

成均館法學

第31卷 第2號



法學研究院

2019

발 간 사

또 한 계절이 지나고 다른 계절이 다가옵니다. 어느덧 올해도 중반을 넘기고 있습니다. 모두들 올 초에 세운 계획은 잘 실천하고 계신지요?

저희 법학연구원도 2019년도 한국연구재단 학술지 계속평가를 준비하는 가운데 벌써 올해 두 번째 『성균관법학』을 발간하게 되었습니다. 연구와 강의로 바쁜 가운데서도 귀중한 옥고들을 보내주신 투고자분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 드립니다. 여러분들의 소중한 옥고들을 접하는 것은 오랜 가뭄 끝에 내리는 단비에 못지않은 큰 기쁨입니다. 법학연구원도 여러분의 성원에 힘입어 『성균관법학』이 법학 연구자분들이 어려운 학문의 바다를 향해하는 가운데 서로에게 위로와 힘이 되는 항구로서 역할을 충실히 잘 수행할 수 있도록 부단히 노력하겠습니다.

이번 호에도 다양한 법학 분야의 논문들이 게재되었습니다. 벨기에의 헌법재판제도, 예비재판관 제도, 조례에 대한 규범통제, 국정감사제도, 지능정보사회와 행정지도의 해석, 지능정보사회에서의 완전자동 행정행위 등의 공법 분야뿐만 아니라 민법상 위험책임의 해석과 동적 체계론의 역할, 직무발명보상금 산정에서의 대상 직무발명의 기여도 산정법리, 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토 등의 민사법, 지식재산권, 국제법 분야의 논문 등 9편의 논문들이 게재되었습니다.

투고 논문들의 심사와 편집에 수고를 아끼지 않으신 심사위원 및 편집위원들에게도 감사의 인사를 드립니다. 그리고 『성균관법학』 제31권 제2호 발간을 위해 애써준 법학연구원 식구들에게도 고맙다는 인사를 전합니다.

더워지는 날씨에 건강에 유의하시고 항상 행복하시기를 기원합니다. 감사합니다.

2019. 6. 30.

법학연구원장
고 동 원

目 次

[研究論文]

• 벨기에의 헌법재판제도	이황희	1
• 조례에 대한 규범통제 및 입법적 개선방안	홍수동	33
• 현행 국정감사제도의 개선방안에 관한 연구	신성용	61
• 지능정보사회와 행정지도의 재해석	최용혁, 소병수	113
• 지능정보사회에서의 완전자동 행정행위	홍민정, 강현호	143
• 민법상 위험책임의 해석과 동적 체계론(Flexible System)의 역할에 대한 고찰	이승현	175
• 불능미수에 대한 오해와 벽용(擲踊)	김재현	231
• 직무발명보상금 산정에서의 대상 직무발명의 ‘기여도’ 산정법리	정차호, 문려화	287
• ‘폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 협약’상 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토	이길원	345

CONTENT

Articles

• Constitutional Justice in Belgium	Lee, Hwanghee	1
• Legal Improvement for Ordinance Resolution and Review of Norm	Hong, SooDong	33
• A Study on the Improvement of the Inspect of the Government Offices	Shin, Seong-Yong	61
• A Study of Administrative Guidance	Choi, Yong-Hyuk So, Byung-Soo	113
• Fully Automated Administrative Act in Intelligent Information Society	Hong, Min Jeong Kang, Hyun Ho	143
• Consideration of an Interpretation of Risk Liability under Civil Code and of Roles of Flexible System	Lee, Seung Hyun	175
• Legal Discussion about the Impossible Attempt	Kim, Jae-hyun	231
• The Employee Inventions Apportionment Ratio Calculation Jurisprudence in Calculating Employee Invention Remuneration	Chaho JUNG WEN LIHUA	287
• A Study on Environmental Impact Assessments under the London Convention and Protocol	Lee, Kil Won	345

벨기에의 헌법재판제도

이 황 희*

【목 차】

I. 서론

II. 벨기에 헌법의 주요 특징

1. 개관
2. 연방제

III. 헌법재판소의 역사, 구성, 권한 등

1. 역사
2. 구성
3. 권한
4. 심리와 결정
5. 헌법연구관

IV. 벨기에 헌법재판제도의 특징과 시사점

1. 일반론
2. 구성
3. 권한
4. 헌법연구관

V. 결론

【국 문 요 약】

19세기 초 네덜란드로부터 독립해 탄생한 벨기에는 오랜 기간 동안 입법에 대한 사법심사를 허용하지 않았다. 그러나 1970년대부터 진행된 헌정개혁을 통해 연방국가로 전환되면서 복수의 입법기관이 만든 입법들 간의 충돌문제를 해결하기 위해 입법에 대한 사법심사 제도를 도입했다. 이 심사는 1984년 설치된 중재재판소가 담당했다. 처음에는 권한분장 문제에서 출발했지만, 그 후 입법이 헌법상 권리를 침해하는지 여부에 대한 심사권이 인정되었다. 중재재판소는 2007년 헌법재판소로 이름을 변경했다.

여러 복합적인 언어적·문화적 배경을 가지는 벨기에는 헌법재판제도 속

* 헌법재판소 헌법연구관, 법학박사

에 다양성을 구현하기 위해 여러모로 노력하고 있다. 벨기에 헌법재판소는 12인의 재판관으로 구성되는데, 출신 어권 간, 법률가 출신과 정치인 출신 간, 남녀성별 간의 다양성과 균형을 위한 제도적 장치를 두고 있다. 네덜란드어권 출신과 불어권 출신 재판관을 반반씩 임명하고, 법률가 출신과 전직 의원 출신 재판관도 동수로 유지한다. 법률가 출신 재판관을 선출할 때에도 판사, 헌법연구관, 대학교수와 같은 여러 직역으로부터 고르게 충원되도록 한다. 또 남녀 재판관이 각각 1/3 이상 임명되도록 정하고 있다.

본고에서는 재판소의 구성뿐만 아니라 권한과 결정절차, 그리고 결정의 효력 등을 살펴봄으로써 벨기에 헌법재판제도를 전체적으로 설명하려고 했다.

벨기에 헌법재판제도에는 복합적이고 이질적인 문화적 맥락에 놓여 있는 국가가 어떻게 이 제도를 디자인해야 할 것인가에 대한 벨기에인들의 숙고가 담겨 있다. 다양성의 제도적 보장이 이 숙고의 핵심이다. 벨기에에는 다양성을 포용하는 제도를 모색하는 사람들에게 좋은 참조가 될 것이다.

I. 서론

오늘날 각국 헌법은 인권과 민주주의, 법치주의라는 보편적 원리를 추구한다는 측면에서 유사하지만, 동시에 그 나라의 개별 상황에 기초하고 있다는 점에서 고유한 특성을 갖기도 하다. 이런 모습은 헌법을 보호하고 실현하기 위한 수단인 헌법재판제도에서도 마찬가지이다. 헌법재판은 입법을 위시한 국가권력이 헌법을 침해하는 것을 억제해 헌법을 보호하고 또 헌법의 근본원리와 국민의 기본권을 실현하려는 기본목표를 공유한다. 반면에 사람들은 자국 상황에 가장 적합한 방식으로 이 목표를 추구하므로 각국 제도는 다양한 모습을 띠게 된다. 말하자면, 각국은 공통된 목적을 추구하는 다양한 방식으로 헌법재판제도를 조형하고 있다.

각국 헌법재판제도를 관찰하는 작업은 따라서 매우 흥미롭다. 이 작업

을 통해 헌법의 보호·실현이라는 보편적 방향이 개별국가의 특수한 사정과 결합해 만드는 다양한 제도적 성취들을 확인하고, 이를 통해 그 배후에 놓인 법제도적 상상력을 경험할 수 있다. 그뿐만 아니라 이 작업에는 그 나라 제도로부터 우리가 참조할 사항을 검토하는 일이 빠질 수 없다. 이는 궁극적으로 우리 제도를 개선하거나 더욱 현명하게 운영하는 데 기여할 것이다.

그동안 우리의 관심은 미국과 독일, 오스트리아, 프랑스, 일본 같이 우리 제도에 직간접적으로 큰 영향을 끼친 일부 국가의 제도에 집중되었다. 그러나 헌법재판제도 전반에 대한 이해의 폭을 더욱 넓혀가기 위해서는 더 많은 국가의 제도를 알아갈 필요가 있다. 벨기에는 우리 헌법학에서 자주 언급되는 국가는 아니지만, 아래에서 보듯이 특수한 사회문화적 배경으로 인해 여러모로 특색 있는 헌법재판제도를 운영하고 있다. 이를 살펴봄으로써 우리는 비교법적 시야를 확장하고 우리 제도를 다른 측면에서 바라보는 계기를 가지게 될 것이다.

벨기에 헌법재판소(Constitutional Court of Belgium)의 역사는 2007년부터 시작되었다. 그러나 벨기에 헌법재판의 역사는 그보다 앞선 1980년대로 거슬러 올라간다. 1988년 헌법재판소 창설 이전에도 헌법위원회나 일반법원에 의한 헌법재판이 존재했던 우리처럼, 벨기에도 헌법재판소 창설 이전에 중재재판소(Court of Arbitration)에 의해 헌법재판 기능이 수행되었다. 헌법재판소의 역사와 헌법재판의 역사는 다를 수 있다. 중재재판소는 실질적으로 헌법재판소로 기능했고, 이에 벨기에인들은 2007년 중재재판소의 이름을 헌법재판소(Constitutional Court)로 변경했다.¹⁾

1) 벨기에 헌법재판제도에 관한 유용한 글로는 Patricia Popelier and Koen Lemmens, *The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015, pp. 192~212; Johan Vande Lanotte, Siegfried Bracke, Geert Goedertier, *Belgium for Beginners*, La Charte/Die Keure, 2006, pp. 71ff; Lien De Geyter, "The role of the "référéndaires" within the Belgian Constitutional Court", in: *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, Universul Juridic, 2016, pp. 44~45; Patrick Peeters and Jens Mosselmans, "The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions", in: Nicholas Aroney, John Kincaid(eds), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, 2017, pp. 69~102; Venice

벨기에는 영토는 대한민국의 1/3 정도(30,528km²), 인구는 1/5 정도(약 1,150만 명)에 해당하는 비교적 작은 서유럽 국가이며, 복잡한 언어적·문화적 배경을 갖는 국민들로 구성된다. 벨기에인들이 사회에 존재하는 다양성과 이질성을 헌법재판제도 속에 어떻게 구현하는지를 확인하는 것이 이 글의 큰 목표이므로, 이와 관련된 벨기에 헌법재판제도의 특징들을 짚어본다. 또 재판소의 역사와 권한과 운영방식 등을 살펴며 벨기에 헌법재판제도 전반을 그려볼 것이다(III). 그에 앞서 벨기에 헌법재판제도를 이해하기 위한 사전작업으로서 벨기에 헌법의 역사와 주요 특징을 알아보고(II), 마지막으로 이와 같이 확인한 내용들을 토대로 벨기에 제도가 우리에게 줄 수 있는 제도적 함의를 음미해 본다(IV).

II. 벨기에 헌법의 주요 특징

1. 개관

벨기에는 오랜 기간 동안 네덜란드의 일부에 속했으나, 1830년 네덜란드로부터 독립을 선언하면서 그 역사가 시작되었다. 벨기에인들은 이를 벨기에 혁명(Belgian Revolution)이라고 부른다. 그들은 독립선언 이후 새로운 국가의 헌법을 만들려고 했고, 이 노력의 결실로 1831년 벨기에 최초의 헌법이 탄생했다. 이 헌법은 당시 유럽의 보편적인 체제였던 군주제를 정치체제로 채택했고, 레오폴드 1세(Leopold I, 1790~1865)가 초대 국왕으로 즉위했다.²⁾

Commission, *The Composition of Constitutional Courts*, CDL-STD(1997)020; André Alen & Willem Verrijdt, "The Rule of Law in the Case Law of the Belgian Constitutional Court: History and Challenges", presented in the 25th Anniversary of the Constitutional Court of Slovenia Bled, Slovenia, June 2016; *The Constitutional Court of Belgium*(2014)(<http://www.const-court.be/public/brbr/e/brbr-2014-001e.pdf>, 2019. 5. 16. 최종 방문); Arend Lijphart, 김석동 옮김, 「민주주의의 유형: 다수결 민주주의와 합의 민주주의 간의 정부 형태와 성과 비교」, 성균관대학교 출판부, 2017, 73~74면.

2) 1831년 헌법이 국왕을 필요로 했던 이유에 관하여는, Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, pp. 14~15; Edwige Lefebvre, "The Belgian Constitution of 1831: The Citizen

벨기에의 최초 헌법은 1791년 프랑스 헌법과 네덜란드 헌법으로부터 큰 영향을 받았다. 그로 인해 그 무렵 유럽을 뒤흔든 자유주의와 국민주권 이념이 헌법 곳곳에 반영되었다.³⁾ 제2장은 벨기에인의 권리를 폭넓게 규정했고, 제25조는 국가권력이 국민으로부터 나온다는 국민주권주의를 천명했다. 국왕의 권한은 그러한 조건에 의해 제한되었다.⁴⁾ 국민주권주의에 기초한 입헌군주제는 현행 헌법에서도 유지되고 있는데(제33조, 제85조 이하), 벨기에인들은 국왕을 일정한 정치적 필요에 따라 국민들이 도입한 기관으로 이해한다. 그러한 연유로 통상 벨기에의 국왕(King of the Belgium)이 아니라 벨기에인들의 국왕(King of Belgians)으로 불린다는 흥미로운 주장도 있다.⁵⁾

오늘날 벨기에에서 국왕은 군림하지만 통치하지 않는다. 형식상 국왕은 상·하원과 함께 입법권을 행사하는 기관이고(헌법 제36조),⁶⁾ 법률안 제출권도 가진다. 그러나 국왕의 실제 입법상의 역할은 의회가 가결한 법안을 재가하는 행위에 국한된다. 같은 입헌군주제 국가인 영국에서 1707년 이후 국왕이 단 한 차례도 재가를 거부한 사례가 없듯이,⁷⁾ 오늘날 벨기에인들 역시 민주국가에서 국왕이 실제로 이러한 재가를 거부할

Burger", Discussion Paper, 4 *Zentrum Für Europäische Rechtspolitik*(1997), p. 37. 벨기에의 탄생 전후부터 현대에 이르기까지 벨기에 사회의 정치적 흐름에 관하여는 Kris Deschouwer, *The Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, Palgrave Macmillan, 2012, 제2장 참조.

3) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 8 참조.

4) 당시 헌법 제78조는 “국왕은 헌법과 그에 부합하는 법률이 공식적으로 인정한 권한만을 행사할 수 있다.”고 규정했다. 이는 현행 헌법 제105조로 계승되고 있다.

5) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 15.

6) 국왕(혹은 그 대체직위로서 대통령)을 입법기관의 일부로 규정한 국가로는 호주(헌법 제1조), 캐나다(헌법 제17조), 뉴질랜드(헌법 제14조), 인도(헌법 제79조)가 있다. 일찍이 의회 내 국왕(king in parliament)이라는 관념을 확립해 국왕의 입법적 역할을 분명히 했던 영국이 위 국가들의 헌법에 상당한 영향을 끼쳤을 것으로 보인다. 몽테스키외 또한 자신의 삼권분립이론에서 국왕을 집행권 행사기관으로 규정하면서도 부분적 역할로라도 입법기능에 참여해야 한다고 주장했다. 그렇지 않으면 원래 가지고 있던 집행권마저 빼앗길 수도 있기 때문이다. C. S. Montesquieu, 권미영 옮김, 「법의 정신 I」, 일신서적, 1990, 194면, 196면.

7) Leslie Wolf-Phillips, “A Long Look at the British Constitution”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 37, No. 1(1984), p. 277. 1707년 스코틀랜드 민병대 법안(Scottish Militia Bill)이 국왕의 재가를 받지 못한 마지막 법안이었다.

수 있는가에 관하여 부정적이다. 그런데 비교적 멀지 않은 과거라 할 1990년, 전(前) 국왕 보두앵(Baudouin, 1930~1993)이 자신의 신념에 반한다는 이유로 낙태를 허용하는 법률에 대한 재가를 거부한 일이 있었다. 이 문제는 그가 일시적으로 국왕의 지위를 내려놓고 내각이 그를 대신해 그 법을 공포하는 방식으로 요령껏 해결되었지만, 이 일로 인해 의회가 만든 법률을 재가하는 국왕의 권한에 비판적인 여론이 가중되었다.⁸⁾

그 외에도 국왕은 내각을 임명하고 해임하는 권한, 헌법재판관을 임명하는 권한 등을 형식상 가지지만, 실제로는 의회민주주의의 영향으로 내각은 국왕이 아니라 의회에 대하여 책임을 지고 재판관 임명은 사실상 연방정부에 의해 이루어지는 등 국내정치에 대한 국왕의 정치적 영향력은 상당부분 상실되었다.

2. 연방제

벨기에 헌법재판제도와 관련하여 특히 주목할 부분은 벨기에 헌법의 연방제적 특성이다. 연방제는 20세기 후반 이루어진 일련의 헌정개혁에 의해 도입되었는데, 벨기에인들은 연방제 도입으로 헌법재판제도의 필요성을 자각하게 되었다.

벨기에에는 다양한 사회문화적 집단들이 공존한다. 헌법은 고유한 언어를 사용하는 다양한 공동체들의 특성을 존중해 4개의 언어권 지역(네덜란드어 지역, 불어 지역, 브뤼셀 지역, 독일어 지역)을 규정하면서(제4조) 언어의 자유를 인정한다(제30조). 벨기에인들은 네덜란드어, 불어, 독어를 사용하는데, 그 중 네덜란드어 사용자들은 전체 국민 중 약 60%이고, 주로 벨기에 북부 플란데런 지방(Vlaanderen; Flandre; Flanders)에 거주한다.⁹⁾ 불어 사용자들은 약 40%이며, 주로 남부 왈로니 지방(Wallonie; Wallonië; Wallonia)에서 생활한다. 독일어 사용자들은 전체

8) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 145.

9) 플란데런 지역은 네덜란드어를 사용한 지역으로서 앤트워프, 플란데런 브라반트, 서플란데런, 동플란데런 및 립부르크로 구성된다. 왈로니 지역은 불어를 사용하는 지역으로서 브라방 왈롱, 에노, 리에주, 퍅상부르 및 나뮈르로 구성된다(벨기에 헌법 제5조).

의 1% 미만이며, 왈로니 지방의 동쪽 지역에서 살아간다. 이들은 언어·문화적 요소를 중심으로 정의되는 공동체(community)로 인정받아, 각각 네덜란드어 공동체, 불어 공동체, 독일어 공동체를 구성한다(제2조).

벨기에에는 세 개의 공동체뿐만 아니라, 경제적 요소를 중심으로 획정되는 세 개의 자치지역(region)도 존재한다. 이 자치지역으로는 네덜란드어 사용자들이 중심이 되는 플란데런 지역, 불어 사용자들이 중심이 되는 왈로니 지역, 그리고 벨기에의 수도인 브뤼셀 지역이 있다(제3조). 플란데런 지역과 왈로니 지역이 1980년에 공식화된 데 반해, 브뤼셀 지역은 그보다 좀 더 늦은 1988년에 인정되었다. 브뤼셀 지역을 다른 두 지역과 대등한 지역으로 인정할 것인지에 관하여 찬반논쟁이 있었는데, 결국 하나의 자치지역으로 인정하되 다른 두 자치지역과는 그 지위를 달리 하자고 결론이 났다. 이로 인해, 뒤에서 다시 보듯이, 다른 두 자치지역의 입법이 decree로 불리는 데 반해, 브뤼셀 지역의 입법은 ordinance로 명명된다는 등의 차이가 생겼다.¹⁰⁾

벨기에가 처음부터 연방제 국가이었던 것은 아니다. 벨기에인들은 국가 수립 이후 오랫동안 국가의 단일성을 추구했다. 그러나 1970년부터 1993년까지 이어진 헌정개혁을 통해 벨기에는 연방제 국가로 전환되었다.¹¹⁾ 이 개혁을 통해 벨기에에는 세 개의 공동체와 세 개의 자치지역을 공식적인 법적 실체로 인정하고 자율성을 부여해 연방국가로서 실체를 다졌다. 벨기에 연방제는 이미 존재하던 개별국가들을 하나의 연방으로 묶는 일반적인 방식과는 달리, 단일 국가를 그 속에 내재된 개별 정치적 실체들로 분해하는 방식으로 달성되었다. 다시 말해 이는 분해를 통한 연방국가화 과정이었다.¹²⁾ 이 과정을 거쳐 “벨기에에는 공동체와 자치지역

10) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 27.

11) 1970년부터 진행된 연방국가화 과정에 관하여는, Wilfried Swenden, Marleen Brans and Lieven De Winter, “Introduction”, Wilfried Swenden et al.(eds.), *The politics of Belgium: Institutions and Policy under Bipolar and Centrifugal Federalism*, Routledge, 2009, pp. 3~6에서 표로 정리된 바를 참조. 이러한 연방제가 벨기에 사회의 결속에 기여한다는 평가로는 Wilfried Swenden and Maarten Theo Jans, “‘Will It Saty or Will it Go?’: Federalism and the Sustainability of Belgium”, *The politics of Belgium: Institutions and Policy under Bipolar and Centrifugal Federalism*, Routledge, 2009, pp. 26ff.

12) Wilfried Swenden, Marleen Brans and Lieven De Winter, 앞의 논문, p. 2.

으로 구성된 연방국가이다.”라는 헌법 제1조가 성립하였다.

연방국가로서 벨기에는 이제 연방정부와 함께 각 공동체와 자치지역의 정부들이 공존하는 체제가 되었다. 각각은 고유한 입법권을 가지는데, 흥미로운 점은 벨기에인들이 이들 입법기관이 제정한 각각의 입법 간에 서열을 두지 않았다는 것이다.¹³⁾ 이는 여러 기관이 만든 입법들 간에 발생할 충돌문제에 대한 우려를 낳았고, 바로 이 우려에 대한 해법으로서 벨기에 중재재판소가 도입되었다.

Ⅲ. 헌법재판소의 역사, 구성, 권한 등

1. 역사

국가 출범 이후 오랫동안 벨기에인들은 입법에 대한 사법심사 가능성을 인정하지 않았다. 미국은 1803년 마버리 대 매디슨(marbury v. madison) 판결을 통해 법원의 사법심사 권한을 인정했으나, 19세기 중반 벨기에에서 이러한 법원권한의 유무 문제가 제기되었을 때 파기원(Court of Cassation)은 부정적으로 답변한 바 있었다.¹⁴⁾ 그러나 1946년 행정부를 통제하기 위해 등장한 국사원(Council of State)이 입법안의 위헌여부에 대한 의견을 제시하면서 의회 입법의 최고성에 대한 관념이 흔들리기 시작했고, 1950년 의회의 의도와 상반되더라도 헌법에 부합하는 법률해석을 추구하겠다는 파기원의 합헌적 법률해석 원칙에 의해 의회의 의도가 법원에 의해 좌절될 수 있다는 사실이 공식화되면서, 의회 입법에 대한 사법통제의 가능성과 필요성에 우호적인 인식이 확산되었다. 그리고 20세기 후반 헌정개혁 속에서 입법에 대한 사법적 통제가

13) Mark van Hoecke and Michiel Elst, “Basic Features of the Legal System”, Hubert Bocken and Walter De Bondt, *Introduction to Belgian Law*, Kluwer Law International, 2001, pp. 33~34; Johan Vande Lanotte et al., 앞의 책, p. 28.

14) Cass 23 July 1849, *BJ* VII, 1331 in: Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 193. 중재재판소가 설립되기 전까지 벨기에에서 입법에 대한 위헌심사 관념이 발달해 온 과정에 관한 본 문단의 내용은 위의 책, pp. 192~196을 참조하였다.

제도화되었다.

연방국가가 된 벨기에에서 연방정부의 입법은 law로, 세 공동체와 두 자치지역 정부의 입법은 decree로, 브뤼셀 자치지역 정부의 입법은 ordinance로 불리고,¹⁵⁾ 이들 입법 간의 충돌과 분쟁을 해결하기 위해 중재재판소가 설립되었음은 전술한 대로이다. 이 재판소는 1983년 제정된 법률에 기초해 1984년 공식적으로 출범했고, 1985년 첫 판결이 선고되었다.

중재재판소의 존재로 인해 그 전까지는 불허되었던 입법에 대한 사법심사가 가능해 진 것은 사실이나, 이 단계에서 재판소의 권한은 중앙정부와 공동체 정부, 자치지역 정부 간의 헌법상 권한분장 문제에 관한 심사로 국한되어 있었다. 입법이 국민의 기본권을 침해하는지 여부에 대한 심사권한은 아직 재판소에 부여되지 않았다. 그러나 그러한 심사의 필요성이 수긍됨에 따라 1989년 재판소 권한이 확장되어 헌법 제10조(평등), 제11조(차별금지), 제24조(교육의 자유)에¹⁶⁾ 위반되는 입법을 무효화하는 권한이 인정되었다. 비록 제한적이기는 하지만, 헌법상 자유와 평등이 그것을 침해하는 입법을 무효화할 규범적 힘을 가지게 된 것이다. 또한 이와 함께 종래 국가기관으로 한정되었던 청구권자 범위도 확대하여 자연인과 법인도 재판을 청구할 수 있도록 했다.

헌법상 권리 조항을 입법에 대한 위헌심사 기준으로 인정한 것은 상당한 의미가 있으나, 이들 권리 조항이 단 세 가지에 불과해 한계도 컸다. 그러나 중재재판소는 이 조항들을 헌법의 다른 규정 혹은 원칙들과 결합해 심사하는 방식을 통해 심사기준이 되는 헌법의 내용을 실질적으로 늘려나갔고, 이런 관행은 2003년 새로운 제도개혁으로 이어졌다. 이로써

15) 위헌법률심판에서 말하는 법률에는 형식적 법률뿐 아니라 그와 동등한 효력을 갖는 규범들도 포함될 수 있으므로, law, decree, ordinance를 통칭하는 의미로 법률이라는 용어를 사용해도 틀리지 않을 것이다. 그러나 통상 법률은 law를 의미함을 고려해 이 글에서는 동등한 효력을 갖는 세 규범인 law, decree, ordinance를 포괄하는 차원에서 ‘입법’이라는 용어를 사용했다.

16) 벨기에 헌법 제10조는 “벨기에에는 어떠한 신분적 차별도 인정되지 않는다. 벨기에 국민은 법 앞에 평등하다. … 남성과 여성은 평등하다.”고 규정한다. 제11조는 “벨기에 국민에게 인정된 권리와 자유는 차별 없이 향유되어야 한다. 이를 위해 법률과 공동체 입법(decree)은 특히 이념적, 사상적 소수자의 권리와 자유를 보장한다.”고 규정한다.

헌법 제2장에 규정된 모든 권리들이 위헌심사 기준으로 공인되었다. 더불어, 과세는 의회 입법에 의해서만 할 수 있다는 헌법 제170조, 조세에 적용되는 평등원칙을 선언한 제172조, 벨기에에 거주하는 외국인들도 원칙적으로 신체 및 재산에 관한 보호를 받는다고 규정한 제191조 또한 새로운 위헌심사기준으로 인정되었다.

입법에 대한 중재재판소의 통제가 헌법상 권한분장 문제에서 시작해 기본권 침해여부 문제로 확대되자, 벨기에인들은 2007년 중재재판소에 헌법재판소라는 보편적 명칭을 수여했다. 2014년에도 헌법재판소에 새로운 권한이 추가되었다. 첫째는 국회의원 선거 비용을 검증하는 하원 혹은 그 소속기관의 결정에 대한 심사권한이고, 둘째는 자치지역의 주민투표에 대한 심사권한이다. 이를 통해 해당 주민투표가 정해진 기준과 조직규정에 적합하게 이루어졌는지를 심사할 수 있게 되었다.¹⁷⁾

벨기에 헌법재판소가 처리하는 사건 수는 많은 편이라고 할 수 없다. 설립 이래 사건 수는 꾸준히 증가해 왔는데, 근래 몇 년 간은 연간 약 170~180건 정도가 처리되고 있다.¹⁸⁾ 사건 수가 그리 많지 않은 이유로, 국가 규모가 작다거나, 행정입법의 위헌여부에 대한 심사권한처럼 다른 국가에는 존재하는 권한이 여전히 부재한 측면도 있을 것이다. 일반 법원의 재판을 다룰 수 없게 해 둔 것도 주요한 이유일 것이다.

2. 구성

17) 다만 해당 문제가 주민투표의 대상이 되는지 여부는 재판소가 심사할 수 없다. Lien De Geyter, 앞의 논문, p. 44.

18) 벨기에 헌법재판소가 연간 처리한 사건 수(중재재판소 기간 포함)는, 1985년 7건, 1986년 23건, 1987년 14건, 1988년 29건, 1989년 25건, 1990년 42건, 1991년 41건, 1992년 81건, 1993년 89건, 1994년 90건, 1995년 88건, 1996년 82건, 1997년 84건, 1998년 140건, 1999년 141건, 2000년 141건, 2001년 163건, 2002년 191건, 2003년 177건, 2004년 214건, 2005년 201건, 2006년 200건, 2007년 163건, 2008년 188건, 2009년 204건, 2010년 161건, 2011년 201건, 2012년 166건, 2013년 183건, 2014년 191건, 2015년 180건, 2016년 170건, 2017년 151건, 2018년 183건이다(벨기에 헌법재판소 홈페이지). 한편, 우리 헌법재판연구원 은 최근에 나온 해외 헌법재판기관의 결정에 대한 요약번역물인 「세계헌법재판동향」을 정기적으로 출간하고 있는데, 2019년 4월까지 벨기에 재판소 결정으로는 Arrêt n° 170/2014 du 27 novembre 2014 등 18건이 실렸다.

재판부는 재판관 12인으로 구성된다. 재판관은 40세 이상인 사람으로서 소정의 자격을 갖춘 자 중에서 선출되는데, 의회가 2/3 찬성으로 추천한 두 후보자 중에서 국왕이 임명한다(‘헌법재판소에 관한 1989. 1. 6. 자 특별법’ 제32조, 제34조. 이하 이 법은 ‘법’으로 약칭한다.). 이 추천은 상원과 하원이 교대로 행한다. 재판관의 정년은 70세이다.

벨기에인들은 재판부 구성에서 다양성과 균형을 매우 핵심적인 가치로 여긴다. 다양성은 그 자체로도 중요하지만, 각 요소들 간의 균형이 이루어질 때 그 가치가 배가된다. 특히 세 가지 측면에서 다양성과 균형을 실현하기 위한 제도적 노력이 돋보인다. 첫 번째는 어권별 다양성과 균형이다. 네덜란드어와 불어는 벨기에인들이 가장 많이 사용하는 언어이므로, 12인의 재판관 중 절반인 6인은 네덜란드어를 사용하는 재판관으로, 나머지 6인은 불어를 사용하는 재판관으로 임명한다(법 제31조). 네덜란드어를 사용하는 국민들이 더 많지만 재판부는 동등한 비율로 구성된다. 두 언어에 비해 사용하는 국민의 수가 현격하게 적은 독일어권의 경우 그 어권 재판관을 반드시 임명하도록 하는 규정은 없지만 그 대신 재판관 임명에 있어서 독일어에 대한 지식을 고려하고 있다. 즉 법률가 출신 재판관들 가운데 적어도 1인은 독일어에 능통한 재판관이 임명되어야 한다고 정한 것이다(법 제34조 제4항).¹⁹⁾

두 번째는 법률가와 비법률가(정치인) 간의 다양성과 균형이다. 12인의 재판관은 6인의 법률가 출신 재판관과 6인의 정치인 출신 재판관으로 충원된다. 법률가 출신은 판사, 국사원 위원, 감사원 원장과 부원장 등(이하 ‘판사 등 그룹’이라 한다), 혹은 헌법연구관(이하 ‘헌법연구관 그룹’이라 한다), 혹은 법학교수(이하 ‘교수 그룹’이라 한다)를 5년 이상 역임한 자를 가리키고, 정치인 출신은 연방 상원과 하원 혹은 공동체와 자치지역 의회에서 최소 5년 이상의 경력을 가진 의원을 일컫는다(법 제34조 제1항, 제2항). 즉 벨기에는 재판부 구성에서 사법적 경력과 정치적 경력을 동등하게 고려한다. 처음 중재재판소를 만들 때 벨기에인들은 입법에 대한 사법심사라는 새로운 제도가 도입되어 벨기에 사회가 자칫

19) 독일어에 대한 지식은 헌법연구관의 채용에 있어서도 고려되고 있어서, 네덜란드어권 연구관 중 최소한 1인과 불어권 연구관 중 최소한 1인은 독일어에 능통한 자로 충원되도록 하고 있다(법 제35조).

‘법률가의 지배’로 전락할지 모른다는 우려를 품었고, 재판부의 절반을 전직 의원 출신 재판관으로 충원하도록 한 것은 이 우려를 잠재우기 위한 해법이었다.²⁰⁾ 다만 전직 의원을 재판관으로 임명하면 재판의 독립성과 공정성이 훼손될 것이라는 비판도 있다. 그러나 재판관직을 정년제 두고 있으므로, 독립성과 공정성에 대한 침해 문제는 크지 않다고 설명되기도 한다.²¹⁾

법률가 출신 재판관을 선출할 때에는 출신 직역의 다양성이 고려된다. 특별법은, 법률가 출신의 6인 재판관은 판사 등 그룹에서 최소한 1인, 헌법연구관 그룹에서 최소한 1인, 교수 그룹에서 최소한 1인이 충원되도록 정하고 있다(법 제34조 제2항). 비교법적으로 다소 특이한 부분은, 헌법연구관 출신 재판관의 존재를 법으로 강제하고 있다는 점이다. 2019. 5. 16. 기준으로 헌법연구관으로 장기간 근무한 경력을 가진 재판관이 2인 있다.²²⁾

세 번째는 남녀 간 성별의 다양성과 균형이다. 재판부의 성별균형 문제가 법으로 규율되기 시작한 것은 2003년부터였다. 처음에는 최소한 1인 이상이 반대 성별을 가져야 한다고 했었다. 그러다가 그 요건이 강화되어 법률가 출신 재판관과 정치인 출신 재판관에서 각각 최소한 1인 이상의 반대 성별을 가진 재판관이 있어야 한다고 정했고, 그 후 다시 요건이 강화되어 재판부에는 두 성별이 모두 존재해야 하며 각각의 성별이 최소한 1/3이상이 되어야 한다고 규정했다(법 제34조 제5항). 달리 말하자면, 하나의 성별이 재판부의 2/3을 넘지 못하도록 해 둔 것이다. 성별균형은 1:1의 동등한 비율을 추구하는 전술한 두 요소들에 비해 상대적으로 덜 엄격한 편이다. 다만 이 성별균형 조항은 실제로 각각의 성별이 모두 1/3을 넘어서는 때부터 효력이 발생한다. 이는 성별균형 요건을 강화하기 위해 단기간에 무리하게 비율을 맞추는 방식을 피하기 위함이다. 두 성별이 모두 재판부의 1/3 이상을 점하기까지는, 앞선 두 번의 재판

20) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 199; Lien De Geyter, 앞의 논문, p. 45 참조.

21) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 200.

22) Luc Lavrysen 재판관은 1985년부터 2000년까지 헌법연구관으로 근무했으며 국사원 위원을 거쳐 2001년 재판관으로 임명되었고, Riet Leysen 재판관은 1985년부터 2014년까지 30년 가까이 헌법연구관으로 근무한 뒤 2014년 재판관으로 임명되었다.

관 임명이 소수와 성별 재판관 수를 늘리지 못했을 경우 소수와 성별의 재판관 임명을 강제하는 방식이 적용된다.²³⁾ 2019. 5. 16. 기준으로 여성 재판관은 3인이다. 다시 말해 재판부 구성에서 어권 간, 그리고 법률가와 정치인 출신 간에는 법상 1:1 비율이 규정되어 있고 또 비율이 정확히 지켜지고 있으나, 성별 간의 구성 비율은 그 정도로 엄격히 규율되지 않고 있고 아직은 그에 이르지 못한 상황이나 조만간 충족될 것으로 보인다.²⁴⁾

한편 각 어권 재판관 그룹별로 1인의 의장을 2년 임기로 선출하고, 이 어권 그룹별 의장들이 1년 단위로 재판소장직을 번갈아 맡는다. 가령 올해는 네덜란드어권 재판관 그룹의 의장이 재판소장을 맡는다면, 내년에는 불어권 재판관 그룹의 의장이 그 자리를 이어받는다. 따라서 재판소장은 1년 단위로 변경된다.

3. 권한

벨기에 헌법재판소의 권한은 크게 규범통제에 관한 권한과 그 밖의 권한으로 나뉜다. 규범통제에 관한 권한은 다시 두 가지로 구분되는데, 우선 우리의 위헌법률심판권에 해당하는 것으로서 선결문제(preliminary issues) 심판에 관한 권한이 있다. 이는 헌법재판소가 당해법원의 제청에 의해 여러 입법들(law, decree, ordinance)이 헌법적 심사기준에 위반되는지를 심사하는 재판이다. 일반법원이나 행정법원에서 당해재판에 적용

23) Bilyana Petkova, "Spillovers in selecting Europe's judges: Will the Criterion of Gender Equality Make It to Luxembourg?", Michal Bobek(ed.), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, 2015, p. 238, n. 68; Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, pp. 200~201.

24) 2019. 5. 16. 기준으로, 불어권 재판관 6인은 François Daout, Jean-Paul Snappe, Jean-Paul Moerman, Pierre Nihoul, Thierry Giet, Michel Pâques, 네덜란드어권 재판관 6인은 André Alen, Luc Lavrysen, Erik Derycke, Trees Merckk-Van Goey, Riet Leysen, Joséphine Rebecca Moerman이다. 이 중 법률가 출신 재판관 6인은 François Daout, Pierre Nihoul, Michel Pâques, André Alen, Luc Lavrysen, Riet Leysen이고, 정치가 출신 재판관 6인은 Jean-Paul Snappe, Jean-Paul Moerman, Thierry Giet, Erik Derycke, Trees Merckk-Van Goey, Joséphine Rebecca Moerman이다. 여성재판관 3인은 Trees Merckk-Van Goey, Riet Leysen, Joséphine Rebecca Moerman이다.

되는 입법의 위헌여부 문제가 제기될 때, 당해법원은 이 문제를 헌법재판소에 회부할 수 있다. 이 회부결정이 있을 때 당해재판 절차는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 정지된다(법 제26조, 제30조). 당해법원의 회부결정은 다룰 수 없고, 당해법원이 회부하기를 거부하는 결정에 대해서도 불복할 방법이 없다(법 제29조). 우리 헌법재판소법 제68조 제2항처럼 당해사건의 당사자가 이 선결문제 심판을 직접 헌법재판소에 청구하는 방식은 벨기에에서 인정되지 않는다.

다음으로, 무효 심판(actions for annulment)에 관한 권한이 있다. 이것은 법원의 재판과 관계없이 청구된 해당 입법의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 심사권한이다. 전술한 선결문제 심판에서 헌법재판소에 사건을 회부하는 것이 당해법원이라면, 무효 심판에서 청구권자는 국무회의, 공동체와 자치지역의 정부, 의원 2/3 이상의 요청에 따른 의회의장, 정당한 이익을 가진 자연인 및 법인(벨기에인과 외국인 포함)이다. 국무회의 등 국가기관에 의한 청구 부분은 추상적 규범통제제도와 유사하고, 사인에 의한 청구 부분은 헌법소원제도에 가깝다. 이 심판청구가 접수되어도 해당 입법의 효력은 정지하지 않기 때문에, 선결문제 심판과 달리 무효 심판의 청구권자는 해당 입법으로 인한 피해가 지속된다. 해당 입법의 효력을 임시적으로 정지시키는 가처분 제도가 함께 마련된 것은 그 때문이다. 입법의 즉각적 시행이 회복하기 힘든 피해를 야기할 것으로 판단된다면 헌법재판소는 해당 입법의 일부 혹은 전부의 효력을 정지시킬 수 있다(법 제19조, 제20조). 이 가처분의 효력은 3개월을 넘길 수 없으며, 이 기간을 넘기면 가처분의 효력이 상실된다(법 제25조).

규범통제권한 이외의 권한으로는 자치지역의 주민투표에 관한 심사권한과 의회의 선거비용 검증결정에 대한 심사권한이 있다. 주민투표에 관한 사건에서 청구권자는 해당 지역 의회의 의장이다. 이 사건에서 헌법재판소는 해당 주민투표가 법률 혹은 기타 규정이 정한 절차 등에 위반되는지 여부를 심사한다. 헌법재판소가 심사하는 동안 주민투표는 실시될 수 없다. 헌법재판소는 청구가 이루어진 후 60일 안에 결정을 선고해야 한다(법 제30조).

의회의 선거비용 검증 결정에 대한 심사권한은 무효 심판에 대한 심사권한의 일종이다. 총선 후 벨기에 하원의 임기가 개시될 때 하원은 몇몇

의원들과 외부 인사들로 선거비용심사위원회를 구성해 선거에 소요된 비용이 그 한계를 준수했는지를 심사하는데, 이 심사에서 불이익한 결정을 받은 자는 그 결정을 받은 후 30일 내에 위 위원회를 상대로 해당 결정을 다투는 소송을 헌법재판소에 제기할 수 있다. 흥미로운 점은, 해당 결정을 당사자에게 통지할 때 이 결정에 대하여 위 기간 내에 헌법재판소에 불복할 수 있음을 함께 고지해야 하고, 만약 이러한 조건이 충족되지 않는다면 청구기간은 30일이 아니라 4개월로 늘어난다는 사실이다(법 제 25의3).

4. 심리와 결정

재판절차는 사건 접수로 시작되고 재판부 심리와 평의를 거쳐 최종 결정에 이른다. 모든 사건이 재판관 12인의 관여로 심리되는 것은 아니다. 사건은 세 유형의 재판부에서 처리된다. 먼저 사전심사를 통해 부적법함이 드러난 사건은 3인 재판관으로 구성된 재판부(이하 ‘3인 재판부’라 한다)에 의해 결정이 이루어진다.²⁵⁾ 3인은 재판소장과 2인의 주심재판관으로 구성된다(법 제69조). 주심재판관은 어권별로 1인씩 정해진다. 명백히 부적법하거나 이유 없는 사건, 재판소 권한 밖의 사건, 혹은 사전심사로 쉽게 처리 가능한 사건에서 3인 재판부가 가동된다(법 제70조). 주심재판관들이 사건을 검토한 결과 위에서 언급한 부류에 해당한다고 판단하면 이를 사건 접수 후 30일 내에 소장에게 보고하고, 이 때 3인 재판부는 사건이 부적법하다는 결정이나 재판소에 관할이 없다는 결정, 혹은 이유 없음이나 이유 있음이 명백해 더 이상 심사할 필요가 없다는 취지로 기각이나 인용 결정을 선고할 수 있다(법 제71조, 제72조). 다만 자치지역의 주민투표에 관한 사건에서는 사전심사가 적용되지 않는다. 사전심사에 따른 결정은 관보에 실리지 않고 사무처에서 당사자에게 통지한다. 우리의 경우 3인 재판관으로 구성된 지정재판부의 사전심사는 개인이 청구하는 헌법소원에 한해서만 적용되고 그 판단범위도 적법요건 구비여부에 국한되지만, 벨기에는 법원이 제청한 사건에서도 적용되고

25) 3인 재판부는 제한적 재판부(restricted chamber, beschränkte Kammer)로 불린다.

본안판단도 가능하다는 차이가 있다.

사전심사를 통과한 일반적인 사건은 원칙적으로 7인 재판관으로 구성된 재판부(이하 ‘7인 재판부’라 한다)가 처리한다. 7인 재판부는 어권별 재판관 그룹의 의장 2인과 더불어 5인의 재판관으로 구성되는데, 이 5인 또한 어권별로 각각 2인과 3인으로 안분된다. 따라서 7인 재판부는 어권별로 3인과 4인의 재판관으로 충원된다. 또한 직역별로 법률가 출신과 정치인 출신 재판관이 최소한 각각 2인이 포함되도록 하고 있다.²⁶⁾ 7인 재판부에서도 어권별로 1인씩 주심재판관이 정해진다.

어권별 재판관 그룹의 의장 2인 중 1인이 필요하다고 생각하는 경우, 혹은 7인 재판부 중 위 의장 2인을 제외한 나머지 재판관 5인 가운데 2인이 필요하다고 생각해 소장에게 요청하는 경우에는 사건이 전원재판부에서 심리, 결정된다(법 제56조). 전원재판부는 10인 이상의 재판관으로 구성된다.

재판관 평의는 비밀이며, 재판부의 결정은 단순다수결에 의한다(법 제55조, 제108조). 사건의 심리절차는 서면으로 이루어진다. 심판청구는 네덜란드어, 불어, 독일어로 모두 가능하지만, 사건의 심리와 검토는 네덜란드어와 불어로만 이루어진다. 독일어로 접수된 사건 혹은 네덜란드어와 불어가 동시에 사용된 사건에서 재판소는 앞으로 진행할 절차에서 네덜란드어와 불어 중 어느 것을 사용할지를 정해야 한다(법 제62조, 제63조). 재판소에서 활용되는 모든 문서는 해당 사건에 따라 네덜란드와 불어로 번역되고, 변론절차에서 구두로 행해지는 발언들은 네덜란드어와 불어, 독일어로 동시통역된다(법 제63조, 제64조). 결정은 각 어권별 소장에 의해 네덜란드어와 불어로 선고되고, 독일어로 청구된 사건이나 무효 심판 사건에 대한 결정은 독일어로도 선고된다(법 제65조).

결정문은 네덜란드어와 불어로 작성된다. 독일어로 선고되는 사건은 독일어로도 작성된다. 결정은 관보에 게시되며, 관보게시 후부터 효력을 갖는다(법 제9조).

무효 심판과 선결문제 심판은 위헌결정의 효력이 상이하다. 무효 심판에서 위헌결정은 대세효와 소급효를 갖는다. 대세효로 인해 해당 법률은

26) *The Constitutional Court of Belgium*(2014), p. 17.

일반적으로 무효가 되고, 소급효로 인해 해당 입법은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다. 따라서 해당 입법에 기초한 기존 확정판결은 재심의 대상이 된다(법 제12조 이하). 다만 필요에 따라 재판소는 위헌결정의 소급효를 일정부분 제한할 수 있고, 또 위헌으로 선언된 입법과 밀접한 관련이 있는 조항까지 함께 무효로 할 수도 있다(법 제8조).

반면에 선결문제 심판에서는 위헌결정이 해당 입법을 일반적으로 무효화하는 대세효를 가지지 않는다. 이 심판에서 위헌결정은 당해사건 등에서 해당 입법이 적용되지 않도록 만드는 것에 그친다. 다만 이 때에도 헌법재판소는 법적 안정성을 위해 위헌적 입법의 효력을 잠정적으로 유지시키는 권한을 행사할 수 있다(법 제28조).

이처럼 선결문제 심판에서 위헌결정은 적용배제효력만을 가지지만, 해당 입법을 일반적으로 무효화하는 방도가 없는 것은 아니다. 선결문제 심판에서 해당 입법에 대한 위헌결정이 선고되면 당사자는 앞서 살펴본 무효 심판을 청구해 해당 입법을 일반적으로 무효화할 수 있다.²⁷⁾ 이 청구는 선결문제 심판에서의 위헌결정이 관보에 게시된 후 6개월 안에 제기되어야 한다(법 제5조).

우리 재판소는 결정문에 9인의 재판관이 모두 서명하지만, 벨기에 재판소의 결정문에는 재판소장과 사무처장의 서명만이 들어간다(법 제112조).

5. 헌법연구관

헌법재판제도에 관한 논의에서 헌법연구관이 다루어지는 경우는 거의 없다.²⁸⁾ 연구관은 헌법재판을 직접 담당하는 자들이 아니고 재판관의 심

27) 각국 헌법재판소의 구체적 규범통제 사건에서 위헌결정 효력이 반드시 동일한 것은 아니다. 위헌결정은 대체로 대세효를 가지지만, 대세효 없이 구체적 사건에 한해서만 효력이 미치도록 규율하는 국가도 있다. 예컨대 벨기에, 포르투갈이 후자에 속한다. 다만 이들 국가에서도 위헌결정의 대세효를 확보할 방도가 마련되어 있다. 벨기에는 본문에서 설명한 바와 같고, 포르투갈은 개별 사건에서 동일한 법률에 대한 위헌결정이 세 차례 이루어졌을 때 헌법재판소가 추상적 규범통제를 통해 일반적 구속력이 있는 위헌결정을 할 수 있도록 한다(포르투갈 헌법 제281조 제3항 및 헌법재판소법 제82조).

28) 독일과 미국 사례는 짧게나마 우리에게 소개된 편이다. 독일 연방헌법재판소의 헌법연구

리와 판단을 보조하는 역할을 할 뿐이다. 그러나 재판관은 연구관으로부터 도움을 받으며 사건의 쟁점을 점검하고 자신의 논리를 구성하며, 이는 재판관이 재판부 평의에서 개진할 입장을 형성하는 데 큰 역할을 한다. 연구관과의 대화와 교류는 평의가 열리기 전까지 사건을 고독하게 숙고하는 재판관이 자신의 생각을 객관화하는 계기가 되고, 평의가 개시된 후에도 평의 내용을 공개할 수 없는 재판관이 자신의 논리를 지속적으로 성찰할 수 있는 기회를 제공한다. 특히 재판관의 임기가 비교적 짧고 연구관의 임기는 재판관의 그것에 비해 더욱 긴 곳에서는 연구관이 헌법재판의 논리와 판례의 일관성을 유지하는 데 일정부분 역할을 담당한다.²⁹⁾ 특히 벨기에는 재판부를 구성할 때 반드시 1인 이상의 헌법연구관 출신 재판관을 두도록 법으로 정하여, 헌법재판 전문가로서 헌법연구관의 경험과 숙련도를 존중하고 있다. 이에 벨기에 제도의 탐색을 위해 연구관 제도를 살펴보는 것도 유의미하리라고 본다.

벨기에서 헌법연구관이 되기 위해서는 25세 이상이어야 하고 법학 분야에서 석사 학위 이상을 소지해야 한다(법 제36조). 벨기에 법률은 헌법연구관의 수를 최대 24인으로 규정하고 있다(법 제35조). 따라서 벨기에서 헌법연구관을 그 이상으로 증원하기 위해서는 법률개정이 필요하다. 2019. 5. 16. 기준으로 벨기에의 헌법연구관은 모두 17인이다. 재판관의 수가 12인임을 고려하면, 재판관과 연구관의 비율은 약 1:1.5 정도인 셈이다. 연구관은 특정 재판관에게 배속되어 그의 업무를 보좌한다.

관(Wissenschaftlicher Mitarbeiter)에 관해서는 Jutta Limbach, 정남철 옮김, 「독일연방헌법재판소」, 고려대학교 출판부, 2007, 50면; 이세주, “독일 연방헌법재판소의 헌법재판실무상의 시사점에 대한 고찰”, 「공법연구」 제45집 제1호, 2016, 277~284면. 헌법연구관들은 ‘제3재판부’로 불리기도 한다. Klaus Schlaich/Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 10. Aufl. C. H. Beck, 2015, S. 32~33; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., C. F. Müller, 2012, S. 88~89. 미국 연방대법원의 로클릭(law clerk)에 관해서는 전종익, “미국 Law Clerk제도”, 「헌법논총」 14집, 헌법재판소, 2003, 357~400면. 한편 독일, 스페인 등 27개국의 헌법재판기관과 유럽재판소의 연구관 제도에 관한 각각의 설명으로는 S. C. Universul Juridic S. R. L.(ed.), *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, Universul Juridic, 2016.

29) 같은 지적으로, Dubravko Ljubić, “The Role of Legal Advisers in the Jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia”, in: *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, Universul Juridic, 2016, pp. 61~62.

어권별 균형은 재판부 구성에서뿐만 아니라 연구관 채용에서도 마찬가지로 중시된다. 네덜란드어권과 불어권 출신 연구관을 각각 절반씩 선발함으로써 연구관의 수를 어권별로 동등하게 유지하고 있다. 이 때 어권 구분은 학위 언어를 기준으로 한다. 2019. 5. 16. 기준으로 불어권 헌법연구관 9인, 네덜란드어권 헌법연구관 8인이 재직 중이다. 또한 벨기에의 특수한 사정상 연구관은 제2국어에 대해서도 상당한 능력을 보유하도록 정하고 있다(법 제35조).

1980년대 초 중재재판소가 처음 설립되었을 때 연구관들은 갱신 가능한 5년 임기의 임시직으로 채용되었으나, 1989년 연구관의 지위를 정년직으로 변경하는 법 개정이 이루어졌다. 이 법 개정에 즈음하여 연구관의 지위를 어떻게 정할 것인가에 관하여 첨예한 논쟁이 있었다. 연구관을 짧은 임기로 두어야 한다는 견해와 정년까지 신분보장을 해 주어야 한다는 견해가 대립했다. 전자의 논거는 짧은 임기가 연구관의 인력순환을 위해 유리하다는 것이었고, 후자의 기본바탕은 헌법재판 전문가를 양성하기 위해서는 경험과 전문성을 가진 법률가들이 계속 일할 수 있도록 해야 한다는 것이었다. 이 논쟁에서 후자가 승리해 현재와 같은 제도가 도입되었다. 이 제도개혁 이후 벨기에에서는 연구관들이 장기 근속하는 문화가 정착되었다.³⁰⁾

헌법연구관은 재판관의 사건 심리와 재판을 보좌하는 역할을 한다. 사건이 헌법재판소에 접수되면 그 사건은 어권별로 1인씩 정해지는 주심재판관 2인과 그 재판관들의 연구관에게 배당된다.

사전심사 단계에서는 청구의 부적법함이 명백한 사건, 청구된 내용에 대하여 재판소의 권한이 없는 사건, 즉시 간단히 처리할 필요가 있는 사건 등을 가려내는데, 연구관은 이 단계에서부터 관여해 주심재판관을 보좌한다. 이 심사를 통과하면 본격적인 심사단계로 넘어가는데, 이 단계에서 연구관은 본안에 관한 보고서를 작성하고 그와 관련된 법률적 조사업무 등을 행하며 주심재판관과 함께 결정문의 초고를 준비하는 작업도 한다. 벨기에에서 연구관은 재판관 평의에 참석할 수 없다.³¹⁾

30) 벨기에 헌법연구관에 관한 개략적 설명은, Lien De Geyter, 앞의 논문, pp. 47~48 참조.

이에 따르면, 2016년 기준으로 벨기에 연구관들의 평균 근속 기간은 17년 정도에 이른다.

31) 비교법적으로는 루마니아나 크로아티아처럼 연구관이 재판관 평의에 참석할 수 있도록

IV. 벨기에 헌법재판제도의 특징과 시사점

1. 일반론

벨기에 헌법재판제도의 역사는 헌법재판소가 설립된 2007년부터가 아니라 중재재판소가 설립된 1984년부터 시작된다. 벨기에는 헌법재판 사건의 수가 많은 편이라 할 수 없다. 그러나 사건 수는 재판소의 관할, 국민들의 소송문화 등 여러 요소들에 의해 좌우되는 것이므로 일률적인 잣대로 말하기는 어렵다.

벨기에 헌법재판제도는 30년 이상 운영되면서 끊임없이 개선되고 진화해 왔다. 이는 1988년 창설 이후 제도적으로 큰 변화를 겪지 않았던 우리와 비교되는 부분이다. 특히 벨기에는 여러 문화적·언어적 배경에 의해 분절된 이질적인 집단들을 인정하고 그 문화적 개성을 존중하는데, 이는 벨기에에서 다른 국가들로부터 찾아보기 힘든 특징적인 제도가 형성된 주요한 이유가 되었다.

벨기에 제도는 여러모로 우리와 다르다. 원래 벨기에 헌법재판은 중앙 정부와 공동체 정부, 자치지역 정부 간의 헌법상 권한분배를 유지해 연방제를 안정적으로 운영하기 위한 수단으로서 도입되었다.³²⁾ 이후 평등과 자유에 대한 보호 역할이 확대되면서 자연스럽게 권한문제에 관한 사건들이 줄어들었다.³³⁾ 처음부터 규범통제와 기본권보호를 중심으로 시작된 우리와는 제도의 기원에서 차이가 있다.

한 예도 있다. Dubravko Ljubić, “The Role of Legal Advisers in the Jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia”, in: *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, Universul Juridic, 2016, p. 60; Daniela Ramona Marițiu and Claudia margareta Krupenschi, “The Assistant-Magistrates of the Constitutional Court of Romania”, in: *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, Universul Juridic, 2016, p. 147.

32) 연방과 공동체 및 자치지역 간의 관계를 규율하는 원리들을 실현함으로써 공동체와 자치지역의 자율성을 보장하는 것이 벨기에 헌법재판소의 중요한 기능임을 지적하는 글로는, Patrick Peeters and Jens Mosselmans, 앞의 논문, pp. 69ff

33) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 201.

또 벨기에 재판소의 권한은 입법의 위헌여부 심사가 중심이다. 우리 재판소가 가지는 탄핵심판이나 정당해산심판에 대한 권한이 없고, 행정 입법의 위헌여부를 심사할 방도도 없다. 반면 벨기에 재판소는 우리에게 존재하지 않는 추상적 규범통제사건에 대한 권한을 가진다.

심사기준에서도 차이가 있다. 우리 재판소는 법률의 위헌여부를 판단할 때 원칙적으로 헌법 전체가 심사기준이 된다는 입장이나,³⁴⁾ 벨기에는 헌법 전체가 아니라 그 중 일부만을 입법의 위헌여부 심사기준으로 인정한다(헌법 제142조, 법 제1조).

2. 구성

그러나 벨기에 제도의 가장 중요한 특징으로서 우리가 특별히 주목할 부분은 재판부 구성에서 다양성과 균형을 실현하기 위한 제도적 노력이다. 그들은 재판부 구성에서 세 가지 측면, 즉 출신 어권 간, 법률가와 정치인 간, 성별 간의 다양성과 균형을 법제도적으로 구현하기 위해 노력하고 있다.

먼저 언급할 부분은 법률가와 비법률가 간의 조화적 구성을 위한 노력이다. 우리의 경우 헌법재판관은 법관의 자격을 가진 자로 한정되므로(헌법 제111조 제2항) 비법률가는 재판관 자격이 없다.³⁵⁾ 그러나 재판관 자격을 비법률가로 확대하는 것은 개헌논의에서 꾸준히 제기되어 온 과제였고 이에 대하여 학계와 실무계의 상당수가 동조하는 상황이므로, 법률가와 비법률가 간의 조화적 구성방식은 우리에게도 충분한 함의를 가

34) “일반적으로 헌법상 명문규정뿐만 아니라 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙의 경우도 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다.” 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 646.

35) 법관의 자격을 정하는 것은 법원조직법이므로(제42조) 이 법에서 법관의 자격을 정할 때 비법률가들까지 자격을 개방한다면 헌법재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 자로 정한 헌법조항이 반드시 비법률가를 배제하는 것은 아닐 수 있다는 지적도 가능하다. 다만 우리 사회에서 통상 법관의 자격이라는 것은 소송과 재판에 관여할 수 있는 실무가적인 자격을 의미하므로, 이 측면에서 본다면 헌법 제111조 제2항은 비법률가가 헌법재판관이 될 수 없도록 규정한 것으로 이해된다. 헌법재판관의 자격개방이 개헌 논의에서 주요한 주제가 되는 것은 그 때문일 것이다.

진다.

다만 전직 정치인이 재판관이 되었을 때 과거 정치인으로서 보였던 행보가 재판관으로서 행할 판단에 부정적인 영향을 줄 가능성에 유의할 필요도 있다. 재판관은 중립적인 지위에서 오직 헌법과 법률, 양심에 따라 사안을 판단해야 하지만, 정치인으로서 자신이 지지하고 추진했던 입법에 대한 위헌심사에서 재판관이 해당 입법을 위헌으로 결정하기는 쉬운 일이 아니다. 이와 관련해, 우리 재판소 역사에서 몇 안 되는 국회의원 출신인 조승형 재판관의 사례는 시사점이 있다. 조 재판관은 원래 민법의 동성동본 금혼조항이 위헌이라는 입장이었으나, 의원 시절 민법개정을 위한 협상과정에서 중재를 위해 동성동본 금혼 유지라는 입장을 표했다. 그 후 그가 재판관이 되어 해당 조항의 위헌문제를 판단하게 되었을 때 그는 동성동본 금혼이 위헌이라는 소신을 지킬 것인가, 아니면 의원 시절 표명한 입장을 유지하는 일관성을 따를 것인가를 두고 갈등했고, 결국 후자를 선택해 합헌의견을 취했다(95헌가6등).³⁶⁾ 이는 종래 정치인으로서 보인 행적이 재판관으로서 소신을 발휘하는 데 장애가 될 수 있음을 보여주는 사례이다. 원칙적으로 말하자면 재판관은 과거 자신의 행적과 무관하게 판단해야 하겠으나, 현실은 그렇지 못할 가능성이 있음을 부인하기 어렵다.

벨기에에서 전직 의원 출신의 재판관들이 임명될 때 법학적 배경이 필수적으로 고려되는 것은 아니지만,³⁷⁾ 그들 중 상당수는 법학전공 등의 법학적 배경을 가지는 편이다.³⁸⁾ 이로 인해 법률가와 비법률가 간의 다양성과 균형이 훼손되는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 헌법재판 또한 결국 재판작용임을 고려하면 법학적 배경이 재판관의

36) 이범준, 「헌법재판소, 한국 현대사를 말하다」, 궁리, 2009, 236~238면.

37) Patricia Popelier and Koen Lemmens, 앞의 책, p. 199.

38) 프랑스 역시 헌법위원회 위원의 자격을 법률가로 국한하고 있지 않지만, 실제로 임명직 위원들은 주로 법학교수, 법학박사, 법률실무가 출신으로 이루어져 왔다. 비교적 오래 전 서술이나 성낙인, 「프랑스 헌법학」, 법문사, 1995, 659면 참조. 프랑스 헌법위원회를 재판 기관으로 본다면 위원의 자격을 법률가로 한정할 필요가 있다는 지적으로, Dominique Rousseau, “The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No. 1(2007), p. 33.

업무수행에 유용할 수 있는 점, 법학적 배경을 가진다 해도 최소한 5년 이상 의원 경력이 자격요건으로서 요구되며 이는 법학 외적인 사고와 관점을 체득하기에 부족하지 않은 시간인 점 등을 종합하면, 비법률가 몫의 재판관들 상당수가 법학적 배경을 가지는 것을 반드시 부정적으로 보기는 어렵다.

재판부 구성에서 성별 간의 조화를 위한 노력 역시 눈에 띈다. 우리의 경우 지난 30년 동안 50명 이상의 헌법재판관이 임명되었지만, 그 중 여성재판관은 단 5인에 불과했다. 그 중 3인이 현재 재판부에 소속되어 있는데, 추후에도 이 숫자가 유지될지는 확실하지 않다. 양 성별이 재판부를 절반씩 구성하는 것이 가장 이상적인 방안일 터이나, 여러 이유에서 현실적으로 실현하기는 어렵다. 그렇다면 한쪽 성별이 일정 비율 이상을 차지하지 못하도록(다수성별의 최대치) 혹은 일정 비율 이상이 되도록(소수성별의 최소치) 하는 벨기에의 방식을 하나의 대안으로 고려해볼 수 있다. 한쪽 성별의 재판관들이 집중되어 있는 재판부가 내린 결정에 정당성의 무게가 덜 실리는 것은 자명한 까닭이다.

한편 벨기에 사회에서 가장 중요한 이슈인 어권 간의 조화 문제는 언뜻 우리와 무관해 보이기도 한다. 그러나 어권 문제는 상이한 문화를 가지는 공동체의 존재와 결부되므로, 따라서 가령 통일 이후 남과 북이 단일한 헌법재판소를 구성해야 할 상황이 왔을 때처럼 상이한 문화를 가지는 공동체가 공존하게 될 경우에는 벨기에가 선행 모델이 될 수 있다. 남과 북으로부터 서로 동등한 수의 재판관을 선발하는 방식이 그것이다.

재판부 구성에서 다양성과 균형을 추구할 때 재판관 비율을 반드시 법으로 정해야 하는지는 또 다른 문제이다. 벨기에에는 그 비율을 매우 구체적으로 정하고 있는데, 이는 벨기에 사회가 처한 특수한 환경 때문이라고 생각된다. 법적 규율이 필수적이라고 하기는 어렵지만, 만약 다양성을 위한 법적 규율이 필요하다고 본다면 최소한으로 충족되어야 할 비율 정도를 정해두는 것도 좋은 방안이다.

3. 권한

비교법적으로 볼 때 헌법재판소에 법률의 위헌여부를 심사해 줄 것을 청구할 수 있는 기관은 국가마다 상이하다. 대체로 그러한 청구권은 법률을 해석·적용하는 법원이 행사하나, 국가에 따라서는 그로 인해 자신의 기본적 권리가 침해되었다고 주장하는 개인에게 주어지기도 한다. 또한 입법부가 만든 법률을 집행하는 행정부가 행사할 수도 있다. 반면 입법 기관은 법률을 제정하고 개정하는 기관이니 문제가 있다고 생각하는 법률을 스스로 개정하면 충분하므로 일반적으로 기관 차원에서 법률에 대한 위헌심사를 청구할 까닭이 없지만, 의회 내 다수파가 소수파의 의사를 무시하고 입법을 관철하는 것을 억제하기 위해 소수파에게 그러한 입법의 위헌심사 청구권을 인정하기도 한다.

우리의 경우 재판소에 법률에 대한 위헌심사를 요청할 권한은 법원과 개인에게 인정되고, 소위 추상적 규범통제제도라고 불리는 청구방식 즉 입법부 내의 소수파나 행정부 등에 의한 청구는 허용되지 않는다.

추상적 규범통제는 흔히 정치적 갈등의 조기 해결 혹은 다수파에 대한 사법적 제어라는 관점에서 그 필요성이 설명되지만, 다른 한편 이 제도는 행정의 합헌적 운영에 비추어도 긍정적으로 논의될 수 있다. 우리 법원은 재판에 적용할 법률에 위헌의 의심이 생기면 법률 적용을 중지하고 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구할 수 있다. 반면 행정부는 처분에 적용할 법률에 위헌의 의심이 든다 해도 그 적용을 거부할 수 없고, 일단 그 법률을 적용해 처분을 발한 후 처분 상대방이 그 처분을 다투는 행정소송을 제기할 때 그 절차에서 자신이 발한 처분의 근거법률의 위헌성을 주장할 수 있을 뿐이다(헌재 2008. 4. 24. 2004헌바44 참조). 이는 헌법을 수호하고 국민의 권리를 보장하는 국가기관의 본질상 바람직하지 않고 자기 모순적이기까지 하다. 법률을 집행하는 행정부 또한 위헌의 의심이 드는 법률을 그대로 적용하기보다는 헌법재판소에 법률의 위헌심사를 청구할 수 있도록 할 필요가 있다.³⁹⁾ 이에 추상적 규범통제는 행정부 차원에서 위헌적 법률의 집행을 막고 행정의 합헌적 운영을 보장하는 수

39) 같은 지적으로, 정종섭, 「헌법소송법」 제9관, 박영사, 2019, 271~272면.

단이 될 수 있다. 다만 그 청구권은 행정의 정합적 수행을 위해 개별 행정청이 아니라 행정업무 전체를 통할하는 대통령 혹은 국무총리 등에 인정함이 타당하다. 벨기에는 국무회의에 이러한 청구권을 부여하고 있다.

한편 벨기에는 입법부의 소수파에 의한 청구권 대신 각 입법기관의 의원들 중 2/3에 의한 요청에 따른 의장의 청구권을 인정하고 있다. 복수의 대등한 입법기관들이 공존하는 벨기에는 상대 입법기관의 입법을 다룰 수 있도록 허용할 특수한 사정이 존재하기 때문이다.

4. 헌법연구관

미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소에서 연구관은 짧은 기간 동안 채용되거나 파견된 법률가들이 담당한다. 이들은 재판관보다 근무기간이 짧다. 벨기에서도 원래 헌법연구관은 짧은 임기제로 채용되었으나, 1989년 정년제로 변경되어 현재 벨기에 헌법연구관들의 평균 재직기간은 매우 긴 편이다. 이 같은 벨기에의 모습은 우리와 유사하다. 한국 역시 재판소 초기에는 법원과 검찰로부터 파견된 인력을 중심으로 연구관 제도를 운영했고 자체인력은 별정직 국가공무원으로 임용했으나, 우수한 연구인력 확보 및 헌법연구관의 장기근무 유도를 위해 2003년 헌법재판소법 개정을 통해 헌법연구관을 특정직 국가공무원으로 전환했다.⁴⁰⁾

연구관을 짧은 임기로 채용한다면 대체로 젊은 법률가들이 위주가 될 것이나 전문성이 부족할 수 있는 반면, 정년을 보장한다면 풍부한 경력을 가진 인력을 확보할 수 있을 것이나 평균 재직기간이 길어져 인력순환이 더딜 것이다. 결국 이들 간의 선택은 해당 국가의 상황에 적합한 방식이 무엇인가라는 관점에서 검토되어야 한다. 벨기에는 법학이나 재판실무에 대한 전문성이 약한 정치인들이 재판부의 절반을 구성한다는 점에서 그들을 보좌하는 인력의 전문성이 더욱 크게 요청되었을 것으로 보인다. 우리 또한 비교법적으로 재판관의 임기가 짧은 편이고, 그간 재판관의 주요한 인력풀이었던 법관들이 헌법실무에 친숙하지 않았다는 점

40) 헌법재판소, 「헌법재판소 30년사: 30년의 바른 걸음, 헌법을 세우다」, 헌법재판소, 2018, 184면.

에서 헌법연구관의 전문성을 더욱 필요로 해 왔다고 생각된다. 벨기에나 우리나라 헌법연구관에게 정년을 보장할 이유가 있는 편이다.

한편, 다양한 헌법연구관의 존재는 재판부가 헌법문제를 다각적으로 검토하는 데 기여할 수 있다. 헌법재판에 다양성과 균형을 반영하려는 벨기에인들의 태도는 연구관 구성에서도 유지되고 있는데, 이는 최근 이에 관한 입법적 개선노력들이 시도되고 있는 우리에게도 좋은 참조가 될 것이다.⁴¹⁾

V. 결론

이상에서 벨기에 헌법재판제도를 일별해 보았다. 19세기 초 네덜란드로부터 독립해 탄생한 벨기에는 오랜 기간 동안 입법에 대한 사법심사를 허용하지 않았다. 그러나 1970년대부터 시작된 헌정개혁을 통해 단일국가에서 연방국가로 전환하는 과정에서 입법에 대한 사법심사의 필요성이 제기되었다. 연방제 하에서 복수의 입법기관들이 생겼고 각각의 입법들 간에 동등한 효력이 인정되었기 때문에 그 충돌문제를 해결해야 했다. 벨기에인들은 이를 위해 중재재판소를 설치했다. 처음에는 입법이 헌법상 연방제적 권한분배에 위반되는지를 심사하는 업무가 중심이었으나 이후 재판소 권한이 확장되어 입법이 헌법상 자유와 평등에 위반되는지의 문제가 본격적으로 다루어졌다. 이 변화 속에서 2007년 중재재판소는 헌법재판소라는 이름으로 변경되었다.

벨기에 헌법재판제도에는 여러 특징들이 있는데, 무엇보다도 제도 속에 다양성을 확보하려는 시도가 눈길을 끈다. 특히 재판부 구성에서 법률가 출신과 정치인 출신 간, 출신 어권 간, 남녀성별 간의 다양성과 균형을 실현하기 위한 노력들이 제도화되었다.

재판소의 중심 권한은 입법에 대한 통제권인데, 당해재판에서 해당 입

41) 근래 헌법연구관 구성의 다양성을 위한 법안이 발의된 적이 있었다. 이 법안은 헌법연구관의 자격을 법학 이외의 박사학위 소지자에게도 개방하도록 규정했다(제안자: 정성호 의원 등 10인, 제안일자: 2018년 3월 12일, 의안번호: 2012432).

법의 위헌여부가 선결문제가 되는 경우 그 입법의 위헌여부를 판단하는 선결문제 심판과 해당 입법에 대한 추상적 규범통제와 헌법소원이 결합된 형태의 무효 심판이 있다. 양자는 위헌결정의 효력에서 차이가 있는데, 무효 심판에서의 위헌결정만이 대세효를 갖는다.

벨기에 헌법재판제도는 복합적이고 이질적인 문화적 맥락에 놓여 있는 국가가 어떻게 제도를 디자인해야 할 것인가의 문제에 대한 벨기에인들의 숙고를 담고 있다. 필자는 그 숙고의 핵심이 다양성의 제도적 보장에 있다고 생각한다. 다양성의 제도적 보장이라는 가치를 고민하는 사회라면 벨기에인들의 노력이 하나의 모범이 될 수 있다.

끝으로, 이 글은 벨기에 헌법재판제도에 관한 여러 문헌들을 살핀 결과물인데, 이러한 시도는 현실적으로 여러 한계를 가진다. 그러나 한계를 가진다 해서 이러한 노력이 무의미하다고 보지는 않는다. 이 글은 아직까지 우리 학계에 잘 알려지지 않은 벨기에 헌법재판제도를 소개하는 개괄적인 글이므로, 이 낯선 제도의 역사와 특징 등을 전반적으로 설명하는 일에 그 소임이 있었다. 더 나아가 벨기에 헌법재판소의 결정을 토대로 이 재판소가 벨기에 민주주의와 인권의 신장을 위해 어떤 역할들을 해 왔는지, 그리고 지난 시간 동안의 성과와 한계는 어떠했는지 등 보다 심화된 분석과 평가는 추후 과제가 되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2019.05.24, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 이 황 회

벨기에, 연방국가, 중재재판소, 헌법재판소, 다양성

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 성낙인, 「프랑스 헌법학」, 법문사, 1995.
- 정중섭, 「헌법소송법」, 제9판, 박영사, 2019.
- Benda, Ernst/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., C. F. Müller, 2012.
- Deschouwer, Kris, The Politics of Belgium: Governing a Divided Society, Palgrave Macmillan, 2012.
- Lanotte, Johan Vande, et al., Belgium for Beginners, La Charte/Die Keure, 2006.
- Lijphart, Arend, 김석동 옮김, 「민주주의의 유형: 다수결 민주주의와 합의 민주주의 간의 정부 형태와 성과 비교」, 성균관대학교 출판부, 2017.
- Limbach, Jutta, 정남철 옮김, 「독일연방헌법재판소」, 고려대학교 출판부, 2007.
- Montesquieu, C. S., 권미영 옮김, 「법의 정신 I」, 일신서적, 1990.
- Popelier, Patricia and Koen Lemmens, The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis, Hart Publishing, 2015.
- S. C. Universul Juridic S. R. L.(ed.), The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016.
- Schlaich, Klaus/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. C. H. Beck, 2015.

II. 논문

- 이세주, “독일 연방헌법재판소의 헌법재판실무상의 시사점에 대한 고찰”, 「공법연구」 제45집 제1호, 2016.

- 전종익, “미국 Law Clerk제도”, 『헌법논총』 14집, 헌법재판소, 2003.
- Alen, André & Willem Verrijdt, “The Rule of Law in the Case Law of the Belgian Constitutional Court: History and Challenges”, presented in the 25th Anniversary of the Constitutional Court of Slovenia Bled, Slovenia, June 2016.
- Geyter, Lien De, “The role of the “référéndaires” within the Belgian Constitutional Court”, in: The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016.
- Hoecke, Mark van and Michiel Elst, “Basic Features of the Legal System”, Hubert Bocken and Walter De Bondt, Introduction to Belgian Law, Kluwer Law International, 2001.
- Lefebvre, Edwige, “The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burger”, Discussion Paper, 4 Zentrum Für Europäische Rechtspolitik 1997.
- Ljubić, Dubravko, “The Role of Legal Advisers in the Jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia”, in: The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016.
- Marițiu, Daniela Ramona and Claudia margareta Krupenschi, “The Assistant-Magistrates of the Constitutional Court of Romania”, in: The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016.
- Peeters, Patrick and Jens Mosselmans, “The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions”, in: Nicholas Aroney, John Kincaid(eds), Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?, Toronto: University of Toronto Press, 2017.
- Petkova, Bilyana, “Spillovers in selecting Europe's judges: Will the Criterion of Gender Equality Make It to Luxembourg?”, Michal Bobek(ed.), Selecting Europe’s Judges: A Critical

Review of the Appointment Procedures to the European Courts, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Rousseau, Dominique, “The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice”, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, No. 1(2007).

Swenden, Wilfried, and Marleen Brans, Lieven De Winter, “Introduction”, Wilfried Swenden et al.(eds.), The politics of Belgium: Institutions and Policy under Bipolar and Centrifugal Federalism, Routledge, 2009.

Swenden, Wilfried and Maarten Theo Jans, “‘Will It Saty or Will it Go?’: Federalism and the Sustainability of Belgium”, The politics of Belgium: Institutions and Policy under Bipolar and Centrifugal Federalism, Routledge, 2009.

Wolf-Phillips, Leslie, “A Long Look at the British Constitution”, Parliamentary Affairs, Vol. 37, No. 1(1984).

III. 기타 자료

헌법재판소, 헌법재판소 30년사: 30년의 바른 걸음, 헌법을 세우다, 헌법재판소, 2018.

The Constitutional Court of Belgium, 2014(<http://www.const-court.be/public/brbr/e/brbr-2014-001e.pdf>, 벨기에 헌법재판소 홈페이지, 2019. 5. 16. 최종방문).

Venice Commission, The Composition of Constitutional Courts, CDL-STD(1997)020.

Abstract

Constitutional Justice in Belgium

Lee, Hwanghee

Belgium, which was born independent of the Netherlands in the early 19th century, has not granted constitutional review of legislation for a long time. However, as a result of the constitutional reforms in a row since the 1970s, Belgium has been transformed into a federal state and introduced constitutional review of legislation to resolve conflicts between laws, decrees and ordinances made by each government established by the new Constitutions. At first, the constitutional review was implemented by the Court of Arbitration that was founded in 1984. The Court, initially designed for dealing with constitutional competence problems, was given another important jurisdiction to review whether legislations violate constitutional rights and changed its name to the Constitutional Court thereafter.

Belgium, lying in many complicated linguistic and cultural backgrounds, showed various institutional efforts to realize diversities in the constitutional justice. The Constitutional Court of Belgium(hereinafter referred to as “CCB”) consists of twelve judges, and has institutional arrangements for diversity and balance between linguistic groups, between lawyers and former politicians and between each gender. Half the judges should be Dutch-speaking and the other half French-speaking. Half the judges should be from lawyers and the other half from former politicians. Even when appointing Constitutional Court judges from lawyers, Belgians pursue diversities by selecting them from various legal fields such as ordinary judges, legal secretaries at the Constitutional Court and law professors.

Belgian laws provide that the CCB should consist of at least one third judges of each gender.

In addition to the composition, this article attempts to explain the entire CCB system by examining their powers, decision-making process, and the effect of its decisions.

The CCB reflects the belief of the Belgian on the question of how people should design its system in a complex and heterogeneous cultural context. The institutional guarantee of diversities is at the core of their deliberation. Belgium is a good reference for those seeking a constitutional justice system that reflects diversities in society.



▶ **Lee, Hwanghee**

Belgium, Federal state, Court of Arbitration, Constitutional Court, Diversity

조례에 대한 규범통제 및 입법적 개선방안

-2017추5046 경기도의회 조례안재의결무효확인의 소를 중심으로-

홍 수 동*

【목 차】

I. 서론

II. 조례에 대한 규범통제

1. 규범통제의 의의
2. 행정입법에 대한 규범통제

III. 경기도의회 조례안의 주요 내용 과 실무상 쟁점

1. 조례안의 내용
2. 소송의 경위
3. 조례안의 위법성 문제
4. 재의결무효에 따른 형식적
문제점

IV. 조례안재의결무효확인의 소와 개 선방안

1. 조례안재의결무효확인의 소의 성격
2. 입법론적 개선방안

V. 결론

【국 문 요 약】

전통적 권력분립에서는 입법권이나 행정권에 대한 사법적 판단이 허용되기 어렵다. 헌법은 제107조에서 이를 명문화하고 있으나, 지방자치단체의 자치법규에 대한 위헌·위법판단 가능성은 논란이 있다. 지방자치법에서는 지방의회 의결에 대한 제소 제도를 두어 조례에 대한 추상적 규범통제를 시도하고 있다.

경기도의회에서 정책위원회를 설치하여 지방의회 의원들의 의정활동을 지원하고 이를 보조하기 위한 직원을 두는 내용을 주요 내용으로 하는

* 경기도의회 입법정책담당관실 입법조사관, 고려대학교 대학원 박사과정(헌법학), 고려대학교 법학연구원 연구원

조례안이 의결되었다. 행정안전부는 이를 사실상의 보좌관제도 도입으로 판단하여 재의요구를 요청하였고, 경기도지사는 재의요구 후 조례안재의결무효확인의 소를 제기하였다. 대법원은 조례안을 위법하다고 판단하여 무효판결을 내렸다. 무효판결받은 이후 조례의 효력에 대하여 소급적 무효가 원칙이나, 이렇게 되면 무효판결 이전의 조례개정 행위와 이에 따른 행정행위를 모두 무효로 하여야 하는 문제점이 있어 판결의 범위에 대한 논란이 발생하였다. 경기도는 법원이 위법하다고 판단한 조례조항을 삭제하고 법원이 판단하지 않은 조항에 대하여는 유효성을 인정하여 이후 개정행위의 효력을 인정하였다.

지방의회의 조례안재의결무효확인의 소는 형식적으로는 지방의회의 재의결에 대한 지방자치단체장의 제소이지만, 실질적으로는 조례의 효력에 대한 심사가 이루어진다. 조례가 주민에게 직접적인 영향을 미친다는 점에서 법률과 다르게 취급할 이유가 없다. 단순히 지방의회의 재의결이 유효인지 무효인지만 판단하는 것에서 벗어나 조례에 대하여도 위헌법률심판과 같이 다양한 변형판단이 가능하도록 논의를 확장시킬 필요가 있다. 이를 위하여 지방자치법을 개정하여 지방자치단체 및 지방의회, 대법원에 다양한 권한을 부여하거나 헌법재판소에서 무효확인의 소를 담당하게 하는 방안도 입법론적으로 고려해 볼 수 있다.

I. 서론

헌법은 제107조에서 헌법재판소의 위헌법률심판권, 대법원의 명령·규칙에 대한 심사권을 규정함으로써 사법부에 의한 규범통제를 규정하고 있다. 규범통제란 상위법 우선 원칙에 따라 상위법규범에 비추어 하위법규범을 통제하는 제도이다. 법률 및 명령·규칙에 대하여 사법권의 규범통제 제도는 입법권이나 행정권에 대한 침해가 될 수 있기 때문에 전통적 권력분립원리에는 부합하지 않는다. 그러나 헌법에서 규범통제를 규정하고 있는 이상, 법률에 대한 위법성 판단이 사법부에 의해 가능하다면 그 하위규범으로 판단되는 조례, 규칙 등도 사법적 판단이 가능할 것

이다. 「지방자치법」 제107조는 지방의회의 의결에 대해 재의요구·제소할 수 있는 규정을 두어 조례에 대한 사법적 판단을 구체화 하고 있다. 대법원의 판단은 구체적 사건에 대한 효력 판단을 넘어서 추상적 규범통제 효과까지 발생하므로, 자치입법권을 통제하는 권한을 사법부에 부여하였다고 볼 수 있다.

최근 경기도의회에서는 지방의원의 의정활동 강화방안으로 정책위원회를 설치하고 위원회 활동을 지원하기 위한 직원 배치를 주요 내용으로 하는 「경기도의회 교섭단체 및 위원회 구성·운영 조례 일부개정조례안」(이하 “이 사건 조례안”이라 한다)을 의결하였다. 조례의 시행을 통하여 개인 보좌관 제도가 없는 지방의원들의 실질적인 의정활동 지원 및 정책연구 기능 확대를 위한 위원회를 설치하고 위원회를 통한 의원 지원을 추진한 것이다. 대법원은 이를 사실상의 유급보좌관제도 설치로 판단하고 “지방의회의원에 대하여 유급 보좌 인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항이다”라고 하여 위법하다고 판단하였다. 이는 대법원의 확립된 견해로 보인다.¹⁾ 이 사건 조례안의 경우 무효판결 이전에 4차례에 걸쳐 개정되었다. 무효는 소급적으로 무효가 되는 것이 원칙이므로 조례안이 무효가 된 이후 개정된 4번의 개정 또한 효력을 상실하는 것이 원칙이다. 위헌법률심판의 효력논쟁과 마찬가지로 조례안에서도 무효판결의 효력범위에 대한 논란이 발생하였다.

이 글에서는 「경기도의회 교섭단체 및 위원회 구성·운영 조례 일부개정조례안」에 대한 조례안 재의결 무효확인의 소에 대하여 내용적 측면과 형식적 측면에서 분석을 시도해 보고자 한다. 아울러 실무상 해결방안은 어떤 방안이 있는 것인지, 향후 개선방안은 어떤 방향으로 추진되어야 하는지 살펴본다.

1) 대법원 2012.5.24.선고 2011추49 등

II. 조례에 대한 규범통제

1. 규범통제의 의의

규범통제란 상위법 우선의 원칙에 따라 어떤 규범이 그 상위규범과 합치하는지 여부를 심사하는 것을 말한다.²⁾ 규범통제는 시기를 기준으로 사전적·예방적 규범통제와 사후적·교정적 규범통제로 나눌 수 있으며 행해지는 계기를 기준으로 구체적 규범통제와 추상적 규범통제로 나뉜다.³⁾ 독일의 연방재판소는 조약의 비준동의법에 대하여 사전적·예방적 규범통제를 행하며, 우리나라를 비롯한 대부분의 제도는 사후적 규범통제이다. 구체적 규범통제는 법령의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우 소송당사자의 신청 또는 사건법원의 직권으로 제도로, 우리나라와 독일을 비롯한 많은 나라에서는 대법원과 헌법재판소를 분리하여 위헌결정권을 헌법재판소에 독점시키는 관할분리제도를 채택한다.⁴⁾ 추상적 규범통제는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않더라도 법률의 위헌여부에 대한 다툼이 생긴 경우 그 법률의 위헌 여부를 심사하는 제도이다. 연방국가에서는 추상적 규범통제가 주와 연방의 권한쟁의적 요소도 함께 갖는 경우가 많으며, 독일, 오스트리아 등 유럽국가들이 추상적 규범통제를 두고 있다.⁵⁾ 추상적 규범통제의 예로는 독일기본법 제93조 제1항 2.에 따른 연방정부, 주정부 또는 연방의회 의원의 3분의 1의 청구에 의한 위헌법령심판⁶⁾, 독일 행정법원법 제47조 제1항에 의한 규범통제소송⁷⁾이 있다.

2) 윤정인, “법원의 명령·규칙에 대한 사법심사”, 『인권과 정의』 457호, 대한변호사협회, 2016. 5. 70쪽

3) 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2007, 54쪽

4) 허영, 앞의 책, 55~56쪽

5) 허영, 앞의 책, 56쪽

6) 독일 기본법 제93조 ① 연방헌법재판소는 다음 사항을 결정한다.

2. 연방정부, 주정부 또는 연방의회 의원의 3분의 1의 청구에 의하여 연방법률 또는 주법률의 기본법에 대한 형식적 및 실질적 일치여부, 그리고 주법이 기타 연방법과 일치여부에 관한 의견의 상위 또는 의혹이 있을 때)

7) 독일 행정법원법 제47조 ① 고등행정법원은 자신의 재판권 범위 내에서 다음 각 호에 해

법원과 헌법재판소는 추상적 규범통제를 인정하지 않는다. 조례의 재의결무효소송에서는 의결행위를 무효로 함으로써 조례의 일반적 효력을 무효화 한다.

2. 행정입법에 대한 규범통제

권력분립 체계에서 명령·규칙에 대한 규범통제는 어떤 의미를 가지는가? 법치주의의 실현에는 권력분립이 전제된다. 권력분립은 국가권력의 남용 방지와 국가권력의 효율성을 위하여 국가의 주된 기능을 법치의 실현구조에 따라 입법, 집행, 사법으로 나누고 이러한 국가기능을 구성하며 그들 국가기관 상호간의 관계를 정서하고 상호균형을 이루게 하려는 헌법원리이다.

헌법은 수평적 권력분립의 차원에서 입법부와 사법부에게도 명령·규칙 제정권을 인정하고 있으며, 수직적 권력분립의 차원에서 지방자치단체에게도 규칙의 제정권을 인정하고 있다. 집행부의 행정입법권은 시민적·자유주의적 법치국가 사상에 따를 때 매우 위험한 것으로 생각될 수 있다. 그러나 현대 행정국가화 경향에 따라 불가피한 것으로 이해된다.⁸⁾

법관이 법률하위규범(법규명령 조례 등)에 대해 위헌 위법 여부를 심사하는 것은 가능하다. 헌법 제107조 제2항에서는 “명령 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에” 대법원이 최종적인 심사권을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 자치법규에 관한 심사에 관한 규정은 결여되어 있다.⁹⁾

당하는 법규범의 유효성에 관하여 재판한다.

1. 건설법전의 규정들에 따라 제정된 조례와 건설법전 제246조 제2항에 근거한 법규명령
2. 주법률의 하위에 있는 그 밖의 법규정으로서, 주법이 고등행정법원에 의한 규범통제의 대상으로 규정하고 있는 것
- ② 법규정에 의해서 또는 그의 적용에 의해서 자신의 권리가 침해되었다거나 또는 가까운 장래에 침해될 것이라고 주장하는 모든 자연인 또는 법인, 그리고 모든 행정청은 법규정의 공포 후 1년 이내에 규범통제소송을 제기할 수 있다
- 8) 차진아, “대법원의 명령·규칙심사권의 의미와 한계”, 인권과정의 2007.5.173쪽
- 9) 정남철, “위헌·위법인 조례에 대한 규범통제와 행정소송에 의한 권리구제”, 「공법연구」 제47집제1호, 2018, 140쪽

행정국가화 경향에서 명령·규칙에 대한 규범통제가 수평적 권력분립에 대한 예외로서 인정된다면, (자치)조례에 대한 규범통제는 수직적 권력분립에 대한 예외로서 인정할 수 있다. 조례에 대한 추상적 규범통제는 명령·규칙 등 행정입법에 대한 기관간 통제에 더하여 지방자치제도라는 수직적 권력분립에 대한 고려까지 필요하기 때문에 더욱 소극적인 형태를 보인다.

Ⅲ. 경기도의회 조례안의 주요 내용과 실무상 쟁점

1. 조례안의 내용

경기도의회는 2016.6.27. 「경기도의회 교섭단체 및 위원회 구성·운영 조례 일부개정조례안」을 발의하였다(의안번호 1092호). 조례안은 도의회에 교섭단체별로 정책위원회를 설치하여 교섭단체에 대한 정책연구 기능을 수행하도록 하였고, 정책위원회의 운영과 원활한 의정활동 지원을 위하여 정책위원회를 보좌하는 직원을 둘 수 있도록 하였다.

정당별 교섭단체 지원인력을 공무원으로 채용하는 것이 해당공무원의 정치중립 의무 및 정치행위 금지 위반 문제에 해당하는 것인지, 특히 정책위원회에서 특정 정당의 정책개발업무를 담당하게 되므로 직접적 위배에 해당하는 것인지가 쟁점이 되었다. 이것이 문제가 된다면 단순 행정업무 보조 등을 위하여 파견형태로 인력을 지원하고 있는 운용방식도 어려운 것인지가 문제되었다.

2. 소송의 경위

(1) 2016. 10. 18. 경기도의회 이 사건 조례안 의결(수정의결)

조례안은 교섭단체에 정책위원회를 두고 공무원인 직원으로 지원한다는 규정이 주요 내용이었고 수정 의결된 것은 일부 조직개편사항을 반영한 것으로 정책위원회와는 무관한 부서명 변경 등 내용이 추가된 것이었다.

- (2) 2016. 10. 20. 경기도지사에게 이송
- (3) 2016. 11. 2. 행정자치부장관 재의요구 요청
- (4) 2016. 11. 8. 경기도지사 이 사건 조례안 재의요구

경기도지사는 정책위원회에 두는 직원은 공무원으로 특정 정당의 정책 개발업무를 지원하거나 단순히 행정보조 업무라도 특정 정당을 지원하게 될 우려가 있으므로 헌법 제7조제2항의 공무원 정치적 중립의무 위반, 지방공무원법 제57조의 정치운동금지 규정에 위배된다는 이유를 들었다. 행정안전부장관이 재의요구할 것을 통보하였고 도지사는 지방자치법 제172조제1항¹⁰⁾에 따라 재의를 요구하였다.

- (5) 2017. 3. 14. 경기도의회 이 사건 조례안 재의결 확정
- (6) 2017. 4. 11. 조례안재의결무효확인 소장 접수 및 같은 날 집행 정지신청
- (7) 2018. 7. 11. 원고 승(같은 날 집행정지신청 기각)

3. 조례안의 위법성 문제

판결문은 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항이라고 판단한다. 기존의 판결에서도 확립된 견해로 보인다.¹¹⁾ 대법원의 견해는 현행 법령에 유급보좌인력을 두는 근거를 찾을 수 없기 때문에 법령에 위반된다는 취지로 보인다. 법적 근거가 없는 조례를 정하는 것이 위법이 되는 경우는 있다. 「지방자치법」 제22조 단서에서 규정하는 “주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정하는 경우”가 이에 해당한다. 이러한 법률유보의 적용 영역 외에는 원칙적으로 법률우위의 문

10) 지방자치법 제172조(지방의회 의결의 재의와 제소) ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

11) 대법원 2012.5.24. 선고 2011추49에서도 같은 논리로 판시하고 있다.

제, 즉 법령에 위반되지만 않으면 조례입법은 가능한 한 허용된다고 보아야 한다.¹²⁾ 대법원의 견해는 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것이라고 판단하고 있으나 의원의 직무활동으로서의 입법활동의 양적 증가와 질적 전문성에 대한 요청의 관점에서 그 입법활동 지원업무를 담당할 직원을 두는 것이므로, 의원 입법활동을 지원하는 보좌직원을 둔다고 하더라도 주민의 정치적 대표로서 그리고 의회의 한 구성원으로서의 의원의 신분과 지위에 특별히 달라지는 것은 없다고 본다.¹³⁾

오히려 자치분권 강화방안으로서 지방의회의 위상 강화를 생각한다면, 「지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」등 다른 법령에서는 현행 법령에서 지방의회 의장의 소속 공무원에 대한 독립적 권한 강화방안을 마련할 법률상 의무가 있는 점 등을 고려해 볼 때¹⁴⁾ 직접적 법령의 근거는 아니지만 법령에 위배되어 무효라는 기존의 인식에는 많은 변화가 필요하다고 생각된다. 어쨌든 정책적으로 개선의 여지가 있을지 몰라도, 현재의 법체계에서 이 사건 조례안이 위법하다는 것이 기존 판례의 태도이다.

4. 재의결무효에 따른 형식적 문제점

조례안의 적법성 문제와 별도로 재의결무효판결에서 발생하는 형식적 문제점을 지적할 수 있다.

조례안은 교섭단체에 정책위원회를 두고 공무원인 직원을 배치하는 제2조의2(이하 “제2조의2”라 한다) 및 제3조(이하 “제3조”라 한다)와 상임위원회 소관 부서의 명칭을 변경하는 제5조(이하 “제5조”라 한다)를 개정하는 내용이다. 그런데 대법원의 조례안재의결 무효확인 판결은 “경기도의회 교섭단체 및 위원회 구성·운영 조례 일부개정조례안에 관하여 한 재의결은 효력이 없다”라고 하고 이유에서 “조례안 중 일부가 법령에 위

12) 문상덕, “서울특별시의회 기본조례안 무효판결에 대한 평석”, 입법&정책, 제1호, 서울특별시의회, 2013, 168쪽

13) 문상덕, 앞의 논문, 167쪽

14) 이상갑, “지방의회 인사권 독립에 관한 연구”, 「한국과 국제사회」 제2권2호, 한국정치사회연구소, 2018, 19쪽

반되어 위법한 이상 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 한다”라고 판결한다.

그런데 경기도의회는 재의결 이후 무효소송의 진행 중에 이 사건 조례에 근거하는 행정행위를 한 바, 이러한 행정행위의 효력을 어떻게 볼 것인가 하는 문제가 발생하였다.

재의결무효가 된 경우 그 조례는 전부 무효인지, 소송 중 조례가 개정되었다면 개정된 현행 조례는 재의결 무효 이후에도 계속 유효한지, 무효판결 이후 무효조례를 개정하기 위한 절차는 어떻게 되는지, 향후 조례 개정시 무효 판결 받은 조례를 개정하는 것인지, 현행 조례를 개정하는 것인지 등을 쟁점으로 살펴보고자 한다.

가. 전부무효여부

조례 중 일부 조항의 내용이 위법하다고 판단하여 재의결이 무효된 경우, 해당 조항만 무효인가, 아니면 조례 전부가 무효인가의 문제이다. 조례는 일부만으로 성립하는 것이 아니고 각 조항들이 전체 조례를 구성하고 있는 것이므로 한 조문이 위법하여 무효라면 그 조례 전체가 무효라는 결론에 도달할 것이다.¹⁵⁾ 조례의 효력발생 요건 중 “의결행위”가 결여되게 되므로 당연한 결론이다.

법률과 판결문도 일치된 결론을 낸다. 지방자치법 제107조에 따라 지방자치단체장이 재의요구 또는 제소하거나 같은 법 제172조에 따라 행정안전부장관이 재의요청을 할 때에는 “지방의회의 의결”에 대하여 재의요구 또는 제소할 수 있도록 하고 있고 이를 분리하여 일부에 대하여 제소할 수 있는 절차는 없다. 또한 “조례”또는 “조항”에 대한 위법성 판단이 아닌 “재의결”에 대한 판단이므로 일부무효를 판단할 수 있는 절차는 없다.

판결문에서 이를 명시하고 있는데, 판결문은 이 사건 조례안 제3조의 위법성을 판단한 후 제5조에 대한 판단이 없이 “조례안 중 일부가 법령에 위반되어 위법한 이상 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이

15) 대법원 1994.5.10.선고 93추144 판결 등 같은 취지

부인되어야 한다”라고 하여 재의결 전체의 효력을 부인한다. 이에 따라 조례안은 제3조만 무효가 되는 것이 아닌 조례안 전체가 무효가 된다. 대법원은 유사 판결에서도 일관된 입장을 보이고 있다.

나. 소송도중 개정된 조례의 효력

재의결 이후 무효판결 이전에 4차례에 걸쳐 조례가 개정되고 공포되었는데, 개정된 조례의 효력이 문제된다.

판결문은 이 사건 조례안 “제3조 제2항은 법령에 위반된다”고 명시하였을 뿐, 재의결 대상 조항인 제2조의2와 제5조에 대하여는 판단하고 있지 않다. 이후 이 사건 조례안은 4차례 개정되었는데 제2조의2와 제3조는 개정이 없었고 제4조와 제5조 등이 개정되었다. 즉 법원의 위법판단을 받은 조항은 그대로 규정되어 있었다.

이 경우 전부가 무효라면 제2조의2, 제3조, 제5조가 모두 무효가 되어 이후 개정된 제5조 또한 무효로 보는 것이 논리적으로 타당하다. 그렇다면 재의결 후 개정된 조례를 근거로 발생한 행정행위 또한 모두 소급적으로 무효라고 판단하여야 하는데 원칙대로 무효로 처리하게 되면 법적 안정성에 무리가 생긴다. 조례의 효력에 대한 견해의 차이가 발생한다.

1) 효력유효설

재의결 조례안 전부가 무효라고 하더라도 이후 의회의 적법한 의결을 통하여 개정된 조례는 판결과 별도로 유효한 효력을 가진다는 견해이다. 법률의 경우, 일부 조문이 무효라고 하여 법률 전부가 무효로 되지는 않는다. 예컨대 형법 상 간통죄 규정이 헌법재판소에서 위헌판결을 받았다고 하더라도 형법 전체가 위헌이 되지는 않는다. 즉 일부 무효인 내용이 있더라도 그 부분만 무효가 되는 것에 그친다. 의회의 자율성을 존중하는 전제로 판단한다면, 재의결이 무효로 되는 것이 이후 별개로 이루어진 적법한 의결에 영향을 미친다고 볼 수 없다. 다만 이 경우에도 위법한 판단을 받은 부분까지 유효하다는 것은 아니고 판결 취지에 따라 이를 개정할 의무가 발생하게 된다.

2)부분무효설

대법원의 판결대상은 재의결된 조례안이고, 대법원에서 위법하다고 판시한 것은 제3조이므로 이후의 개정사항이 당연무효라고 볼 수는 없다는 견해이다. 대법원이 위법이라고 판단한 것은 “제3조”에 국한된다고 좁게 해석한다. 비록 재의결행위가 무효로 판단되었다고 하더라도 위법판단의 대상이 되지 않은 다른 조항은 유효하다는 견해이다.

3)전부무효설

대법원의 재의결 무효확인 판결로 조례에 대한 재의결행위는 소급하여 무효가 되고, 무효인 재의결에 의해 공포·시행된 조례 역시 효력이 없으며, 무효인 조례를 기준으로 현재까지 개정된 조례는 모두 효력이 없다는 견해이다. 논리적으로 타당하나 이후 조례를 통하여 이루어진 행위 또한 무효로 봐야 한다는 문제점이 발생한다. 우리 법제는 법규개정시 개정대상의 범위에 따라 자치법규의 일부만을 개정하는 일부개정방식과 전부를 개정하는 전부개정방식이 있다. 또한 기존법령과 개정법령의 관계에서 기존 법령이 개정법령의 내용에 흡수되는 방식(revision)과 개정법령이 기존법령과 별도로 존재하고 기존법령을 수정하는 방식(amendment)으로 나누어 볼 수 있는데 우리 법제는 흡수개정방식을 취하고 있다. 개정방식은 기존의 조례가 유효하다는 전제에서 흡수되어 개정되는 것이므로 기존 무효인 조례의 일부만을 유효로 판단하기는 어렵다.

4) 검토

논리적으로는 전부무효설이 타당하다. 그런데 이후 발생한 행정행위는 어떻게 처리할 것인가의 문제가 남는다. 헌법재판소법과 같이 입법적으로 명백한 규정을 두어 해결하면 좋겠지만, 현행 지방자치법은 그러한 규정이 없기 때문에 결국 해석의 문제로 귀결된다.

이 사건 조례안의 경우 무효판결 이전에 조직에 관한 규정이 개정되었

다. 제4조와 제5조가 개정되어 상임위원회가 신설되었다. 전부무효설에 따라 원칙무효라고 한다면 이후 행정행위를 소급적으로 무효로 하여 신설된 상임위원회를 폐지하여야 하는 것인가? 전부무효설을 따르는 경우 이를 해결하기 위하여 또 다른 해석론이 필요하게 된다.

이를 해결하기 위하여 하자승계이론과 무효행위전환이론을 적용해 볼 수 있다.¹⁶⁾ 하자승계는 선행행위와 후행행위가 독립하여 별개의 법적효과를 발생하는 경우에는 하자가 승계되지 않는다고 해석할 수 있다. 조례 입법행위는 직전 입법행위를 전제로 한 것이나 각각 별개의 법률효과를 발생하므로 선행 입법행위의 위법사유가 후행 입법행위에 승계되지 않는다는 논리이다.¹⁷⁾ 또한 무효가 승계된다고 하더라도 무효행위전환이론¹⁸⁾에 따라 후행 입법행위는 유효로 전환된다고 한다. 하자의 승계 또는 불승계가 되려면 선행 행정행위와 후행 행정행위가 처분에 해당하여야 하는데, 조례안 입법행위 또는 의회의 재의결행위가 처분에 해당할지는 의문이다.¹⁹⁾ 무엇보다도 선행입법행위와 후행입법행위가 각각 독립적으로 법률효과를 발생한다고 한다면 전부무효로 볼 것이 아니라 위법판결을 받지 않은 다른 조항은 유효하다는 논리로 해결이 가능하다. 대법원은 헌법 제107조 명령·처분의 위법성 문제를 다루면서 명령·규칙의 위법성과 이에 따른 처분의 위법성은 별도로 판단하고 있다.²⁰⁾ 조례의

16) 재의결무효소송을 담당했던 경기도청의 견해이다.

17) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84누191 판결 참조

18) 의회는 무효사유가 되는 해당 조항을 제외하고 나머지 조항에 대하여는 개정할 의욕이 있어 이를 의결한 것으로 볼 수 있으므로 후행 입법행위는 유효행위로 전환(서울고등법원 1983. 7. 21. 선고 82나4295 판결 참조)

19) 대법원은 2017. 3. 30. 선고 2016주5087 판결에서 서울특별시 인사위원장이 입법지원요원 40명의 채용을 위한 공고를 처분으로 보아 행정안전부장관이 직권으로 이를 취소한 것을 타당하다고 판시하고 있으나 조례개정행위를 이와 동일하게 볼 수는 없을 것으로 생각한다.

20) 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연 무효가 된다고는 할 수 없고 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이므로, 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 위 무효확인청구를 기각하여야 할 것이다(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결).

경우도 마찬가지로 논리의 적용이 가능할 것이다. 즉 재의결무효로 조례가 무효라고 하더라도 이에 따른 후행행위로서 조례개정행위나 집행행위는 별도의 기준으로 판단할 수 있다.

무효행위의 전환이론은 민법상의 이론으로 이를 조례개정행위에 적용할 수 있을지 별도의 검토가 필요하며, 의회가 이 사건 조례안 제3조가 무효이더라도 제5조의 개정을 의도했다고 판단하기는 어려울 것이다. 의결과 재의결을 거친 사안이라면 오히려 조례안 제3조가 합법적이라고 보는 것이 보다 의회의 의결내용에 부합하기 때문이다.

결과적으로 이러한 이론구성들은 재의결당시의 조례안은 무효이더라도 판결당시 4차례 개정된 현행 조례는 유효하다는 결론을 이끌어 내기 위한 노력이다. 법적안정성을 중시하는 결론이라고 하겠다.

다. 무효판결 이후 조례개정절차

대법원의 무효판결 이후 지방의회가 별도의 조례 개정절차를 거쳐야 하는 것인지, 아니면 별도의 절차가 필요 없이 무효로 확정되는 것인지 여부이다.

조례안재의결무효확인 소송은 행정소송법상 기관소송에 해당하고 취소판결의 기속력이 준용되므로²¹⁾ 경기도의회는 판결의 취지에 맞게 조례를 개정하여야 한다. 실무상으로는 의회의 의결이나 별도 개정절차 없이도 무효효력을 가지므로 행정절차만으로 조항을 삭제하였다. 다만 위에서 본 것처럼 무효의 범위에 대한 논란이 있어서 어느 조항을 삭제 또는 개정하여야 하는지가 문제된다.

경기도는 기술적인 방법으로 이를 해결하였다. 조례안재의결무효확인 판결로 전부가 무효라는 전제하에, 제2조의2와 제3조를 무효로 삭제하고, 제5조는 이후 그간의 개정안을 그대로 승계하는 방식을 취하였다.²²⁾

21) 행정소송법 제46조(준용규정) ①민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

② 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.

22) 제2조의2(정책위원회 설치) ① 제2조제1항의 교섭단체는 정책기능 강화를 위하여 의회내

전부 무효인데 제5조는 유효하다고 판단하고, 제2조의2는 무효화 한 것에 대하여 다소 설명이 부족해보이나 가장 편리한 방법을 택하였다고 판단된다. 제2조의2와 제3조를 개정하는 것이 논란을 없애는 방식이다. 서울특별시의회에서든 비슷한 사례가 있었는데 서울시의회는 위법판단을 받지 않은 다른 조항도 개정함으로써 효력에 대한 논란은 더 이상 없었다.²³⁾

라. 향후 개정대상 조례

이후 조례를 개정할 경우 개정대상 조례는 재의결 이전 조례인지, 무효판결 당시 시행되던 조례인지의 문제이다.

앞서 여러 가지 이론 구성을 했던 실익은 현재 개정대상 조례가 무엇인지에서 나타난다. 전부무효설을 채택한다면 개정대상 조례는 재의결당시의 조례가 되지만 이후 4차례 개정된 조례와 그에 따른 행정행위에 대한 처리가 어려워진다. 일부유효하다고 판단하거나 무효이더라도 위법사유가 승계되지 않는다는 논리를 채택하면 현행 조례를 개정하면 된다. 국회가 위헌판결을 받은 법률을 개정하는 방식도 후자의 방식을 채택

정책위원회(이하 “정책위”라 한다)를 설치한다.

- ② 정책위의 조직은 교섭단체 대표가 구성하고, 그 결과를 의장에게 통보하여야 한다.
- ③ 정책위의 활동은 도민의 복리증진 등 경기도와 관련된 정책의 연구·개발·평가 등에 한정한다.
- ④ 정책위 활동에 소요되는 경비는 예산 범위에서 지원할 수 있으며, 이 경우 의회 운영위원회의 심사를 받는다. [본조신설 2017.4.19.]

(무효판결, 대법원 2017추5046, 2018.7.11.)

제3조(교섭단체 및 정책위에 두는 직원) <개정 2017.4.19.> ① 교섭단체 및 정책위의 입법 활동을 보좌하고 사무를 처리하기 위하여 교섭단체 및 정책위에 정책연구위원 등 필요한 직원을 둔다. <개정 2017.4.19.>

- ② 교섭단체 및 정책위에 두는 직원은 「경기도 의회사무처 설치 조례」에서 정하는 바에 따른다. <개정 2017.4.19.>

(무효판결, 대법원 2017추5046, 2018.7.11.)

23) 「서울특별시의회 기본조례 일부개정조례안」에 대한 조례안재의결 무효확인 소(2012.12.26. 선고 2012추91)

한다.

헌법재판소는 위헌법률심판이 진행 중 법률의 개정된 경우 재판의 전제성을 인정하지 않고 각하한다. 예외적으로 구체적인 경우를 고려하여 위헌결정에 따른 개선입법을 통하여 재판이 다른 판단을 할 여지가 있다고 인정되는 경우는 구법에 대한 재판의 전제성을 인정한다.²⁴⁾

위헌법률심판의 경우는 이 부분을 명확히 판단한다. 즉 심판당시 개정되어 위헌성이 없다고 판단하는 부분과 위헌성이 있다고 판단하는 부분을 명확히 나누어 판단한다. 필요에 따라서는 판단 대상 조항을 변경하기도 한다.

그런데 조례안의 경우는 위법성이 있는 조항과 그렇지 않은 조항의 분리가 불가능하다. 또한 이후 개정을 통하여 위법성이 소멸되었다고 하더라도 판단대상을 변경할 수 있는 절차는 없다. 대법원의 판단 대상은 지방자치법의 규정상 “지방의회의 재의결 행위”에 대한 판단에 국한된다. 현행 제도 하에서는 지금과 같은 논란이 되풀이 될 수밖에 없다.

IV. 조례안재의결무효확인 의 소와 개선방안

1. 조례안재의결무효확인 의 소의 성격

대법원 제소제도는 재의결된 조례안이 위법성이 있다고 판단되는 감독청 또는 지방자치단체장이 대법원에 제소하는 제도로 사법부의 사전적 통제의 의미를 갖는다.²⁵⁾ 이 소송의 성격에 대하여 견해의 대립이 있다.

24) 2003.4.24. 99헌바110, 2000헌바46(병합) 등

25) 고현환, “조례의 사법적 통제와 주요쟁점에 관한 법리의 검토”, 『법학논총』 33권, 숭실대학교 법학연구소, 2015, 10쪽

가. 특수한 항고소송

지방자치법에 따른 대법원 제소는 행정소송법의 기관소송이 아니라 국가와 지방자치단체간의 소송이라는 견해인데 지방자치단체장이 소송을 제기하기는 하지만 국가의 하부기관으로서 수행하는 기관위임사무에 해당하는 것으로 국가 기관으로서 지방자치단체장과 지방자치단체 기관인 지방의회의 소송이라고 한다.²⁶⁾ 이 사건 조례안의 경우 행정자치부의 재의요구를 통하여 재의-재의결-제소의 과정을 거쳤지만 지방자치단체 스스로 판단을 하는 경우도 있다. 국가의 하부기관으로서 수행한다면 굳이 지방자치단체의 장에게 독립적인 제소권한을 부여하는 의미가 없다. 또한 단순히 지방의회를 지방자치단체 소속 기관으로 보는 점도 수정이 필요하다.²⁷⁾

나. 기관소송

행정주체 내부의 권한분쟁은 원칙적으로 행정권 내부에서 자주적으로 해결하고 재판에 의하여 해결할 성질의 것이 아니라는 것이 전통적인 사고였다. 지방자치단체 상호간이나 지방자치단체장 상호간에 사무를 처리함에 있어서 의견을 달리하는 경우에는 행정안전부장관이나 시·도지사가 신청 또는 직권에 의하여 지방자치단체중앙(지방)분쟁조정위원회의 의결을 거쳐 조정을 하는 등 일부 분쟁해결방안을 규정하는 경우도 있다.²⁸⁾ 그러나 지방자치법행정주체 내에 이러한 분쟁을 해결할 수 있는 적당한 기관이 없거나, 제3자에 의한 공정한 해결을 할 필요가 있는 경우가 있는데, 이러한 경우에 법원에 제소하여 해결하도록 한 제도가 기

26) 고현환, 앞의 논문, 11쪽

27) 지방의회가 행정기관이라고 그간 인식하여 온 것은 권력분립원리와 국가조직체계의 관점에서 지방의회는 궁극적으로 입법권이 아니라 행정권에 귀속한다는 것을 뜻하는 것이고, 지방의회가 자치입법기관이라고 하는 것은 기능적 관점에서 지방의회가 자치입법인 조례의 제정 및 개폐에 대한 의결권을 갖는다는 것을 뜻하는 것이므로 지방의회를 행정기관으로 보면서 동시에 자치입법기관이라고 하는 것은 모순되지 않는다(홍정선, 「신지방자치법」, 법문사, 2015, 233쪽).

28) 지방자치법 제140조

관소송이다.²⁹⁾ 재의결무효확인의 소는 기관소송으로 보는 것이 통설적 견해이다.

이 사건 조례안과 같이 지방자치단체의 장이 스스로 재의요구를 함으로써 야기된 소송이 아니라 감독청의 재의요구 지시에 의한 재의요구를 함으로써 야기된 소송의 경우 소를 제기하는 지방자치단체장의 법적 지위는 지방자치단체의 기관이 아니라 감독청의 하급관청이고, 이 경우 제소는 지방자치단체장이 수행하는 자치사무가 아니라 기관위임사무에 해당하며, 국가나 광역지방자치단체의 기관의 지위에 있는 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 기관인 지방의회를 상대로 제기하는 소송이므로 외부적인 법률관계에 관한 소송이어서 기관소송이 아니라 항고소송이라는 견해도 있다³⁰⁾. 그러나 항고소송으로 보더라도 대법원의 판결형식이 달라지는 것은 아니므로 실익은 없다고 본다.

다. 규범통제의 일종

대법원제소제도는 지방자치법상 특유한 제소형태의 하나로 규범통제의 일종이라고 보는 학설이다.³¹⁾ 조례재의결무효 소송은 소송주체의 기본권 보호측면보다는 객관적 법질서 보호측면이 중요한 기관소송으로서 성격을 가지고 조례안 재의결이 무효로 판결되면 위헌법률심판과 유사한 결과를 갖는다. 이는 헌법에 위반된 법률을 무효로 하는 것과 유사하며, 이러한 조례에 대한 대법원제소는 일종의 추상적 규범 통제에 해당한다고 할 수 있다.³²⁾

2. 입법론적 개선방안

현행 지방자치법의 규정으로는 대법원이 구체적인 판단을 하기 어렵

29) 송영천, “지방자치제 시행과 관련한 각종 쟁송의 제문제”, 저스티스 69권, 한국법학원 2002, 34~35쪽

30) 이기우, “기관소송”, 고시계(1992.11.), 56면; 송영천, 각주 16)의 논문 44쪽에서 재인용.

31) 고현환, 앞의 논문, 13쪽

32) 고현환, 앞의 논문, 13쪽

다. 앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 “지방의회의 재의결”이 위법하나 아니냐를 판단하는 것일 뿐 조례의 적용방안에 대한 검토는 하지 않는다.³³⁾

조례가 무효로 되면 어떤 효력을 갖도록 하는 것이 바람직 한 것인가?

법률과 조례라는 점, 형사절차와 행정절차라는 점에서 본질적인 차이는 있으나 위헌결정의 효력을 참고할 수 있다.

위헌결정의 효력은 당연무효설과 폐지무효설의 대립이 있다. 당연무효설에 따르면 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 위헌이 된 시점부터 당연히 무효다. 따라서 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 위헌이 된 시점까지 소급적으로 무효가 된다.³⁴⁾ 통일된 법질서의 체계안에서 헌법에 위반되는 법률은 처음부터 허용되지 않는다는 점을 근거로 삼는다.

폐지무효설은 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 반드시 위헌이 된 시점까지 소급적으로 무효가 되는 것은 아니고 결정된 날부터 효력을 상실하는 장래효나 결정된 날부터 일정한 기간이 지난 후에 효력을 상실하는 미래효를 규정하는 것도 가능하다. 법치주의의 내용인 법적안정성의 이념을 근거로 삼는다.³⁵⁾

헌법재판소법은 이를 입법적으로 해결하고 있다. 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 원칙적으로 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조제2항). 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실하고, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다(같은 법 제47조제3항). 다만, 즉 원칙적으로 장래효를 갖고 예외적으로만 소급효를 인정한다. 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항에 근거하여 유죄로 확정된 판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있도록 함으로써(같은 법 제47조제4항) 이미 발생한 법률관계에 대한 해결방안도 예정하고 있다. 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률이나 법률조항이 당사자에게 형사상 불이익을 초래하게 될 경우에는 소급효를

33) 이 사건 조례안의 재의결무효소송의 재판연구관에게서 대법원에서 할 수 있는 것은 법령에 따라 위법성여부를 판단하는 것이라는 원론적인 대답만을 들을 수 있었다.

34) 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2015, 1054쪽

35) 이준일, 앞의 책, 1054쪽

인정하지 않는다.³⁶⁾ 조례의 경우에도 법률안과 마찬가지로 상세한 규정이 필요해 보인다.

입법론적으로는 다음과 같은 방법을 생각해 볼 수 있다.

가. 대법원의 판결 상세화

우선 대법원 스스로의 개선을 생각해 볼 수 있다. 판결형식은 “재의결을 무효로 한다”와 같은 일괄적인 방법을 취할 수밖에 없다고 하더라도 판결 이유를 보다 상세하게 기술하여 주는 것이다. 대법원은 일부무효인 경우 전부무효로 판결하고 확립된 견해로 보인다.³⁷⁾ 일부무효를 전부무효로 판단하지 않고 이 사건 조례안의 경우에도 각 조문별로 위법성을 판단하였더라면 보다 나은 판결이 되었으리라 생각한다. 앞서 서술한대로 판례가 규범통제의 대상인 조례의 위법성과 이에 따른 처분행위의 위법성이 별도로 판단될 수 있다는 태도를 취한다면³⁸⁾, 추상적 규범통제라는 비판을 받게 되더라도 후행행위의 위법성 여부를 함께 판단하였어야 한다.

서울특별시 조례안의 재의결무효확인 소에서는 하나의 조문을 위법하다고 판단하였지만, 일부무효전부무효 법리를 적용하지 않고, 나머지 조항까지 모두 개별적인 위법성을 판단하였다. 경기도 조례안 판결보다는 상세한 결정을 내렸다고 할 수 있겠다. 그러나 대법원의 판결형식을 강제하기는 어려우며, 기관간 소송이 극히 일부분을 차지하는 현실과 대법원의 업무과중을 생각해 보면 지방자치단체 등 기관에게까지 “입법적 친절”을 기대하기란 쉽지 않아 보인다.

나. 지방자치법의 개정

헌법재판소법과 같이 지방자치법에 소송의 효력에 대한 규정을 두는

36) 1997.1.16. 90헌마110 등

37) 이 사건 판결 및 대법원 2000.12.12., 99추61 등. “조례안의 일부규정이 법령에 위반된 이상 그 나머지 규정이 법령에 위반되지 아니한다고 하더라도 조례안에 대한 재의결은 그 전체의 효력을 부정할 수밖에 없다”

38) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결

것이다. 즉 소급효 또는 장래효를 규정하는 것이다. 조례가 주민의 복리와 직접적으로 연관된다는 점에서는 법률과 그 효력이 다르지 않다. 단순히 무효판결에 그칠 것이 아니라 지방자치법상 명문 규정을 통하여 조례의 효력에 대한 보다 상세한 검토가 필요하다.

현행 지방자치법은 조례안의 재의 요구시 “의결행위”에 대한 재의요구를 전제로 하다보니 조례의 일부 조항에 대한 재의요구나 조례의 일부 조항에 대한 재의결을 허용하지 않는다. 이를 변경하여 지방의회와 지방자치단체장의 판단권한을 확대할 필요가 있다.

조례 전체에 대하여 유효 무효를 결정하게 되는 현행 체계에서는 개정하고자 하는 조항과 주민복리를 위하여 시급히 시행할 필요가 있어 개정이 합의된 조항을 함께 개정안으로 제출하여 재의결 요구를 저지하려는 소위 “정치적 꼼수”의 우려가 있다. 지방자치단체장이 조례 전체가 무효로 되어 반드시 필요한 개정사항이 실시되지 못할 것을 우려하여 위법한 조례를 그대로 존치시키는 경우도 발생하는 것이다. 지방자치법 제107조와 제172조를 개정하여 일부 조항에 대한 재의결요구, 일부 조항에 대한 제소가 가능하도록 한다면 보다 유연한 입법활동 및 조례 집행이 가능해진다.

다. 헌법재판소에서 심판

보다 발전된 방안으로 과감하게 헌법재판소에서 심사하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

1) 권한쟁의심판

헌법재판소법은 권한쟁의심판제도를 창설하였다. 권한쟁의 심판에 해당하려면 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 우려가 있는 피청구인의 처분이나 부작위가 존재하여야 한다(헌법재판소법 제61조제2항). ‘처분’은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미한

다.³⁹⁾

또한 ‘처분’은 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 ‘처분’이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 허용되지 않는다⁴⁰⁾. 따라서 단순한 업무협조 요청이나 견해의 표명, 상호 협력 차원에서 조언·권고한 것은 법적 구속력이 없으므로 권한쟁의심판의 대상이 되는 ‘처분’이라 할 수 없다. 만약 처분에 해당한다고 하더라도 재의결 요구 및 재의결, 재의결에 대한 제소는 모두 법령에 따른 전속적 권한을 시행하는 것이므로 권한침해문제가 발생하지 않는다. 조례안재의결무효확인 소가 권한쟁의의 성격을 띠기는 하나 이를 기관간 권한쟁의심판으로 볼 수는 없다.⁴¹⁾

2) 헌법소원

조례에 대한 헌법소원은 가능하다. 헌법소원은 헌법에 위반되는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해당한 자가 위헌 여부 심사를 청구하여 기본권의 구제를 도모하는 제도이고(헌법재판소법 제111조제1항제5호), 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 청구하는 권리구제형 헌법소원과 위헌법률 심판의 제정신청이 법원에 의하여 기각된 경우 청구하는 위헌심사형 헌법소원으로 구분된다(헌법재판소법 제68조).

조례의 헌법소원에 대하여 행정소송으로 다룰 수 있으므로 보충성의 원칙을 갖추지 못하여 헌법소원이 불가능하다는 견해와, 조례가 별도의 집행 없이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 조례가 공권력의 행사에 해당하므로 집행행위의 매개 없이 직접 주민의 권리나 의무를 규율하는 집행적 조례의 위헌성 여부가 문제된 경우에는 심사가 가능하다는 견해가 있다.⁴²⁾ 이 사건 조례안의 경우는 국민의 기본권을 직접 침해하는 것

39) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4

40) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3

41) 헌재 2013. 9. 26. 2012헌라1 판결에서 교육감과 단체장의 재의요구 권한도 각기 독립적인 권한이므로 재의요구 요청권한 침해는 없다고 판시하였다.

42) 조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적인 지방의회의 의견을 거쳐 제

으로 판단되기는 어려우므로 집행적 조례 또는 처분적 조례에 해당하지 않아 헌법소원심판에 해당되지는 않을 것이다.

3) 조례안제의결무효소송을 헌법재판소로 이관

헌법 제107조는 법률에 대하여는 헌법재판소, 명령·규칙에 대하여는 대법원의 판단을 받도록 하고 있다. 조례의 경우 위임사무와 자치사무를 구별하여 위임조례의 경우 헌법 제107조 ‘규칙’의 범위로 판단하여 대법원의 심사를 받을 수 있을 것이지만, 자치조례의 경우 제107조제2항의 대법원심사를 받아야 하는 것인지는 명확하지 않다.

헌법재판소는 규범통제에 특화된 기관이다. 조례에 대한 심사 자체를 헌법재판소에서 담당하도록 함으로써 보다 상세한 판결을 기대할 수 있다. 조례안 제의결무효소송이 추상적 규범통제의 성격도 갖고 있으므로 소송의 담당자를 대법원에서 헌법재판소로 지정하는 것도 방안이 될 수 있을 것으로 생각한다. 조례에 대한 규범통제는 헌법 제107조에서 직접 규정하고 있지 않으므로 헌법개정 없이 지방자치법의 개정만으로 제도의 변화를 시도할 수 있다.

4) 검토

조례는 의회의 의결을 거쳐야 한다는 점, 그리고 주민의 대표기관인 의회의 의원이 발의 하고 의회의 의결을 요하는 점에서는 법률의 제정절차와 같아 법률의 성격과 같이 하고 있다는 점에서 헌법재판소가 조례 심사권을 갖는 방안도 가능하다 할 것이다.⁴³⁾

조례안제의결무효소송은 형식상 기관소송의 형태를 띠고 있을 뿐이지 위헌법률심판과 실질적으로 다르지 않다. 다양한 변형결정이 가능한 헌법재판소의 결정방식으로 입법적 가이드라인을 제시한다면 일부 위법성

정한 법이기 때문에 조례자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다(헌법재판소, 1995. 4. 20, 92헌마264병합).

43) 고현환, 앞의 논문, 18쪽

을 제거한 보다 개선된 조례를 만들 수 있다. 조례에 대하여도 다양한 변형결정의 형태와 같이, 위법, 합법, 한정합법 등 여러 가지 다양한 결정 형태를 도입할 수 있다. 대법원에서 소송을 담당하는 것 보다 실질적 위법여부가 중요한 조례 재의결과 관련한 소송은 전문기관인 헌법재판소로 과감히 이관하는 것이 주민들의 편익을 도모하는 방법이 될 수 있다.

라. 그 밖의 문제들

경기도지사는 이 사건 조례안에 대하여 집행정지를 함께 신청하였으나 조례안 집행정지는 기각되었다. 정책위원회를 설치하는 내용의 조례이지만, 현재 정책위원회가 설치되어 있지 않은 상태에서 조직을 신설하는 내용이므로 집행정지의 대상이 아니라는 점을 이유로 들었다. 제도를 신설하는 조례에서는 집행정지신청이 실효성을 가질 수 없다. 지방자치단체장이 재의요구를 하거나 제소를 하는 경우 위법성이 있다고 판단하는 특정 조례조항에 대하여 가능하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 한편 이 방법은 정치적 의도를 가진 발췌 제소형태로 나타날 위험성도 함께 고려하여야 한다.

V. 결론

이상으로 경기도 사례를 중심으로 조례안재의결 무효확인 소송에 대하여 살펴보았다. 위헌법률심판과 같이 다양한 접근이 어려운 것은 근본적으로 지방의회의 조례제정 행위를 입법행위로 보지 않고 행정행위로 보기 때문이다. 기존의 견해는 국회-(중앙)정부와 같이 권력분립에서 권력주체로 보지 않고, 지방의회를 행정기관의 일부로 보았다. 즉 지방의회는 집행부의 산하기관 또는 행정기관으로 인식되는 경향이 강했다. 그러나 지방의회의 조례제정을 통한 실질적 입법형성 기능은 행정입법과는 구분하여야 한다. 국회와 의회의 구성은 국민들의 직접선거로 구성된다. 점에서 민주적 정당성의 실질적 범위는 같다. 지역적 범위인지 국가

적 범위인지의 적용 범위가 다를 뿐이다. 오히려 일부 외국인 등 지역주민은 국회 구성에는 참여하지 못하지만 일정 요건 하에서 선거권을 행사를 통해 지방의회의 구성에 참여하는 등 민주적 정당성의 크기는 오히려 크다고 볼 수 있다. 또한 조례가 직접 주민의 권한행사나 기본권 보장을 규정한다는 점에서 지역적 범위에서 법률과 조례의 효과는 같다. 그렇다면 위법한 조례의 심사방법을 위헌법률 심판과 달리 볼 이유가 없다.

이 사건과 같은 지방의회의 자치입법권에 대한 판단도 행정기관간의 권한다툼을 전제로 보기 때문에 재의결 행위에 대한 제소행위에만 집중하게 되는 근시안적 결과가 된다. 조례안에 대한 재의결요구와 제소는 위헌법률심판과 마찬가지로 기본권 보호를 위한 측면을 전제하여야 한다. 또한 지방자치단체와 중앙정부간의 소송이라는 특성을 고려하여 절차적 타당성뿐만이 아닌 자치분권제도의 취지도 함께 검토되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2019.05.29, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 홍 수 동

지방자치, 조례안재의결무효확인, 규범통제, 지방의회, 기관소송

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 이준일, 「헌법학강의」 제5판, 홍문사, 2015.
 허 영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2006.
 홍정선, 「신지방자치법」 제3판, 박영사, 2015.

II. 논문

- 강재규, “행정사무감사실효성 확보방안에 관한 연구”, 「지방자치법 연구」 제31호, 2011.
 고현환, “조례의 사법적 통제와 주요쟁점에 관한 법리의 검토”, 「법학논총」, 33, 2015.
 권자경, “보충성의 원칙에 입각한 자치입법권 확대방향 연구:조례안 재의를 중심으로”, 지방행정연구 제32권제2호, 한국지방행정연구원, 2018.
 문상덕, “서울특별시의회 기본조례안 무효판결에 대한 평석”, 입법&정책, 제1호, 서울특별시의회 2013.
 문원식, “지방의원 전문성강화를 위한 정책보좌관제 도입 비교분석”, 「한국정책연구」 제14권제2호, 2014.
 문원식, 박형규, 홍수동, “자치입법권의 범위와 한계”, GRI논총 18권1호, 경기연구원, 2016.
 송영천, “지방자치제 시행과 관련한 각종 쟁송의 제문제”, 저스티스 69권, 한국법학원 2002.
 윤정인, “법원의 명령·규칙에 대한 사법심사”, 「인권과 정의」 457호, 대한변호사협회, 2016.5.
 이상갑, “지방의회 인사권 독립에 관한 연구”, 「한국과 국제사회」 제2권 2호, 한국정치사회연구소, 2018.
 정남철, “위헌·위법인 조례에 대한 규범통제와 행정소송에 의한 권리구제”, 「공법연구」 제47집제1호, 2018.

차진아, “대법원의 명령·규칙 심사권의 의미와 한계”, 『인권과 정의』
369호, 대한변호사협회, 2007.5.

Abstract

Legal Improvement for Ordinance Resolution and Review of Norm

Hong, SooDong

In traditional power separation, it is difficult to make judicial judgments on legislative or executive power. Although the Constitution stipulates this in Article 107, there is a controversy about the possibility that the local autonomous entities may be unconstitutional or illegible in their autonomous laws and regulations.

Gyeonggido Council passed a resolution on the establishment of a policy committee to support the activities of the local council members and to provide staff to assist them. The Ministry of Public Administration and Security judged the introduction of a virtual assistant system, and requested the asylum request. The Governor of Gyeonggido filed a complaint to confirm the invalidation of the ordinance after the asylum request. The Supreme Court ruled that the Ordinance was illegal.

However, there has been controversy over the scope of the ruling because there is a problem in that it is necessary to nullify all the acts of amendment of the ordinance prior to the nullity judgment and the administrative act accordingly. Gyeonggi Province deleted the bylaws that the court deemed illegal and approved the revision of the articles that the court did not judge.

Although the local council's appeal for invalidation of the revision of the ordinance is formally filed by the head of the local autonomous body for the re-approval of the local council, the validity of the ordinance is practically examined. It is necessary to extend the debate to make a variety of judgments such as unconstitutional legal judgments, apart from merely judging whether a re-vote is valid or invalid. To this end, the Local Autonomy Law may be amended to grant various powers to the Supreme Court, or it may be considered legislative to transfer the invalid confirmation to the Constitutional Court.



Hong, Soo-Dong

Local Government System, Confirmation of invalidation of the Ordinance, Review of Norm, local council, agency lawsuit

현행 국정감사제도의 개선방안에 관한 연구

신 성 용*

【목 차】

I. 서론	IV. 국정감사 폐지론과 개선론
II. 국정통제의 이론적 배경과 현행 제도	1. 국정감사 폐지론
1. 국정통제의 이론적 배경	2. 국정감사 개선론
2. 국회의 국정통제제도	V. 국정통제제도의 효율화 방안
III. 현행 국정감사의 문제점	1. 국정조사제도의 요건완화
1. 국정감사 운영의 문제점	2. 국회 상임위원회의 활성화
2. 국정감사 준비단계의 문제점	3. 소결
3. 국정감사 실시 중의 문제점	VI. 결론
4. 국정감사 사후처리의 문제점	

【국 문 요 약】

우리 헌법상의 권력분립의 원리, 대의제의 원리에 따라 입법권의 행정권에 대한 견제는 허용된다. 크게는 행정부에 대한 통제, 사법부에 대한 통제, 탄핵소추권, 국정감사권·국정조사권 등으로 나누어 볼 수 있다. 전 세계적으로 국정조사는 의회가 특정한 국정사안에 대하여 부정기적으로 실시하는 것이 보편적이다. 우리 헌법은 이에 더하여, 국정전반에 대한 정기적인 조사인 국정감사를 국회가 실시할 수 있도록 하고 있다.

국정감사에 대한 폐지론의 논거로는 국정감사의 본래 의미는 국정조사였다는 점과 감시·통제와 감사의 차이, 국정감사는 상시적인 활동, 국정마비 사태 초래, 본회의·상임위 질의와의 중복, 국정감사의 부작용 그리고 소위 ‘한 건’ 위주의 국정감사 등의 폐단을 들 수 있다.

국정감사 개선론은 첫째, 시행시기와 실시기간 등 국정감사 운영의 문

* 성균관대학교 일반대학원 박사과정 수료, 법학석사.

제와 둘째, 형식적인 공동자료요구, 피감기관의 자료미제출, 국회연락관의 질의서 획득 등 국정감사 준비단계의 문제점 셋째, 피감기관의 과다로 인한 부실국감, 증인출석문제, 질의시간의 부족 등 국정감사 실시 중의 문제점 넷째, 시정처리 및 결과보고 미흡과 예산 및 각종법안과의 미연계 등을 포함한 국정감사 사후처리 분야의 문제점과 대안을 살펴볼 수 있다.

현재의 국정감사제도는 많은 문제점을 가지고 있고 그 부작용을 최소화하면서 시행해 나가야 할 것이지만, 궁극적으로는 폐지되어야 한다고 생각한다. 국정감사를 대체하기 위한 국정통제제도의 효율화 방안으로는 국정조사제도의 요건완화, 국회 상임위원회의 활성화 등을 꼽을 수 있다.

I. 서론

우리 헌법은 제40조에서 ‘입법권은 국회에 속한다.’고 하여 입법권은 국회에, 제66조 제4항에서 ‘행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.’고 하여 행정권은 정부에, 제101조 제1항에서 ‘사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.’고 하여 사법권은 법원에 속한다고 규정하고 있다. 이는 국가권력을 입법권, 행정권, 사법권으로 각각 나누어 별개의 국가기관이 담당토록 함으로써 각 권력 간의 견제와 균형, 상호 의존적·협력적 관계를 실현하기 위함이다.

우리 헌법상의 권력분립의 원리, 대의제의 원리에 따라 입법권의 행정권에 대한 견제도 허용된다. 크게는 행정부에 대한 통제, 사법부에 대한 통제, 탄핵소추권, 국정감사권·국정조사권 등으로 나누어 볼 수 있다. 우리 헌법 제61조 제1항은 ‘국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다.’고 하면서 국정감사권이 헌법상 권한임을 명백히 밝히고 있다. 전 세계적으로 국정조사는 의회가 특정한 국정사안에 대하여 부정기적으로 실시하는 것이 보편적이다. 국민의 대표기관인 의회가 행사하는 국정조사는 그 제도적 본질이 근대대표제도에

근거한 것이기 때문에 입법부와 행정부가 대칭적인 정치구조를 형성하는 모든 국가에서는 보편적으로 인정된다고 하겠다.¹⁾ 우리 헌법은 이에 더하여, 국정전반에 대한 정기적인 조사인 국정감사를 국회가 실시할 수 있도록 하고 있다.

우리 국회는 매년 감사시작일로부터 30일 이내의 기간을 정하여, 국정감사라는 매우 강력한 통제제도를 실시한다. 국회의 국정감사는 국정운영 전반에 관하여 그 실태를 보다 정확히 파악함으로써 입법활동과 예산심사를 위한 필요한 자료와 정보를 획득하고, 나아가 국정에 대한 감시·비판을 통하여 잘못된 부분을 적발·시정함으로써 헌법이 국회에 부여한 대표적 기능인 입법기능·예산심사기능 및 국정통제기능 등을 효율적으로 수행할 수 있도록 하는데 그 제도적 의의가 있다.²⁾ 또한 오늘날 더욱 증가하고 있는 국민의 알권리를 충족시켜 주어 국민이 주권자로서 권한을 확보하는 기능 역시 담당한다고 볼 수 있다.³⁾

그러나 국정감사 자료준비로 피감기관의 정상적인 행정기능이 마비되는 등 그 운영상의 측면에서도 많은 문제점이 노출되고 있다. 또한 해당 상임위원회에서의 업무보고와 국정감사에서의 질의·응답은 큰 차이점을 찾기 힘들고, 오히려 국정감사에서의 이슈화를 위해 큰 쟁점사항만을 따로 준비하는 등의 부작용이 나타나고 있다. 이런 이유로, 국정감사라는 별도의 제도가 없더라도 평소 성실한 의정활동을 통해서 행정부 통제가 가능하다는 주장이 나온다. 국정감사제도의 존속과 관련하여서는 찬반이 나뉘지만, 특정의 시기를 정하여 국정감사를 준비하는 국회와 이에 상응하여 국정감사를 준비하는 해당 피감기관의 상황을 고려해 보면 현재의 국정감사가 지극히 비생산적인 제도임에는 틀림없을 것이다.

따라서 이 논문에서는 국정감사제도의 이론적 배경과 현행제도를 먼저 살펴본다. 그 후에 국정감사의 필요성 여부와 문제점, 그리고 이에 따른 개선방안을 도출하고자 한다.

1) 박인수, “프랑스 의회의 국정조사 및 정보기능”, 헌법학연구 제11권 제3호, 한국헌법학회, 2005.9. 179쪽.

2) 국회사무처, 국정감사조사편람, 2012, 3쪽.

3) 권기현·이종구, “국정감사제도의 실효성 분석 및 정책적 방안에 관한 연구 : 상관관계분석 및 내용분석의 방법론적 연계”, 한국정책학회, 2012, 16쪽.

II. 국정통제의 이론적 배경과 현행제도

1. 국정통제의 이론적 배경

가. 권력분립의 원리

우리 국회가 국민의 대표기관으로서 국정전반을 감시·통제하는 것은 당연하다 할 것이다. 입법권은 행정권에 행정입법 등으로 구체적 사항을 많은 부분 이양하고 있기 때문에 그 운영에 대한 감시와 통제를 소홀히 해서는 안 된다는 것이다. 이는 권력분립의 원리에 근거한다.

권력분립의 원리는 국민의 자유와 권리를 보장하기 위해 국가권력을 입법권·집행권·사법권으로 분할하고, 이들 권력을 각각 분리·독립된 별개의 국가기관들에 분산시킴으로써, 특정의 개인이나 집단에게 국가권력이 집중되지 않도록 함은 물론 권력상호간에 권력적 균형관계(均衡關係)가 유지되도록 하는 통치구조의 구성원리이다.⁴⁾ 근대입헌주의사상의 산물인 권력분립의 원리는 다음을 개념적 요소로 한다. 첫째, 국가작용을 기능적 관점에서 입법·행정·사법작용으로 구분한다. 둘째, 이들 작용을 각기 분리·독립된 입법부·행정부·사법부에 귀속시킨다. 각 기관들은 자신에게 귀속된 통치작용만을 행사하며, 다른 기관에게 귀속된 통치작용은 행사할 수 없다. 셋째, 국가기관 상호간에 억제(抑制)와 균형(check and balance)관계가 성립함으로써 어떤 기관도 국가의 모든 통치기구를 지배할 수 없게 한다.⁵⁾

나. 대의제의 원리

국회는 행정부, 사법부 등 다른 국가기관들의 활동을 감시하고 위법적

4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 745쪽.

5) Loewenstein, K., *Verfassungslehre*, 2. Aufl., Tübingen 1969, S. 69 ff. 권영성, 앞의 책, 745쪽 재인용.

인 활동에 대하여 제재를 가하며 이를 시정하도록 이끌어가는 권한을 가지는데, 이러한 국정통제권의 정당성의 근원은 국회가 국민에 의해 직선된 대표기관이라는 점에 있다.⁶⁾

대의제(representative system)라 함은 주권자인 국민이 국가의사나 국가정책을 직접 결정하지 아니하고 대표자를 선출하여 그들로 하여금 국민을 대신하여 국가의사나 국가정책 등을 결정하게 하는 통치구조의 구성원리를 말한다. 대의제는 경우에 따라 대표민주제·대의민주제·간접민주제·국민대표제·의회민주제라고도 한다.⁷⁾

대부분의 현대국가는 여러 가지 현실적인 여건으로 말미암아 간접민주제인 대의제를 채택하고 있으며, 우리 헌법재판소도 ‘오늘날 입헌민주국가에서는 대의제도에 의한 통치가 불가피한 것’⁸⁾으로 인정하고 있다. 대의민주주의에서 가장 중요한 요소는 국민이 직접 참여하는 선거라는 데 의문의 여지가 없으며, 이렇게 선거를 통해 국민의 대표로 선출된 국회가 통치권의 정통성과 정당성을 가지고 국민의 의사를 형성하고 반영하게 되는 것이다.⁹⁾

2. 국회의 국정통제제도¹⁰⁾

가. 행정부에 대한 통제

1) 기관구성상의 견제

가) 대통령선출권

우리 헌법은 제67조제1항에서 ‘대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.’고 규정하고 있다. 그러나 대통령선거에서 최고득

6) 정재황, 신헌법입문, 박영사, 2018, 695쪽.

7) 권영성, 앞의 책, 2010, 736쪽.

8) 헌재 1991. 3. 11. [91 헌마 21], 헌판집 3권, 91[104]쪽.

9) 권영성, 앞의 책, 736쪽 이하.

10) 정재황, 앞의 책, 695쪽 이하.

표자가 2인 이상일 경우에는 ‘제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.’고 규정한 동조 제2항에 따라 재투표 내지 결선투표를 아니하고 국회에서 간접선거로 대통령을 선출하게 하고 있다.

나) 국무총리임명에 대한 동의권

우리 헌법 제86조제1항은 ‘국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.’고 규정하고 있다. 대통령제를 기본적인 정부형태로 하면서도 국무총리를 두고 대통령의 국무총리임명에 대해 국회의 동의를 거치도록 하고 있는 것이다. 이는 의원내각제적 요소라고 볼 것이다. 이 통제권은 대통령의 조각권(내각구성권)에 대한 통제권이자 내각 전체에 대한 통제권으로서의 성격을 가진다. ‘국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다’고 규정한 제87조제1항에 따라, 대통령이 내각의 구성원인 국무위원을 임명함에 있어서 국무총리의 제청이 필수적이기 때문이다.¹¹⁾

우리 헌법은 부통령을 두고 있지 않아서 국무총리는 정부의 제2인자의 지위에 있고 대통령의 권한대행자, 국무회의의 부의장이며 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하고 국무위원임명제청권을 갖는다.

이러한 지위에 있는 국무총리의 임명에 국회가 동의권을 갖는 것은 법적인 측면 보다는 정치적인 측면, 즉 국회가 대정부견제권을 갖고 있다는 것을 의미한다.¹²⁾

대통령제하에서 국무총리임명에 국회의 동의를 얻는 것은 흔한 예가 아니나 국회와 정부간의 융화와 협력이라는 측면과 대통령의 독주를 견제하려는 뜻도 내포하고 있어서 운영의 묘를 살린다면 장점도 되겠으나 형식에 그칠 우려가 있다. 대통령이 국무총리의 제청 없이 국무위원을 임명한 경우에 임명의 효력에 대해서는 유효설과 무효설이 대립한다. 헌법이 의원내각제적인 요소를 접목한 취지와 국무총리제도의 긍정적 측면이 극대화될 수 있도록 해석하는 것이 마땅하기 때문에 무효설이 보다

11) 김대환, “헌법 제87조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018, 791쪽.

12) 지성우, “헌법상 국회의 행정적 통제권에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 1993, 43쪽.

설득력이 있는 것으로 판단된다.¹³⁾

다) 감사원장 임명동의권

감사원은 우리 헌법 제97조에 따라 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 설치되어 있다.

감사원이 대통령소속하에 있다는 것은 조직상의 소속을 말하는 것으로 성질상 직무에 있어서는 독립성과 중립성이 강력히 요청되는 관청이다.

독립성과 중립성을 유지하고 정부의 간섭을 배제하기 위해서 국회의 동의를 얻어 대통령이 감사원장을 임명하는 것(헌법 제98조제2항)은 분명 국회에 의한 견제의 하나라고 볼 수 있다.

라) 국무총리 등에 대한 해임건의권

국무총리나 국무위원의 직을 강제적으로 그만두게 할 것을 대통령에게 요구하는 국회의 통제권이다.¹⁴⁾ 국무총리 등에 대한 해임건의를 통해 국회는 대통령과 행정부를 견제할 수 있다. 헌법 제63조제1항은 “국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다”라고 규정한다. 이는 제61조의 국정에 관한 조사·감사권, 제62조의 국무총리·국무위원 또는 정부위원에 대한 국회출석요구 및 질문권과 더불어 국회가 가진 정부통제권의 핵심적 사항이다.¹⁵⁾

해임건의권의 성격은 첫째, 권력분립적 견제권한이다. 권력분립원칙은 최고국가기관들이 각자에게 주어진 권한을 독자적으로 행사하는 것만을 의미하지 않고, 다른 기관들의 권한 행사를 서로 견제함으로써 균형을 이루는 것(check and balances)을 포함한다.¹⁶⁾ 국가정책을 집행하는 행정부에 대하여 국회가 비판과 통제를 가한다. 둘째, 해임건의권은 행정부

13) 김대환, 앞의 논문, 791쪽.

14) 정재황, 앞의 책, 698쪽.

15) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 501쪽.

16) 박종보, “헌법 제63조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018, 369쪽.

의 책임을 추궁하는 제도이다. 이 점에서는 의원내각제적 성격을 가진 제도이다. 이는 해임건의권제도가 내각불신임제도와 동일하다는 것은 아니나 내각에 대해 책임을 물을 수 있는 제도라는 점에서 의원내각제적 성격이 있다는 의미이다. 대통령제 정부형태에서 의회가 행정부 구성원을 해임하라고 요구하는 것은 이례적인 것이다. 의회가 그 의결로써 행정부의 정치적 책임을 추궁하는 것은 의원내각제의 본질적 요소 중 하나이다.¹⁷⁾ 국회가 정부구성원에 대하여 불신임권을 행사하는 것은 의원내각제정부에서는 권력구조상 당연한 것이나, 대통령제하에서는 예외적인 일이다. 우리나라의 권력분립 구조상 대통령의 권한이 상대적으로 강하므로, 대통령의 권한을 견제하기 위하여 대통령 대신 정부의 2인자인 국무총리나 국무위원의 해임건의권을 국회에 부여하여 권력통제의 효율적인 메카니즘을 실현하고 있는 것이다.¹⁸⁾ 셋째, 국회 앞에서의 책임을 별로 지지 않는 대통령에 대해 견제하는 기능을 하는 의미도 있다. 대통령이 국민에 의하여 선거되고 그 임기를 보장받는 대통령제에서는 대통령과 국회가 권력의 정당성을 병렬적으로 보유한다. 여기에는 국가기관의 구성에 근본적으로 독립조직의 원칙이 적용되므로 의회와 행정부는 완전히 분리되어 조직되고 독자적으로 활동하며, 대통령을 비롯한 행정부 구성원들은 의회에 대하여 책임을 지지 않는다.¹⁹⁾

2) 입법을 통한 견제

국회는 정부의 입법적 활동에 대한 통제를 한다. 우리 헌법은 법치국가원리를 헌법상의 기본원칙으로 채택하고 있으며, 국회가 갖는 가장 중요한 기능은 입법기능이라 할 수 있다. 우리 헌법 제52조에서 ‘국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다.’고 하면서 정부의 법률안제출권을 부여하고 있는데, 국회는 정부가 제출한 법안에 대해 법률제정·개정심의·의결을 통해 정부의 입법적 행위에 대한 통제를 한다. 입법기능 중 가장 중요한 것은 제128조 내지 제130조에서 규정한 헌법개정의결권과 법률

17) 박종보, 위의 논문, 362쪽.

18) 지성우, 앞의 논문, 49쪽.

19) 박종보, 위의 논문, 363쪽.

제정기능이지만 부수적으로는 국회의 자율기능에 속하는 규칙제정기능도 광의의 입법기능에 속한다.

그러나 우리 헌법이 규정하고 있는 입법권은 결코 모든 법규범의 정립 작용을 국회만이 행사하는 것이라는 뜻은 아니며, 현대에 와서는 국회 스스로가 제정하는 법률보다는 집행부의 요청에 의하여 제정하는 법률의 수가 훨씬 더 많다. 이때 국회는 법률제정을 통하여 행정부의 독주를 견제하기도 하고 정부가 원하는 입법을 거부함으로써 견제할 수 있다.²⁰⁾ 정부의 조직·운영에 관한 의원발의의 법률제·개정권을 통해 정부를 통제할 수도 있다.²¹⁾

대통령의 법률안거부권(재의요구권)의 행사에 대해서도 ‘재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다’고 규정한 우리 헌법 제53조제4항에 따라 국회가 재의결로 통제할 수 있다.

3) 정부의 재정에 대한 견제

가) 예산심의 및 결산심사

국가의 재정을 어떻게 국회의 통제 아래 두는가 하는 문제는 근대의회주의의 발달에 하나의 원동력이 되었으며, 재정의 의회중심주의에 대한 노력은 근대헌법을 탄생시키고 이를 발전시키는 하나의 유인이 되었다. 일찍이 영국에서는 1215년의 대헌장에서 국회의 동의 없이는 국왕은 조세 기타의 징수금을 부과할 수 없다고 규정하였으며, 또한 1628년의 권리청원에서도 같은 취지를 규정하고 있다. 그것이 1688년의 명예혁명 이후의 권리장전에서는 단순히 국왕의 과세권에 대해서뿐만 아니라 그 재화의 사용에 대해서도 동의가 필요하게 되고, 마침내 국가의 재정은 수입과 지출의 양면에 대하여 국회의 동의가 필요하다는 근대적 모습이 확립되었다. 다른 한편 미국의 독립도 ‘대표없이는 과세없다’는 원칙이

20) 지성우, 앞의 논문, 45쪽.

21) 정제황, 앞의 책, 696쪽.

명시하는 바와 같이 영국의 과세권에 대한 반항의 결과로서 얻어진 것이며, 프랑스대혁명도 전근대적인 예산제도가 그 동기 중의 하나였다. 이와 같이 원래 국가의 발생은 국왕의 과세권에 동의하고 이를 견제하기 위한 기관으로서 출발하였다고 하더라도 지나친 말이 아니다.²²⁾

우리나라에는 일찍부터 외국의 예산제도가 소개되었으나, 근대적인 예산제도는 제헌헌법부터 규정한 이래 지금까지 큰 변화없이 유지되어 오고 있으며 우리 헌법 제54조제1항은 ‘국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.’고 규정하여 국회에 의한 재정통제권을 인정하고 있다. 우리 국회는 정부가 편성·제출한 예산안(제54조제2항)과 추가경정예산안(제56조)에 대한 심의·확정권을 가진다.

예산(Budget)이란 입법권과 함께 국회의 가장 중요한 권한의 하나로서 회계연도에 있어서 재정행위의 준칙으로서 국회의 재정에 관한 권한에 속한다. 예산은 주로 세입·세출의 예정준칙을 내용으로 하며 국회의 의결을 거쳐서 정립된 국법형식이다.²³⁾ 이러한 예산을 국회에서 심의·확정하는 것은 가장 확실하고도 철저한 국회에 의한 재정의 견제가 될 수 있다.

국회는 또한 결산심사권도 가진다. 감사원은 우리 헌법 제99조에 따라 매년 세입·세출의 결산을 검사하고 이를 국회에 보고하는 바, 국회는 이를 토대로 사후심사를 함으로써 재정에 대한 감독과 통제를 하게 된다.

나) 긴급재정·경제처분 및 그에 관한 명령에 대한 승인

국가내외적인 위기의 항상화(恒常化)에 따라 국가의 비상사태에 대비하는 비상적 조치가 필요한 것은 사실이나 우리 헌법 제76조에서 부여한 대통령의 긴급명령권은 근대의 법치국가에서는 예상하지 못한 ‘예외적 권한(pouvoirs exceptionnels)’으로서 대통령에게 전대미문의 ‘적법한 쿠데타(coup d'Etat légal)’를 가능하게 해주는 독재의 실현수단²⁴⁾으로

22) 지성우, 앞의 논문, 45쪽.

23) 성낙인, “헌법상 예산과 법률과의 관계”, 고시연구, 1978. 1., 78쪽.

24) Michèle Voisset, "Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16", pouvoirs, n10, 1979, 105쪽. 지성우, 앞의 논문 46쪽 재인용.

이용될 수도 있는 위험성이 있다.

그러므로 현행헌법은 제76조제1항에서 ‘대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.’고 규정하는 한편 이를 국회에 승인을 받게 함으로써 국회에 의한 통제를 인정하고 있다. 또한 대통령은 국가의 안위에 관련되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있으며(헌법 제76조제2항), 대통령은 이때 지체없이 국회에 보고하여 승인을 얻어야 한다. 국회의 승인권은 대통령의 긴급명령이나 긴급재경처분 및 명령에 대한 사후통제수단으로서²⁵⁾ 국회의 승인을 얻지 못하면 그 처분이나 명령은 그때부터 효력을 상실하게 된다(헌법 제76조제3항). 긴급재정·경제처분 및 그 명령에 대한 국회의 승인권을 준 것은 이에 대한 대통령의 권력남용을 방지하려는 데 그 목적이 있다 하겠다.²⁶⁾

다) 예비비지출에 대한 승인

우리 헌법 제55조제2항에 따라 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 하며, 정부에서 지출한 예비비는 차기국회에 제출하여 승인을 얻어야 한다. 만약 국회의 승인을 얻지 못하면 정부는 이에 대한 정치적·도의적 책임을 져야 한다. 즉, 국회는 예비비의 지출에 대한 차기국회의 승인권을 행사함으로써 정부의 재정행위를 통제하는 것이다.

라) 기채 및 국가에 부담이 될 계약체결에 대한 동의권

국회의 기채의결권, 예산 외 국가부담부계약에 대한 의결권도 재정적

25) 김백유, 헌법학(I), 도서출판 한성, 2016, 1724쪽.

26) 지규철, 박종국, 소진운 공저, 신헌법요론, 동방도서, 1993, 495쪽.

통제이다. 국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다(헌법 제58조). 법치국가의 예산은 의회민주주의 전통적 이념을 반영하는 소극적 정부관에 입각하여 행정부에 대한 입법부의 우위를 보장함으로써 행정권의 자의적인 행사를 견제하는 동시에 재정적 한계를 준수하려는 다양한 원칙을 제도화하고 있다.²⁷⁾

마) 재정적부담을 지우는 조약의 체결·비준에 대한 동의권

국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다(헌법 제60조제1항).

4) 정부의 권한행사에 대한 견제

가) 일반사면에 대한 동의권

우리 헌법 제79조에 따라 대통령은 일반사면을 명할 수 있으나(동조 제1항), 이때 국회의 동의를 얻어야 한다(동조 제2항).

대통령의 사면권은 원래 국가원수인 군주의 권한에서 유래되는 것으로 정부가 사법권행사의 결과에 관여하는 경우가 된다. 이러한 대통령의 사면권행사에 국회의 동의를 요하는 것은 역시 대통령의 일반사면권 행사의 남용을 막기 위한 견제수단이 된다.

나) 국무총리·국무위원에 대한 국회출석요구 및 질문권

우리 헌법 제62조제2항은 “국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변하여야 하며, 국무총리 또

27) 정영화, “헌법 제54조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018, 228쪽.

는 국무위원이 출석요구를 받은 때에는 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 제도는 동조 제1항에서 “국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다.”고 규정한 의원내각제적 성격의 제도로서 출석·답변은 국무총리·국무위원의 의무이자 권한이기도 하다. 정부위원이 국회에 출석·발언할 수 있는 것은 내각제정부에서 흔히 볼 수 있는 일이지만 대통령제 국가에서는 흔한 예가 아니다. 기능적인 측면에서 보면 통제기능 외에 정보수집적 기능, 국민의 알 권리를 보장하는 기능 등을 가진다. 이는 본회의뿐 아니라 위원회에 대해서도 지는 의무이고, 출석에 응하지 않으면 탄핵소추와 해임건의의 사유가 된다.²⁸⁾

우리나라에서는 대통령제 헌법을 가지면서도 그 여러 곳에서 내각제적 요소를 가미하고 있는 데 이 경우도 마찬가지이다. 이를 통하여 국회는 정부의 하는 일을 통제하고 견제할 수 있게 된다.²⁹⁾

다) 선전포고·국군의 해외파견 등 동의권

국회는 우리 헌법 제60조에 따라 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

이러한 권한은 대통령의 권한에 속하는 사항이기는 하나 내용이 너무나 중대한 일이기 때문에 대통령이 권한행사에 앞서서 국회의 동의를 얻게 함으로써 신중을 기하게 함이다.³⁰⁾

라) 계엄해제청구권

현대국가에서의 국가경영상의 위기의 상존화와 더불어 위기관리와 관련된 권한의 부여와 그 제도화는 국민의 자유와 권리에 대한 중대한 제약을 초래할 가능성을 가중시키고 있으므로 이러한 위기관리권의 합리적

28) 정재황, 앞의 책, 697-698쪽.

29) 지성우, 앞의 논문, 49-50쪽.

30) 지성우, 앞의 논문, 50쪽.

행사는 물론 이에 대한 적절한 통제장치의 필요성이 크다고 하겠다.³¹⁾

우리 헌법 제77조에 따라 대통령은 국가비상사태에 있어서 필요한 때에는 계엄을 선포할 수 있다.

이때 대통령은 지체없이 국회에 통고해야 하고, 국회가 재적의원과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 해제해야 할 의무가 있다. 대통령에 대한 국회의 계엄해제요구권은 대통령의 권한의 남용을 막기 위한 사후통제수단이다.³²⁾

나. 사법부에 대한 통제

1) 기관구성상의 견제

가) 대법원장·대법관·헌법재판소장 임명동의권

우리 헌법에 따르면 대법원장(제104조제1항), 대법관(제104조제2항), 헌법재판소장(제111조제4항)에 대한 대통령의 임명에 있어서 국회의 동의를 받아야 한다.

대법원장은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다.

나) 헌법재판소재판관 3인 선출권

헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성되며, 재판관은 대통령이 임명한다. 이 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다. 국회가 선출하지 아니하는 헌법재판소 재판관 6인에 대해서도 국회의 인사청문회가 행해진다. 헌법재판소를

31) 성낙인, “프랑스대통령의 국가응급권”, 현대공법의 제문제, 여산 한창규 박사 화갑기념논문집, 1993, 624쪽.

32) 지성우, 앞의 논문, 51쪽.

대통령·국회·대법원장이 합동으로 구성하게 하는 것은 그 관할사항이 정치적 성격을 띠고 있기 때문에, 정치적 중립성을 유지하도록 하기 위한 것이지만, 헌법재판소가 수행하는 헌법수호기관으로서의 역할을 엄정하고 공정하게 수행할 수 있도록 하기 위한 것이기도 하다.³³⁾

2) 입법을 통한 견제

국회는 법원과 헌법재판소의 설치·조직에 관한 법률제정을 통한 통제를 할 수 있다. 우리 헌법은 ‘대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다.’(제102조제3항)고 하고 있는데, 이에 따라 「법원조직법」이 제정되었다. 또 우리 헌법 제113조제3항에 따라서, 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 정한 법률이 「헌법재판소법」이다.

3) 사법부의 재정에 대한 견제

국회는 우리 헌법 제54조제1항에 의거한 재정적 활동에 대한 통제를 할 수 있다. 우리 국회는 사법부 운영에 있어서 법원예산안의 심의·확정권을 가진다.

다. 그 밖의 국정에 대한 통제

1) 탄핵소추권

탄핵(impeachment)제도란 고위 공무원이 헌법이나 법률에 위반되는 직무행위를 한 경우에 일반적인 징계절차나 형사절차가 아닌 의회에서의 특별한 소추절차에 의해 파면 또는 처벌하는 제도를 말한다. 신분상의 강한 독립성을 가지는 고위 공직자에 대해서는 그의 직무상 위헌·위법의 행위가 있더라도 그 독립성 때문에 통상의 징계절차나 형사절차에 의해서는 징계나 파면 또는 형벌 등의 제재를 가하기 어렵기에 이러한 고위

33) 권영성, 앞의 책, 1134쪽.

직 공직자에 대하여 책임을 지우기 위해 마련된 헌법상의 특별한 제재절차이다.³⁴⁾

국회는 대통령이 직무집행에 있어 헌법이나 법률을 위반한 때에 ‘대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.’고 한 헌법 제65조제1항에 의거, 탄핵소추를 의결할 수 있다. 탄핵제도는 국민주권의 원리를 구현하는 것이고, 행정부나 사법부 그리고 헌법재판소에 대한 통제기능과 헌법수호기능을 담당하고 있다고 본다.³⁵⁾

우리나라 탄핵제도의 성격을 살펴보면 첫째, 징계책임성을 가진다. 우리 헌법 제65조제4항은 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.”라고 규정하고 있으므로 탄핵은 형사처벌이나 민사책임이 아닌 파면이라는 징계책임의 성격을 가진다. 우리나라 탄핵제도는 형사벌적인 성질을 지니는 것이 아니라 미국·독일과 마찬가지로 징계벌적인 성질을 갖는다. 따라서 공직만을 박탈할 뿐이다. 영국·프랑스는 파면 외에 징역·금고 등의 형벌까지 선고할 수 있도록 하고 있다.³⁶⁾ 둘째, 헌법보장기능성을 가진다. 위헌·위법적 직무행위를 행한 고위공무원을 배제시켜 헌법의 침해를 막기 위한 헌법보장의 기능을 수행한다. 헌법재판소는 탄핵심판절차의 목적과 기능에 관하여 “행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것”³⁷⁾이라고 설명하였다. 셋째,

34) 정재황, 앞의 책, 707쪽.

35) 권영성, 앞의 책, 913쪽.

36) 김백유, 앞의 책, 1710쪽.

37) 헌재 2004. 5. 14. [2004 헌나 1], 헌판집 16-1권, 609[632]쪽.

국정통제기능도 수행한다. 탄핵제도는 국회의 국정통제권 중에서도 집행부와 사법부를 견제하는 가장 강력한 수단이라고 할 수 있다. 정책결정에 이의를 제기하거나 수정을 요구하는 수준을 넘어서 탄핵당한 공무원이 파면되는 등의 직접적 효과를 발생시키기 때문이다.³⁸⁾

국회는 대통령을 비롯한 행정각부의 정부위원들이 헌법이나 법률에 위반한 때에는 대통령에 대해서는 재적의 3분의 2의 의결로, 기타 국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원에 대해서는 재적의 과반수의 의결로 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

2) 국정감사·국정조사권

국정감사제도란 국가기관 등이 국가작용 등을 적법하고도 적정하게 수행하고 있는지에 대하여, 그리고 국회의 입법과 예산심의 등 재정통제에 필요한 자료를 수집하기 위하여 국정전반에 걸쳐 매년 국회가 감시하고 조사하는 제도를 말한다. 「국정감사 및 조사에 관한 법률」(이하 「국감국조법」이라 한다) 제7조에 의하면 국정감사의 대상기관은 위원회선정대상기관과 본회의의결대상기관으로 구별된다. 위원회선정대상기관으로는 ① 「정부조직법」, 그 밖의 법률에 따라 설치된 국가기관 ② 지방자치단체 중 특별시·광역시·도의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업 ③ 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 한국은행, 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회가 포함된다. 본회의승인대상기관으로는 ① 위원회선정대상기관 외의 지방행정기관·지방자치단체 ② 위원회선정대상기관 외의 「감사원법」에 의한 감사원의 감사대상기관 중에서 본회의가 특히 필요하다고 의결한 경우로 한정한다. 지방자치단체에 대한 감사는 둘 이상의 위원회가 합동으로 반을 구성하여 할 수 있다(동법 제7조의2).

국정조사제도란 국정과 관련한 특정한 사안이 발생하여 그 진상의 규명이 필요한 경우에 그리고 통제와 자료수집 등의 목적으로 국회가 실시

38) 박종보, “헌법 제65조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018, 419쪽.

하는 조사를 말한다.³⁹⁾

국회의 기능 중에서 국민에게 사실을 알리는 기능이 입법기능보다도 우선시되어야 한다는 주장은 행정에 대해 토론하고 조사하여야만 깨끗하고 능률적인 행정이 된다는 의미이다. 즉 ‘행정에 대해 토론하고 조사하는 국민만이 진정코 스스로 통치하는 국민’이라는 말처럼 국회가 국민의 기본권을 옹호하고 입법기능을 제대로 수행하기 위해서는 행정부의 제반 행정업무에 대한 감시·통제제도가 필요하다.⁴⁰⁾

이를 위하여 국회는 국정을 감시하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있다(헌법 제61조). 우리 헌법 제61조에 따라 「국회법」 제129조제1항에서는 ‘본회의 또는 위원회는 그 의결로 안건의 심의 또는 국정감사나 국정조사를 위하여 증인·감정인 또는 참고인의 출석을 요구할 수 있다.’고 하고 있고, 동조 제3항에서 ‘제1항의 증언·감정등에 관한 절차는 다른 법률이 정하는 바에 따른다.’고 규정하고 있다. 이에 의거하여 제정된 법률이 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」(이하 「국회증언감정법」이라 한다)이다. 또한 「국감국조법」에서는 국정감사와 국정조사에 관한 절차, 그 밖에 필요한 사항을 규정하고 있다.

유신헌법에 의해 폐지되었던 국정감사·조사제도는 1987년 개정된 현행 「헌법」에 의해 재명문화되고, 1988년 「국감국조법」과 「국회증언감정법」이 제정됨으로써 비로소 현재와 같은 조사적 통제권한으로서의 법적 근거를 갖게 되었다.⁴¹⁾

라. 소결

우리 국회의 국정통제제도는 크게 행정부에 대한 통제, 사법부에 대한 통제 그리고 그 밖의 국정에 대한 통제로 나누어 볼 수 있다.

행정부에 대한 통제로는 기관구성상의 견제로 대통령선출권, 국무총리 임명에 대한 동의권, 감사원장 임명동의권, 국무총리 등에 대한 해임건의

39) 정재황, 앞의 책, 701쪽.

40) 지성우, 앞의 논문, 52쪽.

41) 김관수·박주석·이영웅·권이근·김병운·최용봉, “국정조사제도의 활성화를 통한 국회의 기능강화 방안 연구”, 국가발전정책연구원, 2012., 30-37쪽 참조.

권 등이 있다. 또한 입법을 통한 견제가 가능하고 예산심의 및 결산심사, 긴급재정·경제처분 및 그에 관한 명령에 대한 승인, 예비비지출에 대한 승인, 기채 및 국가에 부담이 될 계약체결에 대한 동의권, 재정적부담을 지우는 조약의 체결·비준에 대한 동의권 등을 통한 정부의 재정에 대한 견제를 할 수 있다. 입법과 예산에 관한 정부의 권한행사에 대한 국회의 통제는 대통령에 대한 통제이기도 하다. 법률안제출권, 예산안편성·제출권의 권한주체는 ‘정부’이지만 우리 헌법 제66조제4항에 따라 대통령이 정부의 수반이기 때문이다. 현행헌법 제66조 제1항은 대통령을 국가원수로 규정하고 있다. 그러나 제4항에서는 대통령이 정부의 수반임을 명시하고 있다. 즉, 대통령은 국가원수임과 동시에 정부의 수반으로 인정되고 있는 것이다.⁴²⁾ 정부의 권한행사에 대한 견제로는 일반사면에 대한 동의권, 국무총리·국무위원에 대한 국회출석요구 및 질문권, 선전포고·국군의 해외파견 등 동의권, 계엄해제청구권 등을 들 수 있다.

사법부에 대한 통제로는 대법원장·대법관·헌법재판소장 임명동의권, 헌법재판소재판관 3인 선출권 등을 통한 기관구성상의 견제와 입법을 통한 견제, 사법부의 재정에 대한 견제 등이 있다.

그 밖의 국정에 대한 통제로는 탄핵소추권과 국정감사권, 국정조사권 등을 꼽을 수 있다. 징계책임성과 헌법보장기능성을 가진 탄핵소추권은 국정통제기능도 수행한다. 국정감사는 국정전반에 관하여 실시되는 정기감사인 반면, 국정조사는 특정 사안에 관하여 부정기적으로 실시된다.⁴³⁾ 국정조사와 더불어, 우리나라 특유의 제도인 국정감사⁴⁴⁾는 매우 강력한 국정통제권한이라고 할 수 있다.

42) 장영수, “헌법 제66조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018, 492쪽.

43) 국회사무처, 국회법해설, 2012, 677쪽.

44) 이성권·김철근·양시현, “국회 국정감사의 성과 및 결과처리 효율화 방안”, 입법정책연구회, 2014, 55쪽.

Ⅲ. 현행 국정감사의 문제점

1. 국정감사 운영의 문제점

가. 국정감사의 시행시기

「국정감사 및 조사에 관한 법률(이하 「국감국조법」이라고 한다)」 제2조제1항에는 ‘국회는 국정전반에 관하여 소관 상임위원회별로 매년 정기회 집회일 이전에 감사시작일로부터 30일 이내의 기간을 정하여 감사를 실시한다. 다만, 본회의 의결로 정기회 기간 중에 감사를 실시할 수 있다.’고 규정되어 있다. 국정감사의 시기와 기간을 현재와 같이 정하도록 한 것은 2012년 동법 개정⁴⁵⁾에 의해서이고, 이전에는 매년 9월 10일부터 20일간 실시하는 것을 원칙으로 하였다.

「국감국조법」에 따르면 매년 정기회 집회일 이전에 국정감사를 실시하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 이제까지 국정감사를 정기회 집회일 이전에 실시한 적은 단 한 차례도 없다. 통상적인 국정감사의 운영 실태를 보면, 국정감사의 시기를 변경하여 대체로 9월말이나 10월초에 시행하고 있다.

현재와 같이 국정감사의 시기를 변경하여 시행하게 되면, 국정감사의 질은 자연적으로 떨어질 수밖에 없다. 왜냐하면 정기회 기간에 법률안이 집중되는 경우가 많고, 차년도 예산안의 검토시기와 중복되어 국정감사에만 집중하기가 어렵기 때문이다.

나. 국정감사의 실시기간

국정감사는 감사시작일로부터 30일 이내의 기간을 정하여 실시하도록 되어 있지만, 여전히 관행적으로 20일 이내의 기간에서 실시하고 있다.

45) 법률 제11414호, 2012. 3. 21, 일부개정

국정감사 기간 내 주말과 공휴일 등을 제외하면, 실질적인 국정감사 실시일자는 20일에 못 미치고 있다.

20일에도 채 미치지 못하는 짧은 국정감사 기간 동안에, 각 상임위원회가 전 정부기관 등을 상대로 획일적인 국정감사를 시행하는 것은 형식적인 감사에 불과할 수밖에 없는 구조적인 문제점이라 할 수 있다.

2. 국정감사 준비단계의 문제점

가. 형식적인 공동자료요구

「국회법」 제128조는 서류제출에 대해 규정하고 있다. 국회가 개원중일 때에는 해당 위원회의 의결로, 폐회중일 경우 의원의 요구가 있고 위원장이 교섭단체 대표의원이나 간사와 협의하여 요구할 수 있도록 규정되어 있으며 또한 요구를 받은 정부는 요구받은 날부터 10일 이내에 서류를 제출하도록 되어 있다.

하지만 실무적으로는 이러한 사전절차를 거치지 않아도 ‘의정자료유통시스템’ 등을 통해 각 감사위원별로 해당 피감기관에 자료요구를 할 수 있으며, 이에 대해 반발하는 피감기관도 존재하지 않는다. 국정감사의 성패는 감사위원의 ‘정확한 자료 빨리 받아내기’와 피감기관의 ‘민감한 자료 대처하기’에 달려있다. 그러므로 국정감사를 준비하는 감사위원 입장에서나, 자료를 제출하는 해당 피감기관의 입장 모두 국정감사 자료요구에 민감해질 수밖에 없는 것이 현실이다. 감사위원 입장에서는 피감기관이 보내는 자료에 의지하여 한정된 시간 내에 질의할 내용을 확정하고 배분하기 때문이며, 반대로 피감기관 입장에서는 최대한 국정감사 시 감사위원의 지적의 강도를 약하게 받고 민감한 부분에 관해서는 질의를 피하기 위해 노력하기 때문이다. 따라서 피감기관이 자료제출을 거부하거나, 자료를 보내준다 하더라도 거시적 지표나 명확하지 않고 세부적이지 않은 자료를 제공하는 경향이 있다. 이에 국정감사 준비기간 동안 감사위원과 해당 피감기관의 담당부서 사이에서 자료에 대한 적지 않은 신경전이 벌어지게 된다.

상황이 이렇다 보니, 동법에 따라 해당 상임위원회별로 국정감사 실시 전에 ‘공동자료요구’ 형식으로 감사위원들에게 자료요구서를 받고 있지만 정보의 독점 문제로 인하여 정작 중요한 자료의 경우 공유를 꺼리게 된다. 따라서 누구나 접근할 수 있는 형식적인 자료에 한하여 상임위 ‘공동자료요구’에 기재하려는 경향이 두드러진다.

나. 피감기관의 자료미제출

국정감사를 준비하면서 수시로 자료요구를 할 수 밖에 없는 감사위원들도 문제지만, 자료요구에 제대로 응대하지 않는 피감기관의 행태도 문제가 된다. 특히 국정감사의 수행을 위해서는 필수적인 자료임에도 불구하고, 피감기관 입장에서 민감한 자료일 경우에 이런 문제가 많이 발생한다.

감사위원의 요구자료를 업무상 비밀이라는 이유로 제출거부하거나 혹은 제출한다고 하더라도 핵심은 빼놓고 형식적인 측면만을 제출하고, 이마저도 시간을 최대한 끌어 제출하는 경우가 상당수이다. 심지어 미루고 미루다 국정감사 당일에 감사위원의 항의를 받고서야 자료를 내어놓는 경우도 비일비재하다.

다. 국회연락관의 질의서 획득

국정감사제도는 각 상임위원회별 소관기관 등에 대해 감사위원들의 질의를 통하여 문제점을 발견하고 시정을 촉구하는 기능을 수행한다. 이를 가능하게 하는 것이 피감기관에 대한 자료요구를 통하여 얻어진 자료를 바탕으로 만들어지는 감사위원의 ‘질의서’다. 따라서 성과 있는 감사를 위해서는 이러한 질의서의 보안이 중요한 요소가 된다.

국회에는 해당 피감기관 소속의 이른바 ‘국회연락관(‘국회담당관’이라고도 한다)’이 존재하는데, 국정감사 시 이들의 가장 큰 역할은 해당 소속기관에 대한 감사위원들의 질의서를 미리 획득하는 것이고 얼마나 빨리 질의서를 획득하느냐가 이들의 능력을 가늠하는 척도가 된다. 이와 같이 국회 연락관들이 획득한 질의서로 피감기관의 기관장이나 부서장들

은 감사위원의 질의에 대한 답변을 사전에 준비하는 것이 관행처럼 이루어지고 있다. 국정감사 전날 질의서를 미리 전달받기 위해서 이들은 국회의원회관의 복도나 휴게실에서 새우잠을 자면서 기다리거나, 질의서를 작성하는 보좌진 옆에서 같이 밤을 새는 경우도 발생한다. 이를 통해 피감기관의 답변자들은 예상답안을 만들어 출제될 시험문제를 사전에 알고 시험 보는 수험생처럼, 마음 편하게 국정감사 전날 예상 질의응답 예행 연습까지 하게 되는 것이다.

이는 행정부의 실효적 견제수단이라는 국정감사제도의 취지에 비추어 볼 때 분명 문제라 할 것이다. 이렇게 되면, 해당 피감기관이 국정감사 자료요구에 성실하게 응하는 행위와 감사위원의 국정감사 전날 질의서 유출 행위가 서로 연관성을 가질 수밖에 없다. 실제로 질의서를 구하러 온 국회연락관에게 미제출자료에 대한 요청을 했을 때, 원하는 자료를 손에 쥐는 것은 그리 많은 시간이 걸리지 않는다.

3. 국정감사 실시 중의 문제점

가. 피감기관의 과다로 인한 부실국감

국정감사의 또 다른 문제점은 피감기관의 수가 지나치게 많으며, 갈수록 그 수가 늘어난다는 점이다. 국정감사의 실시에는 한계가 있는데 상대적으로 피감기관이 너무 많다보니, 수박겉핥기 식의 소위 ‘부실국감’이 생겨나게 된다. 이것은 감사위원의 입장에서든 상대적으로 이슈가 적은 피감기관에 대해서는 준비를 소홀하게 만들고, 피감기관의 입장에서든 쉽게 감사를 통과할 수 있는 여지를 주게 되어 국정감사의 질을 떨어뜨리게 된다.

예컨대 2018년도 교육위원회 국정감사를 살펴보면 10월 25일 단 하루만에 지역거점국립대학교와 대학병원, 치과병원 등 무려 20개의 기관을 상대로 감사를 실시했다.

나. 증인출석문제

증인신청의 경우, 각 정당의 의견차이로 인하여 선정과정에서 난항을 겪기도 한다. 때로는 불필요하거나 무리한 증인선정으로 인해 의사일정이 파행되기도 하고, 무더기로 증인을 소환해서 별다른 질문 없이 국정감사를 종료하는 경우도 더러 있다. 일부위원회에서는 대기업의 경영자들을 증인으로 채택하는 경향이 짙는데, 기업인에 대한 소환은 더욱 신중하게 결정해야 할 부분이다. 2013년 국정감사 증인으로 선정된 기업인이 196명으로 2012년(164명)보다 32명 많고, 2011년(80명)에 비해서는 2.5배였는데, 기업인들의 답변시간은 1인당 1분도 되지 않았다는 사실⁴⁶⁾은 그 폐해가 얼마나 심각한지 보여준다. 특히 각종시민단체에서 정당의 특별위원회 등으로 압력을 행사하는 경우, 정당으로부터 임무를 부여받은 감사위원은 그 내용이 무엇인지도 모르는 상태에서 증인신청을 하기도 한다. 국회의 감사권한은 그 이름에서 보듯이 ‘국정’에 대한 감사인데, 사기업의 총수를 증인으로 채택해 소위 ‘망신주기’를 하는 것은 바람직하지 못하다.

증인이 출석하는 경우에도 충실한 국정감사와는 거리가 있는 상황을 종종 볼 수 있다. 예를 들면 증인을 신청한 감사위원이 막상 감사장에 나타나는 않는 경우도 있고, 증인이 모든 일상 업무를 중단한 채 국정감사장에 참석을 했음에도 아무런 질문을 받지 못하고 가는 경우도 있다. 또한 업무와 관련 없는 매우 수준 낮은 신변잡기적 질문이나, 민원성 질의를 하는 행태는 사라져야 할 것이다. 국정감사 기간 중 일반증인만을 상대로 한 신문일정은 없어지기를 기대한다. 왜냐하면 일괄적으로 증인신청을 받고, 신문을 하는 상황에서는 결국 증인을 신청하고 질의하는 일을 반복할 수밖에 없기 때문이다.

다. 질의시간의 부족

피감기관별 국정감사 시간은 해당 상임위원회별로 감사위원수와 피감

46) 이관희, “국정감사 폐지와 국정조사 활성화 방안”, 바른사회시민회의 긴급토론회, 2014, 5쪽.

기관의 수를 고려하여 정하게 되는데, 통상적으로 질의는 일문일답으로 하고 질의시간은 답변시간을 포함하여 7분으로 한다.

그런데 여기에는 두 가지 문제점이 있다. 첫째, 이 7분이란 시간이 제대로 된 질의와 답변을 주고받기에는 대체로 턱없이 부족하다. 때문에 감사위원들의 추가질의에 대한 요청이 많고, 또 위원장이 추가질의 진행이 당연히 되고 있다. 둘째, 질의시간이 절대적으로 부족함에도 불구하고 감사위원의 질의시간과 피감기관의 답변시간이 구별되지 않는다. 따라서 피감기관은 감사위원의 추궁을 최소화하기 위해 한 질문에 장황하게 답변하는가 하면, 거꾸로 감사위원은 피감기관의 답변도 제대로 듣지 않고 일방적으로 질의에만 몰두하는 경우가 있다. 일부 감사위원들은 시간을 아끼기 위해 일문일답의 형식을 무시하고, 먼저 해당 사안에 대한 자신의 개인적인 견해를 피력하면서 질문시간을 다 사용한 후에 증인의 견해를 묻는 변칙적인 방법을 취하기도 한다.

4. 국정감사 사후처리의 문제점

가. 시정처리 및 결과보고 미흡

「국감국조법」 제16조제3항에 따라 국회의 시정요구사항 등에 대하여 정부나 해당기관은 그 ‘처리결과를 보고’해야 하고, 동법 제4항에 따라서 국회는 그 ‘처리결과보고에 대하여 적절한 조치’를 할 수 있게 되어 있다.

실제로 국정감사 이후 각 상임위원회는 ‘국정감사 결과보고서’를 의결하고 본회의에 보고한다. 또한 해당 피감기관에서는 이 결과보고서를 바탕으로 ‘국정감사결과 시정 및 처리 요구사항에 대한 처리결과 보고서’를 작성하여 국회에 제출하고 있다. 그런데 문제는 국정감사 지적사항을 그 이후까지 감사위원이 꼼꼼하게 챙겨보지 않을 때 발생한다. 사후에 어떻게 처리되고 있는지를 제대로 살피지 못하면 ‘국정감사 질의시간에만 넘어가면 된다’라는 식의 인식이 피감기관에 퍼지게 되어 효율적인 국정감사를 방해하게 된다. 국정감사에서 지적된 사항에 대해 피감기관도 제대로

로 시정 등의 조치를 하지 않고, 감사위원들도 실제로 그 처리상황에 대해서 신경을 쓰지 않는다면 매년 국정감사 때마다 똑같은 지적사항이 반복될 수밖에 없다.

나. 예산 및 각종법안과의 미연계

국정감사는 단순히 ‘감사’로서의 의미만 갖는 것이 아니다. 감사결과를 관계 법률에 따라 신속히 처리하여 예산 및 각종법안 심의에 반영하는 것이 국정감사의 취지에 부합된다 할 것이다.

그런데 정기회 기간 중 예산 및 각종법안 심의 등은 국정감사 시행 직후에 이루어지기 때문에, 국정감사 지적사항이 차년도 예산 및 법안 심의 시 반영되지 못하는 것이 문제점으로 지적된다. 특히 예산안의 경우에는 각 의원실에서 예산심사를 위한 자료요구를 별도로 하고 있으며, 비록 국정감사 시 지적사항이 있다 하더라도 해당 상임위에서 예산을 삭감하는 경우는 드물다.

IV. 국정감사 폐지론과 개선론

1. 국정감사 폐지론

가. 폐지론 주장이유

1) 국정감사의 본래 의미는 국정조사

국정감사의 유래는 제헌헌법에서 국회의 국정통제에 대해 ‘국정감사’라는 표현을 사용한데서 찾아 볼 수 있다. 제헌헌법의 기초를 마련한 유진오 박사는 책임내각제도를 구상하였다. 그것은 오로지 국회와 정부와의 원활한 합작으로써 국정을 원활하게 또 강력하게 추진하도록 하고자 한 것이었는데, 국회헌법기초위원회에서는 처음에는 원안을 지지하는 듯하

더니, 나중에는 태도를 변하여 소위 ‘대통령책임제’를 채용하기에 이르렀다고 한다.⁴⁷⁾ 당시 국회의장이던 이승만 박사는 강하게 대통령제를 주장했다.⁴⁸⁾ 이러한 이유 때문에, 우리 헌법에는 의원내각제에서 대통령제로 급격히 바뀌는 과정에의 두 정부형태가 혼합되어 있는 것이다. 헌법기초위원회의 대한민국헌법 제안이유설명⁴⁹⁾을 보면 ‘대통령제도에 있어서도 국회는 입법권을 행하는 외에 국정에 대한 감사도 행할 수 있게 할 수 있습니다마는…’이라고 하면서, 국정에 대한 감사의 원래 의도는 의원내각제에서의 제도였음을 드러내고 있다.⁵⁰⁾ 제헌헌법 제43조에 의하면 ‘국회는 국정을 감사하기 위하여 필요한 서류를 제출케 하며 증인의 출석과 증언 또는 의견의 진술을 요구할 수 있다’고 규정하였는데, 당시의 국정감사란 국정조사를 의미하는 것이었다.

1948년 「국회법」은 감사 대신에 조사라는 용어를 사용하였고, 국정감사를 정례적으로 실시한다는 내용이 없었으며, 국회의 의결로 감사를 수시로 실시하도록 하였다. 국정감사와 국정조사가 명확한 구별 없이 운용되었다는 것을 알 수 있다.⁵¹⁾

1953년 「국정감사법」을 제정하면서 국회는 헌법상의 ‘국정감사’라는 표현을 그대로 받아들여, 비로소 오늘날 국정감사제도의 토대가 마련되기 시작하였다. 시작은 「헌법」과 「국회법」상의 ‘국정감사’와 ‘국정조사’의 의미의 혼용이었으나, 국회는 그것을 바로잡지 않고 스스로 권한을 강화한 것이다. 국정감사가 우리나라만의 독특한 제도이면서 외국의 유례를 찾기 힘든 이유다.

47) 유진오, “헌법제도의 정신. 2”, 법정 제4권 제3호, 1949. 3., 25쪽.

48) 유진오, “헌법기초회상록. 6”, 법정 제21권 제8호, 1966. 8., 57~59쪽.

49) 국회속기록. 1948년 6월 23일 제17차 국회 본회의.

50) 유진오 박사는 미국식 권력분립제가 비실제적이며 비현대적이라는 점을 강조하고, 대통령제는 집행부의 우월화 경향이 불가피하기 때문에 이를 시정하는 방안으로서 영국식 의원내각제도를 주장하였다고 한다. 김철수, “유진오의 헌법초안에 나타난 국가형태와 정부형태”, 한국사 시민강좌 17, 일조각, 1995, 113쪽.

51) 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2018., 949면.

2) 감시·통제와 감사의 차이

권력분립의 원리로 살펴보면, 대통령제에서의 국정운영은 대통령을 중심으로 한 행정부처와 산하기관 등이 헌법과 법률이 정한 범위 안에서 정책선택권을 가지고 효율적인 운영을 하는 것이다. 이에 대하여 국회는 국민의 대표로서 감시·통제기능을 가지는 것이지, 직접 감사기능을 수행하는 것은 행정부 등의 자율권을 침해하는 것으로 엄밀히 말하면 권력분립의 원칙에 위배된다.⁵²⁾ 국정을 감시한다는 것과 감사한다는 것은 본질적으로 다르다. 현행 헌법상으로도 행정부 등에 대한 감사는 감사원이 하도록 되어 있는 것이고, 이에 따라 「국회법」 제127조의2는 국회가 그 의결로 감사원에 대해 사안을 특정하여 감사청구를 할 수 있도록 하고 있다.

그 후, 더 조사가 필요한 문제가 있다면 국정조사를 실시하면 되는 것이다. 또한 민주정치의 기본구조 볼 때, 국정운영에 대한 평가는 대통령과 국회의원 등 각종 선거를 통해 최종적으로 국민이 판단하는 것이다.

3) 국정감사는 상시적인 활동

앞서 살펴본 것처럼, 국정감사는 매년 정기회 집회일 이전에 감사시작일로부터 30일 이내의 기간을 정하여 실시한다. 30일 이내라는 기간을 정하고, 그 기간 내에 국정전반에 관한 감사를 실시함으로써 노출되는 부작용이 심각하다.

실질적인 실시일자가 20일에 못 미치는 기간 동안 국정전반을 감시한다는 것은 물리적으로 불가능하고, 감사할 것이 없어도 감사를 해야만 하는 구조적 모순이 있다. 경우에 따라서는 트집잡기, 흠집내기 감사를 하게 된다. 무엇보다 가장 큰 문제는 국정감사 내용의 상당부분이 정책감사·민생감사가 아닌 정쟁으로써, 정치감사화 되어간다는 것이다. 정책감사라 할지라도 지금의 국정감사 형식이 아닌, 상임위원회를 통한 정책질의 형식으로 해야 한다.

따라서 국민대표기관으로서의 국정감사는 국회가 각 상임위원회를 중

52) 조원용, “헌법적 관점에서 본 국정감사의 개선방안”, 한양대학교 석사학위논문, 2010, 2쪽.

심으로 정책질의와 관련서류제출요구 등을 통하여 1년 내내 상시적으로 이루어져야 하는 것이다. 상시국감(常時國監)을 상임위원회 활성화로 이해해야 한다는 주장도 있다.⁵³⁾

4) 국정마비 사태 초래

국정감사 수개월 전부터 행정부 등 국영기업체를 중심으로 모든 피감기관이 국정감사 자료요구에 시달린다. 국정감사 일정이 끝날 때까지 사실상 국정이 마비되는 어리석음을 되풀이 한다. 국가 각 분야의 발전을 위해 열심히 연구하고 노력해야 할 관국에, 피감기관의 장들이 간부들을 모아놓고 예상 질문에 대한 답변 연습을 하고 있는 것이다. 소위 ‘국정감사를 위한 국정감사 질의서’를 써야 하는 경우가 생기는데, 구태여 자료요구를 하면서 귀찮게 하고 굳이 잘못을 찾아야 하는 것인지 의문이다.

5) 정책질의, 타감사와의 중복

국정감사 상당부분이 정책감사가 아닌 여야 정치공세로 행해지는 현실을 볼 때, 본회의 대정부질문이나 상임위 업무보고 등과 거의 중복된다. 불필요한 말싸움만 난무하게 되는 것이다. 입법, 예산심의 등을 위하여 필요한 관련 준비자료를 획득하기 위한 기회로 활용하는 정보기능⁵⁴⁾은 거의 수행하지 못하고 오히려 차분히 예산심의 기간만 단축시키는 결과를 초래한다. 국회의 국정감사와 감사원의 감사권, 지방의회의 자치사무에 대한 감사권 사이의 중복 문제도 있다.

6) 국정감사의 부작용

국정감사는 매년 되풀이 되는 구태의연한 정략적 폭로전과 색깔공방 등으로 파행으로 치닫는 경우가 많다. 감사시간 자리비우기, 질의의 중복, 피감기관의 무성의한 자료제출 및 형식적 답변, 증인채택 문제 등 부

53) 이관희, 앞의 논문, 7-8쪽.

54) 정제황, 앞의 책, 701쪽.

실 국감행태도 고질적으로 답습되고 있다. 과거보다는 나아졌지만 수준 이하의 질의, 훈계조의 연설과 막말 등 내실없는 권의주의의 모습을 보여준다. 특정기업 길들이기, 근거 없는 추궁의 문제점 등도 노출된다.

정쟁국감, 부실국감, 구태국감이란 세간의 평가에서 알 수 있듯이, 국정감사는 그 구조적 모순으로 정치발전에 장애가 되기도 한다. 100일 간의 정기국회는 각종 민생법안과 예산심의 등 처리해야 할 일이 산적해 있는데, 국정감사로 인해 처음부터 싸움으로 시작하는 경우에는 헛치기 힘들어진다.⁵⁵⁾

7) 소위 ‘한 건’ 위주의 국정감사

흔히 국정감사는 국회의원 ‘1년 농사’로 비유된다. 국정감사를 어떻게 치르느냐를 1년 의정활동의 성과라고 생각하기 때문에, 감사위원들은 보통 국정감사장에서 언론의 주목을 받을만한 소위 ‘한 건’을 준비한다. 언론기관은 특종의식에 사로잡혀 ‘한 건’하는 국정감사장만 찾아다니고, 이를 의식하는 감사위원들은 한 번이라도 더 노출되려고 애를 쓴다. 각종 시민단체 등에서 매년 국정감사 때마다 어느 감사위원이 민생·정책 중심의 국정감사에 충실했는지 점수를 매기는데, 다음 선거를 생각해야 하는 국회의원들로서는 여간 부담스러운 것이 아니다. 또한 이 점수를 토대로 시상식까지 하는데, 참석자에게만 시상을 하기 때문에 감사위원들이 만사 제치고 참여할 수밖에 없다.

국민의 대표인 국회의원이 국정감사장에서는 서슬 시퍼런 감사위원이 되었다가, 왜 언론과 상장 앞에서는 한없이 작아지는지 심각히 생각해 볼 일이다. ‘한 건’ 위주의 국정감사는 감사위원 스스로 권위를 추락시키고 정치 불신을 가중시킨다.

8) 특권의식과 이권개입

감사위원은 국정감사기간 동안 국가기관의 장을 불러놓고 호통을 친다거나 귀찮게 할 수 있다는 우월의식 때문에 특권의식이 생기고, 각종 이

55) 이관희, 앞의 논문, 7쪽.

권에도 개입하는 유혹에 빠질 수 있다. 실제로 정부기관 등의 장들은 국정감사장에서 구설에 오르지 않기 위해 전전긍긍하는 것이 현실이다. 감사위원들은 그러한 심리를 이용하여 청탁과 부패의 가능성을 갖게 되는데,⁵⁶⁾ 이러한 이해관계 속에서 정치는 무질서하고 혼란스러워지는 것이다.

국회의원은 국민을 대표해서 국민에게 봉사하는 공직자이지, 특권계층이 아니다. 국회의원의 면책특권이나 불체포특권은 국민에게 봉사하기 위한 불가피한 수단일 뿐이다.

나. 국정감사 폐지방안

1) 급진적 폐지론

국정감사제도는 제헌헌법 당시에 선진외국의 국정조사제도를 오해하여 도입되었고, 구조적 모순으로 효율적인 국가운영에도 큰 부담을 주고 있는 이상 조금도 주저할 것이 없다는 입장⁵⁷⁾이다. 개헌 시에는 반드시 폐지되어야 할 것이지만, 그때까지 여·야 합의로 국정감사를 중단하는 대신 국정조사권을 활성화하는 법 개정을 단행해야 한다고 주장한다.

지금 당장 국정감사를 중단한다 하더라도 상임위원회 정책질의와 위원회 재적의원 1/3 이상으로 그와 관련한 서류제출을 요구하면 실질적인 효과를 거둘 수 있으며, 거기서 더 파고들어야 할 문제가 있다면 국정조사권을 발동해서 철저히 파헤쳐야 하는 것이라고 본다.

지금과 같이 무조건 정해진 기간 동안 업무를 마비시켜 가면서 잘잘못을 가리는 국정감사 행위는 세계 어느 나라에도 없는 부끄러운 제도⁵⁸⁾라고 하면서, 우리나라가 선진국으로 진입하기 위해서는 한시바빠 폐지되어야 한다는 주장이다.

56) 조원용, 앞의 논문, 83쪽.

57) 이관희, “우리나라 국정감사·조사제도의 개혁방안”, 고시계 제50권 제10호 통권584호, 고시계사, 2005.10., 14쪽.

58) 이관희, 앞의 논문, 15쪽.

2) 점진적 폐지론

향후 개헌에서 비생산적인 국정감사제도를 폐지하자는 입장이다. 점진적 폐지론의 경우에는, 대체가능한 다른 대안들과 함께 검토되며 국정감사의 폐지만을 당장 주장하지는 않는다.

현행 헌법상 국정감사와 조사가 명기되어 있어 당장 근본적인 개선이 어려울 수 있으나, 개헌 시 국정감사를 폐지하는 방향으로 유도할 필요가 있다⁵⁹⁾는 것이 점진적 폐지론의 핵심이다.

다. 소결

민주주의의 기본원리에 근거하여 모든 권력은 국민으로부터 나오며, 대의제의 운영체제에서는 국민의 대표인 국회가 권력의 출발점이 된다는 것은 자명한 사실이다. 현대국가의 특징인 행정부의 비대화 현상을 고려할 때 정책을 집행하는 행정부에 대해 의회의 상시적 감시와 통제는 더욱 강조되어야 한다.

그러나 국정을 감시한다는 것과 감사한다는 것은 본질적으로 다르고, 우리나라 국회에도 외국의 사례와 같이 국정감사 본래 의미로서의 국정조사권이 부여되어 있다. 또한 국정조사와 국정감사의 기능 중 중첩되는 바가 있고, 또 한편으로 국정감사가 원래 취지의 기능을 제대로 하지 못한다는 현실적 평가가 많다.

국정감사제도 논의에 있어서 차기 개헌 시에 폐지하는 주장에 대해서는 수긍한다. 그러나 그때까지 여·야 합의로 국정감사를 중단하자는 주장은 납득하기 어렵다. 국정감사제도는 우리 헌법과 법률이 정하고 있는 국회의 정당한 권한이자, 신성한 의무이기 때문이다. 다만, 국정감사제도를 폐지하기 전까지는 미흡한 부분에 대한 개선이 꾸준히 이루어져야 할 것으로 생각한다.

59) 국회 정치쇄신 자문위원회, “국회 정치쇄신 자문위원회 최종 활동결과 보고서”, 2013, 67쪽.

2. 국정감사 개선론

가. 국정감사 운영의 개선방안

1) 국정감사의 시행시기

가) 정기회 집회일 이전에 실시

국정감사를 미루지 말고 법에 명시된 대로 매년 정기회 집회일 이전에 실시하는 것이 중요하다는 입장이다. 「국감국조법」 제2조에서 그 시기를 변경할 수 있다는 조항은 예외적 내용에 속하므로, 정말로 불가피한 경우를 제외하곤 제날짜에 감사를 시작하는 관행이 확립되어야 한다고 주장한다.⁶⁰⁾

나) 국정감사 시기의 변경

좀 더 과감하게 국정감사 시기의 변경을 고려해볼 만하다는 주장이다. 국정감사를 본회의 의결 없이 임시회 및 정기회 기간 중에 분리하여 실시할 수 있게 하는 방안⁶¹⁾, 국정감사를 6월 임시회 기간 중 행하도록 함으로써 정기국회를 실질적인 예산국회로 만들자는 방안⁶²⁾ 등이 논의되었다. 특히 총선이나 대선 바로 이전 국정감사는 자칫 정당과 의원들의 선거 준비로 부실해질 우려가 있으니 그 일정을 앞당기는 것이 바람직하다고 한다.⁶³⁾

60) 이현우, “국정감사 효율화 방안에 대하여”, 국회입법조사처보 통권26호, 국회입법조사처, 2015.9., 6쪽.

61) 국감국조법 일부개정법률안 - 의안번호 1911162.

62) 국감국조법 일부개정법률안 - 의안번호 1809952.

63) 이현우, 앞의 논문, 6쪽.

다) ‘상시 국감’의 도입

정기적 국정감사의 범위를 줄이고 2, 4, 6월 등에 열리는 임시국회를 활용해 상임위별로 사안을 수시로, 직접 감사하도록 ‘상시 국감’을 도입 하자는 주장이다.⁶⁴⁾ 시기의 제한 없이 상임위원회에서 감사 활동이 필요 하다고 판단할 때마다 국정감사를 실시할 수 있도록 하자는 의견도 있다.⁶⁵⁾

2) 국정감사의 실시기간

국정감사의 기간을 추가로 늘리는 방안도 모색할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ 이러한 요청에 따라 우리 국회는 「국감국조법」 개정을 통해 국정감사 기간을 20일에서 30일로 늘렸지만, 실제 감사에 소요되는 기간은 여전히 20일 이내에 머물고 있다.

3) 소결

국정감사의 시행시기와 그 기간에 관련해서는 많은 논의가 있어왔다. 우선 국정감사의 시행시기에 대하여 살펴보면 정기회 집회일 이전에 국정감사를 실시하는 방안과 국정감사 시기를 변경하는 방안, 상시국감을 도입하는 방안 등이 있다. 이러한 방안 모두 정기회 때 예산을 충분히 심사할 수 있다는 장점이 있지만, 국정감사 날짜를 단순히 조정한 것에 불과하여 그 폐해는 그대로 남는다는 단점이 있다. 국정감사 일정이 연 중에 지나치게 분산될 경우, 감사의 효과성이나 국민의 관심을 통한 국정통제 효과 등이 저하될 수 있다. 또한 국정감사가 각 상임위원회나 소관기관을 대상으로 수시로 실시하고 있는 ‘현안보고’나 ‘업무보고’ 등의 활동과 사실상 구분되지 않는 문제점도 발생할 수 있다. 실제로 의원들이 국정감사에서 제기하는 문제와 평상시 던지는 질의가 크게 다르지 않

64) 이종수, “정책국감, 가능성이 보인다”, 국회보 통권468호, 국회사무처, 2005.11., 116쪽.

65) 국감국조법 일부개정법률안 - 의안번호 1904602.

66) 이종수, 앞의 논문, 116쪽.

다는 것도 이런 믿음을 뒷받침한다.

다음으로 국정감사의 실시기간을 살펴보면, 이미 기간을 늘리는 관련 법령이 개정되었으나, 여전히 관행적으로 국정감사를 20일 이내에서 실시하고 있으며 개선의 여지를 보이지 않고 있다. 이것은 더 이상 법이나 제도의 문제가 아니라는 것을 의미하며, 국회의 일정과 업무 등을 고려할 때 국정감사의 실시기간을 더욱 늘리는 것도 바람직하지 않다.

결론적으로 어떤 문제점을 개선하고자, 법을 개정하였는데 이것을 제대로 시행하지 않은 국회의 책임이 크다고 생각한다. 잘못된 제도의 개선을 이루고자 하는 진정한 의지가 있는지 의문이다. 우선적으로 법의 목적과 취지에 맞게 국정감사제도를 운영하는 것이 옳다고 본다.

나. 국정감사 준비단계의 개선방안

1) 형식적인 공동자료요구

형식적인 공동자료요구 문제를 해결하기 위한 방안은 다음과 같다. 첫째, 현재 일반화되어 있는 방식을 따라 각 감사위원실 자체적으로 자료요구를 할 수 있도록 관계법령을 수정·보완하는 방법을 생각해 봐야 한다. 그간 국회사무처 정보화업무내규에 의해 운영되고 있던 국정감사정보시스템에 대한 근거를 법률로 상향하는 등의 노력은 있었으나⁶⁷⁾ 이것은 자료요구의 방식에 대한 법률적 보완책일 뿐, 앞서 지적한 절차적 정당성에 대한 문제를 해결하지 못한다.

둘째, 현행법을 지키면서 ‘공동자료요구’의 운영방식을 전환하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 즉 상임위원회에서 의결한 ‘공동자료’를 현행처럼 일괄적으로 모든 감사위원실에 제출하는 것이 아니라, 각각의 해당 자료에 대하여는 개별적으로 제출하도록 하는 방법을 생각해 볼 수 있겠다. 이런 방식을 취할 경우, 일괄적으로 자료요구를 하지만 감사위원들은 요구자료를 독점적이고 비공개적으로 활용할 수 있게 된다. 자료에 대한 정보독점 욕구를 지닌 각 감사위원들의 상황과, 불필요한 자료의 중복과

67) 2012.5.30.시행. 국감국조법 제12조의2.

독촉에 시달리는 피감기관의 상황을 모두 완화하는 것에 도움이 될 것으로 생각한다.

2) 피감기관의 자료미제출

국정감사 운영과정에서 감사위원들과 피감기관들이 공통적으로 어려움을 토로하는 것이 자료제출에 관한 부분이다. 감사위원들이 요청한 자료제출을 거부하거나 내용이 부실하다는 불만이 쏟아진다. 자료제출 거부의 대표적인 사유는 ‘감사 또는 조사는 개인의 사생활을 침해하거나 계속 중인 재판 또는 수사 중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행하여서는 아니 된다.’라고 규정한 「국감국조법」 제8조에 근거한 개인의 사생활 침해와 재판이나 수사 중인 사건에 미칠 영향력이다. 후자의 경우는 비교적 그 판단이 명백하지만 전자, 즉 사생활 침해에 대해서는 해석이 모호한 경우가 많다. 따라서 이 규정의 범주를 좀 더 구체화해야 하며, 아울러 피감기관의 비협조에 대한 처벌조항과 그 실행이 확보되어야 할 것이다.⁶⁸⁾

3) 국회연락관의 질의서 획득

최근 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(일명 ‘김영란법’)」의 시행으로 간식거리 등을 사들고 직접 감사위원실을 찾아오는 국회연락관들은 없어졌으나, 감사위원실에 대한 국회연락관들의 사전질의서 청탁행위는 여전히 근절되지 않고 있다.

국회의 관행처럼 행해지고 있는 국회연락관에 의한 국정감사 질의서 외부 유출은 ‘감사’의 기본적인 성격에 비추어 볼 때 결코 타당하지 않다. 이를 개선하기 위해서는 먼저 온정주의에서 탈피하려는 감사위원과 보좌진의 노력이 절실하다. 또한 피감기관의 국회연락관 제도에 대해 국회 차원의 관리규정 마련이 필요하다. 예를 들면 국정감사 질의서를 사전에 요구하는 해당부처 공무원에 대한 규정, 질의서를 피감기관에 사전 유출하는 행위에 대한 규정 등을 통하여 사전에 질의서를 유출하는 관행

68) 이현우, 앞의 논문, 6쪽.

을 없애야 할 것이다.

4) 소결

국정감사 준비단계에서의 문제는 크게 자료요구와 그에 상응하는 제출 유무, 그리고 그것을 토대로 작성한 질의서의 유출로 나누어 볼 수 있다. 「국감국조법」 제10조제4항은 ‘제1항 본문의 요구를 받은 관계인 또는 기관은 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 누구든지 이에 따라야 하고, 위원회의 검증이나 그 밖의 활동에 협조하여야 한다.’고 규정함으로써 특별한 경우를 제외하고는 자료제출에 대하여 거부하지 못한다고 되어 있으나, 실제로 자료를 미제출할 경우 감사위원 입장에서 취할 수 있는 조치는 그리 많지 않다. 왜냐하면 앞서 살펴본 바대로 정식절차를 생략한 채 개별 감사위원실에서 자료요구를 하는 경우가 많고, 따라서 해당 피감기관의 자료제출 거부에 대해 법적으로 다투기를 꺼리기 때문이다. 이를 해결하기 위해서는 개별적인 자료요구에 대한 법령정비와 함께, 피감기관의 의도적인 자료미제출에 대한 별도의 합리적인 처벌규정이 마련되어야 한다. 또한 감사의 실효성을 무력화하는 질의서 유출행태는 근절되어야 할 것이며, 꼭 필요한 경우 질문요지서 작성 등 관련 제도의 정비가 선행되어야 한다고 본다.

다. 국정감사 실시 중의 개선방안

1) 피감기관의 과다로 인한 부실국감

부실한 국정감사의 원인은 국회의 인적, 물적 자원을 포함한 능력 및 피감기관의 수에서 찾아야 한다. 따라서 선택과 집중의 전략을 통해 감사의 충실성을 높이는 것이 국정감사 기간을 연장하는 것보다 효율적이다. 보완책으로 예비조사에 좀 더 많은 인력과 비용을 투자하고 기관별로 감사주기에 차등을 주는 방안을 제시하기도 한다.⁶⁹⁾ 결론적으로, 행

정불편도 줄이고 감사의 효율성을 높이기 위해서는 피감기관 수를 축소해야 한다. 또한 중복 감사를 받는 지방자치단체 감사 폐지 등도 고려해야 한다.⁷⁰⁾

2) 증인출석문제

현행 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률(이하 「증감법」이라 한다) 제5조에는 증인 채택 과정의 투명성을 제고하기 위해 의원 또는 위원이 증인에 대한 출석 요구를 하고자 할 경우, 증인 신청의 이유 등을 기재한 신청서를 의장 또는 위원장에게 제출하도록 되어 있다. 또 현행 「국감국조법」 제15조에는 증인 신청의 책임성을 제고하기 위하여, 국정감사결과보고서 기재사항에 증인 채택 현황 및 증인 신문 결과를 적시하도록 하는 내용이 반영되어 있다.

이러한 제도적 개선노력은 그간 우리 국정감사에서의 증인 신청 및 채택의 문제점을 국회가 스스로 돌아본 데 따른 결과로서 그 의미가 깊다. 다만, 의원 또는 위원이 출석요구신청서를 제출하더라도 증인·참고인은 출석요구서를 받기 전까지는 여전히 자신이 증인·참고인으로 채택된 사실을 모른다는 구조적 문제점을 안고 있다. 또한 증인 채택 현황과 신문 결과를 적시한다고는 하지만, 이 내용이 실리는 국정감사결과보고서는 이미 증인이 선정되고 국정감사가 모두 종료된 후에 감사위원들이 채택하기 때문에 실효성이 떨어지므로 이에 대한 보완이 필요하다. 덧붙여 국정감사에서 일반증인을 선정할 때에도, 증인 신문의 효율성을 높이기 위해서는 무조건 기관장이나 단체장을 채택할 것이 아니라 사안의 핵심을 다루는 실무자 중심으로 재편되어야 한다.

3) 질의시간의 부족

국정감사 기간 중 질의시간은 감사위원의 질문시간과 해당 피감기관의 답변시간 모두를 포함하고 있다. 따라서 감사위원에게도 질문시간의 부

69) 이현우, 앞의 논문, 6쪽.

70) 이종수, 앞의 논문, 116쪽.

족을, 반대로 피감기관에게도 답변시간의 부족을 일으키는 딜레마를 낳는다.

이를 해결하기 위해서, 「국회법」상 대정부질문의 규정을 준용할 필요성이 제기된다. 동법 제122조의2제2항 단서조항은 답변시간을 질의시간에 포함하지 않도록 하고 있다. 국회의원이 대정부질문을 국무위원들에게 질의하는 목적이 아니라 자신의 견해를 일방적으로 피력하는 용도로 사용하는 문제점을 해결하고자 2003년 2월 4일 일부개정을 통하여 ‘일문일답’ 방식으로 바꾼 것이다. 이와 같이, 국정감사 질의시간에도 피감기관의 답변시간을 제외할 필요성이 있다.

4) 소결

부실한 국정감사의 문제를 해결하기 위해서는 피감기관 수 축소, 예비조사의 활성화, 감사주기의 차등화 그리고 중복감사를 받는 기관에 대한 감사폐지 등을 고려해 볼 수 있다. 증인 선정에 있어서는 채택 과정의 투명성과 증인 신청의 책임성을 제고하기 위한 보완책이 필요하며, 증인신문의 효율성을 높이기 위해서 실무자 중심의 재판이 이루어져야 한다. 부족한 질의시간에 대해서는 감사위원의 질문시간만을 따로 산정한다면, 감사위원은 자신의 피감기관의 답변이 길어질 것을 염려하여 제대로 된 답변을 듣지 않고 서둘러 답변을 종료시키지 않아도 되고 피감기관은 시간에 구애받지 않고 자신의 입장을 명확하게 전달할 수 있게 된다. 또한 피감기관 답변에 의하여 의도적으로 감사위원의 질의시간이 줄어드는 것도 함께 예방할 수 있다.

라. 국정감사 사후처리의 개선방안

1) 시정처리 및 결과보고 미흡

현재 국정감사 결과에 대한 시정요구사항 등은 국회 본회의에서 국정감사결과보고서가 채택된 이후 정부 또는 해당기관으로 이송되고, 정부 또는 해당기관은 시정요구사항 등에 대한 처리결과를 지체 없이 국회에

보고하도록 되어 있다.

현행 “지체없이”로 되어 있는 처리 결과보고 기한을 “3개월 이내”로 명시적으로 규정하고, 그 기간 내에 처리 및 결과보고를 마치지 못한 경우 중간보고를 할 수 있도록 하자는 주장이 있다.⁷¹⁾ 참고로 「국회법」 제 127조의2에 따라 국회가 의결로 감사원에 대하여 감사요구를 하는 경우에도 감사원으로 하여금 3개월 이내에 감사결과를 보고하도록 하고 있으며, 특별한 사유로 3개월 이내에 감사를 마치지 못한 경우 중간보고를 하고 그 감사기간을 2개월의 범위 내에서 연장할 수 있도록 하고 있다.

실제 국정감사 결과 시정요구 사항 등에 대한 처리결과 보고 소요 기간을 살펴보면, 2017년 국정감사의 경우 본회의에서 국정감사결과보고서가 채택된 이후 2개월 이내에 대부분의 기관이 시정요구사항에 대한 처리결과를 보고하였다.⁷²⁾

개정안은 3개월의 기간 내에 시정요구사항에 대한 처리 및 결과 보고를 마치지 못하였을 경우에도 중간보고를 하고 2개월의 범위 내에서 결과보고 기간을 연장할 수 있도록 하고 있으므로 개정안에서 설정한 3개월의 기간은 합리적인 것으로 판단된다.

2) 예산 및 각종법안과의 미연계

국정감사의 결과가 예산 및 각종법안과의 연계로 이어지지 않고 단순한 시정사항만을 보고받는데 그친다면, 그것은 정책적인 개선이 없는 반쪽자리 제도에 불과하다 할 수 있다. 예산의 경우, 국회 예산정책처 혹은 해당 피감기관에서 질의사항에 맞도록 반영해서 예산안을 편성하도록 할 필요가 있다. 법안의 경우에도 국회 법제실 혹은 해당 상임위 입법조사관 등과 연계하여 준비할 수 있도록 제도를 정비한다면 보다 효율적인 피드백이 이루어질 수 있다.

71) 국감국조법 일부개정법률안 - 의안번호 2002127.

72) 국회사무처, 국정감사·조사 통계자료집, 2018., 187쪽 이하 참조.

3) 소결

국정감사 시정처리 및 결과보고의 중요성에 대해서는 더 말할 나위가 없다. 다만, 현재에도 대부분의 기관이 국정감사 결과 시정요구사항에 대한 처리 결과보고를 3개월 이내에 잘 제출하고 있는데 이 내용을 굳이 법률로 강제할 필요가 있는지는 의문이다. 또한 처리과정 보고나 처리계획 보고가 아닌 처리결과 보고 기한을 3개월 이내로 제한하게 되면, 기간 내 물리적으로 제도개선이 불가능하거나 불가피하게 시간이 많이 걸릴 수밖에 없는 사항인 경우에 예외적인 적용이 필요하다. 시정처리 및 결과보고를 해당 상임위원회 안건에 부쳐, 의무적으로 보고토록 하는 방법도 고려할 만하다. 또한 예산과 법안의 경우, 국정감사 질의의 목적에 맞게 제도개선에 초점을 맞추어 국회나 해당 피감기관에서 피드백이 이루어진다면 보다 효율적인 정책감사로 거듭날 수 있을 것이다.

V. 국정통제제도의 효율화 방안

1. 국정조사제도의 요건완화

국정감사제도를 폐지하는 경우에는 반드시 국정조사권 발동을 독일식으로 국회 재적 1/4 소수야당이 요구하는 경우에 그것이 헌법정신에 어긋나는 것이 아니면 본회의에서 그대로 승인되도록 해야 한다⁷³⁾는 주장이 있다. 프랑스도 야당 및 소수당 대표가 제안하는 국정조사요구의 부결을 위해서는 5분의 3 이상의 찬성을 필요로 하여 의회 소수세력의 조사권한을 보장하고 있다.⁷⁴⁾ 현재는 국정조사계획서 승인 형식으로 국정조사권 발동이 재적의원 과반수 출석, 출석의원 과반수 찬성이라는 일반의결 절차를 거치도록 되어 있다. 이러한 높은 수준의 의결정족수는 소

73) 이관희, (주 46), 8쪽.

74) 전진영·최정인, “국정조사제도의 운영현황과 개선방안”, 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2014.8.14., 3쪽.

수야당이 국정조사권을 발동하여 효과적으로 집권여당과 행정부의 비리를 적발하고 법적·정치적 책임을 추궁할 것을 기대하기가 어렵다고 하지 않을 수 없다.⁷⁵⁾ 따라서 이제까지는 다수 여당이 협조해야 하기 때문에 국정조사권 발동이 어려웠는데 결국 요건을 완화함으로써 소수야당이 행정부에 제기하는 의문점에 대하여는 다수여당도 당당히 나서서 해소해주어야 한다는 것이다. 다만, 국정조사 결과보고서 채택은 국회 본회의 승인을 받도록 해야 할 것이다. 결국 국정조사권 발동 요건을 1/4로 완화하는 것은 소수야당이 정부여당을 효과적으로 통제할 수 있는 수단으로 오늘날 정당제민주주의에서 현대 기능적 권력분립론의 핵심적 제도가 되고 있는 것이다.

국정조사 요구 자체는 재적의원 1/4 이상으로 가능하나, 조사계획서조차 작성되지 못한 채 임기만료로 폐기되는 경우를 최소화하기 위하여 개선방안을 고려할 수 있다. 먼저, 조사요구서가 제출된 후 2주 이내에 조사위원회를 구성하고 조사위원회 구성 후 2주 이내에 조사계획서를 본회의에 제출하게 하는 등 국정조사 요구 이후 조사계획서 제출까지 처리시간을 명시하는 방안을 고려할 수 있다.⁷⁶⁾

국정조사계획서를 가능한 한 승인하되, 특정한 정책 또는 정부 사업 등으로 국정조사 대상을 한정하는 방식으로 국정조사제도의 정치적 남용을 방지할 필요가 있다는 의견⁷⁷⁾이 있다. 이러한 제한은 타당한 것으로 보이나, 국정조사를 정책사안에 국한할 경우 다른 보완책이 필요하다. 현재까지 국정조사는 정책실패 외에 오히려 각종 권력형 비리나 정책 비리를 둘러싸고 요구되는 경우가 많았고, 검찰의 중립성 등에 대한 정치·사회적 신뢰가 구축되지 않은 상황에서 국정조사 요구 자체가 이러한 권력형 비리에 대한 여론을 환기하는 기능도 간과할 수는 없는 것이다. 따라서 국정조사를 정책사안에 국한하는 것이 현실화된다면 이 논의는 고위 공직자수사처 신설문제, 특별검사 상설화 문제 등 권력형 비리 등에 대한 수사독립과 이에 대한 국회 자체의 통제수단 확보 등의 보완책이 함께 논의되어야 할 것이다.⁷⁸⁾

75) 지성우, 앞의 논문, 1993, 87쪽.

76) 최정인·김지, “국정감사 및 조사제도의 현황과 개선방안”, 국회입법조사처, 2010, 42쪽.

77) 최정인·김지, 앞의 논문, 42쪽.

앞서 살펴본 바와 같이, 현행 헌법 제61조에서 규정한 국정감사 및 국정조사는 ‘…할 수 있다’는 가능조항으로 되어 있고 구체적 사항은 법률에 위임하고 있기 때문에 국정조사제도의 조건완화 방안은 ‘국정감사 및 조사에 관한 법률’의 개정만으로도 가능한 것으로 본다.

2. 국회 상임위원회의 활성화

국정감사는 애초 과거 권위주의 정권시절 힘이 약한 입법부가 각종 정부기관의 전횡과 불법을 집중적으로 감사함으로써 행정부를 감시하는 수단으로 사용됐고, 어느 정도 효과도 있었다. 그러나 여야간 정권교체가 실현되는 등 어느 정도 민주주의가 자리 잡은 지금의 상황에서 특정기간을 정하여 국회가 행정부를 감사한다는 것 자체가 권력분립의 원리에도 맞지 않고 부자연스러운 측면이 있는 것이다. 결국 이는 국회가 각 상임위원회 활동을 제대로 활발하게 하는 것으로 해소할 수 있다고 본다. 즉 현재의 국회법에 따라 각 상임위원회에서 자료제출요구권, 장관출석요구권 등을 이용한 정책질의와 공청회·청문회를 비롯한 활동을 활발하게 한다면 국정감사 이상의 효과를 거둘 수 있다고 본다.⁷⁹⁾ 국정감사제도가 존속하는 한, 국정감사기간에 한 건 보이기 위하여 평소 상임위원회 활동은 그만큼 자제할 수밖에 없는 것이다. 위원회제도의 필요성을 국회의 운영면에서 고찰해 보면 심의능률의 향상, 증대하는 안건의 처리, 전문성과 기술성의 증대, 효율적 심사의 필요성, 회의운영의 탄력성 확보와 같은 장점이 있다.⁸⁰⁾

3. 소결

주요국의 의회는 별도의 기간을 지정해 국정감사를 실시하는 대신 위원회 차원에서 상시적으로 행정부를 감독하거나 특정 사안 발생 시 조사

78) 김성곤, 앞의 논문, 88쪽.

79) 이관희, 앞의 논문, 7-8쪽.

80) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 170쪽.

위원회 구성 및 청문회 개최를 통해 국정조사 활동을 수행한다.⁸¹⁾ 영국, 프랑스, 미국 등의 국가에서는 이에 관하여 헌법이 명문으로 규정하고 있는지 여부에 관계없이 의회권한의 전통적 구성요소에 속하는 것으로 인정되고 있다.⁸²⁾ 국정조사의 기능에 관하여 최근 독일이나 미국에서의 새로운 경향은 여당과 야당간의 분립을 전제로 하는 이른바 기능적 이론과 국정조사권의 행사의 근본취지가 궁극적으로는 국민의 기본권보장에 있으므로 논의의 중점을 국민의 기본권을 보장하는 방안에 두어야 한다는 기본권적 이론이다. 여기에서 국회다수당과 정부로 구성되는 여당을 견제할 수 있는 야당의 강력한 권한이 필요한데, 국회의 국정조사권은 말하자면 다수에 맞설 수 있는 소수의 권한 내지 권리의 차원에서 이해되어야 한다는 것이고, 기본권적 이론에서는 국정조사를 통하여 진실을 밝혀냄으로서 국민의 ‘알 권리’를 보장하고 실현시킨다는 의미가 매우 크다고 한다. 이와 같이 국정조사권은 국회의 가장 중요한 기능인 입법기능과 예산심의기능을 보다 효과적으로 수행해 나가도록 하기 위한 필수적인 보조적 기능을 가지는 것이지만, 다수에 대한 소수의 보호 또는 기본권보장의 측면에서 그 기능이 중요시 되고 있다는 점에서도 주의를 기울일 필요가 있다.⁸³⁾ 따라서 국정조사권의 요건완화는 필수적이라 할 것이다.

또한 최근에 논의되고 있는 국정감사제도의 존폐여부, 상시국감제도의 도입 등은 결국 국회의 본래 기능인 상임위원회 활동의 활성화와 맞닿아 있다. 국정감사제도가 존재하는 한 상임위원회의 활성화는 어렵다고 본다. 상임위원회 현안질의나 업무보고와 중복되는 경우에는, 국정감사를 위하여 소극적으로 대처할 수밖에 없는 구조이기 때문이다. 국정감사제도의 폐지가 자연스럽게 국회 상임위원회의 활성화로 유도되는 측면도 있다고 할 것이다. 국회 상임위원회는 본래 국회가 행정부를 통제하는 가장 기본적이면서도, 무엇보다도 강력한 수단이기도 하다.

81) 김판수·박주석·이영용·권이근·김병운·최용봉, “국정조사제도의 활성화를 통한 국회의 기능강화 방안 연구”, 국가발전정책연구원, 2012., 84쪽.

82) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik, Deutschland, Bd. II, 1980, S. 59, 김병주, 정치제도와 헌법, 삼영사, 1979, 158쪽 재인용.

83) 지성우, 앞의 논문, 97쪽.

VI. 결론

권력분립의 원리·대의제의 원리에서 출발한, 국정전반에 걸쳐 정기적이고 포괄적인 조사권을 발동하는 국정감사제도는 어느 국가에서도 발견되지 않는 우리나라에서만 독특한 제도이다. 표면적으로 보면 대정부 통제권의 강화라는 측면에서 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 하지만 그 운영상 많은 부작용과 문제점들이 학계와 실무계에서 이미 드러난 것이 사실이다.

현재의 국정감사는 국정감사의 입법취지인 행정부에 대한 조사적 통제 권한으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하고 있다. 구체적으로 살펴보면 우선 국정감사 운영상의 문제점으로 국정감사의 시행시기와 기간의 문제 등을 들 수 있다. 법이나 제도의 문제가 아닌 것은 이미 살펴 본 바와 같다. 여러 가지 방안이 있음에도 불구하고, 실천하지 못하는 국회의 책임이다.

준비단계에서의 문제점은 감사위원의 자료독점의식으로 인한 형식적인 공동자료요구, 이에 상응하는 피감기관들의 자료미제출 관행, 그리고 피감기관에서 파견한 국회연락관들의 질의서 획득문제를 들 수 있다. 국회의원의 과도한 자료요구의 경우 타 국회의원에게 공개되지 않는 것을 전제로 하는 ‘상임위 공동자료요구’ 등을 활용하여 개선할 수 있고, 자료요구에 대한 체계정비와 함께 합당한 처벌조항을 두는 것으로 자료미제출 관행을 끊을 수 있다. 또한 국회연락관들의 질의서 획득의 문제는 대정부 질의의 경우와 다르게 명문으로 규정이 없으므로, 제한하는 것이 국정감사의 실효성 제고차원에서 바람직하다고 본다.

부실한 국정감사의 문제점을 해소하기 위해서는 예비조사의 활성화, 감사주기의 차등, 피감기관 수 축소, 그리고 중복감사를 받는 기관에 대한 감사폐지 등을 고려해 볼 수 있다. 증인 선정에 있어서는 채택 과정의 투명성과 증인 신청의 책임성을 제고하기 위한 보완책이 필요하며, 실무자 중심으로의 재편이 이루어져야 한다. 감사위원의 질문시간만을 따로 산정한다면 질의시간의 부족 문제는 해결할 수 있다.

마지막으로 국정감사 사후처리의 문제를 해결하기 위해서는 피드백 활성화가 필요하다. 감사위원의 구두질문에 관하여서, 국정감사 후 일정기간 안에 대면보고와 문서보고를 강제할 필요도 있어 보인다. 또 예산안과 법률안을 연계하는 시스템적인 보완도 이루어져야 한다.

하지만 이러한 현행 국정감사제도의 개선만으로는 행정부에 대한 조사적 통제권한의 의미 있는 수행은 어려울 수 있다. 국회의 권한 중 대정부 조사권한은 아무리 강조해도 지나치지 않을 만큼 매우 중요한 권한이지만, 득보다 실이 훨씬 많은 현재의 국정감사 제도는 이제 폐지되어야 할 때가 된 것으로 생각된다. 정치권 입장에서는 1년에 한 번씩 주기적으로 방송매체를 통하여 피감기관을 호통치는 모습을 보이는 것이 유권자의 표심을 얻을 수 있는 강력한 수단으로 여기는 듯하다. 하지만 이제 우리는 국회가 행정부를 실효적으로 통제하는 실효적인 수단이 무엇인지에 관하여 진지하게 생각해 볼 때이다. 현행의 국정감사를 유지하여 시행한다면 단지 보이는 것에 의해, 그리고 순간의 정치적 카타르시스를 위해, 포기해야 하는 것이 너무나 큰 것이다.

궁극적으로, 많은 문제점을 안고 있는 우리의 국정감사제도는 폐지되어야 한다고 생각한다. 이를 보완하기 위하여 무엇보다도 국회 상임위원회의 활성화가 필요하며, 특정 문제에 대한 깊이 있는 접근을 위해서는 국정조사제도의 요건이 완화되어야 한다. 이미 많은 선진국들이 우리와 같은 국정감사제도가 없이도, 상시적인 감시활동과 특정사안에 대한 국정조사권만을 가지고도 충분한 국정통제가 가능하다는 것을 잘 보여준다. 모쪼록 우리 국회가 보다 실효성 있고, 효율적인 국정통제제도를 운영하기를 기대한다.

(논문투고일: 2019.05.28, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 신 성 용

국회, 입법부, 국정통제제도, 국정감사, 국정조사

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 국회사무처, 「국정감사·조사 통계자료집」, 2018.
 _____, 「국정감사·조사편람」, 2012.
 _____, 「국회법해설」, 2012.
 _____, 「국회법해설」, 2016.
 김백유, 「헌법학(Ⅰ)」, 도서출판 한성, 2016.
 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2018.
 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2018.
 정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2018.
 지규철, 박종국, 소진운, 「신헌법요론」, 동방도서, 1993.

II. 논문

- 국회 정치쇄신 자문위원회, “국회 정치쇄신 자문위원회 최종 활동결과 보고서”, 2013.
 김대환, “헌법 제87조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018.
 김관수·박주석·이영용·권이근·김병윤·최용봉, “국정조사제도의 활성화를 통한 국회의 기능강화 방안 연구”, 국가발전정책연구원, 2012.
 김철수, “유진오의 헌법초안에 나타난 국가형태와 정부형태”, 한국사 시민강좌 17, 일조각, 1995.
 권기현·이종구, “국정감사제도의 실효성 분석 및 정책적 방안에 관한 연구 : 상관관계분석 및 내용분석의 방법론적 연계”, 한국정책학회, 2012.
 박인수, “프랑스 의회의 국정조사 및 정보기능”, 헌법학연구 제11권 제3호, 한국헌법학회, 2005.9.
 박종보, “헌법 제63조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018.
 _____, “헌법 제65조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018.

- 성낙인, “프랑스대통령의 국가응급권”, 현대공법의 제문제, 여산 한창규 박사 화갑기념논문집, 1993.
- _____, “헌법상 예산과 법률과의 관계”, 고시연구, 1978.1.
- 유진오, “헌법제도의 정신. 2”, 법정 제4권 제3호, 1949. 3.
- _____, “헌법기초회상록. 6”, 법정 제21권 제8호, 1966. 8.
- 이관희, “우리나라 국정감사·조사제도의 개혁방안”, 고시계 제50권 제10호 통권584호, 고시계사, 2005.10.
- _____, “국정감사 폐지와 국정조사 활성화 방안”, 바른사회시민회의 긴급토론회, 2014.
- 이성권·김철근·양시현, “국회 국정감사의 성과 및 결과처리 효율화 방안”, 입법정책연구회, 2014.
- 이종수, “정책국감, 가능성이 보인다”, 국회보 통권468호, 국회사무처, 2005.11,
- 이현우, “국정감사 효율화 방안에 대하여”, 국회입법조사처보 통권26호, 국회입법조사처, 2015.9.
- 장영수, “헌법 제66조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018.
- 전진영·최정인, “국정조사제도의 운영현황과 개선방안”, 이슈와 논점, 국회입법조사처. 2014.8.14.
- 정영화, “헌법 제54조”, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회, 2018.
- 조원용, “헌법적 관점에서 본 국정감사의 개선방안”, 한양대학교 석사학위논문, 2010.
- 지성우, “헌법상 국회의 행정부 통제권에 대한 연구”, 성균관대학교 석사학위논문, 1993.
- 최정인·김지, “국정감사 및 조사제도의 현황과 개선방안”, 국회입법조사처, 2010.

Ⅲ. 외국 문헌

- K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik, Deutschland, Bd. II, 1980.

Loewenstein, K., Verfassungslehre, 2. Aufl., Tübingen 1969.

Michèle Voisset, "Une formule originale de pouvoirs de crise :
l'article 16", pouvoirs, n10, 1979.

Abstract

A Study on the Improvement of the Inspect of the Government Offices

Shin, Seong-Yong

The principle of separation of powers under our Constitution, and the principle of representative system, allows checks on the executive power by legislative power. In large part, it can be divided into control of the "government," control of the "president," control of the "administrative government," the authority to inspect state affairs, the right to investigate state affairs, and the right to impeach the president. Across the world, it is common for Congress to conduct a parliamentary inspection on specific state affairs on a negative basis. In addition, the nation's Constitution allows the National Assembly to conduct a parliamentary inspection of the government, a regular probe into all state affairs.

On the grounds of the argument for abolition of the parliamentary audit are ① Original meaning of audit ② Difference between surveillance and control of the parliamentary inspection ③ Audit is the regular activities ④ Paralysis of the Government offices ⑤ Overlap Plenary session of the National Assembly, Parliamentary standing committee ⑥ Several Side effects ⑦ So-called "one" parliamentary audit.

The argument for improving the inspection of the government can be divided into four areas of corrective action ① Operation of the parliamentary audit ② Preparation stage for the parliamentary audit ③ During the

parliamentary audit ④ Follow-up processing of the parliamentary audit.

Ultimately, I think the current inspect of the government offices, which has many problems, should be abolished. Measures to streamline the state control system include easing the requirements of the parliamentary investigation system and revitalizing the parliamentary standing committee.



▶ **Shin, Seong-Yong**

National Assembly, legislature, control system, inspect, investigation

지능정보사회와 행정지도의 재해석

최 용 혁*

소 병 수**

【목 차】

I. 서론

II. 지능정보사회와 법치행정의 한계

1. 지능정보사회에 따른 행정환경의 변화
2. 법치행정의 한계와 보완
3. 행정지도의 중요성

IV. 일본의 행정지도 활용사례와 시사점

1. 행정지도에 대한 일본에서의 논의
2. 지능정보사회와 관련한 행정지도 활용사례
3. 시사점

V. 결론

III. 행정지도에 대한 재검토

1. 행정지도의 한계
2. 행정지도의 재해석

【국 문 요 약】

행정지도는 행정의 다양한 행위형식 중 하나이다. 행정지도는 처분적 방식이 아닌 권고, 지도, 조언, 요망, 경고와 같은 ‘소프트한 방식’으로서 행정 상대방이 되는 국민과 기업으로부터 자발적 협력을 이끌어내는 것을 목적으로 한다. 물론 상대방이 행정지도를 따르지 않는다고 하여 어떠한 행정제재가 가해지는 것은 아니지만, 규제적 성격을 포함하는 행정지도는 행정처분과 비슷한 결과를 이끌어 낼 수도 있다.

4차 산업혁명 시대의 도래로 사회가 예측하기 어려운 방향으로 발전하면서 행정방식 역시 변화의 필요성이 대두되었다. 여태까지는 행정주체가 법률에 기반을 둔 행정을 주로 행해왔고, 관련 법률이 없는 경우에는

* 서울과학기술대학교 박사과정, 주저자

** 성균관대학교 박사과정, 교신저자

행정의 부재 또는 지연 현상이 발생하였다. 그리고 이로 인한 피해는 국민과 기업에게 돌아갔다. 변화에 대응하지 못하여 우리 국민의 이익이 감소하거나 우리 기업들이 해외 기업보다 불리한 경쟁 환경에 놓일 수 있다.

미래 먹거리라고도 불리는 자율주행자동차 분야, 헬스케어 분야, 공유 서비스 분야 등에 대한 우리 행정당국의 대응은 해외 선진국에 비해 뒤쳐진 감이 없지 않다. 법률에 기반을 두고 행정을 행하려는 전통적 방식은 이러한 신산업에 제때 대응하기 어렵다. 오히려 행정지도 방식으로 관련 당국의 탄력적 연구 허가 및 정보의 지원 등이 이루어질 필요가 있다. 이를 통해 불필요한 시간 낭비와 절차상 비용 등이 줄어 들 수 있다.

행정지도는 앞으로 폭발적으로 늘어날 행정수요에 적절히 활용될 수 있다. 지금까지는 국가적 차원의 지원, 규제 완화 및 그에 따른 책임을 두고 정해진 법률에만 근거해야 한다는 경직된 행정 방식을 행해왔다고 한다면, 이제는 그러한 논리를 넘어설 필요가 있다. 시대적 변화에 발맞추어 법적 의무와 같은 강제력을 동반하지 않더라도 행정목적 달성을 할 수 있는 행정지도라는 방식을 통해 국가 행정의 탄력성을 확대해 나가야 할 것으로 보인다.

I. 서론

최근 우리 사회의 화두는 ‘4차 산업혁명’이라고 해도 과언이 아니다. 지능정보사회가 등장한 기술적 배경이 된 4차 산업혁명은 우리의 라이프 스타일에 지대한 영향을 미칠 것으로 전망된다. 예를 들어 인공지능(AI), 사물인터넷, 로봇 등의 첨단기술은 기존 산업들의 영역과 경계를 초월하여 새로운 서비스를 만든다. 이러한 기술과 서비스는 우리 삶의 질을 향상시키고 수많은 정보와 지식을 통해 창조와 혁신의 도구가 될 것으로 예상된다. 이러한 민간 차원의 혁신은 정부의 관심과 지원 없이는 지속되기 어렵다. 오히려 우리 정부가 전통적으로 해온 후견적 감독과 규제는 이러한 급속한 사회변화에 적절히 대처하기 어렵다.

국가는 공익 보호라는 명목 하에 이를 저해하는 국민 또는 기업의 활동을 규제해왔다. 최근 중국발 미세먼지가 극심했던 날에는 노후 경유차의 서울 시내 운행을 제한하고 미세먼지 감축을 위하여 시민들에게 자율적인 차량 2부제 협조를 유도하였다. 물론 근거 법령을 통하여 노후 경유차에 대해서는 운행제한을 하고 과태료를 부과하였으나 그 외의 차량에 대해서는 2부제 권고 등을 통해 비교적 부드러운 방식의 행정수단을 취하였다.

오늘날 우리 사회는 4차 산업혁명이라는 새로운 변화의 바람에 마주하고 있다. 우리 행정당국은 이러한 시대적 변화에 대응하기 위해 나름대로 그 대응방법을 고민하고 있다. 기술의 발달은 기존의 사회 구성원들이 행해오던 활동뿐만 아니라, 그 사회를 관리하고 통제하는 국가의 행정 방식에도 변화를 요구하고 있다. 일례로 빠르게 발달하는 기술과 유행의 변화에 대응하기 위해 정부는 규제 샌드박스라는 제도를 올해 1월부터 시행하고 있다. 산업, 정보통신기술(ICT) 융합 분야에서 시작된 정부의 이러한 대응 방식은 기존의 관리 방식으로서는 더 이상 미래의 사회적 변화에 적절히 대응할 수 없다는 이해가 저변에 깔린 것으로 보인다.

만약 사회적 변화에 대처할 법령이 존재하지 않고 조례의 제정이 뒤따르지 못하는 상황이라면 법에 근거하여 행하는 권력적 행위를 고집하기 보다는 법에 근거를 두지 않고도 할 수 있는 비권력적인 대응 방식을 고려해보아야 한다. 법률의 미비로 아무런 대책이 없는 상황이 계속되는 것보다는 행정주체가 가이드선 형식의 행정지도와 같은 방식을 통해 이를 필요로 하는 상대방에게 바람직한 방향을 시의 적절하게 제시해줄 필요가 있다. 이러한 추세에 비추어 볼 때, 지능정보사회에 따른 기존 법치행정의 한계는 무엇인지, 이를 극복할 수단으로서 행정지도의 타당성을 검토한다. 또한 일본의 행정지도에 대한 논의와 적용 사례를 통하여 그 시사점을 도출하고자 한다.

II. 지능정보사회와 법치행정의 한계

1. 지능정보사회에 따른 행정환경의 변화

지능정보사회란 고도화된 정보통신기술 인프라를 통해 생성·수집·축적된 데이터와 인공지능(AI)이 결합한 지능정보기술이 경제와 사회 전반에 걸쳐 활용됨으로써 새로운 가치가 창출되고 발전되는 사회를 뜻한다.¹⁾ 앞으로 예상되는 변화 중에서 특히 기술이 인간을 대체하는 현상이 두드러질 것으로 전망된다. 예를 들어 상점, 편의점, 백화점에서는 더 이상 점원을 찾아볼 수 없고, 기존에 사람이 하던 상품의 배달은 로봇이나 드론이 하게 되고, 방법, 물류, 의료, 교육 등의 서비스를 인공지능 카메라가 장착된 로봇이 대체할 것이다. 바꾸어 말하면 지금까지 규제 대상은 국민 또는 기업이라는 정의가 로봇 또는 인공지능 기술 등으로 바뀔 수 있다는 것이다.

한편, 이러한 사회변화 속에서 등장한 새로운 산업들이 기존 산업들과 이익을 놓고 충돌하는 일은 불가피해 보인다. IT 기술이 발달하여 이로 인해 이득을 보는 사업자와 이용자가 늘어나는 한편, 이러한 기술의 등장은 기존의 산업에서 생계를 유지하던 사람들의 일자리를 빼앗게 된다. 그 예로는 자율주행자동차, 승차공유(카풀)서비스, 원격 의료 진료, 인공지능 로봇 등이 있다. 만약 이러한 신기술이 문제를 일으키게 되는 경우, 국가는 기존의 사람과 기업에 대한 대응이나 규제 등의 방식을 동일하게 적용할 수 있는지 의문을 낳는다.

IT 기술의 발달은 기존 사업자의 활동 방식을 끊임없이 바꾸고 있다. 기업들은 사업의 영역을 무한정으로 확대할 수 있는 기술과 인터넷 플랫폼이라는 환경을 통해 신생 서비스를 제공하게 된다. 과거의 사회 환경은 플랫폼 기술에 비교하면 단순한 구조였다. 사회 변화가 급속도로 이루어지고, 다양해짐에 따라 국민과 기업들은 종래 행정기관이 해오던 단순 규제행위보다 더 다양하고 적극적인 대응을 기대하고 있는 실정이다.

1) 관계부처합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책, 2017, 4면.

이처럼 지능정보사회의 도래로 인하여 지금까지와는 다른 새로운 차원의 이슈가 제기되면서 새로운 지능정보사회의 패러다임에 맞게 관련 법체계를 개편·재정립하기 위한 체계적인 준비가 요구되고 있다.²⁾

사회적 변화가 발생하였다면 행정환경도 변화와 발전이 필요할 것이다. 기존 사업자들을 규제하는 방식은 이미 규정된 법률을 바탕으로 큰 어려움 없이 처분 등의 행정을 행할 수 있다. 하지만 새로이 등장하는 산업은 성질, 범위, 대상 등과 같은 중요한 특징을 쉽게 정의내리기 어렵다. 단편적인 예로 IT 기업인 네이버가 제공하는 서비스는 인터넷 정보 검색이라고는 하지만, 쇼핑, 동영상, 광고, 금융, AI 서비스 등 앞으로 주력사업이 될 수 있는 서비스들도 동시에 제공하고 있다. 이처럼 행정당국은 앞으로 국민과 기업의 활동에 대해서 어떠한 법률을 적용하는 것이 타당한 것인지 혹은 그 대상이 누구인지 파악하지 못한 채 적법하지 못한 행정을 행하게 될 우려가 있다. 반대로 벌어지는 상황에 대해 행정당국의 지침이나 방침이 명확히 정해지지 않은 상황에서는 당연히 행정담당 직원은 적절한 대처를 하지 못한 채 시간을 낭비하게 되는 경우를 예측해 볼 수 있다.

이러한 까닭으로 기술 진보에 따라 행정도 기존의 방식보다 유연하게 하거나 확대 하는 방식을 통해 그 대응책을 찾아야 할 것으로 보인다. 행정기관은 최신의 정보를 국민과 기업들에게 제공할 필요가 있고, 대표적인 공적 서비스 제공자로서 이를 방관할 수 없다.³⁾ 만약, 이러한 상황에서 적절한 행정이 행해지지 않아 행정의 공백이 발생하게 되면 정부의 입장, 규제, 신설 또는 폐지 계획 등에 대한 정보도 부재할 것이므로 이로 인한 피해는 고스란히 국민과 기업들에게 돌아갈 것이다.

2. 법치행정의 한계와 보완

우리나라는 법치국가를 표방하고 있다. 즉, 국가의 모든 통치는 법에 근거해야 한다는 것으로 과거의 군주와 같은 특징인 혹은 귀족과 같은

2) 김민호/이규정/김현경, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 『성균관법학』 제18권 제3호 (법학연구소, 2016) 300면.

3) 김철용, 『행정법』, 고시계사, 2018, 258면.

이익 집단이 백성을 마음대로 지배하고 통치하는 것이 아니라, 정부는 객관적이고 공정한 ‘법’에 의해 구성되고, ‘법’에 근거하여 국민을 위한 통치를 한다. 즉, 모든 국가권력의 행사를 법이라는 틀 안에 구속시킴으로서 국민이 기본권 침해로부터 받을 수 있는 피해를 방지하고자 하는 것이다.⁴⁾

이와 같은 맥락에서 행정법 역시 최고법인 헌법을 통해 국가의 조직과 작용을 정의하고 규정한다. 행정법상 원리인 법치행정은 공법 중에서도 행정법의 기본적이고 중요한 원리 중의 하나이다.⁵⁾ 특히, ‘법률에 의한 행정’이라는 말이 의미하는 바가 크다. 그 이유로는 법률에 의한 행정의 원리는 행정을 법에 귀속시킴으로서 행정작용에 대한 실체법적 규제뿐만 아니라, 행정작용에 대한 절차법적 규제도 포함하고 있기 때문이다.⁶⁾

국가 행정권의 발동은 법률에 근거하여 이루어져야 한다는 법률유보의 원칙이 있다. 원칙의 중요성은 여러 번 강조해도 지나침이 없지만, 원칙의 틀에 갇힌 경직된 방식은 점점 다양화될 행정 수요에 적절히 대응하기 어려울 것으로 전망된다. 그 이유로는 하루가 달리 기술 변화가 일어나는 시대에서 법에 근거를 두고 행하는 기존의 행정 방식은 갑작스러운 변화에 임기응변하기 어렵기 때문이다. 이러한 방식은 행정청이 어떠한 방식을 취할 것인지 결정할 때까지 여러 검토 절차와 긴 시간이 소요된다. 그러면서 행정 개입 또는 대응이 늦어질 수 있다. 예를 들어 첨단 기술을 개발한 기업이 정식으로 판매 허가를 신청하는 경우 행정청은 먼저 관련법에 대한 저촉 여부를 확인하고, 절차 등이 정한대로 관련 처분이 다른 이해 집단과 충돌하지 않을지 등을 검토한다. 만약 이러한 과정 중에 하나라도 우려스러운 점이 존재한다면 행정 판단이 지연되거나 거부될 수 있다. 그러므로 정작 우리나라에서 기술을 개발하고도 행정청의 행정 부재 속에서 이를 활용할 방법이 없게 되는 것이다.

비록 빠른 사회변화에 법치행정의 대응이 뒤쳐진다 하더라도 과거 봉건제 사회의 방식처럼 군주 또는 귀족 집단이 이를 자의적으로 해석하고

4) 정극원, “법치국가원리와 개인정보보호”, 헌법학연구 제12권 제1호, (한국헌법학회, 2006) 195면.

5) 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2019, 31-37면.

6) 박윤훈, 「최신 행정법강의 (상)」, 박영사, 2002, 47면.

판단하여 헌법이 보장하고 있는 기본권 원리에 충돌하는 일은 바람직하지 않다. 그 대신 소관 행정 기관은 국민과 기업들로부터 제기된 사항에 대하여 행정 사무의 전문적 경험을 토대로 공익성이 보장되는 경우 상대방이 취할 수 있는 바람직한 방향을 적극적으로 제시하여 법치행정의 한계를 보완할 방법을 강구해야 한다.

3. 행정지도의 중요성

(1) 행정지도의 의의

행정지도는 행정의 행위형식 중 하나이다. 국내에서는 1996년 행정절차법의 제정으로 행정지도라는 용어의 개념이 정립되었으며 이는 행정기관이 권고, 지도, 조언, 요망, 경고와 같은 방식을 취해 행정의 상대방이 되는 국민으로부터 자발적 협력을 이끌어 내기 위해 행하는 비강제적, 비권력적 사실행위이다.⁷⁾⁸⁾ 그러나 행정지도는 그 사전적 의미대로 간단히 지도만으로 그치는 경우는 없다. 물론, 그 상대방이 행정지도를 따르지 않는다고 하여 어떠한 행정제재가 가해지는 것은 아니지만, 행정기관은 상대방에게 이에 상응하는 불이익을 부여할 수 있다. 예를 들어 행정기관은 상대방이 행정지도를 따르지 않는 사실에 대해 제재의 의미로서 관련 사실을 공표할 수도 있고 명령 등 강제 권한을 행사하는 경우도 있다.⁹⁾ 만약 권고에 따르지 않는 자에게는 소방안전점검, 세무조사 등 추후 행정상 불이익이 부여될 수 있고, 반대로 권고를 따르는 자에게는 보조금의 유지 등과 같은 인센티브가 부여되는 경우도 있다. 그러므로 이처럼 행정지도를 단순히 비권력적 행위라고 보기보다는 현실적으로 상대방에게 의무와 부담을 부여할 수 있는 강제력이 동반되는 것을 볼 때, 행정지도와 같은 사실행위에 기초한 행정 방식을 통해 행정의 신축성과

7) 김민호, 「행정법」, 박영사, 2018, 232면.

8) 행정절차법 제2조(정의) ③ “행정지도”란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.

9) 박균성, 「행정법론 (상)」, 박영사, 2018, 523면.

탄력성을 부여하는 대안으로 그 의의의 확대 가능성을 논의해 볼 수 있다.

(2) 행정지도의 근거

행정지도는 경우에 따라 법적 근거가 필요한지 판단이 달라진다. 먼저, 정보, 지식, 기술 등의 제공 또는 교육 등과 같이 조성적 또는 지원적 성격을 갖는 경우이다. 이는 법적효과가 발생하지 않는 비권력적 사실행위이면서 동시에 당해 행정기관이 소관 사무의 범위 안에서 전문성을 가지고 행하는 경우이다. 그러므로 이러한 경우에는 법적 근거를 필요로 하지 않는다는 것이 법적 근거불요설의 견해이며 판례 또한 같은 입장을 취하고 있다.¹⁰⁾ 즉, 행정지도는 행정주체가 상대방에게 일방적으로 처분을 내리는 방식이 아닌, 상대방이 이를 따를 것인지 임의성을 가지기 때문에 반드시 법적 근거가 필요한 것은 아니라는 견해이다. 실제로 현장에서는 다양한 행정수요에 신속하게 대응하여 행정지도를 행하고 있고, 이러한 행정방식이 국민과 기업들에게 바람직한 결과를 가져오는 경우가 존재하므로 이를 전부 법률에 근거해야한다고 주장하는 것은 현실에 전혀 부합하지 않는다고 볼 수 있다.

행정지도는 원칙상 사실행위로서 법적 근거를 요하지 않지만, 규제적 성질을 가지거나 사실상 강제력을 갖는 경우에는 법률의 근거가 있어야 한다는 견해가 있다. 사적활동에 대한 제한의 효과로서 물가 유지를 위한 규제적 성질을 갖는 행정지도와 공익에 부합하지 않는 사인간의 과당 경쟁, 생산량의 조절 등과 같은 조정적 성질의 행정지도가 이에 해당한다.¹¹⁾ 예를 들어 식품위생법을 따르지 않고 비위생적인 환경을 유지한 채 영업을 한 음식점에게 행정기관이 시정명령 대신 시정권고를 하는 경우, 음식점 주인은 이러한 권고를 임의로 무시할 수 없다는 현실이 있다. 만약 시정권고에 따르지 않는 경우에는 향후 음식점 영업허가의 갱신 과정에서 갱신 불허와 같은 불이익 처분을 받을 수 있다는 우려가 존재한다. 이 같은 행정지도는 상대방을 규제하는 성격을 가지고 있으므로 법

10) 김민호, 앞의 책, 2018, 234면.

11) 박균성, 앞의 책, 2018, 525면.

에 근거를 두지 않은 채 위법한 행정지도를 하거나, 불필요하게 남발하는 경우 행정 상대방의 권익을 침해하게 된다.

법령의 근거가 없는 경우에도 소관 사무에 책임을 가지는 행정주체가 행정적 대응 필요에 따라 행정지도를 하는 경우도 있는데,¹²⁾ 만약 행정지도가 상대방에게 침익적인 결과를 가져오게 될 때는 반드시 법령이나 조례에 근거를 두는 방식으로 해야 하며, 그 수단은 필요·최소한의 침해를 가져오는 방식을 취해야 한다고 해석할 수 있다.¹³⁾

(3) 행정지도의 유용성

1) 자율주행자동차

미국의 전기자동차 메이커 중의 하나인 테슬라는 2015년에 ‘오토파일럿’이라는 자율주행 기술을 자사 직원 차량에 적용하여 기술 시험을 시작했다. 인터넷 검색 업체 구글도 미국 캘리포니아 주(洲)를 중심으로 자율주행 자동차 연구와 테스트 주행을 수년째 계속해오고 있고, 심지어 애리조나 주(洲)에서는 웨이모라고 불리는 자율주행차 배차 서비스를 시행하며 적극적인 행보를 취하고 있다. 독일의 자동차 메이커 중의 하나인 메르세데스 벤츠는 2014 국제상용차박람회에서 자율주행모드를 적용한 퓨처 트럭을 소개하며 다양한 교통상황에 대비한 테스트를 하고 있으며 10년 내로 자사 트럭이 스스로 목적지까지 운행하는 것을 목표로 한다고 한다.

그러나 국내의 사정은 매우 다르다. 비록 올해 4월, 국회에서 자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률이 통과되면서 자율주행자동차에 대한 연구와 실험에 숨통이 트이게 되었지만 국내 자동차 메이커들은 해외 자동차 메이커들과 비교했을 때 그 시작이 상당히 늦은 감이 있다. 그 이유로는 지금까지는 법률이 존재하지 않는다는 이유로 불분명한 책임소재, 그리고 인명피해가 생길 수 있다는 우려로 자율주행자동차의 연구가 매우 제한적인 지역에서만 가능하였고 이로 인해 기술 개발도 미진

12) 김남진/김연태, 앞의 책, 2019, 422면.

13) 김민호, 앞의 책, 2018, 46면.

할 수밖에 없었다. 앞서 언급한 구글의 웨이모 서비스는 장차 소프트웨어 업체가 자율주행차 시장을 좌지우지하게 될 수 있다는 것이고, 만약 우리 자동차 업체가 기술 개발에 뒤처져 경쟁력을 잃게 된다면 글로벌 기업의 단순한 하청업체로 전락할 수도 있다는 우려를 낳는다.

만약 우리도 미국이나 유럽처럼 신산업에 대하여 발 빠르게 대처할 수 있다면 국내 기업들도 기술 경쟁력이 뒤처지지 않고 세계를 선도하는 기업들과 어깨를 나란히 할 수 있을 것이다. 이를 위해 관련 당국의 탄력적 연구 허가 등이 행정 행위적 성격이 아닌 행정 지도 방식으로 기업들에게 유연하게 적용될 필요가 있다. 이를 통해 불필요한 시간 낭비와 절차상 비용 등이 줄어 들 수 있다. 유연한 행정방식을 택하여 앞으로 등장할 자율주행자동차 산업에 우리도 강력한 플레이어로서 경쟁할 수 있게 된다면 해외에 값비싼 사용료를 내고 관련 기술을 사와야 하는 상황을 모면할 수 있을 것이다.

2) 디지털 헬스케어

국내 IT 기업들은 10여전 전부터 헬스케어에 관심을 가지고 일반 국민과 환자들을 위해 편리한 기술을 개발하고 있다. 예를 들어 이용자는 자신의 혈당, 혈압, 체중, 체온 등을 측정한 결과를 인터넷망을 통해 지정 병원의 의사에게 정기적으로 보고함으로써 예상되는 건강 질환을 사전에 예방할 수 있다. 이러한 신산업은 산업통상자원부의 원격 의료 추진 사업과 2010년 정부의 U헬스 산업 육성 방안에 따라 활성화 될 것으로 기대 되었으나 의료계의 반발로 여전히 제자리걸음인 상황이다.¹⁴⁾ 신산업에 대한 연구가 기득권 싸움과 관련 의료계가 제기한 안전성문제, 법적 책임 등으로 인하여 흐지부지되고 있는 것이다. 이러한 경우 행정당국은 입법부의 법률 제정만을 기다릴 것이 아니라 적극적 행정지도를 통해 신산업 육성을 장려할 수 있다. 물론 이러한 신산업이 다수의 국민에게 수익적인 결과를 가져올 수 있다면 공익성 추구의 차원에서 행정지도를 할 수 있고, 이를 근거로 기업들은 기술개발에 머무르지 않고 시장

14) 중앙일보, “기술 개발해도 ... ‘제2 당뇨폰’ 걱정하는 기업들”, 2017. 12. 26자,
<https://news.joins.com/article/22232942>

개척을 통한 이윤의 발생, 그리고 혁신의 반복을 가능케 할 수 있다. 각종 규제를 엄격하게 적용하여 대다수 국민이 편리하고 저렴한 서비스를 향유할 수 없게 된다면 이것이야말로 사회적 손해가 될 것이다.

3) 승차공유(카풀) 서비스

공유경제의 대표적 아이콘이 된 승차공유(카풀)서비스는 우버, 카카오 모빌리티, 풀러스, 콜버스 등 다양한 업체들이 등장하면서 기존 택시 업계와 극심한 갈등을 빚고 있다. 그 이유로는 자가용이 택시의 영업 영역에 들어오면서 많은 시간과 비용을 들여 택시 면허를 취득한 운전기사들의 이익과 충돌하게 되었기 때문이다.

이와 관련하여 행정청과 법원은 서로 다른 입장을 보여주고 있다. 먼저 관할 행정청은 자가용 승용차로 출퇴근 동선을 벗어나 ‘카풀’ 영업을 한 운전자에게 90일의 운행정지처분을 내렸고, 이 같은 처분에 불복한 운전자는 운행정지처분 취소소송을 제기하였다. 그리고 법원은 행정청이 재량권을 일탈·남용한 것으로 해석하고 운행정지처분이 취소되어야 한다고 판시했다.¹⁵⁾ 더 나아가 재판부는 행정당국이 카풀서비스 등에 대한 명확한 기준을 내놓지 않고 있는 현실을 비판하며 “승차공유 서비스를 통한 공유경제의 확산은 4차 산업혁명 시대를 맞이하는 세계 각국 경제의 거스를 수 없는 추세이며, 이를 통한 자원의 절약, 배기가스의 감소, 이용자의 선택권 확대는 공익에 부합하는 측면이 있다”고 설명하였다. 그리고 이러한 상황의 원인은 “신사업의 도입 과정에서는 행정당국에 의한 새로운 사업에 대한 명확하고 구체적인 운영기준의 설정과 기존 사업자 사이의 적극적인 이해관계의 조정 등이 요구되는바, 이 사건 처분은 이러한 조치가 지연되거나 제대로 이루어지지 않은 상황에서 내려진 것”이라고 판단했다.

사법부의 이러한 지적은 신사업에 대하여 행정 기관이 보다 적극적으로 대응하여 행정을 행할 필요가 있다는 것을 명시한 것이고, 행정 처분 대신 기준의 제시, 정보의 제공, 사인 간 이해 조정 등을 할 필요가 있다

15) 서울고등법원 2019. 4. 3. 선고 2018누58129 판결.

는 것이다. 만약 소관 행정기관이 앞서 언급한 조정적 행정지도를 행하였더라면 이 같은 상황을 방지할 수 있었다는 것을 유추해 볼 수 있다.

4) 택시 호출 서비스

최근 이슈가 된 카카오택시의 호출수수료 논란이 있다. 카카오택시는 기존의 택시 호출 서비스와 비슷한 유형의 사업으로 생각되지만 택시 호출 수수료의 상한이 없다. 앞서 밝힌바와 같이 행정청은 기존 서비스를 법에 따라 제재하고 있지만, 카카오택시의 경우에는 이를 제재할 법적 수단이 없는 실정이었다. 이에 대응할 필요를 느꼈던 국토교통부는 행정 지도를 통해 시장에 개입하였다. 국토교통부는 카카오택시를 운영하는 카카오모빌리티에 기존의 1,000~2,000원 수준의 호출 수수료를 유지하도록 권고하고 4,000~5,000원 수준의 즉시 배차 서비스에 대하여 부정적인 의견을 나타냈다. 그 이유로는 즉시 배차서비스의 높은 수수료로 인하여 택시 이용비용의 실질적 인상 효과 발생의 우려 때문이었다.¹⁶⁾ 이처럼 법령의 부재 상황에서 행정기관이 행정지도라는 방식을 취하지 않았더라면 택시수수료 논란은 가중되었을 것이고, 기존의 택시는 카카오택시와 불평등한 조건에서 경쟁해야 하는 불평등한 현실에 부딪혔을 것이다.

Ⅲ. 행정지도에 대한 재검토

1. 행정지도의 한계

(1) 행정지도의 적법성 통제

행정절차법은 “① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐

16) 중앙일보, “카카오택시 콜비 5000원 제동걸렸다”, 2018. 4. 6일자,
<https://news.joins.com/article/22513535>

야하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 되고, ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다”고 정하고 있다.¹⁷⁾ 또한 공행정의 일환으로서 비례원칙·평등원칙·신뢰보호원칙에 위배되어서는 아니 된다.¹⁸⁾

적법한 행정지도의 요건으로는, 첫째, 행정기관은 사실행위로서 행정지도를 행하는 경우라 할지라도 법률을 준수해야 한다. 그 이유로는 행정지도는 행정기관이 행하는 행정활동의 하나이므로 위법한 행정지도는 허용될 수 없다. 또한 당해 행정기관의 소관사무의 범위를 벗어나서는 아니 된다. 둘째, 행정지도를 발한 주체와 그 내용이 명확해야 한다. 행정절차법 제49조 제1항에서 이러한 경우를 대비하여 명시하고 있는데¹⁹⁾ 그 이유로는 원칙에 입각하지 않은 불명확한 지도 방식은 행정 상대방의 활동을 제약하고 혼란을 야기할 수 있다는 우려가 있기 때문이다. 셋째, 권익침해를 최소화하여야 한다. 행정기관이 행한 행정지도가 국민이나 기업들에게 경제적 사회적 손해를 입히게 되는 경우에는 그 방식이 법률에 뒷받침 되어 있는지 따져봐야 한다.

그러나 행정지도의 성격상 적법성의 통제에 한계가 드러나는 경우가 있다. 행정기관이 행하는 행정지도는 임의성을 갖는 것이고 법적 구속력을 가지고 하는 처분이 아니므로 이를 따르지 아니하였다고 하여 국민이나 기업들이 어떠한 행정제재를 받지는 않는다. 동시에 이러한 특성으로 행정기관과 이에 소속하는 공무원이 저야할 법적 책임을 간과할 수 있다는 문제가 있다. 앞서 긍정적 측면으로 언급한 행정지도의 신속하고 탄력적인 성질은 오히려 충분한 사회적 합의의 과정을 과소평가할 수 있고, 종전의 행정 처분 기준과의 불일치 내지는 불명확한 지도 방식 등으로 인한 상대방의 불안감 증가 등의 문제를 야기할 수 있다. 현실에서는 행정지도를 받는 상대방이 이를 지시한 실체가 누구인지, 그 방식이 어떠한 경로나 방식으로 취해졌는지까지 분명히 파악하기란 쉽지 않다.

17) 행정절차법 제48조(행정지도의 원칙)

18) 박윤훈, 앞의 책, 2002, 577-578면.

19) 제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

또한 행정지도의 원래 취지와 다르게 무분별하게 남용되는 경우도 있다.²⁰⁾ 예컨대 과거에 행하였던 토지개발에 대한 주민들의 동의 절차를 전혀 상황이 다른 지역의 토지개발에도 동일하게 하도록 지도하는 경우 당해 토지개발에 반드시 필요한지 여부를 떠나 일종의 관행대로 불필요하게 남발될 우려가 있다. 이러한 경우 행정지도를 행한 이유가 단지 관행에 의존하고 무의미하게 반복되고 있는 경우라면 국민과 기업들에게는 행정기관의 지도가 적법했는지에 대해 의문이 생긴다. 만약 행정기관이 행한 지도가 국민이나 기업들에게 경제적·사회적 손해를 입히게 되더라도 그 책임으로부터 상당 부분 자유로울 수 있기 때문에 권익침해를 최소화해야 한다는 의지가 약화될 수 있다. 이러한 특성들이 합쳐져 행정지도를 받는 상대방에게는 법적 보호성의 약화로까지 이어질 수도 있다.

(2) 위법한 행정지도의 구제

1) 행정쟁송

행정기관이 행한 위법한 행정 처분으로 정신적, 경제적 피해를 입은 상대방은 행정기관을 상대로 행정소송을 제기할 수 있다. 그러나 행정지도는 권력적이고 일방적 성격을 갖는 행정 처분과는 달리 상대방의 임의에 의해 행정지도를 따를 것인지, 혹은 이를 위법하거나 비합리적이라고 판단하여 거부할 것인지 선택할 여지를 갖는다. 이러한 특징으로 행정지도는 행정소송법 제2조 제1항 제1호²¹⁾에서 정의하는 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 행정작용”에 포함되지 아니하므로 처분성을 갖지 못하며 동시에 항고소송의 대상이 될 수 없다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 상대방이 행정지도를 따르지 아니한 것을 이유로 불이익 조치를 받은 것이 명백한 경우 이를 비권력적 사실 행위로 해석하기 어려우므로 처분성을

20) 최유, “시장자유규제와 행정지도의 관계에 관한 연구”, (한국법제연구원, 2008) 83면.

21) 행정소송법 제2조(정의) ① 1. “처분등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “處分”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

인정할 가능성이 있다.²²⁾

2) 헌법소원

구속력이란 행정청의 적법한 행정행위가 발생시킨 법적 효과가 상대방을 구속하는 효력을 말한다.²³⁾ 헌법재판소는 행정기관이 임의성의 한계를 넘어 상대방에게 행하는 강제적이고 위법한 행정지도는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사와 다르지 않다는 해석을 취하고 있다.²⁴⁾ 같은 취지에서 헌법재판소는 “교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 제6조 제2항, 동법시행령 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다.”라고 판결하였다.²⁵⁾

3) 행정상 손해배상

국가배상법 제2조 제1항에서는 공무원의 위법한 직무 행위가 법이 정한 요건을 충족하는 경우 피해를 입은 상대방은 국가 또는 지방자치단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 만약 행정지도가 권력적 성격을 갖지 않는다고 하더라도 공무원의 위법한 직무행위가 상대방에게 정신적, 경제적 손해를 끼친 경우에는 국가배상법이 규정

22) 이광윤, 「일반행정법」, 법문사, 2012, 313면.

23) 김철용, 「행정법」, 제13판, 박영사, 2010, 258면.

24) 정하중, 「행정법개론」, 제13판, 법문사, 2019, 343면.

25) 헌법재판소 판결, 2002헌마337.

26) 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다.

하는 배상 요건을 충족시킨다고 볼 수 있다. 대법원은 “국가배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 비권력적 작용도 포함된다.” 라고 판결하면서²⁷⁾ 행정지도의 경우에도 국가배상법이 적용 가능하다는 입장을 취하고 있다.

2. 행정지도의 재해석

지능정보사회는 기존과는 전혀 다른 패러다임의 형성으로 미래에 대한 예측과 급속한 변화에 대한 선제적 대비가 매우 중요하다고 할 수 있다.²⁸⁾ 만약 행정지도 방식을 적절히 활용한다면 앞으로 국민이나 기업의 활동이 발전적인 방향으로 행해지도록 유도할 수 있고 관련 산업계에 필요한 정보, 지식, 기술 등을 지체 없이 제공할 수 있다.²⁹⁾ 예를 들어 농촌진흥청은 제주도 농가에 감귤, 한라봉 등의 생산, 병충해 예방 방법 등을 권장하고 워크숍 행사 등을 통해 농민들에게 필요한 정보를 제공한다.³⁰⁾ 이러한 행정기관의 행정지도가 정보, 지식, 기술 등을 필요로 하는 국민과 기업들에게 도움이 되고 있는 것은 사실이다. 따라서 이와 같은 행정지도는 지원적 성격을 띠고 비강제적, 비권력적 사실행위에 기초하므로 법률검토 등과 같은 행정 방식의 절차를 간소화할 수 있어 적극적인 행정이 가능하다. 행정기관은 이를 통해 예상되는 법적 분쟁을 피할 수 있고 상대방과 협력하는 소프트한 방식으로 앞으로 폭발적으로 늘어날 IT 기술, 의료, 금융 등에 대한 행정수요에 대응할 수 있다.

행정주체는 상대방이 혁신적인 활동을 하고자 할 때 이를 지원하는 방식을 두고 소극적인 입장을 취할 수 있다. 그 이유로는 첫째, 행정주체는 법적 근거에 기반을 두고 행정 지원을 하려 하는 점, 둘째, 만약 행정주

27) 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결.

28) 이한주/권건보/김일환, “지능정보사회에서 개인정보 법제정비에 대한 비교법적 검토”,

「성균관법학」 제30권 제1호, (법학연구소, 2018) 2면.

29) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2019, 214면.

30) 농촌진흥청, 보도자료 “한라봉 자근 발생, 묘목 생산에 달렸다”, 2015.W

http://www.rda.go.kr/board/board.do?mode=view&prgId=day_farmprmninfoEntry&dataNo=100000694562

체의 지원으로 인하여 피해를 받는 자 또는 집단이 발생할 시, 이들에게 돌아갈 경제적 피해를 미연에 예측하고 방지할 수 있도록 노력해야하는 점, 셋째, 이러한 우려가 실제로 발생할 시 공무원은 그 책임으로부터 자유롭지 않은 점을 생각해 볼 수 있다.

앞서 밝혔듯이 이러한 요소들을 모두 따지고 만족시켜 법적 근거에 기반을 둔 행정은 사회적 변화에 발 빠르게 대응하기 어렵고, 그러한 사이에 이미 또 다른 변화가 발생한다. 행정당국의 입장을 마냥 기다려야 하는 국민이나 기업은 글로벌 경쟁에서 도태되거나 또는 법이 존재하지 않는 상황에서 규제를 회피하려는 기형적인 방식 등으로 이를 극복할 방법을 찾게 된다. 그러므로 법률이 빠른 변화에 즉각적으로 대응하는 것을 기대하기란 현실적으로 어렵기 때문에 추가적 법률 제정 없이 국민과 기업들에게 수익적인 결과를 가져올 수 있는 경우에는 신속하고 탄력적인 대응 방법을 생각해 볼 필요가 있다.

하지만 행정지도 방식에는 보완이 필요한 부분도 존재한다. 구두로 이루어지는 간소한 절차, 법적 근거를 요하지 않아 생기는 책임소재의 불명확성, 따르지 않으면 이에 상응하는 불이익 조치를 받을 수 있다고 여기는 심리적 압박에 의한 사실상의 강제, 위법성 입증의 쉽지 않아 국가 배상 등의 구제 받기 어려운 점, 공익을 확대 해석하여 당연히 허가야 주어야 할 건축허가를 주민 동의를 득하도록 요구하는 문제점 등은 여전히 존재한다.³¹⁾ 이와 같은 손해를 입은 상대방은 행정기관에 구제를 요청하려는 의사를 가질 수 있다. 그러나 행정지도는 상대방 임의의 결정과 협력을 요하는 것이므로 그 판단 과정에 상대방의 책임도 존재하므로 국가 등에 배상책임을 인정하는데 어려움이 있을 수 있다.³²⁾ 또한 이러한 손해를 입은 상대방이 행정 소송을 통해 배상받고자 하더라도 그 절차에 어려움이 있다. 먼저 손해를 입은 원인이 행정기관의 행정지도에 반하여 이에 상응하는 불이익 조치에 대한 것이라고 볼 때 그 행정지도와 불이익 조치에 연관성이 객관적으로 입증되어야 한다. 행정절차법에 따르면 제48조 제2항은 ‘행정지도에 따르지 않았기 때문에’라는 전제

31) 김민호, 앞의 책, 232-233면; 박균성, 행정법강의, 박영사, 2017, 351-352면; 이광윤, 앞의 책, 2012, 124면.

32) 김동희, 앞의 책, 222면.

조건과 이에 연결되는 행정기관이 발동하는 불이익 조치는 위법하다고 명시하고 있다.³³⁾ 그러나 행정쟁송에서 행정지도와 이로 인해 상대방이 받은 손해의 연관성을 객관적으로 입증하기는 어려울 것으로 판단된다. 그러므로 이처럼 피해구제의 가능성이 상당히 낮은 경우 행정지도의 장점을 해치지 않으면서 행정 상대방의 권리 침해 방지를 위한 방안을 고안해야 할 것이다.

IV. 일본의 행정지도 활용사례와 시사점

1. 행정지도에 대한 일본에서의 논의

일본에서 행정지도라는 용어는 행정 실무에서 많이 사용되고 있다. 일본 행정수속법은 행정지도를 ‘행정기관이 그 임무 또는 해당 사무의 범위 내에서 일정의 행정목적 실현하기 위해 특정인에게 일정의 작위 또는 부작위를 요구하는 지도, 권고, 조언 그 외의 행위로, 처분에 해당하지 않는 것을 말한다.’³⁴⁾ 로 정의하고 있다. 새롭게 생겨나는 기술이 서로 융합하고 해당 영역을 한정하기 어려워지면서 자연스럽게 행정당국과 상대방은 여태까지 경험해보지 못한 상황과 지식의 부재 속에 놓이게 될 것이다. 이러한 상황에서 비권력적인 행정방식인 적극적인 행정 해석, 요망, 지도 등을 통해 국민과 기업들에게 시의적절한 도움을 줄 수 있다는 기대를 해볼 수 있다. 일본에서도 행정지도의 장점을 급변하는 행정수요에 임기응변하기 용이한 점으로 들고 있다.³⁵⁾

원칙적으로는 권고, 경고, 최고, 통지와 같은 행정지도는 법적효과를 발생시키는 것이 아니기 때문에 처분성은 부정된다. 행정지도는 겉으로

33) 제48조(행정지도의 원칙) ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

34) 第二条 六 行政指導: 行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であつて処分に該当しないものをいう。

35) 原田尚彦, 「行政法要論」, 学陽書房, 2005, 197면.

는 사실행위의 형식을 취하고 있지만, 그 안에 존재하는 행정 기관의 목적은 처분의 성격과 유사하다.³⁶⁾ 즉, 행정기관이 권고의 형식으로 지도한 내용이라고 할지라도 상대방이 이를 단순히 무시할 수 없는 현실이 존재하는 것이다. 이러한 행정지도의 방식은 지방자치에서 활발히 이용되고 있다. 지방 단위에 속하는 행정기관은 조례를 통해 개발제한 등을 하길 희망하지만 조례는 법률에 위반할 수 없기 때문에 활용이 용이하지 않다. 그 이유로는 지방의 조례는 법률을 넘어서지 않는 범위 내에서 제정되어야 하고 법률을 위반하는 것은 용인될 수 없다는 원칙 때문이다.³⁷⁾ 행정기관이 이러한 법률적 한계를 위반하지 않으면서 상대방에게 일정 수준의 허용 또는 책임을 지우게 하는 방법으로 행정지도가 사용되어 왔다. 일반적으로 법률에 근거를 두어야 하는 처분과는 다르게 상대방 임의의 협력을 구하는 소통의 방식으로 상대방과 불필요한 대립을 피하고 원활한 행정운동을 가능하게 한다는 점이다.

행정지도는 상대방 임의를 전제로 하는 사실행위이므로 행정행위와는 다르게 ‘소프트’한 행정 방식이다. 그러므로 일반적으로는 법적 근거가 필요하지 않다. 또한 절차가 비교적 간소하여 행정의 신속한 대응이 가능하다는 측면도 앞서 밝힌바 있다. 법률이 존재하는 사항에 대하여 행정 처분을 발동하기 전에 이를 시정하도록 유도하는 방법의 하나로서 행정지도를 행하므로 일종의 행정처분 직전에 사용할 수 있는 수단이라고 볼 수 있다.³⁸⁾ 예를 들어 민원인이 행정기관에 민원 신청 서류를 접수하는 때에 이에 필요한 서류들을 접수창구에서 행정기관의 직원이 지도하고 미비 된 서류의 내용을 알려주는 것이 행정지도가 될 수 있다. 이처럼 그 내용의 원인을 가능한 방향으로 상대방에게 적극적으로 지도해주는 방식은 단순히 ‘거부 처분’ 또는 ‘반려’ 등과 같은 통보에 지나지 않는 행정행위보다 실익이 크다고 할 수 있다.

행정청이 허가와 같은 처분을 하는 경우에는 이에 대한 사회적 파장, 법적 쟁송 가능성, 그리고 국가배상까지 염두에 두어야 하므로 이러한 행정청의 행위는 소극적일 수 있으며 장시간에 걸친 내부 검토가 필요하

36) 塩野宏, 「行政法概念の諸相」, 有斐閣, 2011, 17면.

37) 高田敏, 「新版行政法」, 有斐閣ブックス, 2009, 55면.

38) 櫻井敬子, 「現代行政法」, 有斐閣, 2004, 116면.

다. 하지만 행정지도는 이러한 우려 대신 행정지도 과정에서 행정수요에 대한 발 빠른 대응, 여론의 파악, 문제 발생 시 지도에 대한 수정 및 철회가 용이한 점이 있다. 이처럼 사실행위에 기반을 둔 행정지도는 ‘법률이 아직 제정되어 있지 않아서,...’라는 행정청의 책임 회피성 태도를 개선할 수 있다. 행정지도라는 수단으로 정체되고 있는 현안을 긍정적인 방향으로 유도할 수 있고, 행정청의 유연한 대응을 기대하는 국민이나 기업들은 이러한 방식을 통해 적기에 필요한 활동을 영위할 수 있다.

2. 지능정보사회와 관련한 행정지도 활용사례

(1) 지역 개발 분야

지방자치단체가 신도시를 조성하여 토지 개발을 하는 경우 행정지도를 통해 행정상 목적을 달성하는 경우가 있다. 예를 들어 유치원, 학교, 공원 등과 같은 공익을 위한 시설이 필요한데 이를 직접 지방자치단체에서 만들고 유지 관리하기 위해서는 많은 재정지출이 소요된다. 이러한 경우 토지 개발 업자에게 공익시설 용도의 토지 제공 및 개발부담금을 내는 조건 등을 지도하고 협의함으로서 법적구속력이 없는 행정지도로도 충분히 그 목적을 달성할 수 있다.³⁹⁾ 이처럼 상대방의 입장에서는 침익적 성격을 갖는 사항이지만 법률의 근거 없이도 협조적 방식을 통해 상대방을 행정기관이 원하는 방향으로 유도할 수 있다. 또한 이와 같은 방식을 통해서 복수의 상대방에게 그 내용을 공표함으로서 비슷한 사례에 대한 행정기관의 관련 입장을 표명할 수 있다.

(2) IT 분야

2018년 말 일본의 3대 모바일 통신업체 중 하나인 소프트뱅크는 일시적으로 망 통신 장애를 겪으며 전국적으로 약 3,060만 명의 이용자들에게 불편과 경제적 손해를 초래하였다. 이에 대하여 총무성은 소프트뱅크

39) 宇賀克也, 「行政法概説」, 有斐閣, 2011, 285면.

에게 ‘엄중 주의’를 하고 동시에 행정지도를 행하였다. 그 이유로는 각종 재난 시에 필수적으로도 쓰이는 휴대전화의 장애 발생은 ‘라이프라인’을 위협함과 동시에 사회적, 경제적 손해가 매우 크다고 보았기 때문이다. 행정당국은 이 사안에 대해 행정지도 방식을 취하여 앞으로 소프트뱅크에게 유사한 사고가 재발하지 않도록 대책 마련을 하도록 주문함과 동시에 이번 사고의 원인과 내용에 대하여 통신 업계 전체에게 정보를 공유하도록 했다.⁴⁰⁾

이번 사안과 같이 매우 특수한 상황에 대하여 그 내용이 다수의 국민에게 해를 끼치는 중대한 경우라고 판단되는 경우 행정기관은 행정지도라는 방식을 통해서도 행정처분에 가까운 결과를 기대할 수 있다. 만약 상대방이 행정당국이 권고한 내용을 성실히 수행하지 않는 경우, 행정당국은 이러한 권고 사항을 잘 지키는 타 기업에게 지원이나 유리한 혜택을 부여할 수 있다. 비록 이 사건은 일종의 ‘옐로우 카드’를 부여하는 행정 제스처로 해당 업계에서 소홀히 할 수 있던 부분에 대한 의식 및 정비를 강화하고 이를 통한 경험과 지식을 다 같이 공유할 수 있도록 한 것이다. 이 사건은 행정당국의 적극적 행정지도가 공익을 담보하기 위한 처분적 성격을 가지면서 해당업계도 재발방지를 위해 노력할 수 있는 계기를 제공하였다.

(3) 자율주행자동차 분야

일본의 내각관방(内閣官房) 산하의 정보통신기술 종합전략실은 2018 관민(官民)데이터활용추진전략회의에서 ‘자동운전에 대한 제도정비 대강(大綱)’을 공개하였다. 이는 최근 국가 성장 전략의 일환으로 일본 정부가 업계에 관련 기술 및 연구를 장려하고 장치 적용될 법률 규제 및 행정 지원에 대한 내용을 담고 있다.⁴¹⁾ 오래전부터 일본에서는 자동차가 주력 수출품이 되어 왔다. 정부 차원의 이러한 발표의 저면에는 자국의

40) 総務省 報道資料, “ソフトバンク株式会社に対する電気通信事故の再発防止に係る措置(指導)” 2019. 1. 23. http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01kiban05_02000171.html

41) 高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部·官民データ活用推進戦略会議, “自動運転に係る制度整備大綱”, 2018, 7-8면.

주력 수출품이 법제도의 한계에 부딪혀 해외의 자동차 메이커들에게 판로를 빼앗길 것에 대한 우려가 있었다. 앞서 미국은 자국 내에서 연이어 발생한 자율주행자동차 시험 주행 중 사고로 이 시험을 중단시켰는데, 그럼에도 불구하고 일본은 이 대강(大綱)을 공개하며 해당 산업에 적극적으로 대응 하였다. 이는 해당 업계에 시험 중단 가능성에 대한 우려 등의 불안감을 미연에 제거하고 일종의 정부 차원의 가이드라인을 제공함으로서 행정당국이 신산업 발전에 도움을 주려는 움직임으로 해석할 수 있다.

일본은 향후 자율주행자동차의 상용화에 대비하여 관련 법률에 대한 정비를 발 빠르게 진행함과 동시에 관련 기업들에게 도로 내 자율주행차의 실증시험이 가능하도록 기회를 제공하고 있다. 이 대강(大綱)에서는 자율주행자동차의 등장은 기존 자동차와 혼재되는 과도기가 있음을 인정하고, 행정당국이 이러한 상황을 법률에만 단순히 의존하지 않고 대강(大綱)을 통해 입장을 적극적으로 표시함으로서 국민과 기업들에게 일종의 나침반 역할이 되고 있다. 또한 자율 주행을 위한 조건, 주행환경의 조성 등에 대하여 해당 지자체, 관련 사업자, 지방 경찰청, 국토교통성의 지역 담당 행정기관, 그리고 기타 이해관계자 등이 포함된 지역 협의체를 설치함으로서 관련 사안에 대한 소통 채널을 하나로 묶었다.⁴²⁾ 이와 같이 혁신이 일어나는 곳에 행정당국이 발 빠르게 대응하는 행정지도 방식은 법률과 정보의 부재 속에서 국민과 기업들로 하여금 불필요한 시간낭비와 금전적 손해 그리고 경쟁력 약화를 방지할 수 있는 방법으로 볼 수 있다.

3. 시사점

위에서 알아본 바와 같이 일본에서는 행정지도를 매우 일반적인 행정수단으로 사용하고 있고 일부 학자는 이를 단순히 행정실무에서 쓰이는 용어로 보고 있다.⁴³⁾ 일본에서는 행정지도를 일종의 타협의 산물로서 실

42) 自動運転に係る制度整備大綱, 12면.

43) 塩野宏, 「行政法 I」, 有斐閣, 2006, 183면.

용성을 그 특징으로 여기고 있다. 바꾸어 말하면 행정기관은 공적인 입장을 견지한 채 상대방에게 어떠한 실행행위 없이 특정 사안이 ‘이렇게 되기를’ 또는 특정 상대방이 ‘이렇게 해주기를’ 바란다는 뜻이다.⁴⁴⁾

행정행위 역시 단점은 존재한다. 그러나 이러한 단점으로 보이는 측면들이 오히려 일본에서는 행정지도가 융성될 수 있는 계기가 되었다. 이를 행정 책임자의 시점에서 보면, 첫째, 법적 책임으로부터 자유로운 점, 둘째, 집행 비용의 절감이 가능한 점, 셋째, 행정지도에 대한 실체법적 구속, 수속적법적구속이 약한 점, 바꾸어 말하면 자유로운 행정 활동이 가능한 점, 넷째, 시민이 받을 수 있는 영향 또는 충격이 약한 점이 있다.⁴⁵⁾ 행정기관이 법적 수단을 사용하지 않고서도 상대방 임의의 협력과 동의를 구해서 필요한 바를 성취할 수 있다면 그 과정의 간소화는 말할 필요가 없을뿐더러 행정기관과 민간이 소통을 통해 불확실성을 낮추는 방법은 민간이 가지는 행정기관에 대한 신뢰 향상에까지 이어질 수 있다.

행정지도로 피해를 입은 국민과 기업들의 법적 쟁송 요구가 높아지면서 사법부의 기조에도 변화가 생기고 있다. 행정지도에 불복하는 상대방이 설상 이것이 전형적인 행정행위가 아닌 행정활동(행정지도 또는 행정계획)에 그치는 경우라 하더라도, 취소소송을 통해 법적으로 무효 판결을 받기를 희망하는 경우가 증가하고 있다는 것이다.⁴⁶⁾ 과거에는 처분성 공식을 엄격히 적용하여 행정행위에 해당하지 않는 행정지도에 대해서 부적법 각하하는 경향을 유지하였다고 한다면, 이제는 이러한 국민과 기업들의 요구에 맞추어 판례에서도 처분성 인정의 범위를 확대하려는 움직임이 보이고 있다.⁴⁷⁾ 지방후생성보호협국이 의료법 제30조의 11항⁴⁸⁾에 따

44) 林修三, “いわゆる行政指導について”, 『行政と経営』 8号, (法律時報, 1962) 17면.

45) 大橋洋一, 『行政法I』, 有斐閣, 2009 379면.

46) 高木英行, “処分性の拡大と仮の救済”, 『東洋法学』 第60卷 第1号, (東洋大学法学会, 2016) 248면.

47) 乙部哲郎, “行政指導の処分性に関する一考察”, 『神戸学院法学』 第37卷 第3·4号, (神戸学院法学会, 2008) 38면.

48) 医療法 第三十条の十一. 都道府県知事は、医療計画の達成の推進のため特に必要がある場合には、病院若しくは診療所を開設しようとする者又は病院若しくは診療所の開設者若しくは管理者に対し、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院の開設若しくは病院の病床数の増加若しくは病床の種別の変更又は診療所の病床の設置若しくは診療所の病床数の増加に関し

라 행한 병원개설중지 권고에 대해, 비록 해당 권고가 상대방이 이를 따를 것인지 임의로 결정할 수 있는 행정지도적 성격을 갖는다고 하더라도, 처분성이 인정될 수 있다고 판결한 사례가 있다. 그 이유로는 만약 상대방이 보험국의 권고에 따르지 않는 경우, 병원을 개설하더라도 상당한 가능성으로 보험의료기관으로 지정될 수 없는 결과를 예측할 수 있다는 점과, 이로 인해 사실상 병원의 개설 자체를 단념해야 하는 점을 고려 해볼 때 이 권고가 행정사건소송법 제3조의 2항⁴⁹⁾이 정하는 “행정청의 처분등 공권력의 행사에 해당하는 행위”에 해당한다고 해석할 수 있다고 판결하였다.⁵⁰⁾ 이러한 판례 변화의 움직임은 법률만을 통해 법적효과를 판단하는 전통적 관점에서 처분성이 인정되는 범위를 확대되고 있다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 이와 같이 일본에서는 관련 법령이 정하는 것에만 한정되지 않고 행정 실무상의 운용 또는 그 배경이 되는 사회적 사실 등을 개별적으로 감안하여 법적 효과의 유무에 대한 섬세한 판단을 하고 있다는 특징이 엿보인다.

앞으로 신기술이 속속 등장하고 복잡하게 융합되는 경우 과거에 적용하던 법률 또는 하나의 기준 만으로 이를 판단하고 처분을 내리기 어려울 것이다. 빠르게 변화하는 사회에서 기존의 법률 해석을 통해 적시에 보조금을 지원하거나, 반대로 공익을 해치는 일에 즉시 필요한 처분을 기대하기는 어렵다. 앞서 살펴본 일본 전체 인구의 3분의1 이상이 겪은 소프트뱅크의 통신장애, 자율주행자동차의 테스트 환경 조성 등과 같은 사안을 보면 이제는 행정기관이 이미 존재하는 법률에 근거를 두고 행정 처분을 하는 시대를 넘어섰다고 볼 수 있다. 그러한 맥락에서 일본의 행정기관은 행정처분과 행정지도라는 선택지를 적절히 활용하고 있다. 행정기관은 특정 이슈에 대해 상대방에게 시의 적절하게 입장을 표명하여 능장대처라는 비판을 피할 수 있고, 법적 처분이 아닌 조정·협력의 행정

て勧告することができる。

49) 行政事件訴訟法 第三条の二. この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう。

50) 最高裁判所, 平成14(行ヒ)207, 平17民集59卷6号1661頁.

http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/373/052373_hanrei.pdf

51) 西川知一朗, 「行政関係訴訟」, 青林書院, 2009, 29-30면.

지도 등의 행정재량을 최대한 활용하는 것으로 민간 활동을 지도·육성해 왔다.⁵²⁾ 비록 지도의 성격이라 할지라도 행정기관과 그 상대방이 소통하는 협력관계를 통해서 효율성이 유지되는 방식이 된다면 사회 전체적인 이익의 증가로 이어질 수 있다.

V. 결론

행정지도는 다양한 행정수요와 넓어진 행정 범위에 적절히 활용될 수 있다. 사회가 예측하기 어려운 방향으로 발전하면서 행정방식에 대해서도 변화의 필요성이 대두되었다. 여태까지는 행정주체가 법률에 기반을 둔 행정을 주로 행해왔고, 법률이 없는 경우에는 행정의 부재 또는 지연 현상이 발생하였다. 그리고 이로 인해 피해를 겪은 국민과 기업들은 법률의 보완 필요성을 주장해왔다.

하지만 사회 변화에 맞추어 일일이 법을 제정하는 것은 적절한 방법이라고 할 수 없다. 오히려 행정지도라는 수단을 잘 활용한다면 폭발적으로 늘어나는 행정수요에 대응할 수 있다. 행정 처분과는 다르게 행정지도는 행정기관이 상대방에게 의견이나 권고로서 소통 및 협력하는 방식이다. 행정기관은 이 같은 선택지를 통해 추후 발생할 전무후무한 행정수요에 대응할 수 있고 국민과 기업들을 행정기관이 목적하는 방향으로 유도할 수 있다. 또한 이를 통해 행정기관은 골든타임을 놓치지 않고 상대방에게 직면한 문제를 효율적으로 해결할 수 있다는 긍정적 측면이 있다.

변화에 대응하지 못하여 우리 국민의 이익이 감소하거나 기업들이 해외 기업과의 불리한 경쟁 환경에 놓일 수 있다. 이제는 국가적 차원의 지원, 규제 완화 및 그에 따른 책임이 정해진 법률에만 근거해야 한다는 논리를 넘어서는 필요가 있다. 시대적 변화에 발맞추어 법적 의무와 같은 강제력을 동반하지 않더라도 행정목적을 달성할 수 있는 방식을 통해 국가 행정의 탄력성을 확대해 나가야 할 것으로 보인다.

52) 笠原英彦/桑原英明, 「日本行政の歴史と理論」, 芦書房, 2004, 319면.

(논문투고일: 2019.05.28, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ **최용혁 · 소병수**

행정지도, 법치행정의 한계, 행정 탄력성, 행정지도의 유용성, 일본의 행정지도

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2019.
 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2019.
 김민호, 「행정법」, 박영사, 2018.
 김철용, 「행정법I」, 박영사, 2010.
 김철용, 「행정법」, 고시계사, 2018.
 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2017.
 박균성, 「행정법론 (상)」, 박영사, 2018.
 박윤흔, 「최신 행정법강의 (상)」, 박영사, 2002.
 이광윤, 「일반행정법」, 법문사, 2012.
 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2019.

II. 국내 논문

- 김순양, “일선 지방행정에서의 행정지도의 실태 및 개선방안 고찰”, 규제 연구, 한국경제연구원, 제23권 제2호, 2014.
 김도승, “행정지도에 관한 고찰”, 가천법학, 제5권 제1호, 2012.
 김민호/이규정/김현경, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 성균관법학, 제18권 제3호, 2016.
 고현환, “행정절차법상 행정지도와 문제점 개선방안”, 법학연구, 한국법학회, 제28권, 2007.
 노기현, “행정지도 고유의 위법성 판단에 관한 검토”, 법학논총, 전남대학교 법학연구소, 제32집 제2호, 2012.
 이승민, “행정지도의 개념과 실제”, 행정법연구, 행정법이론 실무학회, 제38호, 2014.
 이한주/권건보/김일환, “지능정보사회에서 개인정보 법제정비에 대한 비교법적 검토”, 성균관법학, 제30권 제1호, 2018.
 이호영, “묵시적 합의에 의한 부당한 공동행위와 행정지도”, 법학논총,

- 한양대학교 법학연구소, 제32권, 제3호, 2015.
- 유성희, “공정거래법상 행정지도에 따른 부당한 공동행위에 대한 법적 검토”, 법학연구, 한국법학회, 제61권, 2016.
- 정극원, “법치국가원리와 개인정보보호”, 헌법학연구, 한국헌법학회, 제12권 제1호, 2006.
- 최유, “시장자유규제와 행정지도의 관계에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2008.

Ⅲ. 외국 단행본

- 宇賀克也, 「行政法概説」, 有斐閣, 2011.
- 大橋洋一, 「行政法I」, 有斐閣, 2009.
- 笠原英彦/桑原英明, 「日本行政の歴史と理論」, 芦書房, 2004.
- 櫻井敬子, 「現代行政法」, 有斐閣, 2004.
- 塩野宏, 「行政法 I」, 有斐閣, 2006.
- 塩野宏, 「行政法概念の諸相」, 有斐閣, 2011.
- 高田敏, 「新版行政法」, 有斐閣ブックス, 2009.
- 西川知一郎, 「行政関係訴訟」, 青林書院, 2009.
- 原田尚彦, 「行政法要論」, 学陽書房 (第6版), 2005.

Ⅳ. 외국 논문

- 乙部哲郎, “行政指導の処分性に関する一考察”, 神戸学院法学 第37卷 第3・4号, 2008.
- 林修三, “いわゆる行政指導について”, 行政と経営(8号), 1962.

Abstract

A Study of Administrative Guidance

Choi, Yong-Hyuk
So, Byung-Soo

Administrative guidance is a type of administrative actions. As a "soft method", it induces its counterparts, such as citizens and corporations, voluntary cooperations with guidance, advice, requests, and warnings. Even though the counterpart denies to follow the administrative guidance, penalty or punishment will not be imposed. However, there is a regulatory aspects that can cause similar result of administrative disposition.

Due to the emergence of the 4th Industrial Revolution, our society is proceeding to unpredictable directions and the method of administration is also necessary to a systematic change. Traditionally, administration is strictly based on the law, and the absence or delay of administration occurs if the related legal basis is not exist. The results from belated administrative action have become a burden on the counterparts. It can also cause financial loss for our citizens or unfair conditions to our corporations which have to compete in the global market.

Self-driving car, health care, and shared services can be a next growth engine for South Korea, however, the response and support from the government are still insufficient comparing to other advanced foreign countries. If the administration sticks to the traditional law-based methods, it cannot assist to the new industries in a proper time. Instead, administrative guidance should be imposed for the permissions of research and the provision of information. This will allow of economy of time and expenditures.

Administrative guidance can be applied to administrative demands which are explosively increasing today. Thus far national level of support policy or deregulation has to rest on rigid alegal basis. However it is necessary to consider the beyond. It can achieve administrative goals with the administrative guidance which is comparably unconstrained to administrative disposition. From these reasons, administrative agencies should seek the flexibilities of its administrative style by imposing administrative guidance for the future.



▶ **Choi, Yong-Hyuk · So, Byung-Soo**

administrative guidance, limit of law-abiding administration,
flexibility of administration, effectiveness of administrative
guidance, administrative guidance in Japan

지능정보사회에서의 완전자동 행정행위

홍 민 정*

강 현 호**

【목 차】

I. 서론	IV. 완전자동 행정행위의 하자 및 구제방법
II. 이론적 배경	1. 무효적 행정행위와 취소적 행정행위
1. 지능정보사회의 개념	2. 국가배상법 제2조 적용가부
2. 지식정보사회와의 구별	3. 국가배상법 제5조 적용가부
3. 완전자동 행정행위의 개념	4. 그 밖의 구제방법
4. 전자적 자동행위와의 구별	V. 완전자동 행정행위의 기능 및 예상되는 헌법상 기본권 문제
III. 완전자동 행정행위의 법적성질 및 적용범위	1. 긍정적 기능
1. 완전자동 행정행위의 법적성질	2. 부정적 기능
2. 완전자동 행정결정의 법적성질	3. 예상되는 헌법상 기본권 문제
3. 적용범위	VI. 결론
	1. 의의 및 한계
	2. 요약 및 제언

【국 문 요 약】

지능정보사회란 인공지능, 로봇, 사물인터넷 등 지능정보기술을 활용하여 사회 전 영역에서 인간 능력의 한계를 뛰어넘는 자동화가 보편화된 미래 사회상을 뜻한다. 지능정보사회로의 진입은 비단 사적 생활영역뿐만 아니라 공적 영역에서의 변화도 수반하는데, 인공지능 및 알고리즘에 의한 완전자동 행정행위의 가능성에 대한 논의가 이에 속한다.

완전자동 행정행위는 행정청이 인공지능에 의한 행정행위를 인지하고

* 성균관대학교 일반대학원 박사과정

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

허용했다는 점에서 행정청으로의 귀속을 보증했다고 볼 수 있기에 행정 행위, 행정처분으로 볼 수 있다. 또, 완전자동 행정행위를 한 자동결정은 행정처분의 기준이 되는 행정규칙 또는 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 경우 법규명령으로 볼 수 있다. 이러한 완전자동 행정결정의 대상에는 기속행위에 한정해야 한다는 견해가 있으나, 구체적 타당성 있는 행정결정을 도모하고자 하는 재량행위의 본래의 취지를 고려할 때 원칙적으로 구체적 타당성을 기할 수 있는 인공지능 및 알고리즘에 의한 결정을 부인할 필요는 없다.

완전자동 행정행위 역시 중대명백설에 따라 중대하고 명백할 경우 그 행정처분은 무효가 되며, 그 밖의 경우는 취소에 해당한다고 봄이 타당하다. 국가의 배상책임 인정여부와 관련하여 국가배상법 제2조의 경우 오늘날 문언상 공무원에 인공지능이 속한다고 볼 수 없을 것이나, 입법적 개선에 따라 향후 제2조에 포함시킬 수 있는 여지는 있을 것이다. 국가배상법 제5조 적용 가부에 대해서는 인공지능 및 프로그램의 오작동으로 인한 하자에 대하여 책임을 물을 수 있다고 생각한다.

완전자동 행정행위는 긍정적 역할로 ①부정부패 방지 및 투명성 확보, ②환원하여 문제점 분석 가능, ③인적·물적 자원의 절약을 가능하게 한다. 그러나 ①정보보안 및 개인정보보호 문제, ②알고리즘 리터러시 문제 ③입법적 미비 등의 부정적 측면도 있다. 이와 관련해서는 특히 개인정보자기결정권, 알권리, 사생활의 비밀과 자유의 제한, 인격권 등의 헌법상 기본권이 문제될 수 있다. 법령 개정을 통한 부정적 측면의 사전적 해결, 국가배상법의 일부 개정 등을 통한 사후적 해결은 위 문제를 최소화할 수 있으리라 생각한다. 기본권 침해 방지에 대한 지속적인 논의를 통해 미래사회에 완전자동 행정행위의 안착을 기대해본다.

I. 서론

지능정보사회란 인공지능, 로봇, 사물인터넷 등 지능정보기술을 활용하여 사회 전 영역에서 인간 능력의 한계를 뛰어넘는 자동화가 보편화된

미래 사회상¹⁾을 뜻한다. 지능정보사회로의 진입은 비단 사적 생활영역뿐만 아니라 공적 영역에서의 변화도 수반하는데, 인공지능 및 알고리즘에 의한 완전자동 행정행위의 가능성에 대한 논의가 이에 속한다.

본고에서는 완전자동 행정행위의 개념 및 법적성질에 대해 검토하고, 적용범위에 대해 살펴볼 것이다. 적용범위와 관련해서는 완전자동 행정행위의 대상이 기속행위에 국한되는지 재량행위에도 적용 가능한 것인지 논의하고자 한다.

또한, 완전자동 행정행위로 인해 하자가 발생한 경우, 하자의 정도에 따른 행정행위의 효력 및 구제방법을 논의하고자 한다. 국가배상법 제2조에 근거한 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상청구의 가능성 및 제5조에 따른 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 손해배상청구 가능성을 검토할 것이다.

마지막으로 지능정보사회에서의 완전자동 행정행위의 긍정적 측면 및 부정적 측면을 살펴보고, 예상되는 헌법상 기본권 침해 문제를 살펴보고자 한다.

II. 이론적 배경

1. 지능정보사회의 개념

지능정보사회란 지능정보기술을 기반으로 하여 사회 전 영역에서 인간 능력의 한계를 뛰어넘는 자동화가 보편화된 미래 사회상을 의미하는 용어로 지능정보기술(인공지능, 로봇, IoT 등)이 사회·경제·산업 전반의 총체적 변화를 야기하는 사회를 말한다.²⁾ 또, 정부 관계부처 합동 자료에 따르면 고도화된 정보통신기술 인프라(ICBM)를 통해 생성·수집·축적된 데이터와 인공지능(AI)이 결합한 지능정보기술이 경제·사회·삶 모든 분야

1) 심우민, “「지능정보사회 중장기 종합대책」의 의미와 입법과제», 「이슈와 논점」 제1249호, 국회입법조사처, 2017, 1면.

2) 한국정보화진흥원(NIA), 「4차 산업혁명, 대한민국의 미래를 찾다」, 2018, 14면.

에 보편적으로 활용됨으로써 새로운 가치가 창출되고 발전하는 사회로 정의³⁾한다. 나아가 지능정보사회에서는 산업 간 경계가 붕괴되어 산업 및 고용구조의 근본적인 변화, 나아가 경제·사회 전반에 혁신적인 변화가 발생⁴⁾한다고 본다.

요컨대, 지능정보사회는 인간의 한계를 초월하고, 사회 전체의 변화를 초래, 지능정보기술이 보편적으로 활용되는 가치 창출 사회로 정의할 수 있겠다.

2. 지식정보사회와의 구별

지식정보사회란 정보가 상호 연계되어 지식이 되고, 지식이 부와 가치 창출의 원동력이 되는 사회⁵⁾를 말한다. 지식정보사회는 ‘지식정보’의 중요성을 강조하는데, 그 지식정보 소유 및 활용의 주체가 인간이다. 그러나 지능정보사회에서는 지식 활용의 주체가 인공지능, 기계적 알고리즘이 될 수 있다는 점에서 기존의 지식정보사회와 차이가 있다.

실제 오늘날 지능정보사회의 출현에 따라 새로운 인간에 대한 규정, 가치관의 정립의 문제, 인공지능, 로봇의 산업적·사회적 활용에 따른 사고발생의 위험성 증대로 인한 법적 책임 및 권리의 범위 혼선⁶⁾ 문제가 제기되는데, 이는 과거 지식정보사회와 대비되는 점이다.

요컨대, 지식정보사회는 정보통신기술을 기반으로 지식정보가 중요한 사회이며, 인간이 부동의 권리·의무 주체이다. 한편, 지능정보사회에서는 지능정보기술을 바탕으로 인공지능 및 알고리즘이 등장하는데, 인간이 미래사회에도 여전히 법률적 권리·의무 귀속 주체가 될 수 있는지 문제가 된다.

3) 관계부처합동, 「제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책」, 2017, 4면.

4) 미래창조과학부, 미래창조과학부 보도자료 2016.08.09., 4면.

5) 김일환, “지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰”, 「세계헌법연구」 제15권 2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009, 2면.

6) 이원태, “4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립”, KISDI Premium Report 4차 산업혁명 기획시리즈, 2017, 3면.

3. 완전자동 행정행위의 개념

완전자동 행정행위는 ‘완전자동적 행정행위’, ‘전자동화 행정행위’, ‘전자동화된 행정결정’ 등 다양한 용어로 표현되고 있다.⁷⁾ 이와 같은 개념들은 ‘행정의 전자화’, ‘전자적 행정행위’, ‘자동기계장치에 의한 행정행위’, ‘행정상의 자동결정’, ‘자동기계결정’, ‘행정자동기계결정’, ‘자동화된 행정결정’ 등의 개념과 그 의미에서 중첩되는 부분이 존재하나, 보다 강한 자동 개념을 상정하고 있다는 점에서 새롭게 존재 의미를 지닌다.

‘완전’이라는 수식어가 붙기 전, 자동적 행정행위의 개념은 데이터처리부터 최종 결정까지 전체 결정과정이 자동화되어 있는 행정자동절차에 의해 내려진 결정으로 컴퓨터에 의한 학교배정, 자동장치에 의한 주차료 결정, 교통신호 등이 이에 해당⁸⁾하였다. 그런데 이러한 자동적 행정행위는 제한된 조건 하에서 작동한다. 한편, ‘완전’이라는 수식어가 추가된 개념은 제4차 산업혁명의 핵심성장 동력으로 언급되는 인공지능 기술을 활용 논의와 함께 새로이 등장한 것으로 보인다. 선행연구에서는 완전자동 행정행위를 컴퓨터가 직접 행정결정을 할 뿐만 아니라, 공물관리를 비롯한 다양한 분야에 걸친 사실상의 행정작용에서도 개입⁹⁾되는 개념으로 설명하고 있다. 또, 인간의 의사 작용이 전혀 개입되지 않은 상태에서 전적으로 자동화 설비만을 통해 발령되는 자동화된 행정작용의 형태¹⁰⁾로 설명한다. 이러한 점을 고려할 때, 완전자동 행정행위는 과거 활용된 자동적 행정행위 개념과는 구별된다.

정리하면, 자동적 행정행위와 완전자동 행정행위는 알고리즘에 의한 행정행위가 가능하다는 점에서 공통된다. 그러나 완전자동행정행위는 인

7) 오늘날 완전자동 행정행위 개념에 관하여 김중권(2017), 이재훈(2017), 박훈민(2018) 등이 ‘완전 자동적 행정행위’, ‘전자동화 행정행위’ 등의 용어를 사용함으로써 기존 ‘자동적 행정행위’, ‘자동기계장치에 의한 행정행위’ 등의 개념과 구별하고 있다.

8) 김중권, “인공지능시스템에 의한 행정행위가 허용되는가?”, 「법제」, 법제처, 2016, 3-4면.

9) 박훈민, “전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마틱상 검토필요성- 독일과 네덜란드에서의 법제와 논의를 중심으로 한 시론” 「행정법연구」 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 62면.

10) 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구- 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 147면.

간의 개입 없이 강한 인공지능(Hard AI)¹¹⁾ 스스로가 알고리즘을 수정하여 발전시킬 수 있다는 점을 상정한다는 점에서 기존 자동적 행정행위 개념과 완전히 치환(置換)되는 개념은 아니다.¹²⁾ ‘완전’이라는 수식어가 붙게 되면서, 제4차 산업혁명에서 언급되는 인공지능, 특히 강한 인공지능에 의한 행정행위까지를 포함할 수 있는 개념으로 등장한 것이라 생각한다.

현재까지 논의되어 온 자동적 행정행위 및 완전자동 행정행위의 핵심 개념을 정리해보면 다음 표 1과 같다.

표 1. 자동적 행정행위와 완전자동 행정행위 개념 비교

자동적 행정행위 (=행정자동결정)	완전자동 행정행위 (=전자동화 행정행위)
▷ 행정자동절차의 최종산물 ▷ 자동화 절차에 따른 데이터처리부터 최종결정까지 전체 결정과정의 결정 ▷ 디지털화에 따라 제한적 조건하에서 사실상 행정행위에 개입하는 결정	▷ 다시 ‘완전자동적 행정행위’와 ‘부분 자동적 행정행위(=자동장치를 이용하여 발해진 행정행위)’로 구분 ▷ 공무원의 의사결정·사실활동을 보완·대체하기 위해 사물인터넷, 인공지능 등 ICT기술과 결부된 행위 ▷ 인간의 의사작용이 전혀 개입되지 않은 상태에서 전적으로 자동화 설비만을 통해 발령되는 행정작용

- 11) 강한 인공지능(Hard AI)라는 표현을 통해 약한 인공지능(Soft AI)를 활용한 행정행위에 국한되지 않음을 강조하고 싶었다. 인공지능의 두 분류의 근거는 다음과 같다. “There are two primary categories of Artificial Intelligence. Soft AI(as known as weak or narrow) can be said to use computatitonal intelligence. ... The chess Champ Big Blue was a soft AI machine. ... Hard AI, sometimes referred to as strong or full, is the stuff of films, where machines are taught to think like humans. It is sometimes known as artificial general intelligence. Hard AI machines can think with the intelligence of humans and even exceed a human’s intellectual capacity.” (Jaliz Maldonado, “New in Artificial Technology, Ethics, and the Practice of Law”, Published on The National Law Review, Tuesday, August 7, 2018. <https://www.natlawreview.com/article/new-artificial-technology-ethics-and-practice-law>)
- 12) 김중권(2017:154) 역시 완전자동 행정행위에 대해서는 완전자동적 행정행위와 자동장치를 이용하여 발해진 행정행위를 구분하는 문제가 있다고 소개하면서 후자를 부분자동적 행정행위로 접근하는 것이 바람직하다고 설명한다(김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 『법조』, 법조협회, 2017, 154면).

요컨대, 오늘날 완전자동 행정행위의 개념이 다양한 용어로 표현되고 있으나, 엄밀히 살펴보면, ‘자동적 행정행위’ 앞에 ‘완전’이라든지 ‘전’이라는 수식어가 덧붙여질 때에는 제4차 산업혁명에서의 핵심기술로 언급되는 인공지능기술에 의한 결정으로 인간의 의사 개입이 완전히 배제된 행정결정으로 봄이 타당하다고 생각한다.

4. 전자적 행정행위와의 구별

완전자동 행정행위 및 자동적 행정행위 개념은 전자적 행정행위와 구별하여 사용하기도 하고, 구별하지 않고 사용되기도 한다. 양자의 개념을 달리 판단하는 경우, 전자적 행정행위는 결정의 전달방식이 컴퓨터에 의한다는 점에 착안점을 두지만, 완전자동 행정행위는 컴퓨터에 의한 결정의 확정방식 그 자체에 착안점을 둔다는 점에서 엄연히 구분된다¹³⁾. 다만, 양자가 위와 같이 본질적인 차이를 지니고 있음에도 자동적 행정행위가 전자식으로 전달되는 경우처럼 실체에 있어서 양자는 항상 교집합이 존재¹⁴⁾한다.

Ⅲ. 완전자동 행정행위의 법적성질 및 적용범위

1. 완전자동 행정행위의 법적성질

완전자동 행정행위의 법적 성질을 논의함에 앞서 자동적 행정행위에 대한 기존 학계의 시각을 정리하면 다음과 같다.

가. 프로그램에 의한 구속설

13) 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 『법조』 vol723, 법조협회, 2017, 155면.

14) 김중권, 『행정법』, 법문사, 2016, 219면.

인간이 만든 프로그램에 의해 구속된다는 입장으로 기계의 활동이 남김없이 완전히 사람에 의해서 정하여져 있다고 본다.¹⁵⁾ 즉, 자동장치인 기계에 따른 결정이라 할지라도 결국 그 결정이 사람이 설계한 프로그램 내에서 작동한 것으로 볼 수 있다는 것이다. 다만, 예기치 않은 기술상 장애가 발생하면 그 결과에 대해 인간에 의한 조종이 있다고 전혀 말할 수 없다. 따라서 프로그램에 의한 구속설에 따를 때 프로그램 조종이 없더라도 행정청의 결정이 존재할 수 있는지 여부¹⁶⁾가 문제된다.

나. 행정청으로의 귀속(가능)설

행정청이 임무를 이행하기 위해 의식적으로 자동결정 장치를 사용하였기에 컴퓨터의 도입에 따른 결과에 대해 책임을 지지 않으면 안 된다¹⁷⁾는 점을 강조하는 입장이다. 행정청이 착오(에러)가 발생할 수 있다는 점을 인지하고 이와 같은 방법을 사용했다면, 그것의 산물은 자신의 고유한 활동과 마찬가지로 그 자신에게 귀속시키는 보증을 한 셈이라고 한다.¹⁸⁾

다. 검토

기계의 활동 모두 사람에 의하지 않은 것이 없다는 것을 전제로 한 프로그램에 의한 구속설에 의하면 단순 자동적 행정행위를 넘어 인공지능

15) Erichsen, in: Erichsen(Hrsg.), Allg. VerwR, 1995, §12 Rn.8; Maure, a.a.O., §18 Rn.5; Kerka u, a.a.O., S.1; Dergrandi, a.a.O., D.74; Schönug, a.a.O., S.96. 김중권, “행정자동결정(자동적 행정행위)의 실체적 문제점에 관한 소고”, 「공법연구」 제28권 제4호 제2권, 229면에서 재인용.

16) 김중권, “행정자동결정(자동적 행정행위)의 실체적 문제점에 관한 소고”, 「공법연구」 제28권 제4호 제2권, 229면.

17) Ibid, 230면.

18) Fiedler, Rechenautomaten im Recht and Verwaltung, JZ 1996, S.689(694); Bull, a.a.O., S.67; Mutius, Zu den Formerfordemissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen, VerwArch, Bd. 67(1976), S.116(116); Tuner, Datenübermittlung als Verwaltungsakt?, ÖVD/ online 1982, Heft 7, S.75(78). 김중권, “행정자동결정(자동적 행정행위)의 실체적 문제점에 관한 소고”, 「공법연구」 제28권 제4호 제2권, 230면에서 재인용.

에 의한 완전자동 행정행위를 설명하기 어렵다. 한편, 행정청으로의 귀속설에 따르면, 인공지능이 행한 완전자동 행정행위를 인지하고 허용한 주체는 결국 행정청일 것이며, 행정청의 행정행위와 마찬가지로 행정청으로의 귀속을 보증한 것으로 이해 가능하다.

예상하지 못한 장애가 발생했을 때 행정청의 결정이 존재한 것으로 시인 가능하다는 점에서 귀속설이 보다 타당하다고 생각한다. 또한, 위 논의를 행정행위 과정 및 결과산출에 있어 인간의 의식적 사용 등 개입이 전적으로 배제된다고 볼 수 있는 완전자동 행정행위에 적용할 경우, 프로그램에 의한 귀속설보다 행정청이 그 결과를 보증했다고 보는 행정청으로의 귀속설이 보다 합당한 근거가 될 수 있다고 생각한다.

따라서 행정청으로의 귀속설에 따를 때, 행정청 명의로 내려진 처분은 행정청의 행위로 귀속시킬 수 있다는 점에서 행정처분으로 볼 수 있다. 기존의 자동화된 행정결정은 여타의 행정행위의 징표를 가지고 있는 한 행정행위로 보는 것이 일반견해¹⁹⁾이고, 행정행위에 관한 일반원칙이 적용되는 것이 당연하다²⁰⁾는 점에 비추어 보면, 완전자동 행정행위 역시 행정행위로 판단하지 않을 이유가 없다.

2. 완전자동 행정결정의 법적성질

완전자동 행정결정의 경우 그 결정 프로그램 및 알고리즘 자체는 행정처분의 기준이 되는 행정청 내부의 사무처리기준이 되므로 행정규칙의 성질을 지닌다고 생각한다. 만약, 단순 행정청 내부의 사무처리기준에 지나지 않는 것이 아니라, 규정형식상 대통령령이라든지 그 성질이 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 경우에는 법규명령에 해당한다²¹⁾고 볼 수 있을 것이다.

19) 정하중, 「행정법개론」 제12판, 박영사, 2018, 193면.

20) Ibid, 194면.

21) 대법원 1997.12.26. 선고 97누15418 판결. 이 판결에서 대법원은 당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표1]은 주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다고 하였다.

3. 적용범위

가. 문제점 및 학설

완전자동 행정행위를 강학상 행정행위로 볼 수 있다면, 그 대상에 재량행위도 포함되는지가 문제된다. 과거 부분적 자동결정에 있어서는 재량준칙의 범위 내에서 재량 결정을 자동화할 수 있다는 긍정설과 입력에 따른 자동적 결정에 재량의 여지가 부여될 수 없다는 시각의 부정설의 논의가 존재한다.

나. 재량 및 판단여지 영역에의 적용가능성

재량행위의 본래의 취지가 개별적 사정을 고려하여 구체적 타당성 있는 행정결정을 도모하고자 한 것이므로, 재량행위에 있어서도 이러한 구체적 타당성을 기할 수 있는 알고리즘을 포함하고 있다면 원칙적으로 가능하다고 보아야 한다.²²⁾ 즉, 완전자동 행정행위를 가능하게 하는 자동결정 프로그램 자체가 기준에 따라 구체적 사정을 고려한 결정을 할 수 있기에 재량영역에 있어서도 자동화된 행정결정이 가능²³⁾하다고 봄이 타당할 것이다.²⁴⁾ 이 때, 프로그램에 내장된 기준 및 판단의 기초는 법

영업정지 처분사유가 경합되거나 사업실적미달로 인하여 영업정지 처분사유에 해당하게 된 경우에 한하여 예외적으로 그 정지기간 결정에 재량의 여지를 두고 있고, 문제된 사안에서는 등록을 마친 주택건설사업자가 “법 제38조 제14항의 규정에 의한 하자보수를 정당한 사유없이 사용검사권자가 지정한 날까지 이행하지 아니하거나 지체한 때”에 해당하여 관할관청이 [별표 1]의 제2호 (타)목 (1)의 규정에 의하여 3개월간의 영업정지 처분을 한 것으로 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다고 본 것이다. 이와 같은 판단에 비추어 보아 완전자동 행정결정 그 결정의 형식은 통상적으로 행정규칙으로 볼 수 있다 할지라도, 그 완전자동 행정결정이 대외적으로 국민이나 법원을 구속하게 될 때에는 법규명령에 해당할 것이다.

22) 강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018, 228면.

23) Ibid, Ibid.

24) “In general, Minsky had a positive outlook regarding the future humanlike intelligence capabilities of AI.”(2017:20), “We covered recent developments in AI relevant to the field of law and how they are leading to changes such as: automated cases analysis, increased efficiency in judicial tasks, replacing or minimizing human intervention in solving disputes,

적으로 재량준칙²⁵⁾의 성격을 가진다.²⁶⁾

다. 검토

오늘날 재량영역에서 완전자동 행정행위가 존재하지 않는 까닭은 일차적으로 기술적 보완 문제, 그리고 법률적 판단에 대한 구체적인 논의가 부족하기 때문이라 생각한다. 현재 기술적 상황을 고려하여 판단할 때, 재량이 0으로 축소되는 기속행위 분야에서 우선적으로 완전자동 행정행위가 지닌 장점(인적·물적 자원 절약, 절차의 신속화, 부정부패 방지 및 투명성 확보 등)을 활용하는 것이 단계적 발전에 부합한다고 본다.

그러나 완전자동 행정행위의 활용 범위에 관한 논의에서 반드시 기속행위로 국한해야 한다는 주장은 타당하지 않다. 기술적으로 보완해나가는 과정 중에서 기속행위에 국한하는 것은 당연히 필요하다고 생각한다. 다만 미래에 전적으로 인간의 의사가 배제된 자율 결정이 가능한 시스템이 고안되고 실제 적용 가능하다면, 굳이 행정청의 재량 및 판단여지 부분을 배제할 까닭이 없다고 생각한다.

etc.”, “It is gradually becoming more conceivable that AI will change the world of law and the profession of lawyers in the near future.”(2017:55) (Daniel Ben-Ari; Yael Frish; Adam Lazovski; Uriel Eldan; Dov Greenbaum, Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment, 23 Rich. J.L. & Tech. 2, 2017) 등의 논지를 고려할 때, 재량영역에서 자동화된 행정결정을 배제할 이유가 없다고 생각하였다.

25) 재량준칙이란 일반적으로 법규범이 행정에게 재량을 부여하는 경우 상급행정기관이 하급행정기관의 재량권을 행사하는 방식에 대하여 정하는 행정규칙(정하중, 2018:138)을 말하는데, 재량준칙과 관련된 판례의 입장은 행정부 내부의 사무처리규정으로 보는 입장부터 법규명령으로 보는 입장까지 다양하다(강현호, 2018:197).

26) Maurer, Alleg. VerwR, S. 466. 정하중, 「행정법개론」 제12판, 피앤씨미디어, 2018, 194면 각주35)에서 재인용.

IV. 완전자동 행정행위의 하자 및 구제방법

1. 무효적 행정행위와 취소적 행정행위

가. 문제점

완전자동 행정행위 역시 강학상 행정행위로 볼 수 있다면, 하자도 행정행위의 일반원칙에 따른다고 볼 수 있다. 따라서 완전자동 행정행위의 하자 역시 무효사유인지 취소사유인지에 대해 법령에 별도 규정이 없는 경우 학설과 판례에 따른다.

나. 학설 및 판례

행정행위의 무효와 취소의 구별기준과 관련하여 각 문헌에서 소개하고 있는 것을 참조하면 중대설, 명백설, 중대명백설, 외견상 일견명백설, 조사의무위반설, 명백정보충요건설, 구체적 가치형량설(흠효과의 개별화이론), 신중대설 등으로 나눌 수 있다.²⁷⁾

판례는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다²⁸⁾고 하여 중대명백설의 입장이다.

27) 배병호, “도시계획시설사업 실시계획 인가처분의 무효사유와 명백성 인정기준”, 『행정법학』 제9호, 한국행정법학회, 2015, 164면.

28) 대법원 2012.2.23. 선고 2011두5001 판결.

다. 검토

완전자동 행정행위 역시 강학상 행정행위이며, 행정행위의 하자이론이 적용된다. 완전자동 행정행위의 하자는 인공지능 및 프로그램의 오작동으로 인한 하자와 관계 공무원의 고의 또는 과실이 의도적으로 개입된 하자로 크게 이분화하여 살펴볼 수 있을 것이다.²⁹⁾ 그런데 이와 같은 하자의 종류는 다음 장의 행정쟁송 가능성 및 국가배상책임 여부와 관련하여 적용 법조에 관한 논의를 심화시킬 수는 있을 것이나, 본 검토에서는 어떤 유형의 하자에 속하든 판례 및 중대명백설의 입장에서 그 하자가 중대하고 명백할 경우에 무효사유가 된다고 판단하면 족하다. 다만, 무효와 취소의 구별기준이 상대적이고 유동적이므로 예측가능성과 법적 안정성 보장 등에 관한 시각 차이가 존재한다는 점을 고려하여, 수범자의 예측가능성 및 법적 안정성 도모를 위해 가능한 범위 내 입법을 추진할 수 있을 것이다.³⁰⁾

요컨대, 중대명백설을 취하는 판례에 따라 하자가 중대하고 객관적으

29) Curtis E. A. Karnow는 손해배상책임을 ①간과하여 발생한 손해에 대한 책임(negligence), ②고의로 발생한 손해에 대한 책임(Strict Liability)으로 일반적으로 나누어 볼 수 있다고 언급하면서 새로운 개념의 책임인 ③제3의 손해배상책임(Restatement (Thrid) of Torts)에 대해서 설명한다. 그가 제시한 Restatement (Thrid) of Torts에는 a)자체의 결함으로 인한 손해(manufacturing defect), b)손해를 피할 수 있는 다른 설계에 따르지 않아 발생한 손해(design defect), c)정기적 점검 등 적절한 조치를 하지 않아 발생한 손해(failure to warn)로 세분화할 수 있다.(Curtis E. A. Karnow, *The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence*, Edited by Ryan Calo, A. Michael Froomkin, and Ian Kerr, ROBOT LAW, Edward Elgar Publishing Inc, 2016, p.62-67.) 완전자동 행정행위로 인한 하자 문제를 Curtis E. A. Karnow의 논의에 따라 분류해보면, ③제3의 손해배상책임 영역에 속할 것이다.

30) 배병호(2015:178)는 “무효와 취소의 구별기준이 상대적이며 유동적이므로 예측가능성과 법적안정성 보장 등에 관한 시각 차이가 있다.”고 하면서 “이를 타개하기 위하여 독일처럼 가능한 범위 내에서라도 입법에 의하여 해결하는 것((각주 27) 김남진·김연태, 전게서, 309면; 김남철, 전게서, 216-217면; 김성수, 전게서, 292-293면. 에서 재인용)”에 대해 설명하고 있다. 독일의 경우 연방행정절차법 제44조 제1항에서 행정행위의 흠이 중대하며 모든 객관적인 상황을 고려하여 그것이 명백한 때에는 무효라고 규정하고, 제2항에서는 제1항과 관계없이 무효로 보는 사유를, 그리고 제3항에서는 무효로 인정하지 않는 사유를 규정하고 있다고 하였다(배병호, 전게논문, 178면). 이와 같은 형식을 참조하여 완전자동 행정행위에서의 하자 중 무효 또는 취소인 사유에 대해 규정할 수 있을 것이라 생각한다.

로 명백할 경우에는 무효사유에 해당하고 그 밖의 경우에는 취소사유가 된다고 보면 될 것이다. 또한, 가능한 범위 내에서의 입법을 고려해볼 수 있을 것이다.

2. 국가배상법 제2조 적용가부

가. 배상책임의 성질

1) 국가배상법 제2조의 내용

국가배상법 제2조 제1항은 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가 및 지방자치단체의 손해배상책임에 대하여 규정한다. 동법 제2조 제2항에서는 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에 국가 또는 지방자치단체가 그 공무원에게 구상할 수 있음을 규정하고 있다.

2) 학설

공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상에 대한 국가 등의 배상책임 성질과 관련하여 ①국가배상법 제2조 제1항의 책임은 공무원 개인이 지는 책임을 국가가 대신하여 지는 책임이라고 보는 대위책임설³¹⁾, ②국가가 실질적으로 자신의 행위에 대하여 국가가 직접 책임을 지는 것이라 보는 자기책임설³²⁾, ③공무원의 고의 또는 중과실에 의한 위법행위는 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으나, 공무원의 경과실에 의한 위법행위는 기관행위로서 성질을 인정하지 않을 수 없다는 견해의 절충설³³⁾이 있다.

31) 강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018, 341면.

32) Ibid, 342면.

33) 하명호, 「행정법」, 박영사, 2019, 414면.

3) 판례

판례는 절충설의 입장을 취한다. 다만 이 경우에도 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보일 때에는 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 하여 피해자를 두텁게 보호하고자 한다³⁴⁾고 판시하였다.

나. 배상책임의 요건

1) 국가배상법 제2조 제1항의 요건

공무원이 직무상 불법행위에 대한 국가 및 지방자치단체의 손해배상책임이 성립하기 위하여는 ①공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 함)이 ②직무를 집행하면서 한 행위 ③법령에 위반한 행위 ④고의·과실로 인한 행위 ⑤타인에게 손해를 입힐 것의 요건이 충족되어야 한다(국가배상법 제2조 제1항).³⁵⁾

2) 검토

완전자동 행정행위로 인한 하자에 대하여 국가배상법 제2조 제1항을 적용하여 국가배상책임을 물을 수 있는지 위 요건을 검토하면 다음과 같다. 먼저 ①공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 함)에 해당하는지가 문제가 된다. 완전자동 행정행위의 주체는 인공지능 및 결정의 주체로서의 알고리즘이 될 것인데 인공지능 및 알고리즘을 공무원의 범주에 포함시킬 수 있을지가 문제된다.

판례는 과거 통장³⁶⁾, 교통할아버지봉사원³⁷⁾을 행정주체의 지시나 영향력에 예속된 행정보조인으로 보아 공무원 신분을 가진 자에 국한하지

34) 대법원 1996. 2. 15., 선고, 95다38677, 전원합의체 판결.

35) 김남진·김연태, 「행정법 I」 제23판, 법문사, 2019, 611-631면 참조.

36) 대법원 1991. 7. 9., 선고, 91다5570, 판결.

37) 대법원 2001. 1. 5., 선고, 98다39060, 판결.

않고, 널리 실질적으로 공무에 종사하고 있는 자도 공무원에 해당한다고 보았다. 그리하여 법개정을 통해 종전의 “공무원”을 개정된 국가배상법에서 “공무원 또는 공무를 위탁받은 사인”으로 변경하여 학설과 판례의 입장을 반영하였다.

인공지능 및 자동결정 프로그램을 공무원에 해당한다고 볼 수 있는지와 관련하여 문언상 “공무원 또는 공무를 위탁받은 사인”으로 보기는 어렵다. 위 문언에 해당한다고 보기 위해서는 인공지능의 인격권 인정여부가 선행적으로 논의되어야 할 것이며, 그 전에 국가배상법 제2조에 근거하여 손해배상책임을 묻기는 어려울 것이다.

다만, 개정을 통해 인공지능에 의한 행정행위도 포함된다고 문언에 추가한다면 이후에는 적용됨이 당연하다. 또한, 인공지능 및 자동결정 프로그램에 따른 행정처분에 있어 공무원이 고의 또는 과실로 개입하여 사인에게 손해를 발생시킨 경우라면, 당연히 개입한 자가 공무원이므로 공무원 요건 적용에 아무 문제가 없다. 이 경우, 다른 요건이 충족될 경우 국가배상법 제2조에 따른 국가배상책임을 물을 수 있을 것이다.

3. 국가배상법 제5조 적용가부

가. 국가배상법 제5조의 내용

국가배상법 제5조 제1항은 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 손해배상을 규정하고 있다. 동법 제5조 제2항에서는 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 손해배상책임 규정을 적용할 때, 손해의 원인에 대하여 책임을 지는 자가 따로 있다면 그 자에게 국가나 지방자치단체가 구상할 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 배상책임의 성립요건은 ①영조물, ②설치·관리의 하자, ③타인에 대한 손해의 발생으로 나누어진다.³⁸⁾

나. 학설 및 판례

38) 김남진·김연태, 「행정법 I」 제23판, 법문사, 2019, 649면.

하자의 의미와 관련하여 ①영조물 자체의 물적 하자만을 의미한다는 객관설, ②위험책임 또는 무과실책임이 아니고 하자 발생에 있어 주관적 귀책사유가 있어야 한다는 주관설(의무위반설), ③영조물의 관리주체에게 부과된 위법·무과실책임이라는 위법·무과실책임설³⁹⁾ 등이 있다.

판례는 종래에 객관설을 취하여 왔으나, 최근에는 주관적인 요소를 고려한 판례도 등장하고 있다.⁴⁰⁾ 과거 주관적인 요소를 고려한 판례에 대하여 위법·무과실책임설을 취한 것으로 보기도 하고⁴¹⁾, 객관설을 포기하지 않으면서 예측가능성, 결과회피가능성 결여를 예외사유로 인정한 것이라고 이해⁴²⁾하기도 하였다. 최근 판례는 손해발생의 예견가능성과 회피가능성에 초점을 맞추어 판단한다.⁴³⁾

다. 검토

먼저 ①도로·하천 기타 공공의 영조물 요건과 관련하여 완전자동 행정행위가 영조물 작동에 관여할 경우에만 국가배상법 제5조 제1항이 적용 가능할 것이다. ②설치·관리상의 하자 요건과 관련하여 판례의 입장에 따르면 행정주체에게 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 있는 경우 국가배상법 제5조에 근거한 국가배상책임을 물을 수 있다.

완전자동 행정행위의 경우 인공지능을 활용한 행정행위라는 점에서 사적 기관 담당자의 책임 항목을 공적영역에 활용해볼 수 있을 것이라 생각한다. 비록 사적 영역의 것이기는 하지만, 인공지능을 활용하여 발생하는 책임에 관한 기준을 세웠다는 점에서 공통되기 때문이다. 즉, 예상치 못한 설치·관리상의 하자가 발생하였다는 점은 (1) 전체 코드, (2) 인공지능이 작동된 모든 하드웨어 및 소프트웨어 환경에 대한 설명, (3) 인공

39) 강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018, 356면.

40) 김남진·김연태, 「행정법 I」 제22판, 법문사, 2018, 664면. 객관설을 명백하게 취한 판례로 대법원 1994. 11. 22., 선고, 94다32924, 판결이 있고, 주관적 요소를 고려한 판례로 대법원 2010. 7. 22., 선고, 2010다33354·33361이 있다. (김남진·김연태, 2018:665)

41) 정하중, 국가배상법 제5조의 영조물의 설치·관리에 있어 하자의 의미와 배상책임의 성격, 판례월보 1995/760; 행정판례연구III, 205. (홍준형, 「행정법」 제2판, 법문사, 2017, 725면에서 재인용)

42) 홍준형, 「행정법」 제2판, 법문사, 2017, 725면.

43) 정하중, 「행정법개론」 제12판, 2018, 570면.

지능이 환경에서 어떻게 수행되는지, (4) 인공지능의 안전에 대한 적절한 정보 공개 후 기관은 인공지능 프로그램의 안전을 평가하기 위해 자체 시험을 수행⁴⁴⁾의 내용 증명의 요건을 통해 ‘하자의 존부’를 판단할 수 있을 것이다. 요컨대, 인공지능 및 알고리즘이 그 자체로 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있었다는 점은 위의 앞서 논의한 요건을 통해 증명할 수 있을 것이다. 만약 위 요건을 모두 충족하였다고 증명한다면, 완전자동 행정행위로 인한 손해발생에 대하여 예측가능성과 회피가능성이 없었다는 판단이 가능하다.

4. 그 밖의 구제방법

완전자동 행정행위는 강학상 행정처분으로 볼 수 있기에 처분등에 대하여 제기하는 항고소송을 제기할 수 있다. 하자의 정도가 중대명백하여 무효인 완전자동 행정행위에 대해서는 무효등확인소송을 제기할 수 있으며, 그 밖의 경우 취소소송을 제기하여 위법한 처분의 취소를 구할 수 있다.

또한, 완전자동 행정결정의 하자에 대하여 완전자동 행정결정이 법규명령으로 작용하였을 경우에는 법규명령에 대한 통제방법을 적용하여 다룰 수 있을 것이다. 국회에 의한 통제, 사법적 통제(추상적 규범통제, 구체적 규범통제), 헌법재판소에 의한 통제⁴⁵⁾방법을 생각해볼 수 있다. 이처럼 완전자동 행정결정이 법규명령의 성격을 지닌다고 볼 경우 법규명령에 대한 통제방법을 그대로 적용하면 되므로 본고에서 각 통제방법에

44) 이와 같은 요건은 Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 HARV. J. L. & TECH. 353, 2016, p.397.의 기관담당자의 의무에 대한 다음의 내용을 참고하여 적용해보았다. “... AI systems meet those standards. Companies seeking certification of an AI system would have to disclose all technical information regarding the product, including: (1) the complete source code; (2) a description of all hardware/software environments in which the AI has been tested; (3) how the AI performed in the testing environments; and (4) any other information pertinent to the safety of the AI. After disclosure, the Agency would conduct its own in-house testing to assess the safety of the AI program.”

45) 법규명령으로 인해 기본권이 직접 침해된 경우 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원이 가능하다(헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바80).

대하여 구체적으로 다루지는 않겠다.

V. 완전자동 행정행위의 기능 및 예상되는 헌법상 기본권 문제

1. 긍정적 기능

첫째, 부정부패 방지 및 투명성 확보이다.⁴⁶⁾ 완전자동 행정행위의 경우, 알고리즘과 같은 기계적 연산 방식에 의해 행정행위의 내용이 산출되기 때문에 업무상의 사소한 실수가 줄어들 수 있고, 담당 공무원의 선입견에 의한 (부적절한)결정이 내려지는 것을 예방할 수 있다.⁴⁷⁾ 예컨대 기존 문제되었던 정실주의, 학연 및 지연에 따른 판단이 배제될 수 있고, 보다 객관적인 결정이 가능할 것으로 보인다.

둘째, 자동장치 및 인공지능에 의한 결정은 그 과정이 기록으로 남아 문제가 발생할 경우 환원(feedback)하여 문제점을 분석하기가 용이하다. 따라서 완전자동 행정행위 결정과정의 논리구조의 교정(알고리즘 디버깅)을 통한 개선된 행정산출을 기대할 수 있을 것이다. 물론 인공지능 알고리즘의 복잡성 및 예측 불가능성에 대하여 우려를 표하는 입장도 있는데, 이는 부정적 기능 측면에서 다시 살펴보겠다.

셋째, 인적·물적 자원의 절약을 도모할 수 있다. 즉, 정부의 효율성 증대에 기여할 수 있다.⁴⁸⁾ 기존 공무원이 담당하는 업무를 자동장치, 인공

46) “... the most visible and developed area of AI policy to date involves the capacity of algorithms or trained systems to reflect human values such as fairness, accountability, and transparency (“FAT”).” (Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 3 U. Bologna L. Rev. 180 2018, p.191.) 이러한 점을 살펴볼 때 완전자동 행정행위는 공정성과 투명성 확보라는 긍정적 기능을 할 것이라 생각하였다.

47) Mario Martini/David Nink, a.a.O, S.1. 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 169면에서 재인용.

48) “While AI is not a solution to government problems, it is one powerful tool to increase government efficiency.”(Hila Mehr, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*, Havard Kennedy School ASH CENTER of Democratic Governance and Innovation, August 2017, p.15.) Hila Mehr(2017:15)와 같은 맥락에서 인공지능을 활용한 완

지능에 의해 대체할 수 있기에, 한정된 인력 자원으로 다양한 더 많은 업무를 수행할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 단순 업무 및 대체가능한 기속행위 업무는 인공지능 및 자동장치가 담당하도록 하고, 절약한 잉여 자원을 더 깊이 있는 심의가 필요한 분야에 집중적 지원이 가능하다는 점에서 보다 효율적인 인적·물적 자원의 사용이 가능할 것으로 전망한다.⁵⁰⁾

2. 부정적 기능

첫째, 완전자동 행정행위로 인해 정보보안 및 개인정보보호 문제가 제기될 것이다. 특히 세무행정, 보건의료 행정 등과 관련한 빅데이터 기술은 그 편의성에 주목할 수 있지만, 다른 한편으로 개별적인 인간활동을 확인할 수 있어 사생활 침해 가능성이라는 여지를 남긴다.⁵¹⁾ 이와 같은 문제는 지식정보사회에서의 전자정부 및 정보화와 맞물려 진행되어 왔던 문제로 향후 지능정보사회에도 이와 관련된 이슈는 항상 존재할 것이라 생각한다.

둘째, 인공지능 알고리즘의 복잡성으로 인한 리터러시⁵²⁾ 문제를 양산

전자동 행정행위 역시 정부의 효율성 증대에 기여할 수 있다고 생각한다.

49) “Accelerating artificial intelligence (AI) capabilities will enable automation of some tasks that have long required human labor.” (인공지능의 능력을 가속화하면 오랜 시간의 인력을 필요로 했던 몇 가지 업무의 자동화가 가능해질 것이다.) (Executive Office of the President, *ARTIFICIAL INTELLIGENCE, AUTOMATION, AND THE ECONOMY*, December 2016, p.1.)

50) “In some domains, there are clear advantages to using AI which can be more accurate, faster and cheaper than using humans.” (Tania Sourdin, Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making, 41 U.N.S.W.L.J. 1114 (2018:1132) 이처럼 특정 영역에서 반복적이고 기계적인 판단은 (더 빠르고 정확한) 인공지능에 의한 결정으로 대체될 수 있을 것이다. 이는 특정영역에서의 인적 자원 절약을 가능하게 하고, 대체하기 어려운 분야에서 더 많은 인력을 투입하여 행정의 효율성을 도모할 수 있을 것이다. 물론, 단기적으로 실업 증가 등의 문제가 야기될 수도 있다는 점을 부인하는 것은 아니다.

51) 박훈민, “전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마텍상 검토필요성- 독일과 네덜란드에서의 법제와 논의를 중심으로 한 시론” 『행정법연구』 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 68면.

52) 리터러시(literacy)란 일반적으로 문자화된 기록물을 통해 지식과 정보를 획득하고 이해할 수 있는 능력을 의미한다. 오늘날 디지털 미디어 이용자들의 정보 형태 이해 및 활용할 수 있는 통합적인 리터러시 능력이 강조된다(박은희, 2006). 이러한 흐름의 연장선상에서

할 수 있다. 긍정적 기능 부분에서 알고리즘의 구조를 환원하여 살펴볼 수 있어 문제점을 분석하기 용이하다고 설명한 바 있다. 즉, 완전자동 행정행위 결정과정의 논리구조를 새롭게 교정(알고리즘 디버깅)할 수 있다고 하였다. 그러나 내재된 오류가 존재하거나 그로 인한 편향된 판단이 지속될 경우, 불공정한 판단 문제에 더하여 그 규모가 과거와 비교할 수 없을 정도로 커질 수 있다는 문제가 있다.⁵³⁾ 또, 알고리즘에 대한 이해 및 활용 능력이 부족하거나 예상치 못한 기술적 문제에 직면할 경우 알고리즘 자체의 복잡성으로 말미암아 그 원인을 쉽게 찾지 못할 수도 있다. 즉, 알고리즘 리터러시의 문제로 사후 개선이 더욱 복잡하고 어려울 것이다. 심지어 완전자동 행정행위의 당사자가 피해여부를 인지하지 못한 채 불합리를 수용할 수밖에 없는 상황에 처할 수도 있다는 문제점도 제기된다.

셋째, 입법적 미비로 인한 문제들이 존재한다. 인공지능 및 알고리즘을 통한 완전자동 행정행위를 적용할 경우, 윤리, 인공지능 통제 문제, 책임 귀속 문제, 인공지능이 사인의 프라이버시를 침해할 경우의 문제가 존재할 것이다.⁵⁴⁾ 완전자동 행정행위 도입 전 이러한 문제들을 예상하고, 이에 대한 입법적 방안을 검토하는 작업이 필요할 것이다.

인공지능 알고리즘에 대한 구조 이해, 활용 능력 등을 갖추었는지가 문제된다는 점을 설명하기 위해 ‘인공지능 알고리즘’이라는 용어와 함께 ‘리터러시’라는 개념을 사용하였다. ‘알고리즘 리터러시’ 용어는 AI 알고리즘의 복잡성 설명과 관련하여 이원태, “4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립”, 「KISDI Premium Report (4차 산업혁명 기획시리즈)」, 2017:29에서 언급된 바 있다.

- 53) 다음은 필자의 논지와 같다. “Although accurate AI systems can reduce or eliminate human bias in decision-making, it is also possible that data-intensive applications are affected by potential bias, as both deterministic and machine learning AI uses data input to extract further information (analytics) or create and train ML models.” (Alessandro Mantelero, *Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108) Report on Artificial Intelligence Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe, Strasbourg, 25 January 2019, p.9.)
- 54) 일본정부의 G7 인공지능 연구개발 8원칙을 참조하여 예상되는 완전자동 행정행위로 인한 문제점을 생각해보았다. 일본 정부의 G7 인공지능 연구개발 8원칙은 다음과 같다. 1. Principle of Transparency, 2. Principle of User Assistance, 3. Principle of Controllability, 4. Principle of Security, 5. Principle of Safety, 6. Principle of Privacy, 7. Principle of Ethics, 8. Principle of Accountability (Draft AI R&D GUIDELINES for International Discussions, www.soumu.go.jp)

3. 예상되는 헌법상 기본권 문제

완전자동 행정행위는 ①부정부패 방지 및 투명성 확보, ②환원하여 문제점 분석 가능, ③인적·물적 자원의 절약을 가능하게 하는 긍정적 기능을 할 것이다. 한편, ①정보보안 및 개인정보보호 문제, ②알고리즘 리더시 문제 ③입법적 미비 등의 문제도 지니고 있다. 특히 부정적 측면과 관련하여 제기되는 헌법상 기본권 문제를 살펴보면 다음과 같다.

가. 개인정보자기결정권 문제

개인정보자기결정권이란 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.⁵⁵⁾ 헌법재판소는 헌법 제10조와 제17조에서 개인정보자기결정권의 근거를 찾고 있다고 하였다,⁵⁶⁾ 개인정보자기결정권은 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보로, 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지를 포함한다.⁵⁷⁾ 인공지능을 활용한 완전자동 행정행위를 함에 있어 그 기저의 정보 수집 및 관리가 중요할 것이다. 가령, 기존 정부에 제공되어 있는 국민의 동의를 얻은 정보라면 다소 문제의 소지가 적을 수 있으나, 동의하지 않은 정보 또는 외부 정보가 함께 정부에 의해 수집될 때 정보이동의 문제도 있다. 또, 동의가 선행되지 않은 정보의 수집 및 외부로부터 수집된 정보, 부정확한 정보의 활용을 통한 행정행위는 더 큰 문제를 야기할 수 있다.⁵⁸⁾

55) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513,2004헌마190(병합)

56) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282,425(병합)

57) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513,2004헌마190(병합)

58) “자동결정은 교육, 고용, 헬스케어, 신용, 정부서비스에 영향을 미친다. 특히 사람들은 정보와 알고리즘, 특히 정신건강과 관련된 오류와 편견이라는 취약한 상태에 놓일 수 있다 (Automated decisions impact everyone, occurring routinely in education, employment, health care, credit, and government services. …However, people are vulnerable to errors and biases in the underlying data and algorithms, especially those with mental illness).” (Scott Monteith & Tasha Glenn, *Automated Decision-Making and Big Data: Concerns for People With Mental Illness*, Current Psychiatry Reports; Vol. 18 Issue 12, Dec2016, p111.) 또, 민감한 정보(인종, 성별, 가족사항)를 활용하는 결정으로부터 발생하는 차별 취급 문제를 야

따라서, 완전자동 행정행위를 시행함에 있어서도 사인의 동의를 구하는 절차가 선행되어야 할 것이며, 공권력 작용으로 헌법상 보장된 국민의 기본권이 침해되지 않도록 사전적·절차적 보호가 선행, 제정되어야 할 것이다. 나아가, 새로운 법령에서 (개인)정보자기결정권의 보호, 개인의 동의나 법적 근거에 따른 인공지능의 개인정보의 수집 범위와 유형, 처리원칙, 해당 개인정보제공자의 각종 권리(인공지능에 대한 개인정보 허용 및 이동, 개인정보 동의철회권, 인공지능이 소지한 개인정보삭제권 등), 인공지능 알고리즘의 권한과 지위를 규정할 필요⁵⁹⁾가 있다.

나. 알권리 문제

알권리란 의사형성을 위하여 정보에 접근하여 수집하고 처리할 수 있는 자유를 말한다.⁶⁰⁾ 우리 헌법에는 알권리에 관한 명문 규정이 없으나 1996년 공공기관의 정보공개에 관한 법률이 제정되어 국민의 알권리를 법률적 차원에서 보호하고 있다. 알권리는 일반적으로 접근 가능한 정보 원에의 접근을 방해받지 아니할 권리와 정부가 보유·관리하는 정보에 대한 공개청구권을 그 내용으로 하는바, 어느 경우든 정보 자체의 존재를 전제로 한다.⁶¹⁾ 헌법재판소는 알권리의 헌법적 근거와 관련하여, 사상이나 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는 바, 이는 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 알권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으므로 표현의 자유에 당연히 포

기할 수 있다. “However, such analysis can also create valid concerns about differential treatment of individuals or harmful impacts on vulnerable communities. These concerns can be amplified when automated decision-making uses sensitive data(such as race, gender, or familial status), impacts protected classes, or affects individuals’ eligibility for housing, employment, or other core services.” (Lauren Smith, “Unfairness By Algorithm: Distilling the Harms of Automated Decision-Making”, Future of privacy forum, December, 2017, p.1.)

59) Hila Mehr, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*, Havard Kennedy School ASH CENTER of Democratic Governance and Innovation, August 2017, p.13 및 김일환, “憲法上 私生活關聯自由의 改正方向과 內容에 한 考察”, 「헌법학연구」 제12권 제4호, 2006, 163면의 내용을 참고하여 필자가 위 논의를 지능정보사회의 완전자동 행정행위에 적용해보았다.

60) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌바107.

61) 헌법재판소 2013. 10. 1. 선고 2013헌마631.

함된다⁶²⁾고 하였다. 2018년 전문 공개된 헌법개정안 제22조에는 알권리가 헌법적 기본권으로 명시되기도 하였는데, 이는 지능정보사회에서의 알권리 문제의 중요성을 방증하는 것이 아닐까 생각하는 바이다.⁶³⁾

요컨대, 개정안에서는 정보화사회에서의 정보기본권을 보장하고자 하였는데, 이는 시대의 흐름을 반영한 개정이라고 생각한다. 이와 같은 흐름의 연장선상에서 향후 인공지능의 알고리즘의 권한과 지위, 인공지능의 정보 처리 권한 등의 규정 등까지도 기대해본다.

다. 그 밖에 문제되는 헌법상 권리

그 밖에 문제되는 헌법상 권리를 살펴보면 사생활의 비밀과 자유의 제한(헌법 제17조), 인격권(헌법 제10조) 등이 있다. 완전자동 행정행위로 행정절차상 통지 및 공고절차가 이루어질 경우, 사전에 사인의 동의를 받았다고 하더라도 오류로 인한 개인의 사생활의 비밀 및 자유의 제한 문제가 발생할 수 있다.⁶⁴⁾ 앞서 살펴본 개인정보자기결정권 문제와 함께 헌법 제17조 사생활의 비밀 및 자유에 관한 기본권 침해 문제를 배제하기 어려울 것이라 생각한다.

62) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌바258.

63) 개정안의 개정이유에서는 다음과 같이 설명한다. “정보화사회로 빠르게 진전되고 있는 현실을 고려하여 알권리 및 자기정보통제권을 명시적으로 확실히 함으로써 이에 대한 보장을 강화하고, 정보기본권 보장을 위한 핵심적인 사항으로서 정보의 독점과 격차로 인한 폐해에 대해서는 국가가 예방 및 시정을 위해 노력하도록 한다.” (大韓民國憲法 개정안, <http://www.president.go.kr>)

64) 인공지능을 활용하는 완전자동 행정행위는 사생활 비밀의 자유에 관한 문제 야기할 수 있다. “AI raises questions around privacy, the accelerating pace and adoption of digital tools, and whether humans can keep pace with the rate of automation overtime.” (Hila Mehr, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*, Havard Kennedy School ASH CENTER of Democratic Governance and Innovation, August 2017, p.15.)

VI. 결론

1. 의의 및 한계

완전자동 행정행위와 관련한 선행연구에서는 주로 독일의 연방행정절차법의 내용을 소개하고 있다. 본고에서는 우선적으로 선행연구에서 언급되는 여러 개념들을 정리하고, 기존 완전자동 행정행위에 대한 논의를 정리하는 가운데, 미래 우리 사회에서의 완전자동 행정행위가 적용될 경우에 대한 고민을 담고자 하였다. 그 과정에서 보다 다양한 외국 문헌을 통해 향후 개괄적인 방향성에 대해서도 함께 모색해보고자 하였다.

다만, 본고에서 많은 내용을 개괄적으로 언급하고 있어, 다소 추상적이고, 분야별 심도 있는 분석이 부족한 점이 한계로 남는다. 향후 분야별 깊이가 있는 연구를 진행하여 현재의 부족한 논의를 보완하고자 한다.

2. 요약 및 제언

지능정보사회와 완전자동 행정행위의 의미, 완전자동 행정행위의 법적 성질 및 구제방법, 예상되는 헌법상 기본권 문제에 대하여 살펴보았다. 완전자동 행정행위는 인공지능을 활용한 행정행위로 인간의 개입 없이 스스로 결정 가능하다는 점에서 이전의 자동적 행정행위 개념과 구별된다. 또, 재량행위에 적용할 수 있는지에 대한 문제는 기술의 문제일 뿐, 기속행위에 한정될 그 외의 이유는 없다. 완전자동 행정행위로 인한 하자는 국가배상법 제2조 및 제5조에 의해 배상책임이 인정될 수 있는데, 그 요건에 관하여 문언 해석 및 관련 연구를 통해 살펴보았다.

완전자동 행정행위는 ①부정부패 방지 및 투명성 확보, ②환원하여 문제점 분석 가능, ③인적·물적 자원의 절약을 가능하게 하는 긍정적 기능을 할 것이다. 한편, ①정보보안 및 개인정보보호 문제, ②알고리즘 리터러시 문제 ③입법적 미비 등의 문제도 지니고 있다. 특히 부정적 측면과

관련하여 개인정보자기결정권, 알권리, 사생활의 비밀과 자유의 제한, 인격권 등의 헌법상 기본권이 문제된다. 이는 법령 개정을 통하여 부정적 측면의 우려를 일부 사전적·선제적으로 해결할 수 있고, 국가배상법의 일부 개정 등을 통해 사후적으로 해결할 수 있을 것이다. 예상되는 문제와 예방책에 대한 논의가 향후 완전자동 행정행위의 안착에 중요한 요인이 된다고 생각하는 바, 부정적 측면을 최소화하고 긍정적 기능을 부각시킬 수 있는 지속적인 연구가 필요할 것이다.

(논문투고일: 2019.05.27, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 홍민정 · 강현호

지능정보사회, 인공지능, 완전자동 행정행위, 완전자동 행정결정, 국가배상

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018.
- 김남진·김연태, 「행정법(I)」 제23판, 법문사, 2019.
- 김남진·김연태, 「행정법(I)」 제22판, 법문사, 2018.
- 김중권, 「행정법」, 법문사, 2016.
- 김철용, 「행정법」, 고시계사, 2016.
- 정하중, 「행정법개론」 제12판, 박영사, 2018.
- 정형근, 「행정법」 제6판, 피앤씨미디어, 2018.
- 하명호, 「행정법」, 박영사, 2019.
- 홍준형, 「행정법」 제2판, 법문사, 2017.

II. 논문

- 김일환, “지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰”, 「세계헌법연구」 제15권 2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.
- 김일환, “정보사회에서 기본권제한 개념의 확대 필요성에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003.
- 김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법개정의 필요성과 한계에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2010.
- 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 「법조」 제66권 제3호, 법조협회, 2017.
- 김중권, “인공지능시스템에 의한 행정행위가 허용되는가?” 「법제」, 법제처, 2016.
- 김중권, “행정자동결정(자동적 행정행위)의 실체적 문제점에 관한 소고”, 「공법연구」 제28권 제4호 제2권, 한국공법학회, 2000.
- 박훈민, “전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마틱상 검토필요성 - 독일과 네덜란드에서의 법제와 논의를 중심으로 한 시론” 「행정

- 법연구」 제52호, 행정법이론실무학회, 2018.
- 배병호, “도시계획시설사업 실시계획 인가처분의 무효사유와 명백성 인
정기준”, 「행정법학」 제9호, 한국행정법학회, 2015.
- 심우민, “「지능정보사회 중장기 종합대책」의 의미와 입법과제”, 「이슈와
논점」 제1249호, 국회입법조사처, 2017,
- 이재훈, “4차 산업혁명 시대에 독일 연방 행정절차법의 최근 동향-
전자동화 설비를 통한 행정행위의 발령과 이에 대한 법제화”,
「LEGISLATIVE ISSUE BRIEF」 vol.21, 한국법제연구원, 2017.
- 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구- 독일 연방행정절차법 제35조
의a를 중심으로”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 성균관대학교 법
학연구원, 2017.
- 이원태, “4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립”, 「KISDI Premium
Report (4차 산업혁명 기획시리즈)」, 정보통신정책연구원, 2017.
- 허성욱, “5G 법 정책의 지향점”, 「한국정보법학회 정기세미나 발표자료」,
한국정보법학회, 2018.
- 한국정보화진흥원(NIA), 「4차 산업혁명, 대한민국의 미래를 찾다」, 한국
정보화진흥원, 2018.

Ⅲ. 외국 문헌

- Alessandro Mantelero, *Consultative Committee of the Convention
for the Protection of Individuals with Regard to Automatic
Processing of Personal Data (Convention 108) Report on
Artificial Intelligence Artificial Intelligence and Data
Protection: Challenges and Possible Remedies*, Directorate
General of Human Rights and Rule of Law, Council of
Europe, Strasbourg, 25 January 2019.
- Scott Monteith & Tasha Glenn, *Automated Decision-Making and Big
Data: Concerns for People With Mental Illness*, Current
Psychiatry Reports; Vol. 18 Issue 12, Dec 2016.
- Curtis E. A. Karnow, *The application of traditional tort theory to*

- embodied machine intelligence*, Edited by Ryan Calo, A. Michael Froomkin, and Ian Kerr, ROBOT LAW, Edward Elgar Publishing Inc, 2016.
- Daniel Ben-Ari; Yael Frish; Adam Lazovski; Uriel Eldan; Dov Greenbaum, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, 23Rich. J.L. & Tech. 2, 2017.
- Hila Mehr, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*, Havard Kennedy School ASH CENTER of Democratic Governance and Innovation, August 2017.
- Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 HARV. J. L. & TECH. 353, 2016.
- Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 3 U. Bologna L. Rev. 180 2018.
- Tania Sourdin, *Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, 41 U.N.S.W.L.J. 1114, 2018.
- Executive Office of the President, *ARTIFICIAL INTELLIGENCE, AUTOMATION, AND THE ECONOMY*, December 2016. <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Artificial-Intelligence-Automation-Economy>
- Draft AI R&D GUIDELINES for International Discussions, The Conference toward AI Network Society, 28 July 2017. http://www.soumu.go.jp/main_content/000507517.pdf
- Lauren Smith, “Unfairness By Algorithm: Distilling the Harms of Automated Decision-Making”, Future of privacy forum, December, 2017.
- Jaliz Maldonado, “New in Artificial Technology, Ethics, and the Practice of Law”, Published on The National Law Review, Tuesday, August 7, 2018. <https://www.natlawreview.com/article/new-artificial-technolo>

gy-ethics-and-practice-law

IV. 그 외 자료

관계부처합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책,
2017.

大韓民國憲法 개정안, <http://www.president.go.kr>

미래창조과학부, 미래창조과학부 보도자료 2016.08.09.

Abstract

Fully Automated Administrative Act in Intelligent Information Society

Hong, Min Jeong

Kang, Hyun Ho

Intelligence information society portrays a future society where automation control that surpasses the limitation of human ability is universalized via intelligent information technology including artificial intelligence, robots, and the Internet of Things. The entry into the intelligence information society involves changes not only in one's private life but also in the public domain; therefore, the discussion over the possibility of fully automated administrative act by artificial intelligence and algorithms should be presented at this stage.

Fully automated administrative act can be regarded as an administrative disposition since it can be considered that the administrative office has recognized and granted permission over the administrative act by artificial intelligence. In addition, the automatic decision that made fully automated administrative act can be regarded as an administrative rule which can be a standard of an administrative disposition or legal order if it publicly binds the people or the court. Despite the view that the subject of such fully automated administrative decisions should be limited to ministerial act given the original intent of discretionary act to promote administrative decisions with concrete validity, it is not necessary to deny decisions made by artificial intelligence and algorithms that can make concrete validity in

principle.

It is reasonable to assume that even fully automated administrative act may be invalid if the administrative disposition is significant and clear in accordance with the theory of importance and clearance; otherwise, it will be canceled. In the case of Article 2 of the State Compensation Act in relation to whether the State is liable for compensation, the artificial intelligence is not considered as public officials but there is room for its inclusion in Article 2 in the future with legislative improvements. The application of Article 5 of the state compensation act may be held responsible for defects caused by malfunctions in artificial intelligence and programs.

The positive roles of fully automated administrative act are ①corruption prevention and transparency, ②problem analysis via restoration and ③ human and material resource saving. However, on the other hand, there are negative sides as well, such as ①information security and privacy issues, ② algorithm literacy issues and ③absence of related laws. In this regard, constitutional basic rights including personal information control right, right to know, the secret of private life and limitation of freedom and personal rights can arise as problematic issues. We believe that the aforementioned problems can be minimized through a preventative measure with statute revision and post-settlement with the State Compensation Act revision. We anticipate the settling of fully automated administrative act in the future society through continuous discussions on preventing infringement of basic rights.



▶ Hong, Min Jeong • Kang, Hyun Ho

Fully Automated Administrative Act, Automatic Decision Making, Intelligent Information Society, Artificial Intelligent, Compensation Liability

민법상 위험책임의 해석과 동적 체계론(Flexible System)의 역할에 대한 고찰

이 승 현*

【목 차】

I. 서 설	III. 동적 체계론의 이론적 발전
II. 동적 체계론에 대한 학설과 실무 의 동향 및 평가	1. Franz Bydliniski의 동적 체계론
1. 학 설	2. Helmut Koziol의 위험책임 구상 및 동적 체계론과의 관계
2. 실무의 동향 및 평가	IV. 검 토
	V. 결 어

【국 문 요 약】

독일을 비롯한 오스트리아의 경우, 위험책임에 대한 해석론 전개에 동적 체계론(Flexible System)이 많은 영향을 미치고 있다. 즉 각 특별법에서 위험책임의 공통적인 일반원칙을 발견하고 이에 기초해서 위험책임의 유추해석을 주장한 Helmut Koziol의 구상은 해석론상 동적 체계론에 의해서 뒷받침되며, 그의 구상에 많은 영향을 받은 오스트리아 대법원(Oberster Gerichtshof) 판결 중 위험책임을 판단한 부분에서도 동적 체

* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원 · 법학박사.

** 본 논문의 심사를 통하여 따끔한 지적과 주옥같은 가르침을 주신 익명의 심사위원님들께 고개 숙여 깊이 감사드리는 바이다. 아울러 익명의 심사위원님들의 수정요구사항을 전부 반영하여 본 논문을 수정 및 보완하려고 최대한 노력하였으나, 필자의 능력 부족으로 수정요구 사항을 제대로 반영하지 못한 부분에 대해서는 익명의 심사위원님들께 널리 양해를 구하고자 한다.

계론이 기능한다. 나아가 이러한 이론적·실무적 성과가 최근 오스트리아에서 위험책임에 대한 일반규정을 자국의 민법전에 입법화하려는 움직임으로 결실을 맺었다. 따라서 오스트리아에서는 위험책임에 대한 해석론을 널리 전개하기 위하여, 그리고 만약 민법전에 위험책임의 일반규정의 입법이 실현된다면 보다 실효성 있는 운용에 활용하기 위하여 동적 체계론이 중요한 역할을 담당한다고 볼 수 있다. 이러한 상황은 독일에 서도 기본적으로 동일하다.

물론 각국의 법상황이 완전히 동일하지 않은 이상 이러한 영향이 우리 민법에 동일한 정도로 미친다고 볼 수는 없다. 그러나 독일을 비롯한 오스트리아의 기초적 법상황은 과실책임의 원칙을 기본원리로 삼고 자국의 민법전에 위험책임에 대한 일반규정을 두지 않은 점에서 우리나라와 동일하므로, 동적 체계론을 고찰하는 것은 우리민법상 위험책임에 대한 해석론 전개에 보다 폭넓은 논의의 장을 마련하는 계기가 될 수 있다. 그리고 향후 이루어질 불법행위법의 개정 논의 중 위험책임의 일반규정을 민법전에 도입할지 여부와 관련하여 참고할 수 있는 해석론으로서의 가치가 있을 것이다. 나아가 이러한 고찰을 계기로 위험책임뿐만 아니라 손해배상법이나 불법행위법에도 새로운 이론적 전개가 이루어질 가능성이 있다.

이에 따라 본고에서는 최근까지 독일을 비롯한 오스트리아에서 전개된 동적 체계론에 대한 학설과 실무의 동향 및 평가를 살펴보고, 이를 기초로 위험책임의 해석과 동적 체계론의 관계를 분석하였다. 그리고 이를 통하여 동적 체계론이 우리민법상 위험책임에 대한 해석론 전개에 어떠한 의의를 가지며 어떠한 역할을 수행할 수 있는지, 나아가서는 향후 우리민법전에 위험책임의 일반규정의 도입을 위한 입법론 제시에 어떠한 시사점을 제공할 수 있는지를 미력하나마 밝혀 보았다.

I. 서 설

우리민법상 무과실책임을 인정하는 근거가 무엇인지에 대하여 세부적

인 내용에서는 학설상 견해의 대립이 있지만, 일반적 견해는 그 근거를 위험책임(Gefährdungshaftung)에 두고 있다.¹⁾ 그러나 오늘날 불법행위법상 위험책임의 법적 지위를 어떻게 규명할 것인가에 대해서는 과실책임의 원칙과의 관계와 관련하여 견해가 통일되어 있지 않다.²⁾ 이는 우리

1) 무과실책임의 근거를 설명하는 방법에는 이익을 얻는 과정에서 타인에게 손해를 주었다면 그 이익에서 배상하게 하는 것이 공평하다는 보상책임설과 위험한 시설의 관리자는 그것으로부터 생긴 손해에 대해서 책임을 져야 한다는 위험책임설 등이 있을 수 있지만, 우리나라의 학설은 위험책임설을 취하는 견해(김주수, 채권각론, 제2판, 삼성사, 1997, 604면; 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007, 748면; 지원림, 민법강의, 제16판, 홍문사, 2019, 1686면 이하), 민법 제756조는 보상책임 원리로, 제758조는 위험책임 원리로 설명하는 것처럼 양 설을 종합해서 다원적으로 설명하는 견해(김중환, 채권각론, 박영사, 1988, 447면; 황적인, 현대민법론IV[채권각론], 증보판, 박영사, 1987, 366면)로 나누어져 있으므로, 결국 위험책임이 무과실책임의 근거가 되는 점에는 학설상 이견이 없다. 참고로 일본의 경우에도 무과실책임의 근거로 보상책임설과 위험책임설을 언급하고 있다(예컨대 我妻榮, 事務管理・不当利得・不法行為, 新法学全集 10卷, 日本評論社, 昭和12年(1937年), 97頁, 加藤一郎, 不法行為, [増補版], 法律学全集 22-II卷, 有斐閣, 昭和49年(1974年), 19-20頁, 窪田充見, 不法行為-民法を学ぶ, 有斐閣, 平成19年(2007年), 9-10頁, 潮見佳男, 不法行為法I, 第2版, 信山社, 平成23年(2011年), 6頁, 藤岡康宏, 民法講義V 不法行為法, 信山社, 平成25年(2013年), 9頁, 平野裕之, 民法總合VI 不法行為法, 第3版, 信山社, 平成25年(2013年), 10頁 주21, 吉村良一, 不法行為法, 第5版, 有斐閣, 平成29年(2017年), 14頁 등 참조).

2) 즉 위험책임을 과실책임에 대한 예외적·보충적 책임으로 볼 것인지, 그렇지 않으면 과실책임과 대등하고 병렬적 지위를 가지는 독자적인 책임원칙으로 볼 것인지에 대하여 견해가 대립하며(전자의 입장을 취하는 견해로 박윤직, 채권각론, 신정(수정판), 박영사, 2000, 467면; 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제10판, 법문사, 2019, 782면; 송덕수, 채권법각론, 제4판, 박영사, 2019, 499면 등 참조. 후자의 입장을 취하는 견해로 이재우, “위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제”, 강원법학 제43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 545면 참조), 이러한 견해의 대립상은 특별법을 통하여 위험책임을 인정할 것인지, 민법전에 위험책임에 대한 일반규정을 신설할 것인지, 기존의 민법 규정에 기초하여 해석을 통해서 위험책임을 일반규정에 가까운 형태로 확장할 것인지 등에 대하여 국내의 학설 및 각국의 입법례의 비통일성을 초래하게 되었다. 이에 대하여 우리나라의 학설은 민법이든 특별법이든 무과실책임의 성립요건으로서의 일반규정을 마련해야 한다는 입법론을 주장하는 견해(김형배, “불법행위법 개정안 : 위험책임”, 민사법학 제15호, 한국민사법학회, 1997, 179면)가 있지만, 이에 대해서는 판단기준의 모호함으로 인하여 예측가능성의 확보가 어려워질 수 있는 문제점이 있으므로, 이러한 문제점은 시행령 등으로 보충하는 방법을 모색해야 한다는 견해(서광민, 민법주해 XVIII권, 채권(11) (편집대표 박윤직), 박영사, 2005, 148면; 박동진, 주식민법, 제4판, 채권각칙(6)(편집대표 김용담), 한국사법행정학회, 2016, 99면), 위험책임의 개념을 물건 또는 활동에 있어 내재하고 있는 위험이 실현되어 발생하는 손해에 대한 무과실책임을 의미하는 협의의 위험책임으로 엄격하게 제한하는 것을 전제로 위험책임의 일반규정을 도입해야 하며, 그 밖의 확대된 위험책임이나 인과관계 추정책임에

민법의 제정에 적지 않은 영향을 준 주요 국가의 법상황도 마찬가지이다.³⁾ 이 중에서도 특히 우리나라와 같이 과실책임의 원칙을 기본원리로 삼아서 위험책임에 대한 일반규정을 민법전에 두지 않은 일본, 독일 등에서 과실책임의 원칙과의 관계와 관련하여 위험책임의 지위에 대한 재검토를 시도하는 견해가 예전부터 꾸준히 주장되어 왔다.⁴⁾ 나아가 이러

해당되는 사안은 특별법에 의해서 개별적으로 규율해야 한다는 견해(이제우, 전게 “위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제”, 515면 이하), 무과실 내지 위험책임이 인정되기 위한 보편적 요건에 대한 광범위한 합의가 이루어지지 않는 한 일반적 무과실책임규정은 일반적 행위의 자유에 대한 위협이 될 수 있으므로, 아직은 특별한 법규정이 있는 경우에 한하여 무과실 내지 위험책임이 인정될 수 있다고 하는 것이 현실적인 접근방법이라는 견해(안춘수, 불법행위·부당이득·사무관리, 동방문화사, 2018, 15면) 등이 주장되었다. 한편 협의의 위험책임, 확대된 위험책임, 인과관계 추정책임(강화된 위험책임) 등 위험책임의 유형에 대한 설명으로 이제우, “우리 민사법상 위험책임에서의 손해배상범위에 관한 비판적 고찰”, 민사법학 제70호, 한국민사법학회, 2015, 271면 이하, 윤용석, “위험책임분야의 민법개정안의견서에 관한 일고”, 법학연구, 제41권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2000, 334면 이하, 강봉석, “위험책임과 일반조항”, 법학논집 제5권 제1호(법학과 창립 50주년 기념호), 이화여자대학교 법학연구소, 2000, 74면 이하 등을 참조.

- 3) 예컨대 일본의 경우에 학설은 무과실책임(위험책임)을 과실책임의 예외로 이해하는 견해(潮見佳男, 전게 不法行為法I, 5頁; 前田陽一, 債權各論II, 第3版, 弘文堂, 平成29年(2017年), 6頁; 大村敦志, 新基本民法 6 不法行為編, 有斐閣, 平成28年(2016年), 22-23頁(다만 특수한 불법행위와 관련하여 주장된 견해이다)), 무과실책임(위험책임)을 과실책임과 대등한 책임원리로 이해하는 견해(橋本佳幸·大久保邦彦·小池泰, 전게 民法V 事務管理·不当利得·不法行為, 250頁[橋本佳幸 집필 부분]), 특별법을 뒷받침하는 이해의 가능성을 제시하는 견해(藤岡康宏, 전게 民法講義V 不法行為法, 13頁은 我妻榮의 입장을 받아들여서 무과실책임을 특별법에 맡긴다고 하는 것이 전통적인 불법행위 이론의 입장이라고 한 후 이러한 해석에 의하여 발생하는 문제를 지적한다) 등으로 나누어져 있다. 참고로 일본민법상 무과실책임론의 전개에 대하여 浦川道太郎, “無過失責任”, 民法講座6(編集代表 星野英一), 有斐閣, 昭和60年(1985年), 191頁 이하 참조.

- 4) 예컨대 최근 일본에서는 독일의 위험책임론을 참고하여 해석론에서 위험책임의 폭 넓은 전개를 지향하는 해석론의 일환으로 위험책임의 법적 지위를 과실책임과 어깨를 나란히 하는 책임원리로 설정하고 위험책임의 관점에서 무과실책임을 재구성하는 해석론이 유력하게 주장되고 있다(橋本佳幸·大久保邦彦·小池泰, 전게 民法V 事務管理·不当利得·不法行為, 有斐閣, 平成22年(2010年), 249-250頁[橋本佳幸 집필 부분] 및 橋本佳幸, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697-711, (編集代表 大村敦志·道垣内弘人·山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年), 267頁 참조. 이 구상의 토대가 된 橋本佳幸, “環境危険責任の基本構造-公害無過失責任の再構築へ向けて-”, 責任法の多元的構造, 有斐閣, 平成18年(2006年)도 참조). 그리고 이와 관련하여 中原太郎, “過失責任と無過失責任-無過失責任論に関する現状分析及理論的整序の試み”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商

한 견해를 기초로 자국의 민법전에 위험책임의 일반규정의 입법화를 시도하려는 움직임도 나타나고 있다.⁵⁾ 이러한 외국의 법상황은 장래에 우리나라의 불법행위법에 대한 개정 논의에서도 충분히 발생할 수 있으므로⁶⁾, 이와 관련된 외국의 입법례 중 일본과 독일 등에서의 논의 내지 법

事法務, 2015, 33頁 이하는 민법전에 규정된 특수 불법행위 등도 포함한 무과실책임에 대해서 각각의 책임귀속 구조에 대응한 틀을 설정하여 무과실책임을 재구성하는 것을 목표로 삼고 논의를 진행한다.

- 5) 이에 대한 소개로 이승현, “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 성균관법학 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2018, 179면 이하, 서광민 · 김진현, “위험책임으로서의 무과실책임에 관한 비교법적 연구”, 강원법학 제3권, 강원대학교 비교법학연구소, 1987, 48면 이하, 김상중, “한국의 위험책임 현황과 입법 논의 : 유럽의 논의와 경향을 바탕으로”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011, 174면 이하, 浦川道太郎, “危険責任の一般条項-各国民法典における動向”, 民法の未来(野村豊弘先生古稀記念論文集), 商事法務, 2014, 231頁 이하, 민법개정연구회안 제670조(民法改正研究会 編(加藤雅信 代表), 法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学会有志案, 日本評論社, 平成21年(2009年), 231頁), 潮見佳男, “立法のベースライン”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商事法務, 2015, 12-13頁 등 참조.
- 6) 현대사회는 산업화의 가속화로 이른바 ‘현대형 불법행위’로 인한 권리침해가 점차 늘어나고 있으며, 이에 따라 일반불법행위법에 의거한 권리 보호가 적절하게 이루어지지 못하는 경우가 많다. 이와 같은 법의 흠결을 보완하기 위하여 우리나라에서는 새로운 특별법(우리나라의 경우에 위험책임을 규정한 특별법에 대한 소개로 이승현, 전제 “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 182면 참조) 이 제정되거나 존재하는 법규가 현실의 필요에 맞게 개정(예컨대 상법의 개정을 통한 제6편(항공운송)의 신설을 들 수 있다. 이에 대한 자세한 논의는 이제우, 전제 “위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제”, 529면 이하 참조)되기도 한다. 그러나 위험책임을 규정한 특별법만으로는 현대형 불법행위에 제대로 대처할 수 없다. 이러한 문제를 해결방안으로 제시된 것이 바로 위험책임에 있어서의 일반규정의 도입이며, 그 취지는 입법자의 결단을 기다리지 않고도 현대사회에서 발생하는 다양한 권리침해를 신속하고 유연하게 규율하자는 데에 있다. 그럼에도 불구하고 위험을 요건으로 하는 일반규정을 도입하는 데 있어서는 책임의 근거로서 위험이란 개념의 정립이 필요할 뿐만 아니라 위험원의 구체화(어떤 물건 또는 활동을 위험원으로 인정할 수 있는가의 문제)와 위험성의 차등화(어느 수준의 위험부터 고도의 위험이 되는지의 문제)에 대한 이론적 내지 실무적 판단이 어려우므로, 현재까지 위험책임의 일반규정이 우리민법전에 도입되지 않았다. 그러나 위험책임에 대한 일반규정이 없는 우리나라를 비롯한 독일, 일본에서도 여전히 위험책임의 일반규정 도입을 위한 불법행위법의 개정에 대하여 꾸준히 논의되고 있으며, 실제로 몇몇 국가(예컨대 네덜란드, 러시아 연방 등)에서는 위험책임의 일반규정을 자국의 민법전에 입법하여 적용하는 경우가 있다(이에 대한 자세한 소개는 이승현, 전제 “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 184면 이하 참조). 전술한 위험책임의 일반규정을 민법전에 도입하는지 여부에 대한 우리나라를 비롯한 여러 외국의 동향에 비추어 보면, 장

상황을 예의주시할 필요가 있음은 이미 필자의 선행 연구논문에서 밝힌 바 있다.⁷⁾

한편 본고에서 주목하는 주요 국가 중 독일을 비롯한 오스트리아의 경우에 위험책임에 대해서는 해석론상 동적 체계론(動的 體系論)(Flexible System. 이하에서는 ‘동적 체계’ 또는 ‘동적 체계론’이라고 한다)⁸⁾이 지대한 영향을 미치고 있는 것으로 보인다. 그 이유는 다음과 같다.

각 특별법에서 위험책임의 공통적인 일반원칙을 발견하고 이에 기초해서 위험책임의 유추해석을 주장한 Helmut Koziol의 구상은 해석론상 동적 체계론에 의해서 뒷받침되며⁹⁾, 그의 구상에 많은 영향을 받은 오스트리아 대법원(Oberster Gerichtshof, 이하 OGH라고 한다) 판결의 판시 내용을 보더라도 위험책임의 판단에 동적 체계론이 기능하고 있다. 나아가 이러한 이론적·실무적 성과가 최근 오스트리아에서 위험책임에 대한 일반규정을 민법전에 입법하려는 움직임으로 결실을 맺었다. 따라서 독일을 비롯한 오스트리아에서는 위험책임에 대한 해석론을 널리 전개하기 위하여, 그리고 만약 민법전에 위험책임의 일반규정의 입법이 실현된 경우에는 보다 실효성 있는 운용에 활용하기 위하여 동적 체계론이 중요한 역할을 담당하는 것으로 보인다.

물론 전술한 바와 같이 독일을 비롯한 오스트리아에서는 민법전에 위험책임의 일반규정을 입법하는지 여부에 관계없이 위험책임의 실효성 있는 해석론 전개에 동적 체계론이 큰 영향을 미치고 있지만, 각국의 법상

래에 우리민법상 불법행위법의 개정에서도 위험책임의 일반규정을 우리민법전에 도입하는지 여부에 대한 논의는 이루어질 것으로 예상되며, 본 논문은 그러한 논의를 염두에 두었을 때 참고할 수 있는 동적 체계론이라는 방법론 내지 해석론을 소개 및 고찰한 것이다. 이는 2018년 성균관법학 제30권 제3호에 게재된 필자의 선행 연구 논문에 이어서 우리민법상 위험책임의 일반규정을 도입할 것인지 여부와 도입할 경우 그러한 규정의 구체적 내용을 제시하는 최종적인 결론 내지 목적을 제시 내지 달성하기 위한 작업의 일환으로 작성한 논문이다. 최종적인 결론 내지 목적을 달성하기 위한 연구 결과는 향후 후속 논문을 통하여 발표하고자 한다(하선을 필자가 부가한 것이다).

7) 이승현, 전제 “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 183면.

8) 동적 체계론이란 일정한 범영역에서의 법규범 내지 법률효과를 복수의 ‘요소(Elemente)’ 내지 ‘힘(Kräfte)’의 협동작용의 결과로 설명하고 정당화하려고 하는 구상이다.

9) Helmut Koziol, *Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie*, in: Hermann Baltl (ed.), FS für Walter Wilburg, Graz, 1975, S.173ff.

황이 완전히 동일하지 않은 이상 이러한 영향이 우리민법에 동일한 정도로 미친다고 볼 수는 없을 것이다. 그러나 위험책임에 대한 해석론 전개에서 동적 체계론을 동원하는 독일을 비롯한 오스트리아의 기초적 법상황은 과실책임의 원칙을 기본원리로 삼고 자국의 민법전에 위험책임에 대한 일반규정을 두지 않은 점에서 우리나라와 동일하므로, 우리민법상 위험책임에 대한 해석론을 전개함에 있어서 동적 체계론은 간과할 수 없는 참고자료가 될 것으로 생각한다. 즉 비록 우리민법 학계에서 동적 체계론에 대한 관심도가 그다지 높지 않지만¹⁰⁾, 동적 체계론에 대한 고찰을 통하여 위험책임에 대한 해석론 전개에 보다 폭넓은 논의의 장을 마련할 수 있을 것이다. 그리고 향후 이루어질 불법행위법의 개정에 대한 논의 중 위험책임의 일반규정을 민법전에 도입할지 여부와 관련하여 참고할 수 있는 해석론으로서의 가치가 있을 것이다. 나아가 향후에 이러한 고찰을 계기로 위험책임뿐만 아니라 손해배상법이나 불법행위법에도

-
- 10) 필자가 본 연구를 진행하는 과정에서 동적 체계론과 관련된 국내의 선행연구를 탐색한 결과 윤태영, “기본권의 대사인적 효력과 위법성 판단-‘동적 체계론’ 및 ‘다원적 불법행위론’의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 44-47면(불법행위법에서 위법성의 판단기준을 밝히려는 시도로 동적 체계론을 소개하였다), 이승현, 전제 “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 203면 주58(동적 체계론의 정의만을 간략하게 소개하였다) 이외에는 찾아보기 어려웠다. 이와 달리 일본의 경우에는 최근 동적 체계론과 관련된 일본 문헌이 상당 수 발견된다. 예컨대 山本敬三, “民法における動的システム論の検討-法的評価の構造と方法に関する序章的考察-”, 法学論叢 138卷 1・2・3号, 京都大学法学会, 平成7年(1995年), 208頁 이하, 大久保邦彦, “動的体系論と原理理論の關係に関する一考察”, 神戸学院法学 31卷 2号, 神戸学院大学 法学会, 平成13年(2001年), 541頁 이하, 山本周平, “不法行為法における法的評価の構造と方法(5・完)-ヨーロッパ不法行為法原則(PETL)と動的システム論を手がかりとして-”, 法学論叢 169卷 6号, 京都大学法学会, 平成23年(2011年), 49頁 이하, 大久保邦彦, “損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法”, 国際公共政策研究, 第18卷 第1号, 大阪大学 国際公共政策学会, 2013, 113頁 이하, 若林三奈, “オーストリア損害賠償法改革の現状-2011年折衷草案の概要-”, 社会科学研究年報 第44号, 龍谷大学 社会科学研究所, 2013, 191頁 이하, 前田太郎, “危険責任の解釈における動的システム論の意味”, 社会の変容と民法の課題[下卷](瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集)([編集委員] 松久三彦・後藤卷則・金山直樹・水野 謙・池田雅則・新堂明子・大島梨沙), 成文堂, 2018, 269頁 이하, 解亘(解題 郭薇), “動的システム論(Bewegliches System)をめぐる誤解または過大評価: 中国法の動向”, 北大法学論集 69卷 1号, 北海道大学法学部, 2018, 73頁 이하 등이 있다.

새로운 이론적 전개가 이루어질 가능성이 있다.¹¹⁾

이에 따라 본고에서는 최근까지 독일을 비롯한 오스트리아에서 전개된 동적 체계론에 대한 학설과 실무의 동향 및 평가를 살펴보고, 이를 기초로 위험책임의 해석과 동적 체계론의 관계를 분석한다. 그리고 이를 통하여 동적 체계론이 우리민법상 위험책임에 대한 해석론 전개에 어떠한 의의를 가지며 어떠한 역할을 수행할 수 있는지, 나아가서는 향후 우리 민법전에 위험책임의 일반규정의 도입을 위한 입법론 제시에 어떠한 시사점을 제공할 수 있는지를 밝히고자 한다.

II. 동적 체계론에 대한 학설과 실무의 동향 및 평가

1. 학 설

가. 동적 체계론의 창시자인 Walter Wilburg의 견해

사회가 지속적으로 변화되는 상황에서 어떤 법제도가 개념 법학적으로 경직된 판단밖에 할 수 없으면 그러한 법제도는 변화되는 사회에 제대로 대처할 수 없지만¹²⁾, 이를 해결하기 위하여 반대로 법관의 자유로운 판

11) 이와 관련하여 윤태영, 전제 “기본권의 대사인적 효력과 위법성 판단-‘동적 체계론’ 및 ‘다원적 불법행위론’의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론-”, 53-54면은 불법행위법에서 손해배상책임을 지는 자를 결정할 때에 어느 법익이 더 중요한지를 따지는 이익형량의 원칙에 따를 수 밖에 없는데, 동적 체계론은 이익형량에 있어서 고려되는 다양한 요소들을 조합하는 방법론만을 제시하고 어떤 요소가 이익 형량의 기준이 되어야 할 것인가에 대해서 명확한 해결책을 제시하지 못하는 한계가 있다고 지적한다. 그럼에도 불구하고 판사의 직관에 맡기고 그에 대한 어떠한 이론적 체계화를 시도하는 연구가 거의 없는 우리와 달리 어떤 형식으로도 위법성 판단기준에 원칙을 제시하려고 한 시도가 일찍부터 있었던 점에 대해서는 높이 평가한다.

12) Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.Aufl., Springer · Wien · New York, 1991, S.529(이하에서는 ‘Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*’로 인용한다)는 “동적 체계론의 창시자인 Walter Wilburg는 개념법학과 같이 법적인 발현을 경직된 신체(Körper)가 아니라 ‘힘의 작용(Kräftewirkung)’의 결과로 해석하는 법의 ‘동

단에 맡기면 법관에 의한 불안정한 법운용에 대한 우려와 법관의 판단에 대한 예견가능성의 결여를 초래한다.¹³⁾ 이러한 양립되기 어려운 문제를 해결하기 위하여 Walter Wilburg는 “어떤 법제도의 기초를 이루는 평가 요소…를 추출하고 각 요소의 조합에 의해서 평가기준을 발견한다. 그 때에 개개의 요소는 언제나 동일한 정도로 존재할 필요는 없다. 어떤 요소가 강하면 다른 요소는 약해도 전체로서의 평가는 만족시키게 된다¹⁴⁾”고 주장하였다. 즉 그는 법관에게 일정한 재량을 인정하면서도 법관이 자의적인 판단에 빠지지 않도록 평가기준에 적용되는 요소를 열거함으로써 법관의 자유재량에 의한 판단으로 인하여 발생할 수 있는 위험을 회피하려고 하였다.¹⁵⁾ 다만 그는 “기준이 되는 관점을 탄력적으로 규정하는 제정법은 더욱더 견고한 지주가 된다¹⁶⁾”고 주장하였을 뿐, 법관이 구체적으로 무엇을 기준으로 각 ‘요소’들을 형량해서 판단해야 하는가

적인 상태’를 강조하려고 노력하였다”고 한다.

- 13) 나아가 Walter Wilburg는 사회·기술의 변화로 인하여 발생하는 새로운 문제에 대해서 민법전상의 제도가 아니라 수많은 특별법의 제정으로 대처하면 “제정법의 인플레이션(inflation)은 민법의 기본 구조와 유기적인 관련을 설정하는 작업을 거치지 않고 그 [법적] 소재를 충분하게 처리할 수 없는 제정법을 새로 만들어 내고 있다”고 함으로써 민법과 특별법에서 서로 모순되는 법적 평가의 발생 가능성을 우려하였다(Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz : Jos. A. Kienreich, 1950, S.13(이하에서는 ‘Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*’로 인용한다)).
- 14) Walter Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg : Elwert'sche Verlbh., 1941, S.283ff(이하에서는 ‘Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*’로 인용한다). 이에 대한 설명으로 藤原正則, “法ドグマティックの伝統と発展”, 私法学の再構築(瀬川信久 編), 北海道大学図書刊行会, 平成11年(1999年), 56-57頁을 참조.
- 15) Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, S.22. 이러한 그의 견해에 대해서 Bernd Schilcher, *Theorie der sozialen Schadensverteilung*, Duncker & Humblot : Berlin, 1974, S.201은 “Walter Wilburg의 [동적] 체계에서의 법관의 평가는 논리적인 관점에서 보면 ‘자유’ ‘형평’의 재량[도 법관에게 인정하는 것]이 아니라 구속된 것, 즉 추정(追証)이 가능한 것”이라고 하였다. 또한 Franz Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, AcP 204, 2004, S.332(이하에서는 ‘Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*’로 인용한다)도 “동적 체계론은 모든 문제를 해결하기 위하여 어떤 자에게 어떠한 가능성이 있는 중요한 모든 규범적 관점을 모으거나 문제에 대한 판단에서 전부를 모아서 직감적으로 유효한 것으로 할 수 있는 형평법학과는 아무런 관계가 없다”고 하였다.
- 16) Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, S.22.

에 대해서는 밝히지 않았다.

나. Walter Wilburg의 동적 체계론을 보완하는 견해

1) 요소적 측면에서 보완하는 견해

Walter Wilburg에 의해서 동적 체계론이 처음으로 주장된 이후 동 이론을 보완하기 위한 시도 중 하나로 요소적 측면을 보완하기 위하여 학자들에 의해서 다양한 견해가 제시되었다.

우선 Gerhard Otte는 동적 체계론의 ‘요소’에 대하여 검토한 결과 여기에서 말하는 ‘요소’란 어떤 기준이 중요하면 그만큼 어떤 법적 효과가 보다 중요하게 된다고 하는 바와 같이(예컨대 유책성이 크고 위험성이 크면, 그리고 손해배상능력이 포괄적인 것이면 그만큼 손해배상의 범위는 확대된다)¹⁷⁾, ‘비교급 명제(komparative Satz)¹⁸⁾’를 의미한다고 하였다.¹⁹⁾ 다만 어떤 것을 비교하여 판단하기 위해서는 ‘견고한 출발점 · 비교점’이 필요하게 되므로²⁰⁾, Bernd Schilcher는 법관이 이를 판단할 때 단서가 되는 기초적 평가(Basiswertung)²¹⁾를 설정함으로써 법관의 자의

17) Bernd Schilcher, *Ziele Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadensersatzrechts*, in: *European Tort Law: lieber amicorum for Helmut Koziol*, New York : P. Lang, 2000, S.259., S.295 참조.

18) 비교급 명제란 비교급을 사용한 명제로, 그 기본 형식은 “a가 많으면 많을수록 내지는 빈번하게 있으면 있을수록 그만큼 b가 많다 내지는 빈번하게 있다(je mehr bzw je eher a, desto mehr bzw desto eher b)” 또는 “a의 경우에는 a가 아닌 경우보다도 b가 많다 내지는 자주 있다(wenn a, dann mehr bzw eher b, als wenn nicht a)”라는 형태로 요약된다 (Gerhard Otte, *Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht*, in: Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger(Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Verlag Österreich, 1986, S.272).

19) Gerhard Otte, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band II, Düsseldorf, 1972, S.301ff. (이하에서는 ‘Otte, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*’로 인용한다)

20) Franz Bydlinski, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986, S.21ff. (이하에서는 ‘Bydlinski, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*’로 인용한다)

21) 비교급 명제는 요건과 효과의 상대적 관계를 제시할 뿐이지만, 그것이 기능하기 위해서는

적 판단을 회피함과 동시에 법관의 판단의 안정성 담보를 도모하고자 하였다.²²⁾

결국 이러한 견해들에 의하여 보완된 동적 체계론은 ‘견고한 구성요소 체계와 대부분 추상적일 수 밖에 없는 일반규정 사이에서 취할 수 있는 제정법 기술상의 중용의 길(Mittelweg)’을 찾게 되었다.²³⁾

2) 적용범위의 측면에서 보완하는 견해

동적 체계론이 기초적 평가(Basiswertung)의 관점을 채택한 것은 일응 그에 적합하지 않은 사례는 동적 체계론으로 대처하지 못하게 되므로, 동 이론의 적용범위가 협소하다는 인상을 받을 수 있다. 그러나 이에 대해서도 적용범위의 측면에서 동적 체계론을 보완한 견해들이 주장되었

전형적 사례에서 양자의 관계가 고정적이고 견고한 법리로 제시될 필요가 있는데, 이를 위하여 실시되는 평가가 ‘기초적 평가’이다(大久保邦彦, 전게 “損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法”, 118頁 주26 참조).

- 22) Bernd Schilcher, *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Bernd Schilcher, u.a. (Hrsg.), Wien, 2000, S.153., S.180f. 동적 체계론에서의 기초적 평가에 대한 사고방식은 그 후 동적 체계론을 지지하는 견해로부터 지지를 받았다(예컨대 Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S.530; Helmut Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*, in: FS 200Jahre ABGB, Bd. 1, Wien, 2011, S.469., S.489(이하에서는 ‘Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*’로 인용한다); Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*, Nomos, 2017, S.76(이하에서는 ‘Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*’로 인용한다) 참조).
- 23) Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S.533; Helmut Koziol, *Grundfragen des Schadensersatzrechts*, Jan Sramek Verlag, 2010, RdNr 1/29, S.15(이하에서는 ‘Koziol, *Grundfragen des Schadensersatzrechts*’로 인용한다); Helmut Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, in: *Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, Helmut Koziol (Hrsg.), Jan Sramek Verlag, 2014, RdNr. 8/65, S.779(이하에서는 ‘Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*’로 인용한다). Walter Wilburg도 동적 체계론을 처음으로 주장한 때를 전후한 자신의 논문에서 “손해배상의 기초를 설명하는 시도는 보다 큰 논문에 남겨져 있다. 이 논문은 종종 제안되는 법관의 완전히 자유로운 판단과 수많은 특별규정에 의해서 깨진 지금까지 통용되어 온 견고한 원칙 사이에 올바른 중용을 찾는 데에 목적이 있다”고 하였다(Walter Wilburg, *Der Unternehmer im Schadensrecht*, Universität, Graz Wissenschaftliches Jahrbuch, Graz, 1940, S.51 참조).

다. 예컨대 Bernd Schilcher는 동 이론이 넓은 범위에서 적용된다고 함으로써 적용범위의 측면에서 동적 체계론을 보완하였다. 즉 그는 “Walter Wilburg는 모든 사례, 심지어 가장 곤란한 ‘사례’도 동일하게 주의를 기울이고 공평한 취급을…하려고 항상 노력하였다. 이러한 사고에 따르면 모든 사례를 해결할 수 있으므로, 결국 이는 동적 체계론의 특별한 장점이다”라고 한 후 “동적 체계론은 해결이 곤란한 ‘어려운 사례(hard case)’도 기초적 평가에서 제시되는 보통의 사례를 응용하여 현행법의 틀 안에서 해결을 모색함으로써 결국 보통의 사례와 동일하게 해결할 수 있다”고 하였다.²⁴⁾ 또한 Franz Bydlinski도 “오스트리아의 판례는 곤란한 사례를 처리하기 위하여 반복해서 동적 체계론을 채택해 왔다²⁵⁾”고 하였다.

다. 정리 및 비판

Walter Wilburg의 동적 체계론 및 이를 보완하기 위하여 주장된 후속 견해들은 동적 체계론에 의한 기초적 평가를 법관이 구체적 법적 분쟁에 대한 판단에 직면했을 때 어떤 법제도를 이용하여 판단함에 있어서 제반 요소의 판단 및 형량의 단서가 되는 것으로 이해하며, 만약 기초적 평가를 넘어서는 한계 사례인 경우에도 동적 체계론을 통하여 기초적 평가를 응용하는 형태로 처리할 수 있는 것으로 이해하였다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 그

24) Bernd Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band.II, C.H.Beck, 2007, S.1317f. (이하에서는 ‘Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*’로 인용한다)

25) Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, S.309., S.331 mit Fn. 43.; Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*, S.77.

26) 이와 관련하여 Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1318f.는 어려운 사례(hard case)에서 동적 체계론이 기능하는 예로 책임 근거가 무거우면(예컨대 특히 매우 심각한 하자에 대한 비난, 위험성이 있는 물질로 인한 생명·건강에 대한 침해와 같은 고도의 위험성) 그만큼 배상범위가 넓어진다(상당성이 없는 손해, 순수한 재산적 손해, 나아가 피해자의 근친자 등의 특별히 높은 정신적인 만족)는 법리에 대해서 책임 근거와 책임 범위가 비례관계에 있음에도 불구하고 손해배상이 과잉적으로 이루어지는 경우에 법관의 재량에 따른 감액을 인정하는 법리에 의해서 ‘지지할 수 있는 결론에 이를 수’ 있게 되며, 반대로 책임 근거가 미약한 경우에는 순수재산손해나 위자료가 배제되며, 그 예로 제조물

리하여 동적 체계론을 지지하는 견해들은 동 이론을 원용하는 가장 중요한 의의로 해결이 어려운 사례나 한계 사례를 현행법의 틀 안에서 해결이 가능한 점에 구하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 이 견해들에 따르면 위험책임에 대한 해석도 구체적 사례에서 위험책임에 대하여 특별법에 의한 규율도 없을 때에 위험책임에 대한 기초적 평가의 유추해석을 통하여 해결하려는 경우로 파악하며, 이를 위한 해석론으로 동적 체계론을 원용한다고 해석하게 된다.²⁷⁾

다만 동적 체계론에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 즉 동적 체계론에 의한 기초적 평가를 실시함에 있어서 제시되는 제반 요소가 단순 열거에 그치므로, 열거되지 않은 부분에 대해서는 법관의 구체적인 판단에 맡길 수 밖에 없는데, 이는 자칫하면 법관의 자의적이고 불안정한 판단을 초래할 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.²⁸⁾ 물론 이러한 비판에 대하여 동적 체계론을 지지하는 견해들은 “기초적 평가를 통하여 법관의 자의적 판단에 따른 판결은 추방되었다²⁹⁾”고 반박한다.

그런데 이러한 반박이 타당한지 여부는 위험책임의 판단에서 동적 체계론을 원용하는 오스트리아 실무의 태도와 이와 관련된 학설의 구체적인 이론의 전개 상황을 살펴봄으로써 최종적으로 규명될 수 있을 것이다. 이하에서는 이러한 시각을 반영한 고찰을 차례대로 진행해 나가고자 한다.

책임과 피용자책임을 든다.

27) Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1318f.는 ‘예외적 사례’, ‘한계 사례’는 단순히 법외의 것이라고 하여 그 해결에 관심을 기울이지 않으므로, 보통 거의 여지를 두지 않고 법관에게 사례에 대한 판단을 맡기거나 ‘예외’에 고민할 필요가 없는 정밀한 구성요건으로 대처하는 것을 중시하는 종래의 접근방법에 대하여 의문을 보인다.

28) 이와 관련하여 독일민법(Bürgerliches Gesetzbuch. 이하 ‘BGB’라고 한다)에 위험책임의 일반규정을 신설하자는 입법론을 제시한 Hein Kötz는 Walter Wilburg의 동적 체계론에 기초한 위험책임의 확장에 대하여 ‘최종적으로는 법관의 법감정에 맡긴 상태’라고 비판하였다(Hein Kötz, *Haftung für besondere Gefahr-Generalklausel für die Gefährdungshaftung*-, AcP 170, 1970, S.1., S.19f.).

29) 예컨대 Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*, S.76.

2. 실무의 동향 및 평가

위험책임의 유추해석에서 동적 체계론을 해석론 내지 방법론으로 인용한 Helmut Koziol의 견해가 그 후 OGH에 의해서 인용되었다. OGH는 위험책임이라고 할 정도의 위험성이 있는지 여부, ‘특별한 위험’의 유무를 판단함에 있어서 손해 발생의 빈도와 손해액의 비정상적인 크기를 ‘요소’로 들고 이러한 요소들을 형량하여 판단하는 때에 ‘동적 체계’가 중요하다고 하였다.³⁰⁾ 이러한 ‘요소’ 간의 형량을 실시한 전형적 예가 ZVR1999/51 판결이 제시한 판단방법이다. 이 판결에서는 엘리베이터의 위험성을 분석하고, 각각의 위험성에 대응하는 위험책임에 따른 위험원과 비교하는 접근방법을 채택하였다. 즉 엘리베이터는 사람을 수송하는 점에서 자동차와 유사한 기능을 가질 수 있지만, 사람을 해칠 위험성은 자동차와 달리 낮다고 하였다. 여기에서는 이유를 명시하지 않았지만, 속도나 일반적인 교통에 대한 관여가 없는 점이 그 이유인 것으로 보인다. 또한 엘리베이터는 궤도에 고정되어 있기 때문에 철도와 유사한 기능을 가질 수 있지만, 수송되는 사람의 수가 적고, 다른 교통기관과 접촉할 가

30) SZ2012/91 판결(2012년 9월 13일 8Ob84/12d). 동적 체계론에 비판적인 Martina Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, März, 2006, S.139(이하에서는 ‘Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht’로 인용한다)는 “이 두 요소[즉 손해 발생의 개연성 및 손해액의 크기]는 동적 체계의 의미에서 협동적으로 작용할 수 있다. 일방의 요소의 약함은 타방의 요소의 강함으로 조정된다”고 한다. 최근의 학설 중에는 이러한 요소들에 더하여 당해 위험원 보유자의 위험의 배분 (불)가능성을 드는 견해도 보인다(B. C. Steininger, Verschärfung der Verschuldenshaftung, Verlag Österreich GmbH, 2007, S.143; Koziol, Grundfragen des Schadensersatzrechts, RdNr 6/141, S.231). 본문에서 드는 ZVR1999/51 판결도 이를 고려하고 있으며, SZ2012/91 판결도 구체적인 판단에서는 회피 가능성이 용이하기 때문에 이 요소를 고려하고 있는 것으로 보인다. 동적 체계론을 채택하기 이전의 판결을 보더라도 위험원 보유자의 위험의 지배가능성을 특별한 위험의 판단에서 고려한 판결로 예컨대 EvBl1982/129 판결(1982년 1월 27일 · 10b 824/81 고카트(Go Kart) 사고. 다만 철도자동차손해배상책임법(Eisenbahn-und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz. 이하 EKHG라고 한다)에 기초한 개별 유추이다), SZ46/36 판결(1973년 3월 28일 50b 50/73 불꽃 사고) 등이 있다(OGH에서의 위험책임의 전개에 대한 자세한 소개로 前田太朗, “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(7)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 愛学宗研 56卷, 愛知学院大学論叢法學研究, 平成29年(2017年), 88頁 이하 참조).

능성이 없기 때문에 이 점에서도 위험성이 부정되었다. 또한 엘리베이터의 수직운동에 따른 위태화는 항공기에 상응할 정도의 위험성은 없으며, 피난 시설에 의해 안정성이 확보된다는 점 등을 근거로 엘리베이터가 가지는 위험성이 특별한 위험은 아니라고 하였다.³¹⁾ 즉 이 판결은 엘리베이터에 대해서 일단 위험책임을 져야 할 위험성을 가지는 물건으로 보고 특별법에서 규율되는 위험원을 기초적 평가로 파악한 후, 이를 단서로 하여 당해 위험원에 대한 위험성 판단을 실시하였다고 볼 수 있다.

결국 이 판결에 따르면 동적 체계론에 의해 위험책임의 위험성에 대하여 판단할 때에 기초적 평가를 위한 요소로는 손해 발생의 빈도와 손해액의 크기를 들 수 있으며, 이들 요소 간의 형량에 있어서는 기존의 위험책임에서 판단되는 위험원을 기초적 평가로 파악하고, 이를 단서로 구체적인 판단이 가능하도록 하였다고 볼 수 있다. 그러므로 위험책임의 광범위한 적용으로 인하여 법적 불안정성이나 법관의 자의적 판단의 발생이 우려된다는 비판도, 그리고 위험책임의 일반규정을 민법전에 도입하자는 제안에 대한 비판³²⁾도 이상에서 본 판단방법에서 보면 적절하지

31) SZ2012/91 판결에서는 속도가 느린 점, 안전기준의 준수로 인해 발생한 손해액은 적으며, 개연성도 낮다고 하고 있어서 비교대상이 되는 구체적 위험원은 분명하지 않지만, 수송기관이 지니는 위험성과의 비교가 이루어진 것으로 보인다.

32) 전자에 대한 비판으로 Peter Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Teil 2b, §§1293 bis 1312, §1306, MANZ'sche Wien, 2007, RdNr. 2, S.732f.; Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, S.144; Rainer Weiß, Höherer Gewalt als Haftungsausschluss, MANZ Verlag Wien, 2009, S.99(이하에서는 'Weiß, Höherer Gewalt als Haftungsausschluss'로 인용한다) 등 참조. 후자에 대한 비판으로 Rudolf Reischauer, *Reform des Schadenersatzrechts?*, in: Rudolf Reischauer/Karl Spielbüchler/Rudolf Welser, *Reform des Schadenersatzrechts*, Bd. II, MANZ Verlag Wien, 2006, S.23, S.37(이하에서는 'Reischauer, *Reform des Schadenersatzrechts?*'로 인용한다)(법관에게 거의 모든 판단을 위임하고 있거나 위험원에 대한 정의 및 명확한 규율이 없어서 모든 것이 한 덩어리인 잼(jam)처럼 되어 있다고 한다); Weiß, Höherer Gewalt als Haftungsausschluss, S.173; Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, S.146 등 참조. 또한 후자에서 든 위험책임의 일반규정의 입법 제안에 대한 비판도 판단기준의 불명확성이나 기준으로 제시되는 위험원에 대한 법관의 자의적 판단에 기인하는 판단의 불안정성에 관한 것으로서, 동적 체계론과 결부됨으로써 고유하게 발생하는 문제라기보다는 종래부터 위험책임의 일반규정의 입법 제안에 대한 비판(예컨대 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, 11.Aufl., C.H.Beck, 1977, S.620; Heinrich Honsell, *Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht*, in: FS Peter Schlechtriem, Tübingen, 2003, S.743ff. 참조)과 공통된 것이

않은 것으로 생각한다.³³⁾

나아가 동적 체계론을 해석론으로 전개하는 작업은 위험책임 이외의 영역으로 눈을 돌려도 “법익 또는 이익의 형량을 필요로 하는 모든 규범은 이[동적 체계]에 속한다³⁴⁾”고 하고 있는 바와 같이, 일반규정의 구체화, 불특정 개념의 구체화(예컨대 기여과실이나 노무를 제공하는 때에 사용자에게 손해가 발생한 경우의 손해액 산정 등) 문제에서 학설(동적 체계론에 부정적인 입장도 포함한다)³⁵⁾ 및 판례³⁶⁾에 의해서 원용되고 있으며, 위험책임의 위험성에 대한 판단도 이러한 경향에 따른 것이라고 볼 수 있다.

그런데 이러한 법원에 의한 개별적 사안에서의 위험책임에 대한 판단

다. 따라서 어느 비판에 대해서도 본문에서 제시한 동적 체계론에 의한 판단 및 그 정당화에 의하여 대응할 수 있는 것으로 보인다.

- 33) 다만 여기에서는 후술할 오스트리아 법관의 특징도 유의해야 한다(주44) 참조). 나아가 최근의 판례를 보면 법원은 당해 위험원과 위험책임을 지는 자의 위험원의 ‘위험성의 질’에 대한 비교를 의식해서 판단하고 있는 것으로 이해할 수 있는 점이 중요하다. 이 점에 대하여 前田太朗, 전게 “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(7)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 173-180頁 참조.
- 34) Otte, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, S.301; Frank O. Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*, AcP 197, 1997, S.589ff.(이하에서는 ‘Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*’로 인용한다)는 Gerhard Otte의 이 설명을 인용한다.
- 35) Bydlinski, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*, S.33-37; Theo Mayer-Maly, *Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986, S.117ff.; Attila Fenyves, *Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986, S.141f.(이하에서는 ‘Fenyves, *Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen*’로 인용한다); Reischauer, *Reform des Schadenersatzrechts?*, S.49; Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*, S.493; Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*, S.82 등.
- 36) 예컨대 보증계약에서의 양속 위반 판단(SZ73/79 판결(2000년 5월 11일 80b 253/99k); RS RS0048300 참조), 위자료 산정(ZVR2000/103(2000년 4월 28일 10b 94/00f); Zak2010/197 판결(2010년 1월 14일 60b 248/09b); RS0122794) 참조), 교통안전의무의 조정(措定)(OGH 판결(1991년 4월 10일 10b 533/91) 참조) 등.

은 동적 체계론에 의해 뒷받침될 수 있는가라는 의문이 생길 수 있다. 즉 위험성 여부에 대하여 판단할 때에 전술한 ‘요소’를 직접 적용하는 경우는 실제의 법의 적용 및 해석 문제에 해당되는데, 앞에서 본 위험원의 비교를 중심으로 위험성 여부를 판단하는 법원의 입장에서 본다면 기존의 위험책임에서 판단되는 위험원과의 비교를 통하여 위험책임의 유추 해석이 치밀하고 신중하게 이루어지고 있는 것으로 보인다. 그리고 만약 오스트리아의 토의초안(Disktionentwurf, 이하 DE라고 한다)³⁷⁾에서 제시된 위험책임의 일반규정³⁸⁾에 기초한다면 동 규정의 의미를 해석했을 뿐이라고 이해할 수도 있다. 따라서 OGH의 위험성에 대한 판단의 접근 방법은 위험책임에서의 ‘특별한 위험’에 대한 해석으로 파악할 수도 있으므로, 동적 체계론을 반드시 채택해야만 파악할 수 있는 판단방법도 아니다.³⁹⁾

37) 이 초안은 2005년 6월 오스트리아 사법부에 의해 오스트리아 민법전(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich, 이하 ‘ABGB’라고 한다) 제2편 제2부 ‘대인적 재산권’ 중 제30장 ‘손해배상법’(제1293조 내지 제1341조)의 개정을 위하여 발표된 것이며, 이 초안의 잠정최종판은 2007년에 발표되었다. 참고로 이 초안에서는 오스트리아의 손해배상법 개정에 있어서 동적 체계론을 채택할 것이 제안되었다. 이 초안에 대해서 많은 비판이 제기되었지만, 이러한 비판들 중에는 이론적 관점이 아닌 감정적 비판인 경우가 있었을 뿐만 아니라 동 이론에 대한 정확한 이해가 없는 경우도 있었던 점이 지적되었으므로(예컨대 George Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, MANZ Verlag Wien, 2012, S.239f.(이하에서는 ‘Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*’로 인용한다); Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1299., S.1302f.; Bernhard A. Koch, *Wer hat Angst vor Walter Wilburd? Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems*, in: Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Lamiss Khakzadeh-Leiler, u.a. (Hrsg.), Verlag Österreich GmbH, 2014, S.29., S.42f.; Gerhard Wagner, *Reform des Schadensersatzrechts*, JBl 2008, Springer-Verlag, 2008, S.2ff.(이하에서는 ‘Wagner, *Reform des Schadensersatzrechts*’로 인용한다) 등 참조), 동적 체계론을 둘러싼 견해의 대립을 살펴봄에 있어서도 이 점을 고려해야 할 것이다.

38) 오스트리아에서 위험책임에 대한 일반규정은 2007년 신(新)오스트리아 손해배상법 토의초안(잠정최종판) 제1304조 제1항 내지 제4항에 규정되어 있다. 이에 대한 자세한 내용은 이승현, 전제 “민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점”, 202-203면 참조.

39) ZVR1999/51 판결이 실시하는 것처럼 종합적 유추(Gesamtanalogie)에서 당해 위험원이 지니는 위험성을 분석하고 각각에 대응해서 기존의 위험책임에서 판단되는 위험원의 위험성과 비교하는 접근방법은 이른바 대입 유추(代入類推, Aufgabeanalogie)(substitution

이와 관련하여 Georg Wilhelm도 다음과 같이 주장한다. 즉 최근 판결에서는 동적 체계론을 원용하는 것이 보이지만, 이에 대해서 그는 그러한 판결들이 구성요건을 해석하거나 확장해석하거나 규범을 해석한 것으로 볼 수 있음에도 불구하고 동적 체계를 원용하였다고 단정하는 점에 대해서 특별한 의미를 찾을 수 없다고 하며, 위험책임에 대해서도 “언제 위험책임에 특별법의 유추해석이 필요한지에 대한 문제는 포섭 문제나 목적론적인 법 형식 문제이다. 그러므로 무슨 이유로 여기에 [동적 체계론이라는] 새로운 리본을 다는가”라고 함으로써 위험책임에 대한 해석에 있어서 동적 체계론을 필수적으로 채택해야 한다는 시각에 대하여 의문을 제기하였다.⁴⁰⁾ 또한 오스트리아의 경우, DE와 반대 초안(Gegenentwurf. 이하 GE라고 한다)⁴¹⁾의 대립 후에 제시된 절충 초안(Fusionentwurf. 이하 FE라고 한다)은 법전화 단계에서 한편으로는 동적 체계론을 채택하지 않을 것을 표명하였지만⁴²⁾, 다른 한편으로 위험책

analogie)(Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.540 참조)의 방법이 위험성 판단에서 원용된다고 생각할 수도 있다. 그러나 대입 유추에 대해서 Claus-Wilhelm Canaris, *Beweglichen System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986, S.103., S.115f.는 “나는 일반적인 법원리를 사용한 법의 계속 형성이 문제된다고 생각한다. 이 점은 법의 계속 형성의 정당화를 위하여 유추해석이라는 방법을 취할 필요가 없는 그 자체로 완전하게 정당화된 절차”라고 한다. 즉 대입 유추가 문제되는 경우에는 유추해석의 방법이 아니라 계속적(straight)으로 법원리에 의한 해석 조작을 실시해야 한다는 것이다. 이러한 Claus-Wilhelm Canaris의 비판을 바탕으로 하여 OGH의 위험책임에서의 위험성에 대한 판단을 분석하면 이미 본문에서 든 위험책임을 뒷받침하는 일반원칙을 바탕으로 위험성을 판단한 것이며, 그 단서로 기존의 위험책임에서 판단된 위험원을 참조하면서 위험성에 대하여 판단한다고 이해할 수도 있다. 어쨌든 위험성 판단에서 OGH가 채택한 접근방법은 동적 체계론에서도 설명할 수 있지만, 그렇다고 굳이 동적 체계론이 아니면 설명할 수 없거나 정당화될 수 없는 것도 아니다.

40) Georg Wilhelm, “*Bewegliches System*”, (*bewSy*)-Was ist das?, *ecolex-Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Manz Verlag Wien, 2016, S.653.

41) GE는 DE에 대한 포괄적인 비판으로서 2008년 다른 학자 그룹에 의해서 공표된 것을 말한다.

42) Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*, S.245-246; Helmut Koziol, *Gedanken zur österreichischen Schadenersatzreform*, in: *Festschrift 200 Jahre ABGB*, MANZ Verlag Wien, 2012, S.314. 과거 ABGB는 다양한 경우에 법관에 의해서 판단의 구체화가 이루어질 여지가 있는 ‘일반적이고 추상적으로 규정된 여러 원칙’에 의해서 제정된 것으로, 이러한 규정에 따라 개별 사례에서 법관의 판단이

임의 일반규정을 두는 방안을 유지하고 있으므로⁴³⁾, 위험책임을 동적 체계론에서 분리하더라도 법전화 단계에서 위험책임에서의 위험성에 대한 판단이 가능함을 시사해 준다고 생각한다. 그리고 오스트리아에서는 법관의 판단이 위험책임의 유추해석 과정에서 신중하게 이루어짐에 따라 법관의 자의적 판단의 회피, 법관의 판단의 안정성의 확보가 실현되어 온 점도 여기에서 함께 고려되어야 할 것이다.⁴⁴⁾

선택, 차별화되는 것을 허용해야 한다고 한다(Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*, S.246 참조). 이러한 방침에 따라 FE에서는 주의의무의 기준(FE 제1296조 제1항 2문) 및 책임 감경(FE 제1324조)을 제외하고 동적 체계론에 의한 이익 형량 기준에 대한 규정의 대부분을 삭제하였다.

- 43) 오스트리아에서는 이미 판례에서 위험책임에 대한 특별법의 취지를 포괄적으로 유추함으로써 사법(司法)에 의한 위험책임의 확충이 인정되었다. 그리하여 FE에서는 손해배상법에서 과실책임원칙은 유지하면서 ‘위험한 물건을 보유하는 자나 위험한 활동을 하는 자(위험한 업무의 보유자)’의 위험책임에 대한 일반규정의 입법이 제안되었다(FE 제1306조 이하). 이를 개관하면 다음과 같다(이하의 설명은 若林三奈, 전제 “오스트리아損害賠償法改革の現状-2011年折衷草案の概要-”, 198頁을 참고하여 정리한 것이다). 즉 위험한 업무란 DE에 따라 ‘특별하게 규정된 경우 외에 어떤 물건 그 자체나 활동에 필요한 주의를 기울였음에도 불구하고 빈번하게 중대한 손해의 위험을 수반하는 경우’로 정의되며(FE 제1306조 제2항 1문), ‘제방, 기름 · 가스 · 고압 전류의 수송관, 탄약 공장과 장치, 폭파’와 함께 종래의 판례에 의해서는 위험한 업무로 인정되지 않았던 ‘중장비, 압설차(圧雪車), 엘리베이터’도 위험한 업무에 해당됨을 명문으로 인정하였다(FE 제1306조 제2항 2문). 또한 FE의 일반적 위험 원칙은 EKHG상의 여러 원칙에 의거할 것을 전제로 한다. EKHG는 ABGB에 통합되어서 각론 부분(제4장 제7절)에 특칙이 마련되었다(FE 제1337조 내지 제1339조). 이와 달리 FE에 따라서 항공 수송, 원자력, 유전자 공학 또는 제조물책임에 관한 특별법에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 그 결과-불가항력에 의한 면책에 그치지 않고-회피 불능인 사건에 의한 항변이 일반적인 면책사유로 규정되었다(FE 제1306a조). 일반적 위험책임에 대해서는 특히 배상한도액 규정을 설정하는가-또는 과실책임과 동일하게 배상한도액을 마련하지 않는가-에 대해서 여전히 아무런 결정을 하고 있지 않다(FE 제1306d조). 그리고 기존의 DE나 GE와 달리 FE에 환경책임에 관한 규정은 포함되어 있지 않다. 그렇지만 거기에서 제안된 인과관계 추정은 채용되었다(FE 제1306c조).

- 44) Wagner, *Reform des Schadensersatzrechts*, S.13은 DE의 위험책임에 대한 일반규정으로 인해 위험책임의 과도한 확장을 우려하는 견해에 대해서 “오스트리아의 사법(司法) 스타일은 적극적으로 사회를 창조할 의무를 부담하는 것이 아니며, 오스트리아의 사법(司法)은 유럽 대륙의 전통 제도에서 활동하고 있다... 그러므로 OGH의 적극적인 법관이 당해 활동을 엄격한 책임으로 보완하기 위하여 과도한 위험원으로 모든 일체의 것을 보는 작업을 하려고 한다는 우려는 근거가 없는 것으로 보인다”고 한다. 위험책임을 떠나서 결론적으로 오스트리아에서의 법관의 판단 스타일로 Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*, S.472는 오스트리아의 법관은 손해배상법상의 제정법 규범을 고집하거나

물론 앞서 살펴 본 일부 판결이 특별한 위험에 대한 판단에서 ‘요소’를 열거하고 그것을 ‘기초적 평가’에 입각하여 판단 내지 형량을 실시한 태도를 취한 것은 동적 체계론에 입각한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 첫째, OGH의 ‘특별한 위험’에 대한 판단에서 제시되는 ‘요소’는 Walter Wilburg가 고려한 ‘요소’(그는 손해배상법의 경우에 ① 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 또는 기타 절대권을 침해(Eingriff)하거나 위태(Gefährdung)롭게 하는 위법행위로 타인의 법영역을 이용, ② 손해배상책임을 지는 자의 영역 내에서 발생한 사정으로 인한 손해사실의 야기, ③ ① 및 ②의 사례에서 손해배상책임을 지는 자의 영역에서 발생한 하자에 대한 비난, ④ 책임에 대하여 보증하는 경제상의 힘(Kräfte) 또는 요구 가능성⁴⁵⁾, ⑤ 기업에서의 이익과 위험의 일치⁴⁶⁾ 등 다섯 가지 요소를 든다)보다 더욱더 구체적이면서도 상정하고 있는 대상이 다른, 즉 질 내지 차원이 다른 것으로 해석할 수도 있다.

둘째, 구체적 사례에서 위험책임에 대한 판단시 고려되는 ‘요소’들 간에 형량이 이루어짐으로써 선례가 축적되어 ‘특별한 위험’에 대한 판단의 유형이 형성된다고 하더라도⁴⁷⁾ 이를 통하여 반드시 ‘체계’가 형성되는 것은 아니다.

결국 전술한 점들에 비추어 보면 위험책임의 위험성에 대한 구체적인 판단·형량의 방법이 문제되는 경우에 굳이 동적 체계론을 원용할 필요성도 필연성도 없다고 볼 수 있다.

이상으로 위험책임의 위험성에 대한 판단에서 동적 체계론이 구체적으

해석학상의 논거를 주의 깊게 고려하여 보다 좁은 범위에서 법의 계속 형성을 실시하는 경향이 강하다고 지적한다. 이러한 지적들에 비추어 보면 제정법에 대한 해석의 틀을 넘지 않는 최대 한계점에서 오스트리아의 법관은 법창조·법발전을 이룩하였다고 볼 수 있다.

45) Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, S.28f.

46) Walter Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163, 1963, S.346.

47) 특별한 위험에 대한 판단에서 요소를 고려하기보다도 당해 위험원에 대한 위험성을 판단한 선례를 찾고 그에 해당되는 경우에는 즉시 특별한 위험을 부정한 재판례도 많다. 판례의 전개에 따라 형성된 유형에 관해서는 前田太朗, 전게 “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(7)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 90-95頁 참조.

로 어떻게 기능할 수 있는지를 실무의 동향 및 이에 대한 학설의 평가를 통하여 살펴보았다. 그 결과 실무에서는 분명히 동적 체계론을 원용하여 구체적으로 판단했다고 보이는 경우도 있지만, 애당초 동적 체계론이 기능하지 않아도 되는데, 굳이 동 이론이 원용된 것이 아닌가라는 의문이 생기는 경우도 있었다. 이러한 의문을 해소함에 있어서는 후술하는 Franz Bydlinski의 동적 체계론에 대한 이해와 Helmut Koziol의 위험책임 구상과 동적 체계론의 관계에 대한 이해가 적지 않은 도움을 준다고 생각한다. 그리하여 이하에서는 목차를 바꾸어서 Franz Bydlinski의 동적 체계론, Helmut Koziol의 위험책임 구상 및 동적 체계론과의 관계를 고찰한다.

III. 동적 체계론의 이론적 발전

1. Franz Bydlinski의 동적 체계론

가. 동적 체계에서의 ‘요소’와 ‘원리’

Walter Wilburg는 손해배상법을 뒷받침할 수 있는 다섯 가지 ‘요소’를 밝혔지만, 이 ‘요소’를 어디에서 도출하였는지에 대해서는 명확하게 밝히지 않았다. 그러나 Franz Bydlinski에 따르면 Walter Wilburg는 형평사법(司法)이나 어느 누군가에 의한 자의적인 평가뿐만 아니라 개별적 사례에서의 모든 사정에도 이 요소에 초점을 맞춘 것은 아니며, Walter Wilburg는 동적 체계론의 요소를 “본질에 있어서 항상-물론 판례, 학설, 비교법…을 포함한-법에서 귀납적으로 탐구하고”, “발견할 수 있는 개개의 [법적] 소재를 추상화하는 방법에 따라 그때그때 조사되는 영역에서 효력이 있거나 당해 법적 효과에 찬성하는 가장 일반적으로 상호 독립된 평가를 도출하였다”고 한다.⁴⁸⁾ 이와 같이 요소가 도출되는 방법, 즉 요

48) Franz Bydlinski, *Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, in: Schilcher/Koller/Funk(Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des*

소를 관례나 학설, 비교법을 통하여 귀납적으로 도출하는 방법은 어떤 규정 내지 복수의 규정으로부터 이들의 기초에 있는 공통적이면서도 중요한 기본사상으로 돌아가서 법원리(Rechtsprinzip)를 도출하는 방법⁴⁹⁾과 비견된다고 볼 수 있다. Franz Bydlinski도 전술한 설명에 이어서 ‘이러한 여러 원리(Prinzipien)’로 서술하였으므로, 여기에서도 ‘요소’와 ‘(법)원리’는 동등한 것으로 이해되었다.⁵⁰⁾

나. F. Bydlinski의 동적 체계론의 원리에 대한 이해

그런데 요소가 (법)원리에 해당된다고 하더라도 이 점이 동적 체계론의 경우에 어떠한 의미를 가지는지가 문제된다. 이에 대하여 Franz Bydlinski는 동적 체계론의 핵심이 되는 세 가지 명제, 즉 다원성 명제(Pluralitätsthese), 단계 설정 명제(Abstufbarkeitsthese), 형량 명제(Abwägungsthese)⁵¹⁾를 제시하였고⁵²⁾, 이 세 가지 명제로 구분함에 있

Rechts(Juristische Schriftenreihe), Verlag Österreich, 2000, S.9., S.23f.(이하에서는 ‘Bydlinski, *Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*’로 인용한다) 또한 Franz Bydlinski는 법규정의 일부를 동적으로 형성하는 것은 동적인 사고의 범주에는 들어가지만, 원래 의미에서의 동적 체계와 구별되어야 하는데, 여기에서의 원래 의미에서의 동적 체계의 요소(원래 의미에서의 동적 체계론은 “원리”를 “요소”로 파악한다)는 개개의 법규정이라는 미시적 차원이 아니라 법제도·법영역 전체의 기반인 거시적 차원에서 찾아야 한다고 하였다(Bydlinski, *Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, S.18 참조).

49) Karl Larenz, *Richtiges Recht*, C.H.Beck, 1979, S.26; Axel Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2009, S.52.

50) Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, RdNr. 8/61, S.778도 단적으로 동적 체계론의 ‘요소’에 대해서 “우리들은 오늘날에 여러 원리(Prinzipien)라고 부르고 있다”고 한다. Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB*, S. 126은 이후 검토하는 거시적 차원에서 동적 체계론이 원용되는 점에 대해서 비판하는 상황이라는 하지만, “동적 체계론의 요소는 법원리와 불법행위법에 겨우 특화되어서 할당되는 점에서만 구별된다”고 한다. 또한 요소와 원리의 구별을 특별히 의식하지 않는 설명도 보인다. 예컨대 Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1303f.는 손해배상법의 유책성(과실책임)이나 위험책임을 책임 ‘원리’가 아니라 책임 ‘요소’라고 표현한다.

51) Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, S.332-335. Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1312-1315도 3단계로 구분하는 Franz Bydlinski의 견해에 찬동한다(Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, RdNr. 8/61-63, S.777f.도 Franz Bydlinski의 사고에 따라서 동적 체계론을 설명한다).

어서 전제가 되는 (법)원리를 밝혔다.

먼저 세 가지 명제에 대한 그의 이해를 살펴본다.

우선 다원성 명제에 대해서 그는 각각의 중요한 법영역에서(예컨대 손해배상법), 그리고 거기에서 개별적으로 볼 때 더욱더 판단이 곤란한 문제 상황이 존재하는 경우에는 단순히 유일한 한 가지 기본 공리가 효력이 있는 것이 아니라 보다 많은 여러 원리가 효력이 있다고 이해하였다. 이러한 여러 원리는 구체적인 사례에서 특별(ad hoc)하게 커지거나 작아지는 것은 아니지만, 새로운 법상황이 출현되거나 보다 나은 이해를 얻은 때에는 “당해 법소재의 원리적 측면에서 새로운 여러 원칙이 일반적으로 그리고 우선적으로 채용되어야 한다”고 하였으며, 그 전형적 예로 ‘손해배상법에서의 위험책임 원리’를 들었다.⁵³⁾

다음으로 단계 설정 명제에 대해서 그는 여러 원리는 그보다 많거나 적다는 구조에 대응하여 다양한 요청이 단계적으로 설정된다고 하였다. 예컨대 하자는 손해의 야기부터 이상적인 행위로부터의 객관적인 일탈, 물적 하자라는 다양한 단계를 거쳐서 중과실에 대한 비난까지 단계적으로 설정되며, 위험성에 대해서도 모두 약한 정도의 위험부터 위험책임이 상정되는 가장 고도의 위험까지 단계적으로 고려할 수 있으므로, 과실책임과 위험책임의 유동적 교착(交錯)도 출현하게 된다.⁵⁴⁾

마지막으로 형량 명제에 대해서 그는 (법)원리들이 충돌한 경우에 그것을 최선의 형태로 구별하고 그에 대한 법적 효과를 확정하려고 하였으

52) Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Mohr Siebeck, 2003, S.598은 단적으로 원리 간의 차등화를 전제로 “최적화 명령으로서의 원리”라는 개념을 인정한 Robert Alexy의 원리론과 동적 체계론이 결합되어 있다고 평가한다. 이와 같이 (법)원리론과 동적 체계론의 결합은 강한 것으로, 법원리를 어떻게 이해하는지가 동적 체계론에 큰 영향을 미친다고 볼 수 있다. 그러나 (법)원리 그 자체의 의미를 어떻게 이해하는지는 매우 어려운 문제이다(이 점에 대하여 龜本洋, “法におけるルールと原理-ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に-”, 法的思考, 有斐閣, 平成18年(2006年), 125頁 이하 참조). 따라서 본고에서는 동적 체계론에서 (법)원리가 어떻게 이해되고 있는지를 확인하는 방법을 사용함으로써 위험책임과 동적 체계론의 관계를 파악하고자 한다.

53) 또한 Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, S.1312는 다원성 명제에 대한 설명에서 비유적으로 양자역학을 원용하면서, Walter Wilburg는 위험책임을 등장시켰으며, 이는 과실책임을 배제하는 것이 아니고, 양 책임 손해배상법 안에서 상호 보완성 관계에 선다는 점을 밝힌 점에 Walter Wilburg의 접근방법의 의의를 찾고 있다.

54) Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, S.1314.

며, 그 예로 공동과실을 들었다.

이어서 Franz Bydlinski는 이러한 동적 체계론을 뒷받침하는 세 가지 핵심이 되는 명제의 전제가 되는 법원리에 대한 이해에 관하여 다음과 같이 주장하였다. 즉 “동적 체계론적 사고에 대응하는 것은 예컨대 피해자의 공동책임에 관한 규정과 같이 특히 동적 요소를 종종 제정법 규정 그 자체로 옮긴다고 하는 것이다. 그러나 이 관점은 여기의 주제에서 전면에 나오지 않는다. 오히려 여기에서는 그 내적인 구조에 기초한(많으면 그만큼 많다는 내용을 가지는) 여러 원리뿐만 아니라 체계적인 관련 설정에서 그 표현이 찬동을 받기에 적합한, 즉-오래된 법이론과 일치되어 있는 한도에서-광범위한 법영역, 제도 그리고 그에 기초한 포괄적인 문제 상황 및 거기에서의 그때그때 존재하는 개개의 규정의 경우에 결정적인 여러 법적인 기초적 평가가 중요하다”고 하였다.⁵⁵⁾ 이러한 Franz Bydlinski의 설명은 (법)원리에 대한 이해에 다층적 성질이 있음을 보여 주고 있다.⁵⁶⁾ 즉 (법)원리는 Gerhard Otte가 제시하는 “보다 중요하면...”이라는 비교급 명제의 구조·내용을 가짐과 동시에 신의성실의 원칙, 신뢰의 원칙, 상당성 원칙, 과실책임의 원리, 위험책임과 같이⁵⁷⁾ 보다 넓은 통용력을 갖는 것이다. 이와 같이 (법)원리가 다층적 성질의 의미와 내용을 가지는 점을 전제로 한다면 후자의 (법)원리에 대한 이해는 이어서 살펴보는 Franz Bydlinski의 동적 체계론에 대한 이해와 밀접하게 관련될 것이다.

다. 적용 국면의 구별

Franz Bydlinski는 동적 체계론이 적용되는 국면을 다음의 두 가지로

55) Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, S.334.

56) Franz Bydlinski, *Fundmentale Rechtsgrundsätze*, Verlag Österreich, 1988, S.121f.(이하에서는 ‘Bydlinski, Fundmentale Rechtsgrundsätze’로 인용한다)에서 Roanld Dwokin이나 Robert Alexy의 원리론과 Josef Esser나 Karl Larenz의 원리론이 제시되고 있으며, 본문에서 제시되는 오래된 원리론이란 후자를 의미한다. 또한 Franz Bydlinski, *Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik*, JBl 1996, Springer-Verlag, 1996, S.683f., mit Fn.5.도 참조.

57) Bydlinski, *Fundmentale Rechtsgrundsätze*, S.119., S.121ff.

구분하였다.

즉 공동과실에 대한 규정(ABGB 제1304조, BGB 제254조)은 동적인 성격이 있지만, 동조에서 문제되는 형량 요소는 “포괄적인 체계에 대해서 근거가 되는 요소를 구성하는 것이 아니라 하자라는 책임요소의 하위 사례로서 과실책임 원리의 논리로 일관하고 또한 균등한 적용을 의미하기” 때문에 이러한 의미에서의 요소·원리는 “원래 의미의 동적 체계 그리고 그 ‘요소’ 또는 여러 원리와 구별되어야 할 것이다”라고 하였다.⁵⁸⁾

그리고 “(원래 좁은 의미에서의)-동적-‘체계’의 ‘요소’를 개개의 법규정의 미시적 차원에서 찾아서는 안되며-개개의 법규정이 항상 어느 정도 동적으로 운용된다고 하더라도-모든 법제도나 법영역의 기초적인 차원에서 1단계로 찾아야 한다. 즉 여러 원리를 바탕으로 단순히 구조화된 [요소]와 ‘본래적’으로 체계에서도 중요하고 광범위[한 적용범위를 가지는 것]이라 하더라도 근거 설정 효과가 있는 요소와는 구별되어야 한다”고 한 후 “바로…오늘날의 법이론상 원리에 대한 논의와 비교하면 최종적으로 나는 모든 (거시적) 체계의 본래적인 ‘요소’와 개개의 법리 또는 규정의 단순하게 동적인 구성부분을 대치시키는 것이 필요하다고 생각한다. Walter Wilburg의 주요 업적에 대해서 ‘요소’에는 항상 사법의 포괄적인 부분적 체계가 대응한다”고 하였다.⁵⁹⁾

이와 같이 Franz Bydlinski는 “일반규정의 구체화 그리고 단순한 규정에 대한 해석 그 자체에서의 이익 형량과 같이 일상적인 법적 문제”로서의 미시적 차원의 해석과 “모든 손해배상법과 같은 모든 동적인 거시적 체계의 본래적인 중요한 요소와 대결”하는 거시적 차원의 해석을 구별함으로써⁶⁰⁾ 적용 국면을 달리하는 두 가지 해석이 존재한다고 주장하였다. 이러한 접근방법은 종래 개개의 사안을 해결함에 있어서 ‘동적’인 성격을 강조하는 경향이었던 논의⁶¹⁾와는 분명하게 구별되고-또한 동적 체계론

58) Bydlinski, *Die “Elemente” des Beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, S.18. 거시적 차원의 해석의 필요성은 이미 Bydlinski, *Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik*, S.683., S.686f.에서 제시되어 있었다.

59) Bydlinski, *Die “Elemente” des Beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, S.18.

60) Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1309.

에 대한 비판도 개개의 구체적 사례에서 법관의 판단의 안정성·자의성을 문제 삼기 때문에 동적 체계론의 체계 형성적 기능을 고려하지 않은 비판이었다고 이해할 수 있다⁶²⁾-, 동적 체계론이 ‘체계’의 형성을 고려한 해석론 내지 방법론이라는 점에 다시 눈을 돌리게 하는 중요한 지적일 것이다.⁶³⁾ 그리고 거시적 차원의 해석에서 문제되는 요소 내지 (법)원리는 조금 전 세 가지 명제에서 본 원리의 이해 중 후자, 즉 신의성실의 원칙, 신뢰의 원칙, 상당성 원칙, 과실책임의 원리, 위험책임과 같이 보다 넓은 통용력을 가지는 (법)원리와 대응하는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 이러한 거시적 차원의 요소 내지 (법)원리는 손해배상법에서의 과실책임이나 위험책임과 같은 책임 원리와 동일시할 수 있을 것이다.⁶⁴⁾

61) 예컨대 Fenyves, *Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen*, S.141f.는 동적 체계론에 대해서 “일반규정의 적용을 조작성이 있는 것으로 하고 법관의 자기 평가의 영역을 최대한 넓게 억제하는 것”이라고 하며, Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*, S.589ff.는 법관에 의한 설득도 동적 체계에 의해 평가요소를 납득시킬 수 있기 때문에 용이하게 된다는 취지로 주장한 점에서 동적 체계론의 법 실천의 의의를 강조하는 것이다. 또한 Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*, S.490f. 참조.

62) 동적 체계론이 법적 안정성이 없거나 법관의 자의적인 판단이 된다는 비판은 동적 체계론이 해석론 문제 그리고 법관의 판단에 직접 결부되었음을 전제로 한 것으로 보인다. 이 점은 동적 체계론에 기초해서 법관에게 광범위한 재량을 인정하는 것은 3권 분립에 반하는 것이라는 비판(Rudolf Reischauer, *Zum Versagen des beweglichen Systems in Theorie und Praxis*, in: FS Ferdinand Kerschner, Wien, 2013, S.73ff.)에서도 엿볼 수 있다.

63) Alfons Bürge, *Der spezipische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft*, AcP 212, 2012, S.63ff.는 Walter Wilburg의 “그 사상은 매혹적이므로, 이미 종종 가벼운 것처럼 보이는 해결책으로 오해되고 있었다. 그러나 분명한 것은-그리고 Walter Wilburg 학파가 항상 강조하고 있는 것처럼-기초적 평가가 필수적이라는 점이다. 그러나 우리는 다른 법질서 내에서의 재량구성요건과 관련시키는 방식 때문에 이 점에서 객관적인 법리 형성으로의 문이 열릴 수 있음을 알고 있다”고 하여 동적 체계론이 구체적인 형량 문제와 함께 체계적 정리 문제를 다루는 점을 단적으로 서술한다. Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1322 mit Fn. 74는 Franz Bydlinski의 이러한 이해를 지지하며 거시적 체계라는 사고방식과 동일한 접근방법을 Gert Brüggemeier, Nils Jansen, Reinhard Zimmermann도 지향하고 있다고 한다.

64) 아울러 Franz Bydlinski의 세 가지 단계에서의 동적 체계론 중-Franz Bydlinski는 반드시 명확하게 주장하고 있지는 않지만-다원성 명제에서는 예컨대 과실책임과 위험책임이라는 적용범위가 넓은 원리 간의 병존이나 관계에 대한 문제가, 또한 단계 설정 명제는 예컨대 위험성의 강도에 상응한 규정 및 제도의 조정에 대한 문제(주75)의 Bernd Schilcher의 설

이와 같이 Franz Bydlinski가 밝힌 동적 체계론에서의 거시적 차원의 해석의 중요성은 동적 체계론을 주장한 Walter Wilburg도 이미 의식하고 있었다. 즉 Walter Wilburg는 한편으로 동적 체계론의 “본질은 자유로운 형량⁶⁵⁾”이라고 하면서도 다른 한편으로 직접적 · 명시적으로 밝히지는 않지만, 다음의 설명을 통하여 그 역시 동적 체계론에서 체계적 사고를 목적으로 삼았음을 알 수 있다. 즉 손해배상법에서 하나의 관점으로 설명하는 것이 모색된다면 이러한 방향의 접근방법으로 얻을 수 있는 것이 적다. 또한 통일적인 관점을 포기하고 유책성, 위태화, 사회적 의무와 같이 다양한 책임 근거가 종합되지 않고 병존한다는 접근방법을 취하면 개개의 책임근거가 어느 정도의 의미와 적용범위를 가지는가를 가늠할 수 있는 모델이 존재하지 않으므로, 결국 형평성에 기초한 판단이 되어 버린다. 또한 이에 따르면 손해배상법의 영역에서 제정법은 카쥬이스틱(Kasustik)한 것이 되어서 “불완전한 방법에 의한 개관의 정리를 모색”하게 된다. 그리하여 “한편으로 하나의 원리[로 손해배상법을 설명하는 것으로] 반복해서 활발하게 이루어져 온 노력과 다른 한편으로 무질서하게 다수 존재하는 책임 근거[의 정리를] 포기하는 행위 사이에 여러 사상의 유기적인 협동작용을 통하여 [손해배상법의] 공통성을 구축하는 것으로 이어지는 중용의 길을 발견하는 것이 이 논문의 과제이다”라고 한 것이다.⁶⁶⁾

Franz Bydlinski도 Walter Wilburg가 자신의 동적 체계론의 구상을

명 참조)가 거론되기 때문에 거시적 차원의 해석 문제와의 관련성이 강한 반면, 형량 명제는 공동과실을 들고 있기 때문에 미시적 차원의 해석 문제와 관련성이 강한 것으로 보인다.

65) Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, S.64. 또한 Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, S.22는 ABGB가 법관에게 유추해석이나 자연의 법원칙(ABGB 제7조)에 기초한 판단을 인정하고 있으며 “법률학은 이 틀 안에서 새로운 제정법을 필요로 하지 않고 힘과 사상을 자유롭게 형성할 수 있다. 동적 전개는 힘의 공동작용이라는 이미지와 전혀 동떨어지지 않은 제정법의 정신에 있다”고 서술하고 있으므로, 동적 체계론이 법관의 판단을 뒷받침하는 점이 제시되고 있다.

66) Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, S.26ff. 또한 Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB, S.131은 이러한 Walter Wilburg의 논문을 거론하면서 “Walter Wilburg의 기본사상은 거시적 차원에서 모든 법제도 및 법 영역의 기반을 이해하는” 것이라고 한다.

취하였음을 지적한다. 즉 “거시적 차원의 해석과 미시적 차원의 해석을 구별하고, 동적 체계론에서 거시적 차원의 해석을 고려함으로써 내적 체계의 범위 내에서 법의 적용 및 제정법을 위하여 추구될 수 있는 포괄적인 방향을 설정할 수 있으며, 이 작업에 따라 계속적인 법의 형성도 가능하게 된다. 바로 이 점을 Walter Wilburg는 그의 저작인 손해배상법 및 부당이득법에서 표명하였다”고 한다.⁶⁷⁾

요컨대 전술한 내용을 통하여 Franz Bydlinski의 동적 체계론에 대한 이해는 처음에 Walter Wilburg가 구상한 동적 체계론에서는 결코 보기 어려웠던 체계성의 구축이라는 거시적 차원의 기능성을 밝힘으로써 동적 체계론의 의의를 보다 명확하게 하였다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 또한 이와 함께 거시적 차원의 해석은 체계 형성을 고려한 것인데, 이 점은 마지막에 인용한 부분에서 Franz Bydlinski도 제시하는 바와 같이 현행법의 해석에서 손해배상법이나 부당이득법과 같은 이른바 내적 체계⁶⁹⁾의 구축⁷⁰⁾과

67) Bydlinski, *Die “Elemente” des Beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, S.18f.

68) Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB, S.126f.는-결론에서는 Franz Bydlinski의 견해에 비판적이지만- “그러한 [거시적 차원의 해석을 고려하는] 체계는 보편적으로 적용 가능하기 때문이다. 그러한 체계는 불법행위법의 다양한 문제에 해답을 준다. 여기에서는 법 원리를 이용하는 것과 동일하게 그러한 체계가 최선적으로 또는 수정적으로 고려되고 있다. 나아가 불법행위법의 동적 체계는 BGB 제823조 이하의 실체적인 구성요건을 세우는 것으로, 법 발견의 첫 번째 시발점이다”라고 하여 일정한 평가를 부여한다.

69) Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 5.Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016, S.97 (이하에서는 ‘Kramer, Juristische Methodenlehre’로 인용한다)은 “‘외적 체계’는 제정법의 형식적인 구조, 즉 법소제의 구성과 관련된다. ‘내적 체계’는 법의 내적 구조이며, 가치판단이 일관된 체계로 이해된다”고 한다. 즉 외적 체계란 민법전에서 말하면 우리나라나 독일에서는 판덱텐 체계(Pandektensystem)이며, 내적 체계는 계약법이나 손해배상법, 부당이득법이다.

70) Robert Rebhan, *Zu den Rahmenbedingungen von Rechtsdogmatik*, in: Festschrift für Helmut Koziol, Jan Sramek Verlag, 2010, S.1461., S.1465 und mit Fn.18은 “법해석학은 법을 체계적으로 관찰하는 것, 그리고 가능한 한도에서 일관되고 모순이 없는 질서로 인식하는 데에 노력하고” 또한 “이러한 체계적 사고나 내적 체계에 대한 노력은 반복해서 법해석학의 특징으로 강조되고 있다”고 한다. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, S.106ff.도 내적 체계의 해석에서 모순이 없을 것이 요구된다고 한다. 또한 Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.Aufl., Duncker & Humblot, 1983, S.97(이하에서는 ‘Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz’로 인용한다)도 참조.

도 관련되는 점이 명확해졌다.⁷¹⁾

2. Helmut Koziol의 위험책임 구상 및 동적 체계론과의 관계

Helmut Koziol은 이른바 위험책임의 유추해석이 가능하다고 하기 위하여 위험책임의 일반원칙의 원용이라는 사상적 측면에서의 조치와 동적 체계론의 원용이라는 방법론상의 조치를 취하였다.⁷²⁾ 이러한 접근방법은 얼핏 보면 “일상적인 법적 문제”에 대한 미시적 차원의 해석에서 동적 체계의 기능을 중시하는 것으로도 여겨질 수 있다⁷³⁾(아울러 이미 살펴본 OGH의 위험성에 대한 판단은 바로 이러한 해석을 하였다고 볼 수 있다). 그러나 Helmut Koziol은 자신의 구상에서 구체적인 형량을 명시해도 실제로는 개별 사례에 대한 판단을 하는 경우에 적용될 수 있는 여러 중요한 요소를 명시하고 이들 요소의 협동작용에 의해서 해결할 수 있다고 주장한 것은 아니다. 오히려 위험성의 강도에 상응하는 형태로 한편으로 현행 위험책임에 대한 입법에서는 사용자책임 규정의 차이, 면책규정의 차이 등이 있으며, 다른 한편으로 손해배상법 전체에 눈을 돌리더라도 과실책임에서 증명책임이 전환되고 있는 경우가 있음을 지적한다⁷⁴⁾(이 점은 Helmut Koziol의 견해로 언급되며, SZ68/180 판결 및 SZ73/118 판결에서도 이와 동일한 취지로 실시되었다). 이는 Franz Bydliniski가 제시한 단계 설정 명제에서 나타난 이해⁷⁵⁾에 대응하여 손해

71) 山本周平, 전제 “不法行為法における法的評価の構造と方法(5・完)-ヨーロッパ不法行為法原則(PETL)と動的システム論を手がかりとして-”, 62頁.

72) Koziol, *Umfassende Gefährdung durch Analogie*, S.173ff.

73) 유럽불법행위법원칙(Principles of European Tort Law. 이하 PETL이라고 한다)상 엄격책임 규정과의 관계에서의 서술이지만, Bernhard A. Koch und Helmut Koziol, *Die Vereinheitlichung des Europäischen Schadenersatzrechtes*, in: FS anlässlich des 75. Jahr-Jubiläums der Österreichischen Gesellschaft für Versicherungsfachwissen, Wien, 2004, S.51ff.은 위험책임의 일반규정화에 있어서도 기초적 평가를 명확하게 하는 것을 중시하므로, 여기에서도 법관에 의한 구체적인 판단의 안정화를 염두에 두고 있다고 이해할 수 있다.

74) Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflicht*, Band I, 3.Aufl., MANZ Verlag Wien, 1996, RdNr. 6/3, S.215.

75) Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, S.1314는 단계 설정 명제에 대한 설명에서 오스트리아의 DE 및 PETL의 과실책임 및 위험책임의 여러 규정을 들면서 이러한 입법제안들에서는 위험성 강도의 단계 설정을 고려하며, 이러한 여러 규정들은 “법적 안정성을

배상법이라는 내적 체계에서 위험성을 기준으로 각 법제도를 정리한다고 이해할 수 있으므로(Franz Bydlinski의 단계 설정 명제에 상응한다), 결국 이는 거시적 차원에서 동적 체계론을 원용하였음을 의미할 것이다.⁷⁶⁾

또한 다른 논문에서 Helmut Koziol은 손해배상법에서 책임원리로 인정되는 과실책임과 위험책임은 서로 대립·모순되는 관계가 아니라 “순수한 형태에서 상호 흠결되지 않고 중간항에 의해서 결합된 책임 귀속 근거의 사슬의 양 각(兩角)에 불과하다”고 하였는데⁷⁷⁾, 여기에서도 위험성(의 강약)을 기준으로 삼은 정리가 단계 설정 명제에 대응되는 사고방식을 나타냄과 동시에 책임원리가 병존하기 때문에 다원성 명제에도 대응되는 사고방식을 제시하였음을 알 수 있다.

따라서 Helmut Koziol의 위험책임 구상이 개개의 구체적 사건을 해결하기 위한 판단을 동적 체계론과 직결시켜서 해결하는 것으로 이해해서는 안된다. 분명히 Helmut Koziol의 견해에 대해서 법적 안정성이 없다는 비판은 동적 체계론의 원용과 관련해서도 제기되는데⁷⁸⁾, Helmut Koziol의 견해가 위험책임에 대한 거시적 차원의 해석에서 동적 체계론을 원용하는 것으로 본다면, 동 견해에 대한 비판은 동적 체계론을 이용하는 국면의 차이를 무시하는 것이어서 적절하다고 할 수 없다.⁷⁹⁾

위하여 ‘보통 사례로’ …특정 위험상황을 위하여 정식화되어 있다”고 하고 있으므로, 위험성을 기준으로 하여 손해배상법이라는 내적 체계 내지 거시적 차원에서 각 규정을 정리하였다고 할 수 있다.

76) Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, RdNr. 8/61-63, S.777f.는 Franz Bydlinski의 세 가지 명제에 따라서 동적 체계론을 설명하고 있으므로, Helmut Koziol도 미시적 차원뿐만 아니라 거시적 차원도 자신의 구상에 포함시켰다고 볼 수 있다.

77) Helmut Koziol, *Bewegliches System und Gefährdungshaftung*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Verlag Österreich, 1986, S.51f.

78) 주32)에서 든 Ferdinand Kerschner나 Rudolf Reischauer의 비판 참조.

79) 이와 함께 앞에서 소개한 OGH에 의한 Helmut Koziol의 견해를 받아들인 형태로 전개되는 위험책임의 유추해석에 대한 판단(미시적 차원의 해석)도 상당히 신중하게, 그리고 개개의 위험원이 가지는 ‘위험성의 질(Gefahrenqualität)’을 고려한 형태로 이루어지고 있으며, 입법에 있어서 위험책임의 일반규정화를 실현한다고 하더라도 이러한 법운용을 전제로 한 것이라면(Irmgard Griss, *Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, JBl 2005, Springer-Verlag, 2005, S.273ff. 참조), 주32)에서 제시한 비판은 이 국면에서도 적절하지 못하였다고 할 수 있다(이 점에 대하여 주44)에서 든 Gerhard Wagner의 오스트리아의 법관의 위험책임의 법운용에 대한 평가도 참조).

IV. 결 토

1. 해석론 내지 방법론상 위험책임을 실현하는 데에 반드시 동적 체계를 통해서만 설명이 가능하거나 정당화될 수 있는 것은 아니다.⁸⁰⁾ 그러나 이러한 이해는 Franz Bydlinski의 거시적 차원의 해석과 미시적 차원의 해석을 구분해서 동적 체계론을 고려하는 접근방법과 일맥상통하는 면이 있다. 분명히 우리민법상 위험책임의 유추해석이 가능한지 여부에 대하여 학설은 처음부터 소극적이었으므로⁸¹⁾, 이러한 관점에서 본다면 동적 체계론이 우리나라에서는 그다지 의미가 없는 논의일 수도 있다. 그러나 장래에 우리민법상 불법행위법의 개정을 염두에 둔다면⁸²⁾ 우리민법에 위험책임의 일반규정의 입법이 가능한지 여부가 문제되는 경우에 동적 체계론에 대한 논의가 이루어질 수 있다. 다만 여기에서는 특정한 방법론에 좌우되는 것이 아니라는 점도 아울러 염두에 두는 것이 우리민법과의 관계에서 중요하다고 할 것이다.

2. 우선 동적 체계론이 위험책임에 대한 해석론 전개에 있어서 어떠한 의미를 가지는지가 문제될 수 있다.

거시적 차원의 해석은 내적 체계에 대한 해석 문제로, 거기에서는 포괄적인 방향 설정이 지향되고 있는데, 이 점은 위험책임과의 관계에서 다음의 두 가지 단계에서 중요한 법 발전의 가능성을 제시한다. 즉 Helmut Koziol의 구상을 통하여 알 수 있는 바와 같이 각 특별법에 의해서 형성되는 위험책임규범에서는 각 특별법 사이에서의 요건, 예컨대 면책사유와 같이 그 요건·효과의 차이의 명확한 구분·정리(독일이나 오스트리아에서는 배상한도액 문제)와 같은 위험책임 체계에서 모순이 없는 형태의 내적 체계에 대한 법 해석의 전개가 요구된다. 이를 통하여 위험책임을 규정한 일련의 특별법의 내적 체계에서 모순이 없는 해석이

80) 주33)에서도 제시한 바와 같이 OGH의 최근 전개에서 보이는 '위험성의 질'의 비교를 의식한 위험성 판단으로, 이를 우리민법에서도 구체적으로 어떤 방법에 의해서 해석론으로 받아들이고 발전시키게는 위험책임의 책임원리로서의 법 발전에서 중요하다고 생각한다.

81) 이에 대해서는 주2) 참조.

82) 이에 대해서는 주6) 참조.

가능하게 될 것이다. 이와 관련하여 위험책임은 한번 특별법으로 규율되면, 본래의 위험책임의 책임원리와는 괴리된 상태에서 요건에 대한 해석이 이루어진다는 지적도 있다.⁸³⁾ 그러나 위험책임이 각 특별법을 통하여 개개의 위험성이 규율된 점에 대한 이유를 제시하는 것이 중요하며, 이것과 책임원리가 결부된 해석이 이루어져야 하는 점에서 본다면 그러한 지적은 타당하지 않다고 볼 수 있다.⁸⁴⁾ 그리고 이러한 이유 제시는 추상적으로 위험책임에 대한 판단 근거와 일정한 관계가 있으므로, 위험책임에 대한 각론적 해석과 위험책임에 대한 일반 이론의 관련성도 의식하고 전자의 법 발전을 후자에 반영함으로써 위험책임의 내적 체계에 대한 해석을 더욱더 전개시켜 나가는 방법도 고려할 수 있다.

3. 나아가 위험책임이 손해배상법 · 불법행위법 일반에서 담당해야 할 역할 및 기능성을 내적 체계 · 거시적 차원의 해석에서 고려하는 것은 후술하는 바와 같이 유용한 것으로 생각한다.⁸⁵⁾ 그런데 이 점에 대하여

83) Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Heymann, 1996, RdNr. 661f. S.424f. 여기에서는 철도의 운행 개념의 확장을 그 예로 든다.

84) 이 점을 의식한 견해로 Martin Spitzer, *Betrieb und Betriebsgefahr im EKHG*, in: Festschrift für Attila Fenyves, Verlag Österreich, 2013, S.331ff.는 자동차의 운행 개념에 대해서 자동차 보유자의 위험책임의 근거 · 이유를 상대적인 속도 차이에 구하여, 승강시의 사고, 화물 적하시의 사고, 모터의 힘을 이용한 동력으로 인한 사고는 자동차의 운행시에 발생한 사고가 아니라고 하여 위험책임의 근거 · 이유와 요건에 대한 해석의 관계 설정을 의식한다. 이 견해는 자동차가 주차장에서 주차되고 있는 중에 쇼크를 일으켜 불이 났고 계다가 인접차량으로 불이 옮겨 붙은 사안에 대하여 JBI2017, 535 판결(2017년 2월 23일 20b 188/16k)에서는 운행 개념에 대하여 그 적용범위를 좁히는 해석을 제시하였으며, 동종의 사건을 판단한 후속 판결(OGH 판결(2017년 3월 28일 20b 83/16v))도 이를 지지하였다고 한다. 여기에서는 자동차가 지니는 위험에 대해서 이른바 운행기술적인 위험이라는 고전적인 이해가 아니라 그 후의 법 발전도 바탕으로 하면서, 그러나 자동차 고유의 위험도 가미해서 운행 개념을 판단하기 위하여 본문에서 제시한 위험책임의 각론적 해석과 일반 이론의 관계 설정을 기초로 하면 그러한 자동차 위험에 대한 인식 변화는 일반이론에도 피드백 효과를 가져 올 수 있다고 생각한다.

85) 이와 유사한 취지로 윤태영, 전제 “기본권의 대사인적 효력과 위법상 판단-‘동적 체계론’ 및 ‘다원적 불법행위론’의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론-”, 52면 이하는 “동적 체계론은 위법성의 상호관계만을 설명하는 것이 아니라 손해배상 측면에서 다양하게 설명될 수 있는 이론이다. 즉 인과관계, 과실은 물론이고 나아가 부당이득, 무효 등에서도 어떻게 요소들이 서로 상호작용하는가를 설명해 내고자 한 이론이다. 즉 손해배상책임은 여러 복수의 요소에 의해 그것들이 다양한 강도를 가지면서 다양하게 결합하여 종합적으로 발생한다고 설명하고 있다. 그리고 그러한 요소들이 무한히 확대되는 것이 아

거시적 차원의 해석에 대하여 비판적인 견해는 다음과 같이 주장한다. 즉 이 견해에 의하면 거시적 차원의 해석은 구체적인 구성요건을 상정하여 해석하는 것이 아니라 오히려 구체적인 구성요건의 수정을 위하여 힘을 발휘하는 (법)원리에 기초한 해석과 크게 다르지 않다고 한다. 또한 이 견해는 (법)원리에 있어서 일방의 (법)원리인 법적 현상을 설명할 수 없으며, 원칙적으로 타방의 (법)원리와의 충돌 · 교착(交錯)이 발생하기 때문에⁸⁶⁾ 그것과의 조정이 요구된다고 한다. 그리하여 법관의 판단에 대한 예견 가능성이 저하되고, 결국 법적 안정성 문제가 생길 수 있다고 한다.⁸⁷⁾ 그리고 이 견해는 분명히 (법)원리는 그것이 실제로 실현되기 위해서 하위 원리 및 독자적인 내용을 가진 개개의 평가에 의하여 구체화될 필요가 있다고 주장한다. 즉 이 견해에 따르면 과실책임의 원리를

니라 한정된 요소를 가지고 어떻게 결합하는가를 규명하고자 하였다”고 한다.

86) Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Duncker & Humblot - Berlin, 1983, S.53(이하에서는 ‘Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts’로 인용한다)은 “원리는 예외 없이 통용되는 것이 아니며, 상호 대립 내지 모순된 형태로 등장할 수 있는 것”이라고 한다.

87) Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB, S.46., S.126. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.160ff.는 흄결 보충에서 (법)원리를 원용하는 것은 (법)원리가 “대부분의 경우에 아무런 문제가 없으며, 적용 가능한 법리를 제공하는 것이 아니라 해결이 모색되어야 할 방향성만을 제시하고, 그리하여 다시 원리가 범명제로 변화되는 특별한 과정을 필요로 한다. 이러한 매우 흥미로운 ‘구체화’의 경과는 일반적인 법원리 문제의 핵심을 이룬다”고 함으로써 흄결 보충에 원용되는 법원리가 현행법의 구성요소인 점, 법원리의 적용이 실정법에서 배제되어 있지 않은 점 등 원리에 의한 흄결 보충의 장애물에 기인한 어려움을 시사한다. Kramer, Juristische Methodenlehre, S.275f.도 법원리에 의한 흄결 보충은 가이드라인으로서 법관에게 평가의 경향을 나타내지만, 그러나 “일반적인 법의 여러 원리를 동원하는 것은 형식상 스스로 존재하는 법의 여러 원리와는 전혀 다른 사고(思考)에 기초한 법관의 자기 평가를 감추기 때문에 사용되어서는 안된다”고 함으로써 이러한 접근방법을 부정한다. Helmut Koziol, *Außervertragliche Schuldverhältnisse im CFR*, in: Der gemeinsame Referenzrahmen Entstehung, Inhalte, Anwendung, Martin Schmidt-Kessel, sellier european law publishers, 2009, S.93ff.가 유추해석에 의해 위험책임의 적용영역을 확장하기 위해서는 일반적인 원리의 형성이 필요한데, 현행 위험책임을 규정한 특별법이 개별적인 열거주의에 의하고 있으므로 이것이 곤란하게 된 점을 위험책임의 일반규정화가 요구되는 이유 중 하나로 인식하고 있는 점에서도, (이를 뒤집어서 말하면) 위험책임의 유추해석은 법원리에 의한 흄결 보충이기 때문에 그러한 어려움이 큰 점을 우리에게 시사해 주고 있다고 생각한다.

선택하였다고 하더라도 유책성의 형식을 어떻게 설정하는지가 문제된다.

예컨대 과실 개념에 대한 해석에서 과실이 주관적으로 판단되어야 하는가, 아니면 객관적으로 판단되어야 하는가, 그 내용의 결정에 있어서 사회생활에서 필요한 주의를 어떻게 설정하는가라는 점 등이 문제된다. 또한 위험 원리가 선택되었다면 여기에서도 독자적인 평가의 관점에서 책임에 귀속되는 위험의 내용, 배상의무의 범위, 불가항력의 범위 등이 결정되어야 한다고 한다.⁸⁸⁾ 결국 이 견해는 (법)원리만으로는 아무 것도 결정되지 않는다고 비판하는 것이다.⁸⁹⁾

생각건대 거시적 차원의 해석에서는 우선 개개의 사안에서 구체적인 사례의 해결이 문제되는 것이 아님을 인식해야 한다. 게다가 (법)원리 간의 충돌 문제도 오히려 위험책임과의 관계에서 고려하면 유책성(과실) 책임과 위험책임의 관련성-예컨대 병존적 성질이 있는 것으로 이해하는지, 양 책임 원리가 뒤섞인 유동적 교착(交錯)이 있음을 전제로 이해하는지-에 대해서 오랫동안 논의되어 온 점에 비추어 볼 때, 어느 책임 원리가 지배적이고 결정적인가라는 점뿐만 아니라 이를 어떻게 정리하고 어떻게 방향을 설정하는가라는 점도 중요하다고 생각한다.

이 점은 이미 살펴 본 Franz Bydliniski가 지적하는 바와 같이 거시적 차원의 해석에서는 내적 체계의 범위 내에서 법의 적용 및 제정법을 위하여 추구될 수 있는 포괄적인 방향 설정이 중요하다고 지적한 점과 상통하므로, 전술한 비판이 드는 논거는 거시적 차원의 해석을 채택하는 데에 장애사유로 작용하지 않는다고 생각한다.⁹⁰⁾

4. 또한 위험책임의 손해배상법·불법행위법 일반에 대한 거시적 차원의 해석에서 특히 의식되어야 하는 것은 책임원리 사이의 관계이다. 총론에서 (법)원리는 다른 원리와의 충돌·교착(交錯)을 전제로 삼는다고

88) Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, S.57.

89) Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.132는 “원리는 법 규칙의 지도적인 사상 및 정당화사유이지만, 실제적인 법리 그 자체는 아니다”라고 한다.

90) 주87)에서 본 법 원리에 의한 흠결 보충에 부정적인 견해에서 밝혀진 바와 같이 거기에서 염두에 두는 것은 일상적인 법률문제, 즉 미시적 차원의 해석에서 생길 수 있는 흠결 보충 과정에 대한 문제이므로, Franz Maurer가 본문에서 든 비판은 거시적 차원의 해석에 대한 비판에 반드시 적합하다고는 볼 수 없다고 생각한다.

하며, 이 점은 일방의 (법)원리는 타방의 (법)원리의 존재를 필요로 한다는 점을 시사 내지 전제한 것이다. 이를 손해배상법의 책임원리에 적용하면 유책성(과실) 책임과 위험책임 기타 책임원리가 될 것이다. 그리고 이들이 서로 충돌·교착(交錯)하면 그에 대한 정리 및 포괄적인 방향 설정이 문제되며, 이 점은 결국 각 (책임) 원리 사이의 관계에 대한 정리 및 해석 문제라고 이해할 수 있을 것이다. 이 점은 이미 살펴 본 Walter Wilburg가 동적 체계론을 구상하게 된 중요한 이유 중 하나이기도 하며, 또한 Franz Bydliniski가 제시한 다원성 명제·단계 설정 명제도 이 점과 밀접하게 관련될 것이다. 이러한 이해에 기초하면 예컨대 민법전상 특수한 불법행위에 대한 규정을 뒷받침하는 책임 원리에 관해서 이러한 규정 내지 제도들은 단순히 역사적 경위나 사실을 고려하여 개별적으로 전개된 전형적인 유형으로 마련되어 있다고 파악할 뿐만 아니라⁹¹⁾ 비록 그 강약이나 질적인 차이는 있더라도 모두 위험성을 고려하는 점에서는 공통되어 있으므로, 이러한 관점에 기초하여 이러한 규정들 및 이러한 규정들을 뒷받침하는 각 책임원리와 민법전 외의 위험책임의 관계가 정리될 가능성이 있다. 이와 같이 위험성을 하나의 기준으로 삼아서 각 책임원리 간의 관계를 정리하고 각각의 책임원리 간의 관련성을 의식하는 형태(예컨대 어떤 책임원리에 대한 해석의 성과를 다른 책임원리에 대한 해석에 참고하거나 그 차이가 명확하다면 그와 구별해서 해석을 전개하는 형태 등⁹²⁾)로 법 발전의 전개를 추진하는 방법도 고려할 수 있다. 이

91) 일본민법 제714조 이하(우리민법 제755조 이하)의 이른바 특수 불법행위에 대해서 언급한 것은 아니지만, 大村敦志, 新基本民法 5 契約編, 有斐閣, 平成28年(2016年), 208-211頁은 계약법에서 계약의 유형(전형계약)과 비교해 볼 때 불법행위법(및 부당이득법)의 유형은 ‘실제로 존재하는 사실유형’에서 추출된다고 한다. 이 관점을 부연하면 우리민법 제755조 이하의 규정에 대하여 각각에서 문제되는 위험에 대처하는 사안 유형으로 이해할 수도 있을 것이다.

92) 특수 불법행위에서 위험책임의 관점 또는 보상책임의 관점이 원용되지만, 각 규정에서 상정되는 위험은 강도·질이 다르므로, 이러한 관점들을 원용한다고 하더라도 인적 위험원, 물적 위험원, 토지공작물의 구체적인 하자가 지니는 위험과 같이 그 차이는 해석에서 고려되어야 한다. 마찬가지로 각 규정에서도 상정되는 위험이 서로 다른 점을 고려할 수 있다. 예컨대 우리민법 제755조 소정의 책임능력 없는 미성년자가 정신장애자인지, 어린 아이인지에 따라 상정되는 위험은 다르므로, 동조의 요건에 대한 해석에 이 점이 반영되어야 한다.

방법을 가능하게 하는 것이 바로 거시적 차원의 해석이라고 생각한다.⁹³⁾

5. 그리고 이와 같이 위험책임에 관해서 2개의 내적 체계의 해석을 전개함에 있어서는 제정법의 형식적 구조인 외적 체계와의 관계도 의식해야 할 것이다.⁹⁴⁾ 특히 위험책임이 민법전에서의 일반규정화를 뒷받침하

93) 특수 불법행위의 정리에 대해서 橋本佳幸, “不作為不法行為”, 責任法の多元的構造, 有斐閣, 平成18年(2006年), 29頁이 제시하는 부작위에 기한 불법행위라는 책임귀속 구조에 대응하는 접근방법이나 瀬川信久, “中間責任から間接的侵害へ-特殊不法行為からみる不法行為法学の過去・現在・未来-”, 早稲田民法学の現在(浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念), 成文堂, 平成29年(2017年), 614頁 이하가 제시하는 간접적 침해에 주목하는 접근방법과 달리 본문에서 제시한 접근방법은 이러한 접근방법들과 완전히 상충되는 것은 아니지만, 위험성, 위험성의 강약 및 질을 의식하는 점에서 다르다. 즉 법적인 사고방법에서 ‘중적 방향’과 ‘횡적 방향’의 관계를 의식한 사고방법이 중요하며, 이에 기초한 법해석을 함으로써 체계적인 안정성을 가져온다는 점이 지적된다(小粥太郎, “名譽毀損からみる不法行為法”, 民事法の現代的課題(松本恒雄先生還暦記念), 商事法務, 平成24年(2012年), 613頁 주3 참조). 본문에서 제시한 접근방법도 우리민법 제750조를 뒷받침하는 과실책임과 제755조 이하의 특수 불법행위책임에서 각각의 책임을 뒷받침하는 책임원리의 관련성 정리 및 방향 설정(횡적 관계)과 함께 이들과 일련의 특별법을 뒷받침하는 위험책임의 관련성 정리 및 방향 설정(중적 관계)이 서로 관련되어 이루어진다고 설명할 수도 있으므로, 일응 상술한 접근방법과 일맥상통한다는 인상을 받는다.

94) Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, S.91은 외적 체계에 기초한 해석은 “적어도 일정한 가치가 있음은 부정할 수 없다”고 하며, “예컨대 일관하여 허용되지 않는 것이 아님은 제정법에서 어떤 규정이 총칙에 위치하는지, 각론에 위치하는지에 따라서 그 규정의 적용 영역에 대하여 귀납적 추론을 하는 것이다. 또한 반드시 유념해야 하는 것은 제정법상의 구분이 종종 ‘사물의 본성’에 중대한 영향을 미치기 때문에 규정의 성격이…그 규정의 이해에 있어서 결실을 맺는다는 점”이라고 한다. 다만 Claus-Wilhelm Canaris는 이에 이어서 외적 체계에 기초한 해석은 문리해석을 계속하는 반면, 내적 체계에 기초한 해석은 “목적론적 해석, 보다 정확하게 말하면 목적론적 해석 중 높은 단계에서, 즉 ‘ratio legis’에서 ‘ratio iuris’로 진전되는 단계에서 이루어진다”고 한다. 또한 거기에서의 주(注)(Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, S.91. mit Fn. 23)에서 그는 “제정법의 문언보다 높은 위치에 그 의미와 목적이 있다”는 명제는 일반적으로 인정되고 있다”고 하며 “가능성 있는 문언의 의미”는 지배적인 견해에 기초하면 해석의 한계를 설정하고 이 한도에서 제정법의 목적에 우선한다는 점은 -유추 해석 금지 등을 제외하고- 순수하게 용어상 문제이지만, 만약 순수한 용어상의 문제, 즉 문언의 의미를 넘는 경우에는 이제 좁은 의미의 해석에서 다음 단계로, 즉 유추 및 제한 해석으로부터 이동하고, 또한 그 때문에 결론이야 어쨌든 -매우 좁거나 매우 넓은-문언보다도 제정법의 목적이 우선되는 것이다”라고 하는 점에 비추어 볼 때, 그는 외적 체계에 기초한 해석보다 내적 체계에 기초한 해석이 우위에 있음을 밝힌 것으로 보인다.

는 넓은 적용범위를 가지는 책임원리라는 인식이 정당화된다면 그것은 손해배상법·불법행위법 안에서 이에 대응하는 규정으로 받아들이는 방법이 고려되어야 한다고 볼 수 있다. 즉 내적 체계의 해석을 전개함에 있어서 이 점이 지지될 수 있다고 하더라도 여전히 그것이 법 해석의 단계에 머물러 있으면 이는 결과적으로 손해배상법·불법행위법을 규정한 민법전에 위험책임 규정이 없기 때문에 과실책임의 예외일 뿐이라거나, 체계성이 결여된 특별(ad hoc)한 것이라는 소극적 이해로 이어지거나, 종래의 해석에 대한 근거 설정의 불충분함·불안정성이 우려되고, 결국 오랫동안 축적된 학설 및 판례에 의해서 정착된 안정적 해석의 근간이 흔들릴 위험성이 있다.⁹⁵⁾ 나아가 이 점은 위험책임의 예외성으로 인하여 손해배상법·불법행위법의 내적 체계 안에서 민법전에 존재하는 불법행위의 각 규정과 위험책임의 관계를 의식한 해석의 가능성도 결국 분절화·개별화되고, 그 결과 유기적 관련성이 있는 해석의 가능성도 사라질 위험성이 나타날 것이다.⁹⁶⁾ 이러한 위험성을 조금이나마 누그러뜨리면서 위험책임에 대한 해석의 안정성을 확보하는 계기를 마련하기 위해서는

95) 위험책임에 관한 것은 아니지만, Kramer, Juristische Methodenlehre, S.107f.은 “개개의 규정은 상술한 법 영역의 내적 체계의 관점에서, 그리고 최종적으로 모든 법질서의 관점에서 가능한 한 ‘체계에 적합한 형태로’ 해석되어야 한다. 실제로 법질서의 내적 체계에 적합하지 않으며 아무런 조건 없이 성질이 다른 점에서 체계와 성질이 다르다고 생각되는 규범화는 제한적으로 해석되거나 유추해석은 안될 것이다. 이와 같이 이해하면 예외는 넓게 해석되어서는 안된다(singularia non sunt extendenda)는 오래 된 법 격언은 계속해서 의미가 있다”고 한다. 위험책임도 일반적인 원리로서, 과실책임과 대등한 지위에 있음이 인정된다고 하더라도 민법전에 이를 반영한 규정이 마련되지 않는다면 역시 전술한 바와 같이 책임원리로서의 일반성, 과실책임과의 대등성을 확보할 수 없다고 여겨지며, 예외는 넓게 해석되어서는 안된다는 법원칙에 따른 해석의 제한이 발생할 가능성이 우려되는 것이다. 독일에서의 위험책임의 과실책임에 대한 예외적 성격에 기인한 해석의 제한에 대해서는 Erwin Deutsch, *Die Gefährdungshaftung und Bundesgerichtshof: Die Geschichte eines Abstoßungsprozesses*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 4 Bde., Bd.1, Bürgerliches Recht Gebundenes Buch, C.H.Beck, 2000, S.675f 참조. 또한 이 점에 대한 독일의 학설 및 판례의 이해에 대해서 前田太朗, “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(8)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 受学宗研 57卷, 愛知学院大学論叢法学研究, 平成29年(2017年), 83-93頁도 참조.

96) 주87)에서 든 바와 같이 Helmut Koziol은 위험책임이 유추해석에 의해 확장되었다고 하더라도 제정법에 의한 방법이 충분하지 않기 때문에 입법에서 일반규정화를 목적으로 삼는다는 주장도 본문에서 서술한 것과 밀접하게 관련될 것이다.

내적 체계에 대한 해석-특히 실체적인 근거 설정, 이상적인 방법⁹⁷⁾-뿐만 아니라 이들과 외적 체계의 관계 설정에 따라 재구축을 하는 방법을 강구하는 것이 필요할 것이다.⁹⁸⁾ 그리고 이상의 방법론적 관점에서 볼 때 불법행위법에서 입법론을 제시할 필요성은 더욱더 명확해졌다고 생각한다.⁹⁹⁾

97) 총론적 서술이기는 하지만, Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., Springer, 1991, S.336(이하에서는 ‘Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft’로 인용한다)은 “원리의 적용범위 및 협동작용의 경우에 중요한 것은 법의 ‘내적 체계’이다. 또한 ‘내적 체계’에서 처음으로 ‘ratio legis’가 밝혀지는 경우도 종종 있다”고 한다. 또한 Bydliniski, *Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik*, S.689도 “손해배상법의 원리, 나아가 그 ‘내적 체계’에 대한 포괄적 탐구”는 손해배상법 내의 심오하면서도 멀고 예리한 해석학상 노력의 총체에서 나오게 된다고 한다. 실제로 위험책임이 책임원리로서 일반적 적용범위를 가지는지 여부에 대하여 다툼이 있으며, 이 점에 대해서는 위험책임의 내적 체계에 대한 해석이 가장 중요하게 될 것이다(이 점에 대해서는 前田 太朗, 전게 “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(7)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 93-103頁 참조).

98) 내적 체계에 대한 해석의 전개가 외적 체계의 구축에 미치는 영향에 대해서 Franz Bydliniski, *Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band.II, C.H.Beck, 2007, S.1017., S.1039f.는 내적 체계에서 밝혀지게 된 (법)원리가 그것을 외적 체계가 선행적으로 선택하는 것으로, 또는 내적 체계에서 (법)원리의 측면에서 탐구가 이루어지며, 기초적인 평가와 관련되고, 그것이 또한 반복된다고 하는 것처럼, 외적 체계와 내적 체계가 순환적 관계에 있음을 밝힌다. 이 중에서 외적 체계는 이것이 형성됨으로써 “법조계에 종사하는 자 및 사법기관을 위하여 법에 대한 접근 가능성을 가능한 한 용이하게 한다”는 기능을 수행한다고 한다(이러한 내적 체계와 외적 체계의 관계 설정에 대한 방향성은 Bydliniski, *Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik*, S.688ff.에 제시되어 있었다(또한 이에 대해서는 Kramer, *Juristische Methodenlehre*, S.97도 참조)). 또한 여기에서 외적 체계는 어떤 법 원리에 대한 해석의 실마리·단서가 되어서 해석자에게 그 원리를 깨닫게 한다는 기능도 수행하고 있음을 알 수 있다. 마지막으로 든 외적 체계의 기능성은 법 적용 단계에서 문제되지만, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S.282에서도 발견된다. 외적 체계가 ‘극소수의 인식적 가치’밖에 가지지 않는다고 하더라도 그러나 “질서를 확립하는 데에 보조적 기능을 수행하는 점에서 중요한 가치가 있다”고 하며, “이러한 체계가 없다고 본다면 그 자에게 주어진 사실에 대하여 그 자에게 적합한 법규범을 탐구하는 자는 보조를 받지 못한 상태로 혼란에 빠져서 아무런 해석이나 판단도 하지 못할 것이다. 고려되어야 할 범법제를 찾는 때에 이러한 체계만이 일정 정도까지 방법론상 실시되는 것을 가능하게 한다”고 한다. 여기에서도 외적 체계가 적격한 규범·범명제의 탐색을 보좌하는 기능을 수행하는 점이 제시되고 있다.

99) 참고로 민법전에 위험책임의 일반규정을 도입하는 방안과 관련하여 일반규정에 의한 입

V. 결 어

동적 체계론이란 일정한 범영역에서의 법규범 내지 법률효과를 복수의 ‘요소’ 내지 ‘힘’의 협동작용의 결과로 설명하고 정당화하려는 구상을 의미하는데, 독일을 비롯한 오스트리아에서 위험책임에 대한 해석론 전개에 동적 체계론이 지대한 영향을 미치고 있다. 이러한 동적 체계론은 Walter Wilburg에 의해서 처음으로 주장된 이래 많은 학자들에 의해서 보완되었으며, 특히 위험책임과 관련해서는 각 특별법에서 위험책임의 공통적인 일반원칙을 발견하고 이에 기초하여 위험책임의 유추해석을 주장한 Helmut Koziol의 구상이 OGH에 인용됨으로써 동적 체계론은 오스트리아의 실무에서도 위험 책임을 판단하는 부분에서 기능하게 되었다. 그리고 동적 체계론은 Franz Bydlinski와 Helmut Koziol 등에 의해서 이론적 발전을 이룩하게 되었다. 이하에서는 마무리에 갈음하여 본고를

법 방식에 대한 비판이 제기될 수 있다. 오스트리아의 경우에 이러한 비판의 대상이 되는 규정은 ABGB 제1295조이지만, 이는 우리민법 제750조에도 동일한 비판이 적용될 수 있다. 이러한 비판의 요지는 다음과 같다. 즉 “ABGB 제1295조 제1항(누구든지 가해자의 과책으로 가한 손해의 배상을 가해자에게 요구할 권리가 있다. 손해는 계약위반에 의하거나 계약위반과 관계없이 야기될 수 있다)은 너무 광범위하므로 오늘날에는 일반적으로 만인이 존중해야 하는 것은 절대적으로 보호되는 법익뿐이며, 순수한 재산적 손해는 불법행위 분야에서 예외적으로만 배상되어야 하는 점이 승인되고 있다. 언제 예외가 문제되는가에 대해서 ABGB는 규정하고 있지 않으므로, 결정적인 문제는 해결되지 못한 상태로 남아 있다.” 그러나 일반규정에 의한 입법과 동적 체계론은 모순되지 않는다. 일반규정을 구체화하는 경우에 동적 체계론의 투입이 적절한 점은 대부분의 학자들도 인정하고 있다(이에 대해서는 大久保邦彦, 전게 “動的体系論と原理理論の關係に関する一考察”, 553-555頁 참조). 실제로 DE 제1295조 제1항은 “위법성”이라는 일반규정(불확정 개념)을 사용하면서 제1296조에서 위법성 심사시에 고려되어야 할 여러 기준을 제시하지만, 제1296조는 동적 체계론에 따른 입법에 해당된다. 이러한 점에 비추어 볼 때 장래 우리민법전에 위험책임에 대한 일반규정을 도입하는 방안 중 하나로 일반규정에 의한 입법과 동적 체계론에 따른 입법을 조합시킴으로써 일반규정이 구체화된 경우에 법원의 판단을 통제하는 방안을 고려할 수 있다. 이러한 방안에 따라 기준이 되는 평가의 관점을 법률에 명시하면 법해석의 폭을 좁힐 수 있으므로, 제정법의 해석, 법의 계속 형성, 일반규정의 구체화할 때에 보다 더 정의에 부합하고 보다 효율적이면서 보다 안정적인 법해석이 가능하게 될 것이다. 이러한 방안을 채택하여 우리민법상 위험책임의 일반규정을 도입할지 여부에 대해서는 좀 더 심도 있는 연구가 필요하므로, 이에 대해서는 장래의 연구과제로 삼는다.

통하여 민법상 위험책임의 해석과 동적 체계론의 관계 내지 역할, 그리고 향후 우리민법전에 위험책임의 일반규정의 도입을 위한 입법론 제시에 어떠한 시사점을 제공할 수 있는지를 간략하게 정리하고자 한다. 그 내용은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 해석론 내지 방법론상 위험책임을 실현하는 데에 반드시 동적 체계론을 통해서만 설명이 가능하거나 정당화될 수 있는 것은 아니다. 그러나 이러한 이해는 Franz Bydlinski의 거시적 차원의 해석과 미시적 차원의 해석을 구분해서 동적 체계론을 고려하는 접근방법과 일맥상통하는 면이 있음을 알 수 있었다. 그리고 장래에 우리민법상 불법행위법의 개정을 염두에 둔다면 우리민법에 위험책임의 일반규정의 입법이 가능한지 여부가 문제되는 경우에 동적 체계론에 대한 논의가 이루어질 수 있다고 판단하였다.

둘째, 민법상 위험책임에 대한 해석론 전개에 있어서 동적 체계론이 가지는 의미는 다음과 같이 정리할 수 있다.

우선 거시적 차원의 해석은 내적 체계에 대한 해석 문제로, 거기에서는 포괄적인 방향 설정이 지향되고 있는데, 이 점은 위험책임과의 관계에서 다음의 두 가지 단계에서 중요한 법 발전의 가능성을 제시한다. 즉 각 특별법에 의해서 형성되는 위험책임규범에서는 각 특별법 간의 요건·효과의 차이의 명확한 구분·정리와 같은 위험책임 체계에서 모순이 없는 형태의 내적 체계에 대한 법 해석의 전개가 요구된다. 이를 통하여 위험책임을 규정한 일련의 특별법의 내적 체계에서 모순이 없는 해석이 가능하게 될 것이다. 그리고 위험책임이 각 특별법을 통하여 개개의 위험성이 규율된 점에 대한 이유를 제시하는 것이 중요하며, 이러한 이유 제시는 추상적으로 위험책임에 대한 판단 근거와 일정한 관계가 있으므로, 위험책임에 대한 각론적 해석과 위험책임에 대한 일반 이론의 관련성도 의식하고 전자의 법 발전을 후자에 반영함으로써 위험책임의 내적 체계에 대한 해석을 더욱더 전개시켜 나가는 방법도 고려할 수 있다.

셋째, 위험책임이 손해배상법·불법행위법 일반에서 담당해야 할 역할 및 기능성을 내적 체계·거시적 차원의 해석에서 고려하는 데에는 비판적 견해도 존재하지만, 이러한 고려 방식은 유용하다고 생각한다. 왜냐하면 거시적 차원의 해석에서는 우선 개개의 사안에서 구체적인 사례의 해

결이 문제되는 것이 아님을 인식해야 하며, (법)원리 간의 충돌 문제도 오히려 위험책임과의 관계에서 고려하면 유책성(과실) 책임과 위험책임의 관련성에 대해서 오랫동안 논의되어 온 점에 비추어 볼 때, 어느 책임 원리가 지배적이고 결정적인가라는 점뿐만 아니라 이를 어떻게 정리하고 어떻게 방향을 설정하는가라는 점도 중요하기 때문이다.

넷째, 위험책임의 손해배상법·불법행위법 일반에 대한 거시적 차원의 해석에서 특히 의식되어야 하는 것은 책임원리 사이의 관계이다. 총론에서 (법)원리는 다른 원리와의 충돌·교착(交錯)을 전제로 삼는다고 하며, 이 점은 일방의 (법)원리는 타방의 (법)원리의 존재를 필요로 한다는 점을 시사 내지 전제한 것이다. 이를 손해배상법의 책임원리에 적용하면 유책성(과실) 책임과 위험책임 기타 책임원리가 될 것이다. 그리고 이들이 서로 충돌·교착(交錯)하면 그에 대한 정리 및 포괄적인 방향 설정이 문제되며, 이 점은 결국 각 (책임) 원리 사이의 관계에 대한 정리 및 해석 문제라고 이해할 수 있을 것이다. 결국 이러한 이해에 따라 위험성을 하나의 기준으로 삼아서 각 책임원리 간의 관계를 정리하고 각각의 책임원리 간의 관련성을 의식하는 형태로 법 발전의 전개를 추진하는 방법도 고려할 수 있으며, 이러한 방법을 가능하게 하는 것이 바로 거시적 차원의 해석임을 알 수 있었다.

다섯째, 위험책임에 관해서 2개의 내적 체계의 해석을 전개함에 있어서는 제정법의 형식적 구조인 외적 체계와의 관계도 의식해야 함을 알 수 있었다. 특히 위험책임이 민법전에서의 일반규정화를 뒷받침하는 넓은 적용범위를 가지는 책임원리라는 인식이 정당화된다면 그것은 손해배상법·불법행위법 안에서 이에 대응하는 규정으로 받아들이는 방법이 고려되어야 할 것이다. 만약 이러한 방법을 채택하지 않으면, 오랫동안 축적된 학설 및 판례에 의해서 정착된 안정적 해석의 근간이 흔들릴 위험성이 있을 뿐만 아니라 손해배상법·불법행위법의 내적 체계 안에서 민법전에 존재하는 불법행위의 각 규정과 위험책임의 유기적 관계를 의식한 해석의 가능성도 사라질 수 있다. 이러한 위험성을 조금이나마 누그러뜨리면서 위험책임에 대한 해석의 안정성을 확보하는 계기를 마련하기 위해서는 내적 체계에 대한 해석뿐만 아니라 이들과 외적 체계의 관계 설정에 따라 재구축을 하는 방법을 강구하는 것이 필요할 것이다. 그

리고 이상의 방법론적 관점에서 볼 때 불법행위법에서 위험책임의 일반 규정의 도입을 비롯한 여러 가지 사항들에 대한 입법론을 제시할 필요성은 더욱더 명확해졌다고 생각한다.

(논문투고일: 2019.05.29, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 이 승 현

위험책임, 동적 체계론, 불법행위법, 과실책임의 원칙, 무과실책임, 일반규정

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론, 신정(수정판), 박영사, 2000.
 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997.
 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제10판, 법문사, 2019.
 김중환, 채권각론, 박영사, 1988.
 박동진, 주석민법, 제4판, 채권각칙(6)(편집대표 김용담), 한국사법행정학회, 2016.
 서광민, 민법주해 XVIII권, 채권(11) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.
 송덕수, 채권법각론, 제4판, 박영사, 2019.
 안춘수, 불법행위·부당이득·사무관리, 동방문화사, 2018.
 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.
 지원림, 민법강의, 제16판, 홍문사, 2019.
 황적인, 현대민법론IV[채권각론], 증보판, 박영사, 1987.

2. 논 문

- 강봉석, “위험책임과 일반조항”, 법학논집 제5권 제1호(법학과 창립 50주년 기념호), 이화여자대학교 법학연구소, 2000.
 김상중, “한국의 위험책임 현황과 입법 논의 : 유럽의 논의와 경험을 바탕으로”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011.
 김형배, “불법행위법 개정안 : 위험책임”, 민사법학 제15호, 한국민사법학회, 1997.
 서광민·김진현, “위험책임으로서의 무과실책임에 관한 비교법적 연구”, 강원법학 제3권, 강원대학교 비교법학연구소, 1987.
 윤용석, “위험책임분야의 민법개정안의견서에 관한 일고”, 법학연구, 제41권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2000.
 윤태영, “기본권의 대사인적 효력과 위법상 판단-‘동적 체계론’ 및 ‘다원

- 적 불법행위론'의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론-", 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018.
- 이승현, "민법상 위험책임에 대한 일반규정의 입법 여부에 관한 주요 국가의 동향과 시사점", 성균관법학 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2018.
- 이제우, "위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제", 강원법학 제43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
- 이제우, "우리 민사법상 위험책임에서의 손해배상범위에 관한 비판적 고찰", 민사법학 제70호, 한국민사법학회, 2015.

II. 외국문헌

1. 일본문헌

- 加藤一郎, 不法行為, [増補版], 法律学全集 22-II卷, 有斐閣, 昭和49年(1974年).
- 橋本佳幸, "環境危険責任の基本構造-公害無過失責任の再構築へ向けて-", 責任法の多元的構造, 有斐閣, 平成18年(2006年).
- 橋本佳幸, "不作為不法行為", 責任法の多元的構造, 有斐閣, 平成18年(2006年).
- 橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰, 民法V 事務管理・不当利得・不法行為, 有斐閣, 平成22年(2010年).
- 橋本佳幸, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年).
- 亀本洋, "法におけるルールと原理-ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に-", 法的思考, 有斐閣, 平成18年(2006年).
- 吉村良一, 不法行為法, 第5版, 有斐閣, 平成29年(2017年).
- 大久保邦彦, "動的体系論と原理理論の關係に関する一考察", 神戸学院法学 31卷 2号, 神戸学院大学 法学会, 平成13年(2001年).
- 大久保邦彦, "損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法", 国際公共政策研究, 第18卷 第1号, 大阪大学 国際公共政策学会, 2013.

- 大村敦志, 新基本民法 5 契約編, 有斐閣, 平成28年(2016年).
- 大村敦志, 新基本民法 6 不法行為編, 有斐閣, 平成28年(2016年).
- 藤岡康宏, 民法講義V 不法行為法, 信山社, 平成25年(2013年).
- 藤原正則, “法ドグマティークの伝統と発展”, 私法学の再構築(瀬川信久編), 北海道大学図書刊行会, 平成11年(1999年).
- 瀬川信久, “中間責任から間接的侵害へ-特殊不法行為からみる不法行為法学の過去・現在・未来-”, 早稲田民法学の現在(浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念), 成文堂, 平成29年(2017年).
- 民法改正研究会 編(加藤雅信 代表), 法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学会有志案, 日本評論社, 平成21年(2009年).
- 山本敬三, “民法における動的システム論の検討-法的評価の構造と方法に関する序章の考察-”, 法学論叢 138巻 1・2・3号, 京都大学法学会, 平成7年(1995年).
- 山本周平, “不法行為法における法的評価の構造と方法(5・完)-ヨーロッパ不法行為法原則(PETL)と動的システム論を手がかりとして-”, 法学論叢 169巻 6号, 京都大学法学会, 平成23年(2011年).
- 小粥太郎, “名誉毀損からみる不法行為法”, 民事法の現代的課題(松本恒雄先生還暦記念), 商事法務, 平成24年(2012年).
- 我妻栄, 事務管理・不当利得・不法行為, 新法学全集 10巻, 日本評論社, 昭和12年(1937年).
- 若林三奈, “オーストリア損害賠償法改革の現状-2011年折衷草案の概要-”, 社会科学研究年報 第44号, 龍谷大学 社会科学研究所, 2013.
- 窪田充見, 不法行為-民法を学ぶ, 有斐閣, 平成19年(2007年).
- 前田陽一, 債権各論II, 第3版, 弘文堂, 平成29年(2017年).
- 前田太朗, “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(7)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 愛学宗研 56巻, 愛知学院大学論叢法学研究, 平成29年(2017年).
- 前田太朗, “不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性(8)-オーストリア法における責任原理論の展開を参考にして-”, 受

- 学宗研 57卷, 愛知学院大学論叢法学研究, 平成29年(2017年).
- 前田太朗, “危険責任の解釈における動的システム論の意味”, 社会の変容と民法の課題[下卷](瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集)([編集委員] 松久三四彦・後藤卷則・金山直樹・水野謙・池田雅則・新堂明子・大島梨沙), 成文堂, 2018.
- 潮見佳男, 不法行為法I, 第2版, 信山社, 平成23年(2011年).
- 潮見佳男, “立法のベースライン”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商事法務, 2015.
- 中原太郎, “過失責任と無過失責任-無過失責任論に関する現状分析と理論的整序の試み”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商事法務, 2015.
- 平野裕之, 民法総合VI 不法行為法, 第3版, 信山社, 平成25年(2013年).
- 浦川道太郎, “無過失責任”, 民法講座6(編集代表 星野英一), 有斐閣, 昭和60年(1985年).
- 浦川道太郎, “危険責任の一般条項-各国民法典における動向”, 民法の未来(野村豊弘先生古稀記念論文集), 商事法務, 2014.
- 解亘(解題 郭薇), “動的システム論(Bewegliches System)をめぐる誤解または過大評価 : 中国法の動向”, 北大法学論集 69卷 1号, 北海道大学法学部, 2018.

2. 서구문헌

- Alfons Bürge, Der spezifische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft, AcP 212, 2012.
- Attila Fenyves, *Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen*, In: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986.
- [인용 : Fenyves, *Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei*

Auflösung von Dauerschuldverhältnissen

- Axel Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2009.
- B. C. Steininger, *Verschärfung der Verschuldenshaftung*, Verlag Österreich GmbH, 2007.
- Bernd Schilcher, *Theorie der sozialen Schadensverteilung*, Duncker & Humblot : Berlin, 1974.
- Bernd Schilcher, *Ziele Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadenersatzrechts*, in: *European Tort Law: lieber amicorum for Helmut Koziol*, New York : P. Lang, 2000.
- Bernd Schilcher, *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, in: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Bernd Schilcher, u.a. (Hrsg.), Wien, 2000.
- Bernd Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band.II, C.H.Beck, 2007. [인용 : **Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz***]
- Bernhard A. Koch und Helmut Koziol, *Die Vereinheitlichung des Europäischen Schadenersatzrechtes*, in: *FS anlässlich des 75. Jahr-Jubiläums der Österreichischen Gesellschaft für Versicherungsfachwissen*, Wien, 2004.
- Bernhard A. Koch, *Wer hat Angst vor Walter Wilburd? Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems*, in: *Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen*, Lamiss Khakzadeh-Leiler, u.a. (Hrsg.), Verlag Österreich GmbH, 2014.
- Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*,

2.Aufl., Duncker & Humblot, 1983. [인용 : Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz]

Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Duncker & Humblot – Berlin, 1983. [인용 : Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts]

Claus-Wilhelm Canaris, *Beweglichen System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986.

Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5.Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016. [인용 : Kramer, Juristische Methodenlehre]

Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Heymann, 1996.

Erwin Deutsch, *Die Gefährdungshaftung und Bundesgerichtshof: Die Geschichte eines Abstoßungsprozesses*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 4 Bde., Bd.1, Bürgerliches Recht Gebundenes Buch, C.H.Beck, 2000.

Frank O. Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*, AcP 197, 1997. [인용 : Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*]

Franz Bydlinski, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*, In: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Franz Bydlinski

- u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986. [인용 : Bydlinski, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*]
- Franz Bydlinski, Fundmentale Rechtsgrundsätze, Verlag Österreich, 1988. [인용 : Franz Bydlinski, *Fundmentale Rechtsgrundsätze*, Verlag Österreich, 1988]
- Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2.Aufl., Springer · Wien · New York, 1991. [인용 : Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*]
- Franz Bydlinski, *Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik*, JBl 1996, Springer-Verlag, 1996.
- Franz Bydlinski, *Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*, in: Schilcher/Koller/Funk(Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts(Juristische Schriftenreihe), Verlag Österreich, 2000. [인용 : Bydlinski, *Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung*]
- Franz Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, AcP 204, 2004. [인용 : Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*]
- Franz Bydlinski, *Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band.II, C.H.Beck, 2007.
- Franz Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB, Nomos, 2017. [인용

: Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei §826 BGB]

Georg Wilhelm, *“Bewegliches System”, (bewSy)-Was ist das?*, ecolex-Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht, Manz Verlag Wien, 2016.

George Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, MANZ Verlag Wien, 2012 [인용 : Kathrein, *Zur Reform des Schadensersatzrechts-Ein Skizze aus dem Schattenreich*]

Gerhard Otte, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band II, Düsseldorf, 1972. [인용 : Otte, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*]

Gerhard Otte, *Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht*, in: Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger(Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Verlag Österreich, 1986.

Gerhard Wagner, *Reform des Schadensersatzrechts*, JBl 2008, Springer-Verlag, 2008. [인용 : Wagner, *Reform des Schadensersatzrechts*]

Hein Kötz, *Haftung für besondere Gefahr-Generalklausel für die Gefährdungshaftung-*, AcP 170, 1970.

Heinrich Honsell, *Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht*, in: FS Peter Schlechtriem, Tübingen, 2003.

Helmut Koziol, *Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie*, in: Hermann Baltl (ed.), FS für Walter Wilburg, Graz, 1975.

- Helmut Koziol, *Bewegliches System und Gefährdungshaftung*, in: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Franz Bydlinski u.a (Hrsg.), Verlag Österreich, 1986.
- Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflicht, Band I, 3.Aufl., MANZ Verlag Wien, 1996.
- Helmut Koziol, *Außervertragliche Schuldverhältnisse im CFR*, in: Der gemeinsame Referenzrahmen Entstehung, Inhalte, Anwendung, Martin Schmidt-Kessel, sellier european law publishers, 2009.
- Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag, 2010. [인용 : Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts]
- Helmut Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*, in: FS 200Jahre ABGB, Bd. 1, Wien, 2011. [인용 : Koziol, *Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen?*]
- Helmut Koziol, *Gedanken zur österreichischen Schadenersatzreform*, in: BMJ(Bundesministerium für Justiz)(Hrsg.), 200 Jahre ABGB, RichterInnenwoche 2011 in Lochau 16.-20. Mai 2011, NWV Verlag Österreich, 2012.
- Helmut Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, in: Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Helmut Koziol (Hrsg.), Jan Sramek Verlag, 2014. [인용 : Koziol, *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*]
- Irmgard Griss, *Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, JBl 2005, Springer-Verlag, 2005.
- Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 11.Aufl., C.H.Beck,

1977.

Karl Larenz, *Richtiges Recht*, C.H.Beck, 1979.

Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., Springer, 1991. [인용 : Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*]

Martin Spitzer, *Betrieb und Betriebsgefahr im EKHG*, in: Festschrift für Attila Fenyves, Verlag Österreich, 2013.

Martina Kisslinger, *Gefährdungshaftung im Nachbarrecht*, März, 2006. [인용 : Kisslinger, *Gefährdungshaftung im Nachbarrecht*]

Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, 2003.

Peter Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Bd., Teil 2b, §§1293 bis 1312, §1306, MANZ'sche Wien, 2007.

Rainer Weiß, *Höherer Gewalt als Haftungsausschluss*, MANZ Verlag Wien, 2009. [인용 : Weiß, *Höherer Gewalt als Haftungsausschluss*]

Robert Rebhan, *Zu den Rahmenbedingungen von Rechtsdogmatik*, in: Festschrift für Helmut Koziol, Jan Sramek Verlag, 2010.

Rudolf Reischauer, *Reform des Schadenersatzrechts?*, in: Rudolf Reischauer/Karl Spielbühler/Rudolf Welser, *Reform des Schadenersatzrechts*, Bd. II, MANZ Verlag Wien, 2006. [인용 : Reischauer, *Reform des Schadenersatzrechts?*]

Rudolf Reischauer, *Zum Versagen des beweglichen Systems in Theorie und Praxis*, in: FS Ferdinand Kerschner, Wien, 2013.

Theo Mayer-Maly, *Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten*, in: *Das Bewegliche System im*

geltenden und künftigen Recht, Franz Bydlinski
u.a (Hrsg.), Wien & New York, 1986.

Walter Wilburg, Der Unternehmer im Schadensrecht, Universität,
Graz Wissenschaftliches Jahrbuch, Graz, 1940.

Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg :
Elwert'sche Verlbh., 1941. **[인용 : Wilburg, Die
Elemente des Schadensrechts]**

Walter Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im
Bürgerlichen Recht, Graz : Jos. A. Kienreich,
1950. **[인용 : Wilburg, Entwicklung eines
beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht]**

Walter Wilburg, *Zussamenspiel der Kräfte im Aufbau des
Schuldrechts*, AcP 163, 1963.

Abstract

Consideration of an Interpretation of Risk Liability under Civil Code and of Roles of Flexible System

Lee, Seung Hyun

As for Austria and Germany, flexible system is greatly influencing development of interpretation of risk liability. That is, the fact that Helmut Koziol found a common general principle of risk liability in each special law and, based on that finding, conceived and maintained analogical interpretation of risk liability is supported by flexible system in terms of interpretation - and Oberster Gerichtshof's decision that has been greatly influenced by his conception also allows flexible system to function in judging risk liability. Furthermore, such theoretical and practical accomplishments have recently caused Austria to show a movement towards including general regulations concerning risk liability in their Civil Codes, which was the fruit. Therefore, it can be thought that in Austria flexible system plays an important role in making risk liability widespread law interpretation and, if inclusion of general regulations concerning risk liability in the Civil Codes is realized, in using risk liability for more effective operation in the future.

It goes without saying that as long as each nation's legal circumstances are not completely the same, such influence does not influence the Korean Civil Code to the same degree. But countries' fundamental legal circumstances like Germany and Austria are the same as Korean ones in that principle of liability with fault has been adopted as a fundamental principle

and general regulations concerning risk liability are not included in the Civil Code. Therefore considering flexible system can be an opportunity for wider discussion on development of interpretation of risk liability in the Korean Code. In addition, during the future discussions on the revision of the Korean Tort Law, that interpretation will be worth reference, in relation to whether to adopt general regulations concerning risk liability into the Civil Code. Furthermore, there is a possibility that such consideration will cause new theoretical development to be done in Korean Damage Compensation Act or Tort Law as well as risk liability.

Hence this paper looked at the trends and estimation related to theories and practical affairs concerning flexible system that has been developed until recently in countries like Germany and Austria and, based on the findings, analyzed the relationship between flexible system and interpretation of risk liability. Also by doing so the paper identified in a humble measure what significance flexible system can have on risk liability in the Korean Civil Code, and what implications the theory can provide for the presenting of interpretation, and furthermore of theory on legislation for adoption of general regulations concerning risk liability into the Korean Civil Code.



▶ Lee, Seung Hyun

risk liability, Flexible System, Illegal act law, principle of liability with fault, liability without fault, general rules

불능미수에 대한 오해와 벽용(擗踊)

김 재 현*

【목 차】

I. 서론

II. 형법 제27조 위험성 표지는 미수범의 처벌근거와 어떤 관계인가?

1. 우리가 혼란을 겪고 있는 위험성 판단기준 이론의 등장배경
2. 형법 제27조 위험성 표지는 불능미수 성립만을 위한 독자적 요건인가?
3. 행위자의 착오에 기한 범죄적 의사만을 기초로 위험성을 판단할 수 있는가?

III. 수단 또는 착오로 인한 결과발생의 불가능

1. 결과발생의 불가능의 판단시점
2. 수단 또는 대상의 착오
3. 수정된 사실적·자연과학적 사후 판단설의 타당성

IV. 결론

【국 문 요 약】

형법 제27조는 불능미수를 규정하고 있는 바, 본 규정을 놓고 오랜 기간 수많은 연구가 이루어져 왔으나 여전히 정복되지 않은 영역으로 남아 있다. 특히 위험성 표지에 대하여 독자성을 부여하거나 새로운 판단기준을 제시하는 등 혼돈의 장이라고 보아도 과언이 아니다.

불능미수의 위험성 판단기준으로 제시되는 학설들은 과거 독일에서 미수에 그친 사건들 중 처벌이 모호한 사안들을 처벌할 것인지 처벌하지 않을 것인지 판단하기 위해 시작된 논의들이다. 즉, 불능미수라는 개념과 이에 대한 처벌규정도 존재하지 않았던 시절에 처벌과 불처벌의 경계선상에 위치한 미수사태의 처벌여부를 판가름 짓기 위해 논의된 이론들이었으므로 이 학설들은 곧 미수범 처벌근거의 구체적 기준을 마련하기 위

* 한국형사정책연구원, 부연구위원, 법학박사.

한 작업이었다고 할 수 있다.

그리고 형법 제27조에서 처벌 여부를 평가하는 위험성 표지를 놓고 불능미수만의 독자적 의의가 있는 것인지, 아니면 모든 미수범의 공통된 위험성을 의미하는 것인지 논의한 바, 실질적 위법성론과 불법이원론의 관점에서 볼 때 미수범의 결과반가치인 법익침해의 위험성은 행위시에 일반인의 입장에서 판단하는 것이 타당함을 알 수 있었으므로 제27조의 위험성은 불능미수의 성립만을 위한 요건이 아니라 모든 미수범의 성립 요건으로서의 ‘위험성’이라고 할 수 있겠다.

미수범의 위험성을 판단하는 기준은 대부분 독일의 이론들인데, 독일의 학설을 차용하려면 우리 형법 해석론에 가장 부합하는 이론을 찾아내야 한다. 다양한 학설들 중 주관설과 객관설은 불법이원론을 취하고 있는 이상 제외되어야 하며 결국 절충설인 추상적 위험설과 구체적 위험설로 초점이 모아진다. 그러나 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사정에 착오가 있었다고 하더라도 일단 그러한 인식을 전제로 일반인의 입장에서 위험성이 있다고 판단될 경우 불능미수로 처벌하고자 하는데, 헤프닝에 그쳐야 할 사안들까지 처벌의 영역으로 보내게 되는 문제가 있으므로 실질적 위법성론의 관점에서 볼 때 받아들이기 어려운 견해라고 할 수 있다. 반면, 구체적 위험설은 일반인도 행위자와 동일하게 착오를 할 수 밖에 없는 경우만을 처벌하고자 하므로 헤프닝에 불과한 사안은 처벌의 영역에서 배제한다. 따라서 구체적 위험설이 우리 형법해석론에 가장 부합하는 견해라고 할 수 있겠다.

결과발생의 불가능 판단은 사실적·자연과학적 사후판단설이 타당함을 알 수 있었다. 사실적·자연과학적 사전판단설은 행위시에 전문가도 행위자와 동일하게 착오에 빠질 수 있는 문제가 있고, 규범적·사전적 판단설은 결과발생의 불가능과 결과의 불발생을 엄격하게 구분하지 않은 탓으로 위험성 판단과 중복되는 문제가 있으므로 가능미수와 불능미수의 구분이 어렵게 되는 문제가 있었다. 따라서 사후에 발생한 모든 사정을 고려하여 사안에 따라 요구되는 과학적 전문가의 판단에 의해 결과발생의 불가능 여부를 판단하는 사실적·자연과학적 사후판단설이 타당하다. 다만 과학적 전문가들 사이에서도 불가능 여부 판단이 모호한 경우에는 가능미수보다 행위자에게 유리한 불능미수가 인정될 수 있도록 결과발생

의 불가능으로 결론을 내리는 것이 타당할 것이다.

I. 서론

형법 제27조는 소위 불능미수를 규정하고 있다. 불능미수 해석론은 형법학상으로 가장 오랫동안, 그리고 꾸준히 논의된 영역이라고 해도 과언이 아니다. 불능미수의 해석론이 실무상으로 크게 이슈가 되는 것도 아니었고 실제 불능미수를 인정한 사례도 찾아보기 힘들거니와 논의의 실익이 크다고 여겨지지 않아 한 동안 연구의 대상에서 자연스럽게 떨어진 측면이 있다. 반대로 생각해보면 수 십 년간의 논의와 연구 집적물이 존재함에도 불구하고 아직까지도 학계의 의견이 모아지지 않고, 또는 중요하지 않다고 여겨 무관심하고, 판례의 법리 또한 정립되어 있지 않아 실무에서도 적용하기 모호한 규정이라는 인상이 강하여 도외시 되고 있는 것은 아닌지 생각해 볼 수도 있을 것이다.

그러나 비교적 최근까지도 불능미수에 대한 연구가 이루어진 바가 있고,¹⁾ 2019년 3월 28일 준강간죄의 불능미수를 인정한 전원합의체판결²⁾이 등장함으로써 그 동안 잊혀졌던 불능미수 해석론에 대한 관심이 다시금 부각될 것으로 보인다.

법학전문대학원 제도가 도입된 지도 어느덧 10년이라는 세월이 흘렀다. 이러한 시대에 형법 도그마틱 논의를 지양하고 실무적 내용이 강의와 연구에 중점이 되어야 한다는 의견이 강하다. 그러한 가운데 불능미수론을 논한다는 것은 시대적 흐름에 부합하지 않고, 매우 오래되고도 이미 수많은 논의가 이루어진 영역을 다시금 다루고자 하는 것이 과연 학문성이 있겠는가라는 질타를 받을 여지도 있겠지만, 불능미수 해석론은 아직도 합의점을 찾지 못한 미완성의 영역이라는 점에서 본고는 지금까지 얹혀있는 불능미수라는 실타래를 풀기 위한 단초를 제공하는 계기

1) 조국, “형법 제27조 불능미수 요건의 구별재정립을 위한 일고-‘추상적 위험설’의 관점에서-”, **비교형사법연구**, 제18권 제2호(2016).

2) 대법원 2019. 3. 28. 선고, 2018도16002 판결.

가 되고자 하는 희망을 가지고 논의해 보고자 한다.

방법론으로서 첫째, 위험성 판단기준으로 제시되는 학설들이 어떠한 연유로 등장하게 되었는지 살펴본다. 둘째, 형법 제27조에서 적극적으로 제시하고 있는 위험성 표지가 불능미수만의 성립요건으로서 독자적 의의가 있는지 여부를 밝히기 위하여 미수범의 처벌근거, 입법당시의 논의, 형법의 기본이론 등과 함께 논의해 보고자 한다. 그리고 셋째, 위험성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 마련하기 위하여 현존하는 이론들의 문제점을 분석하고 현재 형법 해석론에 부합하는 기준을 파악해 보고자 한다. 마지막으로, 착오로 인한 결과발생의 불가능 요건은 위험성 논의에 비해 관심도가 상대적으로 미약하지만 본 요건이 가능미수와 불능미수를 구별하는 기준인 만큼 중요한 역할을 담당하고 있으므로 형법 제27조를 해석함에 있어서 위험성 판단기준과 충돌을 일으키지 않고 합리적으로 해석할 수 있는 기준을 마련해 보고자 한다.

II. 형법 제27조 위험성 표지는 미수범의 처벌근거와 어떤 관계인가?

형법 제27조는 위험성 요건을 적극적으로 규정하고 있으므로 마치 이 요건이 불능미수 성립을 위한 매우 중요한 역할을 하는 것으로 보일 수 있다. 따라서 위험성 표지를 어떻게 파악하는 지에 따라 위험성 요건은 독자성을 띤다고 해석할 수 있고, 반대로 독자성이 없는 것으로 해석할 수도 있다. 이러한 작업의 단초로서 불능미수를 미수범의 일종으로 파악하여 원칙적으로 처벌되어야 하는 미수인지, 아니면 원칙적으로 처벌되어서는 안 되지만 형법 제27조라는 입법자의 결단에 의해 예외적으로 처벌되는 유형인지 파악해야 한다. 이하에서는 불능미수가 미수범 일반에 포섭되는 유형인지 여부를 검토해 보도록 한다.

1. 우리가 혼란을 겪고 있는 위험성 판단기준 이론의 등장배경

불능미수에 대한 논의는 일반적으로 위험성 판단기준에 초점이 맞추어

져 있는 것을 쉽게 찾아볼 수 있다. 형법 기본서의 경우를 보더라도 대부분 위험성 판단기준에 대한 논의에 양적 할애가 주어지고 있다. 우선 위험성 판단기준에 대한 학설로서 절대적 불능·상대적 불능 구별설(구객관설), 추상적 위험설, 구체적 위험설(신객관설), 인상설, 주관설이 대표적으로 제시되고 있는데 위 학설들은 모두 독일에서 논의되었던 이론들이다. 그렇다면 독일의 불능미수 규정도 우리와 같이 위험성 표지를 불능미수의 성립요건으로 제시하고 있고, 나아가 위험성 판단기준에 대한 논의도 활발하게 이루어지고 있는가? 독일의 불능미수 규정을 살펴보면, 제23조 제3항에서 “행위자가 범죄 실행의 대상이나 수단의 성질상 기수로 될 수 없음을 중대한 무지로 인하여 오인한 경우, 법원은 형을 면제하거나 작량하여 감경할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 본 규정에서 알 수 있는 바와 같이 조문 어디에도 ‘위험성’ 요건은 존재하지 않는다. 따라서 현재 독일의 기본서나 주석서에서 불능미수 부분을 찾아보더라도 당연히 위험성 판단기준에 대한 논의는 없고, 우리의 불능미수 논의에서 등장하는 여러 학설들에 대한 설명도 찾아보기 힘들다. 그런데 우리는 위험성 판단기준으로서 대체 왜 독일의 학설들을 소개 및 설명하고 그 중에서 취사선택하고 있는 것일까? 그리고 객관설, 추상적 위험설, 구체적 위험설 등 이러한 학설들은 어디서 등장한 것이며 어떠한 이유로 등장한 것일까? 또한 현재 독일에서 이러한 학설들에 대한 논의가 더 이상 이루어지지 않는 이유는 무엇일까?

우선 위 학설들이 독일에서 왜 등장하게 되었는지 파악하는 작업이 수순일 것이므로 과거 독일로 거슬러 올라가 보겠다. 과거 독일 제국법원 시절에 실제로 사체를 산 사람으로 오인하고 살해하려고 한 사건,³⁾ 두통약으로 낙태를 하고자 한 사건,⁴⁾ 임신하지 않은 부녀에 대해 낙태를 시도한 사건⁵⁾ 등이 발생하게 되는데,⁶⁾ 독일 제국법원은 위와 같은 사건들을 어떻게 취급을 해야 할 것인지 난관에 봉착하게 된다. 위 사건들은 범죄의 결과가 발생하지 않아 미수에 그친 경우인데, 행위자에게는 분명

3) RG 1, 451; RG 42, 92.

4) RG 1, 439; RG 17, 158.

5) RG 32, 217.

6) 이 사례들은 교과서적 사례가 아니라 실제 과거 독일에서 등장했던 사건들이고 우리의 불능미수를 설명할 때에도 많이 등장한다.

범죄를 실현하고자 하는 고의는 존재하였고 실행에 옮기기도 하였지만 사안이 매우 특이하여 처벌을 해야 할 것인지 여부를 놓고 제국법원과 학자들은 많은 고민에 빠지게 된다. 당시에는 불능미수라는 개념 자체가 없었던 시절이고, 따라서 불능미수를 취급하는 규정 또한 없었다. 독일 일반란트법이나 제국형법전을 살펴보아도 불능미수라는 용어는 찾아볼 수 없다. 따라서 위와 같은 사안을 놓고 처벌과 불처벌을 결정하기 위한 논의가 시작되게 된다. 하지만 당시 독일 제국법원 판사인 v. Buri는 당시 19세기 자연과학적 실증주의가 팽배해 있었던 분위기와 기계론적 사고방식에 입각하여 원인과 결과 사이의 중간단계를 상정할 수 없다는 점을 근거로 하면서 미수에 그쳐 결과가 발생하지 않은 경우를 처벌하려면 행위자의 주관적 측면, 즉 범죄적 의사에서 미수범의 처벌근거를 구해야 한다는 주장을 하게 된다(소위 주관적 미수론).⁷⁾

이와 같이 처벌의 범위가 매우 넓어지게 되는 제국법원의 입장에 대해 학계는 강력하게 대응하면서, 행위자에게 범죄의사가 있었는지, 착오가 있었는지 여부와 같은 주관적 사정은 고려하지 않고 사후적으로 보았을 때 객관적이고 절대적으로 결과발생이 불가능하였다면 처벌해서는 안 된다는 입장을 취하면서(소위 객관설)⁸⁾ 제국법원의 입장과 극단적으로 대립하는 모습을 보이게 된다. 물론 이 양 입장 외에도 절충적인 입장을 취하면서 추상적 위험설,⁹⁾ 구체적 위험설이¹⁰⁾ 주장되기도 한다.¹¹⁾

그리고 1906년에 벨링의 3단계 범죄체계론이 등장하면서 신고전적 범죄체계론까지는 객관설이 이에 부합하는 견해로 자리 잡고, 벨첼의 목적적 범죄체계론에는 주관설이 부합하게 되며, 합일태적 범죄체계론이 등장한 이후로는 인상설¹²⁾로 대표되어 지금에 이르게 된다.

7) Maximilian von Buri, *Causalität und ihre strafrechtlichen Bezeichnungen*, (Stuttgart, 1885), S. 114~121.

8) Johann Friedrich Abegg, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, (J.K.G Wanger, 1836), S. 161.

9) Friedrich Wachenfeld, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*, (C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung Oskar Beck München 1914, S. 179.

10) Franz von Liszt, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*, 21 u. 22. Aufl., (Walter de Gruyter 1919), S. 204.

11) 이 학설들에 대한 자세한 설명은 해당 부분에서 논하기로 한다.

12) Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl., (Dunker &

독일은 과거 불능미수 규정이 없었던 시절에 위와 같은 논의를 함으로써 처벌되는 미수의 한계선을 긋기 위한 노력을 하여 왔으며, 현행법상 불능미수 규정에는 비록 위험성 요건은 없지만 처벌의 범주로 보내기 위한 학설로서 인상설이 주장되고 있고, 처벌의 범주 안에 들어오게 되면 그 이후에 현저한 무지로 인하여(aus grobem Unverstand) 행위자에게 오인이 있었는지 여부를 파악한 후, 불능미수로 처벌할 것인지 아니면 일반 미수범으로 취급할 것인지를 결정한다.

정리하자면 불능미수를 취급하는 규정과 개념조차 없었던 과거 독일에 서 위와 같은 사례가 등장함으로써 미수에 그친 사안을 처벌할 것인지 아니면 처벌하지 않을 것인지 논의가 있게 된 것이며, 이러한 미수형태를 독일에서는 ‘untauglicher Versuch’라고 부르게 되는데, 우리는 이를 불능미수로 칭하고 있다.

결국 위 논의는 미수에 그친 사태를 처벌의 영역으로 보낼 것인지 또는 처벌하지 않을 것인지를 결정짓는 논의였으므로 미수범 일반의 처벌 근거에 대한 논의의 구체화 작업이었던 것이라고 평가할 수 있다.

2. 형법 제27조 위험성 표지는 불능미수 성립만을 위한 독자적 요건인가?

일단 우리가 혼란스러워 하는 위험성 판단기준의 학설들이 독일에서 어떻게 등장하게 되었는지 살펴보았다. 어쨌든 우리의 불능미수 규정을 논할 때 참고하기 유용한 독일의 학설들을 소개하고 타당한 학설들을 취사선택하고 차용하는 것이 잘못된 것은 아니지만 간혹 독일 이론에 대하여 오해를 함으로써 우리 형법규정과 형법 해석론에 부합하는 이론을 받아들이야 함에도 불구하고 잘못된 선택을 하는 경우가 있다. 대표적으로 형법 제27조의 위험성 판단기준에 대한 논의가 그 중 하나라고 본다.

앞서 살펴본 독일에서의 위험성 판단기준 이론은 미수에 그친 사안에 대한 처벌여부를 결정하기 위한 논의, 즉 미수‘범’을 인정하기 위한 논의였다는 점에서 미수범의 처벌근거와 동일한 맥락이다. 그렇다면 우리 형

Humblot, 1996), S. 530.

법에서도 독일과 같이 형법 제27조의 위험성을 미수범의 위험성과 동일하게 파악하는 것은 불가능한 것인지 질문을 던져보아야 할 것이다. 이에 대한 논의를 이하에서 검토해보도록 하겠다.

가. 불능미수의 위험성 표지의 지위를 파악하기 위한 단초

형법 제27조는 ‘위험성’ 표지를 적극적으로 제시하고 있으므로 불능미수의 성립만을 위한 요건으로 보여질 여지가 있다. 하지만 미수범 일반의 처벌근거를 논할 때에도 위험성 개념이 등장하므로 불능미수의 위험성 표지가 미수범 일반의 처벌근거인 위험성과 동일한 개념일 수도 있다. 따라서 본조의 위험성이 불능미수의 성립을 위한 독자적 요건인지 여부를 밝혀내려면, 형법 제27조의 결과발생의 불가능 요건이 미수범의 처벌근거인 위험성과 어떤 관계에 있는지 살펴보는 것이 위 문제를 해결하기 위한 실마리가 될 것이다. 불능미수의 각 성립요건을 미수범의 처벌근거인 위험성과 도식적으로 구성해보면 다음과 같다.

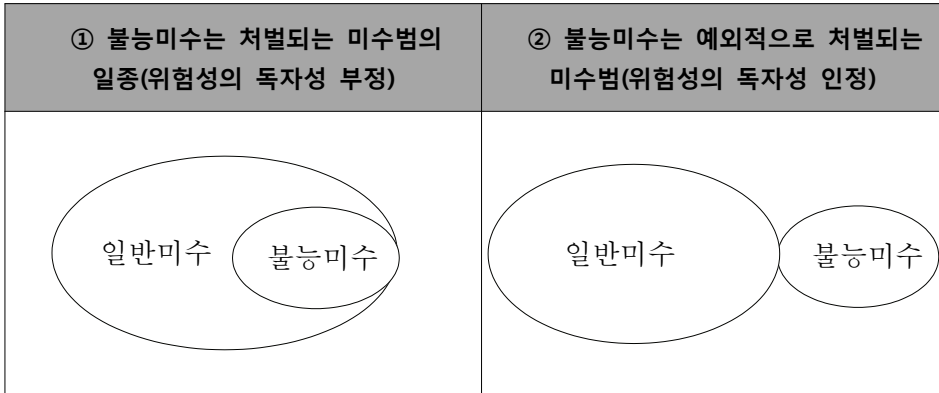
첫째, 불능미수의 위험성을 미수범 일반의 처벌근거인 위험성과 동일한 개념으로 본다면 불능미수는 처벌되는 미수의 한 유형이 될 것이며, 다만 결과발생이 불가능하면 제27조에 의해 형의 임의적 감면 혜택을 받게 된다.

둘째, 결과발생의 가능성을 미수범의 처벌근거인 위험성과 동일한 개념으로 본다면, 불능미수는 결과발생이 불가능하기 때문에 원칙적으로 처벌되지 않아야 한다. 하지만 제27조의 위험성을 충족하는 경우에 한하여 예외적으로 처벌되는 형태로 파악하게 된다.

위를 정리하면 아래와 같은 등식이 도출된다.

① 형법 제27조의 위험성 = 미수범 처벌근거인 위험성
→ §27의 위험성은 미수범 일반의 성립요건(독자성 부정)

② (결과발생의 가능성=미수범 처벌근거인 위험성) ≠ 형법 제27조의 위험성
→ §27의 위험성은 불능미수만의 성립요건(독자성 인정)



나. 미수범의 처벌근거는 결과발생의 가능성인가? 법익침해의 위험성인가?

미수범 처벌근거에 관하여는 일반적으로 객관설, 주관설, 절충설을 소개하면서 현재 절충설의 입장으로 확립되어 있다고 설명한다. 즉, 범죄가 주관과 객관의 합일체인 만큼 미수범 또한 주관적 측면과 객관적 측면이 모두 구비되어야 한다는 점에서 절충설을 취할 수밖에 없는 것이며 이에 대하여 이견이 없을 것으로 보인다. 위에서 제기하였던 문제는 미수범의 객관적 측면을 어떻게 파악할 것인지로 부터 해결될 수 있다. 즉, 미수범 처벌근거의 객관적 측면이 ‘결과발생 가능성’인지, 아니면 ‘법익침해의 위험성’인지를 파악해야만 불능미수의 위험성의 지위를 논할 수 있다. 이러한 논의는 결과와 결과반가치의 구분 논의와 직결된다.

결과반가치는 행위반가치와 함께 불법의 한 축을 담당하고 있다. 그리고 모든 범죄는 불법이 인정되어야 하므로 미수범도 범죄인 이상 불법이 충족되어야 한다. 불법론의 등장이후로 결과반가치 일원론과 행위반가치 일원론의 대립을 거쳐, 현재 행위반가치와 결과반가치가 모두 구비되어야 한다는 불법이원론으로 확립되어 있다.

3단계 범죄체계론을 취하는 이상 구성요건과 위법성 단계를 심사하여 불법여부를 판단하게 된다. 그리고 구성요건과 위법성의 관계에서 볼 때, 구성요건에 해당하면 위법성은 추정되지만 이러한 추정을 ‘확정’하기 위해 위법성의 평가라는 심사단계를 거쳐야만 한다. 예컨대, 고의로 사람을

살해한 경우 구성요건은 충족하였지만 정당방위가 인정되면 위법성이 조각되어 불법을 인정하지 않는다. 즉, 자신을 살해하려는 자의 생명은 법으로써 보호할 가치가 없는 법익이기 때문에 실질적 위법성론에 따라 법익을 침해하였다고 평가하지 않는 것이다.

나아가 손등을 가볍게 쓰다듬는 행위, 사탕 한 개를 훔치는 행위, 얼굴을 손가락으로 살짝 찌른 행위 등은 우리가 주행이나 절도, 폭행죄를 인정할 만하다고 평가를 내리기는 어려울 것이다. 즉, 구성요건에 해당하는 행위가 사회상규상으로 ‘현저한’ 법익침해행위로 평가될 수 있어야만 위법한 행위가 될 수 있음을 의미하는데, 이를 현저성의 원칙(Erheblichkeitsprinzip)이라고 한다.¹³⁾ 현저성의 원칙에 근거한 축소해석은 종래 실질적 위법성론이나 독일에서의 사회적 상당성설¹⁴⁾ 가운데 내포되어 있던 사상이다.¹⁵⁾ 이와 같이 위법성의 판단은 구체적이고 종국적인 불법판단이므로 구성요건에 유형화되어 있는 행위반가치적 요소와 결과반가치적 요소의 충족 여부에 대한 최종적인 평가를 다시 수행해야만 하는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 미수범의 처벌근거도 구성요건상 결과발생 가능성 여부로 파악할 것이 아니라 불법론의 관점에서 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

일반적으로 미수범의 처벌근거를 설명할 때, 법익침해의 위험성¹⁷⁾으로 파악하거나, 결과발생의 위험성¹⁸⁾ 또는 구성요건적 실현가능성이라고 설명하기도 하며, 양자를 혼용하여 설명하기도 하는데,¹⁹⁾ 여기서 구성요건의 실현가능성이나 결과발생 가능성을 미수범의 처벌근거로 파악하는 것은 미수범의 본질을 설명했다고 보기에는 부족하다. 이러한 설명은 살인죄를 처벌하는 이유에 대하여 사람을 살해하였기 때문이라고 설명하는 것과 다를 바 없다. 하지만 불법론의 관점에서는 사람을 살해하였으나

13) 김재현, “형법 제27조의 위험성 표시의 독자성 여부”, **서울대학교 법학**, 제56권 제2호(2015), 서울대학교 법학연구소, 217면; 임웅, **형법총론**(법문사, 2017), 205면.

14) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (Walter de Gruyter, 1969), S. 56.

15) 임웅, **비범죄화의 이론**(법문사, 1999), 49면 참조.

16) 김성돈, **형법총론**(성균관대학교 출판부, 2015), 253면.

17) 임웅, 앞의 책, 202면.

18) 김성돈, 앞의 책, 432면.

19) 김선복, “동북아시아 법문화의 관점에서 본 불능미수규정”, **동북아문화연구**, 제35집(2013), 142면.

살인죄를 인정할 가치가 있는 것인지 평가하는 것, 즉 보호할 가치가 있는 사람의 생명을 침해(법익침해)하였다고 평가가 가능한 경우에만 살인죄를 인정한다. 따라서 미수범의 처벌근거도 불법론의 관점에서 범죄적 의사를 가지고 행한 행위가 법익을 침해할 위험성이 있었는지 평가하는 방법으로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

그리고 폭행죄와 같은 거동범도 구성요건상으로 일정한 결과의 발생을 요하지는 않지만 법익침해의 위험성이라는 결과반가치가 인정되어 처벌된다. 구성요건상 결과발생을 요하지 않는 거동범이나 결과가 발생하지 않은 미수범을 처벌하는 근거는 일정한 법익을 해하려는 방향으로 행해진 행위, 즉 행위의 결과반가치에로의 지향성²⁰⁾이라는 법익침해의 위험성이 인정되기 때문이다. 따라서 미수범의 결과불법은 법익침해의 위험성, 즉 미수범의 처벌근거는 사실적·자연과학적 관점에서 파악하는 결과발생의 가능성이 아니라 법익침해의 위험성으로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

<기수범과 미수범의 객관적 측면>

	사실판단의 영역	사실판단+규범판단의 영역	
기수범	결과발생 판단	결과반가치	법익침해 여부 판단
미수범	결과발생 가능성 여부 판단		법익침해의 위험성 여부 판단

다. 법익침해의 위험성 판단 기준

이상 논한 바와 같이 미수범의 처벌근거를 법익침해의 위험성으로 파악하는 것이 타당하다는 결론에 이르렀다.

문제는 결과발생이 불가능한 경우 법익침해의 위험성이 있다고 말할 수 있는 것인가? 이러한 질문에 대한 답을 찾기 위해서는 첫 번째로 미

20) 문채규, “형법 제27조(불능범)의 ‘위험성’표지”, **비교형사법연구**, 제8권 제2호(2006), 41면.

수범의 불법을 어떻게 파악하는지 살펴보아야 하고, 그러한 결론에 따라 기존의 학설들 및 새롭게 주장된 가상적 위험설과 잠재적 위험설 등을 살펴본 후 미수범의 불법을 설명함에 가장 부합하는 학설을 도출해 내거나, 부합하는 학설이 없다면 새로운 기준을 마련해야 할 것이다.

1) 객관설과 주관설

우선 미수범의 처벌근거를 사후적·객관적 관점에서 볼 때 사실적·자연과학적으로 ‘결과발생의 위험’ 또는 ‘결과발생의 가능성’이 있기 때문이라고 설명하는 견해²¹⁾는 불법이원론을 취하고 있는 현행 형법해석학에 부합되기 어렵다. 이와 같이 미수범의 처벌근거를 파악하는 입장은 과거 독일에서 미수범의 처벌근거를 설명하는 방식이었다(구객관설). 즉, 구성요건에 의해 보호된 ‘행위의 객체’를 위태롭게 하였을 때, 다시 말해서 구성요건적 결과가 실현될 높은 위험에 미수범의 처벌근거를 두었다.²²⁾ 이러한 관점에서 보면 사후적으로 보아 결과발생이 불가능했던 미수사태는 원칙적으로 처벌되지 않아야 하므로 우리 형법 제27조를 해석할 때 불능미수를 예외적으로 처벌하는 미수로 파악할 수밖에 없다. 따라서 구객관설의 입장에서는 형법 제27조의 위험성은 독자적 지위를 가진다고 할 수 있다.

객관설과 달리 순수한 주관설의 입장에서는 행위자의 범죄적 의사에 초점이 맞추어져 있으므로 위험성 여부 자체가 문제될 여지도 없이 범죄적 의사를 가지고 일정한 행위만 있으면 사후적으로 결과발생이 불가능했는지 여부와는 상관없이 무조건 미수범이 인정된다.²³⁾ 따라서 주관설도 불법이원론을 취하고 있는 현행법에 부합하는 학설이라고 할 수 없다.

21) 김성돈, 앞의 책, 432면.

22) Jescheck, *a.a.O.*, S. 512-513 참조.

23) 이와 관련하여, 불능미수는 사실상 결과발생이 불가능한 경우이므로 이를 처벌하려면 행위자의 의사에 위험성이 있는 경우에만 처벌할 수 있다고 하면서 국내에서 유일하게 주관설을 주장하는 입장도 있다(이영란, **형법학 총론강의**(형설출판사, 2011), 431면). 이 견해는 미수범 일반의 처벌근거는 절충설로 파악하지만(이영란, 앞의 책, 390면), 불능미수 규정만큼은 주관주의 범죄론의 입장이므로 주관설로 해결하고자 한다는 점에서 불능미수의 위험성에 독자적 지위를 부여하고 있는 것으로 보인다.

이와 같이 객관설과 주관설 모두 불법이원론의 입장에서는 받아들이기 어려운 견해이다. 이하에서는 법익침해의 위험성을 판단하기 위한 기준을 구체적으로 살펴보고자 한다.

2) 법익침해의 위험성 판단의 주체

법익침해의 위험성을 판단하기 위해서는 법익이 어떻게 도출되는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 우선 형법의 제1차적 목적은 법익의 보호인데, 어떤 행위유형을 범죄로 만들어 형법에 규정할 것인지를 과정을 살펴보면, 사회에서 특히 문제되는 행위로 인해 구체적인 피해자가 늘어나고 모든 국민이 잠재적 피해자가 될 단계에 이르면 사회 윤리적 비난이 더욱 고조될 것이므로, 그 피해를 막거나 피해자를 보호해야 한다는 사회 여론이 형성되어 국가에 처벌을 요청하게 된다.²⁴⁾ 이렇게 형성된 사회여론으로 인해 해당 행위에 대한 범죄여부의 공론화 단계를 거쳐 국가는 이러한 사회적 요청을 형법에 수용하게 됨으로써 범죄규정이 탄생하게 된다.²⁵⁾ 이와 같은 입법과정 속에서 일정한 행위에 의해 침해를 받거나 위태롭게 되는 이익이라는 형법상 보호가치가 있는 이익이 논해지는 것이다. 바로 여기서 법익의 침해 내지 위험성 여부를 판단하는 주체를 도출해 낼 수 있다. 즉, 법익이 사회여론에 근거하여 도출된다면 그렇게 탄생한 법익에 대한 침해 또는 법익에 대한 위험성 여부의 판단도 사회여론, 바꿔 말하면 사회 일반인에 의해 판단되어야 하는 논리가 자연스럽게 서게 되는 것이다.²⁶⁾

일정한 사안에 대하여 한 개인이 범죄라고 생각한다면 그것은 단지 한 개인의 주관적인 생각에 그치겠지만, 그 사안에 대하여 대다수의 사람들이 범죄라고 생각하게 된다면 그것은 곧 객관성을 갖추게 되며, 형법의 규범력을 담보하게 된 된다.²⁷⁾ 사회여론, 사회상규, 사회통념 이 모든 용어들은 같은 맥락에서 파악될 수 있다.²⁸⁾²⁹⁾ 따라서 일정한 행위에 의해

24) 김재현, 앞의 논문, 214면.

25) 김성돈, 앞의 책, 114면; 임웅, 앞의 책, 8면.

26) 김재현, 앞의 논문, 214면.

27) 김재현, 앞의 논문, 214면.

28) 이는 현행 형법에도 잘 반영되어 있다. 예컨대, 형법 제20조는 위법성조각사유로서 “사회

일정한 법익이 침해되었는지 그리고 법익이 침해될 위험성이 있었는지 판단하는 주체가 사회 일반인이어야 하는 것은 당연한 논리라고 할 수 있다.

그리고 실질적 위법성론의 내용에서도 판단주체가 일반인임을 찾을 수 있다. 즉, 형식적으로 구성요건에 해당하는 행위를 하고 또는 구성요건상의 결과가 발생하였더라도 ‘실질적’으로 위법한 것으로 ‘평가’할 수 없는 경우에는 법익이 침해되었거나 위험하다고 할 수 없는 것이 실질적 위법성론의 내용이다.³⁰⁾ 그리고 형벌로써 보호할 가치가 있는 이익을 침해하였거나 위태롭게 하는 행위를 실질적 범죄개념이라고 하는데, 실질적 범죄개념은 실질적 위법성론과 같은 맥락이다. 형법 제20조는 실질적 위법성론의 입장임을 표명하고 있는데, 사회상규에 위배되지 않는 행위가 위법성이 조각된다는 것은 반대로 사회상규에 위배되는 행위가 곧 위법하다는 것이므로 사회상규라는 개념에 비추어 볼 때 이러한 ‘실질’에 대한 판단은 사회상규, 즉 사회통념에 의해져야 한다고 할 수 있다. 다시 말해서 사회 일반인에 의해 사회통념상 당해 법익이 침해 또는 위태롭게 되었다고 할 만한 ‘상당성’이 갖추어졌을 때 비로소 실질적으로 위법하다고 할 수 있겠다.³¹⁾

이러한 결론에 따라 법익침해의 위험성을 판단하는 주체는 사회 일반인이라고 함이 타당하며, 이는 곧 오늘날 널리 승인되어 있는 위법성의 평가방법으로서 사회 일반인에 의해져야 한다는 객관적 위법성론과도 그 맥을 같이 한다고 하겠다.³²⁾

상규에 위배되지 아니하는 행위”는 별하지 않는 것으로 규정하고 있는데, 본조를 반대해석하면 사회상규에 반하여야만 위법한 행위로 볼 수 있다는 것을 의미한다.

29) 조국, 앞의 논문, 59면에서도 정당한 이유, 사회 상규, 상당한 이유 등을 예로 들면서 형법 체계 하의 모든 규범 판단의 기준은 평균인임을 제시하고 있다.

30) 김재현, 앞의 논문, 214면.

31) 참고로 범죄가 성립하려면 법익침해의 경미성으로는 부족하고 침해행위의 상당성이 요구된다는 의미에서 과거 일본에서는 소위 가벌적 위법성론이 학계의 주목을 받았었다. 가벌적 위법성론이란 ‘형벌법규의 구성요건에 해당하는 형식·외관을 보이는 행위에 대하여 그 행위가 당해 구성요건이 예상하는 정도의 ‘실질적 위법성’을 결하는 것을 근거로 하여 그 구성요건해당성 내지 위법성을 부정할 만한 경우가 있음을 긍정하는 이론’이다. 일본은 선고유예제도와 우리 형법 제20조와 같은 규정이 없었으므로 가벌적 위법성론이 정착될 수 있었다.

32) 김재현, 앞의 논문, 214면; 임웅, “불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구”, **형사법연구**, 제22권 제4호(2010), 169면 및 174면.

3) 판단의 시점

다음으로 법익침해의 위험성의 판단시점에 대한 문제를 해결해야 한다. 어떠한 사태에 대한 평가는 당연히 모든 것이 발생하고 난 후 모든 제반사정을 고려하여 사후적으로 이루어져야 할 것이므로 이에 대하여 의문의 여지가 없는 것으로 생각할 수 있다.

우선 기수범의 경우에는 구성요건이 실현되었다는 점에서 사후적으로 판단할 수밖에 없다. 반면, 미수범은 구성요건이 실현되지 못한 경우이므로 범죄의 미완성 여부는 사후적으로 판단할 수밖에 없겠지만, 미수범의 결과반가치인 위험성을 사후에 밝혀진 모든 사정까지 고려하여 판단하는 것이 과연 타당한가에 대한 질문을 던져볼 필요도 있을 것이다.

첫째, 미수범의 경우에는 구성요건이 실현되지 않게 된 원인이 반드시 존재하기 때문에 그러한 사정까지 반영하여 판단한다면 일반인의 통상적인 판단이 흔들리게 된다. 예컨대, 행위자가 살해목적으로 독약을 사용하였으나 행위자는 독약이 치사량에 매우 미달한 양이었는지 모르고 사용하여 상대방이 사망하지 않은 경우를 생각해 볼 수 있다. 만일 사후에 행위자가 선택한 독약의 양이 치사량에 너무 미달한 양이었으므로 인체에 해를 입힐 가능성이 현저하게 낮다는 전문가의 과학적 판단이 내려졌다면 이에 대해 일반인은 과연 어떤 판단을 내릴 수 있을 것인지 난점에 봉착하게 된다.³³⁾ 즉, 이와 같이 미수에 그칠 수밖에 없었던 객관적이고 과학적이며 구체적인 결과까지 고려하게 된다면 위법성의 평가주체인 사회 일반인은 이러한 사안에 대해 많은 고민에 빠지게 되거나, 위 예와 같이 치사량에 매우 미달하였다는 과학적 판단결과에 집착하여 위험성을 부정하게 될 가능성도 있다.

둘째, 형법 제25조는 미수범이 성립하기 위한 요건으로 실행의 착수를 요구하고 있으므로 현행법 규정에 따르는 이상 최소한 실행의 착수시점에 법익에 대한 위험성이 인정되면 미수범이 성립할 수 있다. 미수의 종류에는 실행미수와 착수미수가 있는데, 이 중 착수미수는 실행의 착수라는 일정한 행위는 있었으나 행위의 객체에 대하여 전혀 외견상의 물리적

33) 김재현, 앞의 논문, 220면.

해를 가하지 못하였음에도 불구하고 법익침해의 위험성만큼은 인정되어 미수범이 인정된다. 따라서 착수미수나 실행미수 모두 실행의 착수시점에 위험성이 인정되면 미수범의 성립에 지장이 없으므로 위험성의 판단시점을 서로 구분할 이유도 없고, 또한 사후적으로 발생한 모든 사정까지 고려하여 위험성을 판단할 실익도 없다.³⁴⁾ 나아가 이 위험성을 실행의 착수시점에서 판단하지 않는다면, 위험성이 없어서 처벌되지 않는 불능범의 경우에도 실행의 착수라는 개념을 인정하게 되는 문제가 생긴다.³⁵⁾

셋째, 결과가 발생하지 않은 미수범은 구성요건상의 결과발생을 요구하지 않는 거동범³⁶⁾과 유사한 불법 구조를 띠고 있다. 즉, 거동범은 일정한 결과발생 여부에 상관없이 범죄적 의사에 기해 외부로 드러난 행위가 일정한 법익을 해하려는 방향으로 이루어지면 그 ‘행위’에 대한 평가가 이루어진다.³⁷⁾ 거동범은 행위시에 그 행위자체가 이미 법익에 대한 위태화를 내포하는 속성을 띠어야 하기 때문에 이러한 점을 고려하면 거동범과 불법구조가 유사한 미수범의 위험성은 행위시점에 판단하는 것이 타당할 것이다.³⁸⁾

정리하자면 범죄적 의사에 기한 행위가 법익침해의 위험성이 있었는지 여부는 불법론에서 설명한 바와 같이 실질적 위법성론과 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인의 입장에서 판단하며,³⁹⁾ 판단의 시점은 행위시점에 하는 것이 타당하다. 따라서 살인의 고의로 사람을 살해하려는 실행의 착수가 있었으나 즉시 제지된 경우와 같은 착수미수의 경우, 일반인이라면 분명 생명이라는 법익이 침해될 위험성이 있었다고 판단할 것이므로 살인죄의 (착수)미수가 성립할 수 있다고 하겠다.

34) 김재현, 앞의 논문, 220면.

35) 김재현, 앞의 논문, 220면.

36) 특히 거동범 중에서도 위험범인 경우가 미수범의 본질적인 불법구조와 유사하다고 할 수 있다.

37) 김재현, 앞의 논문, 221면. 앞에서 불법론을 살펴보았듯이 미수범이나 거동범에서 말하는 행위의 위험성은 행위가 법익을 해하려는 방향으로 이루어진 이상 행위반가치와 결과반가치를 모두 포함하는 것으로 볼 수 있다.

38) 김재현, 앞의 논문, 221면.

39) 김재현, 앞의 논문, 221면.

4) 결과발생이 불가능하더라도 법익침해의 위험성은 가능한가?

가장 중요한 문제로서 결과발생이 불가능하더라도 법익침해의 위험성이 가능한 것인지의 문제가 남아 있다. 형법 제27조의 결과발생의 불가능 요건과 위험성 요건이 서로 대치되는 표현으로 이루어져 있다는 점에서 이러한 문제를 해결하기 위해 부단한 노력이 이루어져 왔는데, 보통 결과발생의 불가능을 사실상의 개념, 위험성을 평가상의 개념이라고 함으로써 구분하여 왔으며, 그 가운데에서 다양한 논의가 이루어져 혼돈의 장을 장식하고 있다.

법익침해의 위험성이 미수범 일반의 처벌근거인 이상 결과발생이 불가능한 불능미수의 경우에도 법익침해의 위험성이 인정될 수 있다면 불능미수는 일반 미수범의 한 유형이 될 것이므로 형법 제27조의 위험성 표시는 불능미수만의 독자성의 지위를 갖지 않게 된다.

법익침해의 위험성 판단은 행위시에 일반인의 입장에서 판단하는 것이 타당함을 알 수 있었고, 또한 위험성은 평가상의 개념이자 규범적 개념이라는 점에서 결과발생의 불가능은 사실상의 개념으로 파악할 수밖에 없다. 그렇다면 일반인에 의한 사전판단이라는 위험성의 판단기준과는 달리 결과발생의 불가능을 사후적 시점에서 자연과학적 판단이라는 기준에 의해 해결한다면 양자는 해석의 충돌을 피할 수 있을 것이다.

우선 형법제정시기에 법제사법위원회에서 엄상섭 의원이 발언한 것을 참고하는 것이 큰 도움이 된다. 엄상섭 의원은 독약과 권총 사례를 들면서 설명하고 있다.

“여러 가지 문제가 많이 있다가 지금에 와서는 사후에 판단을 해 보아서 도저히 그러한 결과가 발생 못하더라도 우리가 ① 사전에 보아서 역시 위험한 행위라고 생각되는 것은 역시 미수범으로 처벌하자는 것입니다.”라고 발언한 내용을 보면 위험성이 실행의 착수시에 발현되어야 한다는 것을 보여주고 있다. 그리고 “피스톨 속에다가 탄환을 집어 넣어가지고 사람을 쏘았는데 사후에 검열해 보니까 불발탄이다. 그것은 도저히 사람을 죽일 수는 없는 것입니다. 그렇지만 사전에 그 사람이 인식한 바에

의하면 탄환을 가지고 사람을 죽일려고 했고 거기다가 겸해서 ② 보통 일반사회상식으로 보아서 피스톨을 우리에게 쏘며는 위험성을 일으킬 것이요. ③ 객관적인 사회적인 위험성이 있을 때에는 ④ 일반 미수범과 같이 처벌하자 이러한 것입니다.”⁴⁰⁾

위 발언을 보면 불법이 사회적 평가라는 점(③), 불법의 평가는 사회일반인에 의한 객관적 위법성론이라는 점(②), 미수범의 불법은 사전판단이 라는 점(①)을 잘 보여주고 있다.

그리고 다른 발언으로서 앞의 예와 동일하게 행위시점에 일반인의 입장에서 위험성을 판단해야 한다고 주장하고 있다.

“독약인 줄 알고 독약의 성분을 가진 것을 알고 하얀 가루를 먹여가지고 그것은 설탕가루였다. 이런 것은 우리가 사후에 생각해 볼 것 같으면 도저히 그 결과는 발생할 수 없다. . . 사후의 판단을 해 보아서 도저히 그러한 결과가 발생 못하더라도 우리가 사전에 보아서 역시 위험한 행위라고 생각되는 것은 역시 미수범으로 처벌하자는 것입니다.”

이와 같이 업상섭 의원의 발언이 단지 형법 제27조의 양 요건의 충돌을 피하기 위해 이러한 주장을 한 것인지 생각해 볼 필요가 있다. 위 발언은 형법 제27조가 아직 마련되기 전인 형법 제정당시의 발언이며, 불능미수와 같은 형태를 미수범으로 처벌하기 위해 주장한 것이다. 물론 불능미수를 일반 미수범의 한 유형으로 보고자 하는 것인지, 원칙적으로는 처벌해서는 안 되지만 예외적으로 처벌을 하자는 것인지 정확히 파악하기 어렵지만, 불능미수라는 개념이 없었던 당시 위 발언에서 나왔던 유형을 일반 미수범과 같이(④) 처벌하고자 주장하였다는 것은 불능미수를 미수범의 한 유형으로 파악한 것으로 해석할 수 있다. 다만 사후에 판단해 보아서 결과발생이 불가능하였다는 것이 밝혀지면 경우에 따라 형의 감경 내지 면제의 혜택을 주자는 취지로 해석하는 것이 타당하다고 보인다.

40) 본 발언은 신동운, 앞의 논문, 66면~67면에서 재인용하였음

어쨌든 임상섭 의원의 발언에서는 위험성의 판단시점과 판단주체를 말해주고 있고, 결과발생의 불가능도 사후적으로 판단해야 한다는 기준 정도는 말해주고 있다. 그리고 결과발생의 불가능의 판단주체도 위 발언에서 사후에 하얀 가루의 성분 및 총알의 성분이 밝혀진 것을 예로 들고 있는데, 하얀 가루가 독약인지 여부와 총알에 문제가 있는지 여부 등은 일반인은 결코 밝힐 수 없는 문제이다. 즉, 이러한 결과를 파악할 수 있는 자는 일반인이 아니라 해당 분야에 지식이 있는 사람이어야 함을 쉽게 알 수 있다. 따라서 발생한 사안에 따라 전문적 지식을 갖춘 자가 결과발생의 불가능 여부를 판단하는 주체가 될 것이며, 이러한 판단은 사실적·자연과학적 판단에 의해 이루어져야 한다는 결론에 이르게 된다. 따라서 결과발생의 불가능 판단은 사후적 시점에서 모든 사정을 고려하여 전문가의 판단에 의해져야 하며, 이러한 판단기준은 법익침해의 위험성 판단기준과 전혀 충돌하지 않으므로 사실상 결과발생이 불가능하였다고 하더라도 법익침해의 위험성이 인정될 수 있는 경우는 충분히 가능하다.

이러한 결론에 따르면 법익침해의 위험성은 미수범 일반의 처벌근거가 될 뿐만 아니라 불능미수의 처벌근거이기도 하므로 형법 제27조의 위험성 표지는 미수범 일반의 처벌근거인 법익침해의 위험성으로 파악할 수 있고, 따라서 제27조의 위험성 표지는 독자적 지위를 갖지 않는다.

라. 소결

미수범의 처벌근거는 불법이원론에 따라 법익침해의 위험성으로 파악하는 것이 타당하며, 위험성의 판단기준은 실질적 위법성론, 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인이 행위시점을 기준으로 판단하는 것이 타당함을 알 수 있었다. 그리고 학설사적 관점이나 입법당시의 발언 등을 기초로 보더라도 불능미수의 위험성은 미수범 일반의 위험성이 타당한 것으로 파악된다. 나아가 결과발생의 불가능 요건은 사후적 시점에 전문가가 판단해야 한다는 점에서 위험성 판단과 상충되지 않으므로 사실상 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 인정될 수 있다. 따라서 형법 제27조의 위험성 표지는 독자성이 없는 미수범 일반의 처벌근거이다.

그럼에도 불구하고 위험성 표지에 독자적 의미를 부여하는 견해가 현재 다수의 입장으로 파악된다.⁴¹⁾ 즉, 형법 제27조는 다른 미수범과는 달리 위험성이라는 명문의 요건을 가지고 있기 때문에 독자성을 부정하는 입장에 대하여 형법 문언의 독자적 의미를 무시하는 것이라고 비판한다.⁴²⁾ 그러나 이러한 주장은 단지 형법 문언에 적극적으로 위험성이 명시되어 있다는 이유로 독자성을 인정해야 한다는 것인데, 아무런 이론적 근거와 논증도 없이 법조문의 명시만으로 독자성을 부여하자는 것은 근거가 매우 미약한 주장이라고 할 수 있다. 그리고 결과발생이 불가능해도 위험성이 확인되지 않으면 처벌할 수 없다는 적극적 가벌조건을 입법자가 설정해 놓았다는 이유로 법치국가적 의미를 갖는다고 하는데,⁴³⁾ 독자성 부정설의 입장은 위험성의 의미 자체를 학설사적 관점, 입법당시의 관점, 이론적 검토 등을 거쳐 미수범 일반의 위험성과 동일한 것으로 파악할 뿐이지, 위험성 표지가 아무런 의미가 없어 삭제하자는 것도 아니므로 위와 같이 주장하는 것은 도저히 받아들이기 힘든 비판이라고 하겠다.

독자성 부정설은 불능미수의 위험성이 미수범 일반의 위험성인 이상, 위험성 요건을 미수범 처벌의 경계선상에 놓여진 미수사태를 처벌되는 미수범의 영역으로 보내야 하는 지 여부를 결정하는 역할을 하므로 미수범의 성립요건으로서 당연히 심사해야 하는 요건으로 파악한다. 그리고 미수범의 처벌영역으로 보내지게 된다면 결과발생의 불가능 여부에 의해 장애미수와 불능미수를 구분하여 처벌의 혜택을 줄 것인지 판단하게 되므로 오히려 결과발생의 불가능 요건이 좀 더 법치국가적 의미를 갖는다고 보인다.

41) 권오걸, **스마트 형법총론**(형설출판사, 2011), 474면; 김성돈, 앞의 책, 435면; 이승준, “형법 제27조(불능범) 논의의 재검토”, **형사정책연구**, 제18권 제4호(2007), 43면; 류부곤, 미수범의 처벌근거, 서울대학교 박사학위논문, 서울대학교 대학원(2009), 122면; 박상기, **형법총론**(박영사, 2012), 387면; 신동운, **형법총론**(법문사, 2014), 531면; 이영란, **형법학 총론강의**(형설출판사, 2011), 431면; 정성근/박광민, **형법총론**(성균관대학교출판부, 2012), 424면; 한상훈, “불능미수(형법 제27조)의 ‘위험성’에 대한 재검토”, **형사정책연구**, 제24권 제1호(2013), 50-52면; 조국, 앞의 논문, 56면.

42) 조국, 앞의 논문, 56면.

43) 조국, 앞의 논문, 56면.

마지막으로 검토해야 할 것은 법익침해의 위험성 판단을 함에 있어서 행위자에게 착오가 있는 경우이다. 즉, 행위자가 수단 또는 대상의 착오로 인해 결과발생이 불가능하였음에도 불구하고 가능한 것으로 오인하고 행위로 옮긴 경우 법익침해의 위험성을 인정할 수 있을 것인지에 관한 문제이다. 이에 관한 문제를 이하에서 검토해 보도록 하겠다.

3. 행위자의 착오에 기한 범죄적 의사만을 기초로 위험성을 판단할 수 있는가?

결과발생이 불가능하였다는 것은 대상이나 수단을 행위자가 잘못 인식하였다는 것이므로 이러한 행위자의 인식에 기초한 범죄적 의사를 바탕으로 법익침해의 위험성을 판단하는 것이 과연 타당한 것인지 검토해야만 한다.

구객관설은 결과발생이 불가능하면 무조건 불능미수를 처벌하지 않는 것이 원칙이며, 주관설은 이와 반대로 행위자의 착오 여부는 상관없이 범죄적 의사만 있으면 처벌한다. 그 가운데 절충설로서 추상적 위험설, 구체적 위험설, 인상설, 잠재적 위험설, 강화된 절충설, 가상적 위험설이 주장되고 있는데 이하에서 세부적으로 검토하여 타당한 견해를 도출해내고자 한다.

가. 추상적 위험설

추상적 위험설은 20세기 초반에 주장되었는데,⁴⁴⁾ 법질서 위험성설, 또는 주관적 위험설이라고도 한다. 이 견해는 행위자가 인식한 사정을 기초로 하여 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재한다고 가정했을 때 일반인의 입장에서 보아 위험하다고 판단될 경우 위험성이 인정된다는 견해이다. 예컨대, 설탕을 독약으로 오인하고 먹인 경우, 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재하였다면(즉, 실제로 설탕이 독약이었다면) 독약이라는

44) Wachenfeld, *a.a.O.*, S. 179-180. 우리나라에서는 권오걸, 앞의 책, 474면; 김성돈, 앞의 책, 436면; 김성천, **형법총론**(소진출판사, 2009), 361면; 성낙현, 앞의 책, 526면; 임웅, 앞의 책, 406면; 정성근/박광민, 앞의 책, 423면; 정영일, **형법총론**(박영사, 2010), 363면.

것은 일반인의 입장에서 당연히 위험한 물건이라고 할 수 있으므로 위험성이 인정된다고 하는 견해이다. 이때 행위자가 매우 경솔하게 설탕을 독약으로 오인하였더라도(예컨대, 슈퍼마켓 조미료 코너에 있는 소금을 청산가리로 오인한 경우) 추상적 위험설에 의하면 위험성을 인정하게 되므로 처벌범위가 넓어지는 문제가 있다.

나. 구체적 위험설

행위자의 주관적 측면과 행위 당시의 구체적 사정을 고려해야 한다는 절충설로서 구체적 위험설(신객관설)이 주장되었다.⁴⁵⁾ 신객관설은 사후에 절대적으로 결과발생이 불가능한 사안이었음이 밝혀졌다고 하더라도 그러한 사후적으로 밝혀진 사정은 고려하지 않고, 행위자가 인식한 사정과 일반인이 행위자의 실행행위 시점에서 인식할 수 있었던 사정을 기초로 일반인이 위험성을 판단한다. 말하자면 사후적으로 보았을 때 절대적 불능사안이었던이라도 행위시점에 구체적 사정에 따라 미수범으로 처벌될 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있다는 입장이다. 예컨대, 설탕을 독약으로 오인하고 먹인 경우 사후적으로는 설탕임이 밝혀져서 절대적으로 결과발생이 불가능하였더라도, 행위시점에서 일반인도 행위자와 같이 독약으로 알 수밖에 없었던 경우에는 위험성이 인정된다.

다. 인상설

인상설은 현재 독일의 다수설이며 국내에서도 미수범의 처벌근거를 설명할 때 절충설을 인상설로 풀이하여 주장하거나 불능미수의 위험성 판단기준을 논할 때에도 인상설이 주장되기도 한다.⁴⁶⁾ 인상설의 내용으로는 행위자의 행위가 법익침해의 위험성이 있어 법질서에 대한 일반인의

45) Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl. (Walter de Gruyter, 1892) S. 204. 우리나라에서는 배종대, **형법총론**(홍문사, 2013), 539면; 오영근, **형법총론**(박영사, 2014), 346면; 이재상, 앞의 책, 406면; 이정원, **형법총론**(법지사, 2001), 308면; 정웅석/백승민, **형법강의**(대명출판사, 2014), 386면; 조기영, “불능미수와 객관주의 미수론”, **법학연구**, 통권제40집(2013), 311면.

46) 이형국, **형법총론**(법문사, 1999), 302면.

신뢰와 법적 안정성을 교란시켰다는 이유로 처벌된다고 한다.⁴⁷⁾ 이에 대해 인상설은 미수범을 처벌하는 근거를 설명하는 데에는 타당하지만 위험성을 판단하는 기준으로서는 타당하지 않다는 비판도 있다.⁴⁸⁾

하지만 독일과 같이 인상설은 취하고 있는 오스트리아에서는 인상설을 소위 ‘동반관찰자이론(Lehre vom begleitenden Beobachter)’이라는 이름으로 설명하고 있다. 그 판단기준은 통찰력 있는 일반인이 행위자의 행위시점으로 돌아가 행위자의 계획을 고려하여 일반인의 입장에서 판단한다고 설명하고 있는데,⁴⁹⁾ 추상적 위험설과 구체적 위험설 중 어떤 설명방식을 취하고 있는지는 불분명하다. 다만 행위시점으로 돌아가서 행위자의 계획을 고려한다는 점에서 구체적 위험설과 유사한 설명을 하고 있다고 생각된다.

라. 잠재적 위험설

잠재적 위험설은 형법 제27조가 상호 모순되는 문장구조로 이루어져 있으므로 조화로운 해석을 위해 결과발생의 가능성은 구성요건적 결과발생의 ‘현실적인 가능성’이고, 위험성은 결과발생의 ‘잠재적 가능성’으로 파악하는 입장이다.⁵⁰⁾

잠재적 위험설은 형법 제27조의 위험성을 독자적인 특유의 잠재적 위험성으로 파악하여 이 위험성이 인정되면 불능미수가 성립하고, 잠재적 위험성이 부정되면 불가벌이라고 한다.⁵¹⁾ 즉, 결과발생의 현실적인 가능성은 행위자의 착오가 없었다면 현실적으로 결과발생이 가능했던 경우지

47) Adolf Schönke/Horst Schröder-Albin Eser, *StGB Kommentar*, 28. Aufl. (München: C.H. Beck, 2010), §22.

48) 임웅, 앞의 논문, 173면.

49) Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel, *Grundriss des Strafrechts, AT*, 12. Aufl. (Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007), S. 146.

50) 권오걸, 앞의 책, 474면; 이승준, 앞의 논문, 43면; 한상훈, 앞의 논문, 50-52면. 이와 달리 미수범의 처벌근거가 법익침해의 위험성인 동시에 그 위험성의 판단을 구체적 위험설의 표준에 의하면서 그 위험성은 곧 잠재적 위험이라고 하는 견해도 있다(박상기, 앞의 책, 387면). 이 견해는 잠재적 위험이라는 표현을 사용하지만 상술한 바와 같이 실질적인 내용을 보면 구체적 위험설과 동일하므로 형법 제27조의 위험성 표지에 독자성을 부여하고 있다고 할 수 없다.

51) 한상훈, 앞의 논문, 50면.

만, 잠재적 위험은 행위자의 착오로 인해 현실적인 가능성이 사라졌으므로 원래 잠복해 있던 잠재적 위험성만은 인정된다는 의미로 파악한다.⁵²⁾⁵³⁾ 따라서 잠재적 위험성에 의하면 형법 제27조의 위험성을 미수범 일반의 위험성으로 파악하지 않으므로 독자적 성격을 띤 제27조만의 위험성을 인정하게 된다.⁵⁴⁾

잠재적 위험설은 추상적 위험설과 다음과 같은 차이점이 있다고 설명하고 있다. 즉, 추상적 위험설은 행위자가 설탕에 살인력이 있다고 믿고 상대방에게 먹인 경우 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재한다는 가정 하에서 일반인이 판단하므로 ‘설탕에 살인력이 있다고 믿은 대로의 사정’이 존재한다면 살인의 결과발생가능성이 있다고 할 것이므로 주관설과 차이가 없어지고 미신범도 처벌하게 될 수 있다는 점에서 문제가 있다고 비판한다.⁵⁵⁾ 하지만 이러한 비판은 ‘행위자가 믿은 사정의 존재’에 대한 해석을 오해한 것으로부터 비롯된 비판이라고 생각한다. ‘행위자가 믿은 사정의 존재’는 ‘설탕에 살인력이 있다는 것’을 의미할 것인데, (행위자만 특히 알고 있는 살인력을 갖춘 특수한 설탕이 아닌) 일반적인 설탕에는 살인력이 있을 수 없다. 따라서 행위자가 오인한 사정이 그대로 존재할 수 없기 때문에 위험성을 부정하는 것이 추상적 위험설의 내용이다.⁵⁶⁾ 그렇다면 결국 잠재적 위험설과 추상적 위험설은 차이가 없게 된다.⁵⁷⁾

52) 이상문, “형법 제27조의 결과발생의 불가능요건 - 특히 규범적 해석에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, **형사법연구**, 제21권 제3호(2009), 193면.

53) 임광주, 앞의 논문, 136면에서는 소위 ‘가상적 위험설’을 제시하고 있는데 그 내용에 있어서는 잠재적 위험설과 동일한 의미로 보이지만, 가상적 위험을 불능미수를 포함한 미수범 일반의 공통분모로 파악하고 있으므로 형법 제27조의 위험성의 독자성은 부정하고 있다고 할 수 있다.

54) 한상훈, 앞의 논문, 52면.

55) 한상훈, 앞의 논문, 56면.

56) 권오걸, 앞의 책, 474면.

57) 따라서 불능미수의 위험성을 잠재적 위험성으로 파악하면서 그 판단기준으로서 추상적 위험설의 기준을 주장하기도 한다(권오걸, 앞의 책, 474면).

마. 강화된 구체적 위험설

강화된 구체적 위험설은 추상적 위험설과 구체적 위험설이 일반인의 입장에서 위험성을 판단하면 위험성이 인정범위가 넓어진다는 문제점을 들어, 위험성의 성립범위를 좁히기 위해 ‘과학적 일반인’의 경험법칙에 따라 판단해야 한다는 입장이다.⁵⁸⁾ 즉, 문외한인 일반인들의 자의적인 위험성 판단을 견제하고 형법 제27조의 위험성 판단에 객관성을 확보하기 위함이라고 한다.

하지만 강화된 구체적 위험설의 문제점은 이하 대전지방법원 판결을 분석함으로써 알 수 있다. 사건의 골자는 내연녀가 내연남을 살해하고자 쥐약으로 살인을 시도한 사건인데 사후에 쥐약성분을 분석해보니 살인력이 없다는 과학적 판단이 이루어져 무죄가 선고된 사건이다.⁵⁹⁾ 본 법원은 “국립과학수사연구소 …, 충남대학교 약학대학장에 대한 사실조회 결과에 의하면 … 통상인의 경우 1회 복용시에는 안전하고 … 수일간 복용하더라도 잇몸, 코피 … 소화기관, 비뇨기관, 자궁 등에 출혈이 보인다는 정도인 점을 알 수 있는바…위 행위의 성질상 살인의 결과발생이 불가능할 뿐만 아니라 객관적으로 보아 그와 같은 위험성도 없다 할 것”이라고 함으로써 위험성의 판단은 과학적 전문가의 판단에 의해져야 할 것을 명시하고 있다.

여기서 생각해 볼 수 있는 것은, 과학적 판단에 의해 당해 쥐약에 살인력이 없다는 사실이 밝혀지기는 하였지만, 쥐약으로 인해 코피나 비뇨기관의 출혈 등 상해의 결과만큼은 발생하였다는 점이다.⁶⁰⁾ 따라서 행위

58) 신동운, 앞의 책, 531면; 류부곤, 앞의 논문, 122면에서는 미수범의 처벌근거로서 강화된 절충설을 취하고 있다. 나아가 불능미수의 위험성 판단기준으로서 수정된 구체적 위험설을 주장하는데, 同, 170면에서 불능미수의 위험성과 미수범의 위험성을 동일하게 파악하는 점을 감안하면, 강화된 절충설과 수정된 구체적 위험설은 결국 동일한 입장인 것으로 보인다.

59) 대전지방법원 1996. 4. 26. 선고 95고합428 판결.

60) 이와 동일한 논리를 내세우는 대법원 판례도 있다. 즉, “... 에페트린에 빙초산을 혼합하여 80-90도의 가열하는 그 사정을 놓고 이것이 객관적으로 제약방법을 아는 일반인(과학적 일반인)의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따졌어야 할 것이거늘, 이 점 심리절차 없이 다시 말해서 어째서 위험성이 있다고 하는지 그 이유를 밝힌바 없어 위험성이 있다고 판단한 조치에는 이유 불비의 위법 아니면 불능범 내지는 위험성의 법리를 오해한 잘못이 있다”(대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결). 이 판결도 결과발생의 가

자가 상해의 고의로 상대방에게 위약을 섭취하게 하였다면 법원은 상해죄를 인정하였을 것이라는 추측이 가능하다. 이러한 논리에 비추어 볼 때, 강화된 구체적 위험설은 본 사안과 같이 살인의 중한 고의로 위약을 먹인 경우는 무죄가 성립하고, 살인죄보다 가벼운 상해의 고의로 위약을 먹인 경우에 유죄가 성립하게 되는 이상한 결론에 이르게 된다.

따라서 본 학설은 위 사례와 같이 과학적 판단에 의해 살인력이 없는 것으로 밝혀진 수단으로 살인시도를 한 경우에는 무죄를 인정하게 되는 반면, 동일한 수단으로 살인의 고의가 아닌 상해의 고의로 행위를 한 자에게는 상해죄를 인정하게 된다는 점에서 문제가 있다.⁶¹⁾

바. 판례의 입장

최근 전원합의체판결⁶²⁾이 등장함으로써 형법 제27조의 해석에 대한 대법원의 입장이 확고해졌다고 할 수 있다. 사실관계를 보면, 피고인은 2017. 4. 17. 22:30경 자신의 집에서 자신의 처 및 피해자와 함께 술을 마시다가 다음날 01:00경 피고인의 처가 먼저 잠이 들고 02:00경 피해자도 안방으로 들어가자 피해자를 따라 들어간 후, 피해자가 실제로는 반항이 불가능할 정도로 술에 취하지 않았음에도 피해자가 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하여 누워 있는 피해자를 1회 간음한 사건이다.

1심은 피고인에게 준강간죄에 대한 유죄를 인정하여 피고인이 항소하였는데, 항소심은 준강간의 불능미수를 유죄로 인정하였다. 이에 대하여 피고인은 준강간의 고의가 없었고 피해자가 실제로 심신상실 또는 항거불능 상태에 있지 않아 성적 자기결정권의 침해가 없는 성관계를 했으므로 준강간죄의 불능미수가 성립하지 않는다고 주장을 하면서 상고하였으나, 대법원은 피고인의 상고를 기각하고 준강간죄의 불능미수를 인정한 원심판결을 확정하였다.

능성이 없으므로 곧 위험성도 없다는 논리를 취하고 있는데, 이러한 논리는 (구)객관설에 서나 타당한 논리이며 현행법을 조화롭게 해석할 수 없다는 점에서 문제된다고 본다.

61) 김재현, 앞의 논문, 232면.

62) 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결.

대법원은 “피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사를 가지고 간음하였으나, 실행의 착수 당시부터 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 처음부터 준강간죄의 기수에 이를 가능성이 처음부터 없는 경우로서 준강간죄의 미수범이 성립”한다고 함으로써 착오로 인한 결과발생의 불가능을 인정하고 있다. 그리고 위험성 판단과 관련해서는 “피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 불능미수가 성립”한다고 함으로써 추상적 위험설을 취하고 있는 듯한 표현을 사용하고 있다.

판례가 실시하고 있는 “행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때”⁶³⁾라는 위험성 판단기준에 대해 판례가 추상적 위험설을 취하고 있다는 분석이 있지만, 이러한 설명만으로는 판례가 추상적 위험설의 입장인지 구체적 위험설을 취하고 있는 것인지 명확히 판단함에는 어려움이 따른다. 왜냐하면 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재한다는 가정 하에 일반인이 판단한다는 입장인데 판례는 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재한다는 전제조건을 사용하고 있지 않기 때문이다. 오히려 “행위당시에 인식한 사정을 놓고”라는 표현은 일반인도 행위자와 같이 인식할 수 있었는지, 또는 행위자와 같이 인식할 수 없었는지 여부를 판단하는 설명으로 이해할 수도 있으므로, 이렇게 해석한다면 구체적 위험설로 파악하는 것도 가능하다.

판례가 어떤 입장을 취하고 있는지 견해의 대립이 있겠지만, 본 사안에 대하여 추상적 위험설이나 구체적 위험설 모두 위험성을 인정하게 된다는 점에서는 차이가 없고, 나아가 중요한 것은 형법 제27조를 적용하여 적극적으로 불능미수를 인정한 판례로서 큰 의미가 있다고 할 수 있다. 다만, 향후 불능미수를 적용한 판례가 다시 등장하게 된다면 위험성 판단기준에 대한 설명이 좀 더 상세하게 이루어진다면 판례의 법리가 자리매김 하는 데 도움이 될 것이라고 생각한다.

63) 대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결; 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결 등 참조.

사. 소결: 구체적 위험설의 타당성

절충설로 제시되는 추상적 위험설이나 구체적 위험설 외에도 잠재적 위험설, 인상설, 강화된 절충설이 있지만 추상적 위험설이나 잠재적 위험설은 용어상의 차이만 있을 뿐이지 내용상으로는 큰 차이가 없어 보인다. 그리고 정확하게 파악할 수는 없지만 인상설은 구체적 위험설의 설명과 유사하다고 할 수 있다. 강화된 구체적 위험설은 앞에서 검토한 바와 같이 결과발생의 불가능 요건을 판단하는 기준으로는 타당하지만 위험성을 판단하는 기준으로는 타당하지 않다고 생각한다.

그렇다면 결국 추상적 위험설과 구체적 위험설로 좁혀질 것인데, 양학설의 차이점과 어느 학설이 타당한 지 파악하려면 ‘설탕을 독약으로 오인하고 살인하려고 한 사례’를 대상으로 검토해 보는 것이 큰 도움이 된다.

우선 추상적 위험설은 일반인이 인식할 수 있었던 사정은 배제하고 오로지 행위자가 인식한 사정에만 초점을 맞추고 그 사정이 그대로 존재한다는 가정 하에 위험성을 판단한다. 따라서 위 예에서 행위자가 인식한 사정은 독약이며, 독약은 일반인의 입장에서 볼 때 위험하다고 판단할 것이므로 위험성을 인정하게 된다.

반면 구체적 위험설은 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 고려하기 때문에 결론이 두 가지로 나게 된다. ① 행위자는 행위당시에 설탕을 독약으로 인식하였고 그 상황에서 일반인이라면 누구나 행위자와 같이 독약으로 인식할 수밖에 없었더라면 위험성을 인정하게 된다. 이와 달리 ② 행위자는 행위당시에 설탕을 독약으로 알았으나 그 상황에 누구라도 설탕으로 알 수밖에 없는 상황이었다면 일반인의 입장에서 볼 때 위험하지 않다는 판단을 내려 위험성이 부정된다.

구체적 위험설에 대한 비판을 살펴보면, 첫째, 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정이 불일치할 경우 무엇을 기초로 판단하는가에 대하여 문제 삼는다.⁶⁴⁾ 이 때 구체적 위험설은 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 삼고 행위자가 특히 알고 있었던 사정을 고려

64) 임웅, 앞의 책, 417면; 정성근/박광민, 앞의 책, 421면; 조국, 앞의 논문, 60면.

하면 된다는 반론을 하는데⁶⁵⁾ 이에 대하여 언술(言術)상의 관념적 해결이라는 비판⁶⁶⁾과 어떤 사정을 기초로 판단해야 하는 것인지 모호하다는 비판⁶⁷⁾이 가해지고 있다. 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식 가능했던 사정의 불일치 사안은 위의 사안 ②이다. 사안 ②에서, 일반인은 설탕으로 인식할 수밖에 없었는데, 행위자만 특히 독약으로 인식했다는 점을 고려하면 일반인은 행위자를 매우 어리석은 사람으로 판단할 것이므로 당연히 위험성을 부정하게 될 것이다. 즉, 양 인식사정 중 어떤 것을 선택하여 기초로 삼아야 하는지에 관한 문제는 발생하지 않는다.

그리고 ②와 같이 행위자가 경솔하게 오인한 경우에도 추상적 위험설은 위험성을 인정하게 되는 문제가 있다. 이 때 구체적 위험설은 위험성을 부정한다는 점에서 양 학설의 차이가 크게 드러난다. 이에 대해 행위자가 경솔하게 오인하였더라도 일반인의 입장에서 파악하기 때문에 문제가 없다는 추상적 위험설의 반론⁶⁸⁾이 있지만 이 반론은 구체적 위험설의 입장에서 할 수 있는 반론이지 추상적 위험설의 입장에서 할 수 있는 반론이 아니다. 왜냐하면 추상적 위험설에서 말하는 일반인의 판단이란 행위자가 인식한 사정을 전제로 하는 판단이기 때문에 행위자가 경솔하게 오인했는지 여부까지는 고려하지 않는다. 즉, 행위자가 경솔하게 인식하였다고 할지라도 일단 행위자가 인식한 사정이면 그 인식사정이 그대로 존재한다는 가정 하에 위험성을 판단하며, 행위자의 경솔한 인식여부에 대한 부분까지 판단하게 된다면 이는 곧 구체적 위험설의 설명이 된다.

지금까지의 설명을 보면 구체적 위험설이 행위자의 주관적 측면을 완전히 도외시 하는 것으로 비춰질 수도 있다. 하지만 행위자가 ‘특히’ 인식한 사정이 있는 경우에는 이를 위험성 판단의 대상으로 삼으므로 구체적 위험설이 행위자의 주관적 측면을 무시하는 것도 아니다. 예컨대, 실

65) 김종원, “불능미수”, 형사법강좌Ⅱ, 한국형사법학회, 박영사, 1982, 628면.

66) 조국, 앞의 논문, 60면.

67) 임웅, 앞의 책, 417면.

68) 정성근/박광민, 앞의 책, 422면에서는 행위자의 경솔한 착오에 대한 비판에 대해 일반인의 경험법칙에 따라 판단하므로 문제되지 않는다고 하는데 이러한 설명은 구체적 위험설의 내용이라고 할 수 있다. 그리고 추상적 위험설의 일종인 법질서 위험설의 내용, 즉 행위자가 인식한 사정이 그대로 존재한다는 가정 하에 일반인이 판단한다는 설명에 대해 행위자가 인식한 사정에만 국한하는 점이 문제라고 지적하고 있다. 이러한 지적도 구체적 위험설의 입장에서 가능하다고 할 수 있다.

험실에서 근무하고 있는 행위자가 다음 날 동료를 살해하기 위해 설탕이라고 쓰인 병 안에 청산가리를 넣어 놓았는데, 관리자가 정리 도중에 설탕병 안에 청산가리가 들어 있는 것을 발견하고 설탕으로 바꿔 놓은 사례를 상정해 보도록 하겠다. 행위자가 다음 날 동료에게 커피를 타 주겠다며 자신이 청산가리를 넣어 둔 설탕병 안에 들어 있는 가루를 커피에 타서 동료에게 마시게 하였다면, 행위자가 특히 인식한 사정은 청산가리이지만 실제로는 설탕이기 때문에 동료에게는 아무런 사고가 발생하지 않게 된다. 구체적 위험설은 행위자가 ‘특히’ 인식한 사정을 기초로 일반인의 입장에서 위험성을 판단하기 때문에 위 상황의 경우에는 위험성을 인정하게 된다. 이와 같이 구체적 위험설은 행위자의 인식과 일반인이 인식가능했던 사정, 행위자가 특히 인식한 사정 등 구체적인 상황을 모두 고려하여 위험성을 판단한다는 점에서 객관주의 형법관에 가깝게 되고, 인권보장적 측면에도 좀 더 부합하는 장점이 있다고 생각된다.

그리고 추상적 위험설은 설탕에 살인력이 있다고 믿고 사람을 죽이려는 행위와 같은 엉뚱한 사안에 대해서만 위험성이 부정될 것이므로⁶⁹⁾ 위험성의 인정범위가 너무 넓어지는 문제가 있다.⁷⁰⁾ 예를 달리 상정하여, 행위자가 슈퍼마켓에서 판매하고 있는 소금을 청산가리로 인식한 경우 행위자가 인식한 사정은 청산가리이므로 이를 이용하여 살해하고자 하였다면, 추상적 위험설은 위험성을 인정할 것인 반면, 구체적 위험설은 위험성을 부정할 것이다. 이와 같이 해프닝에 불과한 사안은 사회 일반인의 입장에서조차 위법하다는 평가를 내리기 어렵고, 추상적 위험설은 이러한 사안까지 미수범을 인정하여 처벌하고자 하는데 실질적 위법성론의 관점에서 볼 때 받아들이기 어렵다고 생각된다. 결국 추상적 위험설은 주관설보다 위험성의 인정범위가 다소 좁지만 사실상 큰 차이가 있다고 보이지는 않는다.

행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식가능했던 사정의 불일치를 ‘구

69) 주관설은 이때에도 미수범을 인정하게 된다.

70) 김재현, 앞의 논문, 226면. 또한 ‘행위자가 설탕에 살인력이 있다고 믿은 사정이 그대로 존재한다고 했을 때’를 어떻게 해석하는지가 문제될 수 있다. 즉, 설탕에 사람을 죽일 수 있는 성분이 있다고 믿은 사정이 그대로 존재한다고 가정하더라도 설탕 자체가 살인력을 갖춘 독약이 될 수 있는 것이 아니기 때문에 설탕은 일반인의 입장에서조차 그저 설탕일 뿐이다. 따라서 이 때에는 주관설 외에 모든 학설들은 위험성을 부정하게 된다.

체적’ 상황에 따라서 구분하여 위험성을 파악하는 것이 ‘구체적’ 위험설이다. 구체적 위험설은 행위자의 주관적 측면에 대하여 일반인도 행위자와 동일하게 인식할 수밖에 없었던 사정만을 기초로 위험하다고 판단되면 위험성을 인정하기 때문에 실질적 위법성론과 불법이원론에 가장 부합하는 견해이므로 법익침해의 위험성의 판단기준으로 타당한 입장이라고 할 수 있다.

<추상적 위험설과 구체적 위험설의 비교>

	판단의 기초사정	판단의 대상	판단주체	위험성 유무
추상적 위험설	행위자가 인식한 사정(독약)	행위자가 인식한 사정(독약)	일반인	위험성 ○
	행위자가 인식한 사정(설탕)	행위자가 인식한 사정(설탕)	일반인	위험성 X
구체적 위험설	행위자의 인식(독약) = 일반인이 인식가능했던 사정(독약)	일반인이 인식가능했던 사정(독약)	일반인	위험성 ○
	행위자의 인식(독약) ≠ 일반인이 인식가능했던 사정(설탕)	일반인이 인식가능했던 사정(설탕)	일반인	위험성 X
	행위자가 특히 인식한 사정(독약) ≠ 일반인이 인식가능했던 사정(설탕)	행위자가 특히 인식한 사정	일반인	위험성○

지금까지 형법 제27조의 위험성 표지의 본질과 위험성의 판단기준을 검토해 보았다. 정리하자면, 일정한 미수사태 대하여 미수범의 인정여부를 결정하는 것이 불분명한 경우에는 구체적 위험설을 기준으로 미수범 처벌이 가능한지 판단한다. 그리고 위험성이 인정되어 미수범의 처벌영역으로 보내지게 된다면, 결과발생의 불가능 여부를 판단하여 결과발생이 불가능하였다면 불능미수를 인정하고, 결과발생이 가능하였다면 장애미수를 인정한다. 그리고 불능미수의 위험성은 미수범 일반의 위험성과 동일한 개념이므로 장애미수나 불능미수 모두 동일한 위험성을 공통분모

로 가지게 된다. 따라서 불능미수는 독자적 성격을 띤, 즉 예외적으로 처벌되는 특별한 형태의 미수가 아니라 일반 미수범의 한 유형으로 분류될 것이며, 착오로 인한 결과발생의 불가능이 인정되면 형법 제27조에 의해 형의 혜택을 받을 뿐이다. 불능미수가 미수범의 한 유형인 이상 불능미수와 구별을 위해 장애미수를 가능미수라고 칭하는 것도 무리는 아닐 것이라고 생각한다.

광의의 장애미수	
가능미수(협의의 장애미수)	불능미수

다음으로 불능미수와 가능미수의 구분을 담당하고 있는 착오로 인한 결과발생의 불가능 여부를 판단하기 위한 기준을 논해야 하는 작업이 남아 있다. 형법 제27조에서 말하는 불능미수 성립을 위한 두 요건의 해석상 충돌을 피하기 위해서는 위험성 표지가 규범적 판단에 의해지는 만큼 결과발생의 불가능 요건은 사후적·자연과학적 사실판단에 의해야 한다는 입장이 강하게 주장되어 왔다.⁷¹⁾ 하지만 결과발생의 불가능 요건도 규범판단설과 사실판단설의 대립이 있고 사실판단설 안에서도 입장의 차이가 있으므로 어떠한 해석론이 타당한 것인지 이하에서 검토해 보도록 하겠다.

71) 권오걸, 앞의 책, 468면; 김성돈, 앞의 책, 415면; 신동운, 앞의 책, 521면; 오영근, 형법총론(제3판), 박영사, 2014, 340면; 이상문, 앞의 논문, 203면; 이재상, 앞의 책, 399면; 조기영, 앞의 논문, 307면. 이와 달리 김호기, “불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성”, 비교형사법연구, 제9권 제1호(2007), 한국비교형사법학회, 75면에서는 가능성 내지 불가능성 개념은 사실의 영역에 존재할 수 없으므로 사실과 자연과학을 엄격히 분리한다. 따라서 결과발생을 불가능 표지를 해당 분야의 전문가에 의해 자연과학적으로 판단해야 한다고 한다.

Ⅲ. 수단 또는 착오로 인한 결과발생의 불가능

1. 결과발생의 불가능의 판단시점

가. ‘결과의 불발생’과 ‘결과발생의 불가능’의 구분

모든 미수는 결과가 발생하지 않은 사태이다. 따라서 결과발생의 불가능이 불능미수의 요건인 만큼 결과의 불발생과 구분해야 하는 작업이 필요하다.

우선 결과발생의 불가능을 사후적으로 판단할 경우 모든 미수는 불능미수가 될 수밖에 없다는 주장에 대해서 살펴보도록 한다. 이 견해는 모든 미수는 결과가 발생하지 않은 상황을 전제로 하고 있고, 행위가 종료된 사후적 시점으로부터 인과적으로 소급하여 따져보면 항상 결과발생을 불가능하게 한 조건과 만나게 되므로 모든 미수는 항상 결과발생이 불가능할 수밖에 없다고 주장한다.⁷²⁾ 따라서 불능미수와 가능미수의 구별에 대한 의미가 없어지다는 비판을 면하려면⁷³⁾ 결과발생의 불가능은 실행행위의 직접적 개시점을 기준으로 파악해야 한다는 것이다.⁷⁴⁾

하지만 이러한 비판은 우연한 사정으로 인한 결과의 불발생과 수단 및 대상의 성질상 애초에 결과발생이 불가능했던 경우를 구분하지 못한 것에 기인한 비판이라고 생각한다. 왜냐하면 결과의 불발생은 ①행위의 수단 자체가 결과를 발생시키기에 근본적인 문제가 있어서, 즉 수단 자체의 성질상 결과발생을 발생시키에 문제가 있어서 결과가 불발생한 것일

72) 천진호, “불능미수범의 ‘결과발생 불가능’과 관련한 해석상의 문제점”, **동아법학**, 제42호(2008), 동아대학교법학연구소, 94면 그리고 102면; 홍영기, 앞의 논문, 62면.

73) 김선복, 앞의 논문, 133면; 이정원, “범죄실현의 불가능과 위험성”, **형사정책연구**, 제18권 제4호(2007), 10면; 홍영기, 앞의 논문, 62면.

74) 배종대, 앞의 책, 534면; 신양균; “불능미수의 법적 성격”, 김종원교수화갑기념논문집, 199 1, 419면; 천진호, 앞의 논문, 102면; 한정환, “형법 제27조의 취지·요건·적용기준”, **형사법연구**, 제19권 제3호(2007), 한국형사법학회, 558면; 홍영기, “불능미수의 가능성 표지-장애미수와 불능미수의 구별 요건-”, **형사법연구**, 제20권 제1호(2007), 한국형사법학회, 62면.

수도 있고, ②당해 수단이 그 성질상 결과를 발생시키기에 충분한 수단이었음에도 불구하고 우연한 사정이 개입하게 되어 결과가 발생하지 않았을 수도 있기 때문이다.⁷⁵⁾ 위의 두 사안은 모두 결과가 발생하지 않았다는 점에서는 공통되지만, 결과가 발생하지 않은 원인이 우연한 사정 때문이었는지, 아니면 그 성질상 처음부터 결과를 발생시키기에 어려운 요인이었는지는 분명한 차이가 있다.⁷⁶⁾ 그럼에도 불구하고 사전판단설은 이러한 차이점에 대한 설명 없이 사후판단설을 비판하고 있다.

사전판단설은 행위시에 일반인의 입장에서 어떠한 조건하에서도 결과 발생이 불가능했는지 평가해야 한다고 하는데,⁷⁷⁾ 사후판단설이라고 해서 이를 도외시 하는 것은 아니다. 즉, 결과발생이 불가능했던 사안이었음을 판단하고자 한다면, 동일한 수단을 이용한 다른 상황에서도 언제나 동일한 요인으로 인해 결과가 발생할 수 없어야 함이 밝혀져야 한다.⁷⁸⁾ 예컨대, 살해하고자 칼로 찔렀으나 운 좋게 두꺼운 지갑에 찔려 살아난 경우, 또는 살해의도로 총을 쏘았는데 총알이 운 좋게 빗나가서 위기를 모면한 경우, 칼이 때마침 두꺼운 지갑에 찔린 것, 그리고 총알이 빗나가서 운 좋게 결과가 발생하지 않은 것은 우연에 불과하며, 이러한 우연은 당해 상황에서만 특이하게 벌어진 경우이지 이러한 우연이 항상 존재하는 것은 아니다. 따라서 사후판단설에 의하더라도 이 경우를 결과발생의 불가능이라고 파악하지 않는다.

따라서 가능미수와 불능미수는 모두 결과가 발생하지 않았다는 것을 전제로 한다는 점에서는 공통되지만, 가능미수는 우연한 사정이 개입되어 결과가 불발생한 경우인 반면, 불능미수의 경우에는 결과불발생의 요인이 우연한 사정에 의한 것이 아니라 동일한 조건의 다른 상황에서도 그 성질상 결과가 발생하기 어려웠거나 결과가 발생할 수 없는 수단(또는 대상)이었다는 점에서 가능미수와 구분된다고 하겠다.⁷⁹⁾

75) 김재현, “가능미수와 불능미수의 구별기준”, **비교형사법연구**, 제17권 제1호(2015), 189면.

76) 김재현, 앞의 논문, 189면.

77) 이정원, 앞의 논문, 13면; 천진호, 앞의 논문, 102면; 홍영기, 앞의 논문, 67~68면.

78) 김재현, 앞의 논문, 189면.

79) 김재현, 앞의 논문, 191면.

나. 결과발생의 불가능의 판단시점

앞에서 검토한 위험성 판단이 행위시점을 기준으로 이루어진다는 점에서 볼 때 결과발생의 불가능 판단은 위험성 판단과 해석상의 충돌을 피하기 위해서 사후적 판단에 의해지는 것이 상대적으로 타당하다고 할 수 있다.⁸⁰⁾ 하지만 판단의 시점이 같더라도 판단의 주체 등 양 요건의 판단 기준이 다르다면 해석의 충돌은 면할 수 있겠지만 이러한 점만으로 사후 판단을 주장하는 것은 근거가 부족하다고 할 수 있으므로 추가적인 근거를 요한다.

결과발생불가능의 판단기준에 관한 학설들을 보면 사전판단설은 주로 규범적 판단설의 입장에서 주장되며, 사후판단설은 대개 자연과학적·사실판단설의 입장에서 주장되고 있다. 사전판단설도 판단주체에 따라 ① 신중한 일반인의 입장에서 판단해야 한다는 견해와⁸¹⁾ ② 과학적 전문가에 의해야 한다는 견해로⁸²⁾ 구분된다.

우선 사전판단이 가지고 있는 문제점을 살펴보도록 하겠다. 착오가 행위자의 인식능력에 기인하는 경우가 많은 만큼 전문적 지식이 요구되는 사례를 가지고 분석하는 것이 도움이 될 것이다. 예컨대 행위자가 독약으로 사람을 살해하고자 하였으나 치사량 미달한 독약인줄 몰랐던 경우, 결과발생의 가능성을 일반인의 입장에서 파악해야 한다는 견해 ①에 따르면 일반인은 치사량에 대한 지식이 없으므로 이 때 결과발생의 가능성을 인정하게 되어 가능미수로 파악하게 될 것이다. 이와 달리 과학적 전문가의 판단을 요하는 ②견해에 의하면 행위시에 과학적 전문가는 치사량에 미달한 독약임을 알았을 것이므로 행위자와 전문가의 인식사정의 불일치를 근거로 착오를 인정하게 된다.⁸³⁾

일단 ②견해는 이 부분까지 사후적·자연과학적 사실판단설과 차이가 없다. 하지만 과학적 전문가라도 행위자와 같이 착오를 할 수밖에 없었던 경우에는 착오가 부정된다는 점에서 문제가 있다고 본다.⁸⁴⁾ 예컨대,

80) 이러한 이유를 사후판단설의 근거로 주장하는 학자로는 이상문, 앞의 논문, 197면.

81) 이정원, 앞의 논문, 13면; 천진호, 앞의 논문, 102면; 홍영기, 앞의 논문, 67~68면.

82) 권오걸, 앞의 책, 468면; 배종대, 앞의 책, 534면; 신양균, 앞의 논문, 419면; 임웅, 앞의 논문, 156면.

83) 김재현, 앞의 논문, 196면.

독극물 보관소에 근무하는 사람이 실수로 청산가리라고 쓰인 병 안에 설탕을 넣어 놓은 경우를 상정해 볼 수 있다. 이 때 ②견해에 의한다고 하더라도 전문가는 청산가리로 오인할 가능성이 높다. 다시 말해서 실제 설탕이지만 전문가라고 하더라도 독극물 보관소에 청산가리라고 쓰여진 병을 보고 설탕이라고 인식할 가능성은 거의 없다고 본다. 따라서 전문가의 판단이라고 하더라도 행위시점에 행위자와 동일하게 착오에 빠질 수 있는 경우가 있음을 염두에 두어야 할 것이다. 반면, 사후판단설은 사후에 밝혀진 사정, 즉 관리자의 실수로 청산가리가 아닌 설탕이 들어있었음이 밝혀질 것이므로 결과발생의 가능성이 부정된다.⁸⁵⁾

나아가 사전판단설은 가능성 여부에 대한 예측이므로 치사량 미달의 독약으로 살인을 시도한 경우 미달한 양의 정도에 따라 결과발생이 가능했는지 또는 불가능했는지 그 판단 자체가 불분명한 경우도 생길 수 있고, 상술한 예처럼 전문가도 착오를 일으킬 수 있는 경우가 있으므로⁸⁶⁾ 상황에 따라 가능성 여부를 정확하게 판단하기 어려운 경우가 있을 수 있다. 이러한 점에서 사전판단은 아무리 전문적 지식과 통찰력을 지닌 사람이라고 할지라도 행위시에 잘못된 판단이 있을 수 있다는 점, 그리고 그러한 잘못된 판단을 절대시 할 수도 있다는 점에서 사전판단 보다는 사후판단이 타당하다고 생각한다.⁸⁷⁾ 결과발생의 불가능 요건이 가능미수와 불능미수를 구분하는 기준인 만큼 행위자에게 상대적으로 유리한 불능미수를 적용하려면 사후적으로 밝혀진 모든 사정을 고려하는 것이 타당하다.

그리고 불능미수를 보통 구성요건적 착오의 반전된 경우라고 하는데, 행위시점에서 착오를 판단하고자 한다면 이 논리가 적용되기 어렵다. 예컨대, 동물로 인식하고 총을 쏘았는데 실제로 사람이 맞은 경우에는 구성요건적 착오이고, 실제로는 동물인데 사람으로 인식하고 총을 쏜 경우는 불능미수의 문제가 발생한다. 여기서 위 ②견해에 의하면, 실제 동물을 행위자는 사람으로 인식하였고, 일반인이나 전문가도 사람으로 인식

84) 김재현, 앞의 논문, 196면.

85) 이에 대해 관리자의 실수를 우연한 장애라고 봐야한다는 주장이 있을 수 있으나, 우연한 사정 또는 우연한 장애는 행위시점 이후에 개입되어야 한다는 점을 유의해야 한다.

86) 김재현, 앞의 논문, 196면.

87) 김재현, 앞의 논문, 196면; 이상문, 앞의 논문, 197면

할 수밖에 없었던 상황에서는 착오가 부정될 것이므로 불능미수를 인정하는 것이 어렵게 된다. 이러한 점에서도 ②견해는 타당성을 잃는다고 생각한다.⁸⁸⁾

2. 수단 또는 대상의 착오

형법 제27조에서는 결과발생의 불가능이 행위자의 수단 또는 대상의 착오로 인한 것이어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 불능미수에 있어서 착오는 형법상의 착오, 즉 인식사실과 발생사실의 불일치라는 개념정의를 대입하여 해결할 수 있는 것인지 생각해 볼 필요가 있다. 불능미수에 있어서 수단의 착오란 행위자가 택한 수단이 그 성질상 객관적으로 결과를 발생시킬 수 없는 경우를 의미하며, 대상의 착오란 행위자가 인식한 객체가 객관적으로 범죄의 객체가 될 수 없는 경우를 의미한다.

이에 대하여 인식사실과 발생사실의 불일치라는 착오의 정의에 의한다면 가능미수의 경우에도 행위당시 결과불발생의 요인을 알지 못하는 경우가 대부분일 것이기 때문에, 착오는 가능미수와 불능미수를 구분해주지 못한다는 비판이 있다.⁸⁹⁾ 즉, 행위자가 살인의 의사로 총을 선택하여 상대방에게 발사하였는데 빗나가서 의도한 바를 성취하지 못하였을 경우에도 착오를 인정하게 되는 문제가 있다고 지적하는 것이다.

하지만 총은 사람을 살해하기에 충분한 수단이었다는 점에서 수단의 착오를 인정하는 것은 부당하며, 총알이 빗나간 것은 수단이 잘못된 것이 아니라 우연한 사정에 의한 것이기 때문에 이를 수단의 착오로 인한 결과발생의 불가능이라고 하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

나아가 착오라는 것도 결과발생의 불가능과 직결되는 문제이므로 앞서 살펴본 결과불발생과 불가능을 구분하여 파악한다면 위 비판은 문제되지 않는다고 생각한다.⁹⁰⁾ 예컨대, 왼쪽 주머니에 지갑이 있었으나 행위자는 오른쪽 주머니에 지갑이 있다고 생각하여 오른쪽 주머니에 손을 넣다가 경찰에 발각된 경우 분명 절도미수가 인정될 것인데, 지갑이 어느 쪽에

88) 김재현, 앞의 논문, 196면.

89) 홍영기, 앞의 논문, 60면.

90) 김재현, 앞의 논문, 192면.

위치하던 동일한 조건 하에서 일반적으로 볼 때 다른 상황에서도 얼마든지 절도가 가능했던 사안이므로 결과발생의 불가능이라고 할 수는 없다. 따라서 이 사안에서는 착오의 문제가 발생하지 않는다.

다른 예로서, 소매치기를 하였으나 빈 호주머니였던 경우에는 동일한 조건의 다른 상황에서도 언제나 절취라는 목적을 달성할 수 없기 때문에 결과발생이 불가능했다고 할 수 있으므로 이때에는 행위자의 착오가 인정된다고 할 수 있다. 따라서 불능미수도 미수인 만큼 당연히 결과불발생을 전제로 하되 행위자가 택한 수단 또는 대상에 대해서 그 성질상 결과가 발생할 수 없어야 함을 밝혀내야 착오도 인정될 수 있는 것이다.⁹¹⁾

이 사안에 대해 사전판단을 할 경우에는 행위시점에서 그 행위의 의미를 평가하게 되므로 절도죄의 가능미수로 파악하게 된다.⁹²⁾ 이와 같이 착오의 판단시점이 문제되는데, 실제로 무일푼이었던 정장차림의 남자를 소매치기하고자 한 경우, 일반인이라면 대개 정장차림의 남자를 무일푼이라고 생각하지는 않을 것이므로 행위시점에서 착오를 판단하고자 한다면 이 때 행위자의 착오는 부정된다. 즉, 사전판단설은 동일한 조건의 다른 어느 상황에서도 결과발생이 불가능했던 경우까지 착오를 부정하게 된다.

예컨대, 나중에 알고 보니 살인력이 없는 쥐약이었거나, 독약이라고 쓰여 있는 병이었지만 실제로 설탕이 들어있었던 경우와 같이 행위시점에 밝혀지기 어려운 부분들이 분명 존재한다는 점에서 착오의 존부는 사후적으로 판단하는 것이 타당하다고 하겠다. 이와 같이 착오는 사후적으로 밝혀진 결과불발생의 요인이 동일한 조건하의 다른 상황에서도 결과발생을 불가능하게 하였는지 밝혀졌을 때 비로소 인정될 것이므로 결과발생의 불가능에 종속된다고 할 수 있다.⁹³⁾

91) 김재현, 앞의 논문, 192면.

92) 이러한 이유로 사전판단설에서는 착오가 가능미수와 불능미수를 구분하는 데 일정한 기준을 하지 못한다고 비판하고 있는 것이다(홍영기, 앞의 논문, 60면).

93) 김재현, 앞의 논문, 193면.

3. 수정된 사실적·자연과학적 사후판단설의 타당성

가. 규범적 판단설의 문제점⁹⁴⁾

불가능 요건을 사전적·규범적으로 판단해야 한다는 견해는 앞에서 언급한 바와 같이 결과발생의 불가능과 결과의 불발생을 동일하게 파악했다는 점에서 출발한다. 이 견해는 결과가 발생하지 않으면 언제나 결과가 불발생하게 된 요인이 존재하므로 결과의 불발생은 곧 결과발생이 불가능하다는 도식이 서게 된다. 이러한 논리에 의하면, 살인의 고의로 칼로 복부를 여러 번 찔렀으나 운이 좋아 급소를 빗나가 살아난 경우까지 불능미수로 취급하게 된다는 것이다. 심지어는 사람을 살해하려고 총을 쏘았는데 총알이 다소 비껴간 사안에 대해 사후적으로 사격 전문가(과학적 전문가)의 입장에서 볼 때 행위자의 誤조준사실이 밝혀진다면 결과발생이 불가능한 것으로 판단될 수도 있다고 비판한다.⁹⁵⁾ 결국 사후의 사정들을 모두 고려하면 모든 미수는 범죄가 실현될 수 없었던 필연적인 이유를 가지고 있으므로 대부분 불능미수가 성립하게 된다는 것을 문제점으로 지적한다.⁹⁶⁾ 따라서 결과발생의 불가능 여부는 사전적 규범판단에 의해져야 한다고 주장하는 것이다.⁹⁷⁾

그렇다면 결과발생의 불가능을 규범적 판단으로 해결해야 한다는 입장들은 어떤 기준을 내세우고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 이미 앞에서 어느 정도 살펴보았지만 반복하자면, 사전적·규범판단에서 주장하는 바로는 판단자가 행위시점에서 보아 행위가 사실적 또는 법률상의 평가 내지 행위의 성질 또는 상황에 따른 제약을 이유로 결과발생이 불가능한지 여부를 사전적으로 판단해야 한다고 한다.⁹⁸⁾ 그리고 판단자는 행위 자체의

94) 사전판단설은 사전적 규범판단설과 사전적 사실판단설이 있었고 앞에서 양자를 모두 살펴보았지만, 여기서 좀 더 사전적 규범판단설을 검토해 보고자 한다.

95) 임상규, “형법 제27조의 위험성과 그 실무적 함의”, **성균관법학**, 제20권 제3호(2008), 성균관대학교 법학연구소, 741면.

96) 김용욱, “가능미수와 불능미수의 구분”, **형사판례의 연구** I(이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003, 572면; 임상규, 앞의 논문, 740면; 천진호, 앞의 논문, 101면.

97) 홍영기, 앞의 논문, 66면.

98) 천진호, 앞의 논문, 102면; 이승준, 앞의 논문, 41면; 이정원, 앞의 논문, 13면; 홍영기, 앞

의미를 통찰력 있는 일반인을 기준으로 삼아야 하므로, 일정한 조건하에서는 결과발생의 가능성이 있지만 특별히 행위 당시의 사정으로 인해 결과발생이 이루어지지 못한 경우에는 가능미수가 된다는 것이다.⁹⁹⁾

하지만 결과불발생의 필연적 요인을 찾아내었다고 해서 바로 ‘결과발생이 불가능했다’고 단정하는 것이 타당하지 않음을 이미 검토해 보았다. 물론 결과발생의 불가능이 결과의 불발생의 범위 내에 존재하기는 하지만 양자는 엄격히 구별되어야 하는 개념이다. 이미 살펴보았듯이 결과의 불발생은 일반적으로 기수가 성립할 수 있었으나 우연한 사정이 개입하여 결과가 발생하지 않은 것이고, 결과발생의 불가능은 우연한 사정이 개입한 것이 아니라 행위수단의 성질상 또는 행위의 대상에 대해 결과발생을 일으킬 수 없어서 결과가 발생하지 않은 것을 의미한다.¹⁰⁰⁾ 즉, 결과불발생의 요인이 우연한 사정 때문이었는지 또는 행위자의 착오로 인해 결과가 발생할 수 없는 경우였는지에 따라 구분되어야 한다. 따라서 급소가 빗나가서 실패한 살인시도의 경우 행위자가 살인의 수단으로 택한 칼이 사람을 살해하기에 충분한 수단이었다는 점에서 수단의 착오를 인정하는 것은 부당하며, 일반적으로 사람이 사망할 수 있는 사안이었으나 운 좋게도 급소를 빗나가 살아난 경우이므로 ‘급소의 빗나감’이라는 결과 불발생의 요인은 다른 상황에서도 항상 동일하게 발생하는 ‘필연’은 아니다.¹⁰¹⁾ 즉, 일반적인 경우에 비추어 보면 필연이 아니라 ‘우연’이라고 할 수 있으므로 원천적으로 결과발생을 불가능하게 했던 사안이라고 할 수는 없다. 다른 예로 치사량 미달의 독약사례의 경우, 사전적 규범판단설에 의하면 ‘치사량 미달’은 우연한 사정이었을 뿐이므로 가능미수로 보아야 한다고 하는데,¹⁰²⁾ 이와 달리 사실판단설은 사후적으로 밝혀진 사정을 놓고 치사량이 어느 정도 미달하였는지 구체적이고 객관적으로 분석하여 가능성 여부를 과학적으로 판단하고자 할 것이며, 따라서 행위자에게 유리한 불능미수로 취급할 여지를 열어둔다는 점에서 상대적으로 합리적인 판단방법인 것으로 보인다.¹⁰³⁾

의 논문, 69면.

99) 천진호, 앞의 논문, 102면.

100) 김재현, 앞의 논문, 199면.

101) 김재현, 앞의 논문, 199면.

102) 홍영기, 앞의 논문, 70면.

그리고 규범적 판단설은 행위시에 일반인의 관점에서 판단해야 한다는 기준을 내세우는데, 제27조의 위험성 판단기준과 해석의 충돌이 있다는 점에서도 타당하지 않으며,¹⁰⁴⁾ 불능미수로 파악해야 하는 미수사태를 가능미수로 취급하게 되는 경우가 많을 것이므로 오히려 가능미수와 불능미수의 구분이 무의미해질 수 있다.¹⁰⁵⁾ 이러한 문제점들을 보면 종래 규범적 판단설에서 제시하는 기준 외에 다른 기준이 필요할 것으로 보인다. 이하에서는 사실적 판단설을 검토한 후 좀 더 구체적인 기준을 논하여 보도록 하겠다.

나. 사실적·자연과학적 사후판단설의 한계

사실적·자연과학적 판단설¹⁰⁶⁾은 결과발생의 가능성이라는 개념자체가 사실적 성격을 띠고 있기 때문에 사실판단이 되어야 한다는 입장이 다.¹⁰⁷⁾ 그리고 이러한 사실판단을 결과발생이 불가능하다는 사실을 확인하는 작업이라고 하는 견해도 있다.¹⁰⁸⁾

앞에서 규범적 판단설의 문제점을 살펴보았는데, 사실판단설도 문제점이 없지는 않으므로 이에 대한 논의를 거친 후 새로운 기준을 검토해 보고자 한다.

첫째, 불가능 내지 가능‘성’은 성질을 의미하는 것이므로 사실적 성격이기 보다 오히려 규범적 색채를 띠고 있는 것으로 보아야하기 때문에 순수하게 사실판단이 적용되기에는 난점이 따를 수도 있다.¹⁰⁹⁾ 즉 ‘가능성’여부를 판단하기 위해 확률적 통계를 적용하는 것이 적절할 수도 있지만, 천태만상인 범죄현상에 대한 모든 통계치가 존재하는 것은 아니므로 모든 경우를 통계에 의해 해결하는 것도 사실상 쉽지 않은 문제이

103) 김재현, 앞의 논문, 199면.

104) 김재현, 앞의 논문, 199면.

105) 김재현, 앞의 논문, 199면.

106) 이하에서는 용어의 편의상 사실판단설이라고 한다.

107) 이상문, 앞의 논문, 203면. 이에 대해 김호기, 앞의 논문, 75면에서는 사실은 존재와 부존재 양자택일적인 형태로만 존재할 수 있기 때문에 ‘가능성’개념은 사실판단이라는 표현이 적합하지 않다고 한다.

108) 임웅, 앞의 논문, 164면.

109) 김재현, 앞의 논문, 200면.

다.¹¹⁰⁾ 나아가 가능성이 미약하나마 존재하는 경우, 예컨대 치사량에 너무나도 현저히 미달한 독약이라서 의학적 통계에 의할 때 가능성이 0.1%라던가 코털을 뽑아 세균침투에 의한 뇌수막염을 일으켜 살해하고자 한 경우¹¹¹⁾ 등은 사망의 가능성은 매우 희박하지만 과학적으로 볼 때 미약한 가능성이 존재한다. 따라서 이러한 사안의 경우 과학적 사실판단에 의한다면 가능미수로 취급하게 될 문제도 있다. 물론 이 때에는 위험성이 부정되어 처벌되지 않는 불능범을 인정하게 될 것이다.

둘째, 치사량에 현저히 미달한 것이 아니라 다소 미달한 경우, 또는 살인력은 없지만 인체에 어느 정도 해를 끼칠 정도의 성분으로 구성된 위약으로 살인시도를 한 경우에는 과학적 판단도 불가능과 가능 여부를 판가름 짓기에 명확하지 않다는 문제가 있다. 따라서 이 두 사례처럼 사실판단만으로 해결할 수 없는 경우가 있을 수 있기 때문에 보충적인 기준이 필요하다고 할 것이다.

다. 수정된 사실적·자연과학적 사후판단설

1) 판단의 기초사정과 규범적 판단의 보충

사후적 사실판단설은 사후적으로 밝혀진 모든 사정을 고려하여 해당 전문가가 판단하므로 판단의 기초사정은 사후에 밝혀진 모든 사정을 대상으로 한다. 그리고 결과가 발생하지 않게 된 요인을 찾고, 그 동일한 요인이 다른 어느 상황에서도 항상 결과가 발생할 수 없게 된 요인으로 작용한다는 판단이 이루어져야 결과발생의 불가능이 인정된다고 할 수 있다.

문제는 앞에서 제시한 결과불발생의 요인이 다른 상황에서도 결과발생을 불가능하게 했다는 판단이 명확하게 서지 않는 경우이다. 과학적 전문가들의 판단에 따르면 일정한 결과가 나오기도 하겠지만, 치사량에 미

110) 김재현, 앞의 논문, 200면.

111) 이 사안은 매스컴에 의사가 인터뷰에 나와 코털을 뽑으면 염증을 일으킬 수 있는데 이 때 세균이 뇌로 침투하여 뇌수막염을 일으켜 사망할 수 있는 위험성을 경고하였다(위기탈출 넘버원 KBS2 4월 방영분 참조).

달한 독약의 양이 현저하게 미달한 것도 아니고 모호하게 미달한 경우에는 과학자들 사이에서도 견해가 일치하지 않을 수도 있다.¹¹²⁾ 즉, 가능성과 불가능의 경계선상에서 판단이 불명확한 경우에는 사실판단만으로 가능성 여부를 결정하는 것이 쉽지 않은 것이다. 이와 같은 한계사례에서 사실판단의 난점을 보이게 되는데 형법에서는 모호할 때 최종적으로 사회통념에 해결을 맡기게 된다. 사회과학은 자연과학이 아니므로 어떤 사안에 대해서 정답이란 것을 찾기 어렵기 때문에 관점과 기준에 따라 다양한 견해가 나올 수 있다. 따라서 어떤 경우에 그리고 어떻게 모호할 때 어떤 규범적인 기준이 보충적으로 개입되어야 하는지 문제된다.

2) 인과관계론에서 말하는 일반인의 예견가능성

가능미수인지 불능미수인지 큰 대립이 될 수 있는 대표적인 예로는, ①치사량 미달의 독약으로 살해시도를 한 사례, 또는 ②살인력은 없지만 인체에 어느 정도 해로울 수 있는 쥐약으로 살인시도를 한 경우이다. 이 사례들의 특징은 독약 또는 쥐약이라는 수단이 일반인의 입장에서 볼 때 위험하다는 인식을 느낄 수 있는 수단이며, 나아가 그 수단 자체가 이미 어느 정도 위험성이 수반되어 있다. 문제는 전문적 지식을 가진 자의 입장에서 볼 때에도 판단이 달라질 수 있다는 점인데, 만약 치사량에 현저히 미달한 독약에서부터 서서히 그 정도가 올라가게 된다면 어느 정도 선에서 가능과 불가능의 구분을 그을 것인지 문제되지 않을 수 없다.¹¹³⁾

이를 해결하기 위해서는 당해 수단으로 인해 실제로 결과가 발생했다면 과연 인과관계가 인정될 것인지 가정해 보는 방법을 취해보는 것도 하나의 도움이 될 것으로 생각된다.¹¹⁴⁾ 예컨대, 니코틴 원액이 일정량 이상 투입이 되면 사람이 사망할 수 있는데 행위자가 소량의 니코틴 원액으로 살인시도를 하였으나 실제로 사람이 사망하였다는 가정 하에 인과관계가 성립될 것인지 검토해 보겠다.

위 사례에서 실제로 사람의 사망이라는 결과가 발생하였다면 행위와

112) 이상문, 앞의 논문, 202면.

113) 김재현, 앞의 논문, 203면.

114) 김재현, 앞의 논문, 203면.

결과사이의 인과관계가 인정될 수 있는지 파악하게 될 것이다. 인과관계를 파악하기 위한 대표적인 학설 중 (절충적)상당인과관계설을 따르던 합법칙적 조건설과 객관적 귀속을 따르던 일반인의 경험칙상 위험발생이 결과발생으로 이어지리라고 예견이 가능하였는지 판단한다는 점에서는 거의 차이가 없다. 따라서 본 학설을 적용하면, 과학적 전문가가 독약의 양은 어느 정도였는지, 그 미달한 양으로 어느 정도의 사망의 가능성이 있는지 등을 밝힌 후 그 분석된 결과를 놓고 일반인의 예견가능성이 투입되어 판단하게 된다. 상당인과관계설에서 말하는 상당성은 일반인의 예견가능성, 즉 일상생활 속에서 누적된 경험을 바탕으로 어떤 행위로부터 어떤 결과가 발생할 확률이 매우 높다고 판단되는 개연성으로 풀이하기도 한다.¹¹⁵⁾ 그리고 객관적 귀속은 경험적으로 확인된 여러 개의 원인들 가운데 발생할 결과를 그 원인의 탓이라고 형법적으로 평가할 수 있는지, 죄의 요소되는 위험이 결과발생에 이어지리라고 일반인이 예견할 수 있었는가 평가한다.

즉, 위 예에서 살인에 이용된 니코틴 원액의 양과 인체에 미치는 효과등을 분석한 다음 그러한 과학적 판단결과를 놓고 일반인에게 인과관계의 최종적 판단을 맡겨야 한다고 본다.¹¹⁶⁾ 그렇다면 이 경우 과학적 전문가는 이 정도의 성분으로는 일반적으로 사망의 결과를 발생시키기에 어렵다는 과학적 결과를 제시할 것이고, 이를 기초로 일반인의 예견가능성 판단은 인과관계를 부정하는 방향으로 가게 될 가능성이 크다. 앞에서 예를 든 사례 중, 코털을 뽑아 세균침투로 인해 사망한 경우도 마찬가지이다. 이때에도 인과관계를 인정하는 것이 과연 타당할까? 부정될 가능성이 높을 것이라고 생각한다.

실제로 독약에 의한 살인사건이 발생했다면 그 자체만을 놓고 볼 때 일반인들은 행위자가 당연히 살인죄의 죄책을 져야 한다고 생각할 것이다. 하지만 다음과 같은 가정도 해볼 수 있다. 즉, 유능한 변호인이라면 그 독약의 성분과 양을 밝혀내어 그 당시의 독약으로는 일반적으로 사람을 살해하기 어려웠고 당시 피해자가 특이체질이라거나 정말 운이 없어서 사망했다는 것을 증명한다면 국민참여재판을 시행하고 있는 이 시점

115) 김성돈, 앞의 책, 176면.

116) 김재현, 앞의 논문, 203면.

에 배심원으로 하여금 일반인의 예견가능성이라는 기준의 중요성을 좀 더 부각시킬 수 있을 것으로 보인다.¹¹⁷⁾ 그렇다면 인과관계가 부정되어 충분히 미수범의 성립을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

이러한 논의를 한 이유는 일반인의 예측가능성이라는 기준이 언제 투입되어야 할 것인지 파악하기 위함이었다. 인과관계는 결과가 발생하였을 때를 전제로 파악하는 것이지만, 미수범에 있어서 결과발생의 가능성 여부를 판단할 때에도 인과관계론을 참고로 하여 과학적 전문가의 판단을 기초로 일반인의 예측가능성이라는 기준이 투입될 수 있다면 합리적인 판단을 할 수 있지 않을까 생각한다.

정리하자면 치사량에 현저히 미달한 독약으로 살인시도를 한 경우, 그러한 양의 독약으로는 사망의 가능성이 거의 없다는 과학적 결과가 나온다면 전문가의 판단이나 그 판단에 기초한 일반인이나 결과발생 가능성을 인정하지 않겠지만, 문제는 과학적 전문가의 판단 사이에서도 견해가 모호하게 나뉘는 경우에는 일반인의 예견가능성이 어떤 역할을 할 수 있을지 의문이 든다. 이와 같이 전문가들의 견해대립이 과반수대 과반수 정도로 차이가 별로 크지 않아 일반인의 예견가능성 및 사회통념으로도 파악하기 모호한 경우에는 'in dubio pro reo'의 원칙을 적용하여 행위자에게 유리한 불능미수로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

3) 전문적 판단이 요구되지 않는 경우

일반인의 예측가능성이라는 기준은 결과발생의 불가능과 우연한 사정에 의한 결과의 불발생을 구분해주는 기능도 한다. 즉, 전문가의 판단이 요구되지 않는 사례들, 즉 앞에서 예를 들었던 빈 호주머니를 소매치기한 경우 등도 쉽게 해결할 수 있다. 이 사례는 가능미수와 불능미수의 사이에서 극명하게 대립되고 있는 경우이다. 앞에서 결과의 불발생과 결과발생의 불가능의 구분을 논할 때 잠시 다루었지만 일반인의 예측가능

117) 김재현, 앞의 논문, 204면.

118) 김재현, 앞의 논문, 204면; 김태명, 관례형법총론(제2판), 피앤씨미디어, 2016, 385면.

119) 이 경우 만약 실제로 결과가 발생하였더라도 일반인의 예견가능성 판단은 명확하지 않을 것이다.

성 방법을 적용하면 구체적 사안에 따라 좀 더 합리적인 결론을 낼 수 있는 장점이 있다고 본다.¹²⁰⁾

빈 호주머니 사례는 사전적 규범판단설에 의할 때 가능미수로 파악이 되지만, 사후적 사실판단설에 의하면 절도가 불가능한 판단이 서게 된다. 그 이유는 우연성이 개입되어 있지 않은 상황, 즉 동일한 조건의 다른 상황에서도 범죄결과가 발생할 수 없는 사안이기 때문이다. 이러한 우연성 개입여부에 대한 판단은 결국 일반인의 경험칙에 의해 판단되어야 하므로 일반인의 예견 또는 예측가능성이라는 기준이 적용된다고 할 수 있다.

사후적으로 밝혀진 사정이 빈 호주머니였던 경우에는 객관적으로 절도가 불가능한 사안임이 분명하다. 그리고 본 사안은 동일한 조건의 다른 상황에서도 절도는 불가능하였을 것이며, 이러한 사안이 절도가 가능할 것인가에 대하여 일반인들은 경험칙상 절도가 가능할 것이라고 예견하지 못할 것이므로 결과발생의 불가능이라는 판단이 서게 된다. 그리고 결과발생은 불가능했으나 행위시에 일반인의 입장에서 보면 위험성은 인정되므로 빈호주머니 소매치기 사례는 불능미수로 파악할 수 있다.

이와 달리 한쪽 주머니는 비어 있었으나 다른 쪽 주머니에 지갑이 있었던 경우라면 동일한 조건 하의 다른 상황에서도 충분히 절취가 가능한 상황이었던 동시에, 다른 주머니에 지갑이 들어있었다는 사실은 일반인의 경험칙상 충분히 예견 가능한 범위 내에 있으므로 가능미수로 파악할 수 있게 된다.¹²¹⁾

라. 독일형법상 불능미수에서의 결과발생의 불가능

독일 형법상 불능미수는 제23조 제3항에서 “행위자가 범죄 실행의 대상이나 수단의 성질상 기수로 될 수 없음을 ‘중대한 무지’로 인하여 오인한 경우, 법원은 형을 면제하거나 작량하여 감경할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 우리 형법과의 차이점은 위험성 표지가 없다는 점과 ‘중대한 무지로 인하여(aus grobem Unverstand)’라는 요건을 제시하고 있다.

독일 연방대법원 판례 중 부인이 남편을 살해하기 위해 데트몰

120) 김재현, 앞의 논문, 205면.

121) 김재현, 앞의 논문, 205면.

(Detmol)이라는 살충제를 간식에 뿌려 남편에게 먹인 사건¹²²⁾이 우리 형법과의 차이점을 파악하는 데 도움이 될 것이므로 살펴보기로 한다. 사건의 골자는 부인이 살충제인 데트몰을 빵에 1초간 2번을 뿌려 남편에게 먹였는데 남편은 빵을 베어 먹을 후 씹다가 맛이 이상하여 뱉어 낸 사건이다.

법원은 데트몰 성분의 치사량 여부를 전문가에게 의뢰한 결과 70Kg 체중을 가진 사람이 40g 정도를 먹어야 사망에 이를 수 있을 파악하였고 법원은 본 사건에 대하여 불능미수를 부정하고 가능미수를 인정하였다.¹²³⁾

보통 독일의 불능미수 규정을 놓고 주관주의에 가까운 규정이라는 분석하기도 하지만, 본 사건에서도 알 수 있듯이 독일 불능미수 규정에는 비록 위험성 표지는 없지만 미수범의 처벌근거가 법리적으로 확립되어 있으므로 미수범 처벌을 위한 위험성을 판단하지 않는 우를 범하고 있지는 않다. 즉, 법원은 ①“평균적 경험지식에 따르면 살충제는 사람을 살해할 수 있는 독성이 있고 근본적으로도 적합하다.”, ②“살충제의 성분이 사람을 살해할 수 있다는 근본적인 사실에 대한 착오는 없었다.”, ③“행위자의 표상에 놓여 있는 위험성은 가벌성의 근거가 된다.”라고 판시하였는데, 이와 같이 위험성은 평균적 경험지식, 즉 일반인에 의해 판단되어야 함을 설시하고 있다. 법원은 행위자가 단지 치사량에 대한 문제가 있었을 뿐, 인식한 수단이 사람을 살해할 수 있는 독약성분을 가지고 있는 데트몰이었다는 점에서는 문제가 없으므로 일단 처벌되는 미수범의 영역에 포섭될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 우리가 파악했던 추상적 위험설이나 구체적 위험설, 인상설 모두를 취하더라도 위험성은 인정할 수 있을 것이다.

다만, 독일은 중대한 무지라는 요건이 갖추어 져야만 불능미수가 성립할 수 있으므로, 본 사건은 행위자에게 중대한 착오가 있었다고 보기 어렵기 때문에 법원은 불능미수를 부정하고 가능미수를 인정한 것이다.¹²⁴⁾ 즉, 불능미수가 성립하기 위해서는 행위자의 오인에 기인한 결과발생의 불가능이 인정되는 것만으로는 부족하고, 행위자의 오인이 ‘중대한 무지’

122) BGHSt 41, 94.

123) BGHSt 41, 94ff 또는 NJW 1995, 2176 참조.

124) BGHSt 41, 96.

에서 비롯되어야 함을 명시하고 있으므로 우리 형법에 비해 결과발생의 불가능이 인정될 수 있는 범위가 좁다고 할 수 있다.

만일 위 사안에 대해 우리 형법이 적용된다면 불능미수로 인정할 여지가 크지만, 독일 연방대법원은 행위자에게 착오는 있었지만 ‘중대한 무지’로 인한 착오가 아니었다는 점을 들어 불능미수가 아닌 가능미수를 인정하였다. 이와 같이 중대한 무지라는 요건은 불능미수의 성립범위를 결정해 주는 역할을 하므로 우리 형법상의 불능미수와 비교해 볼 때 상대적으로 불능미수의 성립범위가 좁아지게 된다. 다시 말해서 불능미수의 성립범위는 좁아지되 상대적으로 가능미수의 성립범위가 넓어지게 되며, 결과적으로 행위자에게는 불리한 결론에 이르게 되므로 우리 형법상의 불능미수가 보장적 측면에 더 부합한다고 할 수 있다.

IV. 결론

지금까지 학설사적 측면, 입법당시의 논의, 불법이원론과 실질적 위법성론, 객관적 위법성론 등 종합적인 관점에서 불능미수의 본질과 해석론을 고찰해 보았으며, 이를 정리하자면 다음과 같다.

불능미수의 위험성 판단기준으로 제시되는 학설들은 과거 독일에서 미수에 그친 사건들 중 처벌이 모호한 사건들을 처벌할 것인지 처벌하지 않을 것인지 판단하기 위해 시작된 이론들이다. 즉, 불능미수라는 개념과 이에 대한 처벌규정도 존재하지 않았던 시절에 처벌과 불처벌의 경계선상에 위치한 미수에 그친 사안의 처벌여부를 판가름 짓기 위해 논의된 이론들이었다. 따라서 이 학설들은 곧 미수범 처벌근거의 구체적 기준을 마련하기 위한 논의였다고 할 수 있다.

그리고 형법 제27조에서 처벌 여부를 판가름하는 위험성 표지를 놓고 불능미수만의 독자적 의의가 있는 것인지, 아니면 모든 미수범의 공통된 위험성을 의미하는 것인지 논의한 바, 실질적 위법성론과 불법이원론의 관점에서 볼 때 미수범의 결과만가치인 법익침해의 위험성은 행위시에 일반인의 입장에서 판단하는 것이 타당함을 알 수 있었으므로 제27조의

위험성은 불능미수의 성립만을 위한 요건이 아니라 모든 미수범의 성립 요건으로서의 ‘위험성’이라고 할 수 있겠다.

미수범의 위험성을 판단하는 기준은 대부분 독일의 이론들인데, 독일의 학설을 차용하려면 우리 형법 해석론에 가장 부합하는 이론을 찾아내야 한다. 다양한 학설들 중 주관설과 객관설은 불법이원론을 취하고 있는 이상 제외되어야 하며 결국 절충설인 추상적 위험설과 구체적 위험설로 초점이 모아진다. 그러나 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사정에 착오가 있었다고 하더라도 일단 그러한 인식을 전제로 일반인의 입장에서 위험성이 있다고 판단될 경우 불능미수로 처벌하고자 하므로 해프닝에 그친 사안들까지 처벌의 영역으로 보내게 되는 문제가 있다. 즉, 해프닝을 처벌하기 위해 형법이 존재하는 것은 아니기 때문에 실질적 위법성론의 관점에서 볼 때 추상적 위험설은 받아들이기 어려운 견해라고 할 수 있다. 반면, 구체적 위험설은 일반인도 행위자와 동일하게 착오를 할 수밖에 없는 경우만을 처벌하고자 하므로 해프닝에 불과한 사안은 처벌의 영역에서 배제한다. 따라서 구체적 위험설이 우리 형법해석론에 가장 부합하는 견해라고 할 수 있겠다.

결과발생의 불가능 판단은 사실적·자연과학적 사후판단설이 타당함을 알 수 있었다. 사실적·자연과학적 사전판단설은 행위시에 전문가도 행위자와 동일하게 착오에 빠질 수 있는 문제가 있고, 규범적·사전적 판단설은 결과발생의 불가능과 결과의 불발생을 엄격하게 구분하지 않은 탓으로 위험성 판단과 중복되는 문제가 있으므로 가능미수와 불능미수의 구분이 어렵게 되는 문제가 있었다. 따라서 사후에 발생한 모든 사정을 고려하여 사안에 따라 요구되는 과학적 전문가의 판단에 의해 결과발생의 불가능 여부를 판단하는 사실적·자연과학적 사후판단설이 타당하다. 다만 과학적 전문가들 사이에서도 불가능 여부 판단이 모호한 경우에는 가능미수보다 행위자에게 유리한 불능미수가 인정될 수 있도록 결과발생의 불가능으로 결론을 내리는 것이 타당하다고 생각한다.

불능미수 규정의 다양한 해석론으로 인해 아직까지도 정립이 되어 있지 못하여 실무상으로도 형법 제27조를 적용하여 다룬 사례를 찾아보기 힘들었지만 최근 준강간죄의 불능미수를 인정한 전원합의체판결이 등장함으로써 형법 제27조 해석론의 관심이 부각될 것으로 본다. 그 동안 형

법 제27조는 너무도 다양한 견해들로 인해 형법이 가지고 있는 법적 안정성을 위태롭게 할 지경에까지 이른 것 같다. 본문에서 예를 들었던 대전지방법원 판결은 위약으로 사람을 살해하고자 한 사안에 대하여 위약으로는 사람을 살해할 수 없다는 과학적 판단을 근거로 무죄를 선고하였는데, 이와 유사한 베트남인 며느리가 시모를 살해하고자 위약 1알의 1/5 정도를 으깨어 밥에 섞은 후 시모에게 먹이려고 한 사건에 대하여 광주지방법원은 살인미수를 인정하였다.¹²⁵⁾ 비록 대법원 판례는 아니지만 두 하급심 판결은 매우 유사함에도 불구하고 다른 결론에 이른 대표적인 예로서 시사하는 바가 크다고 생각한다.

형법 제27조를 해석하기 위한 학계의 장기간의 노력에 비해 맺어진 결과는 크다고 보기는 어렵다. 형법상 미수범 처벌규정은 상당히 많이 존재하는데 처벌과 불처벌의 한계선상에 위치한 미수사태를 해결하기 위한 기준이 아직까지도 정립되어 있지 못하다는 것은 안타까운 일이라고 할 수 있다. 이러한 이유로 형법 제27조가 제대로 운용되지 못하고, 심지어 사문화되었다는 평가까지 받고 있는 현실이 안타까운 일임에는 분명하다.

형법 제27조에 대한 합리적 해석을 위하여 하나의 질문을 던진다면 일정한 해답을 찾을 수 있지 않을까 생각한다. 만일 형법 제27조가 없다면, 불능미수의 예로 제시되는 사안들이 발생하였을 경우 우리는 이러한 사태를 해결하기 위해 어떤 노력을 기울일까?

형법 제27조 해석론을 둘러싼 학문적 합의점을 찾는 데 일조하고자 하는 희망과 형법 제27조의 실무적 회생 및 실무적 적용가능성을 높이는 데 조금이라도 기여할 수 있기를 바라는 마음을 가지고 글을 마치고자 한다.

(논문투고일: 2019.05.13, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 김 재 현

불능미수, 가능미수, 결과발생의 불가능,
실질적 위법성론, 구체적 위험설

125) 광주지방법원 2012. 5. 21. 선고 2011고합387 판결. 본 판결은 살인죄에 대한 장애미수를 인정하였으나 정상을 참작하여 집행유예를 선고한 사건이다.

【참 고 문 헌】

- 권오걸, **스마트 형법총론**, 형설출판사, 2011.
- 김선복, “동북아시아 법문화의 관점에서 본 불능미수규정”, **동북아문화연구**, 제35집, 2013.
- 김성규, “불능미수범의 실행행위성과 「형법」 제27조의 해석론”, **외법논집**, 제36권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012.
- 김성돈, **형법총론**(제3판), 성균관대학교출판부, 2014.
- 김성천, **형법총론**, 소진출판사, 2009.
- 김용욱, “가능미수와 불능미수의 구분”, **형사판례의 연구 I**(이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003.
- 김일수, **형법학원론**, 박영사, 1989.
- 김일수/서보학, **형법총론**(제9판), 박영사, 2002.
- 김용욱, “가능미수와 불능미수의 구분”, **형사판례의 연구 I**, 이재상교수 화갑기념논문집, 박영사, 2003.
- 김재현, “형법 제27조 위험성 표시의 독자성 여부”, **서울대학교 법학** 제56권 제2호, 2015.
- 김재현, “가능미수와 불능미수의 구별기준 -수단 또는 대상의 착오로 인한 결과발생의 불가능-”, **비교형사법연구** 제17권 제1호, 2015.
- 김종원, “불능미수”, **형사법강좌II**, 한국형사법학회, 박영사, 1982.
- 김태명, **판례형법총론(제2판)**, 피앤씨미디어, 2016.
- 김태명, “형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미”, **형사법연구**, 제26호, 한국형사법학회, 2006.
- 김호기, “불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성”, **비교형사법연구**, 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 류부곤, **미수범의 처벌근거**, 서울대학교 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2009.
- 문채규, “형법 제27조(불능범)의 ‘위험성’표지”, **비교형사법연구**, 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 박동률, “판례를 통해 본 불능미수 - 결과발생의 불가능을 중심으로 -”, **법학논고**, 제27집, 경북대학교 법학연구소, 2007. 12.

- 박상기, **형법총론**(제9판), 박영사, 2012.
- 배종대, **형법총론**(제11판), 홍문사, 2013.
- 성낙현, **형법총론**(제2판), 동방문화사, 2011.
- 손동권/김재운, **새로운 형법총론**, 율곡출판사, 2011.
- 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, **서울대학교 법학**, 제41권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001.
- 신동운, **형법총론**(제7판), 법문사, 2013.
- 오영근, “불능미수의 위험성”, **법학논총**, 제27집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2010.
- 오영근, **형법총론**(제3판), 박영사, 2014.
- 이상돈, **형법총론**, 법문사, 2010.
- 이상문, “형법 제27조의 결과발생의 불가능요건 - 특히 규범적 해석에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, **형사법연구**, 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.
- 이승준, “불능미수와 위험성”, **고시계**, 1999. 6.
- 이승준, “형법 제27조(불능범) 논의의 재검토”, **형사정책연구**, 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이용식, “부작위범의 불능미수 - 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초 -”, **서울대학교 법학**, 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006. 12.
- 이재상, **형법총론**(제7판), 박영사, 2011.
- 이정원, “불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성”, **형사정책연구**, 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이정원, **형법총론**(보정판), 법지사, 2001.
- 이형국, **형법총론**(개정판), 법문사, 1999.
- 임광주, “형법 제27조의 위험성”, **형사법연구**, 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.
- 임상규, “형법 제27조의 위험성과 그 「형법」 실무적 함의”, **성균관법학**, 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008.
- 임 응, “불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구”, **형사법연구**, 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.

- 임 우, **형법총론**(제6정판), 법문사, 2014.
- 정성근/박광민, **형법총론**(전정판), 성균관대학교출판부, 2012.
- 정영일, “불능미수의 불법구조에 관한 재검토”, **형사정책연구**, 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 정영일, **형법총론**(제3판), 박영사, 2010.
- 정웅석/백승민, **형법강의**(개정 제4판), 대명출판사, 2014.
- 조 국, ““형법 제27조 불능미수 요건의 구별재정립을 위한 일고-‘추상적 위험설’의 관점에서-”, **비교형사법연구**, 제18권 제2호, 2016.
- 조기영, “불능미수와 객관주의 미수론”, **법학연구**, 제40집, 전북대학교 법학연구소, 2013.
- 차용석, **형법총론강의 I**, 고시연구사, 1984.
- 천진호, “불능미수범의 ‘결과발생 불가능’과 관련한 해석상의 문제점”, **동아법학**, 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- 천진호, “불능미수범의 위험성판단 - 해석상의 오류를 중심으로 -”, **비교형사법연구**, 창간호, 한국비교형사법학회, 1999.
- 천진호, “불능미수범의 “위험성” 표지에 대한 해석의 오류”, **고시계**, 2001. 9.
- 하태훈, “불능미수”, **형사법연구**, 제4호, 한국형사법학회, 1991.
- 한상훈, “불능미수(형법 제27조)의 “위험성”에 대한 재검토: 행동법경제학적 관점을 포함하여”, **형사정책연구**, 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 허일태, “불능미수범에 있어서 위험성의 의미”, **형사법연구**, 제13호, 한국형사법학회, 2000.
- 홍영기, “불능미수의 가능성 표지 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건 -”, **형사법연구**, 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.
- Abegg, Johann Friedrich, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft* (Druck und Verlag von J.K.G. Wanger, 1836).
- Berner, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 11. Aufl. (Leipzig, 1881).
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. Aufl. (Berlin: Dunker & Humblot • Berlin, 1996).

- Kienapfel, Diethelm/Höpfel, Frank, *Grundriss des Strafrechts, AT*, 12. Aufl. (Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung Wien, 2007).
- Liszt, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl. (Berlin: Walter de Gruyter, 1892).
- Liszt, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 u. 22. Aufl., Berlin:Walter de Gruyter, 1919.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, *StGB Kommentar*, 28. Aufl. (München: C.H.Beck, 2010).
- von Buri, Maximilian, *Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (Stuttgart, 1885).
- Wachenfeld, Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung Oskar Beck München, 1914).
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (Walter de Gruyter 1969).

Abstract

Legal Discussion about the Impossible Attempt

Kim, Jae-hyun*

Korean Penal Code §27 states "[Impossible Attempt] An act shall be punishable even if the occurrence of the offense as a result of a mistake about the means used or the objects chosen for its execution is impossible, provided the danger exists; however, the punishment can be tempered or waived. "This is the structure of the sentence that is contradictory. That is, if the onset of success is impossible, then there can be no danger. It is therefore very important that Korean Penal Code §27 must be interpreted without objection. The solution to this problem depends on the assessments on the possibility of success or the danger. Normally, prudence is understood as the possibility of success. I think there is a misunderstanding about this commitment. These two, however, must be distinguished from each other, because the possibility of the success does not mean the success. The possibility of the onset of success is actually judged by causality, hence the concept of Korean Penal Code §27 "Dangerousness" means the criminal ground of the attempted offense as a field of action inconvenience and the success of value (dangerousness of the right property violation by act to offense). And the basis of the assessment of the danger in the impossible attempt establishes the knowledge of the offender and the circumstance that one can generally recognize. And the scale of the assessment of the danger should be judged by the average person in everyday life (namely the

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D in Law.

concrete danger theory).

The impossible attempt is a term in the general part of criminal law. Korean Penal Code §27 states that "an act shall be punishable even if the danger exists if the occurrence of the offense is impossible as a result of a mistake about the means used or the objects chosen for its execution". Danger plays an important role here to vote for the punishable attempt and the unsustainable attempt. The impossibility of succeeding succeeds in distinguishing the aptitude test and the impossible attempt.

Therefore, the interpretation of the Korean Penal Code §27 impossible attempt thus shows the possibility of factual success. In the interpretation Korean Penal Code §27 is concerned that the importance of the impossibility to concretise. According to the powerful opinion, the trait is taken as purely normative meaning (ex ante and general point of view). However, the dangerousness means the normative concept, so the impossibility should first be grasped as an actual scientific method by the skilled person to avoid the collision apart from the assessment of the danger. And if the judgment between possibility and impossibility is indeterminate or unclear, the normative method should be supplemented.



▶ **Kim, Jae-hyun**

impossible attempt, dangerousness, impossibility of crime result, the concept of substantial illegality, the concrete danger theory

직무발명보상금 산정에서의 대상 직무발명의 ‘기여도’ 산정법리

정 차 호*

문 려 화**

【목 차】

I. 서론	2. 기여도 적용의 체계 및 청구항에 따른 손해배상
II. 직무발명의 기여도 산정의 현황 및 문제점	3. 단순제품에서의 기여도 산정방법
1. 기여도를 아예 적용하지 않은 사례	4. 복잡제품에서의 기여도 산정방법
2. 기여도를 실시료에서 반영한 사례	5. 기여도 산정요소의 적용순서 및 역할
3. 기여도를 독점권기여율 및 실시료율에서 반영한 사례	6. 기여도를 산정하지 않고 특허발명의 가치를 바로 반영하여 손해배상액을 산정하는 경우
4. 기여도 요소를 실시료율 산정시 고려하고 또 별도로 기여도를 산정한 사례	7. 소결
5. 기여도 요소를 독점권기여율 및 실시료율 산정에서 고려하고 또 별도로 기여도를 책정한 사례	V. 표준필수특허에서의 기여도 산정을 위한 하향식(top-down) 산정방법
6. 기여도를 산정하기만 하고 다른 장면에서 기여도 요소를 반영하지 않은 사례	1. 일본 지적재산고등재판소의 Samsung v. Apple Japan 판결
7. 소결: 우리나라 기여도 적용법리의 문제점	2. 미국의 In re Innovatio 판결
III. 일본의 직무발명의 기여도 적용 판례 분석	3. 중국의 화웨이(Huawei) v. 삼성(Samsung) 사건
1. 기여도를 아예 적용하지 않은	4. 중국 광둥성 법원의 하향식 산정에서의 고려요소
	5. 소결
	VI. 직무발명보상금 산정에서의 기

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정

사례 = 기여도를 100%로 본 사례	여도 산정법리의 제안
2. 기여도를 초과매출율에서 반영한 사례	1. 기여도의 별도 산정
3. 기여도를 실시료에서 반영한 사례	2. 하향식 산정방식의 적용을 원칙으로 함
4. 기여도를 발명자 공헌도 등에서 반영한 사례	3. 복잡제품에서 부품을 기준으로 기여도를 산정하는 방법
5. 기여도를 별도로 반영하고 다른 장면에서는 반영하지 않은 사례	4. 단순제품에서 전체 제품을 기준으로 기여도를 산정하는 방법
6. 소결	5. 무관한 요소
IV. 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 법리	6. 적용된 기술의 수 v. 적용된 (살아 있는) 직무발명의 수
1. 기여도의 정의	7. 증명책임
	8. 고객관심
	VII. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 직무발명보상금 산정에서 기여도를 적용하는 법리를 탐구하였다. 그 탐구의 결과물은 다음과 같다. 첫째, 우리나라 및 일본의 실무에서 가장 큰 문제점은 기여도를 실시료율 및/또는 독점권기여율(초과매출율)에서 다른 요소와 섞어서 산정하는 소위 ‘잡탕식’ 산정방식이 자주 적용된다는 것이다. 그렇게 섞어서 적당히 산정됨에 따라 기여도가 적절히 반영되지도 못하고 기여도 법리가 발전하지도 못한다. 이 글은 기여도의 별도 산정의 중요성을 강조한다. 특히, 대상 제품이 복잡제품인 경우 기여도는 반드시 별도로 산정되어야 한다. 둘째, 직무발명보상금 산정에서의 합리적인 기여도 산정방법을 모색하기 위하여 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 법리 및 표준필수특허의 기여도 산정을 위한 하향식(top-down) 산정방법을 분석하였다. 셋째, 표준필수특허에서 실시료과적(royalty over-stacking)의 문제를 해결하는데 하향식(top-down) 산정방법이 적절하듯이, 직무발명에서도 보상금과적(remuneration over-stacking)의 문제를 해결하는데 하향식 산정방법이 적절하다. 그래서, 대상 제품에 적용된 다른 유효한 기술의 수와 대상 직

무발명의 수를 비교하고, 대상 직무발명의 상대적 중요도(가중치)를 감안하는 방식이 적용되어야 하는 것이다. 넷째, 하향식 산정방식이 적절하지 않은 경우에는 전체 제품을 기준으로 하여 그것에 기여도를 곱하는 방식과 해당 부품을 기준으로 하여 그것에 기여도를 곱하는 방식을 법원이 주어진 사안에 맞게 선택하여 사용할 수 있을 것이다. 당연히 복잡제품에서는 부품의 가격을 기준으로 하되 그것에 기여도를 추가로 곱할 수 있을 것이다. 다섯째, 기여도를 산정함에 있어서 기여도와 무관한 요소가 같이 고려되는 사례가 많은데, 그러한 오류는 되풀이 되지 않아야 한다. 특히, 기여도는 기술에 관한 사항이므로, 기술과 무관한 사항을 기여도 산정에서 고려하지 않아야 한다.

I. 서론

직무발명보상금을 산정하기 위하여 그 직무발명이 적용된 대상 제품에 그 직무발명이 기여한 정도(기여도)를 산정하여야 한다.¹⁾²⁾ 대상 제품에 하나의 직무발명만 적용된 경우에는 기여도를 산정할 필요가 없거나 기여도가 100%가 된다. 그러나, 그러한 경우는 극히 드물고 대부분의 경우에는 대상 제품에 여러 개의 직무발명, 여러 개의 기술이 적용된다. 그 적용된 전체 ‘기술’의 가치 중 해당 직무발명의 가치의 비율이 기여도가 된다.³⁾ 다수 기술이 적용된 소위 복잡제품(complex product)에서는

1) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2013나34640 판결(“직무발명이 완성품 일부에만 관련되는 경우에 적절한 보상금의 산정을 위하여는 완성품 전체의 매출액에서 그 일부에만 관련된 직무발명이 기여한 정도를 당연히 참작하여야 한다.”).

2) 회사가 대상 제품을 판매하여 이익을 얻기까지 대상 직무발명 외에 여러 다른 기술이 적용될 뿐만 아니라 그 외 비기술요소(자본력, 영업력, 위험감수 등)도 영향을 미친다. 전자를 기술기여도라고 부를 수 있고 후자를 비기술기여계수라고 부를 수 있다. 이 글에서는 전자인 기술기여도를 간단히 기여도라고 칭한다. 비기술기여계수에 대하여는 별도로 논한다.

3) 정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도(apportionment ratio) 산정 법리”, 『정보법학』 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017, 88면(“기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율’이라고 정의할 수 있다. 그래서 해당 제품의 판매가(가치)에 기여도를 곱하면 해당 발명의 가격(가치)이

기여도의 산정이 매우 중요하다.⁴⁾ 이러한 기여도 산정은 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서 먼저 관심을 받았지만, 직무발명보상금 산정에서 기여도가 더 중요한 역할을 한다고 생각된다. 그럼에도 불구하고, 지금까지 손해배상액 산정에서든 직무발명보상금 산정에서든 기여도 산정에 대하여 상세히 논한 선행자료가 극히 부족한 실정이다. 특히, 직무발명보상금 산정에서의 기여도 산정에 관하여 언급한 자료는 우리나라에서는 발견되지 않았고, 일본에서 발견된 몇 개의 자료는 실무상 도움이 되기 어려운 것들이다.⁵⁾ 필자는 손해배상액 산정에서의 기여도 산정 법리에 대하여 연구, 발표한 바 있으며,⁶⁾ 그 연구를 바탕으로 이제 직무발명보상금 산정에서의 기여도 산정 법리에 대하여 논한다.

II. 직무발명의 기여도 산정의 현황 및 문제점

우리나라 판례에서 직무발명의 기여도를 산정한 사례를 아래와 같이 분류할 수 있다.

산출된다.”).

- 4) DeForest McDuff & Daryl Fairweather, *Measuring Marketing: Using Content Analysis to Evaluate Relative Value in Valuation and Reasonable Royalty Analysis*, 51 Les Nouvelles 88 (2016) (“While this instruction is straightforward in theory, experts are often left with the challenging task of reliably quantifying an apportionment for a specific feature within a complex product.”); Brian Dies & Joel Wacek, *Magic Bullet or Rule of Thumb: □ Determining Reasonable Royalties with Corporate Discount Rates Using the Muthoo Model*, 52 Les Nouvelles 229, 232 (2017) (“Additionally, in many cases where the patent is a small feature of a larger complex product, issues of apportionment can make it difficult to accurately identify the defendant's incremental profits from using the specific patented technology.”).
- 5) 萇優美, 「改訂工業所有權法解説【四法編】」, ぎょうせい, 1982; 金田重郎・千保卓也, “大規模アプリケーションシステムにおける特許の実施料率について”, 「パテント」 Vol. 55 No. 5, 2002; 広瀬義州編, 「特許権価値評価モデル」, 東洋経済新報社, 2006; 日本知的財産仲裁センター, “「事業に対する特許の貢献度評価」の実用化研究について”, 2015; 北村博, “企業内発明者の動機づけとしての金銭的処遇および非金銭的処遇に関する研究”, 千葉商科大学大学院政策研究科博士學位論文, 2016.
- 6) 정차호·문려화, 앞의 논문.

1. 기여도를 아예 적용하지 않은 사례

가. 풍산홀딩스 동합금의 제조방법에 관한 직무발명 사건⁷⁾

대상 직무발명은 구리, 니켈, 실리콘 주석으로 구성된 동 합금제품인 PMC26에 적용되었다. 법원은 회사의 이익액을 산정할 때, PMC26의 1998-2015년 기간 중 매출액 약 6,893억원에 실시료율 2%,⁸⁾ 독점권 기여율 15%를⁹⁾ 곱하여 회사의 이익액을 산정하였다. 기여도를 따로 반영하지 않았을 뿐 아니라 실시료율 또는 독점권기여율을 산정하는 장면에서도 기여도와 관련된 요소가 고려되지 않았다. 대상 판결문만으로 정확

7) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결.

8) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결(“위에서 본 바와 같은 이 사건 직무발명이 가져온 기술혁신의 정도, 개선된 작용효과 및 객관적인 기술적 가치, 실시의 용이성과 수익성 등 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 직무발명의 가상 실시료율은 2% 정도로 정함이 상당하다.”).

9) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결(“(가) 아래와 같은 사정들은 독점권 기여율을 높게 평가할 수 있도록 해주는 요소들이다. i) 위 나)항에서 본 바와 같이 이 사건 직무발명은 기술혁신의 정도가 상당히 크다고 평가할 수 있다. ii) 피고는 이 사건 직무발명의 실시로 약 6,890억 원 상당의 매출을 올렸다. (나) 아래와 같은 사정들은 독점권 기여율을 높게 평가함에 한계로 작용하는 요소들이다. i) 다른 경쟁업체들이 이 사건 제1항 직무발명과 유사한 조성 성분과 조성비를 갖는 제품들을 제조·판매하고 있었다(을 제11, 12, 45호증 등). ii) 이 사건 제3항 직무발명의 제조방법을 사용하는 경우에도 수율(收率), 품질 등에 있어 경쟁력 있는 제품을 생산하기 위해서는 세부 공정의 최적화 및 노하우가 필요할 것임은 자명하다. 피고 등은 그동안의 노하우를 활용함과 동시에 오랜 기간 동안의 세부 공정 최적화, 제조설비 확충 등을 통해 수율, 품질 등에 있어 경쟁력을 확보한 것으로 보인다(을 제17 내지 24, 44호증 등). iii) 피고 등은 위와 같은 과정에서 수차례 제조공정을 변경하면서(갑 제6, 9, 28, 35호증, 을 제38호증의 1 등), 이 사건 제3항 직무발명과는 공정의 순서를 달리하거나 청구범위에 포함되어 있지 않은 용체화 처리 공정을 포함하기도 하였다. iv) 피고 등이 위와 같은 큰 매출을 올리게 된 것은 이 사건 직무발명의 기술적 특징 외에도 피고 등의 시장에서의 지위, 명성, 영업망, 브랜드의 인지도 및 고객흡인력, 홍보 및 마케팅 활동 등이 기여한 부분도 상당하다고 평가된다. 특히 독점권기여율은 사용자가 무상의 통상실시권을 갖고 직무발명을 실시하였을 경우와 비교하여 얻게 되는 초과 매출을 기초로 산정되어야 하는 점을 감안하면, 피고 등과 같이 관련 시장에서 독점적인 지위를 갖고 있었던 경우에는 이로 인한 기여 부분이 매우 클 것임은 경험칙상 명백하다[다만 2016년 기준 피고의 구리 압연 시장에서의 시장 점유율이48%인 점(을 제45증) 등의 구체적 사정도 함께 감안하기로 한다].위에서 본 사정들을 종합하여 이 사건 직무발명의 독점권 기여율을 15% 정도로 정하기로 한다.”).

하게 알 수는 없으나, 대상 제품(PMC26)에 대상 직무발명만 적용된 경우에는 기여도를 적용하지 않은 것이 타당할 수 있었으나, 만약 다른 기술이 적용된 경우에는 기여도를 적용하지 않은 것은 법리적용의 오류라고 할 수 있다.

나. 난방기기 제품에 관한 직무발명 사건¹⁰⁾

대상 각 직무발명은 난방기기 제품의 전반에 걸쳐서 적용되는 것이고, 피고는 전체매출액에서 대상 특허를 이용하지 않은 온도조절기, 각종 설치 부자재, 인건비 등 부분의 매출을 공제해야 한다고 주장하였으나, 법원은 피고의 매출 중 난방기기 제품에 관한 매출액을 기준으로 매출액으로 인정하고 독점권기여율(30%)¹¹⁾ 및 실시료율(5.1%)을¹²⁾ 곱해서 회사의 이익액을 산정하였다. 기여도가 따로 반영되지도 않았고, 독점권기여율 또는 실시료율을 산정하면서도 반영되지 않았다. 난방기기에는 여러 기술이 적용된다는 점에 근거하면 기여도를 따로 반영하는 것이 타당하였다고 생각된다.

2. 기여도를 실시료율에서 반영한 사례

엘지전자 Pilot Pattern(제1특허), TFCI Code(제2특허) 직무발명 사건에서¹³⁾ 법원은 회계상 이익이 전혀 없고, 표준특허 FRAND 선언 시 회사가 대상 제1, 2특허를 보유함에 따라 절감한 실시료 상당액으로 회사의 이익액을 판단하여 해당 제품의 매출액에 실시료율을 곱하여 회사 이

10) 서울중앙지방법원 2017. 4. 6. 선고 2015가합548238 판결.

11) 서울중앙지방법원 2017. 4. 6. 선고 2015가합548238 판결(“앞서 든 증거들에 비추어 보면, 피고는 이 사건 각 특허를 이용하여 난방기기 제품을 제조·판매하기 이전에는 난방기기 제품을 판매하지 아니하였고, 이 사건 각 특허가 등록된 이후 매출이 상당히 증가하였는 바, 이 사건 각 특허가 피고의 난방기기 제품의 매출에 기여한 정도가 상당하다고 보므로, 피고의 매출액 중 무상의 통상실시권을 넘어 이 사건 각 특허의 독점적 효력에 기하여 발생한 독점권 기여율 30%로 본다.”).

12) 서울중앙지방법원 2017. 4. 6. 선고 2015가합548238 판결(“살피건대, 기계/도구 산업분야의 실시료율 평균값이 5.1%이므로, 이 사건 각 특허에 관한 실시료율도 5.1%로 본다.”).

13) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결.

익액을 산정하였다.¹⁴⁾ 대상 사건에서 기여도를 별도로 산정하지는 않았다. 그러나 실시료율을 산정함에 있어서, 법원은 회사가 대상 직무발명 외에 수천 개의 표준특허를 보유하고 있는 점, 대상 직무발명이 제품의 한 부품에만 적용된 점 등을 감안하여, 일반적인 실시료율보다 훨씬 낮은 0.007% 및 0.003%로 책정하였다.¹⁵⁾ 다만, 표준특허에도 불구하고 대상 직무발명의 기여도가 실시료율에서 제대로 반영되었는지는 의문이다. 위 0.007%에서 기여도의 수치가 몇으로 책정되고, 적용된 것인지를 알 수 없다.

3. 기여도를 독점권기여율 및 실시료율에서 반영한 사례

가. 한국타이어 래디얼타이어용 스틸코드 직무발명 사건¹⁶⁾

14) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결(“... 피고는 표준특허에 대한 특허권 등을 보유함에 따라 경쟁자가 보유한 표준특허 등을 실시하여 3G+ 단말기를 제조·판매하면서도, 경쟁자와의 크로스 라이선스 계약 체결 또는 경쟁자의 묵인 등을 얻어냄에 따라, 그에 대한 실시료를 현실로 지출하지 않거나 적은 실시료만 지출할 수 있는 지위에 있게 되었다고 할 것인바, 이는 피고가 보유한 특허권이 가지는 배타적·독점적 성격에서 기인하는 이익으로서 여기에는 피고가 표준특허인 제1, 2특허발명의 특허권을 가짐에 따른 기여 부분이 있다고 할 것이므로, 피고가 3G+ 단말기를 제조·판매함에 있어서 제1, 2특허발명의 특허권을 보유함에 따라 절감하게 되는 실시료 상당액은 독점적·배타적 이익으로서 직무발명보상금 산정의 기초가 되는 ‘사용자가 얻을 이익’에 해당한다고 볼 수 있다. 이하 피고가 제1, 2특허발명을 보유함에 따라 절감한 실시료 상당액으로 ‘사용자가 얻을 이익’을 판단하기로 한다.”).

15) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결(“피고의 3G+ 단말기의 매출규모, 통신 분야의 일반적 실시료율의 범위, 이러한 실시료율은 특허권자가 보유하고 있는 일단의 특허 등 지식재산권 군에 대한 포괄적 라이선스를 하면서 책정하는 기준으로 보이는 점, 피고는 제1, 2특허발명 외에도 수천 개의 표준특허권을 비롯한 특허권 등을 보유하고 있는 점, 제1, 2특허발명의 내용, 위 발명들은 3G+ 단말기의 수많은 기능을 뒷받침하는 다수의 부품 중 통신칩에만 관계될 뿐만 아니라 통신칩에 적용된 GSM이나 LTE 기술과는 무관하고 WCDMA 기술규격 중에서도 극히 일부와만 관계되는 점과 함께, 3G+ 단말기 매출에서는 사업자의 상표, 인지도, 지위, 명성 등에서 비롯하는 고객흡인력, 디자인의 우수성, 홍보 및 마케팅 활동 등 비기술적인 요소 역시 기여하는 점 등의 사정을 보태어 보면, 합리적이고 상당한 통상 실시료율은 제1특허발명이 0.007%, 제2특허발명이 0.003% 정도라고 봄이 상당하다.”).

16) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2013나34640 판결.

대상 판결은 대상 직무발명의 기여도가 반영되어야 한다는 점에 대해서는 동의하면서도 기여도를 반드시 따로 산정해야 하는 것은 아니고 독점권기여율 및 실시료율 산정의 장면에서 종합적으로 참작, 반영할 수 있다고 설명하였다.¹⁷⁾ 그런데, “대상 특허발명 이외에 피고가 타이어 제품과 관련하여 출원 또는 등록한 특허만 하더라도 약 2,000여 개”에 이르는 데에도 불구하고 실시료율을 0.5%로 책정하였다.¹⁸⁾ 즉, 기여도가

17) 원고는 “트럭버스 용 타이어 제품 뼈대는 1장의 카카스와 4장의 벨트로 구성되는데, 그 뼈대 전체가 단단한 스틸코드로 구성되어 있고, 나머지 부분은 부드러운 고무조성물이며 스틸코드와 고무조성물이 유기적으로 결합하여 타이어 전체를 구성한다. 스틸코드는 인체의 뼈대와 같이 중요한 역할을 하여 이에 따라 타이어 전체의 형상 유지, 안전성, 내구성, 승차감, 조종 안정성 등의 주요 특성들이 결정되므로 타이어 제품의 전체 매출액에 스틸코드의 기여율(이용률)을 반영하는 방식으로 피고가 얻은 이익을 계산하는 것은 부당하다. 설령 스틸코드의 기여율을 산정할 수 있다고 하더라도, 그 비율은 27%~45% 정도가 되어야 한다”고 주장하였으나 법원은 “직무발명이 완성품 일부에만 관련되는 경우에 적절한 보상금의 산정을 위하여는 완성품 전체의 매출액에서 그 일부에만 관련된 직무발명이 기여한 정도를 당연히 참작하여야 한다. 다만 이를 위하여 반드시 직무발명과 관련된 해당 부품의 개수나 비중 등을 수치화하여 매출액에 대한 직무발명의 기여율을 먼저 산정하는 방법에 따라야 하는 것은 아니고, 앞서 판단한 바와 같이 그와 같은 사정을 실시료율이나 독점권기여도를 산정함에 있어 종합적으로 참작하는 방법으로 이를 반영할 수 있다고 할 것이다”라고 설명하였다.

18) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2013나34640 판결(“① 하나의 타이어 제품은 직접 노면과 접촉하는 트레드(Tread), 주행 시 외부 충격을 완화하는 벨트(Belt), 타이어의 골격을 이루는 카카스(Carcass), 유연한 굴신운동으로 승차감을 향상시키는 기능을 하는 사이드월(Sidewall), 튜브 대신 타이어의 공기누출을 방지하는 이너라이너(Innerliner), 타이어를 립에 장착시키는 기능을 하는 비드 코어(Bead Core), 트레드와 사이드월을 연결하면서 주행 중 내부 열을 발산하는 역할을 하는 숄더(Shoulder) 등으로 구성되는 다양한 고무조성물(Compound)의 유기적 결합체이고, 이 사건 특허발명을 위와 같은 타이어의 구성 부분 가운데 벨트 또는 카카스의 일부를 이루는 보강재인 스틸코드에 관한 발명인 점, ② 스틸코드의 구조가 타이어의 내구성과 자동차의 조종 안정성, 승차감 등에 상당한 정도로 영향을 미치는지, 타이어의 특성은 스틸코드 외에도 위와 같은 다양한 고무조성물의 구조와 성분에 의하여도 좌우되는 점, ③ 나아가 스틸코드가 포함될 수 있는 구성 부분인 벨트 자체의 성능 역시, 이 사건 특허발명이 관련된 스틸코드의 구조뿐만 아니라 단위 인치당 스틸코드의 수, 벨트 사이의 각과 폭의 차이, 벨트 에지 테이프의 적용 여부 등의 여러 요소에 의하여 결정되는 점, ④ 피고가 이 사건 특허발명에 착안할 당시에도 대상 특허발명과 그 구성 및 효과가 유사한 2개의 코어 필라멘트와 5개의 시스 필라멘트로 이루어진 특허가 이미 존재하고 있었던 점, ⑤ 이 사건 특허발명의 적용 당시 피고의 경쟁사들도 고유의 스틸코드 구조를 가진 타이어 제품을 생산하여 판매해 오고 있었고, 스틸코드의 구조를 새롭게 변경하는 경우 그 변경된 사양에 맞도록 설비를 교체하거나 개선

‘충분히’ 반영되지는 않은 것이다. 기준이 되는 실시료율이 5%이고, 기여도가 1%라면, 기여도가 반영된 실시료율은 0.05%가 되어야 한다. 단순히 살펴보면, 유사 특허가 100개인 경우 기여도가 1%이고, 유사 특허가 1,000개인 경우 기여도가 0.1%인데, 대상 사안에서는 원고가 보유한 출원 및 특허가 2,000개에 이른다고 하니 기여도가 1% 이상이 되기는 어려웠을 것이다. 그런 점에서 기여도가 충분히 반영되지 않은 것이다. 법원은 독점권기여율을 3%로 책정하면서도 기여도 요소를 고려하였고, 그래서 이례적으로 낮은 독점권기여율을 책정하였다.¹⁹⁾ 이렇게 기여도 요소를 실시료율에서도 적용하고 독점권기여율에서도 적용하는 것은 이중적용의 문제를 초래한다. 기여도 산정은 매우 어려운 것인데, 그 기여도 요소를 분리하여 실시료율 및 독점권기여율 산정에서 반영하는 것은 불가능하거나 지나치게 어려운 작업이므로 반드시 피하여야 한다.

나. 한국타이어 고무 및 타이어 보강용 스틸코드 직무발명 사건²⁰⁾

위 한국타이어 사건의²¹⁾ 같은 피고 회사이고, 법원은 기여도를 별도 반영하지 않고 독점권기여율(3%)²²⁾ 및 실시료율(1%)에서²³⁾ 기여도를

해야 하는 제조공정상의 문제가 발생할 수도 있는 점, ⑥ 이 사건 특허발명 이외에 피고가 타이어 제품과 관련하여 출원 또는 등록한 특허만 하더라도 약 2,000여 개에 이르는 점, ⑦ 뒤에서 판단하는 바와 같이 이 사건 특허발명이 가지는 기술혁신의 정도나 개선된 작용효과는 극히 미미하다고 보이고 유사한 대체기술 역시 다수 존재하고 있는 점 등을 종합하면, 실시료율은 0.5%로 정함이 상당하다.”).

- 19) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2013나34640 판결(“즉 ① 앞서 본 것처럼 타이어 제품의 성능은 스틸코드뿐만 아니라 다른 여러 구성 부분의 특성이 복합적으로 작용하여 결정되는 점, ② 타이어 제품의 매출은 물리적인 성능뿐만 아니라 타이어의 디자인, 기업 이미지, 광고 및 판매 전략 등에 의해서도 상당한 영향을 받고, 실제로 피고의 제품을 구매한 소비자들 가운데 상당수는 제품의 성능이 아닌 피고의 기업 이미지를 주된 구매이유로 들고 있는 점, ③ 대상 특허발명에는 그 출원 전에 공지된 다른 발명과 동일한 구성이 일부 포함되어 있고, 작용 효과도 공지기술과 큰 차이가 없는 등 기술적 가치가 크지 아니하여 그 독점적 이익 또는 상당히 미약할 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 독점권 기여율은 3%로 정함이 상당하다.”).

20) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나53644 판결.

21) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2013나34640 판결.

22) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나53644 판결(“타이어 제품의 성능은 스틸코드뿐만 아니라 다른 여러 구성 부분의 특성이 복합적으로 작용하여 결정되고, 타이어 제품의 매

반영한 것으로 보인다.

4. 기여도 요소를 실시료율 산정 시 고려하고 또 별도로 기여도를 산정한 사례

삼성디스플레이 새로운 액정구동방법을 갖는 액정표시장치에 관한 직 무발명 사건에서²⁴⁾ 법원은 매출액, 실시료율(2%), 독점권기여율(6%) 및

출은 물리적인 성능뿐만 아니라 타이어의 디자인, 기업 이미지, 광고 및 판매 전략 등에 의해서도 상당한 영향을 받으며, 실제로 피고의 제품을 구매한 소비자들 가운데 상당수는 제품의 성능이 아닌 피고의 기업 이미지를 주된 구매이유로 들고 있고, 발명2에는 그 출 원 전에 공지된 다른 발명과 같은 구성도 일부 포함되어 있으며, 타이어 업계에서 발명2 와 같은 3층 구조는 2층 구조보다 경쟁력이 떨어지는 측면이 있는 것으로 평가받고 있어 그 초과매상의 비율도 미약할 것으로 보이는 사정 등에 비추어 볼 때 초과매상의 비율(독 점권 기여율)은 3% 정도로 봄이 타당하다.”).

- 23) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나53644 판결(“타이어 제품은 직접 노면과 접촉하는 트레드(Tread), 주행 시 외부 충격을 완화하는 벨트(Belt), 타이어의 골격을 이루는 카카스(Carcass), 유연한 굴신운동으로 승차감을 향상시키는 기능을 하는 사이드월(Sidewall), 튜브 대신 타이어의 공기누출을 방지하는 이너라이너(Innerliner), 타이어를 림에 장착시키는 기능을 하는 비드 코어(Bead Core), 트레드와 사이드월을 연결하면서 주행 중 내부 열을 발산하는 역할을 하는 숄더(Shoulder) 등으로 구성되는 다양한 고무조성물(Compound)의 유기적 결합체이고, 발명2는 타이어의 구성 부분 가운데 벨트 또는 카카스의 일부를 이루는 보강재인 스틸코드에 관한 발명이며, 스틸코드의 구조가 타이어의 내구성과 자동차의 조종 안정성, 승차감 등에 상당한 정도로 영향을 미치는 것은 하지만, 타이어의 특성은 스틸 코드 외에도 위와 같은 다양한 고무조성물의 구조와 성분에 의하여 좌우되고, 나아가 스틸코드가 포함될 수 있는 구성 부분인 벨트 자체의 성능도 발명2가 관련된 스틸코드의 구조뿐만 아니라 단위 인치당 스틸코드의 수, 벨트 사이의 각, 벨트 사이의 각과 폭의 차이, 벨트 에지 테이프의 적용 여부, 벨트 이지 테이프의 게이지, 벨트 토폰 게이지 등 여러 요소에 의하여 결정되며, 피고가 발명2를 착안할 당시에도 이미 타이어 제품의 원가절 감 및 경량화를 위하여 스틸코드에서 필라멘트의 수를 줄여야 한다는 것에 관하여는 타이 어 제조업계 내에서 어느 정도 공감대가 형성되어 있었으며, 발명2의 적용 당시 피고의 경쟁사들도 고유의 스틸코드 구조를 가진 타이어 제품을 생산하여 판매하였고, 스틸코드의 구조를 새롭게 변경하는 경우 그 변경된 사양에 맞도록 설비를 교체하거나 개선해야 하는 제조공정상의 문제가 발생할 수도 있으며, 발명2 외에 피고가 타이어 제품과 관련하여 출원 또는 등록한 특허의 개수만 하더라도 약 2,000여 개에 이르고, 발명2의 기술혁신 의 정도와 개선된 작용 효과, 실시의 용이성과 수익성이 크다고 보기 어려운 사정 등에 비추어 볼 때 가상 실시료율은 1% 정도 봄이 타당하다.”).

- 24) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결.

대상 직무발명의 기여도(5%)를 곱하여 회사의 이익액을 산정하였다. 기여도를 5%로 책정하면서 ① 대상 발명은 LCD 제품 중 일부 구성에만 관련되고 있다는 점 및 ② 대상 발명과는 무관한 요소들(“피고의 시장에서 지위, 명성, 피고 제품의 인지도, 대상 발명 외의 품질이나 기능 등에 의해 발생한 부분도 포함되어 있다”)을 고려하였다.²⁵⁾ 실시료율을 2%로 책정하는 장면에서도 기여도 요소가 반영되었다.²⁶⁾

5. 기여도 요소를 독점권기여율 및 실시료율 산정에서 고려하고 또 별도로 기여도를 책정한 사례

한국타이어 타이어 보강용 스틸코드 직무발명 사건에서²⁷⁾ 법원은 실시료율 1.5%, 독점권기여율 20%, 기여도 5%를 적용하여 회사이익을 산정하였다. 대상 직무발명의 기여도 산정에 있어서 법원은 ① 대상 발명은

25) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결(“전제사실 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 발명은 LCD 저체 구성 중 액정패널 내에 있는 하부기관(TFT기관)에만 관련된 것이고 그 주에서도 전극을 수평으로 배열하는 구조에 관한 것이어서(즉, LCD의 구성 부분 중 백라이트 유닛 및 구동회로와는 관련이 없고 액정패널에 있어서도 상부기관 및 액정층과는 관련이 없으며, 또한 하부기관 중에서도 기관의 구조, 재료, 공정, TFT소자 및 데이터선 등의 배치, TFT의 스위칭 제어에 의한 전하의 충, 방전에 의한 전계신호형성 등과도 관련이 없다) LCD완성품의 극히 일부의 구성에만 관련된 것인 점, 피고 제품의 매출액 중에는 이 사건 발명과는 무관한 피고의 시장에서의 지위, 명성 피고 제품의 인지도, 이 사건 발명 외의 품질이나, 기능 등에 의해 발생한 부분도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등의 사정이 있음을 알 수 있는바, 이러한 점들을 고려하면 피고 제품의 매출에 대한 이 사건 발명의 기여도를 5%로 정함이 상당하다.”).

26) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결(“이 사건 발명으로 기존 액정 표시 장치의 단점인, 자발광 디스플레이에 비하여 시야각이 좁고, 투과율이 작은 점이 개선될 수 있었고, 피고가 기존에 사용하던 ‘VA 모드’를 적용한 LCD 라인이 ‘PLS’ 라인으로 전환되는 데 큰 영향을 미친 것으로 보이는 점, 피고도 이러한 점을 들어 경쟁사인 엘지 디스플레이 주식회사 및 엘지전자 주식회사를 상대로 이 사건 발명에 관한 특허권침해금지 등을 구하는 소를 제기하였던 점, 현재까지도 ‘PLS 모드’를 사용한 피고 제품의 시장점유율이 높은 것으로 보이는 점, 반면 LCD의 액정패널과 관련된 피고 명의의 등록특허의 수만 해도 2,800여 개가 되고, 그 중 이 사건 발명과 같은 전극배열 구조에 관한 것만 해도 100여개에 달하는 점, 피고 제품처럼 첨단기술이 고도로 집약된 제품에는 이 사건 발명 외에도 다수의 직무발명이 유기적으로 구현되어 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 특허발명의 실시료율은 2%로 정함이 상당하다.”).

27) 서울중앙지방법원 2012. 6. 5. 선고 2011가합18821 판결.

타이어의 구성 부분 가운데 벨트 또는 카카스의 일부를 이루는 스틸코드에 관한 발명이고; ② 타이어의 특성은 스틸코드 외에도 위와 같은 다양한 고무조성물의 구조와 성분에 의하여 좌우되는 점; ③ 스틸코드가 포함되어 있는 구성 부분인 벨트 자체의 성능은, 타이어 제품의 구조가 크게 트레드, 벨트와 카카스 등의 6개 구성으로 나누어지는 것을 전제로 하여 스틸코드가 위 6개 구성 가운데 하나인 벨트와 카카스 중에서 일부에만 관련된 것임($=1/6 \times 1/3 \times 100$)을 고려하여 5%로 인정하였다.²⁸⁾

법원은 실시효율을 1.5%로 책정하면서도 타이어에 적용된 기술이 약 1,000개에 이르는 점을 고려하였다.²⁹⁾ 또, 법원은 독점권기여율을 20%

28) 서울중앙지방법원 2012. 6. 5. 선고 2011가합18821 판결(“① 하나의 타이어 제품은 직접 노면과 접촉하는 트레드(Tread), 주행시 외부 충격을 완화하는 벨트(Belt), 타이어의 골격을 이루는 카카스(Carcass), 유연한 굴신운동으로 승차감을 향상시키는 기능을 하는 사이드월(Sidewall), 튜브 대신 타이어의 공기누출을 방지하는 이너라이너(Innerliner), 타이어를 립에 장착시키는 기능을 하는 비드 코어(Bead Core), 트레드와 사이드월을 연결하면서 주행 중 내부 열을 발산하는 역할을 하는 숄더(Shoulder) 등으로 구성되는 다양한 고무조성물(Compound)의 유기적 결합체이고, 제2발명은 위와 같은 타이어의 구성 부분 가운데 벨트(Belt) 또는 카카스(Carcass)의 일부를 이루는 스틸코드에 관한 발명인 사실, ② 스틸코드의 구조가 타이어의 내구성과 자동차의 조종안정성, 승차감 등에 상당한 정도로 영향을 미치는 것은 하지만, 타이어의 특성은 스틸코드 외에도 위와 같은 다양한 고무조성물의 구조와 성분에 의하여 좌우되는 사실, ③ 나아가 스틸코드가 포함되어 있는 구성 부분인 벨트 자체의 성능 역시, 제2발명이 관련된 스틸코드의 구조뿐만 아니라 단위 인치당 스틸코드의 수, 각 벨트의 각, 벨트 사이의 각과 폭의 차이, 벨트 에지 테이프의 적용 여부, 벨트 에지 테이프의 게이지, 벨트 토폭 게이지 등의 여러 요소에 의하여 결정되는 사실을 인정할 수 있고, 한편 타이어 제품의 각 구성 부분이 타이어의 성능과 특징에 영향을 미치는 정도를 산술적으로 나타낼 수 있는 자료가 없으므로, 타이어 제품의 구조가 크게 트레드, 벨트와 카카스, 사이드월, 이너라이너, 비드코어, 숄더의 6개 구성으로 나누어지는 것을 전제로 하여, 스틸코드가 위 6개 구성 가운데 하나인 벨트와 카카스 중에서도 일부에만 관련된 것임을 고려하여 보면, 전체 타이어 제품의 매출액에서 스틸코드가 기여하는 정도는 약 5%($=1/6 \times 1/3 \times 100$, 소수점 이하 버림)라고 봄이 상당하므로...”).

29) 서울중앙지방법원 2012. 6. 5. 선고 2011가합18821 판결(“① 스틸코드의 구조가 타이어의 내구성이나 자동차의 승차감 등에 영향을 미치는 중요한 기능을 수행하기는 하지만, 스틸코드와 타이어 제품을 구성하는 다른 조성물들이 유기적으로 결합될 수 있어야 스틸코드의 기능이 온전히 수행될 수 있는 점, ② 피고가 제2발명을 착상할 당시에도 이미 타이어 제품의 원가절감 및 경량화를 위하여 스틸코드에서 필라멘트의 수를 줄여야 한다는 것에 관해서는 타이어 제조업계 내에서 어느 정도 공감대가 형성되어 있었던 것으로 보이는 점, ③ 제2발명의 적용 당시 피고의 경쟁사들도 고유의 스틸코드 구조를 가진 타이어 제품을 생산하여 판매해 오고 있었고, 한편 스틸코드의 구조를 새롭게 변경하는 경우 그 변

로 책정하면서도 타이어에 여러 기술이 복합적으로 작용한다는 점을 고려하였다.³⁰⁾ 그런데 항소심 법원은 기여도를 별도로 산정하지 않고 독점권기여율(3%) 및 실시료율(1%) 산정의 장면에서 기여도 요소를 고려하
기만 하였다.³¹⁾

6. 기여도를 산정하기만 하고 다른 장면에서 기여도 요소를 반영하지 않은 사례

가. 엠아이텍 스텐트 직무발명 사건³²⁾

대상 사건에서 법원은 독점권기여율을 적용하지 않고, 실시료율 6% 및 기여도 60%만을 적용하였다. 대상 직무발명은 특허발명1-7 및 실용신안2가 실시되어 피고 회사의 스텐트 제품에 적용되었다. 법원은 기여도와 관련된 여러 요소들을 나열한 후 종합적으로 기여도를 60%로 책정하였다.³³⁾

경된 사양에 맞도록 설비를 교체하거나 개선해야 하는 제조공정상의 문제가 발생할 수도 있는 점, ④ 제2발명 이외에 피고가 타이어 제품과 관련하여 출원 또는 등록된 특허의 개수만 하더라도 약 1,000여 개에 이르는 점, 그 밖에 제2발명이 가지는 기술혁신의 정도 및 개선된 작용효과, 실시의 용이성과 수익성 등을 종합하여 볼 때, 실시료율은 1.5%로 정함이 상당하다.”).

- 30) 서울중앙지방법원 2012. 6. 5. 선고 2011가합18821 판결(“① 타이어 제품의 성능은 스틸 코드뿐만 아니라 다른 여러 구성 부분의 특성이 복합적으로 작용하여 결정되는 점, ② 타이어 제품의 매출은 물리적인 성능뿐만 아니라 타이어의 디자인, 기업 이미지, 광고 및 판매 전략 등에 의해서도 상당한 영향을 받고, 실제로 피고의 제품을 구매한 소비자들 가운데 상당수는 제품의 성능이 아닌 피고의 기업 이미지를 주된 구매이유로 들고 있는 점, ③ 아래에서 보는 바와 같이 제2발명에는 그 출원 전에 공지된 다른 발명과 동일한 구성도 일부 포함되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 독점권 기여율은 20%로 정함이 상당하다.”).

- 31) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나53644 판결.

- 32) 서울서부지방법원 2007. 8. 22. 선고 2005가합12452 판결.

- 33) 서울서부지방법원 2007. 8. 22. 선고 2005가합12452 판결(“즉 ① 이 사건 발명 1 내지 7 및 고안2가 실시되어 피고 회사가 1999년경부터 2004년경까지 이를 이용하여 생산한 스텐트 제품의 매출액은 금 17,916,415,000원(= 1999년 919,073,000원 + 2000년 1,145,339,000원 + 2001년 2,626,340,000원 + 2002년 3,230,426,000원 + 2003년 4,548,966,000원 + 2004년 5,446,271,000원)으로 같은 기간 연 평균 스텐트 제품만의 매출액은 금 2,986,0

나. 정당한 기능성오리를 사육하기 위한 사료 조성물 직무발명 사건³⁴⁾

대상 사건에서 법원은 독점권기여율을 20%,³⁵⁾ 실시료율을 1%,³⁶⁾ 대

69,166원(= 17,916,415,000원 ÷ 6년, 이하 원미만 버림)인 사실, ② 이 사건 스텐트 제품은 기술집약적인 의료기기 제품으로서 그 의료기술의 발전으로 인하여 이 사건 발명 및 고안의 가장 주된 내용인 와이어의 엮기 방식 이외에 스텐트의 몸통 굽기, 피막의 재질, 열처리 방식 등 재질 및 기술이 지속적으로 개선, 변경되는 제품으로서 이 사건 발명 1 내지 7 및 고안 2가 피고 회사의 스텐트 제품의 생산에 이용 또는 응용될 것은 향후 10년 정도라고 예상되는 점, ③ 피고 회사가 생산하는 스텐트 제품은 스텐트와 그 삽입기구로 각 구성되는데, 스텐트 제품의 가장 중요한 것은 스텐트이나 삽입기구도 역시 스텐트를 인체에 삽입하는 보조기구로서 스텐트 제품의 필수적인 요소로서 같이 판매되고 따로 떨어져서 판매될 수 없는 제품인 사실, ④ 피고 회사는 이 사건 스텐트 제품을 생산함에 있어 삼성전자 주식회사(이하 ‘삼성전자’라 한다)의 특허도 함께 이용하여 생산하여 2003년 금 22,616,000원, 2004년 금 20,032,000원, 2005년 금 19,064,000원씩 제품 1개당 금 8,000원씩의 실시료를 부담하고 있어 위 금액은 피고 회사의 매년 매출액의 1.7%가 되는 점, 이 사건 스텐트 시장에서 피고 회사가 생산한 스텐트 제품의 지위 및 스텐트 시장 전반 등 제반사정을 고려하면, 이 사건 스텐트 제품에서 스텐트가 아닌 삽입기구가 차지하는 비율은 스텐트 제품의 2/5로 봄이 상당하고 ...”.

34) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결.

35) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결(“앞서 인정한 사실관계에다가 갑 제12호증의 1, 2, 3, 갑 제13호증의 1, 2, 갑 제14호증, 갑 제15호증의 1, 2, 갑 제16호증의 2, 을 제5호증의 2, 을 제6호증의 7, 8 의 각 기재, 증인 이영의 일부 증언과 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고 회사가 이 사건 제1발명 중 청구항 1 부분을 실시하고 있는 점(피고 회사는, 피고 회사가 이 사건 제1발명 이전부터 MSM을 첨가한 사료를 주문하여 사용해 왔다고 주장하여 피고 회사가 이 사건 제1발명 중 청구항1 부분을 실시하고 있지 않다거나 이 사건 제1발명의 독점권 기여율이 크지 않다는 취지의 주장을 하나, 을 제4호증의 1 내지 4, 을 제6호증의 1 내지 6의 각 기재에 의하면, 피고 회사가 MSM을 첨가한 사료를 주문하였다는 2006. 7월은 피고 회사가 오리털 가공 및 판매업을 하였을 뿐 오리 도축 및 판매업을 시작하지 않았던 때이고, 원고가 피고 회사에 입사하기 이전까지는 MSM을 첨가한 사료가 주문된 것이 2006. 7월 단 1회에 불과하며, 원고가 피고 회사에 입사한 2009. 1월 이후에야 피고 회사가 본격적으로 MSM을 첨가한 사료를 사용하기 시작한 것으로 보여, 피고 회사는 이 사건 제1발명 중 청구항 1 부분을 실시하고 있다고 봄이 상당하다), 피고 회사가 이 사건 제1발명에 관한 특허를 보유하고 있다는 점을 제품 홍보 및 마케팅 활동에 이용하여 온 점, 피고 회사가 이 사건 제1발명과 관련하여 2009. 3. 1.부터 2010. 2. 28.까지 대불클러스터 현장맞춤형 기술개발사업 지원금을 받고 2009. 3. 1.부터 2010. 2. 28.까지 한국산업단지공단 산업집적지 경쟁력 강화사업 지원금을 받은 점, 피고 회사의 경쟁회사들은 이 사건 제1발명의 존재로 인하여 이 사건 제1발명의 권리범위에 속하는 발명은 실시할 수 없는 점, 다만 피고 회사가 이 사건 제1발명 중 청구항 2 내지 11 부분은 직접 실시하고 있지 않은 것으

상 직무발명의 기여도를 10%로 각각 책정하였다. 대상 직무발명의 기여도에 대하여 법원은 ① 피고 회사가 해당 제품에서 대상 직무발명 외에도 다양한 기술이 필요한 점, ② 대상 직무발명은 해당 제품 생산·판매 전체 공정 중 일부 공정의 기술에 해당한다는 점, ③ 대상 직무발명이 해당 제품에 불가결하지 않다는 점, ④ 해당 제품의 매출에는 “상표 등의 고객흡인력, 홍보 및 마케팅 활동, 거래처 및 유통망 구조 등 비기술적 요소 역시 기여하는 점”³⁷⁾ 등을 고려하여 10%로 인정하였다.³⁸⁾

로 보이는 점, 피고 회사가 이 사건 제1발명이 적용되지 않은 일반적인 사료조성물을 투입하여서도 오리를 사육할 수 있는 점, 오리 사료조성물에 유향을 첨가하거나, MSM(메틸셀포닌메탄), 바실러스 서브틸러스를 배합하거나, 홍국균 배양 성분을 넣는 것에 관한 특허들이 이 사건 제1발명 이전에도 존재하였던 점, 피고 회사 이외의 다른 업체들도 이 사건 제1발명의 특허 출원 이전부터 MSM이 첨가된 사료를 사용하여 오고 있는 점 등을 종합해 보면, 독점권 기여율은 20%로 정함이 상당하다.”).

- 36) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결(“앞서 인정한 사실관계에다가 을 제5호증의 2, 을 제6호증의 7, 8, 을 제12호증의 1의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 일반적으로 식품 분야의 평균 실시료율은 3% 내외인 점, 이 사건 제1발명은 피고 회사의 오리 생산·판매 기술 및 인적·물적 시설과 결합하여야 그 기능을 충분히 발휘할 수 있는 점, 이 사건 제1발명이 적용되지 않은 일반적인 사료조성물을 투입하여서도 오리를 사육할 수 있는 점, 오리 사료조성물에 유향을 첨가하거나, MSM(메틸셀포닌메탄, 이하 'MSM'이라 한다), 바실러스 서브틸러스를 배합하거나, 홍국균 배양 성분을 넣는 것에 관한 특허들이 이 사건 제1발명 이전에도 존재하였던 점, 피고 회사 이외의 다른 업체들도 이 사건 제1발명의 특허 출원 이전부터 MSM이 첨가된 사료를 사용하여 오고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 제1발명의 실시료율은 1%로 정함이 상당하다.”).

- 37) 이 밑줄 친 부분은 기술기여계수와 관련된 것이며 기여도와는 무관한 것이다.

- 38) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결(“앞서 인정한 사실관계에다가 이 사건 변론에 나타난 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 제1발명은 유향이 함유된 생오리를 생산하기 위한 사료조성물에 관한 특허인데, 피고 회사가 생오리를 생산·판매하기 위해서는 사료조성물에 관한 기술 외에도, 번식 및 부화, 사료 공급 방식, 사육장의 환경 조성, 차단 방역 등의 오리 사육 기술, 오리 도축(도압) 기술, 오리육 가공·포장 기술 등 다양한 기술이 필요한 점, 이 사건 제1발명은 피고 회사의 생오리 생산·판매 전체 공정 중 일부 공정에 관한 기술에 해당하는 점, 이 사건 제1발명이 적용된 사료조성물을 투입하지 않고 다른 사료조성물을 투입하여서도 오리를 사육할 수 있고, 유향이 함유된 다른 사료조성물을 투입하여 유향이 함유된 오리를 사육할 수도 있는 점, 생오리 매출에는 상표 등의 고객흡인력, 홍보 및 마케팅 활동, 거래처 및 유통망 구조 등 비기술적 요소 역시 기여하는 점 등에 비추어 보면, 완성품(생오리)에 미치는 이 사건 제1발명의 기여도는 10%로 정함이 상당하다.”).

7. 소결: 우리나라 기여도 적용법리의 문제점

우리 법원이 기여도를 산정하는 방법과 관련하여 다음과 같은 문제점을 보이고 있다. 첫째, 기여도만을 정상적으로 산정한 사례가 없는 정도이다. 기여도의 정의를 명확히 이해하지 못한 상황에서 기여도와 무관한 요소들도 포함하여 종합적으로 고려하여 적당한 수치의 기여도를 책정하고 있다. 둘째, 기여도와 관련된 요소를 독점권기여율³⁹⁾ 및/또는 실시료율에서 중복 적용하는 사례가 발견된다. 셋째, 복잡제품에서 기여도가 1% 이하가 되어야 할 사안에서 기여도가 충분히 반영되지 못하는 사례가 발견된다. 일본에서는 사정이 어떠한지 이하 살펴본다.

Ⅲ. 일본의 직무발명의 기여도 적용 판례 분석

일본에서도 직무발명보상금 산정에 있어서의 기여도 법리만을 별도로 논한 자료는 발견되지 않았다. 대상 직무발명이 적용된 해당 제품에 “복수의 특허가 사용되고 있을 경우 대상 직무발명의 기여도를 곱해야” 한다고 설명하는 판례나 기여도를 독립의 판단요소로 반영한 판례도 있다는 자료⁴⁰⁾ 정도가 발견된다.⁴¹⁾ 그러나, 직무발명보상금 산정에 있어서의

39) 일본에서는 ‘초과매출율’이라는 용어를 사용하는데 반해, 우리는 내용은 동일하면서 용어만 다른 ‘독점권기여율’이라는 용어를 사용한다. 전매출액에 무언가를 곱하여 초과매출액을 구한다고 생각하면 그 무언가의 이름이 (독점권기여율보다는) 초과매출율이 더 직관적으로 이해, 기억하기가 쉽다고 생각된다.

40) 吉田広志, 前掲書, 82-83頁(“自己実施類型における寄与度さらに別の問題として、対象製品に複数の特許権が絡んでいた場合、売上げに当該特許権がどの程度寄与したか(寄与率)という、包括ライセンスと同じ問題がある。仮想ライセンス方式を採用した場合で、この寄与率を独立のファクターとして参照した裁判例(前掲東京地判平15 [影響解析装置])では、30%と認定している。”).

41) 知的財産高等裁判所 平成30年3月19日 平成29年(ネ)第10079号 判決(“従業者が、職務発明について使用者に特許を受ける権利を承継させ、使用者において、当該特許を自己実施して第三者に実施許諾をしていない場合、「その発明により使用者等が受けるべき利益」とは、当該発明の実施品の売上高のうち、同発明につき第三者の実施を排除して独占的に実施することにより得られたと認められる利益の額であり、法定の通常実施権に基づく実施を超える部

기여도의 의미에 대하여 명확하게 설명하고 정확히 적용한 사례는 발견되지 않았다.

1. 기여도를 아예 적용하지 않은 사례 = 기여도를 100%로 본 사례

가. 오츠카제약회사 내막비후 예방 및 치료제 직무발명에 관한 사건⁴²⁾

대상 사건에서 법원은 초과매출율 30% 및 실시료율 3%만을 적용하여 회사의 이익액을 산정하였다. 해당 제품에 대상 직무발명만이 적용된 경우일 수 있고, 그렇다면 기여도 100%를 반영한 바와 다름이 아니다.

나. 닛신화학공업회사 고급 지방산 금속염블록의 제조방법에 관한 직무발명 사건⁴³⁾

대상 사건에서 법원은 초과매출율 50% 및 실시료율 5%를 적용하여 회사이익을 산정하였다. 그 과정에서 대상 직무발명의 기여도는 따로 적용하지 않았다. 대상 제품에 대상 직무발명만이 적용된 사례인 것으로 추측된다.

다. MDF회사 폴리에테르술폰 수성 분산액의 제조방법에 관한 직무발명 사건⁴⁴⁾

대상 사건에서 매출액(1억5204만2303엔)에 초과매출율(40%) 및 실시

分(以下「超過実施分」という。)について、第三者に発明の実施を許諾した場合に得られる実施料率(仮想実施料率)を乗じて算定するのが相当である。超過実施分については、現に使用者等が受けた利益の額を参考にして、将来受けるであろう利益の額を予測することも許され、発明の実施品の売上高に超過売上率を乗じることにより求められる。なお、当該実施品に複数の特許が使用されているときは、さらに、当該特許の寄与率を乗じて求めることとなる。”)。

42) 知的財産高等裁判所 平成18年11月21日 平成17年(ネ)第10125号 判決。

43) 知的財産高等裁判所 平成20年10月20日 平成19年(ネ)第100331号 判決。

44) 東京地方裁判所 平成25年3月6日 平成24年(ワ)第1716号 判決。

료율(5%)을 곱하여 회사이익을 산정하였다.

라. 일본금속가공주식회사 이질클래트판 제조법 및 연속클래트 장치발명에 관한 사건⁴⁵⁾

대상 판결은 일본의 초기 판례로서 대상 제품의 매출전액에 실시료율(2%)을 곱하여 회사이익을 산정하였다.

마. 소결

위 소개된 4개 판결은 기여도를 언급하고 있지 않다. 기여도를 언급하고 기여도가 100%라고 인정한 후 그 100%를 곱하는 것이나 언급하지 않는 것이 같은 결과를 초래하므로 결과적으로는 아무런 문제가 없다. 그러나, 산정과정을 명확히 보여주어야 한다는 점, 기여도가 고려되었다는 점을 보여주어야 한다는 점에 근거하면, 기여도를 언급하고 기여도가 100%라고 인정하는 과정을 거쳤어야 했다.

2. 기여도를 초과매출율에서 반영한 사례

초과매출율에서 기여도를 참작한 것처럼 보인다는 견해가 있다. 즉, 초과매출액을 매출액 전체의 1/2 내지 1/3이라고 인정한 판례에서 그 부분에서 기여도가 이미 반영되었다고 보는 것이다. “그러나, 판결문에서의 언급은 있지만, ... 실제로 얼마나 고려되었을지는 의문이다. 결국, 자기 실시 유형에서는, 라이선스 수입이 있었을 경우에 비해서 기여도가 엄격하게 참작된 판례가 적은 것으로 보이는 것이 현황이다.”⁴⁶⁾ 초과매출율,

45) 東京地方裁判所 昭和58年12月23日 昭和54年(ワ)第11717号 判決.

46) 吉田広志, 前掲書, 83頁(“また、排他的利益を売上げ全体の1/2ないし1/3と認定した裁判例では、この部分に寄与率が含まれているのかもしれない。しかし、判決文上での言及はあるものの、数値が大雑把なこともあって実際にどれだけ考慮されたかは疑問である。結局、自己実施類型では、ライセンス収入があった場合に比べて寄与率がシビアに参酌された裁判例が少ないことに気がつく。”).

실시료율 등을 산정하면서 그 속에 기여도를 적당히 묻어 버리는 실무는 비판받아 마땅하다.

3. 기여도를 실시료율에서 반영한 사례

닛카전측회사 깡통체커장치 직무발명에 관한 사건에서⁴⁷⁾ 법원은 피고가 대상 발명을 실시하고 제조·판매한 제품은 7대이고, 판매총액 4464만 6천 엔에서 실시료율을 곱해서 회사의 이익을 산정하였다. 실시료율에 대해서 법원은 대상 발명의 실시품에 문제점이 있어 현재까지 7대밖에 제조·판매되지 못한 점, 위 판매액에는 대상 발명의 실시품이 아닌 이송 장치의 가격과 운반, 비치된 비용도 포함되어 있다고 인정되는 점 등을 감안하여, 실시료율을 2%로 인정하였다. 본 판례를 직무발명의 기여도를 실시료율에서 반영한 것이라고 볼 수도 있고 기여도를 아예 반영하지 않은 것이라고 볼 수도 있다.

4. 기여도를 발명자 공헌도 등에서 반영한 사례

대상 직무발명의 기여도가 회사의 공헌도에서 참작되었다고 볼 수 있는 사례가 있다. 그런데 회사 공헌도에 기여도를 반영하게 되면 그 공헌도가 99%, 99.9%까지 올라가게 되어 판사가 심리적으로 저항을 느낄 것이라고 지적하는 학자가 있다.⁴⁸⁾ 실제로 아스테라스 제약회사 술파모 일지환 페네틸아민 유도체 등 직무발명 사건에서⁴⁹⁾ 발명자 공헌도를 1%

47) 東京地方裁判所 平成14年9月10日 平成13年(ワ)第10442号 判決.

48) 吉田広志, 前掲書, 83頁(“裁判例を善解すれば、ここである寄与率は、使用者の貢献度のところで斟酌されていたのかもしれない。もちろん、二重カウントさえ気をつければ、どの場面で参酌してもかまわないのだが、本章の立場としては、寄与率は独立のファクターとして算定すべきと考えている。使用者の貢献度は90%とか95%とかの数値になりがちであり、しかも他の要素と総合して判断されることから、寄与率をここで参酌すると埋没しがちになる(この理は、1/2、1/3で読み込む場合にも当てはまる)。すなわち、ここである寄与率を重くみて、使用者の貢献を99%とか99.9%とかいうのは、見た目上、従業員の貢献があまりに少なくなり裁判官の心理として抵抗が大きいのであろう。”).

49) 知的財産高等裁判所 平成25年1月31日 平成24年(ネ)第10052号 判決.

로 인정하였다.⁵⁰⁾ 대상 사건에서는 직무발명의 기여도를 고려하지 않았다. 그래서 기여도가 공헌도에 반영된 것이라고 추측하게 한다. 법원은 당사자나 국민이 기여도가 반영되었는지 여부를 추측하게 하지 말고 기여도가 어떻게 반영되었는지의 과정을 보여주어야 한다.

5. 기여도를 별도로 반영하고 다른 장면에서는 반영하지 않은 사례

가. 엔프라스회사 발광장치 등 총 5건의 직무발명에 관한 사건⁵¹⁾

50) 知的財産高等裁判所 平成25年1月31日 平成24年(ネ)第10052号 判決(“① 대상 발명 창출 단계 하루나르의 유효성분인 연산탐스로신의 합성 전 단계에서 원고의 착상의 독창성에 상응하게 평가되어야 할 것에 염산탐스로신의 합성에 있어서도 원고를 포함한 공동발명자에게는 독자적인 착상이 인정되지만, 당해 합성이 된 후의 경우에 있어서 원고의 공헌은 한정적인 것에 대하여 피고에 대해서는 염산탐스로신의 합성 전 단계로부터 그 공헌도가 작은 것이라고 할 수 없고 연산탐스로신의 합성이 되는 것에 대해서는 큰 공헌을 하고 있는 것 외에 당해 합성이 된 매출액에 대한 공헌에는 지극히 큰 것이 있었다고 해야 한다. ② 제약업체의 물질발명 상황에 대하여 법원은 의약품 분야에서 신약개발명의 비용이 많이 드는 반면, 신규물질이 발명되어도 제품화 될 확률이 매우 낮으며, 물질이 발명된 이후 의약품의 승인을 받기까지 긴 기간이 필요하다는 특색이 있다. 이와 같이 제약업체에 있어서 사용자는 물질발명이 되는 것에 대하여 큰 비용을 부담하고 있을 뿐만 아니라 제품화에 있어서 그에 따른 다양한 리스크도 부담하고 있는 것으로 당해 물질발명이 나중에 특정 제품의 요소로 채용되어 매출을 올린 경우에 해당 물질발명에 관한 특허를 받을 권리를 승계한 대가 액수를 산정하는 것에 대해서는 이러한 사정도 고려해 회사의 공헌도를 평가하는 것이 상당하다. 대상 물질발명에 관련되는 특허를 받을 권리가 피고에게 승계된 시점에는 하루나르의 유효성분인 연산탐스로신이 원래 합성되지 않았던 것에 덧붙여, 당해 합성이 된 후의 피고에 의한 적응증의 선정 및 제품화를 향한 관련하는 기술의 개발이 거액의 매출액을 획득하는데 있어서 특히 큰 공헌을 하고 있는 것을 중시할 필요가 있다. 그리고, 이러한 사정은 모두, 물질발명에 관련되는 특허를 받을 권리가 피고 제약에 승계된 시점에서는 회사 및 발명자에 대해 예견하는 것이 지극히 곤란한 사정이었다고 말할 수 있다.특히 염산탐스로신의 합성 후의 사정은, 오로지 피고의 공헌에 관련되는 것이므로, 해당 승계 시점에서의 대상 물질발명의 가치를 승계 후에 달성된 상기 매출액을 토대로 하여 산출함에 있어서 피고의 공헌도를 높이는 것으로서 특히 유리하게 고려할 필요가 있다. 따라서, 이상으로 실시한 여러 가지 사정을 종합 고려하면, 대상 물질발명이 되는 것에 대해 피고가 한 공헌도는 대상 물질발명에 근거하는 매출액의 99%이며, 발명자의 공헌도는 1%로 하는 것이 상당하다.”).

51) 知的財産高等裁判所 平成30年3月19日 平成29年(ネ)第10079号 判決.

법원은 먼저 초과매출율을 20%로 책정하였다. 실시료율과 관련하여 법원은 대상 기술분야의 실시료율의 실례, 대상 기술분야의 기업의 영업이익률, 특허발명의 가치, 무효사유의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 1%로 책정하였다. 원고는 (복수개의 발명으로 인하여) 과적로열티도 가산해야 하므로 대상 발명(B~H)의 실시료율이 5% 이하가 될 수 없다고 주장하였고, 피고는 ‘LE-Cap’이 대량 생산품임을 감안하여 1%가 타당하다고 주장하였는데, 법원은 피고의 손을 들어준 셈이다. 대상 직무발명의 기여도에 대하여 원고는 대상 특허H를 기본특허로, 나머지 특허B, C, D, F, F 및 G를 개량특허로 설정하고 있는데, 대상 특허의 내용을 감안하여 가중치를 부여한 것이다. 법원은 대상 특허에 관한 실시보상금을 산정할 때, 특허의 기여도에 대하여 대상 특허H는 30%, 대상 특허D는 20%, 나머지의 특허는 10%라고 판단하였다.

나. 리코의 빗주사장치 외 3건의 직무발명에 관한 사건⁵²⁾

실시료율과 관련하여, 법원은 캐논사건에서 레이저빔 프린터에 대한 실시료율을 2.4%로 인정하였고, 그 2.4% 이하로 내릴만한 합리적 이유가 없다고 보고, 실시료율을 2.4%로 책정하였다. 피고 제품에 대한 대상 직무발명의 기여도에 대하여, 원고는 대상 특허2 내지 특허4는 기본특허이며, 피고 제품에 적용된 유의미한 다른 특허가 존재하지 않으므로 대상 특허2의 기여도는 100%이고 대상 특허3 및 특허4의 기여도는 50%가 적당하다고 주장하였다. 법원은 대상 특허2 내지 특허4는 멀티빔 경사주사광학계에 있어서의 기본특허가 아니고, 다른 특허와 비교해 특별히 필요성이 높다고 할 수 없는 점, 프린터분야에서 피고 제품에 사용가능한 특허건수 및 피고 등을 포함한 정보통신기계기구 제조업체에서의 보유 특허에 대한 평균적인 자기실시율을 고려한 후 기여도를 산정하는 것이 합리적이라고 설명한 후, 기여도를 각 0.5%로 책정하였다.

52) 知的財産高等裁判所 平成29年2月20日 平成28年(ネ)第10085号 判決.

다. 오키회사 수지봉지금형 직무발명에 관한 사건

1) 1심⁵³⁾

대상 사건에서 법원은 초과매출율 20%, 실시료율 2%로 인정하였다.⁵⁴⁾ 직무발명의 기여도에 대하여 법원은 “반도체 제품이 기능은 연산 처리를 하고 특정기능을 하는 것으로, 이 기능을 가진 것은 오로지 반도체 장치 중 칩으로 제조 수고와 비용도 정밀한 칩에 집중하는 것은 분명하다. 증거에 따르면 칩 등을 밀봉하는 패키지의 기능은 칩을 외기에서 차단하고 보호하는 것을 인정되어, 수지에서 성형되는 패키지는 반도체 제품의 보조적인 부제일 뿐, 반도체 제품을 구입할 때 동기의 형성에 기여하는 것이라고 생각하기 어렵고, 반도체 수지 밀봉 금형은 칩 등을 밀봉하는 도구에 불과하다”는 이유를 제시하며, 대상 직무발명의 전체 제품에서의 기여도를 1%로 인정하였다.

2) 2심⁵⁵⁾

1심 법원은 대상 발명은 반도체 장치를 봉지하는 수지의 성형 불량을 감소시키는 효과를 가진 발명이며, 반도체 장치의 제조비용을 낮추는 것이며 실제로 성과가 현저했다고 평가했지만, 2심 법원은 반도체 장치의 기능은 연산처리를 한 소정의 동작을 하는 것에 있어서 해당 기능을 가지는 것은 오로지 반도체 장치 중 칩이라고 평가했다. 따라서 반도체 장치를 구입할 때 동기의 형성에 오로지 기여하고 있는 것은 칩의 성능, 용도 등으로 수지로부터 성형되는 패키지 그 자체가 반도체 장치의 구입

53) 東京地方裁判所 平成26年2月27日 平成22年(ワ)第39625号判決.

54) 東京地方裁判所 平成26年2月27日 平成22年(ワ)第39625号判決에서 ① 대상 직무발명은 표면 거칠기를 조절하면, 이형성 및 날인 부착성이 향상된다는 부차적 효과도 가진 것임 ② 대상 명세서의 발명의 상세한 설명에, 대상 직무발명이 오로지 싱글 포트 방식의 수지 밀봉 금형의 문제점을 해결하는 것으로서 기재되어 있고, 멀티 포트 방식의 수지 밀봉 금형의 문제점의 해결에 대하여 명기되지 않았기 때문에, 다중 포트 방식의 수지 밀봉 금형에는 적용되지 않는 것으로 오해되기 쉽고, 실시 허락의 제의를 받기 어려운 것임이 인정됨.

55) 知的財産高等裁判所 平成26年10月29日 平成26年(ネ)第10040号 判決.

에 있어서 주목받고 있다고는 말하기 어렵다. 또 수율향상에 의한 비용절감에 따라서 가격을 저하 또는 유지시켜도 반도체 장치의 기능을 대체할 수 있는 것은 아니기 때문에, 원가절감의 매출액에 대한 기여는 일면적인 것으로 한정된다. 그리고 반도체 장치의 제조에 있어서 시간과 비용이 정밀한 칩에 집중하는 것은 분명하지만 칩 등을 봉지하는 패키지의 기능은 틱을 외기에서 차단하고 보호하는 것이며 반도체 장치 중에서는 보조적인 부재이다. 법원은 위와 같은 이유를 제시한 후 기여도를 0.1%로 인정하였다. 2심 법원이 1심 법원이 책정한 1%를 그의 10분의 1인 0.1%로 삭감한 것이다.

라. 중앙전철회사 영향해석장치에 관한 직무발명 사건⁵⁶⁾

원고는 피고 회사의 종업원으로서 ‘영향해석장치(CADAP)’라는 명칭의 직무고안을 창출하였다. CADAP.JR를 사용한 조사업무만이 아니고, 이러한 조사업무의 매출액에서 CADAP.JR를 사용한 조사업무에 의한 매출액 부분을 산정한다. 피고의 업무태양, CADAP 시스템의 내용, 상기 각 조사업무의 수주 내용 등 일체의 사정을 고려하면 피고가 수주한 조사업무 전체에 대해 CADAP.JR를 사용한 조사업무 부분의 비율을 30%로 인정하는 것이 상당하다. 그렇다면, 상기 조사업무의 매출액 7421만 8000엔에 0.3을 곱한 2226만 5400엔을 대상 직무발명과 관련된 매출액이라고 인정하는 것이 상당하다. 즉 대상 직무발명의 기여도를 30%로 인정한 사례이다.

6. 소결

직무발명보상금 액수를 낮추는데 가장 중요한 요소가 기여도라고 생각된다. 그러므로, 피고 회사는 향후 직무발명보상금 청구의 소에서도 기여도를 더 자주 더 강력하게 주장하여야 한다.⁵⁷⁾ 특히, 대상 제품이 복잡

56) 東京地方裁判所 平成15年11月26日 平成13年(ワ)第20929号 判決.

57) 吉田広志, 前掲書, 83頁(“製品売上げに対する特許権の寄与率判定は、侵害訴訟の場面でも行われることであり、使用者の貢献度で評価される他の要素に比べて、裁判所も評価に慣れて

제품인 경우 기여도가 보상금을 크게 줄이는데 기여할 수 있다. 기여도는 침해소송에서의 손해배상액 산정의 장면에서 이미 자주 검토된 바가 있으므로 법원이 익숙한 주제이다. 향후, 법원이 직무발명보상금 청구소송에서도 정해진 법리를 개발하기를 기대한다.

기여도를 다른 요소와 섞어서 반영하는 사례가 많은데, 그러한 실무는 지양되어야 한다. 특히, 초과매출율을 산정하면서 기여도 요소를 고려하는 것은 전혀 타당하지 않다. 그러한 실무는 초과매출율의 개념을 제대로 이해하지 못한 결과라고 생각된다. 대상 직무발명의 기여도와 초과매출율은 별개의 요소이다.⁵⁸⁾ 이에 대하여는 별도의 연구를 통하여 밝힌다.

IV. 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 법리⁵⁹⁾

이 장에서는 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 법리에 대하여 소개한다. 기존의 기여도 법리는 몇 가지 관련 요소를 나열한 후 그것들을 종합적으로 고려하여 (아무런 근거나 설명이 없이) 기여도가 몇 %라고 책정하는 방식이었다. 그러한 법리는 당사자를 납득시키는 힘이 약하다는 점, 결과의 예측가능성이 낮다는 점, 상급심 법원이 하급심 법원의 판단의 잘잘못을 따지기가 어렵다는 점, 그래서 법리의 발전을 이루기 어렵다는 점 등의 단점을 가진다. 그래서, 이 장은 비교적 단순하면서도 실무에의 적용가능성이 높은 기여도 법리를 제시한다.

いるといことができる。対価の高騰に苦しむ使用者側は今後、この点についても主張していくべきではなかろうか。”)。

- 58) 東京地方裁判所 平成29年7月19日 平成25年(ワ)第25017号 判決(“(イ)特許寄与率(実施品の製造販売に複数の特許が用いられる場合における独占の利益に対する各特許の寄与率。以下同じ。)(被告の主張書面では,「発明寄与率」ないし「発明実施品の売上げに対する各発明の寄与」と,「超過利益の割合」ないし「超過売上高の割合」は,別の問題であるとされているが〔平成26年8月29日付け第4準備書面2頁〕,前者は特許寄与率,後者は超過売上率をいう趣旨と解される。))の考慮の要否...”)

- 59) 이 장은 다음의 글을 요약, 보완한 것이다. 정차호·문려화, 앞의 논문.

1. 기여도의 정의

기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율이라고 정의할 수 있다.⁶⁰⁾ 기여도가 가치의 문제임을 명확하게 한다. 손해배상액 산정은 배상금액을 산정하는 것이고, 배상금액은 침해자 제품 또는 특허권자 제품의 매출(판매가)을 기준으로 산정하게 된다.⁶¹⁾ 그러므로 기여도도 그 판매가와 관련하여 정의되어야 한다. 그런 견지에서 “기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율”이라고 정의할 수 있다.⁶²⁾ 그래서 해당 제품의 판매가(가치)에 기여도를 곱하면 해당 발명의 가격(가치)이 산출된다.⁶³⁾

<기여도의 정의 및 기여도 적용 공식>

- 기여도 = 대상 제품의 판매가(가치)에 해당 발명이 기여한 정도
- 대상 제품의 판매가(가치) × 기여도(%) = 해당 발명의 가격(가치)
- 기여도 = 해당 발명의 가치 ÷ 대상 제품의 가치

60) 유사한 정의: 정창호·장태미, 앞의 논문, 16면(“기여도 고려설은 특허발명이 전체 제품 중 일부에 적용되는 경우, 그 특허발명이 전체 제품에 기여한 정도를 고려하여 손해배상액을 산정하는 법리이다. 본 논문에서의 기여도는 해당 특허발명이 전체 제품에 기여한 정도를 의미하는 것이며, 그 기여도의 비율을 산정한 것을 기여율이라 한다.”).

61) 예를 들어, 제128조 제4항(침해자 이익액)에 따른 산정에 있어서는 침해자의 침해제품 매출액(판매가×판매수량)에서 관련 비용을 공제하여 침해자의 이익액을 산정하게 된다.

62) 유사한 정의: 정창호·장태미, 앞의 논문, 16면(“기여도 고려설은 특허발명이 전체 제품 중 일부에 적용되는 경우, 그 특허발명이 전체 제품에 기여한 정도를 고려하여 손해배상액을 산정하는 법리이다. 본 논문에서의 기여도는 해당 특허발명이 전체 제품에 기여한 정도를 의미하는 것이며, 그 기여도의 비율을 산정한 것을 기여율이라 한다.”).

63) 정창호·장태미, 앞의 논문, 3면(“하나의 발명의 가치 자체를 배분하는 것이고 다른 하나는 특허제품에서 발명이 차지하는 비중을 배분하는 것이다. 첫째 배분은 발명의 전체 가치에서 선행기술이 이미 가지고 있는 가치를 공제하고 나머지 부분만을 발명의 진짜 가치로 인정하는 원리이다. 둘째 배분은 전체 제품에서 특허발명과 관련된 부분의 가치만을 진짜 가치로 인정하는 것이다. 이 글은 후자의 의미로서의 배분에 대하여 주로 살피게 되고 …”).

기여도 산정이 특허발명의 가치에 근거하여야 한다는 점은 여러 글에서 설명되고 있다.⁶⁴⁾ 그렇다면, 특허발명의 시장가치(market value)가 중요한데,⁶⁵⁾ 복잡제품에서 그 가치를 가장 직접적으로 나타내는 것이 ‘특허부품의 가격’이라고 생각된다. 물론, 특허발명의 가치와 특허부품의 가격 사이에 차이가 존재할 수 있으므로 그 차이를 보정하는 다른 보정요소가 추가되어야 할 것이다. 그러한 보정요소로는 아래에서 제시하는 기술적 연동성, 특허부품의 복잡도 등이 있다.

2. 기여도 적용의 체계 및 청구항에 따른 손해배상

가. 기여도 적용의 체계

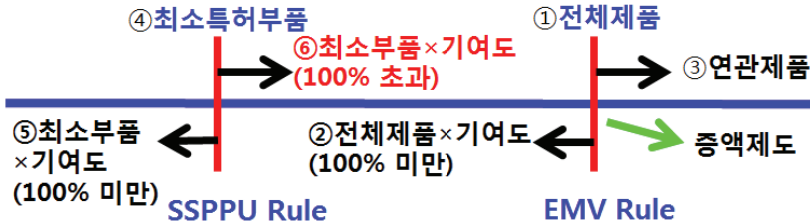
아래 그림은 미국에서의 특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정하는 체계를 기여도 법리를 중심으로 정리한 것이다. 전체제품을 기준으로 하는 방법(전체제품기준설)이 가장 먼저 적용된 것이며, 그 후 1884년 연방대법원의 Garretson 판결 이후 전체제품에 ‘기여도(apportionment ratio)’를 적용하는 방법(전체제품기여도적용설)이 적용되기 시작하였으며, 전체제품을 초과하여 연관되는 제품까지 포괄하는 방법(연관제품포함설)이 1995년 CAFC의 Rite-Hite 전원합의체 판결에서 인정되었고, 특허발명이 적용된 판매 가능한 최소 부품(이하 ‘특허부품’ 또는 ‘최소부품’)을 기준으로 하는 방법(최소부품기준설)이 2009년 Cornell 판결 이후 적용되어 왔으며, 그 최소부품에도 필요한 경우 기여도를 적용하는 방법이 2014년 CAFC의 VirnetX 판결에서 인정되었다. 최소부품에 100%를 초과하는 기여도를 적용하는 방법(최소부품확대설)에 대하여는 판결이 아직 명시적으로 인정한 사례는 없으나, 여러 논리, 주장에서 그

64) Jaimeson Fedell, *A Step in the Right Direction: Patent Damages and the Elimination of the Entire Market Value Rule*, 98 Minn. L. Rev. 1143, 1150 (2014) (“This results in the court forcing patentees to adjust reasonable royalty calculations based on the percentage value their patent actually created.”).

65) John W. Schlicher, *Measuring Patent Damages by the Market Value of Inventions--the Grain Processing, Rite-Hite, and Aro Rules*, 82 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 503 (2000).

방법의 근거를 찾을 수 있을 것이다. 이 글은 위 6가지 방법을 포섭하는 기여도 산정방법을 설명하고자 한다.

<전체제품 또는 특허부품 기준 기여도 산정체계>



- ① 전체제품기준설(전체이익설)(EMV Rule)
 - *Elizabeth* (US 1877), 단순제품에 적합, 고객관심(고객수요)이 증명된 경우 등
- ② 전체제품기여도적용설(100% 미만 기여도)
 - *Garretson* (US 1884) & 2009년경 부활, **복잡제품**에 적합, **특허권자가 증명(△)**
- ③ 연관제품포함설
 - *Rite-Hite* (CAFC 1995), 특허제품이 비특허제품의 판매에 영향을 미치는 경우 적용
- ④ 최소특허부품기준설(SPPU Rule)
 - *Cornell* (ND NY 2009), **복잡제품**, 해당 부품이 특정되는 경우 기여도 결정 간단
- ⑤ 최소특허부품기여도적용설(100% 미만 기여도)
 - *VirnetX* (CAFC 2014), **고도복잡제품**, 최소부품 내부에 비특허특성이 강한 경우 적용
- ⑥ 최소특허부품확대설(100% 초과 기여도)
 - 최소부품의 연동성으로 다른 부품(들)에 기술적, 경제적 순영향을 미치는 경우 적용

나. 청구항 작성요령에 따른 적용방법의 변화

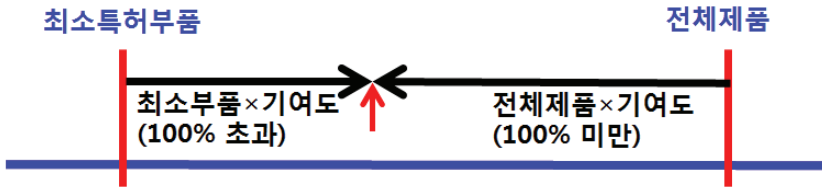
특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정함에 있어서 발명의 본질에 기초하여야 할 것이며, 청구항의 껍질에 현혹되지 않아야 한다. 해당 발명의 본질이 와이퍼에 있다면 비록 여러 청구항 중 하나가 “그 와이퍼를 장착한 자동차”라고 청구하더라도 자동차를 기초로 손해배상액을 산정하여서는 아니 된다. 청구항 작성의 기법에 따라서 발명의 본질 및 손해배상액이 달라지지 않아야 할 것이다. 한편으로는 청구항의 용어가 전체 제품을 특정한다는 이유만으로 발명의 본질을 넘어서서 그 제품 전체에 발명의 영향이 미친다고 생각하는 하나의 극단과 다른 한편으로는 어떤 제품에 여러 개의 기술이 적용되었다고 하여 해당 특허발명의 영향력을 그 기술의 수로 나누어 생각하는 다른 극단 모두를 경계하여야 한다.

3. 단순제품에서의 기여도 산정방법

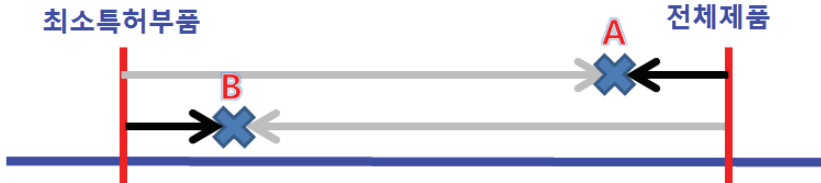
가. 전체제품 기준

손해액 산정의 대상이 되는 제품이 단순제품인 경우 그 제품을 기여도 산정의 기준점(출발점)으로 삼을 수 있다.

<제품의 성격에 따른 다른 기여도 적용>



- 최소부품에 100%를 초과하는 기여도를 적용하는 경우와 전체제품에 100% 미만의 기여도를 적용하는 경우가 동일한 값을 만들 수 있음
- 즉, 전체제품기여도적용설과 최소특허부품확대설은 접근방법만 다를 뿐, 동일한 결과를 만들 수 있음



- A의 경우: 대상 제품이 단순제품인 경우, 전체제품을 기준으로 하는 것이 합리적
- B의 경우: 대상 제품이 복잡제품인 경우, 최소부품을 기준으로 하는 것이 합리적

나. 전체제품에 100% 미만의 기여도 적용

단순제품에도 100% 미만의 기여도를 적용할 수 있을 것이다. 나아가, 그 단순제품에도 부품이 있는 경우, 그 부품을 기준점(출발점)으로 삼을 수 있을 것이나, 어떤 경우이든 피고는 기여도를 낮추는 방향(왼쪽)으로 주장, 증명을 하게 되고, 그 증명된 정도만큼 법원은 기여도를 낮게 책정할 것이다.⁶⁶⁾

66) 이러한 법리는 기여도를 낮추는 방향으로 주장, 증명하는 책임을 피고가 부담한다는 원칙

단순제품에서는 기여도를 산정하기가 비교적 용이하다. 예전에는 단순 제품에 대하여는 기여도를 적용하지 않은 사례가 많았는데, 그 사례는 기여도 100%를 적용한 것과 동일한 결과를 초래한다. 그러한 판례들을 감안하면 단순제품에서는 부품의 수, 부품의 가격 등 몇 가지 요소를 감안하여 법원이 기여도를 산정하게 된다. 기여도가 문제되는 것은 복잡제품이므로 단순제품에서의 기여도 산정에 대하여는 더 이상 논의하지 않는다. 단순제품에서의 기여도 산정법리는 복잡제품에서의 기여도 산정법리의 부분집합이라고 생각된다.

다. 단순제품 및 복잡제품의 구별

어떤 제품은 단순제품인지 혹은 복잡제품인지가 쉽게 구별되기도 하지만 또 어떤 제품은 그 구별이 쉽지 않을 수 있다. 이 글에서는 어떤 제품이 복잡제품이므로 기여도 산정의 기준점(출발점)을 특허부품에 두어야 함을 피고가 증명하여야 한다는 결론을 제시하며, 그 점에 관하여는 “기여도 증명책임”이라는 제목의 다른 논문에서 따로 상세히 설명한다.⁶⁷⁾ 일본에서 피고가 특허부품의 가격을 기준으로 손해배상액을 산정하여야 한다고 주장하였으나, 법원이 전체 제품의 가격을 기준으로 산정한 판례가 있다.⁶⁸⁾ 동 판례는 피고가 특허부품을 기준점으로 하여야 한다는 점을 충분히 증명하지 못하여 법원이 전체 제품을 기준으로 책정한 판례라고 보아야 한다.

4. 복잡제품에서의 기여도 산정방법

가. 기여도 산정요소1: 특허부품의 가격

에 근거한다. 이러한 피고 증명책임의 법리에 대하여는 다음의 글 참고: 주현재·정차호·문려화, “특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재”, 「지식재산연구」 제13권 제1호, 지식재산연구원, 2018.

67) 주현재·정차호·문려화, 앞의 논문.

68) Rohm(ローム)株式会社 v. AOI(アオイ)電子株式会社 사건 [京都地方裁判所 平成11(1999)年9月9日 平成8年(ワ)第1597号 判決](서밀 헤드(서밀 프린터용기록장치) 발명).

기여도는 특허권을 침해한 것으로 판단된 전체 제품의 가치 중 특허발명의 가치의 비율이라고 정의할 수 있다.⁶⁹⁾ 대상 전체 제품이 복잡제품인 경우에는 해당 발명의 가치는 그 발명이 적용되었고 시장에서 판매가⁷⁰⁾ 가능한 최소 부품(‘특허부품’)의 가격이 가장 중요하게 그리고 직접적으로 반영한다. 그러므로 기여도를 산정하는 가장 중요한 요소는 해당 특허부품의 가격이다.⁷¹⁾ 그래서 특허부품의 가격과⁷²⁾ 전체 제품의⁷³⁾ 가격의 비율이 잠정 기여도가 되는 것이다.⁷⁴⁾ 물론, 특허부품이 산정의 기초(출발점)가 되어야 하는 점에 대하여는 피고가 증명하여야 한다. 특허부품을 기준으로 하는 경우 ① 전체 제품의 한계이익을 구한 후 기여도

69) 今岡憲特許事務所, パテントに関する専門用語集 No: 819, “寄与率 / 特許出願 / 特許侵害”, (“特許侵害における寄与率とは、特許の対象である発明が製品の価値に対して貢献した程度を示す割合をいいます。”), <http://imaokapat.biz/_HPB_Recycled/yougo801-900/yougo_detail819.html>.

70) 판매는 해당 침해자 또는 특허권자가 판매할 수 있어야 하는 것으로 제한되지 않으며, 제3자가 판매할 수 있었던 가격을 참고할 수 있다. Jonathan Putnam and Tim Williams, *supra.* at 30-31 (“Instead, the court hypothesized that one could obtain the information on component prices from third parties.”) (citing *GPNE Corp. v. Apple, Inc.*, No. 12-CV-02885-LHK, 2014 WL 1494247, at 13 (N.D. Cal. 2014)).

71) 실제로 많은 판결에서도 해당 특허부품의 가격을 기초로 기여도를 산정하였다. J. Gregory Sidak, *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809, 1829 (2016) (“As a second methodology, an economist may apportion the value of the patented technology by applying a (higher) royalty rate to the smaller royalty base corresponding to the price of the SSPPC.”).

72) 전체 제품에 적용된 다른 특허발명, 다른 기술이 많다는 점이 기여도 산정에 고려된 사례가 존재하는데, 다른 비특허부품에 적용된 다른 특허발명, 다른 기술이 그 부품의 가격에 반영되었다고 보아야 하므로, 전체 제품의 가격을 고려하면 될 뿐 그 제품에 적용된 다른 특허발명, 다른 기술의 수는 고려할 필요가 없다고 생각한다. 서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2007가합63206 판결(“제품에는 침해된 각 특허 외에도 피고가 권리를 가지고 있는 39개의 특허 및 실용신안 기술이 결합되어 있는 점 ...”).

73) Mark S. Holmes, *Patent Licensing: Strategy, Negotiation, Forms* § 4.6.4. at 4-11 to 4-13 (2007) (특허발명이 복잡제품의 한 부품에 적용된 경우 전체 제품의 가격에 기여도를 적용하여 실시료를 산정하는 방법을 설명).

74) 최소부품 원칙이 복잡제품에서 매력적인 원칙인 것처럼 보이나, 실제 사례에서는 최소부품 원칙을 적용하는데 많은 제약이 있으므로 그 적용에 유의하여야 한다. Anne-Layne Farrar, *The Practicalities and Pitfalls of the Smallest Saleable Patent Practicing Unit Doctrine: A Review of Teece and Sherry*, *les Nouvelles*, December 2016. <<https://ssrn.com/abstract=2855148>>.

(특허부품 가격 ÷ 전체 제품 가격)를 곱하여 최종 손해액을 구하는 방법과 ② 특허부품의 한계이익을 구하는 방법이 있는데, 후자가 더 정확하게 특허발명의 가치를 반영하는 것이긴 하나 특허부품의 한계이익을 따로 특정하는 것이 불가능하거나 매우 어려우므로,⁷⁵⁾ 실무에서는 전자의 방법을 사용하게 될 것이다.

나. 기여도 산정요소 2: 기술적 연동성(일체성)

특허부품의 가격의 특정만으로 기여도의 산정이 끝나는 것이 아니다.⁷⁶⁾ 기여도는 가장 중요한 요소만 고려하는 것이 아니고 침해와 손해와의 인과관계가 인정되는 모든 요소를 고려하는 것이다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾ 특허부품의 기술적 중요도는 특허부품의 가격에 반영된다. 그런데 그 특허부품의 기술이 인근 부품에 영향을 미치는 경우 특허발명은 특허부품에만 기여하는 것이 아니라 인근 부품에까지 기여하는 것이 된다. 특허부품이 다른 부품과 기술적으로 연동되어 그 특허부품의 기술적 영향이 다른 부품에 미치는 경우 등에는 그 발명의 가치는 그 특허부품의 영역을 넘어서 미치게 된다. 그런 점을 반영하기 위하여 발명의 기술적 연동성이 감안되어야 한다.⁷⁹⁾ 예를 들면, 특허부품의 가격은 전체 제품 가격의 10%에

75) 회사의 회계장부가 부품별로 비용을 따로 기재하지 않고 있기 때문이다.

76) 인천지방법원 부천지원 2017. 2. 8. 선고 2015가합104250 판결(“이 사건 특허발명품은 ‘전극롤’ 외에도 다수의 부품으로 구성된 제품이고, 기여도란 전체 제품의 가격과 그 중에서 특허발명을 실시하는 부품이 가지는 가격의 단순한 비율만이 아니라 특허발명과 관계된 부분의 불가결성, 중요성, 제품 전체에 있어서 다른 부분의 가치와 해당 특허권 부분의 가치와의 상대적 평가, 제품 전체에 있어서 침해자가 가지는 독자적 기술의 유무 등을 종합적으로 고려하여야 하는 점 ...”).

77) 窪田充見, “被害者の素因と寄与度概念の検討不法行為法上の損害賠償額決定過程についての一考察”, 判例タイムズ 558号 臨時増刊, 1985, 38頁 脚註 9(“「寄与度」概念は、後述のように、それ自体、論理然的に被害者の素因とのみ結び付くものではない。むしろ、損害との因果関係を有するあらゆるファクターについて、それを考える「可能性」があるのである。寄与度概念の採用による処理の可能性が容易に考えられる問題としては、飛騨川バス転落事故のような自然力等が競合した場合の加害者の責任、複数加害の競合の場合の賠償、ならびに複数加害者間の求償関係(負担部分の問題)等がある。”).

78) 特許第2委員第1小委員会, “特許が製品の一部にかかわる場合の損害賠償額の算定について—特許法102条における寄与率等の概念と主張のあり方に関する考察—”, 『知財管理』 Vol. 59 No. 11, 日本知的財産協会, 2009, 1437頁.

불과하나 기여도는 20%를 책정할 수 있는 것이다. 기술적 연동성이 매우 높아 기여도가 100%까지 올라가면 결과적으로 전체시장가치원칙을 적용하는 것과 동일한 결과를 초래하는 셈이다. 그런 점에서 기술적 연동성은 특허부품의 가격과 더불어 매우 중요한 요소가 된다. 다만, 연동성을 산정하기가 어렵다는 점, 결국 해당 부품이 전체 제품에서 차지하는 가치를 고려한다는 점과 중복되는 개념이라는 의혹이 제기될 수 있다는 점이 연동성 적용의 단점인 것은 사실이다. 그러나, 한편, 기여도 산정은 어차피 매우 어려운 것이라는 점을 인정하고, 특허부품과 인접한 다른 부품과의 관계를 검토하는 것이 더 쉬운 산정이라는 점에서 연동성 개념이 유용하게 활용될 수 있을 것이다. 참고로, 전체시장가치원칙을 적용하기 위하여 예견성(foreseeability)이 증명되어야 한다는 견해가 있으나,⁸⁰⁾ 예견성 요건은 전체 제품에서 더 나아가 부대제품 또는 연관제품(convoyed or derivative product)에까지 확대하여 손해배상액 산정의 대상으로 삼기 위한 요건이다.⁸¹⁾

다. 기여도 산정요소 3: 고객관심(customer attention)

고객이 해당 특허발명 또는 특허부품에 가지는 관심(이하, ‘고객관심’)

79) 해당 특허발명 또는 특허부품의 ‘불가결성’을 산정요소의 하나로 제시하는 글이 있는데, 불가결성은 그 발명의 가치를 과대평가하게 유도하는 용어라는 점, 많은 경우 부품들 대부분이 그 제품의 사용에 있어서 불가결할 수 있다는 점을 감안하면, ‘불가결성’이라는 용어는 사용되지 않아야 한다. 같은 의견: 박성수, “의장권 침해로 인한 손해액 산정을 위한 구 의장법 제64조 제1항의 해석(2006. 10. 13. 선고 2005다36830 판결 : 공2006하, 1906)”, 「대법원판례해설」 제65호, 법원도서관, 2006, 571면 각주 46.

80) 이주환, “특허침해로 인한 손해배상액의 산정방법으로서 전체시장가치의 원칙과 할당원칙-미국 특허법에서의 법리를 중심으로-”, 「법학연구」 제27권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 287면 (“1970년대 후반에 이르러, 미국법원은 전체시장가치의 원칙의 적용요건으로 예견성 요건을 채택하였다.”).

81) Marion B. Stewart, *An Economic Approach to the “Balance of Hardships” and “Public Interest” Tests for Preliminary Injunction Motions in Patent Infringement Cases*, SF18 ALI-ABA 145, 170 (“... we have made no assumptions regarding ‘foreseeability’ and ‘functional’ relationships, two factors which we understand may affect the legal entitlement to lost profits on convoyed sales. See *Rite-Hite Corp. v. Kelley Co.*, 1995 U.S. App. LEXIS 14681 (Fed. Cir. 1995).”).

도 해당 발명의 가치를 책정하는데 중요한 역할을 할 수 있다.⁸²⁾ 일본의 한 글은 고객관심을 ‘수요환기’라는 용어로 대체하여 설명한 바 있다.⁸³⁾ 전통적인 인과관계 법리에 따르면 침해자가 판매한 수량을 침해가 없었더라면(but for) 특허권자가 판매할 수 있었는지 여부를 판단하게 되는데, 기여도 법리에 따르면 판매된 제품의 판매가에 특허발명이 기여한 바를 따지게 된다. 고객관심이 큰 경우 판매가격을 높일 수 있다는 점에 근거하면 고객관심도 기여도를 책정하는 중요한 요소라고 생각된다. 고객관심에 피고의 홍보, 브랜드 파워, 유통망, 신용 등의 요소가 영향을 미치게 되고

그것의 증명은 고객설문조사, 고객반응, 언론반응 등에 의하여 이루어질 것이다.⁸⁴⁾ 다만, 그것을 증명하기는 매우 어려울 것이 예상된다. 특허발명의 기술적 중요도가 고객관심을 유발하는 중요한 요소인 경우도 많다. 기술적 중요도가 고객관심으로 연결되는 측면은 마케팅 전문가가 증명할 사안이고, 기술적 중요도가 다른 부품에 미치는 영향(연동성)은 엔지니어가 증명할 사안이라고 생각된다. 기술적 중요도가 해당 특허부품에 미치는 영향은 특허부품의 가격에 반영되었다고 보면 된다.⁸⁵⁾

82) 고객수요는 공급-수요의 측면에서 이해될 수 있으므로 그러한 이해를 방지하기 위하여 고객수요 대신 ‘고객관심’이라는 용어를 사용하고자 한다.

83) 江藤聡明, “特許請求の範囲の記載の仕方と寄与率と損害額-損害額算定の基礎、クレーム記載の発明の本質、寄与率の相關關係”, 「発明の本質」第4部, 栄国際特許事務所, 2006(“「何に對する」は、(102条1項では)特許権者の利益に對する寄与という考え方と、侵害者が実施している物や方法對する寄与と言う考え方ができると解する。そして、「どの様な寄与」かについては、まず、特許発明の本質部分が、実施されている物や方法に對してどの様な機能的寄与をしているか (Functional relationship)、この点は特許発明が技術的課題を解決のための機能を奏するものである以上検討しなければならないと考えられる。また、これに加えて、特許発明の本質部分が、侵害者が実施している物や方法の取引(需要)に如何に貢獻しているか、すなわち、特許発明の本質部分がどのように需要の喚起を行っているかについても検討すべきであろう。特許権が侵害されて権利者が損害を被るのは、通常は侵害者が特許品を販売したことにより経済的不利益を受る場合であるから、少なくとも後者の販売に關する需要の喚起への寄与度も重要である。”), <<http://www.sakae-pat.jp/treatise/004.html>>.

84) David Franklyn & Adam Kuhn, *supra*, at 184 (“To conduct the value apportionment analysis, courts increasingly rely on quantitative data from consumer surveys that attempt to measure consumer demand and hence relative economic value for the patented features at issue.”).

85) 기술적 중요도는 특허부품의 가격에 반영된 것으로 그 가치를 다하는 것인가, 아니면 다

한편, 고객관심이 제품의 판매가 전체(100%)에 영향을 미치는 경우는 매우 드물 것으로 생각된다. 즉 고객관심만으로 기여도를 100% 인정하기는 어려운 것이다. 이런 점에서 고객관심을 근거로 100%의 기여도를 지나치게 쉽게 인정하는 미국의 법리는 변경되어야 한다. 미국은 전체시장가치 원칙 및 최소부품 원칙을 손해배상의 매우 중요한 두 축으로 책정하고 있는데, 그 두 원칙만으로는 다양한 실제 사례에 대응하기가 어렵다.⁸⁶⁾ 두 원칙 사이의 간극(gap)이 매우 넓으므로 그 넓은 간극 사이에 존재하는 다양한 사례에 대응할 수 있는 법리를 제공하여야 한다. 해당 제품의 생산을 위하여 제조원가, 유통비 등이 이미 투입되었으므로 판매가가 해당 특허발명 또는 특허부품에 대한 고객관심만으로 형성되었다고 보기는 어렵다. 다만, 소프트웨어 발명을 담은 전자파일을 온라인으로 판매하는 경우 등 그 제품의 제조원가, 유통비 등이 중요하지 않은 특수한 경우에는 고객관심이 기여도를 100%에 가깝게 올릴 수 있을 것이다. 같은 맥락에서, 독일 연방대법원은 고객관심은 기여도를 산정하는 여러 요소 중 하나에 불과한 것으로 보며,⁸⁷⁾ 그래서 고객관심만으로 기여도가 100% 인정된 사례는 매우 드물다고 한다.⁸⁸⁾

라. 기여도 산정요소 4: 특허부품의 복잡도(complexity)

한편, 해당 특허부품에 여러 기술이 적용된 경우에는 그 특허부품 중 특허발명의 기여도를 따로 산정할 수 있을 것이다. 즉, 예를 들어, 특허부품의 가격은 제품 가격의 10%이지만 기여도는 5%를 책정할 수 있는

른 부품에 까지 미치는 것인가? 전자가 더 적절한 경우도 있지만 후자가 더 적절한 경우도 있을 것이다. 상황에 따라 다르다.

86) Anne-Layne Farrar, *The Patent Damages Gap: An Economist's Review of U.S. Patent Damages Apportionment Rules*, April 4, 2017, abstract ("Namely, damages case law for utility patent infringement provides two very different, but insufficient, guidance frameworks for calculating damages: the entire market value rule (EMVR) versus the smallest salable patent practicing unit (SSPPU) principle."). <<https://ssrn.com/abstract=2911289>>.

87) Federal Supreme Court, 2007 GRUR 431, 434.

88) Marcus Schönknecht, *Determination of Patent Damages in Germany* (IIC, Volume 43 (2012), p. 320.

것이다. 그래서 법원은 ① 대상 특허부품의 가격을 기준으로 하는 방안, ② 대상 특허부품의 가격에 기초한 비율보다 높은 기여도를 적용하는 방안 또는 ③ 대상 특허부품의 가격의 비율보다 낮은 기여도를 적용하는 방안 중 어떤 것이 해당 사안에 더 적합한지를 판단하여야 한다. 특허발명의 기술적 중요성이 높은 경우에는 ②의 방식이 적용될 가능성이 높아지고 특허부품의 복잡도가 높을수록 ③의 방식이 적용될 가능성이 높아질 것이다. 결국, 법원이 양 당사자의 주장을 들은 후 감소도와 증가도를 전체적으로 고려하여 최종 기여도를 결정하게 될 것이다.

마. 기여도 산정요소 5: 비특허부품의 수

해당 특허부품의 가격이 명확히 특정되지 않는 경우도 있을 것이다.⁸⁹⁾ 그런 경우에는 특허부품을 제외한 다른 부품(비특허부품)의 수(정량적 비율)를 기여도를 책정하는데 참고할 수 있을 것이다.⁹⁰⁾ 다만, 해당 제품과 특허부품의 가격이 정확히 특정되는 경우에는 비특허부품의 수는 고려될 필요가 없다고 생각된다. 가격이 가치를 직접적으로 반영하므로 굳이 간접적인 정보인 부품의 수를 감안할 필요가 없는 것이다. 해당 특허부품의 가격이 정확히 특정되지 않더라도 어느 정도의 근거를 가지고 적절히 특정된다면 굳이 비특허부품의 수를 감안하지 않고 그 가격을 기초로 기여도를 산정하는 것이 더 정확할 것이다. 부품의 수와 가격의 연관도가 높지 않다는 점 및 양적 기여를 강조하는 법리는 침해를 유도하게 된다는 점⁹¹⁾ 등도 고려되어야 한다.

89) Imran Khaliq, Sean D. Whaley, You Infringe, So Now What? \$368 Million Jury Damages Patent Award Nixed for Failure to Apportion, 26 No. 12 Intell. Prop. & Tech. L.J. 14, 14 (2014) (“This can occur, for example, when the infringing product or component does not have an actual, separate price or recorded apportioned cost that can be used as a royalty base price.”).

90) 질적 비중과 양적 비중을 모두 고려하여야 한다는 견해: 정희장, “특허권등 침해로 인한 손해배상청구권, 부당리득반환청구권”, 『재판자료』, 제56집, 1992, 435-436면.

91) 양적 기여를 강조하는 방식으로 기여도를 고려하게 되면 권리자는 본인의 의사와 무관하게 강제로 공동작업을 한 결과를 초래한다. 침해자는 권리자의 허락도 구하지 않고 해당 발명을 본인의 발명의 일부로 편성할 수 있는 것이다. 침해자의 입장에서는 그 후 침해가 발견되지 않으면 다행이고 발견되면 해당 부분에 대해서만 손해배상을 하면 그뿐이다.

바. 침해자의 자본, 영업능력, 상표, 기업 신용 등 → 고객관심

기여도 산정에 있어서 위 요소 외에 다른 요소를 고려한 사례가 있는데 그 사례들은 2가지 유형으로 분류된다. 첫 번째 유형은 침해자의 자본, 영업능력, 상표, 기업 신용 등을 고려한 사례이다.⁹²⁾ 이러한 요소들은 모두 고객관심을 결정하는데 도구로 활용되어야 하며, 고객관심은 특허부품의 가격 및 특허발명의 기술적 연동성과 함께 기여도를 결정하는 가장 중요한 3가지 요소 중 하나가 된다.

두 번째 유형은 피고의 브랜드 인지도, 유통망, 외관의 디자인, 마케팅 등의 자본적, 경영적, 기업 외적 요소를 고려한 사례이다.⁹³⁾⁹⁴⁾ 여기에서 “피고의 브랜드 인지도, 유통망, 외관의 디자인, 마케팅”은 1유형이 제시한 요소와 동일한 정도이다. 다만 2유형은 “자본적, 경영적, 기업 외적 요소”라는 새로운 표현을 추가하였는데, 그 요소들은 브랜드 인지도, 유통망, 디자인, 마케팅 등을 달리 표현한 것에 불과하고 실제적인 내용을 보여주지 못하므로 그것에 의미를 부여할 필요가 없다고 본다. 그렇다면, 2유형은 1유형의 다른 표현에 불과하다. 참고로, 특허발명의 기술적 기여를 다른 자본적, 경영적, 기업 외적 기여와 동등한 정도로 보고 기여도를 25%로 책정한 사례와 관련하여, 그렇게 어떤 제품에 영향을 미치는 요소를 4가지로 보고 기술적 요소의 영향을 25%로 책정하는 법리는 직무발명보상금 산정 법리에서 채용한 사례도 있다.⁹⁵⁾

92) 서울고등법원 2005. 12. 7. 선고 2003나38858 판결(“침해자가 침해한 특허 기술이 침해자의 판매이익의 발생 및 증가에 일부만 기여한 한편, 침해자의 자본, 영업능력, 상표, 기업 신용 등의 요소가 이에 기여한 것으로 인정되면, 손해배상액을 침해된 특허 기술의 기여도 한도 내로 제한 할 수 있음은 피고가 주장하는 바와 같다.”); 서울중앙지방법원 2012. 8. 31. 선고 2011가합1339 판결(“침해자의 자본, 영업능력, 상표, 기업신용 등의 요소가 침해자의 판매이익의 발생 및 증가에 기여한 것으로 인정되는 경우에는 ...”); 수원지방법원 2012. 5. 24. 선고 2010가합17614 판결; 서울중앙지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002가합71707 판결(“... 피고들의 매출에는 피고들의 상표나 인지도, 판매망 등도 기여한 점을 고려하면 ...”).

93) 서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2007가합63206 판결.

94) 일본에서도 기술적인 관점 이외에 침해자의 신용이라든가, 광고적인 요소가 제품의 가치를 높이는 측면을 기여도 산정에 고려한다. 今岡憲特許事務所, パテントに関する専門用語集 No: 819, “寄与率 / 特許出願 / 特許侵害”.

<http://imaokapat.biz/_HPB_Recycled/yougo801-900/yougo_detail819.html>.

5. 기여도 산정요소의 적용순서 및 역할

복잡제품에 있어서 특허부품의 가격은 잠정 기여도의 책정을 위한 1차적인 중요한 요소가 된다. 전체 제품의 가격과 특허부품의 가격은 용이하게 정해질 수 있으므로 잠정 기여도가 숫자로 정확하게 정해진다. 잠정 기여도가 정해진 후 ① 특허발명의 기술적 연동성 및 ② 고객관심을 감안하여 잠정 기여도를 높일 수 있고, 다른 한편으로는 특허부품의 복잡도를 감안하여 그 잠정 기여도를 낮출 수도 있을 것이다. 특허부품의 가격이 특정되지 않는 경우, 비특허부품의 수가 잠정 기여도를 결정하는데 활용될 것이다. 다만, 특허부품의 가격이 특정되지 않는 경우는 드물 것이므로 비특허부품의 수는 기여도 산정에 있어서 활용도가 낮다고 할 것이다.

위에서 언급한 ① 특허부품의 가격, ② 특허발명의 기술적 연동성, ③ 고객관심, ④ 특허부품의 복잡도 및 ⑤ 비특허부품의 수가 기여도 5대 산정요소가 된다. 그 외의 요소들은 모두 (수량) 인과관계 법리와 관련된 것들이다. 다만, 특허부품에 또 다시 100% 미만의 기여도를 적용하는 것이 아직 우리 법리에 정식으로 도입되지 않았다는 점 및 비특허부품의 수를 적용할 경우가 많지 않다는 점을 감안하면, ① 특허부품의 가격, ② 특허발명의 기술적 연동성 및 ③ 고객관심이 기여도 산정의 3대 요소가 된다. 그리고 특허발명의 기술적 연동성 및 고객관심은 특별한 경우를 제외하고는⁹⁵⁾ 특허부품의 가격에 의하여 결정된 잠정 기여도를 높이는 작용을 하게 될 것이다.

95) 의정부지방법원 고양지원 2009. 2. 6. 선고 2007가합187 판결(“기술적 기여요소로서 피고의 매출이익에 공헌하는 비율은 그 외 자본적, 경영적, 기업외적 기여요소와 균등하게 25%로 추정되고 ...”).

96) 고객관심으로 인해 기여도가 내려가는 특별한 경우는 특허발명의 유용한 기능이 압도적임에도 불구하고 약간의 부정적인 효과에 대한 경쟁사의 광고, 국가기관의 분석의 존재로 수요자가 주목하여 판매량에 악영향을 끼치는 경우(의약품의 부작용, 생활용품 등에서 화학물질의 미량검출 등), 특허발명과 관련된 좋지 않은 사고의 존재(갤럭시 노트의 폭발사고 등)가 특허발명과 관련되어 수요자가 구매를 꺼리는 경우 등이 예시될 수 있다.

<기여도 산정 3대 요소 및 5대 요소>

- ① (대상 제품의 가격 및) 해당 특허부품의 가격
- ② 특허부품(발명)의 (다른 부품과의) 기술적 연동성
- ③ 해당 특허발명 또는 특허부품에 대한 고객관심
- ④ (적용 가능한 특별한 경우) 특허부품의 복잡도
- ⑤ (부품의 가격이 특정되지 않는 경우 등) 비특허부품의 수

6. 기여도를 산정하지 않고 특허발명의 가치를 바로 반영하여 손해배상액을 산정하는 경우

기여도 법리는 특허발명의 가치를 반영하여 손해배상액을 산정하기 위하여 필요하다. 그런데, 만약 특허발명의 가치가 다른 방법으로 반영된다면 굳이 기여도를 적용할 필요가 없을 것이다. 다음과 같은 산정방법을 제시한다.

① 비용절감액을 특허발명의 가치로 보는 방법, ② 특허제품과 비특허제품의 가격차이를 특허발명의 가치로 보는 방법 및 ③ 증분가치를 특허발명의 가치로 보는 방법. 그러나, 이 3가지 방법이 위에서 필자가 제시한 방법보다 더 복잡하기만 하고, 신뢰도를 가질 정도의 것이 아니어서 법원이 이 방법을 사용하기는 곤란하다고 생각된다. 실제로 이 방법들이 (일각에서 이러한 방법을 더 많이 사용하여야 한다는 주장이 있음에도 불구하고) 적절한 정도로 사용되지도 않는다.

7. 소결

위에서 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도 산정법리를 소개했다. 먼저 기여도를 “손해배상액 산정의 대상이 되는 제품

의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율”이라고 정의하였다. 본 정의는 기여도가 가치(판매가, value, price)의 문제임을 명확하게 한다. 다음과 같은 결론을 제시한다. 첫째, 손해배상액 산정이 매우 어려우며, 기여도 산정법리는 더욱 어렵고 그래서 기존의 판례 또는 논문에서 기여도 산정법리를 제대로 제시한 바가 발견되지 않았다. 둘째, 기여도 산정법리는 기본적으로 복잡제품과 어울리는 것이므로 손해액 산정의 대상이 되는 제품이 단순제품인지 복잡제품인지 여부를 먼저 구별할 필요가 있다. 셋째, 해당 제품이 단순제품인 경우 전체 제품을 기준(출발점)으로 하되 그것에 100% 미만의 기여도를 적용할 수 있다. 넷째, 해당 제품이 복잡제품인 경우 1차적으로 특허부품을 기준으로 잠정 기여도를 특정한다.⁹⁷⁾ 다섯째, 특허부품을 기준으로 하는 경우에도 ① 특허부품의 다른 부품과의 연동성, 고객관심의 환기를 고려하여 그 부품에 100% 초과 기여도를 적용할 수도 있고 및/또는 ② 특허부품의 복잡도를 고려하여 그 부품에 100% 미만의 기여도를 적용할 수도 있을 것이다. 법원은 양측의 주장을 전체적으로 감안하여 100% 초과 또는 미만의 기여도를 최종 결정하게 된다.

V. 표준필수특허에서의 기여도 산정을 위한 하향식(top-down) 산정 방법

기여도 산정을 위한 하향식 산정방법은 제품 또는 부품에 적용되는 (특허)기술의 수를 구한 후 해당 특허발명의 수의 비율을 구하는 방법이다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾

97) 특허부품을 기준으로 기여도를 산정하는 경우 기여도 수치가 매우 낮게 설정될 가능성을 우려하는 지적이 있다. 한편으로 타당한 우려이며, 다른 한편으로는 ① 특허부품을 기준으로 하는 산정은 복잡제품에 국한된다는 점, ② 복잡제품에서는 기여도가 낮게 산정되는 것을 어느 정도 감수하여야 한다는 점이 감안되어야 한다.

98) Fei Deng, Gregory K. Leonard, Mario A. Lopez, *Comparative Analysis of Court-Determined Frand Royalty Rates*, Antitrust, Summer 2018, at 47, 49 (“ In its top-down approach, the TCL court began by determining the appropriate aggregate royalty burden for the standard as a whole, and then apportioned that ARB to the Ericsson SEP portfolio.”).

1. 일본 지적재산고등재판소의 Samsung v. Apple Japan 판결

일본지적재산고등재판소는 3G UMTS 표준필수특허를 보유한 삼성이 애플을 공격한 사안에서 전체 실시료율이 5%를 초과하지 않아야 한다고 전제한 후, 표준특허로 선언된 전체 특허의 수가 1,889개이나, (Fairfield 회사의 보고서에 근거하여) 그 중 표준‘필수’특허는 529개라고 인정한 후, 상한 실시료율 5%를 529로 나누어 대상 삼성 특허 하나의 실시료율을 산정하였다.¹⁰⁰⁾ 즉, 상한(top) 한계치를 먼저 구한 후,¹⁰¹⁾ 관련된 모든 표준필수특허의 수를 나누어서 해당 특허 하나의 실시료율을 산정하는 것이다.¹⁰²⁾ 상한 한계치를 먼저 구한 후 관련 특허의 수를 나누는 방

99) Jonathan D. Putnam, *Economic Determinations in "Frاند Rate"-Setting: A Guide for the Perplexed*, 41 Fordham Int'l L.J. 953, 1013 (2018) ("This decision adopted a so-called 'top-down approach,' under which the court determines a top-line aggregate industry royalty rate for all SEPs, then divides this aggregate rate among each of the firms holding SEPs, in proportion to the size of its portfolio (perhaps after further adjustments).").

100) 知的財産高等裁判所 平成26年5月16日 平成25年(ネ)第10043号 判決("FRAND条件でのライセンス料相当額を算定するに当たってのUMTS規格の必須特許の個数は, 529個を採用する。すなわち, UMTS規格について, フェアフィールド社が必須かおそらく必須と判定した特許ファミリーの数は529である(前記(1)オ)。フェアフィールド社のレポートは, 海外におけるものも含めて, UMTS規格に必須となる特許ファミリーの数を分析したものであって, 我が国におけるUMTS規格の必須特許の数を数えたものではなく, また, 必須かおそらく必須と判定された特許ファミリーの内訳も明らかではないが, 他にはUMTS規格の必須特許であって我が国において特許権が付与されているものの数を認定し得るに足りる証拠は何ら提出されていない。加えて, 両当事者とも, 必須宣言されている全特許数によるか, 必須又はおそらく必須と判定された特許数によるかはさておき, フェアフィールド社のレポートに準拠して主張していることからすると, 必須となる特許の個数はフェアフィールド社のレポートに現れた特許ファミリーの数を基礎とするのが相当である。そして, 一般に標準規格の策定に際して必須宣言が過剰にされる傾向にあること(前記(1)オ)からすると, UMTS規格に必須となる特許の個数として, 必須宣言特許の総数である1889を採用することはできず, フェアフィールド社のレポートが必須であるかおそらく必須であるとする特許ファミリーの数である529を採用するのが相当である。")

101) 과적 실시료율을 5% 이내로 제한하지 않으면 해당 표준필수특허의 발명을 실시하는 자가 이익을 전혀 거두지 못하게 된다.

102) Jorge L. Contreras, *Global Markets, Competition, and Frاند Royalties: The Many Implications of Unwired Planet v. Huawei*, 17 Antitrust Source 1, 10 (2017) ("Under the top down method defined by Justice Birss, the benchmark FRAND royalty equals $T \times S$, where T is the total aggregate SEP royalty burden of a particular standard on a product

법이라고 하여 ‘하향식(Top-down)’ 산정방식이라고 칭한다.¹⁰³⁾ 일본 특허청도 하향식 산정방식이 실시료과적을 회피하는 데 유용하다는 의견을 표명하였다.¹⁰⁴⁾

2. 미국의 In re Innovatio 판결¹⁰⁵⁾

In re Innovatio 사건에서 미국 일리노이즈주 북부지방법원은 다음과 같이 하향식 산정방식을 적용하였다: 첫째, 최소실시부품인 Wi-Fi 칩을 실시료기초(royalty base)로 특정하고, 둘째, 그 칩의 평균판매가 14.85달러를 특정하고,¹⁰⁶⁾ 셋째, 평균 이익률 12.1%를 특정하고, 넷째, 대상 표준필수특허 모두 중 상위 10%의 가치비중을 84%로 특정하고,¹⁰⁷⁾ 다섯째, 상위 10%의 특허의 수가 300개라는 점, 그 중 원고가 보유한 특허의 수가 19개라고 특정한 후,¹⁰⁸⁾ 그 수를 모두 곱하여 0.0956달러를 구하였다. 그 칩 하나 당 실시료에 판매된 칩 수를 곱하여 최종 실시료를 구하였다.

위 Innovatio 방식은 모든 특허의 가치를 동등하게 취급하지 않고 특허의 가치를 반영하였다는 점에서 훌륭한 것이라고 생각된다. 그러나, 특허의 가치를 반영하기 위해서는 위 사건에서와 같이 상위 10% 특허의

(i.e., the percentage of a smartphone's price that should be charged for all patents covering 4G), and S is the share of that aggregate royalty that is allocable to the SEP holder (Unwired Planet).”).

103) 特許庁, “標準必須特許のライセンス交渉に関する手引き”, 2018년6월5일, 33頁(“②特定の標準に係るSEP全体の貢献が算定の基礎に占める割合を算定し、その後、個々のSEPに割り当てるという考え方(トップダウン型)があります.”).

104) 特許庁, 前掲報告書, 36頁(“多数の特許権者が別個にロイヤルティを要求する場合、それらが累積し、標準を実施するためのコストが過度に高くなってしまふことがあります。この問題は「ロイヤルティ・スタッキング」(ロイヤルティの累積過剰)と呼ばれ、同じ標準に係るSEPを多数の特許権者が保有している場合に起こり得る問題です.”).

105) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig., 2013 WL 5593609 (N.D. Ill. Oct. 3, 2013).

106) Innovatio, 2013 WL 5593609, at *41.

107) 상위 10%의 특허의 가치가 전체 특허의 가치 중 84%를 차지한다는 보고서를 근거로 한다. Mark Schankerman, *How Valuable Is Patent Protection? Estimates by Technology Field*, 29 RAND J. Econ. 77, 94 tbl.5 & n.12 (1998).

108) Innovatio, 2013 WL 5593609, at *38-39, *43.

가치비중이 84%라고 말하는 믿을만한 자료가 존재해야 한다. 그러한 자료가 없는 경우에는 (또는 양 당사자가 따로 증명하지 못하는 경우) 법원은 불가피하게 단순히 적용된 표준필수특허의 수를 나누는 방식을 사용하게 될 것이다.

하향식 산정방식을 적용하는 경우 애초 출발점을 전체 제품으로 삼느냐 아니면 특허발명이 적용된 최소부품으로 삼느냐가 매우 중요한데, 계산의 편의를 위해서는 후자가 더 유리하다.¹⁰⁹⁾

3. 중국의 화웨이(Huawei) v. 삼성(Samsung) 사건¹¹⁰⁾

2018년 1월 11일 원고 화웨이는 중국 선전중급인민법원에서 2건의 4G표준필수특허에 근거하여 피고 삼성을 상대로 침해소송을 제기하였다. 법원은 화웨이의 승소를 판시하였으며, 하향식 산정방식을 적용하여 표준필수특허의 실시료 산정방식을 제시하였다. 법원은 실시료에 대하여 3G의 누적실시료율을 5%, 4G의 누적실시료율을 6%-8%로 보고, 화웨이가 보유한 3G 특허의 수가 전체에서 5%이고, 4G 특허의 수가 전체에서 10%라고 인정하고 그 수치에 따라 최종 실시료율을 결정하였다.¹¹¹⁾

109) Norman V. Siebrasse & Thomas F. Cotter, The Value of the Standard, 101 Minn. L. Rev. 1159, 1246 (2017) (“In the context of a top-down approach, however, use of the smallest salable patent-practicing does have the advantage of eliminating from consideration all of the SEPs that read on other components of a multicomponent end product.”).

110) 广东省深圳市中级人民法院 (2016)粤03民初816号 判决书; 广东省深圳市中级人民法院 (2016)粤03民初840号 判决书.

111) 广东省深圳市中级人民法院 (2016)粤03民初816号 判决书(“本院认为, 要判断华为给三星的报价是否符合FRAND原则, 除了要考虑华为所拥有的3G、4G标准必要专利的实力, 同时还要考虑作为被许可方三星方所生产、销售3G、4G手机的市场价格, 以及3G、4G标准必要专利累计许可费率, 以避免许可费率过高导致超出该行业的正常利润水平。根据本院查明的事实, 从许可费率方面来看, 华为在3G的标准必要专利的实力相当于3G全球标准必要专利总量的5%左右, 而3G的累积许可费率为5%。华为在4G的标准必要专利的实力相当于4G全球标准必要专利总量的10%左右, 而4G的累积许可费率在6%至8%之间。”).

4. 중국 광둥성 법원의 하향식 산정에서의 고려요소

광둥성 고급인민법원 표준필수특허 분쟁 사건을 심리함에 관한 가이드라인(실행)에서 표준필수특허 실시료 산정에서 하향식 산정방식을 규정하고 있다. 그 산정에서 있어서 고려되는 요소는 다음과 같다.

- “(1) 대상 표준필수특허가 제품 판매 및 이익에 대한 기여(다만, 그 기여는 특허가 표준으로 채택됨으로 인하여 증가한 부분은 포함하지 않음)
- (2) 대상 표준필수특허의 표준에 대한 기여
- (3) 표준으로 제정하기 전에 다른 대체기술의 존재 및 그 존재에 대한 비교우위
- (4) 대상 표준필수특허를 사용한 제품에서 납부한 표준필수특허실시료의 상황
- (5) 기타 관련 요소”¹¹²⁾

5. 소결

표준특허의 권리침해 시의 배상액을 산정함에 있어서 미국, 일본, 중국에서 하향식(Top-down) 산정방식을 적용하여 합리적 실시료를 산정하는 사례를 살펴보았다. 표준특허 사건에서 기여도를 적용하기 위하여 하향식 방법이 활용되듯이 직무발명보상금 사건에서도 해당 직무발명의 기여도를 적용하기 위하여 하향식 방법이 활용될 수 있다고 생각된다. 그리고 실무에서 표준특허의 발명자도 대상 표준특허를 근거로 직무발명보상금을 청구할 수 있을 것이고,¹¹³⁾ 일반 직무발명과 구별할 필요가 없

112) 广东省高级人民法院关于审理标准必要专利纠纷案件的工作指引(试行)(“【“由上至下法”的考量因素】通过分析涉案标准必要专利的市场价值来确定许可使用费, 可考虑以下因素:(1)涉案标准必要专利对产品销售与利润的贡献, 该贡献不包括专利被纳入标准所产生的影响;(2)涉案标准必要专利对标准的贡献;(3)在标准制定之前, 该专利技术较之于其他替代技术的优势;(4)使用涉案标准必要专利的产品所交纳的全部标准必要专利许可使用费情况;(5)其他相关因素。”).

다.¹¹⁴⁾ 이하에서, 하향식 방법을 적용하여 기여도를 산정하는 법리를 좀 더 구체적으로 제안하고자 한다.

VI. 직무발명보상금 산정에서의 기여도 산정법리의 제안

1. 기여도의 별도 산정

(위에서 살펴본 바와 같이) 일본과 우리나라의 많은 판례들이 실시료, 초과매출율, 공헌도 등을 산정하는 장면에서 기여도도 같이 산정하는 오류를 범하여 왔다. 특히, 초과매출율을 산정하면서 기여도 요소를 고려하는 것은 전혀 타당하지 않다. 그러한 실무는 초과매출율의 개념을 제대로 이해하지 못한 결과라고 생각된다. 대상 직무발명의 기여도와 초과매출율은 별개의 요소이다. 기여도를 다른 요소와 섞어서 산정하게 되면, 기여도가 산정된 경위를 알 수 없게 되고, 상급심이 하급심의 판단이 잘 잘못을 판단할 수가 없게 된다. 그러한 점은 하급심 판사에게는 달콤한 유혹으로 작용될 여지가 있다. 그런 견지에서도 기여도는 별도로 산정되어야 한다.

113) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결.

114) 가산종합법률사무소 블로그, “표준특허 침해시의 배상액의 산정과 직무발명 보상금”, 2018. 3. 12. (위와 같이 표준특허권자도 실시료를 받을 수 있으므로, 표준특허의 발명자도 직무발명 보상금을 청구할 근거가 있다고 보입니다. 우리 발명진흥법은 제15조 제1항에서 종업원등은 직무발명에 대하여 특허등을 받을 수 있는 권리나 특허권등을 계약이나 근무규정에 따라 사용자등에게 승계하게 하거나 전용실시권을 설정한 경우에는 정당한 보상을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있고, 제6항 단서에서 그 보상액이 직무발명에 의하여 사용자등이 얻을 이익과 그 발명의 완성에 사용자등과 종업원등이 공헌한 정도를 고려하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정합니다. 위와 같이 법령에서 특허에는 일반특허와 표준특허를 구별하지 않으며, 사용자가 얻을 이익에 표준특허로 인한 실시료가 포함되는 것은 틀림이 없습니다.”)

<<https://blog.naver.com/kasanlaw/221227143330>>

2. 하향식 산정방식의 적용을 원칙으로 함

실시계약의 의무가 없는 일반 특허권의 침해에 대한 손해배상액 산정의 장면과 실시계약의 의무가 있어서 실시료과적(royalty over-stacking)이 우려되는 표준필수특허의 실시료 산정의 장면은 달라야 한다.¹¹⁵⁾ 해당 표준필수특허에 대하여 실시계약을 체결하는 자는 다른 표준필수특허의 권리자와도 실시계약을 체결하여야 함을 잘 알고 있다. 그러므로, 해당 표준필수특허에 대하여 과도한 실시료율을 인정할 수가 없다. 그에 반해 해당 일반특허에 대하여 실시계약을 체결하는 자는 장래에 동일 제품에 대하여 다른 특허권자에게 소를 제기당할지 여부에 대하여 알지 못하는 상황이다.

하향식 산정방식이 표준필수특허권자 또는 직무발명보상금 청구소송에서의 원고에게 불리한 면이 있다. 그래서 쉐컴과 같이 표준필수특허로부터의 수익이 중요한 회사는 하향식 산정방법을 싫어할 것이다. 그래서 쉐컴을 지지하는 한 학자는 그 방식을 비판하기도 한다.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾ 그러나, 실시료과적(royalty over-stacking)의¹¹⁸⁾ 문제 및 보상금과적(remuneration over-stacking)의 문제를 해결하기 위해서는 하향식 산정방식이 매우 유용한 도구로 활용되어야 한다.¹¹⁹⁾ 표준필수특허에서 실시료과적이 큰 문제가 되듯이,¹²⁰⁾ 직무발명보상금 지급에서도 보상금과

115) Microsoft v. Motorola, para. 92 (“the hypothetical negotiation under a [F]RAND obligation must be different than the typical Georgia-Pacific analysis historically conducted by courts in a patent infringement.”).

116) J. Gregory Sidak, *Apportionment, Frand Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809, 1825 (2016) (“Similarly, the ‘Top-Down’ approach is an unreliable methodology to compute a FRAND royalty.”).

117) ITC 판사가 쉐컴으로부터 1백만불의 자문료를 받은 Sidak이 전문가 증인으로 증언하는 것이 타당하지 않다고 강하게 비판한 바 있다.

<<https://www.patentlyapple.com/patently-apple/2018/10/an-itc-judge-painfully-points-out-that-one-of-qualcomms-witnesses-who-was-paid-millions-for-his-testimony-against-apple-isn.html>>.

118) 실시료가 쌓인다는 의미를 가지는 실시료누적(royalty stocking)이라는 용어보다는 실시료가 적정치를 초과한다는 의미를 살리는 실시료과적(royalty over-stacking)이라는 용어가 더 적합하다고 생각된다.

119) TCL Commc'n Tech. Holdings, Ltd. v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, No. CV 15-2370 JVS(DFMX), 2017 WL 6611635 (CD. Cal. Dec. 21, 2017), at 25-26.

적이 큰 문제가 될 수 있다. 표준필수특허에서 실시료과적이 문제가 되는 것은 다른 표준필수특허권자가 손해배상을 요구할 확률이 높다는 점에 근거하는데,¹²¹⁾ 직무발명에서도 회사 내의 다른 발명자가 보상금을 요구할 확률이 매우 높다고 볼 수 있다. 그런 점에서 표준필수특허 사건에서 적용되는 하향식 산정방식이 직무발명보상금 사건에서도 적용될 수 있는 것이다.¹²²⁾ 일반 특허권 침해에 대한 손해배상 청구소송에서는 보상금과적의 문제가 현실적이지 않거나 이론적인 것에 불과할 수 있으나,¹²³⁾ 표준필수특허에 대한 실시료 지급 및 직무발명보상금 지급의 장

120) Kristen Jakobsen Osenga, *Ignorance over Innovation: Why Misunderstanding Standard Setting Organizations Will Hinder Technological Progress*, 56 U. Louisville L. Rev. 159, 201 (2018) (“According to Judge Robart, royalties should: . . . address the risk of royalty stacking by considering the aggregate royalties that would apply if other SEP holders made royalty demands of the implementer . . .”).

121) Kristen Jakobsen Osenga, *Ignorance over Innovation: Why Misunderstanding Standard Setting Organizations Will Hinder Technological Progress*, 56 U. Louisville L. Rev. 159, 203-04 (2018) (“Based on these cases, it seems that damages calculations via FRAND determination must attempt to mitigate the risk of patent hold-up and address the risk of royalty stacking ‘that would apply if other SEP holders made royalty demands of the implementer.’”).

122) Jason R. Bartlett & Jorge L. Contreras, *Rationalizing Frand Royalties: Can Interpleader Save the Internet of Things?*, 36 Rev. Litig. 285, 309 (2017) (“Suffice it to say that we believe that any of a number of recognized top-down methodologies for determining aggregate royalty rates and apportionment among patent holders, if performed rigorously with access to relevant information, would yield more accurate, fair and reasonable aggregate and individual royalty rates for FRAND-encumbered SEPs than the bottom-up approaches discussed above.”).

123) 나아가 표준필수특허에서도 실시료과적에 관한 실증적 증거가 없다는 주장: Kirti Gupta, *Technology Standards and Competition in the Mobile Wireless Industry*, 22 Geo. Mason L. Rev. 865, 866 (2016); J. Gregory Sidak, *Apportionment, Frand Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809, 1843 (2016) (“Apart from being implausible on a priori grounds, the patent-holdup and royalty-stacking conjectures lack empirical substantiation.”); Geradin et al., *supra* note 170, at 149, 154-63. 이러한 주장들 모두가 쉐컴, 노키아 등의 경제적 지원에 의한 것은 아닐지라도, 그 중 일부는 지원을 받았을 수 있다. J. Gregory Sidak은 여러 개의 글을 통하여 실시료과적이 근거가 없다고 주장하여 왔다. J. Gregory Sidak, *Apportionment, Frand Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809, 1869 (2016) (각주 170에서 같은 뜻의 주장을 한 글들을 소개하고 있음).

면에서는 과적의 문제가 매우 현실적이라고 보아야 한다. 회사의 어떤 제품이 10명의 특허권자의 특허권을 침해한다고 하여도 그 10명 모두가 손해배상 청구소송을 제기하지는 않지만, 직무발명보상금은 관련된 발명자 모두에게 보상금을 지급하는 경우가 충분히 상상된다.

일본의 리코의 빗주사장치 외 3건의 직무발명에 관한 사건에서¹²⁴⁾ 법원은 피고 제품에 사용가능한 특허건수도 감안하여 기여도를 0.5%로 책정하였다. 하향식 산정방식을 온전히 적용한 것이라고 보기는 어려워도 그 방식을 준용한 것이라고 볼 수 있다.

우리 특허법원도 실시료 수입에 대하여 보상금을 청구한 사건에서 기여도를 산정함에 있어서 실시계약에 포함된 전체 특허의 수가 약 1,500개에 달하는 점에 근거하여 기여도를 1/1,500으로 산정한 바가 있다.¹²⁵⁾ 그 산정에 있어서 전체 특허권의 수를 감안하였는데, 그 감안에 있어서 원출원과 분할출원은 실질적으로 동일한 것이므로 원출원의 수만 헤아리고 분할출원의 수는 헤아리지 않았다. 우리 법원이 직무발명보상금 산정에 있어서 하향식 산정방식을 정식으로 적용한 것은 아니지만 활용된 전체 특허의 수를 감안한 사례이며 또 다른 사례도 있다.

엘지전자 Pilot Pattern(제1특허), TFCI Code(제2특허) 직무발명 사건에서¹²⁶⁾ 법원은 해당 제품의 매출액에 실시료율을 곱하여 회사 이익액을 산정하였다. 실시료율을 산정함에 있어서, 법원은 회사가 대상 직무발명 외에 수천 개의 표준특허를 보유하고 있는 점, 대상 직무발명이 제품의 한 부품에만 적용된 점 등을 감안하여, 일반적인 실시료율보다 훨씬 낮은 0.007% 및 0.003%로 책정하였다.¹²⁷⁾

124) 知的財産高等裁判所 平成29年2月20日 平成28年(ネ)第10085号 判決.

125) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결.

126) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결.

127) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결(“피고의 3G+ 단말기의 매출규모, 통신 분야의 일반적 실시료율의 범위, 이러한 실시료율은 특허권자가 보유하고 있는 일단의 특허 등 지식재산권 군에 대한 포괄적 라이선스를 하면서 책정하는 기준으로 보이는 점, 피고는 제1, 2특허발명 외에도 수천 개의 표준특허권을 비롯한 특허권 등을 보유하고 있는 점, 제1, 2특허발명의 내용, 위 발명들은 3G+ 단말기의 수많은 기능을 뒷받침하는 다수의 부품 중 통신칩에만 관계될 뿐만 아니라 통신칩에 적용된 GSM이나 LTE 기술과는 무관하고 WCDMA 기술규격 중에서도 극히 일부와만 관계되는 점과 함께, 3G+ 단말기 매출에서는 사업자의 상표, 인지도, 지위, 명성 등에서 비롯하는 고객흡인력, 디자

한국타이어 래디얼타이어용 스틸코드 직무발명 사건에서도 “대상 특허 발명 이외에 피고가 타이어 제품과 관련하여 출원 또는 등록한 특허만 하더라도 약 2,000여 개”에 이르는 점을 감안하여 실시료율을 0.5%로 책정하였다.

3. 복잡제품에서 부품을 기준으로 기여도를 산정하는 방법

여러 개의 기술이 적용된 복잡제품에 대상 직무발명이 적용된 경우, 그 직무발명이 적용된 부품을 기준으로 기여도를 산정하는 방식이 계산의 편의의 측면에서 선호되어야 한다. 전체 제품을 기준으로 계산과 부품을 기준으로 한 계산이 동일한 값을 산출할 수 있을지라고 후자가 계산에서 훨씬 편리하다. 제품이 100만원이고 부품이 10만원이 상황에서 제품에 약 1,000개의 특허가 적용되고 부품에 약 100개의 특허가 적용된 상황에서 1,000개의 특허를 분석하는 작업보다 100개의 특허를 분석하는 작업이 훨씬 쉬운 점은 자명하다.

10만원 가치의 부품에 특허가 100개 적용되고, 원고의 특허가 2개 적용된 경우, 원고 특허 2개의 100개 특허 중 기여도를 구하는 작업이 관건이 되어야 한다. 그 와중에 원고가 원고의 특허가 다른 98개 특허에 비하여 특별히 중요하다는 점을 증명하지 못하면, 법원은 $2\%(2 \div 100)$ 의 기여도를 책정할 수 있을 것이다.

4. 단순제품에서 전체 제품을 기준으로 기여도를 산정하는 방법

단순제품에는 적용된 기술의 수가 많지 않으므로, 이 경우, 전체 제품을 기준으로 그 제품에 적용된 기술의 수, 원고가 창출한 직무발명의 수, 그 직무발명의 중요도 등을 감안하여 기여도를 책정할 수 있을 것이다.

인의 우수성, 홍보 및 마케팅 활동 등 비기술적인 요소 역시 기여하는 점 등의 사정을 보태어 보면, 합리적이고 상당한 통상 실시료율은 제1특허발명이 0.007%, 제2특허발명이 0.003%로 ...”).

5. 무관한 요소

기여도를 산정하면서 기여도와 무관한 요소를 고려하는 오류를 범하지 않아야 한다. 삼성디스플레이 새로운 액정구동방법을 갖는 액정표시장치에 관한 직무발명 사건에서¹²⁸⁾ 법원은 기여도를 5%로 책정하면서 ① 대상 발명은 LCD 완성품의 극히 일부의 구성에만 관련된 점, ② 피고 제품의 매출액 중에는 대상 발명과는 무관한 피고의 시장에서의 지위, 명성, 피고 제품의 인지도, 대상 발명 외의 품질이나 기능 등에 의해 발생한 부분도 포함되어 있다는 점을 고려하였는데, 위 ②요소는 기여도와 무관한 것이었다.¹²⁹⁾

6. 적용된 기술의 수 v. 적용된 (살아 있는) 직무발명의 수

기여도를 산정하면서 제3자의 기술을 license-in 한 기술은 고려하지 않아야 한다. 그 기술에 지불된 실시료는 비용으로 반영되기 때문이다. 또, 여러 다른 기술 중 특허권 존속기간이 만료되어 이미 공중의 기술이 된 것을 제외한다. 그래서, 제외할 기술의 수를 제외하고 유효한 기술의 수를 특정하는 것이 매우 중요한 작업이 된다.

7. 증명책임

원고는 하향식 산정방식을 선호하지 않는다. 즉, 원고는 전체 제품 또는 적어도 부품을 기준으로 기여도를 산정하기를 원할 것이다. 반면에 피고는 하향식 산정방식에 따른 산정을 주장할 것이다. 원고가 보상금의 액수를 증명하여야 한다는 원칙에 따라 원고가 하향식 산정방식을 적용하지 않아야 할 이유를 증명하고, 그 증명에 성공하면 제품 또는 부품을 기준으로 하는 원고가 선호하는 방식을 적용하고, 그 증명에 실패하면

128) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결.

129) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결①요소는 기여도에 관한 것이나, ②요소는 기술기여계수에 관한 것이어서 기여도와는 무관한 것이었다.

해당 제품 또는 부품에 적용된 특허기술의 수를 나누는 방식을 적용하여야 할 것이다.

8. 고객관심

특허권 침해에 대한 손해배상액 사건에서 기여도를 산정하면서 고객관심을 반영할 필요가 있듯이 직무발명보상금 사건에서 기여도를 산정하면서도 고객관심을 반영할 필요가 인정된다. 원고가 고객관심을 증명하는 경우 법원은 해당 직무발명의 기여도를 그 정도에 맞추어 상향할 수 있을 것이다.

VII. 결론

이 글은 직무발명보상금 청구소송에서 해당 직무발명의 기여도를 산정하는 현행 법리를 살펴보고 그 법리의 문제점을 지적하였다. 가장 큰 문제점은 기여도를 실시료율, 독점권기여율 등을 책정하면서 적당히 반영하는 실무이다. 기여도를 다른 요소와 섞어서 산정하는 방법을 일본의 한 논문은 ‘잡탕식’ 산정방법이라고 강하게 비판한 바 있다. 기여도는 다른 요소의 산정과는 별도로 산정되어야 하며, 특히, 복잡제품에서는 반드시 별도로 산정되어야 한다. 기여도가 별도로 산정되지 못하여 온 가장 중요한 이유로는 학계에서 그럴듯한 산정방법을 제시하지 못한 책임이 지적될 수도 있다.

기여도 산정법리를 제시한 일본의 몇 개 선행자료를 살펴보았는데, 그 자료들이 제시한 방법은 지나치게 복잡하며, 세부적으로 단계단계마다 이견과 논쟁을 유발할 수 있다고 보았다. 무엇보다도 결과적인 보상금액수가 1억원 이하인 사건이 과반수인 상황에서 지나치게 복잡한 산정방법은 애용되기는 고사하고 시험적으로라도 채택되기도 어렵다. 이 글은 비교적 단순한 산정방법을 제안한다.

그를 위해, 필자가 선행논문에서 주장한 특허권침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 산정법리와 최근 표준필수특허의 기여도를 산정하면서 자주 사용되는 하향식 산정방식을 살펴보았다. 표준필수특허에서 실시료과적(royalty over-stacking)의 문제를 해결하기 위하여 적용된 전체 표준필수특허의 수 대비 원고가 보유한 표준필수특허의 수의 비율을 기여도로 보는 하향식 산정방식이 직무발명보상금 산정의 장면에서도 적용될 수 있다고 보았다. 표준필수특허에서 실시료과적의 문제가 우려되듯이 직무발명보상금에서도 보상금과적의 문제가 우려된다. 그런 점에서 하향식 산정방식이 직무발명보상금 산정과 어울리는 것이다.

전체 제품을 기준으로 하여 그것에 기여도를 곱하는 방식과 해당 부품을 기준으로 하여 그것에 기여도를 곱하는 두 방식 모두 근본적으로 틀린 것은 아니다. 그러나, 복잡제품의 경우 전체 제품을 기준으로 하는 경우 계산이 복잡해지는 단점이 예상된다. 그러므로 복잡제품에서는 해당 부품을 기준으로 하는 방식이 선호되어야 한다. 단지 몇 개의 직무발명만이 적용된 단순제품에서는 전체 제품을 기준으로 하여도 무방할 것이다.

기여도를 산정하면서 기여도와 무관한 요소를 같이 고려한 판례가 많이 발견되었다. 그러한 오류는 기여도, 실시료율, 독점권기여율 등에 대한 정확한 이해의 부재에서 비롯된 것이다. 기여도는 ‘기술’기여도의 줄인 말이므로 기술과 무관한 요소는 기여도에서 고려되지 않아야 한다. 그러한 비기술요소의 해당 매출에의 영향은 다른 장면에서 반영되어야 하고 그러므로 기여도에서는 전혀 고려되지 않아야 한다.

(논문투고일: 2019.05.29, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 정차호 · 문려화

직무발명, 직무발명보상금, 회사의 이익, 기여도, 하향식(to p-down) 산정방식

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 주현재·정차호·문려화, “특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재”, 「지식재산연구」 제13권 제1호, 지식재산연구원, 2018.
- 정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도 (apportionment ratio) 산정 법리”, 「정보법학」 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017.
- 정차호·장태미, “특허권침해 손해배상액 산정의 기초(base): 전체시장가치원칙, 최소판매가능부품원칙 및 기여도배분원칙의 상황별 적용”, 「법학연구」 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 한국특허법학회 편, 「직무발명제도 해설」, 박영사, 2015.

II. 해외 문헌

- 萠優美, 「改訂工業所有權法解説〔四法編〕」, ぎょうせい, 1982.
- 飯村敏明·設樂隆一 編著, 「知的財産關係訴訟(リーガル・プログレッシブ・シリーズ3)」, 青林書院, 2008.
- 田村善之·山本敬三 編, 「職務發明」, 有斐閣, 2005.
- 田村善之, “使用者が職務發明を自己実施している場合の『使用者等が受けるべき利益の額』の算定手法について－実施許諾を併用している場合の処理－”, 「知的財産法政策学研究」 Vol. 27, 2010.
- 竹田稔, 「知的財産権侵害要論」 第5版, 發明協會, 2007.
- 北村博, “企業内發明者の動機づけとしての金銭的処遇および非金銭的処遇に関する研究”, 千葉商科大学大学院政策研究科博士學位論文, 2016.
- 北村博, “職務發明に係わる特許の寄与率と実施料: 現状と検討”, CUC policy studies review, 2012.
- 中西淳, “寄与率の参酌”, 大阪弁護士会 知的財産法実務研究会編, 「知的財

産権・損害論の理論と実務」, 「別冊NBL」 No. 139, 株式会社商事法務, 2012.

窪田充見, “被害者の素因と寄与度概念の検討不法行為法上の損害賠償額決定過程についての一考察”, 「判例タイムズ」 558号 臨時増刊, 1985.

特許第2委員会第1小委員会, “特許が製品の一部にかかわる場合の損害賠償額の算定について—特許法102 条における寄与率等の概念と主張のあり方に関する考察—”, 「知財管理」 Vol. 59 No. 11, 日本知的財産協会, 2009.

特許庁, “標準必須特許のライセンス交渉に関する手引き”, 2018年6月5日. 日本知的財産仲裁センター, “「事業に対する特許の貢献度評価」 の実用化研究について”, 2015.

正木美穂子, “意匠の寄与率に関する事例研究”, 「パテントメディア」 第106号, 2016.

江藤聡明, “特許請求の範囲の記載の仕方と寄与率と損害額—損害額算定の基礎、クレーム記載の発明の本質、寄与率の相関関係”, 「発明の本質」 第4部, 栄国際特許事務所, 2006.

金田重郎・千保卓也, “大規模アプリケーションシステムにおける特許の実施料率について”, 「パテント」 Vol. 55 No. 5, 2002.

American Law Reports, *Factors to be considered in determining a “reasonable royalty” for purposes of calculating damages for patent infringement under 35 U.S.C.A. § 284*, 66 A.L.R. Fed. 186 (1984).

Anne-Layne Farrar, *The Patent Damages Gap: An Economist's Review of U.S. Patent Damages Apportionment Rules*, April 4, 2017.

Anne-Layne Farrar, *The Practicalities and Pitfalls of the Smallest Saleable Patent Practicing Unit Doctrine: A Review of Teece and Sherry*, les Nouvelles, December 2016.

Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, *Patent Value Apportionment Rules for Complex, Multi-Patent Products*, 27 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 763 (2011).

- David Franklyn & Adam Kuhn, *The Problem of Mop Heads in the Era of Apps: Toward More Rigorous Standards of Value Apportionment in Contemporary Patent Law*, 98 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 182 (2016).
- Eric E. Bensen, *Apportionment of Lost Profits in Contemporary Patent Damages Cases*, 10 Va. J.L. & Tech. 8 (2005).
- Eric E. Bensen & Danielle M. White, *Using Apportionment to Rein in the Georgia-Pacific Factors*, 9 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 1 (2007-2008).
- Fei Deng, Gregory K. Leonard, Mario A. Lopez, *Comparative Analysis of Court-Determined Frand Royalty Rates*, Antitrust, Summer 2018.
- Imran Khaliq, Sean D. Whaley, *You Infringe, So Now What? \$368 Million Jury Damages Patent Award Nixed for Failure to Apportion*, 26 No. 12 Intell. Prop. & Tech. L.J. 14 (2014).
- J. Gregory Sidak, *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809 (2016).
- Jaimeson Fedell, *A Step in the Right Direction: Patent Damages and the Elimination of the Entire Market Value Rule*, 98 Minn. L. Rev. 1143 (2014).
- Jason R. Bartlett & Jorge L. Contreras, *Rationalizing Frand Royalties: Can Interpleader Save the Internet of Things?*, 36 Rev. Litig. 285 (2017).
- John W. Schlicher, *Measuring Patent Damages by the Market Value of Inventions--the Grain Processing, Rite-Hite, and Aro Rules*, 82 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 503 (2000).
- Jonathan D. Putnam, *Economic Determinations in "Frand Rate"-Setting: A Guide for the Perplexed*, 41 Fordham Int'l L.J. 953 (2018).
- Jonathan Putnam and Tim Williams, *The Smallest Salable Patent-Practicing Unit (SSPPU): Theory and Evidence*, Working Paper, 2016.
- Jonathan T. Tomlin & David R. Merrell, *The Accuracy and Manipulability of Lost Profits Damages Calculations: Should the Trier of Fact Be "Reasonably Certain?"* 7 Transactions: Tenn. J. Bus. L. 295 (2006).
- Josh Friedman, *Apportionment: Shining the Light of Day on Patent Damages*, 63 Case W. Res. L. Rev. 147 (2012).
- Karen D. McDaniel & Gregory M. Ansems, *Damages in the Post-Rite Hite Era: Convoyed Sales Illustrate the Dichotomy in Current Damages Law*, 78 J. Pat

- & Trademark Off. Soc'y 461 (1996).
- Kirti Gupta, *Technology Standards and Competition in the Mobile Wireless Industry*, 22 Geo. Mason L. Rev. 865 (2016).
- Kristen Jakobsen Osenga, *Ignorance over Innovation: Why Misunderstanding Standard Setting Organizations Will Hinder Technological Progress*, 56 U. Louisville L. Rev. 159 (2018).
- Marcus Schönknecht, *Determination of Patent Damages in Germany*, IIC, Volume 43 (2012).
- Marion B. Stewart, *An Economic Approach to the "Balance of Hardships" and "Public Interest" Tests for Preliminary Injunction Motions in Patent Infringement Cases*, SF18 ALI-ABA.
- Mark A. Lemley, Professor, Stanford Law School, Panel 2 at the Federal Trade Commission Hearing at the University of California: *The Evolving IP Marketplace* 216 (May 5, 2009).
- Mark S. Holmes, *Patent Licensing: Strategy, Negotiation, Forms* § 4.6.4. (2007).
- Mark Schankerman, *How Valuable Is Patent Protection? Estimates by Technology Field*, 29 RAND J. Econ. 77 (1998).
- Matthew C. Holohan, *Making Sense of Apportionment in Patent Damages: Strategy in the Face of Uncertainty*, Colo. Law, July 2015.
- Michael Trimborn, *Employees' Inventions in Germany*, Wolters Kluwer, 2009.
- Ned L. Conley, *An Economic Approach to Patent Damages*, 15 AIPLA Q.J. 354 (1987).
- Patrick J. Flinn, *Handbook of Intell. Prop. Claims & Remedies*, s. 6.04, Aspen Publishers (2017).
- Steven M. Amundson, *Apportionment and the Entire Market Value Rule Have Presented Problems in Practice When Determining the Value of a Patented Invention*, 23 Tex. Intell. Prop. L.J. 1 (2014).
- Zelin Yang, *Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages*, 29 Berkeley Tech. L.J. 647 (2014).

Abstract

The Employee Inventions Apportionment Ratio Calculation Jurisprudence in Calculating Employee Invention Remuneration

Chaho JUNG*

WEN LIHUA**

This Article has studied the jurisprudence to apply apportionment ratio in calculating employee invention remuneration. The results of the study are as the followings. Firstly, the biggest problem in Korean and Japanese practices is that a so called “mixed” calculation method is often applied, under which an apportionment ratio is mixed and calculated with other factors in calculating royalty rate and/or excessive sales rate. Because of such mixed and inadequate calculation, an apportionment ratio is not properly reflected and apportionment ratio jurisprudence has not developed. This Article emphasizes importance of a separate calculation of an apportionment ratio. Especially, if the product at issue is a complex product, an apportionment ratio should be calculated separately. Secondly, this Article, to seek a reasonable apportionment ratio calculation method in calculating employee invention remuneration, has analyzed the apportionment ratio jurisprudence in damages calculation in a patent infringement suit and the top-down calculation method used for calculating apportionment ratio of a standard essential patent. In addition, a few more methods introduced in Japanese precedent studies have been scrutinized. I have concluded that such

Japanese methods do not have such a possibility to be applied in practice, and that the former two methods could be exploited. Thirdly, as a top-down calculation method is appropriate to solve the problem of royalty over-stacking in a standard essential patent, in an employee invention as well top-down calculation method is appropriate to solve the problem of remuneration over-stacking. Therefore, such a method shall be applied, under which number of other effective technologies applied in the product at issue is being compared with number of employee inventions of the plaintiff, and comparative importance of the employee inventions would be considered. Fourthly, in a situation where a top-down calculation method is not appropriate, the court may, under given fact pattern, choose either (1) a total product is being a starting point and an apportionment ratio is applied to it or (2) a component to which the employee invention was applied is being a starting point and an apportionment ratio is applied to it. Naturally, for a complex product, a component shall be a starting point and an apportionment ratio would be multiplied thereof. Fifthly, there have been many cases where irrelevant factors have been considered in calculation an apportionment ratio. Such errors should not be repeated. Especially, an apportionment ratio is a matter regarding technology, such non-technological matters should not be considered in apportionment ratio calculation.



▶ Chaho JUNG • WEN LIHUA

Employee invention, Employee invention remuneration,
Company's profit, Apportionment ratio, Top-down
calculation method

‘폐기물 투기 등으로 인한 해양오염방지협약’상 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토*

이 길 원**

【목 차】

I. 서론	III. 런던협약과 런던의정서 상 환경 영향평가제도에 대한 국제법적 검토
II. 런던협약과 런던의정서 상 환경 영향평가제도의 주요내용	1. 보편적 형태의 환경영향평가 절 차 구비
1. 런던협약 상 환경영향평가 관 련 주요내용	2. ‘공중 참여’를 통한 평가의 객관 성 보장
2. 런던의정서 상 환경영향평가 관련 주요내용	3. 준수 절차의 확립
3. ‘해양 비옥화’ 활동에 대한 환 경영향평가 관련 주요내용	IV. 결론

【국 문 요 약】

많은 국가들은 투기에 의한 해양오염을 규제하기 위해 국제적인 차원에서 대응이 필요하다는 점을 인식하고 1972년 ‘폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 협약(런던협약)’을 채택하였다. 그리고 1996년 동 협약을 현대화하고 궁극적으로 대체하기 위해 ‘폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 1972년 협약에 대한 1996년 의정서(런던의정서)’를 채택하였다.

런던협약과 런던의정서에서는 사전주의원칙, 오염자비용부담원칙, 환경영향평가의무 등 당사국이 준수하여야 할 국제법 그리고 국제환경법상의 일반원칙을 규정하고 있다. 이 중 환경영향평가의무는 상당히 주목할 만 한데, 런던협약과 런던의정서 그리고 관련 문서에서 환경영향평가의 절차와 내용을 비교적 구체적으로 기술하고 있기 때문이다. 환경영향평가

* 충남대학교 국외파견 지원을 받은 논문임을 밝힙니다.

** 충남대학교 법학전문대학원 부교수

란 인간의 계획된 활동이 환경에 미치는 영향에 대하여 평가하는 절차를 말한다. 환경오염이 발생한 후의 사후적인 대응보다 사전에 오염을 방지하려는 차원에서 평가를 실시하는 것이다. 오늘날 환경영향평가는 국내 법률체계 내에서 뿐만 아니라 UN해양법협약 등 여러 국제조약에서 국가의 의무로 받아들여지고 있다.

최근 UN 총회에서 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 UN해양법협약상 법적 구속력 있는 국제 법률문서('BBNJ 법률문서')를 개발하기로 결정하였는데, 이와 관련하여 환경영향평가제도 도입에 관한 논의가 주요이슈 중 하나로 제기되고 있다. 관할권 이원지역에서 발생하는 투기에 의한 해양오염도 런던협약과 런던의정서의 적용대상이 되기 때문에 양 문서는 향후 동 법률문서가 개발되는 과정에서 중요하게 검토될 것으로 보인다.

따라서 본 연구는 런던협약과 런던의정서 상의 폐기물 투기와 관련한 환경영향평가 절차와 해양 비옥화 활동과 관련한 환경영향평가 절차에 대해 국제법적인 관점에서 검토하여 향후 환경보호와 관련한 국제문서상 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요하게 고려 또는 반영되어야 하는 요소들이 무엇인지 확인하고자 한다.

I. 서론

인류는 산업화 우선정책에 따라 인구 증가로 인한 필요 상품의 수요를 충족시켰으나 동시에 인간 활동에 의해 발생하는 폐기물이 기하급수적으로 증가하였다. 이에 많은 국가들은 바다를 폐기물 투기장소로 이용하여 왔다. 폐기물을 소각하거나 매립하는 등 육상에서의 폐기물 처리가 가능하긴 하였지만, 매립 후 발생하는 침출수로 인한 지하수·토양 오염과 소각 시 발생하는 다량의 이산화탄소 배출을 막기에 충분치 않았기 때문에 바다를 투기장소로 선택한 것이다. 하지만 바다도 오염되는 것은 마찬가지이다. 바다에서는 오염 원인에 대한 식별이 어렵고, 해수의 순환 특성으로 인해 오염원별로 치유한다 해도 회복이 쉽지 않다. 폐기물을 동화

하여 무해하게 하는 해양의 정화능력과 천연자원을 재생시키는 능력 또한 무한하지 않다.

많은 국가들은 투기에 의한 해양오염을 규제하기 위해 국제적인 차원에서 대응이 필요하다는 점을 인식하였고, 그 결과 1972년 ‘폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 협약(런던협약)’을 채택하였다.¹⁾ 그리고 1996년 동 협약을 현대화하고 궁극적으로 대체하기 위해 ‘폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 1972년 협약에 대한 1996년 의정서(런던의정서)’를 채택하였다.²⁾ 2019년 3월 1일을 기준으로 87개국이 런던협약 당사국으로 가입되어 있으며, 51개국이 런던의정서의 당사국으로 가입되어 있다. 우리나라도 1993년과 2009년에 각각 런던협약과 런던의정서에 가입하였다. 동 협약과 의정서는 체약당사국들로 하여금 해양환경에 피해를 주고, 합법적인 바다 이용에 방해가 되는 폐기물의 투기를 하지 못하도록 필요한 조치를 취할 것을 기본적으로 요구하고 있다.

런던협약과 런던의정서에서는 사전주의원칙, 오염자비용부담원칙, 국가간 또는 지역적 협력의무, 손해에 대한 국가책임의무, 환경영향평가(environmental impact assessment)의무 등 당사국들이 준수하여야 할 국제법 그리고 국제환경법상의 일반원칙을 규정하고 있다. 이 중 환경영향평가의무는 상당히 주목할 만한데, 런던협약과 런던의정서 그리고 관련 문서에서 환경영향평가의 절차와 내용을 비교적 구체적으로 기술하고 있기 때문이다. 환경영향평가란 인간의 계획된 활동이 환경에 미치는 영향에 대하여 평가하는 절차를 말한다. 환경오염이 발생한 후의 사후적인 대응보다 사전에 오염을 방지하려는 차원에서 평가를 실시하는 것이다. 오늘날 환경영향평가는 국내 법률체계 내에서 뿐만 아니라 ‘UN해양법협

1) Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Waste and Other Matter, Dec. 29, 1972, 26 U.S.T. 2403, 1046 U.N.T.S. 138 [이하 ‘런던협약’].

2) 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Nov. 7, 1996, 36 I.L.M. 1 (1997) [이하 ‘런던의정서’]. 런던협약은 더 이상의 개정이 불가하여 새로운 종류의 활동을 규제할 수 없는 반면, 런던의정서는 개정이 가능하여 2006년 기준에 조건부로 허용된 7개의 투기 물질 이외에 지중저장용 이산화탄소를 추가한 바 있다. 김정은, “해양지구공학 활동 관리를 위한 런던의정서 관할권 확장의 국제기구법적 타당성에 관한 소고”, 『대한국제법학회논총』, 제58권 제1호 (2013), p.72.

약’, ‘기후변화협약’ 등 여러 국제조약에서 국가의 의무로 받아들여지고 있다.³⁾

최근 UN 총회에서 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 UN해양법협약상 법적 구속력 있는 국제 법률문서(BBNJ 법률문서)를 개발하기로 결정하였는데, 이와 관련하여 환경영향평가제도 도입에 관한 논의가 주요이슈 중 하나로 제기되고 있다.⁴⁾ 관할권 이원지역에서 발생하는 투기에 의한 해양오염도 런던협약과 런던의정서의 규제대상이 되기 때문에 양 문서는 향후 BBNJ 법률문서를 개발하는 과정에서 중요하게 검토될 것으로 보인다.

따라서 본 연구는 런던협약과 런던의정서 상 폐기물 투기활동에 대한 환경영향평가제도와 동 협약과 의정서 체약당사국회의의 결의에 따라 제시된 ‘해양 비옥화(ocean fertilization)’ 활동에 대한 환경영향평가제도의 주요내용을 검토하고자 한다. 구체적으로 기존의 국제문서에서 제시되고 있는 환경영향평가제도와 어떤 차이를 보이는지 등을 분석하여 향후 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요한 지침이 될 만한 요소들이 무엇인지 확인하고자 한다.⁵⁾ 지구 온난화를 감소시키기 위해 해양 비옥

3) United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, December 10, 1982, 21 ILM 1261 (1982), in force November 16, 1994, 제206조 [이하 ‘UN해양법협약’]; United Nations Framework Convention on Climate Change FCCC/Informal/84 GE.05-62220 (E) 200705, 제4조 1항 (f) 참조. 국제해양법재판소에서 환경영향평가의무가 유엔해양법협약상의 국가의무일 뿐만 아니라 국제관습법상의 일반적 의무임을 확인한 바 있다. Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Responsibilities and Obligation of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, Case No. 17 (1 February 2011), p.44, para. 145.

4) United Nations General Assembly, Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction, G.A. Res. 69/292, U.N. Doc. A/RES/69/292 (Jul. 6, 2015). 국가관할권 이원지역에서의 환경영향평가절차 도입에 관한 자세한 논의는 Robin Warner, “Environmental Assessment in Marine Areas Beyond National Jurisdiction”, Research Handbook on International Marine Environmental Law (Rosemary Rayfuse ed., 2015), p. 291 참조.

5) London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.1(2008) on the Regulation of Ocean Fertilization, The Thirtieth Meeting of the Contracting Parties to the London Convention and the Third Meeting of the Contracting Parties to the London Protocol, P8, LC 30/16 (Oct. 31, 2008) [이하 ‘2008년 결의’].

화와 같은 지구공학적 해결에 대한 기대가 확대되고 있는 오늘, 해양 비옥화 활동의 이행 요건으로서 실시되는 환경영향평가에 대한 연구는 특히 상당한 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

II. 런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가제도의 주요내용

1. 런던협약 상 환경영향평가 관련 주요내용

런던협약은 인간의 활동으로부터 해양환경을 보호하기 위하여 채택된 첫 다자협약이다. 모든 해양오염원을 효과적으로 규제하고, 실행 가능한 최선의 수단을 이용하여 폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염을 방지하는데 그 도입 목적을 두고 있다.⁶⁾ 런던협약의 지리적 관할 범위는 국가의 내수를 제외한 모든 수역이다.⁷⁾ 따라서 국가 관할권 이원 지역도 동 협약의 규율대상에 포함된다. 해저광물자원의 탐사·개발 및 이에 따른 해상 가공으로부터 직접적으로 발생하거나 또는 그와 관련된 폐기물이나 그 밖의 물질에 대한 처리는 런던협약의 적용대상이 아니다.⁸⁾ 유엔 산하 국제심해저기구(International Seabed Authority)에서 관할하기 때문이다.⁹⁾

6) The London Convention and Protocol: Their Role and Contribution to Protection of the Marine Environment, International Maritime Organization, No. 4 (2012) [이하 ‘IMO 런던협약/의정서 소개 책자’], <http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/22780LDC%20Leaflet%20without%2040%20Anniv%20logo2012Web1.pdf> (2019년 3월 1일 확인). 바다의 유엔현장으로 불리는 UN해양법협약에서도 회원국들로 하여금 국제적으로 합의된 규칙, 기준 및 권고관행과 절차를 고려하여 강, 하구, 관선 및 배출시설을 비롯한 육상오염원에 의한 해양환경오염을 방지, 경감 및 통제하기 위해 법령을 제정할 것을 요구하고 있다. 아울러, 국제기구나 외교회의를 통하여 육상오염원에 의한 해양환경 오염을 방지, 경감 및 통제하기 위한 세계적·지역적 규칙, 기준 및 권고관행과 절차를 확립하기 위해 노력할 것을 요한다. UN해양법협약 제207조 1항과 4항.

7) 런던협약 제3조 3항.

8) 런던협약 제3조 1항의 (다).

9) UN해양법협약은 인류의 공동유산(common heritage of mankind)인 심해저 자원 개발을 통해 세계경제의 건전한 발전과 국제무역의 균형 잡힌 성장을 촉진하기 위해 동 협약 당사국을 회원국으로 하는 국제심해저기구를 설립하였다. UN해양법협약 제156조와 제157조. UN해

런던협약은 폐기물 투기와 관련하여 금지되는 대상과 허용이 되는 대상을 나누어 동 협약 부속서에 제시하고 있다. 수은과 수은화합물, 원유 등 부속서 1에 열거된 폐기물이나 그 밖의 물질의 투기를 금지하며, 납, 구리, 아연 등 부속서 2에 열거된 폐기물이나 그 밖의 물질의 투기에 대해서는 사전의 특별허가증(prior special permit) 발급을 전제로 허용하고 있다. 부속서 1과 2에 열거되지 않은 그 밖의 다른 모든 폐기물이나 물질의 투기와 관련하여서도 사전의 일반허가증(prior general permit) 발급을 전제로 허용하고 있다.¹⁰⁾

상기 모든 허가증은 부속서 3의 나항 및 다항에서 규정하고 있는 투기장소의 특성에 대한 사전연구를 포함하여 부속서 3에서 규정하고 있는 모든 요소를 신중히 검토한 후 발급하도록 하고 있다.¹¹⁾ 구체적으로 폐기물이나 물질 투기에 대한 허가증 발행을 결정하는 기준을 수립하는데 있어 검토해야 할 사항으로 ① 해양생물 및 인간건강에 대한 물질의 영향을 평가하는데 있어 투기되는 물질의 특성과 성분에 대한 과학적 근거의 충분성, ② 투기구역에서 행하여진 다른 투기의 존재여부와 영향 등을 포함한 투기장소의 특성과 처분방법, ③ 해양생물 및 어·패류의 양식에 미칠 수 있는 영향이나 대안으로서 해양환경에 덜 유해하도록 처리하는 투기 방법과 그 이용 가능성 등이 포함된다.¹²⁾ 이처럼 투기활동에 대한 환경평가가 이루어진 후, 체약당사국이 지정한 적절한 당국에 의해 특별 허가증 또는 일반허가증은 발급될 수 있다.

2. 런던의정서 상 환경영향평가 관련 주요내용

1996년 런던의정서는 런던협약을 현대화하고 궁극적으로 대체하기 위해 채택되었다.¹³⁾ 런던의정서 체약당사국으로서의 지위를 획득하는 경

양법협약상 심해저 개발과 운영에 관한 자세한 내용은 김정건 외 3인, “국제법”, (박영사, 2010), pp.478-486 참조.

10) 런던협약 제4조 1항과 부속서 1과 2. 런던협약의 어떠한 규정도 어느 체약당사국이 자기 나라에 대하여 부속서 1에 열거되지 아니한 폐기물이나 그 밖의 물질의 투기를 금지하는 것을 저지하는 것으로 해석되지 아니한다. 런던협약 제4조 3항.

11) 런던협약 제4조 2항.

12) 런던협약 부속서 3 참조.

우, 다른 체약당사국들과 사무국으로부터 해양오염 통제 활동과 관련한 다양한 지원을 받을 수 있다. 당사국 연례회의와 과학조사위원회의 연례 회의에 접근할 수 있는 기회가 주어지는 등 폐기물 투기 활동의 규제에 대한 다른 당사국들의 경험도 공유할 수 있게 되어 높은 수준으로 해양 수질을 관리할 수 있다.¹⁴⁾

2006년 3월 24일에 발효된 런던의정서는 부속서 1에 열거된 물질을 제외한 모든 폐기물이나 그 밖의 물질의 투기를 금지하는 이른바 ‘reverse list’ 방식을 도입하고 있다.¹⁵⁾ 준설물질, 하수오니, 생선폐기물이나 산업적 생선가공공정에서 발생하는 물질, 선박 및 플랫폼 또는 그 밖의 인공해양구조물, 불활성 무기지질물질, 천연기원의 유기물질 그리고 강철, 철, 콘크리트 및 이와 유사한 무해한 물질 등이 부속서 1에서 열거하고 있는 투기를 고려할 수 있는 폐기물 또는 그 밖의 물질에 해당한다. 물론 이러한 물질의 투기는 허가를 필요로 한다. 체약당사국은 허가 여부와 관련하여 부속서 2의 규정들을 준수하도록 행정적·법적 조치를 수립하여야 하며, 특히 환경적으로 선호되는 대안으로 투기를 피할 수 있는 방법이 있는지 고려하여야 한다.¹⁶⁾

부속서 2에서는 투기를 고려할 수 있는 폐기물이나 그 밖의 물질에 대한 평가 절차와 동 절차 상 검토되는 실질적인 기준들을 제시하고 있다. 구체적으로 발생된 폐기물의 유형, 분량 및 관련 위험과 폐기물 감축·방지 기술의 실행가능성 등을 포함하는 투기에 대한 대안 평가와 재사용, 현장외부 재활용, 유해성분의 파괴, 유해성분의 감축 또는 제거를 위한 처리, 육상·대기 및 해양 폐기 등과 같은 폐기물 관리 방안에 대하여 심의할 것을 요구하고 있다.¹⁷⁾ 화학적·물리적 및 생물학적 특성 등 해당 폐기물에 대한 특성을 상세히 규명하여 인간건강과 환경에 대한 잠재적 영향을 평가하여야 한다.¹⁸⁾ 그리고 인간건강 및 해양환경에 미치는 잠재

13) 런던의정서는 협약 당사국이면서 동시에 의정서 체약당사국 사이에서 협약을 대체한다. 런던의정서 제23조.

14) IMO 런던협약/의정서 소개 책자, op. cit.

15) 런던의정서 제4조 1항의 1.

16) 런던의정서 제4조 1항의 2.

17) 런던의정서 부속서 2의 2와 5.

18) 런던의정서 부속서 2의 7.

적 영향에 근거하여 대상 폐기물을 선별할 수 있는 장치를 제공하기 위해 국가별 행동목록(Action List)을 개발하여야 한다.¹⁹⁾

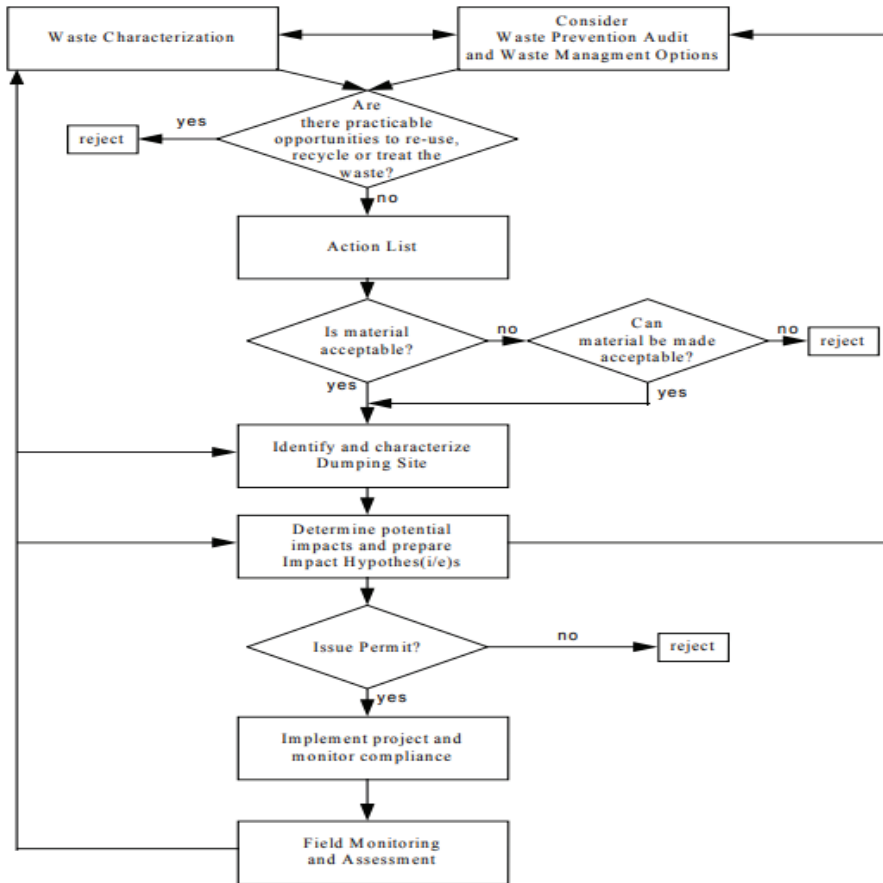
고려 중인 지역 내 위락 시설의 위치, 해양의 가치 및 다른 용도 등을 검토하여 투기장을 선정하고, 투기에 대한 잠재적 영향 평가를 실시하여야 한다. 이외에도 투기 허가 조건을 충족하고(이행 감시·compliance monitoring), 허가 발급 검토 과정 및 투기장 선정 과정에서 수립한 가정이 환경과 인간건강을 보호하기에 적합하고 충분한지를 검증하기(현장 감시·field monitoring) 위한 감시절차를 진행하고, 감시 결과 및 감시 계획의 목적에 기초하여 허가증에 대한 정기적인 재검토를 실시하여야 한다.²⁰⁾

폐기물 투기 규제에 대해 책임 있는 국내당국이 런던협약과 런던의정서의 규정과 일치하는 방식으로 투기에 대한 영향 평가를 진행할 수 있도록 '투기를 고려할 수 있는 폐기물이나 그 밖의 물질에 대한 평가에 관한 가이드라인(Guidelines for the Assessment of Wastes or Other Matter that May Be Considered for Dumping)'이 채택되기도 하였다. 동 가이드라인은 런던의정서 부속서 2에 제시되어 있는 투기를 고려할 수 있는 폐기물에 대한 평가 절차와 동 절차 상 검토되는 기준들을 구체화하고 있다.

19) 런던의정서 부속서 2의 9.

20) 런던의정서 부속서 2의 11, 12와 18.

<표1> 런던의정서 상 폐기물이나 그 밖의 물질에 대한 평가 절차



* 출처: Guidelines for the Assessment of Wastes or Other Matter that May Be Considered for Dumping

3. '해양 비옥화' 활동에 대한 환경영향평가 관련 주요내용

최근 기후변화 문제가 고도화됨에 따라 지구 온난화를 완화시키기 위해 기후체계에 인간이 인위적으로 개입하는 ‘지구공학(geo-engineering)’ 활동에 대한 관심이 높아졌다. 해양에 철, 인을 투여하는 등 해양에서의 일차 생산성을 자극하는 ‘해양 비옥화(ocean fertilization)’ 활동이 지구공학

의 대표적인 활동이라 할 수 있는데, 2008년 생물다양성협약(Convention on Biodiversity) 당사국 총회(Conference of Parties)에서 동 활동이 런던협약의 내용과 일치하는 방식으로 이루어져야 함을 인식하고,²¹⁾ 같은 해 런던협약과 런던의정서 체약당사국회의에서 결의를 통해 해양 비옥화 활동이 동 협약과 동 의정서의 적용범위에 포함된다는 점을 확인하였다.²²⁾ 지구공학 활동으로 대표되는 해양 비옥화 활동이나 ‘이산화탄소 포집 및 저장(Carbon Capture and Storage)’이 런던협약과 런던의정서의 범주에 포함될 수 있었던 가장 큰 이유는 동 의정서에서 규정하고 있는 해양 투기 활동으로 보는데 큰 무리가 없었기 때문이다.²³⁾²⁴⁾

2007년부터 런던협약 체제에서의 해양 비옥화 활동에 대한 규제 논의가 시작되었는데, 동 협약에 따라 설치된 ‘과학 그룹(scientific group)’은 해양 비옥화 활동이 런던협약과 런던의정서의 목적과 부합하는 방식으로 진행되어야 함을 권고하였으며, 체약당사국들은 앞서 언급한 2008년 결의를 통해 정당한 과학 연구 이외의 해양 비옥화 활동에 대해서는 허용하지 않는데 합의하였다.²⁵⁾ 해양 비옥화 활동으로 인정되는 정당한 과학 연구 활동은 런던협약 제3조 1항 (b)호의 (ii)와 런던의정서 제1조 4항의 2에서 제시하고 있는 ‘폐기가 아닌 다른 목적을 위한 물질의 배

21) Conference of Parties to the Convention on Biodiversity, Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at Its Ninth Meeting, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/16 (Oct. 9, 2008), para. (C) (4).

22) 2008년 결의, op. cit., para. 1.

23) 김정은, op. cit., pp.75-76. “이산화탄소 포집 및 지중저장(Carbon Capture and Storage: CCS)은 기후변화 경감을 목적으로 산업체가 배출하는 최종 이산화탄소량 또는 대기 중에 배출된 이산화탄소량을 감소시키기 위해 시행되는 지구공학 활동의 일종이다.” Id. p.72.

24) 런던의정서 제1조 4항의 1에서는 ‘해양 투기’와 관련하여 다음과 같이 정의 내리고 있다.
 “1. 선박·항공기·플랫폼 또는 그 밖의 해양인공구조물로부터 폐기물이나 그 밖의 물질의 고의적인 해양 폐기
 2. 선박·항공기·플랫폼 또는 그 밖의 해양인공구조물의 고의적인 해양 폐기
 3. 선박·항공기·플랫폼 또는 그 밖의 해양인공구조물로부터 폐기물이나 그 밖의 물질의 해저와 그 하층토 내 저장
 4. 고의적인 폐기만을 위한 플랫폼이나 그 밖의 해양인공구조물의 유지 또는 그 자리에서 쓰러뜨림”

25) 2008년 결의 전문에서 체약당사국들은 현재 해양 비옥화의 효과와 잠재적인 환경 영향에 대한 지식으로 정당한 과학 연구 이외의 활동을 정당화하기에는 충분하지 않다는 점을 확인하고 있다.

치’로 간주되어 해양투기로 보지 않는 것이다.²⁶⁾

2008년 결의에 따르면 해당 과학 연구 활동을 개시하기에 앞서 연구 계획서를 작성하여야 하는데, 과학 그룹에 의해 개발될 평가 체제(assessment framework)에 따른 계획서의 사안별(case-by-case) 평가가 요구되었다.²⁷⁾ 또한, 제안된 활동과 런던협약과 런던의정서 상의 목적이 일치하는지 여부를 검토하기 위한 일련의 장치 마련이 요구되었으며, 당사국회의의 합의 내용과 런던협약 부속서 III 또는 런던의정서 부속서 2의 내용 등 이용 가능한 최적의 지침에 대한 활용이 요구되었다.²⁸⁾

그리고 마침내 2010년 런던협약과 런던의정서 당사국회의에서 결의를 통해 ‘해양 비옥화와 관련한 과학연구에 대한 평가체제(Assessment Framework for Scientific Research Involving Ocean Fertilization)(2010년 평가체제)’가 채택되었다.²⁹⁾ 2010년 평가체제는 ‘초기평가(initial assessment)’와 ‘환경평가(environmental assessment)’ 등 두 단계로 나누어 환경영향평가를 실시할 것을 규정하였다. 초기평가 단계에서는 제안된 활동이 해양 비옥화 활동에 해당하는지와 과학적 특성을 가지고 있는지를 검토하여 2010년 평가체제의 적용대상인지 여부를 최종적으로 판단한다. 그리고 초기평가의 결과를 런던협약과 런던의정서의 사무국에 통보한다.³⁰⁾

환경평가 단계에서는 제안된 활동이 런던협약과 런던의정서의 목적에 반하지 않는지 살펴보는데, ‘문제 확정(problem formulation),’ ‘위치 선정과 기술(site selection and description),’ ‘노출 평가(exposure assessment),’ ‘영향 평가(effects assessment),’ ‘위험 특정(risk

26) 2008년 결의, op. cit., para. 3. 다만, 이러한 배치가 런던협약과 런던의정서의 목적에 반하지 아니하여야 한다. 런던협약 제3조 1항 (b)호의 (ii)와 런던의정서 제1조 4항의 2.

27) 2008년 결의, op. cit., para. 4.

28) 2008년 결의, op. cit., paras. 5-6.

29) London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.2(2010) on the Assessment Framework for Scientific Research Involving Ocean Fertilization, The Thirty-Second Consultative Meeting of the Contracting Parties to the London Convention and the Fifth Meeting of the Contracting Parties to the London Protocol, P1.2, LC 32/15 (Oct. 14, 2010), Annex 6, p.2 [이하 ‘2010년 평가체제’]. 2010년 평가체제는 2008년 결의의 적용범위에 포함되는 활동을 평가하기 위해 고안되었으며, 구체적으로 동 활동이 런던협약과 런던의정서 상의 목적에 반하지 아니하는 정당한 과학 연구에 해당하는지 등을 검토하는 장치로 활용되기 위해 도입되었다. 2010년 평가체제, op. cit., paras. 1.1-1.2.

30) 2010년 평가체제, op. cit., para. 1.7.

characterization)', '위험 관리(risk management)' 등 크게 여섯 가지의 단계로 나누어 평가를 진행한다. 구체적으로 '문제 확정' 단계에서 제안된 활동에 대해 기술하고 후속 평가절차의 범위를 설정하며, '위치 선정과 묘사' 단계에서는 제안된 위치의 물리적, 지질학적, 생물학적 조건 등을 묘사하는데 있어 필요한 정보를 확인한다. '노출 평가' 단계에서 관련 해양환경에 추가되거나 재배치되는 물체의 움직임을 기술하고, '영향 평가' 단계에서 해양 비옥화 활동에서 비롯되는 해양환경의 반응을 기술하는데 필요한 정보를 수집하며, '위험 특정' 단계에서 제안된 활동이 해당 환경에 미치는 부정적인 영향을 검토한다. 그리고 마지막 '위험 관리' 단계에서 '위험 특정' 단계에서 검토되었던 관련 위험요소들을 최소화하거나 관리할 수 있는 방안과 위험에 대한 구체 또는 적절한 감시절차의 이행방안을 검토한다.³¹⁾

초기평가와 환경평가를 모두 마친 후, 제안된 활동이 정당한 과학 연구 활동인지 그리고 런던협약과 런던의정서의 목적에 반하지 않는지 등을 종합적으로 검토하여 동 활동의 진행 여부를 최종적으로 결정한다. 평가 결과에 따라 활동이 진행되는 경우, 활동에 대한 지속적인 감시가 이루어지며 감시를 통해 수집된 정보는 향후 평가에 활용될 수 있도록 한다.

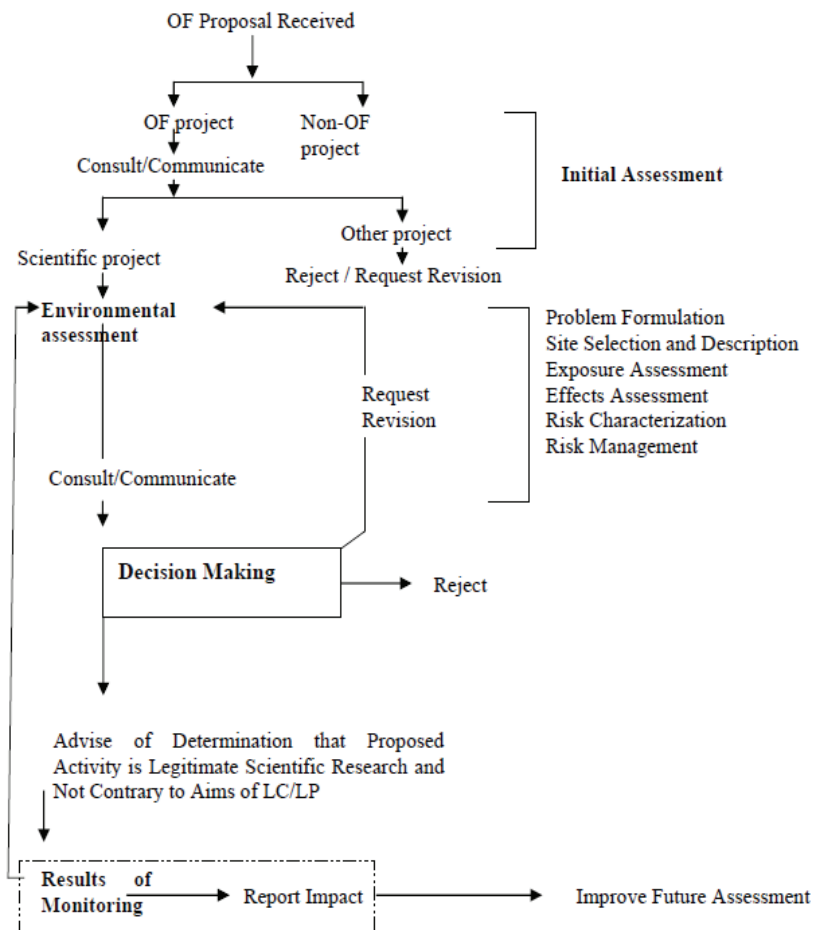
2013년 런던의정서 채택당사국회의에서는 런던의정서 개정과 관련한 결의안(2013년 결의안)이 채택되었는데, 해양 비옥화와 다른 지구공학 활동의 규제에 대한 내용을 보다 구체화하는 계기를 마련하였다.³²⁾ 동 결의안에서는 런던의정서 하 '부속서 4'를 신설하여 정당한 과학연구 활동으로 평가되는 해양비옥화 활동에 한해 허가증 발급이 고려될 수 있다는 점을 명확히 하였으며, 'Article 6bis'를 신설하여 지구공학 활동에 관한 일반적인 내용과 동 활동의 이행 전제로써 환경영향평가가 실시되어야 함을 규정하였다. '부속서 5'를 신설하여 협의, 잠재적 영향의 평가, 위험관리, 감시 등 평가의 절차적 내용을 구체화하기도 하였다. 2013년 결의안 전문에서 해양 비옥화 활동에 대한 환경영향평가와 관련하여

31) 2010년 평가체제, op. cit., para. 1.3.

32) London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.4(8) on the Amendment to the London Protocol to Regulate the Placement of Matter for Ocean Fertilization and Other Marine Geo-engineering Activities, LC 35/15, (Oct. 18, 2013) [이하 '2013년 결의안'].

2008년 결의와 2010년 평가체제의 관련성도 확인하고 있어 양 문서가 환경영향평가 시 함께 고려되어야 할 것으로 이해된다.

<표 2> 2010년 평가체제 하 해양 비옥화 관련 과학연구 활동에 대한 평가 절차



* OF = Ocean Fertilization (해양 비옥화)

출처: Assessment Framework for Scientific Research Involving Ocean Fertilization

III. 런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토

1. 보편적 형태의 환경영향평가 절차 구비

런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가 절차는 다른 국제문서에 따라 제공되는 환경영향평가절차와 상당 부분 유사한 면이 있다. 다시 말해, 동 협약과 의정서는 보편적인 형태의 환경영향평가 절차를 구비하고 있다고 평가할 수 있다. 일반적으로 환경영향평가는 ① 평가의 대상이 되는 활동인지를 결정하는 스크리닝(screening) 절차, ② 평가와 관련된 잠재적 영향이 무엇인지 그리고 대안(alternative)이 있는지 등을 검토하는 스코핑(scoping) 절차, ③ 영향에 대한 평가, ④ 평가 결과에 기초한 제안된 활동의 진행 여부 결정(decision-making) 그리고 ⑤ 감시(monitoring) 및 이행강제(compliance enforcement) 등의 절차로 진행된다. 이러한 절차는 지금까지 여러 국제문서에서 확인되어 왔으며, 2012년 생물다양성협약 당사국 총회에서 채택된 환경영향평가에 관한 자발적 지침(Voluntary Guidelines)이 그 대표적인 예라 할 수 있다.³³⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 런던협약 상의 환경영향평가 절차에 따르면, 투기되는 물질의 특성과 성분, 투기장소의 특성 그리고 투기장소에 서식하는 해양생물에 미치는 영향 등을 검토할 것이 요구되는데, 이는 허가증 발급의 대상이 되는 투기활동인지에 대한 ‘스크리닝’ 절차가 진행되는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 해양환경에 덜 유해한 투기방법이 있는지 고려하여야 한다는 점에서 대안을 검토하는 등의 일반적인 ‘스코핑’ 절차가 진행되는 것을 확인할 수 있다. 여기서 특기할 만한 것은 폐기물 투기와 관련하여 금지되는 대상과 허가증 발급을 전제로 허용되는 대상을 나누어 목록을 작성하고 있다는 점이다. 이는 환경영향평가의 대상이

33) Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Eleventh Meeting, Hyderabad, India, Marine and Coastal Biodiversity: Revised Voluntary Guidelines for the Consideration of Biodiversity in Environmental Impact Assessments and Strategic Environmental Assessments in Marine and Coastal Areas, Note by the Executive Secretary, UNEP/CBD/COP/11/23 (Aug. 21, 2012).

되는 활동들을 목록으로 작성한 ‘월경성환경영향평가협약(Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context)’과도 매우 흡사하다고 볼 수 있다.³⁴⁾

런던의정서 상의 환경영향평가 절차도 투기 대안에 대한 검토와 인간 건강 및 환경에 대한 잠재적 평가 등 스크리닝 절차와 스코핑 절차를 모두 구비하고 있으며, 허가증에 대한 정기적 재검토를 포함하여 투기 허가 조건의 충족 여부를 확인하는 감시절차도 마련하고 있다.

해양 비옥화 활동과 관련하여서도 앞서 살펴본 2010년 평가체제와 2013년 결의안에 따라 제안된 활동이 동 평가체제의 적용대상이 되는지 확인하고, 해당 환경에 미치는 영향이 무엇인지 검토하는 등의 스크리닝 절차와 스코핑 절차를 구비하고 있으며, 감시절차의 이행방안에 대해 검토한 후, 제안된 활동의 진행여부를 최종적으로 결정하는 의사결정 절차를 마련하고 있다. 2010년 평가체제에서 제공하고 있는 환경영향평가 절차와 관련하여 주목할 만 한 점은 ‘초기평가’와 ‘환경평가’ 등 두 단계로 나누어 환경에 미치는 제안된 활동의 영향을 평가한다는 것이다. 초기평가 단계에서의 검토를 통해 환경영향평가의 대상이 되는 활동에 한하여 ‘환경평가’ 단계에서 실질적인 검토를 진행하겠다는 것이다.

물론 런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가와 해양 비옥화 활동과 관련한 환경영향평가 모두 절차적으로 미흡한 부분도 분명 존재한다. 첫째, 스크리닝 절차는 해당 환경에 미치는 제안된 활동의 영향을 검토하여 평가대상 여부를 결정하는 과정인데, 런던협약과 런던의정서 그리고 해양 비옥화 활동과 관련한 문서에는 동 영향을 판단하는 기준이나 내용이 구체적으로 기술되어 있지 않다. 런던협약과 런던의정서는 폐기물 투기의 허가증 발행과 관련하여 단순히 해양생물 및 어·패류의 양식에 미칠 수 있는 영향을 평가하거나 인간건강과 환경에 대한 잠재적 영향을 평가하여 결정한다고 규정하고 있으며, 2010년 평가체제는 ‘영향에 대한 가설(impact hypothesis)’을 세워 해당 환경에 부정적인 영향을 줄 수 있는 가능성을 검토하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.³⁵⁾ 즉, 폐기물

34) Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Feb. 25, 1991, 1989 U.N.T.S. 310, in force Sept. 10, 1997, App. I.

35) ‘위험 특정’ 단계에서 ‘문제 확정’ 단계에서 세워진 영향에 대한 가설을 바탕으로 제안된

투기 활동이나 해양 비옥화 활동이 해당 환경에 미치는 영향이 어느 수준에 이르러야 허용되지 않는 것인지 불명확하다는 것이다.

오늘날 대다수 국제문서에 제시된 환경영향평가 절차에서는 제안된 활동이 평가의 대상이 되는지 여부와 해당 지역에서의 제안된 활동이 금지되는지 여부를 결정하는데 있어 제안된 활동이 해당 환경에 미치는 영향의 수준을 주요 판단기준으로 삼고 있다. 대표적으로 ‘유엔환경계획 환경영향평가의 목적과 원칙(United Nations Environmental Programme Goals and Principles of Environmental Impact Assessment)’, 생물다양성협약, UN해양법협약 등에 따른 환경영향평가 절차에서는 계획된 활동이 해당 환경에 미치는 영향의 ‘중대성(significance)’을 기준으로 환경영향평가 개시 여부를 결정한다.³⁶⁾ 환경보호에 관한 남극조약 의정서상 환경영향평가 절차에서도 제안된 활동이 남극 환경에 미치는 영향의 ‘사소함(minor)’ 또는 ‘일시성(transitory)’을 기준으로 하여 예비단계(preliminary stage), 초기환경평가(Initial Environmental Evaluation) 그리고 포괄적 환경평가(Comprehensive Environmental Evaluation) 등 세 단계로 나누어 평가하고, 동 활동의 이행여부를 결정한다.³⁷⁾

활동이 해당 환경에 미치는 부정적인 영향에 대해 검토하여야 한다고 규정하고 있다. 2010년 평가체제, op. cit., Annex 6, p.13.

- 36) United Nations Environment Program Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UNEP Res. GC14/25, 14th Sess. (1987), endorsed by GA Res. 42/184, UN GAOR, 42nd Sess., U.N. Doc. A/Res/42/184 (1987), 원칙 1(“... Where the extent, nature or location of a proposed activity is such that it is likely to significantly affect the environment, a comprehensive environmental impact assessment should be undertaken ...”) [이하 ‘UN환경계획 환경영향평가 목적과 원칙’]; Convention of Biological Diversity, Rio de Janeiro, June 5, 1992, 31 ILM 818, in force December 29, 1993, 제14조 1항의 (a)호(“Each Contracting Party shall] introduce appropriate procedures requiring environmental impact assessment of its proposed projects that are likely to have significant adverse effects on biological diversity”); UN해양법협약 제206조 (“When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment”). UN해양법협약의 경우, 환경변화의 중대성 이외에도 오염의 ‘실질성(substantiality)’, ‘해로운(harmful)’ 변화 등을 검토하여 환경영향평가 개시 여부를 결정한다.

- 37) 환경보호에 관한 남극조약 의정서상의 환경영향평가는 계획된 활동이 환경에 미치는 ‘영향의 정도’에 따라 평가 내용과 수준을 다르게 한다는 점에서 다른 국제문서에서 제공되

물론 계획된 활동이 해당 환경에 미치는 영향의 ‘중대성’, ‘사소함’ 또는 ‘일시성’에 대한 개념 또한 명확하지 않다는 비판이 제기될 수 있으나, 적어도 동 영향을 판단하고 해당 활동의 승인 여부를 결정하는데 있어 객관적 잣대로 작용하는 것은 분명하다.³⁸⁾ 즉, 런던협약과 런던의정서 상의 환경영향평가 절차에서도 제안된 활동이 허가증 발급의 대상이 되는지 또는 해양 비옥화 활동으로 허용될 수 있는지 여부 등을 판단하는데 있어 동 활동들이 해당 환경에 미치는 영향의 수준을 주요 판단기준으로 삼고, 그 수준을 검토할 수 있는 기준을 설정하고 이를 구체화할 필요가 분명 있는 것이다.

둘째, 런던협약과 런던의정서 상의 환경영향평가 절차와 해양 비옥화 활동과 관련한 환경영향평가 절차 모두 정해진 시한이 없기 때문에 투기 활동이나 해양 비옥화 활동을 하는 주체나 관련 당사국이 절차진행에 협조하지 않으면 시간이 얼마나 소요될지 기약할 수 없다. 그러나 이와 달리, 환경보호에 관한 남극조약 의정서 상 포괄적 환경평가 단계에서는 평가안에 대한 논평 접수와 관련하여 90일 기간을 부여하는 등 절차 진행에 기한을 두어 절차적 신속성을 확보하고 있다.³⁹⁾ 이처럼 런던협약과

는 환경영향평가와 확연한 차이를 보이고 있다. Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid, Oct. 4, 1991, 30 I.L.M. 1455, in force January 14, 1998, 제1부속서. 예비단계에서 적절한 국내절차에 따라 제안된 활동이 남극 환경과 생태계에 미치는 영향을 검토하게 되는데, 그 영향이 ‘사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향’인 경우 동 활동은 즉시 수행될 수 있다. 만약 예비단계에서 문제된 활동이 미치는 영향이 ‘사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향’보다 적지 않은 경우이거나 포괄적 환경평가가 제1부속서 제3조에 따라 준비되고 있지 않다고 판단되면 초기환경평가를 실시하여야 한다. 그리고 초기환경평가에서 제안된 활동이 단지 사소하거나 일시적인 영향만을 미치는 것으로 판단되면 동 활동의 영향을 평가하고 입증할 수 있는 감시를 포함한 적절한 조치를 취한다는 전제하에 동 활동은 수행될 수 있다. 초기환경평가에서 제안된 활동이 사소하거나 일시적인 것을 초과하는 정도의 영향을 미치는 것으로 나타나거나 결정된다면 포괄적 환경평가를 실시하여야 한다. 환경보호에 관한 남극조약 의정서 제1부속서 제1조-제3조.

38) “영향의 ‘중대성’, ‘사소함’ 또는 ‘일시성’ 등 환경영향평가 개시 여부를 결정하는 기준을 설정하는 것과 관련하여 어떠한 용어를 선택하느냐가 중요한 것이 아니라 그 해당 용어에 대한 정확한 이해와 객관성이 보장될 수 있는 일정한 지침을 제공하는 것이 중요할 것이다.” 이길원, “환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)상 환경영향평가제도에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제30권 (2018), p.567.

39) 환경보호에 관한 남극조약 의정서, 부속서 1, 제3조 3항.

런던의정서 상의 환경영향평가 절차에서도 스크리닝 절차에서부터 제안된 활동의 허용여부를 결정하는 의사결정 절차 그리고 환경영향평가 결과의 이행을 감시하는 절차에 이르기까지 절차상의 모든 주요단계마다 명백한 최종기한을 설정할 필요가 있다. 이러한 기한의 도입은 각 단계별 최대한의 기한을 넘기지 못하도록 하여 절차의 신속한 진행뿐만 아니라 예측가능성도 담보할 수 있게 될 것이다.⁴⁰⁾

2. ‘공중 참여’를 통한 평가의 객관성 보장

2010년 평가체제와 2013년 결의안은 환경영향평가의 결과를 채택하기에 앞서 이해당사자들과 충분한 협의의 기회를 가져야 함을 규정하고 있는 등 공중 참여를 통한 환경영향평가의 절차적 객관성을 확보하고 있다.⁴¹⁾ 2010년 평가체제에서는 협의(consultation), 통지(notification) 그리고 보고(reporting) 절차가 해양 비옥화 활동에 대하여 진행되는 환경영향평가 절차의 일부라는 점을 명백히 하고 있다.⁴²⁾ 구체적으로 계약 당사자들은 제안된 활동의 허용 여부를 결정하기에 앞서 모든 이해당사자들과 협의절차를 진행할 것을 요구하고 있다. 동 협의절차에 따라 해당 활동에 영향 받는 국가들을 확인하며, 국가 상호간 과학 기술 협력을 장려하고 환경영향평가의 결과를 공개적으로 이용 가능하도록 하고 있다.⁴³⁾

2013년 결의안에 따라 신설된 런던의정서 하 ‘부속서 5’에서도 협의에 대한 절차를 규정하고 있다. 제안된 해양 비옥화 활동이 다른 국가 관할권 이내의 해역에 영향을 주는 경우, 협의를 통해 그 해당 국가와 관련

40) 환경보호에 관한 남극조약 의정서, 부속서 1, 제3조 3항-6항 참조.

41) ‘월경성환경영향평가협약 하, 당사국들은 환경영향평가 절차상 ‘공중 참여’에 관한 지침을 채택하기도 하였다. Guidance on Public Participation in Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Meeting of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Report of the Third Meeting, U.N. Doc. ECE/MP.EIA/6. September 13, 2004, Decision III/8.

42) 2010년 평가체제, op. cit., para. 4.

43) 2010년 평가체제, op. cit., paras. 1.8-1.9.

지역적 국제 협정 및 체제 등에 통지하고, 상호간 과학 기술 협력을 장려할 것을 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 또한, 해양 비옥화 활동을 제안한 자로 하여금 모든 국내·외 이해관계자들과 가급적 빠른 시일 내 협의를 진행하도록 하고, 관련 지역적 목적과 기준을 충족하기 위하여 필요한 경우 관련 지역적 국제기구와도 협의를 진행할 것을 요구하고 있다.⁴⁵⁾

물론 일국이 자국민이 제안한 활동에 대해 일반적으로 환경영향평가를 실시한다는 점에서 평가의 객관성과 공정성을 담보할 수 있을지 다소 회의적인 부분이 없지 않다. 그리고 동일한 활동에 대하여 환경영향평가를 진행한다고 하더라도 국가들마다 평가 방법과 내용이 상이할 수 있어 그 평가 결과나 그 이행 수준이 다를 수도 있다. 따라서 평가의 절차적 객관성을 강화하기 위하여 앞서 언급한 ‘공중 참여’ 방식 이외 런던협약과 런던의정서에 따라 설치된 사무국과 체약당사국회의 등 내부기관의 역할을 확대하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

먼저 체약당사국회의에 평가안과 활동의 승인 및 개시 이후의 감시에 대해 검토할 수 있는 기회를 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 환경보호에 관한 남극조약 의정서에 따라 설치된 ‘남극조약협의당사국회의(Antarctic Treaty Consultative Meeting)’의 역할이 좋은 본보기라 할 수 있는데, 해당 당사국 이외에 ‘남극조약협의당사국회의’가 ‘환경보호위원회(Committee for Environmental Protection)’의 조언에 따라 포괄적 환경평가(Comprehensive Environmental Evaluation)안을 검토하도록 하고 있다.⁴⁶⁾ 비록 해당 당사국이 활동 개시 여부에 관한 최종적인 결정 권한을 가지나 그 결정 과정 속에서 ‘남극조약협의당사국회의’의 입장이 반영된 최종적인 환경영향평가안을 고려하지 않을 수 없다.

둘째, 폐기물 투기활동이나 비옥화 활동과 관련한 정보 그리고 관련 해역에 대한 정보가 현재 많이 부족하다는 점에서 사무국이 관련 정보를 체계적으로 수집·관리하고, 당사국들로 하여금 동 정보를 용이하게 접근할 수 있도록 하는 등 정보 공유의 장을 제공하는 방안을 생각해 볼 수 있다. UN해양법협약에서 환경영향평가 결과에 대한 보고서를 발간하거

44) 2013년 결의안, op. cit., para. 10.

45) 2013년 결의안, op. cit., para. 11.

46) 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 5항과 6항.

나 관련 국제기구에 동 보고서를 제출하도록 하고, 그 국제기구가 동 보고서를 모든 국가가 이용할 수 있도록 하고 있다.⁴⁷⁾ 환경보호에 관한 남극조약 의정서에서도 평가 결과 결정된 사항에 대한 연간 목록 및 정보를 당사국들에게 회람하고 환경보호위원회에 송부하며 공개적으로 이용 가능하도록 하고 있다. 의정서 당사국들은 남극조약체제 사무국 공식 웹사이트에 자국이 작성한 환경평가 보고서를 적극적으로 게시하기도 한다.⁴⁸⁾ 2010년 평가체제에서도 사무국이 관련 정보에 대한 목록을 작성하고, 체약 당사국들이 사무국에 환경영향평가의 요약을 제출하도록 권고하고 있으나 아직까지 이러한 권고의 이행이 체계화되어 있지 않은 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 국가가 아닌 사무국 차원에서 공개적으로 이용 가능한 관련 정보 데이터베이스를 구축하여 향후 일관되고 예측 가능한 평가가 진행될 수 있는 기반을 다지는 것은 분명 필요할 것이다.

3. 준수 절차의 확립

2007년 런던의정서 제11조에 따라 의정서 상의 의무이행을 위한 별도의 절차와 장치(2007년 의정서 이행절차)가 마련되었다.⁵⁰⁾ 2007년 의정서 이행절차에 따르면 런던의정서 체약당사국회의는 의정서 준수 문제와 관련한 모든 권한과 책임을 가지는데, ‘준수 그룹(Compliance Group)’을 설치하여 의정서 불이행 문제에 대한 자문을 제공 받는다.⁵¹⁾ 구체적으로 준수 그룹은 체약당사국회의에 의정서 의무이행을 위한 행동계획을 작성하는 등의 조치를 취할 것을 권고한다.⁵²⁾ 이처럼 의무불이행에 대하여

47) UN해양법협약 제205조.

48) https://www.ats.aq/devAS/ep_eia_list.aspx?lang=e (2019년 3월 1일 확인). 남극조약체제 사무국 공식 웹사이트에 게시된 초기환경평가와 포괄적 환경평가 보고서에는 계획된 활동에 대한 설명, 환경영향평가의 종류, 활동 수행 지역, 환경영향평가 수행에 책임 있는 기관 등의 내용들이 포함된다. Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica, Resolution 1 (2016) Annex, ATCM XXXIX ATCM XXXIX - CEP XIX, Santiago, Chile Final Report (23 May 2016 - 01 Jun 2016), p.6.

49) 2010년 결의, op. cit., para. 1.10.

50) Compliance Procedures and Mechanism Pursuant to Article 11 of the 1996 Protocol to the London Convention 1972, LC 29/17 (2007), annex 7 [이하 ‘2007년 의정서 이행절차’].

51) 2007년 의정서 이행절차, op. cit., paras. 1.1-2.2.

제도적으로 대응할 수 있는 장치를 마련하여 런던의정서 상의 의무에 대하여 이행을 확고히 하고자 하는 노력을 엿볼 수 있다.

반면, 해양 비옥화 활동과 관련하여서는 2010년 평가체제와 2013년 결의안 모두 준수에 관한 절차를 마련하고 있지 않아 충분한 이행이 확보될 수 있을지 다소 회의적이다.⁵³⁾ 특히, 2013년 결의안에 제시된 런던의정서의 개정 내용을 제외한 2010년 평가체제 등 나머지 해양 비옥화 활동과 관련한 문서들은 비구속적인 형태로 채택되었다는 점에서 절차에 대한 준수가 보장될 수 있을지 불확실하다.⁵⁴⁾ 따라서 해양 비옥화 활동과 관련한 국제문서에서도 폐기물 투기 활동을 규제하고 있는 런던의정서와 마찬가지로 획일화된 절차적 기준을 제시하고, 동 기준을 따르기 위한 준수 절차와 장치를 마련하는 것이 무엇보다 필요하다고 보인다.

IV. 결론

본 연구에서는 런던협약과 런던의정서가 향후 환경보호와 관련한 국제문서상 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요한 지침으로 작용할 것으로 기대된다는 점에서 동 협약과 의정서에 따른 환경영향평가제도의 주요내용과 절차적 특징들에 대해 살펴보았다.

먼저 런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가 절차는 다른 국제문서에 따라 제공되는 환경영향평가 절차와 상당 부분 유사한 면이 있어 보편적 형태의 환경영향평가 절차를 구비하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 해양 비옥화 활동과 관련한 환경영향평가절차에서는 평가 결과를 채택하기에

52) 2007년 의정서 이행절차, op. cit., para. 5.1.

53) Elisabeth Druel, “Environmental Impact Assessments in Areas Beyond National Jurisdiction”, Study No. 01/03 (The Institute for Sustainable Development and International Relations, 2013), p.31, https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/study0113_ed_environmental-impact-assessments.pdf (2019년 3월 1일 확인).

54) 런던의정서 제21조에 따라 2013년 결의안에 제시된 개정된 내용이 채택되었음을 밝히고 있다. 2013년 결의안, op. cit., para. 1. Karen N. Scott, “Geoengineering and the Marine Environment”, Research Handbook on International Marine Environmental Law (Rosemary Rayfuse ed., 2015), p. 460 참조.

앞서 이해당사자들과 충분한 협의의 기회를 제공하는 등 공중 참여를 통한 환경영향평가의 절차적 객관성을 확보하려는 노력을 확인할 수 있다.

물론 런던협약과 런던의정서 상 환경영향평가는 절차적으로 미흡한 부분도 분명 존재한다. 첫째, 평가 절차상 해당 환경에 미치는 제안된 활동의 영향을 판단하는 기준이나 내용이 구체적이 못하다. 제안된 폐기물 투기 활동이 허가증 발급의 대상이 되는지 또는 해양 비옥화 활동으로 허용될 수 있는지 여부 등을 판단하는데 있어 동 활동들이 해당 환경에 미치는 영향의 수준을 주요 판단기준으로 삼고, 그 수준을 검토할 수 있는 기준을 구체화할 필요가 있다. 둘째, 런던협약과 런던의정서 상의 환경영향평가 절차와 해양 비옥화 활동과 관련한 환경영향평가 절차 모두 정해진 시한이 없기 때문에 투기 활동이나 해양 비옥화 활동을 하는 주체나 관련 당사국이 절차진행에 협조하지 않으면 시간이 얼마나 소요될지 기약할 수 없다. 절차상의 주요단계마다 명백한 기한을 설정하여 절차적 신속성을 확보하는 것이 필요하다.

뿐만 아니라, 런던협약과 런던의정서에 따라 설치된 사무국과 체약당사국회의 등 내부기관의 역할을 확대하여 평가의 절차적 객관성을 강화하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 구체적으로 체약당사국회의에 평가안과 활동의 승인 및 개시 이후의 감시에 대해 검토의 기회를 부여하는 방안과 사무국이 관련 정보를 체계적으로 수집·관리하게 하여 당사국들로 하여금 동 정보를 용이하게 접근할 수 있도록 하는 등 정보 공유의 장을 제공하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

이미 환경영향평가와 관련하여 지역적, 다자적 형태로 여러 국제문서가 채택되고 있다. 앞서 언급한 BBNJ 법률문서 개발과 관련하여 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서도 이러한 여러 국제문서에 도입된 환경영향평가제도의 특징과 장점을 적절히 반영하여야 할 것이다. 그리고 여러 환경영향평가제도 간 협력과 적용상의 저촉 가능성도 함께 고민하여야 할 것이다.

(논문투고일: 2019.05.28, 심사개시일: 2019.06.13, 게재확정일: 2019.06.17)



▶ 이 길 원

런던협약, 런던의정서, 환경영향평가, 폐기물 투기,
해양 비옥화

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

김정건 외 3인, “국제법”, (박영사, 2010).

김정은, “해양지구공학 활동 관리를 위한 런던의정서 관할권 확장의 국제기구법적 타당성에 관한 소고”, 「대한국제법학회논총」, 제58권 제1호 (2013).

이길원, “환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)상 환경영향 평가제도에 관한 연구”, 「성균관법학」, 제30권 (2018).

II. 국외문헌

Elisabeth Druel, “Environmental Impact Assessments in Areas Beyond National Jurisdiction”, Study No. 01/03 (The Institute for Sustainable Development and International Relations, 2013).

Karen N. Scott, “Geoengineering and the Marine Environment”, Research Handbook on International Marine Environmental Law (Rosemary Rayfuse ed., 2015).

Robin Warner, “Environmental Assessment in Marine Areas Beyond National Jurisdiction”, Research Handbook on International Marine Environmental Law (Rosemary Rayfuse ed., 2015).

III. 국제판례

Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Responsibilities and Obligation of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, Case No. 17 (1 February 2011).

IV. 국제협정

Convention of Biological Diversity, Rio de Janeiro, June 5, 1992, 31 ILM 818, in force December 29, 1993.

Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Feb. 25, 1991, 1989 U.N.T.S. 310, in force Sept. 10, 1997.

Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Waste and Other Matter, Dec. 29, 1972, 26 U.S.T. 2403, 1046 U.N.T.S. 138.

Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid, Oct. 4, 1991, 30 I.L.M. 1455, in force January 14, 1998.

Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Nov. 7, 1996, 36 I.L.M. 1 (1997).

United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, December 10, 1982, 21 ILM 1261 (1982), in force November 16, 1994.

United Nations Framework Convention on Climate Change FCCC/Informal/84 GE.05-62220 (E) 200705.

V. 기타문서

Compliance Procedures and Mechanism Pursuant to Article 11 of the 1996 Protocol to the London Convention 1972, LC 29/17 (2007).

Conference of Parties to the Convention on Biodiversity, Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at Its Ninth Meeting, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/16 (Oct. 9, 2008).

Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Eleventh Meeting, Hyderabad, India, Marine and Coastal Biodiversity: Revised Voluntary Guidelines for the Consideration of Biodiversity in Environmental Impact Assessments and Strategic Environmental Assessments in Marine and Coastal Areas, Note by the Executive Secretary, UNEP/CBD/COP/11/23 (Aug. 21, 2012).

Guidance on Public Participation in Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Meeting of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Report of the Third Meeting, U.N. Doc. ECE/MP.EIA/6. September 13, 2004, Decision III/8.

Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica, Resolution 1 (2016) Annex, ATCM XXXIX ATCM XXXIX – CEP XIX, Santiago, Chile Final Report (23 May 2016 – 01 Jun 2016).

London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.1(2008) on the Regulation of Ocean Fertilization, The Thirtieth Meeting of the Contracting Parties to the London Convention and the Third Meeting of the Contracting Parties to the London Protocol, P8, LC 30/16 (Oct. 31, 2008).

London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.2(2010) on the Assessment Framework for Scientific Research Involving Ocean Fertilization, The Thirty-Second Consultative Meeting of the Contracting Parties to the London Convention and the Fifth Meeting of the Contracting Parties to the London Protocol, P1.2, LC 32/15 (Oct. 14, 2010).

London Convention and London Protocol, Resolution LC-LP.4(8) on

the Amendment to the London Protocol to Regulate the Placement of Matter for Ocean Fertilization and Other Marine Geo-engineering Activities, LC 35/15, (Oct. 18, 2013).

The London Convention and Protocol: Their Role and Contribution to Protection of the Marine Environment, International Maritime Organization, No. 4 (2012).

United Nations Environment Program Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UNEP Res. GC14/25, 14th Sess. (1987).

United Nations General Assembly, Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction, G.A. Res. 69/292, U.N. Doc. A/RES/69/292 (Jul. 6, 2015).

Abstract

A Study on Environmental Impact Assessments under the London Convention and Protocol

Lee, Kil Won

An environmental impact assessment (EIA) is an examination of the environmental consequences of a plan, policy, program, or actual projects prior to the decision to move forward with the proposed action. It is well-established practice to conduct EIAs for activities that are likely to cause negative impacts to the environment. The general provisions on EIAs are well provided not only under domestic instruments, but also under various international instruments.

The EIA procedures established under the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Waste and Other Matter (London Convention) and 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Protocol) are particularly noteworthy, as they provide specific standards and requirements for the conduct of EIAs. These procedures would seem to be useful sources and guidelines for designing and structuring EIAs under future international instruments.

Thus, this paper thoroughly examines the elements and characters of the EIA procedures provided under the London Convention and Protocol as well as relevant instruments associated with ocean fertilization activities, and points out some of the elements that should be considered for the future developments of EIAs.



▶ **Lee, Kil Won**

London Convention, London Protocol, environmental impact assessment, Dumping of Waste, ocean fertilization

成均館法學

第31卷 第2號



法學研究院

2019

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 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 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) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사 의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하

며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 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 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

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 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각호에 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.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 주저자 기준으로 동일한 기관 소속 투고 비율이 전체 투고자의 3분의 1 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 하여 해당되는 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

[신설 2018.11.20.]

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 60

일 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 논문 사용권 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 아니하다.

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 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. [개정 2018.11.20.]

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다. [개정 2018.11.20.]

< 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.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 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, 국문초록(외국어 논문인 경우에는 외국어초록), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
- 4-2. 초록의 분량은 1-2쪽으로 제한합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문 : 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 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 (법학연구소, 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. 국내판결은 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)이 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. (2019. 6. 3. 개정)
1. 수정이 필요 없을 경우 : “게재가능”
 2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
 3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : “수정 후 재심”
 4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재불가”

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.
(2019. 6. 3. 개정)

< 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.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 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.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 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 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.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교),
김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교),
윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교),
정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교),
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교),
정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교),
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2019년도 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31卷 第2號

1판 1쇄 인쇄 2019년 06월 30일

1판 1쇄 발행 2019년 06월 30일

발행인 : 고 동 원

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

eISSN 26717646