成均館法學

第29卷　第3號

法學研究所

2017

발 간 사

미국과 북한 사이의 갈등으로 표방되는 한반도의 정세는 편한 날이 거의 없습니다. 결실의 계절이 와도 불안함은 변함이 없습니다. 그럼에도 불구하고 성균관 법학에 투고된 옥고가 적지 않다는 것은 그나마 희망이고 즐거움입니다.

지난 9월 4일 법학연구원과 성균중국연구소가 공동주최하고 한중우호협회가 후원한 "한·중 수교 25주년 기념 국제학술대회"를 법학관 김영수 기념홀에서 개최하였습니다. 양국사이의 약간 불편한 관계와는 전혀 관계없이 북경대 교수님들과 성균관대교수님들이 시사성 있는 법률 주제를 충실하게 준비하여 발표하고 그에 못지않게 진지한 토론으로 학술대회를 마무리하였습니다. 내년에 북경대에서 개최될 학술대회를 기약하였습니다.

보내주신 논문을 정성껏 심사해주신 여러 심사위원님들의 노고에 따라 이번에는 다양한 분야의 논문을 싣게 되었습니다. 헌법 개정을 위한 논의를 하고 있는 상황과는 무관하게, 프랑스와 독일 법제와의 비교법 연구 논문들과 법원 실무가의 논문 그리고 과학기술 관련 논문 등이 부각되고 있습니다. 이번호에 실리지 못한 필자 여러분께 죄송한 마음을 전하며 계속 성균관 법학을 사랑해주시기를 부탁드립니다.

이번 호까지 실린 논문이 12월에 있을 제4회 송암 학술상을 수상할 수 있는 심사대상이 될 것입니다. 여러 선생님들께 옥고를 계속 논문을 쾌척해주시기를 바랍니다.

항상 어려운 작업을 하고 계신 편집위원님들께 감사를 드리며, 여러 심사위원님들의 노고에 다시 감사드립니다.

2017. 9. 30.

법학연구원장 배병호

目　次

[硏究論文]

• 독일의 란터후터 알레 미세먼지소송에 대한 법적 고찰	강현호	1
• 초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구	김일환	35
• 국내·외 플랫폼 사업자 공평규제를 위한 제언	김현경	75
• 직장 괴롭힘 방지 입법에 대한 프랑스 법제의 시사점 – 노동의 지속가능성을 위해	양승엽	111
• 전자동화 행정행위에 관한 연구 -독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로-	이재훈	143
• 납골당설치신고반려처분 취소판결 후 재반려처분의 적법 여부 -서울행정법원 2009. 10. 9. 선고 2007구합21945 판결 등과 관련하여-	이영진	193
• 기본소득에 대한 헌법적 검토	이춘희	241
• 지역주택조합제도의 문제점과 개정 법제의 한계 : 주택법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정] 및 그 시행령을 중심으로	정연부	269
• 프랑스식 혼합정부제의 한국적 적실성	정재황	301
• 공정거래법상 과징금의 실제부과율 추정 및 국제비교 -부당공동행위를 중심으로-	김일중	355
• 명의신탁재산 증여의제 규정 폐지시의 대안에 관한 연구	이전오	395

• 담배소비세 납세의무의 성립시기에 관한 연구 -미납세반출의 경우를 중심으로-	이준봉	425
• ‘보안관찰해당범죄’의 적격성과 위헌성 -「보안관찰법」 제2조 제3호의 해당범죄를 중심으로-	정지훈	455
• 특허관리전문회사(PAE)의 양면성 검토에 근거한 우리 특허제도의 개선방안	정차호	485
• 독일의 공탁제도 -공탁금 이자와 국고귀속을 중심으로-	박시훈	523
• 독점규제법 제57조에 의한 손해액 인정제도의 적용 -대법원 2016. 11. 24. 선고 2014다81511 판결-	이선희	563
• 파산절차상 미이행쌍무계약으로서의 민간투자사업 실시협약	황창용	593

CONTENT

Articles

• A Legal Study on the Landshuter Alle lawsuit regarding Particulate Matter(PM 10) in Germany	Kang, Hyun Ho	1
• A Study on the Improvement of Personal Information Protection Legislation in the Hyper-Connected Society	Kim, Il Hwan	35
• A Study on fair regulation among domestic and foreign platform operators	Kim, Hyun Kyung	75
• A proposal to legislate worker's protection against bullying in the workplace - compared with the French legislation	Yang, Seung Yub	111
• A Study on the fully automated administrative act -Focused on the Analysis of Article 35a of the German Administrative Procedure Act-	Lee, Jae Hoon	143
• The Legitimacy of Second Retrocession after the Cancellation Decision of Retrocession regarding the Declaration of Ossuary Regarding Seoul Administrative Court Decision 2007Guhap21945 Decided October 9, 2009	Lee, Young Jin	193
• A Constitutional Study on Basic Income	Yi, Chun Hee	241
• The Problems of District Housing Association System And the Limitations of its Legal Reform Based on the Housing Act([Enforcement June 3, 2017] [Law No.14344, December 2, 2016, Partially Revised]) And Its Enforcement Decree	Joung, Youn Boo	269
• Une étude sur la pertinence de l'adoption du Régime mixte à la française en droit constitutionnel coréen.	Jung, Jae Hwang	301

• Estimation of the Actual Levy Rates of Administrative Surcharges for Violation of the Korean Fair Trade Act and Comparison across Countries: With Focus on Cartels	Kim, Il Joong	355
• Alternatives When The Clause of Fictitious Donation of Registered Property under a Third Party's Name is abolished	Lee, Jeon Oh	395
• A Review on the Timing of Tobacco Consumption Taxation - focused on Collection-Exempt Removal -	Lee, Jun Bong	425
• Berechtigung und Verfassungswidrigkeit der "mit der Sicherheitsaufsicht zu belegenden Straftaten" - Mit dem Schwerpunkt auf den betreffenden Straftaten nach § 2 Nr. 3 des Sicherheitsaufsichtsgesetzes -	Jeong, Ji Hoon	455
• Improvement Suggestions for Korean Patent System Based on Review of Duality of Patent Assertion Entities	Jung, Cha Ho	485
• Das Institut der Hinterlegung in Deutschland	Park, Si Hoon	523
• Application of Damage Acknowledgement Provision of Antitrust Act	Lee, Sun Hee	563
• A Study on Concession Contract as Executory Bilateral Contract in bankruptcy Procedure	Hwang, Chang Yong	593

독일의 란트후터 알레 미세먼지소송에 대한 법적 고찰

강현호*.

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 글
Ⅱ. 미세먼지의 위험성과 그에 대한 법적 규율
1. 미세먼지의 위험성
2. 미세먼지에 대한 법적 규율
Ⅲ. 미세먼지감축을 위한 행정개입의 청구
Ⅳ. 독일에 있어서 연방행정법원의 란트후터 알레 미세먼지 결정
1. 독일에서의 미세먼지 규율 법령
2. 독일 연방행정법원의 제1차 미세 먼지 결정
3. 독일 연방행정법원의 제2차 미세 먼지 결정
Ⅴ. 독일 연방행정법원의 미세먼지결정과 그 시사점
1. 주민의 행동계획수립 내지 계획무관조치 청구권
2. 우리나라 주민의 미세먼지 감축에 대한 청구권
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

미세먼지는 호흡하면서 생존하는 우리 인간에게 폐와 혈관까지 흡입되면서, 암, 심근경색 뿐만 아니라, 뇌졸중, 치매 등을 야기한다. 미세먼지를 관리하기 위하여 우리나라의 환경정책기본법이나 대기환경보전법에서 규율을 하고는 있으나, 정작 법률 그 자체에서 미세먼지에 대한 정의를 내리지 않고 있으며, 체계적인 법령의 정비도 이루어지지 않고 있다. 우리나라에서 미세먼지에 대한 일차적 관리책임이 있는 국가와 지방자치단체 등 행정주체가 법령에 따라서 미세먼지를 제대로 관리를 하지 아니하여 국민이 미세먼지로 건강상 피해를 입는 경우에 과연 주권자인 국민은 관할행정청을 상대로 어떠한 법적 권리를 주장할 수 있는가가 문제된다.

독일 연방행정법원의 란트후터 알레 미세먼지 결정에서 고찰하면, 원고가 거주하는 지역에 있어서 이미씨온한계수치가 법상 허용된 수준을 초과하였고 따라서 행동계획을 수립하여야 함에도 불구하고 관할행정청은 행동계획을 수립하지 아니

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

하였던바, 이에 원고는 관할행정청을 상대로 행동계획의 수립을 구하는 소송을 제기하였다. 연방행정법원은 제1차 미세먼지결정에서 미세먼지 PM 10의 한계수치의 초과로 건강상 고통을 받는 지역에 거주하는 주민에게 행동계획(Aktionsplan)의 수립을 구할 주관적 공권을 부정하였다. 원고의 주관적 공권을 부정한 근거로는, 「연방이미씨온보호법」상의 대기정화계획이나 행동계획의 수립을 근거지우는 법규범은 공익에 이바지하는 것이지 사인의 주관적 권리보호에 이바지하는 것이 아니므로 제3자 보호규범성을 긍정하기는 어렵다고 보았기 때문이다. 연방행정법원은 제2차 미세먼지결정에서 이미씨온한계수치의 초과로 인하여 건강상 악영향을 받는 주민에게, 행동계획과는 별도로 계획과 무관한 조치들을 구하는 즉 계획무관조치에 대한 행정개입청구권은 긍정되었다.

우리나라에서도 이제 미세먼지로 인하여 건강상 침해를 당하였다고 주장하는 사람들에 의하여 국가를 상대로 손해배상청구소송이 제기되어 있다. 앞으로는 미세먼지의 감축이라는 것과 관련하여 국가를 향하여 어떠한 조치를 취하여 달라는 소송으로 발전된 개연성이 크다고 할 것이다.

우리나라에서 미세먼지와 관련하여 근거가 되는 법령으로는 환경정책기본법, 대기환경보전법 그리고 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등을 들 수 있다. 이러한 미세먼지를 규율하는 법령의 해석에 있어서 공공 일반의 전체적인 공익을 보호하기 위한 규정이 아니라, 사익도 함께 보호하고 있다고 하는 점이 긍정된다면 주민이나 국민에게도 국가 등 행정주체를 상대로 행정의 개입을 구할 주관적 공권을 긍정할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 미세먼지에 대해서 규율하는 법령들을 보다 세심하게 국민의 건강을 보호하는 방향으로 자세하게 입법적으로 보완할 필요가 있으며, 나아가 법원도 이러한 법령들을 해석함에 있어서 보호규범론의 취지에 비추어 그 사익보호성을 찾아내려는 노력을 보다 심도 깊게 하여야 할 것이다.

Ⅰ. 들어가는 글

요즘 우리의 주위를 돌아보아도 그렇듯이 상당 수의 국민들이 아침에 일어나서 가장 먼저 체크하는 일 중의 하나가 오늘 미세먼지 농도가 어떠한가 하는 일이

다.[2] 네이버의 오른쪽 배너를 보면 온도와 함께 미세먼지에 대한 정보가 제시되고 있다. 언제부터 미세먼지에 대해서 이처럼 민감하게 반응을 하게 되었나 하고 돌이켜보면, 개인적으로는 2015년 어느 학회에서 미세먼지에 대한 발표를 듣고 난 이후라고 할 수 있을 것이다. 미세먼지가 특히 우리의 주목을 끄는 이유는 우리의 호흡과 관련이 있기 때문일 것이다. 먹는 것이나 자는 것은 얼마간 버틸 수 있지만, 숨을 쉬는 호흡은 길어야 2~3분 정도 참을 수 있을 뿐, 더 이상 호흡하지 못하면 사망에 이르게 된다. 성인은 평균 1분당 15회에서 20회 정도 호흡을 하는데, 이러한 호흡에 있어서 미세먼지가 적은 깨끗한 공기가 얼마나 중요한 지는 말할 필요가 없을 것이다.

미세먼지와 관련하여 관심은 전세계적으로 증가하고 있는 것으로 보인다. 최근 뉴스 보도에 의하면 프랑스 파리의 요가강사 클로틸드 노네즈(56)씨는 미세먼지로 인하여 폐질환이 악화되었다는 이유로 국가를 상대로 14만 유로(한화로 약 1억 8천만원)의 피해배상을 구하는 소송을 프랑스에서는 처음으로 제기하였다. 노네즈 씨는 1979년 고향 브르타뉴에서 파리로 이주하였는데, 이주한 지 약 3년이 지나고 가래와 기침 등을 동반하는 호흡기질환이 발병하였으며, 차츰 천식으로 진행되었다고 주장하였다. 이를 계기로 파리·리용·릴 등지에서도 약 30여 명의 호흡기질환 환자들이 프랑스 정부를 상대로 피해배상청구소송을 제기할 계획이라고 한다. 세계보건기구는 미세먼지로 매년 프랑스에서 4만2천명이 조기에 사망하는 것으로 추정하고 있다.[3]

우리나라에서도 2017년 4월 5일 미세먼지만을 원인으로 하여 피해배상을 구하는 소송이 처음으로 제기되었다. 최열 환경재단대표와 안경재 변호사는 서울중앙지방법원에 대한민국을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다. 원고들은 소장에서 대한민국이 국민의 안전과 행복추구권을 보호할 의무를 해태하고 있다는 주장을 제기하였다.[4] 이처럼 미세먼지로 인하여 세계 각처에서 자국정부를 상대로 하

---

2) http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/22/ [미세먼지의 공격] 아침에 일어나자마자 미세먼지 수치를 알려주는 모바일 애플리케이션부터 확인하고, 집안 미세먼지 수준도 때마다 확인한다.

3) 연합뉴스, 2017년 6월 9일.

4) http://www.kado.net. 안경재 변호사, 미세먼지 피해 소송 나선다: 안 변호사가 미세먼지 관련 국제소송을 기획한 계기는 춘천 봉의산에 오르면서 시작됐다. 최근 봉의산 새벽 산행에 나섰던 안 변호사는 미세먼지 공습의 피해자가 됐다. 희뿌연 미세먼지가 하늘을 뒤덮어 산행을 마음껏 즐길 권리를 빼앗겼고 호흡기 질환 등을 겪어 소송을 추진하게 됐다. 안 변호사는 “중국정부는 국제사회 일원으로서 오염을 방지할 의무가 있고, 대한민국은 국민의 안전을 보호하기 위해 중국에게 전략적 행동을 해야하지만 전혀 그렇지 못하다. 이같은 이유로 미세먼지 관련 소송을 기획,

는 소송들이 잇따라 제기될 것을 어렵지 않게 추측할 수 있을 것이다. 또한 제도적으로도 미세먼지를 보다 효율적으로 감축할 수 있도록 하기 위하여, 미세먼지 배출권거래제가 전국적으로 도입되어 미세먼지배출권을 거래할 수 있도록 하는 방안까지 보도되고 있다.[5)]

본고에서는 미세먼지의 위험성과 그에 대한 법적 규율에 대해서 간략하게 고찰한 후(Ⅱ), 독일에서 진행되었던 연방행정법원의 란트후터 알레 미세먼지 소송에 대해서 고찰한 다음(Ⅲ), 독일 연방행정법원의 결정이 우리에게 주는 시사점을 고찰하는 방향으로 논문을 전개하고자 한다(Ⅳ). 독일에서 진행되었던 미세먼지소송은 앞으로 우리나라에서 전개될 미세먼지소송과 더불어 미세먼지에 대한 관리대책을 법적으로 강구하는데 커다란 시사점을 제시할 것으로 사료된다.

Ⅱ. 미세먼지의 위험성과 그에 대한 법적 규율

1. 미세먼지의 위험성

미세먼지의 발생원인을 분류하자면, 크게 자연적 원인과 인공적 원인으로 구별할 수 있는바, 전자에는 황사, 흙먼지, 화산재, 미세소금, 산불먼지 등을 들 수 있으며, 후자에는 사업장매연, 화력발전소 연기, 자동차 배기가스, 타이어마모먼지, 광산분진, 음식조리, 흡연, 청소기, 의류건조기, 양초, 폐기물소각 등을 들 수 있다.[6)] 미세먼지의 발생의 직접성을 기준으로 1차 생성물과 2차 생성물로 구분할 수 있는데, 전자는 미세먼지를 직접 배출하는 경우로서 굴뚝 등 발생원에서부터 고체상태의 미세먼지로 나오는 경우를 말하고, 후자는 간접배출로서 Nox(질소산화물), Sox(황산화물) 등이 대기 중에서 수증기, 암모니아 등과 반응하여 2차적으

추진하게 됐다"고 밝혔다.
[네이버 지식백과] 천식 [asthma] 천식이란 폐 속에 있는 기관지가 아주 예민해진 상태로, 때때로 기관지가 좁아져서 숨이 차고 가랑가랑하는 숨소리가 들리면서 기침을 심하게 하는 증상을 나타내는 병을 말하는데, 기관지의 알레르기 염증 반응 때문에 발생하는 알레르기 질환이다. 이런 증상들은 반복적으로, 발작적으로 나타나며 유전적 요인과 환경적 요인이 합쳐져서 나타난다. 공기가 흐르는 길인 기관지의 염증으로 기관지 점막이 부어 오르고 기관지 근육이 경련을 일으키면서 기관지가 막혀서 숨이 차게 된다(서울대학교병원 의학정보, 서울대학교병원).

5) http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2017082116272842084: '미세먼지 배출권 거래제' 내년부터 전국 확대 시행(종합).

6) Rebler, Adolf/ Scheidler, Alfred, Fahrverbote zur Verringerung der Umgebungsbelastung durch Feinstaub, SVR 2007 Heft 6, S. 202.
이노우에 히로요시, 은밀한 살인자 초미세먼지, 전마무숲 2014, 19면.
김동영, 건강을 위협하는 미세먼지, 원인과 대책, 경기개발연구원 Issue & Analysis, 2013.11., 13면.

로 생성된 미세먼지를 말하는데, 2차 생성물로서의 미세먼지가 미세먼지 총발생량의 2/3를 차지할 정도로 높으며, 또한 그 위험성도 크다.

미세먼지의 위험성과 관련하여서는 여러 보도자료를 통해서 그 위험성이 제시되고 있다. 미세 먼지로 인한 조기사망자 한해 700만명, 담배보다 많다는 제목의 기사와 함께 담배보다 위험한 미세먼지 내지 발암물질 등으로 그 위험성이 경고되고 있다.[7] 네이버의 검색창에서 미세먼지의 위험성을 쳐보면 '미세먼지 왜 위험한가?'라는 제목하게 다음과 같은 설명이 제시되고 있다: 미세먼지는 여러 가지 복합한 성분을 가진 대기 중 부유 물질이다. 대부분 자동차의 배기가스, 도로 주행과정에서 발생하는 먼지에서 발생한다. 입자의 크기와 화학적 조성이 건강 영향을 결정한다. 미세먼지의 노출은 호흡기 및 심혈관계 질환의 발생과 관련이 있으며 사망률도 증가시키는 것으로 보고되고 있다. 특히, 크기가 10μm[8] 이하의 작은 먼지 입자들은 폐와 혈중으로 유입될 수 있기 때문에 큰 위협이 된다. 지름이 10μm보다 작고, 2.5μm보다 큰 입자를 미세먼지라고 부르며 주로 도로변이나 산업단지 등에서 발생한다. 지름이 2.5μm 이하의 입자는 초미세먼지라고 하며 담배연기나 연료의 연소 시에 생성된다. 입자의 성분이 인체의 독성에 중요한 역할을 하는데, 주로 연소 입자인 탄소, 유기탄화수소, 질산염, 황산염, 유해금속 성분 등으로 구성되어 있다. 이들은 크기가 매우 작아서 코와 기도를 거쳐 기도 깊숙한 폐포에 도달할 수 있으며, 크기가 작을수록 폐포를 직접 통과해서 혈액을 통해 전신적인 순환을 할 수 있다.[9] 우리 인간들의 수명을 단축시켜서 조기 사망에 이르게 하거나, 질병이 발생하도록 하거나 악화시키며, 특히 영유아나 고령자들에게 더욱 악영향을 가져온다.[10] 또한 우리 주변의 물건에 있어서도 미세먼지가 침투

---

7) http://health.chosun.com/site/data/html_dir/2017/03/21/2017032102141.html: 크기 작아 폐포 뚫고 혈액에 침투, 온몸 돌며 염증·각종 질병 일으켜 WHO, '1군 발암물질'로 분류… 한국, 미세 먼지 농도 계속 증가: '죽음의 먼지'로 불리는 미세 먼지는 전세계적으로 가장 위험한 환경 요인으로 꼽힌다. 최근 이화여대 의대에서 주최한 '미세 먼지가 건강에 미치는 영향 이해 및 완화' 심포지엄 발표 내용에 따르면 미세 먼지는 흡연의 위험을 넘어설 만큼 위협적이다. 세계보건기구는 2014년 한 해 미세 먼지로 인해 기대수명보다 일찍 사망하는 사람이 700만명에 이른다고 발표했는데, 흡연으로 인한 조기 사망자는 600만명으로 미세 먼지의 건강 유해성이 흡연보다 더 큰 것으로 분석됐다.

8) 마이크로미터(영국 영어: micrometre, 미국 영어: micrometer, 단위: μm), 미터의 백만분의 일에 해당하는 길이의 단위, 과학적 표기법으로는 1×10−6 m, 1 마이크로미터는 0.000 001 미터, 0.001 밀리미터.

9) [네이버 지식백과] 미세먼지의 위험성과 예방법은? (서울대학교병원 건강칼럼, 서울대학교병원). 하이데르는 독일 환경과 건강연구단의 흡입생물학 연구소장인데, 미세먼지는 입자가 작을 수록, 인간에게 그만큼 더 위험하다(Je kleiner die Partikel, umso gefährlicher sind sie für Menschen)는 말을 하였다.

하여 그 효용가치를 훼손시키기도 하고, 미세먼지를 제거하여야 하는 비용을 발생시키기도 한다.[11)]

---

10) Rebler, Adolf/ Scheidler, Alfred, "Fahrverbote zur Verringerung der Umgebungsbelastung durch Feinstaub", SVR 2007 Heft 6, S. 202.
http://health.chosun.com/site/data/html_dir/2017/03/21/2017032102105.html: 미세 먼지, 뇌장벽도 뚫어 뇌졸중·치매·우울증 유발: 미세 먼지가 인체에 미치는 영향 호흡기에 염증, 혈액 끈적하게 해… 심근경색 등 심장질환 위험 껑충 태아도 위협, 기형·장애 부르기도: 미세 먼지는 대기 중에 떠다니는 입자인데, 여러 유해 물질이 붙어 독성을 일으킨다. 주로 공장 매연이나 자동차 배기가스에서 나오는 황산염·질산염, 단백질 식품이 탈 때 나오는 발암물질 다환방향족탄화수소(PAH), 내분비계 교란 물질인 휘발성유기화합물(VOC), 중금속 등이 붙어있다. 이렇게 독성을 가진 미세 먼지가 우리 몸속으로 들어오면 면역을 담당하는 세포가 미세 먼지를 제거하려고 하는데, 이 때 염증반응이 나타나 호흡기, 심혈관계 등이 손상된다. 최근에는 미세 먼지가 치매·우울증 등 뇌신경계 질환도 유발한다고 알려졌다. 임신부가 미세 먼지를 마시면 태아의 성장에도 악영향을 준다.

11) Calliess, Christian, Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte - Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und ihre dogmatische Verarbeitung, NVwZ 2006, S. 1 f.
민경찬, http://www.gukjenews.com/news. 2017.06.13 '중금속' 미세먼지, 심혈관질환 위협: 공기 중 미세먼지는 남녀노소를 가리지 않고 질병을 유발할 수 있지만 호흡기질환이나 기관지가 약할 경우 위험성은 더 크다. 천식환자의 경우 미세먼지가 증가하면 악화되거나 사망할 확률이 일반인에 비해 두 배 이상 증가하며, 기침과 가래, 호흡곤란으로 이어지는 만성폐쇄성폐질환(COPD)을 일으키는 원인으로도 꼽힌다.
http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/23/: 미세먼지 피해 年 10조원…OECD "2060년 韓 타격 가장 심각"(종합): 미세먼지 문제가 갈수록 심각해지는 가운데, 대기오염에 따른 우리나라의 피해 규모는 연간 10조 원이 넘는 것으로 추정된다. 2060년께에는 피해액이 20조 원에 이를 것이라는 전망도 있다. 대기오염은 국민의 건강을 해칠 뿐만 아니라 야외활동과 산업 생산에도 영향을 미쳐 여러 분야에서 직·간접적으로 광범위한 피해를 유발한다. 23일 환경 당국과 학계, 경제협력개발기구(OECD) 등에 따르면 현재 한국의 대기오염에 따른 사회적 비용은 연간 10조 원을 웃돈다. 배정환 전남대 경제학부 교수는 이 비용을 11조8천억 원으로 추산했다. 이는 미세먼지, 휘발성유기화합물(VOC), 질소산화물(NOx), 황산화물(SOx) 등 대기오염 물질 감소에 따른 사회적 편익을 보수적으로 책정해 산출된 금액이다. 1t(톤)당 피해 비용은 미세먼지가 약 196만 원, VOC는 175만 원, SOx가 80만 원이다.
http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/22/ [미세먼지의 공격] "밖에 나가는게 공포…내 생활 잃었어요".
김보미, 사건인 2014/08/25, 은밀한 살인자, 초미세먼지(PM-2.5) 실체해부, 보이지 않고 냄새도 없지만 서서히 우리 몸 좀먹는다!
고현석, 뉴스1 2014.02.25.: 초미세먼지, 노년층 뇌졸중 확률 50배 높인다 중국발 스모그와 국내 겨울철 안개가 결합돼 더 치명적 국제암연구소, 초미세먼지를 석면 수준 발암물질로.
김택수, 환경일보 2014.02.10.: 초미세먼지, 65세 이상 노인 '8배 더 위험' KEI "호흡기 입원, 전체 직군보다 8.8% 증가" 호흡기·심혈관계 질환 상관관계 연구로 검증돼: 최근 '2013 KEI 성과보고회 및 제11차 환경정책포럼'에서 KEI 공성용 연구위원(배현주 공동연구)은 "초미세먼지 농도가 10㎍/㎥ 증가할 때 심혈관계 입원 발생위험이 전체 연령집단에서 1.18%, 65세 이상 연령집단에서 2.19% 높아지는 것으로 나타났다. 호흡기계 입원 발생위험 역시 초미세먼지 농도가 10㎍/㎥ 증가할 때 1.06%(전체 연령집단), 8.84%(65세 이상 연령집단)씩 높아졌다"고 밝혔다.
김창덕, 동아일보 2008-11-25: 반도체 클린룸, 미세먼지와의 전쟁.
노재웅, 머니위크 2014.03.14.: 반도체 불량 나올라…'미세먼지와의 전쟁' 미세먼지·황사로 숨 막히는 대한민국/ 미세먼지에 끙끙 앓는 산업계.
익스프레스웨이, 2014/02/26: 초미세먼지, 미세먼지, 황사에 대처하는 건강과 자동차 관리지식.

우리나라는 아직 개발의 시작단계에 있는 중국이라는 나라의 동쪽에 위치하는 지리적 특수성으로 인하여 중국으로부터 날아오는 미세먼지의 영향을 많이 받는 특징이 있다. 그러므로 중국과 다양한 외교적 채널을 통해서 미세먼지의 이슈를 공통적인 관심사로 만들어 상호 간에 긴밀하게 협조하는 방안을 강구할 필요가 있다.[12)]

2. 미세먼지에 대한 법적 규율

미세먼지(Particulate Matter, Feinstaub)란 문자 그대로 아주 작은 먼지라고 할 수 있다. 미세먼지에 대한 연원을 거슬러 올라가면 1959년 요하네스버그의 협약에서 찾을 수 있으며, 당시에는 직경 5μm 정도의 먼지를 의미하였다. 그 후 보다 실제적인 의미는 1987년 미국 대기질기준에서 EPA(Environmental Protection Agency)의 미세먼지기준에서 찾아볼 수 있는데, 미세먼지 기준이 호흡을 통해서 폐로 들어간다는 의미에서 흡입할 수 있는 이미씨온이라는 점에서 이미씨온을 바라보는 관점에 있어서 근본적인 변화를 가져왔다.[13)] 미세먼지의 크기가 작을수록 그 흡입성이 크다는 점에서 미국에서도 처음에는 PM 10(10㎛)에 대한 기준을 세웠으나, 1997년에 PM 2.5(2.5㎛)에 대한 기준을 보완하였다.

우리나라에서는 미세먼지에 대해서 어떠한 법적 규율을 하고 있는가를 살펴볼 필요가 있다. 먼저 우리나라의 환경에 대한 법적 규율에 있어서 가장 기본이 되는 환경정책기본법을 살펴보면, 동법 제12조(환경기준의 설정) 제1항과 제2항에서 미세먼지에 대한 법적 규율의 단서를 찾을 수 있다. 동 조항들에서는 “① 국가는 생태계 또는 인간의 건강에 미치는 영향 등을 고려하여 환경기준을 설정하여야 하며, 환경 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다. ② 환경기준은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있고, 환경기준과 관련하여 대통령령인, 환경정책기본법시행령 제2조로 내려가 보면 환경기준을 설정하면서 미세먼지에 대한 규율을 내리고 있다.[14)] 환경정책기본법시행령 [별표] 환경기준(제2조 관

남경현, 동아일보 2004-01-26: “수도권 대기오염 年 경제손실 10兆”.

12) http://www.nocutnews.co.kr/news/4753731: 中영향 빼놓고 미세먼지 판단? 비상조치 '맹탕'. http://www.kihoilbo.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=711654: 국내 미세먼지 해결 주변국과 협력 절실하다.

13) https://de.wikipedia.org/wiki/Feinstaub.

14) 환경정책기본법시행령 제2조(환경기준) 「환경정책기본법」(이하 "법"이라 한다) 제12조제2항에 따른 환경기준은 별표와 같다.

련)과 관련하여 규정하면서 1. 대기 분야에서 미세먼지(PM-10)의 기준으로 연간 평균치는 50㎍/㎥ 이하이고, 24시간 평균치는 100㎍/㎥ 이하로 설정되어 있으며, 미세먼지(PM-2.5)의 기준으로는 연간 평균치가 25㎍/㎥ 이하이고, 24시간 평균치는 50㎍/㎥ 이하로 설정되어 있다. 그리고, 비고 2.와 3.에서 미세먼지(PM-10)는 입자의 크기가 10㎛ 이하인 먼지를 말하고, 미세먼지(PM-2.5)는 입자의 크기가 2.5㎛ 이하인 먼지를 말한다 라고 규율하고 있다. 미세먼지에 대한 정의는 환경정책기본법시행령의 별표에 이르러서야 내려지고 있는 것이다. 이제 미세먼지에 대한 관심이 전국민적으로 점증하고 있으므로, 미세먼지에 대한 정의 그 자체를 법률에서 규율할 필요가 있다. 또한 미세먼지라는 용어가 법률적으로 여러 군데에서 사용되고 있으므로, 이에 대한 통일적 정의 규정을 법률로 규율할 필요도 있다. 미세먼지에 대한 정의는 대기환경보전법에서 규율하는 것이 체계적으로 볼 때 보다 타당하다고 할 수 있다.

미세먼지와 관련하여 근간이 되는 대기환경보전법 제2조(정의) 제1호에 의하면, 미세먼지에 대한 정의가 되는 규율이 없이 당연한 것으로 전제하고 있으며, 미세먼지와 관련되는 것으로 추정할 수 있는 것으로는 대기오염물질을 들 수 있다. 동법 제2조 제1호에서 "대기오염물질"이란 대기 중에 존재하는 물질 중 제7조[15]에 따른 심사·평가 결과 대기오염의 원인으로 인정된 가스·입자상물질로서 환경부령[16]으로 정하는 것을 말한다고 규정하고 있으며[17], 대기환경보전법 상 대기오염물질로서 직접적으로 미세먼지를 규정하지는 아니하고, 동법 시행규칙상 [별표 1] 제1호의 입자상물질로 규정하고 있다. 그러므로 대기환경보전법 상으로는 미세먼지는 대기오염물질 중에서 입자상 물질로 분류되고 있을 뿐 그 정의는 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 대기환경보전법 제8조(대기오염에 대한

15) 대기환경보전법 제7조(대기오염물질에 대한 심사·평가) ① 환경부장관은 대기 중에 존재하는 물질의 위해성을 다음 각 호의 기준에 따라 심사·평가할 수 있다. 1. 독성 2. 생태계에 미치는 영향 3. 배출량 4. 「환경정책기본법」 제12조에 따른 환경기준에 대비한 오염도 ② 제1항에 따른 심사·평가의 구체적인 방법과 절차는 환경부령으로 정한다.

16) 대기환경보전법 시행규칙 제2조(대기오염물질) 「대기환경보전법」(이하 "법"이라 한다) 제2조 제1호에 따른 대기오염물질은 별표 1과 같다. [별표 1] 대기오염물질(제2조 관련) 1. 입자상물질 2. 브롬 및 그 화합물 3. 알루미늄 및 그 화합물 4. 바나듐 및 그 화합물 5. 망간화합물 6. 철 및 그 화합물 … .

17) 대기환경보전법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "대기오염물질"이란 대기 중에 존재하는 물질 중 제7조에 따른 심사·평가 결과 대기오염의 원인으로 인정된 가스·입자상물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.
…
6. "먼지"란 대기 중에 떠다니거나 흩날려 내려오는 입자상물질을 말한다.

경보)에 의하면 미세먼지와 관련하여 그 농도에 따라서 법적인 결과를 결부시키고 있는바, 이러한 규율방식은 법률유보의 원칙에 비추어 볼 때 문제가 될 수 있을 것이다. 따라서, 먼저 대기환경보전법 그 자체에 미세먼지에 대한 법적 정의를 분명하게 할 필요가 있다. 대기환경보전법 제8조[18]에 의하면, 미세먼지가 환경기준을 초과하여 주민의 건강이나 재산 또는 동식물의 생육에 심각한 위험과 손해를 야기할 우려가 있는 경우에는 대기오염경보를 발할 수 있고, 국민의 기본권과 일상생활에 영향을 미칠 수 있는 개별적이고도 구체적인 조치들을 취할 수 있도록 규정하고 있으며, 대기환경보전법시행령 제1조의3(대기오염도 예측·발표 대상 등) 제2항에서는 미세먼지(PM-10)와 미세먼지(PM-2.5)에 대해서 대기오염도를 예측·발표하도록 규정하고 있는데, 대기오염경보 단계는 대기오염경보 대상 오염물질의 농도에 따라 주의보 또는 경보를 발하도록 규정하고 있다. 현재 대기환경보전법 시행령 제1조의3 제2항에 의하면, 미세먼지는 대기오염도 예측·발표의 대상 오염물질이라고 할 수 있다.[19] 이러한 전반적인 법적 규율상태를 살펴보았을 때,

---

18) 대기환경보전법 제8조(대기오염에 대한 경보) ①시·도지사는 대기오염도가 「환경정책기본법」 제12조에 따른 대기에 대한 환경기준(이하 "환경기준"이라 한다)을 초과하여 주민의 건강·재산이나 동식물의 생육에 심각한 위해를 끼칠 우려가 있다고 인정되면 그 지역에 대기오염경보를 발령할 수 있다. 대기오염경보의 발령 사유가 없어진 경우 시·도지사는 대기오염경보를 즉시 해제하여야 한다. ②시·도지사는 대기오염경보가 발령된 지역의 대기오염을 긴급하게 줄일 필요가 있다고 인정하면 기간을 정하여 그 지역에서 자동차의 운행을 제한하거나 사업장의 조업 단축을 명하거나, 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다. ③제2항에 따라 자동차의 운행 제한이나 사업장의 조업 단축 등을 명령받은 자는 정당한 사유가 없으면 따라야 한다. ④대기오염경보의 대상 지역, 대상 오염물질, 발령 기준, 경보 단계 및 경보 단계별 조치 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

19) 대기환경보전법 시행령 제1조의3(대기오염도 예측·발표 대상 등) ② 법 제7조의2제3항에 따른 대기오염도 예측·발표의 대상 오염물질은 「환경정책기본법」 제12조에 따라 환경기준이 설정된 오염물질 중 다음 각 호의 오염물질로 한다. 1. 미세먼지(PM-10) 2. 미세먼지(PM-2.5) 3. 오존(O3).
대기환경보전법시행규칙 제11조(측정망의 종류 및 측정결과보고 등) ① 법 제3조제1항에 따라 수도권대기환경청장, 국립환경과학원장 또는 「한국환경공단법」에 따른 한국환경공단(이하 "한국환경공단"이라 한다)이 설치하는 대기오염 측정망의 종류는 다음 각 호와 같다. <개정 2009.7.14., 2010.12.31., 2011.8.19., 2013.5.24., 2014.2.6., 2016.6.2.> … 8. 미세먼지(PM-2.5)의 성분 및 농도를 측정하기 위한 미세먼지성분측정망. 제14조(대기오염경보 단계별 대기오염물질의 농도기준) 영 제2조제3항에 따른 대기오염경보 단계별 대기오염물질의 농도기준은 별표 7과 같다.

[별표 7] <개정 2015.12.10.>
대기오염경보 단계별 대기오염물질의 농도기준(제14조 관련)

대상 물질	경보 단계	발령기준	해제기준
미세먼지(PM	주의보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 PM-10 시간당 평균농도가	주의보가 발령된 지역의 기상조건 등을 검토하여 대기자동측정소의 PM-10 시간당 평균농

대기환경보전법에서 미세먼지에 대한 정의를 두어야 할 것이고, “미세먼지란 먼지 중에서도 더 미세한 먼지로서 그 입자의 직경이 10㎛ 이하의 대단히 작은 부유물질을 의미한다”라고 정의를 내릴 수 있을 것이다.

대기와 관련하여 중요한 법률로 수도권 대기환경개선에 관한 특별법도 존재하는데, 동법 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무)에서는 “① 국가는 수도권지역의 대기환경 개선을 위한 종합적인 시책을 수립·시행하여야 한다. ② 대기관리권역(大氣管理圈域)을 관할 구역으로 하는 지방자치단체(이하 "지방자치단체"라 한다)는 관할 구역의 사회적·환경적 특성을 고려하여 대기환경개선을 위한 세부 시책을 수립·시행하여야 한다.”라고 규정하고 있으며, 동법 제7조의2(대기오염도의 측정 등) 제2항에 의하면 “② 환경부장관은 제1항에 따른 측정결과가 대통령령으로

-10)		150㎍/㎥ 이상 2시간 이상 지속인 때	도가 100㎍/㎥미만인 때
	경보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 PM-10 시간당 평균농도가 300㎍/㎥이상 2시간 이상 지속인 때	경보가 발령된 지역의 기상조건 등을 검토하여 대기자동측정소의 PM-10 시간당 평균농도가 150㎍/㎥ 미만인 때는 주의보로 전환
미세먼지(PM-2.5)	주의보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 PM-2.5 시간당 평균농도가 90㎍/㎥ 이상 2시간 이상 지속인 때	주의보가 발령된 지역의 기상조건 등을 검토하여 대기자동측정소의 PM-2.5 시간당 평균농도가 50㎍/㎥ 미만인 때
	경보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 PM-2.5 시간당 평균농도가 180㎍/㎥ 이상 2시간 이상 지속인 때	경보가 발령된 지역의 기상조건 등을 검토하여 대기자동측정소의 PM-2.5 시간당 평균농도가 90㎍/㎥ 미만인 때는 주의보로 전환
오존	주의보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 오존농도가 0.12ppm 이상인 때	주의보가 발령된 지역의 기상조건 등을 검토하여 대기자동측정소의 오존농도가 0.12ppm 미만인 때
	경보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 오존농도가 0.3ppm 이상인 때	경보가 발령된 지역의 기상조건 등을 고려하여 대기자동측정소의 오존농도가 0.12ppm 이상 0.3ppm 미만인 때는 주의보로 전환
	중대경보	기상조건 등을 고려하여 해당지역의 대기자동측정소 오존농도가 0.5ppm 이상인 때	중대경보가 발령된 지역의 기상조건 등을 고려하여 대기자동측정소의 오존농도가 0.3ppm 이상 0.5ppm 미만인 때는 경보로 전환

비고
1. 해당 지역의 대기자동측정소 PM-10 또는 PM-2.5의 권역별 평균 농도가 경보 단계별 발령기준을 초과하면 해당 경보를 발령할 수 있다.
2. 오존 농도는 1시간당 평균농도를 기준으로 하며, 해당 지역의 대기자동측정소 오존 농도가 1개소라도 경보단계별 발령기준을 초과하면 해당 경보를 발령할 수 있다.

정하는 기준을 초과하는 경우에는 관계 행정기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을 요청할 수 있다."고 규정하고 있다. 여기서 동조 제7조의2 제2항에서 "대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우"란 미세먼지 농도가 1세제곱미터당 200마이크로그램을 초과하는 경우를 말한다고 규율하고 있다.[20] 대기오염도의 측정에 있어서 미세먼지의 농도가 중요한 기준으로 작동하고 있다.

이러한 법적 규율에 의거할 때, 우리 법령상 미세먼지는 다음과 같은 성질을 지닌다: 미세먼지는 첫째, 환경정책기본법상 환경기준이 설정되는 대상이고, 둘째, 대기환경보전법상 입자상 물질로 대기오염도 예측·발표의 대상 오염물질이고 그 농도에 따라서 국민에게 영향을 미치는 조치를 취할 근거가 되는 물질이고, 셋째, 수도권 대기환경개선에 관한 특별법상 관계 행정기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을 요청할 수 있는 근거가 되는 물질이다.

Ⅲ. 미세먼지 감축을 위한 행정개입의 청구

미세먼지는 발암물질처럼 위험하고 우리의 건강과 생활에 커다란 영향을 미치고 있다. 미세먼지의 발생원은 공장의 가동, 건설기계의 작동, 발전소의 운영, 자동차의 운행, 그리고 비산먼지 등 다양하다. 이러한 다양한 오염원으로부터 발생하는 미세먼지의 관리 내지 감축에 있어서는 이러한 오염원을 운영하는 특정 개인이나 사업자의 역할도 중요하기는 하지만, 무엇보다도 공권력을 가지고 행정을 수행하는 행정부의 역할이 중요하다. 왜냐하면, 미세먼지의 감축은 어떤 하나의 조치로서 이루어질 수 있기보다는 다양한 조치들이 상호간에 협력하여야 하며, 또한 그러한 조치들로 인하여 영향을 받는 다른 국민들의 기본권도 함께 고려하여야 하는 복합적인 내용을 담고 있기 때문이다.

미세먼지의 감축과 관련하여 국가나 지방자치단체 등 행정부의 역할이 중요하다고 할 때, 행정부가 국민이 원하는 바를 자발적으로 수행하여 미세먼지를 적절하게 관리하고 감축하면 좋겠지만, 그렇지 아니할 경우에 국민의 대처방안이 문제된다. 미세먼지의 위험성과 미세먼지를 규율하는 법령 하에서 우리나라 국민들이 과연 행정부를 상대로 미세먼지의 감축을 위한 로드맵을 작성하라든가 아니면 미세먼지의 감축을 위한 계획을 수립하라 또는 미세먼지를 많이 발생시키는 화물

20) 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 시행령 제3조의2(대기오염도 측정결과에 따른 조치 요청 기준).

자동차 또는 경유 사용 자동차의 도심운행을 제한 내지 금지하라는 청구를 할 수 있는가가 문제될 수 있을 것이다.[21] 이러한 청구가 관할행정청을 상대로 이루어졌고, 만약 행정청이 이러한 국민의 청구를 받아들이지 아니하였다면 국민은 이 문제를 법원에 가져올 수 있는가 그리고 만약 법원에 소구되었다면 법원은 어떠한 판단을 할 것인가 등이 문제가 될 수 있다.

물론 미세먼지로 인하여 피해를 입는 당사자는 미세먼지를 배출하는 자를 상대로 민사상 손해배상의 청구나 유지청구를 할 수 있을 것이지만, 현재의 법적 상황 하에서는 특히 인과관계의 측면에서 이를 인용하기란 쉽지 아니할 것이다. 그러므로, 미세먼지로 인하여 고통을 받는 국민은 행정부에게 미세먼지의 감축 내지 미세먼지의 허용한도를 준수하도록 다양한 조치들을 취하도록 요청할 수 밖에 없다.

그런데, 독일에서나 한국에서나 국민이 행정청을 상대로 어떠한 행위를 요구하기 위해서는 국민에게 주관적 공권이 긍정되어야 하는바, 주관적 공권의 성립과 관련하여서는 오트마 뷜러의 이론이 통설적 견해로서, 그는 주관적 공권의 성립과 보호의 근거를 옐리네크가 국민의 지위이론에서 찾은 것과는 달리 실정법규범에서 찾았다. 뷜러에 의하면, 행정주체에게 의무를 근거지우는 기속의 행정법규범이 존재하고 있고, 이러한 기속법규범이 행정목적 즉, 공익의 실현뿐만 아니라 특정 국민의 이익도 함께 보호하고 있다면 주관적 공권의 성립을 긍정하였다.[22] 그

---

21) 대기환경보전법 제8조(대기오염에 대한 경보) ②시·도지사는 대기오염경보가 발령된 지역의 대기오염을 긴급하게 줄일 필요가 있다고 인정하면 기간을 정하여 그 지역에서 자동차의 운행을 제한하거나 사업장의 조업 단축을 명하거나, 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다. ④대기오염경보의 대상 지역, 대상 오염물질, 발령 기준, 경보 단계 및 경보 단계별 조치 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
대기환경보전법시행령 제2조(대기오염경보의 대상 지역 등) ④ 법 제8조제4항에 따른 경보 단계별 조치에는 다음 각 호의 구분에 따른 사항이 포함되도록 하여야 한다. 다만, 지역의 대기오염 발생 특성 등을 고려하여 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 조례로 경보 단계별 조치사항을 일부 조정할 수 있다. <개정 2013.1.31., 2014.2.5.>
1. 주의보 발령 : 주민의 실외활동 및 자동차 사용의 자제 요청 등
2. 경보 발령 : 주민의 실외활동 제한 요청, 자동차 사용의 제한 및 사업장의 연료사용량 감축 권고 등
3. 중대경보 발령 : 주민의 실외활동 금지 요청, 자동차의 통행금지 및 사업장의 조업시간 단축명령 등.
수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제7조의2(대기오염도의 측정 등) ② 환경부장관은 제1항에 따른 측정결과가 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우에는 관계 행정기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을 요청할 수 있다.

22) Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914: Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden,

렇다면 독일에서나 한국에서나 결국 미세먼지를 규율하는 관련 법령들로부터 이러한 주관적 공권을 도출할 수 있는가 하는 점에 주요한 쟁점으로 떠오르게 된다. 미세먼지의 배출에 대한 행정청의 개입과 관련하여 이미 독일에서는 중요한 판결들이 내려졌는바, 다음에서는 독일 연방행정법원의 미세먼지 소송에 대해서 고찰하기로 한다.

Ⅳ. 독일에 있어서 연방행정법원의 란트후터 알레 미세먼지 결정

미세먼지로 인하여 피해를 입는 국민이 법적으로 어떻게 접근할 수 있을까와 관련하여 독일에서는 피해를 입는 주민이[23] 관할행정청을 상대로 개입을 구하는 여러 건의 미세먼지 관련 소송들이 진행되었고, 상고심인 독일연방행정법원까지 도달하여 확정된 사건도 있다. 란트후터 알레에 거주하는 주민이 미세먼지의 감축을 위해서 행동계획[24]의 수립을 청구하였고 이에 대해서 연방행정법원은 유럽재판소에 유럽의 대기질지침과의 관계 하에서 유럽 대기질지침이 행동계획의 수립청구권을 주민에게 부여하는지에 대해서 사전결정을 제청하였다. 그 와중에 제1차 미세먼지결정에서는 일단 행동계획의 수립청구권은 부정되었다. 하지만, 유럽재판소에서는 주민에게 행동계획의 수립청구권을 일정 부분 긍정하는 판결을 내렸다. 그 후, 동일한 원고가 행동계획 외에 피고 행정청을 상대로 도로교통법상의 계획무관조치를 취할 의무가 있다는 것을 구하는 소송에서 연방행정법원(제2차 미세먼지결정)에서는 관할행정청의 의무를 긍정하였다.

이러한 독일에서의 미세먼지 소송을 추적하면서 우리나라에서도 장래 어떠한

---

zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, Verlang C.H.Beck. § 8 Rn. 8 f.: 여기서 중요한 것은 법령이 특정의 국민에게 법적인 이익을 주려고 하였는가 하는 점이다. 문제는 독일에서도 이러한 이익보호의 여부가 법령으로부터 명확하지 아니한 경우에는 법원은 개개의 사안마다 판결을 내려 때로눈 혼란스러운 판례법을 형성하였다.

Scheidler, Alfred, Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgericht, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008, S. 56.

23) 뮌헨 출신의 녹색당 소속 정치가이자 변호사인 디터 야네첵(Dieter Janecek)은 바이에른주에게 주수도(州首都) 뮌헨의 중간링에서 미세먼지를 감축시키는 행동계획을 수립할 의무를 지우는 소송을 제기하였다.

24) 행동계획은 새로운 「연방이미씨온보호법」 상으로는 "단기적으로 취하여야 할 조치계획(Pläne für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen)"으로 변경되었다: BImSchuG § 47 Luftreinhaltepläne, Pläne für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen, Landesverordnungen.

소송들이 제기될 수 있으며, 특히 행정청을 상대로 미세먼지의 감축을 구하는 소송에서 어떠한 해결방안들이 도출될 수 있는가를 가늠할 수 있을 것으로 사료된다.

1. 독일에서의 미세먼지 규율 법령

독일에서 미세먼지와 관련하여 법적 근거로 들 수 있는 것은 먼저 유럽법 차원에서 대기질과 청정대기에 관한 유럽지침(2008/50/EG: 이하 유럽대기질지침)[25]을 들 수 있고, 다음으로 동지침을 독일 국내법적으로 이행한 독일의 「연방이미씨온보호법」[26] 제48a조 및 동법시행령인 제39차 연방이미씨온보호령을 들 수 있다.[27] 동법시행령 제21조에 의하면 미세먼지의 한계수치가 보다 엄격하게 되었으며, 미세먼지한계수치(Immissionsgrenzwerte)를 초과하는 경우에 동법시행령 제27조에 의거하여 대기정화계획(Luftreinhaltepläne)을 수립할 의무가 존재한다.[28]

먼저 「연방이미씨온보호법」을 살펴보면, 동법 제47조 제1항 및 제2항은 대기정화계획, 단기간에 취하여야 할 조치들, 주법규명령이라는 제목하에, 제47조 제1항 제1문에서는 "제48a조 제1항에 의하여 법규명령(Verordnung: 시행령)으로 규정된 이미씨온한계수치(Immissionsgrenzwerte)가 수인한도를 초과하는 경우에 관할행정청은 지속적 감소를 위하여 요구되는 조치들을 지정하고, 법규명령의 요청에 상응하는 대기정화계획을 수립하여야 한다."라고 규정하고 있다. 동조 제2항

---

25) RICHTLINIE 2008/50/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa(2008/50/EG): 이러한 지침의 목표는 건강과 환경에 악한 영향을 방지하기 위하여 대기질을 유지 개선하는 것과 대기 중의 특정한 화학물질의 농도에 대한 한계수치를 정하는 것에 있다.

26) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG).
「연방이미씨온보호법」의 한국어 발음과 관련하여 독일어의 발음은 복자음인 경우에 하나의 자음으로 발음되고 그 앞에 모음은 짧게 발음되는 것이 예외없는 원칙이므로, 임미시온이라고 발음이 되는 것이 아니라 이미씨온으로 발음이 되는 것이므로, 이를 임미시온이라고 하는 것은 발음상 부정확한 발음이라고 할 수 있을 것임.
참조: https://www.youtube.com/watch?v=Dm0BY4V8cMw.

27) 「연방이미씨온보호법」 제22차 시행령은 폐지되고 제39차 시행령에서 새롭게 규율됨: 39. BImSchV - Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen.
독일에서는 현재 제41차 연방이미씨온보호령까지 제정되어 있다. 그 중에서 제9차는 인허가절차에 대한 것이고, 제14차는 국방에 대한 것이고, 제16차는 교통소음에 대한 내용을 담고 있다.

28) Breuer in Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003. 5. Kap. Rn. 221.
Koch, Hans-Joachim, Umweltrecht, Verlag Franz Vahlen München 2010, § 4 Rn 82.
Jarass, Hans D., BImSchuG, Verlag. 9. Aufl., 2012, C.H.Beck. § 47 Rn. 23 ff.
BT-Drucks 17/508: 입법이유서에 의거할 때 이러한 목표수치는 독일 전역에서 준수되어질 수 있다.

제1문에서는 “제48a조 제1항에 의하여 법규명령(시행령)으로 규정된 경고수치(Alarmschwellen)를 초과하는 위험이 존재한다면, 법규명령이 규정하는 경우에는 관할행정청은 단기간에 취하여야 할 조치들을 위하여 계획을 수립하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 동조 제4항 제1문에 따르면 조치들은 비례의 원칙을 고려하면서 원인자의 기여도에 상응하여 모든 배출자들에게 이루어져야 한다고 규정되어 있다.[29]

제39차「연방이미씨온보호법시행령」(Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen: 39. BImSchV) 제1조 제15호에 따르면, 이미씨온한계수치(Immissionsgrenzwert)는 학문적 인식의 기초 위에서 인간의 건강이나 환경 전체에 대하여 해로운 영향을 방지·예방 또는 감소시키는 것을 목표로 하여 제시되는 수치로서 특정한 기간 내에서 준수되어져야만 하고 초과되어서는 아니되는 수치이다. 동 시행령 제1조 제18호에 의하면, 단기적으로 취하여야 할 조치계획(Pläne für kurzfristige zu ergreifende Maßnahmen)이란 이산화황(Schwefeldioxid)과 이산화질소(Stickstoffdioxid)에 대한 경고수치의 초과 위험을 감소시키거나 그의 초과기간을 제한하기 위하여 단기간에 취하여져야 할 조치들을 포함하는 계획이다. 그리고 대기정화계획이란, 이미씨온한계수치 또는 미세먼지목표수치(PM2,5-Zielwert)의 달성을 위한 조치들을 포함하는 계획을 말한다.[30]

---

29) 「연방이미씨온보호법」 제47조 (1) Werden die durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Abs. 1 festgelegten Immissionsgrenzwerte einschließlich festgelegter Toleranzmargen überschritten, hat die zuständige Behörde einen Luftreinhalteplan aufzustellen, welcher die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt und den Anforderungen der Rechtsverordnung entspricht. (2) Besteht die Gefahr, dass die durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Absatz 1 festgelegten Alarmschwellen überschritten werden, hat die zuständige Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufzustellen, soweit die Rechtsverordnung dies vorsieht. (4) Die Maßnahmen sind entsprechend des Verursacheranteils unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegen alle Emittenten zu richten, die zum Überschreiten der Immissionswerte oder in einem Untersuchungsgebiet im Sinne des § 44 Abs. 2 zu sonstigen schädlichen Umwelteinwirkungen beitragen.

30) 제39차 「연방이미씨온보호법시행령」(39. BImSchV) § 1 Begriffsbestimmungen In dieser Verordnung gelten folgende Begriffsbestimmungen: 15. „Immissionsgrenzwert" ist ein Wert, der auf Grund wissenschaftlicher Erkenntnisse mit dem Ziel festgelegt wird, schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit oder die Umwelt insgesamt zu vermeiden, zu verhüten oder zu verringern, und der innerhalb eines bestimmten Zeitraums eingehalten werden muss und danach nicht überschritten werden darf; 18. „Pläne für kurzfristige Maßnahmen" sind Pläne mit den Maßnahmen, die kurzfristig zu ergreifen sind, um die Gefahr der Überschreitung von Alarmschwellen für Schwefeldioxid und Stickstoffdioxid zu verringern oder deren Dauer zu beschränken; 21. „Luftreinhaltepläne" sind Pläne, in denen Maßnahmen zur Erreichung der Immissionsgrenzwerte oder des PM2,5-Zielwerts festgelegt sind.

「연방이미씨온보호법시행령」 제4조에는 PM10을 위한 이미씨온한계수치를 규정하고 있는데, 일중 평균 이미씨온 한계수치는 50㎍/㎥이고, 년중 35일간 초과가 허용된다. 년중 평균 이미씨온 한계수치는 40㎍/㎥이다. 동 시행령 제5조에 의하면, PM2,5을 위한 연중 목표수치는 25 ㎍/㎥이다.[31]

독일의 미세먼지 환경기준			
PM10	24 시간 평균	50㎍/㎥	35일 한도내에서 초과를 허용함
	연평균	40㎍/㎥	
PM2.5	연평균	25㎍/㎥	

동 시행령 제27조(대기정화계획) 제1항에 의하면, 특정한 지역이나 도심밀집지역에서 대기 중의 유해물질의 수치가 이미씨온한계수치 또는 부록 12 D절에 언급된 목표수치를 초과하는 경우에 관할행정청은 이들 지역을 위하여 대기정화계획을 수립한다. 대기정화계획은 한계수치 미준수기간이 가능한 한 단축되도록 적절한 조치들을 포함하여야 한다. 대기정화계획들은 어린이보호를 포함하여 미세먼지로 인하여 건강에 민감한 인구그룹의 보호를 위하여 목표지향적인 조치들을 규정할 수 있다(제2항).[32]

「연방이미씨온보호법」의 규범에 규율된 조치들은 임무규범(Aufgabenorm)에 속하고, 실제로 이러한 조치들을 실행에 옮기고 제한하기 위해서는 권한규범

Erbguth, Wilfried/Schlaceke, Sabine, Umweltrecht, Nomos 4. Aufl., 2012, § 9 Rn 33: 대기정화계획은 대기의 오염을 지속적으로 감소시키기 위하여 요청되는 조치들이다.

31) 제39차 「연방이미씨온보호법시행령」(39. BImSchV) § 4 Immissionsgrenzwerte für Partikel (PM10).

32) 제39차 「연방이미씨온보호법시행령」 § 27 Luftreinhaltepläne (1) Überschreiten in bestimmten Gebieten oder Ballungsräumen die Werte für Schadstoffe in der Luft einen Immissionsgrenzwert zuzüglich einer jeweils dafür geltenden Toleranzmarge oder den in Anlage 12 Abschnitt D genannten Zielwert, erstellen die zuständigen Behörden für diese Gebiete oder Ballungsräume Luftreinhaltepläne. (2) Ein Luftreinhalteplan muss geeignete Maßnahmen enthalten, um den Zeitraum einer Nichteinhaltung so kurz wie möglich zu halten, wenn 1. einer der in Anlage 11 Abschnitt B genannten Immissionsgrenzwerte überschritten wird oder diese Überschreitung nach Ablauf einer nach § 21 Absatz 2 bis 4 verlängerten Frist zur Einhaltung von Immissionsgrenzwerten eintritt, 2. der in Anlage 12 Abschnitt E genannte Immissionsgrenzwert nach Ablauf der Einhaltefrist überschritten wurde. Die genannten Pläne können zusätzlich gezielte Maßnahmen zum Schutz empfindlicher Bevölkerungsgruppen, einschließlich Maßnahmen zum Schutz von Kindern, vorsehen.

(Befugnisnorm)이 별도로 요청된다. 이런 의미에서 연방행정법원은 대기질을 규율하는 법규범의 이단계성에 대해서 언급하고 있다.[33]

독일에서 미세먼지와 관련되어서 연방행정법원의 결정을 받은 첫 사안은 뮌헨의 란트후터알레에 위치한 중간링에 거주하는 원고가 피고 행정청에게 대기정화에 대한 행동계획을 수립할 의무가 있다는 판결을 구하는 사안으로서, 독일의 「연방이미씨온보호법」 규정들이 원고에게 행동계획의 수립을 구하는 주관적 공권(subjektives Recht)을 부여하는가 아니면 계획무관조치(planunabhängige Maßnahme)의 실행청구권만이 인정될 수 있는가가 핵심 내용이었다.[34] 다음에서는 미세먼지와 관련하여 독일에서 중요하게 다루어진 연방행정법원의 란트후터 알레와 관련하여 내려진 두개의 결정(Landshuter Allee Entscheidung)을 살펴보기로 한다.[35]

2. 독일 연방행정법원의 제1차 미세먼지 결정

(1) 사실관계와 하급심 판결

원고는 뮌헨의 란트후터 알레(Landshuter Allee)에 위치한 중간 링(am Mittleren Ring)에 거주하고 있다. 그의 주택은 란트후터 알레의 대기질 측정소(Luftgütemessstelle)의 북쪽으로 약 900되는 지점에 위치하고 있다. 대기질 측정소와 원고의 주택에서 건설현황이나 도로교통은 커다란 차이를 보이지는 않는다.

란트후터 알레의 측정결과 미세먼지 PM 10의 한계수치는 2005년 3월 27일 현재 50㎍/㎥인데, 이미 36번이나 초과하였다. 한계초과 횟수는 10월 1일까지 75번, 2005년 12월 13일까지 105번 초과하였다. 2006년에 들어와서도 3월 27일까지 란트후터알레 측정소는 이미 총 43번의 초과를 기록하였다. 주(州) 환경보호청은 2003년 측정소에서 이미씨온의 기여도는 도시환경 43%, 화물자동차 36%, 이미씨온등록시설 5%, 기타 영향 16%로 분류하였다.

바이에른주(州) 수도(首都)인 뮌헨(Landeshauptstadt München) 지역을 위한 대기정화계획(Luftreinhalteplan)은 존재한다. 대기정화계획은 2004년 12월 28일에 대외

---

33) BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 - 7 C 9.06.

34) BVerwG 3 A 5.15 - Urteil vom 08.09.2016: 보다 최신의 판결들도 있지만, 예를 들면 원고가 피고의 니스키(Niesky)정류소에서 크랍펜로데(Knappenrode) 정류소까지의 2014년 3월 31일자 복선확장 및 철도노선의 전기화에 대해서 철도법적인 계획확정결정에 대해서 취소의 소를 제기한 사안으로서 취소소송을 근거지우는 주장의 하나로서 미세먼지한계수치를 제시하고 있다.

35) BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 - 7 C 9.06; BVerwG, Urteil vom 27. 9. 2007 - 7 C 36.07. Scheidler, Alfred, Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgericht, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008, S. 55 ff.

적 구속력을 지니는 것으로 선언되었다. 대기정화계획은 PM 10의 전체이미씨온에서 도로교통의 기여도를 60%가 넘는 것으로 표시하고 있다.

2005년 3월에 원고는 오버바이에른 정부(Regierung von Oberbayern)에 대기정화를 위한 행동계획을 즉각 수립하도록 신청하였다. 이러한 신청은 바이에른 환경, 건강 및 소비자보호부(Bayerische Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz)에 이관되었고, 2005년 5월에 원고는 동 부(部)에 뮌헨 특히 란트후터 알레를 위한 대기정화를 위한 행동계획을 이 주(週) 내에 제출하여 줄 것을 요청하였다. 동 부(部)는 2005년 6월 14일 자 서신에서 뮌헨지역을 위한 대기정화계획은 이미 행동계획을 포함하고 있다는 견해를 전달하였다. 행동계획에는 현재적으로 다음의 내용도 들어 있는데, 화물자동차의 고속국도 99번 링으로의 우회통과 및 인근 외곽지역에 대한 계획의 확장에 대한 고려 등이다.

원고는 피고[36]에게 란트후터 알레 지역에서 PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 년간 35번만 초과라는 허용된 한계를 준수하는 것을 목적으로 하는 단기적으로 취할 수 있는 조치들을 규정하는 대기정화를 위한 행동계획의 수립을 의무지우는 것을 청구취지(Antrag)로 하여 행정법원에 제소하였다. 행정법원은 소를 이유 없음(unbegründet)으로 기각하였다.[37] 원고는 항소를 하면서 주위적으로 피고에게 PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 초과를 연간 35일로 제한하는 행동계획의 수립을 의무 지우는 취지로 그리고 예비적(hilfsweise)으로 2007년에는 70일, 2008년 이후에는 35일로 보장되고, 또한 예비적으로 피고에게 원고의 청구에 대해서 법원의 법적 견해를 존중하면서(unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts) 새로운 결정을 내리도록 청구를 하였다. 2006년 5월 18일자 판결에서 행정고등법원은 그 밖에 점에서는 원고의 항소를 기각하면서, 피고에게 란트후터 알레 지역을 포함하는 행동계획을 법원의 법적 견해를 존중하면서 수립할 의무를 지웠다.[38] 행정고등법원은 원고의 청구를 일부인용하였는데, PM 10에 대한 이미씨온한계수치를 초과하는 것을 방지하기 위한 행동계획의 수립을 구하는 원고의 주관적 공권을 긍정한 것이다. 다만, 행동계획의 내용은 관할행정청의 형성의 자유에 맡겨져 있으므로 구체적인 내용까지 특정하는 주관적 공권은 인정되지 아니한다는 것이다.[39] 즉, 행정고등법원은 행동계획의 구체적인 특정을 구하는 원고의 주

36) Der Beklagte(피고): Bayerischen Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz.
37) Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Juli 2005.
38) Bayerischer VGH München - 18.05.2006 - AZ: VGH 22 BV 05.2462.
39) Breuer in Schmidt-Aßmann Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003. 5. Kap. Rn. 221.

관적 공권을 긍정하지는 아니하였으나, 그렇지만 행동계획의 수립에 있어서 미세먼지한계수치의 도달을 보장하는 방향으로 사실상 가능하고 법적으로 비례성 원칙에 부합되는 내용을 담아야 한다고 견해를 밝히고 있다.[40]

(2) 독일 연방행정법원의 제1차 미세먼지결정

연방행정법원의 제1차 미세먼지결정에서 쟁점은 연방이미씨온보호법령에 의거할 때 원고를 포함한 한 주민이 행동계획의 수립을 청구할 주관적 공권을 지니는가 하는 점이었다. 연방행정법원은 미세먼지 PM 10의 한계수치의 허용되지 않는 초과로 영향받는 지역에 거주하는 주민이 행동계획의 수립을 청구할 권리를 가진다는 행정고등법원의 견해는 연방법 위반(bundesrechtswidrig)이라고 판단하였다; 그리고 행동계획의 수립을 위법하게 해태하는 것이 원고의 권리를 침해하지는 않는다(nicht in seinen Rechten)는 결정을 내렸다.[41] 이러한 행정청의 행동계획의 수립 해태가 법령상의 의무를 준수하지 아니한 것이므로 위법한 것이기는 하지만, 그것만으로는 이해관계자의 권리를 침해하는 것은 아니다. 즉 여기서 원고가 행정청의 위법한 행위로 인해서 침해받는 이익은 반사적 이익에 불과하다. 독일에서는 주민에게 주관적 공권이 인정되기 위해서는 행정청의 행위가 위법한 것으로는 부족하고 주민의 권리를 침해하여야만 한다. 그러므로 독일에서의 행정소송에 있어서는 원고적격이 인정되기 위해서는 행정청의 행위가 위법할 뿐만 아니라 그 행위가 자신의 주관적 공권을 침해하여야 한다.

Erbguth, Wilfried/Schlaceke, Sabine, Umweltrecht, Nomos 4. Aufl., 2012, § 9 Rn 30.

40) Bayerischer VGH München - 18.05.2006 - AZ: 행정고등법원은 미세먼지의 감축에 있어서 다양한 이해관계를 고려하고 있는바, 미세먼지를 감축하기 위하여 취해지는 조치들에 의하여 영향을 받는 제3자의 권리들은 비례성 원칙에 비추어(nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) 고려되어져야 한다고 하면서, 미세먼지 제한을 위하여 규정된 조치들의 유형과 범위는 규범적으로 특정되어 있지는 않다. 그래서 피고는 사실상 가능하고 적절한 한도내에서, PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 준수를 행동계획이라는 수단으로 확보하여야 할 의무가 있으나, 구체적인 조치의 선택에 있어서는 피고는 계획적 형성의 자유(einen planerischen Gestaltungsspielraum)를 향유한다. 전형적인 단기적으로 유효한 조치로서는 일정 기간동안의 교통제한, 일정기간 특정의 유류의 사용제한, 및 산업설비의 가동제한 등을 들 수 있다. 행동계획은 모든 중요한 오염원들에 대하여 기여도와 비례의 원칙에 상응하게, 해당 지역에서 모든 상황을 고려하여 미세먼지 감축에 적절한 조치들을 담아야 한다. 구체적인 조치에 대한 청구권은 존재하지 않지만, 그렇다고 하여 지속적인 이미씨온한계수치의 초과에 있어서 요청되는 조치들을 계획적 결정으로 포함시키지 않는 것은 법적인 규준을 준수하지 아니하는 것이다.

41) Stapelfeldt, Alfred, “Feinstaub - Herausforderungen und Probleme für die Kommunen”, KommJur 2006 Heft 5. S. 161.

미세먼지와 관련하여 유럽대기질지침[42]도 준수되어야 하므로 유럽법을 함께 고려하였던바, 연방행정법원은 유럽법도 국내입법자들이 행동계획의 수립을 위한 관할관청의 의무를 제3자보호규범성을 지니도록 강요하지는 않는다고 판단하였다. 다만, 명확하지 아니한 점이 있어서 주문에 설시된 질문형식으로 유럽법 제234조[43]에 따라서 유럽재판소에 사전결정(Vorabentscheidung)을 제청하였다.[44]

연방행정법원은 「연방이미씨온보호법」상 미세먼지와 관련된 규정들의 법적 의미와 관련하여 다음과 같이 해석하고 있다: 「연방이미씨온보호법」 제47조 제2항[45]에 의하여 관할행정청은 특정의 조건 하에서 행동계획의 수립이 의무 지워지는데, 그 존건의 하나로서 이미씨온한계수치가 초과될 위험이 존재한다면, 관할행정청은 어떠한 조치를 단기간에 취하여야 할 지를 규율하는 행동계획을 수립하

---

42) 대기질과 청정대기에 관한 유럽지침(2008/50/EG).

43) EG-Vertrag 5. Teil - Die Organe der Gemeinschaft (Art. 189 - 280) Titel I - Vorschriften über die Organe (Art. 189 - 267) Kapitel 1 - Die Organe (Art. 189 - 248) Abschnitt 4 - Der Gerichtshof (Art. 220 - 245) Art. 234(ex-Art. 177). 1Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung a) über die Auslegung dieses Vertrags, b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB, c) über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen. 2Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlaß seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. 3Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet.

44) EuGH, 25.07.2008 - C-237/07 URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer) 25. Juli 2008(*) „Richtlinie 96/62/EG – Beurteilung und Kontrolle der Luftqualität – Festlegung der Grenzwerte – Recht eines in seiner Gesundheit beeinträchtigten Dritten auf Erstellung eines Aktionsplans" In der Rechtssache C-237/07 betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Bundesverwaltungsgericht (Deutschland) mit Entscheidung vom 29. März 2007, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Mai 2007, in dem Verfahren Dieter Janecek gegen Freistaat Bayern erlässt.

45) BImSchG § 47 Luftreinhaltepläne, Pläne für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen, Landesverordnungen (2) Besteht die Gefahr, dass die durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Absatz 1 festgelegten Alarmschwellen überschritten werden, hat die zuständige Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufzustellen, soweit die Rechtsverordnung dies vorsieht. Besteht die Gefahr, dass durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Absatz 1 festgelegte Immissionsgrenzwerte oder Zielwerte überschritten werden, kann die zuständige Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufstellen, soweit die Rechtsverordnung dies vorsieht(시행령 제48a조 제1항에 의하여 지정된 이미씨온한계수치 또는 목표수치가 초과될 위험성이 존재한다면, 시행령이 규정하는 한도에서 관할행정청은 단기적으로 취하여야 할 조치계획을 수립할 수 있다). Die im Plan festgelegten Maßnahmen müssen geeignet sein, die Gefahr der Überschreitung der Werte zu verringern oder den Zeitraum, während dessen die Werte überschritten werden, zu verkürzen. Ein Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen kann Teil eines Luftreinhalteplans nach Absatz 1 sein.

여야 할 의무를 부담한다. 행동계획에 지정된 조치들은 초과의 위험성을 감소시키거나 초과기간을 단축시키기에 적합하여야 한다. 「연방이미씨온보호법」을 원고의 상황에 적용하자면, 원고가 거주하는 지역에 대하여 행동계획이 수립되어야 하지만 아직도 행동계획은 수립되지 않고 있으며[46], 향후 예상되는 이미씨온한계수치가 허용가능한 한도를 초과하는 경우에 「연방이미씨온보호법」 제47조 제2항에서 행동계획의 수립을 의무 지우는 위험이 존재하는 것으로 판명된다.[47] 그럼에도 불구하고, 연방행정법원의 견해에 따르면, 피고가 행동계획을 수립하지 아니하였기는 하지만, 행동계획 수립에 있어서 피고의 (위법한) 해태가 원고의 권리를 침해하는 것은 아니라고 보았다.[48]

연방행정법원에 의하면 「연방이미씨온보호법」상 미세먼지를 규율하는 법령의 사익보호성을 긍정하지 않고 있는바, 그 이유로서 제1단계에서 상응하는 조치를 담는 대기정화계획과 행동계획의 수립을 규정하고, 제2단계에서 규정된 조치들의 집행을 규율하는 대기질관리법의 이단계성(Die Zweistufigkeit des Luftqualitätsrechts)을 들고 있다.[49] 나아가 입법이유서도 대기정화계획과 행동계획은 주민들을 기속하는 것이 아니라, 단지 행정내부적으로 기속하고, 행동계획의 수립의무는 관할행정청을 지향하는 임무규범이라고 보았다.[50]

---

46) BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 – 7 C 9.06: 뮌헨지역에 대하여 2004년 12월 28일 기속적으로 선언된 대기정화계획을 타당하게도 행정고등법원은 법적 요청에 부합되는 행동계획으로 평가하지 아니하였다. 행동계획들은 법 제47조 제1항의 대기정화계획의 부분이기는 하나, 뮌헨 대기정화계획은 PM 10 이미씨온한계수치의 초과위험을 감소시키거나 수치가 초과되는 기간을 감축시키는 단기적으로 취할 수 있는 조치를 포함하고 있지 아니하다. 대기정화계획에 언급된 조치들은 작은 연소시설, 건설장소, 도로교통과 관련하여 조언적, 권고적 그리고 조장적 유형에 그치고 있다. 피고는 행동계획의 적기의 공포가 사실상 법률상 가능하였을 것이라는 행정고등법원의 견해를 탄핵하는데 성공하지 못하였다. 이미 PM 10 한계수치의 기속화되기 전에 대기정화계획에서 예방적으로 상응하는 조치를 규정하였던 피고가, 대기질의 개선을 위한 단계적 조치에서 도로교통부문에서 상응하는 교통제한을 가능하게 하기 위하여 적절한 조치들을 - 통과 화물차량의 위회, 화물차량의 통행금지 또는 특수차량의 통과금지 - 행동계획에 포함시키지 않았는지가 설명되지 않는다.

47) Herrmann, in: Koch/Scheuing/Pache, GK-BImSchG, § 47 Rn. 37.

48) BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 – 7 C 9.06: 이와 상반되는 행정고등법원의 견해는 행동계획의 법적 의미를 오판한 것으로서, 법률문언이 이미 암시하기를 행동계획은 행정관청에 의하여 공익을 위해서 수립되어지고, 법문언은 행동계획의 수립의무가 제3자의 주관적 권리의 보호에 이바지한다는 것을 표시하지 않는다.
Jarass, BImSchG, 6. Aufl. 2005, § 47 Rn. 42 f.; Assmann/Knierim/Friedrich, NuR 2004, 695 [700]; Steenbuck, NVwZ 2005, 770 [771]; Willand/Buchholz, NJW 2005, 2641 [2644].
VG Berlin, Beschluss vom 1. Juni 2005 – 10 A 75.05 –, juris; VG München, NVwZ 2005, 1219.

49) Herrmann, in: Koch/Scheuing/Pache, GK-BImSchG, § 47 Rn. 134; Brenner, DAR 2005, 426 [429 f.].

50) BTDrucks 14/8450, S. 14.

연방행정법원에 의하면, 행동계획의 법적 성질과 관련하여 대기정화계획과 같이 행정규칙과 유사하고 사인들과 시설운영자에 대하여 권리나 의무를 근거지우지 아니하는 활동계획으로 구성된다고 보고 있고[51], 목적적으로 프로그램된 행동계획은 그 자체로 개인을 위한 보호효력을 나타내지는 않으며, 도리어 그러한 보호효력은 행동계획의 수립에 있어서 이해조정을 침해하는 제3자의 청구권들을 야기하기 때문에 상충된다고 보았다.

3. 독일 연방행정법원의 제2차 미세먼지 결정

사실관계는 제1차 미세먼지 결정에서와 동일하다. 다만 제1차 미세먼지 결정에서는 행동계획의 수립을 청구한 반면에, 제2차 미세먼지 결정에서는 원고가 피고를 상대로 미세먼지 PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 준수를 보장하는 개별적 계획무관조치를 취하도록 하고자 새로운 소송을 제기한 것이다. 원고의 청구는 행정지방법원과 행정고등법원에서는 기각되었다.

이에 대해서 연방행정법원은 법률적 쟁점에 대해서 다음과 같은 판시와 함께 항소심 판결을 파기환송 하였다: PM 10 미세먼지에 대한 이미씨온한계수치의 초과를 겪는 제3자는 계획무관조치를 통한 그의 건강침해에 대한 방어권을 가진다. 계획무관 도로교통법적 조치(planunabhängige Maßnahmen)로서 특히 시내에서 화물자동차의 통행 금지도 고려될 수 있다.[52]

연방행정법원의 판시에 따르면, 행정고등법원이 원고가 도로교통법에 기초하여 미세먼지이미씨온의 감축을 구하는 조치를 요구할 수 없다고 본 것은 연방법을 침해하는 것이라고 판시하면서[53], 행정고등법원은 사실관계가 그토록 복합적이어

---

51) Erbguth, Wilfried/Schlaceke, Sabine, Umweltrecht, Nomos 4. Aufl., 2012, § 9 Rn 33.

52) Rebler, Adolf/ Scheidler, Alfred, "Straßenverkehrsrechtliche und zulassungsrechtliche Probleme bei der Festsetzung von Umweltzonen", SVR 2009 Heft 12, S. 449.
Ein Dritter, der von Überschreitungen des Immissionsgrenzwerts für Feinstaubpartikel PM10 betroffen ist, hat ein Recht auf Abwehr seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch planunabhängige Maßnahmen (im Anschluss an Beschluss vom 29. März 2007 BVerwG 7 C 9.06 NVwZ 2007, 695 zur Veröffentlichung in BVerwGE und Buchholz vorgesehen). Als planunabhängige straßenverkehrsrechtliche Maßnahme kann insbesondere ein Verbot des LKW-Durchgangsverkehrs im innerstädtischen Bereich in Betracht kommen.

53) § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO: Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) § 137
(1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das angefochtene Urteil auf der Verletzung 1. von Bundesrecht oder 2. einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt, beruht.

서 대기정화 내지 행동계획을 통한 계획적 대처가 요청될 정도로 복합적이라면, 도로교통법에 기한 개별적 계획무관조치들은 처음부터 재량하자 있는 것으로 배제된다고 보았으나, 그 반대의 견해도 타당할 수 있다고 보았다.

연방행정법원은 관할행정청이 행동계획을 수립할 의무를 위반한다면, 관할행정청은 한계수치초과의 감소를 위하여 적절하고 비례적인 계획무관조치를 취할 의무가 있으며, 관할행정청이 이마저도 거부한다면, 관할행정청은 미세먼지한계수치[54]의 초과로 고통받는 지역의 주민의 권리를 침해하는 것으로 보았다. 또한 「연방이미씨온보호법」상의 미세먼지 PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 법적 의미와 관련하여, 동 규정들은 인간의 건강의 보호에 이바지하고[55], 그와 함께, 한계수치는 그의 초과로 고통받는 지역에 있어서 개별화 될 수 있는 인적 범위의 보호에도 이바지한다고 하여 제3자 보호규범성 내지 사익보호성을 긍정하였다.

연방이미씨온보호법령의 사익보호성과 더불어 연방행정법원은 관할행정청의 미세먼지한계수치의 준수 의무를 긍정하였다. 한계수치의 초과 위험이 존재한다면 관할행정청은 그 방어를 위하여 요청되는 조치들을 취하여야 하며, 원고가 거주하는 지역에 있어서 한계수치의 초과 위험이 있기 때문에 피고는 그 지역에 대한 행동계획을 수립하였어야 함에도 불구하고 아직까지 수립하지 않고 있다면, 미세먼지 PM 10 한계수치의 초과로 인하여 건강상 고통을 받는 제3자는 계획무관조치의 이행청구권을 가진다고 보았다. 다만, 원고의 그러한 이행청구권은 계획무관조치로 인하여 영향을 받는 제3자들의 이익도 함께 고려하여야 하는 비례성원칙을 통하여 제한되고[56], 비례성 없는 조치들은 이루어지지 말아야만 한다고 판시하였다.[57]

Ⅳ. 독일 연방행정법원의 미세먼지결정과 그 시사점

이러한 독일 연방행정법원의 판결이 우리나라에서 어떤 시사점을 제공할 수 있는지에 대해서 고찰하기로 한다.

---

54) § 4 Abs. 1 Satz 1 der 22. BImSchV.

55) BVerwG, Beschluss vom 29. März 2007, Rn. 23.

56) EuGH, DVBl 2006, 103: 국내법적으로 비례성없는 명령은 허용되지 않기 때문에, 행정고등법원의 견해와 달리 유럽법으로부터 도출되는 것이 없다; 왜냐하면 이것은 재화의 이동의 자유로부터 재화의 통관의 자유의 비례성없는 제한을 금지하기 때문이다.

57) BVerwG, Beschluss vom 29. März 2007, Rn. 32.

1. 주민의 행동계획수립 내지 계획무관조치 청구권

독일에 있어서 중요하게 다루어진 점은 바로 연방이미씨온보호법령에 규정된 이미씨온한계수치의 초과로 인하여 건강상 악영향을 받는 주민이 행동계획의 수립을 청구할 권리를 가지는가와 관련하여 연방행정법원은 이를 부인하였다. 주민이 관할행정청에게 개입하여 달라는 청구에 있어서 크게 두가지로 구분될 수 있는데, 하나는 행동계획을 수립하라는 것이고(제1차 미세먼지소송), 다른 하나는 계획과 무관한 개별적 조치(계획무관조치)를 취하여 미세먼지를 감소시켜 달라는 것이다(제2차 미세먼지소송). 여기서 행동계획은 계획적 조치의 일종으로서 미세먼지를 감축하고 제거하기 위한 다양한 수단들을 종합적으로 담는 조치로서 행정청에게 형성의 자유를 부여하고 있는 조치를 의미한다. 독일 연방행정법원의 사안에서 고찰하면, 원고가 거주하는 지역에 있어서 이미씨온한계수치가 법상 허용된 수준을 초과하였고 따라서 행동계획을 수립하여야 함에도 불구하고 관할행정청은 행동계획을 수립하지 아니하였던바, 이에 원고는 행동계획의 수립을 구하는 소송을 제기하였다. 행정고등법원에서는 피고에게 란트후터 알레 지역을 포함하는 행동계획을 법원의 법적 견해를 존중하면서 수립할 의무를 긍정하였으나[58], 연방행정법원은 주민이 행동계획의 수립을 청구할 권리를 가진다는 행정고등법원의 견해는 연방법 위반이라고 판단하면서 주민에게 행동계획의 수립청구권을 부정하였는데, 행동계획을 수립하여야 함에도 불구하고 수립하지 않는 것이 위법하기는 하지만, 그것이 원고의 권리를 침해하는 것은 아니기 때문에, 원고에게 행동계획의 수립청구권이 긍정되지 않는다고 보았다. 원고의 권리를 침해하지 않는다고 본 근거로는, 「연방이미씨온보호법」상의 대기정화계획이나 행동계획(Aktionsplan)의 수립을 근거지우는 법규범은 공익에 이바지하는 것이지 사인의 주관적 권리보호에 이바지하는 것으로서 제3자 보호규범성을 긍정하기는 어렵다고 보았기 때문이다.[59] 그렇지만 제2차 미세먼지 소송에서 보듯이, 이미씨온한계수치

---

58) Bayerischer VGH München - 18.05.2006 - AZ: VGH 22 BV 05.2462.
행정고등법원은 원고의 청구를 일부인용하였는데, PM 10에 대한 이미씨온한계수치를 초과하는 것을 방지하기 위한 행동계획의 수립을 구하는 원고의 주관적 공권을 긍정한 것이다. 다만, 행동계획의 내용은 관할행정청의 형성의 자유에 맡겨져 있으므로 구체적인 내용까지 특정하는 주관적 공권은 인정되지 아니한다는 것이다.

59) Scheidler, Alfred, Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgericht, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008, S. 56.
Meßerschmidt, Klaus, Europäisches Umweltrecht, C.H.Beck 2011, § 15 Rn. 23: 대기정화계획은

의 초과로 인하여 건강상 악영향을 받는 주민에게, 행동계획과는 별도로 계획과 무관한 조치들을 구하는 즉 계획무관조치에 대한 행정개입청구권은 긍정되었다.[60]

2. 우리나라 주민의 미세먼지 감축에 대한 청구권

우리나라에서도 이제 미세먼지로 인하여 건강상 침해를 당하였다고 주장하는 사람들에 의하여 국가를 상대로 손해배상청구소송이 제기되었다.[61] 동 소송은 손해배상을 구하는 소송으로서 국가를 향하여 어떠한 조치를 취하여 달라는 소송이 아니므로, 상기 독일의 연방행정법원의 판례와는 그 청구취지가 동일하지는 아니하지만, 한국에서 제기된 손해배상청구소송의 이면에는 아무튼 국가를 향하여 미세먼지를 줄여달라는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로, 앞으로는 국가를 향하여 어떠한 조치를 취하여 달라는 소송으로 발전된 개연성이 크다고 할 것이다.

국가를 상대로 어떠한 조치를 구하는 소송이 가능할 것인가와 관련하여 일단 독일 행정소송법상의 의무이행소송이 판례법상 부정되고 있는 현실에서 우리나라 법원에서는 일단 행정청이 국민의 신청을 거부하는 경우에 그러한 거부처분에 대한 취소소송의 심사에서 우회적으로 가능하다고 볼 수 있다. 거부처분에 대한 취소소송에서 행정청의 거부행위가 취소소송의 대상이 되는 거부처분으로 평가 받기 위해서는 소위 신청권이 있는 국민의 신청이 있어야 하는데, 여기서 그러한 신청이 되기 위해서는 결국 국민에게 행정개입청구권이라는 주관적 공권의 존재 여부가 다투어지게 된다. 행정개입청구권이 긍정되기 위해서는 주관적 공권의 성립에 있어서 요구되는 두가지 조건 즉 처분의 근거법규의 기속법규성과 사익보호성(제3자 보호규범성)이 충족되어야 한다.[62] 독일 연방행정법원의 결정에서는 행동계획의 수립과 관련하여 처분의 근거법규의 사익보호성이 부정됨으로 인하여

장기간에 걸쳐서 대기질을 개선하는 계획이고, 행동계획은 비교적 단기간에 이루어지는 조치라는 점에서 구분되어 진다.

60) BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 – 7 C 9.06: Ein Dritter, der von gesundheitsrelevanten Überschreitungen des Immissionsgrenzwerts für Feinstaubpartikel PM 10 betroffen ist, hat nach nationalem Recht keinen Anspruch auf Erstellung eines Aktionsplans i. S. d. § 47 Abs. 2 BImSchG. Er kann sein Recht auf Abwehr gesundheitlicher Beeinträchtigungen durch Feinstaubpartikel PM 10 im Wege eines Anspruchs auf Durchführung planunabhängiger Maßnahmen durchsetzen.

61) http://www.kado.net. 안경재 변호사, 미세먼지 피해 소송 나선다.

62) Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, Verlang C.H.Beck. § 8 Rn. 8.

주민이 관할행정청을 상대로 행동계획의 수립을 구하는 주관적 공권의 성립이 부정되었다. 왜냐하면 계획의 수립에 있어서는 행정청에게 형성의 자유가 부여되어 있기 때문이다. 계획과 무관 내지 독립된 계획무관조치에 대해서는 연방이미씨온보호법령으로부터 사익보호성을 도출함으로 인하여 주관적 공권의 성립을 긍정하였다.

우리나라에서 미세먼지와 관련하여 근거가 되는 법령으로는 환경정책기본법, 대기환경보전법 그리고 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등을 들 수 있다. 이러한 법령 하에서 미세먼지로 인하여 고통을 받는 국민이 국가를 상대로 미세먼지의 감축을 위하여 계획의 수립을 포함하여 어떠한 조치를 하도록 소구할 수 있는가가 문제될 수 있다. 예를 들면, 환경정책기본법 제12조 제2항 및 동법시행령 제2조 별표에 의거한 환경기준이 준수되지 아니하는 경우 국민이 관할행정청을 상대로 그 준수를 구하는 소송을 제기하는 경우 또는 대기환경보전법 제8조 제2항에서 시도지사가 자동차의 운행제한이나 사업장의 조업단축을 명하지 아니하는 경우에 국민이 시도지사를 상대로 운행제한이나 사업장의 조업단축을 명하도록 소구하는 경우 또는 주민이 시도지사를 상대로 그 밖에 필요한 조치를 소구하는 경우를 들 수 있다. 그리고 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제7조 제2항에 의거할 때 측정결과가 기준을 초과함에도 환경부장관이 관계 행정기관의 장에게 필요한 조치를 할 것을 요청하지 아니하는 경우 및 만약 요청하였으나 관계 행정기관의 장이 아무런 조치를 취하지 아니하는 경우 국민이 환경부장관을 상대로 소구하는 경우 등을 상정할 수 있다. 우리나라에서는 아직까지 이러한 분야와 관련하여 판례가 나타나고 있지는 아니하였으나, 앞으로 이러한 사례가 빈번하게 발생할 수 있을 것으로 사료된다.

우리나라에서 앞에서 언급한 독일의 소송법리가 적용되기 위해서는 먼저 환경정책기본법 내지 대기환경보전법에서 미세먼지와 관련하여 규율되고 있는 법규정들의 법적 의미가 확인되어야 할 것이다. 이는 미세먼지의 기준 준수를 규정하는 법규정들에게 기속법규성과 사익보호성이 긍정되어야 할 것이다. 다음으로는 미세먼지와 관련된 기준이 준수되지 아니할 경우에 주민이나 국민이 이를 소송법적으로 보다 쉽게 소구할 수 있도록 소위 의무이행소송의 형태가 긍정되어야 할 것이다.

현재적으로 우리나라에 있어서 미세먼지와 비교적 연관성이 있는 사안으로는 미세먼지는 아니지만 자동차 배출가스로 인하여 손해를 입었다고 생각하는 자가

제기한 민사상 손해배상청구사건을 들 수 있다. 서울에 거주하는 주민들이 자동차배출가스 때문에 천식이 발병 또는 악화되었다고 주장하면서 국가 등을 상대로 대기오염물질의 배출 금지와 손해배상을 청구하였다. 동 사안과 관련하여 서울고등법원은 "환경정책 기본법령 및 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등 대기환경 기준 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 등이 부담하는 의무의 성질을 고려할 때 국가 등에게 일정한 기준에 따라 대기수준을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 규정은 국민에게 쾌적한 대기환경을 제공함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이라고 보기 어려워 피고 대한민국, 서울시가 원고들 개개인을 보호하기 위한 법령에 위반하였다고 할 수 없다"고 판시하였다.[63] 여기서 주목할 점은 서울고등법원의 판시에서 "환경정책 기본법령 및 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등 대기환경 기준 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 등이 부담하는 의무의 성질을 고려할 때 국가 등에게 일정한 기준에 따라 대기수준을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 규정은 국민에게 쾌적한 대기환경을 제공함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이라고 보기 어려워"라는 점이다. 환경정책 기본법령 및 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등 대기환경 기준 관련 법령의 해석에 있어서 공공 일반의 전체적인 공익을 보호하기 위한 규정이 아니라, 사익도 함께 보호하고 있다고 하는 점이 긍정된다면 주민이나 국민에게도 국가 등 행정주체를 상대로 행정의 개입을 구할 주관적 공권을 긍정할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 환경정책 기본법령 및 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 등 대기환경 기준 관련 법령 등 미세먼지에 대해서 규율하는 법령들을 보다 세심하게 국민의 건강을 보호하는 방향으로 세부적으로 입법할 필요가 있으며, 나아가 법원도 이러한 법령들을 해석함에 있어서 보호규범론의 취지에 비추어 그 사익보호성을 찾아내려는 노력을 보다 심도 깊게 하여야 할 것이다. 아쉽게도 대법원에 상고함에 있어서는 이 부분에 대해서는 쟁점이 되지 못하여서 대법원에서는 현행 미세먼지에 대해서 규율하는 법령이 사익도 보호하고 있는지에 대해서는 판단되지 못하였다.[64]

---

63) 서울고등법원 2010. 12. 23. 선고 2010나35659 판결[대기오염배출금지청구등] .

64) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다7437 판결[대기오염배출금지청구등]: 서울에 거주하는 갑이 자

Ⅴ. 결론

미세먼지는 호흡하면서 생존하는 우리 인간에게는 너무나 큰 위협으로 다가온다. 매일 매일 오늘의 미세먼지농도를 체크하는 것이 일상사가 되었다. 미세먼지는 그 크기가 10㎛ 이하로서 우리의 입을 통해서 폐와 혈관까지 흡입되고 심근경색 뿐만 아니라, 뇌졸중, 치매 등 다양한 해악을 발한다는 치명적 위험성을 지니고 있다.

우리나라에서도 이러한 미세먼지를 관리하기 위하여 법적으로 규율을 하고 있으나, 정작 법률 그 자체에서 아직까지 미세먼지에 대한 정의조차 내리지 않고 있으며, 미세먼지를 관리하기 위한 체계적인 법령의 정비가 이루어지지 않고 있다. 그리고 미세먼지에 대한 관리를 위한 기준과 그러한 기준의 법적 의미를 보다 명확하게 규율할 필요가 있다.

미세먼지에 대한 일차적 관리책임이 있는 국가 등 행정주체가 법령에 따라서 미세먼지를 제대로 관리를 하지 아니하는 경우에 과연 주권자인 국민은 관할행정청을 상대로 어떠한 법적 권리를 주장할 수 있는가가 문제되었고, 이것이 바로 독일의 미세먼지소송으로 제기되었다.

독일에서는 「연방이미씨온보호법」과 동법시행령에서 미세먼지에 대해서 보다 자세한 규정들을 두고 있으며, 미세먼지의 수치가 한계수치를 초과하는 경우에 대하여 관할행정청이 취하여야 할 조치들을 세부적으로 규정하고 있다. 그럼에도 관할행정청이 이러한 조치들을 취하지 않고 있는 경우에, 국민은 관할행정청을 상대로 법령에 규정된 조치들을 취하도록 소구할 수 있다.

독일의 제1차 미세먼지 소송에서는 연방행정법원은 미세먼지 PM 10의 한계수치의 초과로 건강상 고통을 받는 지역에 거주하는 주민에게 행동계획의 수립을 구할 주관적 공권은 부정하였는데, 그 이유로는 행동계획의 수립을 설령 위법하게 해태하더라도 그것이 주민의 권리를 침해하지는 않기 때문이라고 하였다. 그

동차배출가스 때문에 자신의 천식이 발병 또는 악화되었다고 주장하면서 국가와 서울특별시 및 국내 자동차 제조·판매회사인 을 주식회사 등을 상대로 대기오염물질의 배출 금지와 국가배상법 제2조, 제5조 및 민법 제750조에 따른 손해배상을 청구한 사안에서, 미세먼지나 이산화질소, 이산화황 등의 농도변화와 천식 등 호흡기질환의 발병 또는 악화 사이의 유의미한 상관관계를 인정한 연구 결과들이 다수 존재하고 있는 것은 사실이나 그 역학연구 결과들의 내용에 따르더라도 각 결과에 나타난 상대위험도가 크다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 위 역학연구 결과들만으로 대기오염물질과 갑의 천식 사이의 인과관계를 인정하기 어렵다는 등 이유로 위 청구를 배척한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

후 제2차 미세먼지 소송에서는 미세먼지 PM 10에 대한 이미씨온한계수치의 초과를 겪는 제3자는 계획무관조치를 통한 그의 건강침해에 대한 방어권을 가지며, 도로교통법적으로 계획무관조치로서 특히 시내에서 화물자동차의 통행 금지도 고려될 수 있다고 판시하였다.

우리나라에서도 미세먼지를 규율하는 법령의 법적 의미를 어떻게 볼 것인가가 문제되는바, 향후 점진적으로 사익보호성을 긍정하는 방향으로 입법적으로나 판례법적으로 발전하기를 기대하여 본다.

(논문투고일 : 2017.08.28., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

강 현 호

이미씨온한계수치, 미세먼지, 행동계획, 대기정화계획, 제3자보호규범성, 환경정책기본법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 저서

공성용 외, 「초미세먼지의 건강영향평가 및 관리정책 연구I」, 한국환경정책·평가연구원 연구보고서 2012-03.

이노우에 히로요시, 「은밀한 살인자 초미세먼지」, 전마무숲 2014.

Bühler, Ottmar, 「Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung」, W. Kohlhammer 1914.

Erbguth, Wilfried/Schlaceke, Sabine, 「Umweltrecht」, 4. Aufl., Nomos 2012.

Jarass, Hans D., 「Bundes-Immissionsschutzgesetz」, 9. Aufl., Verlag C.H.Beck 2012.

Koch, Hans-Joachim, 「Umweltrecht」, Verlag Franz Vahlen München 2010.

Maurer, Hartmut, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 18. Aufl., , Verlag C.H.Beck 2011.

Meßerschmidt, Klaus, 「Europäisches Umweltrecht」, Verlag C.H.Beck 2011.

Schmidt, Reiner, 「Einführung in das Umweltrecht」, Verlag C.H.Beck 2001.

Ⅱ. 논문

김동영, “건강을 위협하는 미세먼지, 원인과 대책”, 경기개발연구원 Issue & Analysis, 2013.11.

신동천, “미세먼지의 건강영향”, 대한의사협회지 2006.02.

이준서, “미세먼지 규제에 관한 입법적 제안 - 주요국의 미세먼지 규제에 관한 입법례 분석을 중심으로 -”, 한국환경법학회 학술대표 자료집.

Calliess, Christian, "Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte - Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und ihre dogmatische Verarbeitung", NVwZ 2006.

Rebler, Adolf/ Scheidler, Alfred, “Fahrverbote zur Verringerung der Umgebungsbelastung durch Feinstaub”, SVR 2007 Heft 6.

Rebler, Adolf/ Scheidler, Alfred, “Straßenverkehrsrechtliche und zulassungsrechtliche Probleme bei der Festsetzung von Umweltzonen”, SVR 2009 Heft 12.

Scheidler, Alfred, “Verkehrsbeschränkungen aus Gründen der Luftreinhaltung - Ein Beitrag zur aktuellen Feinstaubdiskussion”, NVwZ 2007 Heft 2.

Scheidler, Alfred, “Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgericht”, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008.

Schlacke, Sabine, “Rechtsschutz bei Feinstaubbelastungen”, JA 2007 Heft 5.

Stapelfeldt, Alfred, “Feinstaub - Herausforderungen und Probleme für die Kommunen”, KommJur 2006 Heft 5.

Willand, Buchholz, “Feinstaub: Die ersten Gerichtsentscheidungen”, NJW 2005 Heft 37.

Ⅲ. 기타

Bayerischer VGH München - 18.05.2006 - AZ: VGH 22 BV 05.2462

Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Juli 2005.

Brenner, DAR 2005.

BT-Drucks 14/8450.

BT-Drucks 17/508.

BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 - 7 C 9.06.

BVerwG, Urteil vom 27. 9. 2007 - 7 C 36.07.

BVerwG 3 A 5.15 - Urteil vom 08.09.2016.

EuGH, DVBl 2006, 103.

EuGH, 25.07.2008 - C-237/07 URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer) 25. Juli 2008(*) „Richtlinie 96/62/EG - Beurteilung und Kontrolle der Luftqualität - Festlegung der Grenzwerte - Recht eines in seiner Gesundheit beeinträchtigten Dritten auf Erstellung eines Aktionsplans".

http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/22/.

http://www.kado.net.
http://health.chosun.com/site/data/html_dir/2017/03/21/2017032102141.html.
http://health.chosun.com/site/data/html_dir/2017/03/21/2017032102105.html.
http://www.gukjenews.com/news. 2017.06.13.
http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/23/.
http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/03/22/.
http://www.nocutnews.co.kr/news/4753731.
http://www.kihoilbo.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=711654.
https://de.wikipedia.org/wiki/Feinstaub
http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2017082116272842084.

Abstract

A Legal Study on the Landshuter Alle lawsuit regarding Particulate Matter(PM 10) in Germany

Kang, Hyun Ho

A Particulate Matter(PM 10) causes cancer, heart disease, cerebral apoplexy, and dementia etc. to the human being, who lives by breathing. There are a few acts in Korea to manage the PM 10 such as the Framework Act on Environmental Policy, the Clean Air Conservation Act, but in those Acts the term of PM 10 itself is not defined. The legal management system regarding PM 10 is not systematically performed. What can the people in Korea as a sovereigen entity do, if the administrative agency in duty does not properly manage the PM 10 due to the PM 10 related regulations? There is a question whether the harmfully affected person by the PM 10 can file a lawsuit against the agency to take a appropriate measure to reduce the emission of PM 10.

In the german Landshuter Alle case, the value of PM 10 in the area where the plaintiff abode exceeded the permissible limitation and the agency had to establish the action plan to manage the PM 10. But the agency did not prepare an action plan, and the affected person brought an action against the administrative agency namely the state Bavaria.

According to the Landshuter Alle decision of the Federal Administrative Court in Germany, the plaintiff did not have the right to ask the establishment of the action plan, even though he suffered from the PM 10 in his health, because the legal regulations in the BImSchG and the 39. BImSchV intended to contribute only to the public interest, not the private interest. In other words, the regulations in those acts do not have the legal character of the third party protection(eine

drittschützende Wirkung). But at the second lawsuit in Germany the Federal Administrative Court derived the legal character of third party protection of the regulations of BImSchG and BImSchV in the case of which the people sought the intervention of plan independant measurement(planunabhängige Maßnahme) from the agency.

The lawsuit filed against the government in Korea by those who suffered from PM 10. In Moment the purport of the claim aims to the compensation for damages, but in the future it will be extended to ask the intervention of the government to reduce the emission of the PM 10.

The Acts which are related to the PM 10 are such as the Framework Act on Environmental Policy, the Clean Air Conservation Act. According to the decision of the Supreme Court in Korea it is the main point for recognition of the Right to intervention of the government whether the legal character of the third party protection(eine drittschützende Wirkung) can be derived from the regulations of those Acts or not. To clarify the legal character of the third party protection it is necessary for the legislation to enact the related regulations more concisely and for the court to interpret those regulations more purpose-orientedly.

Kang, Hyun Ho

Particulate Matter, Emission Values, Legal Character of the third party protection, Action plan, Air purification plan, Framework Act on Environmental Policy

초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구

김일환*

【목 차】

1. 문제제기
2. 초연결사회의 의의와 정보주체보호의 새로운 필요성
3. 현행 개인정보보호법제의 정비내용과 문제점에 대한 검토
4. 현행 개인정보보호법제의 쟁점검토
5. 초연결사회에서 개인정보자기결정권 보호를 위한 법제정비 원칙과 내용
6. 결론

【국 문 요 약】

사물인터넷과 빅데이터의 발전으로 인하여 우리 사회는 쇼핑, 의료, 교육, 선거, 법의 집행, 범죄와 테러리즘 예방, 사이버 보안, 기업 운영과 정책 결정 등 거의 전 분야에 근원적이고 혁신적인 영향을 받고 있다. 하지만 사물인터넷의 이용을 위해서는 관련 기술의 발전은 물론 기업 문화는 물론이고 법적 제도의 변화도 요구한다. 기존 정보사회의 기술적 특성이 시간과 장소에 구애받지 않고 연결되도록 하면서 사람과 사람 사이의 의사소통이 시·공간을 뛰어넘어 가능해지도록 하는 것을 지향했다면, 초연결사회는 '연결의 대상이 모든 사물에게까지 확대된' 사물인터넷과 빅데이터 기술을 기반으로 사람과 사물, 사물과 사물 간의 광범위한 연결과 소통을 가능케 하고 있다고 한다. 이에 따라서 초연결사회에서는 물리적으로 존재하던 모든 것들이 네트워크로 연결되면서 그동안 그 경계가 이미 희미해져 왔던 오프라인과 온라인의 경계가 드디어 무너지게 되는 것이다. 사물인터넷, M2M과 같은 개념들이 사물들과 기계들 간의 연결만을 의미했던 반면, 초연결사회의 가장 큰 특징은 인간, 사물, 기계가 모두 항상 연결되어 있다는 것이다. 결국 4차 산업, 빅데이터, 사물인터넷, 인공지능, 로봇, 자율주행차 등의 발전에

---

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.
** "이 논문은 성균관대학교의 2016학년도 삼성학술연구비에 의하여 연구되었음."

따른 초연결사회의 핵심은 정보의 공개와 공유가 핵심인 바, 이러한 공유와 공개의 대상에 개인정보가 포함되어야만 하는지, 얼마만큼 포함되어야 하는지를 검토해야 한다. 이제 초연결사회의 기술적 발전에 대한 규범적 평가와 통제에 대한 고민이 필요하다. 이러한 규범적 판단의 중요한 요인 중 하나가 인간존엄 및 개인정보자기결정권이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써 기술적 발전에 관하여 '규범적으로' 판단하고 예측함으로써 인간의 존엄성과 자율을 초연결사회에서도 계속해서 보호해야만 한다. 그러므로 개인정보자기결정권의 목표는 초연결사회에서 특히 인간의 자율적 의사소통능력을 보장하는 데에 있다.

1. 문제제기

사물인터넷이란 사람은 물론 사물·공간데이터 등 우리 주변의 모든 사물이 인터넷으로 서로 연결되어 해당 정보가 생성·수집·저장·공유·활용 등을 할 수 있는 것이다. 사물 인터넷이 발달하면 사물에 장착된 수많은 센서들에서 다양한 종류의 데이터가 발생하고 이러한 데이터는 유무선 기반 네트워크를 통해 끊임없이 전송되며 기기 상호간에 상시적으로 데이터 통신이 이루어지고 이러한 데이터들이 분석되어 새로운 데이터가 생성되기도 하는 등 데이터의 생산, 이동, 처리 등이 폭증하게 된다.[1] 사물인터넷과 빅데이터의 발전으로 인하여 우리 사회는 쇼핑, 의료, 교육, 선거, 법의 집행, 범죄와 테러리즘 예방, 사이버 보안[2], 기업 운영과 정책 결정 등 거의 전 분야에 근원적이고 혁신적인 영향을 받고 있다. 하지만 사물인터넷의 이용을 위해서는 관련 기술의 발전은 물론 기업 문화는 물론이고 법적 제도의 변화도 요구한다.[3]

이러한 관점에서 본다면 현행 개인정보보호법제에 대한 검토는 현재를 관통하여 미래를 향하고 있다. 현재 우리나라의 상황을 들여다보면 개인정보보호 관련 법률들이 많아서 정보주체의 개인정보자기결정권이 충실히 보호되고 있다고 과연

---

1) 이러한 경향에 관하여는 김현중, 초연결 시대로의 변화와 대응 방향, 정보통신산업진흥원, 2012 ; 조성은/양수연/이정엽, 네트워크를 통한 창의적 협력과 탈경계의 문화확산, 정보통신정책연구원, 2016 ; 이호영/김희연/김사혁/최항섭, 커넥티드 사회의 구조변동, 정보통신정책연구원, 2015 ; 2017년 ICT 10대 주목 이슈 KT 경제경영연구소 / 한국인터넷진흥원, 2017 참조.

2) 이에 관하여는 김병운, 초연결산업 사회, 사이버보안 정책, 과학기술법연구 제22집 제3호 2016 참조.

3) 이에 관하여는 이호영/이시직/이재현/김영생, 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II) 총괄보고서, 정보통신정책연구원, 2016 참조.

자신 있게 말할 수 있을지에 대하여 매우 회의적이다. 개인정보처리자는 규범의 홍수와 지나친 강력함을 주장하면서 개인정보의 폭넓은 이용을 주장하는 반면, 정보주체는 개인정보보호가 현실적으로 충실히 이행되고 있는지에 대하여 정당한 비판을 지속적으로 제기하고 있다. 또한 개인정보처리자에는 민간은 물론 국가도 포함되어 있는데, 지금 개인정보의 폭넓은 이용과 제공을 주장하는 이들은 민간 영역에서 개인정보의 이용과 국가에 의한 개인정보의 이용간 구별을 충분히 인식하지 못하고 있는 것으로 보인다. 전자에서 발생할 수 있다는 문제점으로 인하여 현행 개인정보보호법제 자체가 태생적 한계를 갖고 있다는 확대해석은 잘못되었다고 생각한다. 이에 따라서 이 논문에서는 초연결사회의 도래에 따른 정보주체의 보호필요성과 관련 쟁점을 분석한 다음에, 개인정보보호법제의 정비방안을 제시하고자 한다.

2. 초연결사회의 의의와 정보주체보호의 새로운 필요성

사물인터넷이란 사람은 물론 사물·공간데이터 등 우리주변의 모든 사물이 인터넷으로 서로 연결되어 해당 정보가 생성·수집·저장·공유·활용 등을 할 수 있는 것이라고 한다.[4] 사물인터넷은 세상에 존재하는 모든 물건에다 유무선 인터넷 통신 기능(센서)을 접목해 외부에 데이터를 보낸 뒤, 서로간의 커뮤니케이션에 의해 자동인식, 자동제어, 원격측정 등을 행하는 과정 전체를 의미한다. 사물인터넷의 동전의 양면과도 같은 빅데이터는 기존의 방식으로는 관리와 분석이 매우 어려운 데이터집합, 그리고 이를 관리·분석하기 위해 필요한 인력과 조직 및 관련 기술까지 포괄하는 것이다. 사물 인터넷이 발달하면 사물에 장착된 수많은 센서들에서 다양한 종류의 데이터가 발생하고 이러한 데이터는 유무선 기반 네트워크를 통해 끊임없이 전송되며 기기 상호간에 상시적으로 데이터 통신이 이루어지고 이러한 데이터들이 분석되어 새로운 데이터가 생성되기도 하는 등 데이터의 생산, 이동, 처리 등이 폭증하게 된다. 그야말로 '빅데이터'가 획기적으로 증가하게 되는 것이다. 요컨대 사물 인터넷의 발달은 사물에서 발생하는 수많은 데이터와 그러한 데이터의 실시간 대량 이동과 통신으로 인하여 빅데이터 환경을 고도화하고 더욱 확대한다고 할 수 있다. 이러한 사물인터넷이나 빅데이터 등의 발전으로 인하여

4) 사물인터넷(Internet of Things, IoT)이라는 용어는 1999년 MIT의 오토아이디 센터(Auto-ID Center) 소장인 애시 톤(Kevin Ashton)이 처음으로 이를 사용하였으며, 이후 관련 시장분석 자료 발표를 통해 대중화 되면서 알려지게 되었다.

도래하는 초연결사회의 의의와 특징을 간단히 살펴보면 다음과 같다 : 기존 정보사회의 기술적 특성이 시간과 장소에 구애받지 않고 연결되도록 하면서 사람과 사람 사이의 의사소통이 시·공간을 뛰어넘어 가능해지도록 하는 것을 지향했다면, 초연결사회는 '연결의 대상이 모든 사물에게까지 확대된' 사물인터넷과 빅데이터 기술을 기반으로 사람과 사물, 사물과 사물 간의 광범위한 연결과 소통을 가능케 하고 있다고 한다. 이에 따라서 초연결사회에서는 물리적으로 존재하던 모든 것들이 네트워크로 연결되면서 그동안 그 경계가 이미 희미해져 왔던 오프라인과 온라인의 경계가 드디어 무너지게 되는 것이다. 사물인터넷, M2M과 같은 개념들이 사물들과 기계들 간의 연결만을 의미했던 반면, 초연결사회의 가장 큰 특징은 인간, 사물, 기계가 모두 항상 연결되어 있다는 것이다.[5)]

이러한 초연결사회는 과거와는 연결의 종류, 연결의 강도, 연결의 범위 면에서 두드러진 특징을 보이는 바, 기존 네트워크 사회의 기술적 특성이 '시간과 장소에 구애받지 않는 연결'을 가능케 하면서 사람과 사람 사이 의사소통의 시간과 공간의 압축이라는 2차원적 정의에 한정되었다면, 초연결사회는 '연결의 대상이 모든 사물에게까지 확대된 사물인터넷과 빅데이터 기술을 기반으로 한 사람과 사물, 사물과 사물 간의 광범위한 연결과 소통이라는 삼차원적 정의로 확장된 것이라고 한다.[6)]

이에 따라서 사물인터넷과 빅데이터의 발전으로 인하여 정부와 기업은 엄청난 정보들을 수집하게 되는 바, 바로 이러한 기술로 인하여 단 하나뿐인 개인맞춤형 마케팅이 가능해지게 되었다. 사물인터넷 환경에서는 개인의 행동과 위치를 인터넷과 연결된 다수의 기기가 모니터링하면서 적시적소에 개인에게 필요한 서비스를 제공한다. 사무실에 들어가는 순간 형광등이 켜지고, PC 네트워크가 활성화될 수 있다. 쇼핑을 할 때도 마찬가지다. 제품을 집는 순간 나의 관심사에 맞춰 제품 정보가 디지털 사이니지에 나타나는 것이다. 특히 사물인터넷의 개인정보 침해특징으로는 먼저 개인정보탐지·수집의 은밀성과 용이성을 들 수 있다. 사물인터넷기

---

5) 이호영/김희연/김사혁/최항섭, 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(I) 총괄보고서, 정보통신정책연구원, 2015 19면 ; "WEF의 2012년 『글로벌 IT 리포트(Global Information Technology Report)』는 초연결사회는 다음과 같은 여섯 가지 주요 속성을 가진다고 요약하였다. 첫째, 항상 연결된 상태(Always on), 둘째, 상시적 접근가능성(Readily accessible), 셋째, 개개인의 소비 능력을 뛰어넘는 정보풍요(Information rich), 넷째, 상호작용성(Interactive), 다섯째, 사물인터넷으로 대표되는 사람을 넘어서는 연결(Not just about people)이 그것이다(Fredette et al., 2012: 113). 이 중 가장 대표적인 특징은 인간, 사물, 기계가 항상 연결되어 있다는 것이다(The Government Office for Science, 2013: 5-6)."(이호영/김희연/김사혁/최항섭, 전게보고서, 20면 이하)

6) 이호영/김희연/장덕진/김기훈/백종원/박윤중/강동현, 스마트-모바일의 전면화 경향과 초연결사회로의 길, 정보통신정책연구원, 2015, 11면.

술이 적용된 기기들은 초미세기계구조물을 만드는 첨단기술[7]과 융합하면서 개인정보의 은밀한 탐지·수입·저장 등이 용이해졌다. 더욱이 사물인터넷기술이 나노기술[8]과 융합하면서 많은 개인정보가 침해될 가능성은 더 증대됐다. 다음으로는 저장된 정보의 광범위한 유통가능성이 갖고 있는 위험성을 들 수 있다. 사물인터넷의 발전으로 인하여 모든 기기들이 컴퓨터에 연결되거나, 모든 기기들이 컴퓨터가 내장이 되는 것을 필요조건으로 하기 때문에 수집된 개인정보의 처리와 유통도 이런 네트워킹을 통해 빠르고 광범위하게 진행될 위험성이 확대되었다. 세 번째로는 유통된 정보의 복제가능성·재생산성이다. 사물인터넷적용으로 인하여 다양한 수많은 개인정보가 전자정보형태로 생산·무한복제·저장 등이 손쉽게 될 수 있게 되었을 뿐만 아니라, 언제 어디서나 누구에 의해서 용이하게 유통될 수 있는 환경이 되었다. 마지막으로 사물인터넷적용기기 소유자의 개인정보침해주체로 등장가능성을 들 수 있다. 곧 정보통신기기의 대중화에 따라 개인이 손쉽게 사생활을 침해할 수 있는 정보통신기기를 소유할 수 있기 때문에 다수의 대중이 개정보침해주체로 등장할 가능성이 있다.

결국 4차 산업, 빅데이터, 사물인터넷, 인공지능, 로봇, 자율주행차 등의 발전에 따른 초연결사회의 핵심은 정보의 공개와 공유가 핵심인 바, 이러한 공유와 공개의 대상에 개인정보가 포함되어야만 하는지, 얼마만큼 포함되어야 하는지를 검토해야 한다. 최근 우리나라에서 개인정보보호법제의 과다한 규제로 인하여 신산업 육성 등이 어렵다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 과연 정말로 그러한지에 대한 실증적 연구가 구체적으로 제시되고 있는지도 의문이지만, 이러한 주장에는 여러 가지 문제점들이 있다. 예를 들어 우리나라 못지않은 개인정보보호법제를 갖춘 독일의 경우 우리의 '창조경제'에 해당하는 '인더스트리 4.0'[9]을 추진하여 많은 성과를 보이고 있으나, 과도한 개인정보호법제의 규율로 인하여 관련 산업의 발전이나 기업경영에 어려움을 겪고 있다는 문제제기를 보기 어렵다.

따라서 이제 초연결사회의 도래에 따른 진지한 분석이 필요하다. 이를 위하여

---

7) Ian F. Akyildiz/Josep Miquel Jornet, "The Internet of Nano-Things", Georgia Institute of Technology, 2010, pp. 58-63 ; 초고밀도집적회로·머리카락절반두께초소형기어·손톱크기디스크 등 초미세기계구조물을 만드는 기술로 Micro Electro Mechanical Systems·나노기술(NT) 등이 있다.

8) J. M. Jornet/I. F. Akyildiz, "Graphene-Based Nano-Anthennas for Electromagnetic Nanocommunications in the Terahertz Bland", Proc. 4th Europenan Conf. Antenas and Propagation, EUCAP. Apr. 2010, pp. 1- 5 ; 나노기술과의 융합에 따라 우리 주변의 사물들이 점차 정밀화·초미세화 등이 실현되고 있으며, 이러한 현상들은 나노기술의 첨단화와 함께 더욱더 가속화되고 있다.

9) 이에 관하여는 초연결 시대 산업 전략 - 독일 스마트 산업화의 내용과 시사점, 현대경제연구원, 16-3(통권 641) 2016 참조.

먼저 초연결사회, 지능정보사회가 과거의 정보화나 정보사회, 지식정보사회의 고도화인지, 아니면 다른 새로운 정보사회인지에 대한 검토가 필요하다. 다음으로 초연결사회의 기술적 발전에 대한 규범적 평가와 통제에 대한 고민이 필요하다. 이러한 규범적 판단의 중요한 요인 중 하나가 인간존엄 및 개인정보자기결정권이다. 사물인터넷, AI 비서, 자율주행차 등의 발전에 따른 개인맞춤형 서비스 사회가 초연결사회의 장밋빛 청사진이라면, 그 이면에는 인간에 의하여 만들어졌으나, 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들에 의하여 인간의 개입이 더 이상 필요 없고, 궁극적으로는 인간 자체가 굳이 필요 없는 사회가 도래할 것이라는 우울한 전망 또한 도사리고 있다.[10] 초연결사회에서 과연 인간이 존엄하고 가치 있게 살아남을 수 있는지에 대한 규범적 고민을 이제 함께 해야 한다.[11]

3. 현행 개인정보보호법제의 정비내용과 문제점에 대한 검토

1) 헌법상 개인정보자기결정권의 의의와 법적 성격

(1) 헌법상 자기결정권의 의의

개인주의에 근거한 이성적이고 합리적인 개인의 자율적인 의사와 이익보호를 전제한 현행 헌법질서 하에서 헌법이 예정하고 있는 인간상은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개인이다. 이에 따라서 이러한 개인은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에 스스로 결정하고 형성하는 민주시민인 것이다.[12] 이는 헌법상 기본권주체인 개인이 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체[13]임을 말한다.

이를 바탕으로 헌법재판소는 "인간은 누구나 자기 운명을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권"[14]을 가진다고 결정한 다음에, "헌법 제10조가 정하고 있는 행복

10) 이에 관하여는 이호영/김희연/장덕진/김기훈/백종원/박윤중/강동현, 스마트-모바일의 전면화 경향과 초연결사회로의 길, 정보통신정책연구원, 2015, 124면 이하 참조.
11) 이에 관하여는 김민호·이규정·김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 제28권 제3호, 2016 참조.
12) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5
13) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518
14) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82

추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다"[15]고 설명하였다.[16] 이러한 입장에 근거하여 헌법재판소는 자기결정권의 내용으로 사적 자치와 계약자유, 혼인의 자유, 소비자의 자기결정권, 임신과 출산에 관한 자기결정권, 연명치료 중단에 관한 자기결정권, 배아생성자의 배아에 대한 결정권, 학부모의 자기결정권, 신체배출물에 관한 자기결정권, 청소년의 자기결정권, 성적 자기결정권 등을 인정하고 있다.[17]

(2) 개인정보자기결정권의 헌법상 의의와 내용

"개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리"[18]이므로 개인정보자기결정권은 개인관련정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리이다. 그래서 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 개인정보자기결정권과 조화되지 못한다.[19]

2) 개인정보보호법의 입법목적

(1) 개인정보자기결정권의 보호를 통한 정보주체의 인간존엄과 권리보장

개인정보자기결정권의 의미는 정보기술이 갖고 있는 인간에 대한 위험을 배경으로 해서만 이해할 수 있다. 컴퓨터의 등장이후 국가가 모든 개인관련정보에 관하여 알 수 있다는 두려움이 증가하게 된 것이다. 정보사회에서 컴퓨터를 통한

---

15) 헌재 2013. 5. 30. 2011헌바360, 2012헌바56(병합) : "자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다."

16) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27. 또한 헌법재판소는 이 결정에서 계속해서 이러한 자기책임의 원리를 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 보고 있다.

17) 이에 관하여는 김일환, 자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토, 美國憲法硏究 제25권 제2호, 2014 참조.

18) 헌재 2005.05.26. 2004헌마190

19) "이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다."(헌재 2005.05.26. 2004헌마190)

무제한적 처리능력과 저장능력이 순식간에 엄청난 정보를 파악할 수 있는 가능성과 결합함으로써 관련자가 자기에 관한 정보의 처리와 결합이 정당한지를 충분히 통제할 수 없는 상황이 발생할 수 있게 되며 이를 통하여 지금까지는 인식되지 못하였던 새로운 통제수단이 등장한 것이다. 이렇게 개인정보를 다루는 국가의 투명성을 확보함으로 인하여 국민의 기본권들이 보호되고 이를 통하여 국민의 의사소통능력과 민주사회의 기능을 촉진된다. 따라서 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 국민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 개인정보자기결정권과 조화되지 못한다.[20]

(2) 개인정보보호법의 두 번째 입법목적 : 개인정보의 보호를 통한 합법적인 개인정보 이용 추구

개인정보를 보호하기 위하여 분명히 인식해야만 하는 전제조건은 개인정보보호법이 개인관련정보의 남용으로부터만 개인을 보호하는 것이 아니라 그 남용여부와는 상관없이 개인관련정보의 수집으로부터 저장·사용·전달로부터 보호해야만 한다는 것이다. 따라서 이는 개인정보보호법이 개인정보처리의 남용으로부터 개인을 보호하는 것에만 제한되지 않음을 명백히 하면서 그 보호목적을 확대해야만 한다는 것을 뜻한다. 따라서 개인정보보호법의 입법목적은 악의적인 잘못된 행위의 억제만이 아니라 이를 넘어서서 개인정보의 합법적 처리를 지향한다. 곧 개인정보처리시 오·남용 등을 억제하는 것이 아니라 개인정보의 보호를 통한 공공부문과 민간부문에서 개인정보의 적법한 이용을 추구하는 것이다.

3) 현행 개인정보보호법제의 정비내용

2014년 용역업체의 파견 직원이 NH농협카드, KB국민카드, 롯데카드의 전산망에 접속하여 회원 이름, 휴대전화번호, 직장명, 주소 및 신용 정보 일부를 USB 저장 매체에 저장, 유출한 1억여건의 개인정보 중 상당수의 개인정보들이 대출모집인에게 팔려나간 것으로 드러났다. 이에 대하여 금융당국 등은 고객정보 유출사건은 기본적인 보안절차만 준수하였더라도 충분히 막을 수 있었던 전형적인 인재(人災) 사건으로 파악하였으나 언론과 학계, 시민단체는 반복되는 개인정보의 유출문제는 담당자의 관리소홀 등과 더불어 현행 개인정보보호법제와 감독체계에 문제

20) 이에 관하여는 김일환, 情報自己決定權의 憲法上 根據와 保護에 관한 硏究, 公法硏究 제29집 제3호, 2001 참조.

가 있음을 이유로 이에 대한 체계적인 정비가 필요함을 일관되게 요구하였다.

(1) 금융지주회사법

KB국민·NH농협·롯데카드에서 개인정보유출과 관련하여 문제가 된 것이 바로 금융지주회사법상 고객정보의 공동이용이었다. 곧 금융지주회사법 제48조의2 제1항에 따라 금융지주회사 등은 고객의 동의 없이 고객정보를 제공·이용하고 있었는데, 그 제공 사실과 내용을 고객에게 통지하는 규정이 없어 정보주체는 자신의 정보가 언제 누구에게 어떤 목적으로 얼마나 제공·이용되고 있는지 알기 어려운 상황이었다. 이에 따라서 금융지주회사법 제48조의2를 개정하여 금융지주회사 내 자회사 등 간에 고객의 사전 동의 없이 이루어질 수 있는 정보제공 범위를 내부 경영관리상의 목적으로 한정하고, 제공되는 고객정보의 범위, 암호화 및 이용기간 경과 후 삭제 등 금융위원회가 정하는 방법과 절차를 준수하도록 하였으며, 제공된 고객정보 이용기간을 법령 준수 등 불가피한 경우를 제외하고 1개월 이내로 제한하며, 제공내역을 고객에게 통지하도록 하고, 이를 위반 할 경우 과태료(5천만원이하)를 부과하도록 하였다.[21]

(2) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 개정하여, 신용정보에 대해 다른 법률에 특별규정이 없으면 신용정보법을 적용하는 규정을 신설하여 신용정보법과 개인정보보호법간 관계를 명확히 하였으며, 개인정보처리원칙이나 동의조항 등을 개정하여 신용정보 보호를 위한 사전적 예방 조치를 구체화하였고, 징벌적 성격의 배상(손해의 3배), 법정 손해배상의 도입 등 정보유출에 대한 사후적 제재 및 정보주체의 피해구제를 강화하였으며, 신용정보 집중기관에 대한 공적 통제를 강화하였다.

---

21) 개인정보보호위원회의 권한 및 위상과 관련하여 문제가 되는 한 가지 사례는 금융지주회사 고객정보 보호에 관한 것을 들 수 있다. 금융위원회 자료에 의하면 2011년부터 2012년까지 1,217회에 걸쳐 약 40억 건의 고객정보를 그가 속하는 금융지주회사 등에게 제공하였다. 그리고 제공된 고객정보 중 805회 약27억 건은 위험(risk)관리, 고객분석, 영업점평가, 고객등급산정, 우수고객관리 등 경영관리 목적으로, 412회 약13억 건은 보험텔레마케팅(TM)영업, 신용대출상품판매 등 고객에 대한 직접영업(마케팅) 목적으로 이용되었다. 이에 개인정보보호위원회는 2014년 1월 13일 전체회의를 열고 금융지주그룹이 보유하고 있는 고객정보(금융거래정보 및 개인신용정보)를 그룹 내 회사 간에 제공·이용함에 있어서 고객의 개인정보자기결정권을 최대한 보장할 수 있도록 제도를 개선하고, 고객정보를 제공·이용한 후에는 정기적으로 고객에게 그 내역을 통지하도록 하는 제도를 도입할 것을 금융위원회에 권고하였다.

(3) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률도 개정하여 개인정보 수집을 필요한 범위에서 최소한으로 하도록 제한하였으며, 개인정보 누출 등에 대한 통지 및 신고시한을 명시(원칙적으로 24시간)하고, 파기시 복구불가 조치 및 처벌을 강화(미파기시 징역 2년, 벌금 2천만원)하였으며, 개인정보 분실·누출시 법정 손해배상액의 기준을 신설(300만원 이하)하였으며, 정보보호 최고책임자를 지정하여 미래창조과학부장관에게 신고하고, 광고성 정보 전송을 목적으로 전자우편·전화번호를 자동 등록하거나 수신자를 속여 회신을 유도하는 행위를 금지하는 등의 규정을 마련하였다.

(4) 개인정보보호법

카드회사 개인정보 유출이후 일반법인 개인정보보호법을 개정하여 주민번호 암호화 조치를 의무화하고 암호화대상 및 적용은 2016년 1월 1일부터 하도록 하였으며, 법령상 근거 없이는 주민번호의 수집을 금지하도록 하였다.

그 뒤 개정된 법률의 주요 내용을 보면 먼저 개인정보보호위원회의 기능을 강화하여 개인정보보호 관련 정책·제도, 법령의 개선 권고 및 이행점검을 개인정보보호위원회가 관장하고, 개인정보보호위원회가 개인정보보호 기본계획을 수립하며, 개인정보분쟁조정위원회의 운영업무를 개인정보보호위원회로 이관하도록 하였다. 그리고 개인정보 유출에 따른 피해구제 강화를 위하여 개인정보처리자가 주의와 감독을 성실히 한 때에 손해배상책임을 감경하도록 한 규정을 삭제하였고, 징벌적 성격의 손해배상제도와 법정손해배상제도를 도입하였다. 또한 법 위반자에 대한 형량 및 제재수준을 강화하고, 개인정보 불법 유통으로 얻은 범죄 수익을 몰수 추징하고, 부정한 방법으로 개인정보를 취득해 영리 등의 목적으로 타인에게 제공한 자에 대한 벌칙을 신설하였다. 마지막으로 개인정보보호 인증제도를 도입하여 행정안전부장관에게 개인정보보호 인증기관의 지정 및 지정취소 권한을 부여하였다.[22]

4) 법제정비내용의 문제점

(1) 법체계성을 고려하지 않은 경쟁적 입법 및 유사내용의 중복

지금까지 개인정보보호 관련 법률들의 정비방향과 내용을 정리하면 개인정보보

22) 개인정보보호위원회, 개인정보보호위원회 5년사, 2016, 182면.

호위원회의 기능을 강화하고, 개인정보 유출에 따른 피해구제 등 정보주체의 권리보호를 위한 내용을 구체화하는 등 긍정적인 내용들도 있다.

하지만 개인정보보호법체계상 많은 문제점들이 여전히 남아있다, 이를 간단히 정리하면 먼저 개정된 개인정보보호 일반법과 특별법들이 모두 과징금부과, 징벌적 성격의 배상, 법정 손해배상 등 거의 유사한 내용을 경쟁적으로 도입하고 있을 뿐만 아니라, 법 위반자에 대한 형량 및 제재수준을 형사벌 위주로 강화하고 있다. 또한 일반법인 개인정보보호법과 거의 비슷한 법률들이 그대로 존재하여 동일하거나 유사한 사안에 대하여 적용되는 법률들에 대하여 혼란을 느끼던 개인정보처리자가 그동안 겪고 있던 문제점들은 전혀 개선되지 않았다. 다음으로 현재 개정된 법률들은 거의 대부분 민간에게(만) 적용되는 것이어서 공공부문에서 개인정보침해문제 또한 여전히 사각지대로 남아있다. 마지막으로 개인정보보호위원회의 감독기능을 강화하기는 하였으나 여전히 독립성과 충분한 권한행사라는 관점에서 보면 만족스럽지 않다.[23]

(2) 법률과 시행령 및 관련 정책의 불일치

최근 한편에서는 개인정보보호를 강조하고, 다른 한편에서는 사물인터넷과 빅데이터 시대에서 개인정보의 활용을 주장하고 있다. 예를 들어 개정된 신용정보법은 신용정보 집중기관에 대한 공적 통제를 강화하도록 하였는데, 금융위원회는 위 법률의 시행령을 개정하여 기존 은행연합회, 생명·손해보험협회, 여신협회 등의 신용정보집중기관을 종합신용정보집중기관으로 통합하고[24], 금융권, 핀테크 기업 등의 빅데이터 업무 활용을 지원하는 역할을 맡기는 등 하나의 법률과 시행령 내에서도 개인정보의 보호와 이용이 충돌되는 법제도들이 양산될 가능성이 높아 보인다.[25]

결국 위와 같은 내용을 보면 한국신용정보원이라는 기관으로 종합신용정보집중기관을 일원화한 설립목적이 단순히 개인신용정보의 보호에만 머물러 있지 않다

---

23) 이에 관하여 자세한 것은 이인호 외, 한국의 개인정보보호 수행체계 발전방안 연구, 개인정보보호위원회, 2017, 56면 이하 참조.

24) “금융위원회 등 관계기관(금융위원회, 금융감독원, 전국은행연합회, 생명보험협회, 손해보험협회, 금융투자협회, 여신금융협회, 보험개발원)은 개정 신용정보법(시행 9.12일)에 따라 ’16.3월까지 통합 신용정보집중기관을 출범하기 위한 통합추진기구를 구성하였음”(금융위원회 보도자료, 2015. 4. 16.)

25) “신용정보원은 2017년에 금융권 빅데이터 분석 업무의 지속적인 발전을 위하여, 분석업무를 체계화, 정례화 하고 외부기관과의 적극적인 데이터 분석 협력을 추진하여 수준 높은 빅데이터 분석 서비스를 제공해 나갈 계획”(한국신용정보원 보도자료, 2017. 1. 25.)

는 것이 드러난다. 이는 한국신용정보원이 집중된 정보의 업권간 연계분석 및 외부기관 정보와 결합·분석을 통해 통합적인 금융 빅데이터 분석 및 활성화를 담당하는 한편, 이러한 과정에서 발생할 수 있는 다양한 정보의 결합 등으로 인한 개인신용정보의 유출을 방지하기 위한 개인신용정보의 비식별조치를 지원하는데 업무역점을 두고 있다는 점에서도 나타나고 있다.[26]

여기에는 헌법상 다음과 같은 문제점이 있다 : 먼저 헌법상 위임입법을 허용하는 헌법 제75조는 위임입법의 근거이면서, 동시에 이러한 위임이 반드시 구체적 · 개별적으로 행해지도록 명령하는 것이다. 그러므로 헌법 제75조의 '구체적으로 범위를 정하여'라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용을 대강을 예측할 수 있어야만 한다는 것을 뜻한다.[27] 그렇다면 개정된 신용정보법 자체를 통하여 한국신용정보원이라는 종합신용정보집중기관의 역할과 권한에 대하여 예측하기 어렵다는 것을 알 수 있다. 다음으로 시행령의 내용을 보더라도 이러한 시행령의 내용이 근거 법률의 내용을 구체화하기 보다는 위임의 범위와 내용을 벗어나서 통합적인 금융 빅데이터 분석 및 활성화 등 새로운 업무의 근거가 된다는 점에서도 헌법상 문제가 된다.

(3) 정보주체의 권리보호에 소극적인 법원판례의 경향

개인정보보호 관련 특별법과 일반법 모두 개인정보처리자의 의무강화, 징벌적 성격의 배상과 법정 손해배상 도입 등 사후적 제재 등을 강화하는 방향으로 개정되고 있는 반면, 개인정보유출 관련 소송들에서 법원은 지금까지는 개인정보처리자의 책임을 인정하기를 주저하고 있는 것처럼 보인다.

법률상 제재와 처벌수준은 지속적으로 강화되고 있는데 반하여, 법원이 개인정보처리자의 책임을 인정하지 않는 방향으로 가고 있다는 경향을 이처럼 앞으로도 계속 보인다면 정보주체의 개인정보자기결정권 보호는 물론 개인정보처리자의 법적 책임 또한 여전히 불확실할 가능성이 높다.

---

26) "금융회사에서 돈을 빌리는 이들의 소득정보가 한국신용정보원으로 이르면 연내에 집중된다. 가계대출에 DSR(총부채원리금상환비율)을 적용하기 위해서다. 국민건강보험공단에 이어 또다시 대표적인 개인 소득정보 집중기관이 등장하는 셈이다. … 금융권 관계자는 "신용정보원이 차주의 소득정보까지 파악하게 되면 지금보다 더 강력한 힘을 갖게 될 것"이라고 말했다."(헤럴드경제, 2017. 7. 11.)

27) 헌재 1996. 6. 26. 93 헌바 2.

개인정보 유출로 인한 손해는 일반적으로 다른 계약행위나 불법행위와는 다른 손해의 특성을 갖는다고 판단된다. 곧 개인정보가 유출되었다다는 사실만으로는 개인이 어떠한 피해를 입었는지를 금전적으로 산정할 수 없고, 그로 인한 2차 피해의 발생 역시 또 다른 제3자의 개인정보 사용 여부에 의하여 좌우될 수밖에 없으며, 실은 해당 해킹으로 인하여 유출된 개인정보를 통하여 2차 피해가 생겼는지조차도 확인할 수 없는 경우가 많다는 것이다. 또한 그 피해 유무도 개인이 확정지을 수 있는 것이 아니라 다분히 의도적이거나 정책적인 판단이 사전에 개입할 수 있는 수사기관의 수사행위에 의하여 결정된다는 점에서 다른 개인적 손해배상과 차원이 다른 것이다.

개인정보 유출로 인한 재산상의 손해나 2차 피해가 발생한 경우가 없는 경우 원고들의 원하지 않는 개인정보 유출로 인한 정신적 손해 발생 여부가 문제되는 바, 판례의 경향은 일부 예외가 있긴 하지만 피고가 법령상으로 정해진 조치를 모두 취하였음을 입증한다면 개인정보 보호를 위한 기술적·관리적 보호조치를 모두 하였으므로 과실이 없다고 판단하는 것인 바, 이는 개인정보처리자의 현실에서 보면 어느 정도 환영할 만하나, 개인정보가 침해되고 확인할 수 없는 손해의 발생 가능성을 계속 염두에 두고 살아야 하는 정보주체의 입장에서 본다면 이는 매우 부당한 판단일 것이다. 이런 식의 판단이 계속 축적된다면 업체의 개인정보 보호를 위한 노력은 법령상의 기준인 최소한의 기준에 맞추게 될 것이고, 이는 개인정보보호를 위한 업계 기술 수준의 후퇴를 가져올 수도 있다고 판단된다.[28]

4. 현행 개인정보보호법제의 쟁점검토

1) 정보사회에서 보호되어야할 개인정보의 의미 : 현행법상 개인정보의 범위가 너무 넓은가?

(1) 판례의 입장

헌법재판소와 대법원 모두 헌법상 보장되는 개인정보자기결정권의 보호대상을 “개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보”로 넓게 인정한 다음에, 민감한 개인정보는 더 엄격하게 보호받아야 한다고 결정하고 있다.[29]

---

28) 최근 문제가 되는 홈플러스 사건에 관한 논문으로는 임규철, 개인정보의 상업적 판매 및 조건에 대한 비판적 고찰, 법제연구 제52호, 2017 참조.

29) 대법원은 2014년 7월 24일 선고한 2012다49933 판결에서 먼저 “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을

(2) 법상 보호되는 개인정보의 의미

a) 개인정보의 범위와 기준

현행 개인정보보호법은 모든 개인정보를 보호한 다음에, 민감한 개인정보를 위한 별도의 보호장치를 두고 있다. 먼저 이 법에 따라 보호되는 개인정보는 살아있는 개인에 '관한' 정보이어야 한다.[30] 따라서 특정 개인을 알아볼 수 없도록 가공되었거나 통계적으로 변환된 경우에는 특정 개인과의 관련성이 없고 식별이 어려우므로 개인정보에 해당하지 않는다. 법 제2조제1호는 개인정보를 '성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보'라고만 규정하고 있을 뿐 정보의 종류, 형태, 성격, 형식 등에 대해서는 특별한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 개인을 알아볼 수 있는 정보에 해당하는 한, 모든 종류 및 모든 형태의 정보가 개인정보가 될 수 있다.[31] 다음으로 이 법에 따른 개인정보는 개인을 '알아볼 수 있는' 정보이어야 한다. 특정한 개인을 '식별할 수 있는' 정보가 개인정보에 해당한다. 여기에서 '식별'이란 특정 개인을 다른 사람과 구분하거나 구별할 수 있다는 의미이다.

여기서 몇 가지 사항을 정리해 보자면, 먼저 이 법은 1) 업무목적으로 2) 개인정보를 담고 있는 3) 개인정보파일을 운용하는 4) 개인정보처리자에게 적용된다. 따라서 개인정보를 처리하지 않는 자들에게는 이 법이 적용되지 않으므로 개인정보에 해당여부가 이 법적용의 출발점에 해당한다.

특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다."고 하여 보호대상이 되는 개인정보의 범위를 넓게 인정하였다. 주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 사건에서 헌법재판소는 "개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(사사)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다."(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합)고 결정하였다.

30) 헌법상 死者의 기본권주체성여부가 다툼의 대상이다. 곧 죽은 사람 자신의 기본권주체 인정여부는 예를 죽은 사람의 명예훼손은 해당 사람의 명예훼손인가, 또는 가(유)족의 명예훼손에 해당하는가가 논란이 되며, 이는 다시 누가 소송을 제기하는가의 문제, 死者의 이름으로 死者의 기본권침해를 이유로 가족 등이 대신 소송을 제기하는가, 아니면 가족 자신의 명예가 훼손되었음을 이유로 가족이 소송을 제기하는가 등의 문제로 연결된다. 태아나 死者는 기본권주체로 인정하여 보호할 수도 있고(거나), 이를 보호할 국가의 의무를 인정하여 보호할 수도 있다.

31) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12, 14면.

b) 비판적 검토

결국 법 제2조 제1호에서 말하는 개인정보가 되기 위한 기준은 “식별가능성”과 “결합용이성”이다. 그런데 최근 사물인터넷의 발전, 빅데이터 사회로 진입에 따른 개인정보의 이(활)용을 요구하면서, 법 제2조 제1호의 개인정보의 범위가 너무 넓다는 비판이 제기되고 있다.

먼저 개인정보 해당여부에 관한 논의를 하는 과정에서, “알 수 없는 개인정보”, “비식별화된 개인정보”는 개인정보에 해당하지만, 이 법의 적용을 받지 않도록 하고자 하는 일부 논의는 처음부터 잘못되었다. 다시 한 번 더 반복하자면 개인정보에 해당하면 이 법의 적용을 받고, 개인정보가 아니면 이 법의 적용을 받지 않음이 법체계상 명확하다. 따라서 “알 수 없다”면 더 이상 개인에 관한 정보가 아니며, “익명화”되어 개인을 식별할 수 없다면 개인정보가 아니므로 더 이상 그 정보에는 이 법을 적용할 수 없다.[32] 다음으로 개인정보보호법상 개인정보의 범위를 규범적으로 좁히자는 주장은 비교법적 검토를 통해서 볼 때 우리나라 법상 개인정보의 개념정의가 다른 나라의 법상 그것과 크게 다르지 않다는 점에서 문제가 있다.[33] 마지막으로 이러한 주장은 초연결사회에서 빅데이터, 사물인터넷 등의 발전으로 인하여 개인식별가능성이 우리가 상상할 수 없을 정도로 넓어졌다는 점에서 문제가 있다. 기술적으로 개인식별의 범위와 가능성이 무한정 넓어지고 있어서 개인정보자기결정권의 침해위험성은 증대되고 있는데, 법상 개인정보의 범위를 제한하자는 주장은 규범적으로 보호되는 대상과 내용을 오히려 좁혀야 한다는 것이어서 받아들이기 어렵다.

---

32) 개인정보보호위원회는 2017년 6월 26일 「개인정보 보호법」일부개정 법률안 의견 조회에 관한 건(의안번호 제2017-14-122호)에서 먼저 비식별조치와 관련하여 ‘특정 개인의 식별가능성(identifiability)을 없애는 행위’를 지칭하는 용어가 혼란스럽게 사용 중으로 명칭 및 개념 정의가 정립되지 않아 인식과 해석 및 국내외적 의사소통을 저해하고, 빅데이터 활용, 공공정보 공개 등 개인정보보호 핵심 이슈에 관한 명칭 및 정의를 입법 초기 단계에서 국제적 통용성(interoperability)을 갖추도록 정립이 필요하다고 인정하였다. 이를 바탕으로 우리나라에서 이미 ‘익명 처리’(개인정보 보호법), ‘익명화’(생명윤리 및 안전에 관한 법률)가 법제화되어 사용되고 있고, 대부분의 국가(미국 제외)가 ‘익명(anonymisation)/가명(pseudonymisation)’정보라는 용어를 사용하고 있으며, ‘비식별(de-identification)’은 ‘익명’과 ‘가명’을 포함한 개념으로, 이를 사용할 경우 의미에 혼동을 가져올 수 있으므로 ‘익명처리/가명처리’로 용어 통일이 필요하다고 결정하였다.

33) EU GDPR 제4조 : “개인정보란 식별되거나 또는 식별가능한 자연인(정보주체)과 관련된 모든 정보를 의미한다. 식별가능한 자연인이라 함은 직접적 또는 간접적으로, 특히 이름, 식별번호, 위치정보, 온라인 식별자로 알아볼 수 있거나 또는, 하나 또는 그 이상의 구체적인 요소를 통하여 자연인의 신체적, 생리적, 정신적, 경제적, 문화적, 사회적 정체성이 식별될 수 있는 자이다.”

2) 개인정보보호법상 동의는 필요없거나 무의미한 제도인가?

(1) 동의의 의의와 기능

개인정보보호 관련법제도에서 동의는 정보사회의 가장 중요한 핵심중 하나이다. 곧 동의와 법률상 수권근거는 공적 영역은 물론 사적 영역에서도 개인관련정보의 법적으로 허용되는 처리의 동등한 가치를 갖는 정당성근거로 파악할 수 있다. 하지만 여기서 최소한 공적 영역과 사적 영역간 분리고찰이 필요한 것처럼 보인다. 곧 개인관련 정보를 처리할 수 있는 그 근거로 민간영역에서는 원칙적으로 관계 당사자의 자발적인 의사, 그것 하나로도 가능하고 충분할 수 있다. 따라서 민간영역에서는 동의가 정보처리에 관한 가장 주요한 정당화 근거인 것이다.[34] 그러나 공적 영역에서도 이를 인정할 수는 없다. 이 영역에서는 정보처리에 관하여 법률에 규정된 행정의 권한을 기준으로 평가해야 할 것이다. 이 영역에서 법률은 개인의 자유를 보호하는 그러한 한계선의 기능을 맡아서, 행정에 대하여 입법자가 이 한계선을 설정하고 있으므로, 개인이 동의를 통하여 이러한 한계선을 넘나드는 것을 행정에 대하여 허용할 수 없다.[35] 다만 예외적으로 공공부문에서 예외적으로 동의에 근거한 정보처리의 필요성을 인정한다 할지라도 동의라는 수단을 통하여 공공기관이 자신의 처리권한을 자신이 원하는 대로 확장하는 것을 저지하기 위해서는 동의에 근거한 정보처리에 대해서도 어떤 한계선을 설정하지 않을 수 없다. 이는 행정의 법률합치성이라는 원칙에서 도출되는 결론이다. 그에 따르면 동의이라는 근거가 확보되었다고 할지라도 처리할 수 있는 정보는, 공적인 담당자의 업무이행에 적합하고 특정되어 있는 그러한 것에 한정되어야 한다. 법률에 따른 업무이행에 전혀 관련없는 정보라면, 이는 비록 동의이라는 근거가 확보되었다고 할지라도 처리해서는 아니 된다.[36]

특히 민간영역에서 정보처리 허용 여부의 기준을 원칙적으로 당사자의 동의에 의존하게 함으로써, 정보보호법의 경우, 규범의 홍수나 과다한 차별 따위에 제한을 가할 수 있게 되었고, 그 결과 개인정보보호법의 규율부담도 줄어들 수 있다.

---

34) 이에 관하여는 Holznagel/Sonntag, Einwilligung des Betroffenen, Roßnagel(Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht, Verlag C. H. Beck, 2003, 680면 이하.

35) 다만 공적인 영역에서 시민이 신청하여 또는 그 밖의 다른 계기를 활용하여 자발적으로 공공행정에 접근하는 경우 관련되는 시민의 자발성을 기반으로 정보처리에 관한 동의를 구하는 것은, 그것 자체로 허용되는 적법한 것일 수도 있다.

36) 이에 관하여는 김일환·백수원, 민간부문에서 개인정보보호를 위한 동의의 의의와 방식에 관한 예비적 고찰, 成均館法學 第19券 第3號, 2007 참조.

입법자도 당사자의 갈등을 해결하기 위하여 모든 경우에 반드시 일일이 나서서 확정해야 하는 것도 아니었고, 잡다한 유형의 사건의 경우 차라리 당사자 스스로 갈등을 해결하도록 유도하고 있다.[37]

(2) 이 법에 따른 동의성립의 조건

그럼에도 불구하고 이러한 동의가 형식적으로 행해지는 경우에 오히려 개인정보의 무제한적 이용이나 전달가능성은 더욱 더 커지는 반면에 그 표면적인 합법성은 갖추고 있는 것처럼 보이기에 관련개인의 동의문제는 세심하게 검토해야만 한다. 이에 따라서 정보처리에 관한 개인의 동의가 유효하게 성립하기 위해서는 우선 관련자 스스로가 자신이 행하는 동의의 본질, 의미, 범위에 관하여 인식하고 있어야만 한다. 이는 구체적으로 정보처리의 어떤 단계가 관련되고 어떤 종류의 정보가 어떤 목적으로 처리되고 이용되는지를 관련자가 인식해야만 한다는 것을 말한다.[38] 따라서 민간 영역에서 정보주체의 권리보호를 위하여 동의가 유일무이한 장치는 아니나 가장 중요한 장치중 하나이다. 따라서 현재 행해지고 있는 동의방식 등의 문제로 인하여 동의제도 자체를 부인하기 보다는 동의를 통한 개인정보처리자의 투명성확보, 정보주체의 권리보호 등이 될 수 있는 실효적 방식의 도입이 필요하다고 생각된다.

(3) 관련 판례에 대한 비판적 검토 : 공개된 인물정보에 대한 정보주체의 동의 없는 영업적 활용

a) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결[39]

“정보주체가 직접 또는 제3자를 통하여 이미 공개한 개인정보는 그 공개 당시 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 수집이나 제3자 제공 등의 처리에 대하여 일정한 범위 내에서 동의를 하였다고 할 것이다. 이와 같이 공개된 개인정보를 객관적으로 보아 정보주체가 동의한 범위 내에서 처리하는 것으로 평가할 수 있는 경우에도 그 동의의 범위가 외부에 표시되지 아니하였다는 이유만으로 또다시 정

---

37) 정보처리 여부를 당사자 사이의 합의에 따르도록 함으로써 비로소 입법자는 법률상 수많은 허가요건 자체를 아예 처음부터 배제할 수 있다.

38) 이에 관하여는 김일환·백수원, 민간부문에서 개인정보보호를 위한 동의의 의의와 방식에 관한 예비적 고찰, 成均館法學 第19券 第3號, 2007 참조.

39) [부당이득금반환] 〈공개된 개인정보를 수집하여 제3자에게 제공한 행위에 대하여 개인정보자기결정권의 침해를 이유로 위자료를 구하는 사건〉 [공2016하,1319]

보주체의 별도의 동의를 받을 것을 요구한다면 이는 정보주체의 공개의사에도 부합하지 아니하거니와 정보주체나 개인정보처리자에게 무의미한 동의절차를 밟기 위한 비용만을 부담시키는 결과가 된다. 다른 한편 개인정보 보호법 제20조는 공개된 개인정보 등을 수집·처리하는 때에는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 개인정보의 수집 출처, 개인정보의 처리 목적, 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있으므로, 공개된 개인정보에 대한 정보주체의 개인정보자기결정권은 이러한 사후통제에 의하여 보호받게 된다. 따라서 이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 수집·이용·제공 등 처리를 할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 할 것이고, 그러한 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보 보호법 제15조나 제17조를 위반한 것으로 볼 수 없다. 그리고 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내인지는 공개된 개인정보의 성격, 공개의 형태와 대상 범위, 그로부터 추단되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적뿐만 아니라, 정보처리자의 정보제공 등 처리의 형태와 그 정보제공으로 인하여 공개의 대상 범위가 원래의 것과 달라졌는지, 그 정보제공이 정보주체의 원래의 공개 목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 원고가 ○○대학교 법과대학 법학과 홈페이지 등을 통하여 이미 공개한 개인정보의 성격, 그 공개의 형태와 대상 범위, 거기에서 추단되는 원고의 공개 의도 내지 목적과 아울러, 피고 로앤비가 이 사건 사이트를 통하여 제3자에게 제공한 이 사건 개인정보의 내용이 원고가 원래 공개한 내용과 다르지 아니한 점, 피고 로앤비의 정보제공 목적도 원고의 직업정보를 제공하는 것으로서 원고의 원래 공개 목적과 상당한 관련성이 있다고 할 것인 점, 피고 로앤비의 행위로 원고의 개인정보에 대한 인식 범위가 당초 원고에 의한 공개 당시와 달라졌다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 피고 로앤비가 이 사건 개인정보를 수집하여 이 사건 소장 부본을 송달받을 무렵까지 제3자에게 제공한 행위는 원고의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내라고 봄이 타당하고, 피고 로앤비에게 영리목적이 있었다고 하여 달리 볼 수 없다.”

b) 비판적 검토

공개된 개인정보의 (상업적) 이용을 포함하여 개인정보의 다양한 활용을 지지하는 입장은 정보의 자유로운 유통 등의 관점에서 일정부분 이해할 수 있다. 그

렇다고 하여 공개된 개인정보의 (상업적) 이용이 가능하다는 위와 같은 대법원 판례는 현행법의 해석상 받아들이기 어렵고, 정보주체의 개인정보자기결정권 보호라는 관점에서 보아도 문제가 있다. 현행 개인정보보호법 및 정보주체의 개인정보자기결정권 보호라는 관점에서 본다면 1) 동의를 받지도 않고, 2) 현행 법규정상 이의 활용을 위한 또 다른 근거도 제시되지 않은 채, 3) 원래 공개된 목적범위를 벗어난 개인정보의 4) 상업적 이용을 5) 공인의 공개된 개인정보라는 이유만으로 허용되고 적법한 것으로 인정하는 대법원의 이러한 판례는 현행법의 해석, 구체화를 넘어선 것으로 입법자의 영역을 침범하여 권력분립원칙에 반한다고 생각한다.[40]

5. 초연결사회에서 개인정보자기결정권보호를 위한 법제정비 원칙과 내용

1) 현행 개인정보보호법제 정비의 필요성

위에서 설명한 것처럼 현재 우리나라에서는 개인정보보호 관련 법률과 제도들은 많이 있으나, 그러한 법률과 제도들이 개인정보처리자들에게 예측가능성을 부여하고, 정보주체의 권리를 충분히 보호하고 있는지는 의심스럽다. 이제 새로운 법률의 제·개정보다는 관련 법률들의 규범력을 높이는 방향으로 고민해해야 한다. 그러려면 먼저 개인정보보호법제의 체계정합성을 확보해야 한다. 개인정보보호에 관한 일반법과 특별법들을 검토해서 불필요한 법률이나 규제는 과감히 정비, 폐지해야 한다. 부처이기주의나 각종 이해관계 등에 따라 존재하는 개인정보보호 관련 불필요한 법률들만 정비하더라도 실무계에서 겪고 있는 상당수의 적용상 혼란과 해석상 오류는 해소되리라 믿는다.

다음으로 개인정보보호법은 있으되, 개인정보는 보호되지 못하는 현실을 타개하기 위하여 감독기구의 강화, 절차적 제도와 권리강화 등 법제도 정비가 필요하다. 이처럼 개인정보보호가 현실적으로 안착됨을 전제로 새로운 기술발전 등에

---

40) 이와 유사한 입장으로는 “형벌조항이나 조세법의 해석에 있어서는 헌법상의 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙상 엄격하게 법문을 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석할 수는 없는바, ‘유효한’ 법률조항의 불명확한 의미를 논리적·체계적 해석을 통해 합리적으로 보충하는 데에서 더 나아가, 해석을 통하여 전혀 새로운 법률상의 근거를 만들어 내거나, 기존에는 존재하였으나 실효되어 더 이상 존재한다고 볼 수 없는 법률조항을 여전히 ‘유효한’ 것으로 해석한다면, 이는 법률해석의 한계를 벗어나 ‘법률의 부존재’로 말미암아 형벌의 부과나 과세의 근거가 될 수 없는 것을 법률해석을 통하여 창설해 내는 일종의 ‘입법행위’로서 헌법상의 권력분립원칙, 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙에 반한다.”는 헌법재판소 결정(헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합)) 참조.

따른 개인정보의 이용과 공개, 제공 등을 위한 검토가 분야별로, 사항별로 행해져야 한다고 본다.

2) 공공부문에서 개인정보보호 관련 법제정비 검토

(1) 공공부문에서 개인정보보호의 원칙과 기준 : 구체적이고 명확한 법적 근거의 제시

국가는 자신에게 부여된 과제를 수행하기 위하여 당연히 필요한 지식과 정보를 조사 · 처리 · 저장해야만 하지만 그와 동시에 과제수행을 필요한 것 이상의 정보를 수집하거나 전달 · 저장해서는 안 된다. 결국 이러한 정보자기결정권을 바탕으로 하여 개인은 국가가 자기 자신에 관한 어떤 정보를 조사, 처리해도 되는지를 결정, 통제할 수 있는 권리를 갖고 있다. 따라서 국가를 통한 개인관련정보의 모든 조사, 저장, 전달은 정보자기결정권의 제한이므로 이에 관한 法的 授權을 필요로 하는 것이다.[41] 이러한 기준에서 각종 정보처리시스템 시행의 위헌성 존재여부를 판단하기 위해서는 먼저 이러한 시스템이 헌법상 보호되는 개인정보를 다루는지를 판단하여야 한다. 다음으로 이러한 시스템에서 개인정보를 처리한다고 해서 언제나 위헌인 것은 아니다. 따라서 이를 정당화하는 근거와 기준들이 충분하다면 해당 정보를 수집, 처리하는 게 헌법상 허용된다. 그렇다면 이러한 시스템에서 개인정보를 처리하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따라서 이에 관한 근거법률이 존재해야 하는 바, 여기서 말하는 법률은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률을 말한다. 다만 여기서 수집된 개인정보를 전자화하는 근거법률이 있다고 해서 이것이 곧장 수집행위의 근거법률이 될 수는 없음을 인식해야만 한다. 곧 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 법적 근거가 있는가라는 문제는 이렇게 수집된 개인정보를 手記로 처리하느냐, 電子化할 수 있는가는 다른 문제인 것이다. 그렇다면 이러한 시스템에서 개인정보를 처리하기 위한 근거법률을 요구하는 이유는 개인정보의 수집으로 인한 기본권의 제한이 있기 때문이지, 그 정보를 전자화하기 때문이 아니다. 다음으로 해당 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 법적 근거가 마련된다면, 이러한 법적 근거가 비례성원칙, 특히 규범명확성원칙과 목적구속원칙을 준수하고 있는지, 해당 주체의 권리보호에 관한 규정 및 감독기구를 통한 통제가 이루어지고 있는지를 계속적으로 살펴보아야 한다.[42]

---

41) "그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다."(2005.05.26. 2004헌마190)

(2) 개인정보보호법상 공공부문을 위한 특례규정들의 문제점

헌법 제37조 제2항 및 개인정보보호를 위한 원칙 등의 관점에서 볼 때 현행 개인정보보호법은 일반법으로서 지나치게 공공부문에서 개인정보의 처리와 제공을 위한 특례규정을 광범위하게 허용하고 있어 문제이다. 예를 들어 개인정보보호법 제15조 이하에 따르면 개인정보처리자는 개인정보를 수집목적의 범위를 초과하여 이용해서는 안 된다. 또한 개인정보보호법 제18조에 따르면 개인정보처리자는 보유하고 있는 개인정보를 수집·이용 목적 이외의 용도로 제공하기 위해서는 다른 법률의 특별한 규정이 있거나 정보주체의 동의를 받는 등 적법요건을 갖추어야 한다. 그런데 동법 제18조 제2항 제7호에 따르면 공공기관의 경우 수사기관이 범죄수사, 공소제기 및 유지를 위해서 필요하다고 요청하는 경우 해당 개인정보를 정보주체의 별도의 동의 없이 제공할 수 있다. 이는 범죄수사의 편의를 위해 공공기관이 보유하고 있는 개인정보에 대해서는 정보주체의 동의 없이 목적 외로 이용 또는 제공할 수 있게 하기 위한 것이다.[43] 형사소송법 등 다른 법률에 특별한 규정에 근거하여 수사기관이 개인정보를 수집하는 경우에는 그 특별규정에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서 처리하고 있는지를 판단하면 되나, 일반법인 개인정보보호법에서 제18조 제2항 제7호와 같은 규정에 근거하여 수사기관이 개인정보를 손쉽게 수집, 처리하는 것을 더 이상 허용해서는 안 된다.[44] 최근 정보통신기술의 첨단화 등에 따라서 경찰이 이미 발생한 범죄를 수사하기 위하여 개인정보를 수집하는 경우는 물론 범죄발생이전에 장래의 범죄발생에 대비하기 위하여 범죄에 관련된 정보를 수집하고 있다. 장래에 발생할 범죄에 대한 수사목적의 사전대비활동을 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에 포함시킨다면 개인정보 자기결정권의 보호란 관점에서 매우 문제가 있다. 하지만 이미 발생한 범죄에 대한 수사로부터 장래 발생할 범죄에 대한 수사목적의 활동을 구분하기는 쉽지 않다. 개인정보보호를 위한 목적구속원칙에 따라 개인정보의 처리목적이 구체화되어야 할 뿐만 아니라 정보주체는 자신의 정보가 수집된다는 사실에 관하여 원칙적으로 인지할 수 있어야 한다.[45]

---

42) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구, 美國憲法硏究 제25권 제3호, 2014 참조.

43) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 111면 이하.

44) 이에 관하여는 김일환, 목적구속원칙과 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토 – 개인정보보호법 제18조에 따른 수사목적을 중심으로 –, 成均館法學 第27券 第2號, 2015 참조.

45) 개인정보보호위원회, 개인정보보호법 정비방안 연구, 2012, 207면 이하 : “제18조 제2항 제6호

정보사회의 초창기에 만들어진 개인정보보호법을 제외한다면 우리나라 개인정보보호법 제18조처럼 목적 외 개인정보 제3자 제공을 광범위하고 추상적으로 규정하기 보다는 엄격하고 구체적으로 한정하여 열거하고 있음을 확인할 수 있다. 다음으로 특히 '수사'목적으로 개인정보를 원래 수집된 목적이 아닌 다른 목적으로 제3자에게 제공을 허용하는 규정이 일반법인 개인정보보호법에 존재하지 않음을 비교법적으로 확인할 수 있다. 곧 개인정보보호 관련 주요 외국의 법제를 분석해 본 결과 일반법에 규정된 본인의 동의가 있는 경우 또는 형사소송법과 같은 특별법규정 등에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서 개인정보의 제3자 제공과 이용을 허용하는 규정은 확인가능하나, 우리나라처럼 '일반법'인 개인정보보호법에서 '수사'목적을 위한 제3자 제공을 광범위하게 허용하는 법제를 찾기는 쉽지 않았다.[46]

다음으로 개인정보보호법 제58조는 이 법률이 요구하는 원칙과 기준을 적용하기 어려운 경우, 곧 언론의 자유, 종교의 자유 등 헌법이 보장하고 있는 다른 가치 및 원리들과 충돌되는 일정한 경우들을 고려하여 법률의 적용을 면제할 필요가 있어 만들어진 것이다. 하지만 이처럼 매우 추상적이고 일반적인 목적을 위하여 포괄적이고 전체적으로 이 법률의 적용을 제외하는 입법방식은 문제가 있다. 개인정보처리목적에 따라 어떤 경우에는 전부 배제를, 또 다른 경우에는 일부 배제를 규정하고 있는 바, 이러한 구별이 법체계상 균형 잡히지 못하였을 뿐만 아니라 논리적이지도 못하다. 현행 법조문과 같은 방식보다는 적용을 배제할 개인정보처리자 및 다루고 있는 개인정보의 종류 등에 근거하여 이 법의 적용을 얼마만큼 배제할지를 개별적으로 고민하여 규정할 필요가 있다.[47] 특히 국가안전보장

에서 제9호는 이를 삭제하고, 제4호는 그 의미를 살려 제58조(적용의 일부 제외)로 이전해서 별도로 규정하고, 제5호만 존치하는 것으로 개정하는 것이 바람직할 것이다."

46) 예를 들어 수사기관의 편의에 따라 언제든지 개인의 정보를 무제한적으로 이용할 수 있다는 문제점 등 때문에 독일의 경우에는 일정한 범위의 범죄에 대한 구체적인 혐의가 존재하며, 진상의 조사나 범죄자의 소재수사가 다른 방법으로 성공할 가망이 거의 없거나 곤란한 경우 등에는 개인정보의 처리를 허용하는 형사소송법상 별도의 규정이 있으며, 수사상 수집되는 범죄관련자의 개인정보에 관하여는 연방수사청법과 연방경찰법(Gesetz uber die Bundespolizei)에서 자세하게 규정하고 있다. 이에 관하여 자세한 것은 이성용, 경찰 정보활동의 법적 문제에 관한 해석론적 고찰, 경찰법연구 제10권 제1호, 2012, 140면 이하 ; Pierre Hauck, Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit, Mohr Siebeck, 2014, 137면 이하 참조.

47) 이에 관하여는 김일환, 목적구속원칙과 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토 - 개인정보보호법 제18조에 따른 수사목적을 중심으로 -, 成均館法學 第27券 第2號, 2015 ; 김일환, 주민등록법상 지문정보의 목적 외 이용에 대한 헌법적 고찰, 公法硏究 第41輯 第1號, 한국공법학회, 2012 참조.

을 이유한 한 광범위한 법적용배제는 비판받아 마땅하다. 개인정보보호법 58조 제1항 제2호에 따르면 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공이 요청되는 개인정보에 대해서도 법 제3장부터 제7장까지를 적용하지 아니한다. 따라서 테러분자의 추적, 간첩 색출, 국가전복 기도 방지, 국가기밀 누출방지 등 국가안보를 위한 정보·수사기관들의 정보수집, 분석 및 관리업무는 비밀리에 수행되어야 하기 때문에 국가안보를 목적으로 하는 개인정보 수집·제공 행위 등에 대해서는 이 법의 적용을 배제하고 있다.[48] 하지만 국가안전보장과 관련된 정보분석 등을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보라는 이유로 이 법의 적용배제를 허용할지에 대한 검토가 필요하다. 먼저 국가안전보장을 이유로 이 법의 적용을 전면배제하기 보다는 국가안전보장과 관련되는 특별법(국가정보원이나 군기무사 등에 관한 법률)에서 해당 영역의 특수성을 반영하여 개인정보보호에 관한 별도의 규정을 두는 방안을 검토할 수 있다. 또는 개인정보보호법과 같은 일반법에 국가안보 관련 제외규정을 두어야 한다면 현재와 같은 전부 배제형식보다는 예를 들어 법 제15조부터 제18조까지를 적용하지 않도록 규정하는 등 국가안전보장을 더 고려할 수밖에 없는 영역에 대한 세밀한 검토가 필요하다.[49]

(3) 특별법 정비내용

a) 주민등록법

헌법은 있으되 헌법에 의하여 국가권력이 통제되지 못한 시절이 있었다. 곧 국가권력의 민주적 성립이나 법적 통제가 불충분하였던 박정희정부 하에서 추진된 주민등록, 주민등록증, 주민등록번호, 지문날인 그 자체가 많은 문제점을 갖고 있음에도 불구하고 그동안 이를 헌법상 거의 다루어지지 못한 상태 하에서 이제 이러한 것들이 정보사회에서 '새로운' 기본권침해의 중요수단으로 부각, 활용되고 있다. 그렇다면 이러한 작업을 통하여 우리가 정보사회, 첨도과학기술사회에서 국가의 역할과 기능을 "재"검토하는 선진적이고 미래지향적인 작업과 아울러 "법치국가의 토대와 기반"구축이라는 고전적이고 기초적인 문제에도 동시에 매달려서 해결해야만 하는 특수한 상황에 있다는 사실을 분명하게 인식해야만 한다. 현재와 같은 주민등록번호제도를 폐지하고, 새로운 형태의 개인식별번호제도를 도입하는 것을 이제 더 이상 미루어서는 안 된다.[50]

---

48) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011, 348면.
49) 김일환, 개인정보보호법 적용대상의 합리화 방안, 公法硏究 제43집 제1호, 2014 참조.

b) 전자정부법상 개인정보 공동이용 통제

행정정보의 공동이용은 전자정부의 핵심요소이지만 공동이용되는 행정정보에는 개인정보가 포함되어 있다는 점에서 신중해야할 필요가 있는 것이다. 전자화된 정보를 연속적으로 이용함으로써 정보처리자에게 효율성의 증대를 가져다주며 정보주체도 국가와의 관계에 있어 일면 편의를 도모할 수 있게 된다. 그러나 그 이익과 가치에 못지않게 개인정보보호에 치명적인 결함을 가져올 수 있는 것이 개인정보의 공동이용이기도 하다. 따라서 개인정보의 공동이용에 따른 이익과 개인정보 침해의 위험성간에 조화가 이루어지도록 법제정비작업이 이루어져야만 한다.

이와 관련해서는 전자정부상 개인정보 공동이용 관련 규정을 새로 제정된 개인정보보호법에 맞추어 자구수정이나 일부 보완, 손질하는 방법이 있고, 또 다른 법제정비방법으로는 전자정부법 규정중 개인정보에 해당하는 행정정보 공동이용 관련 규정의 재정비, 곧 관련 규정을 삭제하고 이를 개인정보보호법에 통합하는 방식이 있다. 어떤 법제정비방법을 택하든 현행 전자정부법상 개인정보 공동이용규정은 개정이 필요하다. 왜냐하면 현행 전자정부법 규정들에는 민감정보의 공동이용에 대한 별도의 규정이 없고. 개인정보 공동이용 방법, 개인정보 송신 방법의 구체화, 책임소재의 명확화 등에서 재정비가 필요한 상태이기 때문이다.[51]

(4) 소결 : 공공부문에서 개인정보 보호와 이용관련 법제분석

그동안 개인정보보호법이 제정되기 이전에 기존의 관련 법률 - 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 등 - 이 개인정보를 위한 충분한 보호대책들을 제시하지 못하는 상황이었다. 그런 상황 속에서 개인정보의 이용을 촉진하는 법률들이 개인정보보호에 관한 충분한 고려와 검토 없이 제·개정되었다. 이제 공공부문에서는 법률유보원칙과 개인정보보호원칙에 근거한 적법한 개인정보의 이용을 추구하는 법제정비가 이루어져야 한다. 따라서 공공부문에서는 개인정보의 이용 등에 관한 법률들을 제정된 개인정보보호법의 관점에서 재정비할 필요가 있다.[52]

---

50) 이에 관하여는 김일환, 전자주민증 도입을 위한 법제정비방안에 관한 헌법상 고찰, 헌법학연구 제17권 제4호, 2011 ; 김일환, 住民登錄番號의 違憲性與否에 관한 考察, 憲法學硏究 제11집 제3호, 2005 참조.

51) 이에 관하여는 김일환, 전자정부와 개인정보보호, 公法硏究 第37輯 第1-1號, 2008 참조.

52) 이에 관하여는 김일환, 개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰, 憲法學硏究 제17권 제2호, 2011 참조.

3) 초연결사회에서 정보주체의 무력화위험성에 대한 검토

하지만 이러한 검토와 작업에는 우리가 직면하고 있는 초연결사회라는 새로운 현상에 대한 인식이 추가되어야 한다. 이제 초연결사회에서 정보주체의 인간존엄과 권리보호를 위하여 필요한 몇 가지 담론적인 내용과 구체적인 제도정비내용을 검토해 보고자 한다.

(1) 초연결사회, 지능정보사회에 대한 규범적 인식필요

이미 우리들에게 잘 알려진 것처럼 정보사회란 정보 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 정보의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다. 얼마 전에는 정보화사회, 정보사회의 발전형태로서 지식정보사회가 언급되더니 이제는 초연결사회, 지능정보사회의 도래를 토론하고 있다.[53] 위에서 언급한 것처럼 초연결사회는 과거의 정보(화)사회와는 차원이 다른 특징이 있으므로, 현재 우리가 이용할 수 있는 모든 과학·정보기술을 다 사용할 수도 없고, 사용해서도 안 된다. 그러므로 어떤 과학기술·정보기술은 사용해도 되는지, 또는 사용하면 안 되는지에 관하여 (헌)법적으로 검토해야만 한다. 곧 초연결사회가 헌법과 조화되는 방향으로 발전되어야만 한다. 곧 초연결사회의 구성원들을 억압하고 구속하는 게 아니라 존중하고 보호하는 방향으로 전개되어야만 한다는 원칙 하에서 과학기술, 정보기술의 도입이나 사용여부에 관하여 판단해야만 한다. '헌법'과 어울리는 초연결사회구축 바로 이것이 우리가 추구해야만 하는 목표이며, 이러한 추상적인 목표를 바로 우리나라에서 구체적으로 파악하고 실현해야만 한다.[54]

그렇다면 결국 우리가 지향해야만 하는 정보질서는 인간지향적 정보질서이어야만 한다. 곧 인간 우호적이고 인간이 통제할 수 있는 정보시스템이어야만 한다는

---

53) 지능정보사회에 대비한 규범적 논의에 관하여는 김민호·이규정·김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 제28권 제3호, 2016 ; 김윤정·윤혜선, 인공지능 기술의 활용과 발전을 위한 제도 및 정책 이슈, 한국과학기술기획평가원, 2016 ; 이원태, 4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립, 정보통신정책연구원, 2017 ; 한국법제연구원, 인공지능 기술 관련 국제적 논의와 법제 대응방안 연구, 2016 ; 한국정보화진흥원, 정보화 법제연구 지능사회 법제도 이슈 전망 : 2017 지능정보사회로의 안착을 위한 법제도 개선방안 연구, 제2016-07호, 2016 ; 한국정보화진흥원, 인공지능시대의 정부 – 인공지능이 어떻게 정부를 변화시킬 것인가? [IT&Future Strategy 2017-3], 2017 ; 한국정보화진흥원, 인공지능이 바꾸는 법률서비스,, 2017 참조.

54) 이에 관하여는 김일환, 憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察, 憲法學硏究 제7권 제1호, 2001 참조.

것이다. 이러한 정보시스템을 구축하기 위하여 사후적으로 개인의 권리를 보호할 뿐만 아니라 이러한 시스템을 계획하고 구축할 때부터 관련자의 포괄적 참여와 협조가 필요하다. 따라서 정보기술을 통제하고자 하는 것은 새로운 정보통신기술의 발전을 가로막고 서서 훼방놓자는 것이 아님을 반드시 기억해야만 한다. 결국 법제정과 법적용에서 이러한 토론과 분석을 통하여 법이 과학기술발전에 적응하도록 할뿐만 아니라 이를 넘어서서 새로운 정보기술을 도입하려고 하는 사회와 국가에게 이에 관하여 다시 한 번 생각하고 결정할 수 있는 기회를 제공하게 되는 것이다. 정보통신기술의 발전이 가질 수 있는 위험에 관하여 발하는 이러한 경고는 이러한 기술의 적용보다 앞서거나 최소한 동시에 이루어지는 경우에만 비로소 의미를 가질 수 있다. 결과적으로 나중에 이러한 경고가 미리 사서 하는 걱정이었다면 오히려 다행일 것이다. 그러나 이미 새로운 정보통신기술의 적용을 통하여 이미 예상되었던 위험한 결과가 발생한다면 나중에 이러한 경고를 고려한다는 것은 이미 때늦은 자책에 불과할 뿐이다.

(2) '불'완전한 초연결사회를 위한 개인정보자기결정권 확보의 필요성

초연결사회에서 인간의 개입이 필요없이 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들의 세상이 된다면 인간, 곧 정보주체의 의사결정이 배제된 사물들의 연결, 기계들의 판단과 결정에 의하여 바로 그 인간, 정보주체의 생활방식과 형태가 결정된다. 그렇다면 이제 우리는 우리가 통제할 수 없는 '모든 것이 완벽하게 연결된' 초연결사회에서 살고 싶은가, 아니면 불완전하게 연결되고 나 스스로 연결여부를 결정할 수 있는 on off 스위치가 있고, '일정부분' 끊어진(질 수 있는) 초연결사회에서 살고 싶은지를 판단해야 한다. 이처럼 개인정보자기결정권을 진지하게 논의하는 이유는 과거나 지금처럼 '앞으로도' 민주법치국가의 존립근거인 인간의 존엄성과 자율을 보호하기 위해서이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써 기술적 발전에 관하여 '규범적으로' 판단하고 예측하여 인간의 존엄성과 자율을 초연결사회에서도 계속해서 보호해야만 한다. 그러므로 이제 개인정보자기결정권의 목표는 초연결사회에서 특히 인간의 자율적 의사소통능력을 보장하는 데에 있다. 여기서 우리가 분명히 인식해야만 하는 것은 초연결사회에서 개인정보자기결정권의 보호를 단순히 개인의 권리보호문제로만 파악해서는 안 된다는 것이다. 바로 이러한 문제는 국가와 사회의 구성 및 조직과 직접적으로 관련되는 문제이기도 하다. 이는 결국 간단히 말하자

면 국민의 기본권을 침해하지 않는 기술체계들이 발전될 수 있도록 헌법이 과학기술사회, 정보사회에 어떻게 작용, 반응해야만 하는지를 생각해 보아야만 한다는 것을 뜻한다.

(3) 초연결사회에서 개인정보처리의 투명성확보 : 투명해지는 정보주체, 불투명해지는 정보처리자

이제 초연결사회에서 국가나 사회의 기술적, 법적 변화가 개인의 인간존엄 및 가치에 바탕을 두고 행해져야만 한다는 것이 확인되어야 한다. 정보통신기술의 발전은 인간 생활에 많은 편익을 주고 있음에도 불구하고 무엇보다 국가와 기업에 의한 전방위적 감시장치의 구축에 대한 우려를 낳고 있다. 특히 초연결사회에서 정보처리자와 정보주체의 관계에서 정보처리자는 광범위한 정보통신기술을 바탕으로 정보주체에 관한 엄청난 정보를 수집 · 활용하게 된다. 이로써 정보주체는 점점 더 투명해지는 반면, 정작 정보처리자는 점점 불투명해지는 현상이 야기될 수 있는 것이다.

a) 헌법상 투명성 원칙의 의의와 내용

투명 또는 투명성(transparency, transparenz)이라는 개념은 중세 라틴어의 'transparentia'에서 유래된 단어로서, 사전적으로는 '물 따위가 속까지 환히 비치도록 맑음', '사람의 말이나 태도, 펼쳐진 상황 따위가 분명함', '앞으로의 움직임이나 미래의 전망 따위가 예측할 수 있게 분명함', '물체가 빛을 잘 통과시킴' 등으로 정의된다.[55] 결국, 투명성은 속까지 환히 비치는 성질이나 상황 또는 예측 가능한 상태를 의미한다. 이러한 투명성의 사전적 의미를 법적인 관점으로 전환하여 살펴본다면 명확성, 이해가능성, 인지가능성 내지 예측가능성을 뜻하며, 이를 정보의 측면에서 본다면 투명성이란 보다 덜 투명한 것에 대해 관찰자가 가지게 되는 정보적 우세라고 할 수 있다. 한편, 어떠한 일의 과정이 투명하다는 것은 그 과정이 널리 개방되어 있다는 것, 즉 감추어진 채 진행되지 않고 이해관계인이나 모든 사람에 의한 간파와 이해가 가능하며 나아가 참여가 보장된 과정을 뜻한다.

55) 표준국어대사전, 국립국어원, 웹페이지 http://www.korean.go.kr 참조.

b) 투명성 원칙의 내용

이러한 측면에서 투명성 원칙은 기초적으로 국가의사결정이나 그에 따른 권력행사의 결과가 투명해야 한다는 결과의 투명성, 국가기관의 의사결정이 이루어지는 방식이 투명해야 한다는 절차의 투명성, 결과만의 공개나 형식적 절차만의 준수가 아닌 전체 결정과정이 정당하게 공개된 상태에서 이루어지는 것과 열람권이 확실하고 충분하게 보장되는 것을 의미하는 내용의 투명성, 일정한 국가적 의사결정과 그에 따라 발생하는 결과에 대하여 책임의 소재를 분명하게 하고, 나아가 그에게 책임을 물을 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것을 의미하는 책임의 투명성을 그 내용으로 한다.[56]

c) 개인정보보호영역에서 투명성의 의의와 내용

초연결사회에서 개인의 기본권보호를 위하여 국가의 투명성이 요구된다. 먼저 초연결사회에서 개인이 국가의 객체나 수단으로 전락되지 않기 위해서는 개인의 사생활이 적극적으로 보호되어야만 할뿐만 아니라 더 나아가서 개인의 자율과 자유를 보장하는 여러 기본권들을 통하여 국가의 투명성 또한 담보할 수 있어야만 한다.[57]

다음으로 현행 개인정보보호법 제3조에는 개인정보보호에 관한 원칙들이 규정되어 있다. 투명성원칙이 법상 규정되어 있지는 않으나, 개인정보보호법의 관련 원칙들은 물론 개별 규정들 모두 정보처리의 투명성을 통한 정보주체의 보호를 목적으로 하고 있다. 개인정보자기결정권보호를 위한 규범명확성원칙, 목적구속원칙 등은 모두 전체적으로 개인정보처리를 정보주체가 가능한 한 이해할 수 있어야만 함을 전제로 하는 바, 결국 이는 투명성원칙에 근거한 것이라고 할 수 있다.[58] 이에 따라서 개인정보의 수집과 처리과정의 투명성은 개인정보보호법이 요구하는 기본적이고 일반적인 내용에 속한다. 개인정보 수집과 처리의 투명성은 정보주체의 개인정보자기결정권 보호를 위하여 제공되는 수단이다. 그러한 한 공적 영역과 사적 영역에서 개인정보처리자의 정보주체에게 통지와 투명성이라는 제도적 대책이 무엇보다도 필요하다. 이러한 요청들은 법치주의적 관점에서 요구되는 법질서의 투명성이라는 일반적 차원은 물론 정보주체의 인식가능성을 목표

56) 이에 관하여는 백수원, 헌법성 투명성 원칙에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위 논문, 2011 참조.
57) 이에 관하여는 김일환, 지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰, 世界憲法硏究 第15卷 第2號, 2009, 260면 이하 참조.
58) H. A. Wolff / S. Brink, Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2013, 9면.

로 하는 개인적 차원도 포함하고 있는 것이다.[59] 이에 따라서 개인정보처리의 목적확정과 구속을 통하여 개인정보처리의 구체성과 투명성이 확보된다.[60] 또한 정보주체는 누가 언제 무엇을 어떤 경우에 자기 자신에 대하여 알고 있는지를 알 수 있어야만 한다. 개인정보자기결정권의 보호를 위해서는 정보주체에게 정보처리가 투명함을 전제로 한다. 따라서 정보주체에게 다양한 형태의 설명요구권, 통지권, 삭제요청권 등이 인정되어야 한다.[61] 결국 정보주체의 인식없는 개인정보처리는 예외적인 경우에만 허용되어야 한다. 이에 따라서 정보주체의 충분한 인식과 통지를 통하여 확보되는 투명성원칙은 허용되지 않는 정보처리에 대한 효과적인 권리보호의 보장을 또한 가능하게 한다.[62]

(4) 개인정보보호기술 등의 도입 필요

a) 내용

2015년 국회 본회의를 통과한 개정된 개인정보보호법은 개인정보보호위원회의 기능을 강화하여 개인정보보호 관련 정책·제도, 법령의 개선 권고 및 이행점검을 개인정보보호위원회가 관장하고, 개인정보보호위원회가 개인정보보호 기본계획을 수립하며, 개인정보분쟁조정위원회의 운영업무를 개인정보보호위원회로 이관하도록 하였다.

2015년 개정에 따라 신설된 제8조의2(개인정보 침해요인 평가)가 바로 정보주체의 개인정보자기결정권 보호 및 개인정보보호위원회의 효율적 감독을 위한 대표적인 조항이다. 그리고 이 조항은 개인정보보호위원회의 권한강화는 물론 정보주체의 개인정보자기결정권을 사전적으로 보호한다는 의미도 동시에 갖고 있다.

신설된 이 조항에 따라서 중앙행정기관의 장은 소관 법령의 제정 또는 개정을 통하여 개인정보 처리를 수반하는 정책이나 제도를 도입·변경하는 경우에는 보호위원회에 개인정보 침해요인 평가를 요청하여야 하며, 보호위원회가 제1항에 따른 요청을 받은 때에는 해당 법령의 개인정보 침해요인을 분석·검토하여 그 법령의 소관기관의 장에게 그 개선을 위하여 필요한 사항을 권고할 수 있다. 그리고 개인정보 침해요인 평가의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정

59) Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 22면.
60) Alexander Roßnagel(Hrsg.), 전게서, 176면.
61) Alexander Roßnagel(Hrsg.), 전게서, 1310면.
62) Tim Wybitul, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, Verlag Recht und Wirtschaft,, 2011, 21면.

하도록 하였다.

헌법상 기본권보호경향은 최대한 기본권을 보호하자는 것인데, 이러한 경향중 하나가 바로 기본권을 절차보장으로 파악하는 것이다. 따라서 오늘날 기본권과 조직, 절차를 연결하는 것이 기본권의 실현과 보장을 위하여 아주 중요한 의미를 가진다. 더 나아가 새로운 과하기술, 정보통신기술의 발전에 따라서 개인의 기본권보호는 물론 국가권력행사의 정당성을 위해서도 실체적 기본권은 절차영역에서부터 보호되어야 한다. 물론 지금까지 전통적인 기본권보호제도에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리가 침해된 경우에 재산상 손해를 전보해 주거나 당해 행정작용을 취소, 변경해 주는 사후적 구제제도가 핵심이었으나 이러한 전통적인 사후구제제도로는 개인의 권리를 충분히 보호할 수 없다. 오히려 초연결사회에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전에 처음부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하여지지 아니하도록 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호 또한 사후적 구제제도만큼 중요해지고 있다.[63] 이러한 관점에서 본다면 법상 규정된 영향평가제도나 이번에 도입된 침해요인 평가제도 모두 정보주체의 개인정보자기결정권을 위한 사전적 보호장치에 해당한다.

최근 전 세계적으로 활발히 논의되고 있는 것이 바로 개인정보보호기술분야이다. 개인정보보호기술은 개인의 사생활 또는 개인정보를 보호하기 위한 모든 형태의 기술로 정의할 수 있다. 개인정보보호기술은 개인정보의 침해를 사전에 예방한다는 측면에서 국민의 기본권인 인간의 존엄, 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권의 보호·보장과 관련이 있다. 현재 OECD를 비롯하여 미국, EU, 호주, 캐나다 등에서 개인정보 보호를 위한 기술적 설계에 대한 가이드라인을 제시하고 있다.[64] 특히 미국에서 활발히 다루어지고 있는 Privacy by Design은 개인정보를

---

63) 이에 관하여는 김일환, 첨단과학기술사회에서 헌법개정의 필요성과 한계에 관한 고찰, 成均館法學 第22券 第2號, 2010 참조.

64) 2018년 적용을 앞두고 있는 EU General Data Protection Regulation은 개인정보 영향평가에 대하여 상세하게 규정하고 있다 : "개인정보보호 영향평가는 높은 수준의 위험 가능성 및 강도를 평가하기 위해 처리의 성격, 범위, 상황과 목적 그리고 위험요소의 출처를 고려하여, 처리 이전에 정보처리자에 의해 수행될 수 있어야 한다. 개인정보보호영향평가는 특히 해당 위험성을 완화하고 개인정보의 보호를 보장하며 이 법을 준수했음을 입증하는데 예상되는 조치, 안전장치및 메커니즘을 포함해야 한다. 이는 특히 상당한 양의 개인정보를 지역적, 국가적, 초국가적 차원에서 처리하고자 하는 대규모의 처리방식과 수많은 정보주체에게 영향을 미칠 수 있는 처리방식, 그리고 현재의 기술적 지식의 수준에 따라 새로운 기술이 대규모 처리에 사용되어지는 경우 등, 그 민감성 때문에 높은 수준의 위험요소를 초래할 수 있는 처리방식뿐 아니라 정보주체가 그들의 권리를 행사하기 어려운 상황 등, 정보주체의 권리와 자유에 관해 높은 수준의 위험요소를 초래할 수 있는 기타 처리 방식에 적용되어야 한다. 개인정보보호 영향평가는, 또한, 개인정보가 특정 개인에 대한 결정을 내릴 때 처리되는 경우에 관련 개인정보의 프로파일링에

수집하는 단계에서부터 폐기하는 단계에 이르기까지 이용자의 관점에서 정보보호를 위한 필요한 조치를 취해야 하는 내용(보호조치 관련 조항)과 더불어, 이용자의 권리를 충분히 보장하도록 하는 내용(이용자의 권리 관련 조항) 등을 포함하고 있다. 미국 FTC가 권고하고 있는 Privacy by Design의 기본원칙은 기업으로 하여금 회사조직 전체에서 그리고 자신의 상품과 서비스를 개발하는 모든 단계에서 소비자의 개인정보 보호를 증진시키는 것을 목적으로 하는 원칙이다.

b) 'Privacy by Design'에 근거한 사전예방적인 사물인터넷 관련 기술의 도입

개인정보의 침해는 인간의 존엄, 사생활의 비밀의 자유, 개인정보자기결정권 등 정보주체의 기본권 침해를 야기하고, 그 피해의 파급력이 크며, 전자처리시스템에 의해 대향으로 자동 처리됨으로 인해 피해자가 그 피해사실에 대하여 입증하는 것이 사실상 매우 어렵다. 또한 개인정보는 침해가 발생된 이후에 2차·3차 침해로 이어질 수 있다는 특징을 가진다. 따라서 이러한 개인정보의 특징을 고려할 때 사후적 구제수단을 통해 개인정보의 침해에 대한 실질적 구제를 하는 것에 한계가 있으며, 개인정보 보호를 위해서는 무엇보다 개인정보에 대한 침해가 발생하기 전에 이를 사전에 예방할 수 있는 장치를 마련하는 것이 중요하다. 'Privacy by Design'은 개인정보 위험평가를 기반으로 적절한 보호조치를 개발할 수 있는 프로그램에 대한 필요성에서 제시되고 있는 원칙으로, 개인정보를 보호하기 위한 기술·프로세스·실행들이 추후에 고려되어 적용되기보다는 사전 시스템 구조에 내장되어 적용되어져야 한다는 것을 의미한다. 현재 세계 각국에서 'Privacy by Design'이라는 개념을 도입하여 개인정보보호기술의 중요성을 공고히 하고 있음을 감안해볼 때, 우리 또한 개인정보보호기술에 관한 원칙으로써 'Privacy by Design'을 도입하는 방안을 검토해볼 필요성이 있다.[65]

근거하여 개인에 관련된 개인적인 측면에 대한 체계적이고 광범위한 모든 평가를 따르거나 특별범주의 개인정보, 생체정보 또는 형사기소 및 범죄나 관련보안조치에 대한 정보의 처리를 따라 이루어져야 한다. 개인정보보호 영향평가는 특히 영상전자기기 사용 시, 공공장소에 대한 대규모 감시를 위해 또는 관련 감독기관이, 특히 정보주체가 권리를 행사하거나 서비스 또는 계약을 이용하지 못하게 되거나 체계적으로 대규모로 처리를 수행하여, 해당 처리가 정보주체의 권리와 자유에 관한 높은 수준의 위험요소를 초래할 가능성이 있다고 생각되는 경우, 모든 기타 처리 방식에 동등하게 요구되어 진다."
(http://www.pipc.go.kr/cmt/not/ntc/selectBoardArticle.do)

65) 이에 관하여는 손상영/이원태/김희연/문정욱, 안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건, 정보통신정책연구원, 2016, 42면 이하 참조.

(5) 초연결사회에서 정보주체보호를 위한 개인정보보호 감독기구의 권한 및 위상강화

a) 개인정보보호기구의 헌법상 의의와 근거 : 개인정보의 효율적 보호를 위한 통제의 필요성

개인관련정보처리와 자동정보처리가 행해지는 곳에서는 처음부터 이러한 발전에 정보보호가 동반되어야만 한다. 특히 과거에 행해졌던 개인에 대한 물리적이고 신체적인 직접적 피해와는 달리 정보사회에서 발전된 정보통신기술을 통한 국민의 사생활감시를 국민들이 현실적으로 인식한다는 것이 매우 어렵기 때문에 각국에서 정보보호법의 제정 및 개인권리보호가 논의된 이후에 진지하게 논의되고 있는 문제가 바로 개인정보보호를 위한 '통제'이다.[66] 결국 개인정보보호법의 목적은 새로운 정보통신기술의 발전에 대응하여 효율적이고 헌법합치적인 조정규정과 개인보호규정들을 사전에 또는 적어도 동시에 준비하도록 하는 것이다. 그러나 정보사회에서 국민의 사생활을 보호하기 위하여 개인정보보호법을 제정하는 것만으로는 충분하지 않다. 왜냐하면 오늘날 새로운 기술들의 발전과 그 적용가능성에 비추어 볼 때 법률가 또는 입법자는 그전보다 더 불리한 위치에 놓여 있을 뿐만 아니라 관련 개인 스스로가 이를 통제할 수 있는 능력이나 기회를 가질 수 없는 불리한 위치에 놓여 있기 때문이다. 따라서 개인정보보호법 제정 그 자체도 중요하지만 정보주체를 효율적으로 보호하기 위해서는 국가나 사회의 정보처리를 통제하는 통제기관의 설치 및 활동이 절대적으로 요구된다.[67]

b) 바람직한 개인정보보호기구의 판단기준과 내용

어떤 기준들에 따라서 보호기구들이 판단되고 어떤 척도에 따라서 그 효율성이 평가되어야만 하는지는 어려운 문제에 속할지도 모르나 특히 '보호기구의 독립성 보장' 및 이를 위하여 '충분한 법적 권한의 보장', '전문성확보'는 개개 보호모델을 평가, 판단하기 위한 중요한 기준들이다.[68]

---

66) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호기구의 법적 지위와 권한에 관한 헌법상 고찰, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 197면 이하 참조.

67) 이에 관하여는 이인호, 개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 한국전산원, 2004 참조.

68) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호기구의 법적 지위와 권한에 관한 헌법상 고찰, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 197면 이하 참조.

c) 현행법상 개인정보보호위원회의 문제점과 정비방안

개인정보보호기구의 독립은 개인정보보호에 관한 제도적 통제의 핵심사항이다. 따라서 개인정보보호기구의 독립성은 개인정보보호를 위한 통제의 기본조건이면서 동시에 이러한 통제의 효율성에 관한 척도를 나타낸다. 이와 관련하여 현행 법규정을 보면 법 제7조 제1항에서 개인정보보보호위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다는 규정만 있을 뿐, 개인정보보호 위원회 및 위원에 관하여는 독립적 활동의 보장에 관한 그 어떤 규정도 찾아볼 수가 없다. 개인정보보호위원회의 독립성 보장을 위해 예산 편성 및 인사와 관련하여 관련 법규정을 개정하여 위원회가 독립적인 예산편성권과 인사권을 갖도록 해야 한다.[69]

다음으로 개인정보보호위원회가 독립된 감독기구로서 권한을 행사하려면 비상임인 위원장의 직위를 상임으로 바꾸고, 실질적으로 보호위원회의 사무국을 통할하고, 위원회의 모든 의사결정을 표시할 수 있는 권한을 가져야만 하며, 조직의 관리 및 인사권도 행사하도록 해야 한다.[70] 이 법제정 당시 원래 정부안에는 국무총리실 소속 심의위원회에서 주요 사안을 심의하고 각 부처가 집행을 담당하며 행정안전부가 총괄하도록 되어 있었다. 그러다가 야당과 협의과정에서 개인정보보호위원회를 대통령 소속으로 격상 시키고 위원회의 기능에 의결 기능을 추가시키는 등 개인정보보호위원회의 권한이 확대되었다. 그러다보니 법에 규정된 개인정보보호위원회가 개인정보보호에 관한 일관적이고 체계적인 기준과 틀에 따라서 요구되는 기능과 역할을 갖지 못하고 약간은 기형적인 형태가 될 수밖에 없었다. 결국 이렇게 되면 위 법의 적용대상자인 개인정보처리자들은 개인정보보호법을 준수하는 과정에서 어느 기관의 통제를 얼마만큼 받는지를 예측하기 힘들어지게 된다. 특히 이는 규제의 투명성이라는 관점에서 문제가 될 수 있다. 그동안 개인정보보호법 제정과정에서 다툼이 없었고, 전혀 문제가 되지 않았던 개인정보 보호기구의 위상과 기능이 새로 제정된 개인정보보호법에 충분히 담겨 있지 않아 문제가 있다고 생각된다. 결국 현행 법률에 규정되어 있는 개인정보보호위원회의 역할과 권한을 검토해 보면, 국제적 기준이나 그동안 논의되었던 수준에 비하여

---

69) 이에 관하여는 권건보, 개인정보보호의 입법체계와 감독기구 정비 방안, 헌법학연구 제20권 제2호, 2014. 6 ; 김일환, 개인정보보호위원회의 역할과 기능에 대한 법제정비방안, 成均館法學 第24券 第3號, 2012 ; 이민영 외, 해외 개인정보보호 집행체계 및 개인정보보호 주요 동향조사, 개인정보보호위원회, 2012 ; 이인호 외, 한국의 개인정보보호 수행체계 발전방안 연구, 개인정보보호위원회, 2017 참조.

70) 김민호, 김민호, 개인정보보호위원회의 기능과 역할 개선방안, 개인정보보호법의 시행실태와 입법과제(학술세미나), 2012, 70면.

보호기구의 독립성과 권한 등이 많이 부족하다는 결론에 도달한다. 이러한 위원회는 효율적인 개인정보보호를 위한 독립된 기구로서 충분한 역할을 하기 어렵다고 판단되며, 체계적이고 일관된 형태의 개인정보보호기구라고 보기 어려울 만큼 '타협의 산물'이라고 할 수 밖에 없는 모습을 지니고 있다. 이에 대한 체계화, 명확화, 재정비가 필요하다고 생각한다.[71]

6. 결론

1) 기존 정보사회의 기술적 특성이 시간과 장소에 구애받지 않고 연결되도록 하면서 사람과 사람 사이의 의사소통이 시·공간을 뛰어넘어 가능해지도록 하는 것을 지향했다면, 초연결사회는 '연결의 대상이 모든 사물에게까지 확대된' 사물인터넷과 빅데이터 기술을 기반으로 사람과 사물, 사물과 사물 간의 광범위한 연결과 소통을 가능케 하고 있다고 한다. 이에 따라서 초연결사회에서는 물리적으로 존재하던 모든 것들이 네트워크로 연결되면서 그동안 그 경계가 이미 희미해져 왔던 오프라인과 온라인의 경계가 드디어 무너지게 되는 것이다. 사물인터넷, M2M과 같은 개념들이 사물들과 기계들 간의 연결만을 의미했던 반면, 초연결사회의 가장 큰 특징은 인간, 사물, 기계가 모두 항상 연결되어 있다.

2) 초연결사회의 기술적 발전에 대한 규범적 평가와 통제에 대한 고민이 필요하다. 이러한 규범적 판단의 중요한 요인 중 하나가 인간존엄 및 개인정보자기결정권이다. 초연결사회에서 개인정보자기결정권을 진지하게 논의하는 이유는 과거나 지금처럼 '앞으로도' 민주법치국가의 존립근거인 인간의 존엄성과 자율을 보호하기 위해서이다.

---

71) 노무현 정부 이후 지금까지 발의된 개인정보보호 관련 법안이나 학계의 많은 관련 논문들에서 개인정보의 범위, 개인정보호의 보호와 이용 등에 관한 다툼이나 의견차이가 있음은 확인할 수 있으나, 개인정보보호 감독기구의 위상 및 권한강화에 대하여 반대의견을 찾기 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 여전히 우리나라 개인정보보호 감독관련 법제정비가 이루어지고 있지 않고 있는 것은 이해하기 쉽지 않다. 이에 따라서 개인정보 감독기구에 대한 불필요한 논의를 끝내고 개인정보보호기구로서 활동하기 위하여 다툼이 없는 권한과 업무를 문재인 정부 출범이라는 국내적 상황과 글로벌 스탠더드에 맞추어 정비할 필요가 있다. 특히 문재인 정부가 발표한 국정운영 5개년 계획에 따르면 2018년부터 개인정보 보호 거버넌스를 강화하고 개인정보 보호체계를 효율화하며 무분별한 개인정보 이용에 대한 제재를 강화한다는 내용이 포함되어 있으므로 관련 법제정비가 매우 시급하다.

3) 현재 우리나라에서는 개인정보보호 관련 법률과 제도들은 많이 있으나, 그러한 법률과 제도들이 개인정보처리자들에게 예측가능성을 부여하고, 정보주체의 권리를 충분히 보호하고 있는지는 의심스럽다. 개인정보보호 관련 일반법과 특별법들을 검토해서 불필요한 법률이나 규제는 과감히 정비, 폐지해야 한다. 부처이기주의나 각종 이해관계 등에 따라 존재하는 개인정보보호 관련 불필요한 법률들만 정비하더라도 실무계에서 겪고 있는 상당수의 적용상 혼란과 해석상 오류는 해소되리라 믿는다. 그와 동시에 초연결사회에서 정보주체의 보호를 위하여 개인정보처리의 투명성확보, 'Privacy by Design'에 근거한 사전예방적인 개인정보보호 기술, 개인정보보호 감독기구의 권한 및 위상강화 등에 관한 법제정비작업이 이루어져야 한다.

(논문투고일: 2017.08.21., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

김 일 환

초연결사회, 개인정보, 개인정보보호, 개인정보보호위원회, 개인정보보호법

【참 고 문 헌】

권건보, 개인정보보호의 입법체계와 감독기구 정비 방안, 헌법학연구 제20권 제2호, 2014

김민호·이규정·김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 제28권 제3호, 2016

김민호, 개인정보보호위원회의 기능과 역할 개선방안, 개인정보보호법의 시행실태와 입법과제(학술세미나), 2012

김병운, 초연결산업 사회, 사이버보안 정책, 과학기술법연구 제22집 제3호 2016

김일환, 개인정보보호법 적용대상의 합리화 방안, 公法硏究 제43집 제1호, 2014

김일환, 개인정보보호위원회의 역할과 기능에 대한 법제정비방안, 成均館法學 第24券 第3號, 2012

김일환, 個人情報 共同利用의 統制와 監督에 관한 比較法的 考察, 憲法學硏究 제13권 제2호, 2007

김일환, 住民登錄番號의 違憲性與否에 관한 考察, 憲法學硏究 제11집 제3호, 2005

김현중, 초연결 시대로의 변화와 대응 방향, 정보통신산업진흥원, 2012

백수원, 헌법상 투명성 원칙에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2011

손상영/이원태/김희연/문정욱, 안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건 - 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II), 정보통신정책연구원, 2016

심우민, 초연결사회에서 정보 사생활과 국가적 법익간 형량, 미디어와 인격권 제2권 제1호, 2016

이민영 외, 해외 개인정보보호 집행체계 및 개인정보보호 주요 동향조사, 개인정보보호위원회, 2012

이인호 외, 한국의 개인정보보호 수행체계 발전방안 연구, 개인정보보호위원회, 2017

이원태, 4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립, 정보통신정책연구원, 2017

이호영/김희연/장덕진/김기훈/백종원/박윤중/강동현, 스마트-모바일의 전면화 경향과 초연결사회로의 길, 정보통신정책연구원, 2015

이호영/김희연/김사혁/최항섭, 커넥티드 사회의 구조변동, 정보통신정책연구원, 2015

이호영/이시직/이재현/김영생, 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II) 총괄보고서, 정보통신정책연구원, 2016

조성은/양수연/이정엽, 네트워크를 통한 창의적 협력과 탈경계의 문화확산, 정보통신정책연구원, 2016
한국법제연구원, 인공지능 기술 관련 국제적 논의와 법제 대응방안 연구, 2016
한국정보화진흥원, 정보화 법제연구 지능사회 법제도 이슈 전망 : 2017 지능정보사회로의 안착을 위한 법제도 개선방안 연구, 제2016-07호, 2016
한국정보화진흥원, 인공지능이 바꾸는 법률서비스,, 2017

Abstract

A Study on the Improvement of Personal Information Protection Legislation in the Hyper-Connected Society

Kim, Il Hwan

Due to the development of the Internet and Big Data, our society is undergoing fundamental and innovative influences in almost all areas such as shopping, health care, education, elections, law enforcement, crime and terrorism prevention, cyber security, corporate operations and policy decisions. However, in order to use the Internet of things, not only the development of related technologies, but also the change of the legal system as well as the corporate culture are required. The technical characteristics of the existing information society aimed at compressing the time and space of communicating between people, enabling connection without regard to time and place. On the other hand, The hyper-connected Society enables a wide range of connections and connections between people, things, things and things based on the Internet of Things and the Big Data technology, which are 'objects of connection extended to all objects'. Therefore, in the hyper-connected society, everything that has existed physically has been connected to the network, and the boundaries of offline and online, which have already become blurred, are finally collapsed. While the concepts such as Internet of things and M2M mean only the connection between objects and machines, the most important feature of the superconducting society is that people, objects and machines are always connected. Ultimately, the core of the hyper-connected society is the core of information sharing and sharing, which is the key to the development of the 4th industry, Big Data, Internet of things, artificial intelligence, robots and autonomous vehicles. Should be included, and how

much should be included. Now, we need to worry about normative evaluation and control of technological development of early-connected society. One of the important factors in this normative judgment is human dignity and personal information self-determination. Now it is important that the dignity and autonomy of human beings should continue to be protected even in the hyper-connected society by 'normatively' judging and predicting technological development by making the processing of information, which is the subject of fear, as transparent as possible. Therefore, the goal of personal information self-determination is to ensure autonomous communication, especially in the hyper-connected society.

Kim, Il Hwan

Hyper-connected Society, Personal Information, Personal Information Protection, Personal Information Protection Commission, Personal Information Protection Act

국내·외 플랫폼 사업자 공평규제를 위한 제언

김현경*

【목 차】

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 플랫폼 서비스의 속성과 공평규제
1. 플랫폼 서비스의 속성
2. 공평규제의 의의
Ⅲ. 플랫폼 사업자 불공평 규제사례 분석
1. 스니펫(snippet)세
2. 지도데이터
3. 망사용료
4. 개인정보 처리
5. 과세
6. 기타
Ⅳ. 국내·외사업자 공평규제를 위한 제언
1. 경쟁 중립적 규제의 도입
2. 규제 집행의 실효성
3. 규제의 유연성확보
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

시장에서 경쟁이 왜곡되어 효율적 자원배분에 실패할 수 있으며 이러한 경우 규제는 공익에 부합하는 방향으로 설계됨으로서 정당화 된다. 규제는 시장의 경쟁이 공평하게 이루어지도록 공권력을 발동시키는 것이다. 인터넷을 기반으로 하는 플랫폼 서비스 시장은 탈영토성(un-territoriality)을 전제로 한다. 이러한 플랫폼 서비스의 특성과는 달리 법적 규제는 영토기반의 지역적 한계를 극복하지 못한다. 따라서 국내외 사업자가 동일한 서비스를 내국인에게 제공함에 있어서 국내 기업에만 집행되는 규제는 국내 기업에 대한 불공평 규제로 이어지며 결과적으로 국내 플랫폼 산업의 경쟁을 악화시킬 수 있다. 이는 공정한 경쟁을 저해함으로서 공익을 종국목적으로 하는 규제로서의 본질에 위배된다.

최근 뉴스사용료(일명 “스니펫세”), 지도데이터, 망사용료, 개인정보, 과세부과 등 국내·외 플랫폼 사업자 간 공평한 경쟁을 저해하는 규제로 인한 문제점이 지속적으로 제기되고 있는바, 우선 각 사안에 대하여 규제가 공평하게 적용되고 있는가를 분석하였다. 이러한 분석을 바탕으로 국내외 사업자 간 공평한 규제 설정

---

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 조교수, 법학박사.
이 연구는 서울과학기술대학교 교내연구비의 지원으로 수행되었습니다.

의 방향으로 'i)경쟁 중립적 규제의 도입, ii)규제 집행의 실효성 확보, iii)규제의 유연성확보 수단 마련'을 제안하였다.

Ⅰ. 문제의 제기

'산업화는 늦었지만 정보화는 앞서가자'라는 슬로건 하에 정보화를 추진해온 지난 20년간 IT는 우리나라 경제발전을 이끄는 동력이 됐다. 90년대 이후 IT영역에서만큼은 우리나라가 선도하는 위치를 차지하게 되었으며, 2000년대 초반 벤처붐과 함께 국내 인터넷 기업들은 빠르게 성장하였다. 특히 플랫폼 서비스는 전 세계적으로도 우리나라의 독자적 브랜드를 가지고 있는 몇 안 되는 국가 중 하나이다. 그러나 어느 순간부터 공평하지 않은 규제로 이러한 상황이 흔들리고 있다.

시장조사기업 이마케터에 의하면, 구글이 지난해 미국 검색광고 시장에서 차지한 비중은 75.8%이며, 2018년에는 80%를 돌파할 전망이다. 또한 구글과 페이스북은 올해 각각 726억 9000만 달러, 337억 6000만 달러에 달하는 광고 수익을 올릴 것으로 예상되며, 이 둘의 수익을 합치면 미국에서는 단연코 독점이며, 전 세계 디지털 광고 지출의 무려 46.4%에 달한다. 우리는 이러한 수치에 대하여 단연코 '한국의 구글(?)'이라고 할 수 있는 네이버를 상기할 것이다. 그러나 구글의 시가총액(736조원)과 비교하면 네이버(29조원)는 경쟁 상대가 못된다. 네이버와 카카오 정도가 국내외에서 의미 있는 성과를 거두고 있다고 하지만, 구글이나 페이스북 등 글로벌 인터넷기업에 비하면 여전히 그 규모와 성과에 있어서 비교할 대상이 못된다.

지금은 국내사업자가 글로벌 플랫폼 시장에서 경쟁우위를 차지하기 위해 총력을 기울여야 할 시기이다. 이에 대한 국가의 중요한 역할은 단연코 '규제'이다. 국가가 적극적 혹은 주도적으로 이러한 기업들을 선도해 갈 수 있는 역할은 한계가 있다. 다만 플랫폼 서비스가 융성할 수 있도록 그 기반을 마련해 주어야 하며 가장 중요한 기반으로 작용하는 것이 '규제'이다. 그러나 최근 뉴스사용료, 지도데이터, 망사용료, 개인정보, 세금 등 동일한 플랫폼서비스 제공에 대하여 국·내외 사업자에 대한 불공평한 규제집행으로 인해 플랫폼 산업의 공정한 경쟁을 저해한다는 문제점이 제기되고 있는바 이하에서는 사례별로 이를 분석하고 바람직한 국내·외 사업자 공평규제 방향을 제안하고자 한다.

Ⅱ. 플랫폼 서비스의 속성과 공평규제

1. 플랫폼서비스의 속성 : 탈영토성

인터넷을 기반으로 하는 플랫폼 서비스는 데이터 혹은 콘텐츠를 주요 영업자산으로 하며, 서비스의 경계 역시 탈영토성(un-territoriality)을 전제로 한다. 따라서 영토 즉 국경에 기반 하여 규제의 설정과 집행을 전제 하고 있는 현재의 규범체계를 그대로 플랫폼 서비스에 적용하는 것은 규범의 집행을 불안정하게 만든다. 즉 플랫폼 서비스의 탈영토성은 영토를 기준으로 시민과 국가를 연계하여 법규의 적용을 결정하는 기준이 그대로 적용되기 힘들다.

현행의 규범체계에 비추어 볼 때 플랫폼서비스에 대한 규제의 대상은 '데이터·콘텐츠, 이용자, 플랫폼서비스사업자'이며 따라서 그 적용법규를 결정하는 요인 역시 '데이터·콘텐츠, 이용자, 플랫폼서비스사업자'라고 할 수 있다.

데이터·콘텐츠는 플랫폼서비스의 주요 영업자산이며[1] 서비스 이용자의 권익에 중요한 영향을 미치게 된다. 데이터·콘텐츠를 둘러싼 주요 규제는 저작권, 개인정보, 영업비밀, 표현의 자유, 음란물 규제, 청소년유해매체물 규제 등이다. 통상 영토를 기반으로 하는 재산규범에 비추어 본다면 부동산이나 동산의 경우 그 소재지에 의해 관할 및 적용법규가 정해진다. 즉 현재의 규범(유체물 규범)은 규범대상의 위치 및 이동에 대하여 그러한 재산권자의 인지를 전제로 그의 의지를 존중한다. 그러나 데이터·콘텐츠의 이동성과 독립성은 이러한 데이터·콘텐츠의 소재지가 적용법을 결정한다는 전제에 중요한 의문을 제기한다. 프라이버시권 또는 증거에 접근하려는 법집행은 데이터·콘텐츠가 거의 실시간 무작위적으로 이동되고 있음에도 불구하고 특정시점에 데이터·콘텐츠가 어디에 있는지에 대하여만 초점을 맞추고 있다. 그러나 데이터·콘텐츠의 이동은 임의적이기 때문에 데이터·콘텐츠의 주체라 할 수 있는 데이터·콘텐츠 생성자 혹은 이용자가 데이터의 위치 및 이동에 대하여 인식할 수 없으며 기술적으로 특별한 조치를 취하지 않는 한 이들이 데이터·콘텐츠에 대하여 직접적으로 지배(관리)하는 것은 불가능에 가깝다. 그리고 데이터의 혼합적 성격으로 인해 법이 요구하는 바에 따라 데이터를 미세하게 조정해서 식별 및 위치에 기반 한 형태로 만드는 것이 거의 불가능하다. 다중

1) 페이스북의 주요 영업자산은 이용자의 프라이버시콘텐츠/개인정보이며, 유튜브의 주요 영업자산은 이용자들이 올린 동영상들이다.

송신(multi-communication transactions)의 문제가 없다 할지라도, 우리가 상호 연결된 글로벌한 네트워크 사회에 살고 있는 한 자국민과 외국인의 데이터는 불가피하게 섞여 있을 수밖에 없다.[2] 또한 데이터의 '분할성'은 광대한 양의 데이터 저장 및 이용의 효율을 높일 수 있는 데이터의 중요한 속성이다.[3] 그러나 이러한 데이터 분할성으로 인해 데이터 위치를 데이터 주체가 인지하는 것은 매우 곤란하며, 그 소재를 인지할 수 없으므로 권리주장은 더욱 어렵다. 데이터의 '분할성'을 존중하는 한 기존 유체물의 공간을 중심으로 한 분할에 대한 규범을 그대로 데이터에 적용하여 플랫폼서비스에 대한 관할 또는 적용법규를 정하는 것은 곤란하다. 적용법규를 명확히 하는 규범적 방법은 데이터 이동의 임의성이라는 속성에 제한을 가하는 것이다. 즉 데이터의 위치를 규정하는 서비스계약조건이나 입법 조치를 통해 특정 데이터는 반드시 특정 국가 혹은 지역 내에 보관하도록 조치를 취하는 것이다.[4]

다음으로 규제의 적용대상으로서 '이용자'는 플랫폼서비스 내에서 데이터·콘텐츠를 생성하기도 하고, 이용하기도 한다. 때로는 콘텐츠에 대한 권리자로서 혹은 침해자로서, 표현의 자유의 주체로서, 명예훼손의 가해자로서 각종 규제와 밀접하게 관련된다. 그러나 이들은 이들이 생성하거나 이용하는 데이터 혹은 콘텐츠의 위치와 단절된다. 따라서 법 집행관이 이들의 스마트 폰, 컴퓨터 또는 기타 전자장치를 찾은 경우에도 장치에 저장된 데이터가 실제로 보관되는 위치를 알 수 없는 경우가 종종 발생한다. 예를 들어 데이터를 찾고 있는 집행관이 그가 보고 있는 스마트폰의 데이터가 집행시점의 그 장소에 저장 되어 있다고 보아야 하는지, 클라우드에서 끌어온 것인지 알 수 없다. 데이터를 볼 수 있는 디바이스와 필요한 패스워드가 있는 경우에도 클라우드 덕분에 영토 내에 저장된 데이터에 접근하고 있는 것인지, 영토 밖의 데이터에 접근하고 있는 것인지 확신할 수 없다.[5]

---

2) 데이터는 여러 사용자의 데이터와 섞일 수밖에 없으며 네트워크를 통과하는 통신은 종종 다중통신송신으로 묶여진다. NSA조차도 현재 이러한 통신을 분리된 구성요소로 분리할 수 있는 기술적 역량이 부족하다고 한다. Memorandum Opinion, [Caption Redacted], [Docket No. Redacted], 2011 WL 10945618, at *10 (FISA Ct. Oct. 3, 2011)https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/NS-DC-0057-0002.pdf (2017.4.10. 확인) at 31-41. 따라서 번들링된 통신 중 일부에 감시 대상인 외국인에 대한 부분이 속해 있다면, 정부는 그 송신 전체를 획득할 수밖에 없을 것이다.

3) 데이터 분할성(Data partitioning)은 단일 데이터베이스를 여러 부분으로 나누어 관리와 이용효율성을 높이고자 하는 것이다. 이러한 데이터 분할성은 또 다른 복잡성을 야기한다. 분할된 데이터베이스의 다양한 구성 요소는 여러 위치에 보유 될 수 있다.

4) 김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집, 2017, 213-250면.

5) Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2491, 2495 (2014).

그리고 법집행관이 데이터의 위치를 알아냈다고 할지라도 데이터 사용자의 위치를 알 수 있는 것은 아니다. 퍼레이드에서 폭발물을 원격으로 터뜨릴 계획을 기술한 이메일 작성자의 위치와 신원을 추적하고자 한다고 가정해 보자. 이를 추적하는 집행관은 이메일을 보낸 디바이스와 데이터를 연계시켜야 한다. 이를 위해 우선 디바이스의 위치를 확인한다. 그 다음 디바이스 사용자의 위치를 확인하여야 하는 데 실시간 추적이 없으면 디바이스의 사용자의 위치는 디바이스 자체의 위치와 다를 수 있다. 그 다음 디바이스 사용자의 신원을 확인하여야 한다. 법 집행을 목적으로 추상적 목표를 다룰 때 식별이 가능할 수도 있지만(어렵긴 하지만) 현재 감시 프로그램에서 수집되는 엄청난 양의 데이터로 인해 이러한 개별화된 분석을 수행하는 것은 거의 불가능하다.[6] 한편, 익명화 도구를 사용하면 법집행 기관 및 정보 요원 모두에게 식별 어려움이 발생한다. 이러한 식별은 반드시 데이터에만 존재하는 것은 아니다. FedEX가 수상해 보이는 포장물품을 조사한 결과, 코카인을 발견하였고 정부에 보고하여 수사관이 그 포장물품의 발신자를 추적한다고 가정해 보자. 아마도 발신자에게 보낼 수 있는 반송주소는 있지만 그러한 주소는 잘못되었거나 정확하지 않을 것이며, 하물며 발신주소가 없을 수도 있다. 이처럼 식별추적의 문제는 유체물에서도 어렵다. 그러나 방대한 양의 데이터와 익명화 도구들, 그리고 데이터를 전송함에 있어서 순회방식 등은 데이터의 이용자를 식별하는 것을 더 어렵게 만든다. 이러한 데이터와 이용자의 단절적/독립적 성격은 이용자의 소재를 기준으로 한 법 적용을 곤란하게 한다.

다음으로 플랫폼 서비스제공자 이다. 통상적으로 유체물에 대하여는 그 소유 또는 점유할 정당한 권한을 가지는 자가 그 유체물에 대하여 지배력을 행사하며 책임을 지도록 규범이 설정되어 있다. 그러나 현실적으로 플랫폼 서비스를 통해 제공되는 데이터·콘텐츠에 대하여는 그 데이터·콘텐츠를 창출, 이용하는 데이터 이용자가 아니라 플랫폼 서비스 제공자가 이러한 데이터·콘텐츠에 대한 지배(관리)력을 가지게 된다. 데이터·콘텐츠의 위치는 이용자의 소재지와 단절되며 데이터 위치에 대한 이용자의 인지가능성도 떨어지기 때문이다. 결국 플랫폼서비스 제공자가 이러한 데이터·콘텐츠 혹은 이용자에 대한 통제권을 가지게 된다. 이처럼 데이터·콘텐츠 및 이용자에 대한 통제력을 플랫폼 서비스 제공자가 보유하게 된다는 것은 몇 가지 중요한 규범적 문제를 발생시킨다. 우선, 플랫폼 서비스제공

6) William C. Banks, Programmatic Surveillance and FISA: Of Needles in Haystacks, 88 TEX. L. REV. 1633 (2010) at 1639, 1645.

자의 위치(그러한 재산의 위치가 아니라)가 잠재적으로 어떠한 법을 적용할 것인지를 결정할 수 있는 요인이 될 수 있다는 것이다. 예를 들어 MS는 미국에 소재하고 있기 때문에 정부는 MS의 통제 하에 있는 데이터의 생산을 데이터의 물리적 위치와 관계없이 강제할 수 있다. 데이터에 대한 플랫폼서비스제공자(MS)의 통제권은 영토 밖에 있는 데이터에 대한 정부의 입장을 조율할 수 있는 가능성을 제시한다고 볼 수 있다. 즉 데이터가 영토 밖에 있어서 법집행관의 접근이 불가능하다 할지라도, 정부는 플랫폼서비스제공자(MS)를 통하여 데이터를 조사하도록 할 수 있다.[7)]

이처럼 국가의 영토적 경계를 기준으로 적용법규를 정하고자 할 때, 플랫폼 사업자, 이용자, 데이터·콘텐츠의 위치는 모두 각각 다르다. 이러한 플랫폼 서비스의 특성은 적용 법규를 결정함에 있어서 기존의 영토기반의 관례에 따르기 곤란하다는 규범적 문제에 봉착하게 된다. 통상적으로 유체재산의 위치는 재산권자의 선택이며 그 유체물이 위치하고 있는 장소와 관련된다. 그러나 데이터·콘텐츠에 대하여는 소유자의 의도와 물건의 위치가 연계된다는 기본적 가정이 적용될 수 없다. 이용자는 그의 데이터가 특정 시점에 어디에 있는지 알 수 없으므로 데이터의 위치가 이용자에게 많은 의미가 있다고 주장하는 것이 어렵다. 따라서 특정 시점의 데이터 위치는 특정 위치에 대한 데이터 이용자의 유대를 잘 나타내지도 않을 뿐더러, 이용자의 관점에서 볼 때 적용해야하는 규칙을 정하는 공정한 요인이라고 볼 수도 없다.[8)] 플랫폼서비스 제공자의 위치를 기준으로 규범을 적용하는 경우 데이터가 관할 영토 밖에 있어서 법집행관의 접근이 불가능하다 할지라도, 정부는 플랫폼서비스제공자를 통하여 데이터를 조사 할 수 있다. 이러한 경우 데이터·콘텐츠 이용자가 플랫폼서비스 제공자와 다른 위치에 있더라도 불가피하게 플랫폼서비스 제공자를 기준으로 설정된 법의 집행을 받게 된다. 따라서 각국은 자국의 플랫폼사업자를 중심으로 규제를 설정하게 된다. 즉 플랫폼사업자에게 '개인정보를 국내에 두어야 한다느니', '유해매체물을 표시하라느니', '특정 콘텐츠를 보이지 않게 조치하라느니' 하는 규제를 시행하게 된다. 그러나 국내 사업자에 대한 이러한 규제는 플랫폼 서비스가 제공하는 데이터·콘텐츠의 이동성·독립성·분할

---

7) Brief for Appellant at 16, In re Warrant To Search a Certain E-mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp., No. 14-2985-CV (2d Cir. Dec. 8. 2014) at 30-32. 본 결정문에 의하면 MS는 본질적으로 정부입찰을 수행하기 위해 정부의 요구에 따라야 하므로 정부의 대리인으로서 정부의 규율에 의해 활동한다고 한다.

8) Jennifer Daskal, the un-territoriality of data, the yale law journal 2015, pp.125-326.

성 으로 인해 그 서비스 내용이 영토적 경계를 벗어나므로 국내사업자에 대한 규제만으로는 규제목적을 달성할 수 없다.

2. 공평규제의 의의

가. 사회제도 설계의 지도원리로서 '공평'

재화의 희소성으로 어떤 문제가 발생한 경우 이를 해결하는 방법으로 입법자가 법적 결정을 하게 된다. 희소한 재화의 배분에 대하여 분쟁이 일어나고 이러한 분쟁을 해결하는 과정에서 법이 필요하다. '공평'은 이러한 분쟁해결의 기준으로 중요한 의미를 지닌다. 공평이라 함은 사전적 의미로 치우침이 없음을 의미한다. 이러한 공평의 개념은 다양한 의미를 가지고 있는데 철학자들은 이를 주로 '정의'라고 해 왔다.[9] 이에 반하여 우리 헌법재판소는 공평을 평등과 같은 개념으로 보고 있다.[10]

공평은 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하는 것을 말한다고 할 수 있다. 반면 평등과 대비하여 우리말로 평등은 '다른 것은 다르게 취급한다'는 내용을 담기 어려우므로 공평은 평등보다 더 넓은 의미를 가지는 것이라는 견해가 있다.[11] 그러나 아리스토텔레스는 사회정의로서 평등개념은 사회적 가치를 전제로 하고 사회적 가치는 가치의 상대성이라는 문제에 봉착한다고 하였다.[12] 이처럼 평등을 사회적 가치를 전제로 한 개념으로 본다면 이를 '공평'과 달리 볼 문제만은 아니라 본다.[13] 불공평하게 비용을 부담한다는 것은 경제적으로 차별대우를 받는 것을 말하므로 이러한 경우 평등권을 침해함이 분명하다고 볼 수 있으며 평등과 공평 중 어느 쪽의 외연이 더 큰가에 대한 결론은 생각에 따라 달라질 수 있다.[14]

나. '공평'규제의 실현

공평은 오늘날 사회제도 설계의 지도이념인 바,[15] 규제는 책임원칙에 따라 사

---

9) 平井宣雄, 法政策學(法制度設計の理論と技法), 有斐閣, 1995, 93項.
10) 헌재 1999.11.25. 선고 98헌마55 결정.
11) '부자는 가난한 사람보다 세금을 더 내어야 공평하다'고 할 수 있지만 '부자는 가난한 사람보다 세금을 더 내어야 평등하다'고 할 수는 없다는 것이다. 조세연구방법론, (서울대학교)법학 제46권제2호, 서울대학교법학연구소, 2005, 50면.
12) 아리스토텔레스, 정치학(나종일 역), 삼성출판사, 1990, 9면.
13) '부자는 가난한 사람보다 세금을 더 내어야 실질적으로 평등하다'고 할 수 있다.
14) 구해동, 정책수단으로서 행정규제와 규제세, 조세법연구, 2008, 245-246면.
15) 이창희, 전게논문, 27면.

회적 비용을 이해관계자에게 부담시키는 사회제도로 '공평'이 기반이 되어야 한다. 따라서 공평이라는 사회제도 설계의 지도원리가 규제에 적용될 경우 다음이 반영되어야 한다.

우선 불합리하게 경쟁을 저해해서는 안 된다. '규제'라 함은 "행정주체가 사적 활동에 대하여 공익을 위해 필요한 행정목적 실현을 위하여 국민의 권리는 제한하거나 의무를 부과하는 방식으로 개입하는 것"을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 규제의 본질은 통상 '경쟁'에 대응·충돌관계에 있는 것으로 전제하고 논의를 전개하는 경우가 많다. '시장'과 '정부'를 대비시키면서 '시장'은 '경쟁'을 통해 '효율'을 추구하고, '정부'는 '규제'를 통해 '공익'을 추구한다는 것이다.[16] 정부의 명령에 의해 경쟁을 대체하는 것을 규제의 본질로 파악하여 규제와 경쟁을 대립되는 개념으로 이해하는 입장이다.[17] 이러한 견해에 의하면 정부규제를 철폐하고 시장기능에 의해 자원배분 내지 의사결정이 이루어지는 시스템을 선호하는 일명 "시장주의자"들과 이와는 반대로 시장기능을 불신하고 시장은 기업, 자본가, 부유층의 이익을 위한 것으로 파악하여 시장기능을 억제하고 시장에 대한 통제와 규제의 필요성을 강조하는 "규제주의자", 또는 이들 두 입장과는 달리 규제와 경쟁을 선택이 아니라 조화의 문제로 인식하는 입장 등이 있게 된다. '규제'와 '경쟁'은 대립적 관계가 아니라 양자가 조화되어야 하는 관계로 보는 것이 규제의 궁극적 목적인 공익에 부합한다. 시장경쟁이 왜곡되어 효율적 자원배분에 실패할 수 있으며 이러한 경우 규제는 공익에 부합하는 방향으로 작동될 수 있고 이러한 규제는 시장과 대립이 아니라 조화되는 개념이다.[18] 즉 규제는 시장의 경쟁이 공평하게 이루어지도록 공권력을 발동시키는 것이다.

행정규제, 세금 등의 형태로 나타나는 규제는 이처럼 궁극적으로 시장의 개입을 의미한다. 시장이 적절히 기능하면, 정부가 개입할 여지가 없으나, 시장이 제 역할을 못한다는 전제하에 정부 개입의 필요성이 제기되는 것이다. 예를 들어 완전경쟁이 존재하는 경우에 시장에 의한 자원배분은 효율적이나, 불완전 경쟁이 있는 경우에 시장에 의한 자원배분은 비효율적이다. 시장이 실패하지 않는다 하

16) 이원우, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 358면.

17) Alfred E. Kahn, 1 The Economics of Regulation : Principles and Institutions 20(1970), 이원우, 전게논문 재인용.

18) 졸고, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권 제3호, 2014, 487~521면.

더라도 시장은 규범적인 면에서 약점을 가지고 있다. 분배의 공평이나 경제규제 및 조정이라는 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 결국 일정한 범위에서 정부가 개입할 수밖에 없다.[19] 예를 들어 경제적으로 비슷하게 위치한 당사자들을 다르게 과세하는 것은(다른 요건은 동일하다고 가정하였을 때) 과세되어야 하는 행위에 대하여 비과세 하는 것을 의미한다. 이는 공평성을 잃은 것이며 이에 대한 정부의 재량이나 방치가 정당화될 수 없다. 이러한 재량이나 방치가 결국 사회적으로 불리한 집단들이 사회적 차별에 대항하게끔 한다.[20] 따라서 경쟁을 저해하는 규제는 공평의 원리에 위배된다.

다음으로 동일한 사안에 대하여 규제의 집행이 차별적이어서는 안 된다. 규제의 집행으로 인해 수범자는 비용을 지불하게 된다. 공평하지 않은 비용부과는 비용부담자의 재산권을 침해할 소지가 있다. 비용부담자가 부담하지 않아야 할 비용을 부담하거나, 원래 부담하여야 할 비용보다 많이 부담하게 되면 그 부담자는 재산권을 침해받는다고 할 것이기 때문이다. 공평하지 않은 규제의 집행은 집행으로 인한 비용부담자의 자유권도 침해할 소지가 있다. 예를 들어 일정한 행위에 비용을 과도하게 부과하는 경우 당해 행위 내지는 직업에 대한 선택의 자유를 침해하는 것이 될 수 있다. 사회적 비용을 불공평하게 부과하면 비용부담자는 자유권을 침해받을 수 있다.[21] 즉 재산권 및 자유권 보장의 측면에서 차별적 규제집행은 공평의 원리에 어긋난다. 결국 국내외 사업자에 대한 차별적 집행은 내국민에 대하여만 재산권과 자유권을 침해할 수 있다.

Ⅲ. 플랫폼 사업자 불공평 규제사례 분석

1. 스니펫(snippet)세

국내에서 네이버, 다음 등 플랫폼서비스를 통한 뉴스저작물의 구매는 유료로 이루어지고 있으며 네이버, 다음, 네이트, 야후코리아 등 4대 포털로부터 언론사가 받는 금액은 디지털뉴스콘텐츠 시장에서 매우 중요한 비중을 차지한다.[22] 그

---

19) 구해동, 전게논문, 212-213면.

20) Joseph E. Stiglitz, Utilitarianism and Horizontal Equality : The Case for Random Taxation, Journal of Public Economics, Vol. 18, No. 1 (June 1982) pp. 1-33.

21) 구해동, 전게논문, 246면.

22) 포털의 뉴스 제공 비용과 언론사들의 인터넷 광고 규모는 관련 업계에서 매우 민감한 데이터로 평가하고 있는 사항이다. 국내 디지털 뉴스 콘텐츠 시장은 크게 포털의 뉴스 구매 시장, 증권사HTS(Home Trading System) 뉴스 판매 시장, 뉴스 저작권 신탁단체와 일반 판매대행사에서

러나 구글은 각종 언론사들의 기사 제목이 포함된 링크와 함께 처음 두 세 문장 정도의 기사 내용 일부(일명 '스니펫')[23]를 미리 보여 주고 이용자가 링크를 클릭하면 해당 언론사의 웹사이트에 직접 연결 되도록 서비스 하고 있다. 이렇게 언론사의 뉴스를 활용해 제목과 기사 일부를 노출시켜 직접링크 방식으로 제공하는 자신들의 뉴스저작물 이용방식은 '공정이용'에 해당되며, 저작권사용료를 내지 않아도 된다는 정책을 고수하고 있다.[24] 반면 뉴스저작권자인 언론사들은 구글의 뉴스서비스에 대하여 '콘텐츠를 아무런 대가 없이 도용하는 저작권 침해 사례'로 인식하고, 이러한 인식의 차이는 저작권 관련 법령개정, 소송 등으로 드러나고 있다.[25] 여기서 '스니펫세'의 핵심은 두 세 문장의 기사 내용에 대한 저작권료를 부여하자는 것이다.[26] 이에 대응하는 구글의 일관된 정책은 '저작권 사용료 합의'가 아닌, '종이 매체의 디지털 진화 지원'을 위한 펀드 조성 등 일명 협력적 관계설정이다.[27] 이러한 합의를 통한 해결방식은 뉴스에 대한 정당한 이용료 지불이라는 저작권 제도에 근간을 두고 이루어지기 보다는 서로의 이해관계에 대한 일시적 봉합이라고 할 수 있다.

그러나 일부 판례는 저작권사용료 지급을 인정한 바 있고,[28] 최근에는 유럽을

일반기업 및 기관에 뉴스 콘텐츠를 판매 시장, 그리고 개별 언론사가 일부 기업에 뉴스를 제공하거나 경제지를 중심으로 유료프리미엄 서비스를 제공하는 기타 뉴스 판매 시장 등으로 분류될 수 있으며, 특히 포털에 대한 의존도가 크다. 최민재·문철수, "디지털 뉴스 콘텐츠 시장과 저작권", 한국언론진흥재단 연구서 2012-01, 2012, 27~29면.

23) 스니펫(snippet)은 사전적으로 적은 양의 정보 혹은 정보의 일부를 의미한다.

24) 필자는 이미 이러한 이용은 공정이용에 해당되지 않는 다는 견해를 피력한 바 있다. 공정이용에 의해 면책되는지 여부에 대하여는 소량의 부분만을 이용한 경우라도 저작물의 핵심적인 부분이라고 한다면, 그 이용은 공정이용에 해당되지 않을 수 있다. 구글뉴스에 드러나는 헤드라인과 2~3줄의 리딩기사는 그 기사내용 중 가장 핵심적으로 중요한 부분이며 창작에 가장 큰 노력이 들어가는 부분에 해당된다. 특히 독자의 주의를 끌고 그 기사의 나머지 부분의 내용이 무엇인지 설명하는 가장 기사의 핵심이라고 할 수 있음에 비추어 볼 때 공정이용에 의해 면책되는 경우로 인정하기에는 곤란하다. 김현경, 구글(Google)의 뉴스저작물 정책에 대한 고찰, 강원법학, 2016.

25) 독일, 스페인 등이 저작권 관련 법령의 개정을 통해 구글의 저작권료 지급을 시도하였고, AFP, 벨기에 언론협회인 Copiepresse 등이 2006년 구글을 상대로 관련 소송을 제기한 바 있다.

26) 구글세(Google Tax)가 다국적 IT기업의 독과점 및 조세회피 문제를 해결하기 위해 부과하는 세금과 이들이 사용하는 콘텐츠에 대해 부과하는 사용료를 통틀어 일컫는 말로 스니펫세는 구글세의 일부라고 할 수 있다.

27) 구글은 프랑스 종이 매체들의 디지털 사업 전환 이니셔티브를 지원한다는 내용으로 6,000만 유로(8,200만 달러) 규모의 이른바 '디지털 출판 혁신 펀드(Digital Publishing Innovation Fund)'를 조성하였다.

28) 벨기에 언론협회인 Copiepresse가 2006년 Google을 상대로 관련 소송을 제기한 사건에서 해당 소송에 대해 2007년 벨기에 법원은 언론사의 사전 허락 없이 Google News를 통해 기사를 노출시킬 수 없다며 Google에 패소 판결을 내린바 있다. Business Insider, '3 Charts Show How Google May Have Fixed Its Mobile Ad Problem', 2013.1.22.

중심으로 스니펫세 논의가 진행되고 있다. 독일은 2013년 8월 '인접저작권법(Ancillary Copyright Law)'이 발효되어 검색엔진이 자신의 사이트에 언론사의 뉴스, 기사 등을 일부 이용하는 경우 저작권료를 보상하도록 규정하였다. 즉 신문기사 등의 콘텐츠는 발행 후 1년 동안은 별도 로열티 계약이 없는 한 페이지 공유가 불가능하다. 하지만, 초기 제안된 강력한 저작권 보호 규정에서 크게 후퇴하면서 최소한의 발췌와 뉴스 링크에 대해서는 사용료가 면제된다. 또한 1년 이내라도 원문 사이트 링크를 포함하며 간단한 문구나 매우 적은 분량의 발췌문만 노출시킬 경우에는 로열티 지급 의무를 적용하지 않도록 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 '간단한 문구' 혹은 '매우 적은 분량의 발췌문'이 구체적으로 어느 정도의 분량인지에 대해서는 전혀 규정돼 있지 않다.[29] 스페인도 독일의 영향을 받아 2014년 10월 28일 저작권법 개정을 통해 '스니펫세'를 도입하였다.[30] 개정법에 따라 구글이 저작권료 지불 없이 신문과 잡지의 콘텐츠를 발췌하거나 링크할 경우 최고 60만 유로까지 벌금을 부과할 수 있다. 2015년부터 시행된 이법에 따르면, 스페인 신문사들은 구글뉴스나 야후뉴스 같은 포털 사이트에서 기사의 제목이나 기사 원문과 연결된 링크(link), 발췌된 기사가 게시될 때 월(月) 사용료를 청구할 수 있다.[31] 이에 대하여 구글은 2014년 12월 16일부터 스페인에서 구글 뉴스 서비스를 중단하기로 결정하였다.[32] 즉 구글은 '뉴스기사 서비스와 관련하여 저작권 사용료 적용 시, 해당 국가의 신문 전체를 뉴스 검색에서 제외시킬 것'이라는 입장을 꾸준히 견지해 왔고 실제로 뉴스저작물 사용료를 지급하도록 법을 개정한 스페인에 대해 직접 이러한 조치를 취한 것이다. 그러나 최근 EU집행위원회가 EU차원에서 스니펫세의 도입을 검토하고 있다고 공식적으로 밝히면서 개별 국가

29) 구글은 이 콘텐츠사용 유상화 조치에 강한 반대를 표명하고 "당신의 인터넷을 보호하라. 당신이 찾는 것을 볼 수 있게 하라"는 표어를 내걸고, 독일 국회의사당(Bundestag)의 결정에 반대하는 메일을 보내는 캠페인을 펼치기도 했다. 그러나 정부의 법안에는 액수와 주체 등 실질적 사항이 명시되지 않아 혼란을 빚고 있다(EKN 뉴스 유로저널, 2014. 2. 7자). 이후 악셀스프링거(Axel Springer)란 언론사가 '구글 뉴스'에 자사 기사 사용을 중단시켰지만, 악셀스프링거 홈페이지 트래픽이 급감하자 결정을 번복하고 다시 뉴스를 제공한 바 있다.

30) 스페인 개정 저작권법 제32조 제2항.

31) http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2014/11/05/2014110500338.html (2016.8.9. 확인).

32) 결국 구글이 스페인에서 '구글뉴스' 서비스를 중지시킨 후 스페인 언론사들의 평균 웹 트래픽이 대폭 감소했다. 웹 분석 전문 조사업체 차트비트(Chartbeat)에 따르면 구글이 뉴스 서비스를 폐쇄시킨 후 50개의 언론사를 추려 트래픽을 조사한 결과, 평균 50%씩 웹트래픽 수치가 떨어졌다. 조쉬 슈워츠 차트비트 애널리스트는 "큰 규모의 언론부터 군소 언론까지 골고루 선정해 웹트래픽을 계산해 보니 구글뉴스가 있었던 때와는 확연하게 다른 트래픽 양을 볼 수 있었다"고 말했다(전자신문, 2014년 12월 17일자).

단위의 논의와는 또 다른 양상으로 논의가 진행될 가능성이 있음을 보여주고 있다.[33]

사실 검색서비스 시장에서 구글의 막강한 영향력은 뉴스저작권자가 구글에 대하여 대등한 위치에서 공정하게 저작권사용료 협상에 임하는 것을 곤란하게 하고 있다. 질 높은 우수한 뉴스콘텐츠의 생성은 언론의 자유와 민주주의의 초석이 된다. 그러나 우수한 뉴스콘텐츠를 제작하려면 시간과 비용이 많이 들 수밖에 없다. 뉴스의 가치가 경시되고 뉴스콘텐츠 제작에 기울인 노력이 존중되지 않는다면 뉴스콘텐츠 제작에 대한 인적·물적 투자가 감소하게 된다. 이러한 투자 감소는 뉴스콘텐츠의 질적 저하를 초래하며 언론의 자유를 훼손하고 정보의 왜곡 또는 불균형을 가져올 수밖에 없다. 궁극적으로 민주주의의 후퇴로 이어지는 악순환 구조에 빠지게 된다. 따라서 국내사업자와 마찬가지로 구글의 뉴스저작물에 대한 이용료는 집행되어야 한다. 만약 네이버나 다음 등 국내 플랫폼서비스 사업자들도 구글과 동일한 뉴스서비스 형태로 제공하면서, 뉴스사용료를 더 이상 지불하지 않겠다고 서비스정책을 변경한다면 과연 구글과 동일하게 규제가 회피될지는 의문이다.

2. 지도데이터

지도(地圖)는 지구표면을 일정한 비율로 축소하여 기호나 문자로 평면에 나타낸 것을 말한다. 이러한 지도에 구축되는 데이터는 지형지물에 대한 지리정보를 제공할 뿐만 아니라, 행정, 도시계획, 교통, 통신, 군사 등 다양한 분야에서 주변공간을 활용하기 위한 기초자료이며 동시에 증강현실(augmented reality[34]), 자율주행자동차, 무인항공기(drone) 등과 같은 고부가가치 신산업의 개발 및 활용을 위한 필수자료이다.[35] 최근 전 세계적으로 지리공간정보(geospatial intelligence)에 대한 연구, 개발, 활용이 활발히 이루어지고 있고, 종이지도의 2차원 지리정보를 제공하던 예전방식과 달리, 3차원의 디지털화 된 지도를 언제 어디서나 획득. 활용할 수 있는 시대를 맞이하고 있다.

우리나라는 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」에 근거하여 국가안보나 그밖에 국가의 중대한 이익을 해칠 우려가 있다고 인정되는 경우 등에는 기본측량성과나 기록을 사용할 수 없도록 규정하고 있다(제14조 3항). 또한 기본측

33) https://next.ft.com/content/634c7e72-9e7f-11e5-b45d-4812f209f861 2016.8.3. 확인.
34) 우리나라에서는 2016년 상반기 '포켓몬 고' 열풍으로 이 말이 회자됐다.
35) 국회입법조사처 발행 <이슈와 논점> 제 1197호(2016.8.23.).

량 성과 및 기록을 이용하여 지도 등을 판매, 배포할 경우에는 군사기지·군사시설 및 다른 법령에 따른 비공개사항과 같은 보안시설 등은 표시할 수 없다(제15조 제1항). 이에 따라 네이버나 다음 등 국내 포털사들이 제공하는 지도서비스에서는 이러한 비공개 보안시설은 삭제되어 있다. 그러나 구글이나 러시아의 안덱스(Yandex)는 우리나라의 이러한 비공개사항을 위성영상과 좌표를 지도서비스에서 이미 제공하고 있다. 국내 지도 사업자와 해외사업자간의 서비스 항목 및 품질의 차이가 발생하고 있다.

더 나아가 작년 6월 구글은 우리 정부에 5000분의 1축척의 한국지도에 대하여 블러링 등 보안처리 없이 원본을 반출 승인해 줄 것을 요청한 바 있다. 이에 대해 정부는 구글어스(Google Earth) 위성영상에서 한국의 보안시설을 삭제하는 조건으로 구글에 5000분의 1축척 지도 데이터를 반출하는 것을 검토한 바 있으나 구글은 한국서비스만을 위해 글로벌 영상정보를 수정하는 것은 어렵다는 입장을 고수하였다.[36] 한국 구글어스맵에서는 블러 처리된 주요군사시설들이 구글어스 글로벌서비스에서는 선명하게 나타나는 바 구글코리아측은 왜 한국정부가 구글 영상지도 상의 기밀시설을 블러처리(필터링)해달라는지 모르겠다는 반응으로 대응한 바 있다.[37] 즉 자신들은 수치지도 반출을 요청했는데 상관없는 구글어스 영상지도의 블러처리를 해달라는 한국정부의 요청은 받아들일 수 없다는 입장이다. 구글은 전 세계 국가에 동일하게 지도의 블러처리는 하지 않는다는 입장이지만, 이스라엘에 대하여는 1997년 '국가방위인증법'의 '이스라엘과 관련한 자세한 위성사진의 수집 및 발표금지 조항'에 따라 이스라엘의 보안시설 등이 블러처리된 위성사진과 지도를 제공하고 있다. 중국과 이스라엘 등은 지도 데이터 해외반출을 명백히 금지하고 있으며, 특히 1대 5000지도는 보유하지 못한 국가가 대다수이고 이외 상당수 주요 선진국들도 보안처리가 된 지도만 제공하는 등 지도보안에 철저하므로, 지도 반출 논의를 무효화하자는 주장도 제기됐다.[38] 특히 구글은 당시 '무료반출'을 요청하였다.[39] 그러나 미국의 경우 2만5천분의 1에 불과한 지도도

36) 국회입법조사처 발행 <이슈와 논점> 제 1197호(2016.8.23.). 이미 구글은 SKT로부터 지도를 제공받고 있다. 다만 SKT가 제공하는 지도는 국가안보를 해칠 우려가 있는 군사기지와 같은 보안시설은 지도에서 삭제하는 등의 가공을 거친 것으로 , 현행 법령에서 규정하고 있는 보안상의 문제가 없음이 확인된 데이터이다.

37) 2016.8.8 국회 '구글의 지도반출요청에 대한 토론회' (권범준 구글 지도서비스 프로덕트 매니저)

38) 2016.10.7 국회 미방위 국정감사, 국민의당 신용현 의원.

39) 구글은 현재 SK텔레콤을 통해 구글지도를 제공받고 있으나 이에 대한 대가는 실질적으로 국토지리정보원 지도(원도)를 가공한 부가 데이터 비용이며, 구글은 원도 제공자인 국토지리정보원

자국 내에서는 무료로 사용하지만, 외국 업체들에게는 유료로 제공하고 있다.[40] 특히 구글이 반출을 요청한 우리나라의 5천분의 1지도는 막대한 예산이 투입되어 만들어진 것으로 정밀함과 향후 부가가치 면에서 매우 우수하다. 미국에서 구글이 자율주행차를 시험하는 도로정보는 2만 5천분의 1 지도인 것으로 알려져 있다. 사실 이 지도에 구글 위성영상을 결합해 사용할 경우 산업계에 미치는 파급력은 매우 클 것으로 예측된다. 구글은 반출 허가를 받는다면 해당지도를 가공해서 국내업체에게도 유료로 판매하겠다는 입장이다.[41]

우리나라는 그동안 안보상의 이유로 지도데이터의 국외반출을 제한해왔다. 지도데이터의 국외반출에 관해서는 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」에서 국토교통부장관의 허가 없이 각각 '기본측량성과' 및 '공공측량성과'의 국외반출을 금지하고 있다(제16조 및 제21조). 다만 국토교통부장관이 국가안보와 관련된 사항에 대하여 '국외반출협의체'를 구성하여 국외로 반출하기로 한 경우는 제외한다. 협의체의 소집 및 회의 주재 등은 국토교통부장관에게서 권한을 위임받은 국토지리정보원장이 수행하게 된다. 국토지리정보원장은 국토지리정보원의 '공간정보 보안심의위원회'를 개최하여 협의체 소집여부를 결정하고 협의체에서는 '측량성과 국외반출 허가심사기준'에 근거하여 국가안보 및 국익에 미치는 영향 등을 검토한 후, 지도데이터의 국외반출 여부를 결정한다. 결국 우리 정부는 구글의 지도데이터 반출 요청을 거부하는 결정을 하였다.[42]

앞에서 언급하였듯이 네이버나 다음 등 국내사들과 달리 구글이나 러시아의 안덱스(Yandex)는 국내법규에 의해 안보 등의 이유로 비공개사항으로 규정된 것을 위성을 통해 영상과 좌표를 지도서비스에서 이미 제공하고 있다. 뿐만 아니라 구글은 구글어스를 통해 구글의 편향적 관점을 지도에 그대로 반영하고 있다. 구글 코리아 지도 서비스에서만 '독도'라고 표시될 뿐 일본과 해외에서는 '다케시마'나 '리앙쿠르'로 표기되고 있으며, 동해와 일본해를 국가별로 구분해 서비스하는 것에 대해서도 마찬가지다. 또한 이스라엘지도 양쪽에 있던 가자(Gaza)지구와 요르단 서안(Westbank)지구가 아예 표시조차 하지 않음으로서 팔레스타인(자치국가)을

에는 사용료를 내지 않아도 된다는 입장인 듯하다.

40) UN세계지형공간 정보운영위원회 자료. 2016.

41) 2016.08.08 국회토론회, 구글 지도담당매니저가 밝힌 바 있다.

42) 2015년 기준으로 지도반출을 제한하는 나라는 우리나라를 포함 중국 싱가포르 말레이시아 몽골 러시아 덴마크 아일랜드 그리스 터키 이란 코스타리카 페루 아프가니스탄 사우디아라비아 오만 모로코 알제리 튀니지 케냐 르완다 잠비아 부탄 브루나이 수리남 우크라이나 등 최소 16개국이다. (UN세계지형공간정보운영위원회 국제사진측량 및 원격탐사학회 2015년 조사).

구글지도에서 아예 삭제한 바 있다.

이러한 지도데이터 규제는 공평규제를 위한 기본원칙에 위배된다. 우선 지도데이터 규제는 국내 사업자에게만 제한된 정보만을 제공하도록 집행됨으로서 국내사업자는 외국사업자에 비해 그 서비스 및 품질이 저하된 지도서비스를 제공할 수밖에 없다. 반면 외국사업자에 대하여는 지도규제를 집행할 수 없으므로 국내사업자는 국내 이용자들을 대상으로 외국사업자와 동일한 서비스를 제공함에도 불구하고 경쟁자인 외국사업자에만 유리한 경쟁여건이 된다. 이는 결국 규제로 인해 경쟁이 저해되는 결과가 초래된다. 구글어스가 전 세계인들이 보편적으로 이용하는 거의 표준화된 지도서비스로 자리를 잡아가고 있음에 비추어 볼 때 이미 경쟁력이 구글쪽으로 기울었다고 해도 과언이 아니다. 국내 보안시설을 그대로, 명확히 보여주는 구글의 지도서비스에 대하여 내국 규제를 전혀 적용하지 못하고 있으므로 규제의 집행에 있어서도 공평성을 잃고 있다.

3. 망사용료

현재 네이버, 카카오 등 국내 업체는 연간 수 백 억 원 수준의 망사용료를 지불하고 있다.[43] 반면, 구글 유튜브는 사용자가 많이 찾는 동영상 데이터를 국내 통신사 데이터 센터에 임시저장 할 수 있는 캐시서버를 제공받고도 망 사용료를 지불하지 않는다. 유튜브 서버가 해외에 있을 경우 국제 통신망 사용료를 내야하는 국내 통신사 입장에서 유튜브 캐시 서버가 국내에 있는 것이 유리하기 때문에 망사용료를 면제해주는 것이다. 최근 페이스북은 이 사실을 잘 알고 있기 때문에 당당하게 통신사에게 캐시 서버의 망 사용료를 무료로 해 달라고 요구하고 있는 것으로 보인다. 동일한 사유로 인터넷TV 업체인 트위치 등 외국 인터넷 업체들도 한국 통신사에게 이런 압박을 가해오고 있다. 덕분에 유튜브 등 국외 플랫폼사업자는 비용부담 없이 동영상 화질을 계속 높인 반면, 국내 동영상 업체들은 망 사용료 부담으로 인해 화질 개선에 소극적일 수밖에 없었으며, 결과적으로 유튜브와의 경쟁에서 열위에 설 수 밖에 없다.[44] 현재 유튜브의 국내 동영상 서비스 점유율은 약 80%로, 나머지를 네이버, 카카오, 아프리카TV, 판도라TV 등 국내 업체들이 나눠 갖고 있다. 일례로 구글에서 발표한 자료에 따르면 싸이의 '강남스타

43) 필자가 정확한 망 사용료에 대하여 조사하고자 하였으나, 통신사들은 망 사용료 계약의 내용을 공개하지 않고 있는바 언론사 기사 등을 통한 추정치만 담을 수 있었다.

44) 김인성, 창작자의 나라, 홀로깨달음, 2017, 20~30면.

일'을 발표한 지 6개월 만에 12억 천 만 뷰를 달성함으로서 유튜브는 800만 달러의 광고매출을 얻었고 이 중 절반인 42억 원을 싸이 측에 지불했다고 한다. 유튜브는 동영상서비스에 필요한 모든 비용을 감당하고도 강남스타일 단 한 개의 영상으로 반년 만에 800만 달러의 수익을 얻은 것이다. 그러나 한국에서 서비스했다면 다른 부분은 제외하고 망 사용료만 생각해도 수익을 내는 것은 불가능하다는 분석이 있다. 현재 국내 통신사들은 초당 100MB 용량의 인터넷 전용회선을 사용할 때 한 달에 500만 원에서 700만 원 정도를 받는데 아마 강남스타일 다운로드 피크 타임에는 20,000MB이상의 속도가 필요하고, 이 정도 대역폭의 회선비용은 한 달에 10억 원이 넘는다. 따라서 12억 5천 뷰를 달성한 6개월 동안 강남스타일을 한국에서 서비스했다면 벌어들인 수익 800만 달러는 고스란히 전용회선 비용으로 나가게 된다.

뿐만 아니라 한국의 인터넷서비스에 외국 사용자들이 많이 접속하면 국제망 요금이 발생하는데 이 요금은 국내 통신사가 국제망을 소유한 외국 통신사에게 지불해야 할 비용이므로 국내 통신사는 한국 인터넷 사이트에 외국 사용자가 과도하게 몰리지 않도록 강제로 속도제한을 걸어놓기도 한다.[45]

한편 통신사의 데이터센터에 입주한 플랫폼 사업자는 통신사에 망 사용료 등 각종 요금을 내야 하지만 자체 데이터센터를 가지고 있으면 이러한 부분을 절감할 수 있다. 이러한 이유로 구글, 페이스북 등 전 세계적 서비스를 하고 있는 사업자들은 자체 데이터센터에서 '인터넷 익스체인지'[46]로 직접 선을 끌고 오는 비용만 내면 망 사업자에게 접속료를 낼 필요가 없다. 실제 미국 내에서 구글과 같은 플랫폼 업체는 최소한의 망 유지비용 외에는 통신사에게 망 사용료를 내지 않는다. 오히려 여러 단계를 거쳐 구글에 접속하게 되는 중소 통신사들이 접속료를 줄이기 위해 자비로 구글에 직접 접속을 요청한다. 중소 통신사의 가입자들이 구글에 많이 접속하면 구글과 중소 통신사 사이에 있는 대형 통신사에게 접속료를 내야 하기 때문이다. 국내 인터넷 업체들도 성장하면서 자체 데이터센터 구축을 통해서 망 접속료를 줄이려고 하였으나, 통신사들(KT, SKT LGU+)이 직접접속을

45) 김인성, 전게서, 31면.

46) 인터넷 익스체인지 포인트(Internet eXchange Point, IX 또는 IXP)는 ISP(인터넷 서비스 제공자) 간의 인터넷 트래픽을 원활하게 소통시키기 위한 인터넷 연동 서비스로 ISP간의 상호접속을 목적으로 주요 IX NOC(네트워크 통합운영센터, Network Operations Center)에 각 공급자(ISP 등)가 회선을 끌어와서 공동으로 연동함으로써 회선 비용을 낮추면서 효율적인 ISP간 접속경로를 제공한다. 여러 ISP의 트래픽 양을 지켜보면서 한쪽이 너무 많거나 적게 흘러가지 않도록 조정하는 교통순경 역할을 한다고 볼 수 있다.(위키백과).

허용하지 않고 있어 결국 데이터센터 구축을 포기한 바 있다.[47]

이처럼 구글 유튜브는 자국 내에서도 또한 국내 통신사에게 망사용료를 내지 않는 반면 네이버나 다음, 아프리카TV등 국내에 서버를 둔 국내업체들은 사용자 트래픽이 많아질수록 또 고화질을 위해 콘텐츠 용량이 커질수록 망사용료를 더 많이 지불해야 한다. 따라서 국내업체들은 망사용료 지출을 메우기 위해 15초 광고 도입 등 수익창출을 위한 장치를 넣어야 하나, 유튜브는 이러한 제약에서 자유롭기 때문에 사용자 친화적 서비스 제공이 가능하다. 따라서 더 많은 이용자를 확보할 수 있고 이는 결국 광고수익에 직결된다.[48]

네이버·다음 등 국내 플랫폼사업자나 유튜브·페이스북 등 국외 플랫폼 사업자 모두 국내 이용자를 상대로 동일한 서비스를 제공하고 있는데, 국내 업체에게만 그 비용을 지불시키는 것은 마땅히 불공평 규제이다. 디지털 마케팅 전문회사 메조미디어가 최근 공개한 '2017 업종분석 리포트'의 종합 광고비 분석에 따르면 2016년 국내 동영상 광고비 부문에서는 유튜브가 1천 168억 원으로 추정돼 1위를 차지했다. 2위는 페이스북(1천 16억 원), 3위는 네이버(456억 원)였다. 이 조사대로라면 유튜브가 네이버보다 2.5배 가량 많은 매출을 거둔 셈이다. SBS, iMBC, KBS 등 지상파 3사의 동영상 광고수익을 모두 합친 206억 원보다 5배나 많다. 국내·외사업자에 대한 망사용료의 차별적 취급은 이처럼 동일한 국내 시장에서 국외사업자에게만 유리하게 작용할 수밖에 없으며 이는 정당한 이유 없이 경쟁을 저해하는 조치이다. 국내 통신사의 비싼 망사용료는 결국 국내 우수 콘텐츠의 해외 유출로 이어지고 플랫폼 사업자의 경쟁력 약화로 직결된다.

4. 개인정보 처리

현재 「개인정보 보호법」상 개인정보의 국외 이전 시 예외 없이 이용자의 동

47) 실제 네이버는 춘천에 '각' 데이터센터를 지으며, 직접 접속을 통해 이익을 기대했으나, 통신사들이 직접 접속을 거부해서 네이버를 중소 망 사업자를 통해 겨우 서울의 서버들과 연결하여 사용하고 있다고 한다. 이 때문에 '각'을 반쪽 데이터센터로 운영중인 상태라고 한다. 김인성, 전게서, 83-84면.

48) 한편 IPTV라는 자체 동영상 즉 방송에 특화된 인터넷망을 구축한 통신사들은 '다음TV' 등 국내 콘텐츠 유통업체의 진입은 원천차단하면서, 자체 콘텐츠가 부족해지자 결국 '구글 유튜브', '넷플릭스' 등 해외 콘텐츠 업체에게 IPTV망을 개방하였다. 셋톱이 구글의 안드로이드 운영체계를 사용하므로 구글의 유튜브를 뺄 수 없게 된 이유도 있지만 해외 동영상 플랫폼인 넷플릭스의 막강한 경쟁력을 이길 수 없었기 때문이기도 하다. IPTV초기 국내업체가 자체 셋톱을 사용하여 인터넷 TV사업을 하려는 것을 막았을 뿐만 아니라, 통신사의 IPTV망을 활용하지 못하게 해서 경쟁력을 죽여 보리더니 결국 그 공백을 외국 인터넷TV업체에게 준 것이다. 김인성, 전게서, 67-70면.

의를 받도록 하고 있으나 해외 사업자에 대한 적용이 어려운 상황이다. 개인정보의 수집·이용 행위는 국내 서비스 제공자에 의해서 이루어지는 경우가 통상적이나, 컴퓨터나 기기와 연계될 수 있는 정보의 경우에는 tracking file의 설치를 통해 전 세계 모든 웹사이트에서 수집될 수 있다. 또한 해외에서 국내 이용자를 주요 대상으로 서비스를 제공하는 경우도 증가하고 있다.

구글은 2012년 1월 24일 자사 60여개 서비스 사용자 정보를 통합 관리하는 새 개인정보 정책을 발표하였다.[49] 이에 대하여 '빅브라더'문제로 논란이 거세게 일자[50] 프랑스 정보보호청은 시행연기 및 관련 질의서를 송부했으며, 홍콩 개인정보보호청은 구글에 대한 추가조사에 착수했다. 우리나라의 방송통신위원회도 구글의 개인정보 취급방침이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」(이하 "정보통신망법"이라 한다)의 개인정보보호 규정에 미흡할 수 있다고 본다면서 이를 개선하라는 권고조치를 내렸다. 방송통신위원회는 구글의 개인정보통합관리가 문제가 전혀 없는 것은 아니지만, 문제가 발생하지 않았고 이를 통제할 수 있는 국내법이 없기 때문에 장기적인 안목으로 개인정보보호를 위한 새로운 법제를 검토할 계획이라고 언급한 바 있다.[51]

구글은 자사 지침을 통해 자사가 수집한 개인정보를 계열사와 신뢰하는 업체들에게 구글의 지침과 개인정보취급방침에 맞추어 개인정보를 제공한다고 명시하고 있다.「개인정보 보호법」 및 「정보통신망법」은 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우 개인정보를 제공받는 자와 제공받는 자의 개인정보 이용목적, 제공하는 개인정보 항목, 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용기간을 이용자에게 고지하고 동의하도록 규정하고 있는바, 구글의 내부 지침과 부합하지 않는다. 페이스북도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

이렇게 국외사업자는 국내 사업자와 동일한 서비스로 국내시장에 내국민을 대상으로 서비스함에도 불구하고 국내법이 아닌 구글 또는 페이스북 자사의 지침만을 기준으로 한다. 따라서 국내의 엄격한 개인정보법제를 준수하여야 하는 국내

---

49) 3월 1일 변경된 개인정보 취급방침에서는"Google은 사용자가 아는 사람들과 쉽게 공유하도록 돕기 위한 목적 등으로, 하나의 서비스에 제공한 개인정보를 다른 Google 서비스의 정보(개인정보 포함)와 조합할 수 있습니다"라는 문구를 포함하고 있다.

50) 프랑스가 새로운 정책이 EU데이터보호법에 위배된다고 즉각적으로 주장하였고, 미국 디지털민주주의센터(The Center for Digital Democracy)가 항의서를 미국연방거래위원회에 제출했다고 한다. ; 또한 미국의 EFF(Electronic Frontier Foundation)도 마찬가지로 구글의 개인정보방침상 무엇이 구체적으로 변경되었고 그에 따른 문제점이 무엇인지에 대한 항의서를 작성하여 구글에 그 해명을 요구하였다.

51) 디지털데일리 2012년 4월 5일자 "구글, 개인정보취급방침 보완책 내놨지만… 문제점은 '여전'".

사업자에게 있어서는 개인정보를 기반으로 하는 타겟 마케팅 등 기타 서비스에 있어서 경쟁열위에 있게 될 수밖에 없다.[52] 결국 경쟁 중립적이 아니라, 국내 업체에만 불리하게 작용하는 경쟁 저해적 규제를 시행하고 있는 것이다.

다만 최근 규제의 집행력과 관련하여 사법부에서 주목할 만한 판결을 내린바 있다. 국내 시민단체 6명이 구글이 위법하게 개인정보를 미국 정부에 제공할 가능성이 있다며 관련 개인정보 제공내역을 밝히라고 제기한 소송에서[53] 구글과 국내법인인 구글코리아는 '서비스 약관에 의하면 한국법이 적용될 수 없고 서비스 주체가 아닌 국내법인은 책임이 없다'는 취지의 주장을 하였다. 1심에서는 구글코리아에 대한 청구는 받아들이지 않았다. 그러나 2심에서 재판부는 "당사자가 외국법을 적용하기로 합의했다 해도 국내 이용자의 정보통신망법에 근거한 권리행사를 금지하는 것은 소비자에게 부여되는 보호를 박탈하는 것"이라며 "관련 약관에는 구글코리아가 서비스 제공 주체로 명시돼 있고 전기통신사업법에 따른 부가통신사업신고까지 한 사실에 비춰 구글본사는 물론, 구글코리아도 「정보통신망법」 상 정보통신서비스 제공자에 해당하며 구글본사가 「정보통신망법」 제30조 제4항에서 규정한 필요한 조치를 다하지 않았으며, 제3자에게 제공한 개인정보 현황을 공개하라"고 판시하였다.[54]

5. 과세

조세를 절감하여 이익을 극대화하는 행위는 탈세(tax evasion), 조세회피(tax avoidance), 절세(tax saving)의 세 가지로 나눌 수 있다.[55] 탈세는 의도적이며 비합법적인 수단을 이용하여 법률상의 납세의무를 경감시키거나 완전히 회피하는 행위로 조세범칙 행위이고, 절세는 법을 위반하지 않고 세법을 이용하여 합법적으로 조세를 회피하려는 행위이며, 조세회피는 절세와 탈세의 중간에 위치하는

52) 특히 우리나라의 경우 개인위치정보에 대하여 더 엄격한 특별법이 존재하고, 제3자 제공에 대하여 다른 나라에 비하여 더 엄격한 규율을 하고 있다.

53) 정보통신망법 제30조에 의하면 이용자는 정보통신서비스 제공자등에 대하여 본인에 관한 'i)정보통신서비스 제공자등이 가지고 있는 이용자의 개인정보, ii)정보통신서비스 제공자등이 이용자의 개인정보를 이용하거나 제3자에게 제공한 현황, iii)정보통신서비스 제공자등에게 개인정보 수집·이용·제공 등의 동의를 한 현황' 에 대한 열람이나 제공을 요구할 수 있고 오류가 있는 경우에는 그 정정을 요구할 수 있다(제2항). 그리고 정보통신서비스 제공자등은 이러한 열람 또는 제공을 요구받으면 지체 없이 필요한 조치를 하여야 한다(제4항).

54) 서울고등법원 제4민사부 판결 사건번호 2015나2065729 손해배상(기) 등.

55) 반태현·송신근, 납세협력비용, 조세회피 및 조세공평성 간의 관계, 국제회계연구제54집, 2014년 4월, 241-259면.

개념으로써 비록 합법적인 수단에 의해 세부담을 경감시키지만 그 결과가 입법의도에 합치하지 않은 행위를 말한다. 조세회피는 조세수입의 감소를 초래하여 국가의 재정을 어렵게 한다. 또한 지하경제를 번창시켜 정부의 세무행정에 대한 신뢰도를 저하시키며, 조세부담의 불공평을 심화시켜 국민의 단결력을 저하시키고 소득재분배 효과를 교란시킨다. 뿐만 아니라 자원의 효율적 배분을 저하 시키고 부당한 이득을 얻은 사람이 정직하게 사는 사람보다 더 잘 살게 함으로써 정상적인 노동의욕을 저하시키며 사회전반에 불신풍조를 심화시키는 역기능을 초래한다.[56]

그러나 최근 구글을 비롯한 글로벌 플랫폼서비스는 이러한 조세회피의 전형적 행태를 보이면서 국내사업자의 정상적인 사업의지 및 규제신뢰도를 약화시킨다.

구글과 관련된 세금문제는 부가가치세와 법인세로 나누어진다. 우선 부가가치세와 관련하여 국내 앱장터에 등록된 앱 매출의 10%가 부가세로 납부되나, 구글과 애플에서 판매되는 모바일 앱에 대한 부가세는 그동안 면제되어 왔다. 종전 전자적 용역에 대한 부가가치세는 국내 개발자가 공급하거나 해외 개발자가 국내 오픈마켓을 통해 공급하는 경우 과세되고 있으나, 해외 개발자가 해외 오픈마켓을 통하거나 직접 공급하는 경우에는 과세가 이루어지고 있지 않았다. 이에 경제협력개발기구(OECD)는 국제거래에 관련된 소비세 가이드라인을 마련하고자 노력하고 있다.[57] 유럽연합에서도 경쟁중립저해의 문제에 대응하기 위해 2015년 1월 1일부터 "간편사업자등록(Mini One Stop Shop)"이라는 제도를 채택하여 소비지국 과세원칙을 적용하고 있다. 일본에서도 2015년 10월부터 국내외 사업자 간의 경쟁 조건의 공평성을 확보한다는 관점에서 국외 사업자가 국경을 넘어 전자서적·음악·광고의 전달 등과 같은 전자적 용역을 공급하는 경우 그 사업자에게 소비세를 부과하도록 하였다. 우리나라의 경우에도 2015년 7월부터 국내 개발자와 해외 개발자 간 과세형평을 높이기 위하여 국내소비자가 해외 오픈마켓 등에서 게임·음성·동영상 파일 또는 소프트웨어 등 전자적 용역[58]을 구매하는 경우 해외

56) 윤말순·배익수, "중소기업의 조세회피성향에 관한 실증적 연구", 세무회계연구 제19호, 2001, 90-108면.

57) OECD는 2014년 4월 "용역 및 무형자산에 대한 사업자간 국제거래(B2B)"에 관해 소비세 가이드라인(OECD, International VAT/GST Guidelines, 2014)을 마련하였다. 그리고 OECD에서는 "용역 및 무형자산에 대한 사업자와 소비자간 국제거래(B2C)"에 관한 소비세 가이드라인(OECD, Discussion Drafts for Public Consultation International VAT/GST GuidelinesGuidelines on Place Taxation for Business-to-Consumer Supplies of Services and Intangibles Provisions on Supporting the Guidelines in Practice, 18 December 2014-20 February 2015)을 준비 중에 있다. OECD 가이드라인의 기본적 방향은 용역·무형자산의 거래가 국경을 넘는 경우, 다음의 사항을 준수하면서 소비지 과세원칙을 적용하도록 하고 있다.

오픈마켓 사업자가 간편사업자등록을 하여 부가가치세를 납부할 수 있도록 하였다(부가가치세법 제53조의2).[59][60] 그러나 과거의 부가가치세 회피에 대하여는 현재 어떠한 추징도 할 수 없다.

법인세와 관련하여서는 국내에서는 사업자의 모든 소득에서 필요경비 등을 제외한 금액인 '과세표준'의 22%를[61] 법인세로 책정한다. 하지만 구글·애플 등 해외기업 가운데 상당수가 유한회사로 국내에 등록됐다. 유한회사는 외부감사나 공시의무가 없어서 회계의 투명성을 담보할 수 없다. 또한 이들은 국내 매출을 세율이 낮은 다른 국가에서 발생한 것으로 회계를 처리한다. 구글의 경우 세율이 없거나 낮은 나라에 서류상으로만 존재하는 회사인 '페이퍼컴퍼니'를 설립하는 조세피난처 방식으로 조세회피를 시도해 법인세를 회피해 왔다. 현재 알려진 조세 피난처는 약 60곳으로 추정되는데 그 중 한 곳인 아일랜드는 법인세율이 6.25%로 아주 낮다. 구글은 아일랜드에 자회사, 즉 '구글 아일랜드홀딩'을 설립하고 특허권, 저작권 등과 같은 권리를 모두 이 회사에 양도한다. 구글은 그 로열티 등을 높게 책정하는데 전 세계 이러한 구글의 수익은 구글 아일랜드홀딩스로 이전되므로 전 세계 여러 나라에 있는 구글 지사들은 현지에서 높은 수익을 창출 하더라도 그 수익은 로열티 등의 명목으로 '구글 아일랜드홀딩'으로 이전된다. 그러고 나면 현지에서 남는 수익이 별로 없다. 우리나라에서 구글이 벌어들인 수익의 경우도 마찬가지이다.

이미 안드로이드를 기반으로 한 모바일 플랫폼에 대한 구글의 지배력은 널리 알려진 바이다. 안드로이드폰에 합법적으로 서비스를 제공하기 위해선 어느 사업자나 구글 앱장터인 '플레이스토어'에 등록해야 한다. 구글의 등록 기준과 관리

---

58) 국내에 이동통신단말장치 또는 컴퓨터 등을 통하여 구동되는 게임·음성·동영상 파일 또는 소프트웨어 등 대통령이 정하는 용역을 전자적 용역이라 한다. 이하에서는 전자적 용역으로 통일하여 사용한다.

59) 국내에 전자적 용역을 공급하는 국외사업자는 간편사업자등록을 하여야 한다. 이 경우 그 사업의 개시일부터 20일 이내에 대통령령으로 정하는 방법으로 간편사업자등록을 신청하여야 한다(부가가치세법 제53조의2 제3항). 간편사업자등록은 사업자가 국세정보통신망에 접속하여 사업자 및 대표자의 이름, 국외 사업자 등록관련 정보, 제공하는 전자적 용역의 종류 등을 입력하여 국세청장에게 간편사업자등록을 하여야 한다(같은 법시행령 제96조의2 제2항). 간편사업자등록을 한 자에 대하여 국세청장은 간편사업자등록번호를 부여하고, 사업자(납세관리인이 있는 경우 납세관리인을 포함한다)에게 통지(정보통신망을 이용한 통지를 포함한다)하여야 한다(같은법 시행령 제96조의2 제3항).

60) 기획재정부에 따르면 해외 오픈마켓이 공급하는 전자적 용역에 대한 부가가치세 과세로 연간 350억 원의 추가적인 세수가 발생할 것이라고 한다. 기획재정위원회, 부가가치세법 일부개정법률안 심사보고서, 2014. 11, 11면.

61) 과세표준에 따라 10%, 20%, 22%로 세율이 적용된다.

원칙이 그래서 중요하다. 명확한 원칙과 기준이 없다면 얼마든지 경쟁 서비스에 막강한 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있다.[62] 이러한 상황에서 동일 서비스에 대해 국내사업자에 대하여만 과세를 해 왔다는 것은 이미 과세 자체가 충분히 경쟁저해적 요소를 가질 수밖에 없다. 과세 입법이 마련된다고 할지라도 과거의 경쟁저해적 요인을 상쇄할 수 있는 제도적 방안이 모색되지 않는 한 이미 출발선이 완전히 벌어진 상황에서 공정한 경쟁을 하라는 것과 같은 조치이다.

최근 국회에 글로벌 기업에 대한 실태파악을 할 수 있는 「전기통신사업법 개정안」을 발의된 바 있다.[63] 인터넷 사업을 하는 부가통신사업자에게 경쟁 상황 평가를 실시하기 위해 과학기술정보통신부 장관이 부가통신사업자에게 이에 대한 자료를 제출하도록 요청하는 것이 골자다. 주요 대상은 구글, 페이스북, 블리자드, 넷플릭스, 네이버, 카카오 등의 국내외 부가통신사업 기업이다. 만약 자료제출 요청을 따르지 않거나 거짓된 내용이 있을 시에는 과태료 1천 만 원 이하를 부과한다. 그러나 이러한 조치는 매출액 공개 근거는 될 수 있으나, 직접적으로 법인세를 부과할 근거는 되지 못한다.

6. 기타

우리나라는 청소년 유해매체물에 대하여 사업자에게 각종 의무를 부담시키고 있으나[64] 미국의 경우 기본적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 표현의 자유를 최

---

62) 최근 구글은 '옥수수', '티빙', '푹' 등 국내 OTT(Over the Top 인터넷동영상) 서비스 사업자들에게 "OTT 앱 서비스 내 성인 콘텐츠가 개발자 기준에 부적합하다"며 "정해진 기간 내 조치를 취하지 않을 경우 구글 플레이스토어에서 앱을 삭제할 후 있다"는 통보를 하였다. 구글은 문제 삼은 해당 게시물이 영상 포스터인지 콘텐츠 전체인지조차 제대로 고지하지 않았으며, 구글의 플레이무비에서 서비스되는 성인 영화 콘텐츠도 적지 않은데 다른 OTT 앱도 같은 기준을 적용하는지에 대한 의문이 제기된다. 업계의 한 관계자는 "국내 서비스되는 OTT 콘텐츠는 성인물의 경우 영상물등급위원회 심의를 거쳤고, 방송 콘텐츠 역시 사후 심의를 거친 콘텐츠인데 구글이 어떤 잣대로 문제 삼은 건지 모르겠다"며 "자의적 기준을 들이대 경쟁 서비스를 배척하려는 의도 아니냐"고 반발했다.[기자수첩]플랫폼 중립성 논란, 머니투데이 2017.6.9., http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017060716044408185&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com (2017.6.30. 확인).

63) 오세정 의원 발의안, 2017. 6. 19. 발의, 의안번호 7471.

64) 우리나라는 청소년 유해성 여부를 심의·의결하는 각 심의기관별로 「방송법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」, 「게임산업진흥에 관한 법률」, 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 등 개별법에 근거를 두고 있다. 특히 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」은 유해정보로부터 청소년보호를 위한 시책 마련 등을 마련하도록 규정하고 있으며(제41조), 사업자는 청소년유해매체물임을 밝히는 표기 의무를 부담하고(제42조), 그밖에 유해매체물 광고금지(제42조의2), 일정 요건을 만족하는 기관에서 청소년보호를 담당하는 책임자를 지정하여 청소년보호를 담당(제42조의3), 영상 또는 음

대한 보호하기 위해 아동 포르노에 대한 규제 외에 대부분 자율규제 중심이라 할 수 있다.[65] 국내 오픈마켓은 「정보통신망법」의 적용을 받기 때문에 청소년·이용자 보호 조치를 취하도록 규제하고 있으나, 구글, 애플 등 해외 모바일 오픈마켓은 성인콘텐츠 등을 제대로 걸러내지 않아 청소년 유해 애플리케이션 차단이 불가능한 현실이다.[66] 또한 해외 오픈마켓에서는 '청소년 이용 불가'등급에 해당하는 게임물의 등급분류가 제대로 지켜지지 않고 있으며 콘텐츠 등급에 대한 설명이 상품소개 내용 중 최 하단에 위치하고 있어, 화면을 스크롤 해야 보이는 등 쉽게 식별하기가 어려운 상황이다. 또한 국내에서는 성인앱에 대해서는 「청소년보호법」 제13조에 의거 '청소년 유해표시'를 상품 페이지에 표시하거나 성인 게임은 모두 10금 표시를 해야 하나 해외 마켓에서는 이러한 표시가 이루어지지 않고 있다.[67][68]

그밖에 이미 위헌결정이 되었지만, 과거 제한적 본인확인제로 인해[69] 이용자들은 본인 확인이 필요 없는 유튜브로 대거 이동하였고, 그 결과 2008년 국내 시장 점유율 2%에 불과했던 유튜브는 2014년 동영상 유통 점유율 74%를 넘어서는 결과를 가져왔다.

향정보제공사업자의 보관의무를 지정하여 유해정보 제공자의 신원파악이 가능하도록 유도(제43조)하는 등의 규정을 두고 있다.

65) 「아동온라인보호법」(Child Online Protection Act), 「아동인터넷보호법」(Children's Internet Protection Act), 「아동외설및포르노그래피방지법」(Child Obscenity and Pornography Prevention Act of 2003) 등이 대표적으로 아동을 불법정보로부터 보호하기 위한 법률임.

66) 구글 플레이, 애플 앱스토어를 이용하기 위해서는 각각 구글의 지메일 계정과 애플의 ID가 필요한데, 지메일 계정과 애플 ID를 생성하는 과정에서 연령정보를 입력하도록 돼 있지만, 이에 대한 인증절차가 없어 이용자가 허위로 입력해도 가입이 가능하다. 즉 해외 사업자의 오픈마켓에서는 본인확인 인증 기능이 없어 청소년이 성인 콘텐츠를 구입하거나 이용할 수 있다. 반면 티스토어, 올레마켓 등에서는 통신사 고객 정보 및 실명 인증을 통해 이용자의 연령 정보를 확인하고 있으며, 이를 활용해 성인 콘텐츠 이용 시 인증 절차를 엄격하게 수행하고 있다.

67) 애플의 경우 앱 등록시 개발자가 '임의'로 연령등급을 설정하여 등록신청을 할 수 있으며, 4+, 9+, 12+, 17+ 등 4단계의 연령등급을 부여하고 있고, 구글도 개발자의 자율성을 보장하기 위해 개발자가 즉각적으로 등록할 수 있기 때문에 짧게는 5분만에도 등록할 수 있으며, 자체 심의과정이 없어서 청소년의 음란물 접속이 더 용이한 측면이 있다.

68) 해외·국내기업 동일한 규제로 역차별 해소 시급(디지털타임스 2013.12.3.).

69) 청구인 OOO는 인터넷게시판에 익명으로 댓글을 게시하였으나 정보통신망법에 의해 본인확인 절차를 거쳐야만 하므로 이는 헌법상 보장된 표현의 자유 침해라고 주장하며 헌법소원심판 청구(2010헌마47)하였고 인터넷 언론사인 '인터넷 OOOOO'을 운영하는 청구인 OOOOO은 방송통신위원회가 자신을 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시하여 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되자, 이는 자신의 언론의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판 청구(2010헌마252)하였다.

Ⅳ. 국내·외사업자 공평규제를 위한 제언

최근의 규제개선을 위한 일련의 조치에서 보이듯이 규제라는 것이 일부러 비즈니스를 방해하거나 경쟁을 저해하기 위해 고안된 것은 아니다. 이용자 보호, 정보보안, 공정경쟁 등 공공에 이롭게 작용하기 위하여 규제가 만들어진 것이며 규제내용은 각 국가의 문화적 차이, 국민의식, 경쟁상황, 영업 환경 등에 따라 차이가 발생할 수밖에 없다. 그러나 이러한 규제가 처음의도와 일관되게 반드시 긍정적으로 작용하지 않는다는 것은 우리가 앞서 살펴본 사례를 비롯한 다양한 경험에 근거해 볼 때 명확하다. 이러한 규제실패는 규제 자체의 오류에 기인한 경우도 있고, 규제 자체는 적절하지만 규제집행상의 문제로 발생하는 경우도 있다. 혹은 그 당시 그 환경에 적절한 규제였으나 현재 상황에서 부적절한 규제일 수도 있다(이는 넓게 이해할 경우 전자의 경우인 규제자체의 오류에 기인한 경우에 포함시킬 수 있다). 규제 자체가 문제인 경우라면 폐지 또는 개선을 통한 합리화가 필요하나, 집행상의 문제라면 규제 자체는 유지하되 그 집행상의 문제를 해결하여야 할 것이다.[70]

특히 플랫폼 서비스의 경우 동일 서비스 제공에 대하여 국내·외 사업자 간 공평규제가 실현될 수 있도록 방안이 강구되어야 한다. 앞서 언급하였듯이 공평규제의 기본방향으로 우선, 경쟁을 제한하는 규제여서는 안 되며, 다음으로 규제의 집행력 확보가 중요하다. 따라서 이하에서는 이러한 원리를 고려하여 국내외 사업자의 공평규제를 위한 방안을 제안하고자 한다.

1. 경쟁 중립적 규제의 도입

정책적 의미에서 볼 때 효율이란 희소한 재화가 낭비 없이 배분되어지는 것이라고 할 수 있다.[71] 어떤 정책의 효율성을 비교함에 있어서 '중립성'은 중요한 요소이다.[72] 중립성이란 일정한 목적을 수행하면서 시장기구의 작용을 방해해서는 안 되는 것을 말하는 것으로 완전히 중립적인 정책은 없고 어떤 정책이 더 중립적이냐 하는 비교를 할 수 있을 뿐이다.[73]

---

70) 김현경, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호, 2014.9, 487-521면.

71) 平井宣雄, 法政策學(法制度設計の理論と技法), 有斐閣, 1995, 73項.

72) 이창희, 전게논문, 33면.

국내외 플랫폼 사업자에 대한 공평규제의 문제는 국내 사업자와 국외 사업자가 제공하는 사업의 경쟁관계에서 비롯된다. 이러한 국내외 사업자 사이의 경쟁을 둘러싼 갈등관계는 국내 사업자가 제공하는 재화나 용역이 국외 사업자가 제공하는 재화나 용역과 '동일'하거나 '대체' 관계에 있다는 것이다. 네이버나 다음이 제공하는 동영상·지도·검색서비스와 구글 유튜브가 제공하는 동영상·뉴스·검색서비스 등이 대표적이다. 이러한 경우 국내사업자에게만 부담이 되는 규제가 있다면 이는 당연히 경쟁 제한적 규제에 해당될 수밖에 없다. 이러한 경우 우선 국내 사업자에 대한 기존 규제가 여전히 정당한지에 대하여 검토할 필요가 있다. 만약 근본적 검토를 통해 규제의 폐지 또는 수정이 필요하다면 국내 사업자에 대한 규제를 정비하여 외국 사업자와 동일한 경쟁조건을 창출해 주어야 할 것이다.

다음으로, 기존의 규제가 정당성이 유효하며, 여전히 필요하다고 인정된다면, 국외사업자에 대해서도 동일한 규제를 적용하여 집행될 수 있도록 하여야 한다. 그럴 수 없다면, 이는 경쟁 중립적 규제라 볼 수 없다. 다만 외국기업에 대한 규제의 적용과 집행이 곤란하다면, 국내 사업자가 부담하는 불합리한 경쟁조건을 상쇄할 수 있는 유인책을 국내사업자에게 제공함으로서 경쟁 중립적 규제가 되도록 보완하여야 한다.

예를 들어 지도데이터의 경우, 국내 사업자가 국가 주요 보안시설에 대한 블러처리를 조건으로 제공된다면, 외국의 서비스도 동일한 조건하게 제공되어야 한다. 이것이 불가능하다면 우선 현행의 국가주요 안보시설에 대한 블러처리 규제가 정당한지에 대한 논의를 우선적으로 검토하여야 한다. 정당하다면 구글이 제공하는 우리나라 지도서비스에 대하여 각종 기술적/관리적/정치적 방법을 동원하여 동일하게 블러처리를 하도록 하여야 한다(이스라엘의 예). 만약 블러처리의 정당성이 인정되지 않는다면 당연히 국내사업자에 대하여도 그러한 규제를 제거해 주어야 한다. 한편 그러한 규율의 정당성이 인정되나 어떠한 수단으로도 구글을 막을 수 없다면, 경쟁에서 그만큼 불이익을 당할 수밖에 없는 국내업체에 대하여 일정한 조건의 인센티브를 부여함으로서 그러한 불공정한 경쟁조건을 상쇄할 수 있는 수단을 마련하여야 한다.

법은 경쟁을 보호하여야 하나, '경쟁'보호를 위한 수단으로서 '경쟁자' 즉 국내 사업자를 보호할 필요도 있다. 다만 이는 오직 '경쟁'이 온전히 보전되기 위함이다. '경쟁' 자체를 보호하는 이유는 궁극적으로 소비자 효용을 극대화하여 국민경

73) 구해동, 전게논문, 225면.

제의 발전을 도모함이다. 일례로 중국은 미국의 인터넷산업 종속에서 벗어나기 위해 지난 20년간 자국기업에 유리한 정책을 추진해 왔다. 그간 중국 정부의 인터넷 정책은 외국 하드웨어와 소프트웨어를 국산으로 대체하는 데 초점을 맞추고 외산 운용체계나 네트워크 장비에 의존하지 않음으로써 외부 침입에 강력한 방어기반을 갖추었다. 이러한 기술력을 바탕으로 중국의 바이두·알리바바·텐센트가 미국의 구글·아마존·페이스북 벤치마킹 수준을 뛰어넘어 양자 간 대칭구도를 형성했고, 화웨이·샤오미 등 자수성가형 성공사례도 잇따르고 있다.[74]

2. 규제 집행의 실효성

규제는 집행가능 해야 규제로서의 존재의의가 인정된다. 법률상 규제는 주권에 기반 한 관할권에 근거하여 제정, 시행되는 것이다. 따라서 국가주권의 실현원리로서 입법·사법·집행관할이 모두 지켜져야 한다. 그러나 인터넷 자체는 네트워크의 일부가 손실되거나 통제되더라도 정보의 유통과 의사소통이 가능하도록 설계되어 있기 때문에 네트워크의 일부 영역에서 아무리 강한 통제력을 발휘하여도 전 세계적으로 구성되어있는 인터넷의 모든 정보를 통제할 수 없으며, 통제되는 영역에서도 얼마든지 우회하여 정보를 주고받을 수 있다. 즉 인위적으로 제한을 가하는 프로그램이나 기술을 적용하지 않은 순수 인터넷 환경에서 디지털 정보는 통신규약을 지키는 한 아무런 제한 없이 유통된다. 따라서 국경 없는 서비스가 가능하므로 영토 기반의 규제를 무력화 시킬 수 있다.[75]

따라서 플랫폼사업자 규제의 경우 국내외 사업자에 대한 차별 없는 공평한 집행력 확보가 더욱 중요하다. 이러한 사항은 규제를 만들 당시부터 고민되어야 한다. 예를 들어 「행정규제 기본법」에서는 "중앙행정기관의 장이 규제를 신설·강화하고자 할 때 규제영향분석서를 작성"하고(법 제7조제1항), "입법예고시 규제영향분석서를 함께 공표"토록 규정(법 제7조제2항)하고 있는 바, 플랫폼 서비스에 대한 규제영향분석 시 국내외 사업자 차별요소에 대한 검토를 도입하는 것이다.[76] 이러한 과정을 통해 만들어진 규제에 대하여는 엄격한 적용을 위한 방안을

74) 외산 소프트웨어에의 지나친 의존으로 생기는 위험성은 2008년 마이크로소프트가 윈도 운용체계 무단 사용을 막기 위해 해적 방지 프로그램을 보급하면서 부각됐다. 당시 소프트웨어 80%가 해적판이어서 마이크로소프트의 새 프로그램이 설치되자 컴퓨터 수백만대가 다운되는 큰 혼란이 발생한 적이 있다. 손영동, "[손영동의 사이버세상]<8>기반기술 국산화 주도하는 중국", 전자신문 2015년 9월 1일자칼럼 참조.

75) Dan Burk, "Virtual Exit in the Global Information Economy", 73 Chicago-Kent Law Review 943, 1998, pp. 961-972.

함께 강구하여야 한다. 따라서 외국 기업에 대한 규제의 집행이 사실상 곤란한 경우에는 그러한 규제가 포기할 수 없는 중요한 가치를 지키기 위한 불가피한 것이 아닌 한 국내 기업에도 적용하지 않아야 한다. 플랫폼서비스에 대한 규제영향평가를 할 때부터 국외 서비스 제공자에 대해서도 그 집행이 가능한지를 반드시 따져보아야 한다.[77]

예를 들어 과세는 국가 재정의 근간이 된다. 따라서 조세회피는 국가의 재정을 어렵게 할 수 있으며 자원의 효율적 배분을 저하 시킨다. 뿐만 아니라 앞서 언급하였듯이 부당한 이득을 얻은 사람이 정직하게 사는 사람보다 더 잘 살게 함으로써 정상적인 노동의욕을 저하시키고 사회전반에 불신풍조를 심화시키는 역기능을 초래한다. 따라서 조세는 회피되어서는 안 되며 공정하게 집행되어야 한다. 특히 외국사업자가 동일한 사업을 국내에서 수행하면서도 세금회피로 득을 취하고 있다면 이는 강력한 입법적/사법적 조치가 필요한 부분이다. 현재 부가가치세뿐만 아니라 법인세 징수에 대한 입법적 근거와 징수를 위한 관리체계가 만들어 져야 한다.

영국의 경우 다국적 기업의 조세회피를 막기 위해 자국에서 발생한 이익을 다른 나라로 이전할 경우 이전액의 25%에 해당하는 세금을 물리는 이른바 '구글세'를 지난 2015년에 처음 도입해 구글에 1억3천만 파운드(약 1천900억원)의 세금을 징수하였으며. 최근에는 이탈리아도 구글을 탈세 조사로 압박하면서 3억6천만 유로(약 3천800억원)의 세금을 부과했다. 또한 유럽연합집행위위원회(EC)는 최근 7년 조사 끝에 구글의 쇼핑 검색 서비스가 반독점법을 위반했다는 결론을 내렸고 이에 따라 구글은 2016년 매출의 10%인 최대 90억 달러에 달하는 벌금을 부과할 수 있다고 밝힌 바 있다. 이에 앞서 지난 5월 유럽연합집행위원회(EC)는 공식 웹사이트를 통해 페이스북이 와츠앱을 인수하는 과정에서 허위 정보를 전달한 사실에 대해 벌금 1억1천만유로를(약 1천350억원) 부과한다고 밝혔다.

---

76) 평가항목 중 '2-1. 규제대안의 검토' 시 '국제무역 및 투자규범과의 상충성'을 검토함에 있어서 '국내외 기업의 차별대우'를 기술하도록 되어있다. 그러나 이 부분의 검토는 국내기업이 차별을 받게 되는지에 대한 중점적 검토가 아니라, 해당 규제가 외국기업에 대한 차별로 이어짐으로서 WTO협정이나 FTA 등 국제거래관계에서 체결된 투자규범을 위반할 가능성이 있는지 검토하는 것이다. 즉 국제무역 및 투자규범을 위배함으로서 국제적 분쟁에 개입될 여지를 막으려는 것이다. 그밖에 '3-1. 규제의 적정성'에서 '규제문제의 심각성, 국내외 유사사례, 국제적 기준, 비례의 원칙 등에 비추어 적정한지 검토'하도록 제안하고 있으나, 이 역시 해당규제로 인하여 국내기업이 부당한 차별을 받을 수 있는지에 대한 검토를 반드시 요구하는 것은 아니다. 국무총리실, 규제영향분석서 작성지침, 2013.8, 12면.

77) 김민호, [매경의 창] 국내 인터넷기업 규제 역차별의 심각성, 매일경제 2017.2.2. http://opinion.mk.co.kr/view.php?year=2017&no=77058 2017.6.25. 확인).

이처럼 꼭 필요한 규제라면 국내외 사업자 구분 없이 엄격히 공평하게 집행됨이 마땅하다. 국외 사업자에 대한 집행의 실효성이 담보되지 않는 규제라면 규제 설정시부터 엄격히 그 당위성과 필요성에 대하여 재검토 하여야 하며, 그럼에도 불구하고 그 당위성과 필요성이 인정된다면 국내외 사업자 구분 없이 공평하게 집행되어야 한다.

3. 규제의 유연성확보

국가주권에 의한 관할의 한계로 국외사업자에 대한 규제의 집행이 완전할 수 없다. 집행관할권의 한계로 인해 불가피하게 국내사업자에게만 적용할 수밖에 없는 규제라면 그러한 규제를 탄력적으로 적용하는 제도의 설계가 필요하다.

일국의 규범은 그 나라 고유의 사화문화적 관행과 경험에 기초해서 설계되고 수정・보완된다. 그런데 인터넷을 기반으로 하는 플랫폼 서비스는 본질적으로 일국의 상황만을 고려할 수 없다는 문제를 내포하고 있다. 서비스의 적용대상도 일국의 국민에 국한될 수 없다. 따라서 플랫폼서비스와 관련된 규제는 유연하고 개방적인 구조를 취하여야 한다. 국외에서 이미 보편화된 혹은 대중화된 서비스임에도 불구하고 현행 법령상의 기준이나 요건을 해당 서비스에 적용하는 것이 부적절한 경우라면 국제적 기준이나 원칙에 비추어 규제에 유연성을 부여할 필요가 있다.

예를 들어 청소년유해매체물의 경우 국내에서는 이를 규율하도록 되어있으나, 해외는 이를 자율적 영역에 맡기고 있다. 이러한 경우 유해매체물을 판단하는 기준과 범위에 있어서 국내외사업자의 차별적 요소가 최소화 될 수 있도록 해외의 자율적 규제기준에 부합하게 규율하는 융통성을 발휘할 필요가 있다. 게임의 강제적 셧다운제의 경우에도 법정대리인의 동의, 적용연령의 최소화, 적용시간의 축소 등을 통해 그 적용에 탄력을 부여하는 것이다.

혹은 국내에만 유일한 규제의 경우 일정한 조건하에 규제를 면제, 완화, 한시적 유예시키는 제도 등이 고려될 수 있다. 아직 국회를 통과되지는 않았지만, 현재 국회 계류되어 있는 「지역전략산업 육성을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안」[78]에 의한 경우 지역별 특성에 맞는 지역전략산업의 육성을 위하여 규제특례가 적용되는 구역을 "규제프리존"이라 하고(안 제2조제2호), 규제프리존에서는 지역전략산업 및 이와 관련된 사업 등에 대하여 다른 법령에서 명시적으

78) 이학재의원 대표발의, 2016.5.30, 의안번호 26.

로 열거된 제한 또는 금지사항이 있는 경우를 제외하고는 이를 허용하는 것을 원칙으로 규정하고 있다(안 제4조제1항). 「국민행복과 일자리 창출・국가경쟁력 강화를 위한 규제개혁특별법안」의[79] 경우에도 기술발전 및 융합, 경제적·사회적 여건의 변화 등으로 기존의 규제를 적용하기 곤란하거나 기존 규제를 적용하는 것이 불합리하다고 판단하는 국민과 기업은 규제개혁위원회에 규제의 면제, 완화, 한시적 적용유예 등을 요청할 수 있고 규제개혁위원회는 이를 심의하여 해당 규제의 소관 행정기관의 장에게 규제의 탄력적 적용을 권고하고, 권고를 받은 행정기관의 장은 특별한 사유가 없으면 권고에 따른 조치를 취하고 그 결과를 위원회에 제출하여야 한다(안 제29조). 또한 중요규제나 긴급규제에 대하여 규제개혁위원회는 그 규제의 신설 또는 강화를 철회하거나 원칙허용·예외금지 방식의 적용 및 규제의 개선(규제의 폐지·완화·적용방식의 변경·한시적 적용유예 등을 의미한다)을 권고할 수 있으며(안제16조) 이러한 권고의 실효성을 담보하기 위해 규제개혁위원회의는 위원회의 권고를 이행하지 않는 중앙행정기관에 대한 직무감찰을 감사원장에게 요구할 수 있다(안 제47조).

이처럼 국내사업자에게만 적용, 집행되는 규제에 대하여는 규제의 면제, 완화, 한시적 적용유예 등 유연성을 부여하여 그 규제효과를 검증해 본 후 여부를 결정하는 제도적 방안이 검토될 수 있다.

Ⅴ. 결론

플랫폼 서비스는 인터넷이라는 공간을 기반으로 데이터 혹은 콘텐츠를 주요 영업자산으로 이루어진다. 그러나 이용자 혹은 데이터·콘텐츠에 대한 직접적 규제의 집행이 곤란하므로 대부분 플랫폼 사업자에 대한 규제를 통해 규제목적을 달성하고자 한다. 그러나 플랫폼 서비스의 탈영토성으로 국내사업자에 대한 규제만으로는 규제목적을 달성할 수 없다. 특히 '공평규제 원리'에 비추어 볼 때 플랫폼 사업자 규제는 첫째, 불합리하게 경쟁을 저해해서는 안 되며, 둘째, 규제의 집행에 불합리한 차별이 존재해서는 안 된다.

이러한 원칙에 비추어 보았을 때, 플랫폼 사업자가 제공하는 뉴스서비스에 대

79) 김광림의원 대표발의, 2016.5.30, 의안번호 15. 이 법은 규제개혁을 저출산·고령화 시대와 저성장에 대응하고 경제의 토양에 새로운 활력을 불어넣기 위한 국정의 최우선 과제로 설정하고, 일자리 창출에 방해가 되는 규제혁파, 국가경쟁력 향상에 걸림돌이 되는 규제혁파, 국민 생활을 불편하게 하는 규제혁파를 실천하기 위해 기존의 「행정규제기본법」을 폐지하고 규제개혁을 최우선으로 하는 특별법을 제정하려는 것이다.

하여 국내업체만 저작권 사용료를 부과하는 것은 뉴스서비스의 경쟁을 저해하는 차별적 집행이다. 뉴스산업의 경쟁력 및 저작권 제도의 취지에 비추어 볼 때 마땅히 그 이용료가 인정되어야 하는 바, 입법을 통해 국외사업자에 대한 집행기준을 마련하여야 한다. 다음으로 지도서비스에 제공되는 규제는 국내사업자에게만 집행되고 있는바 역시 규제의 공평원칙에 어긋난다. 구글의 서비스에 대하여 규제 집행력을 가할 수 없다면 공정한 경쟁이 되기 위해 국내 업체에 그러한 불공정 경쟁에 상응하는 인센티브를 마련해 주어야 한다. 또한 망사용료는 직접적으로 규제를 통해 이루어지고 있지는 않지만 통신사에 의해 국내 플랫폼 사업자에게만 적용되는 부당·차별적 취급이다. 이로 인해 국내 플랫폼사업자가 외국 사업자에 비해 경쟁열위에 처할 수밖에 없으며 궁극적으로 국내 플랫폼 사업의 경쟁력에 미치는 부정적 영향이 지대하다. 이는 경쟁을 담당하는 기관(공정거래위원회 혹은 방송통신위원회)에 의해 적극적으로 시정이 이루어지거나 이러한 경쟁저해 조치를 금지하는 입법이 마련되어야 한다. 국외사업자에 대한 조세회피 역시 국내 사업자의 사업의욕 및 정상적인 노동의욕을 저하시키고 국가의 소득재분배에 미치는 해악이 크다. 입법을 통해 적극적 조세집행이 이루어져야 한다. 이러한 규제사례에 비추어 국내외 플랫폼 사업자 공평규제를 위한 방향으로 'i) 규제의 내용이 경쟁 중립적일 것, ii) 규제는 실효성 있게 집행 될 것, iii) 불가피하게 국내 사업자에게만 적용되는 규제의 경우 그 적용에 있어서 유연하고도 탄력적인 제도를 설계할 것'을 제안하였다.

구글은 이미 유럽, 미국 등 국제시장에서 독점적 지위를 확고히 하고 있으며, 오히려 국내시장에서 구글의 비독점 상황이 부자연스러울 정도다. 그러나 구글의 국제시장에서의 독점력이 국내시장으로 전이되지 않으리라는 것은 안일한 판단이다. 과거 구한말 일제의 철도, 광산 등 국내 핵심 산업 점령에 우리는 어떠한 저항도 할 수 없었다. 세금을 부과할 수도 없었고, 국내 사업자에게 우선권을 줄 수도 없었다. 그들은 오히려 우리의 근대화를 그들이 제공했다고 항변(?)하기 조차 한다. 이러한 상황의 근본적 이유는 주권 상실이다. 현재 국제거래에 있어서 각종 조약 및 협정 등의 이유로 특별히 내국민을 보호하는 것이 곤란하다 할지라도, 명실공히 주권국가로서 내국민에게 오히려 불리한 규제를 국가가 주도한다는 것은 있을 수 없는 일이다. 외국기업의 압세에 국내기업을 적극적으로 보호는 못할

망정, 정부가 규제정책으로 외국기업의 경쟁우위를 돕는 것은 국내사업자에게도 국민에게도 씁쓸함을 자아낼 수밖에 없다. 국가는 누구를 위해 규제라는 막강한 공권력을 행사하는지 다시 한 번 근본적으로 곱씹어 보아야 한다.

(논문투고일 : 2017.08.22., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

김 현 경

공정규제, 비대칭규제, 스니펫세, 지도데이터, 플랫폼서비스

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김성수, 개별행정법, 법문사, 2004.

이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010.

Ⅱ. 논문

강영수, 「인터넷과 국제재판관할」, 인터넷과 법률 II, 2005.

김대순, 「국가관할권 개념에 관한 소고」, 법학연구(연세대학교 법학연구소) 제5권, 1995, 2.

김민호, 통신방송 융합 시대의 규제정책 조사 분석 및 효율적 조직의 운영방안 연구, 정보통신부, 2005.

김민호 외 지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색, 공법학연구 8권 3호, 2007.

김성수, 개별행정법, 법문사, 2004.

김재광, 규제와 법제개선 그리고 경제적 효과 - 규제품질 제고를 위한 규제 개선방안 -, 법제처·한국입법정책학회 공동세미나, 2012.

김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집 2017년 5월

_____, 기술혁신환경에서 프라이버시와 공권력의 충돌과 조화, 가천법학 제9권 제3호 , 2016.9.

_____, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호, 2014.9.

윤재석, 유럽연합과 미국의 개인정보 이전 협약 (프라이버시 쉴드)과 국내 정책 방향, 정보보호학회논문지 26(5), 2016.10.

조소영, 인터넷 주권과 통제에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제4호, 2009.

함인선, EU의 2016년 일반정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점, 법학논총 36(3), 2016.9.

허진성, 데이터 국지화((Data Localization) 정책의 세계적 흐름과 법제적 함의, 언론과 법 제13권 제2호, 2014.

이원우, 혁신과 규제- 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법

적 수단, 경제규제와 법, 9(2), 2016.
_____, 규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원.
최경진, “인터넷과 자율규제”, 스포츠와 법 제16권 제2호 통권 제35호, 2013. 5.
, “미래 ICT 법제체계 개편방향”, 정보법학 제17권 제1호, 2013. 5.
Alves Jr., Sergio, Internet Governance 2.0.1.4: The Internet Balkanization Fragmentation (June 29, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2466222
Jack Goldsmith/Tim Wu, Who Controlls the Internet? : Illusion of a Borderless World, Oxford University Press, 2006.
Jennifer Daskal, the un-territoriality of data, the yale law journal 125: 326, 2015.
Jeanette Seiffert, Weighing a Schengen zone for Europe's Internet data http://www.dw.de/weighing-a-schengen-zone-for-europes-internet-data/a-17443482
Joshua Bleiberg and Darrell M. West, How to Stop the Internet from Breaking Apart, Oct.6, 2014 http://www.brookings.edu/blogs/techtank/posts/2014/10/6-preventing-internet-balkanization
Better Regulation Task Force, Principles of Good Regulation(2003).
Kenneth Anderson, Book Review: Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance through Global Government Network, 118 Harvard Law Review 1255,1257, 2005.
Neil Weinstock Netanel, “Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory”, 88 California Law Review 395, 2000.
Rolf H. Weber, Regulatory Models for the Online World, (Schulthess Juristische Medien AG), 2002.

Abstract

A Study on fair regulation among domestic and foreign platform operators

Kim, Hyun Kyung

Competition may be distorted in the market, resulting in failure to allocate resources efficiently. In this case, regulation should be designed in a way that is consistent with the public interest. Regulation is to invoke public power so that competition in the market is fair. The market for platform services based on the Internet is premised on un-territoriality. Unlike the characteristics of these platform services, legal regulations do not overcome territorial-based regional limitations. Thus, when domestic and foreign operators provide the same service to the Korean nationals, the regulation only applies to domestic companies, leading to unfair regulation on domestic companies, which may worsen competition in the domestic platform industry. This hinders fair competition, which is contrary to the nature of regulation aimed at the public interest.

In recent years, problems have arisen due to regulations that hinder fair competition between domestic and foreign platform operators in cases such as copyright fee for news contents(so-called "snippet"), map data, network fee, personal information and taxation. This study first analyzed whether the regulation is applied fairly to each of these issues. Based on these analyzes, the following suggestions were made in the direction of fair regulation among domestic and foreign operators ; i)Introduction of competition-neutral regulation, ii) Ensuring the effectiveness of regulatory enforcement, iii) Provide means to give flexibility of regulation.

Kim, Hyun Kyung

Fair Regulation, Asymmetric Regulation, Snippet Tax, Map data, Platform Services.

직장 괴롭힘 방지 입법에 대한 프랑스 법제의 시사점

- 노동의 지속가능성을 위해*-

양승엽**

【목 차】

Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 직장 괴롭힘의 개념과 유형
1. 직장 괴롭힘의 개념
2. 직장 괴롭힘의 유형
Ⅲ. 프랑스의 직장 괴롭힘 대처 제도
1. 연혁과 입법구조
2. 성립요건과 효과
3. 사용자의 예방의무 및 정보제공의무
4. 직장 괴롭힘에 대한 집단적 대응
5. 직장 내 괴롭힘에 대한 피해 구제절차
Ⅳ. 결론 - 입법의 방향
1. 프랑스 법제의 시사점
2. 입법의 형태와 목적 및 내용

【국 문 요 약】

직장 괴롭힘의 원인은 단순한 개인 간 갈등뿐만 아니라 당시의 사회·경제적 상황 및 기업의 조직 문화 등에서 발생하는 제도적 측면이 강하다. 그 방법으로 신체적 침해와 더불어 정신적 학대의 형태로도 나타나기 때문에 피해 결과가 눈 밖으로 잘 들어나지 않을 수도 있다. 막대한 경제적 손실이 추산되지만 그것보다 더 중요한 것은 바로 일터에서의 근로자 인격권의 침해이다.

프랑스의 직장 괴롭힘 법제는 직장 괴롭힘의 정의를 명문화하였고, 입법의 목적으로 근로자의 존엄과 권리를 정확하게 밝혔다. 그리고 사용자와 관리직의 재량으로 은폐될 수 있는 '경영상 괴롭힘'을 직장 괴롭힘의 일종으로 판단한다.

일반 산업안전보건 법규의 내용 외에도 직장 괴롭힘의 예방에 관한 특별 법규를 제정하였고, 근로자조직인 위생보건안전위원회(CHSCT)가 직장 괴롭힘 예방에 참여하며, 종업원대표에게는 직장 괴롭힘 상황에 대한 이의제기와 조사 및 긴급

---

* 이 논문은 2015년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A5B8046155).

** 연세대학교 법학전문대학원 법학연구원 연구교수.

처분권 등이 부여된다. 그리고 우리와는 다른 독특한 제도로서 근로자의 신체와 생명에 긴급·중대한 위험이 도래할 시 작업에서 퇴거할 수 있는 작업중지권을 인정한다.

프랑스 법제의 장점에서 앞으로 우리 직장 괴롭힘 법제에 대한 방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 직장 괴롭힘 법제의 보호법익이 근로자의 인간으로서의 존엄과 권리라는 점을 분명히 하여야 한다. 직장 괴롭힘 예방과 금지의 이유로 경제적 손실과 근로자의 신체·정신적 건강을 꼽을 수 있지만 궁극적인 목적은 바로 노동으로 인해 인격이 침해되는 것을 막기 위함이다.

둘째, 보호 대상의 범위를 넓히기 위해 「근로기준법」이 아닌 독립된 '직장 괴롭힘 예방과 금지법'이 제정되어야 한다. 확대되는 보호 대상의 범위는 근로자 외에도 특수형태고용종사자와 채용지원자까지 포함한다.

셋째, 직장 괴롭힘의 주요 개념은 반복성이다. 신설되는 직장 괴롭힘 예방과 금지법은 이것을 유지하되 반복성이 없는 괴롭힘은 기존 「근로기준법」의 제8조의 '폭행'을 '폭력'으로 확대하여 규제할 수 있어야 한다.

넷째, 직장 괴롭힘의 양태는 너무나 다양하여 그 유형을 법령으로 일일이 열거하다는 것은 매우 힘든 일이다. 따라서 법관이 보충적 해석으로 규범적 판단을 내릴 수 있도록 직장 괴롭힘의 정의를 일반적 규정으로 제정하여야 한다.

다섯째, 직장 괴롭힘의 방식은 은밀한 경우가 많아 근로자가 그것을 증명하기 곤란할 때가 많다. 이를 보완하기 위해 근로자의 증명책임을 완화하여 피해 근로자가 괴롭힘으로 추정되는 사실을 제시하면 가해 근로자와 사용자가 이를 반증하여야 한다.

여섯째, 힘의 우열 및 구성원의 다수 관계를 보완하기 위해 노동조합 등의 근로자조직이 사전적 예방 및 사후적 구제절차에 관여하여야 한다.

일곱째, 오·남용될 경우 사용자의 징계를 인정하는 조건으로 근로자에게 신체와 생명에 긴급·중대한 위험이 발생할 경우 작업중지권을 인정하여야 한다.

마지막으로, 헌법 개정 시 근로자의 인격 존중과 신체적·정신적 건강권을 보장하는 규정을 제정하여야 한다.

I. 문제제기

‘갑(甲)질’이란 권력관계에서 우위에 있는 갑(甲)이 인격·경제적으로 종속적인 을(乙)에게 하는 부당한 행위를 의미한다. 갑에게 유리한 계약내용을 을에게 강요하여 부당한 경제 이익을 누리는 것이 주된 양태이지만 인격 모독과 따돌림 등의 정신적 침해도 포함된다. 이러한 정신적 침해는 외견상 개인의 성향으로 보이지만 그 이면에는 그렇게 하여도 된다는 구조적 상황이 있어 이를 개인의 책임으로만 돌릴 수 없다. 따라서 갑질은 일반적인 폭력과는 다르게 제도적 측면에서 접근하여야 한다.

군대식 위계서열(선·후배) 문화가 뿌리 깊은 우리 사회에서 직장 내 부당한 인격모독 등 괴롭힘은 당연히 받아들여야 할 대가 내지는 자신의 탓으로 치부하기 쉽다. 그러나 이성이 이것을 당연히 받아들인다고 해서 우리의 신체까지 이를 수용하는 것은 아니다. 스트레스는 이성의 영역을 넘어 자신도 모르게 신체에 여러 영향을 미친다.[1)]

한국여성정책연구원이 6개 업종의 서비스업 종사자 1,000명에게 설문조사를 한 결과, 자신이 괴롭힘을 당하고 있다는 주관적 응답을 한 사람이 7.4%이며 항목별 분석 지표에 따라 객관적으로 괴롭힘을 당하고 사람은 31.5%였다.[2)] 전체 응답자가 6개월 간 경험한 괴롭힘 횟수는 평균 72.2회로 1주당 3회 꼴이었으며, 일반적인 예상대로 연령대와 학력, 직급이 낮을수록, 비정규직일수록 주관적·객관적 피해자 비율이 높았다. 또한 근로시간 측면에서 보았을 때 주당 50시간 이상 장시간 일을 하는 근로자의 객관적 피해자 비율(43.1%)이 가장 높았고, 그 다음으로 40시간 미만의 근로자(38.9%)와 40~50시간 미만의 근로자(25.5%) 순이었다. 50시간 이상 일을 하는 근로자들은 그만큼 괴롭힘을 당할 수 있는 환경에 많이 노출된 탓이며, 40시간 미만의 근로자 비율이 높은 것은 단시간, 즉 비정규직 근로자로서 직장 내 지위가 낮고 보호를 받을 수 있는 집단(노동조합)이 없기 때문이라 해석된다.

정신적 괴롭힘이 기업에게 미치는 영향은 우수 인재의 이탈과 조직력 약화, 근

---

1) 업무상의 스트레스가 수면장애, 카페인 중독 등 신체적 영향으로 나타난다는 설명에 대해서는 Bruno Lefebvre et Matthieu Poirot, Stress et risques psychosociaux au travail, Elsevier Masson, 2011, p.119.

2) 이하의 내용은 구미영/천재영/서유정/정슬기, 「여성근로자에 대한 직장 내 괴롭힘의 실태와 보호방안」, ㈜휴먼컬처아리랑, 2016. 4, 51~58면 발췌.

로자의 정신적·신체적 건강 손실 등으로 인한 생산력 저하이다. 이는 기업의 인건비 손실로 환산할 수 있는데 직장 괴롭힘 1건당, 피해자 62.4만 원, 가해자 33.3만 원, 목격자 22.9만 원의 인건비 손실(총 118.6만 원)이 일어나며, 조사 대상인 15개 산업 전체의 인건비 손실은 약 4조 7,835억 원으로 추산된다.[3][4]

그러나 경제적 손실만으로 환산할 수 없는 것이 바로 근로자의 인격권 훼손이다. 힘의 우열 아래 부당한 모욕 등을 당하고 생존을 위해 그것을 감수하는 것은 근로자의 자존감을 무너뜨리는 일이며 스스로의 가치를 떨어뜨리는 자기비하로 이어진다. 노동법에서 근로자가 그의 인격적 가치를 무시당해서는 아니 된다는 명제는 당연한 요청이다.[5] 헌법학은 일반적 인격권의 근거를 우리 헌법 제10조 제1문 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다"에서 규정하는 인간의 존엄성에서 찾는다.[6] 그렇다면 인간의 존엄이란 무엇인가에 대한 질문에 "인격의 내용을 이루는 것이라고 보아 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체"라고 답하는 견해가 있다.[7] 헌법 제10조는 기본권의 초석으로 추상적이어서 해석의 여백이 많을 수밖에 없다. 그 여백은 동시대의 가치관으로 채울 수밖에 없다고 생각한다. 사견으로는 인간의 존엄이란 "인간이 인간답게 살며 인간으로서 대접받는 것"이라 생각한다. 직장 괴롭힘은 여기서 인간으로서의 대접을 받지 못하는 것이다.

그러나 우리 법제에는 직장 괴롭힘을 직접적으로 규제하고 예방하는 내용의 법률이 존재하지 않는다. 다만, 가해자에 대한 손해배상을 제외하고[8] 사용자와의 관계에서는 ① 사법적 측면에서 공동불법행위책임, 근로계약 상 안전배려의무 위반, 민법상 사용자책임을 물을 수 있고, ② 노동법적 측면에서는 괴롭힘의 방식이 부당한 전보나 해고로 나타나면 부당해고 등의 구제절차를 밟을 수 있고, 괴롭힘이 노조가입 및 활동에 기인한 것이라면 부당노동행위 구제를 신청할 수 있다. ③ 사

---

3) 서유정/이지은, 「국내 직장 괴롭힘의 실태분석 및 대응방안 연구」, 한국직업능력개발원, 2016. 9, 90~91면.

4) 참고로 직장 내 따돌림 1건으로 인한 기업 손실은 중견기업을 기준으로 1,548만원이라고 한다. 서유정/김수진/이지은, 「직장 따돌림의 실태 조사와 방지 방안 연구: 제조업을 중심으로」, 한국직업능력개발원, 2014. 9, 36면.

5) 강희원, 「노동헌법론」, 법영사, 2011, 294~295면.

6) 김철수, 「헌법학신론(제20전정신판)」, 박영사, 2010, 418면.

7) 김철수, 위의 책, 409면.

8) 가해자에게 손해배상을 인정한 판례와 그에 대한 설명은 강성태, "내부고발자에 대한 '직장 내 괴롭힘'과 손해배상책임 - 부산지방법원 2009. 12. 18. 선고 2008가단167281 판결" 「노동법학」 제35호 (한국노동법학회, 2010) 378~382 면에 자세히 나와 있다.

회보험적 측면에서 만일 괴롭힘으로 근로자가 부상과 질병을 입는다면 「산업재해보상보험법」상의 보험급여를 받을 수 있다. 그리고 ④ 차별금지법적 측면에서는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제46조 제1항에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있으며,[9] 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」 제19조 제3항의 불이익처분금지를[10] 주장할 수 있다.[11]

그러나 위의 내용들은 사후적 구제 수단으로 직장 괴롭힘에 대한 사전 예방대책이 아니며, 성희롱의 경우처럼 직장 내 소청 절차가 없다.[12]

규범적·경제적 측면에서 직장 괴롭힘의 폐해가 심각한 상황에서 이에 대한 입법이 아직 없다는 것은 문제가 있다. 따라서 입법 과정에서 많은 논의가 진행되어야 하고 비교법적으로 다른 나라의 관련 법률들을 검토하여야 한다. 여기에 프랑스의 직장 괴롭힘 법제를 살펴보는 이유는 ① 프랑스의 법제가 '근로자의 권리와 존엄성 보호'라는 최상위 가치를 기본으로 하고 있으며, ② 노동법전 내 직장 괴롭힘에 대한 독립적인 편제를 갖고 있으며, ③ 직장 괴롭힘에 대하여 근로자대표가 사용자와 교섭을 하며, ④ 사업장 내 보건과 안전에 관한 노사위원회인 '위생안전근로조건위원회(CHSCT)를 별도로 구성하고 있기 때문이다.[13]

프랑스의 법제도를 살펴보기 전에 먼저 직장 괴롭힘의 개념과 유형에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 성희롱(harcèlement sexuel)도 넓은 의미에서는 직장 괴롭힘으로 들어가지만, 성희롱에 관한 법제도는 국내에 미흡할지라도 정비되어 있고 법률상의 개념이나 제도가 양자를 구분하고 있으므로 직장 괴롭힘은 성희롱을 제외한 정신적 괴롭힘(harcèlement moral)으로 한정한다. 가해자도 소속 불문 작업장 내 같이 근무하는 근로자로 범위를 좁히며 고객에 의한 괴롭힘은 다루지 않는다. 또한 '직장 내 괴롭힘'에서 '직장 내'는 가해자와 피해자의 관계가 직장을 매개로

---

9) 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제46조 제1항 "누구든지 이 법의 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가한 자는 그로 인하여 피해를 입은 사람에 대하여 손해배상책임을 진다. 다만, 차별행위를 한 자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다."

10) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조(육아휴직) 제3항 "사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."

11) 구미영 등, 앞의 보고서, 33~40면.

12) 다만, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제32조 제6항에 의해 장애 괴롭힘 예방을 위한 교육 규정은 있다고 한다. 구미영 등, 위의 보고서, 41면.

13) 프랑스의 직장 괴롭힘에 대한 법제도의 세부적인 내용은 조임영(2012), "직장 내 괴롭힘과 프랑스 노동법", 「노동법논총」 제25호 (한국비교노동법학회, 2012)에 자세히 서술되어 있다. 따라서 본 논문은 관련 프랑스 법제의 설명과 더불어 직장 괴롭힘의 개념, 프랑스 법제도가 우리에게 주는 시사점, 그리고 입법방향에 주안을 둔다.

한다는 뜻이지만 공간적 의미로서 '직장 안'이라는 오해를 살 수 있기 때문에 '직장 괴롭힘'이란 용어를 사용한다.

II. 직장 괴롭힘의 개념과 유형

1. 직장 괴롭힘의 개념

우리 법에서 직장 괴롭힘을 규제하는 법령 자체가 없으므로 그것을 정의하는 규정 또한 없다.[14] 비교하여 다른 법률에서 '괴롭힘'에 대한 정의 규정을 찾아보면, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제32조는 장애인에 대한 괴롭힘의 태양으로 "학교, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 집단따돌림을 가하거나 모욕감을 주거나 비하를 유발하는 언어적 표현이나 행동"(제3항)과 "사적인 공간, 가정, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 유기, 학대, 금전적 착취"(제4항), 그리고 "장애인의 성적 자기결정권을 침해하거나 수치심을 자극하는 언어표현, 희롱, 장애 상태를 이용한 추행 및 강간 등"(제5항)을 들고 있다. 정리하자면 집단따돌림, 모욕, 비하 발언·행동(몸짓), 유기, 학대, 경제적 착취, 성희롱과 성폭행 등으로 간추릴 수 있다.[15] 그러나 이는 장애를 특성으로 한 괴롭힘의 전형적인 유형으로 직장을 매개로 한 일반적인 근로관계에 그대로 대입할 수는 없다.

직장 괴롭힘을 규제하는 국내 입법안에서의 정의 규정을 보면, 먼저 한정애 의원안은 직장 괴롭힘을 "직장 내외에서 직장 내의 지위나 다수의 우월성을 이용하여 특정 근로자나 특정 집단의 근로자들을 대상으로 의식적·지속적·반복적으로 신체적·정신적 공격을 가하거나 소외시키는 일체의 행위"로 규정하였다.[16] 여기에 이인영 의원안은 한정애 의원안의 개념을 받아들이며 다음과 같은 행위를 구체적으로 열거하고 있다.[17][18]

---

14) 우리 「근로기준법」 제8조는 사용자는 어떠한 사유로든 근로자에 대한 폭행을 금지하고 있다. 여기서의 폭행이 형법상의 신체적 폭행만을 의미하는 것인지 아니면 폭언 등 정신적 침해까지 포함하는 것인지에 대해서는 다툼이 있다(김지형 대표편집, 「근로기준법주해I」, 박영사, 2010, 452~453면(이용구 집필)). 그러나 어느 견해이든 폭행이란 행위의 범위 이내여야 하고 주체도 사용자에 국한하기 때문에 직장 괴롭힘에 대한 보호범위가 매우 좁다. 구미영 등, 앞의 보고서, 31면.

15) 구미영 등, 위의 보고서, 31면.

16) '근로기준법 일부개정법률안'(의안번호 1907079), 2013년 9월 30일 제의하여 19대 국회의 임기 만료로 폐기되었다.

17) "제15조의2(직장 내 괴롭힘의 예방 등) ① 사용자와 근로자는 직위, 업무상의 우월한 지위 또는 다수의 우월성을 이용하여 다른 근로자의 신체적·정신적 건강을 훼손하거나 인격을 침해하

1. 의도와 적극성을 가지고 지속적·반복적으로 소외시키거나 괴롭히는 행위
2. 정당한 이유 없이 6개월 이상 업무에서 배제하는 행위
3. 불필요하거나 모순적인 업무지시를 반복하는 행위
4. 반복적으로 모욕적인 표현을 사용하여 인격을 침해하는 행위
5. 반복적으로 사실 또는 허위의 사실을 유포하여 명예를 훼손하는 행위
6. 그 밖에 근로자의 신체적·정신적 건강을 훼손하거나 인격을 침해하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

외국 법제와 비교하면 일본의 후생노동성은 2011년 직장 괴롭힘(パワーハラ, power harrassment)에 대한 가이드라인 제작을 위해 '직장 내 따돌림・괴롭힘 문제에 관한 원탁회의'를 만들었고, 원탁회의는 직장 괴롭힘을 "같은 직장에서 일하는 근로자에 대하여 직무상의 지위나 인간관계 등 직장 내의 우위성을 배경으로 업무의 적정한 범위를 넘어 정신적・신체적 고통을 주거나 직장환경을 악화시키는 행위"로 규정한다.[19]

독일은 법률상의 규정은 없고 법원의 판시가 직장 괴롭힘을 "직장 내에서 동료 근로자 또는 상급자와 하급자 사이에 마찰을 가중하는 일종의 상호작용과정으로서, 특히 개인 또는 집단이 특정개인을 근로관계로부터 이탈을 목적으로 체계적이며 지속적이고 그리고 반복적으로 자행되어 정신적, 신체적 고통을 주는 공격행위"로 규정한다.[20]

후술할 프랑스는 노동법전(Code du travail) L.1152-1조에서 "모든 근로자는 자신의 권리와 존엄을 해하거나 신체적·정신적 건강을 손상, 또는 직업의 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건의 저하를 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래하는 반복적인 정신적 괴롭힘 행위를 당하지 아니한다"고 정의한다.

국제노동기구(ILO)는 1980~90년대부터 일찍이 직장 내 폭력과 괴롭힘에 대한

는 다음 각 호의 행위(이하 "직장 내 괴롭힘"이라 한다)를 하여서는 아니 된다." 조문의 구조상 각 호의 내용은 예시규정이 아닌 열거규정으로 파악된다.

18) '근로기준법 일부개정법률안'(의안번호 1917528), 2015년 11월 2일 제의하여 19대 국회의 임기 만료로 폐기되었다. 그러나 거의 동일한 개정법률안이 이인영 의원 대표발의(의안번호 2000318)로 2016년 6월 17일 20대 국회에 발의되었다.

19) 노상헌, "일본의 직장 내 괴롭힘에 대한 법적 쟁점", 「노동법논총」 제26호 (한국비교노동법학회, 2012) 130면.

20) 오상호, "노동법에 있어서 독일의 모방", 「법학논고」 제37호 (경북대학교 법학연구원, 2011) 342면.

문제를 인식하고 2003년 '직장 내 폭력에 관한 행동강령(Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon)'을 발표하였다.[21] 강령은 직장 내 폭력을 "근로자가 자신의 업무를 수행하는 과정에서, 또는 업무의 직접적 결과로서 폭행, 협박, 위해, 부상을 당하게 되는 모든 행동과 사건"으로 정의한다. 강령의 대상이 괴롭힘(harcèlement)이 아닌 폭력(violence)으로 한정되지만, 여기서의 폭력은 물리적 폭력만이 아닌 협박, 폭언, 괴롭힘 등을 포함한 개념으로 해석한다.[22]

우리의 경우도 한국산업안전보건공단이 발행한 '직장 폭력 예방 가이드'에서 직장 내 폭력을 "직업과 관련된 상황 또는 환경에서 물리적 공격, 욕설, 위협 등으로 인하여 일어나는 사고"로 정의하여 신체 공격 행위 이상의 것이라 설명한다. 아울러 '괴롭힘'을 "집단 따돌림, 무시 등 인격적인 불쾌감을 유발하는 행위"로 규정한다.[23]

이상의 정의에서 공통점을 찾아보면, 첫째, 직장 괴롭힘에는 근로자의 신체에 물리력을 가하는 행위뿐만 아니라 몸짓, 언어도 포함되며 따돌림(소외) 같은 부작위도 포함된다. 즉, 사람에 대한 직접적인 침해가 아닌 근로환경의 악화도 망라한다. 둘째, 직장 내 지위 등 가해자와 피해자 간의 힘의 우월관계를 이용한다. 그리고 셋째, 그 행위는 지속적·반복적으로 일어나야 한다는 점이다.

2. 직장 괴롭힘의 유형

직장 괴롭힘을 입법화하기 어려운 이유 중 하나는 그 개념을 확정하기 힘들기 때문이다. 인간의 행위가 다양한 만큼 어떤 행위를 괴롭힘의 영역 내에 둔다는 것은 어려운 판단이다. 따라서 직장 괴롭힘 여부를 판단하기 위해서는 직장 괴롭힘을 유형화하여 그 사례를 축적하는 것이 중요하다.

직장 내 괴롭힘의 유형은 문헌마다 다양하게 분류된다. 그 중 한국여성정책연구원의 보고서는 아래와 같이 3가지 분류 기준으로 6가지 유형을 제시한다.[24]

---

21) 원문은 아래에서 다운로드 받을 수 있다.
http://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS_107705/lang—en/index.htm

22) 박지순/서윤희/이승헌/장원선((사)노동법이론실무학회), 「근로자에 대한 가학적 인사관리 등 관련 사례분석 및 입법례 연구」, 고용노동부 연구용역사업보고서, 2014. 12, 43면.

23) 한국산업안전보건공단, 「직장 폭력 예방 가이드」, 2009, 4면.

24) 구미영 등, 앞의 보고서, 19면.

<표1. 직장 괴롭힘의 유형 분류>

분류 기준	괴롭힘의 유형	구체적인 유형	대응 방향
조직적·경영방침에 의한 괴롭힘 여부	구조적 괴롭힘	정리해고 추진용 괴롭힘, 노조와해용 괴롭힘, 성과압박형 괴롭힘 등	사용자의 법적 책임 가중
	개인적 괴롭힘	관리자 등에 의한 권력 남용형 괴롭힘	
		동료 간 괴롭힘	
가해자가 조직 내부 구성원인지 여부	고객에 의한 괴롭힘	감정노동 등	고객에 의한 괴롭힘이 빈번한 업종, 직종 관련 대책 수립
	조직 내부적인 괴롭힘		
차별적 성격의 괴롭힘인지 여부	차별적인 괴롭힘	젠더 괴롭힘, 인종 괴롭힘, 장애 괴롭힘 등	차별금지법을 통해 예방 및 피해 구제
	차별과 무관한 괴롭힘		

이 유형은 프랑스 국가인권자문위원회가[25] 직장 괴롭힘의 원인 내지 목적을 경영전략 성질의 제도적 괴롭힘, 해고절차 회피를 위한 직업적 괴롭힘, 아무런 동기 없이 자신의 권력욕을 과시하기 위한 개인적 괴롭힘으로 3분류한 것을 발전시킨 것이다.[26]

또 다른 유형으로는 ① 대가·조건형, ② 환경형과 ③ 보복형의 구분을 들 수 있다.[27] 대가·조건형이란 상하 권력관계 아래에서 직접적으로 근로조건을 불리하게 만드는 것이며, 환경형은 직접적으로 불리한 근로조건을 형성하는 것은 아니지만 근로자가 도저히 참을 수 없는 근로환경을 만드는 것이다. 마지막으로 보복형은 어떤 행위에 대한 보복으로서 근로조건에 불이익을 주는 것으로 정의할 수 있다. 3가지 유형 모두가 혼재할 수 있으며 대가·조건형과 환경형은 주로 1차 피해로

25) Commission national consultative des Droit de l'Homme.
26) 구미영 등, 앞의 보고서, 19면; 조임영(2012), 앞의 논문, 5면.
27) 이수연, "사업장 내 괴롭힘 및 폭력: 우리 법체계상의 한계와 개선방향", 「사회법연구」 제31호 (한국사회법학회, 2017) 71면.

나타나며, 보복형은 근로자의 이의제기에 대한 2차 피해로 발생할 수 있다.

III. 프랑스의 직장 괴롭힘 대처 제도

1. 연혁과 입법구조

프랑스에서 직장 괴롭힘(harcèlement moral)이[28] 공론화된 것은 여러 저서와 보고서들의 역할이 컸다.[29] 1994년 Syros 출판사(공저)의 '노동에서의 고통과 불안정 : 작업환경의학의의 발언',[30] Heinz Leymann의 '괴롭힘, 노동에서의 학대',[31] 그리고 Marie-France Hirigoyen의 '직장 괴롭힘, 일상의 사악한 폭력' 등은[32] 그동안 간과하여 왔던 직장 괴롭힘이 노동환경의 한 요소가 되어 근로자들이 일상적으로 겪는 현상임을 밝혔다.

프랑스에서 성적·정신적 괴롭힘이 일상화된 이유에 대해 '노동의 강화(intensification du travail)'를 꼽는 견해가 있다. 노동이 강화가 된 원인으로는 두 가지를 꼽는데 첫째, 근로시간의 조정은 단시간 근로를 활성화하였고 근로자들은 짧은 시간 내 강도 높은 업무를 하여야 했다. 둘째로는 정보통신기술의 발달로 근로자들의 노동을 전자기술로 통제할 수 있게 되었고 근로자들은 점점 노동에서의 재량권을 상실하게 되었다는 점이다. 이러한 노동의 강화는 근로자들의 심리적 근로환경에 악영향을 미치고 괴롭힘으로 이어지게 되었다고 한다.[33]

국제적으로도 1998년 국제노동기구(ILO)의 사무국이 직장에서의 폭력과 괴롭힘에 대한 보고서를 제출하였으며, 2000년 프랑스의 국가인권자문위원회는[34] 직장 괴롭힘은 직장 폭력의 한 유형이며 경제적 배경으로 전 직종 간에 퍼져 있는 일반적 현상이라는 의견을 표시하였다. 그리고 2001년 프랑스 노(勞)·사(使)·시민단체의 협의기구인 경제사회위원회는[35] 실사를 통해 노동법과 형법적 측면에서 직장 괴롭힘이 인간의 존엄성을 어떻게 해치는지를 보고하였다.

---

28) 프랑스어로 'moral'은 '도덕적'이란 뜻 외에 '정신적'으로의 뜻도 있다. 직역을 하면 '정신적 괴롭힘'이다.

29) 이하 입법의 연혁에 대해서는 Michel Blatman, Pierre-Yves Verkindt et Sylvie Bourgeot, L'état de santé du salairé(3éd.), Editions Liaisons, 2014, pp.303~304.

30) Syros éd., Souffrance et précarité au travail, 1994.

31) Heinz Leymann, Mobbing. La persécution au travail, Seuil, 1996.

32) Marie-France Hirigoye, Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien, Pocket, 1998.

33) François Gaudu et Raymonde Vatinet, Droit du travail(5 éd.), Dalloz, 2013, pp.165~166.

34) Commission nationale consultative des droits de l'homme.

35) Conseil économique et sociale.

결국 이러한 논의 끝에 프랑스는 2002년 1월 17일 '사회 현대화에 관한 법률'(이하 '2002년 사회현대화법'이라 함)을[36] 제정하여 직장 괴롭힘의 정의, 성립요건, 그리고 효과 등을 규정하였다. 사회현대화법은 노동, 사회보장, 보건, 주거·환경 영역에 있어서의 대대적인 개혁입법으로 그 중 직장 괴롭힘에 관한 내용은 제2장(노동·고용·직업훈련) 제4절(노동에서의 직장 괴롭힘 제재)에 규정되었다.

이해를 위해 프랑스 법령의 편제를 간단히 보면 프랑스는 단일 법전(code) 체제로 개별 법률(loi)을 제·개정하면 단일 법전 내 해당 편의 규정들이 삽입·수정되는 형식이다. 직장 괴롭힘을 규제하는 2002년 사회현대화법은 관련 내용에 따라 ① 노동법전 내 개별적 근로관계에 관한 편(제1편)과 ② 보건과 안전에 관한 편(제4편)에 나누어져 규정되었다.[37] 제1편의 내용을 보면 제1권 제5장이 괴롭힘(harcèlement)에 관한 규정으로 제1절 적용범위, 제2절 직장 괴롭힘, 제3절 성희롱, 제4절 소송절차, 그리고 제5절 벌칙으로 구성되어 있다. 제4편은 보건과 위생에 관한 내용으로 그 중 제6권 제1장에서 '위생안전근로조건위원회(CHSCT)'(이하 '안전위원회(CHSCT)'라 함)를[38] 규정하고 있다. 안전위원회(CHSCT)는 직장 내 보건과 안전에 관한 근로자대표조직으로 직장 괴롭힘에 대한 예방조치 건의와 조사권한을 갖고 있다.

이하에서는 프랑스의 직장 괴롭힘 대처 제도를 ① 직장 괴롭힘의 성립요건과 효과, ② 제도 내 근로자조직의 역할, ③ 피해자의 손해배상절차로 구분하여 살펴보겠다.

2. 성립요건과 효과

가. 개념과 적용범위

직장 괴롭힘은 노동법전 L.1152-1조에서[39] "모든 근로자는 자신의 권리와 존엄을 해하거나 신체적·정신적 건강을 손상, 또는 직업의 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건의 저하를 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래하는 반복적인 정신적 괴롭힘 행위"로 정의된다.[40][41]

---

36) Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

37) 프랑스 노동법전은 Partie - Livre - Titre - Chapitre - Section의 편제로 구성되어 있다. 각각 편(編) - 권(券) - 장(章) - 절(節) - 항(項)으로 번역한다. L.1152-1조는 프랑스 노동법전 제1편 제1권 제5장 제2절의 내용에 위치한다.

38) Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

39) 이하 별도의 표시가 없는 조항은 모두 노동법전의 조문임.

개념의 구성요소를 보면 ① 학대의 피해자인 근로자, ② 수직적 서열관계, ③ 가행행위, ④ 행위의 반복성, ⑤ 근로자의 권리 침해, ⑥ 근로자의 존엄, ⑦ 신체적·정신적 건강 손상, ⑧ 직업의 장래 위험, ⑨ 근로조건의 저하, ⑩ 이상을 초래하는 목적 또는 결과이다.[42]

① 먼저 학대의 피해자인 근로자는 직장 괴롭힘의 적용 범위를 확정한다. L.1152-1조는 괴롭힘 규정의 적용대상으로 임금근로자(salarié)만을 규정하며 사용자가 공법인이더라도 근로자와 사법(私法)관계라면 동 규정의 대상이 된다. 비록 L.1152-1조가 임금근로자만을 규정하고 있지만 동 조문이 준거조항이 되어 건물관리인 등 노동법의 특례인 직군들도 적용대상이 된다(L.7211-3조 등).[43]

직장 괴롭힘에 관한 여러 파생규정에서 그 적용 범위가 확대되는데, L.1152-2조는 임금근로자 외 직업훈련생과 견습생의 경우에도 직장 괴롭힘을 거부하거나 이에 대한 증언을 이유로 한 불이익처분을 금지하고 있으며, L.1154-1조는 근로자와 직업훈련생, 그리고 견습생 외 채용지원자에게도 소송절차에서 직장 괴롭힘의 증명책임을 완화한다.

이는 L.1153-2조가 성희롱(harcèlement sexuel) 규제의 원칙적인 적용범위로 근로자 외에도 채용지원자, 직업훈련생, 비급여 생활자(non-salarié)를 포함하고 있는 것과 대조적이다.[44] 직장 괴롭힘에 관하여 불이익처분금지에서만 적용범위를 확대한 L.1152-2조는 2012년 8월 6일의 '성희롱에 관한 법률'[45] 제정 시 같이 규정된 것으로[46] 왜 직장 괴롭힘의 적용범위를 성희롱과 구분하였는지는 더 조사해

---

40) Wolter Kluwer 출판서의 주석서, Le Lamy Social 2016, Wolters Kluwer France, 2016, §3915 - Définition légales du harcèlement moral.

41) 참고로 형법전(Code pénal) L.222-33-2조도 직장 괴롭힘에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.
"권리와 존엄성을 훼손하거나 신체 및 정신적 건강을 손상하며 직업의 미래를 위태롭게 하는, 근로조건의 악화를 목적으로 하거나 또는 결과적으로 이것을 초래하는 반복적인 언동으로 타인을 괴롭히는 행위는 2년 이하의 자유형이나 30,000 유로 이하의 벌금에 처한다."
Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, Droit du travail(28 éd.), Dalloz, 2014, p.907.
노동법전과의 차이를 보면 가해자가 '모든 근로자'에 한정되지 않는 일반인으로서 근로자와 사용자 외 제3자(예: 고객)도 직장 괴롭힘의 주체가 될 수 있다.

42) Michel Blatman et al., 앞의 책, pp.310~313을 재구성함. 이하 별도의 표시가 없으면 동일함.

43) Michel Blatman et al., 앞의 책, pp.305~306.

44) Wolter Kluwber(éd.), 앞의 주석서, §3931-Champ d'application de la prohibition.

45) Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

46) Wolters Kluwer 출판사의 주석서인 Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien 2016, Wolters Kluwer France, 2016, §126-5 - Qu'est-ce que le harcèlement moral?
노동법전 L.1152-2조 "모든 근로자와 직업훈련생, 견습생은 반복적인 직장 괴롭힘 행위를 당하였거나 당하기를 거부하였다는 이유 또는 그러한 행위를 증언하거나 기술하였다는 이유로 징계를 받거나, 해고되거나, 보수, 연수, 재배치, 배치, 직무평가, 직무분류, 승진, 인사이동, 계약

볼 필요가 있다.

그렇다면 ② 피해자인 근로자는 가해자와 수직적 서열관계이어야 하는가를 살펴보면, 부하의 괴롭힘을 받고 자살을 한 근로자의 사건에서 프랑스 고등법원은 피고인인 부하직원의 경우 직장 괴롭힘의 개념 상 근로조건의 악화를 목적으로 하거나 결과적으로 초래할 위치에 있지 않기 때문에 그 성립을 부정하였으나, 대법원은 고등법원이 심판 대상 조항이 포함하지 않는 개념을 추가하였다면서 사실상의 서열 우위가 있으면 되는 것이지 그것이 직장의 직위를 말하는 것은 아니라고 판시하였다.[47]

③ 가행행위(harcèlement)는 상황에 따라 양상이 달라지는 매우 포괄적인 개념으로 사례별로 법원의 판단을 받게 된다. 여기서 쟁점이 되는 것은 사용자의 경영·인사관리(예: 업무수행방식, 구조조정, 전보 등)가 가행행위(학대)가 될 수 있는가이다. 이에 대해서는 별도의 목차로 후술한다.

④ 프랑스는 법구문상 직장 괴롭힘이 반복적일 것을 요구한다. 반복성은 직장 내 성희롱이나 일반불법행위와 직장 괴롭힘을 구분하는 요소로서 만일 괴롭힘이 반복적이지 않고 1회성에 그친다면 직장 괴롭힘이 성립하지 않는다. 또한 괴롭힘의 반복주기는 짧아야 한다. 프랑스 대법원은 근로자가 사용자의 인사 조치에 대해 여러 번 항의하였지만 사용자가 매번 묵살한 사례에서 이는 전체적인 태양에서 1회의 행위라고 보아 직장 괴롭힘을 부정하였다.[48] 그리고 반복되는 괴롭힘이 동일한 행위일 필요도 없다. 프랑스 대법원은 근로자가 이유 없이 핸드폰을 압수당하고, 매일 아침 상사의 사무실에 출두할 것을 지시받고, 자신의 업무와 관련 없는 일을 맡게 된 것은 별개의 행위이지만 반복적인 괴롭힘으로 인정하였다.[49]

그러나 괴롭힘이 반복적이지 않더라도 그 성격이 인종·민족·성적 취향·종교·신념의 차이에 의한 차별행위인 경우에는 단 1회이더라도 직장 괴롭힘으로 인정된다. 2008년 5월 27일 '차별금지 영역에서의 유럽공동체 법의 적용을 위한 조치 법률'은[50] 반복성을 제외한 직장 괴롭힘의 요건을 충적하는 행위가 법률이 금지하

갱신 기타 직·간접적 차별을 받아서는 안 된다." 만일, 동 조항을 위반할 때에는 노동법전 L.1155-2조에 따라 당사자는 1년 이하의 자유형 및 3,750 유로 이하의 벌금에 처해진다.

47) Cass. crim., 6 décembre 2011, n°10-82266. 앞서 설명한 바와 같이 프랑스는 직장 괴롭힘을 형사처벌한다(각주41). 따라서 형사부에서 판결을 내렸다.

48) Cass. soc., 26 mai 2010, n°08-43152; Auzero & Dockès, Droit du travail(28e éd), Dalloz, 2014, p.904면.

49) Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 04-41008; Claude Roy-Loustaunau, "CDD. Requalification en CDI. Licenciement. Harcèlement moral. Notion. Éléments contitutifs", Droit Social 2015, n°01, Dalloz, 2005, p.100 이하; 조임영(2012), 앞의 논문, 13면.

50) Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire

는 차별행위인 경우에는 직장 괴롭힘을 구성한다고 규정한다. 프랑스 대법원은 이를 근거로 17개월 동안 한 직책에서 근무하였던 여성 근로자가 출산휴가 후 원직 복귀를 신청하였으나 사용자가 이를 거부하고 다른 직책을 구하던 남성 근로자 2인에게 연달아 이 직책을 맡긴 사안에서 사용자에게 직장 괴롭힘을 인정하였다.

⑤ 근로자의 권리 침해에 대해서는 헌법위원회(conseil constitutionnel)의 결정문이 구체적으로 설시하고 있다. 헌법위원회는 "노동법전 L.122-49조(현 L.1152-1조 및 2조)가 부당하게 침해받는 근로자의 권리에 대해 설명하지 않았다면 노동법전 L.120-2조(현 1121-1조)가[51] 규정한 '노동에서의 인간의 권리'로 간주되어야 한다"고 밝혔고, 이를 대법원이 인용하여 개념을 정립하였다.[52]

⑥ 근로자의 존엄성을 훼손하는 대표적인 행위는 창피나 모욕을 주는 것이다. 프랑스의 국사원(Conseil d'État)은 직장 괴롭힘은 근로자의 '기본적 자유'를 침해하는 것이라고 판시하였고, 대법원은 직장 괴롭힘의 존재 유무를 떠나 노동에서의 근로자의 존엄성 원칙을 확인하였다.[53] 구체적인 사례로는 특정 근로자를 대상으로 동료 근로자들이 말을 걸지 않도록 지시하고, 지나치게 고압적인 태도를 취했으며, 난방이 되지 않고 기구들이 비치되지 않는 협소한 사무실에서 일을 하도록 한 사안에서 프랑스 대법원은 이런 행동들은 근로자의 권리 및 존엄성을 훼손한다고 판시하였다.[54]

⑦ 근로자의 건강 손상은 신체적·정신적 양 측면에서 모두 관찰되어야 한다. 특히 정신적 측면에서 많은 판례들이 직장 괴롭힘으로 스트레스 상태, 신경쇠약, 자살이 일어날 경우 이는 근로자의 정신적 건강 손상이라고 설시하였다. L.1152-1조의 법문상 건강 손상이 직접 발생하지 않더라도 손상의 위험이 나타난 경우에도 요건이 성립된다. 주의할 점은 근로자의 건강 손상이 직장 괴롭힘의 직

---

dans le domaine de la lutte contre les discriminations. 본 법률은 '괴롭힘'에 관한 법률은 아니지만 차별을 원인으로 근로자의 존엄성이나 근로환경을 훼손할 경우 적용되기 때문에 직장 괴롭힘도 차별을 이유로 하면 동 법률이 적용될 수 있다. Wolter Kluwer 출판서의 주석서, Wolters Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3915 - Définition légales du harcèlement moral.

51) 노동법전 L.1121-1조 "누구도 개인의 권리와 개인적 및 집단적 자유를 수행할 직무의 성질에 비추어 또는 추구하는 목표와 비례하여 정당화할 수 없다면 제한할 수 없다."

52) Michel Blatman et al., 앞의 책, p.312; Décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale.

53) CE, 4 octobre 2004, req. 264319, Rec. Lebon; Cass. soc., 7 février 2012, n°10-18686; Michel Blatman et al., 위의 책, pp.312~313.

54) Cass. soc., 28 juin 2006, n°03-44055; 조임영(2011), "프랑스의 노동에 있어 정신적 괴롭힘(harcèlement moral)의 규제에 관한 법리", 「노동법논총」 제22호 (한국비교노동법학회, 2011) 315면.

접적인 결과인 필요는 없다는 것이다. 직장 괴롭힘으로 인한 근로환경 악화의 결과물로 건강 손상이 일어날 수 있다.[55]

⑧ 직업상의 장래 위험은 주로 근로자의 이력 영역에서 평판의 훼손으로 일어난다. 구체적인 양태는 법관의 판단에 맡긴다.[56]

⑨ 근로조건의 저하에 관하여 '근로조건'이란 용어는 노동법전과 프랑스 대법원의 판시에서 매우 다양한 의미로 사용되지만 법문상의 일반적인 정의는 없다. 다만, L.1152-1조의 직장 괴롭힘에서의 근로조건 저하는 해석상 그 영역이 넓어 객관적·물질적 조건뿐만 아니라 근로자가 느끼는 심리적 근로조건까지 포함한다. 직장 내 안전과 건강에 관한 근로자대표조직인 안전위원회(CHSCT)는 이 영역에서 문제가 발생할 경우 조사권을 행사할 수 있다.[57]

⑩ 이상을 초래하는 목적 또는 결과에서 '목적'은 주관적 요소이고 '결과'는 객관적 요소이다. 특히 목적은 폭넓게 해석되어 해악을 끼칠 고의, 결과를 수인하는 고의, 비자발적인 고의, 인식하지 못한 고의 등으로 나누어질 수 있다. 직장 괴롭힘 성립하기 위한 고의(volonté)의 범위로 해악을 알고 행하는 수준까지 요구하는가라는 논쟁은 직장 괴롭힘의 해석에 있어 현재도 치열한 논쟁거리이다. 프랑스 대법원 사회부는 해악을 알고 행하는 고의까지는 필요하지 않고 결과를 수인하는 고의이면 직장 괴롭힘의 요건을 충족한다고 판시하였다.[58] 이에 대해 "정신적 괴롭힘은 근로자의 존엄을 침해하는 일종의 '과정'이기 때문에 가해의도의 존재는 정신적 괴롭힘의 본질적인 요소"라는 반대 견해가 있다.[59]

그러나 사회부와는 달리 프랑스 대법원 형사부는 다르게 판단하여 행위의 고의 없이는 범죄행위가 성립하지 않는다는 형법전 제121-3조를 적용하여 사용자를 처벌하기 위해서는 그의 해악의 고의를 증명해야 한다고 판결하였다.[60] 형사책임의 엄격함을 프랑스 대법원이 고려한 듯하다.

---

55) Michel Blatman et al., 위의 책, p.313.
56) Michel Blatman et al., 위의 책, p.313.
57) Woltes Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3927 – Dégradation des conditions de travail; Michel Blatman et al., 위의 책, p.311.
58) Michel Blatman et al., 위의 책, p.311.
59) Patrice Adam, "Le harcèlement moral est mort, vive le harcèlement moral?", Dr. Ouvrier, n°740, mars 2010, p.118; 조임영(2011), 앞의 논문, 317면.
60) Philippe Conte, "Harcèlement moral : les limites du pouvoir de direction du supérieur hiérarchique", Droit pénal 2015, n°10, LexisNexis, 2015; Cass. crim., 18 janvier 2011, n°10-83389; Cass. crim., 15 mars 2011 n°09-88627.

나. 괴롭힘의 효과

직장 괴롭힘이 성립한 경우 발생하는 효과는 제일 먼저 가해자에 대한 민·형사 책임을 생각할 수 있고, 사용자에게도 미치는 손해배상책임, 그리고 사용자와 근로자가 맺은 근로계약의 변화를 생각할 수 있다. 또한 괴롭힘의 과정에서 근로자가 가질 수 있는 방어권은 무엇인가도 참고할 만하다.

(1) 가해자의 책임

가해 근로자는 노동법전 L.1152-5조가 규정하는 징계책임을 진다.[61] 사용자는 즉시 가해 근로자를 징계 절차에 회부하여야 한다. 그리고 피해 근로자는 가해 근로자를 상대로 불법행위에 의한 손해배상책임을 물을 수 있다. 형사적으로는 형법전 L.222-33-2조에 따라 2년 이하의 자유형 또는 30,000 유로 이하의 벌금이 부과된다.[62]

(2) 사용자의 책임

가해 근로자의 민·형사적 책임은 사용자의 책임을 면책시키지 않는다.[63] 사용자는 상술(上述)한 L.1152-5조에 따라 가해 근로자에게 징계를 내려야 한다. 사용자가 가해자인 경우 위의 민·형사상 책임을 지는 것은 물론이다.

쟁점은 사용자가 자신의 고의·과실이 없음에도 피해 근로자에게 손해배상책임을 부담하는가이다. 프랑스 대법원은 2006년 6월 21일 'Propara'판결에서[64] 사용자는 자신의 과책 유무에 관계없이 근로자가 작업장에서 건강하고 안전하게 일을 할 수 있도록 할 의무가 있으므로 이를 위반할 시에는 손해배상을 할 것을 판시하였다. 사용자의 이러한 의무를 '결과적 안전의무(obligation de sécurité de résultat)'라 한다(L.4121-1조).[65] 결과적 안전의무는 직장 괴롭힘뿐만 아니라 근로자의 모든 작업환경에 미치는 사용자의 근로계약상의 채무이다. 보통 채무(의무)는 수단적(moyen) 채무와 결과적(résultat) 채무로 구분되는데, 수단적 채무는 채무

---

61) 노동법전 L.1152-5조 "정신적 괴롭힘 행위를 한 모든 근로자는 징계를 받는다."
62) Woltes Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3947 - Sanction à l'égard du salarié harceleur.
63) Woltes Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3947 - Sanction à l'égard du salarié harceleur.
64) Cass. soc., 21 juin 2006, n°05-43914.
65) 프랑스 노동법전 L.4121-1조 "사업주는 사업장 내 근로자들의 신체적·정신적 건강을 보호하고 안전을 책임지기 위해 필요한 모든 조치를 취해야 한다."

자(사용자)가 최선을 다한 것만으로 채무를 다 한 것이 되지만, 결과적 채무는 채무자가 반드시 채무를 이행하여야 하며 채권자(피해 근로자)에게 전적으로 책임사유가 있거나 불가항력적인 상황을 제외하고는 채무불이행 책임을 지게 된다.[66] 사용자가 근로자에게 지는 작업장에서의 안전배려의무는 결과적 채무로서 직장 괴롭힘을 당한 피해 근로자에게 사용자는 민사적 책임을 져야 한다.[67]

사용자가 결과적 안전의무가 이행하지 것이 사용자의 책임 때문이라면 이 경우 사용자는 '변명할 수 없는 과책(faute inexcusable)'이 되어 책임이 가중된다. '변명할 수 없는 과책'에 대한 법문상의 정의는 없고, 강학상 "사용자가 근로자에게 닥칠 위험을 사용자가 근로자에게 닥칠 위험을 인식했거나 인식할 수 있었음에도 불구하고, 그것을 방지하기 위한 적절한 대책을 강구하지 않았을 경우 성립하는 과실"로 설명한다. 그 효과로는 직장 괴롭힘으로 인해 근로자가 업무상 재해를 입었을 경우 프랑스 산재보험법상의 기본 급여 외 보충 급여를 받을 수 있다(사회보장법전 L.452-1조 및 L.452-2조).[68]

(3) 계약상의 효과

먼저, L.1152-3조는 직장 괴롭힘(L.1152-1조)과 직장 괴롭힘을 원인으로 한 불이익조치 금지(L.1152-2조) 규정을 위반하여, 사용자가 근로자를 해고하거나 근로계약상의 변경을 가한 경우 모든 사법적 효력을 부정한다.[69] 따라서 해고 등의 조치는 무효가 되며 해고 등으로 발생한 손해에 대해서 사용자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 만일 이 때 사용자가 무자력 상태일 때는 임금채권보장기구인 AGS가[70] 대신 지급한다.[71]

두 번째로 근로자는 사용자의 결과적 안전의무 위반을 이유로 근로계약을 정당하게 해지할 수 있다. 구체적으로 근로자는 노동법원(conseil de prud'homme)에 근로계약의 해지를 신청하거나, 판례가 인정하는 바에 따라 근로계약을 파기할 수 있다.[72]

---

66) Woltes Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3786 - L'obligation de sécurité de résultat.

67) Woltes Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3946 - Responsabilité de l'employeur des faits commis par un salarié; François Gaudu et Raymonde Vatinet, 앞의 책, p.167.

68) Dalloz 출판사의 법률용어집, Lexique des terms juridique 2011(18 éd.), Dalloz, 2011, p.368.

69) 노동법전 L.1152-3조 "L.1152-1조와 L.1152-2조의 내용에 반하는 근로계약의 파기, 또는 이에 반하는 모든 조치나 행위는 무효이다."

70) Association pour la Gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (임금채권보장체제 운영협회).

71) Michel Blatman et al., 앞의 책, pp.342～344.

72) Michel Blatman et al., 위의 책, pp.345～347; Paul-Henri Antonmatt, "Harcèlement moral", Droit Social 2015, n°1, Dalloz, 2015, p.85 이하.

(4) 근로자의 작업중지권(droit de retrait)

프랑스 노동법전 제4편은 사업장의 보건안전에 관한 규정으로 L.4131-1조는 작업 도중 근로자가 자신의 건강에 중대하고 긴급한 위험을 인지한 경우 사용자에게 이를 알리고 작업장에서 퇴거할 권리를 명시한다.[73] 이 조문이 직장 괴롭힘이라는 상황에 반드시 활용된다고 할 수는 없지만 L.4131-1조가 노동법제에 차지하는 중요성은 매우 크고 상징적이다. 만일 직장 괴롭힘이 피해 근로자의건강에 중대하고 긴급한 위험으로 다가올 경우 근로자는 작업을 중지할 수 있고, 만일 사용자가 이를 이유로 피해 근로자를 해고할 경우 그 해고는 무효이다.[74] 그러나 직장 괴롭힘이 매우 짧은 시간에 발생할 경우 근로자의 건강에 중대한 위험을 발생시킴을 증명하는 것은 현실적으로 어렵다는 견해도 있다.[75]

다. 별론 : 경영상의 괴롭힘

직장 괴롭힘의 행위 태양은 매우 다양하다. 폭력, 모욕, 욕설, 따돌림, 필요 없는 연장근무 등은 괴롭힘 행위로 쉽게 인정된다. 그러나 경영·인사관리로 행해진 구조조정(경영상 이유에 의한 해고 또는 휴직)과 전보, 그리고 업무수행 방식 등이 직장 괴롭힘으로 받을 수 있는지는 쉽게 판단할 수 없다. 근로자에게 불리한 구조조정과 전보 등이어서 근로자가 고통스럽더라도 사용자의 정당한 인사권 내일 수도 있고 만일 부당한 구조조정과 전보여서 우리「근로기준법」제23조 제1항에 의해 무효가 되더라도 그것이 곧바로 직장 괴롭힘의 요건을 구성하는 것이 아니다.

앞으로 우리의 입법 과정에서도 직장 괴롭힘의 행위 유형으로 경영·인사관리상의 조치를 법문 또는 해석상 포함할 것인지에 대해 많은 논쟁이 예상된다. 프랑스는 법문으로 경영·인사상의 괴롭힘을 규정하고 있지는 않지만 대법원이 2009년 11월 10일의 판결(HSBC France 사건)에서[76] '경영상의 괴롭힘(harcèlement managérial)'을 인정한 이후 확고히 정착되었다.[77] 이는 프랑스 대법원이 직장 괴

73) 노동법전 L.4131-1조 "근로자는 합리적인 이유로 자신의 생명과 건강에 중대하고 급박한 위험이 있다고 생각하거나 예방체계 내 결함이 발생한 경우 사용자에게 즉시 알릴 수 있다. 근로자는 위와 같은 상황에서 대피할 수 있다."

74) François Gaudu et al, 앞의 책, p.170.

75) 조임영(2012), 앞의 책, 27면.

76) Cass. soc., 10 novembre 2009, n°08-41497.

77) Cass. soc., 19 janvier 2011, n°09-67463; Cass. soc., 3 février, n°08-44107; Cass. soc., 28 mars 2012, n°10-24441 등.

롭힘의 구성 요건으로 가해의사를 요구하지 않기 때문에 가능하였다.[78] 위 판결의 사실관계를 보면 피해 근로자를 따돌리기 위해 관리자가 피해 근로자에게 직접 지시를 내리지 않고 게시판이나 다른 직원들을 통해 전달한 사안에서 관리자는 그것이 회사의 경영방식일 뿐이라고 주장하였다. 프랑스 대법원은 이에 대해 "상하 관계에서의 경영상 조치가 반복된 행위로서 근로자의 존엄성과 권리를 해할 근로조건의 하락을 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래할 경우 직장 괴롭힘이 성립한다"고 판시하였다.[79] 또한 다른 사안에서 그런 인사상 조치의 목적이 근로자의 능력 향상 등 정당하다고 하더라도 직장 괴롭힘 성립에 상관이 없으며, 그것이 사업장 내 관행이더라도 직장 괴롭힘의 요건이 충족되어 관행을 따른 다수의 근로자들도 처벌을 받아야 한다고 판결하였다.[80]

경영·인사관리상의 조치가 직장 괴롭힘이 된다는 것을 증명하기란 쉽지 않고 피해 근로자가 증명책임을 지기 때문에, 프랑스 대법원은 증명책임을 완화하기 위해 괴롭힘의 상황이 복구되지 않는다면 법률상의 제재(형벌 또는 행정벌) 여부에 주목한다. 즉, 그 상황이 법률상의 제재를 받는다면 직장 괴롭힘을 추정할 수 있다.[81]

작업명령의 하달 방식과 업무방식이 근로자의 존엄성과 기본권을 훼손하여 직장 괴롭힘을 성립하는 것은 쉬운 일이다. 그러나 경영상 이유에 의한 해고 와 휴직 또는 전보 명령 등은 그 성립 여부에 대해 다툼이 많고 증명 또한 쉽지 않을 것이다. 사견으로 프랑스의 직장 괴롭힘 개념 중 핵심요소인 '반복성'이 그 판단의 잣대가 될 수 있다고 생각한다. 정당한 구조조정과 전보 명령 등은 특정 근로자 1인 또는 집단을 대상으로 반복적으로 행해지지 않는다. 특정인 또는 집단을 길들이기 위해 구조조정을 빌미로 명예퇴직 종용을 반복한다든지, 연고가 없거나 담당직무와 관련 없는 지역 또는 보직으로의 전보 명령을 여러 번 행한다면 이는 정당한 경영·인사관리의 범위를 넘어 직장 괴롭힘이 성립할 수 있을 것이다.

3. 사용자의 예방의무 및 정보제공의무

프랑스 노동법전은 직장 괴롭힘을 다루는 편제에서 사용자의 직장 괴롭힘 예방

---

78) Wolters Kluwer 출판서의 주서석인 Le Lamy santé sécurité au travail 2016, Wolters Kluwer France, 2016, §545-28 Auteurs du harcèlement moral.

79) 판결의 사실관계를 보면

80) Cass. soc., 28 mars 2012, n°10-24441.

81) Dominique Asquinazi-Bailleux, "Risque psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise", la Semaine juridique Social, n°40, 2010. 10, p.1393 이하.

과 정보제공의무를 규정하고 있다(L.1152-4조).[82] 이 의무의 내용은 사업장의 안전과 건강을 규정하는 편제에서 구체적으로 나타난다. 직장 괴롭힘에 대한 직접적인 예방규정과 함께 사업장 안전과 건강을 위한 예방규정으로서 직장 괴롭힘 환경에도 적용될 수 있는 내용들을 살펴보면 다음과 같다.[83]

노동법전 L.4121-1조는 작업 중 근로자의 안전과 건강을 위한 예방조치의 일반규정으로 사용자에게 다음과 같은 의무를 부과한다. 사용자는 첫째, 작업상 위험과 통증을 일으키는 요소들을 예방하여야 하고, 둘째, 관련 정보를 제공하고 교육을 해야 하며, 셋째, 직장 괴롭힘을 예방하는데 적합한 조직과 수단을 만들어야 한다.

그리고 L.4121-2조는 위 예방조치의 구체적인 방법들을 제시하는데 그 중 제7호는 "기술, 근로자조직, 근로조건, 사회적 관계 및 주변 환경의 영향"을 고려하여 예방조치를 수립할 것을 규정하면서 제7호의 주변 환경의 영향은 직장 괴롭힘과 성희롱을 포함함을 명시하고 있다.

사용자의 위와 같은 의무는 취업규칙에도 기재된다. 사용자는 취업규칙에 직장 괴롭힘에 대한 예방조치를 명시하여야 한다(L.1321-2조). 이로써 사용자의 예방의무는 한층 더 강제성을 띠게 되고, 피해 근로자는 이를 근거로 사용자에게 손해배상을 청구할 수 있다.[84]

4. 직장 괴롭힘에 대한 집단적 대응

가. 종업원대표의 역할

프랑스는 근로자조직으로 노동조합 외 '종업원대표(délégué du personnel)'와 '기업위원회(comité d'entreprise)', 그리고 '위생안전근로조건위원회(CHSCT)'를 구성하고 있다. 사업장 규모가 근로자 10인 이상일 때에는 종업원대표를 선출하여야 하고, 50인 이상일 때에는 더불어 기업위원회를 구성하여야 한다. 양 조직은 그 역할이 유사하여 종업원대표가 기업위원회의 근로자위원을 겸직하기도 한다. 안전위원회(CHSCT) 역시 50인 이상의 사업장은 의무적으로 설치하여야 한다. 안전위

82) 노동법전 L.1152-4조 "사용자는 정신적으로 괴롭히는 행위를 예방하기 위해 필요한 모든 조치들을 취해야 한다. L.1152-2조의 근로자 등은 형법 제222-33-2조에 명시된 모든 조치에 대한 정보를 제공받아야 한다."

83) 이하 사용자의 예방의무에 대해서는 Michel Batman et al. 앞의 책, p.331과 Wolters Kluwer(2016a)(éd.), 앞의 주석서, §3932 – Obligation de prévention du chef d'entreprise 참조.

84) Loïc Lerouge, "프랑스 노동법에서의 직장내 괴롭힘", 「국제노동브리프」 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014, 33면.

원회의 근로자위원 역시 종업원대표 또는 기업위원회의 근로자위원이 겸직할 수 있다.[85]

먼저 종업원대표는 근로자가 직무의 성질상 또는 목적상 정당화되지 못하는 신체·정신적 침해를 받을 경우 사용자에게 이의를 제기할 수 있다. 법문은 신체·정신적 침해가 직장 괴롭힘의 결과물일 수도 있음을 명시한다. 근로자에게 신체·정신적 침해가 발생할 경우, 사용자는 즉시 종업원대표와 공동으로 조사를 실시하고 상황을 개선하기 위한 조치를 취해야 한다. 만일 사용자가 근로자의 침해 사실을 인정하지 않거나 개선 조치를 실행하지 않을 경우, 종업원대표는, 피해 근로자가 반대하지 않는다면, 노동법원에 위 상황을 개선하기 위한 긴급처분을 신청할 수 있다. 판사는 이를 인정할 경우 적절한 처분을 내려야 하고 사용자에게 벌금을 부과할 수 있다(이상 L.2313-2조).

이상 요약하자면 종업원대표의 권한은 사용에 대한 이의제기권과 조사권, 그리고 법원에 대한 긴급처분 신청권으로 정리될 수 있다.

나. 위생안전근로조건위원회의 역할

프랑스 노동법전은 안전위원회의 일반적인 역할로 ① 해당 기업 및 하청기업 근로자들의 신체적·정신적 건강과 안전을 보호하고, ② 여성 노동과 모성보호를 포함한 근로조건의 향상을 꾀하고, ③ 관련 분야의 법규정 준수 여부를 감시할 것을 규정한다(L.4612-1조). 이런 활동의 일환으로 안전위원회는 사용자의 의무인 사업장의 재해예방 교육에 참석할 수 있다. 그리고 교육에 직장 괴롭힘과 성희롱 방지가 포함될 것을 요구할 수 있다. 사용자가 안전위원회의 교육 참여를 거부하기 위해서는 정당한 이유가 있어야 한다.(L.4612-3조).[86]

직장 괴롭힘의 직접적인 내용은 아니지만 사용자는 근로자의 건강과 안전에 관한 주요한 근로조건을 변경할 경우 안전위원회와 협의해야 하며, 특히 근로자의 보직이나 생산설비, 조직, 작업속도, 급여를 변경할 때에는 더욱 그러하다(L.4612-8조). 앞서 근로자의 보직 변경 등 경영상의 관리도 경우에 따라서는 직장 괴롭힘이 될 수 있기 때문에 이를 예방하기 위해 안전위원회는 사용자와 협의권을 가진다고 해석될 수 있다.

---

85) 이하 직장 괴롭힘에 대한 종업원대표와 안전위원회(CHSCT)의 권한은 Michel Batman et al, 앞의 책, pp.332～333.

86) François Duquesne, Droit du travail(12 éd.), Gualino, 2016, pp.238～239.

5. 직장 내 괴롭힘에 대한 피해 구제절차

가. 소송 전 조정절차

직장 괴롭힘의 피해 근로자는 가해 근로자를 상대로 손해배상책임을 물을 수 있다. 이 때 근로자의 손해배상을 신속하게 하기 위해 본소를 제기하기 전 조정절차를 이용할 수 있다. 가해 근로자도 피해 근로자를 상대로 조정을 신청할 수 있으며 조정인은 양 당사자의 합의로 결정한다. 그러나 양당사자는 조정인의 조정안을 받아들일 의무는 없다. 조정이 이루어지지 않은 경우 조정인은 피해 근로자와 가해 근로자에게 이후 절차상의 권리와 제재를 고지하여야 한다(L1152-6조).[87] 본 규정의 내용에 사용자는 포함되지 않기 때문에 사용자와의 분쟁에서는 조정절차를 활용할 수 없다.

나. 소송 절차

피해 근로자가 가해 근로자 또는 사용자에게 손해배상의 소를 제기한 경우 일반 민사절차와는 다른 특례가 적용된다.

첫 번째는 증명책임의 완화이다. 직장 괴롭힘과 성희롱에 관해서 피해 근로자(직업훈련생과 견습생 포함)는 괴롭힘의 존재를 '추정'할 수 있는 사실만을 제시하면 된다. 이에 대해 피고인 가해 근로자와 사용자는 피해 근로자가 제시한 사실들이 객관적으로 괴롭힘과 관계없다는 것을 증명하여야 한다(L.1154-1조).[88]

두 번째는 노동조합의 소송대리이다. 기업 내의 대표성을 인정받은 노동조합은 피해 근로자와 서면 합의 후 그를 대신하여 모든 소송행위를 할 수 있다. 피해 근로자는 참가인으로 재판에 참여할 수 있으며 언제든지 노동조합에 대한 소송위임을 철회할 수 있다(L.1154-2조).[89] 피해 근로자를 보조하는 것을 넘어 근로자조직이 그를 직접 대리할 수 있도록 한 점이 특이하다.

---

87) Michel Blatman et al., 앞의 책, p.333; Wolters Kluwer(2016a), 앞의 주석서, §545-56 - Prévention des conflits relatifs au harcèlement moral par la médiation.

88) Wolters Kluwer(2016a), 앞의 주석서, §4070 - Aménagement de la charge de la preuve; Cass. soc., 15 novembre 2011, n°10-30463.

89) Wolters Kluwer(2016c), Le Lamy prud'homme 2016, Wolters Kluwer France, 2016, §1186 - Harcèlement sexuel et moral.

IV. 결론 - 입법의 방향

1. 프랑스 법제의 시사점

프랑스의 직장 괴롭힘에 대한 법제가 우리에게 주는 시사점을 생각하면 다음과 같다.

첫째, 직장 괴롭힘의 성립 요건과 효과를 법률상의 명문으로 규정하였다는 점이다. 그럼으로써 일반불법행위의 요건으로는 규제하기 힘들었던 직장 괴롭힘을 독립적인 요건으로 포섭하게 되었고, 민·형사상 효과도 명확하게 규정할 수 있었다.

둘째, 직장 괴롭힘의 개념으로 근로자의 존엄과 권리를 요건으로 하였다는 점이다. 근로자의 '정신적' 침해를 자칫 근로자의 정신적 '고통'으로만 국한하여 해석할 수 있는데, 직장 괴롭힘의 본질이 근로자의 '존엄과 권리' 침해라는 점을 분명히 하였다. 그리고 침해 결과뿐만 아니라 침해의 위험 야기만으로도 직장 괴롭힘이 성립될 수 있다는 점도 유의미하다.

셋째, 직장 괴롭힘 개념의 연장선으로 '경영상 괴롭힘'을 인정하고 있다. 사용자와 중간 관리자의 재량으로 인정될 수 있는 경영·인사상의 관리 행위라도 직장 괴롭힘이 규정하는 요건에 부합한다면, 괴롭힘으로 인정하여 직장 괴롭힘의 사각지대를 소멸시켰다.

넷째, 사용자의 예방의무를 강화하였다는 점이다. 노동법전 내 사업장에서의 건강과 안전에 관한 일반규정이 있지만, 특별히 괴롭힘에 관한 편제에서 직장 괴롭힘에 대한 예방과 정보제공의무를 부여하고 있다. 또한 총칙규정에서도 근로환경 악화의 예시로 직장 괴롭힘을 명시한다.

다섯째, 근로자조직의 개입이다. 직장 괴롭힘의 사후 구제 수단으로서 노동조합의 근로자 소송 대리와 종업원대표의 이의제기·조사 및 긴급처분 신청, 그리고 사전적 구제 수단으로서 안전위원회의 교육 참여와 협의권은 대부분 개인인 피해 근로자와 가해 근로자·집단과의 힘의 균형을 맞추어 준다.

여섯째, 작업중지권이다. 작업중지권은 앞서 언급한 바와 같이 직장 괴롭힘을 전제로 한 규정이 아니며, 직장 괴롭힘으로 발생하는 정신적 침해가 근로자의 건강에 중대하고 긴급한 위험 상황을 일으키는지 객관적으로 판단하기가 매우 힘들다. 그러나 작업중지권은 프랑스 법제에서 근로자가 스스로 행할 수 있는 사전적 구제수단이라는 점에서 의의가 크다. 직장 괴롭힘을 규제하는 최고의 방안이 바로 사전 예방인 만큼 괴롭힘으로 인한 정신적 침해 가 더 악화되어 근로자의 신체·정신적 건강에 심각한 위해가 오기 전에 근로자는 스스로 이를 방어할 권리를

가져야 한다.

이 외에도 프랑스 법제의 특징으로는 직업 괴롭힘에 관한 근로자의 이의제기 등에 대한 사용자의 불이익취급 금지와 형사처벌 규정이 있지만, 이는 우리 노동법제에서도 동일하게 적용되는 원리라 생각한다.

2. 입법의 형태와 목적 및 내용

직장 괴롭힘이 심각한 사회문제가 됨에 따라 지난 19대 국회부터 이를 규제할 입법안이 상정되었고, 현 20대 국회에도 이인영 의원안의 '근로기준법 일부개정법률안(의안번호 2000318)'이 계류 중이다.

먼저 입법의 형태로서 직장 괴롭힘에 대한 외국의 제도는 5가지 유형으로 나눌 수 있다. "① 별도의 입법 없이 행정지침과 정책을 통해 규율하는 유형(일본, 독일), ② 산업안전보건법규의 일부에 편입시켜 입법하는 유형(노르웨이), ③ 별도의 괴롭힘 금지법을 제정하는 유형(스웨덴), ④ 차별금지법과 괴롭힘 금지법을 병행하는 경우(영국), ⑤ 차별금지법상의 괴롭힘 금지 규정만 있는 유형(미국)"이다.[90]

생각건대, 행정지침과 정책만을 통해 규율하는 방안은 규범성이 약하여 직장 괴롭힘을 대처하는 사회 인식을 크게 개선하지 못할 것이다. 따라서 법률의 방식으로 이루어져야 하며, 여기서 다시 여러 형태가 논의될 수 있다. 먼저 괴롭힘에 관한 단독법률은 일반적인 스토킹 규제 법률과[91] 혼동될 수 있고, 근로자에 대한 괴롭힘을 별도의 장으로 규정한다고 하더라도 기존 「남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률」에서 금지하는 성희롱의 영역과 중복된다. 또한 직장 괴롭힘의 본질이 사업장 내 사실적인 힘의 우열관계에서 비롯된다는 것을 감안하면 별도의 영역에서 다루어져야 한다. 비슷하게 차별금지법과의 관계에서도 직장 괴롭힘이 인정되기 위해서는 행위의 목적과 태양이 차별적이어야 한다는 한계가 있어 직장 괴롭힘의 다양한 형태를 막기에는 부족하다고 판단된다.

산업안전보건법규로 규제하는 방안은 직장 괴롭힘 대처의 가장 좋은 방법은 사전 예방이며 직장 괴롭힘이 사무문화가 아닌 근로자의 건강과 안전에 직결된 위

---

90) 구미영 등, 앞의 보고서, 217면. 다만 동 보고서는 프랑스를 ②유형으로 예시하고 있으나 Loïc Lerouge, 앞의 책, 31면은 프랑스는 2002년 1월 17일의 사회선진화법으로 직장 괴롭힘만을 다루는 법을 가지고 있다고 설명한다. 따라서 프랑스의 법제는 ③유형이다. 다만, 프랑스는 단일법전(code) 체제로 독립된 법률(loi)이 만들어진 후 법전에 편입된다. 따라서 법률의 주요 내용들은 법전의 산업안전편 등 여러 편제에 분산된다.

91) 제20대 국회 김삼화 대표발의 '지속적 괴롭힘범죄의 처벌 등에 관한 특례법안(의안번호 2002641)' 참조.

법행위라는 점을 잘 부각시켜 준다. 그러나 프랑스가 직장 괴롭힘에 관한 규정을 노동법제 내 별도의 편제와 산업안전 편제로 나눈 것은 직장 괴롭힘이 산업안전적 측면만 있는 것이 아니기 때문이다. 이는 직장 괴롭힘의 핵심적 개념이 근로자의 존엄과 권리 침해이기 때문이라고 생각한다. 산업안전적 측면은 근로자의 건강과 안전에 중심추를 기울이기 때문에 직장 괴롭힘의 다양한 측면을 포괄하지 못한다.

따라서 직장 괴롭힘은 노동 법률의 내용으로 규제하는 것이 타당하다. 국회 상정안과 같이 노동법제의 기본법인 「근로기준법」의 일부개정방식도 좋지만 동법 제2조 제1호의 근로자 개념이 너무 협소하다는 단점이 있다. 고전적인 근로자 외에도 동일한 사업 내 특수형태고용종사자 등도 사실상의 종속적 영향력으로 인격적 괴롭힘을 받고 있다. 그리고 채용지원자들도 합숙면접을 하며 압박면접이란 기괴한 위장 아래 반복적인 괴롭힘을 당하고 있다. 따라서 '직장 괴롭힘 금지와 예방과 관한 법률'이라는 단일 법제로 나아가야 한다.

만일 「근로기준법」의 일부개정 형식으로 이루어진다면 상정안처럼 신설조항을 제15조의2로 '제2장 근로계약편'에서 규정하여서는 안 된다. 직장 괴롭힘의 침해 영역이 근로자의 존엄과 권리라는 점을 생각하면 '제1장 총칙' 중 제8조(폭행의 금지) 아래 제8조의2로 들어가야 한다. 이하 국회 상정안의 내용과 비교하며 입법의 방향을 제시하면 다음과 같다.

직장 괴롭힘의 정의를 생각하면 국회 상정안은 배경으로서 '업무상의 우열관계 또는 다수의 우월성', 침해 대상으로 '근로자의 신체적·정신적 건강' 또는 '인격'으로 규정한다. 침해 영역으로 근로자의 인격을 포함한 것은 근로자의 신체적·정신적 건강에 가시적인 훼손이 없더라도 근로자의 인격 침해가 객관적으로 인정될 경우 직장 괴롭힘이 성립된다는 점에서 바람직하다. 그러나 힘의 우열관계를 업무상의 우열로 판정하는 것은 자칫 직책으로만 판단할 염려가 있다. 앞서 프랑스 대법원의 판시처럼[92] 부하직원의 괴롭힘도 엄연히 존재하기 때문에 '업무상'이라는 요건 대신 '실질적인' 우열관계로 변경하는 것이 좋다.

그러나 국회 상정안의 개념 중 중 가장 큰 문제는 근로자의 '인격 침해'와 '신체적·정신적 건강 훼손'을 동일선상으로 취급한다는 점이다. 근로자들이 직장 괴롭힘에서 받는 가장 큰 고통은 하나의 인격으로서 존중받지 못하는 자괴감이라 생각한다. 건강의 훼손보다는 '사람으로서 대접'받지 못함이 더욱 고통스럽다. 따

92) Cass. crim., 6 décembre 2011, n°10-82266.

라서 직장 괴롭힘의 침해 대상은 '근로자의 인격(존엄)과 권리'이며 신체적·정신적 건강훼손은 구체적인 발현 형태로 보아야 한다.

프랑스의 직장 괴롭힘의 개념 중 핵심은 행위의 '반복성'이었다. 국회 상정안도 직장 괴롭힘의 유형으로 규정한 제1호 내지 제6호 중 대통령령으로 정하는 제6호를 제외하고는 모두 반복성을 요구하고 있다. '반복성'은 직장 괴롭힘을 직장 내 폭력과 구분하는 중요한 요소이기 때문에 개념적 요소로 타당하다.

이와 연계하여 「근로기준법」 제8조의 '폭행' 개념을 '폭력'으로 개정하여야 한다.[93] 동법 제8조의 폭행이 물리적인 폭행뿐만 아니라 모욕과 같은 정신적 침해까지도 포함하는지에 대해서는 이론이 분분한다.[94] 따라서 그 범위를 명확히 하기 위해 정신적 침해까지도 포함할 수 있는 '폭력'으로 개정하여야 하고, 직장 괴롭힘의 행위가 반복성을 띠지 않지만 그것이 '폭력'인 경우에는 「근로기준법」 제8조로 규제할 수 있어야 한다. 또한 행위의 주체도 사용자에서 확대하여 동일한 사업 내라고 인정될 수 있는 모든 구성원을 포함하여야 한다. 참고로 한국산업안전보건공단이 '작업장의 폭력리스크 관리 지침」에서 밝히는 폭력과 폭행의 정의를 보면, '폭력(violence)'이란 "신체적, 정신적인 공격행위 등 비합법적인 방법으로 행사하는 정신적 또는 물리적 강제력"을 말하며, "폭행(Assault)"은 "고의적으로 남을 해치려는 의도 및 신체적 손상"을 의미한다.[95]

직장 괴롭힘의 정의규정으로 국회 상정안이 프랑스 법제와 가장 다른 점은 직장 괴롭힘의 방법을 열거하였다는 점이다. 소외, 업무배제, 불필요한 업무지시, 인격모욕, 명예훼손 등의 방법을 열거함으로써 막연하게 확대될 수 있는 괴롭힘 행위의 외연을 고정할 수 있다는 장점이 있고,[96] 제5호의 시행령 제·개정으로 앞의 행위들이 포섭하지 못하는 직장 괴롭힘도 규제할 수 있도록 하였지만, 괴롭힘의 방식은 매우 다양하고 법관의 규범적 판단이 들어갈 여백이 없다는 점에서 여전히 피해의 사각지대가 발생할 수 있다. 따라서 프랑스처럼 법관의 보충적 해석이 가능한 추상적인 일반규정 형식으로 제정되어야 한다.

직장 괴롭힘은 힘이 앞선 사람이 약한 사람에게, 다수가 소수에게 행하기 때문

93) 현 「근로기준법」 제8조(폭행의 금지) 사용자는 사고의 발생이나 그 밖의 어떠한 이유로도 근로자에게 폭행을 하지 못한다.

94) 각주 14) 참조.

95) 한국산업안전보건공단, 「작업장의 폭력리스크 관리 지침」, 2012. 6, 2면.

96) 이 유형들이 한국사회에서 두드러지게 나타내는 직장 괴롭힘 방법으로 우리 고유의 직장 문화를 반영한 것이라 생각한다.

에 괴롭힘을 은폐하기 쉽고 피해자는 증거 수집이 곤란하다. 또한 괴롭힘이 경영·인사상의 관리 행위로 나타날 경우 가해자의 행위가 직장 괴롭힘이라는 것을 증명하기도 힘들다. 따라서 피해 근로자의 증명책임을 완화하여 주어야 한다. 프랑스는 법률의 명문으로 이를 인정한다. 즉, 근로자 측이 직장 괴롭힘으로 추정되는 행위 사실을 증명하면, 책임을 지게 되는 가해 근로자 또는 사용자가 그 행위의 목적 정당성을 반증하여야 한다. 동일하게 국회 상정안도 "원고(피해자)는 괴롭힘이라고 추정하는 사실을 밝혀야 하고, 그 사실과 관련하여 피고(가해자)는 '괴롭힘'이 아니며 괴롭힘과 무관하다는 점을 입증해야 한다"고 제안한다.

국회 상정안에는 없지만 프랑스 모델에서 고려해 볼 것으로 근로자조직의 역할과 작업중지권이 있다. 먼저 근로자조직의 보조는 기울어진 힘의 우열관계에서 열위의 근로자를 뒷받침해 줄 디딤돌로서 반드시 필요하다. 근로자조직의 역할은 사전적 예방과 사후적 구제로 나누어 볼 수 있는데 사전적 예방에서 근로자조직은 사용자에게 직장 괴롭힘을 예방하는 교육 참여와 환경 요소 제거를 위한 이의제기를 주장할 수 있고 관련 정보에 대한 접근권을 가져야 한다. 사후적 구제수단으로는 피해 근로자가 근로자조직에게 요청할 경우 가해 근로자의 징계 절차에 참석하여 피해 근로자를 대리하여 징계양형 또는 구제수단을 주장할 수 있어야 한다. 또한 직장 괴롭힘이 소송으로 발전할 경우 보조참가인으로 관여할 수 있어야 한다. 근로자조직의 형태로는 노동조합을 우선으로 하되 노동조합이 조직되지 않는 사업에서는 노사협의회의 근로자위원을 생각할 수 있다.

작업중지권은 근로자가 건강에 대한 중대·긴급한 위험을 주관적으로 잘못 판단할 우려가 많고 근로자 스스로가 악용할 수도 있다. 그러할 경우 근로자에 대한 징계 문제가 발생하기 때문에 쉽게 도입하기 힘들다. 그러나 직장 괴롭힘을 포함하여 근로자가 작업 도중 생명과 신체의 중대하고 긴급한 위험이 도래하였을 때 작업을 중단하는 것은 헌법상 생명권의 행사로 보아야 한다. 작업중지권은 인정하되 객관적인 근로자의 입장에서 중대·긴급한 위험의 발생이 예상되지 않음에도 불구하고 악용할 경우 사용자의 징계권을 인정하는 것으로 제도화를 모색해 볼 수 있다.

마지막으로 강조 및 제언할 것은 헌법의 개정이다. 정치적 민주주의는 권력을 대상으로 인간이 인간답게 살기 위해 투쟁한 역사의 산물이다. 그러나 이 민주주의가 삶의 대부분을 보내는 일터에서는 작동하지 않는다. 우리 헌법 제32조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다"고 규정하

여 근로자의 존엄성을 보장하는 수단을 '근로조건'으로 한정하고 있다. 그리고 근로자의 권리에 관한 제32조에는 근로자의 '신체적·정신적 건강권' 보장에 관한 내용이 없다. 따라서 헌법이 개정될 경우 일터에서 사람이 사람답게 일할 수 있도록 국가와 국민은 근로자의 인격적 존엄과 권리가 훼손되지 않도록 하여야 할 것과 신체적·정신적 건강권을 보장하는 규정을 제정하여야 한다.

인간은 삶의 대부분을 노동을 하며 살아간다. 노동을 통해 가족을 부양하고 스스로의 존재 가치를 깨닫는다. 따라서 경제적 가치와 인격의 존엄성을 위해 노동은 지속가능하여야 한다. 만일 노동 현장에서 자신의 존재 가치를 부정당한다면 매우 끔찍한 일이 아닐 수 없다. 근로자가 일터를 향해 즐거운 마음으로 발걸음을 옮기는 날이 오기를 기대한다.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

양 승 엽

직장 괴롭힘, 인간의 존엄, 정신적 건강, 신체적 건강, 인격권, 사용자책임, 안전배려의무

【참 고 문 헌】

강희원,「노동헌법론」, 법영사, 2011.

구미영/천재영/서유정/정슬기,「여성근로자에 대한 직장 내 괴롭힘의 실태와 보호 방안」, ㈜휴먼컬처아리랑, 2016. 4.

김철수,「헌법학신론(제20전정신판)」, 박영사, 2010.

박지순/서윤희/이승헌/장원선((사)노동법이론실무학회),「근로자에 대한 가학적 인사관리 등 관련 사례분석 및 입법례 연구」, 고용노동부 연구용역사업보고서, 2014. 12.

서유정/김수진/이지은,「직장 따돌림의 실태 조사와 방지 방안 연구: 제조업을 중심으로」, 한국직업능력개발원, 2014. 9.

서유정/이지은,「국내 직장 괴롭힘의 실태분석 및 대응방안 연구」, 한국직업능력개발원, 2016. 9.

한국산업안전보건공단,「작업장의 폭력리스크 관리 지침」, 2012.

한국산업안전보건공단,「직장 폭력 예방 가이드」, 2009.

강성태, “내부고발자에 대한 ‘직장 내 괴롭힘’과 손해배상책임 - 부산지방법원 2009. 12. 18. 선고 2008가단167281 판결”,「노동법학」 제35호, 한국노동법학회, 2010. 9.

노상헌, “일본의 직장 내 괴롭힘에 대한 법적 쟁점”,「노동법논총」 제26호, 한국비교노동법학회, 2012.

이수연, “사업장 내 괴롭힘 및 폭력: 우리 법체계상의 한계와 개선방향”,「사회법연구」 제31호, 한국사회법학회, 2017.

조임영(2011), “프랑스의 노동에 있어 정신적 괴롭힘(harcèlement moral)의 규제에 관한 법리”,「노동법논총」 제22호, 한국비교노동법학회, 2011.

조임영(2012), “직장 내 괴롭힘과 프랑스 노동법”,「노동법논총」 제25호, 한국비교노동법학회, 2012.

Loïc Lerouge, “프랑스 노동법에서의 직장내 괴롭힘”,「국제노동브리프」 2014년 9월호, 한국노동연구원, 2014.

Bruno Lefebvre et Matthieu Poirot, Stress et risques psychosociaux au travail,

Elsevier Masson, 2011.

Dalloz, Lexique des terms juridique 2011(18 éd.), Dalloz, 2011.

François Duquesne, Droit du travail(12 éd.), Gualino, 2016.

François Gaudu et Raymonde Vatinet, Droit du travail(5 éd.), Dalloz, 2013.

Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, Droit du travail(28 éd.), Dalloz, 2014.

Michel Blatman, Pierre-Yves Verkindt et Sylvie Bourgeot, L'état de santé du salairé(3éd.), Editions Liaisons, 2014.

Wolters Kluwer(2016a), Le Lamy Social 2016, Wolters Kluwer France, 2016.

Wolters Kluwer(2016b), Le Lamy santé sécurité au travail 2016, Wolters Kluwer France, 2016.

Wolters Kluwer(2016c), Le Lamy prud'homme 2016, Wolters Kluwer France, 2016.

Wolters Kluwer(2016d), Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien 2016, Wolters Kluwer France, 2016.

Claude Roy-Loustaunau, "CDD. Requalification en CDI. Licenciement. Harcèlement moral. Notion. Éléments contitutifs", Droit Social 2015, n°01, Dalloz, 2005.

Dominique Asquinazi-Bailleux, "Risque psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise", La Semaine juridique Social, n°40, 2010. 10.

Paul-Henri Antonmatt, "Harcèlement moral", Droit Social 2015, n°1, Dalloz, 2015.

Philippe Conte, "Harcèlement moral : les limites du pouvoir de direction du supérieur hiérarchique", Droit pénal 2015, n°10, LexisNexis, 2015.

Abstract

A proposal to legislate worker's protection against bullying in the workplace
-compared with the French legislation

Yang, Seung Yub

The harassment(or bullying) in the workplace is caused in not only the individual conflict, but also the institutional elements affected by the economic-social circumstance and company culture. The damage of harassment is easily to be concealed because the measures of bullying are shown up on the mental invasion as well as the physical invasion. By occasion of harassment in the workplace, serious economic losses are expected, but the reason we legislate the regulations about the bullying is that it breaks up the labourer's dignity at work.

In the French legislation on protection and prohibition of the harassment in the workplace, the concept of bullying is definitely defined to explicate that the aims of legislation of bullying is to protect the worker's dignity and rights in the workplace. An extension of conception, the managemental harassment, which is often regarded as the employers' or supervisors' discretionary authorities in the companies' management system, admitted illegally.

In addition, worker's organizations such as CHSCT and Employees' Delegators are concerned on the protecting and prohibiting the harassment in the workplace, and Employees' Delegators are specially involved in the situation of bullying.

Compared with our occupational safety's regulation, the French legislations provided an unique means for workers. The worker in the risk which threatens his(her) physical or mental health could retreat in the workplace.

Accepting the merits of French legislation, such proposals would be considered to make the draft form on the harassment in the workplace.

Firstly, the benefit and protection of the law on the harassment should be to ensure

the worker's dignity and rights at work. In other words, the law makes sure that workers could do their jobs to be treated as human beings.

Secondly, separate law should be made independently on Labour Standard Act to extend the scope of the concept on worker in the workplace. The dependent self-employees and applicants for the job should be included in workers protected from bullying.

Thirdly, the important concept of harassment in the workplace is 'repeatability' distinguished from assaults in the Labour Standards Act. Our new regulation on bullying should also contain the concept of repeatability, but the concept of assaults should be replaced by the violence to penalize the harassment not repeatedly.

Fourthly, the characteristics of bullying are revealed in various ways. So the definition of harassment in workplace should be prescribed very widely for judges to interpret various types of bullying.

Fifthly, worker's burden of proof should be lightened to prove the illegality of harassment because the methods of bullying are so tactful that the evidence of bullying is too difficult to find. It is sufficient for worker to submit the proof presumed as action of harassment.

Sixthly, the workers' representatives such as labour unions should be involved in the process of protecting and treating the harassment in the workplace to make up for worker's subordinate position in the company.

Seventhly, the right to retreat in the workplace should be admitted on penalty of enduring the disciplinary actions of employers due to worker's unjustified retreat.

Finally, in amending the Constitutional Law, the duty of state and citizens to protect the worker's dignity at work and the right to health in the workplace should be enacted in the new Constitutional Law.

Yang, Seung Yub

Bullying, Mobbing, Harrassment in the workplace, Worker' s dignity, Mental health, Physical health, Human rights, Employer' s liability, Duty of safe consideration

전자동화 행정행위에 관한 연구

-독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로-

이 재 훈*

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
1. 생활세계의 디지털화와 행정의 디지털화
2. 행정의 디지털화의 일환으로서 전자동화 행정행위
Ⅱ. 연방행정절차법 상 행정의 디지털화 및 자동화
1. 기존의 연방행정절차법 상 디지털 기술을 이용한 행정작용
2. 과세절차 현대화법에 의한 독일 절차법제 개정
3. 과세절차 현대화법 상 연방행정절차법 개정 관련 규정
Ⅲ. 연방행정절차법 제35조의a 주요 내용
1. 연방행정절차법 제35조의a 본문
2. 연방행정절차법 제35조의a 단서
3. 소결
Ⅳ. 전자동화 행정행위 도입에 따른 제도적 보완책
1. 전자동화 행정행위 도입과 별도의 제도적 보완
2. 연방행정절차법 상의 제도적 보완: 제24조 제1항 제3문
3. 규범제정권자에 의한 제도적 보완
Ⅴ. 나가며
1. 독일 공법 상 전망
2. 국내법적 시사점

【국 문 요 약】

현대 ICT 기술의 발전은 인간의 생활 양태에 큰 영향을 미쳐왔다. ICT 기술의 발전 및 적용 영역 확대로 인한 생활세계 전반의 디지털화 경향은 단순히 사적 생활 영역만 변화시킨 것에 그치지 않고, 공적 영역의 변화까지도 이끌어오고 있다. 공적 영역의 디지털화의 일환으로 행정기관의 업무 양태가 디지털화 되고 있고, 전자정부의 구축 및 적용 영역 확대는 세계적인 추세인 것으로 보인다. 이러한 공적 영역의 디지털화의 추세 속에 현대 ICT 기술 발전 양태를 행정영역에 적극적으로 반영하는 법제가 독일 연방 입법자에 의해서 형성 되어 관심을 둘 필요

* 이재훈(Dr. jur.: 법학박사), 한국법제연구원, 부연구위원.

가 있다. 독일 연방입법자는 전적으로 자동화 설비에 의해 행정행위가 발령될 수 있다는 규정을 '과세절차의 현대화에 관한 법률'을 통해 연방조세법전, 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법에 도입하였다. 이러한 전자동화 행정행위는 주무 행정기관의 담당 공무원의 의식적 작용이 배제된 채 사인에 대한 개별적·구체적 법적 규율 내용이 산출된다는 점에서 연방행정절차법 제정 당시부터 연방행정절차법에서 규율되어 오던 '자동화 장치를 이용한 행정행위'와는 차별성을 갖고 있으며, 반드시 전자 문서 형식을 갖고 있지 않아도 된다는 점에서 전자적 행정행위와 등치하지도 않는다. 독일 연방입법자의 이번 법률 개정 작업을 통해, 행정청이 전자동화 설비를 통해 사인에 대한 개별적·구체적 법적 규율을 하는 것이 허용됨을 법률을 통해 명시적으로 제시하였고, 더 나아가 이러한 작용의 법적 성격을 행정행위로 규정함으로써 이러한 작용에 대해 추후에 발생할 수 있는 법적 문제점들을 해결할 수 있는 방향성을 제시하였다. 이와 동시에, 독일 연방입법자는 전자동화 행정행위가 허용되기 위한 규범적 제약을 두고 있다. 전자동화 행정행위가 허용되기 위해서는 별도의 단행 법령(Rechtsvorschrift)에 이러한 행정행위가 가능하다는 별도의 규정이 존재해야 하고, 더 나아가 당해 작용과 관련하여 행정청의 재량 또는 판단 여지가 존재하지 않아야만 한다(연방행정절차법 제35조의a 단서).

본고에서는 '과세절차의 현대화에 관한 법률'을 통해 개정된 연방조세법전, 연방사회법전 제10권, 연방행정절차법 중 연방행정절차법과 관련된 전자동화 행정행위에 대해서 고찰하도록 한다. 따라서 우선 연방행정절차법 상의 ICT 기술 관련 기존 규정들 및 '과세절차의 현대화에 관한 법률'을 통해 도입된 새로운 규정들을 일별한 후, 전자동화 행정행위에 대해 명시적인 규율을 담고 있는 연방행정절차법 제35조의a의 규범적 의미를 살펴본다. 더 나아가 전자동화 행정행위가 도입됨에 따라 발생할 수 있는 후속 문제점들에 대처하기 위한 연방입법자의 제도적 보완책 내지 추후에 규범제정권자가 전자동화 행정행위와 관련된 법령 제정을 함에 있어 고려해야 하는 사항들에 대해서 살펴보도록 한다. 그리고 전자동화 행정행위라는 제도가 독일에서 앞으로 어떻게 운용될 것인지 전망해보도록 하고, 이번 독일 연방행정절차법의 개정이 우리에게 어떠한 시사점을 주는지 간단히 살펴본다.

Ⅰ. 들어가며

1. 생활세계의 디지털화와 행정의 디지털화

최근 세계적으로 중요한 화두들 중 국내에서도 큰 반향을 나타내고 있는 이슈는 2016년 스위스 다보스 포럼에서 클라우스 슈밥 교수가 소위 '제4차 산업혁명'[1]이라는 개념을 사용한 것을 기점으로 보다 본격적으로 부각되기 시작한 통신 및 디지털 기술의 폭발적 발전으로 인한 사회·경제·산업 구조의 변화라고 할 수 있다. 제4차 산업혁명을 설명함에 있어 통신 기술의 발전, 사물인터넷의 현실화, 이를 이용한 빅 데이터의 구축, 빅 데이터에서 유의미한 정보를 추출해 낼 수 있는 연산능력의 비약적 발전, 인공지능, 그리고 이들 기술들 간의 융·복합이 핵심 요소로 거론되고 있다.[2] 이를 통해 현대 사회의 구조적 변화의 핵심은 ICT 기술의 폭발적 발전·확장으로 인해 디지털화 될 수 있는 모든 것들이 디지털화의 길로 진입하는 현상, 즉 생활세계의 광범위한 디지털화라고 평가할 수 있다.[3]

생활세계의 디지털화가 야기하고 있는 변화의 폭은 매우 광범위하여 사적 영역뿐만 아니라 공(법)적 영역에서도 다양한 변화가 진행 중이다.[4] 구체적인 예로는 ICT를 통한 국가 기관의 업무 양식의 변화(전자 문서의 사용, 인터넷 홈페이지를 이용한 업무 처리 등), 독일 연방 헌법 재판소에 의해 논의되기 시작한 '정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권'(Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) 개념의 등장,[5]

---

1) 클라우스 슈밥/송경진 역, 「클라우스 슈밥의 제4차 산업혁명」, 새로운 현재, 2017.

2) 이에 대한 ICT 기술 분야 개론서로는 하원규/최남희, 「제4차 산업혁명」, 콘텐츠하다, 2015.

3) Mario Martini, Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung, FÖV Discussion Papers 85, Speyer, 2016, S. 1.

4) Vgl. Hermann Hill, Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen, in: ders./Utz Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, Nomos, 2015, S. 268.

5) 독일 연방헌법재판소가 2008년 2월 27일 판결, BVerfG, – 1 BvR 370/07, – 1 BvR 595/07 <http://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html> (최종접속일: 2017.8.27.)을 통해 제시한 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권, 소위 컴퓨터기본권(Computergrundrecht)에 대해 입체적으로 접근한 의미 있는 초기 연구서로서는 Robert Uerpmann-Wittzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, LIT, 2009. 이에 대한 개략적 논의에 대해서는 Fridhelm Hufen/Thorsten Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl., Nomos, 2013, Rn. 228 ff. 이와 관련한 국내 선행 연구로는 계인국, "인터넷 검색엔진과 개인정보보호", 「법제연구」 제46호 (한국법제연구원, 2014), 166면 이하; 김태오, "사이버안전의 공법적 기초", 「행정법연구」 제45호 (행정법이론실무학회, 2016), 114면 이하; 박희영, "정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(上)", 「법제」 (법제처, 2008.10), 43면 이하 및 同人, "정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(下)", 「법제」 (법제처, 2008.11), 31면 이하.

개인정보보호법제 및 정보보안법제의 규범적 의미 증대 등을 들 수 있다.

ICT 기술의 발전과 이로 인한 공(법)적 영역의 디지털화의 과정에서 국민들이 실생활을 통해 쉽게 인지할 수 있는 것은 행정 영역의 디지털화라고 할 수 있다. 이는 '전자정부'(E-Government), '정부 3.0' 또는 '행정 4.0'(Verwaltung 4.0)[6]과 같은 다양한 표어의 등장과 함께 국민들이 행정부 업무 방식의 변화를 직간접적으로 체험하고 있기 때문이다. 우리나라의 경우, 행정 업무의 디지털화 작업이 꾸준히 진행되어 왔고, 이와 관련된 대표적인 법제로는 2007년부터 운용되고 있는 전자정부법을 들 수 있다.[7] 유럽연합과 유럽연합의 회원국들의 경우에도 지속적으로 행정의 디지털화 및 전자정부 시스템 발전을 지향하고 있으며,[8] 독일의 경우에는 수차례에 걸친 행정절차법 개정을 통해 발전된 ICT 기술을 행정절차 내에 반영 및 활용 가능하게 하는 작업도 진행해 오고 있다.[9]

2. 행정의 디지털화의 일환으로서 전자동화 행정행위

ICT 기술 적용을 통한 행정 업무 방식의 디지털화는 전자문서의 활용, 통신네트워크에 기반 한 행정청 간의 의사 전달 내지 사인과의 소통 방식 등을 통해

---

6) 독일의 (행정)학계에서는 '인더스트리 4.0'(Industrie 4.0)에 대비시켜 최근의 행정의 변화를 지칭하는 용어로 '행정 4.0'(Verwaltung 4.0)이라는 표현도 사용되고 있다. Verwaltung 4.0에 대해서는 Tino Schuppan/Stefanie Köhl, Verwaltung 4.0: Modernisierungsrelevant oder alter Wein in neuen Schläuchen?, VM 22, 2016, S. 27 ff.

7) 국내 전자정부와 관련한 (형식적 의미의)법률은 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률이라는 제명 하에 2001년 3월 26일에 제정되어 2001년 7월 1일부터 시행되었으며, 2007년 1월 3일 일부 개정 작업을 통해 현재의 제명인 전자정부법이 사용되고 있다.

8) 독일의 경우 2013년 7월 18일부터 연방차원에서 전자정부법(Gesetz zur Fördergung der elektronischen Verwaltung(약어: E-Government-Gesetz/EGovG), BGBl. Ⅰ(2013), S. 2749)이 시행되었으며, 이 법률에 대한 최근 개정은 2016년 7월 18일에 이루어졌다(BGBl. Ⅰ (2016), S. 1679). 독일의 경우 전자정부법의 제정은 연방차원에서 먼저 이루어지지 않았고, 오히려 주 차원에서 먼저 이루어졌으며, 주 차원에서 최초로 제정된 전자정부법은 슐레스비히-홀슈타인 주의 전자정부법(Gesetz zur elektronischen Verwaltung für Schleswig-Holstein)이었다. 슐레스비히-홀슈타인주의 전자정부법에 대한 유의미한 국내 선행연구로는, 서보국, "독일 전자정부법(E-Government-Gesetz) 제정의 현황과 전망", 「2010 세계법제연구보고서」(법제처, 2010). 이는 <http://world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/DE/report/3010?pageIndex=2>를 통해서 입수할 수 있다(최종 접속: 2017.8.27). 행정 업무의 디지털화와 관련하여 최근 유럽 내에서 주목을 받고 있는 국가는 에스토니아라고 할 수 있는데, 에스토니아 정부는 시민 친화적, 기업 친화적 행정을 구축할 목적으로 '보이지 않는 거버넌스'(Invisible Governance)라는 정책 표어 하에 행정의 디지털화를 진행했고, 현재 약 99% 정도의 행정서비스를 디지털 방식으로 제공하고 있다고 한다(vbw (Hrsg.), Bürokratiekosten und neue Wege zur Vermeidung von Bürokratie, München, 2017, S. 65 f.).

9) 김중권, "자동적 행정행위(컴퓨터행정행위)에 관한 소고", 「행정법 기본연구Ⅰ」, 법문사, 2008, 354면 이하; Dirk Ehlers, Die Entwicklung des kodifizierten Verwaltungsverfahrensrechts, JURA, 2016, S. 603 (610).

현실화 되고 있다. 기존의 ICT 기술의 활용이 행정 업무 진행 방식의 변화와 관련을 맺고 있었다면, 최근 이루어지고 있는 ICT 기술의 폭발적인 발전 양상은 이와는 또 다른 방향성을 갖고 있는 행정의 디지털화를 촉발 시킬 가능성을 갖고 있는 것으로 보인다.

새롭게 논의될 수 있는 행정의 디지털화는 자동화 설비상의 알고리즘이 머신러닝을 통해 행정 업무를 학습한 후 개별 사안에 있어서 관련 법령을 적용하여 구체적인 행정행위를 발령하는 모습으로 나타날 수 있다.[10] 그리고 이를 통해 인간의 의사 작용이 (전혀) 개입하지 않은 상태에서 전적으로 자동화 설비만을 통해 발령되는 자동화된 행정작용[11]의 형태가 나타날 수 있다. 독일에서는 이러한 형태의 행정 업무 방식을 '행정절차의 (전)자동화'((Voll-)Automatisierung von Verwaltungsverfahren)[12] 또는 '전자동화 행정행위'(vollautomatisierter Verwaltungsakt)[13]라고 표현 하고 있다. 그리고 실제로 - ICT 기술과 인공지능 기술의 괄목할만한 발전으로 인해 전자동화 된 행정절차가 현실화 될 수 있다고 판단할 수 있는 현 시점에서 - 전자동화 행정절차를 통한 행정행위의 발령과 관련한 (행정절차)법제가 독일 연방 입법자에 의해서 마련되었다.

독일 연방 입법자는 현대 ICT 기술의 발전에 대해 긍정적인 자세를 취하면서, 전적으로 자동화된 설비를 통한 행정행위의 발령이 기술적으로 가능하며 이는 법적 관점에서도 수용할 수 있다는 입장을 표명하고 있다.[14] 이러한 입법적 배경하에 2016년 7월 18일 독일 연방 의회는 현대적 ICT 기술 발전 양상을 행정현실에 구현하는 것을 목적으로 하는 '과세절차의 현대화에 관한 법률'(Gesetz zur Moderenisierung des Besteuerungsverfahrens, 이하 과세절차 현대화법)을 의결하였고,[15] 이 법률에 의해 2017년 1월 1일 자로 연방행정절차법이 개정되어 전자동화 행정행위의 발령과 관련된 절차법적 일반 규정이 연방행정절차법에 명시적으로

---

10) Vgl. Heribert Schmitz/Lorenz Prell, Neues zum E-Government, NVwZ, 2016, S. 1273 (1276); Mario Martini/David Nink, Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra, 2017, S. 1 (1).

11) 물론 행정 실무에서 담당 공무원의 의식적 활동의 개입이 없이 자동화기기를 통해서만 결정이 내려지는 사례가 전무했던 것은 아니다. 신호등에 의한 교통통제, 전자기기를 통한 공공시설의 출입 내지 공공 도서관의 도서대여 업무 등은 전자동화 행정기기를 통한 결정이 이루어지는 대표적인 사례라고 할 수 있다. Dirk Ehlers, a.a.O, S. 603 (611, Fn. 93).

12) Mario Martini, a.a.O, S. 1 (4).

13) Thorsten Siegel, Automatisierung des Verwaltungsverfahrens, DVBl. 2017, S. 24 (25).

14) BT-Drs. 18/8434, S. 122. 이 문헌에서 독일의 입법자는 정보기술('Informationstechnik')이라는 용어를 선택하여 사용하고 있지만, 본고에서는 정보기술과 통신기술의 발전 및 융합 상황과 국내에서 일상적으로 사용되는 용례를 고려하여 ICT 기술이라고 표현하였다.

15) BGBl. I (2016), S. 1679.

자리 잡게 되었다.

이하에서는 - 전자동화 행정행위와 관련된 구체적인 규범적 사항들을 검토하기에 앞서 - 우선 통시적 관점에 따라 독일 연방행정절차법 상 ICT 기술의 반영이 어떠한 방식으로 이루어져 왔는지 그 주요 내용을 간략히 살펴 본 후, 과세절차 현대화법 제정 과정을 통해 전자동화 행정행위와 관련하여 어떠한 논의가 진행되어 왔고, 이를 통해 2017년 1월 1일부터 연방행정절차법에 어떠한 규정들이 편입되었는지를 일별하도록 한다(Ⅱ.).[16]

Ⅱ. 연방행정절차법 상 행정의 디지털화 및 자동화

1. 기존의 연방행정절차법 상 디지털 기술을 이용한 행정작용

과세절차 현대화법을 통해 독일 연방행정절차법 개정되기 이전에도 독일 연방행정절차법에는 ICT 기술의 발전을 행정절차에 반영하기 위한 규정들이 다수 존재하고 있었다. 1976년 연방행정절차법 제정 당시에도 독일 연방 입법자는 데이터기술의 발전을 반영할 수 있는 법적 장치들을 연방행정절차법 내에 규정하였다. 그 외에도 수차례에 걸친 개정 과정을 통해 독일 연방행정절차법은 ICT 기술 및 사회의 변화를 반영하는 다양한 규정들을 담게 되었다.

---

16) 본격적인 논의를 시작하기에 앞서 짚고 넘어가야할 점들이 있다. 우선, 과세절차 현대화법을 통한 연방행정절차법 개정 이전에도 독일에서는 기존의 연방행정절차법 하에서 전자동화 행정절차 내지 전자동화 설비에 의한 행정행위의 발령의 가능성에 대해 다양한 문헌들에서 논의되었다. 하지만 이러한 문헌들에서는 연방행정절차법 상에 전자동화 행정행위의 발령과 관련된 명문 규정이 존재하지 않은 상태에서 논의가 진행되었다. 따라서 명시적 규정이 없는 상태에서 전자동화 행정절차 내지 전자동화 행정행위가 가능한지 여부 및 전자동화 행정절차를 통해 발령된 행정작용의 법적 성격을 어떻게 볼 것이고, 이러한 방식의 업무 방식이 각종 헌법적 원칙들과 어떠한 맥락 하에 평가될 수 있으며, 더 나아가 이러한 행정작용을 어떻게 통제할 것인지 등에 논의가 이루어졌다. 반면 본고의 주요 연구 대상은 전자동화 된 행정행위의 발령과 관련하여 독일 연방행정절차법에 새롭게 도입된 규정들의 구체적 내용과 그 법적 의미를 살펴보는 것이므로, 2017년 1월 1일로 효력이 발생한 연방행정절차법을 다루지 않고 있는 기존의 문헌들은 논의의 흐름 상 필요한 경우에 한하여 부분적으로 참고하였음을 밝혀둔다. 참고로 자동화된 행정행위와 관련하여 체계적이고 면밀하게 이루어진 국내 선행연구로는, 김중권, “행정자동절차에 관한 고찰”, 고려대학교 박사학위 논문, 1993; 김중권, 앞의 글 (법문사, 2008), 354면 이하; 류지태/박종수, 「행정법신론」, 2016, 박영사, 397면 이하 등. 또한 본고의 기본적인 접근 방식은 독일 연방행정절차법에 전자동화 된 행정행위의 발령이 도입된 과정과 이와 관련된 법적·제도적 의미를 검토하는 것에 있다. 따라서 전자동화 설비를 통한 행정행위 발령 그 자체에 대한 근본적 비판 내지 이들 조항의 도입의 무용성과 같은 논점 또한 다루고 있지 않음을 밝혀둔다. 과세절차 현대화법 시행 이후, 연방행정절차법 상 전자동화 된 행정행위 관련 조항 도입에 대해 비판적 자세를 취하고 있는 문헌으로는 Hans Peter Bull, Der 》vollständig automatisiert erlassene《 Verwaltungsakt, DVBl., 2017, S. 409 ff. 독일 연방행정절차법 상 전자동화 행정행위 도입과 관련한 유의미한 국내 선행 문헌으로는 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 「법조」 66권 3호 (법조협회, 2017), 146면 이하.

(1) 1976년 독일 연방행정절차법 상의 규정

1976년 독일 연방행정절차법 제정 당시부터 연방행정절차법에는 '자동장치를 이용한 행정행위'[17](Verwaltungsakt mit Hilfe automatischer Einrichtungen)라는 행정행위의 한 유형이 명문 규정에 담겨 있었다.[18] 1976년에 제정된 연방행정절차법 제28조 제2항 제4호에는 청문절차에 대한 예외의 유형으로 자동장치를 이용한 행정행위를 제시하고 있었다. 또한 동법 제37조 제4항 제1문은 자동장치를 이용한 행정행위를 서명 등에 대한 예외가 가능한 행정행위로서 규율하고 있었다. 더 나아가 동법 제39조 제2항 제3호는 이유부기 없이 발령될 수 있는 행정행위의 유형으로 자동장치를 이용한 행정행위를 제시하고 있었다. 이들 규정은 현행 독일 연방행정절차법에도 여전히 이어져 내려오고 있으며, 각각 제28조 제2항 제4호, 제37조 제5항 제1문, 제39조 제2항 제3호에 자리 잡고 있다. 비록 이 규정들이 자동화 설비와 밀접한 관련을 갖고 있는 행정행위를 규율하고 있지만, '자동장치를 이용한 행정행위'(Verwaltungsakt mit Hilfe automatischer Einrichtungen)라는 법문 자체에서 알 수 있듯이, 이들 규정을 근거로는 전자동화 행정행위가 인정되지는 않는다.[19]

(2) 2002년 제3차 연방행정절차법 개정법률

연방행정절차법은 1976년에 제정된 이후로도 다양한 개정의 과정을 거쳐 왔으며, 2002년 8월 21일자 제3차 연방행정절차법 개정법률[20]을 통해 전자적 행정과 관련된 다수의 규정들이 독일 연방행정절차법 내에 자리 잡게 되었다.[21] 제3차

---

17) Verwaltungsakt mit Hilfe automatischer Einrichtungen의 번역어인 '자동장치를 이용한 행정행위'는 김중권, 앞의 글 (법문사, 2008), 362면의 용례를 따랐다. 이하에서도 독일 행정절차법 원문에 Verwaltungsakt mit Hilfe automatischer Einrichtungen이 사용되는 경우 '자동장치를 이용한 행정행위'로 기재한다. 그리고 이 개념과 관련하여, 전자동화 행정행위와는 달리 전자동화 설비가 아닌 단순 자동화 설비가 이용되었다는 점에서, 전자동화 행정행위와는 개념적 차별을 두기 위한 경우 '자동장치를 위한 행정행위' 대신 '부분 자동화 행정행위'라는 개념어를 사용하는 경우가 있으며, 따라서 이는 '자동장치를 이용한 행정행위'와 동일어로서 사용되었음을 미리 밝혀두는 바이다.

18) BGBl. I (1976), S. 1253; Lorenz Prell, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck OK VwVfG, Beck, Stand: 01.04.2017, §35a Rn. 2.

19) Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1275); Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §37 Rn. 71. 이 규정을 통해 전자동화 행정행위가 발령가능한지 여부에 대한 견해 대립은 이하의 각주 23)에서 별도로 기술하고 있음을 밝혀둔다.

20) BGBl. I (2002), S. 3322.

21) 독일 연방행정절차법 상 전자적 방식을 통한 행정을 규율하는 규정은 제3차 연방행정절차법 개정법률 이외에도 제4차 연방행정절차법 개정법률(BGBl. I (2008), S. 2418) 및 유럽연합의 역

연방행정절차법 개정 법률을 통해 연방행정절차법에 삽입된 제3조의a는 행정과 시민 사이의 전자적 의사소통(elektronische Kommunikation)을 규율하고 있다. 또한 제3차 연방행정절차법 개정의 과정에서 전자적 행정행위(elektronischer Verwaltungsakt)라는 개념이 연방행정절차법에 자리 잡게 되었다. 전자적 행정행위를 법문에 포함하고 있는 조항으로는 연방행정절차법 제37조 제2항 제3문, 동조 제3항 및 제6항을 들 수 있다. 더 나아가 연방행정절차법 제41조 제2항 제2문은 전자적으로 고지되는 행정행위를 규율하고 있다.[22]

2. 과세절차 현대화법에 의한 독일 절차법제 개정

앞서 살펴본 바와 같이 독일의 연방행정절차법은 제정 당시부터 ICT 기술의 발전을 염두하고 있는 조항들을 규정하고 있었을 뿐만 아니라 수차례에 걸친 개정 과정을 통해 행정영역에 당대의 ICT 기술 수준을 반영시킬 수 있는 규정을 담고 있었다. 하지만 이와 같은 기존의 연방행정절차법 규정에는 전자동화 설비를 통한 행정행위(전자동화 행정행위)의 발령이 가능한지 여부에 대해 명확한 법적 규율이 존재하지 않았고, 이로 인해 전자동화 행정행위의 인정여부와 관련하여 규범적으로 불명확한 점이 있었다.[23] 하지만 이러한 규범적 불명확성은 최근 있었던 연방행정절차법의 개정을 통해 입법적으로 해소되었다. 2016년 7월 18일에 의결되어 2017년 1월 1일부터 효력이 발생하게 된 과세절차 현대화법[24]을 통해 전

무지침(Dienstleistungsrichtlinie)을 국내법화 하는 과정(BGBl. I (2009), S. 2091)을 통해서도 연방행정절차법에 도입되어 왔으나, 이들 규정은 본고에서 다루고 있는 전자동화 된 설비를 통한 행정행위의 발령과 직·간접적으로 비교·대조가 가능한 사항을 규율하고 있지는 않으므로, 본고에서는 다루지 않도록 한다. 본고에서 언급된 제3차 연방행정절차법 개정으로 도입된 조항 및 본고에서 언급되지 않은 각종 조항들을 정보통신 기술 발전과 관련한 행정절차법의 개정이라는 시각으로 체계적으로 정리한 문헌으로는 Gabriele Britz, Elektronische Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Ⅱ, Beck, 2012, §24 Rn. 48 ff.

22) 이상 제3차 연방행정절차법 개정 사항에 대해서는 Hans Peter Bull, a.a.O, S. 409 (410).

23) 이러한 규범적 불명확성은 결국 연방행정절차법 제28조 제2항 제4호, 제37조 제5항 제1문, 제39조 제2항 제3호상의 '자동장치를 이용한'(mit Hilfe automatischer Einrichtungen)이란 문구로 인한 것이다. 독일어 원문을 직역하면 '자동화 설비의 도움을 받아'이기 때문에 이 법문에 '전적으로 자동화되어 인간의 의식적 행위가 개입되지 않은' 것까지도 포섭될 수 있는지가 문제되는 것이다. 이에 대한 부정적 견해로는 Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 2; Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (25); Ulrich Stelkens, a.a.O, §37 Rn. 71. 이 법문에 전자동화 설비가 포섭된다고 파악하는 입장으로는 Paul Tiedemann, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck OK VwVfG, Beck, Stand: 01.04.2017, §37 Rn. 50. Paul Tiedemann의 서술을 면밀히 살펴보면, 기존의 연방행정절차법 제도상, 전자동화 행정행위의 경우에만 한하여 서명 등의 면제가 되어야 한다고 한다. 이는 기존의 연방행정절차법에 의해서도 전자동화 행정행위가 가능하다는 입장 하에 이루어진 서술이라고 평가할 수 있다.

자동화 설비에 의한 행정행위 발령과 관련된 명시적인 법적 규율이 연방행정절차법에 최초로 도입되었기 때문이다.[25]

'과세절차 현대화법'이라는 제명 자체만을 고려한다면, 이 법률은 일견 일반 행정절차와는 무관해 보인다. 하지만 과세절차 현대화법은 제명과는 달리 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법 개정과 관련된 사항도 포함하고 있다. 따라서 이하에서는 과세절차 현대화법의 성립 과정을 살펴봄으로써, 독일 입법자가 어떠한 의도로 제명과 실제 규율 내용 간의 괴리가 존재하는 법률을 구성하게 되었는지 살펴보도록 한다.[26]

과세절차 현대화법이 성안되어 가는 과정을 살펴봄으로써 얻을 수 있는 논의의 실익으로는 우선 독일 연방 입법자가 어떠한 의도로 전자동화 된 행정절차 및 전자동화 행정행위를 독일 연방행정절차법에 도입하게 되었는지 파악할 수 있다는 점이다. 더 나아가 규범해석론적 관점에서 본다면, 법안의 성립과정에 대한 고찰을 통해 과세절차 현대화법을 통해 도입된 연방행정절차법의 규정에 대한 해석론적 관점이 도출된다는 실익이 있다.

(1) 독일 정부 내부적 논의

전자동화 설비를 통한 개별·구체적인 행정작용의 운용과 관련된 법적 규율이 필요한지, 그리고 이와 같은 형태의 행정작용은 어떠한 방식으로 다루어져야 하는지에 대해서는 연방내무부의 행정절차법 자문위원회(Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern)와 연방과 주의 행정절차담당자들 사이에서 오래 전부터 논의되어 왔으며, 이러한 과정의 일환으로 2014년 11월 연방재무부가 발표한 과세절차 현대화에 대한 토론초안(Diskussionsentwurf "Modernisierung des Besteuerungsverfahrens")[27]이 작성되었다.[28] 이 초안은 – 제목에서 알 수 있듯이 – 조세법적인 내용에 국한된 사항을 다루고 있었으며, 전자동화 설비를 통한 조세법

24) BGBl. I (2016), S. 1679.

25) Christian Djeffal, Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung – Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?, DVBl. 2017, S. 808 (813).

26) 독일의 과세절차 현대화법 성립과정을 간략히 소개한 국내 선행 연구 문헌으로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 150면 이하.

27) 이 초안은 독일 연방재무부의 홈페이지에서 찾아볼 수 있다. <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2014-11-21-Modernisierung-des-Besteuerungsverfahrens-Diskussionsentwurf-Anlage.pdf;jsessionid=D9501B3F4417C3D0348569EC3F1622E3?__blob=publicationFile&v=3> (최종 접속일: 2017.8.27).

28) Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1273).

상 개별·구체적 행정작용에 대한 법적 규율을 주요 논의 대상으로 삼고 있었다. 따라서 이 초안의 중심 내용은 독일 연방조세법전(Abgabenordnung)과 관련된 법적·제도적 개선이었다.

(2) 독일 연방정부에 의한 과세절차 현대화를 위한 법률안 발표

전자동화 된 설비를 통해 발령되는 행정행위와 관련된 법률화 작업이 보다 본격적으로 이루어지기 시작한 것은 독일 연방정부가 제출한 '과세절차 현대화를 위한 법률안'(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, 이하 과세절차 현대화법(안)이라 명함)을 통해서였다.[29] 이 법률안은 2014년 발표된 과세절차 현대화에 대한 토론초안과 마찬가지로, 전자동화 된 설비를 이용한 연방조세법전 상 행정행위의 발령을 도입할 것과 이를 통한 조세절차의 경제성과 효율성 제고를 주요 목적으로 하고 있었기 때문에, 독일 연방조세법전 상의 행정행위에 국한된 규율 내용을 담고 있었을 뿐이었다.[30] 따라서 현행 과세절차 현대화법에 규율되어 있는 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법 개정과 관련된 사항은 포함되어 있지 않았다.[31]

과세절차 현대화법(안)과 관련하여 특히 주목할 점은, 독일 연방 정부에 의해 작성된 조세법전 상 전자동화 행정행위 도입의 목적 부분에 있다.[32] 일반적으로 전자동화 된 기기를 사용한 작업 수행을 생각한다면, 업무의 효율성 증대 및 작업의 신속화를 그 목적으로 생각하게 된다. 하지만 독일 연방 정부는 과세절차 현대화법(안)을 작성함에 있어 이와 같은 전자동화와 관련된 전형적인 목적만을 고려하고 있지 않다. 물론 동 법률안 상의 입법 목적을 살펴보면 전자동화 행정행위의 도입의 목적은 조세행정의 경제성 및 합목적성을 포함하고는 있지만, 이와는 별도로 집중적으로 심사가 필요한 사안에 인적 자원을 보다 집중시키기는 것을 전자동화 행정행위를 도입하고자 하는 목적으로 제시하고 있으며, 따라서 전자동화 된 행정행위의 도입은 개별 조세법전 상 행정행위와 관련하여 담당 공무원에 의한 심사 강도 약화 내지 공무원에 의한 심사 품질의 저하를 의도하지는

29) 물론 2016년 2월 3일 과세절차 현대화법(안)은 2014년부터 이루어져 온 논의의 연장선상에 놓여 있으며, 당시의 논의들이 과세절차 현대화법(안)의 주요 내용에 해당한다고 평가할 수 있다. Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (25).

30) BT-Drs. 18/7457 passim.: Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (25).

31) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 4.

32) BT-Drs. 18/7457, S. 48.

않고 있다.[33]

(3) 전자동화 된 행정행위 발령 등 개정 대상의 범위 확장

2016년 5월 11일 재정위원회(Finanzausschuss des Bundestages)가 과세절차 현대화법(안)과 관련하여 제출한 권고(Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses)[34]에는 연방조세법전과 관련된 사항뿐만 아니라 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법과 관련된 사항도 포함되어 있었고, 독일의 과세절차 현대화법의 종국적 내용에는 전자동화 행정행위의 발령과 관련된 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법 개정사항이 규율 되었다. 이처럼 전자동화 행정행위의 발령 가능하도록 하는 법적 규율이 연방조세법전에만 국한되지 않고 연방사회법전 제10권과 연방행정절차법에 까지 확대된 주요 이유로는, 독일 내 절차법제의 세 가지 축[35]라고 할 수 있는 연방행정절차법, 연방사회법전 제10권 및 연방조세법전의 통일적 발전을 보장하기 위해서였다.[36]

(4) 소결

앞서 서술한 바와 같이, 과세절차 현대화법이 성립되는 과정을 검토함으로써 독일의 행정절차법제 내에 도입된 전자동화 행정행위와 관련된 규정들을 바라보는 유의미한 관점이 도출될 수 있다.

우선 이와 같은 통시적 고찰을 통해 독일의 행정절차법제 내에 전자동화 행정행위를 도입하게 된 제도적 목적을 입체적으로 파악할 수 있다. 과세절차 현대화법이 성안되는 과정에 작성된 문건들 중 과세절차 현대화법의 종국적 모습이 나타나고 있는 것은 재정위원회의 권고이다. 이 문건에서부터 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법에도 전자동화 행정행위가 도입되는 것으로 나타며, 연방사회법전 제10

33) BT-Drs. 18/7457, S. 48.

34) BT-Drs. 18/8434.

35) 독일 절차법제 관련 세 가지 축 이론(Drei-Säulen-Theorie)에 대해서는 Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl., Beck, 2012, Einf. I Rn. 2 f.; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., Beck, 2011, S. 108 f.; Michael Sachs, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/ders. (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, Einleitung Rn. 50 f.

36) BT-Drs. 18/8434, S. 120, 122; Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 4; Nadja Braun Binder, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, S. 891 (891). 과세절차 현대화법 발령 이전부터, 만약 조세법 분야에 전자동화 행정행위 발령에 대한 규정이 도입된다면 연방사회법전 제10권과 연방행정절차법에도 이에 상응하는 규정이 함께 도입되어야만 한다고 주장하던 문헌으로는 Dirk Ehlers, a.a.O, S. 603 (611).

권 및 연방행정절차법에 전자동화 행정행위가 도입되는 이유로 현대 ICT 기술의 발전, 디지털 시스템의 업무 수행능력 향상 및 이로 인해 전자동화 행정행위의 도입이 기술적 관점 및 법적 관점에서 인정될 수 있다는 점이 기술되어 있다.[37] 하지만 이는 기술수준의 향상과 이로 인해 새로운 기술적 상황을 제도 내에 받아들일 수 있다는 수준의 이유일 뿐, 어떠한 제도적·기능적 목적을 달성하기 위해 전자동화 행정행위를 도입하고 있는지 명확하게 기술되어 있지는 않다.

물론 동 문건에는 '행정행위 발령 시 자동화 설비의 투입'(Einsatz automatischer Einrichtungen beim Erlass von Verwaltungsakten)으로 인해 행정행위 발령과 관련하여 절차의 신속성이 확보되고 행정비용이 감소한다는 것이 기술되어는 있다.[38] 하지만 '자동화 설비'의 투입이라는 표현에서 알 수 있듯이, 이는 전자동화 행정행위를 가능하게 하는 전자동화 설비뿐만 아니라 행정행위 발령 과정에서 도구적으로 투입되는 부분자동화 설비도 관련된 내용이다. 무엇보다 이 입법이유는 전자동화 행정행위를 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법에 도입하는 법문[39]에 대한 입법이유가 아니고, 자동화 설비 투입과 관련하여 행정청의 직권탐지 주의 범위를 설정하고 있는 법문에 대한 입법이유이다. 따라서 행정절차의 신속성 확보 및 행정비용의 감소는 전자동화 행정행위가 도입되게 된 결정적인 목적으로 파악하기는 힘든 면이 있다.

이와 같은 맥락 하에 연방사회법전 제10권과 연방행정절차법에 전자동화 행정행위를 도입하게 된 것과 관련하여 관심을 두어야 할 입법이유는 독일 내 행정절차법제의 통일성 있는 발전[40]이라고 할 수 있다. 연방조세법전, 연방사회법전 제

---

37) BT-Drs. 18/8434, S. 120, 122.

38) BT-Drs. 18/8434, S. 121, 122.

39) 조항이라는 단어대신 법문이라는 단어를 선택한 이유는 다음과 같다. 연방행정절차법의 개정 사항에 해당하는 과세절차 현대화법 제20조를 살펴보면, 전자동화 행정행위의 도입은 동법 제20조 제3호에서, 그리고 자동화 설비를 투입한 행정행위와 관련된 직권탐지주의 범위 설정은 동법 제20조 제2호에서 규정하고 있다. 그리고 이 둘은 별도의 연방행정절차법의 조항으로 구성되었다(연방행정절차법 제35조의a 및 동법 제24조 제1항 제3문). 하지만 연방사회법전 제10권의 개정 사항을 담고 있는 과세절차 현대화법 제19조를 살펴보면 전자동화 행정행위를 도입과 직권탐지주의 범위 설정과 관련된 사항이 별도로 규율되지 않고 동법 제19조 제2호에 함께 편성되어 있다. 그리고 이로 인해 연방사회법전 제10권 제31조의a 제1문이 전자동화 행정행위에 대해서 규율하고 있으며, 동조 제2문이 자동화 설비를 투입한 경우에 대한 직권탐지주의 범위 설정에 대한 내용을 담고 있다. 연방사회법전 제10권에는 연방행정절차법 제24조에 상응하는 직권탐지주의 규정이 존재함에도 불구하고 자동화 설비 투입과 관련된 직권탐지주의 범주 설정에 대한 조항을 전자동화 행정행위에 대한 규정 바로 다음 문장으로 규정하고 있는 사회법전 제10권 개정 방식은 개인적으로 매우 의문스러운 상황이라고 판단된다.

40) BT-Drs. 18/8434, S. 120, 122.

10권, 연방행정절차법을 최대한 통일적으로 발전시키는 것이 목적이라는 점에서 연방행정절차법 및 사회법전 제10권에 도입되는 전자동화 행정행위의 기능적 목적을 추론해 낼 수 있기 때문이다.

과세절차 현대화법(안)의 경우 조세행정에 있어 전자동화 행정행위의 도입을 통해 담당 공무원의 심사가 굳이 필요 없는 사안의 경우 전자동화 설비를 투입하여 행정행위를 발령하고, 이를 통해 확보된 인적 자원을 담당 공무원의 면밀한 심사가 필요한 사안에 집중적으로 투입하도록 하는 것을 당해 제도 도입의 주요 목적으로서 기술하고 있다.[41] 따라서 과세절차 현대화법(안)에서 제시하고 있는 전자동화 행정행위 도입의 목적과 연방조세법전, 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법을 통일적으로 발전시키는 것이라는 재정위원회 권고의 목적을 동시에 고려한다면, 전자동화 설비의 투입을 통하여 효율적인 인력분배와 사안별 심사강도의 조절을 목적으로 고안된 조세 행정상 제도를 사회법상의 행정절차와 일반 행정절차에도 통일적으로 도입하여 사회법상 행정 실무 및 일반 행정 실무에서 효율적인 인력분배 및 사안별 심사강도의 차별화를 가능하게 하는 것이 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법에 도입되는 자동화 행정행위의 기능적 목적이라고 평가할 수 있다.[42]

과세절차 현대화법 입안 과정을 통시적으로 살펴보면서 도출해낸 동 법률의 주요 목적은 연방조세법전, 사회법전 제10권 및 연방행정절차법 간의 통일적 발전이다. 이러한 입법 목적은 과세절차 현대화법을 통해 개정된 연방조세법전, 연방사회법전 제10권 및 연방행정절차법 상의 규정을 해석할 때 고려되어야 하고, 결과적으로 과세절차 현대화법을 통해 새롭게 도입된 연방행정절차법의 규정을 해석할 때 과세절차 현대화법으로 인해 도입된 연방조세법전의 규정과 연방사회법전 제10권의 규정이 체계적 해석의 관점에서 참조될 수 있다.[43]

---

41) BT-Drs. 18/7457, S. 48. 독일에서는 행정절차법제에 전자동화 행정행위가 명시적으로 도입되기 이전부터, 행정영역의 자동화를 통해 개별적인 사안 해결을 위한 인적·시간적 자원의 확보에 대한 논의가 이루어지고 있었으며, 이에 대해서는 대표적으로, Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel, a.a.O, Rn. 344.

42) 본고와 마찬가지로 현행 연방행정절차법 상의 전자동화 행정행위를 논의하며 절차의 효율성, 신속성 증대라는 입법 목적 이외에 독일 연방정부가 성안한 과세절차 현대화법(안)에 서술되어 있는 사안별 효율적인 인력 배치라는 입법 목적에도 관심을 두고 논의를 전개하는 문헌으로는 Christian Djeffal, a.a.O, S. 808 (813).

43) 이러한 해석론적 관점은 이하의 Ⅲ. 부분에서 현행 독일 연방행정절차법 제35조의a를 해석할 때 빈번히 등장하며, 실제로 과세절차 현대화법 이후 도입된 전자동화 행정행위에 대해 기술하고 있는 다수의 독일의 문헌들에서도, 이러한 형태의 체계적 해석방법론을 명시적으로 제시하고 있지는 않지만, 빈번히 사용되고 있다.

3. 과세절차 현대화법 상 연방행정절차법 개정 관련 규정

앞서 과세절차 현대화법의 입법 과정에서 살펴본 바와 같이 동법률은 제명과는 달리, 제19조에는 연방사회법전 제10권의 개정 사항을 담고 있으며, 제20조에는 독일 연방행정절차법 개정 사항을 담고 있다.[44] 이하에서는 이들 중 연방행정절차법의 개정과 관련된 과세절차 현대화법 제20조의 규율 내용을 살펴보도록 한다.[45] 과세절차 현대화법 제20조는 총 4개의 각 호로 구성되어 있으며, 각 호 별로 독일 연방행정절차법과 관련된 개정 사항을 담고 있다.[46]

(1) 전자동화 된 행정행위의 명문화 (제1호 및 제3호)

과세절차 현대화법 제20조 제1호는 독일 연방행정절차법 목차에 '제35조의a 전자동화 된 행정행위의 발령'(§35a Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes)을 삽입할 것을 규정하고 있다. 그리고 과세절차 현대화법 제20조 제3호는 독일 연방행정절차법 제35조와 제36조 사이에 삽입되는 독일 연방행정절차법 제35조의a(전자동화 된 행정행위의 발령)의 법문을 담고 있다. 과세절차 현대화법 제20조 제3호에 의해 2017년 1월 1일부터 연방행정절차법에 제35조의a로서 '법령에 의해 허용되고 재량 또는 판단 여지가 존재하지 않는 한, 행정행위는 전적으로 자동화 설비를 통해 발령될 수 있다'[47]는 법문이 삽입되어 효력이 발생한다.[48]

(2) 자동화 설비 투입 시 행정청의 의미 있는 정황 고려 의무 (제2호)

과세절차 현대화법 제20조 제2호는 자동화 설비를 통해서 발령되는 행정행위와 관련하여 관할 행정청의 직권탐지의 범위를 규율하는 내용을 담고 있다.[49] 과세

---

44) BGBl. I (2016), S. 1708.

45) 비록 본고에서 과세절차 현대화법의 전반적인 규율 내용인 연방조세법전 개정 사항 및 연방사회법전 제10권의 개정과 관련된 제19조를 다루고 있지는 않지만, 과세절차 현대화법을 통해 연방행정절차법에 도입된 연방행정절차법 제35조의a의 규범적 의미를 파악하는 과정(이하 Ⅲ.)에서 체계적 해석의 일환으로 이들 조항이 부분적으로 참조될 예정이다.

46) BGBl. I (2016), S. 1708. 과세절차 현대화법 제20조 제2호에서 제4호를 번역해 놓은 선행 문헌으로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 151면.

47) 국문으로 번역함에 있어 직역하지 않고 일정 부분 의역함을 밝혀둔다. 독일어 원문은 "Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen eirlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilugsspielraum besteht."이다.

48) 참고로 연방사회법전 제10권과 관련하여 이와 거의 유사한 규정은 과세절차 현대화법 제19조 제1호 및 제2호에 규정되어 있다.

절차 현대화법 제20조 제2호는 '행정청이 행정행위의 발령을 위해 자동화 설비를 투입하는 경우, 당해 행정청은 개별사건과 관련하여 자동화 절차에서 구명되지 않을 수 있는 참여자 측의 중요한 사실적 정황(Angabe)을 고려해야 한다'[50]는 법문을 연방행정절차법에 추가할 것을 규정하고 있고, 동 조문은 2017년 1월 1일부터 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문으로 자리 잡게 되었다.[51] 물론 이 조항의 경우, 본문에 '자동화 설비'라는 법문을 사용하고 있으므로, 전자동화 설비뿐만 아니라 부분 자동화 설비와도 관련성을 갖고 있으며, 따라서 전자동화 행정행위뿐만 아니라 자동장치를 이용한 행정행위, 즉 부분자동화 행정행위의 경우에도 적용되게 된다.[52]

(3) 전자적 행정행위의 고지 방식(제4호)

과세절차 현대화법 제20조 제4호는 전자적 행정행위(elektronischer Verwaltungsakt)의 고지(Bekanntgabe)[53] 형식으로서 정보통신망을 통한 '불러오기'(Abruf)[54]를 허용하는 명문 규정을 담고 있다. 동조 제1문은 관련 당사자의 동의하에, 전자적 행정행위는 공공 네트워크를 통한 관련 당사자 또는 대리인의 '불러오기'를 통해 고지될 수 있음을 규율하고 있다. 동조 제2문의 경우 행정청은 이러한 형식의 '불러오기'가 권한 있는 자의 인증에 의해 가능할 것과 전자적 행정행위가 이들에 의해 저장될 수 있을 것을 보장해야 한다는 것을 규정하고 있다. 제3문은, 전자적 행정행위는 권한 있는 자가 확인한 다음날에 고지된 것으로 보며, 전자적 행정행위의 확인이 가능하다는 통보가 발송된 후 10일 내에 확인이 이루어지지 않은 경우 고지의 효

---

49) Matthias Heßhaus, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck OK VwVfG, Müchen: Beck, Stand: 01.04.2017, §24 Rn. 13b.

50) 국문으로 번역함에 있어 직역하지 않고 일정 부분 의역함을 밝혀둔다. 독일어 원문은 "Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben der Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden."이다.

51) 참고로 연방사회법전 제10권과 관련하여 이와 동일한 규정은 과세절차 현대화법 제19조 제2호에 규정되어 있다.

52) Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (27).

53) Bekanntgabe의 번역어로 고지를 사용하였으며, 이는 Hartmut Maurer/박수혁 역, 독일행정법, 2010의 용례를 따른 것임을 밝혀둔다. 이를 '통지'로 번역한 사례로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 151면.

54) 과세절차 현대화법 제20조 제4호 및 행정절차법 제41조 제2항의a에서 사용되고 있는 Abruf라는 명사와 abrufen이라는 동사는 -엄밀하게 분석하면 개념상 차이가 있을 수 있지만- 국립국어원이 시범운영 중인 국민 참여형 사전 우리말샘<https://opendict.korean.go.kr/main>에 수록되어 있는 '불러오기'로 번역했음을 밝혀둔다. 참고로 Abruf 또는 abrufen를 '호출'이라고 번역한 문헌으로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 151, 171면 등.

력은 발생하지 않지만, 다시금 확인할 수 있게 하는 가능성 내지 다른 방식의 고지 가능성은 존속함을 규율하고 있다. 이러한 법적 규율은 연방행정절차법 상 제41조 제2항의a으로 자리 잡게 되었다.[55]

'불러오기'를 통한 고지를 가능하게 하는 동 조항이 과세절차 현대화법을 통해 전자동화 행정행위를 허용하는 규정과 동시에 연방행정절차법 상에 삽입되었기 때문에, 동 조항이 전자동화 행정행위와 불가분의 관계를 갖고 있는 것으로 오해될 소지가 있다. 하지만 '불러오기'는 전자적 행정행위의 고지 방식 중 하나이기 때문에 전자동화 행정행위와 필연적 연관성을 갖고 있지는 않다.[56] 전자동화 행정행위가 전자적 행정행위의 형식을 갖추고 있는 경우 '불러오기'의 형식으로 고지를 하는 것이 가능할 수 있지만, 전자동화 행정행위라고 하여 반드시 전자적 행정행위의 형식을 갖지는 않는다.[57] 실제로 연방행정절차법 제41조 제2항의a의 도입과 관련된 과세절차 현대화법 제20조 제4호의 입법이유에서 전자동화 행정행위라는 개념이나 자동화·전자동화라는 단어가 전혀 사용되고 있지 않다.[58]

(4) 논의의 전개 방향

이하에서는 위에서 살펴본 2017년 1월 1일 연방행정절차법 개정을 통해 삽입된 법적 규율들 중 전자동화 설비를 통한 행정행위 발령에 대해서 집중적으로 살펴보고자 한다. 따라서 이하에서는 기본적으로 독일 연방행정절차법 제35조의a에 대한 사항이 집중적으로 다루어질 것이다(Ⅲ.). 그 후 전자동화 설비를 통해 발령되는 행정행위로 인해 발생할 수 있는 부작용을 보완하기 위한 제도적 방법에 대해서 살펴보도록 한다. 이와 관련해서는 우선 독일 연방입법자가 행정절차상 행정청의 직권탐지주의의 일환으로 자동화 설비를 통한 행정행위의 발령 시 행정청에게 부여한 의미 있는 사실관계 고려 의무(연방행정절차법 제24조 제1항 제3문)에 대해서 살펴볼 것이며, 이러한 규율이 어떠한 의의를 갖고 있는지 간단히 살펴본다. 그 후, 규범제정권자가 전자동화 행정행위를 허용하는 법령을 입안할 때

55) 참고로 연방사회법전 제10권과 관련하여 이와 같은 사항은 과세절차 현대화법 제19조 제3호에 규정되어 있으며, 이 규정은 연방사회법전 제10권 제37조 제2항의a로 자리 잡게 되었다.

56) Vgl. Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 2016), S. 891 (896).

57) 전자동화 행정행위와 전자적 행정행위가 개념적으로 반드시 일치하지 않는다는 적확한 지적으로는, 김중권, 「행정법」, 제2판, 법문사, 2016, 219~220면. 전자적 행정행위는 당해 행정행위가 전자동화 절차 내지 부분자동화 절차를 통해 발령되었는지 여부와 무관하다. 이에 대해서는 Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 2016), S. 891 (896); Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (28).

58) Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122 f.

전자동화 행정행위로 인해 발생할 수 있는 부작용들을 해소하기 위해 고려해야 할 사항들을 살펴보도록 한다(Ⅳ.).[59] 그리고 마지막으로 전자동화 된 설비를 통한 행정행위의 발령이라는 제도가 독일 행정법 체계 내에서 어떻게 운용될 수 있을지에 대해 전망해 본 후(Ⅴ.1.), 독일에서 진행되어 온 행정절차법제 개선 논의를 통해 우리가 얻을 수 있는 시사점은 무엇인지 간략하게 검토해보는 것으로써 본고를 마치도록 한다(Ⅴ.2.).

Ⅲ. 연방행정절차법 제35조의a의 주요 내용

독일의 연방행정절차법 제35조의a의 구조를 살펴보면 본문과 단서로 구성되어 있는데, 각 문장별로 두 가지 법적 규율을 담고 있다. 첫 번째 주요 규율 내용은 전자동화 설비를 통한 행정행위의 발령을 허용하는 것으로, 제35조의a 본문에 기재되어 있다. 두 번째 주요 규율 내용은 제35조의a 단서에 기재되어 있으며, 일반 행정절차에서 전자동화 된 행정행위의 발령이 허용되기 위한 법적 조건들을 담고 있다. 이하에서는 우선 연방행정절차법 제35조의a의 본문에 해당하는 "[...]행정행위는 전적으로 자동화 설비를 통해 발령될 수 있다"라는 규정이 담고 있는 의미를 살펴본다(Ⅲ.1.). 그 후 연방행정절차법 제35조의a 단서에 해당하는 "법령에 의해 허용되고 재량 또는 판단 여지가 존재하지 않는 한[...]"의 규범적 의미를 살펴보도록 한다(Ⅲ.2.).

1. 연방행정절차법 제35조의a 본문

(1) 전자동화 행정행위 도입 및 그 개념

연방행정절차법 제35조의a는 '전적으로 자동화 된 행정행행위의 발령'(Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes)에 대한 규정으로서, 동 조항의 본문은 행정행위가 '전적으로 자동화 설비에 의해서'(vollständig durch automatische Einrichtungen) 발령될 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 유형의 행정행위는 독일 문헌 상 '전자동화 행정행위'(vollautomatisierter Verwaltungsakt)[60]라고 불린다.

---

59) 앞서 살펴본 연방행정절차법 제41조 제2항의a에 규정되어 있는 '불러오기'(Abruf)를 통한 전자적 행정행위 고지는 일정 부분 전자동화 설비 또는 부분자동화 설비를 통해 발령된 행정행위와 일정 부분 관련성을 갖고 있기는 하지만 필수 불가결한 관련성을 맺고 있지는 않으므로, 이하의 논의에서는 이를 생략하도록 한다. 독일 연방행정절차법 제41조 제2항의a의 '불러오기'를 통한 전자적 행정행위의 고지에 대해 설명하고 있는 국내 연구물로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 171면 이하.

연방행정절차법 제35조의a에서 규율하고 있는 전자동화 행정행위가 무엇인지 그 실체를 명확하게 파악하기 위해 여러 검토방식이 고려될 수 있다. 우선적으로 고려할 수 있는 방식은 기존에 연방행정절차법에 도입되어 있는 유사 개념들(자동장치를 이용한 행정행위 및 전자적 행정행위)과의 비교를 통해 전자동화 행정행위의 특징을 파악하는 것이다. 두 번째 방식은 연방행정절차법 제35조의a를 규범해석론적 방법을 통해 분석하는 것인데, 이 때 문리적 해석 방식과 입법자가 과세절차 현대화법을 입안하면서 제시했던 입법이유의 검토 및 과세절차 현대화법 상에 규율되어 있는 여타 규정들 간의 비교를 통한 체계적 검토가 이용될 수 있다.[61]

우선 연방행정절차법 제35조의a에서 규율하고 있는 전자동화 행정행위가 무엇인지 살펴보기 위해, 연방행정절차법 상 '자동장치를 이용한 행정행위'(Verwaltungsakt mit Hilfe automatischer Einrichtungen)와의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 자동장치를 이용한 행정행위는 연방행정절차법 제정 당시부터 연방행정절차법에 규정되어 있었던 행정행위의 유형 중 하나로서 현행 연방행정절차법 제28조 제2항 제4호, 제37조 제5항 제1문, 제39조 제2항 제3호에서 찾아볼 수 있는데, 자동장치를 이용한 행정행위의 경우 독일어 원문 상 '자동화 설비의 도움으로'(mit Hilfe automatischer Einrichtungen)라는 문구가 행정행위를 수식하고 있으므로, 이 문구로 인해 이들 규정들이 전적으로 자동화 설비를 통해 행정행위가 발령될 수 있는 법적 근거라고 파악될 소지가 있다.[62] 하지만 연방행정절차법 제35조의a에서 규율하는 '전적으로 자동화 설비를 통한' 행정행위의 발령과 '자동화 설비의 도움을 받아/지원을 받은' 행정행위는 법문 자체에 명백한 차이가 있으며, 따라서 '자동장치를 이용한 행정행위'는 전자동화 행정행위와는 별개의 개념으로 보는 것이 타당하다.[63] 양자의 구분은 독일 입법자에 의해 작성된 과세절차 현대화법의 입법 이유에서도 명확하게 나타난다. 과세절차 현대화법의 제20조 제3호에 대한 입법이유를 살펴보면, 기존의 연방행정절차법 체제 상 자동화 설비는 '보조 장치로서'(als Hilfsmittel) 사용되었음을 기술하고 있다.[64] 기존의 독일 행정절차법제상 자동장치를 이용한 행정행위와 과세절차 현대화법을 통해 독일 행정절차법제에 도입되게 된 전자동

60) 대표적으로 Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (25).
61) 이하에선 전자동화 행정행위의 개념을 파악하기 위해 이들 검토 방법론들을 상호 절연된 상태에서 이용하지 않고, 논의의 맥락에 맞게 상호 혼용하여 사용하도록 한다.
62) 이러한 입장으로는 Paul Tiedemann, a.a.O, §37 Rn. 50.
63) 同旨: 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 154면.
64) BT-Drs. 18/8434, S. 122.

화 행정행위가 개념적으로 다르다는 것은 전자동화 행정행위를 연방사회법전 제10권 제31조의a에 도입하는 것을 내용으로 하는 과세절차 현대화법 제19조 제2호의 입법이유에서 보다 명확하게 드러난다. 독일 입법자는 예전부터 존재했던 연방 사회법전 제10권 제33조 제5항에 따른 자동장치를 이용한 행정행위와는 달리 과세절차 현대화법을 통해 도입되는 전자동화 행정행위 발령의 경우 주무 행정청 소속 담당자의 개별 결정이 이루어지지 않는다고 기술하고 있다.[65]

ICT 기술을 사용한 행정행위라는 측면에서 전자동화 행정행위와 전자적 행정행위(elektronischer Verwaltungsakt)는 상호 관련성을 맺고 있는 개념으로 볼 수도 있다. 하지만 전자적 행정행위의 핵심적인 징표는 발령된 행정행위가 전자문서와 같은 전자적 매체를 통해서 작성 및 전달된다는 점에 있는 반면, 전자동화 행정행위의 경우는 인간의 의사적 활용이 전적으로 배제된 상태로 자동화 설비만을 통해 결정 내용 산출된다는 점에 방점이 있기 때문에 그 형식에 있어서 반드시 전자적 문서의 형식 갖고 있을 필요는 없고, 따라서 전자동화 설비를 통해 산출된 결정은 전자문서의 형식이 아닌 일반 종이 문서에 프린트 되는 것도 문제는 없다.[66] 비록 개념적으로는 전자적 행정행위와 전자동화 행정행위가 명확하게 구분됨에도 불구하고, 행정 실무에서는 이 양 개념을 동시에 충족하는 행정행위, 즉 전자동화 설비를 통해 전자문서의 형식으로 법적 규율 내용이 산출된 행정행위가 존재할 수도 있다.[67]

(2) 행정행위성의 부여

독일 연방행정법의 발전과정을 살펴보면, 행정법(학) 상 개념적 문제를 독일 입법자가 법률 개정을 통해 해소하는 모습을 관찰할 수 있다. 그 대표적 사례로는 전자적 행정행위 개념의 입법적 도입을 들 수 있다. 2002년 제3차 연방행정절차법 개정 법률을 통해 연방행정절차법이 개정되기 이전에는 전자적 행정행위가 법(개념)적으로 허용될 수 있는지 여부에 대한 견해대립이 있었다. 이러한 견해대립은 제3차 연방행정절차법 개정 법률로 인해 개정되기 전 연방행정절차법 규정의 '서면, 구술 기타 방식에 의한 행정행위'라는 법문 중 '기타 방식'에 전자적 방식이 포섭될 수 있는지 여부와 관련된 해석 관점의 차이에서 기인했었는데, 이러한

65) BT-Drs. 18/8434, S. 121.
66) Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1274).
67) (전자동화 행정행위에 대한 명문규정이 국내외에 존재하지 않는 상황이었지만) 개념적으로 이들이 등치하지 않는다는 적확한 지적으로는 김중권, 「행정법」, 제2판, 법문사, 2016, 219면.

견해대립은 2002년 연방행정절차법 개정을 통해 전자적 행정행위 개념이 명시적으로 도입됨으로써 입법적으로 정리되었다.[68] 그리고 행정법(학) 개념적 문제에 대한 견해대립이 입법을 통해 해결되는 모습은 전자동화 행정행위의 도입을 규율하고 있는 연방행정절차법 제35조의a에서도 발견할 수 있다.

연방행정절차법의 규정들 중 행정행위의 법적 개념정의를 하고 있는 조항은 제35조이다. 연방행정절차법 제35조 제1항 제1문에 따르면 '행정행위란 행정청이 공법 상 개별사안을 규율하기 위해 내린 직접적 외부효를 갖는 모든 처분(Verfügung), 결정(Entscheidung) 또는 기타 고권적 조치(andere hoheitliche Maßnahme)이다.' 연방행정절차법 제35조 제1항 제1문상의 법적 개념 정의에 규정되어 있는 조치(Maßnahme)의 개념 자체는 모호하지만,[69] 조치의 예시로 제시되어 있는 처분 및 결정을 함께 고려한다면, 이는 의사형성의 과정을 통한 행정법적 의사표시라고 할 수 있다.[70] 그리고 이러한 의사적 작용은 행정청에게 귀속 되는 인간의 행위로서의 성격을 갖는다.[71] 연방행정절차법 제35조의 해석상 행정행위는 인간의 의사적 행위이기 때문에, 전자동화 설비에 의해 산출되는 개별·구체적인 행정적 산출물의 경우 -산출물 자체를 도출해내는 알고리즘에 반영된 인간의 의사작용 이외에- 그 산출물 자체에 인간에 의한 의사형성 내지 인간의 행위가 존재하는지 불명확 했고 따라서 이를 행정행위로 인정할 수 있는지 여부와 관련하여 행정법(학) 도그마틱적으로 견해대립이 존재할 수밖에 없었다.[72] 전자동화 행정행위가 내포하고 있는 이와 같은 규범적 모호성에 대해 독일의 입법자도 인지하고 있었다는 것은 과세절차 현대화법의 입법이유에서 찾아볼 수 있다. 독일 입법자도 연방행정절차법 제35조 상의 행정행위에 해당하는 사태들은 인간의 의사적 작용(die Willenstätigung eines Menschen)을 전제로 하고 있지만 전자동화 시스템이 투입되어 도출되는 산출물 그 자체에는 인간의 의사적 작용이 반영되어 있지 않아서 연방행정절차법 제35조만으로는 전자동화 행정행위라는 제도를 운영

68) Hartmut Maurer, a.a.O., S. 482.

69) Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §35 Rn. 69.

70) Vgl. Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §35 Rn. 69 f.

71) Kyrill-Alexander Schwarz, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hsrg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Nomos, 2016, §35 Rn. 81; Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §35 Rn. 70.

72) 이에 대한 자세한 논의는 Vgl. Nadja Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht?, NVwZ 2016, S. 960 (963 ff.).

함에 있어 규범적으로 문제의 소지가 있음을 기술하고 있다.[73]

이러한 배경 하에 연방행정절차법 제35조의a에서 행정행위가 전적으로 자동화 설비에 의해 발령될 수 있다고 규정한 것은, 기존의 행정법(도그마마틱)적 관점에서 보았을 때 전자동화 설비에 의해 산출된 사인에 대한 개별적·구체적 규율에 대해 제기될 수밖에 없었던 작용형식법적 의문을 입법자가 법률규정을 통해 해소한 것이라고 평가할 수 있다.[74] 그리고 이러한 작용형식법적 성격을 규율한 것은 단순히 전자동화 설비를 통해 산출된 산출물에 대한 행정작용법 상의 형식부여 내지 행정작용법 상의 견해 대립의 해소라는 차원의 의미를 넘어서며, 공법 실무적 관점에서, 전자동화 설비를 통해 개별·구체적 행정작용이 발령되는 경우에는 원칙적으로 연방행정절차법 상 행정행위에 적용되는 법적 규율들이 적용되는 도그마틱적 의미도 갖고 있다.[75]

2. 연방행정절차법 제35조의a 단서

앞서 살펴본 바와 같이 연방행정절차법 제35조의a 본문은 인간의 의식적 작용이 배제된 채 전자동화 설비를 통해 산출된 개별·구체적 행정작용이 행정행위의 형식으로 발령될 수 있음을 인정하고 있다. 하지만 전자동화 된 설비를 통해 산출된 결과가 행정행위로서 발령되는 것은 연방행정절차법 제35조의a 본문이 이러한 작용형식을 인정하고 있다는 사실만으로 가능한 것은 아니다. 이는 연방행정절차법 제35조의a의 단서에 전자동화 행정행위 발령이 허용되기 위한 조건들이 규율되어 있기 때문이다. 이하에서는 연방행정절차법 제35조의a 단서에 규율되어 있는 전자동화 행정행위 발령의 허용 조건과 이것의 규범적 의미에 대해서 살펴보도록 한다.

(1) 제35조의a 단서 전단: 개별 법령상의 근거

연방행정절차법 제35조의a 단서 전단에 따르면, 전자동화 설비에 의한 행정행위의 발령은 법령(Rechtsvorschrift)에 의해 허용된 경우에 가능하다. 즉 전자동화 된 설비에 의한 행정행위의 발령이 실제로 가능하기 위해서는 연방행정절차법 제35조의a 본문 이외에 별도의 규범적 근거가 존재해야 한다. 이와 같은 연방행정

73) BT-Drs. 18/8434, S. 122.
74) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 7; Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 21 2016), S. 891 (893).
75) BT-Drs. 18/8434, S. 122; Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (2).

절차법 제35조의a 단서 전단 상의 규율 내용은 -과세절차 현대화법이 조세행정절차 법제, 사회법 상 행정절차 법제, 일반 행정절차 법제 간의 가능한 한 통일성 있는 발전을 지향 한다[76]는 점을 고려한다면- 일반 행정절차 법제만의 특수한 규정이라고 평가 할 수 있다. 이는 과세절차 현대화법 제1조 제27호[77]를 통해 개정된 연방조세법전 제155조 제4항과 과세절차 현대화법 제19조 제2호[78]를 통해 개정된 연방사회법전 제10권 제31조의a는 전자동화 설비를 통해 발령되는 행정행위와 관련하여 별도의 규범적 근거를 요구하고 있지 않기 때문이다.[79] 일반 행정절차에 적용되는 연방행정절차법과 관련하여 이와 같은 별도의 규범적 근거를 요구하고 있는 이유는 전자동화 된 작업 방식이 일반 행정 영역에서 무분별하게 적용되는 것을 예방하고 전자동화 설비를 통한 작업 방식이 적합한 경우에 한 하여 적용되는 것을 보장하기 위해서라고 독일 연방입법자는 밝히고 있다.[80]

전자동화 된 설비에 의한 행정행위의 발령이 허용되기 위해 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단에서 제시하고 있는 조건인 별도의 규범적 근거가 필요하다면, 어떠한 차원의 규범적 근거가 필요한지 문제된다. 이와 관련하여 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 본문에는 '법령'(Rechtsvorschrift)라는 표현을 사용하고 있는데, 이에 대해서는 입법자가 법적 개념 정의를 하고 있지 않으므로 이에 대한 해석이 요구된다. 우선 입법 과정에서 작성된 입법의견을 살펴보면 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단에 대응하는 입법의견 부분에 '법률유보'(Gesetzesvorbehalt)라는 개념이 사용되고 있다.[81] 이에 기반 하여 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의

76) BT-Drs. 18/8434, S. 120, 122.

77) BGBl. I (2016), S. 1690.

78) BGBl. I (2016), S. 1708.

79) 조세절차 현대화법에 의해 전자동화 행정행위가 도입된 세 가지 절차법제 중 조세절차법제와 사회법적 절차법제의 경우 전자동화 행정행위를 허용하기 위한 별도의 법령을 요구하지 않고 있다. 독일 연방입법자가 연방조세법전과 연방 사회법전 제10권의에 전자동화 행정행위 도입을 위한 별도의 법령 상 근거를 요구하지 않은 것과 관련하여, 연방입법자가 과세절차 현대화법을 제정하던 당시 이들 분야의 경우 이미 자동화가 많이 진행된 상태이기 때문에 별도의 법령을 통해 이를 허용하도록 규율하는 것은 불가능하다고 진단했을 것이라 추측하는 Hans Peter Bull, a.a.O, S. 409 (411 f.)를 소개하고 있는 국내 문헌으로는 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 160면의 각주 28). 하지만 Hans Peter Bull, a.a.O, S. 409 (412)에는 이러한 추측 이외에도 연방입법자가 -조세행정상 전자동화 행정행위를 허용하고 있는- 연방조세법전 제155조 제4항과 -사회법적 행정상 전자동화 행정행위를 허용하고 있는- 연방사회법전 제10권 제31조의a를 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단에서 요구하고 있는 법령이라고 생각한 것일 수도 있다는 추측도 기술되어 있다.

80) BT-Drs. 18/8434, S. 122.

81) BT-Drs. 18/8434, S. 122.

법령(Rechtsvorschrift)를 해석하게 된다면, 입법자에 의해 제정된 형식적 의미의 법률에 의해서만 전자동화 행정행위의 발령이 허용될 수 있는 것처럼 보일 수도 있다. 하지만 입법이유에서 사용되고 있는 법률유보라는 개념 자체는 기존의 공법 도그마틱적 관점에서 타당하지 않으며, 또한 기존의 연방행정절차법 조항들에 대한 해석론과 비교해 보아도 적합하지 않다고 보는 것이 타당하다.[82] 연방행정절차법 규정들 중에는 본문의 규율 내용을 한정 짓거나 본문의 규율을 가능하게 하는 조건을 담고 있는 단서 조항에서 '법령'(Rechtsvorschrift)라는 법문이 사용된 경우가 다수 존재하는데, 이러한 대표적인 조문으로는 연방행정절차법 제1조 제1항, 제22조 제2문, 제27조의a 제1항 제1문을 들 수 있다. 지금까지 이들 조문 내 단서 규정상의 법령(Rechtsvorschrift) 개념은 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 실질적 의미의 법률도 포함하는 것으로 해석되어 왔다.[83] 기존의 연방행정절차법 상의 규정들에 대한 해석론 및 이에 기반 한 법제들과의 체계적 관련성을 고려한다면, 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 법령(Rechtsvorschrift)에 형식적 의미의 법률만 포섭된다고 좁게 해석하는 것은 바람직하지 않다.[84] 오히려 동조 법문 상의 법령(Rechtsvorschrift)에는 본문 그 자체가 담고 있는 의미에 상응하게 형식적 의미의 법률 이외에 실질적 의미의 법률도 포섭된다고 보는 것이 바람직하다.[85]

연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 '법령'(Rechtsvorschrift)이 형식적 의미의 법률과 실질적 의미의 법률을 의미한다고 해석 된다면, 전자동화 된 행정행위의 발령이 허용되기 위해서는 개별 법역을 규율하는 별도의 형식적 의미의 법률과 법규명령(Rechtsverordnung)에 의해 이러한 행정작용이 가능할 것이 규정되어 있어야 한다.[86] 그리고 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의 법령(Rechtsvorschrift)에 해당하는 실질적 의미의 법률의 개념적 외연과 관련하여, 자치입법권을 갖고 있는 주체도 자치법규(Satzung)를 통해 전자동화 행정행위를 허

82) Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 21 2016), S. 891 (893).

83) Vgl. Berthold Kastner, in: Michael Fehling/ders./Rainer Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2016, §1 Rn. 50; Heribert Schmitz, in: Paul Stelkens/Hinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §1 Rn. 211 bzw. §22 Rn. 13; Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Hinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §27a Rn. 30.

84) 기존의 연방행정절차법 규정들과의 체계적 연관성을 통한 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 '법령'(Rechtsvorschrift)에 대한 해석론으로는 특히, Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

85) Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 2016), S. 891 (893); Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

86) 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의 '법령'의 해석과 관련하여, 이에 포함되는 규범으로 형식적 의미의 법률과 법규명령만을 제시하는 문헌으로는 Christian Djeffal, a.a.O, S. 808 (813); Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1276).

용하는 것이 가능하다는 입장이 존재한다.[87] 참고로 기존의 연방행정절차법적 제도에 예외적 성격을 갖고 있는 제도인 허가의제(Genehmigugnsfiktion)에 대해서 규율하고 있는 연방행정절차법 제42조의a의 경우는 허가의제가 허용될 수 있는 조건으로 법령(Rechtsvorschrift)에서 이를 명시하고 있고 신청이 충분히 명확한 경우를 들고 있는데, 이때 법령을 해석함에 있어서는, 형식적 의미의 법률, 법규명령 및 자치법규(Satzung) 까지도 포함된다고 해석되기도 한다.[88] 따라서 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의 법령(Rechtsvorschrift) 개념에 자치법규까지도 포섭되어 제도가 운영되는지 아닌지 여부는 학설·실무상의 논의 전개 양상 및 전자동화 행정행위와 관련된 실질적인 제도 설계 등 당해 제도와 관련된 전반적인 논의의 추이를 살펴보면서 평가를 할 필요가 있는 것으로 보인다.

자치법규가 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의 법령에 포섭되는지 여부가 해석론적으로 아직은 명확하지 않은 반면, 전자동화 행정행위의 발령을 용인하는 법령은 형식적 의미의 법률과 실질적 의미의 법률을 의미하기 때문에 행정내부에서 자체적으로 발령되는 행정규칙(Verwaltungsvorschrift)은 연방행정절차법 제35조의a 단서 상의 법령(Rechtsvorschrift)에는 명백히 포함되지 않는다.[89]

(2) 제35조의a 단서 후단: 재량과 판단 여지의 부재

과세절차 현대화법을 통해 전자동화 설비를 통해 행정행위 발령에 대한 규정이 도입되기 이전에는, 전자동화 설비를 통한 행정행위에 대한 명확한 법적 규율이 존재하지는 않았다. 따라서 전자동화 절차를 통해 발령될 수 있는 행정행위의 유형은 무엇인지에 대한 견해 대립이 존재했는데, 특히 행정청에게 형성여지가 존재하지 않는 기속행위의 경우에만 전자동화 행정행위의 발령이 가능한 것인지, 아니면 입법자가 행정청에게 부여한 형성여지가 존재하는 경우에도 전자동화 된 설비를 이용한 행정행위의 발령이 가능한지가 논쟁의 중심이었다.[90] 이와 관련해서는 기속행위의 경우에만 전자동화 행정행위의 발령이 가능하다는 입장이 논의

87) 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단 상의 '법령'의 해석과 관련하여, 이에 포함되는 규범으로 형식적 의미의 법률, 법규명령 이외에 자치법규도 포함시키는 견해로는 Hans Peter Bull, a.a.O, S. 409 (411); Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (2); Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 21 2016), S. 891 (893); Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

88) Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, a.a.O, §42a Rn. 10; Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §42a Rn. 29.

89) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

90) Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

대립의 한 축을 이루고 있었다면, 입법자가 행정청에게 형성의 여지를 준 경우(판단 여지가 존재하는 사례, 재량행위인 사례 등)에도 전자동화 행정행위의 발령이 가능하다는 입장이 이에 반대되는 논의의 진영에 해당한다고 할 수 있으나,[91] 연방행정절차법 제35조의a 단서는 전자동화 행정행위가 가능하기 위한 조건으로 판단 여지 및 재량이 존재하지 않을 것을 명시적으로 규정하고 있다.

판단 여지와 재량이 행정청에게 부여된 경우 전자동화 행정행위가 인정되지 않도록 규정하게 된 이유는 과세절차 현대화법의 입법이유에서 살펴볼 수 있다. 독일 입법자의 입장에 따르면, 현대의 ICT 기술 발전 양상으로 인해 전자동화 행정행위의 발령이 기술적·법적으로 인정될 수 있지만, 판단 여지나 재량이 존재하는 경우들은 사실관계에 대한 개별적 평가를 수반하는 인간의 의사적 작용을 전제로 하고 있기 때문에 전자동화 행정행위는 판단 여지와 재량이 없는 경우에만 고려된다고 한다.[92] 이러한 입법이유의 내용을 살펴보았을 때, 독일의 입법자는 현재의 ICT 기술 수준에서는 아직 전자동화 설비를 통해 사실관계와 관련된 개별적 평가가 이루어지는 것은 힘들다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 그리고 이러한 입법이유를 염두하고 연방행정절차법 제35조의a를 해석한다면, 비록 판단 여지의 대상이 아니더라도 당해 개념을 파악하기가 쉽지 않은 불확정 법개념이 구성요건에 사용되는 경우에도 전자동화 행정행위는 활용되지 않을 것이라고 평가할 수도 있을 것이다.[93]

판단 여지 및 재량이 존재하는 경우에 전자동화 행정행위가 인정되지 않는다는 조건과 관련하여 별도로 살펴보아야 할 논점이 존재한다. 입법자가 행정청에게 재량을 수여하면서 Soll-Vorschriften을 사용한 경우, 의도된 재량(intendiertes Ermessen)[94]의 경우 및 재량의 0으로의 수축의 경우 연방행정절차법 제35조의a 단서 상의 조건에 부합하는지 여부, 즉 이러한 경우 전자동화 행정행위를 인정하는 것이 연방행정절차법 제35조의a에 비추어 합당한지 여부가 그것이다. 이는

91) Vgl. Gabriele Britz, a.a.O, §26 Rn. 59 f.
92) BT-Drs. 18/8434, S. 122.
93) Vgl. Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1276).
94) 독일 행정법 상 의도된 재량에 대해서는 Martin Borowski, “Intendiertes Ermessen”, DVBl. 2000, S. 149 ff. 의도된 재량과 관련하여 유의미한 국내 선행 연구로는 김성수, “독일행정법에서의 의도된 재량이론과 재량통제”, 「헌법판례연구」 제6권, 한국헌법판례연구회, 2004. 11, 325면 이하; 이은상, “독일법상의 「의도된 재량」”, 「행정법연구」 제11호, 행정법이론실무학회, 2004. 5, 291면 이하; 홍강훈, “기속행위와 재량행위 구별의 새로운 기준”, 「공법연구」 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012년, 293면 이하.

Soll-Vorschriften과 의도된 재량의 경우 입법자가 행정청에게 특정한 결정을 내리도록 유도를 하고 있으며, 재량이 0으로 수축되는 경우는 행정청의 재량이 의무로 전환되기 때문에, 행정청에게 부여된 형성여지가 협소하거나 존재하지 않는다고 판단 할 수 있기 때문이다.[95] 하지만 Soll-Vorschriften이나 의도된 재량의 경우, 특수한 사태가 존재할 때 입법자가 의도하고자 하는 원칙적인 결정의 방향성과 다른 예외적 결정을 내릴 수 있으며, 이러한 예외적 결정을 내릴만한 특수한 사태인지 아닌지 여부를 판단하기 위해서는 결국 사실관계에 대한 개별적인 평가를 동반한 인간의 의식적 작용이 수반되기 때문에, 연방행정절차법 제35조의a에 따른 전자동화 행정행위의 대상으로 인정되기는 힘들다고 볼 수 있다.[96] 재량의 0으로의 수축의 경우 그 유형이 두 가지로 구분되는데, 첫 째로는 사안의 특수성에 의해 재량이 0으로 수축하는 경우와 둘째로 행정의 자기구속성에 기반 한 재량의 0으로의 수축을 들 수 있다.[97] 첫 번째 형태의 경우 비록 재량이 0으로 수축되어 이때 발령되는 행정행위는 기속행위와 같은 법적 성격을 갖게 되지만, 재량이 0으로 수축되었는지 여부를 판단하는 과정이 매개되어야만 하고, 이러한 과정은 사안과 관련 된 개별적인 평가라는 인간의 의사적 작용을 거쳐야 하는 것이므로, 연방행정절차법 제35조의a에 따른 전자동화 행정행위의 대상이 될 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다.[98] 반면 행정의 자기구속에 따라 재량이 0으로 수축되는 경우에는 각 사안에 따른 개별적 평가가 수반되지 않기 때문에 전자동화 행정행위의 대상이 될 수 있다는 견해가 존재한다.[99]

3. 소결

연방행정절차법 제35조의a 본문은 전자동화 된 설비에 의한 행정행위의 발령이 가능하다는 것을 원칙적으로 승인하고 있다. 연방행정절차법 제35조의a 단서의 경우 전자동화 행정행위가 가능하기 위한 조건으로서, 별도의 법령을 통해서 전자동화 행정행위가 가능할 것이 규율되어 있어야 하고, 전자동화 행정행위의 규범적 근거가 되는 조항에 판단 여지와 재량이 존재하지 않아야 함을 규율하고 있다. 비록 연방행정절차법 제35조의a에서 전자동화 행정행위라는 제도의 도입 및

95) Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).
96) Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 2; Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).
97) Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, a.a.O, §40 Rn. 47b.
98) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).
99) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

이에 대한 조건을 규율하고는 있지만, 이 조항만으로는 어떠한 구체적인 행정 영역에서 전자동화 행정행위가 운용될 수 있을지 여부가 규명되지는 않는다. 이는 동 조항 자체가 개별적인 대상 행정 영역을 지정하지 않았을 뿐만 아니라, 연방행정절차법 제35조의a 자체도 동 조항에 담겨 있는 개념들이 어떻게 해석 되는가에 따라 전자동화 행정행위와 관련된 구체적인 제도의 모습이 달라질 수 있기 때문이다.[100]

따라서 (조세법 상 행정과 사회법 상 행정을 제외하고) 독일 행정법제 실무에서 어떠한 행정 영역에서 어떠한 행정행위가 전자동화 설비를 통해 발령되게 될 것인지는 시간을 두고 앞으로 이루어질 독일 입법자에 의한 별도의 법률 제·개정 또는 법규명령제정권자자에 의한 별도의 법규명령 제·개정 추이를 살펴볼 필요성이 있다.

Ⅳ. 전자동화 행정행위 도입에 따른 제도적 보완책

1. 전자동화 행정행위 도입과 별도의 제도적 보완

전자동화 행정절차를 통해 얻을 수 있는 장점은 다양하다고 할 수 있다. 우선 전자동화 설비를 통한 절차 진행으로 인해 행정절차가 신속하게 이루어질 수 있으며, 또한 각종 행정자원도 절약할 수 있다.[101] 그리고 알고리즘과 같은 기계적 연산 방식에 의해 행정행위의 내용이 산출되므로 업무상의 사소한 실수가 줄어들 수 있으며, 또한 담당 공무원의 선입견에 기반 한 (부적절한) 결정이 내려지는 것도 예방할 수 있다.[102] 이로 인해 산출된 결과물에 대한 객관성·중립성·설득력 확보도 이루어질 수 있다.[103] 그리고 -과세절차 현대화법(안)이 추구하고 있는 목적에서도 기술된 바와 같이- 전자동화 행정절차로 인해 확보된 인력을 통해 보다 심도 있게 평가를 해야 하는 사안들에 대해서는 별도의 집중적인 심사도 가능해진다.[104]

하지만 자동화 설비를 통해 행정행위 내용의 산출 하는 방식은 알고리즘을 이

---

100) 예를 들어, 연방행정절차법 제35조의a 본문 상 법령(Rechtsvorschrift) 개념에 자치법규(Satzung)이 포함되는지 여부에 따라 전자동화 행정행위의 도입을 가능하게 하는 규범제정권자의 범주가 달라지면 이로 인해 구체적인 적용 영역 범주도 달라진다.

101) BT-Drs. 18/8434, S. 122.

102) Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1.

103) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 21; Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (1).

104) Vgl. BT-Drs. 18/7457, S. 48.

용하기 때문에 그 결정 내용 산출 과정 자체의 프로세스가 고도로 정형화 되어 있어야만 하며, 이러한 구조적 특성으로 인해 개별 사안적인 특수성이 반영되기 힘든 면이 존재할 뿐만 아니라, 이러한 고도의 정형화로 인해 정형화 과정에서 고려되지 않았던 사태가 발생하는 경우 적절한 결과물이 산출될 수 없는 위험성도 존재한다.[105] 또한 전자동화 행정행위를 둘러싸고 있는 법제도적 관점에서 보면, 전자동화 행정행위를 허용하는 관련 법령의 개정, 관련 법령과 관련하여 법원이 내린 판결의 동향 변화가 있는 경우, 전자동화 행정행위를 가능하게 하는 기술적 기반 및 결정 내용 산출의 과정의 특성상 -신규 알고리즘 구축 작업, 더 나아가 딥러닝 등의 학습과정을 전제로 한 구조라면 학습의 대상이 되는 대규모의 데이터 수집 및 이에 대한 학습 작업이 동반되어야만 하므로- 이들 변화에 신속하게 대응하는 것이 쉽지 않으며, 더 나아가 전자동화 설비를 통해 산출된 결정의 내용에 지속적으로 오류 내지 위법한 사항이 포함되어 있는 경우 이에 대한 신속한 대응이 쉽지 않게 되는데, 이러한 요소들에 대해 대응하기 위해서는 전자동화 설비의 논리구조를 새롭게 교정(알고리즘 디버깅 등) 한 후, 이러한 논리구조에 대한 검증이 별도로 필요하기 때문이다.[106] 또한 전자동화 행정행위의 상대방인 시민의 입장에서 보면, 전자동화 설비에 의해 행정 절차가 진행되고 산출물이 도출되는 경우 전자동화 설비가 어떠한 방식의 프로세스를 통해 산출물을 도출하는지 쉽게 파악할 수 없다는 문제점이 존재한다.[107] 그리고 ICT 기술을 기반으로 행정작용이 이루어지는 경우 데이터를 활용의 과정에서 개인정보보호와 관련된 이슈는 항상 잠재되어 있다.[108]

---

105) BT-Drs. 18/8434, S. 122; Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1277).

106) Vgl. Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 21; 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 156면 참고. 이들 문헌에 따르면, 전자동화 행정행위에 대해 상급기관의 지시(Weisung)가 있는 경우, 이에 즉각적인 대처가 어려운 것을 전자동화 행정절차의 문제점으로 제시하고 있으나, 전자동화 절차를 이용했으나 이로 인해 고려되지 않은 참가자 측의 의미 있는 정황을 별도로 고려하여 행정행위를 발령할 수 있듯이, 전자동화 절차를 통해 산출된 내역에 대해 상급기관에서 합목적성 감독(Fachaufsicht)의 일환으로 지시(Weisung)를 발령한 경우, 담당 행정청의 공무원이 이를 반영하여 별도의 행정행위를 발령할 수 있다. 물론 이러한 경우 당해 행정행위는 연방행정절차법 제35조의a 상의 전자동화 행정행위가 아닌 연방행정절차법 제35조 상의 전통적인 행정행위에 해당하게 될 것이다. 참고로, 독일의 계서제 행정 구조 내에서 상급기관이 하급기관에게 발령하는 지시(Weisung) 및 하급 기관이 이러한 지시에 구속(Weisungsgebundenheit)되는 구조는 독일의 기본법 제65조 제2항에 의해 구성되며, 상급기관의 지시 및 하급기관의 지시구속성은 독일의 계서제 행정의 민주적 정당성과 관련하여, 행정의 민주적 확보하기 위한 실질적-내용적 정당화 요소에 해당하기 때문에, 독일의 행정 실무 및 행정조직법적 관점에서 핵심적인 위치를 점하고 있다. 이에 대해서는 이재훈, "행정청의 민주적 정당성", 「공법연구」제45집 제4호(한국공법학회, 2017), 206면 이하.

107) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 19; 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 156면.

따라서 전자동화 행정행위가 갖고 있는 장점을 높이고, 단점으로 인해 발생할 수 있는 부정적 부작용을 해소하기 위해서, 전자동화 행정행위를 보완해주는 제도적 장치들이 필요하다. 이러한 제도적 보완장치는 다양한 모습으로 나타날 수 있으며, 차후에 전자동화 행정행위의 발령을 허용하는 법령을 입안할 때 규범제정권자가 이를 다양한 형태를 통해 구체화할 필요성이 존재한다. 하지만 전자동화 행정행위와 관련된 제도적 보완은 전적으로 장래의 규범제정권자에게만 유보되어 있지는 않은 것으로 보인다. 이는 독일 연방입법자가 과세절차 현대화법을 제정하면서 자동화 설비에 의해 발령되는 행정행위의 문제점을 보완하기 위한 제도적 장치를 이미 일정 부분 마련해두었기 때문이다.

이하에서는 과세절차 현대화법을 제정하면서 독일의 입법자가 전자동화 행정행위로 인해 발생할 수 있는 부정적 부작용을 예방하기 위한 제도적 수단인 자동화 설비 투입 시 직권탐지주의의 일환으로 행정청에게 부여된 의미 있는 사실상의 정황 고려 의무(연방행정절차법 제24조 제1항 제3문)에 대해서 살펴본 후, 차후에 전자동화 행정행위를 허용하는 법령을 입안할 때 전자동화 행정행위로 인한 부작용을 예방하기 위해 규범제정권자가 제도적 보완책으로 고려해 볼만한 사항에 대해서 살펴보도록 한다.

2. 연방행정절차법 상의 제도적 보완: 제24조 제1항 제3문

과세절차 현대화법 제20조 제2호로 인해 현행 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문에는 '행정청이 행정행위의 발령을 위해 자동화 설비를 투입하는 경우,[109] 당해 행정청은 개별사건과 관련하여 자동화 절차에서 구명되지 않을 수 있는 참여자 측의 중요한 사실적 정황을 고려해야 한다'는 규정이 삽입되었다.[110] 이처럼 전자동화 설비[111]의 투입을 통해서 행정행위가 발령되는 경우, 행정청에게 중요한 사실적 정황을 고려할 의무가 부과된 이유는 독일의 입법자가 과세절차 현대화법

108) Vgl. Fridhelm Hufen/Thorsten Siegel, a.a.O, Rn. 607.

109) 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문의 경우 자동화 절차라는 법문을 사용하고 있기 때문에, 전자동화 행정행위뿐만 아니라 부분자동화 행정행위, 즉 자동장치를 이용한 행정행위에도 적용된다. 이에 대해서는 Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (27).

110) 자동화 절차와 관련하여 이러한 별도의 규율을 규정한 것에 대해서 매우 찬동하는 입장으로는 Hans Peter Bull, a.a.O, S. 409 (413).

111) 본고는 전자동화 행정행위에 대한 사항을 집중적으로 다루고 있으므로 이하의 본문에서는 전자동화 행정행위 및 전자동 행정절차라는 용어만 사용하도록 하며, 또한 이와 관련된 사항에만 국한된 논의를 진행하도록 한다.

의 입법이유에 명시적으로 기술하고 있다. 독일 연방입법자는 자동화 절차는 고도의 정형화를 필요로 하지만 이러한 정형화된 프로세스는 예상하지 못했던 사안과 관련해서는 그 사실관계의 특수성을 결정의 내용에 반영하지 못하는 위험성을 내포하고 있음을 지적하면서, 행정행위 발령과 관련하여 자동화 설비가 투입되는 경우에도 행정청의 직권탐지 원칙은 적용된다고 밝히고 있다.[112] 즉, 전자동화 설비에 의해 발령된 행정행위도 행정청의 직권탐지주의의 대상에 해당하게 된다. 따라서 이러한 중요한 사실적 정황을 고려할 의무는 전자동화 행정행위 발령과 관련하여 문제점으로 제기되는 프로세스의 정형화 및 이로 인해 발생되는 개별 사안의 특수성 미반영에 대한 제도적 대비책이라고 할 수 있다.[113]

하지만 모든 전자동화 행정행위가 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문에서 규정하고 있는 사실관계 고려의무의 대상이 되지는 않는다. 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문은 전자동화 절차를 통해서 구명되지 않을 수 있는 의미 있는 사실적 정황이 존재하는 전자동화 행정행위에 한하여 행정청에게 이러한 정황을 고려하도록 규정하고 있다. 이처럼 행정청에게 의미 있는 사실적 정황에 대해서만 고려의무를 부과하는 이유는, 모든 개별적 정황이 고려 의무의 대상이 되는 경우 전자동화 설비 투입을 통한 행정의 효율성 제고라는 제도적 목적이 형해화 될 수 있기 때문이다.[114] 특히 전자동화 행정행위로 인한 효율성 제고는 인력의 확보 및 이를 통한 사안별 심사강도의 차등화를 구현시키는 전제조건이라고 할 수 있으므로, 중요한 사실적 정황에 국한해서 행정청의 고려의무를 부과한 것은 독일 연방입법자가 전자동화 행정행위의 장점이라는 한 축과 그로 인해 발생할 수 있는 부작용이라는 다른 한 축 사이에서 적절한 제도적 타협점을 만들어 낸 것이라고 평가할 수 있다.

전자동화 설비를 통해 행정행위의 내용이 산출되었지만, 전자동화 절차를 통해서 구명되지 않는 중요한 정황 존재하여 담당 공무원에 의해 이러한 정황이 고려된 경우, 이러한 업무를 수행한 담당 공무원이 당해 행정행위를 발령하거나 다시금 새로운 행정행위가 산출되도록 전자동 행정절차가 한 번 더 진행시키는 방식으로 연방행정절차법 제24조 제1항 제3문상의 중요한 사실적 정황 고려의무의 이행이 이루어질 수 있다.[115] 하지만 이와 같이 담당 공무원에 의해서 전자동화 절

112) Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122.
113) Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (27).
114) Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122, Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 2016), S. 891 (895).
115) Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122.

차에서는 고려되지 않았던 중요한 사실적 정황이 고려되는 경우, 이러한 과정을 거쳐 다시금 발령되는 행정행위는 개념적으로 연방행정절차법 제35조의a 상의 전자동화 행정행위라고 평가할 수 없게 된다.[116]

3. 규범제정권자에 의한 제도적 보완

이하에서는 규범제정권자들이 전자동화 행정행위와 관련된 법령을 입안함에 있어 전자동화 행정행위로 인해 발생할 수 있는 부정적 부작용을 감소시키기 위해 고려해야만 하거나 고려할 수 있는 사항들에 대해서 간단히 조망하고자 한다.[117]

(1) 전자동화 설비를 통해 고려되지 않는 중요한 상황의 필터링 필요성

연방행정절차법 제24조 제1항 제3문은 전자동화 행정행위 도입 영역 업무처리의 효율성 증대를 위해 전자동화 설비를 통해 검토되지 않는 중요한 사실적 정황만을 고려하도록 하고 있지만, 이를 어떤 식으로 운용해야하는지에 대해서는 연방행정절차법 내에 특별한 규율이 존재하지 않는다. 따라서 규범제정권자가 전자동화 행정행위를 가능하게 하는 개별 법령을 제정할 때, 이에 대한 제도적 운용방식 내지 기준 등을 설정해줄 필요가 있다. 이러한 제도적 설정이 특별히 있지 않은 경우, 결국 전자동화 행정행위를 발령하게 되는 행정청의 공무원들은 어떠한 상황이 고려되어야만 하는 중요한 상황인지 개별적인 검토를 해야만 하는 사태가 초래될 수 있기 때문이다.[118]

규범제정권자가 고려할 수 있는 고려할 수 있는 방식으로는 개별 사안에서 특별히 고려해야만 하는 특수성이 존재하는지 여부를 자동화 설비를 이용하여 필터링하는 것을 생각해 볼 수 있다.[119] 자동화 설비를 통해 재검토가 필요한 사안을 필터링하는 방식은 과세절차 현대화법을 통해 연방조세법전에 새롭게 도입된 제88조 제5항에서 찾아 볼 수 있다. 연방조세법전 제88조 제5항에 따르면 과세관청

---

116) Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1277).

117) 이하의 내용들은 규범제정권자들이 부정적 부작용을 예방하기 위해 사용할 수 있는 수단들이라는 관점에서 기술되고 있지만, 이를 다른 관점에서 본다면 V.1.에서 다루어지는 전자동화 행정행위 법제 운영과 관련된 독일 공법상 전망의 논의로 구성한다고 해도 큰 문제는 없는 내용들이지만, 규범제정권자들에 의한 제도적 보완의 필요성이라는 관점 하에 별도의 목차로 구성하여 서술하였음을 밝혀둔다.

118) 그리고 이러한 방식으로 업무가 처리된다면 발령된 행정행위는 결국 전자동화 행정행위라고 할 수 없고, 이로 인해 전자동화 행정행위와 관련된 개별 조항은 사문화 될 소지도 존재한다.

119) Vgl. Heribert Schmitz/Lorenz Prell, a.a.O, S. 1273 (1277).

(Finanzbehörde)은 별도의 조사가 필요한지 여부 또는 개별 조세법 상 행정행위를 검토하기 위해 자동화에 기반 한 리스크관리시스템(automationsgestützte Risikomanagementsysteme)을 투입할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 연방입법자는 이러한 리스크관리시스템이 갖추어야 할 최소한의 요소들을 법률로써 제시하고 있다(연방조세법전 제88조 제5항 제3문).

이러한 연방조세법전 상의 유사 법제를 고려한다면, 차후에 규범제정권자가 특정 법역에서 전자동화 행정행위 발령을 가능하게 하는 규정을 도입함에 있어, 전자동화 행정절차를 통해 고려되지 않은 의미 있는 사실적 정황이 있는 사례들을 자동화 설비를 통해 필터링 하되, 필터링 설비의 연산 구조 내지 운영 방식 상 반드시 반영되어야만 하는 사항들을 당해 법령에 함께 반영하는 형식의 규범형성적 조치가 필요할 것으로 예상된다.[120]

(2) 법적 책임의 명확성 확보 및 전자동 행정절차의 투명성 확보

전자동화 행정행위가 갖고 있는 대표적인 부정적 부작용으로는 전자동화 행정절차를 통해 산출된 내용에 대한 책임 소재의 불명확성과 전자동화 절차 자체가 갖고 있는 불투명성이라고 할 수 있다. 따라서 전자동화 행정행위를 허용하는 개별 법령을 발령함에 있어 규범제정권자는 이러한 문제점을 개별 법령상의 규율을 통해 해결할 필요성이 있다. 특히 독일 기본법 제20조 제2항은 민주주의와 법치국가성을 독일 헌법 상 기본원칙이라고 천명하고 있으며, 이들 원칙은 행정 영역에서 책임의 명확성이라는 행정조직법적 요청을 담고 있기 때문에, 행정의 디지털화가 고도화 된다고 하더라도 디지털화 되어 수행된 행정작용과 관련된 책임의 명확성은 담보되어야만 한다.[121] 따라서 전자동화 행정행위의 경우 당해 행정행위가 담고 있는 법적 규율의 내용이 개별 공무원에 의해서 형성되지 않았다고 할지라도, 단지 이러한 점을 근거로 행정의 책임성이 형해화 되는 결과가 야기되어서는 안 되며, 따라서 전자동화 행정행위를 허용하는 개별 법령을 입안할 때 규범제정권자는 전자동화 행정행위와 관련된 관할 및 주무 행정청의 지정, 국가 배상과 관련된 법적 규율 등을 명확하게 설정하여 전자동화 행정행위로 인해 발생할 수 있는 책임 소재의 불명확성을 규범적으로 해소할 필요가 있다.[122]

---

120) 이와 달리 장래에 연방행정절차법 제24조에 연방조세법전 제88조 제5항의 규정에 상응하는 법적 규율이 도입될 필요가 있다는 입장으로는 Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 2016), S. 891 (896).

121) Ariane Berger, Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Perspektive, DVBl. 2017, S. 804 (806 f.).

그리고 전자동화 절차에 투입되는 설비의 알고리즘과 이를 통해 산출된 전자동화 행정행위는 전자동화 행정행위로 인해 법적 규율을 받게 되는 사인, 더 나아가 이를 규범적으로 통제를 해야 하는 법조인의 입장에서 보았을 때, 마치 쉽게 이해할 수 없는 블랙박스와 같은 성격을 갖고 있다.[123] 따라서 전자동화 행정행위가 구현화 되는 과정에서 나타날 수밖에 없는 블랙박스와 같은 현상을 해소하여 전자동화 행정절차의 투명성을 확보해 줄 제도적·규범적 보완이 규범형성권자에 의해 이루어져야 할 것이다.[124] 이는 특히 전자동화 행정행위와 관련하여 연방행정절차법 제29조에 따른 문서열람권의 실질적 보장을 위해서도 필요한 작업이라 할 수 있으며, 이를 위해 전자동화 설비의 알고리즘의 핵심 메카니즘의 공개의무 부과 및/또는 연산 과정별 문서화 의무 부과 등을 제도적 보완 방식으로 상정할 수 있을 것이다.[125] 이와 관련해서 –비록 구체적인 규범적 맥락에는 차이가 있지만– 규범제정권자가 제도적 보완책으로서 참조해볼 가치가 있는 사항을 EU 개인정보보호기본명령(Datenschutzgrundverordnung, 이하 DSGVO)[126] 제15조 제1항 제2문 제h호에서 찾아볼 수 있다. 동조문은 자동화 결정이 있는 경우 관련 당사자는 자동화 결정을 구현하기 위해 사용된 논리구조에 대해서 설득력 있는 정보를 요구할 권리를 갖는다고 규정하고 있다.[127] 차후에 규범제정권자가 전자동화 행정행위를 허용하는 개별 법령을 제정함에 있어, 전자동화 행정행위의 상대방에게 이와 같은 권리를 부여하는 것도 전자동화 행정절차의 투명성을 보장하는 하나의 제도적 방편으로 사용될 수 있을 것이다.

(3) 개인정보 이슈의 제도적 보완

데이터 기반으로 행정작용이 이루어지는 경우 데이터를 활용의 과정에서 개인정보보호와 관련된 이슈는 항상 잠재되어 있기 때문에,[128] 독일의 규범제정권자가 전자동화 행정행위의 발령을 위한 법령을 구성함에 있어서 개인정보보호를 고려

---

122) Vgl. Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 9.
123) Vgl. Mario Martinit/David Nink, a.a.O, S. 1 (10 f.).
124) 동일한 전망: Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 19; 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 168면.
125) 同旨: Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 19; 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 168면.
126) VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1 vom 4. 5. 2016.
127) Vgl. Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (11).
128) Vgl. Fridhelm Hufen/Thorsten Siegel, a.a.O, Rn. 607.

한 제도적 보완을 갖추어야 할 것으로 예상된다.

개인정보보호와 관련하여 독일 규범제정권자가 장래에 전자동화 행정행위를 허용하는 법령을 제정함에 있어 특히 주의를 기울여야만 하는 것은 유럽연합이 발령한 DSGVO의 제22조인데, 이는 DSGVO 제22조가 전자동화 결정과 관련된 규범적 틀을 제시하고 있기 때문이다.[129] DSGVO 제22조 제1항은, 당사자는 본인에게 법적 효력을 발생시키면서 자동화 된 처리방식에만 기반 한 결정에 대해서는 따르지 않을 권리를 갖고 있다고 규율하고 있다. 하지만 DSGVO 제22조 제1항의 효력은 절대적이지 않으며, DSGVO 자체에서도 이를 상대화 할 수 있는 조건들을 설정하고 있는데, 이는 DSGVO 제22조 제2항에 규정되어 있다.[130] 전자동화 결정에 따르지 않을 권리가 제한되는 유형으로는, 우선 권리를 주장하려고 하는 당사자와 정보보호주체 간의 계약체결 내지 계약이행을 위해 전자동화 결정이 필요한 경우이다(DSGVO 제22조 제2항 제a호). 그리고 당사자가 전자동화 결정에 대해서 동의를 한 경우에도 이러한 권리는 인정되지 않는다(DSGVO 제22조 제2항 제c호). 그리고 전자동화 결정을 EU의 법령 또는 EU회원국의 법령이 허용하고 있으며 이러한 결정을 허용하는 법령들에 당사자의 권리, 자유 및 정당한 이익을 보호하기 위한 적당한 조치들(angemessene Maßnahmen)이 담겨 있다면 당사자가 전자동화 된 결정에 따르지 않을 권리가 인정되지 않는다(DSGVO 제22조 제2항 제b호).[131]

따라서 규범형성권자가 장래에 전자동화 행정행위를 허용하는 법령을 입안하는 경우, 전자동화 행정절차를 통해 발령되는 행정행위에 대해 상대방이 이에 따르지 않을 권리를 주장하게 되는 것을 회피하기 위해서는 DSGVO 제22조 제2항 제c호에 따라 당사자의 권리, 자유 및 정당한 이익을 보호하기 위한 적당한 조치들을 함께 마련해야 할 것으로 보인다.[132]

---

129) 참고로, DSGVO은 입법적 성격을 갖고 있는 법적작용(Rechtsakt mit Gesetzgebungscharakter)으로서, 제명에 명시적으로 표시된 바와 같이 명령(Verordnung)이라는 작용형식을 갖고 있다. 따라서 EU의 기능에 관한 조약(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) 제288조 제2문에 따라 EU 회원국에 의한 별도의 법적 조치 없이 바로 효력이 발생되고, 따라서 지침(Richtlinie)과는 달리 별도의 국내법화 작용(Umsetzung) 없이도, EU 회원국 내에서 적용된다. DSGVO는 2016년 5월 4일 EU 관보에 개재되었으며, DSGVO 제99조 제1항에 따라 시행 자체는 2016년 5월 24일에 이루어졌지만, 실제로 동 명령의 법적 규율이 적용되는 것은 DSGVO 제99조 제2항에 따라 2018년 5월 25일부터이다.

130) Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (3).

131) 프로파일링에 대한 것에 보다 강조점을 두고 DSGVO 제22조에 대해서 고찰하고 있는 국내 선행 연구물로는, 박노형/정명현, “빅데이터 분석기술 활성화를 위한 개인정보보호법의 개선방안 - EU GDPR과의 비교 분석을 중심으로 -”, 「고려법학」 제85호 (고려대학교 법학연구원, 2017), 16면 이하.

Ⅴ. 나가며

지금까지 2017년 1월 1일부터 독일 연방행정절차법에 도입된 새로운 법적 사항들 중 전자동화 행정행위의 도입과 관련된 사항들에 대해서 살펴보았다. 연방행정절차법 상의 전자동화 행정행위의 경우 법적 규율 내용이 아직은 추상적이고 앞으로 제도의 운영을 통해 보다 더 구체화 작업이 이루어져야 하는 사항이므로, 이 제도와 관련하여 완결적인 결론을 도출하는 것은 아직은 시기상조인 것으로 보인다. 따라서 이하에서는 전자동화 행정행위의 도입으로 인해 독일 행정법적으로 어떠한 논의들이 보다 더 진행될 수 있을 것인지, 그리고 어떠한 현상들이 등장할 수 있을지를 전망해본 후, 독일 행정절차법 상의 논의들이 국내 행정절차법제와 관련하여 어떠한 시사점을 줄 수 있는지 간단하게 살펴봄으로써 본고의 결론을 갈음하고자 한다.

1. 독일 공법 상 전망

(1) 전자동화 행정행위의 (비)적용 영역

앞서 연방행정절차법 제35조의a의 규범적 내용을 검토하면서 살펴본 바와 같이, 연방행정절차법은 전반적인 행정분야에서 전자동화 행정절차가 어떠한 법적 조건 하에 가능한지에 대해서 규율하고는 있지만, 어떠한 구체적인 법역에서 전자동화 행정행위가 가능한 것인지에 대해서는 명확하게 규율하고 있지 않다. 따라서 독일 연방행정절차법 상 전자동화 행정행위 및 전자동화 행정절차에 대한 제도적 전망을 함에 있어서 어떠한 구체적인 행정행위가 전자동화 절차에 의해 발령될지 가늠해볼 필요가 있다. 이를 가늠함에 있어 참조 대상으로 삼을 가치가 있는 법역은 과세절차 현대화법을 통해 전자동화 행정행위가 도입된 다른 영역, 특히 조세행정법제[133]라고 할 수 있다. 조세 행정 중 특히 과세처분절차의 경우 기본적으로 대규모의 납세자 집단과 관련이 있지만, 행정법적 관계의 실체를 살펴보면 기본적으로 과세관청과 납세의무자 간의 양극적 관계가 성립되어 있고, 행정업무의 처리가 정기적으로 이루어지며 실무적으로 처리해야 하는 내용이 정

132) 본고에서는 지면의 한계 상 독일 행정법 체계에 도입된 전자동화 행정행위와 DSGVO 제22조 간의 관계에 대한 보다 깊은 논의는 더 이상 다루지 않도록 하며, 전자동화 행정행위와 DSGVO 제22조 간의 관계 및 이와 관련된 규범적 논의들은 차후에 별도의 논문을 통해 소개할 예정이다. 과세절차 현대화법을 통해 개정된 독일 내 행정절차법제와 DSGVO 제22조와의 관계정립에 대한 선도적 연구로는 Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 7 ff..

133) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

형적이기 때문에 전자동화 행정절차를 도입하기에 매우 적합하다고 할 수 있다.[134] 이를 추상화 시켜서 파악해 보면 전자동화 행정행위가 적합한 행정의 유형으로는 정기적으로 이루어지는 정형화된 행정작용으로서 행정법관계가 행정청과 개인 간의 양극적 관계를 갖되, 이와 관련된 개인의 수가 매우 많은 경우라고 할 수 있을 것이다. 하지만 장래에 어떠한 구체적 행정작용에 전자동화 행정행위가 도입되는 지는, 행정실무에서 이루어지는 논의, 학계에서 진행되는 논의 등을 반영하여 관련 분야의 법령을 제·개정할 수 있는 규범제정권자에 의해 어떠한 구체적 행정작용이 전자동화 절차를 통해 효율성 있게 처리되어야 하며, 이와는 반대로 관련 법역에서 특별히 심도 있게 심사해야 하는 분야가 무엇인지 고려하는 과정을 거친 후 이루어지는 법제화 작업의 추이를 통해 확인 되어야 할 것으로 보인다.[135]

전자동화 행정행위의 도입이 현실화될 수 있는 영역의 특정은 장래의 제도 발전 추이, 학설의 발전 추이 등을 기다려야하기 때문에 현재로써는 쉽게 이루어지기 힘들지만, 전자동화 행정행위의 도입에 적당하지 않은 영역을 소거하는 것은 지금까지 살펴본 논의들을 통해 어느 정도 가능하다고 할 수 있다. 우선 다양한 이해관계가 복잡하게 다루어져야 하는 행정작용의 경우 전자동화 행정행위의 도입이 적합하지 않은 것으로 보인다.[136] 이러한 관점에서 본다면 제3자효 행정행

---

134) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26). 이 문헌에 따르면, 따라서 지방자치단체와 관련된 조세행정도 전자동화 행정행위가 사용되기에 의미 있는 영역이라고 서술한다. 하지만 지방자치단체 조세행정은 각 주가 제정한 지방자치단체조세법(Kommunalabgabengesetz)에 근거한 조세자치법규(Kommunalabgabensatzung)에 의해 운영되므로(예: 바이에른 주, 바덴-뷔르텐베르크 주, 브란덴부르크 주, 노르트라인-베스트팔렌 주, 슐레스비히-홀슈타인 주 지방자치단체조세법 제2조 등), 지방자치단체 조세행정 상 전자동화 행정절차의 실현 가능성의 여부는 현행 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 법령(Rechtsvorschrift)에 자치법규(Satzung)가 포섭되는지 여부에 달려 있다. 하지만 이에 대해 일의적인 해석은 현재 불가능하므로, 전자동화 행정절차 관련 법제의 발전 추이 및 학술적 논의의 발전 상황을 조금 더 두고 볼 필요가 있다. 참고로 Thorsten Siegel은 동 문헌에서 연방행정절차법 제35조의a 단서 전단의 법령에 자치법규가 포함된다는 입장을 취하고 있다.

135) 논리의 흐름과는 별개로 결론에 있어서 同旨: Nadja Braun Binder, Weg frei für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren in Deutschland, in: Jusletter IT 22. September 2016, Rz 17.

136) Vgl. Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26). 아래에서 다뤄지고 있는 법역들은 다양한 이해관계에 얽혀 있어 행정청에게 형량이 요구되고, 이로 인해 (광범위한) 재량 내지 형성여지가 부여되어 -연방행정절차법 제35조의a 단서에서 규율하고 있는 재량 또는 판단 여지의 부재라는 조건에 의해- 전자동화 행정행위의 도입이 부적합 하다고 평가할 수 있는 사안들이다. 그 외에도 개별적인 상황에 대해 즉시성을 띠고 대응을 해야 하는 위험방지 분야의 경우에는 행정청이 즉각적으로 대응을 해야 상황적 특성 상 전자동화 행정행위의 도입이 적합하지는 않은 것으로 평가할 수 있다. 이에 대해서도 Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

위의 경우, 전자동화 행정행위의 도입은 적합하지 않은 것으로 판단된다. 제3자효 행정행위의 경우에는 당해 행정행위를 발령하려는 행정청에 의해 행정행위의 상대방과 제3자 사이에 발생하는 이해관계의 충돌에 대한 조정이 이루어지게 되는데,[137] 이러한 과정에서 인간의 의사 작용이 개입되기 때문이다. 또한 계획행정 분야도 전자동화 행정행위를 도입하기에 적합하지 않은 영역이라고 판단할 수 있다.[138] 행정청은 행정계획의 수립 과정에 있어 다양한 유형의 이해관계를 반영해야 하며, 행정계획의 특성상 관할 행정청에게 광범위한 형성여지가 부여되어 있기 때문이다.[139] 그리고 이와 같은 맥락에서, 통신법 내지 에너지법과 같은 전문규제법 분야도 현행 연방행정절차법 제35조의a 규정에 비추어 본다면 전자동화 행정행위가 도입되기에 바람직하지 않은 분야라고 할 수 있다. 독일의 통신법과 에너지법 상 독일의 연방망청에게 (부득이하게) 주어지는 광범위한 형성여지를 해결하기 위해 계획재량에서 발전된 논리를 차용하여 구성한 규제재량(Regulierungsermessen) 개념이 이용되고 있는 것을 보아도 알 수 있듯이,[140] 전문규제법 분야의 경우도 관할 행정청에게 광범위한 형성 여지가 부여되어 있으며, 이는 연방행정절차법 제35조의a 단서에 규율된 제한 요건인 재량과 판단 여지의 부재에 전면으로 배치되는 것이라고 할 수 있다.[141]

(2) 행정절차법 적용 규정의 문제

앞서 살펴본 바와 같이, 독일 연방입법자는 연방행정절차법 제35조의a를 통해 전자동화 절차를 통해 발령된 개별적·구체적 행정작용의 행정작용법적 성격을 행정행위라고 명시적으로 규정하였다. 이러한 법적 형식 설정은 단순히 전자동화

---

137) Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hrsg.), a.a.O, §21 Rn. 64.

138) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (26).

139) Johannes Dreier, Die noramtive Steuerung der planerischen Abwägung, Duncker & Humblot, 1995, S. 45 ff. 행정계획의 특수성과 관련하여, 정남철, “도시계획결정과 사법심사기준”, 「현대행정의 작용형식」, 법문사, 2016, 289면 이하.

140) 예를 들어 BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); BGH, BeckRS 2014, 04688, passim.

141) 비록 본고에선, 연방행정절차법 제35조의a 단서 후단 상의 내용을 주요 기준으로 삼아 전자동화 행정행위의 도입이 인정되지 않는 법역을 전망해 보았지만, 연방행정절차법에는 이와 같은 전망이 절대적이라고 평가하기 어려운 규범적 요소가 잠재되어 있다. 이는 연방행정절차법 제1조 제1항에서 연방행정절차법의 보충성의 원칙을 규율하고 있기 때문이다. 따라서 이러한 연방행정절차법 제1조 제1항의 보충성의 원칙에 따라 연방행정절차법 제35조의a 단서 후단의 제한 요건, 즉 재량 및 판단 여지의 부재에 배치됨에도 전자동화 행정행위를 허용하는 개별 법령이 형성될 가능성이 전무 한 것은 아니다. 이에 대해 同旨: Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 14.

절차를 통해 발령된 개별·구체적 행정작용과 관련된 기존의 견해 대립을 해소하는 기능만을 수행하지 않는다. 전자동화 설비를 통해 발령된 개별·구체적 행정작용의 행정작용법적 성격이 행정행위라고 법적으로 규명되었기 때문에, 행정행위와 관련되어 있는 행정절차법 상의 법적 규율들은 전자동화 행정행위의 발령과 관련하여 적용된다.[142]

이때 특히 문제가 되는 것은 전자동화 행정행위에 자동장치를 이용한 행정행위와 관련된 행정절차법 상의 예외 규정들이 적용될 수 있는지 여부이다. 현행 연방행정절차법에는 자동장치를 이용한 행정행위와 관련하여 제28조 제2항 제4호에는 따른 청문절차의 예외, 제37조 제5항 제1문에 따른 서명 등에 대한 예외, 제39조 제2항 제3호에 따른 이유부기 의무의 예외가 규정되어 있다. 하지만 이들 예외 규정의 경우 각 규정들의 본문에서 자동장치를 이용한 행정행위(Verwaltungsakt mit Hilfe automatisierter Einrichtungen), 즉 부분자동화 행정행위에 대해서만 규율하고 있기 때문에 이들 조항에 전자동화 행정행위가 포섭되지 않으며,[143] 따라서 이들 예외 조항은 전자동화 행정행위에 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.[144] 부분자동화 행정행위와 관련된 이들 예외 규정자체를 해석함에 있어서도 법치국가적 관점에서 매우 제한적인 해석이 이루어지고 있었으며,[145] 무엇보다 이러한 예외적 규정들이 연방행정절차법에 자리 잡게 된 기술적 배경(ICT 기술을 통한 효율적인 소통 방식의 부재,[146] ICT 기술의 미발달[147]) 자체가 현대 ICT 기술 발전을 극복이 되었으므로 전자동화 행정행위의 발령과 관련하여 연방행정절차법 제28조 제2항 제4호에는 따른 청문절차의 예외, 동법 제37조 제5항 제1문에 따른 서명 등에 대한 예외 및 동법 제39조 제2항 제3호에 따른 이유부기

---

142) BT-Drs. 18/8434, S. 122.

143) 물론해석의 방식으로 인해 부분자동화 행정행위에 적용되는 예외적 규정은 이보다 더 자동화된 전자동화 행정행위에도 적용될 수 있다는 관점이 있을 수도 있지만, 이에 반대하는 입장으로는 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 169면. 물론해석의 방식을 직접적으로 언급하고 있지는 않았으나, (이를 전제로 하고 있는 듯 한 인상을 보이며) 전자동화 행정행위의 경우 부분자동화 행정행위에 적용되는 예외적 규정이 적용된다는 입장으로는 Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (11).

144) Vgl. Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 21 2016), S. 891 (895).

145) Thorsten Siegel, a.a.O, S. 24 (28).

146) Dieter Kallerhoff, in: Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., Beck, 2014, §28 Rn. 57.

147) Ulrich Stelkens, a.a.O, §37 Rn. 130 bzw. §39 Rn. 97. 여기서 Ulrich Stelkens는 현재 ICT 기술의 발전을 고려한다면 자동장치를 이용한 행정행위와 관련하여 예외 규정을 두고 있는 연방행정절차법 제37조 제5항과 동법 제39조 제2항 제3호는 '죽은 법'(totes Recht)이라고 표현하고 있다.

의무의 예외가 적용되는 것은 타당하지 않다.[148]

(3) 전자동화 취소 및 전자동화 철회의 허용성

연방행정절차법 제35조의a에 따르면 개별 법령을 통해 허용이 되었으며, 재량 및 판단 여지가 존재하지 않는 경우 전자동화 설비를 통한 행정행위의 발령이 가능하다. 특히 연방행정절차법 제35조의a를 통해 전자동화 설비에 의해 이루어지는 개별·구체적 결정의 행정작용법적 성격을 행정행위로 인정하였기 때문에, 행정행위의 취소·철회도 전자동화 설비에 의해 가능한 것인지[149] 검토할 필요가 있다.[150] 이는 행정행위의 취소·철회는 본 행정행위와는 별도로 행정행위로서의 성격을 갖고 있으며,[151] 따라서 본행정행위의 취소·철회도 그 작용법적 성격 상 연방행정법 제35조의a에서 규율하고 있는 전자동화 설비에 의해 발령되는 '행정행위'라는 개념에 포섭될 수 있기 때문이다. 결국 행정행위의 취소·철회를 별도의 행정행위로 보는 기존의 행정법 도그마틱과 연방행정절차법 제35조의a 본문의 규정을 종합적으로 살펴본다면, - 연방행정절차법 제35조의a 단서에서 규정하고 있는 조건이 충족되는 경우에 한하여(개별 법령상의 규율, 재량 및 판단 여지의 부재) - 원칙적으로 행정행위의 취소 및 철회도 담당 공무원의 의사 작용이 배재된 채 전자동화 된 설비에 의해 발령되는 것이 가능하다고 볼 수 있다.[152]

따라서 행정행위의 취소·철회가 전자동화 설비에 의해 이루어지기 위해서는 현행 연방행정절차법 제35조의a에서 규정하고 있는 바에 따라 기본적으로 개별 관계 법령에서 전자동화 취소·철회가 허용된다는 점이 규율되어 있어야 할 것이다. 법령상의 규율 방식과 관련하여, 법령의 본문 자체에 '전자동화 된 행정행위의 취소'(vollständig automatisierte Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes) 내지 '전자동화 된 행정행위의 철회'(vollständig automatisierter Widerruf eines rechtsmäßigen Verwaltungsrechtsaktes)라는 명시적 개념 및 이에 대한 법적 효력이 규정되는 것을

148) Nadja Braun Binder, a.a.O (DÖV 21 2016), S. 891 (895); 김중권, 앞의 글 (법조협회, 2017), 169면.

149) 이하의 논의는 전자동화 행정행위에 대한 전자동화 취소·철회뿐만 아니라, 전통적인 행정행위에 대한 전자동화 취소·철회도 포함된다.

150) 실제로 과세절차 현대화법에 의해 2017년 1월 1일부터 발효하고 있는 독일 연방조세법전 제155조 제4항의 경우 행정행위의 성격을 갖고 있는 조세법 상 작용들과 관련하여 전자동화 된 방식을 통한 발령, 취소, 철회, 변경 등에 대한 규정을 담고 있다.

151) Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., De Gruyter, §24 Rn. 39 및 §25 Rn. 21; Friedhelm Hufen/Thorsten Sigel, a.a.O, Rn. 542.

152) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 16.

상정할 수 있을 것이다. 다른 한편 현행 독일 조세법전 제155조 제4항의 용례에도 나타난 바와 같이 관할 행정청이 관련 행정행위를 전자동화 방식을 통해 발령·취소·철회하는 것이 가능하다고 규정하는 형태의 법제화도 상정해 볼 수 있다.[153]

전자동화 취소·철회가 가능하기 위해서는 연방행정절차법 제35조의a 단서에 규율된 또 다른 조건인 재량 내지 판단 여지의 부재가 충족되어야만 한다. 즉 전자동화 된 설비를 통해 담당 공무원의 의사 작용이 배재된 취소·철회의 경우, 당해 취소·철회와 관련하여 판단 여지 내지 재량이 부재해야만 한다. 이러한 관점에서, 개별 법령에서 전자동화 취소·철회의 가능성 및 그 법적 효력만 규정을 하고 별도의 구체적 규율을 하지 않아 연방행정절차법 제48조 및 제49조를 적용하게 되는 사례가 생기는 경우, 이는 연방행정절차법 제35조의a에 부합하지 않은 것으로 보인다. 연방행정절차법 제48조 및 제49조에 따른 행정행위의 취소·철회의 경우 행정청의 재량 및 이익형량에 따른 가치 판단이 포함되어 있기 때문이다.[154] 따라서 전자동화 취소·철회가 가능하기 위해서는 개별 법령에서 구성요건 부분에 판단 여지가 인정 될 수 있는 불확정 법개념이 존재하지 않고, 법효과 부분에서 취소 또는 철회가 행정청의 의무임을 규정[155]하고 있는 별도의 규정이 있어야 할 것으로 보인다. 이러한 관점에서 종합적으로 살펴보면, 전자동화 행정행위를 허용하고 있는 개별 법령상의 규정이 존재하는 것만으로도 전자동화 취소·철회가 가능하다는 입장[156]은 이론적으로는 받아들여질 수 있으나, 연방행정절차법 제35조의a 단서에서 요구하고 있는 조건들을 고려한다면, 실제 행정 실무에서는 이러한 형태의 전자동화 취소·철회는 등장하기는 힘들 것으로 보인다.[157]

---

153) 독일 문헌 중에는 이러한 명시적인 법제화 방식 이외에 행정행위 개념 자체에 행정행위의 취소·철회가 포섭이 되기 때문에 전자동화 행정행위를 허용하고 있는 개별 법령상의 규정이 존재하는 것만으로도 전자동화 취소·철회가 가능하다는 입장도 존재한다. 이에 대해서는 Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 16.

154) 同旨: Thorsten Siegel, a.a.O, S. 26.

155) 행정행위의 철회가 행정청의 의무로 규정된 예로는 독일 원자력법(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren) 제17조 제4항 및 제5항을 들 수 있다. 독일 원자력법 제17조 제4항 및 제5항의 경우, 당해 조항에서 규정하고 있는 조건들이 충족되는 경우 행정청은 철회를 해야만 한다. 이에 대해서는 Michael Fehling, "Zulassung von Erzeugungsanlagen", in: Jens-Peter Schneider/Christian Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aulf., Beck, 2014, §8 Rn. 164.

156) Lorenz Prell, a.a.O, §35a Rn. 16.

157) 하지만 이미 각주 141)에서도 기술한 바와 같이, 연방행정절차법은 동법 제1조 제1항에 따라 보충성을 지니기 때문에 연방행정절차법 제35조의a 단서 후단의 규정은 상대화될 가능성이 존재하며, 따라서 재량행위인 전자동화 취소·철회를 규범제정권자가 규정하는 사례가 등장할 소지가 없지 않음을 밝혀두는 바이다.

(4) 행정 업무양식의 변화

전자동화 행정행위가 본격적으로 도입되기 시작하면, 독일 연방 공무원들의 업무수행 양식에도 일정 부분 변화가 초래될 것으로 예상된다. 우선 규범제정권자의 판단에 따라 전자동화 행정절차의 대상이 되는 사항이 확정되면, 이 영역에 종사하는 담당 공무원들의 업무는 전자동화 행정행위 발령을 위한 알고리즘 개발·구축·사후 품질 관리,[158] 전자동화 설비 작동 모니터링 등의 형태를 갖게 될 것으로 예상된다.[159]

그리고 개별적 평가가 수반되며, 가치평가적 요소가 많기 때문에 규범제정권자에 의해서 전자동화 행정행위가 도입되는 것이 타당하지 않다고 분류된 행정작용에 있어서는 보다 많은 공무원들이 투입되어 사실관계 조사, 가치 평가 및 이해관계자들의 이해관계 조절 작업이 보다 심도 깊게 이루어질 것으로 예상된다.[160] 이러한 가능성을 고려한다면, 전자동화 행정절차의 도입은 반드시 행정의 탈인간화를 초래하는 것이 아니며, 오히려 개별 사안의 특성에 따라서는 전자동화 행정행위의 도입되기 이전과 비교하여 공무원과 사인간의 보다 밀접한 의사소통을 가능하게 함으로써 보다 인간적이고 시민 친화적인 행정의 모습을 실현시킬 수도 있을 것으로 보인다.[161]

2. 국내법적 시사점

지금까지 독일 연방행정절차법에 규정된 전자동화 행정행위와 관련된 다양한 사항들을 살펴보았다. 독일 연방행정절차법을 통시적 관점을 갖고 살펴본 바와 같이, 독일 연방행정절차법은 1976년도부터 이미 행정 영역에 디지털 기술이 반영될 것을 예상하고 있는 규정을 담고 있었고, 독일 연방 입법자는 디지털 기술의 발전을 연방행정절차법에 지속적으로 반영하는 작업을 수행해오고 있다. 그리고 이러한 작업의 연장선상에서 본고의 글감인 (재량 및 판단 여지가 없는 사항과 관련된) 전자동화 행정행위가 법제화 된 것이라고 평가할 수 있다.[162]

---

158) 물론 이러한 작업을 공무원이 직접 담당하지 않고, 민관 협력의 모형을 이용하거나 공법상 계약의 형식을 통해 사인이 담당하는 것도 상정할 수 있다. 이렇게 되는 경우 담당 공무원은 이들 사인에 대한 감독 등의 업무를 수행할 수도 있을 것이다.

159) Vgl. Christian Djeffal, a.a.O, S. 808 (815 f.); Mario Martini/David Nink, a.a.O, S. 1 (12).

160) 이러한 변화는 과세절차 현대화법(안)이 상정하고 있는 행정의 미래상, 즉 전자동화 행정행위를 도입하려는 주요 목적 중 하나라고 할 수 있다. Vgl. BT-Drs. 18/7457, S. 48.

161) Vgl. Christian Djeffal, a.a.O, S. 808 (813, 816).

162) 그리고 이처럼 시간의 흐름에 따라 사회현상의 변화를 포착하고 다양한 채널을 통해 취합된

이러한 법제도의 발전 과정에서 특히 관심 있게 살펴야 할 것은 전자동화 행정행위에 대한 현행 연방절차법 상의 규율은 어느 순간 -유행에 휩쓸려- 느닷없이 등장한 것이 아니라는 점이다. 전자동화 행정행위라는 행정법적 작용형식의 성문화 결정체인 과세절차 현대화법에는 길게는 30년 이상 -비록 본고에서는 집중적으로 다루고 있지 않지만- 독일의 행정법학계에서 축적해 왔던 행정자동화에 대한 논의들,[163] 짧게 보면 최소한 3년 이상 이루어진 다양한 행정 실무가, 기타 입법과정에 공식적으로 영향을 줄 수 있는 주체들 간의 의사소통, 이러한 과정을 통해 이루어진 현재 ICT 기술 수준에 대한 면밀한 진단 등이 종합적으로 반영되어 있다. 그리고 이러한 논의의 축적 과정에서 논의가 진행 될 수 있는 기본적 틀과 기준이 되고 있었던 것은 다름 아닌 방대하고 면밀하게 구성된 독일 연방행정절차법이였다고 평가할 수 있다.[164] 전자동화 행정행위라는 별도의 제도를 법제화 하는 것이 굳이 필요한지 아닌지 여부, 이러한 작용형식이 도입됐을 때 어떠한 법적 규율이 더불어 수반되어야 할 것인지 여부 등은 결국 완결적이지는 않지만 고도의 체계성을 갖고 있는 연방행정법을 (재)검토하는 과정을 통해 현실화되었기 때문이다.

이를 거울삼아 우리의 행정(절차)법제를 살펴본다면, 전자동화의 형태를 띤 개별·구체적 행정작용과 관련된 논의가 전적으로 불가능한 상황은 아닌 것으로 보인다. 하지만 이러한 논의의 기본적 토대가 될 수 있는 부분자동화 된 개별·구체적 행정작용에 대한 일반적인 법적 규율은 지금까지 존재하지 않는 것으로 보인다. 따라서 독일의 행정절차법에서 전자동화 행정행위를 도입한 것을 전거삼아 국내에서 전자동화 된 개별·구체적 행정작용을 논의를 하고자 할 때는 이에 병행하는 별도의 작업들이 동시에 진행 되어야 할 것으로 보인다.[165] 대표적으로는 처

정보를 기반으로 변화된 사회 현실에 적응해 나아가는 독일의 연방행정절차 법제의 발전 방향을 고려한다면, 미래에는 행정청에게 형성여지가 존재하는 경우에도 전자동화 행정행위가 가능한 것이지 여부의 논의가 재점화 되어 법제화 논의가 진행 될 수도 있는 것으로 전망된다. 알고리즘 기술의 혁신이 개별 사안과 관련된 평가 및 규범의 적용까지도 해내는 방향으로 발전할 수도 있기 때문이다. Vgl. Christain Djeffal, a.a.O, S. 815.

163) 이에 대해서는 Panagiotis Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot, 1990; Ralf-Michael Polomski, Der automatisierte Verwaltungsakt, Duncker & Humblot, 1993. 이에 대한 유의미한 국내 문헌으로는 김중권, 앞의 책(고려대학교 박사학위 논문, 1993); 김중권, 앞의 글 (법문사, 2008), 354면 이하; 류지태/박종수, 「행정법신론」, 2016, 박영사, 397면 이하 등.

164) 본고와 구체적인 맥락의 차이는 있지만, 법제도 발전 과정에 있어서 논의의 축적과 행정절차법 자체의 역할을 강조하는 입장으로, 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 178면.

165) 국내에서는 지금까지 이루어진 논의 전개 양상으로 인해 독일의 전자동화 행정행위 관련 법

분 개념 자체의 명확화, 전자동화 및 부분자동화의 구분, 그리고 이와 관련된 법적 규율 내용의 차별화 등을 그 예로 생각해 볼 수 있을 것이다. 그리고 현행 행정절차법 상 '처분'이라는 개념을 유지한 채 전자동화 내지 부분자동화 행정행위의 논의를 진행하는 것과는 별개로, 현행 행정절차법 상의 처분 개념 대신 독일과 마찬가지로 (현재로서는 강학 상의 개념인) 행정행위 개념을 행정절차법 등 관련 법률에 명시적으로 도입함과 동시에 행정행위, 부분자동화 행정행위 및 전자동화 행정행위에 대한 법적 정의 규정을 도입한 후 각 유형의 특징에 상응하는 법적 규율들을 마련하되, 현행 행정절차법 상 '처분'에는 포섭될 수 있지만 행정행위에 해당하지 않는 행정작용들에 대해서도 별도의 법적 규율을 동시에 마련하는 법제화 방식도 고려해볼 수 있을 것으로 생각된다.

그리고 국내 행정(절차)법제에 (외국에서 발전하고 있는) 최신의 제도들을 반영하는 과정에서 기존의 국내 제도들에 대한 검토 및 평가, 그리고 이에 따른 법제화 작업을 진행 하게 된다면, 그 기회에 작업의 범위를 조금 더 넓혀, 국내 행정법학과 판례 및 행정실무를 통해 축적되어 온 국내 행정법적 사항들을 집대성한 법률을 마련하는 것도 장기적인 관점에서 매우 의미 있는 작업이 될 수 있을 것으로 보인다.[166] 이러한 관점에서 -그 규범적 의미에 대해서는 이론의 여지가 존재할 수는 있지만- 최근 기존의 학설·판례·실무 상 운영되어왔던 행정절차 관련 사항들을 집대성하여 하나의 행정절차법전을 구성한 프랑스의 사례 또한 우리에게 -최신 기술을 반영하는 행정작용을 법제화한 독일 연방행정절차법과는 또 다른 방향성을 갖고 있는- 의미 있는 시사점을 던져준다고 할 수 있다.[167]

제를 받아들이기 쉽지 않을 것으로 예상하는 입장으로는 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 179면.

166) '행정기본법' 제정에 대해 다시금 논의를 제기하는 최신 문헌으로는 강지은, "프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위 - 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로", 「행정법연구」 제49호 (행정법이론실무학회, 2017), 46면; 김중권, 앞의 글(법조협회, 2017), 179면.

167) 프랑스 행정절차법전 제정의 함의에 대해서는 강지은, 위의 글, 31면 이하.

(논문투고일 : 2017.09.03., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

이 재 훈

독일 과세절차 현대화법, 독일 연방행정절차법, 독일 연방행정절차법 개정, 독일 연방행정절차법 제35조의a, 전자동화 행정행위)

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 단행본

강현호, 「국가경영행정법」, 디비북스: 서울, 2012.

김남진/김연태, 「행정법 Ⅰ」, 제21판, 법문사: 서울, 2017.

김중권, 「행정자동화절차에 관한 법적 고찰」 (고려대학교 박사학위논문), 2003.

김중권, 「행정법 기본연구 Ⅰ」, 법문사: 서울, 2008.

김중권, 「행정법」, 제2판, 법문사: 서울, 2016.

류지태/박종수, 「행정법신론」, 제16판, 박영사: 서울, 2016.

이광윤, 「일반행정법」, 전면개정판, 법문사: 서울, 2012.

정남철, 「현대행정의 작용형식」, 법문사: 서울, 2016.

클라우스 슈밥/송경진 역, 「클라우스 슈밥의 제4차 산업혁명」, 새로운 현재: 서울, 2017.

하원규/최남희, 「제4차 산업혁명」, 콘텐츠하다: 서울, 2015.

Hartmut Maurer/박수혁 역, 「독일행정법」, 사법발전재단: 서울, 2010.

Ⅱ. 국내 논문

강지은, “프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위 - 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로”, 「행정법연구」 제49호 (행정법이론실무학회, 2017), 29~51면.

계인국, “인터넷 검색엔진과 개인정보보호 - 인적관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 “IT-기본권” -”, 「법제연구」 제46호 (한국법제연구원, 2014), 145~180면.

김성수, “독일행정법에서의 의도된 재량이론과 재량통제”, 「헌법판례연구」 제6권 (한국헌법판례연구회, 2004.11), 325~357면.

김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 「법조」 66권 3호 (법조협회, 2017), 146~182면.

김태오, “사이버안전의 공법적 기초”, 「행정법연구」 제45호 (행정법이론실무학회, 2016), 105~134면.

박노형/정명현, “빅데이터 분석기술 활성화를 위한 개인정보보호법의 개선방안 - EU GDPR과의 비교 분석을 중심으로 -”, 「고려법학」 제85호 (고려대

학교 법학연구원, 2017), 1~39면.
박희영, “정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(上)”, 「법제」 (법제처, 2008.10), 43~68면.
박희영, “정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(下)”, 「법제」 (법제처, 2008.11), 31~64면.
서보국, “독일 전자정부법(E-Government-Gesetz) 제정의 현황과 전망”, 「2010 세계법제연구보고서」 (법제처, 2010).
이은상, “독일법상의 「의도된 재량」”, 「행정법연구」 제11호 (행정법이론실무학회, 2004.5), 291~314면.
이재훈, “행정청의 민주적 정당성 - (독일) 통신규제청의 지시로부터의 자유 논의를 중심으로 -, 「공법연구」 제45집 제4호 (한국공법학회, 2017), 189~222면.
홍강훈, “기속행위와 재량행위 구별의 새로운 기준”, 「공법연구」 제40집 제4호 (한국공법학회, 2012), 293~332면.

Ⅲ. 국외 문헌

Berger, Ariane, Digitales Vertrauen - Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, S. 804 ff.
Braun Binder, Nadja, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht?, NVwZ, 2016, S. 960 ff.
Braun Binder, Nadja, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale - Anmerkung zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3, 35a und 41 Abs. 2a VwVfG -, DÖV 2016, S. 891 ff.
Nadja Braun Binder, Weg frei für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren in Deutschland, in: Jusletter IT 22. September 2016.
Bull, Hans Peter, Der 》vollständig automatisiert erlassene《 Verwaltungsakt - Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von 》E-Government《, DVBl. 2017, S. 409 ff.
Djeffal, Christian, Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung - Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?, DVBl.

2017. S. 808 ff.

Dreier, Johannes, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, Duncker & Humblot: Berlin, 1995.

Ehlers, Dirk, Die Entwicklung des kodifizierten Verwaltungsverfahrensrechts, JURA, 2016, S. 603 ff.

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., De Gruyter: Berlin, 2016.

Fehling, Michael/Kastner, Berthold/Störmer, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Nomos: Baden-Baden, 2016.

Hill, Hermann/Schliesky, Utz (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat - auch ein besserer Staat?, Nomos: Baden-Baden, 2015.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, Beck: München, 2012.

Hufen, Friedhelm/Siegel, Thorsten, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl., Nomos: Baden-Baden, 2013.

Lazaratos, Panagiotis, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot: Berlin, 1990.

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl., Beck: München, 2012.

Martini, Mario, Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung, FÖV Discussion Papers 85, Speyer, 2016.

Martini, Mario, Transformation der Verwaltung durcfh Digitalisierung, DÖV 2017, S. 443 ff.

Martini, Marion/Nink, David, Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra, 10/2017, S. 1 ff.

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

Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, Beck: München, 2017.

Pautsch, Arne/Hoffmann, Lutz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Erich

Schmidt Verlag: Berlin, 2016.

Polomski, Ralf-Michael, Der automatisierte Verwaltungsakt, Duncker & Humblot: Berlin, 1993.

Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., Beck: München, 2013.

Schuppan, Tino/Köhl, Stefanie, Verwaltung 4.0: Modernisierungsrelevant oder alter Wein in neuen Schläuchen?, VM 22, 2016, S. 27 ff.

Siegel, Thorsten, Automatisierung des Verwaltungsverfahrens - zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 Ⅰ 3, 41 Ⅱa VwVfG -, DVBl. 2017, S. 24 ff.

Uerpmann-Wittzack, Robert, Das neue Computergrundrecht, LIT: Berlin, 2009.

Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V. (Hrsg.), Bürokratiekosten und neue Wege zur Vermeidung von Bürokratie, München, 2017.

Abstract

A Study on the fully automated administrative act

-Focused on the Analysis of Article 35a of the German Administrative Procedure Act-

Lee, Jae Hoon

As of 1 January 2017, the German Act on the Modernization of the Taxation Procedure of 19 July 2016 has come into force in its essential parts. The law ensures the issuance of fully automated tax assessment under the German Tax Code(Abgabenordnung) as administrative acts. In the legislative process, The German Bundestag (federal parliament) has also decided to concurrently adapt fully automated administrative acts in the Germen Federal Administrative Procedure Act(Verwaltungsverfahrensgesetz) and the Code of Social Law X (Sozialgesetzbuch X). The amendments aim to implement the possibility to issue a fully automated administrative act in all three pillars of the administrative procedures and thus to develop them in a largely uniform manner. The German Federal Administrative Procedure Act has been extended in its content based on Article 20 of the German Act on the Modernization of the Taxation Procedure which provides the regulation on the fully automated administrative act and notification of administrative acts through publicly accessible networks. The newly-added Article 35a of the German Administrative Procedure Act paves the way for such digitized administrative decision-making process in a legally secure way. The article concerned regulates fully automated administrative acts. Such administrative decisions may be made without human intervention. But Article 35a of the German Administrative Procedure Act does not allow the unconditional performance of fully automatic administrative acts. Such fully automatic administrative acts can be

performed only on matters not left to the discretion of the administrative authority. This paper presents the normative meaning of Article 35a and other relevant normative Issues.

Lee, Jae Hoon

German Act on the Modernization of the Taxation Procedure, German Federal Administrative Procedure Act, Amendment of the German Federal Administrative Procedure Act, Article 35a of the German Administrative Procedure Act, Fully automated administrative acts

납골당설치신고 반려처분 취소판결 후 재반려처분의 적법 여부*

서울행정법원 2009. 10. 9. 선고 2007구합21945 판결 등과 관련하여

이 영 진**

【목 차】

I. 사안의 개요
1. 대상판결
2. 사건의 진행경과
3. 소송에서의 원고의 주장
II. 쟁점과 법원의 판단
1. 쟁점
2. 법원의 판단
III. 평석
1. 납골당설치신고가 '수리를 요하는 신고'인지 여부
2. 거부처분취소 확정판결의 효력과 재처분 문제
IV. 결론

【국 문 요 약】

최근 종교단체에 의하여 종교단체 영역 내에 납골당설치를 위한 신고가 행정청에 많이 접수되고 있다. 이에 대하여 행정청은 인근 주민의 정서적 불안감 등을 이유로 한 민원을 토대로 그 설치신고를 반려하는 경우가 많다. 납골당 설치신고가 반려되는 경우 신청인은 행정처에 대하여 반려처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는데, 본 사안은 신고반려처분 취소소송의 당부에서 더 나아가 행정청이 패소한 그 취소소송의 판결에 따라 재처분하면서 중간에 관련 법조항(거리제한 규정)이 개정되었음을 이유로 종전의 신고를 다시 반려할 수 있는지 여부에 관한 분쟁을 다루고 있다.

본 사안에서의 쟁점은 ① 납골당 설치신고가 행정청의 '수리를 요하는 신고'인지 여부, ② 1차 거부처분 후 법령이 개정 · 시행된 경우 행정청은 개정된 법령

---

* 이 글은 필자가 2011. 5. 13. 성균관대학교 법학전문대학원에서 열린 법치행정연구회 제90회 월례발표회에서 발표한 판례평석 내용을 대폭 수정 · 가필한 것임.

** 서울고등법원 부장판사(법학박사).

및 허가기준을 새로운 사유로 들어 이전 신청에 대한 거부처분을 다시 하는 것이 정당한지(재거부처분이 취소판결의 기속력에 반하는지) 여부이다.

이에 관하여 필자는, 쟁점 ①에 관하여는, 어떠한 신고가 '수리를 요하는 신고' 인지에 관하여 판례상 명확한 구별기준이 정립되어 있지 아니한 점이 있으나 납골당 설치신고의 기본법인 장사 등에 관한 법률 및 관계 법령의 취지, 납골당 설치가 가지는 사회성 및 인근 주민들에 미치는 공익성, 납골당 설치에 대한 심사 등을 통한 규제의 필요성 등을 종합적으로 감안하여 보면, 납골당 설치신고는 신고의 요건을 갖춘 신고만 하면 신고의무를 이행한 것이 되는 이른바 '자기완결적 신고'가 아니라 행정청의 '수리를 요하는 신고'라고 볼 것이고, 따라서 행정청은 요건을 충족하지 못하는 부적법한 신고에 대하여는 그 수리를 거부할 수 있다고 보았다.

다음으로 쟁점 ②에 관하여는, 이는 취소소송의 판결의 효력의 하나인 기속력과 관련이 있는 문제로서, 기속력에 관한 종전의 통설적 설명과 판례의 취지에 따를 때, 행정청이 주민 민원을 이유로 1차 거부처분을 하였다가 패소하였는데, 거리제한에 관한 법령이 개정·시행된 경우에 그 각 처분사유에 동일성이 미치지 아니하므로 행정청은 그 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며, 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다고 보았다. 이러한 재처분은 종전 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는다고 할 것이다.

Ⅰ. 사안의 개요

1. 대상판결

사건번호 : 서울행정법원 2007구합21945 공사중단및원상복구명령처분취소
원고 : 재단법인 천주교서울대교구유지재단
피고 : 서울특별시 노원구청장

2. 사건의 진행경과[1)]

- 2005. 5. 17. 원고가 피고에 대하여 노원구 공릉동 소재 태릉성당 지하에 납골당 설

1) 내용이 많아 간단히 축약하였음.

치신고를 함. 성당은 공릉중학교 출입문으로부터 77m, 태릉초등학교로부터 88m, 미광유치원으로부터 16m 각 이격되어 있음

- 2005. 6. 21. 피고는 위 신고를 반려함.

반려 사유: 학생들의 정서적 불안감, 교통사고 위험 상존, 교통난 우려, 주민의 삶의 질 저해 등을 이유로 한 주민반대

- 2005. 7. 26. 원고가 납골당설치신고반려처분취소의 소(서울행정법원 2005 구합22982) 제기

- 2006. 3. 15. 위 소송 변론종결

- 2006. 4. 5. 서울행정법원이 위 반려처분 취소판결[2](원고 승소) → 2심 피고 항소기각(서울고등법원 2007. 1. 16. 선고 2006누10438) → 3심 피고 상고기각(심리불속행, 대법원 2007. 4. 13. 선고 2007두3671))으로 위 판결 확정됨

- 2007. 5. 1. 피고가 위 판결에 따라 재처분하면서 위 신고를 다시 반려하고, 원고의 납골당 설치공사에 대한 중단 및 원상복구명령을 내림

반려사유: 2005. 12. 7. 학교보건법 제6조 제1항 제3호(학교부근 200m 이내 납골시

---

2) 1심 판결에서 법원이 원고 승소판결을 선고한 이유의 요지는 다음과 같다.

"이 사건 신청지는 일반적으로 납골시설의 설치가 금지되는 주거지역 중 2종 일반주거지역이면서 학교시설보호지구이지만 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에 의하여 이 사건 납골당시설과 같이 종교집회장인 성당 안에 설치하는 납골시설에 한하여 설치가 허용되므로 법 시행령 제14조 제2항의 단서 규정에 해당되어 설치금지지역에는 해당하지 아니 한다. (중략)

피고의 이 사건 처분사유가 이 사건 신청지가 설치금지지역이 아님에도 예외적으로 이 사건 납골당시설의 설치를 금지하여야 할 특별한 공익상 사유에 해당하는지에 관하여 본다. 피고는 이 사건 처분사유 중 하나로 이 사건 신청지가 제2종 일반주거지역에 위치하고 있는 관계로 교통난 우려, 교통사고 위험 증가, 주민 삶의 질 저해 등 공공복리의 감소를 이유로 주민다수가 반대함을 들고 있으나, 위와 같은 사유는 국토의 계획 빛 이용에 관한 법률 제36조에서 토지의 효율적 이용 및 공공복리의 증진을 위하여 용도지역을 지정하여 일정한 건축물의 건축을 제한하는 목적이나 법에서 보건위생상의 위해를 방지하고 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진을 위하여 일정한 지역에서는 설치를 금지하는 목적과 별반 다르지 아니한데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 법에서 제2종 일반주거지역이라 할지라도 이 사건 납골당시설과 같이 종교집회장인 성당 안에 설치하는 납골당시설의 설치는 허용하고 있는 점을 고려할 때 위와 같은 사유만으로는 예외적으로 이 사건 신청지에 이 사건 납골당시설의 설치를 제한할 공익상 특별한 사유가 있다고 보기 어렵다.

피고는 이 사건 반려처분의 처분사유 중 나머지 하나로 이 사건 신청지 언근에 유치원 · 초등학교 · 중학교가 있어 학생들의 정서적 불안감 조성, 안전사고 문제, 비교육적 환경 등을 들고 있으나, 위와 같은 사유는 앞서 본 바와 같이 이 사건 신청지가 인근에 유치원 · 초등학교 · 중학교가 있는 점이 고려되어 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서 학교의 교육환경을 보호 · 유지할 필요가 있는 지역으로 판단하여 용도지구를 학교시설보호지구로 결정한 목적과 동일한데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 서울특별시 도시계획조례에서 학교시설보호지구임에도 불구하고 이 사건 납골당시설과 같이 기존 종교집회장인 성당 안에 설치하는 납골당시설의 설치는 허용하고 있는 점을 고려할 때, 위와 같은 사유만으로는 예외적으로 이 사건 납골당시설의 설치를 제한할 공익상 특별한 사유가 있다고 보기 어렵다."

설 설치금지)가 개정 · 시행되었음
- 2007. 6. 14. 원고가 이 사건 공사중단 및 원상복구명령처분취소의 소(서울 행정법원 2007구합21945[3]) 제기
- 2007. 8. 31. 피고가 원고의 미신고 납골시설 폐쇄명령
- 2009. 10. 9. 서울행정법원은 원고 청구 기각 → 2심 원고의 항소기각(서울 고등법원 2010. 6. 29. 선고 2009누35575, 원고가 상고제기하지 아니하여 확정됨)

3. 소송에서의 원고의 주장

가. 제1심에서의 원고의 주장

1) 장사 등에 관한 법률에는 행정청에게 납골시설 설치신고를 심사하여 그 수리 여부를 결정할 수 있도록 하는 규정이 없다('수리를 요하는 신고'가 아니므로 피고의 수리처분이라는 별도의 처분을 기다릴 필요 없이 당연히 납골당 설치가능하다).

2) 사실심 변론종결 이전의 사유인 학교보건법 개정조항을 내세워 다시 재처분하는 것은 확정판결의 기속력에 반한다(피고는 선행 반려처분소송에서 학교보건법 개정조항이 원고의 위 신고에 적용되어야 한다고 이미 주장한 바 있다).

나. 항소심에서의 원고의 추가 주장

1) 선행 반려처분이 위법하다는 이유로 이를 취소하는 판결이 확정된 이상 신뢰보호의 원칙상 이 사건 신고를 다시 반려할 수 없다.

2) 원고의 납골당은 학교보건법 부칙 제2조에서 정한 '이미 설치된 납골시설'에 해당하여 이 사건 신고에는 위 보건법 개정조항이 적용될 수 없다.

Ⅱ. 쟁점과 법원의 판단

1. 쟁점

이 사건의 쟁점은 크게, ① 납골당 설치신고가 수리를 요하는 신고인지 여부, ② 행정청의 1차 거부처분 후 법령이 개정 · 시행된 경우 행정청은 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 이전 신청에 대한 거부처분을 다시 할 수 있

3) 이 사건 연구대상 판결인바, 이하 '이 사건'이라 함.

는지 등에 관한 것이다.[4] 이러한 쟁점은 우리 사회에서 장례문화의 변화로 납골당 설치가, 특히 종교시설에 의한 납골당 설치가 널리 늘어가면서 인근 주민들과의 갈등 등으로 자주 문제화 되고 있기 때문에[5] 수년 전부터 행정법 학계와 실무분야의 주된 연구검토 과제로 부각되고 있다.[6]

쟁점 ①은 납골당 설치신고의 법적 성격과 관련된 문제이고, 쟁점 ②는 재거부처분의 기속력과 관련된 문제이다. 위 각 쟁점에 관하여는 학설의 대립이 심하고, 각종 판례가 많이 축적되어 있기도 하므로 이하 위 쟁점에 관하여 하급심 법원의 판단근거와 관련 대법원 판례 등을 소개하면서 평석을 전개하기로 한다.

2. 법원의 판단

가. 이 사건 제1심 법원(서울행정법원 2009. 10. 9. 선고 2007구합21945)의 판단

○ 결론: 원고 청구기각

○ 판결요지: ① 납골시설 설치신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 “수리를 요하는 신고”에 해당한다. 행정소송법제30조 제2항에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 때에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있으나, 이 때 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완하여 새로운 처분을 할 수 있다. 따라서 이 사건 반려처분은 적법하다.

---

4) 그 외 원고는 ① 피고의 선행반려처분이 위법하다는 이유로 이를 취소하는 판결이 2007. 4. 13. 확정된 이상 피고가 정당한 이유 없이 이 사건 근거조항이 시행된 2005. 12. 7.까지 이 사건 신고에 대한 처리를 지체한 것으로 보아야 하고, 이로 인하여 이 사건 근거조항과의 저촉문제를 낳게 하였으므로 신뢰보호의 원칙상 이 사건 신고를 다시 반려할 수 없다고 주장하였고, ② 이 사건 납골당은 2005. 12. 7. 개정된 학교보건법 부칙 제2조)에서 정한 ‘이미 설치된 납골시설’에 해당하여 이 사건 신고에 대하여는 이 사건 근거조항이 적용되지 아니한다고 주장을 추가적으로 하였으나, 아래의 제2심 법원의 추가판단사항에서 보는 바와 같은 이유로 위 항소심 법원은 원고의 청구를 모두 배척하였다.

5) 납골당설치에 따른 인근주민과의 갈등 사례에 관한 언론보도로는
http://www.kyeonggi.com/?mod=news&act=articleView&idxno=1373870(경기일보, 2017. 7. 13.자),
http://www.kyongbuk.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=975084(경북일보, 2016. 11. 1.자),
http://www.ksilbo.co.kr/news/articleView.html?idxno=545515(경상일보, 2016. 5. 16.자),
http://www.hani.co.kr/arti/society/area/237038.html(한겨레신문 2007. 9. 17.자) 등 기사 참조.

6) 대법원 판례에서 납골당설치신고 문제가 다루어진 대표적 사례로서는 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003두10060 판결[사설납골당설치신고신청서반려처분취소], 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005두10316 판결[납골당설치신고수리처분취소], 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두20836 판결[납골당설치신고반려처분취소청구], 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008두22631 판결 [납골당설치신고불가처분취소], 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결[납골당설치신고수리처분이행통지취소] 등을 들 수 있다.

② 이 사건 학교보건법 조항은 2005. 12. 7.부터 시행되어 선행 반려처분 당시인 2005. 6. 21.에는 유효하게 적용될 수 없는 조항이었기 때문에 피고는 위 행정소송의 사실심 변론종결 이전에 이를 유효하게 선행반려처분의 처분사유로 주장할 수 없었다. …… 따라서 선행 반려처분 후에 개정된 이 사건 학교보건법 조항을 새로운 사유로 들어 다시 원고의 이 사건 신고에 대하여 반려처분을 한 것은 행정소송법 제30조 제2항에 따른 것으로서 적법하다.

나. 이 사건 제2심 법원(서울고등법원 2010. 6. 29. 선고 2009누35575)의 판단

○ 결론: 원고 항소기각

○ 추가판단사항 : ① 피고가 이무런 이유 없이 이 사건 신고에 대한 처리를 지연시켰다고 보기 부족하므로 선행 반려처분 당시에 이미 이 사건 신고가 수리되어야 한다는 신뢰가 형성되었다거나 선행 반려처분 이후에 발생된 새로운 사정을 고려하지 아니하고 선행반려처분시를 기준으로 하여 이 사건 신고가 수리될 것이라는 신뢰가 형성되었다고 보기 어렵다. …… 위 확정판결의 제1심 판결 결과 원고가 승소하였다고 하더라도 새로운 처분시에는 위 1심 판결에 앞서 개정된 이 사건 학교보건법 조항이 적용됨을 충분히 알 수 있었으므로 위 제1심 판결에 따라 이 사건 신고가 수리될 것이라는 기대가 형성되었다고 볼 수도 없다.

② 이 사건 부칙조항에 정한 '이미 설치된 납골시설'이란 관계 행정기관에 의하여 납골당 설치신고가 수리되어 그에 따라 적법하게 설치된 납골시설을 의미하므로 …… 이 사건 납골당은 이 사건 신고가 수리되지 아니한 상태에서 임의로 설치공사를 진행하다 중지된 것으로서 위 부칙조항에서 말하는 '이미 설치된 납골시설'에 해당한다고 보기 어렵다.

Ⅲ. 평석

1. 납골당 설치신고가 '수리를 요하는 신고'인지 여부

가. 신고의 의의[7)]

신고라 함은 사인이 행정기관에 대하여 일정한 사항에 대하여 알려야 하는 의

7) 행정법상의 신고에 대한 상세한 설명은 홍정선, 「행정법원론(상) 제25판」, (박영사, 2017), 208면 이하 ; 박균성, "행정법상 신고", 「고시연구」 제26권 제11호 (고시연구사, 1999. 4.), 24면 이하 ; 김명길, "신고의 종류와 처분성", 「법제」 제583호 (법제처, 2006. 7.), 19면 이하 ; 홍준형, "사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰", 「공법연구」 제40집 제4호(한국공법학회, 2012. 6.), 333면 이하 참조.

무가 있는 경우에 그것을 알리는 것을 말한다. 종래 납골당설치는 허가제로 운영되었다가 2001. 1. 13. 시행된 '장사에 관한 법률'은 납골당설치를 '허가'의 대상에서 '신고'의 대상으로 변경하였는데, 이는 규제의 완화 차원에서 환영할 만하나 여전히 설치기준이나 설치제한 규정을 비교해 보면 규제가 완화된 것으로 보기 어렵다.[8] 특히 납골당설치를 허가제로 운영할 것인지 신고제로 운영할 것인지는 정책적 결정사항이라고 할 것이나, 규제를 완화하는 차원에서 이를 신고라고 하면서도 '행정청의 수리를 요하는 신고'라고 일률적으로 해석하는 경우에는 여전히 설치가 어렵게 되므로 납골당 설치의 사회적 필요성, 인근 주민에 미치는 영향, 장묘 문화의 변화 동향 등 공익과 사익을 비교형량하는 등 신중하고도 종합적인 조망이 요망된다.

나. 신고의 종류[9]

1) 자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고)

가) 의의

자기완결적 신고에서 말하는 신고란 신고의 요건을 갖춘 신고만 하면 신고의무를 이행한 것이 되는 신고를 말한다. 가족관계의 등록 등에 관한 법률상의 출생신고(제44조), 사망신고(제84조), 혼인신고(제71조) 등이 대표적인 예이다. 자기완결적 신고의 경우 행정청은 별다른 심사, 결정 없이 그 신고를 당연히 수리(엄격히 말하면 접수)하여야 하고, 행정청이 신고의 수리를 거부하더라도 이 수리의 거부는 행정처분이 아닌 사실행위이므로 원칙적으로 취소소송으로 다툴 수 없게 된다. 다만, 부적법한 신고에 대하여 행정청은 보완요구를 할 수 있을 것이며(행정절차법 제40조 제3항[10]), 그 형식상 불비가 중대한 경우에는 신고의무를 이행하

8) 박균성, "납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단", 「행정판례연구」 XVI-1, (박영사, 2011), 119면.

9) 강학상 신고는 일반적으로 ① 자기완결적 신고, ② 수리를 요하는 신고로 설명되고 있으나, 이에 대한 문제 제기와 아울러 수리를 요하는 신고와 등록, 허가와의 구별 필요성 등과 관련하여 신고의 종류에 관한 재분류 시도가 늘고 있다. 홍정선 교수는 신고를 ① 자체완성적 신고, ② 행정요건적 공법행위로서 신고로 분류하고 있다. 상세는 홍정선, 전게서, 213면 이하 및 각주 16) 내용 참조.

10) 행정절차법 제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
② 제1항의 규정에 의한 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다.
1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것

지 않은 것이 될 수 있을 것이다.

나) 판례상 사례

판례상 자기완결적 신고로 분류된 대표적 사례를 몇 개 거시하면 다음과 같다.

① 의원개설신고

※ 의료법 제30조 제3항에 의하면 의원, 치과의원, 한의원 또는 조산소의 개설은 단순한 신고사항으로만 규정하고 있고 또 그 신고의 수리여부를 심사, 결정할 수 있게 하는 별다른 규정도 두고 있지 아니하므로 의원의 개설신고를 받은 행정관청으로서는 별다른 심사, 결정 없이 그 신고를 당연히 수리하여야 한다(대법원 1985. 4. 23.선고 84도2953 판결).

② 건축법상의 건축신고

※ 구 건축법(1996. 12. 30. 법률 제5230호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항에 의하여 신고를 함으로써 건축허가를 받은 것으로 간주되는 경우에는 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리행위 등 별다른 조치를 기다릴 필요 없이 건축을 할 수 있는 것이므로, 행정청이 위 신고를 수리한 행위가 건축주는 물론이고 제3자인 인근 토지 소유자나 주민들의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 행정처분이라 할 수 없다(대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결).

그러나 위 판결은 그 후 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결로 변경되어, 현재 대법원은 건축법상의 건축신고는 '수리를 요하는 신고'라는 전제 하에서 건축신고반려행위에 대한 처분성을 인정하고 있다.[11]

---

2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 기타 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것
③ 행정청은 제2항 각호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
④ 행정청은 신고인이 제3항의 규정에 의한 기간내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 당해 신고서를 되돌려 보내야 한다.

11) 같은 취지의 판례로서 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결 등 참조. 한편 위 전원합의체 판결에 관한 판례평석으로는 이광윤, "2010년 분야별 중요판례분석 ② 행정법", (법률신문, 2011. 3. 17.), 12면 ; 김중권, "신고제와 관련한 코페르니쿠스적 전환에 관한 소고", (법률신문 제3894호, 2010. 12. 6.), 15면 ; 고규정, "건축신고의 법적 성격 및 그 반려행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부", 「판례연구」 제23집, (부산판례연구회, 2012. 2.), 709면 이하 ; 박재우, "행정청의 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부", 「대법원판례해설」 제85호,

※ 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 관련 규정의 내용 및 취지에 의하면, 행정청은 건축신고로써 건축허가가 의제되는 건축물의 경우에도 그 신고 없이 건축이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사 중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 그 시정명령을 받고 이행하지 않은 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 그 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 건축신고를 하지 않은 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다. 이와 달리, 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니어서 그 취소를 구하는 소는 부적법하다는 취지로 판시한 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결).

나아가 대법원은 전원합의체 판결로서 건축신고를, 행정청이 그 실체적 요건에 관하여 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'임을 계속 천명하고 있다.

(법원도서관, 2010년 하반기), 733면 이하 참조.

※ [다수의견] 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결).[12]

③ 납골탑 부대시설 설치신고

※ 재단법인이 아닌 종교단체가 설치하고자 하는 납골탑에는 관리사무실, 유족편의시설, 화장한 유골을 뿌릴 수 있는 시설, 그 밖에 필요한 시설물과 주차장을 마련하여야 하나, 위와 같은 시설들은 신고한 납골탑을 실제로 설치·관리함에 있어 마련해야 하는 시설에 불과한 것으로서 이에 관한 사항이 납골탑 설치신고의 신고대상이 되는 것으로 볼 아무런 근거가 없으므로, 종교단체가 납골탑 설치신고를 함에 있어 위와 같은 시설 등에 관한 사항을 신고한 데 대하여 행정청이 그 신고를 이를 일괄 반려하였다고 하더라도 그 반려처분 중 위와 같은 시설 등에 관한 신고를 반려한 부분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004두4031 판결[13]).

---

12) 이 대법원 판결에 관한 상세한 소개와 비판적 평석으로서는 강현호, "행위개시통제수단으로서의 건축신고에 대한 고찰", 「행정판례연구」 XVII-2」, (박영사, 2012), 3면 이하 참조.

④ 축산물판매업신고

※ 구 축산물가공처리법령에서 규정하는 시설기준을 갖추어 축산물판매업 신고를 한 경우, 행정관청은 당연히 그 신고를 수리하여야 하는지 여부(적극) 및 담당 공무원이 위 법령상의 시설기준이 아닌 사유로 그 신고 수리를 할 수 없다는 통보를 하고 미신고 영업으로 고발할 수 있다는 통지를 한 것이 위법한 직무집행인지 여부(적극)(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다97925 판결)

2) 수리를 요하는 신고

가) 의의

행정법상 '수리를 요하는 신고'란 신고가 수리되어야 신고의 대상이 되는 행위에 대한 금지가 해제되는 신고를 말한다. 그러므로 신고가 있었다고 하더라도 행정청에 의하여 수리되지 않으면 신고가 되지 않은 것이 된다. 행정청의 수리거부는 불수리의 의사표시로서 소극적 행정행위를 구성하게 되고, 따라서 수리거부는 거부처분에 해당하며 항고소송의 대상이 된다. 이러한 신고는 등록 또는 허가와 매우 유사한 것인데, '수리를 요하는 신고'가 등장하게 된 것은 규제를 완화하는 차원에서 '허가'라는 용어 대신에 '신고'라는 용어로 대체 · 사용되어 온 점에 연유한다고 설명할 수 있겠다.[14]

나) 판례상 사례

판례상 '수리를 요하는 신고'라고 분류된 대표적인 사례를 몇 개 거시하면 다음과 같다.

① 수산업법 제44조 소정의 어업면허 신고

※ 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규

---

13) 이 판결은 납골탑 부대시설의 설치신고의 반려처분에 관한 판결이므로 뒤에서 보는 바와 같이 납골탑 자체의 설치시설신고의 반려처분에서의 신고를 '수리를 요하는 신고'로 보는 대법원 판례의 입장과 구별됨에 주의를 요한다. 위 판결에 대한 해설로는 박해식, "납골시설설치신고 반려처분 중 부대시설에 관한 신고반려부분의 행정처분성", 「대법원판례해설」 제55호, (법원도서관, 2005년 상반기), 363면 이하 참조.

14) 행정청의 사전규제의 강도에 따라 사전규제를 허가, 등록 및 신고로 구분할 수 있으며, 신고 중 '수리를 요하는 신고'는 세계에서 그 예를 찾아보기 어려운 독특한 규제형식으로서 허가와의 구별이 모호하고, 판례도 명시적으로 수리를 요하는 신고의 법적 성질을 논하고 있지는 아니하므로 이를 인정할 실익에 의문을 제기하면서 그 용어를 '수리행위가 있는 신고'로 변경하자는 의견으로는 박균성, "납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단", 「행정판례연구」 XVI-1, (박영사, 2011), 119~128면 참조. 한편 김중권 교수도 수리를 요하는 신고의 독자성을 부인하고 허가와 동일한 것으로 보고 있다{김중권, "이른바 수리를 요하는 신고의 문제점에 관한 소고", 「행정판례연구」 VIII , (박영사, 2003), 78면 참조}.

정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이다(대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결).

② 골프장회원모집신고

※ 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(…) 제18조 제2항 제1호 (가)목, 제18조의2 제1항 등의 규정에 의하면, 위 법 제19조의 규정에 의하여 체육시설의 회원을 모집하고자 하는 자는 시·도지사 등으로부터 회원모집계획서에 대한 검토결과 통보를 받은 후에 회원을 모집할 수 있다고 보아야 하고, 따라서 체육시설의 회원을 모집하고자 하는 자의 시·도지사 등에 대한 회원모집계획서 제출은 수리를 요하는 신고에서의 신고에 해당하며, 시·도지사 등의 검토결과 통보는 수리행위로서 행정처분에 해당한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두16243 판결).

③ 체육시설(볼링장, 골프연습장, 당구장)업신고

※ 체육시설업신고수리거부처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다(대법원 1996. 2. 27.선고 94누6062 판결)

※ 체육시설의설치·이용에관한법률에 따른 골프연습장의 신고요건을 갖춘 자라 할지라도 골프연습장을 설치하려는 건물이 건축법상 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다(대법원 1991. 7. 12. 선고 90누8350 판결)

※ 학교보건법과 체육시설의설치이용에관한법률은 그 입법목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리 하고 있어서 당구장의 설치에 관하여 체육시설의설치·이용에관한법률이 학교보건법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 아니하므로 체육시설의설치・이용에관한법률에 따른 당구장업의 신고요건을 갖춘 자라 할지라도 학교보건법 제5조 소정의 학교환경 위생정화구역 내에서는

같은 법 제6조에 의한 별도 요건을 충족하지 아니하는 한 적법한 신고를 할 수 없다고 보아야 한다(대법원 1993. 4. 27. 선고 93누1374 판결).

④ 건축주명의변경신고

※ 건축주명의변경신고수리거부행위는 행정청이 허가대상건축물 양수인의 건축주명의변경신고라는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 그 신고를 수리하여야 할 법령상의 의무를 지고 있음에도 불구하고 그 신고의 수리를 거부함으로써, 양수인이 건축공사를 계속하기 위하여 또는 건축공사를 완료한 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위하여 가지는 구체적인 법적 이익을 침해하는 결과가 되었다고 할 것이므로, 비록 건축허가가 대물적 허가로서 그 허가의 효과가 허가대상건축물에 대한 권리변동에 수반하여 이전된다고 하더라도, 양수인의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것으로서 취소소송의 대상이 되는 처분이라고 하지 않을 수 없다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91누4911 판결).

⑤ 식품위생법상 영업자지위승계신고

※ 식품위생법 제25조 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94누9146 판결).

⑥ 액화석유가스의 안전관리 및 사업법상의 신고

※ 액화석유가스의안전및사업관리법 제7조 제2항에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도, 양수자 사이에 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수자가 사업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 법규상 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이므로 허가관청이 법 제7조 제2항에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다(대법원 1993. 6. 8. 선고 91누11544 판결).

⑦ 주민등록 전입신고

※ 주민등록은 단순히 주민의 거주관계를 파악하고 인구의 동태를 명확히 하는 것 외에도 주민등록에 따라 공법관계상의 여러 가지 법률상 효과가 나타나게 되는 것으로서, 주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다. 따라서 주민등록 신고서를 행정청에 제출하였다가 행정청이 이를 수리하기 전에 신고서의 내용을 수정하여 위와 같이 수정된 전입신고서가 수리되었다면 수정된 사항에 따라서 주민등록 신고가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다(대법원 2009.1.30, 선고, 2006다17850, 판결).

⑧ 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고

※ [다수의견] 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결, 다수의견)[15].

15) 이 판결에 대한 평석으로는, 김향기, "집중효를 수반하는 건축신고가 「수리를 요하는 신고」 인

⑨ 납골당설치신고

※ 구 장사 등에 관한 법률(…) 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, 납골당설치 신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다. 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결[16]).

다. 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고의 구별 실익[17]

수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고를 구별하는 실익은 다음과 같은 점에서 찾을 수 있을 것이다.

1) 신고에 따른 법률효과 발생 시기

행정절차법 제40조는 신고에 관한 규정을 하면서 신고를 관장하는 행정청이 행하여야 할 조치사항에 관하여 설명을 하고 있는데, 그 규정 내용에 비추어 볼 때 위 법에서 말하는 신고는 수리를 요하지 아니하는 신고에 국한한다고 봄이 일반적이다. 따라서 일반적으로 개별 법률에서 신고란 표현이 사용되더라도 그것이 수리를 요하는 신고라면 행정절차법 제40조가 통용되지 않는다고 본다.[18]

수리를 요하지 아니하는 신고는 신고서가 접수기관에 도달된 때 행정청의 수리 여부를 불문하고 신고로서의 효력이 발생한다. 이에 반하여 수리를 요하는 신고는 신고서가 접수된 후 행정청이 이를 수리하여야만 신고로서의 효력이 발생한다.

지의 여부", 「고시계」 제56권 제7호, (국가고시학회, 2011), 42~57면 ; 박재우, "인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 여부", 「재판실무연구」, (광주지방법원, 2012), 341면 이하 등 참조.

16) 같은 취지의 판결로서, 대법원 2016. 5. 24.선고 2015다47051 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008두22631 판결 등 참조. 한편 위 2009두6766 판결에 관한 평석으로서는 최병률, "납골당설치신고사항 이행통지의 법적 성격 및 취소소송의 원고적격", 「대법원판례해설」 제89호, (법원도서관, 2011년 하반기), 986면 이하 ; 위 2008두22631 판결에 관한 상세한 평석으로는 박균성, "납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단", 「행정판례연구」 XVI-1, (박영사, 2011), 107면 이하 참조.

17) 이에 관한 상세는 박재우, 전게논문, 353면 이하 참조.

18) 김중권, "행정법상의 신고와 통보", 「행정소송(I)」, (한국사법행정학회, 2008), 684면 ; 김남진/김연태, 「행정법 I」 제21판, (법문사, 2007), 129면.

2) 적법한 신고의 효과와 관련하여

수리를 요하지 아니하는 신고에서는 적법한 신고가 있었음에도 행정청이 신고서를 접수하지 아니하고 반려하여도 신고의무는 이행된 것이기 때문에 수리가 거부된 상태에서 신고의 대상이 되는 행위를 하더라도 행정벌 등의 대상이 되지 아니한다. 반면에 수리를 요하는 신고의 경우 적법한 신고를 하였음에도 행정청이 이를 수리하지 아니하면 신고에 따른 법적 효과가 발생하지 아니하고, 따라서 수리가 거부된 상태에서 신고의 대상이 되는 행위를 한 경우 행정벌의 대상이 된다.

3) 부적법한 신고와 관련하여

수리를 요하지 아니하는 신고의 경우 부적법한 신고가 있었다면 행정청이 수리하였다고 하더라도 신고의 효과가 발생하지 아니한다. 왜냐하면 이 경우 수리는 도달을 확인하는 사실상의 행위일 뿐이고, 신고가 도달되었다고 하더라도 그 신고가 부적법한 것이라면 신고의 법적 효과가 발생하지 아니하기 때문이다. 한편, 수리를 요하는 신고의 경우 요건 미비의 부적법한 신고가 있었음에도 불구하고 행정청이 이를 수리하였다면, 그 수리행위는 위법한 수리행위가 된다. 그 하자가 중대하고 명백하다면 수리행위는 무효가 될 것이고, 그러하지 아니하면 취소할 수 있는 행위가 된다.

4) 수리 거부의 처분성과 관련하여

수리를 요하지 아니하는 신고에서 수리 거부는 사실행위에 불과하여 처분성이 인정되지 아니하므로, 원칙적으로 수리 거부에 대하여 소송으로 그 취소를 구할 소의 이익이 없다.[19] 반면에 수리를 요하는 신고에서 수리 거부는 처분성이 인정되어 소송으로 다툴 수 있다.

라. 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고의 구별 기준

판례상 양자의 구별기준이 명확하게 종합적으로 제시되고 있지는 아니하나, 판례는 행정법상 신고를 원칙적으로 '수리를 요하지 않는 신고'로 이해하면서도 '수리'에 관한 별도의 법규정이 있거나 다른 특별한 사정이 있는 경우에는 그 신고

19) 이에 대하여 수리의 거부는 잠정적인 금지를 종국화시킨다는 의미에서 일종의 금지하명(禁止下命)이라고 보아 수리거부에 대한 처분성을 긍정하여야 한다는 주장도 있다. 상세는 김중권, "이른바 수리를 요하는 신고의 문제점에 관한 소고", 「행정판례연구」 VIII, (박영사, 2003), 80~90면 참조.

를 '수리를 요하는 신고'로 해석하고 있는 것으로 보인다.

즉 위에서 거시한 판례의 내용을 분석하여 볼 때, 판례는 그 구체적 구별기준으로서 ① '수리'가 독자적인 의미를 가질 수 있을 정도로 행정청의 관여가 행정영역에서 필요한지, ② 행정청이 공익적 관점에서 신고의 유효성을 확인할 필요가 있는지, ③ 당해 신고의 성질을 고려하여 사실상 인 · 허가 제도의 영역에 가까운 것인지, ④ 개별법령에서 수리 · 심사절차에 관한 규정을 두고 있는지, ⑤ 신고의 효력발생 시점에 관하여 규정하고 있는지, ⑥ 신고 후 신고필증의 교부와 미신고 등에 대한 다양한 제재수단을 마련하고 있는지, ⑦ 수리가 재산관계에 중대한 변경을 발생시키는 등 사인간의 법률관계에 중요한 의미를 가지는 경우, ⑧ 다른 부가적 사정과 함께 수리의 중요성에 비추어 행정청에 수리할 의무가 있다고 명백히 규정하고 있는 경우, ⑨ 지위승계에 결격사유 판단 규정이 있는 경우 등의 사유를 들고 있으며, 이러한 사유를 종합적으로 고려하여 '수리를 요하는 신고' 여부를 구별하고 있다고 판단된다.

마. 신고수리거부의 처분성

수리를 요하는 신고의 경우에는 그 수리거부행위가 행정소송법상의 처분개념에 해당하여 행정소송을 제기할 수 있게 된다(통설, 판례).

한편, 체육시설의 설치 · 이용에 관한 법률에 의하면 등록체육시설업과 신고체육시설업으로 구분하고 있고[20], 그 종류에 따라 위반행위에 대한 벌칙규정[21]을

---

20) 체육시설의 설치 · 이용에 관한 법률
제10조(체육시설업의 구분·종류)
① 체육시설업은 다음과 같이 구분한다.
1. 등록 체육시설업 : 골프장업, 스키장업, 자동차 경주장업
2. 신고 체육시설업 : 요트장업, 조정장업, 카누장업, 빙상장업, 승마장업, 종합 체육시설업, 수영장업, 체육도장업, 골프 연습장업, 체력단련장업, 당구장업, 썰매장업, 무도학원업, 무도장업
제12조(사업계획의 승인)
제10조제1항제1호에 따른 등록 체육시설업을 하려는 자는 제11조에 따른 시설을 설치하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체육시설업의 종류별로 사업계획서를 작성하여 시 · 도지사의 승인을 받아야 한다.
제19조(체육시설업의 등록)
① 제12조에 따른 사업계획의 승인을 받은 자가 제11조에 따른 시설을 갖춘 때에는 영업을 시작하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 그 체육시설업의 등록을 하여야 한다. 등록 사항(문화체육관광부령으로 정하는 경미한 등록 사항을 제외한다)을 변경하려는 때에도 또한 같다.
② 시·도지사는 골프장업 또는 스키장업에 대한 사업계획의 승인을 받은 자가 그 승인을 받은 사업시설 중 대통령령으로 정하는 규모 이상의 시설을 갖추었을 때에는 제1항에도 불구하고 문화체육관광부령으로 정하는 기간에 나머지 시설을 갖출 것을 조건으로 그 체육시설업을 등록하게 할 수 있다.

각각 두고 있는데, 일반적으로, 등록체육시설업은 수리를 요하는 것이고, 신고체육시설업은 수리를 요하지 않는 것으로 해석될 수 있는바, 위에서 본바와 같이 판례는 신고체육시설업(볼링장업, 당구장업, 골프연습장)에 대하여도 '수리를 요하는 신고'라는 전제에 서 있으므로 이 때의 신고는 '등록'의 개념과 유사하다고 할 것이다.

바. 이 사건 납골당 설치신고의 법적 성격

돌이켜 이 사건으로 돌아와 이 사건 납골당 설치신고의 법적 성격에 관하여 살피건대, 납골당 설치신고의 근거법률인 장사 등에 관한 법률뿐만 아니라 다른 관계 법령의 규정까지 함께 고려하여 볼 때, 납골시설이 무분별하게 난립하는 경우에 생기는 여러 폐해와 보건위생상의 위해 방지, 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진을 위하여 납골시설의 설치를 금지하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에 행정청은 위와 같은 납골시설 설치신고를 수리하지 않거나 보완을 명할 수 있다고 함이 타당하므로, 납골시설 설치신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당한다고 할 것이다.

이 점에서 납골당설치신고를 '수리를 요하는 신고'로 보는 대법원 판례의 기본적 입장은 타당하다고 할 것이다.

사. 소결

그렇다면, 납골시설 설치신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당한다고 할 것이고, 원고가 과거 제기한 납골당설치신고반려처분취소의 소송에서 피고는 2006. 4. 5. 패소(확정)한 바가 있으므로 피고는 행정소송법 제30조 제2항에 의하여 위 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다고 할 것이다. 다만, 이 때 피고는 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완하여 새로운 처분을 할 수 있을 것이므로(뒤에서 보는 바와 같이 대법원 판례의 일관된

제20조(체육시설업의 신고) 제10조제1항제2호에 따른 체육시설업을 하려는 자는 제11조에 따른 시설을 갖추어 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다. 신고 사항을 변경하려는 때에도 또한 같다.

21) 제38조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 제12조에 따른 사업계획의 승인을 받지 아니하고 등록 체육시설업의 시설을 설치한 자
2. 제19조제1항 또는 제2항에 따른 등록(변경등록은 제외한다)을 하지 아니하고 체육시설업의 영업을 한 자

입장이다), 피고가 재차 거부처분의 사유로 삼아 신고를 반려하는 것이 원고가 이미 받은 위 확정판결의 기속력에 배치되는지 여부가 다시 문제로 되게 된다. 이에 관하여는 뒤에서 다시 살핀다.

2. 거부처분취소 확정판결의 효력과 재처분 문제

가. 거부처분취소 확정판결의 효력 일반론

취소소송의 판결의 효력은 일반적으로 ① 자박력(自縛力)[22], ② 형식적 확정력(불가쟁력)[23], ③ 실질적 확정력(기판력)[24], ④ 형성력[25], ⑤ 집행력[26], ⑥ 기속력(羈束力) 등으로 나누어 설명되고 있다[27]. 위 ① 내지 ⑤의 효력은 민사소송에서도 일반적으로 효력으로서 거론되는 것이고, ⑥의 기속력은 민사소송에서는 볼 수 없는 것으로서 행정소송에서 특별히 인정되는 효력이라고 할 수 있다(행정소송법 제30조 제1항)[28]. 행정소송법에는 기판력에 관한 규정은 없으나 동법 제8조 제2항의 규정에 따라 민사소송법의 관련 규정이 적용되므로 행정소송판결에도 기판력이 당연히 인정된다고 할 것이다.

종래 대법원은 기판력에 대하여 "확정판결의 기판력이라 함은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송당사자의 관계를 규율하는 새로운

---

22) 판결을 선고하면 선고법원 자신도 판결의 내용을 취소·변경할 수 없게 되는 효력(불가변력).

23) 취소소송의 판결을 더 이상 정식 재판절차를 통하여 다툴 수 없게 되는 효력. 판결에 대하여 불복이 있으면 그 취소·변경을 위하여 상소하여야 하는데, 상소기간 도과, 상소 포기 등의 사유로 상소할 수 없게 된 상태를 말함(불가쟁력).

24) 판결이 확정되면, 확정된 판단내용은 당사자 및 법원을 구속하여 후소에서 당사자 및 법원은 동일 사항에 대하여 확정판결의 내용과 모순되는 주장·판단을 할 수 없음.

25) 처분을 취소하는 판결이 확정되면 당해처분은 행정청이 다시 이를 취소하지 않아도 소급적으로 효력을 상실하여 처음부터 없었던 것과 같은 상태로 됨. 파면처분을 받은 공무원이 그 파면 취소소송을 제기하여 승소한 경우 소급하여 공무원의 신분을 회복하게 됨.

26) 통상 이행판결에서 명령된 이행의무를 강제집행절차로서 실현할 수 있는 효력. 따라서 형성판결인 취소판결에는 집행력이 인정되지 아니 함.

27) 김남진/김연태, 전게서, 884면 이하 ; 홍정선, 전게서, 1144면 이하 ; 김동희, 「행정법 I」 제15판, (박영사, 2009), 749면 이하 ; 장태주, 「행정법개론」 증보판, (현암사, 2005), 778면 이하 참조.

28) 이시윤 변호사는 판결의 효력으로서 기속력, 형식적 확정력, 실질적 확정력(기판력), 집행력, 형성력 등으로 구분하여 설명하시면서 기속력(구속력)의 의미를 판결이 일단 선고되면 판결을 한 법원 자신도 이에 구속되어 스스로 판결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는 효력으로 설명하고 있는바{이시윤, 「신민사소송법」, (박영사, 2009), 545면}, 이와 달리 행정법 학자들은 그러한 효력을 '자박력'이라고 설명하고 있음에 주의를 요한다. 민사소송법상 기판력에 관하여 통설 · 판례는 구소송물이론을 취하고 있고, 이에 의할 때 후소 법원에 대하여 전소의 확정판결과 모순되는 판단을 금지시키는 내용적 구속력을 의미하게 된다(모순금지설). 따라서 승소판결에 대한 재소가 있는 경우에 법원은 소의 이익이 없다고 보아 소각하 판결을 하게 되며, 패소판결에 대하여 재소가 있는 경우에는 모순판단금지원칙에 따라 원고 청구기각 판결을 하여야 한다.

기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하는 것이고, 이 경우 적극당사자(원고)가 되어 주장하는 경우는 물론이고 소극당사자(피고)로서 항변하는 경우에도 그 기판력에 저촉되는 주장은 할 수 없다"라고 설명하여 오고 있다.[29]

나. 기속력의 의의와 효력

1) 기속력의 의의

처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다(행정소송법 제30조 제1항). 기속력은 행정청에 관한 구속력으로서, 행정청은 기속력에 의하여 과거 상대방이 제기한 취소소송에서 패소확정된 판결의 취지에 따라야 할 실체법상 의무가 발생하게 되는데, 행정청이 확정판결의 취지에 따른 재처분의무를 부담하게 되는 경우(법 제30조 제2항) 실무상 그 재처분이 기속력에 반하는 처분인지에 관하여 많은 다툼이 있어 왔다. 기속력은 처분 등을 취소하는 판결에만 인정되며 원고의 청구기각판결에서는 인정되지 아니한다.[30]

원래 권력분립의 원칙상 법원은 당해 처분의 적부를 사후적으로 판정하는데 그칠 뿐 당해 처분의 내용을 변경할 것을 명하는 것은 허용되지 아니한다. 그러므로 취소판결은 그 자체로는 당해 처분이 위법이라고 하여 취소하는 효과를 가지는 데 그치게 되는데, 이렇게 된다면 판결에 의해 어느 행정처분이 취소된 후 행정청이 다시 동일한 내용의 새로운 처분을 함으로써 판결의 효력을 무력화시켜도 어쩔 수 없는 상태가 초래된다. 이러한 불합리를 막고, 당해 처분의 취소를 구한 개인의 실효성 있고 실질적인 권익구제를 도모하기 위해서는 그 판결의 직접적인 효과를 넘어 행정청이 취할지도 모를 실질적으로 같은 내용의 반복적 조치를 저지할 필요가 있다는 점에 기속력의 제도적 취지가 있다. 이는 결국 사법과 행정의 억제와 균형을 보장하기 위한 제도라 할 것이다.[31]

---

29) 대법원 1987. 6. 9, 선고 86다카2756 등 판결 참조.
30) 홍정선, 전게서, 1151면 ; 석호철, "기속력의 범위로서의 처분사유의 동일", 「행정판례연구」 V, (박영사, 2000), 269면.
31) 석호철, 전게논문, 269~270면 참고.

2) 기속력의 법적 성격[32)]

가) 기판력설

기판력은 법적 안정성을 위하여 후소의 재판을 구속하여 모순된 재판을 금하는 소송법상의 효력으로서 기속력도 이러한 기판력과 동일하다는 견해이다.

나) 특수효력설(통설)

기속력은 취소판결의 실효성을 확보하기 위하여 판결의 취지에 따라 행동하도록 관계 행정청을 구속하는 실체법상의 효과를 발생시키는 효력으로서 행정소송법이 취소판결에 대하여 특별히 인정한 효력으로 보는 견해이다.

다) 판례

판례상 기속력과 기판력이라는 용어가 엄격하게 구분되지 아니하고 혼용되는 경우가 많다.[33)]

※ 행정처분에 위법이 있어 행정처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 위법사유에 한하여 미치는 것이므로, 행정관청이 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 행정처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 처분과는 별개의 처분으로서 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(대법원 1997. 2. 11. 선고 96누13057 판결)

※ 과세대상 소득이 부동산임대소득이 아니라 이자소득이라는 이유로 종합소득세 등 부과처분이 확정판결에 의하여 전부 취소된 경우, 과세관청이 그 소득을 이자소득으로 보고 종전처분의 부과세액을 한도로 하여 다시 종합소득세 등 부과

---

32) 기속력의 성질에 관하여 자세하게 정리하면서 각 학설의 문제점을 지적한 국내문헌으로는, 김창조, “취소소송에 있어서 판결의 기속력”,「법학논고」제42집, (경북대학교 법학연구원, 2013), 102~104면 ; 경건, “취소판결의 기속력의 내용”,「서울법학」제24권 제4호, (서울시립대학교 법학연구소, 2017. 2.), 297면 이하 참조. 한편, 일본 행정사건소송법에서는 기속력이라는 용어 대신에 구속력이라는 용어를 사용하고 있는데(일본 행정사건소송법 제33조 제1항 참조), 우리나라에서처럼 그 성질에 관하여 기판력설과 특수효력설이 대립하고 있지만, 특수효력설이 통설적 지위에 있다고 한다. 일본에서의 학설대립과 그 내용에 관한 상세는 南 博方 編,「條解行政事件訴訟法」第4版, (弘文堂, 2014), 661면 이하 ; 室井 力/芝池義一/浜川 清,「(コメンタール 行政法 Ⅱ) 行政事件訴訟法 · 國家賠償法(第2版)」, (日本評論社, 2006), 362~363면 참조.

33) 소순무 변호사와 윤지현 교수는, 대법원이 ‘기판력’이라는 용어를 더 선호하는 것처럼 보이지만 이러한 논쟁은 관점의 차이에 불과한 것으로서 실익이 없다고 설명하고 있다{소순무,「조세소송(개정4판)」, (㈜영화조세통람, 2008), 434면 ; 윤지현, “과세처분을 취소하는 확정판결이 있은 후 과세관청의 '재처분'이 가능한 범위”,「조세법연구」XV-2, (세경사, 2009), 108~109면 참조}.

처분을 한 것은 확정판결의 기속력 내지 기판력에 반하지 아니한다(대법원 2002.7.23, 선고 2000두6237 판결).

※ 토지의 양도가 특수관계자 사이의 저가양도임은 별론으로 하고 무상양도는 아니라는 이유로 증여세부과처분이 확정판결에 의하여 전부 취소된 후 과세관청이 위 토지의 양도가 특수관계자 사이의 저가양도에 해당한다는 이유로 다시 증여세부과처분을 한 경우, 그 처분은 확정판결에 적시된 종전처분의 위법사유를 보완하여 행한 새로운 과세처분으로서 상호 처분의 동일성이 인정되지 아니하므로 확정판결의 기속력 내지 기판력에 반하지 아니한다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두4408 판결)

위와 같은 판례에 대하여 일부 학자[34]는 판례가 기판력설의 입장이라고 설명하기도 한다. 그러나 기판력은 동일한 처분에 대한 소송법상의 효력을 의미하는 것으로서 동일한 사실관계에 기초한 것이라도 처분일자가 다른 경우 별도의 처분으로서 소송물을 달리한다는 전제가 변경되어야 하는데 그러한 입장을 취할 경우 행정소송 전반에 관한 변경을 초래한다는 점을 감안하면 대법원도 통설과 같이 특수효력설을 취하되 그 용어를 혼용하고 있는 것으로 봄이 타당하다는 견해도 있다[35].

라) 사견

소송법적인 측면에서 모순금지 효력을 의미하는 기판력은 기속력의 의미와 동일 유사한 측면이 있다. 그러나 기속력은 취소판결의 효력이지만 기판력은 모든 본안판결에서 나타나는 효력이라는 점, 기속력은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청에 대하여 그 효력이 미치지만 기판력은 당사자와 후소의 법원에 미친다는 점, 기속력은 일종의 실체법적 효력이지만 기판력은 절차법적(소송법적) 효력이라는 점에서 양자는 상이하므로 특수효력설이 타당하다고 생각한다.[36] 이처

34) 장태주, 전게서, 783면.

35) 임시규, "행정소송에 있어서의 기판력과 기속력", 「행정소송실무」 제2권, (서울고등법원, 2002), 254면 이하 참조.

36) 석호철, 전게논문, 270면 ; 김의환, "거부처분취소확정판결의 기속력과 간접강제의 요건", 「경기법조」 제11호, (수원지방변호사회, 2004. 11.), 431면 ; 김백유, 「행정구제법」, (도서출판 한성, 2017), 879면 이하 ; 정형근, 「행정법」, (피엔씨미디어, 2017), 664면 ; 홍정선, 전게서, 1152면 참조. 한편 김백유 교수, 김남진 교수는 위 책에서 기속력을 설명하면서 이를 구속력(拘束力)과 같

럼 실체법적으로 행정청에 대하여 판결의 취지대로 활동하여야 할 의무를 부여하는 의미는 기속력에서 비롯되는 것이므로 기속력은 기판력과 구별되는 면이 있으며, 그 효력이 미치는 주관적, 시간적 범위에서도 차이가 있게 된다.

3) 기속력의 내용

행정소송법(제30조 제1항)은 기속력 자체를 규정할 뿐 기속력의 내용에 관하여는 아무런 언급을 하지 않고 있는데, 흔히 기속력은 크게 두 가지 효력, 즉 소극적 효력에서의 (동일 과오)반복금지효와 적극적 효력에서의 재처분의무와 원상회복의무를 그 내용으로 한다. 재처분의무는 다시 거부처분 취소에 따른 재처분의무(법 제30조 2항)와 절차적 위법을 이유로 취소된 경우 경우의 재처분의무로 나뉜다(법 제30조 3항). 원상회복의무는 행정소송법에 직접 규정되어 있지 않지만 기속력의 한 내용으로 설명함이 일반적이다.[37] 이하 순차로 자세히 살핀다.

가) 반복금지효(소극적 효력)

(1) 의의

취소판결이 확정되면, 당사자인 행정청은 물론이고 그 밖의 관계 행정청도 확정판결에 저촉되는 처분을 하여서는 아니 된다. 이처럼 행정청이 동일한, 또는 동일의 과오를 반복하는 것이 금지되는 효과는 기속력의 중심을 이루는 효과로서[38] 위에서 본 기판력설의 논자를 포함하여 모든 학설이 일치하여 승인하고 있지만, 그의 법적 성질 및 구체적 내용에 관하여는 견해의 대립이 있다.[39] 반복금지효는 침익적 처분(예: 징계처분)뿐만 아니라 거부처분(예: 단란주점 허가거부처분)에도 발생한다[40]. 그러나 취소판결의 사유가 행정행위의 절차나 형식상의 하자인 경우에는 행정청이 적법한 절차나 형식을 갖춘 다음 다시 동일한 내용의 처분을 할 수 있으며, 실체적 위법사유가 있었던 경우에도 그와는 다른 사유에 기하여 동일한 내용의 처분을 하는 것이 금지되는 것은 아니다[41].

은 뜻 내지 용어로 사용하고 있는데, 이는 일본 행정사건소송법(제33조) 상의 용어와 일치한다.

37) 경건, 전게논문, 299면.

38) 園部逸夫 編,「註解行政事件訴訟法」,(有斐閣, 1988), 423면.

39) 이에 관한 상세는 南 博方 編, 전게서, 664~668면 참조.

40) 홍정선, 전게서, 1152면.

41) 김동희, 전게서, 755면.

※ 과세의 절차 내지 형식에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때는 그 확정판결의 기판력은 거기서 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 과세관청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 과세처분을 할 수 있고, 그 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분이라고 할 것이어서 확정판결의 기판력과 저촉되는 것이 아니다(대법원 1987. 2. 1. 선고 86누91 판결).

(2) 효과

반복금지에 위반한 행위는 당연무효가 된다(통설, 판례). 분쟁의 종국적 해결이라는 재판제도에 비추어 당연무효로 보는 것이 타당하다[42].

※ 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90누3560 판결).

나) 재처분의무(적극적 효력)

(1) 의의

재처분의무란 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것(행정소송법 제30조 제2항)을 말한다. 이 경우 당사자는 다시 신청할 필요 없다. 예컨대 면허신청에 대하여 행정청이 신청인에게 법정의 결격사유가 있다는 이유로 거부하였으나 법원이 결격사유가 없다는 이유로 거부처분을 취소하는 판결을 한 경우, 행정청은 신청인에게 별도의 다른 결격사유가 없는 한 면허를 하여야 한다.

(2) 재처분의무의 내용

(가) 거부처분이 취소된 경우

① 거부처분이 실체법상의 이유로 취소된 경우

이 경우 처분청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고(행정소송법 제30조 제2항), 그 처분의 위법판단의 기준시점에 관한 처분시설[43]에 따라 처분

42) 홍정선, 전게서, 1153면.

시 이후의 법령의 변경 또는 사실상태의 변경을 이유로 다시 거부처분은 하는 것은 행정소송법상 재처분의무를 적법하게 이행하는 것이 된다. 그러나 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용되지 않는다고 할 것이다.

※ 행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정되고, 같은 조 제2항의 규정상 특히 거부처분에 대한 취소판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 처분을 하여야 할 의무를 부담하게 되므로, 취소소송에서 소송의 대상이 된 거부처분을 실체법상의 위법사유에 기하여 취소하는 판결이 확정된 경우에는 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고, 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용되지 아니한다(대법원 2001. 3. 23. 선고 99두5238 판결).

위 판례상의 표현에 의하면, 혹시 사실심 변론종결시 이전에 생긴 사유인 경우에는 선행 거부처분과 다른 사유일지라도 이를 들어 새로운 거부처분을 할 수 없는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다(즉, 행정청이 변론종결시 이전에 존재하였던 별개의 거부사유를 들어 다시 거부처분을 할 수 있는가의 문제). 이 문제에 관한 해석에 있어서 사실심 변론종결시 이전의 사유는 무엇이든지 내세울 수 없다는 의미로 보는 것은 부당하므로 이전의 거부처분사유와 '기본적 사실관계의 동일성이 있는 범위 내의 사유'만 새로이 내세울 수 없는 것으로 해석하여야 할 것이다.[44]

이 문제는 행정청이 처분을 행하면서 처분사유를 밝힌 후 이에 대한 취소소송이 제기되었을 때, 행정청은 그 처분의 적법성을 유지하기 위하여 처분당시에 처분사유로 삼았던 것과 다른 사유를 추가 · 변경할 수 있는지의 문제와 연결하여 생각하여야 한다.

우리 판례가 처분의 동일성이 인정되는 범위 내에서는 처분 사유의 변경을 허

43) 판례 · 통설로서 이에 관한 상세는 후술함.
44) 김백유, 전게서, 882면 ; 홍준형, 「행정법」, (법문사, 2011), 944면.

용하고 있으므로 처분의 취소소송에서 추가 · 변경을 할 수 없다면 소송종료 후 그 사유에 기하여 새로운 처분을 할 수 있다고 보아야 하고, 이 경우에는 기속력에 반하지 않는다고 보아야 할 것이다. 즉, 처분 사유의 추가 · 변경과 기속력은 표리의 관계에 있는 셈이다.[45]

즉, 처분사유의 추가 · 변경 문제와 관련하여 우리 판례[46]는 그 허용범위를 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위 내로 제한하고 있으므로 재거부처분시에도 기본적 사실관계의 동일성이 있는 범위 내의 사유로 새로 거부처분을 할 수 없는 것으로 하는 것이 논리의 일관성을 유지하는 측면에서 타당하다고 할 것이다.[47] 이렇게 하여야 원고의 권리구제가 충실하게 된다.[48]

따라서 종전의 거부처분사유와 동일성이 없는 사유라면 변론종결시 이전에 존재하였던 사유라도 이를 들어 새로운 거부처분을 할 수 있다고 할 것이다. 동일성 없는 새로운 거부처분사유를 내세워 다시 거부처분을 하였다면 이는 종전 거부처분과 결론이 동일하더라도 그 처분이 다르다 할 것이고, 이와 같이 동일성 없는 처분사유에 대해서까지 기속력이 미친다는 의미는 아니라고 본다. 기속력은 구체적으로 나타난「당해 처분사유에 따른 처분」의 반복을 방지하고자 하는 것이지 처분결과가 같은 것은 어떠한 처분사유를 내세우더라도 안 된다는 의미는 아닐 것이기 때문이다.

그러나 그렇다고 하여「새로운 사유」에 의한 재처분을 무제한으로 인정하게 되면, 행정청이 새로운 사유를 인위적으로 작출할 수 있을 때까지 무한정 재처분을 연기하다가 스스로 그와 같은 사유를 작출한 다음에 이를 이유로 다시 거부처분을 하는 것을 허용하게 되는 것으로 이는 행정청이 자의에 의하여 판결의 기속

---

45) 임시규, 전게논문, 258면 ; 이광윤/김민호,「최신행정법론」, (법문사, 2002), 435~436면 참조. 일본의 주석서에는, 새로운 처분사유에 기한 재처분의 가부와 관련하여, 반복금지효의 법적 성질에 관한 기판력설과 구속력설의 대립이 있지만 어느 견해를 취하든 반복금지효의 객관적 범위는 법원의 심리범위에 대응하여 조정을 받지 않을 수 없는바, 취소소송에서 법원의 심리대상으로 되는 사실관계, 법률관계에 속하는 처분사유에 대하여는, 행정청은 처분사유의 추가변경이 허용됨에 그치지 아니하고 그를 행할 책무를 지고 있는데, 행정청이 이를 해태하여 취소판결을 받았다면 추가변경 주장을 하지 않았던 처분사유에 기초하여 재처분을 하는 것은 허용되지 않는다고 설명하고 있다. 상세는 南 博方 編, 전게서, 668면 이하 참조.

46) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002두5016 판결, 대법원 2004. 2. 13. 선고 2001두4030 판결, 1998. 2. 10. 선고 97누6841 판결 등 참조.

47) 김의환, 전게논문, 431면 참조. 김의환 판사는 위 논문에서 동일성이 인정되지 않는 사유는 소송에서 처분사유의 추가 · 변경을 못하게 하여 잠재적인 심판대상으로도 되지 아니하는 것으로 해 놓고는 새로운 처분을 위한 사유로도 삼을 수 없도록 하는 것은 이론상으로 맞지 않다고 주장하고 있다.

48) 김남철,「행정법강론」, (박영사, 2016), 843면.

력을 잠탈하는 불합리를 초래하게 된다. 그리하여 「새로운 사유」에 대한 제한 이론이 주장되었는데, 그 제한 이론에 의하면, 뒤에서 보는 바와 같이 "새로운 사유는 ① 그것이 확정판결에 따른 재처분을 함에 필요한 합리적인 기간 내에 생긴 사유이어야 하고, ② 그것이 행정청이 위 기속력을 잠탈하기 위하여 작출해 낸 사유가 아니어야 한다" 등의 내용을 담고 있다.[49]

② 거부처분이 절차적 위법을 이유로 취소된 경우

이 경우에는 행정청이 적법한 형식 · 절차를 갖추어 신청에 대한 가부간의 처분을 하면 된다(행정소송법 제30조 제3항). 그러나 행정청은 반드시 원고가 신청한 내용으로 재처분을 하여야 하는 것은 아니며 '판결의 취지에 따라' 동일한 절차상의 위법을 반복하지 아니하고, 그 위법사유를 보완하여 다시 재거부처분을 할 수 있을 것이다. 절차적 위법에는 엄밀한 의미의 절차적 위법(다른 기관의 동의 · 승인 등의 결함) 외에 처분청의 구성상의 위법, 형식의 위법(행위 방식이나 표시의 하자) 등 재처분을 하면 다시 인용처분이 행해질 여지가 남아 있는 위법을 포함한다는 것이 통설이다.[50]

※ 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다고 할 것이나, 그 취소사유가 행정처분의 절차, 방법의 위법으로 인한 것이라면 그 처분 행정청은 그 확정판결의 취지에 따라 그

---

49) 석호철, 전게논문, 274면 참조 ; 한편, 서울고등법원 1997. 12. 23. 선고 97구27987 판결은, 행정청의 새로운 처분이 제한되는 경우에 관하여 자세한 설시를 하고 있어 그 의의가 높은바, 그 판결 이유 중 해당 부분은 다음과 같다. "… 한편, 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 처분이 위법이라는 판결의 판단내용을 존중하고 그 사건에 관하여 판결의 취지에 따라 행동하고 따라서 판결의 취지에 따른 합리적인 기간 내에 판결의 취지에 따른 재처분을 할 의무가 있다고 할 것이고 이러한 의무는 확정판결의 기속력의 실효성을 담보하는 것으로 그 기속력의 한 내용이라고 할 것이므로 행정청이 확정판결의 기속력의 효력이 미치지 아니한다고 주장할 수 있는 새로운 사유는, 첫째로 그것이 확정판결에 따른 재처분을 함에 필요한 합리적인 기간 내에 생긴 사유이어야 하고, 둘째로 그것이 행정청이 위 기속력을 잠탈하기 위하여 작출해 낸 사유가 아니어야 한다. 왜냐하면 위와 같은 요건을 구비하지 아니한 사유를 새로운 사유로 주장할 수 있게 한다면 행정청이 새로운 사유를 인위적으로 작출할 수 있을 때까지 무한정 재처분을 연기하다가 스스로 그와 같은 사유를 작출한 다음에 이를 이유로 새로운 거부사유가 발생하였다고 하여 다시 거부의 재처분을 하도록 허용하게 되는 것으로 이는 행정청이 자의에 의하여 판결의 기속력을 잠탈하는 것을 허용하게 되는 것이어서 사법에 의한 행정의 구체적 규범통제를 위하여 인정된 판결의 기속력을 공허한 것이 되게 하고 종극적으로는 사법의 무력화로 인하여 국민의 재판청구권 및 행복추구권 등 헌법적 권리마저 그 존립의 기반이 허물어지지 때문이다. …"

50) 박균성, 「행정법강의」, (박영사, 2012), 893면 ; 경건, 전게논문, 303면.

위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다(대법원 2005. 1. 14. 선고 2003두13045 판결).

③ 판례상 확정판결의 기속력에 반하는 않는 재처분으로서 허용된 사례

판례상 행정청의 재처분이 기존에 난 확정판결의 기속력에 반하지 않는 것으로서 허용된 대표적 사례를 유형화 하여 설명하면 다음과 같다.

㉮ 처분사유가 다른 경우

인용처분이 절차상의 사실심 변론종결 이후의 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 경우

※ 행정소송법 제30조 제2항에 의하면, 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있고, 이 경우 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 행정소송의 사실심 변론종결 이후 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 이전의 신청에 대하여 거부처분을 할 수 있으며, 그러한 처분도 이 조항에 규정된 재처분에 해당한다(대법원 1999. 12. 28. 선고 98두1895 판결).

㉯ 확정판결 이후의 새로운 사유를 내세우는 경우

원거부처분 이후에 법령개정이 있어서 개정법령을 근거로 거부한 경우[51]

※ 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로써 일정 지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치 단체장이 위 처분 후에 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것이 행정소송법 제30조 제2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다(대법원 1998. 1. 7.선고 97두22 판결).

위와 같이 행정청이 새로운 사유를 들어 재처분 하는 경우에, 무엇이 '새로운 사유'에 해당하는지가 문제로 될 수 있는데, 판례[52]는, 「'새로운 사유'인지는 종전

51) 이 판례에 관한 평석으로는, 이경운, "거부처분취소판결의 기속력과 위법판단의 기준시", 「공법논총」 창간호, (광주·전남공법학회, 2005. 6.), 235면 이하 참조.

처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지에 따라 판단되어야 하고, 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다.」라고 하고 있다.

㉰ 처분청 스스로가 위법사유를 시정 · 보완한 경우

인용처분이 청문 또는 공청회의 불실시 등과 같은 처분의 형식 · 내용 · 절차의 하자로 인하여 취소된 경우 확정판결 이후 처분청 스스로가 그 하자를 시정한 다음 동일한 거부처분을 하는 경우가 이에 해당한다.

※ 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 경우, 그 확정판결의 기판력은 확정판결에 적시된 위법사유에 한하여만 미친다 할 것이므로 과세처분권자가 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분으로서 확정판결의 기판력에 저촉된다 할 수 없다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두4408 판결[53]).

※ 행정청이 확정판결의 취지에 따라 절차, 방법의 위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있는지 여부(적극) 및 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당하는지 여부(적극)(대법원 2005. 1. 14, 선고 2003두13045 판결)[54]

④ 판례상 행정청이 재처분의무를 충족하였다고 보기 어렵다고 본 사례

㉮ 기속력 회피를 위한 처리지연의 경우

행정청이 정당한 이유 없이 처리를 부당히 늦추고 그 사이에 법령이 변경되었

52) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011두14401 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결, 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결 등 참조.

53) 같은 취지의 판결로 대법원 1997. 2. 11. 선고 96누13057 판결 참조.

54) 방송위원회가 중계유선방송사업자에게 한 종합유선방송사업 승인거부처분이 심사의 기준시점을 경원자(競願者)와 달리하여 평가한 것이 위법이라는 사유로 취소하는 확정판결의 취지에 따라 재처분 무렵을 기준으로 재심사한 결과에 따라 이루어진 재승인거부처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다고 한 사례임.

다고 하여 새로운 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가 처분은 재처분의무를 충족하는 새로운 처분이라고 할 수 없다는 입장이다.[55]

※ 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령에 준거하여 행하여져야 되므로 허가기준이 변경된 경우에는 그 법령에 특별한 정함이 없는 한 신청시의 법령이 아닌 처분시의 개정법령에 의하여 변경된 새로운 허가기준이 적용되어야 할 것이고, 따라서 허가신청이 수리되었다는 사실만으로 신청시의 법령 등에 의하여 허가를 받을 구체적 권리를 취득하는 것이 아니며, 또한 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 경우 등 특단의 사정에 의하여 불허가처분이 위법하게 되는 경우는 별론으로 하고, 소관 행정청이 허가신청 수리당시의 허가기준에 따라 처리하여야 할 의무를 부담한다고 할 수 없다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두9967 판결)

※ 행정처분은 원칙으로 처분시의 법령에 준거하여 행하여져야 하는 것이므로 법령의 개정(시의 조례개정 포함)으로 허가기준이 변경된 경우에는 그 법령에 특단의 정함이 없는 한 신청시의 법령이 아닌 처분시의 개정법령에 의한 변경된 새로운 허가기준이 적용되어야 하므로 (중략) 소관행정청이 허가신청을 수리하고도 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 경우 등 특단의 사정에 의하여 불허가처분이 위법하게 되는 경우는 별론으로 하고, 소관행정청이 허가신청 수리당시의 허가기준에 따라 처리해야 할 의무를 부담한다고 할 수 없다(대법원 1984. 5. 22. 선고 84누77 판결)

㉯ 행정청이 스스로 새로운 거부사유를 작출(作出)한 경우[56]

이는 실질적 법치주의와 신뢰보호의 원칙에 반한다는 입장이다[57].

㉰ 취소판결 후 실질적으로 동일한 처분을 한 경우[58]

---

55) 김용섭, "거부처분의 법적 문제",「법제」 제538호(2002. 10.), 11면 ; 박균성, “거부처분취소판결의 기속력과 간접강제”,「행정판례연구」Ⅸ, (박영사, 2004), 250면 참조.

56) 김용섭, 전게논문, 12면 참조. 동지 석호철, 전게논문, 274면 참조.

57) 이경운 교수는 위 대법원 1998. 1. 7. 선고 97두22 판결(구 국토이용관리법상 준농림지역에서의 숙박업건축허가와 관련된 사안에 관한 판결임)에 관한 평석에서, 그 사안내용에 비추어 당초 거부처분 후에 행위제한조례의 제정이라는 법률상태의 변동이 사실상 피고 행정청에 의하여 작출된 측면이 있다는 점에서 이에 근거한 재차의 거부처분은 원고를 승복시키기 어려운 점이 있다고 지적하고 있다(이경운, 전게논문, 241면 참조).

이러한 처분은 권리남용에 해당하기 때문에 허용되어서는 아니 된다는 입장이다.

※ 행정심판법 제37조가 정하고 있는 재결은 당해 처분에 관하여 재결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여 처분청을 기속하므로, 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2003. 4. 25, 선고 2002두3201 판결)

㉱ 적용대상에 대하여 경과규정을 둔 경우

※ 주택건설사업 승인신청 거부처분의 취소를 명하는 판결이 확정되었음에도 행정청이 그에 따른 재처분을 하지 않은 채 위 취소소송 계속 중에 도시계획법령이 개정되었다는 이유를 들어 다시 거부처분을 한 사안에서, 개정된 고시계획법령에 그 시행당시 이미 개발행위허가를 신청 중인 경우에는 종전 규정에 따른다는 경과규정을 두고 있으므로 위 사업승인신청에 대하여는 종전 규정에 따른 재처분을 하여야 함에도 불구하고 개정 법령을 적용하여 새로운 거부처분을 한 것은 확정된 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되어 당연무효이다(대법원 2002. 12. 11.자 2000무22 결정).

다) 원상회복의무(적극적 효력)

종래 기속력의 적극적 효과로서 재처분의무만이 문제되고 있었으나, 최근에는 취소판결의 실효성 확보의 차원에서 행정청의 원상회복의무도 기속력의 내용으로서 설명되기도 한다.[59] 예컨대 과세처분이 취소되면 행정청이 압류재산을 반환하여야 하는 경우와 같이 처분의 취소판결이 확정되면 행정청은 결과적으로 위법한 처분에 의하여 초래된 상태를 제거할 의무가 있게 된다는 것이 통설적인 입장이다. 따라서 취소판결이 있음에도 불구하고 행정청이 그에 따른 의무를 이행하지 않는 경우에는 공법상의 결과제거청구권을 행사하여 압류재산을 반환받을 수 있다.

58) 김용섭, 전게논문, 참조.
59) 김동희, 전게서, 755면 ; 김남진/김연태, 전게서, 891면 ; 홍정선, 전게서, 1153면 ; 장태주, 전게서, 787면.

4) 기속력의 효력범위[60]와 기판력과의 구별

가) 효력범위

(1) 주관적 범위

기속력은 그 사건에 관한 취소판결의 피고로 된 행정청 및 취소판결의 대상이 된 처분 또는 재결에 관계되는 권한을 가진 모든 행정청을 기속한다.

(2) 객관적 범위

기속력은 취소판결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 판결주문은 물론 그 전제로 되는 요건사실의 인정과 효력에 대한 판단에 미친다.[61] 그러나 판결의 결론과 직접 관계가 없는 방론이나 간접사실에 대하여는 미치지 아니한다. 기속력은 기판력과 달리 위법성 일반에 대하여 생기는 것이 아니라 판결에서 위법한 것으로 판단된 개개의 처분사유에 대하여만 기속력이 생긴다. 그리고 종전 처분시와 다른 사유를 들어서 동일한 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 아니 한다[62].

(3) 시간적 범위

기속력은 처분 당시까지의 위법사유에 대해서만 미친다. 따라서 처분 이후에 발생한 새로운 법령 및 사실상태의 변동을 이유로 동일한 내용을 처분을 다시 하는 것은 기속력에 반하지 아니한다. 왜냐하면 위법성 판단의 기준시가 처분시(통설, 판례)이기 때문이다[63].

나) 기판력과의 차이

앞에서 기속력의 법적 성격을 논하면서 기판력과의 구분을 언급하였고, 판례도 기속력과 기판력을 혼용하여 사용하는 예가 있지만, 이를 명확히 구분하는 판례를 소개하면 다음과 같다.

---

60) 기속력과 기판력의 차이를 비교적 잘 정리하여 놓은 것으로서는 석호철, 전게논문, 280면 이하, 김의환, 전게논문, 438면 이하 참조.

61) 대법원 1998. 2. 27. 선고 96누13972 판결 참조. 한편 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두5238 판결에서는, “행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정”된다고 하였다.

62) 김의환, 전게논문, 432면 참조.

63) 홍정선, 전게서, 1156~1158면 참조.

※ 행정소송법 제30조 제1항은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 취소 확정판결의 ‘기속력’은 취소 청구가 인용된 판결에서 인정되는 것으로서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 작용을 한다. 이에 비하여 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제216조, 제218조가 규정하고 있는 ‘기판력’이란 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 한다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결).

다) 기속력과 기판력의 차이에서 오는 문제와 그 평가

기속력과 관련하여서는 주로 행정청이 1차 거부처분 후 새로운 처분사유를 내세움으로써 그에 의거한 처분이 기속력에 저촉되느냐가 문제될 것이고, 기판력과 관련하여서는 주로 처분의 상대방인 국민 측에서 종전과 다른 위법사유를 주장함으로써 그 주장이 기판력에 저촉되느냐가 문제가 될 수 있다.

한편, 이렇게 해석하게 되면, 행정청은 처분취소소송에서 패소한 후에도 처분시 이전에 존재한 다른 사유들을 들어 몇 번이고 동일한 처분을 되풀이 할 수 있게 되고, 처분 당시 행정청이 파악하고 있던 사유 중 어느 하나만을 들어 처분을 하였다가 나중에 패소하게 되면 또다시 다른 사유를 들어 동일한 처분을 되풀이 하여도 무방하다는 해석을 할 수도 있게 된다. 물론 이 경우에 사안에 따라서는 재량권의 남용에 해당되는 경우가 있을 것이다. 그러나 그렇게 해석하는 것이 국민이 거부처분취소소송에서 승소하였음에도 그 종국적인 목적을 달성하지 못하는 결과가 되는 것으로서 신뢰보호에 어긋나고, 행정청에게 일방적으로 유리한 것으로서 합리성이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 이러한 해석이 처분이 상대방인 국민에게 반드시 불이익하게만 작용하는 것은 아니라고 본다. 만약 처분사유에 관하여 처분시 이전에 존재하였던 것에는 무한정 기속력이 미친다고 하게 되면, 처분사유의 추가 · 변경도 무한정 인정함이 논리상 일관성이 있을 텐데 그렇게 되면 행정청은 처분사유 이외의 다른 여러 사유를 내세워 처분의 적법성을 주장할 수 있을 것이어서 소송절차에서 당사자의 공격방어는 매우

어려워질 것이고 소송진행의 방향이 예측 불가능하게 되어 지나친 부담을 지우게 될 것이다. 이는 결국 소송절차에서 당사자의 지위를 보장하기 위하여 나온 개념에 다름 아닌 것이다. 즉 실질적 법치주의와 국민의 신뢰보호를 보장하기 위하여 처분사유와 동일성이 있는 범위 내에서만 처분사유의 추가 · 변경을 인정한데서 나온 이론적 귀결인 것이다[64].

5) 기속력 위반의 효과

기속력은 청구를 인용한 판결에 한하여 인정되며, 행정소송법상 기속력에 관한 규정은 강행규정으로서 효력규정이라고 할 것이므로[65] 기속력에 반하는 동일한 내용의 처분은 무효하다고 할 것이다.

일본에서는 재처분의 위법의 정도와 관련하여 그것이 취소사유인지, 무효사유인지에 관하여 견해의 대립이 있지만, 법원이 이전 판결에서 명백히 위법이라고 판단한 하자를 그대로 반복하여 동일 내용의 재처분을 하는 경우, 그 재처분은 법원의 판단을 행정청이 무시하는 행위로서 이른바 권력분립원리에 반하는 하자를 띠고 있어 무효라고 평가하여야 한다고 하는 견해가 있다.[66] 한편 법원이 판결로 최초의 처분의 위법성을 인정하였는데(명백성), 행정청이 그 판결에 따르지 않은 점(중대성)을 들어 무효사유로 보아야 하는 견해도 있다.[67]

※ 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90누3560 판결).

다. 처분의 위법판단의 기준시점

취소소송이 소송물은 당해 처분이 위법성인바, 그 위법을 어느 시점에서 판단하여야 할 것인가가 문제이다. 즉, 행정처분시와 당해 처분에 대한 판결시와의 사이에 시간적 간격이 있는 것이어서 그 사이에 관계 법령이 개폐되거나 사실관계가 변경되는 경우가 있는데, 이러한 경우 어느 시점을 기준으로 당해 처분의 위

64) 석호철, 전게논문, 282 ~ 283면 ; 김의환, 전게논문, 438 ~ 440면 참조.
65) 홍정선, 전게서, 1158면.
66) 南 博方 編, 전게서, 673면 ; 兼子 仁,「行政法總論」, 筑摩書房, 1983, 309면.
67) 室井 力/芝池義一/浜川 清, 전게서, 368면.

법성 여부를 판단하여야 하는 문제가 생기게 된다.

1) 학설

가) 처분시설(통설)

행정처분의 위법 여부의 판단은 처분시의 법령 및 사실상태를 기준으로 하여하는 한다는 견해이다. 이 설의 논거로는 ① 항고소송의 본질은 처분에 대한 사법적 사후심사를 하는 것인데, 행위시에 적법한 처분이나 재결을 사후사정에 따라 그 취소여부를 결정하게 되면 법원이 행정감독적 기능을 수행하게 되어 행정청의 제1차적 판단권을 침범하게 된다는 점, ② 원고는 처분 당시의 사정이나 사실관계 및 법령상태에서 소송물을 특정할 수 밖에 없는데 처분 후의 사정을 고려한다는 것은 이 소송물의 동일성과 모순된다는 점 등을 든다[68].

나) 판결시(사실심 변론종결시)설

이 설은 처분의 위법여부는 원칙적으로 판결시(정확히는 변론종결시)의 법령 및 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 본다. 이 설의 논거로는 ① 취소소송의 본질은 행정청의 제1차적 판단을 매개로 하여 발생하는 위법상태의 배제에 있다는 점, ② 취소소송에 있어서는 처분의 법규에 대한 적합 유무가 판단의 대상이 되는데, 이 경우 법규는 판결시의 법규라야 한다는 점 등이다[69]. 이 설에서는 판결을 처분의 사후심사가 아니라 처분에 계속적으로 효력을 부여할 것인가의 문제로 본다.

다) 절충설

이 설은 행정청의 제1차적 판단권을 존중하는 측면에서 원칙적으로 처분시설을 취하면서 예외적으로 계속적 효과가 있는 행위(예: 영업허가의 취소, 교통표지판의 설치)의 경우에는 판결시설을 취하는 입장이다[70]. 계속적 효과를 지닌 행정처분의 경우에는 관계인에게 계속적 의미를 가지므로 사실심 변론종결시까지 이를 고려할 필요성이 있다고 지적한다[71].

---

68) 장태주, 전게서, 771면. 일본의 경우도 처분시설이 통설·판례라고 설명되고 있는데, 그 이유로서는 취소소송의 역할이 사후심사라는 점, 법원은 처분 후의 모든 사정을 고려하여야 능력이 현재는 없다는 점 등이 설시되고 있다. 상세는 室井 力/芝池義一/浜川 清, 전게서, 359면 ; 杉本良吉,「行政事件訴訟法の解說」, (法曹會, 1963), 106면 등 참조.

69) 윤세창/이호승,「행정법(상)」, (박영사, 1994), 379면 ; 장태주, 전게서, 771면.

70) 홍준형,「행정구제법」, (한울아카데미, 2001), 649면.

71) 홍정선, 전게서, 1157면 참조.

2) 판례

판례[72]는 처분시설을 취하고 있다.

※ 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않는다고 할 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001두10684 판결).

처분시 기준설에 의할 경우, 신청시와 거부처분 사이에 사실이나 법령에 변경이 있다고 하여도 거부처분이 처분청에 의하여 장기간 지연된 것이 아니라면 거부처분시를 위법성 판단의 기준으로 삼아야 할 것이고[73], 또한 제재적 행정처분을 규정하는 법령의 개정이 있는 경우 제재적 행정처분의 부과여부와 부과기준은 명시적인 경과규정이 없는 한 위법행위시를 기준으로 하여야 할 것이다[74].

한편, 위에서 본 바와 기속력의 시적 범위가 처분시임과는 달리 기판력의 시적 범위는 변론종결시라는 것이 통설 · 판례의 견해인바, 대법원 판례는 위 양자의 용어를 정확히 구별하지 않고 사용하여 표현에 오류를 일으키고 있는 것으로 보인다.

3) 사견

이는 행정소송의 본질과 관련되는 문제이다. 취소소송은 위법한 처분 등에 의하여 권익을 침해당한 자가 그 위법한 행위의 시정을 구하는 것이므로 원칙적으로 처분시설이 타당하다고 본다.

① 행정청으로서는 당사자의 신청이 있는 경우 바로 당시의 법령에 따라 신청의 당부를 가려주어야 할 의무가 있다고 할 것이고, ② 법원이 행정처분시 이후의 법상태 · 사실상태의 변동을 고려하여 그 위법성을 판단하게 되면 법원이 처분당시 행정청이 알 수 없었던 사유를 들어 행정감독적인 기능을 수행하게 되는 점, ③ 처분시에 위법한 행위가 후일의 법령의 개폐에 의하여 적법하게 되거나 반대로 처분시에는 적법한 행위가 사후에 위법하게 될 수 있다면 이는 법치주의에 반하거나 법원이 행정청을 대신하여 행정을 행하는 결과로 되어 권력분립의 원칙에 반하는 측면이 있는 점, ④ 판결의 지연에 따라 불균형한 결과가 초래될

72) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결, 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두32688 판결 등 참조.
73) 대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결 참조.
74) 대법원 1982. 12. 28. 선고 82누1 판결, 1983. 12. 13. 선고 83누383 판결, 2002. 12. 10. 선고 2001두3228 판결 등 참조.

수 있는 점 등을 고려할 때 처분시설이 타당하다고 할 것이다[75].

다만, 처분시설을 취하는 경우, 이 사안과 같이 행정처분 당시에 시행되던 법령이 나중에 원고에게 불리하게 변경되어 행정청이 이를 근거로 하여 재차 거부처분을 하는 경우에 당사자의 신뢰가 훼손되는 경우가 생길 수 있다는 점에서 행정처분의 재차의 거부처분의 확정판결의 기속력에 배치되는지 여부에 대하여는 보다 엄격한 잣대로 판단할 필요가 있다고 생각한다[76].

라. 본 사안의 해결

학설 · 판례에 의할 때, 행정처분의 적법여부는 그 행정처분이 행해진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정 · 시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며, 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다고 할 것이다(위 대법원의 위 97두22 결정 등 참조).

이 사건의 경우 행정청이 재차의 거부처분의 사유로 삼은 것은 학교환경위생정화구역(학교경계선으로부터 200미터 이내) 내에서의 납골시설의 설치를 금지하는 학교보건법령이 개정 · 시행된 것인데, 이는 ① 종전의 거부처분 사유(주민반대)로 삼은 것과 전혀 별개의 것으로서 과거의 거부사유와 기본적 사실관계가 동일한 것으로 보기 어려운 점, ② 위 법조항은 2005. 12. 7.부터 시행된 것으로서 선행 반려처분 당시인 2005. 6. 21.에는 이를 유효한 선행 반려처분의 처분사유로 주장할 수 없었던 점, ③ 위 법령 개폐가 피고 행정청 스스로의 부당한 작출에 의한 것이 아니며, ④ 그 법 부칙에 그 시행 전의 신청에 대한 경과 규정도 마련되어 있지 아니한 점, ⑤ 위 개정 법령이 원고의 헌법상 종교의 자유나 직업의 자유를 과도하게 제한하는 위법이 있다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고 행정청의 재차의 반려처분은 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분의무에 따른 것으로서 적법하다고 할 것이다.[77]

---

75) 김동희, 전게서, 746면 ; 김남진/김연태, 전게서, 877면 등 참조. 한편 김민호 교수는 양설의 사실상 차이는 거의 없다고 면서, 그 이유를 "처분시설에 따르더라도 하자의 치유는 인정하고 있으며, 판결시설에 따르더라도 처분의 효과가 처분시에 완료된 경우에는 처분시의 법령과 사정에 의하도록 하기 때문이다" 라고 설명한다. 상세는 김민호, "취소소송에 있어 확정판결의 기판력", 「고시계」 제49권 제3호(565호), (국가고시학회, 2004), 142면 ; 이광윤/김민호, 전게서, 434면 참조.

76) 뒤에서 보는 바와 같이 예컨대, 재차 거부처분의 사유로 삼아진 사유에 행정청의 잘못이 개재되어 있는 경우 등에는 그 재차의 거부처분을 위법한 것으로 보아야 할 것이다.

77) 이 사건에서 위 법령개폐는 선행 반려처분 취소소송의 변론종결(2006. 3. 15.) 전인 2005. 12.

Ⅳ. 결론

1. 이 사건의 쟁점은, ① 납골당 설치신고가 수리를 요하는 신고인지 여부, ② 1차 거부처분 후 법령이 개정·시행된 경우 행정청은 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 이전 신청에 대한 거부처분을 다시 할 수 있는지 여부이다.

2. 쟁점 ①에 관하여는, 어떠한 신고가 '수리'를 요하는 신고인지에 관하여 판례상 명확한 구별기준이 정립되어 있지 아니한 점이 있으나 납골당 설치신고의 기본법인 장사 등에 관한 법률 및 관계 법령의 취지, 납골당 설치가 가지는 사회성 및 인근 주민들에 미치는 공익성, 납골당 설치에 대한 심사 등을 통한 규제의 필요성 등을 종합적으로 감안하여 보면, 납골당 설치신고는 신고의 요건을 갖춘 신고만 하면 신고의무를 이행한 것이 되는 이른바 '자기완결적 신고'가 아니라 행정청의 '수리를 요하는 신고'라고 볼 것이고, 따라서 행정청은 요건을 충족하지 못하는 부적법한 신고에 대하여는 그 수리를 거부할 수 있다고 할 것이다.

3. 쟁점 ②는 취소소송의 판결의 효력의 하나인 기속력과 관련이 있는 문제이다.

이와 관련하여, 대법원 판례의 기본적 흐름은 ① 소송물의 범위 = 처분사유의 추가 · 변경의 허용범위 = 처분의 동일성의 범위 = 기속력의 객관적 범위로,[78] ② 위법판단의 기준시(처분시설) = 기속력의 시간적 범위라고 정리할 수 있을 것이다.[79]

위에서 살펴본 바와 같이 기속력에 관한 종전의 통설적 설명과 판례의 취지에 따를 때, 1차 거부처분 후에 법령이 개정 · 시행된 경우에 행정청은 그 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며, 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 피고 행정청이 주민 민원을 이유로 선행 반려처분 후 개정된 학교보건법상의 거리제한 사유를 들어 이 사건 재차의 거부처분을 하였다고 하더라도 그 처분은 위법판단 기준시에 관하여 처분시설을 취하고 있는

7.에 개정 · 시행되었으나, 선행 반려처분 취소소송시에 행정청은 그 사유가 종전의 거부처분 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 별개의 사유이기 때문에 그 처분사유를 추가 · 변경하는 것은 허용되지 아니하였을 것이고, 따라서 후행의 이 사건 소송에서 재처분하면서 위 신고를 다시 반려할 수 있는 것으로 볼 것이다.

78) 박해식, 「2002년도 행정소송법 법관세미나 자료」, (사법연수원, 2002), 60면 참조.

79) 김의환, 전게논문, 440면 참조.

통설 · 판례이론에 부합하는 것이고, 그 처분이 종전 판결의 기속력에 저촉된다고 보기 어렵다고 할 것이다.

다만, 새로운 재차의 거부사유가 종전의 거부사유와 기본적 사실관계가 동일하여 실질적으로 동일한 사유라거나, 행정청의 부당한 지연처리 중에 발생하였다거나 행정청 스스로 그 사유를 작출한 경우에는 법치주의의 원칙이나 신뢰보호의 원칙상 재차의 거부처분이 위법하다고 판정할 수 있을 것이나, 이 사건의 경우에는 그러한 요소가 개재되어 있다고 보기 어려우므로 결국 이 사건 재차의 거부처분은 적법한 것으로 보아야 할 것이다.(끝)

[별지]

- 관계 법령 -

[행정소송법]

제30조(취소판결등의 기속력)

① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

[장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 개정되기 전의 것]

제1조(목적)

이 법은 장사(葬事)의 방법과 장사시설의 설치·조성 및 관리 등에 관한 사항을 정하여 보건위생상의 위해(危害)를 방지하고, 국토의 효율적 이용과 공공복리 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

8. "납골시설"이라 함은 납골묘·납골당·납골탑등 유골을 안치(매장을 제외한다)하기 위한 시설을 말한다.

제14조 (사설화장장 등의 설치)

① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 아닌 자가 화장장(이하 "사설화장장"이라 한다) 또는 납골시설(이하 "사설납골시설"이라 한다)을 설치·관리하고자 하는 때에는 보건복지부령이 정하는 바에 따라 당해 사설화장장 또는 사설납골시설을 관할하는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

제15조 (묘지 등의 설치제한)
다음 각호의 1에 해당하는 지역에는 묘지·화장장 또는 납골시설을 설치할 수 없다.
1. 도시계획법 제32조제1항제4호의 규정에 의한 녹지지역중 대통령령이 정하는 지역
2. 수도법 제5조제1항의 규정에 의한 상수원보호구역. 다만, 기존의 사원 경내에 설치하는 납골시설 또는 개인, 가족 및 종중·문중의 납골시설의 경우에는 그러하지 아니한다.
3. 문화재보호법 제8조 및 제55조의 규정에 의한 문화재보호구역
4. 기타 대통령령이 정하는 지역

제26조 (사설묘지 설치자 등에 대한 처분)
시장·군수·구청장은 사설묘지·사설화장장 및 사설납골시설의 연고자 또는 설치자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보건복지부령이 정하는 바에 따라 당해 연고자 또는 설치자에 대하여 묘지의 이전·개수, 허가의 취소, 시설의 폐쇄, 시설의 전부·일부의 사용금지 또는 6월의 범위내의 업무의 정지를 명할 수 있다.
2. 제14조 또는 제15조의 규정에 위반하여 사설화장장 또는 사설납골시설을 설치한 때

[학교보건법(2007. 12. 14. 법률 제8678호로 개정되기 전의 것]

제1조 (목적)
이 법은 학교의 보건관리와 환경위생 정화에 필요한 사항을 규정하여 학생과 교직원의 건강을 보호·증진함을 목적으로 한다.
제5조 (학교환경위생 정화구역의 설정)
① 학교의 보건·위생 및 학습 환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령으로 정하는 바에 따라 학교환경위생 정화구역을 설정·고시하여야 한다. 이 경우 학교환경위생 정화구역은 학교 경계선이나 학교설립예정지 경계선으로부터 200미터를 넘을 수 없다.
제6조 (학교환경위생 정화구역에서의 금지행위 등)
① 누구든지 학교환경위생 정화구역에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. (단서 생략)

3. 도축장, 화장장 또는 납골시설

부칙 <법률 제7700호, 2005.12.7>

①(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

②(납골시설에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 학교환경위생정화구역안에 이미 설치된 납골시설에 대하여는 제6조제1항제3호의 개정규정을 적용하지 아니한다.(끝)

(논문투고일: 2017.08.31., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

이 영 진

신고, 납골당설치신고, 수리를 요하는 신고, 거부처분, 반려처분, 처분성, 취소판결의 기속력, 재처분 의무

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김남진/김연태,「행정법 I」제21판, 법문사, 2007.

김남철,「행정법강론」, 박영사, 2016.

김동희,「행정법Ⅰ」제15판, 박영사, 2009.

김백유,「행정구제법」, 한성, 2017.

박균성,「행정법강의」, 박영사, 2012.

소순무,「조세소송」개정4판, ㈜영화조세통람, 2008.

윤세창/이호승,「행정법(상)」, 박영사, 1994.

이광윤/김민호, 「최신행정법론」, 법문사, 2002

이시윤,「신민사소송법」, 박영사, 2009.

장태주,「행정법개론」증보판, 현암사, 2005.

정형근,「행정법」, 피엔씨미디어, 2017.

홍정선,「행정법원론(상)」제25판, 박영사, 2017.

홍준형,「행정법」, 법문사, 2011.

홍준형,「행정구제법」, 한울아카데미, 2001.

Ⅱ 논문

강현호, “행위개시통제수단으로서의 건축신고에 대한 고찰”, 「행정판례연구」 XVII-2, 박영사, 2012.

경 건,“취소판결의 기속력의 내용”,「서울법학」제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017. 2.

고규정,“건축신고의 법적 성격 및 그 반려행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부”,「판례연구」제23집, 부산판례연구회, 2012. 2.

김명길,“신고의 종류와 처분성”,「법제」제583호, 법제처, 2006. 7.

김민호,“취소소송에 있어 확정판결의 기판력”,「고시계」제49권 제3호(565호), 국가고시학회, 2004.

김용섭, "거부처분의 법적 문제",「법제」제538호, 2002. 10.

김의환,“거부처분취소확정판결의 기속력과 간접강제의 요건”,「경기법조」제11호, 수원지방변호사회, 2004. 11.

김중권, “신고제와 관련한 코페르니쿠스적 전환에 관한 소고”, 법률신문 제3894호, 2010. 12. 6.

김중권, “이른바 수리를 요하는 신고의 문제점에 관한 소고”, 「행정판례연구」 VIII, 박영사, 2003.

김중권, “행정법상의 신고와 통보”, 「행정소송(I)」, 한국사법행정학회, 2008.

김창조, “취소소송에 있어서 판결의 기속력”, 「법학논고」 제42집, 경북대학교 법학연구원, 2013.

김향기, “집중효를 수반하는 건축신고가 「수리를 요하는 신고」 인지의 여부”, 「고시계」 제56권 제7호, 국가고시학회, 2011.

박균성, “거부처분취소판결의 기속력과 간접강제”, 「행정판례연구」 IX, 박영사, 2004.

박균성, “납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단”, 「행정판례연구」 XVI-1, 박영사, 2011.

박균성, “행정법상 신고”, 「고시연구」 제26권 제11호, 고시연구사, 1999. 4.

박재우, “행정청의 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부”, 「대법원판례해설」 제85호, 법원도서관, 2010년 하반기.

박재우, “인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 여부”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2012.

박해식, “납골시설설치신고 반려처분 중 부대시설에 관한 신고반려부분의 행정처분성”, 「대법원판례해설」 제55호, 법원도서관, 2005년 상반기.

박해식, 「2002년도 행정소송법 법관세미나 자료」, 사법연수원, 2002.

석호철, “기속력의 범위로서의 처분사유의 동일”, 「행정판례연구」 V, 박영사, 2000.

윤지현, “과세처분을 취소하는 확정판결이 있은 후 과세관청의 '재처분'이 가능한 범위”, 「조세법연구」 XV-2, 세경사, 2009.

이경운, “거부처분취소판결의 기속력과 위법판단의 기준시”, 「공법논총」 창간호, 광주·전남공법학회, 2005. 6.

이광윤, “2010년 분야별 중요판례분석 ② 행정법”, 법률신문, 2011. 3. 17.

임시규, “행정소송에 있어서의 기판력과 기속력”, 「행정소송실무」 제2권, 서울고등법원, 2002.

최병률, “납골당 설치신고사항 이행통지의 법적 성격 및 취소소송의 원고적격”,

「대법원판례해설」 제89호, 법원도서관, 2011년 하반기.
홍준형, “사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰”,「공법연구」 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012. 6.

Ⅲ. 기타

南 博方 編,「條解行政事件訴訟法」第4版, 弘文堂, 2014.
園部逸夫 編,「註解行政事件訴訟法」, 有斐閣, 1988.
室井 力/芝池義一/浜川 清,「(コメンタール 行政法 Ⅱ) 行政事件訴訟法 · 國家賠償法(第2版)」, 日本評論社, 2006.
兼子 仁,「行政法總論」, 筑摩書房, 1983,
杉本良吉,「行政事件訴訟法の解說」, 法曹會, 1963.

Abstract

The Legitimacy of Second Retrocession after the Cancellation Decision of Retrocession regarding the Declaration of Ossuary

Regarding Seoul Administrative Court Decision 2007Guhap21945 Decided October 9, 2009

Lee, Young Jin

Recently, many reports have been received from the administrative agency by the religious organizations for the installation of ossuary within the religious group area. In many cases, the administrative authority refuses to report the installation based on civil complaints such as emotional anxiety of nearby residents. If the complaint is rejected, the applicant may file an administrative litigation against the office of administrative for the cancellation of Return of Administrative Disposition. This case deals with a dispute as to going further from the headquarters of the cancellation order than a dispute as to whether or not the previous declaration can be repatriated again due to the amendment of the related law in with the judgment of the cancellation case that the administrative office lost.

The issues in this case are: ① whether or not the notification of the installation of ossuary is a "report requiring acceptance" by the administrative agency ; ② a revision of the statute after the first rejection. The administrative authority shall decide whether it is reasonable to repeat the refusal to apply for the transfer of the revised laws and regulations and the permission standard for a new reason(whether it is in contravention of the ruling of cancellation decision of rejection).

In relation to this issue, I have pointed out that, in relation to point ①, there is no

clear distinction as to whether or not a declaration is a "report requiring acceptance" However, considering the legislative intent of 「act on funeral etc. 」regarding basic law of the installation of a charnel house, the social nature of the charnel house installation and the public interest to the residents and the necessity of the regulation through examination of the installation of the ossuary, it is not the so-called "self-completing declaration" which is to be a "declaration that requires acceptance" Therefore, the administrative agency could refuse the acceptance for inappropriate reports that do not meet the requirements.

As for the issue ②, it is a matter related to the binding power as the effects of the ruling of cancellation litigation. According to the previous conventional explanations and the intent of judicial precedent, the statute is amended after the first rejection. In case of enforcement, The administrative agency may, in principle, do refusal disposition of the previous application with the revised statutes and licensing standards for new reasons. And that such disposal corresponds to the re-disposition prescribed in 30 paragraph 2 of the Administrative Procedure Act. This disposition will be difficult to say that it is contrary to the binding power of the previous judgment.

Lee, Young Jin

Declaration, Declaration of Ossuary Installation, Report Requiring Acceptance, Refusal Disposition, Retrocession, Disposability, Binding Effect of Cancellation Decision, Obligation of Re-disposition

기본소득에 대한 헌법적 검토*

이춘희**

【목 차】

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 기본소득의 개념 및 내용
1. 개념 및 의의
2. 연혁 및 전개
3. 사상적 배경
4. 기본소득의 모델 및 주요 쟁점
Ⅲ. 기본소득의 이념적 기초로서 공화주의
1. 기본소득 개념의 이념적 기초
2. 기본소득 운동의 배경
3. 공화주의 및 시민경제
4. 기본소득의 이념적 기초로서 공화주의
Ⅳ. 기본소득에 대한 헌법적 쟁점 논의
1. 민주적 기본질서와의 관계
2. 재산권 및 사유재산제도와의 정합성
3. 조세평등주의 및 평등권 침해 여부
4. 헌법적 근거 및 헌법개정의 필요성
Ⅴ. 결 론

【국 문 요 약】

기본소득에 대한 일반의 관심이 뜨거워지고 있음에도 헌법학 분야에서 이에 대한 심도 있는 논의가 이루어지지 않고 있는 것이 실정이다. 이 연구에서는 이러한 인식을 바탕으로 기본소득에 대한 헌법적 쟁점을 도출하여 논의해 보았다. 논의를 위하여 먼저 기본소득의 기본 개념과 의의, 연혁, 사상적 배경 등을 살피고, 특히 기본소득의 이념적 기초로서 사회경제적 공화주의와 시민경제론의 내용을 검토했다. 이를 전제로 한 기본소득의 헌법적 쟁점으로 첫째, 헌법상 민주적 기본질서와의 관계에 대해 알아보았고, 둘째, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서와의 정합성에 대해서도 논의해 보았으며, 셋째, 재원 마련 과정에서 논란이 될 수 있는 조세평등주의 및 평등권 침해 여부를 검토했다. 마지막으로 기본소득의 헌법적 근거로 어떤 내용이 제시되고 있으며, 기본소득의 보장과 유지 · 발전을 위해 어떤 근거가 필요한지 등에 대해서도 논의를 시도해 보았다.

---

* 이 연구는 은사이신 정재황 · 김대환 교수님의 지도 편달로 마무리 될 수 있었습니다. 감사의 마음을 짧은 글로 대신 전해드립니다.
** 성균관대학교 법학연구원 연구원.

Ⅰ. 서론

최근 기본소득에 대한 대중의 관심이 뜨거워지고 있다. 개헌 논의와 맞물려 크고 작은 토론회가 개최되고 있으며, 개헌안에 기본소득에 관한 내용을 반영하기 위한 움직임 또한 감지되고 있다. 신문 지상, 인터넷 기사에서도 심심찮게 기본소득에 대한 기사들을 접할 수 있으며, 근년에는 저명한 기본소득 이론가들의 저서가[1] 연이어 번역되었고, 관련 논문들도 지속적으로 발표되고 있다.[2] 이러한 기본소득은 한 가지 특이한 점이 있는데 좌우의 이념적 성향이나 인문학, 사회과학, 자연과학 등 다양한 학문 분과를 막론하고 사회 전반에 걸쳐 이에 대해 관심을 가지며 나름의 관점에서 논의를 시도한다는 것이다. 그리고 이념의 차이나 학문적 특성에 관계없이 그에 대한 찬성과 반대의 목소리가 공존한다는 사실도 특이한 점이라고 여겨진다. 서 · 북유럽에서 기본소득운동이 활발해지기 시작한 1980년대 이후 반세기도 지나기 전에 어떻게 지구반대편의 대한민국에까지 그 영향력이 미치게 되었고, 도대체 어떤 매력이 이념적 성향이나 학문적인 분과영역을 넘어서 광범위한 지식인들 사이에서 회자되고 논의될 수 있게 하였는지 알아보는 것은 의미 있는 일이라고 생각한다.

사실 규범학으로서 실정법의 해석과 제도 및 정책의 구체화(입법)를 주된 관심으로 하는 법학에서는 그 학문의 특성 상 사회적으로 많은 관심의 대상이라고 하더라도 그것이 실정법의 체계 혹은 영역 내로 들어오거나, 들어올 수 있는 단계에 이르지 않으면 본격적인 논의의 대상으로 각광 받기가 쉽지 않다. 기본소득도 이와 마찬가지여서 노동법 혹은 사회보장법 영역의 몇몇 논문을 제외하면 이에 대한 깊이 있는 논의를 찾아보기가 힘들다. 기성의 논문들도 시론적 차원에서 기본소득의 개념과 역사, 현황과 제도에 대한 찬반의 입장을 밝히는 정도에 머물러 있다. 한편 한 국가의 최고법으로서 그 인민공동체의 이념과 기본질서, 기본권, 정부형태 등을 규정하는 헌법은 기본소득과 같은 새로운 제도나 이념적 아이디어에 대해 실정 헌법에 비추어 그것이 어떤 의미를 갖는지, 헌법이념이나 규정에 반하지 않는지 혹은 헌법적 근거가 있다면 그것이 무엇인지 등의 입장을 밝히는

---

1) 필리페 판 파레이스(조현진 옮김), 「모두에게 실질적 자유를」, 후마니타스, 2016; 다니엘 라벤토스(이한주/이재명 옮김), 「기본소득이란 무엇인가」, 책담, 2016 등.

2) 강남훈, “한국형 기본소득 모델의 가구별 소득재분배 효과”, 한국사회경제학회 학술대회 자료집 2017년 겨울호, 한국사회경제학회, 2017; 금민, “기본소득 도입모델과 농업참여소득”, 농정연구 제60권, 농정연구센터, 2017 등.

것이 가능하고 또한 필요하기도 하다. 그러나 아직 이 문제에 대한 깊이 있는 연구가 시도되지 않아 아쉬운 실정이다.

이러한 관점에서 이 연구는 기본소득에 대해 대한민국 헌법은 무엇을 말하고 있는지, 기본소득의 이념적 기초는 무엇이며, 이는 우리 헌법에 어떤 의미를 가지는지, 기본소득제는 헌법상 허용가능한 제도인지, 만일 그것이 가능한 제도라면 그 헌법적 근거는 무엇인지 등을 검토해 보고자 한다. 실질적 자유와 분배정의의 실현을 이념적 기초로 하는 기본소득은 헌법 철학적, 헌법 이론적 관점에서 많은 질문을 갖게 한다. 아직 이와 관련하여 활발한 논의가 이루어지지 않은 상황이므로 이 논문은 헌법적 화두를 제공하는 의미에서 주제에 접근해 보도록 한다. Ⅱ장에서는 먼저 기본소득의 개념을 명확히 하기 위해 그 의의와 연혁, 제도의 모델 등을 제시하고, Ⅲ장에서는 헌법적 논의에서 중요성이 큰 기본소득의 이념적 기초를 살피며, Ⅳ장에서는 실정 헌법의 해석과 함께 논란이 될 수 있는 쟁점들에 대해 논의해 보고, Ⅴ장에서 논의를 정리하며 마무리 한다.

Ⅱ. 기본소득의 개념 및 내용

본격적인 논의에 앞서 기본소득이 무엇인지를 먼저 명확히 할 필요가 있겠다. 최근 기본소득을 향한 관심이 고조되고 있지만, 아직 법학분야에선 그 개념조차 생소한 것이 사실이다. 이해를 돕는 차원에서 기본소득의 개념과 의의, 연혁, 사상적 배경, 기본소득 관련 조직과 활동 등에 대해 간략히 알아본다.

1. 개념 및 의의

기본소득(Basic Income)의 개념은 학자들마다 구상하는 제도의 모습에 따라 달리 정의되기도 하나, 그 핵심 개념요소를 중심으로 일반화하면 '사회구성원 모두에게 각자 자격제한 없이 정기적으로 지급되는 현금급여'라고 말할 수 있다.[3] 즉, 정기성(일시급이 아닌), 현금급부(현물이나 쿠폰 등으로 지급되는 것이 아닌), 개인별 급부(예컨대, 가구별이 아닌), 사회구성원 전체 대상, 무조건성(근로나 근로의사 여부와 상관없이) 등을 개념 요소로 하는 사회경제적 급부의 한 형태이다. 정부나 공공기관으로부터 지급되며, 다른 여타의 소득과는 별도의 독립적인 급여이다.[4] 구별 개념으로 일시급으로의 성질이 강한 사회적 지분급여(Stakeholder

3) 이는 기본소득지구네트워크(BIEN; Basic Income Earth Network)의 용어 정의에 따른 것이다.

Grants)가 있으며, 이는 제도의 목적, 설계, 예상되는 효과 및 문제점 등에서 차이가 있다.[5] 또한 그 급여를 위하여 개인이 일정부분 기여를 할 필요가 없다는 점에서 사회보험과도 성격이 다르며, 근로조건이나 근로의사의 여부, 소득요건 등 특별한 자격요건을 부여하지 않고 전체 국민을 대상으로 지급한다는 점에서 공공부조와도 차이가 있다. 사회배당(Social Dividend)[6], 음의 소득세(혹은 부의 소득세; Nagative Income Tax: NIT), 참여소득(Participation Income) 등도 구별 개념으로 많이 소개되고 있으나, 이들은 제도의 구상, 이념적 기초, 개념 요소 등에서 차이가 있다.[7]

기본소득은 사회적 형평의 실현을 위한 소득재분배 정책의 일환으로 주로 검토되고 있으며, 공화주의자들에 의해 자본주의 시장경제를 보완할 시민경제체제의 제도적 내용으로 주목받고 있다.[8] 이는 기본소득의 역사적 전개 과정을 통해 그 내용을 파악할 수 있다.

2. 연혁 및 전개

기본소득은 일반적으로 토마스 무어(Thomas More)의 1516년 소설 유토피아에서 그 개념의 연원을 찾으며, 18세기말 계몽사상가인 토마스 페인(Thomas Paine / 1737년 ~ 1809년)[9]에 의해서 최초로 소개된 것으로 본다. 제도적 연원으로는 영국의 스핀햄랜드(Speenhamland)제도가 거론되고 있으며[10], 현재 기본소득제도의 이념과 취지에 가장 부합하는 형태로서 실제로 시행되고 있는 사례로는 미국 알래스카 주에서 주 헌법에 따라 6개월 이상 알래스카에 거주한 모든 사람들에게

---

4) 한편 기본소득의 급여수준 혹은 충분성에 따라 전환적 기본소득(Transitional BI), 부분적 기본소득(Partial BI), 완전한 기본소득(Full BI)으로 구분하여 개념을 정의하기도 하나 이 논문은 전환적 혹은 부분적 기본소득이 아닌 완전한 기본소득(최소한의 인간다운 생활을 영위할 수 있는 정도의 소득수준)을 기본소득의 개념으로 상정하였다. 따라서 기본소득에 관한 헌법적 논의들은 이를 전제로 이루어진 것이다.

5) 서정희/조광자, “새로운 분배제도에 대한 구상 - 기본소득과 사회적 지분급여 논쟁을 중심으로 -”, 사회보장연구 제24권 제1호, 한국사회보장학회, 2008, 28면 이하.

6) 사회배당은 사회주의사상을 바탕으로 구상된 제도로서 생산수단의 공유 및 집산체제를 전제하고 있으며, 일부 시장경제시스템을 받아들여 소위 시장적 사회주의 경제를 주장하면서 사회적 시장경제체제에 접근하고 있지만 이와는 제도의 출발점에서부터 차이가 있는 것이다.

7) 보다 자세한 내용으로 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 노동법연구 제36호, 서울대노동법연구회, 2014, 409~412면.

8) 리차드 대거, “신공화주의와 시민경제”, 시민과 세계 제10호, 참여사회연구소, 2007, 309~310면.

9) 영국 잉글랜드 출신의 정치가이자 정치사상가. 미국 독립혁명과 프랑스 혁명에 참여하였고, 1776년에 미국에서 출판한 『상식(Common Sense)』을 통해 미국 독립혁명의 사상적 기초를 제공하였다. 정부에 의한 통제의 최소화와 공화주의적인 자기통치에 의한 사회질서 형성을 주장하였다; 21세기 정치학대사전, 한국사전연구사.

10) 박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 민주법학 제36호, 민주주의법학연구회, 2008, 126~127면.

조건 없이 매년 균일한 금액을 지급하는 경우가 있다.[11] 그 외에도 스페인, 브라질, 핀란드, 네덜란드, 독일, 스위스, 인도, 나미비아 등에서 기본소득의 도입을 위한 움직임이 활발히 진행되고 있으며[12], 특히 스위스에서의 2016년 기본소득 국민투표와 핀란드의 기본소득 실험은 언론을 통해 일반대중에게도 널리 소개되었다.

한편 1986년 서 · 북유럽을 중심으로 기본소득의 필요성을 역설하는 사람들에 의해 기본소득유럽네트워크(Basic Income European Network : BIEN)가 창립되었고, 2004년에는 범세계적인 조직으로 그 범위를 확장하여 기본소득지구네트워크(Basic Income Earth Network : BIEN)로 개칭하였다. 주요 활동으로는 기본소득지구네트워크대회(BIEN Congress)를 격년으로 개최하고 있으며, 2016년 7월에는 서울(서강대학교)에서 개최되기도 했다.

3. 사상적 배경

기본소득은 이 제도를 어떤 시각에서 어떤 형태로 구상하느냐에 따라 그 사상적 근원을 달리 볼 수도 있겠지만, 시민혁명기[13] 제도의 최초 주창자들인 꽁도르세(Antoine Nicolas Caritat Marquis de Condorcet)와 토마스 페인 등의 사상에서 그 내용을 확인해야 할 것이다. 자유주의, 천부인권사상, 민주주의, 공화주의 등 다양한 이념들이 혼재하던 혁명기 사상가들의 정치사상을 하나의 특정한 이념으로 재단하는 것은 어렵고 또한 불필요한 일이겠지만, 최근 공화주의를 기본소득의 사상적 배경으로 주장하는 견해들이 등장하고 있다.[14] 고대 그리스 · 로마의 아리스토텔레스, 키케로에서부터 르네상스기 피렌체의 마키아벨리와 근대 계몽사상가인 루소 등에 이르는 철학적 계보를 통해 기본소득의 정당성과 필요성의 사상적 배경을 찾는 움직임이다. 근래에 우리 헌법에서도 관심이 높아지고 있는 공화주의에 대한 내용은 장을 바꾸어 상세하도록 한다. 그러나 그전에 논의의 구체성을 높이기 위해 이 연구가 구상하는 기본소득의 모델을 제시하고, 일반적인 쟁점을 정리해 본다.

---

11) 다니엘 라벤토스, 앞의 책, 32~34면.
12) 강남훈/곽노완 등, 「기본소득운동의 세계적 현황과 전망」, 박종철출판사, 2014.
13) 미국의 독립혁명과 프랑스 시민혁명이 일어난 시기를 의미한다.
14) 대표적으로 다니엘 라벤토스, 위의 책, 75~105면; Pettit, Philip. A republican right to basic income?. Basic Income Studies 2.2 (2007): 1-8.

4. 기본소득의 모델 및 주요 쟁점

가. 한국형 기본소득 모델

기본소득을 실제 제도로 도입하려 하면 많은 논란이 있을 것으로 예상된다. 과연 기본소득이라는 것이 형평의 원칙 상 옳은 것인지에 대한 철학적인 질문에서부터 한 국가공동체 내에서 지속가능한 제도적 장치인지에 대한 논의까지, 그리고 과연 기본소득을 제공한다면 얼마를 어떤 방식으로 줄 것이며 그 재원은 어떻게 마련할 것인지 등 현실적인 문제들도 하나 둘이 아니다. 따라서 여기서는 일례의 기본소득 모델을 제시한다.[15)]

먼저 일인당 월별로 지급 받게 될 기본소득의 금액은 30만원을 기준으로 한다. 따라서 개인별로 연간 360만원의 기본소득을 지급받게 된다. 이를 위해 필요한 예산은 대략 180조원으로 인구수 5000만 명을 기준으로 한다. 기본소득을 위한 재원은 기존 사회복지 예산을 조정 · 전환하고, 현행 조세체계의 변경을 통해 마련될 것이다. 사회복지 관련 일반예산을 전환하여 10조원을 마련하고, 소득세 비율을 상향 조정하여 110조원, 공공성이 크거나 공공의 이익을 위한 토지세 및 환경세를 신설하여 각각 30조원(총 60조원)의 재원을 마련한다. 이를 정리하면 다음 표와 같다.

<표1> 한국형 기본소득 모델

기본소득액		월 30만원
필요예산액		연 180조원(15조원 × 12개월), 월 15조원(30만원 × 5000만명)
재원 마련 방안	주요 방식	기존 사회복지 예산 조정과 토지 . 주식 . 환경 관련 조세 개혁
	세부 방안	• 일반 예산 전환 (10조원) • 소득세 비율 상향 조정 (110조원) • 토지세 (30조원) • 환경세 (30조원)

15) 이하의 모델은 강남훈(2017)의 글에서 제시한 모델을 토대로 하였다; 혹자는 이 모델이 완전한 기본소득(Full BI)의 수준에 미치지 못한다고 비판할 수도 있겠지만 '최소한의 인간다운 생활보장'이라는 개념은 다툼의 여지가 있을 수 있고, 현실성 없는 제도적 모델의 제안은 논의의 추상성만 가중시킨다는 측면에서 여기서는 월 30만원의 기본소득을 완전한 기본소득의 출발선으로 상정한다. 분배정책에 대한 사회적 합의와 국가경제의 성장 등은 기본소득의 수준을 얼마든지 변화시킬 수 있을 것이다. 실제로도 강남훈(2017)은 현재의 기초생활보장 중 생계급여, 노인들에게 지급되는 기초연금 수준 등을 고려하여 월 30만원이라는 액수를 설정하였다.

제도의 실현가능성을 고려하여 지나치게 무리한 재원구조를 상정하지 않았다. 기본소득의 액수나 재원마련 방식 등은 국민적 합의와 공동체의 사회경제 상황에 맞게 조정하면 될 것이다. 물론 연간 180조원이라는 예산도 현재의 정부예산에 비추어 볼 때 결코 적은 액수가 아니라는 것은 사실이다.[16] 그러나 세제 개혁과 기본소득 개념에 대한 공동체 구성원들 간의 공감대가 형성된다면 실현 불가능한 정도는 아닐 것이다. 제도의 세부적인 내용이나 전제 조건들에 대한 논의는 별도의 연구에 맡기고 여기서는 위 모델을 상정하여 논의를 전개한다.

나. 기본소득 관련 주요 쟁점

기본소득제도에 대해서는 찬반양론이 대립하고 있다. 스위스의 국민투표 과정에서 전개되었던 기본소득에 관한 찬반논의는 참고가 될 것이다.[17] 또한 2013년 6월 27일 독일 연방하원에서 이루어진 기본소득 청원에 대한 논의 결과도 유심히 살필 필요가 있겠다.[18]

기본소득에 대해 찬성하는 입장의 주요한 근거들을 살펴보면, 첫째, 분배정의를 실현하기 위해서 기본소득이 필요하다고 본다. 소득양극화와 빈곤문제는 전 세계적인 현상으로 국가 내 · 외적인 차원을 불문하고 세계화를 표방한 신자유주의 사회경제질서의 문제점으로 지적되고 있다. 기본소득의 소득재분배 기능은 이와 같은 소득양극화와 빈곤문제를 개선하는 제도로서 효과가 있을 것이라고 본다. 둘째, 기본소득은 실질적 자유의 실현에 이바지할 것이다. 사회복지국가원리에 따른 기존 사회보장제도들이 드러낸 문제점, 예컨대 낙인효과[19]나 비윤리성[20], 게으름을 조장하는 제도의 문제[21] 등을 기본소득은 시정할 수 있고, 이는 개개인의 인간으로서의 존엄을 지키게 해 실질적 자유를 실현시키는 밑바탕이 된다고 한다. 또한 기본소득은 경제적 약자인 노동자들에게 고용주와의 협상에서 협상력을 높

16) 2017년 대한민국 정부예산 규모는 대략 400조원이다(기획재정부 제공).

17) 다니엘 헤니/필립 코브체(원성철 옮김), 「기본소득, 자유와 정의가 만나다」, 오롯, 2016.

18) 독일에서 2008년 12월 수잔느 비스트(Susanne Wiest)라는 여성이 연방하원에 기본소득제도의 도입을 요구하는 청원을 제출하였고, 2010년 11월 8일 이 청원에 대한 심의위원회의 공청회가 있었으며, 2013년 6월 27일 연방하원에서 위 청원에 대한 최종 심의와 결론을 내렸다.

19) 사회보장수급자에 대한 부정적 시각이나 수급자 스스로 자존감을 지키기 어려운 제도적 특성을 이름이다.

20) 예를 들어, 사회보장급여의 수급조건을 갖추기 위해 부양의무자가 없다는 점 또는 부양의무자가 있어도 부양할 능력이 없거나 부양을 받을 수 없다는 점 등을 소명해야 하는 문제는 비윤리적인 제도의 모습으로 제시되고 있다; 노호창, 앞의 글, 422면.

21) 근로를 통해 얻을 수 있는 가처분소득이 기존에 수급 받던 각종 사회보장급여의 총액에 미치지 못할 경우 사람들은 자활노력을 포기하게 된다.

여 주고, 여성 등 사회적 약자의 경제적 자립도를 높여 실질적 자유를 가능하게 한다고 주장한다. 셋째, 4차 산업혁명에 따른 대량실업문제, 인지자본주의의 발달에 따른 노동의 의미변화 등 노동과 소득의 관계에 대한 인식변화가 기본소득제도의 도입을 추동한다. 즉, 임금노동을 통한 소득창출은 다가올 미래 사회에서 더 이상 절대적인 가치로 받아들여질 수 없다는 예측이 기본소득의 필요성을 뒷받침하고 있다. 인공지능의 발달, 자율주행차의 등장, 생산 공정의 완전 자동화가 이루어질 미래에는 임금노동을 통한 소득창출이라는 자본주의체제의 모습이 변화할 수밖에 없고, 그러한 사회에서 기본소득은 어쩌면 자본주의체제를 유지하기 위한 필수제도가 될 수도 있다고 한다.[22] 넷째, 기본소득은 종래 가치평가를 받지 못했던 다수의 비임금노동에 대한 사회적 가치를 부여하게 한다. 예컨대, 가사, 육아, 봉사활동, 사회운동 등 임금이 지급되지는 않지만 사회적으로 임금노동에 비해 그 가치가 결코 낮지 않은 많은 종류의 노동들이 기본소득을 통해 그 가치를 인정받을 수 있게 된다. 이는 개인과 공동체의 관계에 대한 인식 변화를 초래할 수 있을 것이다.

기본소득에 대해 반대하는 입장의 주요한 논거들[23]로는 첫째, 기본소득이 사람들로 하여금 노동하고자 하는 의지를 저하시킬 것이라고 한다. 기본소득은 헌법이 보장하는 근로의 권리를 해하는 제도가 될 것이며, 고용시장경제를 기반으로 하는 국가경제에 예측할 수 없는 문제를 야기할 것이라 한다. 둘째, 기본소득을 현실화하기 위해서는 기존 사회보험 및 보장체계와 조세체계를 완전히 뜯어고쳐야 하고, 이는 엄청난 비용을 발생시킬 것이라고 한다. 또한 투여한 비용에 비해 기대효용이 그리 만족스럽지 않을 것으로 예상하고 있다. 셋째, 현재의 사회보장시스템이 수급자들의 보장내용과 보장체계에 보다 적합한 것으로 파악하고, 기본소득은 현재 보장되는 수준에 미치지 못하거나 심지어는 보장을 받지 못하는 수급자 집단도 발생하게 할 것이라고 한다. 넷째, 재원 마련을 위한 세금인상은 보다 심각한 불평등을 초래할 것이다. 높은 세금은 물가의 상승을 야기하고, 저소득층의 가계에 직접적인 위해를 가할 것이며, 기본소득은 이 문제를 해소할 어떤 방안도 제시하지 못하고 있다고 한다. 기타 이민자의 급증 문제와 지하경제를 양

22) 이노우에 도모히로(김정환 옮김), 「2030 고용절벽시대가 온다」, 다온북스, 2017; 카이스트 정재승 교수는 tvN "알쓸신잡"(알아두면 쓸데없는 신비한 잡학사전) 2017. 7.28. 일자 방송프로그램에서 비슷한 취지의 주장을 하였다.

23) 주로 2013년 독일 연방하원에서 결정한 내용을 참조하였다. 실제 정책결정 과정에서의 논의는 보다 구체적이고, 현실성 있는 근거를 바탕으로 하였을 것으로 보인다.

성할 것이라는 반론도 제기되고 있다.

Ⅲ. 기본소득의 이념적 기초로서 공화주의

지금까지는 기본소득에 대한 헌법적 논의의 전제로서 필요한 내용들을 간단히 살펴보았다. 그러나 기본소득의 헌법적 쟁점에 대해 본격적인 논의를 진행하기에 앞서 한 가지 더 분명히 해 두어야 할 전제조건이 있다. 이는 기본소득이라는 사회경제적 제도가 바탕을 두고 있는 이념적 기초에 관한 사항이다. 아직 이 문제에 대한 깊이 있는 논의가 이루어지고 있는 것으로 보이지 않으나, 기본소득의 이념적 근거를 시민권사상[24] 혹은 인도주의적 측면에서 구하는 경우가 있다. 사회보험이나 공공부조와 같이 사회복지주의를 그 이념적 기초로 보는 입장도 있을 것이다. 다니엘 라벤토스(Daniel Raventós)와 같이 자유주의와 공화주의에서 그 이념적 근거를 도출하는 것은 드문 경우에 속한다. 기본소득의 이념적 기초를 명확히 하는 문제는 그 제도에 대한 헌법적 논의를 펼치는 데에 있어서도 중요한 전제가 된다. 왜냐하면 그에 따라 헌법 합치성, 헌법적 근거 등이 달리 평가될 수 있기 때문이다. 따라서 여기서는 기본소득의 이념적 기초를 밝혀 본다.

1. 기본소득 개념의 이념적 기초

앞서 언급한 바와 같이 일반적으로 기본소득에 대한 개념적 연원은 토마스 무어의 유토피아에서 찾고 있다. 그러나 이를 현재 구체적인 사회경제 제도로 논의되고 있는 기본소득의 이념적 기초로서 제시하는 것은 말 그대로 너무나 유토피아적인 발상이라고 하겠다. 현실적인 기본소득 개념의 시작은 꽁도르세와 토마스 페인의 제안에서 찾는 것이 맞을 것이다. 꽁도르세는 그의 유작 『인간 정신의 진보에 관한 역사적 개요』(Esquisse d'untableau historique des progrès de l'esprit humain, 1795) 마지막 장에서 오늘날 사회보험의 기원이 되는 제도적 장치를 제안한다.[25] 그리고 토마스 페인은 『농업 정의』(Agrarian Justice, 1796)라는 책에서 이

---

24) 서정희/조광자, 앞의 글, 33면 이하, 노호창, 앞의 글, 450~451면 각주 107) 등; 그러나 이 논문들에서는 시민권 및 시민권사상이라는 개념과 내용에 대해 구체적으로 밝히지 않아 어떤 의미인지가 분명하지 않다. 브루스 에커만(Bruce Ackerman)과 앤 앨스톳(Anne Alstott), 필리페 판 파레이스의 저서를 인용한 것으로 보아 공화주의자들의 사상적 배경을 말하는 것이 아닌가 짐작한다.

25) 그는 가장의 갑작스러운 죽음으로 경제적 어려움을 겪을 수밖에 없는 미망인과 어린이들을 위해 그 어린이가 자라나 다시 새로운 가계를 꾸려갈 수 있을 때까지 생계를 보장해 줄 기금의

제안을 보다 구체화 하여 공공의 자산인 토지의 사용을 독점하고 있는 토지소유주들로부터 토지세를 거두어들여 그 재원을 바탕으로 21살에 이른 모든 사회구성원에게 15파운드의 자금을 제공하고, 50세 이상의 구성원들에게는 매년 연간 10파운드의 금원을 부자이든 빈민이든 구분하지 않고 죽을 때가지 자신들의 자연적 권리(natural inheritance)로서 지급할 것을 주장하였다.[26]

기본소득의 개념을 최초로 제안했던 두 사람은 실제로 프랑스 혁명 당시 공화파 정치가들로서 활동했다. 이들의 사상을 자유주의, 공화주의 혹은 시민권사상이라는 일의적 의미로 재단할 수는 없겠지만, 한 가지 분명한 것은 이후 등장한 사회주의사상의 영향을 받은 개념이 아니라는 것은 확실하다. 미국에서 사회복지주의의 아버지로 토마스 페인을 언급하는 것도 이러한 이유에서 일 것이다. 토지와 같은 공공재의 공유개념은 공산주의 혹은 사회주의사상의 전유물이 아니다. 마르크스도 공화주의를 이념적 토대로 자신의 사상을 전개한 것으로 볼 수 있다.[27] 따라서 기본소득이 전체주의 혹은 공산주의 이론을 근거로 한다는 비판은 타당할 수 없다.

2. 기본소득운동의 배경

기본소득이 개별적인 관심에 기한 학문적 연구의 범주에서 벗어나 하나의 사회적 운동으로 전개되기 시작한 1980년대의 움직임은 현재 논의되는 기본소득제도의 시대적 배경을 확인함에 있어 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 오일쇼크로 인한 경제성장의 둔화, 복지국가의 위기론, 현실 사회주의의 몰락, 신자유주의의 대두는 기본소득운동의 등장 배경으로 볼 수 있다. 실제로 기본소득스페인네트워크 대표로 활동하며 기본소득운동에 동참하고 있는 다니엘 라벤토스의 설명을 통해서도 이를 확인할 수 있다.[28]

조성을 제안했다.

26) 기본소득지구네트워크의 History of basic income(http://basicincome.org/basic-income/history/#note5, 2017. 9. 2. 최종 방문)

27) 조승래, 「공화국을 위하여」, 도서출판 길, 2006, 254면; 공화주의와 초기 사회주의 혹은 마르크스주의와의 관계에 대한 연구로는 다음과 같은 결과물들이 있다. 먼저 로버트 오언의 초기 사회주의에 대한 공화주의의 영향에 대해서는 Gregory Claeys. Citizens and Saints. Politics and Anti-Politics in Early British Socialism, 1989 참조. 특히 pp. 23, 29~30. 또한 마르크스 사상의 공화주의에서 사회주의로의 이행에 대해서는 Jeffrey C. Isaac, The Lion's Skin of Politics: Marx on Republicanism, Polity, vol. 22, no. 3, 1990, pp. 461~88 참조(같은 책에서 재인용).

28) 다니엘 라벤토스, 앞의 책, 38~39면.

"1986년 미국의 대통령은 로널드 레이건Ronald Reagan이었고 영국의 총리는 마거릿 대처Margaret Thatcher였는데, 둘은 공통적으로 신자유주의의 열렬한 지지자였다 …… 당시 소련과 동유럽에서 정계를 지배하던 관료주의적 카스트들은 구성원들에게 멍에를 씌우며 고통을 주었고, 그러한 상황에서 사회주의 낙원의 모습이라고는 흔적조차 찾아 볼 수 없었다. 당시 서유럽이라 불리던 지역의 실업률 수치는 수년간 본 적도 없는 수준까지 올랐고, 1980년대에 이르러서는 전후 평온한 세상에서는 상상조차 할 수 없는 수준까지 치솟았다. 이 같은 흐름 속에서 BIEN이 창설되었다. 기본소득은 당시 독창성이라고는 찾아볼 수 없는 아이디어들만 있던 삭막한 세상에서 횃불과 같은 제안이었다."

위와 같은 기본소득의 시대적 배경은 공화주의의 재조명과 새로운 공화주의 논의의 전개 배경과도 그 맥이 닿아 있다.

3. 공화주의와 시민경제

공화주의를 한마디로 정의하기는 아주 어렵다.[29] 그리고 그 내용을 일목요연하게 정리하는 것도 쉬운 일이 아니다. 그것은 공화주의의 역사가 무척 오래되고, 수많은 사상가들에 의해 재생산되는 과정을 거쳤기 때문이다. 그러나 여기서는 공화주의 그 자체에 대한 개념 정의나 소개를 목적으로 하는 것이 아니므로 이에 대한 부담은 내려놓고, 기본소득의 이념적 기초로 주목해야 할 필요가 있는 공화주의의 사회경제적 이념에 대해 개괄적으로 살피기로 한다.

가. 사회경제적 공화주의

공화주의는 공화국의 바탕이 되는 사상적 이념을 말한다. 따라서 사회경제적 공화주의란 공화국의 사회경제적 영역이 어떤 것이고 어떠해야 하는지를 제시하는 이념이라고 할 것이다. 중세 절대왕정이 무너지고 근대 시민사회가 등장하면서 공화국과 그 이념인 공화주의는 단순히 왕이 없는 국가의 형태 혹은 시민의 자기지배가 이루어지는 정치체제의 의미 등 형식적으로 해석되어 왔다. 그러나 공화주의는 단순히 반군주제를 의미하는 것만은 아니다.

고대 그리스 · 로마의 시민사회에서 꽃 피웠던 공화주의 이념은 르네상스기 이탈리아의 소도시들을 중심으로 부활하고, 미국과 프랑스 등 시민혁명기에 혁명의 사상적 기초를 제공했으며[30], 20세기 중후반 그 의미가 재조명되기까지 역사의

29) 세실 라보르드/존 메이너 외(곽준혁 등 옮김), 공화주의와 정치이론, 까치, 2009, 11면 역자 서문.
30) J.G.A. 포칵(곽차섭 옮김), 「마키아벨리언 모멘트 : 피렌체 정치사상과 대서양의 공화주의 전통」,

무대에서 진퇴를 반복하며 끊임없이 이어져온 오랜 역사를 가지고 있다. 공화주의는 크게 두 가지 흐름으로 나뉘는데 고대 그리스의 철학자 아리스토텔레스(Aristoteles)에서 시작하여 미국과 프랑스 혁명의 사상적 기초를 제공한 제임스 해링턴(James Harrington), 리처드 프라이스(Richard Price), 루소(Jean Jacques Rousseau) 등을 통해 20세기 정치철학자 한나 아렌트(Hannah Arendt), 역사가 존 포칵(John G. A. Pocock)으로 이어지는 일군의 정치철학적 사조와 고대 로마의 정치가 키케로(Marcus Tullius Cicero)에서부터 르네상스기의 니콜로 마키아벨리(Niccolò Machiavelli)를 통해 계몽사상가 몽테스키외(Charles De Montesquieu)와 역사학자 퀜틴 스키너(Quentin Skinner), 정치철학자 필립 페팃(Philip Pettit), 모리치오 비롤리(Maurizio Viroli) 등으로 이어지는 사조가 그것이다. 양측의 가장 큰 차이는 정치적 참여와 공공선 정향, 시민적 덕성(Civic Virtue)의 겸비를 그 자체 목적으로 보는지 아니면 좋은 삶 혹은 공화적 삶을 위한 수단적 가치로 보는지에[31] 있다. 특히 후자는 정치적 자유의 의미를 단순히 간섭의 배제로 보지 않고, 지배와 종속이 없는 자유(비지배 자유) 혹은 자의적인 권력으로부터의 자유라는 제3의 길을 제시하면서 자유주의와 공동체주의의 대립을 극복할 대안으로서 주목받고 있다.

공화국(res publica)은 공동선과 공공복리(공익) 등 공적 가치를 중시하는 시민공동체로서 공화적 공존이 무엇보다 중요한 가치가 된다. 공화적 공존이 가능하기 위해서는 공화적 자유와 평등이 보장되어야 하고[32], 이 자유와 평등은 인간의 존엄과 가치를 실현하는 바탕이 된다. 공화적 자유는 단순히 개인의 자유와 권리를 제약하는 국가권력으로부터의 자유를 넘어 모든 자의적 지배와 종속으로부터의 자유를 의미한다. 그리고 공화적 평등은 단지 법 앞의 평등이나 일인일표(一人一票)의 형식적 평등만을 의미하는 것이 아니라 그 누구에게도 사회·경제적 이유로 종속되지 않고 독립적 존재로서 살아 갈 수 있는 조건으로서 평등을 의미한다.

공화주의의 관점에서 사회경제적 영역에서 가장 문제가 되는 것은 사인간의 사적 지배 관계의 형성과 사회경제적 양극화 현상이다. 사적 지배와 양극화는 공화국이라는 공동체의 핵심 가치인 공화적 공존을 저해하고 자유와 평등을 명목적인

나남, 2011.

31) 데이비드 헬드(박찬표 옮김), 「민주주의의 모델들」, 후마니타스, 2010; 이계일, "공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰 - 고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로 -", 법학연구 제21권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 92면 각주 73); 김동훈, "한국 헌법과 공화주의", 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2010, 58~63면.

32) 김종철, "공화적 공존의 전제로서의 평등", 헌법학연구 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.

가치로 변질시킨다.

일찍이 루소가 이에 대해 명시적으로 경고한 바 있다.[33]

"공화국이라는 이름에 걸맞는 나라에서는 어느 누구도 자신을 팔아버려야 할 정도(즉 하인이나 피보호자가 됨으로서 자신의 충성과 굴종을 힘세고 부유한 시민들에게 팔아야 할 정도로) 가난해서는 안 되며, 어느 누구도 사적인 혜택들을 미끼로 다른 시민들의 굴종을 사버릴 수 있을 정도로 부유해서도 안된다"

루소의 위 주장에서 알 수 있듯이 공화국의 유지와 번영을 위해서는 필연적으로 사회경제적 형평을 위한 재분배가 요구된다. 그러나 사적 자치와 소유권 절대를 이념적 모토로 하는 자유주의에서는 이를 위한 정당화 논리를 찾기가 쉽지 않다. 또한 인간으로서의 존엄과 가치를 지키며 독립적인 존재로서 공동체의 유지와 발전을 위해 적극 참여하는 시민의 삶을 전제하지 않는 사회복지주의에서도 이를 위한 올바른 논리와 실현 방안을 찾기가 어렵다. 무상급식 논쟁을 통해 알 수 있는 바와 같이 극심한 좌우 이념 대립만을 양산할 뿐이다. 따라서 자유주의와 사회복지주의의 맹점을 보완해 줄 수 있는 공화주의와 시민경제론에 대해 주목할 필요가 있다.

나. 시민경제(Civic Economy)론

리차드 대거에 따르면 시민경제란 "공공성과 자기통치에 대한 뿌리 깊은 헌신과 부합되는 경제(an economy that is consistent with their fundamental commitment to publicity and self-government"[34]를 말한다. 리차드 대거는 공화주의적 관점에서 사회경제의 영역 특히, 경제적 문제에 대한 제안을 위해 시민경제론을 주장하였다. 시민경제는 사적소유를 부정하지 않으며, 소유권의 공공적합성을 강조한다. 대거는 공화주의적 시민경제는 존 롤즈(John Rawls) 등이 주장한 사유재산제 민주주의(property-owning democracy)를 촉진할 것이며, 궁극에는 그 모습을 띠어야 한다고 본다.[35]

시민경제는 일과 작업장의 특성을 진지하게 고려하며, 공공성과 공동체를 중요

33) 모리치오 비롤리(김경희 · 김동규 역), 「공화주의」, 도서출판 인간사랑, 2006, 140~141면.
34) 리차드 대거, 앞의 글, 291면; Dagger, Richard. Neo-republicanism and the civic economy. Politics, Philosophy & Economics 5.2 (2006): p 156.
35) 리차드 대거, 위의 글, 300면.

한 가치로 여긴다. 또한 시민경제는 상속된 부가 정치적 불평등과 사적 지배를 야기한다는 측면에서 상속세를 인정하며, 과도한 사치를 억제할 적극적 소비세(a progressive consumption tax)를 포함한다. 그리고 시민경제는 시민들을 위한 '사회적' 혹은 '시민적' 최소한의 지원을 보장한다. 이는 모든 시민들로 하여금 정치적 평등과 자기지배를 실현하는 바탕이 될 것으로 본다. 대거는 이러한 최소한도 지원의 예로 기본소득과 사회적 지분급여를 제시하고 있다.[36]

4. 기본소득의 이념적 기초로서 공화주의

이상에서 살펴본 바와 같이 기본소득은 그 개념적 연원의 측면에서, 기본소득 운동의 전개 과정에서, 그리고 그 지향점에서 공화주의와 밀접한 관련이 있음을 확인할 수 있다. 진정한 공화국의 가치를 재정립하고, 자유롭고 평등한 시민들의 공동체를 만들어 가기 위한 공화국의 제도적 장치로 주목받는 기본소득은 그 이념적 기초를 공화주의에서 찾을 수 있고, 또한 찾아야만 한다.

Ⅳ. 기본소득에 대한 헌법적 쟁점 논의

기본소득에 대한 일반대중의 관심이 조금씩 높아지고 있지만 기본소득 제도의 도입에 관한 본격적인 법이론적 · 입법정책적 논의는 찾아보기 힘들다. 기본소득의 헌법적 근거에 대해서도 논의를 펼친 논문이 몇몇 있으나 이는 단지 기본소득이라는 제도를 뒷받침 해 줄 만한 헌법조항과 헌법 이념들을 나열한 수준에 머무르고 있다. 사실 법학분야에서 기본소득의 개념조차 생소한 현 시점에서 헌법적 쟁점에 관한 깊이 있는 논의를 기대하는 것 자체가 무리일 수도 있으나, 국민의 기본적 자유와 권리를 실현시킬 법적 · 제도적 장치가 되기 위해서는 그에 대한 헌법적 정당화 과정이 반드시 필요하다고 할 것이다. 여기서는 본격적인 논의를 위한 화두를 던지는 차원에서 몇 가지 헌법적 쟁점에 대해 간략한 논의를 시도해 보기로 한다.

1. 민주적 기본질서와의 관계

우리 헌법은 헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항에서 (자유)민주적 기본질서에 대해

36) 리차드 대거, 위의 글, 300~311면

규정을 두고 있고, 이의 보호를 우리 헌법의 최고 가치로 인정하고 있다.[37] 따라서 대한민국에서 시행되는 모든 법률과 제도는 민주적 기본질서에 합치하여야 하고, 이를 구체화 시키는 것이어야 한다. 기본소득 제도 또한 마찬가지이다. 그런데 기본소득의 보편 복지적 성격과 소득재분배 기능은 결국 개인의 자율과 창의를 바탕으로 하는 자유시장경제를 부인하고 공산주의 혹은 집산주의를 추구하는 정책방안이 아닌가 하는 의구심이 유발될 수 있다. 따라서 기본소득 제도가 헌법상 민주적 기본질서의 내용과 어떤 관계에 있는지에 대한 검토가 필요하다.

민주적 기본질서의 개념은 독일에서의 자유로운 민주주의적 기본질서(Freiheitliche demokratische Grundordnung) 개념과 밀접한 관련을 가지고 있지만[38] 반드시 같은 내용으로 볼 수는 없다. 민주적 기본질서의 개념에 대해 학설이 대립하고 있는데, ⅰ) 자유주의적 요소인 자유민주적 기본질서와 복지주의의 요소인 사회민주적 기본질서가 결합된 상위개념으로 보는 견해와 ii) 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 같은 개념이라고 보는 견해, iii) 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 포괄하는 개념으로 보면서도 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서만을 의미하는 것으로 보는 견해 등이 있다.[39] 우리 헌법은 독일의 입법례와 달리 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 나누어 규정하고 있어 독일의 자유로운 민주주의적 기본질서를 우리 헌법상 자유민주적 기본질서와 같은 내용으로 파악할 수 없다는 점, 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 같은 개념으로 파악하는 것은 특별한 근거 없이 양 개념을 혼용하는 것으로 헌법의 문리적 해석에 위배될 여지가 있다는 점에서 첫 번째 견해가 타당한 것으로 판단된다.

헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 개념에 대해 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유 · 평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서를 말한다. 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 의미한다.”라고 판시했으며[40], 최근 통합진보당 정당해산심판 사건에서는 헌법 제8조 제4항의 민

37) 헌재 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정, 헌재판례집 제2권, 64면.
38) 국순옥, “자유민주적 기본질서란 무엇인가”, 민주법학 제8권, 민주주의법학연구회, 1994, 128~131면.
39) 정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2014, 101면.
40) 헌재 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정, 헌재판례집 제2권, 64면.

주적 기본질서 개념에 대해 "개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적 · 자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유 · 평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다."라고 판시한 바 있다.[41]

민주적 기본질서를 어떤 개념으로 보는지와 상관없이 우리 헌법상 민주적 기본질서가 공산주의나 극우적 전체주의에 대립하는 개념이라는 점에는 이견이 없는 것으로 보인다. 헌법재판소도 '모든 폭력적 지배와 자의적 지배', '반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제', '다원적 세계관에 입각' 등의 표현을 통해 확인할 수 있듯이 공산주의나 전체주의를 배격하는 뜻을 분명히 하고 있다. 앞서 가정한 한국적 기본소득 모델을 그 출발점으로 하여 기본소득의 수준을 점점 더 높여 간다면, 점차적으로 기본소득 제도가 공산주의 혹은 집산주의의 원형에 접근하게 된다는 비판에 직면하게 될 것으로 예상된다. 또한 '사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서'의 변형이라는 측면에서도 의구심은 더욱 증대 될 것이다. 그러나 위와 같은 우려는 앞서 살핀 기본소득 제도의 기원, 사상적 배경, 기본소득 운동의 시대적 배경 등을 통해 볼 때 타당한 비판이 될 수 없음이 분명하다. 또한 기본소득은 사회주의 계열에서 주장하는 사회배당(Social Dividend)과 명확히 구분되는 개념임을 분명히 하고 있어[42], 이 또한 위와 같은 우려를 불식시키기에 충분한 이유가 될 것으로 보인다.

우리 헌법상 민주적 기본질서는 헌정의 민주주의체제로서 자유와 평등, 공공복리(복지)를 그 핵심이념으로 하고 있다.[43] 기본소득은 실질적 자유와 평등의 밑바탕이 될 인간의 기본적인 생존을 위한 조건이라는 측면에서 민주적 기본질서를 적극적으로 보장하고 공고히 하는 제도임이 분명하다. 적극적 참여를 통한 자기지배의 이상은 사회 · 경제적 영역에서의 민주주의 토대가 마련되어야 비로소 실

41) 헌재 2014. 12. 19. 선고, 2013헌다1 결정, 헌재판례집 제26권 2집(하), 21~22면; 그러나 이는 헌법재판소도 명시하고 있는 바와 같이 정당해산심판의 요건으로서 '민주적 기본질서'의 개념을 밝힌 것이지 입헌적 민주주의체제로서 민주적 기본질서 개념을 적극적으로 밝힌 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 헌법재판소는 기존의 자유민주적 기본질서의 개념보다 민주적 기본질서의 개념을 더욱 엄격하게 축소해석 하고 있기 때문이다.

42) 앞의 Ⅱ. 기본소득의 개념 및 내용, 1. 개념 및 의의 각주 6) 참조.

43) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013, 180면.

현가능하기 때문이다.

2. 재산권 및 사유재산제도와의 정합성

헌법재판소가 자유민주적 기본질서의 내용으로도 설시한 바 있는 '사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서'는 대한민국 사회 · 경제질서의 근간이다. 한국형 기본소득 모델이 제시하는 기본소득의 재원 마련 방안은 다분히 고소득층 및 토지소유자들의 재산권을 제약하는 측면이 있다. 세율이 점점 더 높아지고 특정 계층의 부담이 커지면 기본소득이 개인의 재산권을 침해하고 시장경제질서를 왜곡시키는 제도라는 비판의 목소리도 커질 것으로 예상된다.

우리 헌법 제23조와 제22조 제2항, 제9장의 경제조항 등에서는 국민의 재산권과 사유재산제도를 보장하고 있는데, 이러한 사유재산제도는 헌법 제10조, 헌법 제34조 및 헌법 제37조 제2항 등과 더불어 사회적 시장경제체제의 내용을 구체화한 것으로 볼 수 있다. 근대 자유주의 사상에 따라 등장한 소유권 절대, 계약 자유, 과실 책임의 사법상 대원칙들은 부익부 빈익빈 현상과 천민자본주의의 등장, 극단적인 계급 갈등으로 인해 수정이 가해졌다. 개인의 재산에 대한 권리는 국가 · 사회의 공공복리와 조화를 이룰 수 있는 것이어야 하고, 법률로써 제한할 수 있는 상대적인 권리가 되었다. 같은 맥락에서 자유방임적 시장경제체제는 사회권의 등장과 인권존중이 핵심적 가치로 부각된 오늘날 사회적 시장경제체제로 변화된 면모를 보이고 있다. 헌법재판소도 "헌법이 이미 많은 문제점과 모순을 노정한 자유방임적 시장경제를 지향하지 않고, 아울러 전체주의국가의 계획통제경제도 지양하면서 국민 모두가 호혜공영하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환언하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장메커니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도 · 조정, 실업자구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임 있게 시행하는 국가, 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다"[44] 혹은 "우리 헌법도 재산권은 보장하되 '그 내용과 한계는 법률로 정한다'(헌법 제23조 제1항 후문)라고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라 '재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다'(헌법 제23조 제2항)라고 하여 재산권행사의 사회적 의무성도 강조하고 있는 것이다."[45]라고 판

44) 헌재 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정, 헌재판례집 제1권, 357면 이하.
45) 위의 결정, 370면,

시하여 같은 입장을 취하고 있다.

그러나 우리 헌법이 사회적 시장경제질서를 채택하고, 사적 재산권과 공공복리의 균형을 중시하고는 있지만,[46] 1997년 외환위기 이후 특히 사회 · 경제적인 영역에서 개인의 자유와 권리의 보장에 무게 중심을 두면서 여러 가지 사회보장적 측면의 입법들에 대해 위헌결정을 내리는 경우가 많아졌다. 대표적인 예로 토지공개념과 관련된 소위 '토지공개념 3법' 혹은 종부세법 제5조 등에 대한 위헌결정이 있는데[47], 이러한 판례의 경향에 따른다면 기본소득 입법에 대한 위헌심사가 이루어질 경우 어떤 헌법적 쟁점에 따른 결론이든 그 합헌성을 장담하는 것이 어려울 수 있다는 예측이 가능하다. 기본소득이 실제 법제도로서 기능하는데 있어서 무엇보다 중요한 것은 이에 대한 국민적 합의가 전제되어야 한다는 사실이지만, 이러한 국민적 합의가 도출되기 위해서는 먼저 그 컨센서스의 토대가 될 수 있는 헌법 이념적 기초가 필요할 것이다. 최근 입헌적 공화주의 혹은 민주공화국 원리에 대한 논의는 이러한 측면에서 의미하는 바가 크다고 생각한다.[48] 기본소득의 헌법적 근거를 단순히 헌법 제34조나 헌법 제10조 등의 개별 조항으로 보는 것이 한계를 갖기 때문이기도 하다.

3. 조세평등주의 및 평등권 침해 여부

조세평등주의란 헌법 제11조의 평등원칙이 조세법상 원칙으로 구체화 된 것으로 국가가 조세에 관한 입법을 함에 있어 조세의 부담이 공평하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 하며, 조세법의 해석 · 적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 할 의무를 진다는 원칙이다. 이는 정의의 이념에 따라 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의(租稅正義)를 실현하려는 원칙을 말한다.[49] 이러한 조세평등주의는 특정

---

46) 이는 우리 헌법의 비례성원칙에서도 쉽게 엿볼 수 있다; 김대환, "헌법상 비례성원칙의 운용과 과제", 경성법학 제14권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2005, 1~17면.

47) 김동훈, 「한국 헌법과 공화주의」, 경인문화사, 2011, 244~249면.

48) 대표적인 연구로 김선택, "공화국원리와 한국헌법의 해석", 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008; 이국운, "공화주의 헌법이론의 구상", 법과 사회 제20권, 법과사회이론학회, 2001; 이계일, "헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구 -공공선, 공직제를 둘러싼 독일 헌법학계의 논의를 중심으로-", 헌법학연구 제17권 제1호, 한국헌법학회, 2011; 장용근, "공화주의의 헌법적 재검토", 세계헌법연구 제16권 1호, 국제헌법학회 한국학회, 2010; 한상희, "『민주공화국』의 헌법적 함의 -공화주의논쟁과 동태적 주권론-", 일감법학 제3권, 건국대학교 법학연구소, 1998 등이 있다.

49) 헌재 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정, 헌재판례집 제1권, 140~141면.

한 납세자 혹은 납세자군의 특별희생이나 차별취급을 금지하고 있는데, 한국형 기본소득 모델은 소득세나 토지세 비율이 높은 상위계층의 부담이 더욱 클 수밖에 없고, 이들의 입장에서는 자신들의 부담으로 기본소득 제도가 유지되는 것에 불만을 토로할 개연성이 높다. 기본소득을 주장하는 사람들 중에는 기본소득을 통해 경제적 이익 혹은 혜택을 보는 집단이 전체 국민의 다수가 된다는 측면을 강조하는 경우가 종종 있다.[50] 기본소득의 정당성에 대한 철학적 논의의 관점에서는 '최대다수의 최대이익'을 사회적 정의로 보고 이를 주장할 수도 있겠지만, 규범적 관점에서 이는 다수의 횡포나 전체주의적 경향으로 비판받을 수 있다는 측면도 고려하지 않을 수 없다. 사실 조세평등주의나 평등권의 침해 문제는 기본소득 제도 마련을 위한 입법이나 정책 기술적인 문제로 귀결될 여지도 상당히 크다고 할 수 있다. 그러나 여기서도 앞서 본 재산권 및 사유재산제도와의 정합성 문제에서와 마찬가지로 사회적 합의와 그 전제 요건들이 핵심적인 사항으로 부각될 것이며, 기본소득 제도의 성패는 결국 그에 대한 결론과 다르지 않을 것으로 보인다. 조세의 공평부담 여부는 결국 그 부담을 감당할 능력과 기꺼이 그 부담을 감당할 납세의무자들의 의사에 달려 있는 문제라고 할 수 있기 때문이다. 보다 높은 부담을 짊어질 상위계층의 희생이 공동체의 발전과 유지, 공공복리 증대를 위한 것이라는 인식과 사회적 분위기가 먼저 조성되어야 할 것으로 판단된다. 최근 국가인권위원회에서 추진 중인 '기본권보장 강화 연구포럼'에서 마련한 '기본권보장 강화 헌법개정안'에는 생존권 보장과 관련하여 기본소득제의 도입을 헌법에 명시하는 방안을 제시하고 있는데,[51] 스위스에서와 마찬가지로 개헌 과정을 통해 국민적 합의와 사회적 분위기를 성숙시키는 것 또한 좋은 방안이 될 수 있을 것으로 보인다.

4. 헌법적 근거 및 헌법개정의 필요성

기본소득의 헌법적 근거에 대해 본격적인 논의가 전개되지는 않았지만, 그 시도가 전혀 없었던 것은 아니다. 헌법 제34조 제1항의 "인간다운 생활을 할 권리"와 헌법 제32조 제2항의 "근로의 의무"에 대한 적극적인 해석을 통해 기본소득의

50) 예컨대, 앞서 언급한 한국형 기본소득 모델에 따를 경우 기본소득의 재분배 효과로서 전체 가구의 83%가 순수혜 가구가 되고, 17%의 가구만이 순부담 가구가 된다는 사실을 부각시키는 경우를 들 수 있겠다.

51) 법률신문, "국가인권위원회 기본권 개헌안", 2017. 7. 24. 일자 기사.

헌법적 근거를 도출해 낼 수 있다고 보는 경우가 있고,[52] 이에 더해 헌법 제10조의 "인간의 존엄과 가치" 및 "행복추구권", 제11조의 평등권, 헌법상 경제질서 조항과 사회국가원리 및 사회연대원리, 나아가 제헌헌법상의 이익균점권과 시민권 개념까지도 기본소득의 헌법적 근거가 될 수 있다고 보는 경우도 있다.[53]

기본소득의 이념과 연혁, 기본소득 운동의 배경 등을 통해 볼 때, 기본소득은 실질적 자유와 평등의 보장, 인간의 존엄과 가치의 실현, 공공복리의 증진이라는 현대 입헌적 민주주의가 추구하는 모든 이상과 맞닿아 있는 제도라고 할 수 있다. 따라서 직간접적인 모든 조항을 일일이 나열한다면 헌법 전문을 포함한 대다수의 개별 조항들이 기본소득의 헌법적 근거로 검토될 수도 있을 것이다. 위와 같이 기본권에 대한 일반적 조항의 성격을 갖는 헌법 제10조와 사회적 기본권의 일반조항이라고 할 수 있는 헌법 제34조 등이 그 헌법적 근거로 거론되는 것은 이러한 특성이 그대로 반영된 결과일 것이다. 기본소득의 헌법적 근거와 관련하여 한 가지 짚고 가야 할 사항은 그동안 우리 헌법에 큰 관심을 가지지 않았던 "근로의 의무"에 대한 헌법 제32조 제2항과 시민권 개념에 대한 주장이 전개되고 있다는 측면이다. 최근 "대한민국은 민주공화국이다."라는 헌법 제1조 제1항에 대한 실질적 해석의 필요성을 주장하는 학자들에 의해 국민의 기본의무와 시민권 개념에 대한 재조명이 이루어지고 있다. 이는 입헌적 공화주의나 민주공화국원리에 대한 연구가 기본소득의 헌법적 근거를 밝히는 문제와 무관하지 않다는 것을 의미한다. 민주공화국과 그 헌법 원리는 기본소득의 이념적 목표를 지지한다. 왜냐하면 인간의 존엄과 가치 추구, 실질적 자유 및 평등의 실현은 민주공화국과 그 헌법 원리에서 공히 추구하는 핵심적인 이념적 가치이기 때문이다. 따라서 기본소득의 헌법적 근거를 헌법 제1조 제1항의 민주공화국원리에서 찾을 필요가 있다.[54]

법률과 제도의 헌법적 근거가 무엇인지의 문제와 헌법적 효력을 가져야 하는지 문제는 다른 차원의 논의이다. 기본소득이 위와 같이 헌법적 정당화가 가능하다고 해서 이것이 곧 법률로 규율되어야 할 사항임을 의미하지는 않는다. 예를 들어 스위스의 경우는 헌법개정을 통해 기본소득을 헌법적 차원의 제도로 도입하려

52) 김홍규, 앞의 글, 143면.
53) 노호창, 앞의 글, 448~451면.
54) 지면의 한계로 이 논문을 통해 민주공화국 개념과 민주공화국원리 일반을 상세하는 것에 한계가 있다. 대한민국 헌법의 민주공화국원리의 내용 및 사회복지국가원리와의 관계 등은 필자가 계획 중인 후행 연구(학위논문)에서 주요한 내용으로 다루고 있어 이를 통해 더욱 구체적으로 논증하기로 한다.

했고, 브라질, 스페인 등 국가에서는 기본소득을 위한 입법 혹은 입법 시도가 이루어졌다. 대한민국 헌법 제1조 제1항이 혹은 제10조나 제34조 제1항이 기본소득의 헌법적 근거가 된다는 것은 헌법적 사항인지, 법률적 사항인지에 대해 아무런 대답이 되지 않는다. 물론 기본소득의 보장을 헌법에서 명시하더라도 그 제도의 시행을 위해서는 구체적인 국회 입법이 뒤따라야 한다는 측면에서 논의의 실익이 그리 크다고는 할 수 없지만, 기본소득을 헌법에 명시하는 것과 관련 입법을 통해 바로 시행하는 것은 헌법 이론적으로도 입법 정책적으로도 의미하는 바가 사뭇 다르다고 볼 수 있다. 즉 "헌법은 국가의 근본법으로서, 국민의 기본권을 보장하고 국가의 통치조직과 통치작용의 원리를 정하는 최고법"[55]으로서 한 국가의 이념적 지표와 입법정책의 방향을 제시하는 특성을 가지고 있다. 따라서 헌법에 명시한 권리와 제도는 그 자체로 주권자의 근본결단이 반영된 사항이라는 의미를 가진다. 기본소득에 대해 기성의 헌법적 근거가 존재 하더라도 헌법개정권자는 이를 헌법사항으로 정할 수도 있는 것이다.[56] 중요한 것은 기본소득의 사회 · 경제적 필요성이 그만큼 큰 것이냐 하는 문제이며, 이에 대한 국민들의 진지한 논의와 합의가 이루어졌느냐 하는 문제일 것이다.

Ⅴ. 결론

지금까지 기본소득의 개념과 연혁, 한국적 모델과 주요 쟁점, 그 이념적 기초와 헌법적 쟁점 등에 대해 간략하게 살펴보았다. 기본소득의 개념과 연혁 등은 헌법적 쟁점 논의를 위해 필요한 범위에서 개괄적으로 알아보았고, 논의의 구체성을 제고할 목적으로 한국형 기본소득 모델을 가정하기도 했다. 기본소득에 대한 대중의 관심이 증폭되고, 개헌이슈와 함께 입법운동의 형태로도 전개되고 있으나 법학, 특히 헌법학 분야에서 이 주제에 대한 깊이 있는 연구는 부족한 것이 사실이다. 기본소득은 단순히 공동체 구성원 개인들에게 국가가 일정액의 금전적 소득을 지급한다는 피상적인 제도적 장치로만 파악해서는 안 될 것이다. 또한 기계적으로 사회복지국가의 이념에 입각하여 소득재분배 정책의 일환으로 시도해 봄직한 하나의 모험 정도로 치부해 버리는 것도 바람직한 시각은 아니라고 판단된

55) 김철수, 앞의 책, 8면.
56) 현행 헌법은 과거 권위주의정부 하에서의 빈번한 신체의 자유 침해에 대한 반성으로 신체의 자유 보장을 위한 여러 권리와 제도를 헌법사항으로 명시한 바 있다.

다. 기본소득은 소극적으로는 인간으로서의 존엄과 가치를 지키며 살아가기 위한 최소한의 물질적 조건을 국가가 보장해 준다는 의미를 가지며, 적극적으로는 그와 같은 사회경제적 기초를 통해 실질적 자유와 평등을 실현하여 공동체 구성원이 더불어 공존공영 할 수 있는 진정한 민주공화국을 만들어 가는 바탕이 될 수 있는 제도라는 의미를 가지고 있다. 따라서 기본소득에 대한 전 국민적 공감대 형성과 사회적 합의 도출을 위하여 폭넓은 공론화와 깊이 있는 논의가 시도될 필요도 있다. 그리고 그 가운데는 헌법적 쟁점에 대한 다양한 문제제기와 진지한 숙고가 자리 잡아야 할 것이다.

기본소득에 대한 심도 있는 헌법적 논의의 지평이 형성되기에 앞서 몇 가지 쟁점에 대해 문제제기를 해 보았다. 첫째, 기본소득이 대한민국의 민주적 기본질서에 부합하는 제도인지 여부를 그 이념적 기초, 연혁, 개념적 측면에서 논증해 보았고, 둘째, 기본소득이 헌법상 재산권과 사유재산제도에 부합하는 제도가 되기 위한 전제조건도 살펴보았다. 그리고 세 번째로 기본소득의 재원 마련 과정에서 제기될 수 있는 조세평등원칙과 평등권 침해의 가능성에 대해 논의해 보았으며, 마지막으로 기본소득의 헌법적 근거와 헌법개정 문제에 대한 의견을 개진해 보았다.

기본소득에 관한 헌법적 쟁점들에서 무엇보다 중요한 것은 결국 제도의 시행과 유지를 위한 국민적 합의와 그 합의의 전제가 될 수 있는 헌법 이념적 기초를 마련하는 문제라고 판단했다. 그리고 이를 위해 우리 헌법 제1조 제1항을 근거로 하는 입헌적 공화주의 혹은 민주공화국원리를 제안해 본다.

끝으로 기본소득의 의의 및 가치에 대한 다니엘 라벤토스의 주장을 소개하며 논의를 마무리 짓고자 한다. 여기에는 기본소득의 핵심이념과 가치가 잘 함축되어 있다고 생각하기 때문이다.

> "기본소득은 빈곤과 거대한 불평등에서 발생하는 수많은 해악에 효과적으로 대응할 수 있는 사회적 제안이다. 물론 그 모두를 해결할 수는 없지만 기본소득은 자유를 위한 물질적 조건을 보장할 수 있으며, 그것만으로도 충분히 시도할 만한 가치가 있다."[57]

57) 다니엘 라벤토스, 앞의 책, 247~248면.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

이 춘 희

기본소득, 사회경제적 공화주의, 시민경제, 민주적 기본질서, 재산권

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강남훈/곽노완 등,「기본소득운동의 세계적 현황과 전망」, 박종철출판사, 2014

김동훈,「한국 헌법과 공화주의」, 경인문화사, 2011

김철수,「헌법학신론」, 박영사, 2013

필리페 판 파레이스(조현진 옮김),「모두에게 실질적 자유를」, 후마니타스, 2016

다니엘 라벤토스(이한주/이재명 옮김),「기본소득이란 무엇인가」, 책담, 2016

다니엘 헤니/필립 코브체(원성철 옮김),「기본소득, 자유와 정의가 만나다」, 오롯, 2016

데이비드 헬드(박찬표 옮김),「민주주의의 모델들」, 후마니타스, 2010

모리치오 비롤리(김경희/김동규 역),「공화주의」, 도서출판 인간사랑, 2006

세실 라보르드/존 메이너 외(곽준혁 등 옮김),「공화주의와 정치이론」, 까치, 2009

이노우에 도모히로(김정환 옮김),「2030 고용절벽시대가 온다」, 다온북스, 2017

정재황,「신헌법입문」, 박영사, 2014

조승래,「공화국을 위하여」, 도서출판 길, 2006

J.G.A. 포칵(곽차섭 옮김),「마키아벨리언 모멘트 : 피렌체 정치사상과 대서양의 공화주의 전통」, 나남, 2011

Ⅱ. 논문

강남훈, “한국형 기본소득 모델의 가구별 소득재분배 효과”, 한국사회경제학회 학술대회 자료집 2017년 겨울호, 한국사회경제학회, 2017

국순옥, “자유민주적 기본질서란 무엇인가”, 민주법학 제8권, 민주주의법학연구회, 1994

금 민, “기본소득 도입모델과 농업참여소득”, 농정연구 제60권, 농정연구센터, 2017

김대환, “헌법상 비례성원칙의 운용과 과제”, 경성법학 제14권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2005

김동훈, “한국 헌법과 공화주의”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2010

김선택, “공화국원리와 한국헌법의 해석”, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학

회, 2008

김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013

노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 노동법연구 제36호, 서울대노동법연구회, 2014

리차드 대거, “신공화주의와 시민경제”, 시민과세계 제10호, 참여연대 참여사회연구소, 2007

박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 민주법학 제36호, 민주주의법학연구회, 2008

서정희/조광자, “새로운 분배제도에 대한 구상 -기본소득과 사회적 지분급여 논쟁을 중심으로-”, 사회보장연구 제24권 제1호, 한국사회보장학회, 2008

이계일, “공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰 - 고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로 -”, 법학연구 제21권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2011

_____, “헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구 -공공선, 공직제를 둘러싼 독일 헌법학계의 논의를 중심으로-”, 헌법학연구 제17권 제1호, 한국헌법학회, 2011

이국운, “공화주의 헌법이론의 구상”, 법과 사회 제20권, 법과사회이론학회, 2001

장용근, “공화주의의 헌법적 재검토”, 세계헌법연구 제16권 1호, 국제헌법학회 한국학회, 2010

한상희, “『민주공화국』의 헌법적 함의 -공화주의논쟁과 동태적 주권론-”, 일감법학 제3권, 건국대학교 법학연구소, 1998

Dagger, Richard. Neo-republicanism and the civic economy. Politics, Philosophy & Economics 5.2 (2006)

Gregory Claeys. Citizens and Saints. Politics and Anti-Politics in Early British Socialism (1989)

Jeffrey C. Isaac, The Lion's Skin of Politics: Marx on Republicanism, Polity, vol. 22, no. 3 (1990)

Pettit, Philip. A republican right to basic income?. Basic Income Studies 2.2 (2007)

Abstract

A Constitutional Study on Basic Income

Yi, Chun Hee

There are three main topics which are concerned with the Basic Income(BI) in this article.

In the First place, what is Basic Income and it's historical backgrounds. BI is "a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement." BI is considered as a effective socio-economic policy to reduce social Polarization and poverty. The concept of BI begins with French politician Condorcet and English Enlightenment thinker Thomas Paine. Their liberal and republican ideologies result in a more humaine and guaranteed economic system like BI for better and dignified human condition. It is correspond to the aims of current BI movement.

And then, an analysis of ideological basis of BI is attempted in this study. BI is used to get involved with welfare policy and civil rights. Of course it is well suited to the thoughts of the father of BI. But it hasn't to be ignored to the fact that BI is originated from republicanism. In order to clarify the ideological foundation of BI, it is tried to analyse socio-economic republicanism and civic economy. Republican values like human dignity, substantive liberty and equality, and public welfare are main goals of BI. Both of them have much alike historical, ideological roots according to this article's point of view.

At last, BI could give rise to various constitutional debates in it's institutionalization. In this study, it is tried to discuss four main issues. First, it is reviewed BI can be in accord with Fundamental democratic order in Korean

Constitution. Second, how BI is to do with 'property rights' and 'the private ownership system' will be illuminated. Third, whether BI infringes upon people's 'rights to equality' and 'Principle of taxation equality' or not is analysed. Lastly, what is the constitutional basis of BI and is there any revision of the constitutional law needed are also dealt with.

Basic Income is a effective alternative to poverty relief and mitigation of social inequality. It is not the absolute solution to all of the problems korean society faces. But it is clear that BI will liberate humans much more and reduce social Polarization in this country.

Yi, Chun Hee

Basic Income, Republicanism, Civic Economy, Democracy, Property Rights

지역주택조합제도의 문제점과 개정 법제의 한계

-주택법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정] 및 그 시행령을 중심으로-

정연부*

【목 차】

I. 논의를 시작하며
II. 지역주택조합제도에 대한 이론적 고찰
III. 개정전 지역주택조합제도의 문제점 검토
IV. 지역주택조합법제의 개정 내용 및 한계
V. 논의를 마치며

【국 문 요 약】

주택은 인간 삶의 근간이 되는 공간적 요소이다. 특히, 자가(自家) 형태의 주거는 삶을 더욱 안정적으로 영위할 수 있는 기반을 제공한다. 무주택자들이 자가 보유의 꿈을 실현하기 위해 노력하는 것 혹은 1주택자가 보다 나은 주택으로 이동하기 위해 노력하는 것은 당연하다. 그러나 주택 가격은 그들의 노력을 수포(水泡)로 만들만큼 가파르게 우상향하고 있다. 비록 단기적인 출렁임이 있기는 하지만, 주택 가격의 하락기에도 서민의 소득으로 주택을 마련하는 것은 쉽지 않다. 그렇다고 인간다운 삶, 안정적인 삶의 중요한 요소인 '내 집 마련'을 쉽게 포기할 수는 없다.

경제적인 이유로 내 집 마련이 힘든 서민들에게 시가보다 저렴한 가격에 신규 주택을 마련할 수 있는 지역주택조합은 매우 매력적인 제도이다. 그러나 지역주택조합제도의 장점을 무색하게 만들 만큼 수많은 피해가 끊임없이 발생하고 있다. 2016년 10월 지역주택조합제도의 집행을 담당하는 시·도 지자체들이 지역주택조합제도의 폐지를 국토부에 건의한 예는 그 피해의 심각성을 여실히 보여준

* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

다. 이에 대해 국토교통부는 법제도를 지속적으로 보완하겠다는 입장을 취하였다. 결국 2016년 12월 2일 종래 지역주택조합제도를 대대적으로 보완한 개정 주택법이 통과되었고, 2017년 6월 3일부터 시행되고 있다.

그러나 주택법의 개정에도 불구하고, 지역주택조합제도에 대한 우려는 해소되지 못하고 있다. 지역주택조합의 문제점을 해결하기에는 부족하다는 의견, 전시행정에 그칠 것이라는 의견뿐만 아니라, 심지어 지역주택조합제도 폐지론이 이번 개정에도 불구하고 여전히 제기되고 있다. 조합원의 조합 탈퇴 및 환급, 업무대행자의 업무 대행 범위, 조합원 모집 신고 및 공개모집, 시공사의 시공보증 등 신설 제도가 대거 도입되었음에도 지역주택조합제도에 대한 염려가 끊이지 않고 있는 것이다. 이에 개정된 지역주택조합법제의 주요 내용과 그 한계를 연구할 필요성이 있다.

본 연구는 먼저, 지역주택조합제도에 대한 이론적 고찰을 통하여 지역주택조합제도의 의의와 연혁을 살펴본다. 선행 연구들과는 달리 법제의 연혁을 구체적으로 분석하여 지역주택조합제도와 재건축조합제도·재개발조합제도와의 관계를 살펴본다. 다음으로, 이번 개정이 있기 전에 발생되었던 지역주택조합제도의 문제점을 분석한다. 문제 유형은 외형적으로 직접 드러나는 현황상 문제와 직접 드러나지 않는 인식적 문제로 구분한다. 끝으로, 지역주택조합법제의 개정 내용 및 한계를 살펴본다. 개정 내용은 구법제와의 비교를 통해 그 변화를 명확하게 제시한다. 개정법의 한계에서는 신설 제도가 종래 문제점 해결에 있어서 갖는 의의와 한계를 다룬다.

I. 논의를 시작하며

주거 공간은 인간다운 삶을 영위하기 위한 필수적인 요소이다. 주거 공간을 '확보'하는 방법으로 크게 자가(自家)보유와 전·월세 등 임대 형태가 있지만, 주거의 '안정'을 유지하기 위해서는 자가를 보유하는 것이 유리하다. 따라서 서민들은 '내 집 마련'을 인생의 중요한 과제로 삼고, 다양한 방법을 모색해 오고 있다. 그러나 서민의 가계소득으로 주택 가격 상승을 추월하여 주택을 구입하는 것은 여간 힘든 일이 아니다. LTV·DTI의 범위에서 주택담보대출을 활용한다고 하더라도, 원금과 이자를 상환하는 것이 결코 쉬운 일이 아니다. 이러한 상황이다 보니, 시가보다 저렴한 가격에 주택을 확보하는 방법은 서민들의 마음을 쉽게 얻는다. 지역주

택조합제도 역시 그 중 하나이다.

지역주택조합제도는 주택 마련의 가장 큰 걸림돌인 '주택가격'을 시세보다 낮은 가격으로 제공한다. 또한, 주택을 시가보다 낮게 구입할 수 있는 다른 대표적인 제도인 경·공매제도와는 달리, 지역주택조합제도는 신축 주택을 공급한다는 점에서 매력적인 제도이다. 그러나 지역주택조합제도의 위와 같은 장점에도 불구하고, 언론에서는 지역주택조합의 피해 사례가 끊임없이 보도되고 있다. 피해자들은 대부분 무주택 서민으로, 피해액이 자산의 거의 전부인 사례도 적지 않다. 심지어 2016년 10월에는 서울·부산 등 8개 시·도 지자체에서 지역주택조합제도의 폐지를 국토교통부에 건의하였다. 이에 대해 국토교통부는 법제도를 지속적으로 보완하겠다고 하였으며, 최근 지역주택조합제도를 대대적으로 보완한 「주택법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정]」이 2017년 6월 3일부터 시행되었다.

개정 주택법의 시행에도 불구하고, 지역주택조합제도의 문제점에 대한 지적은 끊이지 않고 있다. 개선안이 지역주택조합의 문제점을 해결하기에는 부족하다는 의견, 개선안이 전시행정에 그칠 것이라는 의견, 심지어 주택법 개정에도 불구하고 지역주택조합제도 폐지론을 주장하는 의견도 있다.[1] 이처럼 종래의 지역주택조합제도뿐만 아니라, 개정 주택법(이하 '개정법'이라 함)에 대해서도 그 문제점이 지적되고 있다. 따라서 본 연구는 종래 발생되었던 지역주택조합의 문제점과 개정법의 주요내용을 분석하고, 이에 근거해 개정된 지역주택조합법제가 어떠한 의의와 한계를 지니고 있는지 살펴보기로 한다.

II. 지역주택조합에 대한 이론적 고찰

1. 지역주택조합의 의의

지역주택조합은 주택조합의 한 유형이다. '주택조합'이라는 표현은 협의로 사용되기도 하고, 광의로 사용되기도 한다. 협의의 개념으로서 주택조합은 주택법상의 개념을 말한다. 주택법에 따르면, 주택조합이란 많은 수의 구성원이 주택을 마련하거나 리모델링하기 위하여 결성하는 조합을 말한다. 지역주택조합, 직장주택조

1) 김준환 서울디지털대학교 교수는 주택보급율을 높이기 위해 도입되었던 지역주택조합제도의 취지는 이미 상실되었고, 오히려 문제가 끊이지 않으므로 지역주택조합제도의 폐지를 고려해야 한다고 주장한다.(한국일보, 2017년 5월 3일 보도, 19면 기사).

합, 리모델링주택조합이 주택법상 주택조합에 해당한다. 이 중 지역주택조합은 일정한 지역에 거주하는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합을 말한다.[2] 한편, 광의의 개념에서 주택조합은 주택법상의 조합뿐만 아니라, 도시 및 주거환경정비법상의 조합을 포함한다.[3] 이에 따르면, 주택조합의 유형에는 지역주택조합·직장주택조합·리모델링주택조합뿐만 아니라 재건축조합·재개발조합이 포함된다.

사회생활상 용례에서 주택조합의 의미는 광의의 개념에서 인식되는 경우가 많다. 즉, 사회적 용례로써 주택조합은 일반인이 신축 아파트를 마련함에 있어서 접하게 되는 모든 형태의 조합으로 받아들여지기도 한다. 이 경우 일반인들이 인식하는 주택조합은 광의의 개념이고, 그 결과 지역주택조합도 재건축조합·재개발조합과 동일한 범주의 제도로 인식되는 경우가 나타난다. 이러한 인식이 발생하는 이유는 크게 두 가지 점에서 찾을 수 있다. 첫째, 일반인에 있어서 재건축조합·재개발조합 그리고 지역주택조합은 모두 신축 아파트를 마련하는 수단이라는 점에서 동일한 가치를 지닌다. 이는 지역주택조합의 도입취지에서 확인할 수 있다. 둘째 지역주택조합이 처음 도입될 당시 조합원이 될 수 있는 자격은 재개발구역내의 주민들이었다. 이러한 사실 역시 사회생활상의 용례에서 주택조합의 의미가 광의로 인식되는 이유가 된다.[4] 재개발구역내의 주민들로 구성되는 지역조합제도는 1980년에 도입되어 1987년까지 지속되었다.

2. 지역주택조합제도의 연혁

(1) '주택조합'의 등장

한국에서 주택조합제도는 1977년 말 주택건설촉진법에 처음 등장하였다. 주택건설촉진법은 주택법의 전신(前身)이 되는 법률이다. 1977년 (구)「주택건설촉진법([시행 1978.1.31.] [법률 제3075호, 1977.12.31., 전부개정])」 제44조(무주택근로자의 주택건설)는 "일정규모이상의 근로자를 고용하는 자나 근로자들로 구성된 조합이 그 근로자의 주택을 건설하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이들을 제3조 제3호의 규정에 의한 사업주체로 본다"고 규정하였다. 그러나 동조에 규정된 주택조합은 직장주택조합이었다.

---

2) 「주택법」 제2조 제11호 가목.

3) 법률연구회 편, 지역·직장 주택조합의 이해, 법률정보센터, 2016, 3면; 박환용/이상한/이인호/배구회, 지역 및 직장 주택조합제도의 개선방안 연구, 주택연구 제10권 제2호, 한국주택학회, 2002, 83면; (구)「주택건설촉진법([법률 제3998호, 1987.12.4., 일부개정])」 제3조 제9호 참조.

4) (구)「주택건설촉진법 [시행 1980.1.4.] [법률 제3250호, 1980.1.4., 일부개정]」 제3조 제9호.

(2) 지역주택조합의 효시: '지역조합'

본 연구의 대상인 지역주택조합의 효시로 볼 수 있는 제도는 1980년 초에 도입되었다. 1980년 (구)「주택건설촉진법 [시행 1980.1.4.] [법률 제3250호, 1980.1.4., 일부개정]」 제3조 제9호는 "'주택조합'이라 함은 주택이 없는 국민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합으로서 도시재개발법 및 주택개량촉진에관한임시조치법에 의한 재개발구역내의 주민들이 구성하는 조합(이하 '지역조합'이라 한다)과 대통령령이 정하는 규모의 근로자로 구성된 조합(이하 '직장조합'이라 한다)을 말한다"고 규정하여, '지역조합' 제도를 규정하였다.[5]

그러나 당시의 '지역조합'은 도시재개발법 및 주택개량촉진에관한임시조치법에 의한 재개발구역내의 주민들로 구성되는 조합으로서, 현행 지역주택조합과 동일한 제도로 이해하기는 어렵다.[6] 오히려 지금의 재개발조합과 유사한 것으로 볼 수 있다. 현재 재개발조합을 규정하고 있는 법률은 도시 및 주거환경정비법이다. 그러나 도시 및 주거환경정비법이 제정되기 전 재개발조합을 규정하고 있던 법률은 도시재개발법이었다.[7] 즉, 1980년 (구)주택건설촉진법상 지역조합의 관련 법률 및 현행 재개발조합의 근거 법률의 전신은 모두 도시재개발법이다. 또한, 조합원의 자격요건 측면에서도 유사성을 찾을 수 있다. 1980년 (구)주택건설촉진법에 따르면, 지역조합은 재개발구역내의 주민들로 구성된다.[8] 이는 현행 도시 및 주거환경정비법에 규정된 재개발조합의 조합원자격요건과 유사하다. 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합은 정비구역안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자로 구성된다.[9]

(3) 현행 '지역주택조합' 제도의 형성

현행 지역주택조합제도로 볼 수 있는 형태의 주택조합은 1987년 말에서야 비로소 형성되었다. 1987년 (구)주택건설촉진법([법률 제3998호, 1987.12.4., 일부개정])

---

5) 그 밖에도 (구)「주택건설촉진법 [시행 1980.1.4.] [법률 제3250호, 1980.1.4., 일부개정]」 제44조와 44조의2에 주택조합에 관한 관련 규정을 두었다.

6) 同旨 박환용/이상한/이인호/배구희, 앞의 논문, 82면.

7) '도시 및 주거환경정비법'은 산업화·도시화과정에서 대량공급된 노후·불량주택들을 체계적·효율적으로 정비하기 위하여 '도시재개발법·도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법' 및 '주택건설촉진법' 중 재건축관련 규정을 통합하여 제정된 법률이다.((구)「도시및주거환경정비법[시행 2003.7.1.] [법률 제6852호, 2002.12.30., 제정]」 부칙 제2조 및 제3조 참조; 「도시및주거환경정비법시행규칙[시행 2003.7.1.] [건설교통부령 제363호, 2003.7.1., 제정]」의 제정이유 참조).

8) (구)「주택건설촉진법 [시행 1980.1.4.] [법률 제3250호, 1980.1.4., 일부개정]」 제3조 제9호.

9)「도시 및 주거환경정비법」 제19조 및 제2조 제9호 가목.

은 재개발구역내의 주민들로 구성되는 것으로 규정하던 종래 지역조합에 대한 태도를 수정하여, '동일 또는 인접한 시(서울특별시 및 직할시를 포함한다)·군에 거주하는 주택이 없는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합'으로 변경하였다. 이는 도시재개발구역내의 무주택주민과 동일직장내의 무주택근로자의 경우에 한하여 설립할 수 있도록 하여 왔던 주택조합제도를 확대하여, 도시재개발구역외의 지역의 무주택주민도 주택조합을 설립할 수 있도록 그 요건을 완화한 것이었다.[10] 그러나 조합 유형의 명칭은 종전과 마찬가지로 '지역조합'이었다. 그 결과 당시 주택건설촉진법에는 주택조합의 유형이 지역조합·직장조합·재건축조합으로 구분되어 규정되어 있었다.[11]

현재와 같은 '지역주택조합'이라는 용어는 2003년에 비로소 법제화되었다. 2003년 주택건설촉진법은 변화된 경제적·사회적 여건에 맞추어 주거복지 및 주택관리 등의 부분을 보강하고, 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 전반적으로 개선·보완하기 위하여 주택법으로 개정되었다. 당시 개정 법률인 (구)「주택법([시행 2003.11.30.] [법률 제6916호, 2003.5.29., 전부개정])」 제2조 제9호 가목은 "지역주택조합 : 동일한 특별시·광역시·시 또는 군(광역시의 관할구역에 있는 군을 제외한다)에 거주하는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합"이라고 규정하였다. 이는 현행 주택법([시행 2017.3.28.] [법률 제14476호, 2016.12.27., 타법개정])」 제2조 제9호 가목에는 지역주택조합의 대상이 되는 지역으로 '군'이 규정되어 있지 않다는 점 외에는 동일하다.

3. 지역주택조합의 도입취지

주택조합제도는 공동으로 주택을 공급하고 관리하기 위한 제도로서, 1950년 덴마크를 중심으로 유럽에서 시작되었다.[12] 한국의 경우에는 공동 관리의 의미보다는 공동으로 주택을 공급하기 위한 제도로 도입되었다. 앞서 연혁에서 살펴본 바와 같이, 지역주택조합은 주택조합(1977.12)-지역조합(1980.1)-지역주택조합(2003.5.)의 과정을 거치며, 현재의 제도로 변모되어 왔다. 이는 주택시장의 상황에 대응하여 제도를 도입·변화시킨 결과이다. 70년대 말부터 주택가격 상승이 사

10) (구)「주택건설촉진법([법률 제3998호, 1987.12.4., 일부개정])」 개정이유.
11) (구)「주택건설촉진법([법률 제3998호, 1987.12.4., 일부개정])」 제3조 제9호.
12) 문상철, 주택법상 주택조합 중 지역주택조합의 활성화 방안에 대한 연구: 주택법 제18조의2 매도청구를 중심으로, 건국대학교 행정대학원 석사학위 청구논문, 2011, 16면; 박환용/이상한/이인호/배구희, 앞의 논문, 82면 참조.

회문제로 되었고, 1980년대 이후부터는 강남을 중심으로 한 주택가격 상승이 부동산 투기로 이어졌다. 주택가격 상승 및 부동산 투기 현상 속에서, 정부는 민영주택사업 이외에도 무주택자들에게 주택을 공급하기 위한 방안으로 지역주택조합제도를 도입하였다.[13]

무주택자들에게 주택을 공급하려는 기본취지는 1977년 말 주택조합이 처음 도입된 때부터 현재의 지역주택조합에 이르기까지 변함이 없다. 다만, 현행 법령은 무주택자 이외의 일정한 조건에 해당하는 1가구 주택을 소유한 자에게도 조합원이 될 수 있도록 조합원 자격을 확대해 두고 있다. 현행 주택법령은 세대주를 포함한 세대원 전원이 주택을 소유하고 있지 아니한 세대의 세대주이거나 세대주를 포함한 세대원 중 1명에 한정하여 주거전용면적 85제곱미터 이하의 주택 1채를 소유한 세대의 세대주만 지역주택조합원이 될 수 있도록 그 자격을 규정하고 있다.[14] 즉, 무주택 등의 조건을 충족한 조합원들로 하여금 주택청약통장이 없어도 신축 주택을 일반분양보다 싼 가격에 마련할 수 있도록 하는 것이 현행법령상 지역주택조합제도의 취지이다.

III. 개정전 지역주택조합제도의 문제점 검토

1. 현황상의 문제점 검토

지역주택조합의 전반적인 현황 및 문제점은 정부·지방자치단체의 자료 및 언론보도를 통해 파악할 수 있다. 특히, 지역주택조합에 대한 언론 보도는 지역주택조합의 문제점에 대한 내용이 주를 이루고 있다. 언론 보도가 지역주택조합의 문제점을 지적해 온 것은 어제 오늘의 일이 아니다.[15] 언론뿐만 아니라, 정부와 지방자치단체도 각종 자료를 통하여 지역주택조합의 문제점을 지적하고 있다.[16] 지역

13) 문상철, 앞의 논문, 16-17면; 김종보, 지역조합 사업주체의 권한과 책임, 지방자치법연구 제7권 제2호, 한국지방자치법학회, 2007, 176면; 심상후, 우리나라 주택조합제도의 개선방안 연구, 석사학위논문, 세종대학교 산업경영대학원, 2006, 25면; 김광수/조인창, 지역·직장주택조합제도의 개선방안에 관한 연구, 대한부동산학회지 제31권 제2호, 대한부동산학회, 2013, 72면.

14)「주택법」 제11조 제7항; 「주택법시행령」 제21조 제1항 제1호; 지역주택조합은 지역적 지반을 기초로 하고 있으므로, 이와 관련하여 '법령에 규정된 9개 광역생활권에 6개월 이상 계속하여 거주하여 온 사람이어야 한다'는 조건도 규정되어 있다.

15) KBS의 예를 살펴보면, 다음과 같은 기획보도를 찾을 수 있다: 취재파일K--서민 울리는 주택조합 사업, 2007, 4, 30; 똑똑한 소비자리포트--내 집 마련의 꿈 빼앗는 지역주택조합의 함정, 2015, 5. 29; KBS, 똑똑한 소비자리포트--서민 울리는 지역주택조합, 2017, 2. 10.

16) 지역주택조합의 문제점을 지적하고 있는 정부와 지방자치단체의 최근 자료 중 본 연구가 참조

주택조합의 현황에 대한 정부·지방자치단체의 자료는 언론 보도의 근거로 제시되고 있다. 이하에서는 먼저 정부와 지방자치단체의 자료 및 언론 보도를 기초로 지역주택조합의 전반적인 현황을 살펴본다. 이어서 지역주택조합 현황상의 구체적인 문제점을 분석한다.

(1) 지역주택조합제도 현황

국민권익위원회에 따르면, 2005년부터 2015년 6월까지 155건(7만5,970가구)의 지역주택조합설립인가가 이루어졌다. 그러나 이 중 34개 조합(1만4,058가구)만이 실제 입주가 이루어진 것으로 나타났다. 한편, 2015년 9월 조합원 모집 등 지역주택조합설립을 준비하고 있는 예비사업장은 126곳(9만6,084가구)으로 파악되었다. 하지만 이는 관할 행정청이 확인 가능한 경우만을 산정한 것이었다. 따라서 실제로는 이 보다 더 많은 사업장이 지역주택조합설립을 준비하고 있었던 것으로 볼 수 있다.[17] 서울시의 경우에는 2001년부터 2015년 11월까지 28개의 지역주택조합이 설립되었으며, 그 중 53%가 사업지연상태였다.[18]

국민권익위원회의 자료에 기초해 '지역주택조합설립인가 대비 입주비율'을 살펴보면, 그 비율이 약26%에 못 미친다. 대략 5개의 사업장 중 1개의 사업장만 입주를 완료한 것이다. 그러나 2010년 이후 지역주택조합사업이 현저히 증가하고 있었다는 점 및 사실상 지역주택조합설립을 준비했던 모든 예비사업장을 포함한다면, '지역주택조합추진 대비 입주비율'은 '지역주택조합설립인가 대비 입주비율'보다 현저히 떨어질 것이다.

한편, 실제 입주가 이루어진 34개 조합(1만4,058가구)에 대해서도 지역주택조합사업의 성공 여부를 입주 완료와는 별도로 판단해야 할 것이다. 주택에 입주했다는 결과는 사업의 성공여부를 판단하는 필요조건이지 충분조건은 아니다. 비록 입주가 완료되었다고 하더라도 사업기간의 준수 여부 및 추가분담금의 정도 등을 고려하여 사업의 성공 여부를 평가해야 한다. 사업기간이 계획보다 장기화됨으로써 사실상 경제적 부담이 증가되었거나 또는 고액의 추가분담금이 발생하였다면, 이는 일반분양보다 싼 가격에 주택을 마련하려는 지역주택조합제도의 취지를 달

한 자료는 담음과 같다: 국토교통부, 지역·직장주택조합제도 해설서, 2016. 12; 국민권익위원회, 서민 주거안정을 위한 지역주택조합제도 개선방안, 2015. 12. 7; 서울시 주택정책과-18331, 지역주택조합 바로알기 홍보계획, 2015. 11; 서울시 주택과-17309, 지역주택조합 주민피해 예방계획(안), 2017. 5.

17) 국민권익위원회, 앞의 자료, 7-8면.

18) 서울시 주택정책과-18331, 앞의 자료, 1면.

성하지 못한 것이므로 성공한 사업으로 평가할 수 없을 것이다. 이러한 관점에서 입주가 이루어진 34개 조합(1만4,058가구)을 평가한다면, 해당 사업장을 모두 성공한 것으로 볼 수는 없을 것이다.[19]

(2) 지역주택조합제도의 구체적인 문제점

지역주택조합제도의 구체적인 문제점은 기본적으로 정부와 지방자치단체의 자료 및 언론 보도를 통하여 확인할 수 있다. 또한, 선행연구에서도 이를 다루고 있음은 물론이다. 따라서 이들 자료를 기초로 지역주택조합의 현황상 구체적인 문제점을 도출한 후, 도출된 문제점을 지역주택조합의 추진과정에 맞추어 분류하면, 아래의 표와 같은 결과를 확인할 수 있다.[20]

<지역주택조합의 추진과정과 관련 문제점>[21]

추진과정 주요요건	문제점
토지 물색 및 선정	·이미 다른 민간사업자가 주택건설사업계획승인을 취득한 부지를 대상으로 사업을 진행함
조합추진을 위한 임의단체 구성 (가칭 지역주택조합추진위원회)	·조합추진위원장이 업무대행사를 설립하고, 업무대행사의 관계인이 조합장을 맡아 업무추진비를 무단으로 사용·횡령함(업무대행사 관련자가 추진위원장 및 조합장을 맡음) ·같은 부지에 두 개의 조합추진위원회가 존재함(조합설립추진위원회 단계에서 지자체의 감독권은 없음) ·조합원 모집에서 건설사 직원의 명의를 활용하는 등 대행사에서 허위로 조합 가입 명의를 맞춤(명의를 제공한 자는 계약금 및 업무추진비를 납부하지 않음) ·이미 조합에 가입한 조합원의 가족이 조합가입 조건을 충족하지 못했음에도 그들을 끌어들여 조합에 가입시킴
토지사용승낙서확보 (주택건설대지의	·토지사용승낙서를 전혀 확보하지 않았음에도 전부 확보한 것으로 광고·안내함

19) 예를 들어, 서울시 영등포구 신길뉴타운11구역에 지역주택조합이 추진한 R아파트는 사업 진행이 더뎌지면서 사업비가 계획한 것보다 증가되었다. 이에 시공사인 S물산은 조합원들에게 총 210억원, 개인당 평균 7,300만 원의 추가 분담금을 요구하였다. 그 결과 2015년 12월30일부터 R아파트의 입주가 시작되었지만, 추가 분담금을 내지 않은 조합원의 입주는 제한되었다. (서울경제TV, “잔금 냈는데 입주 못하다니”… ‘조합아파트 주의보’, 2016. 1. 17).

20) 지역주택조합의 문제점에 대한 구체적인 현황은 본 연구가 참조하고 있는 논문, 단행본, 정부 및 지방자치단체의 자료, 언론자료 등 모든 형태의 자료에서 도출하여 종합한 것임.

80%이상)	·확보된 일부 토지사용승낙서를 제시하면서 마치 필요한 토지사용승낙서 전부를 확보한 것으로 광고·안내함 ·계약금만 지급하여 토지사용승낙서를 받은 상태를 토지매입 완료라고 광고·안내함 ·다른 업체가 받은 건축심의를 조합추진위원회가 받은 것으로 광고·안내함 ·조합가입계약 전에는 토지사용승낙서확보 내역을 확인할 수 없다고 함. 그러나 계약 후에도 확인을 해주지 않음 ·토지소유자의 2/3의 동의를 받으면 지구단위계획을 신청할 수 있다는 것을 악용하여, 지구단위계획을 신청한 사실을 마치 토지를 확보한 것으로 광고·안내함 ·토지소유자의 토지사용승낙은 철회될 수도 있음
조합원모집(신고)	·시공예정사를 확정된 시공사로 광고·안내함 ·시공예정사는 실제 공사계약 체결전까지 어떠한 책임도 지지 않음 ·사업성 검토만 한 시공사를 마치 확정된 시공사인 것으로 광고·안내함 ·허위로 대형 시공사 브랜드의 모델하우스를 설치하여 조합원모집활동을 함 ·확정되지 않는 내용으로 구성된 모델하우스를 설치하여 조합원모집활동을 함 ·모집된 조합원 수를 허위로 광고·안내함 ·조합원모집시 발행한 기납부금환불보증서를 탈퇴신청시에는 준수하지 않음 ·이미 납부한 업무추진비의 포기를 조합탈퇴조건으로 함 ·업무추진비를 노리고 사업성이 없음에도 조합가입활동을 계속함(구 조합원의 조합가입해약은 기납부한 업무추진비의 환불 없이 처리해 주고, 다시 신규 조합원을 모집하면서 새로운 조합원으로부터 업무추진비를 또 다시 징수함) ·업무대행사가 업무추진비를 무단으로 사용함 ·비리로 인하여 업무대행사가 교체되었음에도 새로운 업무대행사는 종래 업무대행사의 행위에 대해 책임을 부담하지 않으며, 오히려 종래 업무대행사의 행태를 반복함
조합가입 및 동호수 지정	·조합원모집단계에서 약정한 동호수를 사업 진행과정에서 일방적으로 변경함.
지구단위계획수립	

대상 토지 면적의 2/3이상 토지소유자의 동의	
조합설립인가 ㉠ 20인 이상의 조합원으로 구성하되, 주택건설예정세대수의 1/2이상을 조합원으로 구성, ㉡예정주택건설대지의 80%이상의 토지사용승낙서확보 등	
조합원추가모집(승인)	
사업계획승인 ㉠ 주택건설부지의 소유권 95% 확보, ㉡ 건축심의 등	
이주 및 건축물 철거·멸실신고	
착공신고 및 분양	·착공지연
시공 및 중간검사	·공사중단
사용(준공)검사 및 입주	·입주시 고액의 추가 분담금 발생
청산 및 조합해산	

위 분석 결과와 같이, 지역주택조합제도의 현황상 문제점은 주로 조합추진을 위한 임의단체 구성단계, 토지사용승낙서확보단계, 조합원모집(신고)단계 등과 같은 사업 초기 단계에 집중되어 있음을 확인할 수 있다. 비록 착공신고 및 분양단계, 시공 및 중간검사단계, 사용(준공)검사 및 입주단계 등과 같이 사업의 마무리 단계에서도 문제가 나타나고는 있지만, 그 종류와 빈도는 사업 초기 단계에 비해 상대적으로 적게 나타나고 있다.

21) 중복되는 문제점은 ① 관련성이 더 높은 추진과정, ② 문제 발생의 보다 초기적인 원인이 되는 前 단계의 추진과정에 기재하는 것을 원칙으로 한다.

2. 인식적 관점에서의 문제점

법제도와 권리·의무주체(이하 '권리주체'라고 함) 사이에는 다양한 요소가 존재할 수 있다. 상호간의 방향성도 그 중 하나이다. 즉 제도와 권리주체 중에서 무엇이 주도적으로 다른 일방을 포섭·활용하는가를 기준으로, 제도가 주도적으로 권리주체에게 적용되는 유형과 반대로 권리주체가 스스로 제도를 활용하는 유형으로 구분할 수 있다. 지역주택조합제도의 경우에는 지역주택조합을 통하여 시세보다 저렴하게 주택을 구입하려는 권리주체가 스스로 제도에 접근하는 구조를 취하고 있다.

권리주체가 주도적으로 제도에 접근하는 유형에서는 권리주체의 대상제도에 대한 인식이 법률행위의 중요한 동기가 된다. 권리주체의 대상제도에 대한 인식 태도는 해당 제도의 수요량에 영향을 미치고, 수요량의 증감에 따라 제도로 인한 문제의 발생 및 확대 정도가 다르게 나타난다. 지역주택조합제도의 경우에는 살펴본 바와 같이 현황상 문제점에 비례하여 끊임없이 피해자가 양산되고 있는 실정이다. 권리주체가 자신의 선택에 의해 스스로 제도에 접근하는 유형임에도 피해가 계속 발생되고 있다는 사실은 권리주체가 해당 대상제도의 실체를 정확하게 인식하지 못하고 있다는 것을 반증한다. 이러한 점에서 어떠한 요소들이 제도의 수요자에게 인식적 문제를 일으키고 있는지 검토가 필요하다. 지역주택조합제도의 경우에는 특히 두 가지 문제점을 제기할 수 있다.

첫째, 지역주택조합제도에 대한 언론의 태도에 의해 인식적 관점의 문제가 발생한다. 전문가의 경우에는 언론자료뿐만 아니라 연구자료·정부자료 등 다양한 정보원을 통해 대상 제도를 이해하지만, 일반 국민은 언론에서 제공되는 정보를 중심으로 지역주택조합제도를 이해한다. 그런데 언론매체에 나타나는 지역주택조합에 대한 정보는 상반된 두 유형으로 존재한다. 하나는 지역주택조합원 모집에 대한 대대적인 광고·공고이다. 다른 하나는 지역주택조합의 문제점에 대한 보도이다. 물론 광고·공고와 보도를 동일하게 취급할 수는 없지만, 동일한 매체에 지역주택조합에 대한 광고·공고와 문제점에 대한 보도가 함께 등장하는 현실은 소비자에게 혼란을 가중시키고 있다[22]

둘째, 타 제도와의 구별에 있어 인식적 문제점이 있다. 신축 아파트 공급·취득과 관련하여, 일반 국민은 주택조합을 광의의 개념에서 이해하는 경우가 적지 않

22) 예를 들어, H신문은 2017년 5월1일부터 5월3일까지 지역주택조합의 문제점에 대해 기획보도를 한 바 있다. 한편, 보도 이후에도 동일 신문에 지역주택조합원 모집광고가 계속되었다. 이러한 상황은 위 신문사뿐만 아니라 다른 신문사에서도 찾을 수 있다.

다. 이러한 광의의 주택조합은 주택법상의 조합뿐만 아니라, 도시 및 주거환경정비법상의 조합을 포함한다. 주택조합을 광의로 파악하게 되는 원인은 해당 조합의 목적에 신규 아파트의 취득이라는 공통점이 포함된다는 점, 연혁적으로 지역주택조합의 효시가 되는 지역조합은 재개발구역내의 주민들로 구성되었었다는 사실, (구)「주택건설촉진법([법률 제3998호, 1987.12.4., 일부개정])」 제3조 제9호는 주택조합의 유형으로 지역조합·직장조합·재건축조합을 규정하고 있었다는 사실 등에서 찾아 볼 수 있다.

여기서 특히 중요한 것은 주택법상의 지역주택조합과 도시 및 주거환경정비법상의 재건축조합·재개발조합을 유사한 것으로 취급할 수 있느냐는 점이다. 이는 다시 두 가지 면에서 검토가 필요하다.

우선, 지역주택조합과 주택재건축조합·주택재개발조합의 법적 성격에 차이가 있는지 여부이다. 주택재건축조합·주택재개발조합의 근거법인 도시 및 주거환경정비법은 동법상의 조합에 대해 법인격을 부여하고 있다.[23] 판례 역시 주택재건축조합·주택재개발조합을 공법인으로 보고 있다.[24] 반면, 지역주택조합의 근거법인 주택법은 지역주택조합에 법인격을 부여하는 조항을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 판례는 주택조합에 법인격을 부여하지 않던 (구)주택건설촉진법 하에서 설립인가를 받은 재건축조합을 민법상 비법인사단(법인격 없는 사단)으로 판단 한 바 있다.[25] 이러한 태도에 따른다면, 주택법에 의해 법인격을 부여받지 않고 있는 지역주택조합의 법적 성격을 법인격 없는 사단으로 볼 수 있을 것이다.[26]

조합의 법적 성격을 공법인으로 볼 경우와 법인격 없는 사단으로 볼 경우, 실질적인 차이는 규제 및 구제의 법원리 및 강도에 있다. 공법인으로 볼 경우에는

---

23) 「도시 및 주거환경정비법」 제18조.

24) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결; 대법원 2009. 9. 24. 자 2009마168,169 결정.

25) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17924 판결 및 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2001나59776 판결: 해당 사안에서 대법원은 “연합주택조합은 각 단위주택조합이 규모가 영세하여 단독으로 아파트 건설 사업을 추진하기 어려운 관계로 공동으로 이 사건 아파트 건설 사업을 추진하기 위하여 각 단위주택조합의 조합원 전원을 구성원으로 하여 설립된 비법인사단으로서...”, “재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당하고...”라고 판시하였다. 특히, 사안의 재건축조합은 1994. 7. 12. 설립인가를 받았다. 당시의 「주택건설촉진법[시행 1994.3.1.] [법률 제4723호, 1994.1.7., 일부개정]」 제3조 제9호는 주택조합의 유형으로 지역조합·직장조합·재건축조합을 규정하고 있었으며, 동법 제47조의9는 “각 협회와 조합에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 민법중 사단법인에 관한 규정을 준용한다”고 규정하고 있었다. 이러한 상황에 기초해 지역주택조합의 성격을 법인격 없는 사단으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 판례와 같이 ‘민법상’의 법인격 없는 사단으로 보아야 하는지에 대해서는 의문이다.

26) 同旨 국토교통부, 앞의 자료, 2면; 국민권익위원회, 앞의 자료, 4면; 박환용/이상한/이인호/배구희, 앞의 논문, 83-84면.

공법관계로서 공법원리가 직접 적용되고, 강한 공적 규제와 다양한 구제수단을 활용할 여지가 상대적으로 크다. 그러나 법인격 없는 사단으로 볼 경우에는 공법인의 경우보다 약한 정도의 공적 규제와 구제수단이 적용될 것이다. 특히, 판례와 같이 조합의 성격을 민법상 법인격 없는 사단으로 볼 경우에는 행정사법관계와 유사하게 원칙적으로 사법이 적용되고, 예외적인 경우 간접적으로 공법적 원리가 적용될 수 있을 것이다.[27] 이처럼 지역주택조합과 주택재건축조합·주택재개발조합의 법적 성격상 차이는 규제 및 구제의 법원리에 영향을 미치게 된다. 따라서 양자를 유사한 제도로 파악하는 것은 타당하지 않다.

다음으로, 지역주택조합과 주택재건축조합·주택재개발조합은 사업을 추진하는 과정상의 차이가 있다.[28] 지역주택조합뿐만 아니라 주택재건축조합·주택재개발조합 모두 사업을 성공적으로 추진하기 위해 가장 기본적이면서도 중요한 것은 토지의 확보이다. 위에서 살펴본 지역주택조합의 구체적인 문제점에서도 토지확보와 관련된 사업의 어려움을 확인할 수 있다.[29] 지역주택조합이 토지확보에 어려움을 겪는 원인은 조합원 자격요건 및 사업추진 과정에서 찾을 수 있다. 지역주택조합의 경우 조합원이 반드시 해당 사업지의 토지소유자이어야 하는 것은 아니다. 따라서 토지를 확보하지 못한 상태에서 조합원을 모집한 후 조합원이 납부하는 분담금으로 장차 토지를 확보해야 한다. 사업대상 토지의 확보 과정에서 토지를 적정 가격에 적시에 확보하지 못한다면 사업의 성공을 기대하기는 어렵다. 반면, 주택재건축조합·주택재개발조합의 경우에는 비록 조합설립상 동의요건을 충족하는 데에는 어려움이 있을 수 있다하더라도, 조합원이 사업대상지의 토지소유자 등으로 구성되므로 사업대상 토지를 확보하는 것 그 자체는 상대적으로 용이하다.[30] 이처럼 사업 성공의 핵심요소인 토지매입 절차·난이도 등에 극명한 차이가 있는 만큼, 양자를 유사한 제도로 보거나 혹은 그렇게 보이도록 하는 것은 인식적 관점에서 문제가 된다.

---

27) 김백유, 행정법총론, 한성, 2016, 1686-1694면 참조.

28) 주택재건축조합·주택재개발조합 사업의 추진 과정은 '이상훈/석호영, 정비사업조합의 설립절차 및 조합승인의 법적 쟁점, 토지공법연구 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 147-155면' 참조.

29) 선행연구인 '조진희/이주형, 지역주택조합사업의 성공요인에 관한 연구, 주거환경 제14권 제2호, 한국주거환경학회, 2016, 147-157면'에서는 본 연구와 달리 토지확보를 사업성공요소로 제시하고 있지 않다. 이러한 차이점은 해당 연구와 본 연구가 서로 상이한 연구방법을 취하고 있기 때문으로 이해된다. 해당 연구는 주로 윤리적·경영적 관점에서 사업성공요인을 도출하였다. 이러한 태도는 본 연구가 위 본문 서술 부분에 대해 제도의 절차법적 관점에서 분석하고 있는 것과는 거리가 있다.

30) 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제9호; 제16조; 제19조.

IV. 지역주택조합법제의 개정 내용 및 한계

1. 개정법의 주요 내용 및 구법령과의 비교

2016년 11월 16일 국회 국토교통위원장은 '주택법 일부개정법률안(대안)'을 제안하였고, 다음 날 본회의에서 동 법률안은 가결되었다. 해당 법률안은 정부에 이송된 후 같은 해 12월 2일에 공포되어, 2017년 6월 3일부터 시행되고 있다. 이번에 개정된 주택법(법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정)의 특징은 종래 끊임없이 제기되었던 지역주택조합제도의 문제점을 해결하는 데 초점을 맞추었다는 점이다.[31] 이하에서는 그 주요 내용을 살펴보고, 개정법령을 구법령과 비교해 보기로 한다.[32] 다만, 내용의 중복을 피하기 위해 그에 대한 분석은 '2. 개정 법제의 한계'에서 함께 다루기로 한다.

(1) 주택조합의 설립 등

조합원의 조합 탈퇴 및 환급 관련 규정을 신설하였다(법 제11조 제7항부터 제9항까지).

신법령	구법령
법 제11조(주택조합의 설립 등) ⑦ 제1항에 따라 인가를 받는 주택조합의 설립방법·설립절차, 주택조합 구성원의 자격기준·제명·탈퇴 및 주택조합의 운영·관리 등에 필요한 사항과 제5항에 따른 직장주택조합의 설립요건 및 신고절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. ⑧ 제7항에도 불구하고 조합원은 조합규약으로 정하는 바에 따라 조합에 탈퇴 의사를 알리고 탈퇴할 수 있다. ⑨ 탈퇴한 조합원(제명된 조합원을 포함한다)	법 제11조(주택조합의 설립 등) ⑦ 제1항에 따라 인가를 받는 주택조합의 설립방법·설립절차, 주택조합 구성원의 자격기준 및 주택조합의 운영·관리 등에 필요한 사항과 제5항에 따른 직장주택조합의 설립요건 및 신고절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 제63조제1항에 따른 투기과열지구에서 제1항에 따라 설립인가를 받은 지역주택조합이 구성원을 선정하는 경우에는 신청서의 접수 순서에 따라 조합원의 지위를 인정하여서는 아니 된다.

31) 국토교통위원장이 제안한 주택법 일부개정법률안(대안)의 제안이유를 살펴보면, "주택조합 설립을 위해 조합원을 모집하고자 하는 경우 시장·군수·구청장에게 신고한 후 공개모집하고 조합가입 신청자에게 관련 정보를 공개하도록 하며, 조합 탈퇴 및 비용 환급에 관한 규정을 신설하고, 그 밖에 업무대행사의 업무범위 구체화, 손해배상책임 명시 및 시공 보증 의무화 등을 통하여 주택조합 운영의 투명성을 제고하고 조합원의 권익을 보호하려는 것임"을 밝히고 있다. (제안자: 국토교통위원장, 주택법 일부개정법률안(대안), 의안번호-3641, 2016. 11).

32) 개정법의 주요 내용은 「주택법([시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정])」의 '제·개정이유서'를 참조한다. 신구법의 비교는 논의를 위해 필요한 조항만 기재하며, 필요한 경우 그 주요 내용에 밑줄을 표시한다. 또한, 구법령의 배치는 본래의 조항 순서를 따르지 않고 신법령의 내용에 맞추어서 배치한다.

은 조합규약으로 정하는 바에 따라 부담한 비용의 환급을 청구할 수 있다.	

(2) 주택조합업무의 대행 등

업무대행자가 주택조합의 업무를 대행할 수 있는 범위를 조합원 모집, 토지확보, 조합설립인가 신청 업무 등으로 구체화하고, 업무대행자의 귀책사유로 인한 조합 또는 조합원의 피해에 대하여 업무대행자에게 손해배상책임을 부여하였으며, 국토교통부장관은 표준업무대행계약서를 작성·보급할 수 있도록 하였다(법 제11조의2).

신법령	구법령
법 제11조의2(주택조합업무의 대행 등) ① 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다) 및 그 조합의 구성원(주택조합의 발기인을 포함한다)은 조합원 가입 알선 등 주택조합의 업무를 제5조제2항에 따른 공동사업주체인 등록사업자 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게만 대행하도록 하여야 한다. 1. 등록사업자 2. 「공인중개사법」 제9조에 따른 중개업자 3. 「도시 및 주거환경정비법」 제69조에 따른 정비사업전문관리업자 4. 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」 제4조에 따른 등록사업자 5. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자 6. 그 밖에 다른 법률에 따라 등록한 자로서 대통령령으로 정하는 자 ② 제1항에 따른 업무대행자의 업무범위는 다음 각 호와 같다. 1. 조합원 모집, 토지 확보, 조합설립인가 신청 등 조합설립을 위한 업무의 대행 2. 사업성 검토 및 사업계획서 작성업무의 대행 3. 설계자 및 시공자 선정에 관한 업무의 지원 4. 제15조에 따른 사업계획승인 신청 등 사업계획승인을 위한 업무의 대행 5. 그 밖에 총회의 운영업무 지원 등 국토교통	법 제11조(주택조합의 설립 등) ⑧ 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다) 및 그 조합의 구성원(주택조합의 발기인을 포함한다)은 조합원 가입 알선 등 주택조합의 업무를 제5조제2항에 따른 공동사업주체인 등록사업자 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게만 대행하도록 하여야 한다. 1. 제4조에 따른 등록사업자 2. 「공인중개사법」 제9조에 따른 중개업자 3. 「도시 및 주거환경정비법」 제69조에 따른 정비사업전문관리업자 4. 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」 제4조에 따른 등록사업자 5. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자 6. 그 밖에 다른 법률에 따라 등록한 자로서 대통령령으로 정하는 자 ④ 제5조제2항에 따라 주택조합과 등록사업자가 공동으로 사업을 시행하면서 시공할 경우 등록사업자는 시공자로서의 책임뿐만 아니라 자신

부령으로 정하는 사항 ③ 제1항 및 제2항에 따라 주택조합의 업무를 대행하는 자는 신의에 따라 성실하게 업무를 수행하여야 하고, 거짓 또는 과장 등의 방법으로 주택조합의 가입을 알선하여서는 아니 되며, 자신의 귀책사유로 조합 또는 조합원에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. ④ 국토교통부장관은 주택조합의 원활한 사업 추진 및 조합원의 권리 보호를 위하여 공정거래위원회 위원장과 협의를 거쳐 표준업무대행계약서를 작성·보급할 수 있다.	의 귀책사유로 사업 추진이 불가능하게 되거나 지연됨으로 인하여 조합원에게 입힌 손해를 배상할 책임이 있다. ⑨ 제8항에 따라 주택조합의 업무를 대행하는 자는 거짓 또는 과장 등의 방법으로 주택조합의 가입을 알선하여서는 아니 된다.

(3) 조합원 모집 신고 및 공개모집

지역주택조합의 설립 인가를 받거나 인가받은 내용을 변경하기 위하여 조합원을 모집하려는 경우에는 해당 시장·군수·구청장에게 신고한 후 공개모집하도록 하되, 이미 조합원 모집 신고된 사업대지와 중복되는 등 일정한 경우에는 그 신고 수리를 거부할 수 있도록 하며, 공개모집 이후 조합원 탈퇴 등으로 인한 결원을 충원하거나 미달된 조합원을 재모집하는 경우에는 선착순의 방법으로 조합원을 모집할 수 있도록 하였다(법 제11조의3 및 시행규칙 제7조의3).

신법령	대응되는 구법령 없음
법 제11조의3(조합원 모집 신고 및 공개모집) ① 제11조제1항에 따라 지역주택조합 또는 직장주택조합의 설립인가를 받거나 인가받은 내용을 변경하기 위하여 조합원을 모집하려는 자는 관할 시장·군수·구청장에게 신고하고, 공개모집의 방법으로 조합원을 모집하여야 한다. 조합 설립인가를 받기 전에 신고한 내용을 변경하는 경우에도 또한 같다. ② 제1항에도 불구하고 공개모집 이후 조합원의 사망·자격상실·탈퇴 등으로 인한 결원을 충원하거나 미달된 조합원을 재모집하는 경우에는 신고하지 아니하고 선착순의 방법으로 조합원을 모집할 수 있다. ③ 제1항에 따른 모집 시기, 모집 방법 및 모집 절차 등 조합원 모집의 신고, 공개모집 및 조합 가입 신청자에 대한 정보 공개 등에 필요한	**<참조>** 주택법 시행규칙([시행 2017.6.3.] [국토교통부령 제425호, 2017.6.2., 일부개정]) 제7조의3 ① 법 제11조의3제1항에 따라 조합원 모집

사항은 국토교통부령으로 정한다. ④ 제1항에 따라 신고를 받은 시장·군수·구청장은 신고내용이 이 법에 적합한 경우에는 신고를 수리하고 그 사실을 신고인에게 통보하여야 한다. ⑤ 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조합원 모집 신고를 수리할 수 없다. 1. 이미 신고된 사업대지와 전부 또는 일부가 중복되는 경우 2. 이미 수립되었거나 수립 예정인 도시·군계획, 이미 수립된 토지이용계획 또는 이 법이나 관계 법령에 따른 건축기준 및 건축제한 등에 따라 해당 주택건설대지에 조합주택을 건설할 수 없는 경우 3. 제11조의2제1항에 따라 조합업무를 대행할 수 있는 자가 아닌 자와 업무대행계약을 체결한 경우 등 신고내용이 법령에 위반되는 경우 4. 신고한 내용이 사실과 다른 경우	신고를 하려는 자는 별지 제11호의2서식의 신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 관할 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. 1. 조합 발기인 명단 등 조합원 모집 주체에 관한 자료 2. 주택건설예정지의 지번·지목·등기명의자 및 도시·군관리계획상의 용도 3. 다음 각 목의 사항이 모두 포함된 조합원 모집공고안 가. 주택 건설·공급 계획 등이 포함된 사업의 개요 나. 토지확보 현황(확보면적, 확보비율 등을 말한다) 및 계획과 이를 증명할 수 있는 토지사용승낙서 등의 자료 다. 조합 자금관리의 주체 및 계획 4. 조합가입 신청서 및 계약서의 서식 5. 법 제11조의2제1항에 따른 업무대행자를 선정한 경우에는 업무대행계약서

(4) 조합원 모집 신고 및 공개모집 위반에 대한 벌칙

지역주택조합의 조합원을 신고하지 않고 모집하거나 공개모집하지 않는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금을 부과하도록 하였다(법 제102조 제2호).

신법령	대응되는 구법령 없음
법 제102조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 제5호 또는 제18호에 해당하는 자로서 그 위반행위로 얻은 이익의 50퍼센트에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 자는 2년 이하의 징역 또는 그 이익의 2배에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다. 2. 제11조의3제1항을 위반하여 신고하지 아니하고 조합원을 모집하거나 조합원을 공개로 모집하지 아니한 자	

(5) 주택조합사업의 시공보증

주택조합이 공동사업주체인 시공자를 선정한 경우에는 그 시공자가 국토교통부령이 정하는 기관의 시공보증서를 주택조합에 제출하도록 하고, 사업계획승인권자가 착공신고를 받는 경우 이의 제출여부를 확인하도록 하여 시공자의 파산 등

으로 인한 조합원 피해를 방지하고자 하였다(법 제14조의2).

신법령	대응되는 구법령 없음
법 제14조의2(주택조합사업의 시공보증) ① 주택조합이 공동사업주체인 시공자를 선정한 경우 그 시공자는 공사의 시공보증(시공자가 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 보증기관에서 시공자를 대신하여 계약이행의무를 부담하거나 총 공사금액의 50퍼센트 이하에서 대통령령으로 정하는 비율 이상의 범위에서 주택조합이 정하는 금액을 납부할 것을 보증하는 것을 말한다)을 위하여 국토교통부령으로 정하는 기관의 시공보증서를 조합에 제출하여야 한다. ② 제15조에 따른 사업계획승인권자는 제16조제2항에 따른 착공신고를 받는 경우에는 제1항에 따른 시공보증서 제출 여부를 확인하여야 한다.	

(6) 신설 법제의 적용례 및 경과조치 등에 대한 부칙 규정

새롭게 규정된 '조합 탈퇴 및 환급 청구 등'에 관한 규정은 신법 시행 후 최초로 주택조합설립인가를 받아 설립된 주택조합부터 적용되고(법 부칙 제2조), '주택조합업무의 대행'에 관한' 신설 규정은 신법 시행 후 주택조합 업무대행 계약을 체결하는 경우부터 적용된다(법 부칙 제3조). 한편, '조합원 모집 신고 및 공개모집'에 관한 규정은 신법 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 한 경우 또는 신법 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 하기 위하여 일간신문에 조합원 모집 공고를 하여 조합원을 모집한 경우에 대해서는 적용하지 않는다(법 부칙 제4조).[33]

신법령
법 부칙 제2조(조합 탈퇴 및 환급 청구 등에 관한 적용례) 제11조제7항부터 제9항까지의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 같은 조 제1항에 따라 주택조합설립인가(변경 인가를 포함한다. 이하 같다)를 받아 설립된 주택조합부터 적용한다. 제3조(주택조합업무의 대행에 관한 적용례) 제11조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 주택조합 업무대행 계약을 체결하는 경우부터 적용한다. 제4조(조합원 모집 신고 및 공개모집에 관한 경과조치) 제11조의3의 개정규정에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 종전의 규정에 따른다. 1. 이 법 시행일 이전에 제11조제1항에 따라 주택조합설립인가 신청을 한 경우 2. 이 법 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 하기 위하여 일간신문에 조합원 모집 공고를 하여 조합원을 모집한 경우

33) 이 밖에도 개정법 부칙 제5조는 벌칙에 관한 경과조치를 규정하고 있다.

2. 개정법의 한계

(1) 현황상 문제점 해결과 한계

지역주택조합의 현황상 문제점은 조합추진을 위한 임의단체 구성단계, 토지사용승낙서확보단계, 조합원모집(신고)단계 등과 같은 사업초기단계에 집중되어 있다. 이에 대응되는 개정 법제의 내용은 ① 조합원의 조합 탈퇴 및 환급 관련 규정을 신설(이하 '①'로 표기함), ② 업무대행자가 주택조합의 업무를 대행할 수 있는 범위를 구체화하고, 업무대행자의 귀책사유로 인한 조합 또는 조합원의 피해에 대하여 업무대행자에게 손해배상책임을 부여하며, 국토교통부장관은 표준업무대행계약서를 작성·보급할 수 있도록 규정을 신설(이하 '②'로 표기함), ③ 조합원을 모집하려는 경우에는 해당 시장·군수·구청장에게 신고한 후 공개모집하도록 하되, 이미 조합원 모집 신고된 사업대지와 중복되는 등 일정한 경우에는 그 신고수리를 거부할 수 있도록 하며, 공개모집 이후 조합원 탈퇴 등으로 인한 결원을 충원하거나 미달된 조합원을 재모집하는 경우에는 선착순의 방법으로 조합원을 모집할 수 있도록 규정, 그리고 신고하지 아니하고 조합원을 모집하거나 조합원을 공개로 모집하는 경우에 대한 벌칙을 신설(이하 '③'으로 표기함) 등이다. 이하에서는 각 경우에 대해 앞서 논의한 '개정전 지역주택조합제도의 문제점 검토' 및 '개정 법제의 주요 내용 및 구법령과의 비교'에 기초하여, 개정 법제의 의의 및 한계에 대해 살펴보기로 한다.

1) ①의 개정 의의와 한계

개정법은 조합원이 조합규약으로 정하는 바에 따라 조합을 탈퇴할 수 있도록 하고, 탈퇴한 조합원(제명된 조합원을 포함한다)은 조합규약으로 정하는 바에 따라 부담한 비용의 환급을 청구할 수 있도록 관련 제도를 명문화한 점에서 큰 의의가 있다.[34] 이는 구법 하에서 법제의 공백이 있었던 부분으로 반드시 명문화가 필요했던 내용이라 할 것이다. 다만, 해당 개정 내용이 실질적으로 종래의 현황상 문제들을 해결할 수 있는지 여부, 즉 그 효용을 판단하는 것은 다른 측면에서 검토가 필요하다. 특히, 효용을 판단하기 위해서는 개정 내용이 대응하고자 하는 문제의 발생 상황을 점검해 볼 필요가 있다. 종래 조합원 탈퇴와 환급이 문제된 중요한 원인이 관련 제도의 공백이었다면, 개정법의 효용이 인정될 것이다. 그러나

34) 「주택법」 제11조 제8항 및 제9항.

종래에도 조합가입신청서에 조합탈퇴가 인정되어 있었고, 조합원모집시 기납부금 환불보증서의 발행이 있었음에도 조합원 탈퇴와 환급 문제는 끊이지 않았다. 이러한 상황을 고려한다면, "조합규약으로 정하는 바에 따라 조합에 탈퇴 의사를 알리고 탈퇴할 수 있다. …(중략)… 조합규약으로 정하는 바에 따라 부담한 비용의 환급을 청구할 수 있다"는 명문화를 통하여 실질적으로 현황상 문제점을 해결할 수 있을지 의문이다.

2) ②의 개정 의의와 한계

개정법은 업무대행자의 업무대행 범위 구체화, 업무대행자에게 손해배상책임 부여, 국토교통부장관의 표준업무대행계약서 작성・보급 등을 신설하였다.[35] 이는 허위모집, 업무추진비의 무단사용, 업무대행사의 책임 회피 등 조합원모집과정에서 발생하는 문제에 대응하는 조치이다. 조합원모집과정상의 문제점 중 상당부분이 업무대행자의 행위와 관련되어 있다는 점에서 ②의 개정 내용은 의의가 있다. 다만, 업무대행자의 업무대행 범위 구체화는 대부분 종래 업무대행자의 업무대행 사무를 명시한 것이라는 점, 구법 제11조 제8항과 민법을 고려할 때 업무대행자의 손해배상책임은 새로운 내용이 아니라는 점, 표준업무대행계약서 작성·보급은 사전적 구제수단의 일환인데 반해 업무대행사의 횡포의 원인이 계약서의 내용적 부실보다는 경제적인 책임을 방임하는 업무대행사의 사후적으로 태도에 기인한다는 점 등에서 ②의 개정 내용은 한계가 있다.

3) ③의 개정 의의와 한계

개정법은 조합원을 모집하려는 경우 신고한 후 공개모집하도록 하되, 이미 조합원 모집 신고된 사업대지와 중복되는 등 일정한 경우에는 그 신고 수리를 거부할 수 있도록 하며, 조합원을 재모집하는 경우에는 선착순의 방법으로 조합원을 모집할 수 있도록 새롭게 규정하였다.[36] 또한, 신고하지 아니하고 조합원을 모집하거나 조합원을 공개로 모집하는 경우에 대한 벌칙을 신설하였다.[37] 특히, 개정 「주택법 시행규칙([시행 2017.6.3.] [국토교통부령 제425호, 2017.6.2., 일부개정])」에서는 '토지확보 현황(확보면적, 확보비율 등을 말한다) 및 계획과 이를 증명

35) 「주택법」 제11조의2.
36) 「주택법」 제11조의3.
37) 「주택법」 제102조.

할 수 있는 토지사용승낙서 등의 자료'를 조합원 모집 신고를 하려는 자가 제출하도록 규정하고 있다.[38]

조합원모집은 지역주택사업을 추진하기 위한 인적 요소를 확보하는 것이다. 조합원이 사업비를 부담하므로 조합원모집은 사업비의 충당과도 깊은 관계가 있다. 조합원이 부담하는 사업비의 일부는 지역주택조합사업을 추진하기 위한 물적 요소인 사업대상토지의 소유권 확보에 사용된다. 따라서 지역주택조합사업의 초기 단계에서 발생하는 문제의 상당부분은 조합원모집과 직접적으로 관련되어 있다. 조합원모집을 피해발생과정의 관점에서 본다면, 조합원모집은 일반적·추상적으로 존재하던 지역주택조합사업의 피해에 대한 우려가 개별적·구체적으로 전환되는 단계이다. 이처럼 중요한 과정에 대해 개정법은 조합원모집신고를 행정요건적 공법행위로서 신고제도로 규정하는 등 공법적 규제를 새롭게 도입하였다. 또한, 그 위반에 대해서는 벌칙을 규정하여 신규 제도의 실효성을 확보하고 있다. 따라서 이러한 개정은 종래 조합설립전 단계에서 행정청이 관여할 여지가 없음으로 인해 발생되었던 현황상 문제를 해결하는 데 효과적이라 할 것이다.

무엇보다도 토지확보와 관련된 자료를 의무적으로 제출하도록 하고 있는 것은 지역주택조합 피해가 발생되는 가장 큰 원인을 해결하는 데 기여할 것으로 보인다. 종래에는 행정청이 토지사용승낙서와 관련된 자료를 확보할 공법적 수단이 없어 계속되는 피해 발생에도 이를 방지할 방법이 없었다.[39] 그 밖에도 이미 신고된 사업대지와 전부 또는 일부가 중복되는 경우, 이미 수립되었거나 수립 예정인 행정계획 또는 관련 법령에 따른 건축기준 및 건축제한 등에 따라 해당 주택건설대지에 조합주택을 건설할 수 없는 경우, 조합업무를 대행할 수 있는 자가 아닌 자와 업무대행계약을 체결한 경우 등 신고내용이 법령에 위반되는 경우, 신고한 내용이 사실과 다른 경우 등에 대해서는 행정청이 조합원 모집신고의 수리를 거부할 수 있으므로 이와 관련된 현황상 문제점들이 상당부분 해소될 것으로 예상된다.

그러나 '토지확보 현황(확보면적, 확보비율 등을 말한다) 및 계획과 이를 증명할 수 있는 토지사용승낙서 등의 자료' 중에서 '계획과 이를 증명할 수 있는 토지사용승낙서'는 그 자체가 토지소유권의 확보를 의미하는 것은 아니다. 특히, 토지소유자의 토지사용승낙은 계약금 지급이후 중도금과 잔금지급과정에서 철회될 가

38) 「주택법 시행규칙」 제7조의3.
39) KBS, 똑똑한 소비자리포트--내 집 마련의 꿈 빼앗는 지역주택조합의 함정, 2015, 5. 29.

능성이 있는 것이다.[40] 또한, 개정법은 조합원모집신고를 행정요건적 공법행위로서 신고로 규정하고 있는데, 이에 대해서는 시장·군수·구청장이 신고의 수리여부를 제대로 판단할 수 있을지에 대한 우려가 있다.[41] 또는 그 반대로 행정요건적 공법행위로서 신고를 판례·다수설 및 실무의 관행처럼 허가제로 운영하면서, 조합원 모집신고에 대해 엄격한 실질적 심사가 이루어질 경우에는 지역주택조합제도의 활용률이 감소할 염려가 있다.[42] 다만, 이러한 한계는 행정청의 법집행 태도에 따라 조정될 수 있을 것이다.

4) 그 밖의 문제점 해결과 한계

위에서 살펴본 ①~③ 외에도 개정법은 주택조합사업의 시공보증, 조합원 모집신고 및 공개모집에 관한 경과조치 등을 규정하고 있다. 이 중 주택조합사업의 시공보증은 현황상 문제점을 해결하기 위한 개정이다. 개정법은 주택조합이 공동사업주체인 시공자를 선정한 경우 그 시공자가 시공보증서를 주택조합에 제출하도록 하고, 사업계획승인권자가 착공신고를 받는 경우 이에 대한 제출여부를 확인하도록 하고 있다.[43] 비록 관련 문제점이 본 연구의 현황상 문제점 분석에서는 주요 문제로 나타나지는 않았지만, 동 내용은 시공자의 파산 등으로 인한 조합원 피해를 방지하는데 의의가 있다.[44] 다만, 동 규정으로는 본 연구에서 나타났던 시공예정사를 확정된 시공사로 광고·안내하는 문제, 시공예정사는 실제 공사계약 체결전까지 어떠한 책임도 부담하지 않는 문제를 여전히 보완할 수 없는 한계가 있다.

(2) 인식적 문제점 해결과 한계

지역주택조합제도와 권리주체의 관계에서, 권리주체는 시세보다 저렴하게 주택을 구입하려는 목적으로 동 제도의 활용을 스스로 선택한다. 그러나 제도의 활용이 강제되는 것이 아님에도 그로 인한 피해가 속출하고 있다. 이러한 상황은 권

---

40) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014두41190 판결 참조.

41) 이종원 서울시 부동산취득세 자문위원은 서류만 보고 지자체 장이 어떻게 사업추진 가능성을 판단할 수 있겠느냐는 의견을 제시하였다.(한국일보, 앞의 보도, 19면).

42) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2012, 120-121면; 정연부, 신고의 유형과 수리거부의 대상적격-건축신고에 대한 판례를 바탕으로-, 성균관법학 제27권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2015, 227-282면.

43) 「주택법」 제14조의2.

44) 「주택법([시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정])」 제·개정이유서 참조.

리주체의 지역주택조합제도에 대한 인식에 문제가 있다는 것을 의미한다. 앞서 본 연구는 언론매체에서 나타나는 지역주택조합의 광고·공고로 인한 인식상의 문제점, 주택조합을 광의의 개념에서 이해한 결과 지역주택조합과 재건축조합·재개발조합을 유사한 것으로 인식하는 문제점 등을 지적하였다. 그러나 이번 주택법 개정 내용에는 인식적 문제점을 해소하기 위한 규정은 보이지 않는다.

물론 인식적 문제를 모두 법제도적으로 해결해야만 하는 것은 아니다. 법제도적 수단 외에도 비권력적 행정작용을 통하여 인식을 개선할 수도 있다. 지역주택조합의 피해를 막기 위해 관련 행정기관이 다양한 대국민 프로그램을 실행하고 있는 것을 예로 들 수 있다.[45] 그러나 대국민 교육·홍보와 같은 비권력적 수단은 강제력 있는 법제적 수단에 비해 효과의 즉시성·직접성이 떨어진다. 또한, 인식적 문제의 성격에 따라서는 법제도적 개선이 강하게 요구되는 경우도 있다. 특히, 지역주택조합과 재건축조합·재개발조합을 유사한 것으로 인식하는 문제점이 그러하다. 비록 신축 주택마련이라는 목적적 유사성 및 같은 범주에서 취급된 연혁을 가지고 있지만, 현행 법제에서는 지역주택조합이 재건축조합·재개발조합과 유사한 것으로 인식되어서는 안 될 것이다. 이 문제를 해결하는 가장 직접적인 방법은 명칭의 유사성을 제거하는 것이다. 명칭의 사용을 제한하는 것 역시 공법적 규제의 한 유형이다. 예를 들어, 「도시 및 주거환경정비법」 제18조 제3항은 “조합은 그 명칭 중에 ‘정비사업조합’이라는 문자를 사용하여야 한다”고 규정하여 명칭의 사용을 제한하고 있다. 지역주택조합의 명칭에 대해서도 이를 참조하여 재건축조합·재개발조합과의 유사성을 인위적으로 제거한다면, 인식적 문제점을 완화할 수 있을 것이다. 그러나 이번 개정에는 인식적 문제를 해소하기 위한 법제적 방안은 보이지 않는다.

V. 논의를 마치며: 개정법의 적용범위에 대한 보론

개정법 부칙은 ‘조합 탈퇴 및 환급 청구 등’, ‘주택조합업무의 대행’, ‘조합원 모집 신고 및 공개모집’ 등 신설 규정의 적용을 제한하고 있다. 동 부칙에 따르면, 조합 탈퇴 및 환급 청구 등에 관한 규정(제11조 제7항부터 제9항까지)은 신법 시행 후 최초로 주택조합설립인가를 받아 설립된 주택조합부터 적용되며[46], 주택조

45) 서울시 주택정책과-18331, 앞의 자료; 서울시 주택과-17309, 지역주택조합 주민피해 예방계획(안), 2017. 5.

합업무의 대행에 관한 신설 규정(제11조의2)은 신법 시행 후 주택조합 업무대행 계약을 체결하는 경우부터 적용되도록 제한하고 있다.[47] 한편, 개정 법률의 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 한 경우 또는 신법 시행일 이전에 주택조합 설립인가 신청을 하기 위하여 일간신문에 조합원 모집 공고를 하여 조합원을 모집한 경우에 대해서는 조합원 모집 신고 및 공개모집에 관한 개정법 규정(제11조의3)을 적용하지 않도록 하고 있다.[48]

신설 법제의 적용례 및 경과조치 등을 규정하고 있는 부칙 등과 같이 개정법의 적용이 제한되는 경우에는 두 가지 측면에서 문제를 제기할 수 있다. 하나는 개정 법조항의 적용 배제가 종래의 문제 개선에 기여하는지에 대한 효용성의 문제이다. 다른 하나는 개정 법조항의 적용 배제가 법리에 부합하는지에 대한 적법성 문제이다.[49] 전자와 관련하여, 이번 개정법의 적용이 제한되는 것은 현재의 피해를 외면하는 적절하지 않은 개선책이라는 견해가 있다.[50] 이번 개정의 출발점은 종래 발생된 현황상 문제가 심각하다는 인식이라는 점, 특히 부칙에서 일정한 경우 적용을 제한하고 있는 신설 제도는 개정법의 핵심 내용이라는 점, 결과적으로 이번 개정으로 종래의 문제를 해결할 수 없게 된다는 점 등에서 이러한 지적은 타당하다.

개정법 부칙에 대한 평가는 효용성뿐만 아니라 법리적 관점에서 그 적법성 역시 검토되어야 한다. 법령의 제정·개정에는 소급입법금지의 원칙이 적용된다. 과거에 이미 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 진정소급입법은 시혜적 내용이 아닌 한 원칙적으로 금지된다.[51] 반면 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 않고 현재 진행 중인 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 인정된다.[52] 따라서 부칙에 의해 그 적용이 제한되는 신설 법제가 시혜적 내용이 아닌 경우에 있어, 신설 법제의 적용이 제한되는 대상이 이미 완성된 사실 또는 법률관계라면, 위 부칙은 소급입법금지의 원칙을 준수

46) 「주택법」 부칙 제2조.
47) 「주택법」 부칙 제3조.
48) 「주택법」 부칙 제4조.
49) 이러한 문제는 적용례 및 경과조치 등을 규정하고 있는 부칙뿐만 아니라 개정법 전반에 적용되는 논의이지만, 이하에서는 부칙을 중심으로 논의하기로 한다.
50) 심교언 건국대 부동산학과 교수는 개정법의 적용과 관련하여 현재의 피해자를 외면하는 이번 개선책은 적절하지 않으며, 법이 개정되기 전에 설립된 지역주택조합에 대해서도 개정법을 소급 적용하는 방안을 고려해야 한다는 의견을 제시하였다.(한국일보, 앞의 보도, 19면).
51) 대판 2005. 5. 13, 2004다8630; 김백유, 앞의 책, 247-248면.
52) 김백유, 앞의 책, 247-248면.

하고 있는 적법한 규율이 된다.

부칙의 적용례 및 경과조치 등에 이러한 법리를 적용해보면, 우선 부칙이 그 적용을 제한하고 있는 조합 탈퇴 및 환급 청구, 주택조합업무의 대행, 조합원 모집 신고 및 공개모집 등은 수범자에게 의무를 부과하는 것으로서 시혜적 내용이 아니다. 다음으로 조합 탈퇴 및 환급 청구, 주택조합업무의 대행, 조합원 모집 신고 및 공개모집 등의 단계가 이미 완료된 경우에 대해서도 해당 신설 규정이 적용된다면 이는 진정소급입법금지의 원칙에 반하게 된다. 그런데 부칙 제2조·제3조·제4조는 각각 해당 규정이 규율 대상으로 삼는 단계가 종료된 상황에 대해 신설 조문의 적용을 배제하고 있다. 해당 신설 제도의 본 조문도 동일한 태도를 취하고 있다.[53]

결론적으로 부칙의 적용례 및 경과조치 등에 따라 개정법의 핵심 내용이 종래 발생된 문제에 적용되지 못하여 그 효용성이 감소되는 한계가 있지만, 부칙의 이러한 태도는 법리적으로 진정소급입법금지의 원칙을 준수하고 있는 것으로서, 적법성을 확보하기 위한 불가피한 규정으로 평가되어야 할 것이다. 한편, 이와 같은 평가는 해당 신설 제도의 조문에도 그대로 적용된다고 할 것이다. 즉, 지역주택조

53) 부칙 제2조는 조합 탈퇴 및 환급 청구 등에 관한 규정(제11조 제7항부터 제9항까지)이 신법 시행 후 최초로 주택조합설립인가를 받아 설립된 주택조합부터 적용되도록 규정하고 있다. 만약 주택조합설립인가를 이미 받은 경우에 대해 조합 탈퇴 및 환급 청구 등의 규정을 적용한다면 이는 진정소급입법금지의 원칙에 위반될 염려가 있다. 동법 제11조 제7항부터 제9항 역시 진정소급입법금지의 원칙을 준수하고 있다. 개정법 제11조 제7항은 “인가를 받는 주택조합”이라고 하여 조합이 아직 인가를 받기 전임을 전제로 하고 있다. 또한 동조 제8항은 제7항을 전제로 하고 있으며, 제9항은 제8항을 전제로 삼고 있다. 부칙 제3조는 주택조합업무의 대행에 관한 신설 규정(제11조의2)을 신법 시행 후 주택조합 업무대행 계약을 체결하는 경우부터 적용하도록 제한하고 있다. 즉, 신법 시행 전 주택조합 업무대행 계약을 이미 체결한 경우에는 적용되지 않는다. 만약 신법 시행 전에 주택조합 업무대행 계약을 체결한 경우에 대해 동조를 적용한다면 이는 진정소급입법금지의 원칙에 반할 위험이 있다. 동법 제11조의2 역시 진정소급입법금지의 원칙을 준수하고 있다. 동조 제1항 및 제4항은 주택조합과 업무대행사의 계약 체결 과정을 전제로 규정하고 있다. 한편 제2항은 제1항을 전제로, 제3항은 제1항 및 제2항을 전제로 규정하고 있다. 즉, 동조는 전체적으로 주택조합과 업무대행사가 계약을 체결하기 전 상황을 전제로 규정하고 있는 것이다. 부칙 제4조는 조합원 모집 신고 및 공개모집에 관한 규정(제11조의3)을 개정 법률의 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 한 경우 또는 신법 시행일 이전에 주택조합설립인가 신청을 하기 위하여 일간신문에 조합원 모집 공고를 하여 조합원을 모집한 경우에 대해서는 적용하지 않도록 규정하고 있다. 만약 신법 시행일 이전에 이미 일간신문에 조합원 모집 공고를 하여 조합원을 모집한 경우에 대해 동조를 적용한다면, 이는 진정소급입법금지의 원칙에 위반될 수 있다. 또한, 개정 법률의 시행일 이전에 주택조합설립인가를 신청한 경우 역시 이미 조합원 모집이 종료된 단계이므로, 이에 대해 동조를 적용한다면 진정소급입법금지의 원칙에 위반될 소지가 있다. 동법 제11조의3역시 진정소급입법금지의 원칙을 준수하고 있다. 동조는 조합원을 모집하려는 경우 일정 내용을 신고하고, 공개모집하여야 하며, 행정청의 수리가 있어야 한다는 내용이다. 즉, 그 내용은 모두 조합원 모집이 개시되지 않은 상황임을 전제로 하고 있다.

합제도의 문제점을 해결하기 위하여 제도를 대대적으로 정비한다고 하더라도 진정소급입법금지의 원칙상 그 효과는 전면적이지 못하는 한계가 있다. 그러나 개정법이 시행된 이후의 사례에 대해서는 더 이상은 종래와 같은 문제가 발생해서는 안 될 것이다.

만약 개정법의 시행에도 불구하고 종래와 같이 지역주택조합제도의 문제가 계속된다면, 이제 두 가지의 선택지만 남게 될 것이다. 하나는 전폭적인 개정을 통해 매우 엄격한 규제와 그에 대한 강한 통제권을 행정청에게 부여하는 것이다. 그러나 이 경우 지역주택조합제도가 사실상 형해화될 우려가 있다. 다른 하나는 지역주택조합제도의 폐지를 검토하는 것이다. 주택 보급률이 2015년 통계상 102.3%를 넘었다.[54] 따라서 주택보급률을 높이고자 했던 지역주택조합의 취지는 상당히 퇴색되었다. 또한, 지역주택조합의 연혁 및 현실을 고려한다면 주택재건축·재개발 사업의 일반분양제도 통해 서민에게 주택을 공급하는 방안을 모색할 수도 있을 것이다. 이러한 점을 함께 고려한다면, 지역주택조합제도를 반드시 공법상의 제도로 유지해야 만할 절대적인 이유를 찾기는 쉽지 않다.

54) e-나라지표, 주택보급률, 최종검색: 2017. 07. 04.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

정 연 부

주택법, 지역주택조합, 지역주택조합제도의 문제점, 지역주택조합법제의 개정, 지역주택조합법제 개정의 한계

【참 고 문 헌】

김백유, 행정법총론, 한성, 2016.

박균성, 행정법강의, 박영사, 2012.

법률연구회 편, 지역·직장 주택조합의 이해, 법률정보센터, 2016.

김광수/조인창, 지역·직장주택조합제도의 개선방안에 관한 연구, 대한부동산학회지 제31권 제2호, 대한부동산학회, 2013.

김종보, 지역조합 사업주체의 권한과 책임, 지방자치법연구 제7권 제2호, 한국지방자치법학회, 2007.

박환용/이상한/이인호/배구희, 지역 및 직장 주택조합제도의 개선방안 연구, 주택연구 제10권 제2호, 한국주택학회, 2002.

이상훈/석호영, 정비사업조합의 설립절차 및 조합승인의 법적 쟁점, 토지공법연구 제77집, 한국토지공법학회, 2017.

정연부, 신고의 유형과 수리거부의 대상적격-건축신고에 대한 판례를 바탕으로-, 성균관법학 제27권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2015.

조진희/이주형, 지역주택조합사업의 성공요인에 관한 연구, 주거환경 제14권 제2호, 한국주거환경학회, 2016.

문상철, 주택법상 주택조합 중 지역주택조합의 활성화 방안에 대한 연구: 주택법 제18조의2 매도청구를 중심으로, 건국대학교 행정대학원 석사학위 청구논문, 2011.

심상후, 우리나라 주택조합제도의 개선방안 연구, 석사학위논문, 세종대학교 산업경영대학원, 2006.

「주택법([시행 2017.6.3.] [법률 제14344호, 2016.12.2., 일부개정])」 제·개정 이유서.

e-나라지표, 주택보급률.

국민권익위원회, 서민 주거안정을 위한 지역주택조합제도 개선방안, 2015. 12.

국토교통부, 지역·직장주택조합제도 해설서, 2016. 12.

국토교통위원장, 주택법 일부개정법률안(대안), 의안번호-3641, 2016. 11.

서울시 주택과-17309, 지역주택조합 주민피해 예방계획(안), 2017. 5.

서울시 주택정책과-18331, 지역주택조합 바로알기 홍보계획, 2015. 11.

KBS, 똑똑한 소비자리포트--서민 울리는 지역주택조합, 2017, 2. 10.

KBS, 똑똑한 소비자리포트--내 집 마련의 꿈 빼앗는 지역주택조합의 함정, 2015, 5. 29.
KBS, 취재파일K--서민 울리는 주택조합 사업, 2007, 4, 30.
서울경제TV, “잔금 냈는데 입주 못하다니”… ‘조합아파트 주의보’, 2016. 1. 17.
한국일보, 2017년 5월 1일 보도, 16면 기사.
한국일보, 2017년 5월 2일 보도, 14면 기사.
한국일보, 2017년 5월 3일 보도, 16면 기사.

Abstract

The Problems of District Housing Association System And the Limitations of its Legal Reform

Based on the Housing Act([Enforcement June 3, 2017] [Law No.14344, December 2, 2016, Partially Revised]) And Its Enforcement Decree

Joung, Youn Boo

Housing is a spatial element that is foundational for human life. In particular, it could provide more stable life to have housing of one's own. People who do not own any house or have only one house are trying to have better housing. However housing prices are rising sharply in the long term, so that their efforts have gone down the drain. Although there are ups and downs of the prices in the short term, it is not easy for ordinary people to have housing even in the period when the prices decline. But the people can not give it up to have housing of one's own which is a main factor for living like a human being and stable life.

The District Housing Association is a way attractive system for the people who can not have housing at such a expensive price. Because The District Housing Association System could give opportunities to possess housing at a low price. However there are harms as much as to negate its advantages of the system. It shows seriousness well that some local governments ask the Ministry of Land, Infrastructure and Transport to abolish the system. The Ministry of Land, Infrastructure and Transport takes a position to complement the legal system continually.

Eventually, the Housing Act has been amended on December 2nd, 2016, with lots of new regulations being introduced. The new law has been implementing

from June 3rd, 2017. Nevertheless, concerns regarding The District Housing Association System still remain. Some people even insist that the abolition of District Housing Association System should be considered. Therefore it need to study on the reforms and its limitations on the Legal System of District Housing Association.

First, this paper researches about the significance and history of the District Housing Association System by taking a theoretical approach. Unlike advanced researches, this paper examines comparisons between The District Housing Association System and the systems of a Housing Redevelopment Project. Next, this study investigates the problems what had occurred before this amendment of the Housing Act has been put into force. Categories of the problems are divided into the present problems and the cognitive problems. Last, this research analyses the reforms and its limitations on the System. The revised provisions are clarified through comparisons between the old ones and the new ones. This paper makes a profound study on the significance and limitations of which the new regulations have when it deals with the conventional problems.

Joung, Youn Boo

Housing Act, District Housing Association, Problems of District Housing Association System, Reform of the Legal System of District Housing Association, Limitations on the Housing Act Reform.

프랑스식 혼합정부제의 한국적 적실성

정 재 황*.

【목 차】

Ⅰ. 문제제기 및 논의의 범위
Ⅱ. 프랑스 혼합정부제의 생성과 의미
Ⅲ. 프랑스 혼합정부제의 헌법상 운용원리와 실제
1. 대통령의 권한
2. 행정부(수상, 내각)의 권한
3. 대통령권한과 수상(행정부) 간의 권한분담
4. 의회(하원)와 집행부 간의 관계
5. 프랑스 혼합정부제의 운용실제
Ⅳ. 한국에의 적실성 문제 검토
1. 전제적 검토
2. 목표와 판단기준
3. 판단기준 적용
4. 구체적 논의
Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

현재 한국에서는 개헌논의가 한창이다. 정부형태에 관해서는 프랑스식의 혼합정부제가 상당한 호응을 얻고 있다고 한다. 그럼에도 이 정부형태에 대한 이해가 충분하지 않다. 그래서 본 연구에서 프랑스식 혼합정부제의 원리와 실제에 대해 간략히 살펴보고 한국에서 그것을 도입할 경우에 적절한 것인지 여부, 도입하는 경우에 성공할 수 있기 위한 조건이 무엇인지를 집중적으로 살펴본다. 프랑스식 혼합정부제는 의원내각제적 바탕 위에 대통령의 권한을 실질화함으로써 대통령제적 요소를 혼합한 것이다. 이 정부형태의 전형을 운용하고 있는 프랑스에서의 그 운영경험을 보면 대통령이 의회의 다수파의 지지를 받고 있는 경우에는 대통령의 리더십이 강해지고 상당히 대통령제적으로 운영되고 반대의 경우에는 이른바 동거정부가 되어 수상의 리더십이 강해진다.

한국에서의 적실성 검토에 있어서는 다음과 같은 점들이 고려되어야 할 것이다. ⅰ) 먼저 국민의 기본권을 보다 신장시키기 위한 정부형태의 개정이어야 한다는 목표가 설정되어야 한다. ⅱ) 바람직한 정부형태를 찾기 위해 그 판단기준을

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

먼저 설정하는 것이 필요하다. 그 판단기준으로 ① 민주성, 권력분산성, ② 견제성・책임성, 협력성 ③ 안정성 등을 들 수 있다. iii) 한국의 개헌방향이 대통령에의 권력집중을 막는 데 있는데 혼합정부제가 집행부 내 대통령과 수상(+ 내각 = 행정부) 간의 권한분산을 그 요소로 하고 있다는 점에 있어서 방향에 부합된다. 또한 현재의 대통령중심제에 비해 혼합정부제에서의 의원내각제적 요소(내각불신임제, 의회해산제)에 의해 견제성・책임성과 안정성을 도모할 수 있다는 장점이 일단은 보인다. iv) 대통령과 수상(행정부) 간의 권한분담 문제가 혼합정부제에 가해지는 가장 큰 부정적 논거이다. 프랑스의 경우 헌정관행, 구체적인 법률, 명령규정에 의해 해결해 오고 있다. 이에 대해서는 헌법에 보다 뚜렷이 해두는 것도 중요하나 법률, 명령의 규정으로 보다 구체화하고 헌정실제에서 관례를 축적하는 것이 필요하다. v) 대통령, 수상(행정부), 의회가 상호 양보, 설득, 조절, 타협하고 협력하는 민주주의, 의회주의의 성숙이 근본적인 성공조건이다.

Ⅰ. 문제제기 및 논의의 범위

최근에 다시 헌법개정논의가 진행 중에 있다. 그동안 시도가 계속 있었는데 이번에는 내년 지방선거에 동시에 개헌 여부를 묻는 국민투표를 실시할 것이라는 정치계의 약속으로 개헌안 마련에 한창이다. 개헌안이 성안된 이후에 국회의결을 거쳐야 한다. 지난한 작업임에 분명하다.[1] 그 적기성 여부에 대한 논의가 있었긴 하지만 내년(2018년) 지방선거와 동시에 헌법 개정을 위한 국민투표를 실시하여 비용을 줄이면서 보다 진전된 헌법을 자리 잡게 한다면 논의를 계속하고 헌법개

1) 일례로, 2014년 국회의장 소속 헌법개정 자문위원회에서 개헌안 조문을 만들면서 헌법의 전문을 어떻게 바꿀 것인가 하는 문제가 출범 후 초기에 있었는데 건국일을 넣자는 등의 논란이 지속되어 정작 본문의 개정논의에 들어가지 조차 못하여 결국 헌법의 역사성에 따라 제헌헌법의 전문을 넣고 그것을 이어가며 오늘날 복지 등이 강조됨을 언급하는 전문을 넣은 것으로 타협하고 논의를 진행할 수 있었다. 제헌헌법의 전문에는 “대한국민은 기미(己未) 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여”라고 명시되어 있고 2014년 자문위 개헌안의 헌법전문에는 그 제헌헌법을 그대로 옮겨놓고 그것을 오늘날의 10차 개헌에서도 계승한다고 분명히 밝히고 있다. 그런데도 2014년 안에 대해 그렇게 바꾸면 3.1운동, 4.19 등이 빠지게 되지 않느냐 하는 너무나 엉뚱하고도 답답한 오해가 있었다. 3.1운동은 분명 들어가 있고 4.19는 제헌헌법 이후 일어난 혁명이므로 빠지긴 했으나 헌법의 민주이념 등의 계승으로 천명될 수 있다. 5.18 민주항쟁일을 헌법전문에 넣자고 하면 반대쪽에서 건국일을 1945년 8월 15일로, 5.16쿠테타, 5.17 계엄 등을 넣자고(이는 헌법에 대한 개악이자 그 이전에 모독임은 물론이다) 대립되면 또 여러 날을 소진할 것이다.

정안을 마련하는 데 힘을 기울이는 것은 필요하다. 그런데 무엇보다 먼저 무엇을 위한 개헌인지를 생각해야 한다. 그동안의 한국에서의 개헌사를 보면 이른바 '통치구조'[2]를 집권예정자들이 자신들의 집권에 유리한 것으로 변경하려는 노력이, 이른바 '유신헌법'을 들지 않더라도, 역력하였다. 국가권력은 국민의 기본권을 보다 더 잘 보장하기 위한 수단일 뿐이다.[3] 국민의 권리가 위헌적으로 침해되지 않도록 하는 법률을 국회가 만들어야 하고 그러한 법률을 제대로 집행하고 국민의 복지를 구현하는 급부행정을 시행하도록 집행권이 주어진 것이며 국민의 권리를 침해하는 데 대해 불법을 가리고 정의를 세우라고 법원에 준 권력이 사법권이다. 따라서 국가권력의 배분, 구성과 그 행사방법 및 통제방법을 규정하는 헌법규정을 바꾸는 방향은 어디까지나 국가권력을 국민으로부터 수임받아 행사하는 기관들의 권력남용을 막고 그 권력을 기본권보장을 위해 행사될 수 있게 하는 정부형태를 만드는 데 두어야 할 것이다.

최근의 소식을 들으면 프랑스식의 혼합정부제가 상당한 호응을 받고 있다고 한다. 그런데 한국에서 혼합정부제에 대한 기대 내지 호응만큼 혼합정부제라는 정부형태의 헌법적 이론과 그 헌정실제에 대해 충분히 분석이 되었는지, 특히 한국에서 도입될 때 그 적실성이 과연 있을 것인지, 아니면 있기 위해서는 어떠한 전제조건을 갖추어야 하는지가 본격적으로 논의되었다고 보기는 힘들다.[4] 본 연구에서는 바로 그러한 현실적 상황에 처하여 개헌논의에 충실한 참고자료의 지원을 하여야 하지 않느냐 하는 학자적 의식에서 혼합정부제의 헌법적 법리와 한국에서의 적실성에 대해 살펴보고자 한다. 그 대상 국가는 프랑스이다. 프랑스는 벌써 60년 가까이란 적지 않은 세월동안 혼합정부제를 시행해 왔고 그동안 비교적

---

2) 우리는 '통치구조'란 용어가 다스리고 국민 위에 군림하는 의미를 가져 오늘날에 적절하지 않다고 보아 국가권력구조란 말로 바꾸어 불러왔다. 특별한 경우가 아니면 그 사용을 절제할 일이다.

3) 정재황, 「신 헌법입문」, 제7판, 박영사, 2017, 12면.

4) 다소 시간이 흘렀으나 그동안의 국내에서의 혼합정부제에 대한 연구로는 정재황, "프랑스에서의 동거정부에 대한 헌법적 일고찰"(이하 '정재황, 프랑스 동거정부'라고 약하기도 함), 『공법연구』 제27집 제1호(한국공법학회, 1998), 153면 이하 ; 정재황, "프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰"(이하 '정재황, 혼합정부'라고도 약하기도 함), 『공법연구』 제27집 제3호(한국공법학회, 1999), 49면 이하 등 참조. 위 논문들은 자크 시락(Jacques Chirac) 대통령 초기 정도까지인 1998년-1999년에 나온 것인데 이후 본격적인 자크 시락(Jacques Chirac) 대통령 시기, 니콜라 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령, 프랑스와 올랑드François Hollande) 대통령, 현재의 에마뉘엘 마크롱(Emmanuel Macron) 대통령 시대로 이어져 왔는데 이에 대해서는 2017년에 막 출범한 마크롱 대통령을 제외하고 자크 시락 대통령 부터의 헌법현실 등은 이 연구논문과 정재황. "프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담", 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017)에서 추완된다. 또다른 비교적 최근 논문으로, 전학선, "프랑스 이원정부제의 실체와 현황", 『헌법학연구』 제21권 제3호(한국헌법학회, 2015), 49면 이하 참조.

다양한 경험을 해왔다는 점에서 고찰대상으로 한다. 유럽에 혼합정부제를 채택한 다른 나라들도 있다. 예를 들어 오스트리아와 같은 국가를 들 수 있다. 그런데 오스트리아는 현실적으로 상당히 의원내각제적으로 국정이 운영된다고 한다. 그리고 연방국가이다. 그 점에서 현재의 한국과 같이 단일국가인 프랑스를 주대상으로 하여 프랑스 헌법상 혼합정부제의 법리와 또 그 헌정에서의 실제적인 운용경험을 살펴보고[5] 우리나라에서 적실성을 검토해 본다. 이 검토에 있어서는 주로 프랑스 문헌을 살펴보겠지만 한 가지 중요한 한국의 참고자료가 있다. 다름아니라 2014년의 국회의장 소속 헌법개정자문위원회의 개정안인데 이 개정안은 소위 분권형이라고 하면서 혼합정부제를 취할 것을 제안하고 있으면서 더구나 혼합정부제를 시행하는 것으로 할 경우에 필요한 내용을 헌법조문화한 개정안이어서 매우 유용하고 현재 개헌특위 논의 등에서 많은 참조가 이루어지고 있기도 하여 그것에 대해서도 살펴보기로 한다.[6]

Ⅱ. 프랑스 혼합정부제의 생성과 의미

1. 프랑스 혼합정부제의 탄생과정

1958년 10월 4일 헌법(현행 제5공화국 헌법)은 의원내각제 정부였던 제4공화국에서 정국이 불안정하였고 급기야 말기에 알제리사태와 같은 탈식민지화위기에

---

5) 프랑스의 혼합정부제의 원리와 실제에 대해서는 필자의 선행연구(위 정재황, 프랑스 동거정부 ; 혼합정부제)에서 심도있게 다루어졌다. 그런데 위 논문들이 1998년, 1999년에 발표된 이후 이제 시간이 20년 가까이 지난 2017년 현재 한국에서의 개헌논의에서 다시 혼합정부제에 대한 검토가 절실한 상황에서 이후의 추이와 시사점, 그리고 그것에 비춘 한국적 적실성을 찾아볼 필요와 요구가 많아서 본 논문이 기획된 것이다. 그런데 본 논문에서 자체로서의 완결적 이해를 위해서는 혼합정부제의 기본원리가 규범적 원리이므로 간략하게라고 짚어보아야 하고 그 실제도 현실적 함의를 포함하고 있는 것이어서 이전의 상황으로 보고 현재에서의 그 연속성 여부를 보기 위해서도 이전의 헌정 실제도 다시 정리하여야 할 필요가 절실하였다. 따라서 위 논문들을 다시 인용할 수 밖에 없는 부분이 있었다. 그러나 그런 부분도 상당히 요약하였고 부득이 그대로 옮겨야 할 부분은 직접인용도 철저히 하였다. 그러나 본 논문의 많은 부분은 위 논문 이후의 상황 분석과 그동안 본격적으로 다루지 않은 적실성 분석 등을 집중적으로 새로이 다루어 본 논문의 주를 이루고 있다.

6) 2014년 국회의장 소속 헌법개정자문위원회, 보고서, 『헌법개정안』(이하 '2014년 국회 개헌자문위안'이라고도 함). 한편 이전 2008년에도 국회의장 자문기구로서 활동한 헌법연구 자문위원회의 헌법연구 자문위원회의 결과보고서[헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』(이하 '2008 국회 헌법연구자문보고서'라고도 함)]의 안도 혼합정부제를 제1안으로 제시하고는 있으나 조문화되지는 않았다. 국회의장 소속 헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』, 2009. 8. 참조.

직면하여 보여준 무능함으로 드러난 정황 속에서 의원내각제 정부형태의 월권에 종지부를 찍기 위하여 등장한 것으로 받아들여졌다. 대통령은 정부제도들의 중추(clé de voûte)[7]로 자리잡았고 그의 조정(arbitrage)에 의해 공권력의 정상적인 기능을 보장한다. 그의 권위는 점점 더 강화되어 갔다. 제4공화국에서 의원내각제를 취하였고 의회의 권한이 강하게 작용하여 의회주권까지 운위되었으나 이처럼 정치적 불안정을 가져왔으므로[8] 제5공화국 헌법은 이른바 합리적 의회주의를 내세우면서 대통령의 권한을 실질화하는 헌법으로 변화된 것이다. 그러나 대통령제적 요소가 도입되었다고 하여 전통적인 의원내각제적 요소들이 사라지지는 않았다는 점에 유의하여야 한다. 프랑스에서는 결국 의원내각제적 전통과 요소를 유지하고자 하였고 대신 대통령제가 가미되어 순수 의원내각제를 벗어나 혼합정부제가 되는 변천과정을 밟았다. 프랑스 제4공화국의 정치적 불안정의 요인은 의원내각제 헌정의 난맥, 의회에 진정한 다수파가 존재하지 않았다는 점, 의회의 불신임에 대응한 집행부의 대응책이 부족한 점 등을 들 수 있었다. 제4공화국이 드러낸 문제점에 대한 치유책으로 제5공화국헌법이 탄생하였는데 위에서 지적한 다수파의 부재 등으로 인한 문제점은 헌법만 아니라 결선투표제를 도입한 선거제도의 변경 등으로 보완된다.

2. 프랑스식 혼합정부제의 개념과 요소

(1) 개념과 전반적 구도 = 대통령제 요소 + 의원내각제 요소

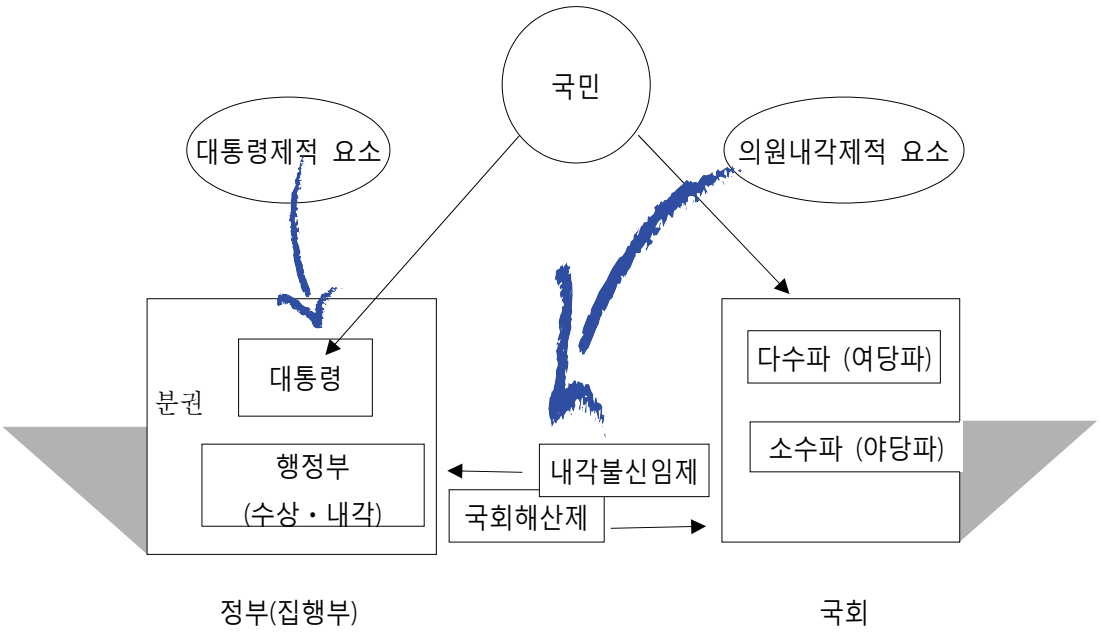
프랑스식의 혼합정부제(régime mixte)는 의원내각제의 정부를 바탕으로 대통령의 권한을 실질화하여 결국 의원내각제적 요소와 대통령제적 요소가 함께 작동하는 정부형태를 말한다.

---

7) 'clé de voûte'이란 아치의 종석을 의미하고 따라서 핵심적이고 중추적인 기관을 상징적으로 표현한 것인데 이 표현은 바로 프랑스 제5공화국 헌법의 기초자인 미셸 드브레(M. Debré)가 한 것이다.

8) 1946년부터 1958년 5월까지 12년 동안 21개 정부가 들어서도 사라지고 하여 평균 여섯달도 안되는 수명을 가져 정치적 불안정을 보였다(F. Hamon / M. Troper, Droit constitutionnel, 35e éd., LGDJ, 2014, 397면).

<혼합정부제의 원리 도해>



* 하나의 정당이 다수당, 소수당이 될 수도 있지만 여러 정당이 연합적으로 정파가 될 수도 있으므로 '다수파(여당파)', '소수파(야당파)'로 표기함.

(2) 요소

1) 의원내각제적 요소

프랑스 혼합정부제는 의원내각제적 요소를 포함하고 있다. 사실 프랑스는 의원내각제의 전통이 강하였고 이는 현행 제5공화국 헌법에 이어져 오고 있다.[9] 그 외에 집행부가 법률안제출권을 가지고 수상, 내각의 부서권이 인정되는 등의 의원내각제적 요소도 볼 수 있다. 의회(하원)의 불신임가결이 된 경우에 행정부 전원이 사퇴하여야 하는(프랑스 헌법 제50조) 연대책임이 주어진다는 점도 의원내각제적이다.

9) 즉 알제리사태 후 의회가 드골에게 새 헌법, 즉 제5공화국헌법의 제정을 위임한 1958년 6월 3일 헌법률(loi constitutionnelle)은 제5공화국헌법의 제정방침을 설정하였는데 그 방침의 하나로서 이 헌법률 제3호가 "행정부는 의회앞에서 책임을 져야 한다"라고 규정하였는바 바로 이 규정에 의회주의적 정부제의 요소를 유지하려는 의도가 나타나 있고 또 이에 기하여 제5공화국헌법은 의원내각제적 요소인 내각불신임제도를 규정하게 된다. 정재황, 혼합정부제, 52면.

2) 대통령제적 요소

혼합정부제에서 대통령제적 요소는 바로 대통령이 실질적인 권한을 상당히 가진다는 것이다. 이 실질적 권한을 뒷받침하는 것이 대통령직선제이다. 프랑스 제5공화국 헌법은 처음부터 대통령이 직선으로 선출된 것은 아니었고 1962년 헌법개정으로 직선제로 변경되었다. 사실 이 헌법개정은 대통령의 권한을 진정으로 국민으로부터 나오는 권한으로 만들어 줌으로써 상당히 실질적인 대통령의 권한에 대한 민주적 정당성의 문제를 해소하였다.[10]

Ⅲ. 프랑스 혼합정부제의 헌법상 운용원리와 실제

1. 대통령의 권한

프랑스 대통령의 권한에 대해서는 그동안 국내에서 이미 소개한 바 있다.[11] 그런데 그 소개 이후 2008년에 헌법개정으로 변화가 있었고 혼합정부제의 중요한 요소가 대통령의 실질적 권한이므로 한국에서의 도입적실성에 대한 검토에서 이에 대한 검토가 다시 되더라도 이는 필수적일 수 밖에 없다. 따라서 그 변화를 포함하여 다시 정리하면 프랑스 대통령은 다음의 권한을 가진다.

ⅰ) 헌법・공권력운영・국가계속성의 보장, 헌법개정 등에 관한 권한 - 대통령은 헌법의 준수를 감독하고 그의 중재에 의하여 공권력의 정규적 운영과 국가의 계속성을 보장하는 권한[프랑스 헌법(이하 프랑스 관련 사항에서 그냥 '헌법'이라고도 약기함) 제5조],[12] 또 헌법개정제안권, 헌법개정안이 의회의결 후 국민투표 부의 또는 양원합동집회에의 선택적 부의[13]를 할 권한(헌법 제89조 제1항, 제3항).

ⅱ) 행정부[14]의 조직과 기능에 관한 권한 - ㉮ 행정부조직에 관한 권한 - 수상

---

10) 이로써 프랑스 대통령의 입지가 강화되었다.

11) 정재황, 혼합정부제, 57-59면 ; 정재황, "프랑스 대통령에 관한 2008년 헌법개정", 『성균관법학』 제21권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2009), 487면 이하 참조.

12) 정부제도의 중추('clé de voûte')라고 표현한 것은 바로 이 규정에서 도드라진다고 할 수 있을 것이다.

13) 선택적 부의는 대통령이 제안한 헌법개정안에 한한다.

14) 여기서 '정부', '행정부', '집행부'란 말을 본 연구에서 사용하는 각 의미를 밝혀두는 것이 필요하다고 본다. 프랑스의 현행 헌법전은 제2편이 '공화국 대통령'(Le Président de la République)이라는 제목으로 대통령의 선거, 권한 등에 대해 규정하고 있고, 제3편이 '정부'(Le

임명권 및 행정부의 다른 구성원들을 수상의 제청으로 임명할 권한, 수상의 사임제출에 따라 행정부의 사임을 결정할 권한(헌법 제8조). ㉯ 행정부기능에 관한 권한 - 내각회의(국무회의, Conseil des ministres)의 주재권(헌법 제9조), 내각회의에서 심의된 법률명령(ordonnance)과 명령(décrets)에 대하여 서명할 권한(헌법 제13조 제1항), 국가의 공무원과 군인공무원에 대한 임명권(헌법 제13조 제2항, 4항).

iii) 의회에 대한 권한 - 법률공포권(헌법 제10조 제1항), 법률안재의요구(거부)권(헌법 제10조 제2항), 의회 임시회(sessions extraordinaires)의 개회・폐회의 데크레(décret) 발령권, 강력한 대통령 권한으로서의 하원해산권(헌법 제12조), 의회 교서권(헌법 제18조 제1항)・의회 합동집회(Congrès)에서의 발언권[15](헌법 제18조 제2항).

iv) 입법에 관한 권한 - 앞서 언급한 법률공포권, 법률안재의요구권, 법률명령과 법규명령에 대한 서명권.

v) 외교에 관한 권한 - 조약에 대한 협상・비준권(헌법 제52조), 외국에 대사와 특사를 파견하고 외국의 대사와 특사를 신임・접수할 권한(헌법 제14조).

vi) 국방에 관한 권한 - 대통령은 국군통수권자이며 국방에 관한 최고의 회의체와 위원회들을 주재할 권한(헌법 제15조).

vii) 사법(司法)에 관한 권한 - 개별적인 사면권(형집행면제・감형・변경권. 헌법 제17조)[16], 사법부독립의 보장자로서 사법관 인사에 관한 최고 헌법기관인 사법최고회의(Conseil supérieur de la magistrature)의 보조를 받을 권한[17](헌법 제64조).

Gouvernement)라는 제목 하에 수상을 포함한 행정부에 대해 규정하고 있다. 따라서 집행부, 의회 등에 대해 보는 본 연구의 구체적 논의에 있어서 수상과 행정각부 등을 포함하여 지칭할 때 '행정부'라고 하고 대통령을 포함하여서 '행정부'라고 부를 경우에 혼동이 올 수 있어서 '집행부'라고 부르기로 한다.

15) 2008년 헌법개정으로 도입된 권한이다.

16) 2008년 개헌 이전에는 집단적인 사면권을 가졌는데 그 폐해가 지적되어 왔고 개별적 사면권으로 바뀐 것이다.

17) 이전에 대통령은 사법최고회의를 주재하는 의장인 것으로 헌법에 규정되어 있었으나 2008년 헌법개정으로 의장으로서 주재권을 폐지하였다. 그만큼 사법권독립성을 강화한 것이다.

viii) 헌법재판에 관한 권한 - 헌법재판소(Conseil constitutionnel) 소장과 3인의 재판관에 대한 임명권(헌법 제56조 제1항, 제3항), 조약과 법률에 대한 위헌심판제청권(헌법 제54조, 제61조).

ix) 국민투표에 관한 권한 - 의회의 회기 중에 행정부의 제청으로 또 양원 공동의 제안에 따라 다음과 같은 사항을 담고 있는 모든 법률안을 국민투표에 부의할 수 있는 권한. 즉 공권력의 조직에 관한 법률안, 국가의 경제적, 사회적 또는 환경적[18] 정책의 개혁에 관한 또 그러한 정책에 기여하는 공공서비스에 관한 개혁을 위한 법률안, 그리고 위헌이 아니면서 제도의 운영에 영향을 미칠 조약의 비준을 승인하려는 목적의 법률안을 국민투표에 붙여 확정시킬 수 있는 권한(헌법 제11조).

x) 비상대권[19] - 헌법 제16조 제1항은 공화국의 제도, 국가의 독립성, 영역의 온전성, 또는 국제조약의 집행이 중대하고 즉각적으로 위협을 받는 경우 또 헌법적 공권력의 정규적인 운영이 중단되는 경우, 공화국대통령은 수상과 양원의장들, 헌법재판소의 공식적 자문을 거친 후에 이러한 상황에 따라 요구되는 조치를 취한다고 규정하여 비상대권을 인정하고 있다.[20] 비상대권에 대해서도 일정한 제약이 강화되었다.

(2) 2008년 개헌

2008년 개헌[21]은 정부제출의 개헌안에 나타나 있듯이 3가지 방향, 즉 i) 집행부에 대한 보다 나은 통제, ii) 의회의 권한 강화, iii) 시민들의 새로운 권리의 보장을 위한다는 취지의 세 가지 방향에 강조점을 두었다. 이 헌법개정으로 대통령의 권한에 대한 개정이 있었다. 그 주요내용을 보면, 대통령의 연임을 한번으로 한정하는 개정이 있었고, 대통령의 인사임명권에 대한 국회의 통제를 강화하였으며, 비상대권에 대한 통제강화, 사면권에 대한 제한, 의회에서의 출석·발언권 신설

18) 환경정책의 개혁 법률안은 2008년 헌법개정으로 추가된 사항이다. 그 외에도 2008년 헌법개정으로 일정 수의 선거인의 지지를 받는 일정 수의 의원들에 의한 법률안발의로 이루어지는 국민투표도 신설되는 등 변화가 있었다.

19) 그동안 관용해오긴 했으나 비상대권에서 '대권'(大權)이란 용어가 오늘날 적절한지 의문이다. 이에 대해서는 다른 논문에서 밝힌 바 있다.

20) 이 비상대권에 대해서는 사실 폐지제안도 있어왔으나 2008년에 그 통제를 보완하는 등 다소 제한적으로 개정되었다.

21) 이 2008년 개헌은 2008년 7월 23일의 이른바 제24차 개헌을 의미한다. 즉 2008년에는 이전 2월에 리스본조약의 비준을 헌법에 명문화하는 제23차 개헌을 헌법률 2008-103호로 한 것도 있는데 여기서 2008년 개헌이란 헌법조문을 대폭 변경한 제24차 개헌을 말한다.

등을 들 수 있다.[22]

2008년 헌법개정은 정부가 개헌을 제안하면서 프랑스의 정부제도의 재균형(균형의 회복. rééquilibrage)을 도모하고자 하는 것에 목적을 두었는 것처럼 현행 제5공화국의 권력구조의 골조를 근본적으로 바꾸고자 하는 것이 아니라 권력들 간의 균형을 회복하려는 데에 있고 따라서 그 혼합정부제적 성격을 바꾼 것이 아니다.[23]

2. 행정부(수상, 내각)의 권한

(1) 행정부의 권한

헌법은 행정부에 여러 권한들을 부여하고 있다. 먼저 제20조 제1항은 "행정부는 국가의 정책을 결정하고 이끌어간다"라고 규정하고 있다. 또 제20조 제2항은 "행정부는 행정과 군사력을 관장한다"라고 규정하고 있다. 행정부는 의회의 입법과정에 간여할 권한을 가진다. 그 입법과정에서 행정부는 아래에 의회와의 관계에서 보듯이 법률에 대한 심의에 있어서 의사일정 구성 등 방향을 설정하고 입법을 가속화시키며 중단시킬 수 있는 권한을 가진다. 다시 말하면 의회의 입법과정에서 수상을 중심으로 한 행정부가 간여하는 권한을 가진다.

그 외 행정부는 대통령의 장애사유 여부에 대해 헌법재판소에 제청할 수 있는 권한(헌법 제7조 제4항), 대통령에게 국민투표부의를 제청할 권한(제11조 제1항), 경제사회환경평의회에 법률안에 대한 의견을 구할, 경제사회환경 문제에 관한 자문을 구할 권한(헌법 제69조 제1항), 해외령에 있는 지방자치단체의 주민들에 대통령이 그 단체의 조직, 권한, 입법체제에 관한 문제에 대한 의견을 물을 것을 제청하는 권한(헌법 제72-4조 제2항) 등을 가진다. 내각회의에서 데크레(명령, décret)로 발령되도록 한 권한으로 계엄(l'Etat de siège)발령권(헌법 제36조)도 있다.

---

22) 이 개정에 대한 자세한 것은, 정재황, "프랑스 대통령에 관한 2008년 헌법개정", 『성균관법학』 제21권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2009), 481면 이하 : 박인수, 프랑스 제24차 헌법개정의 특징과 주요 내용, 세계헌법연구, 제16권 제3호, 881면 이하 참조.

23) 프랑스 2008년 헌법개정이 프랑스 정부제도의 성격을 근본적으로 바꾸지 않았다고 보는 견해로, B. Mathieu, Transformer la Ve Réublique sans la trahir, Actualité juridique-Droit administratif(이하 'AJDA'로 약기함), N°34, 10월 13일, 1858면 이하 ; S. Pinon, Une Ve Réublique toujours plus 《parlementaire》, Recueil Dalloz, Point de vue, 2008, no44, 3086면 등. 정재황, "프랑스 대통령에 관한 2008년 헌법개정", 『성균관법학』 제21권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2009), 502-503면에 ; 정재황, "프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담", 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017), 344면에서도 인용함.

(2) 수상

1) 개관

헌법 제21조 제1항은 “수상은 행정부의 활동을 통할한다. 수상은 국방의 책임을 진다”라고 규정하고 있다. 이처럼 수상은 국가행정의 수반이면서 국방의 책임자이기도 하다. 동항은 아울러 수상은 법률의 집행을 보장하고 대통령의 법규명령에 관한 권한, 인사권에 관해 규정한 헌법 제13조의 유보 하에 법규명령권, 공무원, 군공무원 임명권을 가진다고 규정하고 있다. 위에서 살펴본 행정부의 권한은 수상이 행정부를 통할하므로 수상도 이끌어가는 권한을 이룬다.

수상과 행정부는 의회의 다수파에 의지하게 된다. 수상은 의회에 대해 신임을 요구할 수 있고 법률안제안권(헌법 제39조 제1항), 법규명령권(헌법 제21조 제1항) 등의 상당한 권한을 가진다. 그리고 아래에서 언급하지만 대통령의 권한 중 수상의 부서가 필요한 권한은 대통령과 공유한다. 수상은 행정부의 구성원을 대통령이 임명함에 있어서 제청할 권한(헌법 제8조 제2항), 행정부 사임을 표시할 권한(헌법 제8조 제1항), 대통령의 하원해산에 있어서 자문에 응할 권한(헌법 제12조 제1항), 대통령의 비상대권 행사에 앞서 의견을 제시할 권한(헌법 제16조 제1항), 의회의 추가집회 결정권(헌법 제28조 제3항), 의회 임시회 요구권(헌법 제29조 제1항), 동수위원회 소집요구권(헌법 제45조 제2항), 신임요구권(헌법 제49조 제1항, 제3항), 일반정책선언의 승인을 상원에 요구할 권한(헌법 제49조 제4항), 법률, 조약에 대한 위헌심사제청권(재54조 제61조 제2항)도 가진다.

2) 대통령과의 공유권 = 수상의 부서대상인 대통령 권한

아래에서도 보듯이 대통령의 권한행사에 수상의 부서를(경우에 따라서는 관련 장관의 부서도) 받도록 하여 수상(행정부)이 대통령과 공유하는 권한으로 분류되는 권한들이 있다(후술 참조).

3. 대통령권한과 수상(행정부) 간의 권한분담

(1) 논의의 의미

프랑스의 혼합정부제는 대통령제적 요소가 중요한 한 축이므로 위에서 보았듯이 대통령의 실질적인 권한이 상당하다. 다른 한편으로 의원내각제적 요소가 있으므로 수상과 내각도 행정권을 실질적으로 행사한다. 또한 대통령의 권한행사는 행정권에 의한 지원을 통해 실제화될 수 있는 영역이 적지 않을 것이다. 따라서

대통령의 권한과 수상(행정부) 간의 권한분담의 문제가 나올 수 있다. 이 문제는 국정운영의 현실에서 대통령이 의회의 다수파의 지지를 받고 수상(행정부)도 같은 정파의 인사들로 구성된 경우에는 대통령의 리더십의 발휘에 따르는 수상이 그의 행정권행사를 통하여 대통령의 의지를 구체적으로 실현하는 방향으로 운영이 되므로 그 구분이 특별히 문제되지는 않았다. 이에 비하여 대통령이 의회 다수파의 지지를 받지 못하는 여소야대의 상황에서 들어선 동거정부의 경우에는 대통령과 수상 간의 권한분담문제가 부각될 여지가 더 많은 것은 사실이라고 하겠다.

(2) 헌법규정에 의한 구분의 기준

1) 기준

프랑스 헌법은 대통령의 권한 중에 수상과 관계 장관의 부서가 필요한 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 규정하고 있다. 이에 따라 부서가 필요없는 권한은 대통령이 단독으로 행사할 수 있는 권한으로, 부서가 필요한 권한은 수상과 공유하는 권한으로 나누어진다고 본다.

2) 대통령의 고유권(독자적 권한)

프랑스 헌법 제19조는 헌법 제8조 제1항, 제11조, 제12조, 제16조, 제18조, 제54조, 제56조, 제61조 외의 권한행사에 수상의 부서와 필요하면 관계 장관의 부서가 있어야 한다. 따라서 부서없이 행하는 대통령의 고유한 권한은 ① 수상임명권과 수상의 사임제출에 따라 행정부의 사임을 결정할 권한(헌법 제8조 제1항), ② 몇몇 법률안들을 국민투표에 불일 권한(헌법 제11조), ③ 하원해산권(헌법 제12조), ④ 비상대권(헌법 제16조), ⑤ 의회 교서권(헌법 제18조 제1항)·의회 합동집회(Congrès)에서의 발언권(헌법 제18조), ⑥ 조약의 위헌심사제청권(헌법 제54조), ⑦ 헌법재판소 재판관 임명권(헌법 제56조), ⑧ 법률의 위헌여부 심사를 헌법재판소에 제청할 권한(헌법 제61조) 등이다.

3) 수상과의 공유권(부서대상 대통령 권한)

대통령의 권한행사에 수상의 부서를(경우에 따라서는 관련 장관의 부서도) 받도록 하여 수상과 공유하는 권한으로 분류되는 대통령의 권한을 보면, ① 행정부의 다른 구성원들을 수상의 제청으로 임명할 권한(헌법 제8조 제2항), ② 내각회의(국무회의)를 주재할 권한(헌법 제9조), ③ 법률공포권(헌법 제10조 제1항), ④

법률안재의요구(거부권)(헌법 제10조 제2항), ⑤ 국무회의에서 심의된 법률명령과 명령(les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres)을 서명할 권한(헌법 제13조 제1항), ⑥ 국가의 공무원, 군인공무원을 임명할 권한(동조 제2항), ⑦ 국군통수권과 국방에 관한 최고의 회의체와 위원회들을 주재할 권한(헌법 제15조), ⑧ 대사・특사 파견과 외국대사・특사신임・접수권(헌법 제14조), ⑩ 개별적 사면권(형집행면제・감형・변경)(헌법 제17조) 등이다.

(3) 대통령과 수상과의 권한 배분의 모호성 발생가능성 문제[24)]

한국에서 혼합정부제 도입을 반대하는 입장에서 내세우는 가장 강한 논거가 대통령과 수상과의 권한분담이 모호할 수 있다는 것이다. 이는 집행부 내 분권인 정부형태이고 따라서 수상도 상당한 권한을 나누어 가지도록 하다 보니 그러하다. 프랑스의 경우에도 이런 문제가 오래 전부터 제기되어 왔긴 했고 그것에 대한 보완적인 헌법개정을 시도하기도 하였다. 프랑스 헌법 제5조는 대통령의 중재자로서의 공권력의 정상적 기능 등을 규정하고 있으면서 제20조는 행정부는 국가의 정책을 결정하고 추진한다고 규정하고 있고 수상은 행정부의 활동을 통할한다고 규정하고 있어서 수상과 행정부도 국가정책을 결정하고 추진하는 권한을 부여하고 있다. 그리하여 대통령의 국가정책결정권과 중첩되고 양자 간에 그 권한이 어떻게 나누어지느냐가 문제된다는 것이다. 위 헌법 제5조의 '중재(arbitre)'란 말도 여러 가지 의미를 가진다.[25)] 사실 대통령이 의회의 다수파의 지지를 받고 있는 때가 많고 반대인 동거정부의 경우에도 분담문제가 대체적으로 큰 문제없이 지나왔다고 평가된다. 그러나 동거정부의 출현가능성과 그 불편함을 완전히 불식할 수 없다. 하여튼 2008년 헌법개정 논의시에 사르코지 대통령의 요청으로 대통령과 수상과의 권한분담을 보다 명확히 하는 개헌안을 Balladur 위원회[26)]에 요청하였고 동 위원회는 개정안을 보고서[27)]로 제시하였다.

---

24) 이 문제에 대한 자세한 논의는, 정재황, "프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담", 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017), 331-385면 참조. 이하의 내용도 위 논문의 논의들을 요약한 것이기도 하다.

25) L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 18e éd., Dalloz, 2016, 704면.

26) 2007년 니콜라 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령은 정부의 개헌안 마련을 위해 전직 수상이었던 에두아르 발라뒤르(Édouard Balladur)을 위원장으로 하여 구성된 '제5공화국 제도의 현대화와 재균형화에 관한 성찰 및 제안을 위한 위원회'(Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République. 이하 'Balladur 위원회'라고 약기하기도 함)이다.

Balladur 위원회의 개정안을 보면 제5조에 제3항을 신설하여 “대통령은 국가의 정책을 결정한다”라고 하고 현행 헌법 제20조 제1항은 “행정부는 국가의 정책을 결정하고 이끌어간다”라고 규정하고 있어서 행정부는 국가의 정책을 이끌어가는 정도가 아니라 결정하는 권한도 행정부에 주고 있는데 개정안은 “행정부는 국가의 정책을 이끌어간다”라고 규정하여 행정부는 국가정책을 이끌어가는 데 그치게 하자는 것이다. 그리고 현행 헌법 제20조 제2항이 “행정부는 행정과 군사력을 관장한다”라고 규정하고 있는 것을 개정안은 행정과 군사력을 행정부가 관장하는 것은 “그러한 목적으로” 하도록, 즉 대통령이 결정한 정책을 이끌기 위한 목적 범위 내에서만 하도록 개정하고자 제안하였다.

위 Balladur 위원회의 제안은 정부가 헌법개정안을 제출하면서 헌법 제5조와 제20조에 대한 제안은 포함하지 않아 무산되었다. 위 개정안을 정부가 담지 않은 이유는 대통령과 수상 간의 역할의 명백화는 전적으로 대통령제 또는 전적으로 의원내각제 어느 쪽으로의 커다란 변화 없이는 해결하는 문제들 보다 더 많은 문제를 제기하였다고 판단했기 때문이다.[28] 여하튼 헌법개정으로 가지 않은 것은 프랑스 현행 규정 하에서 그동안의 국정운영경험, 조정으로도 해소될 수 있다는 자신 내지 헌법적 관행에 맡겨두자는 의도로도 읽힌다.

국방에 관한 권한에 있어서도 프랑스 현행 헌법 제15조는 “대통령은 군통수권자이다. 그는 국방의 최고회의체들과 최고위원회들을 주재한다”라고 규정하면서도 헌법 제20조 제2항은 행정부는 군대를 조직하고 운영한다고 규정하고 있다. 프랑스 헌법 제21조는 수상은 “국방의 책임을 진다”라고 규정하여 권한의 중첩이 논란되어 왔다. 이에 대해서 1993년에 미테랑 대통령의 요청으로 헌법개정자문위원회(파리대학교 법대학장을 지낸 저명한 헌법교수인 조르쥬 브델(Georges Vedel) 교수를 위원장으로 구성됨)가 제출한 보고서[29]는 대통령의 국방에 대한 우월한

---

27) Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, présidé par E. Balladur, Rapport au Président de la République, Une Ve République plus démocratique, La documentation française, 2007(이하 'Balladur 보고서'라고도 약기함).

28) Rapport N° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le Projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, par Jean-Luc Warsmann, 2008.5.15.(이 보고서는 정부제출 개헌안에 대해 하원이 제1회독 때 상임위원회 결과 보고서이다. 이하 ‘J.-L. Warsmann 제1차보고서’라고도 약기함). 프랑스 하원제출, 176면.

29) Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, Propositions pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, Rapport au Président de la République(이하 ‘Vedel 보고서’라고 약기하기도 함), La Documentation Française, Paris, 1993.

권한이 인정되어 왔다고 보고 그 점을 지속시키면서 수상의 국방에 관한 권한도 상당히 넓을 수 밖에 없다고 보고 수상의 권한과의 관계를 보다 명확히 하는 것이 필요하다고 보았다. 그리하여 동 보고서는 '국방'의 책임이라고 되어 있는 헌법 제21조 규정을 '국방조직'의 책임으로 개정할 것을 제안하였다.[30] 국방조직이란 전략선택(choix de stratégie), 국방자원 보급과 배치 등에 관한 활동을 의미한다고 본다. 그러나 이 제안은 정부가 제출하는 최종 개헌안에는 포함되지 않았다. 위 2008년의 Balladur 위원회도 이 문제를 다루었고 개헌안을 내놓았는데 헌법 제21조의 현행 문언인 "수상은 국방의 책임을 진다"라고 하는 규정을 "수상은 국방에 관해서 제15조에 정해진 조건들에 따라 내려진 결정들을 시행한다"라고 개정하자고 제안하였다. 이는 제15조에 정한 조건이라 함은 회의체를 대통령이 주재하여 결정된 사항을 행정부는 시행만 하도록 하여 권한분담을 하자는 취지인 것이다. 이 제안은 정부제출의 개헌안에 포함되었으나 의회가 그동안의 국방관련 법규정들, 관행에 따라 대통령에게 우월한 지위가 인정되어 왔고 수상이 대통령의 결정을 집행만을 할 경우에 의회 앞에서 책임은 수상만이 지는데[31] 결국 국방에 관한 의회의 통제가 어려워질 것이라는 이유 등으로 폐기되고 개정에 이르지 못했다.[32]

프랑스에서 위와 같은 개헌논의 후 지금까지 동거정부는 다시 출현되지 않고 있고 결국 대통령과 수상과의 권한분담에 관해 그동안 그것을 구체화하는 법령과 그동안 축적되어 온 헌정실무상의 운영경험으로 분담상 큰 문제를 보여주고 있지 않다고 평가된다.

4. 의회(하원)와 집행부 간의 관계

혼합정부제에서 의회와 집행부 간의 권력관계가 혼합정부제의 의원내각제적 요소를 생각하더라도 중요하게 살펴보아야 할 과제이다. 의회와의 관계를 봄에 있어서는 프랑스 의회는 양원제 의회인데 양원 중 그 주축이 되는 하원을 중심으로 살펴본다. 그리고 헌법은 양자의 관계에 대한 규정들로 별도로 하나의 편을 두고 있는데(헌법 제5편) 그 편에서는 주로 입법권, 예산심의확정권, 불신임제도 등을

30) Vedel 보고서, para.5.

31) 이는 대통령이 의회 앞에서 책임을지지 않는데 의회 앞에서 책임을 지는 수상이 대통령의 결정을 따르기만 하였을 것이라고 한다면 의회통제가 사실상 의미가 없어진다는 의미로 이해된다.

32) 이상의 개헌시도에 대해 자세한 것은 정재황. "프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담", 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017), 368-374면 등 참조.

규정하고 있다. 프랑스에서의 의회와 집행부 간의 관계에 관한 논문이 이전에도 발표되었으나[33] 2008년에 의회 권한상 제약을 완화하는 등의 어느 정도의 변화가 있었으므로 여기서 다시 보완 정리하게 된 것이다.

(1) 입법, 예산심의확정의 과정상 관계

1) 행정부 우위, 입법가속화 - 이른바 합리적 의회주의와 그 완화

"프랑스 1958년 헌법은 제4공화국 때 빈번한 내각불신임과 교체로 경험한 정국의 불안정을 막기 위해 의회의 권한을 많이 축소, 제한하였다. 그리하여 '합리화된 의회주의'(le parlementarisme rationalisé)를 지향하였다고 본다."[34] 그런데 2008년 개헌으로 합리적 의회주의가 완화되었는데 그럼에도 집행부 우위가 여전하다고 볼 것이다.

무엇보다도 먼저 이전과 달리 제5공화국 헌법에서는 법률사항을 헌법이 한정하고 있고(헌법 제34조) 그 외 사항은 법규명령, 즉 행정부의 입법사항으로 부여하고 있다. 그런데 2008년 개헌에서 언론매체의 자유, 다원성, 독립성(la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias)을 입법사항으로 추가하는(헌법 제34조 제1항) 등 의회의 입법사항을 다소 확대하여 합리적 의회주의를 완화하였다. 법률안 제출권이 행정부에 주어지는데 이 법률안제출 후 의사일정 등에 있어서 여전히 행정부의 우위가 나타나고 있었다.

행정부의 우위는 입법을 가속화 내지 신속화하기 위한 제도들에서도 나타난다. ① 먼저 행정부는 의사일정부터 개입할 수 있는데 2009년부터는 4주에 있어서 2주만 행정부가 선택하는 법률들의 심사에 한정하도록(헌법 제48조 제2항) 하여 이전에 비해 축소되긴 하였으나 여전히 의사일정에 대해 일부 제어할 수 있다.[35] ② 심의가 개시된 뒤에는 이전에 위원회에 제출되지 않은 수정안의 심사에 반대할 수 있다(헌법 제44조 제2항). 이는 의원들이 수정안을 계속 발의하여 입법지연을 하는 것을 막기 위한 것이다. 또한 봉쇄표결(un vote bloqué)제도를 들 수 있다. "이 제도는 행정부가 의회에 대해 심의중인 법안의 전부 또는 일부에 대해 행

33) 정재황, 혼합정부제, 82-86면.
34) 정재황, 혼합정부제, 56면.
35) 이전에는 행정부가 의사일정에 대한 더 강한 특권을 가지고 있었다, 즉 지금과 같은 4주에 2주라는 기간제한 없이 행정부가 제출한 법률안과 의원 제안 법률안 중 행정부가 수락한 법률안에 대해 의사일정에 있어서 우선적으로 그리고 행정부가 정한 순서로 상정하도록 한 것을 2008년 개헌으로 위와 같이 제한을 가하고 있는 것이다.

정부가 제안하거나 받아들이는 수정안들만을 대상으로 한채 단 한번의 표결로 의결을 해줄 것을 요구할 수 있는 제도"인데(프랑스헌법 제44조 제3항) "이는 의원들의 수정안 제출로 입법이 지연되는 것을 봉쇄하는 기능을 하고 행정부가 원래 의도한 법안에 가깝게 통과되도록 하기 위한 목적으로 설정된 제도로서 1958년 헌법의 제정권자들이 의도했던 '합리화된 의회주의'를 가장 잘 나타내주는 제도의 하나로 평가된다."[36][37] ③ 프랑스는 양원제국가이므로 법률안은 상하원의 일치로 채택되어야 하는데 양원이 서로 불일치하여 2회의 독회로 채택되지 않은 경우 또는 행정부가 의장회의에서 반대하지 않는 한 가속처리로 각 원이 한 번의 독회 이후 가속절차를 밟고자 할 때에 수상 또는 의원발의 경우에 양원의장 합동으로 하원의원, 상원의원 동수가 모여 지금 심의 중인 규정들에 관한 하나의 안을 제시하는 동수위원회(une commission mixte paritaire) 소집을 하여 가속처리를 요구할 수 있다(동 헌법 제45조 제2항). 동수위원회의 안은 행정부에 의해 의결을 위해 두 원에 제출되어질 수 있고 행정부동의 없이 수정안이 수리될 수 없다. 동수위원회가 공통안채택에 이르지 못했거나 공통안이 채택되어 각 원에 회부되었음에도 각 원에서 의결되지 못한 경우에는 행정부는 각 원의 한번의 새로운 독회 이후에 하원에 대해 최종적으로 결정해 줄 것을 요구할 수 있다(동 헌법 동조 제2항, 제3항). ④ 아래에 보는 재정법률안, 사회보장재정법률안에 대한 수상의 신임연동적 의결요구권(동 헌법 제49조 제3항)도 행정부우위의 신속처리를 위한 것이다.

2008년 헌법개정으로 의회의 권한행사에 대한 제약이 이전에 비해 완화되었다고 하나 위와 같은 행정부의 우위가 아직도 자리잡고 있다. 그런데 위와 같은 의회 활동에 대한 제약이 안정화의 한 요인으로 작용하였다는 것은 부인하기 어려울 것이다.

(2) 내각불신임제 - 의원내각제적 요소

1) 신임요구제

프랑스 헌법 제49조 제1항은 수상은 그의 프로그램 또는 경우에 따라 일반정책선언에 관하여 국무회의의 심의를 거친 다음 하원에 신임을 묻는다고 규정하고 있다. 문구상 프로그램에 대해서는 재량이 없고 "일반정책선언에 대해서는 경우에

36) 정재황, 혼합정부제, 56-57면.

37) R. Barrillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le Bos Le Pourhiet et Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, 4e éd. Editions Cujas, Paris, 1986, 470면. 정재황, 혼합정부제, 57면에서도 같은 내용으로 인용함.

따라"라고 규정하여 재량이 있는 것으로 보인다. 그러나 프랑스 헌법재판소 판례는 양자의 의미를 구분하는 입장은 아니다.[38] 이 신임요구제의 활용연혁을 보면, 1993년 이전에는 새로운 내각이 들어설 때 마다 하원의 신임을 물어왔으나 반드시 제49조 제1항을 들어 묻지는 않았다고 한다.[39][40] 심지어 대통령이 국민으로부터 직선되어 국민직접적 정당성을 가지므로 그 대통령에 의해 임명된 수상이 신임을 묻는 것은 적절치 않다는 취지의 거부론도 있었다.[41] 이와 달리 1993년 이후에는 특히 최근 시기인 올랑드 대통령 때의 수상인 마뉘엘 발스(Manuel Valls) 수상은 2014년 4월 자신의 내각이 처음 출범한 때 뿐 아니라 9월에 일부 개각이 된 때에도 이를 활용하여 한 해에 두 번이나 활용하였던 예를 남기기도 하였다. 그러나 이 제도에 대해서는 우파나 좌파 모두 상대적 의미를 지니는 것으로 보는 경향이고 결국 이 제도는 대통령의 파가 다수파일 경우에는 수상이 대통령의 신임을 받아 하원 앞에서 책임을 진다는, 예의의 의무(obligation de courtoisie)로, 동거정부 상황에서는 수상이 자신의 파인 다수파에 의존한다는 생존의 필요성에 따라 내각출범 초기에 활용하였다고 볼 수 있다. 여하튼 1958년에서 2015년 사이에 37회 활용되었고 이를 남용하지는 않았다고 평가된다.[42] 1993년 Vedel 보고서는 수상 임명 직후 15일 내에 신임을 묻도록 명시하자는 헌법개정안을 제시하였으나 채택되지 않은 바도 있다.[43]

2) 의원발의의 불신임제

이 불신임제가 전통적인 내각불신임제도이다. 프랑스 헌법 제49조 제2항이 아래와 같은 내용으로 규정하고 있다. 즉 하원은 불신임표결로 행정부의 책임을 물을 수 있다. 그러한 불신임발의는 하원재적의원 10분 1 이상의 찬성이 있어야만 발의될 수 있다. 불신임표결은 접수 후 48시간이 경과된 후에야만 표결될 수 있

---

38) Conseil constitutionnel Décision 12 jan. 1977.

39) P. Avril, *Le parlementarisme rationalisé, in Les 40ans de la Ve République, 10 personnalités témoignent, no spécial* coordonné par J.-M. Blanquer, J.-M. Camby, Ch. Guetter et X. Robert, R.D.P., 1998, 1511면 참조. 정재황, 혼합정부제, 83면에서도 인용한 것임.

40) 신임요구를 하지 않은 경우에도 일반적 정책방향은 제시되곤 했다.

41) 드골대통령 시절의 퐁피두(G. Pompidou) 수상이 주장한 것이다. J. Rossetto, A Propos de la stabilisation conventionnelle de la Ve République, in Les 40ans de la Ve République, 10 personnalités témoignent, no spécial coordonné par J.-M. Blanquer, J.-M. Camby, Ch. Guetter et X. Robert, R.D.P., 1998., 1501면. 정재황, 혼합정부제, 83면에서도 인용한 것임.

42) 이런 취지로, F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 513-514면.

43) Vedel 보고서, 114면. 정재황, 혼합정부제, 83면에서도 인용한 것임.

다. 불신임 찬성표결은 하원재적의원 과반수로만 채택될 수 있다. 이 불신임발의 제도에 있어서는 한 사람의 하원의원은 하나의 동일 정기회기 내 3번, 하나의 동일 임시회기 내 1번까지만 발의할 수 있다.

이 불신임제는 오늘날 상당히 절제적으로 활용될 수 있다고 평가된다. 당장 재적의원 과반수 찬성이 쉽지는 않다. 여러 야당들 간에 우연한 합치로 과반수를 이끌어내기가 쉽지 않기 때문이다. 한편 비록 부결의 경우에도 기권이 상당한 정도라면 행정부의 입지는 약해진다. 왜냐하면 기권을 표하기에는 중대한 문제이므로 의원들이 찬반을 분명히 밝힐 것임에도 기권을 한 것은 행정부에 대한 신임을 자신하지 못하는 의원들이 상당하다는 것을 의미하기 때문이다. 하원의원들이 행할 수 있는 발의회수의 제한도 제약적 요소임은 물론이다. 빈번한 발의를 막겠다는 것이다.

1958년 이래 아래에서 보는 법률안연계적 불신임발의가 아닌 위의 전통적 불신임발의는 매우 드물었다. 응집된 다수파가 있는 상황이라면 야당파들이 불신임을 발의하더라도 의결이 되기는 어렵고 따라서 야당이 발의하는 것은 실제 불신임의결을 끌어내기 위한 것 보다도 일반정책에 대한 토론을 이끌어내기 위함이었다고 평가된다.[44] 실제 불신임의결이 된 예로는 1962년 10월 5일에 드골정부시절 드골대통령이 퐁피두수상에 대한 것이 유일하다.[45] 이 불신임발의에 대해 말만 무성한 소동이라고 표현하는 지적이 있기도 하다.[46]

3) 재정법률안 등 연계 신임제도

프랑스 헌법 제49조 제3항은 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 재정법률안 또는 사회보장재정법률안에 관해 하원 앞에서 책임을 물을 수 있다. 이 경우 이 법률안은 제출 후 24시간 내 발의된 불신임안이 하원재적의원 과반수로 의결된 경우가 아니면 이 법률안은 의결된 것으로 간주한다고 규정하고 있다. 그리고 동항 후문은 수상이 게다가 회기에 하나의 법률안(정부제출 법률안 또는 의원발의 법

44) F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 516면.

45) 이 불신임은 당시 드골이 1962년에 대통령직선제로의 개헌을 의회의 의결을 거치는 절차인 헌법 제89조에 따라 행하지 않고 헌법 제11조에 따라 국민투표에 붙여 확정시키고자 한 데 대하여[이 개정에 대해서는 정재황, “프랑스 1958년(현행)헌법의 개정”, 『법학연구』 제2집(홍익대학교 법학연구소, 2000), 34면 참조] 의회가 행정부에 대하여 불신임의결을 한 것이었다. 따라서 드골대통령에 대한 책임을 묻는 성격이 있었다고 평가된다.

46) J. Giquel / J.-E. Giquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 30e éd. L.G.D.J., 2016-2017, 776면.

률안)에 대해 위와 같은 간주제도를 활용할 수 있도록 규정하여 하나의 법률안이긴 하나 법률안에 대해서도 위와 같은 연계신임제도를 활용할 수 있도록 규정하고 있다. 이 제도는 행정부 활동의 핵심 지지요소인 재정법률, 사회보장재정법률을 압박을 가해 의결할 수 있도록 하는 것이므로 매우 강력한 행정부의 무기인 것은 사실이다. 그 남용은 입법권상실을 초래할 것이고 대의민주주에 대한 원칙적인 부정이라는 비판이 가해지고 있고[47] 이 조항의 폐지가 강하게 주장되기도 하였다.[48] 이 제도가 반의회주의의 가장 뚜렸한 예들 중의 하나로 간주되어 왔다는 견해도 있고, 미테랑은 1981년의 대선 공약의 하나로 이의 불행사를 포함시켰던 바 있다.[49] 2008년 개헌에서 헌법규정상 그 대상이 위에서 언급한 대로 재정법률안, 사회보장재정법률안, 그리고 하나의 법률안으로 축소 규정되긴 하였으나 여전히 강한 것이 사실이다. 이 불신임제는 사실 여당(파)[50]이 다수파일 때에도 행정부에 강한 무기가 된다. 여당이 다수파인 경우에도 다수파가 결집이 약하고 다수파 내가 갈라져 있는 경우에 행정부 추진의 입법을 강제할 수 있기 때문이다. 10분의 1 이상 의원발의와 과반수의 찬성이라는 의결요건이 그리 쉽게 충족될 수 없기 때문이다.[51] 그러한 취지에서 이 제도는 제5공화국 정국의 안정을 위해 분명 중요한 한 요소라고 평가된다.[52] 그러나 여전히 이 제도가 의원들이 법률안에 대해 의사표시를 하는 것이 아니라 결국 내각신임여부에 대하 표결하라고 강제하는 것이라는 점에서 서로 결부성을 가지지 못하므로 비판[53]을 받고 있다.

---

47) 한동훈, 『프랑스 헌법상 하원과 집행권의 관계』, 헌법재판연구원, 비교헌법연구, 2017-B-6, 2017, 87면 참조.

48) 그 운용현실을 보면, 1988-1993년 사이의 남용성이 지적되기도 하였다. P. Avril, in Neuf constitutionnalistes répondent à trois questions concernant les élections législatives de 1997(*필자주:이 글은 1997년 하원해산 이후 하원총선에 들어가기 전에 프랑스의 저명한 공법학잡지인 R.D.P.('Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger'의 약어)가 9인의 헌법학자들에게 이 해산의 의미 등에 관한 질문을 한 것에 답한 글이다), R.D.P., 1997, 611면 참조. 정재황, 혼합정부제, 85면에서도 인용한 것임.

49) D. Maus, Études sur la Constitution de la Ve République, Éd.STH, Paris, 1990, 232면 참조. 정재황 혼합정부제, 85면에서 재인용함.

50) 유럽국가들, 프랑스에서 단일 정당이 여당으로서 의회 다수당이 되는 경우가 아니라 여러 여당계열 정당들이 연합하여 여당파를 이루는 경우가 적지 않았으므로 이 경우에는 대통령을 지지하는 여당들의 연합인 여당파라고 부르는 것이 정확할 것이다. 따라서 이하에서는 '여당들의 연합파'. 여당파라고 기재하여야 할 것이나 이하 편의상 '여당' 또는 '여당파'라고 함.

51) 이 제도의 의미, 찬반논의에 대해서는 정재황, 혼합정부제, 84면 참조.

52) 이런 취지로, M. Lascombe(Étude rédigée par), Le Gouvernement et la révision constitutionnelle : un oublié très présent, JCP / La semaine juridique - édition générale, No31-35, 2008.7.30., I 173, 36면.

53) 이와 같은 취지로, F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 518면.

4) 상원에 대한 일반정책선언의 승인요구

프랑스 헌법 제49조 제4항은 수상은 상원에 대해 일반정책선언을 승인해 줄 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 상원에 대한 이 요구에 대한 상원의 거부가 행정부의 당연사퇴를 가져오는 것은 아니라고 보더라도 타격을 줄 수는 있어서 행사에 신중을 기한다.[54]

5) 토론・표결요구제도

이 제도는 불신임 자체를 가져오게 하지는 않는 제도인데 2008년 헌법개정으로 추가된 제도이다. 프랑스헌법 제50-1조는 하원, 양원 두 원 중 하나에 행정부는 자신의 제안 또는 하나의 의원단체의 제안으로 하나의 특정된 주제에 대해 토론을 열게 하는 선언을 할 수 있고 행정부가 원한다면(결정한다면) 그 신임을 걸지 않은 채 표결의 대상으로 할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 의회해산제도

프랑스에서의 국회해산권의 대상은 프랑스가 양원제국가인데 양원 중 하원이다. 내용적으로는 전적으로 대통령의 재량에 달려있다. 절차적으로는 대통령은 해산 전에 먼저 수상, 하원의장, 상원의장의 의견을 반드시 들어야 한다. 대통령은 그 의견에 반드시 구속되는 것은 아니다. 시기적인 제한도 있다. 해산으로 치러진 위 총선거 후 1 년 이내에는 더 이상의 해산을 할 수 없다. 헌법 제16조의 비상조치가 발령된 상태에서, 그리고 대통령유고시 상원의장이 직무대행을 하고 있는 경우에는 하원해산을 할 수 없다(프랑스 헌법 제7조 제4항).

대통령의 하원해산권은 물론 대통령제하의 제도는 아니다. 이 권한은 대통령의 판단으로 행사되므로 대통령의 강한 특권이라고 할 수 있고 대통령이 다수파의 지지를 받지 못해 충돌이 일어날 경우에 정국을 유리하게 끌고 가기 위한 권한이기도 하다. 하원해산 후 하원의원총선거가 실시되므로 국민에게 직접지지 여부 의사를 물어보는, 국민 앞에서 직접적인 심판인 것이다.[55] 정국경색을 해소하기

---

54) 상원에 대한 신임요구제도는 더러 활용된 바가 있다고 한다. 1975년에 시락(J. Chirac)행정부에 의해, 1977년과 1978년에 바르(R. Barre)행정부, 1986년과 1987년에 시락행정부, 그리고 1989년, 1991년에 로카르(M. Rocard)행정부, 1993년에 발라뒤르(E. Balladur)행정부, 1995년에 쥐페(A. Juppé)행정부에 의하여 행사된 바 있다. 정재황, 혼합정부제, 85면에서도 인용한 것임.

55) 동거정부의 경우에도 대통령은 의회해산권 등의 권한으로 의회를 압박할 수 있을 것이라는 점에서 동거정부에서 대통령의 권한이 마냥 약화되는 것은 아니고 이는 대통령의 우월적 지위를 사실상 긍인하게 하는 것이라고 볼 것이다. 그러나 대통령의 하원해산권은 그 행사에 위험부담

위한 제도이기도 하다.

(4) 2008년 헌법개정

위에서 언급한 2008년 프랑스 헌법의 개정에서는 의회의 권한행사에 대한 제약이 이전에 비해 완화되었다. 그리하여 이른바 합리적 의회주의(parlementarisme rationalisé)가 완화되었다. 앞서 본대로 2008년 개헌에서는 의회의 권한, 특히 소수파의 권한을 상당히 늘려 놓음으로써 '합리적 의회주의'의 퇴조(reflux du parlementarisme rationalisé)에 대해 언급하는 문헌도 볼 수 있다.[56] 그렇다고 집행부의 우위가 사라진 것은 아니라고 본다. 2008년 헌법개정은 대통령권한을 조정하면서 강화된 것도 있고 의회의 권한이 강화된 것도 있어서 재균형이라는 목표도 그런 것이었듯이 어느 한쪽의 우월성을 가져온 것으로 단정짓기는 곤란하다고 보는 평가가 많다.

(5) 안정화요소

프랑스의 정치의 안정화는 결선투표제를 통한 다수파의 존재를 들고 있는 것이 일반적이다. 그것 외에도 웨에서본 대로 이른바 합리적 의회주의에 따라 의회의 의사절차를 신속히 하도록 하는 제도들, 예를 들어 봉쇄투표라든지, 입법연계적 신임요구제도 등을 통하여 행정부가 의회를 압박할 수 있도록 함으로써 이전 공화국에서의 의회우월주의에 입각한 혼란을 극복하였다고 평가될 수도 있다. 합리적 의회주의가 소수파의 억제 뿐아니라 다수파의 결속을 위한 것이라는 견해도 있다. 사실 의회에서의 정국이 경직되는 것은 소수파에 의한 의사방해나 투쟁 뿐 아니라 다수파의 불안정성 내지 분열로 비롯되는 경우도 있다는 점에서 다수파의 결속을 위한 기제로 활용되기도 한다는 것이다.[57]

5. 프랑스 혼합정부제의 운용실제[58]

(1) 개관

프랑스 혼합정부제의 운용실제를 분석함에 있어서 대체적으로 대통령과 수상

이 따르고 그리 빈번히 행사될 수 없고 실제 그렇지도 않았다.

56) P. Avril, un nouveau droit parlementaire ? RDP, 제1호, 2010, 125면 이하 참조.

57) 프랑스 헌법 제49조 제3항의 법률안연동적 불신임제도는 행정부를 지지하는 다수파가 상대적 다수에 머물었고 절대다수가 되지 못했던 1988년부터 1993년 사이에 많이 활용되었다. 정재황, 혼합정부제, 85면.

58) 1999년 이전의 상황에 대해서는, 정재황, 프랑스 동거정부, 153면 이하 ; 정재황, 프랑스 혼합정부제, 49면 이하 등 참조.

(행정부)의 관계가 어떠하였는지를 두고 살피는 경향이다. 의회는 합리적 의회주의에 입각하여 권한이 완화되어 있기 때문이었다.

(2) 대통령에 대한 다수파의 지지

대통령이 의회의 다수파의 지지를 받고 있는 동안은 대통령은 리더십을 강하게 발휘하면서 국정운영에서의 우월성을 보여주면서 수상과 행정부는 대통령의 정책방향과 구도를 구체화하는 역할을 수행하였다고 본다. 제5공화국 초대 대통령이었던 샤를르 드골(Charles de Gaulle) 대통령(1958-1969), 이어 조류쥬 퐁피두(Georges Pompidou) 대통령(1969-1974), 발레리 지스카르 데스땡(Valéry Giscard d'Estaing) 대통령(1974-1981)[59]에 이르기까지 다수파의 지지를 받아 상당히 강한 대통령의 리더십을 보여주었다. 비록 재임기간 중 두 차례의 동거정부 때에는 사실상 약화되었던 죄파의 사회당 소속 프랑수와 미테랑(François Mitterand) 대통령(1981-1995), 이어 한 차례의 동거정부를 겪은 자크 시락(Jacques Chirac) 대통령(1995-2007)의 시기에도 동거정부 시기를 제외하고는 강한 면모를 보여주었다고 평가된다.

2000년에 대통령임기 단축 개헌이 확정되어 5년의 대통령임기와 하원의원임기가 같아지고 2002년 4월 대선, 6월 총선, 근접선거가 실시되었으며 자크 시락이 재선되었고 우파가 다수파가 되어 다시 대통령에로의 권력의 집중현상이 나타났다고 평가된다.

이후 니콜라 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령(2007-2012)은 국정의 조정자로서의 역할을 넘어서서 적극적 행정개입자로 평가된다. 대통령 행정부(gouvernement pésidentiel)이란 말이 나올 정도로 대통령이 적극적인 권한행사를 하여 단순한 중재자를 넘어서 행정을 이끌어가는 모습을 보여주었다.[60] 정당에 대해서도 사르코지 대통령은 정당들 위에 위치하는 국가원수를 지향한다는 제5공화국 헌법의 정신[61]과는 달리 대통령이 다수당을 주도해 갈 수도 있다는 가능성을 보여주기도

59) 데스땡 대통령은 그의 파가 다수파인 우파 중에 소수파임에도 대통령에 당선되었다. 그럼에도 그는 의회에 대하여 헌법상 권한들을 충분히 활용하여 그의 입지를 구축해갔다고 평가된다.

60) F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 388면.

61) 이는 드골이 바이유에서 행한 연설에서 대통령은 정당들 위에서 조정하는 위치에 있을 것을 토로한 데서 나타난다. 제5공화국헌법의 기초가 드골이 독일로부터 첫 번째 해방된 도시 바이유(Bayeux)에서 1946년 6월 16일에 행한 연설에 나타난다. 그래서 프랑스 제5공화국헌법에 대한 서술에서 바이유연설이 많이 인용된다, 이 연설의 공식 원문은, Le discours de Bayeux, hier et aujourd'hui(이 책은 1990년 6월 15일에 바이유에서 있었던 바이유연설에 관한 샤를르 드골 연구소와 프랑스헌법학회 주최의 학술세미나를 F. Decaumont교수가 편집하여 출간된 것이다),

하였다. 결국 강한 대통령제적 운영이었다고 평가될 수 있다.

다음으로 프랑수와 올랑드(François Hollande) 대통령(2012-2017)은 절제된 대통령으로 통상적인 대통령의 역할을 수행하면서 보다 덜 뚜렷한 대통령제적 운영의 모습을 보여주었다는 평가를 받는다.

2017년 취임한 에마뉘엘 마크롱(Emmanuel Macron)은 신당인 자당 'La République en marche(LREM)'(전진하는 공화국)이 다수당으로서 역시 다수파의 지지를 받고 있는데 초기라서 시간이 흐르면서 앞으로 평가가 내려질 것이다.

다수파의 지지가 결국 대통령의 권한을 실제로 강하게 행사하게 하고 정국의 안정을 가져오게 함을 알 수 있는데 의회 다수파 형성의 촉진제는 바로 결선투표제이다. 즉 다수파의 형성은 하원의원선거에서 제2차 결선다수대표제를 통하여 정당들 간에 제휴, 연합이 가능하게 하여 여러 정당들이 존재하더라도 그 결집이 이루어질 수 있게 함으로써 가능하게 하였다.[62] 그러나 프랑스에서 소선거구다수결선투표제도에 대한 비판이 있어 왔다. 거품효과가 있고 소수정당이 불비례적으로 평가된다는 점 때문이다.[63]

대통령이 의회의 다수파의 지지를 받게 되면 대통령은 정책의 목표, 방향이나 전체적인 구도를 정해주고 수상이 이를 구체화해서 정책추진을 하게 된다. 또 대통령은 외국들 간의 관계에서 고려되어야 할 문제나 외국들 간의 교섭에 있어서는 중요한 역할을 한다. 그 외 일상적인 행정적 추진은 구체적으로 수상과 내각에 맡겨두고 있는 것이다. 장점은 바로 대통령은 구체적 논쟁에 휩쓸리지 않고 장기적인 계획이나 구상에 몰두할 수 있다는 것이다. 다만, 조건은 수상에 대한 신임이 두터워야 한다는 것이다. 그렇다고 수상은 전적으로 대통령 지시를 옮겨다 집행만 하는 것이 결코 아니다. 자신이 주도로 자신의 계획에 따라 중단기적인 행정을 추진한다.[64]

Economica, 1991, 217면 등에 있다.

62) 상세한 설명은, 정재황, 혼합정부제, 65면 참조.

63) 1992년 Vedel 헌법개정자문위원회가 독일식의 소선거구다수제와 비례제의 혼합제를 도입할 것을 제시한 바 있다. 2012년 올랑드대통령에 의해 설치되고 전직 수상이었던 L. Jospin이 위원장이었던 정치활동 혁신윤리위원회도 다양한 하원구성을 위하여 비례대표를 10%선의 한계를 두긴 하지만(뚜렷한 다수파가 자리잡을 수 있도록 하자는 의도에서 한계를 둠) 비례대표제를 하원선거에 도입할 것을 제안한 바 있다. 이 위원회의 보고서인 Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, La documentation française, 2012, 38면.

64) 의회 다수파 지지 상황의 대통령과 수상과의 관계에 대해서는, 정재황, "프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담", 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017), 351-353면 이하 참조.

올랑드 대통령까지의 국정운영을 보면 이제 프랑스에서는 대통령제적 운영이 이어지고 있다고 평가되는데 이러한 국정운영은 정치시스템에 의한, 특히 과거 인물상에 의한 것 보다 오늘날에는 대통령직선제와 다수파현상에 의한 것이라는 평가도 있다.[65] 즉 과거 드골과 같은 시대에 그러한 인물상에 의해 리더십이 형성되어 대통령제적 운영이 많이 있어 왔다고 볼 수 있으나 오늘날에는 대통령직선을 통한 정당성 확보, 다수파의 확보를 통한 안정성으로 대통령제적 운영이 시스템적으로 이루어진다는 의미이다.

(3) 동거정부의 문제

'동거정부'란 대통령의 임기 도중에 하원총선에서 반대파가 하원다수파가 되어 대통령이 반대파에서 수상을 지명하고 반대파로 내각이 구성되는 경우를 말한다. 프랑스에서는 제1차 동거정부가 1986년-1988년, 제2차동거정부가 1993년-1995년, 그리고 제3차 동거정부가 1997년부터 2002년까지 있었고 이후 나타나지는 않고 있다.

동거정부 상황에서 대통령은 의회 다수파의 지지를 받지 못하므로 리더십이 약화되고 국정운영은 수상(행정부)의 주도로 이루어진다. 그러나 대통령은 국정중재자로서의 역할을 어느 정도 유지하였다고 보고 특히 외교, 국방에 관한 권한에서 대통령의 권한이 우세하였다고 평가된다. 동거정부에서는 대통령과 수상 간의 이견을 보여주기도 하였으나 대체적으로 동거정부에서 국정이 마비되거나 큰 문제의 발생 없이 무난하긴 하였다고 평가된다.[66]

그런데 동거정부 상황에 대해서는 비(非)정형적인(atypique)인 상황이고 보수적(immobilisme) 경향이라는 평가, 응집성있는 정책시행에 증대되는 어려움이 지적되기도[67] 하여 이에 대한 대응으로 프랑스에서는 동거정부 출현을 억제하기 위해 대통령과 하원의원의 임기를 동일하게 하고 근접선거를 하는 것이 바람직하다고 보고 2000년 10월 2일의 헌법개정으로 대통령의 임기를 이전의 7년을 하원의원의 그것과 동일하게 5년(quinquennat)으로 단축하였다. 선거시기도 조절하여 근접선거가 행해지게 되었다. 근접하다는 것이 어느 정도의 시간간격을 말하는지 차

65) 이러한 취지로, F. Hamon / M. Troper, Droit constitutionnel, 35e éd., LGDJ, 2014, 542-543면.

66) 프랑스의 동거정부의 경험과 평가에 대해서는, 정재황, 프랑스 동거정부, 187-198면 ; 정재황 혼합정부제, 76-82면 참조.

67) http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000132-la-cohabitation-dans-la-vie-politique-francaise/pourquoi-la-cohabitation

이가 있을 것이긴 하다. 프랑스의 경우에는 매우 근접해 있다. 그렇다고 같은 날 실시되는 것이 아니므로 엄밀히 말해서 동시선거라고 하기는 곤란하다, 2001년 5월 15일 제2001-419호 법률[68]로 개정된 선거법전(Code électoral) 제LO121조(로 개정된 것임)가 하원의 권한은 선거된 이후 5년의 6월 셋째 주 화요일에 종료된다고 규정하고 동법전 제LO122조는 의회해산의 경우를 제외하고 총선거는 하원의 권한이 종료 되기 전 60일 이내에 실시되도록 하고 있고 대통령선거는 임무종료 전 적어도 35일 전에 실시되도록 하여(프랑스 헌법 제7조 제3항) 결국 임기가 대통령과 같이 5년으로 동일한 하원의원의 선거를 대통령선거에 매우 인접하게 실시할 수 있도록 하고 있다. 이는 현재도 계속되고 있다. 2007년, 2012년, 2017년 대통령선거와 하원의원선거에서 대통령의 정파(정당)가 다수당이 되고 동거정부는 3차 동거정부(1997년-2002년) 이후 나타나지 않고 있다. 그런데 대통령의 임기와 하원의원의 임기가 임기 도중에 대통령, 하원 어느 한쪽의 변화로 달라질 수 있다. 대통령이 중도에 사임, 사망하거나 의회가 해산되는 경우 등이다. 따라서 이런 문제조차 해소하기 위해 2007년 Balladur 위원회가 대통령 2차 결선투표 때 하원의원 총선 1차투표를 동시에 실시하도록 하자는 제안을 한 바 있었으나 채택되지는 않았다. 여하튼 위와 같은 노력으로 차이가 날 가능성은 비록 완전히 사라지지는 않았지만 줄어들었다.[69] 그래서 2002년 이래 최근에 동거정부 현상은 나타나지 않아 상당히 정국이 안정적이라고 보고 따라서 의원내각제적 요소를 그대로 유지해가면서 대통령제화하는 것으로 평가할 수 있지 않는가 하는 지적도 있다.[70]

(4) 프랑스 국정운영의 전체 구도상 평가

대통령이 의회 다수파를 유지하는 상황이나 그렇지 않은 상황에서나 대통령과 수상에 대해 각각 실질적 권한을 부여한 것이 정부제도에 위기를 초래하지는 않았다고 평가된다.[71] 의회다수파 지지가 있을 때에는 대통령제적으로, 없을 때에는 의원내각제적인 운영이 이루어져 프랑스 헌법은 "잡종의"(bâtarde) 또는 자웅동체

68) Loi n°2001-419 du 15 mai 2001.

69) 이러한 취지로, F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 372면.

70) 이런 취지의 지적으로 F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 375면.

71) Vedel 보고서, B.-Le partage des attributions entre le Président de la République et le Premier ministre 부분 서술 참조.

의(hermaphrodite)의 모호성을 보여준다는[72] 평가도 있다.

1981년 미테랑 소속 사회당과 좌파들이 정권을 잡은 이후로 정권의 교체(alternance 번갈아 나타남) 현상이 나타났고[73] 이는 건전한 프랑스 헌법의 모습을 보여준다고 평가된다.[74] 국가마비없이 이러한 정권교체, 동거정부의 현상을 알게 되었고 헌법은 헌법제정자가 예상하지 않은 상황에 적응하였고 제도는 작동을 계속해 왔다고 평가된다.[75]

대통령제화(présidentialisation)를 얘기하기도 하나 한계가 있고 1981년부터는 정권교체의 모습도 보여준다는 평가가 가해지고 있다.[76]

대통령의 독자적 권한이라는 것도 그 현실적 의미를 고려하여야 할 것이다. 그 권한들은 대통령이 중재자로서 국익에 중대한 영향을 가지는 정책에 대한 결정을 요구하는 사안에 대한 권한들이라고 할 수 있고 대통령이 가지는 독자적 권한이라는 것도 대체적으로 일상적 행정의 자체라기 보다 그 이전의 정책방향의 설정이나 대외적 문제에 관한 것이 많을 것이다. 그러나 그러한 영역도 수상과의 협력이 필요하다. 대통령이 모든 결정과 집행을 하는 것이 아니라 대통령은 정책의 중요 방향, 목표, 장기적 플랜 등에 대해 결정하고 그 수상이 그 실현을 위한 구체적인 결정과 집행을 수행하기 때문이다. 비동거정부, 즉 대통령이 의회다수파의 지지를 받고 있는 경우라고 하여 수상은 단순히 대통령결정의 집행관에 불과하지 않다. 수상이 이끄는 일상행정이 오히려 더 광범위할 것이다. 대통령결정을 행정조직 하부에 시달하고 그것이 제대로 구현되도록 챙길 기관은 수상이다. 물론 다수파 지지의 범위나 다수파의 결속 강도에 따라 다소의 정도 차이를 보일 수는 있다. 동거정부인 상황에서도 중요한 국가정책의 결정에 있어서 수상이 대통령의 의사를 무시할 수는 없다. 대통령도 국민으로부터 직선되었고 헌법이 그만큼 그에게 중요한 권한을 부여하고 있기 때문이다. 그 경우에도 상호 설득과 조정, 타협이 이루어지게 된다.[77]

---

72) F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015, 388면.

73) 이는 좌파 정권 대통령인 미테랑 대통령의 재임 중에 우파 소속 수상과의 동거정부를 형성한 것을 정권교체라고 보는 것이다.

74) 이런 취지로, J. Giquel / J.-E. Giquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 30e éd. L.G.D.J., 2016-2017, 542면.

75) 이러한 취지의 평가로, Ph. Ardant / B. Mathieu, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 24e éd., L.G.D.J., 2012, 442면.

76) F. Hamon / M. Troper, Droit constitutionnel, 35e éd., LGDJ, 2014, 413면, 540면 이하.

77) "수상이 대통령의 다수파에 속하는 경우 최종적인 결정을 하는 것은 항상 국가원수인 대통령이고, 수상이 대통령에 반대하는 다수파에 속하는 경우 최종적인 결정을 하는 것은 항상 수상

Ⅳ. 한국에의 적실성 문제 검토

서론에서도 밝혔지만 이 논문의 연구목적은 혼합정부제의 도입이 한국에 적절한 것인지 여부와 그 적실성을 가지기 위한 성공조건, 즉 만약 도입한다고 할 때에 미리 준비하여야 할 성공이 무엇인가를 보는 것이고[78] 이하에서 이를 살펴본다.

1. 전제적 검토

(1) 한국 헌정의 문제점

1987년 이래 30년의 민주화 과정의 시간이 흘렀으나 여전히 갈길이 멀다. 권력의 집중화, 비대칭적 여야의 구도를 보여왔다. 협력정치, 교차투표, 소신있는 의원활동도 안되고 있다. 마주보고 달리거나 평행선을 달리는 기관차라고 할 정도로 빈번히 극한대립, 장외투쟁을 보여왔다. 합의를 위한 중간의 입장이 설 곳이 없다. 정당의 이합집산이 특히 선거철에 뚜렷하고 국민의사를 충분히 반영하기 보다 당리당략에 연연하는, 진지한 정책정당이 보이지 않는다.

집행부에서의 탈권위주의가 아직 멀다. 집행부와 입법부 간의 대립은 근간에 와서도 거의 상시적이라고 해도 과언이 아닐 정도의 모습을 보여주고 있다. 입법부를 보면 입법과정의 충실도가 만족스럽지 못하고 정부주도로 끌려가고 있기도 하다. 입법부의 입법역량이 강화되어야 한다. 오늘날 복잡하고 전문적인 입법사항에 부응하는 전문성이 더욱 요구됨에도 이를 따라잡지 못하고 있다.

사법부의 개혁에 대한 국민욕구도 강하다. 비민주적 시대의 사법부 탄압에서 사법권독립을 부여하고자 헌법상 많은 권한을 대법원장에 부여하고 있다. 이제와서 오히려 제왕적 대법원을 얘기하게 되었다. 대법원, 헌법재판소 재판관들의 임명도 다양하지 못하고 그런 비판에 직면하면 구색맞추기에 그치는 경우도 본다.

이라고 이해하는 것은 사실을 지나치게 왜곡하는 분석이다. 왜냐하면, 대통령과 수상은 서로 의존하고 있다는 점을 잘 알고 있기 때문에 필연적으로 타협하지 않을 수 없으며, 실제로 이루어지는 수 많은 결정은 상호간의 설득이나 합의에 의해서 도출되기 때문"이라는 지적으로, 한동훈, 『프랑스 헌법상 하원과 집행권의 관계』, 헌법재판연구원, 비교헌법연구, 2017-B-6, 2017, 74면 참조.

78) 이것은 물론 이 세상에서 완벽한 이상적인 정부형태는 없고 어떤 정부형태이든 헌법현실이나 나라상황, 여건에 따라 그 성공 여부를 단언하기 힘들다는 것을 전제로 도입 여부와 성공조건을 보자는 것이다.

지방자치도 지지부진하고 중앙집중적이다. 지방재정도 열악하고 지방주도적인 활동이 이루어질 여건도 미약하다. 지방자치의 핵심이라고 볼 수 있는, 자치입법이라는 조례는 그 위상이 말이 아니다. 중앙정부의 규칙 보다도 못하다.

(2) 제도 운용 문제 논쟁

최근의 헌법개정논의에 대해 유보적인 입장에서 현행 헌법상의 대통령제가 1987년 민주화체제에서 직선제로 자리잡은 것이고 헌법규정 자체가 문제가 아니라 그것의 운용이 문제되었고 따라서 근간을 바꾸는 헌법개정은 바람직하지 않다고 주장되기도 한다.[79] 그러나 지난 정권에서 권력의 집중과 같은 문제점이 나타났고 제도의 운용이 제대로 되지 않는다는 것은 제도 자체에도 문제가 있다는 것이므로 중요한 원칙적 제도는 새로 헌법에 올려서 구속력을 강화해야 한다. 헌법개정에 비용이 많이 소요될 것이나 정치권에서 내년 지방선거에 국민투표를 함께 실시하자는 것이므로 비용이 많이 절약될 수 있다면 작동이 잘 되지 않은 제도들을 손질하는 개정이 필요하다고 할 것이다.[80]

법률로도 당장 개선 가능한 것은 여야합의, 협력정치로 개선하여야 한다.[81] 보다 시스템적인 개혁은 비용이 적게 들고 집약적이며 효율적이고 국민의사가 제대로 반영되는 헌법개정이라는 것을 전제로 한다면 차제에 이를 담아낼 헌법개정에 맡기는 것이 적절하다고 할 것이다.

---

79) 경청할만한 의견으로 "'탈정치'나 '반정치'가 아닌 '정치의 복원'만이 한국 민주주의를 한걸음 더 도약시키는 필요충분조건이다. 그리고 이러한 필요충분조건은 현행 헌법 하에서 정치관계법의 개혁만으로도 충분히 실현가능하다"라는 견해로, 김종철 / 이지문, "공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건 : 정부형태 개헌론을 넘어서", 『세계헌법연구』 제20권 1호(세계헌법학회 한국학회, 2014), 87면.

80) 사실 이번 개헌논의는 촛불민심이 원하는 것인지 알 수 없다. 제도를 잘 운용하면 된다는 국민의 의사도 강할지 모른다. 개헌의 비용이 크다는 점에서도 그렇다면 헌법손질을 굳이 할 것은 아닐 것이다. 그러나 지방동시선거 때에 함께 개헌 국민투표를 실시하여 비용을 최소화한다면 그동안 기다리고 있던 헌법손질을 하는 것을 마다할 이유는 없다고 할 것이다.

81) 촛불민심이 과연 개헌을 필연적이라고 당시에 보았는지도 의문이다. 필자도 "기본권이 걸린 현안은 개헌만으로 풀 수 있는 것도 아니다. 지금도 미디어법 및 노동관계법 개정, 선거연령 18세 인하 등 선거법 개정, 재벌개혁을 위한 경제법 개정 등은 당장 국회가 관련 법률을 제정하거나 개정하면 할 수 있다. 개헌해도 헌법은 추상적이어서 구체적으로 시행하려면 어차피 법률이 있어야 한다"라고 언론매체에 발표한 바 있다(정재황, 촛불민심과 개헌논의, 경향신문, 2017년 3월 1일자, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?code=990304&artid=201703012055005#csidxf6ebbc0cce0cf968856910fb920b843). 그래서 비용이 가능한 한 들지 않는 선에서 시스템 개혁의 개헌과정을 거치고 지금이라도 법률로 바꿀 수 있는 구체적인 사항은 당장이라도 법률로 개혁을 이루어가야 한다.

(3) 프랑스 제도와의 대비상 검토점

혼합정부제의 적실성을 검토함에 있어서 이를 전형적으로 시행하고 있는 프랑스와 비교하는 것이 필요하기도 하여 앞서에서도 프랑스의 예들을 보았다. 그런데 한국과 프랑스를 정부형태에 있어서 비교하면서 검토가 이루질 텐데 그 비교에 있어서 다음의 점들을 짚어야 할 것이다.

1) 방향성

프랑스의 혼합정부제는 의원내각제 국가에서 의원내각제의 약체를 극복하기 위해 대통령제를 혼합하는 정부형태로 변화된 것이다. 반면 우리가 혼합정부제를 채택하고자 하는 방향은 제왕적 대통령제라는 강력한 권력을 제어하기 위해 집행부 내에서 대통령과 국무총리(내각) 간의 실질적인 권한분담을 위해 의원내각제적 요소를 강화하겠다는 것이다. 그 점에서 위 프랑스의 경험과는 방향이 다르다. 그러나 혼합정부제가 집행부 내 대통령과 수상(행정부) 간에 권한을 분담하는 것을 하나의 요소로 하고 프랑스에서도 그러하다는 점에서 현재 한국의 개헌목적이 대통령의 권력순화, 즉 대통령의 권한을 완화하기 위하여 국무총리(행정부)와 권한을 나누려고 한다는 점에서 권력분화라는 기대효과는 결국 같다고 볼 것이다. 다만, 이러한 권력분담의 기제로서 혼합성을 활용한다는 점을 고려하여야 할 것이다. 한편 프랑스의 혼합정부제가 2차대전의 수모를 겪으면서 대통령의 리더십 강화가 필요한 상황이었고 그래서 대통령의 권한을 강화하였지만 아울러 주목할 것은 이른바 '합리적 의회주의'를 내세워 의회의 권한에 대한 제약도 가져왔고 그것이 대통령을 포함한 집행부의 권한강화를 가져왔다는 점이다. 그것이 우리의 현재 상황과 차이를 보여주는 것은 사실이다.

2) 왜곡된 소개

한국에서 혼합정부제에 대한 곡해를 가져오게 하는 종래의 견해 내지는 지적을 검토해 본다.[82] ① 바이마르 공화국에서 실패하였다는 역사를 들어 혼합정부제에 문제가 있다고 한다. 그런데 프랑스에서는 살아남았다. 오히려 프랑스에서는 바이마르 공화국 이후 채택했다. 다른 나라의 경험을 쉽게 비판척도로 할 것은 아니다. 어떤 정부형태이든 절대적인 것이 아니다. 시대와 그 국가의 상황 등에 따라 달라진다. 우리나라도 의원내각제가 실패한 것인지 알 수 없다. 제2공화국의

82) 이것은 결코 혼합정부제를 변호하는 것이 아니라 객관적인 fact check를 위한 것이다.

의원내각제가 제대로 시행도 해보지 못한 채 군사쿠테타로 좌절되었다. ② 독재화되기 쉽다는 지적이 있다. 이는 혼합요소인 대통령제적 요소 때문이라고 한다. 그런데 대통령중심제하 대통령보다도 혼합정부제는 의원내각제적 요소로 인하여 대통령의 권한을 제어하게 할 수도 있으므로 논리적이지 못하다. 혼합정부제의 대통령이 순수 대통령제의 대통령 보다 더 많은 권한을 가지게 할 수도 있을 것이고 의회에 절대다수파가 지지하고 있다면 더 강력한 대통령이 될 것이지만 이는 순수 대통령제하에서도 더 많은 대통령권력과 지지세력이 주어진다면 마찬가지일 것이다. 그런데 유독 혼합정부제에 대해서만 독재가능성을 지적하는지 논리적이지 못한 지적이다. 당장 한국이 1, 3, 4, 5공화국 모두 독재로 국민이 탄압받았던 당시의 정부형태가 대통령제였지 않은가.[83] ③ 혼합정부제도 의원내각제의 아류라고 하는 견해도 있다. 그러나 의원내각제하의 대통령은 간접선거로 선출되어 실질적인 권력을 별로 가지지 못하는 데 비해 혼합정부제하에서의 대통령은 국민의 직선으로 선출되고 따라서 국민적 정당성을 강하게 가져 실질적 권한을 가지므로 순수한 의원내각제와 다르다. 의원내각제적 요소가 있을 뿐이다.[84]

혼합정부제에 대한 이해의 부족은 사실 과거 군부독재에서 개헌구상론으로 이른바 '이원집정부'가 거론되면서 이 제도에 대한 부정적 이미지를 심어준 것도 원인이 되었다고 보여진다. 유럽 여러나라에서 시행되어 왔던 혼합정부제가 악용될 수도 있음을 일깨운 경험이기도 하다.

한편 준전시적이고 통일을 향해 나아가야 하는 현실에서 리더십이 필요하여 대통령제를 취하여야 한다는 견해에 대해서는 대통령제에서도 안정적인 다수파의 지지가 없는 대통령의 리더십이 약화될 수 있는 상태가 된다는 점에서 항상 타당한 논거인지 의문이다.

2. 목표와 판단기준

한국에서 개헌을 통하여 새로이 자리잡게 할 정부형태에 대한 모색에 있어서 먼저 그 목표가 무엇인지를 분명히 하고 그 목표에 부합하여 가능한 한 최선의

83) 프랑스의 혼합정부제에서는 대통령이 비상대권을 가지므로 독재화가능성이 있다는 우리 학자 견해도 있었다. 그러나 프랑스에서 1961년에 한번 행사된 다음 행사된 바 없다.

84) 혼합정부제가 의원내각제의 한 아류라면 대통령제의 한 아류라고도 할 수 있을 것이고 이를 별도 유형의 정부형태로 볼 일도 아니다. 위 지적은 오래전부터 있기도 하면서 문헌이 아닌 각종 토론, 대담에서도 나온 것이다. 따라서 각별히 주를 달지 않은 것은 이런 점 때문임을 밝혀 둔다.

정부형태를 선책하기 위한 기준을 설정하여 그것에 비추어 프랑스식 혼합정부제의 적실성을 검토해 볼 일이다.

(1) 목표 - 국민 기본권 보장을 위한 정부, 권력분산, 악용(내지 오용)에의 경계

정부형태의 개혁에 있어서 그 궁극적 목표는 바로 국민의 기본권보장을 충실히 할 수 있는 국가권력과 정부형태가 되어야 한다는 데 두어야 한다. 기본권보장을 위한 정부, 권력남용, 권력집중이 방지되고 국민을 위한 공복으로서 국민의 복리를 위한 정책을 적극적으로 수립·추진하고 공공서비스 정신에 투철한 정부가 되도록 해야 한다. 이러한 목표는 국가권력의 존재이유 그 자체에서 당연히 도출된다. 국가권력을 입법권, 집행권, 사법권으로 나누는 것이 일반적이다. 입법권은 국민의 기본권보장에 필요한 입법을 하고 기본권제한을 입법을 통해 신중하게 하여 기본권을 보다 더 잘 보장하기 위한 권력이다. 집행권도 국민의 복리를 위한 행정을 하기 위한 권력이다. 사법권(司法權)은 국민의 기본권이 침해된 경우에 그것을 구제하는 재판을 하는 권력이다. 결국 국가권력은 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단이고 잘 보장하는 국가권력의 행사가 가능한 최선의 정부형태를 갖추게 하는 것이 정부형태개혁을 모색하는 종국적 목표인 것이다.

한국의 헌정사는 더구나 권력의 집중으로 인한 권력남용으로 국민의 기본권이 침탈된 뼈아픈 역사이기도 하다. 물론 민주화된 제6공화국 이래로 기본권이 많이 보장되는 상황이 되었으나 보다 더 나은 보장을 향해 지속가능한 개선이 이루어져야 한다. 기본적 목표와 방향은 바로 권력의 집중과 남용을 방지하여 국민의 기본권보장을 실효적으로 강화할 수 있는 정부형태가 자리잡도록 해야 한다는 데 있는 것이다.[85]

혼합정부제를 권력나누기, 정략적 권한분배 등으로 원래의 취지를 벗어난 정치적 계산에서 채택하여서는 아니된다. 이를 경계할 일이다.

(2) 판단기준

바람직한 정부형태를 찾기 위한 고찰이나 예측에 있어서 그 판단기준을 먼저

85) 혼합정부제로의 개헌을 주장하는 견해들은 아직은 국민들의 대통령 직선제에 대한 욕망이 크므로 이를 반영하기 위하여[전학선, "분권형 대통령제 도입을 위한 제언", 『국민과 함께하는 개헌이야기』 2권(국회미래한국헌법연구회, 2010), 272면 등], 대통령제를 폐지하고 의원개각제로 바로 이행하는 것이 국민적 공감대로 형성되지 않았다는 등의 이유로 혼합정부제 개헌이 바람직하다는 입장을 펴기도 한다. 그런데 이러한 다소 전략적인지 모를 필요성 보다도 목표와 기본방향 설정에 따라 논의하는 것이 진정으로 국민공감대를 형성하게 하는 길이 될 것이다.

설정하는 것이 필요하다. 그 판단기준으로 ① 민주성, 권력분산성 ② 견제성·협력성과 책임성, ③ 안정성 등을 들 수 있다. ① 민주성은 국가권력이 국민으로부터 유래하고 국민이 이를 정당화해주어야 함을 의미한다. 그리고 국가권력이 남용되지 않게 분립되어 상호 견제하게 해야 한다. 또한 권력집중을 막고 권력의 균형을 이루어야 한다. ② 견제성·협력성과 책임성은 권력들 간에 상쟁하는 대립이 아니라 권력행사를 상호 견제하고 권력행사에 책임을 지도록 하면서 협력할 것을 의미한다. ③ 안정성은 소모적인 정쟁과 대치 속에 불안한 국정운용이 아니라 국민의 지지가 뒷받침되는 정치가 이루어지고 앞으로의 국가활동을 예측할 수 있게 하며 발전적 기반을 제공해줄 수 있어야 함을 의미한다.

(3) 고려해야 할 한국적 과제 - 통일, 분권 지향

현행 헌법도 평화적 통일을 국가의 과제의무로 규정하고 있듯이 민족적 과제를 정부가 수행해 나가야 한다. 진정한 통일은 '통합'이어야 한다. 통일과 통합에 효율적인 정부형태를 모색하여야 한다.

한국은 현재 지방자치와 지방분권의 확대를 지향하고 있다. 중앙과 지방의 권력을 어떻게 분배, 분권할 것인가, 그리고 지방자치의 확대와 분산을 효율적으로 수행하기 위해 중앙정부는 어떻게 구성되고 그 권한을 어느 정도 부여할 것인가를 심도 있게 고민하여야 한다.

3. 판단기준 적용

(1) 민주적 정당성, 권력분산성

혼합정부제가 대통령이 국민으로부터 직접선거되고 의회도 직접선거된 의원들로 구성되어 국민으로부터 권력을 위임받으므로 민주적 정당성을 가짐은 물론이다. 집행부와 입법부가 상호 분립되고 견제되고 있다. 권력의 분산이 집행부 자체에서도 대통령과 행정부(총리·내각) 간에 이루어질 수 있다.

지금 한창 진행 중인 개헌논의가 시작된 것은 대통령의 권력집중으로 인한 국정농단과 폐단을 앞으로 방지하기 위한 권력분산의 필요성에서이다. 한국의 개헌방향이 대통령에의 권력집중을 막는 데 있는데 혼합정부제가 집행부 내 대통령과 수상(+ 내각 = 행정부) 간의 권한분산을 그 요소로 하고 있다는 점에서 개헌의 방향에 맞는 정부형태의 하나로 볼 수 있을 것이다.

(2) 견제성 · 책임성과 협력성

혼합정부제는 위의 운용에서도 보았듯이 국가권력 상호간 견제하고 책임성을 구현하며 협력을 추구하는 가운데 국정운용이 이루어질 것을 요구한다. 행정부가 의회의 신임을 받아야 하고 그렇지 못할 경우에 책임을 묻게 되며 집행부는 국민들의 직접적인 신임을 묻기 위한 의회해산을 통해 국민 앞에서 직접 책임을 물으면서 협력의 장을 새로 열어갈 길을 모색할 가능성을 가진다. 영원한 평행선이 아니다. 내각불신임제와 의회해산제는 집행부와 의회 간을 무관계가 아닌 서로가 책임을 물으면서 협력도 모색해 가는 끈끈한 관계를 형성하게 한다. 동거정부일 경우에도 서로 대립되는 정파들 간에 오히려 협력을 추구하지 않으면 국정운영이 안되도록 협력할 것은 협력하게 한다.

현행 한국헌법의 권력구도는 대통령과 국회 간에 대립관계만이 존재하지 사실상 협력관계를 기대하기 힘들다. 내각불신임제로 내각이 의회 앞에서 책임을 지게 되는데 이는 책임성의 확보이자 협력성의 확보이기도 하다고 볼 것이다. 혼합정부제로 이행한 경우에도 내각불신임 발의를 빈번히 하고 소모적인 정쟁을 여전히 한다면 혼합정부제도 해결책이 될 수 없을 것이다. 다만, 내각불신임제 등으로 협력으로 이끌게 할 여지가 지금 보다 더 많을 것이라는 법리상 설명인 것이다.

(3) 안정성

혼합정부제에 대해서는 아래의 두 가지 점에 대한 불안감이 강한 것으로 보인다.

1) 책임제도(내각불신임제 등)

혼합정부제는 의원내각제적 요소를 포함아고 그 요소의 실행으로 정국이 불안할 수 있지 않는가 하는 의문을 가질 수도 있을 것이다. 이는 사실 의원내각제의 문제점의 하나로 부각된 것이었다. 소수당의 난립으로 내각불신임이 빈번한 등 과거의 경험에 비추어 정국불안을 가져온다는 것이었다. 그러나 오늘날 프랑스의 예에서 본대로 또한 의원내각제를 행하고 있는 나라들을 보면 내각불신임이 빈번하지도, 실제 의결에 이르는 예가 많지도 않다. 의회해산도 위험부담이 따르므로 그리 쉽지만은 않다. 내각불신임제와 의회해산제가 오히려 협력을 위한 압박의 카드로 활용될 수 있기도 하다고 본다. 사실 프랑스의 경우에는 그 외에도 합리적 의회주의에 입각한 안정성 장치들에 효과를 걸은 점[86]도 있다.

---

86) 이 점 독일에서도 비슷하다고 할 것이다. 독일이 의원내각제를 취하면서 건설적 불신임제, 비

2) 동거정부현상에 대한 예측과 평가

혼합정부의 도입에 반대하는 입장에서 동거정부 출현가능성으로 국정운영이 불안정하게 된다는 것을 중요한 반대논거로 들어온 것은 사실이다. 동거정부가 불안정하다면 대통령중심제하의 여소야대 상황도 불안하다. 다 같이 여소야대이기 때문이다. 그런데 차이점은 순수 대통령제에서는 여소야대에서 정국마비를 풀어갈 별다른 방법이 없다. 내각불신임제, 의회해산제와 같은 해소제도가 없기 때문이다. 내각불신임과 의회해산으로 국민의 직접적인 심판인 총선거를 통해 새로운 의회를 구성하여 마비된 정국을 풀 수 있다. 혼합정부제에서는 동거정부이긴 하나 상당히 의원내각제적 운영으로 국정이 수행된다. 미국과 같은 경우에는 야당의원들이라도 여당정책을 지지해 주는 이른바 교차투표(cross voting)가 이루어지므로 여소야대가 가져올 부작동의 우려가 줄어들어 있다. 그렇지 않은 나라들에서는 대통령제에서의 여소야대는 평행선을 달리게 된다.[87] 현재 대통령제 하 한국도 그런 경험을 보여주었다. 동거정부에 대해서는 위에서 살펴본 프랑스의 경험이 참조될 것이다. 프랑스에서는 동거정부에서도 상당히 의원내각제적 운영을 통하여 대체적으로 국정에 마비가 없이 일상 수행되어졌고 책임정치적인 면에서는 오히려 강화되었으며 헌법해석이 좀 더 치밀하여졌다고 평가된다.[88] 여소야대 동거정부가 오히려 정권교체의 의미를 가진다고도 본다. 물론 프랑스 사람들도 동거정부가 뭔가 심리적으로도 불편하다는 점을 인식하고 응집력이 없어 보이는 경우도 경험하였다. 그리하여 동거정부의 출현을 억제하려는 방안들이 나왔고 그래서 근접선거가 실시된 이래 최근에 이르기까지 동거정부가 출현하지 않고 있다. 그런데 동거정부현상이 여소야대로서 견제기능의 강화라는 점에서 부정적 효과만 있는지에 대한 근본적 검토가 필요할 것이다.

(4) 기타

위의 조건 외에도 정부의 전문성이 강화되는 정부가 필요할 것이다. 대통령제와 달리 내각에 상당한 권한을 주는 혼합정부제에서 전문성을 강화하도록 하여야 할 것이다. 그동안 의원내각제에 대한 우려는 내각을 구성하는 의원의 자질 문제, 지역구의원 출신 장관의 출신 지역구의 이익추구가능성, 정당정치의 미성숙을 들

례대표에서 봉쇄제도와 같은 제도가 상당히 국정운영상의 안정을 가져왔다고 평가된다.

87) 대통령제를 취한 국가들에서는 대부분 대통령과 의회의 대립에서 헌법적 위기를 초래하는 현상이 나타난다는 지적으로, J.-L. Warsmann 제1차보고서, 38면 참조.

88) 정재황, 프랑스 동거정부, 196-198면 ; 혼합정부제, 80-82면.

고 있는데 혼합정부제에서도 상당 부분 이 문제가 해결되어야 할 것이다. 다만, 의원내각제적 요소가 있다고 하여 반드시 의원과 장관이 겸직되어야 하는 것은 아니라고 본다면 문제가 달라질 것이다.

4. 구체적 논의

(1) 대통령의 권한

1) 부담의 감량 - 선택과 집중

작금의 개헌논의의 중요한 목적 중 하나가 권력의 집중을 막고 분산시키되 효율적인 정부를 만든다는 점에 있다면 대통령의 권한이 적정선에서 국무총리·내각과 조정되어야 한다. 대통령의 권한부담의 완화라는 개헌목적의 실현방안을 찾는다는 점에서 혼합정부제가 대안이 될 수 있는 것은 사실이다. 한국의 국가업무는 건국초에 비하면 현재 국가예산만 하더라도 400조원을 넘어서는 것을 보더라도 비약적으로 확대되었고 오늘날 그 전문성을 요구하는 업무들이 많다. 통일, 국방, 외교만 하더라도 대통령에 대한 하중이 크고 모든 국가업무의 만기친람(萬機親覽)은 어렵다. 대통령의 권한에 선택과 집중이 필요하다. 대통령에 대해서는 좀더 거시적이고 장기적이며 대외적인 관계에서의 큰 줄기를 이루는 정책을 결정하는 권한 등 비중이 큰 권한들을 부여하는 것이 필요할 것이다.

다른 한편으로 대통령이 국회와 대립적인 갈등관계에 있도록 하지 말고 정쟁에서 떨어져 거시적 정책의 구상 등에 주로 몰두할 수 있도록 하여야 할 것이다. 총리내각이 완충적인 역할을 수행하는 것이 필요하고 대통령을 중심으로 한 통일을 향한 일관성 있는 정책추진이 가능하도록 기반을 마련해 주는 것이 효율적일 것이다. 물론 통일, 국방, 외교와 같은 중요한 국사도 합의체에 의한 의사결정과정을 거치도록 하여 합리적이고도 발전적인 정책의 결정이 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다.

2014년의 국회 개헌자문위안은 대통령에게 주로 외교, 국방, 통일에 대한 권한을 집중시키고 있다.[89]

아래의 도표는 혼합정부제를 취할 경우에 대통령의 권한범위를 모색하기 위한 참고로 현행 헌법, 2014년 국회 개헌자문위안, 프랑스 현행 헌법에서 정하고 있는 대통령 권한을 대비한 것이다. 현재 우리나라 대통령의 권한과 프랑스의 그것을 비교하면 항목상으로는 의회해산권이 없는 정도이다. 혼합정부제로 이행되면 의회해산제도를 두게 될 것인데 이의 권한보유자의 문제가 있다(후술 참조). 결국 통일, 국방, 외교에서 대통령주도적인 권한이 인정될 것은 대체적으로 긍정할 것으로 본다.

---

89) 2014년 국회 개헌자문위안 88, 94, 96, 109, 110조 등 참조.

	한국 현행헌법	2014년 자문위 안	프랑스 현행 헌법
국가독립, 영토보전	○(의무로 규정)	○(의무로 규정, 국민통합의무 등 추가)	○
국무총리(수상)임명권	○(대통령지명 국회동의)	○(국회선출자 대상)	○(대통령지명)
장관임명권	○(국무총리 제청)	○(국무총리제청, 단 통일·외교·국방 등 대통령의 권한과 관련된 행정각부의 장은 국무총리의 의견을 들어 임명)	○(수상 제청)
국무회의 주재권	○	×(단, 소집요구권, 출석・발언・서한의견표시권 가짐)	○
법률안제출권	○(정부전체)	○(정부전체)	×(헌법규정상 수상이 보유)
법률안공포권	○	○	○
법률안거부권	○	○	○
국민투표부의권	○(단독. 대상 : 외교・국방・통일 기타 국가안위에 관한 중요정책)	○(단독. 대상 : 통일・외교・국방 등 국가안위에 관한 중요정책)	○(행정부, 양원합동 제청. 대상 : 공권력조직, 경제적, 사회적 또는 환경의 개혁, 제도운영에 영향을 줄 조약승인을 위한 법률안 등)
의회해산권	×	○(국무총리제청)	○(수상, 상하원의장 자문)
행정입법관련 권한	○(대통령령(위임명령, 집행명령)제정권)	○(대통령령(위임, 집행명령)제정권)	○(법률명령, 국무회의 데크레 서명권)
공직자(군공무원포함) 임명권	○	○	○
조약체결・비준권	○	○	○
외교사절 신임・접수・파견권	○	○	○
국군통수권	○	○	○
비상대권	○	○	○(수상, 양원의장, 헌법재판소의 공식적 자문을 거쳐 발동)
계엄발령권	○	○	× (헌법 제36조 문언상 내각회의에 속함)
사면권	○(제한 : 일반사면-국회동의 요. 특별사면-제한 없음)	○(제한 : 일반사면-민의원동의 요, 특별사면- 대법원장 동의 요)	○(제한 : 개별적 형집행면제・감형・변경에 한정, 집단적 사면 금지)

<한국의 현행헌법, 2014년 국회 개헌자문위안, 프랑스 현행헌법상의 대통령 권한 비교>[90)]

2) 대통령 권한에 대한 제도적 개선

혼합정부제를 취하여 대통령의 권한이 어떠한 것이 될지 그 범위가 정해지면 그 다음으로 각 권한 내의 범위도 정해져야 할 것이고 그 권한이 적절하고도 공정하게 행사되게 그 방법, 절차에 대한 제도적 개선도 필요할 것이다. 대통령에로의 권력집중 현상을 가져온 원인으로 지적되고 있는 권한들이 균형있게 적절하게 조절되고 투명하게 행사되도록 제도적 개선이 있어야 한다. 한국에서 그동안 대통령의 인사권집중이 많이 지적되어 왔다.[91] 2014년 우리 국회의 자문위안은 인사추천위원회제도를 두도록 제안하고 있다. 한국에서 사면권의 남용도 지적되어 왔는데 사면권을 대통령에 그대로 부여한다면 이에 대한 헌법제도적인 제한규정을 두어야 할 것이다.[92]

(2) 행정부(국무총리・내각)의 구성과 권한

1) 수상의 선임

국무총리의 권한을 실질화한다면 그 선출의 정당성 부여부터가 문제된다. 2014년 개헌자문위 안은 민의원에서 재적의원 과반수 찬성으로 선출하면 대통령이 당연히 임명하는 것으로 하여 프랑스식 혼합정부제에서 보다는 국무총리의 정당성을 더 높여놓고 있다. 프랑스에서는 임명시에 하원의 동의를 받도록 하지는 않고 있기 때문이다.

2) 행정부의 권한

혼합정부제를 취한다면 행정부의 권한이 실질적으로 부여되어야 한다. 이는 대통령의 권한을 적절히 조절해주면서 혼합성이 그 의미를 가지게 하는 것이기도 하다. 프랑스에서 헌법규정상 행정부가 일반적 행정은 물론이고 의회에서의 입법과정에의 개입권 등 상당히 중요한 권한을 가지고 그 행정부를 이끄는 수상도 그러하다. 이처럼 행정부에 조응한 권한을 부여받은 수상은 국가의 "실력자"(l'homme fort)라고 평가되기도 하고 [93] 수상의 지위가 결코 약하지 않다. 대통령이

---

90) 한국의 경우 헌법전 자체에 명시되어 있는 대통령 권한으로는 위의 권한 외에 영전수여권 등이 있음.

91) '승자독식'이라는 표현까지 볼 수 있었다.

92) 프랑스에서도 2008년 헌법개정으로 그동안 남용된다고 비판이 많았던(A.-M. Le Pourhiet, Droit constitutionnel, 5e éd., Economica, 2013, 380면) 집단적인 형집행면제・감형・변경은 할 수 없도록 하고 개별적인 형집행면제・감형・변경만 할 수 있도록 그 권한을 축소하였다.

93) B. Chantebout, Droit constitutionnel, 31e éd., Sirey, 2014, 407면.

다수파 지지가 있는 일반적인 경우에 아무래도 수상의 주도권이 약해지고 대통령의 리더십이 강해진다 하더라도 수상에 의한 정책집행과 협력이 필요하였다.

현행 한국헌법은 "국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다."라고 규정하여(한국헌법 제86조 제2항) 대통령 보조자적 지위와 권한을 가지는 정도로 규정하고 있는데 혼합정부제로 이행한다면 국무총리의 권한과 행정부의 권한이 보다 늘어나게 될 것이다. 2014년 국회 개헌 자문위안은 "국무총리는 대통령의 권한 이외의 사항에 관하여 행정각부를 통할한다."라고 규정하고 있다.[94] 이는 현행 헌법이 "대통령의 명을 받아"라고 규정한 부분을 삭제한 점에서도 행정부의 수장으로서 중요한 역할을 함을 의미한다.

(3) 대통령과 행정부의 관계 - 대통령・총리(행정부) 간의 권한분담 문제

혼합정부제에 대한 부정적 의견으로 대통령과 행정부(국무총리・내각) 간에 이견이 있을 경우의 혼란을 우려하는 우리나라 학자들의 견해가 있다.[95][96] 그러나 이러한 우려는 혼합정부제만의 것은 아니다. 대통령제에서도 권한분담은 바람직하고 권한분담을 위해서는 마찬가지로 문제가 될 것이다. 현재도 행정각부들 간에 권한획정이 문제되고 지방자치단체와 중앙정부 간의 권한 귀속 문제가 있어서 후자의 경우에 헌법재판소 권한쟁의심판 대상이 되곤 하고 중앙기관들 간의 획정 필요성을 예정하여 국무회의 심의사항으로도 규정하고 있고[한국헌법 제89조 제10호(행정각부간의 권한의 획정)] 국무조정실을 두고 있다.[97] 현 정부제도에서도 권한분담문제가 있기에 두고 있는 제도들인 것이다. 물론 대통령과 국무총리와의 관계에 있어서는 한국의 현행 헌법에 있어서는 대통령이 가지는 권한에 대해 국무총리는 보좌하면서 행정각부를 대통령 명을 받아 통할하므로(한국헌법 제86조 제2항) 사실상 대통령과의 권한의 분담이 별반 없다고도 할 수 있다. 대통령중심제에서 혼합정부제로 바뀔 때에는 권한 분담의 문제가 지금과는 다른 양상으로

94) 자문위안 제113조 제2항.

95) 정만희, "대안적 정부형태로서의 이원정부제 – 이원정부제 개헌론에 대한 관견", 『헌법학연구』 제21권 제3호(한국헌법학회, 2015), 29면 등.

96) 2008년 국회의장 자문기구로서 활동한 헌법연구 자문위원회의 헌법연구 자문위원회의 결과보고서도 이원정부제(혼합정부제를 그 보고서는 이원정부제라고 부른다)의 단점으로 "대통령과 국무총리(수상)가 소속정당을 달리할 경우 대통령과 내각간의 불화와 정치적 갈등으로 정국 불안정"이라고 한다(2008 국회 『헌법연구자문보고서』, 208면).

97) 정부조직법 제20조(국무조정실) ① 각 중앙행정기관의 행정의 지휘·감독, 정책 조정 및 사회위험·갈등의 관리, 정부업무평가 및 규제개혁에 관하여 국무총리를 보좌하기 위하여 국무조정실을 둔다.

보다 본격적으로 제기될 수 있는 것이다.

2014년 국회 개헌자문위 안은 “분권형 대통령제 (1) : 대통령과 국무총리의 국정분담 - 대통령(직선/6년단임)은 통일·외교안보·국민통합 담당. 당적 이탈. 대통령은 필요한 경우 국무회의 소집요구 가능 - 국무총리(민의원 선출)는 이른바 내치를 담당, 국무회의를 주재”라고 제안하고 있다.[98] 그리고 위에서 언급한 대로 국무총리는 대통령의 권한 이외의 사항에 관하여 행정각부를 통할한다”라고 규정하고 있다.[99]. 결국 2014년 국회 개헌자문위는 대통령에게 주로 통일, 외교, 국방의 권한을 부여하고, 국무총리는 그 외 일반적인 내치를 담당하게 하자고 제안하는 것이다. 그러나 “대통령의 권한 이외의 사항”이라면 대통령권한이 먼저 명확해져야 하는데 늘 그럴지 하는 의문이 제기될 수 있고 그렇다면 문제발생가능성을 완전히 예방할 수는 없지 않은가 하는 지적이 가능할 것이다. 프랑스의 예에서 본 것처럼 중첩부분을 완전히 제거하는 것은 어려울 것이고 우리의 경우에도 대통령이 내치에 관여하지 않는 것으로 하더라도 전혀 무관할 수 없을 것은 당연하다. 예를 들어 외교부문에서 대통령이 권한행사를 하더라도 외교적 통상교섭과 그 법제도 등이 관련되는 경우에는 외교부 뿐 아니라 국무총리의 통할을 받는 산업통산자원부, 법무부 등 다른 행정각부도 관련될 것이다.

헌법개정에서 미리 이러한 점을 고려하여 명확히 해두는 것은 필요할 것이고 소망스러우나 위에서 살펴본 대로 프랑스에서 권한구분획정을 위한 개헌시도가 좌절된 경험을 보듯이 헌법이 모든 사항에 대해 일일이 전부 명확하게 구분해 둘 수도 없다. 권한분담을 너무 명백히 해놓으면 오히려 유연성이 결여되어 국정운영에 경직성이 올 수 있다고 보는 견해도 있다. 프랑스에서는 결국 구체적인 법령규정을 통해 획정하게 하고 헌정경험과 관행에 많이 맡겨두겠다는 것이다. 우리의 경우에도 문제가 제기될 때를 대비하여 가능한 한 헌법에 명확히 해두되 상당 부분은 구체적인 사안에 따라 법률이나 명령 등의 규정으로 권한분담을 해 놓은 것이 필요하고 헌법관행을 축적해나가야 할 것이다. 더불어 집행부 내에서 대통령과 국무총리, 내각 간에 협력을 구축하여야 할 것이다. 여소야대의 경우에도 대통령과 국무총리의 협력이 있어야 할 것이고 상호 조정, 타협의 역량이 요구된다고 할 것이다. 이견을 조정할 협의체구성도 고려할 일이다. 2014년 국회 헌법개정자문위원회가 제시한 개헌안에는 대통령, 국무총리, 관계장관들로 구성되는 협

98) 국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 제1권, 2014, 16면.
99) 자문위안 제113조 제2항.

의체로서 통일정책심의회의, 외교안보정책심의회의와 같은, 조절을 위한 협의체를 두도록 제안하고 있다.[100] 또한 권한분담에 있어서 중요한 전제는 대통령의 권한을 적절한 선에서 완화되고 조정이 되어 권력완화가 이루어지는 것이 필요하다는 점이다. 대통령의 리더십은 비분단국가들에서도 필요하겠지만 한국적 상황이 통일을 지상과제로 하고 있다는 점에서 여전히 더욱 중요한 역할을 요구받고 있다. 그 점에서 대통령의 권한을 적절히 조절하면서 통일, 외교, 국방 등의 영역에서 리더십이 충분히 발휘될 수 있도록 집약된 대통령의 권한이 총리・내각과 조화를 이루고 그 지원을 받으면서 행사되도록 해야 할 것이다.

(4) 의회구조와 의원내각제적 요소에 대한 검토

1) 의회구조

혼합정부제 정부의 권력운용은 의회의 구성으로부터도 영향을 받는 것은 물론이다. 프랑스에서는 양원제도를 두고 있는데 한국의 경우에도 혼합정부형으로 가더라도 국회의 구성을 단원제로 그대로 두느냐 아니면 양원제로 변경하느냐에 따라 혼합정부의 운용도 달라질 것이다. 생각건대 하나의 원이 가질 수 있는 대립국면을 양원을 두어 분산시킬 수 있다는 장점이 있을 것이다. 혼합정부제의 의원내각제적 요소가 책임정치와 집행부, 의회 간의 충돌 해소 역할을 하도록 한다는 장점을 살려주도록 양원이 적절한 완충역할을 하게 하는 것도 필요하다고 볼 것이다.

2) 불신임제도

여러 유형의 불신임제도가 있음을 위에서 살펴본 바 있다. 중요한 것은 불신임제도가 부당히 남용되어 국정운영의 불안정을 가져오게 해서는 아니되고 적정한 사유와 절차를 규정해두는 것이 필요할 것이다. 독일에서의 건설적 불신임제와 같은 제도를 대비책으로 두는 것을 고려함이 필요할 것이다.[101]

---

100) 국회 헌법개정 자문위원회, 2014, 보고서, 『헌법개정안』 제109조, 제110조 참조. 이 개헌안에 대한 자세한 해설은 모두 4장, 3권으로 출간된, 2014년 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서』 2014에 담겨져 있다.

101) 2014년 국회 개헌자문위안은 독일식의 건설적 불신임제를 두도록 제안하고 있다.2014년 자문위 안은 불신임결의를 하려면 차기 수상을 미리 선임해두도록 하는 이른바 건설적 불신임제를 두고 신임 총리에 대해 1년 이내에는 다시 불신임을 의결할 수 없게 하여 국회의 내각불신임제에 대해 상당한 제약을 두고자 하였다. 안 제85조 ① 민의원은 후임 국무총리를 선출함으로써 국무총리를 불신임할 수 있다. 다만, 국무총리 선출 후 1년 내에 불신임하려면 새로 선출되는 후임 국무총리는 재적의원 5분의 3 이상의 찬성으로 선출되어야 한다. ② 민의원은 국무위원 각각에 대하여 재적의원 3분의 1 이상 발의와 재적의원 과반수의 찬성으로 불신임

3) 국회해산제

한국이 혼합정부제를 취하여 의원내각제적 요소로서 국회해산제도를 도입하더라도 국회해산권을 대통령에게 부여할 것인가 총리에게 부여할 것인가 하는 문제가 있다. 프랑스에서는 의회해산이 빈번하지는 않았으나 대통령에게 강한 권한으로 평가된다. 이 문제는 앞의 대통령과 행정부 간의 권한분담의 문제이기도 한데 권력균형, 정치적 안정성 등을 감안하여 신중하게 행사되도록 그 해산사유나 절차 등에 대한 적절한 제한규정을 두는 검토가 필요하다. 2014년 국회 개헌자문위안은 국무총리의 제청으로 대통령이 해산할 수 있도록 하였다. 2014년 국회 개헌자문위안은 국무총리의 신임요구가 받아들여지지 않을 때 할 수 있도록 하고 있다.[102] 국무총리와 국회 간의 갈등을 풀어내기 위한 방도로서 국회해산제도를 둔 셈이다. 앞으로 개헌논의에서 이러한 점들이 구체적으로 논의되어져야 할 것이다.

(5) 안정화 조건에 대한 검토

1) 정당한 다수파, 정당연합의 가능성, 선거제도, 정당제도의 개혁

이는 혼합정부제만의 문제는 아닐 것이다. 국정운영의 협치를 위한 정당한 정당연합과 그것을 통한 다수파의 지원 등이 필요할 것이고 그것은 정국의 안정화를 가져올 것이다. 그러나 전제적 조건은 국민의사를 왜곡하는 선거제도를 통한 인위적 다수파가 아니라 국민의사가 비례적으로 가능한 한 정확히 반영되는 선거제도를 확립하여야 한다는 것이다.[103] 정당도 국민의 의사를 충실히 반영, 수렴할 수 있는 구조를 가지고 정책정당으로서 자리잡도록 해야 한다. 위와 같은 문제들은 헌법개정만이 아니라 선거제도, 정당제도의 개혁의 과제이기도 하다. 통일을 위한 리더십을 가진 대통령제도 대통령이 국회 다수당 지지를 받지 못하면 결국 국정운영에 어려움이 나타나게 된다. 다수당의 대통령이라 할지라도 독선에 흐르면 국회와의 대치로 되는 일이 없다. 결국 다수파의 지지를 통한 정국안정의 기반을 만들어 주면서 소수파, 그리고 집행부와 국회 간에 협치할 수 밖에 없도록

을 의결할 수 있다. ③ 제1항의 선출안과 제2항의 불신임안은 발의된 때부터 24시간 이후 72시간 이내에 표결하여야 한다. 이 시간 내에 표결되지 아니한 때에는 폐기된 것으로 본다.

102) 안 제115조 ① 국무총리는 민의원에 신임을 요구할 수 있다. ② 민의원은 제1항에 따른 국무총리의 신임요구가 국회에 제출된 후 24시간 이후 72시간 이내에 표결하여야 한다. ③ 국무총리의 신임요구가 민의원 재적의원 과반수의 찬성을 얻지 못한 경우 국무총리는 국무위원 전원과 함께 사직하거나 대통령에게 민의원의 해산을 제청할 수 있다. 다만, 민의원의원 임기가 개시된 날부터 1년 이내에는 민의원의 해산을 제청할 수 없다.

103) 프랑스에서 결선투표제가 다수파의 지지를 통한 정국의 안정을 가져온 것은 사실이나 논란이 있다는 것을 앞서 보았다.

하는 제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다. 다당제에서의 협력책도 모색되어야 할 것이다.

2) 입법과정상의 합리성

프랑스에서는 이른바 '합리적 의회주의'라는 이름으로 입법과정에 행정부의 우월적 개입을 인정하는 헌법규정들이 국정운영의 안정화에 기여한 것이 사실이다. 예를 들어 대표적으로 프랑스 헌법 제49조가 수상이 재정법률안을 제출하면서 신임요구를 함께 하면 하원이 불신임의결을 하지 않는 한 법률이 의결된 것으로 본다는 것은 행정부의 안정을 가져오긴 했다. 그러나 이 제도는 많은 비판을 받고 폐지주장이 나오고 있다. 우리의 경우에 과연 대통령제를 그냥 둔 채로 안정화제도들로(물론 적정한 수준의 것이어야 할 것이지만) 정국운영의 안정화가 올 수 있을 것인가 ? 부정적이다. 왜냐하면 이러한 안정화제도도 다수파가 행정부를 지지하는 상태일 때 작동이 될 것이기 때문인데 대통령제에서는 대통령이 국회에 다수파를 보유하지 못할 수도 있기 때문이다. 결국 이러한 안정화제도도 혼합정부제를 통하여 의원내각제적 요소를 담음으로써 그 효과가 날 수 있을 것이라는 점을 간과할 수 없다. 그러나 입법과정에 대한 제약을 통한 이러한 안정화제도에 대해서는 비판이 가해지고 있고 앞에서 지적한 문제점을 지적한 것을 간과해서도 물론 아니된다. 합리적 의회주의가 의회민주주의와 정당민주주의, 책임있는 집행권이 선행되지 않으면 의회의 권한을 위축되게 하고 남용과 의회무시로 가게 할 수 있다. 프랑스의 경우에도 2008년 개헌으로 위 헌법 제49조 제3항의 적용범위를 줄이는 등 합리적 의회주의를 완화하였다고 평가되는데 우리의 경우 이러한 흐름도 보고 더욱 신중하게 검토하여야 한다.

안정화제도가 의회가 입법권은 물론이고 집행부에 대한 견제라는 본연의 임무를 충실히 할 수 있도록 적정한 선에서 고려될 수 있을 것이다. 안정화제도를 도입할 때 그것에 따른 통제장치도 마련되어야 할 것이다. 그 예로 프랑스에서는 소수의원들(60인)이 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 제청을 할 권한을 가진다. 신속처리절차에 기대어 행정부가 함부로 입법을 밀어부쳤다가 국민여론의 무서운 질책과 지탄도 받게 되어 지지도가 하락되겠지만 60인 소수의원에 의한 위헌심사제청으로 헌법재판소에서 심판이 이루어질 수 있다.

3) 대선과 총선의 시기 - 근접선거

대통령선거가 하원의원선거와 근접하게 실시되면 어느 후보를 대통령으로 선출한 선거인들이 하원선거에서도 대통령 소속 정당(정파)를 다수파로 선출하여 정국의 안정을 가져온다는 관측에서[104] 근접선거가 주장되기도 한다. 근접선거를 위해서는 대통령의 임기와 하원의원의 임기가 동일하여야 할 것이다. 이 논의는 대통령의 임기 논의와 결부되는 것이기도 하다. 프랑스의 경우 동거정부의 출현을 방지하기 위해 헌법개정으로 양 임기를 동일하게 하였고 근접선거를 실시하였는데 근접선거 실시 이래로 계속 대통령이 다수파의 지지를 얻고 있다. 문제는 대통령이 임기 중 사퇴하거나 탄핵을 당한 경우, 또는 혼합정부제에 있는 의회해산제도로 의회해산이 되는 경우에는 임기가 달라져서 위와 같은 효과가 없어질 수 있다는 것이다. 근접선거로도 동거정부, 여소야대 상황이 초래된다면 임기를 같이 하여 방지하겠다는 목적이 실효성이 없을 것이고 근접선거로 임기개시가 거의 같아 초기부터 동거정부가 되어 오히려 임기 중 동거정부 보다도 더 심각해진다. 임기초부터 동거정부로 국회와 대립관계가 더 오래 지속될 수 있다. 그렇다고 의원내각제 요소가 없는 현재의 대통령제라면 국회해산가능성도 없어서 국정운영에 어려움이 상당기간 계속될 것이기도 하다. 의회해산제가 있는 혼합정부제에서도 임기초 근접선거로 여소야대가 될 경우에 국민에 의해 선택된 의원들로 구성된 국회를 함부로 해산시키는 것은 대통령으로서 매우 부담스러울 것이다. 한국의 경우 근접선거한 예가 있는데 여소야대가 된 경우들이 있었으므로 임기를 같이 한다고 하여 해결될 문제인지 의문이 있을 수도 있다. 여하튼 임기의 일치와 근접선거로 동거정부를 방지하는 노력도 해볼 필요는 있다. 그러나 오히려 동거정부 자체가 나쁜 것인가 하는 점을 고려하여야 할 것이다. 여소야대도 국민의 선택이므로 존중되어야 할 것이고 동거정부에서도 대통령의 역할과 국무총리(내각) 역할이 제대로 분담되고 협력정치가 되면 그리고 총리가 이끄는 행정부가 국회의 지지를 받고 있으므로 그렇게 국정의 불안정은 오지 않을 것이다. 대통령도 국민으로부터 직접선출되었으므로 동거정부 하에서 국민의 의사에 부합하려는 노력을 경주하여야 할 것이다.[105] 프랑스의 경험에 비추어 보면 우리나라에서도 근접선거

---

104) 근접선거를 하지 않는(즉 대통령과 의원의 임기가 다른 경우의) 혼합제부제 국가들에서는 대개 동거정부가 나타난다고 보고되고 있다. J. Massot, Réformer la Constitution pour éviter la cohabitation ? C'est nécessaire, Pouvoirs, v.91., P.U.F., 1999.12., 130면.

105) 동거정부를 처음 맞이했던 프랑스 미테랑 대통령이 "나는 무기력해지지도 않을 것이고 나는 염가의 대통령이 되지도 않을 것이다"라고 천명한 것을 돌이켜 볼 필요가 있다.

의 도입이라는 제도적인 측면의 안정화장치가 필요할 것으로 보인다. 그런데 다른 한편으로는 국회의 다수파가 대통령을 견제하는 힘이 약해질 수 있다는 점도 고려해 볼 일이다.

혼합정부제에서의 동거정부 하에서 "큰 국가적 분란도 없이 국정이 수행되고 있는 경험을 보면 역시 동거정부의 경우에도 타협과 양보, 국민전체의 의사에 따른 민주적 국정운영이 이루어지는 것을 전제로 한다. 결국 민주적이고 원활한 국정운영의 열쇠는 다원주의적 의회주의가 제대로 정착되어 있고 구현되고 있느냐에 있다고 할 것이다."[106]

(6) 권력통제장치의 개선

위에서 주로 집행권과 입법권과의 관계에서 개선책을 보았는데 헌법재판소, 대법원, 즉 사법권의 개선도 중요하다. 정부의 활동에 대한 사법적 통제를 담당하기 때문임은 물론이고 사법권 자체도 국가권력이기 때문이다. 사법부 독립성 강화를 위한 노력이 필요하다. 사법권독립은 공정한 재판을 받을 국민의 기본권을 실현하는 보장책이고 이는 헌법적 원칙이므로 사법권독립에서 제일 중요한 인사를 보다 공정하고 객관적으로 하도록 헌법상 인사기구를 마련하는 방안을 검토하여야 할 것이다.[107] 대법원장의 권한도 3인의 헌법재판관 지명권 등은 폐지되어야 한다.[108]

과거와 달리 우리나라의 경우에도 헌법재판이 활성화되었다. 권한획정을 위한 권한쟁의심판이 보다 치밀해질 필요가 있을 것이다. 프랑스에서처럼 추상적·사전적 규범통제를 도입하는 등의 심판확대가 필요하다. 그만큼 더욱 다양한 헌법재판관이 임명되는 등 헌법재판소의 구성에 변화를 가져오게 하여야 할 것이다.

(7) 정치문화적 개선, 직접민주제적 공간

우리는 일찍이 혼합정부제가 성공하기 위한 조건으로 집행부와 국회가 상호 협력하고 이견이 있더라도 설득과 조정, 타협이 이루어지며 국회에서 의회주의의 구현이 필요하다고 적시한 바 있다.[109] 사실 이러한 민주주의 정신, 성숙된 의회

106) 정재황, 혼합정부제, 91면.
107) 정재황, "사법개혁 큰 틀 짜야", 『법률신문』 2017년 6월 5일자 ; 정재황, "사법인사, 정치 아닌 헌법으로", 『경향신문』 2017년 6월 20일자 참조.
108) 정재황, "헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점 및 그 개선방안", 『공법연구』, 제22집 제2호(한국공법학회, 1994), 49면.
109) 정재황, 혼합정부제, 200-202면 등 참조.

주의는 비단 혼합정부제만에서 요구되는 것은 아니다.

오늘날 SNS를 통한 시민적 의견개진과 소통, 여론의 조성, 지난번 촛불혁명이 보여준 직접민주제적 힘 등에 대해서도 개헌논의의 정부형태 구상에서 반드시 고려되어야 한다.

Ⅴ. 결어

혼합정부제의 전형을 볼 수 있는 국가가 프랑스여서 프랑스식 혼합정부제라고 부르면서 혼합정부제에 대해 위에서 살펴보고 우리나라에 적실성을 가지기 위한 전제조건들을 살펴보았다. 프랑스가 그 제도를 채택한지 60년 가까이 되어 가고 있고 1986년부터 동거정부가 나왔으니 이제 그 경험의 축적도 제법 되어 보인다. 최근 한국에서 개헌논의가 진행 중이다. 무엇보다도 권력집중을 막아 국민의 기본권을 신장하는 정부형태가 되도록 지혜를 모아야 한다. 정치적 이해관계만을 추구하는 개헌은 결코 받아들일 수 없다. 이 세상에 지고지순하고 절대적인 정부형태는 있을 수 없고 어느 정부형태이든 그것이 민주주의 역사의 산물이라고 하더라도 장단점을 가지고 있다. 혼합정부제에 대해서는 그것이 권력을 분산시키는 제도이긴 하지만 위에서 살펴본 전제조건들이 갖추어져야 성공할 수 있다. 그리고 우리의 주어진 여건과 나아갈 목표에도 부합되는 고려요소들을 검토하여야 한다. 결코 정치세력들의 유불리함의 계산의 결과로 혼합정부제를 채택하여서는 아니된다. 위의 목표와 판단기준에 유념하여 그것에 비추어 국민의 기본권을 신장시키는 국가권력형태와 국가권력행사가 되도록 신중히 모색하여야 한다. 국민을 위한 정부형태여야 한다.

그리고 한 번의 개헌으로 완전한 정부형태를 갖출 수도 없고 점진적인 개선이 요구된다. 민주주의는 완전하지 않고 차선책이라도 찾고 계속 개선해 나가는 것이다. 프랑스도 제5공화국 현행헌법이 1958년에 제정된 이후 상당히 여러 차례 개정을 하였고 헌정관행을 확립, 축적해나가면서 적응해 왔다. 그야말로 지속가능한 개혁이 필요하다.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

정 재 황

혼합정부제, 행정부, 프랑스의 정부, 대통령, 수상, 행정부, 동거정부, 의회주의

【참 고 문 헌】

1. 단행본

대화문화아카데미, 2016 『새헌법안』, 2016.

정재황, 「신 헌법입문」, 제7판, 박영사, 2017.

Ph. Ardant / B. Mathieu, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 24e éd., L.G.D.J., 2012.

R. Barrillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le Bos Le Pourhiet et Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, 4e éd. Editions Cujas, Paris, 1986.

B. Chantebout, Droit constitutionnel, 31e éd., Sirey, 2014.

L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 18e éd., Dalloz, 2016.

J. Giquel / J.-E. Giquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 30e éd. L.G.D.J., 2016-2017.

F. Hamon / M. Troper, Droit constitutionnel, 35e éd., LGDJ, 2014.

Institut Charles De Gaulle/Association française des constitutionnalistes, le discours de Bayeux, hier et aujourd'hui, sous la dir. F. Decaumont, Economica, 1991.

A.-M. Le Pourhiet, Droit constitutionnel, 5e éd., Economica, 2013.

D. Maus, Études sur la Constitution de la Ve République, Éd.STH, Paris, 1990.

F. Mélin-Soucramanien / P. Pactet, Droit constitutionnel, 34e éd., Sirey, 2015.

2. 논문

김종철 / 이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건 : 정부형태 개헌론을 넘어서”, 『세계헌법연구』 제20권 1호(세계헌법학회 한국학회, 2014).

박인수, 프랑스 제24차 헌법개정의 특징과 주요 내용, 『세계헌법연구』 제16권 제3호(세계헌법학회 한국학회, 2010).

전학선, “분권형 대통령제 도입을 위한 제언”, 『국민과 함께하는 개헌이야기』 2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010.

전학선, “프랑스 이원정부제의 실체와 현황”, 『헌법학연구』 제21권 제3호 (2015. 9).

정만희, “대안적 정부형태로서의 이원정부제 – 이원정부제 개헌론에 대한 관견”, 『헌법학연구』 제21권 제3호(한국헌법학화, 2015).

정재황, “사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론”, 『헌법재판의 이론과 실제』, 금랑 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993.

_____, “프랑스 1958년(현행)헌법의 개정”, 『법학연구』 제2집(홍익대 법학연구소, 2000).

_____, “프랑스에서의 동거정부에 대한 헌법적 일고찰”, 『공법연구』 제27집 제1호(한국공법학회, 1998).

_____, “프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰”, 『공법연구』 제27집 제3호(한국공법학회, 1999).

_____, “프랑스 대통령에 관한 2008년 헌법개정”, 『성균관법학』 제21권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2009).

_____, “프랑스식 혼합정부제의 집행부 내 권한분담”, 『헌법학연구』, 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017).

P. Avril, in Neuf constitutionnalistes répondent à trois questions concernant les élections législatives de 1997(*이 글은 1997년 하원해산 이후 하원총선에 들어가기 전에 프랑스의 저명한 공법학잡지인 R.D.P.(‘Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger’의 약어)가 9인의 헌법학자들에게 이 해산의 의미 등에 관한 질문을 한 것에 답한 글임), R.D.P., 1997.

P. Avril, Le parlementarisme rationalisé, in Les 40ans de la Ve République, 10 personnalités témoignent, no spécial coordonné par J.-M. Blanquer, J.-M. Camby, Ch. Guetter et X. Robert, R.D.P., 1998.

_____, un nouveau droit parlementaire ? RDP, 제1호, 2010.

M. Lascombe(Étude rédigée par), Le Gouvernement et la révision constitutionnelle : un oublié très présent, JCP / La semaine

juridique - édition générale, No31-35, 2008.7.30., Ⅰ 173.
J. Massot, Réformer la Constitution pour éviter la cohabitation ? C'est nécessaire, Pouvoirs, v.91., P.U.F., 1999.12.
B. Mathieu, Transformer la Ve Réublique sans la trahir, AJDA(Actualité juridique-Droit administratif), N°34, 10월 13일.
S. Pinon, Une Ve Réublique toujours plus 《parlementaire》, Recueil Dalloz, Point de vue, 2008, no44.
J. Rossetto, A Propos de la stabilisation conventionnelle de la Ve République, in Les 40ans de la Ve République, 10 personnalités témoignent, no spécial coordonné par J.-M. Blanquer, J.-M. Camby, Ch. Guetter et X. Robert, R.D.P., 1998.

3. 보고서, 문서

국회의장 소속 헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』, 2009.8.
2014년 국회의장 소속 헌법개정자문위원회, 『헌법개정안』.
2014년 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서』 , 2014.5.
한동훈, 『프랑스 헌법상 하원과 집행권의 관계』, 헌법재판연구원, 비교헌법연구, 2017-B-6, 2017.
Rapport au Président de la République, Une Ve République plus démocratique, La documentation française, 2007.
Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique(présidé par L. Jospin), La documentation française, 2012.
Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, Propositions pour une révision de la Constitution 15 février 1993, Rapport au Président de la République, La documentation française, 1993.
Rapport N° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le Projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation

des institutions de la Ve République, par Jean-Luc Warsmann, 2008.5.15. 프랑스 하원제출.

4. 인터넷 등

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000132-la-cohabitation-dans-la-vie-politique-francaise/pourquoi-la-cohabitation

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?code=990304&artid=201703012055005#csidxf6ebbc0cce0cf968856910fb920b843

Abstract

Une étude sur la pertinence de l'adoption du Régime mixte à la française en droit constitutionnel coréen.

Jung, Jae Hwang

En Corée, le débat sur la la révision de la Constitution est actuellement en cours. En ce qui concerne la forme de gouvernement, on dit que le régime mixte(exécutif bicéphale, la dyarchie) à la française, on dit qu'il reçoit un soutien considérable. Néanmoins, la compréhension de cette forme de gouvernement n'est pas suffisante pour les Coréens. C'est pourquoi cette étude traite brièvement les principes et les pratiques du régime mixte à la française et examine s'il convient de l'adopter en Corée et quelles conditions seront nécessaires pour pour réussir lors de leur introduction. Le système de régime mixte à la française est un mélange de facteurs présidentiels en donnant des pouvoirs importants au Président de la République à la base du système du régime parlementaire. À la lumière des expériences de la France, où ce régime est appliqué typiquement, si le Président de la République est soutenu par la majorité du parlement, le leadership du Président de la République devient plus fort. Dans le cas contraire('cohabitation'), le Premier minister prends plus d'initiative.

Les points suivants devraient être pris en considération en ce qui concerne l'examen de la pertinence du régime mixte en Corée. ⅰ) Tout d'abord, la révision de la Constitution sur la forme de gouvernement devrait viser à promouvoir et renforcer les droits fondamentaux des personnes. ⅱ) Pour savoir quelle est la forme de gouvernement souhaitable, il faut d'abord définir les critères de jugement. Ces critères comprennent ① la démocratie, la déconcentration des pouvoirs, ② la responsabilité et la coopération ③ la stabilité politique. ⅲ) Un des buts de la

révision constitutionnelle coréenne est d'empêcher une concentration excessive et le déséquilibre du pouvoir du Président de la République. Par conséquent, le régime mixte y sera conforme au fait que la partage des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre(+ Cabinet = gouvernement) est un de ses facteurs. En outre, par rapport au régime présidentiel coréen actuel, il semble que l'avantage de pouvoir promouvoir la responsabilisation et la stabilité polituque au moyen du facteur du régime parlementeur du régime mixte(motion de censure, dissolution parlementaire). iv) Ceux qui s'opposent au règime mixte font valoir que le plus gros problème est que des conflits entre le président et le Premier ministre (l'administration) peuvent surgir. En France, le problème est résolu par les dispositions légales ou réglementaires et la pratique constitutionnelle. il vaudrait mieux dépendre de l'accumulation des pratiques constitutionnelles et des définitions concrets aux cas par les dispositios concrets des lois et réglementaires pour résoudre le problème de la partage des pouvoirs exécutifs. v) Plus fondamentalement, la démocratie et le parlementarisme épanoui sont les conditions essentielles pour la réussite : la persuasion, la confession, la coordination'ajustement, le compromis et la coopération entre le Président de la République, le Premier ministre(gouvernement) et le Parlement.

Jung, Jae Hwang

r gime mixte, gouvernement, gouvernement fran ais, Pr sident de la R publique, Premier ministre, gouvernement, cohabitation, parlementarisme

공정거래법상 과징금의 실제부과율 추정 및 국제비교

-부당공동행위를 중심으로*-

김일중**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 한국 공정거래법상의 과징금제도
1. 공정거래법상 과징금제도: 핵심
2. 과징금 부과현황: 부당공동행위 사건들이 차지하는 압도적 비중
Ⅲ. 과징금산정 기초로서의 관련매출액
1. 2004년 관련매출액 사용 이후의 논의 종합
2. 공정거래법상 위반행위에 대한 각국의 기본과징금 산정기준
Ⅳ. 한국의 실제부과율 측정: 실증분석
1. 심결자료 구축 및 심결자료를 이용한 과징금 주요 특성
2. 부당공동행위에 대하여 부과된 실제과징금 및 실제부과율: 실증분석
3. 부당공동행위에 대한 해외에서의 실제부과율
4. 실증분석 결과의 함의
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

공정거래법상 과징금의 부과건수, 액수, 및 불복소송이 급증하면서 제재실효성 확보를 위해 법위반행위에 대한 과징금 최고 부과한도를 2배 인상하려는 법률개정안이 국회에서 발의되는 등 과징금제도 전반에 관한 논의가 활발하다. 본고의 목적은 공정거래법상 부당공동행위를 중심으로 다양한 과징금부과율들(기본부과율 및 실제부과율)을 2005년부터 2015년까지의 공정위 심결자료 전부를 수집하여 추정하는데 있다. 나아가 실증분석의 결과를 주요 다른 국가들과 비교해봄으로써 향후 과징금의 최적수준을 모색하는데 일조하고자 한다. 총 337건의 부당공동행위 사건자료를 활용한 분석을 통해 크게 세 가지 실증적 발견을 하였다. 첫째, 국

* (감사의 글) 유익한 논평과 격려를 해준 세 분의 심사자들께 감사드린다. 연구진행 단계에서 중요한 제언들을 해준 성균관대학교 경제학과의 김현철 교수와 박민수 교수, 그리고 매끄러운 연구진행을 위해 도움 준 국회예산정책처의 윤용중 심의관과 상지원 총괄과장께 감사드린다. 마지막으로 장기간 자료수집, 분석, 및 편집에서 수고를 해준 변재욱, 전수민, 이주원 조교에게도 고마움을 표한다.

** 성균관대학교 경제학과 교수.

내 실제부과율의 평균은 2.5%로서 OECD, EU, 미국의 약 16%와 비교하면 약 1/6에 그친다. 세계 전체의 평균과 비교하면 1/8로 더욱 감소한다는 진단도 내리게 하는 방대한 국제연구 또한 최근 수행된 바 있다. 둘째, 과징금 산정의 출발점이 되는 기본부과율마저도 평균 6.5%로서 상기 실제부과율 16%의 채 절반을 넘지 못하고 있다. 마지막으로 기본부과율의 국내 법정 최대값 10%는 주요 선진국들 법정부과율의 1/3~1/2 수준에 불과하다. 따라서 부당공동행위를 억제하는 실제 법집행 과정에서 어떤 이유에서든 주요 선진국들에 비하여 국내에서 상대적으로 큰 폭의 관대함을 보였다는 가설을 기각하기 힘들어 보인다.

Ⅰ. 서론

공정거래위원회(이하 '공정위')의 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(이하 '공정거래법')에 근거한 과징금 부과가 건수나 누적액수 면에서 꾸준히 증가해왔다. 부과금액 면에서도 대형사건들이 늘고 있다. 2016년 말 공정위는 미국 글로벌 IT 업체 '퀄컴社'에 대하여 공정거래법을 위반했다는 이유로 역대 최대 규모의 과징금인 1조 300억원을 부과하였다.[1] 이는 2010년 액화석유가스 회사의 담합사건(2010.4.23. 의결 제2010-045호)에서 부과된 과징금(6,689억원)을 훨씬 넘어선 사상 최대 규모이다.

한편 과징금의 부과건수나 액수가 급증하는 상황에서, 공정위의 시정명령 및 과징금부과 결정에 대한 피심인들의 불복소송이 최근 급증하는 추세를 보이고 있다. 공정위「통계연보」에[2] 따르면, 2005년~2015년 공정위가 다루는 모든 소관 법률에 근거한 행정처분 사건들에 대한 소제기율은 꾸준한 증가추세를 보이고 있다. 공정위 소관 전체법률의 행정처분년도 및 사건 기준으로 2005년부터 2009년까지의 소제기율은 한 자리 숫자였는데 반해, 가장 최근인 2015년에는 2005년에 비해 무려 5배 이상 증가한 17%였다.

---

1) 공정거래위원회 보도자료, 2016.12.28. "퀄컴社의 이동통신 표준필수특허 남용행위 엄중 제재". 한편 본고는 2017년 1월에 국회예산정책처에 제출한 용역정책보고서(김일중, 「과징금 제도 운영 현황 및 개선방안에 관한 연구」)에 포함된 자료와 분석결과를 일부 발췌하였으나, 본고의 작성과정에서 상당한 수정과 추가분석이 이루어졌다. 본고의 서술내용 중에 상기 보고서와 중첩되는 부분이 여전히 남아 있음에도 불구하고 비출간 정책보고서임을 감안하여 일일이 명시하지는 않는다.

2) 공정거래위원회, 「통계연보」, 2016.

이러한 추세에 맞추어 과징금제도에 관한 논의가 국내에서 활발하다. 부과대상자인 시장참여자들뿐만 아니라 행정기관 및 학계에서 꾸준한 관심을 받고 있는 가운데 최근 입법활동도 부쩍 늘고 있다. 공정거래법 위반행위에 대한 과징금 최고 부과한도를 전반적으로 2배 인상하는 내용의 공정거래법 일부개정안이 지난 2017년 6월 국회에서 발의되었다.[3] 또한 반복적인 법위반 사업자에 대한 처벌 수준을 강화하고 과징금 감경은 최소한으로 하기 위한 과징금 고시 개정안을 마련하는 등 공정위도 자체적으로 여러 조치를 취하고 있다.[4]

주지하듯 규제위반행위를 억지하기 위한 금전적 제재(monetary penalties) 수단으로서 많은 숫자의 다양한 행정기관들이 과징금제도를 활용하고 있다. 이원희 외[5]에 따르면 2013년 8월 기준으로 과징금은 무려 123개의 법률에서 141개 조항을 통해 그 사용을 규정하고 있다. 그 중에서도 공정위가 부과한 과징금은 2015 회계연도 기준으로 중앙정부 전체 과징금수납액(3,728억원)의 88.1%를 차지할 정도로 높은 수준이다.[6] 공정위뿐만 아니라 방송통신위원회 및 금융위원회 등의 주요 규제집행기관들 역시 과징금제도의 사용범위를 점차 확대하거나 제도의 정교화를 꾀하는 움직임을 보이고 있는 듯하다. 가령 2015년 9월 금융위원회는 현행 과징금 산정방식이 합리적이지 않다고 보고 위법의 중대성에 비례하여 부과기준을 차등 적용하기로 하였다.

본고의 목적은 공정거래법상 부과되는 과징금의 다양한 부과율들을 2005년~2015년간 심결자료 전수를 통해 추정해보고, 국제비교를 해봄으로써 향후 과징금의 최적 수준을 모색하는데 일조하고자 한다. 현행법상 공정거래법 과징금은 대개 위반행위별로 공정거래법 시행령 [61조 ①]에 명시하고 있는 '관련매출액 × 부과기준율'로 산정된다.[7] 여기서 부과기준율은 구체적으로 '법정부과율', '기본부

---

3) 즉 과징금고시상의 부과율('법정부과율') 상한을 2배 증가시키자는 것이다 (국회 의안정보시스템, 의안번호 2007611, "독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안"). 또한 가맹본부의 불공정거래 행위에 대한 과징금 부과상한을 매출액 2%에서 5%로 상향 조정하는 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 일부개정안도 발의되었다 (국회 의안정보시스템, 의안번호 2007608, "가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 일부개정법률안").

4) 앞으로 3년간 4회 이상 반복적으로 조치를 받는 경우 과징금 규모가 최대 50% 더 늘어나는 등 과징금 규제가 강화된다 (공정위 보도자료, 2017.6.29. "표시광고법, 방문판매법, 전자상거래법 과징금고시 개정안 행정예고"). 아울러 공정위는 3개 소비자보호 관련 법률(표시·광고의 공정화에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 소비자보호법)의 과징금고시 개정안을 마련하여 6월 29일부터 20일간 행정예고하였다.

5) 이원희 외, 「과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안 연구」(법제처, 2013).

6) 국회예산정책처, 「2015회계연도 결산분석 (정무위원회 소관)」, 2016.

7) 후술 되는대로 위반행위에 따라서는 관련매출액이 없는 경우도 있다. 이때에도 과징금을 산정할

과율', 및 '실제부과율'로 분류할 수 있다.[8)]

다만 카르텔에 대해서 주로 과징금을 부과하고 있는 다른 국가들과의 비교를 위해서 자료의 제약상 본고에서는 부당공동행위를 중심으로 논의를 전개한다. 그럼에도 불구하고 본고의 분석이 차지하는 의미는 매우 크다. 이하 상술하는 바와 같이 공정거래법 위반행위로 부과된 과징금 총액 중 부당공동행위로 부과된 과징금액수가 차지하는 비중이 지난 10년간 무려 80%이상을 상회하였다. 건당 과징금액수에서도 부과건수가 가장 많았던 불공정거래행위보다 약 30배 높았다. 마지막으로 부과건수도 전체의 25%를 넘었으며, 특히 담합에 대한 억지의 강화를 지속적으로 표방하는 현 공정거래당국의 정책방향을 볼 때 향후 더욱 증가할 것으로 예측된다.

모든 정보수집이 가능했던 337건의 부당공동행위 사건 자료에 기반을 둔 본고의 분석을 통해 여러 유의미한 실증적 발견을 하였다. 무엇보다도 국내 실제부과율은 주요 선진국들에 비하여 매우 낮다. 평균 2.5%로서 OECD, EU, 그리고 미국의 실제부과율의 약 1/6에도 못 미치며, 매우 방대한 사건자료를 활용한 최근 한 연구에서 밝힌 해외국가 전체의 평균값과 비교하면 1/8에 불과했다. 나아가 과징금 산정의 출발점이 되는 기본부과율 역시 평균 6.5%로 나타났는데, 이 역시 전술한 OECD, EU, 미국의 실제부과율의 채 절반을 넘지 못했다. 마지막으로, 기본부과율의 국내 법정 최대값 10%는 OECD, EU, 및 영국의 30%와 미국의 20%와 비교할 때 이미 1/3~1/2 수준에 불과하다. 따라서 위 실제부과율의 비교에서 보듯이, 현행법상 세 차례에 걸친 조정단계에서 공정위가 어떤 이유에서든 주요 선진국들에 비하여 매우 큰 폭의 감경을 해주었다는 사실을 부정하기 힘들어 보인다.

금전적 행정제재인 과징금은 시장경제의 올바른 작동을 위한 여러 장치들 중 하나이다. 따라서 과징금 산정을 둘러 싼 논란과 법적 분쟁이 속출된다는 것은 규제기관의 정책운용과 잠재적 부과대상자들의 경제활동에 불확실성을 야기하여 정책의 실효성을 담보하지 못하기에 결코 바람직하지 않은 현상이다. 그러므로

수 있도록 '위반액' 또는 '연간예산액' 등의 특정금액을 명시하도록 되어있다 (과징금 고시, II.8~9).

8) 이들을 자세히 정의하면 다음과 같다. 첫째, 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 최소 및 최대 부과기준율이 '법정부과율'이다. 둘째, 이를 기반으로 특정 사건에서의 기본과징금 산정에 적용되는 부과율을 '기본부과율'이라고 정의한다. 마지막으로, 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경 단계를 거쳐 실제과징금이 결정되는데, 이 때 관련매출액 대비 실제과징금의 비중을 '실제부과율'이라고 정의한다. 실제과징금은 최종적으로 부과된 과징금을 의미하는데, 잠재적 부과대상자들의 유인에 직접적인 영향을 줄 것이므로 과징금 관련 연구에서 가장 큰 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

경제주체들에게 올바른 유인을 제공한다는 차원에서 현행 부과되는 과징금의 수준을 숙고해보는 일은 현 시점에서 큰 의미를 지닐 것으로 판단된다. 본고의 결과가 국내에서 부각되고 있는 주요쟁점들에 대하여 학계는 물론 정책입안가 및 사법부에 시의성 있는 함의를 제공하는데 일조하기를 기대한다.

이상의 연구내용을 수행하기 위해 본고의 순서는 다음과 같다. 제II절에서는 현행 과징금제도 현황을 설명하고, 공정거래법상 부당공동행위 사건들이 차지하는 압도적 비중을 간략히 개관한다. 제III절에서는 과징금의 법적·경제적 성격을 간략히 검토한 후, 해외법제와의 비교를 통해 현행 공정거래법상 과징금제도의 자리매김을 꾀한다. 이러한 법적 및 경제적 검토를 바탕으로 제IV절에서는 2005년부터 2015년 동안 실제 공정위에서 과징금을 부과한 사건들의 심결자료를 전부 수집하여 실증분석을 한다. 과징금 부과와 관련된 기초특성들을 파악한 후, 특별히 부당공동행위 관련 사건들에 관하여 집중적으로 분석한다. 궁극적으로 실제부과율과 기본부과율을 추정한다. 이를 바탕으로 해외 주요연구들에서 도출된 주요 선진국들의 실제부과율과 비교검토한다. 마지막으로 제V절에서는 주요 분석을 요약하며, 바람직스런 과징금 수준을 담보하기 위한 법정책방향에 도움되는 몇 가지 논의를 하면서 글을 맺는다.

Ⅱ. 한국 공정거래법상의 과징금제도

1. 공정거래법상 과징금제도: 핵심

한국의 과징금제도는 독과점적 시장구조의 개선을 목적으로 1980년 12월에 제정된 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(이하 '공정거래법')에 처음 도입되었다. 후술되듯 현재 운용되고 있는 6개의 과징금조항과는 달리 도입 초기에는 '시장지배적 지위 남용행위'([3조의2])의 과징금 부과조항인 [6조]만 도입되었다. 과징금의 최초 '도입목적'에 관해서는 법률에 명시되어 있지는 않지만, 일부 문헌에서는 불법적인 경제이익을 박탈하는 '부당이득환수'가 그 목적이었다고 언급된다.

도입 이후 공정거래법은 총 50여 차례의 개정과정을 거치면서 현재의 형태를 갖추게 되었다. 공정거래위원회(이하 '공정위')는 13개 법률에[9] 근거하여 규제위반

9) 이 13개 법률은 다음과 같다. '독점규제 및 공정거래에 관한 법률', '하도급거래 공정화에 관한 법률', '약관의 규제에 관한 법률', '표시광고의 공정화에 관한 법률', '할부거래에 관한 법률',

자에게 고발, 과징금, 시정명령 등 (기타를 제외한) 총 9가지 종류의[10] 다양한 제재수단을 사용한다. 현재 공정거래법상 운용되고 있는 과징금조항과 규제위반조항을 정리한 것이 <표 1>이다. 모두 11개 규제위반행위를 대상으로 6개 과징금조항에 근거해서 과징금을 부과할 수 있다.

공정거래법상 과징금제도의 특징 중 하나는 각 규제위반행위별로 과징금의 산정근거를 법률에 명시하고 있는 것이다. 과징금은 관련매출액의 최대 10%까지로 산정 가능하다. 부당공동행위가 대표적이다. 그리고 관련매출액을 산정할 수 없는 경우에도 부과할 수 있는 특정금액을 명시하고 있다. 가령 '상호출자의 금지 등'의 경우, 위반액의 10%까지 부과할 수 있다. 한편, <표 1>에서 보듯이 공정거래법은 11개 규제위반행위를 대상으로 형사벌칙도 규정하고 있으며, 이는 공정거래법 [70조]에 근거하여 양벌부과가 가능하다.[11]

2. 과징금 부과현황: 부당공동행위 사건들이 차지하는 압도적 비중

한국에서 과징금을 부과할 수 있는 여러 규제집행기관들 중 공정위에서 부과한 과징금액수의 비중이 압도적으로 높다. 전술한대로 2015 회계연도 기준 공정위에서 부과한 과징금액수는 중앙정부 전체 과징금수납액의 약 90%를 차지할 정도로 상당히 높다. 공정위 2016년 「통계연보」에 따르면 공정위가 다루는 전체 법률상의[12] 2015년 부과건수 및 부과액수는 각각 202건과 5,890억원이다. 2009년 부과액수가 3,711억원에서 2010년 6,081억원으로 전년대비 약 1.6배가 증가한 이래 최근까지는 비슷한 추세를 보이고 있다.

흥미로운 사실은 그 중에서도 공정거래법에 의해 부과된 과징금액수나 빈도수가 압도적으로 많은 비중을 차지하고 있다는 것이다. 공정위가 운용하는 과징금

'방문판매 등에 관한 법률', '전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률', '대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률', '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률', '대리점거래의 공정화에 관한 법률', '소비자기본법', '소비자생활협동조합법'과 '제조물책임법'이다. (이 중 굵은 글씨체로 표시된 9개 법률에서 과징금을 명시하고 있음.)

10) 「통계연보」(*supra* note 2) 에서는 조치유형을 고발, 과징금, 시정명령, 시정권고, 시정요청, 과태료, 경고, 자진시정, 조정, 기타로 분류하였다. 기타는 무혐의, 심의절차종료, 조사중지, 종결처리, 재결 등을 포함한다.

11) 공정거래법상 형사벌칙 사용의 결정요인에 관한 실증적 고찰 및 적절성에 관해서는 김일중·전수민("공정거래법과 형사처벌: 형사고발 결정요인의 실증분석",「형사정책연구」제87호 (한국형사정책연구원, 2011) pp.175~216) 및 김일중(「과잉범죄화의 법경제학적 분석 – 공정거래 분야를 중심으로 –」(한국경제연구원, 2013))과 거기에 인용된 문헌들을 참조할 수 있다.

12) 가장 최근에 나온 「통계연보」(*supra* note 2)에서는 과징금 부과대상 법률을 크게 5개의 유형('공정거래법', '소비자보호관련법', '하도급법', '가맹사업법', '대규모유통업법')으로 구분하였다.

제도는 전술했던 13개 법률 중 9개 법률에서 명시되어 있다. 2016년 「통계연보」를 통해 과징금이 처음 부과된 1988년부터 2015년까지의 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과액수는 공정위가 다루는 전체 법률상에서 각각 평균 86.1% 및 97.5%에 해당된다. 유독 공정거래법상 위반행위에 과징금을 강하게 부과하고 있음을 확인할 수 있다.

특히 과징금의 사용빈도는 2005년을 기점으로 눈에 띄게 증가하였다 (<그림 1> 참조). 구체적으로 공정거래 관련 전체 위반행위에 대한 과징금의 부과건수는 2004년 91건에서 2005년 276건으로 약 3배 이상 증가하였다. 부과금액 역시 2004년 358억원에서 2005년 2,589억원으로 1년 만에 급증하였다. <그림 1>을 통해 2004년 이전과 이후의 기간을 시각적으로 관찰해보고자 한다. 1996년부터 2004년까지 연평균 부과건수는 56건, 연평균 부과금액은 1,056억원인 반면에, 2005년부터 2015년까지 11년 동안의 연평균 과징금 부과건수는 128건, 연평균 부과액수는 4,433억원으로 각각 2.3배 및 4.2배씩 증가하였다.[13)]

13) <그림 1>에는 표시되어 있지 않으나, 과징금을 처음 부과한 1988년까지 자료를 확장시키면 이러한 차이는 더욱 부각된다. 1988년~2004년까지의 연평균 부과건수는 2005년~2015년의 1/4 수준인 39건이고, 연평균 부과액수는 1/8 수준인 568억원에 불과했다.

<표 1> 공정거래법상 위반행위별 과징금조항, 과징금 산정근거, 및 형사벌칙조항

과징금 조항	규제위반행위[a]	과징금 산정기준	과징금 부과금액 산정근거[b]	형사벌칙 조항[c]
[6조]	1) 시장지배적 지위 남용행위 ([3조의2 ①])	관련매출액	매출액에 100분의 3을 곱한 금액(매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우 등에는 10억)	[66조 ①]
[17조]	2) 지주회사 등의 행위제한 ([8조의2 ②~⑤])	위반액	[17조 ④] 각 호에 명시된 금액에 100분의 10을 곱한 금액	[66조 ①]
	3) 상호출자의 금지 등 ([9조])		위반행위로 취득 또는 소유한 주식의 취득가액에 100분의 10을 곱한 금액	
	4) 순환출자의 금지 ([9조의2 ②, ③])			
	5) 계열회사에 대한 채무보증의 금지 ([10조의2])		당해법위반 채무보증액에 100분의 10을 곱한 금액	
[22조]	**6) 부당한 공동행위의 금지 ([19조 ①])**	**관련매출액**	**매출액에 100분의 10을 곱한 금액(매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우 등에는 20억)**	**[66조 ①]**
[24조의2]	7) 불공정거래행위의 금지[d] ([23조 ①, ②])	관련매출액/ 평균매출액	▪ [23조 ①, 7호 제외; 23조의3]: 관련매출액에 100분의 2를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 5억) ▪ [23조 ① 7호, ②; 23조의2 ①, ③] 평균매출액에 100분의 5를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억)	[67조]
	8) 보복조치의 금지 ([23조의3])			[66조 ①]
	9) 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지 ([23조의2 ①, ③])[e]			
[28조]	10) 사업자단체의 금지행위[f] ([26조 ①])	연간예산액/ 관련매출액	▪ <사업자 단체> 5억 ▪ <사업자> [26조 ①] 1호: 매출액에 100분의 10을 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억) ▪ <사업자> [26조 ①] 2~4호: 매출액에 100분의 5를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 10억)	[66조 ①]
[31조의2]	11)재판매가격유지행위의 제한 ([29조])	관련매출액	매출액에 100분의 2를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 5억)	[67조]

주) · 이 표는 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2017.7.26 개정)', '독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2017.7.17. 개정)', 및 '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2016.12.30 개정)'를 바탕으로 작성되었음.

a) 11가지 위반행위 모두에 대하여 시정조치를 취할 수 있음. ( )는 공정거래법상 과징금이 부과되는 규제위반행위를 명시한 조항을 나타냄.

b) 각 금액은 피심인별 부과의 상한액수를 의미함. [17조]를 제외한 5개 과징금조항에서 언급된 관련매출액의 산정방법은 시행령 [9조]에 명시됨. (단, [23조 ① 7호] 및 [23조의2 ①, ③]을 위반한 경우의 관련매출액은 직전 3개 사업연도의 평균매출액임.)

c) [66조 ①]에 근거하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금을, [67조]에 근거하여 2년 이하의 징역이나 1억 5천만 원 이하의 벌금을 부과할 수 있음. [66조 ②]에 근거하여 [66조 ①]의 징역형과 벌금형은 병과할 수 있음.

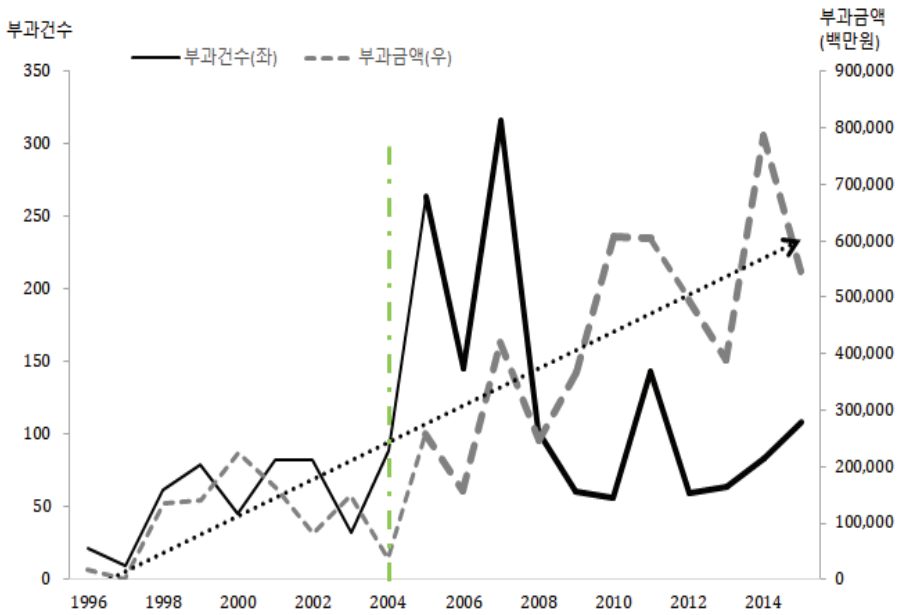
d) [23조 ①](7호 제외)의 규정을 위반한 자는 [67조]에 근거하여 벌칙을 부과하며, 7호의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과함.

e) [23조의2 ①, ④]의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과함.

f) [26조 ①]의 1호의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과하며, 2호 내지 5호의 규정에 위반한 자는 [67조]에 근거하여 벌칙을 부과함.

다음으로 <그림 1>을 통해 과징금 부과건수(좌)와 부과액수(우)의 지난 20년 동안 시계열 추세를 확인해보자. 부과건수(좌)는 1996년부터 2007년까지 계속해서 증가해오다 2007년에 발생한 316건을 기점으로 다시 감소하는 추세를 나타냈다. 최근에는 주춤하는 듯했으나, 2012년부터 최근까지는 다시 약간의 상승추세를 보였다. 하지만 부과액수는 1996년 이후 지속적으로 증가하고 있는 모습을 보인다. 건당 과징금액수를 보면, 2007년까지 평균 18억원인데 반해 2008년부터 2015년까지는 65억원으로서 무려 4배나 증가한 수치이다.

<그림 1> 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과금액 (1996~2015년)



자료: 공정거래위원회 「통계연보」, 2016.

과징금제도의 운용현황에 대해 좀더 세부적으로 검토해보자. 2016년 「통계연보」를 토대로 공정거래법상 위반행위에 대한 과징금 부과건수와 금액을 연도별(2005년~2015년)로 정리한 결과 다음의 결론들의 도출이 가능하였다. 첫째, 11년 동안 총 부과건수는 1,403건이고, 부과액수는 약 4조 8,761억원이다. 둘째, 세부위반행위의 특성을 좀 더 살펴보면, 공정위는 11년 동안 5가지 세부행위 중 '불공정거래행위'에 832건의 과징금을 부과했으며, 그 다음 '부당공동행위', '사업자단체금

지행위' 순으로 각각 370건, 136건의 과징금을 부과하였다. 셋째, 특히 '부당공동행위'에 대해서 총 약 4조 1,190억원이라는 많은 액수를 부과함으로써 11년간의 부과된 총 과징금액수의 약 85%에 이르는 높은 비중을 보이고 있다. 부당공동행위의 건수(370건)는 전체의 약 26%를 차지했다. 부당공동행위 1건당 과징금액수는 111억원으로 불공정거래행위 (4억원)보다 약 28배 이상 많았다. 바로 이상과 같은 배경에서 본고에서는 부당공동행위에 대하여 집중적으로 검토하고자 했던 것이다.[14]

제II절의 논의를 바탕으로 공정위 과징금제도의 운영실적을 종합해보면 다음과 같다. 첫째, 2005년 이후 공정위의 다른 제재수단들(고발, 시정명령, 과태료 등)보다 과징금제도의 사용빈도가 눈에 띄게 증가했다. 둘째, 공정위 소관 다른 여러 법률들보다 공정거래법상 과징금제도가 압도적으로 많이 사용되고 있다. 셋째, (이미 1990년대 중반부터 증가추세를 보였던) 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과금액이 특히 2005년을 기점으로 최근 좀 더 가파른 증가추세를 보이고 있다. 넷째, 과징금제도에서 차지하는 부당공동행위의 비중은 총 부과액수 및 건당 부과액수 측면에서 압도적이다. 심지어 부과건수에서도 1/4을 넘었으며 향후 더욱 증가할 것으로 예측된다. 물론 이상은 공정위의 통계연보에서 확인할 수 있는 정보들로서 다분히 개괄적인 현상이다. 과징금제도의 운영과 관련해서는 공정위의 실제 심결자료를 통해 실증분석을 시도한 제IV절에서 보다 심층적으로 검토할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 과징금산정 기초로서의 관련매출액

1. 2004년 관련매출액 사용 이후의 논의 종합

과징금을 제대로 부과하기 위해서는 과징금의 목적을 먼저 설정해야 한다. 그러나 아직 공정거래법에는 그 목적이 무엇인지 명시하지는 않고 있다. 다만 공정위 홈페이지 또는 간혹 심결례에서 과징금의 목적이 부당이득의 환수 또는 위반

14) 최근 3년~4년 사이 초고액 과징금 부과사건들도 등장하기 시작했다. 예를 들어, 2014년 7월 호남고속철도 건설공사 입찰담합(의결 제2014-203호)으로 4,335억원의 과징금을, 2015년 7월 천연가스 주배관 공사사업 입찰담합 사건(의결 제2015-251호)에서는 과징금 1,746억원을 부과하였다. 또한 2016년 3월 시멘트가격 담합사건(의결 제2016-068호)으로 5개 시멘트업체에 1,994억원 과징금을 부과한 바 있다. 한편 지난 11년간 '시장지배적지위의 남용금지'에 대한 부과건수는 38건에 불과했지만, 건당 액수는 104억원으로서 부당공동행위 다음을 차지했다.

행위의 억지를 달성하는데 있다고 언급하고 있다. 하지만 일련의 국내외 연구들에서 다루어졌던 이른바 사회최적 과징금제도 이론에 의하면, 과징금의 목적을 '피해 내부화(internalization of harm)'에 놓고 총 사회순편익이 음(-)인 경우의 행위는 행위자 스스로 규제위반을 자제토록 유도해야 한다는 주장이 설득력을 점차 얻고 있다.[15] 대표적 이유 중의 하나로서, 부당이득의 환수에는 위반행위로부터 발생하는 여타 피해(예: 사중손실)를 포괄하지 못하기 때문이다. 따라서 적발확률이 1보다 작거나 산정과정에서의 오류 등을 감안할 때 가령 담합기업들이 취득한 부당이득만을 회수하는 정도로는 현실적으로 담합행위를 통제할 수 없기 때문이다.

사회최적 과징금제도 이론의 골자는 특정 행위로 인한 각종 피해의 기대치와 위반행위 적발에 따른 과징금 부담의 기대치를 일치시키는 수준에서 실제과징금을 결정해야 한다는 것이다. 여기서 실제로 발생한 피해 또는 위반행위별로 상이한 적발개연성 정도와 함께 피해액을 정확히 측정하는 것이 최적과징금 산정의 요체이다. 특정 규제위반으로 인한 피해를 신속정확하게 측정하는 일이 물론 쉽지 않다. 따라서 이미 여러 문헌에서 주장되었듯이 피해를 추정하는데 있어서 보통 차선으로서 '관련매출액' 기준을 사용하고 있다. 이는 정확한 피해를 산정하지 못하더라도 여러 해외법제와 국내외 학계에서의 판단으로 검토해봤을 때 현실적으로 피해의 근사치를 확보할 수 있는 수단이라고 볼 수 있다.

거듭 기본과징금은 위반행위별로 공정거래법 시행령(이하 '시행령') [61조 ①]에 명시하고 있는 '관련매출액 × 기본부과율'로 산정된다. 하지만 처음부터 관련매출액을 기준으로 기본과징금을 산정했던 것은 아니다. 2004년 4월, 과징금제도 개선을 위해 시행령이 개정되기 이전까지는 '총매출액'을 기준으로 기본과징금을 산정했었으나, 감사원과 국회 등에서 과징금 산정기준의 '객관성'과 '투명성'을 높여야 한다는 지적을 하고, 공정위 내부에서도 과징금제도 개선의 시급성을 요함에 따라 해당 조항을 개정한 것이다.[16] 이처럼 개정된 시행령 [9조]는 관련매출액을 "*위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는*

15) 김일중·전수민("공정거래법상 피해 대리변수로서의 관련매출액",「성균관법학」제25권 (성균관대학교 법학연구소, 2013) pp.495~498)은 2012년 시점까지의 관련 주요 논쟁들과 방대한 문헌을 정리하고 있다.

16) 공정거래위원회 보도자료, 2004.2.19. "과징금제도 개선을 위한 공정거래법 시행령 개정". 한편 공정거래법 시행령 상 '관련매출액' 정의가 실질적으로 개정·반영된 것은 2007.11.7.이나, 과징금 고시에는 2004.4.1.부터 명시("가. "관련매출액"은 위반사업자가 위반기간 동안 판매 또는 매입한 관련상품(상품에는 용역을 포함한다. 이하 같다)의 매출액(매입액을 포함한다. 이하 같다) 또는 이에 준하는 금액을 말한다.")되어 운용되었다 (과징금 고시, Ⅱ.5, 2004.4.1.).

이에 준하는 금액(이하 '관련매출액'이라 한다)을 말한다"고 명시한 이래, 2017년 현재까지 동일한 조문으로서 관련매출액을 정의하고 있다.[17]

한편 기본과징금 산정기준이 관련매출액으로 정립된 이후, 2012년까지의 문헌들에 기초하여 김일중·전수민[18]에 정리된 바와 같이, 국내 학계와 실무종사자들은 모두 '관련'의 개념이 좀 더 분명해질 필요가 있다는 의견들을 표명했다. 김성훈은 한국의 실제 판례(서울고법 6부 2008. 11. 19. 선고, 2008누1773 판결; 서울고법 7부 2008. 8. 28. 선고, 2007누 19081 판결; 대법원 2009. 1. 30. 선고, 2008두16179 판결 등)들을 통해 관련매출액의 범위에 대해 우리 법원이 취했던 여러 입장을 검토한 바 있다.[19]

이상의 문제인식과 산정기준의 개선에 대한 의견은 이후에도 지속되고 있다. 이원희 외[20]는 "*관련 매출액에 대한 해석이 모호하다거나 부과기준율[기본부과율]을 곱함으로써 실제 사회후생의 피해규모를 반영하지 못하는 문제점이 발생*"([ ] 추가)한다고 주장하였다. 또한 홍대식[21]은 "*관련 매출액 기준이 갖는 대리변수로서의 한계 때문에 관련 매출액 기준에 의하여 산정된 과징금 액수가 과징금 부과의 목적에*

---

17) 관련매출액이 없는 경우에도 기본과징금을 산정할 수 있도록 '위반액' 또는 '연간예산액' 등의 특정금액을 명시하도록 되어있다 (과징금 고시, II.8~9). 이에 대해 권오승 외(「과징금제도 개선방안 연구」(공정거래위원회, 2003) pp.168~169) 및 홍대식(「과징금 산정에 있어 관련 매출액에 관한 연구」(공정거래위원회, 2009) p.63) 등에 의하면 관련매출액을 산출하기 힘든 경우 위반액 등을 그 대리변수로서 채택하였음을 밝히고 있다.

18) *supra* note 15, pp.498~503.

19) 김성훈("부당한 공동행위에 대한 과징금의 검토",「경쟁법연구」제25권 (한국경제법학회, 2009) pp.358~391)에 의하면 부당공동행위 위반 중 가장 대표적인 사건은 고밀도 폴리에틸렌·폴리프로필렌 사건으로 특수규격제품을 관련매출액 범위에 포함해야하는지 여부를 논하는 사건이었다 (서울고법 2008누1773; 서울고법 2008누1759). 2008년 선고에서는 "*특수규격제품...등은 국내에서는 원고가 유일하게 생산, 판매하고 있는 제품들로서, 이 사건 가격담합의 대상에 포함되지 않은 사실을 인정할 수 있다. 그러므로 위 제품들을 관련 상품의 범위에 포함하기 위해서는 이 사건 가격담합으로 인하여 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 피고(공정위)가 입증해야 할 것*"인데 입증하지 못해 관련매출액에서 제외한다고 판시하였으나, 2009년 선고에서는 "*용도별 기준가격에 근거하여 특수규격의 가격도 산정한 바 있다*"는 증거자료를 인용하면서 관련매출액에 넣어야 한다고 판시하였다. 금호석유화학 사건(서울고법 2007누19081; 대법원 2008두16179)에서는 합성고무 공급업체들이 수요업체인 타이어 제조업체들 중 한국타이어에 대한 가격만 합의한 상태에서 타이어 제조업체 전체에 대한 매출액이 관련매출액에 포함되는지 여부에 관해 논쟁이 있었으며, 결론적으로는 "*타이어 제조의 주원료인 합성고무의 수입 비중이 적어 국내의 복점 공급업체인 원고와 씨텍이 담합하여 공급량을 조절하거나 판매가격을 결정하면 타이어 제조업체는 이에 상당한 영향을 받을 수밖에*" 없기 때문에 모든 타이어 제조업체의 매출액이 관련매출액에 포함된다고 판시한 바 있다.

20) *supra* note 5, p.114.

21) 홍대식, "부당한 공동행위에 대한 과징금 산정의 실무상 쟁점",「경쟁법연구」제32권 (한국경제법학회, 2015) p.113.

부합하는지 검증하기 위해서 가능한 한 사회적 피해를 추정해 볼 필요가 있다"고 주장하면서 피해의 대리변수로서 관련매출액 사용이 적절한지 여부를 먼저 확인해 볼 필요가 있다는 점도 강조하고 있다.[22]

그럼에도 불구하고 이제까지의 방대한 연구문헌 및 정부자료들에 근거할 때, 학계와 실무에서는 모두 관련매출액의 일정비율을 피해의 대리변수로서 사용하는 것을 대체로 받아들이고 있는 듯하다. 국내에서뿐만 아니라 해외에서도 이와 같은 입장을 견지하고 있는 학자들이 많다. Connor[23]는 '관련매출액(affected sales)' 기준이 과징금을 산정하는 다른 수단에 비해 '보다 논리적인 척도(more logical yardstick)'라고 말하면서, 관련매출액 기준이 국제 위반행위들(특히 미국)과의 비교분석에도 매우 용이하다고 강조하였다. 그리고 EU 경쟁법에서도 과징금의 '강도를 측정'하기 위한 대리변수로서 관련매출액을 사용하였다. 또한 Katsoulacos et al.[24]은 '고정제재액(fixed penalties)', '수익에 근거한 제재액(penalties based on revenue)' 및 '이윤에 근거한 제재액(penalties based on profits)'에 비하여 '초과가격(overcharges)'에 기반을 둔 제재액이 가장 합리적이라고 강조하였다.

요컨대, 일부 불완전성에도 불구하고 '관련매출액 × 기본부과율'이 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 것에는 대체로 학계는 동의하고 있다. 특히 이에 대해 공정위 측에서는 2004년 이후 "*[관련매출액 기준은] 선진적인 EU, 영국, 미국, 일본 등의 과징금 기준과 공정위의 현행기준 및 심결례 등을 종합·분석하여 마련하였다*"([ ] 추가)는 입장을 이제까지 견지하고 있는 것으로 볼 때, 선진국 사례에서 과징금의 산정수단으로서의 관련매출액을 어떻게 활용하고 있는지를 가장 최신 자료로써 재차 확인하는 작업에는 큰 의미가 있을 것이다.

2. 공정거래법상 위반행위에 대한 각국의 기본과징금 산정기준

<표 2>는 우리나라를 포함하여 6개로 구분한 지역(미국, EU, OECD, 영국, 한국,

22) 물론 해외에서도 더욱 정교한 기법의 모색을 주창하는 연구들은 존재한다. Kearney(Kearney, Elisa, "The Competition Bureau's '20 Percent Solution': Does the Punishment Fit the Crime?" The Marker, CBA National Competition Law Section, 2009, pp.3~4; Bageri et al.(Bageri, Vasiliki, Yannis Katsoulacos, and Giancarlo Spagnolo, "The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue," The Economic Journal, 2013, vol. 123, p.545) 등이 이에 해당한다.

23) Connor, John, "Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011," European Competition Law Review, 2013, vol. 34, p.58.

24) Katsoulacos, Yannis, Evgenia Motchenkova, and David Ulph, "Penalizing Cartels: The Case for Basing Penalties on Price Overcharge," International Journal of Industrial Organization, 2015, vol. 42, p.79.

일본)에 대한 공정거래법상 위반행위에 대한 기본과징금 산정기준을 요약한 것이다. <표 2>에 포함된 모든 국가에서 기본과징금 산정기준으로 모두 관련매출액(affected commerce; AC)을 사용하고 있는 것을 확인할 수 있다. 주요 국가들의 법제에 관한 서베이는 국내에서 이미 수차례 이루어졌으나,[25] 이하에서는 현재 시점에서의 가장 최근 자료에 근거하여 각 국가별로 매우 간략히만 정리한다.

<표 2> 국가별 공정거래법상 위반행위에 대한 기본과징금 산정기준

국가	법령근거	부과대상	부과대상 위반행위	기본과징금 산정기준	AC 사용여부	x(%)
미국[a]	USSG §2R1.1	셔먼법 [1조], [2조]	담합, 독점	AC × 20%	○	20
EU[b]	규칙 제1/2003호	EU 경쟁법 [101조], [102조]	담합, 독점	AC × x%	○	0~30
OECD[c]	-	-	담합	AC × x%	○	4~30
영국[d]	OFT 고시	1998 경쟁법 [1장], [2장]	담합, 독점	AC × x%	○	0~30
한국[e]	공정거래법	각 조항[f]	부당공동행위, 시지남용 외	AC × x%	○	2~10
일본[g]	독점금지법	독점금지법 [7조의2], [8조의3]	부당거래제한(담합), 독점	AC × x%	○	2~10

자료: a) United States Sentencing Guidelines(USSG), 2015, United States Sentencing Commission.
b) Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, 2006, European Commission.
c) Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, 2002, DAFFE/COMP(2002)/7. OECD, Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)6.
d) OFT's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty, (revised) 2012, Office of Fair Trading.
e) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 2016, 공정거래위원회.
f) <표 1> 참조.
g) The Antimonopoly Act(AMA), 2016, Japan Fair Trade Commission.

가. 영국 법제상 기본제재금 산정방식

영국은 1998년 경쟁법(Competition Act)에 근거하여 담합과 합병을 포함한 제1장

25) 특히 OECD와 미국에 관해서는 김일중·전수민(*supra* note 15, pp.503~513)에서 2012년까지의 자료에 근거하여 비교적 상세히 논의하고 있다. 한 심사자의 의견대로 국제비교 결과가 자료의 제약상 일면 평면적으로 보일 수는 있다. 그러나 이하에서 상술되듯이 OECD와 우리나라를 비롯하여 여러 국가들에서는 미국의 독점금지법을 기본으로 법률을 규정하고 있는 만큼 관련매출액의 정의가 상당히 유사하고, 이것이 피해 대리변수의 기초로 사용되고 있다고 판단할 수 있기에 비교분석을 시도하였다.

의 '협정행위(agreements)'와 제2장의 '시장지배적 지위남용행위'에 대해 규제하고 있다. 각 위반행위에 대한 제재금(penalty)은[26] 경쟁법 [36조]에 의거하여 별도의 Office of Fair Trading(OFT)'s Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty(이하 'OFT 고시', 2012년 기준)상에서 규정하며 EU법을 준용하고 있다고 명시했다.[27]

OFT 고시 §2.7에 따르면, 관련매출액은 '직전 회계연도에 그 위반행위로부터 영향을 받은 관련 상품 시장과 관련 지리적 시장에서 사업자가 얻은 매출액'으로 정의되며, 기본과징금은 위반행위의 중대성에 따라 관련매출액의 최대 30%까지 산정할 수 있도록 규정되어 있다. 이때 직·간접적으로 소비자에게 영향을 미친 '피해(damage)'를 반영한다고 명시하고 있는 것으로 볼 때 관련매출액이 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 해석이 가능하다. 거듭 영국의 경쟁법은 EU 경쟁법과 상응하는 구조를 가지며, 위반행위가 자국에 국한되지 않을 경우 EU 경쟁법을 우선 적용하도록 되어 있다. 따라서 EU 경쟁법을 확인하는 작업이 필요하다.

나. 유럽연합(EU) 경쟁법상 기본과징금 산정방식

EU는 2002년에 제정된 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Official Journal L 1, 04.01.2003) (이하, '규칙 제1/2003호')[28] [23조]에 의거하여 EU 경쟁법상 담합([101조])과 독점([102조])을 대상으로 과징금을 부과할 수 있다.[29] 과징금 산정절차는 Guidelines on the method of setting fines imposed

---

26) 제재금의 영문 단어를 penalty라고 명시하고 있으나, 이는 미국과는 다르게 형벌을 의미하지는 않는다. 이는 OFT 고시(§1.15, 2012)에서 '수평적 위반행위(horizontal agreements)'들에 대해서만 형벌을 규정한다고 명시한 부분에서도 확인할 수 있다.

27) 나아가 Furse, Mark, Competition Law of the EC and UK (4th ed.), 2004, New York: Oxford University Press, p.114에 의하면, 영국 Napp 사건(Napp Pharmaceutical Holdings Limited v. Director General of Fair Trading, Case No.1001/1/1/01, 2001.9.24.)의 항소심에서 과징금을 결정하는데 있어서 EU 경쟁법을 따라야 한다고 판시한 바 있다. OFT 고시에 의하면, 영국 경쟁법 [1장]과 [2장]은 기본적으로 EU 경쟁법의 [101조]와 [102조]에 상응하는 성격을 가지며, EU 회원국에 영향을 미치는 위반행위인 경우에는 EU 경쟁법을 적용하도록 규정되어 있다 (OFT 고시, §1.2, 2012). 반면, 위반행위가 자국 내에만 영향을 미치는 경우에는 영국 경쟁법을 적용하도록 되어 있는데, 영국 경쟁법상 위반행위와 EU 경쟁법상 위반행위가 병행 적용될 경우에는 이중제재를 하지 않는다 (OFT 고시, §1.17, 2012).

28) 2002년에 규칙 제1/2003호를 제정할 당시에는 담합과 독점의 조항이 각각 [81조]와 [82조]였으나, 2009년 리스본 조약에 의해 EC 경쟁법이 EU 경쟁법으로 개정되면서 [101조]와 [102조]로 조항이 변경되었다.

29) EU에서는 경쟁법 위반행위를 대상으로 금전적 제재(penalty)를 부과하고 있어 학자에 따라 금전적 제재, 제재금 등과 같이 혼용해서 쓰이고 있으나, EU 경쟁법은 형벌을 별도로 규정하지 않고 그 성격이 한국의 과징금과 유사하기 때문에 본고에서는 과징금으로 용어를 통일하였다.

pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003(이하 'EU 과징금 고시')를 통해 확인할 수 있으며, '기본과징금(basic fine) 산정단계 → 기본과징금 조정단계'를 거쳐 실제과징금이 부과된다.[30]

기본과징금 산정단계는 우선 관련매출액을 산정하는 것에서부터 시작한다 (EU 과징금 고시, §13~17). 관련매출액은 위반행위 전 기간 동안 '지역시장 내에서 위반행위로 인해 직·간접적으로 영향을 받은 상품과 서비스'에서 결정된다 (EU 과징금 고시, §13). 이렇게 결정된 관련매출액의 최대 30%까지 기본부과율을 적용할 수 있다 (EU 과징금 고시, §21~23). 이는 전술한 한국의 기본과징금 계산방식과 매우 유사한 형태이다.[31]

다. 일본 독점금지법상 기본과징금 산정방식

1977년 (카르텔을 대상으로) 도입된 일본의 독점금지법(Anti-Monopoly Act; AMA)상 과징금제도는 한국의 과징금제도와 가장 유사한 성격을 가지고 있으며, 기본과징금 산정방식에 있어서도 매우 유사한 형태를 지니고 있다. 왜냐하면 한국에서 1980년에 공정거래법을 도입했을 당시 일본의 과징금제도를 참고하여 구성하였기 때문이다. 그런데 일본은 EU법을 참고했다고 법제상 명시한다. 따라서 한국은 공정거래법의 기본 틀을 일본으로부터 가져와 추후 OECD, EU, 미국법제를 참고하여 개정해왔다고 보는 것이 적절할 것이다.

구체적으로, AMA에서 주로 담합에 대해 다루고 있는 부당한 거래제한([7조의2])과 당해 행위를 실행한 구성사업자([8조의3])를 대상으로 관련매출액의 일정비율

---

30) EU 과징금 고시는 1998년 1월에 제정('Guidelines on the method of setting fine imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No.17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, 1998')된 이후, EU 경쟁위원회에서 카르텔을 대상으로 과징금 '부과규모(size)'와 '강도(severity)'를 증진시키기 위해 2006년 9월에 개정안을 채택한 바 있다 (Veljanovski, Cento, "European Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2009: A Statistical Analysis of Fines under the 1998 Penalty Guidelines," 2009, Available at http://ssrn.com/abstract=1016014; Connor, *supra* note 23).

31) 이렇듯 30% 내에서 결정되는 기본부과율은 위반행위의 성격, 시장점유율, 관련시장을 고려하여 판단된 위반행위의 중대성에 따라 달라지는데, 이때 가격고정 및 시장분할 등과 같이 '가장 해로운 위반행위(the most harmful restrictions of competition)'에 해당되는 경우에는 법정부과율 중 가장 높은 비율을 곱할 수 있다. EU에서는 후술되는 미국과 같이 법제상에서 명시적으로 '피해'에 근거하여 기본과징금을 산정한다고 직접적으로 밝히고 있지는 않지만, 가장 '해로운(harmful)' 위반행위에 대해서 기본과징금을 높게 산정한다는 것에서 피해를 고려한 것으로 이해할 수 있을 것이다. EU는 여기에서 더 나아가 경성카르텔(hard-core cartel)을 대상으로 관련매출액의 15% 내지 25%만큼을 추가적으로 부담할 수 있도록 규정(EU 과징금 고시, §25)하고 있는 것으로 볼 때, 적어도 EU는 위중한 위반행위에 대한 심각성을 인지하고 효과적인 억지의 필요성을 피력하고 있는 것으로 해석이 가능하다.

(원칙상 10%)로 기본과징금으로 산정할 수 있으며, 이는 각각 동법 [89조]와 [95조]에 의거하여 형벌도 함께 부과 가능하다. 이는 전술한대로 한국에서 공정거래법상 11개 규제위반행위를 대상으로 공정거래법 [70조]에 근거하여 과징금과 형사벌칙이 양벌부과가 가능하다는 것과 동일한 형태이다.[32]

라. OECD의 피해추정액 산정방식[33]

공정위는 현재 사용되고 있는 관련매출액 기준이 2002년 OECD 보고서에서 도출된 것에서부터 준용한 것임을 보도자료 등을 통해 여러 번 밝힌 바 있다. OECD는 카르텔이 전 세계에 미치는 피해의 심각성을 인지하고 회원국들을 대상으로 경쟁법제 관련 '국가별 검토 보고서'를 1998년 이후 주기적으로 발간하고 있을 정도로 경쟁정책분야에 많은 관심을 보였다. 그 중에서도 회원국들이 카르텔을 대상으로 과징금을 어떻게 부과하고 있는지를 대대적으로 조사한 바 있다.[34] OECD 보고서는 카르텔이 전 세계에 미치는 경제적 피해는 상당하지만, 그의 정확한 추정은 매우 힘들다는 점을 강조하였다. 따라서 OECD는 대부분의 국가들에서 피해액 산정이 필요할 경우에는 대리변수를 사용한다고 밝혔다.

이상의 배경에서 OECD 대부분의 회원국들에서는 '불법이득(unlawful gain)'을 사용한다고 설명한다. 여기에서 '불법이득'은 우리나라의 이른바 '부당이득(unjust enrichment)'보다는 넓은 개념이다. 즉, 소비자로부터의 '부의 이전'에 '기타 해로운 효과'가 더해진다. 또한 불법이득의 계산이 쉽지 않지만 가장 '간편한 계산방식'으로서 '관련매출액 × 초과가격'을 제시한다. 앞선 국가들의 기본과징금 계산방식과 동일한 형태이다.

---

32) 한편 2005년에 AMA를 대대적으로 개정하기 이전까지 과징금제도는 한국과 마찬가지로 '부당이득환수론'이 주된 목적이었으나, 개정 이후에는 "부당이득액 이상의 금액을 환수함으로써 과징금의 행정상 제재로서의 기능을 한층 강화"하는 목적에서 과징금의 법정부과율을 기존의 6%에서 10%까지로 대폭 상향조정한 바 있다 (권종호,「일본공정거래법상의 과징금제도에 관한 연구」(행정안전부, 2007) p.35). 여기에서 과징금의 법정부과율을 10%로 결정한 것은 일본 자체 내에서의 카르텔 및 입찰담합 사건의 평균 부당이득이 16.5%인 것과 미국 및 EU법제를 준용하였다고 언급한 것으로 볼 때 과징금의 법정부과율에 '피해'를 반영한 것으로 해석해볼 수 있을 것이다.

33) OECD와 미국에 대해서는 김일중·전수민(*supra* note 15, pp.503~513)을 매우 축약했으며 일부 수정·보완하였다.

34) OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, 2002, DAFFE/COMP(2002)7, p.1. 나아가 OECD는 2016년 '경쟁법 글로벌 포럼(Global Forum on Competition)'을 개최하기 전 큰 주제 4개와 세부질문 22개에 대한 답변을 OECD측에 제출할 것을 회원국들에 요청하였다. 이하 OECD (혹은 OECD 보고서)는 전부 2002년 보고서를 의미하므로 이하에서는 별도로 참고문헌을 밝히지 않도록 한다.

가장 최근의 서베이인 Beaton-Wells[35]에서는 기본벌금액의 기초가 관련매출액임을 다시금 확인하였다. 거듭 반경쟁적 행위로부터 발생한 '불법이득'의 대리변수로서 관련매출액 기준을 사용하는 것이다. 현재 16개 국가는 관련매출액의 일정비율을 기본벌금액으로 계산하고 있으며, 법정부과율의 최대범위는 국가마다 조금씩 상이하지만 30%가 대세라는 점도 거듭 확인되었다.[36]

마. 미국의 기본벌금액 법적규정

OECD 보고서는 셔먼법 위반에 대하여 높은 수준의 제재를 가하는 미국법제를 토대로 작성되었다. 2015년 현재 '양형기준표'(US Sentencing Guideline; 이하 'USSG')를 보면, §2R1.1(d)(1) 조항에 기본벌금액의 산정기준으로 "*금전적 손실(pecuniary loss)을 대신하여 관련매출액의 20%를 사용하고 있다*"고 규정하고 있다. 또한 "*법원이 실제이득과 실제손실을 결정하는데 법원에서 소요될 시간과 비용을 피하기 위해*" 관련매출액을 산정기준으로 삼았다고 명시하고 있다. 통상 부당이득은 판매가격의 10%에 해당한다고 평균적으로 추정하고 있으나, 가격고정으로 인한 사회총손실 총 20%를 피해의 대리변수로 사용하게 된 것이다. 즉 20%는 위반행위로 얻은 부당이득 10% 뿐만 아니라 사중손실 10%까지 고려하여 부과한다는 의미이다.[37]

규제위반행위로부터 얻은 부당이득을 상회하여 제재하려는 입장은 법정양형과 관련해서 더욱 일반적 규정(18 U.S.C., Ch. 227 - 'Sentences')을 통해서도 알 수 있다. Hammond는[38] 부당이득 혹은 피해가 Sherman법의 상한선을 웃도는 경우가 발생하면 1984년 벌금집행법의 제정으로 신설된 18 U.S.C. §3571(d)에 근거하여 법정벌금 대신 '이득 또는 손실의 2배'를 상한으로 벌금을 부과할 수 있다고 주장하였다. 그 역시 기본벌금액을 결정하기 위해서는 직접적인 이득뿐만 아니라 사중손실까지 고려해야 한다고 강조한다.[39]

---

35) Beaton-Wells, Caron, "Sanctions in Antitrust Cases," OECD Global Forum on Competition: Competition and Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)6, pp.11~12.

36) OECD, Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)6, p.13에 의하면, 체코는 최대 3%, 터키는 최대 4%까지로 법정부과율을 규정하고 있으며, 우크라이나는 최대 45%까지로 법정부과율을 규정하고 있다. 한국과 남아프리카공화국은 최대 10%, 미국은 최대 20%까지로 규정하고 있으며, 그 외의 국가들은 최대 30%까지로 규정하고 있다. 단, 일본은 기업규모와 사업유형에 따라 법정부과율을 다르게 적용한다.

37) Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, p.vii; Bolotova, Yuliya and John Connor, "Cartel Sanctions: An Empirical Analysis," 2008, Working Paper, p.5.

38) Hammond, Scott, "Antitrust Modernization Commission Hearings on Criminal Remedies," The United States Department of Justice, 2005, pp.4~5.

39) 한편 미국도 USSG가 1991년에 개정되기 이전에는 벌금을 부과하는데 고려해야 할 요소들을

바. 한국의 기본부과율: 부당거래행위를 중심으로

전술한대로 공정거래법상 법령으로 정해진 기본부과율은 규제위반 유형별로 다르게 책정되어 있다. 기본과징금은 관련매출액에 유형별 '위반행위 중대성'에 따라 결정되는 기본부과율(x)을 곱한 값으로 산정되며, 1~3차 조정단계를 거쳐 실제과징금이 결정된다. '위반행위 중대성'은 경쟁질서의 저해정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 피해정도, 부당이득의 취득 여부 등에 따라 '매우 중대한 위반행위', '중대한 위반행위', '중대성이 약한 위반행위'로 구분된다. 본고의 주요 분석대상인 부당공동행위에 대한 x는 현재 0.5~10%이다.

관련매출액 기준은 주요 선진국(미국, EU, 영국 등)의 사례분석을 통해 과징금 개선방안을 제시한 권오승 외[40]의 연구결과를 토대로 적용되었다.[41] 저자들은 '관련매출액의 일정비율'이 미국, EU, 및 영국법제에 근거하여 '피해의 대리변수(=독점이윤+사중손실)'를 의미한다고 명시하였다. 따라서 앞서 피해액을 산정하기 위한 차선의 방법이 관련매출액이라는 것에 대한 정당성을 확보하기 위해 미국 및 EU 등의 입법례를 참고한 것은 유의미한 작업이었다고 사료된다.

하지만 우리나라 법정부과율의 '범위'가 정확히 어떤 근거에서 정해진 것인지는 명확하지 않다. 관련매출액과 법정부과율 기준의 토대가 되었던 권오승 외[42]에서도 법정부과율의 범위에 대한 명확한 기준을 제시하지 않았다. 공정위는 2005년, 2012년, 및 2013년에 법정부과율의 범위를 개정하는 과정을 거쳤다. 2005년 4월, 공정위는 입법예고를 통해 "*카르텔 적발력 강화를 위해 감면요건의 불확정 개념을 삭제하고 재량의 여지*"를 없애기 위해 부당공동행위에 대해 기존의 5%에서 10%로 법정부과율을 상향조정했다고 밝혔으며, 2012년 8월에는 "*과징금 부과시 위반행위 유형별 부과기준율 한도를 법상 한도와 일치시켜 과징금 부과의 실효성을 제고*"하기 위해서 전반적으로 법정부과율의 범위를 조정했다고 설명했다.

그리고 현재와 동일한 형태가 구축된 2013년 6월 '독점규제 및 공정거래에 관한

나열했을 뿐이었다. 하지만 해당 요소들을 얼마만큼 적용시켜야 하는지가 명확하지 않다는 이유로 1991년부터 '관련매출액 계산법'을 적용하기 시작하였다. 미국 법무부가 '업무의 간편함' 뿐만 아니라 '피해'와 연동된 처벌정도를 부과하기 위해 관련매출액 계산법을 채택한 것이다 (Herron, Anne Marie, "The Antitrust Sentencing Guideline: Deterring Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle," Emory Law Journal, 2002, vol. 51, p.934). 결론적으로 2004년 미국 의회(150 Cong. Rec. H3658) 자료 등에 의거할 때 관련매출액을 피해의 대리변수로 확고히 받아들인 듯하다 (김일중·전수민, *supra* note 15, pp.511~513).

40) *supra* note 17.

41) 공정거래위원회, *supra* note 16.

42) *supra* note 17, p.176.

법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회 지침'을 개정하면서, 특히 부당공동행위의 법정부과율 개정에 대해 공정위는 "*결정에 공정위 재량범위가 큰 부당한 공동행위의 부과 기준율(0.5~10%)을 현행 3단계에서 5단계로 세분화*"하였다고 말하면서, "*전체 과징금 부과 수준이 높아지고 법 위반 행위에 억지력이 제고될 것으로 기대*"한다고 말했다.[43]

IV. 한국의 실제부과율 측정: 실증분석

1. 심결자료 구축 및 심결자료를 이용한 과징금 주요 특성

이제 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료를 전부 수집하여 부당공동행위에 대해 실제로 부과된 과징금액수와 실제부과율을 실증적으로 검토한다. 표본추출기간은 앞에서 강조하였듯이 과징금 부과건수가 전년도의 3배 이상으로 갑자기 증가했던 2005년부터 최근인 2015년까지 총 11년이다. 위 기간 동안 공정거래법에 근거하여 과징금을 부과한 모든 사건들을 전부 수집한 후 부당공동행위 사건들을 추출하였다.

심결자료 전수조사 과정을 요약하면 다음과 같다. 먼저 심결자료는 공정위 웹사이트(심결/법령; 의결서/재결서)에서 '등록일', '일반유형', 및 '조치유형'으로 분류해 검색 가능하다. 이 때 '등록일'은 의결일자를, '일반유형'은 공정위가 제재를 하는 규제위반행위의 특정유형(예: 시장지배력남용행위, 부당공동행위, 불공정거래 등)을 의미하며, '조치유형'은 규제위반행위에 대한 공정위의 제재수단(예: 시정명령, 과징금, 고발 등)을 나타낸다.[44] 그러나 여러 장애물들이 있었다. 우선 공정위 「통계연보」와 심결자료의 불일치 문제가 여전히 존재하였다. 가령 「통계연보」[45]를 보면 공정거래법상의 규제위반행위에 대하여 2012년에 과징금을 부과받은 사건 수는 총 60건이었는데, 2012년 1월 1일부터 2012년 12월 31일까지 심

43) 공정거래위원회 보도자료, 2013.6.12, "공정위, '과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시' 개정". 그 결과 현재 위반행위가 매우 중대할 때 8.0~10.0%와 7.0~8.0%의 2단계, 중대할 때 5.0~7.0%와 3.0~5.0%의 2단계, 그리고 중대성이 약할 때 0.5~3.0%의 1단계를 적용하고 있다. 그러나 단지 단계만 세분화되었을 뿐 2005년에 규정된 범위(0.5~10%)와 동일하다.

44) 심결자료를 활용하여 과징금제도를 분석한 김일중 외("규제위반에 대한 행정부의 금전적 제재: 공정거래법상 과징금 수준의 결정요인에 관한 실증분석", 「서울대학교 법학」 제51권 (서울대학교 법학연구소, 2010) pp.167~168)에서도 이와 같이 등록일, 일반유형, 조치유형을 검색하는 방식으로 2006년~2008년 자료를 수집했다.

45) *supra* note 2.

결자료를 전부 검색해보면 52건에 불과했다. 또한 심결자료 중 공정거래법 과징금사건과는 무관하거나 누락된 자료들도 다수 존재하였다.[46]

해당 기간 내의 의결사건 중 발생한 모든 위반행위유형에 대해 '시정명령', '과징금', '고발'의 세 가지 조치유형을 모두 검색조건으로 선택한 결과 총 5,939건의 의결서가 조회되었다. 그 다음 공정거래법상 과징금 부과와 관련 없는 사건들(예: 하도급법, 방문판매법, 부당한 표시·광고법 등에 의한 과징금 사건)을 추려 내었다. 그 결과 약 2,000개의 '공정거래법 과징금 부과사건'의 심결자료를 확보하였다. 특별히 분석의 일관성과 정확성을 제고하기 위하여 크게 두 추가기준을 적용하였다. 첫째, 사건번호가 다르더라도 실제 내용상 동일한 사건이면 의결번호에 근거하여 1건으로 처리했다. 둘째, 과징금 부과액은 '최종' 심결자료를 기준으로 하였다. 위 첫째 기준에 따라 심결자료를 정리하니 일관성을 해치는 다른 문제가 존재했기 때문이다. 전술한대로 공정위 심결에 피심인이 불복하는 경우 이의신청 혹은 행정소송제기가 가능하다. 실제로도 피심인들이 불복하여 공정위가 과징금을 재결 및 재산정하거나 직권취소한 경우(이하 이를 통칭하여 '재심')가 다수 있었다. 가령, 2007년 6월 5일 부당공동행위로 과징금을 부과 받은 9개 폴리프로필렌 제조·판매사가 공정위를 상대로 행정소송을 제기하였는데, 그 결과 공정위가 패소하였다.[47] 이후 공정위는 세 피심인들에 대한 과징금을 각각 재산정하였다.[48] 따라서 이러한 사건 역시 하나의 사건으로 간주하고 모든 심결자료의 의결일자를 추적하여 재심이 있었던 사건은 원래 심결내용과 일일이 대조하여 최종적으로 부과된 과징금액수를 분석에 사용하였다.

이상과 같은 수집과정과 다음의 두 가지 기준(① 의결번호 기준의 사용, ② 최종 심결자료)에 따라 재구성한 결과 최종적으로 수집된 심결자료는 1,384건이었다.[49] 이는 공정위가 발행하는 「통계연보」에 나오는 과징금 부과건수 1,403건보

---

46) 따라서 공정거래법에 의거하지 않은 사건들이 존재하여 일일이 추려내었다. 나아가 아예 누락된 사건이나 (사건명과 의결번호는 나와 있지만) 심결내용이 없는 경우 '대한민국 정보공개 포털(www.open.go.kr)' 및 공정위 담당자들에게 직접 문의하여 심결자료를 확보하였다.

47) 서울고등법원 2008.11.20. 선고, 2008누1148 판결, 대법원 2011.9.8. 선고, 2008두23160 판결이다.

48) 에스케이는 2011년 11월 1일에 공정위로부터 과징금을 재산정 받았고(의결 제2011-188호), 지에스칼텍스는 2012년 1월 13일(의결 제2012-005호), 삼성토탈은 2012년 1월 19일(의결 제2012-011호)에 각각 재산정 받았다. 이러한 경우 최종적으로 재산정 받은 의결서(2012년 1월 19일)를 기준으로 해당사건의 의결날짜를 확정하였다.

49) 최종 데이터 분류작업을 하는 도중, 하나의 의결번호에서 두 가지 이상의 위반행위에 의해 과징금을 부과한 사건이 종종 발생하였다. 예를 들면, 2007년 12월 20일 의결된 사건에서 녹십자는 부당한 고객유인행위([23조 ① 3호]) 및 재판매가격유지행위([29조 ①])를 위반하여 과징금을 부과받았다. 그러나 의결서(의결 제2007-562호)에서는 하나의 사건으로 처리하였다. 이 두

다 19건 작은 수치이다. 데이터 분류에 있어 전술한 두 가지 정형화된 기준을 적용했기 때문에 최종 관측치가 다소 변경되었으나, 과징금 및 부과율을 검토하고자 본 실증분석의 목적에는 더욱 부합한 자료가 만들어진 것으로 판단된다.

향후 핵심분석에서 발생할지도 모를 오류를 효과적으로 점검하기 위해서는 심결자료에 수록된 정보를 가능한 모두 사용할 수 있도록 변수화하는 작업이 매우 유용하다. 여러 정보들이 있었으나 크게 구분하면 피심인 정보, 피심인 위반행위, 과징금 부과의 총 세 개 집합으로 분류할 수 있다. 첫째, '피심인수'와 '피심인명'은 의결서에 기입된 정보를 사용하였고, 피심인의 '산업분류'는「한국산업표준분류표 9차(2008)」를 기준으로 하였다. 둘째, 피심인의 위반행위유형은 시행령 및 고시에 근거하여 시장지배적 지위 남용행위, 경제력집중 억제규제 위반행위, 부당한 공동행위 및 사업자단체 금지행위, 불공정거래행위 등(부당한 지원행위 제외, 재판매가격 유지행위 및 부당한 국제계약 체결행위, 출자총액제한행위 포함), 및 부당한 지원행위의 다섯 가지로 분류할 수 있다. 세부적으로는 11개의 규제위반행위가 있다.

마지막으로 셋째 집합은 본고의 실증분석과 직결된 과징금에 관한 대한 정보들이다.[50] 공정거래법 시행령 및 고시에 따라 각 위반유형별 과징금 산정기준으로서 크게 다음 세 가지를 사용하고 있다. 시장지배적 지위남용·부당공동행위·불공정거래행위는 '관련매출액'을, 경제력집중 억제행위·부당한 지원행위는 '위반액'을, 사업자단체 금지행위는 '연간예산액'을 기준으로 한다. 따라서 본고에서 사용할 피해의 대리변수로서의 '관련매출액(또는 연간예산액 및 위반액)'은 각 피심인의 위반유형별 과징금 산정기준 금액을 합산하여 입력하였다. 다음으로 관련매출액(또는 위반액 및 연간예산액)에 기본부과율을 곱한 '기본산정기준(기본과징금)'과 3단계 조정단계인 '1차(의무적조정)', '2차(임의적조정)', '3차(실제과징금 결정)'은 사건별 총 금액을 기준으로 입력하였다.

2. 부당공동행위에 대하여 부과된 실제과징금 및 실제부과율: 실증분석

규제위반행위는 위반행위 특성이 다르며 그에 따라 과징금 법정부과율이 상이하기 때문에 실증분석의 정확성을 가하기 위하여 예외적으로 두 가지 사건으로 분류해 위반행위별로 과징금 부과액수를 파악할 수 있도록 하였다. 마지막으로 각 산정단계별 과징금액수가 누락된 사건들(2010.12.12. 의결 제2012-275호, 2011.5.3. 의결 제2011-052호)과 실질 피심인명이 누락된 사건(2012.3.21. 의결 제2012-041호)은 (공정위에 문의하였지만 단계별 과징금액수의 누락되지 않은 의결서를 받을 수 없어) 전체 표본에서 제외하였다.

50) 만일 금액이 외국화폐(달러, 엔, 바트 등)를 기준으로 하는 경우, 해당 의결날짜의 환율을 기준으로 원화로 환산하여 기입하였다.

이상의 과정을 통해 구축된 전체 자료를 보면 표본추출기간(2005년~2015년)동안 공정위의 '실제과징금' 누적부과건수는 1,384건이고, 누적피심인 숫자는 3,122개(또는 인)이었다.[51] 총 부과금액 기준으로 실제과징금액수는 매년 평균 1.5배씩 증가하였고 전반적으로 증가추세를 보였다. 특히 2005년의 총 과징금 부과액수는 약 900억원인데 반하여 2015년은 8,600억원으로 10배가량 증가하였다. 사건당 부과된 실제과징금액수의 평균은 48억원이었으며, 단일 사건 최대 과징금액수는 약 6,689억원이나 되었다.

각 연도별 누적과징금액수 및 사건당 평균액수 모두 11년 동안 대체로 증가추세를 보이고 있다. 연도별 총 과징금액수는 2011년까지 꾸준히 증가해오다가 그 이후부터 최근까지 주춤한 상태이다. 2011년은 무려 1조 4천억원으로 표본추출기간 중에서 총 과징금 부과액이 가장 높았다. 2010년~2015년 연평균 실제과징금 부과액수는 9,000억원으로 2010년 이전 연평균(2,700억원)보다 3배 이상 증가하여 2010년 이후 과징금 부과액수가 증가하고 있음을 확인하였다.[52]

이제 추출된 자료를 좀 더 실증적으로 분석해보자. 현행 공정거래법과 표본기간 내에 과징금 부과대상으로 명시된 위반행위 총 13개[53] 중 심결자료에서 실제로 위반된 행위는 모두 9개였다 (<표 1>에서 [3조의2 ①], [8조의2 ②~⑤], [9조], [10조의2 ①], [19조 ①], [23조 ①], [26조 ①], [29조 ①]과 기존 부과대상이였던 '출자총액제한'). 9개 위반행위 중 가장 많이 위반한 규제는 다양한 세부유형을 갖는 '불공정 거래행위([23조 ①])'로서 모두 824건을 차지하였다. 놀랍게도 그 다음으로는 경쟁법상 가장 큰 관심의 대상이 되어 온 '부당한 공동행위([19조 ①])'가 무려 369건(27%)을 차지하고 있었다. 뒤를 이어 '사업자단체 금지행위([3조의2 ①])'는 117건(9%)이 있었다. 이 세 가지 위반행위가 부과건수 전체의 95% 이상을 차지하였다. 이하에서는 규제위반행위별로 보다 다양한 관점에서 과징금의 액수를 간략히 분석해보았다. 우선 다음의 세 가지 발견이 주목된다.

---

51) 누적부과금액은 「통계연보」에 나온 수치와는 차이를 보인다. 2005년 이전 심결된 사건이라도 시차를 두고 그 이후 재산정되었다면 본고의 표본에는 포함되었기 때문일 것이다. 또한 동일 사건에 대해서는 표본기간 내에서나마 최종 심결자료를 찾아 교체한 것도 다른 한 가지 이유로 판단된다.

52) 연도별 사건 평균과징금액수 역시 비슷한 추세를 보이는데, 2010년까지 증가하다가 2011년부터 최근까지 등락을 거듭하며 주춤하는 추세를 보이고 있다. 구체적으로 2005년 3억원, 2010년 177억원, 2015년 73억원이 부과되었다.

53) <표 1>에서 보았듯이 현재 규제위반행위의 유형은 총 11가지이다. '출자총액제한(기존 [10조])' 및 '부당한 국제계약체결 제한(기존 [32조 ①])'은 현행 공정거래법에서 과징금 부과대상 규제위반행위에서 제외되었으나, 표본기간동안 부과대상 위반행위에 포함된다.

첫째, 과징금을 부과받은 9개 위반행위의 실제과징금의 규모를 보자.[54] 다른 위반행위에 비해 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 '부당공동행위' 사건에 부과된 평균 과징금액수가 여러모로 두드러진다. 첫째, 실제과징금의 평균액수가 158억원으로서 과징금부과 9개 위반행위 중에서 가장 높았으며, 사건당 전체평균(48억원)보다 3배 이상 높았다. 둘째, 부당공동행위로 부과된 누적과징금액수는 전체의 약 90%에 이를 정도로 막대한 비중을 차지하고 있다. 셋째, 부당공동행위의 사건당 평균 과징금액수는 매년 평균 1.4배씩 증가하였으며, 특히 2010년 이후 6년 동안 사건당 평균 212억원을 부과받았는데, 이는 2010년 이전 5년간에 비해 4배 가까이 높은 수치이다. 결론적으로 부당공동행위 관련 과징금액의 증가가 과징금 전체평균의 증가세를 절대적으로 견인하였다고 요약할 수 있다.[55]

둘째, 일단 피해가 발생하게 되면 그 규모가 상당히 큰 산업들도 존재할 것이다. 가령 특정산업 내에서 거래되는 물량단위가 클 경우 사회적으로 미치는 영향도 커질 것이기 때문이다. 유럽 공정거래법상 제재금의 결정요인들을 실증적으로 분석한 Carree et al.[56]은 산정된 제재금은 산업분포와 큰 연관성을 보였으며, 특히 제조업이 양(+) 부호에 1% 내에서 유의하다고 밝힌 바 있다. 따라서 본고에서도 피심인들의 속성을 파악한 후 한국표준산업분류(통계청 고시 제207-53호)를 기준으로 산업분포를 결정해보았다. 상위분류기준은 21개 범주로 나뉘는데, 심결자료에서 포착된 산업은 18개였다. 출판·영상·방송통신·정보서비스업에서 641건, 그 다음으로 제조업에서 269건이 발생했다. 그런데 산업별 실제과징금에도 큰 차이

54) 주지하듯 규제위반행위별로 발생되는 평균적 피해규모는 다를 것이다. 앞서 설명한대로 대부분의 선행연구들에서는 담합행위로부터 발생되는 '사회적 피해'는 다른 위반행위에 비하여 매우 크다고 주장한다 (Kadish, Sanford H., "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations," University of Chicago Law Review, 1963, vol. 30, pp.423~449; Coffee, John C. Jr., "Developing Law on Stock Parking, Bidder Discloser," Boston University Law Review, 1991, vol. 71, pp.193~246; Wils, Wouter, "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice," World Competition, 2006, vol. 29, pp.183~208; Blair, Rober and Christine Piette Durrance, "Antitrust Sanction: Deterrence and (Possibly) Overdeterrence," Antitrust Bulletin, 2008, vol. 53, pp.643~661; Lande, Robert and Joshua Davis, "Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws," BYU Law Review, 2011, vol. 2011, pp.315~387. 등). 그렇기 때문에 공정거래법에서도 각각의 규제위반행위별로 부과할 수 있는 최대 과징금액수를 별도로 법률에 명시한다.

55) 부당공동행위 다음으로 사건당 평균 과징금액수가 높은 위반행위는 시장지배적 지위 남용행위로서 112억원이다. 한편 과징금을 가장 많이 부과받은 불공정거래행위의 사건당 평균 부과액수는 약 5억원으로 부과건수에 비해 상당히 낮은 수준이다.

56) Carree, Martin, Andrea Gunster, and Maarten Schinkel, "European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions," Review of Industrial Organization, 2010, vol. 36, pp.97~131.

가 존재한다. 사건당 평균 과징금액수가 가장 큰 산업은 역시 제조업이었으며, 사건당 평균 150억원으로서 전체평균의 3배에 해당된다.[57] 매우 흥미롭게도, 이 제조업에 속한 사건의 62%가 부당공동행위금지 규제를 위반한 경우에 해당했다.

셋째, 사건당 기본과징금의 액수이다. 여기서도 부당공동행위가 가장 높은 수치를 보였으며, 시장지배적지위 남용금지와 재판매가격유지행위의 제한이 그 뒤를 따랐다. 부당공동행위의 평균 기본과징금은 350억원으로서 (부당공동행위를 제외한) 다른 위반행위들의 평균보다 무려 37배나 높았다. 따라서 잠정적 결론을 다음과 같이 내릴 수 있다. 즉 과징금 부과 사건에서 부당공동행위는 '건수'와 과징금 '누적액수'에서는 물론, '실제과징금'과 '기본과징금'의 '사건당 액수' 측면에서 한국 공정거래법상 과징금제도에서 차지하는 비중이 막대해왔다는 명제가 성립된다.

지금부터는 본고의 주요 목적이었던 부당공동행위에 대해 과징금을 부과한 사건들을 본격적으로 검토하자. 기본과징금이 높으면 실제과징금액수가 높아지는 점을 물론 쉽게 발견할 수 있었다. 기본과징금은 '관련매출액'에 중대성별로 기본부과율을 곱하여 산정된다. 전술하였듯이 공정거래법상 법정부과율은 위반행위별로 상이하며, 2004년 이후 세 차례의 상향 조정이 이루어졌다. <표 3>은 부당공동행위에 대하여 시기별 변화를 살펴본 것이다. 특히 기본부과율과 실제부과율이 어떤 차이를 보이는지 비교·검토하는 것이 분석의 주된 목적이다.

<표 3>을 보면 전체 기간동안 기본부과율의 평균은 (최대 10%까지 부과할 수 있지만) 약 6.5%로 계산되었다. 한편 전체 기간동안 실제부과율의 평균은 약 2.5%로 계산되었다. 법정부과율이 상향조정됨에 따라 최근으로 올수록 기본부과율과 실제부과율 모두 증가하는 추세를 보였다. 그런데 모든 시기에서 실제부과율은 기본부과율보다 낮은 수치를 보였다.

57) 이는 대단히 큰 액수이다. 왜냐하면 가장 작았던 산업은 농업, 임업 및 어업으로서 사건당 평균 약 1.6천만원에 그쳤기 때문이다.

<표 3> 부당공동행위에 대한 기본부과율 및 실제부과율: 법령개정시점별

부과율 / 적용 고시[c]	기본부과율[a]	실제부과율[b]
전체기간 (n=337)†	6.51 (2.46)‡	2.54 (1.74)
2004.1.1. 개정고시 (n=48)	3.64 (1.00)	1.93 (0.96)
2005.4.1. 개정고시 (n=277)	6.95 (2.31)	2.63 (1.81)
2012.8.20. 개정고시 (n=12)	7.01 (2.63)	3.39 (2.00)

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결 및 의결번호를 기준으로 하였음.
· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지임.
· 모든 숫자는 소숫점 셋째자리에서 반올림 하였음. †: 건수(기본부과율의 결측치 때문에 줄어듦), ‡: 표준편차
a) 각 사건의 기본부과율 합을 건수로 나눈 값.
b) 각 사건의 관련매출액에 대한 실제과징금액수의 비율 합을 건수로 나눈 값.
c) 각 사건에서 적용된 고시임.

전술했듯이 해외법제에서도 관련매출액과 기본부과율의 곱이 피해액의 대리변수로 사용된다. 해외사례와 비교하기 이전, 부당공동행위의 실제부과율(2.5%)은 기본부과율(6.5%)의 기껏해야 40% 정도에 불과하다는 유난히 눈에 띄는 사실을 거듭 강조하고자 한다. 부당공동행위 사건에서는 애초 정한 기본과징금이 절반 이상 줄어들었다는 의미이다. 환언하면, 이른바 경감률이 무려 50%를 초과한다.

그런데 기본부과율에 대한 실제부과율의 이 비율(40%)은 다른 모든 위반행위 유형들에 비하여 현격히 낮은 수치로 파악되었다. 가령 부당공동행위 다음으로 과징금 수준이 높았던 시장지배력남용행위의 경우 기본부과율과 실제부과율은 각각 1.79%와 1.59%로서 상기 비율은 89%에 육박한다. 불공정거래의 경우 그 비율은 100%를 넘는 것으로 보인다. 따라서 이 비율로 보면 세 차례의 조정과정을 거치면서 부당공동행위 사건에서 가장 높은 수준의 감경이 이루어졌다는 결론을 도출하는 것이 일단 가능해보인다. 물론 감경액수의 절대적 수준에서는 막대한 차이가 날 것이라는 점은 의심할 여지가 없다. 따라서 어떤 이유로 인하여 이렇게 높은 수준의 감경이 이루어졌는지 알 필요가 있었다.

감경사유는 다양하다. 그 중 하나로서 실제과징금 산정단계에서 공정위는 위반

사업자들의 '현실적 부담능력'을 고려할 수 있다. 전체자료를 보면 실제과징금 감경요인으로서 현실적 부담능력이 적용된 사건은 총 828건(60.8%)에 이르고 있었다. 현실적 부담능력에 의한 감경정도를 파악하고 싶었다. 다른 감경사유도 존재하므로 오로지 '현실적 부담능력'에만 기인한 감경률을 명시한 의결서(자료제약상 100건만을 무작위로 검토)들을 우선적으로 조사해보았다. 그 결과, 2차 조정과징금에 대한 평균 감경률은 무려 20%를 상회하는 것으로 보인다.

요컨대 현실적 부담능력에 의한 감경빈도도 높을 뿐만 아니라 감경수준도 작지 않다. 예컨대 2차 조정과징금이 500억원일 때 100억원 이상을 깎아주었다는 의미이다.[58] 실제과징금이 최종 결정되는 단계에서 감경해준 사건(1,111건)으로만 표본을 국한시키면, 다양한 감경사유들 중에서 72%가 현실적 부담능력이었다. 따라서 이상의 감경패턴이 평균적으로 적용되었다고 가정할 때, 막대한 사회적 비용을 야기하는 부당공동행위에 대하여 (현실적 부담능력을 포함하여) 결과적으로 매우 높은 수준의 감경률을 적용하고 있다고 대체로 판단할 수 있다. 이는 피해의 내부화라는 최적과징금제도 원칙에 뚜렷이 위배된다고 판단된다.[59]

3. 부당공동행위에 대한 해외에서의 실제부과율

먼저 OECD를 보자. 2001년 OECD는 회원국들 대상으로 카르텔 사건에 대해 방대한 서베이를 진행하였는데, 결론부터 말하면 실제부과율은 <표 4>에서 보듯 평균 16% 내외였다.[60] 전술하였듯이 법정부과율의 범위 내에서 결정된 기본벌금액은 대부분 가중 및 감경 단계를 거쳐 실제과징금이 부과된다. 회원국별로 그 수치는 상이하였지만 모두 관련매출액의 x%에 해당하는 만큼을 실제과징금으로 부과하였다. 실제과징금은 관련매출액의 최소 3%에서 최고 65%의 범위 내에서 결정되었다.

OECD는 이와 같은 입장을 최근까지도 견지하고 있는 것으로 보인다. 2016년 12월에 개최된 'Global Forum on Competition'에서 OECD는 (후술될 Connor Database를

58) 구체적으로 현실적 부담능력이 현저히 부족한지 여부에 대한 판단기준으로서 공정위는 크게 '가중평균 당기순이익의 적자' 또는 '자본잠식' 기준을 정한다.

59) 공정위 역시 이전 고시에서 위반 사업자의 현실적 부담 능력을 판단하는 기준이 엄격한 편은 아니라는 점을 인식하고 기준을 개정한 바 있다. 그러나 현행 고시 부칙에 따라 이전 고시가 계속 적용되어 감경 사례가 지속적으로 많이 발생하고 있다. 특히 최근 개정고시(2016.12.19)에 따르면 50% 이내 감경 기준을 이전 고시 기준보다 명확히 규정하고, 50% 이내 감경 기준 중 30% 이내 감경 기준을 신설했다. 본고의 주요 주제가 아니어서 상술하지는 않지만, 현실적 부담능력에 의한 감경은 정상적인 과징금제도의 운영 차원에서 결코 금과옥조가 아니라는 점만 강조하고자 한다.

60) OECD, *supra* note 34.

활용하여) 1990년~2015년 발생한 카르텔을 대상으로 국가별 실제부과율을 발표하였다. 전 세계를 대상으로 수집한 662개 사건의 실제부과율은 평균 21%였으며, 이는 과거 2002년에 OECD가 발표한 16%보다도 더 높은 수준이다.[61]

한편 담합규제 위반사건들에 관한 연구가 2004년 이후 급증하였다.[62] 대표적으로 Connor는 1997년부터 담합(특히 가격고정)에 대한 연구를 중점적으로 수행하였다. 아울러 2004년부터는 1,500여 편의 담합 관련 경제학 및 법학 논문을 섭렵함으로써 2013년 12월을 기준으로 2,041개의 담합사건을 수집하는 등 이른바 'Connor Database(이하 *CD*)'를 구축하였으며, 이를 통해 주요 국가별 과징금 부과강도 등을 추정하였다.

EU 경쟁위원회는 2006년 카르텔 대상의 과징금 '부과규모(size)'와 '강도(severity)'를 증진시키기 위해 1998년 제정된 경쟁법을 개정하였다. 이에 Connor[63]는 2006년 개정 이후 실제로 과징금의 부과수준이 더 높아졌는지를 여부를 확인하기 위해 *CD*를 이용하여 2006년 이전과 이후의 과징금 부과수준을 비교하였다. Connor가 사용한 계산방식은 2006년 개정안에 근거한 '실제과징금을 관련매출액으로 나눈 비율(Final Fine(FF)/Affected Sales(AC))'로서, 한국의 실제부과율과 거의 동일하다. 2007년~2011년까지 22개 담합사건에 대한 FF/AC의 평균값은 <표 4>에서와 같이 16.4%로 계산되어 그 이전보다 상당히 증가한 것으로 나타났다. 사실 카르텔에 대한 EU의 과징금 부과규모는 2006년 이후증가추세라는 점이 일반적 관찰이다.[64]

---

61) Connor, John, "Global Enforcement Directed at International Cartels: A Concise Introduction and Summary," OECD Global Forum on Competition: Competition and Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)9. OECD는 Connor가 분석한 내용(1990~2015년)을 2016년 OECD 보고서로 발행하였다. Connor에서 가장 방대한 규모 및 가장 최신의 사건들을 포함되었으나 특정 국가의 표본숫자나 실제부과율의 평균값이 명기되지 않은 아쉬움이 있다.

62) Connor, John, Price-Fixing Overcharge (3rd ed.), 2014, Available at SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780, p.2. 특히 미국과 EU의 실제사례에 대한 분석을 시도한 문헌도 다수 존재한다 (Connor, John and Robert Lande, "How Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines," Tulane Law Review, 2006, vol. 80, pp.513~570; Bolotova and Connor, *supra* note 37; Combe, Emmanuel and Constance Monnier, "Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of OverEnforcement," Antitrust Bulletin, 2011, vol. 56, pp.235~275; Katsoulacos, Yannis and David Ulph, "Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges," The Economic Journal, 2013, vol. 123, pp.558~581; Bageri et al., *supra* note 22; Connor, *supra* note 23 등). 미국과 EU를 중심으로 연구가 진행된 것은 1990년대에 발생한 카르텔 사건의 98%가 그 곳에서 집행되었기 때문이다. 2000년대에 들어와 기타 국가의 비중이 21%를 차지하게 되었지만, 여전히 대다수의 사건이 미국과 EU에서 의해 집행되고 있음을 확인할 수 있다 (Connor, *supra* note 61, p.2).

63) Connor, *supra* note 23.

64) Mariniello, Mario, Do European Union Fines Deter Price Fixing? Bruegel Policy Brief, 2013, p.3; Hellwig, Michael and Kai Hüschelrath, "Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the

<표 4> 주요 선진국의 법정부과율 및 선행연구에서의 실제부과율

항목 \ 선행연구	OECD (2002)	Connor (2016)	Connor (2013)	Connor (2016)	Connor (2016)
조사대상 국가	OECD	전세계	EU	미국	캐나다
위반행위	카르텔	카르텔	카르텔	카르텔	카르텔
관련법령			규칙 제1/2003호	18 USSG §2R1.1(d)(1)	없음
법정부과율 범위(%)			30까지	20까지	없음[a)]
표본기간 (년)	1996~2000	1990~2015	2007~2011	1990~2015	1990~2015
표본숫자 (개)	14	662	22		
실제부과율 범위(%)	3.0~46.0		0.6~76.0		
실제부과율 평균값(%)	**16.1**	**21.0**	**16.4**	**16.0**	**15.0**

미국의 독점금지법은 피해규모를 추정하기 위해 '관련매출액 × 20%' 기준을 적용한다. '절차의 간소화'와 '간편한 계산법'이라는 측면에서 여전히 합리적인 기준이라는 평가를 받고 있으며, 이는 EU 경쟁법의 2006년 개정에 중요한 참고가 되었다. Connor[65]는 2007년~2011년 동안 미국의 26개 사례에 대한 실제부과율을 추정한 결과 16.6%의 중앙값을 도출하였다. 나아가 Connor는[66] 2015년까지 *CD*를 확장하여 좀더 방대한 자료로써 미국의 실제부과율을 추정한 결과, <표 4>에서 보듯이 실제부과율의 평균값은 16%였다.

한편 캐나다는 카르텔을 대상으로 한 법령근거가 규정되어 있지 않음에도 불구하고 적지 않은 수준의 과징금을 부과한다. 실제로 캐나다 법원에서는 "*피해에 대한*

European Union 2001-2015: A Quantitative Assessment 2016," ZEW Discussion Paper No. 16-063, 2016, p.40. 한편 Connor(*supra* note 61)는 *CD*를 2015년까지로 확장하여 과징금 부과강도를 추정하였다. 1990년부터 2015년까지 EU에서 집행한 평균 실제부과율은 12%로서 Connor(*supra* note 23)의 결과보다는 다소 낮아진 결과를 보인다. 하지만 이는 1998년 경쟁법이 적용된 2006년 이전의 사건들까지 모두 포함된 결과이기 때문에 만약 2006년 이후의 표본으로 한정한다면 실제부과율은 <표 4>와 유사하거나 더 높을 것으로 사료된다.

65) *supra* note 23.

66) *supra* note 61.

어떠한 경제적 또는 법리적 분석도 존재하지 않지만"이라고 강조하면서 대부분의 사건에 관련매출액의 20% 수준의 실제과징금을 부과해왔다.[67] 이에 Connor[68]는 2015년까지의 *CD*를 활용하여 실제부과율의 평균값 15%를 도출한 후, 미국의 '관련매출액 × 20%' 기준을 따른 것으로 짐작된다고 서술한 바 있다.

4. 실증분석 결과의 함의

본고의 가장 핵심이었던 실증분석 결과를 마무리해보자. 해외 카르텔사건들을 분석한 가장 최근 문헌들에 근거하여 본고에서 정리한 <표 4>의 서베이를 보면, 실제부과율은 OECD, EU, 및 미국에서 모두 16%를 약간 상회한다는 잠정적 결론이 가능해보인다. 가장 방대한 표본을 사용했던 Connor[69]에 의하면 세계적으로는 실제부과율이 20%를 상회했으며, 특정 국가의 평균값을 알 수 있었던 캐나다 역시 15%를 보였다. 반면 국내 심결자료를 수집하여 본고에서 직접 계산하여 작성한 <표 3>에 요약된 결과는 주요 해외국가들과 사뭇 큰 차이를 보이고 있다. 주요 발견을 다음의 세 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 부당공동행위에 대한 과징금의 국내 실제부과율은 평균 2.5%로서 OECD, EU, 및 미국의 실제부과율에서보다 훨씬 낮다. 평균들끼리의 단순비교를 하면 국내 실제부과율은 그들 국가의 약 1/6에도 못 미친다. 662개의 가장 방대한 사건자료를 이용한 해외 전체의 평균값과 비교하면 1/8에 불과했다.

둘째, 과징금 산정의 출발점이 되는 기본과징금의 부과율을 조사한 결과 한국에서는 평균 6.5%로 나타났다. 따라서 기본부과율마저도 OECD, EU, 그리고 미국에서 적용되었던 실제부과율(약 16%)의 40% 선에 머무르고 있었다. 과징금 산정의 첫 단계부터 상대적으로 낮은 수준에서 출발했다고 볼 수 있다.

셋째, 기본부과율의 국내 법정 최대값 10%는 (앞서 <표 2>에서 보았듯이) OECD, EU, 및 영국의 30%와 미국의 20%와 비교할 때 1/3~1/2 수준으로서 이미 적잖은 차이를 보이고 있었다. 그런데 '법집행의 최종산물'이라 할 수 있는 위 기본부과율 및 특히 실제부과율들을 비교하면, 그 격차는 훨씬 더 확대되었다는 해석이 가능하다. 따라서 부당공동행위를 억제하는 법집행 과정에서 공정위가 어떤 이유에서든 주요

---

67) Low, Martin, Cartel Enforcement, Immunity and Jurisdiction: Some Recent Canadian Developments, 2004, International Bar Association Communication and Competition Law Conference, Rome, Italy, p.19.

68) *supra* note 62, p.16.

69) *supra* note 61.

선진국들에 비하여 상대적으로 큰 폭의 관대함을 보였다는 사실을 부정하기 힘들어 보인다.

V. 결론

본고에서는 국내 심결자료를 수집하여 부당공동행위에 대한 실제과징금의 규모를 실증적으로 고찰하였다. 관련매출액에 곱해지는 '실제부과율'을 추정한 결과는 사뭇 놀랍다. 해외 주요 국가들에 비하여 매우 낮은 편이다. 부당공동행위에 대한 법정부과율이 10%까지인데 반하여 실제부과율은 그 1/4인 2.5%에 그쳤다. OECD, EU, 및 미국의 실제부과율들은 모두 16%를 약간 상회하므로 그들의 1/6에도 못미친다. 매우 방대한 사건자료를 이용한 가장 최근의 한 연구에 의하면 세계전체 평균값의 1/8에 불과했다.[70]

이렇게 상대적으로 낮은 수준의 제제강도는 한국 사회에서 담합행위가 근절되지 않는 한 원인으로 작용해왔을 수 있다. 그런데 흥미로운 사실은 평균적으로 국내보다 최소 6배 넘는 수준의 제재를 가해 온 주요 국가들에서는 오히려 제재강도를 더 높여야 한다는 주장이 계속되고 있다는 점이다. 이 주장을 곧바로 수용해야 할지의 여부는 차후 판단하더라도 이들 주장과 관련된 연구결과는 염두에 두어야 할 것 같아 잠시 소개하며 본고를 맺는다.

2000년 이후 여러 연구자들이 직접 사건을 대상으로 카르텔에서 발생한 '초과가격(overcharge)'을 추정해왔다. 초과가격은 카르텔로 인한 실제 시장가격에서 가상적 경쟁가격을 차감한 것이다. 이는 미국을 비롯한 국가들에서 카르텔로 인해 발생한 부당이득의 산정근거이자, 카르텔 위반행위에 대한 최적억지수준을 추정하는 근거가 될 수 있다.[71] 연구자들은 이 초과가격을 가상적 경쟁가격으로 나눈 '초과가격률'을 주로 추정한다. 초과가격률이 높을수록 해당 카르텔이 효과적이었다거나 폐해가 컸다고 해석할 수 있다.

---

70) 한 심사자는 '과징금 대 형사벌금', '과징금산출의 기본이 되는 금액', '경쟁법의 집행정도' 등에서 국가별로 존재하는 미세한 차이까지도 반영된 국제비교의 필요성을 제기한 바 있는데, 이는 원칙적으로 정당한 지적이라고 판단된다. 본고의 국제비교 결과가 가용자료의 제약상 일면 평면적으로 보일 수도 있겠지만 현 시점에서는 여러 중요한 함의를 제공할 것으로 보인다. 비교대상의 동일조건들을 더욱 높게 확보한 상태에서의 정교한 분석들은 학계뿐만 아니라 정부기관들의 향후 연구과제로 남겨 놓는다.

71) Connor, John and Yuliya Bolotova, "Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis," International Journal of Industrial Organization, 2006, vol. 24, pp.1109~1137.

전술하였듯이 미국 법제에서는 법정부과율의 20% 중 10%가 부당이득에 해당된다고 설명한다. 나머지 10%는 사중손실(또는 OECD 법제상으로는 '기타 해로운 경제효과')을 포착하기 위한 것이다. 그런데 전자의 부당이득을 포착하는 10%가 실제 초과가격률을 제대로 반영하지 못하므로 법정부과율을 더 높여야 한다는 것이 다수 실증연구들의 결론이다.

2000년대 초기 Posner, OECD, 및 Werden[72]은 12개~13개 사건에 대해 초과가격률의 평균값과 중앙값을 추정하였다. 하지만 해당 결과들은 연구자별로 편차가 다소 심한 결과가 도출되었다. 이는 표본수가 너무 작고, 극단적인 값을 갖는 표본이 포함되어 있거나 시계열적으로도 광범위한데서 기인한 결과라 판단되었다. 이런 한계를 극복하려는 노력이 여러 연구자들에 의해 경주되었다.

주목할만한 연구로 Connor[73]를 꼽을 수 있다. 2000년~2013년까지의 사건들을 대상으로 초과가격률을 검토하였는데, 이는 본고 실증분석의 표본추출기간(2005년~2015년)과도 많이 겹쳐서 특히 유익할 것으로 본다. 동기간 120건의 미국 사건들과 86건의 EU 사건들에 대한 초과가격률을 계산하였다. 미국의 평균값은 31.1%이었고 EU의 평균값은 그 보다 높은 34.5%로 나타났다. 이를 바탕으로 Connor[74]는 가령 미국에서 규정하고 있는 부당이득 10% 기준은 '지나치게 낮은(too low) 수준'이라고 지적하면서 카르텔을 최적으로 억지하기 위한 부과율은 증가해야만 한다고 피력하였다.

나아가 Boyer and Kotchoni[75]는 기초통계량 분석을 통해 초과가격률이 49%를 넘어가는 사건들이 표본에 포함되면 평균을 너무 높이는 등 바람직하지 않다고 판단하여 그 이하 사건들만으로 표본을 재구성했다. 결국 336건을 포함한 미국의 평균은 15.7%이고 375건을 포함한 EU의 평균은 14.1%로 나타났다. 그리고 중앙값들도 평균과 별반 차이를 보이지 않았다. 동일분석에 대해서 시점을 구분하여 분석하기도 하였으나 결과는 비슷하였다. 요컨대, 매우 보수적으로 추정한 초과가격률의 평균값과 중앙값은 기간에 관계없이 모두 14~15% 내외 수준으로 밝혀진 셈이다. 따

---

72) Posner, Richard, Antitrust Law (2nd ed.), 2001, Chicago: The University of Chicago Press; OECD, Annual Report 2003, 2003, Paris: OECD Publications; Werden, Gregory, "The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook," 2003, U.S. DOJ Antitrust Division Discussion.

73) *supra* note 62.

74) *supra* note 62.

75) Boyer, Marcel and Rachidi Kotchoni, "How Much Do Cartel Overcharge?" Review of Industrial Organization, 2015, vol. 47, pp.119~153.

라서 이 연구결과 역시 미국의 현재 법정부과율 수준이 더 높아져야 한다는 함의를 제공하고 있다.

주지하듯 한국의 최대값 10%는 미국의 법정부과율 20%의 절반에 지나지 않는다. OECD, EU, 및 영국의 최대치 30%와 비교하면 1/3 수준이다. 따라서 미국의 법제가 너무 관대하여 더 올려야 한다는 상기 주장들을 곧바로 국내에서 수용할지의 여부는 좀 더 시간을 두고 판단해볼 일이다. 하지만 본고에서 수행한 실증분석은 적잖은 정책함의를 제공한다. 법집행의 최종산물이라 할 수 있는 '실제부과율'들을 비교하면, 가령 미국과의 법정부과율 차이(1/2)는 이제 그 격차가 세 배(1/6)를 넘는 수준으로 확대되었다는 결론이 가능하다. 따라서 부당공동행위를 억제하는 법집행 과정에서 공정위가 어떤 이유에서든 상대적으로 큰 폭의 관대함을 보인 것은 분명하다. 그 관대함은 주로 세 차례의 조정과정을 거치면서 적용된 '현실적 부담능력'을 위시한 다양한 경감요인들에 의해 가능했다. 따라서 법정부과율의 상향조정 건과는 별개로, 경감요인들 자체 및 그 적용에 있어서의 적절성을 담보할 수 있는 보완책이 시급하다고 사료된다.

(논문투고일 : 2017.08.23., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

김 일 중

부당공동행위, 사회최적 과징금, 실제부과율, 기본부과율, 법정부과율, 피해의 내부화, 억지력

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

공정거래위원회, 「통계연보」, 2016.

국회예산정책처, 「2015회계연도 결산분석 (정무위원회 소관)」, 2016.

권오승·홍대식·김성훈·윤미경·황태희, 「과징금제도 개선방안 연구」, 2003, 공정거래위원회.

권종호, 「일본공정거래법상의 과징금제도에 관한 연구」, 2007, 행정안전부.

김일중, 「과잉범죄화의 법경제학적 분석 - 공정거래 분야를 중심으로 -」, 2013, 한국경제연구원.

이원희 외, 「과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안 연구」, 2013, 법제처.

2. 논문

김성훈, "부당한 공동행위에 대한 과징금의 검토", 「경쟁법연구」, 제25권, 2009, 한국경제법학회, pp.358~391.

김일중·김진호·변재욱, "규제위반에 대한 행정부의 금전적 제재: 공정거래법상 과징금 수준의 결정요인에 관한 실증분석", 「서울대학교 법학」, 제51권, 2010, 서울대학교 법학연구소, pp.147~189.

김일중·전수민, "공정거래법과 형사처벌: 형사고발 결정요인의 실증분석", 「형사정책연구」, 제87호, 2011, 한국형사정책연구원, pp.175~216.

_____, "공정거래법상 피해 대리변수로서의 관련매출액", 「성균관법학」, 제25권, 2013, 성균관대학교 법학연구소, pp.493~518.

홍대식, "부당한 공동행위에 대한 과징금 산정의 실무상 쟁점", 「경쟁법연구」, 제32권, 2015, pp.112~151.

Ⅱ. 해외문헌

Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, Stanford: Imperial Graphics.

Bageri, Vasiliki, Yannis Katsoulacos, and Giancarlo Spagnolo, "The Distortive

Effects of Antitrust Fines Based on Revenue," The Economic Journal, 2013, vol. 123, pp.545-557.

Beaton-Wells, Caron, "Sanctions in Antitrust Cases," OECD Global Forum on Competition: Competition and Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)6.

Blair, Rober and Christine Piette Durrance, "Antitrust Sanction: Deterrence and (Possibly) Overdeterrence," Antitrust Bulletin, 2008, vol. 53, pp.643-661.

Bolotova, Yuliya and John Connor, "Cartel Sanctions: An Empirical Analysis," 2008, Working Paper, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1116421.

Boyer, Marcel and Rachidi Kotchoni, "How Much Do Cartel Overcharge?" Review of Industrial Organization, 2015, vol. 47, pp.119-153.

Carree, Martin, Andrea Gunster, and Maarten Schinkel, "European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions," Review of Industrial Organization, 2010, vol. 36, pp.97-131.

Coffee, John C. Jr., "Developing Law on Stock Parking, Bidder Discloser," Boston University Law Review, 1991, vol. 71, pp.193-246.

Combe, Emmanuel and Constance Monnier, "Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of OverEnforcement," Antitrust Bulletin, 2011, vol. 56, pp.235-275.

Connor, John, "Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011," European Competition Law Review, 2013, vol. 34, pp. 58-77.

Connor, John, Price-Fixing Overcharge (3rd ed.), 2014, Available at SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780.

Connor, John, "Global Enforcement Directed at International Cartels: A Concise Introduction and Summary," OECD Global Forum on Competition: Competition and Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)9.

Connor, John and Robert Lande, "How Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines," Tulane Law Review, 2006, vol. 80, pp.513-570.

Connor, John and Yuliya Bolotova, "Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis," International Journal of Industrial Organization, 2006, vol. 24, pp.1109-1137.

Furse, Mark, Competition Law of the EC and UK (4th ed.), 2004, New York: Oxford University Press.

Hammond, Scott, "Antitrust Modernization Commission Hearings on Criminal Remedies," The United States Department of Justice, 2005, pp. 1-15.

Hellwig, Michael and Kai Hüschelrath, "Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001-2015: A Quantitative Assessment 2016," ZEW Discussion Paper No. 16-063, 2016.

Herron, Anne Marie, "The Antitrust Sentencing Guideline: Deterring Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle", Emory Law Journal, 2002, vol. 51, pp.929-948.

Kadish, Sanford H., "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations," University of Chicago Law Review, 1963, vol. 30, pp.423-449.

Katsoulacos, Yannis and David Ulph, "Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges," The Economic Journal, 2013, vol. 123, pp.558-581.

Katsoulacos, Yannis, Evgenia Motchenkova, and David Ulph, "Penalizing Cartels: The Case for Basing Penalties on Price Overcharge," International Journal of Industrial Organization, 2015, vol. 42, pp.70-80.

Kearney, Elisa, "The Competition Bureau's '20 Percent Solution': Does the Punishment Fit the Crime?" The Marker, CBA National Competition Law Section, 2009.

Lande, Robert and Joshua Davis, "Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws," BYU Law Review, 2011, vol. 2011, pp.315-387.

Low, Martin, Cartel Enforcement, Immunity and Jurisdiction: Some Recent Canadian Developments, 2004, International Bar Association Communication and Competition Law Conference, Rome, Italy.

Mariniello, Mario, Do European Union Fines Deter Price Fixing? 2013, Bruegel Policy Brief.

OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, 2002, DAFFE/COMP(2002)7.

OECD, Annual Report 2003, 2003, Paris: OECD Publications.

OECD, Sanctions in Antitrust Cases, 2016, DAF/COMP/GF(2016)6.

Posner, Richard, Antitrust Law (2nd ed.), 2001, Chicago: The University of Chicago Press.

Veljanovski, Cento, "European Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2009: A Statistical Analysis of Fines under the 1998 Penalty Guidelines," 2009, Available at http://ssrn.com/abstract=1016014.

Werden, Gregory, "The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook," 2003, U.S. DOJ Antitrust Division Discussion.

Wils, Wouter, "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice," World Competition, 2006, vol. 29, pp.183-208.

Abstract

Estimation of the Actual Levy Rates of Administrative Surcharges for Violation of the Korean Fair Trade Act and Comparison across Countries: With Focus on Cartels

Kim, Il Joong

The use of administrative surcharges, which are imposed upon regulatory violations of the Korean Fair Trade Act, is rapidly increasing in terms both of frequency and per-case amount. Related legal disputes are also increasingly brought to the appeal court by the regulatory violators with the defense that the surcharges have been excessively levied by the Korea Fair Trade Commission. In contrast, the National Assembly and the Korea Fair Trade Commission are in the process of changing relevant stipulations to raise the overall level of the administrative surcharges, considering that the previous level fell short of fulfilling the role of containing antitrust activities and unfair practices by firms and business associations. The purpose of this paper, given the aforementioned seemingly conflicting situations, is to estimate the 'actual levy rates' and 'basic levy rates' of the surcharges imposed by the Korea Fair Trade Commission to the violators of regulations against the improper concerted practices (or cartels). Even if the 'legal levy rates', which are applied to the so-called affected commerce, are stipulated in the Korean Fair Trade Act across different violations. However, the legal levy rates are the maximum penalties rates that could be imposed and the actual levy rates, along with the basic levy rates, are what govern the potential offenders in reality. While they are known to be lower than the legal levy rates, their precise scales are yet to be investigated. Another purpose is to compare the estimations results with the most prevailing

international counterparts that have been imposed in OECD, EU, the United States, etc., in order to help find proper rates closer to the socially optimal levels. For these purposes, we collected all surcharge cases decided by the Fair Trade Commission from 2005 to 2015, and constructed a comprehensive dataset after undertaking required adjustment for more accurate analyses, such as replacing an initial amount initially imposed in a case by its finally decided amount if the Commission reexamined the case followed by an appeal at the court. In particular, we focused on the cartel cases as the per-case surcharge amounts have been overwhelmingly large for violations of the cartel regulation in the Korean Fair Trade Act. The number of relevant cases was also ranked second among the eleven broad categories of prohibited practices in the Act. Based on the more accurately constructed dataset of 337 cartel cases in total, we were able to provide very meaningful findings. First, the average of the actual levy rates were estimated to be only 2.5%, which fall short of the one-sixth of the averages of OECD, EU, and the United States (i.e., approximately 16%). In fact, the Korean average reduces further to the one-eighth of the entire world average, which was derived from a recent study that utilized a significantly large database. Second, while the actual levy rate is decided after three more adjustment stages followed by the basic levy rate imposed at the outset for each case, the average of the basic levy rates was estimated to be also very low only at 6.5% over the whole sampling period. Thus, the basic levy rate in Korea is lower than half of even the actual levy rate of the aforementioned major countries. Third, the legal levy rate stipulated in the Act, 10%, is also lower than that in other countries. More specifically, the legal levy rate ranges from one-third to half of the legal standards used in the major countries. In other words, the basic levy rate (6.5%) in Korea, which is slightly over the legal maximum that is already fairly low compared to other countries, has further reduced enormously over the three adjustment stages to only 2.5% after all. Therefore, we cannot reject the hypothesis that a great deal of generosity has been exercised by the Korea Fair Trade Commission, regardless of legal or other causes behind such exercises.

Kim, Il Joong

Improper Concerted Practice, Cartel, Socially Optimal Administrative Surcharge, Actual Levy Rate, Legal Levy Rate, Basic Levy Rate, Internalization of Harm, Deterrence, Korean Fair Trade Act

명의신탁재산 증여의제 규정 폐지시의 대안에 관한 연구

이 전 오*

【목 차】

I. 머리말
II. 명의신탁재산 증여의제규정의 위헌성
1. 실질과세원칙의 의의
2. 실질과세원칙 위배로 인한 재산권 침해 여부
3. 결어
III. 명의신탁재산 증여의제 규정 폐지시의 대안
1. 제1안: 폐지 후 대안을 마련하지 않는 방안
2. 제2안: 폐지 후 형사처벌 및 과징금 등을 부과하는 방안
3. 제3안: 폐지 후 형사처벌은 하지 않고 과징금만 부과하는 방안
4. 제4안: 폐지 후 과태료를 부과하는 방안
IV. 맺음말

【국 문 요 약】

상속세 및 증여세법 제45조의2는 주식에 관하여 실질 주주가 자신의 이름으로 주주명부에 등재하지 아니하고 타인의 이름으로 등재하는 경우에는 명의를 빌려준 명의수탁자에게 증여세를 부과한다고 규정하고 있다. 이른바 명의신탁재산에 대한 증여의제규정이다.

그런데, 탈세나 탈법행위를 방지하고자 하는 주식 명의신탁에 대한 증여의제규정의 입법목적은 충분히 이해가 가지만, 기본적으로 아무런 재산상 이익을 얻지 못한 명의수탁자에게 증여세를 부과하는 것이 헌법상 과연 정당한가라는 근본적인 의문을 둘러싸고 여러 차례 헌법재판이 제기되었다. 헌법재판소에서 합헌결정이 났지만, 위헌이라는 소수의견이 많게는 4명까지 있었다. 그 후 지금까지, 헌법재판소의 합헌결정에 불구하고 위헌 논란은 여전하다.

---

* 성균관대학교 교수·법학박사.

명의신탁재산에 대한 증여의제규정은, 아무런 재산상 이익을 얻지 못했기 때문에 담세력이 없는 명의수탁자에게 증여세를 부과하는 것이므로, 조세법의 기본원리인 실질과세원칙에 반하므로 헌법에 위반된다고 생각한다. 따라서, 위 규정은 폐지되어야 한다.

명의신탁재산의 증여의제를 규정한 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2를 폐지한 이후의 대책으로는, 아무런 대안을 제시하지 않는 방안, 부동산처럼 형사처벌 및 과징금을 부과하는 방안, 폐지 후 형사처벌은 하지 않고 과징금만 부과하는 방안, 폐지 후 과태료를 부과하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다. 그 중에서 과태료를 부과하는 방안으로서 명의신탁자 및 명의수탁자 모두에게 과태료를 부과하는 방안이 타당하다고 생각한다. 그 이유는 명의신탁재산에 대한 증여의제규정의 본질이 행정상 제재인 것과 일치하고, 자기책임의 원칙에도 부합하기 때문이다.

I. 머리말

상속세 및 증여세법 제45조의2는 예컨대 주식에 관하여 실질 주주가 자신의 이름으로 주주명부에 등재하지 아니하고 타인의 이름으로 등재하는 경우에는 명의를 빌려준 사람에게 증여세를 부과한다고 규정하고 있다. 이른바 명의신탁재산에 대한 증여의제규정이다.

우리나라에서 명의신탁제도가 최초로 생겨난 것은 일제시대이다. 그 후에 조선고등법원이 신탁행위이론을 도입하여 명의신탁제도를 유효한 것으로 인정하였고[1], 해방 이후에 대법원도 역시 명의신탁제도의 유효성을 일관되게 인정해 왔다.[2] 비록 판례가 명의신탁의 유효성을 인정하였지만, 명의신탁제도는 조세포탈이나 불법적인 목적에 이용되는 경우가 많았다. 그런 까닭에 명의신탁은 무효라고 해석해야 한다는 학계의 비판이 있었고[3], 이를 금지해야 한다는 사회적 요구가 많았다.

그리하여, 1974. 12. 21. 당시의 상속세법에, 부동산이나 주식 등에 관한 명의신

1) 조선고등법원에서 명의신탁의 기초가 된 이론과 판례를 형성해간 과정에 대하여는, 김상수, “명의신탁의 연혁에 관하여”, 「토지법학」 제26-2호, 한국토지법학회, 2010. 12., 85-92면 참조.

2) 고상룡, “명의신탁과 부동산실명제법”, 「고시저널」, 1995. 9., 36면(구해동, “명의신탁과 조세”, 「조세법연구」 제6권, 한국세법학회, 2000. 12., 252-253면에서 재인용).

3) 대표적으로, 곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법과대학 제15권 제2호(통권 32호), 1974. 참조.

탁에 대하여 이를 증여로 보아 수탁자에게 증여세를 부과하는 내용의 조항(제32조의2)을 신설하였다.[4] 한편, 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위·부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하려는 각종 편법·탈법행위를 직접적으로 규제함으로써, 등기부 기재와 거래의 실제내용이 일치하도록 하여 건전한 부동산거래질서를 확립하려는 취지에서 부동산등기특별조치법이 1990. 8. 1. 제정되어 1990. 9. 2.부터 시행되었다. 위 부동산등기특별조치법 제7조는 명의신탁을 금지하고,[5] 제10조는 제7조를 어길 경우 형사처벌하는 내용을 규정하였다.[6] 그러다가, 명의신탁약정의 사법상의 효력을 전면 부인하고 이를 어길 경우 형사처벌 및 과징금을 부과하는 내용의 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'으로 줄여 쓴다)이 1995. 3, 30. 제정되어 1995. 7. 1.부터 시행되기에 이르렀다.[7] 부동산실명법의 시행 이후에, 국회는 1996. 12. 30. 상속세법의 명칭을 상속세 및 증여세법으로 바꾸는 전부개정을 단행하면서, 종전의 구 상속세법 제32조의2의 규정을 상속세 및

---

4) 1974. 12. 21. 개정 구 상속세법 제32조의2: 재산에 대하여 신탁을 설정한 경우에 신탁법 제3조의 규정에 의하여 신탁재산인 사실을 등기 또는 등록하지 아니하거나 증권에 표시하지 아니하거나 주권과 사채권에 관하여는 또한 주주명부 또는 사채원부에 기재하지 아니하고 수탁자의 명의로 등기·등록·표시 또는 기재된 신탁재산은 당해 등기·등록·표시 또는 기재를 한 날에 위탁자가 그 신탁재산을 수탁자에게 증여한 것으로 본다.[본조 신설 1974. 12. 21.]

5) 1990. 8. 1. 제정 부동산등기특별조치법 제7조(명의신탁금지) ① 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니된다.
② 제1항에 규정된 목적외의 사유로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하고자 하는 자는 부동산의 표시 및 실소유자의 성명이나 명칭 등 대법원규칙이 정하는 내용을 기재한 서면을 작성하여 소유권이전등기신청서와 함께 등기공무원에게 제출하여야 한다.
③ 등기공무원이 제2항의 신청을 받은 때에는 지체없이 그 신청서와 서면의 사본 각 1통을 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부하여야 한다.

6) 1990. 8. 1. 제정 부동산등기특별조치법 제8조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다.
1. 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때
2. 제6조의 규정에 위반한 때
3. 제1호의 목적으로 제7조 제1항의 규정에 위반하거나 제7조 제2항의 규정에 의한 서면을 허위로 작성하여 등기를 신청한 때

7) 부동산실명법의 신규 제정 이유에 관하여 당시의 【제정·개정이유】에서는 다음과 같이 설명하고 있다. "부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하려는 것임."
http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=3672&ancYd=19950330&ancNo=04944&efYd=19950701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000)

증여세법 제43조로 변경하였고, 이 때 부동산(토지, 건물)을 명의신탁 증여의제 대상에서 제외하고 주식 등만 규율대상으로 삼게 되었다. 현행법상 명의신탁의 증여의제의 대상이 되는 재산으로는 선박, 자동차, 항공기, 중기, 광업권, 어업권, 특허권, 저작권, 상표권, 주식 등을 상정할 수 있지만, 이 중에서 주식의 명의신탁이 그 대종을 이루고 있기에 이 논문에서도 주식을 중심으로 살펴본다.

그런데, 탈세나 탈법행위를 방지하고자 하는 주식 명의신탁에 대한 증여의제규정의 입법목적은 충분히 이해가 가지만, 기본적으로 아무런 재산상 이익을 얻지 못한 명의수탁자에게 증여세를 부과하는 것이 헌법상 과연 정당한가라는 근본적인 의문을 둘러싸고 여러 차례 헌법재판이 제기되었다. 헌법재판소에서 합헌결정이 났지만, 위헌이라는 소수의견이 많게는 4명까지 있었다. 그 후 지금까지, 헌법재판소의 합헌 결정에 불구하고 위헌 논란은 여전하다.

한편, 과세당국은 위헌논란이 일 때마다 법률규정을 강화 내지 보완하였고, 대법원 또한 거의 모든 경우에 증여세 과세가 정당하다고 해석하는 태도를 취함으로써, 지금에 이르러서는 주식 등에 대하여 명의신탁이 이루어지면 증여세 과세를 피할 길이 없는 쪽으로 결론이 나는 경우가 일반적이다. 즉, 주식 등에 대한 명의신탁이 있으면 조세회피목적이 있는 것으로 추정되고, 조세회피목적으로 이루어진 명의신탁에 대하여는 명의수탁자에게 증여세가 부과되기 때문이다.

그렇지만 대부분의 국민들은, 아무런 재산상 이익을 얻은 바가 없는데도 명의를 빌려주었다는 이유만으로 증여세를, 그것도 때로 감당하기 어려운 거액을 내야 한다는 사실을 쉽게 수긍하지 못하고 있다. 그런 까닭에 불복 역시 끊이지 않고 있다. 일례로, 2012년 조세심판원에서 결정한 상속세 및 증여세법에 관한 심판청구사건 780건 중 주식의 명의신탁 증여의제에 따른 증여세 사건이 무려 184건으로 상속세 및 증여세 사건의 24%를 차지하고 있다. 그에 비하여 청구 인용율은 18%로 매우 낮다.[8] 이는 주식명의신탁 증여의제에 따른 증여세제가 안고 있는 문제점을 그대로 드러내는 것이라고 볼 수 있다.

조세제도이든 아니면 그 밖의 제도이든, 수범자인 국민이 그 제도에 순응하지 못하고 끊임없이 다투면서 제도의 잘못과 억울함을 호소하고 있다면, 그 주장 내용을 경청한 후에 문제점을 객관적으로 분석해서 고치는 것이 마땅하다. 이런 측면에서 명의신탁 증여의제 제도에 관해서 말하자면, 국민들(납세자)에게 불합리한

8) 박훈·남석준·서석환, "조세심판원의 상속세·증여세 결정례에 관한 연구", 「세무와 회계저널」 제14권 제5호, 한국세무학회, 2013. 10., 70면.

제도의 준수를 강요하면서 그를 어길 때에는 증여세라는 외형을 빌어 가혹한 제재를 가해 왔다고 하지 않을 수 없다. 헌법재판소에서 정족수 부족으로 위헌결정이 나지 않았다고 하여 이런 불합리한 제도를 방치해 둘 수는 없다.

이런 전제에 입각하여 이 논문에서는 명의신탁재산에 대한 증여의제 규정의 폐지 필요성을 위헌성의 측면에서 검토하고 폐지한 후의 대안을 구체적으로 제시하고자 한다. 다만, 명의신탁재산에 대한 증여의제 규정의 위헌성에 관하여는 필자를 포함한 선행연구가 몇몇 있었으므로 더 이상 깊이 분석하지 아니한다. 아울러 현행 규정이 합헌이라는 전제 하에 "조세회피 목적의 축소" 등 여러 가지 개선방안을 논한 선행연구는 다수 있었으므로 본 논문에서는 그런 부분은 더 이상 재론하지 않는다. 그렇지만 지금까지 우리 학계에서, 만약 명의신탁재산에 대한 증여의제 규정을 폐지한다면 그 후에는 어떻게 할 것인지에 관하여는 깊이 있게 제대로 논의한 바가 없다. 따라서 이 논문에서는 명의신탁재산에 대한 증여의제 규정 폐지시의 대안에 관하여 구체적으로 검토하고, 그 대안을 법률개정안의 형태로 직접 제시하고자 한다.

II. 명의신탁재산 증여의제규정의 위헌성

명의신탁재산 증여의제 규정의 위헌 여부를 둘러싸고는 그 규정이 생긴 이래 지금까지 논란이 끊이지 않고 있다. 그 동안에 여러 차례에 걸쳐서 헌법재판소의 판단이 있었는데, 합헌이라는 다수의견과 위헌이라는 소수의견이 대립하였다. 명의신탁재산 증여의제 규정의 위헌 여부에 대하여는 실질과세원칙, 조세평등주의, 과잉금지원칙, 체계정당성이라는 네 가지 관점에서 문제 삼을 수 있는데, 아래에서는 그 중에서 가장 핵심적인 실질과세원칙의 관점에서 명의신탁재산 증여의제 규정의 위헌성 여부를 검토하기로 한다.

1. 실질과세원칙의 의의

실질과세의 원칙이란 형식과 실질이 다른 경우에는 그 실질에 따라서 과세하여야 한다는 원칙이다. 국세기본법 제14조 제1항 및 제2항은 과세물건의 귀속이 명의일뿐 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 그 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용하고, 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득·수익·재산·행

위 또는 거래의 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질내용에 따라 적용한다고 규정하고 있다. 국세기본법 제14조 제1항 및 제2항의 성격에 대하여서는, 이 규정이 없다고 하더라도 조세는 납세의무자가 지배하는 경제력에 대하여 부과되는 것이라는 점에서, 조세부담의 공평을 실현하기 위한 당연한 논리를 선언적으로 규정한 것이라고 해석하는 견해가 다수설이다.

2. 실질과세원칙 위배로 인한 재산권 침해 여부

명의신탁재산 증여의제규정이 조세법의 기본원리인 실질과세원칙을 침해함으로써 납세자의 재산권을 침해한 것인지 여부에 관하여는 찬반 논란이 있다. 아래에서 찬반론을 헌법재판소 결정을 참고하여 살펴본다.

가. 합헌의견[9)]

(1) 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 하나의 방법으로, 조세회피의 목적이 인정되는 제한적인 범위 내에서, 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 허용되고 이는 헌법에 위반되지 않는다.

(2) 명의신탁에 동조함으로써 명의신탁자의 증여세회피행위를 가능하게 한 명의수탁자의 책임을 고려할 때, 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 중 누구에게 일차적인 납세의무를 부과할 것인지의 문제는 입법의 재량에 속한다고 보아야 하기 때문에 증여세회피의 목적으로 명의신탁을 한 재산의 실제 소유자를 제재하지 않고 명의수탁자를 제재하더라도 실질과세의 원칙에 위배되지 않는다.

(3) 명의신탁에 이르게 된 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작할 것인지 여부 및 그 참작의 방법이나 정도 등도 역시 입법의 재량에 속하기 때문에 명의신탁의 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작하지 않고 일률적인 제재를 가하더라도 조세평등의 원칙과 실질과세의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

---

9) 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정 및 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 결정 등의 다수의견(이하 “합헌의견”이라고 한다)을 요약한 것이다.

(4) 증여를 받지 아니한 사람에게 증여세를 부과하는 것은 실질과세의 원칙에 어긋날 수 있으나 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 방법으로 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 허용된다.

나. 위헌의견[10)]

명의신탁재산에 대한 아무런 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득하여 담세능력이 없는 명의수탁자에 대하여 실질적으로 재산을 증여받은 자인 것처럼 보아서 고율의 증여세를 부과하는 것은 실질과세원칙에 위배된다.

3. 결어

명의신탁재산의 증여의제 규정의 합헌성을 인정하는 견해는 명의신탁의 증여의제 규정은 실질과세 원칙의 예외로서 헌법상 허용된다고 하나 수긍할 수 없다.

명의신탁재산의 증여의제 규정은 본질적으로 증여가 아닌 경제적 거래를 세법상으로는 증여로 보아서 증여세를 부과하겠다는 것이 그 핵심이므로, 이것은 조세의 이름을 빌려서 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수밖에 없다.

2003. 12. 30. 상속세 및 증여세법의 개정을 통하여 도입된 이른바 증여세완전포괄주의가 시행되기 이전의 구 상속세 및 증여세법에는 많은 개별적 의제조항들이 있었으나 그 경우들은 어쨌거나 재산권이 무상으로 이전되어 과세소득 내지 담세력이 있는 경우임에 비하여, 명의신탁재산의 증여의제 경우는 명의수탁자에게 아무런 소득 내지 담세력이 없는 경우이다.

나아가, 과세소득 내지 담세력이 있는 경제적 거래 자체는 존재하지만 그것이 누구에게 귀속되는 것인가 하는 점에 대하여 원칙적 귀속자인 실질소유자가 아니라 명의자에게 귀속된 것으로 보아 과세하기 위하여 실질과세원칙의 예외가 허용되는 경우는 있지만[11)], 과세소득 내지 담세력이 일체 없음에도 불구하고 과세소

---

10) 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정 및 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 결정 등의 소수의견(이하 “위헌의견”이라고 한다)을 요약한 것이다.

11) 예컨대 1994. 12. 21. 개정 전의 구 소득세법 및 1994. 12. 31. 개정 전의 구 소득세법 시행령

득 내지 담세력을 법률규정으로 발생시켜서 조세를 부과하는 경우는 없다. 요컨대 경제적으로 존재하지 않는 담세력을 법률로 만들어낼 수는 없다.[12)]

따라서 과세소득 내지 담세력이 전혀 발생하지 않았음에도 불구하고 법률의 규정으로 담세력을 창출시켜서 증여세를 부과하는 것을 가리켜 실질과세원칙의 예외라는 논리를 내세워 합리화할 수는 없고[13)], 명의신탁재산의 증여의제 규정은 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해하기 때문에 헌법에 위반된다고 생각한다.[14)] 어떤 경우에도 담세력은 조세부과를 위한 최소한의 요건이라고 보아야 하고,[15)] 그런 점에서 명의신탁재산의 증여의제 규정은 헌법상 용인될 수 없는 규정이다.

III. 명의신탁재산 증여의제 규정 폐지시의 대안

명의신탁재산에 대한 증여의제규정에 관하여는 비록 헌법재판소에서 헌법에 위반되지 않는다는 결정이 났으나 위헌이라는 의견을 피력한 재판관이 늘 있었고, 학계에서는 위헌이라는 주장이 오히려 더 많다.

명의신탁재산의 증여의제를 규정한 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2는 실질과세의 원칙 및 조세평등주의에 위배되고, 법체계의 정당성에도 어긋나며 최소침해 및 비례의 원칙 등에 어긋나는 위헌적인 규정이므로 폐지되어야 한다.

은 다음과 같이 규정하고 있다.
구 소득세법 제7조(실질과세) ① 소득의 귀속이 명목뿐이고 사실상 그 소득을 얻은 자가 따로 있는 경우에는 국세기본법 제14조 제1항에 의하여 사실상 그 소득을 얻은 자에게 이 법을 적용하여 소득세를 부과한다. 다만, 대통령령이 정하는 사업에서 발생하는 소득에 관하여는 그러하지 아니하다.
② 이 법 중 소득에 관한 규정은 그 명칭 여하에 불구하고 국세기본법 제14조 제2항에 의하여 실질내용에 따라 이를 적용한다.

12) 이전오,"명의신탁재산의 증여의제 규정의 위헌성", 「판례연구」 제20권 제1호, 서울지방변호사회, 2006년 10월; 이전오, "명의신탁재산의 증여의제규정의 위헌성", 법률신문 제3481호(2006. 8. 14.) 및 이전오, "명의신탁재산의 증여의제규정상 조세회피목적의 범위", 「(계간)세무사」 통권 제109호(2006년 여름호).

13) 신용주, "명의신탁으로 인한 증여의제 과세에 관한 연구", 경희대학교 법과대학원 박사학위논문, 2004. 2., 127-128면은, 명의신탁의 증여의제 규정은 이를테면 남자를 여자로 보겠다는 규정과 같다고 비판하고 있다.

14) 같은 취지: 임승순, 「조세법」, 박영사, 2017., 875-876면; 이태로·한만수, 「조세법강의」, 박영사, 2015., 814면.

15) 담세력이 없는 곳에 세금을 부과할 수 있을까하는 문제에 관하여는, 이전오, "조세의 최소한의 징표로서의 담세력", 「조세논총」 창간호, 한국조세법학회, 2016. 12. 참조.

명의신탁재산의 증여의제를 규정한 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2를 폐지한 이후의 대책으로는, 아무런 대안을 제시하지 않는 방안, 부동산처럼 형사처벌 및 과징금을 부과하는 방안, 형사처벌은 하지 않고 과징금만 부과하는 방안, 과태료를 부과하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다. 아래에서 차례로 살펴본다.

1. 제1안: 폐지 후 대안을 마련하지 않는 방안

가. 내용

명의신탁재산의 증여의제를 규정한 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2는 헌법에 위반되는 규정이므로 폐지해야 하지만, 부동산과 달리 현행법상으로는 주식 등에 관한 명의신탁 약정은 유효하고 이를 금지하는 법률이 없으며, 국민들의 보편적인 인식도 주식 등에 관한 명의신탁 약정을 범죄시하는 것은 아니므로, 특별히 다른 규율방안이 필요하지 않다고 본다.

나. 검토

(1) 부동산의 명의신탁에 관하여는 많은 국민들이 이를 용인할 수 없는 위법적인 행위라고 판단하였기 때문에 1995. 3. 30.에 법률 제4944호로 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률(약칭: 부동산실명법)을 제정하여 1995. 7. 1.부터 시행하기에 이르렀다. 부동산실명법 제1조에서는 법의 목적에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

부동산실명법 제1조(목적) 이 법은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

(2) 주식의 명의신탁에 관하여는 이를 금지하는 법률은 없다. 그렇다고 하여 국민들의 보편적인 인식이, 주식의 명의신탁을 합법적인 것으로 보거나 그렇지 않다고 하더라도 경제생활에 있어 불가피한 것으로 받아들이고 있는지는 의문이다. 물론, 주식의 명의신탁에 관한 국민들의 의식을 조사한 실증적인 자료는 찾지 못하였지만, 주식의 명의신탁도 일정 부분 탈세나 탈법행위 등에 이용되는 것이 현실이다. 이에 비추어 볼 때에, 국민들은 주식의 명의신탁에 관하여 그 위법성의 정도가 부동산처럼 두드러지지 않기 때문에 지금까지는 형사처벌 등의 방법으로

규제할 필요가 없다고 생각해왔을 뿐이지 그렇다고 하여 경제생활에 있어 불가피하거나 합법적인 것이라고 생각하여 왔던 것은 아니라고 판단된다.

(3) 위와 같은 사실에 비추어 볼 때에 주식의 명의신탁에 대하여도 어떤 형태로든 이를 규율할 필요가 있다고 생각하고, 따라서 폐지 후 대안을 마련하지 않는 방안(제1안)에 찬성할 수 없다.

2. 제2안: 폐지 후 형사처벌 및 과징금 등을 부과하는 방안

가. 내용

주식 명의신탁 역시 탈세나 탈법 등의 목적으로 이용되고 있고 반사회성의정도가 부동산 명의신탁의 경우와 차이가 없다고 보아, 주식 명의신탁에 대하여도 부동산 명의신탁의 경우처럼 형사처벌과 과징금 등을 부과해야 한다는 방안이다. 위 주장의 당부를 검토하기에 앞서서 우선 부동산 명의신탁에 대하여 형사처벌과 과징금을 부과하는 부동산실명법의 내용에 대하여 살펴보고, 이어서 주식 명의신탁에 대하여 형사처벌과 과징금 등을 부과하는 방안이 타당한지 검토해 본다.

나. 부동산실명법의 내용

(1) 부동산실명법상 명의신탁의 법률관계

부동산실명법은 누구든지 부동산물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자 명의로 등기해서는 안 된다고 규정하면서(부동산실명법 제3조 제1항), 명의신탁약정은 무효이고, 또한 명의신탁약정에 따른 등기에 의한 부동산 물권변동도 무효로 하고 있다(부동산실명법 제4조 제1항 및 제2항 본문). 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우, 즉 선의의 계약명의신탁인 경우에는 그 등기 및 물권변동은 유효하다(부동산실명법 제4조 제2항 단서).

(2) 부동산 명의신탁에 대한 형벌, 과징금 및 이행강제금의 부과

(가) 형벌

명의신탁자 및 그를 교사하여 해당 규정을 위반하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하고(부동산실명법 제7조 제1항), 명의수탁자 및 그

를 교사하여 해당 규정을 위반하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하며(부동산실명법 제7조 제2항). 제3조를 위반하도록 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(부동산실명법 제7조 제3항).

(나) 과징금

① 과징금의 부과대상

부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기한 자에 대해서는 부동산평가액, 실명등기의무를 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 따른 제한을 회피할 목적으로 위반하였는지 여부 등을 고려하여 시행령으로 정한 부과기준에 따라 과징금을 부과한다.(부동산실명법 제5조)

그리고 부동산등기특별조치법 제2조 제1항, 제11조 및 법률 제4244호 부동산등기특별조치법 부칙 제2조를 적용받는 자로서 다음 중 어느 하나에 해당하는 날부터 3년 이내에 소유권이전등기를 신청하지 아니한 등기권리자(이하 “장기미등기자”라 한다)에게는 부동산평가액의 30%의 범위에서 부동산평가액, 소유권이전등기를 신청하지 아니한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 따른 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부, 부동산등기 특별조치법 제11조에 따른 과태료가 부과되었는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한 기준에 따라 과징금을 부과한다.(부동산실명법 제10조)

1. 계약당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 사실상 완료된 날
2. 계약당사자의 어느 한쪽만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날

② 과징금의 부과기준

과징금은 부동산평가액에 과징금부과율을 곱하여 산정한 금액으로 한다. 다만, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에는 50%에 상당하는 금액을 감경할 수 있다.(부동산실명법 시행령 제3조의 2 단서)

과징금 = 부동산평가액 ×과징금 부과율

과징금 부과율은 시행령의 별표에 기재되어 있는데, 부동산 평가액을 기준으로

하는 과징금 부과율과 의무위반 경과기간을 기준으로 하는 과징금 부과율을 합한 과징금 부과율을 말한다(부동산실명법 제5조 제1항 및 부동산실명법 시행령 제3조의2, 제4조의2, 제8조 및 별표).

[별표] <신설 2002. 4. 8.>

과징금 부과기준(제3조의2·제4조의2 및 제8조 관련)

과징금의 금액은 제1호와 제2호의 과징금 부과율을 합한 과징금 부과율에 그 부동산평가액을 곱하여 산정한다.

1. 부동산평가액을 기준으로 하는 과징금 부과율

부동산평가액	과징금 부과율
5억원 이하	5%
5억원 초과 30억원 이하	10%
30억원 초과	15%

2. 의무위반 경과기간을 기준으로 하는 과징금 부과율

의무위반 경과기간	과징금 부과율
1년 이하	5%
1년 초과 2년 이하	10%
2년 초과	15%

(다) 이행강제금

과징금을 부과 받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 하는데, 이를 위반한 자에 대해서는 과징금 부과일부터 1년이 지난 때에 부동산평가액의 10%에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지난 때에 부동산평가액의 20%에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다.(부동산실명법 제6조)

다. 주식 명의신탁에 대한 형벌 및 과징금 등 부과방안에 관한 검토

주식 명의신탁에 대하여 형벌 및 과징금을 부과하는 방안이 타당한지는 주식

명의신탁에 대하여 형벌을 부과하는 것이 과연 타당한지를 중심으로 살펴본다.

(1) 국민의 인식 측면

현재까지는 주식의 명의신탁을 금지하는 법률은 없다. 그 까닭은 주식의 명의신탁이 탈세나 탈법 등의 목적으로 일부 이용되는 경우도 있지만 그렇지 않은 경우도 있고, 전자의 경우에도 그 위법성의 정도가 부동산 명의신탁의 경우와 다르다고 생각하기 때문이 아닌가 여겨진다.[16]

(2) 사법상 효력 측면

사법상 유효한 행위에 대하여 형사처벌을 하는 것은 체계 모순이기 때문에, 주식의 명의신탁에 대하여 형사처벌을 하자면 우선 주식 명의신탁의 사법상 효력을 무효로 하는 법률규정을 창설하여야 한다. 그러나, 주식 명의신탁의 사법상 효력을 부인하는 것은 다음과 같은 여러 가지 문제점을 안고 있다.[17]

첫째, 회사법률관계의 안정을 위하여 주식 명의신탁의 유효성을 유지하여야 한다. 주식의 명의신탁이 무효라면 대외적으로는 그 무효를 주장하지 못하게 제한할 수도 있겠지만, 일응 무효인 명의신탁약정에 터잡아 명의주주의 이름으로 이루어진 모든 법률관계의 효력을 부정할 수도 있게 되어 회사법률관계가 불안정하여 진다. 실제소유자가 명의자 앞으로 명의개서를 마친 경우에 회사로서는 명의자를 주주로 취급하면 면책이 된다고 할 것이지만, 그렇다고 하여 실제 소유자의 주주로서의 권리가 소멸되지는 않는다.[18] 그리하여 다른 주주, 이사 또는 감사가,

---

16) 명의신탁의 위법성과 관련하여, 윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 「조세법연구」 XVI-1, 한국세법학회, 2010. 4., 184면은 다음과 같이 주장한다.
“명의신탁이라고 하여 이러한 일반적 제재 외에 증여세라고 하는 추가적 제재를 가해야 할 정도로, 또 실제로 조세회피나 탈세의 결과가 전혀 나타나지 않고 있는 상황에서도 예방적·선제적으로 제재를 가해야 할 정도로 특별히더 나쁜 행위인가 하는 점이다. 명의신탁은, 예컨대 이중장부 작성보다 더 나쁜가? 주식의 명의신탁을 통하여 하는 탈세는 다른 유형의 탈세에 비하여 특히 더 악질적인가? 정말로 나쁘고 악질적이라면 왜 그런가? 그러나 필자가 아는 범위 내에서는, 이러한 질문에 대한 대답이 긍정적이라는 점이 논리적으로도, 경험적으로도 밝혀진 바 없고, 명의신탁 증여의제 제도를 지지하는 측에서도 이에 관한 답을 명시적으로 내어 놓은 적은 없다.”

17) 아래의 세 가지 논거는, 김완석, “주식 명의신탁에 따른 증여의제제도의 개선방안”, 「조세와 법」 제9권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소·조세재정연구소, 2016. 6., 15-16면을 참고하여 작성한 것이다.

18) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결은, “주권발행 전 주식이 양도된 경우 그 주식을 발행한 회사가 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 주식양수인(‘제1 주식양수인’)에게 명의개서를 마쳐 준 경우, 그 주식을 이중으로 양수한 주식

어떤 주식에 관하여 실제소유자가 아닌 명의주주가 주주총회 결의에 참여하였음을 이유로 하여 주주총회 결의의 취소 등을 구할 수 있을 것이다. 물론 결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있지만(상법 제379조), 회사의 법률관계가 불안해지게 된다. 이것은 단체법적 규율을 필요로 하는 회사 법률관계의 안정을 해치는 것이다.

둘째, 자본충실화의 요청을 충족시키고, 채권자 및 주주를 보호할 필요가 있다.

셋째, 유통시장에서의 주식거래는 이해관계인이 많고 대량적으로 신속하게 이루어지는 특성이 있으므로 주식의 명의신탁을 무효화하면 시장에 큰 혼란을 가져올 수 있다.

(3) 결어

주식의 명의신탁에 관하여도 형사처벌을 부과하려면 현행 부동산실명법의 명칭을 가칭 「자산실권리자 명의 등기·등록 등에 관한 법률」(약칭 자산실명법)으로 바꾸고 규율대상에 주식을 추가하거나, 또는 가칭 「주식실권리자 명의 등록 등에 관한 법률」(약칭 주식실명법)을 새로 제정하면 될 것이다. 그러나, 주식의 명의신탁을 형사처벌하는 것은 아직까지는 국민의 보편적인 인식에 반하고 회사 법률관계의 안정성을 해치게 되기 때문에 찬성할 수 없다.

3. 제3안: 폐지 후 형사처벌은 하지 않고 과징금만 부과하는 방안

주식의 명의신탁에 대하여 형사처벌 및 과징금을 부과하는 제2안에 덧붙여, 이론상으로는 주식의 명의신탁에 대하여 형사처벌은 하지 않되 명의신탁자에게 과징금만 부과하는 방안도 생각해 볼 수 있으므로 이에 대하여 제3안으로 살펴보기로 한다.

양수인('제2 주식양수인')이 그 후 회사에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙 역시 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 제2 주식양수인으로서는 그 주식 양수로써 제1 주식양수인에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로, 회사에 대하여 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 회사가 제2 주식양수인의 청구를 받아들여 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인이라고 봄이 타당하다."고 판시하였다.

가. 구체적인 방안

구체적인 방안으로는, 부동산실명법을 참고하여, 명의신탁자에 대한 과징금을 명의신탁한 주식의 가액에 명의신탁한 주식가액의 크기, 명의신탁한 기간의 장단 등을 고려하여 최고 30%의 범위 안에서 부과하면 될 것이다.

조세회피 목적이 없는 주식 명의신탁에 대해서는 과징금을 부과하지 않는 방안과 부동산실명법처럼 통상적인 과징금의 50%에 상당하는 수준의 과징금을 부과하는 방안을 고려할 수 있다.[19] 조세회피 목적이 없는 주식의 명의신탁에 대해서는 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2에서도 규율하지 않는 점을 생각하면 과징금을 부과하지 않는 것이 타당하다는 주장이 있다.[20]

나. 과징금의 의의와 법적 성격

주식 명의신탁에 관한 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2에 따른 증여의제 규정을 폐지하고 주식 명의신탁에 대하여 과징금을 부과하는 방안은 형식만 조세이고 실질은 제재인 증여세를 전형적인 제재형식인 과징금으로 전환함으로써 제재로서의 형식과 실질을 일치시키고 조세의 개념상의 혼란을 제거할 수 있다는 장점이 있다.[21]

그러나, 주식 명의신탁에 대하여 과징금을 부과하는 방안이 타당한가를 판단하려면 우선 과징금의 의의와 법적 성격에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

(1) 과징금의 의의

과징금의 개념에 관하여는 정의가 일의적이지 않고 다양하다. 예를 들면, “경제법상 의무에 위반한 자가 당해 위반행위로 경제적 이익을 얻을 것이 예정되어 있는 경우에 그 의무위반행위로 인한 불법이익을 환수하기 위하여 과하는 일종의 행정제재금”, “행정법령상 의무불이행 또는 의무위반이 있는 때에 행정청이 그 의무자에게 부과·징수하는 금전적 제재”, “국가가 그 사법권 또는 행정권에 의하여 국민에게 부과·징수하는 금전부담으로서 조세 외의 것” 등으로 다양하게 정의되고 있다.[22]

---

19) 부동산실명법 시행령 제3조의2(명의신탁자 등에 대한 과징금 부과기준) 법 제5조 제3항의 규정에 의한 과징금 부과기준은 별표와 같다. 다만, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에는 100분의 50을 감경할 수 있다.

20) 김완석, 앞의 논문, 36-37면.

21) 김완석, 앞의 논문, 37-38면.

대법원은 공정거래법 위반 사건에서, 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재이며,[23] 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 공정거래법 위반행위로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이라고 판시하였다.[24] 즉, 과징금은 원칙적으로 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재라고 보았다. 헌법재판소는 과징금의 개념에 관하여, 대체로 행정법상의 의무위반행위에 대하여 행정청이 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과·징수하는 금전이라고 판시하였다.[25]

(2) 과징금의 유형

각종 법률에 등장하고 있는 과징금 제도를 유형에 따라 분류하면 다음과 같다.[26]

첫째, 행정상 의무이행확보수단으로서 특히 경제법상의 의무위반행위로 얻은 불법적인 이익 자체를 박탈하기 위하여 부과되는 유형의 과징금이 있는바, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이나 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에서 그 예를 찾아볼 수 있다. 이는 부당 또는 불법의 이득을 환수 내지 박탈한다는 측면과 위반행위자에 대한 제재로서의 측면을 함께 가지고 있다고 말할 수 있다.

둘째, 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 허가취소·영업정지처분을 하면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로, 이러한 허가취소·영업정지처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과되는 과징금으로서, 여객자동차운수사업법 제79조, 석유사업법 제14조, 주차장법 제24조, 건설산업기본법 제82조 등이 그 예이다. 이 유형에 속하는 과징금은 일정한 행정

---

22) 박영도·박수헌, 「과징금제도의 현황과 개선방향」, 한국법제연구원, 연구보고 93-1, 1993, 29-30면.

23) 대법원 1999. 5. 28. 선고, 99두1571 판결.

24) 대법원 2001. 2. 9. 선고, 2000두6206 판결; 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결 등.

25) 헌법재판소 2001. 5. 31. 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2 (병합) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제10조 제1항 위헌제청 등.

26) 헌법재판소 2001. 5. 31. 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2(병합) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제10조 제1항 위헌제청 등.

법규를 위반한 자가 사업정지처분의 대상이 될 때 이에 갈음하여 행정기관이 그 불이익처분을 면제하는 대신 일정 금액의 납부를 명한다는 측면에서 일종의 속죄금으로서의 성격도 가진다.

셋째, 법령에서 과징금이라는 용어를 사용하고 있지 않더라도 그 제도적 취지·성격 등에 비추어 과징금과 유사한 제도를 규정하고 있는 경우로서, 대표적인 예는, 일정한 오염물질을 배출한 사업자에 대하여 배출한 오염물질의 종류, 배출기간, 배출량 등을 산정기준으로 하여 배출부과금을 부과하는 제도인데, 현행법상 이를 규정하고 있는 법률로는 수질환경보전법 제19조, 대기환경보전법 제19조 등이 있다. 위 부과금은 과징금과 그 명칭이 다르기는 하지만 성격상 유사하며, 일정한 행정법규를 위반한 자에 대하여 그 위반행위로 야기한 사회적 해악의 정도에 비례하여 일정한 금전의 부담을 명하고 있다는 데 그 특색이 있다.

(3) 유사개념과의 구별[27)]

① 벌금 및 과료

벌금이란 국가가 범죄인에게 일정한 금액의 납부를 명령하여 그 금액한도 내에서 범죄인의 재산박탈을 내용으로 하는 형벌이며, 현행법상 과료·몰수와 함께 재산형을 이룬다. 벌금과 과료의 구별은 단지 그 금액의 차이로 결정되며, 과료는 비교적 경미한 범죄에 대해서 적용된다.

과징금은 행정청이 부과하나 벌금은 법원의 재판으로 부과한다는 점, 과징금은 행정청이 구체적인 행정법상의 위반행위자에 대하여 개별적으로 부과하며 그 부과는 행정행위에 속하나 벌금은 형법상의 범죄행위에 대하여 과하는 형벌에 해당한다는 점, 일정한 종류의 과징금은 형벌의 면제를 의미하지만 벌금은 형법상의 형벌에 해당한다는 점, 과징금은 행정처분으로 부과하는 것이므로 불복은 행정쟁송절차에 의하나 벌금은 행정형벌로서 부과되므로 원칙적으로 형사소송절차에 의한다는 점, 과징금부과자는 정수금액과 관계없이 전과자가 되지 아니하나 벌금부과자는 징수금액이 과소하더라도 전과자가 된다는 점 등에서 양자는 다르다.[28)]

② 과태료

일반적으로 과태료란 행정상의 질서위반행위에 대한 제재로서 행정법상의 의무

---

27) 한국법제연구원, 「과징금 부과제도 개선방안연구」, 2011. 9., 11-14면.
28) 신봉기, “경제규제법상 과징금제도”, 「법조」 1992. 9., 76-77면.

에 대한 위반의 정도가 비교적 가벼워서 직접적으로 행정목적이나 사회목적을 침해하지 않는다 해도 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무위반에 대해 과하는 일종의 금전벌이라고 할 수 있다.

과태료를 이와 같이 이해하는 경우, 과징금은 금전벌의 특수한 형태로서 과태료와 유사하나 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌이며, 과징금은 행정상 의무위반시 그 이행을 확보하기 위한 행정상의 수단인 점, 과태료로서 부과될 금전의 한도액은 가벌성의 정도에 따라 결정되나, 과징금은 의무위반상태하에서 영업수익의 예상치 내에서 결정된다는 점, 과태료는 원칙적으로 법원에 의하여 부과되며 그 이의는 비송사건절차법에 의하고, 과징금은 행정청에 의하여 부과되며 그 이의는 행정쟁송절차에 의한다는 점이 다르다.

③ 부과금

일반적으로 과징금을 어떤 사업을 수행하기 위하여 필요한 경비를 다수의 관계자로부터 징수하는 경우에 부과금이라는 용어를 사용한다. 현행 법제상 부과금제도는 환경규제의 실효성확보를 위하여 수질환경보전법·대기환경보전법 등에 규정된 배출부과금제도가 가장 대표적이다.

④ 강제금

강제금이란 일정기간내에 비대체적 작위의무 또는 부작위의무를 이행하지 아니하면 소정의 금액을 부과·징수할 것을 계고한 후 당해 의무불이행에 대하여 과하는 금전벌로서, 대집행 및 직접강제가 물리적 작용에 의하여 사물의 외형적 상태 또는 사람의 외면적 상태를 변경하여 업무에 적합한 상태를 직접적으로 실현하고 그것을 의무자에게 수인시키는데 비하여, 강제금이란 의무이행자에게 금전적 부담을 고함으로써 상대방의 심리를 일정한 방향으로 의도하는 의사에 대한 영향을 통해 의무자의 의무이행을 강제하는 간접행정강제이다. 따라서 이러한 강제금은 그 본질에 있어서 집행벌과 동일하다는 의미에서 과징금과는 전혀 그 의미와 내용면에서 다르다.

⑤ 범칙금

범칙금제도란 일정한 금액의 범칙금의 납부를 통고하고 그 통고를 받은 자가 기간 내에 이를 납부한 경우에는 해당 범칙행위에 대해서는 공소가 제기되지 아

니하고 납부하지 아니할 때에는 형사처벌절차가 진행되는 제도를 말한다. 이러한 범칙금은 그 성질상 행정상의 제재금의 일종으로 볼 수 있으나, 이 제도는 일정한 범위의 도로교통법위반에 대해서 형벌적 제재를 유보하면서 행정상의 조치를 선행시키는 것으로서 실질적으로 도로교통법 위반사건의 일반적 처리절차라는 점에서 과징금제도와는 본질적으로 다르다.

다. 검토

주식의 명의신탁에 대하여 형사처벌은 하지 않되 명의신탁자에게 과징금을 부과하는 방안에 대하여도 다음과 같은 이유로 반대한다.

첫째, 오늘날 과징금의 형태가 다양화되면서 부당이득을 환수하는 성격을 띠지 않고 제재적 성격만 지닌 과징금 유형이 있기는 하지만. 과징금의 본래적 성격은 위법행위로 얻은 부당이득을 환수하는 데에 있다. 한편, 현행 명의신탁재산에 대한 증여의제규정의 본질은 명의신탁으로 얻은 부당이익을 징수하려는데 있지 않고, 명의신탁이라는 행위를 한데 대한 행정상의 제재이다. 이와 같은 점을 생각할 때, 주식의 명의신탁에 대하여 과징금을 부과하는 방안은 부적절하다고 생각한다.

둘째, 주식의 명의신탁에 대하여 과징금을 부과하려면 현행 부동산실명법을 가칭 자산실명법으로 바꾸어 이에 규정하거나, 아니면 가칭 주식실명법을 제정하여 과징금을 부과하여야 할 것이다. 우선 부동산실명법의 명칭을 가칭 자산실명법으로 바꾸고 거기에 주식명의신탁에 대한 과징금 규정을 신설하는 방법을 생각해보자.

부동산실명법은 기본적으로 명의신탁약정을 금지하고 무효로 보면서 이를 어긴 경우에 형벌과 과징금을 부과하는 구조이다. 그러므로 법률의 명칭을 자산실명법으로 바꾼 후에, 부동산 명의신탁에 관하여는 그 약정이나 물권 변동을 무효로 하고, 명의신탁 금지 규정을 어긴 경우에는 여전히 형벌과 과징금을 부과하면서, 주식 명의신탁의 경우에만 사법상 효력을 무효로 하지 않고 형벌도 가하지 않으면서 과징금만 부과하는 것은 법률체계상 일관성이 없는 까닭에 무리라고 할 것이다.

다음으로 가칭 주식실명법을 제정하여 과징금을 부과하는 방법을 생각해 보면, 이 역시 주식 명의신탁을 금지하는 조항은 없이 과징금 부과조항만 두는 것이어서 논리적으로 맞지 않다고 할 것이다.

4. 제4안: 폐지 후 과태료를 부과하는 방안

가. 내용

주식 명의신탁에 대한 증여의제 규정인 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2를 폐지하고, 그 대안으로 조세범처벌법에서 주식 명의신탁에 대하여 과태료를 부과하는 조항을 신설하는 방안이다. 현행 조세범처벌법에서는 면세유의 부정 유통(제4조[29])과 현금영수증 발급의무의 위반(제15조[30])에 대하여 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 이를 참조하여 주식명의신탁에 대하여도 과태료를 부과하자는 것이다.

구체적으로 누구에게 과태료를 부과할 것인지에 관하여는 명의신탁자와 명의수탁자 모두에게 부과하는 방안과 명의신탁자에게만 부과하는 방안을 생각해볼 수 있다.

나. 일반적 검토

부동산에 관한 명의신탁의 경우보다 그 정도가 약하기는 하나, 주식에 관한 명의신탁 역시 탈세나 탈법의 방편으로 사용되는 경우가 적지 아니하다고 보인다.

---

29) 조세범처벌법 제4조(면세유의 부정 유통) ① 「조세특례제한법」 제106조의2 제1항 제1호에 따른 석유류를 같은 호에서 정한 용도 외의 다른 용도로 사용·판매하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 석유판매업자(같은 조 제2항에 따른 석유판매업자를 말한다)는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 5배 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항에 따른 면세유를 공급받은 자로부터 취득하여 판매하는 자에게는 판매가액의 3배 이하의 과태료를 부과한다.
③ 「개별소비세법」 제18조 제1항 제11호 및 「교통·에너지·환경세법」 제15조제1항 제3호에 따른 외국항행선박 또는 원양어업선박에 사용할 목적으로 개별소비세 및 교통·에너지·환경세를 면제받는 석유류를 외국항행선박 또는 원양어업선박 외의 용도로 반출하여 조세를 포탈하거나, 외국항행선박 또는 원양어업선박 외의 용도로 사용된 석유류에 대하여 외국항행선박 또는 원양어업선박에 사용한 것으로 환급·공제받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 5배 이하의 벌금에 처한다.
④ 제3항에 따른 외국항행선박 또는 원양어업선박 외의 용도로 반출한 석유류를 판매하거나 그 사실을 알면서 취득한 자에게는 판매가액 또는 취득가액의 3배 이하의 과태료를 부과한다.
⑤ 제2항 및 제4항에 따른 과태료는 관할 세무서장이 부과·징수한다.

30) 조세범처벌법 제15조(현금영수증 발급의무의 위반) ① 「소득세법」 제162조의3 제4항, 「법인세법」 제117조의2 제4항에 따른 의무를 위반한 자에 대해서는 현금영수증을 발급하지 아니한 거래대금의 100분의 50에 상당하는 과태료를 부과한다. 다만, 해당 거래가 「국민건강보험법」에 따른 보험급여의 대상인 경우에는 그러하지 아니한다.
② 착오나 누락으로 인하여 제1항을 위반한 자 중 거래대금을 받은 날부터 7일 이내에 관할 세무서에 자진 신고하거나 현금영수증을 자진 발급한 경우에는 그 과태료를 감경할 수 있다. <신설 2016. 3. 2.>
③ 제1항에 따른 과태료를 부과받은 자에 대해서는 「소득세법」 제81조 제11항제2호, 「법인세법」 제76조 제12항 제2호, 「부가가치세법」 제60조 제2항 제2호 및 제6항 제2호를 적용하지 아니한다. <개정 2013. 6. 7., 2016. 3. 2.>

따라서 주식의 명의신탁을 증여로 의제하는 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2를 폐지한다면 반드시 그 대안을 제시할 필요가 있다. 그리하여 그 대안으로 형사처벌이나 과징금 부과방안을 검토하여 보았으나 찬성하기 어려웠다.

이에 비하여, 주식의 명의신탁에 대하여 과태료를 부과하는 방안은, 주식의 명의신탁을 증여로 의제하는 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2의 본질이 행정상 제재인 것과 일치한다는 점에서 그 타당성을 인정할 수 있다. 과태료의 근본적 성격은 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌이기 때문이다. 아울러, 가칭 주식실명법등의 새로운 법률을 제정할 필요 없이 현행 조세범처벌법에 조문을 신설하는 방법으로 가능하다는 것도 부과료 방식이 가지는 장점이라 하겠다. 여기에서 염두에 두어야 할 것은, 외관에만 치중하여 예컨대 과징금은 무조건 과태료보다 무거운 처벌이라는 식으로 단순화하여서는 아니 될 것이라는 점이다. 또, 과태료를 부과하는 방안은 명의신탁을 이용한 조세회피가 있으면 그에 대한 본세와 가산세를 부과하고 거기에 추가하여 과태료도 부과한다는 말이지, 명의신탁을 이용한 조세회피가 있는데도 조세는 부과하지 아니하고 과태료만 부과한다는 말이 아니다.[31] 항을 바꾸어서 구체적인 과태료 도입방안을 검토해 본다.

다. 구체적인 도입방안

(1) 부과대상자

주식 명의신탁이 있는 경우에 누구에게 과태료를 부과할 것인지에 관하여는, 명의신탁자에게만 과태료를 부과하는 방안과 명의신탁자와 명이수탁자 모두에게 과태료를 부과하는 방안을 생각할 수 있다.

주식 명의신탁에 대하여 직접적인 책임이 있는 사람이 명의신탁자인 것은 사실이다. 그렇지만, 명의수탁자도 자신의 명의를 빌려줌으로써 명의신탁자로 하여금 조세회피를 가능하게 한 책임이 있는 점을 고려할 때에, 명의신탁자는 물론이고 명의수탁자에게도 과태료를 부과하는 방안이 타당하다고 생각한다.

(2) 과태료의 크기

이론상으로는, 과징금의 크기가 의무위반상태 하에서의 영업수익의 예상치 등을 고려하여 결정되는 것에 비하여, 과태료로서 부과될 금전의 크기는 가벌성의

31) 명의신탁을 이용한 때에 과태료만 부과하는 경우는, 명의신탁을 이용하여 회피한 조세는 없고 단순히 명의신탁을 했을 뿐인 경우이다.

정도에 따라 결정되는 것이 타당하다.

주식 명의신탁의 경우에 무엇을 가지고 가벌성의 정도를 판단할 것인지가 문제인데, 현행 부동산실명법상 과징금의 크기를 결정하는 요소들을 준용할 수 있다고 생각한다.

부동산실명법상의 과징금은 부동산 평가액의 크기와 의무위반 경과기간의 길이에 따라 10%에서 30%까지의 비율을 부동산가액에 곱하여 산정하도록 하고 있다. 이를 준용하여, 주식 명의신탁의 경우에도 명의신탁한 주식 가액에 명의신탁한 주식 가액의 크기와 명의신탁한 기간의 길이 등을 고려하여 10%에서 30%의 범위 안에서 부과하도록 하면 될 것이다. 다만, 명의수탁자는 일반적으로 명의신탁자에 비하여 가벌성의 정도가 낮기 때문에 명의신탁자의 절반 수준에서 과태료를 부과하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 명의수탁자에 대해서는 명의신탁한 주식가액에 그 명의신탁한 주식가액의 크기와 명의신탁한 기간의 길이 등을 고려하여 5%에서 15%의 범위 안에서 부과하면 될 것이다.

(3) 과태료의 면제 또는 감경

명의신탁을 봉쇄시키기 위한 수단의 하나로, 명의수탁자가 과세관청에 명의신탁사실을 신고(제보)한 경우에는 과태료를 면제 또는 감경할 필요가 있다. 다만, 과세관청이 주식의 명의신탁사실을 확인 또는 인지하여 과태료를 부과할 수 있게 된 상태에서 명의신탁 사실을 신고하였다면 그 과태료를 면제 또는 감경할 필요는 없을 것이다.[32][33]

(4) 조세회피 목적이 없는 명의신탁에 대한 취급

조세회피 목적이 없는 명의신탁에 대해서는 현행법에서도 증여세를 부과하지 않는 것을 고려할 때에, 현행 상속세 및 증여세법 제45조의 2를 폐지하고 조세범처벌법에 과태료 부과방안을 두는 방식을 도입하는 경우에도, 조세회피 목적이 없는 명의신탁에 대해서는 과태료를 부과하지 않아야 할 것이다.

---

32) 명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자 간의 신분 또는 지위나, 사실상·경제상의 지배관계 등으로 말미암아 마지못해 이루어지는 경우가 많다. 이와 같이 부득이 주식의 명의신탁 요구를 수락하지 않을 수 없었던 명의자가 신분 또는 지위나 상황에 변동이 생긴 경우(예: 회사의 퇴사 등)에는 과태료를 면제 또는 경감받기 위하여 명의신탁 사실을 신고할 수 있으므로 주식의 명의신탁을 막을 수 있는 유효한 장치가 될 수 있을 것이다(김완석, 앞의 논문, 31면).

33) 그밖에 명의신탁 사실을 신고한 명의수탁자에게 포상금을 주는 방안을 고려해 볼 수 있으나, 명의수탁자 역시 행정질서 위반행위에 가담한 자임을 감안할 때에, 포상금까지 줄 수는 없다고 생각한다.

라. 개정안 예시

이상의 논의에 따라, 조세범처벌법에 과태료를 부과하는 방안을 법률안의 형태로 예시하면 다음 표와 같다.

현행 법률	개정안
없음(신설)	조세범처벌법 제17조의 2(주식 명의신탁에 대한 과태료 부과) ① 누구든지 주식에 관한 권리를 명의신탁 약정에 따라 명의수탁자의 명의로 주주명부에 등재하여서는 아니 된다. ② 관할세무서장은 제1항을 위반한 명의신탁자에게 해당 주식 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 별표로 정한 기준과 조세를 포탈하거나 법령에 따른 제한을 회피할 목적으로 위반하였는지 여부 등을 고려하여 과태료를 부과한다. ③ 관할세무서장은 제1항을 위반한 명의수탁자에게는 제2항에 따라 산정한 과태료의 100분의 50에 상당하는 과태료를 부과한다. ④ 조세회피 목적이 없이 이루어진 주식에 관한 명의신탁에 대해서는 과태료를 부과하지 아니한다. ⑤ 관할 세무서장은 명의수탁자가 과세관청에 명의신탁사실을 신고한 경우에는 과태료를 면제 또는 감경한다. 다만, 과세관청이 주식의 명의신탁사실을 확인 또는 인지하여 과태료를 부과할 수 있게 된 상태에서 명의신탁 사실을 신고한 경우에는 면제 또는 감경하지 아니한다.

표 1] 조세범처벌법 제17조의 2(주식 명의신탁에 대한 과태료 부과) 신설안

[별표]

과태료 부과기준(제17조의2 관련)

과태료의 금액은 제1호와 제2호의 과태료 부과율을 합한 과태료 부과율에 그 주식평가액을 곱하여 산정한다.

1. 주식평가액을 기준으로 하는 과태료 부과율

주식평가액	과태료 부과율
5억원 이하	5%
5억원 초과 30억원 이하	10%
30억원 초과	15%

2. 의무위반 경과기간을 기준으로 하는 과태료 부과율

의무위반 경과기간	과태료 부과율
1년 이하	5%
1년 초과 2년 이하	10%
2년 초과	15%

V. 맺음말

우리 사회는 아직 정리와 체면을 중시하는 경향이 강한 것을 부인할 수 없다. 이런 현실에서, 가령 가족이나 친척 또는 자기가 재직하는 회사의 대표 등이, “아무런 피해가 가지 않게 할 테니 그저 주식 분산에 필요한 명의를 좀 빌려 달라”고 하는 경우에 매정하게 거절하기란 매우 어렵다. 현실적으로 볼 때에, 주식의 명의수탁자들은 명의신탁자의 부탁이나 사실상의 강요에 못 이겨 명의를 빌려준 것이지, 무슨 경제적 대가나 반대급부를 받고서 명의를 빌려준 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 명의수탁자에게 명의 신탁한 주식가액에 최고 50%의 세율을 곱한 증여세를 부과하는 것은 일반인의 공감을 얻기 어렵다. 그와 같은 까닭에 거의 구제가 되지 않음에도 불구하고 주식 명의신탁을 둘러 싼 다툼과 불복이 끊임없이 제기되고 있는 것이다. 명의신탁 증여의제제도가 세법에 도입된 지 40년이 지났음에도 이 제도에 대하여는 납세자와 과세권자 간에 현저한 인식의 차이가 있

고, 헌법재판소의 거듭된 합헌결정에도 불구하고 위헌소송이 아직도 꾸준히 제기되고 있다. 이로 미루어 볼 때에 이 제도에는 납세자가 동의하기 어려운 여러 가지 불합리한 문제점이 있다고 하지 않을 수 없다. 상황이 이 정도라면, "왜 명의를 빌려 주었느냐"고 국민만 나무랄 일이 아니라 국민의 고통을 덜어주기 위하여 제도적인 개선책을 마련해야 한다.

상속세 또는 증여세가 다른 세목에 비하여 조세정책적인 성격을 강하게 가지는 것은 사실이다. 그렇다고 하여 전혀 담세력이 없는 명의수탁자에게 증여세를 부과하는 것은 조세의 내재적 한계를 넘어선 것이고, 증여세가 아닌 다른 종류의 조세를 사소하게 회피한 경우에도, 나아가 실제로 조세를 회피한 사실이 없는데도 잠재적인 회피 가능성이 있다는 이유로, 거액의 증여세를 부과하는 것은 잘못이다.

과거 권위주의 정권하에서는 조세가 정치적 반대자나 반사회적 행위에 대한 처벌 내지 제재 수단으로 오·남용된 경우가 많았다. 오늘날에는 그와 같은 예는 드물다고 보이나 그 대신에 조세를 정책수단으로 과도하게 사용하는 것이 문제이다. 정치적 또는 정책적 목적으로 조세의 기능을 남용하게 되면 국민들의 조세에 대한 인식을 악화시키고 저항을 불러일으킴으로써 입법자가 원래 의도하였던 정책적 목적을 달성하지 못하면서 조세 본연의 모습만 잃어버리게 될 우려가 크다. 조세는 본연의 기능에 충실하게 입법되고 운영되어야 한다.

그런 관점에서 볼 때에, 주식 명의신탁의 증여의제에 관한 상속세 및 증여세법 제45조의2는 여러 가지 문제를 안고 있다. 헌법재판소에서 합헌 결정이 났지만, 주식 명의신탁의 증여의제 규정을 둘러싸고 그 위헌성 논란이 끊임없이 제기되고 있는 것이 그 증좌이다. 대법원이나 헌법재판소 스스로 명의신탁재산 증여의제 규정의 본질은 행정상 제재라고 실토하고 있지만, 아무런 담세력을 수반하지 않는 명의신탁행위에 대하여 법률로 담세력을 창출할 수는 없다. 주식 명의신탁의 증여의제에 관한 상속세 및 증여세법 제45조의2는 헌법에 위반되는 규정이라고 보아야 한다. 세계 어느 나라에도 명의신탁에 대하여 증여로 의제하여 과세하는 입법례는 없다. 헌법 이념 및 조세법의 원리에 반하는 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2는 폐지되어야 한다.

앞서 발한 바와 같이 상속세 및 증여세법 제45조의2는 폐지하고 그 대안으로 조세범처벌법에서 주식 명의신탁에 대하여 과태료를 부과하는 조항을 신설하는 것이 옳다고 본다.

명의신탁재산의 증여의제규정을 둘러 싼 많은 분쟁과 논란의 근본적인 원인이

잘못 설계된 세제에서 기인하는 것이라고 생각한다. 법률이 만능은 아니기에, 조세입법시에는 조세의 본질과 기능에 관한 성찰을 필요로 한다. 조세의 본질적인 기능은 국가 운영에 필요한 재정수입의 안정적 확보에 있고, 그 외에 경기조절, 경제활동의 조장 또는 억제, 부의 재분배 등의 정책적 기능을 가지고 있지만, 조세에 제재적 기능을 부여하려고 하여서는 아니 된다. 조세정책상의 필요가 절실하다고 하여 헌법 및 조세법의 원리나 법률 체계에 어긋나는 조세제도를 창출할 수는 없다. 조세의 본질이 비윤리적·반사회적 행위에 대한 제재나 처벌이 아닌 만큼, 정책목표를 달성하기 위한 입법취지가 아무리 정당하다고 하더라도 그것을 실천하기 위한 조세법률의 형식이나 내용이 헌법 이념 및 조세법 원리에 어긋나서는 아니된다. 그런 점에서 명의신탁재산 증여의제 규정은 하루빨리 폐지하고 대안을 마련해야 한다.

(논문투고일: 2017.09.06., 심사개시일: 2017.09.06., 게재확정일: 2017.09.25.)

이 전 오

명의신탁재산 증여의제, 담세력, 과태료, 실질과세원칙, 자기책임의 원칙

【참 고 문 헌】

고상룡, “명의신탁과 부동산실명제법”, 「고시저널」, 1995. 9.

곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법과대학 제15권 제2호(통권 32호), 1974.

구해동, “명의신탁과 조세”, 「조세법연구」 제6권, 한국세법학회, 2000. 12.

김상수, “명의신탁의 연혁에 관하여”, 「토지법학」 제26-2호, 한국토지법학회, 2010. 12.

김완석, “주식 명의신탁에 따른 증여의제제도의 개선방안”, 「조세와 법」 제9권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소·조세재정연구소, 2016. 6.

박영도·박수헌, 「과징금제도의 현황과 개선방향」, 한국법제연구원, 연구보고 93-1, 1993.

박훈·남석준·서석환, “조세심판원의 상속세·증여세 결정례에 관한 연구”, 「세무와 회계저널」 제14권 제5호, 한국세무학회, 2013. 10.

신봉기, “경제규제법상 과징금제도”, 「법조」 1992. 9.

신용주, “명의신탁으로 인한 증여의제 과세에 관한 연구”, 경희대학교 법과대학원 박사학위논문, 2004. 2.

윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 「조세법 연구」 XⅥ-1, 한국세법학회, 2010. 4.

이전오, “명의신탁재산의 증여의제규정의 위헌성”, 법률신문 제3481호(2006. 8. 14.)

이전오, “명의신탁재산의 증여의제규정상 조세회피목적의 범위”, 「(계간)세무사」 통권 제109호(2006년 여름호).

이전오, “명의신탁재산의 증여의제 규정의 위헌성”, 「판례연구」 제20권 제1호, 서울지방변호사회, 2006. 10.

이전오, “조세의 최소한의 징표로서의 담세력”, 「조세논총」 창간호, 한국조세법학회, 2016. 12.

이태로·한만수, 「조세법강의」, 박영사, 2015.

임승순, 「조세법」, 박영사, 2017.

한국법제연구원, 「과징금 부과제도 개선방안연구」, 2011. 9.

Abstract

Alternatives When The Clause of Fictitious Donation of Registered Property under a Third Party's Name is abolished

Lee, Jeon Oh

Article 45-2 of the Inheritance tax and Gift Tax Act stipulates that if a real shareholder does not register in the shareholder's name under his name and registers in the name of another person, tax official shall impose a gift tax on the person who borrowed the name. It is the provision of the fictitious donation of registered property under a third party's name.

I think that the provision of the fictitious donation of registered property under a third party's name is a violation of the Constitution because it is against the principle of substance over form taxation which is the basic principle of the tax law because it imposes a gift tax on the trustee who does not possess any ability-to-pay. Therefore, the above clause should be abolished.

Measures after abolishing the current Article 45-2 of the Inheritance Tax and Gift Tax Act that prescribe the fictitious donation of registered property under a third party's name include measures not to offer any alternative, imposing criminal penalties and penalties like real estate, imposing negligence penalties. Among them, I think it is reasonable to impose negligence penalties on the trustor and the trustee. This alternative is consistent with the fact that the character of the fictitious donation of registered property under a third party's name is an administrative sanction and also conforms to the principle of self-responsibility.

Lee, Jeon Oh

fictitious donation of registered property under a third party's name, ability-to-pay, negligence penalty, principle of substance over form, principle of self-responsibility

담배소비세납세의무의 성립시기에 관한 연구

-미납세반출의 경우를 중심으로-

이준봉*.

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 외국의 입법례
1. 미국의 입법례
2. 일본의 입법례
Ⅲ. 쟁점 별 검토
1. 담배소비세 납세의무의 성립시기에 대한 검토
2. 담배제조자의 경우 보세구역에서 반출한 시점을 납세의무의 성립시기로 볼 수 있는지 여부
3. 2015년 12월 개정 전 미납세반출 규정과의 비교분석
4. 담배소비세 미납세반출의 법적 성격
5. 개별소비세법 미납세반출 제도 등과 관련한 검토
6. 담배소비세, 관세 및 개별소비세 상 미납세반출 제도의 구분
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

본고는 담배제조자와 담배수입판매업자의 지위를 겸하는 납세의무자가 제조장에서 미납세반출을 통하여 보세구역에 담배를 반입한 경우 담배소비세에 대한 납세의무의 성립시점을 언제라고 보아야 하는지 여부에 대하여 주로 미납세반출의 법적 성격을 중심으로 관련된 각 쟁점들에 대하여 검토하였는바, 그 연구결과는 다음과 같다.

첫째, 담배소비세 납세의무의 성립시기는 각 납세의무자별로 독립적으로 정하여져야 한다.

둘째, 담배를 제조하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 제조장에서 반출하는 시점으로, 담배를 수입하여 판매하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 보세구역에서 반출하는 시점으로 보아야 한다.

셋째, 담배제조자가 제조한 담배는 제조장에서 반출되는 때에 담배소비세의 납

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

세의무가 성립하는 것이고 설사 그 담배를 다시 보세구역 내 창고에 반입하였다고 하여 그 보세구역에서 반출하는 때로 납세의무의 성립시기가 변경되는 것은 아니다.

넷째, 담배소비세 미납세반출 제도는 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연장하거나 수정하기 위한 제도가 아니다.

다섯째, 현행 미납세반출 규정은 2015년 12월 29일 자로 개정되기 이전의 법률과 동일한 의미를 갖는다. 설사 담배소비세 납부시점이 달라진다고 할지라도 이는 납세의무 성립시기의 변경이 아니라 이미 성립한 납세의무에 대한 징수를 유예한 것이다.

여섯째, 개별소비세 미납세반출 제도는 납세의무가 성립된 담배에 대하여서는 그 이후 단계의 반출에 대하여 과세하지 않겠다고 규정하는 담배소비세와는 크게 다르다.

일곱째, 개별소비세법의 경우에는 제조장 또는 보세구역에서 반출되어 다른 장소에 반입된 경우에 종전 반출에 대하여 과세하지 않고 새롭게 과세하기 위하여 제조자 또는 제조장에 대한 별도의 의제규정을 둘 필요가 있으나 담배소비세의 경우에는 이러한 의제규정이 존재하지 않을 뿐 아니라, 이를 유추 적용할 수 있는 규범적 타당성 역시 없다.

여덟째, 개별소비세법상 미납세반출이 어떠한 법적 성격을 갖는지 여부가 담배소비세 미납세반출의 법적 성격에 대한 논의에 영향을 미칠 수 없다.

아홉째, 개별소비세, 담배소비세 및 관세는 각 미납세반출 제도에 대하여 규정하고 있으나, 그 취지, 규율대상 및 법적 성격이 모두 동일하지 않아서 그 법적 성격은 개별 세법에 따라 별도로 파악되어야 한다.

Ⅰ. 서 론

담배제조자와 담배수입판매업자의 지위를 겸하는 납세의무자가 담배에 대한 개별소비세의 신설을 앞둔 시점에 국내에서 제조한 담배를 제조장에서 미납세반출하여 보세구역에 반입한 경우가 있을 수 있다. 담배제조자의 경우에는 제조장 반출시점이 담배소비세 및 개별소비세의 납세의무의 성립시점에 해당하므로 제조장 반출시점을 기준으로 할 경우에는 개별소비세의 부담을 피할 수 있기 때문이다.

그런데 담배수입판매업자의 경우에는 보세구역에서 반출하는 시점이 담배소비세 및 개별소비세의 납세의무의 성립시점에 해당한다. 한편 담배제조자가 담배공급의 편의를 위하여 자신의 제조장에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 담배를 반출하는 경우에는 담배소비세를 납부하지 않을 수 있는 제도가 있다. 이를 미납세반출이라고 한다. 그렇다면 담배제조자가 제조장에서 미납세반출을 통하여 보세구역에 담배를 반입한 경우 담배소비세에 대한 납세의무의 성립시점을 언제라고 보아야 하는가? 이는 미납부반출 제도가 납부의무의 연장에 관한 것인지 아니면 기왕의 납세의무를 면제하는 것인지 여부와도 관련되어 있다. 이상의 쟁점들은 제조장 반출시점과 보세구역 반출시점 사이에 담배제조자가 제조장에서 보세구역으로 반출하는 방법을 통하여 지방세 납부시기를 이월하여 기간이익을 취하는 것을 막기 위한 개정이 이루어진 경우라면 더욱 민감한 논의대상이 된다. 실제 미납부반출 제도가 이상의 취지하에 2015년 12월 29일 자로 개정되었다. 이 개정을 통하여 미납부반출 제도의 적용대상을 명확하게 하고 담배제조업자가 제조장에서 보세구역으로 반출하는 것은 미납부반출에서 제외할 수 있는 여지가 발생하였다. 또한 위 개정 이전에 정부는 담배가격의 인상 역시 예고하였으므로 납세의무자들은 개별소비세를 회피하고자 하는 유인이 아니라도 담배를 제조장에서 미리 반출하려는 유인을 가질 수 있었으나 개정 전 법률에는 이를 막기 위한 규정이 명확하지 않았다. 이상의 쟁점에 대한 논의는 헌법 상 가치인 조세법률주의에 의하여 한층 복잡하여 진다. 조세법률주의에 따르면 납세의무는 법률이 정한 과세요건이 충족된 시점에 성립하는 것이지 향후 법률이 개정되었다고 하여 이를 종전에 납세의무가 성립한 행위에 대하여 과세하는 것을 허용하지 않기 때문이다. 게다가 미납세반출 제도는 담배소비세의 경우에만 있는 것이 아니라 개별소비세 및 관세의 경우에도 존재하므로 각 미납세반출 제도가 동일한 성격을 갖는지 여부 역시 논의하여야 한다.

이상의 각 사정들에 비추어 보면 담배제조자와 담배수입판매업자의 지위를 겸하는 납세의무자가 제조장에서 미납세반출을 통하여 보세구역에 담배를 반입한 경우 담배소비세에 대한 납세의무의 성립시점을 언제라고 보아여 하는지 여부와 관련하여서는 다음 각 쟁점들이 검토되어야 한다. 첫째, 담배소비세 납세의무의 성립시기가 담배를 제조한 경우와 담배를 수입하여 판매한 경우에 있어서 어떻게 다른지 여부. 둘째, 담배제조자가 제조한 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역 내 창고에 반입하는 경우 담배소비세 납세의무의 성립시기가 그 보세구역에서 반

출하는 때로 변경되는 것인지 여부. 셋째, 담배소비세 미납세반출 제도의 법적 성격이 어떠한지 여부. 넷째, 현행 미납세반출 규정은 2015년 12월 29일 자로 개정된 것인바, 개정 전 규정에 따를 경우에도 위 쟁점에 대한 분석이 동일한 것인지 여부. 다섯째, 담배소비세 미납세반출 제도와 개별소비세 미납세반출 제도는 어떻게 구분되는 것인지 여부. 여섯째, 개별소비세 미납세반출의 경우에 있어서 해당 물품의 반입 장소를 새로운 판매장 또는 제조장으로 보고 그 반입자를 새로운 판매자 또는 제조자로 의제하는 규정(개별소비세법 제14조 제4항)의 취지 및 담배소비세에 대한 준용 여부. 일곱째, 개별소비세 미납세반출 제도의 법적 성격이 어떠한지 여부 및 이를 담배소비세에 대하여서도 그대로 적용할 수 있는지 여부. 여덟째, 개별소비세, 담배소비세 및 관세 상 미납세반출 제도가 어떻게 구분되는 것인지 여부.

이하 미국과 일본의 관련된 입법례에 대하여 살핀 이후에 위 각 쟁점별로 검토하여 그 검토한 결과들을 정리한다.

Ⅱ. 외국의 입법례

1. 미국의 입법례

연방정부 단계에서 담배의 제조 및 수입에 대하여 세금을 부과한다. 미국 내에서 제조되거나 미국으로 수입된 담배, 권련지 및 권련튜브(이하 '담배 등'이라고 한다)의 제조자 또는 수입업자에 대하여서는 각 제품들의 무게 또는 크기를 기준으로 일정액 또는 가격의 일정 비율에 해당하는 세금이 부과된다.[1] 또한 위 각 세금을 납부하지 않은 상태로 담배 등이 이전되는 경우에는 그 납세의무 역시 이전된다. 담배 등이 제조업자의 보세시설(the bonded premises)에서 수출 보세창고업자(export warehouse proprietors)로 이전되는 경우에는 그 수령인이 해당 항목들을 수령하는 순간 납세의무를 부담하고 양도인은 해당 납세의무를 면한다. 담배 등이 세관이 관리하는 보세상태에서 풀려 나 제조업자의 보세시설로 이전된 경우에는 보세상태에서 풀려 난 순간 그 수령인이 납세의무를 부담하고 수입업자는 납세의무를 면한다. 시장에서 철수하여 보세구역에 복구한 항목들 또는 면세로 반출된 이후에 다시 반입된 항목들에 대하여서도 동일한 규정들이 적용된다.[2]

1) 미국연방세법(Internal Revenue Code, 이하 I.R.C.로 약칭함) §§ 5703 (a)(1), 5701.

위 세금들은 담배 등이 반출되는 시점을 기준으로 결정되며 반출 이후 일정 기간 내에 그 납세의무자들이 신고 납부하여야 하고 일정한 경우 미국 국세청은 반출 이전이라고 하더라도 수시부과를 할 수 있다.[3)]

비과세 반출에 대하여 살핀다. 종업원의 사용 또는 실험목적으로 반출하는 경우, 제조업자 또는 수출창고업자가 다른 제조업자 또는 수출창고업자에게 이전하거나 수출을 위하여 선적을 위하여 반출하는 경우, 수입되거나 미국으로 반입된 담배 등이 포장되지 않은 상태로 보세구역에서 수출창고업자 또는 제조업자에게 이전되는 경우 및 수출되었으나 다시 돌아 온 담배 등을 원래의 제조업자 또는 수출창고업자에게 이전하기 위하여 보세구역에서 반출하는 경우에는 비과세한다.[4)]

납부시기에 대하여 살핀다. 보세구역에 반입되어 납부가 연기된 담배 등이 반출되는 경우 그 반출을 반달(semi-month) 단위로 파악하여 마지막 반달 이후 14일 내에 해당 세액을 납부하여야 한다.[5)] 수입된 담배 등의 경우 납부시기는 다음과 같이 정하여진다. 일반적으로 미국 세관에 반입된 반달의 마지막 날로부터 14일이 지난 시점까지 납부하여야 한다.[6)] 담배 등이 다시 창고에 반입되는 경우에는, 수출되는 경우를 제외하고, 해당 담배 등이 첫 번째 창고에서 반출된 날이 속한 반월의 마지막 날로부터 14일 이내에 납부하여야 한다. 담배 등이 자유무역지역(foreign trade zones)에 반입되는, 수출되는 경우를 제외하고, 그 지역이 하나의 단일 관세창고인 것처럼 취급한다.[7)] 담배 등이 푸에르토리코에서 미국으로 반입되는 경우에는 그 반입된 날이 속한 반월의 마지막 날로부터 14일 이내에 납부하여야 한다.[8)] 그 밖의 9월 납부에 관한 특례 및 주말과 공휴일에 대한 특례 역시 정하여져 있다.[9)] 담배 등을 허가받지 않은 제조업자의 시설에서 제조한 경우에는 그 제조 즉시 납부하여야 한다.[10)]

주정부 단계에서는 담배 등에 대하여 소비세(sales tax)가 부과될 수 있는바, 그 내용은 다음과 같다. 소비세는 판매업자가 유형 동산을 판매하거나 과세대상 용

---

2) I.R.C. § 5703 (a)(2).
3) I.R.C. § 5703 (b)(1).
4) I.R.C. § 5704.
5) I.R.C. § 5703 (b)(2)(B)(i).
6) I.R.C. § 5703 (b)(2)(B)(ii).
7) I.R.C. § 5703 (b)(2)(B)(iii).
8) I.R.C. § 5703 (b)(2)(C).
9) I.R.C. § 5703 (b)(2)(D), (E).
10) I.R.C. § 5703 (b)(2)(F).

역을 유상으로 제공하는 경우에 부과되는 간접세(excise tax)이다. 소비세는 관리하기 쉽고 세율이 비교적 낮음에도 많은 재정수입을 얻을 수 있다는 점들로 인하여 주정부 등에게 매력적인 재정확보수단으로 활용된다.[11)]

주정부가 부과하는 소비세는 크게 네 가지 유형으로 구분할 수 있다.[12)] 다만 소비세에 포함된 용어들은 개별 주정부별로 다양하게 정의되고 있어서 어느 주의 소비세도 반드시 아래 네 유형에 정확하게 일치하지는 않는다. 그러나 아래 유형들은 판매자와 구매자의 소비세 납세의무와 관련하여 일반적인 지침을 제공하는 역할을 한다.

첫째 유형은 소비자 납부 소비세(consumer levy tax)인바, 이 경우에는 구매자가 납부할 소비세를 판매자가 주정부의 대리인으로서 징수하여 납부한다. 소비세는 구매자의 송장(invoice)에 별도로 구분하여 기재하여야 하고 판매자가 소비세를 판매가에 포함할 수는 없다. 이 소비세가 미국 주정부 사이에서 가장 일반적인 형태이다. 판매자가 송장 상 소비세를 부과하지 않더라도 구매자는 여전히 소비세에 대한 납세의무를 부담한다. 일반적으로 구매자는 과다 납부된 소비세에 대하여 직접 환급청구를 할 수 있다.[13)]

둘째 유형은 허가 소비세(privilege tax)이다. 이는 유형 동산 및 과세대상 용역을 판매할 수 있는 허가의 대가로서 판매자에게 부과하는 소비세를 의미한다. 판매자가 납세의무를 부담한다. 그러나 판매자가 구매자에게 경제적 전가(economic incidence)를 통하여 해당 세액의 납부의무를 이전시킬 수 있다. 이러한 경우에는 판매가격이 보다 낮게 형성된다. 구매자는 판매자가 과다하게 징수하여 납부한 소비세에 대하여 환급을 청구할 수 있다.

셋째 유형은 거래징수 소비세(transaction tax)이다. 이는 소비자 납부 소비세와 허가 소비세가 결합된 형태이다. 이에 따르면 구매자는 판매자에 대하여 소비세를 납부할 의무를 부담하고 판매자는 주정부에 납부할 의무를 부담한다. 판매자는 판매가격에 소비세를 포함시킬 수 없다. 즉 소비세는 구매자가 납부하여야 하고 그 소비세는 판매가격과 구분되어 기재되어야 한다. 이 경우 일반적으로 판매

---

11) Charles W. Swenson & Robert Desiderio,「Bender's State Taxation: Principles & Practice」, Vol. Ⅰ, LexisNexis, Feb. 2014, pp.12-4.

12) *Id.*, at pp.12-5~6.

13) 우리의 경우에도 '담배소비전용카드'에 기초한 '담배소비세 등의 구매자납부제도'를 시행하는 방법을 통하여 소비자가 납부하도록 하고 이를 인식하도록 하여야 한다는 견해가 있다; 유호림·윤성만, "담배소비세의 문제점과 개선방안에 관한 연구", 세무학연구 제34권 제2호(한국세무학회, 2017.6.), pp.147~175.

자 또는 구매자가 과다납부 소비세에 대하여 환급을 청구할 수 있으나 판매자가 환급청구를 한 경우에는 해당 금액을 구매자에게 실제 지급하여야 한다.

넷째 유형은 총매출 소비세(gross receipts tax)이다. 이는 하와이와 뉴 멕시코 주에서 부과하는 소비세이다. 뉴 멕시코 주는 그 주에서 영업활동을 할 수 있는 허가에 대하여 소비세를 부과한다. 따라서 이는 허가 소비세와 아주 유사하나, 그 과세대상이 유형 동산 또는 과세대상 용역에 한정되지 않고 사실 상 거의 모든 매출액에 대하여 적용된다는 점에서 구분된다. 하와이 주의 경우에는 구매자로부터 징수한 소비세 역시도 판매자의 매출액에 포함하여 과세한다는 점에서 뉴 멕시코 주의 소비세와 구분된다.

한편 36개 주의 지방자치단체(local and/or municipal jurisdictions) 역시 소비세를 부과한다.

미국 입법례를 통하여 얻을 수 있는 시사점들은 다음과 같다. 첫째, 우리 담배소비세의 경우 원칙적으로 제조자 또는 수입업자를 납세의무자로 규정하므로, 미국의 연방정부가 부과하는 담배의 제조 및 수입에 대한 세제(이하 '미국 연방담배세'라고 한다)가 우리의 담배소비세와 보다 관련된 것이다. 둘째, 미국 연방담배세는 해당 담배 등이 타인에게 이전되는 경우 그 납세의무 역시 이전되는 것으로 규정하고 있으나, 이는 대가를 받고 유상으로 양도하는 경우를 상정한 것이다. 셋째, 동일한 납세의무자에 대하여서는 납세의무의 이전을 논할 여지 자체가 없기 때문에, 미국의 납세의무 이전에 관한 법리를 통하여 동일한 납세의무자가 다른 장소에 보관하였다는 점만을 근거로 납세의무가 새롭게 성립되었다고 할 수는 없다. 넷째, 미국의 경우에도 담배 등이 비과세반출에 대한 규정이 있으나 이는 다른 제조업자 또는 수출창고업자에게 이전하거나 수출된 재화가 다시 반입되는 경우에 대한 것으로서 동일한 납세의무자의 보관장소의 변경에 대한 것은 아니다. 다섯째, 담배 등의 보관장소가 변경되는 경우에는 미국의 경우에도 이를 납세의무의 성립시점이 아니라 납부시기에 관한 쟁점으로 다룬다. 여섯째, 우리 담배소비세는 원칙적으로 담배 등을 제조하거나 국내에 반입하여 소비자에게 이전하는 자를 납세의무자로 규정하므로 미국 주정부 단계에서 부과하는 소비세의 유형 중 허가 소비세와 유사하다. 일곱째, 우리 담배소비세가 미국 허가 소비세와 유사한 것이라면 납세의무자의 속성에 따라 납세의무의 성립 여부를 판정하는 것이 타당하고 단지 보관장소의 변경을 이유로 납세의무의 성립을 달리 판정하는 것은 타당하지 않다.

2. 일본의 입법례

일본 소비세는 부가가치세의 성질을 갖는 다단계 일반소비세에 해당한다. 그 세액계산에 있어서도 매입세액공제방식을 취하고 있으나 세금계산서 제도를 채택하지는 않고 장부방식을 취하고 있다.[14] 일본 소비세 과세대상은 국내거래와 수입거래로 구분된다. 국내거래는 국내에 있어서 사업자가 행하는 자산의 양도 등을 의미한다.[15] 자산의 양도 등은 사업으로서 대가를 받고 행하는 자산의 양도 및 대부와 함께 하는 용역의 제공을 의미한다.[16] 즉 대가를 받지 않고 행하여지는 거래는 소비세의 과세대상에서 제외된다. 수입거래의 과세대상은 보세구역으로부터 반출하는 외국화물을 의미하고 외국화물은 수출허가를 받은 화물 및 외국으로부터 국내에 반입되어 수입허가를 받기 이전의 것을 의미한다.[17] 외국화물의 인출은 사업으로 행하는지 여부 또는 대가를 수령하였는지 여부를 묻지 않고서 과세대상이 된다.[18] 보세구역에서 외국화물이 소비되거나 사용되는 경우에는 그 소비 또는 사용되는 시점에 이를 보세구역에서 반출한 것으로 보아 과세한다.[19] 일본 소비세법은 그 비과세대상은 양도 또는 인출의 행태에 근거하지 않고서 각 재화의 종류별로 비과세대상을 정한다.[20] 자산을 수출하거나 국외에서 용역을 제공하는 경우에는 면세한다.[21]

일본 소비세 납세의무자에 대하여 본다. 국내거래의 경우에는 과세자산의 양도 등을 행한 사업자가 납세의무자이다.[22] 수입거래의 경우에는 과세물건을 보세구역에서 인출한 자가 납세의무자이다.[23] 국내거래의 납세의무자는 사업자로 한정되지만, 수입거래의 경우에는 사업자 외에 소비자인 개인 및 면세사업자도 과세물건을 보세구역에서 인출하는 한 납세의무자가 된다.[24]

일본 소비세법은 자산의 양도 등 귀속과 관련하여 실질행위자 귀속의 원칙에 대하여 규정한다. 즉 법률 상 자산의 양도 등을 행한 것으로 보이는 자가 단순한

---

14) 金子 宏,「租税法」, 第16版, 弘文堂, 2011, 595頁.
15) 일본 소비세법 제4조 제1항.
16) 일본 소비세법 제2조 제1항 제8호.
17) 일본 소비세법 제2조 제1항 제10호; 일본 관세법 제2조 제1항 제3호.
18) 金子 宏, 전게서, 602頁.
19) 일본 소비세법 제4조 제5항.
20) 일본 소비세법 제6조 별표1, 별표2.
21) 일본 소비세법 제7조, 제45조 제1항 제5호 제7호, 제46조, 제52조, 제53조.
22) 일본 소비세법 제5조 제1항.
23) 일본 소비세법 제5조 제2항.
24) 金子 宏, 전게서, 606頁.

명의인이고 그 자산의 양도 등에 대한 대가를 수령하지 않으며 다른 자가 그 자산의 양도 등의 대가를 향수하는 경우에는 당해 자산의 양도 등은 당해 대가를 수령한 자가 행한 것으로 보고 소비세법을 적용한다.[25]

지방소비세에 대하여 본다. 지방소비세는 소비세와 마찬가지로 부가가치세의 성질을 갖는 일반적 다단계 소비세이고 원재료의 생산, 제조, 도매 및 소매의 각 단계에서 과세된다. 과세대상 역시 소비세의 경우와 같다. 지방소비세에는 다음과 같은 문제점들이 있다.[26] 위 각 활동들이 서로 다른 지방에서 이루어지는 경우에는 과세지와 최종소비자 소재지가 일치하지 않고 소비세는 국가에 신고납부하고 지방소비세는 각 지방에 신고납부하여야 하는 절차상 번거로움이 발생한다. 또한 물품 수입의 경우에는 지방에서는 지방소비세를 징수하고 물품 수출의 경우에는 국가가 국경세를 조정하는 문제점 역시 있다.

일본 입법례를 통하여 얻을 수 있는 시사점들은 다음과 같다. 첫째, 일본 소비세의 경우 국내거래와 수입거래 모두를 과세대상으로 하고 있으나, 그 과세요건 및 납세의무자는 각 별개로 규정되어 있다. 둘째, 국내거래의 경우에는 유상양도 및 유상제공을 기준으로, 수입거래의 경우에는 보세구역으로부터의 인출을 기준으로 납세의무가의 성립을 판정할 뿐, 납세의무자의 보관장소의 변경을 납세의무 성립의 기준으로 삼고 있지 않다. 셋째, 일본 소비세는 다단계 소비세라는 점에서 우리의 담배소비세와는 구별된다.

Ⅲ. 쟁점 별 검토

1. 담배소비세 납세의무의 성립시기에 대한 검토

가. 담배소비세 납세의무자

담배소비세의 납세의무자는 다음과 같이 구분된다.[27]

첫째, 담배를 제조하는 경우에는 제조자가 제조장으로부터 반출한 담배에 대하여 담배소비세를 납부할 의무가 있다. 둘째, 담배를 수입하여 판매하는 경우에는 그 수입판매업자가 보세구역으로부터

25) 일본 소비세법 제13조.
26) 金子 宏, 전게서, 621頁.
27) 지방세법 제49조.

반출한 담배에 대하여 담배소비세를 납부할 의무가 있다.
셋째, 입국자의 휴대품・탁송품(託送品)・별송품(別送品)으로 반입하는 담배 또는 외국으로부터 탁송(託送)의 방법으로 국내로 반입하는 담배에 대해서는 그 반입한 사람이 담배소비세를 납부할 의무가 있다. 다만, 입국자 또는 수입판매업자가 아닌 사람이 외국으로부터 우편으로 반입하는 담배에 대해서는 그 수취인이 담배소비세를 납부할 의무가 있다.
넷째, 위 방법 외의 방법으로 담배를 제조하거나 국내로 반입하는 경우에는 그 제조자 또는 반입한 사람이 각각 담배소비세를 납부할 의무가 있다.
다섯째, 면세담배를 반출한 후 해당 용도에 사용하지 아니하고 매도, 판매, 소비, 그 밖의 처분을 한 경우에는 그 처분을 한 자가 담배소비세를 납부할 의무가 있다.

나. 담배소비세 납세의무의 성립시기

납세의무는 개별 조세법이 정하는 과세요건을 충족하는 사실이 발생함으로써 성립하며, 이러한 과세요건이 충족하는 때에는 그 조세채무의 성립을 위한 과세관청이나 납세의무자의 특별한 행위를 필요로 하지 않고 당연히 자동적으로 성립하는 것이므로 납세의무자가 관련 사실을 알지 못하였거나 알 수 없었는지의 여부에 구애됨이 없이 조세채무가 당연히 성립한다.[28] 세금의 부과는 납세의무 성립 시의 법령의 규정에 의하여야 하고, 같은 취지에서 소급과세금지원칙을 적용함에 있어서도 납세의무의 성립일이 기준시점이 된다.[29] 지방세기본법은 담배소비세 납세의무는 담배를 제조장 또는 보세구역으로부터 반출(搬出)하거나 국내로 반입(搬入)하는 때에 성립한다고 규정한다.[30] 즉 지방세기본법은 납세의무의 성립시기를 제조장에서 반출하는 시점, 보세구역으로부터 반출하는 시점 및 국내로 반입하는 시점으로 나누어 정하고 있다.[31]

그렇다면 구체적인 경우에 위 각 납세의무의 성립시기 중 어느 시점이 적용되어야 하는가? 지방세법은 납세의무자가 누구인지 여부를 각 경우를 나누어 보다 구체적으로 규정하고 있다. 그런데 과세대상이 동일한 담배에 대하여 중복하여 담배소비세를 과세할 수는 없다. 지방세법 역시 담배소비세를 징수하지 않는 경

28) 대법원 1985.1.22. 선고 83누279 판결; 이창희,「세법강의」 제12판, 박영사, 2014, 120면.
29) 지방세기본법 제20조 제2항.
30) 지방세기본법 제34조 제1항 제4호; 이준봉,「조세법총론」 제3판, 삼일인포마인, 2017, 228면.
31) 김태호, 「지방세 이론과 실무」개정증보판, 세경사, 2016, 977면.

우 중 하나로서 “제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것”을 규정하여[32] 동일한 과세대상인 담배에 대하여 중복하여 과세할 수 없다는 점을 분명히 하고 있다. 그렇다면 구체적인 경우에 따라 달리 정하여진 납세의무자에 대한 규정에 가장 부합되는 시점을 선택하여 담배소비세 납세의무의 성립시기로 정하여야 한다. 따라서 구체적인 납세의무의 성립시기를 파악하기 위하여서는 납세의무 성립시기에 관한 규정과 납세의무자에 관한 규정을 종합하여 살펴야 한다.

첫째, 담배를 제조하는 경우에는 제조자가 제조장으로부터 반출한 담배에 대하여 담배소비세를 납부하여야 하므로, 담배를 제조하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 제조장에서 반출하는 시점으로 보아야 한다.

둘째, 담배를 수입하여 판매하는 경우에는 그 수입판매업자가 보세구역으로부터 반출한 담배에 대하여 담배소비세를 납부하여야 하므로, 담배를 수입하여 판매하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 보세구역에서 반출하는 시점으로 보아야 한다.

셋째, 입국자의 휴대품 등 또는 탁송의 방법으로 외국에서 담배를 반입하는 경우에는 반입한 자가 담배소비세를 납부하여야 하므로, 그 경우 담배소비세 납세의무의 성립시기는 국내로 반입하는 시점으로 보아야 한다. 한편 입국자 또는 수입판매업자가 아닌 사람이 외국으로부터 우편으로 반입하는 때에는 그 수취인이 담배소비세를 납부하여야 하므로, 그 경우에도 수취인의 납세의무는 국내로 반입하는 시점에 성립하는 것으로 보아야 한다.

넷째, 그 밖의 방법으로 담배를 제조하거나 국내로 반입하는 경우에는 그 제조자 또는 반입한 사람이 각각 담배소비세를 납부하여야 하는바, 이 경우에도 만약 담배를 제조한 경우라면 그 제조장에서 반출하는 시점에, 반입한 경우라면 국내로 반입하는 시점에 각 담배소비세 납세의무가 성립하는 것으로 보아야 한다.

다섯째, 면세담배를 반출한 후 해당 용도에 사용하지 아니하고 매도, 판매, 소비, 그 밖의 처분을 한 경우에는 그 처분을 한 자가 담배소비세를 납부하여야 하는바, 이 경우에는 면세용도에 어긋난 처분을 한 시점을 해당 면세담배가 각 제조장 또는 보세구역에서 반출한 시점으로 의제하여 납세의무가 성립하는 것으로 보아야 한다.

---

32) 지방세법 제53조 제1호 다목.

2. 담배제조자의 경우 보세구역에서 반출한 시점을 납세의무의 성립시기로 볼 수 있는지 여부

담배제조자의 경우에는 해당 담배를 제조장에서 반출한 시점에 납세의무가 성립한다는 점에 대하여는 이미 살핀 바와 같다. 만약 담배제조자가 담배를 제조장에 반출하여 보세구역에 반입하였다면 납세의무의 성립시기가 향후 보세구역에서 반출한 시점으로 변경되는가? 담배제조자의 경우에 있어서는 다음과 같은 이유로 납세의무의 성립시기를 '제조장에서 반출하는 시점'이 아닌 '보세구역에서 반출하는 시점'으로 변경하여 적용할 수는 없다.

첫째, 담배제조자의 납세의무 성립시기가 향후 보세구역에서 반출하는 시점으로 변경되기 위하여서는 담배제조자가 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역으로 반입하는 것은 제조장에서의 반출에 해당되지 않는다는 규정이 있어야 한다.

지방세법은 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것일지라도 담배소비세를 징수하지 않는 경우를 미납세반출이라고 하며, 담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것으로서 미납세반출에 해당하는 경우를 다음에 한정하고 있다. 과세면제 담배를 제조장에서 다른 제조장으로 반출하는 것, 외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것 및 제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것. 그런데 담배제조자가 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역에 반입한다는 사실 자체는 위 각 요건 중 어느 하나도 충족하지 않아서 미납세반출에 해당하지 않는다.

둘째, 담배제조자의 납세의무 성립시기가 향후 보세구역에서 반출하는 시점으로 변경되기 위하여서는 담배제조자가 담배소비세를 향후 보세구역에서 반출하는 시점에 신고 및 납부할 수 있다는 근거규정이 필요하다. 그러나 지방세법은 제조자는 매월 1일부터 말일까지 제조장에서 반출한 담배에 대한 산출세액을 안분기준에 따라 다음 달 말일까지 각 지방자치단체의 장에게 신고납부하여야 한다고 규정할 뿐이다.[33] 즉 담배제조자가 보세구역에서 반출한 시점에 신고납부할 수 있다는 규정이 존재하지 않아서, 담배제조자의 납세의무 성립시기가 향후 보세구역에서 반출하는 시점으로 변경된다는 견해가 성립될 여지가 없다. 게다가 지방세법은 보세구역에서 반출한 시점에 신고납부할 수 있다는 규정은 수입판매업자

33) 지방세법 제60조 제1항.

에 대하여서만 적용된다고 규정한다. 즉 수입판매업자는 매월 1일부터 말일까지 보세구역에서 반출한 담배에 대한 산출세액을 다음 달 말일까지 수입판매업자의 주사무소 소재지를 관할하는 지방자치단체의 장에게 신고납부하여야 한다.[34]

셋째, 현행 지방세법은 제조장에서 보세구역으로 반출하는 경우 보세구역으로의 반출시점에 납세의무가 성립하는 것임을 명확히 하였지만, 만약 견해를 달리하여 담배제조자의 납세의무 성립시기가 향후 보세구역에서 반출하는 시점으로 변경된다는 견해를 취한다면, 담배소비세 세율이 인상 또는 인하되는 시기에는 담배제조자는 상황에 따라 제조장에서 보세구역 이외의 장소로 반출하거나 보세구역에 반출하는 방법 중 하나를 선택하여 납세의무의 성립시기, 즉 적용되는 세율을 선택할 수 있게 된다. 예를 들어, 행정자치부는 제조장에서 물류창고로 반출하는 경우에는 미납세반출 사유에 해당하지 않는 것으로 보아 담배소비세 신고납부의무가 발생한다고 보고 있는바[35], 담배제조자는 세율이 인상되는 시기에는 제조장으로부터 보세구역이 아닌 일반 물류창고로 반출하여 인상되기 이전의 세율을 적용 받고, 반대로 세율이 인하되는 시기에는 제조장으로부터 보세구역으로 반출한 후 보세구역에서 반출되는 시점에 인하된 세율을 적용 받을 수 있도록 조정할 수 있다. 이를 용납할 수 있는 규범적 정당성은 없는 것이므로 담배제조자가 제조한 담배는 제조장에서 반출되는 때에 담배소비세의 납세의무가 성립하는 것이고, 이에 따라 제조장 반출시점의 세율을 통일적으로 적용하여야 담배제조자의 임의적인 세율 적용을 배제할 수 있는 것이다.

3. 2015년 12월 개정 전 미납세반출 규정과의 비교분석

현행 미납세반출 규정은 2015년 12월 29일 자로 개정된 것인바, 개정 전 법률은 '담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 반출하는 것'이라고 규정하는 반면에 현행 법률은 담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것으로서 미납세반출에 해당하는 경우를 다음에 한정하고 있다. 과세면제 담배를 제조장에서 다른 제조장으로 반출하는 것, 외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것 및 제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것.

---

34) 지방세법 제60조 제2항.
35) 행자부 세정 13407-600, 2001.11.28.

그렇다면 개정 전 미납세반출 규정과 개정 후 미납세반출 규정의 관계를 어떻게 이해하여야 하는가? 국회 안전행정위원회의 2015년 12월 지방세법 일부개정법률안 심사보고서는 그 개정취지를 다음과 같이 서술하고 있다. "현행법에서는 제조장 또는 보세구역에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 반출하는 경우 담배소비세를 징수하지 않도록 규정하고 있으나, 그 대상을 명확하게 규정하고 있지 않고 있음. 행정자치부에 따르면, 제조장에서 보세구역(물류창고)으로 반출함을 미납세반출로 보아 지방세 납부시기를 이월하여 기간이익을 취하는 사례가 빈번하게 발생하고 있다는 점을 고려할 때, 국내 판매용 담배를 단순히 보관하기 위한 반출은 미납세 반출 대상에서 제외하도록 할 필요가 있다는 점에서 개정안은 적절하다고 판단됨." 즉 국회 안전행정위원회는 담배제조자가 제조장에서 보세구역(물류창고)로 반출하는 방법을 통하여 지방세 납부시기를 이월하여 기간이익을 취하는 것을 막기 위한 개정이라는 점과 미납세반출의 적용대상을 명확하게 하기 위한 개정이라는 점을 밝히고 있다. 즉 미납세반출 규정의 실질적 내용을 변경하기 위한 것이 아니라, 종전 규정을 통하여 이익을 취하는 것을 막거나 그 성질 상 담배소비세 납세의무가 성립하는 반출에 해당함에도 종전 규정의 불명확을 이용하여 미납세반출로 처리될 수 있는 여지를 막기 위하여 개정한 것이라는 점을 분명히 하고 있다.

개정 전 규정은 '담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 반출하는 것'을 미납세반출로 규정하는바, 그 문언에만 의존하여 분석한 결과가 현행 규정의 내용과 달라질 수 있는지 여부에 대하여 살핀다.

개정 전 규정에 따라 담배제조자인 담배소비세 납세의무자가 이미 과세대상에 이른 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역으로 반입하는 방법을 통하여 담배소비세 납세의무의 성립시점을 연기하는 것이 가능한가? 담배소비세 납세의무의 성립시점은 납세의무자가 누구인지 여부에 따라 달리 정하여지는 것인바, 담배제조자의 경우에는 제조장에서 반출되는 때에, 담배수입판매업자의 경우에는 보세구역에서 반출하는 때에 담배소비세를 납부하여야 한다는 규정은 본건 개정 전후에 있어서 동일하다. 개정 전 미납세반출 규정 역시 납세의무자에 관한 위 규정을 전제로 하여 정하여진 것이다. 게다가 개정 전 문언이 담배제조자가 이미 과세대상에 이른 담배를 제조장에서 반출함에도 불구하고 담배제조자로서의 납세의무는 성립되지 않고 담배수입판매업자로서의 납세의무가 성립하도록 하기 위하여 미납세반출 제도를 정한 것이라고 볼 수 있는 규범적 당위성은 존재하지 않는다. 즉

‘담배제조자에 대한 납세의무 성립시기’를 ‘담배수입판매업자에 대한 납세의무 성립시기’로 전환하는 것을 용인할 당위 자체가 존재하지 않는다. 만약 이를 용인할 경우에는 담배수입판매업자와 담배제조자의 지위를 겸하는 납세의무자의 경우에는 임의로 납세의무 성립시기를 조작할 수 있기 때문이다. 또한 담배제조자의 납세의무 성립시기가 향후 보세구역에서 반출하는 시점으로 변경되기 위하여서는 담배제조자가 담배소비세를 향후 보세구역에서 반출하는 시점에 신고 및 납부할 수 있다는 근거규정이 필요하나 이러한 규정은 존재하지 않는다. 따라서 개정 전 미납세반출 규정 하에서도 담배제조자인 담배소비세 납세의무자가 이미 과세대상에 이른 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역으로 반입하는 방법을 통하여 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연기하는 것은 허용되지 않는다.

개정 전 미납세반출 규정을 근거로 담배수입판매업자의 납세의무 성립시기를 담배제조자의 납세의무 성립시기로 전환하는 것 역시 허용되지 않음은 당연하다.

개정 전 규정에 따라 담배제조자인 담배소비세 납세의무자가 ‘이미 과세대상에 이른 담배’를 다른 제조장으로 반출하는 방법을 통하여 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연기하는 것이 가능한가? 개정 전 미납세반출 규정에 의하더라도 담배제조자가 ‘이미 과세대상에 해당하는 담배’를 다른 제조장에 반출하는 방법을 통하여 납세의무의 성립시기를 연기하는 것은 허용되지 않는다. 이미 과세대상에 이른 담배에 대한 납세의무 성립시기를 당사자의 선택에 따라 변경하도록 하는 것은 조세정책 일반에 비추어 볼 때에도 허용될 수 없는 것이기 때문이다. 다만 담배소비세가 면제된 담배의 경우에는 그 담배를 제조장에서 반출하여 다른 제조장에 반입한다고 하더라도 여전히 담배소비세를 납부할 필요가 없다는 점에서 위 논의의 대상에 포함되지 않는다고 할 것이다.

개정 전 규정에 따라 담배수입판매업자인 담배소비세 납세의무자가 ‘이미 과세대상에 이른 담배’를 다른 보세구역으로 반출하는 방법을 통하여 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연기하는 것이 가능한가?

먼저 외국물품인 담배의 경우 보세구역에서 반출하여 다른 보세구역에 반입하는 것이 수입판매업자의 의사에 따라 임의적으로 결정될 수 있는지 여부에 대하여 본다. 외국물품의 경우에는 반드시 보세구역에 장치하여야 하며 그 물품을 보세구역으로부터 반출하기 위하여서는 세관장에게 신고하여야 한다. 즉 외국물품과 ‘외국무역선이나 외국무역기로 운송하려는 내국물품’은 특별한 사정이 없는 한 보세구역이 아닌 장소에 장치할 수 없다.[36] 나아가 보세구역에 물품을 반입하거

나 반출하려는 자는 세관장에게 신고하여야 하고, 그 경우 세관장은 세관공무원을 참여시킬 수 있으며, 세관공무원은 해당 물품을 검사할 수 있다. 나아가 세관장은 보세구역에 반입할 수 있는 물품의 종류를 제한할 수도 있다.[37] 따라서 외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것은 수입판매업자의 자의에 따라 임의로 결정할 수 있는 것이 아니다. 게다가 수입판매업자의 경우 관세청장이 정하는 보세구역에 반입되어 수입신고가 수리되었다면 그 물품의 화주 또는 반입자는, 특별히 연장승인을 받지 않는 한, 그 수입신고 수리일부터 15일 이내에 해당 물품을 보세구역으로부터 반출하여야 한다.[38] 나아가 보세구역의 경우 해당 물품을 장치할 수 있는 기간이 정하여져 있고,[39] 세관장은 보세구역에 반입한 외국물품의 장치기간이 지나면 그 사실을 공고한 후 해당 물품을 매각할 수 있다.[40] 결국 외국물품인 담배의 경우 보세구역에서 반출하여 다른 보세구역에 반입하는 것이 수입판매업자의 의사에 따라 임의적으로 결정될 수 있는 것이 아니고 그 장치기간 역시 정하여져 있다.

담배수입판매업자의 경우 외국물품인 담배는 보세구역 이외의 장소에 장치할 수 없고, 그 담배에 대하여 수입신고를 하지 않고서는 국내에 판매할 수 없으며, 수입신고를 하는 경우에는 보세구역에서 반출하여야 한다.

이상의 각 점을 반영한다면 외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것은 담배의 종국적인 반출에 해당한다고 볼 수 없다. 그렇다면 개정 전 문언에 따르더라도 담배소비세의 입법목적에 부합하는 반출에 해당되지 않는다고 해석할 여지가 있다.

결론적으로 2015년 12월 개정 전 미납세반출 제도와 현행 미납세반출 제도는 담배소비세 납세의무 성립시기와 관련해서는 동일한 내용을 담고 있는 것으로 보아야 하고 이를 달리 보아야 할 규범적 정당성 역시 없다고 보아야 한다.

4. 담배소비세 미납세반출의 법적 성격

가. 현행 법령 상 미납세반출의 법적 성격

지방세법은 미납세반출의 경우에는 담배소비세를 징수하지 않는다고 규정하고

36) 관세법 제155조 제1항.
37) 관세법 제157조.
38) 관세법 제157조의2.
39) 관세법 제170조, 제177조.
40) 관세법 제208조.

이를 '담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것', '담배를 다른 담배의 원료로 사용하기 위하여 반출하는 것' 및 '제조장을 이전하기 위하여 담배를 반출하는 것'으로 구분하여 한정한다.[41] 담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것에는 '과세면제 담배를 제조장에서 다른 제조장으로 반출하는 것', '외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것' 및 '제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것'이 포함된다는 점은 상술하였다.

그렇다면 담배소비세 미납세반출은 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연장하는 것인가? 아니면 담배소비세의 징수를 유보하는 것인가?

먼저 담배소비세 미납세반출이 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연장하는 것인지 여부에 대하여 본다. 이 쟁점들을 살피기 이전에 먼저 담배소비세의 과세대상에 대하여 살필 필요가 있다. 과세대상이 없는 상황에 대하여 납세의무의 성립시기를 논할 실익이 없기 때문이다. 지방세법 상 담배소비세의 과세대상은 담배이고,[42] 그 담배는 피우는 담배(궐련, 파이프담배, 엽궐련, 각련, 전자담배, 물담배), 씹는 담배, 냄새 맡는 담배 및 머금는 담배로 구분된다.[43] 즉 완제품으로서의 담배가 과세대상이다. 따라서 완제품에 이르지 않은 담배 원재료는 담배소비세의 과세대상에 해당되지 않는다. 따라서 미납세반출 중 '담배를 다른 담배의 원료로 사용하기 위하여 반출하는 것' 및 '제조장을 이전하기 위하여 담배를 반출하는 것'은 아직 최종적인 과세대상인 담배에 이르지 않은 상태 하에서 이루어진 반출에 대하여 담배소비세를 징수하지 않겠다는 취지를 반영한 것이다. 즉 과세대상에 이르지 않은 경우를 확인적 의미에서 규정한 것으로 보아야 한다.

담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것 중 '과세면제 담배를 제조장에서 다른 제조장으로 반출하는 것'을 미납세반출로서 정하는 취지는 담배소비세의 과세가 이루어지지 않는 담배를 제조장에서 반출하는 것에 대하여 과세하지 않겠다는 것이므로 이 역시 확인적 성격의 규정에 해당한다.

담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것 중 '외국물품인 담배를 보세구역에서 다른 보세구역으로 반출하는 것'을 미납세반출로서 정

41) 지방세법 제53조.
42) 지방세법 제48조 제1항.
43) 지방세법 제48조 제2항, 동법 시행령 제60조.

하는 취지는 외국물품인 담배를 최종적으로 보세구역에서 반출한 시점에 과세하겠다는 것이다. 이에는 담배에 대하여 중복하여 과세하는 것을 금지하는 취지 역시 반영된 것으로 보아야 한다.

담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것 중 '제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것'을 미납세반출로서 정하는 취지는 한번 담배소비세 납세의무가 성립한 경우에는 그 이후 단계의 반출에 대하여 과세하지 않겠다는 것이다.

이상의 각 논의를 종합하면 다음과 같다. 지방세법은 미납세반출 제도를 통하여 납세의무의 성립시기를 연장하는 것을 의도하고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 오히려 미납세반출 제도는 과세대상에 이르지 않은 상태에 대하여서 담배소비세를 징수하지 않고, '제조장에서 제조장으로' 또는 '보세구역에서 보세구역으로' 반출되는 경우 면세되거나 최종적인 반출에 이르지 않는 경우에 대하여 담배소비세를 징수하지 않겠다는 것이며, 만약 제조장 또는 보세구역에서 반출됨으로 인하여 납세의무가 성립한 경우에는 그 이후 단계의 반출에 대하여서는 담배소비세를 징수하지 않겠다는 취지를 규정하는 것에 불과하다. 그렇다면 담배소비세 미납세반출 제도는 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연장하거나 수정하기 위한 제도가 아니며, 오히려 납세의무가 성립된 이후의 반출을 과세거래에서 제외하는 규정을 통하여 미납세반출제도가 납세의무의 성립을 방해하지 않는다는 점을 분명히 하고 있다.

따라서 담배제조자가 담배를 제조장에서 반출하여 보세구역에 반입하고 향후 보세구역에서 반출한 경우, 첫 번째 제조장에서 담배를 반출하는 행위가 과세거래에 해당한다면 그 이후 단계에서 보세구역에서 반출하는 행위는 과세거래에서 제외된다. 그러나 담배제조자가 담배를 제조장에서 보세구역으로 반출하는 경우에는 과세하지 않는다는 규정은 없다.

담배소비세 미납세반출이 담배소비세의 징수를 연장하기 위한 것인지 여부에 대하여 본다. 담배소비세 미납세반출 제도는 이미 납세의무가 성립한 과세거래에 대한 징수를 연장하는 것과는 무관한 사유를 미납세반출 사유로 규정하고 있으므로 이는 징수유예와는 무관한 것으로 보아야 한다.

나. 2015년 개정 전 규정 상 미납세반출의 법적 성격

2015년 12월 개정 전 미납세반출 제도와 현행 미납세반출 제도는 본질적으로 동일한 내용을 담고 있는 것으로 보아야 하고 이를 달리 보아야 할 규범적 정당성 역시 없다고 보아야 하므로, 현행 법령에 근거한 미납세반출의 법적 성격이 달라지는 것은 아니다.

한편 행정자치부는 예규를 통하여 개정 전 미납세반출의 적용범위와 관련하여 담배제조자가 국내에서 제조한 담배를 제조장으로부터 보세구역으로 반출하는 경우도 포함된다고 해석해 왔다. 즉 담배의 공급의 편의를 위하여 제조장에서 보세구역으로 담배를 반출하는 경우에는 담배소비세를 징수하지 아니하는 미납세반출에 해당되며, 제조자가 담배를 보세구역에서의 판매 용도에 제공하는 경우에는 담배소비세가 과세면제 되고[44], 수입판매업자는 보세구역으로부터 반출한 담배에 대하여 담배소비세를 납부할 의무가 있고, 담배의 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 반출하는 담배에 대하여는 담배소비세를 징수하지 아니한다고 규정하므로, 담배를 수입한 후 보세구역에서 보세구역으로 반출하는 경우에는 미납세반출에 해당된다고 판단하였다.[45]

만약 개정 전 규정을 통하여 담배소비세를 당초 반출시점 이후에 납부할 수 있다고 가정한다면, 이를 납세의무의 성립시기가 변경된 것으로 보아야 하는가? 아니면 징수가 유예된 것으로 보아야 하는가? 앞서 살핀 바와 같이 미납세반출이 적용되는 경우 납세의무 성립시기가 변경되는 것으로 본다면 납세의무자는 세법의 개정에 따라 조세부담이 달라진다는 점을 이용하여 자신의 조세부담을 조정할 수 있게 된다. 납세의무자는, 만약 세부담이 완화될 것으로 예상되는 경우에는 그 납세의무 성립시기를 보다 늦은 시점으로 연기할 것이고, 만약 세부담이 가중될 것으로 예상된다면 당초의 납세의무 성립시기에 따라 납부할 수 있는 재량을 갖게 된다. 그 반면에 징수가 유예되는 것으로 본다면 납세의무자는 납부할 세액에 대한 이자상당액의 이익을 얻을 수 있을 뿐이다. 이러한 사정을 감안한다면, 개정 전 규정을 통하여 담배소비세를 당초 반출시점 이후에 납부할 수 있다고 가정한다고 할지라도 이는 당초에 성립된 담배소비세에 대한 징수를 향후 반출시점까지 유예한 것으로 보는 것이 타당하다.

이러한 이치는, 담배제조자가 제조장에서 담배를 미납세반출하여 보세구역에

---

44) 세정-711, 2004.04.08.
45) 세정-534, 2004.03.20.

반입한 후 이를 다시 보세구역에서 반출한 경우에 있어서, 나중 반출시점의 세부담이 당초 반출시점보다 가중되었다고 하더라도 그대로 적용되어야 한다. 즉 미납세반출을 하였다고 하여 나중 반출시점의 세부담을 지우는 것은 허용될 수 없다. 그렇지 않다면 위 경우에 있어서 나중 반출시점의 세부담이 당초 반출시점보다 경감된 경우에는 보다 낮은 세부담을 지워야 하는바, 이는 납세의무자가 그 선택에 따라 세부담을 조절하는 것을 국가가 권장하는 결과에 이르기 때문이다.

5. 개별소비세법 미납세반출 제도 등과 관련한 검토

가. 개별소비세법 상 과세대상, 납세의무자 및 과세시기

개별소비세법 상 미납세반출 제도에 대하여 살피기 이전에 개별소비세법 상 과세대상, 납세의무자 및 과세시기에 대하여 먼저 살필 필요가 있다. 개별소비세는 특정한 물품, 특정한 장소 입장행위(入場行爲), 특정한 장소에서의 유흥음식행위(遊興飮食行爲) 및 특정한 장소에서의 영업행위에 대하여 부과하는 세목으로서[46] 그 납세의무자는 다음과 같다.[47]

첫째, 2015년 12월 15일 이전에는 보석 및 귀금속제품 등 과세물품을 판매하는 자(일시적으로 직접 판매하는 소비자는 제외한다). 둘째, 과세물품을 제조하여 반출하는 자. 셋째, 관세법에 따라 관세를 납부할 의무가 있는 자로서 과세물품을 보세구역에서 반출하는 자. 그 밖의 방법으로 관세를 징수하는 물품에 대해서는 그 관세를 납부할 의무가 있는 자. 넷째, 입장행위, 유흥음식행위 및 영업행위에 대하여 개별소비세를 부과하는 경우에는 각 과세장소의 경영자, 과세유흥장소의 경영자, 과세영업장소의 경영자.

개별소비세의 납세의무자는 담배소비세의 경우와는 달리 '판매하는 자', '제조하여 반출하는 자', '관세를 납부할 의무가 있는 자' 및 '경영자'로 구분된다. 다만 2015년 12월 15일 이전을 기준으로, 특정물품을 과세대상으로 하는 경우에는 그 납세의무자는 '판매하는 자', '제조하여 반출하는 자' 및 '관세를 납부할 의무가 있는 자'이다. 담배의 경우에는 2014년 12월 23일 이후에 개별소비세 과세대상에

46) 개별소비세법 제1조 제1항.
47) 개별소비세법 제3조.

포함되었는바, 그 납세의무자는 '제조하여 반출하는 자' 및 '관세를 납부할 의무가 있는 자'이다. 특정 물품과 관련된 개별소비세의 과세시기는 '과세물품을 제조장에서 반출할 때' 또는 '수입신고를 할 때'이다.

나. 개별소비세법 상 미납세반출 제도

개별소비세의 경우에도 과세대상인 물품에 대하여 개별소비세를 징수하지 않는 경우가 있다. 이를 개별소비세 미납세반출 제도라고 한다.[48]

첫째, 수출할 물품을 다른 장소에 반출하는 것. 둘째, 박람회 등에 출품하기 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하거나 다시 제조장 또는 보세구역으로 환입 또는 수입하는 것. 셋째, 제조장 외의 장소에서 규격 검사를 받기 위하여 과세물품을 제조장에서 반출하거나 그 제조장에 환입하는 것. 넷째, 반입(搬入)된 물품으로서 품질 불량이나 그 밖의 사유로 제조장에 반환하는 것. 다섯째, 개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정되는 것.

개별소비세 미납세반출 제도의 적용대상은 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉 개별소비세 미납세반출 제도가 적용되는 경우는 '성질 상 과세대상 물품의 소비행위를 위하여 반출되거나 수입된 것에 해당하지 않는 것' 과 '개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정되는 것'으로 구분할 수 있다.

한편 개별소비세법 미납세반출 사유와 담배소비세 미납세반출 사유는 다음과 같은 점에서 구분된다.

담배소비세의 미납세반출 제도가 '제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배를 다른 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것'을 미납세반출 제도가 적용되는 경우로 규정하고 있으나, 개별소비세법은 이러한 경우에 대하여 규정하기 보다는 오히려 과세대상 물품이 제조장 또는 보세구역에서 반출된다고 할지라도, 즉 당초 납세의무자와 관계된 제조장 또는 보세구역이 아닌 장소로 반입된다고 할지라도 '개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정되는 것'에 대하여서는 개별소비세를 과세하지 않겠다고 규정한다. 한편 과세대상이 물품이 당초 제조장 또는 보세구역이 아닌 장소로 반입된 경우에 있어서는 해당 반입으로 인하여 과세시기가 연장되거나 납세의무자가 변경될 수 있

48) 개별소비세법 제14조 제1항.

다. 그렇다면 개별소비세법은 과세대상인 물품이 당초 제조장 또는 보세구역이 아닌 장소로 반입됨으로 인하여 과세시기가 연장되거나 납세의무자가 변경된다고 할지라도 개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정된다면 개별소비세를 과세하지 않는다고 규정하는 것이다. 이 점에서 당초의 제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배에 대하여서는 그 이후 단계의 반출의 경우 과세하지 않겠다고 규정하는 담배소비세와는 크게 구분된다.

개별소비세법 시행령은 '개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정되는 것'에 대하여 다음과 같이 규정한다.[49]

첫째, 수출물품 또는 수출물품의 제조·가공을 위한 물품을 내국신용장(원내국신용장과 제2차 내 국신용장으로 한정한다)에 의하여 수출업자 또는 수출물품의 제조·가공업자에게 반출하는 것.
둘째, 수출물품을 제조·가공하기 위하여 동일 제조장에서 다른 제품의 원료로 사용하는 것.
셋째, 수출물품을 제조·가공하기 위하여 다른 제조장으로 반출하는 것.
넷째, 판매장 또는 제조장을 이전하기 위하여 반출하는 것.
다섯째, 자동차를 보관·관리하기 위하여 제조장에서 하치장으로 또는 하치장에서 다른 하치장으로 반출하거나 해당 제조장에 환입(還入)하는 것.
여섯째, 과세물품을 제조·가공하기 위한 원료로 사용하기 위하여 다른 제조장으로 반출하는 것.
일곱째, 석유류를 석유비축시책의 일환으로 한국석유공사에 공급하기 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것과 제조장 또는 보세구역에서 반출한 후 제조자 또는 수입업자의 저유소를 거쳐 한국석유공사에 공급하는 것으로서 국세청장이 정하는 방법으로 공급하는 것.
여덟째, 유류 부산물을 석유정제업자에게 석유제품 원료용으로 공급하기 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하는 것.
아홉째, 승용자동차를 제조자 또는 수입업자의 판매장에 30일 이상 전시하기 위하여 제조장 또는 보세구역에서 반출하거나 해당 제조장 또는 보세구역으로 환입하는 것.
열째, 휘발유 및 대체유류를 제조·가공하기 위하여 동일한 제조자의 다른 제조장으로 반출하는 것.

개별소비세법 시행령 상 '개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고

49) 개별소비세법 시행령 제19조 제3항.

인정되는 것'과 관련된 위 구체적인 경우에는 '동일한 납세의무자의 다른 제조장, 하차장 또는 판매장에 반입되었으나 종국적인 반출에 해당한다고 보기 어려운 경우'뿐만 아니라 '이미 그 자체로 과세대상에 해당하는 물품, 즉 개별소비세법 제1조(석유류) 또는 별지 1(자동차, 유류 부산물, 휘발유 및 대체유류)이 적용되어 이미 그 자체로 개별소비세의 과세대상에 해당하는 물품이 다른 장소 또는 다른 제조자 등에게 반입되는 경우' 역시 포함되어 있음을 확인할 수 있다.

다. 개별소비세법 제14조 제4항의 적용가능성

개별소비세법 미납세반출 사유는 담배소비세 미납세반출 사유와 구분된다는 점에 대하여서는 상술하였다. 즉 개별소비세법은 과세대상인 물품이 당초 제조장 또는 보세구역이 아닌 장소로 반입됨으로 인하여 과세시기가 연장되거나 납세의무자가 변경된다고 할지라도 개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정된다면 개별소비세를 과세하지 않는다고 규정하는 것이다. 이 점에서 당초의 제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배에 대하여서는 그 이후 단계의 반출의 경우 과세하지 않겠다고 규정하는 담배소비세와는 크게 구분된다.

이러한 점으로 인하여 개별소비세법의 경우에는 담배소비세의 경우와 달리 제조장 또는 보세구역에서 반출되어 다른 장소에 반입된 경우에 종전 반출에 대하여 과세하지 않고 새롭게 과세하기 위하여서는 제조자 또는 제조장에 대한 별도의 의제규정을 둘 필요가 있다. 이러한 필요에 따라 개별소비세법은 담배소비세의 경우와 달리 미납세반출의 경우에 있어서 해당 물품의 반입 장소를 새로운 판매장 또는 제조장으로 보고, 그 반입자를 새로운 판매자 또는 제조자로 본다는 규정을 두고 있다.[50]

한편 개별소비세법은 '미납세반출 후 반입지에서 판매 또는 반출한 물품의 신고·납부 특례'를 통하여 개별소비세 미납세반출 제도에는 당초 납세의무자에 대하여서는 과세하지 않고서 새로운 납세의무자에게 과세하는 경우가 포함된다는 점을 확인하고 있다. 즉 개별소비세 미납세반출자와 그 반출된 물품을 반입한 자가 동일한 사업자인 경우에는 '해당 물품을 반입지에서 판매 또는 반출할 때 해당 물품의 반입 장소를 새로운 판매장 또는 제조장으로 보고, 그 반입자를 새로운 판매자 또는 제조자로 본다는 의제규정(개별소비세법 제14조 제4항)'에도 불구

50) 개별소비세법 제14조 제4항.

하고 미납세반출자가 해당 물품에 대한 개별소비세를 관할 세무서장 또는 세관장에게 신고·납부할 수 있다.[51]

미납세반출의 경우에 있어서 해당 물품의 반입 장소를 새로운 판매장 또는 제조장으로 보고, 그 반입자를 새로운 판매자 또는 제조자로 본다는 규정이 담배소비세의 경우에도 적용될 수 있는가? 이 쟁점은 종전 개별소비세의 적용대상이 아닌 담배에 대하여서도 2015년 1월 1일 이후에는 개별소비세가 적용되고 개별소비세 미납세반출 제도를 담배에 적용함에 있어서 담배소비세 미납세반출 규정을 준용한다는 규정[52]이 신설되었다는 점에 근거하여 이와 같은 규정이 없는 담배소비세에 대하여서도 위 의제규정[53]이 적용될 수 있는지 여부와 관련된 것이다. 설사 담배소비세의 과세대상인 담배에 대하여 개별소비세 역시 적용된다고 할지라도, 제조장 또는 보세구역에서 반출되어 새로운 장소에 반입된 경우에 '판매장 또는 제조장' 및 '판매장 또는 제조자'를 새롭게 의제하는 규정은 다음과 같은 사유로 담배소비세에 대하여 적용될 수 없다.

첫째, 미납세반출 사유와 관련하여 담배소비세와 개별소비세는 상술한 바와 같이 별개의 체계에 따라 규정하므로 그 성질 상 위 의제규정을 적용할 수 없다.

둘째, '판매장 또는 제조장' 및 '판매장 또는 제조자'에 대한 의제규정은 납세의무의 성립시기 및 납세의무자를 변경시키는 것인바, 이를 명시적인 규정이 없이 유추 적용하는 것은 조세법률주의에 반한다.

셋째, 설사 담배 역시 개별소비세법의 과세대상이 되었다는 점이 유추 적용의 근거가 된다고 할지라도, 그 시점은 2014년 12월 23일이므로 그 이전에 제조장 또는 보세구역에서 반출된 담배에 대하여 제조장 또는 제조자에 대한 의제규정을 적용하는 것은 조세법률주의에 비추어 허용되지 않는다.

6. 담배소비세, 관세 및 개별소비세 상 미납세반출 제도의 구분

개별소비세, 담배소비세 및 관세 등은 각 미납세반출 제도에 대하여 규정하고 있으나 그 취지, 규율대상 및 법적 성격이 모두 동일한 것은 아니고, 특히 개별소비세, 담배소비세 및 관세의 경우에는 다음과 같이 구분된다.

개별소비세법에서 규정한 미납세반출 제도는 특정한 과세물품에 대하여 개별소비세

51) 개별소비세법 제10조의4.
52) 개별소비세법 제20조의3.
53) 개별소비세법 제14조 제4항.

의 부담이 유보된 상태로 반출하는 것을 허용하는 과세유보조치 또는 징수유예조치로서, 개별소비세가 최종소비자를 담세자로 예정하여 과세되는 조세인 점을 감안하여, 과세물품의 단순한 보관장소의 변경이나 제조공정상 필요에 의한 반출 등의 경우에는 개별소비세의 부담이 유보된 상태로 반출을 허용함으로써 반출과세 원칙에 따른 문제점을 보완하려는 데 취지가 있다.[54]

담배소비세 미납세반출 제도는 다음의 점에서 개별소비세 미납세반출 제도와 구분된다. 즉 담배소비세 미납세반출 제도는 과세대상에 이르지 않은 상태에 대하여서 담배소비세를 징수하지 않고, '제조장에서 제조장으로' 또는 '보세구역에서 보세구역으로' 반출되는 경우에 있어서 면세되거나 최종적인 반출에 이르지 않는 경우에 대하여 담배소비세를 징수하지 않겠다는 것이며, 만약 제조장 또는 보세구역에서 반출됨으로 인하여 납세의무가 성립한 경우에는 그 이후 단계의 반출에 대하여서는 담배소비세를 징수하지 않겠다는 취지를 규정하는 것에 불과하다. 따라서 담배소비세 미납세반출 제도는 새로운 납세의무자에 대하여 과세를 하기 위하여 이미 납세의무가 성립한 납세의무자에 대한 과세를 유보하거나, 이미 납세의무가 성립한 납세의무자에 대한 징수를 유예하는 것과는 무관한 것이다.

또한 일시적인 과세유보조치 또는 징수유예조치인 개별소비세 미납세반출 제도는, 특정한 정책목표를 달성하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 수입물품에 대한 관세를 감세 또는 면세하는 관세감면 제도와는 제도의 취지, 규율 대상 및 법적 효과 등이 상이할 뿐만 아니라 신청의 내용이나 사후관리의 절차도 다른 별개의 제도이다.[55]

Ⅳ. 결론

본고는 담배제조자와 담배수입판매업자의 지위를 겸하는 납세의무자가 제조장에서 미납세반출을 통하여 보세구역에 담배를 반입한 경우 담배소비세에 대한 납세의무의 성립시점을 언제라고 보아여 하는지 여부에 대하여 주로 미납세반출의 법적 성격을 중심으로 관련된 각 쟁점들에 대하여 검토하였는바, 그 연구결과는 다음과 같다.

첫째, 지방세기본법은 납세의무의 성립시기를 제조장에서 반출하는 시점, 보세

54) 대법원 2015.12.23. 선고 2013두16074 판결.
55) 대법원 2015.12.23. 선고 2013두16074 판결.

구역으로부터 반출하는 시점 및 국내로 반입하는 시점으로 나누어 정하고 있고, 각 구체적인 경우에 따라 납세의무자를 달리 정하고 있다. 따라서 각 구체적인 납세의무자에 대한 규정에 가장 부합되는 시점을 선택하여 담배소비세 납세의무의 성립시기로 정하여야 한다.

둘째, 담배를 제조하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 제조장에서 반출하는 시점으로, 담배를 수입하여 판매하는 경우에 있어서 담배소비세 납세의무의 성립시기는 보세구역에서 반출하는 시점으로 보아야 한다.

셋째, 담배제조자가 제조한 담배는 제조장에서 반출되는 때에 담배소비세의 납세의무가 성립하는 것이고 설사 그 담배를 다시 보세구역 내 창고에 반입하였다고 하여 그 보세구역에서 반출하는 때로 납세의무의 성립시기가 변경되는 것은 아니다.

넷째, 담배소비세 미납세반출 제도는 담배소비세 납세의무의 성립시기를 연장하거나 수정하기 위한 제도가 아니며, 오히려 현행 법률은 납세의무가 성립된 이후에 이루어지는 반출을 과세거래에서 제외하는 규정을 통하여 미납세반출제도가 납세의무의 성립을 방해하지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 또한 현행 담배소비세 미납세반출 제도는 이미 납세의무가 성립한 과세거래에 대한 징수를 연장하는 것과는 무관한 사유를 미납세반출 사유로 규정하고 있으므로 징수 유예와도 무관한 것으로 보아야 한다.

다섯째, 현행 미납세반출 규정은 2015년 12월 29일 자로 개정된 것인바, 개정 전 법률은 '담배 공급의 편의를 위하여 제조장 또는 보세구역에서 다른 제조장 또는 보세구역으로 반출하는 것'이라고 규정하여 현행 법률의 문언과는 다소 다르다고 할지라도 그 내포된 의미는 동일한 것이다. 설사 행정자치부의 예규대로 개정 전 법률상 제조장에서 보세구역으로의 반출이 미납세반출에 해당하고 이에 따라 담배소비세 납부시점이 달라진다고 할지라도 이는 납세의무 성립시기의 변경이 아니라 이미 성립한 납세의무에 대한 징수유예를 규정한 것으로 보아야 한다.

여섯째, 개별소비세 미납세반출 제도가 적용되는 경우는 '성질 상 과세대상 물품의 소비행위를 위하여 반출되거나 수입된 것에 해당하지 않는 것' 과 '개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정되는 것'으로 구분할 수 있는바, 과세대상인 물품이 당초 제조장 또는 보세구역이 아닌 장소로 반입됨으로 인하여 과세시기가 연장되거나 납세의무자가 변경된다고 할지라도, 개별소비세 보전이나 그 밖에 단속에 지장이 없다고 인정된다면 개별소비세를 과세하지 않는다고 규정

한다는 점에서, 개별소비세 미납세반출 제도는 당초의 제조장 또는 보세구역에서 반출할 때 담배소비세 납세의무가 성립된 담배에 대하여서는 그 이후 단계의 반출의 경우 과세하지 않겠다고 규정하는 담배소비세와는 크게 다르다.

일곱째, 개별소비세법의 경우에는 담배소비세의 경우와 달리 제조장 또는 보세구역에서 반출되어 다른 장소에 반입된 경우에 종전 반출에 대하여 과세하지 않고 새롭게 과세하기 위하여 제조자 또는 제조장에 대한 별도의 의제규정을 둘 필요가 있기 때문에, 개별소비세법 제14조 제4항이 담배소비세의 경우와 달리 미납세반출의 경우에 있어서 해당 물품의 반입 장소를 새로운 판매장 또는 제조장으로 보고, 그 반입자를 새로운 판매자 또는 제조자로 본다고 규정하는 것이다. 개별소비세법 상 '미납세반출 후 반입지에서 판매 또는 반출한 물품의 신고·납부 특례' 역시 이를 뒷받침하고 있다. 담배소비세의 경우에는 이러한 특례규정이 존재하지 않을 뿐 아니라, 이를 유추 적용할 수 있는 규범적 타당성 역시 없다.

여덟째, 담배소비세 미납세반출 제도는 새로운 납세의무자에 대하여 과세를 하기 위하여 이미 납세의무가 성립한 납세의무자에 대한 과세를 유보하거나, 이미 납세의무가 성립한 납세의무자에 대한 징수를 유예하는 것과는 무관한 것이다. 이 점에서 개별소비세 미납세반출의 경우와는 크게 다르다. 따라서 개별소비세법 상 미납세반출이 어떠한 법적 성격을 갖는지 여부가 담배소비세 미납세반출의 법적 성격에 대한 논의에 영향을 미칠 수는 없다.

아홉째, 개별소비세, 담배소비세 및 관세는 각 미납세반출 제도에 대하여 규정하고 있으나, 그 취지, 규율대상 및 법적 성격이 모두 동일하지 않아서 개별 세법에 따라 별도로 파악되어야 한다.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

이 준 봉

담배소비세, 미납세반출, 납세의무, 성립시기, 제조장, 보세구역, 징수유예

【참 고 문 헌】

김태호, 「지방세 이론과 실무」개정증보판, 세경사, 2016

이준봉,「조세법총론」 제3판, 삼일인포마인, 2017

이창희,「세법강의」 제12판, 박영사, 2014

유호림·윤성만, “담배소비세의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 세무학연구 제34권 제2호(한국세무학회, 2017.6.)

Charles W. Swenson & Robert Desiderio,「Bender's State Taxation: Principles & Practice」, Vol. I , LexisNexis, Feb. 2014

金子 宏,「租税法」, 第16版, 弘文堂, 2011

Abstract

A Review on the Timing of Tobacco Consumption Taxation

-focused on Collection-Exempt Removal-

Lee, Jun Bong

This paper reviews the issues relating to the timing of tobacco consumption taxation(hereinafter refered as 'TCT') in case the taxpayer as manufacturer and import distributor removes tobacco from his premises in the form of collection-exempt removal and transfers it to bonded area. The conclusions of this researches are as follows.

First, timing of liability creation on TCT should be determined for each type of taxpayers, respectively.

Second, liability on TCT is created at the time of removal from manufacturing site in case of tobacco manufacturers and at the time of removal from bonded area in case of tobacco import distributors.

Third, timing of liability creation of tobacco manufacturers is not affected by the fact that tobaccos removed from manufacturing site are transferred into bonded area.

Fourth, collection-exempt removal has no relationship with deferral or resetting of timing of liability creation on TCT.

Fifth, current collection-exempt removal has the same legal character as the pre-revision one.

Sixth, the collection-exempt removal of individual consumption tax(hereinafter referred as 'ICT') is different from one of TCT in that TCT does not impose tax on the removals after first taxable removal.

Seventh, while ICT has constructive provisions that if the articles are transferred to

other manufacturers or manufacturing sites, the new tax liability is created, TCT has no such constructive provisions and there is no normative needs to draw analogies between TCT and ICT.

Eighth, the legal character of ICT' collection-exempt removal is irrelevant to the TCT's.

Ninth, collection-exempt removals are regulated under TCT Act, ICT Act and Customs Act, respectively. But the legal characters are defined differently among them, because the legislative purposes and regulated objects thereof are not the same ones.

Lee, Jun Bong

Tobacco consumption tax, collection-exempt removal, tax liability, creation of tax liability, premises of manufacturer, bonded area, deferral of collection

‘보안관찰해당범죄’의 적격성과 위헌성

- 「보안관찰법」 제2조 제3호의 해당범죄를 중심으로 -

정지훈*

【목 차】

Ⅰ. 시작하는 글
Ⅱ. 국가기밀개념에 대한 한정합헌결정과 간첩죄의 재구성
1. 이른바 대법원의 ‘상대적 국가기밀 개념’
2. 헌법재판소의 한정합헌결정과 실질적 국가기밀개념
3. 위헌이지만 무죄가 될 수 없는 간첩죄
Ⅲ. 금품수수죄 등에 대한 한정합헌결정의 의미
1. 금품수수행위와 단순 잠입·탈출죄의 가벌성
2. 「국가보안법」 개정과 한정합헌결정의 함의
3. 특수 잠입·탈출죄의 위헌성
Ⅳ. 맺는 글

【국 문 요 약】

「보안관찰법」 제2조 제3호에는 「국가보안법」의 목적수행죄, 자진지원죄, 금품수수죄, 잠입·탈출죄 등이 해당범죄로 열거되어 있다. 이러한 범죄로 3년 이상의 자유형을 선고받은 자는 자동적으로 보안관찰처분대상자가(제3조)가 된다. 대상자는 출소와 동시에 자동적으로 자신에 관한 거의 모든 사항을 경찰에게 신고해야 하는 의무를 절대적 부정기 동안 강제당할 뿐만 아니라 평생에 걸쳐 국가의 감시대상으로 살게 된다. 이 글은 이러한 기본권 침해의 근거가 되는 「국가보안법」상 해당범죄로 인한 처벌경력이 유효한지에 대한 검증을 다룬다.

헌법재판소는 동법의 국가기밀이 되기 위해서는 비공지성·요비닉성·실질비성을 갖추어야 한다고 결정하여, 그 동안 공지된 사실에 대해서도 국가기밀로 인정해 왔던 법원의 위헌적 법률해석에 제동을 걸었다. 또한 금품수수행위와 남·북한 왕래행위를 동법의 금품수수죄와 잠입·탈출죄로 처벌하기 위해서는 국가의 존립·안

* 영남대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 처벌하는 것으로 그 적용범위를 축소제한하는 경우에만 헌법에 합치될 수 있다고 하여, 합헌적 해석범위를 분명히 밝혀놓았다.

그러나 대법원은 한정합헌결정의 기속력을 인정할 수 없다는 형식논리를 동원하여 위헌조항에 근거한 과거의 유죄판결에 대한 재심을 기각하고 있을 뿐만 아니라, 위헌이라고 판단된 종래의 국가기밀개념을 여전히 고수하고 있다. 금품수수죄와 단순 잠입·탈출죄 역시 한정합헌결정과 그에 따른 1991년 개정법률에도 불구하고 대법원의 유죄인정 논리는 여전히 헌법재판소에 의해 금지된 내용으로 채워져 있다. 여기에 특수 잠입·탈출죄는 거듭되는 한정합헌결정에 상관없이 법문의 변화도 전혀 없이 위헌결정 이전과 동일하게 적용되고 있다. 이와 같이 현행 보안관찰해당범죄 목록에 속해 있는 「국가보안법」의 조항은 수차례의 위헌결정으로 부적합선고를 받았음에도 불구하고 현재까지 위헌적인 법률적용을 통해 유효하게 작동하고 있다. 하지만 1987년 개정 이후 「보안관찰법」의 해당범죄목록에는 어떠한 변화(개정론)도 없다. 입법자의 직무유기와 법원의 기만적인 형식논리, 그리고 학계의 무관심이 더해져 반헌법적인 틀에 맞춰 대상자를 찍어 내고 있는 상황이 벌어지고 있는 것이다. 「국가보안법」과 「보안관찰법」에 대한 정치적·학문적 논쟁의 진영에서 어느 쪽에 속해있는지와 상관없이 헌법재판소의 위헌결정이 있었다는 사실과 거기에 담겨 있는 합헌조건의 효력은 부인할 수 없다. 그러므로 위헌결정취지에 어긋나는 과거·현재의 판결과 해당범죄목록은 재심과 법률개정을 통해 변경(폐지)되어야만 한다.

I. 시작하는 글

「보안관찰법」 체제는 특정한 범죄로 3년 이상의 자유형을 선고받은 자에게 예외 없이 작동한다. 동법 제2조에는 여기에 해당하는 처벌조항을 열거하면서, 「형법」과 「군형법」의 간첩죄 등을 비롯하여, 「국가보안법」상 잠입·탈출죄와 금품수수죄, 그리고 목적수행죄와 자진지원죄를 통해 「형법」에 규정되어 있는 80여개 조항, 100여 종류의 범죄구성요건을 '보안관찰해당범죄'(이하 '해당범죄')라는 이름으로 망라해 놓고 있다. 해당범죄 목록에는 사형만을 선고할 수 있는 여적죄부터, 법정형의 하한선이 3년을 넘는 중범죄로 거의 대부분이 채워져 있다.[1] 이에 따라

해당범죄로 실형(實刑)을 선고 받은 자는 동법의 적용대상인 '보안관찰처분대상자'(제3조)에서 벗어나기 어렵다.

보안관찰처분대상자(이하 '대상자')는 다른 보안처분 근거법률에서 찾아볼 수 없는 「보안관찰법」만의 특유한 개념이다. 피보안관찰자(제4조)처럼 재범의 위험성이 인정된 자가 아닌데도 불구하고, 출소와 동시에 무조건적으로 자신과 관련된 거의 모든 사항을 관할경찰서장에게 신고해야 하는 의무를 절대적 부정기 동안 강제당할 뿐만 아니라, 자신과 주변인의 모든 동태는 평생 동안 경찰의 상시적인 감시대상이 된다.[2] 형 집행 후 사회로 복귀하는 즉시 대상자로 포획하여 전방위적인 기본권 침해를 예외 없이 개시한다는 점에서, 이는 결국 해당범죄로 3년 이상의 자유형을 선고받은 사실이 기본권 침해의 근거일 수밖에 없음을 의미한다.

이 글의 문제의식은 해당범죄로 인한 (단 한번의) 처벌경력만으로 대상자에게 가해지는 차별적인 의무의 강제가 정당화될 수 있는지를 검토하는데 놓여 있다. 각각의 구성요건이 해당범죄로서 적합한 것인지를 검토하기 위해서, 개별 해당범죄로의 처벌이 유효한 것이었는지를 검증하는 작업으로 이루어진다. 이를 위해서 미리 설정된 이념적 좌표에 따르는 것이 아니라 이미 수차례 선언된 헌법재판소의 위헌결정을 전거로 동원한다. 그리고 지면의 양적인 한계를 고려하여, 국가보호법제에서 가장 상징적인 「국가보안법」 안의 해당범죄목록을 중심에 두고 논의를 진행하기로 한다.

II. 국가기밀 개념에 대한 한정합헌결정과 간첩죄의 재구성

「국가보안법」 제4조 제1항 제2호에는 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 정부참칭이나 국가변란이라는 목적을 위해서 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달·중개하거나 군사상 기밀을 누설한 경우, 그리고 적국의 간첩을 방조한 자를 처벌대상으로 규정하고 있다('목적수행 간첩죄'). 제5조는 반국가단체나 그 구성원

1) 금품수수죄가 7년 이하의 징역(제5조 제2항), 단순 잠입·탈출죄가 10년 이하의 징역(제6조 제1항), 선동·선전죄 및 허위사실날조·유포죄가 2년 이상의 징역에 해당하고(제4조 제1항 제6호), 그 밖에 각종 예비·음모죄가 '2년 이상' 또는 '10년 이하'의 법정형을 가지고 있는 정도이다.

2) 보안관찰처분대상자에게 가해지는 이러한 기본권 침해가 개인정보자기결정권, 평등권, 진술거부권 등에 위반될 뿐만 아니라 그 목적과 기능이 보안관찰과 다르지 않다는 점에서, 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 부과에 해당하여 위헌이라는 주장에 대해서는 정지훈, "'보안관찰처분대상자'에 대한 신고의무와 경찰감시의 위헌성", 「형사법연구」 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017, 71면 이하를 참조할 것.

또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 동일한 행위를 한 자에게 적용된다(‘지원목적 간첩죄’). 아래에서는 목적수행 간첩죄가 지원목적 간첩죄와 동일한 처벌대상과 법정형을 규정하고 있으면서 신분범인 점을 고려하여 전자를 중심으로 문제점을 살펴보기로 한다.

1. 이른바 대법원의 ‘상대적 국가기밀개념’

목적수행 간첩죄는 국가기밀과 군사상 기밀의 개념에 따라 두 가지로 나누어 법정형이 구분되어 있다. 가목에서는 “국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식”에 해당하는 군사상 기밀 또는 국가기밀에 대한 간첩행위를 사형 또는 무기징역으로 처벌하고, 나목은 “가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀”에 대하여 「형법」상 간첩죄와 동일한 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

이러한 조문형태로 보건대, 나목의 군사상 기밀 또는 국가기밀이 원칙적인 것으로 「형법」의 간첩죄와 「국가보안법」 제4조 제1항 제5호의 “국가기밀에 속하는 서류 또는 물품”이라는 범죄구성요건에서 이를 공유하고 있다. 가목은 여기에 비공지성(‘한정된 사람에게만 지득이 허용’)과 요비닉성(‘적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할’), 그리고 실질비성(‘국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여’)을 요건으로 추가하여 가중처벌을 정당화하는 구조를 띠고 있다.

그런데 ‘국가기밀’ 혹은 ‘군사상 기밀’에 관해서는 「형법」이나 「국가보안법」 어디에도 개념이나 형태에 대한 규정을 두고 있지 않아, 법원의 확립된 해석론이 법규적 기능을 수행해 왔다. 대법원은 1997년 전원합의체 판결 이전까지 일관되게 “국가기밀이란 순전한 의미에서의 국가기밀에만 국한할 것이 아니고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 걸쳐서 북괴가 알거나 모르거나를 묻지 않고 대한민국의 국방정책상 북한에 알리지 아니하거나 확인되지 아니함이 이익이 되는 모든 사항을 포함”[3]한다는 입장을 기반으로 하고 있었다.

이에 따라 ① 민심동향을 파악·수집하거나,[4] ② 자명하고도 당연하여 상식에

---

3) 예컨대 대법원 1986. 2. 25. 선고 85도2533 판결; 1988. 11. 8. 선고 88도1630 판결.

4) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1630 판결(“간첩죄에 있어서의 국가기밀이란 순전한 의미에서의 국가기밀에만 국한할 것이 아니고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 걸쳐서 대한민국의 국방정책상 북한에 알리지 아니하거나 확인되지 아니함이 이익이 되는 모든 기밀사항을 포함하고, 지령에 의하여 민심동향을 파악· 수집하는 것도 이에 해당되며, 그 탐지· 수집의 대상이 우리 국

속하는 사실,[5] ③ 신문기사 또는 책자 등을 통해 널리 알려진 사실[6] 등과 같은 '공지의 사실'인 경우에도, '반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고 대한민국에게 불이익을 초래'한다는 명목으로 국가기밀로 포섭해 왔다(이하 '상대적 국가기밀개념'[7]). 군사상의 기밀에 대해서도 "순전한 군사상의 기밀뿐만 아니라 모든 사실이 군사력에 직결되는 현대전의 양상 아래에서는 사회, 정치, 경제에 관한 기밀은 동시에 군사상의 기밀에 속하는 것"[8]이라고 판시하여, 국가기밀과 내용상 차이를 두지 않는다.

2. 헌법재판소의 한정합헌결정과 실질적 국가기밀개념

가. 국가기밀의 요건 : 비공지성·요비닉성·실질비성

1997년 헌법재판소는 대법원의 위와 같은 해석론에 대하여, "'국가기밀'이라는 문언의 문의적(文意的) 한계를 훨씬 벗어나고 '기밀'의 실질적 요건을 헐어버린 것으로서 그 적용범위가 지나치게 광범하고 모호하여, 법피적용자에게 무엇이 금지되고 처벌되는 행위인가에 관하여 명확한 예측가능성을 제공하는 기능을 하지 못할 뿐만 아니라 법적용당국의 자의적인 법해석·적용을 초래할 우려가 있어 결국 죄형법정주의에 위배"[9]된다고 위헌성을 분명하게 지적하였다.

그러면서 「국가보안법」 제4조 제1항 제2호의 국가기밀은 "일반인에게 알려지지

민의 해외교포사회에 대한 정보여서 그 기밀사항이 국외에 존재한다고 하여도 위의 국가기밀에 포함된다").

5) 대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결("그 내용사실이 대한민국에서는 자명하고도 당연하여 상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에는 유리한 자료가 되고 우리나라에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다").

6) 대법원 1994. 5. 24. 선고 94도930 판결("신문기사를 통하여 또는 국내에서 적법하게 간행된 책자 등을 통하여 국내에 널리 알려진 공지의 사항이라도 반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고 대한민국에게 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다.").

7) 국가기밀개념 자체가 본래 절대적인 것이 아니라 상대적인 것으로서 그 시기와 장소 및 상황에 따라 기밀성 여부가 달라질 수 있는 특성을 가지고 있다. 하지만 글쓴이가 본문과 같은 대법원의 해석론을 '상대적 국가기밀개념'이라고 칭하는 것은 이러한 상대성을 의미하는 것이 아니라, 기밀여부를 정보자체의 성격이 아닌 오로지 반국가단체인 북한에게 유리하고 대한민국에게 불이익을 초래할 수 있는지라는 '상대적인' 비교를 통해서만 판단하고자 하는 해석론의 특징을 부각시키고자 한 것이다(같은 취지로 상대적 국가기밀개념이라는 용어를 사용하고 있는 문헌으로 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2006, §42/35).

8) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80도1430 판결.

9) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240. 이러한 논지는 이미 1992년에 헌법재판소가 (구)「군사기밀보호법」(법률 제2387호) 제2조 제1항의 "군사상의 기밀"에 관한 해석론으로, "군사기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖춤과 아울러 그 내용이 누설될 경우 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼 실질가치를 지닌 것"이라고 제시된 바 있다(1992. 2. 25. 89헌가104).

아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식이라고 해석"[10]하는 경우에 한해서 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 다시 말해 "국가기밀은 일반인에게 알려지지 아니한 것 즉 비공지의 사실로서, 국가의 안전에 대한 불이익의 발생을 방지하기 위하여 그것이 적국 또는 반국가단체에 알려지지 아니하도록 할 필요성 즉 '요비닉성'이 있는 동시에, 그것이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질적 가치가 있는 것 즉 '실질비성'을 갖춘 것"[11]만 국가기밀로 인정하도록 한 것이다(이하 '실질적 국가기밀개념'). 대법원의 승인 하에 마구잡이식으로 운영되던 국가기밀개념은, 헌법재판소에 의해 명시적으로 위헌성이 확인됨으로써 대부분의 기반을 상실하게 되었다.

나. 위헌결정으로서 한정합헌결정의 기속력과 재심

헌법재판소는 「국가보안법」의 국가기밀에 대한 법원해석의 위헌성을 적시하면서도, '비공지성·요비닉성·실질비성을 갖춘 것만 국가기밀로 한정하는 해석을 하는 한 헌법에 위반되지 아니한다'는 한정합헌결정의 주문방식을 채택하였다. 위헌법률심사에 있어 단순위헌결정은 물론이고 한정위헌결정과 헌법불합치결정, 그리고 '한정합헌'결정도 모두 '위헌'결정에 포함되기 때문에 이들 결정들은 「헌법재판소법」 제47조 제1항(또는 제75조 제1항)의 기속력을 갖는다.[12] 이에 따라 법원을 비롯한 모든 그 밖의 국가기관은 한정합헌결정의 의미를 넘어선 내용으로 국가기밀개념을 해석·적용할 수 없다.[13] 특히 「국가보안법」과 같은 형벌에 관한 법률에 대한 위헌결정은 소급하여 당연무효가 되므로(「헌법재판소법」 제47조 제3항), 위헌성이 확인된 법원의 해석에 의해 유죄가 확정된 판결들은 모두 재심청구의 대상이 되

---

10) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240.

11) 헌법재판소 1997. 1. 16. 92헌바6・26, 93헌바34・35・36(병합)

12) 헌법재판소 위의 결정("헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다. … (생략) … 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제한 것이고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석 가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐, 본질적으로는 다 같은 부분위헌결정이다").

13) 헌법재판소 1992. 2. 25. 89헌가104("이 사건 주문(主文) 중 '… 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.'라는 문구의 취지는 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조, 제2조 제1항 소정의 군사상의 기밀의 개념 및 그 범위에 대한 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대해석은 바로 헌법에 합치하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 것이다").

고(동법 제47조 제4항), 한정합헌결정의 취지에 수렴될 수 없는 국가기밀개념을 적용한 사건에 대하여는 「형사소송법」 제325조에 따라 무죄선고를 하여야 한다.[14]

그리고 한정합헌결정의 이러한 기속력은 헌법재판소의 직접적인 판단대상이었던 목적수행 간첩죄 및 지원목적 간첩죄(와 이들의 미수범, 예비·음모죄 포함)에 그칠 것이 아니라, 종적·횡적으로 국가기밀개념을 공유하고 있는(있었던) 「형법」상 간첩죄[15]나 (구)「반공법」 등 모든 법률에 의한 처벌경력에 대해서도 폭넓게 미치도록 해야 마땅할 것이다.[16] 「보안관찰법」은 1989년 법률의 부칙 제2조 제2호를 통해 과거에 폐지된 법률에 의한 처벌경력자를 광범위하게 동법의 적용대상자로 포함시켜 놓고 있다. 이에 따라 해당범죄의 위헌성 문제는 부칙에 들어있는 1953년의 제정「형법」(법률 제293호)과 1958년 개정을 통해 국가기밀의 탐지·수집이 처음 들어온 (구)「국가보안법」(법률 제500호. 1959년 1월 16일 시행)까지 거슬러 올라가게 된다.

3. 위헌이지만 무죄가 될 수 없는 간첩죄

그러나 현실에서는 국가기밀에 대한 한정합헌결정에도 불구하고 대상자가 재심과 그로 인해 무죄를 받을 가능성은 대법원에 의해 거부되고 있다. 이로 인해 간첩죄는 무효가 되었지만 그로 인한 처벌경력은 계속 유효한 상태이므로, 보안관찰처분대상자에서 벗어나지 못한다. 이러한 위헌적 상황을 초래하게 된 장애사유를 근거별로 나누어 설명하면 아래와 같다.

가. 한정합헌결정의 기속력을 부정하는 대법원

대법원은 한정합헌결정의 기속력을 인정하지 않는다. 한정합헌(위헌)결정은 유효하게 존속하는 법률이나 법률조항의 의미·내용과 그 적용 범위에 관한 해석기준을 제시하는 법률해석에 불과한 것이므로, 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·

---

14) "형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 같은 법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다"는 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.

15) 대법원은 「국가보안법」과 「형법」의 간첩죄의 대상이 되는 국가기밀개념을 구분하지 않고 함께 판단해 왔다. 예컨대 "국가보안법 제4조 제1항 제2호, 형법 제98조 제1항 소정의 간첩죄의 대상이 되는 국가기밀은"라는 표현으로 대법원 1987. 5. 26. 선고 87도432 판결.

16) 한정합헌결정이나 한정위헌결정과 같은 변형결정의 기속력은 그 결정의 대상이 된 규정과 법적으로 동일한 취급이 요구되는 유사한 경우들에 대해서도 그 효력이 미치는 것으로 보아야 한다는 견해로 이상돈, 「기초법학」, 법문사, 2008, 266면.

적용 권한에 대하여 기속력을 가질 수 없다는 게 법원 측의 일관된 입장이다.[17] 이에 따라 한정합헌(위헌)결정을 이유로 한 재심청구도 받아들이지 않고 있다.[18]

직접적인 예로써 목적수행 간첩죄(「국가보안법」 제4조 제1항 제2호 나목)로 처벌받았던 자가 동 조항에 대한 1997년의 한정합헌결정을 근거로 재심을 청구한 바 있다. 하지만 서울고등법원은 한정합헌결정의 기속력을 부정하고 있는 대법원의 입장을 근거로 재심기각결정을 내렸다.[19] 이와 같은 법원의 논리에 따르게 되면 위헌적 확대해석으로 처벌받은 누구에게도 재심에 의한 판단을 받을 기회조차 주어질 수 없는 것이다. 법률 또는 법률조항의 외형적인 존속 여부로 헌법재판소 결정의 기속력을 판단하는 대법원의 형식논리에 의해 형벌규정의 위헌결정에 따른 소급적 무효와 그에 따른 재심청구를 명시하고 있는 「헌법재판소법」 제47조 제3항과 제4항의 입법취지는 껍데기만 남게 된다.

나. '상대적 국가기밀개념'의 고수

대법원은 1997년 전원합의체 판결을 통해 목적수행 간첩죄의 국가기밀이 되기 위해서는 '비공지성'과 '실질비성'을 갖춰야 한다고 판시하면서 이와 부합하지 않는 판례를 폐기하였을 뿐만 아니라,[20] 잇따른 판결을 통하여 위의 요건 외에 '요비닉성'까지 동원하여 국가기밀 여부를 판단한 바 있다.[21] 한정합헌결정 취지와 맞추어 세 가지 기준을 충족할 것을 요구하는데 까지 이른 것이다. 이렇게 대법

---

17) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결 등.

18) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결("헌법재판소법 제75조 제7항에서 재심을 청구할 수 있는 사유로서 규정하고 있는 '헌법소원이 인용된 경우'라 함은 법원에 대하여 기속력이 있는 위헌결정이 선고된 경우를 말하는 것인바, 그 주문에서 법률조항의 해석기준을 제시함에 그치는 한정위헌결정은 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 기속력을 가질 수 없고, 따라서 소송사건이 확정된 후 그와 관련된 헌법소원에서 한정위헌결정이 선고되었다고 하여 위 재심사유가 존재한다고 할 수 없다").

19) 서울고등법원 2001. 5. 10. 97재노1.

20) 대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체 판결("현행 국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 한다").

21) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97도1656 판결("남한의 미전향 장기수들의 인적사항, 수감교도소, 복역실태, 생활실태 등과 휴전선 부근의 지리상황, 땅굴발견을 위한 남한의 동태 등으로서 위와 같은 내용들은 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없을 정도로 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실이 아닐 뿐만 아니라 국가의 안전에 대한 불이익을 방지하기 위하여는 반국가단체에 알려지지 아니하도록 할 필요성 및 그것이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만한 실질적인 가치성도 있다").

원이 한정합헌결정의 취지를 받아들인 판결문만 보면 과거의 간첩죄 유죄판결이 재심의 의해 구제될 가능성을 기대해 볼 수도 있다.[22] 하지만 법원이 구체적 사실관계에서 국가기밀을 해석·적용한 사례를 살펴보면, 여전히 과거의 위헌적 확대해석('상대적 국가기밀개념')에 의한 간첩죄 인정을 포기하지 않았음을 확인할 수 있다. 이에 따라 설사 한정합헌결정을 근거로 한 재심의 청구가 받아들여진다 해도 간첩죄로 인한 (과거의)유죄확정판결이 뒤집힐 것을 기대하기는 무망한 일이 되어 버렸다.[23]

다. 공지사실의 비공지화 논리

대법원은 위 1997년 전원합의체판결[24]에서부터 "국내에서 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야" 한다는 원칙을 앞세우고 있다. 하지만 그 바로 뒤에 "다만 국가보안법 제4조(목적수행)가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행행위를 처벌하는 규정이므로"라는 단서를 전제로 붙이고 나서, "공지된 것인지 여부는 신문방송 등 대중매체나 통신수단의 발달 정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없을 것이라고 판단되는 경우 등이라 할 것"이라고 연결 짓고 있다.[25]

'더 이상 탐지·수집이나 확인·검증의 필요가 없는 것'이라는 막연한 언술을 기준처럼 포장함으로써 일반인에게 알려진 사항에 대해서도 국가기밀로 포섭할 수 있는 뒷문을 마련해 놓은 것이다. 이를 통해 학술세미나 자료, 대학가의 유인물이나 국내

---

22) 헌법재판소의 위헌결정 이후 그에 따라 대법원의 판례도 변경되었다는 서술이 형법 교과서의 일반적인 설명태도이다(신동운, 「형법각론」, 법문사, 2017, 32면; 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」(제10판 보정판), 박영사, 2017, §40/21; 임웅, 「형법각론」(제7정판), 법문사, 2016, 852면 등).

23) 한정합헌결정의 기속력이 인정되지 않음을 명분으로 재심개시를 인용하지 않았지만 기각결정의 실질적인 이유는 법원이 국가기밀의 요건에 대한 과거의 위헌적 해석을 여전히 고수하고 있기 때문이라는 분석으로 김종철, "한정결정과 재심", 「세계헌법연구」 제15권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2009, 87면.

24) 대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체 판결.

25) 대법원이 굳이 목적수행죄의 입법취지를 단서(但書)로 부가하여 앞뒤를 연결 지은 이유는 무엇일까. 여기서 본죄가 일반인의 기밀탐지 등을 문제 삼는 것이 아니라 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 국내에서의 활동을 규제하는 것이므로 그와 같은 신분을 가진 목적수행 활동으로서의 탐지·수집 등의 대상이 되는 국가기밀의 개념은 가급적 폭넓게 해석하는 것이 합목적적이라면서 국가기밀의 요건으로 비공지성이 불필요하다는 주장(황교안, 「국가보안법」, 박영사, 2011, 105면)에 담긴 논리가 중요한 단서(端緖)로 눈에 들어온다.

대형서점에서 판매하는 군사잡지의 내용일지라도 입수에 한계가 있(다고 판단하)거나, 국내 주요일간지나 방송에 보도된 내용도 그 진위여부를 확인하고 분석하는 작업이 보태어 졌다는 이유로 비공지성을 충족하는 것으로 둔갑시키고 있다.[26]

라. '사소한 기밀'(?)과 실질비성

대법원은 '그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치', 곧 실질비성을 기밀의 요건으로 설시하면서도 종래의 '상대적 국가기밀개념'을 동원하여 '사소한 기밀'에 대한 실질비성을 인정하고 있다. 비공지성 인정의 논리와 마찬가지로 목적수행죄의 처벌취지를 교두보로 깔고, 해당 기밀이 사소한 것이라도 그것이 "누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면"[27]이라는 과거의 기준으로 회귀하여 실질적 위험성을 인정하고 있기 때문이다.[28]

반면 헌법재판소는 실질비성을 "국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질적인 가치가 있는 것"이라고 협소하게 개념 지으면서,[29] "어떤 비밀의 내용이 누설되는 경우 그것이 국가안전보장에 미치는 영향의 내용 내지 정도가 객관적으로 보아 애매모호하다거나 사소한 것이라거나 구체성이 현저히 결여되어

---

26) 대법원 1998. 4. 10. 선고 98도82 판결("한정된 범위 내의 사람만이 참관할 수 있는 학술세미나, 국방산업박람회 또는 일반인이 쉽게 구할 수 없는 대학가 유인물이나 주변 인물들로부터 탐지·수집한 것이고, 피고인이 국방 관계 내용을 수집하였다는 국방과 기술, 군사평론, 국방저널, 군사세계 등의 군사관련 잡지는 일반인에게 배포가 되지 않거나 서점에서 입수가 가능하다고 하더라도 일부 한정된 대형서점에서만 구입이 가능하고, 일부가 해외에도 배포가 되기는 하나 이는 해외대사관 등 제한된 범위 내에서만 배포되는 것으로 입수에 한계가 있어 공지의 사실이라고 할 수 없고, 비록 위 공소사실 중 피고인이 탐지·수집·전달한 일부 내용이 국내 주요일간지나 방송에 보도된 내용에 포함되어 있으나 이를 그대로 보고하거나 단순히 종합하여 보고한 것이 아니라 주변인물들로부터 탐문한 내용이나 여론의 동향 등을 종합 분석하여 보고한 것으로 북한공산집단이나 그 지령을 받은 피고인이 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증이 필요없는 것이라고 판단되지 아니하므로 이를 공지의 사실이라고 할 수 없고, 그 내용도 북한공산집단에게 알려질 경우 대한민국의 안전에 위험을 초래할 우려가 있다고 볼 만한 실질가치가 있다고 판단되므로").

27) 대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체 판결.

28) 예컨대 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도320 판결; 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010도6310 판결 등("다만 국가보안법 제4조 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행행위를 처벌하는 규정이므로 … (중략) … 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다 할 것이다").

29) 이와 비교해 대법원은 실질비성을 '국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있는 경우'라고 표현하고 있다. 이러한 개념에 의하면 국가의 안전에 위험을 초래할 고도의 개연성이 있는 경우뿐만 아니라 막연한 우려나 단순한 의심 정도에 대하여서도 관련 법조문을 적용시켜 처벌할 수 있다는 점에서(이러한 비판은 헌법재판소 1992. 9. 25. 88헌가104 참조), 결국 법원이나 검찰의 편의적·자의적 법운영으로 인한 위헌성이 발생할 수밖에 없음 의미하는 것이다.

있는 것 등은 제외되어야 함을 뜻한다"[30]고 하여 기밀개념에 대한 어떠한 해석이 위헌에 해당하는지를 명시적으로 밝혀 놓은 바 있다.

이에 따라 헌법재판소와 대법원의 실질비성을 판단하는 시각의 차이는 '사소'하다고 판단된 정보에 대한 탐지·수집이나 누설행위를 간첩죄로 처벌할 것인지에서 분명하게 드러난다.[31] 하지만 문제되는 정보를 '사소'(些少)하다고 부른다는 자체가 이미 국가의 안전에 미치는 영향력이 보잘 것 없이 작거나 적다는 판단, 곧 실질비성이 결여된 정보를 의미하는 것이다. 이를 '외부에 드러내서는 안 될 중요한 비밀'이라는 뜻을 담고 있는 기밀(機密) 개념과 함께 사용하는 것은 '둥근 사각형'같은 형용모순적 표현에 불과하다. 헌법재판소가 대법원의 해석에 대하여 "'국가기밀'이라는 문언의 문의적(文意的) 한계를 훨씬 벗어나고 '기밀'의 실질적 요건을 헐어버린 것"[32]이라고 지적한 것은 결코 과언이 아니다. 따라서 대법원이 실질비성을 국가기밀의 요건으로 천명하면서도 '사소한 기밀'이라는 언어도단적 표현을 통해 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 명백한 위험성을 지닐 수 있다고 하는 것은 자가당착적이고 헌법이탈적인 해석 외에 다른 것일 수 없다.

III. 금품수수죄와 잠입·탈출죄 등에 대한 한정합헌결정의 의미

「보안관찰법」 제2조 제3호의 「국가보안법」상 해당범죄 목록에는 목적수행죄(제4조), 자진지원죄(제5조 제1항[33]) 외에도, 금품수수죄(제5조 제2항[34]), 잠입·탈출죄(제6조), 무기제공죄(제9조 제1항)가 열거되어 있다. 이미 언급한 바와 같이 이러한 해당범죄로 3년 이상의 자유형을 선고·집행받으면 보안관찰처분대상자가 된다(제3조). 이러한 대상자 요건에 의해 동법의 피적용자는 「보안관찰법」이 법률 제

30) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240.

31) 국가기밀의 실질가치성에 대하여 헌법재판소가 국가의 안전에 명백한 위험을 주는지 여부를 기준으로 판시하는 반면, 대법원은 반국가단체에 이익이 되고 대한민국에 불이익이 되는지 여부를 기준으로 제시하고 있어 대법원에서 인정하는 국가기밀의 범위가 보다 광범위하다는 지적은 이효원, "남북한관계에 대한 판례 분석", 「서울대학교 법학」 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 13면.

32) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240.

33) 다만 제4조 제1항 제6호에 해당하는 행위, 즉 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 자진지원할 목적으로 제4조 제1항 제1호부터 제5호까지의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 허위사실을 날조 또는 유포한 경우는 제외된다.

34) 금품수수죄에 대한 예비·음모는 1991년 개정으로 삭제되었다.

4132호로 시행되기 시작한 1989년 9월 17일 '이전에' 범한 자에게까지 확대될 수 있다. 이에 따라 본문 제2조 제3호의 시간적 적용범위는 1988년 「국가보안법」(법률 제3993호) 뿐만 아니라 1980년 법률(법률 제3318호)까지 거슬러 올라간다.[35]

1. 금품수수행위와 단순 잠입·탈출행위의 가벌성

가. 금품수수죄의 구성요건과 국가적 법익

1991년 개정되기 전까지 금품수수죄는 '반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 그 정을 알고 금품을 수수'하면 성립하였다. 대법원은 이 조문을 적용함에 있어 단순히 금품을 교부하는 자가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자라는 정을 알면서 그로부터 금품을 수수하기만 하면 본죄의 성립을 인정해왔다.[36] 이에 따라 선거자금,[37] 채무변제,[38] 사업자금이나 토지매매계약대금,[39] 생활비나 선물 명목[40] 등의 경우에도 광범위하게 금품수수죄를 적용하는 판례가 집적되어 왔다. 금품수수의 목적 또는 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행과 관련이 있어야 하거나[41] 반국가단체의 이익이 된다는 정을 알아야 하는 등과 같은 실질적인 해악성을 전혀 따져보지 않은 채 금품을 건네준 사람이 누구인지를 유일한 가벌성의 근거로 삼고 있는 것이다.[42]

그러나 반국가단체의 구성원 또는 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 행위나 허가받지 않은 남·북한 왕래행위만으로 '국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활

---

35) 1989년 부칙 제2조 제1호와 1991년 부칙 제2항에서도 이러한 소급적용이 확인된다. 한편 금품수수죄는 1958년 「국가보안법」(법률 제500호)부터, 잠입·탈출죄는 불법지역왕래죄라는 이름으로 1960년 개정법률(제549호)부터 도입되었다. 「보안관찰법」은 이들 법률의 위반자에 대해서도 1989년 부칙 제2조 제2호를 통해 동법의 적용대상자로 포함시켜 놓고 있다.

36) 대법원 1962. 4. 4, 선고 62도24 판결; 1971. 1. 26, 선고 70도2357 판결; 1971. 9. 28, 선고 71도1124 판결; 1982. 7. 13, 선고 82도968 판결 등.

37) 대법원 1985. 1. 22. 선고 84도2323 판결.

38) 대법원 1962. 4. 4. 선고 62도24 판결.

39) 대법원 1971. 9. 28. 선고 71도1124 판결.

40) 대법원 1974. 4. 23. 선고 74도694 판결; 1984. 10. 10. 선고 84도1796 판결.

41) 종래에는 "국가보안법 제5조 제2항의 금품수수죄가 성립되려면 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수하되 반국가단체의 목적수행에 관련이 있는 것이라야 한다"는 판례가 일부 있어 왔었다(대법원 1970. 10. 13. 선고 70도1763 판결; 1980. 2. 12., 선고 78도90 판결). 하지만 "국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄는 금품을 교부하는 자가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자라는 정을 알면서 그로부터 금품을 수수하면 금품수수의 목적이 무엇이건 가리지 않고 성립되는 것이고, 그밖에 반국가단체의 이익이 된다는 정을 알고 금품수수를 할 것과 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행과 관련이 있어야만 할 것 등은 그 성립요건이 아니다"라는 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1367 전원합의체 판결에 의해 폐기된 바 있다.

42) 박원순, 「국가보안법연구3: 국가보안법폐지론」, 역사비평사, 1992, 78면.

동'(제1조 제1항)으로 볼 수 있는지 의문이다. 금품증여자가 범죄인이고 그 사실을 알았더라도 그 범죄사실과 상관없는 금전적인 거래행위에는 어떠한 불법성도 인정할 수 없다. 따라서 북한 국적의 조총련계 재일동포인 친척에게 생활비를 준 경우(혹은 주려다가 실패하면 본 죄의 미수범으로) 이를 바로 7년 이하의 징역으로 처벌할 것이 아니라(이를 통해 보안관찰처분대상자로 포섭할 것이 아니라), 공작자금의 유입으로 볼 수 있는 등 반국가활동과의 관련성이 인정된 경우에만 국가적 법익에 대한 범죄로 정당화될 수 있는 것이다.

나. 단순 잠입·탈출죄의 형법적 불법성

제6조 제1항에 위치해 있는 '단순 잠입·탈출죄'[43]는 1991년 개정 전까지 '반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나, 그 지역으로 탈출한 자'를 처벌하는데 사용되었다. 동기나 목적·수단·방법이 무엇이든 간에 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 넘어가거나[44] 그곳으로부터 들어오는 행위 자체에 가벌성의 근거를 둔 것이다. 그런데 1990년에 「남북교류협력에 관한 법률」이 제정된 이후로는 '동법의 적용을 받지 않는'[45] 방북행위에 주로 적용되고 있다. 동법 제9조의 절차에 의해 통일부장관으로부터 방문증명서를 발급받아 북한을 방문한 이상 원칙적으로 단순 탈출죄가 적용될 수 없다는 것이 대법원의 판단이기 때문이다(원칙적 소극).[46] 동법에서는 승인을 받지 않고 방북하거나, 거짓 또는 그 밖의 방법으로 방북승

---

43) 「국가보안법」 제6조 제1항의 죄는 제2항에 비해 목적 없는 잠입·탈출행위 자체를 처벌하기 위한 조항이라는 점에서 이를 '단순 잠입·탈출죄'로 부르고, 제2항을 '특수 잠입·탈출죄'라는 죄명으로 구분하여 사용하는 것이 실무상 사용례라는 설명으로 황교안, 앞의 책, 256면. 이 글은 설명의 편의를 위해 이하에서는 이러한 구분명칭을 사용한다.

44) 대한민국의 통치권이 실지로 행사되는 지역으로부터 직접 들어가는 행위와 제3국을 통하여 들어가는 행위 및 제3국에서 거주하다가 들어가는 행위가 자의로 행해진 이상 모두 단순 탈출죄에 해당한다는 대법원 1997. 11. 20. 선고 97도2021 전원합의체 판결.

45) "남북교류협력에관한법률 제3조는 '남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다'고 규정하고 있으므로 남한과 북한을 왕래하는 행위가 위 조항에 해당되어 국가보안법의 적용이 배제되기 위하여는 우선 그 왕래행위가 남북교류와 협력을 목적으로 하는 것이라야 한다"(대법원 1993. 2. 9. 선고 92도1815 판결).

46) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결의 다수의견("북한 방문자가 오로지 법률상 허용될 수 없는 다른 행위를 하기 위하여 북한을 방문한 것이고 밖으로 내세운 방문목적은 단지 북한 방문증명서를 받아내기 위한 명목상의 구실에 불과한 것이었다고 볼 수 있는 경우가 아니라면 그 북한 방문행위 자체는 정당성이 인정된다고 볼 것이고, 그 다른 행위에 대하여 해당 처벌 조항에 따른 죄책을 묻는 것은 별론으로 하더라도, 더 나아가 북한 방문행위 자체를 통일부장관이 허용한 방문목적과 전혀 다른 행위를 한 위의 경우와 동일시하여 남북교류와 협력을 위한 행위로서의 정당성을 전면 부정하고 국가보안법상의 탈출행위로 처벌하여서는 아니 된다").

인을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 이하의 벌금으로 처벌된다(제27조).

이에 따라 단순 잠입·탈출죄는 '남북교류·협력을 목적'(제3조)으로 하지 않아 정부로부터 승인받지 못한 남·북한 간의 왕래행위를 처벌하는 조항으로 작동하게 되었다. 이러한 구조에 따르면, 동일한 남·북한 방북행위에 대하여 법적용기관은 '남북교류·협력을 목적으로 하는지'라는 막연한 기준에 의해 「국가보안법」의 적용 여부가 달라진다. 정부의 승인 없는 방북행위에 대하여 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동으로 보아 10년 이하의 징역이라는 형사범으로 처벌할 수도 있고, 행정목적상 필요한 정부당국의 승인·허가를 받지 않은 의무위반인 행정범으로 의율할 것인지가 결정되는 것이다. 이는 결국 통일부장관의 승인이라는 행정적 처분에 의해 「국가보안법」의 적용 여부를 맡겨놓은 셈이다.[47] 더 나아가 「국가보안법」에 의하면 단순 잠입·탈출죄의 미수범은 물론이고 예비·음모까지 처벌하고 있으므로(제6조 제4항과 제5항), 이를테면 통일부장관의 북한방문 승인을 받지 못한 자가 포기하지 않고 방문증명서를 발급받기 위해 한 준비행위에 대해서까지도 미수 또는 예비·음모로 처벌할 수 있다. 보안관찰해당범죄에 단순잠입·탈출죄뿐만 아니라 미수범과 예비·음모까지 빠짐없이 포함되어 있음은 물론이다.

2. 「국가보안법」 개정과 한정합헌결정의 함의

가. 1991년 금품수수죄 등의 개정과 그 한계

1990년에 헌법재판소는 「국가보안법」(법률 제3318호)의 찬양·고무죄(제7조 제1항 및 제5항)에 대하여 "국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우"에만 제한적으로 적용을 할 때에만 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.[48] "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한"[49]하는 한도 내에서 헌법에 합치될 수 있음을 분명하게 밝혀놓은 것이다.

---

47) 「남북교류협력에 관한 법률」의 시행으로 인하여, 정부의 방문승인을 받지 않은 북한방문 또는 북한 주민의 남한 방문행위는 국가의 일정한 행정목적달성을 위한 의무를 위반한 행정범으로 평가가 달라진 것이므로 이를 법집행기관의 자의적·편의적 선택에 따라 형사법으로도 처벌해서는 안 된다는 비판으로 박원순, 앞의 책, 59면.

48) 헌법재판소 1990. 4. 2. 89헌가113("국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다").

49) 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8; 1990. 6. 25. 90헌가11.

입법부는 '한정합헌결정의 취지를 반영'[50]한다는 명목 하에 1991년 국가보안법을 개정(법률 제4373호)하였다. 이를 통해 찬양·고무죄(제7조 제1항) 외에도 금품수수(제5조 제2항), 단순 잠입·탈출(제6조 제1항), 회합·통신죄(제8조 제1항)에 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 요건을 추가해 놓았다. 하지만 동시에 부칙에다가 "이 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의"하도록 하고(제2항), "이 법 시행 전에 국가보안법의 죄를 범하여 유죄의 판결을 받은 자는 이 법에 의하여 유죄의 판결을 받은 자로 본다"고 규정하여, 구법 조항의 유효성을 못 박아 버리면서 개정취지를 무력화시키는 이중성을 드러냈다.[51]

나. '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'이라는 합헌적 해석한계의 의미

이에 헌법재판소는 1997년 금품수수죄와 잠입·탈출죄 등에 대한 한정합헌결정을 통해 개정 전(前) 「국가보안법」의 위헌성을 확인하는 동시에 개정 이후 처벌조항들의 합헌적 해석한계를 적시하였다. 금품수수죄나 단순 잠입·탈출죄의 "구성요건은 지나치게 포괄적이고 광범위하여" 이를 해석적용함에 있어 "반국가단체의 목적수행과 관련성이 없고 국가의 안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대될 위험이 있고, 이는 죄형법정주의, 평화통일의 원칙과 저촉될 뿐만 아니라 행복추구권에서 도출되는 국민의 일반적 행동의 자유, 경제활동의 자유, 거주·이전의 자유에서 도출되는 출입국의 자유 등에 대한 과도한 제한을 초래"할 위헌적 요소가 있(어왔)음을, 그리하여 1991년 개정 이전의 처벌조항이 헌법에 합치될 수 없음을 명시적으로 지적해 놓았다.[52]

헌법재판소는 이에 그치지 않고 각 조항의 행위 가운데 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고 이에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하는 것으로 그 적용범위를 축소제한하면 헌법에 합치되고 위와 같은 위헌성은 제거된다"는 내용을 통해, 개정 이후 법률의

---

50) "금품수수, 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신행위에 대하여는 헌법재판소의 한정합헌결정 취지를 적극적으로 수용하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 행한 경우만을 처벌대상이 되도록 함"(법제처의 1991년 「국가보안법」의 개정이유 중에서).

51) 대법원은 부칙 제2항의 문제를 단순히 '소급입법'의 문제로만 접근하여 이는 「형법」 제1조 제2항의 규정을 배제하는 동법 제8조 소정의 특별규정으로서 「헌법」 제12조의 죄형법정주의와 제13조의 형벌불소급의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다(대법원 1993. 10. 8, 선고 93도1951 판결), 그렇지만 이러한 입법부의 기만적 태도와 이를 정당화하는 대법원의 형식적 판단에 의하면 구법의 처벌조항들에 대한 위헌결정과 그에 따른 기속력은 아무런 의미가 없게 된다.

52) 위의 큰 따옴표 부분은 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240.

합헌적 해석범위를 경계 지웠다. 이러한 한정합헌결정의 의미는 금품수수죄와 잠입·탈출죄 등을 더 이상 추상적 위험범으로 해석해서는 안 된다는 한계를 분명히 하면서, 이들 범죄가 성립하기 위한 법익의 침해정도를 *구체적 위험범*으로 전환시켰다는 데에 있다. 추상적 위험범은 법익침해나 구체적 위험의 발생이 문제되는 것이 아니라, 구성요건에 규정된 행위방법 자체만으로 일반적 위험이 발생했다고 본다. 즉 여기서 위험은 입법의 동기에 불과할 뿐 구성요건요소가 되는 것이 아니다.[53] 따라서 헌법재판소가 금품수수나 남·북한 왕래행위 자체만으로는 처벌할 수 없고, 이로 인해 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'(이하 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'[54])이라는 요건을 가벌성의 조건으로 명시한 의미는 구성요건적 결과로서 구체적 위험의 발생을 요구하는 것으로 해석되어야 한다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 그러한 위험성의 인정 여부는 '객관적·사후적으로 판단되어야 한다'[55]고 요구함으로써, 해당 구성요건에 있는 행위를 했다는 것만으로는 부족하며 위와 같은 위험이 구체적으로 발생되었는지 여부를 반드시 객관적·사후적인 관점에 의해 확인할 것을 개정된 조문들의 적용한계로 명시한 바 있다.

이러한 맥락을 고려해야만 1991년 개정을 통해 금품수수죄와 단순 잠입·탈출죄의 구성요건에 추가된 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 요건을 – 추상적 위험범에서의 고의나 목적으로서가 아니라[56] – 제대로 (재)평가하고 활용할 수 있는 눈을 틔울 수 있다. 위에서 설명한 것처럼 한정합헌결정의 핵심적인 취지는 두 범죄가 성립하기 위해서는 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 인정되어야 한다는 데 있다. 위험발생을 구성요건요

53) 김성돈, 「형법총론」(제5판), SKKUP, 2017, 115면.

54) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결에서 대법관 박시환의 별개의견에서 이러한 용어를 사용한 바 있다.

55) 헌법재판소 1992. 4. 14. 90헌바23("그와 같은 위험성의 존부는 법운영자의 주관적 자의적 심증에 맡길 문제가 아니고 구체적 사안을 놓고 모든 정황을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 사항일 것이다"). 독일에서 1960년대까지만 해도 구체적 위험의 발생은 행위의 속성에 불과한 것으로 보고 행위시를 기준으로 판단되어야 한다는 것이 통설적 지위를 점하고 있었다. 그러나 1972년에 갈라스(Wilhelm Gallas)에 의해 구체적 위험은 행위와 구별되는 결과로서 위험의 발생은 행위 이후에 존재할 수밖에 없다는 점이 밝혀진 이후("Abstrakte und konkrete Gefährdung", 「*Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*」, Walter de Gruyter, 1972, S. 176f), 구체적 위험에 대한 사후적·객관적 판단방법은 오늘날 지배적 견해로 자리 잡았다.

56) 「국가보안법」의 범죄들을 추상적 위험범으로 보면서 1991년 개정을 통해 추가된 주관적 구성요건을 목적으로 파악하고 있는 견해로 박원순, 「국가보안법연구1: 국가보안법변천사」(증보판), 역사비평사, 1995, 271면.

소로 파악한 이상 이에 대한 인식은 고의의 내용이 된다. 따라서 1991년 개정에서 입법자가 '한정합헌결정 취지를 적극적으로 수용'하기 위해 신설하였다는 위 주관적 구성요건 부분은, 고의의 인식대상으로서 위험발생을 규정한 것으로 읽어야 한다. 비록 다른 구체적 위험범처럼(이를테면 「형법」 제167조 제1항의 '물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자') 구성요건에 위험발생을 명시하지는 못했지만, 그 대신 구체적 위험범으로서의 고의를 명문화하는 방식을 택한 것이다.[57] 헌법재판소가 이러한 주관적 구성요건이 추가되지 않은 '특수 잠입·탈출죄'(제6조 제2항)에 대하여 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성 요건의 결여를 이유로 계속해서 한정합헌이라고 위헌의 영역으로 밀어내면서도,[58] 1991년 개정된 단순 잠입·탈출죄에 대해서는 "재판소의 위 한정합헌결정의 취지를 적극 수용"[59]한 것으로 평가하고, "주관적 구성요건을 추가함으로써 구법규정의 위헌적 요소는 제거"[60] 되었다고 보아 단순 합헌결정을 채택한 이유도 이러한 관점에서 이해될 수 있다.

이러한 이론적 배경과 한정합헌결정의 내용을 종합적으로 고려한다면, 개정 전에 금품수수죄 등이 행위만으로 처벌되는 추상적 위험범의 규정형태였다가 개정을 통해 위험발생의 인식이라는 주관적 구성요건을 명문화해 놓은 변화가 가져오는 현실적인 파급력은 결코 작지 않다. 이와 같은 관점의 전환을 통해 과거의 수많은 판결을 소급적으로 당연무효로 돌릴 수 있을 뿐만 아니라 앞으로 금품수수죄와 단순 잠입·탈출죄로 처벌하기 위해서는 반드시 실질적으로 해악을 끼칠 명백한 위험이 발생되었는지가 법원에 의해 확인되어야 하기 때문이다. 금품수수나 국내외 왕래행위, 의견표명행위 등과 같이 행위불법을 인정할 수 없는 행위와 행위자의 고의만으로 위와 같은 국가적 위험이라는 결과가 나타났다고 인정할 수 있는 상황은 극히 드물 수밖에 없다. 이를 통해 합헌조건으로서 구체적 위험의 발생이라는 결과의 확인이 그 동안 법실무에서 실제로 작동되지 않았었다는 점이 드러나게 된다. 이러한 점에서 본다면 「국가보안법」상 범죄들을 구체적 위험범으로 구성한다는 것은 결국 대부분의 범죄들의 기수범 성립을 매우 제한적으로 인정할 수밖에 없게 된다는 점에서 간과할 수 없는 실익이 있는 것이다.[61]

---

57) 반면 금품수수죄와 잠입·탈출죄를 추상적 위험범이라고 해석하는 문헌으로 배종대, 「형법총론」(제12판), 홍문사, 2016, [45]/6.

58) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240; 1998. 8. 27. 97헌바85; 2002. 4. 25. 99헌바27·51(병합).

59) 헌법재판소 1997. 1. 1.6. 92헌바6・26, 93헌바34・35・36(병합).

60) 헌법재판소 2002. 4. 25. 99헌바27·51(병합).

61) 다만 글쓴이가 개정된 금품수수죄와 잠입탈출죄를 구체적 위험범으로 파악하고자 한 까닭은, 헌법재판소의 한정합헌결정 취지에 대한 해석과 그에 따른 '최소한'의 위헌성 판단기준이라도

다. 대법원의 「국가보안법」 정당화 레토릭(rhetoric)

상황이 급변함에 따라 대법원도 전향을 시도하였다.[62] 국가기밀개념 때와 달리 전원합의체판결을 거치지 않고서, 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 「국가보안법」이 제한적으로 적용되어야 한다고 전격적으로 태세를 전환한 것이다.[63] 이에 따라 종래의 대법원 입장이 왜 변경되었는지에 대한 설명을 생략해 버린 채로 한정합헌결정의 취지에 부합하는(것처럼 보이는) 판결문이 생산되기 시작하였다. 일례로 1991년 개정법률을 해석적용함에 있어, 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성 여부와 행위자가 자신의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알고 있었는지를 구분하여 검토한 판결내용[64]을 보건대, 대법원은 위헌결정과 개정법률의 주관적 구성요건이 갖는 의미(구체적 위험범으로의 전환)에 대한 오해가 없어 보인다. 금품수수행위가 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험성이 없는 경우에는 금품수수죄로 처벌되지 아니한다는 판결[65]도 이러한 변화의 대열에 속한다고 볼 수 있을 것이다.

하지만 대법원이 한정합헌결정의 취지를 받아들였다고 선언하고는 있지만 구체적 사건에서의 적용현실을 보면, 헌법재판소의 위헌결정과 1991년 「국가보안법」 개정 이전과 비교하여 실질적인 변화가 있다고 평가하기는 어렵다. 대법원은 판결마다 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'이라는 기준을 내세우면서도 실제로는 구체적인 위험성을 논증하지 않은 채로 유죄를 인정하는 판결을 계속해 왔다.[66]

현실에서 관철하기 위한 방법일 뿐, 「국가보안법」의 규정들이 구체적 위험범으로 정당화될 수 있다는 구상까지 의미하는 것은 아니다. 위와 같은 위험개념은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건을 사실상 동어반복에 불과한 수준으로 법률에 옮겨 놓은 것에 지나지 않을 정도로(가령 「헌법」 제37조 제2항 '국가의 안전보장·질서유지'보다 구체적인가?) 그 의미가 불명확하고 추상적이라는 점에서 그렇다.

62) 한정합헌결정이 있은 후인 1997년까지도 대법원은 "국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 국가보안법의 각 규정이 사회과학적으로 개념을 규정하는 것이 불가능할 정도로 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수도 없"다고 판시해 왔다(대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 판결).

63) 이러한 적용태도를 "대법원의 확립된 견해"라고 설시하고 있는 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합체판결.

64) 예컨대 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결("국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있고, 당시 피고인 또한, 그 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알고 있었다고 보기에 충분하다").

65) 예컨대 대법원 1996. 11. 12. 선고 96도2158 판결.

66) 이러한 평가는 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결에서 대법관 박시환의 별개의견에서도 개진된 바 있다.

대법원이 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험발생의 직접적 또는 근접한 가능성을 인정할 증거가 없다고 보아 금품수수죄의 성립을 인정하지 않은 사안을 들여다보면, '기거하던 초대소를 옮길 때 짐을 싸기 위해 북한지도원으로부터 북한제 여행용가방 1개를 건네받은 사안'[67] 또는 '방문 기념품 내지는 의례적인 선물'[68]인 경우와 같이 그 행위 자체가 처벌조항의 구성요건해당성을 충족하기 어려운 일부 사건에서만 위험성을 판단하고 있음을 알 수 있다.

반면 '행사비 또는 체류경비'[69]이나 '출판문화사업을 위한 자금'[70] 등 금품수수죄를 인정하는 사건에서는 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성 여부에 객관적·사후적인 논증을 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 1991년 법률개정 및 1997년 한정합헌결정 '이전'의 판례를 직접적으로 원용하고 있다. 더 나아가 판결문을 보면 "금품수수죄는 반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자라는 정을 알면서 또는 (밑줄은 강조를 위해 글쓴이가 삽입) 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수함에 의하여 성립하는 것"[71]이라고 보아, 입법자가 명시해 놓은 위험성에 대한 인식요건을 '선택적'인 것으로 해석하는 왜곡도 서슴지 않고 있다. 상황이 이렇다면 「국가보안법」에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정과 법 개정을 통하여 추가된 위험성의 요건은 본래의 기능으로 작동하기 보다는, 오히려 수사기관과 법원에 의해 「국가보안법」에 정당성을 부여하도록 오용되고 있는 것으로 보인다.

전술한 바와 같이 위헌결정의 하나인 한정합헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관이 심판의 대상이 된 법률 또는 법률의 조항을 합헌적이라고 해석된 의미 이외의 내용으로 해석·적용할 수 없도록 하는 효력을 가진다.[72] 따라서 금품수수죄와 단순 잠입·탈출죄로 처벌함에 있어 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성을 확인하지

67) 대법원 1994. 4. 15. 선고 94도126 판결.
68) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96도2158 판결.
69) 대법원 1995. 9. 26. 선고 95도1624 판결.
70) 대법원 1994. 5. 24. 선고 94도930 판결.
71) 이에 따라 "제1심이 적법하게 조사 채택한 증거들을 기록에 대조하여 살펴보면, 피고인이 제1심 판시와 같이 위와 같은 정을 알고 금품을 수수한 사실이 넉넉히 인정되므로"라는 사실만을 인정한 후, "피고인의 금품수수행위가 구 국가보안법 또는 현행 국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄에 해당한다"고 판단하고 있다(대법원 각주 71의 판결). 위 판결문을 보면 알 수 있듯이, 대법원은 개정 후 금품수수죄에 추가된 주관적 요건을 '선택적'인 것으로 해석함으로써, 이를 충족하지 않더라도 개정 전과 같이 "반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자라는 정을 알면서"라는 부분만 인정되면동 죄를 인정하고 있는 것이다.
72) 헌법재판소 1992. 2. 25. 89헌가104; 2012. 12. 27. 2011헌바117 등.

않은 채로 확정된 유죄판결들은 모두 위헌법률(또는 위헌적 법률해석[73])에 근거한 것으로서 소급적·당연무효가 되어 재심을 통한 무죄판결이 가능해야 한다(「헌법재판소법」 제47조 제3항과 제4항). 결국 「보안관찰법」 제2조 제3호(및 1989년 부칙 제2조 제1호, 1991년 부칙 제2항)는 이러한 위헌적 부분을 선별하지 않고 전부 해당범죄로 규정되어 있다는 점에서 헌법에 합치될 수 없다. 하지만 이미 살펴본 것처럼 대법원은 한정합헌결정을 근거로 한 재심청구를 기각할 것이고, 어렵게 재심이 개시된다 하더라도 구체적인 위험발생을 검토하지 않고 행위만으로 범죄성립을 인정하는 자신의 관성을 고수하고 있으므로 과거의 유죄판결을 번복할 가능성은 매우 낮을 것이다.

3. 특수 잠입·탈출죄의 위헌성

가. 특수목적을 위한 잠입·탈출행위의 가벌적 외곽선

현행 「국가보안법」 제6조 제2항의 특수 잠입·탈출죄는 "반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출"한다는 구성요건을 1980년 법률 이후로 동일하게 유지하고 있다. 그동안 대법원은 이를 적용함에 있어 "잠입죄에 있어서는 그 출발지가, 탈출죄에 있어서는 그 목적지가 반드시 반국가단체의 지배하에 있는 지역임을 필요로 하지 아니하며, 탈출죄에 있어서는 탈출이 반드시 영구적이거나 장기간일 것"[74]을 성립요건으로 파악하지 않았다. 이에 따라 반국가단체의 지배하에 있지 아니한 지역으로부터 잠입한 경우나 탈출한 경우에도 위 법조 소정의 잠입 또는 탈출죄에 해당한다고 보았다.[75] 또한 잠입의 사전적인 의미와 달리 그 방법이 반드시 은밀한 것이어야 할 필요도 없으므로 미국이나 일본으로부터 공항을 통해 국내에 적법하게 들어온 경우에도 반국가단체의 지령을 받고 입국하였다면 본 조항의 잠입에 해당한다.[76] 결국 특수 잠입·탈출죄의 성립 여부는 남·북한 왕래행위가 '반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하

73) 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에는 법원의 재판에 대한 헌법소원도 허용된다는 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172·173(병합).

74) 예컨대 대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결.

75) 대법원 1991. 12. 24. 선고, 91도2496 판결; 1986. 7. 22. 선고 86도808 판결; 1987. 9. 8. 선고 87도1341 판결 등. 이에 대한 비판은 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결에설시된 대법관 김지형·박시형·안대희·전수한의 별개의견을 참조할 것.

76) 대법원 1995. 9. 26. 선고 95도1624 판결.

거나 협의하기 위한 것'이라는 행위자의 내심에 따라 결정되는 구조인 것이다.

하지만 위와 같은 목적은 매우 추상적이고 불명확한 것으로 법운영당국에 의해 편의적·자의적으로 판단될 수 있는 개념의 집합에 불과한 것이다. '지령'에 대해서 대법원은 "지휘와 명령을 포함하는 개념이지만 반드시 상명하복의 지배관계가 있을 것을 필요로 하지 아니하며 그 형식에도 아무런 제한이 없"[77]다는 이유로, 반국가단체나 그 구성원으로부터 직접 지령을 받는 경우는 물론이고 그 지령을 받은 자로부터 다시 지령을 받는 경우인 '(재)간접지령'도 지령으로 인정하고 있을 뿐만 아니라,[78] '공개적·합법적으로 전달된 사실'에 대해서도 지령수수를 인정함으로써[79] 어떠한 형식적 요건도 요구하지 않은 채로 지령의 존재를 인정해 왔다.

더 나아가 구체적인 지령의 내용이나 지령을 한 사람과 받은 사람을 모두 구분하여 밝히지 않았다고 해도 공소사실이 특정된 것으로 인정할 정도로 지령이 있었다는 사실만을 확인할 뿐이지 그 실질적 내용에 대해서도 특별히 문제 삼지 않는다.[80] 또한 '목적수행'이라는 개념 자체가 다의적인 데다가 문맥상 반국가단체의 목적 외에 '그 구성원, 그 지령을 받은 자'의 목적까지 포함하고 있으므로 그 구성원이나 지령을 받은 자의 생계나 사적인 것들에 관련된 행위까지 목적수행을 위한 행위로 평가될 위험이 있다. 무엇보다 본 죄의 구성요건 자체가 아직 지령 또는 목적수행을 실제로 받거나 협의하지 않은 상태인 지령을 받기 '위한 경우' 또는 목적수행을 '협의하기 위한' 경우까지도 포함하고 있기 때문에, 특수 잠입·탈출죄로의 처벌은 실제로 지령수수나 목적수행에 대한 협의 자체가 입증되지 않더라도 가능한 것이다.

---

77) 대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결.

78) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결.

79) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1613 판결("북한공산집단으로부터의 초청장이 대한적십자사를 통하여 전국대학생협의회에 전달된 바 있다고 하더라도 본래 북한공산집단이 전대협을 초청한 취지는 공식적인 초청과 관계없이 전대협대표자를 밀입국시켜서라도 평양축전에 참가하도록 하라는 의미가 들어 있는 것이라고 보아야 할 것이므로 대학생이 북한에 밀입북하여 평양축전에 참가 하고 판문점을 경유하여 국내로 들어 온 행위가 그 경위에 비추어 북한공산집단의 지령을 받고 탈출, 잠입한 경우에 해당한다").

80) 위의 판결("반국가단체나 그 구성원의 지령을 받기 위하여 탈출하는 경우 그 받고자 하는 지령의 내용이 구체적으로 무엇인지, 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 동조하고 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합, 금품을 수수한 경우 북한공산집단에게 이익이 되는 내용이 구체적으로 무엇인지, 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받고 잠입 또는 탈출한 경우 누구가 구성원이고 누구가 그 지령을 받은 자인지를 구분하여 밝히지 아니하였다고 하여 공소사실의 특정이 없었다고 할 수는 없을 것이다").

나. 개선입법의 공백과 한정합헌결정의 무력화

사정이 이러한데도 불구하고 입법부는 1991년 「국가보안법」을 개정할 때 제1항의 단순 잠입·탈출죄에만 주관적 요건을 추가하였을 뿐이고 제2항의 특수 잠입·탈출죄는 아무런 변경을 하지 않았다. 하지만 헌법재판소는 특수 잠입·탈출죄에 대해서 1997년[81]과 1998년[82] 결정에서는 1980년 「국가보안법」의 특수 잠입·탈출죄에 대하여(법률 제3318호), 그리고 2002년[83]에는 1991년 개정된 「국가보안법」(법률 제4373호)의 단순 잠입·탈출죄는 합헌이라고 결정하면서도, 개정되지 않은 특수 잠입·탈출죄에 대해서는 이전과 동일한 위헌취지로 한정합헌결정을 함으로써, 특수 잠입·탈출죄의 위헌성을 분명히 적시하고 있다.

결정이유에는 위와 같이 '목적수행'이라는 개념은 다의적이고 그 적용범위가 광범함에도 불구하고 그 동안 이를 해석·적용하는 실무가 오히려 아무런 제한적 해석을 시도하지 않은 채 특수 잠입·탈출죄의 적용범위를 확대해왔다는 점을 비판하고 있다.[84] 이로 인해 특수 잠입·탈출죄가 "'정부참칭'이나 '국가변란'과 실질적 관련성이 매우 희박하거나 그 중요성에 있어서 극히 사소한 것으로 인정되는 행위이어서, 그것이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 위험성이 거의 없는 경우에도 적용"될 수 있다는 위헌성을 밝히면서, "위 조항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하는 것으로 그 적용범위를 축소제한"하면 헌법에 합치된다는 한정합헌결정의 방식을 취하고 있다.[85] 따라서 거듭 3번이나 반복되어 내려진 위헌결정에도 불구하고 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성' 등의 어떠한 제한도 입법적으로 설정되어 있지 않은 채 1980년 법률과 동일한 구성요건을 유지하고 있는 특수 잠입·탈출죄가 헌법에 합치될 수 없음은 재론의 여지가 없다.

이와 같은 처벌조항 자체에 대한 위헌성은 대법원이 설사 제6조 제2항의 행위

---

81) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240.

82) 헌법재판소 1998. 8. 27. 97헌바85.

83) 헌법재판소 2002. 4. 25. 99헌바27·51(병합).

84) 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240; 1998. 8. 27. 97헌바85; 2002. 4. 25. 99헌바27·51(병합)("국가보안법 제6조 제2항의 구성요건 가운데 "목적수행"이라는 개념은 다의적이고 그 적용범위가 광범하다. "목적수행"에는 "정부참칭"이나 "국가변란"으로 직접 이어지는 행위가 포함됨은 물론 반국가단체나 그 구성원의 존속·유지를 위한 모든 행위도 간접적으로는 목적수행을 위한 행위로 평가될 수도 있다").

85) 위 큰 따옴표 부분은 헌법재판소 2002. 4. 25. 99헌바27·51(병합).

를 뒤늦게나마 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험이 있는 경우에 한하여" 처벌되는 것이라고 자신의 입장을 변경하였다 하더라도[86] 달라지지 않는 것이다. 어떤 법률이 죄형법정주의에 합치하느냐의 여부는 법원이 합리적인 해석을 하느냐 아니냐에 좌우되는 것이 아니라, 그 규정의 내용이 합리성을 일탈한 자의적인 해석의 여지를 주고 있는지에 따라 판단되어야 하는 것이다.[87] 만약 대법원의 해석을 이유로 조항 자체의 위헌성이 치유된다고 본다면 이는 입법과 사법의 분리를 무의미한 것으로 돌리는 것으로서 결국 죄형법정주의는 법관에 의해 껍데기만 남게 된다. 결국 특수 잠입·탈출죄를 아무런 제한 없이 해당범죄로 규정하고 있는 「보안관찰법」 제2조 제3호의 부분 역시 헌법에 합치될 수 없으므로, 동 죄로 인한 처벌경력을 근거로 보안관찰처분대상자로 포섭당하거나 더 나아가 피보안관찰자로 결정된 자 모두 위헌적인 법률의 적용을 받은 자에 해당한다.

IV. 맺는 글

헌법재판소가 「국가보안법」의 국가기밀 개념과 금품수수죄, 잠입·탈출죄에 대하여 위헌결정을 내린 것은 움직일 수 없는 사실이다. 「국가보안법」이나 「보안관찰법」을 둘러싸고 벌어지는 학문적·정치적 논쟁과는 별개로, 그리고 앞으로 새롭게 마련될 법률의 내용이 헌법재판소의 한정합헌 취지와 설사 다를 지라도 지금까지의 「국가보안법」 적용에 있어 위헌결정의 기속력에 저촉되는 수많은 사례가 있어 왔음을 부정할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 검찰과 법원은 *있는 사실*을 교묘하게 왜곡하거나 부정하여 *없었던 일*처럼 만들고 있다. 정치적 반대자를 토벌하기 위해 명확성의 원칙에 부합할 수 없는 범죄구성요건을 만들었던 입법자는 사상교정처분의 대상범죄목록을 지난 50여 년간 수수방관하고 있다. 2,000여명이 넘는 보안관찰처분대상자는 이렇게 헌법의 공백 상태에서 주조(鑄造)되어 억압적인 자기검열의 삶으로 던져졌다.

이 글은 「보안관찰법」의 입법목적이나 존재근거가 해당범죄의 현실적인 법 적

86) 예컨대 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결.

87) 「국가보안법」 규정의 위헌성이 법원의 해석에 의해 치유될 수 있다는 주장은 죄형법정주의에 대한 본말전도(本末顚倒)의 이해에 불과하다는 지적으로 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 「판례월보」 제246호, 청림출판, 1991, 9면.

용을 통과해 나오는 과정을 전시(展示)함으로써, 지금까지 '국가보호법제'라는 신화 속에 당연하게 할당된 인식론에 대한 비판적 성찰의 단초를 마련해 보고자 작성되었다. 이러한 관점으로 「보안관찰법」 제2조 제3호를 낯설게 돌아보면, 보안처분해당범죄로서 적격성이 있는가의 문제는 헌법재판소로부터 직접적으로 위헌결정을 받은 처벌규정에만 국한되지 않는다는 부분까지 시선이 다다르게 된다. 여기에서는 맺는 글을 갈음하여 해당범죄목록의 또 다른 문제점을 간략히나마 적시함으로써 동법의 해체범위를 조감해 보기로 한다.

첫 번째로 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'을 성립요건화하지 않고 있는 무기류제공죄는 「헌법」에 합치될 수 없다. 총포·화약 기타 무기를 허가받지 않고 양도·양수한 행위는 「총포·도검·화약류 등 단속법」 제71조에 의해 '5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금'으로 처벌받는다. 이러한 점을 고려할 때 무기류제공죄가 독립된 처벌조항으로 입법화되어 있다고 할지라도 행위자의 무기류 제공행위만으로 성립하는 범죄가 아니라, 「국가보안법」을 위반한 본범에게 총포·탄약 등과 같은 특수한 물건을 지원함으로써 반국가활동을 실현·지속·확산시킬 수 있다는 위험성이 확인되어야 한다.[88] 결국 무기류제공죄가 성립하기 위해서는 본범뿐만 아니라 무기류제공자의 행위에 의해서도 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성'이 발생하였다고 인정되어야 하는 것이다.[89] 그럼에도 '제3조 내지 제8조의 죄를 범한 자' 안에는 본범의 기수범은 물론이고 구체적 위험이 없다고 판단된 미수범 및 예비·음모까지 포함되어 있으며, 범죄실행의 의사만 있는 '범하려는 자'[90]에 대한 무기류 제공행위에 대해서까지 획일적으로 5년 이상의 유기징역으로 처벌하고 있다는 점에서 동 조항은 정당화될 수 없다.

두 번째로 국가기밀개념의 실질화 요청에 따라 「국가보안법」 제4조 제1항 제2호 가목에 의해 '사형·무기징역'으로 가중처벌되는 목적수행 간첩죄[91] 역시 위헌논란에서 자유롭지 않게 되었다. 국가기밀의 개념을 엄격하게 한정하고 있는 가

88) 이러한 논리는 헌법재판소 2014. 9. 25. 2011헌바358 참조.

89) 총포나 탄약의 제공을 기타 편의제공과 함께 규정하고 있었던 (구)「반공법」(법률 제1997호) 제7조에 대하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용할 수 있다고 판시한 대법원 2013. 6. 28. 선고 2010도3810 판결.

90) 조문구조상 '범하려는 자'에 예비·음모도 포함되지 않는다는 해석으로 황교안, 앞의 책, 454면.

91) 「국가보안법」 제4조 제1항 제2호 가목의 국가기밀은 "군사상 기밀 또는 국가기밀의 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우"에는 사형 또는 무기징역에 처하도록 규정하고 있다.

목과 비교해 '사형·무기 또는 7년 이상의 징역'에 처하도록 규정되어 있는 나목의 실질적 국가기밀개념을 구분할 만한 명확한 기준이 없어, 결국 법적용기관의 편의적·자의적 재량에 따라 적용법조가 결정될 수밖에 없기 때문이다.[92] 세 번째로 '사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항'에 관하여 허위사실을 유포하거나 단순히 날조한 행위(및 유포나 날조의 미수와 예비·음모까지)를 처벌하는 조항은 명확성의 원칙에 위배된다.[93] 네 번째로 목적수행을 위한 행위라 하더라도 범죄의 선동·선전은 교사는 물론이고 예비·음모와 같은 준비행위나 의사의 합의에도 이르지 못한, 단순히 일방적인 언어적 표현에 불과하다. 이를 일정한 신분과 목적이 있다는 이유로 '명백·현존하는 위험'[94]이나 '실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성' 발생과 상관없이 선동·선전죄(및 미수범과 예비·음모까지)를 처벌하는 것은 명확성뿐만 아니라 적정성도 결여된 것이다.[95]

마지막으로 현행 해당범죄'목록'은 보안처분 대상범죄로서의 정합성 측면에서도 체계 모순적인 내용으로 채워져 있다. 예를 들어 북한에 입국하여 반국가단체의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 회합·통신하고 북한주민에게서 금품을 받은 경우 이 가운데 탈출행위와 금품수수행위에 대해서만 「보안관찰법」을 적용해야 할 합목적적 근거를 찾을 수 없다. 이는 무기류제공죄의 경우에도 마찬가

---

92) 이러한 비판은 임웅, "정치범죄의 비범죄화 – 국가보안법 폐지론", 「비범죄화의 이론」, 법문사, 1999, 133면. 반면 헌법재판소는 "가목의 국가기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 있어서 '한정된 사람에게만 지득이 허용되고' 또 '보다 고도의' 국가기밀을 의미하며 그 이외의 것은 나목 소정의 국가기밀에 해당"하여 판단할 수 있다는 이유를 내세워 헌법위반이 아니라고 결정한 바 있다(1997. 1. 16. 92헌바6 등).

93) 이에 관해서는 (구)「집회 및 시위에 관한 법률」(법률 제4017호) 제3조 제1항 제4호의 "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려"에 대한 한정합헌결정(헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8), (구)「전기통신기본법」 제53조 제1항(법률 제4394호)의 "공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신" 및 제47조 제1항(법률 제5219호)의 "공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자"라는 부분에 대한 각각의 위헌결정(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480. ; 헌법재판소 2010. 12. 28. 2008헌바157등), 그리고 대통령 긴급조치 제1호와 제9호의 "유언비어를 날조·유포하는 일체의 행위"에 대한 대법원의 위헌판결(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결)과 위헌결정(헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바132 등)의 내용을 참조할 것.

94) 제4조 제1항 제6호의 기본범죄에는 살인·상해·폭행치사상 등의 인명·신체침해행위와 강도죄까지 포함되어 있다. 위와 같은 개인적 법익을 침해하는 범죄를 선동·선전하더라도 「형법」으로 처벌받지 않는다. 따라서 선동·선전행위를 「국가보안법」으로 처벌하기 위해서는 반드시 본범의 행위로 인해 정부참칭이나 국가변란이라는 위험이 명백하고도 임박할 때에만 그 처벌이 정당화될 수 있다는 견해로 권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997, 454면.

95) 더구나 「보안관찰법」 제2조 제1호에는 「형법」 제90조 제2항의 '내란' 선동·선전죄가 해당범죄 목록에서 제외되어 있다. '국가의 안녕과 사회의 안녕'(제1조)에 직접적이며 훨씬 큰 위협이 되는 내란죄를 선동·선전한 자에 대해서는 「보안관찰법」을 적용할 수 없도록 하면서도, 상해죄나 폭행치상죄 등과 같은 범죄를 선동·선전한 경우에는 대상자로 규율될 수 있게 하는 체계모순적인 입법태도를 취하고 있는 것이다.

지인데,[96] 특히 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자에게 무기류를 제공한 때에도 오히려 후자에 대해서만 '재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진'하기 위해 동법을 적용해야 할 행위자 측면에서의 상이성을 발견할 수 없음은 물론이다.

보안관찰해당범죄로 열거되어 있는 「국가보안법」의 처벌조항 대부분의 범죄구성요건이 헌법에 합치될 수 없을 뿐만 아니라 대상범죄의 선별에 있어서도 합목적적이거나 논리적인 법 정책적 판단에 터 잡아 구성되지 않았음이 명백해 보인다. 1989년의 「보안관찰법」 제정과 「국가보안법」의 1991년 개정에서 나타났던 입법적 과오가 반복되지 않기 위해서는 「보안관찰법」(개정 및 존치와 폐지)에 대한 앞으로의 논의는 이 글에서 밝혀진 위헌성 문제를 극복할 수 있는지에 대한 고민부터 시작되어야 할 것이다.

96) 예컨대 찬양·고무죄나 회합·통신죄를 범한 자에게 무기류를 제공하면 정작 본범은 '보안관찰처분대상자'에 포함되지 않지만 이들에게 무기류를 제공한 자는 그 목적이나 국가의 안전에 미치는 영향과 상관없이 대상자가 되어 버리는 불균형이 초래되고 만다.

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

정 지 훈

보안관찰법, 국가보안법, 보안관찰해당범죄, 한정합헌결정,
구체적 위험범

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997.

김성돈, 「형법총론」(제5판), SKKUP, 2017.

박원순, 「국가보안법연구1: 국가보안법변천사」(증보판), 역사비평사, 1995.

_____, 「국가보안법연구3: 국가보안법폐지론」, 역사비평사, 1992.

배종대, 「형법총론」(제12판), 홍문사, 2016.

신동운, 「형법각론」, 법문사, 2017.

오영근, 「형법각론」, 박영사, 2006.

이상돈, 「기초법학」, 법문사, 2008.

이재상·장영민·강동범, 「형법각론」(제10판 보정판), 박영사, 2017.

임 웅, 「비범죄화의 이론」, 법문사, 1999,

_____, 「형법각론」(제7정판), 법문사, 2016.

황교안, 「국가보안법」, 박영사, 2011.

Ⅱ. 논문

김종철, “한정결정과 재심”, 「세계헌법연구」 제15권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.

이효원, “남북한관계에 대한 판례 분석”, 「서울대학교 법학」 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011.

임 웅, “국가보안법과 죄형법정주의”, 「판례월보」 제246호, 청림출판, 1991.

정지훈, “‘보안관찰처분대상자’에 대한 신고의무와 경찰감시의 위헌성”, 「형사법연구」 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017.

Gallas, Wilhelm, “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, 「Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag」, Walter de Gruyter, 1972.

Abstract

Berechtigung und Verfassungswidrigkeit der "mit der Sicherheitsaufsicht zu belegenden Straftaten"

- Mit dem Schwerpunkt auf den betreffenden Straftaten nach § 2 Nr. 3 des Sicherheitsaufsichtsgesetzes -

Jeong, Ji Hoon

§ 2 des Sicherheitsaufsichtsgesetzes legt Straftaten, die mit der Sicherheitsaufsicht zu belegen sind, fest. Sie umfassen nicht nur Straftaten nach Strafgesetzbuch (Militärstrafgesetzbuch) wie Spionage und Hochverrat, sondern auch eine breit gefächerte und weitgreifende Liste von Straftaten nach dem Staatssicherheitsgesetz, darunter Straftat der Zielausführung (ca. 100 Arten von Straftaten in 80 Paragraphen und Absätzen des Strafgesetzbuches sind hier enthalten) und Straftat von Infiltration und Entfliehen. Freilich hat das koreanische Verfassungsgericht seit 1990 durch eine Reihe von Urteilen die meisten Strafbestimmungen des Staatssicherheitsgesetzes für bedingt verfassungskonform erklärt und entschieden, dass sie verfassungswidrig seien, wenn sie woanders, als "wo eine klare Gefahr eines Schadens für den Fortbestand und die Sicherheit des Staates oder die demokratische Grundordnung besteht", Anwendung fänden. Angeblich um dem Sinn der Urteile Folge zu leisten wurden 1991 einige der Bestimmungen des Staatssicherheitsgesetzes geändert.

Die Justiz einschließlich des Obersten Gerichtshofes aber setzt weiterhin die bisherige verfassungswidrige Rechtspraxis fort, wobei sie die Bindungswirkung der Entscheidung der bedingten Verfassungskonformität ableugnet. Sie spricht zwar vom Sinn der Entscheidung des Verfassungsgerichts, aber die Inhalte ihrer Urteile sind immer noch mit Beurteilungen auf der Grundlage vergangener Maßstäbe gefüllt. Infolgedessen können trotz der Verfassungswidrigkeitsentscheidung keine Rechtsbehelfe durch Revision geschaffen werden.

Und die verfassungswidrige Rechtspraxis ist immer noch im Gange. Darüber hinaus verstoßen die mit der Sicherheitsaufsicht zu belegenden Straftaten nach dem Staatssicherheitsgesetz gegen die rechtliche Konsistenz und das Ultima-Ratio-Prinzip, indem sie nicht nur Handlungen wie Auslandsreisen und Empfang von Geld und Wertsachen, die an sich nicht als strafbar gelten, sondern auch Hetzerei und Propaganda, die nicht nach dem Strafgesetzbuch sträflich ist, und Vorbereitung und Verschwörung sowie unvollendete Verbrechen nur auf Grund der Absicht der Akteurinnen und Akteure wahllos einschließen.

Den meisten, mit der Sicherheitsaufsicht zu belegenden Straftaten nach dem Staatssicherheitsgesetz ist also wegen ihrer Handlungsvielfalt und infolge der Verfassungswidrigkeitsentscheidung kaum Strafbarkeit zuzusprechen. Es gilt grundsätzlich zu überprüfen, ob auf die in Frage kommenden Personen über die Strafe hinaus das Sicherheitsaufsichtsgesetz, das dazu da ist, "um das Risiko eines Rückfalls zu verhindern und die gesunde soziale Wiedereingliederung zu fördern", angewandt werden soll.

Jeong, Ji Hoon

Sicherheitsaufsichtsgesetzes, Staatssicherheitsgesetz, konkrete Gef hrdungsdelikte, Mit der Sicherheitsaufsicht zu belegenden Straftaten, Bedingte Verfassungs-m ßigerkl rung.

특허관리전문회사(PAE)의 양면성 검토에 근거한 우리 특허제도의 개선방안*

정차호**

【목 차】

I. 서론
II. 특허관리전문회사(PAE)의 개념 및 평가
1. 특허관리전문회사의 개념
2. 대기업에 의하여 생산된 특허관리전문회사에 대한 기존의 나쁜 평가
3. 유럽위원회 보고서의 평가
4. 미국 공정거래위원회 보고서의 평가
5. 우리나라에서의 특허관리전문회사의 활동
III. 특허관리전문회사의 역기능을 방지하기 위한 여러 방안의 검토
1. IP2I의 개선방안
2. Innovation Alliance의 개선방안
3. 유럽통합특허법원에서의 통제장치
4. 미국에서의 소송지 제한 움직임
5. 증거개시의 축소
6. 소액소송 전담 법원의 설립
IV. 특허관리전문회사의 양면성을 고려한 우리 특허제도의 개선방안
1. 특허관리전문회사의 양면성: 순기능 v. 역기능
2. PAE의 순기능을 최대화 하기 위한 특허제도 개선방안
3. PAE의 역기능을 최소화 하기 위한 특허제도 개선방안
V. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 ① 특허관리전문회사(PAE)가 우리나라에서 활동하는 정도, ② PAE의 우리나라에서의 활동이 우리 특허생태계에 주는 영향의 정도, ③ PAE의 우리나라에서의 (현재이든 향후이든) 활동이 가져올 역기능 및 순기능 등을 알아보고, 결론적으로, 한편으로는 PAE의 순기능을 최대화 하고 다른 한편으로는 역기능을 최소화 하는 특허제도를 모색한다. 그러한 모색과 관련하여, PAE 활동에 관하여 평

---

* 이 글은 2017년 5월 17-18일 개최된 제7회 「국제지식재산권 및 산업보안 컨퍼런스」에서의 발표에서 사용한 파워포인트 자료를 수정, 보완한 것이다.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

가한 미국 FTC 보고서, 유럽위원회(EC) 보고서를 검토하였고, 그 결과, 미국, 유럽에서조차 PAE의 부작용에 관한 구체적 증거가 발견되지 않았음을 확인하였다. PAE에 관한 우리나라에서의 몇 개의 글들이 존재하나 그것들은 '미국'에서의 PAE에 대하여 소개할 뿐, 정작 '우리나라'에서의 PAE에 대하여는 조사도 평가도 하지 않고 있다. 실상은, PAE가 우리나라에서 소송을 제기한 사례가 없을 뿐 아니라, 특허권자 승률이 매우 낮고, 특허무효율이 매우 높고, 손해배상액이 매우 적은 우리나라에서 PAE가 활동하기가 어렵다. 그래서 이 글은 외국의 PAE가 우리나라에 오는 것을 걱정할 것이 아니라 오지 않는 것을 걱정해야 한다고 주장한다. 상어가 오지 않는 그래서 안전한 우리 생태계가 고기(특허권자)가 살기 어려운 생태계일지도 모른다. 특허권이 존중되고 그래서 PAE가 활동하는 그러한 건강한 특허생태계를 구축하여야 한다.

2017년 현재 우리나라의 특허생태계에서는 PAE가 활동하기 어렵지만, 그 생태계가 개선되면 언젠가 PAE가 우리나라에 출현할 수도 있다. 그러한 상황에 대비하여, PAE의 부작용을 최소화 하는 특허제도에 관하여 미리 연구할 필요가 있다. 그러한 연구주제로 ① 침해금지명령 제도를 개선하는 방안, ② 특허권에 기초한 부당한 위협을 감소하는 방안, ③ 특허소송의 비용 및 시간을 절감하는 방안, ④ 무효심판 제도를 개선하는 방안, ⑤ 정정심판 제도를 개선하는 방안, ⑥ 특허소송 정보를 신속히 공개하는 방안, ⑦ 소장(訴狀)의 기재요건을 강화하는 방안 등이 제시된다. 한편, 심사품질을 제고하고, 고품질 특허를 생산하고, 특허권을 효율적으로 보호할 필요성에 대하여는 아무리 강조해도 지나치지 않다. PAE의 부작용을 지나치게 강조하여 특허권이 제대로 보호되지 못하는 것은 소의 뿔을 바로잡고자 하는 행위가 소 자체를 죽이는 우(愚)를 초래하는 것과 유사하다. 아무쪼록 PAE에 대한 대응방안이 그것의 현황의 파악은 물론이고, 역기능과 순기능을 두루 이해한 후에 제시되어야 함을 강조하고자 한다.

<"교각살우(矯角殺牛)"(郭璞, 玄中記)>

I. 서론

2016년 말 한국의 두 대학이 전례가 없는 특이한 특허공격을 감행하였다. 카이스트 및 성균관대가 각각 미국 법원에 특허권 침해소송을 제기한 것이다. 두 대

학은 특허발명을 실시하지 않는다는 측면에서는 광의의 특허관리전문회사(Patent Assertion Entity, PAE)로 분류될 수 있다.[1] 카이스트 소송의 피고는 GlobalFoundries, Qualcomm 및 삼성전자이다. 성균관대 소송의 피고는 3D 이미지 제품을 개발, 판매하는 독일 회사인 Carl Zeiss, 캐나다 회사인 LMI 등이다.[2][3] 두 소송은 아시아 대학이 미국 법원에서 소송을 제기한 첫 사례라고 관측된다.[4] 한국의 두 대학이 홈그라운드인 한국의 법원을 가까이 두고 왜 미국의 법원에서 소송을 제기하였을까? 이 질문은 추가적인 질문과 연결된다. 왜 한국이 아닌가?

한동안 PAE가 초래하는 사회적 비용에 대한 비판이 비등하였고, 어떤 논문은 그 비용이 약 290억불(약 30조원)에 달한다고 주장하기도 하였다.[5] 그 논문은 PAE 활동이 비용 또는 부작용만 초래하고 유의미한 순작용은 창출하지 못한다고 결론지었다.[6][7] 그러나, 그 논문의 객관성, 학문적 타당성에 대하여 의문이 제기된

---

1) Jack Ellis, *As another Asian university launches US patent assertion campaign, questions will be asked about the role of NPEs*, IAM, Dec. 8, 2016. <http://www.iam-media.com/Blog/Detail.aspx?g=92b0e2b9-2b70-489a-97d5-559986fced3e>.

2) 2016년 12월 26일자 소장에서 다음의 피고가 추가되었다: Creaform, Hexagon Metrology, Hangzhou, Artec.

3) 성균관대가 보유한 특허는 미국특허 제7,957,639호이며, 특허발명의 제목은 "3D 카메라에 기반한 최적의 광량노출 결정 방법 및 시스템"인데, 최근 1심법원은 청구항 제1항이 발명으로서의 성립성을 결여하였다고 판단하였다. Sungkyunkwan University, Research and Business Foundation v. LMI Technologies (USA) Inc., 2017 WL 1900737 (N.D. California May 3, 2017).

Claim 1. A method for determining an optimal exposure of a structured light based three dimensional (3D) camera system including a projecting means for illuminating a predetermined pattern on a target object, an image capturing means for capturing an image of the target object with the pattern projected, and a processing means for reconstructing 3D data based on the captured image, wherein the method comprises the steps of: obtaining an image of a target object with a predetermined pattern projected thereon, which is illuminated from a projecting means, and an image of the target object without a predetermined pattern projected thereon; and

determining automatically an optimal exposure level of the structured light based 3D camera system using said two kinds of images.

4) Jack Ellis, supra ("Barely a week after KAIST sued several major tech companies in what appeared to be the first ever patent infringement action initiated by an Asian university in the United States, another Korean educational institution has launched its own assertion campaign in the Northern District of California.").

5) James Bessen & Michael J. Meurer, *The Direct Costs from NPE Disputes*, 99 Cornell L. Rev. 387, 389 (2014).

6) *Id.* at 411 ("[I]t seems difficult to make a convincing argument that the effect of NPEs is to increase innovation incentives.").

7) 그들은 2011년의 논문에서도 유사한 주장을 한 바 있다: James Bessen, Michael Meurer and Jennifer Ford, *The Private and Social Costs of Patent Trolls* (September 19, 2011). Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 11-45.

다.[8] 한동안 PAE의 부작용을 강조, 과장하는 글들이 쏟아져 나왔는데, 정작 명확한 증거가 없는 '주장'에 불과한 글들이 많았다. 심지어 삼성, 애플 등 거대 제조기업들이 PAE의 부작용을 과장하며, 특허권을 약화시키는 특허법 개정안을 제안하기도 한다.[9] PAE가 우리나라의 특허제도 및 경제발전에 어떠한 영향을 미치는가? 지금의 시점에서 그리고 우리나라의 사정에서 PAE의 장점과 단점을 객관적으로 평가할 필요가 있다.

우리나라에서 PAE를 규제하는 방안에 관한 여러 선행연구가 존재한다.[10] 민법상 권리남용 법리를 적용하는 방안, 독점규제법상 여러 법리를 적용하는 방안 등이 제시될 수 있으나, 그러한 방안들이 대부분의 PAE 활동에 적용되지 못한다. 대부분의 PAE는 본인이 보유한 특허권을 그저 행사할 뿐이다. 그 권리행사가 법적으로 정당하지 않다고 인정되는 사례가 많지 않을 것이다.[11] 그러한 특허권 행사가 부당하다고 인정하는 것이 자칫 특허제도 자체의 부정으로 연결될 수 있으므로 특허업계에서 그러한 인정을 강하게 비판할 것이다. 그럼에도 불구하고 향후의 우리나라에서의 PAE의 출현을 염두에 두고 특허제도의 개선방안을 모색할 필요성은 인정된다. 필자는 PAE가 우리나라에 조만간 출현할 가능성이 매우 낮다고 보지만, 그렇다고 그러한 낮은 가능성을 핑계로 학자로서의 연구의 의무로부터 도피하고 있을 수만도 없다. 그래서, 이 글은 객관성을 견지하고, 나아가 그 낮은 가능성을 고려한 대비책을 모색하고자 한다.

우리나라에도 PAE가 들어올 것이라고 2010년에 주장하는 글이 있었으나,[12] 그 주장의 근거가 제시되지 않았고, 2017년 9월 현재까지도 PAE가 우리나라에서 소송을 제기한 사실이 관측된 바가 없다.[13] 사실 필자는 우리 특허제도가 현재의

<https://ssrn.com/abstract=1930272>.

8) David L. Schwartz, Jay P. Kesan, *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*, 99 Cornell L. Rev. 425, 433 (2014) ("In our opinion, these limitations require that Bessen and Meurer's findings on the issue of NPEs be viewed with some reservations and skepticism.").

9) Nathan Myhrvold's description, May 2, 2017. <http://uk.businessinsider.com/nathan-myhrvold-patent-lobbying-big-tech-companies-threatens-little-guy-innovators?r=US&IR=T>.

10) 예를 들어: 강보라, "특허괴물의 의의와 규제방안", 「산업재산권」 제41호, 한국지식재산학회, 2013.

11) 2개 이상의 생산기업이 공동으로 PAE를 창설하여 다른 경쟁기업을 공격하는 경우 카르텔 행위로 판단될 가능성이 있을 것이다. 강보라, 위의 논문, 74면.

12) 이상주,「대한민국에 특허괴물 몰려온다-독점금지법 위반으로 대응하라」, 나남출판, 2010, 36-53면 참조.

13) Darts-ip, *The Rise of Non-Practicing Entity (NPE) Cases Outside the United States.*

상태를 그대로 유지하면 PAE가 우리나라에서 특허활동을 하기는 어렵다고 생각한다. 수질이 나빠서 물고기가 살지 못하는 곳에 상어가 나타날 리가 만무하다. 그렇다면 한국 특허시장은 PAE가 관심을 보이지 않는 시장, 달리 말하면 세계 특허시장에서 '잊힌 시장'(market forgotten) 또는 '무시되는 시장'(market disregarded)인 것이다. PAE가 출현하지 않는 죽은 시장은 바람직하지 않다. PAE가 군침을 흘릴 수 있는 역동적인 특허시장이 더 바람직하다. 즉, PAE의 출현은 다른 한편으로는 대한민국 특허시장의 건강함의 증표가 될 수도 있다. PAE가 많은 제조업체에 위협이 된다는 면은 PAE의 역기능을 말한다. 즉, PAE는 한편으로는 역기능을 가지지만 다른 한편으로는 순기능도 가진다. 그러한 양면성을 염두에 두고, 이 글은 우리나라 특허시장, 기술시장에서의 PAE의 지위, 역할 등을 살펴보고, 그러한 이해를 바탕으로 우리 특허제도를 개선하는 방안을 제안한다.

II. 특허관리전문회사(PAE)의 개념 및 평가

어떤 특허권자가 특허권을 행사하는 장면에서 한편으로는 그 특허권자가 권리를 남용하고 있다는 시각이 있으면서, 다른 한편으로는 그 특허권자가 특허권을 존중하지 않는 상대방(침해자)의 희생자라는 시각이 있을 수 있다.[14] 즉, 동일한 특허권자의 동일한 특허권 행사에 대하여도 완전히 다른 시각이 있을 수 있으므로 그 권리행사를 객관적으로 파악할 필요가 있다. 예를 들어, Robert Kearns는 자동차 앞유리에 사용되는 와이퍼(windshield wiper)를 발명하였는데, 자동차 회사들이 그 발명에의 실시허락계약을 체결할 것을 거부한 후 침해제품을 판매하자 약 20년간 특허소송을 전개하였고, 한편으로는 그가 특허괴물이었다는 평가가 있고, 다른 한편으로는 그가 자동차 회사에 의해 희생된 자라는 평가도 있다.[15] 특허괴물(patent troll)이라는 용어는 Peter Detkin에 의하여 최초로 만들어졌는데,[16]

<http://www.darts-ip.com/the-rise-of-non-practicing-entity-npe-cases-outside-the-united-states/>.

14) 특허제도 자체에 반대하는 측에서는 친특허정책이 가져올 부작용을 과장하게 된다: 한지영, "친 지식재산(pro-patent)정책과 그 문제점에 관한 소고", 「창작과권리」 제73호, 세창출판사, 2013.

15) Jiaqing "Jack" Lu, *The Economics and Controversies of Nonpracticing Entities (Npes): How Npes and Defensive Patent Aggregators Will Change the License Market*, Part 1, 47 les Nouvelles 55, 56 fn 1 (2012) ("Some of the recent commentaries related Kearns to patent troll. However, during much of the two-decade long litigation, he was perceived as a victim.").

16) *Id.* at 57 ("A patent troll, a term originally coined by Peter Detkin in the late1990s . . .").

그도 처음에는 특허괴물이 초래하는 부작용, 단점을 과장되게 주장하다가 곧 그 자신이 PAE에 취직하게 된다. PAE의 양면성을 보여주는 대목이다.

1. 특허관리전문회사의 개념

일반적인 PAE의 두 가지 특징은 ① 특허를 구매한다는 점 및 ② 그 특허발명의 실시를 통해서가 아니라 그 특허권의 행사(enforcement)를 통해서 수익을 창출한다는 점에 있다.[17][18] 그런 견지에서 PAE를 특허 중개인(dealer or marketer)로 부르기도 한다.[19] 그러나, 시장에서의 PAE는 여러 형태로 존재하여 분류 자체도 쉽지 않다.[20]

미국 공정거래위(FTC) 보고서는 PAE를 포트폴리오 PAE 및 소송 PAE의 두 가지 형태로 분류하였다. 포트폴리오 PAE는 많은 수의 특허를 확보하고 라이선스에 중점을 둔다. 전체 PAE가 벌어들인 금액 40억불 중 32억불이 포트폴리오 PAE에 의한 것이었다. IV, Marathon, Finjan, WiLAN 등이 이러한 유형에 해당한다. 소송 PAE는 소송 제기를 중시하며, 전체 PAE 소송 중 96%가 소송 PAE에 의한 것이었다. Acacia, IPNav 등이 이러한 유형에 해당한다. Acacia는 2012년 이후로는 포트폴리오 PAE로 전환한 것으로 이해된다.

Pohlmann & Opitz 논문은 PAE를 그가 사용하는 특허의 가치, 특허발명의 실시 여부, 특허발명의 혁신성 여부를 기준으로 다음과 같이 분류하고 있다.[21]

---

17) Stefania Fusco, *Markets and Patent Enforcement: A Comparative Investigation of Non-Practicing Entities in the United States and Europe*, 20 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 439, 443 (2014).

18) Tim Pohlmann & Marieke Opitz, *Typology of the Patent Troll Business*, 43 R&D Mgmt. 103, at 1 (2013) ("A patent troll is a person or entity who acquires ownership of a patent without the intention of actually using it to produce a product and in many cases did not engage in developing the technology (McDonough, 2006; July, 2008).").

19) *Id.* at 2.

20) PAE 또는 NPE를 적대적 유형, 방어적 유형 및 정부주도 유형으로 구분한 사례도 있다. 윤선희, 장원준, "특허전문관리회사(NPE)의 사업모델과 특허권의 행사현황", 「창작과 권리」 제60호, 세창출판사, 2010, 63-71면.

21) Tim Pohlmann & Marieke Opitz, supra, at 113.

특허품질 관련 행위	고가치 특허 (nontrivial patent)	저가치 특허 (trivial patent)
혁신적/생산	기술 저해자 tech. blocker	저가치 기술 저해자
혁신적/비생산	특허 행사자 patent enforcer	저가치 특허 행사자
비혁신적/생산	특허 실시자 patent implementer	저가치 특허 실시자
비혁신적/비생산	특허괴물 patent troll	저가치 특허괴물

한 자료는 특허 관련 비즈니스 모델을 다음과 같이 열거하고 있다: ① 라이선싱과 특허소송을 겸하는 회사, ② 특허 매집 펀드, ③ 기술개발 회사, ④ 라이선싱 회사, ⑤ 특허소송 자금 투자 회사, ⑥ 특허브로커, ⑦ 특허 기반 M&A 컨설팅 회사, ⑧ 특허경매 회사, ⑨ 온라인 특허매매, 교환 회사, ⑩ 특허 기반 대여 회사, ⑪ 실시료 증권화 회사, ⑫ 특허분석 소프트웨어 서비스 회사, ⑬ 대학기술이전 중개 회사, ⑭ 특허 매매, 교환 플랫폼 회사, ⑮ 방어형 특허풀 회사, ⑯ 특허 스핀아웃 자금조달 회사, ⑰ 특허 기반 증권지수 제공 회사.[22]

PAE의 유형이 다양화 되면서 PAE를 획일적으로 정의하기가 어려워졌다. 그러나, 그 중 낮은 품질의 특허를 기반으로 특허방어력이 약한 기업을 상대로 소송을 제기한 후 적당한 금액으로 합의를 하는 PAE가 특허생태계에 가장 해로운 것이므로 그러한 PAE의 역기능, 횡포를 방지하는 방안을 모색할 필요가 있다.

2. 대기업에 의하여 생산된 특허관리전문회사에 대한 기존의 나쁜 평가[23]

PAE의 출현 전에는 (기술소기업은 무시되고) 대기업들끼리의 경쟁이 주를 이루고, 그 대기업들은 많은 특허를 보유하며, 한편으로는 상대방의 특허권을 침해하기도 하고 다른 한편으로는 상대방으로부터 침해를 당하기도 하면서 서로 소송제기를 꺼려하는 입장에 처하여 있었다.[24] 즉, 기술소기업의 특허는 무시할 수 있

22) 창의자본주식회사 설립위원회 사무국 내부자료, 2010. 6. 11.(윤선희, 장원준, “특허전문관리회사(NPE)의 사업모델과 특허권의 행사현황”, 「창작과 권리」 제60호, 세창출판사, 2010, 45면 각주 5에서 재인용).

23) Garry Gabison & Nikolaus Thumm, *Patent Assertion Entities in Europe*, European Union, 2016.

24) 한 회사가 어떤 제품을 생산하기 위한 모든 특허를 보유하지 못하므로, 서로 침해를 하면서 서로의 침해를 용인할 수 있었다.

고, 경쟁 대기업의 특허는 서로서로 침해를 용인하는 선에서 (불안한) 평화가 유지되었다.[25] 그런데, PAE의 출현으로 인하여 그러한 체계가 더 이상 유지되지 못하게 되었고, 그럼으로 인하여 기존 체계의 달콤함을 즐기던 대기업들이 더 이상 그 달콤함을 즐길 수가 없게 되었다. 당연히 대기업들은 PAE에 대하여 적대적인 평가를 하게 된다.[26][27]

특허권 행사자의 행위가 사회적 부작용을 초래한다는 주장은 가정적인 것이거나 이해관계자에 의한 왜곡된 것에 불과할 수 있다.[28] PAE의 부작용을 증명하기 위해서는 그들이 행사하는 특허의 품질이 일반 소송에서의 특허의 품질보다 더 낮다는 증거를 제시하여야 하는데,[29] 필자는 그러한 증거가 제시될 것으로 보이지 않는다. 만약, 그것이 가능하였다면 벌써 그런 증거가 제시되었어야 했다.[30] PAE 부정론자들이 PAE의 단점을 침소봉대 하고 편향적 시각을 제시하여 왔다고 생각한다.[31] 미국에서 PAE의 단점을 강조하며, 여러 경로로 PAE를 방지하기 위한 노력이 전개되었으나, 그 노력은 성공적이지 않았다.[32] 대기업들을 위하여

---

25) Mitch Kline, *The Parable of the Non-Planting Entity and the Apple Tree: Understanding the Role of Non-Practicing Entities*, 3 Case W. Reserve J.L. Tech. & Internet 405, 408 (2012).

26) James F. McDonough III, Comment, *The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy*, 56 Emory L.J. 189, 191 (2006) ("[T]here has been a concerted effort by large corporations and legislators, backed by the media, to put a stop to the practices of these entities pejoratively known as patent trolls.").

27) 설민수, "제7회 국제 지식재산권 및 산업보안 컨퍼런스", 세션 2 토론, 2017. 5. 18.("NPE에 대한 부정적 시스템은 대기업 중심의 폐쇄적인 특허시장이 원인인데 향후 법원과 정부가 해결해야 할 숙제"). <http://www.fnnews.com/news/201705181738102078>.

28) European Economics; *Patent Assertion Entities in Europe*; Eds: Nikolaus Thumm, Garry Gabison (Joint Research Centre), 2016, p. 9 ("Moreover, some of the negative consequences that we have identified are currently hypothetical and are based on stakeholder evidence which could be susceptible to bias.").

29) *Id.* at 10 ("It would be useful to conduct a quantitative empirical analysis to test whether, all else being equal, PAEs tend to assert lower or higher quality patents than practicing entities, or if there are particular types of PAEs that focus on asserting lower or higher quality patents. Moreover, a comparison is required of companies that enforce their patents with the help of PAEs with those that that engage in independent enforcement.").

30) 반대로, 특허소송에서 PAE가 사용한 특허의 품질과 실시기업이 사용한 특허의 품질이 다르지 않았다는 실증적 검토는 존재한다: Michael Risch, *Patent Troll Myths*, 42 Seton Hall L. Rev. 457, 458 (2012) ("[T]he patents enforced by so-called trolls--and the companies that obtained them--look a lot like other litigated patents and their owners.").

31) Jiaqing "Jack" Lu, supra, at 56 ("Negative commentaries, as we have seen in the recent years, would not only mislead the general public, but also further polarize the views in the debate.").

32) Robin M. Davis, Note, *Failed Attempts to Dwarf the Patent Trolls: Permanent Injunctions in Patent Infringement Cases Under the Proposed Patent Reform Act of 2005 and Ebay v. Mercexchange*, 17 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 431, 434 (2008).

PAE에 대한 부정적 평가를 생산하는 단체로는 CPF(Coalition for Patent Fairness), BSA(Business Software Alliance) 등이 예시된다.[33]

3. 유럽위원회(European Commission) 보고서의 평가[34]

PAE의 활동이 특허생태계, 기업활동에 미치는 영향이 작지 않으므로, 유럽에서는 유럽위원회 차원에서 PAE의 부작용에 대한 연구가 진행되었고 그 연구보고서는 다음과 같은 결론을 제시하였다.

가. PAE의 부작용은 증명되지 않았음

유럽위원회 보고서는 특허권 행사자의 행위가 사회적 부작용을 초래한다는 주장은 가정적이거나 이해관계가 있는 자에 의한 것에 불과할 수 있다고 평가하였다.[35] 또, PAE에 대한 부정적인 의견을 제시하는 측에서는 PAE가 저품질 특허를 기반으로 특허권을 남용하고 있다고 주장하는데, 동 유럽위원회 보고서는 PAE가 행사하는 특허의 품질이 일반 소송에서의 특허의 품질보다 더 낮다는 증거가 제시된 바가 없다고 보았다.[36] 즉, 유럽위원회 보고서는 PAE에 대한 가장 중요한 두 공격점에 대하여 근거가 없다고 본 것이다.

나. PAE 확산을 방지하는 방안

한편, 유럽위원회 보고서는 유럽에서 PAE 활동의 확산을 방지하는 가장 중요한 방안으로 다음을 제시하였다. 첫째, 고품질 특허를 생산하여야 한다. 둘째, 특허권의 소유에 대한 투명성(transparency)을 제고하여야 한다. 셋째, 표준필수특허와 관련된 법리를 명확하게 하여야 한다. 이러한 사항들은 특허권을 약화시키지 않으면서도 PAE의 특허제도를 교란하는 측면의 바람직하지 않은 활동을 방지할 수 있는 것들이므로, 우리나라도 이러한 사항을 특허법에 도입할 필요성이 인정된다.

---

33) Mitch Kline, supra, at 407.

34) Garry Gabison & Nikolaus Thumm, supra.

35) *Id.* at 55 ("Moreover, some of the negative consequences that we have identified are currently hypothetical and are based on stakeholder evidence which could be susceptible to bias.").

36) *Id.* at 10 ("It would be useful to conduct a quantitative empirical analysis to test whether, all else being equal, PAEs tend to assert lower or higher quality patents than practicing entities, or if there are particular types of PAEs that focus on asserting lower or higher quality patents. Moreover, a comparison is required of companies that enforce their patents with the help of PAEs with those that that engage in independent enforcement.").

다. 독일의 PAE 활동지로의 부상

한편, 유럽의 제도적, 법적 체계가 PAE가 유럽에서 활동하기에 적절하지 않게 하는 면이 있다.[37] 다만, 유럽에서 독일이 (아직까지는 유일하게) PAE가 선호하는 소송지이다. 독일이 손해배상액이 적다는 점, 침해소송과 무효소송이 이원화 되어 있다는 점, 패자가 승자의 소송비용을 지불해야 한다는 점 등이 PAE에게 장애요소가 되기도 하지만, 최근에는 상대적으로 저렴한 소송비용, 전문성 있는 법관, 짧은 소송기간, 자동적 침해금지 명령 등으로 인하여 독일이 새로운 대안으로 대두되고 있다.

라. 독일의 한계

미국 PAE의 부정적인 측면의 영업모델은 저렴한 저품질 특허를 구매한 후 소송을 제기하여 소송비용보다 낮은 액수로 화해를 하는 것이고, 그 구조에서는 고액의 소송비용이 피고에게 압박을 주게 되는데 반해, (상대적으로 소송비용이 저렴한) 독일에서는 피고에 대한 소송비용의 압박이 그다지 크지 않을 것이다. 특히, 독일에서는 피고가 소송에서 승소하는 경우 소송비용의 적어도 일부라도 반환받을 수 있는 점이 소송 중 화해를 어렵게 한다.

4. 미국 공정거래위원회(FTC) 보고서의 평가[38]

PAE의 피해, 단점 등에 대한 주장이 많았으나 그에 대한 실증적 증거가 부족하였고, 다른 한편에서는 PAE의 긍정적 역할이 주장되기도 하였다. 이에, 미국 FTC의 보고서는 22개 PAE의 행태를 분석하였고, 그 분석에 따라 PAE의 특허권 행사행위가 특허제도, 혁신체계 등에 피해를 준다는 증거가 없다는 결론을 내렸다. FTC 보고서는 특허괴물이라는 용어는 선입견을 유발하므로 그 용어는 사용되지 않아야 한다고 설명한다. PAE가 유발하는 부정적 효과가 긍정적 효과를 압도한다는 많은 주장은 근거 또는 증거가 없는 것임을 FTC 보고서가 확인하였다. PAE의 부작

---

37) *Id.* at 55 ("The institutional and legal framework in Europe has not allowed the more negative consequences associated with PAEs to materialise to the same extent that it has, according to some economic literature, in the US.").

38) Maureen K. Ohlhausen (Commissioner, Federal Trade Commission), *The FTC PAE Study in Context*, 2016. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/992533/ohlhausen_-_opening_remarks_pae_tech_policy_10-20-16.pdf>.

용에 대하여 (과장이든 아니든) 주장하던 반대측에서는 동 보고서에 대하여 대단히 실망하는 반응을 내어놓았다.[39]

결국, 유럽위원회 보고서 및 미국 FTC 보고서가 동일한 논조로 PAE의 부작용, 역기능에 대하여 증거가 없다는 결론을 내린 것이다. 더욱이 FTC는 경쟁을 시장에서의 가장 중요한 가치로 보는 정부기관이며, 독점권을 부여하는 특허권에 대하여 부정적인 시각을 가진 정부기관임에도 불구하고 그러한 결론을 내린 것이다. 그렇다면, 우리도 기본적으로는 PAE의 단점, 역기능을 과장되게 역설하는 목소리를 경계하면서, 한편으로는 PAE의 장점, 순기능은 최대화 하고, 다른 한편으로는 PAE의 단점, 역기능은 최소화 하는 특허체계를 모색하여야 할 것이다.

5. 우리나라에서의 특허관리전문회사의 활동

미국에서 PAE에 의한 소송이 증가하면서 사회적인 관심이 증폭되었다. 미국에서는 2000-2008년 기간 중 제기된 특허소송 중 약 80% 이상이 사업을 실시하는 기업에 의한 것이었다는 연구결과가 있다.[40] 그러나, 그 수치는 2012년에는 40% 이하로 떨어진다.[41] 즉, 2012년 이후에는 60% 이상의 특허소송이 PAE에 의한 것이었다. 미국에서 특허소송의 비용이 고액이라는 점에 착안하여, 소송을 제기한 후 소송비용보다 저렴한 비용으로 합의를 유도하는 PAE가 다수 존재한다고 한다.[42]

미국에서 PAE의 활동이 사회적인 문제가 되자, PAE가 우리나라에서 횡포를 부리는 상황을 염려하는 시각이 우리나라에서도 발생하고 있다. 예를 들어, 한국전자정보통신산업진흥회는 2010년에 “특허괴물 대응을 위한 변형 NPE 활용방안”이라는 제목의 연구용역을 발주하기도 하였다. 그 결과로 만들어진 논문에서 저자

---

39) Brian Pomper (executive director of Innovation Alliance) (“We are deeply disappointed that the Federal Trade Commission has made policy recommendations and drawn conclusions based on its unscientific case study of a limited number of so-called patent assertion entities.”). <http://www.iam-media.com/Blog/Detail.aspx?g=1268e64c-9bab-4303-8aff-daee3aa98425>.

40) Colleen V. Chien, *Of Trolls, Davids, Golliaths, and Kings: Narratives and Evidence in the Litigation of High-Tech Patents*, 87 N.C. L. Rev. 1571, 1603 (2009).

41) Colleen V. Chien, Assistant Professor, Santa Clara Univ., *Presentation to the DOJ/FTC Hearing on Patent Assertion Entities: Patent Assertion Entities*, at slide 23 (Dec. 10, 2012). <http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187314>.

42) Patrick Anderson, *Do NPE's “Cost” Us $29 B? Intellectual Ventures Co-Founder Peter Detkin Sets the Record Straight*, Gametime IP (June 28, 2012). <http://gametimeip.com/2012/06/28/do-npes-cost-us-29-b-intellectual-ventures-co-founderpeter-detkin-sets-the-record-straight/.>.

들은 NPE 활용방안에 관하여는 나름의 의견을 제시하는데, 정작 우리나라에서의 NPE의 발생, 활동 등에 관한 현황은 파악하지 않고 있다.[43] 현황 파악이 없이 개선방안을 제시하는 것은 병을 파악하지 않고 약을 처방하는 것과 다름이 아니다. 그 논문은 NPE에 의한 소송이 미국에서 발생하는 현실을 감안하여 미국에서의 NPE에 대하여 설명하고 있다. 어떤 논문은 특허 사나포선(privateering)의 문제점을 제기하며, 우리 중소기업을 그 문제점으로부터 보호하는 방안을 제시하고 있다.[44][45] 그런데, 그 논문도 정작 우리나라에서 특허 사나포선 행위가 어느 정도로 있는 것인지에 대한 현황파악 또는 향후 어느 정도로 있을 것인지에 대한 미래예측은 하지 못하고 있다.

우리나라에서 PAE의 활동이 활발해질 수 없다는 견해가 있는데,[46] 필자도 그 견해에 동의한다. "Darts-ip"라는 지식재산권 판례정보 회사가 조사한 바에 따르면,[47] 2011-2016년 기간 중 PAE에 의하여 제기된 소송이 독일에서 153건, 일본에서 18건, 중국에서 6건이 포착되었으나, 우리나라에서는 포착된 바가 없다.[48] 시장도 크지 않은데다, 더욱이 특허권자 승률이 30%가 되지도 않고,[49] 특허무효율이 50%를 초과하는[50] 우리나라에 PAE가 출현할 가능성은 매우 낮다.

일본에서 PAE의 활동이 활발하지 않은 이유로 다음을 제시한 논문이 있다: ① 법원의 안정성, ② 합리적인 손해배상액, ③ 효율적인 무효심판.[51] 동 논문은 일

---

43) 윤선희·정원준, 앞의 논문.

44) 조원희·도현석, "NPE 특허 사나포선(Privateering)의 경쟁법적 문제와 중소기업 보호방안 - 반박가능한 추정(rebuttable presumption)을 중심으로 -", 「가천법학」 제9권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2016.

45) 상동, 3면 각주 3("사나포선(私拿捕船)이란 개념상 다른 배를 나포할 권리를 가진 민간 선박을 말하는 것으로, 역사적으로는 해적의 출몰이 빈번했던 근대 유럽시대에 공식 해군만으로는 해적과의 전쟁 수행이 어려워지자, 민간 선박을 무장시켜 전쟁 수행을 대행하는 것에서 출발했다. 따라서 현대적 의미의 특허 사나포선 전략'은 자신이 아닌 제3자(이를테면 NPE)를 이용해 경쟁사나 상대 기업을 공격하거나 특허를 수익화하는 전략을 의미한다.").

46) 김형건·한지영·김경숙·김창화, "특허괴물(NPE)에 대한 규제의 글로벌 동향과 시사점", 한국법제연구원, 2015, 251면.

47) Darts-ip는 벨기에에 본사를 두고 있으며, 전 세계 70개국 이상의 지식재산권 판례정보를 제공한다.

48) Darts-ip, *The Rise of Non-Practicing Entity (NPE) Cases Outside the United States*. <http://www.darts-ip.com/the-rise-of-non-practicing-entity-npe-cases-outside-the-united-states/>.

49) 김관식, 「손해배상제도 개선을 위한 특허침해소송 판결 동향 분석-전국지방법원에서 최근 5년간 선고된 판결을 중심으로-」, 특허청 연구용역 보고서, 2014, 4면(조사된 지방법원에서의 본안 소송 283건 중 인용건수가 78건이어서 승소율이 27.6%라고 함).

50) 김일환, "'특허무효율 감소' 종합방안 내놔", iPnomics, 2015년 4월 13일자 기사("정부가 연간 50~60%에 달하는 특허 무효 인용률(이하 특허무효율)을 줄이기 위해 '직권 재심사제도'와 '특허취소신청제도'를 도입한다.").

51) Joe Brennan et al., *Patent Trolls in the US, Japan, Taiwan and Europe*, 2006, p. 83.

본 법원에 매우 우호적인 표현을 사용하였는데, 표현을 약간 달리하면, PAE가 일본 법원을 선택하지 않는 이유는 ① 특허권에 우호적이지 않고 특허권자 승률이 낮은 법원, ② 매우 낮은 손해배상액, ③ 높은 특허무효율이라고 설명된다. 그래서 현재 일본의 특허환경은 PAE에게 적대적일 뿐만 아니라 일반적인 특허권자에게도 적대적이다. 우리나라에서 PAE의 활동이 활발하지 않은 이유와 일본에서 그러한 이유가 유사하다고 생각된다.

나아가 동 논문은 대만에서 PAE에 의한 특허소송이 한 건도 발견되지 않았다고 말하면서, 그 이유로 대만의 법적 체계가 다음과 같은 이유로 PAE에게 우호적이지 않기 때문이라고 설명한다:[52] ① 작은 시장, ② 특허소송에 적극적이지 않은 문화, ③ 전문법원의 미설립,[53] ④ 증거를 확보하기 어려운 환경(no discovery), ⑤ 패소자가 소송비용을 부담하는 제도 등.[54] 대만이 가진 반특허적(anti-patent) 환경이 우리나라의 환경과 매우 유사하다고 생각된다. 결국, 일본, 대만, 우리나라에서는 특허환경이 반특허적이어서 PAE가 활동하기 어려울 뿐 아니라 일반적인 특허권자조차도 권리를 정당하게 행사하기 어려운 것이다.

유럽이 PAE에게 불리한 이유로 ① 빠르고 저렴한 소송, ② 전문법원에 의한 소송,[55] ③ 배심원이 아닌 판사에 의한 재판, ④ 패자가 승자의 소송비용을 부담하여야 하는 제도 등이 제시된다.[56][57] 이러한 네 가지 이유는 우리 법원이 갖추고 있는 것들과 유사하다. 그렇다면 우리 제도는 근본적으로 PAE에게 유리한 환경이 아니어서 PAE의 우리나라에서의 출몰에 대하여 지나치게 걱정할 필요가 없다고 생각된다. 다른 한편, PAE가 우리나라에 오는 것을 걱정할 것이 아니라, 전혀 오지 않는 것을 걱정할 필요가 있다.

<http://www.tokugikon.jp/gikonshi/244kiko1e.pdf>.

52) *Id.* at 83.

53) 대만도 이제는 전문법원(臺灣 智慧財産 法院)을 보유하고 있다. <http://ipc.judicial.gov.tw/ipr_internet/index.php>.

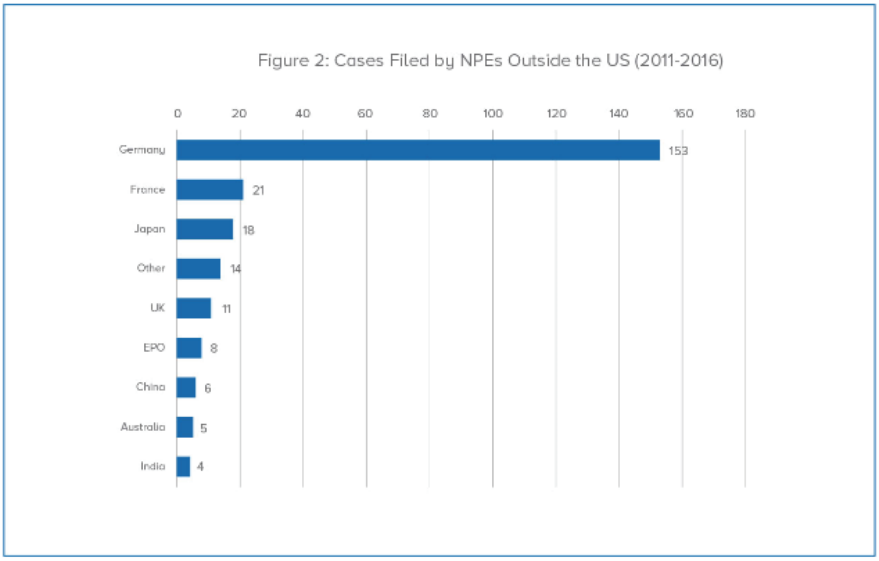
54) Joe Brennan et al., supra, at 83-84.

55) 대만에서는 전문법원의 미설립을 PAE가 활동하지 못하는 이유로 제시하였는데, 유럽에서는 전문법원에 의한 소송을 PAE가 활동하지 못하는 이유로 제시하여 그 자체로는 모순이다. PAE가 전문성이 높은 법원을 선호하는가, 아니면 낮은 법원을 선호하는가? 그에 대한 답이 쉽지 않아서 생긴 모순이라고 생각된다.

56) Joff Wild, *Industry association claims that Europe is under attack from patent trolls; but where's the evidence?,* April 17, 2017.

57) Stefania Fusco, supra (Fusco 논문은 미국과 유럽에서의 PAE 활동을 비교하며, 두 지역의 어떤 차이가 PAE 활동의 차이를 가져오는지에 대하여 검토함).

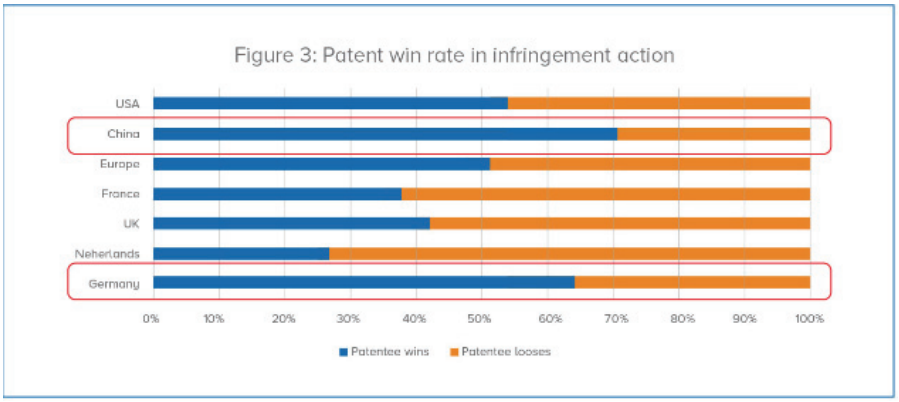
<미국 외의 국가에서 PAE가 소송을 제기한 건수>[58]



특히, 우리나라의 높은 특허무효율 및 낮은 특허권자 승률이 PAE의 활동을 어렵게 한다. 독일이 유럽에서 가장 매력적인 특허소송지로 선택되는 이유는 여러 다른 이유 중에서도 특허권자 승률이 매우 높기 때문일 것이다. 독일에서 한 해에 약 1천 건의 특허소송이 제기된다고 하는데,[59] 2000-2012년 기간 중에는 PAE가 소송의 당사자가 된 사건이 단지 5개만 존재하였다고 한다.[60] 즉, 2012년 전까지는 독일에서 PAE의 활동은 거의 포착되지 않았다. 그러나, 최근에는 독일에서 PAE의 활동이 증가하고 있으며, PAE의 다음 목표가 독일법원이 될 것이라는 주장이 있다. 중국의 특허권자 승률이 독일보다 더 높다는 점은 향후 중국이 PAE가 선호하는 국제소송지가 될 가능성을 보여준다.[61]

58) Darts-ip, supra.
59) Thomas F. Cotter, *Global Perspectives on Patent Law* (July 26, 2012) at 18.
60) Michael Risch, supra, at 453.
61) *Id.* 결론 참고.

<주요국에서의 특허권자 승률 비교>[62]



III. 특허관리전문회사의 역기능을 방지하기 위한 여러 방안의 검토

적어도 2009년 정도까지는 유럽에서는 PAE의 활동이 큰 문제가 되지 않았던 것으로 생각된다.[63] 유럽에서도 최근 PAE의 활동이 감지되기 시작하였으나, 그 활동이 심각한 정도가 아니어서 언론, 학자 등의 관심을 받을 정도가 아니었다고 분석된다.[64] 그러나, 최근 유럽이 PAE 활동의 가능성에 대하여 검토하고 있다면 우리도 그에 대하여 검토하는 것이 당연하다고 생각한다. 비록, 우리나라의 특허활동이 유럽의 그것에 비하여 약간 뒤처지기는 하더라도 다른 한편, 우리나라가 유럽에 비하여 특허활동의 측면에서 크게 열등하거나 경쟁하지 못한다고 단정하기는 어렵다. 이하, 선행 자료에서 PAE의 역기능을 방지하기 위하여 제안한 방안을 검토한다.

---

62) *Id.*

63) Stefania Fusco. supra, at 441 ("Until now, scholars have believed patent trolls are almost exclusively confined within U.S. borders. Specifically, European countries appeared immune to the activities of NPEs.") (citing Anna Mayergoyz, Note, *Lessons from Europe on How to Tame U.S. Patent Trolls*, 42 Cornell Int'l L.J. 241, 244 (2009)).

64) Michael Risch, supra, at 453 ("This list demonstrates that, contrary to consensus and to reports in the literature, NPEs are present in Europe. Their level of activity, however, is much lower when compared to NPE activity levels the United States.").

1. IP2I의 개선방안

유럽통합특허법원(UPC)으로 인하여 유럽에서도 PAE의 활동이 증가할 것에 대한 우려가 있다. 사실 독일에서 2000-2008년 기간 중 제기된 특허소송 중 약 10%가 PAE에 의한 것이었는데, 최근에는 그 숫자가 19%로 증가하였다는 조사도 있고,[65] IP2I(IP2Innovate)라는 단체는[66] EC에 그러한 우려를 전달하며 EC가 PAE에 대한 대책을 세울 것을 촉구하였다.[67] IP2I가 제시한 PAE에 대응하는 대책은 다음과 같다.

가. 침해금지명령에 대한 법원의 재량 확대[68]

자동차의 사이드미러가 특허권을 침해한다고 하여 자동차 전체에 대하여 금지명령을 발부하는 것이 지나친, 즉 형평에 맞지 않는 결과를 초래할 수 있다. '강하면서도 유연한 특허'(strong and flexible patent)를 표방하는 주장도 그러한 형평을 고려하는 것이라고 생각한다.[69] 미국 연방대법원의 (침해금지명령을 위해 형평을 판단하는) *eBay* 법리도 그러한 주장의 손을 들어준 것이다.[70] 다만, 미국의 *eBay* 법리의 도입이 우리나라에서는 '유연하고 약한 특허'(flexible and weak patent)를 초래할 수 있음에 대하여 유념하여야 한다. 유럽통합특허법원조약 제63조가 침해금지명령 발부와 관련하여 법원에 재량을 허용하고 있는데,[71] 향후 판사들이 실제로 그 재량을 어떤 정도로 활용할지에 대하여 귀추가 주목된다.[72]

나. 침해금지명령 대신에 손해배상[73]

---

65) Brian Love, Christian Helmers, Fabian Gaessler, and Max Ernicke, *Patent Assertion Entities in Europe* (2015). <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/912>.

66) IP2I에는 구글, 인텔, 아디다스, 다이므러, SAP, Sportify 등이 회원으로 속해있다.

67) <http://www.ip2innovate.eu/wp-content/uploads/2017/04/IP2I_Coalitionscopeandobjectives_v15_040317.pdf>.

68) IP2I, supra, at 3.

69) 조영선, 「권리침해에 대한 금지청구에 있어서 형평법적 요소의 도입 방안 연구」, 특허청 연구용역 보고서, 2015.

70) 특허권 침해가 인정되어도 침해금지명령이 자동적인 것이 아니라, 여러 형평적 요소를 판단하여야 한다는 미국연방대법원의 *eBay* 판결에 대한 해설은 다음 글 참고: 정차호, "특허의 침해금지권에 관한 *eBay* 판결 : 특허권의 몰락?", 「지식재산21」, 특허청, 2006년 7월호.

71) UPC Art. 63(1) ("Where a decision is taken finding an infringement of a patent, the Court may grant an injunction against the infringer aimed at prohibiting the continuation of the infringement. The Court may also grant such injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe a patent.").

72) 제62(2)조는 가처분(provisional injunction)에 대한 법원의 재량을 규정하고 있다. "The Court shall have the discretion to weigh up the interests of the parties and in particular to take into account the potential harm for either of the parties resulting from the granting or the refusal of the injunction."

침해금지명령이 복잡한 제품(complex products)을 생산, 판매하는 침해자(피고)에게 가혹한 결과를 초래할 수 있고, 그러한 점을 악용하여 PAE가 침해자에게 과도한 과실을 추구하게 하는 유인이 되므로, 과도한 것이 아닌 적당한 손해배상이 가능하도록 해야 한다는 점이 어느 정도 타당성을 가진다.[74] 그래서 침해금지명령 대신에 침해의 계속을 허용하되 그 계속된 침해에 대한 손해배상을 명령할 수 있는 제도를 강구할 수 있을 것이다. 그러나, 그러한 제도를 도입하기 위해서는 근본적인 연구가 선행되어야 한다. 예를 들어, 침해자의 (침해판결 후) 계속되는 침해에 대한 손해배상액(on-going damages)의 산정은 침해판결 전의 침해에 대한 손해배상액의 산정과 같아야 하는지 달라야 하는지, 달라야 한다면 어떻게 달라야 하는지에 대한 연구가 필요하다.[75] 또, 그러한 제도가 특허권을 약화시켜 특허권 침해를 유도하게 될 것인지에 대한 연구도 필요하다.

다. 유예기간(grace period) 후 침해금지명령

법원이 침해자에 대하여 침해금지를 명령하더라도 침해자가 회피설계를 할 수 있는 기간을 제공할 수 있을 것이다.[76] 침해자가 제품생산을 못하도록 일거에 명령하는 것보다는 침해자에게 비침해 대체품을 개발할 수 있는 기간을 제공하는 것이다. 즉각적인 침해금지명령이 침해자에게 지나친 피해(grossly disproportionate disadvantage)를 주는 경우 법원은 유예기간을 부여할 수 있다. 즉, 그 유예기간 중에는 침해를 계속할 수 있는 것이다. 독일[77] 및 영국이[78] 그러한 유예기간을 인정하고 있다. 또는, 해당 특허가 무효될 가능성에 대비하여 특허무효심판의 결과가 나올 때까지라도 침해금지명령을 유보할 수 있을 것이다.[79]

라. 패소자의 소송비용 부담

패소자가 승소자의 소송비용을 지불하도록 하여야 한다.[80] 그러한 비용전가(fee

---

73) IP2I, supra, at 3-4.
74) 조영선, 앞의 보고서.
75) Christopher B. Seaman, *Ongoing Royalties in Patent Cases After Ebay: An Empirical Assessment and Proposed Framework*, 23 Tex. Intell. Prop. L.J. 203 (2015).
76) IP2I, supra, at 4.
77) BGH X ZR 114/13 “Warmetauscher” 판결.
78) Navitaire [2005] EWHC 0282 [Ch] 판결.
79) IP2I, supra, at 5.
80) IP2I, supra, at 5.

shifting)가 효과적이기 위해서는 승소자의 소송비용 중 대부분이 전가되어야 할 것이다.[81] 그 비용 중 가장 많은 부분을 차지하는 변호사 비용은 100% 전가되어야 할 것이다. 이를 위해서는 변호사 비용을 법원에 사전 통지하는 시스템이 갖추어져야 한다.[82] 침해소송과 병행하여 진행되는 별도의 특허무효심판을 위한 비용이 그 (전가될) 비용에 포함되어야 하는지에 대하여도 검토가 필요하다.[83] 또, 재정사정이 좋지 않은 PAE가 승소자(피고)에게 비용을 지불할 능력이 없는 경우 그러한 비용전가 제도는 승소자(피고)에게 별로 도움이 되지 못할 것이다. 그러한 상황을 대비하여, 원고(PAE)가 보증금(bond)을 공탁하도록 하는 제도를 강구할 수 있을 것이다. 한편, 그러한 보증금 제도가 개인발명자인 특허권자가 특허권을 행사하는 데 걸림돌이 되어서는 곤란할 것이다.

마. 특허의 품질 관리

심사품질 및 특허품질은 효율적인 특허제도 운영을 위해서 가장 중요한 것이다.[84] 그런데, 유럽에서 가장 친특허적이라고 평가받는 독일에서 조차 다투어진 특허의 43%가 전부 무효되고 다른 35%가 부분적으로 무효된다고 한다.[85] 심사품질을 제고하여야 한다. 그러한 목표를 향해 유럽특허청,[86] 미국특허상표청이[87] 구체적인 움직임을 보이고 있다. 우리 특허청도 심사품질을 제고하기 위한 (기존의 미온적인 것이 아닌) 강력하고 구체적인 실행계획(action plan)을 마련하여야 한다.

바. 특허소송 정보의 신속한 공개

특허소송 관련 정보가 신속히 공개되어야 한다.[88] 유럽의 일부 국가에서는 소송의 판결문이 적시에 공개되지 않고 있으며, 더욱이 특허소송에서 당사자 이름,

---

81) 유럽연합 지재권 집행지침 제14조가 비용전가를 규정하고 있다.

82) Darin Jones, *A Shifting Landscape for Shifting Fees: Attorney-Fee Awards in Patent Suits After Octane and Highmark*, 90 Wash. L. Rev. 505 (2015).

83) Megan M. La Belle, *Fee Shifting for PTAB Proceedings*, 24 Tex. Intell. Prop. L.J. 367 (2016).

84) IP2I, supra, at 6.

85) Peter Hess, Tilman Muller-Stoy, Martin Wintermeir, *"Are Patents merely "Paper Tigers"?*, Mitt. 2014, 439. <http://www.bardehle.com/uploads/files/Patent_Papiertiger.pdf>.

86) European Patent Office, Annual Report 2007, *Raising the bar on patent quality*, 2007. <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/annual-report/2007/focus.html>.

87) Gene Quinn, *USPTO Announces New Patent Examination Quality Initiative*, Oct. 8, 2010; USPTO, *Patent Quality Metrics for Fiscal Year 2017 and Request for Comments on Improving Patent Quality Measurement*, Federal Register Vol. 81, No. 58 (March 25, 2016).

88) IP2I, supra, at 6.

대상 특허번호 등의 중요한 정보가 공개되지 않고 있다.[89] 특허소송 관련 정보의 신속한 공개가 특허 생태계의 투명성 및 효율성을 제고할 것이다. 유럽통합특허법원 규칙 제262조가 소송기록에의 접근에 대하여 명확하게 규정하고 있으므로,[90] 향후 유럽 다른 국가들도 이러한 제도를 따라야 할 것이다. 한편, 우리나라도 판결문 공개의 측면에서 사법행정 후진국이라고 생각된다.[91] 특히, 이해관계인이 (기업의 의사결정에 지대한 영향을 끼치는) 특허소송 정보를 신속히, 저렴하게 그리고 쉽게 입수할 수 있는 체계를 제공하여야 한다.

2. Innovation Alliance의 개선방안

Innovation Alliance가 주장하는 제도적 보완이 PAE의 부작용을 줄이는 데 일조할 것이다.[92] 그 주장 중 우리의 제도 보완에 참고가 될 수 있는 사항으로 다음을 예시한다. ① 출원인, 특허권자가 납부하여 발생한 특허청 수입은 발명자, 출원인, 특허권자를 위해서만 사용되어야 하며, 다른 용도로 전용되지 않아야 한다. ② 소송의 실제 이해관계인이 공개되어야 한다. 즉, PAE 특허권자 뒤에 숨은 실제 주인이 누구인지를 상대방이 알 수 있도록 하여야 한다. ③ 소장(訴狀)의 기재요건(pleading requirement)을 강화하여야 한다. 즉, 소장에서 피고의 침해 사실을 적시하도록 하여 막연하고 무분별한 소의 제기를 방지하여야 한다. 참고로, 미국에서는 소장이 특허권 침해에 대하여 더 구체적으로 적시하도록 요구하고 있다.[93] ④ 패소자가 승소자의 소송비용을 책임질 확률을 높여야 한다. 우리는 패소자가 소송비용의 일부분을 부담하는데 대부분을 부담하도록 제도를 개선할 필요가 있다. ⑤ 경고장(demand letter or warning letter)의 남발에 대한 대처가 있어야 한다. 참고로, 영국에서는 부당한 위협(groundless threat)의 경우에 대한 구체적인 규정이 특허법에 존재한다.[94] 우리도 그러한 규정을 특허법에 신설하는 방안을 검토할 수 있다.[95]

---

89) IP2I, supra, at 6.

90) Unified Patent Court Rules of Procedure (October 2015). <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/UPC-Rules-of-Procedure.pdf>.

91) 정차호, 「특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안에 관한 연구」, 국가지식재산위원회 연구용역 보고서, 2017.

92) <http://innovationalliance.net/about-us/our-principles/>.

93) Lyda v. CBS Corporation, No. 2015-1923 (Fed. Cir. Sept. 30, 2016).

94) Section 70 of the UK Patent Act of 1977 (Remedy for groundless threats of infringement proceedings). 상표법에도 유사한 규정이 있다. Section 21 of the UK Trade Mark Act of 1994 (Remedy for groundless threats of infringement proceeding).

95) The Law Commission, *PATENTS, TRADE MARKS AND DESIGN RIGHTS: GROUNDLESS*

3. 유럽통합특허법원에서의 통제장치

디지털단일시장(Digital Single Market)의 부회장인 Andrus Ansip은 유럽통합특허법원이 PAE에 대한 다음과 같은 네 가지 통제장치를 가지고 있다고 설명한다.[96] 첫째, 유럽특허청의 이의신청(opposition) 제도가 나쁜 특허를 쉽게 무효시킬 수 있도록 한다. 유럽특허청의 이의신청 제도는 우리의 특허취소신청제도와 유사한 것이다.[97][98] 둘째, 유럽통합특허법원의 판사는 침해금지명령을 발부함에 있어서 어느 정도의 재량을 행사할 수 있다. 우리의 법리는 아직까지는 그러한 재량을 허용하지 않는다. 향후, 침해금지법리를 변경할 것인지 여부에 대한 깊은 고민이 필요하다.[99] 셋째, 유럽사법재판소(CJEU)는 특허권 남용에 대한 엄격한 법리를 가지고 있다. 넷째, 유럽통합특허법원의 판결문은 공중에게 공개될 것이다. 우리 법원의 판결문도 더 빠르게 더 쉽게 입수될 수 있어야 한다.

4. 미국에서의 소송지(venue) 제한 움직임

미국에서 특허권의 남용을 규제하기 위한 입법안이 제안된다. 그 중에서도 소송지를 제한하는 법안이 가장 중요하다. PAE가 선호하는 법원이 존재한다. 그 법원에서 특허권자 승률이 높은 점이 매력적이다. 그와 관련하여 미국연방대법원은 소송지(venue)가 피고 회사의 일상적이고 확립된 영업장소(regular and established place of business)로 제한된다는 판시를 하여 PAE가 특허권자 승률이 높은 법원

THREATS, 2014.
<http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc346_patents_groundless_threats.pdf>.

96) <http://ipkitten.blogspot.kr/2017/04/european-patent-troll-boom-spurs-google.html>.

97) 특허법 제6장의2 특허취소신청(제132조의2 내지 제132조의15).

98) 특허취소신청 절차는 행정절차인가, 행정심판절차인가?

99) 최근 특허법원이 침해금지명령이 자동적이지 않음을 말하는 판시라고 해석될 여지가 있는 의미심장한 판결을 선고하였다. 동 판결에 대한 대법원의 반응이 어떨지 매우 궁금하다. 특허법원 2017. 4. 21. 선고 2016나1745 판결("특허법 제126조 제1항은 특허권자는 자기의 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해의 금지를 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 특허권자는 자신의 특허권의 효력이 미치는 범위 내에서 침해금지청구권을 행사할 수 있는 것이라는 점, 한편, 같은 조 제2항은 특허권자는 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거를 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 침해행위를 조성한 물건이란 침해행위의 필연적 내용을 이루는 물건을 말하는 것으로 봄이 상당한 점, 물건의 폐기 또는 설비의 제거 청구는 침해자에 대하여 물품의 폐기나 설비의 제거로 돌이킬 수 없는 상태를 초래할 수 있다는 점 등을 종합하면 그 인용 여부는 구체적인 사안의 내용에 따라 인용되지 않을 경우의 특허권자측의 불이익과 인용될 경우의 침해자측의 불이익을 비교교량하여 결정하여야 하고, 그 범위는 원칙적으로 침해에 제공된 설비만을 포함한다고 할 것이며, 아울러 침해의 예방 등에 필요한 최소한도로 한정되어야 할 것이다.").

을 선택할 수 있는 여지를 사실상 봉쇄하였다.[100] 의회도 소송지를 제한하는 법 개정안을 검토할 가능성이 높다.[101]

5. 증거개시의 축소

미국의 소송이 비싼 여러 이유 중 하나가 증거개시(discovery) 제도이다. 증거개시의 범위를 축소하여 그에 소요되는 비용을 줄이자는 의견이 있다.[102] 예전에 독일에서도 증거개시 절차를 두었으나, 그 절차가 시간, 비용의 면에서 정의롭지 못하다는 결론을 내리고 지금은 증거개시 절차를 따로 두지 않는다고 한다.[103] 그러한 결과로 독일 법원에서의 특허소송은 미국의 그것에 비하여 더 빠르고 더 저렴하다.

6. 소액소송 전담 법원의 설립

소액소송을 처리하는 별도의 법원 또는 재판부의 신설을 주장하는 의견이 있다.[104] 2012년 미국특허상표청이 그러한 방안에 대하여 고객의 의견을 청취한 바 있지만,[105] 아직 동 법원의 신설을 위한 구체적인 움직임은 포착되지 않고 있다. 영국이 그러한 소액소송 법원을 신설하여 운영하여 오고 있으므로 영국의 동 법

---

100) TC Heartland LLC v. Kraft Food Group Brands LLC., 137 S.Ct. 1514 (2017). <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/tc-heartland-llc-v-kraft-foods-group-brands-llc/>.

101) 미국 연방의회, 하원 법사위원회 의장 Goodlatte 의원의 발언("One of the issues the Court recently agreed to take is with regard to the issue of venue."); Dennis Crouch, *Congress Continues to See Need to Reduce Abusive Patent Litigation*, May 3, 2017. <https://patentlyo.com>.

102) David L. Schwartz, Jay P. Kesan, supra, at 453 ("In these cases, the district court judges can curtail discovery to make the cost of litigation commensurate with the risks and stakes of the case.").

103) USLAW, *Comparison of the discovery process in civil litigation in the U.S. and Germany - an introduction*, Aug. 19, 2015 ("In Germany, the judge or panel of judges investigate the facts and render the decision of a case. The United States puts the power of discovery into the hands of the lawyers. The lawyers investigate the facts and present their case to a jury (unless a jury trial is waved). In German discovery practice, pretrial discovery is virtually non-existent."); John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure, Yale Law School Legal Scholarship Repository* (1985) ("My theme is that, by assigning judges rather than lawyers to investigate the facts, the Germans avoid the most troublesome aspects of our practice.").

104) Robert P. Greenspoon, *Is the United States Finally Ready for a Patent Small Claims Court?*, 10 Minn. J.L. Sci. & Tech. 549, 551 (2009).

105) USPTO, *Request for Comments on a Patent Small Claims Proceeding in the United States*, 77 Fed. Reg. 74,830 (Dec. 18, 2012).

원에 대한 추가적인 연구, 조사가 필요하다.[106] 현실적으로, 특허소송을 위한 이러한 소액소송 전담 법원의 설립을 우리 대법원이 용인할 가능성은 매우 낮을 것으로 생각한다.

IV. 특허관리전문회사의 양면성을 고려한 우리 특허제도의 개선방안

1. 특허관리전문회사의 양면성: 순기능 v. 역기능

가. 개인발명가, 대학, 중소기업의 특허천사(patent angel), PAE

PAE의 가장 중요한 장점은 특허권자 혼자서는 특허로 수익을 창출하기 어려운 중소기업, 대학, 개인발명가 등이 PAE의 도움을 받아서 이익을 창출할 수 있다는 점이다.[107][108] 중소기업의 경우 특허권을 행사하기가 어려운 것이 현실이다.[109] 대기업도 조건이 맞으면 PAE를 활용할 수 있다.[110] 동부하이텍이 미국, 캐나다 등에 소재하는 PAE에게 특허를 매각하였다고 한다.[111] 우리나라에서 지식재산의 창출, 보호, 활용 중 활용이 가장 미진하다는 주장이 있는데, 활용을 활발하게 하는 방안 중 하나가 PAE의 활동이 이익을 낼 수 있는 환경을 제공하는 것이라고 생각한다. 중국이 높은 특허권자 승률, 짧은 소송기간, 낮은 소송비용 등으로 인하여 PAE의 활동지가 될 가능성이 높으며, PAE의 활동으로 인하여 중국 내 기술기업들이 중국에서 영업을 하는 외국 대기업을 상대로 수익을 창출할 수 있을 것이라는 설명이 있다.[112] 중소기업이 PAE의 도움을 받더라도 대기업을 상대로 특

---

106) 정차호, "영국 특허지방법원(Patent County Court)의 개혁", 「지식재산연구」 제7권 제4호, 한국지식재산연구원, 2012.

107) 홍명수, "특허관리전문회사와 경쟁정책", 「경제법연구」 제13권 제3호, 한국경제법학회, 2014, 40면("전술한 것처럼 특허관리전문회사의 활동에는 긍정적 측면과 부정적 측면이 교차한다. 구체적으로 보면, 우선 소규모 발명가를 보호하고 특허가치를 극대화 하며 무엇보다 이상의 순기능을 가능하게 하는 기초로서 특허시장을 활성화 하는 것이 특허관리전문회사의 긍정적 측면으로 거론된다.").

108) Michael Risch, supra, at 491 ("A primary justification of NPEs is that they provide an aftermarket for patents of failed (and even going) companies, providing a new liquidity option that enhances investment in startups.").

109) Elizabeth Pesses, Note, *Patent and Contribution: Bringing the Quid Pro Quo into eBay v. MercExchange*, 11 Yale J.L. & Tech. 309, 328 (2009) ("Nonetheless, patent trolls may actually play an important role in the patent system. For example, many small inventors do not have the financial resources to enforce their patents, and these patents are constantly infringed by larger companies.").

110) 심영택, "특허괴물, 피하지 말고 길들여라", 「동아비즈니스리뷰」 125호, 2013년 3월호(특허괴물 사용 사의 이점으로, ① 신분 노출 회피, ② 증거조사제도의 부담 회피, ③맞고소 및 상호 라이선스 부담 회피 등을 제시함).

111) 출처: iPnomics, 2017. 5. 2.자 기사. <http://www.ipnomics.co.kr>.

허권을 행사하는 것이 용이하지 않다고 생각되며, 그나마 PAE의 도움이 그러한 가능성을 조금이라도 높일 것이다.

나. 중소기업을 죽이는 특허악마(patent devil), PAE

미국에서 중소기업이 PAE의 주요 표적이라는 연구가 있다.[113] 한편으로는, 돈이 많은 대기업을 상대로 특허권을 행사하는 PAE도 있겠지만, 다른 한편으로는, 특허공격에 대한 방어력이 약한 중소기업을 상대로 특허권을 행사하여 상대적으로 적은 금액을 협상금으로 얻는 영업모델이 추구될 수도 있을 것이다. 그리고, PAE의 그러한 공격이 중소기업에게는 치명적인 것이 될 수 있다. 중소기업이라고 하여 타인의 특허권을 자유롭게 침해할 수 있는 것은 아니지만, 저품질 특허로 중소기업을 괴롭히는 영업모델이 성공적일 수 있는 특허환경이 제공되어서는 곤란하다.

다. 소결

위에서 살펴본 바와 같이, PAE가 혁신(innovation)이라는 관점에서 단점과 더불어 장점을 가진다는 것이 지금까지의 일반적인 평가라고 생각된다.[114] 그렇다면, 그 장점은 최대화 하고 그 단점은 최소화 하는 특허환경을 구축할 필요가 있다.

2. PAE의 순기능을 최대화하기 위한 특허제도 개선방안

가. 특허의 강력한 보호(strong patent protection)

강한 특허보호가 디지털 경제에서의 주축이 되어야 한다는 점에 대하여는 PAE의 단점을 지적하는 측에서도 동의한다.[115] 다만, 다른 한편으로 발명의 활발한 이용이 허용되고, 특허권이 남용되지 않는 법적 체계가 전제되어야 할 것이다. 강

---

112) Erick Robinson, *Non-practicing entities can help support innovation and tech companies in China*, Globa Times, Dec. 28, 2016. <http://www.chinapatentblog.com/uploads/6/4/6/0/64605647/global_times_-_china_and_npes.pdf>.

113) Exec. Office of the President, *Patent Assertion and U.S. Innovation 1*, note 4 (2013). <http://permanent.access.gpo.gov/gpo37258/patent-report.pdf>.

114) Miranda Jones, Comment, *Permanent Injunction, A Remedy by Any Other Name Is Patently Not the Same: How Ebay v. Mercexchange Affects the Patent Right of Non-Practicing Entities*, 14 Geo. Mason L. Rev. 1035, 1042 (2007).

115) IP2I, *Promoting a Robust, Balanced & Flexible European Patent Ecosystem to Prevent Abusive Patent Practices of Patent Assertion Entities*, p. 1 ("Strong IP protection must be a pillar of any digital-based economy").

한 특허를 지향하는 견지에서 손해배상액 증액제도가 거론된다. 한편, 특허발명의 활발한 이용을 제고하는 견지에서 침해금지명령에 대한 법원의 재량 확대가 거론된다.

나. 자금조달(funding)

PAE가 활발히 활동하기 위해서는 그 활동을 위한 자금이 조달되어야 한다. 자금조달이 유럽에서는 미국에서보다 더 어렵다. (유럽회사인) Bosch의 특허를 활용하여 특허권을 행사하는 IPCom이 (유럽 회사인) Nokia를 상대로 특허권을 행사한 사건에서도 유럽에서 자금을 조달하지 못하고 미국에서 자금을 조달하였다고 한다.[116] 유럽의 투자자들은 아직까지 PAE의 활동이 수익성이 높다고 생각하지 않는 것이다. 그런 견지에서 우리 정부가 Intellectual Discovery를 위하여 자금을 투자한 것으로 볼 수 있다.

3. PAE의 역기능을 최소화 하기 위한 특허제도 개선방안

가. 침해금지명령 제도의 개선

PAE는 (통상) 특허발명을 실시하지 않으면서 특허권을 행사하는 특허권자이다. 많은 경우 특허발명을 실시하는 자가 그가 보유한 특허를 PAE에게 양도하여 PAE가 권리를 행사하도록 하기도 한다. 이러한 사업모델이 여러 장점을 가지는데 그 모델에 단점을 주어서 장점을 희석하는 것이 PAE의 지나친 활동을 억제하는 방안이 될 수 있다. 그 단점 중 하나가 침해금지명령의 불허가이다. 미국에서는 원고가 피고와 유의미한 경쟁(competition)을 하지 않는다는 이유로 회복할 수 없는 피해(irreparable harm)를 인정하지 않고 나아가 침해금지명령을 발부하지 않는 판례가 나오기 시작한다. *Nichia v. Everlight* 사건에서 법원은 피고(Everlight)의 침해행위로 인하여 원고(Nichia)의 판매가 감소되었다는 증거 또는 판매가격이 인하되었다는 증거가 제시되지 않았다는 이유로 회복할 수 없는 피해를 인정하지 않고 나아가 침해금지명령도 발부하지 않았다.[117] 동 판례에 의하면, 특허발명을 실시하지 않는 PAE에 의한 침해금지명령의 청구는 인용되지 않을 가능성이 매우 높아졌고 그렇다면 PAE에 의한 공격의 위력이 반감된다.[118] 만약, 이러한 법리가

---

116) Reuters, *Fortress-Backed Company Sues Nokia Over Patents* (Jan. 30, 2008, 3:29 PM), <http://www.reuters.com/article/2008/01/30/nokia-patents-idUSL3084752820080130>.

117) Nichia Corp. v. Everlight Americas, INC., 855 F.3d 1328 (Fed. Cir. 2017).

118) 홍명수, 앞의 논문, 37-38면("특허관리전문회사는 특허관리를 전문으로 하고, 이로부터 수익의 주된 부분을 창출하는 회사를 말한다. non-practicing이라는 표현에서 알 수 있듯이 상품의

정착되면 제조업체 특허권자가 해당 특허를 (특허발명을 실시하지 않는) PAE에게 양도하여 권리를 행사하도록 하는 영업모델에 대한 근본적인 재검토가 필요해진다.

피고가 회피설계를 할 수 있도록 침해금지명령의 집행을 일정 기간 유예하는 제도의 도입을 검토할 수 있다. 독일에서는 ① 당사자의 이익, ② 침해자의 선의 또는 악의, ③ 특허발명이 침해제품에 기여하는 정도, ④ 회피설계의 기간 등을 고려하여 법원이 침해금지명령의 중지(stay) 여부, 중지기간, 일몰 실시료(sunset royalty) 액수를 정한다.[119]

나. 부당한 위협(unjustified threat)에 대한 대응

영국 특허법은 특허권자의 근거없는 부당한 위협을 규율하는 규정을 두고 있다.[120] 호주도 유사한 규정을 두고 있다.[121] PAE 등의 특허권자가 특허권을 남용하는 행위를 규율할 필요성이 인정되고 그런 견지에서 우리나라 특허법에도 유사한 규정을 도입할 필요성이 인정된다. 다만, 자칫 그러한 규정이 특허권을 정당하게 행사하는 특허권자가 침해자에 의하여 제기된 소송에 휘말리게 하는 부작용을 초래할 수 있으므로 그러한 점에 대한 사전연구가 선행되어야 할 것이다.

다. 빠르고 저렴한 소송

소송이 빠르고 저렴한 경우 피고에게의 압박이 줄어들 수 있다. 그런 견지에서 증거개시(discovery)의 범위를 축소하여 그에 소요되는 비용을 줄이자는 의견도 존재한다. 우리는 지금까지 증거확보를 강화하는 제도개선에 대하여 강조를 하여 왔는데,[122] 증거확보와 더불어 빠르고 저렴한 소송의 중요함도 강조되어야 할 것이다.

라. 무효심판 제도의 개선

유효인 특허를 침해하는 행위를 보호하여서는 아니된다. 그러나, 장차 무효될

생산·유통 과정에서 특허의 대상인 발명품을 직접적으로 활용하지 않는 경우가 많으며, 이 경우 생산 활동에 종사하는 사업자와 직접적인 경쟁관계에 있지 않게 된다.").

119) German Federal Supreme Court, May 2016 (Wärmetauscher) (recited from Thomas F. Cotter, *Stays Pending Design-Around in Germany*, Part 2, May 26, 2017. <www.comparativepatentremedies.com>).

120) Section 70 of the UK Patent Act of 1977 (Remedy for groundless threats of infringement proceedings).

121) Mizzi Family Holdings Pty Ltd v Morellini (No 3) [2017] FCA 870 (부당한 위협으로 인한 손해배상액을 증명하기 위하여 해당 위협과 손해 사이의 인과관계가 증명되어야 한다는 설시).

122) 그 일환으로 2016년 법 개정을 통하여 특허법 제132조 제4항이 신설되었다. "당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다."

특허가 권리를 행사하는 장면, 비침해인 행위에 권리를 행사하는 장면은 방지되어야 한다. 그런 견지에서 마땅히 무효되어야 할 '나쁜 특허'(bad patent)가 용이하게 무효되는 법적 체계, 침해인지 여부를 쉽게 판단할 수 있는 법적 체계를 구축할 필요가 있다. 그런 견지에서 우리 특허법의 권리범위확인심판 제도는 매우 유용하다.[123]

미국에서 2011년에 도입된 특허무효심판(IPR) 제도를 통하여 저렴하고 신속하게 저품질 특허를 무효시킬 수 있으므로, 그 무효심판 제도가 일정 부분 PAE의 활동을 저해할 것이라는 주장이 있다.[124] 우리 특허무효심판은 미국의 IPR보다 더욱 저렴하고 신속하므로, 그런 측면에서도 우리나라는 PAE에게 좋은 놀이터가 아니다. 한편, 특허무효심판에 있어서 나쁜 특허의 특허권자가 무효를 지연시키는 전략으로 정정청구 및/또는 정정심판이 악용된다. 정정청구 및 정정심판의 악용을 방지 또는 최소화 하는 제도를 구축할 필요가 있다.

마. 정정심판 제도의 개선

정정제도는 심결취소소송에서의 심리범위 무제한설과 연관된다. 2017년 현재까지 법원이 무제한설을 채택하고 있고, 그로 인하여 소송이 특허법원 또는 대법원에 계류 중인 상황에서도 정정심판을 청구하는 것이 가능하다.[125] 그리고, 그러한 정정심판으로 인하여 특허권자가 사건을 장기화 할 수 있다. 그러한 장기화 전략을 방지하기 위하여 정정심판의 청구시기를 제한할 필요가 있고, 그러하기 위해서 심리범위 제한설을 도입할 필요가 있다.[126]

바. 특허소송 정보의 신속한 공개

IP2I 및 디지털단일시장(Digital Single Market)의 부회장인 Andrus Ansip이 공통적으로 강조하는 것이 특허소송 정보의 신속한 공개이다. 그러한 정보를 통하여 이해관계인이 PAE의 공격에 더 적절히 대응할 수 있는 것이다. 우리는 판결이

---

123) 정차호·이혜라, "특허 권리범위확인심판 유용론", 「산업재산권」 제44호, 한국지식재산학회, 2015.

124) David L. Schwartz, Jay P. Kesan, supra, at 452 ("The new inter partes review (IPR) and post grant review (PGR) proceedings authorized by the America Invents Act may present opportunities for low-cost patent invalidation. The final rules were set in late 2012, and thus we do not yet know whether this will reduce the wasteful transaction costs in challenging low-quality patents.").

125) 무효심판 청구인이 새로운 증거를 제출할 수 있는 기회를 주게 되면 그에 대응하여 특허권자가 특허를 정정할 수 있는 기회를 주어야 한다.

126) 양성미·정차호, "특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 심리범위: 무제한설에서 제한설로", 「성균관법학」 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2016.

'확정'된 후 판결서를 공개하는데, 1심 판결 선고 후 즉시 공개되는 체계를 갖추어야 한다. 대부분의 국가는 판결의 선고 후 즉시 판결서를 공개하고 있다.[127]

사. 소장의 기재요건(pleading requirement) 강화

소장의 기재요건을 강화하여야 한다. 즉, 소장에서 피고의 침해 사실을 적시하도록 하여 막연하고 무분별한 소의 제기를 방지하여야 한다. 참고로, 미국에서는 소장에서 특허권 침해에 대하여 더 구체적으로 적시하도록 민사소송법 시행령이 개정되었다.[128]

아. 고품질 특허의 생산

PAE의 역기능을 최소화 하는 가장 효과적인 방법은 심사품질을 제고하여 특허품질을 제고하는 것이다. 특허품질의 제고-특허무효율의 하락-특허권자 승률의 상승이라는 선순환 체계가 구축되면, PAE의 활동도 특허천사의 활동으로 평가될 수 있다.

V. 결론

PAE의 부작용에 대한 과장된 우려가 우리나라에도 존재한다. 그러나, PAE가 활발히 활동하는 미국, 유럽에서도 PAE의 부작용이 증명되지 않았다는 것이 미국 FTC 보고서 및 유럽위원회 보고서의 결론이다. 그렇다면 PAE의 부작용이 (누군가의 의도에 따라?) 과장, 왜곡된 면이 있다. 그러므로, 그러한 과장, 왜곡에 휘둘리지 말고, PAE의 순기능 및 역기능을 두루 인정하며, 두 측면을 전체적으로 보는 시각을 가져야 한다.[129] 우리나라에서는 PAE의 소송활동이 관측된 바가 없는 정도이며, 우리 특허생태계가 변하지 않는다면 PAE가 우리나라에 들어올 것 같지도 않다. PAE에 관한 우리나라의 논문들은 PAE의 역기능에 대하여 과장하는 것이거나 미국에서의 PAE 활동에 관하여 소개하는 것들뿐이다. PAE가 우리나라에

---

127) 정차호, 「특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안에 관한 연구」, 국가지식재산위원회 연구용역 보고서, 2017.

128) Rule 84 삭제 및 Form 18의 삭제로 인하여 소장요건 강화: 중소기업이 소를 제기하기가 어려워졌다. Bell Atlantic Corp. v. Twombly and Ashcroft v. Iqbal 법리가 적용된다.

129) Schwartz & Kesan, supra, at 455 ("The patent system is too important to evaluate without data. Data can help us make informed policy choices.").

오는 상황을 걱정할 것이 아니라 PAE가 우리나라에 전혀 오지 않는 상황을 걱정하여야 한다. 심지어, 카이스트 및 성균관대도 홈그라운드인 우리 법원을 버리고 미국 법원에서 소송을 제기하였다. 외면되는 법원, 외면되는 특허제도를 가진 나라는 미래가 없다.

특허'괴물'을 강조하는 측은 법원이 침해행위에 관심을 집중하지 않고 특허권자의 영업모델에 관심을 집중하도록 하여 도덕적 판단을 하도록 유도한다.[130] 특허괴물, NPE, PAE 등의 단점을 강조하는 목소리는 경계하며 들어야 한다. 그 목소리에 특허권 침해라는 불법행위를 용인해야 한다거나 적어도 불법행위를 부드럽게 대해야 한다는 주장이 은밀하게 깔려 있을 수 있다.

최근 많은 전문가들은 중국 법원이 빠르고 저렴하여 새로운 인기 국제 특허소송지로 부상되고 있다고 설명한다.[131] 빠르고 저렴한 법원은 경쟁력이 있는 법원이다. 우리도 특허소송 법원의 경쟁력을 강화하여야 한다는 점에는 이견이 있기 어렵고, 그렇다면 법원의 경쟁력이 강화되면 외국의 특허권자가 우리나라에서 국제 특허소송을 제기할 가능성이 높아질 것이다. 달리 말하면, (특허발명을 실시하든 실시하지 않든) 어떤 특허권자가 어떤 나라의 법원을 선호한다는 것은 그 법원이 국제적 경쟁력을 확보하고 있다는 증거이다. 지금까지 미국의 법원이 가장 강한 경쟁력을 가져 왔고, 독일이 그 다음의 자리를 차지하여 왔는데, 최근에 중국이 새로운 인기 소송지로 부상하고 있다. 일본이 특허소송지라는 측면에서 경쟁력이 낮아지고 있는데,[132] 우리나라도 그 길을 따라서는 아니 될 것이다.

---

130) Joff Wild, *Industry association claims that Europe is under attack from patent trolls; but where's the evidence?*, April 17, 2017 ("My experience is that those who do equate trolls with PAEs are seeking to create a debate that focuses not on patent quality, eligibility or infringement, but on the business model of the patent owner. They want people (more specifically legislators, policy-makers and courts) to make moral judgements about those asserting rights, not on those who might be infringing them.").

131) "Patent owners from the U.S. and other Western countries are increasingly looking to China as they consider places to file patent infringement lawsuits, drawn by the allure of a system that is faster, less expensive and offers powerful injunctions that can provide valuable leverage in a dispute." <https://www.law360.com/ip/articles/914779/china-becoming-more-attractive-for-foreign-patent-owners?nl_pk=1b626387-7d7b-4410-aa8a-d77a0ada7b9b&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ip&read_more=1>.

132) 일본에서의 특허출원이 지난 10년간 약 20% 감소하였음을 지적하면서, "일본에서 특허권을 행사하는 것이 용이하지 않아서 출원감소는 놀라운 것이 아니"라는 평가가 있다. Jack Ellis, *With patents so hard to enforce in Japan the continuing fall in applications at the JPO is no real surprise*, April 17, 2017. <http://www.iam-media.com/blog/detail.aspx?g=daecfdb1-e4e3-4920-87fe-e38b99052dd9>.

우리나라가 PAE의 활동 또는 출현을 막기 위해 여러 안전장치를 마련하여야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나, 그 주장은 다음과 같은 점을 간과한 면이 있다. ① 그러한 안전장치들이 우리나라의 발명의 창출, 보호, 활용의 생태계를 파괴할 수 있다. 동 생태계는 특허권의 적절한 보호 아래에서만 자생력을 가지는데, 그러한 잘못된 안전장치들이 특허권의 보호를 약화하는 면이 있다. ② 우리나라에 안전장치를 둔다고 하여도 우리 기업의 다른 국가에서의 PAE로부터의 공격을 피하게 할 수 없다. 우리나라 기업이 외국에서 특히 미국에서 PAE로부터 공격을 당하는 사례는 많다.[133] 그 경우, 우리 기업이 미국에서 그 공격을 어떻게 대처해야 하는지에 대하여 고민하면 된다. 그런데 그러한 강구는 우리 특허제도와는 큰 상관이 없다. 즉, 미국 특허제도 아래에서 우리 기업이 어떻게 대처하여야 하는지에 대하여 검토하면 되는 것이다. 결국, 우리나라에서의 안전장치는 우리나라에서만 영업을 하는 기업에게만 효과가 있고, 해외에서도 영업을 하는 기업에게는 무용한 것이 된다. 즉, 우리나라의 안전장치가 우리 기업에게 효과적인 방어책이 되지는 못하면서 우리 특허 생태계만 파괴할 수 있다. 소의 뿔을 고치려다 소를 죽이는 우를 범하여서는 곤란하다.

결론적으로 PAE의 활동을 방지하기 위한 조치를 실행하기 위해서는 그 전에 위에서 설명한 부작용을 충분히 검토하고 그 조치의 실행이 가져올 순작용을 정밀히 예측한 후, 그 순작용과 부작용을 신중히 비교형량 할 필요가 있다. 자칫, 우리나라에 거의 존재하지도 않는 PAE라는 빈대를 잡으려다 우리 특허 생태계라는 초가삼간을 다 태울 우려가 있다. 결국, PAE를 염두에 둔 우리 특허제도의 개선은 특허 생태계의 파괴는 최소화 하면서 PAE의 부당한 활동만을 최대한 억제하는 절묘한 것이어야 한다.

133) R&D 정보센터, 「글로벌기업과 국제특허분쟁현황과 특허괴물 동향분석」, 지식산업정보원, 2012, 62-63면(삼성전자 68건, LG전자 49건 등).

(논문투고일: 2017.09.03., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.22.)

정 차 호

특허관리전문회사, 특허괴물, 특허제도, 순기능, 역기능

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국문 자료

강보라, “특허괴물의 의의와 규제방안”, 「산업재산권」 제41호, 한국지식재산학회, 2013.

김관식, 「손해배상제도 개선을 위한 특허침해소송 판결 동향 분석-전국지방법원에서 최근 5년간 선고된 판결을 중심으로-」, 특허청 연구용역 보고서, 2014.

김일환, “‘특허무효율 감소’ 종합방안 내놔”, iPnomics, 2015년 4월 13일자 기사.

김형건·한지영·김경숙·김창화, “특허괴물(NPE)에 대한 규제의 글로벌 동향과 시사점”, 한국법제연구원, 2015.

심영택, “특허괴물, 피하지 말고 길들여라”, 「동아비즈니스리뷰」 125호, 2013년 3월호.

양성미·정차호, “특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 심리범위: 무제한설에서 제한설로”, 「성균관법학」 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2016.

윤선희·장원준, “특허전문관리회사(NPE)의 사업모델과 특허권의 행사현황”, 「창작과 권리」 제60호, 세창출판사, 2010.

이상주, 「대한민국에 특허괴물 몰려온다-독점금지법 위반으로 대응하라」, 나남출판, 2010.

정차호, “특허의 침해금지권에 관한 eBay 판결 : 특허권의 몰락?”, 「지식재산21」, 특허청, 2006년 7월호.

정차호, 「특허권 등에 관한 소송의 판결서 공개제도 개선방안에 관한 연구」, 국가지식재산위원회 연구용역 보고서, 2017.

정차호, “영국 특허지방법원(Patent County Court)의 개혁”, 「지식재산연구」 제7권 제4호, 한국지식재산연구원, 2012.

정차호·이혜라, “특허 권리범위확인심판 유용론”, 「산업재산권」 제44호, 한국지식재산학회, 2015.

조영선, 「권리침해에 대한 금지청구에 있어서 형평법적 요소의 도입 방안 연구」, 특허청 연구용역 보고서, 2015.

조원희·도현석, “NPE 특허 사나포선(Privateering)의 경쟁법적 문제와 중소기업 보호방안 - 반박 가능한 추정(rebuttable presumption)을 중심으로 -”, 「가천법학」 제9권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2016.

한지영, “친 지식재산(pro-patent)정책과 그 문제점에 관한 소고”, 「창작과권리」 제73호, 세창출판사, 2013.

홍명수, “특허관리전문회사와 경쟁정책”, 「경제법연구」 제13권 제3호, 한국경제법학회, 2014.

R&D 정보센터, 「글로벌기업과 국제특허분쟁현황과 특허괴물 동향분석」, 지식산업정보원, 2012.

Ⅱ. 영문 자료

Brian Love, Christian Helmers, Fabian Gaessler, and Max Ernicke, Patent Assertion Entities in Europe (2015). <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/912>.

Christopher B. Seaman, Ongoing Royalties in Patent Cases After Ebay: An Empirical Assessment and Proposed Framework, 23 Tex. Intell. Prop. L.J. 203 (2015).

Colleen V. Chien, Of Trolls, Davids, Golliaths, and Kings: Narratives and Evidence in the Litigation of High-Tech Patents, 87 N.C. L. Rev. 1571 (2009).

Colleen V. Chien, Assistant Professor, Santa Clara Univ., Presentation to the DOJ/FTC Hearing on Patent Assertion Entities (Dec. 10, 2012). <http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187314>.

Darin Jones, A Shifting Landscape for Shifting Fees: Attorney-Fee Awards in Patent Suits After Octane and Highmark, 90 Wash. L. Rev. 505 (2015).

Darts-ip, The Rise of Non-Practicing Entity (NPE) Cases Outside the United States. <http://www.darts-ip.com/the-rise-of-non-practicing-entity-npe-cases-outside-the-united-states/>.

David L. Schwartz, Jay P. Kesan, Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System, 99 Cornell L. Rev. 425 (2014).

Dennis Crouch, Congress Continues to See Need to Reduce Abusive Patent Litigation, May 3, 2017. <https://patentlyo.com>.

Erick Robinson, Non-practicing entities can help support innovation and tech companies in China, Globa Times, Dec. 28, 2016. <http://www.chinapatentblog.com/uploads/6/4/6/0/64605647/global_times_-_china_and_npes.pdf>.

Elizabeth Pesses, Note, Patent and Contribution: Bringing the Quid Pro Quo into eBay v. MercExchange, 11 Yale J.L. & Tech. 309 (2009).

European Patent Office, Annual Report 2007, Raising the bar on patent quality, 2007. <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/annual-report/2007/focus.html>.

Exec. Office of the President, Patent Assertion and U.S. Innovation 1 (2013). <http://permanent.access.gpo.gov/gpo37258/patent-report.pdf>.

Garry Gabison & Nikolaus Thumm, Patent Assertion Entities in Europe, European Union, 2016.

Gene Quinn, USPTO Announces New Patent Examination Quality Initiative, Oct. 8, 2010.

IP2I, Promoting a Robust, Balanced & Flexible European Patent Ecosystem to Prevent Abusive Patent Practices of Patent Assertion Entities.

Jack Ellis, With patents so hard to enforce in Japan the continuing fall in applications at the JPO is no real surprise, April 17, 2017. <http://www.iam-media.com/blog/detail.aspx?g=daecfdb1-e4e3-4920-87fe-e38b99052dd9>.

Jack Ellis, As another Asian university launches US patent assertion campaign, questions will be asked about the role of NPEs, IAM, Dec. 8, 2016.

<http://www.iam-media.com/Blog/Detail.aspx?g=92b0e2b9-2b70-489a-97d5-559986fced3e>.

James Bessen & Michael J. Meurer, The Direct Costs from NPE Disputes, 99 Cornell L. Rev. 387 (2014).

James Bessen and Michael Meurer and Jennifer Laurissa Ford, The Private and Social Costs of Patent Trolls (September 19, 2011). Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 11-45.

James F. McDonough III, Comment, The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy, 56 Emory L.J. 189 (2006).

Jiaqing "Jack" Lu, The Economics and Controversies of Nonpracticing Entities (Npes): How Npes and Defensive Patent Aggregators Will Change the License Market, Part 1, 47 les Nouvelles 55 (2012).

Joe Brennan et al., Patent Trolls in the US, Japan, Taiwan and Europe, 2006, p. 83. <http://www.tokugikon.jp/gikonshi/244kiko1e.pdf>.

Joff Wild, Industry association claims that Europe is under attack from patent trolls; but where's the evidence?, April 17, 2017.

John H. Langbein, The German Advantage in Civil Procedure, Yale Law School Legal Scholarship Repository (1985).

Maureen K. Ohlhausen (Commissioner, Federal Trade Commission), The FTC PAE Study in Context, 2016.
<https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/992533/ohlhausen_-_opening_remarks_pae_tech_policy_10-20-16.pdf>.

Megan M. La Belle, Fee Shifting for PTAB Proceedings, 24 Tex. Intell. Prop. L.J. 367 (2016).

Michael Risch, Patent Troll Myths, 42 Seton Hall L. Rev. 457 (2012).

Miranda Jones, Comment, Permanent Injunction, A Remedy by Any Other Name Is Patently Not the Same: How Ebay v. Mercexchange Affects the Patent Right of Non-Practicing Entities, 14 Geo. Mason L. Rev. 1035 (2007).

Mitch Kline, The Parable of the Non-Planting Entity and the Apple Tree: Understanding the Role of Non-Practicing Entities, 3 Case W. Reserve J.L. Tech. & Internet 405 (2012).

Nikolaus Thumm & Garry Gabison, Patent Assertion Entities in Europe: Their impact on innovation and knowledge transfer in ICT markets, 2016.

Patrick Anderson, Do NPE's "Cost" Us $29 B? Intellectual Ventures Co-Founder Peter Detkin Sets the Record Straight, Gametime IP (June 28, 2012). <http://gametimeip.com/2012/06/28/do-npes-cost-us-29-b-intellectual-ventures-co-founderpeter-detkin-sets-the-record-straight/.>.

Peter Hess, Tilman Muller-Stoy, Martin Wintermeir, "Are Patents merely "Paper Tigers"?, Mitt. 2014, 439. <http://www.bardehle.com/uploads/files/Patent_Papiertiger.pdf>.

Reuters, Fortress-Backed Company Sues Nokia Over Patents (Jan. 30, 2008, 3:29 PM), <http://www.reuters.com/article/2008/01/30/nokia-patents-idUSL3084752820080130>.

Robert P. Greenspoon, Is the United States Finally Ready for a Patent Small Claims Court?, 10 Minn. J.L. Sci. & Tech. 549 (2009).

Robin M. Davis, Note, Failed Attempts to Dwarf the Patent Trolls: Permanent Injunctions in Patent Infringement Cases Under the Proposed Patent Reform Act of 2005 and Ebay v. Mercexchange, 17 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 431 (2008).

Stefania Fusco, Markets and Patent Enforcement: A Comparative Investigation of Non-Practicing Entities in the United States and Europe, 20 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 439 (2014).

The Law Commission, PATENTS, TRADE MARKS AND DESIGN RIGHTS: GROUNDLESS THREATS, 2014. <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc346_patents_groundless_threats.pdf>.

Tim Pohlmann & Marieke Opitz, Typology of the Patent Troll Business, 43 R&D Mgmt. 103 (2013).

Thomas F. Cotter, Global Perspectives on Patent Law (July 26, 2012).

USLAW, Comparison of the discovery process in civil litigation in the U.S. and Germany - an introduction, Aug. 19, 2015.

USPTO, Patent Quality Metrics for Fiscal Year 2017 and Request for Comments on Improving Patent Quality Measurement, Federal Register Vol. 81, No. 58 (March 25, 2016).

USPTO, Request for Comments on a Patent Small Claims Proceeding in the United States, 77 Fed. Reg. 74,830 (Dec. 18, 2012).

Abstract

Improvement Suggestions for Korean Patent System Based on Review of Duality of Patent Assertion Entities

Jung, Cha Ho

This paper studied (1) the amount of PAE activities in Korea, (2) the level of PAE activity effect to Korean patent ecosystem, (3) favorable function and dysfunction which may be caused by PAE activities, and then, as a conclusion, pursues a ideal patent system which may maximize PAE's favorable function and minimize PAE's dysfunction. Regarding such a pursuit, this study analyzed a US FTC report and an EC report, both of which evaluated PAE activities and as a result found that even in the USA and Europe, there have been found no specific evidences on PAE's side-effects. In Korea there have been some papers on PAE, however they did not examine or evaluate PAE activities in Korea, but just introduced PAE activities in the USA. In reality, there has been reported no case filed by a PAE in Korea and further it would be difficult for a PAE to appear in Korea where patentee winning rate is low, patent invalidity rate is high and amount of patent infringement damages is limited. Therefore this paper proclaims that Korea should not be afraid of PAE's presence but should be afraid of PAE's not coming to Korean patent market. A safe ecosystem where a shark is not coming could be an ecosystem where fishes (patentees) cannot survive. We should build a patent ecosystem where a patent right is respected and PAEs can do their business.

Now, in 2017, Korean patent ecosystem is not a good place for PAE activities. However if the ecosystem is being improved in the future, PAEs can someday

appear in Korea. Preparing for such a situation, it is better to pre-study a patent system which may minimize PAE's dysfunction. Some examples of such study themes are: (1) a method to improve the permanent injunction system, (2) a method to reduce unjustified threats based on patent rights, (3) a method to reduce cost and time of a patent lawsuit, (4) a method to improve the patent invalidity trial system, (5) a method to improve the patent amendment system, (6) a method to publish patent lawsuit information as soon as possible, (7) a method to enhance pleading requirements, etc. On the other hand, it must be repeatedly emphasized on the necessities to enhance patent examination quality, to produce high quality patents, and to effectively protect patent rights. If PAE's dysfunction is too much emphasized and a patent right is not properly protected, such a result is corresponding to kill a cow by trying to correct the cow's horn. A measure for or against PAEs must be suggested after understanding both favorable function and dysfunction of them.

Jung, Cha Ho

Patent Assertion Entity, Patent Troll, Patent System, Favorable Function, Dysfunction

독일의 공탁제도*

- 공탁금 이자와 국고귀속을 중심으로 -

박시훈**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 독일 공탁제도 개관
1. 독일의 법제
2. 독일의 공탁제도
가. 공탁제도의 특징
나. 공탁제도의 연혁
다. 공탁절차법령
Ⅲ. 독일 공탁 관련 기관과 공탁의 종류
1. 공탁 관련 기관
가. 공탁소
나. 공탁물보관자
2. 공탁의 종류
가. 공탁물의 종류에 따른 분류
나. 공탁의 기능에 따른 분류
Ⅳ. 독일 공탁의 절차
1. 민법상 공탁
가. 공탁의 신청
나. 공탁의 수리
다. 공탁의 실행
라. 공탁의 통지
마. 공탁의 비용
바. 공탁물의 회수
사. 공탁물의 출급
아. 제척기간
2. 상법상 공탁
Ⅴ. 독일 공탁금의 운용
1. 개관
2. 공탁금 운용
가. 공탁 운용기관
나. 공탁금 운용방식
다. 공탁금 운용규모
3. 공탁금 이자
가. 독일 연방공탁법의 공탁금 이자 규정
나. 독일 연방공탁법의 폐지로 인한 각 주공탁법의 제·개정
Ⅵ. 독일 공탁금의 국고귀속
1. 공탁금 국고귀속에 소요되는 기간
2. 공탁금 국고귀속을 억제하기 위한 대책
Ⅶ. 독일 공탁제도에 대한 평가
Ⅷ. 우리 공탁제도에 대한 시사점
1. 공탁금 이자
2. 공탁금 국고귀속

---

* 이 글은 필자가 2016년 공동연구원으로 참여한 대법원 연구용역 <각국의 공탁제도에 관한 연구>에서 직접 집필한 내용을 기초로 하여 대폭 수정·보완한 것입니다. 좋은 지적을 해주신 심사위원분들께 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

** 한국법학원 전문연구위원, 서울대학교 강사, 서울대학교 법학박사.

【국 문 요 약】

독일에서는 공탁사무를 연방이 아닌 각 주가 개별적으로 관할하고 있다. 과거에는 연방공탁법이 독일 전역에 걸쳐 형식적인 공탁법으로 기능하였으나, 2010년에 이 법률이 폐지되면서부터는 16개의 각 주가 개별적으로 공탁에 관한 조직 및 절차에 관하여 규정하는 공탁법을 제정하여 시행하고 있다. 다만 독일에서는 실질적인 공탁법인 민법과 민사소송법, 상법과 주식법 등이 여러 종류의 공탁에 관하여 규정하고 있으며, 이들 법률에는 공탁절차에 관한 규정도 일부 포함되어 있다. 또한 각 주의 공탁법도 그 규정 내용이 크게 다르지 않다. 따라서 형식적으로는 각 주가 공탁제도를 독자적으로 운영하고 있지만, 실질적으로는 독일 전역에 걸쳐 공탁제도가 비슷한 모습으로 운영되고 있다.

그리고 독일의 대부분의 주에서는 공탁 당사자에게 공탁금 이자를 지급하지 않는다. 과거의 연방공탁법은 공탁금 이자에 관하여 규정하고 있었으나, 이 법률이 폐지된 이후 각 주에서 제·개정한 공탁법은 공탁금 이자를 폐지하였다. 이처럼 공탁 당사자에게 공탁금 이자를 지급하지 않는 것은 금전공탁의 경우 공탁 당사자가 공탁금 보관 및 관리에 필요한 비용, 즉 수수료를 납부하지 않기 때문이라고 한다.

우리나라의 경우 현재와 같은 저금리 시대에 공탁금의 보관방법을 선택하는 것과 공탁금의 이자를 정하는 것은 입법정책의 문제라는 점, 공탁과 예금은 그 제도의 본질을 달리하는 것이라는 점, 공탁이 임치계약의 속성을 가지고 있지만 공탁자와 공탁물보관자(은행)와의 사이에서는 임치계약이 성립되지 않는 공법상의 절차에 불과하다는 점, 독일의 예에서 보듯이 공탁과 관련된 행정비용을 전보할 필요가 있다는 점 등을 고려하면 공탁금의 이자를 폐지하는 것도 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 본다.

그리고, 독일 민법은 공탁금 출급청구권의 제척기간을 일반채권의 소멸시효기간(3년 또는 10년)보다 긴 30년으로 설정하고 있다. 독일 민법이 이처럼 장기의 제척기간을 설정한 것은 입법자의 결단으로서, 공탁금 출급청구권자에게 자신의 권리를 행사할 수 있는 가능성을 더 오랫동안 부여함으로써 공탁금 출급청구권자를 보다 두텁게 보호하기 위한 의도였다고 한다.

최근 우리나라에서는 매년 과다한 금액의 공탁금이 국고로 귀속된다는 비판이 국회에서 제기된 바 있는데, 공탁금 출급청구권의 소멸시효를 현재보다 장기

로 변경하고, 국고귀속 공탁금 감소사업을 활용한다면 상당히 긍정적인 효과를 거둘 수 있을 것이다.

Ⅰ. 서론

공탁은 공탁자가 법령에 규정된 원인에 따라 금전, 유가증권, 그 밖의 물건을 국가기관인 공탁소에 맡기고 일정한 타인이 공탁소를 통하여 공탁된 물건을 수령하도록 함으로써 법령에서 정한 일정한 목적을 달성하게 하는 제도[1]이다. 이러한 공탁제도는 우리 국민들의 법률관계에 실제로 상당한 영향을 미치고 있지만, 그동안 공탁제도에 관한 학문적 연구는 부족하였다. 외국의 법을 계수한 우리는 우리 법의 연원이 된 외국의 법과 제도를 비교법적으로 연구함으로써 우리 법의 해석에 적지 않은 도움을 얻을 수 있을 것이고, 이는 공탁제도의 경우도 마찬가지이다. 특히 공탁제도와 관련하여 과거의 개정 전 공탁금의 이자에 관한 규칙 제2조(공탁금의 이자는 금융통화운영위원회에서 정하는 별단예금의 최고 이자율로 한다)와 제4조(공탁금의 이자는 공탁금 1만원 미만의 단수에 대하여는 이를 부가하지 아니한다)에 대하여 헌법소원이 제기된 바 있으며[2], 최근 매년 과다한 금액의 공탁금이 국고로 귀속된다는 비판이 국회에서 제기된 바 있다. 따라서 이하에서는 독일의 공탁제도를 분석함으로써 우리 공탁제도에 대한 시사점을 특히 공탁금 이자와 국고귀속을 중심으로 살펴보고자 한다.

이하에서는 독일의 공탁제도 개관(Ⅱ), 독일 공탁 관련 기관과 공탁의 종류(Ⅲ), 독일 공탁의 절차(Ⅳ), 독일 공탁금의 운용(Ⅴ), 독일 공탁금의 국고 귀속(Ⅵ), 독일 공탁제도에 대한 평가(Ⅶ), 우리 공탁제도에 대한 시사점(Ⅷ)을 차례로 검토한다. 이하에서 서술할 내용은 주로 독일의 관련 문헌과 각 주의 지방법원 웹사이트를 참고하였다. 또한 실질적인 공탁법으로는 독일 민법과 독일 상법을, 절차적인 공탁법으로는 바이에른 주공탁법의 내용을 주로 참고하였다. 보다 심층적이고 절차적인 내용은 독일 뮌헨지방법원 공탁업무 담당자와의 면담[3]을 통하여 보충하였다.

---

1) 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2002, 276면; 곽윤직 편집대표, 「민법주해[Ⅹ] 채권(3)」, 박영사, 2005, 224면(이동명 집필부분); 김용담 편집대표, 「주석 민법 [채권총칙(4)]」, 한국사법행정학회, 2014, 385면(김시철 집필부분); 법원행정처 편, 「공탁실무편람」, 법원행정처, 2015, 1면.

2) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 90헌마214 전원재판부 결정.

3) 2016년 9월 16일 오전 10시부터 오후 12시까지 독일 뮌헨지방법원의 부원장 Walter Horn 및 공탁담당 사법보좌관 Miss Heigl, Miss Maier, Miss Meier와 면담을 진행하였다.

Ⅱ. 독일의 공탁제도 개관

1. 독일의 법제

현재 독일은 16개의 주[4]로 구성된 연방국가이다. 1949년에 제정된 독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland, GG)은 연방과 각 주의 입법권한에 관하여 별도로 규정하고 있다. 이에 따라 기본적으로는 입법사항에 따라 연방 또는 각 주가 갖는 입법권한이 구별된다.

2. 독일의 공탁제도

가. 공탁제도의 특징

독일 법제, 특히 사법(私法) 분야는 우리나라에 적지 않은 영향을 미쳤고, 공탁제도 역시 독일의 영향에서 완전히 자유롭지는 않다. 바꾸어 말하면, 독일의 공탁제도에서 우리 공탁제도와 공통점을 찾아내기는 어렵지 않다. 법원이 공탁기관으로 공탁사무를 담당한다는 점은 독일과 우리나라의 공탁제도에서 발견되는 주요한 공통점이다. 또한 독일에서도 공탁의 종류를 우리나라와 마찬가지로 (ⅰ) 공탁물의 종류, (ⅱ) 공탁의 기능에 따라 분류한다.

다만 독일은 우리나라와 달리 연방국가이기 때문에, 연방과 16개의 각 주가 각각 다른 입법권한을 가지고 있다. 이 점에서 독일의 공탁제도에서는 우리나라에서는 찾아볼 수 없는 흥미로운 특징들이 발견되기도 한다. 특히 아래에서 보는 바와 같이 독일은 공탁사무를 연방의 권한으로 볼 것인지, 각 주의 권한으로 볼 것인지 하는 문제를 헌법 개정과 그에 이은 법률 제정으로 해결하였다. 그에 따라 현재는 각 주가 공탁사무를 담당하고 있다.[5]

나. 공탁제도의 연혁

1871년 독일 제국이 성립되기 전에는 각 연방 국가마다 자체적으로 공탁제도를 두고 있었다. 이후 1896년에 제정된 독일 민법전 시행법률(Einführungsgesetz zum

---

4) 노르트라인-베스트팔렌 주, 니더작센 주, 라인란트팔츠 주, 메클렌부르크-포에포메른 주, 바덴-뷔르템베르크 주, 바이에른 주, 베를린, 브란덴부르크 주, 브레멘, 슐레스비히-홀슈타인 주, 자를란트 주, 작센-안할트 주, 작센 주, 튀링엔 주, 함부르크, 헤센 주.

5) 이 점에서 독일의 공탁제도는 같은 연방국가이면서도 연방과 각 주가 공탁사무를 담당하고 있는 미국의 공탁제도와 큰 차이를 보인다.

Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBGB)에서도 공탁제도에 관한 입법권은 각 연방 국가에 속하는 것으로 규정되어 있었다(동법 제144조 내지 제146조)[6]. 이에 따라 각 연방 국가는 자체적으로 공탁 법령을 제정하였다. 예컨대 바이에른 왕국의 경우, 바이에른 왕국공탁법(Hinterlegungsordnung für das Königreich Bayern vom 18. 12. 1899)이 제정되어 공탁절차법령으로 기능하고 있었다.[7]

이후 1937년에 독일 공탁제도의 기초가 되는 법률로서 제국공탁법(Hinterlegungsordnung)이 제정됨과 동시에 공탁법 시행규칙(Ausführungsvorschriften zur Hinterlegungsordnung)도 제정됨으로써 공탁에 관한 통일적인 법령이 마련되었다. 그에 따라 지방법원(Amtsgericht)[8]이 유일한 공탁기관으로서 공탁사무에 관한 관할권을 갖게 되었다.[9] 독일의 공탁제도는 1945년 이후 공탁법 시행규칙이 폐지되면서 다시 큰 변화를 겪는다. 공탁법 시행규칙이 폐지됨에 따라 각 주에서 개별적으로 공탁법 시행규칙을 제정하고 시행하게 된 것이다. 이후 제국공탁법은 1949년의 기본법 제123조 제1항에 의하여 연방공탁법(Hinterlegungsordnung)으로 다시 시행되었다.

다. 공탁절차법령

독일에서는 공탁절차법령을 (ⅰ) 실질적인 공탁법(materielles Hinterlegungsrecht), (ⅱ) 형식적인 공탁법(formelles Hinterlegungsrecht)으로 분류한다.[10] 물론 약간의 차이는 있으나 실질적인 공탁법은 우리나라의 공탁근거법령에, 형식적인 공탁법은 우리나라의 공탁절차법령에 각각 상응하는 개념이다. 아래에서는 독일의 분류에 따라 실질적인 공탁법과 형식적인 공탁법을 간단히 소개하고, 연방법과 주법의 관계에

---

6) 구 독일 민법전 시행법률 제144조는 연방공탁법의 폐지에 따라 그 내용이 전혀 다른 것으로 수정되었고, 구 독일 민법전 시행법률 제145조와 제146조는 삭제되었다.

7) 바이에른 왕국 공탁법에 따르면 우선 공탁은 사법행정 업무의 하나로 다루어졌다. 그리고 공탁소의 업무는 지방법원이 관할하지만, 공탁 행위의 관리는 대부분 바이에른 왕립 은행에 위임되어 있었다.

8) 독일의 경우 민사사건을 관할하는 1심법원으로서 지방법원(Amtsgericht)과 주고등법원(Landgericht)이 있다. 독일 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 제23조 1호에 따라 소송물의 가액이 5,000유로 이하인 사건은 지방법원이 관할하고, 동법 제71조 제1항에 따라 소송물의 가액이 5,000유로를 넘는 사건은 주고등법원이 관할한다. 지방법원의 재판부는 단독판사로 구성되어 있고(동법 제22조 제1항, 제4항), 주고등법원의 재판부는 단독판사 또는 합의부(동법 제75조), 상사사건의 합의부(동법 제93조, 제105조) 등으로 구성되어 있다.

9) 이는 제국공탁법 제정 이전에 공탁사무를 위임 받은 은행 등이 사실상 공탁기관의 역할을 수행하였던 것과 비교하면 큰 변화라고 할 수 있다.

10) Bülow/Schmidt, Hinterlegungsgesetz und Nebengesetze, 4. Aufl., C.H.Beck München, 2005, vorbem. Rn. 2, 3; Wiedemann/Armbruster, Bayerisches Hinterlegungsgesetz, C.H.Beck München, 2012, S. 10.

대하여 서술하고자 한다.

1) 실질적인 공탁법

독일의 민법(BGB)과 민사소송법(Zivilprozessordnung)은 여러 종류의 공탁에 관하여 규정하고 있으며, 상법(Handelsgesetzbuch, HGB), 주식법(Aktiengesetz), 민사소송법(Zivilprozessordnung)에도 다양한 공탁에 관한 규정이 존재한다. 독일에서는 이러한 공탁절차법령을 '실질적인 공탁법'이라고 한다. 실질적인 공탁법은 우리 법상 공탁근거법령과 비슷한 개념이나, 이들 법령에는 공탁절차에 관한 규정도 다수 포함되어 있어 완전히 같은 개념은 아니라고 보인다.[11]

2) 형식적인 공탁법

과거 독일에서 공탁제도에 관한 기본적이고 통일적인 법률로는 앞에서 소개한 연방공탁법(Hinterlegungsordnung)이 마련되어 있었다. 연방공탁법은 공탁행위(Hinterlegungsgeschäfte) 개념에 기초하여 주로 공탁에 관한 조직 및 절차에 관한 규정을 두었다. 독일에서는 이를 '형식적인 공탁법'이라고 하는데, 우리나라의 공탁절차법령과 비슷한 개념이라고 이해할 수 있다.

3) 연방공탁법과 주공탁법의 관계

독일은 연방공화국으로서 연방과 각 주가 입법 권한을 가진다. 과거에는 연방과 각 주가 각각 공탁법을 두고 있는 경우가 있어서 양자의 관계에 대한 문제가 꾸준히 제기되었다.[12] 연방은 공탁법이 연방의 입법 사항이라는 이유로 연방공탁법을 시행하였으나, 각 주는 공탁법이 주 고유의 입법 권한에 속한다고 주장했기 때문이다. 따라서 많은 주에서는 연방과 마찬가지로 공탁법을 주 법률로 제정·공포하는 이중적인 규율 상태가 계속되고 있었다.[13]

하지만 이러한 이중적인 규율 상태는 2010년에 이르러 해소되었다. 그에 앞서 2006년 9월에 독일기본법(Grundgesetz, GG)이 개정되었고, 그에 기초하여 실시된 제1차 연방제 개혁에 따라 연방과 각 주의 입법 권한이 정리되었다. 1차 연방제 개혁의 주된 내용은 연방정부와 주정부의 입법 권한을 재편하고 연방 입법에 대

---

11) 우리나라의 경우 민법과 같은 공탁근거법령에는 주로 공탁원인이 규정되어 있고, 공탁절차에 관한 내용이 거의 규정되어 있지 않다.

12) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., 2012, S. 12.

13) Bülow/Schmidt, a.a.O., vorbem. Rn. 14 f.

한 연방 참의원의 참여 권한을 축소하는 것이었다. 따라서 독일 「연방 법무성의 관할 범위에 대한 연방법의 정리에 관한 제2차 법률(Zweites Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 23. 11. 2007 (BGBl. I S. 2614))」 제17조 제2항[14]에 따라 연방공탁법 및 연방 공탁규칙은 2010년 12월 1일에 폐지되고, 16개의 주에 공탁에 관한 입법 권한이 이관되었다.

이후 많은 주에서 공탁법(Hinterlegungsgesetz)이 새롭게 제정되었는데, 제정 시기는 각 주마다 달랐다. 가령 베를린과 니더작센 주에서는 다른 주보다 늦게 공탁법이 제정되었고, 라인란트팔츠 주는 연방공탁법 폐지 이전에도 이미 고유의 공탁법을 가지고 있었다. 독일의 16개 주 가운데 가장 참고할 만한 가치가 있는 것은 바이에른 주공탁법인데, 이 법률은 수차례에 걸친 개정에 의해 조문이 적극적으로 정비되었고 체계적으로도 독자성을 가진다고 평가된다.[15]

Ⅲ. 독일 공탁 관련 기관과 공탁의 종류

1. 공탁 관련 기관

가. 공탁소

형식적 공탁법인 연방공탁법이 폐지됨에 따라, 각 주에서는 공탁소와 당사자 사이의 관계, 즉 공탁관계(Hiterlegungsverhältnis)를 규율하는 새로운 규칙을 제정할 필요성이 절실히 요구되었다. 이에 따라 각 주는 공탁법을 별도로 제정 또는 개정하고, 각 주의 지방법원이 공탁소로서 공탁사무를 관장하는 것으로 정하였다.

공탁은 이행지의 공탁소(Hinterlegungsstelle)에서 신청하여야 하며, 채무자가 다른 공탁소에 공탁한 때에는 이로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다(독일 민법 제374조 제1항). 대부분의 경우 공탁사무는 사법 보좌관(Rechtspfleger)이 담

---

14) 연방 법무부의 관할 범위에 대한 연방법의 정리에 관한 제2차 법률 제17조는 다음과 같이 규정한다.
(1) 공탁법 제39조는 다음과 같이 개정한다.
“각 주는 연방법으로 규정된 것과 상이한 공탁법 규정을 공포할 수 있다.”
(2) 다음의 연방법을 폐지한다.
1. 연방공탁법
2. 연방공탁법 시행령
3. 연방공탁법 제2차 시행령

15) Wiedemann/Armbruster, "Das neue Hinterlegungsrecht in Bayern", Rechtspfleger 2012, S. 1~4.

당하지만, 일부 주의 경우 상급 공무원(Beamte des gehobenen Dienstes)이 사법행정으로서 공탁 사무를 담당하고 있다(바이에른 주공탁법 제3조[16], 베를린 공탁법 제2조[17] 등).

나. 공탁물보관자

독일의 경우 공탁물은 각 주의 사법회계(Landesjustizkasse)에서 보관한다. 예를 들어 바이에른 주의 경우 바이에른 주공탁법 제2조 제2항에 따라 밤베르크 소재의 주사법회계가 바이에른 주사법회계로서 실제 보관업무를 담당한다. 금전공탁의 경우 밤베르크 소재의 주사법회계는 공탁금을 바이에른 주립은행에 위탁하여 관리하며, 바이에른 주립은행은 이를 예금의 형태로 보관한다. 그리고 가치공탁의 경우 공탁된 물건은 밤베르크 소재의 주사법회계의 사법금고(Tresor)에서 보관한다.

2. 공탁의 종류

독일의 공탁제도는 우리 공탁제도와 같이 (ⅰ) 공탁물의 종류, (ⅱ) 공탁의 기능 두 가지 기준에 따라 분류할 수 있다. 다만 각각의 분류는 우리나라와 다소 차이를 보인다.

가. 공탁물의 종류에 따른 분류

독일의 형식적 공탁법은 공탁이 가능한 목적물로 금전, 유가증권, 기타 증서 또는 고가품을 규정한다(바이에른 주공탁법 제9조).[18] 따라서 공탁은 공탁물의 종류에 따라 (ⅰ) 금전공탁(Geldhinterlegung)과 (ⅱ) 그 밖의 목적물에 관한 공탁, 즉 가치공탁(Werthinterlegung) 두 가지로 나눌 수 있다. 금전공탁은 우리나라의 경우와 그 내용이 크게 다르지 않으므로, 아래에서는 가치공탁의 내용을 중심으로 공탁물의 종류에 관하여 간단히 서술하고자 한다.

---

16) 바이에른 주공탁법 제3조는 다음과 같이 규정한다.
공탁 사무는 사법행정 업무이다. 공탁 사무는 원칙적으로 봉급표 A10 이상의 직급의 자격을 가진 전문직 사법 공무원이 담당한다.

17) 베를린 공탁법 제2조는 다음과 같이 규정한다.
공탁소의 사무는 사법행정 업무이다. 이는 원칙적으로 상급 공무원이 담당한다.

18) 공탁할 수 없는 것의 예로는 부동산, 동물, 목적물에 대하여 애착이 남아있는 것에 지나지 않는 것(어릴 때 난 유치) 등을 들 수 있다. 공탁소는 공탁물이 공탁에 적합한지 여부를 확인하기 위해 감정인에게 공탁물의 감정을 의뢰할 수 있고, 감정에 따른 비용은 공탁자가 부담한다(가령 바이에른 주공탁법 제17조 제2항).

1) 가치공탁

과거에는 공탁 목적물의 소유권이 주에 이전되는지 아니면 소유권 귀속의 변화 없이 보관되는지에 따라 금전공탁과 가치공탁을 구분한다고 보았다(폐지된 독일 연방공탁법 제7조). 그러나 현재 금전공탁과 가치공탁의 구분은 목적물의 법적 분류에 따른 것이라고 한다.[19] 따라서 가치공탁은 유가증권(Wertpapier)이나 증서(Urkunde) 또는 고가품(Kostbarkeit)을 공탁하는 것을 의미한다. 그런데 실무상으로 가치공탁의 이용률은 금전공탁에 비하여 매우 낮다. 가령 바이에른 주의 경우 공탁물 중 약 5%만이 가치공탁에 해당한다고 한다.[20]

가치공탁의 대상으로서 특히 '고가품(Kostbarkeit)'은 크기, 규모 및 무게면에서 매우 높은 가치를 갖는 동산을 말한다. 다만 해당 목적물의 소유자에게 높은 가치가 있다는 사실만으로는 충분하지 않고,[21] 목적물의 보관이 용이하며, 쉽게 부패하지 않는 것이어야 한다. 예를 들어 바이에른 주공탁법 시행규칙(Vollzugsvorschriften zum Bayerischen Hinterlegungsgesetz)에 의하면, 고가품의 구체적인 예로서 금, 은, 보석, 장식품, 기타 예술 작품, 고가의 도서, 동전과 우표가 열거되어 있다(동 규칙 제9조).

2) 자조매각금의 공탁

독일 공탁절차법령은 이처럼 공탁물의 종류를 매우 제한적으로 인정하고 있기 때문에, 채무의 목적물이 공탁에 적합하지 않은 경우 채무자가 공탁을 하지 못하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 그 경우 채무자에게 공탁을 통하여 채무를 면할 수 있는 길을 열어 주기 위하여, 독일 민법은 채무자가 채무목적물을 경매하고 그 경매에 따른 매득금을 공탁할 수 있는 제도를 마련하고 있다.

채무목적물이 공탁에 적합하지 않은 경우에 채권자지체가 발생하면, 채무자는 이행지에서 그 목적물을 경매하여 그 매득금을 공탁할 수 있다. 이행지에서의 경매가 적정한 결과를 얻을 전망이 없는 경우에는 물건을 다른 적절한 곳에서 경매할 수 있다. 경매는 경매지의 집행관이나 경매권한 있는 다른 공무원 또는 공적으로 선임된 경매인에 의하여 공개로 행하여져야 한다. 즉, 공탁을 위한 경매는 공경매로 이루어져야 한다. 경매의 시기와 장소는 물건의 일반적 표시와 함께 공고되어야 한다. 이상의 내용은 등기된 선박이나 건조 중의 선박에는 적용되지 않

19) Wiedemann/Armbruster, Bayerisches Hinterlegungsgesetz, C.H.Beck München, 2012, S. 63.
20) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., S. 64.
21) Bülow/Schmidt, a.a.O., §5 Rn. 13(S. 46).

는다(독일 민법 제383조).

경매는 이를 채권자에게 예고한 후에 비로소 할 수 있는 것이 원칙이다. 다만 채무목적물인 물건이 변질될 우려가 있고 또 경매를 늦추는 것에 위험이 따르는 경우에는 예고를 생략하는 것도 가능하다. 일단 경매절차가 개시된 때에는 채무자는 채권자에게 지체 없이 경매에 대하여 통지하여야 하고, 이를 하지 않은 때에는 손해배상의 의무를 진다. 이러한 예고와 통지를 할 수 없는 경우에는 하지 않아도 된다(독일 민법 제384조).

물건이 거래소가격이나 시장가격이 있는 것인 경우에 채무자는 이러한 매각에 관하여 공적으로 권한을 부여받은 상사중개인 또는 공경매의 권한이 있는 사람으로 하여금 현재의 시세로 자유매각을 하도록 할 수 있다(독일 민법 제385조). 경매비용 또는 자유 매각의 비용은 채무자가 공탁물을 회수하지 아니한 한 채권자가 부담한다(독일 민법 제386조).

나. 공탁의 기능에 따른 분류

독일에서 공탁은 그 기능에 따라 (ⅰ) 변제공탁, (ⅱ) 담보공탁, (ⅲ) 보관공탁, (ⅳ) 집행공탁, (ⅴ) 의무공탁 다섯 가지로 나뉜다. 이 중 가장 빈번하게 이용되는 것은 변제공탁, 담보공탁, 집행공탁 등이다.[22]

1) 변제공탁(Hinterlegung als Erfüllungsersatz oder Erfüllungssurrogat)

변제공탁은 채무자가 채권자에 대한 급부의 대용으로 하는 공탁이다. 이는 우리 민법상 변제공탁과 같다. 독일 민법 제372조의 공탁이 대표적 예이다. 독일 민법 제372조에 따르면 통상적인 방법으로 채무를 이행하는 것이 그 채무의 목적에 부합하지 않거나 채무자에게 그러한 채무 이행을 기대할 수 없는 경우, 채무자는 공탁을 통해 채무에서 해방될 수 있다. 구체적으로는 채권자가 수령지체 중이거나, 채무자가 채권자의 신상에 관한 다른 사유로 인하여 또는 채무자의 과실 없이 채권자를 확지할 수 없음으로 말미암아 그의 채무를 이행할 수 없거나 확실하게 이행할 수 없는 경우에는, 채무자는 금전, 유가증권 및 기타 서류나 고가품을 채권자를 위하여 공탁기관에 공탁할 수 있다. 채무자가 채권자의 급부와 상환으로만 급부할 의무만을 부담하는 경우에는, 그는 공탁물을 수령할 채권자의 권리에 반대급부의 실행 조건을 부가할 수 있다(독일 민법 제373조). 변제공탁의 효과

22) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., S. 10.

는 채무변제와 동일하다.

독일 민법 제372조는 채무자가 과실 없이 채권자를 확지할 수 없는 경우 공탁이 가능하다고 하는바, 이 규정은 우리 민법 제487조와 크게 다르지 않은 것으로 보인다. 그런데 우리나라에서 절대적 불확지공탁이 원칙적으로 허용되지 않는 것과 달리, 독일에서는 절대적 불확지공탁이 허용된다. 다만 실제로 절대적 불확지공탁이 이루어진 경우, 공탁소가 적극적으로 피공탁자를 찾아내기 위한 별도의 노력을 기울이지는 않는다고 한다. 그리고 이와 같은 실무의 태도에 대하여는 공탁소는 중립적인 보관기관이라는 이유를 든다.

2) 담보공탁(Hinterlegung als Sicherheitsleistung)

담보공탁은 법률상 담보제공 의무가 규정된 경우에 하는 공탁이다. 실무에서는 다섯 가지 공탁 유형 중 담보공탁이 가장 많이 문제 된다고 한다.[23] 실체법적 근거에 의한 담보공탁의 경우에는 독일 민법 제232조 이하의 규정들이 적용되고, 소송상의 담보공탁의 경우에는 독일 민사소송법 제108조[24] 이하의 규정들이 적용된다.

실체법상 담보공탁의 대표적인 예로는 실체법에 담보제공의무가 규정된 경우에 하는 공탁을 들 수 있다. 가령 독일 민법 제257조에 따라 일정한 목적을 위하여 지출된 비용의 상환을 청구할 권리를 가지는 사람은 그 목적을 위하여 채무를 부담한 경우에는 그 채무로부터의 면책을 청구할 수 있는데, 채무가 이행기에 달하지 아니한 때에는 상환의무자가 면책에 갈음하여 담보를 제공할 수 있다. 이러한 경우의 담보공탁에 대하여는 독일 민법 제232조 이하의 규정들이 적용된다. 담보를 제공하여야 하는 사람은 이를 금전 또는 유가증권의 공탁의 방법으로 할 수 있다(독일 민법 제232조 제1항). 권리자는 공탁된 금전 또는 유가증권에 대하여 공탁과 동시에 질권을 취득하며, 금전 또는 유가증권이 국고 또는 공탁소로 지정된 시설의 소유로 이전된 경우에는 그 반환청구권에 대한 질권을 취득한다(독일

---

23) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., S. 10.

24) 독일 민사소송법 제108조는 다음과 같이 규정한다.

(1) 소송상 담보를 요구할 경우 법원은 제공될 담보의 방식과 수량을 자유재량으로 정할 수 있다. 법원이 결정하지 아니하고 당사자들의 다른 합의가 없는 한 담보의 제공은 국내에서 영업할 권한이 있는 여신기관의 서면에 의한 무조건적 및 무기한의 철회불가능한 보증 내지 금전 또는 민법 제234조 제1항 및 제3항에 따라 담보의 제공에 적합한 유가증권의 공탁으로 실행된다.

(2) 민법 제234조 제2항 및 제235조의 규정들을 준용한다.

민법 제233조). 그 밖에 담보를 제공하여야 할 경우로서 독일 민법에 규정된 것으로는, 수거권의 행사에 관한 제258조, 급부거절권의 행사 회피에 관한 제273조 제3항, 선이행 채무자의 불안의 항변에 관한 제321조, 선매권에 관한 제468조 제1항, 용익권자의 과실 과잉수취에 관한 제1039조 제1항, 소비물의 용익권에 관한 제1067조 등이 있다.

3) 보관공탁(Hinterlegung zur Sicherung)

보관공탁은 권리자가 어떤 목적물을 온전하게 보관하고자 할 때 행하는 공탁이다. 보관공탁의 예로는 질물의 손상 우려가 있을 경우에 하는 대체담보물의 공탁(독일 민법 제1217조), 질물이 변질될 우려가 있을 경우에 하는 질물의 공탁(독일 민법 제1218조), 신탁관계(미성년자, 피후견인, 피감호인, 후순위 유언상속인)를 위하여 행하는 공탁(독일 민법 제1667조 제3항; 제1814조; 제1818조; 제1908i조; 제1915조; 제2116조), 상속재산을 위하여 행하는 공탁(독일 민법 제1960조) 등을 들 수 있다.

4) 집행공탁(Hinterlegung zur Vollstreckung)

집행공탁은 강제집행절차에서 집행기관이나 집행당사자 또는 제3채무자가 집행목적물을 공탁하여 그 목적물의 관리와 강제집행의 실행을 하기 위한 공탁이다. 동산에 대한 강제집행의 경우 법원의 명령에 의한 공탁(독일 민사소송법 제805조), 집행관에 의한 압류 금전의 공탁(동법 제815조), 압류 경합의 경우 집행관에 의한 유체동산 매각대금의 공탁(동법 제827조), 유체 동산에 대한 채권의 압류 경합의 경우 집행관에 의한 유체동산 매각대금의 공탁(동법 제854조), 집행관에 의한 가압류 금전 및 매각대금의 공탁(동법 제930조) 등이 그 예이다.

5) 의무공탁(Hinterlegung als Erfüllung)

의무공탁은 채무자가 급부의 내용으로 하는 공탁이다. 앞서 살펴본 변제공탁의 경우에는 의무공탁의 경우와 달리, 채무자가 공탁할 의무를 부담하지는 않는다. 의무공탁의 경우에는 채무의 내용 자체가 곧 공탁을 하는 것이고, 채무자는 그 채무에 따라 공탁할 의무를 부담한다. 독일 민법 제432조 제1항 제2문에 따라 불가분급부의 경우 수인의 채권자를 위하여 하는 공탁이 대표적인 예이다. 수인이 하나의 불가분급부를 청구할 수 있는 경우에는, 이들이 연대채권자가 아닌 한, 채

무자는 전원에 대하여 공동으로만 급부할 수 있으며, 또 각 채권자는 전원에 대한 급부만을 청구할 수 있는데, 각 채권자는 채무자가 채무의 목적물을 채권자 전원을 위하여 공탁할 것을 청구할 수 있다(독일 민법 제432조). 그 밖에도 독일 민법 제660조 제2항에 따른 현상광고의 경우 다수의 보수수령권자를 위한 공탁, 독일 민법 제1077조 제1항 제2문에 따른 이자부 채권의 원본에 대한 용익권자 및 채권자를 위한 공탁, 독일 민법 제1281조 제2문에 따른 채권자 및 채권자의 질권자를 위한 이행기 전의 공탁, 독일 민법 제2039조에 따른 공동상속인을 위한 상속채권의 채무자의 공탁, 독일 민법 제2114조 제2문에 따른 선순위 및 후순위 유언상속인을 위한 저당채무자 등의 공탁 등도 이러한 의미의 의무공탁에 해당한다.

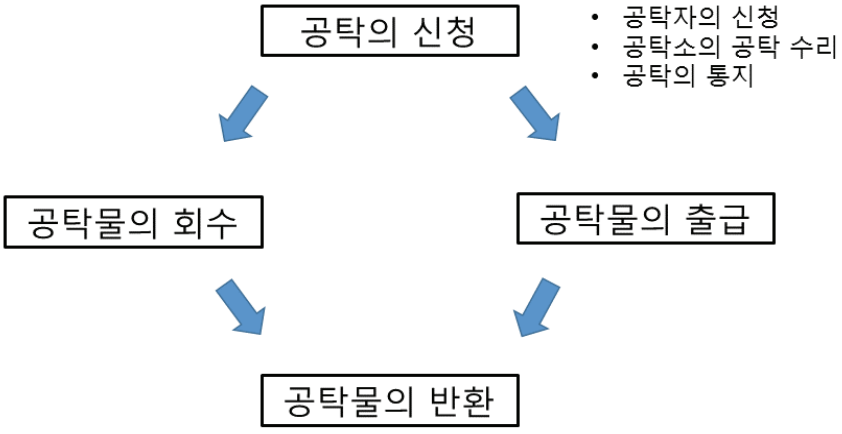
Ⅳ. 독일 공탁의 절차

독일의 실질적 공탁법 가운데 가장 중요한 법령은 민법이다. 독일 민법은 공탁관계 당사자의 권리와 의무뿐 아니라 공탁소의 공탁업무의 처리 과정에 관하여도 규정하고 있다. 그리고 형식적 공탁법으로는 각 주에 공탁법(Hinterlegungsgesetz)과 공탁법 시행규칙(Vollzugsvorschriften zum Hinterlegungsgesetz)이 마련되어 있다. 이들 형식적 공탁법은 공탁절차에 관하여 구체적이고 상세한 규정들을 두고 있다. 각 주의 공탁법은 그 내용이 대동소이하므로, 이 절에서는 각 주의 공탁법 가운데 가장 체계적이라고 평가되는 바이에른 주공탁법에 대하여만 다루고자 한다.[25]

독일의 공탁절차는 우리나라의 공탁절차와 크게 다르지 않다. 즉 독일에서도 공탁절차는 공탁자의 신청으로 개시되며, 공탁물 회수 또는 출급 신청에 따른 공탁물 반환으로 종료된다. 공탁절차의 흐름을 간단히 그림으로 소개하면 아래와 같다.

25) 참고로 독일에는 전자공탁제도가 마련되어 있지 않으므로, 본문에서 서술하는 내용은 공탁자가 공탁소를 방문하여 서면으로 공탁 신청을 하는 것을 전제로 한다.

<그림 1> 독일의 공탁절차 흐름도



1. 민법상 공탁

가. 공탁의 신청

공탁이 성립하려면 공탁자의 신청(Antrag)이 있어야 한다. 신청은 공탁소의 조서에 기록되도록 구두로 할 수도 있으나 주로 서면에 의한다. 신청 서면의 기재사항은 각 주마다 조금씩 다른데, 가령 바이에른 주의 경우에는 신청 서면에 다음과 같은 사항을 기재하도록 되어 있다(바이에른 주공탁법 제11조).

① 공탁자와 수령예정자의 성명 또는 상호 및 주소
② 금전 또는 통화 공탁인 경우 그 금액 및 통화
③ 예탁유가증권, 유가증권 기타 증서의 공탁인 경우 정확한 표시 및 액수
④ 고가품의 공탁인 경우 그 고가품에 대한 정확한 설명과 가치
⑤ 채무를 면하기 위해 공탁을 하는 경우 공탁자가 독일 민법 제374조 제2항[26]의 통지를 유보한 때에는 그 취지
⑥ 공탁을 정당화하는 사실; 관청 또는 법원에 의하여 공탁을 할 권리 또는 의무가 있는 것으로 인정된 때에는 그 결정의 사본

26) 독일 민법 제374조 제2항은 다음과 같이 규정한다.
② 채무자는 채권자에 대하여 지체없이 공탁을 통지하여야 한다; 이를 하지 아니한 때에는 그는 손해배상의 의무를 진다. 통지를 할 수 없는 경우에는 이를 하지 아니하여도 된다.
(이하에서 독일 민법의 번역은 양창수,「독일민법전」, 박영사, 2015에 따른다.)

⑦ 동시이행의 조건을 부가할 경우 반대급부의 내용
⑧ 독일 민법 제1171조 「등록 선박 및 건조 중인 선박에 대한 권리에 관한 법률」제67조 및 「비행기의 권리에 관한 법률」 제67조의 경우 공시최고 절차가 시작되었다는 증거

나. 공탁의 수리

공탁소는 공탁자의 신청 또는 관할 관청이나 법원의 촉탁에 의하여 공탁의 수리 여부를 결정한다(바이에른 주공탁법 제10조). 공탁소가 공탁의 수리를 결정하고 또 그 공탁이 실행되면 비로소 공탁관계가 성립한다. 독일의 판례[27]와 통설[28]에 따르면 공탁에 의하여 채권자와 공탁소 사이에 성립되는 공탁관계는 공법적 성격을 갖는다고 본다. 다만 공탁물이 우편으로 공탁소에 송부된 경우, 공탁은 그 물건을 우체국에 교부한 때로 소급하여 효력을 가진다(독일 민법 제375조).

공탁소의 결정에 대하여는 서면으로 불복신청이 가능하다. 가령 바이에른 주공탁법 제8조에 따르면 공탁관계의 당사자는 공탁소의 결정에 대하여 서면으로 또는 공탁소의 조서로 불복신청을 할 수 있다. 당사자의 불복신청이 이유 있다고 판단된다면 공탁소가 이를 직접 심사하여 수용한다. 다만 공탁소가 불복신청을 수용할 수 없는 때에는 법원이 이를 심사하여 결정한다.

다. 공탁의 실행[29]

공탁은 공탁소의 결정에 의해 공탁물이 납입됨으로써 실행된다. 이 결정은 공탁수령자가 권한을 증명하여 신청할 때 이루어진다. 이러한 지급을 신청할 수 있는 자는 통상적으로 공탁의 상대방 또는 그 승계인 등 이해관계인이다. 공탁은 금전의 경우에는 공탁소가 지정한 계좌로의 이체 또는 긴급한 경우에는 소관 금전수납 장소에서 현금 지급, 예탁유가증권의 경우에는 공탁소가 지정한 예탁계좌에 이체, 기타 목적물의 경우에는 소관 공탁소에 인도함으로써 실행된다(바이에른 주공탁법 제12조). 공탁 예정 목적물이 수리 결정의 통지로부터 6개월 이내에 공탁되지 않을 때에는 그 수리 결정은 효력을 잃는다. 이는 수리 결정에 포함되어

---

27) BGH WM 1966, 1016.
28) MünchKomm/Wenzel §372 Rn. 27; Palandt/Grüneberg Einf v §372 Rn. 6; Staudinger/Olzen Vorbem zu §§372ff Rn. 11.
29) 이는 우리 공탁제도의 '공탁물 납입'에 해당하는 개념이다.

야 한다(바이에른 주공탁법 제10조 제4항).

라. 공탁의 통지

채무자는 채권자에 대하여 지체 없이 공탁 사실을 통지하여야 한다. 통지를 하지 않은 때에는 마찬가지로 손해배상의 의무를 진다. 물론 통지를 할 수 없는 경우에는 하지 않아도 무방하다(독일 민법 제374조 제2항). 공탁수리결정은 공탁 관계자에게 통지하도록 되어 있다(바이에른 주공탁법 제10조 제3항). 공탁소는 수리결정을 철회한 경우에도 마찬가지로 그 취지를 공시하여야 한다. 그리고 공탁소는 1. 예금통장의 공탁의 경우 예금통장의 교부자에게, 2. 불상의 상속재산을 위한 공탁의 경우 관할 상속재산법원에, 3. 미성년자를 위한 공탁의 경우 관할 가정법원에, 4. 피감독인을 위하거나 감독절차에 따른 공탁의 경우 관할 감독법원에, 5. 금전입찰을 위한 공탁의 경우 관할 강제집행법원에, 6. 형사소송법 규정에 따른 보석을 위한 공탁의 경우 관할 검찰에 통지한다(바이에른 주공탁법 제15조 제1항).

마. 공탁의 비용

독일 민법에 따르면 공탁비용은 채무자가 공탁물을 회수하지 않는 한 채권자가 부담한다(독일 민법 제381조). 그러나 이러한 독일 민법의 규정과는 달리 형식적 공탁법에 따르면 금전을 제외한 공탁물을 공탁하는 경우, 즉 가치공탁의 경우에는 채무자에게 일정한 수수료가 부과된다. 과거에는 연방공탁법 제24조에 이에 관한 규정이 존재했지만, 동 조문은 19920년에 폐지되고 각 주의 사법비용에 관한 법률에 개별적으로 규정되었다. 예를 들어, 바이에른 주의 경우 공탁의 수수료는 공탁물의 가치에 따라 10유로에서 340유로 사이로 규정되어 있다(바이에른 주 사법비용법 제4조 및 수수료일람 제3.1호).

바. 공탁물의 회수

채무자는 원칙적으로 공탁물을 회수할 권리(Rücknahmerecht)를 가진다. 다만 (ⅰ) 채무자가 공탁소에 대하여 회수권을 포기한다는 의사를 표시한 때, (ⅱ) 채권자가 공탁소에 대하여 수령의 의사표시를 한 때, (ⅲ) 채권자와 채무자 사이에 내려진 공탁이 적법함을 선언하는 확정판결이 공탁소에 제출된 때에는 회수가 배제된다(독일 민법 제376조). 공탁물의 회수가 배제되면, 채무자는 공탁시에 채권자에게 급부를 행한 것과 마찬가지로 공탁에 의하여 채무를 면한다(독일 민법 제

378조). 물론 공탁물의 회수가 배제되지 않고 있는 때에도 채무자는 채권자에 대하여 공탁물을 원용할 수 있다(독일 민법 제379조 제1항). 즉 채권자가 변제를 요구하면 채무목적물을 공탁하였다고 항변할 수 있다.

공탁물의 회수는 소급효를 가진다(독일 민법 제379조 제3항). 채무자가 공탁물을 회수하면 공탁의 법적 효과, 즉 채무자의 이행지체 저지 및 소멸시효 진행 저지 등이 애초에 발생하지 않은 것으로 취급된다. 다만 채권자지체로 인한 효과는 영향을 받지 않는다.

사. 공탁물의 출급

공탁관계는 공탁소가 공탁물의 출급을 명령하고, 또한 그 출급이 실행된 때 종료한다(바이에른 주공탁법 제18조 제1항). 공탁소는 같은 법 제19조에 의한 공탁관계자의 신청 또는 관할 관청이나 법원의 촉탁에 의해 공탁물의 출급을 명령한다(바이에른 주공탁법 제18조 제2항). 공탁물 출급의 신청은 신청자, 수령자 및 기타 이해관계인의 성명 또는 상호 및 주소, 출급될 목적물의 표시, 신청인에게 수령 권한이 있는 사정의 설명과 증명 등을 기재한 서면 또는 공탁소의 조서로 이루어져야 한다(바이에른 주공탁법 제19조). 공탁물의 출급은 금전의 경우에는 수취인의 계좌에 해당 금액의 이체 또는 공탁출납소의 현금 지급, 예탁유가증권의 경우에는 수취인의 계좌로의 이체, 기타의 경우에는 소관 공탁소의 수령자에 대한 공탁물의 인도에 의해 실행된다(바이에른 주공탁법 제23조).

아. 제척기간

공탁된 금액에 대한 채권자의 권리는 채권자가 공탁통지를 수령한 때로부터 30년 이내에 이를 공탁소에 신고하지 아니하면 소멸한다(독일 민법 제382조 1문). 동조에 의하여 소멸하는 권리는 피공탁자의 공탁물 출급청구권 뿐이며, 공탁자의 공탁물 회수청구권은 소멸하지 아니한다. 이 경우 채무자는 전에 회수권을 포기하였던 때에도 회수할 권리를 가진다(동조 2문). 따라서 공탁자가 회수청구권을 포기한 때에도 피공탁자의 공탁물 출급청구권이 소멸하면 공탁자의 공탁물 회수청구권이 부활한다.

2. 상법상 공탁

독일 상법은 상사매매의 경우 매수인의 수령지체가 있으면 매도인이 급부해야 할 제품을 공적 창고(öffentliches Lagerhaus)에 공탁하거나 경매에 붙일 수 있다고 규정한다(독일 상법 제373조 제1항). 독일 민법상 공탁과 달리 독일 상법상 공탁의 경우에는 기본적으로 어떠한 성격의 물품도 공탁이 가능하다. 물론 매도인은 공탁 여부의 판단을 함에 있어서 매수인의 이익도 함께 고려할 필요가 있다. 즉 매수인이 단기간 내에 수령할 수 없거나, 자조매각과 같이 공탁 이외의 방법이 가능한 것이 분명하거나, 빨리 부패할 우려가 있는 물품 등은 공탁할 수 없다.

독일 상법 제373조 제1항에 따른 공탁은 효과면에서도 독일 민법상 공탁과 구분된다. 즉, 매도인이 상법상 공탁을 한 경우에는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 독일 민법 제433조 제1항에 규정된 매도인의 의무가 이행된 것으로 인정되지 않는다. 이는 독일 상법에 독일 민법 제378조처럼 공탁물의 회수를 포기하는 취지의 규정이 존재하지 않기 때문이라고 설명된다. 따라서 매도인은 상법상 공탁을 통하여 매매목적물을 직접 보관할 필요가 없게 되는 것에 그친다.

Ⅴ. 독일 공탁금의 운용

1. 개관

독일의 경우 공탁금 운용을 각 주의 사법회계에서 담당하며, 일정한 은행에 예금의 형식으로 보관하고 있다. 그리고 2010년 연방공탁법의 폐지 이후 니더작센주를 제외한 독일의 대부분의 주에서는 공탁금에 관하여 발생한 이자를 공탁자나 피공탁자에게 지급하지 않는다.

2. 공탁금 운용

가. 공탁금 운용기관

독일의 경우 공탁금을 각 주의 사법회계에서 운용하고 있다. 즉 금전공탁이 이루어지면 그 금액을 사법회계가 관리하고 운용한다.

나. 공탁금 운용방식

대표적으로 바이에른 주의 경우 밤베르크 소재의 주사법회계가 공탁물의 보관

자이며, 공탁금은 바이에른 주립은행의 계좌로 운용된다. 주립은행에서 보관되는 공탁금은 예금의 성격을 가진다.

통상적으로 독일의 은행은 예금에 대하여 계좌유지 수수료를 받는데, 공탁금을 관리하는 은행이 받아야 하는 계좌유지 수수료를 공탁금으로부터 발생하는 이자에서 상계한다. 즉 독일에서는 공탁금에 이자가 발생하기는 하나 공탁자나 피공탁자가 그 이자에 관하여 어떠한 권리도 가지지 못한다. 상계에 관한 구체적인 사항은 주사법회계가 주립은행과 약정한 바에 따른다.

다. 공탁금 운용규모

실제로 공탁금 운용기관에서 운용하고 있는 공탁금 액수에 관한 통계자료는 찾아보기 어렵다. 다만 아래와 같은 공탁 이용현황에 대한 통계자료를 통하여 공탁금 운용규모를 어느 정도 가늠해 볼 수는 있을 것으로 생각된다.

2016년 현재 독일 뮌헨지방법원에서 진행 중인 공탁절차는 총 10,585건이고, 2015년에 공탁된 사건은 총 1,469건이다. 또한 2016년 1월 1일부터 7월 31일까지 공탁된 사건은 총 767건이다. 2015년에 공탁된 금전의 총액은 79,426,909.52유로이다. 2014년 뮌헨지방법원에서는 총 1,254건의 금전공탁이 이루어졌는데, 5,001,782.82유로가 현금으로 지급되었고, 82,370,810.01유로가 계좌로 이체되었다. 그리고 42건의 가치공탁(귀금속, 장신구, 골드바, 고가의 시계에 관한 공탁)이 있었다. 2014년에는 총 9,876건의 공탁 절차가 진행 중이었다.

2014년과 2015년의 뮌헨지방법원의 금전공탁 사건수와 공탁금 납입액은 아래 표와 같다.[30]

	2014년	2015년
금전공탁 사건수	1,254건	1,469건
공탁금 납입액	€ 87,372,592.83	€ 79,426,909.52

<표 1> 뮌헨지방법원의 연간 금전공탁 사건수와 공탁금 납입액

30) Amtsgericht München, Pressemitteilung Jahrespressekonferenz vom 16. 4. 15[뮌헨지방법원(Amtsgericht München) 홈페이지, https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/presse/2015/19.php (최종방문일 2017. 8. 29.)].

그리고 2011년부터 2013년까지 프랑크푸르트지방법원의 공탁금 납입액과 반환액은 다음과 같다.[31]

	2011년	2012년	2013년
공탁금 납입액	€ 272,481,552.22	€ 304,240,594.22	€ 226,987,316.09
공탁금 반환액	€ 82,855,698.61	€ 175,847,381.71	€ 82,022,514.81

<표 2> 프랑크푸르트지방법원의 연간 공탁금 납입액과 반환액

3. 공탁금 이자

니더작센 주를 제외한 독일의 대부분의 주에서는 공탁금에 관하여 발생한 이자를 공탁자나 피공탁자에게 지급하지 않는다. 이는 독일 연방공탁법 폐지 이후 각 주에서 공탁법을 제정할 때 공탁금 이자를 공탁관계 당사자에게 지급하지 않는 것으로 규정하였기 때문이다.

가. 독일 연방공탁법의 공탁금 이자 규정

과거 연방공탁법이 폐지되기 전에는 연방공탁법 제8조에 따라 공탁금에 일정한 이자를 지급하였다.[32] 이후 유럽연합이 출범하고 유로화가 도입되면서 독일의 공탁법제도 그에 따른 변화를 맞이하게 되었다. 즉 슐레스비히-홀슈타인 주를 제외한 모든 주의 공탁법이 유로화에 따른 통화의 개혁에 따라 화폐단위를 마르크에서 유로로 변경하게 되었다. 이는 연방공탁법의 경우도 마찬가지이다. 당시 각 주의 공탁법은 50유로 이상의 공탁금에 이자를 지급하고 50유로 미만의 공탁금에는 이자를 지급하지 않는다고 규정하는 한편, 이자를 계산할 때 50유로 이상의 공탁금에서 50유로 미만의 금액은 버리는 것으로 규정하였다. 또한 공탁금을 납입한 달이 경과한 3개월 후부터 월 0.1%의 이율의 이자를 지급하고, 그 이자는 공탁금

31) Amtsgericht Frankfurt am Main, Pressemitteilung Jahrespressekonferenz 2012, 2013, 2014[프랑크푸르트 지방법원(Amtsgericht Frankfurt am Main) 홈페이지 https://ag-frankfurt-justiz.hessen.de/irj/AMG_Frankfurt_Internet?cid=9581c144201c2915bb5f75255aa5d57₩a(최종방문일 2017. 8. 29.)].

32) 당시 주공탁법에서 공탁금 이자에 관한 규정을 두지 않은 주는 자를란트 주가 유일하였는데, 자를란트 주도 1963년에 공탁법을 개정하면서 공탁금 이자에 관한 규정을 도입하였다.

지급 처분이 된 날이 속하는 달의 전월이 경과하면 소멸하는 것으로 규정되어 있었다.

한편 2006년 드레스덴 고등법원에서는 입법자에게 공탁금에 이자를 지급하는 기준을 반드시 통일해야 하는 헌법상의 의무가 없다고 판시[33]한 바 있다.

나. 독일 연방공탁법의 폐지로 인한 각 주공탁법의 제·개정

이후 2010년에 독일 연방공탁법이 폐지됨에 따라 각 주마다 공탁법을 다시 제정하게 되었다. 그리고 이 시기를 기점으로 독일의 각 주는 공탁금 이자를 순차적으로 폐지하게 된다. 독일의 각 주가 공탁법을 제·개정한 시기와 이자의 폐지 여부는 아래 표와 같다.

주	공탁법 제·개정시 이자 폐지 여부
바이에른 주	2010년 11월 23일 제정시 폐지
베를린	2011년 4월 21일 제정시 폐지
브란덴부르크주	2010년 11월 3일 제정시 폐지
메클렌부르크-포에폼메른 주	2010년 11월 9일 제정시 폐지
작센 주	2010년 6월 11일 제정시 폐지
작센-안할트 주	2010년 3월 22일 제정시 폐지
슐레스비히-홀슈타인 주	2010년 11월 3일 제정시 폐지
튀링엔 주	2010년 9월 9일 제정시 폐지
함부르크	2010년 11월 25일 제정, 2015년 2월 13일 개정시 폐지
헤센 주	2010년 10월 8일 제정, 2015년 3월 25일 개정시 폐지
노르트라인-베스트팔렌 주	2010년 3월 16일 제정, 2014년 2월 25일 개정시 폐지
바덴-뷔르템베르크 주	2010년 5월 11일 제정, 2013년 11월 12일 개정시 폐지

33) OLG Dresden, Urt. v. 10. Mai 2006 – 6U 2325/05 Rn. 44 ff.

라인란트팔츠 주	연방공탁법 계속 적용, 2014년 4월 3일 제정시 폐지
브레멘	2010년 8월 31일 제정, 2014년 6월 24일 개정시 폐지
자를란트 주	2010년 11월 18일 제정, 2016년 11월 20일 개정시 폐지
니더작센 주	2010년 11월 9일 제정, 2012년 11월 9일 개정시 존속

<표 3> 독일 각 주가 공탁법을 제·개정한 시기와 이자의 폐지 여부

1) 바이에른 주 등 8개 주

2010년 연방공탁법 폐지 직후, 독일의 16개 주 가운데 8개 주(바이에른 주[34], 베를린[35], 브란덴부르크 주[36], 메클렌부르크-포에폼메른 주[37], 작센 주[38], 작센-안할트 주[39], 슐레스비히-홀슈타인 주[40], 튀링엔 주[41])는 공탁법을 제정하면서 공탁금 이자를 폐지하였다. 예를 들어 바이에른 주공탁법 제16조는 "공탁금에 이자를 지급하지 않는다."라고 규정하였고, 브란덴부르크 주공탁법 제11조 제3항,[42] 작센 주공탁법 제12조[43]도 마찬가지로 명시적으로 공탁금 이자를 폐지한다는 취지를 규정하였다.

---

34) Bayerisches Hinterlegungsgesetz (BayHintG) (vom 23. November 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (BayGVBl. Nr.20/2010 vom 30. November 2010, S.738)).

35) Berliner Hinterlegungsgesetz (BerlHintG) (GVBl. S. 106, in Kraft seit 21. April 2011).

36) Brandenburgisches Hinterlegungsgesetz (BbgHintG) (Vom 3. November 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (GVBl.I/10, [Nr. 37])).

37) Hinterlegungsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HintG M-V) (Vom 9. November 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Einführung eines Hinterlegungsgesetzes und zur Änderung anderer Gesetze vom 9. November 2010; GVOBl. M-V S. 642)).

38) Sächsisches Hinterlegungsgesetz (SächsHintG) (vom 11. Juni 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (SächsGVBl. Nr.7/2010 vom 30. Juni 2010, S.154)).

39) Hinterlegungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HintG LSA) (Vom 22. März 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (GVBl. LSA S. 150; BS LSA 300.22)).

40) Hinterlegungsgesetz (HintG SH) vom 3. November 2010 (GVOBl. 2010, S. 685).

41) Thüringer Hinterlegungsgesetz (ThürHintG) (Vom 9. September 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (GVBl. Nr. 10 vom 28. September 2010 S. 294)).

42) 브란덴부르크 주공탁법 제11조 제3항은 다음과 같이 규정한다.
제1항에 의하여 주로 소유권이 이전된 금전 및 유가증권, 이자증서 및 이익배당증서 또는 이와 유사한 방법으로 상환된 금액에 대해서는 이자를 지급하지 않는다.

43) 작센 주공탁법 제12조는 다음과 같이 규정한다.
공탁금에 대해서는 이자를 지급하지 않는다.

이처럼 독일의 8개 주가 공탁금 이자를 폐지하기로 결정한 주된 이유는 가치공탁과 달리 금전공탁의 경우 공탁자나 피공탁자에게 실무상 수수료가 부과되지 않기 때문이다.[44] 그에 따라 공탁소로서는 공탁자나 피공탁자로부터 수수료를 징수하는 방법 외에 다른 방법으로 공탁과 관련된 행정비용을 전보할 필요가 있다. 공탁금에 관하여 발생한 이자를 공탁자나 피공탁자에게 지급하지 않으면 공탁소는 공탁 관련 행정비용을 전보할 수 있게 된다.

또한 실무상 공탁금 이자의 액수가 그다지 크지 않다는 점도 공탁금 이자 폐지의 한 원인이 되었다. 가령 바이에른 주의 경우, 공탁금 이자 폐지 당시에는 물론이고, 현재까지도 공탁금 이자가 실무상 그다지 중요한 의미를 가지지 못한다고 한다.[45] 바이에른 주에서 공탁금 이자가 폐지되기 이전의 상황을 간단히 살펴보면, 예컨대 회계연도 2007년부터 2008년까지 바이에른 주사법회계에서 지급된 공탁금 이자 중 50% 이상이 50유로 이하였다고 한다. 그리고 공탁금 이자를 2007년에 1유로 미만을 지급한 건수가 총 85건이었고, 2008년에 1유로 미만을 지급한 건수는 총 25건이었다.[46]

2) 바덴-뷔르템부르크 등 7개 주

그리고 바덴-뷔르템부르크 주[47], 브레멘[48], 함부르크[49], 헤센 주[50], 노르트라인-베스트팔렌 주[51], 라인란트팔츠 주[52], 자를란트 주[53]는 연방공탁법이 폐지되고 새로운 주공탁법이 제정될 당시에는 각 주의 공탁법에 공탁금 이자에 관한 규정

---

44) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., S. 100.

45) Rellermeyer, "Varianten der landesrechtlichen Hinterlegungsgesetze", Rechtspfleger 2011, S. 131f.

46) Wiedemann/Armbruster, a.a.O., S. 100.

47) Hinterlegungsgesetz für das Land Baden-Württemberg (HintG BW) (Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Mai 2010 (GBl. S. 398), in Kraft getreten am 1. Dezember 2010).

48) Hinterlegungsgesetz Bremen (BremHintG) (Vom 31. August 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (Brem.GBl. S. 458)).

49) Hinterlegungsgesetz (HambHintG) (Gesetz vom 25. November 2010 zur Einführung eines Hinterlegungsgesetzes und zur Änderung weiterer Gesetze (HmbGVBl. Nr. 43 vom 30. November 2010, S.614).

50) Hessisches Hinterlegungsgesetz (HessHintG) (vom 8. Oktober 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (GVBl. I 2010, 306; Gliederungs-Nr: 234-5)).

51) Hinterlegungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (HintG NRW) vom 16. März 2010 [mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2010] (GV. NRW, Ausgabe 2010 Nr. 11 vom 30. März 2010 Seite 183 bis 210).

52) Landeshinterlegungsgesetz vom 03. April 2014.

53) Hinterlegungsgesetz des Saarlandes (SaarlHintG) (vom 18. November 2010; in Kraft seit dem 1. Dezember 2010 (Abl. Nr.33/2010 vom 25. November 2010, S.1409)).

을 두고 있었지만, 그 후 주공탁법의 개정을 통하여 공탁금 이자를 폐지하였다.[54] 즉 바덴-뷔르템부르크 주는 2013년 11월 12일에, 브레멘은 2014년 6월 28일에, 함부르크는 2015년 2월 13일에, 헤센 주는 2015년 3월 25일에, 노르트라인-베스트팔렌 주는 2014년 2월 25일에, 라인란트팔츠 주는 2014년 4월 3일에, 자를란트 주는 비교적 최근인 2016년 11월 30일에 한시적 법률로 이자를 폐지하는 규정을 신설하였다. 예를 들어 바덴-뷔르템베르크 주공탁법 제12조는 다른 주의 공탁법 규정과 마찬가지로 "공탁금에 대해서는 이자를 지급하지 않는다"는 내용으로 개정되었다.[55]

이와 같이 독일의 7개 주가 주공탁법 제정 당시에는 공탁금 이자 관련 규정을 유지하고 있다가 최근에 공탁금 이자를 폐지한 이유는 마찬가지로 이들 각 주가 금전공탁의 경우 수수료를 징수하지 않기 때문이다. 각 주는 공탁소를 운영하면서 공탁물을 수령하고 보관·관리할 의무, 공탁자 혹은 피공탁자에게 공탁물을 반환할 의무 등을 부담한다. 반면 공탁자 혹은 피공탁자는 공탁금과 그에 관한 이자를 지급받을 권리를 가지면서도 공탁소에 대하여 수수료를 납부하는 등의 의무는 부담하지 않는다. 이들 각 주에서도 이에 대한 문제가 제기됨에 따라 결국 공탁금 이자를 폐지하기로 결정한 것으로 보인다.

또한 공탁금 이자가 폐지되면 각 주의 재정적 부담이 경감될 수 있다는 점도 공탁금 이자 폐지 과정에서 중요하게 고려되었다. 가령 바덴-뷔르템베르크 주에서는 금전공탁의 경우 공탁금 이자와 관련된 공탁사건의 비용은 2010년에는 약 26만유로, 2011년에는 약 31만 유로, 2012년에는 약 92만 유로였고, 2013년 및 2014년의 주 재정계획에서는 각 36만 6,300유로가 계상되어 있었다. 이와 같이 공탁금 이자와 관련된 비용이 해마다 큰 폭으로 변동하면서 주의 재정 상황에 큰 영향을 미쳐 왔기 때문에, 공탁금 이자를 폐지함으로써 주의 재정 부담을 경감시켜야 한다는 주장이 힘을 얻게 된 것으로 보인다. 이처럼 각 주가 공탁금 이자를 폐지함으로써 얻을 수 있는 이익은 공탁 당사자가 공탁금 이자를 포기함으로서 얻게 되는 불이익을 훨씬 능가하는 것으로 평가된다. 앞서 언급한 바와 같이 독일에서 금전공탁은 기본적으로 무료로 실행되어 왔기 때문이다.

한편 바덴-뷔르템베르크 주에서 공탁금 이자를 폐지하려는 입법 움직임이 시작

---

54) Rellermeyer, a.a.O., S. 131 f; ders, "Varianten der landesrechtlichen Hinterlegungsgesetze: Ergänzung", Rechtspfleger 2014, S. 579 f.

55) Gesetz zur Änderung des Hinterlegungsgesetzes und des Gesetzes zur Reform des Notariats- und Grundbuchwesens in Baden-Württemberg vom 12. November 2013.

되자 바덴-뷔르템베르크 주 변호사협회에서는 부정적인 의견을 표명한 바 있다.[56] 변호사협회가 공탁금 이자 폐지에 반대한 주된 논거는 주가 공탁금의 예치에 따른 이자 수입 내지 재정 적자의 감소에 따른 대출금 이자 지출의 감소로 인하여 부당하게 이득을 본다는 것이었다. 그리고 또 다른 논거는 공탁금에 관한 권리를 둘러싼 당사자 간 분쟁이 장기화될 경우 공탁금 이자를 지급하지 않는다면 채권자에게 불이익이 될 수 있다는 것이었다.[57] 공탁금 이자를 지급하지 않으면 채권자로서는 당초 공탁되었던 금액만을 지급받을 수 있는 셈인데, 특히 당사자 간 분쟁이 아직 해결되지 않고 있는 동안 인플레이션이 발생한 경우에는 채권자가 적지 않은 불이익을 입게 될 수 있다. 그러나 입법 과정에서 이러한 의견은 채택되지 않았고, 결국 공탁금 이자는 폐지되었다.

바덴-뷔르템베르크 주의 경우 금전공탁이 성립한 시기에 따라 이자 지급 여부와 이자율이 달라진다는 점도 주목할 만하다. 2010년 12월 1일 이전에 발생한 금전공탁의 경우 2010년 11월 30일까지의 이자는 연방공탁법 제8조에 따라 월 0.1%를 지급하며, 2010년 12월 1일부터 2013년 12월 31일까지의 이자는 개정 전의 바덴-뷔르템베르크 주공탁법 제12조[58]에 따라 연 1%를 지급한다. 그러나 2013년 12월 31일 이후에는 어떠한 경우에도 이자를 지급하지 않는다.

그리고 지금까지 공탁금에 대해 연 1%의 이자가 지급된다고 규정하던 브레멘 공탁법 제12조는 "공탁금에 대해서는 이자를 지급하지 않는다. 유가증권, 이자증서 및 이익배당증서 또는 이와 유사한 방식으로 상환된 금액에 대해서도 동일하다"는 내용으로 개정되었다. 이는 바덴-뷔르템베르크 주와 마찬가지로 금전 공탁에는 수수료가 부과되지 않는 것을 근거로 하고 있다.[59]

---

56) Stellungnahme des Anwaltsverbands vom 19. August 2013(바덴-뷔르템베르크 주 변호사협회 홈페이지, http://www.av-bw.de/fileadmin/daten/interessenvertretung/Stellungnahmen/BW-Hinterlegungsgesetz/19_08_2013_AV_BW_StN_HintG.pdf, 최종방문일 2017. 8. 29.).

57) Stellungnahme des Anwaltsverbands vom 19. August 2013, S. 4(바덴-뷔르템베르크 주 변호사협회 홈페이지, http://www.av-bw.de/fileadmin/daten/interessenvertretung/Stellungnahmen/BW-Hinterlegungsgesetz/19_08_2013_AV_BW_StN_HintG.pdf, 최종방문일 2017. 8. 29.).

58) 개정 전 바덴-뷔르템베르크 주공탁법 제12조는 다음과 같이 규정한다.
소유권이 이전된 금전은 원칙적으로 연 1%의 이율로 이자를 지급한다. 10,000유로 이하의 금액과 이자에 대해서는 이자를 지급하지 않는다.

59) 브레멘 회계감사원은 2013년도 연차보고서에서 다른 주에서도 공탁금에 이자를 지급하지 않는 것 등을 이유로 공탁금 이자를 폐지할 것을 권고한 바 있다(Drucksache 18/882, S. 54 Rn. 161).

3) 니더작센 주

그 밖에 니더작센 주[60]는 다른 주들과 달리 공탁금의 이자에 관한 규정을 두고 있다. 즉 독일에서 공탁금 이자를 유지하고 있는 주는 니더작센 주 뿐이다.

니더작센 주공탁법 제12조 제2항은 "공탁 금액이 10,000 유로 이상일 경우 제2문 내지 제5문에 따라 이자를 지급한다. 이자의 지급은 금액이 납입된 달의 경과 후 3개월 이후에 개시되고, 출급처분일의 전월의 경과로 종료된다. 이율은 납입금액에 대하여 월 1분으로 한다. 이자는 해당 년도의 경과 또는 금전이 그 전에 지급된 경우 출급으로 이행기가 도래한다. 이자에 대해서는 이자를 지급하지 않는다."고 규정한다.

Ⅵ. 독일 공탁금의 국고귀속

1. 공탁금 국고귀속에 소요되는 기간

독일 민법 제382조에 의하면 공탁된 금액에 대한 채권자의 권리는 채권자가 공탁통지를 수령한 때로부터 30년 이내에 이를 공탁소에 신고하지 아니하면 소멸한다. 이 기간이 지나면 채권자의 공탁된 금액에 대한 권리는 소멸하며, 이러한 기간의 성격은 제척기간이라고 본다.[61] 따라서 채권자의 공탁금 출급청구권의 제척기간이 도과하면 공탁금은 국고로 귀속된다. 앞서 살펴본 바와 같이, 독일의 판례와 통설에 따르면 공탁에 의하여 채권자와 공탁소 사이에 성립되는 공탁관계는 공법적 성격을 갖는다고 본다.

한편 독일 민법 제382조에 의하여 소멸하는 권리는 피공탁자의 공탁물 출급청구권 뿐이며, 공탁자의 공탁물 회수청구권은 소멸하지 아니한다. 그리고 공탁자가 회수청구권을 포기한 때에도 피공탁자의 공탁물 출급청구권이 소멸하면 공탁자의 공탁물 회수청구권이 부활한다. 따라서 현재 각 주의 공탁법은 기간을 달리하는 두 종류의 제척기간을 규정하고 있다. 예를 들어 바이에른 주공탁법 제24조 제1항은 "다른 규정이 없는 한, 30년의 기간경과 시점에 공탁소에 근거있는 출급 신청이 제출되지 않으면 공탁물의 출급은 공탁 이후 위 기간이 경과하면 배제된다"고 규정하는 한편, 동법 제25조 제1항은 "독일 민법 제382조, 제1171조 제3항, 등

60) Niedersächsisches Hinterlegungsgesetz (NHintG) vom 9. November 2012.
61) MünchKomm/Wenzel §382 Rn. 1; Staudinger/Olzen §382 Rn. 1; Palandt/Grüneberg §382 Rn. 1.

기된 선박과 선박건조에 관한 법률 제67조, 항공기에 관한 법률 제67조의 경우 및 강제경매와 강제집행에 관한 법률 제117조 제2항, 제120조, 제121조, 제124조, 제126조의 경우에 31년의 기간경과 시점에 공탁소에 근거있는 출급 신청이 없으면 공탁물의 출급은 공탁 이후 위 기간이 경과하면 배제된다"고 규정한다.

그런데 피공탁자의 공탁금 출급청구권의 제척기간이 30년으로 규정된 것은 독일 민법 제정 당시 일반소멸시효의 기간이 30년인 점을 감안한 것이다. 독일 민법에 따르면 소멸시효의 대상이 되는 권리는 타인에 대하여 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 권리(청구권)이다(독일 민법 제194조 제1항). 다만 친족법상 관계에 기한 청구권은 그것이 그 관계에 상응하는 상태를 장래를 향하여 창출하는 것 또는 생물학적 혈연관계의 존부를 확인하기 위한 유전자검사에 동의하는 것을 내용으로 하는 한도에서 소멸시효에 걸리지 않는다(독일 민법 제194조 제2항).

독일 민법상 소멸시효기간은 권리의 성질에 따라 다음과 같이 세 가지로 나뉜다.

① 일반소멸시효기간은 3년이다(독일 민법 제195조).

② 토지소유권의 양도청구권, 토지에 대한 권리의 설정, 양도나 소멸 또는 내용변경의 청구권 및 그 반대급부에 대한 청구권의 소멸시효기간은 10년이다(독일 민법 제196조).

③ 생명·신체·건강·자유 또는 성적 자기결정권의 고의적 침해로 인한 청구권, 소유권·기타의 물권·제2018조, 제2130조 및 제2362조에 기한 반환청구권 및 반환청구권의 행사에 기여하는 청구권, 기판력 있게 확정된 청구권, 집행할 수 있게 확정된 청구권, 집행할 수 있는 화해 또는 집행할 수 있는 증서에 기한 청구권, 도산절차에서 행하여진 확정에 의하여 집행할 수 있게 된 청구권, 강제집행비용의 상환청구권 등의 권리는 다른 정함이 없는 한 소멸시효기간이 30년이다(독일 민법 제197조 제1항).

독일 민법에서 소멸시효를 3년이나 10년 또는 30년으로 정한 것은 입법자의 결단이다. 공탁금 출급청구권의 제척기간이 일반소멸시효기간(3년)이나 토지에 관한 청구권(10년)보다 훨씬 긴 이유는 채권자로 하여금 자신의 권리를 행사할 수 있는 가능성을 더 오랫동안 부여하기 위한 것이다. 공탁금 출급청구권의 제척기간은 생명·신체·건강·자유 또는 성적 자기결정권의 고의적 침해로 인한 청구권, 소유권·기타의 물권·제2018조, 제2130조 및 제2362조에 기한 반환청구권 및 반환청구권의 행사에 기여하는 청구권, 기판력 있게 확정된 청구권, 집행할 수 있게 확정

된 청구권, 집행할 수 있는 화해 또는 집행할 수 있는 증서에 기한 청구권, 도산절차에서 행하여진 확정에 의하여 집행할 수 있게 된 청구권, 강제집행비용의 상환청구권 등의 소멸시효기간과 마찬가지로 30년이라고 규정하고 있으므로, 이는 입법자가 공탁금 출급청구권은 이러한 청구권들과 동등하게 장기의 권리행사기간에 걸리도록 하는 것이 타당하다고 보았기 때문이다.

2. 공탁금 국고귀속을 억제하기 위한 대책

독일에서는 공탁금 국고귀속을 억제하여야 한다는 논의가 이루어지지 않고 있다. 이처럼 독일에서 공탁금 국고귀속에 대한 문제 제기가 이루어지지 않고 있는 이유는 여러 가지를 생각해 볼 수 있다. 우선 공탁금 출급청구권에 30년이라는 장기의 제척기간을 적용함으로써 채권자의 권리를 이미 충분히 보호하고 있다는 점이다. 또한 제척기간이 지난 공탁금이 국고로 귀속되는 것에 대한 정치권이나 국민들의 반감이 크지 않다는 점도 있다. 그 외에 실제로 국고에 귀속되는 공탁금의 액수가 크지 않다는 점도 하나의 원인으로 작용하고 있는 듯하다.

가령 뮌헨지방법원의 경우 2014년에 총 58,658.38유로가 국가에 귀속되었는데, 이는 같은 해에 공탁되는 금액과 비교하면 그다지 큰 액수가 아니다.[62] 물론 같은 해에 국고로 귀속되는 공탁금 액수와 공탁소에 공탁되는 공탁금 액수를 동일 선상에서 비교하여 액수의 다과를 판단하기는 어렵다. 그 해에 국고로 귀속된 공탁금은 30년 이전에 공탁된 것인데, 30년 사이에 물가변동 등 경제사정이 크게 변화하였을 가능성을 고려하면 이러한 단순 비교에서 유의미한 경향성을 읽어내는 것은 매우 어렵다고 하겠다. 그러나 이러한 비교를 통하여 국고로 귀속되는 공탁금의 규모를 어느 정도 가늠하는 것은 가능하다.

뮌헨지방법원의 경우 공탁소에서 연간 국고로 귀속되는 공탁금 액수는 아래 표와 같다. 또한 연간 국고로 귀속되는 공탁금 액수는 같은 해에 공탁된 공탁금 액수와 비교하여 그 비율이 2011~2012년에는 0.97%, 2013년에는 0.01%, 2014년에는 0.06%, 2015년에는 0.12%로 매우 낮다고 볼 수 있다. 이러한 단순 비교가 아주 정확하다고는 볼 수 없지만, 독일에서는 피공탁자가 공탁금을 지급 받는 비율

62) Amtsgericht München, Pressemitteilung Jahrespressekonferenz vom 16. 4. 15[뮌헨지방법원(Amtsgericht München) 홈페이지, https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/presse/2015/19.php(최종방문일 2017. 8. 29.)].

이 상당히 높다고 추론할 수 있겠다.

연 도	액 수
2011 ~ 2012년	€ 1,460,319.20
2013년	€ 27,112.99
2014년	€ 58,658.38
2015년	€ 99,809.57

<표 4> 뮌헨지방법원의 공탁소에서 연간 국고로 귀속되는 공탁금 액수

Ⅶ. 독일 공탁제도에 대한 평가

독일 민법은 연혁적으로 우리 민법에 큰 영향을 미쳤다. 바꾸어 말하면, 독일 민법이 규정하는 공탁의 모습은 우리 민법이 규정하는 것과 크게 다르지 않다. 이 점에서 독일 공탁제도와 우리 공탁제도는 일정한 공통점을 가진다. 그러나 독일은 연방국가이기 때문에 단일국가인 우리나라와 그 법제가 같을 수 없다. 독일 공탁제도에서 특기할만한 점, 우리 공탁제도와 차이를 보이는 점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 독일에서는 공탁사무를 연방이 아닌 각 주가 개별적으로 관할하고 있다는 점이다. 과거에는 연방공탁법이 독일 전역에 걸쳐 형식적인 공탁법으로 기능하였으나, 2010년에 이 법률이 폐지되면서부터는 16개의 각 주가 개별적으로 공탁에 관한 조직 및 절차에 관하여 규정하는 공탁법을 제정하여 시행하고 있다. 다만 독일에서는 실질적인 공탁법인 민법과 민사소송법, 상법과 주식법 등이 여러 종류의 공탁에 관하여 규정하고 있으며, 이들 법률에는 공탁절차에 관한 규정도 일부 포함되어 있다. 또한 각 주의 공탁법도 그 규정 내용이 크게 다르지 않다. 요컨대 형식적으로는 각 주가 공탁제도를 독자적으로 운영하고 있지만, 실질적으로는 독일 전역에 걸쳐 공탁제도가 비슷한 모습으로 운영되고 있다고 하겠다.

둘째, 대부분의 주에서 공탁 당사자에게 공탁금 이자를 지급하지 않는다는 점이다. 과거의 연방공탁법은 공탁금 이자에 관하여 규정하고 있었으나, 이 법률이 폐지된 이후 각 주에서 제·개정한 공탁법은 공탁금 이자를 폐지하였다. 이처럼 공

탁 당사자에게 공탁금 이자를 지급하지 않는 것은 금전공탁의 경우 공탁 당사자가 공탁금 보관 및 관리에 필요한 비용, 즉 수수료를 납부하지 않기 때문이라고 설명된다.

셋째, 독일 민법은 공탁금 출급청구권의 제척기간을 일반채권의 소멸시효기간보다 길게 설정하고 있다는 점이다. 독일에서 공탁금 출급청구권의 제척기간은 30년으로, 이는 일반채권의 소멸시효기간(3년 또는 10년)과 비교하여 매우 긴 기간이다. 독일 민법이 이처럼 장기의 제척기간을 설정한 것은 입법자의 결단으로서, 공탁금 출급청구권자에게 자신의 권리를 행사할 수 있는 가능성을 더 오랫동안 부여함으로써 공탁금 출급청구권자를 보다 두텁게 보호하기 위한 의도였다고 설명된다.

Ⅷ. 우리 공탁제도에 대한 시사점

1. 공탁금 이자

우리 공탁법 제6조는 "공탁금에는 대법원규칙이 정하는 이자를 붙일 수 있다."고 규정하고 있으며, 공탁규칙 제51조에 의해 공탁금의 이자에 관하여는 '공탁금의 이자에 관한 규칙'에서 정하는 바에 따르는데, 동 규칙 제2조에 의해 현재 공탁금의 이율은 연 1천분의 1이다.

개정 전 공탁금의 이자에 관한 규칙 제2조는 "금융통화위원회에서 정하는 별단예금의 최고 이자율로 한다."고 규정하였으나, 2003년 12월 24일 금융통화위원회에서 '금융기관 여수신이율 등에 관한 규정'을 개정하여 요구불 예금금리를 2004년 2월 2일부터 완전 자율화하기로 의결하였다. 이에 따라 2004년 1월 28일 공탁금의 이자에 관한 규칙을 개정하여 공탁금의 이자를 '연 2푼'으로 정하여 2004년 2월 1일부터 시행하였고, 이후 수차례 개정을 거쳐 2015년 4월 1일부터는 '연 1천분의 1'로 개정하여 시행하고 있다.

그런데 과거의 개정 전 공탁금의 이자에 관한 규칙 제2조(공탁금의 이자는 금융통화운영위원회에서 정하는 별단예금의 최고 이자율로 한다)와 제4조(공탁금의 이자는 공탁금 1만원 미만의 단수에 대하여는 이를 부가하지 아니한다)에 대하여 헌법소원이 제기된 바 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 합헌결정을 하였다.[63)]

"공탁과 예금은 그 제도의 본질을 달리하는 것으로 국가가 공탁금을 직접 보관 관리할 것인가 또는 은행에 입금하여 보관 관리시킬 것인가 등의 공탁금 보관방법의 선택은 입법정책의 문제라 할 것이므로, 현행 공탁법상 공탁금보관자지정제도를 둠으로써 은행으로 하여금 공탁금을 보관하는 방법을 선택하였다 하더라도 공탁자 내지 공탁금수령자를 은행의 다른 예금주 또는 이자 있는 채권의 채권자와 비교하여 불리하게 대우하여 평등원칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다.

국가로서는 어떠한 명목으로든 국민으로부터 금원을 수령하여 보관하는 경우에 있어서 이를 선량한 관리자로서 보관하여야 할 의무가 있다고 할 것이나, 이자는 금전의 보관만으로 당연히 발생하는 것이 아니고 당사자 사이의 특별한 약정이 있거나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 발생하는 것이다. 현행 공탁금 이자도 공탁법의 규정에 의하여 입법정책적 차원에서 발생되는 것이며 법원도 현재의 은행예금 제도하에서 최선의 관리를 하고 있다 할 것인바, 그 밖에 공탁수수료가 징수되지 않고 있는 점, 공탁제도가 원래 공탁자의 이익을 위한 제도이지 국가가 공탁자에게 무조건 공탁을 강요하는 것이 아니라는 점 등을 고려할 때 현재의 대법원의 공탁금 관리방법이 공탁자 또는 공탁금수령자의 재산권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

공탁금 이율의 높고 낮음이 국민의 공탁제도 이용에 영향을 주는 것은 예상되나 공탁은 그 원인에 따라 고유의 기능을 갖고 있고 국민으로서는 그 기능에 따라 공탁제도를 이용하는 것이므로 공탁금 이율이 낮다는 이유만으로 재판청구권이 침해되었다고는 볼 수 없다."

헌법재판소 결정이 문제된 당시에는 공탁금을 일반시중은행이 보관함에도 공탁금 이율이 은행의 다른 예금의 이율에 비하여 너무 낮다는 지적이 존재하였다. 또한 2007년말에는 당시 공탁금 잔액이 6조원이 넘고 공탁금의 누적된 평균잔액은 경제규모의 확대에 따라 매년 증가추세에 있는 것이 일반적인데 연간 수백억원의 이자수익이 발생할 것으로 기대되어 은행이 큰 이득을 얻고 공탁자 또는 피공탁자가 경제적 손실을 입게 되므로, 대법원이 합리적인 수준으로 공탁금의 이자율을 상향조정해야 할 필요가 있다는 견해도 있었다.[64] 이러한 비판에 대하여 헌법재판소 결정은 공탁이 임치계약의 속성을 가지고 있지만 공탁자와 공탁물보관자(은행)와의 사이에서는 임치계약이 성립되지 않는 공법상의 절차에 불과하고,

---

63) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 90헌마214 전원재판부 결정.

64) 오시영, "공탁법상 주요쟁점에 관한 연구", 「민사집행법연구」 4권, 2008, 63~65면.

예금과 그 본질을 달리 하는 공탁금의 보관방법의 선택은 입법정책의 문제로서 이자 약정이 없는 한 이자의 지급은 없는 것이 원칙으로 형평의 원칙상 공탁법이 이자를 지급하도록 한 것은 그 이율이 낮더라도 역시 정당하다고 보아야 하므로 공탁금의 이자에 관한 규칙의 위 규정들은 국민의 평등권이나 재산권, 재판청구권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

앞서 살펴본 독일의 경우 대부분의 주에서는 공탁금에 관하여 발생한 이자를 공탁자나 피공탁자에게 지급하지 않는다. 이는 독일 연방공탁법 폐지 이후 각 주에서 공탁법을 제정할 때 공탁금 이자를 공탁관계 당사자에게 지급하지 않는 것으로 규정하였기 때문이다. 이처럼 독일의 대부분의 주가 공탁금을 폐지하기로 결정한 주된 이유는 가치공탁과 달리 금전공탁의 경우 공탁자나 피공탁자에게 실무상 수수료가 부과되지 않기 때문이다. 따라서 공탁소로서는 공탁자나 피공탁자로부터 수수료를 징수하는 방법 외에 다른 방법으로 공탁과 관련된 행정비용을 전보할 필요가 있다고 한다. 즉 공탁금에 관하여 발생한 이자를 공탁자나 피공탁자에게 지급하지 않으면 공탁소는 공탁 관련 행정비용을 전보할 수 있게 된다.

따라서 비록 경제상황의 변동에도 불구하고 현재와 같은 저금리 시대에 공탁금의 보관방법을 선택하는 것과 공탁금의 이자를 정하는 것은 입법정책의 문제라는 점, 공탁과 예금은 그 제도의 본질을 달리하는 것이라는 점, 공탁이 임치계약의 속성을 가지고 있지만 공탁자와 공탁물보관자(은행)와의 사이에서는 임치계약이 성립되지 않는 공법상의 절차에 불과하다는 점, 독일의 예에서 보듯이 공탁과 관련된 행정비용을 전보할 필요가 있다는 점 등을 고려하면 공탁금의 액수가 적은 경우에는 공탁금의 이자를 폐지하는 것도 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 본다.

2. 공탁금 국고귀속

최근 우리나라에서는 매년 과다한 금액의 공탁금이 국고로 귀속된다는 비판이 국회에서 제기된 바 있다.[65] 즉 2015년에 800억이 넘는 액수가 국고로 귀속되었는데, 이는 법원이 공탁금 반환 노력을 소홀히 하거나, 행정착오로 주인 있는 공탁금을 잘못 귀속시켰기 때문으로, 공탁금은 국민 재산인 만큼 사법부는 소멸시

65) 연합뉴스, “국고로 들어간 공탁금 상반기 817억 '사상 최대'”(2015. 10. 5. 5:55), http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/10/04/0200000000AKR20151004055400004.HTML?input=1195m.

효기간을 폐지하거나 더 늘려야 하고 제때 주인에게 돌아가도록 홍보·송달 방식도 다양화해야 한다는 것이다.

그런데 독일의 경우 공탁금의 국고귀속에 대한 문제 제기가 거의 없다. 그 이유로는 독일의 경우 공탁금 출급청구권의 제척기간이 30년으로 상당히 길다는 점을 들 수 있다. 이처럼 권리행사기간이 길수록 공탁금 국고귀속의 원인을 그 긴 기간 동안 출급해 가지 않은 권리자에게 전가하기 쉽고 그에 비례하여 국고귀속이 정당화되기도 쉽다. 즉 우리나라의 경우 소멸시효가 완성된 공탁금이 국고에 귀속되는 것은 법리적으로 당연한 결과일 것이다.

따라서 소멸시효가 완성된 공탁금 국고귀속 자체가 부당하다고는 할 수 없다. 만약 권리자가 공탁금을 찾아갈 수 있도록 충분히 공지가 이루어지지 못하여 공탁금이 국고로 귀속된다면, 이러한 절차를 정비할 필요는 있다. 다만 국고귀속의 효율적 억제를 위한 대책으로 장기의 소멸시효기간을 설정하는 것을 고려할 수 있다.

독일의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 공탁금 출급청구권에 일반채권의 소멸시효기간보다 훨씬 장기의 제척기간(30년)을 적용한다. 이로 인해 실제 어느 정도로 공탁금의 국고귀속이 억제되었는지를 확인하는 것은 쉽지 않다. 하지만 공탁금 출급청구권의 소멸시효를 현재보다 장기로 변경하고, 국고귀속 공탁금 감소사업[66]을 활용한다면 상당히 긍정적인 효과를 거둘 수 있을 것이다.

공탁금 출급청구권의 시효기간을 얼마로 할 것인가는 공탁의 성질을 공법관계로 파악하는지 아니면 사법관계로 파악하는지에 관한 견해의 대립과 관련된다. 사법관계설의 입장에서는 민법 제162조 제1항에 따라서 그 시효기간을 10년으로 보고, 공법관계설의 입장에서는 정부보관금에 관한 법률 제1조[67] 내지 국가재정

---

66) 공탁금의 국고 귀속분이 늘어나자 법원은 '공탁금 찾아주기 사업'까지 한다. 청구권자에게 출급·회수청구 안내문을 보내고, 신문광고 등을 통해 공탁금의 존재를 국민에게 알린다. 2016년 4월부터는 소멸시효가 중단되면 자동으로 국고 귀속을 차단하는 시스템을 가동해 착오로 공탁금이 쌓이지 않도록 했다.
[연합뉴스, "공탁금 찾아가세요… '임자없는 돈' 매년 800억 국고로"(2016. 6. 19 08:15), http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/06/17/0200000000AKR20160617040100004.HTML?input=1195m]

67) 정부보관금에 관한 법률 제1조는 다음과 같이 규정한다.
(국고에의 귀속) 법령에 따라 정부가 보관하는 공유금이나 사유금(이하 "보관금"이라 한다)은 법률로 따로 규정한 경우를 제외하고는 다음 각 호의 구분에 따라 해당하는 날부터 계산하여 5년이 지나도 환불 청구가 없을 때에는 국고에 귀속한다.
1. 보관의무 해제 기한이 있는 보관금: 보관의무가 해제된 다음 날
2. 보관의무 해제 기한이 없는 보관금: 보관한 다음 날
3. 소송사건으로 인하여 환불 청구를 할 수 없는 보관금: 재판이 확정된 다음 날

법 제96조[68] 등에 의하여 그 시효기간을 5년으로 본다.[69]

종래 공탁실무는 공탁금에 대한 소멸시효와 국고귀속절차 등에 관하여 대법원 행정예규 제560호(공탁금지급청구권의 소멸시효와 국고귀속절차)에 따라서, 공탁금 및 그 이자의 출급청구권의 소멸시효기간을 민법 제162조 제1항에 규정된 10년으로 취급하고 있었는데, 2009. 12. 29. 법률 제9836호로 일부 개정된 공탁법 제9조 제3항은 공탁물이 금전인 경우 "그 원금 또는 이자의 수령, 회수에 대한 권리는 그 권리를 행사할 수 있는 때부터 10년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다"라고 명시적으로 규정하여 종래 확립된 공탁실무를 입법화시켰다. 따라서 위와 같은 10년의 소멸시효가 완성된 공탁금에 대하여 출급·회수 청구가 있는 경우 공탁관은 국고수입 납부 전이라도 출급·회수청구를 인가하여서는 안 된다(공탁규칙 제61조) 이는 공탁금 국고귀속을 줄여 국민의 재산권을 보장해 주기 위한 정책적 고려에서 그보다 장기의 소멸시효기간을 설정한 것이라고 설명된다.[70]

따라서 공탁금 출급청구권에 반드시 국가에 대한 금전채권의 소멸시효기간이 적용되어야 한다고 볼 필요는 없을 것이다. 공탁은 공법관계적 성질도 가지고 있지만 사법관계적 성질도 가지고 있기 때문이다.[71] 따라서 우리 공탁법이 공탁금 출급청구권의 소멸시효기간을 10년으로 설정한 것은 정책적으로도 법리적으로도 수긍이 간다고 할 것이다.

한편 국민이 공탁한 공탁물이 맡겨놓은 기간이 장기라는 이유만으로 소멸시효의 원리를 적용하여 국민의 재산권을 박탈하고 이를 국가에 귀속시키는 것은 국가가 취할 정당한 권리행사라고 보기 어렵다는 이유로, 소멸시효 원리를 공탁에 적용하는 것에 반대하는 견해가 있다.[72]

그런데 독일의 경우에서 살펴본 바와 같이, 공탁금 출급청구권을 반드시 일반채권과 동일하게 취급하여야 할 필요는 없다. 그 이유는 다음과 같다. 소멸시효는

---

68) 국가재정법 제96조는 다음과 같이 규정한다.
(금전채권·채무의 소멸시효) ① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년 동안 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.
③ 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리에 있어서는 소멸시효의 중단·정지 및 그 밖의 사항에 관하여 다른 법률의 규정이 없는 때에는 「민법」의 규정을 적용한다. 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 같다.

69) 김용담 편집대표, 앞의 책, 496면(김시철 집필부분).

70) 법원행정처 편, 앞의 책, 6면.

71) 법원행정처 편, 앞의 책, 6면.

72) 오시영, 앞의 논문, 57면.

시간이 권리에 앞서도록 하여, 일정한 시간이 지난 뒤에는 권리자가 자신의 권리를 주장하지 못하게 하는 제도이다. 이는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 오랜 시간이 흘렀음에도 그 권리를 행사하지 않고 있는 권리자는 이미 어떤 방식으로든 그 권리의 만족을 얻었을 가능성이 높다는 점과 오랜 시간이 흐른 뒤에 비로소 권리를 주장하는 것은 원래의 의무자 및 이해관계인이 누리고 있는 사실상의 평온을 깨뜨릴 수 있다는 점에서 정당화된다. 즉 소멸시효는 법적 안정성의 측면에서 정당화되는 제도이다. 다만 공탁금 출급청구권의 경우에는 이와 같이 소멸시효를 정당화하는 근거가 그대로 적용되지 않는다. 공탁금 출급청구권의 경우 공탁소가 공탁에 관한 기록을 관리하므로, 권리자가 그 권리의 만족을 얻었는지를 확실하게 알 수 있다. 또한 공탁금 출급청구권의 채무자는 국가기관인 공탁소이고, 그 밖에 이해관계인의 존재는 생각하기 어렵다. 공탁금 출급청구권자가 장기간 그 권리를 행사하지 않아 공탁소가 사실상의 평온을 누리고 있었다고 하여도, 그러한 사실상의 평온 상태를 보호할 필요성이 크지 않다. 이에 대하여는 우리나라에 있어서도 독일과 같이 공탁의 목적인 권리이익을 보호하고 신장한다는 측면에서 이러한 독일의 제도를 참고하여야 할 것이라는 견해도 있다.[73] 따라서 공탁금 출급청구권의 소멸시효기간을 10년보다 장기로 설정하는 것은 법리적으로도 상당한 설득력을 가진다고 본다.

다른 한편, 소멸시효가 완성된 공탁금을 국가에 귀속하는 것이 아니라 공탁자에게 반환하는 방법도 생각해볼 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 독일의 경우 민법 제382조에 의하여 소멸하는 권리는 피공탁자의 공탁물 출급청구권 뿐이며, 공탁자의 공탁물 회수청구권은 소멸하지 아니한다. 그리고 공탁자가 회수청구권을 포기한 때에도 피공탁자의 공탁물 출급청구권이 소멸하면 공탁자의 공탁물 회수청구권이 부활한다. 따라서 현재 독일 각 주의 공탁법은 기간을 달리하는 두 종류의 제척기간을 규정하고 있다. 다만 우리나라의 경우 공탁절차법령의 해석상 피공탁자의 공탁물 출급청구권과 공탁자의 공탁물 회수청구권은 동일하게 소멸시효에 걸리도록 하고 있다. 즉 우리 공탁법 제9조 제3항은 공탁금 또는 이자의 수령에 대한 권리와 그 회수에 대한 권리가 마찬가지로 10년의 소멸시효에 걸리도록 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 소멸시효가 완성된 공탁금을 공탁자에게 반환하도록 하는 것은 현행 공탁절차법령을 입법론적으로 재검토하여 개정하는 방법에 의해서만 가능할 것이다.

---

73) 김용현, “한국의 공탁법제의 문제점과 개선방안 II”, 「사법행정」 제40권 제7호, 1999, 15면.

(논문투고일 : 2017.08.31., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.22.)

박 시 훈

독일의 공탁제도, 공탁금 이자, 공탁금의 국고귀속, 공탁금 출급청구권의 소멸시효

【참 고 문 헌】

[국내문헌]

Ⅰ. 단행본

곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2002.
곽윤직 편집대표, 「민법주해[Ⅹ] 채권(3)」, 박영사, 2005.
김용담 편집대표, 「주석 민법 [채권총칙(4)]」, 한국사법행정학회, 2014.
법원행정처 편, 「공탁실무편람」, 법원행정처, 2015.
양창수,「독일민법전」, 박영사, 2015.

Ⅱ. 논문

김용현, “각국의 공탁제도(상)”, 「사법행정」 제40권 제1호 (1999).
김용현, “각국의 공탁제도(중)”, 「사법행정」 제40권 제2호 (1999).
김용현, “각국의 공탁제도(하)”, 「사법행정」 제40권 제4호 (1999).
김용현, “한국의 공탁법제의 문제점과 개선방안 I”, 「사법행정」 제40권 제6호, 1999.
김용현, “한국의 공탁법제의 문제점과 개선방안 II”, 「사법행정」 제40권 제7호, 1999.
김용현, “한국의 공탁법제의 문제점과 개선방안 III”, 「사법행정」 제40권 제8호, 1999.
오시영, “공탁법상 주요쟁점에 관한 연구”, 「민사집행법연구」 4권, 2008.

[독일문헌]

Ⅰ. 단행본

Bülow/Schmidt, Hinterlegungsgesetz und Nebengesetze, 4. Aufl., C.H.Beck (München), 2005.
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., C.H.Beck (München), 2016[MünchKomm/Bearbeiter로 인용].
Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2015[Palandt/Bearbeiter로 인용].
Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Neubearbeitung 2011 [Staudinger/Bearbeiter로 인용].
Stellungnahme des Anwaltsverbands vom 19. August 2013.

Wiedemann/Armbruster, Bayerisches Hinterlegungsgesetz, C.H.Beck (München), 2012.

Ⅱ. 논문

Rellermeyer, "Varianten der landesrechtlichen Hinterlegungsgesetze", Rechtspfleger 2011.
Rellermeyer, "Varianten der landesrechtlichen Hinterlegungsgesetze: Ergänzung", Rechtspfleger 2014.
Rückheim, "Aufhebung der Hinterlegungsordnung", Rechtspfleger 2010.
Wiedemann/Armbruster, "Das neue Hinterlegungsrecht in Bayern", Rechtspfleger 2012.

Ⅲ. 인터넷 자료

뮌헨지방법원(Amtsgericht München) 홈페이지,
https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/presse/2015/19.php, (최종방문일 2017. 8. 29.).
베를린 법원(Gerichte in Berlin) 홈페이지,
http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/formularserver/hinterlegung.html,
(최종방문일 2017. 8. 29.).

프랑크푸르트 지방법원(Amtsgericht Frankfurt am Main) 홈페이지,
https://ag-frankfurt-justiz.hessen.de/irj/AMG_Frankfurt_Internet?cid=9581c144201c2915bb5f75255aa5d57a, (최종방문일 2017. 8. 29.).
뒤셀도르프 지방법원(Amtsgericht Düsseldorf) 홈페이지,
http://www.ag-duesseldorf.nrw.de/aufgaben/abteilungen/Hinterlegungssachen/index.php , (최종방문일 2017. 8. 29.).
Stellungnahme des Anwaltsverbands vom 19. August 2013(바덴-뷔르템베르크 주 변호사협회 홈페이지,
http://www.av-bw.de/fileadmin/daten/interessenvertretung/Stellungnahmen/BW-Hinterlegungsgesetz/19_08_2013_AV_BW_StN_HintG.pdf,
(최종방문일 2017. 8. 29.).

Zusammenfassung

Das Institut der Hinterlegung in Deutschland

Park, Si Hoon

In diesem Aufsatz wird das Hinterlegunggsystem in Deutschland behandelt. Dabei handelt es sich vor allem um die Frage, die Verzinsung des hinterlegtes Geld und die Verjährungsfrist des Herausgabeanspruch des Gläubigers.

Durch Art. 17 Abs. 2 des Zweites Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 23. 11. 2007(BGBl I 2614). sind zum 1. 12. 2010 die Hinterlegungsordnung und die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen als Bundesrecht aufgehoben worden. Die frühere Streitfrage, ob die Hinterlegungsordnung als Bundesrecht oder als Landesrecht fortgalt, ist damit gegenstandslos geworden. Die meisten Länder haben inzwischen auf der Grundlage eines zwischen den Landesjustizverwaltungen abgestimmten Entwurfs eigenständige, weitgehend inhaltsgleiche Hinterlegungsgesetze erlassen.

In die meisten Länder hinterlegtes Geld wird nicht verzinst. Der Wegfall der Verzinsungspflicht trägt dem Umstand Rechnung, das Gebühren für eine Geldhinterlegung nicht erhoben werden.

Und für den durch die Hinterlegung entstehenden öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle gilt nach § 382 BGB eine Ausschlussfrist von 30 Jahren.

Der Absatz setzt die rechtsvergleichende Untersuchung an, wobei sich die Folgenden ergeben. Hinterlegtes Geld soll nicht verzinsen. Und die Verjährungsfrist des Herausgabeanspruch des Gläubigers soll längerer werden.

Park, Si Hoon

Hinterlegung, Verzinsung, Verfall des Hinterlegtes Geld, Verj hrungsfrist des Herausgabeanspruch

독점규제법 제57조에 의한 손해액 인정제도의 적용*

-대법원 2016. 11. 24. 선고 2014다81511 판결-

이선희**

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 대상판결의 분석
1. 대상 담합사건
2. 하급심 법원의 사건 진행경과와 판시내용
3. 대법원의 판단
Ⅲ. 손해액 인정제도
1. 우리나라 법률의 규정 및 판례
2. 비교법적 검토
3. 손해액 인정조항의 법적 성격
4. 손해액 인정제도의 적용
5. 입법론
Ⅳ. 결

【국 문 요 약】

독점규제법 제57조의 손해액 인정제도는, 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 입증하지 못하였다는 이유로 피해자가 손해배상을 받지 못하는 부당함을 피하기 위하여 2004. 12. 31. 위 법 개정으로 도입되었다.

대상판결은 독점규제법 제57조를 적용한 최초의 대법원판결이다. 담합으로 인한 손해배상소송에서 해당 제품의 소비자인 원고가 손해배상을 받기 위해서는 담합으로 인한 가격의 인상폭, 원고의 해당 제품 사용량 등을 입증하여야 하는데, 그 입증에 어려움을 겪은 사안이었다. 위 판결은 이와 같은 경우에 손해액 인정제도가 적용되어야 함을 단순히 선언한 것에 그치는 것이 아니라, “그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우”가 어떤 경우인지, 그 경우에 어떠한 방법으로 손해를 산정하여야 하는지에 대한 지침을 제시하였다.

대상판결이 향후 손해배상실무에 긍정적인 영향을 끼쳐서 독점규제법 위반행위로 인한 손해배상소송의 활성화에 기여할 것을 기대한다.

---

* 필자가 2017. 3. 22. 경제법판례연구회에서 발표한 내용을 보완, 정리한 것이다.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

I. 들어가며

담합으로 인한 손해액의 산정은 매우 어려운 작업이다. 제품의 가격담합으로 인한 손해배상소송에서 해당 제품의 소비자인 원고가 손해배상을 받기 위해서는 담합으로 인한 가격의 인상폭, 원고의 해당 제품 사용량 등을 입증하여야 하는데, 가격산정의 근거가 되는 정보를 제품의 소비자인 원고가 입수하기 어려운 데다가 사용량에 대한 증거도 시간의 경과 등으로 수집하기는 쉽지 않다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '독점규제법' 또는 '법'이라 한다) 제57조의 손해액 인정제도는, 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 입증하지 못하였다는 이유로 피해자가 손해배상을 받지 못하는 부당함을 피하기 위하여 2004. 12. 31. 위 법 개정으로 도입되었다. 위 제도의 법리는 민사사건에서 판례에 의하여 인정되어 왔으나 독점규제법 위반사건에서는 제대로 활용된 바 없다.

대상판결은 독점규제법 제57조를 적용한 최초의 대법원판결이다. 손해액 인정제도가 적용되어야 함을 단순히 선언한 것에 그치는 것이 아니라, "그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우"가 어떤 경우인지, 그 경우에 어떠한 방법으로 손해를 산정하여야 하는지에 대한 지침을 제시하였다. 향후 독점규제법 위반행위에 대한 손해배상소송에서는 물론, 일반 민사상 손해배상소송의 실무에도 큰 영향을 끼치게 될 대상 판결을 분석해 보기로 한다.

Ⅱ. 대상판결의 분석

1. 대상 담합사건

에스케이에너지 주식회사(이하 'SK'), 지에스칼텍스 주식회사(이하 'GS'), 현대오일뱅크 주식회사(이하 '현대')[1]는 2004. 4.을 전후해서 대리점, 주유소, 일반판매소에 공급하는 경질유(휘발유, 등유, 경유 등)의 판매가격을 안정적으로 운용해 나

1) 공정거래위원회(이하 '공정위')는 위 3개사 외에도 에쓰대시오일 주식회사(이하 'S-Oil')까지 담합에 가담하였다는 내용으로 2007. 4. 11.시정명령 및 과징금처분을 하였으나, 위 처분에 불복한 행정사건에서 위 3개사들과는 달리 S-Oil은 서울고법 2010. 2. 11. 선고 2007누11513 판결에서 승소하였고, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두3784 판결에서 상고기각으로 위 고법판결이 확정되었다.

가기로 하여, 그 중 경유의 판매가격을 2004. 4. 1. 피고 SK 고시 공장도가격[2]을 기준으로 10,000원 할인한 금액으로 설정하기로 합의한 다음, 2004. 4. 1.부터 같은 해 6. 10.까지 경유제품의 가격을 높게 유지하는 행위를 통하여, 담합기간 중 원유가 인상은 리터당 약 20원에 그친 반면, 피고들이 공급하는 경유가격을 약 60원 가량 인상시켰다.[3]

2. 하급심 법원의 사건 진행경과와 판시내용

위 담합과 관련된 이 사건 손해배상소송에서는 손해액 산정의 기초로서 원고별 경유사용량과 초과가격(담합마진)이 문제되었다.

그런데 이 사건의 진행에는 군납유류 담합사건의 진행경과가 영향을 끼친 것으로 보인다. 이 사건 1심 소송의 소 제기시는 회귀분석에 의한 계량경제학적 방법에 의하여 손해액을 산정한 군납유류 입찰담합사건의 손해배상소송(이하 '군납유류 소송'이라 한다) 1심 판결[4]이 선고된 직후이다. 그 후 이 사건 1심 소송과정 중에 표준시장비교법에 의거하여 손해액을 산정한 위 군납유류 소송의 항소심판결[5]이 선고되었다. 일반적으로 계량경제학적 방법에 비하여 표준시장비교법은 일반인들이 이해하기 쉽고 손해산정에 필요한 감정비용도 저렴하다. 이런 이유에서인지 원고들은 표준시장비교법에 의하여 작성된 감정보고서에 기하여 손해액산정표를 만들어 청구취지를 확장하였다. 그러나 이 사건 1심 소송의 판결 무렵에는 이미 군납유류 소송의 항소심 판결이 사용한 표준시장비교법에 따른 손해액 산정의 문제점을 지적한 대법원의 파기환송판결[6]이 선고되어 있었다. 다만, 이 사건 1심 판결이 선고될 때까지 위 군납유류 소송의 파기환송심(서울고법 2011나62825)은 종결되지 않았다.[7]

가. 1심

원고 583명은 피고 등이 정제하여 주유소 등에 공급한 유류를 화물자동차 등에

---

2) 실제 정유사가 대리점 등에 공급하는 가격보다 상당히 높은 수준에 형성되어 있다.
3) 2007. 4. 11. 의결 제2007-232호 공정위 처분 내용이다.
4) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결(이중차분법에 계량경제학적 분석기법 사용, 인용금액 903억 원).
5) 서울고등법원 2009. 12. 30. 선고 2007나25157 판결(표준시장비교법 사용, 인용금액 1,400억 원)
6) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.
7) 1심 판결금에 지연손해금을 가산한 정도의 금액을 지급하는 것을 내용으로 하는 화해권고결정(2013. 7. 10. 자)에 의하여 종결되었다.

주유할 목적으로 구입한 소비자들(화물차량운전자와 건설기계차량 운전자)[8]로서, 공정위의 처분 직후 2007가합114265호로 이사건 소를 제기하였다.
1심 법원은 2012. 11. 9. 원고들 청구기각 판결을 선고하였다.
주요 논점은 다음과 같다.

1) 사용량

가) 주장 및 증거

원고들은 유류의 매입처별 세금계산서 합계표를 정리하여 청구하였다.

과세정보자료와 국세청에 대한 금융거래정보 제출명령결과(이하 '국세청 회신결과')로부터 원고별 2004년 전반기(1.1.~6.30) 경유매입금액을 추출하였다고 주장하면서, 그와 같이 산정한 1일 평균 경유매입금액에 담합기간의 일수를 곱하여 위 담합기간동안의 원고별 경유 매입금액을 구한 후, 이를 담합기간(4.1.~6.30.) 동안의 경유평균가격[9]으로 나누어 담합기간 동안의 원고별 구매량을 산정하였다.

그러나 1심 법원은 다음과 점에서 원고들의 입증이 부족하다고 보았다.

- 국세청 회신결과에는 매입처와 매입처별 구매금액이 기재되어 있다. 그러나 유류의 종류가 표기되어 있지 않고,[10] 매입처별 구입시기와 구입량의 기재도 없다. 따라서 원고들이 위 담합기간동안 실제 몇 리터의 경유를 리터당 얼마에 구매한 것인지 알 수 없다.
- 원고들은 유가보조금(화물차량 운전자에게 지급됨) 내역을 통한 사용량 입증계획을 밝혔으나 실제 보완입증 하지 않았다.
- 원고들이 주장하는 경유사용량에는 담합에 가담하지 않은 또 다른 정유업체인 S-Oil 및 인천정유가 공급한 경유가 포함되어 있을 수도 있다.

나) 법원의 판단

원고들 스스로 유가보조금 지급내역을 통해 원고별 경유사용량을 입증하겠다고

---

8) 대법원 판결에 의하면 화물트럭, 덤프트럭, 레미콘 등의 운행자라고 한다.
9) 리터당 863.93원 = 피고들이 공급한 각 경유제품의 최종소비자가격을 피고별 시장점유율로 가중평균한 후 100/93.38을 곱한 금액이다.
10) 앞서 본 바와 같이 경질유에는 경유 뿐 아니라 휘발유, 등유 등도 포함된다. 그러나 원고들이 화물트럭, 덤프트럭, 레미콘 등의 운행자라고 한다면, 그들이 구입한 유류는 경유라고 추정할 여지는 있다.

한 정황에 비추어, '손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우'라는 독점규제법 제57조의 사유에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다.

2) 초과가격

가) 주장 및 입증

원고들은 감정보고서(갑17호증 : 원고들이 소송 외에서 의뢰하여 중앙대학교 경제학부의 이상규, 강창희, 서상원 교수가 작성)를 2011. 5. 6. 증거자료로 제출하였다.[11)]

위 감정보고서는, 표준시장비교법에 따라 MOPS[12)]를 표준시장가격으로 삼고, 추가요소로 보정하여 가상경쟁가격을 산정한 후, 한국석유공사 공시자료에 의한 주유소 기준 실제경유가격에서 위 가상경쟁가격을 공제하여 초과가격(담합마진)을 경유 1리터당 76원으로 산정하였다.

원고들이 군납유류 소송의 1심 판결 선고 후에 소를 제기하였으나, 원고별 경유사용량 특정 등의 입증문제로 등으로 인하여 오랜 시간이 경과하였고, 표준시장비교법에 기초한 군납유류 소송의 항소심판결이 2009. 12. 20. 선고된 후에서야 감정보고서가 작성된 것으로 보인다. 2011. 5. 26. 준비서면에 위 감정보고서를 언급한 손해액 산정이 이루어졌고, 제1회 변론기일 후 2011. 8. 26.과 2011. 10. 24. 원고별 손해액정리표가 제출되었다.

그러나 이사건 1심 소송의 판결시점에서는 이미 위 군납유류 항소심 판결의 문제점을 지적한 대법원 판결이 선고되어 있었다.

나) 법원의 판단

법원은 표준으로 삼은 시장이 그 성질이나 해당기간에 비추어 전반적으로 동일·유사한 시장이라고 보기 어렵고, 추가가격요소 선정상의 문제점도 있다고 판시하였다.

---

11) 통상적인 법원에서의 감정절차, 즉 원고 측의 감정신청으로 법원이 정한 감정인에 의하여 행한 것이 아니다.

12) 싱가포르 현물시장가격인 Means of Platt's Singapore를 말한다.

3) 결론 : 청구기각

일반적으로 담합행위로 인한 손해액을 산정하는 것이 어렵다는 점을 감안하여도 원고들이 산정한 '원고별 경유사용량'이 부정확하고, 원고들이 선택한 MOPS 가격 기준 표준시장 비교방법 역시 국내 경유 시장에 그대로 적용하기는 힘들기 때문에 원고들이 계산한 이 사건 담합으로 인한 손해액이 적정하다고 판단할 수 없다.

나. 항소심

1심의 원고 583명 전원이 서울고등법원 2012나99336호로 항소하였다.

항소심법원은 2014. 10. 24. 원고들 패소판결을 선고하였다.

중요 논점은 다음과 같다.

1) 사용량

1심에서 제출한 과세정보자료에 주유소협회자료 및 유류보조금자료를 더하여 경유사용량을 보완하여 입증하였다. 위 유류보조금자료는 경유량과 리터당 단가가 자세히 나타나 있어서 이를 통하여 경유사용량 및 경유구입시기의 어느 정도 추단할 수 있다.

원고별 입증결과는 다음과 같은 부류로 나누어졌다.

① 경질유 구입사실 자체를 인정할 아무 증거 없는 경우 - 97명[13]

② 과세정보자료상 상호에 주유소, 에너지, 오일, 석유 등이 포함되어 있는 업체를 매입처로 하는 위 기간 동안의 부가가치세 신고내역 및 첨부 서류만이 증거로 제출된 경우(대법원이 말하는, 담합피고들이 공급한 경질유를 위 원고들이 구매하였는지 여부를 알 수 없는 경우에 해당) - 325명

③ 담합에 가담하지 않은 S-Oil 등이나 불상의 공급처[14]로부터 경질유를 공급받은 경우{대법원이 말하는, 담합피고들이 공급한 경유를 위 원고들이 구매하였는

13) 이에 해당하는 97명은 상고를 포기하였다.

14) "지세븐코리아", "STX 오일앤서비스", "한국석유공사"로부터 공급받은 경우인데, 위 공급자들이 이 사건 담합행위에 참여하였다거나, 이 사건 담합행위에 따라 정해진 가격에 영향을 받아 경유 가격을 정하였다는 사실을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

지 여부를 알 수 없거나, 피고들 외의 정유사(에스오일)나 수입사 등으로부터 경유를 공급받은 경우에 해당} - 22명

④ 특정 담합피고들에게서만 경질유를 공급받거나(42명), 특정 담합피고·비담합 또는 불상의 공급처로부터 경유를 공급받은 내역이 구분되어 있는 경우(97명) : 138명

그런데 위 원고들 중 이 사건 담합기간 동안 유류보조금을 지급받았다는 사실을 알 수 있게 하는 유류보조금 자료가 제출된 것은 2명(원고 313 및 원고 404) 뿐이다.

나머지 원고들은 과세정보 자료 및 주유소 협회 자료만을 제출하였다.[15]

원고 313의 경우, 과세정보 자료에 의하면 2004. 1.부터 2004. 6.까지 경질유로 추정되는 유류 14,598,000원 상당을 구입한 사실이 인정되고[16], 주유소 협회 자료를 보태어 보면, 그 중 3,182,000원 상당을 피고 SK가 공급한 사실이 인정된다. 또한 유류보조금 자료에 의하면, 위 원고는 2004. 4.부터 2004. 6.[17]까지 경유 12,944리터를 구입하였음을 전제로 유류보조금을 수령한 사실이 인정된다.

원고 404의 경우, 과세정보 자료에 의하면 2004. 1.부터 2004. 6.까지 경질유로 추정되는 유류 19,097,000원 상당을 구입한 사실이 인정되고, 주유소 협회 자료를 보태어 보면, 그 중 300,000원 상당을 피고 GS가 공급한 사실이 인정된다.[18] 또한 유류보조금 자료에 의하면, 위 원고는 2004. 4.에 경유 6,197리터를 구입하였음을 전제로 유류보조금을 수령한 사실이 인정된다.

2) 초과가격

가)주장

원고들은 군납유류 담합사건의 항소심에서 사용된 MOPS 가격기준 리터당 단가 산정방법에 따라 추가가격요소를 결정한 가상경쟁가격을 주장하였다.

---

15) 이것으로 2004년 전반기 중 어느 정유사가 공급한 경질유를 구매하였는지를 알 수는 있다.

16) 원심은, 구입한 유류가 모두 경유라고 단정할 수는 없다고 보았음. 이에 대하여 대법원은 원고들이 화물트럭, 덤프트럭, 레미콘 등의 운전자로서, 과세자료에 나타난 경질류는 모두 경유라고 보는 것이 상당하다고 하였다.

17) 원심은, 담합기간인 2004. 6. 10.까지의 경유 사용량은 특정되지 않는다고 보았다.

18) 원심은, 원고 404는 '진남주유소'와 '지에스칼텍스(주) 진남', '지에스칼텍스(주) 서부'로부터 유류 18,497,000원 상당을 공급받았는데, 주유소 협회 자료에 의하면 그 중 '진남주유소'만 피고 GS의 유류를 취급한다는 사실이 인정되지만, 그 주유소 명칭 등에 비추어 원고 404가 공급받은 유류 모두 피고 GS로부터 공급받았다고 볼 여지는 있다고 판시하였다.

나) 법원의 판단

표준으로 삼은 시장이 전반적으로 동일·유사한 시장이라고 보기 어렵고(시장의 성질, 해당 기간), 추가가격요소 선정상의 문제점도 있다. 다른 손해액 산정방법에 대한 주장, 증명도 없다고 판단하였다.

3) 기타 법률상 주장에 대한 판단

가) 우산효과(umbrella effect)[19]와 관련하여

원고들은 피고 S-Oil로부터 공급받은 경질유에 관하여도 담합에 가담한 다른 피고들의 손해배상책임이 인정된다는 취지로 주장하였다

그러나 항소심 법원은, 담합에 가담하지 아니한 기업이 담합가격에 영향을 받아 가격을 인상하였음이 증명된 경우에 한하여 위 법리가 적용될 수 있는 여지가 있다고 하면서, 피고 S-Oil이 다른 피고들의 담합행위에 영향을 받아 가격을 인상하였다고 단정하기 부족하다는 이유로 위 주장을 배척하였다. 이는 더 나아가 원고들이 구입한 경유 중 공급처가 밝혀지지 않은 수량의 경유에 대해서도 담합피고들에게 배상책임을 인정할 수 있는지의 문제로 확대될 수도 있는 여지도 배척한 것이다.

나) 시장점유율에 기한 배상책임과 관련하여

원고들은 그들이 구입한 경유가 어느 피고로부터 구입한 것인지 알 수 없으나 Sindell 판결[20]의 법리에 따라 시장점유율에 따른 배상책임이 있다는 취지의 주장

---

19) 담합에 가담하지 않은 기업이 담합으로 인해 시장가격이 인상된 것을 고려하여 정상적인 경쟁조건 하에서의 가격보다 높은 수준의 가격을 설정하는 행위를 말한다. 이에 대한 상세는 이선희, 독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구, 경인문화사, 2013, 160면; Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice(3rd ed), West Group, 2005, p. 632; ABA Section of Antitrust, Proving Antitrust Damages : Legal and Economic Issues, American Bar Association, 2010, pp. 226-231 등 참조.

20) Sindell v. Abbott Laboratories, 26 Cal. 3d 588, 1980. 이 사건 원고 Sindell은 마약성분이 있는 약품(DES)을 복용한 임산부로부터 태어난 여자로서, 성년이 된 후 그녀의 어머니가 위 제품을 복용하였을 무렵에 해당 성분의 제품을 생산한 제약사들을 상대로 손해배상소송을 제기하였다. 위 판결에서 캘리포니아 대법원은 i) 피고들이 어느 시점에서 문제가 되는 해로운 제품을 생산하였고 ii) 관련 제품은 대체가능한 것이며 iii) 원고로서는 과실 없이 그녀에게 해를 끼치는 대체 가능한 제품을 누가 생산하였는지를 식별할 수 없고 iv) 해당 기간 동안 제품을 생산한 제조업체들 중 상당수를 원고가 피고들로 지정하였을 때, 원고에게 유리한 추정을 허용하여, 원고가 손해를 증명할 수 있는 경우에 법원은 제품이 사용되었을 때의 시장점유율에 상응하는 손해배상액을 피고들별로 지불하도록 명할 수 있고, 각 피고들로서는 자신의 제품이 원고에게 손해를 발생시키지 않았다는 점을 입증함으로써 자신의 시장점유율이 0이라고 반박할 수 있다고 판시하였다.

을 한 것으로 보인다.

이에 대하여 항소심 법원은, 위 주장이 피고 S-Oil의 손해배상책임을 인정하여야 한다는 취지로 주장한 것인지, 담합에 가담하지 아니한 피고 S-Oil로부터 공급받은 경질유의 경우에도 다른 피고들이 손해배상책임을 부담하여야 한다는 취지인지는 불분명하지만, 위 법리는 원고에게 손해를 유발한 제품을 누가 제조, 공급하였는지 불분명한 경우 증명책임의 전환에 관한 것으로, 이 사건에 그대로 적용될 수 없다고 판시하였다.

4) 결론 : 청구기각

일부 원고들의 경우 주장하는 손해 자체가 발생하였다고 볼 수 없고, 나머지 원고들의 경우도 원고들이 주장하는 가상 경쟁가격 산정 방식을 받아들일 수 없으며, 다른 손해액 산정 방법에 관한 주장·증명도 없다고 판단하였다. 또한 이 사건이 독점규제법 제57조에서 정한 '손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우'에 해당한다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

3. 대법원의 판단

원고 486명(= 583명-위 ①의 97명)이 대법원 2014다81511호로 상고하였다.

대법원은 2016. 11. 24. 원심을 파기환송하는 판결을 선고하였다.

가. 대상판결의 요지

1) 독점규제법 규정을 위반한 행위로 인한 손해배상소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 독점규제법 제57조에 의하여 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다. 이는 손해가 발생한 것은 인정되나 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하려는 취지이다. 따라서 법원이 위 규정을 적용하여 손해액을 인정할 때에도 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을

산정하여야 한다.

2) 불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 한다. 위와 같은 법리는 법원이 독점규제법 제57조를 적용하여 손해액을 인정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

나. 판시내용

대법원은 원고들{상고를 제기한 ②, ③, ④}을 두개의 그룹으로 나누었다.

항소심 판결에서 말하는 ②, ③는 1그룹에 해당하는데, 손해가 발생하였다고 보기 어려우므로 청구가 배척되어야 한다고 판시하였다.

한편 ④는 2그룹에 해당하는데, 손해를 입었다고 보아야 할 것이라고 판단하였다. 그 근거로서 원고들이 화물트럭, 덤프트럭, 레미콘 등의 운행자라는 점에 비추어 구입 경질유는 모두 경유라고 보이고, 담합기간은 성수기에 해당하므로 결국 담합기간 내에 경유를 구매하였다고 볼 것이며, 정유사담합으로 인한 공급가격의 인상은 소매가격의 인상으로 이어진다고 볼 것이어서, 원고들이 이 사건 담합행위로 손해를 입었다고 인정하였다.

그런데 대법원은 도매가격의 인상이 단순한 비용의 인상을 반영한 것 이외에 피고들의 담합에 기인한 것이라는 점에 대해서는 별다른 설시를 하지 않았다. 다만, 담합기간 중 원유가 인상은 리터당 약 20원에 그친 반면, 피고들이 공급하는 경유가격을 약 60원 가량 인상시켰다는 점이 공정위 처분서에 나타나있고, 담합기간 중 에스오일이 담합피고들에 비하여 할인폭이 컸다는 점이 판결문에 적시되어 있다. 결국 피고들의 담합으로 단순한 비용의 인상을 넘어서는 도매가격의 인상을 초래하였다는 공정위 처분상의 사실인정에 의미를 두고 있는 것으로 보인다. 이 점은 공정위의 처분에 나타난 사실인정이 향후 독점규제법 위반행위로 인한 손해배상소송에서도 큰 영향을 미치게 될 것이라는 점을 시사한다. 손해배상소송의 활성화를 통한 독점규제법의 사적 집행의 강화에 공정위가 어떤 역할을 하여야 하는지를 생각하게 하는 부분이다.

또한 항소심 법원에서 지방자치단체에 대하여 유류보조금 자료에 대한 사실조회를 하였음에도, 수신자가 관할관청이 아니라거나 2004년 자료에 대한 문서보존기간 5년이 지났다는 이유로 미확인회신을 받은 점에 비추어,[21] 정확한 구매량을

산정함에 있어서 법 제57조가 적용된다고 판단하였다.

그리고 초과가격은 성질상 증명이 극히 곤란한 경우로서 법 제57조가 적용되지만, 객관적인 근거는 있어야 할 것이라고 하면서, 원고들이 제시한 표준시장법에 따른 가상경쟁가격이나 초과가격은 합리성과 객관성이 없는바, 법원은 석명권을 행사하였어야 한다고 판단하였다. 그러면서 산정방법에 대한 대략의 지침을 주었는바, i) 손해의 산정방법이 계량경제학적 방법에 한하지 않는다는 점과,[22] ii) 합리성과 객관성이 인정되는 한, ⓐ 담합으로 인한 초과가격에 대한 통계자료, 유사사건에서 인정된 손해액의 규모, 사업자가 위반행위로 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 산정하는 방법, ⓑ 담합기간 중에 담합에 가담하지 않는 정유사들의 공급가격과 담합 피고들의 공급가격을 비교하여 산정하는 방법, ⓒ 국내 경유 소매가격이 MOPS 가격에 연동된다면, 원고 측 보고서의 산정결과에 일정한 조정을 하는 방법을 고려할 수 있다는 것이다.

다. 판단에 대한 분석

대법원은 기본적으로, 'i) 원고별 경유사용량 X ii) 초과가격 = 손해액'에 있어서, S-Oil의 행태 및 단순한 비용인상요인을 넘어서는 도매가격결정으로부터 피고들의 초과가격은 존재하였다는 심증을 가진 것으로 보인다.

i)은 입증거리상 가까운 원고들이 입증하여야 하는데, 대법원은 원고들 중 원심의 ④ 유형에 속하는 2그룹의 과세자료 또는 유류보조금자료 제출노력을 상당한 것으로 평가하면서 그 이상의 것을 기대하기는 어렵다는 이유에서 독점규제법 제57조의 적용대상이라고 판단한 것으로 보인다. 그러나 2007년에 소를 제기하였음에도 원고들의 증거자료 수집 등의 이유에서 2011. 5. 27.에야 제1심 변론기일이 진행되고, 유류보조금자료는 2012년 항소제기 후에 비로소 사실조회를 통하여 제출하였다. 그런 점에서 보면 원고들이 서둘러서 준비하였다면 좀 더 사용량에 관한 자료를 확보할 수 있었을 것임에도 사용량을 입증하는 것이 '해당 사실의 성

---

21) 2007년에 소 제기한 사건이기는 하지만, 1심 1회 변론기일이 2011. 5. 27.에 비로소 열린 탓인지 대법원은 원고들이 사실조회 자체를 늦게 한 것을 문제 삼지는 않고 있다. 참고로 국세청에 대한 사실조회는 1심 계속 중인 2009. 7. 24.자로 회신이 있었다. 위와 같은 사실은 대법원 사건검색을 통하여 확인가능하다.

22) 권영준, "2016년 민법 판례동향", 민사법학 78호(2017. 2.), 531-532면은 그동안 담합으로 인한 손해배상청구사건에서 손해액을 증명하려면 계량경제학적 방법에 의존하여야 한다는 분위기가 있었으나, 계량경제학적 방법이 적용된다고 하여 바로 확실한 손해액이 산정되는 것도 아님에도 절차와 비용 면에서 손해배상청구를 하려는 원고에게 상당한 부담이었음을 지적하면서, 이러한 점에서 대상판결을 긍정적으로 평가한다.

질상 극히 곤란한 경우인가' 하는 점에는 다소 의문이 있다. 그러나 2010년에서야 비로소 공정위 처분에 불복하는 행정소송의 1심 판결이 선고되기 시작하여[23] 원고들이 방대한 증거자료를 수집함에 있어서 항소심까지 시간이 충분하지 아니하였던 점은 있다. 이를 고려한다면, 대법원이 이와 관련된 부분을 위 법 제57조의 적용대상이라고 판단한 것은 나름 타당하다고 생각된다.

대법원은 ii)에 대해서는 성질상 입증이 어려운 것으로 보았다. 그 이유는 아마도 증거와의 거리, 즉 원고들이 피고들에 비하여 자료에의 접근이 어렵다는 점에 기인한 듯하다. 그러나 무조건 초과가격의 입증이 성질상 곤란하다는 결론에 이른 것 같지는 않다. 가격산정과 관련된 제반 자료를 입수하기 어려워 계량경제학적 방법까지는 동원할 수 없다고 하더라도 원고들이 나름대로 표준시장비교법에 의한 초과가격을 산정하고자 한 점이 어느 정도 참작되지 않았을까 생각된다. 이 점은 향후 다른 사건에서의 초과가격산정에 있어서도 참고할 만하다. 그 외 초과가격 산정과 관련한 방법은 대법원이 대상판결의 판시를 통하여 약간의 지침은 제시하고 있다.

Ⅳ. 손해액 인정제도

1. 우리나라 법률의 규정 및 판례

가. 법률의 규정

독점규제법 제57조로 손해액인정규정이 신설된 것은 2004년이다.

그런데 우리나라에서 손해액인정조항이 처음 도입된 법은 1998년 개정된 구 컴퓨터프로그램보호법이다. 그 중 가장 적용사례가 많은 특허법의 규정은 2001년에 입법화되었다.[24] 그 후 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률을 제외하고는 지

23)

피고	사건번호	사건결과	상고여부	대법원 진행상황
SK	2007누24168	2011. 12. 1. 기각	SK 상고	2012두1587, 2015. 6. 23. 상고기각
GS	2007누24175	2012. 3. 28. 기각	GS 상고	2012두9055, 2015. 6. 23. 상고기각
현대	2007누24151	2011. 12. 1. 기각	현대 상고	2012두997, 2015. 6. 23. 상고기각
S-Oil	2007누11513	2010. 2. 11. 인용	공정위 상고	2008두3784, 2010. 2. 11. 상고기각

적재산권법률들에 예외 없이 도입되어 있다. 또한 부정경쟁지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제14조의2, 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제11조나 증권관련 집단소송법 제34조에도 같은 취지의 규정이 있다.

위와 같은 입법동향은 일본으로부터 직접 영향을 받은 것으로 보인다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 일본은 1996년 일본 민사소송법에서 비슷한 취지의 조항을 신설한 것에 영향을 받아 개별법에 규정을 둔 반면, 우리나라에서는 개별법에 먼저 신설되었고, 민사판례에서 먼저 법리로 선언된 후 2016년에 민사소송법 제202조의2[25]로 입법화되었다.

나. 판례

불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우에는 법원의 적극적인 석명을 촉구하고 직권으로라도 손해액을 심리판단하여야 한다는 대법원 판례는 손해액 인정제도에 관한 규정이 법률에 규정되기 전에도 존재하였다.[26]

그러나 독점규제법 및 특허법 등 지식재산권법률들의 규정과 유사한 판례법리가 최초로 등장한 것은 채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에서이다. 입단시의 약정을 위배한 프로축구선수를 상대로 한 축구구단의 이적료반환사건에 대하여 대법원은 2004. 6. 24. 선고 2002다6951 판결로 "채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생사실이 인정되고 그의 최대한도인 수액은 드러났으나 거기에는 당해 채무불이행으로 인한 손해액 아닌 부분이 구분되지 않은 채 포함되었음이 밝혀지는 등으로 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우"에서 손해액인정에 관한 위 법리를 판시하였다. 그리고 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다60447 판결에서도 같은 법리를 확인하였다.

그리고 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다21880 판결로 "재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우"에 관하여 동일한 법리를 판시하였다. 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결에서 "이러한 법리는 자유심증주의 하에서

---

24) 당초 제128조 제5항으로 규정되었으나 2016. 3. 29. 개정 이후 동조 제7항에 자리 잡고 있다.

25) 제202조의2(손해배상 액수의 산정) 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.

26) 대상판결의 판시에서 대법원이 인용한 대법원 1987. 12. 22. 선고 85다카2453 판결 등.

손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지, 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다"고 판시하여 위와 같은 종전 판시의 취지를 명백히 하였다. 위와 같은 판시는 그 후 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결, 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다65710 판결 등에서 일관되고 있다.[27]

그런데 채무불이행에 관한 위 2002다6951 판결의 사안은, 프로축구선수인 피고가 프로축구단 운영주인 원고와 입단계약을 체결함에 있어서 해외 진출시 위 구단이 해외 구단으로부터 지급받을 이적료의 절반을 나누어 갖기로 약정하고 이후 약정한 이적료를 지급받았는데, 그 후 피고가 당초의 약정에 위배하여 귀국 시 다른 구단에 입단하였음을 이유로, 원고가 피고를 상대로 이적료의 반환을 구한 것이다. 피고가 지급받은 이적료가 증거에 의하여 드러나 있어서 이를 가능한 손해액의 최대한으로 보고 그 중 피고의 원고 운영 구단으로의 복귀 대가에 해당하는 부분이 재산적 손해로 인정되었다.

또한 불법행위에 관한 위 2006다3561 판결의 사안은, 상위법령으로부터 위임받았으나 군법무관의 보수를 정하지 않은 입법부작위로 인하여 의무복무기간 내의 군법무관이 입은 손해가 문제된 것이다. 상당한 수준의 보수청구권이 구체적으로 얼마인지를 산정하기 어렵지만, 법관 및 검사와 군법무관 사이의 보수차액 중 장기복무자에게 인정될 수 있는 손해액 보다는 월등히 적고 다른 병과 의무복무 장교들보다는 그리 많지 않은 정도의 액수가 합리적이고 객관적인 범위의 손해액이라고 할 수 있다는 점에서 위 법리가 적용될 수 있다는 취지의 판시가 있었다.

이러한 사안들은, 담합의 결과 종전보다 제품의 가격이 인상하여 그 인상폭을 초과가격의 상한으로 삼을 수는 있으나 거기에는 원료의 인상 등이 포함되어 독점규제법 위반으로 인한 초과가격을 산정하기 어려운 경우와 상황이 유사하다.

---

27) 이와 관련한 내용은 이선희, "독점규제법 위반으로 인한 손해배상소송에서 손해액 산정과 손해액 인정제도", 경쟁법연구 제26권(2012.11), 241-242면 참조.

다. 특허침해사건으로부터의 시사점

1) 손해액 인정제도의 활용현황

특허법에는 손해액의 산정 및 추정에 관한 비교적 상세한 규정을 두고 있는데다가, 2001년에 손해액 인정제도를 입법화한 이래 하급심 판례가 축적되는 단계에 있다.

2010년 하반기부터 2013. 1. 까지 사이에 선고된 지방법원 합의부 이상의 사건들에서, 손해액 인정조항을 수립하고 있는 우리 지적재산권 법률들에 근거하여 이루어진 손해배상 청구사건 중 손해배상을 일부라도 인용한 각급 판결을 대상으로 삼아본 결과, 약 70%(57건 중 41건에 해당하는 71.92%) 이상의 사건에서 손해액 인정조항에 의지하고 있음을 확인할 수 있다고 한다.[28] 상표법 사건에 국한할 경우 그 비율은 7할 이상이고[29], 특허법 사건의 경우는 51%라고 한다.[30]

2) 적용을 위한 요건

손해액 인정에 관한 조문들 중 대표적이라고 할 수 있는 특허법 제128조 제7항[31]이 적용되기 위해서는, 그 이전에 1항 내지 6항이 적용되기 위한 사실들을 입증할 수 없는 경우이다. 즉 피고의 양도수량이나 이익액 또는 실시료 상당액 등을 입증할 수 없어야 한다.

특허법 위반사건에 있어서 "손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우"가 어떤 경우인지에 대하여 학설상 상세한 논의는 많지 않다. 대체로 i) 침해자가 매입·매출관계 서류를 전혀 작성하지 아니하였다거나 폐기한 경우[32] ii) 침해자가 자료제출을 거부한 경우[33] 등이

---

28) 박준석, "지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 '상당한 손해액'의 인정에 관하여", 인권과 정의 제438호(2013. 12). 82-86면.

29) 조영선, "상표권 침해에 대한 구제법리의 재검토-경과실 감액을 중심으로", 법조 683호(2013. 8.), 49면에 의하면, 2000년부터 2013년경까지 손해배상을 명한 37건 중 26건인 70.2%이다.

30) 설민수, "특허침해 소송에서 손해배상 산정의 현실과 그 구조적 원인, 그 개선모델", 사법논집 제58집, 법원도서관, 2015, 442면에 의하면, 2009년부터 2013년까지 5년 동안 우리나라 법원에서 제1심 판결을 통해 특허침해로 손해배상이 인정된 민사사건 43건 중 22건이 이에 해당한다. 특허법의 경우에는 128조 각 항에서 손해액 추정과 관련하여 상세한 규정을 두면서 그 규정들에 의해서도 입증이 어려울 때 보충적으로 적용하기 위하여 손해액 인정제도를 두고 있기 때문에, 다른 지적재산권법률 사건보다 위 제도에 의지하는 비율이 낮은 것으로 보인다.

31) 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제2항부터 제6항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

32) 윤선희, 특허법(제5판), 법문사, 2012, 821면.

이에 해당한다고 설명되고 있다. 서류가 폐기되었다는 것이지 존재하는 문서에 대하여 제출을 거부한 것이 아니라면 민사소송법 349조[34]를 적용하기에는 부적당하다.[35]

이에 해당하는 예로는, 침해행위가 있었기 때문에 어쩔 수 없이 제품의 가격이 하락하였지만 가격인하요인에 침해행위 이외의 요인도 포함된 경우, 제품에 대한 기여도·이익률의 산정이 곤란한 경우, 침해상품의 판매수량을 일부 지역에서 정확히 증명할 수 있어도 다른 지역의 판매수량을 증명하려면 많은 비용이 들게 되거나 전국적인 증명은 금전적·시간적 이유 등에 의하여 사실상 불가능한 경우 등이다.[36]

특허법에 유사한 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항의 경우도 마찬가지이다. 피해자가 위 법 제14조의2 제2항에 의하여 권리자의 손해액으로 추정되는 침해자의 이익액을 산정하고자 하는 사안에서, 침해자가 영업비밀에 해당한다는 이유 등을 들면서 제반자료의 제출을 거부하는 경우, 권리자로서는 매출액에서 공제되어야 하는 비용의 항목과 액수를 알 수 있는 방법이 마땅치 않아 침해자의 이익액을 정확히 입증할 수 없게 되므로 위 조항을 사용하게 될 것이라고 한다.[37]

3) 적용례

대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결은 원고가 손해액입증을 위하여 피고에 대하여 문서제출명령신청을 하여 관련문서의 제출을 명하였으나 피고가 보존연한의 경과로 관련문서를 폐기하였다는 이유로 이에 응하지 않은 사정 등을 이유로 위 손해액인정조항을 사용하였다. 그리고 이러한 경우에 침해기간 동안의 침해자의 자본, 설비 등을 고려하여 평균적인 제조수량이나 판매수량을 가늠하여 이를 기초로 삼을 수 있다고 하였다. 특허침해가 이루어진 기간의 일부에 대해서만 손해액을 입증하기 어려운 경우 반드시 손해액을 입증할 수 있는 기간에 대하여 채택된 손해액 산정 방법이나 그와 유사한 방법으로만 상당한 손해액을 산정하여야만 하는 것은 아니고, 자유로이 합리적인 방법을 채택하여 변론 전체의 취

---

33) 손경한 편저, 신 특허법론(전효숙 집필부분), 법영사, 2005, 818면.

34) 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과) 당사자가 제347조제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

35) 박성수, "특허법 제128조 제3항 및 제5항에 의한 손해배상액 산정방법", 대법원판례해설 2호(2006 상반기), 법원도서관, 2006, 268면.

36) 정상조·박성수, 특허법 주해 II, 박영사, 2010, 262면; 中山信弘, 特許法, 弘文堂, 2010, 362면.

37) 정희엽, "부정경쟁행위로 인한 손해배상액의 산정", Law & technology 제8권 제3호(2012. 5), 서울대학교 기술과법센터, 2012, 124면 참조.

지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 산정할 수 있다고 하였다. 위 판시내용은 대상판결에도 적용할 수 있다.

특허침해의 손해배상사건에서 손해액 인정제도가 적용되는 사유는 여러 가지가 있겠지만, 그 중 하나는 당사자가 구체적인 주장·입증책임이 있는 주요사실에 대한 입증이 되지 않는 상황에서 특정 산정방식에 의한 계산만을 고집하는 경우라고 한다. 이 경우에 원칙적으로 원고에게 입증책임이 있는 주요사실이 입증되면, 간접사실로서 구체적인 계산방식의 기초를 이루는 나머지 부분 즉 구체적 계산방식의 선택 등은 법관이 상대적으로 쉽게 인정하는 경향이 있다고 한다.[38]

2. 비교법적 검토

가. 독일

독일 민사소송법은 통상적인 자유심증주의가 적용되는 영역(제286조)[39]과 예외적으로 재량에 기한 손해액산정의 법리가 적용될 영역(제287조)[40]을 구분하고 있다.

재량에 기한 손해액 산정의 법리에 관한 제287조는 손해의 발생 여부와 그 손해의 액수 또는 배상되어야 할 이익의 액에 관하여 당사자들 사이에 다툼이 있는 경우에 적용된다. 이 때 '발생한 손해액'에는 파괴된 목적재산의 가치, 일실된 이익액, 무형적 재산의 경우 합당한 보상액 혹은 적절한 사용료의 액수 뿐만 아니라 예컨대 거래시세가 이는 유가증권의 경우 대상물의 변화하는 가치에 있어서 손해가 일어난 일시, 연금의 지속기간, 노동능력의 예상되는 변화 등의 산정에 기본적인 사실들도 포함된다고 한다.[41]

나. 일본

일본은 카르텔의 손해액 산정에 있어서 소비자인 원고에게 지나친 입증책임을 부담시켜 청구를 기각한 최고재판소의 석유카르텔 鶴岡灯油소송판결[42]을 계기로,

---

38) 설민수, 453면 참조.

39) 제286조 ① 법원은 변론의 전내용과 증거조사의 결과를 고려하여 자유로운 확신에 의하여 당사자들이 주장한 사실의 진실여부를 판단한다. (후략).

40) ① 손해의 발생 여부와 그 손해의 액수 또는 배상되어야 할 이익의 액에 관하여 당사자들 사이에 다툼이 있는 경우에는, 법관은 제반사정을 참작하여 자유로운 심증에 따라 판단한다. 신청된 증거조사 또는 직권에 의한 감정인의 감정을 명할 것인지 여부와 그 범위는 법원이 재량으로 정한다. 법원은 손해 또는 이익에 관하여 증거제출자를 신문할 수 있다. (후략).

41) 박익환, "재량에 기한 손해배상액의 산정", 민사판례연구 32권, 2010, 박영사, 829-830면.

42) 最高裁 1989(平成 元年). 12. 8. 昭和 60(オ) 933·1162. 초과가격을 산정함에 있어서 가격담합 당시로부터 소비자가 상품을 구입하는 시점 간에 소매가격의 형성에 영향을 미치는 현저한 경

독일 민사소송법 제287조 규정을 모델로 하여 1997년 민사소송법 개정시 손해액 인정에 관한 제248조[43]를 신설하였다. 그러나 독일 민사소송법 287조와는 달리 손해가 발생된 것 자체는 인정되는 경우에 적용된다.

일반 민사소송법 제248조의 목적은, 손해의 성질상 손해액수의 입증이 곤란함에도 손해액을 산정할 수 없다는 이유로 청구를 기각하게 되면 극히 불합리하므로, 손해배상제도가 제대로 기능하지 못하는 것을 피하고 피해자를 구제하기 위하여 증명도를 경감시킴으로써 낮은 개연성으로 충분하다고 하는 것이다.[44] 위에서 말하는 손해의 성질이란, 당해 사안의 특수한 사정이 아니라 당해 손해가 가지는 객관적인 성질을 의미한다.[45] 유아의 사망으로 인한 손해액과 같이 일정한 가설에 기초하지 않는 한 입증이 극히 곤란한 경우가 이에 해당한다고 한다. 또한 화재로 소실된 다수의 동상의 손해액을 증명하는 경우와 같이 손해액을 입증할 증거의 제약에 때문에 손해액의 입증이 곤란한 경우도 포함된다고 한다.[46] 그러나 나아가 특허권의 침해로 인한 손해의 경우와 같이 본래 입증할 수 없는 것은 아니지만 증거의 수집 등이 극히 곤란한 경우도 포함하는 것인가의 점에 대해서는 반드시 명확하지는 않다고 한다.[47]

민사소송법 제248조의 신설 후 개별법에서 위 제도를 받아들이면서 이를 구체화하는 입법이 이루어졌다. 예를 들어 1999년 개정된 일본 특허법은 이미 1959년 개정법에서부터 제102조 안에 존재하고 있던 손해액 추정조항 등과 통상의 실시료 인정조항에 추가하여 별도조문인 제105조의 3으로 손해액 인정조항을 신설하였다. 일본의 저작권법은 2000년 개정을 통하여, 부정경쟁방지법은 2003년 개정을 통하여 각각 위 특허법과 같은 조항을 도입하였다.

제적 요인 등의 변동이 있는 때에는 직전 가격 외에 해당 상품의 가격형성상의 특성 및 경제적 변동의 내용, 정도 및 그 외 가격형성요인을 종합 검토하여 추계하여야 하며, 위 추계의 기초자료가 되는 당해 상품의 가격형성의 특성 및 경제적 변동의 내용, 정도 및 기타 가격형성요인을 최종소비자가 주장·입증하여야 하면서 소비자인 원고들에게 지나치게 엄격한 손해액의 입증책임을 부과하여 원고들의 청구를 기각하는 것으로 종결되어 일본 내에서 최악의 판결이라는 혹평을 들었다. 이에 대한 상세는 이선희, 전게논문, 221-222면 등 참조.

43) 손해가 발생된 것이 인정되는 경우에 있어, 손해의 성질상 그 액수를 입증하는 것이 극히 곤란한 경우에는, 재판소는 구두변론의 전취지 및 증거조사의 결과에 기해 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

44) 松本博之·上野泰男, 民事訴訟法(제4판), 弘文堂, 2005, 367-369면; 伊藤眞, 民事訴訟法(第3版 再訂版), 有斐閣, 2006, 324면.

45) 송경근, 165면; 박익환, 828-829면; 伊藤眞, 民事訴訟法(第3版 再訂版), 有斐閣, 2006, 324면.

46) 松本博之·上野泰男, 民事訴訟法(제4판), 弘文堂, 2005, 368면.

47) 中山信弘, 特許法, 弘文堂, 2010, 362면.

3. 손해액 인정조항의 법적 성격

손해액인정조항의 법적 성격에 대해서는 학설이 나뉜다.

가. 증명도 경감설

손해액이 사실인정의 문제임을 전제로 한 논의이다. 독일 및 일본의 다수설이고, 우리나라의 다수설 및 판례의 입장이기도 하다.[48]

나. 재량평가설

손해액은 사실인정의 문제가 아니라 평가라는 견해이다. 위 설에 의하면, 일본의 민사소송법 제248조는 실체법적 손해배상의 범위를 규명하는 것이라고 한다. 오랫동안 실무계가 일실이익산정에 있어서 평가설을 취한 것은 재량평가설을 뒷받침한다고 주장한다.[49]

다. 소결

증명도 경감설은 손해의 개념에 관하여 차액설을 취하는 우리나라 다수설 및 판례의 입장이기도 하다. 앞서 본 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결은 "자유심증주의 하에서 손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지, 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로" 라고 판시함으로써, 재량평가설이 아닌 증명도 경감설을 취한다는 입장을 명백히 하였다.

그러나 손해의 개념에 대한 차액설의 영향이 지속되었지만, 불법행위 사건의 대부분을 차지해 법관의 손해산정에 관한 인식 형성에 상당한 영향을 미치는 교통

---

48) 이시윤, 신 민사소송법(10판), 박영사, 2016, 507면; 송경근, "불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해액을 증명하기가 곤란한 경우, 법원이 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있는지 여부 및 그 구체적 손해액의 산정"대법원판례해설(2008 하반기) 제71호, 법원도서관, 165-168면; 박익환, 826-828면.

49) 권혁재, "변론전체의 취지에 의한 손해배상액의 결정", 법조 통권 660호(2011. 9.), 122-126면. 한편 특허사건에 관하여 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 경인문화사, 2007, 94-96면은 기존 차액설에 기초한 입증편의설을 비판하면서 손해평가설을 취하는데, 이것도 재량평가설에 가깝다. 이우석, "특허권침해로 인한 손해액의 인정에서 변론취지의 참작에 관한 연구", 재산법연구 제29권 2호(2012. 8.), 427-429면은 증명도경감설에 반대하지 않으나 기본적으로는 재량평가설을 취한 것으로 보인다.

사고 등에 의한 손해배상사건에서 보면, 손해액 산정에 있어서 순수한 차액설은 사실상 사라졌다고 평가할 수 있다. 신체감정인의 평가 등에 의해 인정되는 노동능력의 상실이나 개호비 인정 등에 의하여 평가적 요소가 도입되었기 때문이다.[50]

구체적·현실적 손해설을 가미하여 손해개념의 수정이 이루어져야 한다는 필자로서는 손해의 발생은 입증의 대상이지만 손해액의 산정은 평가라는 입장을 취하고 있는바,[51] 재량평가설에 가까운 견해를 취하는 바이다. 다만, 그 재량은 자유재량이 아니라 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다는 점에서 '합리적 재량평가설'이라고 명명할 수 있다. 합리적 재량이 되기 위해서는 검증가능성이 확보되어야 하는바, 이는 법원이 어떤 근거로 결론에 이르렀는지를 드러내어야 함을 의미한다.[52] 산정과정에 관한 상세한 설명은 필요하지 않다고 하더라도, 손해액 산정에 고려된 사실적 기초 및 그 평가가 판결의 이유부분에 기재되어야 하고, 그 기재를 근거로 그 산정이 적법한 것인지 상급법원이 심리할 수 있어야 한다.[53] 손해액 산정과 관련된 당사자의 주장이 구체적으로 어떻게 받아들여졌는지 알 수 없고 향후 유사소송에서도 별다른 도움이 되지 못한다면 합리적 재량의 행사라고 보기는 어려울 것이다.[54]

4. 손해액 인정제도의 적용

가. 적용요건

독점규제법 제57조가 적용되는 요건은 "손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우"이다.

손해가 가지는 객관적인 성질에 비추어 액수를 입증하는 것이 곤란한 때를 요건으로 하는 일본 민사소송법 248조와는 차이가 있다. 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우란, 당해 사안의 특수한 사정을 말한다. 그 예시로서 특허침해사건에서는 침해자가 매입·매출 관계서류를 전혀 작성하지 아니하였거나 폐기한 경우 등을 든다.[55] 독점규제법

---

50) 설민수, 460면; 박성수, 전게서 95면.
51) 이선희, 전게논문, 210-211면.
52) 권영준, 532면.
53) 박익환, 833-834면.
54) 이선희, "부당한 공동행위에 대한 손해배상청구에서 손해전가항변과 책임제한", 고려법학 제70호, 2013, 90-91면 참조.

위반사건에 있어서는 위반행위자가 영업비밀 등을 이유로 증거조사를 위한 관계 서류의 제출을 거부하는 경우, 원고 측의 자료라고 하더라도 이를 원고가 보관하고 있으리라는 점을 기대하기 어렵고 관계기관 등에 협조를 구하였으나 자료를 구할 수 없는 경우 등이 이에 해당할 것이다.

원고의 사용량은 비록 원고 측 자료이기는 하지만, 오랜 기간이 경과한 경우에는 위 요건을 충족하는 경우도 있을 것이다. 초과가격은 이를 입증하기 위한 자료가 대부분 위반행위자인 피고에게 있다는 점에서, '필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우' 요건을 충족하는 경우가 많을 것이다.

나. 적용방법

당사자는 법관의 산정이 행해지기 위한 충분한 사실자료를 제출하여야 하며, 상황에 따라 가능한 한도에서 주장을 구체화하도록 노력해야 한다. 입증을 위하여 계속 필요한 상황은 전문가가 확인할 수 있을지라도 손해를 조사할 구체적인 실마리는 제출되어야 한다. 법관의 판단기초로서 파악될 수 있는 실마리가 전적으로 결여된 경우에는 손해를 산정할 수 없게 되며, 주장 및 입증책임에 따라 판단할 수밖에 없다.

따라서 많은 기초데이터를 필요로 하는 계량경제학적 방법에 기하여 원고가 초과가격을 특정할 필요까지는 없다고 할지라도, 아무런 실마리도 제공하지 않은 채 법원으로 하여금 손해액 인정제도를 활용하여 손해액을 산정해 달라고 할 것은 아니다.

법관은 증거조사의 결과 판결단계에 이르러 손해를 산정할 때 손해액 인정제도를 적용한다. 따라서 소 제기 당시에 손해액을 명시하지 않거나 심리도중에 손해액의 주장이 명확하지 않은 경우에는 법원은 적절한 보정 혹은 석명으로 주장을 명확히 할 필요가 있다.[56] 그런 다음, 통계자료나 유사사건에서 인정된 손해액의 규모 또는 사업자가 위반행위로 취득한 이익의 규모 등을 고려하거나 담합기간 중에 담합에 가담하지 않은 정유사들의 공급가격과 담합 피고들의 공급가격을 비교하여 산정하는 방법, 표준시장을 지정하고 거기에 일정한 조정을 하는 방법 등을 통하여 손해액을 산정하여야 할 것이다.

법원이 손해액 인정제도를 사용할 경우에 만연히 결론에 해당하는 손해액만을

55) 윤선희, 821면.
56) 송경근, 166면.

설시하기 보다는, 입증이 어려운 항목별로 구체적인 근거를 기초로 한 사실인정을 거쳐 합리적인 손해액을 산정하는 과정이 판결이유 중에 명시되어야 할 것이다.[57] 당사자를 설득하거나 상급심에서의 심리를 위하여 그러하다.

상고심에서는 원심의 증거채택과 사실인정이 잘못되었다는 것을 문제 삼을 수 없으나, 자유심증주의의 내재적 제한, 즉 논리칙과 경험칙을 일탈할 것은 상고이유에 해당한다.[58]

다. 적용의 한계

원고의 증명활동이 부족하여 손해액을 산정하기 어려운 경우는 위 법리가 보호하는 규범의 보호영역은 아닐 것이다.[59] 유사한 취지로, 재량적 손해배상의 인정은 현행법상 예외적인 손해배상액의 인정방법이므로 원고가 기본적인 증명활동을 하지 아니한 경우에는 그 적용이 배제되어야 할 것이라고 한다.[60] 또한 법원이 당사자에게 석명권을 행사하거나 직권심리를 하여도 손해액 계산을 위한 기초적인 사실을 증명하기 어려운 경우에는 손해액 인정제도를 사용하여 손해액을 인정할 수 없다고 할 것이다.[61]

그런데 현재 특허법상 손해액 인정제도의 적용과 관련하여, 법원이 추산할 수 있는 최소금액으로 액수를 정하는 접근방법을 취함으로써 과소배상의 현상이 나타난다고 지적하는 견해는 경청할 만하다.[62] 법원이 손해액 인정제도를 재판의 편의를 위해서 자의적으로 행사하여서는 안되지만, 적용을 위한 요건을 너무 까다롭게 요구한다면 사실심법원으로서는 그 적용을 꺼리면서 당사자에게 조정을 강요하게 될 우려도 있다.[63] 이러한 점도 손해액 인정제도의 한계에 해당하므로, 위 제도를 활용함에 있어서 고려하여야 한다.

라. 대상 사안에의 적용

1) 사용량과 관련하여

원고의 사용량은 비록 원고 측의 자료이기는 하지만, 오랜 기간이 경과하여 일

57) 정희엽, 125면.
58) 박익환, 833-834면.
59) 박익환, 837면; 박성수, 전게서, 318면.
60) 황찬현, “손해배상책임에 관한 현행법의 규정과 입법론적 검토”, 정보법학 제3호, 1999, 839면.
61) 박익환, 842면.
62) 설민수, 454면, 484-485면.
63) 박익환, 846면.

부 기간에 대해서는 사용량이 입증되나, 나머지 기간에 대해서는 증거가 없는 경우에, 손해액 인정제도가 사용될 수 있다.

특허침해사건에서 대법원은, 위와 같은 경우에 손해액을 입증할 수 있는 기간에 대하여 채택된 손해액 산정 방법이나 그와 유사한 방법으로만 상당한 손해액을 산정하여야만 하는 것은 아니고, 자유로이 합리적인 방법을 채택하여 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 산정할 수 있다고 판시하였다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결).

그런데 위 원고의 사용량을 입증할 수 없는 이유가 문서보존기간경과 등의 이유로 폐기된 경우는 특히 원고 측의 과실 없이 필요한 사실을 입증하는 것이 사안의 성질상 극히 곤란한 경우이므로 손해액 인정제도가 사용될 수 있다.

특허침해사건에서는 침해기간 동안의 침해자의 자본, 설비 등을 고려하여 평균적인 제조수량이나 판매수량을 가늠하여 이를 손해액 산정의 기초로 삼을 수 있을 것이라고 하였다.

대상 사건에서 본다면, 해당 원고에 대한 자료를 분석하고 해당 물품의 사용패턴 등을 고려하여 평균적인 사용량을 가늠하고 이를 기초로 손해액을 산정할 수 있을 것이다. 항소심의 ④ 유형 즉 대법원에서 말하는 2그룹에 속하는 원고들의 경우는, 비록 담합기간 중의 일부기간 동안만 일부 원고들의 경유를 구입한 사실을 인정할 수 있으나, 위 담합기간이 시기적 특징, 원고들의 차량운행 빈도 등을 종합하여 위 담합기간 중의 사용량을 추계할 수 있을 것이다. 즉, 과세정보 자료에 나타난 경질유는 모두 경유라고 보고, 주유소협회자료를 통하여 구입의 상대방을 특정하며, 유류보조금자료까지 더하여 담합기간동안의 사용량을 추정산출하는 것이다. 이러한 자료가 없는 원고들의 경우에는, 자료가 있는 원고들의 경우로부터 추정치를 산출할 수밖에 없을 것이다.

2) 초과가격과 관련하여

이 사건에서 담합기간 중 원유가 인상은 리터당 약 20원에 그친 반면, 피고들이 공급하는 경유가격을 약 60원 가량 인상시켰다는 공정위의 추정치로부터 이 사건 초과가격의 범위는 최대한 40원으로 볼 수 있다. 앞서 본 선례인 프로축구선수의 이적과 관련된 채무불이행에 사안인 위 2002다6951 판결 및 군법무관의 보수를 정하지 않은 입법부작위의 불법행위에 관한 위 2006다3561 판결이 참고가 될 수 있다. 즉, 증거에 의하여 인정되는 손해액의 최대치 내에서 상당한 금액을 손

해액으로 산정하도록 한 위 판결들의 취지에 비추어 보아서도, 이 사안은 손해액 인정제도를 적용하기에 적절한 것이다.

대법원이 대상판결에서 일반론으로 설시한 바와 같이, 초과가격 산정방법은 계량경제학적 방법에 한하지 않는다. 군납유류 소송에 대한 대법원 판결이 파기환송 후 항소심에서 중회귀분석을 이용한 초과가격의 산정을 명한 취지인가를 놓고 견해가 나뉘었지만, 필자는 표준시장방법을 취하더라도 대법원이 명한 "담합행위가 발생한 당해 시장의 다른 가격형성요인을 그대로 유지한 상태에서 그 담합행위로 인한 가격상승분만을 제외하는 방식으로 한정할 수 있다면" 그와 같은 방법을 배제하였다고는 볼 수 없다는 견해를 표명한 바 있다.[64] 대법원은 대상판결에서 이 점을 명백히 하였다.

합리성과 객관성이 인정되는 한, 담합으로 인한 초과가격에 대한 통계자료, 유사사건에서 인정된 손해액의 규모, 사업자가 위반행위로 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 산정하는 방법, 담합기간 중에 담합에 가담하지 않은 정유사들의 공급가격과 담합 피고들의 공급가격을 비교하여 산정하는 방법, 국내 경유 소매가격이 MOPS 가격에 연동된다면 원고 측 보고서의 산정 결과에 일정한 조정을 하는 방법 등이 고려될 수 있다.

대법원이 원고들의 초과가격에 대한 주장을 받아들이지 않은 것은 표준시장을 우리나라 경유시장과는 다른 성질을 가진 싱가포르 원유현물시장으로 보았다는 것에도 일부 원인은 있을 것이다. 그러나 그것보다는 공정위의 처분시 사실인정 - 담합기간 중 원유가 인상은 리터당 약 20원에 그친 반면, 피고들이 공급하는 경유가격을 약 60원 가량 인상시켰다는 것 - 이상으로 초과가격의 추정치를 76원으로 보았기 때문이 아닐까 생각된다. 그렇다면 MOPS방식을 취하면서도 보정수치를 보수적으로 설정하는 것은 하나의 방법이 될 것이다.

부당한 공동행위의 손해액에 대한 통계적 분석도 유용한 자료가 될 수 있다. 담합으로 인한 소비자피해액이 평균적으로 관련매출액의 15-20% 정도로 볼 수 있다는 OECD 자료, 미국의 경우에 국내 카르텔은 평균 손해액률이 18%이라든지 성공적인 담합의 경우에 초과가격은 경쟁가격의 10%를 초과한다는 영국 공정거래청의 자료, EU에서 관찰한 114개의 카르텔에서 관찰된 평균 초과가격은 대략 20%, 초과가격의 중간값(median)은 카르텔 가격의 18%라는 자료 등이 그것이다.[65] 공정위 등이 개개의 사건마다 의결서에 초과가격의 추정치를 제시한다면

64) 이선희, 전게서, 229-230면.

이는 해당 손해배상사건에 있어서 초과가격의 강력한 증거가 될 수 있을 것이다. 다만, 그 작업을 수행하는 데에는 적지 않은 노력과 비용이 필요한 것이고, 산출된 추정치의 정확성은 손해배상소송에서 또 다투어질 가능성이 높다는 부담은 존재한다.

참고로 이 사건에 원고들이 산출한 바에 의하면, 담합기간(4.1.~6.30.) 동안의 경유평균가격이 리터당 863.93원이라는 것이므로 공정위가 추정한 리터당 60원의 인상폭 및 원고들이 주장한 리터당 76원의 인상폭은 가격의 10%를 하회한다. 그렇다면 원고들이 주장한 인상폭으로도 초과가격의 주장이 통계에 비하여 지나치게 높은 수치라고 생각되지는 않는다.

동일 또는 유사한 카르텔 사건 중 일부에서 초과가격을 산출하였을 경우에 그 산출된 가격도 유력한 초과가격의 증거가 될 수 있다. 실제로 독일의 비타민카르텔 사건[66]에서 독일법원은 손해산정과 관련하여 민사소송법 제287조를 적용하여, 비타민의 직접구매자가 지불한 가격의 18-25%를 배상하기로 한 미국의 집단소송에서 사용된 증거를 참고한 바 있다.

그렇다면, 이 사건과 비슷한 시기에 진행된 다른 원고들의 경유담합사건 손해배상소송에서 현출된 초과가격산정자료도 참고가 될 수 있을 것이다.

5. 입법론

독점규제법상 손해액 인정제도를 적용한 예가 몇 안 되는 현재로서는 섣불리 입법론을 개진할 상황은 아니고, 법적용상황을 지켜보아야할 것이다.

다만, 특허침해소송에서 손해액 인정제도가 활발하게 적용되는 것으로부터 아이디어를 얻을 수는 있다. 그것은 특허침해소송이 기존의 차액설에 의존한 민법에 의한 손해배상청구보다 손해액의 산정을 쉽도록 증명책임을 완화함으로써 민법상 일반 불법행위책임과의 분리를 통한 독자적 손해배상 산정을 모색하였다는 점에 있다. 이를 통하여 민법에 의해 정해진 방식이 아닌, 특허법 제128조에 정해진 손해액 추정 및 산정방식으로 전환할 수 있는 토대를 만들었다.[67] 독점규제법에서도 이러한 방향을 지향하고자 한다면, 고려할 수 있는 몇 가지 내용은 다음과 같다.

첫째는, 특허법 제128조 2 내지 6항과 같이 침해의 유형에 따라 구별하여 대략

65) 이선희, 전게서, 211-212면.
66) Landgericht Dortmund, judgement of 2004. 4. 1., Case No. 13 O 55/02.
67) 설민수, 2015, 427-429면.

의 손해액을 추정하는 규정을 두는 것이다. 특허침해와는 양상이 다른 담합사건에서는 이러한 유형별 정형화는 쉽지 않아 보이지만, 사안에 따라 세분화할 수는 있을 것이다.

둘째는 미국 저작권법 등에서와 같이, 법위반으로 인한 침해가 인정된다면 원고의 선택에 따라 실제 손해액을 증명하지 않고 법에서 상한과 하한을 정해 놓은 손해배상액을 청구할 수 있도록 하는 법정손해액배상제도를 도입하는 것이다.[68] 위 조항이 실효성을 얻기 위해서 구체적으로 어떻게 상한과 하한을 설정할 것인지는 좀 더 연구를 필요로 한다.

IV. 결

대상판결은 독점규제법 제57조를 적용한 최초의 대법원판결이다.

대상판결은 위 제57조의 성질을 증명도 경감규정으로 파악하고 있다는 점에서, 법원에게 손해액 산정에 관한 '합리적 재량평가'를 가능하게 한 규정으로 파악하는 필자의 견해와는 차이가 있다. 또한 대상판결은 위 제57조를 적용하기 위한 전제요건인 '손해가 발생한 것은 인정'된다는 근거로서 공정위 처분상의 사실인정만을 인용한 점에 미흡한 점은 있다.

그러나 이 판결은 단순히 선언적으로 손해액 인정제도를 적용한 것이 아니라, 위 제57조의 적용요건으로서 "그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우"가 어떤 경우인지를 보여주었다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

즉, 대법원은 피고들의 담합으로 인한 초과가격손해산정을 위한 'i) 원고별 경유사용량 X ii) 초과가격 = 손해액'의 입증에 있어서, i)은 입증거리상 가까운 원고들에게 입증책임이 있다고 보면서도 특정 그룹 원고들의 증거수집 노력을 상당한 것으로 평가하면서 그 이상의 것을 기대하기는 어렵다는 이유에서 독점규제법 제57조의 적용대상이라고 판단한 것으로 보인다. 또한 ii)에 대해서는, 명확히 설시하지는 않았지만, 원고들이 피고들에 비하여 자료에의 접근이 어렵다는 점에 기인하여 법 제57조의 적용대상에 해당하는 것으로 보지 않았나 생각된다. 그리고

68) 이규호, "미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구", 정보법학 제11권 1호(2007. 7), 91-92면 참조.

그 경우에 손해액을 산정함에 있어서, 원고들이 제시한 표준시장법에 따른 가상경쟁가격이나 초과가격은 합리성과 객관성이 없지만 이를 이유로 바로 원고들의 청구를 배척할 것이 아니라 법원이 석명권을 행사하여야 한다고 판시하였다. 그러면서 산정방법에 대한 대략의 지침으로서 손해의 산정방법이 계량경제학적 방법에 한하지 않는다는 점과, 합리성과 객관성이 인정되는 한, 통계자료나 유사사건의 자료, 표준시장비교법을 사용할 수 있고 원고측 제출자료에 법원이 실질적인 조정을 하는 것도 가능하다고 제시하였다.

이와 같이 대상 판결은, 원고가 손해액의 입증에 필요한 사실을 입증하는 데에 상당한 노력을 다하였음을 전제로, 그 입증부담을 덜어주는 손해액 인정제도를 적용하도록 하였다는 점에서 향후 손해배상소송의 실무에 긍정적인 영향을 끼치게 될 것으로 보인다.

(논문투고일 : 2017.09.04., 심사개시일 : 2017.09.04., 게재확정일 : 2017.09.25.)

이 선 희

손해액 인정, 증명도경감, 재량, 손해액 산정, 담합

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

박성수,「특허침해로 인한 손해배상액의 산정」, 경인문화사, 2007.

윤선희,「특허법(제5판)」, 법문사, 2012.

손경한 편저,「신 특허법론」, 법영사, 2005.

이선희,「독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구」, 경인문화사, 2013.

이시윤, 「신 민사소송법(10판)」, 박영사, 2016.

정상조·박성수, 「특허법 주해」, 博英社, 2010.

Ⅱ. 논문

권영준, “2016년 민법판례동향”, 민사법학 78호(2017.2.)

박성수, “특허법 제128조 제3항 및 제5항에 의한 손해배상액 산정방법”, 대법원 판례해설 62호(2006 상반기), 법원도서관, 2006.

_____, “특허침해와 손해의 개념”, 민사재판의 제문제 17권(2008. 12.)

박준석, “지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 '상당한 손해액'의 인정에 관하여”, 인권과 정의 제438호(2013. 12.)

박익환, “재량에 기한 손해배상액의 산정”, 민사판례연구 32권, 박영사, 2010.

설민수, “특허침해 소송에서 손해배상 산정의 현실과 그 구조적 원인, 그 개선모델”, 사법논집 제58집, 법원도서관, 2015.

송경근, “불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해액을 증명하기가 곤란한 경우, 법원이 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있는지 여부 및 그 구체적 손해액의 산정”대법원판례해설(2008 하반기) 제71호, 법원도서관.

이규호, “미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구”, 정보법학 제11권 1호 (2007. 7.)

이선희, “독점규제법 위반으로 인한 손해배상소송에서 손해액 산정과 손해액 인정제도”, 경쟁법연구 26권(2012. 11.)

_____ , “부당한 공동행위에 대한 손해배상청구에서 손해전가항변과 책임제한”, 고려 법학 제70호, 2013.

이우석, “특허권침해로 인한 손해액의 인정에서 변론취지의 참작에 관한 연구”, 「재산법연구」(한국재산법학회, 2012. 8).

정희엽, “부정경쟁행위로 인한 손해배상액의 산정”, Law & technology 제8권 제3호(2012. 5), 서울대학교 기술과법센터.

조영선, “상표권 침해에 대한 구제법리의 재검토 - 경과실 감액을 중심으로”, 법조 683호(2013. 8.).

황찬현, “손해배상책임에 관한 현행법의 규정과 입법론적 검토”, 정보법학 제3호, 1999.

Ⅲ. 일본문헌

伊藤眞, 民事訴訟法(第3版 再訂版), 有斐閣, 2006.

松本博之·上野泰男, 民事訴訟法(제4판), 弘文堂, 2005.

中山信弘, 特許法, 弘文堂, 2010,

Ⅳ. 서양문헌

Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice(3rd ed), West Group, 2005.

ABA Section of Antitrust, Proving Antitrust Damages : Legal and Economic Issues, American Bar Association, 2010.

Abstract

Application of Damage Acknowledgement Provision of Antitrust Act

Lee, Sun Hee

A special rule is introduced in the revised Monopoly Regulation and Fair Trade Act (hereinafter, MRFTA") of 2004. So called "damage acknowledgement provision" of MRFTA, article 57 lowers the level of proof about the damages incurred and enables judges to make an assessment of damages by the discretion.

Supreme Court Judgement of 2016. 11.24. Case No. 2014Da81511 is the first Korea Supreme Court's decision using that provision. This judgment is not just a declaration that a reasonable amount of damage acknowledgement provision should be applied in cases where it is difficult to calculate the damages, but also gives guidelines on how to calculate the damages. By the guideline this decision provides, the use of the provision will be expanded. This ruling will have a major impact on the practice of antitrust damage claims.

Lee, Sun Hee

Damage acknowledgement provision, Lowering the level of proof, Discretion, Assessment of damages, Cartel

파산절차상 미이행쌍무계약으로서의 민간투자사업 실시협약*

황창용**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 민간투자사업
1. 민간투자사업의 목적
2. 민간투자사업 실시협약
Ⅲ. 파산절차 개시와 고려사항
1. 파산능력
2. 영업의 개시
Ⅳ. 미이행쌍무계약으로서의 실시협약
1. 미이행쌍무계약의 요건
2. 파산관재인의 선택권 행사 및 효과
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

민간투자사업은 민간부문이 사회기반시설의 건설·운영에 투자하고 원칙적으로 자신이 사업위험을 부담하면서 공적 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하는 사업이다. 행정주체와 사업시행자가 시너지효과를 발휘하기 위하여 협력방식으로 추진하는 사업이고, 이를 위하여 행정주체와 사업시행자는 실시협약을 체결한다. 한편, 도산법 제335조 제1항은 쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다고 정하고 있다. 이 논문은 파산절차에서 미이행쌍무계약으로서의 민간투자사업 실시협약을 다루고 있다.

민간투자사업은 사법상 쌍무계약에 부합하지 아니한 공법적 특징을 가지고 있지만, 사업시행자는 해당시설의 준공 및 이를 운영해야 하는 의무를 부담하고 주무관

* 이 논문은 “2016년 원광대학교 교비지원”에 의하여 연구되었음.
** 원광대학교 법학전문대학원 교수.

청은 해당시설에 대한 사용·수익권을 부여하고 다양한 사업위험에 대한 분담 및 그 처리에 협력해야 하는 의무를 부담하는 점에 비추어, 민간투자사업 실시협약은 본질적으로 쌍방이 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 계약으로 보아야 한다. 그리고 민간투자사업은 사업기간 동안 사업시행자와 주무관청의 협력의무가 존재하므로 운영기간 도중에 실시협약이 해제 또는 해지되는 경우 사업시행자와 주무관청의 쌍방 의무는 통상 모두 미이행 상태에 있다고 보아야 한다. 따라서 민간투자사업 실시협약이 중도 해지되는 때에는 도산법 제335조 제1항이 정하는 쌍방 미이행쌍무계약에 해당한다.

파산관재인이 실시협약을 해제 또는 해지하고자 하는 경우 파산관재인은 주무관청과 협의하는 규정을 신설하는 것을 검토할 필요가 있다. 민간투자사업이 목적하는 공공서비스의 지속적 제공은 가능한 파산절차에서도 관철되어야 하기 때문이다.

파산관재인에 의하여 민간투자사업 실시협약이 해제 또는 해지되는 경우 그 효과를 검토할 때 사업시행자가 수요위험 등 경제적 위험을 부담한다는 점이 고려되어야 한다. 따라서 사업시행자가 실시협약 해제 또는 해지되는 경우 그 원상회복 또는 청산의 기준금액은 해당시설의 사용·수익권의 시장가치로 보아야 한다.

Ⅰ. 서론

전통적으로 국가 등 행정주체가 도로, 철도, 항만 등을 운영하여 그 공적 서비스를 제공하여 왔으나, 근래에는 민간부문의 투자를 통한 민관협력의 방식(Public-Private Partnerships)으로 민간부문이 공적 서비스를 제공하는 경우가 등장하고 있다. 우리나라의 경우도 1994. 8. 4. 사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법을 제정한 이후 1998. 12. 31. 사회간접자본에 대한 민간투자법으로, 2005. 1. 27. 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 “민간투자법”이라 한다)으로 각 개정하면서 민간투자사업을 지속적으로 확대하여 왔다. 우리나라의 경우 2017년까지 699개의 민간투자사업을 시행한 바 있고, 그 총투자비도 1,058,713억원에 이르고 있다.[1] 그러나 이러한 민간투자사업 중 일부는 최소운영수입보장, 과다 수요예측, 높은 사용료 등 사회적 논란이 제기되어 왔다. 최근 최초로 파산선고를 받은 민간투자사업도 등장하게 되었고,[2] 파산선고 이후에도 공익적 시설의 운영

1) 한국개발연구원, 2016년 KDI 공공투자관리센터 연차보고서, 2017, 87면.
2) 최근 의정부경전철 민간투자사업이 실제수요가 예측수요의 50%도 미치지 못하여 경제적 파탄상태에 이르러 파산선고를 받은 바 있다.

중단의 우려, 실시협약 해지에 따른 청산금 지급 부담 등이 계속 문제로 제기되고 있는 실정이다.

민간투자사업을 시행하는 사업시행자도 다른 사기업과 마찬가지로 독립된 경제적 주체로서 자신의 명의와 책임으로 사업을 시행하므로 경제적 파탄의 가능성이 있을 수밖에 없다. 따라서 민간투자사업의 사업시행자의 경우에도 지급불능 등 파산상태에 이르게 되는 경우 총채권자에 대한 공평한 변제를 위하여 파산절차의 필요성은 불가피하게 인정될 수밖에 없을 것으로 보인다. 그런데 민간투자사업이 경우 국민들에게 단절 없는 공적 서비스를 제공해야 하는 목적이 존재하고, 일반 재정사업과 다른 특징이 존재한다. 이러한 민간투자사업의 경우 전통적으로 사인과 사인의 이해관계 조정을 대상으로 하는 현행의 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 "도산법"이라 한다)이 그대로 적용되어야 하는지 의문이 제기될 수 있다.

이 글은 파산절차에서 나타나는 민간투자사업의 특수성을 고려하여 파산절차에서의 그 합리적 취급을 모색하고자 한다. 현재 우리나라의 민간투자사업은 수익형 민간투자사업(BTO방식)과 임대형 민간투자사업(BTL방식)이 주류를 이루고 있으나[3], 파산위험이 존재하는 수익형 민간투자사업을 중심으로 검토한다.

Ⅱ. 민간투자사업

1. 민간투자사업의 목적

민간투자사업은 민간부문인 사업시행자가 민간부문의 투자를 활용하여 민간투자법 제2조 제1호가 정하는 도로, 철도, 항만시설 등 사회기반시설을 신설·증설·개량 또는 운영을 하는 사업을 말한다(민간투자법 제2조 제2호, 제5호). 이러한 민간투자사업의 궁극적 목적은 해당시설의 운영을 통한 지속적인 공적 서비스의 제공으로, 이는 사회국가원리에 따른 국민의 생존과 관련된 국가의 급부행정에서

3) 현재 우리나라 민간투자사업은, 사회기반시설의 준공과 동시에 해당 시설의 소유권이 행정주체에 귀속되며 사업시행자에게 일정기간의 시설관리운영권을 인정하는 방식인 BTO(Build Transfer Operate)방식과 사회기반시설의 준공과 동시에 해당시설의 소유권이 행정주체에 귀속되며, 사업시행자에게 일정기간의 시설관리운영권을 인정하되, 그 시설을 행정주체가 협약에서 정한 기간 동안 임차하여 사용·수익하는 방식인 BTL(Build Transfer Lease)방식이 주류를 이루고 있다(민간투자법 제4조). 통상 BTL방식은 사업시행자가 사용자인 정부로부터 정해진 임차료를 받아 투자금을 회수하므로 수요위험이 거의 없음에 반해, BTO방식은 사업시행자는 불특정 다수의 사용자로부터 사용료를 받아 투자금을 회수하므로 실제수요가 예측수요와 다를 경우 손실을 볼 수 있다. 따라서 BTO방식의 경우 사업시행법인의 파산위험이 존재한다.

의 중요한 의무의 하나이다. 이러한 공적 과제를 수행하기 위하여 민간투자사업은 관련된 공법 및 공법의 일반원칙의 적용을 받는다.

2. 민간투자사업 실시협약

가. 실시협약의 법적 성질

민간투자사업의 경우 그 목적을 실현하는 주요한 법적 수단으로 실시협약을 들 수 있다. 민간투자법은 주무관청과 사업시행자가 총사업비, 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결하도록 정하고 있다(민간투자법 제13조 제3항).[4] 이러한 실시협약의 법적 성질에 대하여, 민간투자사업 실시 초기에는 사법상 계약과 다를 바가 없다는 사법상 계약으로 보는 입장이 있었으나,[5] 현재에는 공법상 권리인 관리운영권 등의 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 공법상 계약으로 보는 것이 일반적이다.[6] 우리나라는 공법과 사법의 이분된 법체계를 가지고 있고, 공법상 계약을 통상 "공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수의 당사자 사이에 반대방향의 의사의 합치에 의하여 성립하는 공법행위"로 보고 있으므로,[7] 민간투자사업 실시협약은 해당시설에 대한 사용·수익권 또는 관리운영권인 공권, 해당시설에 대한 운영의무인 공의무 등을 발생시키는 것을 목적으로 체결된 계약이므로 일응 공법상 계약이라 할 수 있다.

이러한 공법상 계약은 공법적 규율의 대상이 되지만, 공법상 계약을 특별히 일반적으로 규율하는 성문의 법은 존재하지 않으므로 공법상 계약에 대한 특수한 규율은 개별법 또는 법이론상 인정된다.[8] 결국 공법상 계약은 개별법 또는 국가

---

4) 민간투자법 제13조 제3항은 "실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다"고 정하고 있다. 실시협약의 체결과 사업시행자의 지정은 그 형식이 각 계약과 행정처분이므로 그 규율형식에 대한 별도의 논의가 필요할 수 있으나, 이 글은 일단 민간투자법이 실시협약을 주요수단으로 정하고 있는 만큼 실시협약을 민간투자사업의 주요 규율수단으로 전제하고 논의를 진행한다.

5) 이규방/송병록/김영대/박재민/정민웅, "인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구", 국토연구원, 2000, 134면.

6) 민간투자사업 실시협약을 공법상 계약으로 보는 견해로, 김성수, 「개별행정법」, 법문사, 2004, 171면; 홍성필/윤성철, 「민간투자사업분쟁관계법」, 법과 교육, 2014, 371면; 황호동/황학천/김길홍, "사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 해석", BFL 제37호, 서울대학교 금융법센터, 2009, 42면; 하급심판례이지만 서울고등법원은 "민간투자법 제18조 내지 제20조에 의하면, 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 타인의 토지에 출입 등을 할 수 있고, 국·공유재산을 무상으로 사용할 수 있으며, 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있으므로 사업시행자 지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다"라고 판시한 바 있다(서울고등법원 2004. 6. 24. 선고, 2003누6483 판결).

7) 김남진/김연태, 「행정법Ⅰ」, 법문사, 2005, 333면.

8) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2015, 338면.

를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등에 정하지 않은 사항에 대하여 민법의 규정을 적용할 수 있다. 이 경우 공법상 계약은 공법적 효과를 발생시키고 공익의 실현과 밀접한 관련을 가지고 있으므로 사법상 계약에 관한 민법의 규정이 그대로 적용될 수 없고 유추 적용되어야 한다고 한다.[9]

나. 실시협약의 주요 내용

1) 사업시행의 조건

민간투자사업의 경우 사업시행자는 해당시설에 대한 설계, 건설, 재원조달 및 운영을 하고, 주무관청은 사업시행자에게 이에 대한 "대가로" 일정기간 해당시설을 사용·수익할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 실시협약은 사업시행자의 투자금인 총사업비와 이를 회수할 수 있는 사용기간, 사용료 등 사업조건을 정하고 있다. 민간투자사업기본계획도 사업시행자의 투자 및 그에 따라 회수의 방식으로 "사용료·수익률 산식"을 제시하고 있다.[10]

2) 협력의무

민간투자사업은 민관협력의 방식으로 사회기반시설을 건설 및 운영하는 대표적인 민관협력방식(Public-Private-Partnerships)이다. 여기에서 민관협력이란 일반적으로 "사회기반시설의 재원조달, 건설, 혁신, 운영 또는 유지나 서비스의 공급을 보장하기 위해 행정주체와 사업자가 협력하는 방식"으로 소개되고 있다.[11] 더 구체적으로는 민관협력사업의 개념적 요소로 공공부무과 민간부문의 대등성, 공통의 이익창출을 위한 목표의 설정, 파트너적 협동관계에서 나타나는 시너지 효과,

---

9) 박균성, 위의 책, 338면; 김동희, 「행정법Ⅰ」, 박영사, 2016, 108면; 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2011, 58면.

10) 사용료·수익률 산식(민간투자기본계획 제33조 제2항 및 제33조의2 제2항 별표[2-1])

$$\sum_{i=0}^{n}\frac{CC_i}{(1+r)^i} = \sum_{i=n+1}^{N}\frac{OR_i - OC_i + (GP_i - GR_i)}{(1+r)^i}$$

n: 시설의 준공시점

N: 무상사용기간 또는 관리운영권 설정기간의 종료시점

CC_i: 시설의 준공을 위해 매년도 투입되는 불변 사업비 (다만, 건설기간 중 주무관청 보조금은 제외)

OR_i: i연도 불변 운영수입

OC_i: i연도 불변 운영비용

GR_i: i연도 주무관청의 환수금(불변)

GP_i: i연도 주무관청의 위험분담금(불변)

r: 사업의 세전 불변수익률(IRR)

11) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 2004, p.3.

참여당사자의 독자성 보장과 책임회피의 금지, 공법상 계약 등을 통한 협력관계의 제도화 등이 제시되고 있다.[12)]

3) 사업위험 및 그 배분

일단 민간투자사업의 사업시행자는 자신이 명의와 책임으로 해당시설을 건설·운영하고 해당사업의 경제적 손익을 최종적으로 귀속 받는 자이다. 민간투자사업(Concession)은 원칙적으로 사용자 수요에 기반을 두는(Usage-Based) 사업방식으로,[13)] 사업시행자는 실제수요가 예상수요와 다를 경우의 수요위험 등 경제적 위험을 스스로 부담해야 한다.[14)] 이는 민간투자사업의 경우 종래 재정사업에서 정부가 부담하였던 수요위험 등이 민간부문인 사업시행자에게 이전된 것으로 볼 수 있다[15)]. 민간투자사업을 규율하고 있는 유럽연합의 2014 특허지침(2014 Concession Directive)도 동일한 취지로 규정하고 있고,[16)] 이러한 특허(Concession)는 사업시행자가 타인과의 경쟁 위험, 공급과 수요의 불일치 위험, 사용료 미지급 위험, 수입이 비용을 충족하지 못하는 위험, 서비스 품질 부족에 따른 위험 등과 같은 시장위험에 일반적으로 노출되어야 한다고 한다.[17)]

동시에 파트너적 협동관계에서 나타나는 시너지 효과를 목적으로 하는 민간투자사업은 사업 추진시 나타나는 다양한 사업위험을 행정주체와 사업시행자가 합리적으로 배분하는 특징을 가지고 있다. 이러한 위험배분의 기준은 누가 위험의 현재화를 낮출 수 있는가 또는 누가 나타난 위험을 적은 비용으로 막을 수 있는가에 대한 각 대응능력을 기준으로 한다.[18)] 위험배분의 방식은 다양하나 우리나

---

12) 김성수, 앞의 책, 153면.

13) E. R. Yescombe, Public-Privat Partnerships, Butterworth-Heinemann, 2010, p.13

14) The World Bank, Concession for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award, 1998, pp.23-25.

15) 최근 사업시행자가 수요위험을 부담하는 방식에 의문을 제기하면서 이러한 방식이 후퇴하고 있다는 견해도 있다. E. R. Yescombe, supra note, p.19.

16) "건설 특허 또는 서비스 특허는 사업시행자에게 수요 및/또는 공급 위험을 포함하는 운영위험이 이전되어야 한다. 사업시행자는 일반적인 조건에서 특허의 대상이 되는 건설이나 서비스 제공함에 있어 투자금이나 발생비용을 회수하는 것이 보장되어서는 안 되는 운영리스크를 부담하는 것이어야 한다."라고 규정하고 있다(Art.5(1) of the 2014 Concession Directive).

17) Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, Sweet& Maxwell, London, 2014, p.430.

18) 홍성필/노승범/정민웅, "사회기반시설에 대한 민간투자법령 정비방안 연구", 한국개발연구원, 2007, 166면; UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations New York, 2001, p.42; 内閣府 民間資金等活用事業推進室, ＰＦＩ事業におけるリスク分担等に関するガイドライン, 2015, 2-3面.

라 실시협약은 통상 아래와 같이 사업위험을 배분하고 있다.

〈표1〉 사업위험 및 그 처리[19)]

구분		사업위험 요소(예시)	처리비용
사업시행자 부담영역		원칙적으로 조사, 설계, 건설, 재원조달 및 운영에서 발생하는 사업위험 등	사업시행자 100% 부담
불가항력영역	정치적	전쟁 또는 사변, 적국의 침공행위 기타 이에 준하는 사유, 핵폐기물·화학 또는 방사능에 의한 부지의 오염, 폭동·테러 또는 기타 이에 준하는 사유, 환전 및 해외송금 통제 기타 이에 준하는 사유 등	비용 또는 운영순실분 중 90%는 행정주체가. 10%는 사업시행자가 부담
	비정치적	지진·홍수·해일·화산폭발·산사태·태풍·비행기충돌 등으로 인한 재해, 전국적 또는 사회 산업전반의 파업, 국가신용도·이자율·환율 등의 급격한 변동 기타 이와 유사한 경제환경의 급격한 변동으로 자금차입계약의 체결이 불가능하거나 사업시행자의 본 사업 수익성에 현저한 악영향을 미치는 경우, 민간투자법·민간투자법시행령·민간투자사업기본계획·기타 사회기반시설에 대한 민간투자정책의 변경, 정치적 불가항력 사유 및 이와 동일시 취급된 사유로 명시되지 아니한 기타 사유로서 위 사유에 준하는 사유 등	비용 또는 운영순실분 중 80%는 행정주체가, 20%는 사업시행자가 부담
주무관청 부담영역		본 사업시설·본 사업시행권의 몰수, 민간투자법 제47조에 의한 몰수 또는 사업시행자 지정 취소, 주무관청의 부지제공, 보상업무, 지장물 처리 지연, 정부지원시설의 적기준공이 이루어지지 않는 경우, 기타 협약 및 법령상의 주무관청의 불이행에 따라 발생하는 사업위험 등	주무관청 100%부담

Ⅲ 파산절차 개시와 고려사항

1. 파산능력

파산능력은 파산선고를 받을 수 있는 자격, 즉 도산법에서 채무자가 될 수 있는 일반적 자격을 의미한다. 파산능력을 누구에게 인정할지 여부에 대하여는 명문의 규정이 없지만, 일반적으로 민사소송법의 당사자능력에 관한 규정에 따라 개인, 법인 및 법인 아닌 사단 또는 재단에 파산능력이 인정되고 있다.

공법인에 대하여 파산능력을 인정할 수 있느냐하는 점에 있어서는 의견이 통일

19) 한국개발연구원 공공투자관리센터, 「수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약(안)-도로사업-」, 2010. 3, 47~51면.

되어 있지 않다. 공법인이라는 것만으로 파산능력을 부정해서는 안 되지만, 사업의 공익적 기능과 파산적 청산을 통하여 그 법인격을 해체 소멸시키는 것이 공공의 이익을 희생하게 되는 공법인에 대하여는 파산능력을 부정하여야 한다는 견해가 일반적이라고 한다.[20] 민간투자사업의 사업시행자의 경우 국가나 지방자치단체 또는 고도의 공공성이 있는 특별법상 공법인과 동일하게 취급하기는 어렵고, 일종의 공법상 특허를 받아 해당사업을 시행하는 법인에 불과한 것으로 볼 수 있다.[21] 민간투자법도 "사업시행자"를 “공공부문 외의 자”로 정하고 있다(민간투자법 제2조 제7호). 실무상으로도 통상 민간투자법에 따른 사업시행자는 주로 사법상 주식회사의 형식을 가지고 있다. 민간투자사업 시행법인은 일단 파산능력은 일반적으로 인정된다고 볼 것이다. 다만, 민간투자사업의 사업시행자는 공익적 서비스를 제공하는 특수성이 있으므로 이러한 범위 내에서 파산절차 운영시 특별히 고려할 사항이 존재할 수 있다.

2. 영업의 계속

가. 영업의 계속

법인은 파산선고에 의하여 해산하고, 법인은 해산하여도 파산의 목적의 범위 안에서 존속한다. 한편, 파산선고가 있으면 원칙적으로 채무자가 종전 소유하고 있던 재산의 전부는 파산재단을 구성하고, 이에 관한 관리처분은 파산관재인에게 속하게 된다(도산법 제384조). 이 경우 파산관재인은 원칙적으로 영업을 계속하지 아니한다. 다만, 파산관재인은 법원의 허가를 받아 채무자의 영업을 계속할 수 있다(도산법 제486조). 파산으로 인하여 채무자의 영업을 폐지하는 것보다 계속하는 것이 채권자의 이익에 유리한 경우, 특히 영업의 양도를 위하여 영업을 계속할 필요가 있을 수 있다. 그리고 도산법은 채권자집회는 영업의 폐지 또는 계속을

---

20) 전대규, 「채무자회생법」, 법문사, 2017, 532면; 이외에 다양한 견해가 존재한다. 당해 법인의 공공적 성격의 강약에 의하여 개별적으로 판단하여야 한다는 견해로 박기동, “파산절차개시의 요건과 파산선고의 효과”, 파산법의 제문제(상), 법원도서관, 1999, 64~65면; 공법인에 대하여는 파산능력을 인정하는 것과 실제로 파산선고를 하여 사업을 해체, 청산시키는 것은 별개의 문제로 보고, 국가 및 지방공공단체를 제외한 공법인에 대하여는 파산선고시 파산원인의 판단기준으로 그 경제적 기초뿐만 아니라 행하는 사업의 공공성이나 사업의 계속에 지장을 초래할 것인가 등과 같은 고려를 기울이는 방향이 타당하다는 견해로 전병서, 「도산법」, 법문사, 2006, 31~32면.

21) 특허는 국가의 독점을 해제시키는 허가에 지나지 않으므로 특허기업에 부과되는 법적 의무 등은 공행정임무수행과 구별된다는 견해로, 정하중, 「행정법의 이론과 실무」, 법문사, 2012, 26면.

결의를 할 수 있는 규정을 두고 있다(도산법 제489조).[22]

파산선고가 되더라도 사업시행자가 영업을 계속하는 경우는 해당시설에 대한 영업권의 환가에 유리하므로 영업을 계속하는 것이다. 그런데 민간투자사업의 경우는 다른 이유로 영업의 계속이 요구될 수 있다. 사회기반시설의 지속적 공적 서비스 제공이라는 공익적 이익을 목적으로 (주무관청 등이 해당시설을 인수하여 연속하여 공적 서비스를 제공할 수 있을 때까지) 영업을 계속할 필요가 있다. 파산관재인은 법원의 허가를 받아 채무자의 영업을 계속할 수 있지만, 이 때 파산관재인 또는 법원은 민간투자사업 해당시설의 사용자 등 공익 등을 고려할 수 있는 법적 근거가 문제이다.

나. 파산관재인의 지위

파산선고가 있으면, 원칙적으로 채무자가 종전에 소유하고 있던 재산의 전부는 파산재단을 구성하고, 이에 관한 관리처분권은 파산관재인에게 속하게 된다(도산법 제384조). 파산관재인의 지위에 대하여는 파산관재인의 법적 지위와 관련하여, 채무자 대리설, 채권자 대리설, 직무설, 파산재단 대표설, 관리기구인격설 등 다양한 견해가 주장되고 있으나,[23] 일단 채무자가 파산선고 시에 가진 모든 재산은 파산재단을 구성하고 파산재단을 관리처분 권한은 파산관재인에게 속하므로 파산관재인은 채무자의 포괄승계인과 같은 지위는 가진다고 할 수 있다.[24]

현행 법률에 따라 파산관재인은 채권자, 채무자 등의 이익이 아닌 민간투자사업의 공적 이익을 고려하여 영업의 계속을 할 수 있는지 문제될 수 있다. 민간투자사업의 경우 파산절차에서 지속적인 공적 서비스 제공을 위하여 만약 채무자의 영업의 계속만을 강요한다면 채무자의 적자가 확대될 수 있고, 이는 현행 파산관재인의 지위에 반할 수 있기 때문이다. 나아가 파산관재인은 국민의 생존을 배려하는 급부행정방식의 하나로서 공법의 규율을 받는 민간투자사업의 시행을 중지하는 권한, 즉 본래 이는 주무관청의 권한으로 정하고 있는 것을 파산절차에서

---

22) 법원의 허가를 받아 파산관재인이 채무자의 영업을 계속하는 경우 채권자집회는 법원이 지휘한다는 점에서(도산법 제496조) 법원의 허가결정에 반하는 채권자집회의 결의가 사실상 성립할 수 없을 것이므로 입법적으로 도산법 제489조를 폐지하는 것이 타당하다는 견해로, 양형우, “파산절차개시의 일반적 효과”, 법조 제55권7호, 법조협회, 2006. 7, 164면.

23) 전병서, 위의 책, 89면; 윤남근, “파산관재인-그 법률상 지위와 권한을 중심으로—”, 파산법의 제문제(상), 재판자료 제82집, 법원도서관, 1999, 182~190면.

24) 전대규, 위의 책, 585면.

파산관재인이 행사하는 것이 문제가 없는가 하는 의문도 제기될 수 있다.[25)]

현행 도산법에 따른 파산관재인은 채권자들의 공평한 이익의 조정을 목적으로 하지, 공적 서비스의 지속적이고 적정한 제공이라는 목적까지 포함하는 것으로 확장할 수 있을지 의문이다. 파산관재인의 법적 지위와 관련하여, 공사법이 교차하는 영역에서 민간투자사업에서 제기되는 공익적 요소를 포함하여 취급할 수 있도록 법원 및 파산관재인의 지위를 새롭게 설정하는 것을 고민해야 할 것으로 보인다.

Ⅲ 미이행쌍무계약으로서의 실시협약

1. 미이행쌍무계약의 요건

가. 의의

도산법은 쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다고 정하고 있다(도산법 제335조 제1항). 쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시에 아직 그 이행 을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인에게 계약관계에 따른 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 것인가, 아니면 해제권이나 해지권의 행사에 의하여 계약관계를 소멸시킬 것인가 하는 선택권을 주고 있다. 파산관재인으로 하여금 파산재단의 이익을 위하여 이행의 청구나 계약의 해제 가운데 유리한 방법을 선택할 수 있도록 한 것이다. 한편, 도산법은 상대방에 대하여도 공평의 이념에 따라 파산관재인의 선택에 대응한 일정한 상대방 보호조치를 두고 있다(도산법 제473조 제7호, 제337조 제1항, 제335조 제2항). 도산법상 미이행 쌍무계약에 관한 이러한 특칙은 채무자 사업의 청산을 원활하게 함과 동시에 양 당사자 사이의 형평을 도모하기 위하여 마련된 것이라고 할 수 있다.

나. 쌍무계약일 것

1) 쌍무계약

쌍무계약이란 당사자 쌍방이 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하게 되는

25) 김혜영/박지혜/김정아/추정수, “민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시 지급금에 관한 연구”, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2015, 262면.

계약을 의미한다. 쌍무계약은 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서 쌍방의 채무 사이에는 성립・이행・존속상 법률적・경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것이다.[26] 그러나 본래 쌍방의 채무 사이에 법률적・경제적 견련관계가 없음에도 불구하고 당사자 사이의 특약으로 쌍방의 채무를 상환 이행하기로 한 경우는 여기의 쌍무계약에 해당하지 않는다[27].

2) 민간투자사업

민간투자법 제4조는 BTO방식을 사회기반시설의 준공과 동시에 해당 시설의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에 "귀속"되는 방식으로 정하고 있다. 또한 민간투자법은 BTO방식의 경우 총민간사업비의 범위에서 해당 시설의 준공 후 일정기간 "무상으로" 사용·수익할 수 있도록 규정하고 있다(민간투자법 제25조 제1항). 여기에서 일단 귀속이란 통상 해당시설의 소유권이 관리청이 속하는 행정주체에게 무상으로 이전하는 것을 말하는 것으로 이해될 수 있고,[28] 해당시설을 무상 사용・수익하도록 하는 규정까지 포함하여 고려하면, 이러한 규정들은 사업시행자가 해당시설을 국가 또는 지방자치단체에 이전한 것과 그에 따른 사용・수익권을 부여받는 것을 각 무상으로 하여 그 대가적 관계를 단절하고자 하는 것으로 해석될 수 있다.[29] 이는 국유재산법이나 공유재산법에서 정하는 행정재산을 "기부채납"한 자에 대하여 일정기간 "무상 사용・수익"하도록 하는 관련규정과도 유사하다. 국유재산법이나 공유재산법은 취득경위를 불문하고 일단 국유재산이나 공유재산이 된 경우에는 국유재산법이나 공유재산법에 따라 해당재산을 행정재산으로 안정적으로 규율하고자 하는 것이다.[30] 결국 이는 해당시설이 준공되어 행정주체에 일단 귀속되기만 하면 해당시설의 원상회복 등을 제한하여 주무관청이 안정적으로

---

26) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다60559 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다35851 판결.

27) 정영수, "도산절차상 미이행쌍무계약에 관한 연구", 민사소송 제13권 제2호, 한국민사소송법학회, 2009, 283면.

28) 그런데 민간투자법 제4조 제1호 BTO방식을 규정한 "해당시설이 준공과 동시에 국가 또는 지방자치단체에 귀속"된다는 의미가 해당시설의 소유권이 준공과 동시에 무상으로 등기 없이 물권변동이 된다는 것인지 아니면 위 법률규정은 단순히 사업추진"방식"을 정하는 것에 불과한 것으로 해당시설의 소유권 이전은 민법에 따르는 것인지 논란이 있을 수 있다. 홍성필, 윤성철, 위의 책, 164면.

29) 실무에서는 사업시행자가 해당시설 준공시 해당시설에 대한 기부채납 관련서면을 주무관청에 제출하고 있다.

30) 류지태/박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2010, 1028면.

소유하면서 공적 서비스를 공급하고자 하는 것으로 보인다. 이러한 점에 비추어 과연 민간투자사업의 경우도 상호의존성을 본질로 하는 쌍무계약의 성질을 가지고 있는지 의문이 제기될 수 있다.

그러나 사업시행자가 해당 사회기반시설을 준공하여 국가 또는 지방자치단체에게 이를 귀속시키는 것과 주무관청으로부터 일정기간 해당시설에 대한 사용·수익권을 부여받는 것은 협약당사자의 의사에 비추어 보면 본질적으로 상호 대가적 의미를 가지는 것이다. 민간투자법 제25조 제1항도 "총민간사업비의 범위에서 해당시설의 준공 후 일정기간 무상으로 사용·수익할 수 있다"로 정하고 있다. 즉 총민간사업비 범위에서 과도하지 아니한 무상 사용·수익기간을 정하도록 한 것은 민간사업시행자의 투자비와 이를 회수할 수 있는 무상 사용·수익권에 대한 대가관계를 염두 해 둔 규정이라 할 수 있다. 결국 민간투자법의 이러한 관련규정을 종합적으로 해석하면, 민간투자사업 실시협약은 대가적인 상호의존관계를 가지므로 쌍무계약으로 볼 것이나, 다만, 예외적으로 해당시설에 대한 국가 또는 지방자치단체의 소유를 통한 안정적인 공적 서비스를 제공하고자 하는 규정취지의 범위 내에서 쌍무계약의 상호의존성이 제약되는 것이다. 만약 실시협약이 해제 또는 해지되는 경우 해당시설이 국가나 지방자치단체에 귀속된 이후에는 해당시설은 사업시행자에게 원상회복되지 아니하는 등 관련규정의 공적 제한 이외에는 실시협약은 쌍무계약의 성질을 그대로 보유하는 것으로 보아야 한다.

다. 쌍방이 모두 이행을 완료하지 아니하였을 것

1) 쌍방의 채무미이행

파산관재인의 선택권은 파산선고 당시 채무자와 상대방 쌍방이 모두 이행을 완료하지 아니한 때에 발생한다. 채무자는 채무의 이행을 완료하였으나 상대방이 채무의 이행을 완료하지 않은 경우라면 파산관재인이 상대방에 대해 채무의 이행을 청구하면 되고, 반대로 상대방은 채무의 이행을 완료하였으나 채무자가 반대급부를 이행하지 않은 경우에는 상대방은 파산채권자로서 채무자에게 급부의 이행을 청구할 수 있다. 여기에서 이행을 완료하지 아니한 때에는 채무의 전부 불이행뿐만 아니라 일부만을 불이행한 경우도 포함하고, 채무의 이행을 완료하지 아니한 이유는 불문한다. 종된 급부만의 불이행, 불완전이행도 여기에서의 미이행에 포함된다.[31] 다만 단순히 부수적인 채무에 불과한 경우는 그 미이행이 있다고 하더라도 도산법 제335조에서 정한 미이행이라 할 수 없다.[32] 미이행의 원인은

묻지 않으므로[33] 계약 당사자의 귀책사유로 인하여 채무를 이행하지 않은 경우뿐만 아니라 조건이 성취되지 않았거나 기한이 도래하지 않았거나 동시이행의 항변권에 기해 채무의 이행을 거절하고 있는 것과 같이 정당한 사유에 근거하여 채무를 이행하지 않고 있는 상태인 경우도 포함된다.[34]

2) 부수적이지 아니한 채무의 미이행

일반적으로 미이행의 대상이 되는 채무는 계약의 주된 채무이어야 하고, 단순히 부수적인 채무에 불과한 경우에는 이를 미이행한 경우라고 하더라도 미이행쌍무계약 특칙이 적용되지 않는다고 해석한다.[35] 대법원도 미이행쌍무계약에서의 채무는 쌍무계약상 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 의미한다 할 것이고 계약상의 채무와 관련이 있다 하여도 막연한 협력의무는 특정조차 되지 아니하여 가사 미이행의 경우에도 이를 소구할 수 있는 것도 아니어서 이러한 부수적인 채무는 이에 해당하지 아니한다고 하고 있다.[36] 대법원은 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하려면, 당해 채무가 매매계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매도인이 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 매매계약 전부를 해제할 수 없다고 하였는데,[37] 이러한 점을 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 주요한 기준으로 할 수 있을 것이다. 이외에 대법원은 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용・목적・불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다고 판시한 바도 있다.[38]

---

31) 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 재판자료 제82집, 파산법의 제문제(상), 법원도서관, 1999, 443면.
32) 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865판결.
33) 대법원 1998. 6. 26.선고 98다3603판결, 대법원 2003. 5. 16. 선고 2000다54659판결.
34) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 박영사, 2014, 160면.
35) 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865판결.
36) 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865 판결.
37) 대법원 1997. 4. 7. 선고 97마575 결정.
38) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705 판결 등. 종래의 주된 의무와 부수의무의 개념과 분류는 해제권의 발생 여부를 판단하는 데에 유용한 기준이 아니며, 계약을 체결하게 된 경위나 과정, 계약의 내용이나 목적, 채무불이행의 양태와 그 결과, 당사자의 이익상태 등 채무불이행의

3) 민간투자사업

가) 건설기간 중 민간투자사업

민간투자사업 건설기간 중 파산절차가 개시되는 경우, 사업시행자는 사회기반시설을 준공하여 주무관청이 속한 행정주체에게 귀속시킬 이행의무를 완료하지 못하였고, 주무관청 역시 해당시설에 대하여 부여할 관리운영권의 부여할 시기가 도래하지 아니하였으므로 각 당사자의 이행의무는 잔존하게 된다. 따라서 이 경우는 도산법 제335조가 정하는 "이행을 완료하지 아니한 때"에 해당된다.

나) 운영기간 중 민간투자사업

민간투자사업 사업시행자는 운영기간이 시작되기 전에 주무관청으로부터 사용·수익권 또는 관리운영권을 설정 받으면서 동시에 사업시행자는 운영기간 동안 해당시설을 실시협약에 따라 정상적으로 운영할 의무를 부담한다(민간투자법 제26조 제3항). 즉 운영기간 중 사업시행자는 해당시설을 운영할 의무를 부담한다. 문제는 상대방인 주무관청이 운영기간 중 의무가 잔존하는지 여부이다.

민간투자사업의 경우 주무관청은 운영개시 전에 사업시행자의 건설 및 운영에 대한 대가로 사용료를 징수할 수 있는 관리운영권을 설정하는데, 주무관청이 이를 설정하면 주무관청은 실시협약에서 정한 자신의 이행의무를 모두 다 한 것으로 보는 입장이 있을 수 있다. 민간투자법은 관리운영권을 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 물권으로 보고, 민간투자법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법 중 부동산에 관한 규정을 준용하도록 정하고 있다(민간투자법 제27조 제1항). 운영기간 중 주무관청이 부담하는 채무는 물권인 관리운영권을 설정하는 것 이외에 다른 채무는 없거나 또는 있다고 하여도 부수적인 채무로 보는 입장이다. 이 입장에서는 주무관청이 사업시행자에 대하여 관리운영권을 이미 설정한 상태라면 더 이상 주무관청의 이행 미완료의 상태는 없으므로 도산법 제335조의 적용도 없게 된다.

그러나 먼저, 민간투자사업의 관리운영권을 사법에서 말하는 물권과 동일하게 볼 수 있는지 의문이다. 관리운영권 처분시 주무관청의 사전승인을 얻어야 하는 공법상 제한(민간투자법 제27조 제2항) 이외에도 만약 제3자가 관리운영권을 취

제반사정을 고려해볼 때 해제권을 허용하는 것이 정당한지 여부에 따라 판단하여야 한다는 견해로, 최수정, "해제권을 발생시키는 채무불이행 –주된 의무와 부수적 의무의 구분에 대한 재검토", 저스티스 제35권 제4호(통권 제68호), 한국법학원, 2002, 83~85 및 90~91면.

득하게 되는 경우 제3취득자는 민간투자사업의 사업시행자의 지위까지 당연히 취득하는 것은 아니므로 정상적인 사회기반시설을 사용·수익하기 위해서는 관리운영권만 취득해서는 안 되고 별도로 주무관청과 실시협약을 체결해야 한다는 견해[39] 등에서 제시하는 바와 같이 관리운영권은 일반적인 사법에서 말하는 물권으로서 대세적인 권리와 동일하게 보기 어렵다. 제3자가 실시협약에서 정한 다양한 협력의무를 인수받음이 없이 관리운영권만을 양수받아서는 해당시설을 사용·수익 그리고 운영하는 의무를 정상적으로 할 수 있을지 의문이다.

다음으로, 운영기간 중 실시협약에 따른 주무관청의 주된 의무는 관리운영권의 설정의무 이외에도 다양하게 존재한다고 보아야 한다. 주무관청은 운영기간 동안 사업시행자로 하여금 부지를 무상 사용·수익할 수 있도록 해야 할 의무[40], 최소운영수입보장(Minimum Revenue Guarantee)이 존재하는 경우 그 보장의무, 운영기간 만료시까지 경쟁시설의 신설을 제한하는 의무 또는 불가피하게 허용하여야 한다면 그 보상의무, 매년 사용료 인상에 대한 협조의무, 장기간 불가피하게 발생하는 총사업비 또는 운영비용 변동에 대한 조정의무 등 기타 운영기간 중 발생하는 다양한 사업위험에 대한 주무관청의 부담이 존재한다[41]. 이러한 주무관청의 협조의무는 실시협약에 그 사유 및 처리에 대하여 상당히 구체적으로 정하고 있다. 이러한 협조의무는 운영기간 중 주무관청이 부담하고 있는 "주요한" 조건미성취 또는 기한미도래의 채무이다. 특히 사업위험에 대한 주무관청의 부담은 민관협력의 방식으로 양 당사자의 협력을 통하여 시너지효과를 갖고자 장기간 사업기간 중 발생할 수 있는 다양한 사업위험에 대하여 합리적으로 그 위험을 배분하고자 설정한 조건들이다. 20년, 30년 장기간 운영하여야 민간투자사업에서 발생하는 다양한 사업위험에 대한 합리적 분담은 부수적이거나 경미한 것으로 치부할 수 없을 만큼 중요한 것이다. 따라서 만약 실시협약에서 관리운영권 설정 이외에 주무관청의 이러한 의무부담이 없으면 사업시행자는 실시협약을 체결하지 아니할 가능성이 상당하고, 또는 투자금 및 회수금 산정이 상당한 정도로 달라졌을 것이며, 주무관청이 해당 의무를 이행하지 못하였을 경우 사업시행자에게 실시협약의 해

39) 허익렬·김규식·김건호, "프로젝트 파이낸스에서의 담보에 대한 검토", BFL 제37호, 서울대학교 금융법센터, 2009, 60~61면.

40) 관리운영권은 해당시설에 대한 무상 사용·수익할 수 있는 권리이지 해당부지까지 포함하는 권리는 아니다(민간투자법 제25조). 해당부지는 별도로 무상 사용·수익할 수 있는 권리를 확보하여야 한다(민간투자법 제19조).

41) 한국개발연구원 공공투자관리센터, 앞의 책, 16~51면.

지권도 발생하였을 가능성도 높다. 이러한 관리운영권 설정 채무 이외의 채무들을 두고 단순한 부수적 의무로 보기 어렵다. 결국 일반적인 민간투자사업의 경우 운영기간 중에도 주무관청의 관리운영권 설정의무 이외에 부수적으로 볼 수 없는 다양한 채무가 잔존하고 있는 이상, 운영기간 중 실시협약이 해지되는 경우 주무관청도 도산법 제335조가 정하는 "이행을 완료하지 아니한 때"에 해당된다.[42]

2. 파산관재인의 선택권의 행사 및 효과

가. 파산관재인의 선택권

도산절차가 개시되면 파산관재인은 미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지나 이행을 선택할 수 있다. 파산관재인은 기본적으로 모든 채권자의 이익을 대표하는 지위에 있으므로, 관리인과 파산관재인의 선택권 행사를 통해 미이행 쌍무계약에 따른 법률관계의 존속 여부를 신속하고 명확하게, 나아가 통일적으로 결말지어 모든 채권자에게 공평한 만족을 보장할 수 있도록 하기 위한 것이다. 파산관재인이 선택권을 행사하지 않고 있는 경우, 상대방은 계약의 존속 여부를 알 수 없어 불안정한 지위에 놓일 우려가 크므로 회생파산법은 상대방이 파산관재인에게 선택권 행사 여부를 최고(催告)할 수 있도록 하고 있고, 파산관재인이 확답을 하지 않는 경우에는 계약을 해제한 것으로 보도록 하고 있다(도산법 제335조 제2항).

그런데 민간투자사업의 경우 파산관재인이 미이행 쌍무계약인 실시협약의 해제 또는 해지를 선택하는 경우, 파산관재인은 파산재산의 이익 이외에 민간투자사업의 지속적 공적 서비스 제공이라는 공익적 이익도 고려하여야 한다. 실시협약의 해제 또는 해지의 경우에도 해당시설을 인수한 자가 새롭게 정상적인 운영이 이루어질 수 있는 시점까지는 누가 해당시설을 운영할지, 운영에 관련된 수입과 비용을 어떻게 할지 등 기타 필요한 사항들을 정해야 한다. 이러한 이유로 파산관재인은 상대방인 주무관청과 일정한 협의를 거칠 수밖에 없을 것으로 보인다. 이러한 사항에 대하여 내용적 규율이 어렵다면 주무관청과 협의절차를 두고 이를 통하여 방안을 마련할 수 있는 절차적 규정이라도 두는 것이 바람직하다. 최근 신설된 도산법 제335조 제3항은, 파산관재인이 국가를 상대방으로 하는 「방위사업법」 제3조에 따른 방위력개선사업 관련 계약을 해제 또는 해지하고자 하는 경우 방위사업청장과 협의하여야 한다고 정하고 있다.

---

42) 유사한 견해로, 김혜영/박지혜/김정아/추정수, 앞의 보고서, 260면.

나. 이행을 선택한 경우

파산관재인이 이행을 선택한 경우 상대방이 가지는 청구권은 재단채권이 되고, 원칙적으로 완전한 이행을 받는다(도산법 제473조 제7호). 파산관재인이 이행을 선택할 경우 법원의 허가를 받아야 한다(도산법 제492조 제9호). 파산은 회생절차와 달리 청산을 목적으로 하므로 이행청구를 제한하는 것이다.

민간투자사업의 경우 파산관재인이 실시협약의 종국적인 이행을 선택하는 경우는 많지 않을 것으로 보인다. 민간투자사업의 경우 사업시행자의 영업은 해당 민간투자사업 이외의 다른 영업이 존재하기 어렵고(민간투자법 제14조),[43] 민간투자사업을 이행할 것이 유리한 경우라면 굳이 파산신청을 하지 아니하였을 것이기 때문이다.

다. 실시협약의 해제 또는 해지를 선택한 경우

1) 약정해제권과의 구별

도산법 제335조 제1항에 따라 파산관재인에게 인정되는 해제 또는 해지권은 채무자의 청산을 원활하게 하기 위해 특별히 파산관재인에게 인정하는 것이므로 채무불이행을 원인으로 하는 민법상의 해제 또는 해지권과는 성격이 다르다. 민법상의 법정 또는 약정 해제 또는 해지권과는 별개의 권리이다.[44] 도산법 제335조 1항에 따른 파산관재인의 해제 또는 해지권이 민법상 채무불이행으로 인한 해제 또는 해지권 등을 배제하는 것은 아니며, 양자는 병존할 수 있다고 해석된다.[45]

민간투자사업 실시협약의 경우 파산관재인의 선택권에 따라 실시협약이 해제 또는 해지되는 경우와 실시협약에서 정하고 있는 협약당사자에 의한 해제 또는 해지되는 경우는 구별해서 보아야 할 것이다. 따라서 실시협약 해제 또는 해지의 효과로서 통상 행정주체가 사업시행자에게 지급하기로 약정한 금액은 도산법 제335조에 따른 파산관재인에 의한 실시협약 해제 또는 해지의 경우에도 당연히 적용되는 것은 아니다.

---

43) 민간투자법 제14조 제4항에 따르면 신설법인인 사업시행자는 주무관청이 인정한 사업 이외에 다른 사업을 할 수 없다. 다만 신설법인이 아닌 기존법인의 경우도 사업시행자가 될 수 있는데, 이 경우는 이러한 제한이 없다.

44) 김영주, “도산절차상 미이행 쌍무계약에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 2013, 103면.

45) 김영주, 위의 논문, 103면.

2) 파산관재인에 의한 계약 해제 또는 해지의 효과

파산관재인이 해제 또는 해지권을 선택하여 행사할 경우 원칙적으로 법원의 허가를 받을 필요는 없다(도산법 제492조 제9호). 파산은 청산을 전제로 하는 절차이므로 계약을 해제 또는 해지하는 것이 원칙적인 모습이기 때문이다. 계약이 해제 또는 해지되었을 경우의 그 법적 효력으로서, 원상회복 또는 청산 의무 및 손해배상 의무가 문제된다. 파산관재인에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 상대방에게 손해가 생기면 그 손해배상청구권은 파산채권이 된다. 상대방이 이미 일부를 이행하여 그 급부의 목적물이 파산재단 중에 현존하는 때에는 그 반환을 청구할 수 있고, 현존하지 않는 때에는 목적물의 가액에 관하여 재단채권자로서 권리를 행사할 수 있다(도산법 제337조). 이 때 파산관재인은 법원으로부터 환취권 또는 재단채권의 승인을 허가받아야 하며, 감사위원이 설치되어 있는 경우에는 감사위원회 동의를 얻어야 한다(도산법 제492조 제13호). 이러한 환취권 또는 재단채권과 파산관재인의 상대방에 대한 원상회복청구권은 동시이행관계에 있다.

3) 건설기간 중 파산관재인에 의한 실시협약의 해제 효과

민간투자사업 실시협약은 사법상 계약에 비추어보면, 다양한 전형계약이 하나의 계약 속에 포함되어 있는 혼합계약으로 볼 수 있다. 그런데 건설기간 중 민간투자사업 실시협약의 법률관계는 사업시행자는 사회기반시설을 준공하여 주무관청에 귀속시켜야 하고 주무관청은 사업시행자에게 해당시설에 대한 사용·수익권을 부여하여야 하는 민법상 도급계약과 유사한 성격을 가진다. 도급계약 해제시의 법률관계를 유추 적용할 수 있다.

건설공사도급계약의 경우 일반적으로 계약이 해제되는 경우 원상회복의무를 부담하나, 일정한 경우 원상회복에 제한을 둔다. 대법원은 건설공사도급계약이 공사도중 해제된 경우 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적 경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 된다면, 도급계약은 미완성부분에 대해서만 실효되어 수급인은 해제된 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고, 도급인은 그 건물의 기성고 등을 참작하여 인도받은 건물에 대하여 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다고 한다.[46]

민간투자사업의 경우도 일반적으로 건설기간 중 실시협약이 해제되는 경우 시공 중인 사회기반시설을 원상회복하게 되면 이는 중대한 사회적·경제적 손실을

46) 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116판결 등.

초래하고 다른 한편 완성된 시설이 도급인에 해당하는 국가나 지방자치단체에게 이익이 된다고 볼 수 있다.[47] 주무관청은 사업초기에 해당시설의 필요성 여부에 대하여 이미 타당성분석(민간투자법 제8조의2 제3항)을 시행하였을 뿐만 아니라 실시계획 승인절차를 두고 있고(민간투자법 제15조) 또한 적정시공을 담보하기 위하여 주무관청이 건설기술용역업자를 선정하여(건설기술관리법시행령 제58조 제4항) 시공감독을 하고 있는 점에 비추어 시공 중인 해당시설도 주무관청에 이익이 되는 것을 쉽게 알 수 있다. 다른 한편 해당 사회기반시설이 사업시행자에게 복귀된다고 한 들 그 용도에 비추어 해당시설은 사업시행자에게 아무런 사적 효용이 없을 것이다. 결국 건설기간 중 실시협약 해제되는 경우 시공 중인 해당 시설은 주무관청에 귀속하게 하고 사업시행자는 이에 상응하는 가액을 지급받도록 취급하는 것이 합리적이다.

우리나라 민간투자사업기본계획도 실시협약이 해제되는 경우 해당 시설은 주무관청에 귀속되는 것으로 정하면서, 사업시행자에게 이에 상응하는 가액을 지급하는 방식으로 이를 처리하고 있다(민간투자사업기본계획 제37조 제3항 별표4). 일본 민간투자사업 계약가이드라인도 “시설의 완공 전에 PFI사업계약이 해제되었을 경우, 원상회복을 꾀하는 것이 아니고 관리자등이 계약해제 후 시설의 완성형 부분을 이용해서 건설공사를 계속하는 것이 타당하다고 판단할 때 또는 시설의 건설공사의 진척도가 높은 단계에 있는 등 완성형 부분의 매수가 사회통념상 합리적이라고 인정받을 때, 관리자등은 선정사업자에게 시설의 완성형 부분을 합리적인 대가로 매수할 수 있는 내용으로 규정하고, 법정 해제의 효력의 구성(원상회복)을 약정에서 수정한다”고 규정하고 있다.[48]

문제는 사업시행자가 지급받을 가액을 어떻게 산정하는가 하는 점이다. 대법원은 수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우, 기성부분과 미시공부분에 실제로 소요되거나 소요될 공사비를 기초로 산출한 기성고비율을 약정공사비에 적용하여 그 공사비를 산정하여야 하고, 기성고율은 이미 완성된 부분에 소요된 공사비에다가 미시공부분을 완성하는데 소요될 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 이미 완성된 부분에 소요된 공사비가 차지하는 비율이라고 본다.[49]

---

47) 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116판결.

48) 内閣府 民間資金等活用事業推進室, 契約に関するガイドライン－ＰＦＩ事業契約における留意事項について-, 2015, 106面.

49) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다40995판결.

그런데 민간투자사업의 경우 이러한 공사도급계약에서의 약정공사비를 기준으로 한 도급계약 해제시까지의 완성된 기성고비율을 고려한 금액으로 사업시행자가 지급받을 가액을 산정하는 것은 타당하지 않다. 민간투자사업의 경우 사업시행자는 해당시설의 준공의 대가로 일정한 금액을 약정한 것이 아니라 해당시설의 사용·수익권을 얻을 것으로 약정하였는데, 이 때 사용·수익권은 사업시행자가 수요위험 등 경제적 위험을 부담하는 것을 전제로 하는 권리이고[50], 따라서 이 권리의 가치는 향후 해당시설의 실제 수요 등에 근거한 얻을 수 있는 해당시설 사용·수익권의 시장가치일 것이다. 수급자가 해당시설의 수요위험 등을 부담하지 않는 재정사업과 다르다. 따라서 건설기간 중 파산관재인에 의한 실시협약이 해제되는 경우 사업시행자가 지급받을 금액은 재정사업 또는 일반적인 공사도급계약이라면 "약정된 공사비 × 파산관재인이 도급계약을 해제할 때까지 기성고비율"일 것이지만, 민간투자사업의 경우는 "수요위험 등이 고려된 사용·수익권의 (시장)가치 × 파산관재인이 도급계약을 해제할 때까지 기성고비율"로 산정되어야 할 것으로 본다.

다만, 건설기간 중에는 아직 해당시설을 운영한 바가 없으므로, 사용·수익권의 시장가치가 현실화되지 아니하여 실제 사용·수익권의 시장가치를 파악하는 것이 기술적으로 어려울 수 있다. 이 경우 실시협약 체결 당시 약정한 총사업비 등을 기준으로 완성된 기성고비율에 상응하는 금액을 해당시설 사용·수익권의 시장가치로 "편의상" 갈음해 볼 수도 있을 것이다[51]. 우리나라 민간투자사업 기본계획은 (비록 채무불이행에 따른 실시협약 해지시 지급금을 정한 규정이지만) 건설기간 중 실시협약이 해제되는 경우 원상회복 또는 청산의 기준으로 사용·수익권의 가치가 아닌 기투입 민간투자자금을 기준으로 하고 있고[52], 일본 민간투자사업 계약의 관한 가이드라인도 설계도서에 근거한 시설의 진척도에 상당하는 금액으로 보고 있다.[53]

---

50) 앞에서 본 바와 같이 민간투자사업 사업시행자는 해당시설의 수요위험 등 경제적 위험을 부담하는데, 이는 BTO방식 등 Concession의 본질적 특징이다.

51) 이러한 경우 사업시행자가 준공에 임박하여 해당시설의 수요가 낮을 것으로 예상되는 경우 건설기간 중 의도적인 경제적 파탄이 이루어질 수도 있다.

52) 민간투자사업기본계획 제37조제3항 별표4.

53) 内閣府 民間資金等活用事業推進室, 契約に関するガイドライン－ＰＦＩ事業契約における留意事項について-, 2015, 107面.

4) 운영기간 중 파산관재인에 의한 실시협약의 해지 효과

운영기간 중 실시협약을 사법상 계약에 비추어 보면, 사업시행자는 해당시설을 사용·수익하고 주무관청은 사업시행자로 하여금 해당시설 및 해당부지를 사용·수익하도록 할 의무가 있으며, 운영기간 동안 사용료 인상에 대한 협력의무, 운영비용의 변동사유가 발생하면 이를 변동시켜줄 협력의무, 각종 사업위험이 발생하면 그 처리에 대한 협력의무 등이 존재한다. 운영기간 중 실시협약을 임대차계약 등과 유사한 계속적 계약관계로 유추 적용할 수 있을 것으로 보인다[54].

이러한 실시협약이 운영기간 중 해지되면 청산의 문제가 발생하고, 주무관청이 청산시 사업시행자에 대하여 지급할 금액은 청산시의 사용·수익권의 객관적 가치일 것이다. 실시협약 해지시 사용·수익권의 객관적 가치는 위에서 본 바와 같이 사업시행자가 수요위험 등을 부담하기 때문에 실시협약 해지시 실제 수요가 반영된 시장가치이어야 할 것이다. 그런데 사용·수익권의 시장가치를 고려할 때 과연 사회기반시설에 대한 사용·수익권에 대한 유통시장(liquid market)이 존재하는지 여부가 문제될 수 있는데,[55] 유통시장의 존재가 문제된다면 이에 대한 차선의 방법으로 해당사업의 잔존기간 동안 해당시설을 운영하는 경우 사용자로부터 받을 수 있는 사용료 수입, 즉 미래기대현금흐름의 현재가치(Net Present Value of future cashflows)를 일응 사용·수익권의 객관적 가치로 대체할 수도 있을 것으로 생각된다.[56] 아무튼 청산시 기준금액은 실시협약 체결시 약정된 금액이 아니라 실제 수요 등이 반영된 사용·수익권의 가액이어야 한다.[57]

그러나 파산관재인에 의한 실시협약 해지 효과로서 사업시행자가 해지시 받을 청산가치를 사용·수익권의 시장가치 또는 잔존기간 동안의 미래기대현금흐름의

---

54) 대법원은 영업허가권 및 시설물 일체를 매매함에 있어 매수인이 계약금을 지급하고 그 잔금지급 이전에 그 목적물을 인도받아 이를 사용·수익하면서 잔금에 대한 이자 상당액으로서 매월 일정 금액 및 제세공과금, 임대료 및 관리비 등 건물주가 청구하는 일체의 금원을 지급하기로 한 경우, 그 계약의 법적 성격은 단순한 매매가 아니라 매매계약과 매매계약금을 임차보증금으로 하고 월 차임을 잔금에 대한 이자 상당액으로 하는 임대차계약이 혼합된 계약으로 봄이 상당하므로, 그 계약이 매도인의 귀책사유로 이행불능되어 매수인이 이를 해제하였다 하더라도 그 계약으로 생겼던 법률효과가 모두 소급적으로 소멸한다고는 할 수 없고, 그 계약 중 임대차계약의 성질을 가진 부분은 그 이행불능시까지 이미 완전히 목적을 달성하고 있었으므로 그 이행불능으로 해지된 것으로서 장래에 향해서만 계약관계가 종료되었다고 보아야 한다고 한다. 대법원 1996. 7. 26. 선고 96다14616판결.

55) HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, 2012, p.204.

56) NPV of future cashflows방식의 문제점에 대하여는 HM Treasury, supra note, p.202.

57) 사업시행자가 수요위험을 부담하는 위험배분의 합리성에 의문이 제기되므로 최근에는 이러한 방식이 후퇴하고 있다는 견해도 있다. E.R.Yescombe, supra note, p.19.

현재가치로 보더라도, 이와 같은 결론은 민간투자사업의 성질에 비추어 본 원칙적 해석일 뿐 실무에서는 파산관재인에 의한 실시협약 해지에 따른 효과를 이와 달리 정할 수 있을 것이다[58]. 오히려 실시협약의 중도 해지의 효과에 따른 사업시행자가 지급받을 청산가치(손해배상 포함) 등은 당해 주무관청의 정책방향 또는 투자자, 대주 등 기타 사업참여자들의 여건, 기타 우리나라의 민간투자사업의 환경 등이 고려되어 정책적으로 정해질 가능성이 높을 것이다[59].

우리나라의 경우 (비록 채무불이행 사유로 인한 실시협약 해지시 지급금 관련 규정이지만) 운영기간 중 실시협약이 해지되는 경우 사업자귀책인 경우는 "기투입 민간투자자금"을 기준으로, 정부귀책 또는 불가항력 사유로 인한 경우는 "기투입 민간투자자금과 실적치에 근거한 미래기대현금흐름의 현재가치"를, 즉 기투입자금과 실제수요에 근거한 미래기대현금흐름의 현재가치를 혼용하여 그 기준으로 하고 있다(민간투자사업기본계획 제37조 제3항 별표4 참조). 영국의 PFI(Private Finance Initiative)사업의 경우 시장에서 해당 프로젝트 재입찰을 상정하고 있으므로 일응 시장가치를 기준으로 하고는 것으로 보이고[60], 일본의 경우는 민간투자사업 계약가이드라인은 운영기간 중 실시협약 해지의 경우 "건설공사비"를 그 기준으로 정하고 있다.[61]

---

58) 실시협약 해지에 따른 지급금 산정방식은 시장가치에 기반하는 경우, 장부가액에 기반하는 경우, 부채금액에 기반하는 경우, 자금조달에 기반하는 경우 등 다양하게 정할 수 있다. 김혜영/박지혜/김정아/추정수, 앞의 보고서, 205-216면.

59) 현재 우리나라 민간투자사업의 출자자, 대주 등 사업참여자들은 주무관청이 사업시행자 귀책사유로 실시협약을 해지하였을 때 사업시행자가 주무관청으로부터 지급받을 수 있는 금액을 (파산절차에서 파산관재인이 실시협약을 해지하는 경우에도) 자신들이 최소한으로 회수할 수 있는 금액으로 전제하고 있을 가능성이 상당하다. 실무상 선순위대출금은 민간투자사업이 중도에 종료되더라도 모두 또는 대부분 회수할 수 있을 것으로 금리 등 금융조건을 정했을 가능성이 있고, 협약당사자들은 실시협약의 해지시 지급금의 범위도 선순위대출금을 고려하여 정했을 가능성도 높기 때문이다. 그러나 이 문제는 파산시 실시협약 해제 또는 해지 효과에 대한 당사자 약정 유무, 약정내용 등에 따라 달라질 것이므로 해당사업의 실시협약의 해지와 관련된 조항들에 대한 해석의 문제로 보인다.

60) HM Treasury, supra note, p.202. PP.203-211.

61) 일본 계약가이드라인은 선정사업자의 귀책사유에 의한 해제의 효력(시설의 완공 후의 해제)에서 "BOT방식의 선정사업의 경우 시설의 매입가격은 건설공사비 원본의 미불총액과 그 지불금리(할부 지불의 경우)로 되는 것이 통례이다"라고 정하고 있다. 内閣府 民間資金等活用事業推進室, 契約に関するガイドライン－ＰＦＩ事業契約における留意事項について-, 2015, 108面.

Ⅴ. 결론

파산절차의 영역에서도 현대 급부행정에서 요구되는 국민의 생존에 중요한 공적 서비스는 지속적으로 제공되어 사회국가원리가 관철될 필요가 있다. 따라서 민간투자사업의 경우 파산절차 내에서도 공적 서비스의 제공이 지속되어야 한다는 특수성이 존재한다. 이러한 특수성에 대한 내용적 규율이 어렵다면 적어도 파산절차에서 해당시설을 통한 지속적인 공적 서비스가 가능하도록 파산관재인과 주무관청의 협의절차를 신설하는 것을 고려할 수 있다.

민간투자사업 실시협약의 경우 도산법 제335조 제1항이 적용되는지 여부도 살펴보았다. 일정한 공법적 제약을 고려하더라도 민간투자사업 실시협약은 사업시행자는 해당시설의 준공 및 인도의무, 해당시설의 운영의무 등을 주요하게 부담하고 주무관청은 해당시설 및 해당부지에 대한 무상 사용·수익권 부여의무, 사업기간 중 다양한 사업위험에 대한 협력의무 등을 주요하게 부담하므로, 본질적으로 쌍무계약의 성격을 가지고 있다. 또한 사업기간 동안 민관협력이란 특징을 통하여 추진되는 사업인 이상 실시협약의 해지 시점에서 통상 쌍방의 협력의무가 주요하게 남게 되어 쌍방 미이행상태에 있게 된다. 민간투자사업 실시협약의 경우 도산법 제335조 제1항이 적용된다.

파산관재인에 의한 실시협약 해제 또는 해지의 효과로 주무관청이 사업시행자에 대하여 지급하는 가액은 사업자가 해당시설의 수요위험 등을 부담하지 않는 재정사업과 달리 보아야 한다. 따라서 사업시행자가 민간투자사업에 대한 수요위험 등 경제적 위험을 부담하게 되는 민간투자사업(Concession)의 성질을 고려하면 도산법 제335조에 따른 실시협약 해제 또는 해지의 원상회복 또는 청산 가치는 원칙적으로 해제 또는 해지시점의 사용·수익권의 시장가치를 그 기준으로 보아야 한다.

(논문투고일: 2017.09.04., 심사개시일: 2017.09.04., 게재확정일: 2017.09.25.)

황 창 용

미이행쌍무계약, 파산절차, 민관협력사업, 민간투자사업 실시협약, 파산관재인의 선택권

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김동희, 「행정법Ⅰ」, 박영사, 2016.

김성수, 「개별행정법」, 법문사, 2004.

류지태/박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2010.

박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2015.

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 박영사, 2014.

전대규, 「채무자회생법」, 법문사, 2017.

전병서, 「도산법」, 법문사, 2006.

정하중, 「행정법의 이론과 실무」, 법문사, 2012.

홍성필/윤성철, 「민간투자사업분쟁관계법」, 법과 교육, 2014.

홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2011.

E. R. Yescombe, Public-Private Partnerships, Butterworth-Heinemann, 2010.

HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, 2012.

Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, Sweet& Maxwell, London, 2014.

Ⅱ. 논문

김영주, “도산절차상 미이행 쌍무계약에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2013.

김혜영/박지혜/김정아/추정수, “민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시 지급금에 관한 연구”, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2015.

박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 재판자료 제82집, 파산법의 제문제(상), 법원도서관, 1999.

양형우, “파산절차개시의 일반적 효과”, 법조 제55권7호, 법조협회, 2006. 7.

윤남근, “파산관재인-그 법률상 지위와 권한을 중심으로—”, 파산법의 제문제(상), 재판자료 제82집, 법원도서관, 1999.

이규방/송병록/김영대/박재민/정민웅, “인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구”, 국토연구원, 2000.

정영수, “도산절차상 미이행쌍무계약에 관한 연구”, 민사소송 제13권 제2호, 한

국민사소송법학회, 2009.
최수정, “해제권을 발생시키는 채무불이행 –주된 의무와 부수적 의무의 구분에 대한 재검토”, 저스티스 제35권 제4호(통권 제68호), 한국법학원, 2002.
허익렬/김규식/김건호, “프로젝트 파이낸스에서의 담보에 대한 검토”, BFL 제37호, 서울대학교 금융법센터, 2009. 9.
홍성필/노승범/정민웅, “사회기반시설에 대한 민간투자법령 정비방안 연구”, 한국개발연구원, 2007.
황호동/황학천/김길홍, “사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 해석”, BFL 제37호, 서울대학교 금융법센터, 2009. 9.

Ⅲ. 기타

한국개발연구원, 2016년 KDI 공공투자관리센터 연차보고서, 2017. 4.
한국개발연구원 공공투자관리센터, 「수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약(안)-도로사업-」, 2010.
Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 2004.
UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations New York, 2001.
World Bank, Concession for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award, 1998.
内閣府 民間資金等活用事業推進室, 契約に関するガイドライン－ＰＦＩ事業契約における留意事項について-, 2015.
内閣府 民間資金等活用事業推進室, ＰＦＩ事業におけるリスク分担等に関するガイドライン, 2015.

Abstract

A Study on Concession Contract as Executory Bilateral Contract in bankruptcy Procedure

Hwang, Chang Yong

Concession contract is used to deliver public services. Concession involves a contractual arrangement between a public authority and a concessionaire as Public-Private Partnerships that has shown its added value. The latter provides public services and is remunerated by being permitted to exploit the service.

Article 335 (1) of the Bankruptcy Act stipulates that, when a debtor and the other party to a bilateral contract have yet to fulfill the contract at the time they are each declared bankrupt, the bankruptcy trustee shall cancel or terminate the relevant bilateral contract or require the fulfillment of the other party's obligations after fulfilling the debtor's obligations.

This paper deals with Concession Contract as Executory Bilateral Contract in the bankruptcy proceedings.

Although Concession Contract has some features of public law which do not match the bilateral contract in civil law, the concessionaire shall bear the obligation to "complete the construction and operate the facility," and the competent authority shall bear the obligation to "grant use rights to the facility and cooperate with various business risks" in essence. It is a contract between two parties where each party bears reciprocal obligations upon a single contract. So the Concession Contract should be regarded as a bilateral contract.

Both of parties can not be regarded as fulfilling all of their performances of the concession contract at the time the concession contract is early terminated, since both have the obligations to cooperate with each other throughout the project

period in light of public-private partnership projects. Therefore, when the concession contract is early terminated, the concession contract at that time shall be regarded as a non-execution contract for both parties.

The continuing provision of public services aimed at the concession contract should be undertaken as far as possible in bankruptcy proceedings. It is necessary to consider establishing new regulations that the bankruptcy trustee shall consult with the relevant competent authority, where he/she cancels or terminates a concession contract, The recent revision of Article 335 (3) of the Bankruptcy Act is worthy of reference.

When examining the effect of early termination of the concession contract, it should be considered that the concessionaire bears economic risk such as demand risk. Therefore, the amount of money to be returned by the concessionaire at the time of early termination of the concession contract should be the market value of the use right of the facility.

Hwang, Chang Yong

Executory Bilateral Contract, Bankruptcy Procedure,
Public-Private-Partnerships, Concession contract, the Option of Trustee

成均館法學

第29卷　第3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 편집위원장를 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 판정하고, 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 있은 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 추가부담금을 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.

法學硏究所 운영위원회

- 연구원장 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學硏究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편 집 위 원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교) 김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교) 윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)

法學硏究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤 리 위 원 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3號

1판 1쇄 인쇄 2017년 9월 30일
1판 1쇄 발행 2017년 9월 30일

발 행 인 : 배 병 호
발 행 처 : 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