차적 접근방안으로는 배심원에 대한 판사의 교육 및 설명, 배심원 평의의 탄력적인 운영, 평결의 존중 방법 등으로 배심원의 스트레스를 완화시킬 수 있을 것이다. 이와 더불어 임상학적 접근방안으로는 재판 전 개입, 재판 후 판사의 디브리핑 및 정신건강전문가에 의한 디브리핑과 같은 다양한 개입을 통하여 배심원의 정신건강을 보호하고 회복시키는 개선방안을 제안하고자 한다.

궁극적으로 배심원 의무에 따른 정신건강의 부정적인 영향을 최소화하고 이들로 하여금 배심원 의무에 충실히 하여 실체적 진실을 발견하고 사회정의와 국민의 법감정에 부합하는 올바른 판단을 하게 함으로써 국민참여재판제도가 안정적인 제도로 정착하는데 도움이 될 수 있을 것을 기대한다.

I. 들어가는 말

우리나라는 지난 2008년 1월 1일부터 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률”을 마련하여 국민참여재판제도를 시행하고 있다.¹⁾ 이전에는 국민들의 의사를 합리적으로 반영하는 제도적 장치가 존재하지 않고 오로지 법관의 양심과 법률에 따른 재판만을 기대할 수 있었을 뿐이었으며 현실적으로 일반 국민들은 사법부의 권한 행사에 참여할 수 있는 기회를 전혀 갖지 못하였다. 국민참여재판제도는 가장 적극적인 형태의 국민의 사법참여재판제도로 일반 국민인 배심원들에게 사건을 결정하게 하는 권한을 부여함으로써 배심원 스스로 사법제도에 대하여 책임감과 자부심을 가지게 하는 제도이다.

국민참여재판제도는 도입 당시부터 법관에 의한 재판을 보장하고 있는 헌법에 위배될 가능성, 시간과 경제적 손실에 대한 비판 및 배심원의 비전문성으로 인한 오판의 위험성이나 재판의 공정성 확보의 어려움 등으로 국민의 형사재판참여를 반대하는 목소리가 설득력 있는 것으로 받아들여져 왔던 것이 현실이다. 무엇보다도 일반 국민으로 구성된 배심원들이 구체적인 사건에서 올바른 판단을 할 것 인지의 여부에 관한 우려는 논란의 중심에 자리 잡고 있었다.

이와 같은 논란에도 불구하고 국민참여재판의 실시는 사법권한의 민주적 정당성을 강화하고, 사법부에 대한 국민의 신뢰회복과 재판에 있어서 일반국민의 다양한 가치관과 상식을 반영할 수 있으며, 그리고 공정하고 신중한 재판이 이루어질 수 있는 실질적인 공판중심주의의 실현을 추구할 수 있다는 점 등에서 긍정적인 역할을 하고 있다.²⁾

그동안 국민참여재판 시행 이후 성과 및 개선방안 등에 관련된 많은 논의들이 이루어져왔으나, 최근까지 배심원의 직무수행에 따른 심리학적 영향에는 거의 관

1) 국민참여재판제도는 2003. 10. 28. 대법원에 사법개혁위원회가 설치되면서 국민의 사법참여를 포함한 사법제도 개혁 방안이 연구되었으며, 국민이 배심원으로서 형사재판에 참여하는 국민참여재판의 도입을 골자로 한 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」을 마련하여 2007. 4. 30. 국회 본회의를 통과하여 2008. 1. 1.부터 시행되었다. 법 제정 당시에는 법정형이 사형, 무기, 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 사망의 결과가 발생하거나 사망과 연결된 범죄가 대상이었다가, 2009. 6. 1. 「국민의 형사재판 참여에 관한 규칙」이 개정되면서 일부 중한 범죄가 추가되었다. 이후 2012. 1. 17. 개정되어 2012. 7. 1.부터 대상사건의 범위가 합의부 관할 사건 전체로 확대되었고, 성폭력범죄 피해자가 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우 법원이 배제결정을 할 수 있는 조항이 추가되어 지금에 이르고 있다.

2) 법원행정처 사법정책실, “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”, 2014, 44면.

심을 가지지 않은 것은 사실이다. 국민참여재판제도가 가지는 강력한 이익에도 불구하고, 배심원들은 가족과 직업으로부터 분리되고 제시된 생생한 증거와 증언 및 재판과정 그 자체에서 스트레스를 경험한다는 것이다.³⁾ 이와 같은 정신건강상의 부정적 영향은 배심원의 권한과 의무의 이행을 회피하게 만드는 상황을 양산하며, 국민참여재판제도의 본래 목적에도 부정적인 결과를 초래할 것이다.

현재 우리나라는 배심원의 정신건강에 관한 실증적 연구 결과를 찾을 수 없지만, 오랜 배심재판의 전통을 가지고 있는 미국에서는 배심원의 의무가 배심원 정신건강에 부정적인 영향을 주고 있으며 이에 대한 대안으로 배심원의 정신건강 보호 및 회복을 위한 연구들이 상당수 진행되고 있다.⁴⁾ 따라서 배심원의 정신건강에 관한 미국의 연구 결과들을 분석해 봄으로써 앞으로 우리나라의 국민참여재판제도의 발전방향을 설정하는데 커다란 도움을 얻을 수 있을 것이다. 이를 기반으로 배심원 의무에 따른 정신건강의 부정적인 영향을 최소화하고 이들로 하여금 배심원 의무에 충실히 하여 올바른 판단을 하게 함으로써, 실체적 진실을 발견하고 사회정의와 국민의 법감정에 부합하는 판단을 하도록 하는 구체적인 논의가 필요할 것으로 보인다.

이하에서는 국민참여재판제도가 우리의 형사사법체계에서 보다 효율적인 제도로 자리매김하기 위해서 먼저 배심원의 직무수행과 관련한 배심원의 권한과 의무를 분석하고 이에 따른 배심원의 정신건강상의 문제점을 살펴보고자 한다. 그리고 배심원의 정신건강을 향상시키기 위하여 현재 미국에서 논의되고 있는 배심원의 정신건강 보호 및 회복을 위한 여러 방안들을 참고하여 우리의 국민참여재판제도에 알맞은 제도적 개선방안을 제시해보고자 한다.

II. 배심원의 직무수행 및 이에 따른 정신건강상 쟁점

국민참여재판은 국민이 사법절차에 직접 참여함으로써 직접민주주의 이념을

3) Laurence Miller, "Juror Stress: Symptoms, Syndromes, and Solutions", International Journal of Emergency Mental Health, Vol. 10, No. 3, pp 203-216.

4) 예를 들면, Thomas L. Hafemeister & W. Larry Ventis, What Burden Have We Placed Our Juries?, 3 St. Ct. J., Fall 1992, at 35.; Stanley M. Kaplan & Carolyn Winget, The Occupational Hazards of Jury Duty, 20 Bull. Am. Acad. Psychiatry L. 325(1992).; Theodore B. Feldman & Roger A. Bell, Crisis Debriefing of a Jury After a Murder Trial, 42 Hosp. & Community Psychiatry 79 (1991).

실현하고 재판의 투명성과 공정성을 제고하며, 국민의 사법에 대한 오해와 불신을 감소시키는 역할을 한다. 국민참여재판은 기존 재판과는 달리 배심원이 판단의 주체로서 다음과 같은 권한과 의무를 지니고 국민참여재판제도의 절차에 따라 독립적인 직무수행을 하고 있다.

1. 배심원의 직무수행과 관련된 배심원의 권한과 의무

가. 배심원의 권한과 의무

배심원의 본질적인 권한과 의무는 공판에 참석하여 심리를 들은 후 유무죄에 대하여 평결하고 유죄인 경우에는 양형에 대한 의견을 개진하여 국민참여재판을 공정하고 객관적으로 판단하는 것이다.

1) 배심원의 권한

배심원은 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법령의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한을 가지고 있다.⁵⁾ 국민참여재판에서 배심원은 심리에 참여하여 사실을 결정하고 법관으로부터 주어진 설명에 따라 발견된 사실을 법률에 적용하여 유무죄에 대한 평결을 하는 것이다. 뿐만 아니라, 배심원은 재판장을 통하여 피고인이나 증인에게 신문할 권한을 가지며, 필요하다고 인정되는 경우 재판장의 허가를 얻어 필기를 하여 이를 평의에 사용가능하도록 하는 신문요청권한을 가지고 있다.⁶⁾

2) 배심원의 의무

국민참여재판에서 배심원은 사실인정과 함께 양형에도 관여하기 때문에, 배심원이 외부 요소에 영향을 받지 않고 독립하여 재판에 참여하고 배심원이 내린 평결이 존중될 수 있도록 의무를 규정하여 이를 위반한 때에는 처벌하도록 하고 있다. 따라서 배심원은 법령을 준수하고 독립하여 성실히 직무를 수행하여야 하며, 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 재판의 공정을 해하는 행위를 하여서는 아니 된다.⁷⁾ 배심원의 좌석 이탈, 평의 전 의견표명, 법정 외 정보 수집, 평의에 관한 비밀 누설 등의 행위는 금지된다.⁸⁾ 또한 출석과 비밀 준수 의무 이외에 배심원

5) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제12조.

6) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제41조 제1항.

7) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제12조.

등은 직무와 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수·요구·약속한 때 및 그 상대방에 대하여도 형사처벌의 대상이 된다.⁹⁾

나. 절차에 따른 배심원의 직무수행

1) 배심원의 선정절차

배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 결격사유와 직업 등에 따른 제외사유, 제척사유, 면제사유에 해당하지 않는 사람은 배심원으로 선정될 수 있다.¹⁰⁾ 배심원 선정은 공정하고 편견 없는 배심원의 확보가 그 목적인 배심원 선발절차로부터 시작된다. 법원은 출석한 배심원후보자들에 대하여 그 사람이 특정 사건에 관하여 편견 없이 공정하게 토론하고 평결할 자격을 갖추었는지의 여부를 법원 및 검사와 변호인이 질문·조사하고, 배심원후보자들이 답변하는 질문절차를 진행한다.

2) 심리 중 배심원의 참여절차

선정된 배심원은 법률에 따라 공정하게 직무를 수행할 것을 다짐하는 취지의 선서를 하여야 하고, 재판장은 배심원에게 절차상 권리와 의무, 그밖에 직무수행을 원활히 하는데 필요한 사항을 설명해야 한다.¹¹⁾ 여기서 배심원은 피고인 또는 증인에 대하여 필요한 사항을 신문하여 줄 것을 재판장에게 요청할 수 있으며, 필요하다고 인정되는 경우 재판장의 허가를 받아 각자 필기하여 평의에 사용할 수 있다.

3) 배심원의 평결 및 토의 절차

변론 종결 후 재판장은 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그밖에 유의할 사항에 관하여 설명을 하여야 하며, 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다.¹²⁾ 심리에 참여한 배심원은 재판장의 설명을 들은 후 원칙적으로 유·무죄에 대하여 판사의 관여 없이 독자적

8) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제41조 제2항.

9) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제59조.

10) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제17조 내지 제20조.

11) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제41조 내지 제42조.

12) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제46조.

으로 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결한다. 평결전에 배심원과 반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다. 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 의무적으로 들은 후 배심원만으로 다수결에 의하여 유무죄를 평결한다. 배심원의 평결이 유죄인 경우에는 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진하고, 배심원의 평결과 양형 의견은 권고적 효력을 가질 뿐 법원을 기속하지 아니한다.¹³⁾ 판결에 불복하는 경우에 대하여는 항소가 가능하다.

2. 배심원의 직무수행에 따른 정신건강상 쟁점

대다수의 배심원들은 직무수행에 만족하고 있으며 배심원의 권한과 의무를 신중하게 이행하고 있다.¹⁴⁾ 하지만 현실적으로 국민참여재판에서 배심원의 직무수행은 상당한 불편과 희생이 따르는 것은 사실이다. 배심원들은 자신들의 시간을 할애하여야 할 뿐만 아니라 다음과 같은 정신건강상의 불편함을 감수해야만 한다.

가. 배심원의 익명성 보장여부

배심원의 익명성 보장 여부에 대해서 국민참여재판법률은 “선정기일에서는 배심원 후보자의 명예가 손상되지 아니하고 사생활이 침해되지 아니하도록 배려하여야 한다.”¹⁵⁾고 하면서, 다른 한편으로는 “법원은 선정기일의 2일 전까지 검사와 변호인에게 배심원 후보자의 성명·성별·출생연도가 기재된 명부를 송부하여야 한다.”¹⁶⁾고 규정하고 있다.

배심원의 익명성 보장은 배심원의 공정한 심리를 위해서는 필수적인 요건이며, 실제로 배심원으로 하여금 사생활에 대하여 염려를 하지 않고 오로지 증거에 전념하도록 한다. 직업 법관에 비하여 배심원은 부당한 청탁, 회유, 협박 등 외부적 압력에 노출되기 쉽다. 비록 검사·변호사에게 제공되는 배심원후보자 명단에도 후보자의 정보가 제한적으로만 제공될지라도, 배심원 후보자의 성명 등 신상정보

13) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제46조 제5항.

14) 2014년 법원행정처에서 발표한 재판절차 만족도에 관한 배심원 설문조사 자료에 의하면, 배심원의 95.8%는 직무수행에 있어 만족하고 있으며 직무수행을 긍정적으로 평가하고 있다(법원행정처 사법정책실, 앞의 책, 49-51면 참조).

15) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제24조 제3항.

16) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제26조 제1항.

가 양 당사자에게 공개되는 경우 이러한 위험성은 증가될 수밖에 없다. 이에 따라 배심원들 입장에서는 자신들의 안전 등을 염려하여 올바른 평결에 이르지 못하게 할 수 있고, 당사자들 입장에서는 평결의 공정성에 의문을 가지게 할 수 있다.¹⁷⁾

나. 배심원의 선정에 따른 문제점

국민참여재판에 있어서 가장 중요한 문제는 당해 사건을 판단하는 주체인 배심원의 선정이다. 공개된 법정에서 다수의 배심원후보자들을 배심원석에 앉혀 놓고 검사와 변호인이 배심원후보자들에게 주로 개인적인 질문을 공개적으로 진행하여 나오는 답변에 따라 배심원 선정을 진행한다. 따라서 결격사유, 제외사유, 제척사유, 그리고 면제사유의 심사는 재판장이 방청석에 착석하고 있는 배심원 후보자들에게 일괄적으로 질문을 하는 방식으로 진행되고 있어 배심원후보자들에게는 상당한 정신적 스트레스를 야기시킨다. 나아가 현행 제도는 방청석에 앉아 있는 배심원후보자와 배심원석에 있는 배심원후보자 사이에 아무런 차단장치 없이 배심원 선정을 위한 질문이 진행되고 있어 공정한 배심원 선정에 상당한 장애가 되고 있다.¹⁸⁾

다. 즉일 재판에 따른 문제점

대부분 국민참여재판의 사건은 제1회 공판기일에 판결까지 선고된다.¹⁹⁾ 대부분의 사건들이 하루 안에 배심원 선정부터 증거조사, 배심원 평의와 평결, 판결 선고까지 이루어지고 있다는 점에서 부실한 심리를 우려하는 시각이 있다.²⁰⁾ 이에 따라 배심원들이 충실한 심리를 하였는지에 관한 의문이 제기될 수 있을 뿐만 아니라, 하루 안에 재판을 마무리하기 위해서 진행되는 심리는 일부 배심원들에

17) 손철우, “미국 형사배심제도의 도입에 관한 연구”, 외국사법연수논집 27, 117면.

18) 이정배, “국민참여재판제도의 시행상황과 앞으로의 과제”, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 제26권 제4호, 2014, 81면.

19) “2008~2013년 국민참여재판 성과 분석”에 따르면, 이 기간에 국민참여재판의 소요 일수는 총 1,193건 중 하루 만에 마친 경우가 1,110건(93%), 이를 이상 걸린 경우가 83건(7%)으로 대부분의 사건이 제1회 공판기일에서 판결까지 선고되었다. 보통 배심원 선정은 오전에 선정기일을 진행하고 오후에 공판기일을 진행하는 방식으로 진행되며, 국민참여재판에서 배심원 선정절차는 배심원의 수 및 자백의 여부 등과 큰 편차없이 평균 소요시간은 1시간 17분 정도 걸리는 것으로 나타났다. 또한 평의시간은 자백사건의 경우는 평균 1시간 25분, 부인 사건의 경우는 평균 1시간 49분으로 큰 편차없이 전체 평균 1시간 41분이 소요되는 것으로 나타났다(법원행정처 사법정책실, 앞의 책, 14~21면 참조).

20) 이동희, “국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향”, 한국형사정책학회, 형사정책, 제23권 제1호, 2011, 112면.

게 피로를 가중시켜 판단력이 저하될 수 있다. 현행처럼 배심원 선정기일과 공판 기일이 같은 날 운용되면 법원과 소송 당사자뿐만 아니라 배심원도 빠른 시간 내에 재판을 끝내야 한다는 시간적 제약으로 인하여 부담이 가중될 것이다.

라. 법관의 의견제시에 따른 문제점

배심원의 평의 도중 배심원 과반수의 요청이 있을 경우와 전원일치의 평결이 나오지 않은 경우에는 판사의 의견을 들을 수 있다.²¹⁾ 심리에 관여한 판사는 평의에 참석하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없지만, 전문성과 사회적 권위를 인정받고 있는 판사의 의견은 평결 내용에 절대적으로 영향을 미치게 될 것이다. 이에 따라 배심원의 독립성을 훼손하여 국민참여재판제도의 본질적인 요소를 침해할 수 있다.²²⁾ 또한 평의에 법관이 참여하게 되면 법관의 전문적인 법지식과 법논리에 배심원은 오히려 주눅이 들어 객관적이고 독립적인 논의와 판단에 상당한 장애를 초래할 가능성이 높다.

마. 권고적 효력과 배심원 평결의 최종성 여부

현행 국민참여재판에서 배심원의 평결결과와 양형의견은 법원을 기속하지 아니하고 권고적 효력만을 인정하고 있다. 게다가 국민참여재판은 판결에 불복하는 경우 상소가 가능하다. 국민참여재판제도가 배심원의 평결에 대한 법적 기속력을 인정하지 않는 현 시점에서 일부 배심원의 평결에 대한 불신을 초래할 수도 있고, 배심원들에게 배심원 평결이 비합리적이거나 불공정한 판단을 하고 있다는 정신적 위축을 가져올 수도 있다. 뿐만 아니라, 일반 형사사건과 비교하여 피고인과 검사는 판결에 불복하여 항소하는 경우가 높은 것으로 나타났으며, 특히 검사의 항소율은 상대적으로 매우 높은 실정이다.²³⁾ 이와 같이 피고인과 검사의 높

21) 배심원이 판사의 의견을 청취하는 것은 사건에 대한 이해와 증거관계에 대한 합리적인 판단을 담보하기 위한 최소한의 절차로 규정된 것으로, 배심원이 올바른 결론에 이를 수 있도록 법원이 보다 적극적으로 도와주어야 한다는 이유에 기인한 것으로 보인다(송영우, 앞의 논문, 92면).

22) 문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근,” 한국법학원, 저스티스 통권 제135호, 2013, 188면.

23) 국민참여재판의 항소율(81.7%)은 같은 기간 제1심 형사 합의사건 항소율(58.9%)과 비교하여 피고인과 검사의 항소율이 모두 전국 평균 항소율보다 높은 것으로 나타났다. 특히 국민참여재판에서 검사의 항소율(44.8%)은 일반 형사사건에서 검사의 항소율(25.2%)에 비하여 상대적으로 매우 높은 실정이다(법원행정처 사법정책실, 전거서, 20쪽). 이는 국민참여재판의 경우 일반 형사사건에 비하여 실형률과 무죄율이 높아 실형의 선고를 받는 경우는 피고인이 항소를 많이 하기 때문으로 보인다. 반면 검사의 항소율이 높은 이유는 일반 형사사건에 비하여 부인하는 사건이 많아 무죄 선고를 받는 경우가 많고, 이러한 무죄 선고 내지 가벼운 양형이 변호인이

은 항소율은 평결을 내린 배심원들에게는 심리적인 불안감을 줄 것이며 스트레스의 상당한 요인이 될 수 있다. 따라서 배심원 평결에 대한 권고적 효력만을 부여하고 평결에 대하여 최종성을 인정하지 않는 태도는 배심원에게 심리과정에서의 집중도와 책임감을 유지시키는데 한계를 드러낼 수밖에 없을 것이다.²⁴⁾

III. 직무수행에 따른 배심원의 정신건강상 문제에 관한 미국의 실증적 연구

1. 배심원 스트레스에 관한 실증적 연구

우리나라는 현재 배심원 직무수행에 따른 정신건강상의 문제에 대한 체계적인 연구결과가 없다. 최근까지 배심원 의무의 심리학적 영향에 거의 관심을 주지 않았으며 직무수행시 나타날 수 있는 배심원의 정신건강상 문제해결을 뒷받침해 줄 수 있는 실증적 연구 결과 또한 없다. 이는 국민참여재판제도가 지난 10여년 동안 시행을 거치면서 주로 국민참여재판의 시행 및 올바른 정착에 관심을 가져왔고 상대적으로 배심원 의무의 심리학적 영향에 관하여는 거의 관심을 주지 않았음에 기인한다 할 것이다. 하지만 오랜 배심재판의 전통을 가지고 있는 미국에서는 이와 관련한 많은 논문과 연구결과가 축적되어 있다.²⁵⁾ 국민참여재판제도가 미국의 배심제도와는 차이가 있을지라도, 배심원의 정신건강에 관한 미국의 연구 결과들을 분석해 봄으로써 제도의 본질을 해치지 않은 범위내에서 우리나라의 실정에 부합하는 국민참여재판제도의 발전방향을 설정하는데 커다란 도움을 얻을 수 있을 것이다.

배심원의 감정에 호소한 결과라고 생각하여 항소심에서 다시 판단을 받아 보기 위하여 항소를 하기 때문인 것으로 보인다(이정배, 앞의 논문, 86~87면).

24) 이동희, 앞의 논문, 114-115면.

25) 미국은 배심원 트라우마에 관한 연구들을 통해 배심원단 참여의 경험이 개개 배심원들에게 부정적인 건강을 가져온다고 주장한다(Daniel W. Shuman/ Jean A. Hamilton/ Cynthia E. Daley, in *Law in a Therapeutic Key*, p. 950). 일례로, James E. Kelley 판사는 배심원들이 자신들의 의무로부터 어떤 정신적인 영향으로 고통을 받는지의 여부를 판단하기 위해서 Davenport, Iowa의 이전 배심원 500명을 여론조사를 하였다. 답변자들의 65% 이상은 일반적인 인구 보다 더 많은 스트레스 수준을 보여주었다(Victoria Slind-Flor, *Counties Begin to Help Jurors Cope Afterwards*: In *Grisly Trials*, Nat'l L.J., Jan. 20, 1992, p. 3). 또한 Stanley M. Kaplan 과 Carolyn Winget 에 의해 행해진 연구에서는 배심원 의무의 스트레스가 초래하는 신체적인 그리고 정신적인 결과를 검토하였다(Kaplan & Winget, 앞의 논문, 327면).

가. Daniel W. Shuman과 그의 동료들- 달라스 법원의 연구

배심원의 의무가 배심원 건강에 부정적인 영향을 주는지에 관하여 슈만(Daniel W. Shuman)과 그의 동료들은 1991년 달라스주 법원의 트라우마 재판에 참여한 배심원과 비트라우마 재판에 참여한 배심원의 스트레스의 정도에 어떤 차이가 있는지에 관하여 연구조사하였다.²⁶⁾ 26개 달라스주내 지방법원에서 4개월에서 6개월의 기간에 걸쳐 형사배심원으로 참여한 312명을 대상으로 배심원 의무에 따른 정신건강을 평가할 의도로 기획되었으며, 트라우마와 비트라우마 재판에 참여한 배심원의 스트레스의 정도를 상호비교하는 방식으로 진행되었다. 여기서 살인, 유괴, 성폭력, 아동학대, 폭행 등으로 기소된 사건은 트라우마 재판(traumatic case)으로, 절도, 강도, 금지된 약물복용, 신용카드의 남용 등은 비트라우마 재판(nontraumatic case)으로 분류하였다.²⁷⁾

일반적으로 배심원의 직무수행에 따라 나타나는 스트레스 증상으로 불면증, 두통, 가슴통증 등과 같은 신체적 증상과 분노, 우울감, 악몽과 같은 정신심리학적 증상을 호소하였다. 슈만과 그의 동료들은 트라우마 재판의 배심원이 비트라우마 재판의 배심원보다 스트레스의 증상이 유의하게 보다 높음을 발견했다. 이 연구에서 스트레스는 우울증 징후의 발전에 주된 위험 요소로, 트라우마 재판의 배심원 의무가 스트레스 요인으로 작용한 것으로 보인다. 여기에서 배심원 의무가 우울증장이나 외상후스트레스 증후군(PTSD)의 공식적인 진단으로 이어진다는 증거는 발견하지는 못했지만, 트라우마 재판이 배심원의 정신건강에 심각한 부정적인 단기 영향을 미쳤다고 보았다. 트라우마 재판의 배심원들은 비트라우마 재판의 배심원들보다 우울증상에 걸릴 가능성이 거의 6배나 높음을 보여주고 있다.²⁸⁾

조사보고서는 배심원의무의 결과가 배심원 건강에 부정적인 영향을 주고 있으며, 트라우마 재판의 배심원은 비트라우마적 재판에 관여했던 배심원보다 보다

26) Daniel W. Shuman, The Health Effects of Jury Service, 18 Law & Psychol. Rev. 267, 963 (1994).

27) 관련 연구는 ① 배심원의 전반적인 건강상태와 이전 스트레스와 트라우마의 경험에 대한 부분, ② 배심원으로 참여한 재판의 유형, 기간, 평결에 관한 구체적 질문, ③ 배심원의 스트레스 정도와 평결에 이른 개인의 견해, ④ 심리도중 그리고 판결이후 경험한 배심원 스트레스의 구체적인 징후 및 배심원간의 개인정보의 공유여부, ⑤ 재판 중 약물복용 및 병원 방문의 여부, ⑥ 배심원으로 다시 참여할 의향과 전반적인 배심원 경험 등에 관한 질문으로 구성되어있다(Daniel shuman, 앞의 논문, 212면).

28) 재판도중에 트라우마 재판의 배심원들의 우울증상(12.3%)은 비트라우마 재판에 참여한 배심원들의 우울증상(2.6%)과 비교하여 거의 6배의 차이를 보여주고 있다(Daniel W. Shumman, 앞의 논문, 267면).

우울증상을 많이 경험한 것을 알 수 있다. 이러한 배심원 스트레스는 재판도중, 형선고 직후, 그리고 재판이 끝난 이후 몇 달에 걸쳐 발생한다는 결과가 나왔다.²⁹⁾ 또한 배심원들 사이에서 발견된 우울증상의 수준은 일반인들의 우울수준을 능가했으며, 상당수 배심원이 배심원 의무로부터 스트레스를 경험한다는 결론을 내릴 확고한 근거를 마련하였다.³⁰⁾

나. 국립주법원센터(National Center for State Courts: NCSC)의 연구

국립주법원센터(NCSC)는 대다수 배심원이 배심원 의무로 인하여 형사절차에서 스트레스를 경험하는지를 평가하기 위하여 배심원 스트레스에 대한 가장 포괄적인 연구를 진행하였다.³¹⁾ 401명의 배심원에게 50항목의 잠재적 스트레스 요인을 조사하여 각 형사절차단계에서 배심원이 경험한 스트레스의 수준을 평가하기 위한 실증적 연구를 실시하였다.

국립주법원센터의 연구결과는 배심원은 선정단계부터 전 단계에 걸쳐 적어도 중간정도 수준의 스트레스를 받고 있음을 보여주고 있다. 즉, 배심원 선서를 요청받을 때에 배심원의 34%는 스트레스를 경험하였고, 배심원 의무를 고지받은 때에 32%는 스트레스를 경험하였다고 보고되었다. 배심원 선정과정에서 배심원의 39%는 종종 낯선 사람들 앞에서 개인적인 질문에 대답해야하기 때문에 스트레스를 받은 것으로 나타났다. 또한 심사중 배심원의 20%는 복잡한 증언과 증거로 인하여 그리고 배심원의 28%는 끔찍한 증거로 인하여 스트레스를 느꼈다고 하였다. 평의과정에서 배심원의 44%는 오관의 위험성으로 인하여 의사결정의 스트레스에 직면하였고 불안을 느끼는 것으로 나타났다. 또한 배심원의 13%는 판사의 복잡한 설명을 이해할 수 없었고 배심원의 49%는 평결에 대한 합의의 어려움을 느꼈다. 그 이외에 언론의 노출에 대한 두려움과 가족, 지인 또는 대중이

29) 배심원의 스트레스 반응은 대다수 사건에 있어서는 재판 직후에 발생하며, 재판이후 몇 일, 몇 주 혹은 몇 달이 지난 후에도 '지연된 반응'으로 발생하는 것으로 나타났다. 일례로 사형이 선고된 살인사건에서 재판이 끝난 이후에 오랜 기간 동안 배심원에게 정신건강상 부정적인 영향을 주는 것으로 나타났다. 일부 배심원들은 자신들의 라이프 스타일에서 변화를 경험했다고 보고하였다. 배심원들이 재판 도중에 본 것, 들은 것을 잊는데 어려움을 경험했으며 몇몇은 악몽, 반복된 나쁜 기억, 그리고 감정적 무감각 등을 포함한 증상을 보고하였다(Laurence Miller, 앞의 논문, 10면).

30) Monica K. Miller and Brain H. Bornstein, "Juror Stress: Causes and Interventions", 2004, 241면.

31) National Center for the State Courts, Through the Eyes of the Juror: A Manual for Addressing Juror Stress, available at [http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res Juries JurorStress index Pub.pdf](http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res%20Juries/JurorStress%20index%20Pub.pdf)(2002).

자신의 평결에 어떠한 반응을 할 것인지를 걱정한 것으로 드러났다.³²⁾

연구결과에 의하면 모든 배심원이 이러한 스트레스를 반드시 경험하지는 않지만, 대부분 배심원은 일반적으로 배심원 의무로 인하여 어느 정도 스트레스나 불편함을 경험하고 있음을 알 수 있다. 국립주법원센터(NCSC)는 배심원 의무의 결과로 야기되는 스트레스 10가지 요인을 다음과 같이 제시하였다. 평결, 배심원 심의와 평의, 일상 업무의 중단, 실수에 대한 두려움, 배심원 선정과정, 다른 사람들 앞에서 질문에 대한 답변, 형선고, 폭력범죄, 아동대상 범죄, 그리고 배심원들 사이의 불화와 무관심이 그것이다. 이와 같은 배심원 스트레스의 요인들은 비교적 일상적인 사건일지라도-트라우마 사건이 아닐지라도-, 대부분 배심원들에게 재판에 대하여 법적 부담감을 가지게 한다. 연구결과 대부분 배심원들은 배심원 직무수행의 결과로 경미한 정도부터 중등 정도까지 스트레스를 경험한다. 임상학적으로 확실한 우울증장애나 외상후스트레스 장애는 드물지만 대부분 배심원들은 정도의 차이는 있으나 일반적인 스트레스를 경험하고 있다는 사실을 보여주고 있다. 따라서 배심원 의무의 스트레스는 일상생활에 충분한 영향력을 가질 수 있으므로 신중한 주의가 요구된다고 할 것이다.

2. 배심원 스트레스의 완화 방안

미국은 1990년 이전에는 배심원의 스트레스를 완화하기 위한 정신보건서비스를 위한 프로그램이 없었다. 일련의 사건들을 겪으면서,³³⁾ 법원은 배심원의 스트레스를 관리하기 위해 위기상황 스트레스 디브리핑(Critical Incident Stress Debriefing: CISD)와 같은 디브리핑 프로그램을 활용하여 배심원에게 정신학적 서비스를 제공하기 시작했다.

가. 배심원 스트레스 완화를 위한 디브리핑

배심원 스트레스를 낮추기 위한 방안으로 주로 활용되는 디브리핑(debriefing)

32) Marshall, 앞의 논문, 239-241면.

33) 미국은 이미 1990년 이전 범죄피해자의 스트레스를 감소시키기 위한 범죄피해자 보호를 위한 프로그램이 50개주에 존재하였지만, 배심원에게 배심원 의무에 따른 스트레스를 보호하고 회복을 도와줄 정신보건서비스를 위한 프로그램은 없었다. 법원은 Jeffrey Dahmer사건, Oklahoma City사건, 그리고 Pam Basu사건을 심리하면서 위기상황 스트레스 디브리핑(critical incident stress debriefing: CISD) 프로그램을 활용하여 배심원에게 정신학적 서비스를 제공하기 시작했다(Laurence Miller, 앞의 논문, 15면).

은 일종의 비공식적인 회의와 같다. 여기서 배심원은 재판에서 자신의 역할을 받아들이고, 재판의 영향을 확인하고, 다른 사람들과 감정적인 반응을 공유하고, 스트레스를 조절하는 방법을 배우며, 정상적인 삶에 다시 적응하는 방법을 배우고, 그리고 지연된 스트레스 반응에 대비하도록 도움을 주는 치료목표를 공유한다.³⁴⁾ 디브리핑은 배심원에게 자신들의 감정을 표출할 기회와 다른 배심원들도 유사한 스트레스 반응을 경험한다는 것을 발견할 기회를 제공한다. 디브리핑은 주로 재판 직후에 이루어지며 때로는 몇 주 또는 몇 달 후에 후속조치로 이루어질 수 있다.

일반적으로 판사는 재판이전 단계에서 당해 사건이 배심원과의 디브리핑을 요구할 것인지의 여부를 결정해야 한다. 하지만 그 필요성은 종종 재판이 진행 중일 때까지 명확하지 않다. 재판 이전에 이미 알려진 사건들(예, 대중적 인물이 피해자인 사건, 전국적으로 대중매체의 관심을 받은 사건, 세상을 놀라게 하는 혐의나 충격적인 강력사건 등)은 잠재적으로 배심원의 높은 스트레스를 예측할 수 있다. 또한 사건의 특성상 배심원이 격리된 때, 재판이 어렵거나 특별하게 장기간 지속되는 때, 그리고 배심원이 양형권한을 가진 때에 배심원 스트레스는 높아질 가능성이 많다.³⁵⁾ 판사는 이 특성이 세가지 이상인 경우에는 재판 이후 판사와의 디브리핑 이외에 전문가에 의한 디브리핑을 준비할 것을 신중하게 고려해야만 한다.

나. 디브리핑을 위한 프로그램

1) 위기상황 스트레스 디브리핑(Critical Incident Stress Debriefing: CISD) 프로그램

초기 위기상황 스트레스 디브리핑(Critical Incident Stress Debriefing: CISD) 프로그램은 공공안전과 긴급서비스의 분야에서 발전된 질문조사 모델로써, 범죄 피해자, 자연재해 및 테러리즘의 피해자를 포함한 위기상황에 광범위하게 적용되어왔다. 질문조사의 목적은 경험한 트라우마 스트레스의 부정적 반응을 즉각적으로 해독하고 정상화하는 것이며 나아가 정신 장애에 대한 저항을 강화하기 위한 목적을 가진다. 필드먼과 벨(Feldman & Bell)은 배심원을 CISD 프로그램의 적용대상에 포함시킴으로써 재판 이후 디브리핑(CISD) 프로그램을 확장시켰다. 이를 통하여 배심원의 스트레스를 감소시키고, 정신건강 서비스에 관한 정보를 제공하여, 사법시스템의 신뢰를 증진시키고 이들을 만족시키고자 하였다.

34) Miller & Bornstein, 앞의 논문, 249면.

35) Victoria Slind-Flor, Counties Begin to Help Jurors Cope Afterward, NAT'L L. J., Jan. 20, 1992, at 3.

하지만 위기상황 스트레스 디브리핑(CISD)의 적용타당성과 관련하여 정신보건 임상직의 법원에 반드시 필요한 때에만 이용할 것을 권고한다. 비교적 스트레스의 수준이 낮은 배심원에게는 위기상황 스트레스 디브리핑 프로그램이 부적절하다는 것이다. 이들은 판사로부터 일반적인 배심원 종료지침만으로도 충분히 스트레스를 완화시킬 수 있기 때문이다. 최근에는 배심원 스트레스 관리를 위한 다면적 개입프로그램을 효과적으로 활용하고 있다.

2) 배심원 스트레스 관리 (Graduated Jury Stress Management: GJSM)에 관한 다면적인 개입 프로그램

노르드그렌과 테렌(Nordgren & Thelen)은 개별적으로 배심원의 스트레스 정도에 따라 5단계로 구성된 개입을 통하여 관리하는 배심원 스트레스 관리에 관한 (Graduated Jury Stress Management: GJSM) 다면적인 중재 프로그램을 발전시켰다.³⁶⁾ 이전의 배심원 디브리핑(CIDS) 개입은 모든 상황에 맞는 구성방식으로 인하여 다양한 유형의 사람과 문제를 다루는데 있어 유연성이 부족하다는 비판을 받았다. 노르드그렌과 테렌은 트라우마나 비트라우마 재판에 상관없이 스트레스에 보다 더 취약한 배심원은 보다 심층적인 개입이 필요하다고 제안하였다. 여기서 판사는 배심원의 표현과 행동을 평가함으로써 배심원이 5단계 개입 중 어느 단계의 개입을 필요로 하는 지를 확인할 수 있다. 개개 배심원이 경험하는 스트레스 정도에 따라 각 단계에 알맞은 개입을 통하여 다양한 스트레스 감소 전략으로 활용할 수 있다. 대부분 임상직들은 GJSM 프로그램이 배심원 개개인의 필요에 맞게 조정된 개입을 받을 수 있도록 함으로써 스트레스를 효율적으로 감소시킨다고 평가하고 있다.

이상과 같이 미국에서 논의되고 있는 배심원의 스트레스에 관한 실증적 연구와 이에 따른 배심원의 정신건강 향상을 위한 디브리핑 방안은 배심원의 직무수행에 따른 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안에 커다란 시사점을 제공한다. 근본적으로 미국의 배심제도와는 다르기에 배심원이 재판 중에 경험하는 스트레스의 정도는 차이가 있을 것이다. 하지만 국민참여재판 중에 겪는 배심원의 정신건강상의 문제를 해결하기 위한 방안으로 현재 미국에서 논의되고 있는 배심원의 정신건강 향상을 위한 여러 방안들은 우리 국민참여재판제도의 시행에도 충분히 적용될 수 있을 것이다.

36) Miller, 앞의 논문, 245면.

IV. 배심원의 정신건강의 보호 및 회복을 위한 개선방안

배심원 스트레스에 관한 미국의 실증적 연구는 상당수 배심원이 배심원 직무 수행의 결과로 스트레스를 경험하고 있다는 것을 보여주고 있다. 배심원은 국민 참여재판에서 판단의 주체로 올바른 판단을 하기 위해서는 배심원의 의무로 인한 정신건강상 해악으로부터 보호받을 수 있는 조치를 취하는 것이 중요하다. 현행 국민참여재판제도는 배심원 등이 위해를 받을 염려가 있다고 인정한 때 또는 공정한 심리나 평의에 지장을 초래하거나 초래할 염려가 있다고 인정하는 때에는 배심원 등의 신변안전을 위해 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다.³⁷⁾ 하지만 배심원의 신변보호조치에도 불구하고 배심원 의무가 부정적인 정신건강을 초래한다면 배심원은 자신의 의무를 단념하고 재판에 참여하는 것을 회피할 것이다. 이는 곧 국민참여재판제도의 본래 목적을 반감시키는 결과를 초래할 것이다. 따라서 일부 미국에서 논의되고 있는 배심원의 스트레스를 완화시키기 위한 방안을 참고하여 절차적 접근과 임상학적 접근을 통하여 배심원의 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안을 제안하고자 한다.

1. 절차적 접근을 통한 개선방안

가. 배심원에 대한 교육

법원은 배심원 등에게 직무를 이행하기 위한 충분한 사전 정보를 제공하여야 한다. 우선 배심원의 정신건강을 보호하기 위해서는 소환된 배심원후보자를 대상으로 배심제도에 대한 교육이 활발하게 이루어지도록 해야 할 것이다.³⁸⁾ 배심원 등에게 선정절차, 배심원 자격, 해당 사건에 대한 정보 소개, 배심원의 격리 여부와 그 기간, 배심원의 신변보호조치, 여비 및 일당, 그 밖의 배심원 의무에 따른 잠재적 스트레스의 증상과 영향 등에 관하여 서면이나 구두, 또는 시청각자료로 교육하거나 설명함으로써 배심원에게 적극적으로 정보를 제공하여야 한다. 또한 선정과정 중 배심원의 개인정보가 노출되는 것에도 주의를 기울여야만 한다. 따라서 일련의 교육을 통하여 재판에 대한 일정한 지식을 가진 배심원들은 보다 효율적으로 업무를 수행할 수 있고, 재판 이전에 배심원의 임무로 인해 경험할 수

37) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제53조.

38) 오기두, “배심원의 판단능력”, 한국법학원, 저스티스 통권 제96호, 2007, 133면.

있는 스트레스에 대한 정보를 제공받고 증상에 대비할 수 있도록 해야 한다.

나. 재판을 방해하는 증언과 증거의 제시조절

배심원들은 소름끼치는 증거를 제출하거나 감정적으로 증언을 방해하는 진술을 듣는 것이 자신들의 의무 중 가장 스트레스를 받는 측면이라고 한다.³⁹⁾ 배심원은 재판 과정에서 현출되는 범죄현장 사진 등과 관련된 악몽을 언급하고 재판 도중 또는 재판 이후에 신체적 고통을 경험하는 것으로 나타났다. 재판과 관련된 증거로써 잔인한 증거나 증언들이 법정에 제시되는 것은 재판에 필요한 요소라 할지라도, 배심원에게 이와 같은 강력한 증거가 제시된다는 것을 사전에 미리 경고해줄 필요가 있다. 실제로 배심원 상당수는 폭력이나 포르노 그래픽적인 요소들에 의해 충격을 받고, 충격에 휩싸인 배심원들은 증거를 바탕으로 한 이성적 분석에 따른 올바른 평결하기 보다는 오히려 자신들의 감정에 주로 기반을 둔 극단적인 결정으로 판결에 영향을 행사할 수도 있기 때문이다.⁴⁰⁾

다. 평의 직전 판사의 설명

재판장은 변론이 종결된 후 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력 그밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 판사가 배심원에게 주는 설명은 복잡하고 이해하기 어려워 배심원은 설명에 대해 낮은 이해력을 보여주고 있다.⁴¹⁾ 배심원의 애로사항에 관한 조사에서도 배심원들은 익숙하지 않은 법률용어, 복잡한 배심원의 의무, 불명확한 판사의 설명에 특히 어려움을 겪는 것으로 나타났다.⁴²⁾ 판사는 배심원들이 평의에 들어가기 전에 법을 모르는 일반 국민들이 이해할 수 있는 평이한 용어로 사건에 관련된 법리, 평의과정에 준수해야 할 절차, 평의 결과를 판사에게 보고하는 방법 등에 관하여 설명해야 한다. 나아가 판사는 해당 배심원들이 관련된 설명을 잘 이해한다는 점

39) 사형프로젝트(Capital Jury Project study) 연구에 의하면, 살인, 성폭력, 폭행, 아동성폭행 등의 재판에 참여한 배심원에게서 분노, 우울증, PTSD의 높은 비율이 보고되고 있으며, 일부는 다양한 트라우마와 연결되거나 또는 폭력의 피해자와 공감적으로 흡수되어 정신적인 고통의 일부로 내면화하고 스스로 PTSD 징후를 보인다고 한다(Laurence Miller, 앞의 논문, 13면).

40) Laurence Miller, 앞의 논문, 7면.

41) 오기두, 앞의 논문, 124면.

42) 2014년 배심원 설문조사에 따르면, 배심원은 장기간 재판 불편(43.6%), 법률용어 이해 어려움(24.4%), 증거이해 어려움(12.0%), 보복 등 안전우려(9.3%), 수입감소/직장불이익(10.8%)이 애로 사항이라고 답하였다(법원행정처 사법정책실, 앞의 책, 51면 참조).

을 확인하는 것이 중요하다. 미국 변호사협회는 배심원들에게 배심원이 의사결정을 쉽게 이해하고 적용할 수 있도록 배심원이 받는 명령을 평의 직전 녹음된 형태로나 서면의 형태로 제시하여 평의 중 이용할 수 있도록 해야 한다고 권고하고 있다.⁴³⁾ 이것은 평의에 부담을 느끼는 배심원의 스트레스를 사전에 완화하는데 도움이 될 뿐만 아니라 사법제도의 완전성을 증진시키는데도 도움이 된다.

라. 배심원 평의의 탄력적 운영

배심원 평의는 이해당사자의 운명이 결정되기 때문에 배심원 직무수행에 있어 가장 중요한 절차이다. 대부분 배심원들은 평결에 이르는 결정과정과 재판에 있어서 실수에 대한 두려움 때문에 상당한 스트레스를 받고 있다.⁴⁴⁾ 따라서 하루 내지 이틀에 행해진 공판심리에 따른 유죄 평결은 배심원들에게는 상당한 부담감을 안겨줄 것이다. 일반적으로 배심원은 다양한 지식, 경험 및 가치관을 지닌 구성원들로 증거와 증언을 다루고 판사의 설명을 이해하는데 있어 그 이해도는 각기 다를 수밖에 없다. 따라서 배심원 모두가 평의에 참가하는 분위기에서 집단적인 사고를 피하고 상호 활발한 논의를 통하여 평의를 하려면, 평의에 필요한 시간은 길어질 수밖에 없다. 현행 국민참여재판 시스템 하에서는 복잡한 사건을 평의함에 있어 시간적 제약으로 인하여 부실한 심리로 이어질 수 있다. 이에 따라 국민참여재판법에는 규정되지 않았지만 법원이 배심원에게 평의를 위한 충분한 시간을 보장하고, 아울러 평의를 이루도록 최대한 노력해야 한다고 설명해야 할 것이다.⁴⁵⁾ 나아가 즉일재판에 따른 문제점을 시정하기 위해서도 재판부의 합리적인 재판기일의 운영이 필요하다.

마. 평결의 존중

국민참여재판제도는 배심원의 평결에 대하여 권고적 효력만을 인정하고 있으며 최종적으로는 판사에 의하여 사건이 주로 결정되고 있다. 단지 권고적 효력만을 인정하므로 배심원은 사건의 해결에 대한 책임감이 감소할 수밖에 없고 복잡한 사건일수록 심리에 집중하지 못하고 적당한 평결에 이르거나 판사의 판단에 의존하려는 태도를 보일 수 있다. 따라서 배심원은 피고인의 운명을 결정한다는

43) 오기두, 앞의 논문, 134면.

44) Laurence Miller, 앞의 논문, 8면.

45) 문일환, 앞의 논문, 187면.

책임감을 가지고 올바른 평결이 도출되도록 노력하기 위해서는 매우 제한적인 범위 내에서 법관이 평결에 반하는 판결을 할 수 있도록 허용하는 등의 보완장치가 필요하다.⁴⁶⁾

또한 국민참여재판을 통한 배심원의 판단이 항소심에 의해 파기될 수 있는 현행 구조는 이 제도를 사실상 무의미하게 만드는 중요한 요인이 되고 있다. 항소심의 인정은 배심원들의 심사숙고 끝에 나온 재판의 결과이므로 사법의 민주적 정당성을 강화하고자 하는 국민참여재판의 본래 취지를 위해서도 향후 항소심에서 원심에서 한 배심원의 실제 판단의 결과에 대해서는 항소를 제한하는 방안도 필요하다고 할 것이다.⁴⁷⁾

2. 임상학적 접근을 통한 개선방안

배심원의 스트레스를 대처하도록 돕기 위한 임상학적 접근 방안은 판사, 법원 관계자 및 정신건강전문가들의 역할이 직접적으로 요구된다. 우선 법원은 재판에 참여한 모든 배심원에게 일괄적으로 배심원의 정신건강 보호와 회복을 위해서 재판 이전, 도중, 그리고 이후에 걸쳐 정신건강전문가를 제공하는 방안이 있다. 이 방안은 배심원의 정신건강 보호를 위해 가장 효과적인 것으로 보이지만, 모든 배심원에게 정신건강전문가와 상담은 비용이 많이 들고 불필요할 수도 있다.⁴⁸⁾ 따라서 배심원의 스트레스를 효과적으로 해결하기 위해서는 재판 전 개입, 재판 후 판사의 개입, 그리고 재판 후 정신건강전문가의 개입과 같은 다양한 개입을 통하여 배심원의 정신건강을 보호하고 회복시키는 방안을 제안하고자 한다.

가. 재판 이전 개입

재판 전 개입은 배심원 스트레스에 대한 일반적인 정보를 제공하고, 배심원에

46) 손영우, 앞의 논문, 96면.

47) 우리의 경우는 검사는 사실문제를 이유로 항소가 가능한 반면에 미국은 배심원이 내린 무죄판결은 최종적이며, 검사는 단지 사실 판단이 잘못되었다는 이유만으로 항소할 수 없다. 배심원들은 법률문제를 이유로 한 항소는 허용되고 있으나 흔하지는 않다. 미국의 배심제에서 배심원 평결은 상소대상이 아니며, 배심원이 무죄평결을 하게 되면 이중위헌금지과 무죄추정의 법리에 의해 검사의 항소는 금지되고 있다(손철우, 앞의 논문, 125면).

48) 달라스주 법원의 배심원에 관한 연구결과에 따르면, 일반적으로 배심원의 12.3%만이 우울증의 징후를 보이고 12명의 패널 중 한명의 배심원만이 PTSD 징후를 보이기 때문에, 모든 배심원에게 정신건강 전문가의 상담을 제공하는 것은 보다 비용효과적인 면에서 적절하지는 않으며 실용적이지 않은 것으로 보인다(Daniel W. Shuman et al., 앞의 논문, 975면).

게 스트레스 증상을 식별하도록 교육시키고 대처하는 기술을 제공하는 사전 개입이다. 즉, 재판 이전에 배심원이 재판도중 경험할 스트레스의 증상을 인식하도록 돕는 예방접종과 같은 사전 절차이며, 장래 배심원의 스트레스를 예방하고 대처하는 기술을 제공하여 스트레스의 감소를 목적으로 하는 방안이다.⁴⁹⁾

현행 국민참여재판은 이미 배심원 선정 및 재판 절차에 대하여 배심원을 교육하기 위하여 소책자 및 시청각자료의 활용과 같은 사전 오리엔테이션을 사용하고 있다. 따라서 배심원이 경험할 가능성이 있는 스트레스 요인 및 스트레스 반응에 대한 정보를 사전오리엔테이션이나 시청각자료 등에 통합함으로써 배심원의 정신건강을 보호하기 위한 재판 전 개입의 방안으로 활용할 수 있을 것이다. 따라서 법원은 사전교육을 통하여 배심원 직무수행에 따른 스트레스를 낮추는데 도움을 주는 정보를 배심원에게 제공할 수 있다. 통상 우울증상을 포함한 스트레스는 재판종료 이전에 시작되는 것으로 나타나므로, 재판 이전에 배심원에게 재판이 주는 정신건강의 부정적 효과를 최소화하는데 이용될 수 있다.

나. 재판 이후 개입: 판사에 의한 디브리핑(debriefing)

판사에 의한 디브리핑은 판사가 주도하는 재판 이후 개입으로 배심원의 스트레스를 예방하거나 해결하는데 도움을 주기 위한 방안이다. 판사는 재판이 진행되는 동안 배심원을 모니터링하고 배심원에게 영향을 주는 스트레스 요인을 기록할 수 있다. 이를 기반으로 재판 이후 판사와 배심원은 일종의 비공식적인 대화(디브리핑)를 통하여 판사는 예상되는 불면증, 악몽 등의 전형적인 스트레스 반응을 언급하고, 이와 같은 스트레스 반응은 정상이라고 배심원에게 조언할 수 있다. 판사 주도의 디브리핑은 비용이 들지 않으며 재판이후 개입으로 소송당사자의 이익에 편견을 가질 가능성 또한 없다는 이점이 있다.

판사가 주도하는 디브리핑을 시작하는 효과적인 방법은 판사가 배심원의 질문에 답변을 제공하는 것이다. 무엇보다도 재판에 참여한 배심원이 주로 알기를 원하는 것은 자신들이 의무를 올바르게 잘 이행했는지의 여부를 판사에게 확인받기를 기대한다.⁵⁰⁾ 또한 판사는 해당 사건에 대하여 상세한 내용을 알기 때문에 배심원이 궁금해 하는 특정 문제(예를 들면, 특정 증거가 재판에서 배제되는 이유)

49) Laurence Miller, 앞의 논문, 15면.

50) Feldmann & Bell, 앞의 논문, 80면.

등을 해결하는 수 있으므로, 배심원은 판사에게 자신의 감정을 보다 편안하고 용이하게 토의할 수 있고 조언을 구할 수 있다.

하지만 배심원의 정신건강에 대한 부정적 영향을 예방하기에는 한계가 있다는 비판이 있다. 판사는 통상적인 재판 도중 배심원을 적절하게 관찰할 기회나 시간을 가질 가능성이 낮으며, 판사들은 정신건강 카운슬링에 종사하도록 훈련되지 않았고, 스트레스 예방에 효과가 있는 것도 아니라는 것이다.⁵¹⁾ 실제로 아이오와주에서 재판 이후 배심원과 판사의 디브리핑을 통하여 스트레스 징후의 감소를 경험했는지를 연구한 결과, 판사에 의한 디브리핑은 배심원 스트레스에 커다란 효과는 없는 것으로 나타났다. 판사에 의한 디브리핑을 이행한 배심원의 스트레스 수준과 그렇지 않은 배심원의 스트레스 수준을 비교한 결과 통계학적으로 확연한 차이가 존재하지 않았다.⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 대부분 배심원은 해당 판사와의 대화로부터 이익을 얻었다고 답변하였고, 자신의 생각을 이해할 수 있는 사람들과 경험을 논의한 기회에 고마움을 표현하였다.⁵³⁾

따라서 판사와의 짧은 대화와 같은 단기간 개입조차도 일부 배심원이 심각한 스트레스 반응을 피하는데 도움을 줄 가능성이 있음을 알 수 있다. 특히 트라우마 사건에 대해 신뢰할만한 사람과 공유된 트라우마 경험을 논의하는 것은 배심원의 정신건강 측면에서 장래 부정적 반응을 피할 수 있다는 것이다. 아이오와주 연구에서 판사와 배심원 사이에 재판 이후의 디브리핑을 통하여 배심원은 자신들의 경험을 재판이 끝난 이후 이야기함으로써 스트레스가 완화되었다는 결론을 보여주고 있다.

따라서 판사가 주도하는 디브리핑을 통하여 배심원에게 재판 이후 질문을 허용하는 것은 중요하다.⁵⁴⁾ 판사는 재판 도중 배심원의 정신건강을 관찰하고 이를

51) Daniel W. Shuman et al., 앞의 논문, 976면.

52) Bornstein 과 그 동료들은 디브리핑을 받은 배심원과 디브리핑을 받지 못한 배심원과의 비교를 통하여 스트레스의 수준을 평가한 결과, 두 그룹간은 스트레스와 우울증에 있어서 전반적인 차이는 없었다. 배심원들은 디브리핑이 도움이 되었다고 답변하였지만 측정된 스트레스 레벨과 지수는 재판이 끝난 한 달 이후에는 디브리핑 서비스를 받았는지의 여부와는 상관없이 감소되었다. 하지만 참석자들의 73.5%는 자신의 경험에 대하여 판사와 이야기하는 것이 보통이상으로 도움이 되었다고 보고하였다. 디브리핑의 참가자 중 75.5%는 스트레스에 대처하는 방법을 배우는 것이 도움이 되었다고 응답했으며, 83.7%는 전반적인 세션이 도움이 되었다고 보고하였다(James E. Kelley, Addressing Juror Stress: A Trial Judge's Perspective, 43 Darke L. Rev. 97, 1994, 112면).

53) Stanley M. Kaplan & Carolyn Winget, Occupational Hazards of Jury Duty, 20 BULL.AM.ACAD.PSYCHIATRY & L. 325 (1992).

54) Marjorie O. Dabbs, Jury Traumatization in High Profile Criminal Trials: A Case for Crisis

기반으로 디브리핑시 장래 어떤 일이 발전될 수 있는지를 그리고 전형적인 스트레스의 반응이 정상임을 배심원에게 피드백을 하는 것은 적절하다. 이에 따라 비교적 낮은 스트레스 정도를 포함하는 재판의 배심원에게는 판사로부터 종료지침 만으로도 충분히 스트레스를 완화하는데 도움이 된다. 그러나 배심원의 스트레스 징후가 장기간 계속되거나 잔인한 사건이나 매스컴의 시선을 이끈 사건 등과 같이 높은 정도의 스트레스를 포함하는 재판이면, 판사는 배심원에게 정신건강 전문가와의 디브리핑을 해야한다고 조언해야만 한다.

다. 재판 이후 개입: 전문가에 의한 디브리핑

배심원의 스트레스를 예방하고 대처하는 방안으로 재판 이후 전문가에 의한 디브리핑은 배심원이 훈련받은 전문가인 심리학자나 정신과의사와 만나는 집단상담 세션과 유사하다. 판사는 배심원에게 전문가에 의한 디브리핑을 제공해야하는지의 여부를 결정하고 디브리핑을 위한 팀을 선택해야만 한다.⁵⁵⁾

재판 이후 전문가에 의한 디브리핑은 배심원 스트레스 관리(Graduated Jury Stress Management: GJSM) 다면적인 개입 프로그램을 활용할 수 있다.⁵⁶⁾ 배심원이 경험하는 스트레스 정도에 따라 5단계 중 개별적으로 알맞은 단계의 개입을 제공하여 배심원의 스트레스를 효과적으로 완화시킬 수 있다.

우선, 첫째 단계는 기본정보 단계로 가장 경미한 수준의 스트레스를 받는 배심원을 대상으로 한다. 배심원들은 스트레스 반응과 잠재적 대응전략에 대한 설명이 포함된 문서화된 교육을 받는다. 배심원 의무를 이행한 후 모든 배심원에게 이러한 자료를 제공할 것을 권장한다. 둘째 단계는 스트레스 관리지침 단계로 경미한 스트레스 수준을 지닌 배심원에게 적용된다. 판사는 배심원에게 배심원단의 해산(종료) 설명과 함께 기본적인 스트레스 관리 정보를 구두로 제공하도록 요구된다. 기본적으로 2단계까지는 판사에 의한 디브리핑의 방안으로도 활용될 수 있다. 셋째 단계는 긴장완화 단계로 중간 정도의 스트레스를 지닌 배심원을 대상으로 한다. 임상서비스가 필요한지의 여부를 판단하기 위해서 정신건강 전문가의 개개 배심원에게 15~20분간 질문조사를 실시하는 간단한 절차이다. 정신건

Debriefing, 16 Law & Psychol. Rev. 201(1992) 참조.

55) 여기서 판사는 배심원 이외에 디브리핑 세션에 참여할 구성원을 결정해만 한다. 한 보고서에 의하면, 판사, 법원 직원, 정신건강 전문가, 교도관이 디브리핑을 위한 팀에 참여했다(James E. Kelley, 앞의 논문, 124면).

56) Miller, 앞의 논문, 245면.

강 전문가는 정상적인 스트레스 반응을 설명하고 대처 전략을 제시하고 후속 디브리핑이 필요한지의 여부를 판단하기 위해 배심원을 평가한다. 넷째 단계는 배심원 스트레스를 위한 디브리핑 단계로 중한 스트레스의 수준을 보여주는 배심원을 대상으로 한다. 배심원 스트레스 디브리핑을 위해 일반적으로 활용되는 CISD 프로그램을 활용하여 심한 스트레스를 경험한 배심원을 대상으로 배심원이 평소 시의 삶으로 돌아갈 수 있도록 도움을 준다. 다섯째 단계는 개별 치료 단계로 극심한 스트레스 반응을 보이고/보이거나 혹은/그리고 정신이상 임상학적 징후를 보이는 배심원을 대상으로 한다. 가장 심한 스트레스 반응을 보이는 배심원은 트라우마나 일상 기능의 손상 또는 정신 병리를 경험하고, 이전의 첫째 단계부터 넷째 단계의 개입이 도움이 되지 않았다면, 정신건강 전문가에게 개별 치료를 받아야 하며 며칠 또는 몇 주에 걸쳐 지속적으로 증상 중심의 치료를 제공한다.

이상과 같이, 배심원의 스트레스를 완화하기 위해서는 시청각자료 및 교육을 통한 재판전 개입, 재판 이후 판사에 의한 디브리핑, 그리고 GJSM과 같은 개입 프로그램을 활용하는 전문가에 의한 디브리핑을 통합하여 활용할 수 있다. 재판 이전 개입은 배심원에게 스트레스에 대한 정보와 대처 메커니즘을 제공하여, 스트레스의 발병을 예방하는데 도움이 될 수 있다. 마찬가지로 스트레스 수준이 낮은 배심원에게 서면자료와 구두지침을 제공하고 판사와의 디브리핑을 이행함으로써, 판사는 배심원에게 장래 어떤 일이 발전될 수 있는지에 대한 조언과 피드백을 할 수 있다. 만일 배심원이 지나친 스트레스를 경험하거나 심각한 정신이상의 징후를 보인다고 의심되면, 판사는 전문가 개입이 가능한 디브리핑으로 연결하여 배심원 각각에게 알맞는 카운셀링을 제공하도록 한다. 이에 따라 배심원 개인의 필요에 맞게 조정된 개입을 받을 수 있도록 함으로써 스트레스를 감소시키고 직무수행에 따라 수반될 수 있는 배심원의 부정적 정신건강을 효과적으로 완화하고 대처하는데 도움이 될 것으로 보인다.

V. 나오는 말

국민참여재판은 국민이 사법절차에 직접 참여함으로써 직접민주주의 이념을 실현하고 재판의 투명성과 공정성을 제고하며, 국민의 사법에 대한 오해와 불신을 감소시키는 역할을 한다. 국민참여재판제도는 어떤 이해관계가 없는 다양한

세계관과 경험을 지닌 공정한 일반 국민이 평결을 함으로써 재판 결과의 객관적 정확성을 가져왔으며, 공정한 사법시스템에 독립적인 구성원을 포함하여 사법절차를 정당화하고 그 결정을 준수하도록 하고 사법제도의 공정성을 확보하는 중요한 기능을 하고 있다. 이와 같은 국민참여재판제도의 장점에도 불구하고 일부 배심원은 직무수행으로 인하여 스트레스를 경험하고 있다. 배심원 의무가 부정적인 건강 결과를 초래한다면 배심원 의무를 단념시키고 국민참여재판제도의 본래 목적은 약화될 것이다. 따라서 사법시스템은 이에 민감하고 적절하게 반응해야만 한다.

일반적으로 국민참여재판제도의 시행에 따라 나타나는 배심원의 정신건강상의 문제는 배심원 선정부터 단기간 배심원의 결정에 이르도록 하는 즉일재판 및 배심원의 정당한 평결에 대한 권고적 효력만을 인정하고 평결의 최종성을 인정하지 않는 태도에 기인하고 있는 것으로 보인다. 실제로 상당수 배심원이 배심원 직무수행의 결과로 스트레스를 경험하고 있다는 것을 배심원 스트레스에 대한 미국의 실증적인 연구들이 이를 뒷받침하고 있다.

따라서 국민참여재판 참여에 따른 정신건강의 부정적인 효과로부터 배심원을 보호하기 위해서는 배심원 의무에 대한 정당한 보상뿐만 아니라 배심원들이 의존하는 사법시스템을 개선해야 한다. 이에 따라 배심원의 직무수행에 따른 스트레스를 완화하기 위하여 절차적 접근과 임상학적 접근을 통하여 배심원의 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안을 제안한다.

절차적 접근방안으로는 배심원에 대한 판사의 교육 및 설명, 배심원 평의의 탄력적인 운영, 평결을 존중하는 방법 등으로 배심원의 스트레스를 완화시킬 수 있을 것이다. 이와 더불어 배심원 스트레스를 감소시키기 위한 임상학적 방안으로는 시청각자료의 활용 및 교육을 통한 재판전 개입, 재판 이후 판사에 의한 디브리핑, 그리고 GJSM과 같은 개입 프로그램을 활용하는 전문가에 의한 디브리핑을 적용할 수 있다. 이를 통하여 배심원 각자의 필요 정도에 따라 배심원에게 다양한 수준의 스트레스 개입을 제공하여 스트레스를 감소시킬 수 있을 것이 기대된다.

앞으로 국민참여재판제도의 발전을 위해서는 우리 배심제판제도에 관한 실증적 연구를 축적해나가는 동시에 이미 배심제도를 시행하고 있는 미국 등의 연구결과들을 분석해 봄으로써 제도의 본질을 해치지 않은 범위 내에서 우리나라의 실정에 부합하는 국민참여재판제도의 발전방향을 설정하는데 커다란 도움을 얻을 수 있을 것이다.

(논문투고일: 2017.05.23., 심사개시일: 2017.05.29., 게재확정일: 2017.06.19.)



▶ **성 경 속**

배심원 의무, 국민참여재판, 배심원 선정절차, 평의,
배심원 스트레스 디브리핑

【참 고 문 헌】

I. 단행본

법원행정처 사법정책실, 「2008~2013년 국민참여재판 성과 분석」, 2014

II. 논문

문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근,” 한국법학원, 저스티스 통권 제135호, 2013

손철우, “미국 형사배심제도의 도입에 관한 연구”, 외국사법연수논집 27

오기두, “배심원의 판단능력”, 한국법학원, 저스티스 통권 제96호, 2007

이동희, “국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향”, 한국형사정책학회, 형사정책, 제23권 제1호, 2011

이정배, “국민참여재판제도의 시행상황과 앞으로의 과제”, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 제26권 제4호, 2014

Daniel W. Shumman, The Health Effects of Jury Service, 18 Law & Psychol. Rev. 267, 963 (1994).

James E. Kelley, Addressing Juror Stress: A Trial Judge's Perspective, 43 Darke L. Rev. 97 (1994).

Laurence Miller, “Juror Stress: Symptoms, Syndromes, and Solutions”, International Journal of Emergency Mental Health, Vol. 10, No. 3 (2008).

Marjorie O. Dabbs, Jury Traumatization in High Profile Criminal Trials: A Case for Crisis Debriefing, 16 Law & Psychol. Rev. 201(1992).

Monica K. Miller and Brain H. Bornstein, “Juror Stress: Causes and Interventions”, 30 T. Marshall L. Rev. 237 (2004).

Stanley M. Kaplan & Carolyn Winget, The Occupational Hazards of Jury Duty, 20 Bull. Am. Acad. Psychiatry L. 325(1992)

Theodore B. Feldman & Roger A. Bell, Crisis Debriefing of a Jury After a Murder Trial, 42 Hosp. & Community Psychiatry 79 (1991).

Thomas L. Hafemeister & W. Larry Ventis, What Burden Have We Placed Our Juries?, 3 St. Ct. J., Fall (1992).

Victiria Slind-Flor, Counties Begin to Help Jurors Cope Afterward; In Grisly Trials, NAT'L L. J., Jan. 20 (1992).

Abstract

Recommendations for addressing the effects of stress related jury duty

Seong, Kyung Suk

The jury trials may enhance the objective accuracy of the judicial system, legitimate the trial process, and inform their perceptions of the fairness of the judicial system. Jurors may benefit from jury service through a sense of empowerment by participating in the decision making process.

Despite the potential benefits of jury service, numerous studies suggest that jury service may have an adverse effect on juror health and juror may feel stress as a result of jury duty. In the course of their duties, jurors experience stress from being removed from their families and jobs, from being shown especially graphic evidence, or from the trial process itself.

There are reports suggesting that jurors may experience psychophysical symptoms and overt illness as a result of jury duty. Many jurors experience stresses that range from mild to severe. Their stresses are mainly associated with the judicial process of jury selection and jury deliberation or the content and conduct of the trial itself.

Often as a result of witnessing the negative health effects jurors experienced during or after trial, some judges have sought interventions to help jurors cope and have designed a variety of measures to alleviate this potential stress. Because jurors serve such an important function in our justice system, it is important that measures be taken to protect them

from serious harm due to the stresses of jury duty.

Recommendations for making the juror system less stressful and more humane can be divided into procedural measures and clinical approaches. In court procedural measures, these issues related to changing the courtroom setting and the conditions of jury service such as facilitating the jury selection process. In clinical measures, we suggest a two-phase intervention that includes a pre-trial video that prepares jurors for the stresses they may experience and a variety of post-trial interventions like juror stress debriefing by the trial judge or professionals tailored to the needs of each individual juror.



▶ **Seong, Kyung Suk**

Jury Duty, Jury Trial, Jury Selection Process, Jury Deliberation, Juror Stress Debriefing

「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」을 다시 논함

이진기*

【목 차】

I. 글을 시작하며

II. 부동산명의신탁과 「실명법」

1. 명의신탁의 개념
2. 명의신탁이론의 전개

III. 명의신탁의 법적 성질

1. 법적 성질의 의의와 가치
2. 명의신탁과 등기원인
3. 명의신탁의 유형
4. 개별 명의신탁유형의 법적 성질

IV. 부동산명의신탁의 구체적 모습과 법률효과

1. 등기명의신탁
2. 계약명의신탁(계약형)

V. 명의신탁의 관련문제

VI. 결론에 관하여

【국 문 요 약】

「실명법」의 의의에 관한 논의는 오래묵은 담론이다. 그런데 법률제도와 법이론의 도입을 위하여는 그에 상응하는 효용(Utilität)이 존재하여야 한다. 그러나 명의신탁 약정과 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권을 무효로 하는 「실명법」 제 4조 1항과 2항에서 그러한 이익을 확인하기 어렵다. 왜냐하면 이 조항이 없다고 하여도 어차피 소유권이전등기는 무효이기 때문이다. 「실명법」은 제1조의 목적을 지나치게 의식하여 서로 함께할 수 없는 부동산거래행위들의 성질과 구조를 탐구함이 없이 등기된 결과 또는 현상만을 증시하여 “명의신탁”의 이름 아래 함께 묶은, “법이론을 도외시하고 목적을 앞세운” 입법으로 평가할 수 있다.¹⁾ 그러나 「실명법」이

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 또한 목영준, 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력, 인권과 정의 261 (1998) 90-111, 91 이하. “이 법의 충격적인 규정에도 불구하고 그 대상이 되는 법률관계가 무엇인지, 그 법률관계의 효력이 무엇인지, 그에 따른 법률효과가 어떤 것인지에 관하여 명확한 해석을 내리기 어려운 부분이 많다.” 나아가 목적부동산은 수탁자의 소유로 보아야 한다고 주장하면서 줄속입법일 수도 있다는 비판에도 불구하고 「실명법」의 도입을 우리의 법현실에서 당위적인 요청으로 인식한 윤철홍, ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점, 법학논총 9

규율대상으로 삼은 명의신탁유형들은 서로 본질을 달리한다. 이는 또한 명의신탁과 다른 법률제도의 구별이 곤란하게 되는 원인이 되기도 한다.

「실명법」 제4조는 지극히 당연한 내용을 입법한 규정에 지나지 않는다. 다만 이는 제한적으로 제한물권설정행위와 같이 원인행위를 전제하지 않는 무인적 물권행위를 무효로 만든다는 측면에서 긍정적인 가치를 가질 수 있다. 그러나 채권의 존재를 성립요건으로 하는 담보물권은 채권발생의 원인이 되는 실체적 거래관계가 없이 명의신탁을 원인으로 설정된 담보물권은 무효가 된다.

결론적으로 「실명법」의 존재의의는 제한적으로 제4조 1항과 2항의 무효로 제3자에게 대항할 수 없다고 규정한 3항과 배우자와 중증단체에 대한 특례를 내용으로 하는 제8조에서 발견된다.

I. 글을 시작하며

1995년 3월 30일 제정되어 1995년 7월 1일 시행된 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」²⁾은 부동산물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하도록 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하여 불로소득을 발붙이지 못하게 하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하여 재정경제원의 주도로 제정·시행된 목적법률이다.³⁾ 그런데 「실명법」은 부동산거래의 실체적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 함으로써 건전한 부동산거래질서의 확립을 목적으로 하여 1990년 제정된 「부동산등기 특별조치법」⁴⁾과 실제 동일한 목적을 위한 중복입법으로서, 이들은 모두 실제 권리관계와 등기된 권리관계의 일치를 공동의 목표로 한다. 다만 「실명법」은 투기목적의 신탁만을 금지하는 「등기특별법」에서 투기목적 여부의 구별이 쉽지 않아 처벌규정의 적용

(1996) 137-178, 177 이하 비교.

2) 이 글에서 민법은 법률의 이름없이, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」은 「실명법」으로, 「부동산등기법」은 「등기법」, 그리고 「부동산등기 특별조치법」은 「등기특별법」으로 줄여 사용한다.

3) 자세한 내용은 주로 재정경제원, 부동산실명법 해설-실무사례 문답수록-, 1999; 윤철홍, 법학논총 9 (1996) 137-178 참조.

4) 이 법률에 대한 비판과 함께 개관으로 특히 양창수, 부동산등기특별조치법안의 문제점: 민법산고, 1998, 101-110 참조. 또한 근본적인 등기제도의 개혁이 없이 항구적인 부동산실명제의 정착이 불가능하다고 지적하고 자유주의적 민법규정의 남용을 공법으로 규제하여야 한다는 주장으로 김상용, 민법과 민사특별법의 관계, 민사법학 18 (2000) 86-131, 특히 92-95와 101 이하.

이 곤란하고 명의신탁자의 재산권을 그대로 인정함으로써 그 실효성이 크지 않았음을 그 제정동기로 한다.⁵⁾ 이는 명의신탁약정을 기초로 하여 이루어진 등기는 의무는 없고 권리만 있는 기형의 부동산 등기형태⁶⁾이고 이를 근거로 부동산 실 소유자들이 부동산에 관련된 각종 의무를 회피하면서 부동산에 관한 권리는 행사한다는 부정적 가치판단을 입법기초로 한다. 따라서 「등기특별법」은 과세자료를 확보하기 위한 실체적 권리관계에 맞는 등기를 강제하고 그 위반행위를 형사처벌하는 一般法의 성질을 가지는 반면,⁷⁾ 「실명법」은 전체 위반행위 중에서 오직 명의신탁의 금지와 처벌을 규율하는 特別法으로서 의미를 가진다.⁸⁾ 「실명법」은 그 때까지의 대법원판례의 이론을 집약한 결과물이라고 하여도 지나친 말이 아니다.

어느 누구도 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 이름으로 등기하여서는 아니된다(「실명법」 제3조 1항). 이를 위반하여 제186조에 따른 부동산물권의 득실변경등기가 형식적으로 이루어진 경우, 물권변동을 목적으로 하는 약정(명의신탁약정)과 그 약정에 따라 이루어진 등기는 無效이다(「실명법」 제4조 1항, 2항). 이때 등기는 실체적 권리관계와 합치하지 않기 때문이다. 등기를 무효화하는 「실명법」 제4조 2항은 그 체계와 내용에서 명의신탁약정을 무효로 하는 제4조 1항을 당연히 전제한다고 새겨야 한다.

헌법재판소는 명의신탁의 효력에 관한 「실명법」 제4조의 규정은 헌법 제37조 2항의 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 조항으로서 헌법 제119조 제1항의 자본주의적 시장경제질서와 제10조의 행복추구권에 내재된 사적자치의 원칙과 재산권보장의 원칙의 본질을 침해한다고 볼 수 없고, 명의신탁의 사법적 효력을 부인하는 입법목적은 달성하기 위하여 명의신탁약정의 사법적 효력을 부인하는 것이 수단으로 적절하고 현재 상태에서는 명의신탁의 효력을 부인하는 방법이

5) 부동산실명법 해설, 3 이하. 이밖에 재정경제원은 「실명법」이 명의신탁을 불법화하여 물권변동의 형식주의와 일물일권주의에 반하는 관행을 시정하여 법질서의 왜곡을 바로잡고 부동산등기 제도를 보완하는 목시적 목적도 가지고 있다고 해설하고(부동산실명법 해설, 6 이하), 편법거래의 소멸, 납세의무의 확보, 실효성 있는 부동산관련제도의 집행과 부동산가격 안정, 그리고 산업 경쟁력 강화를 「실명법」 실시의 성과로 들지만(부동산실명법 해설, 14 이하), 과연 그러한지는 의문이다.

6) 부동산실명법 해설, 3.

7) 특히 「등기특별법」 제6조(등기원인 허위기재 등의 금지) 「제2조의 규정에 의하여 소유권이전등기를 신청하여야 할 자는 그 등기를 신청함에 있어서 등기신청서에 등기원인을 허위로 기재하여 신청하거나 소유권이전등기외의 등기를 신청하여서는 아니된다」 한편 제2조 5항은 직접 일정한 사람에게 소유권보존등기의무를 지우는 법률규정이다.

8) 「실명법」의 제정경과에 관하여 특히 윤철홍, 법학논총 9 (1996) 143-145 참조.

불가피하며, 「실명법」으로 달성되는 공익에 비하여 제한받는 기본권의 정도가 과하지 않아 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반하지 않는다고 판시한다.⁹⁾

그 동안 「실명법」에 관하여 연구성과와 대법원판결이 적지 않게 축적되었다. 그러나 「실명법」을 제정할 때부터 그 제정취지와 법이론의 측면에서 끊임없이 문제가 제기되었다.¹⁰⁾ 그럼에도 그 동안 「실명법」에 관한 논의는 대부분 이 법률의 존재를 정당하게 여기고 이 법률이 규율대상으로 하는 명의신탁유형에 관한 법률 문제의 해결에 기울어진 경향이 현저하다. 그리고 정작 이 법률에 담긴 명의신탁 유형의 진정으로 명의신탁에 해당하는지의 여부와 이를 해명하기 위한 명의신탁 약정의 법적 성질에 관한 검토가 여지까지 제대로 이루어지지 않았다는 인상이 짙다. 그러나 「실명법」의 제정·시행일로부터 20 여년이 경과한 지금 「실명법」의 입법태도와 내용을 전면적·비판적으로 재조명할 시기가 도래하였으며, 이 글은 그 기초연구로서 역할을 하기 위함이다.

II. 부동산명의신탁과 「실명법」

1. 명의신탁의 개념

명의신탁은 내부관계에서 신탁자가 부동산소유권과 그밖의 물권¹¹⁾을 보유하고 이를 관리·수익하면서 단지 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여 두는 것으로서 그 명의신탁의 내부관계는 신탁자와 수탁자 사이에 체결된 일종의 신탁체결, 즉 명의신탁약정으로 성립한다.¹²⁾ 명의신탁에서 “信託”은 등기를 요건으로 하여 물권변동이 일어나는 신탁¹³⁾의 外觀을 뜻하며, “名義”는 실질에서 그 원인이 되는 거래관계가 없어 물권자로 등기된 사람의 명의만을 빌리는 것을 가르키는 표현이다. 그 결과 명의신탁은 흔히 명의신탁자와 명의수탁자의 합의로 신탁자가 부동

9) 현재결 2001.5.31., 99헌가18 등.

10) 예를 들면 윤철홍, 법학논총 9 (1996) 148 이하; 목영준, 인권과 정의 261 (1998) 111; 특히 법이론에서 접근한 지적으로 양창수, 민법연구 5, 76 등.

11) 다음에서 설명의 편의를 위하여 “소유권”으로 줄인다.

12) 대판 1987.5.12., 86다카2653.

13) 「신탁법」 제2조 “신탁”이란 신탁을 설정하는 자(이하 “위탁자”라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 “수탁자”라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작권, 산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다.

산을 대내적으로 소유하면서 대외적으로는 수탁자가 보유하는 관계로 정의된다. 그리고 「실명법」이 규율대상으로 하는 부동산명의신탁은 물건변동효를 가지는 처분등기를 요건으로 한다.

명의신탁도 그 외관의 형식에서는 신탁이므로 신탁의 법리에 따라 설명할 수 밖에 없고, 대법원도 명의신탁이 민법의 신탁이라는 기본관념에서 출발한다.¹⁴⁾ 다만 계약, 유언 또는 일방적 선언으로 설정이 가능한 신탁과 달리¹⁵⁾ 명의신탁은 언제나 신탁자와 수탁자의 계약으로 성립하고 신탁자의 단독행위는 그 성립사유가 되지 아니한다. 또한 「가등기담보 등에 관한 법률」에 따른 소유권이전등기, 이른바 구분소유적 공유관계의 등기와 「신탁법」 또는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁재산의 등기는 법률 또는 등기실무가 허용하는 적법한 등기이므로 「실명법」의 적용을 받지 않는다(제2조 1호). 그리고 적법한 매매계약이 체결되어 있는 이상 단순한 명의신탁으로 등기를 경유한다는 것은 극히 이례적이라고 보아야 한다.¹⁶⁾

한편 명의신탁이 민법의 신탁의 기본형¹⁷⁾이라는 주장 또는 명의신탁약정은 결국 신탁자가 통상의 경우보다 강력한 채권법적 지위에 서는 신탁행위라는 주장¹⁸⁾이 있으나, 이는 그에 대한 증거가 부족하여 받아들이기 어렵다. 아울러 명의신탁이 신탁을 유용한 제도라는 사실은 오히려 이들을 부정하는 단서가 된다.

2. 명의신탁이론의 전개

(1) 「실명법」 제정 이전의 명의신탁에 관한 판례이론

명의신탁은 본래 법률의 근거없이 판례의 축적으로 정립된 법률제도이다. 판례의 명의신탁법리를 정리하면:

“명의신탁약정은 유효하다. 따라서 명의수탁자가 그의 이름으로 등기를 마친 때에는 그는 목적부동산에 관한 소유권을 취득한다.¹⁹⁾ 수탁자

14) 대판 1963.9.19., 63다388.

15) 「신탁법」 제3조 1항.

16) 대판 2000.6.9., 99다37009.

17) 대표적으로 이영준, 물건법, 2004, 142 (이영준, 민법총칙, 2005, 196과 연결하여).

18) 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권, 1999, 73-134, 86. 그러나 이는 다시 소유권의 관계적 귀속과 어울리지 않게 된다.

19) 대판 1963.9.19., 63다388.

는 소유자로서 소유권에 근거하는 권리를 행사한다. 수탁자를 소유자로 취급하는 것은 선의의 제3자를 보호하기 위함이고 모든 제3자에 대한 관계에서 수탁자만을 소유자로 확정하지는 않는다.²⁰⁾ 그리고 명의신탁자는 명의신탁관계가 존속하는 동안 명의수탁자 명의로 이루어진 등기의 효력을 다투거나 소유권을 주장하지 못한다. 다만 신탁자는 언제든지 신탁에 관한 채권계약에 기하여 수탁자에 대한 관계에 있어서는 등기 없이 그 부동산에 대한 그의 실질적인 소유권으로 대항할 수 있다.²¹⁾ 이때 신탁자는 그 소유권회복을 위한 이전등기청구권만이 있을 따름이고 그 소유권이 당연히 신탁자에게 귀속되지 않는다.²²⁾

로 압축된다.

그간 명의신탁의 효력을 두고 논의가 많았으나, 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 판례이론을 법률화한 「실명법」이 명의신탁관계의 기본법으로 자리잡음에 따라 이제는 명의신탁관계의 법률문제를 「실명법」의 직접적용 또는 유추적용의 방법으로 해결하여야 한다. 이처럼 「실명법」의 시행으로 종전의 판례이론은 그 가치를 대부분 잃었으므로 설명을 줄인다.

(2) 「실명법」의 명의신탁

명의신탁약정과 등기의 무효와 함께 제3자보호를 내용으로 하는 「실명법」 제3조와 제4조가 명문화된 지금은 구태여 판례이론을 좇을 필요가 없이 「실명법」만으로 명의신탁의 법률문제에 대처하기에 충분하다. 여기에서 명의신탁약정에 의한 부동산물권의 변동은 제3자와의 관계에서 유효한 물권변동행위로 의제된다. 이는 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하기 위하여 명의신탁을 제재하는 반사효라고 할 것이다.

대법원판결을 계승한 「실명법」 제2조 1호는 명의신탁약정을 「부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권(이하 "부동산에 관한 물권"이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자[이하 "실권리자"라 한다]가 타인과

20) 대판 1977.8.23., 77다246.

21) 대판 1972.11.28., 72다1789.

22) 대판 1970.5.12., 70다370; 대판 1982.8.24., 82다카416.

의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다. 이하 같다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정[위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인(추인)에 의한 경우를 포함한다]을 말한다.」고 정의한다. 명의신탁약정에 따라 등기를 마친 경우, 타인의 명의로 등기하게 한 자가 명의신탁자 또는 실권리자이고 자신의 명의로 등기하는 자가 명의수탁자이다(「실명법」 제2조 2호, 3호). 명의신탁약정은 위임·위탁매매와 결합될 수 있고 이미 타인의 명의로 등기가 이루어진 때에는 추인으로 성립할 수 있다²³⁾.

명의신탁의 대상은 비단 부동산으로 제한되지 않고 공부에 의하여 소유관계가 표시되는 재산권을 망라한다. 그러므로 선박,²⁴⁾ 자동차,²⁵⁾ 중기와 기계는 물론 조세회피의 목적이 포함되어 있지 않은 경우 주식,²⁶⁾ 예금주명의,²⁷⁾ 심지어 어업권²⁸⁾과 유선방송사업허가²⁹⁾도 명의신탁의 대상이 될 수 있다. 일반적으로 부동산의 소유자명의만을 다른 사람에게 명의신탁한 경우 등기권리증과 같은 권리관계를 증명하는 서류는 실질소유자인 명의신탁자가 소지하는 것이 상례이므로 명의신탁자라고 주장하는 사람이 이러한 권리관계서류를 소지하는 사실은 명의신탁을 뒷받침하는 유력한 자료이다.³⁰⁾ 그러나 권리관계가 공부로 공시되지 않는 동산에는 명의신탁이 성립하지 않고 오직 선의취득이 문제될 뿐이다.³¹⁾

그리고 명의신탁등기의 무효를 규정하는 「실명법」 제4조 2항은 부동산실명법의 私法規定 중에서 핵심내용을 담은 규정이라는 평가³²⁾를 받는다. 그러나 이는 단속규정이며 효력규정은 되지 아니한다.

23) 대판 2010.2.11., 2008다16899.

24) 대판 1966.12.20., 66다1554.

25) 대판 1973.5.22., 72다2572와 대판 2011.3.10, 2010다78568(명의신탁과 위임이 혼합된 지임계약); 대판 1992.5.26., 92도664; 대판 1996.6.25., 96다12009.

26) 대판 1983.8.23., 83누42; 대판 1993.11.23., 93누3974; 대판 1994.9.27., 92누19538; 대판 1997.12.12., 95다49646; 특히 대판 1999.7.23., 99두2192와 대판 2004.12.23., 2003두13649 등.

27) 대판 1988.12.27., 88누10060; 대판 2001.1.5., 2000다49091.

28) 대판 2000.9.8., 99다26924.

29) 대판 2002.6.14., 99다61378.

30) 대판 1990.4.24., 89다카14530.

31) 대판 1994.10.11., 94다16175.

32) 대표적으로 양창수, 민법연구 5, 1999, 135.

III. 명의신탁의 법적 성질

1. 법적 성질의 의의와 가치

(1) 명의신탁약정과 물권변동등기

1) 「실명법」의 태도

명의신탁은 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산물권의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 관계이다.³³⁾ 「실명법」은 명의신탁을 직접 정의하지 않고 단지 名義信託約定만을 정의할 뿐이다. 그러나 「실명법」은 명의신탁약정이 되기 위한 최소한의 표지를 제시함에 그치고³⁴⁾ 그 법적 성질을 명확히 하지 않는다. 그럼에도 명의신탁약정의 법적 성질은 「실명법」이 규정하는 명의신탁의 이해를 위하여 반드시 해명되어야 할 선결과제이다.

그런데 명의신탁약정만을 체결한 상태에서는 그 당사자들을 명의신탁자와 명의수탁자로 부를 수 없다. 명의신탁은 부동산물권의 이전을 요건으로 하여 성립하므로 신탁자와 수탁자는 물권변동등기를 마친 단계를 염두에 둔 법률개념이어야 하기 때문이다.³⁵⁾ 다시 말하여 신탁계약약정이 있더라도 등기가 없으면 명의신탁관계가 성립하지 않는다.³⁶⁾ 다만 이글에서는 [명의]신탁자와 [명의]수탁자라는 개념을 엄격하게 나누지 않고 오로지 서술의 편의를 위하여 명의신탁약정을 체결한 단계에서부터 일괄하여 사용하며, 「실명법」도 비슷한 태도로 여겨진다.³⁷⁾

2) 명의신탁의 성립요건

a) 명의신탁약정: 명의신탁약정은 적법한 원인없이 부동산소유권 또는 부동산

33) 대판 1972.11.28., 72다1789.

34) 같은 뜻에서 양창수, 민법연구 5, 86은 명의신탁약정이라고 할 수 있는 최소한의 징표만을 파악하는 것으로 족하다고 하면서도 그 징표를 구성하는 약정내용의 법적 의미 자체가 법문에 남김없이 드러나 있지 않다고 하여 법률이 피할 수 없는 한계를 함축적으로 설명하는 것으로 보인다.

35) 이와 달리 「실명법」이 명의신탁약정의 당사자를 신탁자와 수탁자로 부른다는 설명으로 양창수, 민법연구 5, 87 이하 참조.

36) 예컨대 소유권이전등기가 없을 경우 명의신탁관계의 성립을 부정한 대판 2007.12.27., 2007도 6650; 또한 이영준, 물권법, 147.

37) 예컨대 「실명법」 제2조 2호(명의신탁자=「자신의 부동산에 관한 등기를 타인의 명의로 -'등기한'이 아니라' 등기하게 하는 실권리자」)와 3호(명의수탁자=「실권리자의 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 -'등기한'이 아니라' 등기하는 자」)와 달리 3호는 「명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기된 부동산에 관한 물권」으로 정의하나, 그다지 엄격하지는 않다.

물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 대한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(物權合意)이다(「실명법」 제2조 1호). 명의신탁은 명시적 또는 묵시적으로 약정될 수 있다.

그러나 명의신탁약정은 그 자체로는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 단정할 수 없다. 「실명법」도 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권 변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계를 근거로 등기회복 등의 권리를 행사하는 것을 금지하지 않으므로 타인 명의의 등기를 마쳤다는 이유만으로 명의수탁자 명의로 등기하는 행위가 불법원인급여에는 해당하지 아니한다.³⁸⁾

b) 부동산소유권이전등기: 신탁에서 등기는 물권변동효와 신탁사실의 공시의 이중기능을 수행한다. 명의신탁등기는 명의신탁자와 명의수탁자 사이 또는 제3자와 명의수탁자 사이에서 명의신탁약정을 이행하기 위한 행위이다. 그러나 이미 명의수탁자 앞으로 등기된 때에는 명의신탁관계가 추인만으로 성립하므로 반드시 명의수탁자 앞으로 새로운 소유권이전등기가 행하여질 필요는 없다.³⁹⁾ 그러므로 부동산소유자가 그 소유의 부동산 전부 또는 일부에 관하여 제3자(명의신탁자)를 위하여 대외적으로만 보유하기로 약정하거나,⁴⁰⁾ 명의수탁자가 명의신탁자와 특정 부동산에 관한 명의신탁관계를 종료하고 같은 부동산에 관하여 제3자와 새로운 명의신탁약정을 한 때에는⁴¹⁾ 별도의 등기없이 명의신탁관계가 성립할 수 있다. 그러나 명의신탁에서 신탁사실의 공시라는 등기의 기능은 사장된다.

(2) ‘법적 성질’의 위치와 역할

법률문헌의 서술방식은 통상 법률제도의 정의, 법적 성질, 법률요건과 법률효과 등의 순서로 구성된다. 흔히 법률제도의 앞머리에 두는 法的 性質(Rechtsnatur 또는 rechtliche Natur⁴²⁾)은 특정 법률제도의 의미·내용을 확정하여 이를 법적으로

38) 대판 2003.11.27., 2003다41722.

39) 대판 2010.2.11., 2008다16899.

40) 대판 2009.11.26., 2009도5547.

41) 대판 2010.3.11., 2009두18622.

42) Hist.Wb.Philos. 6 (1984) s.v. Natur (F.P.Hager): “fundamental, nämlich einerseits die Bedeutung <Beschaffenheit, Wesen> und andererseits die Bedeutung <Werden, Wachstum, Wuchs>.” 또한 성질은 그 성질과 관계를 정리하는 기능개념 또는 다른 법률제도와 맺어지는 있을 수 있는 관계의 총체를 말하는 存在 또는 本性(Wesen, essentia 또는 substantia, 이에 관하여 Hist.Wb.Philos. 12

로 규율하고 그에 상응하는 법률효과를 판단하기 위한 기초이다. 법적 성질은 또한 법률제도가 처음부터 가지는 고유한 특성으로서, 특정 법률제도를 종류와 내용에서 다른 법률제도와 구별하는 기준이 된다.⁴³⁾ 법률관계, 특리 권리와 의무의 발생, 변경과 소멸 등 법률효과는 그 원인이 되는 법률요건이 충족될 때에 발생하는 결과이다.⁴⁴⁾ 그런데 법률요건이 다를 때에는 실령 법률효과가 동일하더라도 그 근거가 되는 법률제도는 서로 같지 않다. 이 때문에 법적 성질은 특정 법률제도를 법적으로 규율하는 방식(wie es rechtlich einzuordnen ist)을 결정하는 논리적 기초라고 하여도 잘못이 아니다. 이러한 측면에서 법적 성질은 “같은 것을 같게, 그리고 다른 것을 다르게” 특징짓는 출발점이 된다. 이를 명의신탁에 옮기면, 명의신탁과 명의신탁약정의 성질을 확정하는 작업이 명의신탁에 관한 법리를 정립하고 이를 규율하기 위한 선행과제이다.

그런데 「실명법」은 물론 그밖의 법률제도에 관한 서술과 달리- 관련문헌들도 명의신탁의 법적 성질을 뚜렷이 언급하지 않고 적당히 넘어가는 경향이 뚜렷하다. 이와 같이 특이한 현상은 한편으로는 「실명법」이 법이론을 버려두고 일반개념으로 명의신탁으로 두고 이를 全面不法化한 일종의 목적입법이라는 사실을 반영하고, 다른 한편으로는 관련문헌들도 「실명법」에 대한 의심이 없이 법이론적 접근이 아니라 주어진 「실명법」의 해석과 적용에만 집중한 결과로 추측된다.⁴⁵⁾ 그러나 법학의 세계에서는 논리적 정의가 소중한 가치를 가지며, 이를 위하여 분석적인 실체의 이해가 절실하다.

2. 명의신탁과 등기원인

명의신탁은 등기를 요건으로 성립하므로, 명의신탁등기도 등기원인을 구비하여야 한다. 그런데 여기에서 등기원인이 무엇인지 분명하지 않다. 등기원인은 흔히 등기하는 것을 정당화하는 실체법(법률)의 원인, 즉 권원으로서 원인행위가 되는 채권행위 또는 그밖의 법률사실로 정의된다.⁴⁶⁾ 「등기법」상 등기원인의 의미·내용

(2004) s.v. Wesen [H.Frank/W.Stegmaier] 참조)의 의미로 사용되기도 한다.

43) 비교. 이회승, 국어대사전, 제3판, 1994 [성질]: “사물이 본시부터 가지고 있는 고유한 특성. 이에 의하여 다른 사물과 구별됨”; 국립국어원 표준국어대사전 [성질]: “사물이나 현상이 가지고 있는 고유의 특성.” 등.

44) 대판 2017.3.9., 2016다256968, 256975.

45) 비교. 같은 취지에서 단지 양창수, 민법연구 5, 80 이하는 제한적으로 소유권이전의 원인을 해명하는 것이 등기명의신탁의 법리, 나아가서는 「실명법」의 규율구조를 이해하는 불가결의 전제라고 서술한다.

과 관련하여 명의신탁의 등기원인을 본다.

「등기법」 제48조의 의미에서 등기원인을 증명하는 정보(등기원인정보)는 권리 변동의 원인이 되는 매매계약서, 근저당권설정계약서, 해지증서 등의 법률행위의 성립을 증명하는 서면 또는 수용에 있어서 협의성립확인서 또는 재결서, 판결에 의한 등기신청의 경우 판결정본, 상속등기에서 가족관계등록정보, 토지표시의 변경등기를 신청함에 있어서 토지대장정보 등의 법률사실의 성립을 증명하는 서면을 말한다.⁴⁷⁾ 등기원인증서는 그 내용으로 보아 특정부동산에 관하여 어떠한 등기가 되었는지를 분명히 알 수 있는 것이어야 한다. 현행 「등기법」에서 등기원인 증명정보는 단순히 등기원인에 관한 진정성을 확보하기 위한 보고적 정보에 지나지 않는다.

등기원인은 등기를 하는 것 자체에 관한 합의가 아니라 등기함으로써 일어나게 될 권리변동의 원인행위나 그의 무효, 취소, 해제 등을 가리킨다.⁴⁸⁾ 그런데 구체적으로 무엇이 등기를 정당화하는 원인인지는 물권행위의 유·무인성의 인정 여부에 따라서 결론이 달라질 수 있다고 한다.⁴⁹⁾

그러나 이는 등기원인을 단편적으로 관찰한 결과로서 언제나 옳은 것은 아니다. 또한 물권행위의 유·무인성은 등기원인을 설명하는 열쇠가 되기 어렵다. 제한물권 설정행위 등은 그 성질상 원인행위가 있을 수 없는 無因行爲이므로 애당초 등기원인이 될 수 없는 원인[채권]행위를 만날 수 없기 때문이다. 같은 이유에서 원인행위가 없는 제한물권을 설정하는 경우, 실질의 목적이 없이 이루어진 용익물권의 등기 또는 채권의 존재와 같이 성립요건이 충족되지 않은 저당권등기는 당연히 무효라고 하여야 한다. 이러한 측면에서 「실명법」에서 대개 사용하는 등기원인은 「등기법」의 등기원인과 구별되는 기술적·기능적 개념이라고 할 수 있다.

마지막으로 판례와 민법문헌이 말하는 등기원인을 원인이 되는 채권행위 또는 법률사실이라고 하여도 잘못이 아니다. 무엇보다 「등기특별법」은 특히 제2조부터 제6조에서 원인행위가 되는 채권행위를 登記原因으로 한다: “부동산의 소유권이

46) 대판 19992.26, 98다50999; 박윤직, 물권법, 1999, [27] (105 이하). 비교, 홍성재, 물권법, 212 이하는 실체법상 등기원인과 절차법상 등기원인으로 구별하나, 이른바 유인성설을 따르는 대법원판례에서 그 실익은 의문이다.

47) 이민주, 부동산등기법, 2012, 359 이하; 유석주, 부동산등기법, 제5판, 2011, 293.

48) 박윤직, 물권법, [27] (105 이하).

49) 박윤직, 물권법, [27] (105 이하). 이제는 박윤직/김재형, 물권법, 114 이하.

전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는”(제2조 1항), “계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는”(제3조 1항), “부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 ... 계약을 체결한 자는”(제4조 1항), “등기원인에 대하여”(제5조), “[소유권이전]등기신청서에 등기원인을 허위로 기재하여”(제6조) 등. 그럼에도 「등기특별법」은 「등기법」 제3조에 규정된 등기할 수 있는 권리 모두를 대상으로 하는 법률이 아니라 실체적 권리관계에 부합하는 “소유권이전등기”를 꼭 집어 제한적으로 규율하는 목적입법임을 잊지 않아야 하며, 이 설명은 대부분 「실명법」에도 옳을 것이다. 그럼에도 불구하고 명의신탁약정과 -등기를 무효로 하는 「실명법」 제4조로 말미암아 명의신탁에서 등기원인이 중요한 기능을 하지는 않는다.

3. 명의신탁의 유형

「실명법」 제2조 1호는 등기명의신탁을 부동산에 관한 소유권이나 그밖의 물권을 (1) 보유하는 경우, (2) 사실상 취득한 경우, 또는 (3) 취득하려고 하는 경우로 분류하며,⁵⁰⁾ 이를 순서대로 흔히 2자간 등기명의신탁(2자형), 3자간 등기명의신탁(3자형)과 계약명의신탁(계약형)으로 부른다.⁵¹⁾ 등기명의신탁은 명의수탁자의 명의만을 빌려 등기하는 제도이나, 계약명의신탁은 명의수탁자가 매매 등 원인행위의 당사자 또는 경매의 매수인이 되어 그러한 지위에서 그의 명의로 소유권이전등기를 마친다⁵²⁾는 점에서 서로 차별화된다. 하지만 3자형과 계약형은 명의신탁자 명의의 등기가 전혀 이루어지지 않는다는 외관과 신탁자가 소유권을 취득한 사실이 없다는 실질에서 차이가 없다. 다만 3자형과 계약형의 구별은 계약당사자의 확정문제로 귀결된다.⁵³⁾ 계약명의자가 명의수탁자로 되어 있다고 하더라도 명의신탁자를 계약당사자로 볼 수 있을 때에는 이를 3자형으로 보아야 한다.⁵⁴⁾

50) 양창수, 민법연구 5, 76은 등기명의신탁과 계약명의신탁의 구분과 명의신탁약정과 이에 기한 소유권이전등기 또는 소유권변동을 나누어 규율한 것은 그의 생각이 「실명법」에 반영·관철된 결과라고 설명한다.

51) 이밖에 명의신탁을 허용되는 명의신탁과 탈법·탈세 또는 투기를 목적으로 하는 금지되는 명의신탁으로 구별하는 홍성재, 물권법 248 이하, 특히 252 참조. 그러나 금지되는 명의신탁은 「실명법」이 없다고 하더라도 어차피 제103조의 적용대상이므로 이러한 분류가 불가결하지 않을 것이다.

52) 대판 2008.11.27., 2008다62687.

53) 대결 2013.10.7., 2013스133.

54) 대판 2010.10.28., 2010다52799.

4. 개별 명의신탁유형의 법적 성질

(1) 2자간 등기명의신탁의 법적 성질

2자형은 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정과 소유권이전등기로 성립한다. 그런데 여기에서 명의신탁약정의 법적 성질이 문제된다.

명의신탁약정을 채권행위로 이해할 때에는, 이를 허위표시의 일종 또는 가장행위로 무효로 볼 수 있을 것이다.⁵⁵⁾ 반면에 명의신탁약정을 유효라고 하는 주장도 얼마든지 가능하다. 그러나 여기에 별도의 무게를 둘 필요까지는 없다. 왜냐하면 어느 경우에도 물권합의가 무효이며 명의신탁이 등기원인이 없는 행위라는 사실에는 아무런 변함이 없기 때문이다. 왜냐하면 물권합의에서 진정한 소유권이전의사를 확인할 수 없기 때문이다.

그리고 비록 자세한 언급은 없으나, 신탁자가 이미 소유권을 가진 때에는 별개의 채권계약이 체결되지 않고 요구되지 않는다는 설명⁵⁶⁾도 같은 의미로 보인다. 다만 이렇게 새길 때에 명의신탁약정은 소유권이전을 목적으로 하는 물권합의의 성질을 지니게 된다. 그렇지만, 앞에서 설명한 내용과 같이, 판례와 다수설에 따르면 이러한 물권합의는 그 원인되는 사실, 즉 채권행위가 없어 -유인성원칙이 지배하는 현행민법 아래에서- 법률상 효력을 가질 수 없다. 또한 신탁자도 진정으로 소유권이전을 이전할 의사를 가지지 아니하며, 그렇지 않다면 소유권을 내부적 소유권과 외부적 소유권으로 판가름하는 논의는 공허한 서술이 되어야만 할 것이다. 그 결과 무효의 물권합의를 기초로 마친 소유권이전등기는 당연히 무효가 되어야 하고, 이는 「실명법」 제4조의 존부에 의하여 영향을 받지 아니한다. 이처럼 원인행위와 관련하여 발생하는 假裝行爲 여부는 명의신탁등기의 효력확정에 전혀 문제되지 아니한다.⁵⁷⁾

이러한 사정은 명의신탁약정을 채권계약[원인행위]와 물권합의를 내포하는 상위개념으로 이해할 때에도 마찬가지이다. 대법원은 ‘진의’ 즉 ‘내심의 의사’는 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것이 아니라 특정한 내용의 의사표시를 하려는 표의자의 생각을 말한다고 판시한다.⁵⁸⁾ 이를 적용하면 신탁자

55) 박윤직, 물권법, [29] (138 이하) 등. 그런데 이때에는 소유권이전등기를 위한 별도의 물권합의를 두어야 한다.

56) 양창수, 민법연구 5, 80.

57) 양창수, 민법연구 5, 80와 권오창, 민사판례연구 23 (2001) 161 이하 등은 명의신탁행위를 일반적으로 허위표시라고 할 것은 아니고 2자간 등기명의신탁 여부의 판단은 법률행위해석의 문제라고 하지만 이는 아주 당연한 사실이다.

가 되려는 사람은 수탁자가 되려는 사람에게 소유권을 이전할 법적 의사가 인정된다. 그리고 소유권을 취득하려는 상대방의 의사가 있으므로 명의신탁약정은 유효한 [채권]계약이다. 그럼에도 물권행위의 차원에서는 원인행위는 진정으로 소유권을 이전하는 근거가 되기 어렵다. 왜냐하면 물권행위는 진정한 소유권의 이전을 목적으로 하여야 하지만 물권합의에서 신탁자와 수탁자에서 소유권의 이전을 목적하는 진정한 의사를 확인할 수 없기 때문이다.

(2) 3자간 등기명의신탁의 법적 성질

3자형은 신탁자와 수탁자 사이의 합의로 체결되며, 부동산물권변동을 위한 원인행위는 물권자(제3자)와 신탁자를 당사자로 하는 계약으로 성립한다. 여기에서 신탁자는 단지 채권으로서 부동산물권이전청구권을 가진 제3자의 계약상대방의 지위만을 가진다. 그리고 제3자가 여전히 법률상 부동산물권자이고 부동산물권은 제3자에게 남아 있다. 따라서 신탁자는 부동산물권을 “법률상” 취득한 사람이 아니며, 실제로 소유권이전등기가 제3자로부터 직접 수탁자에게 이루어진다. 이러한 구조는 3자간 등기명의신탁과 관련하여 「실명법」은 ‘사실’을 “법률”로 의제한 잘못에서 자유로울 수 없음을 말한다.

3자형에서 신탁자가 수탁자와 체결한 명의신탁약정은 신탁자가 「사실상 취득」⁵⁹⁾한 부동산물권을 수탁자의 명의로 등기할 것을 내용으로 하는 합의이다. 그럼에도 명의신탁약정은 순수한 債權契約이며, 결코 물권합의의 성질을 가질 수 없다고 새겨야 한다. 왜냐하면 신탁자는 물권자가 아니고 물권을 취득한 사실도 없어 물권합의의 주체가 될 수 없기 때문이다.⁶⁰⁾ 또한 부동산물권이 직접 제3자로부터 수탁자에게 이전하므로 신탁자는 신탁목적 부동산물권을 취득한 적도 없다. 따라서 신탁자와 수탁자 사이에서는 물권행위가 개입될 여지가 전혀 없다. 이처럼 3자형에서 명의신탁약정은 신탁자가 이미 소유권을 가진 경우를 전제하는 2자형의 명의신탁약정과 법적 성질을 완전히 달리한다.

제3자로부터 수탁자 명의로 이루어진 소유권이전등기는 명의신탁약정 자체를 근거로 발생한 법률효과가 아니라 제3자[매도인]과 수탁자 사이의 물권합의를 원인으로 한다. 그럼에도 등기의무자의 신청으로 등기관이 법률의 근거 없이 본

58) 대판 2000.4.25, 99다34475; 대판 2001.1.19, 2000다51919; 대판 2003.4.25, 2002다11458 등.

59) 「실명법」 제2조 1호.

60) 제569조 참조.

래의 등기권리자가 아닌 제3자, 즉 수탁자의 이름을 기록한 경우, 이는 「등기법」 제48조 1항 4호의 登記原因이 흠결된 등기이므로 당연히 무효등기라고 하여야 한다. 수탁자명의의 등기는 제3자-신탁자-수탁자의 순서로 등기가 이루어진 경우에만 유효한 등기가 될 수 있기 때문이다.

그리고 수탁자 명의의 등기가 무효가 된다는 사실은 제3자의 이익을 침해하지 않는다. 또한 명의신탁약정은 상대방만을 가지는 채권계약이므로 그의 무효는 신탁자와 소유자 사이의 원인행위에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 반대로 3자형에서 명의신탁약정을 무효로 하는 「실명법」 제4조 1항은 별 다른 가치를 가지지 못한다. 명의신탁약정을 무효로 하는 「실명법」 제4조 1항이 없다고 가정하더라도 명의신탁약정에 기한 수탁자를 상대방으로 하는 신탁자의 소유권이전등기청구권은 어차피 履行不能이 될 수밖에 없기 때문이다. 이때에는 부동산의 소유명의는 수탁자로부터 소유자에게 돌아가야 한다.

거래현실에서 소유권의 등기명의인이 등기의무자로서 등기를 방문신청할 경우 그의 인감증명을 제출하여야 하며,⁶¹⁾ 전자신청할 때에도 사용자등록 신청서에 「인감증명법」에 따라 신고한 인감을 날인하고 인감증명을 첨부하여야 한다.⁶²⁾ 매도용으로 인감증명서를 발급받으려는 사람은 인감증명서 중 매수자란에 매수인의 성명·주소와 주민번호를 기재하여 서명하여야 하므로,⁶³⁾ 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정을 모르는 제3자는 수탁자명으로 등기하기 위한 인감증명서를 발급받을 수 없다.⁶⁴⁾ 이는 거래현실에서 제3자로부터 수탁자로의 소유권이전등기가 쉽지 않은 원인이다. 요약하면, 제3자는 명의신탁약정에 관하여 惡意이므로 그를 보호할 이익이 존재하지 않는다.

그러나 다만 저당권과 가등기담보 등의 경우 채권자가 아니라 제3자 명의로 이루어진 저당권설정등기 또는 가등기는 일정한 요건 아래 예외적으로 유효한 등기로 보아야 한다.⁶⁵⁾ 즉, (1) 채권자와 채무자, 그리고 제3자 사이에 합의가 있고 (2) 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등의 방법으로 채권

61) 「부동산등기규칙」 제60조 이하.

62) 「부동산등기규칙」 제68조 이하.

63) 「인감증명법 시행령」 제13조 2항.

64) 이미 목영준, 인권과 정의 261 (1998) 94.

65) 대판 2000.12.12., 2000다49879; 대판 2001.3.15, 99다48948 (전원합의체판결); 대판 2007.1.11., 2006다50055; 대판 2009.11.26, 2008다64478, 64485, 64492 등. 그리고 가등기담보에 관한 판결로 대판 2002.12.24., 2002다50484 참조.

이 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있을 때에는 제3자명의로 마친 저당권설정등기 또는 가등기도 유효한 등기로 취급된다. 이때에는 등기가 실질법률관계와 부합하기 때문이다.

(3) 계약명의신탁의 법적 성질

계약형은 계약당사자의 지위의 명의신탁 또는 이를 줄인 말이다.⁶⁶⁾ 계약형에서 제3자가 선의일 때에는 제3자와 수탁자 사이의 원인행위는 확정적으로 유효이고, 이에 기초하여 이루어지는 소유권이전등기도 마찬가지이다. 이때에는 제3자는 수탁자에게 소유권의 반환을 청구하여 등기명의를 회복할 권리가 없다. 또한 수탁자가 부동산을 처분하더라도 신탁자와 제3자는 그 처분행위의 효력을 다투지 못한다. 같은 취지에서 「실명법」 제6조 1항 단서 전단도 제3자의 선의를 전제로(「실명법」 제4조 2항 단서) 제3자 명의의 등기의무를 배제하고 이행강제금을 부과하지 않는다. 또한 계약형에서 신탁자는 부동산물권 근처에 가본 일도 없다. 그러므로 신탁자로부터 수탁자로의 소유권이전은 상상에 지나지 않는다. 이러한 사실은 계약형이 같은 ‘명의신탁’의 이름에도 불구하고 등기명의신탁과 본질을 달리하는 전혀 별개의 제도임을 확인한다.

이때에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정을 구태여 무효화할 정당한 사유가 없다. 단순히 명의신탁약정을 체결하였다는 것을 곧 「실명법」의 입법목적을 훼손하는 행위로 단언할 수 없기 때문이다. 다시 말하면, 명의신탁약정을 무효로 선언한 「실명법」 제4조 1항은 명의신탁약정에 따르는 등기가 현실화된 때에만 그 존재의의를 가질 뿐이다. 그리고 등기가 아직 표면화되지 않은 상태 아래에서 명의신탁약정 마저 무효화하는 시도는 사적자치에 대한 지나친 개입이 될 수 있고 현실의 효력도 의문이다. 또한 명의신탁약정은 그 자체로서 쉽게 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서의 위반에 이를 정도의 법률행위가 되지 않는다.

반면에 제3자가 악의일 때에는, 수탁자가 아니라 신탁자가 그의 계약상대방이 되어야 한다. 이는 결국 매도인과 신탁자의 계약으로 수탁자의 명의로 소유권이전등기가 이루어진 형태이므로 3자간 등기명의신탁과 법리구성을 달리하지 아니한다.⁶⁷⁾ 수탁자명의로 등기는 실제적 권리관계 또는 실질관계, 즉 신탁자와 제3

66) 양창수, 민법연구 5, 1999, 144.

67) 목영준, 인권과 정의 261 (1998) 102: “매도인이 악의인 경우, ... 어떠한 견해를 따르더라도 앞의 3자간 등기명의신탁관계로 돌아간다.”

자 사이의 원인행위를 제대로 반영하지 않는 등기이므로 당연히 무효등기이다. 이러한 사정은 「실명법」 제4조 2항을 전제하지 않을 때에도 다르지 않다. 그러므로 제3자는 수탁자에게 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 청구하거나 진정 명의회복을 주장하여 수탁자명의의 등기가 무효등기임을 주장하고 제3자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 그러나 「실명법」 제4조 2항의 취지에서 신탁자는 제3자의 권리를 대위행사하지는 못한다고 새겨야 한다. 그렇지 않으면 이는 결국 신탁자의 권리를 보호하는 결과를 빚을 것이기 때문이다.

결론적으로 제3자가 선의일 경우, 이른바 계약명의신탁은 어떻게 하여도 명의신탁이 될 수 없다. 이는 겉모습이 비슷하다는 이유로 그 실질이 전혀 다른 법률현상을 “명의신탁”의 이름 아래 묶은 어색한 組合에 지나지 않는다.

(4) 작은 결론

지금까지 검토는 체계있는 법이론은 처음부터 「실명법」 제정자의 관심 밖에 있었음을 말한다. 그러나 「실명법」은 반드시 있어야 하는 법률도 아니며, 명의신탁도 기존의 법률과 법이론으로도 충분히 대처하고 극복할 수 있는 법률현상이다. 그리고 명의신탁약정의 무효를 규정한 「실명법」 제4조 1항과 등기무효를 법정하는 2항은 실제 그 효과가 크지 않다. 명의신탁약정은 단지 신탁자와 수탁자의 내부관계에서 수탁자의 권리를 배제하는 상대효만을 가지기 때문이다. 이는 이미 소유권이전등기를 마친 때에도 마찬가지이다.⁶⁸⁾

이러한 측면에서 「실명법」은 명의신탁이라는 이름으로 서로 이질적인 제도를 한 군데 부어 요리한 “술”이라고 할 수 있으며, 이는 「실명법」의 이해를 곤란하게 하고 명의신탁이론이 복잡하게 된 주요원인이다. 이처럼 어색한 모습은 사회·정치상이 법률을 지배하여 법과 법이론을 왜곡한 대표사례라고 할 것이다.

IV. 부동산명의신탁의 구체적 모습과 법률효과

1. 등기명의신탁

(1) 2자간 등기명의신탁(2자형)

2자형은 명의신탁약정을 근거로 명의신탁자가 자신이 소유하는 부동산의 소유

68) 이와 달리 양창수, 민법연구 5, 122.

명의를 수탁자에게 이전하는 형태의 명의신탁이다. 일부 견해는 2자형에서 명의 수탁자는 원래의 소유자와 부동산소유권의 이전을 내용으로 하는 별도의 채권계약이 존재하지 아니하며, 그는 단지 신탁자와 명의신탁약정을 맺을 뿐이라고 한다.⁶⁹⁾ 이렇게 새길 때에는 명의신탁약정은 無因的 物權合意와 다름 아니게 된다.

현행법률은 제한물권설정행위 외에는 무인적 물권행위를 알지 못하지만, 명의신탁약정에 근거하는 소유권이전등기는 이에 속하지 않는다.⁷⁰⁾ 그러므로 명의신탁약정의 이행으로 수탁자가 취득한 소유권이전등기는 무효가 되어야 한다. 또한 「실명법」 제4조 1항도 명의신탁약정을 무효로 하므로 이를 기초로 하는 소유권이전등기는 당연히 무효라고 할 것이다. 이러한 범위에서 「실명법」 제4조 2항의 규정은 2자형에 관하여는 가치없는 선언규정에 그치게 된다.

반대로 대법원에 따르면, 2자형은 당사자의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것을 일컫는다.⁷¹⁾ 이와 같은 판례의 태도는 명의신탁약정의 유효에 관한 논란을 부르는 단초가 될 수 있다. 그러나 소유권이전의 측면으로 제한하여 바라볼 때에는, 실제적 거래관계가 없고 따라서 물권행위의 원인이 되는 행위가 있을 수 없으므로 수탁자명의의 등기는 마땅히 무효가 되어야 한다. 이처럼 판례이론에 따르더라도 「실명법」 제4조 2항은 당연한 것을 당연한 것으로 하는 선언규정에 머무른다.⁷²⁾

2자형에서 명의신탁약정과 등기가 무효이므로 명의신탁자는 부동산소유권을 잃지 않는다. 따라서 명의신탁자는 방해배제청구권(제214조)을 행사하여 명의수탁자 명의등기의 말소를 구할 수 있다. 그러나 명의신탁자는 명의수탁자가 아닌 등기취득자에게는 물권적 청구권을 행사할 수 없다고 하여야 한다(「실명법」 제4조 3항).

끝으로 2자형은 讓渡擔保와 구별되어야 한다. 2자형은 거래의 실질이 없이 소

69) 양창수, 민법연구 5, 77, 80(물권행위를 물권합의와 사실요소인 등기를 요건으로 하는 개념으로 구성한 91 주27과 연결하여), 112(“명의신탁약정은 ... 단독으로 소유권이전의 원인을 이루는 것이다.”).

70) 또한 지상권설정의사를 중심으로 다투어지는 이른바 담보지상권(대판 2005.4.29., 2005다3243 등)을 논의할 수 있다(이에 관하여 이진기, 물권법정주의, 소유권과 제한물권의 범위와 한계, 비교사법 19/4 [2012] 1183-1224 참조).

71) 대판 1972.11.28., 72다1789.

72) 같은 의미에서 이미 이영준, 물권법, 170 이하: “... 명의신탁약정이 무효이면 이에 기한 물권변동도 당연히 무효일 것이다. 그런데도 위 법[「실명법」]이 제4조 제2항 본문 규정을 둔 것은 이른바 계약명의신탁에 대한 배려 때문으로 보인다.”

유명의만을 빌리는 것을 목적으로 하는 것이나, 양도담보는 채권담보를 직접적이고 주된 목적으로 하여 소유권을 이전하는 제도이기 때문이다. 그럼에도 법률현실에서 이들의 구별은 쉽지 않을 것이다.

(2) 3자간 동기명의신탁(3자형)

3자형은 명의신탁자가 양도인으로부터 부동산을 양수하면서 그의 명의로 등기하지 않고 바로 명의수탁자의 명의로 등기를 마침으로써, 사실상 부동산을 취득하는 형태의 명의신탁이다. 다시 말하면 신탁자와 소유자가 곧 원인계약의 당사자이고, 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정에 기하여 그 소유명의를 수탁자의 이름으로 한다. 그런데 3자형을 나타내는 「실명법」 제2조 1호의 “소유권을 사실상 취득한 경우”는 사실 좋은 법기술적 용어가 되지 아니한다. 왜냐하면 소유권의 사실상 취득에서 ‘사실상’은 법률개념으로 적합하지 않기 때문이다. 이에 대하여 사실상의 취득자가 되기 위하여는 원인행위를 행하였다는 것만으로는 부족하고 부동산처분행위(물권행위)의 적어도 의사적 요소, 즉 물권합의가 있어야 하며, 가령 부동산매매의 경우 계약을 체결한 사실로는 부족하고 반대급부를 모두 이행하여야 한다는 주장이 있다.⁷³⁾ 이는 사실상의 소유권이 등기를 마치지 않은 사정으로 온전한 권리가 되지 못한 것⁷⁴⁾이라고 하면서 「실명법」상 ‘사실상 취득’은 「국세기본법」 등에서와 같은 내용을 가지지 않고 오히려 “수탁자와의 관계에서 신탁자가 내부적으로 소유권을 보유한다”는 명제에 흡수되어야 한다고 덧붙인다.⁷⁵⁾ 그러면서도 다른 곳에서는 사실상 취득은 오로지 신탁자가 명의신탁약정을 한 연유 또는 동기의 표현이거나 기껏해야 그러한 채권적 지위를 그렇게 부르는 것⁷⁶⁾일 뿐이라고 한다. 그러나 내부적 소유권과 사실상 취득은 어떠한 경우에도 동시에 병존할 수 없다. 대내적 소유권은 명의신탁약정에 근거하여 신탁자가 가지는 채권적 권리를 총체적·포괄적으로 지칭하는 집합일 뿐이라는 서술⁷⁷⁾은 아마도 이

73) 양창수, 민법연구 5, 90 이하. 그리고 양창수, 민법연구 5, 88-92는 권원에 의하여 뒷받침된 소유권의 사실상 취득을 사실상 지배를 표지로 하는 점유와 비교한 후 이들이 질적으로 다름을 유념할 것을 강조한다. 그러나 소유권의 사실상 취득과 점유는 처음부터 비교적상에 있지 아니한다.

74) 양창수, 민법연구 5, 93.

75) 양창수, 민법연구 5, 93, 94 이하. 여기에서는 또한 반드시 소유자이거나 사실상 취득하는 사람이 명의신탁약정의 당사자일 필요가 없고 단지 등기부상의 소유명의만을 현재 가지고 있거나 장차 가지려고 하는 사람이 포함된다고 부연하나, 이는 이미 명의신탁의 정의에서 명확하다.

76) 양창수, 민법연구 5, 94.

77) 양창수, 민법연구 5, 특히 99.

때문에 발생하는 모순을 제거하기 위한 목적으로 여겨진다.

3자형에서 소유자로부터 수탁자로서의 소유권이전은 대개 3자간의 합의를 원인으로 이루어진다. 이를 근거짓기 위하여 명의신탁약정이 소유권이전의 원인이란 주장⁷⁸⁾이 있으나, 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정은 그 자체로 소유자를 구속하는 효력이 없으므로 등기이전의 직접원인이 되지 아니한다. 그렇지만 어떻게 구성하더라도 소유자와 수탁자 사이에 소유권이전등기를 정당화하는 사유, 즉 등기원인이 없으므로 수탁자명의의 등기는 무효가 되어야 한다. 이는 현행법이 부동산물권거래에 관하여 이른바 물권변동의 有因性原則을 기본원리로 채용한 데 따른 자연스러운 현상이다. 또한 소유자는 법률이 금지하는 명의신탁에 적극적으로 개입한 사람으로서 그의 적극적인 협력이 없으면 수탁자명의의 등기가 가능하지 않으므로, 구태여 그를 보호하여야 할 현실의 이익도 없다.⁷⁹⁾ 다만 이때에는 부동산이 소유자에게 복귀하므로 신탁자는 유효한 원인행위를 들어 소유자에게 다시 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

그런데 3자형은 본질적으로 그 효과에서 등기명의자[최종등기인]가 부동산소유권을 취득하는 중간생략등기와 비슷한 모습을 가진다.⁸⁰⁾ 이는 3자형이 본래의 부동산소유자의 악의를 전제한다는 측면에서 거래행위에 참여한 사람 전원의 합의를 요구하는 중간생략등기와 그 요건이 유사하다. 그러므로 중간생략등기에 관하여 발생할 수 있는 법률문제가 또한 3자간 등기명의신탁에서도 현실화될 가능성이 내재한다. 그러나 중간생략등기의 최종등기인과 달리 3자형의 수탁인은 등기를 취득할 실질적인 권원은 물론 소유권을 취득하려는 意思조차 가지지 않는다는 측면에서 중간생략등기와 차별화된다.

2. 계약명의신탁(계약형)

계약형은 계약당사자의 지위의 명의신탁 또는 매수인명의의 신탁을 줄인 말로서⁸¹⁾ 타인(수탁자)이 명의신탁약정에 근거하여 소유자와 부동산계약을 체결하고 그의 이름으로 등기하는 유형이다. 부동산을 취득하려는 명의신탁자가 부동산을 취득하기 위한 원인행위에 관여하지 않고 명의수탁자가 명의신탁약정에 따라 계

78) 양창수, 민법연구 5, 81.

79) 대판 2002.11.22., 2002다11496 참조.

80) 이 때문에 대판 2016.5.19., 2014도6992 전원합의체판결은 3자형을 중간생략등기형 명의신탁이라고 부른다. 또한 양창수, 민법연구 5, 78과 주10 참조.

81) 대판 1989.11.14., 88다카19033; 양창수, 민법연구 5, 144.

약당사자로서 양도인으로부터 직접 부동산을 취득하여 그의 명의로 등기를 마치는 형태의 명의신탁이다.

그런데 계약형에서는 명의수탁자가 원인행위를 한 양도인의 상대방이므로 소유자에게 명의신탁약정의 존재를 알 것을 기대할 수 없다. 따라서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이나, 다른 사정이 없으면 선의의 양도인과 수탁자가 체결한 원인행위와 이를 원인으로 하는 이전등기는 확정적으로 유효이다. 이는 선의의 양도인을 보호할 이익이 명의신탁약정의 무효에 앞서기 때문이다. 또한 신탁관계도 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계에 불과하다.⁸²⁾ 이처럼 계약형에서는 소유자와의 관계에서 신탁자가 드러나지 않으므로 소유자의 이익을 신탁자의 이익에 우선하여야 한다. 따라서 소유자가 신탁자를 계약당사자로 이해하였거나 명의신탁관계를 알면서 계약명의자가 아니라 신탁자에게 법률효과를 귀속할 의도로 계약을 체결하는 등과 같은 특별한 사정이 없으면, 계약명의자가 되는 수탁자를 매매당사자로 새겨야 한다.

이와 같이 소유자와 수탁자가 계약당사자가 되는 계약형에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 물권변동관계를 전혀 찾을 수 없고, 신탁자와 수탁자는 오직 그들 사이의 장래의 권리이전관계를 예정하는 명의신탁약정의 당사자를 의미하는 용어에 그친다.⁸³⁾ 계약형에서 부동산계약의 당사자는 소유자와 수탁자이고, 부동산물권은 소유자로부터 직접 수탁자로 이전하기 때문이다. 그리고 소유자가惡意일 때에는 신탁자를 부동산계약의 당사자로 보아야 하므로, 계약형도 3자형에 가까운 모습이 된다. 같은 취지에서 대법원은 일관하여 “계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결한 사정이 인정된다면 명의신탁자가 계약당사자이므로, 이 경우의 명의신탁관계는 3자간 등기명의신탁으로 보아야 한다”고 판시한다.⁸⁴⁾ 대법원은 나아가 “특별한 약정이 없으면 신탁자는 그 신탁관계의 종료를 이유로 매도인에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 없다”⁸⁵⁾고 하여 이를 재확인하고 -심지어 법률전

82) 대판 2016.7.22., 2016다207928. 한편 이 판결은 명의신탁약정과 관련하여 매수인명의와 더불어 등기명의의 신탁관계를 같이 언급하나, 이는 옳지 않다. 등기명의는 멀리는 부동산계약, 그리고 가까이는 물권합의의 효과이기 때문이다.

83) 대판 1993.4.23., 92다909: “매수인 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부관계 불과한 것”; 대판 1997.5.16., 95다29116: “이러한 약정은 그들 사이에 있어서만 효력이 있을 뿐이므로” 등; 같은 뜻에서 양창수, 민법연구 5, 146.

84) 대판 2016.10.27., 2016두43091; 대판 2010.10.28., 2010다52799; 대결 2013.10.7., 2013스133.

85) 이미 대판 1966.9.6., 65다1271.

문가에게도 쉽지는 않지만⁸⁶⁾ 3자형과 계약형의 구별은 계약당사자확정을 위한 해석문제로 귀착한다고 연장한다.⁸⁷⁾

그런데 신탁자는 부동산물권자의 지위를 취득한 사실이 없고 나아가 명의신탁 약정 자체에는 物權效가 인정되지 않으므로 계약형은 실질상 소유권이전을 요건으로 하는 명의신탁사례가 될 수 없음을 주의하여야 한다.⁸⁸⁾ 그리고 신탁자는 부당이득의 법리를 적용하여 수탁자에게 그가 제공한 금원의 반환만을 청구할 수 있을 뿐 직접 부동산소유권의 이전을 청구할 수 없다. 다만 양도인이 명의신탁약정을 알았을 때에는 명의신탁약정과 이전등기가 모두 무효이므로 부동산 소유권이 양도인에게 복귀하고 양도인은 명의수탁자에게 무효등기의 말소를 청구할 수 있다.⁸⁹⁾ 이때에는 양도인과 명의수탁자가 체결한 원인행위도 무효라고 새겨야 할 것이다. 그렇지 않으면 명의수탁자가 계약당사자의 지위에서 다시 소유권이전등기를 청구할 수 있다는 모순된 결과가 생길 것이기 때문이다. 그리고 소유자의 약의로 소유권이전등기가 무효가 되었음에도 제3자에게 부동산을 처분하는 수탁자의 행위는 양도인에 대한 소유권침해행위로 불법행위이다.⁹⁰⁾

지금까지 살핀 이유에서 계약형은 고유한 의미에서 명의신탁으로 분류될 수 없고 분류되어서도 아니된다. 또한 몹시 어색한 「실명법」 제4조 2항 단서는 오로지 부동산거래 정의의 실현이라는 목적의식에 사로잡힌 「실명법」의 입법자들⁹¹⁾이 법이론상 서로 맞지 않는 법률현상들을 현재의 외관만을 중시하여 동일한 하나의 법률 아래 묶는 과정에서 드러난 문제점을 극복하기 위한 臨機應變의 부산물이라고 할 것이다: 「다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.」

86) 대판 2016.5.19., 2014도6992 전원합의체판결.

87) 대판 2016.10.27., 2016두43091; 대판 2010.10.28., 2010다52799; 대결 2013.10.7., 2013스133. 또한 예를 들어 문헌소개와 함께 임진면/홍성민, 계약등기명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 대한 검토, 성균관법학 23/3 (2011) 111-142, 117 등.

88) 이와 달리 양창수, 민법연구 5, 136은 명의신탁의 물권효(?)를 긍정하는 「실명법」 제4조 2항 단서가 명의신탁의 사법상 효력을 부정하는 「실명법」에서 경이롭다고 평가한다.

89) 대판 2011.9.8., 2009다49193.

90) 대판 2013.9.12., 2010다95185.

91) 「실명법」은 제정당시의 시대상황 아래에서 목적의식에 사로잡힌 법학을 전공하지 않은 000[필자 주: 「개인정보보호법」을 존중하여 익명처리함] 본부국장을 중심으로 한 재정경제원 관료들이 법이론을 고려함이 없이 은밀히 준비한 重複立法이다. 이에 관한 자세한 사항은 윤철홍, 법학논총 9 (1996) 143-145과 양창수, 민법연구 5, 76 등 참조.

V. 명의신탁의 관련문제

(1) 이른바 관계적 소유권 또는 상대적 소유권

명의신탁을 중심으로 이른바 소유권의 관계적 분열[귀속] 또는 상대적 소유권 개념이 제창되며,⁹²⁾ 여기에서 내부적 소유권은 이른바 소유권의 關係的 歸屬에서 파생하는 개념이다. 이는 명의신탁에서 신탁자와 수탁자 사이의 대내적 관계와 그 이외의 제3자와 관계를 나누어 소유권이 전자에서는 신탁자에게, 후자에서는 수탁자에게 귀속한다는 이른바 상대적 소유권의 개념을 도입하려는 것으로, 대외적 소유권이 등기에 의하여 표상된다는 이론이다.⁹³⁾ 이러한 태도를 관찰할 때에는 대내적 소유권과 대외적 소유권이 분리되는 명의신탁은 소유권이 대·내외적으로 수탁자에게 이전되는 「신탁법」상 신탁과 구별될 수 있게 된다.⁹⁴⁾

법률의 해석과 법이론의 출발점은 실정법률이다. 어느 누구도 법률을 뛰어 넘을 수는 없다. 소유권은 소유물의 사용·수익·처분권능을 내용으로 하는 완전한 물권이다(제211조). 그러므로 현행민법의 소유권은 특정인에 대한 관계에서만 아니라 그 상대방을 가리지 않고 絕對效를 가진 권리이다. 세상에 특정인, 즉 대외적 소유자에게만 유효한 소유권은 있을 수 없다. 다시 말하여, 대내적 소유권은 민법의 소유권개념에 반한다. 또한 현행민법은 소유권의 관계적 귀속 또는 分割 所有權을 알지 못하므로 내부적 소유권은 物權法定主義를 근간으로 하는 민법에 위반한다.⁹⁵⁾ 소유권을 비롯한 물권은 언제나 외부관계를 앞둔 권리이므로 물권에서 내부관계는 논의할 실익이 없다. 물권의 절대효, 대세효 또는 대물효는 바로 이러한 특성을 상징하는 표지이다. 한편 소유자는 그의 자유의사로 한정된 범위에서 소유권의 권능을 제한할 수 있으나 이는 완전한 소유권의 복귀를 전제할 때에만 가능하다. 마지막으로 관계적 소유권의 관념은 백보 양보하여도 2자형은 그

92) 양창수, 민법연구 5, 73-134, 특히 94 이하.

93) 예컨대 대판 1987.5.12., 86다카2653; 대판 1996.5.31., 94다35985; 대판 1996.10.25., 95다40939 등; 이영준, 물권법, 150 이하; 홍성재, 물권법, 2014, 252 이하 (이는 수탁자를 ‘표현소유권자’로 정의한다) 등.

94) 「신탁법」 제2조; 양창수, 민법연구 5, 특히 94 이하와 양창수/권영준, 민법 II (권리의 변동과 구제), 2011, 328 이하 참조.

95) 소유권을 내부적 소유권과 외부적 소유권으로 나누는 태도는 -그 용어의 채택 여부를 불문하고- 등기, 특히 구분소유적 공유관계와 재단재산 출연행위, 양도담보관계와 소유권유보부매매 등을 중심으로 대법원판례와 학계에서 어느 정도 확고히 자리잡은 이론이다. 이들의 옳고 그름에 대한 평가는 아직 제대로 되어 있지 않으나, 모두 이글에 서술하는 명의신탁의 법률문제를 공통으로 안고 있다.

렇다 치더라도 신탁자가 부동산소유권을 취득한 적이 없는 3자형과 계약형에는 애당초 맞지 않는 구성이다. 지금까지 판례와 문헌은 이를 간과한 인상이 뚜렷하다.

이에 대하여 신탁자의 법적 지위를 소유권이라고 하는 것은, “비록 엄밀한 法的 術語로서는 허용되지 않는다고 하여도” “특히 수탁자가 의무위반의 처분을 하지 아니하는 한에는” “아마도 일반인의 언어감각에서 크게 벗어나지 않는다”는 반론⁹⁶⁾이 제기된다. 그러나 이러한 항변은 어느 경우에도 법이론의 오류를 정당화할 수 없다. 전문기술언어인 法律言語와 일반언어는 구별되어야 한다. 특히 3자형과 계약형에서 명의신탁자는 법적으로 소유권을 취득한 사실이 아예 없어 그를 所有者라고 부를 수 있는지도 의문이다. 나아가 사실상의 소유권이라는 구성이 설득력을 가지기 위하여는 반드시 신탁자와 소유자의 계약으로 체결된 물권합의가 선행되어야만 한다.⁹⁷⁾ 이때 신탁자가 소유권을 -법률상이 아니라- 사실상 취득할 수도 있다는 정황은 법률상 의미있는 사실이 되지 아니한다. 또한 3자형에서는 신탁자와 소유자의 합의로 맺어지는 채권계약과 달리 물권행위는 -적어도 법적으로는- 소유자와 수탁자 사이에서 이루어지며, 다만 수탁자가 등기명의, 즉 소유권을 취득할 수 있는 법률원인이 없을 뿐이다. 마지막으로 내부적 소유권 개념을 포기하고 신탁자와 수탁자의 관계를 채권관계로 구성하더라도 충분히 같은 해결이 가능하므로 구태여 관계적 귀속을 받아들여 채권관계를 ‘내부적 소유권’이라는 지극히 추상적이고 애매모호한 이름으로 포장할 마땅한 사연도 없다.

(2) 신탁자와 수탁자의 내부관계

1) 위임관계?

흔히 채무자의 의무를 인정하고 명의신탁약정이 “신탁자가 수탁자에게 소유권의 보유에 관한 사무의 처리를 위탁하고 수탁자가 이를 승낙함으로써 성립하는 委任(제680조)의 성질을 가지며, 따라서 민법의 위임계약규정이 준용(유추적용?)되어야 한다”고 설명한다.⁹⁸⁾ 언뜻 보기에 명의신탁약정은 위임에 가까운 모습을

96) 양창수, 민법연구 5, 105와 130. 신탁자의 내부적 소유권은 소유권의 관계적 분열로 이해하여서는 아니되고 신탁자의 강한 권능을 포괄적으로 가르키는 용어에 불과함을 강조한다.

97) 비교. 소유권이전에도 불구하고 물권합의를 제한해석한 대판 2016.4.28., 2012다19659(소유권이전형 양도담보에서 설정자를 부당이득의 이익이 귀속되는 소유자로 본 사례)와 대판 1977.8.23., 77다246(신탁자에게 공작물소유자의 책임을 물은 사례) 등.

98) 이영준, 물권법, 151 이하; 양창수, 민법연구 5, 109 이하; 비슷하게 또한 권오창, 민사판례연구 23 (2001) 159, 164 이하. 그러나 이도 또한 「실명법」 제4조 1항의 적용으로 명의신탁약정이 무효가 될 때에는 신탁자와 수탁자의 권리·의무가 전혀 발생하지 않는다고 하므로 결론에서 거의 차이가 없다.

가진다고 할 수도 있다. 그렇지만 소유명의의 보유⁹⁹⁾를 꼭 위임이라고 새길 이유는 없다.¹⁰⁰⁾ 위임은 사무의 처리를 내용으로 하지만, 사용·수익권과 처분권을 신탁자에게 유보하면서 수탁자가 단지 등기명의만을 빌려주는 행위를 제680조의 ‘사무의 처리’와 동일시할 수는 없기 때문이다. 그렇다고 하여 취득세와 보유세 [재산세]의 납부의무가 위임의 내용을 구성한다고 하기도 어렵다. 명의신탁약정은 수탁자명의의 소유권이전등기를 본旨로 하며, 소유권의 보유를 제외한 사항들은 신탁자와 수탁자가 합의하여도 그만이고 그렇지 않아도 그만인 부가사항에 불과하다.¹⁰¹⁾ 오직 이름을 빌리고 빌려주는 것만이 명의신탁약정의 고유한 부분을 이룬다.¹⁰²⁾

따라서 다른 사정이 없으면, 신탁자와 수탁자의 권리·의무관계는 그들 사이에 위임 또는 고용 등의 기초가 되는 법률관계가 있을 때에는 -아마도 제138조를 적용하여- 그 법률관계에 따르고, 그렇지 않으면 사무관리 또는 부당이득 등 민법의 법정채권관계 규정으로 대처하면 그만이다.¹⁰³⁾ 그런데 수탁자가 명의신탁약정에 따라 소유자와 부동산거래행위를 할 의무를 부담하는 계약형에서는 위임적인 요소가 약간 눈에 띈다. 그렇지만 이때에도 소유자가 선의일 때에는 수탁자가 확정적으로 소유권을 취득하므로 위임규정의 적용이 배제되고, 악의일 때에는 3자형과 법률효과를 같이하므로 위임이 문제될 수 없다. 이를 모으면 “다른 사정이 없으면 신탁자와 수탁자 사이에 위임관계가 인정되지 아니한다.”

이와 같이 3자형의 모습에서 신탁자와 수탁자 사이에 위임이 존재한다는 설명을 부정하기에 충분하다. 그런데 위임은 -적어도 법률상으로는 수탁자명의의 등기가 무효이므로- 양도인 소유의 부동산에 관한 사무의 처리를 내용으로 하는 계약이 되어야 한다. 그러나 부동산양도인이 악의인 계약형을 포함한 3자형에서

99) 또는 양창수, 민법연구 5, 110: “대외적으로 소유권을 보유하는 것.”

100) 보는 시각은 다르지만 결론에서 동일한 판결로 대판 2016.5.19., 2014도6992 전원합의체판결: “이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다.” 참조.

101) 대판 1996.9.10., 95누7239.

102) 한편 홍성재, 물권법, 255은 “명의신탁 약정과 함께 신탁자의 의사에 따라 신탁 부동산의 소유권을 이전하여 주기로 하는 위임계약을 체결하기도 한다.”고 서술하여 위임을 소유권이전을 목적으로 하는 약정으로 본다. 그러나 소유권이전의 약정은 그것을 별도로 합의하거나, 그렇지 않거나를 가리지 않고 명의신탁약정의 본질을 구성하며 이미 그 안에 들어 있다고 할 것이다.

103) 수탁자가 신탁부동산을 처분한 경우 신탁자는 불법행위책임을 묻거나 부당이득반환을 청구할 수 있다. 다만 예외적으로 신탁부동산에 대한 보상의 의미로 다른 부동산을 취득하는 경우 등에는 신탁관계가 계속 유지될 수 있다(대판 1987.5.12., 86다카2653).

명의신탁자는 법률상 소유권을 취득한 적이 없다. 그렇다면 신탁자는 수탁자에게 권원 없는 제3자 소유의 물건에 대한 사무의 처리를 위탁하였다는 것이 된다. 그러나 이는 不能을 내용으로 하는 계약과 다름없으므로 효력이 없다고 할 것이다. 이로써 위임으로 이론구성하는 이익이 또한 부정된다.

결론에서 신탁자와 수탁자의 관계를 위임으로 설명하는 근거가 궁극하다. 추측컨대 이는 2자형에나 합당한 법리를 아무런 비판의식 없이, 그리고 법적 성질에 대한 진지한 고찰 없이 있는 그대로 3자형과 계약형에 옮긴 결과라고 할 것이다.

2) 구체화된 내부관계의 모습과 평가

아무튼 내부적 소유권을 채권관계의 총체로 파악하는 주장은 신탁자는 신탁관계의 내용으로 (1) 목적물을 점유하여 사용·수익할 권리, (2) 목적물을 처분할 권리, 그리고 (3) 자신의 처분행위를 성립시키기 위하여 수탁자에게 처분의 상대방에게 등기할 것을 청구할 수 있는 권리를 가지며, 이에 상응하여 (4) 수탁자는 명의신탁약정에 근거하여 얻은 소유권을 신탁자의 이익에 반하여 행사하지 않을 소극적 의무와 신탁자의 의사에 좇아 행사할 적극적 의무를 진다고 설명하고, 이들은 수탁자에 대한 신탁자의 강한 법적 지위로 이어진다고 덧붙인다.¹⁰⁴⁾ 실제 명의신탁관계에서는 실질적인 소유자인 명의신탁자가 등기권리증과 같은 권리관계를 증명하는 서류를 소지하는 것이 상례이다.¹⁰⁵⁾ 그 결과 수탁자의 점유는 타주점유이며, 신탁자의 소유권이전등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않음을 강조한다.¹⁰⁶⁾ 그러나 「실명법」의 입법목적은 논외로 하더라도 그 결론의 타당성이 의문이다.

먼저 명의신탁은 수탁자의 이름을 빌려 등기하는 관계이다. 다시 말하면 수탁자는, 다른 특별한 의사가 없으면, 목적부동산에 대한 사용·수익·처분권이 없이 오직 이름만을 빌려주는 사람이다. 따라서 명의신탁 자체는 신탁자에 대한 수탁자의 권리·의무가 발생하는 근거가 될 수 없다. 신탁자와 수탁자 사이의 권리관계를 인정하기 위하여는 위임 또는 고용 등 별도의 합의가 있어야 하며, 그의 확정 은 의사표시의 해석에 맡겨진다. 그렇지 않을 때에는 수탁자가 부동산을 사용·수익하거나 처분하더라도 이는 수탁자의 채무불이행이 아니라 신탁자에 대한 사무관리, 부당이득 또는 불법행위가 될 뿐이다.

104) 이영준, 물권법, 150 이하; 양창수, 민법연구 5, 99-105.

105) 대판 2000.3.28., 99다36372.

106) 양창수, 민법연구 5, 105 이하.

그리고 신탁자의 사용·수익권과 처분권은 「실명법」 제2조 1호에 열거된 모든 명의신탁유형으로 일반화될 수 있는 성질이 아니라 2자간 등기명의신탁에 국한되는 문제에 지나지 않는다. 채권계약이 필요없다는 설명에 따를 때에는, 2자형의 신탁자가 계속하여 목적부동산의 사용·수익권과 처분권 모두를 계속 보유한다고 할 것이다. 반면에 채권계약이 명의신탁약정에 내재한다고 이해할 때에는, 목적부동산의 사용·수익권은 그 해석으로 확정될 성질의 문제이다.¹⁰⁷⁾ 이때에도 처분권은 신탁자에게 남는다.

그러나 3자형의 경우 사정을 달리한다. 이때에는 신탁자와 수탁자 사이에는 어떠한 물권변동관계도 존재하지 않으며, 목적물의 처분권은 계속 등기명의의 회복주체인 소유자에게 남아 있다.¹⁰⁸⁾ 대법원도 명의수탁자 명의의 소유권이전등기가 무효인 때에는 부동산은 수탁자의 소유가 아니라고 판시한다.¹⁰⁹⁾ 그러므로 3자형은 이미 그 정의에서 명의신탁과 합치하지 않으며, 「실명법」 제2조 1호는 이를 명의신탁에 수용하는 기능을 담당한다. 그리고 신탁자는 소유자에 대하여 소유권이전등기청구권을 가진 債權者에 불과하므로, 다른 사정이 없으면, 신탁자는 법률상 부동산의 사용·수익권을 가지지 못한다. 그리고 설령 신탁자와 수탁자 사이의 부동산사용·수익관계가 존재할 때에도, 이는 그들 사이의 법률관계 또는 사실관계일 뿐이다. 한편 2자형과 3자형을 가리지 않고 신탁자는 수탁자에게 직접 처분의 상대방 앞으로 등기를 이전할 것을 청구할 권리가 없고, 또 수탁자명의의 등기는 말소되어야 할 무효등기이므로 이를 청구하여도 그 실현이 가능하지 않다. 이와 같이 2자형과 3자형은 동일한 명의신탁의 이름을 공유하면서도 그 구조와 내용을 전적으로 달리한다.

끝으로 수탁자에 대한 신탁자의 권리는 아무리 좋게 보더라도 債權 유사의 권리에 지나지 않는다.¹¹⁰⁾ 그런데 2자형과 3자형 모두에서 수탁자는 소유권을 취득하지 못하므로 소유권을 전제로 하는 권리·의무를 논의할 아무런 실익도 없다. 이밖에 2자형과 3자형에서 명의수탁자는 무효등기의 명의인으로서 권한없이 점

107) 양창수, 민법연구 5, 105.

108) 특히 수탁자의 횡령죄와 관련하여 “명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계도 인정할 수 없다.”고 판시한 대판 2016.5.19., 2014도6992 전원합의체판결 참조.

109) 대판 2012.8.23., 2012다45184.

110) 권오창, 민사판례연구 23 (2001) 162 이하. 이는 다만 신탁자의 관계에서 부동산물권을 완전히 취득하고 단지 채무만을 부담한다는 이른바 절대적 권리이전설의 관점에서 관계적 귀속을 부정하면서도 신탁자가 마치 소유자와 같은 강력한 채권법적 지위에 있다는 결론에 이른다.

유하는 사람으로서 그의 점유는 모두 타주점유이다.¹¹¹⁾ 신탁자의 소유권이전등기 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다는 서술은 부분적으로 2자형에서는 옳으며, 대법원도 일관하여 동일한 태도이다.¹¹²⁾ 이때 소유권이전등기청구권은 일종의 진정한명의회복청구권으로서 이들은 그 법적 근거와 성질에서 제214조의 소유물방해 배제청구권과 동일하다.¹¹³⁾ 하지만 3자형의 경우 신탁자는 양도인[소유자]을 상대로 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 아직 소유권을 취득하지 못하였을 뿐 아니라 직접 수탁자에 대한 이전등기청구권도 없다. 그리고 소유자에 대한 신탁자의 청구권도 10년의 시효로 소멸한다고 새겨야 할 것이다.

그러므로 소유권을 “사실상” 취득하였다는 「실명법」 제2조 1호의 표현은 어느 경우이든 일종의 입법기술적 도피 또는 궁여지책으로 볼 수 있다. 명의신탁자는 소유권을 취득하려는 의사를 가지며 소유자와 수탁자에 대한 관계에서 마치 소유권을 가진 것과 같은 형국이 되지만, 법률상 등기명의, 즉 소유권을 취득한 적이 결코 없다. 이를 나타내는 기술방식이 ‘사실상 취득’이며 이보다 나은 개념은 구하기는 어려웠을 것이다. 「실명법」상 소유권의 사실상 취득은 오로지 실질과세의 이름으로 과세의 대상이 되는 재산의 사실상 귀속을 기준으로 납세의무를 부과하는 「국세기본법」 제14조 1항¹¹⁴⁾과 같은 차원에서 접근할 수 있다. 왜냐하면 온전히 법이론에 쫓아 만들어진 법률이 아니라 오직 징벌을 무기로 하는 목적의식에서 비롯된 「실명법」은 그 입법목적에서 「국세기본법」과 궤를 같이 하기 때문이다.

지금까지 살펴본 것과 같이 명의신탁의 유형들을 하나로 묶어 동일이론으로 포장하는 것은 불가능하다. 이는 명의신탁의 법리가 개별유형에 따라 상이할 수밖에 없기 때문이다.

111) 이때 신탁자가 아니라 양도인이 자주점유자이다. 그리고 자주점유 여부를 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정하는 내용의 대판 1997.8.21., 95다28625 전원합의체판결; 대판 2000.3.16., 97다37661 전원합의체판결 등 참조.

112) 대판 1980.12.9., 79다634 전원합의체판결 (상호명의신탁의 해지사례); 대판 1991.11.26., 91다34387 등.

113) 대판 2003.3.28., 2000다24856; 대판 2005.9.29., 2003다40651.

114) 또한 「지방세기본법」 제17조 1항과 「지방세법」 제7조 2항 본문(부동산등의 취득은 「민법」, 「자동차관리법」, 「건설기계관리법」, 「항공안전법」, 「선박법」, 「입목에 관한 법률」, 「광업법」 또는 「수산업법」 등 관계 법령에 따른 등기·등록 등을 하지 아니한 경우라도 사실상 취득하면 각각 취득한 것으로 보고 해당 취득물건의 소유자 또는 양수인을 각각 취득자로 한다.) 참조.

3) 제3자에 대한 처분

명의신탁약정과 그에 따른 등기의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(「실명법」 제4조 3항). 여기에서 제3자는 -제107조에서 제110조와 제548조의 제3자개념과 일치하여- 명의신탁약정의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺고 등기로 완전한 권리를 취득한 사람을 말한다.¹¹⁵⁾

「실명법」의 핵심가치는 거래이익을 도모하면서 목적부동산에 대한 권리보호를 거부하는 「실명법」 제4조 3항에 집중된다. 왜냐하면 이미 설명한 내용과 같이, 어떻게 새기더라도 수탁자명의의 등기는 이미 그 자치로서 무효이기 때문이다. 그런데 2자형의 경우 신탁자는 수탁자의 처분위험에만 露出되지만, 3자형에서는 수탁자의 처분위험에 그치지 않고 소유자의 처분위험에도 二重露出된다.

4) 새로운 위기: 불투명한 「신탁법」 입법과 명의신탁의 한계

신탁은 「신탁을 설정하는 자[이하 "위탁자"라 한다]와 신탁을 인수하는 자[이하 "수탁자"라 한다] 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산[영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다]을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자[이하 "수익자"라 한다]의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계」¹¹⁶⁾이다.

신탁에 관한 다수의 견해에 따르면 신탁은 신탁을 설정하는 합의, 즉 신탁계약만으로 유효하게 성립하고 재산권의 현실이전은 그 성립요건이 아니라고 한다.¹¹⁷⁾ 따라서 신탁은 그 본질에서 단순한 합의만으로 성립하는 낙성계약이다. 이는 위탁자의 신탁설정의사가 명백하다면 이후 위탁자의 처분행위가 필연적으로 뒤따른다는 것을 근거로 하며, 「신탁법」 제4조 1항의 문언에 충실한 해석이다: 「등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다.」 그러나 이 때문에 제3자에 대한 외관에서 신탁과 등기신탁이 전혀 다르지 않게 되고 신탁과 명의신탁의 구별을 계약당사자의 意思에 기댈 수밖에 없는 계기가 된다. 이로써 -

115) 대판 2013.08.22., 2013다31403. 이미 대판 2000.12.12., 2000다49879; 대판 2009.6.23., 2008다1132 등.

116) 「신탁법」 제2조.

117) 이중기, 민사판례연구 30 (2008) 836; 최수정, 신탁법, 175 이하; 주석신탁법, 33 등.

일본 신탁법을 비판 없이 모방한 듯한- 「신탁법」 제4조 1항은 결과에서 「실명법」의 입법취지를 결정적으로 훼손하는 惡法이 된 셈이다. 뿐만 아니라 대항요건주의는 부동산물권변동에 관한 제186조에 대한 중대한 예외가 되어야 하나, 신탁이 물권변동을 전제로 하는 법률제도임을 잊지 않아야 한다. 이를 둘러싼 문제는 법률의 개정 이외에는 해소할 방법이 없다. 그러므로 신탁등기를 대항요건이 아니라 성립요건으로 규정함으로써 허용되는 信託과 금지되는 名義信託의 한계를 명확하게 하여야 할 것이다.¹¹⁸⁾

VI. 결론에 갈음하여

법률제도와 법이론의 도입을 위하여는 그에 상응하는 효용(Utilität)이 존재하여야 한다. 그러나 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권을 무효로 하는 「실명법」 제4조 1항과 2항에서 그러한 이익을 확인하기 어렵다. 왜냐하면 이 조항이 없다고 하여도 어차피 소유권이전등기는 무효이기 때문이다. 뿐만 아니라 「실명법」이 규율대상으로 하는 명의신탁유형들이 공통의 이름에도 불구하고 그 본질을 달리한다. 이러한 측면에서 「실명법」은 제1조의 목적을 지나치게 의식하여 서로 함께할 수 없는, 성질이 다른 부동산거래행위들을 그 본질과 구조를 탐구함이 없이 결과만을 중시하여 “명의신탁”의 이름 아래 함께 묶은, “법이론을 도외시키고 목적을 앞세운” 입법으로 평가할 수 있다.¹¹⁹⁾ 이는 결국 명의신탁과 다른 법률제도의 구별을 곤란하게 하는 원인이 되기도 한다.

그리고 「실명법」 제4조는 지극히 당연한 내용을 입법한 규정에 지나지 않는다. 그럼에도 이는 제한적으로 제한물권설정행위와 같이 원인행위를 전제하지 않는 무인적 물권행위를 무효로 만든다는 측면에서 긍정적인 가치를 가질 수 있다. 그러나 담보물권은 채권의 존재를 성립요건으로 하므로 채권발생의 원인이 되는 실체적 거래관계가 없을 때에는 명의신탁약정을 근거로 설정된 담보물권은 무효

118) 「신탁법」 제4조 1항의 비판과 개선방향은 이진기, 신탁의 성립과 공시의 법률문제, 동북아법연구 10/3 (2017) 406-410 참조.

119) 또한 목영준, 인권과 정의 261 (1998) 91 이하. “이 법의 충격적인 규정에도 불구하고 그 대상이 되는 법률관계가 무엇인지, 그 법률관계의 효력이 무엇인지, 그에 따른 법률효과가 어떤 것인지에 관하여 명확한 해석을 내리기 어려운 부분이 많다.” 이와 달리 목적부동산은 수탁자의 소유로 보아야 한다고 주장하면서 종속입법일 수도 있다는 비판에도 불구하고 「실명법」의 도입을 우리의 법현실에서 당위적인 요청으로 인식한 윤철홍, 법학논총 9 (1996) 177 이하 비교.

가 된다. 결론적으로 「실명법」의 존재의의는 오히려 제4조 1항과 2항의 무효로 제3자에게 대항할 수 없다고 규정한 3항과 중중, 배우자 및 중중단체에 대한 특례를 내용으로 하는 제8조에서 발견된다.

「실명법」의 시행일로부터 20 여년이 지난 지금, 이의 운용경험과 법이론의 발전에 비추어 「실명법」의 존재의의와 효용에 대하여 다시 진지한 검토를 할 때가 되었다. 모든 제도의 운명과 마찬가지로 과거의 나쁜 법률이 현재의 눈에서 좋은 법률이 되거나 반대로 지난 시대의 상황 아래 급박한 사회의 수요에 부응하기 위한 필요법률도 이제는 기본법이론과 맞지 않는 법률 또는 과잉입법의 처지로 전락할 수 있다. 「실명법」은 후자의 예에 해당한다. 法이 시중의 輿論이나 설문조사가 되어서는 아니되며, 무엇보다 「등기특별법」으로 돌아가는 일원화·통일화, 그리고 정상화가 시급하다.

(논문투고일: 2017.05.30., 심사개시일: 2017.06.20., 게재확정일: 2017.06.23.)



▶ 이 진 기

명의신탁, 명의신탁약정, 2자간 등기명의신탁, 3자간 등기명의신탁, 계약명의신탁, 내부적 소유권, 소유권의 분할, 「실명법」

【참 고 문 헌】

- 곽윤직, 물권법, 1999
- 광장신탁법연구회, 주석신탁법, 2016
- 권오창, 명의신탁이론의 재검토 -종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-, 민사판례연구 23 (2001) 152-175
- 김상용, 민법과 민사특별법의 관계 -민사특별법의 정리방향을 중심으로-, 민사법학 18 (2000) 86-131
- 목영준, 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력, 인권과 정의 261 (1998) 90-111
- 박동진, '부동산실권리자명의등기에관한법률'에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석, 연세법학 6/1 (1999) 281-314
- 배병일, 명의신탁, 민법학의 회고와 전망; 민법전시행삼십주년기념논문집, 1993, 333-360
- 양창수, 부동산등기특별조치법안의 문제점: 민법산고, 1998, 101-110
- 양창수, 민법연구 제5권, 1999
- 양창수/권영준, 민법 II (권리의 변동과 구제), 2011
- 유석주, 부동산등기법, 2011
- 윤철홍, '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'의 제정과정과 문제점, 법학논총 9 (1996) 137-178
- 이민주, 부동산등기법, 2012
- 이연갑, 공시원칙과 신탁법 개정안, 전남대학교 법학논총 31/2 (2011) 89-118
- 이영준, 물권법, 2004
- 이영준, 민법총칙, 2005
- 이중기, 신탁재산의 공시에 관한 연구, 홍익법학 11/2 (2010) 425-452
- 이중기, 신탁의 정의방법과 신탁성립에 관한 제문제, 민사판례연구 30 (2008) 807-850
- 이진기, 신탁의 성립과 공시의 문제, 동북아법연구 10/3 (2017) 399-429
- 이희승, 국어대사전, 제3판, 1994
- 임건면/홍성민, 계약등기명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 대한 검토, 성균관법학 23/3 (2011) 111-142

재정경제원, 부동산실명법 해설 -실무사례 문답수록-, 1999

최수정, 신탁법, 2016

홍성재, 물권법, 2014

Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd.6: Mo-O, hrsg. v. J.Ritter,
1984, Bd.12: W-Z, hrsg. v. J.Ritter/K.Gründer/G.Gabriel, 2004

Abstract

Rethinking the 「Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name」 [RATNA]

Prof. Dr. Lee, Jin Ki

Article 4 RATNA which entered into force July 1, 1995 and has lastly experienced on May 119, 2011 10th amendment, says:

(1) Any title trust agreement shall be null and void.

(2) Any change in the real rights to any real estate by a registration made under the title trust agreement shall be null and void: Provided, That this shall not apply where the title trustee is one of the parties to the contract to acquire the real right to real estate, and the other party thereto does not know the fact that the title trust agreement exists.

(3) Invalidity under paragraphs (1) and (2) shall not be effective in respect of any third person.

About 20 years experiences after the enactment of RATNA it copes with a difficult situation, because the "title trust agreement" in the meaning of Art.2 Nr.1 is not clear and not free from ambiguity. And the definition of "title trust agreement" in Article 2 Nr. 1 is not precise enough to umbrass three different types of title trusts. In addition to it the opportunity for the reconsidering the purposes and the analysis of *status quo* of its application has ripened, especially from the Aspect of legal theories and legal system. Theoretically RATNA is superfluous and besides very complicated. The possibility of consolidation of RATNA and Act on Special Measures for the Regulation of Real Estate [SMRA] or the integration of RATNA into SMRA shall be chosen as an alternative solution in the near future.



▶ **Lee, Jin Ki**

title trust agreement, title truster, title trustee, 「Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder' s Name」, ownership, entrust

成均館法學

第29卷 第2號



法學研究所

2017

성균관대학교 『成均館法學』 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 원장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구원 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구원 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구원의 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

- < 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
- < 부 칙 > _____

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 규정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지 (<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다.

단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 연구원 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 편집위원회의 결정에 따른다.

<부 칙> 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

<부 칙> 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

<부 칙> 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

<부 칙> 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

<부 칙> 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

<부 칙> 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 『成均館法學』 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’, 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 『成均館法學』 제11호 (법학연구원, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Goverance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]
9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘—’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 『××× 기념논문집』 또는 『○○○—××× 기념논문집』으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 『成均館法學』 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : “현행대로 게재”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : “대폭 수정 후 차호 재심사”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재유보”

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 『成均館法學』 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.

② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

法學研究所 운영위원회

- 연구원장 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學研究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교),
김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교),
윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교),
정차호(성균관대학교)

法學研究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교),
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교),
정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교),
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2016년도 정부 재원 (교육부)으로 한국연구재단의
지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research
Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government
(MOE).

成均館法學

第29卷 第2號

1판 1쇄 인쇄 2017년 6월 30일

1판 1쇄 발행 2017년 6월 30일

발행인 : 배 병 호

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

