成均館法學

第32卷　第4號

成均館大學校 法學硏究院
2020.12

발 간 사

이번 「성균관법학」은 성균관대학교 법학전문대학원에서 민법을 전공하시는 임건면(林建勉) 교수님의 정년을 기념합니다. 임건면 교수님은 2020년 2학기를 마지막으로 정년을 하시게 되었습니다. 통상의 정년기념호에서는 해당 교수님의 사진을 싣고 약력을 소개하는데, 당사자인 임건면 교수님께서 그러한 형식을 사양하셨습니다. 그래서 부득이 이렇게 발간사에서만 간단히 임건면 교수님의 정년을 축하함을 말씀드립니다. 아쉬움과 존경을 올립니다.

이번 「성균관법학」 제32권 제4호에도 많은 분들이 투고를 해주셨고 엄정한 심사를 거쳐 총 8편의 옥고를 게재하게 되었습니다. 옥고를 투고하여 주신 모든 저자분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 특히, 투고되었음에도 불구하고 게재되지 못한 옥고의 저자분들께는 죄송하다는 말씀을 드립니다. 바쁘신 일정 중에서도 심사를 맡아주신 심사위원님들께 감사드립니다. 옥고의 품질과 심사의 품질이 우리 「성균관법학」의 수준을 지키는 보루라고 생각됩니다. 그리고 발간을 위해서 애써주신 편집위원님들, 법학연구원 편집조교님들 모두에게 감사의 말씀을 드립니다.

매년 「성균관법학」에 실린 논문 중에서 엄격한 심사를 거쳐 선정된 논문들에 대해서는 우리 성균관대학교 법학전문대학원에 봉직하셨고 현재는 법무법인 율촌에서 근무하시는 임재연(林在淵) 변호사님이 출연하여 조성된 기금으로 송암(松巖)학술상을 시상하고 있습니다. 올해도 세 분의 송암학술상 및 두 분의 송암신진학술상 수상자가 선정되었습니다. 아쉽게도 시상식은 개최하지 못하였고 수상자들에게는 상패와 소정의 상금이 수여되었습니다. 수상자께는 축하들 드리며, 임재연 변호사님께는 감사를 드립니다.

「성균관법학」은 저자분들의 투고로 성장하는 것입니다. 앞으로도 엄정하고 공정한 심사를 통해 더 나은 논문이 「성균관법학」을 통해 세상을 만나게 하고자 합니다. 「성균관법학」이 학문적으로 가치 있는 성과물을 담아낼 수 있도록 여러분들의 뜨거운 관심을 부탁드립니다.

2020. 12. 31.

법학연구원장

정 차 호

目　次

[硏究論文]

• 비영리단체 법제에 관한 재검토 小考 -우리 법제의 과거 · 현재 · 미래	권 철	1
• 우리가 잊은 법률조항, 민법 제568조 제2항 -기본개념의 가치와 계약의 종류에 관한 약간의 제언	이진기	51
• 임대차3법에 관한 절차법적 검토: 입법절차 및 관련 규정의 성격과 그에 대한 하자를 중심으로	정연부	97
• 사악한 법의 효력	최봉철	135
• 일본에서의 혐오표현 규제에 관한 연구	김연진 지성우	165
• 적극행정 제도에 대한 공법적 일고찰	전주열	211
• 디지털 성범죄의 개념·유형·실태 및 개선방안	김희정 박광민	237
• 제2의약용도발명의 특허권 침해판단: 프레가발린 판결(서울중앙지방법원 2016가합517156 판결 등)을 중심으로	한예인 정차호	277

CONTENT

Articles

• Prolegomena to rethinking of the Legal System of Non-Profit Organizations in Korea	KWON, Chul	1
• Versuch zum erneuten Verständnis der juristischen Begriffe Im KBGB	LEE, Jinki	51
• Review on the 3 Legal Systems on Housing Lease from the Procedural Legal Perspective: Focusing on the legislative procedures, the nature of related regulations, and the defects therein	Joung, Youn Boo	97
• Validity of Iniquitous Laws	Choi Bongchul	135
• Hate Speech Regulations in Japan	Kim, Yeon Jin Ji, Seong Woo	165
• Public Law Review on Active Administration System	JEON Joo Yeol	211
• Conception, Type, Actual Condition and Improvement of Digital Sexual Crimes	KIM HEE JUNG PARK KWANG MIN	237
• Patent Right Infringement of a Second Medical Use Invention: Focusing on the Pregabalin Decision (Seoul Central Court 2016 Gahab 517156 Decision)	Yein HAN Chaho JUNG	277

비영리단체 법제에 관한 재검토 小考*

– 우리 법제의 과거 · 현재 · 미래 –

권 철**

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 출발점 : 제정 민법과 비영리·공익단체 법제
Ⅲ. 현황에 관한 몇 가지 문제제기
1. 재단법인 관련
2. 사단법인 관련 : 비법인사단의 규율
3. 비영리민간단체지원법
4. 종교단체에 관한 법적 규율
Ⅳ. 제도설계 : 최근 입법예고된 '공익법인법' 전면개정안을 계기로 하여
1. 서
2. 비영리·공익법인의 중층구조
3. 공익법인의 범위조정 및 공익위원회의 신설
Ⅴ. 맺음말에 갈음하여

【국 문 요 약】

비영리단체 법제의 범위는 관점에 따라 달라질 수 있고 관련된 논점에도 다양한 것이 포함될 수 있는바, 본고에서는 우선 현행 법제의 모습을

* 임건면 교수님은 필자가 대학원에 진학하여 민법학 연구를 시작한 때부터 지금까지 성균관대 민법판례연구회의 선배 연구자로서 자상하고도 엄격한 조언을 아끼시지 않으셨습니다. 20년이 넘는 동안 교수님께 받은 학은에 진심으로 감사드리면서 정년퇴임을 기념하는 조그마한 보답으로 졸고를 드립니다. 본고는 지난 2020년 11월 7일에 개최된 한국민사법학회 학술대회(민법시행 60주년 기념)에서 발표한 원고를 수정·가필한 것입니다. 학회에서 구체적이고 실증적인 토론을 해주신 김봉수 교수님, 논문심사 과정에서 유익한 지적을 해주신 익명의 심사위원님들께 감사드립니다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

개관하고 이어서 관련된 구체적인 논점을 염두에 두면서 문제제기를 한 후 마지막으로 제도설계에 관한 거시적인 고찰도 시도한다. 우리민법이 1958년에 제정되어 1960년부터 시행된 이후 이제까지 논의되어온 비영리법인에 관한 논점을 비롯하여 민법과 별도로 제정된 특별법(사립학교법, 사회복지법, 공익법인법 등)도 시야에 넣은 논의이다. 우리 비영리단체 법제에는 큰 틀에서 부지불식간에 예전 일본법제의 영향이 남아있다고 생각되는 만큼 이러한 점에 대한 비판적 관점도 포함된다.

이제까지 민법학의 논의는 법인제도의 법기술적 측면에 집중되었고 이는 기본적으로 당연한 것이다. 그런데 관점을 돌려서 비교법적으로 비영리단체·법인 제도가 각국에서 형성되는 역사를 뒤돌아보면 제도 개혁에는 커다란 정치적 격동이 수반되는 경우가 많았다. 민법학의 외연을 보다 넓게 파악한다면 이러한 점에 대해서도 일정 정도 관심과 인식을 가질 필요가 있다고 할 것이다. 최근 우리사회에서 비영리·공익단체에 관한 이슈가 여러모로 문제되고 있다. 로스쿨법이 통과되는데 결정적인 계기가 된 사립학교법 개정 문제는 비영리·공익법인의 (거버넌스) 문제 그 자체이다. 그리고 지난 정권이 무너지는 결정적 계기에도 비영리재단법인의 설립과 관련된 이슈가 포함되어 있다. 이번 정권에서도 비영리·공익법인 관련 이슈가 다양한 측면에서 문제 되고 있다.

본고는 비영리단체 법제를 재검토하는 것으로 특정한 이슈를 문제 삼는 것이 아니다. 다만 비영리단체에 관한 문제가 실은 우리 사회의 모습을 비추는 거울과 같아서 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있다는 점을 확인하면서 그 근저에 있는 법적 문제인 바람직한 제도설계에 관하여 생각해 보고자 한다.

Ⅰ. 머리말

비영리단체 법제의 범위는 관점에 따라 달라질 수 있고 관련된 논점에도 다양한 것이 포함될 수 있는바, 본고에서는 구체적인 논점을 염두에 두면서 제도설계와 관련된 거시적인 고찰도 시도해보고자 한다. 우리민

법이 1958년에 제정되어 1960년부터 시행된 이후 이제까지 논의되어온 비영리법인에 관한 논점을 비롯하여 민법과 별도로 제정된 특별법(사립학교법, 사회복지법, 공익법인법 등)도 시야에 넣은 논의이다. 우리 비영리단체 법제에는 큰 틀에서 부지불식간에 예전 일본법제의 영향이 남아 있다고 생각되는 만큼 이러한 점에 대한 비판적 관점도 포함된다.

이제까지 민법학의 논의는 법인제도의 법기술적 측면에 집중되었고 이는 기본적으로 당연한 것이다. 그런데 관점을 돌려서 비교법적으로 비영리단체·법인 제도가 각국에서 형성되는 역사를 뒤돌아보면 제도 개혁에는 커다란 정치적 격동이 수반되는 경우가 많았다(20세기 초 프랑스나 최근 일본의 경우가 그 일례이다). 민법학의 외연을 보다 넓게 파악한다면 이러한 점에 대해서도 일정 정도 관심과 인식을 가질 필요가 있다고 할 것이다. 최근 우리사회에서 비영리·공익단체에 관한 이슈가 여러모로 문제되고 있다. 로스쿨법이 통과되는데 결정적인 계기가 된 사립학교법 개정 문제는 비영리·공익법인의 (거버넌스) 문제 그 자체이다. 그리고 지난 정권이 무너지는 결정적 계기에도 비영리재단법인(K재단, 미르재단)의 설립과 관련된 이슈가 포함되어 있다. 이번 정권에서도 비영리·공익법인 관련 이슈가 문제가 되고 있다. 법인의 이사장을 지낸 현직 국회의원이 기소되는 사건으로 비화되었고, 신종폐렴(COVID-19) 사태와 관련하여 종교단체인 '신천지'의 법인 허가가 취소되었고, 교주는 구속되었다. 방역문제와 관련하여 대규모 집회를 주도한 개신교단체 대표이자 교회목사가 구속되기도 하였다. 또한 정부출연 연구기관(형사정책연구원)의 최근 보고서에는 대기업 및 정치가의 공익법인 불법적 이용에 관한 강한 문제의식이 잘 나타나있다.[1)]

본고는 특정한 이슈를 문제 삼는 것이 아니지만, 비영리단체에 관한 문제가 실은 우리 사회의 모습을 비추는 거울과 같아서 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있다는 점을 확인하면서 그 근저에 있는 법적 문제인 바람직한 제도설계에 관하여도 생각해 보고자 한다. 이하에서는 우선 논의의 출발점을 확인하는 의미에서 1958년에 제정된 민법과 관련법의 모습을 개관하고(Ⅱ), 이어서 제도의 현황에 관한 몇 가지 문제제기를 한다

1) 강석구/송봉규/이성대/신민/최혜선, 공익재단을 이용한 탈법 불법 유형 및 형사정책적 대응방안, 형사정책연구원 연구총서, 2018

(Ⅲ). 아울러 최근 입법예고된 공익법인법 전면개정안에 관한 평가와 함께 바람직한 법제도의 모습에 관하여 생각해 본다(Ⅳ).

Ⅱ. 출발점 : 제정민법과 비영리·공익단체 법제

1. 민법상 법인규정

(1) 규정의 특징

1958년에 제정된 현행 민법에는 제1편 총칙의 제2장 '인'에 이어서 제3장으로 '법인'의 장이 마련되어 있다.[2] 우선 민법전의 체계와 관련하여 보면, 총칙편 안에 법인에 관한 하나의 장을 두는 방식은 독일민법(제1초안)의 영향을 받은 일본민법의 얼개가 한국민법에 계수된 것이다. 각 내용을 살펴보면 큰 틀을 유지하면서 구체적인 부분에서 달라진 점이 발견된다. 독일민법에서는 사단법인과 재단법인이 연혁적으로 태생이 다른 것을 반영하여 엄밀히 나누어 별개로 규정하였다. 이와 비교하여, 의용민법에서는 사단법인과 재단법인의 성립요건을 한 곳에서 통일적으로 구성하였다. 우리민법은 의용민법의 규정방식을 채용하였다. 의용민법과 달라

2) 제2장의 '인'이 '자연인'을 가리키고 제3장의 '법인'과 아울러 광의의 '인'으로 파악하는 것은 오늘날 민법학의 기본 사항이라고 할 수 있다. 다만 시야를 보다 넓혀서 근대 이후의 민법전을 살펴보면, 민법전에 '법인'에 관한 정돈된 규정을 두는 것이 당연한 것은 아니다. 주지하는 바와 같이 1804년에 시행된 프랑스 민법전에는 비영리법인에 관한 일반규정은 아예 존재하지 않았다. 지금도 프랑스민법에는 법인에 관한 규정이 몇 개 산재해 있기는 하지만 법인에 관한 장을 두지는 않는다. 법인은 오랜 역사적 연원을 가지고 있지만, 법인에 관한 이론이 발달한 것은 특히 19세기에 접어든 이후라고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 여러 나라에서 19세기 중반 이후 법인에 관한 규정이 마련되기 시작하였다. 예를 들면 이탈리아 민법전(1865년)은 법인에 관한 명시적인 규정 1개를 두었고, 벨기에 민법초안(1882-85년)은 법인에 관한 1개의 장을 두었다. 이윽고 19세기 후반의 독일에서는 두 개의 민법초안을 거쳐 민법에 법인에 관한 장을 두고 상세한 규정을 두기에 이르렀다. 일본의 경우는 19세기 말에 제정된 두 개의 민법에서 급격한 변화가 있었다. 공포만 되었던 구민법에서는 법인에 관한 1개의 규정(인사편 제5조)만을 두고 있었지만, 이를 수정하는 형식으로 거의 새로 제정된 신민법(메이지민법)에서는 법인에 관한 1개의 장을 마련해 이곳에 상세한 규정을 두었다. 1898년에 시행된 일본민법은 독일민법 제1초안의 영향을 크게 받은 것이다.

진 점을 살펴보면 다음과 같다. 예를 들어 ①법인에 관한 장의 첫머리에 제1절 총칙을 두고 여기에 제31조부터 제39조까지의 규정을 담았다. 의용민법에서는 제1절이 '법인의 설립'으로 되어 있었는데, 그 중의 몇 규정을 '총칙'으로 분리한 것이다. ②의용민법(제34조)에서는 공익법인만 설립 가능하였으나, 우리민법 제32조는 '공익'보다 넓은 '영리 아닌'(비영리) 사업을 목적으로 하는 법인을 설립할 수 있게 규정하였다. 다만 주무관청의 허가제는 유지되었다. ③법인설립등기의 성립요건주의를 채택하였다. ④외국법인에 관한 의용민법 제36조는 삭제되는 한편, 그 밖에 여러 규정이 신설되었는데 신설 규정은 대부분 의용민법 시행 이후 해석론과 입법론으로 인정되어 온 내용을 명문화한 것이다. ⑤법인 아닌 사단에 대한 규율에 관하여, 우리민법 제정 시의 원안에는 의용민법과 마찬가지로 관련규정을 두지 않았으나, 이에 대하여 '민법안의견서'의 제안을 반영한 수정안이 국회에 제출되었다. 내용은 "법인이 아닌 사단 또는 재단에 관하여는 본 장의 규정을 준용한다"라는 것이었는데, 국회 본회의에서 부결되었다. 다만 법인 아닌 사단의 재산소유관계에 관하여 이를 총유로 구성하는 민사법연구회의 제안[3]이 현석호 수정안의 형태로 국회에 제출되어 채택된 결과, 민법 제275조-277조가 규정되었다. 한편, 법인 아닌 사단의 부동산등기능력은 이미 일제하의 부동산등기령에서 인정되고 있었는데, 1960년 민법과 함께 시행된 부동산등기법 제30조(현행법에서는 제26조)에서 이를 이어받아 등기능력을 인정하는 규정을 두었다. 한편 일본의 부동산등기법에는 이와 같은 규정이 존재하지 않는 까닭에 결과적으로 우리법의 큰 특징을 이루고 있다. 그리고 민사소송에 있어서 법인 아닌 사단의 당사자능력에 대해서는 의용 민사소송법 제29조가 이를 인정하고 있었는데, 1960년부터 시행된 우리 민사소송법 제48조(현행법에서는 제52조)에 의해서도 인정되었다.

(2) 법인 규정 개관

우리민법 제1편 총칙편 제3장 법인은 총칙(제1절), 설립(제2절), 기관(제3절), 해산(제4절), 벌칙(제5절)으로 나누어 법인에 관한 규정을 두고

3) 주지하는 바와 같이, 이러한 규정의 신설 제안에 결정적인 역할을 한 것은 김증한 교수이다.

있다. 제1절 총칙에는 법인 일반에 적용될 수 있는 규정이 일부 포함되어 있지만, 법인에 관한 장의 대부분의 규정은 비영리법인에 관한 규정이다. 제1절 총칙에 규정되어 있는 제31조부터 제39조의 적용범위를 살펴보자. 첫 조문인 제31조는 "법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다"고 규정하여 법인법정주의를 명문화 하고 있는데, 법인 전반에 적용되는 총칙규정의 성격을 가진다. 다만 본조에서 말하는 "법률"에 대해서는 '민법 기타의 법률'로 파악하는 것을 당연한 전제로 하고 있는 것으로 보이는 바,[4] 본조는 사법인 일반에 관한 총칙규정의 성격을 가지는 것이 된다. 우리법은 公法人과 私法人을 구별하고 있는데, 몇몇 법률에서 공법인이라는 용어가 사용되고 있으나 현행 민법에서는 사용되고 있지 않다. 제31조의 연혁, 독일민법과 같은 공법인에 관한 유추적용 규정(제89조)이 없는 것을 감안하면 민법 제31조는 私法人만을 염두에 둔 것이라고 할 것이다.[5] 법인에 관한 장의 두 번째 조문인 제32조는 "학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다"고 규정하여 민법이 직접 구체적으로 규정하는 것은 비영리법인이라는 점을 밝히고 있다. 그 다음 조문인 제33조는 법인설립의 등기에 관해서 규정

4) 민법주해 Ⅰ, 법인전론(이유홍 집필), 431면.

5) 이와 관련하여 우리민법 제31조의 연혁을 확인하는 것이 도움이 될 수 있는데, 이 조문에 관한 입법이유를 알 수 있는 자료가 없는 관계로 본조 제정 시 참조가 된 규정인 의용민법 제33조의 입법이유를 확인해 보기로 한다. 일본민법의 제정과정을 살펴보면, 1890년에 공포된 일본 구민법 인사편 제5조는 "법인은 公私를 불문하고 법률의 인허함이 아니면 성립하지 아니한다. 또한 법률의 규정에 따르지 아니하면 사권을 향유할 수 없다"고 규정하고 있었다. 구민법을 수정하는 형식으로 제정된 일본민법(이른바 메이지민법)에서는 총칙편 제3장 법인의 첫 규정인 제33조에서 "법인은 본법 기타의 법률 규정에 의함이 아니면 성립할 수 없다"고 규정하였다. 프랑스민법의 영향을 받은 일본 구민법에서는 "公私를 불문하고 법률의 인허함이 아니면"이라고 하여 공법, 사법을 아우르는 법인을 염두에 두고 있었는데, 이것이 메이지민법에서는 "민법 기타의 법률"로 바뀐 것을 알 수 있다. 그리고, 메이지민법 입법이유에서는 "민법에서는 공법인에 관한 규정을 두지 않는 것으로 한다"고 밝히고 있다. 통상적으로 법인에는 공법인과 사법인이 있는 것을 전제로 하는데, 민법은 사법인만을 대상으로 한다는 것이다. 기초위원회인 법전조사회에서는 이 점에 관하여 몇 차례 질문이 있었지만, 기초자들은 공법인은 각각 특별법에 의하는 것으로 민법의 대상 밖이라고 답변하였다. 이러한 점은 일본민법 시행 이후 일본의 법인론에 영향을 미쳤다. 우리민법과 민법학에서는 부지불식간에 이러한 영향을 받았고 이러한 점을 감안한다면 민법 제31조는 사법인을 대상으로 하는 것을 전제로 하고 있다고 파악할 수 있다.

하여 공시 여부가 법인격 취득과 불가분의 관계에 있다는 점을 밝히고 있다는 점에서 총칙적 성격을 가진다. 이어서 법인의 권리능력이라는 표제를 달고 있는 제34조, 법인의 불법행위능력에 관한 제35조도 총칙적인 성격을 가진다. 다만 제34조에 대해서는 영리법인인 회사에는 유추적용이 되지 않는다 것이 상법학계의 통설이다. 제35조는 상법 제210조에 합명회사에 대하여 본조와 유사한 규정을 두고 이를 다른 회사에도 준용하고 있으므로 상법상 회사에 대하여 본조가 적용될 여지는 거의 없다. 제37조와 제38조는 그 내용상 비영리법인에 한정되는 내용이다. 또한 제39조에서 영리법인에 관한 규정을 두고 있지만, 동조는 영리법인의 경우 상법상의 회사 규정이 적용 내지는 준용된다는 것을 확인하는 이상의 의미는 없다는 것이 통설적인 견해이며, 불필요한 규정으로 삭제해야 한다는 논의가 유력하다. 다만 민법에서 영리법인에 관한 규정을 두고 있다는 상징적인 의미에서 삭제할 필요는 없다는 반론도 주장된다. 제2절 설립(제40조-제56조), 제3절 기관(제57조-제76조), 제4절 해산(제77조-제96조), 제5절 벌칙(제97조)의 규정은 원칙적으로 비영리법인에 관한 규정이다.

(3) 총칙편 제3장 법인 규정의 존재의의

민법상의 법인 관련 규정은 기본적으로 사법인 그 중에서도 비영리법인에 관한 규정이다. 따라서 민법상의 법인 이외의 법인에 대해서는 상법 또는 특별법의 규정이 적용되고, 당해 법률의 규정에 불비가 있는 경우에만 민법의 규정이 보충적으로 준용되거나 유추적용 된다.[6] 민법상 법인 규정의 적용범위에 관련하여 문제가 되는 논점에는 이른바 법인 아닌 사단에 대하여 어떻게 규율해야 하는지에 관한 것이 있다. 이에 관하여 민법에서는 재산관계에 관한 것으로 총유 규정을 두어 규율하고 있는 이외에, 통설과 판례는 법인격을 전제로 하는 규정을 제외하고 사단법인에 관한 규정을 준용해야 한다고 한다. 다만, 이에 대하여는 법인 아닌 사단에는 다양한 형태가 있는 것을 감안하면 일률적으로 민법상 사단법인에 관한 규정을 준용하는 것에는 문제가 있다는 비판이 있다. 2013년 법무부

6) 법인에 관한 여러 특별법을 살펴보면, 민법 규정의 준용이나 유추적용이 필요한 경우에는 그러한 취지의 규정을 두고 있다.

민법개정안에서는 이러한 논의를 반영한 규정이 제안되기도 하였다.

이상과 같은 점을 감안하면, 현행민법의 총칙 제3장이 법인 전반을 포함한 단체 일반에 관한 기본법[7]이라고 성질결정 하는 것에는 논의의 여지가 있어 보인다. 특히 법인을 포함한 단체 일반에 관한 기본법적인 성격을 가진다고 단정하는 데에는 유보가 필요하다. 통설에서 '사단'과 구별되는 '조합' 개념을 당연한 전제로 상정하고 있고, 실제로 '조합'에 관해서는 채권각론 부분에 계약 유형으로 규정하고 있는 점에 대한 정합적인 설명도 수반되어야 할 것이다.[8] 물론 민법이 시민사회의 기본법적인 성격을 가지고 있는 바, 이러한 점을 감안하여 보다 폭넓은 적용범위를 가지는 방향으로 해석을 하는 것이 바람직하기는 하다. 다만 현행 민법의 규정의 내용과 특징에 기초한 성질결정 문제와 바람직한 제도설계를 위한 입법론은 별개로 논의를 전개해야 할 것이다. 최근 민법개정에 관한 총론적인 논의에서, 민법총칙편 중 법인관련 규정의 개정논의에 큰 그림이 부재하다고 비판이 제기되었다.[9] 이 논의는 현행민법 총칙 제3장 법인 규정에는 단체 일반에 관한 기본법적인 성격이 없다는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 점들을 고려하면 현행민법 총칙편 제3장의 법인규정은 "모든 종류의 법인과 단체에 적용되는 일반단체법"이라고 보기는 어렵고, 법인 전반에 관한 총칙규정을 포함한 '비영리법인의 기본법'이라고 이해하는 것이 합당할 것이다.

2. 공익법인, 특수법인 - 개념의 혼용

(1) 공익법인

가. 개념

일반적으로 공익법인이라 하면 비영리법인으로서 공익활동을 주된 목

7) 주석민법 민총(1), 458면(제4판/송호영)

8) 권철, "'사단·조합 준별론'의 재검토 小考 : 단체·법인론의 기본문제", 비교사법 27권 1호, 2020, 119면 이하 참조.

9) 지원림, "민법개정 : 이상과 현실 - 2009년 민법개정위원회의 개정시안 중 총칙편을 중심으로", 민사법학 85호, 2018

적으로 하는 법인을 총칭한다. 하지만 이는 민법상의 개념은 아니다. 의용민법에서는 공익법인을 기본적인 법인형태로 규정을 하고 있었기 때문에 비공익이면서 비영리인 경우에는 법인격을 취득할 방법이 없었다. 예컨대 동창회 등 친목단체는 권리능력 없는 단체로 남아있을 수밖에 없는 불합리가 발생하였다. 이에 우리민법을 제정하는 과정에서 이러한 문제를 해결하기 위하여 '공익'법인보다 범위가 넓은 '비영리'법인이라는 범주를 채용하면서 결과적으로 공익법인이라는 용어는 우리민법에서 찾아볼 수 없게 되었다.[10] 다만 비영리법인 중 공익을 목적으로 하는 법인을 공익법인이라고 부른다면, 결국 민법에서는 공익법인과 비공익·비영리법인이 있게 된다. 비영리법인의 범위가 매우 광범위한 점을 감안하면 이렇게 비영리법인 내부에 공익성의 정도에 따라 적어도 두 단계의 유형을 상정하는 것이 가능하며 또한 바람직할 것이다.

나. 공익법인법상 공익법인

민법상 비영리법인의 이러한 구조는 민법 시행 후 15년 후인 1975년에 민사특별법으로 공익법인의 설립·운영에 관한 법률('공익법인법')이 제정되어 공익법인이라는 용어가 사용됨으로써 확인되었다. 공익법인법 제1조는 "법인의 설립·운영 등에 관한 「민법」의 규정을 보완하여 법인으로 하여금 공익성을 유지하며 건전한 활동을 할 수 있도록 함을 목적"으로 한다고 규정한다. 이로써 법률의 목적이 민법의 규정을 보완하는 것이라는 점을 명문으로 확인하고 있다. 이 법의 적용범위는 다소 한정적이어서, "사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 법인"에 국한된다. 즉 공익목적 중에서 장학, 학술, 자선에만 한정하고 있는 것이 특징이다.[11] 이 점에서 동법에서 규정하는 '공익법인'은 좁은 의

10) 한편 민법상 비영리법인의 설립에는 의용민법상 공익법인과 마찬가지로 주무관청의 허가제를 유지하였다. 이러한 점은 비공익·비영리법인이 민법상 법인격을 취득할 수 있게 하여 권리능력 없는 단체의 발생을 줄이려고 하는 취지가 반감시키게 되었고 법인 아닌 단체의 발생을 조장하는 결과를 가져왔다.

11) 같은 법 시행령(제2조)에 의하면 "사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인"이라 함은 다음의 사업을 목적으로 하는 법인을 말한다. 1. 학자금·장학금 기타 명칭에 관계없이 학생

미의 공익법인라고 말할 수 있다. 관련 대법원 판결에서도 이 법의 적용 범위를 엄격하게 해석하고 있는 것으로 보인다.[12]

그런데 공익법인법의 제정이유를 확인해 보면, 민법상의 비영리법인 개념과의 관계성에 대한 체계적인 발상에 입각한 입법이라고 하기에는 무리가 있다.[13] 이러한 어중간한 법률이 제정된 지 40년 넘게 운용되어 온 것이 우리의 비영리·공익법인 법제의 현실을 여실히 보여주고 있다고 할 수 있을 정도이다. 이 문제에 관하여 본고에서는 최근 공익법인법의 전면개정에 관한 움직임과 관련지으면서 비영리·공익법인 법제에 관한 입법론적 검토에 갈음하여 마지막 단락에서 다루기로 한다.

다. 상증세법상 '공익법인등'

다른 한편, 넓은 의미의 공익법인 개념도 존재한다. 상속세 및 증여세

등의 장학을 목적으로 금전을 지급하거나 지원하는 사업·금전에 갈음한 물건·용역 또는 시설을 설치·운영 또는 제공하거나 지원하는 사업을 포함한다. 2. 연구비·연구조성비·장려금 기타 명칭에 관계없이 학문·과학기술의 연구·조사·개발·보급을 목적으로 금전을 지급하거나 지원하는 사업·금전에 갈음한 물건·용역 또는 시설을 제공하는 사업을 포함한다. 3. 학문 또는 과학기술의 연구·조사·개발·보급을 목적으로 하는 사업 및 이들 사업을 지원하는 도서관·박물관·과학관 기타 이와 유사한 시설을 설치·운영하는 사업. 4. 불행·재해 기타 사정으로 자활할 수 없는 자를 돕기 위한 모든 자선사업. 5. 제1호 내지 제4호에 해당하는 사업의 유공자에 대한 시상을 행하는 사업.

12) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다43580 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다10160 판결.

13) 이 법의 제정이유는 다음과 같다. "오늘날 경제의 성장과 사회의 발전에 따라 공익법인의 수도 증가하거니와 그 규모도 커지고 있는 실정에 있으며, 사립학교법에 의한 학교법인, 종교, 언론과 기타 특별법에 의해 설립된 법인을 제외한 민법에 의한 공익법인은 자선, 장학 등 공익활동으로 사회에 공헌하는 바가 크다고 하겠으나 공익법인에 대하여는 국가의 면세조치, 공과금 면제등 여러 가지 혜택이 주어지므로 설립자가 이를 사적 목적에 이용함으로써 공익법인을 통한 각종 탈법행위가 이루어져 도리어 사회에 폐해를 끼치는 사례도 없지 않은 바, 민법상의 공익법인의 설립허가제, 감독관청에 의한 검사, 감독권, 설립허가의 취소 등의 규제만으로서는 새로운 양상의 공익법인의 공익성을 유지시키기가 극히 어려운 실정이라 하겠으므로 공익법인에 관하여 민법에 대한 특례규정을 마련함으로써 사법자치의 원칙아래 공익성을 보장하여 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 것임."(밑줄 발표자) 다만 제정이유의 용어법에는 우리민법의 비영리법인 규정과 모순되는 점이 있다. "민법상의 공익법인의 설립허가제" 운운 하는 것은 어떤 맥락에서 이해해야 하는지, 혹시 공익법인을 전제로 하는 일본민법에 관한 문제제기와 혼동하고 있는 것은 아닌지, 의심스러운 면이 없지 않다.

법('상증세법')에 따른 공익법인이 그것이다.[14] 상증세법 제16조는 '공익법인등에 출연한 재산에 대한 상속세 과세가액 불산입'이라는 표제 아래 다음과 같이 규정하여 '공익법인등'이라는 개념을 인정한다. 즉 동조는 "상속재산 중 피상속인이나 상속인이 종교·자선·학술 관련 사업 등 공익성을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업을 하는 자(이하 "공익법인등"이라 한다)에게 출연한 재산의 가액으로서 제67조에 따른 신고기한 이내에 출연한 재산의 가액은 상속세 과세가액에 산입하지 아니한다."고 하는데, 여기서의 '공익법인등'은 같은 법 시행령 제12조에서 드는 각 호의 사업을 하는 자를 말한다고 규정한다. 즉, ① 종교의 보급 기타 교화에 현저히 기여하는 사업, ② 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 의한 학교, 「유아교육법」에 따른 유치원을 설립·경영하는 사업, ③ 「사회복지사업법」의 규정에 의한 사회복지법인이 운영하는 사업, ④ 「의료법」에 따른 의료법인이 운영하는 사업, ⑤ 「법인세법」 제24조제3항에 해당하는 기부금을 받는 자가 해당 기부금으로 운영하는 사업, ⑥ 「법인세법 시행령」 제39조제1항제1호 각 목에 의한 지정기부금단체등 및 「소득세법 시행령」 제80조제1항제5호에 따른 기부금대상민간단체가 운영하는 고유목적사업. 다만, 회원의 친목 또는 이익을 증진시키거나 영리를 목적으로 대가를 수수하는 등 공익성이 있다고 보기 어려운 고유목적사업을 제외한다. ⑦ 「법인세법 시행령」 제39조제1항제2호다목에 해당하는 기부금을 받는 자가 해당 기부금으로 운영하는 사업 등이다. 이와 같이 상증세법 및 동 시행령에서는 공익의 범주를 종교, 교육, 사회복지, 의료 등을 포함한 넓은 것으로 파악하고 있다. 이 규정에 의해서 선별되는 '공익법인등'의 범주에는 공익법인법상의 공익법인은 물론이고 민법상 비영리법인 중 선별된 것과 더 나아가서는 법인 아닌 단체도 다수 포함되어 있다.

여기에서 상증세법상의 '공익법인등' 개념의 특성을 발견할 수 있다. 첫째로 '공익법인등'이라는 관념은 기껏해야 영리를 목적으로 하지 않는 단체를 막연하게 포괄적으로 가리키는 것이어서 다양한 비영리단체의 조직이나 운영에 관하여 통일적인 체계 안에서 파악한 것이 아니다. 따라

14) 현행 세제관련 법령에 의한 공익법인 규율 전반에 관한 상세한 사항은, 국세청, 공익법인 세무안내, 2020 참조.

서 조세입법정책의 관점에서 분류된 것에 지나지 않는 '공익법인등' 관념에서 '공익'성 유무에 관한 체계성을 이끌어내는 것은 불가능에 가깝다. 둘째로 '공익법인등'에 포섭되어 조세혜택을 받는 것은 법인격 유무와 관련이 없다는 것이다.[15]

라. 각종 특별법에 의한 비영리·공익법인

그 밖에 각종 특별법에 의한 비영리·공익법인이 존재한다. 민법 이외에 비영리·공익법인의 설립을 규정하는 법률로는, 공익법인의 설립·운영에 관한 법률(약칭 '공익법인법'), 사회복지사업법(사회복지법인[16]), 사립학교법 (학교법인[17]), 의료법(의료법인[18])등이 존재한다. 이러한 법인의 카테고리에 어떠한 용어를 사용할 것인지는 명확하지 않다. 민법상 비영리법인, 상법상 영리법인(회사) 이외의 특별법에 의한 법인을 모두 '특수법인'이라고 부르는 경우가 있는데, 이 용어법에 의하면 '특수법인'이 된다. 다만 이는 '특수법인'을 넓게 파악한 것이라고 할 수 있는바, '특수법

15) 이러한 점은 법인세법 상의 '비영리법인' 개념에 관해서도 지적할 수 있다. 즉 법인세법 제1조 제2호 규정에 의한 비영리법인이란 ①「민법」 제32조에 따라 설립된 법인, ②「사립학교법」 등 특별법에 따라 설립된 법인으로서 「민법」 제32조에 규정된 목적과 유사한 목적을 가진 법인, ③「국세기본법」 제13조의 법인으로 보는 단체를 말하는데, 국세기본법 제13조의 규정 내용을 보면 ③의 '법인으로 보는 단체'는 이른바 비법인사단·재단의 요건을 갖춘 '법인 아닌 단체'를 '비영리법인' 카테고리에 포함시키고 있는 것을 알 수 있다.

16) 제32조(다른 법률의 준용) 법인에 관하여 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 「민법」과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」을 준용한다.

17) 제9조(학교법인의 권리능력등) 학교법인의 권리능력과 불법행위능력에 관하여는 「민법」 제34조 및 제35조의 규정을 준용한다.
제13조(「민법」의 준용) 「민법」 제47조·제48조·제50조 내지 제54조 및 제55조제1항의 규정은 학교법인의 설립에 이를 준용한다.
제27조(「민법」의 준용) 「민법」 제59조제2항·제61조·제62조·제64조 및 제65조의 규정은 학교법인의 이사장과 이사에게 이를 준용한다. 다만, 「민법」 제62조중 "타인"을 "다른 이사"로 한다.
제42조(「민법」등의 준용) ①「민법」 제79조, 제81조 내지 제95조의 규정은 학교법인의 해산과 청산의 경우에 이를 준용한다. 다만, 「민법」 제79조중 "이사"를 "이사장"으로 한다. ②이 법 제18조와 「민법」 제59조제2항·제61조·제62조·제64조 및 제65조의 규정은 학교법인의 청산인에 이를 준용한다.

18) 제50조(「민법」의 준용) 의료법인에 대하여 이 법에 규정된 것 외에는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

인'의 범위를 지나치게 넓게 파악하는 분류법이라는 점에 대해서는 후술한다.

(2) 특수법인

가. 민법에 의하여 설립되는 비영리법인(민법법인)과 상법에 의하여 설립되는 회사(상사법인)를 합하여 '일반법인'이라고 부르고, 민법 및 상법 이외의 법률에 따라 설립되는 법인을 총칭하여 '특수법인'이라 부르는 경우가 있다.[19] 넓은 의미의 '특수법인'이라고 할 수 있는데, 이 개념에는 민법법인과 상법법인을 제외한 특별법으로 인정되는 모든 법인을 포함하게 된다. 한편 국가의 특정한 행정작용을 수행하기 위하여 특별법에 의하여 직접 설립되거나, 특별법에 따른 특별한 설립행위를 통하여 성립되는 법인도 특수법인이라고 부르는 경우가 있다. 이를 좁은 의미의 특수법인이라고 할 수 있다.

나. 현행법령상 특수법인이라는 용어는 위와 같은 광의의 개념과 협의의 개념이 혼용되고 있다.[20] 예컨대, 비송사건절차법 제67조와 대법원규칙인 '민법법인 및 특수법인 등기규칙' 제1조는 "민법 및 상법 외의 법령에 따라 설립된 법인"을 특수법인이라고 규정하고 있어 광의의 특수법인 개념을 사용하고 있다.[21] 반면 국가정보화 기본법 제3조 제10호, 전자정부법 제2조, 토양환경보전법 제23조의2 제3항, 자동차손해배상 보장법 제45조 제4항, 개인정보 보호법 시행령 제2조, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 등 각종 법령에서는 "특별법에 따라 설립된 특수법인"이라는 용어를 사용하고 있다. 이들 각 규정에서의 특수법인은 협의의 특수법인을 말한다. 판례도 "특별법에 의하여 설립된 특수법인" 등과 같이 표현하여 특수법인 개념을 사용하고 있다.[22]

---

19) 윤장근, "특수법인에 관한 연구", 법제 308호, 1990, 19면 ; 법령입안·심사기준, 법제처, 2019, 390면. 민법주해, 주석민법에서도 이러한 개념을 채용하고 있다.

20) 법령입안·심사기준, 법제처, 2019, 390면.

21) 대법원규칙 제2560호.

22) 예컨대 사립학교법에 의해 설립된 학교법인, 사회복지사업법에 의해 설립된 사회복지법인, 도시재개발법에 의해 설립된 재개발조합, 농업협동조합법에 의해 설립된 농업협동조합, 구 대한교원공제회법에 의해 설립된 대한교원공제회, 건설공제조합법에 의해 설립된

다. 이러한 특수법인에 관한 용어법은 일본의 예전 용어법의 영향을 받은 것이다.[23][24] 넓은 의미의 특수법인 개념은 범위가 너무 광범위하다는 점에서 용어를 재검토하는 것이 바람직해 보인다.[25] 특히 학교법인, 사회복지법인, 의료법인 등은 (특별법에 의한) 비영리법인 내지 공익법인으로 포괄하는 것도 방법일 것이다. 실제로 최근에는 이러한 용어법이 늘어가고 있는 추세이다.[26][27]

건설공제조합, 신용보증기금법에 의해 설립된 신용보증기금, 예금자보호법에 의해 설립된 예금보험공사, 한국도로공사법에 의해 설립된 한국도로공사, 한국철도시설공단법에 의하여 설립된 한국철도시설공단, 농촌근대화촉진법에 의해 설립된 농지개량조합, 석탄산업법에 의해 설립된 석탄산업합리화사업단, 방송법에 의하여 설립·운영되는 한국방송공사, 한국마사회법에 의하여 설립된 한국마사회 등이 특수법인이라고 설시하고 있다.

23) 상세한 분류와 설명은 예컨대 일본 注釋民法(2) 新版, 482-573면 참조

24) 다만, 일본에서 넓은 의미의 특수법인은 예전의 용어법이고 최근에 제도 개혁을 거친 이후 특수법인은 좁은 의미의 개념으로 쓰이고 있다. 특수법인의 개념의 원조인 일본에서는 2000년대에 들어 행정개혁입법의 결과 변화가 있었다. 2000년대 들어 특수법인은 이른바 낙하산 인사에 이용되고 있다거나 업무효율이 떨어진다는 등의 여론이 높아졌다. 이 때문에, 특수법인등 개혁 기본법(동법 부칙 제2항의 규정에 의해, 2006(평성 18)년 3월 31일로 실효)에 근거하여, 특수 법인의 사업에 대해서는 폐지, 정리 축소 또는 합리화, 다른 실시주체에로의 이관등의 조치(동법 5조 2항 1호)를, 특수 법인의 조직 형태 그 자체에 대해서도 폐지, 민영화, 독립행정법인에로의 이행 등의 조치를 취하는것일도 행하여졌다. 현행 제도에 따르면, 특수법인이란 법인 중 그 법인을 설립하는 취지의 구체적인 법령의 규정에 따라 설립되며, 독립행정법인, 인가법인, 특별민간법인의 어느 것에도 해당하지 아니하는 것을 말한다. 2017년 4월 현재 33개의 특수 법인이 있다. 이렇게 현재는 기존의 넓은 의미의 특수법인 중에서 좁은 의미의 특수법인을 제외한 사법인은 '공익법인' 개념으로 포괄하고 있는 것이 일반적이다.

25) 민법에 관한 주석서(민법주해, 주석민법)에서 다루고 있는 법인 유형을 특수법인으로 부르는 것도 바람직한 것인지 재검토가 필요하다.

26) 법무법인(유한)태평양·재단법인동천 공동편집, 공익법인연구, 2015에 게재된 각 논문을 참조.

27) 연혁적으로 보아도 예컨대 학교법인은 사립학교법이 제정되기 전에는 민법상의 재단법인으로 규율되고 있었다.

3. 소결

(1) 현행 비영리·공익법인 법제는 해방 이후 우리민법전이 제정(1958년)되면서 비영리법인에 관한 규정을 두고, 민법 이외에 특별법으로 이른바 '공익법인' 내지 '특수법인'으로 불리는 여러 유형(사립학교법, 사회복지법, 의료법, 공익법인법 등)을 인정함으로써 기본적인 틀이 형성되었다.

우리민법에서는 의용민법과 달리 비영리법인을 폭넓게 인정함으로써 제도설계의 면에서는 진일보한 모습을 갖추었음에도 불구하고 한편으로 주무관청의 허가제를 채택(유지)함으로써 내재적인 한계를 가지게 되었고, 실제로 운영된 주무관청제의 실무에서는 우리민법 시행 후 한동안 일본민법상의 공익법인에 관한 실무를 참조함으로써 우리민법상 비영리법인 제도의 취지를 제대로 살리지 못한 면이 있었다. 민법 이외에 특별법을 둠으로써 사법인으로서의 법인유형을 인정하는 법제도는 큰 틀에서 일본의 법제도를 참조한 것이었다. 다만 세부적으로 보면 공익법인 개념에 관한 차이(혼란), 종교단체에 관한 법제의 부재 등의 면에서 차이를 발견할 수 있고 이러한 점이 우리법제의 특징이 발현되는 하나의 계기가 되었다. 후술하는 바와 같이 그 특징 중의 하나로 이른바 비법인사단이 매우 광범위하게 인정되는 경향이라고 할 수 있는 바, 이 점에 대해서는 후술한다.

현행 법제는 비영리단체를 주무관청, 국세청, 행정안전부 등이 중복적으로 감독, 규제하고 있기 때문에 전체상을 파악하기가 쉽지 않다. 이와 같은 현행 제도에 대해서는 최근에 이르러 비영리단체 관계자를 포함한 시민사회 사이드에서 비영리단체의 활성화를 위한 제도개선의 목소리를 높이고 있는 점이 주목된다. 다른 한편으로 우리사회에는 비영리·공익법인에 대한 뿌리 깊은 불신도 존재한다. 머리말에서 언급한 바와 같이 지난 정권을 무너뜨린 도화선이 된 비영리·공익법인 주무관청제 문제를 비롯하여 최근에는 재단법인 정의연 사건으로 상징되는 기부금 관리 및 회계문제, 코로나사태와 관련된 종교단체의 반사회적 행태 등이 사회적으로 크게 화제가 되었다. 대기업이 설립한 공익재단법인이 편법적·불법적으로 이용되는 문제에 관한 시민들의 깊은 우려도 존재한다.[28)]

이러한 상황을 다시 한 번 확인하는 것은 현행 법제가 전체상을 파악

하기 어려운 정도로 복잡한 점, 비영리·공익단체 법제에 관한 문제가 우리사회에서 본격적으로 논의되기 시작하였다는 점, 그리고 문제가 다양한 영역의 이해와 복잡하게 얽혀 있는 관계로 어떠한 점에 주목할 것인지 포인트를 명확히 해야 한다는 인식 등에 터 잡은 것이다.

(2) 민법에서 비영리법인에 관한 일반적인 규정을 두면서 특별법으로 일정 범위의 공익법인에 관하여 규율하는 이러한 구조를 어떻게 파악해야 하는지, 장단점은 무엇인지 등에 대해서는 논의의 심화가 필요하다. 비영리·공익법인에 관한 체계적이고 효율적인 규율이라는 측면에서 중요한 논점이라고 할 것이다. '민법'에서 비영리법인에 관한 기본적인 규율을 하고, 비영리법인 중에서 공익법인에 해당하는 것을 선별하여 특별히 규율하는 중층구조로 파악하는 것이 제도설계 면에서는 바람직하다.[29] 이 논점은 비영리·공익법인 체계의 개선방향과도 관계가 있는 만큼 후술한다(Ⅳ).

Ⅲ. 현황에 관한 몇 가지 문제제기

위에서 우리 비영리단체 법제에 관하여 개괄적으로 살펴보았다. 이 항목에서는 비영리단체 법제에 관한 각론적인 문제를 다룬다. 망라적인 것은 아니고 우리 법제의 특징과 관련된 논점을 몇 가지 선별한 바, 우선 민법상 인정되는 비영리법인의 구분인 재단법인과 사단법인으로 나누어 살펴보고(1.과 2.), 특별법 상의 비영리·공익단체 법제에 관하여도 살펴본다(3.과 4.)

1. 재단법인 관련

우리민법학에서는 재단법인에 관해서 전통적으로 민법 제48조의 출연

28) 전게 연구보고서(전게 주1)), 공익재단을 이용한 탈법 불법 유형 및 형사정책적 대응방안, 형사정책연구원, 2018.

29) 권철, "민법의 관점에서 바라본 민법 개정안의 법인제도 : 비영리단체·법인 제도의 바람직한 상에 대한 각서", 비교사법 17권 4호, 2010, 49면.

재산의 귀속시기 문제가 주된 논점이 되어 왔다. 그런데 이 논점은 재단법인 고유의 법적 문제라고 하기는 어렵고, 우리민법에서 채용한 부동산물권변동의 형식주의에 보다 충실한 해석론이 무엇인지에 관한 논의라고 할 수 있다. 본고에서는 출연재산 귀속시기 이외에 우리민법상 재단법인 개념이 가지는 의의에 대해서 생각해 볼 논점을 선별하여 문제를 제기해 보기로 한다.

(1) 사단, 재단, 조합

사단법인이란 일정한 목적을 위하여 결합된 인적 결합체(사단)를 그 실체로 하는 법인이고, 재단법인은 일정한 목적을 위하여 바쳐진 재산의 집합(재단)이 그 실체를 이루는 법인이라고 설명되는 것이 일반적이다.[30] 다만 우리민법에는 법인에 관한 정의 규정이 없는 것과 마찬가지로, 사단 및 재단에 관한 정의규정도 존재하지 않는다. 이에 민법과 상법의 관련 규정에서 사단 및 재단 각각의 특징을 유추할 수밖에 없다. 우선 민법에서는 "학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다"(제32조)라고 규정하여, 사단 또는 재단이 비영리목적의 법인이 될 수 있다는 점을 명확히 하고 있다. 그리고 상법(2011년 개정 전)에서는 "본법에서 회사라 함은 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립한 사단을 이른다"(제169조)고 규정하여 영리법인인 회사는 사단이라는 점을 밝히고 있었다.[31] 이들 규정에서는 법인에 사단법인과 재단법인의 구별이 존재하는 것, 그리고 사단은 비영리법인이나 영리법인이 될 수 있는 것, 재단은 비영리법인으로서만 존재할 수 있다는 것을 알 수 있다. 다만 2011년의 상법 개정에서 제169조가 개정되어 '사단'이라는 용어가 조문 상에서 사라졌는데, 이것이 사단 개념에 어떠한 영향을 줄 것인지 논의되고 있다.[32]

한편 우리 민사법상의 단체인 사단과 조합은 그 개념이 서로 대비되어

30) 한편 사단과 재단의 형식적인 2분법에 대해서는 잘못된 '도그마'라는 지적이 유력하다. 김제완, "단체법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격", 인권과 정의 355호, 2006

31) 2011년 상법개정으로 상법 제169조는 "이 법에서 "회사"란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다"로 개정되어 '사단'이라는 용어가 삭제되었다.

32) 이철송, "2011 개정상법의 정책적 및 기술적 오류", 증권법연구 13권 2호, 2012, 7면.

그 법적 성격이 다르다는 것이 전통이론 및 판례의 입장이다. 최근 학설상으로는 사단·조합 준별론에 대하여 비판하는 학설이 유력하게 주장되고 있다. 나아가 최근의 단체법제의 변화 및 법인이 조합 중의 특별한 유형으로 발전해 온 역사적 경위 등을 감안하여, 가설 수준의 논의이기는 하지만, (사단)법인은 조합의 부분집합으로 생각하여야 한다는 관점도 불가능하지는 않다. 이 가설을 밀고 나가면, 조합 중 일정한 특색을 갖춘 것을 법인이라고 부르는 것이 가능하고, 비법인사단은 조합 중 법인이 될 수 있는 내부조직을 가진 단체를 어떻게 다루는가에 관한 문제가 된다. 이러한 가설은 주로 영리법인을 염두에 둔 것이긴 하지만, 결과적으로 사단이라는 개념은 재단법인을 인정하기 위하여(재단법인 이외의 것을 가리키기 위하여) 필요한 개념에 지나지 않는다는 입론도 가능하다.[33]

(2) 병렬적 구성에 의한 혼용의 문제

'재단' 개념은 오랜 역사적 연원을 갖고 있지만, 민사법 상 권리능력을 가지는 권리주체로서의 '재단법인'은 19세기 서구의 근대적 법학의 산물이다. 이러한 관념을 민법전에 충실히 반영한 법제가 독일민법이다. 우리 민법에서는 1958년 제정 당시부터 비영리법인에는 사단법인과 재단법인이 있는 것을 전제로 규정하고 있다. 그런데 우리민법에서는 비영리법인의 설립에 관한 규정에서 사단법인과 재단법인을 뒤섞어 놓은 조문 배열 방식을 취하고 있다. 이러한 조문 배열은 일본민법(2006년 개정으로 대부분의 법인 규정이 삭제되기 전의 민법)의 영향이다.[34] 일본민법의 법인규정은 독일민법의 영향을 크게 받은 것이라고 일반적으로 알려져 있지만, 독일민법의 규정은 사단법인과 재단법인을 체계상 엄밀히 준별하

33) 이러한 입론을 전제로 사단의 의미를 파악하는 논의로 김건식/노혁준/천경훈, 회사법, 2019, 51면. 이와 관련된 논의에 관해서는 권철, 전게논문 "'사단·조합 준별론'의 재검토 小考", 비교사법 27권 1호, 2020, 144면 이하. 이와 같이 조합, 비법인사단, 법인을 연속적으로 파악하는 논의는 회사에 법인격이 인정되는 것을 잘 설명할 수 있는 장점이 있다. 다만 회사의 예에서도 알 수 있는 바와 같이 이와 같은 '조합법인론'은 주로 영리법인을 염두에 둔 논의인 점에 유의할 필요가 있다. 권철, 같은 논문 "'사단·조합 준별론'의 재검토 小考", 153면.

34) 이러한 규정 방식은 만주민법에서도 마찬가지로 채용되었다. 이에 비하여 중화민국민법(현 대만민법)에서는 독일민법의 규정 방식에 따른 점이 흥미롭다.

고, 그 결과 양자의 설립요건을 각기 다르게 규정하고 있다는 점에서 다르다.[35] 독일에서 비영리사단법인에 대해서는 민법을 설립근거로 하는 한편, 재단법인의 구체적 요건은 실질적으로 각 주법에 맡기고 있다. 이렇게 원래 사단법인과 재단법인이 연혁적으로 태생이 다른 것임에도 불구하고 우리민법에서는 사단법인과 재단법인의 성립요건을 혼합적으로 구성하였다. 한편 비교법적으로, 사단법인과 재단법인의 차이를 극명하게 보여주는 것은 프랑스의 경우이다. 1804년부터 시행된 프랑스민법전에는 비영리법인에 대한 규정이 없다. 프랑스에서는 개별법인 '1901년법'에서 비영리사단법인(association)의 설립근거가 명확하게 규정된 이후에도 재단법인에 대해서는 실정법의 규정이 존재하지 않았다. 사법상 재단법인에 관해서는 1987년의 메세나진흥법이 제정될 때까지 그 설립에 대한 근거법률조차 없었다. 지금도 재단법인의 경우, 원칙적으로 행정법원인 국사원(Conseil d'État)의 데크레에 의하여 개별적으로 공익성에 관한 설립허가를 받은 경우에만 재단법인이 될 수 있다.

이상과 같이 사단과 재단의 취급에는 나라에 따라서 차이가 있다는 것을 감안하면, 비영리·공익 법인에 관한 기본법제에서 재단과 사단을 병렬적으로 규정하는 것은 자명하다고 할 수 없고 오히려 우리의 경우가 특이한 예라고 할 것이다.

이러한 우리민법의 규정방식은 법인설립자의 기호에 따라 양자가 차이가 별로 없는 형태로 선택되고 운용되는 결과를 낳았다. 즉 두 법인의 차이가 강학상의 차이에 불과하고 실제로는 두 법인유형이 혼용되고 있는 것이 우리법의 큰 특징이라고 할 수 있다. 이러한 특징은 부작용을 발생시키고 있다. 예컨대, 법인 설립자의 입장에서는 재단법인의 경우에는 사원총회가 존재하지 않기 때문에 설립자의 영향력을 행사하기에 용이한 관계로 사단법인보다 선호하는 경향이 있다.[36] 그러나 이러한 현상

35) 고상현, "민법상 재단법인설립에 관한 비교입법사적 연구", 중앙대 법학논문집 36권 2호, 2012 에서도 이러한 점을 지적하고 있다.

36) 관련되는 예는 매우 많아서 손쉽게 찾아볼 수 있다. 예컨대, 최근 기부금 유용 문제로 언론을 떠들썩하게 한 재단법인에 관해서도 사단법인과 재단법인의 혼용의 예를 발견할 수 있다. 즉 재단법인 '정의기억연대'의 홈페이지에는 사단법인 한국정신대문제대책협의회('정대협')와 재단법인 정의기억연대가 통합되었다는 공지(2018년 8월 29일자)가 게재되어 있다. 이 공지는 '정대협'은 '정의기억재단'과 조직과 사업을 통합하여 운영하기로 하고 지난

이 바람직한 것이라고 할 수는 없다. 사단·재단을 준별하는 논의를 전개하여 양자의 특성에 부합하는 기능을 수행할 수 있도록 제도설계를 하는 것이 요구된다.

(3) 재단법인형 비영리·공익법인의 거버넌스

민법상 재단법인 개념은 특별법상 법인의 출발점으로 자리매김 되어 있는 경우가 있다. 특히 사립학교법에 관한 논의가 주목된다. 사립학교법에 근거한 학교법인은 재단법인이라는 것을 당연한 전제로 논의가 전개되는 것이 일반적이다. 그런데 이에 대하여는 우리 사립학교법이 일본의 사립학교법을 계수한 것에서 비롯된 하나의 (잘못된) 도그마라는 지적도 가능하다. 사립학교법의 연혁 및 그에서 비롯된 문제점에 대해서는 별도의 논의가 필요하지만, 여기서는 사립학교법이 예전 독일의 학교 법제를 참조하면서 '학교 영조물 이론'을 사립학교에 무비판적으로 받아들인 것에서 유래된 면도 있다는 것, 학교가 국립(공립)인 것을 전제로 한 이론을 사립학교 법제에 대입하여 구성한 결과 다양한 모순점이 발생되고 있다는 점에서 문제점을 발견할 수 있다는 것만을 지적해 두기로 한다.

이러한 맥락에서 사립학교법 개정으로 개방형 이사제도를 취한 것은 재단법인 개념의 형식적인 고집에서 발생하는 문제에 관한 상대화의 단초가 될 수 있다. 최근 사립학교법 등 비영리·공익법인의 거버넌스에 관해서는 관련 연구가 나오고 있는데,[37] 이 중에서도 개방형 이사제도에 주목하면서 관련 대법원 판결을 계기로 구성원들의 법률상 지위 문제를

7월 11일 첫 이사회를 열어 조직의 명칭을 정하고 ○○○ 정대협 상임대표를 신임 이사장으로 선출하였다는 내용으로 시작된다. 홈페이지에는 재단법인의 정관도 게시되어 있다. 그런데 공지와 정관의 내용을 검토해 보아도, 사단법인(정대협)이 재단법인(정의연)으로 조직이 통합되었다는 것은 어떤 논리로 설명할 수 있는지. 기존 사단법인의 사원은 어떻게 되는지. 굳이 재단법인으로 조직을 통합하는 것은 왜인지, 설명이 될 만한 아무런 언급이 없다. 이러한 예에서는 우리나라에서는 사단법인과 재단법인이 그 본래적인 특성은 중시되지 않은 채 손쉽게 혼용되어 재단법인 개념이 편의적으로 이용되고 있다는 것을 보여주고 있다고 할 것이다.

37) 김진우, "재단법인 이사의 내부책임", 민사법학 51호, 2010; 김태선, "비영리법인 이사의 선관주의의무", 민사법학 69호, 2014; 이선희, "비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무 : 사립학교 법인 이사의 취임승인 취소 등에 나타난 사례를 중심으로, 성균관법학 30권 1호, 2018; 김정연, "비영리법인 이사의 주의의무에 관한 연구", 비교사법 26권 2호, 2019

다루고 있는 논의[38]가 본고의 관점과 상통하는 면이 있어서 주목된다. 관련된 자세한 논의는 별고에서 논하기로 하고 우선 여기에서는 재단법인의 의사결정 구조 내지 거버넌스에 관한 선험적 경직성(일본법의 영향)을 상대화할 수 있는 논의의 실마리로 자리매김해 두기로 하자.

(4) 종교단체 재단법인화의 문제

종교단체의 민법상 재단법인화는 우리 종교단체 법제의 큰 특징을 이룬다.[39] 종교별로 상황이 다르지만, 재단법인화에 의하여 종교단체의 재산문제가 처리되고 있고 그로 인하여 관련 법률문제에 독특한 전개가 이루어져왔다. 그러나 수많은 교인과 성직자로 구성되어 있고 단위종교단체와 포괄종교단체로 계층화되어 있는 종교단체의 특성에 걸맞은 규율방법이 요구되는바, 이는 현재와 같은 포괄종교단체의 재단법인화만에 의해서는 충족되기 어려운 문제이다.[40] 현재 종교단체에 관한 다양한 법률문제는 단위종교단체를 비법인사단으로 취급함으로써 해결을 도모하고 있는바, 이에 관한 문제는 후술한다(4.).

(5) 기업이 출연한 재단법인에 대한 부정적인 이미지

이미 언급한 바와 같이, 정부출연 연구기관인 형사정책연구원의 최근 보고서[41]는 대기업 및 정치가의 불법적 이용에 관한 강한 문제의식에 터 잡은 연구라는 점에서 흥미롭다.[42] 공익법인에 관한 실무자의 최근

38) 김태선, "학교법인의 이사선임에 관한 학교 구성원들의 법률상의 지위", 법학논총(숭실대) 47집, 2020, 121면 이하.

39) 우리나라의 종교단체에 관한 법제는 다른 분야의 법제 정비 상황과 비교하여 낙후되어 있다. 물론 우리의 법제에서 나름대로 종교단체에 관한 법률문제를 처리해오고 있지만, 천주교 교구의 재단법인화, 개신교 교단의 재단법인화, 불교사찰에 대한 법규, 유교재산에 대한 규제법규는 1910년대 이후에 형성된 종교단체에 관한 규율 방법인 것을 감안하면, 각 종교별 단체의 법적 규율에 관한 법제는 일제로부터 해방 전의 그것이 큰 틀에서 지금까지 영향을 미치고 있는 것으로 보인다.

40) 관련된 논의에 관한 문제제기로 권철, "'종교재단'에 관한 小考 : 종교단체 법인화 문제 서론", 법학논총(숭실대) 47집, 2020, 215면 이하.

41) 전게 연구보고서(전게 주1)), 공익재단을 이용한 탈법 불법 유형 및 형사정책적 대응방안, 형사정책연구원, 2018.

42) 보고서의 머리말에는 다음과 같은 서술이 있다. "새 정부는 권력농단과 부정부패 없는 대한민국의 기반을 마련하기 위하여 “반부패 개혁으로 청렴한국 실현”을 제2번 국정과제로

논의에서도 대기업 집단의 남용 가능성을 날카롭게 지적한다.[43] 다른 한편 이러한 논의와 대비되는 것으로 기부활성화를 위해서 공익법인의 규제를 완화해야 한다는 주장도 있다.[44]

프랑스 법제사와 관련하여 교회로 흘러들어가는 자금(헌금)에 대한 강한 문제의식에서 비롯된 법제는 흥미로운 비교법적 검토 자료인 바, 시대와 맥락은 다르지만 우리나라에서 재벌기업이 재단법인을 이용하는 것에 관한 강한 경계를 전제로 하는 접근 방법은 의미가 없지 않다. 재단법인에 대한 출연이나 기부에 관해서 부정적인 인식이 사회 전반에 공유되고 있다면 공익재단법인의 바람직한 발전방향은 적절한 규제책을 전제로 한 활성화 방안에서 모색할 수밖에 없다고 할 것이다. 부정적인 이미지를 해소하면서 제도를 정비해 나가는 것은 쉽지 않은 과제이지만, 프랑스에서 대혁명기 사상의 영향으로 기부가 철처하게 규제되는 법제가 만들어진 이후, 문화진흥을 위한 새로운 돌파구를 모색하는 메세나 관련 제도 정비가 이루어진 점은 유익한 참조대상이 될 수 있다.

(6) 비공익·비영리재단법인 개념의 존재의의

공익목적이 아닌 '비영리'재단법인의 존재이유는 무엇인가? 사회적인

제시하는 한편, 촛불민심의 단초가 된 공익법인의 투명성과 공정성을 강화하기 위해 법무부에서 공익법인 제도개혁 TF를 구성·운영하는 한편, 공정거래위원회에서 대기업집단 소속 공익법인 운영실태를 조사·분석하는 등 다각도로 노력하고 있습니다. 또한, 이를 위해서는 공익재단의 탈법·불법 이용에 대한 형사정책적 대응방안 마련도 필요한 만큼, 형사정책 분야의 국책연구기관인 저희 한국형사정책연구원에서도 공익재단과 관련한 연구과제를 개발·수행함으로써 정부가 추진해온 반부패 개혁의 불법청산 노력에 보조를 맞추었습니다."

43) "공익법인이 도입된 이후에 활성화와 규제 사이에서 많은 갈등을 이루면서 개정을 거듭해 왔다. 대기업집단의 공익법인의 경우, 자산상황 및 주식의 보유 비율, 특히 계열사 주식을 주로 보유하고 있는 점, 보유 주식의 배당이 이루어지지 않거나 예금 수준에 불과함에도 불구하고 주식을 처분하려 하지 않는 점, 기타 공익법인을 이용하여 계열사 지배력 확보를 위한 자금 또는 의결수단으로 악용하는 정화 등에 비추어 보건대, 대기업 집단이 공익법인을 과연 공익목적만으로 이용하고 있는 것인지 의심하게 한다. 한편, 선의의 피해자도 발생하고 있다" (김희연, "상속·증여세법상 공익법인 규제에 관한 소고", 외법논집 43권 1호, 2019)

44) 예컨대, 김진우, "유산기부 활성화를 위한 입법 과제 : 유류분 제도 및 공익법인의 지배구조에 대한 규제 완화를 중심으로", 외법논집 43권 2호, 2019, 1면 이하

수요의 관점에서 보면, 공익목적이 아닌 비영리재단법인에 대해서 사회적인 수요가 어느 정도 있는지는 의문이다. 일정한 재산을 독립시켜서 운용하는 법기술로서는 재단법인 이외에 신탁이 존재하는데, 비영리재단법인, 공익재단법인에 관해서는 목적신탁, 공익신탁과의 관련성을 포함하여 검토되어야 할 것이다. '학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업'을 목적으로 하는 민법상 비영리재단법인은 신탁법상의 목적신탁 그리고 공익신탁법상의 공익신탁과 기능적으로 유사하다.[45] 상법의 '합자조합' 그리고 신탁법의 신탁(목적신탁, 유한책임신탁, 공익신탁)은 각각 법기술적으로는 사단법인과 재단법인에 대하여 기존의 이론틀을 재검토하게 하는 흥미로운 소재를 제공하여 준다. 이러한 최근의 민상법 관련 입법동향을 살펴보면 새로운 제도의 특징 중 하나로 '私人의 재산관리 자유의 확장' 경향을 들 수 있다. 私人의 재산관리 자유의 확장에는 두 종류가 있다. ① 개인의 재산관리·처분의 자유 확장이다. 목적신탁이라는 제도는 이와 관련이 있다. ② 기업의 자금조달을 위하여 책임재산을 분리하는 자유의 확대이다. 특히 자산유동화를 위한 '도구'로 이용되는 것이 기대된다. 여기에서는 법인격이 가지는 여러 기능 중에 책임재산을 분리하여 원 소유자의 도산으로부터 격리시키는 기능이 각광을 받는 것이다. 법적구성에 있어서 유용하다면 법인이 아닌 신탁이라도 유한책임조합이라도 관계없다. 이러한 내용은 최근의 제도정비에서 발견되는 '경향'을 지적하는 것인데, 이러한 경향에 대해서 '재산관리 자유'라는 측면만이 지나치게 중시되고 있는 것이 아닌가라는 문제 제기가 가능하다. 예컨대, 목적신탁을 '무제한' 허용하는 신탁법의 규정은 법인격과 절연된

45) 민법상 비영리법인에 관한 규정을 보완하는 공익법인법은 동법의 적용대상인 공익법인을 사회 일반의 이익에 이바지하기 위해 학자금, 장학금, 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인으로 정의한다(공익법인법 제2조). 그리고 공익을 목적으로 하는 신탁을 규율하는 특별법인 공익신탁법은 매우 포괄적인 범위에서 공익사업을 정의하면서, 이러한 공익사업을 목적으로 하는 신탁법상의 신탁으로서 법무부장관의 인가를 받은 신탁을 공익신탁이라고 부른다(공익신탁법 제2조 제2호). 이처럼 이들 제도는 실제 그 활용범위가 상당 부분 겹친다. 때문에 재산을 출연하여 공익 성격을 가지는 목적을 달성하고자 하는 경우, 신탁법상의 목적신탁이나 공익신탁법상의 공익신탁 또는 민법상의 비영리재단법인이나 공익법인상의 공익법인 중에서 어떠한 제도를 선택할 것인지의 문제가 제기된다. 그리고 이를 결정함에 있어서는 각 제도간의 구분, 특히 법인과 신탁의 차이점이 중요한 의미를 갖게 된다. 최수정, 신탁법, 2016, 13면

목적재산을 자유로이 설립할 수 있는 것과 같은 결과를 가져온다는 것이다. 법제사적으로, 비교법적으로 볼 때, 다소 편향된 선택이라는 지적이 가능하다. 나아가 비법인재단을 쉽게 인정할 수 없는 이유는 새로운 법인격을 인정하는 법인설립의 방법이나 최소한 신탁법에서의 수탁자 재산분리 법리와 같은 명문의 근거가 존재하지 않는 한, 책임재산의 분리를 달성할 수 없기 때문이다.[46]

2. 사단법인 관련 : 비법인 사단의 규율

(1) 우리 민법은 자연인 이외에 법인에게 권리능력을 인정한다. 어떤 비영리사단이 법인으로 되기 위해서는 주무관청의 허가를 받고(제32조) 그 주된 사무소에 설립등기를 하여야 한다(제33조). 법인이 된 사단은 일정한 범위 내에서 권리·의무의 주체가 될 수 있다. 그런데 많은 사단이 주무관청의 허가 및 설립등기의 절차를 거치지 않아 법인이 아닌 사단의 형태로 머물러 있다. 이러한 법인 아닌 사단과 관련하여 우리 민법은 물권편 제275조 이하에서 총유규정을 두고 있다. 그리고 민사소송법 제52조는 법인 아닌 사단 또는 재단에게 당사자능력을 인정하며, 부동산등기법 제26조는 법인 아닌 사단이나 재단에 대하여 등기능력을 인정하고 있다. 비법인사단의 대표적인 예로는 종중(혈연형), 종교단체(주로 개신교의 지교회)가 있고 그 이외에도, 공동주택 입주자대표회의[47](지연형), 아파트부녀회, 주택조합(주택법), 집합건물 관리단[48], 주민단체(어촌계, 자연부락, 洞·里 명의의 주민공동체), 정당 등을 들 수 있다.

(2) 사단이 법인격을 취득하는 길은 현행법에서 반드시 곤란한 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 인격 없는 사단이 많이 존재하는 이유는 무

46) 이러한 논점에 관한 비교법적인 문제제기로, 권철, "프랑스민법학 상의 'patrimoine' 개념에 관한 고찰 : 법인격과 재산의 관계에서 본 학설사와 실정법", 민사법학 63권 2호, 2013, 45 이하

47) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다6307 판결

48) '법인격 없는 사단'이나 이와 유사한 성격을 가진 특수한 '민법상 조합'으로 파악할 수 있다. 김규완/강혁신, 관리단 운영의 투명성 제고 등 운영 개선방안(법무부용역보고서), 법무부, 2015. 참고로 일본에서는 특별법에서 법인격 부여되고 있다.

엇인가. ① 그 이유의 하나는 법인 아닌 사단이 법인격을 취득할 수 있는 근거법인 민법이 사단법인의 설립에 관하여 허가주의를 취하고 있는 데 있다(제32조). 즉 주무관청의 허가가 사단법인설립의 절차적 요건의 하나이며, 만일에 그러한 허가를 얻지 못하거나 또는 허가를 얻지 못하고 있는 동안은, 사단은 권리능력 없는 사단으로서 존재할 뿐인 것이다. ② 또 하나의 이유는, 설립자가 행정관청의 사전의 허가나 사후의 감독 기타의 법적 규제를 받는 것을 좋아하지 않을 경우에는, 법인설립이 강제되지 않는 이상, 인격 없는 사단으로서 존속할 뿐이다. 그리하여 현행 민법상 권리능력 없는, 또는 법인격 없는 사단의 존재는 불가피하며, 그 수는 상당히 많다.[49] ③ 다음으로 민법에서 법인 아닌 사단을 규율하는 일반규정은 두고 있지 않지만, 재산귀속 형태에 관한 총유 규정을 두고 있다는 점을 둘 수 있다. 비법인사단의 법률문제를 규율함에 있어서는 그 소유 형태를 총유로 규정하는 것만으로 충분하지는 않지만, 일단 비법인사단에 관한 분쟁에서 기준이 될 수 있는 근거규정이 되어 방대한 양의 판례법리가 축적되고 있다. ④ 그리고 민사소송법 및 부동산등기법에서 법인 아닌 사단의 소송상 당사자능력과 부동산등기당사자능력을 명문으로 인정하고 있는 관계로 법인격 취득의 인센티브가 크지 않다는 점을 지적할 수 있다. 법인격을 취득하지 않더라도 사단으로서 소송을 하거나 나아가 부동산을 소유하는 등 거래활동을 하는데 크게 불편하지 않고, 굳이 법인설립등기를 하여 주무관청의 감독(민법 제37조), 재산목록과 사원명부의 비치(민법 제55조) 등의 불편을 감수할 필요가 없기 때문에 법인 아닌 사단으로 존재하게 되는 것이다.[50] 특히 법인 아닌 사단에 부동산등기능력을 인정하는 것은 비교법적으로 예를 찾아볼 수 없는 규정이다.[51] ⑤ 그밖에도 민법은 법인이 해산하는 경우에 잔여재산의 귀속권리자에 대하여 정관에서 지정한 자를 원칙으로 하고(민법 제80조 제

49) 곽윤직, 민법총칙(신정판), 1989, 225면.
50) 전경운, “우리 민법상 총유에 관한 일고찰”, 토지법학 26권 1호, 2010, 167면.
51) 법인 아닌 사단의 등기능력을 인정하는 부동산등기법의 규정은 연혁적으로 종중소유 부동산의 공시방법을 마련하고자 했던 1930년 조선등기령에서 유래한 것으로, 이제는 오히려 비법인사단을 양산하는 원인중의 하나를 제공하고 있다. 이 점은 우리나라의 비법인단체론을 이해하는데 중요한 출발점으로 우리의 비법인단체론을 재검토하는데 피해갈 수 없는 논점이다.

1항) 귀속권리자를 정하지 아니한 경우에는 주무관청의 허가를 얻어서 그 법인의 목적과 유사한 목적을 위하여 처분하도록 규정하고 있는데(민법 제80조 제2항 본문), 실제로는 주무관청에서 표준정관을 마련하여 잔여재산을 법인의 목적과 유사한 목적을 가진 법인이나 국가 또는 지방자치단체에 귀속하도록 하고, 이에 따르지 아니하는 경우에는 설립허가를 하지 아니하는 사실상의 제도운영으로 인해 법인설립허가신청을 하지 않아 법인 아닌 사단으로 남게 되는 경우가 있다.[52] ⑥ 이상과 더불어, 법인 아닌 사단이 양산되는 이유로는 대표적인 유형(종중, 종교단체)을 규율하는 특별법의 부존재를 지적할 수 있다. ⑦ 또한 관련 특별법이 존재함에도 불구하고 단체에 법인격을 부여하는 규정을 두지 않는 경우도 있다(주택법상 주택조합, 집합건물법상 관리단, 비영리민간단체법, 정당법상 정당 등). 우리민법학 상의 법인 아닌 사단론에는 법인이란 무엇인가에 관한 논의의 특징이 잘 나타난다. 비교법 · 비교사회학의 관점에서 살펴보아도 우리나라와 같이 다양한 종류와 엄청난 수의 비법인사단이 존재하는 나라는 예를 찾아보기 힘들다. 이러한 다양한 원인이 복합적으로 영향을 주어 비법인단체가 무수히 발생하게 된 것인데, 이러한 현상이 과연 바람직한 것인지에 대하여 재검토해 볼 필요가 있다.[53]

(3) 민법개정작업에서는 주로 비법인사단에 관한 규율 여부 및 그 내용, 그리고 총유규정의 존폐문제가 다루어졌다. 민법개정작업의 과정에서는, 각 담당분과위원회의 안이 만들어진 후 실무위원회, 위원장단회의에서 다시 검토되고 최종개정시안으로 확정되는 프로세스를 거쳤는데, 비법인사단에 관한 규율 여부 및 그 내용, 그리고 총유규정의 존폐문제에

52) 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제13조 제1항에서는 '해산한 공익법인의 잔여재산은 정관이 정하는 바에 의하여 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다'고 규정한다. 박찬주, "법인 아닌 사단 및 재단에 대한 새로운 이해", 법학연구 48권 1호, 2007, 823면

53) 비법인단체를 실재하는 것으로 파악하여 가능한 한 법인격을 가진 것과 같은 효과를 인정하려는 현재와 같은 상태를 어떻게 평가하여야 할까. 오해의 여지가 있지만 굳이 비유를 하자면 사실혼 관계의 커플에게 가능한 한 법률혼의 효과를 인정하려는 논의와 유사한 면이 있다고 할 수도 있다. 사실상태를 존중하려는 이러한 경향에 대하여 섣부른 판단은 유보하겠지만, 제정법이 법인격을 인정하는 의미에 대하여 다시 한 번 생각해 볼 계기를 제공하고 있다고 생각된다.

대해서는 분과위원회안이 실무위원회나 위원장단회의에서 여러 차례 수정 내지는 폐기되는 과정을 거쳤다. 이는 관련 논점이 입법론적으로도 난문에 속한다는 것을 보여준다고 할 것이다.

법무부 개정시안에서는 비법인사단에 대해서 법인에 관한 장의 규정을 적용하기로 하였다(제39조의2)[54]. 사단·조합 준별에 관한 전통이론을 전제로 하는 규정으로 우리 민법 제정 과정 이래로 꾸준히 제기되어온 논점이다.[55] 아울러 영리 목적의 비법인사단도 존재한다는 것을 염두에 둔 관련 규정을 신설하였다(제39조의3)[56]. 비법인사단에는 다양한 형태의 단체가 있다는 것을 인정하는 점에서 이 규정은 전통이론에 대한 비판론의 영향을 받은 것이라고 할 것이다. 이러한 내용을 포함한 법인 개정시안은 시효에 관한 개정시안과 함께 2010.12.3. 입법예고된 뒤 18대 국회에 제출되었으나 국회의 임기만료로 폐기되었다.[57] 그리고 개정시안 성안과정에서는, 비법인사단에 관한 규정을 신설하는 개정시안에 따르면 비법인사단도 실질적으로 사단법인과 다름없는 취급을 받게 되므로, 비법인사단과 사단법인의 차이를 염두에 둔 총유 규정은 삭제되어야 한다는 논의[58]도 있었다(2011년 제2분과위원회 안). 그러나 이러한 주장은

54) 제39조의2(법인 아닌 사단과 재단) 법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 주무관청의 인가 또는 등기를 전제로 한 규정 및 제97조에 따른 벌칙을 제외하고는 이 장(章)의 규정을 준용한다.

55) 주지하는 바와 같이, 우리민법 제정과정에서 유사한 규정 신설에 관한 수정의견이 민법안의견서에서 제기되고 현석호 수정안으로 국회에 제출되었으나 결국 입법에는 이르지 못하였다.

56) 제39조의3(영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 사원의 책임) ① 영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 재산으로 사단의 채무를 완제(完濟)할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다. ② 영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 재산에 대한 강제집행이 주효(奏效)하지 못한 때에도 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다. ③ 제2항은 사원이 법인 아닌 사단에 변제의 자력(資力)이 있으며 집행이 용이한 것을 증명한 때에는 적용하지 아니한다.

57) 관련한 내용의 해설로는, 권영준, 2014년 법무부 민법개정시안 해설(민법총칙·물권편), 법무부, 2017 참조.

58) 수정론 내지 폐지론으로, 이호정, “우리 민법상의 공동소유제도에 대한 약간의 의문”, 서울대학교 법학 24권 2·3호, 1983 ; 제철웅, “단체와 법인 -사회적 기능의 유사성과 적용법리의 相異의 합리적 조정을 위한 試論”, 민사법학 36호, 2007 ; 정병호, “법인 아닌 사단의 재산관계 규율에 관한 입법론적 고찰”, 홍익법학 14권 1호, 2013 ; 이계정, “총유 규정의 개정 여부와 비법인사단의 규율”, 민사법학 78호, 2017.

최종적으로는 받아들여지지 않았다.[59] 그 후 정부는 19대 국회에 2014년 10월 24일 법인에 관한 개정안을 다시 제출하였다(의안번호 12119). 이 개정안은 종전에 제출된 개정안 중 비법인사단에 관한 규정이 제외된 점이 특징적이다.[60]

민법개정안에 관해서는, 제39조의2는 사단·조합 준별론을 전제로 한 것이라고 할 수 있는 것에 비하여, 제39조의3은 기존의 준별론과는 달리 비법인단체의 다양성을 전제로 한 내용이어서, 이러한 개정 제안이 동시에 이루어진 점은 흥미롭다. 앞으로 관련 규정의 개정을 다시 시도하는 때에는 밀접한 관련이 있는 총유 규정의 존폐문제와 아울러 종합적인 정합성 검토가 필요하다고 할 것이다.

3. 비영리민간단체지원법

(1) '비영리민간단체'를 지원하기 위하여 제정된 비영리민간단체지원법(제정 2000.01.12 (법률 제6118호) 행정자치부)의 규정 방식은 여러모로 흥미로운 점들을 포함하고 있다. 이 법에서는 등록제를 시행하고 있다.[61] 주목되는 점은 이 법률은 등록과 법인격을 결부시키고 있지 않은 점이다. 기존의 비영리법인은 물론이고 비법인단체도 이 법률 및 시행령에서 정하는 요건을 갖추면 등록대상이 되고 각종의 혜택을 부여 받을 수 있다. 등록된 비영리민간단체의 수는 아래 표와 같은데, 전체 단체 중에서 비법인단체가 상당수를 차지하고 있다. 중앙부처에 등록된 단체 중의 40%, 지방자치단체에 등록된 단체 중에서는 80%에 이르고 있다. 이

59) 분과위원회가 제안하는 총유 규정의 폐지와 비법인사단에 관한 규정 신설이 받아들여지지 않은 이유에 관한 해설 내용은 윤진수, 공동소유에 관한 민법개정안, 민사법학 68호, 2014; 권영준, 전게 민법개정안 해설, 63면, 469면 이하를 참조.

60) 엄동섭, "법인·단체법의 변천과 과제", 법과 기업 연구 8권 2호, 2018, 105면.

61) 규정은 다음과 같다.「동법 4조 (등록)①이 법이 정한 지원을 받고자 하는 비영리민간단체는 그의 주된 공익활동을 주관하는 장관(이하 "주무장관"이라 한다), 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)에게 등록을 신청하여야 하며, 등록신청을 받은 주무장관 또는 시·도지사는 그 등록을 수리하여야 한다.②주무장관 또는 시·도지사는 비영리민간단체가 제1항의 규정에 의하여 등록된 경우에는 관보 또는 공보에 이를 게재함과 동시에 행정자치부장관에게 통지하여야 한다. 등록을 변경한 경우에도 또한 같다.」

중에는 종교단체는 포함되어 있지 않은 점을 고려하면 이러한 비법인단체에 국고보조 및 조세혜택을 부여하는 것은 상당히 특징적인 현상이라고 할 수 있다.[62]

법리적으로는 비법인단체가 본법의 요건을 갖추어 등록이 된 경우에는 법인격을 취득하는 것으로 규정하는 것이 바람직해 보인다.

비영리 민간단체 등록 수 [단위 : 개] (출처 : 행정안전부)

		2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
등록누계(개)		11,579	12,252	12,894	13,464	13,933	14,275	14,699
구분	중앙행정기관	1,413	1,494	1,561	1,599	1,624	1,662	1,685
	시 ·도	10,166	10,758	11,333	11,865	12,309	12,613	13,014
전년대비 증감단체수		690	673	642	570	469	342	424
증감비(%)		6.3	5.8	5.2	4.4	3.4	2.5	2.9

(2) 우리의 비영리민간단체지원법은 일본의 '특정비영리활동촉진법'(이른바 'NPO법')과 비교할 수 있는데, 두 법률의 구체적인 규율방법은 차이를 보이고 있다. 양국의 법률을 비교해보는 것은 양국의 비영리시민활동단체 법제의 비교라는 차원에서 흥미로운 소재가 될 수 있다. 예를 들어 각 법의 제1조를 비교하는 것만으로도 양국의 특징을 발견할 수 있다.[63] 일본의 NPO법은 "법인격을 부여"함으로써 시민의 사회공헌활동의 건전한 발전을 촉진하는 것이 목적이라고 하여 법인격 부여가 비영리활

62) 비영리민간단체지원법에 기한 지원이 정치적이 고려에 좌우될 수 있다는 지적에 대해서는, (김대연/석호원, "지방자치단체장의 정치적 특성이 비영리민간단체보조금에 미치는 영향", 한국지방행정학보 14권 1호, 2017

63) 비영리민간단체지원법(제정 2000.1.12 법률 제6118호) 제1조 (목적) 이 법은 비영리민간단체의 자발적인 활동을 보장하고 건전한 민간단체로의 성장을 지원함으로써 비영리민간단체의 공익활동증진과 민주사회발전에 기여함을 목적으로 한다.

特定非營利活動促進法[NPO법](제정 1998.3.25 법률 제7호) 제1조 (목적) 이 법률은 특정비영리활동을 하는 단체에게 법인격을 부여하는 등에 의하여, 자원봉사활동을 비롯한 시민이 하는 자유로운 사회공헌활동으로서 특정비영리활동의 건전한 발전을 촉진하여 더욱 공익증진에 기여함을 목적으로 한다.

동을 촉진한다는 것이 전제가 되어 있다. 이에 비하여 한국의 비영리민간단체지원법은 “활동을 보장하고 건전한 민간단체로의 성장을 지원”함에 있어서 법인격의 유무에 관해서는 일체 언급을 하지 않는 구조로 되어 있다. 우리의 비영리민간단체지원법의 등록요건은 비영리법인으로 법인격을 부여하기에 충분한 내용을 갖추고 있는 것을 감안하면 굳이 법인격 부여에 관하여 소극적으로 규정할 이유를 어디에서 찾아야 하는지, 흥미로운 검토대상이라고 할 것이다. 이러한 입법의 형태에서 우리의 비영리단체 법제 상 법인격 부여의 의미에 관한 특성을 찾아낼 여지가 있다고 생각되는 만큼 후속 연구가 기대된다.[64]

4. 종교단체에 관한 법적 규율

(1) 서

비법인단체가 광범위하게 존재하는 현상에는 종교단체를 규율하는 법률의 부재가 큰 원인을 제공하였다고 할 수 있다. 선행연구에서 인용한 통계에서도 잘 알 수 있는 바와 같이,[65] 상속세 및 증여세법(‘상증세법’)의 조세혜택을 받고 있는 ‘공익법인등’(상증세법 시행령 제12조)에는 종교단체가 상당한 비율(34,843개 중 17,606개)[66]을 차지하고 있는데, 이 통계에서 말하는 종교단체에는 민법상의 법인격을 취득한 종교단체 이외에도 법인 아닌 단체로서 인정된 종교단체가 포함되어 있다. 문화체육관광부에서 발간한 자료(2018년 한국의 종교현황)에 의하면 민법상의 법인

64) 다소 맥락은 다르지만, 이러한 점은 정당에 법인격을 부여할 것인지에 관한 입법태도에서도 발견할 수 있다. 우리의 정당법 및 관련법에는 정당의 법인격에 관한 규정을 두고 있지 않는 것에 비하여, 일본에서는 “정당교부금을 교부 받는 정당 등에 대한 법인격 부여에 관한 법률”(政党交付金の交付を受ける政党等に対する法人格の付与に関する法律)을 두고 있다. 다만 그 밖에 독일에서는 정당을 법인격 없는 단체로 취급하는 등 각국의 특성이 반영되어 있다. 정당의 법인격 문제도 흥미로운 논점이 될 수 있다는 점만을 지적해 두기로 한다.

65) 윤철홍, “공익법인제도의 의의”, (법무법인 태평양・재단법인 동천 공동편집), 공익법인연구, 2015, 24면에 게재된 ‘넓은 의미의 공익법인의 현황’ 참조.

66) 2018년 통계에 의하면, ‘공익법인등’ 34,843개 중 종교관련이 17,606개를 차지하고 있다. 자료출처 : 국세청, 국세통계, 8.7.1 사업목적별 공익법인 가동 법인수 (자료갱신일 2020. 1. 23).

격을 취득한 종교단체의 수가 1,181개인데,[67] 이를 감안하면 단순 계산으로 세제 혜택을 받고 있는 종교단체 중 법인 아닌 단체의 비율이 93%를 넘어서고 있다. 종교단체를 규율하는 개별법이 없는 상황에서 종교단체에 관한 조세혜택을 주는 방편으로 '공익법인등'의 범주에 비법인 종교단체를 편입시켜 대응하고 있는 것인데, '공익법인등'에 해당하는 다른 법인유형과 비교해도[68] 정상적인 상황이라고 할 수는 없을 것이다. 전통적으로 불교와 유교에 대해서는 그 재산문제를 중심으로 특별법에 의하여 국가의 개입이 일정한 범위에서 제도화되어 있는 것에 비하여, 개신교 교회와 관련된 법적 규율의 문제는 대한민국 수립 이후 거의 방임 상태에 놓여있다. 비교법적으로는 조세문제와 관련하여 국가 권력이 종교단체의 재산문제에 일정 한도에서 관여하는 것은 자연스러운 것이고, 종교의 자유나 정교분리와 배치된다고 할 수 없다.[69]

67) "종교별 법인 현황 : 문화체육관광부와 행정안전부가 제공한 자료(법인・비영리단체)에서 명칭・목적・사업 등이 종교와 관련된 경우를 찾고, 불교연합단체 자료를 추가해 1,679개를 선정하였다. 그리고 사회복지법인이나 오래 전에 등록해 법인 구분(사단・재단・특수)이 어려운 경우와 종교 색채가 뚜렷하지 않은 경우를 제외하고, 사단과 재단으로 분류된 결과를 명시하였다"(문화체육관광부(고병철/강돈구/조현범), 2018년 한국의 종교 현황, 123면).

	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	세종	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주	계 (재단, 사단)
불교	126	24	6	12	13	16	8	0	68	5	10	3	10	12	17	18	5	353 (110, 243)
개신교	247	11	15	58	10	15	2	0	175	8	10	14	41	12	8	3	4	633 (196, 437)
천주교	53	12	6	5	3	4	0	0	14	2	3	2	2		4	7	1	118 (95, 23)
유교	11	1	3	1	1	1	1	0	1	3	1	2	1	3	3	4	1	38 (17, 21)
기타 종교	14	2	0	3	1	3	1	0	2		2	1	6			4		39 (25, 14)
계	451	50	30	79	28	39	12	0	260	18	26	22	60	27	32	36	11	1,181 (443, 738)

* 출처: 문화체육관광부 홈페이지(www.mcst.go.kr/, 자료공간->비영리법인현황); 행정안전부 홈페이지(www.mois.go.kr/, 2018년 1/4분기 비영리민간단체 등록현황); 비영리민간단체 공익활동 지원사업 관리정보시스템(https://npas.mois.go.kr); 각 단체 홈페이지 자료.

68) 위에서 인용한 국세청 통계(8.7.1 사업목적별 공익법인 가동 법인수)의 다른 버전(8.7.2 사업목적별 공익법인 결산서류 의무공시 법인수)에 의하면 사업목적별 공익법인 중의 대부분 법인이 결산서류 의무공시 법인으로는 되어 있는 바, 그 상세를 보면 상증세법상 '공익법인등'에 해당하는 '사회복지', '교육', '학술・장학', '예술문화', '의료', '기타'에 관한 통계가 상세하게 열거되어 있는데, 유일하게 '종교'항목은 빠져있다. 이러한 사항을 포함하여 공익법인의 세무에 관한 국세청의 매뉴얼을 검토해 보면, '공익법인등'에 부과되는 의무사항(예컨대, 외부회계감사를 받을 의무 등)이 종교단체의 경우 예외적으로 면제되고 있다. 국세청, 공익법인 세무안내, 2020, 참조.

69) 예컨대 프랑스의 역사를 되돌아보면 주지하는 바와 같이, 대혁명을 계기로 하여 국가가

(2) '종교법인법' 제정론

이른바 종교법인법 제정에 관한 논의는 1960년대 초반부터 최근까지 다양한 맥락에서 주장되어 왔다.[70] 시기별로 살펴보면 다음과 같다. 1961년 6월 '사회단체등록에 관한 법률', 1971년 10월 YMCA "신앙의 기본권과 종교법인" 시민논단, 1980년 12월 YMCA "종교법인법 제정의 입법성을 말한다"(국보위 종교분과 위원), 1989년 학술단체인 사단법인 한국종교사회연구소 주관 종교법인법 공청회, 1999년 5월 교육방송 EBS 종교법인법 제정 공개토론회, 2007년 4월 종교법인법 제정추진 시민연대(이하 종추련) "종교법인법왜필요한가?"이다. 이 중에서 1989년에 개최된 공청회의 기록이 단행본으로 출간[71]되어 있고, 각 종교별 대표들과 학자들의 토론 형식으로 관련 논점을 상세하게 논의하고 있어서 우리나라의 종교단체 법인화에 관한 문제 상황을 파악하는데 여러모로 참고가 되는 유익한 자료이다.[72]

(3) 외국의 종교단체 법제

유럽의 여러 나라의 예를 보면 정치, 경제, 사회적으로 교회와 관련된 단체 문제가 법인론의 중심 문제 중의 하나라는 것을 알 수 있고, 프랑스[73]와 독일[74]을 비롯한 대부분의 국가에서 종교단체는 법인화되어 있

교회재산을 국유화하고 종교에 대한 기부를 철저하게 규제하는 체제가 완성되었는데, 이 과정에서 많은 논쟁이 있었다. 현행 체제는 사적 영역(개인, 비영리단체, 종교단체)에 대한 일정액 이상의 기부는 엄격하게 규제되고 있다. 통계에 따라 다소 편차는 있지만 전체 인구의 70% 전후가 가톨릭교회 신자인 것을 감안하면 종교단체의 상당 부분은 교회 및 관련단체를 지칭하게 된다.

70) 이진구, "해방 이후 종교법인법 제정을 둘러싼 논쟁", 한국종교 32집, 2008, 19면 이하.

71) 한국종교사회연구소 편, 한국의 종교와 종교법 : 종교단체의 법인체 등록, 1991.

72) 민법학의 관점에서 종교단체 법인화에 관한 법적 문제를 검토한 논고로, 윤철홍, "종교단체의 법인화", 비교사법 15권 4호, 2008, 129면 이하; 소성규, "종교단체의 법적 규율을 위한 입법적 시론", 법과 정책 연구, 12집 2호, 2012, 453면 이하; 신동환, "종교법인법 제정에 관한 시론", 아주법학 10권 1호, 2016, 71면 이하 등이 있다.

73) 프랑스의 경우에는 1901년에 제정된 비영리사단에 관한 법률과 1905년에 제정된 정교분리에 관한 법률에서 종교단체에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 신도회, 수도사회의 사단법인화를 비롯하여 교회재산의 법인소유화 등에 관하여 상세하게 규율한 이후 로마교황청과의 알력으로 우여곡절을 겪었는데, 현재까지 큰 틀에서 제도가 유지되고 있다.

74) 독일의 경우에는 종교단체가 공법상의 단체와 민법상의 단체의 두 종류로 나뉜다. 민법상의 단체는 본기본법에 편입된 바이마르헌법 제137조 4항에서 규정하는데, 민법상의 비영

다. 일본에서는 1951년에 종교법인법이 제정되었다.[75][76]

(4) 학교법인(사립학교법) 등과 비교

비영리법인에 관한 일반법인 민법 이외에 종교단체에 법인격을 부여하는 특별법 내지는 개별 규정을 두지 않은 이유는 무엇인가. 이 논점에 대해서는 법학적 검토뿐만 아니라 정치사회적인 측면을 포함한 다각적인 검토가 필요하다. 여기에서는 일단 비교대상으로 학교법인을 들어 둔다. 학교법인의 경우에는 애초에는 관련 특별법이 없이 민법상의 재단법인으로 설립되었는데, 민법의 규정만으로는 규율하기에는 한계가 있다는 것을 감안하여 특별법인 사립학교법이 제정되었고 이 법률에 의하여 규율이 이루어지고 있다.[77][78] 물론 사립학교법 자체의 해석론을 둘러싸고 다양한 문제점이 지적되고 있고 우리나라의 현실을 감안한 법제의 체계적인 정비가 필요하다는 점[79]은 인정하지만, 여기에서는 종교단체의 경우

리 사단법인으로서 법인격을 취득한 경우이다. 공법상의 단체는 바이마르헌법 제137조 제5항, 제6항에서 규정하는데 엄격한 절차를 거쳐서 법인격을 취득하도록 되어 있다.

75) 이 법률은 일본이 제2차 세계대전에서 패전한 후 연합국최고사령부의 지침에 따라 그 전에 존재했던 종교단체법이 폐지된 후에 제정된 것이다. 이 법률은 종래 관습에 의해 관리·운영되어 왔던 종교단체를 종교의 자유 보장과 국가의 중립 확보라는 헌법 원리 아래에서 규율하기 위해, 종교단체가 스스로 재산을 관리하고 사업을 수행할 수 있도록 종교단체에 법인격을 부여하되, 사단법인이나 재단법인 어느 것에도 속하지 않는 특별한 성격을 가지고 있으므로 민법이 아닌 특별법으로 규율하려 한 것이다.

76) 일본의 종교법인법에 대해서는 헌법상 종교의 자유와 평등의 원칙에 입각하여 종교단체의 자율성을 보장하려 한다는 점을 지적하는 논의가 우리나라에서도 제기되어 왔고, 이러한 문제제기의 맥락에서 관련 입법제안이 최근까지도 이루어진 바 있다. 한국종교사회연구소 편, 앞의 책, 78면 이하 ; 민경배, "종교법인법 제정의 입법성을 말한다", 시민논단: 20주년 기념호, 1968-1987, 1988, 111면 ; 고기복, “종교단체의 법인화에 관한 연구”, 유럽헌법연구 19호, 2015, 462면 이하.

77) 과거에는 민법상 재단법인이 사립학교를 설치·운영하였다. 그러나 1963. 6. 26. 사립학교의 특수성에 비추어 그 자주성을 확보하고 공공성을 앙양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하기 위하여 사립학교법이 제정되었고(사립학교법 제1조), 사립학교법은 ‘학교법인’이라는 특수법인을 설립하여 사립학교를 설치·경영하도록 하였다. 이에 따라 사립학교법이 제정되기 전에 사립학교를 설치·경영하던 민법상의 재단법인은 사립학교법 시행일인 1963. 7. 27.부터 6개월 안에 그 조직을 학교법인으로 개편하도록 하였다(사립학교법 부칙 제2조).

78) 관련된 법률문제에 관해서는 재단법인형 비영리·공익법인의 거버넌스라는 논점으로 위에서 언급하였다. Ⅲ. 1. (3) 참조.

에는 이를 규율하는 법률 자체가 없다는 점을 확인하는 것이 중요하다. 사립학교법에 의한 학교법인의 규율 이외에도 사회복지사업법에 의한 사회복지법인[80], 의료법상의 의료법인[81]도 유사한 예로 들 수 있다. 이러한 예와 종교단체의 법인화에 관한 특별법이 존재하지 않는 문제를 비교하는 후속연구가 기대된다.

Ⅳ. 제도설계 : 최근 입법예고된 '공익법인법' 전면개정안을 계기로 하여

1. 서

최근 공익법인법 전부개정에 관한 정부안이 입법예고 되었고[82] 공청회

79) 학회 발표에 대한 토론(김봉수 교수님)은 사립학교법 상의 학교법인에 관한 실증적인 문제점 지적을 포함한 시사점이 많은 유익한 것이었다. 관련 논문으로 김봉수, "사립학교의 소송당사자능력에 관한 연구", 민사법학 87호, 2019, 3면 이하. 토론 내용에는 ①사단과 재단 개념을 너무 형식적으로 접근하는 것에 대한 비판, ②행정법 및 헌법상 논의 참조. ③학교를 단순한 시설로 파악하는 것에 대한 비판, ④학교재단법인과 학교법인의 중층구조로 파악하려는 시도 등의 사항이 포함되어 있었다. 토론에 대한 답변으로는, 지적된 내용이 필자의 문제의식과 상통하는 점이 있다는 것과 함께 다음과 같은 인식을 피력하였다. ①사립학교법에 관한 논의는 주로 일본의 영향을 받았는데, 일본은 예전 독일의 학교법제를 참조로 하면서 '학교영조물이론'을 사립학교법에 무비판적으로 받아들였다. 그런데 독일에서 학교는 대부분 국립(공립)인 것에 비해서 일본과 우리의 경우는 사립학교가 많다는 점에서 독일의 논의를 참고하는 것에는 원초적인 한계가 있다. ②사립학교법에 관한 재검토가 필요하다는 점에 동감한다.

80) 사회복지법인은 사회복지사업법(1970년 제정)에 따라 설립되는 비영리 특수법인이다. 사회복지법인은 사회복지사업의 운영에 필요한 재산을 소유하여야 하므로(사회복지사업법 제23조 제1항), 재단법인으로서의 실체를 가지나, 비영리 재단법인에 관한 민법의 규정에 우선하여 사회복지사업법이 적용되고, 사회복지사업법에 규정되어 있지 않은 사항에 관하여는 민법과 공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 규정이 준용된다(사회복지사업법 제32조).

81) 의료법인은 의료법에 따라 설립되는 특수법인이다. 의료법인 제도는 의료의 공공성을 제고하고 의료기관의 지역적 편중을 해소하기 위하여 1973. 2. 16. 의료법이 개정되면서 신설되었다.150 의료법인은 그가 개설하는 의료기관에 필요한 시설 또는 이에 소요되는 자금을 보유하여야 하므로(의료법 제41조 제2항), 재단법인으로서의 실체를 가지나, 재단법인에 관한 민법의 규정에 우선하여 의료법이 적용되고, 의료법에 규정되어 있지 않은 사항에 관하여는 민법 중 재단법인에 관한 규정이 준용된다(의료법 제50조).

가 개최되었다.[83] 그리고 공익법인법을 폐지하고 새로이 '공익법인의 운영 및 활성화에 관한 법률'을 제정하는 내용의 국회의원 발의 법률안(이른바 '윤호중 의원안')이 국회에 제출되었다.[84][85] 본고가 비영리단체 법제 전반을 아우르는 검토를 시도하고 있는 바, 때마침 제안되어 있는 공익법인법 전면개정안에 관한 평가라는 형식으로 제도설계에 관한 논의에 갈음하는 것이 시의적절하다고 생각된다.

법률안 내용을 평가하기 위해서는 이번 개정의 목적을 제대로 확인할 필요가 있다. "공익법인의 규제 vs. 비영리·공익단체활동의 활성화" 둘 중에 어느 쪽에 중점을 두는지에 따라 개정안의 평가는 크게 달라진다. 미리 결론적으로 평가하면. ① 지난 정권의 붕괴의 도화선이 된 비영리·공익법인의 문제(K재단/미르재단)에 대한 대응 등 '규제'라는 차원에서 개정안이 만들어진 것이라면 개정 내용이 어느 정도 이해될 수 있지만, ② 보다 관점을 넓혀서 비영리·공익단체 활동의 '활성화'라는 제도개선의 측면에서 바라보면 여러모로 미흡하다.

이하에서는 주로 '정부안'을 염두에 두면서 부차적으로 '윤호중 의원안'에 대해서도 언급하는데, 크게 두 가지 점에 주목한다. 하나는 민법상 비영리법인과 공익법인의 관계 설정에 관한 것(2.)이고, 또 하나는 공익법인의 범위 조정 및 이른바 '공익위원회'의 신설에 관한 것(3.)이다.

---

82) 입법예고는 2020년 10월 21일자 "법무부공고제2020-301호"에 의한 것이다. 국민입법참여센터 홈페이지에서 열람 가능하다(https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/61140?lsNm).

83) 공청회는 2020년 11월 25일에 개최되었다. 공청회는 온라인 채널에서 관련 영상 및 자료를 볼 수 있다(http://www.public-interest.kr/bbs/board.php?bo_table=publicinterest).

84) 윤호중 의원을 포함한 17명의 국회의원이 2020년 6월 10일에 공동발의한 법안이다(의안번호 313호). 구체적인 내용은 국회 홈페이지의 '의안정보시스템'에서 검색 가능하고, 법안 내용에 관한 법제사법위원회의 검토보고서가 업로드 되어있다(2020년 7월).

85) 국회의 의안정보시스템에서 '공익법인'을 키워드로 검색하여 보면 그 밖에도 공익법인법의 일부개정에 관한 여러 개의 법안이 제출되어 있지만, 본고에서는 공익법인법의 전면적 개정 내지 제정을 염두에 둔 '윤호중 의원안'에 대해서만 언급한다.

2. 비영리·공익법인의 중층구조 명확화

(1) 의의

법률안 제21조(공익법인의 인정) ① 「민법」 제32조에 따라 설립된 재단법인이나 사단법인은 위원회에 공익법인의 인정을 신청할 수 있다.

법률안은 이 규정을 둠으로써 민법상 비영리법인으로 설립된 단체들을 전제로 하여 그 중에서 공익성을 '인정'받은 법인이 공익법인이 된다는 점을 명확하게 하고 있다.

프랑스, 영국, 일본과 같은 외국의 비영리·공익법인 제도의 특징으로 이른바 '중층구조'를 취하고 있다는 점을 지적할 수 있다.[86] 비영리단체가 법인격을 손쉽게 취득하는 비영리법인 제도가 전제가 되어 기층(1층)을 형성하고, 이 중에서 공익성을 인정받은 법인이 공익법인이 되어 그 위(2층)에 위치하는 '중층구조'이다.[87] 이러한 관점에서 보면 이번 개정법안 제21조의 도입으로 비영리·공익법인 법제는 이러한 중층구조를 형성하게 된다. 이로써 제도설계의 면에서는 일견 선진국형 비영리·공익법인 제도의 얼개를 갖추게 된다고 볼 여지가 있다. 그러나 그 내실을 살펴보면 무시할 수 없는 큰 차이점이 발견된다.

(2) 내재적 한계 - 비영리법인 인정범위의 협소성

우선 지적할 수 있는 것은 잠재적인 공익법인의 풀(pool)이라고 할 수 있는 비영리법인의 범위가 좁다는 점이다. 주지하는 바와 같이 민법상 비영리법인은 주무관청의 허가제를 취하고 있는 관계로 많은 비영리단체들이 법인격을 취득하지 않거나 못하여서 비법인단체로 남아있다. 이에 주무관청의 허가를 받아야 법인격을 취득하게 되는 현행 민법상의 비영

86) 명칭은 필자가 임의로 붙인 것이다.

87) 비영리단체가 손쉽게 법인격을 취득할 수 있도록 하는 대신 원칙적으로 비영리법인에는 조세혜택이 부여되지 않고, 공익성을 인정받아 공익법인이 되면 비로소 조세혜택을 비롯한 지원책이 마련되는 것이 프랑스, 영국, 일본의 비영리·공익법인 제도의 기본적인 골자이다.

리법인만이 공익법인 인정 신청을 할 수 있다고 규정하게 되면, 중층구조 중 기층(1층)이 상대적으로 빈약한 상태로 남게 되는 불균형이 발생하게 된다. 이러한 문제는 2000년대 초반부터 최근까지 민법개정의 일환으로 비영리법인 설립 허가제를 완화하려는 개정시도가 아직 결실을 맺지 못한 점과도 관련이 있다. 일단 여기서는 민법상 비영리법인에 관한 제도 정비가 선행되지 않으면 공익법인 제도 개선이 제대로 달성되기 어렵다는 점을 확인해 둔다.

(3) 비교법

가. 프랑스

프랑스의 법제에 관해서는 위에서 개략적으로 언급한 바 있지만 포인트를 다시 정리하면 다음과 같다. 1804년에 제정된 프랑스민법전에는 비영리 중간단체를 적대시하는 대혁명 사상이 반영되어 비영리법인에 관한 규정을 두지 않았다. 그러나 19세기를 지나는 동안 프랑스 사회에서는 시민들이 자율적으로 모여서 결사체를 만드는 것의 중요성이 점점 증대되어 이윽고 1901년에 비영리사단법인에 관한 법률이 제정되어 헌법적인 가치를 가지는 중요한 위치를 차지하게 된다. 1901년법은 1905년에 제정된 정교분리법과 함께 종교단체에 관한 규율이 포함된 독특한 비영리법인 법제로 프랑스 시민사회에 완전히 정착되었다. 프랑스 비영리법인 제도의 특징은 비영리사단법인의 경우에는 1901년법에 따라 간단한 등록만으로 손쉽게 법인격을 취득할 수 있는 점이다. 법인격 취득이 쉽게 인정되는 대신 기부금의 모집이나 세제혜택에는 제한이 있고, 비영리법인 중에서 국사원(행정법원)의 허가를 받은 경우에 비로소 공익법인이 될 수 있다. 공익법인은 소수에 불과하지만 기부금을 널리 모집할 수 있고 세제혜택도 폭넓게 인정된다.[88]

88) 이러한 관점에서 프랑스의 법제에 관하여 언급하는 것으로는 권철, "일본의 새로운 비영리·공익법인 법제 시행 및 그 이후의 동향 : 프랑스의 법제 소개 및 일본의 법제 개혁에 따른 공익인정등위원회를 중심으로", 2017년 법무부 연구용역 보고서, 67면 이하 참조.

나. 일본

최근 일본에서는 민법상의 법인규정을 대부분 삭제하고 명목적인 규정만 남기면서 비영리법인에 관한 기본법을 '일반법인법'이라는 이름으로 독립시켜 특별법으로 제정하였다. '일반법인법'의 규정은 매우 상세한데, 제도개혁의 포인트는 주무관청제를 폐지하면서 준칙주의를 채택하였다는 점이다.[89] 일본의 제도는 폭넓게 비영리법인의 설립을 허용하는 한편, 공익인정위원회를 신설하여 비영리법인 중에서 공익성을 인정받은 법인만이 공익법인이 되는 것이 골자이다. 일본의 공익인정위원회는 영국의 charity commission을 벤치마킹한 것이다.

다. 소괄

프랑스와 일본의 법제는 비영리법인의 설립을 폭넓게 인정하는 한편, 이러한 비영리법인 중에서 공익성이 인정된 경우에는 공익법인으로 취급하는 점에 공통점이 있다. 비영리단체는 비교적 용이하게 법인격을 취득할 수 있는데 조세감면 등의 혜택에 제한이 있는 한편, 공익법인으로 인정되면 세제를 비롯한 여러 방면의 지원책이 제공되는 구조이다. 이러한 점에서 공익법인으로 인정받게 하는 유인책이 제도적으로 보장되는 한편, 시민들이 손쉽게 비영리법인을 설립하여 법인에게 인정되는 기본적인 법적 효과는 누릴 수 있게 하는 중층구조라는 점은 위에서 이미 언급한 대로이다.

(4) 우리 제도의 바람직한 모습

가. 민법상 비영리법인 규정의 위상은?

민법상의 비영리법인 규정에 관한 개정안이 수차례 성안된 바 있다.[90]

89) 일반법인법의 규정이 상세한 것은 같은 시기에 제정된 회사법의 규정을 여러모로 참조한 결과라고 한다. 2006년에 이루어진 일본의 비영리·공익법인법제 개혁의 사회적, 정치적 배경 설명 및 법제 소개에 대해서도 위 보고서 참조.

90) 개정안에 관한 평가로 예컨대 다음과 같은 논고가 있다. 윤진수, "법인에 관한 민법개정안의 고찰", 법학 46권 1호, 2005; 장근영, "상법의 관점에서 바라본 민법개정안의 법인제도", 비교사법 17권 3호, 2010; 권철, "민법의 관점에서 바라본 민법 개정안의 법인제도 : 비영리단체·법인 제도의 바람직한 상에 대한 각서", 비교사법 17권 4호, 2010; 정병호, "법인 아닌 사단의 재산관계 규율에 관한 입법론적 고찰", 홍익법학 14권 1호, 2013; 송호영, 법인론, 2015, 387면; 권영준, 2014년 법무부 민법개정시안 해설(민법총칙·물권편), 법

기존의 민법개정안은 지난 50여 년 동안 이루어진 논의를 결산하는 의미가 있다는 점에서 우선 긍정적인 평가를 받아 마땅할 것이다. 하지만 국회에서 심의되지 못한 채 국회의 임기종료로 폐기되어 결실을 맺지 못하였다.

여기에서는 관점을 장기적인 것으로 바꾸어 민법상 비영리법인 규정의 존재의의에 관하여 생각해 보자. 민법상의 비영리법인 규정은 존치되어야 하는가 아니면 비영리법인에 관한 기본법을 별도로 제정하여야 하는가. 민법전에 비영리법인 규정을 존치하는 경우, 그 존재의의는 어디서 찾아야 하는가.

프랑스나 일본과 같이 비영리법인에 관한 개별법을 제정하고 민법전에서 법인관련 규정을 삭제하는 방법을 채택하여야 할까. 이와 같은 방법은 중장기적인 관점에서 보면 고려해볼 만한 선택지라고 할 수 있다. 그러나 민법전을 시민생활의 기본법으로 자리매김하는 의미에서 보면, 비영리법인에 관한 기본적인 규정들을 정비해서 존치하는 것이 바람직하다고 생각된다. 기존의 민법개정안에서는 주무관청의 허가주의를 인가주의로 변경하는 제안이 되어 있는 만큼, 현실적으로는 이러한 정도의 개정이라도 기존 제도를 개선하는 첫걸음으로 의미가 없지 않다고 할 것이다. 물론 위에서 언급한 비교법적 관점도 아울러 고려하면 중장기적인 관점에서는, 주무관청제를 유지하게 되는 인가주의보다 한걸음 더 나아간 준칙주의로의 전환도 적극적으로 고려할 만하다. 다만 준칙주의를 채택할 경우, 최근 일본의 경우처럼 주무관청제가 폐지되는 것을 전제로 비영리법인이 되기 위한 상세한 준칙을 일일이 규정하는 방식을 취하는 경우에는 민법전의 다른 규정과의 균형 상 민법에 모든 규정을 두기 어려울 수도 있다는 점은 고려요소가 될 것이다. 그렇다고 하더라도 민법전이 가지는 시민사회의 기본법이라는 성격을 감안할 때 민법총칙 상 비영리법인규정을 존치하면서 비영리법인에 관한 기본규정으로 다듬는 것에도 큰 의미가 있다.

무부, 2017; 엄동섭, “법인·단체법의 변천과 과제”, 법과 기업 연구 8권 2호, 2018; 지원림, “민법개정 : 이상과 현실 – 2009년 민법개정위원회의 개정시안 중 총칙편을 중심으로”, 민사법학 85호, 2018 등 참조.

나. 비영리·공익법인에 관한 개별법의 필요성?

한편 민법상의 비영리법인 규정이나 '비법인사단' 이론으로 대응하기에 무리가 있는 경우에는 독립된 단행법을 만드는 것이 바람직하다. 그 동안에 학설과 판례, 그리고 조세실무에 의하여 어느 정도 대응해왔고 그 나름대로 의미가 있지만, 이제는 '비법인단체' 법리만으로 처리하기에는 역부족인 분야가 있다는 것을 인정해야 한다. 대표적인 분야가 종교단체이다. 비법인단체의 분열 인정 여부를 비롯한 재산에 관한 논의 및 판례법리는 그 대부분이 종교단체 그 중에서도 교회재산 문제를 염두에 둔 것인바 이제는 종교단체에 관한 법제를 정비할 여건이 무르익었다고 할 것이다.

다. 제도개선의 방향은?

활성화 관점을 바꾸어 보면, 지원금이나 세제혜택이 법인격의 유무와 관련이 없이 주어지는 우리의 현행 제도가 비교법적으로는 이례에 속하지만 아이러니컬하게도 비법인단체도 지원을 받을 수 있다는 점에서 비영리·공익단체 활성화에는 개정안의 내용보다 더 적합하다고 할 여지도 있다. 이 문제는 공익법인법에서 규율하는 공익법인의 범주를 어떻게 획정할 것인지 문제와 직결되는 만큼 이하에서는 공익위원회의 신설에 관한 논점과 관련하여 살펴보기로 한다.

3. 공익법인의 범위 조정 및 공익위원회의 신설

(1) 공익법인의 범위 문제

가. 내재적 한계

현행 공익법인법은 공익목적 사업의 범위를 “학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업”으로 한정하여 공익법인의 인정 범위가 지나치게 협소하다는 문제점이 지적되어 왔다. 개정안(제2조 제2호)이 공익목적 사업 범위를 확대하고 있다는 면에서 개선된 것은 확실하지만 위에서 언급한 바와 같이 개정안 제21조에 따르면 민법상 법인 중에서 공익법인을 인정하는 것으로 설계되어 있는 까닭에 공

익법인의 범주가 근본적으로 제한될 수밖에 없는 한계가 내재되어 있다.

나. 특별법상 공익법인, 종교단체

그 결과, 특별법상의 공익법인(사회복지, 학교 등)이 포함되지 않다. 이러한 점과 관련하여 제21대 국회에 제출되어 있는 '윤호중 의원안'의 경우에는, 정부안인 법무부안과 같이 민법법인 중에서 공익법인을 선별하는 것으로 한정하고 있지는 않지만, 특별법상의 공익법인(사회복지, 학교 등)이나 종교단체 등이 공익법인에 포함되는지 여부가 명확하지 않다는 점에서 유사한 문제를 안고 있다. 만약 법률안의 내재적인 한계를 뛰어 넘어 이를 포함시키는 방향으로 볼 경우에는 필연적으로 중복 규율문제가 발생할 여지가 생기게 되어 큰 난관으로 등장하게 된다. '윤호중 의원안'에 대한 법사위 검토보고서에서는 이러한 점을 정확하게 지적하고 있다.[91]

다. 비영리민간단체(NPO/NGO)

비영리민간단체법의 규율대상을 어디까지 포섭하는지 여부도 문제될 수 있는데, 현행 비영리민간단체법에 의한 등록과 지원은 법인격 유무와 무관한 것을 고려하면, 기존에 비영리민간단체법상 등록되어 지원을 받고 있는 단체가 민법상의 비영리법인으로 허가를 받은 후에 공익위원회에 공익인정을 신청하는 경우가 실제로 있을지 여부에 관해서 회의적으로 볼 수밖에 없다. 이와 같이 새로운 제도가 NPO를 포섭하는지 여부는 일본의 제도개혁 과정에서 큰 문제로 부각된 바 있다.

라. 일본의 전철을 답습?

최근(2006년)에 비영리법인 전반을 포함한 공익법인 개혁을 실시한 일본에서는 제도설계 과정에서 큰 논란이 있었다. 원래의 제도설계에서는 특별법상의 공익법인은 물론 이른바 'NPO법'도 포섭하는 큰 그림을 그리면서 추진되었는데, 여러 제도적 한계에 부딪혀서 결국 특별법상의 공익법인(학교법인, 사회복지법인, 종교법인 등)이 공익법인 범주에서 제외되었다. 그리고 손쉽게 법인격을 취득할 수 있고 세제혜택도 받을 수 있어서 민간

91) 허병조, 공익법인의 운영 및 활성화에 관한 법률안 검토보고, 법제사법위원회, 2020, 15-17면. 20-22면의 문제제기 참조.

비영리부문의 입지를 넓혔다는 평가를 받고 있었던 '특정비영리활동촉진법'(이른바 'NPO법')상의 비영리법인을 제도개혁의 일환으로 포섭하는 문제를 둘러싸고 시민단체 및 NPO관계자의 큰 반발에 부딪혀 새로운 제도의 틀 밖에 두는 결과를 가져왔다.[92] 반발의 원인은 기존 제도에서 NPO의 법인격 취득은 물론 세제혜택 등을 받을 수 있게 되어 있는 것을, 새로운 제도를 도입하게 되면 원점으로 돌아가서 새롭게 공익성 인정을 받아야 하는 상황이 되는 결과 이를 NPO관계자들이 받아들이지 않은 것에 있었다. 이러한 점은 우리의 경우에도 많은 시사점을 던져준다고 할 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 입법예고된 이번 공익법인법 전면개정안의 공익법인 범주는 일본의 제도설계의 결과만을 참조한 나머지, 태생적인 한계를 답습하고 있는 것으로 보인다. 게다가 위에서 지적했듯이 일본에서는 적어도 새로운 비영리법인 제도(일반법인법)의 틀 안에서는 주무관청제를 폐지하고 준칙주의를 도입하는 것에는 성공을 한 것이 비하여 정부안의 경우에는(윤호중안의 경우에도) 그 문제가 미해결인 것을 감안하면 제도개선을 위한 여정은 아직 갈 길이 멀다고 하지 않을 수 없다. 특별법상의 공익법인이나 세제혜택을 받는 비법인단체를 공익위원회가 포섭하여 통괄할 수 있을지에 관한 문제는 현행제도의 주축을 담당하고 있는 주무관청(보건복지부, 교육부, 문화체육관광부, 행안부 등)이나 기재부(국세청)와의 조정이 매우 어려운 과제로 등장할 것이라는 점, 비법인민간단체(NPO)의 경우에는 굳이 새로운 제도에 따르지 않을 것이 예상되기 때문에 제도 개선에는 넘어야할 산이 상당히 남아 있다고 생각된다.

(2) 공익위원회의 권한 및 위상

공익성을 인정하는 독립기구를 창설하여 공익법인을 체계적으로 관리·감독해야 한다는 취지의 개선방향은 최근 발표된 많은 연구에서 주장되는 바이다.[93] 공익인정, 관리감독 체계의 일원화, 공익인정위원회 창설을

92) 일본의 비영리·공익법인 제도개혁이 행정개혁의 일환으로 추진된 결과, 민간비영리활동의 촉진이라는 관점이 충분히 실질화되지 않은 것이 정부안에 대한 민단단체, NPO관계자의 반발을 불렀다. 이에 관해서는 권철, 일본의 새로운 비영리·공익법인 법제 시행 및 그 이후의 동향, 2017년 법무부 연구용역 보고서 26면 이하 참조.

93) 이중기, 공익신탁과 공익재단의 특징과 규제, 2014, 491면 이하 ; 고상현, "공익법인의 설립", 공익법인연구, 2015, 89면 이하 ; 김진우, "공익법인의 규제와 감독", 공익법인연구, 2

포함한 제도 구상과 관련해서는 영국, 일본, 그리고 프랑스의 제도가 참고대상이 될 수 있다. 다만 각국에서 위원회가 차지하는 위상이 제각각이고 각국의 법적, 사회적, 역사적 배경에서 탄생되어 운용되고 있다는 점을 고려하면, 공익위원회의 설치만으로 만병통치약이 될 수 있다는 섣부른 논의는 경계해야 한다.

가. 영국과의 비교

위에서 살펴본 바에 의하면 공익법인법 전면개정안에서 신설하고자 하는 공익위원회의 위상은, 그 원조인 영국의 사정과 큰 차이가 있다. 영국의 경우 charity commission(공익위원회)에 charity로 등록되는 단체의 범주에는 우리법제에서 비영리민간단체, 학교법인, 사회복지법인, 종교단체 등에 해당하는 것이 상당 부분 포함된다. 영국의 공익위원회는 이러한 단체들을 총괄하는 컨트롤 타워인 것이다. 이러한 차이점을 간과하고 개정안의 공익위원회가 관장하는 공익법인의 범위가 매우 좁은데도 불구하고 영국과 유사하다는 전제에서 논의를 전개하는 것은 전제에 오류가 있다고 할 것이다.[94]

나. 공익위원회 도입 논의의 함의

그렇지만 현행 제도의 문제점을 개선하기 위한 돌파구로 공익위원회 도입을 추진하는 것은 여러모로 의미가 있다. 공익위원회의 장점을 우리의 실정에 맞게 도입하는 것이 중요한데, 기존 제도가 새로운 제도 도입에 장벽이 되고 있는 점에 대한 철저한 사전검토 작업이 없이, 이 제도를 도입하면 모든 문제가 저절로 해결될 것처럼 논의하는 것에도 주의가 필요

015, 213면 이하 ; 손원익, "공익법인과 조세", 공익법인연구, 2015, 318면 이하 ; 권철, 일본의 새로운 비영리·공익법인 법제 시행 및 그 이후의 동향 : 프랑스의 법제 소개 및 일본의 법제 개혁에 따른 「공익인정등위원회」를 중심으로, 법무부 연구용역 과제 보고서, 2017 ; 이희숙, "공익법인 법제 현황과 개선 방향 : 공익위원회 설치 논의를 중심으로", 외법논집 43권 1호, 2019, 1면 이하

94) 덧붙이면, 우리나라에 크게 소개되지는 않았지만 공익위원회의 원조인 영국에서도 최근 유명 공익법인의 회계부정 및 성추문 등이 큰 사회문제가 되었고 이 문제는 영국의 charity 제도에 상당한 타격을 주었고 실제로 영국 국민들의 신뢰가 추락하였다고 평가받고 있는 것을 감안하면 새로운 제도의 도입만이 능사는 아니라는 지적도 가능하다.

하다. 2006년 일본에서 정권의 명운을 걸고 행정개혁의 일환으로 비영리·공익법인 개혁을 추진하였음에도 불구하고 위에서 언급한 바와 같은 한계에 부딪힌 점을 고려하면 유사한 법제를 가지고 있는 우리의 경우 제도 개혁이 성공하기 위해서는 보다 강력한 추진력이 필요할 것이다.

이러한 관점에서 입법예고된 정부안이 공익위원회를 법무부 산하에 두고 있는 점을 고려하면, 비영리·공익단체의 활성화를 전제로 한 개혁적 추진과는 거리가 있어 보인다. 이미 언급한 바와 같이 이번 개정이 공익법인에 관한 규제를 강화하는 것에 주된 목적이 있다면 나름대로의 해결책을 내놓은 것이라고 평가할 수 있지만, 다른 한편 공익법인의 규제를 강화하기 위한 해결책으로 공익위원회라는 제도를 도입하는 것에 대해서는 비판의 여지가 있을 것이다. 결국 현 상황에서는 공익법인법 개정의 주안점이 어디에 있는지 명확하게 하는 것이 우선되어야 하고, 중장기적인 관점에서는 시민의 비영리활동 활성화라는 관점에서 공익위원회 구상을 돌파구로 삼아 제도 개혁을 체계적으로 이루어낸다는 다층적인 접근방법이 필요하다고 생각된다.

Ⅴ. 맺음말에 갈음하여

외국의 비영리·공익단체 법제의 발전과정을 유심히 살펴보면 그 법제 개혁 과정은 파란만장하다. 비영리단체 법제는 각 나라의 사회, 경제, 정치 등 다양한 배경에 따라 발전되어 왔고, 큰 사회적 비용을 들인 결과 각각의 시대와 나라 상황을 반영한 독특한 모습으로 구축되었다.

이미 언급한 바와 같이, 이러한 상황이 극명하게 나타나는 사례가 바로 프랑스이다. 프랑스 대혁명으로 상징되는 이념 중의 하나인 중간단체를 배제하는 사상은, 19세기를 관통하여 20세기 초반까지 약 100년 동안의 프랑스 사회 변화에 발맞추어 치열한 논쟁 끝에 변화되었다. 그 결과 만들어진 프랑스의 비영리단체 법제는 시민들의 자유로운 결사에 대해 폭넓게 법인격을 인정함으로써 법제도적인 지원을 보장하는 한편, 국가 행정의 힘이 비교적 강력한 까닭에 공익법인이 되기 위한 문턱은 상당히 높아서 행정법원(국사원)의 허가를 받아야 하는 관계로 공익법인

의 수는 극소수에 머무르고 있다. 그러나 주지하는 바와 같이 세계의 어느 나라보다 활발한 시민단체 활동을 보장하는 비영리단체 법제(1901년 법)는 프랑스국민들의 큰 지지를 받고 있다.

가까이는 최근 일본에서 관료제의 폐해(민법법인의 낙하산인사 등)를 타파한다는 기치 아래 대대적인 행정개혁이 이루어졌고 (성공 여부는 차치하고) 그 결과 민법의 법인규정이 대부분 삭제되고 관련 특별법이 제정되는 등 비영리 공익단체 법제가 크게 바뀌었다.

우리나라에서는 비영리·공익단체 법제 개선을 위하여 본격적인 논의가 이제 막 시작되었다고 보이는 바, 제도의 개혁이 이루어지기까지는 결코 쉽지 않은 과정을 거치게 될 것이다. 그러나 이러한 것은 결코 특이하거나 새로운 현상은 아니다. 시대나 국가를 넘어, 비영리·공익단체 법제가 구축될 때에는 늘 있어왔던 산고(産苦)라고 할 수 있다. 우리의 실정에 맞는 제도가 구축되기를 기원하며 본고를 마친다.

(논문투고일: 2020.12.07, 심사개시일: 2020.12.21, 게재확정일: 2020.12.23)

권철

비영리단체, 공익법인, 민법, 재단법인, 사단법인, 공익위원회주제어

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강석구/송봉규/이성대/신민/최혜선, 공익재단을 이용한 탈법 불법 유형 및 형사정책적 대응방안, 형사정책연구원 연구총서, 2018

곽윤직, 민법총칙(신정판), 1989

국세청, 공익법인 세무안내, 2020

권영준, 2014년 법무부 민법개정시안 해설(민법총칙·물권편), 법무부, 2017

김건식/노혁준/천경훈, 회사법, 2019,

문화체육관광부(고병철/강돈구/조현범), 2018년 한국의 종교 현황, 2019

민법주해 I (총칙(1)), 1992

송호영, 법인론, 2015

주석민법(총칙(1)) 제4판, 2010

법령입안·심사기준, 법제처, 2019

법무법인(유한)태평양·재단법인동천공동편집, 공익법인연구, 2015

이중기, 공익신탁과 공익재단의 특징과 규제, 2014

이철송, 2011 개정상법 축조해설, 2011

최수정, 신탁법, 2016

한국종교사회연구소 편, 한국의 종교와 종교법 : 종교단체의 법인체 등록, 1991

Ⅱ. 단행논문

고기복, “종교단체의 법인화에 관한 연구”, 유럽헌법연구 19호, 2015

고상현, “민법상 재단법인설립에 관한 비교입법사적 연구”, 중앙대 법학논문집 36권 2호, 2012

김규완/강혁신, 관리단 운영의 투명성 제고 등 운영 개선방안(법무부용역보고서), 법무부, 2015

김대연/석호원, "지방자치단체장의 정치적 특성이 비영리민간단체보조금에 미치는 영향", 한국지방행정학보 14권 1호, 2017

김대정, “민법개정시안에서의 법인설립에 관한 입법주의의 전환”, 법학논문집(중앙대) 34권 2호, 2010

김봉수, “사립학교의 소송당사자능력에 관한 연구”, 민사법학 87호, 2019

김정연, "비영리법인 이사의 주의의무에 관한 연구", 비교사법 26권 2호, 2019

김제완, “단체법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격”, 인권과 정의 355호, 2006

김진우, "재단법인 이사의 내부책임", 민사법학 51호, 2010

김진우, "유산기부 활성화를 위한 입법 과제 : 유류분 제도 및 공익법인의 지배구조에 대한 규제 완화를 중심으로", 외법논집 43권 2호, 2019

김태선, "비영리법인 이사의 선관주의의무", 민사법학 69호, 2014

김태선, "학교법인의 이사선임에 관한 학교 구성원들의 법률상의 지위", 법학논총(숭실대) 47집, 2020

김희연, "상속·증여세법상 공익법인 규제에 관한 소고", 외법논집 43권 1호, 2019

엄동섭, “법인·단체법의 변천과 과제”, 법과 기업 연구 8권 2호, 2018, 105면.

윤장근, “특수법인에 관한 연구”, 법제 308호, 1990

윤진수, 공동소유에 관한 민법개정안, 민사법학 68호, 2014;

윤진수, "법인에 관한 민법개정안의 고찰", 법학 46권 1호, 2005

윤철홍, “종교단체의 법인화”, 비교사법 15권 4호, 2008

장근영, “상법의 관점에서 바라본 민법개정안의 법인제도”, 비교사법 17권 3호, 2010

이선희, "비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무 : 사립학교 법인 이사의 취임승인 취소 등에 나타난 사례를 중심으로, 성균관법학 30권 1호, 2018

이진구, “해방 이후 종교법인법 제정을 둘러싼 논쟁”, 한국종교 32집, 2

008
이철송, “2011 개정상법의 정책적 및 기술적 오류”, 증권법연구 13권 2호, 2012
이희숙, "공익법인 법제 현황과 개선 방향 : 공익위원회 설치 논의를 중심으로", 외법논집 43권 1호, 2019
전경운, “우리 민법상 총유에 관한 일고찰”, 토지법학 26권 1호, 2010
정병호, “법인 아닌 사단의 재산관계 규율에 관한 입법론적 고찰”, 홍익법학 14권 1호, 2013
제철웅, “단체와 법인 -사회적 기능의 유사성과 적용법리의 相異의 합리적 조정을 위한 試論”, 민사법학 36호, 2007
지원림, “민법개정 : 이상과 현실 - 2009년 민법개정위원회의 개정시안 중 총칙편을 중심으로”, 민사법학 85호, 2018
허병조, 공익법인의 운영 및 활성화에 관한 법률안 검토보고, 법제사법위원회, 2020
권철, “일본의 새로운 비영리법인제도에 관한 소고”, 비교사법 14권 4호, 2007
권철, "민법의 관점에서 바라본 민법 개정안의 법인제도 : 비영리단체·법인 제도의 바람직한 상에 대한 각서", 비교사법 17권 4호, 2010
권철, "프랑스민법학 상의 ‘patrimoine’ 개념에 관한 고찰 = 법인격과 재산의 관계에서 본 학설사와 실정법", 민사법학 63권 2호, 2013
권철, "'사단·조합 준별론'의 재검토 小考 : 단체·법인론의 기본문제", 비교사법 27권 1호, 2020
권철, "'종교재단'에 관한 小考 : 종교단체 법인화 문제 서론", 법학논총(숭실대) 47집, 215면 이하, 2020

Abstract

Prolegomena to rethinking of the Legal System of Non-Profit Organizations in Korea

KWON, Chul

The scope of the legal system for nonprofit organizations can vary depending on the viewpoint, and various issues can be included in the related issues. In this study, we will attempt a macroscopic review related to institutional design while considering specific issues. Since the Korean Civil Code was enacted in 1958 and came into force in 1960, discussions on non-profit corporations have been discussed, as well as special laws (private school law, social welfare law, public interest corporation law, etc.) enacted separately from the Korean Civil Code.

Until now, the discussion of civil law regarding non-profit organizations has focused on the legal and technical aspects of the corporate system, which is basically natural. However, if we look back on the history of non-profit organizations and corporate institutions formed in each country in a comparative legal way, institutional reforms were often accompanied by great political upheavals (for example, in France at the beginning of the 20th century and recently in Japan). If we grasp more broadly the extent of civil law, it is necessary to pay some attention and awareness to this point as well. In recent years, issues related to non-profit and public interest organizations have been problematic in many ways. The issue of the revision of the Private School Law, which was the decisive moment for the law

school law to pass, is the (governance) problem itself of non-profit and public interest corporations. And the decisive moment for the collapse of the last regime included issues related to the establishment of non-profit foundations. In this regime, issues related to non-profit and public interest corporations are also being problematic in various aspects.

In this study, while confirming that the issue of non-profit organizations is important because it is like a mirror reflecting the state of our society, we consider the design of the legal system for desirable non-profit and public interest organizations, which are the underlying legal issues. First, in order to confirm the starting point of the discussion, an overview of the Korean Civil Code enacted in 1958 and related laws (II). Next, various specific problems related to the current status of the system are identified (Ⅲ). Lastly, we will consider the appearance of the desirable legal system along with the evaluation of the recently announced total amendment to the Act on the Establishment and Operation of Public Interest Corporations(IV).

KWON, Chul

Non-Profit Organization(NPO), Public Interest Corporation, Korean Civil Code, Foundation, Association

기본개념의 가치와 계약의 종류에 관한 약간의 제언

-우리가 잊은 법률조항, 특히 민법 제568조 제2항을 중심으로-*

이진기**

【목 차】

Ⅰ. 글을 시작하며

Ⅱ. 계약의 종류 - 계약내용을 중심으로

Ⅲ. 애매한 쌍무계약 또는 동시이행의 적용례

Ⅳ. 논란이 되는 방치된 법률제도: 현상광고

Ⅴ. 이밖에 관계된 계약개념의 검토와 비판

Ⅵ. 글을 마치며

【국 문 요 약】

계약은 수인의 법률관계가 확정되는 합치된 의사표시에 대한 그들의 합의, 즉 법률행위에 의한 법률관계의 규율이다. 계약은 자유시장경제질서를 위한 초석이다. 계약의 자유는 그의 체결을 의욕하는 사람은 자유의사 또는 사적자치에 맡겨지며, 계약으로 성립한 채권관계는 그 내용에 따라 각 당사자에게 상대방 당사자의 권리, 법익과 이익을 참작하여 의무를 지운다.

사적자치가 지배하는 계약법에서 계약의 종류는 일정한 이론기준에 맞추어 다양한 계약을 유형화·정형화함으로써 계약의 규율과 적용을 쉽고

---

* 정년퇴임을 맞이하는 임건면 교수님께 이 글을 드립니다. 평소 민법의 기본이론에 대한 진지하고 성실한 연구와 강의로 모범이 되시고 넉넉한 따스함으로 후학을 격려하고 감싸신 교수님께서 언제나 건강하시고 좋은 일만 함께 하기를 바랍니다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

편리하게 하기 위한 도구이다. 현행민법은 서구입법례와 달리 유상·무상계약과 함께 쌍무·편무계약을 개념으로 채용하면서도 그를 정의하는 법률규정을 알지 못한다. 그러나 현행민법상 쌍무·편무계약과 유상·무상계약은 내용과 효과에서 일치하며, 이들의 혼용은 과잉이다. 이들을 쌍무·편무계약의 쪽으로 일원화할 때에는 복잡한 의무구조에 관한 서술과 더불어 불완전 쌍무계약의 관념을 도입하여야 하는 소모적이고 번거로운 과정을 피할 수 없으므로 유상·무상계약으로 통일하는 방안이 요청된다. 이와 함께 이글에서는 민법학의 외곽에 소외된 일부 계약제도와 용어를 재조명하여 시론적 개선방향을 제시한다.

현행민법은 '우리 손으로 만든 우리 민법을 가져야 한다'[1]는 구호 아래 일천하고 얕은 민법학을 딛고 맨손으로 일군 자랑스럽고 훌륭한 근대민법전이다. 어느 누구도 민법제정자의 열성과 굳은 의지를 의심하지 않는다. 그렇지만 현행 민법전의 체계와 내용에 모자라는 부분이 많은 것도 사실이다. 그러나 과연 우리의 민법학이 개정을 논의할 정도로 무르익었는지는 의문이다. 이는 개정의 필요와 구별되어야 하며, 전진을 위한 민법학의 꾸준한 노력이 뒷받침되어야 한다.

I. 글을 시작하며

계약은 수인의 법률관계가 확정되는 합치된 의사표시에 대한 그들의 합의, 즉 법률행위에 의한 법률관계의 규율이다.[2] 계약은 자유시장경제

1) 특히 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 1957.11.05., 2 이하(법제사법위원장 박세경의 민법안 심사보고)와 14 이하(법무부차관 배영호의 민법안제안설명): "우리 고유의 민법전을 제정하는 사업은 주권국가의 체면으로나 민족문화의 선양을 위하여서나 실로, 현하 시급하고 중대한 국가적 사업 ... 본 법안은 우리들의 숭고한 국민사상을 단적으로 표현하고 있는 헌법에 충실하고 또 유구한 우리 국민이 순풍미속을 유지하여 새로운 세계적 법률사조에 적응시키려고 노력한 것. ..."

2) Fr.C.v.Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.III, 1840, §140 (309): "Vertrag ist Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden." 이미 Ulp.D.2.14.1.1. patio duorum pluriumve in idem placitum et consensus; art.1101 C.c. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

질서를 위한 초석이다. 계약의 자유는 그의 체결을 의욕하는 사람은 자유의사 또는 사적자치에 맡겨지며, 계약으로 성립한 채권관계는 그 내용에 따라 각 당사자에게 상대방 당사자의 권리, 법익과 이익을 참작하여 의무를 지운다.

사적자치가 지배하는 계약법에서 계약의 종류는 일정한 이론기준에 맞추어 다양한 계약을 유형화·정형화함으로써 계약의 규율과 적용을 쉽고 편리하게 하기 위한 도구이다. 현행민법은 서구입법례와 달리 유상·무상계약과 함께 쌍무·편무계약을 개념으로 채용하면서도 그를 정의하는 법률규정을 알지 못한다. 그리고 쌍무계약과 유상계약의 구별과 관계에 관한 진지한 연구도 그다지 활발하지 않다. 이는 이들 개념을 너무나 당연한 것으로 받아들이는 관성의 결과라고도 할 수 있다. 그러나 과연 그러한지는 의문이다. 이들은 계약이 출발하는 기본개념임에도 동시에 우리의 이해를 아주 혼란스럽게 하는 고질적인 개념 또는 제도이다. 이제 법률요건과 효과에서 출발하여 쌍무계약과 유상계약의 법률개념을 귀납적으로 추론하여 확정할 수밖에 없다.

유상·무상계약과 쌍무·편무계약을 동시에 받아들인 우리 민법은 일본민법학에서 유래 또는 잔재에서 자유롭지 않다. 여기에 덧붙여 민법의 입법자의 최선의 노력에도 불구하고 민법제정 당시의 민법학의 수준도 이에 한몫한 것으로 보이며, 대륙법계의 민법전과 민법학에 관한 잘못된 이해 또는 모자라는 지식이 그것이다. 그러한 부족의 잔재는 드물지 않으며, 법률행위와 의사표시, 관계적 소유권, 대항요건과 성립요건 그리고 유상계약과 쌍무계약 등이 그것이다. 아래에서는 계약법에서 기본이 되는 계약의 개념과 종류를 중심으로 민법학의 현황을 분석·검토하고 아울러 지금 민법학의 외곽에 소외된 계약제도와 법률용어를 재조명하여 시론적 개선방향을 제시한다.

II. 계약의 종류 - 계약내용을 중심으로

1. 雙務契約과 片務契約

(1) 쌍무·편무계약 - 쌍방·일방계약: 의의와 기능

쌍무계약은 "계약당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 교환적으로 부담하는 계약"으로 정의된다.[3] 이는 급부의 교환, 즉 계약을 체결한 각 당사자가 그가 청구할 권리를 가진 급부의 대가로 그의 측에서 등가물(ein Aquivalent)을 자신의 급부로 제공할 의무를 지는 계약[4]이고, 그러한 내용을 가지지 않을 계약이 편무계약이다. 그러므로 쌍무계약은 당사자들의 의사에 따라 일방의 급부가 반대급부, 즉 상대방의 급부에 대한 대가(Entgelt)를 제시하는 식으로 쌍방의 급부의무가 서로 결합된 의무를 양당사자에게 지운다.[5] 이밖에 기본정의에서 한 걸음 더 나아가 쌍무계약을 급부들의 대가적 의미(대가성)와 함께 바꾸어 이행하여야 하는 성질(상환성)을 가진 채무를 부담하는 계약으로 구체화하는 설명[6]도 있다.

쌍무계약에서 이해관계는 쌍방의 급부의무의 인과관련, 즉 교환관련에 있다는 사실로 특징지워진다:[7] 각 계약 당사자는 상대방의 급부를 얻기 위하여 급부한다. 여기에서, 다른 약정이 없으면, 반대급부의 수령에 대한 급부의 동시이행(Leistung "Zug um Zug" gegen Empfang der Gegenlesitung)이 서로 반대급부의 불이행으로 인한 위험을 모면하려는 당사자의 의사와 합치한다.[8] 각 당사자가 그의 급부를 준비·제공하지 않으면 상대방은 이행지체에 빠지지 않는다. 손해보험 또는 복권계약 등과 같이 급부의 機會를 제공하는 조건부 법률행위도 쌍방계약에 해당한다.

대법원도 "쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하

3) 곽윤직, 채권각론, 2000, [14] (31); 김형배, 채권각론 <계약법>, 2001, 82; 송덕수, 채권법각론, 2020, 35 등. 이와 비교하여 서로 대가적 의의를 가지고 원칙적으로 상환으로 이행되어야 할 성질을 가진 채무를 부담하는 계약으로 새기는 김증한, 채권각론, 1988, [17] (28).
4) BGHZ 15, 105; 77, 363(일방 당사자의 급부는 상대방 당사자의 급부에 대한 대가이다).
5) K.Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1 (AT), 14.Aufl., 1987, §15 (202).
6) 김증한, 채권각론, [18] (28).
7) 또한 대판 2007.09.06., 2005다38263: "서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무" 등.
8) Larenz, SchR. I, §15 I (202).

는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것"을 쌍무계약으로 정의한다.[9]

이와 같이 쌍무계약의 당사자 일방은 그의 급부에 관하여 채무자이고, 상대방의 급부에 관하여는 채권자이다. 쌍무계약은 계약당사자의 눈에는 대등한 가치의 급부교환을 뜻하는 오래묵은 'do ut des'(give and take) 원칙에 자리잡은 넓은 의미의 교환계약(Austauschverträge)이다.[10] 각 당사자는 상대방에게 반대급부를 의무짓기 위하여, 즉 반대급부를 취득하기 위하여 급부할 의무를 부담한다. 일방의 의무는 상대방의 의무와 풀릴 수 없는 聯關(Kontext)을 이루며, 이를 견련관계(Synallgma)라고 부른다. 급부의무의 상호견련은 단순한 법률행위의 기초를 넘어 계약을 규율하는 내용이다.

(2) 쌍무·편무계약의 구분

급부와 반대급부의 의존관계(Abhängigkeitsverhältnis) 또는 do ut des원칙에 근거하는 쌍방적 목적결합이 쌍무계약과 편무계약을 가르는 기준이 된다.[11] 이는 主된 義務를 기준으로 하며, 다른 사정이 없으면, 부수적 의무는 쌍방의 차원으로 끌어올려지지 아니한다.[12]

그런데 "쌍방"을 기본모습으로 하는 모든 계약에서 서로의 의무가 서로에 대하여 언제나 쌍무관계를 이루는 것은 아니다. 차임지급의무는 임차목적물에 대한 사용·수익의 대가(Entgelt)이다. 그러나 임대차관계의 종료로 인한 임차목적물의 반환의무와 비용상환청구권 또는 부속물수거권은 임대차계약이 본래 예정한 견련관계의 밖에 위치한다. 나아가 "양

9) 대판 1994.01.11., 92다56865; 대판 2007.03.29., 2005다35851; 대판 2007.09.06., 2005다38263; 대판 2014.09.04., 2013다204140, 204157; 대판 2017.04.26., 2015다6517, 6524, 6531 등.

10) Larenz, SchR I, §15 I (202).

11) Larenz, SchR. I, §15 I; Jauernig/Stadler, §311 Rn.13 등.

12) D.Medicus, Schuldrecht I, 10.Aufl., 1997, Rn.475(예컨대 매수인의 수령의무와 같은). 그리고 계약해제를 위하여 이행되지 않은 채무가 "계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무"이어야 한다는 대판 2001.11.13, 2001다20394, 20400; 대판 2005.11.25., 2005다53705, 53712; 이미 대결 1997.04.07., 97마575도 역시 견련관계의 효력으로 볼 수 있다.

방에게 의무를 지우는" 모든 계약(jeder "zweiseitig verpflichtende' Vertrag)이 전부 쌍무적이지도 않다. 예컨대 수임인은 위임사무의 처리와 그로 인하여 취득한 물건을 반환하고 위임인은 비용을 상환하여야 하지만, 이들은 서로에 대한 대가관계를 형성하지 않는다. 이와 달리 그 기본유형에서는 "편무적"임에도 상대방이 일방에게 의무를 부담하는 형태의 계약도 존재한다. 이때 각 당사자가 부담하는 의무는 주된 의무로 국한되지 않는다. 이처럼 예외없는 쌍무·편무계약의 구분이 관철되기 곤란하고 이것이 독일민법학이 불완전한 구분의 틈을 메우기 위하여 부득이하게 "불완전"(unvollkommen) 쌍무계약을 채용한 이유이다.

(3) 불완전한 구분개념으로 인한 '불완전 쌍무계약'의 채용

급부에 대한 반대급부의 존재와 이들 사이의 연관관계를 기준으로 하는 계약의 분류는 급부-반대급부의 성립에서 소멸에 이르기까지 중요한 가치를 가진다. 개념과 구체적인 분류에 관하여 독일민법학자의 서술이 구체적 내용에서 조금씩 엇갈리기는 하지만, 계약의 분류에 관한 독일민법학의 이론을 개략적으로 소개하면:[13]

1) 편무계약 - 일방계약(einseitige Verträge)

편무계약의 성립으로 계약당사자의 일방만이 채무를 부담한다. 그런데 쌍무계약을 개념화·면문화한 독일민법은 물론 현행민법도 정작 이와 대비되는 편무계약은 물론 심지어 '편무'조차 전혀 인용하지 않는다. 비록 일방의 급부의무를 내용으로 하는 효과에서는 비슷하지만 편무계약은 상대방의 관여, 즉 합의 없이 일방적 약속으로 성립하는 단독행위(Versprechen)와 구별된다.[14]

---

13) 로마법학자에게 유형화가 낯설다고 하면서 계약상의 채무와 준계약상의 채무를 포괄하여 문답계약(stipulatio)과 채권유증(legatum per damnationem), 소비대차와 부당이득 등의 일방채무, 사용대차, 임치, 질권과 신탁 등의 반환계약과 위임, 사무관리와 후견관계에서 비롯하는 불완전쌍방계약, 그리고 매매(emptio venditio)와 임대차(locatio conductio) 등 이중명칭으로 성립하는 유상의 교환계약, 즉 완전쌍방계약으로 나누고 분류한 M.Kaser, Das römische Privatrecht 1.Abs., 2.Aufl., 1971, §123 (527ff.) 참조.

14) K.Cosack/H.Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1.Bd., 8.Aufl., 1927, 368.

2) 쌍무계약 – 이방계약(zweiseitige Verträge)

쌍무계약은 급부와 반대급부가 대가관계를 형성하는, 즉, 서로의 급부의무가 계약당사자의 의사에 따라 일방의 급부가 상대방의 급부에 대한 반대급부, 즉 대가로 서로 결합된 계약이다.[15] 이러한 측면에서 쌍무계약은 대가 또는 반대급부를 표지로 하는 계약으로 정의될 수 있다.[16] 그러나 모든 이방계약이 쌍무계약이 되지는 않는다.

a) 불완전 쌍무계약 - 불완전 이방계약(unvollkommen zweiseitige Ver-träge, contractus bilaterales inaequales)

이는 일방이 계약전형적 급부의무를 지고 상대방은 경우에 따라 급부의무를 부담하는 계약을 말한다.[17] 이는 대개 사용대차, 이자없는 소비대차, 위임 등 반환의무 또는 취득물인도의무를 내용으로 하는 무상계약을 포함한다. 그러나 상대방의 급부의무는 계약전형적 급부에 대한 대가가 아니라 부수적 의무이다. 연혁적으로 불완전 이방계약에서 일방에게는 직접소권(actio directa)이, 그리고 상대방에게는 반대소권(actio contrariae)이 주어지기 때문에[18] 계약당사자 모두가 그의 이익보호를 목적으로 하여 직접소권을 갖는 쌍무계약[19]과 구별할 이익이 인정된다.

---

15) Larenz, SchR I, §15 I.

16) 비슷하게 R.Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, bearb. v. L.Mitteis, hrsg. v. L.Wenger, 17.Aufl., 1931, 376은 stricti iuris negotia와 bonae fides negotia로 나누고, 후자를 다시 매매, 교화, 임대차, 조합 등과 같이 양당사자에게 대등한 가치의 급부의무를 지우고 직접소권(actio directa)의 대상이 되는 대등양방계약(contractus bilaterales aequales, synallgmatische Verträge)과 일방에게 직접소권을, 그리고 상대방에게 반환의무의 이행을 내용으로 하는 반대소권을 주는 사용대차, 임치와 질권설정을 위한 부대등양방계약(contractus bilaterales inaequales)으로 분류한다. 이밖에 사무관리와 후견으로 취득한 물건의 반환의무를 내용으로 하는 불완전 일방관계도 성립할 수 있다 또한 M.Kaser/R.Knütel, Römisches Privatrecht, 19.Aufl., 2008, §38 Rn.19ff. 참조.

17) 한편 Ph.Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 126ff.은 이방계약(zweiseitige Verträge)을 (1) 쌍방계약(gegenseitige Verträge)과 (2) 무상소비대차와 같은 호의계약(Gefälligkeitsverträge), 사용대차, 무상임치와 위임을 제한적 이방계약(beschränkt zweiseitige Verträge)으로 분류한다. 다른 한편 J.Esser, Schuldrecht, 1.Aufl., 1949, §31은 무상임치, 사용대차와 위임을 관용계약(Liberalitätsverträge)으로 분류한다. 그리고 BGB-RGRK, Vor §305 Anm.5는 호의계약을 무상계약으로 분류한다.

18) B.Windscheid/Th.Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.2, 9.Aufl., 1906, §320 Fn.3; Sohm, Institutionen, 376.

19) Heck, SchR, §42 (127).

이러한 유형의 계약에서 급부 사이의 원인견련 또는 의존관계가 흠결되어 의무들이 서로 교환관계에 있지 않다. 한편 실제에서 불완전 이방계약을 일방계약과 구별할 이유 또는 당위가 없다는 주장도 제기된다.

b) 쌍무계약 – 완전 이방계약(gegenseitige Verträge, vollkommen zweiseitige Verträge)[20]

쌍무계약은 계약의 양 당사자가 서로에 대하여 주된 급부의무를 인수하는 계약이다. 각 급부는 상대방의 급부를 목적으로 의무지워지는 대가(Entgelt) 또는 반대급부(Gegenleistung)이다.[21] 이처럼 쌍무계약은 당사자 일방은 상대방이 그에게 의무를 부담하도록 스스로 의무를 부담하는 계약이므로 언제나 급부와 반대급부의 대가관계를 기초사실로 하는 有償契約에 속한다.[22] 게다가 쌍무계약의 당사자들은 일방의 급부를 넘어 급부의 상환을 지향한다. 이것이 서로를 향하는 권리와 의무가 법쇄가 되어 서로 묶인 이유이다. 이러한 쌍무계약의 법리는 법률에서 일상거래에서 일목요연하고 완전한 규정을 제도화하기 위함이다. 거래실무에서 쌍무계약이 가장 중요한 계약군을 차지한다.[23]

(4) 쌍무계약의 '견련관계'(Synallgma)

쌍무계약의 당사자는 서로 대등한 對價關係에 있는 채무를 부담하며, 이들은 계약과 채무의 성립·존속과 이행, 그리고 소멸에 이르는 전 과정에서 서로 묶인다. 이처럼 급부교환을 목적으로 하는 계약에서 각 당사자는 반대급부에 대한 청구권을 얻기 위하여 그 자신의 급부의무를 인수하는 일종의 목적관계를 이룬다. 말을 바꾸면, 일방의 급부가 상대방이 급부를 이행하는 목적이고, 일방은 상대방의 급부를 그의 급부에 대한 반대가치로 삼는다. 이를 '견련관계' 또는 'Synallgma'[24]라고 한다. 매매, 교환, 임대차, 고용과 도급에서 급부와 반대급부는 서로 견련관계에 있으

20) Palandt/Stadler, Einf. v. §320 Rn.5.
21) Larenz, SchR I, §15 I; Medicus, SchR I, Rn.472; Jauernig/Stadler, §311 Rn.13: "do ut des" (Ver-knüpfung) 등. 또는 "do ut des" (Verknüpfung) 등.
22) Jauernig/Stadler, §311 Rn.13.
23) Heck, SchR, 126.
24) "Synallagma는 쌍방(Gegenseitigkeit)의 현학적 대용이다"(Cosack/Mitteis, Lehrbuch 1, 368).

나, 이자부 소비대차와 중개계약은 이를 갖지 아니한다. 이자와 중개료도 주된 급부에 대한 보상(Entgelt)이지만, 그의 경제적 대등액(Parität)이나 do ut des의 의미에서 반대급부가 아니기 때문이다.[25]

흔히 쌍무계약의 징표로 인용되는 Synallagma는 교환 또는 거래를 뜻하는 συνάλλαγμα를 그대로 라틴어화한 것이다. 그런데 급부와 반대급부의 연관관계를 의미하는 Synallagma는 본래 쌍무계약에 제한적용되지 않고 유상계약에도 역시 타당한 일반개념이다. 이는 본래 로마법학자가 무방식의 '[채권]계약'을 명확화하기 위하여 도입한 개념으로서[26] 보통법의 의미에서 '쌍무', 즉 義務와 거리가 멀다.[27] 교환관계의 청구권은 그의 성립과 기능에서 서로 결합된다.[28]

로마법상 급부와 반대급부가 견련된 계약(synallagmatische Verträge)이 언급된다.[29] 본래 선급부한 교환계약의 각 당사자는 상대방이 이행하지 않더라도 그 반환을 청구할 수 없다는 것이 고전기법의 철칙(iron rule)이다.[30] 다만 선급부의무가 없으면 그는 반대급부가 제공될 때까지 자신의 급부를 유보할 수 있는 신의칙상의 이행거절권(retentio)[31]을 가진다.[32] 그러나 이행거절권이 채권을 관철하기 위한 법적 수단이었는지는 의문이며, 무엇보다 로마법원전에서 매매, 임대차, 고용과 도급의 경우 이행거절권이 확인되지 않는다. 이처럼 '견련'(συνάλλαγμα)을 쌍무계약과 연결할 것은 아니다.

급부와 반대급부는 '같은 무게'(Gleichgewicht)를 가져야 한다. 이는

25) Esser, SchR., §32.

26) Kaser/Knütel, RP, §38 Rn.24. 이미 Kaser, RPR 1, §123 (529f.): "그러나 조합은 이에 해당하지 아니한다"; Th.Mayer-Maly, SZ 83 (1966) 481-484, insb. 482. (Rez. zu H.P.Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburger Rechtsstudien 54. Cram de Gruyter & Co., Hamburg, 1965, 127 S.): "... die römischen Juristen hätten es nicht unternommen, einen gemeinsamen Ausgangspunkt der synallagmatischen Erscheinungen zu suchen, ..."

27) Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike in 5 Bde., Bd.V, 1979, s.v. Synallagma. 그리고 그리이스문헌에서 이는 모든 종류의 법률행위를 뜻한다.

28) F.Schulz, Classical Roman Law, 1954, 532; Kaser, RPR 1, §123 (529f.).

29) Ulp.D.2.14.7.2 ... ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem.

30) Schulz, Classical Roman Law, 532.

31) 비교. 이에 관한 자세한 내용과 함께 Ulp.D.50.16.19를 근거로 쌍무계약의 견련을 받아들이는 현승종/조규창, 로마법, 1996, 747 이하.

32) 자세한 내용은 Kaser/Knütel, RP, §38 Rn.24f.

공급과 수요를 토대로 자기규율을 유지하는 자유시장경제질서의 표현으로서, 이로부터 파생하는 급부의 대등관계가 법률행위의 출발이다.[33] 하지만 급부의 객관적 등가까지 필요하지 않고, 각자의 눈에 '그 정도'의 급부로 반대급부의 대가가 된다는 가치판단, 즉 주관적 등가(subjektive Äquivalenz)로 충분하다.[34] 그리고 당사자가 처음 예상한 대가관계의 정도를 넘는 현저한 불균형은 §104의 불공정한 법률행위와 「약관의 규제에 관한 법률」 또는 「독점금지 및 공정거래에 관한 법률」 등 특별법의 규정으로 조정될 수 있다.[35] 또한 급격한 통화가치의 하락에 의한 사후적 대가관계의 붕괴는 §2의 신의성실의 원칙, 특히 사정변경의 원칙으로 구제될 수 있다.[36]

견련관계는 성립의 연결고리(ein genetisches Band)이며 동시에 흔히 분쟁상황에서 현재화하는 기능 또는 효력의 연결고리(ein funktionelles Band, Wirkungskette)이다. 이를 단계별로 나누면:

1. 발생[성립]의 견련(genetische Synallagma) – 일방의 의무의 발생은 상대방의 의무의 발생에 의존한다. 급부불능 또는 강행법규나 선량한 풍속의 위반(독일민법 §§134, 138) 등으로 인한 무효 등 성립의 하자사유로 일방의 급부의무가 성립하지 않으면 상대방의 급부의무도 성립하지 않는다(독일민법 §326 I). 이러한 측면에서 발생의 견련은 쌍방에 의무를 지는 채권관계의 구성요건에 대한 다른 표현이라고 할 수 있다.[37] 발생의 견련을 두고, 과연 이를 견련관계의 유형으로 받아들여야 하는지를 회의하는 주장[38]이 유력하다. 그러한 사유가 있으면 논의의 대상이 될 계약 자체가 존재할 수 없을 것이기 때문이다.

---

33) Palandt/Stadler, Einf. v. §320 Rn.8.

34) 곽윤직, 채권각론, [14] (31); 김형배, 채권각론, 82. 심지어 사적자치를 중시하여 주관적 등가마저 인정하지 않고, 친교로 약간의 대가만을 받는 매매 또는 임대차 등 무상이 아니기만 하면 쌍무계약이 성립할 수 있다는 Münchener Kommentar zum Bürgerllchen Gesetzbuch, Bd.2 (SchR. AT), 5.Aufl., 2007, Vor §320 Rn.8 (Emmerich) 참조. 그렇지만 친교관계도 또한 주관적 등가를 승인하는 사유가 될 수 있으므로 이 주장을 관철할 실익이 크지 않다.

35) 같은 취지로 MünchKomm/Emmerich, Vor §320 Rn.8: "그 이상의 등기통제는 허용되지 아니한다."

36) 독일민법 §313 (행위기초의 장애) 참조.

37) Larenz, SchR I, §15 I.

38) MünchKomm/Emmerich, Vor §320 Rn.18.

2. 기능의 견련(funktionelle Synallagma) – 이는 급부의 실현과 급부장애의 효과와 관련하여 양측의 주된 급부의무의 지속적 구속관계를 의미한다.[39] 이는 곧 청구권의 실행을 둘러싼 견련관계이다.

(1) 양 급부의무가 일단 유효하게 성립하면 일방의 급부는 상대방의 급부와 연계되어 행사될 수 있다(Leistung Zug um Zug; 이행되지 않은 계약의 항변, 독일민법 §§320, 322). 이 항변을 인정한 이유는 상대방의 반대급부를 목적으로 급부의무를 부담하는 쌍무계약의 일방은, 선급부의무가 없으면, 그가 반대급부를 동시에 취득할 때에 그 자신의 급부를 인식할 수 있기 때문이다. 독일민법에서 동시이행은 현실매매에서 일상화된 交換을 이상형으로 하여 반대급부가 실현될 때까지 급부를 거절하고 소송에서 이를 행사할 수 있는 단순한 항변의 형태로 존재한다(독일민법 §320).[40] 그러나 피고는 항변의 존재, 즉 쌍방계약의 존재만을 증명하면 되고 선급부의무를 지지 않는다는 사실을 증명할 의무까지는 없다. 왜냐하면 쌍무계약에서는 전형적으로 동시이행관계가 존재하는 것으로 인정되기 때문이다.

독일민법학을 지배하는 항변설(Einredetheorie)[41]은 원고에게 그의 이행을 증명하는 노력을 아끼기 위한 소송상의 고려에서 비롯한다. 보통법 이래 확고하게 자리잡은 '이행되지 않은 계약의 항변'(exceptio non adimpleti contractus)[42]을 행사하는 피고에 대하여 원고는 이제 그의 급부청구권을 증명하여야 한다. 그리고 이 항변에 힘입어 각 계약당사자는 그의 급부의 효력을 담보할 수 있다. 이처럼 동시이행은 양 당사자의

39) Larenz, SchR I, §15 I.

40) Heck, SchR, 128; Larenz, SchR I, §15 I mit Hinw.auf §139 ZPO(법관의 석명의무); 이밖에 다양한 학설의 소개와 함께 MünchKomm/Emmerich, Vor §320 Rn.13-16.

41) 항변설과 함께 양자의 급부의 결합이 처음부터 양자의 급부의무의 내용이므로 그 결합이 법률분쟁의 경우에 채무자의 주장이 없더라도 참작되어야 한다는 교환설(Austauschtheorie)의 연혁과 내용에 관하여 특히 MünchKomm/Emmerich, Vor §320 Rn.13 참조. 그럼에도 BGHZ 117, 1, 4는 교환설을 채택하며, 대법원도 같다[대판 2001.07.10., 2001다3764["쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이며, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니므로..."]와 대판 1998.03.13., 97다54604 등 참조).

42) 이에 관하여 Kaser, RPR 1, §123 (530) Fn.20.

이익을 최대로 도모하여 불이행의 위험을 없애는 유효한 수단이다. 다만 법률실무에서는 동시이행을 주장하여 상환급부를 제소하는 경우가 많지 않고 오히려 상대방을 지체에 빠뜨려 지체책임을 묻는 해결안이 선호된다고 한다.[43] 마지막으로 항변은 반대급부가 실현될 때까지 그의 급부를 거절할 수 있다는 소극적인 의미만을 가지고 상대방에게 급부이행을 촉구하는 적극적인 의미는 없다.[44]

동시이행은 그 성질에서 선급부약정에 자리를 양보하는 일종의 임의규정이다. 이는 임대차, 고용 등 계속적 법률관계를 효과로 하는 계약유형에는 처음부터 적합하지 않다. 그리고 일방의 급부의무에 발생한 후발적 급부장애는 반대급부의무에 영향을 미친다(§§326, 323).[45] 견련의 효력으로 일방당사자의 잘못 없이 반대급부가 이행불능이 된 경우 그는 급부의무를 면한다. 그러나 주된 또는 중요한 급부의 침해를 원인으로 전보배상(독일민법 §281)을 청구할 때에는 그러하지 않다. 또한 위험부담에 관한 특별규정이 있을 때에는 견련의 예외가 인정된다.

어느 경우를 막론하고 계약당사자가 대응하는 급부-반대급부 사이의 견련의 적용영역과 기능방법을 결정하는 주체이다. 이는 의사자유가 계약내용을 결정하는 출발이기 때문이다. 이들은 급부의무들을 교환관계로 설정하고 그들을 구체화하며, 심지어 부수적 의무를 주된 의무로 끌어올릴 수도 있다.

---

43) Heck, SchR, 129. 또한 구 오스트리아민법 §864와 관련하여 거래현실에서 선급부의무가 예정되고 동시이행이 예외라는 정당한 지적으로 Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II (SchR AT) 2.Tb., hrsg.v. M.Schmoekel/Joh.Rückert/R.Zimmermann, 2007, §§320-322 31 (Pennitz).

44) 독일 민사소송령에서 항변의 효과에 관하여 자세한 내용은 이미 Cosack/Mitteis, Lehrbuch 1, 369 f. 참조.

45) 비교. MünchKomm/Emmerich, Vor §320 Rn.19; Palandt/Stadler, Einf. v. §320 Rn.12ff. 등은 이를 떼어내어 독립된 유형의 조건적 또는 상태적 견련관계(konditionelle Synallgma)로 분류한다.

2. 有償契約과 無償契約

유상계약(entgeltliche Verträge[46])은 급부와 반대급부의 법적 견련관계를 요건으로 하여 급부의 교환을 목적으로 하는 계약 또는 대가적 의미를 가지는 경제적 출연을 하는 계약[47]으로 정의된다.

유상·무상계약은 독일민법에 낯설고 독일민법학에도 보편화된 고유개념이라고 하기 어렵다. 이를 반영하여 독일의 교과서는 대개 무상·유상계약의 분류를 싣지 않는다. 독일의 민법주석서도 유상계약을 급부의 교환을 목적으로 하는 계약[48] 또는 보수의무를 마주하지 않는 급부의무를 발생하게 하는 계약[49]으로 간단하게 정의·소개함에 그친다. 여기에 다양한 방법으로 쌍방의 급부의무가 결합된 재화교환을 목적으로 하는 계약을 유상계약으로 새기는 견해도 제기된다.[50] 아무튼 독일민법의 무상계약의 정의는 편무계약과 그것과 대체로 대동소이하다. 독일민법에서 증여(§516)와 사용대차(§598), 그리고 당사자의 의사로 무상으로 약정한 위임(§662), 무상임치(§690), 보증(§765), 무상소비대차(§488) 등과 같이, 그에 대한 반대급부가 없는 급부의무의 발생원인이 되는 법률행위가 무상계약이다. 최근 유럽연합지침(VerbrRRL-UG v.20.09.13 [BGBl I 1600])을 수용·개정한 독일민법 §312 I은 「기업의 유상급부를 목적으로 하는 소비자계약」을 적용대상으로 규율하면서 소비자계약을 유상계약으로 체계화한다. 유상계약에서 급부가 오로지 대가의 원인일 때에는 인과견련(kausale Verknüpfung)이, 급부의무들이 발생과 존속에 관하여 연계된 때에는 쌍방견련(synallagmatische Verknüpfung)이 인정된다.

이와 달리 프랑스민법과 이를 이은 1810년의, 그렇지만 이제는 폐지된, 구 오스트리아민법(§864)이 유상·무상계약의 정의를 명문화한 민법전이며, 이는 다시 시간을 거슬러 1794년의 프로이센일반국가법 제1장 제5절 §§7, 8과 연결된다.[51] 구 오스트리아민법 §864의 규정이 모든 종류

46) BGB-RGRK, Vor §305 Anm.4는 lästige-와 nicht lästige Veträge를 개념으로 병용한다.
47) 김증한, 채권각론, [18] (29 이하); 곽윤직, 채권각론, [15] (32); 김형배, 채권각론, 83.
48) 예컨대 Palandt/Grüneberg, §311 Rn.8; Jauernig/Stadler, §311 Rn.11.
49) MünchKomm/Emmerich, §311 Rn.22.
50) MünchKomm/Emmerich, §311 Rn.21.
51) 이와 비교하여 U.C.C.와 Restatement는 unilateral과 bilateral을 언급함이 없이 an offer is as inviting the offeree to accept either by promising to perform what the offer requests(대가 있

의 쌍무- 또는 유상계약에 적용된다는 사실에 반대는 없다.[52]

art.1105 C.c. Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

(호의계약은 당사자 일방이 상대방에게 순수한 무상의 이익을 제공하는 계약이다)

art.1106 C.c. Le contrat à titre onéreux est celui qui assujetti chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

(유상계약은 각 당사자에게 어떤 것을 주거나 할 의무를 지우는[assujettir] 계약이다)

§864 ABGB a.F. Verträge sind einseitig oder zweyseitig verbindlich, je nachdem nur ein Theil etwas verspricht und der andere es annimmt; oder beyde Theile einander Rechte übertragen und wechselseitig annehmen. Die ersten werden also ohne Entgeld; die andern aber mit Entgeld geschlossen.

(계약은 일방만이 무엇을 약정하고 상대방이 이를 승낙하는가 또는 양 당사자가 서로에 대하여 권리를 이전하고 서로 교환하여 승낙하는가의 여부에 따라 일방 또는 양방으로 구속효를 가진다. 전자는 무상으로, 그러나 후자는 유상으로 체결된다.)

ALR I 5 §7 Wenn beyde Theile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen, so wird solches ein lästiger Vertrag genannt.

(양 당사자가 서로에 대한 의무를 인수한 경우, 이는 부담 있는 계약으로 한다.)

§8 Wohlthätig heißt ein Vertrag, durch welchen nur Ein Theil etwas zu Gunsten des andern zu geben, zu leisten, zu dulden, oder zu unterlassen verpflichtet wird.

는 계약) or by rendering the performance(대가 없는 계약, 청약이 편무계약의 체결을 위한 성질일 경우 수령인은 이행이 개시되었다고 하더라도 그 요구되는 이행을 완성할 의무가 없다), as the offeree chooses로 서술한다. 자세한 사항은 J.E.Byrne(ed.), Contracts Texts: Restatement 2d Contracts, US UCC Article 2 & The CISG, 4.ed., 2008 참조.

52) 교환계약에 관한 §1052 ABGB: "Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeiten erfüllt haben, oder sie zu erfüllen bereit sein."을 제시하여 HKK/Pennitz, Bd.2, 2007, §§320-322 18. 여기에서 쌍무계약과 유상계약은 동일대상을 가르키는 것으로 여겨진다.

(계약으로 일방만이 상대방의 이익을 위하여 주거나, 급부하거나 인용하거나 또는 부작위할 의무를 지는 계약은 타인에게 유익한 것으로 한다.)

현행민법은 -개별 법률제도에서 일관되게 관철되지는 않지만- 매매를 유상계약의 모범으로 삼고 매매에 관한 절의 규정을 유상계약에 준용한다(§567). 그리고 재산권이전의무가 대금지급의무와 역시 동시이행관계를 이루기 때문에(§568 II) 효력에서 쌍무계약과 전혀 차이가 없다. 현행민법은 '유상계약'과 달리 '무상계약'의 개념을 직접 알지 못한다. 다만 증여(§§554, 918, 923 II 단서)와 사용대차(§609)에서 급부를 무상제공한 계약당사자의 책임을 경감하고 무상임치(§685)의 경우 자기재산과 동일한 주의의무를 지우며,[53] §747 II에서와 같이 부당이득자로부터 무상으로 그 이익을 얻은 제3자의 지위를 약화하는 우회적인 방법으로 무상계약의 관념을 예정한다.

제567조 (유상계약에의 준용) 본절의 규정[§§563-588]은 매매 이외의 유상계약에 준용한다. 그러나 그 계약의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

유상·무상계약은 경제적·대가적 출연을 개념표지로 한다. 이 때문에 서로에 대한 급부의 견련을 요소로 하는 쌍무계약은 모두 유상계약에 포함된다.[54] 이밖에 유상·무상계약의 구별은 계약의 성립에서부터 그의 효과로 성립하는 채권관계의 내용의 실현에 이르기까지 전 과정을 살펴서 그 사이에 당사자의 재산변동을 표준으로 삼는 구별이라는 주장이 유력하다.[55] 이는 계약내용이 아니라 계약의 성립에서 이행에 이르기까지 전 과정에서 재산변동에 무게를 싣는 주장이다. 그러나 이는 받아들이기 어렵다. 재산변동은 모호하고 유동적이어서 성립한 계약이 무상에서 갑자

53) 또한 BGHZ 21, 110. 이와 비교하여 무상위임의 경우에도 수임인에게 선관주의의무를 지우는 §681은 명예계약으로서 위임계약의 특성을 드러내는 조항이다. 이밖에 §747 II의 특칙이 무상계약에 적용된다.

54) 김증한, 채권각론, [18] (30); 곽윤직, 채권각론, [15] (32); 또한 Palandt/Grüneberg, Einf. vor §320 Rn.5 등.

55) 곽윤직, 채권각론, [15] (32); 또한 송덕수, 채권법각론, 36.

기 유상으로 전환되거나 유상에서 무상으로 전환되는 경우도 생길 수 있기 때문이다. 한편 쌍무계약이 당사자 쌍방이 주관적·목적적 의존관계에 있는 채무를 대립적으로 부담하는 것을 내용으로 하는 계약이고 목적적 의존관계는 '받기 위하여 준다'(do ut des, give and take)는 기능적 쌍무관계를 의미한다는 약간 변형된 주장[56]도 제기된다. 이를 따를 때에는 유상계약은 객관적으로 당사자가 계약에서 대가관계에 있는 출연을 부담하는 계약이 되어야 한다.[57]

아무튼 현행민법의 입법방식과 개념정의는 유상계약과 쌍무계약이 적어도 개념과 실질에서 거의 차별화되지 않음을 증언한다: 이들은 서로를 향하는 각 계약당사자의 '대가적 채무'를 공통요소로 한다. 기존견해는 쌍무계약을 계약의 효과를 표준으로 한 나눔으로 채무의 부담이 교환적 의존관계에 있는 계약으로, 그리고 유상·무상계약을 넓게 계약의 성립에서 그 효과로 발생한 채권관계의 내용의 실현에 이르기까지 전과정에서 당사자 사이의 변동을 표준으로 하는 구별로 설명하는 경향이 현저하다. 이에 따르면 이들 사이의 유일한 차이는 '출연'에서 확인되지만, 문헌들도 일치하여 쌍무계약도 대가적 급부관계를 내용으로 하는 유상계약이라고 하고[58] 유상계약의 급부와 반대급부도 또한 상환관계에 있으므로(§568 II) 구태여 이들을 나누어 자세히 다룰 실익이 별로 크지 않다. 이것이 아마도 유상계약과 쌍무계약을 묶은 '유상·쌍무계약'을 개념으로 선호하는 이유로 추측된다. 이밖에 유상·무상계약과 쌍무·편무계약을 구별하여 무상계약에 해당하는 증여와 소비대차를 이방[쌍무]계약으로 새기는 독일민법의 해석[59]도 눈에 띈다.

56) 양창수/김재형, 계약법, 2020, 6.
57) 양창수/김재형, 계약법, 7.
58) 김증한, 채권각론, [18] (31); 곽윤직, 채권각론, [14] (32); 김형배, 채권각론, 84; 양창수/김재형, 계약법, 7; 송덕수, 채권법각론, 26 등.
59) Esser, SchR, §31.

3. 쌍무·편무계약와 유상·무상계약개념의 비교와 평가

(1) 쌍무·편무계약의 출발

편무·쌍무계약은 독일민법의 einseitige-와 gegenseitigeVerträge[60] 를 번역한 용어이다. 이들은 그 본래 '一方·雙方[61] 또는 二[兩]方'의 의미로서,[62] 그 안에 '義務'의 성질은 그다지 강하지 않다:[63] gegenseitig는 zweiseitig 또는 wechselseitig와 동의어로서 교환의 뜻이 부각된다.[64] 프랑스민법도 일방(unlatéral)과 이방(bilatéral)으로 개념짓고 후자를 synallagmatique와 동일화한다. 이들이 돌연 현행민법에서 雙務·片務契約으로 둔갑한 까닭이 아직까지 제대로 해명되지 않은 상태이지만, 이는 일단 의무중심으로 편성된 독일민법학이 투영된 결과물로 추정된다. 민법의 입법자는 유독 이들의 법률관계를 제3편 제2장 제1절 제2관 <계약의 효력> 아래 '쌍무계약'의 이름을 덧씌워 §§536-538을 조문화한다.

> art.1102 C.c. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.
>
> (계약은 당사자들이 각자가 서로 상대방에 대하여 의무를 부담할 때에는 쌍무적이다.)
>
> art.1103 C.c. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de part de ces derniéres il y ait d'engagement.
>
> (1인 또는 수인이 다른 1인 또는 수인에 대하여, 후자의 측에서 의무를 부담하지 않고, 의무를 부담할 때에는 계약은 일방적이다.)

---

60) Windscheid/Kipp, Pandektenrecht 2, §320 (318)는 이방계약과 쌍방계약을 동일시하고 "zweiseitige, besser wechselseitige oder gegenseitige Verträge"라고 서술한다.

61) 비슷하게 다만 §567 II: 「전항[제1항]의 쌍방의무는」.

62) Larenz, SchR I, §15 I: "Sie[gegenseitige Verträge] sind, im weiteren Sinne, Austauschverträge"; 또한 Medicus, SchR I, Rn.472. 한편 독일민법 §705의 법문을 근거로 조합계약은 쌍방계약이나 교환계약이 아니라고 하면서 이들의 일률적 동일화를 비판하고 탄력적용을 주장한 MünchKomm/Emmerlich, Vor §320 Rn.7 참조.

63) Duden, Deutsches Universalwörterbuch, s.v. einseitig und gegenseitig.

64) Windscheid/Kipp, Pandektenrecht 2, §320 (318). 다만 기존의 용례를 존중하여 이글에서는 쌍무·편무계약을 개념으로 사용한다.

쌍무계약은 급부와 반대급부의 견련관계에 기초하며, 이는 다시 발생과 기능의 견련관계로 구성된다. 먼저 현행민법상 발생의 견련관계는 규정이 없이 해석에 맡겨진 영역이다. 기능의 견련관계는 1. 주로 §536 I의 동시이행의 항변으로 구체화되며, 2. 후발적 불능이 생긴 경우 (1) 채권자와 채무자의 책임없는 사유가 없으면 채무자의 반대급부의 위험부담을 내용으로 하는 §537으로, 그리고 (2) 채권자의 책임 있는 사유를 원인으로 하는 §538로 체화된다. 이중 §536 I은 일정한 의미에서 좁은 의미의 쌍무계약의 정의를 함께 담은 조항이다: 쌍무계약은 동시이행, 즉 '맞바꾸기'와 맞바꿀 수 있을 때까지 '버티기'를 그 내용과 효력으로 한다. 이밖에 §549와 §728(종신정기금)은 해제의 효과에, §583는 매도인의 하자담보책임에, 그리고 §667 III은 수급인의 하자담보책임에 §536 I을 준용한다.[65]

그런데 진정한 쌍무계약의 속성으로 상환이행(Zug um Zug)을 담은 §536 I을 제외하면, 일방의 선급부의무를 전제하면서 상대방의 이행이 현저하게 곤란한 사정을 이유로 하는 불안의 항변(§536 II), 채무자위험부담주의(§537)와 채권자귀책사유로 인한 이행불능(§538)은 대가관계를 내용으로 하는 계약 일반을 대상으로 하는 제도로 새겨도 잘못이 아니다: 이들은 모두 信義則에 근거한 규정들로서 유상계약에도 마찬가지로 통용되는 법률규정이다. 즉, §§537과 538은 쌍무계약의 관념과 친하지 않은 로마법에 이미 알려진 제도이다.[66] 이들의 법률문제를 구태여 '쌍무계약'과 묶어 해결할 정당한 이유는 없다. 그리고 그나마 남은 §536 I도 -이유는 석연하지 않지만 지금까지 민법학자와 법률실무의 주목을 거의 받지 못한- §568 II와 중복된다. 그런데 쌍무계약은 모두 유상계약이다. 이와 관련하여 현재의 경직된 쌍무·편무계약관념의 고착화가 유상·무상계약과 유기적인 통로를 차단하고 이들이 급부와 반대급부의 대가관계를 공통의 기본요소로 하는 연관개념임에도 서로 고유의 독자영역을 구축하도록 몰아간 원인제공자가 되었을 가능성을 배제하기 어렵다.

65) 이들 규정은 §536을 지정하지만, §536 1이 정확한 준용조항이다.
66) 현승종/조규창, 로마법, 1996, 678 이하.

(2) 유상·무상계약과 쌍무·편무계약에 관한 현행민법의 입법

현행민법은 유상·무상계약의 길과 쌍무·편무계약의 두 갈래 길로 나누어 규정한다. 이로써 현행민법은 외형의 현상에서 유상·무상계약과 쌍무·편무계약의 분류를 모두 받아들인 프로이센일반국가법, 프랑스민법 그리고 구 오스트리아민법 §864과 입법태도를 같이한다.

그런데 현행민법은 마치 쌍무·편무계약을 원칙으로 채용하는 듯하면서 이와 병렬하여 겹치는 유상·무상계약을 법률개념으로 채용함으로써 이들 사이의 이해를 힘들게 만든 원인제공자이다. 추측건대 이는, 대체관계를 이루는 로마법-프랑스법계의 경개와 게르만법-독일법계의 채권양도·채무인수를 모두 수용한 사례 등이 확인하듯이, 법이론과 법제도의 철저한 이해·인식이 없이 로마法의 유상·무상계약과 義務 중심으로 구성된 게르만法의 쌍무·편무계약을 편의적으로 받아들인 결과로 추정된다. 그럼에도 민법학과 법률실무에서 쌍무계약과 유상계약은 그 이름을 제외하고 실질의 내용에서 이들을 분류할 기준도 마땅치 않고 나누어야 할 현실적 이익도 거의 없다. 쌍무계약과 유상계약에 관한 민법의 핵심규정을 모은 다음의 표가 이를 증명하는 증거자료이다. 이와 함께 무엇보다 유상계약이 쌍무계약을 포섭하는 개념이라는 사실을 고려할 때, 오히려 §568 II를 급부와 반대급부의 동시이행관계를 법정하는 기본조항으로 새길 수 있다.

쌍 무 계 약	유 상 계 약
제536조 (동시이행의 항변권) ① **雙務契約**의 당사자 일방은 상대방이 그 의무이행을 제공할 때까지 그 의무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.	제567조 (유상계약에의 준용) 본절의 규정은 매매 이외의 **有償契約**에 준용한다. ... 제568조 (매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다. ② **전항의 雙方義務는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다.**

	제585조 (동일기한의 추정) 매매의 당사자일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다.
제536조 (동시이행의 항변권) ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.	제588조 (권리주장자가 있는 경우와 대금지급거절권) 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그러하지 아니하다. 제589조 (대금공탁청구권) 전조의 경우에 매도인은 매수인에 대하여 대금의 공탁을 청구할 수 있다. - 제491조 (공탁물수령과 상대의 무이행)
비교. 제583조 (담보책임과 동시이행) 제536조의 규정은 제572조 내지 제575조, 제580조 및 제581조의 경우에 준용한다.	

4. 하자담보책임에서 왜곡된 동시이행

(1) 매매의 하자담보책임과 해제

a) 민법의 입법자는 매매가 속하는 계약유형을 직접 밝히지 않고 단지 매매를 유상계약의 모범으로 예정한다(§567): 「매매 이외의 유상계약」.[67] 그리고 매매의 쌍방의무는 동시에 이행하여야 하므로(§568 II) 쌍무계약에 관한 §536 I은 매매에 적용이 없다. 그럼에도 §583은 뜬금없이 동시이행에 관한 §536의 규정을 끌어들여 이를 권리의 하자담보책임에 관한 §§572-575와 물건의 하자담보책임(§§580, 581)에 제한준용한다.

67) 곽윤직, 채권각론, [75] (152).

이는 명백히 입법의 오류이거나 중복입법 또는 과잉입법이다.

먼저 쌍무계약은 급부의 상환을 내용으로 하는 유상계약이므로 §583을 특별히 두어야 할 정당한 이유가 없다. 먼저, 민법의 입법자는 분명하게 밝히지 않지만, §536을 매매의 하자담보책임에 준용하는 §583은 정작 매매의 핵심내용을 형성하는 재산권이전의무 자체(§§568 I, 569, 570)의 의미와 기능을 경시·누락한 법률규정이다. 하자담보책임을 물을 상태에 이른 경우에는 교환관계에 있는 급부와 반대급부라는 관념이 더 이상 존재하지 않아 원칙적으로 동시이행이 문제될 수 없다. 이는 하자담보책임이 비록 불완전하지만 이행이 이루어지고 수령된 상태에서 현재화하는 책임이기 때문이다. 다음으로 §583는 매매를 비롯한 유상계약을 억지로 쌍무계약부분과 유상계약부분으로 나누누어 법률체계를 二元化·복잡화하는 불만스러운 결과를 일으킨다: 민법을 법문 그대로 읽으면, §583에 언급되지 않은 법률규정에는 유상계약에 관한 §568 II가 적용되어야 하고 이러한 논리구조가 §567를 거쳐 유상계약 전반으로 일반화되어야 하기 때문이다. §583에 내재된 법리의 모순은 아래에 설명한다.

> 제568조 (매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다.
>
> ② 전항의 雙方義務는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다.

그리고 의무이행에 관하여 동일기간을 추정하는 §585는 §568 II와 어울려 §536 I을 갈음하는 법률규정이다. 여기에 덧붙여 비록 부분적이기는 하지만, §588은 권리주장자의 존재로 매수한 권리의 일부 또는 전부를 잃을 위험이 있을 때 대금지급을 거절할 수 있는 권리를 매수인에게 수여함으로써 불안의 항변을 규정한 §536 II과 동일한 사명을 수행하도록 한다.

또한 법률에 명문의 규정은 없지만, §§544의 법정해제는, 다른 사정이 없으면,[68] 有償契約을 앞에 둔 제도이다. 무상계약의 해제와 채무불이행

68) 증여로 부담한 채무의 이행을 완료한 부분에는 영향을 받지 않는 §§555, 556과 557의 해제(§558)는 §§544의 고유한 의미의 해제가 아니라 일종의 철회(대판 2003.04.11., 2003다1755)이다.

을 원인으로 하는 손해배상[전보배상]은 법률효과에서 아무런 차이가 없기 때문이다.[69] 민법의 법정해제가 연혁적으로 게르만법에서 유래하여 정착한 제도임은 부정할 수 없지만, 쌍무계약이 낯선 로마법도 이미 하자담보책임으로 해제소권(actio redhibitoria)을 도입하였으므로 해제를 반드시 쌍무계약과 연결하여야하는 것은 아니다.

민법의 입법자는, 다른 계획이 없으면 함부로 법률규정을 준용하는 입법방식을 버려야 함에도, 걸핏하면 §536을 꺼내는 편리한 무질서를 과시한다. 이처럼 조화를 잃은 불협화음은 체계적 사고(systematischer Denken)의 흠결로 민법을 전체로 보지 못하고 유상계약과 쌍무계약의 관계를 제대로 파악하지 못한 결과물로 추측된다. 법률규정과 법률제도의 異同을 아직도 제대로 발굴·확인하지 못한 사실은 민법을 제대로 이해하지 못한 증거와 다름 아니다.

b) 하자담보책임은 마땅히 '있어야 할 급부와 반대급부의 등가관계'를 회복하기 위한 제도로서 履行을 전제하는 불완전이행책임을 본질로 한다.[70] 매매의 節은 매매의 목적이 된 권리의 이전과 대금지급을 동시이행관계에 둔다(§568 II). 이 때문에 권리의 반환을 법률효과로 하는 해제를 별론으로 하면, 대금감액에 대응하여 이와 동시이행의 관계에 서는 채권이라는 것이 있을 수 없다. 그럼에도 §583는 매도인에게 하자담보책임에 터잡아 이미 지급받은 대금의 전부[해제]나 일부의 반환의무[대금감액], 손해배상의무와 하자없는 물건의 지급의무[신품교환]를, 그리고 매수인에게 매도인에게서 수령한 목적물을 원상회복으로 반환할 의무를 지우고 이들을 동시이행의 관계로 구성한다. 대법원도 이들이 동일한 생활관계에서 발생하여 서로 밀접한 관계에 있어 그 이행에 견련관계를 인

69) 비교. 김형배, 채권각론, 210은 해제를 쌍무계약에 제한인정한다. 이는 쌍무·편무계약의 분류만을 소화한 독일민법 §§346-354에는 합당할 수 있다. 그러나 이 해석에 따를 때에는 해제가 모든 유상계약을 적용대상이 아니라고 하여야 하지만, 이는 의문이다. 한편 김증한, 채권각론, 1988, [50] (84); 곽윤직, 채권각론, 2000 [44] (99 이하)와 송덕수, 채권법각론, 115는 민법에 명문의 규정이 없어 해제가 증여 등의 편무계약에도 적용된다고 새긴다. 그렇지만 적용가능과 적용의 이익은 구분되어야 한다. 한편 쌍무와 편무를 따질 수 없는 무인의 물권계약(이진기, 물권법, 2020, 37 이하 참조)은 애당초 해제의 대상이 되지 아니한다.

70) 대판 1992.04.14., 91다17146, 17153. 또한 대판 2004.07.22., 2002다51586.

정함이 공평의 원칙에 부합하기 때문에 일반해제의 경우와 마찬가지로 이들의 경우에도 §536을 준용한다는 것을 규정취지로 한다고 설명한다.[71] 그런데 그것이 채무불이행을 원인으로 하는 법정해제이든 그렇지 않고 하자담보책임을 원인으로 하는 해제이든 가리지 않고, 그 효과에 관하여는 §548 II와 §536을 준용하는 §549가 적용되어야 할 것이므로[72] §583을 특별히 두어야 할 이익이 전혀 없다. 다만 선급부의무의 약정 등으로 매수인의 대금지급이 유예된 때에는 §583을 두는 작은 이익이 있을 수도 있지만, 이는 어차피 사적자치에 맡겨도 무방하다.

결론적으로 하자담보책임에 관하여 해제의 경우를 제외하면 동시이행관계에 서는 급부와 반대급부가 있을 수 없으므로 §583는 규정의 실익이 없다고 하여도 잘못이 아니다. 이와 똑같은 어색한 모습의 형식체계가 도급에서 재등장한다.

(2) 왜곡된 동시이행: 도급의 하자담보책임과 해제

도급은 일의 完成과 報酬支給의 교환관계를 원칙으로 하는 계약이다(§664 I). 이들은 규정 여부와 관계없이 §568 II와 §567의 적용으로 동시이행의 관계를 이룬다. 다만 §665 I은 완성된 목적물의 인도가 필요한 경우 그의 인도와 보수지급의 동시이행을 보충규정한다. 그렇지만 이는 보수지급시기의 약정을 임의규정에 우선하는 §656 II(또한 §105)를 준용하는 §665 II로 말미암아 사실상 무장해제되어 후단의 「약정한 노무[일]를 종료한 후 지체없이」에만 겨우 제한적용될 수 있는 임의조항이다.

다음으로 완성된 목적물의 하자보수청구권은 그 본질에서 불완전이행책임으로서 보수지급을 내용으로 하는 §665 I을 전제로 한다. §667 I은 「완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때」를 하자담

71) 대판 1993.04.09., 92다25946.

72) 대판 1993.04.09., 92다25946: "민법 제571조의 취지는 선의의 매도인에게 무과실의 손해배상책임을 부담하도록 하면서 그의 보호를 위하여 특별히 [법정]해제권(대판 1974.03.26., 73다1442)을 부여한다는 것인바, 그 해제의 효과에 대하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 없다 할 것이므로..."; 이미 §570에 근거한 해제에 §548 II를 적용한 대판 1974.05.14., 73다1564 참조. 하지만 해제가 유상계약에 의미를 가진다는 사실을 고려할 때 §549가 없더라도 §567이 적용되어야 할 것이다.

보책임의 적용대상으로 한다.[73] 그런데 전부이행이 아니라 일부에 관하여 이행이 이루어진 단계에서 생긴 「완성전의 성취된 부분에 하자」와 이른바 기성고를 고유한 의미의 하자로 볼 수 없다. 하자의 이름에도 불구하고 이들은 보수지급(§§664, 665), 채무불이행책임에 관한 §390의 채무불이행책임과 계약목적달성의 불능을 원인으로 하는 §544의 해제로 능히 해결될 수 있는, '일의 완성 전'에 생긴 급부장애이기 때문이다. 그러므로 '완성전의 성취된 부분의 하자'는 본연의 하자가 아니라 이행지체로 처리되어야 하지만, 하자와 유사한 외관을 가진다는 점에 착안하여 '비슷하게' 처리될 수 있다는 의미로 받아들여야 한다.

그런데 §667 III은 난데없이 「전항[하자의 보수]의 경우에 제536조의 규정을 준용한다.」 하자담보책임의 성질에서 미루어 瑕疵補修와 報酬支給이 §667 III에 개입되는 채권으로 추정된다.[74] 그러나 이는 다시 完成物引渡와 報酬支給을 동시이행관계로 설정한 §665조 I과 충돌한다. 이러한 갈등상황은 오로지 §667 III을 §656 II 전단 「보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고」와 연결하여 報酬後給의 約定 또는 관습의 존재를 승인할 때에 비로소, 그것도 단편적으로만 해소할 수 있게 된다.[75]

III. 애매한 쌍무계약 또는 동시이행의 적용례

1. 부담부증여와 쌍무계약

§561은 부담부증여에 직접 쌍무계약에 관한 규정을 적용한다. 민법문헌은 증여자의 채무와 수증자가 이행하여야 하는 부담 사이에 일종의 견련관계가 인정되기 때문으로 그 이유를 설명한다.[76]

---

73) §665 I을 법문에 충실하게 기성고에 적용한 대판 2001.09.18., 2001다9304 참조.

74) 「건물 기타 토지의 공작물」에 대한 해제를 제한하는 §668 단서 참고.

75) 법무부, 2013년 법무부 민법개정시안 [채권편 하], 2013, 139-200에서 동시이행을 다룬 흔적이 전혀 확인되지 않는다.

76) 김형배, 채권각론, 411. 한편 곽윤직, 채권각론, [72] (146)은 부담부증여의 울타리 안에 증여와 부담이 서로 주종의 관계에 선다고 서술하지만, 이들은 대응관계를 이룬다고 하여야 한다. 비슷하게 스위스채무법 Artt.246, 249은 부담을 증여계약의 부관으로 인식하고 그의 불이행에 撤回權을 준다(Kurzkommentar [OR], hrsg.v.H.Honsell, 2014, Art.246 Rn.1.[KUKO-Triebold]).

제561조 (부담부증여) 상대부담 있는 증여에 대하여는 본절의 규정 외에 **쌍무계약**에 관한 규정을 적용한다.

그러나 부담은 본래의 증여와 대가관계에 서지 않으므로 부담이 증여를 쌍무·유상계약으로 만들지 않는다. 상대부담은 부관의 형태를 지닐 수 있고[77] 계약내용으로 증여에 대한 실질적 대가로 나타날 수도 있다.[78] 부관의 형태로 나타나는 상대부담은 §561의 의미에서 부담에 해당하지 않는다. 부담부증여자는 그 부담의 한도에서 매도인과 같은 담보책임을 지며(§559 II), 증여와 부담의 대가적 관계를 그 근거로 한다.[79] 그런데 매도인의 하자담보책임은 유상계약에 전유한 책임이다(§567).[80]

아무튼 부담부증여에 관하여 쌍무계약과 유상계약이 교차하며, 이는 이들을 혼용하는 민법이 피하기 어려운 폐단이라고 할 것이다. 아무튼 고유한 법정해제(§§544)와 하자담보책임(§567, §§570)의 규정이 부담부증여에 적용된다는 것[81]만은 분명하다. 그러나 증여자가 선이행하는 경우가 대부분일 것이므로, 다른 사정이 없으면, §536 I은 적용이 없다. 예컨대 독일민법 §525 I은 「부담부증여를 한 사람은 그가 그의 측에서 급부한 때에 부담의 이행을 청구할 수 있다.」고 하여 증여자의 선급부의무를 명문화한다. 입법례에서 보면 §561은 유럽제국의 민법전에는 생소한 법률규정이다.

2. 동시이행의 적용

(1) 종신정기금계약의 해제: 동시이행?

종신정기금계약(Leibrente)은 당사자 일방이 자기, 상대방 또는 제삼자

77) 대판 2010.05.27., 2010다5878.
78) 자세한 내용은 김형배, 채권각론, 409 이하 참조.
79) 곽윤직, 채권각론, [72] (146)' 김형배, 채권각론, 410 이하.
80) 또한 일본민법 §551 II(매도인과 동일한 담보책임). 한편 곽윤직, 채권각론, [16] (33)은 부담부증여를 무상계약이라고 하면서도 완전히 무상이 아니므로 부담의 한도에서 담보책임규정이 적용된다고 다소 불분명하게 설명한다. ,
81) 해제에 관하여 대판 1996.01.26., 95다43358; 대판 1997.07.08., 97다2177. 한편 부담의 불이행을 원인으로 쌍방계약의 해제권(Rücktrittsrecht)요건 아래 부당이득의 반환에 관한 규정에 따른 증여물의 반환을 규정하는 독일민법 §527 참고.

의 종신까지 정기로 금전 기타의 물건을 상대방 또는 제3자에게 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는(§725), 유상 또는 무상의 낙성계약이다. 그 결과 종신정기금계약은 일반계약 또는 제3자[수익자]를 위한 계약의 외관으로 분화된다. 정기금계약은 -원본채권과 이자채권의 관계와 같이- 종신정기금권(Stammrecht, Grundrecht)과 이로부터 유래하는 정기금급여청구권(Bezug, Ertrag)을 특징으로 한다.[82] 여기에서 개별 정기금급여의 침해가 바로 정기금계약의 침해는 되지 아니한다. 그런데 '정기금채권자'를 일반개념으로 쓰는 민법은 이를 조금도 구분하지 않으므로, 설정계약과 개별 정기금급여 또는 수익을 구분하는 입법적 개선이 바람직하다. 이밖에 주택역모기지론상품을 제도화한 「한국주택금융공사법」의 종신주택담보노후연금(일명 주택연금)과 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」의 종신농지연금도 이름은 연금이나 그 실질에서 일종의 변형된 종신정기금이다.

종신정기금계약은 계속적 계약관계의 성립원인이므로 이는 해지의 적용대상이라고 하여야 한다. 그럼에도 §727 I은 '처음부터'(ex tunc) 소멸을 규정내용으로 한다. 다른 사정이 없으면, 무상계약은 해제의 이익이 없으므로 §727은 유상의 종신정기금계약으로 제한적용된다. 그런데 종신정기금계약의 해제에 §536을 준용하는 §728이 특이하다: 「제536조의 규정은 전조[§727]의 경우에 준용한다.」 이로써 '정기금채무의 원본'과 '지급받은 채무액에서 원본의 이자를 공제한 금액'이 동시이행의 관계를 이룬다(§727 I 단).[83] 이는 특히 지금과 같은 저금리시대에는 정작 해제권을 행사한 정기금채권자의 이익을 외면하고 엉뚱하게 채무를 불이행한 잘못을 저지른 채무자를 배불리는 도저히 납득할 수 없는 처분이 될 수 있다.

82) 이와 비교하여 종신정기금에 관한 독일민법 §§759-761은 이른바 통일설(Einheitstheorie)를 채용하여 정기금취득자[수익자]를 채권자로 한다. 이는 정기금채무를 그의 발생원인이 되는 설정계약(Vertrag, durch den eine Leibrente versprochen wird)과 분리한 결과이다(비슷하게 Heck, Sch R, 365).

83) 이는 대부분 상계의 방법으로 현실화될 것이다.

(2) 그밖의 동시이행규정

제491조 (공탁물수령과 상대의무이행) 채무자가 채권자의 상대의무이행과 동시에 변제할 경우에는 채권자는 그 의무이행을 하지 아니하면 공탁물을 수령하지 못한다.

제549조 (원상회복의무와 동시이행) 제536조의 규정은 전조의 규정에 준용한다.

공탁물수령에 관하여 동시이행을 법정한 §491은 채무자[변제자]의 선급부를 예정하기 때문에 §536 I의 상황을 전제하는 법률규정이 될 수 없다. 그러므로 §491는 대가관계에 있는, 즉 유상관계에 있는 채무-반대채무의 존재만으로 적용된다. 이를 반드시 쌍무계약과 연결하여야 하는 것은 아니다.

다음으로 §549는 동시이행을 해제의 효과로 한다. 그런데 해제는 유상계약을 적용대상으로 하며, 발생에서 소멸에 이르는 대가관계가 유상계약에도 적용된다. 이러한 까닭으로 §568 II를 준용하는 §567만으로 이미 충분하다고 하더라도 잘못이 아닐 것이다.

IV. 논란이 되는 방치된 법률제도: 현상광고

현상광고(Auslobung)는 광고자가 어느 행위를 한 사람에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 사람이 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써 성립하는 계약이다(§675). 이는 현상광고에 언급된 불특정의 다수인을 자극하여 특정행위를 하도록 유도하는 것을 목적으로 한다.[84] 현상광고에서 법적 의무를 부담하는 법률행위의 상대방이 처음에는 존재하지 않지만, 민법은 현상광고를 특별관계가 성립하도록 하는 근거로 삼는다. 현상광고는 사람의 행위에 의한 특정사실의 발생과 결합된 대가라는 측면에서 위임, 고용 또는 도급계약과 공동의 성질을 가진다. 그러므로 현상광고는 타인의 이익을 위한 법률행위 안에 편입될 수 있다.

---

84) K.Larens, Schuldrecht II/1 (BT), 13.Aufl., §55: “이들은 현상광고를 인식할 수 있는 群에 속하는 사람들이다.”

현상광고는 '공주와의 혼인'을 미끼상품으로 내건 전래의 민담, 동화와 신화가 보여주는 전통의 적용례를 넘어 이제 현실의 거래생활에서 전통의 적용례를 넘어 현실생활에서 상품선전과 소비자극을 위하여 알게 모르게 빈번하게 널리 쓰이면서도 정작 법학의 관심에서 소외되어 차별받는 대표적인 법률제도이다.[85] 그 이유는 아마도 보수가 높지 않거나 특히 우수현상광고의 경우 행위를 완료한 사람의 증명이 쉽지 않기 때문으로 짐작된다.

민법은 현상광고를 전형계약의 하나로 법제화한다. 그럼에도 현상광고의 법적 성질을 두고 계약설(Vertragstheorie)과 단독행위설(Versprechenstheorie)의 대립이 여전하다.[86] 다소 부정확하고 모호하게 축조된 §675의 법문이 이에 기여한 측면도 없지 않다.

> 제675조 (현상광고의 의의) 현상광고는 광고자가 어느 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 자가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써 그 효력이 생긴다.
>
> 제677조 (광고부지의 행위) 전조[보수수령권자]의 규정은 광고 있음을 알지 못하고 광고에 정한 행위를 완료한 경우에 준용한다.

단독행위의 제창자들은 광고가 있음을 모르고 지정행위를 완료한 경우를 설명하기 어렵다는 이유를 들어 현상광고를 광고자가 지정행위의 완료를 정지조건으로 하여 채무를 부담하는 단독행위로 새긴다.[87] 이들은 1. 현행민법에서 현상광고가 채권편 제2장 [계약] 아래 위치하지만, -§703의 조합계약이 증명하듯이 채권편 제2장 [계약]을 널리 주요한 채권의 발생원인을 정하는 것으로 보는 것이 옳고, 2. (1) 계약설이 주관적 의사합치가 없음에도 지정행위를 완료한 사람의 보수청구권에 관하여 §676을 준용하는 §677을 모순 없이 설명할 수 없으며, (2) 계약설에 따

85) 이러한 의미로 이미 Heck, SchR, 364: "Die Regelung ist immerhin lückenhaft und ergänzungs-bedürftig. Dabei ist Buchstabenjurisprudenz zu vermeiden"; 곽윤직, 채권각론, [157] (323) 등 참조.

86) 그의 자세한 현황은 곽윤직, 채권각론, [157] (323 이하); 김형배, 채권각론, 718 이하; 특히 곽윤직 대표편집, 민법주해 15 채권 (8), 1992, 482 이하 (오종근) 등 참조.

87) 곽윤직, 채권각론, [157] (324); 이를 그대로 이은 송덕수, 채권법각론, 361

르면 광고는 청약이므로 그 구속력을 정하는 §527이 적용되어야 하지만, §679가 현상광고의 철회를 인정한다는 것을 근거로 한다. 그러나 이는 현행민법의 체계는 물론 내용과도 어울리지 않는다.

반면에 현상광고를 청약으로, 그리고 지정행위의 완료로 승낙하는 계약으로 이해하는 다수의 법학자들은 현상광고가 유상·편무계약[88]이며, 동시에 지정된 행위를 완료하여야 계약이 성립하는 요물계약[89]이라고 설명한다.[90] 이밖에 §675는 현상광고를 계약으로 성립하는 것을 정하는 원칙규정이고, §677은 법률의 규정으로[법정] 현상광고관계의 성립을 인정하는 경우라는 설명도 제기된다.[91]

현상광고의 성질에 관한 논의는 제도의 기원과 밀접한 일체를 이룬다. 그런데 단독행위설의 지지자들이 흔히 근거로 끌어들이는 독일민법은 현행민법과 편제를 완전히 달리한다. 개별 채무관계(Einzelne Schuldverhältnisse)를 제목으로 하여 전체 27절로 이루어진 독일민법 제2권 제8장(§§433-853)은 계약, 채무약속과 채무승인(§780), 급부지시(§783, Anweisung), 무기명채무증서(§793, Schuldverschreibung auf den Inhaber), 물건의 제시(§809, Vorlegung von Sachen) 등 단독의 채무약속(Versprechen)과 사무관리(§677), 부당이득(§812)과 불법행위(823)를 원인으로 하는 법정채권관계를 망라하여 하나의 솥에 담는 기능적·유기적 입법방식[92]을 채용한다. 이 때문에 단독행위에 의한 채권관계,

---

88) 현상광고를 계약으로 보는 전제(?)에서 곽윤직, 채권각론, [15] (33), [158] (325); 송덕수, 채권법각론, 36.

89) 이는 행위의 완성으로 당사자 사이에 법률관계가 창설된다는 것을 인정하는 것이다(비슷하게 위임에 관하여 프레드릭 헨리 로슨 저, 대륙법입문, 양창수/전원열 역, 1994, 153 참조).

90) 김형배. 채권각론, 722 이하; 양창수/김재형, 계약법, 7: "합의 외에 현물의 인도나 권리의 이전과 같은 계약상 채무와 관련된 사실적 실행행위가 계약의 성립요건이 되는 계약." 그러나 여기에서 '유상'과 '편무'가 서로 병존할 수 있는지는 의문이다.

91) 김형배, 채권각론, 723. §677이 법정채권관계의 성립을 받아들인 규정인지 그렇지 않고 지정행위의 완료에 계약의사를 의제하는 규정인지는 진지하게 다루어야 할 문제로 보인다. 그리고 법정채권관계 또는 요물계약의 구성은 전통적인 현상광고의 사례를 이루는 유실물습득(§253)과 관련하여 어색한 결과로 부를 수 있다. 예컨대 현상광고의 보수가 「유실물법」의 보상과 상당하지 않을 경우, 유실물습득자는 법정보상청구권을 행사할 것이다.

92) 예컨대 제8장 제12절의 위임(Auftrag)의 다음에 제13절에 위임없는 사무관리(Geschäftsführung ohne Auftrag)를 두고, 제16절의 조합(Gesellschaft)에 이어 제17절에 공유단체(Gemeinschaft)를 두는 식이다.

약정채권관계와 법정채권관계가 제8장 안에 뒤섞여 혼재한다. 여기에 일방적 의사표시로 성립하는 현상광고가 제2권 제8장 제11절로 편입된 것이 전혀 놀랍지 않다. 현상광고는 도달과 수령을 요건으로 하지 않는 단독의 의사표시로 성립하고 그 내용을 이행한 때에 채무가 생기는 채무약속(Versprechen)[93]이다. 이러한 편제방식은 보통법학부터 반복된 현상광고의 법적 성질에 관한 논의가 현행 독일민법학으로 연장되는 계기로 작용한다. 현상광고에 관한 독일민법 §657을 보면:

> §657 BGB **Bindendes Versprechen** Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.
>
> (구속력 있는 약속. 광고로 행위의 실행, 특히 결과의 완료에 대한 현상을 제시한 사람은 그 행위를 실행한 사람이 현상금을 생각하지 않고 행위한 때에도 그에게 현상금을 지급할 의무가 있다.)

독일민법 §657의 법문에서 현상광고는 법적 구속력이 있는 일방적 의무부담행위[94]이다. 현상광고는 현상, 광고, 행위의 실행, 그리고 현상의 취득을 요건으로 한다. 현상은 재산권적 성질의 특정한 이익이어야 한다. 행위를 실행한 대가로 현상이 주어지지만, 구체적인 현상목적의 확정은 광고에 게시된 의사표시의 해석에 따르며, 현상의 목적이 일의 완성일 경우 이는 완성으로 특징지워지는 행위이다.[95] 그리고 행위는 승낙이 아니라 단순히 조건의 이행이다. 행위자가 행위를 실행할 때에 현상에 관한 인식을 가질 것은 요구되지 아니한다(ohne überhaupt von der Auslobung zu wissen).[96]

현상광고의 청약은 일반청약과 비교하여 일의 완료가 확인될 경우 보

93) Palandt/Sprau, §657 Rn.1.

94) Larenz, SchR II/1, §55. 한편 김형배, 채권각론, 723 주2는 독일민법 §657와 민법 §675가 모두 현상광고를 계약적 채권관계를 규정한다고 설명하지만, 이는 옳지 않다.

95) Palandt/Sprau, §657 Rn.4.

96) Larenz, SchR II/1, §55; Palandt/Sprau, §657 Rn.5.

수를 지급할 것을 내용으로 하는 强한 拘束力을 동반하는 의사표시라는 특징을 가진다. 성과없이 광고행위를 시도한 사람은 실패한 시도, 쓸데없이 버린 시간과 노력의 낭비, 더욱이 손해와 조롱까지도 그의 위험으로 감내하여야 한다. 같은 선상에서 현상광고의 철회를 법정한 §679의 규정도 단독행위설을 뒷받침하는 결정적인 근거가 될 수 없다. 계약으로 구성하더라도 법률의 규정에 의한 철회의 자유가 역시 가능하기 때문이다.

그러나 현상광고를 단독행위로 새기는 것은 -그 제창자에게도 익히 알려진 것과 같이- 현행민법의 체계와 모순된다. 우리 민법은 독일민법과 입법체계를 달리한다: 현행민법에서 현상광고는 <계약> 아래에 위치하는 전형계약이다. 법전의 위치는 현상광고가 계약으로 규율된다는 보충적 근거는 되어도 결정적 근거는 아니라는 주장[97]은 근거 없다. 현행민법 제3편 [채권]은 제1장 <총칙>과 2장 <계약>, 제3장 <사무관리>, 제4장 <부당이득>과 제5장 <불법행위>의 순서를 가진다. 이중 제3장부터 제5장은 이른바 법정채권관계, 즉 준계약과 불법행위를 구성한다. 이 때문에 민법 제3편 제2장의 적용범위는 철저하게 계약으로 제한된다.[98] 한편 현행민법은 단독행위에 의한 채권관계의 성립을 규율하는 명문규정을 알지 못한다.

다음으로 단독행위설은 무엇보다 법문에 반한다: 「이[광고]에 응한 자가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써」. 이로써 현상광고도 완벽하게 청약과 승낙을 요건으로 성립하는 계약의 모습을 가진다.[99] §675의 「일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한」과 「그 효력이 생긴다」는 계약으로서 현상광고를 당연시하는 부정할 수 없는 증거이다. §675에서 행위의 완료 자체는 계약에 대한 승낙이 될 수 없다. 또한 광고자도 알 수 없는 확정력 있는 구속이 인정되어서도 아니된다.

이러한 사실은 현상광고와 일부경합하는 유실물습득(§253)을 함께 검토할 때 보다 선명하게 된다. 현상광고를 단독행위로 새기면 「유실물법」

97) 곽윤직, 채권각론, [157] (324).

98) 이에 관한 설명은 제703조 이하의 조합에 관하여도 동일하다: 「상호출자하여 공동사업을 경영할 것으로 약정함으로써」. 독일민법학에서 조합이 쌍무계약임은 확고하며, RGZ 38, 303과 RGZ 147, 340도 이미 민법의 언어용례(Sprachgebrauch)에서 조합계약이 쌍무계약에 속한다는 것에 다툼이 없다(unstrreitbar)고 확인한다.

99) 같은 취지에서 김형배, 채권각론, 723 주2, 725 이하 참조.

과의 관계가 모호해진다. 현상광고를 한 사실이 유실물습득자의 권리를 제한하는 사유가 아님은 분명하다. 현상광고가 있더라도 유실물습득자는 「유실물법」 §4의 보상금을 청구할 수 있다. 즉, 지정행위를 완료한 사람에게 계약체결의 자유를 보장하여야 하며, 이는 특히 보상금이 현상광고의 보수를 넘을 때 특히 그러하다. 마지막으로 계약구성이 민법입법자의 의사[100]는 물론 "초안이 현상광고를 독립적으로 규정하여 [도급에 가까운] 전형계약의 일종으로 한 점에 찬성한다"는 민법학자의 평가[101]와도 일치한다. 이와 관련하여 지정행위의 완료를 승낙으로 이해하여 현상광고는 지정행위를 완료한 때에 성립하고 응모를 지정행위를 완료한 사실의 통지로 새기는 해석[102]이 지배한다. 그러나 만일 지정행위 자체를 승낙으로 볼 때에는 일을 완료한 사람의 의사를 묻지도 않고 완료한 일을 광고자에게 이전하도록 하는 것은 그릇된 의무를 강제하는 셈이 된다. 오히려 완료와 그에 이어지는 보수청구에서 광고에 '응하는 의사'를 찾아야 한다. 이러한 이유에서 현상광고는 다른 채권관계의 경우와 달리 약정에 의한 성립을 명문화하지 않는다는 서술이 잘못임을 알 수 있다. 현상광고는 -수익의 의사표시를 요건으로 하는 제3자를 위한 계약(§539)에서와 유사하게- 광고자가 완료사실을 알았다는 등 다른 사정이 없으면, 지정행위를 완료한 사람의 보수청구로 성립한다고 새겨야 한다.[103] 어느 누구에게도 이익이 강제될 수는 없기 때문이다.

마지막으로 계약설은 §677를 설명할 수 없다는 논거도 이 규정의 법문을 왜곡하여 그 의미·내용을 오해한 잘못이 있다. 이는 §675를 보수청구권의 발생시기를 정한 규정으로 해석하지만, 이는 主從을 뒤바꾼 것이다. §675를 현상광고를 정의하는 기본규정으로 새겨야 한다.

한편 「광고 있음을 알지 못하고 광고에 정한 행위를 완료한 경우」에 보

100) 민의원 법제사법위원회, 민법안심의록 (상), 1957, 393 이하. 다만 민법안심의록, 394는 "독민, 만민의 입법례에 따라"라고 하지만, 현상광고를 단독행위로 법정한 독일민법의 인용은 옳지 않다.

101) 민사법연구회, 민법안의견서, 1957, 187 (현승종).

102) 김증한, 채권각론, [170] (318 이하); 김형배, 채권각론, 722, 726 이하. 다만, 김증한, [171] 319는 응모는 승낙의 의사표시의 성질을 가지며, 이는 광고 있음을 알고 광고에 대하여 하여야 한다고 함으로써 응모를 승낙으로 새길 여지를 열어둔다.

103) 곽윤직/오종근, 민법주해 15, 1992, 483 이하는 "의사실현에 의한 계약성립과 유사하다"고 하지만, 광고자가 알 수 없는 일의 완료 자체를 승낙으로 보기 어렵다.

수수령권에 관한 §676의 규정을 準用하는 §677는 계약의 성립을 조금도 의제하지 않는다. §677는 §675를 준용하지 않으며, 이를 §675와 연결할 필연적인 이유도 없다.[104] 여기에서 지정행위의 완료는 법률행위가 아닌 事實行爲이다. 따라서 지정행위를 완료한 사람의 승낙의사는 필요하지 않으며, 행위능력이 없는 사람도 지정행위를 완료하면 §677의 보수청구권을 가진다.[105] 그리고 '준용'은 현상광고가 계약이라는 사실을 간접적으로 증명한다. 그렇지 않으면 '행위의 완료'로써 현상광고가 성립한다고 하여야 할 것이기 때문이다. 이러한 근거에서 §677을 일정한 사실행위의 법률효과로 보수청구권을 부여한 법률규정으로 제한수용하여야 한다. 또한 만일 현상광고를 단독행위로 볼 때에는 §677은 규정의 이익이 없게 되므로, §677도 현상광고가 계약이라는 유력한 증거가 된다. 한편 일부 견해[106]는 제677조에 의한 현상광고관계를 일종의 법정채권관계라고 하지만 구태여 그렇게까지 새길 것까지 없다. 법률의 규정으로 보수청구권이 생긴다고 하면 그만이다.

마지막으로 철회는 현상광고에 특유한 것이 아니라 민법에 널리 알려진 제도이다. 예를 들어 §16 I 본문과 §134는 계약의 철회를, 그리고 §555, 556과 557은 -해제의 이름에도 불구하고- 증여의 철회[107]를 규

104) 기본취지를 같이 하면서 현상광고의 규정이 준용될 뿐이라는 이유에서 準懸賞廣告라고 부르는 김증한, 채권각론, [170] (315 이하) 참조. 한편 곽윤직/오종근, 민법주해 15, 1992, 497은 계약설에 따를 경우 원칙적으로 보수청구권을 인정하기 곤란하다고 하지만, 이는 제677조의 보수청구권을 계약에 기한 권리로 이해할 때에만 그러하다. 나아가 이는 현행민법이 제677조를 두기 때문에 계약설이든 단독행위설이든 실제 결과에서 차이가 없다는 앞의 설명(곽윤직/오종근, 486 이하)과 충돌한다.

105) 김형배, 채권각론, 724-726: "승낙의 요소를 수반하지 않는 지정행위의 완료가 있는 경우에 현상광고에 의한 채권관계를 인정하지 않는다면, 현상광고의 원래의 목적과 취지에 어긋나게 될 것이다." 한편 송덕수, 채권법각론, 361은 행위능력을 요구하지 않는 것이 타당하다고 하면서 이를 단독행위의 근거로 삼지만, 이는 결과에서 원인을 끌어내는 잘못된 논리이다.

106) 김형배, 채권각론, 723, 727: "지정행위의 완료시에 현상광고관계가 성립하나, 행위자의 보수지급청구권은 광고자가 이를 안 때 발생한다고 해석해야 할 것이다." 그러나 광고자의 인식이 보수청구로 현재화한다고 새기는 것이 오히려 생활경험과 합치할 것이다.

107) 대판 2003.4.11., 2003다1755: "민법 제555조에서 말하는 해제는 일종의 특수한 해제일 뿐 민법 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와는 다르다고 할 것 ..." 그리고 채무자가 법정해제권자가 되는 증여의 해제는 채무불이행을 전제로 하는 제544조 이하의 해제와 오직 이름만 같이하는 '다른' 제도이다.

정한다. 이러한 사례는 현상광고의 철회를 법정한 §679가 청약의 구속력을 내용으로 하는 §527과 모순된다는 주장도 또한 정당한 근거가 없음을 확인한다.[108]

현상광고를 유상·편무계약로 새기는 다수견해를 채택할 때에는 쌍무·편무계약의 개념이 유용하다는 주장이 얼마든지 가능하게 된다. 그러나 무엇보다 현상광고를 편무계약으로 분류하는 민법학자중 어느 누구도 그렇게 설명하는 실질적 근거를 선뜻 제시하지 않는다. 광고자의 보수지급의무에 대하여 상대방이 여하한 채무도 부담하지 않는다는 것[109]이 편무계약으로의 편입을 합리화하는 사실상 유일한 설명이다. 만약 현상광고를 편무계약에 편입할 수 있다면, 대물변제 또는 계약금계약도 또한 편무계약으로 분류되어야 한다. 그러면 편무계약이 무엇인가? 그리고 상대방은 과연 아무런 채무[급부의무]도 지지 않는가?

편무계약은, 보증(§428)과 증여(§554) 등과 같이, 당사자 일방이 상대방을 위하여 급부의무를 설정하는 계약이다. 그러나 현상광고에서 현상과 일의 완료는 일의 완료가 현상의 지급요건이 되어 일의 완료와 광고자의 현상을 교환하는, -진정한 의미의 조건은 아니지만- 일종의 條件的 結合關係(konditionelle Verknüpfung)[110]를 형성한다. 여기에서 광고자의 보수지급의무는 '주된 의무'이다. 현상광고는 일의 완료가 아니라 완료된 일을 제공[급부]하여 보수를 청구하는 승낙으로 성립한다. 이는 사실행위가 아니라 의무를 부담하고 이행하는 완료자의 의사표시이다. 그렇지 않다면 현상광고가 아니라 부당이득법이 적용되어야 한다. 이는 사용대차와 임치 등 유럽의 근대민법전이 전통적으로 요물계약으로 분류한 계약들과 비교할 때에 분명하게 된다. 만일 완료된 일의 제공이 급부의무의 이행이 될 수 없다면, 이들도 또한 편무계약 또는 심지어 계약으로 불려서는 아니된다. 왜냐하면 이때에도 급부는 있지만 급부의무가 없다고 할 것이기 때문이다.[111] 나아가 사용대차와 임치 등도 반환의무 또는

108) 한편 김형배, 채권각론, 728 이하는 제679조에 근거하여 현상광고에 제527조를 엄격하게 적용할 수는 없다고 한다. 그러나 청약의 구속력과 철회의 가능은 서로 차원을 달리하는 문제이다.

109) 예를 들어 곽윤직/오종근, 484: "광고자는 보수지급의무를 담하는 데 반하여 상대방은 아무런 채무를 부담하지 않는 점에서 편무계약이며, 지정행위가 완료되어야만 계약이 성립하므로 요물계약이라고 하는 점에서는 이설이 없다."

110) 이에 관하여 Palandt/Grüneberg, Einf. vor §320 Rn.7 참조.

취득물인도의무 등의 부수적 의무가 여전히 존속하는 불완전 쌍방계약이므로 이들을 순수한 '편무계약'과 동일시하여서는 곤란하다. 심지어 독일 민법학은 이러한 종류의 요물계약들을 유상으로 약정한 때에는 쌍무계약으로 취급한다. 정리하면, 현상광고를 '유상·편무계약'으로 새기는 다수견해는 쌍무·편무계약의 정의와 합치하지 않는다.

V. 이밖에 관계된 계약개념의 검토와 비판

1. 편무·쌍무예약

계약법문헌에 출현하는 豫約權은 본계약의 체결을 청구할 권리이다.[112] 그런데 편무·쌍무예약[113]은 權利, 즉 예약권을 중심으로 구성하면 될 것을 괜히 편무·쌍무로 덧씌워 의무중심으로 불편하게 재편한 것이다. 여기에서 편무·쌍무는 본래 계약상대방에게 본계약의 체결을 청구할 수 있는 권리를 가진 당사자를 확정하기 위한 표지이다. 이때 계약을 체결할 '義務'는 관념상 잠재적으로 존재하다가 예약권의 행사로 비로소 실재화한다.[114] 이러한 사실은 '편무·쌍무'가 애당초 정당한 개념이 아님을 보여준다. 이유는 알 수 없지만, 문헌들도 일치하여 정작 본계약을 체결할 權利를 예약권으로 서술하면서도 180° 태도를 바꾸어 난데없이 '편무·쌍무'를 언급한다.[115] 그러나 이름이 같다고 하여 의미·내용와 실질까지 같은 것은 아니다.

---

111) 법학문헌이 대물변제와 계약금계약 등 요물계약을 쌍무·편무계약과 연결하지 않는다. 어쩌면 이들 계약들은 그 본질에서 유상·무상계약과는 어울리지만 쌍무·편무계약의 분류와는 친하지 않을지도 모른다.

112) 간혹 예약권이 '청약을 할 수 있는 권리'라는 설명도 있으나, 예약이 없더라도 누구든지 청약할 권리를 가진다.

113) 곽윤직, 채권각론, [76] (152 이하); 김형배, 채권각론, 298 등.

114) 곽윤직, 채권각론, [76] (152 이하)는 추측건대 법제사의 배경을 들어 "편무예약·쌍무예약은 이를 「요물계약의 예약」이라고 할 수 있고(같은 취지에서 또한 김형배, 채권각론, 300), 일방예약·쌍방예약은 이를 「낙성계약의 예약」이라고 할 수 있을 것이다."고 하면서 "매매를 낙성계약으로 하는 곳에서는, 편무예약·쌍무예약이라는 관념을 인정할 필요가 없다."고 서술한다. 그러나 이는 설득력이 약하다. 민법에서 대물변제(§466)와 계약금계약(§565)이 요물계약으로 성립할 수 있는 본계약의 전부이고, 이들은 그 본질상 예약과 친하지 않다.

115) 예컨대, 곽윤직, 채권각론, [76] (153).

편무·쌍무예약에서 편무·쌍무는 의무를 전제로 하는 편무·쌍무계약에서 편무·쌍무와 차원을 완전히 달리한다. 그리고 편무·쌍무예약을 도입하지 않더라도 사적자치로 예약권을 둘러싼 법률문제를 얼마든지 여유롭게 규율할 수 있다. '법률개념'은 그가 표상하는 제도의 내용을 결정한다. 그렇지만 아무리 전래의 것이라고 하여 그대로 답습하여 후대에 물려줄 이유는 없다. 오해나 이해의 곤란을 부를 수 있는 '편무·쌍무예약'은 마땅히 폐기되어야 한다.

2. 매매의 일방예약·쌍방예약

제564조 (매매의 일방예약) ① 매매의 일방예약은 상대방이 매매를 완결할 의사를 표시하는 때에 매매의 효력이 생긴다.

§564 I는 예약완결권을 그 행사로 매매가 성립하는 형성권으로 구성하며, 대법원도 마찬가지이다.[116] 그럼에도 다수견해는 매매의 일방예약을 두고 이를 완결하는 의사표시를 정지조건으로 하는 매매로 새기는 경향이 현저하다.[117] 그렇지만 예약완결권은, 임대차와 지상권의 매수청구권과 같이, 그 행사 여부가 전적으로 권리자의 자유의사에 맡겨진 隨意의 형성권[118]이므로 §§147이 정하는 고유한 의미의 조건에 해당하지 않는다:[119] 그 행사의 효과로 일정한 법률관계를 발생하게 하는 형성권의 행

116) 대판 2003.01.10., 2000다26425: "... 매매계약의 완결권은 일종의 형성권으로서 ..."

117) 비슷하게 김형배, 채권각론, 302: "... 예약과 본계약을 구별할 필요가 없을 것으로 판단된다. 따라서 일방예약을 단순히 정지조건부 매매로 이해하면서 예약완결권의 행사에 관한 부분은 매매계약의 부관으로 파악하면 그것으로 충분하다." 다만 예약이 성립한 후 예약완결의 의사를 표시하기 전에 목적물의 멸실 등으로 예약완결권의 행사가(완결권의 행사로 성립할 매매가?) 이행불능이 된 경우 완결의 의사를 표시하여도 매매가 성립하지 않는다는 대판 2015.08.27., 2013다28247은 예약완결에 관한 부분을 부관으로 보는 해석과 같은 태도의 판결례로 여겨진다(비교. §151 III). 그러나 이는 잘못이다. 예약완결권과 그의 행사로 성립하는 매매는 서로 그 발생원인을 달리한다. 이와 관련하여 선택권 없는 당사자의 잘못으로 불능이 된 급부를 선택할 수 있다는 選擇債權의 규정(§385 II)을 유추적용하는 해결도 얼마든지 적용가능할 것이다. 한편 프랑스민법에 관하여 계약약속, 장래의 계약(contrat éventuel)과 조건부 계약(contrat conditionnel)의 구별은 A.Weill/Fr.Terré, Droit civil (les obligations), 13.éd. 1980, n°107 (115 이하) 참조.

118) 대판 1992.07.28., 91다44766, 44773; 대판 1997.06.27., 97다12488; 대판 2000.10.13., 99다18725 등; 곽윤직, 채권각론, [76] (156); 김형배, 채권각론 <계약법>, 303.

119) 결론에서 비슷하게 곽윤직, 채권각론, [76] (155)와 송덕수, 채권법각론, 170 이하는 예약과 정지

사와 일단 법률행위는 유효하게 성립하고 그 효과가 조건의 성취 여부와 결합된 조건부 법률행위는 엄격하게 구별되어야 한다. 또한 예약과 그의 행사로 성립하는 본계약은 합체된 법률행위가 아니라 서로 분리된 법률행위이기 때문에 일방예약을 정지조건부 매매와 같은 효과를 가지는 특수한 예약으로 볼 때에는 이러한 구분을 극복하여야 하는 법이론적 어려움이 앞을 가로막는다. 따라서 구태여 정지조건을 인용함이 없이 '예약완결권의 행사로 매매가 성립한다'고 하면 그만이다. 한편 본계약에 앞서는 사전예약과 청약은 구별되어야 한다.[120] 청약자는 계약을 체결하는 승낙이 있을 때까지 청약을 수령한 사람이 하는 의사표시 여부에 구속된다.

그런데 '매매의 일방예약'을 제목으로 하는 §564 I에서 '一方'을 예약의 당사자 일방이 예약완결권을 가진다는 의미로 해석하여야 하는지 의문이다. 먼저 '일방'은 예약완결권의 발생원인이 되는 예약, 즉 합의에 의한 계약의 성립과 맞지 않는 개념이다. 일방을 오히려 형성권으로서 예약완결권의 특질을 제대로 보여주는 표현으로 이해하여야 한다: 「상대방이 매매를 완결할 의사를 표시하는 때에」. 형성권의 행사는 -그것이 취소권, 상계권, 해제권 또는 선택권 등이든 가리지 않고- 언제나 '一方'的이기 때문이다. 이러한 측면에서 '일방'을 형성권행사의 주체가 아니라 일방적 의사표시로 완결되는 -현대법적 개념에서 계약체결과 함께 소정의 금액을 지급하여 유보한 옵션(option) 또는 선택권행사와 유사한[121]- 형성권의 행사방식을 의미한다고 새겨야 하고, §564 II와 III이 또한 그 증거이다. 여기에서 '일방'이 형성권과 연계된다는 사실은 또한 일방·쌍방예약이 헛되거나 지나친 개념 또는 분류임을 확인한다.[122] 설령 '일방'

조건부 계약과는 성질이 다르고 단지 법률의 규정으로 정지조건부 매매에서와 같은 효과가 생기는 데 지나지 않는다고 한다. 그러나 이 주장은 형성권과 정지조건을 혼동한 흠에서 자유롭지 않다.

120) Mazeaud/Fr.Chabas, Leçon des droit civil, T.II/1.Vol.(Obligations), 9.éd., 1998, n°135-2; 같은 취지에서 Weill/Terré, Obligations, n°107 (115): "... c'est[la promesse de contrat est] plus qu'une offre et c'est moins que le vontrat réalisé."

121) 비교. 특히 Weill/Terré, Obligations, n°108 (117).

122) 예컨대 법정해제권은 유상계약(다만 비교. §561)을 체결한 각 당사자가 상대방의 채무불이행을 원인으로 행사할 수 있는 고유한 권리이지만이지만 어느 누구도 이를 쌍방해제권이라고 하지 않고, 일방만이 해제권을 가진다고 약정하더라도 이를 일방해제권이라고 부르지도 않는다. 또한 채권자 또는 채무자 일방이 선택권을 가지거나 채권자와 채무자 모두가 가지더라도 이를 번거롭게 일방·쌍방선택권으로 나누지 않는다. 다만 위임에 관한 §689는 특이하게 '위임의 상호해지의 자유'를 제목

과 '쌍방'에 의미를 두어 이를 채용할 때에도 사적자치에 맡기면 그만이다.

§564에 관하여 민법의 입법자는 구체적인 근거를 제시하지 않고 프랑스민법(C.c.) art.1589 I을 민법제정에 참고한 입법례로 제시한다.[123] 그러나 이 조항과 §564 I의 연결고리가 전혀 확인되지 않는다.

> art. 1589 La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.
> (매매의 약속은 물건과 대금에 관하여 양 당사자의 상호승낙이 있으면 매매의 효력이 생긴다.)

프랑스민법 art.1589 I은 계약의 약속을 자세하게 규정하지 않는다. 이는 본래 -현행민법에는 낯설고, 심지어 프랑스민법학에서도 끊임없이 활발한 비판의 대상이 되는- 要物契約을 전제로 하는 법률조항으로 이해된다. 프랑스민법은 사용대차(art.1875), 소비대차(art.1892), 임치(art.1915)와 질권설정(art.2071)을 요물계약(re contrahi)의 대표유형으로 한다. 법제사에서 계약의 유형은 로마법학자 Gaius에 따른다.

요물계약은 수령자가 반환의무를 지는 금전급부, 즉 금전소비대차(mutuum)에 기원한다.[124] 로마법은 소비대차를 요물계약으로 하고, 부당이득에 기한 반환을 내용으로 하는 착오의 비채변제(indebitum solutum)를 이와 동일하게 다룬다.[125] Gaius가 저술한 日用法書(res cottidianae sive aurea)는 계약합의와 동시에 물건을 인도하여 수령자에게 반환의무를 지우는 사용대차(commodatum), 임치(depositum)와 질권(pignus)설정을 요물계약으로 체계화한다.[126] 독일민법에서 요물계약은 채권법현대화법률(SMG)의 시행으로 모두 낙성계약으로 전환되어 이제는 지난 시대의 유물로 남은 상태이다.

아무튼 현실의 법률생활에서 급부를 계약의 성립요건으로 하고 이행의

으로 하지만 '해지의 자유'로 넉넉하고 '상호'는 없어도 무방하다.

123) 민법안심의록 (상), 336.

124) MünchKomm/Emmerich, §311 Rn.24.

125) Gai.Inst.3.90f. Re contrahitue obligatio velut mutui datione. ...

126) Gai.D.44.7.1.2-6.

문제를 남기지 않는 요물계약이 느닷없이 체결되는 경우는 상상하기 어렵다.[127] 급부로 실현되는 요물계약을 체결하기에 앞서 장래의 계약당사자 사이의 체결되어 선행하는 권리관계의 존재를 승인할 필요가 있으다. 여기에 '요물계약을 승인하는 약속'(la promesse de passer le contrat réel)을 도입한 계기가 확인된다. 이것이 일방요물계약(le contrat réel unilatérale)에 앞서는 예약 또는 先契約(avant-contrat 또는 promesse unilatérale de contrat)의 기원이 되는, 채권발생을 목적으로 하는 일방낙성계약(le contrat consensuel unilatérale)이다.[128] 매매의 일방선계약은 다른 사정이 없으면 일방이 상대방에게 지금 확정된 내용으로 [본]계약을 체결할 권리를 수여하는 약정으로서, 이미 선계약에 의하여 본계약의 내용이 결정된다.[129] 선계약의 수익자(bénéficiare)는 계약의 일방약속을 한 사람에 대하여 계약을 체결할 수 있는 실체적 권리를 취득한다.[130] 이는 양도·처분할 수 있는 재산권이다.

이밖에 쌍방선계약(avant contrat synallagmatique)도 허용된다.[131] 일반적으로 쌍방선계약은 대금의 합의가 있으면 본계약의 효력이 있어 재산권이 매수인에게 이전한다(art.1598). 그리고 쌍방선예약은 순수한 사전계약으로도 이용될 수도 있다. 마지막으로 쌍방선계약은 장래에 체결될 일련의 계약을 위한 윤곽계약(contrat cadre)으로서 쌍방의 이익을 조정하는 역할을 담당하기도 한다. 한편 일본에서는 2017년 5월 26일의 민법개정에 의하여 낙성계약의 원칙으로 방향을 틀어 본래 요물계약으로 입법되었던 사용대차(§593)와 임치(§657)를 낙성계약화하였으므로,[132] 이제 예약은 그 한도에서 의미를 잃었다고 평가할 수 있다.

대법원판결례도 예약완결권에 관하여 실제 프랑스민법의 적용례로부터

127) Mazeaud/Fr.Chabas, Obligations, n°80, 83-84.
128) Ph.Malinvaud, Droit des obligations, 6.éd., 1992, n°22 (29).
129) Weill/Terré, Obligation, n°105 (114).
130) 선계약의 효과에 관하여 자세한 사항은 Weill/Terré, Obligation, n°108 (117).
131) 자세한 사항은 Weill/Terré, Obligation, n°109 (120 이하); Malinvaud, Obligations, n°22 (26).
132) 다만 개정 일본민법은 소비대차를 낙성계약화하는 §587-2를 신설하면서도 이를 요물계약으로 하는 §587을 그대로 남겨둔다. 그 이유는 아마도 -낙성계약으로의 전환으로 사용차주와 수치인의 부담이 덜어지는 것과 달리- 요물계약이 소비차주에게 이익이 된다는 판단이 작용한 탓으로 추측된다. 그리고 소비대차가 급부로 성립한다고 하는 것이 차라리 현실의 거래생활과도 부합할 수 있다.

그다지 멀지 않다. 대법원은 일관하여 일방예약의 당사자가 본계약의 당사자이어야 하고 일방예약에 이미 본계약의 내용이 담겨있어야 한다고 하여 매매의 예약에 일종의 선계약적 요소를 긍정한다: "적어도 일방예약이 성립하려면 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 내용이 확정되어 있거나 적어도 확정될 수 있어야 한다."[133] 또한 대물변제의 예약에 관한 대판 1997.06.27., 97다12488도 예약완결권을 요물계약의 선계약을 받아들인 프랑스민법과 같은 선상에서 이해할 수 있다.

§564를 바탕으로 부동산물권의 이전을 목적으로 하는 본계약을 대상을 하는 예약을 체결한 경우 예약완결권을 가등기할 수 있으며, 이는 청구권보전의 실질을 가지거나 담보기능을 맡는다.[134] 그러나 구태여 형성권으로서 예약완결권이라는 불편한 수단을 동원하지 않지 않더라도 공시효와 순위보전효를 가진 가등기의 활용으로 권리자의 권리보전에 조금도 모자람이 없다.[135] 게다가 예약완결권을 행사하여 매매계약을 성립하게 하여 앞으로 이행의 문제를 남기는 채권이 생기도록 하는 과정은 실용적이지 않고 도리어 번거롭기만 하다.[136] 이와 비교하여 물권변동의 형식주의에 기초한 현행민법과 비교하여, 의사주의를 원칙으로 채용한 일본민법에서는 예약완결권의 행사만으로 바로 물권변동효를 얻을 수 있기 때문에 이를 규정하는 §556이 어느 정도 계속 의미를 가질 것으로 추측된다.

지금까지의 검토는 예약완결권에 관한 §564가 우리 민법의 몸에 맞지 않는 선언적 법률규정임을 시사한다. 우리 민법의 입법자가 要物契約 또는 물권변동의 의사주의에 맞추어 재단된 일방예약을 諾成契約을 원칙으로 삼은 민법에, 그것도 기본계약으로 예정한 매매에 도입한 이유와 경과는 분명하지 않다. 하지만 §564가 일본민법 §556과 만주국민법 §546[137]을 거의 문자 그대로 옮긴 사실은 적어도 일본민법을 제정할 때부

133) 대판 1988.02.23., 86다카2768; 대판 1993.05.27., 93다4908, 4915, 4922.

134) 곽윤직, 채권각론, [76] (155)와 송덕수, 채권법각론, 170은 근래에는 매매의 예약이 채권담보수단으로 이용된다고 서술한다(§607 참조).

135) 채권담보의 목적으로 예약완결권을 준공유한 사안을 다룬 대판 (전합) 2012.02.16., 2010다82530; 이미 대판 1984.06.12., 83다카2282 등.

136) 같은 지적으로 이미 김형배, 채권각론, 303.

137) 이들은 미미한 차이를 제외하면 일치하여 "① 매매의 일방의 예약은 상대방이 매매를 완결할 의사

터 내재된 문제의식 또는 오류가 여과없이 우리 민법에 흘러들어왔음을 여실히 짐작하게 한다. 결론적으로 매매의 일방예약을 제도화하지 않고 사적자치와 의사표시의 해석에 맡기는 것으로 충분하다. 나아가 그렇지 않아도 지나친 일방예약에 다시 쌍방예약을 덧대는 것은 과장된 환경오염이 될 것이다.

Ⅵ. 글을 마치며

결론적으로 현행민법상 쌍무·편무계약과 유상·무상계약은 내용과 효과에서 일치하며, 이들의 혼용은 과잉이다. 이를 그대로 두는 것은 교육과 실무에 혼란을 심는 것이다. 그리고 이들을 쌍무·편무계약의 쪽으로 일원화할 때에는 복잡한 의무구조에 관한 서술과 더불어 불완전 쌍무계약의 관념을 도입하여야 하는 소모적이고 번거로운 과정을 피할 수 없으므로 유상·무상계약의 방향으로 통일하는 방안이 요청되며, 정당한 이유 없이 지금은 거의 잊혀진 §568 Ⅱ가 그 출발이다.

분리·고립적 사고를 바탕으로 하는 법기술은 정확하고 명확한 법률개념에서 출발한다. 설익어 투박하고 세련되지 않은 법률개념은 법적 사고의 정립을 가로막는 결정적 장애사유이다. 법학이 법률을 연구의 대상으로 하는 학문임을 고려할 때 깔끔하게 정리된 법률개념과 이를 끌어들인 법률규정은 법의 해석과 적용을 위한 초석이다. 이러한 차원에서 쉽고 한눈에 쏙 들어오는 일목요연한 민법전을 가지는 것은 국민 모두에게 바람직하고 절실한 역사의 사명이다. 단, 이는 오로지 굳건한 민법학이 자리잡은 곳에서만 실현가능하다.

현행민법은 일본민법의 의용을 벗어나 '우리 손으로 만든 우리 민법을 가져야 한다'[138]는 구호 아래 일천하고 얕은 민법학을 딛고 맨손으로 일

를 표시한 때부터 매매의 효력이 생긴다. ② 전항의 의사표시에 대하여 기간을 정하지 아니한 때에는 예약자는 상당한 기간을 정하고 그 기간 내에 매매의 완결 여부를 확답할 뜻을 상대방에게 최고할 수 있다. 만일 그 기간 내에 확답을 받지 아니한 때에는 예약은 그 효력을 상실한다."로 규정한다.

138) 특히 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 1957.11.05., 2 이하(법제사법위원장 박세경의 민법안 심사보고)와 14 이하(법무부차관 배영호의 민법안제안설명): "우리 고유의 민법전을 제정하는 사업

군 자랑스럽고 훌륭한 근대민법전이다. 어느 누구도 민법제정자의 열성과 굳은 의지를 의심하지 않는다. 하지만 현행 민법전이 체계와 내용에 모자라는 부분이 많은 것도 부정할 수 없는 사실이다. 이는 상당 부분 열악한 당시의 시대상황의 제약으로 극복하기 어려운, 민법제정의 모범례 또는 전범이 되는 서구와 일본의 민법전과 민법학에 대한 이해의 부족을 원인으로 한다. 학문은 진지한 선의의 잘못(?)을 먹고 자란다. 현행 민법전에서 빠지거나 뒤처지는 부분은 민법의 일부개정 또는 전부개정으로 극복되어야 하며, 이를 위한 노력이 2004년과 2013년의 민법개정안으로 약간의 성과를 얻었다. 그럼에도 이들도 정식의 민법개정으로 옮겨지지 않았다. 그 원인은 무엇보다 여전히 현행민법에 대한 철저한 검토와 체계적 비판이 제대로 이루어지지 않은 탓으로 판단된다.

민법의 제정일부터 어느덧 60년이 지났으나 우리의 민법학이 과연 개정을 논의할 정도로 무르익었는지는 의문이다. 이는 개정의 필요와 구별되어야 한다. 특히 과거도 그러하였고 민법개정안을 준비하는 과정에서도 그러하였으며, 지금도 그러하지만, 외국의 입법례와 법학에 관한 깊고 정확한 종적인 이해·인식이 없이 온갖 것을 횡적으로 백화점식으로 늘어놓거나 제멋대로 취사선택하여 얼기설기 짜깁기한 정보의 제공은 오히려 민법의 이해에 득보다 독이 되기 쉽다. 이는 구글이나 파파고 또는 전문번역사의 몫이다. 그렇다고 '우리만의 민법'을 찾는 것은 스스로 우물 안의 개구리를 자처하는 격이다. 차라리 법률선진국가의 민법전을 특정·선택하여 제대로 꾸준히 파는 것이 더 나은 시작이 될 수 있다.

모자라는 것은 채우면 된다. 이는 민법학의 몫이다. 문제는 방법과 기술이다. 지금이라도 늦지 않았으며, 시간은 우리의 편이다. 수요회(Mittwochgesellschaft)에서 싹터 60여 년의 기나긴 세월을 거쳐 1794년에 결실을 맺은 프로이센일반국가법(ALR)의 제정과 1860년경 시작하여 근 40년이 지난 1900년에 名品으로 탄생한 독일민법전(Bürgerliches Gesetzbuch)의 제정이 그 본보기가 될 것이다.

은 주권국가의 체면으로나 민족문화의 선양을 위하여서나 실로, 현하 시급하고 중대한 국가적 사업 … 본법안은 우리들의 숭고한 국민사상을 단적으로 표현하고 있는 헌법에 충실하고 또 유구한 우리 국민이 순풍미속을 유지하여 새로운 세계적 법률사조에 적응시키려고 노력한 것. …"

(논문투고일: 2020.12.03, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

이 진 기

쌍무계약, 편무계약, 유상계약, 무상계약, 동시이행, 동시이행의 항변권, 예약완결권, 하자담보책임. 현상광고

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

곽윤직, 채권각론, 2000

곽윤직 대표편집, 민법주해 15 채권 (8), 1992

김증한, 채권각론, 1988

김형배, 채권각론 <계약법>, 2001

민사법연구회, 민법안의견서, 1957

민의원 법제사법위원회, 민법안심의록 (상), 1957

법무부, 2013년 법무부 민법개정시안 [채권편 하], 2013

송덕수, 채권법각론, 2020

양창수/김재형, 계약법, 2020

이진기, 물권법, 2020

제26회 국회정기회의속기록 제29호, 1957.11.05.

현승종/조규창, 로마법, 1996

J.E.Byrne(ed.), Contracts Texts: Restatement 2d Contracts, US UCC Article 2 & The CISG, 4.ed., 2008

K.Cosack/H.Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1.Bd., 8.Aufl., 1927

Duden, Deutsches Universalwörterbuch

J.Esser, Schuldrecht, 1.Aufl., 1949

Großkommentare der Praxis, Das BGB 1.Bd. 2.Teil, hrsg.v.Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., 1960 (= BGB-RGRK)

Ph.Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II (SchR AT) 2.Teilbd., hrsg.v. M.Schmoekel/Joh.Rückert/R.Zimmermann, 2007 (= HKK-BGB)

Jauernig Kommentar zum BGB, hrsg.v.R.Stürner, 17.Aufl., 2018

M.Kaser, Das römische Privatrecht 1.Abs., 2.Aufl., 1971

M.Kaser/R.Knütel, Römisches Privatrecht, 19.Aufl., 2008

Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike in 5 Bde., Bd.V, 1979

K.Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1 (AT), 14.Aufl., 1987

Larenz, Schuldrecht II/1 (BT), 13.Aufl.

Ph.Malinvaud, Droit des obligations, 6.éd., 1992

Th.Mayer-Maly, SZ 83 (1966) 481-484, insb. 482. (Rez. zu H.P.Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburger Rechtsstudien 54. Cram de Gruyter & Co., Hamburg, 1965, 127 S.)

Mazeaud/Fr.Chabas, Leçon des droit civil, T.II/1.Vol.(Obligations), 9.éd., 1998

D.Medicus, Schuldrecht I, 10.Aufl., 1997

Münchener Kommentar zum Bürgerllchen Gesetzbuch, Bd.2 (SchR. AT), 5.Aufl., 2007

Kurzkommentar [OR], hrsg.v.H.Honsell, 2014 (= KUKO)

Palandt Kommentar zum BGB, 78.Aufl., 2019

Fr.C.v.Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.III, 1840

F.Schulz, Classical Roman Law, 1951

R.Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, bearb. v. L.Mitteis, hrsg. v. L.Wenger, 17.Aufl., 1931

A.Weill/Fr.Terré, Droit civil (les obligations), 13.éd. 1980

B.Windscheid/Th.Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.2, 9.Aufl., 1906

프레드릭 헨리 로슨, 대륙법입문, 양창수/전원열 역, 1994

Abstract

Versuch zum erneuten Verständnis der juristischen Begriffe Im KBGB

LEE, Jinki

Die Gesetzgeber des Koreanischen BGB haben bei der Gesetzgebung zwei untereinander leicht verwechselbaren Terminologien eingeführt, nämlich gegenseitige und entgeltliche Verträge. Aber sie häufen sich und die erstere kann doch durch die letztere ersetzt werden, und so auch umgekehrt: sie sind hinsichtlich der Entstehung und der Rechtsfolgen voneinander nicht fast nicht zu unterscheiden und unter einander auszuschliessen. Daraus ergibt sich, die beiden zu vereinheitlichen, zwar in die Richtung der entgeltlichen Verträge. Das ist vielleicht die einfachste, effektive und widerspruchslose Lösung für die Zukunft.

Dazu kommt, dass die Richtigkeit einiger Legaldefinitionen bzw. der Sprachweise im KGBG, die immer noch für selbstverständlich gelten, auch zu bezweifeln ist. Vor allem darf die Leistung Zug um Zug im Bezug auf Gewährleistung nicht aufrecht genehmigt werden, da in diesem Fall keine Gegenleistung zu bestimmen ist.

Obwohl es noch spät ist, kann es jedoch nicht zu spät sein, solche Terminologien sorgfältig zu überpfüfen und neu einzuordnen. Diese Arbeit ist das Soll für die Zivilrechtswissenschaft.

LEE, Jinki

'do ut des'-Prinzip, einseitige Verträge, gegenseitige Verträge, entgeltliche Verträge, Synallgma, Auslobung

임대차3법에 관한 절차법적 검토: 입법절차 및 관련 규정의 성격과 그에 대한 하자를 중심으로*

정 연 부**

【목 차】

I. 논의를 시작하며
II. 법률의 입법절차 및 임대차3법의 개정과정
1. 법률의 기본적인 입법절차
2.「주택임대차보호법」의 개정과정
3.「부동산 거래신고 등에 관한 법률」의 개정과정
III. 국회 입법권의 한계 및 입법절차규정의 법적 성격
1. 국회의 입법권과 절차적 한계
2. 「국회법」상 입법절차규정의 법적 성격
Ⅳ. 공무원의 징계책임과 배상책임의 관계
1. 적극행정 결과와 배상책임
2.「국가배상법」상 공무원의 구상책임
3. 국가의 책임과 공무원 책임 간 구분
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

2017년 5월 새로운 정권이 시작된 후, 정부는 부동산 시장의 불안정성을 제거하기 위해 부단히 노력하였다. 그러나 2020년 7월10일까지 약 3년 동안 총 제22차례의 정책을 발표하였음에도 부동산 시장은 정부의 의도대로 움직이지 않았다. 한편, 국회에서는 정부의 22번째 정책 발표에 이어 7월 30일과 8월 4일 각각 임대차3법을 통과시켰다. 임대차3법이란 독립된

* 이 논문은 2020학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.
임건면 교수님의 정년을 축하드립니다. 대학원에서 보여주신 주신 교육자·연구자로서의 가르침에 감사드리며, 교수님의 정년을 기념한 논문집에 부족한 졸고를 드립니다. 논문심사에서 애정 어린 지적을 해주신 익명의 심사위원님들께도 감사의 인사를 드립니다.

** 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

하나의 법률이 아니라 주택임대차에 관한 계약갱신청구권제, 전월세상한제, 전월세신고제 등을 말한다. 임대차3법의 내용을 규정하고 있는 법률은 「주택임대차보호법」과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」이다.

개정된 「주택임대차보호법」은 계약갱신청구권제 및 전월세상한제를 신설하였다. 또한, 개정된 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」은 전월세신고제를 신설하였다. 이와 같은 법률의 개정과 함께 임대차3법에 관한 실체법적 논쟁이 시작되었다. 예를 들어, 개정 「주택임대차보호법」 제6조의3은 임차인에게 4년의 임대기간을 보장하고 있다. 또한, 동법 제7조는 차임이나 보증금의 5%증액제한을 규정하고 있다. 이러한 임차인 보호취지에도 불구하고 전세시장의 공급부족, 임대주택의 질 저하, 임대인의 재산권 침해, 세입자가 있는 경우 주택거래의 불안정, 주택매수 후에도 입주를 못하는 문제, 일시적1가구2주택자의 양도소득세 비과세요건 충족의 불안정 등 다양한 문제가 제기되었다.

임대차3법에 관한 절차법적 논쟁도 임대차3법이 국회 상임위원회를 통과한 직후부터 매우 치열하게 전개되었다. 그러나 임대차3법이 공포되자 관련 논의는 급속히 사라져갔다. 「주택임대차보호법」의 경우 소관 상임위원회에서 가결(2020년 7월 29일)되어 공포·발효(7월 31일)까지 약 3일 정도의 시간이 소요되었다는 사실을 고려한다면, 관련 절차법적 논의가 넉넉하지 않았음을 쉽게 유추할 수 있다.

그러나 법률안이 공포되었다고 하여 그에 대한 충분한 절차법적 검토 없이 논의를 종료한다면, 이는 법치주의의 요구를 방임하는 것이다. 적법절차원칙은 법치주의가 요구하는 한국 헌법상의 원칙이라는 점, 국회의 입법절차에 법률의 규정을 명백히 위반한 하자가 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다는 점, 입법절차는 법률을 만드는 공정(工程)에 그치는 것이 아니라 법률의 내용적·형식적 완성도를 높이는 실질적 기능을 수행한다는 점 등에서 임대차3법에 관한 절차법적 검토가 필요하다.

본 연구는 2020년 도입된 임대차3법에 관한 절차법적 검토를 수행한다. 국회의 입법과정 중에서는 상임위원회의 심사과정을 중심으로 다룬다. 연구의 객관적 진행을 위해 국회회의록에 따라 심사과정상의 절차 생략 또는 축소에 대한 사실을 확인한다. 임대차3법의 개정과정에 서 나타난 입법절차의 생략 또는 축소의 하자 여부에 대해서는 기본적인 입법절차, 국회 입

법권의 한계, 입법절차규정의 법적 성격 등을 토대로 평가한다.

Ⅰ. 논의를 시작하며

2017년 5월 새로운 정권이 들어선 이후부터 2020년 7월까지, 정부는 과거에 비해 상당히 많은 수의 부동산 정책을 발표하였다. 부동산가격 급등에 의해 촉발된 수많은 정책은 정부가 부동산 가격 안정 및 주택시장 안정을 위해 얼마나 고심하고 있는지 적나라하게 보여준다. 그러나 정부 정책이 만족할만한 효과를 거두지 못하는 상황이 반복되었고, 정부는 2020년 7월10일 제22차 정책을 발표하기에 이르렀다. 이어서 집권여당을 중심으로 추진된 '임대차3법'이 2020년 7월 말에서 8월 초 사이 국회 본회의에서 통과되었다.

임대차3법이란 주택임대차에 관한 계약갱신청구권제, 전월세상한제, 전월세신고제 등을 일컫는다. 계약갱신청구권제 및 전월세상한제는 「주택임대차보호법」 개정을 통해 도입되었고, 전월세신고제는 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정을 통해 도입되었다. 임대차3법이 규율하고 있는 계약갱신청구권제, 전월세상한제, 전월세신고제 등은 내용적으로 국민의 일상생활과 관련성이 매우 높다. 한편, 임대차3법의 개정과정 및 발효 등 절차적 측면은 이례적으로 신속하게 진행되었다. 특히, 계약갱신청구권제 및 전월세상한제 등을 규정하고 있는 「주택임대차보호법」의 경우에는 소관상임위원회에 상정되고 이틀 후에 발효되었다.

임대차3법이 통과되자 그 실체적·절차적 문제에 관한 논쟁이 치열하게 전개되었다. 무엇보다도 임대차3법의 실체적 쟁점에 관해 다양한 설왕설래(說往說來)가 오갔다. 임대차3법의 내용에 관한 주장들의 타당성은 논외로 하더라도, 전월세상한제·계약갱신청구권제를 규정한 「주택임대차보호법」이 시행된 직후 전세매물이 사라지는 등 주택임대시장의 혼란이 나타났다는 점은 부정할 수 없는 객관적 사실이다.[1] 임대차3법에 관한 논쟁의 다른 한 축은 그 개정 절차에 관한 문제이다. 임대차3법의 절차적 타당성에 관한 논쟁은 임대차3법이 국회 상임위원회를 통과한 직후 매우 활발하

1) 서울경제, 새 임대차법 두달…원룸 1억 이하 전세도 사라졌다, 2020.10.04. (https://www.sedaily.com/NewsView/1Z900LOOHJ)

게 진행되었다.[2] 그러나 임대차3법이 공포되자 곧 그 논의의 동력을 잃어버렸다.

결국 임대차3법에 관한 논의는 실체적 쟁점에 편중되었고, 절차적 쟁점에 대한 논의는 찾아보기 어렵게 되었다. 그러나 입법절차의 공정성을 확보하는 것은 법치주의의 기본적인 요청이다.[3] 헌법재판소도 법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로, 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에는 국회가 자율권을 가질 수 없다고 본다.[4]

본 연구는 임대차3법의 개정과정에 대해 절차법적 분석을 시도한다. 이를 통해 국회가 입법절차를 생략하거나 간소화하는 행태의 적법성에 관한 평가를 도출하고자 한다. 특히, 국회의 입법과정 중에서 소관 상임위원회의 심사와 법제사법위원회의 체계자구심사 과정을 중심으로 다룬다. 이들 절차는 법률의 내용적 완결성과 직결되는 핵심 절차이기 때문이다. 한편, 소관 상임위원회와 법제사법위원회의 심사과정에 대한 사실 확인은 국회 회의록에 따른다. 이로써 연구의 객관성을 확보한다.[5]

Ⅱ. 법률의 입법절차 및 임대차3법의 개정과정

1. 법률의 기본적인 입법절차

국회의원, 위원회, 정부는 법률안을 낼 수 있다.[6] 의원이 법률안을 내는 것을 발의, 위원회가 내는 것을 제안, 정부가 내는 것을 제출이라고 한다. 일반적으로는 법률안을 내는 것을 제안이라고 한다.[7] 「주택임대차

2) KBS NEWS, [여의도 사사건건] 부동산 법 처리 “졸속 안 돼” vs “응급 상황”, 2020.07.29 (http://mn.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4505609)

3) 홍기원, 법치주의의 요청으로서의 입법절차의 공정성-일반론의 정립을 위한 비교법적 고찰-, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011, 59면.

4) 헌재 1997. 7. 16. 선고 96헌라2 결정.

5) 입법절차에 관한 연구에서 특히 객관성이 강조되어야 하는 이유는 입법절차에 관한 논의의 본질이 ‘국회 내 다수파와 소수파의 권력 문제’가 아니라 ‘국민의 권익 보호의 문제’이기 때문이다.(同旨 홍석한, 입법절차 통제에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 평가, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013, 143면)

6) 「헌법」 제52조 및 「국회법」 제51조(위원회의 제안), 제79조(의안의 발의 또는 제출) 등에 따른다.

7) 김학성/최희수, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2020, 920면.

보호법」([시행 2020.7.31.] [법률 제17470호, 2020.7.31., 일부개정])개정안은 법제사법위원회에서 위원회 대안으로 제안되어 제안자는 법제사법위원장이다. 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」([시행 2021.6.1.] [법률 제17483호, 2020.8.18., 일부개정])개정안은 국회의원 19인이 발의하였다.

법률안이 제안되면, 법률안은 '위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→제안자의 취지설명→전문위원 검토보고→대체토론→소위원회심사→축조심사→위원회 찬반토론→위원회 의결→법제사법위원회 체계자구심사→본회의 심의→법률안 정리→법률안의 정부이송 및 공포'의 과정을 거쳐 법률로서 효력을 발생하게 된다. 이상의 입법 과정에서 개정안에 대한 실질적인 심사가 이루어지는 단계는 소관 상임위원회의 '위원회 회부'에서부터 '위원회 의결'까지이다. 개정안에 대한 전체 법체계 및 법문언의 적합성·적절성·통일성 등에 관한 심사는 '법제사법위원회 체계자구심사' 단계에서 이루어진다. 즉, 소관 상임위원회와 법제사법위원회의 심사는 법률안 심사의 본체에 해당한다.

특히, 소관 상임위원회의 심사과정 중에서 '전문위원 검토보고→대체토론→소위원회심사→축조심사→위원회 찬반토론'은 법률안의 내용에 대한 심사가 실질적으로 진행되는 과정이다. 법제사법위원회의 체계·자구심사 절차도 소관 상임위원회의 심사절차와 원칙적으로 차이가 없다. 다만, 법제사법위원회의 체계·자구심사 절차에서는 소관 상임위원회에서 법안에 대한 실질적 심사가 있었음을 고려해, 위원장이 간사와 협의하여 제안자의 취지설명과 토론을 생략할 수 있다.[8)9)]

전문위원 검토보고는 전문위원이 위원회에 상정되는 법률안·예산안·결산 등 모든 안건에 대해 해당 안건의 상정전에 검토하여 위원회에 보고하는 것을 말한다.[10)] 전문위원은 「국회법」에 따라 위원회에 두는 의원 아닌 전문지식을 가진 위원으로서, 전문가적 입장에서 위원회의 입법활

8) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 423면.

9) 또한, 법제사법위원회의 체계·자구심사 절차에서는 제정법률안과 전부개정법률안에 대한 축조심사 생략 제한(「국회법」 제58조 제5항 단서), 제정법률안과 전부개정법률안에 대한 공청회 또는 청문회 개최(「국회법」 제58조 제6항) 등에 관한 규정이 적용되지 않는다(「국회법」 제58조 제10항).

10) 국회사무처, 앞의 책, 185면.

동을 보좌한다.[11] 전문위원은 특별한 사정이 없으면 안건에 대한 검토보고서를 당해 안건의 위원회상정일 48시간전까지 소속위원에게 배부해야 하고, 위원회 회의에서 검토보고를 한다.[12]

대체토론(大體討論)은 안건 전체에 대한 문제점과 당부에 관한 일반적 토론을 말하며 제안자와의 질의·답변을 포함한다. 대체토론의 목적은 안건 전체에 대한 문제점과 당부 등을 검토하여 문제점을 시정하기 위한 다양한 방안을 모색하는 것으로서 안건에 대하여 찬·반을 표시하는 찬반토론과는 구별된다.[13]

소위원회심사는 대체토론을 거친 후에 안건에 대해 소위원회에서 심도있고 내실 있게 심사하는 절차이다. 위원회의 심사는 위원 전원이 참석한 전체회의에서 심사하는 것이 원칙이다. 그러나 위원회 심사의 전문성과 효율성을 제고하기 위해 「국회법」 제57조 제1항 및 제2항은 전문적 지식을 가지는 소수의 위원들로 구성되는 소위원회를 둘 수 있도록 규정하고 있다.[14] 한편, 「국회법」 제58조 제2항은 "상임위원회는 안건을 심사할 때 소위원회에 회부하여 이를 심사·보고하도록 한다"고 규정하고 있다. 또한, 동조 제3항은 위원회는 대체토론이 끝난 후에만 안건을 소위원회에 회부할 수 있도록 규정하고 있다.

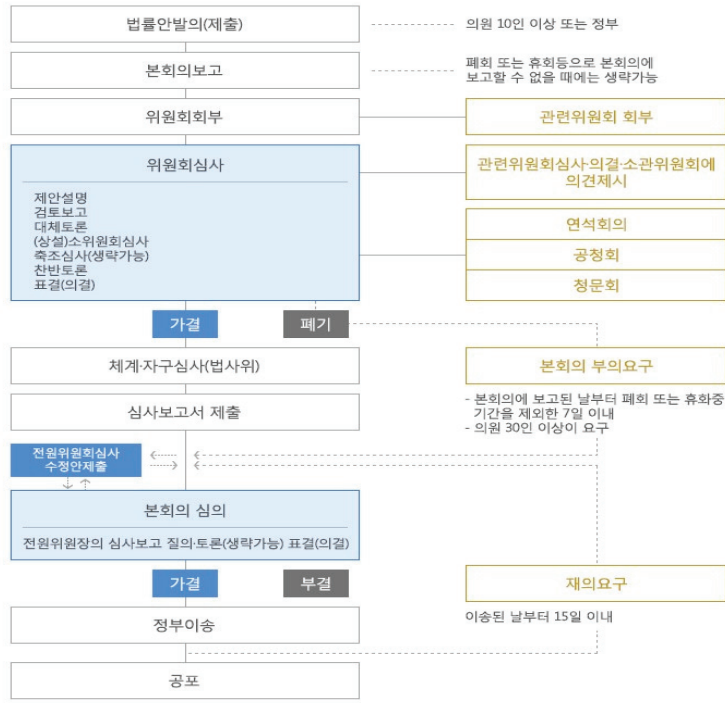
축조심사(逐條審査)란 의안의 조항을 한 조항씩 낭독하면서 심사하는 것이다. 축조심사는 위원회의 의결로 생략할 수 있다. 다만, 제정법률안과 전부개정법률안에 대해서는 축조심사를 생략할 수 없다.[15] 또한, 소위원회에서는 축조심사를 생략해서는 안 된다.[16]

찬반토론은 안건에 대하여 찬·반의 의견을 표명하는 것이다. 이는 안건 전체에 대한 문제점과 당부에 관해 일반적인 의견을 표명하는 대체토론과 구별된다. 찬반토론에서는 안건에 대해 어떠한 이유로 찬성·반대하는지 또는 수정의견을 표명하여야 한다.

---

11) 국회사무처, 앞의 책, 183면.
12) 「국회법」 제58조 제9항.
13) 국회사무처, 앞의 책, 272면.
14) 국회사무처, 앞의 책, 251면.
15) 「국회법」 제58조 제5항.
16) 「국회법」 제57조 제8항.

<입법절차도>



출처: 국회법률정보시스템

2. 「주택임대차보호법」의 개정과정

전월세상한제 및 계약갱신청구권제를 도입한 「주택임대차보호법」([시행 2020.7.31.] [법률 제17470호, 2020.7.31., 일부개정])의 개정안은 2020년 7월 29일 법제사법위원장에 의해 제안되었다. 소관위원회인 법제사법위원회에서는 같은 날 안건을 상정하여 당일 대안가결하였다. 개정안은 다음 날인 7월 30일 본회의에 상정되어 원안가결되어 당일 정부에 이송되었다. 대통령은 정부로 이송된 다음 날인 7월 31일 국무회의를 거쳐 공포하였다.[17] 그리고 부칙 제1조에 따라 공포일인 7월 31일부터 동법의 효력이 발생하였다.[18]

이와 같은 입법 과정 중 위원회에서 진행된 세부 절차를 위원회의 회

17) 국회의안정보시스템, [2102500] 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원장).
18) 「주택임대차보호법」([시행 2020.7.31.] [법률 제17470호, 2020.7.31., 일부개정]) 부칙 제1조.

의록을 통해 살펴보면, '주택임대차보호법 일부개정법률안'에 대해 다음과 같은 입법절차가 생략된 사정이 확인된다.[19] 먼저, 회의록을 살펴보면 대안이 회의 당일 배포되었고 전문위원에게도 당일 새벽에 제공된 것으로 나타난다. 또한, 전문위원이 회의에서 발표한 내용은 시스템운영에 관한 것이었을 뿐 법안에 대한 내용이 아니었다. 이러한 상황이라면 전문위원회의 검토보고가 국회법의 취지에 맞게 이루어졌다고 평가하기는 어렵다.[20] 다음으로, 소위원회심사가 생략된 것을 직접 확인할 수 있다.[21] 또한, 축조심사가 생략되었음도 직접 확인할 수 있다.[22] 끝으로,

---

19) 국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일.

20) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 시간순서대로 발췌한 것일 뿐, 반드시 대화간의 연속성이 있는 것은 아님. 위원명 A는 임의로 부여한 것임.

○A위원: 위원장님, 이 법안이 지금 6개의 주택임대차보호법과 그리고 1개의 상가건물 임대차보호법이 상정되어 있는데요. 주택임대차보호법 같은 경우는 6개나 되고 법률 내용이 굉장히 여러 가지 안들이, 계약갱신청구권과 관련해서도 2+2인 안도 있고 2+2+2, 6년인 안도 있고 여러 가지 상한제와 관련해서도 법안의 내용이 다르기 때문에 위원회의 대안을 가지고 계속적인 논의를 해 갔으면, 그것이 절차상으로 올바르다고 생각합니다.

위원장님, 위원회 대안을 가지고 논의를 계속해 주시기를 요청드립니다.

○위원장: 지금 자료를 배포해 주시고요.

○수석전문위원: 말씀드리겠습니다.

오늘 새벽에 A의원실로부터 주택임대차보호법 6건에 대한 대안을 서면동의 하시겠다는 연락을 받았습니다. (중략) 대안이라는 표현이 들어서면 이게 의결 전이라도 그 전제가 된 원안은 '대안반영폐기'로 표시가 되게 되는 시스템을 저희가 미리 그 구조까지 파악하지 못한 그런 불찰이 있었습니다. (이하 생략)

○위원장: 그러면 A위원의 동의와 두 분 위원님들의 찬성으로 의사일정 제1항부터 제6항까지 6건의 주택임대차보호법 일부개정법률안의 내용을 반영하여 수정한 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)이 서면으로 제출되었습니다. 그래서 오늘 의사일정으로 추가하자는 동의가 있었고 여기에 대한 추가 찬성이 있었습니다.

자세한 내용은 배부해 드린 유인물을 참고해 주시기 바랍니다.

○위원장: 그러면 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)을 의사일정으로 추가하는 것에 대해 표결할 것을 선포합니다.

찬성하시는 위원님들은 기립해 주시기 바랍니다.

○위원장: 표결 결과를 말씀드리겠습니다.

재석 18인 중 찬성 12인으로 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)을 의사일정으로 추가하는 안건은 가결되었음을 선포합니다.

21) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 발췌한 것으로, 내용[1]과 [2]는 각각 대화간의 연속성이 있음. 위원명 A~C는

체계·자구심사 절차도 위원장에 위임하여 처리하는 것으로 나타난다.[23]

임의로 부여한 것임.

[1]

○A위원: 소위 구성을 하라는 겁니다.

○위원장: 소위 구성이 안 됐으니 여기서 성실히 심의에 임해 주십시오.

○A위원: 소위 구성하겠다는데 왜 기회를 박탈하십니까?

○B위원: 국회법상 법안심사소위에서 심사할 수 있는 권한을 박탈한 것 아니에요?

○C위원: 소위 구성을 우리가 못 해 놓고 그런 말을 하는 거예요?

○A위원: 오늘 하겠다는데 왜 안 해 줘요?

○위원장: 소위 절차는 상임위원회에서의 법안 처리에 규정돼 있는 절차가 아닙니다.

[2]

○B위원: 잠시만요. 위원장님, 소위가 구성되면 소위로 회부할 사안인데 이렇게 회의를 진행하면 안 되지요. 그래서 위원장님 말씀하셨잖아요, 소위가 구성되면 소위에 회부될 사안이다.

소위 구성을 할게요. 그러면 이 회의를 안 해야지요.

○위원장: 소위 구성은 여야 간에 합의가 있어야 구성할 수 있지 않겠습니까?

○B위원: 그러니까요.

○위원장: 그러니까 나가서…… 이 회의 진행은 진행대로……

○B위원: 제가 드리는 말씀은 조금 전에 위원장님 말씀하셨다시피, 소위가 구성이 되면 소위에 회부돼야 될 사안이다라고 조금 전에도 말씀하셨잖아요. 그러면 소위가 구성이 될…… 제가 합의를 할게요. 합의를 하면 소위에 갈 사안을 전체회의에서 찬반토론을 하면 안 된다는 거예요.

22) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 발췌한 것일 뿐, 대화간의 연속성이 있는 것이 아님. 위원명 A는 임의로 부여한 것임.

○A위원: 위원장님, 소위 하기 위해서 합의할 수 있는 시간을 주십시오. 이것은 축조심사 해야 돼요. 우리가 8월 4일까지 시간 있지 않습니까?

○위원장: 의결에 앞서서 상정된 안건들은 지금까지 토론에서 심도 있게 논의했으므로 국회법 제58조제5항과 같은 법 제79조의2제2항에 따라 축조심사와 법안의 비용추계서 첨부를 생략하고자 하는데 이의 있으십니까?

(「없습니다」 하는 위원 있음)

가결되었습니다.

먼저 의사일정 제9항 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)을 의결하도록 하겠습니다.

의사일정 제9항 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)은 백혜련 위원이 제안한 대로 의결하고 제1항부터 제6항까지 6건의 주택임대차보호법 일부개정법률안은 본회의에 부의하지 않고자 하는데 이의 있으십니까?

(「없습니다」 하는 위원 있음)

가결되었음을 선포합니다.

23) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 발췌한 것임.

○위원장: 방금 의결한 2건의 법률안(주택임대차보호법 일부개정법률안(대안), 상가건물 임대차보호법 일부개정법률안: 필자)에 대한 자구 정리는 위원장에게 위임해 주시기 바랍니다.

3. 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」의 개정과정

전월세신고제를 도입한 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」([시행 2021.6.1.] [법률 제17483호, 2020.8.18., 일부개정])의 개정안은 2020년 7월 6일 제안되었다. 다음 날인 7월 7일 소관위원회인 국토교통위원회에 회부되었고, 7월 28일 국토교통위원회에 상정되어 수정가결되었다. 같은 날 체계자구심사를 위해 법제사법위원회에 회부되었고, 8월 3일 법제사법위원회에 상정되어 수정가결되었다. 다음 날인 8월 4일 본회의에 상정되어 수정가결되었다. 3일 후인 8월 7일 정부에 이송되었고, 국무회의를 거쳐 8월 18일 공포되었다.[24] 동법은 부칙 제1조에 따라 2021년 6월 1일부터 효력이 발생한다.[25]

그런데 '부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부개정법률안'에 관한 국토교통위원회 회의록 및 법제사법위원회의 회의록을 살펴보면, 입법 과정에서 일부 입법 과정이 생략된 사정이 확인된다. 소관상임위원회인 국토교통위원회에서는 전문위원의 검토보고 및 대체토론을 거쳤으나[26] 소위

---

24) 국회의안정보시스템, [2101538] 부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부개정법률안.

25) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」([시행 2021.6.1.] [법률 제17483호, 2020.8.18., 일부개정]) 부칙 제1조.

26) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-국토교통위원회회의록 제1호, 2020년 7월 28일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 시간순서대로 발췌한 것일 뿐, 반드시 대화간의 연속성이 있는 것은 아님.

[1] 검토보고 관련

○위원장: 법률안의 제안설명은 단말기 자료를 참고해 주시기 바랍니다.

(이상 8건 제안설명서는 부록에 실음)

다음은 전문위원의 검토보고를 들을 순서입니다.

먼저 의사일정 제2항부터 제10항까지 8건의 법률안에 대하여 수석전문위원 나오셔서 일괄하여 검토보고해 주시기 바랍니다.

○수석전문위원: 수석전문위원입니다.

의사일정 제2항부터 7항까지 공공주택 특별법 등 법률안 6건에 대한 검토의견을 요약 보고 드리겠습니다. (이하 생략)

○수석전문위원: (전략) 부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부개정법률안은 (이하 생략)

[2] 대체토론 관련

○위원장: 수고하셨습니다.

다음은 대체토론 순서입니다만 오늘 혹시 상정된 법률안과 관련해서 자료요구를 하실 분 계십니까?

(「없습니다」 하는 위원 있음)

안 계시면 바로 대체토론으로 들어가도록 하겠습니다.

오늘 대체토론은 대체토론을 하실 위원님들 순으로 그렇게 하도록 하겠습니다, 거수로.

원심사와 축소심사가 생략되었다.[27] 체계자구심사를 위한 법제사법위원

27)※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-국토교통위원회회의록 제1호, 2020년 7월 28일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 시간순서대로 발췌한 것일 뿐, 반드시 대화간의 연속성이 있는 것은 아님. 위원명 A~C는 임의로 부여한 것임. 정당에 관한 표현은 ──처리함.

[1] 소위원회심사 관련

○A위원: (전략) 그런데 문제는 소위 구성입니다. 우리 위원회는 국토 분야, 교통 분야 법안심사소위원회가 두 군데가 있습니다. 그 소위 구성을 가지고 사실은 우리 ── 측하고 저희 ── 측하고 의견 일치를 보지를 못했습니다. 그래서 법안심사소위원회가 구성이 되지 않은 상태에서 전체 법안을 상정을 하고 대체토론을 하는 것은 좀 맞지 않다라고 저는 생각을 했습니다. 왜냐하면 전체회의에서 대체토론한 후에 법안심사소위원회에 넘겨서 충분한 법안 심사가 이루어져야 된다고 저는 생각을 했고 그게 국회법에도 그렇게 되어 있습니다. 물론 ── 간사님께서는 소위원회를 둘 수 있다라고 이렇게 말씀을 하셨고, 그러니까 소위원회 운영을 꼭 안 해도 된다는 말씀을 하셨는데 지금까지의 우리 위원회는 1소위·2소위 운영이 되어 왔다는 말씀을 드리겠습니다. (이하 생략)

○B위원: (전략) 소위 구성은 지금 말씀하셨는데 소위 구성을 전제로 하지 않고 사실은 그간에, 업무보고 받고 법안 상정하는 그 사이에 계속 저희 간사들은 협의를 하려고 했던 그런 마음이었다는 것을 말씀드리고요. (중략) 그런데 법안이라는 것이 6·17 대책, 7·10 대책에 대해서 여론의 관심이 지금 집주되고 있고 또 이게 후속 입법이 제대로 뒷받침되지 않으면 정부가 부동산 대책이라고 내놓은 것이 아무런 힘을 못 받기 때문에, 실수요자는 보호하고 투기 수요자는 억제하고자 하는 그런 점에 있어 가지고 꼭 필요하다라고 해서 이렇게 부득이하게 상정하게 됐다는 그런 말씀 드리면서, 어쨌거나 제가 소위가 필요 없다고 말씀드린 적 한 번도 없습니다. 그렇지만 지금 숙려기간 역산해 가지고 고려하면 도저히 이제는 미루고 미루어 가지고 날짜가 나오지 않기 때문에 부득이한 것 아니냐 그런 입장이라는 점 말씀드립니다. (이하 생략)

○A위원: (전략) 법안 심사·상정을 하게 되면 소위 구성이 되어야만 법안을 심도 있게 논의할 수 있는데 소위 구성 문제를 가지고 계속 서로 의견 일치를 보지 못했습니다. 그래서 지금 서로 합의가 되지 않은 상태에서 오늘 회의가 속개되고 있는 상태입니다. (이하 생략)

○위원장: (전략)원래 소위원회는 보다 더 간편하고 심도 있게 논의를 할 수 있도록 편의를 위해서 소위원회를 만드는 것이지 결국 법안 심사 권한은 애초에 전체회의에 있는 것입니다. 그 전체회의에서 소위원회에 회부를 하는 것이지요. 그런데 소위원회가 하나도 진척이 안 돼 있고, 그러면 어떻게 합니까? (이하 생략)

○C위원: (전략) '소위는 그냥 단순히 편의를 위해서 구성하는 거다', 이것은 전혀 아니지 않습니까? 우리 의회정치, 그동안에 우리 대한민국국회에……

○C위원: 우리 본회의에 상정을 한 법안은 보다 심도 있는 논의를 위해서 소위를 구성을 해서 거기에서 여야가 합의를 해서 최종 본회의에 다시 상정해서 통과시키지 않습니까?

그런데 오늘 우리 21대 국회 첫 상임위인데 기본적으로 소위 구성도 안 하고 그냥 법안 먼저 상정해서 소위 논의 없이 일부 법안들을 그냥 통과시키려고 하는 그런 의도가 있는 것 맞습니까?

○C위원: (전략) 그래서 이렇게 오늘 너무 무리하게 처리하지 마시고 소위를 구성하고 그다음에 업무보고를 받고 그다음에 법안 제대로 처리합시다. (이하 생략)

[2] 축조심사 관련

○위원장: 법안을 의결하기 전에 축조심사와 관련하여 말씀을 드리겠습니다.

회에서도 소위원회의 심사 및 축조심사가 생략되었다.[28]

국회법 제58조제5항에 따르면 제정법률안과 전부개정법률안은 축조심사를 생략할 수 없도록 규정하고 있으나 일부개정법률안의 경우에는 위원회의 의결로 생략할 수 있도록 하고 있습니다.

오늘 의결한 법률안 중 일부개정법률안들은 대체토론에서 충분한 심사를 하였기 때문에 축조심사는 생략하고자 하는데 이의가 없으십니까?

(「예」 하는 위원 있음)

그러면 가결되었음을 선포합니다.

그러면 의결에 들어가도록 하겠습니다. (이하 생략)

28) ※아래의 내용은 '국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제3호, 2020년 8월 3일' 중에서 쟁점과 관련된 발언을 시간순서대로 발췌한 것일 뿐, 반드시 대화간의 연속성이 있는 것은 아님. 위원명 A~C는 임의로 부여한 것임.

○A위원: 저희는 오늘 상정된 16개 법안은 정말 소위도 구성하지 않고 일방적으로 진행됐기 때문에 큰 절차적 위법이 있다고 생각을 하지만 (이하 생략)

○B위원: (전략) 우선 국회법 58조 2항에는 '상임위가 안건을 심사할 때 소위에 회부해 심사·보고하도록 한다' 이렇게 규정이 되어 있습니다. 그러니까 소위 심사가 의무적이라는 것이지요.

그런데 지금 여당에서는 '소위를 둘 수 있다'라는 국회법 57조만 떼서 계속 이야기를 하세요. 저는 이게 도무지 이해가 가지 않습니다. 소위를 둘 수 있다, 해도 그만 안 해도 그만이라면 20대 국회 때까지 뭐 하러 소위를 뒀습니까? 저는 그래서 제발 국회법을 인용하시거나 국회법을 거론하실 때는 전체를 좀 살펴 달라 이런 말씀을 드리고 싶습니다.

○C위원: 오늘 저희들이 타위법 체계·자구 심사 과정이 있거든요. 오늘 전체회의는 체계·자구 심사를 위해서 있는데 체계·자구 심사의 경우에, 지금 시작도 안 했는데 토론도 없이 합의도 없이 처리하느냐 이렇게 말씀을 하시는 것은 좀 앞질러 가는 거다라는 말씀을 드릴 수밖에 없고요. 이제 시작하니까 상정하고 나서 치열히 토론을 하고 토론하고 난 다음에 국회법에 따라서 처리하면 된다 하는 생각이 들고요.

또 타위법 같은 경우는 보통 법사위 2소위로 회부돼서 하게 되어 있는데 2소위에 회부하게 되는 경우는 보통 법사위원 중에서 그 부분의 체계·자구에 문제가 있다고 이야기가 나왔을 때 그것에 대해서 2소위로 보내는 것이 합당하다고 여야 간사가 합의를 하면 그때 2소위로 회부하도록 되어 있습니다.

지금 아직 상정도 안 되고 있는 상황에서 이것을 전부 2소위로 가야 된다 말아야 된다 이렇게 이야기하는 자체도 말이 좀 안 되는, 아직은 너무 섣부른 표현이기도 한 것 같고요.

저는 위원장님께서 이것 심사를 빨리하셔서 과연 체계·자구에 문제가 있는지 없는지 살펴봐야 되지 않겠는가 이렇게 생각이 듭니다.

체계·자구상에 문제가 없다고 하면, 국회는 상임위 중심주의입니다. 이 문제에 대해서 정책적으로 어떤 판단을 했느냐 하는 문제는 소관 상임위에서 논의해서 결정한 그런 문제기 때문에 소관 상임위의 결정을 존중해야 될 것이고 법사위가……

○위원장: (전략) 우리 58조는 법안 심사에 관한 내용이 규정되어 있습니다. 그런데 거기의 각 항들은 위원회는 이렇게 해야 한다, 위원회는 이렇게 한다라고 규정되어 있습니다. 그러나 58조의 2항, 그러니까 '소위에 회부하여 심사한다'라고 되어 있는 이 항목은 다른 항목과 다르게 '상임위원회는'이라고 표시가 되어 있습니다. 위원회가 아니라 상임위원회입니다. 이것은 각 소관 상임위원회가 심사할 때는 소위에 회부해서 심사를 해야 한다라는 것입니다.

이 조항에도 불구하고 지난 2차 법사위에서 우리 소관 법안을 소위에 회부하지 못하게 된 것은, 또 그렇게 소위에 회부해서 심도 있게 처리할 만한 소위가 미처 구성되지 않은 데 대해

Ⅲ. 국회 입법권의 한계 및 입법절차규정의 법적 성격

1. 국회의 입법권과 절차적 한계

가. 국회의 입법권과 자율권

「헌법」 제40조는 “입법권은 국회에 속한다.”고 규정하고 있다. 「헌법」 제40조의 입법권의 의미에 대해서는 형식설, 실질설, 헌법기준설 등 다양한 견해가 있다. 형식적 입법설은 원칙적으로 법률이라는 법형식의 규범을 정립하는 작용을 입법으로 본다.[29] 실질적 입법설은 입법권의 범위를 협의로 보는 견해(권리의무설)와 광의로 보는 견해(일반적 규범설)로 나누어진다. 협의로 보는 견해는 국민의 권리·의무에 관한 내용의 법규범을 정립하는 작용을 입법으로 본다. 광의로 보는 견해는 국민의 권리·의무에 관한 내용에 한정하지 않고, 일반적·추상적 법규범의 정립작용을 모두 입법으로 본다.[30] 헌법기준설은 헌법상 규정된 국회의 권한 중에서 법규범의 정립에 관한 권한을 모두 입법권으로 본다. 이에 따르면 국회가 제정주체인 법규범 사항뿐만 아니라, 국회가 제정주체는 아니지만 제정에 관여할 권한을 가진 법규범 사항도 입법권에 포함된다.[31]

서는 위원장으로서 유감이 아닐 수 없습니다.

그러나 체계·자구 심사에 있어서 지금까지 소위 회부가 반드시 이루어져야 할 과정은 아니었습니다. 거의 대부분의 법안들이 체계·자구 심사에서 크게 문제가 없다라고 하면, 특별한 이유가 없으면 우리 위원회에서 소위 회부되지 않고 바로 의결해 왔습니다. 따라서 58조 2항은 체계·자구 심사를 하는 우리 법사위에 적용될 규정은 아니다 이렇게 생각을 합니다.

따라서 저는 기왕에 시작한 찬반토론이니만큼 토론 신청을 해 주신 D위원님의 토론을 듣고 그 의결 절차에 들어가겠습니다.

말씀해 주십시오.

○수석전문위원: 보고드리겠습니다. (중략) 다음으로 국토교통위원회 소관 법률안에 대한 체계·자구 검토 결과를 보고드리겠습니다. (중략) 다음으로 부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부개정법률안은 주택임대차계약 시 계약 당사자에게 임대기간, 임대료 등 임대차계약의 주요 내용을 신고하도록 의무를 부여하는 내용입니다. 체계·자구를 검토한 결과 (이하 생략).

○위원장: (전략) 그러면 대체토론하실 위원님 계시면 신청해 주시기 바랍니다.

○위원장: 그러면 의사일정 제4항부터 제6항까지, 제8항(부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부개정법률안: 필자)부터 제12항까지 그리고 제14항부터 제16항까지의 법률안은 전문위원이 수정한 부분과 방금 설명드린 수정 내용을 포함하여 수정한 대로, 기타 부분은 원안대로 의결하고자 하는데 이의 있으십니까?

(「없습니다」 하는 위원 있음)

가결되었음을 선포합니다.

29) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020, 418면.

30) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 788면; 김학성/최희수, 앞의 책, 916면.

31) 정재황, 헌법입문, 박영사, 2017, 655면.

국회는 그 입법권을 행사함에 있어 광범위한 자율권을 갖는다. 「헌법」 제64조 제1항은 국회의 자율권을 보장하고 있다. 국회의 자율권은 권력분립의 원칙, 국의의 헌법적 지위, 국회의 기능 등을 고려해 보장되는 것으로 국회는 다른 국가기관의 간섭 없이 스스로 의사결정을 한.[32] 국회의 자율권은 입법에서도 존중되어야 하며, 입법절차 과정에도 적용된다. 국회에 자율권이 인정됨에 따라 사법심사가 원칙적으로 배제된다.[33] 그러나 국회의 자율권이 헌법을 위반한 경우에는 사법심사의 대상이 된다. 국회의 입법절차와 관련해서는 주로 헌법재판소의 권한쟁의심판에 의해 통제가 이루어졌다.

나. 국회 입법권의 한계와 적법절차의 원칙

국회가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할지라도, 국회의 입법재량권은 남용금지의 따른 한계가 있다.[34] 즉, 입법권은 헌법적 한계 내에서 행사되어야 한다. 헌법적 한계에는 헌법의 명문 규정뿐만 아니라 헌법상 기본원리 내지 기본원칙 등에 의한 한계가 포함된다.[35] 따라서 국회의 입법권은 민주주의·법치주의·국제평화주의·평화통일주의 등 헌법상 기본원리 및 적법절차의 원칙·과잉금지의 원칙·신뢰보호의 원칙 등 헌법상 기본원칙 등을 준수하여야 한다.[36] 이러한 헌법적 한계는 주로 국회 입법권 행사의 실체적 한계로서 작용하지만, 적법절차의 원칙은 특히 절차적 한계로서 국회의 입법절차를 통제한다.[37]

---

32) 박경철, 입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 심판대상과 기속력의 내용: 헌법재판소의 2009헌라8·9·10(병합) 결정과 2009헌라12 결정과 관련하여, 공법학연구 제13권 제2호, 한국비교공법학회, 2012, 235-236면.

33) 표명환, 국회의 의사자율권과 입법절차의 통제, 유럽헌법연구 제21호, 유럽헌법학회, 2016, 212면.

34) 성낙인, 앞의 책 476면.

35) 국회 입법절차의 한계로서 작용하는 헌법원칙에는 헌법이 명시적으로 규정하고 있는 원칙뿐만 아니라, 헌법상의 원칙적용에 전제가 되는 원칙도 포함된다.(표명환, 앞의 논문, 212면)

36) 입법권의 한계에 관한 자세한 내용은 '권영성, 앞의 책 801-806면' 참조.

37) 헌법재판소는 "헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것…"이라고 하여, 적법절차 원칙이 절차상의 적법성뿐만 아니라 실체적인 적법성도 요구하는 것으로 이해한다(헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정). 이에 대해 적법절차 원칙은 절차적 적법절차만 의미하는 것으로 보는 견해가 있다

원래 적법절차의 원칙은 1215년 영국의 마그나 카르타(대헌장)에서 기원하여, 신체의 자유 및 형사사법절차를 중심으로 발전하여 왔다. 현재도 주로 형사사법절차에서 언급된다. 「헌법」 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지···(중략)··· 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있으며, 동조 제3항도 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. (이하 생략)”고 규정하여 형사절차상의 적법절차원칙을 규정하고 있다.

그러나 오늘날 적법절차의 원칙은 형사절차상의 원리에 그치지 않고, 입법·행정·사법 등 모든 국가작용에 적용되는 원칙으로 발전하였다.[38] 즉, 입법절차·행정절차·사법절차는 모두 절차적 적법성을 갖추어야 한다. 그러므로 국회의 입법권에도 적법절차의 원칙이 적용되며, 국회는 법률제정과정에서 요구되는 절차를 모두 거쳐야 한다.[39] 헌법재판소도 “국회는 국민의 대표기관, 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있고, 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 지위, 기능에 비추어 존중되어야 하는 것이지만, 한편 법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고, 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다.”고 하였다.[40]

적법절차 원칙에 따라 국회의 입법자율권이 입법절차를 준수하였는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 기준이 적용되어야 한다.[41] 헌법이 적

(김학성/최희수, 앞의 책, 466면). 생각건대, 적법절차의 원칙은 직접적으로는 절차적 적법성을 요구하는 것이지만, 궁극적으로는 실체적 적법성을 추구하는 것으로 이해하는 것이 그 취지에 부합하는 것으로 보인다.

38) 권영성, 앞의 책 421면; 김학성/최희수, 앞의 책, 466면; 성낙인, 앞의 책 1174면.

39) 성낙인, 앞의 책 1175면.

40) 헌재 2020. 5. 27. 선고 2019헌라1 결정.

41) 국회의 입법절차 준수는 엄중한 의미를 지닌다는 지적이 있다. 이 견해는 국회의 입법절차에 대한 통제가 문제되는 경우는 주로 국회에서 다수파에 의해 법률안이 강행처리 되는 계기로 발생되지만, 입법절차에 대한 통제가 단순히 국회 내 다수파와 소수파의 문제에 국한되는 것은 아니라고 본다. 입법절차에 대한 통제는 국회 내 소수파의 의사를 반영하지 않은 입법을 방지함으로써 소수에 속하

법절차의 원칙을 규정한 것은 절차적 적법성을 실체적 진실발견보다 우위에 두겠다는 의지를 표현한 것이라는 견해에서 본다면[42], 실체적 하자에 대한 판단 기준 이상의 수준에서 입법절차 위반의 정도 및 효과를 판단하는 것이 요구된다. 물론 신체의 자유와 관련된 형사절차상의 '실체-절차의 관계'를 그대로 입법작용에 반영할 수는 없다. 그러나 적법절차원칙의 존재 의의를 고려한다면, 입법작용의 절차적 적법성에 대한 판단은 실체적 적법성에 대한 판단 수준 이상으로 엄격하게 이루어져야 할 것이다. 그렇지 않으면 입법절차규정의 형해화를 피하기는 어려울 것이다. 특히, 입법절차 중에서도 질의·토론과 관련된 절차에 대해서는 강화된 기준이 적용되어야 한다. 질의·토론은 국회 의사결정의 방법인 다수결 원칙의 전제이며, 국회의원은 질의·토론으로 구성되는 심의를 거쳐 표결로써 의사결정에 참여하게 되기 때문이다.[43]

2. 「국회법」상 입법절차규정의 법적 성격

가. 입법절차의 하자와 기속성·재량성 판단기준

국회의 입법권은 적법절차원칙에 따라 절차적 한계를 지켜야 한다. 주로 「헌법」과 「국회법」에서 국회의 입법절차를 규정하고 있으므로, 국회의 입법권 행사는 관련 규정을 준수해야 한다.[44] 다만, 입법절차규정의 성격이 기속적 규정인지 재량적 규정인지 여부에 따라 입법절차 불이행

는 '국민을 보호하는 기능'도 동시에 수행한다고 본다.(홍석한, 앞의 논문, 143면)

42) 김학성/최희수, 앞의 책, 466면; 이러한 태도는 강제자백 및 불이익한 자백에 관한 「헌법」 제12조 제7항 및 「형사소송법」 제309조와 제310조를 비롯하여, 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다는 「형사소송법」 제308조의2 등에 부합하는 것으로 보인다. 판례 역시 동일한 태도를 취하고 있는 것으로 보인다. 판례는 "기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다."는 태도를 취하고 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결).

43) 표명환, 앞의 논문, 207면, 212면.

44) 이와 관련하여 입법절차상 흠결의 유형을 ㉠헌법규범을 침해하는 입법절차상의 흠결, ㉡국회법에 확립된 규범을 침해하는 입법절차상의 흠결, ㉢형식적 흠결과 실질적 흠결, ㉣중대한 흠결과 사소한 흠결 등으로 구분하는 연구가 있다.(홍기원, 앞의 논문, 64-66면)

에 관한 판단은 다르게 진행되어야 할 것이다. 기속적 규정이라면 해당 절차의 불이행이 있으면 이로써 입법절차의 하자가 인정될 것이다. 반면, 재량적 규정이라면 해당 절차를 거치지 않았다고 하여 바로 절차적 위법으로 볼 수는 없다. 이때는 입법절차의 생략 등 하자와 관련해 입법재량의 일탈·남용 여부를 판단해야 할 것이다.

국회 입법절차의 기속성·재량성 여부는 입법절차의 하자 유무를 판단하는 출발점이 된다. 여기서 문제는 어떠한 기준에 의해 입법절차의 기속성·재량성 여부를 판단할 것인가이다. 이와 유사한 공법상 쟁점으로 행정행위의 법적 성격(기속행위·재량행위)에 대한 판단기준이 있다. 행정행위의 재량성을 판단하기 위한 기준으로 요건재량설, 효과재량설, 종합설 등이 논의된다. 다만, 현재 통설·판례는 종합설을 취하고 있다.[45] 종합설은 1차적으로 법문의 표현에 따라 기속성·재량성을 판단한다. 법문언이 '···하여야 한다.', '···하여서는 안 된다', '···할 수 없다.' 등으로 규정된 경우에는 기속적 성격을 갖는 것으로 본다. 반면 '···할 수 있다', '원칙적으로 ···하여야 한다.' 등일 경우에는 재량적 성격을 갖는 것으로 본다. 법문언이 명확하지 않을 경우에는 2차적으로 해당 규정의 입법취지 및 목적, 관련규정, 기본권관련성, 공익관련성 등을 고려하여 판단한다.[46]

한편, 국회 입법절차의 기속성·재량성 여부는 결국 '입법절차를 거치지 않은 국회의 행위'와 '국회가 거치지 않은 입법절차의 기속성·재량성 여부'가 밀접하게 관계된 문제이므로, 이러한 점에서 행정행위의 기속성·재량성 여부에 관한 판단기준인 종합설을 유추적용할 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 항을 달리하여 국회의 입법절차에 대해 종합설을 적용하여, 그 성격이 기속적인지 재량적인지 여부를 분석하기로 한다.

나. 종합설에 따른 「국회법」상 입법절차규정 분석

---

45) 정연부, 행정법논강, 대학로, 2018, 218-219면; 요건재량설과 효과재량설에 관한 자세한 내용은 '김민호, 행정법, 박영사, 2020, 140-141면'을 참조하기 바란다.

46) 배병호, 일반행정법강의, 동방문화사, 2019, 213-215면; "행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다."(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결)

1) 분석 대상 도출

국회의 입법절차는 일반적으로 '위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→제안자의 취지설명→전문위원 검토보고→대체토론→소위원회심사(소위원회 축조심사 포함)→축조심사→위원회 찬반토론→위원회 의결→법제사법위원회 체계자구심사→본회의 심의→법률안 정리→법률안의 정부이송 및 공포'의 순으로 진행된다. 이와 같은 절차에 따라 관련 「국회법」 규정을 배열하면, '제79조→제58조→86조→제97조→제98조'의 순이다. 한편 제58조 제2항의 소위원회 심사와 관련해서는 소위원회를 규정하고 있는 제57조도 적용된다. 또한, 법제사법위원회의 체계·자구심사 절차는 소관 상임위원회의 심사절차와 차이가 없으므로 소위원회에 관한 제57조는 법제사법위원회의 심사에서도 적용되는 규정이다.

이상의 입법절차에 관한 「국회법」 규정들 중, 법률안 심사의 요체를 이루는 것은 소관 상임위원회 심사와 법제사법위원회의 체계·자구심사에 관한 규정이다. 소관 상임위원회 심사를 규정하고 있는 것은 제58조이며, 상임위원회의 소위원회에 관한 제57조 역시 관련 규정이다. 법제사법위원회의 체계·자구심사에 관한 규정은 제86조이다. 한편, 「주택임대차보호법」의 개정안 및 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」의 개정안은 일부개정법률안이었다. 따라서 이하에서는 「국회법」 제58조, 제57조, 제86조의 내용 중 제정법률안과 전부개정법률안에 관한 내용을 제외하고, 일부개정법률안의 입법절차에 관한 기본적인 조항을 분석대상으로 삼는다.

2) 1차적 법문언 분석

「국회법」 제58조, 제57조, 제86조 중에서 일부개정법률안의 기본적인 입법절차에 관한 조항의 문언을 도출하면 그 결과는 아래의 표와 같다.

제58조	① 위원회는 안건을 심사할 때 먼저 그 취지의 설명과 전문위원의 검토보고를 듣고 대체토론[안건 전체에 대한 문제점과 당부(當否)에 관한 일반적 토론을 말하며 제안자와의 질의·답변을 포함한다]과 축조심사 및 찬반토론을 거쳐 표결한다. ② 상임위원회는 안건을 심사할 때 소위원회에 회부하여 이를 심사·보고하도록 한다. ③ 위원회는 제1항에 따른 대체토론이 끝난 후에만 안건을 소위원회에 회부할 수 있다. ④ (생략) ⑤ 제1항에 따른 축조심사는 위원회의 의결로 생략할 수 있다. 다만, 제정법률안과 전부개정법률안에 대해서는 그러하지 아니하다. ⑥~⑧ (생략) ⑨ 제1항에 따른 전문위원의 검토보고서는 특별한 사정이 없으면 해당 안건의 위원회 상정일 48시간 전까지 소속 위원에게 배부되어야 한다. ⑩ 법제사법위원회의 체계·자구 심사에 관하여는 제5항 단서와 제6항을 적용하지 아니한다.
제57조	① 위원회는 소관 사항을 분담·심사하기 위하여 상설소위원회를 둘 수 있고, 필요한 경우 특정한 안건의 심사를 위하여 소위원회를 둘 수 있다. 이 경우 소위원회에 대하여 국회규칙으로 정하는 바에 따라 필요한 인원 및 예산 등을 지원할 수 있다. ② 상임위원회는 소관 법률안의 심사를 분담하는 둘 이상의 소위원회를 둘 수 있다. ③~⑦ (생략) ⑧ 소위원회에 관하여는 이 법에서 다르게 정하거나 성질에 반하지 아니하는 한 위원회에 관한 규정을 적용한다. 다만, 소위원회는 축조심사(逐條審査)를 생략해서는 아니 된다. ⑨ (생략)
제86조	① 위원회에서 법률안의 심사를 마치거나 입안을 하였을 때에는 법제사법위원회에 회부하여 체계와 자구에 대한 심사를 거쳐야 한다. 이 경우 법제사법위원회 위원장은 간사와 협의하여 심사에서 제안자의 취지 설명과 토론을 생략할 수 있다.

위 조항에 대해 앞서 '입법절차의 하자 및 기속성·재량성 판단기준'에서 살펴본 기준을 문언에 적용하여 그 기속성·재량성을 분석하면 다음과 같은 결과가 도출된다.

입법절차	세부내용	기속·재량[47]	관련규정
제안자의 취지설명		기속	제58조 제1항
전문위원 검토보고		기속	제58조 제1항; 참조 동조 제9항
대체토론		기속	제58조 제1항
소위원회	설치	재량	제57조 제1항, 동조 제2항
	심사·보고	기속(재량)	제58조 제2항
축조심사	소관 상임위원회	재량	제58조 제5항 본문; 참조 동조 제1항
	소위원회	기속(재량)	제57조 제8항
위원회 찬반토론		기속	제58조 제1항
위원회 의결			제58조 제1항
법제사법위원회 체계자구심사	제안자의 취지설명과 토론	재량	제86조 제1항 후단
	심사	기속	제86조 제1항 전단

3) 2차적 관련규정 등 종합 분석

1차적 법문언 분석 결과를 살펴보면, 소위원회 심사·보고는 기속으로 판단된다. 「국회법」 제58조 제2항은 "상임위원회는 안건을 심사할 때 소위원회에 회부하여 이를 심사·보고하도록 한다."고 규정하고 있기 때문이다. 그러나 2차적으로 관련규정 등을 종합 분석해 보면, 소위원회 심사·보고는 재량으로 평가될 수도 있다. 소위원의 설치에 관해 규정하고 있는 「국회법」 제57조 제1항 전단은 "위원회는 소관 사항을 분담·심사하기 위하여 상설소위원회를 둘 수 있고, 필요한 경우 특정한 안건의 심사를 위하여 소위원회를 둘 수 있다."고 규정하고 있으며, 특히 동조 제2항은 "상임위원회는 소관 법률안의 심사를 분담하는 둘 이상의 소위원회를 둘 수 있다."고 규정하고 있다. 이처럼 소위원회의 설치가 재량이므

47) 괄호 안의 내용은 '2차적 관련규정 등 종합 분석'의 결과를 반영한 것임.

로, 소위원회를 설치하지 않았다면 결과적으로 소위원회 심사·보고의 성격이 재량으로 귀결될 수 있다.

소위원회의 축소심사 역시 소위원회의 설치 여부가 재량이므로 결국은 재량으로 판단될 수 있다. 「국회법」 제57조 제8항 단서는 “다만, 소위원회는 축조심사를 생략해서는 아니 된다.”고 규정하여 소위원회의 축소심사를 기속으로 규정하고 있다. 이는 「국회법」 제58조 제5항 전단에서 “제1항에 따른 축조심사는 위원회의 의결로 생략할 수 있다.”고 재량으로 규정하고 있는 것과는 상반된 태도이다. 그러나 소위원회의 축소심사의 전제가 되는 소위원회의 설치에 대해 「국회법」 제57조 제1항 전단 및 제2항은 이를 재량으로 규정하고 있다. 그 결과 소위원회의 축소심사는 기속적인 절차이지만, 소위원회의 설치가 재량으로 규정되어 있음으로 인하여, 소위원회를 설치하지 않는다면 결과적으로 재량성 절차로 볼 수 있다.

이러한 결과를 반영하여 소관 상임위원회 절차에서 생략될 수 있는 절차를 괄호로 표시하면 ‘위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→제안자의 취지설명→전문위원 검토보고→대체토론→(소위원회심사)→(소위원회 축조심사)→(축조심사)→위원회 찬반토론→위원회 의결’과 같다. 한편, 법제사법위원회 체계자구심사에서는 제안자의 취지설명, 대체토론, 위원회 찬반토론도 재량으로 된다. 이를 법제사법위원회의 절차에서 괄호로 표시해 보면 ‘위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→(제안자의 취지설명)→전문위원 검토보고→(대체토론)→(소위원회심사)→(소위원회 축조심사)→(축조심사)→(위원회 찬반토론)→위원회 의결’과 같다.

전체 입법과정을 종합하여 정리하면 ‘소관 위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→제안자의 취지설명→전문위원 검토보고→대체토론→(소위원회심사)→(소위원회 축조심사)→(축조심사)→위원회 찬반토론→위원회 의결→법제사법위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→(제안자의 취지설명)→전문위원 검토보고→(대체토론)→(소위원회심사)→(소위원회 축조심사)→(축조심사)→(위원회 찬반토론)→위원회 의결’과 같다. 이 경우 최종적으로 거치게 되는 입법절차는 ‘소관 위원회 회부→위원회 의사일정으로 상정→제안자의 취지설명→전문위원 검토보고→대체토론→위원회 찬반토론→위원회 의결→법제사법위원회 회부→위원회의사일정으로

상정→전문위원 검토보고→위원회 의결'이 된다.

진행	주요 입법절차	
	기속	재량
	소관 위원회 회부	
	위원회의사일정으로 상정	
	제안자의 취지설명	
	전문위원 검토보고	
	대체토론	
		소위원회심사
		소위원회 축조심사
		축조심사
	위원회 찬반토론	
	위원회 의결	
	법제사법위원회 회부	
	위원회의사일정으로 상정	
		제안자의 취지설명
	전문위원 검토보고	
		대체토론
		소위원회심사
		소위원회 축조심사
		축조심사
		위원회 찬반토론
	위원회 의결	

Ⅳ. 임대차3법의 절차적 하자 여부 및 평가

1. 개별절차의 생략과 절차적 하자

가. 전문위원회 검토보고

「주택임대차보호법」 개정과정에서 전문위원의 보고가 있었다. 그러나 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)은 회의 당일 배포되었고 전문위원에게도 당일 새벽에 제공되었다. 또한, 전문위원이 회의에서 발표한 내용은 법안정보시스템에 대한 파악 미숙에 대한 내용이었을 뿐 법안 자체에 대한 검토보고는 회의록에 나타나지 않는다.[48] 원래 전문위원의 검토보고는 안건의 제안이유, 문제점, 개선방안 기타 필요한 사항을 조사·검토하여 보고하게 하는 것이다.[49] 즉, 검토보고의 핵심 대상은 '안건'이지 '시스템운용'이 아니다. 따라서 「주택임대차보호법」의 개정과정에서 전문위원의 보고는 사실상 생략된 것으로 평가할 수 있다.

「국회법」상 전문위원회의 검토보고는 반드시 거쳐야 하는 기속적 절차이다. 「주택임대차보호법」 개정과정에서 비록 형식적으로 전문위원회의 검토보고가 있었지만, 그 내용을 보면 실질적인 검토보고가 있었다고 평가하기 어렵다. 그렇다면 입법절차상의 하자를 인정하는 것이 타당할 것이다.

나. 소위원회 설치 및 심사 등

「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안은 모두 개정과정에서 소위원회 설치 및 심사를 둘러싸고 의견이 첨예하게 대립되었다. 소위원회를 설치하여 소위원에서 법안에 대해 심사를 해야 한다는 의견과 소위원회가 설치되지 않았으므로 전체회의에서 법안을 심사하여 처리하겠다는 의견이 있었다. 두 의견의 정치적 의도를 배제하고 절차적 관점에서만 본다면, 전자의 의견은 소위원회 설치에 적극적인 태도를 보였고 후자의 의견은 소위원회의 설치에 소극적인 태도를 보였다. 최종적으로는 「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안 모두에서 소위원회의 설치 및 심사는 진행되지

48) 국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일.
49) 국회사무처, 앞의 책, 271면.

못했다.

「국회법」상 소위원회 설치는 기속적 절차가 아니다. 다만 소위원회가 설치되었다면, 그 후의 절차는 기속적이다. 소위원회를 설치하였다면 상임위원회는 대체토론 거친 후 안건을 소위원회에 회부하여 심사·보고하도록 해야 한다.[50] 또한, 소위원회의 축조심사는 생략할 수 없다.[51] 그러나 소위원회를 설치하지 않았다면 소위원회에 적용되는 이와 같은 기속적 절차는 적용되지 않는다. 결국 소위원회의 설치와 심사는 모두 재량적 절차이므로 생략이 가능하다는 결과에 이른다. 따라서 「주택임대차보호법」과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정과정에서 소위원회의 설치 및 심사를 생략한 것은 절차적 하자에 해당하지 않는다. 다만, 입법재량의 절차적 남용에 해당하는지 여부에 대한 논쟁은 여전히 남아 있다. 일반적으로 주어진 재량권의 외적 한계를 벗어난 하자를 일탈이라고 하며, 주어진 재량권의 내적 한계를 벗어난 하자를 남용이라고 한다.[52] 또한, 국회의 법률제정권은 재량남용금지의 원칙에 따른 한계를 준수해야 한다.[53] 따라서 소위원회의 설치 및 심사의 생략이 재량의 영역 내에 포함되는 행위라 할지라도, 입법재량 남용에 대한 심사로부터 자유롭다고 할 수는 없다.

한편, 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안에 대한 법제사법위원회의 체계자구심사 단계에서는 「국회법」 제58조 제2항이 법제사법위원회의 체계자구심사에 적용되지 않는다는 다음과 같은 의견이 있었다.

> "우리 58조는 법안 심사에 관한 내용이 규정되어 있습니다. 그런데 거기의 각 항들은 위원회는 이렇게 해야 한다, 위원회는 이렇게 한다라고 규정되어 있습니다. 그러나 58조의 2항, 그러니까 '소위에 회부하여 심사한다'라고 되어 있는 이 항목은 다른 항목과 다르게 '상임위원회는'이라고 표시가 되어 있습니다. 위원회가 아니라 상임위원회입니다. (중략) 따라서 58조 2항은 체계·자구 심사를 하는 우리 법사위에 적용될 규정은 아니다 이렇게 생각을 합니다."

50) 「국회법」 제58조 제2항.
51) 「국회법」 제58조 제8항 단서.
52) 김민호, 앞의 책, 145-146면.
53) 성낙인, 앞의 책, 476면.

그러나 법제사법위원회가 법률안·국회규칙안의 체계·형식과 자구에 관한 사항을 심사하는 경우 그 지위는 상임위원회로서 담당하는 것이다. 「국회법」 제35조에 따르면 국회의 위원회는 상임위원회와 특별위원회 두 종류이다.[54] 이 중 상임위원회의 종류와 소관 사항을 규정하고 있는 「국회법」 제37조 제1항 제2호 아목에는 "법률안·국회규칙안의 체계·형식과 자구의 심사에 관한 사항"이 규정되어 있다. 따라서 「국회법」 제58조 제2항이 법제사법위원회의 체계자구심사에 적용되지 않는다는 견해는 타당하지 않다.

다. 축조심사

「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안은 그 개정과정에서 소관상임위원회의 축조심사 및 체계자구심사를 위한 법제사법위원회에서의 축조심사가 생략되었다. 「국회법」에 따르면, 소관상임위원회 및 법제사법위원회에서의 축조심사는 위원회의 의결로 생략할 수 있다. 다만, 제정법률안과 전부개정법률안에 대해서는 그러하지 아니하다.[55] 「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안은 모두 일부개정법률안이었다. 따라서 소관상임위원회의 축조심사 및 체계자구심사를 위한 법제사법위원회에서 축조심사를 생략한 것은 절차적 하자에 해당하지 않는다. 다만, 축조심사 생략이 입법재량의 절차적 남용에 해당하는지 여부에 대한 논쟁 가능성은 남아 있다.

한편, 두 개정안의 개정과정에서는 소관상임위원회 소위원회의 축조심사 및 체계자구심사를 위한 법제사법위원회 소위원회의 축조심사도 이루어지지 않았다. 앞서 살펴본 바와 같이, 「국회법」상 소위원회의 축조심사는 기속적 절차이지만 소위원회 설치가 재량적 절차이다. 결과적으로 소위원회 축조심사는 재량적 절차로 귀결된다. 그러므로 개정안이 소관상

54) 특별위원회는 둘 이상의 상임위원회와 관련된 안건이거나 특히 필요하다고 인정한 안건을 효율적으로 심사하기 위하여 본회의의 의결로 설치되는 일반특별위원회와 국회법에 따라 설치되는 특별위원회가 있다. 국회법에 따라 설치되는 특별위원회로는 예산결산특별위원회, 윤리특별위원회, 인사청문특별위원회가 있다. 이 밖에도 국회에 설치되는 특별위원회로는 「국정감사 및 조사에 관한 법률」에 따라 설치되는 국정조사특별위원회가 있다; 「국회법」 제44조에 따라 설치되는 일반특별위원회는 심의대상이 지정된 사항이 아니라 특별한 안건이라는 점, 특별위원회의 존속기간이 한시적이라는 점 등에서 상임위원회와 차이가 있다.(한수웅, 헌법학, 법문사, 2020, 1134면)

55) 「국회법」 제58조 제5항.

임위원회 소위원회의 축조심사 및 체계자구심사를 위한 법제사법위원회 소위원회의 축조심사를 거치지 않은 것 역시 절차적 하자에 해당하지 않는다.

문제는 위와 같이 소관상임위원회의 축조심사 및 그 소위원회의 축조심사, 체계자구심사를 위한 법제사법위원회에서의 축조심사 및 그 소위원회의 축조심사가 모두 생략된다면, 「국회법」에 규정된 모든 축조심사를 거치지 않는 결과가 된다는 점이다. 즉, 한 차례의 축조심사도 진행되지 않게 되는 것이다.

이와 관련해 「국회법」 제58조 제5항과 제57조 제8항의 관계를 검토해 볼 필요가 있다. 「국회법」 제58조 제5항은 "축조심사는 위원회의 의결로 생략할 수 있다"고 규정하고 있지만, 제57조 제8항은 "소위원회는 축조심사를 생략해서는 아니 된다"고 규정하고 있다. 이와 같은 「국회법」의 태도는 최소한 한 차례는 축조심사를 거치도록 요구하는 것으로 해석된다. 특히, 소위원회에서 축조심사를 생략할 수 없도록 규정하고 있는 취지는 위원회 전체회의에서 의결로 생략 가능한 축조심사를 보완하여 법률안에 대한 심사가 졸속으로 이루어지는 것을 방지하는 데 있다는 점에서 더욱 그러하다.[56]

이상을 종합하면, 두 개정안을 심사함에 있어 「국회법」상의 모든 축조심사를 생략한 것이 「국회법」에 명시적으로 반하는 절차상 하자에 해당하는 것은 아니다. 그러나 모든 축조심사의 생략은 축조심사를 규정하고 있는 「국회법」의 취지에 실질적으로 반하는 것이다. 이에 대해서는 「국회법」의 정비가 필요한 것으로 보인다.

라. 법제사법위원회의 체계자구심사

「주택임대차보호법」 개정안은 법제사법위원회의 고유법으로 다루어졌다. 이 경우 소관상임위원회가 법제사법위원회이므로 위원회에서 법률안의 체계자구에 관한 심사가 이루어지면 된다. 이와 달리, 「부동산 거래신

56) "(소위원회에서) 축조심사를 생략할 수 없도록 규정하고 있다는 점이 특징이다. 즉, 위원회 전체회의에서는 제정법률안 및 전부개정법률안을 제외한 여타의 개정법률안에 대한 축조심사는 위원회의결로 이를 생략할 수 있으나, 소위원회에서는 축조심사를 생략할 수 없도록 함으로써 안건심사가 졸속으로 이루어지는 것을 방지하고 있다."(국회사무처, 앞의 책, 257면)

고 등에 관한 법률」은 국토교통위원회의 소관 법률이다. 따라서 소관상임위원회의 심사를 거친 후, 법제사법위원회에 회부하여 법률안의 체계자구에 관한 심사를 받아야 한다.

실제 심사과정을 살펴보면, 「주택임대차보호법」 개정안에 대한 심사과정에서 법제사법위원회는 자구 정리를 위원장에게 위임하는 것으로 대체하였다. 한편, 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안은 법제사법위원회에 회부되어 심사가 이루어졌다. 이와 같은 심사 과정을 거쳤다면 법제사법위원회의 체계자구심사를 기속적으로 요구하고 있는 「국회법」에 반한다고 할 수는 없다. 다만, 「주택임대차보호법」 개정안의 경우 형식적으로는 심사과정을 거쳤지만, 심사가 매우 완화되었다는 점에서 사실상 심사과정이 생략된 것으로 볼 여지가 없는 것은 아니다.

2. 생략된 절차의 총합과 절차법적 평가

위에서 살펴본 개별 절차의 준수 여부는 입법절차의 하자 여부를 판단하기 위한 필요조건이지 충분조건은 아니다. 예를 들어, 기속적 절차를 형식적으로는 준수하였으나 실질적으로 생략한 것으로 평가할 수 있는 경우 그에 대한 최종적인 절차상 하자 여부, 재량적 절차의 생략과 관련하여 그 생략이 입법절차상 재량 남용에 해당하는지 여부 등에 대한 판단을 위해서는 입법절차의 종합적 실태를 참작하는 것이 필요하다. 따라서 「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안의 입법 과정에서 생략된 절차에 대해서도 생략된 절차의 총합을 고려한 절차법적 평가가 요구된다.

「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안의 입법 과정에서 생략된 개별절차를 종합해보면 아래의 표와 같은 결과가 도출된다. 해당 표는 개별절차의 하자 유무와는 상관없이 생략된 절차를 모두 도출한 것이다. 또한 절차의 종합적 실태를 파악하기 위해, 앞서 ‘개별절차의 생략과 절차적 하자’에서 ‘사실상 생략’으로 판단될 가능성이 있는 부분도 반영하였다. 즉, 「주택임대차보호법」 개정과정에서 ‘전문위원 검토보고’ 및 ‘자구심사’가 사실상 생략된 것으로 분류하였다.

「주택임대차보호법」 개정안의 절차 생략	주요 입법절차	「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안의 절차 생략
	소관 위원회 회부	
	위원회의사일정으로 상정	
	제안자의 취지설명	
(V) *사실상 생략됨	전문위원 검토보고	
	대체토론	
V	소위원회심사	V
V	소위원회 축조심사	V
V	축조심사	V
	위원회 찬반토론	
	위원회 의결	
(V) *법사위 고유법임. *자구심사 없이 자구 정리를 위원장에게 위임함	법제사법위원회 회부	
	위원회의사일정으로 상정	
	제안자의 취지설명	
	전문위원 검토보고	
	대체토론	
	소위원회심사	V
	소위원회 축조심사	V
	축조심사	
	위원회 찬반토론	
	위원회 의결	

위 표에 나타난 결과에 따르면, 「주택임대차보호법」 개정안에 관한 국회 상임위원회에서의 심사는 소관상임위원회인 법제사법위원회에서 대체토론과 찬반토론만 진행되었을 뿐이다. 즉, 경유 가능한 입법절차 중에서 법안심사 절차의 상당부분이 생략되었다. 특히, 전체 법체계 및 법문언의 적합성·적절성·통일성 등에 관한 심사 절차 대부분이 생략되어 법체계·법문언 등에 관한 심사 제도를 둔 취지가 몰각되었다. 이는 「주택임대차보호법」이 법제사법위원회의 고유법이라는 사정을 고려하더라도 입법절차상의 흠결을 부정하기는 어려울 것이다.

한편, 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안도 소관상임위원회인

국토교통위원회에서 대체토론과 찬반토론만 거쳤다. 그러나 체계자구심사를 위한 법제사법위원회에서 대체토론, 축조심사, 찬반토론 등이 진행되었다. 법제사법위원회에서 일부 절차가 진행됨으로써 국토교통위원회에서 소위원회 축조심사, 전체회의 축조심사 등이 생략된 흠이 부분적으로 보완된 것으로 평가된다. 다만 이와 같이 소관상임위원회에서 법체계 및 법문언에 관한 심사 절차가 생략되는 경우가 빈번해진다면, 법제사법위원회의 필요성 및 중요성이 더욱 강조될 수밖에 없다. 그런데 이는 집권당의 교체에도 불구하고 반복적으로 제기되어 온 문제, 즉 '법제사법위원회가 체계자구심사권의 한계를 일탈하여 정책적 심사를 한다'는 지적에 역행하는 것이다.[57]

법제사법위원회의 체계자구심사권한은 다른 상임위원회 소관인 법률안에 대해 정책적 내용을 심사할 수 없다는 한계를 준수해야 한다.[58] 그러나 법제사법위원회의 한계 일탈에 대한 염려는 계속되고 있다. 최근에도 법제사법위원회를 폐지하려는 시도가 있었다.[59] 법제사법위원회의 폐지 여부는 별론으로 하더라도, 법안에 대한 법체계·법문언 등 체계자구심사는 필수불가결한 입법절차이다. 특히, 소관상임위원회에서 법체계·법문언 등에 관한 심사가 제대로 이루어지지 않는다면 별도의 기관에서라도 간소화 혹은 사실상 생략됨이 없이 법체계·법문언 등에 관한 심사가 진행되어야 할 것이다. 만약 전체 입법과정에서 법체계·법문언 등 체계자구심사가 사실상 재량으로 운영될 가능성이 높다면, 그에 비례하여 입법절차상 재량의 남용이 발생할 위험이 상승한다. 위 표에 나타난 결과에 비추어 볼 때, 현행 「국회법」상 법체계·법문언 등 체계자구심사에 관한 재량성이 높은 것으로 평가된다.

---

57) KBS NEWS, '월권' 논란 법사위 '체계·자구 심사권', 어떤 법이 어떻게 바뀌었나?, 2020.06.11. (https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4468337)
YTN, '일하는 국회' 우선 과제...체계·자구 심사권이 뭐길래?, 2020.05.30. (https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=tvh&oid=052&aid=0001446475)

58) 황승흠/황성기, 법제사법위원회의 국회법상 지위와 권한에 관한 연구, 국회법제사법위원회, 2002, 44면.

59) 중앙일보, 與 국회법 개정 추진...법사위 폐지·윤리위 강화 골자, 2020.06.10. (https://news.joins.com/article/23798647)

Ⅴ. 논의를 마치며

그 동안 정부는 다량의 부동산 정책을 신속하게 발표해 왔다. 정부의 수고를 생각한다면 부동산, 특히 주택시장의 안정을 바라지 않는 국민은 없을 것이다. 그럼에도 불구하고, 일반 국민이 아래와 같이 발표된 정책들을 때에 맞추어 이해하기란 만만치 않은 것이 현실이다.

연번	날짜	정책	주요내용
1	2017.06.19	6.19대책	조정대상지역 추가지정, 조정대상지역내 규제강화, LTV·DTI대출규제강화
2	08.02	8.2대책	투기지역·투기과열지구지정, 다주택자 양도소득세중과, 재개발·재건축사업규제강화, LTV·DTI금융규제강화
3	09.05	9.5후속조치	성남시 분당구·대구시 수성구 투기과열지구 추가지정
4	10.24	가계부채 종합대책	신DTI도입, DSR도입, 부동산임대사업자규제강화
5	11.29	주거복지로드맵	청년·신혼부부·고령자·저소득층 주거지원 확대방안
6	12.13	임대주택등록 활성화방안	지방세·양도소득세·종합부동산세 등 세제감면 혜택을 통한 임대주택 등록 활성화
7	2018.07.05	신혼부부·청년 주거지원방안	신혼희망타운10만호공급, 청년우대형청약통장
8	08.27	8.27대책	서울 종로구·중구·동대문구·동작구 투기지역 격상, 광명·하남 투기과열지구로 격상, 구리·안양 동안구 조정대상지역으로 추가 지정, 부산 기장군 조정대상지역에서 해제
9	09.13	9.13대책	종부세율강화, 1주택 이상자가 조정대상지역에 새로 취득한 주택 임대등록시에도 양도세 중과, 1주택 이상자가 조정대상지역에 새로 취득한 주택 임대등록시에도 종부세 합산 과세, 2주택자의 규제지역 주택구입 등에 대한 대출규제 강화, 조정대상지역 일시적 2주택자 중복보유 허용기간 단축

10	09.21	수도권 주택공급계획 1차	수도권 주택 30만호 공급
11	12.19	수도권 주택공급계획 2차	남양주·하남·인천계양·과천 3기 신도시 지정
12	2019.0 1.09	등록 임대주택 관리강화	임대주택관리시스템 구축, 세제감면 혜택에 따른 임대인의 의무조건을 제시
13	04.23	주거종합계획	공적임대주택17.6만호공급, 주거급여110만가구지원, 전월세자금26만가구지원 등, 정비사업 임대주택 부과비율 상향 등 규제
14	05.07	수도권 주택공급계획 3차	고양창릉·부천대장 신규 3기 신도시로 지정, 수도권 30만호 주택공급 수량 확보
15	08.12	분양가상한제 발표	민간택지 분양가상한제 적용기준 확대, 서울 전역·과천·분당 등 31곳에서 민간택지 분양가상한제 적용
16	10.01	10.1대책	투기지역·투기과열지구 개인사업자 LTV규제 강화, 투기지역·투기과열지구 법인 LTV규제 신설, 분양가상한제 6개월 유예
17	11.06	분양가상한제 적용	강남4구 22개동, 마용성 4개동, 영등포구 여의도동 분양가상한제 적용지역 지정
18	12.16	12.16대책	9억원 초가분 LTV 규제비율 강화, 15억원 초과 주택구입 주택담보대출 금지
19	02.20	2.20대책	조정대상지역 주택가격 9억원 이하 LTV50% 초과분은 LTV30%으로 규제강화, 수원 영통·안양 만안구·의왕시 조정대상지역 추가 지정
20	05.06	수도권 주택공급 강화방안	공공 주도로 재개발 사업을 추진, 일부 신도시 및 공공택지에 대해 사전청약제 추진
21	06.17	6.17대책	토지거래허가제실시, 재건축 조합원 분양신청 조건으로 2년 거주요건 추가, 법인에 대한 과세 강화
22	07.10	7.10대책	규제지역 다주택자 양도세 중과세율 인상, 단기임대(4년) 및 아파트 장기일반 매입임대(8년) 폐지, 실수요자를 위한 공급확대 방안

뿐만 아니라, 국회에서도 정부 정책에 맞추어 부동산 관련 법률과 세법 등을 개정하였다. 그 연장선에 임대차3법이 있다. 임대차3법의 개정 과정은 매우 신속하게 진행되었다. 그러나 입법절차는 단순히 법률을 만드는 것으로 그 소임을 다하는 것이 아니다. 오히려 입법절차의 역할은 법률의 명확성·정당성·공정성·안정성·체계성 등 내용적·형식적 완성도를 확보하는 데 있다. 이러한 목적을 달성할 수 있도록 정상적인 입법절차는 '숙고'의 과정을 제공한다.

보완의 필요성이 없는 것은 아니지만, 「국회법」에 마련된 절차가 그 생략 내지 축소 없이 준수된다면 '숙고'의 과정은 자연스럽게 확보될 수 있을 것으로 보인다. 헌법 제·개정을 다루고 있는 어느 법학 서적에 "독일의 바이마르 공화국의 몰락 또한 프랑스처럼 숙고가 결여된 사회가 가져다주는 비극을 경험할 수 있는 현장이었습니다."라는 표현이 있다.[60] 한국의 입법에서는 '숙고가 결여된 사회가 가져다주는 비극'이 경험되지 않기를 바란다.

60) 김영란, 김영란의 헌법이야기, 풀빛, 2020, 248면.

(논문투고일: 2020.11.24, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

정 연 부

임대차3법, 계약갱신청구권제, 전월세상한제, 전월세신고제, 입법절차, 주택임대차보호법, 부동산 거래신고 등에 관한 법률주제어

【참 고 문 헌】

Ⅰ.단행본

권영성, 「헌법학원론, 법문사」, 2009.
김민호, 「행정법, 박영사」, 2020.
김영란, 「김영란의 헌법이야기」, 풀빛.
김학성/최희수, 「헌법학원론, 피엔씨미디어」, 2020.
배병호, 「일반행정법강의, 동방문화사」, 2019.
성낙인, 「헌법학, 법문사」, 2020.
정연부, 「행정법논강, 대학로」, 2018.
정재황, 「헌법입문, 박영사」, 2017.
한수웅, 「헌법학, 법문사」, 2020.

Ⅱ. 학술논문

박경철, “입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 심판대상과 기속력의 내용: 헌법재판소의 2009헌라8·9·10(병합) 결정과 2009헌라12 결정과 관련하여”, 공법학연구 제13권 제2호, 한국비교공법학회, 2012, 235-236면.
표명환, “국회의 의사자율권과 입법절차의 통제, 유럽헌법연구 제21호, 유럽헌법학회”, 2016.
홍기원, “법치주의의 요청으로서의 입법절차의 공정성-일반론의 정립을 위한 비교법적 고찰”-, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011.
황승흠/황성기, “법제사법위원회의 국회법상 지위와 권한에 관한 연구, 국회법제사법위원회”, 2002.

Ⅲ. 기타

국회사무처, 국회법해설, 2016.
국회의안정보시스템, [2101538] 부동산 거래신고 등에 관한 법률 일부

개정법률안.
국회의안정보시스템, [2102500] 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원장).
국회회의록, 제380회-국토교통위원회회의록 제1호, 2020년 7월 28일.
국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제2호, 2020년 7월 29일.
국회회의록, 제380회-법제사법위원회회의록 제3호, 2020년 8월 3일
서울경제, 새 임대차법 두달…원룸 1억 이하 전세도 사라졌다, 2020.10.04.
KBS NEWS, [여의도 사사건건] 부동산 법 처리 “졸속 안 돼” vs “응급 상황”, 2020.07.29.
KBS NEWS, ‘월권’ 논란 법사위 ‘체계·자구 심사권’, 어떤 법이 어떻게 바뀌었나?, 2020.06.11.
YTN, '일하는 국회' 우선 과제...체계·자구 심사권이 뭐길래?, 2020.05.30.
중앙일보, 與 국회법 개정 추진...법사위 폐지・윤리위 강화 골자, 2020.06.10.

Abstract

Review on the 3 Legal Systems on Housing Lease from the Procedural Legal Perspective: Focusing on the legislative procedures, the nature of related regulations, and the defects therein

Joung, Youn Boo
Associate Professor, Won-Kwang University

Since the start of the new administration in May 2017, the government has made constant efforts to remove instability in the real estate market. However, the real estate market did not move as the government intended, even though it announced a total of 22 policies in about three years until July 10, 2020. Following the government's 22nd policy announcement, the National Assembly has passed the two acts stipulating the 3 Legal Systems on Housing Lease on July 30 and August 4 respectively.

The 3 Legal Systems on Housing Lease means the Contract Renewal Application Right System, the Limit System of Chonsei(Housing Lease on a Deposit Basis) Deposit and Monthly Rent, the Housing Lease Reporting System. The acts Providing for provisions regarding the 3 Legal Systems on Housing Lease are The Housing Lease Protection Act and the Act on Report on Real Estate Transactions, Etc.

The revised Housing Lease Protection Act has newly introduced the Contract Renewal Application Right System, the Limit System of Chonsei

Deposit and Monthly Rent. Besides, the revised Act on the Reporting of Real Estate Transactions, etc. has newly introduced the Housing Lease Reporting System.

With these Acts revised, a debate from the substantive legal Perspective on the 3 Legal Systems on Housing Lease began. A debate from the procedural legal Perspective on the 3 Legal Systems on Housing Lease was also very intense since shortly after the bills of acts was passed by the National Assembly Standing Committee. However, the procedural legal discussions has quickly disappeared as soon as the 3 Legal Systems on Housing Lease was promulgated.

If the discussion ends without a sufficient procedural review of the bills on the grounds that it was promulgated, it is what neglects the demands of the rule of law. In this regard, this study carries out a procedural review of the 3 Legal Systems on Housing Lease. In particular, This paper attempts to evaluate the 3 Legal Systems on Housing Lease based on the basic legislative procedures, the limitations of parliamentary legislative power, and the legal nature of legislative procedure regulations.

Joung, Youn Boo

3 Legal Systems on Housing Lease, Contract Renewal Application Right System, Limit System of Chonsei(Housing Lease on a Deposit Basis) Deposit and Monthly Rent, Housing Lease Reporting System, Legislative Proces, Housing Lease Protection Act, Act on Report on Real Estate Transactions, Etc.

사악한 법의 효력(Validity of Iniquitous Laws)*

최봉철**

【목 차】

I. 서론
II. 효력에 관한 4가지 이론
 1. 개요
 2. 강한 자연법론의 효력론
 3. 약한 자연법론의 효력론
 4. 통속적 법실증주의의 효력론
 5. 학문적 법실증주의의 효력론
III. 밤베르크주 고등법원의 판결과 하트의 입장
 1. 판결의 의의
 2. 악의의 밀고자 사건에 대한 고등법원의 결정
 3. 악의의 밀고자 사건에 대한 하트의 입장
IV. 결론

【국 문 요 약】

이 논문은 2가지의 목적을 가지고 작성되었다. 첫째, 사악한 법의 효력에 대해 탐구하는 것이다. 이 문제를 살피기 위해 효력을 법적 효력과 도덕적 효력으로 분류하였고, 효력론을 4가지로 분류하였다. 그 4가지는 강한 자연법론, 약한 자연법론, 통속적 법실증주의, 학문적 법실증주의의 효력론이다. 그 대표자를 보면 첫째이론으로는 성 오거스틴, 1946년 이후의 라드브루흐, 알렉시, 둘째이론으로는 아퀴나스, 셋째이론으로는 1932년의 라드브루흐와 미국의 그리스울드, 마지막 넷째이론으로는 하

---

* 2007학년도 2학기에 이적한 임건면 교수님이 이번 학기로 정년하신다. 그의 연구실에서 환담을 나누며 흡연을 즐기기도 했는데, 내년부터 학교에 오는 즐거움의 한 가지가 사라진다. 고등학교 시절 대학 입시문제로 회자정리 거자필반을 익혔는데, 이 사자성어처럼 그러한 즐거움을 다시 맛볼 수 있기를 기대하며 활기찬 정년생활하시기를 바란다.

** 최봉철, 성균관대 법학전문대학원 법철학 교수

트와 라즈가 있다. 이 이론 중 강한 자연법론의 효력론은 실질(내용)적인 법적 효력론을 취하여 도덕에 반하는 법에 대해 효력을 부인하고, 약한 자연법론의 효력론은 사악한 법의 법적 효력을 인정하면서도 도덕적 효력을 부인하는 입장을 취한다. 통속적 법실증주의 효력론은 법적 효력과 도덕적 효력의 충돌시 법적 효력을 앞세운다. 학문적 법실증주의 효력론은 약한 자연법론의 효력론과 동일한 입장을 취한다. 부연 설명하자면, 효력이 있다는 말은 준수해야 한다, 집행해야 한다, 적용해야 한다는 것을 뜻하며, 법적 효력이 있다는 말은 법의 세계에서 볼 때 효력이 있다는 의미를 가지며, 법적 효력과 도덕적 효력의 갈등은 후자의 효력을 앞세우는 식으로 문제를 푼다. 즉 법적 효력이 있지만 도덕적 효력이 없다고 말한다면 후자를 앞세우는 것이다.

둘째, 밤베르크주 고등법원의 판결과 그에 대한 하트의 입장을 살핀다. 여기서 중요한 것은 하트가 이 판결을 잘못 이해하였다는 것이다. 이 판결은 하트와 풀러의 논쟁의 대상이 되기도 했지만, 결국 잘못된 이해에 기반한 논쟁이었을 뿐이다. 이 판결은 더지너스에 의해 2008년 영문으로 번역・소개되었다. 하트에 따르면 이 판결은 자연법론을 따랐다고 하지만, 하트의 오해이다. 하트는 나치즘 청산의 방식으로 소급입법 제정을 주장한다. 그러나 필자는 하트의 과거청산의 방식에 동의하지 않는다. 특히 과거청산이 구세력이 여전히 잔존하는 상황에서 이루어져야 한다면, 소급입법에 의한 방식은 더욱 어려울 것이다. 부언하자면 과거청산 시 소급입법의 제정이 반드시 필요한 것은 아니고, 청산 자체가 더 중요하다는 결론을 제시하고자 한다.

I. 서론

국민은 법을 준수해야 하고, 법관은 법에 따라 재판해야 한다는 명제는 일반적인 명제로서 타당하다. 그러나 예외는 있고, 그것은 적용하거나 준수해야 할 법이 사악한 경우이다. 대부분의 법이론에 의하면 사악한 법의 법적 효력 자체까지 부정하거나(강한 자연법론의 효력론), 법적 효력을 인정하더라도 그것의 도덕적 효력을 부정한다.(약한 자연법론과 학

문적 법실증주의의 효력론) '사악한'이라는 표현에 대해 하트는 iniquitous를, 더지너스는 wicked를, 알렉시는 extremely unjust를 사용한다. 특히 알렉시가 '지극히'라는 수식어를 첨가한 이유는 합리적인 사람들이 동의할 수 있을 정도로 부정의한 법을 지칭하기 위한 것으로 보이지만, iniquitous나 wicked와 같은 형용사와 다른 의미를 부여하고자 하는 것은 아니다.

과거 권위주의 정권은 안보논리를 앞세워 법질서 유지의 중요성을 강조하기도 하고, 독재를 한국적 민주주의라는 용어로 포장하기도 하였다. 이러한 과정에서 법은 지배 도구의 역할을 맡았고,[1] 국민들에게는 법준수의무를 강조하였다. 이러한 점을 고려할 때 한국의 법철학 교육에서는 과거청산의 장을 설정해야 할 것이다. 이러한 상황은 라드브루흐가 평한 나치정권의 지배를 떠올린다. 라드브루흐에 따르면 "법률은 법률이라는 확신"이 "독일의 법률가계급을 자의적이고 범죄적인 내용에 저항하지 못하는 무기력한 존재로 만들었고," 그 배경에는 법실증주의가 자리 잡고 있다고 평하였다.[2] 하트는 동일한 명제가 영국에서는 사악한 법률에 대한 복종의무까지 내포하지는 않는다고 평하였다. 즉 악법도 법이라는 명제가 독일에서는 법이기 때문에 준수해야 하다는 명제로 연결되었지만, 영국에서는 도덕적 효력 내지 도덕적 복종의무까지 산출하지는 않는다고 보았다. 즉 법률은 법률이지만, 너무나 사악하다면 준수해서도 안되고 적용해서도 안 된다는 것이다.

필자는 2014년 "법의 효력: 요건과 효과를 중심으로"라는 논문을 발표하였으므로, 그 논문과 현재의 논문과의 관계에 대해 언급해보기로 한다.[3] 2014년 논문은 효력론 일반에 대한 논문이고, 현재의 논문은 '사악

1) 한인섭, 「과거청산과 법치주의의 과제」(교재, 1997). 한 교수는 이 교재에 실은 계간 사상과 정책 1989년 가을호에서 "법일반의 기능은 규범적 측면보다는 지배계급의 도구로서의 성격이 두드러진다"고 평한 바 있다.

2) 잘리거 저/ 윤재왕 역, 「라드브루흐 공식과 법치국가」 (길안사, 2000), 140쪽.

3) 최봉철, "법의 효력: 요건과 효과를 중심으로," 법철학연구 17/3 (2014): 41-66면. 효력론에 대한 국내의 저술로서는, 심헌섭, 「법철학 I - 법·도덕·힘 -」 (법문사, 1982), 제2장 법의 효력; 심헌섭, 「법철학」 초판 9쇄 (한국방송통신대 출판부, 1993), 제2장 법의 효력; 김영환, 「법철학의 근본문제」 제3판 (홍문사, 2012), 제3장 법의 효력; 이상영·김도균, 「법철학」 (한국방송대 출판부, 2006), 제6장 법효력론; 라인홀트 치펠리우스/ 양화식 역, 「법철학」 (지산, 2001), 제2장 특히 효력문제; 홍성방, 「법학입문」 (신론사, 2007), 제8장 법의 효력; 라드브루흐/ 최종고 역, 「법철학」

한 법의 효력'이라는 보다 한정된 주제에 대한 논문이다. 필자는 2014년 논문에서 세 가지의 주장을 담았고, 본인의 생각은 지금도 변함이 없다. 첫째, 효력론 분야에서 영미 법철학계의 논의는 유럽 법철학계의 논의보다 활발하지 않다.[4] 영미학계에도 하트의 저서인 「법의 개념」이나 라즈의 논문인 "Legal Validity"와 같은 우수한 저작이 있음에도 불구하고,[5] 유럽 법철학계에 비해 저작이 많지는 않다.

둘째, 법개념론에 관한 이론은 크게는 자연법론과 법실증주의로 대별되며, 전자는 강한 자연법론과 약한 자연법론으로, 후자는 포용적 법실증주의와 배제적 법실증주의로 대별된다. 이를 효력론의 관점에서 접근한다면, 강한 자연법론은 일정한 도덕적 기준에 미달되는 법에 대해 법적 효력을 부정하며, 그 이론이 취하는 법적 효력의 기준은 가치론적(axiological) 기준이다. 이에 반해 약한 자연법론, 포용적 법실증주의, 배제적 법실증주의의 세 가지 이론은 모두 체계적(systemic) 기준을 적용한다.[6] 즉 이 세 가지 법이론은 강한 자연법론과는 달리, 사악한 법에 대해 법적인 효력을 인정한다. 그렇다고 해서 이 이론들이 사악한 법일지라도 준수해야 한다고 주장하지는 않고, 반대로 도적적인 효력이 없기 때문에 준수해서는 안 된다고 주장한다.[7] 셋째, 독일의 법이론은 법적 효력을 사실적-사회학적 효력, 법률적 효력, 철학적 효력으로 분류하기

(삼영사, 1975), 제10장 법의 효력. 영문 저술로는, Aulius Aarnio, Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics (Dartmouth: Ashgate, 1997), Part III, 3.5 On the Validity of Legal Norms; Aleksander Peczenik. Scientia Juris: Enrico Pattaro ed,, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence vol. 4 (Dordrecht: Springer, 2005), Chap. IV Law and Morality; Jerzey Wroblewski edited by Zenon Bankowski & Neil MacCormick, The Judicial Application of Law (Dordrecht: Kluwer Academic Press, 1992), VI. Validity of Law and Decision of Validity.

4) 최봉철, 앞의 논문(주 3), 43쪽.

5) 하트의 「법의 개념」에서의 효력론에 관한 부분은 오병선 역, 「법의 개념」(아카넷, 2001), 제9장 법과 도덕, 제3절 법의 효력과 도덕적 가치 중 특히 (6) 법의 효력과 법에 대한 저항이고, 라즈의 효력론에 관하여는 "Legal Validity," Raz, The Authority of Law, 2nd ed. (Oxford: OUP, 2009), 제2장 8절. 이 논문에 대한 한글 번역으로는, 권경휘 역, "법의 효력." 법철학연구 13/2 (2010), 217-236쪽.

6) 최봉철, 앞의 논문(주 3), 46쪽.

7) 예를 들어, 약한 자연법론자인 아퀴나스의 주장에 관하여는, 최봉철, 앞의 논문(주 3), 59면; 포용적 법실증주의자인 하트의 주장에 관하여는, 최봉철, 앞의 논문(주 3), 47면; 배제적 법실증주의자인 라즈의 주장에 관하여는 최봉철, 앞의 논문(주 3), 60-2쪽.

도 하지만,[8] 이와 같은 용어보다는 동구의 브로블레프스키나 북구의 아아니오가 사용하는 사실적(factual) 효력, 체계적(systemic) 효력, 가치론적(axiological) 효력이란 용어가 그 내용을 더 잘 암시하고 있기 때문에 바람직하다고 주장하였다.[9] 왜냐하면 학문분과에 따라 효력론의 명칭을 정하는 것은 너무도 단순할 뿐만 아니라, 학문분과 내에도 다른 이론이 존재한다는 점을 무시하기 때문이다. 예를 들자면, 하트는 일상언어학파의 철학을 기초로 한다. 그렇지만 그의 효력론을 철학적 효력론이라고 부르지는 않는다. 이것으로 2014년 논문에 대한 검토를 끝내고, 이 논문에서 다루고자 하는 것을 정리하기로 한다.

우선 이 논문은 효력론을 4가지로 분류할 것이다. 이는 ① 강한 자연법론 ② 약한 자연법론 ③ 학문적 법실증주의 ④ 통속적 법실증주의의 효력론이다. 법개념론은 ① 강한 자연법론 ② 약한 자연법론 ③ 포용적 법실증주의 ④ 배제적 법실증주의로 분류되지만, 그에 대응되는 효력론은 앞서서 언급한 바와 같이 ① 강한 자연법론의 효력론 ② 약한 자연법론의 효력론 ③ 학문적 법실증주의의 효력론이다. 학문적 법실증주의란 하트로 대표되는 포용적 법실증주의와 라즈로 대표되는 배제적 법실증주의 모두를 포함하는 것이다. 이에 반해 권위주의 체제는 법적 효력을 중시하며, 이를 염두에 두고 이 논문에서는 통속적(crude) 법실증주의라는 명칭을 지어냈다. 그렇다고 하여 통속적 법실증주의를 지지하는 학자들이 없다고 주장하는 것은 아니다. 예를 들어 라드브루흐는 철회하기는 했지만 나치정권 등장 이전에 통속적 법실증주의 효력론을 주장했었다. 그리고 그리스울드라는 하버드 로스쿨 원장을 역임한 미국의 학자는 징병법에 대한 도덕적인 판단을 떠나 위반자에 대해서는 법적 제재를 가해야 한다고 주장하였다.

그 다음으로, 이 논문은 밤베르크주 고등법원의 판결을 논할 것이다. 알다시피 밤베르크주 고등법원의 판결은 나치정권에 대한 청산의 일환으

8) 최봉철, 앞의 논문(주 3), 49면. 근자에 출간된 심재우, 「열정으로서의 법철학 – 심재우 교수 법철학 선집 1」 (박영사, 2020)의 첫 번째 논문은 “법의 효력의 근거에 대한 고찰”로, 1961년 석사학위논문이다. 심 교수는 법의 효력에 관한 논문을 학계에 일찍이 소개해주신 셈이다. 이 논문에 관한 후일담으로는 윤재왕 교수가 적은 앞의 책의 편집자후기에 있다. 앞의 책(주 8), 417-418쪽.

9) 최봉철, 앞의 논문(주 3), 51-52쪽.

로 볼 수 있고, 하트는 자신의 1958년 논문과 1961년의 「법의 개념」에서 이를 다루었을 뿐만 아니라, 그 판결에 대해 비판하면서 자신의 과거청산에 대한 해결책을 제시하였다. 그러나 하트의 논의는 밤베르크주 고등법원의 판결에 대해 오해하고 있었다. 다행히도 남아프리카공화국 출신 더지너스(David Dyzenhaus) 캐나다 토론토 대학 법철학 교수가 2008년 영문으로 번역하여 출간하였다. 이 논문에서는 밤베르크주 고등법원의 판결문과 그에 대한 하트의 평석을 검토할 것이다.

마지막으로 사회규범 간의 충돌문제에 대해 간략하게 언급하겠다. 하트를 예로 들면, 법과 도덕의 충돌문제에 대한 해결책을 제시한 바 있다. 필자는 이에 관한 하트의 주장을 과거청산에 관한 하트의 공식이라고 부르고자 한다. 그 내용은 다음과 같다. 어떤 법이 법적으로 효력이 있지만, 너무도 사악하여 도덕적 효력이 없다면 그 법을 적용해서도 안 되고 준수해서도 안 된다는 것이다. 그러나 이는 결론적으로 그렇다는 것이고, 이러한 결론을 시행하기 위해서는 방법론적인 조치가 필요하다고 한다. 즉 나치 정권의 악행 청산은 소급입법이 필요하다는 것이다. 여기서의 문제는 소급입법이 여러 가지 사정으로 어려움에 처한다면, 그의 결론의 시행은 불가능한가의 의문을 남긴다. 이에 대해서는 관련 부분에서 더 논하기로 하고, 사회규범 간의 충돌문제를 살피기로 한다.

사회규범에는 법규범, 도덕규범, 종교규범, 단체규범 등 여러 가지 규범들이 있고, 규범들 간에 충돌이 있다. 우리에게 잘 알려진 바와 같이 종교규범과 법규범의 충돌을 생각해볼 수 있다. 여호와증인의 교리는 수혈금지나 집총금지를 명령한다. 이런 교리로 인해 여호와증인 남성은 종종 군대 대신에 감옥을 선택한다. 근자에 헌법재판소의 양심적 병역거부에 관한 결정이 있었지만, 그동안 법원은 여호와증인 남성에게 군대면제 수준에 달하는 최소한의 형량을 부과하여, 군대 대신에 감옥을 선택하게 해주었다. 이것이 정교분리의 이념 하에서 종교규범과 법규범의 충돌을 해결하는 하나의 방식이었다. 또한 법과 실질적인 의미에서의 사규 간에 충돌이 있을 수 있다. 회사는 고위간부에게 회사의 이윤을 극대화하는 방향으로 정책적인 결정을 할 것을 암암리에 요구할 것이다. 따라서 회사의 고위간부가 취할 수 있는 입장이란 불법적인 의사결정과 법에 대한 충성 중 하나를 선택해야 할 것이다.

이 논문은 첫째 사악한 법의 효력에 관한 4가지 이론을 살피고, 둘째 밤베르크주 고등법원의 판결과 그에 대한 하트의 비판을 살필 것이다.

II. 효력에 관한 4가지 이론

1. 개요

필자는 서론에서 효력에 관한 이론을 4가지로 분류할 수 있다고 주장하였다. 사악한 법의 법적 효력을 부정하는 강한 자연법론의 효력론(법의 효력에 대해 실질적 요건설을 취하는 자연법론의 효력론), 사악한 법의 법적 효력도 긍정하지만 도덕적 효력을 부정하는 약한 자연법론의 효력론(법의 효력에 대해 형식적 요건설을 취하는 아퀴나스 이론과 같은 자연법론의 효력론), 사악한 법의 법적 효력을 긍정하지만 도덕적 효력을 부정하는 학문적 법실증주의 효력론(효력론에 있어서는 약한 자연법론의 효력론과 같음), 사악한 법의 법적 효력을 중시하는 통속적 법실증주의 효력론(형식적 요건설을 취하면서 법적 효력을 앞세우는 법실증주의 효력론)이다. 아래에서는 이 4가지 효력이론에 대해 차례대로 설명할 것이다.

2. 강한 자연법론의 효력론

오거스틴(354-430, 현재 알제리에 속하는 타가스테 출신)은 "자유의지론"(De Libero Arbitrio)에서 "부정의한 것은 법이 될 수 없다는 것이 나에게는 명백하다."고 주장하여,[10] 강한 자연법론의 효력론의 효시로 알려져 있다. 이와 같은 강한 자연법론의 효력론은 제2차 세계대전이 나치의 패전으로 종결되고, 나치즘 청산이 수면에 부상한 1946년에 라드브루흐(1878-1949)는 세칭 라드브루흐 공식(Radbruch formula)을 제시하였다.

---

10) Norman Kretzmann(1928-98), "Lex injusta non est lex," 33 Am J. Juris. 99 (1988). 성 오거스틴의 주장은 일반적으로 "There never seems to have been a law that was not just"로 번역되지만, Kretzmann은 "It is evident to me that that which is not just is not to be a law."로 번역하였다. (101면)

정의와 법적 안정성 간의 갈등은 다음과 같이 해결할 수 있을 것이다. 즉 규정과 권력에 의해 보장된 실정법은 그 내용이 정의롭지 못하고 합목적성이 없다고 하더라도 일단은 우선권을 가진다. 그러나 실정법률의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는 정도에 이르렀다면, '부정당한 법'인 그 법률은 정의에게 자리를 물려주어야 할 것이다. 물론 어떠한 경우에 법률적 불법이며, 어떠한 경우에 비록 부정당한 내용을 지녔지만 그럼에도 효력을 갖는 법률인지를 확연하게 구별하는 것은 불가능하다.

그러나 한 가지 경계선만은 명백하게 확정할 수 있다. 즉 정의를 추구하지 않은 경우, 다시 말해서 실정법을 제정하면서 정의의 핵심을 이루는 평등을 의식적으로 부정한 경우 그 법률은 단순히 불법에 그치지 않고, 법의 성질 자체를 갖고 있지 않다. 왜냐하면 실정법을 포함한 모든 법은 정의에 봉사하는 의미를 갖는 질서와 규정이라고 개념 정의할 수밖에 없기 때문이다. 이러한 기준에 비추어 보면, 나치의 법은 결코 효력을 갖는 법이라고 말할 자격을 갖추고 있지 않다.[11]

즉 이 공식은 법률이 참을 수 없을 정도로 부정의하다면 더 이상 법률로서의 지위를 가지지 못한다고 주장하면서도, 이 기준이 명확하지 않다는 점을 자인하면서, 평등을 의식적으로 부정하고 제정된 법률이라는 보다 명확한 기준을 제시하여, 이를 법의 범주에서 제외하고자 한다.

라드브루흐의 이러한 입장은 나치의 지배가 등장하기 이전에 출간된 1932년 「법철학」에서의 주장을 변경한 것이기도 하고, '법률은 법률'이라는 명제가 나치시대에 가졌던 의미에 대해 반성적 성찰을 담게 된 것이기도 하다.

법실증주의는 실제로 '법률은 법률이다'는 확신으로 인해 독일의 법률가계급을 자의적이고 범죄적인 내용의 법률에 저항하지 못하는 무기력한 존재로 만들어 버렸다.[12]

나치정권도 이러한 흐름의 형성에 한 몫을 단단히 했을 것으로 추측되지만, 독일의 법률가들도 이에 동조했다는 것이다. 따라서 '법률은 법률'이라는 명제가 '법률은 법률이기 때문에, 누구든 그에 복종해야 한다'는 명제로 의미가 추가된 것이다. 이에 대해 하트는 만약 영국이었다면 독일식으로 명제가 형성되기는커녕 다음과 같은 식의 명제가 탄생되었을

11) 잘리거, 앞의 책(주 2), 141쪽.
12) 잘리거, 앞의 책(주 2), 140쪽.

것이라고 평한다.

오스틴의 경우이든 물론 벤담의 경우이든 우리는 이 명제[법률은 법률이라는 명제]는 다음과 같은 확신과 함께 한다는 것을 기억해야 한다. 그 확신이란 법이 일정한 정도의 사악성의 정도에 이르렀다면, 그것에 저항해야 하고 복종을 보류해야 할 평이한 도덕적 의무가 있다는 것이다.[13]

하트는 어떤 규칙이 법적으로 효력을 가진다는 것이 도덕적 평가까지 결정짓지는 않는다고 보았던 것이다. 영국의 자유주의적 전통에 입각한 법문화에서는 다음과 같은 답변을 제시한다는 것이다. 확실히 자유주의적 답변은 사악한 법일지라도 그것이 요건을 갖춘 한 법적 효력이 있다는 것에 대해 "맞지만, 이것이 문제에 대해 결론 내리지는 않는다. 법은 도덕이 아니며, 법이 도덕의 자리를 탈취해서는 안 된다."는 것이다.[14]

여하튼 라드브루흐는 이미 말한 바처럼 1932년 법철학에서 제시한 이론을 철회하고, 1946년 논문에서 라드브루흐의 공식을 제시하였다. 이러한 변경된 라드브루흐의 주장은 1992년 알렉시에 의해 재확인된다. 알렉시는 효력을 가진 법의 범주를 정하는 데, 다음과 같이 지극히 부정의하지 않을 것이라는 실질적인 요건을 추가한다.

법이란 (1) 정당성을 주장하며, (2) ① 대체적으로 사회적 실효성을 가진 헌법에 속하고 지극히 부정의하지 않은 규범의 총체; ② 헌법에 따라 제정되고 최소한의 사회적 실효성이나 사회적 실효성의 전망을 가지며 지극히 부정의하지 않은 규범의 총체와 마지막으로 (3) 법적용의 과정과 절차에서 정당성을 주장하기 위해 근거하거나/근거해야 할 원칙과 여타의 규범적인 논거로 구성된 규범의 체계이다.[15]

---

13) H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," Harv. L. Rev. 71/4 (1958), 617-18쪽. 하트가 이 부분이나 다른 곳에서 벤담을 언급하면서 인용하지 않은 것에 대해 독자로서 아쉽기는 하다. 그러나 하트의 조기 은퇴 사유가 런던대학교에 보관 중인 벤담이 작성한 원고들을 출간하는 것이었다는 점을 생각할 때 그가 인용하지 않았다고 해서 그가 틀렸으리라고 생각하지는 않는다.

14) Hart, 앞의 논문(주 13), 618쪽.

15) Robert Alexy, tr. by Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson, The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism (Clarendon, 2002), 127쪽. 이준일 역, 「법의 개념과 효력」 (길안사, 2000), 137쪽.

이처럼 강한 자연법론은 효력을 가진 법이 되기 위한 심사에 도덕적 심사를 포함시키기 때문에 정의를 의식적으로 부정하고 제정된 법(라드브루흐)이라든지, 지극히 부정의한 법(알렉시)이라면 법의 범주에서 제외한다.

3. 약한 자연법론의 효력론

가. 하트의 오해

하트는 토마스 아퀴나스의 법이론에 대해 오해하였다. 하트는 자연법론을 법과 도덕 간의 필연적 연관성을 긍정하는 견해라고 규정하면서, 이 입장을 극단적인 형태로 표현하고 있는 이론으로는 토마스주의 전통의 자연법이론이 있다고 하며, 이 이론은 자연법의 원칙과 충돌하는 인정법의 효력을 부정한다고 규정한다.[16]

그러나 하트는 명백히 실수를 범하였다. 아퀴나스는 광의의 법개념을 취하는 자연법론자이기 때문이다. 만약 아퀴나스의 법이론을 자연법론이 아니라고 한다면 약한 자연법론이라는 명칭은 법학에서 사라져야 할 것이다. 그러나 이러한 논지를 받아들이고자 하는 사람은 없을 것이다.[17]

나. 아퀴나스의 효력론

아퀴나스는 세례 받은 아리스토텔레스라고 불리듯이, 그의 효력론도 아리스토텔레스의 효력론을 따르고 있다. 아리스토텔레스는 법을 "올바르게 만들어진 법과 함부로 만들어진 법"으로 구분한다.[18] 그리고 함부로 제정된 법도 법의 범주에 포함시킨다. 즉 아리스토텔레스도 하트처럼 법을 협의가 아니라 광의로 정의하는 것이다.[19] 아리스토텔레스의 이러한 구분론은 친구에 대한 분류에도 그대로 적용된다. 그는 친구에는 최

16) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 203쪽.

17) 김영환 교수는 악법도 법이라는 광의의 법개념을 법실증주의만이 취하고 있다고 주장한다. 그러나 아퀴나스는 광의의 법개념을 취하는 자연법론자로 보아야 할 것이다. 김영환, 법철학의 근본문제 (홍문사, 2006), 18-19쪽; 법철학의 근본문제 제3판 (홍문사, 2012), 41쪽. 하트가 자연법론을 제대로 이해하지 못한 것을 과감하게 지적한 학자로는 존 피니스가 있을 것이다. John Finnis, Natural Law & Natural Rights 2nd ed. (Oxford: OUP, 2011), 364-65쪽.

18) Aristotle, tr. by Terrence Irwin, Nichomachean Ethics (Hackett, 2000), 1129b13-1130a14.

19) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 273-276쪽.

선의 친구뿐만 아니라 이용가치를 위한 친구도 있고, 쾌락을 위한 친구도 있다고 말한다.[20] 이러한 분류방식은 소크라테스에게까지 소급되는 것이다. 예를 들어, 소크라테스는 "나라 전체의 공동의 것을 위해 제정되지 않은 법률은 위조법률"이라고 칭하여 지배자의 사리사욕을 충족하기 위한 법도 법의 범주에 포함시켰다.[21]

아퀴나스의 법에 대한 분류도 이러한 아테네 학파의 방식을 따른다. 법을 공동선에 부합되는 법과 그렇지 않은 법으로 양분한다. 전자를 무조건적 의미에서의 법(law, simpliciter)이라고 부르고, 후자를 어떤 의미에서의 법(law, secundum quid)이라고 부른다.[22] 이러한 분류방식을 따라 아퀴나스는 "폭군의 법은 … 무조건적 의미에서의 법이 아니라 일종의 왜곡된 법"이라고 한다.[23]

이를 볼 때, 아퀴나스의 효력론은 앞서 살핀 강한 자연법론의 효력론과는 차이가 있음을 확인할 수 있다. 강한 자연법론은 내용과 실질을 살펴 설정한 기준에 미달하는 경우 법의 범주에서 제외하는데 반하여, (아퀴나스의) 약한 자연법론은 내용과 실질을 불문하고, 일정한 형식적 요건과 절차적 요건을 갖추었으면 법의 범주에 포섭시킨다. 아퀴나스는 "법이란 (본질적으로) 공동체를 돌보는 자에 의해 제정되어 공포된 공동선을 위한 이성의 명령"이라고 정의한다.[24] 따라서 공동선과 이성에 따른 법이라면 무조건적 의미에서의 법이겠지만, 그렇지 않더라도 형식적이고 절차적인 요건을 갖추었다면, 다시 말해 공동체를 돌보는 자에 의해 제정되고 공포되었다면 여전히 법인 것이다. 즉 그의 표현을 따르자면, 어떤 의미에서의(in a respect) 법인 것이다. 이것이 법의 개념에 관한 아퀴나스의 이론이다.

아퀴나스의 법이론에서 가장 흥미로운 것은 어떤 법에 대해 그것의 법적 효력과 도덕적 효력을 구분하고, 양자 간의 충돌 시 도덕적 효력을 우선시해야 한다고 명시적으로 주장한다는 것이다. 이에 대한 그의 이론은 「신학대전」 2부의 1편 92문 1항과 96문 4항을 비교해보면 잘 드

20) Aristotle, 앞의 책(주 18), 1157a27-33.
21) 플라톤, 박종현 역, 「법률」(서광사, 2009), 715b.
22) Aquinas, ST 1a2ae, q. 92, a. 1.
23) Aquinas, 앞의 책(주 22), q. 92, a. 1.
24) Aquinas, 앞의 책(주 22), q. 90, a. 4.

러난다. 전자의 제목은 '법이란 사람을 선하게 하려는 것인가'이고, 후자의 제목은 '인정법은 사람의 양심까지도 구속하는가'이다. 전자는 법적 효력의 문제를 다루고 후자는 법적 효력과 도덕적 효력의 갈등문제를 다룬다. 참고로 아퀴나스의 「신학대전」의 답변방식은 모두 긍정적인 것이다. 후자의 질문도 마찬가지이다. 다만 예외를 인정할 뿐이다.

왜 아퀴나스는 사악한 법일지라도 법으로서 효력이 있다고 보는가? 법적 효력이 있다는 말의 의미는 무엇인가? 아퀴나스는 체계적(systemic) 효력론을 취한다. 체계적 효력론을 취하는 다른 이론가들은 법적 효력이 있다는 주장의 의미에 대해 잘 설명하지는 않는다. 예를 들어 라즈는 체계적 효력설을 취하면서 법적 효력이란 법체계의 구성원의 자격(membership)을 부여하는 것일 뿐이라고 설명한다. 이에 반해 아퀴나스는 폭군의 법일지라도 수범자를 유순하게(amenable) 해주는 측면이 있고, 따라서 법의 자격을 가진다고 답변한다. 유순하다는 것은 미덕이다. 유순하다는 것이 도덕적으로 선하다고 볼 수는 없지만, 미덕이라고 볼 수는 있다. 예를 들어 웃어른의 말에 순응하는 태도를 가지는 것이 항상 도덕적으로 옳다고 할 수는 없지만, 사나운 심정을 드러내는 것보다는 낫다고 말할 수는 있다. 이것이 법적 효력을 가지는 이유에 대한 설명이다.

그렇다면 법의 명령에는 도덕적으로도 따라야 하는가? 이에 대한 아퀴나스의 답변은 「신학대전」 제2부의 1편 96문 4항에 있다. 법적 효력이 있다면, 그 법률은 도덕적으로도 효력을 가지는가? 아퀴나스는 원칙적으로 긍정하지만 2가지의 예외를 인정한다. 첫째, 어떤 법이 예를 들어 우상숭배를 명하는 것처럼 신의 명령에 위반된다면 준수해서는 안 된다. 둘째, 어떤 법이 인간적인 견지에서 공정성에 위반되고, 복종하지 않더라도 사회적 혼란(scandal)을 초래할 위험성이 없다면 저항할 수 있지만, 사회적 혼란의 위험성이 있다면 저항할 수 없다는 답변을 제시한다. 과거 정권은 북침의 가능성을 언급하며 독재적인 지배일지라도 그 지배자의 명령에 복종해야 한다고 했던 것을 떠오르게 한다. 과연 이 주장이 아퀴나스의 주장에 부합하는지에 대해서는 적극적인 검토가 필요할 것이다.

4. 통속적 법실증주의의 효력론

이 이론은 법의 내용이 도덕에 반한다고 할지라도 그 법의 법적 효력을 앞세워야 한다는 주장을 한다. 반도덕적인 행위를 할 것을 법이 규정한다면 그것이 도덕에 반하는가를 고려하지 아니하고 법적용자, 집행자, 수범자는 법의 요구를 따라야 한다는 것이다. 이러한 주장이란 권위주의적 정권의 위정자나 동조자가 선호했던 주장이다. 과거의 권위주의 정권하에서 국민에게 법준수를 당부하는 당국자의 담화가 상당히 있었던 것으로 기억한다. 과거에는 인터넷을 통해 이러한 담화들을 손쉽게 접할 수 있었지만, 지금의 인터넷 검색에서는 찾기 힘들다.

이미 언급하였지만 통속적 법실증주의 이론에 대해서도 학문적 계보를 찾을 수 있다. 라드브루흐는 1932년의 「법철학」에서 정의에 반할 지라도 법적 안정성을 근거로 그러한 법에 대해 준수할 의무를 주장하였다. 또한 미국의 어윈 그리스울드도 유사한 맥락에서, 구체적으로 말하자면 불복종권의 행사와 관련하여 현행법의 요구를 우선시할 것을 주장하였다.[25] 불복종자가 공동체의 정치적 문제를 개선시키기 위해 법을 위반하였더라도 다른 위법행위와 동일하게 처벌받아야 한다는 것이다.

먼저 1932년 「법철학」에서의 라드브루흐의 주장을 인용하기로 한다.

> 재판관은 법규의 효력의지를 효력으로 실현시키고 자기의 법감정을 권위적인 법명령에 희생시키며, 다만 무엇이 법인지를 물을 뿐이며, 결코 그것이 정당한가를 묻지 말아야 한다. 물론 사람들은 다음과 같이 물을 수 있을 것이다. 재판관의 임무란 지성을 희생시키는 것인가라고. 자기의 인격을 백지위임하는 것이 윤리적으로 올바른 가라고. 그러나 내용적으로 아무리 부정의한 법이 만들어진다고 하더라도 그러한 법도 이미 그 존재에 의하여 하나의 목적 즉 법적 안정성이라는 목적을 충족시킨다는 점은 이미 말하였다. 그리하여 재판관은 정의를 고려하지 않고 법규에 봉사하는데, 그것은 단지 자의적인 목적에 봉사하는 것은 아니다. 법규가 원하기 때문에 재판관은 정의에 대한 봉사자가 되지 못할 때일지라도 그는 여전히 법적 안정성에 봉사하는 것이다.
>
> 우리는 자신의 확신에 반하여 설교하는 목사를 경멸하지만, 법규에 충실하기 위하

25) 그리스울드(Erwin Nathaniel Griswold; 1904-1994)는 하버드 로스쿨 졸업생으로 모교의 교수로 임용되었고, 21년간(1946-1967) 학장으로 재임하다가 퇴직한다. 퇴직과 동시에 법무부의 송무처장(Solicitor General)으로 임명되어 활동하다가 1973년 퇴직한다.

여 자기의 반대되는 법감정에 의하여 미혹되지 않는 재판관을 존경한다. 왜냐하면 교리는 신앙의 표현으로만 가치를 가지지만, 법규는 단지 정의의 침전물로만 가치를 가지는 것이 아니라 법적 안정성의 보증으로서도 가치가 있으며, 특히 그와 같은 것으로서 재판관의 손에 맡겨져 있기 때문이다.[26]

라드브루흐는 목사의 충실의무란 교리와 자신의 확신에 대한 것이지만, 법관의 충실의무란 법에 대한 것이라고 하며, 법의 이념은 정의와 법적 안정성을 포함하기 때문에 정의에는 봉사하지 못하더라도 법적 안정성에 봉사하는 한 법의 이념에 충성하는 것이라고 한다. 법적 안정성과 정의의 관계를 볼 때, 김지수 교수가 설명한 것처럼 상보 관계가 아닌 길항 관계일 것이다. 김지수 교수처럼 길항관계로 본다면, 법적 안정성과 정의는 복잡한 함수관계로 풀어야 할 것이다.

라드브루흐는 이처럼 1932년에는 법적 안정성을 정의보다 앞세웠던 것이다. 라드브루흐는 바이마르 공화국 때 법무장관을 지냈던 바도 있고, 1932년이란 시점은 아직 수권법의 통과로 나치가 집권하기 이전의 시점이다. 1932년에는 법에 대한 존중을 강조했지만, 나치정권의 지배수단로서의 법에 대한 경험 이후에 입장을 바꾸었다는 것이 일반적인 해석이다.

그리스울드의 주장은 드워킨의 저작에 등장하는 것으로, 이는 “법에 불복종하는 것이 도덕적으로 정당화될 수 있다는 것을 인정하지만 법적으로는 정당화될 수 없다고 주장하며 바로 이 자명한 이치로부터 그 법은 강요되어야 한다”고 생각하는 다수의 법률가와 지성인의 주장을 대변하는 것이라고 드워킨은 평한다.[27] 즉 그리스울드에 따르면, 법과 도덕의 충돌은 법적인 영역에서는 법의 입장이 우선되어야 한다는 것이다.

이처럼 1932년 라드브루흐와 그리스울드는 법과 도덕의 충돌 시 법의 입장을 우선시한다. 이는 이제까지 살핀 강한 자연법론의 효력론이라든지 약한 자연법론의 효력론과는 대비된다. 강한 자연법론은 사악한 법 내지 극악무도한 법의 효력 자체를 부정함으로써 도덕적 효력을 앞세우고, 아퀴나스와 같은 약한 자연법론의 효력론은 도덕적 효력이 법적 효

26) 라드브루흐 저/ 최종고 역, 앞의 책(주 3), 125-26쪽.
27) 로널드 드워킨 저/ 염수균 역, 「법과 권리」 (한길사, 2010), 395쪽.

력보다 우위에 있음을 긍정하지만, 만약 사회적 상황이 엄중하고 그 법이 인간적 견지에서 공정성에 반하는 정도라면, 법적 효력을 우선시할 수 있음을 긍정한다.

5. 학문적 법실증주의의 효력론

가. 하트의 이론

하트는 오스틴, 그레이, 켈젠을 언급하며 이 사상가들은 솔직한(candid) 방법을 이용하여 사악한 법의 문제가 가진 모든 관련된 지적 및 도덕적 고려 사항에 더 잘 대처하였다고 평한다.[28] 이들이 이용하는 솔직한 방법이란 다음과 같은 것이다.

> 우리들은 '이것이 법이다. 그러나 그것은 너무나 사악하기 때문에 적용해서도 안 되고, 복종해서도 안 된다.'라고 말해야 한다는 것이다.[29]

인용문에서 말하는 법이란 "도덕적으로는 사악하지만 적당한 형태로 제정되고, 의미도 명백하며, 체계의 효력의 모든 인정된 기준을 충족하고 있는 특정한 법"을 지칭하는 것이다.[30] 하트는 이처럼 형식적인 요건을 충족한 법을 효력 있는 법으로 인정하고, 다른 실질적이거나 내용적인 요건을 충족할 것을 요구하지는 않는다. 그러나 그는 법의 실질이나 내용이 사악하다면 효력 있는 법이지만, 그 법을 적용해서도 안 되고 복종해서도 안 된다고 대안을 제시한다.

하트는 자신의 효력론이 다른 효력론보다 우월하다고 설명한다. 즉 "이것은 어떠한 의미에서도 법이 아니다."라는 표현과 "이것은 법이지만

---

28) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 270-71쪽. 이재승 교수는 하트의 솔직성 논변에 대해 검토한 바 있다. 그에 관하여는, G. 라드브루흐의 법실증주의와 법률적 불법이론에 관한 연구 (서울대 대학원, 1997.), 165-168쪽. 솔직성 논변이란 문화에 비추었을 때 언급될 수 있는 것이다. 즉 하트를 따른다면, 영국의 문화에 비추었을 때 솔직하다고 말할 수 있는 것이다. 어떤 문화이든 막론하고, 그 자체로 솔직하다고 말할 수는 없는 것이다. 문화적합성을 제쳐놓고, '악법도 법'이라고 말하는 것이 더 솔직하다고 말할 수는 없을 것이다. 과거청산의 문제란 특수법철학의 영역에 속하는 문제이지, 문화를 떠나 논의할 수 있는 문제는 아니다.

29) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 270-71쪽.

30) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 270쪽

너무도 사악하여 복종해서도 안 되고 적용해서도 안 된다."라는 표현 중에서 후자가 우월하다는 것이다.[31] 그는 전자를 협의의 법개념, 후자를 광의의 법개념이라고 부르며, 후자의 법개념이 법에 대한 이론적 탐구와 법에 대한 도덕적 심의에서 전자의 법개념보다 낫다고 한다.[32]

하트는 이론적 탐구에서 광의의 법개념이 나은 이유는 협의의 법개념을 따르게 되면, 사악한 법을 법의 범주에서 제외하기 때문에 법에 대한 연구에서 사악한 법에 대한 탐구가 행해지지 않을 것이라고 주장한다.[33] 도덕적 심의에서 광의의 법개념이 나은 이유는 결국 법에는 "사악한 규칙이 있을 수 있고," 따라서 법도 "도덕적 심사를 받지 않으면 안 된다."는 의식을 가지는 것이 중요하기 때문이라고 한다.[34] 이처럼 하트는 2가지 측면에서 사악한 법을 법의 범주에 포섭하는 광의의 법개념이 낫다고 주장하지만, 협의의 법개념이 더 나을 수도 있을 것이다. 왜냐하면 협의의 법개념은 실질 또는 내용을 살펴 도덕적 기준에 미달되는 법을 선제적으로 법의 범주에서 아예 제외하여, 법의 범주에 소속되는 것조차 막아 버린다. 그러나 법과 비법의 경계선 설정은 협의의 법개념에서도 중요하고, 연구의 대상이 될 것이기 때문이다. 필자는 하트의 주장과는 달리 협의의 법개념과 광의의 법개념 중 선택의 문제는 법문화에 달려 있다고 본다. 자신의 법문화가 양자 중 어떤 것을 지지하는가에 대한 답변에 따라 해결될 문제이고, 이에 대한 답변은 법철학보다는 주로 법사회학과 법사학의 연구에 달려 있을 것이다.

나. 라즈의 이론

라즈는 배제적 법실증주의를 이끈다. 과연 그는 사악한 법에 대해 준수해야 한다고 주장하는가? 필자의 최선의 지식에 따르면 라즈가 그러한 주장을 했을 가능성은 없어 보인다. 우선 그는 법을 준수할 도덕적인 의무를 포괄적으로 부인하기 때문이다.

31) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 274-75쪽.
32) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 273-74쪽.
33) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 273쪽.
34) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 274쪽.

필자는 법을 준수해야 할 도덕적인 의무란 존재하지 않는다고 주장할 것이다. 법을 준수할 절대적인 의무나 종국적인 의무는 없다고 일반적으로 수락된다. 필자는 이에 더하여 법을 준수할 일응의 의무조차 없다고 제안할 것이다. 이러한 입장이 법의 가치나 법의 개혁의 가능성에 대한 염세적인 조망에 근거할 수 있을 것이다. 그러나 필자의 입장이 그러한 염세적인 전제에 입각해 있는 것은 아니다. 필자는 법체계가 정의로운 선한 사회일지라도 법을 준수할 의무는 없다고 본다.[35]

라즈는 이러한 일반론에 근거하여 법체계가 정당한 선한 사회일지라도 법을 준수할 도덕적인 의무를 정당화하기 어렵다는 것이고, 그는 당해 논문에서 여러 가지 논거를 검토하며 법준수의무를 배척한다.

라즈가 사악한 법을 준수해야 한다고 보았을 리가 없다는 또 다른 근거를 추가할 것이다. 라즈는 2인 간의 대화상황을 들어 법적 효력과 도덕적 효력을 설명한다. 질문자는 유대교의 입장에 대해 알고자 하는 사람이고, 답변자는 가톨릭 신자이지만 유대교에 정통한 사람이다. 여기서 유대교의 입장이란 유효한 법의 입장이고, 가톨릭교의 입장이란 도덕에 대한 비유일 것이다. 답변자는 효력을 가진 법(유대교)에 따라 설명하지만 그 설명에 대해 답변자가 동의하는 것은 아니다. 이 상황은 효력을 가진 법이라는 것이 준수의 대상이 아님을 비유적으로 설명하고 있는 것이다.[36] 답변자는 여전히 가톨릭의 교리를 따를 것이다.

III. 밤베르크주 고등법원의 판결과 하트의 입장

1. 판결의 의의

하트는 1958년의 논문과 1961년의 「법의 개념」에서 나치패망 이후 독일 법원이 다루었던 소위 악의의 밀고자 사건에 대한 판결을 주목하였다. 그러나 하트는 이 판결을 정확하게 소개하지 못하였다. 하트는 1958년 논문에서 이 판결을 "자연법론의 승리이자 법실증주의의 타도의 전조"라고 평한 것은 잘못이다.[37] 왜냐하면 이 판결은 자연법을 논거로 삼

35) Raz, 앞의 책(주 5), 233면.
36) 권경휘 역, 앞의 논문(주 5), 231-33면.
37) Hart, 앞의 논문(주 13), 619쪽.

지 않았기 때문이다. 또한 1961년 저서에서 "전후 법원은 그와 같은 1934년의 제정법에 대해 자연법을 위반하였기 때문에 무효"라고 했다고 하는데,[38] 오히려 판결에서는 1934년의 제정법이 요구한 것은 히틀러나 나치 지도자들을 비난하지 말하는 것이고, 이는 부작위를 요구하는 것이기 때문에 자연법에 반하지 않는다고 하였다. 판결에 따르면 자연법에 반하는 경우란 오로지 작위의무를 부과하는 경우에 한정된다고 보았다. 하트가 올바르게 소개한 것은 1934년의 법이 신고의무를 부과한 것이 아니라고 한 부분일 뿐이었다.[39]

하트의 이러한 오해의 배경에는 그가 1951년의 하버드 로리뷰에서 최근 판결에 대한 평석을 통해 이 사건을 접했기 때문인 것으로 보인다.[40] 하트는 1961년의 「법의 개념」의 미주에서 다음과 같이 파페 박사의 지적을 담고 있다. 하트가 자신의 실수를 「법의 개념」미주에서 인정하는데 그칠 것이 아니라 아예 본문까지 수정하여 논의하였더라면 그의 결론이 다를 수 있었을 것이다. 미주의 내용은 다음과 같다.

> 파페 박사의 지적은 근거가 충분하며 하트에 의하여 논의된 그 사건은 엄격히 가설적인 것으로 여겨졌다, 파페 박사는 실제사례에서 법원은 나치제정법이 자연법을 위반했다면 그 제정법은 불법이라고 하는 이론적인 가능성을 인정한 후에, 문제가 되고 있는 나치제정법은 그것을 위반한 것이 아니라고 판결했음을 보여 주고 있다.[41]

밤베르크주 고등법원 판결문의 영문 완역본은 2008년 더지너스에 의

38) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 271쪽.
39) Hart, 앞의 논문(주 13), 619쪽.
40) 파페(Pappe)도 "이러한 불운의 근원을 찾자면 Harvard Law Review가 기본적으로 사건을 잘못 보고했고, 이 사건에 대한 하트의 설명과 평가는 이 보고서에 기초한 것으로 보인다"고 한다. H. O. Pappe, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era," 23 Mod. L. Rev. 260, 263 (1960). 파페가 하트가 보았다는 밤베르크주 고등법원의 판결에 대한 글은 "Recent Cases," 64 Harv. L. Rev. 996 (1951)에 실려 있으며, 해당 판결은 "Crimial Law - In General - German Citizen who Pursuant to Nazi Statute Informed on Husband for Expressing Anti-Nazi Sentiments Convicted Under Another German Statutes in Effect at Times of Act"으로, 1005-1007쪽에 실려 있다.
41) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 396쪽. 이렇듯이 자신의 논의가 잘못되었다는 것을 알았다면, 하트는 책의 논의도 수정했어야 했을 것이다.

해 소개되었다.[42] 밤베르크주 고등법원 판결의 내용은 효력론 분야에서 중요한 자료이지만, 늦게야 영문으로 번역되었다. 따라서 이 논문에서는 그의 완역본을 제공하기로 한다. 이 판결은 나치정권 시절에 밀고자의 남편에게 사형을 선고한 법관들에게는 무죄를 선고하였고, 밀고자에게는 자유박탈죄의 간접정범을 구성한다고 선고하였다.

2. 악의의 밀고자 사건(grudge informer case)에 대한 고등법원 결정

이 사건은 1949년 7월 27일 결정되어, 5 Süddeutsche Juristen-Zeitung [SJZ] 207 (207-10), 1950년에 게재되었고, 그 내용은 다음과 같다.[43]

1. 소위 배반법("Treachery Act") 내지 명백히 불공정한 국가사회주의 형법을 근거로 재판한 법관은 부적법하게 재판한 것은 아니다. 반면에 그러한 법의 구성요건을 충족한 다른 사람의 행위를 자유로이 결정하여 경찰에 신고한 것은 부적법한 행위이다. 밀고자는 법관이 법관 자신의 판단에 따라 적법하게 야기한 결과에 대한 간접정범이 된다.

2. 어떤 행위가 실정법의 권위에 따라 행해졌다는 사실에 불구하고, 그 행위가 모든 온전한 사람들의 공정성과 정의에 관한 감정(the sense of fairness and justice of all decent people)을 위반하였을 때 그 행위는 형법 제239조의 규정을 침해한 부적법한 것이다.

1944년 10월 피고인은 자신의 지역을 관할하는 독일 사회주의 인민당(NSDAP; National Socialist German Workers' Party)의 지역책임자에게 자신의 남편을 고발하였다, 1940년 남편이 군대에 징집된 이후, 그 부인은 다른 남자들에게 관심을 가지게 되었고, 자신의 남편과 이혼하고자 하는 욕망을 가지게 되었다. 부대 이동 중 하루 자신의 집에 들른 남편은 히틀러와 다른 국가사회주의 정치지도자들에 대해 경멸적인 언행을

42) 더지너스는 1남아프리카 공화국의 University of Witwatersrand에서 학사와 석사를 졸업하고,(1977. 1979) 영국의 Oxford 대학에서 박사학위를 수여받았다. 그는 여러 저서를 썼지만, Hard Case in Wicked Legal Systems(1991, 2010)라는 저서로 널리 알려져 있고, 현재는 University of Toronto에서 법학과 철학 교수로 재직하고 있다.

43) Dyzenhaus, David, "The Grudge Informer Case Revisited," 83 NYUL Rev. 1000, 1032-1034 (2008).

하였다. 예를 들어 “히틀러는 1944년 7월 20일 지옥에 갔어야 했는데” 라고 유감을 표명하였다. 피고인은 이 사실을 지구당 위원장에게 고발하였다. 왜냐하면 그 부인은 그러한 언동을 하는 사람이라면 사람들 사이에서 살기에 적합하지 않다고 믿었기 때문이다. 그러한 고발은 지구당 책임자의 주목을 끌었고, 그는 군사재판에 회부되었다. 그 부인은 군사재판정에서도 증인으로서 남편에 대한 부죄의 증언을 다시 반복하였고, 결국 그 남편은 사형선고를 받게 되었다, 남편은 일주일 넘게 수감되었지만, 결국에는 사형집행이 유예되는 대신에 전선으로 파견되었다.

1심법원은 피고인의 행위가 (형법 제239조 하의) 불법적인 자유박탈죄에 해당하지 않는다고 판결하였다. 왜냐하면 “그 남편에 대한 신고와 구속은 그 남편이 유효한 법규정을 위반하였기 때문이고, 그 구속은 적절하게 이루어진 사법과정의 절차의 결과이기 때문”이라고 보았다. 그러나 남편에게 유죄판결을 내린 군사법원의 절차와 발견의 합법성이 이러한 과정의 개시와 기소로 이끈 피고인의 고발에도 합법성을 부여한다고 1심 법원처럼 가정하는 것은 근원적으로 잘못된 것이다.

밀고함으로써 피고인은 자신의 남편 구속에 대한 1차적 조건을 마련하였다. 그러나 그 부인이 직접적으로 구속하지는 않았고, 구속은 기소당국의 독립적인 결정과 결정권을 가진 법원을 통해 이루어졌다. 따라서 이 사안은 간접정범에 의한 자유박탈 사안이다. 직접정범이 적법하게 행동하였다면 처벌될 수 있는 간접범죄와 같은 것은 없다고 문헌에서 주장되기도 한다.(특히 Metzger, ZStrW Bd. 52, 529 ff. 참조) 그러나 에버마이어와 로젠베르크(Ebermeyer-Rosenberg)를 따라(6판, 형법전 47조에 대한 주석 9 baa 참조), 고등법원은 비록 금지된 결과가 특별한 정당화 사유를 가진 도구에 의해 직접적으로 야기된 때라면, 그 간접정범은 간접적인 가해를 한 것이고, 따라서 형사적인 범죄로 처벌할 수 있다고 결론짓기로 한다. 그와 같은 특별한 정당화사유란 다음과 같다. 한편으로 그러한 특별한 정당화사유란 도구의 특별한 지위에 비추어 그 행위로부터 지속적인 불법성을 박탈하기에 충분한 법적 비중을 수반하는 사유이고, 다른 한편으로 그 사유는 정당화된 도구가 이용되었더라도 야기된 결과에 대한 적법성을 간접정범에게는 부여해 줄 수는 없다. 바로 현재의 사안은 적법하게 행동한 중개자를 가진 간접정범에 대한 형사상 범죄

행위의 가능성을 예시한다.

국가사회주의 지배 하에서 소위 1934년 12월 30일 공포된 배반법 또는 1938년 8월 11일의 특별 전시형사법령의 제5조에 따라 범죄를 구성하는 언행에 대해 재판해 온 이러한 형사법원들은 (민사특별법원이든 군인의 범죄에 관해 관할권을 가진 군사법원이든) 법원법(Court Act) 제1조에 따른 사법상의 책무를 수행하기 위해 이러한 규정들의 실정법을 적용했다. 이러한 규정들은 명시적으로 국가사회주의 지도자들만을 보호하기 위한 것이고, 의심할 여지없이 총체적으로 불공정한 법률이다. 독일 국민 대다수는 이러한 규정들을 공포의 법률로 여겼다. 왜냐하면 이러한 법률들은 개별적인 사안에 대해 잔혹할 수 있는 가혹한 처벌을 허용한 형사상의 제재로 위협했기 때문이었다. 그럼에도 불구하고 그러한 법률이 자연법(law of nature)을 위반한 법으로 분류될 수는 없다. (자연법은 그러한 법들을 적용하는 법관에 대해 불법적으로 행동한 것이고 따라서 비난받아 마땅하다는 추론을 이끌어 낼 수도 있을 것이지만) 왜냐하면 (나치의) 그러한 법들은 문명국가의 의견에서 신이나 인간의 법에 의해 그 자체로 금지된 어떠한 적극적인 행위를 하라고 명령하는 것이 아니었기 때문이다. 이러한 규정들은 오히려 처벌의 고통 하에 부작위, 즉 하지 말 것을 명령하였다. 형사적 제재의 고통 하에 국가사회주의 입법자가 정한 부작위 명령은 사람들에게 법률에 규정된 부작위 이상의 행동을 할 책무를 부과한 것은 아니다. 따라서 법관이 전형적인 국가사회주의 법률에 의해 판결을 내리고 처벌할 때일지라도 그는 불법적으로 행동한 것은 아니다. 법관이 자연법에 명백히 반하는 법을 이행하였을 때에만 법관에 대해 고소가 행해질 수 있고 행해져야 하는 것이다.

그러나 실정적인 법적 (의무) 규정이 없을 때 다른 사람의 배반적인 발언을 신고하여 법률적용에 시동을 건 사람이 정당화된다고 결론 내려서는 안 된다. 법관과는 달리, 그는 자신에게 부과된 책무, 즉 권위에 대한 특별한 복종으로 인한 책무, 다시 말해 이러한 규정들에 근거한 국가사회주의 국가의 처벌권한의 실현을 요구하는 책무를 수행하는 것이 아니기 때문이다. 대신에 그는 모든 시민에게 부여된 신고할 권한에 의거하여 (신고할 의무는 없지만) 행동했던 것이다. 피신고자에 대한 어떤 또는 가능한 심각한 결과를 의식하면서 의도적으로 신고한 자는 국가사회

주의의 지배 하일지라도 그들이 만들어 놓은 공간을 넘어서 잔존하는 윤리적 견해와 온당성에 의해 저주된다. 그의 신고는 권력자에 의해 유포된 해석에는 어울리지만 독일인의 도덕적인 오로지 권위적인 의견에 의할 때 불법적이다. 따라서 그러한 행위는 독일형법전 제239조를 침해한다. 그러한 행위가 비록 공식적인 실정권위의 행사를 통하여 일어났을 때일지라도 그러한 권위의 행사가 모든 온전한 사람들의 공정성과 정의에 관한 감정을 침해할 정도로 다른 사람에게 매우 중대한 결과를 가져온다면 불법적이다.

더구나 피고인은 의도적으로 행동하였다. 그 부인은 공통의 경험으로부터 자신의 남편에 대한 신고로 남편이 적어도 구금의 처벌을 받게 할 것이라는 알고 있었다. 아무리 못하더라도 그 부인은 그러한 결과의 위험을 의식적으로 감행하였다. 진정 그녀 자신의 신고 이유로 표현된 확신(“그러한 언동을 한 사람은 인간들 사이에서 살기에 적합하지 않다”)은 그녀의 의도가 남편을 처벌하는데 있다는 것을 폭로한다. 따라서 그녀는 자신의 남편의 죽음은 아닐지언정 남편의 자유를 박탈하려는 특별한 의도를 가지고 행동했다는 결론을 지지한다.

따라서 이 부인의 행위는 형법전 239조의 자유박탈죄의 모든 요건을 구성한다.

3. 악의의 밀고자 사건에 대한 하트의 입장

하트의 주장은 다음과 같다. ① 밀고자와 같은 사악한 행위를 한 자는 처벌받아야 한다. 왜냐하면 1934년의 배반법은 법적으로 효력을 가지지만, 그 법은 너무나 사악하여 적용되어서도 안되고, 준수해서도 안 된다는 것이 하트의 원칙론이기 때문이다. ② 그러나 방법론적으로 1934년의 배반법의 법의 효력을 부정하는 조치가 필요하다. ③ 자연법을 동원하여 처벌해서는 안 된다. 하트는 밤베르크주 고등법원이 자연법을 근거로 1934년 법을 무효라고 판결했다고 보았다. ④ ③은 하트가 오해한 것이었다. 결론적으로 하트에 따르면, 밀고자는 처벌되는 것이 정당하지만, 1934년의 배반법에 대해 소급입법을 통해 무효화하는 것이 선행되어야 한다. 다음은 하트가 「법의 개념」에 적은 결론이다.

바로 법이 없으면 범죄와 형벌이 없다는 죄형법정주의의 원칙이다. 만일 이 원칙을 잠식함으로써 그 희생보다 더 큰 해악이라고 생각되는 것을 회피하려고 한다면 당면문제가 되어 있는 논점을 명확하게 인식하는 것이 긴요하다. 소급 처벌의 사례가 당시 위법한 처벌이라는 통상적인 사례처럼 보이게 처리해서는 안 된다. 단순한 실증주의 이론의 입장에서는 적어도 도덕적으로 사악한 규칙도 여전히 법이며, 그리고 이것은 극단적인 상황에서 해악 중에서 어떤 선택이 이루어지지 않으면 안되는 것을 숨기지는 않는다고 주장할 수 있다는 것이다.[44]

그러나 밤베르크주 고등법원은 밀고자를 밀고 당시 존재했던 법에 따라 처벌한 것이고, 밀고자를 처벌하는데 소급입법이 필요하다고 보지 않았다. 필자는 하트의 처리방식에 대해 의문을 제기하고자 한다. 그의 공식은 되풀이하면 “이것은 (사악할지라도) 법이다. 그러나 그것은 너무도 사악하여 적용되거나 준수되어서는 안 된다”는 것이다. 그 공식은 정당하다. 다만 하트는 과거청산을 위해서는 소급입법이 행해져야 한다고 주장한다. 그 이유는 다음과 같다. 1934년의 밀고법도 효력이 있는 법이기 때문이다. 효력이 있는 법이라면 그것을 무효로 하는데 적절한 조치를 해야 한다.

그러나 사안이 반인륜적인 범죄를 저지른 것이라면, 그를 처벌하는데 소급입법이 필요할까? 소급입법을 하지 않는다고 하더라도 법원리에 따라 그러한 자를 처벌하는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다.

IV. 결론

이 논문은 사악한 법의 효력에 관한 것이었다. 사악한 법의 효력은 법적 효력과 도덕적 효력의 갈등문제로 보는 것이 약한 자연법론과 포용적 법실증주의의 논의의 방향이다. 물론 사악한 법의 법적 효력을 부정하는 강한 자연법론이 있다는 것을 부정하는 것은 아니다. 또한 법적 효력을 앞세우는 법이론(통속적 법실증주의)이 있지만, 그 세력이 학문적으로 미미하다는 것도 기억되어야 할 것이다. 필자는 사악한 법의 문제를 법적 효력과 도덕적 효력의 양자 간의 갈등으로 파악하는 이론이 타당할 것이

44) 오병선 역, 앞의 책(주 5), 276쪽.

라고 잠정적으로나마 지지한다. 요즈음 대부분의 학생들도 사악한 법의 법적 효력을 긍정하기 때문이다.[45] 학생들의 답변에는 우리 법문화의 현주소가 담겨 있을 것이다.

이 논문의 후반부에서는 나치정권의 청산문제를 다루었다. 밤베르크주 고등법원의 판결을 소개하고 하트의 논의를 다루었다. 하트는 과거청산의 방법으로 소급입법의 제정이 필요하다고 주장했지만, 다양한 정치적 상황을 연상할 수 있기에 소급입법의 제정이 필수적인 것은 아니라고 결론짓고자 한다.

45) 필자는 법철학 수강생들에게 악법도 법으로 보는가의 질문을 했던 적이 있고, 2020년 1학기에는 대다수의 학생이 법으로 보는 것이 맞다고 생각한다고 답하였다. 필자보다 꾸준하고 더욱 포괄적으로 조사한 이상영 교수도 필자의 조사 결과에 대해 자신의 조사결과와 일치한다고 말해 주었다. 본문에서 법의식 조사라든가 사학적 탐구가 선행되는 것이 좋다고 언급했지만, 잠정적으로나마 악법의 법적 효력을 인정하는 입장을 취하기로 한다.

(논문투고일: 2020.12.03, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

최봉철

사악한 법, 법적효력, 도덕적 효력, 밤베르크주 고등법원, 악의의 밀고자

【참 고 문 헌】

I. 단행본

김영환, 「법철학의 근본문제」 제1판, 홍문사, 2006.
김영환, 「법철학의 근본문제」 제3판, 홍문사, 2012.
드워킨, 염수균 역, 「법과 권리」, 한길사, 2010.
라드브루흐, 최종고 역, 「법철학」, 삼영사, 1975.
심재우, 「열정으로서의 법철학 - 심재우 교수 법철학 선집 1」, 박영사, 2020.
심헌섭, 「법철학 I - 법·도덕·힘 -」, 법문사, 1982.
심헌섭, 「법철학」초판, 한국방송통신대 출판부, 1993.
이상영 & 김도균, 「법철학」 한국방송통신대 츨판부. 2011.
이재승, G. 라드브루흐의 법실증주의와 법률적 불법이론에 관한 연구, 서울대, 법학박사논문, 1997.
알렉시, 이준일 역, 「법의 개념과 효력」, 길안사, 2000.
잘리거, 윤재왕 역, 「라드브루흐 공식과 법치국가」, 길안사, 2000.
치펠리우스, 양화식 역, 「법철학」, 지산, 2001.
플라톤, 박종현 역, 「플라톤의 법률」, 서광사, 2009.
하트, 오병선 역, 「법의 개념」, 아카넷, 2001.
한인섭, 「과거청산과 법치주의의의 과제」서울대 교재, 1997.
홍성방, 「법학입문」, 신론사, 1997.

Aarnio, Aulius, Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, Ashgate, 1997.
Alexy, Roberto, tr. by Paulson, Stanley L. & Bonnie Litschewski, The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism, Clarendon, 2002.
Aquinas, Summa Theologiae, Blackfriar, 1974.
Aristotle, tr. by Terence Irwin, Nichomachean Ethics, Hackett, 2000.

Finnis, John, Natural Law & Natural Rights 2nd ed., Oxford Univ. Press, 2011.

Peczenik, Aleksander, Scientia Juris, Springer, 2005.

Raz, Joseph, The Authority of Law, 2nd ed., Clarendon Press, 2009.

Wroblewski, Jerzey, The Judicial Application of Law, Kluwer Academic Press, 1992.

II. 논문

라즈, 권경휘 역, “법의 효력,” 법철학연구 13/2 (2010)

최봉철, “법의 효력,” 법철학연구 17/3 (2014)

Dyzenhaus, David, “The Grudge Informer Case Revisited,” 83 NYUL Rev. 1000 (2008).

Hart, H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

Kretzmann, Norman, “Lex injusta non est lex,” 33 Am J. Juris. 99 (1988).

Note, “Recent Cases,” 64 Harv. L. Rev, 1005 (1951).

Pappe, H. O., “On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era,” 23 Mod. L. Rev. 260 (1960).

Abstract

Validity of Iniquitous Laws

Choi Bongchul

This paper aims at exploring two issues. First, it examines the validity of wicked laws. For the purposes, this paper classified validity into legal one and moral one, and legal theories into four categories which are named such as the validity theory of strong natural law theories, the validity theory of weak natural law theories, the validity theory of crude legal positivism and the validity theory of academic legal positivism. The representatives of each theory are as follows; those of the strong natural law theories are St. Augustine, Radbruch since published his paper in 1946, and Roberto Alexy, those of the weak natural law theories St. Aquinas, those of crude legal positivism Radbruch at 1932 and Erwin Griswold, and those of the last one H.L.A. Hart and Joseph Raz. Among the four theories of validity, the strong natural law theory took the view to deny the legal validity of which the laws are not satisfied with the substantive requirements. In opposition to it, weak natural law theories and academic legal positivism argues that the legal validity are affirmed in so far as the law satisfies only the formal and procedural requirements. The crude legal positivism are different from those three theories in that it claims the observance of the demand of valid laws when in conflict with valid moral claims.

Second, this paper explores the decision of the court of appeal of Bamberg province concerning the grudge informer during Nazis era and Hart's evaluations on the decision. However, Hart misunderstood the decision though he admitted his misunderstanding on reading the article of Pappe. He should have rectified his argument. By dint of Professor Dyzenhaus' English

translation of 2008, the readers who are not good at German can approach and understand the decision. Though Hart maintained that the results of iniquitous laws of the past regime should be corrected by enacting a retrospective law which makes the past unjust laws void, I do not agree on his argument. For it is more important that the results of past wicked regime should be redressed than that they are corrected by enacting a retrospective law. It is not possible or easy to legislate such a law if the political situation does not allow timely legislation on account of supporters of old regime.

Choi Bongchul

Iniquitous laws, legal validity, moral validity, Bamberg Court of Appeal, grudge informer

일본에서의 혐오표현 규제에 관한 연구

김연진*
지성우**

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 일본 헌법상 표현의 자유와 혐오표현 규제의 근거
1. 일본 헌법의 규정
2. 일본 헌법상 표현의 자유 및 혐오표현 규제의 원리
3. 표현의 자유에 대한 제한으로서의 혐오표현
4. 일본 헌법상의 표현의 자유와 혐오표현 규제에 대한 평가
Ⅲ. 일본 법률과 조례상 혐오표현 규제
1. 법률과 조례에서의 혐오표현 관련 규범구조와 내용
2. 일본 혐오표현 규제 관련 법률·조례에 대한 입법적 평가
3. 한국의 혐오표현 규제
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

“약속이란 사람끼리 하는 것이다. 사람과 조센징 사이에 약속이란 성립하지 않는다(約束というものは人間同士がするものなんですよ。人間と朝鮮人では約束は成立しません)”. 이는 ‘재일 특권을 허용하지 않는 시민모임(在日特権を許さない市民の会)’이 교토조선제1초급학교 앞에서 외친 말이다. 최근 일본 극우단체들은 거리에서 빈번하게 혐한시위를 하고 있으며, 시위의 양상은 점차 과격해지고 있다. 혐오표현(ヘイトスピーチ)은 혐오범죄(ヘイト·クライム)로 이어질 수 있어 규제의 필요성이 대두되고 있다.

* 제1저자(주저자), 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정
** 교신저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

일본 헌법 제21조에서는 표현의 자유에 대해 규정하고 있으나, 일본 헌법 제13조의 '공공의 복지'와 일본 헌법 제14조의 평등권 규정은 혐오표현 규제를 위한 헌법적 근거가 된다. 또한, 「본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 시책 추진에 관한 법률(本邦外出身自に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)(이하 '헤이트스피치해소법(ヘイトスピーチ解消法)'이라 함)」(2016. 6. 3)을 마련하여 혐오표현을 규제하고 있다. 온라인상 혐오표현은 2001년에 제정된「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)(이하 '프로바이더책임제한법(プロバイダー責任制限法)'이라 함)」을 통하여 규제되고 있다. 「프로바이더책임제한법」에서는 '송신차단조치' 및 '발신자 정보 개시청구'를 통해 온라인상 혐오표현에 적절히 대처하고 있다. 이외에도 일본 「형법」의 모욕죄와 명예훼손죄, 위력에 의한 업무방해죄 등으로도 혐오표현은 규제되고 있다.

혐오표현에 관한 일본 지방공공단체(地方公共団体)의 조례로는 대표적으로 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例)」(2014. 9. 3)와「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례(川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例)」(2019. 12. 12)가 있다. 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」는 최초로 혐오표현자에 대한 벌금형을 부과하는 등 형사처벌규정을 마련하였다는 점에서 의의가 있다.

인간의 존엄성 및 평등권을 침해하는 경우에는 표현의 자유가 제한되어야 할 것이다. 그러나, 혐오표현의 규제를 강화하게 되면 표현의 자유의 위축현상이 일어나므로 실제 규제는 일부의 한정적인 혐오표현을 대상으로 하여야 할 것이다. 또한, 혐오표현은 '해악성'으로 말미암아 제한에 있어 엄격한 심사방식을 따르기보다는 '내용중립적 규제'에 의하여야 한다.

Ⅰ. 들어가는 말

“조선인들은 일본에서 나가라”, “너희들이 일본인들을 죽이고 여기 땅 빼앗은 것 아닌가?”, “조선인 죽어라”. 이는 일본의 대표적인 극우단체인 ‘재일 특권을 허용하지 않는 시민모임(在日特権を許さない市民の会)’(이하 ‘재특회’라 함)이 재일코리안들이 다니는 교토조선제1초급학교 앞에서 외친 구호이다. 최근 일본에서는 혐한(嫌韓) 기류가 거세지고 있다. ‘재특회’를 비롯한 일본 극우단체들이 혐한(嫌韓)시위 및 가두선전(街宣, がいせん)을 하고 있고, 인터넷에서는 재일코리안에 대한 혐오표현(ヘイトスピーチ)이 확산되고 있다.

이에 2016년에 「본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 시책 추진에 관한 법률(本邦外出身自に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)」(이하 ‘헤이트스피치해소법(ヘイトスピーチ解消法)’이라 함)이 제정되었으나, 동(同) 법률은 추상적인 지침만 제공하여 실효적으로 혐오표현을 규제하지 못하였다. 한편, 온라인상 혐오표현 확산 방지는 2001년에 제정된 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)(이하 ‘프로바이더책임제한법(プロバイダー責任制限法)’이라 함)」을 통하여 이루어지고 있었다.

종래 일본에서는 「형법」에서 명예훼손죄와 모욕죄 및 위력에 의한 업무방해죄 등을 통하여 개별적으로 혐오표현을 규제하고 있었다. 그러나 불특정한 집단에 대한 명예훼손죄 및 모욕죄가 인정되지 않기 때문에 혐오표현을 적절히 규제할 수 없었다. 또한 일본에서의 혐오표현은 재일(在日) 코리안을 대상으로 하고 있어 혐오표현에 대처할 입법의 필요성이 커지게 되었다. 이에 따라 「오사카시(市) 헤이트스스피치대처에 관한 조례」가 제정되었다. 「헤이트스피치해소법」 또한 이러한 맥락에서 제정된 것이다.

2014년에 제정된 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例)」 역시 형사처벌규정을 마련하지 않아 혐오표현에 대한 규제가 제대로 이루어지지 않았다. 이러한 문

제점들을 개선하고 반영하여 2019년에 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례(川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例)」가 제정되었다. 즉, 일본 최초로 혐오표현자에 대한 벌금형을 부과하는 형사처벌규정이 마련된 것이다.

다만, 혐오표현을 규제함에 있어 표현의 자유가 위축될 수 있으므로, 표현의 자유에 대한 충분한 보장이 이루어져야 한다. 이에 따라 민주주의의 근간을 뒤흔드는 극한적인 혐오표현에 한정하여 제한이 이루어져야 하며, '내용중립적 규제'가 요구된다.

이하에서는 이러한 일본 법제를 중심으로 한 일본에서의 혐오표현 규제를 검토하려고 한다. 이를 위해서는 일본 헌법을 살펴보고 「헤이트스피치해소법」과 「프로바이더책임제한법」 및 일본 「형법」을 검토하려고 한다. 또한, 「오사카시(市)헤이트스피치대처에 관한 조례」 와 더불어 새롭게 제정된 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」를 함께 보면서 표현의 자유와의 조화를 통한 혐오표현 규제를 논의하려고 한다.

Ⅱ. 일본 헌법상 표현의 자유와 혐오표현 규제의 근거

1. 일본 헌법의 규정

가. 헌법 제21조의 표현의 자유

일본 헌법은 제21조에서 "① 집회, 결사 및 언론, 출판, 기타 일체의 표현의 자유는 이를 보장한다. ② 검열은 이를 하여서는 아니 된다. 통신의 비밀은 이를 침해하여서는 아니 된다."[1]라고 규정하면서 표현의 자유를 강하게 보장하고 있다.

특이한 점은, 일본 헌법 제21조 제1항에서 표현의 자유에 대해 규정하면서 집회・결사의 자유를 먼저 내세운 후 언론·출판의 자유를 규정하였

1) 日本国憲法 第二十一条 "集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。
○2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。"
(일본국헌법 제21조 "① 집회, 결사 및 언론, 출판 기타 일체의 표현의 자유는 이를 보장한다.
② 검열은 이를 하여서는 아니 된다. 통신의 비밀은 이를 침해하여서는 아니 된다.")

다는 점이다. 우리 헌법 제21조[2] 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 하면서 언론·출판의 자유를 먼저 규정한 후 집회·결사의 자유를 이후에 규정하고 있다. 즉, 일본 헌법은 우리의 헌법과 다른 규정형식으로 말미암아 집회·결사의 자유를 더욱 강조하고 있는 듯한 인상을 주고 있으며, ‘기타 일체의’ 표현의 자유를 보장한다고 함으로써 우리보다 더 표현의 자유를 강하게 보장하려는 의지를 보이고 있다.

다만, 일본은 지방자치단체의 조례인 공안조례(公安条例)를 통해 집회 및 시위를 규제하고 있다.[3] 도쿄(東京都)에서는 ‘집회, 집단행진 및 집단시위운동에 관한 조례(集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例)’와 ‘확성기에 의한 폭소음 규제에 관한 조례’(拡声機による暴騒音の規制に関する条例)를 마련하여 집회와 시위를 규제하고 있다.[4]

나. UN 「인종차별철폐조약」 제4조에 대한 유보

UN은 각국이 차별 철폐를 위해 보다 구체적인 조치를 이행할 수 있도록 의무를 부여하는 조약의 필요성을 절감하여 1965년 제20회 UN 총회에서 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제조약」(이하 ‘인종차별철폐조약’이라 함)을 채택하였다.[5] 일본 정부는 차별사상의 유포나 차별선동을 ‘법률로 처벌해야 하는 범죄’로 규정한 UN 「인종차별철폐조약」 제4조[6]를 ‘유보’하는 입장을 취하였다.[7]

---

2) 헌법 제21조 “① 모든 국민은 언론・출판의 자유와 집회・결사의 자유를 가진다.
② 언론・출판에 대한 허가나 검열과 집회・결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③ 통신・방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④ 언론・출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론・출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”

3) 장민영, “인권법 측면에서 일본의 혐한 시위의 문제점 및 우리 사회에의 시사점 연구”, 「중앙법학」 제17집 제4호 (중앙법학회, 2015) 54쪽.

4) 손형섭, “일본에서 온·오프라인의 혐오표현과 그 규제에 관한 연구”, 「유럽헌법연구」 제33호 (유럽헌법학회, 2020) 393쪽.

5) 「인종차별철폐조약」은 UN총회에서 1965년에 채택되었으나 1969년에 발효되었다. 이에 대한 자세한 사항은 문연주, “일본의 혐오표현과 규제 : 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로”, 「일본연구논총」 제39권 (현대일본학회, 2014) 100쪽 참조.

6) 「인종차별철폐조약」 제4조. “체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오

이에 대해 UN 인종차별철폐위원회에서는 2001년, 2010년 및 2014년에 일본 정부에 대해 「인종차별철폐조약」 제4조 (a)와 (b)의 유보를 철회하고 혐오표현을 형사처벌할 것을 계속적으로 권고하였다.[8)9)] 또한, 동(同) 위원회는 "혐오표현 확산에 대한 보고에 대해 우려하고 있는 바, 우익 운동 또는 인종 차별 시위와 외국인 및 소수 민족, 특히 한국인에 대한 집회를 조직하는 단체에 의한 당사국에서의 임박한 폭력 선동에 대해 염려하고 있다."[10)]고 하면서 일본에서의 혐한현상을 우려하였다.

와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 체약국은 이같은 차별을 위한 모든 선동 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 체약국은

(a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 선동에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 선동을 법에 의거하여 처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 법에 의거하여 처벌해야 하는 범죄로 선언한다.

(b) 인종차별을 촉진하고 선동하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시킨다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 법에 의거하여 처벌하는 범죄로 인정한다.

(c) 국가 또는 지방의 공공기관이나 또는 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무하는 것을 허용하지 아니한다."

7) 일본은 1995년 12월 15일 UN의 「인종차별철폐조약」 비준 시 "일본국 헌법 하에서의 집회, 결사, 표현의 자유, 그 밖의 권리 보장과 정합하는 범위 내에서 이러한 규정에 근거한 의무를 이행한다"고 하여 실제로는 제4조를 '유보'한다는 방침을 취하였다. 이에 대하여는 문연주, "앞의 논문", 2014, 105~106쪽 참조.

8) 배상균, "일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토 : 헤이트스피치해소법을 중심으로", 「형사정책연구」 제28권 제2호 (한국형사정책연구원, 2017) 68~69쪽; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan", CERD/C/JPN/CO/7-9, 2014, p. 3, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/JPN/CERD_C_JPN_CO_7-9_18106_E.pdf (최종검색일 2020. 8. 9).

9) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan", p. 3. "Compliance of legislation with article 4. The Committee encourages the State party to review its position and again consider withdrawing its reservation to sub-paragraphs (a) and (b) of article 4. Recalling its general recommendations No. 15(1993) and No. 35(2013) on combatting racist hate speech, the Committee recommends that the State party take appropriate steps to revise its legislation, in particular its Penal Code, in order to give effect to the provisions of article 4."

10) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan", p. 3. "Hate speech and hate crimes. The Committee is concerned about reports of the spread of hate speech including

한편, UN 자유권규약위원회는 2014년 8월 20일 일본 정부의 제6회 정기보고서를 심사하면서 최종의견을 채택하였으며, "체약국(일본)은 차별, 적의 또는 폭력의 선동으로 인종적인 우월 또는 증오를 제기하는 모든 선전을 금지해야만 하며, 또는 그러한 선전을 확산시키기 위한 시위행위를 금지해야 한다. … (중략) … 체약국은 또한 인종차별주의적 공격을 방지하고, 혐의자를 철저히 수사하고 기소하여 유죄판결을 받은 경우에는 적절한 제재에 따라 처벌되도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다."[11][12]고 권고하였다. 동(同) 위원회는 "한국인, 중국인 또는 부락민(部落民, ぶらくみん)과 같은 소수집단의 구성원에 대한 증오와 차별을 선동하는 광범위한 인종차별적 담론과 형법과 민법에서 그러한 행위에 대해 부여되는 불충분한 보호조치들에 대해 우려를 표명한다."[13]고 하면서 일본에서의 혐오표현을 제어하는 장치를 마련할 것을 권고하고 있다.

즉, 일본에서는 UN 「인종차별철폐조약」 제4조 (a)와 (b)가 일본 헌법 제21조와 긴장관계에 있다고 보아 이에 대하여 유보를 하였는 바[14], 이에 따라 일본 정부는 혐오표현과 관련하여 처벌을 해야 할 국제법상

---

incitement to imminent violence in the State party by right-wing movements or groups which organize racist demonstrations and rallies against foreigners and minorities, in particular Koreans."

11) 배상균, "앞의 논문", 2017, 69쪽; Human Rights Committee, "Concluding observations on the sixth periodic report of Japan", CCPR/C/JPN/CO/6, 2014, p. 4, http://ccprcentre.org/doc/2014/07/CCPRCJPNCO6_E.pdf (최종검색일 2020. 8. 9).

12) Human Rights Committee, "Concluding observations on the sixth periodic report of JapanJapan", p. 4. "Hate speech and racial discrimination. "The State should prohibit all propaganda advocating racial superiority or hatred that incites discrimination, hostility or violence, and should prohibit demonstrations that are intended to disseminate such propaganda. … The State party should also take all necessary steps to prevent racist attacks and to ensure that the alleged perpetrators are thoroughly investigated, prosecuted and, if convicted, punishe with appropriate sanctions."

13) Human Rights Committee, "Concluding observations on the sixth periodic report of Japan", p. 4. "Hate speech and racial discrimination. The Committee expresses concern at the widespread racist discourse against members of minority groups, such as Koreans, Chinese or Burakumin, inciting hatred and discrimination against them, and the insufficient protection granted against those acts in the Criminal and Civil Codes."

14) 서보건, "차별적 표현규제를 위한 일본의 인권옹호법안의 검토", 「유럽헌법연구」 제19호(유럽헌법학회, 2015), 136쪽.

의무는 없다.[15] 이러한 흐름에 따라 일본에서는 혐오표현 규제에 소극적으로 대처해왔던 것으로 여겨진다. 또한, 일본에서는 「형법」 제230조의 명예훼손죄와 제231조의 모욕죄를 통하여 혐오표현자를 처벌해왔으나, 특정성을 결여한 단체에 대한 명예훼손죄 및 모욕죄가 인정되지 않아 규제가 부분적으로 이루어졌던 것이다. 그러나 최근 혐오표현이 거세지자 일본에서는 「헤이트스피치해소법」과 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례」 및 혐오표현자에 대한 형사처벌규정을 담은 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」를 제정하여 혐오표현 규제에 관한 입법의 틀이 마련되고 있다. 일본 혐오표현에 관한 법제는 점차 독일과 미국의 법제의 중간지점에 있는 것으로 보인다. 다시 말해, 혐오표현을 적극적으로 규제하는 독일과 표현의 자유를 중시하는 미국의 법리를 절충한 것으로 보인다.

2. 일본 헌법상 표현의 자유 및 혐오표현 규제의 원리

가. 표현의 자유의 중요성

표현의 자유는 의사표현의 자유를 주된 내용으로 하고 있는 기본권으로[16], 민주주의의 토대를 형성하여 정치·사회질서의 중추신경에 해당하는 중요한 기본권으로 강하게 보호되어 왔다.[17][18] 또한 국민이 표현의 자유를 실현하면서 민주주의라는 객관적 가치질서가 형성되므로 이러한 의미

15) 市川正人, “表現の自由とヘイトスピーチ”, 「立命館法学」 2015年 2号 (360号), (2015) 124(518)~125(519)頁.

16) 넓은 의미의 표현의 자유는 언론·출판·집회·결사의 자유이며, 좁은 의미의 표현의 자유는 언론·출판의 자유를 의미하고, 최협의의 표현의 자유는 의사표현의 자유를 의미한다. 이에 관하여는 정종섭, 「헌법학원론」, 제12판, (박영사, 2018) 611쪽 참조.

17) 권영성, 「헌법학원론」, 개정판, (법문사, 2007) 487쪽; 문광삼, 「한국헌법학」, 개정판, (삼영사, 2011) 542쪽; 성낙인, 「헌법학」, 제20판, (법문사, 2020) 1250쪽; 양 건, 「헌법강의」, 제6판, (법문사, 2016) 590쪽; 장영수, 「헌법학」, 제12판, (홍문사, 2020) 667쪽; 전광석, 「한국헌법론」, 제13판, (집현재, 2018) 359쪽; 정종섭, 「위의 책」, 2018, 613쪽; 한수웅, 「헌법학」, 제10판, (법문사, 2020) 749~750쪽; 허 영, 「한국헌법론」, 전정14판, (박영사, 2019) 605쪽; 홍성방, 「헌법학」, 개정4판, (현암사, 2007) 481쪽.

18) 토마스 제퍼슨은 “언론 없는 정부보다 정부 없는 언론을 택하겠다.”고 주장하면서 표현의 자유의 중요성을 강하게 주장하였다. 이에 대하여는 지성우, “가짜뉴스와 언론·미디어의 공적 책임”, (한반도선진화재단, 2017) 17쪽 참조.

에서 표현의 자유는 그 중요성이 상당하다고 할 것이다.[19]

일본 최고재판소는, “헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유는 민주주의 국가의 정치적 기반이 국민의 기본적 인권 중에서도 특히 중요한 것으로 법적으로도 함부로 제한할 수 없는 것이다”라고 판시하였다. 또한, 일본 최고재판소는 북방저널사건(北方ジャーナル事件判決)에서 “주권이 국민에 속하는 민주주의 국가는 그 구성원인 국민이 대략 어떠한 주의(主義) 주장(主張) 등을 표명함과 동시에 이러한 정보를 상호수령(相互受領)할 수 있으며, 그 중에서 자유의사를 가지고 자기가 정당하다고 믿는 것을 채용함으로써 다수 의견이 형성되고 그러한 과정을 통해 국정을 결정하는 것을 그 존립의 기초로 하고 있으므로 표현의 자유, 특히 공공적 사항에 관한 표현의 자유는 특히 중요한 헌법상의 권리로 존중해야 하며, 헌법 제21조 제1항의 규정은 그 핵심에 대한 취지를 포함하는 것으로 해석된다.”라고 하면서 표현의 자유의 중요성을 뒷받침하는 ‘자기통치’의 가치를 설명하고 있다. 또한 나리타신법판결(成田新法訴訟判決)에서 일본 최고재판소는 “국민이 다양한 의견과 정보 등을 접하여 자기의 사상과 인격을 형성, 발전시킨다”고 하면서 인격 형성에 있어서의 중요성을 인정하는 자기실현의 가치도 설시하고 있다.[20]

이러한 일본 최고재판소의 판시는 ‘자기통치(self-governance) 이론’과 ‘자기실현(self-fulfillment) 이론’을 바탕으로 하고 있다. 또한 ‘자기통치 이론’과 ‘자기실현 이론’ 뿐만 아니라 표현의 자유의 중요성을 설명하는 이론으로 대표적인 ‘사상의 자유로운 시장(marketplace of ideas) 이론’도 있다.[21]

‘사상의 자유로운 시장 이론’은 표현의 자유 이론의 핵심인 것으로[22]

---

19) 권영성, 「앞의 책」, 2007, 301~303쪽; 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 986~988쪽; 한수웅, 「앞의 책」, 2020, 428~429쪽; 홍성방, 「앞의 책」, 2007, 269~271쪽.

20) 市川正人, “表現の自由とヘイトスピーチ”, 「立命館法学」 2015年 2号 (360号), (2015) 123(517)頁: 北方ジャーナル事件判決·最大判昭和61年6月11日民集40巻4号 872頁, 成田新法訴訟判決·最大判平成4年7月1日民集46巻5号 437頁 참조.

21) 문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유 - 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로 -,” 「공법연구」 제39집 제3호 (한국공법학회, 2011) 123쪽; 박용숙, “혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구”, 「법학논총」 제38권 제2호 (전남대학교 법학연구소, 2018) 44쪽.

22) 田代 亜紀, “表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として”, 「専修ロージャーナル」第12号, (専修大学法科大学院, 2016) 123頁.

정부가 사상의 타당성 여부를 판단할 것이 아니라 자유로운 의견교환을 통해 진리를 찾아야 한다고 보며,[23] 자유로운 의견교환을 통하여 혐오표현이 퇴출될 수 있다고 주장한다.[24] '자기통치 이론'은 사회 전체의 민주주의 과정에 핵심을 두며, '자기실현 이론'은 의견형성·전달을 통한 인격형성에 주목하고 있다.[25] 이러한 이론들은 공통적으로 표현의 자유를 중시하고 있다. 다만, '사상의 자유로운 시장 이론'은 국가의 개입을 최소화하고, '자기통치 이론'은 정치적 표현의 자유에 초점을 두고 있으며, '자기실현 이론'은 표현에 대한 탄압을 지양한다는 점에서 각 이론이 중점을 두고 있는 부분이 있다.[26]

위 입장들은 혐오표현을 규제할 경우 다양한 부작용이 있을 수 있다고 지적한다. 즉, 표현의 자유를 지나치게 제한하면 위축효과(Chilling Effect)가 발생할 수 있고, 정부의 자의적인 규제도 발생할 수 있으며, 규제는 새로운 형태의 '검열'을 낳을 수 있다고 하고 있다.[27] 그러나 '사상의 자유로운 시장 이론'과 '자기통치 이론' 및 '자기실현 이론'에 대해서도 문제점이 제기된다. 즉, '사상의 자유로운 시장 이론'은 시장의 실패로 귀결될 가능성이 높고, '자기통치 이론'은 어느 것이 보호받는 정치적 표현인지 구분하기 어려우며, '자기실현 이론'은 표현의 자유를 지나치게 보호한다는 것이다.[28]

---

23) '사상의 자유로운 시장 이론'은 경제학자 애덤스미스(Adam Smith)의 자유방임주의(laissezaire) 및 정부의 불간섭주의(noninterventionism)를 바탕으로 전개된 이론으로 국가의 사상판단을 지양하는 입장이다. 이에 대하여는 박용숙, "앞의 논문", 2018, 44쪽.

24) 박해영, "혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰", 「공법학연구」 제16권 제3호 (한국비교공법학회, 2015) 157~158쪽.

25) 小谷順子, "憎惡表現(ヘイトスピーチ)の規制の合憲性をめぐる議論", 「SYNODOS」, 2013, http://synodos.jp/society/4013 (최종검색일 2020. 8. 30).

26) 박용숙, "앞의 논문", 2018, 44쪽.

27) 검열은 표현의 자유에서 경계하는 것으로 사전검열금지가 원칙인 바, 이 입장은 혐오표현에 대한 지나친 규제가 검열을 불러일으킬 수 있음을 강하게 우려하고 있다. 이에 대하여는 권영성, 「앞의 책」, 2007, 505쪽; 문광삼, 「앞의 책」, 2011, 550~557쪽; 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 1251쪽; 양 건, 「앞의 책」, 2016, 605~617쪽; 장영수, 「앞의 책」, 2020, 677쪽; 전광석, 「앞의 책」, 2018, 375~378쪽; 정종섭, 「앞의 책」, 2018, 631~635쪽; 한수웅, 「앞의 책」, 2020, 773~777쪽; 홍성방, 「앞의 책」, 2007, 492~493쪽 참조.

28) 박용숙, "앞의 논문", 2018, 45~46쪽.

나. 혐오표현 규제의 필요성

인간의 존엄성을 침해하는 혐오표현은 규제되어야 한다. 인간의 존엄과 가치는 헌법상 최고의 근본규범이며, 모든 기본권보장의 목적이 되는 객관적 헌법원리이므로 이를 침해하는 행위는 위헌이다.[29][30] 인간의 존엄성을 침해한 대표적인 예는 독일 나치(Nazis) 정권하에서의 유대인 학살사건(Holocaust)을 생각해볼 수 있다. 독일은 제1차 세계대전에 패배함으로써 막대한 전쟁배상금을 부담하게 되었는 바, 이를 해결하기 위해 등장한 히틀러는 독일 국민들의 압도적인 지지를 받아 집권하였다. 그러나 히틀러의 나치는 제2차 세계대전을 일으켰을 뿐만 아니라, 유대인 말살정책과 대량학살(Holocaust)을 자행하여 인간의 존엄성을 무너뜨리는 심각한 인권침해를 초래하였다.

이에 대한 반성으로 현재 독일에서는 나치를 찬양하거나 부인하는 자를 독일 「형법」 제130조 대중선동죄에 의해 처벌하고 있다. 나치를 찬양하거나 부인하는 것을 '아우슈비츠 거짓말(Auschwitz Lie)'이라고 하는데 이는 유대인이라는 특정 인종을 혐오하는 발언으로 이어질 가능성이 높아 독일 「형법」에서 규제하고 있는 것이다. 또한 혐오표현을 하는 경우 독일 「형법」상 명예훼손죄나 모욕죄 등으로 처벌되며, 사회관계망 제공자는 인터넷상 '명백하게 위법한 혐오표현(einen offensichtlich rechtswierigen Inhalt)'을 24시간 이내에 삭제하여야 하며(독일 「네트워크집행법」 제3조 제2항 제2호[31]), 사회관계망 제공자

29) 권영성, 「앞의 책」, 2007, 375쪽; 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 1076~1077쪽; 한수웅, 「앞의 책」, 2020, 534~535쪽; 홍성방, 「앞의 책」, 2007, 370~371쪽.

30) 제2차대전 이후 국제연합헌장을 비롯하여 세계인권선언, 유럽인권협약, 고문방지협약(拷問防止協約), 집단학살방지및처벌협약(集團虐殺防止및處罰協約: Genocide협약) 등 여러 국제협정과 헌법들에서 인간의 존엄과 가치의 존중을 강조하고 있다. 이에 대하여는 권영성, 「위의 책」, 2007, 371쪽 참조.

31) 「NetzDG」 § 3 Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte "(2) Das Verfahren muss gewährleisten, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks

2. einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt; dies gilt nicht, wenn das soziale Netzwerk mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde einen längeren Zeitraum für die Löschung oder Sperrung des offensichtlich rechtswidrigen Inhalts vereinbart hat,"

(「네트워크집행법」 제3조(위법한 콘텐츠에 대한 항의의 처리) "② 전항의 절차는 사회관계망 제공자가 다음 각 호를 확실히 이행할 수 있게끔 구성되어야 한다.

2. 명백하게 위법한 콘텐츠는 항의가 제기된 후 24시간 안에 삭제하거나 접근을 차단하여야 한다.

가 삭제하지 않은 경우 최고 5000만 유로, 한화로는 약 700억 원의 과징금을 부과받게 된다(독일 「네트워크집행법」 제4조 제2항[32]).[33]

이는 독일에서 발전된 '방어적 민주주의(防禦的 民主主義)' 이론과 같은 맥락으로 생각해볼 수 있다.[34] 본래 민주주의는 다양한 의견이 공존하는 '상대주의적 민주주의'를 의미하였으며 이에 의하면 국가는 어느 의견이 옳고 그르다는 입장을 취할 수 없고 중립을 지켜야 한다. 그러나 상대주의적 민주주의가 극단적으로 되는 경우에도 국가가 중립을 고수하게 된다면 나치스(Nazis)의 집권과 같은 사태가 발생할 수 있어 이를 지양해야 한다는 논의가 시작되었고 이로써 '방어적 민주주의' 이론이 자리잡게 되었다.[35]

다. 혐오표현 규제와 표현의 자유

독일에서는 혐오표현을 강하게 규제하고 있으나, 혐오표현에 대한 강력한 규제는 표현의 자유를 위축시키므로 규제에 있어 신중을 기해야 한다. 이는 앞서 살펴본 일본 최고재판소의 입장과도 같다. 일본 최고재판소는 표현의 자유는 민주주의 국가의 정치적 기반과 관련되므로 함부로 제한할 수 없다고 판시한 바 있다.

독일이 「형법」 제130조의 대중선동죄를 규정하여 나치를 찬양하거나 부인하는 행위를 처벌하게 된 데에는 제2차 세계대전에 대한 자기반

다만, 사회관계망 제공자가 관할권 있는 형사소추기관과 협의하여 명백히 위법한 콘텐츠를 24시간이 지난 이후에 삭제 또는 차단하기로 한 경우에는 그러하지 아니하다.")

32) 「NetzDG」 § 4 Bußgeldvorschriften "(2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den übrigen Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu fünf Millionen Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist anzuwenden." (「네트워크집행법」 제4조(질서위반금) "② 제1항 제7호 및 제8호를 위반하는 경우에는 5십만 유로 이하의 질서위반금, 기타의 경우에는 5백만 유로 이하의 질서위반금을 부과할 수 있다. 이 경우 「질서위반에 관한 법」 제30조 제2항 제3문을 적용할 수 있다".)

33) 지성우, "독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가", 「성균관법학」 제31권 제4호(성균관대학교 법학연구원, 2019) 416~428쪽.

34) 萩原 優理奈, "ヘイトスピーチ規制に関するアメリカとドイツの比較法的考察", 「言語·地域文化研究」 第26号 (東京外国語大学大学院, 2020) 70~71頁.

35) 권영성, 「앞의 책」, 2007, 85~86쪽; 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 153~154쪽; 한수웅, 「앞의 책」, 2020, 65~67쪽; 홍성방, 「앞의 책」, 2007, 69~70쪽.

성의 측면이 강하게 작용한 것으로 보인다. 방어적 민주주의 이론의 발전 또한 이러한 나치에 대한 방어기제에서 연유한 것이다. 즉, 독일은 민주주의를 전복시켰던 나치를 경험한 후 반인종주의와 반유대주의를 경계하게 된 것이다.

반면, 일본의 상황은 이와 다르다. 일본은 제2차 세계대전에서 패배한 후, 연합국 최고사령부(GHQ: General Headquarters of the Supreme Commander for the Allied Powers)의 지배하에 있었는 바, 연합국 최고 사령부는 일본에 민주주의를 확산시키려는 노력을 하였다. 즉, 일본은 독일에서와 같은 제2차 세계대전에 대한 반성적 입장을 취하기보다는 민주주의를 도입하는 것에 주력하였다. 이러한 일본의 역사적 상황은 현재 일본이 표현의 자유에 대해 신중한 입장을 취하는 토대가 되었다. 독일의 「네트워크집행법」은 인터넷상 위법한 혐오표현을 삭제하지 않은 사회관계망 제공자에게 최고 5000만 유로의 과징금(한화 약 700억 원)을 부과하고 있으나, 일본의 「프로바이더책임제한법」은 송신방지조치를 취한 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임을 면제해주는 구조를 취하고 있다. 이러한 독일과 일본의 서로 다른 역사적 배경은 양국(兩國)의 표현의 자유에 대한 법제에 영향을 미치게 되면서 양국은 상이한 법리를 발전시키게 된 것으로 보인다.

혐오표현의 규제는 이러한 표현의 자유의 중요성을 고려하여 이루어져야 한다. 또한 기본권을 제한하는 경우에도 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없으므로, 표현의 자유를 제한하더라도 표현의 자유의 핵심적인 부분을 침해할 수는 없다.[36] 혐오표현의 규제를 강화하면 할수록 표현의 자유는 침해될 가능성이 높아지게 되므로 실제 규제는 일부의 한정적인 혐오표현을 대상으로 하여야 한다.[37] 즉, 혐오표현이 있는 경우 표현의 자유를 전면적으로 제한할 것이 아니라 모욕적이고 부당한 차별적 언동을 금지하여야 한다.

---

36) 권영성, 「위의 책」, 2007, 353~354쪽; 성낙인, 「위의 책」, 2020, 1043~1046쪽; 한수웅, 「위의 책」, 2020, 514-518쪽; 홍성방, 「위의 책」, 2007, 343~348쪽.

37) 박해영, "앞의 논문", 2015, 159쪽.

3. 표현의 자유에 대한 제한으로서의 혐오표현

가. 내용규제와 내용중립적 규제

본래 표현의 자유에 대한 제한은 '내용규제'라는 엄격한 심사방식에 의한다. 즉, 표현의 자유에 대한 규제는 '내용규제'로, 과잉금지의 원칙이 강화된 '명백·현존하는 위험의 원칙'이 적용되어 명백·현존하는 위험이 있는 경우에 한하여 표현의 자유를 제한할 수 있다.[38] 또한 검열이 금지되는 바, 일본 헌법 제21조 제2항은 검열을 금지하고 있으며, 우리 헌법 제21조 제2항에서도 검열을 금지하고 있다.[39]

이와 함께 우리 헌법 제21조 제4항[40]에서 개별적 헌법유보를 함으로써 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시하고 있다.[41] 이와 같이 표현의 자유에 대한 제한원리와 검열금지의 원칙 및 헌법 제21조 제4항의 태도는 민주주의 사회에 있어 표현의 자유의 중요성과 모두 관련된 것이다. 즉, 표현내용을 이유로 한 규제와 검열은 정부의 자의적인 규제로 이어질 우려가 크기 때문에 자제해야 한다.

반면, 혐오표현 규제에 있어서는 '내용규제'보다 '내용중립적 규제'를

---

38) 명백·현존 위험의 원칙은 미국에서 발전된 이론으로, 명백·현존하는 위험이 있어야만 표현의 자유가 제한되는 바, 표현의 자유를 중시하는 미국의 입장과 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다. 이에 관하여는 권영성, 「앞의 책」, 2007, 508쪽; 고문현, 「헌법학」, 법원사, 2011, 124~125쪽; 문광삼, 「앞의 책」, 2011, 562~563쪽; 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 1253~1254쪽; 양 건, 「앞의 책」, 2016, 617~618쪽; 전광석, 「앞의 책」, 2018, 359쪽; 정종섭, 「앞의 책」, 2018, 635~637쪽; 한수웅, 「앞의 책」, 2020, 781~782쪽; 홍성방, 「앞의 책」, 2007, 495~498쪽 참조.

39) 日本国憲法 第二十一条 "○2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。"
(일본국헌법 제21조 "② 검열은 이를 하여서는 아니 된다. 통신의 비밀은 이를 침해하여서는 아니 된다.")
헌법 제21조 "② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다."

40) 헌법 제21조 "④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다."

41) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등 결정. 〔정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원〕. "헌법 제21조 제4항은 "언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다."고 규정하고 있는바, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다."

하여야 한다. 혐오표현은 '표현의 자유에 대한 표현규제'라는 역설적인 성격을 가지고 있으며, '해악의 심각성'이라는 속성이 있다.[42] 즉, 혐오표현에 대한 규제는 해악의 심각성에 초점을 맞추어서 이루어져야 하며, 혐오표현으로 인한 피해자들이 정신적 고통을 받아 일상생활이 곤란한 점도 고려하여야 한다. 이에 따라 혐오표현에 대한 규제는 시간·장소·형태 등 제약을 하는 '내용중립적 규제'에 의하여야 한다.[43] 또한 혐오표현의 내용을 규제하는 '내용규제'에 의하게 되면 표현의 자유를 지나치게 침해하게 되는 문제가 있으므로 혐오표현 규제에는 '내용중립적 규제' 방식이 타당하다. 예를 들어 혐한시위를 하는 시간과 장소를 제한하거나 확성기 사용 금지 등 시위의 형태에 대한 제한을 하는 것이 가능하다. 이러한 '내용중립적 규제'는 '내용규제'와 성격을 달리 하게 되는 것으로, 위헌여부를 완화하여 심사하게 되어 표현의 자유를 침해할 여지가 적어진다. 또한, 규제가 이루어지더라도 표현의 자유를 중시하는 일본 헌법의 태도에 비추어 실제 규제는 일부분에 한정되어야 할 것이다.

즉, '내용규제'는 위헌여부를 심사함에 있어 더 엄격하게 결정하게 되고, '내용중립적 규제'에 의하게 되면 위헌여부를 완화하여 심사하게 되는 바, 혐오표현을 '내용중립적 규제'로 규제하는 입법에 대해 위헌판단의 가능성이 적어지므로 그 입법의 타당성이 인정된다.

나. 일본의 혐오표현에 대한 규제

일본에서는 극우단체들의 혐한(嫌韓)시위가 점차 거세지고 있다. 재일코리안에 대한 혐한시위에는 교과서 문제, 위안부 문제 등 한국과 일본의 비극적 역사가 얽혀 있어 복잡한 양상을 띠고 있다. 극우단체들은 대표적으로 위안부 문제 집회에서 위안부 할머니들을 '매춘부' 등으로 폄훼하였고 차별을 받은 재일코리안들이 정신적인 우울증을 호소하고 있었으며 배외주의자들의 가두선전에서 자신의 존재가 부정되는 느낌이 들어

42) 田代 亜紀, "表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として", 「専修ロージャーナル」 第12号, (専修大学法科大学院, 2016) 125~126頁.

43) 내용중립적 규제를 함에 있어서는 중간 단계의 심사(中間段階의 審査)인 '덜 제한적인 규제방법(LRA : less restrictive alternative)'을 실시하는 것이 가능하다. 이에 대한 자세한 사항은 문광삼, 「앞의 책」, 2011, 565쪽; 전광석, 「앞의 책」, 2018, 378쪽 참조.

몸이 떨렸다고 하였다.[44] 특히 재일코리안들은 경찰이 극우단체들의 시위를 묵인하고 아무런 제재조치를 취하지 않은 것을 지적하였다.[45]

이렇듯 일본에서 혐오표현이 점차 거세지게 된 것은 일본에서 혐오표현에 대해 소극적으로 대처한 데에 기인하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 기존의 일본에서는 표현의 자유에 대한 제한에 있어서 신중한 입장을 취하고 있었다. 이에 따라 법률적 차원에서 혐오표현을 처벌하는 형사처벌규정을 두지 않았던 것으로 보인다. 물론, 일본 「형법」의 명예훼손죄(제230조), 모욕죄(제231조), 위력에 의한 업무방해죄(제234조) 등으로 혐오표현을 규율할 수 있겠으나, 불특정한 다수에 대한 명예훼손죄와 모욕죄가 성립하지 않아 일본 「형법」에 의한 혐오표현 규율은 다소 한계가 따른다.

이에 따라 일본에서의 혐한현상 제한의 필요성이 인정된다. 특히 최근 혐한시위는 폭력성을 띠고 있어 제한의 필요성이 더욱 대두된다. 일본에서의 혐한시위는 재일코리안 집중 거주지역인 도쿄 신오쿠보(新大久保)와 오사카 츠루하시(鶴橋)에서 주로 이루어지며[46] 일본에서 이러한 혐한시위[47]를 주도하는 '재특회'는 스스로를 '행동하는 보수(行動する保守)'라고 칭하면서[48], 시위가 끝난 후에 재일코리안 상점에 대한 시비와 파괴행위를 일삼고 있는데 이는 폭력성을 내포하고 있다.[49] 이러한 혐한시위

44) ヘイト·スピチ調査プロジェクトチーム, "앞의 보고서", 10頁. ヘイト·スピチ調査プロジェクトチーム, "在日コリアンに対するヘイト·スピチ被害実態調査報告書", 「國際人権 NGO ヒューマンライツ·ナウ」, (2014) 10頁.

45) ヘイト·スピチ調査プロジェクトチーム, "在日コリアンに対するヘイト·スピチ被害実態調査報告書", 「國際人権 NGO ヒューマンライツ·ナウ」, (2014) 14頁.

46) '재특회'는 '재일특권'(자이니치의 특별영주자격, 통명, 생활보호 및 연금, 참정권 등을 문제제기하여 일반 대중의 이목(耳目)을 끌었으며 일본 내에서 설득력을 얻어 그 세(勢)를 확장하고 있다. 또한 '재특회'의 가두시위는 '놀이로서의 내셔널리즘'의 성격을 가진다는 점에서 다른 국가의 혐오표현과는 다르다. 이에 관한 자세한 사항은 김웅기, "혐한(嫌韓)과 재일코리안 - 재특회(在特会)의 논리에 내포된 폭력성을 중심으로 -", 「일본학보」 제98집 (한국일본학회, 2014) 419~428쪽; 문연주, "앞의 논문", 2014, 92쪽.

47) 혐한시위는 재일코리안 집주지역인 도쿄 신오쿠보(新大久保)와 오사카 츠루하시(鶴橋)에서 주로 이루어지지만 여타 지역에서도 종종 가두선전이 있기 때문에 매주 주말만 되면 일본 어딘가에서 혐한시위 또는 가두선전이 이루어지고 있다. 이에 대한 자세한 사항은 김웅기, "위의 논문", 2014, 423쪽.

48) 이에 반해 '재특회'는 기존 우익을 "말 뿐인 우익"으로 부르고 있다. 이는 극우성향을 가지고 혐한시위를 하는 스스로를 기존 우익과 구별짓기 위한 것으로 보인다. 이에 관한 자세한 사항은 김웅기, "위의 논문", 2014, 417~418쪽.

는 브라이언 레빈(Brian Levin)이 제시한 헤이트폭력 피라미드의 차별행위(3단계)와 폭력행위(4단계)에 해당되어 규제의 필요성이 필요하다.[50]

그러나 지나친 규제는 지양해야 하며, 이러한 규제는 내용중립적 규제에 따라 시간과 장소 등 제약을 통해 이루어져야 한다. 미국 연방대법원이 Snyder v. Phelps 사건에서 피고 펠프스(Phelps)의 행위가 공적관심사에 대한 의견표명으로 표현의 자유의 보호범위에 속한다고 보았던 것은, Phelps가 장례식으로부터 1000피트 떨어진 곳에서 시위를 하였기 때문이다. 메릴랜드 주법은 장례식으로부터 100피트(フィート) 이내의 피켓(ピケット, picket)을 금지하고 있는데, 피고가 장례식으로부터 1000피트 떨어진 곳에서 시위를 하였으므로 표현의 자유의 보호를 받은 것이다.[51]

4. 일본 헌법상의 표현의 자유와 혐오표현 규제에 대한 평가

가. 혐오표현과 표현의 자유

독일은 「네트워크집행법(NetzDG: Netzwerkdurchsetzungsgesetz)」과 「형법(StGB: Strafgesetzbuch)」 제130조 대중선동죄를 통해 혐오표현을 적극적으로 규제하고 있다. 한편, 미국은 표현의 자유를 중시하여 혐오표현을 규제하는 입법을 마련하지 않고 있으며, 한국에서도 혐오표현을 규제하는 입법이 제정되지 않고 있다.[52]

독일과 미국이 혐오표현 규제에 방향을 달리하는 것은 역사적 상황에

---

49) 이들은 상점의 고객인 한류 팬들에게 "너는 자이니치(在日) 편이냐?" 등 위협적인 언사를 일삼았다. 이는 '산보(お散歩)'라고 불리는데, '산보'는 2012년 8월 25일 신오쿠보 혐한시위 때부터 발생하여 신오쿠보뿐만 아니라 일본 각지에서 이를 찾아볼 수 있다. 이러한 '산보'는 맞불세력(counter)의 등장에 따라 일정 부분 제동을 받고 있으나 폭력성을 띠고 있다. 김웅기, "위의 논문", 2014, 425쪽; 在特会らの在日韓国·朝鮮人への嫌韓デモに『表現の自由』はない、根絶へ新法で規制を, 毎日新聞, 2013年 11月 3日.

50) 브라이언 레빈(Brian Levin)이 제시한 헤이트폭력 피라미드는 선입견에 의한 행위(1단계), 편견에 의한 행위(2단계), 차별행위(3단계), 폭력행위(4단계), 제노사이드(5단계)로 구분하고 있다. 이에 대하여는 Brian Levin, The Long Arc of Justice: Race, Violence, and the Emergence of Hate Crime Law, HATE CRIMES Vol. 1, Greenwood Publishing Group, pp.5~6.

51) 田代 亜紀, "表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として", 「専修ロージャーナル」 第12号, (専修大学法科大学院, 2016) 140頁.

52) 다만, 학교에서의 혐오표현을 금지하고 있는 서울시 학생인권조례가 있으며, 이에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 하였다. 이에 대하여는 후술할 헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356 결정 〔서울시 학생인권조례 제3조 제1항 등 위헌확인〕 참조.

서 비롯된 것으로 보인다. 독일은 제2차 세계대전에 대한 반성으로 나치를 찬양하거나 부인하는 자를 독일 「형법」 제130조 대중선동죄를 통하여 처벌하고 있으며, 인터넷상 혐오표현을 「네트워크집행법」을 통하여 규제하고 있다. 반면, 미국은 자유민주주의를 지속적으로 추구해왔으며[53], 수정헌법 제1조[54]에 표현의 자유를 제한하는 법률을 만들 수 없다는 것을 명문화함으로써 표현의 자유의 중요성을 강조하고 있다.

또한 미국에서 공적관심사에 대한 언론은 수정헌법 제1조에 따라 보호되고 있다.[55] 미국의 Snyder v. Phelps 사건에서 미국 연방대법원은 군대의 성적 취향 문제 등이 공적관심사에 해당한다고 하면서 피고 펠프스(Phelps)의 시위가 공적관심사에 대한 의견을 표명한 것이라고 보았다.[56] 미국 연방대법원은 홀로코스트 생환 유대인이 거주하는 마을에서 네오나치 집단이 나치 제복을 착용하고 갈고리 십자를 한 시위 또한 금지하지 않았다.[57] 다만, 미국에서는 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)과 폭력적 표현 및 도전적인 발언(fighting words)은 제한하고 처벌하고 있다.[58]

이러한 미국의 표현의 자유 이론을 어느 정도 수용하여 일본에서의 전통적인 논의가 이루어졌다.[59] 이는 '자기통치 이론'과 '자기실현 이론'에

---

53) 최철영, "미국연방헌법의 표현의 자유와 일본의 증오연설", 「미국헌법연구」 제26권 제3호 (미국헌법학회, 2015) 308쪽.

54) The First Amendment. "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

55) 田代 亜紀, "表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として", 「専修ロージャーナル」 第12号, (専修大学法科大学院, 2016) 135頁.

56) Snyder v. Phelps 562 U. S. 443 (2011). 이 판결에서 펠프스(Phelps)를 비롯한 시위대들은 동성애자였던 군인이 이라크전에서 사망하자 그 군인의 장례식장으로부터 1000피트 떨어진 곳에서 "이 군인을 죽게 한 신에게 감사하다"라는 표현을 하였는데, 이에 충격을 받은 군인의 아버지는 시위대를 고소하였다. 지방법원은 총 500만 달러의 손해배상 판결을 하였으나 항소법원과 연방대법원은 위 시위가 공적관심사에 대한 의견표명을 한 것이므로 미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 보호범위에 포함된다고 보았다.

57) National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U. S. 43 (1977).

58) 최철영, "앞의 논문", 2015, 309쪽.

59) 田代 亜紀, "表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として", 「専修ロージャーナル」 第12号, (専修大学法科大学院, 2016) 148頁.

의하여 뒷받침되어 왔다. 즉, 언론활동에 의하여 국민이 정치적 의사결정에 관여하며(자기통치 이론) 개인이 언론활동을 통해 자신의 인격을 발전시키므로(자기실현 이론) 표현의 자유가 중요하다는 것이다.[60]

이에 따라 일본은 표현의 자유를 제한하는 데에 있어 신중한 태도를 보이고 있다. 이는 정부와 황실을 비판하는 표현을 규제해왔던 과거 일본의 태도를 지양하는 데에서 비롯되었으며, 정부의 표현 내용에 의거한 규제를 비판하고 개인의 표현의 자유는 최대한 보장해야 한다는 논의가 진행되었다.[61] 또한, 제2차 세계대전 이후 일본에 주둔하던 연합국 최고사령부는 전후 일본에 민주주의를 확산시키기 위하여 표현의 자유 보장을 적극적으로 요구하였는 바,[62] 이에 따라 일본에서 표현의 자유가 광범위한 보장을 받게 되었다. 종래 일본의 과거 헌법에서는 위헌심사제를 채택하지 않았을 뿐만 아니라 기본권 제한에 대한 개념이 정립되지 않았다.[63] 이에 따라 일본에서 표현의 자유에 대한 제한법리는 크게 발전하지 못했던 것으로 보인다. 그러나 지금은 일본 헌법 제13조를 통하여 '공공의 복지'를 근거로 기본권이 제한될 수 있다는 헌법 이론이 발전되어 있다.

나. 혐오표현 규제에 관한 헌법적 근거

일본에서는 혐오표현을 '헤이트스피치(ヘイトスピーチ)'라고 부르면서 재일코리안[64]과 부락민(部落民)에 대한 혐오표현이 주를 이루고 있다.

---

60) 서보건, "차별적 표현 규제를 위한 일본의 인권옹호법안의 검토", 「유럽헌법연구」 제19호 (유럽헌법학회, 2015) 132쪽.

61) 小谷順子, "憎惡表現(ヘイトスピーチ)の規制の合憲性をめぐる議論", 「SYNODOS」, 2013, http://synodos.jp/society/4013 (최종검색일 2020. 8. 30).

62) 연합국 최고사령부(GHQ)는 당시 '대일본제국헌법(메이지헌법)' 개정 과정에서 이전까지 사문화되었던 집회·결사 및 표현의 자유의 보장을 적극적으로 요구하였는 바, 이에는 일본 황실과 정부에 대한 토론을 포함한 사상과 집회, 언론의 자유를 보장함으로써 전후 일본에 민주주의를 확산시키려는 목적이 포함되어 있었다. 즉, 천황 주권의 대일본제국 헌법을 민주주의적으로 해석하는 '다이쇼 데모크라시(大正デモクラシー)'에서 한 걸음 더 나아가 천부인권 사상을 도입한 것이다. 이에 대하여는 이진석, "일본의 헤이트 스피치 금지 입법 추진과 표현의 자유", 「언론중재」 제136권, (언론중재위원회, 2015) 102~103쪽 참조.

63) 서보건, "앞의 논문", 2015, 130쪽.

64) 재일코리안은 '일본의 제국주의의 조선식민지 지배 결과, 조선으로부터 일본으로 이주하게 되거나 강제 연행되어 전후에도 일본에 재류하지 않을 수 없게 된 자 및 그 자손'을 의미하며, 종래 재일한

재일코리안에 대한 혐오표현은 일본의 한국에 대한 식민지배에서부터 비롯되었다. 한편, 부락민은 전(前)근대 일본의 신분제도에서 최하층에 위치했던 천민을 가리키며, 현재 그 후손들을 차별하고 비하하는 말로 사용된다.[65]

최근에 들어서 일본에서의 혐오표현은 점점 거세지고 있다. '재특회'를 비롯한 일본 극우단체들의 혐한시위가 거세지고 있으며[66] 혐한시위는 재일코리안 집중 거주지역인 도쿄 신오쿠보(新大久保)와 오사카 츠루하시(鶴橋)에서 주로 이루어지지만 여타 지역에서도 종종 가두선전이 있기 때문에 매주 주말만 되면 일본 어딘가에서 혐한시위 또는 가두선전을 발견할 수 있다.[67]

인터넷을 통한 혐한표현도 빠르게 유포되고 있다. 2002년 한일월드컵을 전후로 '넷우익(ネット右翼)'이 인터넷에서 혐한연설을 하면서 인터넷상에서 혐한표현이 증가하기 시작하였으며,[68] 2015년 초에는 일본 우익인사들의 SNS를 통해 '7·9 재일한국인 추방일'이라는 글이 퍼지는 등 이상한 뜬소문이 퍼졌다.[69] 이러한 뜬소문은 가짜뉴스로 보일 수 있겠으나, 개인 또는 집단에 대한 공격·협박·모욕이 주된 내용을 이루고 있으므

국인으로 불렸으나 최근에는 일본에서 재일코리안으로 많이 불리고 있다. 이에 대하여는 문연주, "앞의 논문", 2014, 91쪽: 新社会学辞書, 有斐閣, 1993.

65) 부락민(部落民 , ぶらくみん)은 일본어로 음독(音讀)하였을 때 '부라쿠민(ぶらくみん, Burakumin)'으로, 전(前)근대 일본의 신분제도에서 최하층에 위치해 있었던 천민을 가리키며 현대 일본 사회에서는 그 후손들을 현재진행형으로 차별하고 비난하는 말로 사용된다. 부락민에 대하여는 "부라쿠민", 『나무위키』, https://namu.wiki/w/%EB%B6%80%EB%9D%BC%EC%BF%A0%EB%AF%BC 참조(최종검색일 2020. 8. 10). 한편, 2016년, 부락민에 대한 혐오표현에 대처하기 위해 '부락차별해소추진법(部落差別の解消の推進に関する法律(平成二十八年法律第百九号))'이 제정되었다.

66) '재특회'는 '재일특권'(자이니치의 특별영주자격, 통명, 생활보호 및 연금, 참정권 등을 문제제기하여 일반 대중의 이목(耳目)을 끌었으며 일본 내에서 설득력을 얻어 그 세(勢)를 확장하고 있다. 또한 '재특회'의 가두시위는 '놀이로서의 내셔널리즘'의 성격을 가진다는 점에서 다른 국가의 혐오표현과는 다르다. 이에 관한 자세한 사항은 김웅기, "앞의 논문", 2014, 419~428쪽; 문연주, "앞의 논문", 2014, 92쪽.

67) 김웅기, "위의 논문", 2014, 423쪽.

68) 김웅기, "위의 논문", 2014, 417쪽.

69) 일본 우익인사들의 SNS에 "7월 9일부터 주변에 있는 재일한국인을 경찰에 신고해라. 그 사람들은 일본에서 쫓겨나게 된다.", "7월 9일까지만 (재일한국인의 존재를) 참아라."라는 글이 올라왔다. 이에 대하여는 노윤선, "일본지진을 통해 바라본 혐한(Anti-korea(n) Sentiment)과 혐오 발언(Hate Speech)에 대한 고찰", 「일본근대학연구」 제60집 (한국일본근대학회, 2018) 245쪽.

로 혐오표현이라고 보이며,[70] 혐오표현은 가짜뉴스의 일부에 해당하는 것으로 가짜뉴스가 혐오표현을 포괄하는 개념이라 할 것이다.[71]

일본 헌법은 제13조에서 “모든 국민은 개인으로서 존중받는다. 생명, 자유 및 행복 추구에 대한 국민의 권리에 대해서는 공공의 복지에 반하지 아니하는 한 입법, 그 밖의 국정상 최대한 존중한다.”[72]고 규정하면서 모든 기본권은 무제한 보장받는 것이 아니며 ‘공공의 복지’를 위하여 제한받는다는 것을 명시하고 있다. 즉, 일본 헌법 제13조는 ‘공공의 복지’에 반하지 않는 한 기본권이 보장된다고 규정하면서 ‘공공의 복지’가 기본권 제한의 한계가 된다는 것을 제시하고 있다.

한편, 일본 헌법은 제14조 제1항에서 “모든 국민은 법 아래에서 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 문벌에 의하여 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에 있어서 차별받지 아니한다.”[73]라고 하면서 평등권을 규정하고 있다. 즉, 일본에서는 주로 재일코리안과 과거 천민출신의 부락민이 혐오표현의 대상이 되는데, 이러한 혐오표현에 대하여 표현의 자유는 ‘공공의 복지’를 근거로 제한될 수 있으며, 평등권 규정은 재일코리안과 부락민에 대한 ‘부당한 차별적 언동’을 규제하는 헌법적 근거가 된다.

III. 일본 법률과 조례상 혐오표현 규제

1. 법률과 조례에서의 혐오표현 관련 규범구조와 내용

가. 「헤이트스피치해소법」에 의한 혐오표현 규제

재일코리안에 대한 혐오표현이 사회적 문제로 대두되자 포괄적인 차별

70) 혐오표현은 가짜뉴스에 비하여 금전적 혹은 정치적 이득을 얻기 위한 목적이 없는 경우도 있으며, 개인 또는 집단에 대한 공격·협박·모욕이 주된 개념적 속성이므로 가짜뉴스와 완전히 부합한다고 볼 수 없다.

71) 지성우, “허위조작정보(소위 '가짜뉴스') 규제에 관한 헌법적 문제점에 관한 연구”, 「공법연구」 제48집 제2호 (한국공법학회, 2019) 183쪽; 오일석/지성우/정운갑, “가짜뉴스에 대한 규범적 고찰”, 「미국헌법연구」 제29권 제1호 (미국헌법학회, 2018) 160쪽.

72) 日本国憲法 第十三条 “すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。”

73) 日本国憲法 第十四条 “すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。”

금지법을 제정할 필요성이 대두되었다. 휴먼라이츠 나우 헤이트스피치(Human Rights Now Hate Speech) 조사 프로젝트팀은 재일코리안의 차별실태를 조사한 결과 재일코리안들이 다양한 사회 영역에서 차별을 받고 있으며, 재일코리안의 차별문제는 개인적 문제가 아닌 사회구조적 문제임을 인식하게 되었다.[74] 이에 2016년 6월 3일 「헤이트스피치해소법(ヘイトスピーチ解消法)」(정식명칭은 「본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 조치의 추진에 관한 법률(本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)」)이 제정되었다.

동(同) 법률은 제1장(총칙), 제2장(기본적 시책)과 부칙으로 구성되어 있다. 제1장은 제1조에서부터 제4조로 되어 있으며, 제2장은 제5조에서 제7조가 내용을 이루고 있다. 동(同) 법률은 총칙에서 목적(제1조), 정의(제2조)와 기본이념(제3조)을 규정하면서 국가 및 지방공공단체의 책무(제4조)를 강조하고 있다. 한편, 기본시책으로는 상담체제 정비(제5조), 교육 및 계발을 통한 인식 확대(제6조), 계발활동 등(제7조)을 들고 있다.

「헤이트스피치해소법」에서 주목할 조문은 제2조이다. 제2조는 "이 법에서 '본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동'이란 오로지 일본의 역외에 있는 국가 또는 지역출신인 자 또는 그 자손으로서 적법하게 거주할 것(이하 이 조에 있어서 '본국 외 출신자'라고 한다)에 대한 차별의식을 조장하거나 유발할 목적으로 공개적으로 그 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가하는 취지를 고지 또는 본국 외 출신자를 현저하게 모욕하는 등 일본의 역외에 있는 국가 또는 지역출신인 것을 이유로 본국 외 출신자를 지역 사회에서 배제할 것을 선동하는 부당한 차별적 언동을 말한다."[75]고 하면서 혐오표현을 '부당한 차별적 언동(不当な差別

74) ヘイト·スピチ調査プロジェクトチーム, "在日コリアンに対するヘイト·スピチ被害実態調査報告書", 「國際人権 NGO ヒューマンライツ·ナウ」, (2014) 9~16頁.

75) 「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」 (定義) 第2条 "この法律において「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」とは、専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの(以下この条において「本邦外出身者」という。)に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉若しくは財産に危害を加える旨を告知し又は本邦外出身者を著しく侮蔑するなど、本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として、本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する不当な差別的

的言動)'이라고 표현하고 있다.

그러나 이 법률은 추상적인 지침만을 제공하고 있어 상당한 비판을 받았다. 일본사회에서 포괄적 인종차별금지법 제정을 주장해 온 모로오카 야스코(師岡康子) 변호사는 해당 법률에 헤이트스피치에 대한 금지규정이 포함되지 않으므로 지방자치단체나 법원의 판단에 기댈 수밖에 없으며 대상이 협소하다고 비판하였다.[76]

나. 일본 「프로바이더책임제한법」에 의한 혐오표현 규제

1) 「프로바이더책임제한법」의 태도

일본「프로바이더책임제한법(プロバイダー責任制限法)」(정식명칭은「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률」)은 2001년에 제정되어 온라인상 침해정보의 확산을 방지하였다(平城十三年法律第百三十七号).

동(同) 법률은 제1조, 제2조, 제3조, 제3조의 2, 제4조로 구성되어 있다. 제1조는 "특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 권리침해가 있는 경우 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 공개를 청구할 권리에 대해 정한다."[77]고 하면서 이 법률의 취지를 설명하고 있다. 제2조는 특정전기통신, 특정전기통신설비, 특정전기통신역무제공자와 발신자에 대한 정의를 하고 있다. 제3조는 손해배상책임의 제한을 규정하고 있고, 제3조의 2에서는 공직후보자 등에 관한 특례를 규율하며, 제4조는 발신자 정보의 개시청구 등을 명시하고 있다.

제3조에 제1항에서는 "특정전기통신에 의한 정보유통에 의하여 타인의 권리가 침해된 때에는 당해 특정전기통신용으로 제공되는 특정전기통신설비를 이용하는 특정전기통신역무제공자(이하 이 항에서 '관계역무제공자'라 한다)는 이에 따라 발생한 손해에 대해서는 권리를 침해한 정보의 불특정인에 대한 송신을 방지하는 조치를 강구하는 것이 기술적으로 가능한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 배상

言動をいう。"

76) 박미숙/추지현, 「혐오표현의 실태와 대응방안」, (한국형사정책연구원, 2017) 88쪽.

77) 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」 (趣旨) 第一条 "この法律は、特定電気通信による情報の流通によって権利の侵害があった場合について、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示を請求する権利につき定めるものとする。"

의 책임을 지지 아니한다. 다만, 해당 관계역무제공자가 해당 권리를 침해한 정보의 발신자인 경우에는 그러하지 아니하다."[78]고 하여 관계역무제공자(공급자) 등이 송신방지조치를 한 경우 손해배상책임을 면할 수 있다고 규정하고 있다.

공급자 등의 손해배상책임이 제한되는지 여부는 최종적으로 일본의 재판소에 의해 결정된다.[79] 한편, 이러한 법원의 판단을 돕기 위하여 '프로바이더책임제한법 가이드라인 등 검토협의회(プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会)'에서는 '프로바이더책임제한법 명예훼손·개인정보보호 관련지침(プロバイダ責任制限法 名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン)'을 마련하였다. 즉, 이 지침은 신청자의 송신방지조치의 의뢰를 받은 공급자가 취해야 할 행동기준을 명확히 함으로써 공급자에 의한 신속하고 적절한 대응을 촉진한 것이다.[80] 이에 따라 일본 법무성 인권옹호기구로부터 송신방지조치 의뢰를 받은 공급자가 송신방지의 최소한의 조치를 강구한 경우 특단의 이유가 없다면 법원에 의한 손해배상책임을 면할 수 있게 된다.[81]

---

78) 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」 (損害賠償責任の制限) 第三条 "特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者 (以下この項において「関係役務提供者」という。) は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。"

79) 손형섭, "앞의 논문", 2020, 405쪽; プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会, "プロバイダー責任制限法 名誉毀損・プロバイダー関係ガイドライン", (2018) 1頁, https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/provider/pdf/provider_mguideline_20180330.pdf (최종검색일 2020. 11. 13).

80) プロバイダー責任制限法 名誉毀損・プロバイダー関係ガイドライン I-1 (ガイドラインの目的) "このガイドラインは、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 (平成13年法律第137号。以下「プロバイダ責任制限法」又は単に「法」という。) 3条等1を踏まえ、特定電気通信による情報の流通により名誉を毀損され、又はプライバシーを侵害された者又はその代理人 (以下「申立者等」という。) からの送信防止措置の要請を受けた場合に特定電気通信役務提供者 (以下「プロバイダ等」という。) のとるべき行動基準を明確化することにより、申立者、発信者及びプロバイダ等それぞれの関係者の利益を尊重しつつ、プロバイダ等による迅速かつ適切な対応を促進し、もってインターネットの円滑かつ健全な利用を促進することを目的とする。"

81) 손형섭, "앞의 논문", 2020, 404쪽; インターネットにおけるヘイトスピーチ対策に関する法制度, 相談窓口等について, 1頁, http://202.34.14.132/shingikai/jinken-01/documents/290329senmonbessi

한편, 제4조는 “특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 자기의 권리가 침해되었다고 하는 자는 다음 각 호의 어느 것에도 해당하는 경우에 한하여 당해 특정전기통신용으로 제공되는 특정전기통신설비를 이용하는 특정전기통신역무제공자(이하 ‘개시관계역무제공자’라 한다)에 대하여 당해 개시관계역무제공자가 보유한 당해 권리의 침해에 관한 발신자 정보(성명, 주소 기타 침해정보 발신자를 식별하는 데 도움이 되는 정보로서 총무성령으로 정하는 것을 말한다. 이하 같다)의 개시를 청구할 수 있다.”[82]고 하여 발신자 정보의 개시청구를 규정하고 있다.

2) 한국의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」과 비교

우리의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 제44조의2 제1항에서 “정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 ‘삭제 등’이라 한다)를 요청할 수 있다.”고 하여 삭제요청을 규정하고 있다.

한편, 제44조의3 제1항에서는 “정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다.”고 하면서 임의의 임시조치를 규정하고 있다. 동(同) 법률 제44조의3에서 규정하는 임의의 임시조치는 「프로바이더책임제한법」 제3조의 송신방지조치에 상응하는 것처럼 보이나 차이점이 있다. 동(同) 법률 제44조의3에 의하면 피해자의 삭제요청이 없음에도 불구하고 정보통신서비스 제공자가 임의의 임시조치를 취할 수 있으며, 이로써 정보통신서비스 제공자는 상시 감시의무를 부담하게 되었다고 볼 수 있다. 반면, 「프로바

4.pdf (최종검색일 2020. 11. 13).

82) 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」 (発信者情報の開示請求等) 第四条 “特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、次の各号のいずれにも該当するときに限り、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者 (以下「開示関係役務提供者」という。) に対し、当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報 (氏名、住所その他の侵害情報の発信者の特定に資する情報であって総務省令で定めるものをいう。以下同じ。) の開示を請求することができる。”

이더책임제한법」에서는 특정전기통신역무제공자, 즉 공급자의 상시 감시의무가 없다. 이는 공급자가 상시로 표현물을 확인하여 필요 이상으로 정보를 삭제하게 되면 표현의 자유가 위축되는 현상을 우려한 것으로 보인다.[83]

한편, 일본 법무성의 인권옹호기구(인권옹호국)는 「프로바이더책임제한법」 제3조에 의한 송신방지조치를 의뢰할 수 있는 바, 이 부분도 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」과 차이가 있다. 우리의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 송신방지조치의 의뢰 없이 임의의 임시조치를 취할 수 있게 하였으며, 법무부 산하에 인권옹호국이 없다. 우리의 경우 일본 법무성의 인권옹호국의 역할을 국가인권위원회에서 하는 것으로 볼 수 있다. 일본에서는 인권옹호국이 법무성 산하에 있지만, 우리의 경우 독립된 중앙행정기관으로서 국가인권위원회를 두고 있으며, 국가인권위원회는 사법부가 아니므로 법적 판단을 할 수는 없고, 시정 권고만을 하고 있다.

다. 일본 「형법」에 의한 혐오표현 규제

1) 명예훼손죄 및 모욕죄의 법리

일본 「형법」 제230조는 "① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무에 관계없이 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만엔(円) 이하의 벌금에 처해진다. ② 사자의 명예를 훼손한 자는 허위사실을 적시한 경우가 아니라면 처벌하지 아니한다."[84]라고 하여 명예훼손죄를 규정하고 있다. 한편, 모욕죄는 일본 「형법」 제231조에 "사실을 적시하지 아니하여도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료에 처한다."[85]라고 규정되어 있다.

그런데 우리 「형법」 및 일본 「형법」의 법리에 의하면 불특정한 집

83) プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会, プロバイダー責任制限法 名誉毀損·プロバイダー関係ガイドライン, (2018) 3-4頁.

84) 日本 「刑法」 (名誉毀損) 第二百三十条 "公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。
○2 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。"

85) 日本 「刑法」 (侮辱) 第二百三十一条 "事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。"

단(집합명칭)에 대한 명예훼손죄 및 모욕죄가 인정되지 않고 있다. 우리 대법원은 “명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 피해자는 특정한 것임을 요하고, 다만 서울시민 또는 경기도민이라 함과 같은 막연한 표시에 의해서는 명예훼손죄를 구성하지 아니한다 할 것이지만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다”라고 판시하면서[86] 피해자가 특정될 것을 요구하고 있다. 대법원은 대표적인 ‘여성 아나운서 모욕사건’에서 공중파방송 여자 아나운서 154명은 개별 구성원으로서 비난의 정도가 희석된다고 판시하기도 하였다.[87]

일본 법원은 “형법 제231조의 ‘사람’에는 법인도 포함”된다고 판시하였는 바,[88] 일본 「형법」 제231조는 모욕죄를 규정하고 있는데 위 판례는 모욕죄의 객체에 사람뿐만 아니라 법인도 포함된다는 것을 명시하고 있다. 이러한 법리는 교토지방법원 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결[89]에도 이어지고 있으며, 교토지방법원은 이 사건에서 교토조선제1초급학교의 명예는 운영주체인 학교법인의 명예와는 별도로 보호가치가 있으므로 모욕죄를 구성한다고 하면서 모욕죄의 대상을 다소 넓게 판단한 바 있다.

2) 위력에 의한 업무방해죄의 법리

위력에 의한 업무방해죄는 일본 「형법」 제234조에 규율되어 있는 바, “위력을 이용하여 사람의 업무를 방해한 자도 전조의 예에 의한다.”[90]고 하여 위력에 의한 업무방해죄를 범한 자는 3년 이하의 징역 또는 50만엔(円) 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. ‘위력’은 객관적으로

86) 대법원 2000. 10. 10. 선고, 99도5407 판결.
87) 대법원 2014. 3. 27. 선고, 2011도15631 판결.
88) 니시다 노리유키(西田典之)/야마구치 아츠시(山口 厚)/사에키 히토시(佐伯仁志)(서거석/송문호/강경래 역), 「일본 형법 대표판례 [각론]」, (피데스, 2014) 105쪽: 最決 1983. 11. 1, 刑集37券9号 1341頁(判示1099·35, 判タ515·126).
89) 東京地方裁判所平城22年 (わ) 第1257号, 平城22年 (わ) 第1641号 平城23(2011)年 4月21日 第2刑事部判決; 京都地判平成23(2011年)·4·21 LEX/DB 25471643.
90) 日本 「刑法」 (威力業務妨害) 第二百三十四条 “威力を用いて人の業務を妨害した者も、前条の例による。”

보아 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분하면 족하고, 현실적으로 피해자가 자유의사를 제압당한 사실이 필요한 것은 아니다.[91] 예를 들어 피해자가 근무하는 변호사사무소에서 피해자가 소지한 소송일지, 소송기록 등이 담긴 가방을 탈취하여 2개월 간 자택에 은닉하여 변호사 활동을 곤란하게 한 행위는 피해자의 의사를 제압하기 충분한 세력을 사용한 것이므로, 형법 제234조의 '위력을 행사하여'의 경우에 해당한다.[92] 또한, 업무방해죄의 '업무'란 공무를 제외한 정신적 또는 경제적인 것을 묻지 않고 모든 직업 기타 계속하여 종사하는 사무 또는 사업을 총칭하는 것이다.[93]

라. 오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례

오사카시(市)는 일본에서 외국인 주민 수가 가장 많은 도시로, 외국인 주민 중 한국인이 약 63% 정도 차지하고 있으며,[94] 혐한(嫌韓)현상이 점차 거세짐에 따라 혐오표현에 대한 규제의 필요성이 대두되기 시작하였다. 특히 '재특회'의 교토조선제1초급학교[95]에 대한 습격사건이 계기가 되어 2014년 9월 3일 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례」가 제정되었다.

이 조례는 인권 옹호를 위한 목적과 기본원칙을 명시하고 있으며(제1조, 제4조), 혐오표현을 정의하면서(제2조), 오사카시(市)가 시민을 계발한다는 점을(제3조)을 규정하고 있다. 또한 확산방지조치 및 인식 등의 공표(제5조)를 통해 혐오표현을 규제하고 있다. 이를 조사・심의하는 심

91) 즉, '위력'이란 범인의 위세, 사람 수 및 주변상황에서 볼 때, 피해자의 자유의사를 제압하기 충분한 범인 측의 세력으로 해석하는 것이 상당한 것을 의미한다. 이에 대하여는 니시다 노리유키(西田典之)/야마구치 아츠시(山口 厚)/사에키 히토시(佐伯仁志)(서거석/송문호/강경래 역), 「앞의 책」, 2014, 98쪽: 最判 1953. 1. 30. 刑集7券1号 128頁 참조.

92) 니시다 노리유키(西田典之)/야마구치 아츠시(山口 厚)/사에키 히토시(佐伯仁志)(서거석/송문호/강경래 역), 「위의 책」, 2014, 99쪽: 最決 1984. 3. 23. 刑集38券5号 2030頁(判示1121·142, 判タ532·135).

93) 니시다 노리유키(西田典之)/야마구치 아츠시(山口 厚)/사에키 히토시(佐伯仁志)(서거석/송문호/강경래 역), 「위의 책」, 2014, 87쪽: 大判 1921. 10. 24. 刑綠27集 643頁.

94) 宮崎正/山田真一/大阪市職員労働組合, "大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例について", (2016) 6-7頁.

95) 교토조선제1초급학교는 패전 후 민족교육을 위해 조선인이 세운 학교로, 유치원과 초등학교에 해당한다. 이에 대하여는 문연주, "앞의 논문", 2014, 108쪽.

사회에 대하여도 규율하고 있다(제6조~제10조). 또한 표현의 자유 기타 기본권을 부당하게 침해하지 않도록 주의해야 한다는 점(제11조)과 시행 세목(제12조)에 대하여도 규정하고 있다.

특히 이 조례 제2조 제1항에서는 혐오표현의 정의에 대해 규정하고 있다. 즉, 혐오표현이란 인종 혹은 민족에 관하여 특정 속성을 지닌 개인 또는 해당 개인으로 구성되는 집단(이하 '특정인 등'이라 함)을 사회로부터 배제하거나(가목) 특정인 등의 권리 또는 자유를 제한하거나(나목), 특정인 등에 대한 증오 혹은 차별 의식 또는 폭력을 조장하는 것(다목)을 목적으로 행해지는 것을 말한다(제1호). 또한 표현의 내용 또는 표현 활동의 상태가 특정인 등을 상당히 모멸하거나 비방하거나(가목) 특정인 등(해당 특정인 등이 집단일 때는 해당 집단에 속한 개인 상당수)에 위협을 느끼게 하는 것(나목)도 혐오표현에 해당한다(제2호). 불특정다수인이 표현의 내용을 알 수 있는 상태로 두는 듯한 장소 또는 방법으로 이루어지는 것도 혐오표현에 해당한다(제3호).[96]

또한 이 조례 제5조 제1항에서는 "시장은 다음의 표현 활동이 헤이트스피치에 해당된다고 인정할 때에는 사안의 내용에 입각하여 해당 표현 활동에 관련된 표현내용이 확산되는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하고 해당 표현활동이 헤이트스피치에 해당한다는 점, 표현내용의 개요 및 그 확산을 방지하기 위해서 취한 조치 및 해당 표현활동을 행한 자의 성명 또는 명칭을 공표한다. 다만, 해당 표현활동을 행한 자의 성명 또는 명칭에 대해서는 이를 공개함으로써 제1조의 목적이 저해된다고 인정될 경우, 해당 표현활동을 벌였으나 소재가 판명되지 않은 경우, 그 밖에 특별한 이유가 있다고 인정될 때에는 공표하지 아니할 수 있다."[97]고

96) 「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」 (定義) 第2条 "この条例において「ヘイトスピーチ」とは、次に掲げる要件のいずれにも該当する表現活動をいう。
(1) 次のいずれかを目的として行われるものであること (ウについては、当該目的が明らかに認められるものであること)
ア 人種若しくは民族に係る特定の属性を有する個人又は当該個人により構成される集団 (以下「特定人等」という。) を社会から排除すること
イ 特定人等の権利又は自由を制限すること
ウ 特定人等に対する憎悪若しくは差別の意識又は暴力をあおること"

97) 「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」 第5条 (拡散防止の措置及び認識等の公表) "市長は、次に掲げる表現活動がヘイトスピーチに該当すると認めるときは、事案の内容に即して当該表現活

하여 시장의 확산방지조치 및 공표를 규정하고 있다.

마. 가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례

2019년 12월 12일 제정된「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」는 일본 최초로 혐오표현자에 대한 형사처벌규정을 마련하였다는 점에서 의의가 크다. 제1장은 총칙을 규정하며, 제2장은 부당한 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 추진에 대하여 규율하고 있으며, 제3장은 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 향한 조치의 추진을 명시하고 있다. 한편 제4장은 잡칙(雜則), 제5장은 벌칙(罰則)에 대해 규정하고 있다.

제12조에서는 "어느 누구도 도시 지역의 도로, 공원, 광장 기타 공공장소에서 확성기(휴대용을 포함한다)를 사용하고, 간판, 벽보 기타 이와 유사한 물건을 배치하거나 또는 삐라(ビラ), 팜플렛 기타 이와 유사한 것을 배포함으로써 본국의 역외의 국가 또는 지역을 확인하고 해당 국가 또는 지역 출신인 것을 이유로 다음의 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 실시하거나 행하게 해서는 아니된다."[98]고 하면서 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 금지하고 있다.

한편, 제13조에서는 "시장은 전조(前条)의 규정에 위반하여 동조(同条) 각 호 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 행하거나 행한 자가 다시 해당 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동에 관련된 국가 또는 지역과 동일한 국가 또는 지역 출신이라는 것을 이유로 하는 동조(同

動に係る表現の内容の拡散を防止するために必要な措置をとるとともに、当該表現活動がヘイトスピーチに該当する旨、表現の内容の概要及びその拡散を防止するためにとった措置並びに当該表現活動を行ったものの氏名又は名称を公表するものとする。ただし、当該表現活動を行ったものの氏名又は名称については、これを公表することにより第1条の目的を阻害すると認められるとき、当該表現活動を行ったものの所在が判明しないときその他特別の理由があると認めるときは、公表しないことができる。"

98) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (本邦外出身者に対する不当な差別的言動の禁止) 第12条 "何人も、市の区域内の道路、公園、広場その他の公共の場所において、拡声機 (携帯用のものを含む。) を使用し、看板、プラカードその他これらに類する物を掲示し、又はビラ、パンフレットその他これらに類する物を配布することにより、本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として、次に掲げる本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせてはならない。"

条)의 규정에 위반하는 동조(同条) 각 호 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동(이하 '동일이유 차별적 언동'이라 한다)을 실시하거나 실시하게 할 명백한 우려가 있다고 인정할만한 충분한 이유가 있는 때에는 그 자에 대하여 지역을 정하고, 이 항에 따른 권고일로부터 6개월간 동일이유 차별적 언동을 실시하거나 행하게 해서는 안 된다는 취지를 권고할 수 있다."[99]고 하여 제12조에 위반한 행위에 대한 시장의 '권고'를 규정하고 있다. 이에 대하여 제14조에서는 "시장은 전조(前条) 제1항의 규정에 의한 권고에 따르지 않았던 사람이 다시 동일이유 차별적 언동을 실시하거나 실시하게 명백한 우려가 있다고 인정할 만한 충분한 이유가 있는 때에는 그 자에 대하여 지역을 정하고, 이 항의 규정에 의한 명령일로부터 6개월간 동일이유 차별적 언동을 실시하거나 행하게 해서는 안 된다는 취지를 명할 수 있다."[100]고 하여 시장의 '권고'에 불응한 자에 대하여 시장이 '명령'을 할 수 있음을 규정하고 있다.

한편, 제15조 제1항에서는 "시장은 전조(前条) 제1항의 규정에 의한 명령을 받은 자가 그 명령에 따르지 않았을 때에는 다음의 사항을 공표할 수 있다. 명령을 받은 자의 성명 또는 명칭 및 주소 및 법인(법인이 아닌 단체의 대표자 또는 관리인의 정함이 있는 것을 포함한다)에 있어서는 그 대표자 또는 관리인의 성명(제1항 제1호), 명령의 내용(제1항 제2호), 기타 규칙으로 정하는 사항(제1항 제3호)을 공표할 수 있게 된다."[101]고 하면서 제14조에 따른 시장의 '명령'에 위반한 자에 대하여

99) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (勧告) 第13条"市長は、前条の規定に違反して同条各号に掲げる本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせた者が、再び当該本邦外出身者に対する不当な差別的言動に係る国又は地域と同一の国又は地域の出身であることを理由とする同条の規定に違反する同条各号に掲げる本邦外出身者に対する不当な差別的言動（以下「同一理由差別的言動」という。）を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるときは、その者に対し、地域を定めて、この項の規定による勧告の日から6月間、同一理由差別的言動を行い、又は行わせてはならない旨を勧告することができる。"

100) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (命令) 第14条"市長は、前条第1項の規定による勧告に従わなかった者が、再び同一理由差別的言動を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるときは、その者に対し、地域を定めて、この項の規定による命令の日から6月間、同一理由差別的言動を行い、又は行わせてはならない旨を命ずることができる。"

101) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (公表) 第15条"市長は、前条第1項の規定による命令を受けた者が、当該命令に従わなかったときは、次に掲げる事項を公表することができる。

(1) 命令を受けた者の氏名又は名称及び住所並びに法人（法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあ

시장이 '공표'할 수 있음을 명시하고 있다. 또한, 제23조에서는 "제14조 제1항 규정에 의한 시장의 명령에 위반한 자에 대해 50만엔(円) 이하의 벌금이 부과된다."[102]고 하면서 혐오표현자에 대한 형사처벌규정을 마련하고 있다.

인터넷상 표현활동에 대해서는 제17조에서 "시장은 인터넷 기타 고도 정보통신 네트워크를 이용하는 방법에 의한 표현활동(다른 표현활동 내용을 기록한 문서, 도화(図画), 영상 등을 불특정 다수의 사람에 의한 열람 또는 시청할 수 있는 상태에 두는 것을 포함한다. 이하 '인터넷 표현활동'이라고 한다) 중 다음의 것이 본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동에 해당한다고 인정할 때에는 사안의 내용에 맞게 해당 인터넷 표현활동에 관한 표현의 내용의 확산을 방지하기 위해 필요한 조치를 강구하여야 한다."[103]고 하여 확산방지조치 및 공표를 규정하고 있다.

한편 제20조에서는 "이 장의 규정의 적용에 있어서는 표현의 자유, 기타 일본국헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의해야 한다."[104]고 하면서 혐오표현 규제와 표현의 자유와의 조화를 도모하고 있다.

るものを含む。) にあっては、その代表者又は管理人の氏名

(2) 命令の内容

(3) その他規則で定める事項"

102) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 第23条 "第14条第１項の規定による市長の命令に違反した者は、500,000円以下の罰金に処する。"

103) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (インターネット表現活動に係る拡散防止措置及び公表) 第17条 "市長は、インターネットその他の高度情報通信ネットワークを利用する方法による表現活動 (他の表現活動の内容を記録した文書、図画、映像等を不特定多数の者による閲覧又は視聴ができる状態に置くことを含む。以下「インターネット表現活動」という。) のうち次に掲げるものが本邦外出身者に対する不当な差別的言動に該当すると認めるときは、事案の内容に即して、当該インターネット表現活動に係る表現の内容の拡散を防止するために必要な措置を講ずるものとする。"

104) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」 (表現の自由等への配慮) 第20条 "この章の規定の適用に当たっては、表現の自由その他の日本国憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。"

2. 일본 혐오표현 규제 관련 법률·조례에 대한 입법적 평가

가. 헤이트스피치해소법

「헤이트스피치해소법」은 현재 일본에서 혐오표현을 규제하는 유일한 법률이다. 그러나 이 법률은 다음의 점에서 문제가 있다.

첫째, 실제적으로 혐오표현을 규제하는 조치를 마련하지 않고 있으며, 추상적인 입법지침만 제공하고 있다. 즉, 2014년 제정된 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례」는 제5조에서 '확산방지조치 및 공표'를 규정하여 혐오표현 규제에 앞장선 바 있으나, 2년 후인 2016년에 제정된 이 법률은 형사처벌규정은 물론 기타 어떠한 조치도 두고 있지 않다.

둘째, 제2조가 규정하는 혐오표현의 대상이 협소하다. 제2조는 혐오표현의 대상으로 '본국 외 출신자'를 규정하고 있는 바, '본국 외 출신자'란 "일본 역외에 있는 국가 또는 지역출신인 자 또는 그 자손으로서 적법하게 거주하는 자"를 말한다. 이러한 문언상 정의 때문에 부락민과 그 자손 등 일본 사회에서 차별받고 있는 다른 개인 또는 단체는 이 법률의 보호대상에서 제외된다.

나. 프로바이더책임제한법

「프로바이더책임제한법」은 침해정보에 대한 송신방지조치 등을 한 경우 특정전기사업자에게 손해배상책임을 부과하지 않고 있다. 즉, 특정전기사업자가 신청자의 의뢰를 받아 송신방지조치를 취하게 되면 온라인상 침해정보의 전송이 방지되므로 이에 대해 특정전기사업자의 손해배상책임을 면제해주는 것이다. 이는 특정전기사업자에게 상당한 책임을 부과하지 않으려는 취지로 보인다. 그러나, 신청자의 의뢰를 받지 않은 경우 송신방지조치를 취할 수 없게 되어 침해정보가 온라인상에 그대로 남아 있게 되는 문제가 발생한다. 즉, 우리의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서는 정보통신서비스 제공자가 임의로 임시조치를 취할 수 있어 위법한 정보의 송신방지가 가능하게 되나, 「프로바이더책임제한법」에서는 침해정보가 송신될 수 있는 것이다. 이에 따라 표현의 자유를 침해하지 않으면서 침해정보의 차단을 할 수 있는 방법을 모색할 필요성이 있다.

또한 이 법률은 제4조에서 발신자 정보의 개시청구를 규정하고 있는 바, 이로 인하여 개인정보보호가 침해된다는 문제가 발생한다. 제4조에 따라 권리를 침해당하였다고 하는 자는 성명, 주소 기타 침해정보 발신자를 식별하는 데 도움이 되는 정보의 개시의 청구를 할 수 있기 때문에 발신자의 개인정보가 지나치게 노출된다. 발신자는 권리가 침해된 자에 대해 개별적으로 손해배상을 하여 책임을 다하면 될 것이다.

다. 일본 「형법」의 명예훼손죄

일본 「형법」은 명예훼손죄와 모욕죄를 통하여 혐오표현을 규제하고 있으나, 집합명칭에 대한 명예훼손죄를 인정하지 않음으로써 적절히 대처하지 못하고 있다. 즉, 일본 판례는 집단의 구성원이 특정되지 않은 경우 집단에 대한 명예훼손죄를 인정하지 않고 있어 집단의 명예가 침해되어도 처벌을 할 수 없게 된다. 또한, 이러한 처벌의 흠결은 추가적인 특별법 제정을 요구하고 있어 혐오표현에 적절히 대처하지 못한다는 문제가 발생한다.

라. 오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례

「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례」는 '재특회'의 교토조선제1초급학교 습격사건 이후에 제정된 조례로 다소 부족한 부분이 있었다.

첫째, 심사회에서 당해 표현내용이 혐오표현에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서 심사가 장기화되는 문제가 있다. 동(同) 조례의 전면 시행 이후 2016년 7월 중 13건이 신고되었으나 단 한 건도 심사가 종료되지 못한 바 있다.[105]

둘째, 이 조례는 혐오표현에 대한 규제조치로 혐오표현 및 혐오표현자에 대한 공표만을 규정하고 있을 뿐, 형사처벌규정을 마련하지 않았다. 과도한 형사처벌규정이 표현의 자유를 침해한다는 비판이 있을 수 있겠지만, 벌금형 조항은 표현의 자유에 대한 침해라고 할 수는 없을 것이다. 이 조례는 이러한 벌금형 조항을 두지 않음으로써 실효적으로 혐오표현

105) 언론중재위원회, "2019년도 해외언론법제연구보고서-해외 각국의 혐오표현 관련 미디어 규제 현황과 법제연구-", 제3호, (언론중재위원회, 2019) 127~128쪽: ヘイトスピーチ解消に向けた積極的施策の早期実施を求める意見書 (2017年 1月 18日, 大阪弁護士会).

을 규제하지 않았다고 보인다.

마. 가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례

2019년에 제정된 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」는 일본 최초로 형사처벌규정을 두었다는 점에 큰 의의가 있다. 즉, 이 조례 제23조에 의하면 시장의 명령에도 불구하고 동일한 이유로 부당한 차별적 언동을 한 자는 50만엔 이하의 벌금형을 받게 된다. 또한 제17조에 인터넷상 표현활동에 따른 확산방지조치 및 공표를 규정함으로써 일상생활에서 이루어지는 혐오표현에 대한 공표뿐만 아니라 온라인상 혐오표현에도 적절히 대처하고 있다.

그러나 인터넷상 혐오표현을 심사하는 차별방지대책 등 심사회의 심사가 늦어짐에 따라 피해자들에 대한 신속한 구제가 이루어질 수 없었다. 가와사키시(市)는 트위터에 혐한 게시물 삭제를 처음으로 요청하였는 바, 실제로 심사회의 심사가 5~6개월이 걸려 이러한 비판을 피할 수 없었다.[106]

3. 한국의 혐오표현 규제

가. 한국의 입법상황

우리는 혐오표현 규제를 위한 법률이 마련되지 않았다. 포괄적인 차별금지법 제정을 위한 시도는 2007년부터 계속되었으나, 대부분 상정 후 국회의 임기 만료로 폐기되었다.[107]

독일을 비롯한 유럽과 일본에서의 혐오표현 규제입법이 이루어지고 있

106) 당해 게시물의 내용은 가와사키시(市)가 구체적으로 공개하지 않았으나 재일코리안을 겨냥하여 일본이나 가와사키에서 나가라는 취지였다. 이에 대하여는 이세원, "'처벌조례' 日가와사키시, 트위터에 혐한 게시물 삭제 첫 요청", 『연합뉴스』, 2020. 10. 10, https://www.yna.co.kr/view/AKR20201010037800073 참조 (최종검색일 2020. 10. 31).

107) 우리의 차별금지법은 2007년 제17대 국회에서 처음 발의된 이래 새로 출범하는 국회마다 계속하여 발의되어 왔으나 국회의 임기만료로 폐기되거나 철회되었다. 이에 대해 UN 경제 사회 문화적 권리 위원회는 2017년 10월 9일, 대한민국 정부에 2009년에 이어 재차, 성별·연령·인종·장애·종교·성적 지향·학력 등이 포함된 포괄적 차별금지법 제정을 권고한 바 있다. 이에 대한 자세한 사항은 "대한민국 차별금지법", 『위키백과』, https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%8C%80%ED%95%9C%EB%AF%BC%EA%B5%AD_%EC%B0%A8%EB%B3%84%EA%B8%88%EC%A7%80%EB%B2%95 (최종검색일 2020. 12. 3) 참조.

는 점을 고려해볼 때 우리의 경우 아직 혐오표현 규제를 위한 입법을 마련하지 않은 점은 다소 아쉽다. 그러나 우리의 경우 혐오표현 규제를 위한 입법은 계속 시도되어 왔으며 이에 따라 혐오표현 규제에 대해 논의는 충분히 이루어진 상태이다. 또한 어설픈 입법보다 충분한 논의를 거친 법률 제정이 더 바람직하기 때문에 혐오표현 규제를 위한 입법단계는 아직 절망적이지 않다.

뿐만 아니라 혐오표현 규제를 위한 입법은 표현의 자유를 위축시킬 수 있기 때문에 신중해야 한다. 즉, 지나친 규제는 표현의 자유를 침해할 수 있으므로 유의해야 한다.

나. 일본의 입법 참고

이러한 상황에서 외국의 입법례, 특히 우리와 접촉이 잦은 일본에서의 혐오표현 규제를 조망하는 것은 의미가 있다. 일본이 입법과정에서 겪었던 혼란스러운 상황을 미리 피할 수 있고, 표현의 자유를 보호하면서도 혐오표현을 규제하는 방향으로 입법을 할 수 있기 때문이다.

특히 한국과 일본의 법률은 내용상 유사한 부분이 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 한국의 「형법」 제307조의 명예훼손죄에 대하여 법원은 불특정한 집단에 대해 적용하지 않고 있다. 일본 법원에서도 「형법」상 명예훼손죄를 불특정한 집단에 대해 적용하지 않고 있다.

또한 한국의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 '삭제요청'과 '임의의 임시조치'를 규정하고 있으며, 일본의 「프로바이더 책임제한법」도 이와 유사한 '송신차단조치'를 규정하고 있다.

이렇듯 포괄적인 차별금지법의 제정을 제외하면 한국과 일본은 온라인과 오프라인에서 이루어지는 혐오표현을 규제하는 법률이 내용상 대동소이하다는 것을 알 수 있다. 즉, 일본에서의 입법을 고찰함으로써 한국에서의 혐오표현 규제 입법마련에 대처할 수 있을 것이다.

다. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 '성별 등의 사유'를 이유로 한 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하지 못하도록 규정하고 있는 '서울특별시 학생인권조례'에 대해 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는

다고 판시하였다.[108] 이 사건에서 헌법재판소는 “차별적 언사나 행동, 혐오적 표현은 개인이나 집단에 대한 혐오·적대감을 담고 있는 것으로, 그 자체로 상대방인 개인이나 소수자의 인간으로서의 존엄성을 침해하고, 특정 집단의 가치를 부정하므로, 이러한 차별·혐오표현이 금지되는 것은 헌법상 인간의 존엄성 보장 측면에서 긴요하다. … (중략) … 이 사건 조례 제5조 제3항에서 금지하는 차별·혐오표현은 자유로운 의견 교환에서 발생하는 다소 과장되고, 부분적으로 잘못된 표현으로 민주주의를 위하여 허용되는 의사표현이 아니고, 그 경계를 넘어 ‘타인의 인권을 침해’할 것을 인식하였거나 최소한 인식할 가능성이 있고, 결과적으로 그러한 인권침해의 결과가 발생하는 표현으로, 이는 민주주의의 장에서 허용되는 한계를 넘는 것으로 민주주의 의사형성의 보호를 위해서도 제한될 필요가 있다.”고 판시하면서 혐오표현 규제의 필요성을 인정하고 있다.

우리의 경우 이러한 헌법재판소의 입장을 참고하여 포괄적인 ‘차별금지법’이 제정되어야 한다. 즉, 인간의 존엄성을 보장하기 위해 혐오표현은 규제되어야 하지만 과도한 규제로 표현의 자유가 위축될 수 있으므로, 표현의 자유와 조화를 이루는 입법이 마련되어야 한다. 특히 최근 제정된 일본의 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」는 혐오표현자를 처벌하는 벌금형 규정을 두면서도 표현의 자유와의 조화를 도모하는 규정도 두고 있는 바, 향후 우리의 입법마련과정에서 위 조례는 참고할 가치가 있다고 보인다.

Ⅳ. 결론

최근 일본에서는 혐한표현을 중심으로 한 혐오표현이 오프라인뿐만 아니라 온라인에서 활발히 이루어지고 있다. 특히 ‘재특회’의 교토조선제1초급학교 습격사건을 통해 엿볼 수 있듯이, 일본에서의 재일코리안에 대한 혐한 현상은 심각한 문제가 되었다. 이에 따라 혐한 현상을 단순히 한류(韓流)로 인한 부작용이라고 치부할 수 없게 되었다. 또한, 일본에서

108) 헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356 결정 〔서울시 학생인권조례 제3조 제1항 등 위헌확인〕.

의 혐오표현은 혐오범죄(ヘイト·クライム)와 나아가 제노사이드(Genocide)로 이어질 수 있는 위험성을 띠고 있으므로 현재 일본에서 혐오표현 규제에 대한 논의가 이루어지고 있다.

최근까지 일본에서는 혐오표현을 크게 문제삼지 않았다. 일본 정부의 혐오표현에 대한 소극적인 태도는 현재 일본에서의 혐한현상에 기여하였다고 볼 수 있다. 다만, 일본 「형법」상 명예훼손죄와 모욕죄 등을 통해 혐오표현을 규제하고 있었으나 불특정한 집단에 대한 명예훼손죄가 인정되지 않는 등 법리 적용에 한계가 있었다. 이에 「헤이트스피치해소법」이 제정된 바 있으나 추상적인 지침만을 제공하여 혐오표현을 적절히 규제하지 못하였다.

한편, 인터넷상 혐오표현은 2001년에 제정된「프로바이더책임제한법」에서의 송신차단조치 및 발신자 정보 개시청구를 통해 규제되고 있다. 이는 우리의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 삭제요청 및 임의의 임시조치와 맥락을 같이 하는 것이나, 「프로바이더책임제한법」은 신청자의 의뢰를 받아야만 송신차단조치가 이루어진다는 점에서 일본의 법제가 표현의 자유를 더 보호하고 있는 듯하다. 다만, 「프로바이더책임제한법」이 발신자 정보를 개시하고 있는 점은 개인정보보호권을 침해할 여지가 있다.

일본에서의 혐오표현을 최초로 규제한 입법인 「오사카시(市) 헤이트스피치대처에 관한 조례」는 형사처벌조항을 두지 않아 실효성이 없었으나, 2019년에 제정된 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」는 혐오표현자에 대한 벌금형 규정을 둠으로써 실효성 측면에 대한 비판에서 벗어나게 되었다.

일본의 혐오표현 규제 입법과 판례의 태도를 검토하면 표현의 자유를 보장하고 있다고 보인다. 이는 제2차 세계대전 종전 후 연합군 최고사령부가 일본에 주둔하면서 민주주의를 발전시키기 위해 표현의 자유를 중시하게 된 데에 기인하고 있다. 또한, 일본 헌법은 미국 판례법리의 영향을 받아 표현의 자유를 중시하고 있는 것으로 보인다.

이러한 일본에서의 혐오표현 규제 입법을 살펴보는 것은 우리의 혐오표현 규제 법률 제정에 도움이 된다. 혐오표현 규제 법률이 마련되지 않은 우리의 경우 우리와 비슷한 법제를 가진 일본의 입법을 참고함으로써

규제방향을 잡을 수 있다. 일본의 「가와사키시(市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례」와 같이 혐오표현자에 대한 벌금형 규정을 두면서도 표현의 자유에 대한 조화를 도모하는 규정을 두는 방식이 바람직하다고 보인다.

한편, 혐오표현은 '해악성'으로 말미암아 제한에 있어 엄격한 심사방식을 따르기보다는 '내용중립적 규제'에 의하여야 한다. '내용중립적 규제'는 시간과 장소 및 형태에 대한 규제로 이에 의하게 되면 표현의 자유에 대한 과도한 침해가 발생하지 않으며, 이에 따라 위헌판단을 받을 가능성이 적어진다. 다만, 혐오표현의 규제를 강화하게 되면 표현의 자유의 위축현상이 일어나므로 실제 규제는 일부의 한정적인 혐오표현을 대상으로 하여야 할 것이다.

(논문투고일: 2020.12.5, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

김연진 · 지성우

혐오표현, 표현의 자유, 프로바이더책임제한법, 내용중립적 규제, 헤이트 가두선전

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

고문현, 「헌법학」, 법원사, 2011.

권영성, 「헌법학원론」, 개정판, 법문사, 2007.

니시다 노리유키(西田典之)/야마구치 아츠시(山口 厚)/사에키 히토시(佐伯仁志)(서거석/송문호/강경래 역), 「일본 형법 대표판례 [각론]」, 피데스, 2014.

문광삼, 「한국헌법학」, 개정판, 삼영사, 2011.

박미숙/추지현, 「혐오표현의 실태와 대응방안」, 한국형사정책연구원, 2017.

성낙인, 「헌법학」, 제20판, 법문사, 2020.

양 건, 「헌법강의」, 제6판, 법문사, 2016.

언론중재위원회, 「2019년도 해외언론법제연구보고서-해외 각국의 혐오표현 관련 미디어 규제 현황과 법제연구-」, 제3호, 2019.

장영수, 「헌법학」, 제12판, 홍문사, 2020.

전광석, 「한국헌법론」, 제13판, 집현재, 2018.

정종섭, 「헌법학원론」, 제12판, 박영사, 2018.

한수웅, 「헌법학」, 제10판, 법문사, 2020.

허 영, 「한국헌법론」, 전정15판, 박영사, 2019.

홍성방, 「헌법학」, 개정4판, 현암사, 2007.

Ⅱ. 논문

김웅기, “혐한(嫌韓)과 재일코리안 – 재특회(在特会)의 논리에 내포된 폭력성을 중심으로 -”, 「일본학보」 제98집, 한국일본학회, 2014, 417~432쪽.

노윤선, “일본지진을 통해 바라본 혐한(Anti-korea(n) Sentiment)과 혐오 발언(Hate Speech)에 대한 고찰”, 「일본근대학연구」 제60집, 한국일본근대학회, 2018, 237~250쪽.

문연주, “일본의 혐오표현과 규제 : 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로”, 「일본연구논총」 제39권, 현대일본학회, 2014, 89~124쪽.

문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유 - 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로 -”, 「공법연구」 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011, 113~142쪽.

박용숙, “혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구”, 「법학논총」제38권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 27~64쪽.

박해영, “혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰”, 「공법학연구」 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 2015, 137~169쪽.

배상균, “일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토 : 헤이트스피치해소법을 중심으로”, 「형사정책연구」 제28권 제2호, 한국형사정책연구원, 2017, 65~93쪽.

서보건, “차별적 표현 규제를 위한 일본의 인권옹호법안의 검토”, 「유럽헌법연구」 제19호, 유럽헌법학회, 2015, 121~154쪽.

손형섭, “일본에서 온오프라인의 혐오표현과 그 규제에 관한 연구”, 「유럽헌법연구」 제33호, 유럽헌법학회, 2020, 385~419쪽.

오일석/지성우/정운갑, “가짜뉴스에 대한 규범적 고찰”, 「미국헌법연구」 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018, 157-193쪽.

이진석, “일본의 헤이트 스피치 금지 입법 추진과 표현의 자유”, 「언론중재」 제136권 , 언론중재위원회, 2015, 102~109쪽.

장민영, “인권법 측면에서 일본의 혐한 시위의 문제점 및 우리 사회에의 시사점 연구”, 「중앙법학」 제17집 제4호, 중앙법학회, 2015, 51~88쪽.

지성우, “허위조작정보(소위 '가짜뉴스') 규제에 관한 헌법적 문제점에 관한 연구”, 「공법연구」 제48집 제2호, 한국공법학회, 2019, 157~192쪽.

지성우, “가짜뉴스와 언론·미디어의 공적 책임”, 「한반도선진화재단」, 2017, 15~23쪽.

지성우, “독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가”, 「성균관법학」 제31권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2019, 40

7~444쪽.
최철영, “미국연방헌법의 표현의 자유와 일본의 증오연설”, 「미국헌법연구」 제26권 제3호, 미국헌법학회, 2015, 299~325쪽.

Ⅲ. 해외문헌

Brian Levin, “The Long Arc of Justice: Race, Violence, and the Emergence of Hate Crime Law”, 「HATE CRIMES」 Vol.1, Greenwood Publishing Group, pp.1~22.
Committee on the Elimination of Racial Discrimination, “Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan”, CERD/C/JPN/CO/7-9, 2014, pp.1-11, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/JPN/CERD_C_JPN_CO_7-9_18106_E.pdf.
Human Rights Committee, “Concluding observations on the sixth periodic report of Japan”, CCPR/C/JPN/CO/6, 2014, pp.1~9, http://ccprcentre.org/doc/2014/07/CCPRCJPNCO6_E.pdf.
インターネットにおけるヘイトスピーチ対策に関する法制度, “相談窓口等について”, 1~2頁, http://202.34.14.132/shingikai/jinken-01/documents/290329senmonbessi4.pdf.
プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会, “プロバイダー責任制限法　名誉毀損·プロバイダー関係ガイドライン”, 2018, 1-53頁, https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/provider/pdf/provider_mguideline_20180330.pdf.
ヘイト·スピチ調査プロジェクトチーム, “在日コリアンに対するヘイト·スピチ被害実態調査報告書”, 國際人権 NGO ヒューマンライツ·ナウ, 2014, 1~29頁.
宮﨑正/山田真一/大阪市職員労働組合, “大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例について”, 2016, 6~22頁.
小谷順子, “憎悪表現（ヘイト・スピーチ）の規制の合憲性をめぐる議論”, 「SYNODOS」, 2013, http://synodos.jp/society/4013.

市川正人, “表現の自由とヘイトスピーチ”, 立命館法学 2015年 2号 (360号), 2015, 122(516)~134(528)頁.
田代 亜紀, “表現の自由の限界を考えるための準備的考察 : ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として”, 「専修ロージャーナル」 第12号, 専修大学法科大学院, 2016, 119~148頁.
萩原 優理奈, “ヘイトスピーチ規制に関するアメリカとドイツの比較法的考察”, 「言語·地域文化研究」 第26号, 東京外国語大学大学院, 2020, 65~81頁.

Ⅳ. 기타

日本国憲法.
日本 「刑法」.
NetzDG(Netzwerkdurchsetzungsgesetz).
本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律.
特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(平城十三年法律第百三十七号).
大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例.
川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例.
대법원 2000. 10. 10. 선고, 99도5407 판결.
대법원 2014. 3. 27. 선고, 2011도15631 판결.
헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356 결정.
헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등 결정.
大阪高等裁判所平成23年（う）第788号 平成23(2011)年 10月28日 第4刑事部判決.
東京地方裁判所平城22年（わ）第1257号, 平城22年（わ）第1641号 平城23(2011)年 4月21日 第2刑事部判決.
이세원, “'처벌조례' 日가와사키시, 트위터에 혐한 게시물 삭제 첫 요청”, 『연합뉴스』, 2020. 10. 10, https://www.yna.co.kr/view/AKR20201010037800073.

Abstract

Hate Speech Regulations in Japan

Kim, Yeon Jin
Ji, Seong Woo

"Promise is made by people, not by Japanese-Korean and people(約束というものは人間同士がするものなんですよ。人間と朝鮮人では約束は成立しません)". These are slogans that 'The Civic Group that does not allow Japan Privileges(在日特権を許さない市民の会)', the far-rightists, chanted in front of Kyoto Chosun Primary School. These days, Japan far-rightists are staging anti-Korean protests and propaganda on the street with frequent. The discussion on regulating hate speech(ヘイトスピーチ) is gradually being made as hate speech could connect to hate crime(ヘイト·クライム).

Japan Constitution article 21 stipulates freedom of speech, but 'public welfare' of article 13 and article 14 regarding equal right provide constitutional basis for regulating hate speech. 「Laws on the Promotion of Measures for the Elimination of Unfair Discriminatory Words and Behaviors against Non-Japanese Persons(本邦外出身自に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)(thereafter, 'Resolution Law on Hate Speech')」(2016. 6. 3) are made in order to regulate hate speech. Online hate speech is being regulated by 「Law on Restricting Liability of Telecommunication Service Provider(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)(thereafter, 'Restriction Law on Provider's Liability(プロバイダー責任制限法)')」. 「Restriction Law on Provider's Liability」 is properly handling online hate speech by regulating

‘Transmission Block Action’ and ‘Sender Information Disclosure’. Japan 「Criminal Law」 also regulates hate speech by defamation, insults and forcible obstruction of business.

Ordinance of Japanese local authorities on hate speech are 「Osaka City Ordinance on Dealing with Hate Speech(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例)」(2014. 9. 3) and 「Kawasaki City Ordinance on the Creation of a Village of Respect for Human Rights without Discrimination(川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例)」(2019. 12. 12) typically. 「Kawasaki City Ordinance on the Creation of a Village of Respect for Human Rights without Discrimination(川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例)」 included regulation for criminal punishment which imposed monetary penalty and it is meaningful in that it was first prescribed.

Freedom of speech should be regulated if any expression violates human dignity and equal rights. If the restriction on hate speech is strengthened, chilling effect on freedom of speech will be occurred, however. Actual regulation should target some limited hate speech. Hate speech should be subject to ‘content neutral regulation’ rather than following the strict screening as hate speech involves “harmfulness”.

Kim, Yeon Jin · Ji, Seong Woo

Hate Speech, Freedom of Speech, Restriction Law on Provider’s Liability, Content Neutral Regulation, Hate Street Propaganda

적극행정 제도에 대한 공법적 일고찰

전주열*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 행정 내부적 책임의 면제 사유로서 적극행정
1. 면책의 주체와 객체
2. 면제되는 '책임'
3. 책임의 '면제'
4. 소결
Ⅲ. 행정 외부적 관계에서 적극행정 인정의 가능성
1. 행정의 적극행정 작용 및 행위
2. 행정의 적극행정에 대한 적법성
3. 적극행정과 행정법의 법원(法源)
4. 소결
Ⅳ. 공무원의 징계책임과 배상책임의 관계
1. 적극행정 결과와 배상책임
2. 「국가배상법」상 공무원의 구상책임
3. 국가의 책임과 공무원 책임 간 구분
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

현행 「감사원법」과 「국가공무원법」 하위 법령에 근거하여 적극행정 면책 제도가 시행되고 있다. 이 제도는 행정의 변화를 궁극적인 목적으로 표방하고 있다. 그러나 공법의 관점에서 보면 적극행정 제도가 행정의 변화를 견인하기에는 한계가 있다. 첫째 이 제도는 행정 내부의 법적 관계에 적용되는 제도이다. 「감사원법」에 따른 감사책임과 「국가공무원법」에 따른 징계책임은 행정기관이나 공무원이 행정 내부에서 지는 책임에 불과하다. 적극행정 개념과 같은 방향으로 행정 자체의 변화가 이루어지려면 행정의 외부적 관계에 대한 법적 평가에서 적극행정이

* 법학 박사, 한국법제연구원(연구위원)

인정될 여지가 있어야 한다. 이는 행정이 맺는 법적 관계에 적용할 법을 어떻게 선별할 것인지의 문제와 이 법을 어떻게 해석하여 적용할 것인지의 문제라고 할 수 있다. 전자는 행정법의 법원(法源)론의 문제로 포섭되고 후자는 행정법 해석론의 문제로 포섭된다.

현재의 적극행정 제도로 행정 자체의 변화를 기대하는 것은 행정 내부의 관계와 외부의 관계를 혼동한 것이라고 할 수 있다. 공무원이 개인의 책임 문제로부터 자유롭게 소신을 갖고 공익을 추구할 수 있도록 하려면 행정에게 귀속되는 책임과 공무원 개인에게 귀속되는 책임을 구분하는 법리를 발전시킬 필요가 있다. 이런 관점에서 현행 「국가배상법」은 공무원의 행위와 행정의 행위를 구분하지 않는 문제를 안고 있다. 이에 따라 공무원이 소신을 갖고 업무를 수행한 경우에, 감사책임 및 징계책임은 적극행정 면책 제도로 면제받더라도 배상책임을 질 수 있는 문제가 있다.

Ⅰ. 서론

"불 끄느라 문뜯은 소방관, 정부가 손해배상 소송 돕는다."[1] 2019년 2월, 한 언론의 기사 제목이다. 법무부, 소방청과 정부법무공단이 '소방공무원 직무 관련 법률지원을 위한 업무협약'을 맺은 것이 기사화된 것이다. 기사에 따르면 소방관들이 화재 진압을 위해 빈집의 문을 강제로 열다가 부서지거나 옆집 베란다를 통해 다세대주택에 진입하다가 에어컨 실외기, 유리창이 부서지면 배상을 요구받는다고 한다. 이에 대해 정부는 "그간 소방공무원 개인을 상대로 제기되는 손해배상 소송은 기관의 문제가 아니라는 이유로 공무원 개인이 맡아왔고, 정부 차원의 지원도 부족한 측면이 있었다"고 한다. 공무원의 직무 수행의 결과에 대한 책임 문제를 해결하는 데 정부가 나선다는 것은 반가운 일이다. 그러나 근본적인 해결책은 되지 못한다. 공무원이 공익을 위해 소신과 양심껏 직무를 수행했다면 애초에 공무원 개인이 소송을 당하지 않도록 해야 하는 것

1) 박초롱, "불 끄느라 문뜯은 소방관, 정부가 손해배상 소송 돕는다", 연합뉴스 인터넷판, 2019년 2월 21일 기사, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190221084800004>, 2020년 11월 11일 열람.

아닌가? 행정이 져야할 책임을 공무원에게 묻지 않도록 해야 하는 것 아닌가?

이러한 가운데 공무원의 적극적인 업무 수행을 독려하기 위해 적극행정 제도가 도입되었다. 2015년에 개정된 「감사원법」[2]에서 처음 법률로 도입되었고, 2019년에 제정된 「적극행정 운영규정」[3]과 「지방공무원 적극행정 운영규정」[4]에 의해 공무원법 전반에 도입되어 시행되고 있다. 적극행정 제도는 특히 '규제혁신'을 위한 제도로 인식되고 있다. 그런데 규제는 행정의 행정행위나 작용에 의해 생기는 것이지 공무원 개인의 행위가 아니다. 공무원의 업무 수행 방식, 이른바 '공직문화'를 개선해서 행정이 하는 규제를 혁신하려고 한다면, 이는 공무원에 관한 법적 문제와 행정에 관한 법적 문제를 혼동한 접근이라고 할 수 있다.

공무원을 공무에 관한 책임 문제의 전면에 그대로 세워둔 채, 규제혁신을 위해 공무원의 업무 수행 방식에 집중하고 있는 현재의 적극행정 제도로는 적극적인 행정을 구현하기 어렵다. 본 논문은 적극행정 제도와 정책이 본래 의도하는 취지를 우리 법 전체에서 조화롭게 구현할 수 있는 방법을 모색하고자 한다. 이를 위해 먼저 현재 제도의 의미를 밝힌다. 현행 적극행정 제도는 '행정'의 적극성을 표방하지만, 실제로는 행정 내부에서 문제되는 책임에 한정되는 제도이다.(II) 규제 문제를 비롯해서 행정의 적극성이 요청되는 문제들은 행정이 외부적으로 맺는 법적 관계에 관한 것이다. 따라서 행정 외부적 관계에서 적극행정이 인정될 여지가 있는지 살펴보아야 한다.(III) 이어서 외부적 관계를 규율하는 법 가운데 공무원의 적극적 직무 수행을 가로막는 근본적 요인들 중 하나로 본고는 현행 「국가배상법」에 주목하였다.(IV)

2) 2015년 2월 3일 일부개정, 2015년 8월 4일 시행, 법률 제13204호.
3) 2019년 8월 6일 제정 및 시행, 대통령령 제30016호.
4) 2019년 8월 6일 제정 및 시행, 대통령령 제30018호.

Ⅱ. 행정 내부적 책임의 면제 사유로서 적극행정

현행 적극행정 제도는 책임을 면제하는 제도이다.[5] 면제의 주체와 객체의 관계는 행정 내부적 감독권의 주체와 객체의 관계이다. 즉 행정 내부적 법관계에 관한 제도이다. 면제되는 책임 역시 감사원에 대하여 지는 책임과 징계권자에 대하여 지는 책임으로서 행정 내부의 책임에 한정된다. 책임을 면제하는 절차는 「감사원법」과 「국가공무원법」 간에 중요한 차이가 있다. 「감사원법」의 제도에서는 적극행정이 인정되면 책임을 묻는 절차가 진행되지 않는다. 반면, 「국가공무원법」에 따른 제도에서는 징계의결이 요구된 뒤에 징계의결 대상자가 적극행정을 주장함으로써 비로소 면책이 인정될 수 있다.

1. 면책의 주체와 객체

「감사원법」에 따른 적극행정 면책 제도는 감사원이 감사를 통해 물을 수 있는 책임을 면제하는 제도이다. 감사원은 회계 검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 대한 감찰을 임무로 맡고 있다.[6] 감사원은 감사를 실시한 결과를 바탕으로 공무원에 대한 징계나 문책을 요구할 수 있고, 행정기관에는 시정이나 개선을 요구할 수 있다. 그런데 적극행정에 해당하면 이런 책임을 묻지 않는 것이 「감사원법」이 규정한 적극행정 면책 제도이다.

법률에서는 적극행정 면책 대상을 “감사를 받는 사람”이라고 규정하고 있지만, 이 제도의 구체적인 내용을 정한 감사원규칙[7]에서는 감사대상기

---

5) 적극행정에 관한 그간의 연구가 적극행정의 개념을 밝히는 데 주목한 반면, 본 연구는 적극행정 제도의 법제도적 의의를 기준으로 적극행정 개념의 의미를 밝히는 데 집중하고자 한다. 「적극행정 운영규정」에서는 적극행정을 “공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위”로 정의하고 있다.(제2조 제1호) 이를 톱아 보면, ‘불합리한 규제 개선’은 하나의 예시로 규정되었고, ‘창의성과 전문성을 바탕으로’라는 요건은 공무원이 맡은 임무에서 마땅히 요구되는 자질이라고 볼 수 있다. 이렇게 보면, 법령상 적극행정의 개념은 “공무원이 공익을 위해 적극적으로 업무를 처리하는 행위”로 요약된다. 사익이 배제될 것을 개념 성립의 소극 요건으로 보면, 결국 적극행정은 적극적 업무 처리 행위를 의미한다.

6) 「감사원법」(2020년 10월 20일 개정 및 시행, 법률 제17560호) 제20조(임무) 감사원은 국가의 세입·세출의 결산검사를 하고, 이 법 및 다른 법률에서 정하는 회계를 상시 검사·감독하여 그 적정을 기하며, 행정기관 및 공무원의 직무를 감찰하여 행정 운영의 개선과 향상을 기한다.

관과 소속 공무원이나 임직원이 모두 포함되는 것으로 규정하고 있다. 따라서 「감사원법」상 적극행정 면책 제도는 감사원이 감사를 받는 기관과 공무원(공공기관의 경우에는 임직원)에게 감사에 따른 책임을 면제하는 제도라고 할 수 있다. 공무원뿐 아니라 행정기관을 대상으로 한다는 점이 특징이다.

반면 「국가공무원법」 하위법령에 따른 적극행정 면책 제도는 공무원 징계책임에 관한 제도이다. 공무원에 대한 적극행정 면책 제도는 2018년 5월에 「공무원 징계령 시행규칙」이 개정되면서 징계 면제 사유로 도입되었다. 이어서 2019년 8월에 「적극행정 운영규정」이 제정됨으로써 적극행정 면책 제도에 관한 일반 규정과 같이 적용되고 있다.[8)]

「감사원법」과 「국가공무원법」에 근거를 두고 있는 적극행정 면책 제도는 행정 내부적 관계에 관한 제도이다. 감사원은 우리 헌법상 행정부를 구성하는 대통령 소속 기관이다. 공무원징계의 법적 관계는 행정이 행정 내부의 공무원을 제재하는 관계이다. 지금의 적극행정 면책 제도는 적극적 '행정'을 목적으로 표방하고 있지만, 행정 내부의 법적 관계에 한정된 제도이다.

2. 면제되는 '책임'

「감사원법」에서 말하는 책임은 행정기관과 공무원이 감사원으로부터 위법·부당의 판단을 받고, 감사원이 취하는 조치를 받는 것을 말한다. 행정기관의 직무 수행에 대하여 감사원이 위법·부당하다고 판단하면, 해당 기관과 감독권자에게 이를 시정하라고 요구할 수 있고, 요구를 받은 자는 감사원이 정한 날까지 이를 이행해야할 법률상 의무를 진다.[9)] 감사원

---

7) 「적극행정면책 등 감사소명제도의 운영에 관한 규칙」(2020년 5월 22일 개정 및 시행, 감사원규칙 제325호) 제4조.

8) 공무원에 대한 징계책임의 면제 근거가 시행규칙에 규정되어 있고, 이를 구체화하는 운영규정이 대통령령의 형식을 갖고 있는 것이 특징적이라고 할 수 있다. 이런 규범 체계는 「공무원 징계령」이 공무원 징계의 감경을 비롯한 징계기준을 총리령에 위임한 것에서 그 이유를 찾을 수 있다. 즉 공무원 징계에 관한 일반 규정의 기능을 하는 「공무원 징계령」(대통령령)이 징계기준을 포괄적으로 시행규칙(총리령)에 위임하고 있기 때문에 면제의 근거는 시행규칙에 규정되어 있다. 반면 적극행정 제도의 구체적인 내용은 더 높은 규범 형식에 근거하여 운영되고 있는 것이다.

9) 「감사원법」 제33조(시정 등의 요구) ① 감사원은 감사 결과 위법 또는 부당하다고 인정되는 사실이

이 기관의 직무 수행 사실에 대하여 적극행정에 근거하여 책임을 면제한다는 것은 기관에 대한 시정 요구를 하지 않는 것을 뜻한다고 해석된다.

공무원에 대해서 감사원이 묻는 책임은 공무원 임용권자에게 징계를 요구하는 것이다. 감사원이 어떤 공무원에 대하여 징계 사유에 해당한다고 판단하면 해당 공무원에 대한 징계권자에게 징계를 요구할 수 있다. 공무원에게 적극행정을 인정해서 감사원이 책임을 면제한다는 것은 이 징계 요구를 하지 않는 것을 말한다.[10] 즉 「감사원법」의 적극행정 제도는 감사원이 행정기관이나 공무원에 대해 할 수 있는 감사 결과 처리 조치를 하지 않는 것을 말한다. 따라서 감사원이 면제하는 책임은 감사 결과에 따른 제재적 조치를 받는 것을 말한다. 공무원이 감사원에 대하여 지는 책임은 감사원의 판단에 근거한 징계 요구의 대상이 되는 것이다. 징계 결정 자체는 감사원이 내리는 것이 아니라 공무원 징계 제도에 따른 권한과 절차에 의해 내려지게 된다.

「국가공무원법」 하위법령에 근거한 적극행정 제도에서 면제되는 책임은 공무원의 징계책임이다. 우리 「국가공무원법」에 따른 징계책임에는 신분상 제재와 금전적 부가금이 포함된다. 후자는 전자를 전제로 인정될 수 있다. 공무원이 어떤 경우에 징계책임을 질 수 있는지에 대해서 「국가공무원법」은 세 가지 징계의 '사유'를 규정하고 있다. 이에 해당하면 징계 의결이 요구되어야 하고, 요구에 이은 의결의 결과에 따라 징계 처분이 내려진다. 공무원이 「국가공무원법」의 적극행정 제도로 면제받을 수 있는 책임은 이 징계 처분을 받지 않는 것을 말한다.

3. 책임의 '면제'

「감사원법」에 의한 책임의 면제는 감사원이 감사책임을 묻지 않는 것이다. 행정기관에는 시정 요구를 하지 않고 공무원에게는 징계 요구를 하지 않는 것을 말한다. 「감사원법」이 이를 "적극행정에 대한 면책"이

있을 때에는 소속 장관, 감독기관의 장 또는 해당 기관의 장에게 시정주의 등을 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구가 있으면 소속 장관, 감독기관의 장 또는 해당 기관의 장은 감사원이 정한 날까지 이를 이행하여야 한다. [전문개정 2009. 1. 30.]

10) 감사원 감사를 받지만 징계의 대상이 아닌 사람에 대해서는 징계가 아니라 문책을 요구한다.(감사원법 제32조 제8항)

라고 표현하고 있는 이유는 적극행정이 인정되지 않는다면 위법·부당성이 인정되는 경우를 전제하고 있기 때문이라고 이해된다. 즉 행정기관이나 공무원의 어떤 직무 수행에 대하여 일반적인 상황이라면 감사원이 감사책임을 물을 경우를 전제하고, 이런 경우일지라도 적극행정이 인정되면 감사책임을 묻지 않는다는 것이다.

중요한 점은 면책 결정이 「감사원법」상 감사책임을 묻는 결정 속에 포함되어 있다는 점이다. 즉 감사원이 감사 결과에 따라 최종적으로 감사책임을 물을지 여부를 판단하는 결정 속에 적극행정에 해당하는지에 대한 판단이 포함되어 있다. 따라서 감사원이 어떤 감사 결과가 적극행정에 해당한다고 판단하면 감사책임을 묻지 않기로 결정할 수 있다. 감사원이 감사책임을 묻지 않기로 결정(이른바 '불문'결정)하면 피감 기관 및 공무원에게 감사책임에 의한 절차가 시작되지 않는다. 이 점이 「국가공무원법」상 적극행정 제도와 크게 다른 점이다.

「국가공무원법」의 제도에서는 우선 징계 의결이 요구된 후에 적극행정 인정 여부가 문제된다. 일반적인 상황이라면 징계의 대상이 되는 경우를 전제한 점에서는 「감사원법」과 같다. 그러나 「국가공무원법」에서는 적극행정 인정 여부가 징계 의결에 포함되어 있을 뿐, 징계 의결 '요구' 단계에는 고려되지 않는다. 「국가공무원법」은 제78조에서 "공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다"라고 규정하고 있다. 공무원이 징계 사유에 해당하면 징계 의결이 필요적으로 요구되도록 기속하고 있는 것으로 해석된다. 적극행정 인정 여부는 징계 의결 단계에서 징계기준의 하나로 논의된다. 즉 「국가공무원법」상의 적극행정 제도는 일단 징계 사유에 해당되어 징계 의결의 요구된 사안에 대해서 징계책임 면제를 논의하게 되는 것이다.

이 특징은 공무원 징계 제도가 징계 의결 요구권과 징계 의결권으로 구분되어 있는 것에서 기인한다. 이 권한 분리의 취지는 의결 요구권 및 징계 집행권을 의결권과 분리함으로써, 징계 결정이 더 신중하게 이루어질 수 있도록 하여 징계의 남용을 막는 것에 있다고 할 수 있다. 이러한 바탕에서 적극행정이 징계 사유(의결 요구)에 관한 것인지, 아니면 의결 단계에서 면제 근거인지가 중요하다. 징계 사유를 조각시키는 것이라면

적극행정을 이유로 의결 요구를 하지 않을 수 있다. 의결의 기준으로 구성하면 징계 의결 요구의 당사자는 일단 의결의 당사자(비위 혐의자)가 되고, 징계위원회 절차 중에 자신의 적극행정을 주장함으로써 책임을 면제받게 된다.

4. 소결

현행 적극행정 면책 제도는 행정 내부에서 책임을 면제하는 제도이다. 적극행정 제도의 궁극적인 취지가 적극적인 행정을 구현하려는 것이라면 행정의 행위나 작용이 행정 외부와의 관계에서 어떻게 판단되는지가 더욱 중요하다. 행정의 외부적 관계에 대한 적법성과 타당성의 판단이 적극행정을 구현하는 직접적인 조건이다. 행정 내부에서 적법·타당하다고 판단한 것이 외부적 관계에서는 위법·부당하다고 판단될 수 있다. 따라서 현행 제도에서 개념화한 적극행정의 표지가 행정 외부적 관계를 판단하는 법에서 어떤 의미를 갖는지가 중요하다. 현행 제도의 적극행정 개념에 근거한 책임의 면제가 외부적 관계에서도 인정될 수 있는지 검토할 필요가 있다.

공무원법에 한정해서 보면, 현재 적극행정 제도의 의의는 매우 제한적이다. 「국가공무원법」 하위 법령에 근거한 현재의 제도는 절차적인 면에서 징계의결 요구를 전제로 원용될 수 있도록 구성되어 있다. 징계의결 요구권자가 공무원의 직무 수행에 대하여 징계의결 요구의 대상이 되는지 여부를 판단할 때에는 적극행정을 원용할 수 없다. 이는 공무원에게 요구되는 성실의 의무와 이에 포함된 법령 준수 의무와의 관계에서 중요한 쟁점을 야기한다. 일반적으로 공무원의 법령 준수 의무에는 행정규칙을 준수할 의무가 포함된다고 본다. 이로써 공무원은 행정규칙을 위반하더라도 징계사유를 구성하게 되어 징계 의결 요구의 대상이 된다. 적극행정에 근거한 징계책임의 면제는 징계 의결 요구 후에 공무원이 자신의 적극행정을 주장함으로써 비로소 활용될 수 있다.

공무원의 관점에서 현재의 적극행정 제도가 활용되기 어려운 본질적인 이유는 이 제도가 징계책임에 한정된 제도라는 점이다. 적극행정이 인정된 공무원의 어떤 직무수행이 행정 외부적 관계, 즉 행정소송이나 국가

배상소송에서는 위법한 것으로 판단될 수 있다. 이 때, 공무원이 적극적 인식을 갖고 의도한 바에 따른 행위가 행정의 위법성으로 이어지게 되면 현행 「국가배상법」에 따라 공무원 개인이 구상 책임에 노출될 수 있다.

이처럼 현행 적극행정 제도는 행정 내부에서 관할하는 책임의 일부만을 면제하는 제도이다. 현행 제도가 개념화하고 있는 취지가 구현되려면 행정 외부적 관계에서 이 개념이 적용될 수 있는지 살펴보아야 한다. 그리고 적극행정이 인정될 때 공무원의 징계책임과 배상책임 간 관계를 어떻게 구성하여야 하는지 살펴보아야 한다.

Ⅲ. 행정 외부적 관계에서 적극행정 인정의 가능성

행정이 적극적으로 바뀌게 하려면 외부적 법적 관계에서도 적극행정이라는 법개념이 통용될 수 있는지 살펴보아야 한다.[11] 만약 외부적으로는 적극행정이 전혀 인정될 수 없다면, 행정은 외부적으로는 위법하거나 부당하게 판단되는 것을 내부적으로 용인하는 결과가 될 수 있다. 현행법의 적극행정 개념이 행정의 행위나 작용에도 인정될 수 있는지 확인하기 위해 먼저 행정에게 귀속되는 적극행정의 개념을 살펴본다. 이어서 행정에게 귀속되는 적극행정의 적법성 문제를 살펴본다. 행정의 적법성 판단은 행정에게 적용되는 법이 무엇인가에 대한 논의로서 행정법의 법원(法源)론에 속하는 쟁점이다.[12]

---

11) 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과정의」 통권 491호 (대한변호사협회, 2020) 4쪽: “적극행정은 법치행정의 원칙의 한계 내에서 이루어져야 하고, 비록 행정기본법에 적극행정에 관한 규정을 두더라도 법치행정의 원칙을 뛰어넘는 것은 용인될 수 없다.”

12) 적극행정의 외부적 법적 판단과 더불어 공무원에 대한 제재처분 제도로 시행되고 있는 소극행정 개념에 대한 분석도 필요하다. 특히 현행 규정에 따른 소극행정 개념은 행정 작용에 의한 “국민의 권익 침해”라는 외부적 효과를 요건으로 하고 있는 점과 공무원 제재에 관한 법률로부터의 위임이 없다는 점에서 적극행정 개념과는 또 다른 연구 과제를 제기하고 있다. 다만, 본 연구는 적극행정 개념에 대하여 범위를 한정하고 소극행정 개념에 관한 제도는 후속 연구의 주제로 남겨둔다.(소극행정 문제의 중요성에 대해 지적해 주신 익명의 심사위원께 감사드립니다)

1. 행정의 적극행정 작용 및 행위

정부가 발표한 적극행정 사례들을 살펴보면 크게 두 부류로 사례들을 구분할 수 있다. 하나는 딱 맞는 근거 규정이 없지만 행정 행위나 작용이 이루어진 경우이다. 다른 하나는 규정이 있지만 이에 얽매이지 않고 타당한 행정이 이루어진 경우이다. 두 종류의 경우 모두 '규정'과의 관계에서 적극행정이 인정된다. 이는 행정이 규정대로 수행되지 않을 때 감사책임이나 징계책임이 문제되기 때문이다.[13]

감사원은 행정기관과 공무원의 직무를 감찰하는데, 행정기관에 대해서는 위법·부당한 사항을 감찰하고 공무원에 대해서는 징계사유에 해당하는 사항을 감찰한다. 공무원의 징계 사유는 「국가공무원법」 제78조에서 규정하고 있는데, 이에 따라 공무원은 「국가공무원법」 및 이 법에 따른 명령을 위반하거나 직무 태만 또는 직무 내외의 체면·위신의 손상에 해당하는 경우에 징계 의결 요구의 대상이 된다. 「국가공무원법」은 '복무'의 장(제7장)에서 공무원의 의무를 열거하고 있다. 이 가운데 성실의무(제56조) 즉, "법령을 준수하며 성실히 직무를 수행"할 의무에 따라 공무원은 직무상 법령을 위반하면 징계 사유에 해당하게 된다.

요컨대 현행법상 적극행정은 감사원이 행정기관에 대하여 위법·부당하다고 판단하는 사항과 공무원의 직무상 법령 위반을 포함한 징계 사유 해당 사항을 전제로 한다. 이 가운데 행정 외부적 관계에서 중요한 의미를 갖는 것은 '위법성'의 부분이다. 즉 행정기관이나 공무원의 직무 수행이 위법한 경우에, 이를 통해 형성되는 외부적 관계에서 적극행정이 인정될 수 있는지 여부를 살펴보아야 한다. 행정기관이나 공무원이 법령을 위반하여 감사책임이나 징계책임의 대상이 되었지만 적극행정을 인정받는 경우에, 외부적 관계에서는 행정이 위법하다고 판단될 수 있기 때문

13) 최무현, "적극행정의 개념적 다양성에 기반한 발전방향에 관한 연구", 「한국인사행정학회보」 제18권 제4호 (한국인사행정학회, 2019), 325쪽: "현장을 따라가지 못하는 법과 제도도 문제지만, 더 심각한 것은 법령 해석과 운영에서 기존 관행을 탈피하지 못한 공무원의 행태라 할 수 있다." 박윤, "적극행정의 개념에 관한 연구", 「한국인사행정학회보」 제18권 제4호 (한국인사행정학회, 2019), 278~279쪽: "'업무수행과정의 업무 및 역할수행'에서의 적극행정은 [...] 법령·규정 해석[...]이 포함된다. [...] 법령·규정 해석 부분에서는 형식보다 실질적인 면, 예를 들면 경제적, 사회적 목적에 기준을 두고 판단하는 것, 그리고 해당 법령이나 규정만을 두고 해석하는 것이 아니라 종합적인 검토를 수행하는 것이 적극행정에 해당한다."

이다.

2. 행정의 적극행정에 대한 적법성

행정이 맺는 외부적 법적 관계에서 적법성과 위법성을 판단하는 기준이 되는 법이 무엇인가에 관한 논의는 행정법의 법원(法源)론으로 설명할 수 있다.[14] 일반적으로 행정에 적용되는 규범을 법규명령과 행정규칙으로 구분한다. 둘을 구분하는 기준을 '외부적 법규성'이라고 하면, 법규명령은 행정의 외부적 관계에서 법으로서 인정되는 것을 말하고 행정규칙은 행정이 이를 위반하더라도 외부적으로는 위법하지 않게 되는 규정을 말한다.[15] 둘을 구분하는 기준을 '규칙'이라는 명칭이라고 하면, 시행령이나 대통령령은 법규명령이고 시행규칙은 행정규칙이라고 할 수도 있다. 행정법 이론에서나 실정법 및 판례에서나 법규명령과 행정규칙이라는 용어를 어떤 기준으로 구분하여 쓸 것인지 통일되어 있지 않다.[16]

가. 법규명령을 위반한 적극행정

외부적 법규성이 있는 규정을 위반한 행정은 외부적 관계에서 적법하다고 인정될 수 없다. 이런 경우에 해당 행정기관이나 공무원에게 적극

---

14) 김윤권/이재호/윤수재/심호, "적극행정 면책제도의 분석 및 활성화 방안", 「한국행정논집」 제23권 제3호 (한국정부학회, 2011) 841쪽: "적극행정 책임감면의 근거와 기준을 제시한 위 법규, 그리고 적극행정 면책제도를 규정한 감사원훈령과 적극행정 면책제도 운영규정이 과연 헌법·법령이나 다른 가치들과 저촉·충돌되는 문제는 없는지에 대해 분석할 필요가 있다. [...] 법체계상 적극행정 면책제도를 보다 제도화시키기 위해서는 감사원훈령보다 훨씬 상위인 헌법이나 관련 법령들과의 법리적 충돌 문제는 없는가에 대한 조율이 보다 심도 있게 고려되어야 할 것이다." 감사원의 적극행정 제도가 훈령에 근거하여 시행될 당시, 위와 같은 지적은 매우 중요한 지적이었다. 위 논문은 「국가공무원법」을 비롯한 공무원 책임에 관한 법률들과 적극행정에 의한 면책과의 관계가 적극행정 제도 활성화를 위해 중요한 쟁점임을 지적하였다.

15) 행정입법의 규범적 효력에 대해서는 전 훈, "행정규칙의 법규성의 이해 – 프랑스 행정법원 판례를 중심으로 – ", 「법학논고」 제21집 (경북대학교 법학연구원, 2004) 109~133쪽을 참고하였다.

16) 강현호, "행정청의 행위기준으로서의 재량준칙에 대한 법적 고찰", 「행정판례연구」 XXII-2, (한국행정판례연구회, 2017), 63~64쪽: "우리 법원은 그러한 행정입법 즉 재량준칙의 경우에 때로는 행정부 내부의 사무처리준칙에 불과하다고 보기도 하다가는, 때로는 – 예를 들면 대통령령의 형식으로 발급된 경우에는 – 법규명령이라고 하는 등 논리적인 일관성을 상실한 채 혼돈의 늪에 빠져 있다. 또한 대통령령의 형식으로 된 재량준칙을 법규명령으로 보면서도 다시금 그 구속성에 의문을 제기하기도 한다. 학설들 역시 아직까지는 이러한 혼돈의 어두움을 몰아내고 있지는 못하고 있다."

행정을 인정하면, 감사원 및 행정 내부에서는 옳다고 인정한 직무 수행이 외부적으로는 위법한 행정을 구성하게 된다. 외부적 관계에서 위법한 것을 내부에서 문제 삼지 않는 것이 공무원의 징계책임에 관해서만 가능하다. 행정기관의 외부적으로 위법한 사항을 감사원이 지적하지 않을 수는 없다. 이를 감찰하여 시정을 요구하는 것이 헌법과 법률에서 정한 감사원의 임무이기 때문이다. 반면 공무원이 어떤 직무 수행이 외부적으로 위법한 행정을 구성하였더라도 이를 반드시 징계하여야 하는지 여부는 공무원 징계제도의 목적과 정부의 인사정책에 따라 달라질 수 있다. 물론 이런 경우에 공무원의 징계책임을 면제하는 것과 전혀 별개로 행정의 위법성은 선언될 수 있다.

만약 인사정책적 목적에 따라 공무원에 대한 적극행정 면책 제도를 법규명령을 위반한 직무의 수행에 대해서도 활용하고자 한다면, 공무원의 책임을 완화하는 만큼 행정의 적법성을 확보하기 위한 제도 보완이 필요하다. 행정 내부 제도로서는 행정의 적법성을 확보하기 위한 제도로서 상급기관의 적법성 감독이나 감사원에 의한 정부에 대한 감독이 있다. 상급기관에 의한 감독은 공공기관이나 분산된 행정청에 대해서는 유효하게 작동할 수 있지만, 중앙행정기관이나 독립적인 업무 권한을 갖는 행정청에 대해서는 큰 의미를 기대하기 어렵다. 감사원의 행정기관에 대한 적법성 감독권한으로 이 문제를 해결하려고 하면, 적극행정 개념 해석에 관한 어려운 문제가 생긴다. 공무원에게는 인정된 적극행정이 행정기관에는 인정되지 않아야 하는 모순이 생길 수 있다. 이렇게 되면 「국가공무원법」상 적극행정과 「감사원법」상 적극행정을 서로 다르게 해석하여야 하는 문제가 생긴다.

나. 행정규칙을 위반한 적극행정

외부적 법규성이 없는 규정을 위반한 행정은 외부적 관계에서 이 규정 위반의 사실만으로 위법하다고 판단될 수 없다. 그러나 감사원이 행정기관에 대해 직무를 감찰할 때는 위법성뿐 아니라 부당성을 지적할 수 있기 때문에 행정규칙을 위반한 행정기관에 대하여 이를 소명하라고 지적할 수 있다. 공무원에 대한 징계 사유인 법령 위반에서 '법령'이란 법규성 없는 행정규칙을 모두 포함한다. 따라서 외부적 법규성 없는 규정을

위반하여 감사책임이나 징계책임이 문제되는 경우에 적극행정 면책 제도가 유용하게 활용될 수 있다.

문제는 외부적 법규성이 있는 규정과 없는 규정을 구분하는 것이다. 행정기관이나 공무원이 시행령, 시행규칙, 지침, 훈령, 예규, 고시 등 다양한 형식의 규정들을 보고 법규성이 있는지 여부를 정확히 판단하는 것은, 지금 우리의 입법 현실에서는 불가능하다. 규정이 실질적으로 법규인지 여부를 법원이 판단할 때 형식과 별개로 판단하기 때문이다.[17] 즉 공무원은 어떤 규정이 법규인지 소송을 통해 판결을 받기 전에는 정확히 판별할 수 없다.

3. 적극행정과 행정법의 법원(法源)

위와 같이 현재의 적극행정은 법규명령에 관하여는 인사정책에 따라 제한적으로 활용될 수 있고, 행정규칙에 관하여 활용될 수 있는 여지가 많지만 공무원이 행정규칙을 분간할 수 없다는 문제가 있다. 이렇게 보면 현재의 적극행정 제도가 활용될 수 있는 가능성이 거의 없는 것처럼 보인다. 이를 해결하기 위해서는 적극행정 제도의 취지를 행정법 법원(法源)론과 연결하여 생각할 필요가 있다. 적극행정 제도의 취지 중에서 행정기관이나 공무원이 "규정에 얽매임"으로 인해 상황적 특수성을 충분히 반영하지 못하는 문제를 해결하는 것은 행정에 적용되는 규정을 어떻게 입법하고 해석하여 적용할 것인지에 관한 문제이다.

가. 입법론적 고려

행정이 "소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준"[18]을 정하여 내부적 규정으로 정하여 활용할 때, 이 기준에 외부적인 규범력을 인정할 수밖에 없는 경우가 있다. "법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아

17) '법령보충적 행정규칙'에 관한 최근 논의는 정연부, "사법적 통제를 위한 법령보충적 행정규칙의 성격에 대한 논의 체계 검토 - 법규성과 처분성에 대한 검토 체계를 중심으로 -",「공법연구」 제48집 제1호 (한국공법학회, 2019.10) 421~446쪽을 참조하였다.

18) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결 [공급자등록취소무효확인등청구].

니한 관계로 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하"[19]는 경우에 그렇다. 이런 경우에는 그 규정의 형식이 비록 행정 내부의 규정에 불과하더라도 사법적 판단에서는 행정이 상황에 위반할 수 있다고 하기 어렵다. 이런 경우를 입법적으로 예방하려면 법령이 행정입법에 너무 많은 것을 위임하지 않아야 한다. 반대로 행정은 실질적 규범 사항을 하위 형식의 행정입법에 담으려고 하는 유혹을 경계해야 한다. 이 유혹의 위험은 행정만의 책임이라고 할 수는 없다. 더 근본적으로는 행정입법에 대한 외부적 통제가 매우 제한적으로 이루어지고 있는 권력 분립 체계 전체의 문제이고, 행정입법이 오늘 우리 행정 현실에서 갖는 중요성에 비해 관련 제도가 현실과 괴리되어 있는 것의 문제이다.

나. 해석론적 검토

아퀴나스는 신학대전에서 다음과 같은 법해석의 문제를 제시한다.[20] 전쟁 중에는 성문을 닫아 두라는 포고령이 내려진 상황에서 한 수비병이 성문을 열었다. 적에게 쫓겨 성문 앞까지 도망친 아군을 구하기 위해서였다. 이 수비병은 법의 "문언에 반하여"(contra legis verba) 행동했다. 이 수비병은 포고령을 위반한 것인가? 아퀴나스는 입법자의 의도와 정의, 공공선의 요청에 따른 행위라면 이런 법문 자체를 넘어서는 행위가 인정될 수 있다고 보았다.[21]

"법률 문언"을 해석할 때, 이에 엄격히 따라야 할지 아니면 경우에 따라서 넘어서거나 정면으로 반하는 해석을 허용할지의 문제는 법해석론에서 깊이 다루어지는 문제이다. 행정이 주어진 규정을 해석하여 적용하는 방법, 이를 사법적으로 판단할 때 행정의 해석권한을 어떻게 인정할지 그리고 법원은 행정이 해석하는 법을 어떻게 해석할지에 대한 이론적 고민이 그 중요성에 비해 매우 부족하다고 할 수 있다. 현재의 적극행정 면책 제도가 행정기관이나 공무원의 적극성 결여를 원인으로 지목한 문

19) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두5845 판결 [수당금].
20) T. Aquinas, Summa Theologiae (Blackfriars, 1966), la2ae, 96, 6. 김정오 외, 법철학, 박영사, 제2판, 2017년, 217면에 소개된 내용을 재인용하여 옮긴 것이다.
21) 김정오 외, 법철학, 박영사, 제2판, 2017년, 217-218면.

제의 중요한 부분은 행정에 적용되는 법을 어떻게 발견하고 해석할 것인지에 대한 이론적 고민을 통해 해결할 수 있을 것이다.

다. 재량준칙 해석론

행정에 적용되는 법 가운데 문언에 얽매인 해석을 경계해야할 대표적인 법으로서 '재량준칙'을 들 수 있다. 입법권이 행정권에게 집행의 재량을 인정하여 준 경우에, 행정은 이 재량권을 합리적 기준에 따라 집행하기 위한 기준을 규정 형식으로 만들 필요가 있다. 이 기준을 법규명령이라고 하면 행정은 집행 재량이 있음에도 불구하고 상황적 특수성을 반영할 수 없게 된다. 이 기준을 행정규칙이라고 하게 되면 주권자(국민, 시민)는 행정이 합리적 기준을 지킬 것을 기대하거나 요구하기 어렵게 된다. 따라서 행정이 재량권 행사를 위해 정한 기준은 일반적인 상황에서는 기준대로 행정이 이루어져야 하되 특별한 사정이 있는 경우에는 오히려 구체적, 개별적 특수성을 반영하여야 하는 규정이라고 해석할 필요가 있다.[22]

---

22) 이는 다음의 견해를 따른 것이다. 이광윤, 행정법이론, 성대출판부, 2000, 100쪽: "행정조직의 내부에서는 강제적 법적 효력을 가지는 법규범, 즉 행정명령인 행정규칙과는 달리 준칙은 유도하는 것일 뿐으로 명령과 권고의 중간적 성격을 가질 뿐이다. [...] 준칙은 행정객체에 대하여 직접적인 효력을 발휘하지 않는다. 또한 준칙은 법규성이 인정되지 않는 단순한 내부적 효력만을 갖는 (해석적) 행정규칙과도 다음과 같은 점에서 다르다. ① 행정청은 행정객체에 대하여 준칙을 이유로 대항할 수 있다. ② 행정객체도 준칙을 이유로 행정청에 대하여 대항할 수 있다. ③구체적 사건성을 전체로하여 준칙의 합법성에 대하여 심사할 수 있다(꽁세이데따 1970 Crédit foncier de France 판결 및 1973 Société Gea 판결 참조)." 이광윤, "재제적 처분기준의 성격과 제재기관 경과 후의 소의 이익", 「행정판례연구」 XIII, (한국행정판례연구회, 2008) 44쪽: "준칙은 언제나 재판의 근거규범이 된다. 준칙은 재량권 행사의 기준이라고 하는 행정의 활동 내용을 가리키는 것이기 때문에 행정청이 정한 기준이 준칙인지, (해석적) 행정규칙인지 아니면 법규명령에 해당하는 것인지의 여부는 실질적 기준에 의하고, 명칭에 구애되지 않는다." 강현호, "행정청의 행위기준으로서의 재량준칙에 대한 법적 고찰", 「행정판례연구」 XXII-2, (한국행정판례연구회, 2017) 88쪽과 93쪽: "판례가 흑암의 동굴로 빠져들어가는 단초는 바로 재량권 행사의 기준으로 마련된 재량준칙을 기와의 대외적 구속력의 관점에서 세워진 기준인 법규명령 또는 행정규칙의 어느 하나에 편입(Einordnung)시켜 버렸다는 것에 있다. [...] 재량준칙은 대외적 구속력의 관점에서 마련되는 것이 아니라 대내적 기능성의 관점에서 제정되는 것이고, 대내적 기능성의 관점에서 마련되는 재량준칙은 대외적 구속력이라는 차원과는 전혀 다른 차원의 규범으로서 기능적 매개규범(funktionale Vermittlungsnorm)으로서 작동을 하게 된다." 강주영, "행위제한법규의 규정형식과 행정법규의 해석 - 대상판결: 대법원 2015.7.9. 선고 2014두47853판결", 「강원법학」 51 (강원대학교 비교법학연구소, 2017.6) 367쪽: "재량준칙은 본질에

최근 우리 대법원은 재량준칙에 대하여 “특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다”[23]고 판시함으로써 행정이 재량준칙을 해석, 적용할 때 특별한 사정을 고려할 수 있도록 해석하고 있다.

4. 소결

현행 적극행정 제도는 행정 내부적 책임에 한정되는 제도이다. 행정 내부에서 적극행정을 인정하더라도 이를 통해 외부적으로 이루어지는 행정 자체의 행위나 작용은 위법하거나 부당하다고 판단될 수 있다. 만약 현행 「감사원법」과 「국가공무원법」에서 지향하는 적극행정의 개념과 취지를 행정 자체의 외부적 법관계에도 적용되도록 하려면 행정 자체의 적법성을 규율하는 법 전반에 대한 변화가 필요하다. 현행 적극행정 제도만으로는 공무원에게 적극행정이 인정되더라도 책임으로부터 완전히 자유로울 수 없다. 자신의 적극행정을 통해 이루어진 행정의 행위나 작용이 위법한 것으로 판단되면 경우에 따라서는 공무원 개인에게 책임이 귀속될 수도 있기 때문이다. 즉 공무원은 징계책임과 별개로 배상책임을 질 수 있기 때문에 적극행정 제도의 취지를 구현하려면 「국가배상법」을 중심으로 한 현행 행정책임법을 재검토할 필요가 있다.

있어서, 구체적 상황을 고려하여 개별 사안에 타당한 행정작용을 가능하게 하고(개별적 정의의 추구), 이형적이거나 비전형적인 사안에 대해서는 재량준칙을 벗어날 수 있는 규범적 가능성을 전제로 한다. 요컨대 재량준칙은 그 기반이 되는 재량성을 본질적 내용으로 한다고 할 수 있다.”

23) “재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.” 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결 [과징금감경결정취소청구], 대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55060 판결 [시정명령등취소].

Ⅳ. 공무원의 징계책임과 배상책임의 관계

현행 「국가배상법」은 국가나 지방자치단체의 배상책임에 관한 법률임에도 불구하고 행정의 책임을 구성하는 요건으로서 '공무원'의 위법행위를 규정하고 있다. 즉 배상책임의 주체에 관하여 행정과 행정의 기관을 구분하지 않고 있다. 법률의 이러한 관념이 국가배상에 관한 여러 법리적 문제들의 원인이라고 할 수 있다. 특히 적극행정 제도에 관하여 어려운 문제를 야기한다. 공무원이 소신을 갖고, 즉 '고의'로 한 직무수행의 결과로 행정이 손해를 전보할 배상책임이 인정되면 공무원 개인에게 책임이 구상될 수 있기 때문이다.[24]

1. 적극행정 결과와 배상책임

「감사원법」의 적극행정 제도에서 "이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지" 않는 대상은 "업무를 적극적으로 처리한 결과"이다.[25] 업무 처리의 '결과'가 공무원의 책임을 야기하는 경우를 상정하고 있다. 이런 경우로서 공무원의 적극적 업무 수행을 가로막는 또 다른 책임의 문제가 배상책임의 문제이다. 예컨대 소방관이 화재진압을 하거나 경찰관이 수사나 검거를 하다가 어떤 손해를 발생시킬 수 있다. 또는 댐 수문을 관리하는 공무원이 홍수를 막기 위해 방류한 결과로 하류 주민들에게 손해가 생길 수 있다. 이런 경우에 손해를 전보할 책임을 공무원에게 물을 것인지의 문제이다. 만약 공무원이 이른바 소신을 갖고 공익을 위해 신중히 판단하여 업무를 수행한 결과, 어떤 손해가 발생했을

24) 김용섭, "행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의", 「인권과정의」 통권 491호 (대한변호사협회, 2020) 6쪽: "국가배상법상 공무원이 직무수행 중 고의 또는 중과실로 타인에게 손해를 입힐 경우, 확립된 판례에 따르면 피해자는 가해 공무원에 대하여 직접적인 국가배상책임을 추궁할 수 있다. 이 경우 공무원이 적극행정을 하였다고 하여 징계책임은 면책될 여지는 있어도 국가배상책임이 감경되지는 않는다. 위법과 적법의 경계영역에서 선례가 없어 신중하게 처리하여야 하는 상황에서도 공무원에게 적극행정의 법적의무가 부과되는 결과 국가배상책임의 추궁이나 예기치 않은 다수의 민원이 야기될 수 있다."

25) 「감사원법」 2020년 10월 20일 개정 및 시행, 법률 제17560호, 제34조의3 제1항: "감사원 감사를 받는 사람이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다."

때 이 손해를 전보할 책임이 공무원에게 귀속된다면 공무원에게 적극행정을 기대하기 어려울 것이다. 따라서 공무원이 적극행정을 할 수 있으려면 공무에 관련된 배상책임을 행정과 공무원 간에 합리적으로 배분하여야 한다.[26]

2. 「국가배상법」 상 공무원의 구상책임

우리 「국가배상법」은 공무원이 "직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입"힌 경우에 "국가나 지방자치단체는 [...] 이 법에 따라 손해를 배상하여야 한다"고 규정하고 있다.[27] 이런 경우에 국가나 지방자치단체가 배상한 것을 공무원에게 구상할 수 있는 조건으로서 「국가배상법」은 "공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면" 이라고 규정하고 있다.[28] 만약 어떤 소방관이 화재의 확산을 막기 위해 의도적으로 타인에게 손해를 입히거나, 수문을 관리하는 공무원이 하류 지역에 손해가 발생할 것을 알지만 더 큰 홍수의 피해를 막기 위해 의도적으로 방류를 결정한 경우에는 국가나 지방자치단체가 공무원에게 구상할 수 있을까?[29]

---

26) 최태현/정용덕, "적극행정의 철학적·윤리적 토대의 검토: 가능성, 한계, 그리고 맥락", 「한국행정연구」 제29권 제1호 (한국행정연구원, 2020) 23쪽: "현재 한국에서 시행되는 적극행정의 운영과 제도는 이러한 주관적 개인으로서의 관료를 충분히 고려하고 있다고 보기 어렵다. 적극행정을 조장하기 위해서는 관료의 내면적 동기를 보다 심층적으로 이해하고 그의 의도적 행위에 의미를 부여해줄 수 있는 제도적 기반의 마련이 필요하다."

27) 「국가배상법」 2017년 10월 31일 개정 및 시행, 법률 제14964호 제2조 제1항: "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. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다."

28) 「국가배상법」 2017년 10월 31일 개정 및 시행, 법률 제14964호 제2조 제2항: "제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다."

29) 재난사고에 관한 공무원의 책임에 대해서는 다음 논문을 참고하였다. 정남철, "재난사고에 있어서 공무원의 의무와 책임", 행정판례연구 XXIII-2 (한국행정판례연구회, 2018) 198쪽: "대형재난사고에서 공무원의 의무와 책임이 늘 문제되고 있으나, 공무원의 의무에 관한 이론적 논의는 충분하지 않은 것이 사실이다. 성실의무, 품위유지의무 및 직무상 의무 등 공무원의 의무는 징계처분의 사유로

이런 경우에 공무원에게 구상할 수 없도록 하는 것이 정의롭다고 전제해 보자. 현행 「국가배상법」 조문을 해석하여 공무원에게 구상할 수 없다고 하려면 어떻게 해석해야 할까? 우선 공무원이 의도적으로 손해를 발생시킨 것이라서 '고의 또는 과실'이 없다고 하기는 어렵다.[30] '법령을 위반하여'에 해당하지 않는다고 할 수는 있다. 공무원의 행동은 종합적으로 옳기 때문에 「국가배상법」이 말하는 위법성은 없다고 해석할 수 있다. 이렇게 해석하면 공무원 개인이 소신을 갖고 공익을 위해 한 행동의 결과로 배상책임을 구상당하는 일은 생기지 않는다. 그러나 이 해석은 더 큰 딜레마를 낳는다. 국가배상책임 자체의 성립 가능성을 매우 좁게 만들기 때문이다.

3. 국가의 책임과 공무원 책임 간 구분

이 문제를 해결하려면, 가장 먼저 국가나 지방자치단체, 즉 행정 자체의 배상책임과 공무원의 배상책임을 구분해야 한다. 현행 「국가배상법」은 양자를 구분하지 않은 채 국가 스스로가 배상할 자기책임이 공무원의 직무 집행으로 발생한다고 규정하여 혼란을 초래하고 있다. 공무원이 정상적으로 수행한 직무는 법의 관점에서는 "공무원 개인의 직무 집행"이 아니라 "공무의 집행"으로 포섭되어야 한다.[31] 물론 현실에서는

서 빈번히 사용되고 있지만, 이론적으로 모호한 점이 적지 않다. 민주적 법치국가에 부합하도록 공무원의 의무를 새로이 정립하는 것이 요구된다."

30) 우리 「국가배상법」의 유책주의에 대한 최근의 논의에 대해서는 다음 논문을 참고하였다. 정태호, "국가배상법상의 유책요건은 위헌인가? : 위헌적 긴급조치에 대한 국가배상청구의 가능성에 대한 검토", 「법학연구」 제30권 제1호 (충남대학교, 2019) 103~106쪽: "국가배상법 제2조 제1항의 유책요건은 입법형성권의 한계를 넘은 것인가? 다음과 같은 이유로 긍정적인 답을 주기는 어렵다. [...] 결국 행태불법책임과 결과불법책임 중 어떤 선택을 할 것인지는 조세 등을 통해서 마련되어야 할 배상재원으로 인한 국민의 부담 증가, 법치국가원리의 강력한 실현 및 피해자에 대한 실효성 있는 구제 등 상호 충돌하는 가치들을 고려해서 결정되어야 할 (헌)법정책적 문제이기도 하다." 김중권, "국가배상법개혁을 통한 법치국가원리의 구체화", 「행정법학」 제2호 (한국행정법학회, 2012) 95~96쪽: "국가의 자기책임설의 입장을 취하면, 가해 공무원의 주관적 책임요소는 국가책임을 성립시키는 데 그 의미가 있지 않다. 오히려 구상권발동의 요건의 차원에서 접근을 강구할 수 있다. 즉, 국가배상법 제2조 제1항상의 고의와 과실은 제2항상의 구상권행사요건의 상관관계에서 그 의미를 찾아야 한다."

31) 프랑스에서는 공무원과 행정을 구분하는 관념이 행정법의 근본적 관념들 중 하나이다. 이 관념의 발달 과정에 관해서는 Anne-Laure Girard, La formation historique de la théorie de l'acte

공무원의 직무 집행을 통해 공무가 수행된다. 경우에 따라서 공무원이 직무를 집행한 것처럼 보이지만 그 행위를 공무로 포섭하지 않아야 하고, 오히려 공무원 개인의 행위로 귀속시켜야 할 때가 있다. 예컨대 공무원이 외견상 직무 집행을 가장하여 사적인 목적을 위해 행위한 경우에는 이를 통해 제3자에게 어떤 손해가 생겼다면 반드시 공무원 개인에게 책임이 귀속되어야 할 것이다. 물론 손해 전보를 통한 권리 보호를 위해 국가나 지방자치단체가 공무원 개인을 대위하여 먼저 배상할 수 있도록 하는 것은 입법정책적으로 필요하다고 할 수 있다. 요컨대 현행 「국가배상법」은 국가의 배상책임과 공무원 개인의 배상책임을 하나의 책임인 것처럼 규정함으로써 공무원이 적극행정 결과에 의해 배상책임을 구상당할 수 있는 여지를 주고 있다.

현행 「국가배상법」이 공무원에 대한 구상의 요건으로 공무원의 고의나 중과실을 규정한 것은 국가의 배상책임을 민법상 불법행위 책임과 같이 보아, 공무원의 행위에 담긴 위법성을 배상책임의 전제로 본 것이라고 할 수 있다. 그러나 오늘날 국가의 배상책임은 공무 자체에 위법성이 없을지라도 넓게 인정될 필요성이 있다. 예컨대 댐의 붕괴로 인한 홍수를 피하기 위해 하류에 생길 손해를 감수하고 수문을 여는 경우에, 이 행위가 비록 적법하더라도 국가가 손해를 전보하는 것이 오늘날 국가의 법적 역할에 포함된다고 볼 수 있다. 만약 국가의 손해 전보 책임을 현행 「국가배상법」과 같이 민법의 불법행위책임의 일종으로 한정하면, 오늘날 국가에게 요청되는 더 큰 역할은 개별 법률에서 이른바 사회적 보상이나 배상으로서 일일이 그 근거를 규정해야 할 것이다.

---

administratif unilatéral, Nouvelle Bibliothèque de Thèses v. 124, Dalloz, 2013을 참고하였다. 특히, pp. 188~192면에서 공무원과 행정의 분리가 행정행위 개념 발달에 어떤 영향을 주었는지 설명하고 있다.

Ⅴ. 결론

적극행정 제도의 취지가 구현되려면 행정 내부적 관계뿐 아니라 외부적 관계에 대한 법에도 변화가 필요하다.[32] 규제를 개선하거나 규정을 해석하여 적용하는 법적 주체는 행정 자체이며 공무원은 행정이라는 법적 주체의 기관에 불과하기 때문이다. 행정의 적극행정이 외부적 관계에서도 적법하고 타당한 것으로 인정하는 문제는 행정법 법원(法源) 전체와 행정법 해석론에 관련된 문제이다. 따라서 '적극행정'의 개념은 행정에 관한 개별적 정책이나 하나의 제도로 도입할 수 있는 것이 아니다. 현행법과 정책에 내포된 적극행정의 취지는 입법적 과제와 함께 행정법 전체의 변화를 촉구하는 것으로 해석될 필요가 있다.

입법 방식에 관하여는 입법 형식과 실질 간 정합성을 높일 필요가 있다. 특히 행정이 하는 입법에서는 행정 스스로 내부적 규율을 위한 것인지 위임에 따른 법규 제정인지를 구분할 필요가 있다. 입법의 내용에 관하여는 행정이 상황적 특수성을 적절히 반영할 수 있도록 하는 입법이 필요하다. 대증적 입법이나 지나치게 구체적인 행정의 작용을 의무화하는 입법은 행정의 상황적, 구체적 타당성을 저해할 우려가 있다.

법해석론에 관하여는 행정사법(行政司法)의 행정 관련 전문성이 요청된다. 입법권이 행정에게 어떤 집행 의무를 규정하거나 행정이 법 시행을 위해 제정한 법령에 대하여 행정의 특성에 맞는 사법적 해석이 필요하다. 사법(私法)과 다른 공법(公法)의 특수성이 행정사법에서 충분히 고려되어야 한다. 이로써 행정의 외부적 법관계에 대한 법적 평가에서 적극행정이 인정될 가능성이 높아질 것이다. 행정에 관한 법이기 때문에 사법(司法)의 법리를 그대로 적용할 수 없는 가장 대표적인 영역이 국가배상에 관한 문제이다. 현행 「국가배상법」은 공무원의 책임과 행정의

32) 박정훈, "적극행정 실현의 법적 과제 - '적극행정법'으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -", 「공법연구」 제38집 제1호 제1권 (한국공법학회, 2009.10) 333쪽: "'행정'의 현실은 담당 공무원의 업무처리에서부터 출발하기 때문에, '적극행정'은 일차적으로 적극적·능동적 업무처리에 대한 징계책임의 감면 또는 반대로 소극적·무사안일의 업무처리에 대한 징계책임의 가중을 통해 실현될 수 있고, 이를 위해서는 공무원의 직무상 의무에 대한 정확한 법적 규명이 필요하다. [...] 그러나 이러한 공무원 개인의 책임 문제에만 그쳐서는 아니 된다. 행정작용 시스템 자체로 차원을 높여 행정절차, 행정입법, 행정재량 등 행정작용법 전반이 재검토되지 않으면 아니 된다."

책임을 충분히 구분하지 않고 있다는 점에서 적극행정의 취지를 위해서는 입법적 개선도 함께 필요하다.

(논문투고일: 2020.12.01, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

전주열

적극행정, 감사원법, 공무원법, 국가배상법, 행정법의 법원

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김동희, 행정법II, 박영사, 제24판, 2018.
김철용, 행정법, 고시계사, 전면개정 제8판, 2019.
성낙인, 헌법학, 법문사, 제19판, 2019.
이광윤, 행정법이론, 성대출판부, 2000.
한수웅, 헌법학, 법문사, 제8판, 2018.
허영, 한국헌법론, 박영사, 전정15판, 2019.
홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 제26판, 2018.
Anne-Laure Girard, La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, Nouvelle Bibliothèque de Thèses v. 124, Dalloz, 2013.

Ⅱ. 논문

강주영, "행위제한법규의 규정형식과 행정법규의 해석 - 대상판결: 대법원 2015.7.9. 선고 2014두47853판결", 「강원법학」 51 (강원대학교 비교법학연구소, 2017.6) 355~378쪽.
강현호, "행정청의 행위기준으로서의 재량준칙에 대한 법적 고찰", 「행정판례연구」 XXII-2 (한국행정판례연구회, 2017) 61~109쪽.
김용섭, "행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의", 「인권과 정의」 통권 491호 (대한변호사협회, 2020) 4~7쪽.
김윤권/이재호/윤수재/심호, "적극행정 면책제도의 분석 및 활성화 방안", 「한국행정논집」 제23권 제3호 (한국정부학회, 2011) 829~853쪽.
김중권, "국가배상법개혁을 통한 법치국가원리의 구체화", 「행정법학」 제2호 (한국행정법학회, 2012) 69~114쪽.
박 윤, "적극행정의 개념에 관한 연구", 「한국인사행정학회보」 제18권 제4호 (한국인사행정학회, 2019) 273~282쪽.

박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -”, 「공법연구」 제38집 제1호 제1권 (한국공법학회, 2009.10) 329~353쪽.

이광윤, “재제적 처분기준의 성격과 제재기관 경과 후의 소의 이익”, 「행정판례연구」 XIII (한국행정판례연구회, 2008) 29~64쪽.

전 훈, “행정규칙의 법규성의 이해 - 프랑스 행정법원 판례를 중심으로 - ”, 「법학논고」 제21집 (경북대학교 법학연구원, 2004) 109~133쪽.

정남철, “재난사고에 있어서 공무원의 의무와 책임”, 행정판례연구 XXIII-2 (한국행정판례연구회, 2018) 169~208쪽.

정연부, “사법적 통제를 위한 법령보충적 행정규칙의 성격에 대한 논의 체계 검토 - 법규성과 처분성에 대한 검토 체계를 중심으로 -”, 「공법연구」 제48집 제1호 (한국공법학회, 2019.10) 421~446쪽.

정태호, “국가배상법상의 유책요건은 위헌인가? : 위헌적 긴급조치에 대한 국가배상청구의 가능성에 대한 검토”, 「법학연구」 제30권 제1호 (충남대학교, 2019) 78~121쪽.

최무현, “적극행정의 개념적 다양성에 기반한 발전방향에 관한 연구”, 「한국인사행정학회보」 제18권 제4호 (한국인사행정학회, 2019), 325~337쪽.

최태현/정용덕, “적극행정의 철학적·윤리적 토대의 검토: 가능성, 한계, 그리고 맥락”, 「한국행정연구」 제29권 제1호 (한국행정연구원, 2020) 1~30쪽.

Abstract

Public Law Review on Active Administration System

JEON Joo Yeol

The active administrative exemption system is in effect based on the current regulations under the 「Audit Service Act」 and 「National Public Officials Act」. This system represents the ultimate purpose of administrative change. However, from the point of view of public law, there is a limit to the active administration system to drive administrative change. First, this system is applied to legal relations within the administration. The responsibility for audit under the 「Auditors Act」 and the disciplinary responsibility under the 「National Public Officials Act」 are mere internal responsibilities of administrative agencies or public officials. In order for the administration to change in the direction of the concept of active administration, there must be room for positive administration to be recognized in the legal evaluation of the external relations of the administration. This can be said to be a question of how to select the law to be applied to the legal relationship established by the administration and how to interpret and apply this law. The former is taken up as a matter of the court theory of administrative law, and the latter is taken up as a question of administrative law interpretation.

It can be said that the expectation of changes in the administration itself with the current active administration system is a confusion between the internal and external relations of the administration. In order for public officials to be free from personal responsibility issues and to pursue the

public interest, it is necessary to develop a law that separates the responsibilities that belong to the administration and those that belong to individual public officials. From this point of view, the current 「National Compensation Act」 faces the problem of not distinguishing between the actions of public officials and those of the administration. Accordingly, there is a problem in that when a public official performs a task with a conviction, even if the audit responsibility and disciplinary responsibility are exempted by the active administrative immunity system, they can be held liable for compensation.

JEON Joo Yeol

Active Administration, Auditor's Office Act, Public Officials Act, National Compensation Act, the source of Administrative law

디지털 성범죄의 개념·유형·실태 및 개선방안

김희정*
박광민**

【목 차】

Ⅰ. 서설

Ⅱ. 디지털 성범죄의 개념 및 유형
1. 디지털 성범죄의 개념
2. 디지털 성범죄 유형

Ⅲ. '카메라등이용촬영죄'를 중심으로 한 디지털성범죄의 실태
1. 카메라등이용촬영죄의 보호법익과 일부개정 및 신설 내용
2. 카메라등이용촬영죄의 실태와 문제점

Ⅳ. 디지털 성범죄의 개선방안
1. 디지털 성범죄 관련법규의 체계적 정비
2. 성폭력 처벌법 제14조 제1항의 구성요건의 명확화
3. 아동·청소년 대상 디지털 성범죄에 대한 확실한 보호
4. 불법촬영물에 대한 피해자 지원 내실화

Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

최근 발생한 텔레그램을 이용한 'n번방사건은 디지털 성범죄가 더욱 지능화, 조직화가 되어가는 양상을 보여주고 있는 대표적 사례이다. 이처럼 웹하드, 다크웹, 디스코드 등 새로운 정보통신기술을 활용한 디지털 성착취물의 제작·유포는 갈수록 주도면밀해지고 조직적으로 확대·진화하고 있으며, 그 피해는 심각하고 반(半)영구적이며 확장성이 커서 피해차단과 이를 근절하기 위한 구체적 대책의 필요성이 제기되고 있다.

이에 이 논문은 최근 새롭게 등장한 디지털 성범죄의 개념을 처벌의 공백을 메우기 위한 관점에서 광의의 개념을 정립하고, 그 개념 특성에

* 중앙경찰학교 외래교수
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

맞는 분류기준을 찾아 디지털 성범죄의 유형을 개념상 및 관련법규의 유형을 분류하고, 디지털 성범죄의 다양한 유형 중에서 최근 10년간 가장 급증하고 있는 대표적인 디지털 성범죄인 '카메라등이용촬영죄'를 중심으로 그 내용과 실태를 살펴보고, 디지털 성범죄에 효율적으로 대처하기 위한 정책적 개선과제를 도출하였다. 그 개선과제는, ① 디지털 성범죄 관련법규의 체계적 정비, ②「성폭력처벌법」제14조 제1항의 구성요건의 명확화, ③ 아동·청소년 대상 디지털 성범죄에 대한 확실한 보호, ④ 불법촬영물에 대한 피해자 지원 내실화 등으로 요약할 수 있다.

Ⅰ. 서설

성범죄의 위험성과 심각성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 성범죄는 피해자에게 육체적, 정신적 피해까지 입혀 성범죄 피해자는 정신적 스트레스와 후유증으로 심한 경우에는 평생동안 트라우마에 시달릴 수 있기 때문이다. 더욱이 최근 성범죄는 그 대상이 성인을 넘어서 미성년자, 아동 및 유아까지 확대되는 등 심각성이 더해가고 있으며, 종래의 성범죄와 달리 폭행·협박 등과 같은 물리력과 유형력을 수반하지 않고 사이버 상에서 각종 sns, 미디어 등을 이용한 비신체적인 새로운 유형으로 발전하고 있다. 이러한 새로운 유형의 디지털 성범죄는 디지털 기기를 이용한 불법촬영물의 제작, 유포, 소비, 참여를 통해 불법촬영에서 끝나지 않고 사이버 상에서 유포, 재유포가 끝임없이 이루어져 불법촬영물 또는 영상물이 어디에 유포가 되었는지 알 수가 없고 나아가 완전한 삭제가 어려운 문제 등으로 인하여 제2차적 정신적 고통과 트라우마가 매우 크다는 점에서 그 심각성이 더해가고 있다.

최근 발생한 텔레그램을 이용한 'n번방사건'[1]은 디지털 성범죄가 더

1) 'n번방 사건'이란, 2018년 하반기부터 2020년 3월까지 텔레그램, 디스코드, 라인, 위커, 와이어 등의 메신저 앱을 이용하여 "스폰 알바 모집" 같은 글을 게시하여 N번방 피해자들을 유인한 다음, 얼굴이 나오는 나체사진을 받아 이를 빌미로 협박해 성착취물을 찍게 하고 이를 유포한 디지털 성범죄, 성착취 사건이다. 피해자는 중학생 등 미성년자를 대거 포함한다. 회원 규모는 최소 박사방 '맛보기 방' 회원 1만명, 박사방 유료회원 3만명 내지 수만명으로 추정한다. 피해자 숫자는 '박사방'의 경우 확인

욱 지능화, 조직화가 되어가는 양상을 보여주고 있는 대표적 사례이다. 이처럼 웹하드, 다크웹, 디스코드 등 새로운 정보통신기술을 활용한 디지털 성착취물의 제작·유포는 갈수록 주도면밀해지고 조직적으로 확대·진화하고 있으며, 그 피해는 심각하고 반(半)영구적이며 확장성이 커서 피해차단과 이를 근절하기 위한 구체적 대책의 필요성이 제기되고 있다.[2] 구체적으로 성착취영상물 제작, 공유, 강요, 협박, 강제추행, 강간, 아동학대, 통신매체를 이용한 음란행위, 성착취영상물 피해자의 신상정보를 정보통신망 등을 이용한 전송, 유포행위 등 디지털 성범죄 중에서도 죄질이 매우 중한 다양한 행위유형들을 포함하고 있어 본 사안의 심각성을 고려한 대책마련이 시급한 실정이다.

이에 따라 진화하고 발전하는 디지털 성범죄에 대한 입법, 사법, 행정의 포괄적인 대책방안과 실효성 있는 처벌강화가 요구되어 'n번방 사건' 이후 여성가족부, 법무부를 비롯한 정부는 디지털 성착취 범죄의 수사, 피해자 보호, 성착취물 유통금지를 위한 대책을 수립하였고, 대검찰청은 성착취 영상물 사건처리기준, 대법원 양형위원회는 카메라등이용촬영죄 양형기준을 마련하는 등 디지털 성착취 범죄의 조기차단과 강력한 처벌 및 개정방안을 제시하였다.[3] 국회도 지능화, 조직화 되어가는 새로운 양상의 디지털성범죄에 대응하기 위해 2020년 4월 29일과 5월 30일 기존의 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하'성폭력처벌법')을 비롯하여 「형법」, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 '범죄수익은닉규제법') 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하, '청소년성보호법') 등을 개정하는 소위 'n번방 방지법'[4]을 통과시켰다. 그

된 경우만 최소 74명, 그 중 아동 청소년 등 미성년이 16명이다. 위키백과, https://ko.wikipedia.org/wiki/N%EB%B2%88%EB%B0%A9_%EC%82%AC%EA%B1%B4, 2020. 8. 2. 검색.

2) 서혜림, "박광온'불법촬영물로 협박'도 성범죄로 'n번방방지법'추진", 연합뉴스, 2020. 3. 22., https://www.yna.co.kr/view/AKR20200322053300001?input=1195m, 2020. 9. 14. 검색.

3) 윤덕경, "디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제", KWDI Brief 제55호, 한국여성정책연구원, 2020, 2면.

4) 「성폭력처벌법」 개정안에 대해서는 뒤에서 상론하는 Ⅲ. 참조. 「형법」 개정안에는 미성년자 의제강간 연령기준을 만 13살에서 만 16살로 높이는 내용이 담겼으며, 강간·유사강간을 계획한 사람에 대해서도 역시 예비·음모죄로 처벌할 수 있는 규정을 신설하였다. 또한 디지털 성범죄의 경우 개별 범죄와 범죄수익 간 관련성을 입증하는 것이 쉽지 않아 범죄수익 환수가 어렵다는 의견을 반영하여 개정된 「범죄수익은닉규제법」은 해당 범죄들과 범죄수익 간 입증 책임을 완화했다. 한편「청소년성보

럼에도 불구하고 디지털 성범죄의 개념에 대한 명문화한 법률이 없어 개념상의 혼란을 초래하고 있으며, 성폭력처벌법을 비롯한 청소년성보호법, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하, '정보통신망법'), 「전기통신사업법」 및 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 '범죄수익은닉규제법') 등 다양한 법률에서 디지털 성범죄와 관련된 내용을 규율하고 있지만 그 구체적 내용과 처벌에서 통일성이 없어 효율적 대처방안을 마련하기가 어려운 점 등 해결하지 못한 문제점이 상존하고 있다.

이에 이 논문은 최근 디지털기기 및 정보통신기술의 발달과 함께 새롭게 등장한 디지털 성범죄의 개념을 처벌의 공백을 메우기 위한 관점에서 정립하고, 그 개념 특성에 맞는 분류기준을 찾아 디지털 성범죄의 유형을 분류하고(Ⅱ), 다양한 법률에 산재되어 있는 디지털 성범죄의 유형 중에서 최근 10년간 가장 급증하고 있는 대표적인 디지털 성범죄인 성폭력처벌법 제14조의 '카메라등이용촬영죄'를 중심으로 디지털 성범죄의 실태 및 문제점을 살펴보고(Ⅲ), 디지털 성범죄에 효율적으로 대처하기 위한 방안 내지 입법·내용적 개선과제를 도출(Ⅳ)해 보고자 한다.

Ⅱ. 디지털 성범죄의 개념 및 유형

1. 디지털 성범죄의 개념

디지털 성범죄가 무엇인가에 대한 정확한 개념정의를 한 명문화된 현행 법률은 없으므로 엄밀한 의미에서 말하면 디지털 성범죄는 법적인 용어가 아니라 정책상 혹은 강학상의 용어이다. 이를 성범죄로 이해하는 법학적 관점과 젠더기반 폭력으로 이해하는 여성학적 관점 등 다양한 시각이 혼재하고 있으며,[5] 일반적으로 오프라인에서 발생하는 성범죄 내지

호법」 개정안에는 성매매 대상이 된 아동·청소년을 '피해자'로 명시하는 내용이 담겼으며, 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력 범죄뿐 아니라 단순 성범죄를 저지른 사람도 신상공개 대상으로 삼도록 했다. 김원철, "'n번방 방지법'통과…성착취물 소지·시청해도 3년 이하 징역", 한겨레, 2020. 4. 29.

5) 강희영, "디지털성범죄 피해의 복합성과 정책 과제," 「이화젠더법학」 제12권 제2호(통권 제29호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2020, 47면; 권미경, "디지털성범죄 피해자 지원 프로세스에 관한 연구", 「이화젠더법학」 제10권 제3호(통권 제24호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.12, 41면.

성폭력과 대비되는 ‘온라인 성폭력’ 내지 ‘사이버 성폭력’ 및 ‘디지털 성폭력’ 내지 ‘디지털 성범죄’라는 용어가 혼용되어 사용되기도 하고 특정 행위를 일컫는 용어(불법촬영, 리벤지 포르노 등)와 혼용되어 사용되기도 한다.

우리나라에서‘디지털 성범죄’라는 개념이 처음 사용된 것은 D.S.O(Digital Sexual Crime Out)라는 디지털 성폭력 사이트였다고 알려져 있으며,[6] 그 후, 2017년 9월 26일 여성가족부를 비롯한 15개 기관이 합동으로 「디지털 성범죄(몰래 카메라 등) 피해방지 종합대책」발표를 통해 디지털 성범죄라는 용어 사용을 제안하면서 일반화되었다고 한다.[7] 디지털 성범죄 또는 디지털 성폭력은 디지털 콘텐츠로서의 특성, 즉 무제한의 복제가능성이 온라인과 오프라인 내지 사이버 공간과 현실 공간의 경계를 넘나드는 유기적인 관계성과 개인에 국한되지 않는 집단성을 가능하게 한다는 점을 강조하기 위한 개념이다. 이러한 점에서 디지털 성폭력 또는 성범죄 개념은 디지털화된 이미지를 중심으로 비동의 촬영과 비동의 유포행위들이 서로 영향을 주고 받으며 연관관계에 있다는 점을 보여준다.

‘디지털 성범죄’와 혼용되어 사용되는 ‘사이버 성폭력’또는‘온라인 성폭력’범죄는 사이버 또는 온라인이라는 통신환경에서 이루어지는 범죄이기 때문에 디지털 기기를 통해 인터넷에서 이루어지는 유포, 참여, 소비 및 비동의 촬영행위의 참여로 연결되는 행위의 특성을 반영하지 못한다

---

6) 2015년 10월 28일, D.S.O는 국내 최대 디지털 성폭력 사이트 소라넷 폐쇄 운동을 위해 ‘소라넷 아웃 프로젝트’를 시작으로 디지털 성폭력의 문제점을 고발하고 공론화하기 위해 설립되었으며 ‘디지털 성범죄 아웃 D.S.O.’이라는 명칭을 사용하였다. D.S.O는 2015년 시민들이 모여 함께 한 ‘소라넷’ 폐지 운동으로 하여금 인터넷상에 동의 없이 유출되어 ‘포르노’(리벤지포르노)로서 이용되는 촬영물들을 성범죄 혹은 성착취로 정의함에 있어 시작되었다. 성평등의 가치 아래 ‘인터넷 및 대중매체’에서의 잘못된 성문화를 바로 잡고 바람직한 성문화를 형성하여 성평등에 기여함을 목적으로 한다. (D.S.O., http://www.dsoonline.org/aboutus, 2020. 9. 1. 검색.)

7) 여러 용어 중에서도 디지털 성범죄 내지 디지털 성폭력이 선호되는 경향은 2017년 정부의 종합대책 발표 이후 복수의 연구자가 참여한 보고서 및 기타 발표유형의 연구물에서 한층 강화되고 있음을 확인 하였다. 최근 몇 년간 디지털 성범죄 관련 연구가 급증한 데에는 디지털 성범죄에 대한 높은 사회적 관심뿐만 아니라 종합대책 발표·연구(용역)과제 발주 등을 통한 정부의 연구 장려가 추동한 부분도 작지 않다고 판단된다; 최소윤·한민경, ‘사이버 음란물’에서 ‘기술매개 젠더기반 폭력’까지: 디지털 성범죄 관련 국내 연구동향 분석, 한국범죄학 14권2호, 대한범죄학회, 2020.08., 162면.

는 한계가 있다.[8] 또한‘사이버 성폭력’을 방법·행위론적인 시각에서 본다면 온라인 공간에서 이루어지는 여성 신체와 섹슈얼리티에 대한 언어를 사용한 성폭력 행위 및 상대방의 의사에 반하여 사진 영상 등을 전송하는 행위유형에 집중된 개념이기 때문에 디지털기기 및 정보통신기술을 매개로 온·오프라인 상에서 발생하는 성범죄를 포괄하여 정의를 내리고 설명하기에는 무리가 있다고 본다. 최근 논의가 되고 이슈가 되고 있는 성범죄는 디지털 콘텐츠로서의 특성상 오프라인과 온라인의 공간의 벽을 넘나들면서 이루어지고 있는 성범죄의 양상을 나타내고 있으므로 이를 ‘온라인 성범죄’라고 정의를 내리는 데에는 한계가 있다. 이에 반하여 ‘디지털 성범죄’라는 개념은‘온라인 성범죄’의 변화를 반영하여 온·오프라인을 넘나들면서 이루어지는 성범죄를 포괄할 수 있다고 본다.

한편,‘사이버 성폭력’은 사이버 상에서 이루어지는 언어적인 성폭력 행위 및 상대방의 의사에 반하여 성적 이미지를 전송하는 행위에 집중되었던 개념이었다. 그러나 점차 스마트폰의 대중화와 장비 및 기술의 발달로 디지털 기기를 사용한 촬영과 공유·유포행위가 쉬워지기 시작하여, 최근 새로운 종류의 성폭력이 디지털 기기와 유비쿼터스 네트워크 환경에 기반을 두어 비동의 영상유포, 딥페이크, 위치추적 기술을 이용한 사이버스토킹 등 발전된 다양한 과학적 기술을 사용한 성범죄의 양상을 나타내고 있으므로 이러한 행위태양을 포괄하는 ‘디지털 성범죄’라는 개념을 사용하는 것이 타당하다고 본다.

따라서 이 논문에서는 ‘디지털 성범죄’를 디지털 기기 및 정보통신기술을 매개로 온·오프라인 상에서 발생하는 젠더기반 폭력[9]이며 동의 없이 상대의 신체를 촬영하거나 유포·유포협박·저장·전시하는 행위 및 사이버공간에서 타인의 성적 자율권과 인격권을 침해하는 성폭력 행위를 포

8) 장다혜·김수아, 온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제 방안, 한국형사정책연구원, 2018, 50면.

9) 젠더기반 폭력(Gender Based Violence, GBV)이란, 사회적으로 부여된 여성성과 남성성을 바탕으로 약자에게 가해지는 폭력을 통칭하는 개념으로 크게는 다음 세 가지로 구분된다. 첫째, 성폭력· 성적 착취·강요된 성매매·인신매매처럼 여성의 섹슈얼리티에 가해지는 폭력. 둘째, 가정폭력·성기절단·지참금 살인·명예 범죄와 같이 여성의 신체에 가해지는 폭력. 셋째, 전쟁 무리로서의 강간 등 조직적이고 집단적인 폭력으로 구분된다.(출처 :UN여성에 대한 폭력철폐선언(UN Declaration of the Elimination of Violence against Women)). 최지은 외, 불법촬영·유포피해 대응 가이드 경찰편 – 당신이 첫 번째 조력자입니다, 서울특별시·서울시여성가족재단, 2018. 12., 7면.

괄하는 광의의 개념으로 정의하기로 한다.

2. 디지털 성범죄의 유형

(1) 개념상의 유형분류

디지털 성범죄는 다양한 행위태양을 나타내고 있으므로 이를 어떤 기준에 따라 어떻게 유형화 하는 것도 결코 쉬운 일이 아니며, 논자에 따라 다양한 유형화가 가능하다. 예컨대, '디지털 성범죄'라는 개념을 국내에서 최초로 사용한 D.S.O.는 디지털 성폭력의 유형을 가해자의 행위태양을 중심으로 자신 또는 타인의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 다른 사람의 신체를 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공·제시 또는 전시·상영하는 '유포형'과 정보통신망을 통해 디지털 성폭력 행위를 제공할 목적으로 제조·유포·수입·수출하는 '제작형', 디지털 성폭력 행위의 게시물에 댓글, 연락 등으로 동조·참여하는 등 가담하는 '참여형'및 강간 촬영물을 소지·매입·시청하는 '소비형'으로 분류하기도 한다.[10]

이 논문에서는 앞서 살펴본 광의의 개념정의와 상응하여 디지털 성범죄는 온라인과 오프라인 상에서 모두 발생한다는 데에 초점을 맞추어<표-1>과 같이 디지털성범죄의 유형을 온라인과 온라인+오프라인범죄와 연계로 크게 2가지로 범주화하였다.[11] 온라인 범주에서는 다시 가해자 행위태양을 중심으로 ① (카메라 등을 이용한) 촬영물 이용 협박과 성폭력, ② 사진합성(딥페이크), ③ 성적괴롭힘, ④ 디지털 그루밍 등 네 가지로 유형화 할 수 있다. 이 네 가지 유형을 좀 더 구체적으로 세분화하면 다음과 같다. 첫째, '촬영물 이용 협박과 성폭력'은 비동의 촬영과 비동의 유포로 나누어 볼 수 있다. 비동의 촬영의 불법촬영은 개인 성행위나 성폭력, 공공장소 또는 사적 공간 촬영, 성적 신체 부위를 상대방의 동의 없이 촬영(몰래카메라 범죄 등)하는 범죄를 말한다. 비동의 유포는 재유포, 제3자 유포를 포함하며, ⅰ) '합의촬영물 유포'는 당시에는 합의에 의해 촬영된 성행위나 성적 신체부위가 노출된 영상을 동의 없이 불법 유

10) 장다혜·김수아, 앞의 논문, 51면.
11) 이하의 분류는 장다혜·김수아, 앞의 논문, 68면을 바탕으로 필자의 생각을 더하여 재구성한 것임.

포하는 것을 말하며, ii) '자기 촬영물 유포'는 자기 스스로 촬영한 촬영물을 동의 없이 불법 유포하는 것을 말하며, iii) '비동의 촬영물 유포'는 촬영 당시에 상대방의 동의 또는 권한 없이 불법으로 촬영한 촬영물을 동의 없이 유포한 행위로 3가지로 나누어 볼 수 있다. 그 내용으로는 상대방의 비동의 하에 불법촬영물을 웹하드, SNS 등에 업로드, 단체톡방에 유포 또는 웹하드 유포자, 웹하드 또는 SNS 등의 사업자 및 이용자가 불법 촬영물을 영리 목적으로 유포하고, 가족과 지인에게 불법촬영물을 유포하겠다는 협박, 유포 협박을 이용한 금전요구 등이 있다.

둘째, '사진합성(딥페이크)'은 얼굴 또는 음성을 합성 기술을 이용하여 특정 개인의 얼굴이나 신체 이미지를 성적인 사진과 합성하여 유포하는 행위이다.

셋째, '성적괴롭힘'은 성적 비하나 모욕의 표현, 성적인 농담이나 원하지 않는 성적 대화를 유도하여 성희롱, 동의 없는 음란물을 전송하는 행위이다.

넷째, '디지털 그루밍'은 온라인 채팅·모바일 메신저·SNS를 통해 아동·청소년에게 접근하여 피해자를 유인하고 길들여, 성착취 행위를 용이하게 하고 피해 폭로를 막는 행위를 뜻한다. 디지털 그루밍 가해자들은 우선 피해자를 물색하고 접근하여 대화를 나누며 친밀한 관계를 형성한 뒤 얼굴 사진과 같은 사소한 것부터 시작하여 점차 오프라인 만남 성적 촬영물 등을 요구하기 시작한다. 이후 함께 나눴던 대화 내용과 전송했던 파일 등의 유포를 빌미로 자신의 말에 순응할 것을 요구하는 협박을 가하고, 이를 통해 추가적인 피해 촬영물을 얻어내거나 성관계 등을 요구하기도 한다.[12]

한편, 온라인+오프라인범죄와 연계된 범주에서의 분류는 현실 공간에서 발생하는 다른 범죄와 온라인 성범죄와의 관계를 보여주기 위한 분류이다. 이는 디지털 성범죄의 특성상 이미지를 이용한 유포·협박행위에 초점을 맞추었다. 그리고 그 세부유형은 유포·협박으로 달성하는 범죄행위의 목적을 고려하여 ① 성적강요, ② 금전요구, ③ 괴롭힘, ④ 데이트 폭력으로 나누었다.[13] 이 경우 온라인상 촬영물 이용 협박과 성폭력, 사진

12) 네이버지식백과, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=5942468&cid=43667&categoryId=43667, 2020. 9. 14. 검색.

합성, 성적괴롭힘, 디지털그루밍과 온라인+오프라인 범죄와 연계된 유포 협박은 각각 분리되는 유형의 디지털 성범죄이지만, 한 사건에서 각각의 유형이 동시에 발생할 수도 있다. 각 유형과 세부유형은 디지털 성범죄의 특성과 현행 규제법률을 고려하여 가해자의 행위태양의 특성이 잘 들어날 수 있도록 유형화 하였고, 각 유형 및 세부 유형은 모두 성적 속성과 관련성이 있는 유형들이다.

<표-1> 디지털 성범죄 유형화

<table>
<tr><th>범주</th><th>분류</th><th>유형</th><th colspan="3">세부유형</th></tr>
<tr><td rowspan="7">온
라
인</td><td rowspan="7">가해
자
행위
태양</td><td rowspan="4">(카메라
등을
이용한)
촬영물
이용
협박과
성폭력</td><td colspan="2">비동의 촬영</td><td>-불법 촬영
: 성폭력, 성행위, 공공장소촬영·사적공간촬영, 전신, 얼굴, 치마속 촬영 등</td></tr>
<tr><td rowspan="3">비동의
유포
(재유포,
제3자
유포
포함)</td><td rowspan="3">a. 합의 촬영물 유포
b. 자기 촬영물 유포
c. 비동의 촬영물 유포</td><td>-비동의 유포·재유포
: 웹하드, SNS 등에 업로드, 단체톡방에 유포</td></tr>
<tr><td>-유통·공유
: 웹하드, SNS 등의 사업자 및 이용자</td></tr>
<tr><td>-유포협박
: 가족, 지인에게 유포하겠다는 협박, 금전요구, 이별 후 재회요구하며 협박, 리벤지포르노</td></tr>
<tr><td>사진
합성
(딥페이크)</td><td colspan="3">-얼굴합성, 음성합성
: 피해자의 사진을 성적인 사진과 합성 후 유포</td></tr>
<tr><td rowspan="3">성적
괴롭힘</td><td colspan="3">-성적 내용을 포함한 명예훼손·모욕</td></tr>
<tr><td colspan="3">-동의 없는 음란물 전송</td></tr>
<tr><td colspan="3">-사이버성폭력·성희롱</td></tr>
<tr><td colspan="3">-피해자 신상공개</td></tr>
<tr><td>디지털</td><td colspan="3">-온라인 채팅·모바일 메신저·SNS를 통해 아동·청소년에게</td></tr>
</table>

13) 장다혜·김수아, 앞의 논문, 68면 참조.

		그루밍	접근하여 피해자를 유인하고 길들여, 성착취 행위를 용이하게 하고 피해 폭로를 막는 행위 -오프라인 만남 성적 촬영물 등을 요구 -온라인상 대화 내용과 전송한 파일 등으로 협박, 추가적인 피해 촬영, 성관계 요구	
온라인+오프라인 범죄와 연계	가해자 행위 태양	유포협박	-성적강요	성폭력 성매매 성적촬영 강요
			-금전요구	
			-괴롭힘	
			-데이트 폭력	

(2) 관련법규상의 유형

우리나라에서 디지털 성범죄와 관련된 내용을 담고 있는 현행 법규는 앞에서 언급한 바와 같이 성폭력처벌법, 청소년성보호법, 정보통신망법, 전기통신사업법 및 범죄수익은닉규제법 등으로 개별 특별법에서 다양한 형태로 산재되어 있다.[14] 여기에서는 지면관계상 각 개별 특별법에 규정

14) 각국의 상황과 맥락은 다르지만, 미국은 「비디오관음방지법」(Federal Video voyeurism Prevention Act of 2004)에서 사적영역의 화상정보를 취득하는 행위를 금지하고 있으며 1년 이하의 징역 또는 벌금형을 규정하고 있고, 아동청소년 포르노 금지관련 「연방법」(18 USC, §1801, 18 USC 2252A (a), (b))에서는 전송, 배포, 배포목적 복사, 광고, 판매, 판매 목적 소비할 경우, 5년 이상 20년 이하 징역 및 벌금 병과(성범죄 전과 있는 경우 15년 이상 40년 이하 징역 및 벌금 병과)하고 있으며, 단순소지 시청목적으로 접근하였을 경우 10년 이하 징역 또는 벌금을 규정하여 디지털 성범죄 처벌조항을 두고 있다. 영국은 「성범죄법」 (Sexual Offences Act 2003, §67)과 「형사사법재판법」(§33)에서 성범죄법상 동의 없이 사적행위 관음, 장비설치, 이미지 구성, 기구 설치 또는 구조물 건축 고통을 주기 위한 은밀한 성적사진 및 필름을 유포할 경우 2년 이하의 징역(간이공판시 12개월 이하 징역 또는 벌금)을 규정하고 있으며, 「아동보호법」(Protection of Children Act 1978, §6, §1)에서 불법촬영, 배포, 상영, 배포 또는 상영 목적 소지, 광고할 경우 10년 이하의 징역 또는 벌금(간이 공판시 6월 이하 징역 또는 벌금)을 규정하여 디지털성범죄에 대한 처벌을 규정하고 있다. 호주는 「형법」(Criminal Code-Act 1995, §474.17)에서 침해적·범죄적 전송서비스 이용시 3년 징역, 사적 성적자료의 접속, 출판, 배포, 광고, 홍보할 경우 5년 이하의 징역을 규정하고 있으며, 최근 여성,아동·청소년에 대한 불법촬영과 유포, 성착취 근절을 위하여 「아동성착취에 관한법」(Combatting ChildSexual Exploitation Legislation Amnedment Bill 2019) 을 시행하였다. 「아동착취에 관한 법, 2019」(§474.19)에 따르면 전송서비스를 이용해 아동포르노, 아동성착취 자

되어 있는 디지털 성범죄의 구성요건의 내용과 해석은 다음 기회로 미루고, 디지털 성범죄 중 대표적 범죄인 '카메라등이용촬영죄'의 유형을 중심으로 각 관련법규의 구성요건에서 나타난 유형을 간략히 소개하기로 한다.

먼저, 성폭력처벌법 제14조 내지 14조의3에 규정된 '카메라등이용촬영죄'이다. 이 죄는 1998. 12. 28. 일부개정으로 명문화된 후 20여 년 동안 디지털 성범죄의 변화 양상을 고스란히 구성요건에 담아내고 있다. 현행 카메라등이용촬영죄의 행위유형은, ① 성적 목적을 위한 카메라 등을 이용한 불법촬영(동법 제14조 제1항) · 촬영물 또는 복제물 반포 등(반포·판매·임대·제공·공연·전시·상영) 및 비동의 반포 등(동법 제14조 제2항), 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청(동법 제14조 제2항), ② 허위영상물 등(촬영물·영상물 또는 음성물)의 편집 등(편집·합성 또는 가공) 및 편집물 또는 복제물을 반포 등(동법 제14조 제4항), ③ 성적 촬영물 등을 이용한 협박·강요(동법 제14조의3 및 15조) 등 세분화되어 있다.[15]

둘째, 오늘날 디지털 성범죄에 대한 선도적인 변화를 이끌어가고 있는 청소년성보호법이다. 이 법은 2000년도에 제정되면서 "청소년이용음란물(現, 아동·청소년성착취물)"에 대한 처벌규정이 도입된 이후, 지속적인 개정을 통하여 아동·청소년성착취물의 정의가 확대되었으며 행위태양 또한 확대되었다. 현행 이 법 제11조에 규정된 '아동·청소년성착취물의 제작·배포 등 죄'의 행위유형은 2000년 제정 당시(구법 제8조) 제1항에서는 청소년이용음란물을 제작·수입·수출하는 행위를, 제2항에서는 영리목적으로 판매·대여·배포·소지·운반·전시·상영하는 행위를 처벌하였다. 그리고 2005년 개정에서는 영리목적이 없더라도 배포·전시·상영하는 행위를 처벌의 범위에 포함시켰고, 2007년 개정에서는 영리목적이 없더라도 소지하는 행위와 청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 청소년을 그 제작자에게 알선하는 행위를 처벌하기 시작하였다. 그리고 2012년 개정에 이르러서는 '제공행위'가 추가되었고,

---

료 입수, 소지, 통제할 경우 15년 징역을 규정하고 있다. 전유정, "텔레그램 'n번방' 디지털 성범죄 대책 현황과 개선과제", 이슈와 논점 제1690호, 국회입법조사처, 2020, 2면, 참조.

15) 이에 대한 보다 자세한 설명은 Ⅲ. 디지털성범죄의 실태와 문제점 참조.

소지행위 처벌에 있어서 '아동·청소년이용음란물임을 알면서'라는 단서 규정이 추가되었다. 그리고 가장 최근인 2020년 6월 개정에는 아동·청소년성착취물을 광고·소개하는 행위, 구입행위가 처벌대상으로 포섭되었다.[16]

셋째, 정보통신망법 제44조의7과 전기통신사업법 제22조의5(올 12월 시행예정)[17]에 규정된 (불법)촬영물 등의 유통금지 유형이다. 먼저, 정보통신망법상 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자에 대한 불법정보의 유통을 금지하는 규정과, 기관의 심의를 거친 후 해당 정보의 취급·거부·정지·제한을 명령하는 규정은 2010년 이전에도 존재해왔다. 그러나 특히 성폭력처벌법상의 촬영물·복제물의 유통과 관련하여 의미가 있는 내용은 2018년 12월 24일에 일부 개정으로 나타났다. 즉, 수사기관이 수사과정에서 인지한 불법촬영물의 방송통신심의위원회 심의요청 주체를 관계 중앙행정기관의 장에서, 특히 불법촬영물에 대해서는 수사기관의 장까지 확대한 것이다(제44조의7③).[18] 다음으로, 부가통신사업자·조치의무사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무는 2018년 12월 24일에 전기통신사업법의 일부개정으로 신설되었고, 2020년 6월 9일에 다시 개정되어 12월 10일 시행을 앞두고 있다. 그 내용으로는, ① 성폭력처벌법 제14조의 촬영물·복제물, ② 성폭력처벌법 제14조의2의 편집물·합성물·가공물·복제물, ③ 청소년성보호법의 아동·청소년성착취물이 유통되고 있다는 사정을 인식한 경우 "지체 없이" 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취해야 함을 의무화하고 있다(제22조의5).[19]

---

16) 국가법령정보센터, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제정·개정이유(https://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=002044&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all; 검색일: 2020년 10월 2일)

17) 법률 제17353호, 2020.6.9. 일부개정, 2020.12.10. 시행

18) 한편 2020년 6월 9일 일부개정(법률 제17358호, 2020,6.9 일부개정, 2020.12.10. 시행)에서는 더 나아가 주로 정보통신서비스 제공자로 하여금 불법촬영물 유통 방지를 위한 지속적인 관리를 촉구하는 것을 내용으로 하고 있다. 먼저, 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 정보통신서비스 제공자는 불법촬영물 등의 유통을 방지하기 위한 책임자를 지정하여야 하며, 미이행시 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(제44조의9, 제76조②). 뿐만 아니라, 정보통신서비스 제공자로 하여금 불법촬영물 등의 처리에 대한 보고서를 방송통신위원회에 매년 제출하도록 하는 제출의무를 신설하였다(제64조의5①). 보고서 미제출시 1천만원 이하의 과태료가 부과됨은 물론이다(제76조③).

19) 이러한 의무를 이행하지 않는 경우에는 과징금 부과(제22조의6①), 시정명령(제92조①), 벌금부과는 물론(제95조의2), 과태료(제104조①), 더 나아가 사업의 등록취소·폐업명령·사업정지를 명할 수

Ⅲ. ‘카메라등이용촬영죄[20]’를 중심으로 한 디지털성범죄의 실태

1. 카메라등이용촬영죄의 보호법익과 일부개정 및 신설 내용

(1) 보호법익

카메라등이용촬영죄의 보호법익을 형법상 성범죄와 같이 성적 자기결정권의 침해로 볼 것인지, 다양한 행위태양의 특성에 주목하여 개인의 프라이버시 보호로 볼 것인지, 아니면 위의 양자를 모두 포함하는 것으로 볼 것이냐에 따라 이 죄의 적용범위가 정해질 수 있다.

학설은 대체로 카메라 등 이용촬영행위는 피해자의 의사에 반하여 피해자를 성적인 목적으로 성적 욕구 및 성적 호기심의 대상으로 삼으면서 ‘인격존중을 침해하는 상품화’로서 피해자의 프라이버시 및 성적 자기결정권을 침해하는 행위[21]라고 보고 있다. 대법원은 “카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 행위를 처벌하는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조의2 제1항은 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 보호하기 위한 것이다”라고 판시하여, 이 죄의 보호법익을 ‘피해자의 성적자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유’라고 본다.[22] 헌법재판소 역시 “카메라 등 이용 촬영죄의 행위 태양, 불법성의 경중은 다양할 수 있으나, 결국 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 침해하는 성범죄로서의 본질은 같다”고 판시하고 있다.[23]

생각건대, 카메라 등 이용촬영죄는 성범죄의 특수한 유형으로 행위태양의 특수성으로 불법이 가중된 범죄이다. 따라서 그 보호법익은 기본적으로 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유 보호라는 개

있는 근거규정도 마련하였다(제27조). 뿐만 아니라, 누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 불법촬영물 유통방지를 위한 기술적 조치를 제거·변경·우회 등의 방법으로 무력화할 경우 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하는 규정을 두고 있다(제22조의5③, 제96조).

20) 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영죄), 제14조의2(허위영상물 등의 반포등) 및 제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요)를 포함한다.

21) 배상균, “‘도촬행위’현상과 규제에 관한 비교법적 검토”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사정책연구원, 2016. 3, 203면.

22) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결.

23) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌마340 판결.

인적 법익(성적자기결정권)을 보호하는 것이며, 아울러 행위태양의 특성상 피해자의 성적 존엄성과 함부로 촬영하지 않을 인격체로서의 사생활의 자유를 함께 보호하고 있다고 보는 견해가 타당하다고 본다. 대법원과 헌법재판소가 표명하고 있는 '인격체인 피해자의 성적 자유'의 침해는 성적자기결정권을 보호하는 취지이며, '함부로 촬영당하지 않을 자유'의 침해는 인격체로서의 사생활의 자유를 보호하고자 하는 취지로 양자를 모두 보호법익으로 보는 필자와 같은 태도로 생각된다.

그 판단기준에 대하여 대법원에서는 "촬영한 부위가 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체'에 해당하는지 여부는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는지 여부를 고려함과 아울러, 당해 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적·상대적으로 결정"하여야 한다고 보고 있다.[24]

(2) 일부개정 및 신설 내용

앞에서 언급한 바와 같이 성폭력처벌법 제14조 내지 14조의3에 규정된 카메라등이용촬영죄는 디지털 성범죄 중 대표적 범죄이며, 1998. 12. 28. 일부개정으로 명문화된 후 20여 년 동안 디지털 성범죄의 변화 양상을 고스란히 담고 있다. 그 중에서 가장 큰 변화를 보인 것은 2018년 이후의 일부개정과 신설이라고 할 수 있다. 이는 2018년 하반기부터 텔레그램 n번방과 박사방에서 자행된 성착취사건 등 사이버 성범죄가 지능화·조직화됨에 따라 그 피해가 날로 증가하자 이에 대응하기 위한 것으로 처벌대상의 세분화, 행위태양의 확대 및 처벌 강화로 요약될 수 있다.

먼저, 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)의 개정 내용을 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 2018. 12. 18. 일부개정(시행 2018. 12. 18. 법률 제15977호)과 2020. 5. 19. 일부개정(시행 2020. 11. 20. 법률 제17264호)을 통해 동법 제14조 제1항, 제2항, 제3항 모

24) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결.

두 법정형을 대폭 상향조정하였으며, 특히 제14조 제1항부터 제3항까지 자신의 신체를 직접 촬영한 경우에도 그 촬영물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포 등을 한 사람은 처벌된다는 점을 명확히 규정하였다. 또한 2020. 5. 19. 개정 법률은 불법 성적 촬영물 등을 소지·구입·저장 또는 시청한 자도 처벌하는 제14조 제4항을 신설하고, 제1항부터 제3항까지의 상습범을 가중 처벌하는 제14조 제5항을 신설하였다. 2018. 12. 18. 일부개정과 2020. 5. 19. 일부개정 및 신설 내용을 비교해 보면 다음 <표-2>와 같다.

<표-2> 「성폭력처벌법」 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)의 개정 비교

2018. 12. 18. 일부개정	2020. 5. 19. 일부개정 및 신설
제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 … (좌동) … 촬영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영(이하 “반포등”이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 … (좌동) … 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 … (좌동) … 반포등을 한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
③ 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하	③ 영리를 목적으로 … (좌동) … 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

“정보통신망”이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.	
<신 설>	④ 제1항 또는 제2항의 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
<신 설>	⑤ 상습으로 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

다음으로 성폭력처벌법 제14조의2(허위영상물 등의 반포등)와 제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요)의 신설내용을 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

최근 인공지능(AI) 기술의 발달과 함께 특정 인물의 신체 등을 대상으로 한 영상물 등을 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집하는 딥페이크[25] 등으로 인한 피해가 증가하고 지인능욕과 함께 성행하고 있는 온라인 디지털성범죄가 매우 교묘하게 발전하고 있는 것에 반하여 법원이나 수사기관 그리고 현행법 체계가 따라가지 못하는 부분이 있었으며, 가해자들에게 범죄 예방 효과를 위해서 반드시 엄단할 필요가 있었다. 음담패설과 허위사실, 합성, 딥페이크 등으로 폭력을 가하는 성범죄인 ‘지인능욕’은 경찰에 신고를 해도 사진이라는 이유로 사건이 외면 받아 왔었고, 여성의 나체 사진을 가져와서 피해자의 얼굴을 합성하는 경우도 있었으며, 외국 사이트에 게재되어 가해자를 특정할 수도

25) 영국 연구진이 미래에는 인공지능(AI) 기술 활용으로 범죄가 더욱 고도화되면서 특히 가짜 오디오나 가짜 비디오와 같은 딥페이크를 이용한 범죄가 잠재적인 AI 관련 범죄 가운데 가장 우려스럽다는 진단을 내놨다. 유니버시티 칼리지 런던(UCL) 연구진이 향후 15년간 AI 기술을 악용한 범죄 가운데 딥페이크(deepfake)를 가장 위험하고 심각한 범죄 형태로 지목하는 내용의 보고서를 발표했다…보고서에 따르면 딥페이크 기술을 이용한 가짜 콘텐츠는 적발·예방·근절이 어려울 뿐만 아니라 공인의 명예 훼손부터 금융사기에 이르기까지 목적도 다양해 더욱 위험할 수 있다는 설명이다. 연구진은 기존에 논란이 되고 있는 유명 정치인 등의 가짜 합성 영상은 물론 화상통화로 지인을 사칭해 돈을 갈취하는 사기 등 다양한 방식으로 딥페이크가 악용될 수 있다고 내다봤다. 윤영주, “AI로 미래 범죄 고도화...‘딥페이크’ 가장 위험하다.”, AI타임스, 2020년 8월 6일자, (http://www.aitimes.com/news/articleView.html?idxno=131327; 검색일 : 2020년 8월 5일)

피해 사진을 삭제하기도 힘든 현실이다. 합성을 대신 해주는 행위에 대한 처벌 사례가 없어서 범죄임을 자각하는 못하는 경우도 있었다.

이에 따라, 2020. 5. 19. 일부개정에서는 제14조2를 신설하여 최근 AI 기술이나 인터넷을 이용한 신종 디지털 성범죄가 급증하면서 딥페이크 영상물을 제작·반포 등을 한 사람을 처벌하고(제1항, 제2항), 특히 영리 목적이 인정되면 가중처벌(제3항)하며, 제1항부터 제3항까지의 죄를 상습으로 범한 때에는 가중처벌 한다는 내용을 신설(제4항)하였다. 또한 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 등을 이용하여 사람을 협박 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 강요하게 한 자를 처벌하는 제14조의3을 신설하였다. 이는 인공지능(AI)기술을 이용한 범죄가 지능화·고도화 되면서 딥페이크 기술을 이용한 디지털 성범죄에 대해 처벌근거를 마련하고 처벌 규정을 강화한 것은 미래의 잠재적인 AI관련 범죄에 맞는 대응방안이라고 평가한다.

성폭력처벌법 제14조2와 제14조의3에 대한 2020. 3. 24. 일부개정과 2020. 5. 19. 일부개정 및 신설 내용을 비교해 보면 다음 <표-3>과 같다.

〈표-3〉 「성폭력처벌법」 제14조의2(허위영상물 등의 반포), 제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요)의 개정·신설 비교

2020. 3. 24. 일부개정	2020. 5. 19. 일부개정 및 신설
<신 설> 제14조의2(허위영상물 등의 반포등) ① 반포등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 이 조에서 "영상물등"이라 한다)을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공(이하 이 조에서 "편집등"이라 한다)한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항에 따른 편집물·합성물·가공물(이하 이 항에서 "편집물등"이라 한다) 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 반포등을 한 자 또는 제1항의 편집등을 할 당시에는 영상물등의 대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 편집물등 또는 복제물을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 영리를 목적으로 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 정보통신망을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.	제14조의2(허위영상물 등의 반포등) ① ~ ③ (좌동)
<신 설>	④ 상습으로 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.
<신 설>	제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요) ① 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있

	는 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항에 따른 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ③ 상습으로 제1항 및 제2항의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

2. 카메라등이용촬영죄의 실태와 문제점

2009년부터 2018년까지 성폭력범죄의 발생건수는 17,377건에서 32,104건으로 84.7% 증가하였으며, 인구 10만 명당 발생비 역시 34.9에서 61.9로 77.4% 증가하였다. 강력범죄(흉악) 중 살인, 강도, 방화범죄의 발생비는 지난 10년 동안 감소추세를 보이고 있는 반면 성폭력범죄의 발생비는 약 1.8배 증가하였다. 강력범죄(흉악) 발생건수 중 성폭력범죄의 비중은 2009년 64.3%에서 2018년 91.0%로 26.7% 높아졌다.[26]

먼저, 주목해야 할 점은 성폭력범죄 중 지난 10년간 가장 급격한 증가를 보인 범죄는 '카메라등이용촬영죄'라는 점이다(<표-4> 참조). 즉, 카메라등이용촬영죄는 전체 성폭력범죄에서 차지하는 비중이 2009년 4.8% 수준이었으나 2018년에는 19.0%로 확대되었다. 특히 2014년과 2015년에는 24%를 넘는 것으로 나타났다. 이는 최근 스마트폰 등 전자기기의 사용이 일상생활에서 보편화됨으로 인한 것으로 볼 수 있다. 즉, 스마트폰이 일상화·보편화됨에 따라 길거리 등 일상적인 곳 특히, 버스 지하철 등에서 누군가에 의해 '불법촬영'범죄에 노출이 증가하였으며, 성

26) 대검찰청, 「대검찰청 범죄분석 2018」, 2019, 13면.

폭력범죄에 대한 경각심과 사회적 인식의 변화와 더불어 적극적으로 피해신고의 증가가 그 주요 원인인 것으로 추론해 볼 수 있다.

<표-4> 카메라등이용촬영죄 발생건수 추이(2009년~2018년)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
발생건수	834	1,153	1,565	2,462	4,903	6,735	7,730	5,249	6,615	6,085
구성비[27]	4.8	5.6	7.1	10.5	16.9	24.1	24.9	17.9	20.2	19.0

출처 : 대검찰청 범죄분석[28]

다음으로, 13세 미만의 아동 및 미성년자에 대한 성폭력범죄의 증가와 그 태양 및 카메라등이용촬영범죄의 실태와 문제점을 살펴본다. 아동대상 성폭력범죄의 구체적인 유형은 <표-5>에서 보는 바와 같이, 강제추행이 73.3%로 가장 많았고, 그 다음은 강간/간음으로 16.5%를 차지하였다. 13세~20세 연령층 대상 성폭력범죄의 경우에도 강제추행(49.4%)이 가장 높은 비율을 차지하고 있으나 아동대상 성폭력범죄에 비하여 비율이 낮으며, 카메라등이용촬영범죄가 15.7%로 상대적으로 높은 비율을 차지하고 있다. 전체적으로 아동과 13~20세 연령층 대상 성폭력범죄는 강제추행이 53.0%로 가장 높은 비율을 차지하고 있고, 그 다음은 강간/간음(21.6%), 카메라등이용촬영(13.6%) 등의 순이다.[29] 여기서 특히 주목해서 보아야 할 점은 13세~20세 연령층 대상 카메라등이용촬영범죄가 15.78%로 상대적으로 높은 비율을 차지하고 있다는 점이다. 나아가, 아동·청소년 대상 디지털 성범죄도 2018년 1심 기준으로 80%는 징역을 면하고 있고, 평균 형량이 23개월로 2년도 채 되지 않는다는 점이다.[30]

디지털 성범죄는 다양한 플랫폼에서 빈번히 발생하며, 미성년자 또한 다양한 방법[31]으로 피해를 경험한다. 특히 19세 미만의 미성년자인 피해

27) 전체 성폭력 범죄 중 카메라등이용촬영죄 구성비를 뜻함.
28) 대검찰청, 앞의 글, 15면.
29) 대검찰청, 앞의 글, 84면.
30) MBN, (https://tv.zum.com/play/1510143; 검색일 : 2020년 9월 4일).
31) 경찰 사칭 등을 통한 협박, 그루밍, 온라인 채팅에서 문화상품권 등을 통한 유인 및 협박, 소셜미디어나 메신저 프로필에 올린 일상 사진을 다운로드하여 합성하거나 부적절한 글과 게시 등. 한국여성인권진흥원 2020 위기대응 모니터링 이슈브리프 ON 4호, 디지털성범죄 '미성년자' 피해자 지원편, (https://blog.naver.com/whrck/221932122294; 검색일 : 2020년 9월 5일).

자의 경우 부모 등 지인에게 알려지는 것에 대한 두려움이 커서 초기 대응이 늦고, 그로 인한 피해가 반복·지속·확대되는 경향이 있어 이에 대한 적극적인 지원과 예방을 위한 정보제공이 필요하다.[32] 최근'n번방 사건'을 보면 아동·청소년의 디지털 성범죄의 문제점이 적나라하게 드러난다. 디지털 기술은 비약적으로 발전했으나 발전된 기술의 어두운 측면에서 디지털 기술을 매개로 한 디지털 성범죄가 증가하였으며, 그 중에서 아동·청소년을 대상으로 한 디지털 성폭력은 급증하고 있다.[33] 또한 온라인을 통해 아동·청소년에게 친근하게 접근하여 성적인 이미지나 영상을 직접 올리게끔 유도하고, 이를 칭찬받을 만한 행위라 학습시키는 '디지털 그루밍'역시 확산되고 있다.[34] 가치관과 정체성이 확립되는 아동·청소년기의 인정욕구를 이용한 가해자들의 행위는 집요하고 치밀하며 집단적이다. 국내에서는 2010년 소위 '그루밍 법'이라 불리는 청소년성보호법 개정안이 통과되어, 아동·청소년의 성(性)을 구매하기 위해 인터넷, 채팅 등에서 이들을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 사람은 1년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금형에 처하도록 하고 있다. 그러나 이는 '성매매'유인에만 한정되며 그 이외의 성적인 접근은 포함되지 않아 '금품을 요구하지'않았을 경우 처벌하기가 매우 모호하다는 한계를 가지고 있다.[35] 따라서, 청소년성보호법의 목적[36]에 부합하는 '디지털 그루밍'에

32) 디지털성범죄피해자지원센터는 피해촬영물이 유포되었을 때에는 삭제지원, 유포 증거자료 채증 등을 지원하며, 유표되었는지 확인이 필요할 때에는 모니터링을 통해 유포여부 파악 후 발견 시 삭제를 지원해 주며, 피해지원기관과 연계하여 여성폭력 피해 지원기관 연계를 통한 상담·의료·법률지원을 제공한다; 한국여성인권진흥원 2020 위기대응 모니터링 이슈브리프 ON 4호: 디지털성범죄 '미성년자' 피해자 지원편, (https://blog.naver.com/whrck/221932122294; 검색일 : 2020년 9월 5일)

33) 법원행정처로부터 제출받은 자료에 따르면 최근 5년간(`19.12.말 기준) 아동·청소년(만19세 미만 미성년자)의 성을 사는 행위 및 성폭력 행위 등으로 처벌받은 사람은 총 8,870명에 달한다"면서 "매년 약 1,770건, 하루에 약 5건의 아동·청소년 관련 성범죄가 발생하는 것"이라고 밝혔다. 이와 관련해 최근 세계 최대 규모의 아동 성착취물 사이트로 악명 높았던 '웰컴 투 비디오' 운영자인 손모씨에 대한 솜방망이 처벌이 논란이 되었고, 아동 청소년 등 미성년 성착취물을 촬영하고 유포한 디지털 성범죄·성착취 사건인 일명 'n번방 사건' 역시 처벌 수위가 높지 않아 국민적 공분과 비판을 받아왔다. 박희윤, "아동·청소년 관련 성범죄 하루에 약 5건 발생...처벌은 솜방망이", 시사매거진, 2020년 9월 15일자, (http://www.sisamagazine.co.kr; 검색일: 2020년 9월 15일)

34) 여기서 '그루밍'이란 아동 ·청소년성폭력 가해자가 아동·청소년과 친해지기 위해 접근하는 모든 경우를 말한다. D.S.O에서는 이러한 디지털 매체를 이용한 그루밍 행위를 참여형 성폭력의 일종으로 바라보고 있으며 이를 '디지털 그루밍'이라고 말한다.

대한 국내의 제한된 처벌에 대해 현실을 반영한 법률개정이 시급하다고 본다.

<표-5> 아동대상 성폭력범죄 피해자의 연령별 유형별 분포(2019년)

(단위:건(%))

성폭력 유형	피해자 연령		계
	13세 미만	13세-20세	
강간/간음	212(16.5)	1,640(22.4)	1,852(21.6)
강제추행	940(73.3)	3,612(49.4)	4,552(53.0)
강간 등	29(2.3)	97(1.3)	126(1.5)
강간등살인/치사/상해/치상	3(0.2)	106(1.5)	109(1.3)
특수강도강간등	0(0.0)	4(0.1)	4(0.0)
카메라등이용촬영	21(1.6)	1,149(15.7)	1,170(13.6)
성적목적의장소침입	3(0.2)	84(1.1)	87(1.0)
통신매체이용음란	73(5.7)	332(4.5)	405(4.7)
공중밀집장소추행	2(0.2)	284(3.9)	286(3.3)
계	1,283(100.0)	7,308(100)	8,591(100.0)

출처: 대검찰청 범죄분석[37]

마지막으로, 카메라등이용촬영범죄를 중심으로 디지털 성범죄의 처벌 수위의 문제점을 살펴보기로 한다. <표-6>과 <표-7>에 따르면 카메라등이용촬영죄의 2018년도 검거는 5,764건으로 검거율이 94.7이지만, 기소율은 46.8%에 불과해 제대로 된 처벌이 이루어지지 않고 있는 것을 알 수 있다. 이와 같이 기소율이 현저히 낮은 이유는 수사단계에서 가해자와 피해자 간의 합의가 이루어지고, 가해자가 초범이거나 학생일 경우 대부분 기소유예가 되거나 불기소처분이 되고 있기 때문이다.

검찰처분 현황에 따르면 카메라이용촬영죄 피의자 5,245명에 대한 검

35) D.S.O.,(http://www.dsoonline.org/withkid; 검색일: 2020년 9월 14일)

36) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제1조(목적) 이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

37) 대검찰청, 앞의 글, 84면.

찰 처분은 기소 2,458명(46.8%), 불기소 2,103명(40.0%), 소년보호송치 455(7.6%) 순이었다. 불기소처분(2,103명, 40.0%)은 기소유예 1,138명(21.6%), 혐의없음 917명(17.4%), 공소권없음 45명(0.85%), 죄가안됨 3명(0.05%)순이었고, 기소처분(2,458명, 46.8%)은 불구속 1,475명(28.1%), 구약식 783명(14.9%), 구속 200명(3.8%)순으로 나타났다(<표-7> 참조). 이와 같이 불구속 수사율이 28.1%로 매우 높게 나타나고 있는데 불구속 수사를 할 경우에는 불법 촬영물이나 디지털 성범죄물에 대한 증거를 피의자가 은닉하거나 폐기하거나 사후에 온라인상에 유포할 수 있는 위험성이 매우 높다고 볼 수 있다.

또한 <표-8>에서 보는 바와 같이 법원의 제1심 선고형을 살펴보면, 실형인 징역형을 받는 비율은 2018년의 경우 여전히 10%대에 머물고 있어 경미한 처벌이 이루어지고 있는 것을 알 수 있다. 좀 더 구체적으로 2011년~2016년 4월과 2017년 및 2018년의 구간을 비교해 보면, 벌금비율은 72.0% → 54.1% → 43.9%로 줄고 있고, 징역+집행유예 비율은 14.7% → 27.8% → 43.5%로 늘고 있어 전체적으로 벌금비율이 줄고 징역+집행유예 비율이 늘어난 것에서 최소한의 처벌강화의 경향성은 보이고 있다. 그러나 여전히 징역형 비율이 현저히 낮아 죄질의 중함과 더불어 디지털 성범죄를 엄벌해야 한다는 사회적 공감대에 부응하지 못하고 있는 실정이다.[38]

<표-6> 카메라등이용촬영죄 발생 검거상황(2018년)

분류	발 생		검 거		검 거 인 원			
	발생건수	발생비	검거건수	발생건수대비 검거건수	검거(명)	남	여	미상
카메라등 이용촬영	6,085	11.79	5,764	94.7	5,414	5,203	188	23

출처 : 대검찰청 범죄분석[39]

38) 윤덕경, 앞의 글, 4면
39) 대검찰청, 앞의 글, 98면.

<표-7> 카메라등이용촬영죄 처분결과(2018년)

(단위: 명,%)

계	기소			불기소	소년보호송치
	구공판		구약식		
	구속	불구속			
5,245(100.0)	2,458(46.8)			2,103 (40.0%)	455(7.6%)
	200(3.8)	1,475(28.1)	783(14.9)		

출처 : 대검찰청 범죄분석[40]

<표-8> 온라인 성폭력 1심 선고형의 연도별 비교(서울)[41]

(단위: 명,%)

1심 형벌종류	2011년~2016년 4월[42]	2017년[43]	2018년
징역	82(5.3)	41(11.1)	52(10.3)
징역+집행유예	226(14.7)	103(27.8)	220(43.5)
벌금[44]	1,109(72)	200(54.1)	222(43.9)
벌금+선고유예	115(7.5)	22(6)	3(0.6)
무죄	9(0.6)	4(1.1)	9(1.8)
전체	1,541(100)	370(100)	506(100)

Ⅳ. 디지털 성범죄의 개선방안

1. 디지털 성범죄 관련법규의 체계적 정비

앞의 디지털성범죄의 유형에서 살펴본 바와 같이 디지털 성범죄와 관련된 내용을 담고 있는 현행 법규는 성폭력처벌법, 청소년성보호법, 정보통신망법, 전기통신사업법 및 범죄수익은닉규제법 등으로 개별 특별법에

40) 대검찰청, 앞의 글, 104면.

41) 1심 선고형 연도별 분석은 모두 서울 5개 지방법원(중앙, 동부, 서부, 남부, 북부)의 판결문을 대상으로, 2011년~2016년 4월, 2017년, 2018년의 3개 구간을 비교한 것이다. 윤덕경, 앞의 글, 4면.

42) 한국여성변호사회, 온라인 성폭력 실태 및 피해자 지원을 위한 심포지엄, 2016, 55면 인용.

43) 윤덕경 외, 온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안, 한국여성정책연구원, 2018. 6., 1면에서 인용.

44) 벌금에는 구약식에 의한 약식명령(법원 사건번호에 '고약'이 붙음)은 제외되고, 약식명령 중 정식재판을 청구한 것(법원 사건번호에 '고정'이붙음), 1심 판결에 의한 것(법원 사건번호에 '고단'이 붙음)은 포함.

서 다양한 형태로 산재되어 있는데, 문제는 그 개별 법률들에 나타난 행위태양들이 각기 다른 내용을 담고 있어 체계적 통일성이 결여되어 있어 처벌의 공백이 발생할 우려가 있다는 점이다.

예컨대, 대표적으로 성폭력처벌법 상의 촬영물·복제물·허위영상물 및 청소년성보호법 상의 아동·청소년성착취물 등의 행위태양이 아래 <표-9> 에서 보는 바와 같이 각 법률별로 다른 내용을 담고 있다.

〈표-9〉 성폭력처벌법·청소년성보호법 행위태양 분류

성폭력처벌법	촬영	- 촬영
	반포 등	- 반포·판매·임대·제공·전시·상영(+영리목적 정보통신망 이용)
	편집 등	- 편집·합성·가공
	소지 등	- 소지·구입·저장·시청
	협박·강요	- 협박, 권리행사방해 또는 의무 없는 일을 하게 하는 경우
청소년성보호법	제작·배포 등	- 제작·수입·수출
		- 영리목적으로 판매·대여·배포·제공 - 이를 목적으로 소지·운반·광고·소개·전시·상영
		- 배포·제공 - 이를 목적으로 광고·소개·전시·상영
	소지 등	- 소지·시청

즉, 성폭력처벌법에는 제작·수입·수출행위와 관련된 규정과 영리목적으로 광고·소개하는 행위를 처벌대상으로 삼지 않고 있다. 이에 반해 청소년성보호법에서는 편집·합성·가공행위와 관련된 규정과 구입·저장행위에 대한 처벌규정은 없다. 또한, 아동·청소년성착취물을 이용하여 대상자를 협박하거나, 권리행사방해 또는 의무 없는 일을 하게 하는 경우에 대한 처벌규정도 청소년성보호법에서는 찾아볼 수 없다. 이는 새로운 디지털 기술이 등장할 때마다 새로운 형태의 제재 대상물이 등장하고(촬영물→복제물→편집물 등), 이에 따른 행위태양이 다시 나열되는 방식으로 구성되어 있기 때문인 것으로 보인다. 그러나 이렇게 행위태양을 대상물에 따라 나열하는 형태로는 피해자의 법익을 보호하는데 한계가 있으므로 디지털 성범죄 관련 다양한 행위태양을 포섭할 수 있도록 포괄

적인 개념을 정립하고 이에 따라 관련법규를 체계적으로 통일적으로 형성함으로써 처벌의 공백이 생기지 않도록 개선할 필요가 있다.[45]

한편으로는 성폭력처벌법 상의 촬영물·복제물·허위영상물(이하, "촬영물 등")과 청소년성보호법 상의 아동·청소년성착취물의 개념이 서로 다르기 때문으로 인한 문제가 밑바탕에 깔려 있는 것으로 보인다. 청소년성보호법 상의 아동·청소년이용음란물은 "성적 행위를 하는 내용"을 전제로 하고 있다.[46] 이에 반하여 성폭력처벌법 상의 촬영물 등의 경우 "성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체"를 촬영하는 것을 의미하고 있다. 이에 미루어볼 때 종래의 '아동·청소년이용음란물'이라는 단어가 '아동·청소년성착취물'로 변경된 것도 그러한 성적 행위를 하는 내용을 제작하는 것 자체가 아동·청소년에 대한 성착취·성학대를 의미하기 때문이라고 밝힌 법령 개정이유가 일견 타당한 것으로 보인다.

그렇다면, 이 2가지 개념은 서로 어떻게 포섭될 수 있는지가 문제된다. 아동·청소년의 신체를 촬영한 경우에는 아동·청소년성착취물이 아닌 촬영물 등의 범위에 포함될 것이다. 그리고 리벤지 포르노의 경우와 같이 일반 성인의 성적행위를 대상으로 하는 동영상의 경우 별도의 '착취물'이라는 개념이 성폭력처벌법에는 없기 때문에, 촬영물 등의 범위에

---

45) 같은 취지: 권미경, "디지털성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구",「이화젠더법학」제10권 제3호(통권 제24호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.12, 51-52면.

46) 동법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "아동·청소년의 성을 사는 행위"란 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)을 사는 행위를 알선한 자 또는 아동·청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동·청소년을 대상으로 하거나 아동·청소년으로 하여금 하게 하는 것을 말한다.
   가. 성교 행위
   나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위
   다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위
   라. 자위 행위
5. "아동·청소년성착취물"이란 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

포함될 것이다. 이로 미루어보건대, 촬영물 등의 범주 안에 아동・청소년 성착취물이 포섭되는 것으로 해석된다.

2. 성폭력처벌법 제14조 제1항의 구성요건의 명확화

성폭력처벌법 제14조에서 규정하고 있는 카메라등이용촬영죄도 성범죄의 특수한 유형이기 때문에 성범죄의 특수성상 법관의 가치충전을 필요로 하는 규범적 구성요건을 사용하는 것은 어느 정도 허용될 수 있다. 그런데 성폭력 처벌법 제14조 제1항은 그 구성요건에서 '성적 욕망 또는 수치심'이라는 불명확하고 주관적인 개념을 사용하여 그 불명확성을 더욱 가중시키고 있다.[47)]

성적 욕망이나 수치심은 주관적 감정이 개입되는 상대적 개념이므로, '성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발'한다는 것이 성적 호기심을 발동시키거나 단순한 부끄러움 또는 불쾌감을 불러일으키면 충분한지, 아니면 더 나아가 '음란'의 경우처럼 사람의 존엄성과 가치를 훼손하거나 왜곡하는 정도에 이르러야 하는지 분명하지 않다. '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'가 성적 상징성이 확실히 나타나는 특정 신체 부위에 국한되는 것인지, 그렇지 않은 다른 신체 부위까지 포함하는 것인지 알기 어렵다. 다수의견은 성기·엉덩이·여성의 가슴이 여기에 포함된다고 하지만, 성기나 엉덩이 등도 촬영 구도와 각도 등에 따라 성적 욕망이나 수치심을 유발하지 않는 예술적 사진이 될 수도 있다. 같은 신체 부위라도 촬영된 구도·각도·거리·초점 등에 따라 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는지 여부가 달라진다. 대법원[48)]이 제시한 기준을 보더라도 수범자인 일반 국민으로서는 어떤 경우에 '성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'를 촬영한 경우에 해당하는지를 알기가 매우 어렵다. 그 결과 법관에 따라 유무죄의 판단이 달라지거나 법집행기관이 이 사건 처벌조항을 자의적으로 해석할 가능성을 배제 할 수 없다. 이에 따라 미국·캐나다·영국 등 외국의 입법례[49)]를 보면,

47) 윤덕경, 디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제, 한국여성정책연구원, 2020.05.15., 8면.
48) 대법원 2014.7.24. 선고 2014도6309 판결.
49) 미국은 2004년 영상물 관음 방지법(Video Voyeurism Prevention Act of 2004)을 제정하였다. 미연방법률 제18편 제88장 영상물 관음(Video Voyeurism) 제1801조에서 "(a) 누구든지, 미국의 관할

촬영이 금지되는 피해자의 신체 부위를 구체적으로 규정하거나, 촬영이 금지되는 피해자의 행위를 사적 행위로 한정하여 규정하는 방식을 채택하고 있다. 연방법률 입법안을 비롯해 대부분의 주에서 '성적 행위'와 '특정 신체부분'을 매우 구체적이고 객관적으로 명시한 입법례를 참고하여[50] 불명확한 카메라등이용촬영죄의 구성요건을 보다 구체적이고 자세하게 규정하여, 구성요건을 판단하는 기준이 명확하지 않아 유·무죄 판단의 혼선이 야기되고 법관의 판단에 따라 자의적으로 해석되는 우려를 미연에 방지하여야 한다고 생각한다.

3. 아동·청소년 대상 디지털 성범죄에 대한 확실한 보호

먼저, 아동·청소년성착취물과 관련하여 범죄의 규모는 커지고 형태는 갈수록 교묘해지고 있지만, 우리나라의 아동·청소년성착취물 관련 범죄에 대한 처벌이 지나치게 관대해 실효성이 떨어진다는 비판이 이어지고 있었다. 이에 따라, 최근 「청소년성보호법」 일부개정을 통하여 아동·청소년성착취물 관련 범죄에 대한 처벌을 강화함으로써 경각심을 제고하고 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하였다. 이미 언급한 바와 같이 2020.6.2. 개정 청소년성보호법에서는 '아동·청소년이용음란물'을 '아동·청소년성착취물'로 용어를 변경

구역에서 개인의 동의없이 그 개인이 사생활 보호를 합리적으로 기대하는 상황에서 개인의 사적인 영역의 이미지를 캡쳐하려는 의도를 가지고 고의적으로 하는 경우, 벌금 또는 1년이하의 자유형 또는 벌금과 자유형이 병과된다."라고 규정하고 있다.…개인의 사적영역이란 나체 또는 속옷으로 감싼 성기, 음부, 엉덩이, 여성의 가슴을 의미한다.…캐나다에서는 2005년에 형법 등 일부를 개정하는 법에 따라 캐나다 형법 제5장(성범죄, 공중도덕과 치안문란행위) 제162조(관음, Voyeurism)에서 도촬행위를 규제하고 있다. 제1항에서는 프라이버시 보호에 관하여 합리적 기대를야기하는(give rise to) 상황에 있는 자를 몰래 관찰하거나(기계적 수단·전자적 수단에 의한 경우를 포함한다), 또는 타인을 몰래 사진·동영상으로 기록한(makes a visual recording) 자를 처벌하고 있다.…위를 규제하고 있다.92) 제1항에서는 프라이버시 보호에 관하여 합리적 기대를 야기하는(give rise to) 상황에 있는 자를 몰래 관찰하거나(기계적 수단·전자적 수단에 의한 경우를 포함한다), 또는 타인을 몰래 사진·동영상으로 기록한(makes a visual recording) 자를 처벌하고 있다. 제67조에서는 타인을 관찰하는 행위, 관찰 장비를 이용하는 행위, 사적인 행위를 하는 사람을 촬영하는 행위, 장비를 설치하는 행위이다. 김현아, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 카메라 등 이용촬영죄에 관한 연구, 이화여자대학교 법학전문대학원, 2016, 45-53면.

50) Mary Anne Franks, Drafting An Effective "Revenge Porn"Law: A Guide for Legislators, (August 17, 2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823, p.2.

(제2조 제5호)하였고, 아동·청소년에 대한 강간·강제추행죄에 대한 예비·음모죄를 신설하였으며(제7조의2), 아동·청소년성착취물의 제작·배포 등에 관한 죄의 형량을 강화하고, 아동·청소년성착취물을 광고·소개하거나 구입·시청한 자에 대한 처벌근거를 마련하였다(제11조). 아울러 2020. 5. 19. 개정형법에서도 미성년자에 대한 간음 또는 강제추행에 대한 처벌이 더욱 강화되었다. 즉, 형법 제305조 제2항[51]을 신설하여 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 피해자의 승낙 유무와 관계없이 미성년자 의제강간죄 등으로 처벌 받게 되었으며, 성범죄를 범행준비 단계부터 차단할 수 있도록, 합동강간 미성년자 강간 등 중대 성범죄를 준비하거나 모의만 하더라도 처벌할 수 있도록 예비·음모죄(제305조의3)[52]'를 신설하였다.

이러한 입법적 노력은 높이 평가할 수 있지만, 아동·청소년 대상 디지털 성범죄를 더욱 확실히 보호하기 위해서는 다음과 같은 제도개선이 필요하다. 이를 요약하면, ① 온라인 그루밍 처벌, ② 잠입수사제도 도입, ③ 아동·청소년성착취 대응전담기구 설치 등을 들 수 있다.

먼저, 온라인 그루밍에 대한 처벌규정의 보완 내지 신설이다. 현행법에서는 아동·청소년의 성매수를 위한 성적 유인(일명, Grooming)을 처벌대상으로 하고는 있지만, 아동·청소년의 심리적 종속 등을 이용한 그루밍 성범죄에 관한 규정이 없으며 현행법상 성적유인이나 권유행위는 처벌대상에 포함되지 않는다.[53] 여성가족부 보도자료「2019 성매매실태조사」

51) 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) ① 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다. <개정 1995. 12. 29., 2012. 12. 18., 2020. 5. 19.>
② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다. <신설 2020. 5. 19.>

52) 제305조의3(예비, 음모) 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다. <본조신설 2020. 5. 19.>

53) 그루밍에 대해서는 그동안 아동·청소년 대상의 신뢰관계(교육, 보호, 감독자 등)또는 자문관계, 치료관계 등 특수한 관계에서의 성폭력, 상담실에서의 성폭력, 종교관계에서의 성폭력 사건이 사회적으로 이슈가 될 때마다 그루밍을 규제하기 위한 논의가 제기되었다; 전윤정,"교육·보호·감독자의 미성년자에 대한 성폭력 관련 법제도 현황 및 과제", 「이슈와 논점」, 제1559호, 국회입법조사처, 2019.02.; 이정연,"온라인그루밍 법제화 필요성", 「디지털성착취 근절을 위한 제도 개선 토론회-온라인 그루밍·잠입수사 입법 필요성 논의」, 박완주·진선미·임종성·정춘숙·권인숙·한준호의원실 주최토론회,

에 따르면, 청소년 성적 유인 및 성매매와 관련하여 지난 3년간 인터넷을 통해 원치 않은 성적유인 피해를 당한 경험이 있는 청소년은 11.1%였으며, 이것이 만남까지 이어지는 경험이 있는 경우는 2.7%로 나타났다, 이 중 인터넷 성적 유인 피해 경험 중 성에 관한 유인이 9.3%로 가장 높은 비율을 차지했으며, 성적 정보에 관한 대화 유인은 3.3%, 나체·신체의 일부를 찍은 사진·동영상 송부 유인은 2.4%로 드러났다.[54] 이처럼 최근 인터넷 기반 스마트폰 채팅앱, SNS 등을 통해 성적 유인, 성매매 알선이 빈번하게 이루어지고 있으며, 아동·청소년 대상 성착취 범죄로 이어지고 있지만 이에 대한 규제가 이루어지지 않는 실정이다.[55] 따라서, 정보통신망을 이용한 아동·청소년 대상으로 한 성적유인, 권유 행위에 대해 수사기관이 수사하고 범인을 검거할 수 있는 근거규정의 마련과 아울러 수사기관의 엄정한 수사와 감시기능을 강화할 필요가 있다. 또한, 성매매, 성착취 등 위험에 노출될 수 있는 온라인 환경 개선, 또래상담 등 모니터링과 조기 개입을 통한 피해 예방을 적극 추진하고 채팅앱에 대한 규제를 강화할 필요가 있다.[56]

둘째, 위장수사(잠입수사)의 필요성과 제도의 도입이다. 갈수록 은밀하게 유통되어 탐지와 추적(가입자 및 IP추적, 비트코인 등 암호화폐의 사용 등)이 어려운 디지털 성착취물을 적발하고 수사, 증거를 확보하기 위해 디지털 성범죄에 대한 위장수사 도입의 필요성이 부각되고 있다.[57] 익명성에 기반한 텔레그램, 다크웹의 경우 공개적인 접근이 어렵고 아동·청소년을 유인한 자의 신원을 확인하기 어려워 잠입수사·위장수사를 통한 범죄의 색출·검거가 효과적일 수 있다고 본다.[58] 해외 주요국들은 마약, 약물, 성착취 범죄에 대해 실무적으로 위장수사 기법을 활용하고 있으나, 국내의 경우 위장수사에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않아 실무

2020.6.19. 등 참조.

54) 여성가족부 보도자료, 「2019년 성매매 실태조사 결과」, 2020.6.15., 2면.

55) 전윤정, "디지털 아동·청소년성착취 근절 제도개선 현황 및 과제", NARS 현안분석, 제161호, 국회입법조사처, 2020. 9. 4., 8면.

56) 전윤정, 앞의 글, 8면 참조.

57) 최종상, "온라인디지털 성범죄 수사를 위한 '위장수사' 법제화 필요성과 방향", 「디지털성착취 근절을 위한 제도 개선 토론회-온라인 그루밍·잠입수사 이법 필요성 논의」, 박완주·진선미·임종성·정춘숙·권인숙·한준호의원실 주최 토론회, 2020.06.19.

58) 국무조정실 주관 관계부처 합동, 「디지털 성범죄 근절대책」, 2020.04.23.

와 학계에서 인정여부나 인정범위에 대해 논란이 있다.[59] 다크웹, 텔레그램 등 디지털 상에서 아동·청소년대상 성착취물 범죄행위에 대해 수사 및 감시할 수 있도록 하는 입법 방안에 대한 검토가 필요하다고 생각한다. 마약이나 성착취물, 성매매 범죄는 매우 은밀하게 이루어지기에 수사기관의 접근도 은밀하게 해야 하기 때문이다. 또한, 디지털 성범죄의 특성에 맞는 적합한 수사기법과 입증절차도 필요하다. 텔레그램 'N번방 사건'을 계기로 디지털 성범죄에 대해 국민은 경각심을 갖고 수사기관은 빈틈없는 감시·경계태세를 갖추어 디지털 성범죄와 관련된 법과 제도의 흠결이 채워져 이와 같은 범죄가 다시 발생하지 않도록 하는 것이 중요하기 때문이다.

셋째, 아동·청소년만을 대상으로 하는 별도의 전담기구를 설치하고 이에 대한 법적 근거마련이 필요하다. 무엇보다 경찰청에 여성과 아동성착취물에 대한 상시적인 신고, 접수, 조사 처리를 위한 전담 창구가 마련되어야 한다. 최근 여성과 아동에 집중되고 있는 디지털 성범죄를 전문적으로 수사, 처리할 수 있는 독립적인 체계가 마련되어야 한다. 현재 경찰청에서는 사이버범죄에 대한 신고, 상담을 받고 있으며, 여기에는 인터넷 사기, 해킹, 악성프로그램, 몸캠피싱, 사이버 도박 등 폭넓은 범죄를 포괄하고 있다. 영국의 경우, 국가범죄수사국(National Crime Agency)산하 온라인 아동 성착취 및 학대보호센터(Child Exploitation and Online Protection)를 통해 아동 성착취 및 학대에 대한 신고, 조사, 분석, 전문가 개입을 전담하여 수행하면서 국내외 공조, 관련 서비스의 중앙정부와 지방정부의 협력·연계를 주도하는 국가센터로서 역할을 한다.[60] 우리나라도 아동·청소년 성착취 대응을 위한 별도의 전담기구를 설치하여 국내법의 사각지대에 있는 해외 사이트에서의 아동·청소년 성착취물의 유포까지 아동·청소년 범죄에 있어 신고접수, 조사, 국내·국외수사, 범인체포, 분석 등 일률적으로 전담하여 수행하는 체제 마련이 필요하다고 본다.

---

59) 남기천·이윤호, "딥웹상 범죄에 대한 함정수사도입에 관한 연구", 한국공안행정학회보, 제25권 3호, 2016, 90면. 또한 미국은 2017년 실크로드라는 조직범죄에 대해 실무적으로 위장(잠입)수사 기법을 활용하여 최초로 다크웹을 적발하여 폐쇄하였다; 박웅신·이경렬, "다크넷 범죄현상과 형사법적 대응방안", 형사법의 신동향, 제58호, 대검찰청, 2018, 227-228면.

60) 전윤정, 앞의 글, 10면.

또한, 빠르게 확산 유통되고 있는 아동·청소년 대상 범죄와 성착취물 범죄에 대응하기 위한 24시간 동안 인터넷, 플랫폼 등에서 운영되는 상시적인 감시·신고체계가 확충되어야 한다.

4. 불법촬영물에 대한 피해자 지원 내실화

디지털성범죄의 경우 온라인상에서 삭제한 영상이 재유포되는 등 피해가 재발생, 재확산 되어 제2차적으로 정신적인 피해를 입는 경우가 많다. 따라서 가해자 처벌뿐만 아니라 실제 피해 차단을 위한 게시물의 삭제와 같은 대책도 중요하다. 이에 따라 2018. 3. 13.「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」(이하 '성폭력방지법')[61] 일부 개정에서 제7조의3이 신설되면서 처음으로 불법촬영물로 인한 피해자에 대한 지원 등 관련 내용이 법률화되었으며, 2020. 1. 29. 해당 규정이 한 번 더 개정되면서[62] 삭제지원 대상에 촬영물뿐만 아니라 복제물(복제물의 복제물 포함)까지 포함시켰다("촬영물"→"촬영물등"). 그리고 촬영물·복제물 삭제를 요청할 수 있는 자로 피해당사자뿐만 아니라 배우자(사실상의 혼인관계 포함), 직계친족, 형제자매까지 확대하였다(제7조의3② 신설). 또한「정보통신망법」제44조의2[63]에 근거하여 방송통신위원회의 심의를 거쳐

61) 법률 제15451호, 2018. 3. 13. 일부개정, 2018. 9. 14. 시행.

62) 법률 제16896호, 2020. 1. 29. 일부개정, 2020. 7. 30. 시행.
제7조의3(불법촬영물등으로 인한 피해자에 대한 지원 등)
① 국가는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 조에서 "촬영물등"이라 한다)이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망에 유포되어 피해를 입은 사람에 대하여 촬영물등의 삭제를 위한 지원을 할 수 있다. <개정 2020. 1. 29.>
② 제1항에 따른 지원 대상자, 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 또는 형제자매는 국가에 촬영물등의 삭제를 위한 지원을 요청할 수 있다. <신설 2020. 1. 29.>

63) 제44조의2(정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다. <개정 2016. 3. 22.>
② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

정보통신서비스제공자에게 삭제를 요청할 수도 있다.

이러한 방법들은 해당 기관에 대한 민원제기, 심의, 관련 제재조치 부과까지 일정한 시간이 걸릴 수밖에 없기 때문에 피해자로 하여금 신속한 대처를 어렵게 만든다.[64] 특히 해외에 서버가 있는 경우에는 더더욱 직접 처리하기 어렵기 때문에 소위 '디지털 장의사'에게 촬영물 삭제를 의뢰하는 경우가 많다고 한다.[65] 그러나 이러한 디지털 장의사도 결국 법제화되지 않은 것으로, 최근에는 여러 음란물 사이트와 결탁하여 음란물 유통을 방조한 사례가 발생하고 있다.[66] 피해자 영상물의 신속한 삭제를 위해 방송통신심의위원회는 '패스트 트랙(Fast Track)'을 도입하여 디지털성범죄 정보에 대하여 심의기간을 2~3일로 단축하고 있으나 인터넷의 속성상 불법 촬영물 등이 업로드 되면 신속하고 광범위하게 유포된다는 점에서 이 기간도 피해 촬영물의 유포를 차단하는데 한계가 있다.[67] 따라서, 불법촬영물에 대한 심의 기간을 보다 단축하여 온라인상에서 불법 촬영물의 유통을 신속히 차단할 필요가 있다. 또한 자율협력시스템에 해외주요 인터넷사업자가 참여하도록 유도하고, 불법 사이트에 대한 차단 기술을 마련하여 해외 사이트를 통해 유포되는 불법 정보의 유포를 막을 필요가 있다. 신속한 불법 촬영물의 수사 및 삭제를 위해 경찰청과의 구체적인 공조 시스템을 마련해야 할 필요성도 있다.[68]

---

③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

64) 권미경, "디지털성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구", 「이화젠더법학」 제10권 제3호(통권 제24호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.12, 53면; 최용성·곽대훈, "성폭력처벌법 제14조를 기반으로 한 디지털성범죄의 합리적 대응방안 연구", 「한국경찰학회보」 제81권, 한국경찰학회, 2020.4, 234면.

65) 권미경, "디지털성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구", 2018.12, 53면.

66) 중앙일보, "[단독] n번방 추적 디지털 장의사, 그도 성착취 기생충이었다.", 2020.5.7.자(https://news.joins.com/article/23770589; 검색일: 2020년 11월 28일).

67) 과학기술정보방송통신위원회, 국정감사정책자료, 2018, 196-197면.

68) 불법 촬영물에 대한 피해가 확산되고 사회 문제화되고 있는 시점에서 방송통신심의위원회와 경찰청 간의 공조 시스템을 신속히 마련되어야 하지만 아직 시범 실시단계에 머물고 있다. 과학기술정보방송통신위원회, 국정감사정책자료, 2018, 197면.

한편, 2018년 4월 20일에 상담지원·삭제지원·수사법률지원연계·의료지원연계 등 디지털 성범죄 피해자에 대한 종합적인 지원체계를 구축하는 "디지털 성범죄 피해자 지원센터"가 개소하였다.[69] 디지털 성범죄 피해자 지원센터의 설립은 불법촬영물에 대한 피해자 지원 내실화를 위한 것으로 긍정적인 평가를 할 수 있다. 피해자 지원건수는 2018년에는 1,315건에서 2019년에는 1,936건으로 증가하고 있으나,[70] 부족한 예산과 인력으로 여전히 역부족이라는 평가를 받고 있으므로[71] 디지털 성범죄에 대한 보다 충실한 보호를 위해 예산과 인력의 충원이 요청된다.

Ⅴ. 결어

디지털기기 및 정보통신기술의 발달과 함께 새로운 유형의 성범죄인 디지털 성범죄가 등장하고 그 피해가 점증함에 따라 이에 대한 규제법령의 정비와 효율적 대처방안에 대한 논의가 증대하고 있다. 이 논문은 최근 새롭게 등장한 디지털 성범죄의 개념을 처벌의 공백을 메우기 위한 관점에서 광의의 개념을 정립하고, 그 개념 특성에 맞는 분류기준을 찾아 디지털 성범죄의 유형을 개념상 및 관련법규의 유형을 분류하고, 대표적인 디지털 성범죄인 '카메라등이용촬영죄'를 중심으로 그 내용과 실태를 살펴보고, 디지털 성범죄에 효율적으로 대처하기 위한 정책적 개선과제를 도출하였다. 마지막으로 디지털 성범죄의 태양과 특징을 정리하면서 본문에서 강조한 내용을 요약함으로써 결어에 대신하고자 한다.

주지하는 바와 같이 디지털 성범죄의 태양과 특성은 다음과 같다. 첫

69) 디지털성범죄피해자지원센터에서는 기존 성폭력 피해자 지원 제도와 관련 연계 기관을 활용하여 피해자가 원하는 수사와 법률 등의 지원, 의료·심리치유 지원, 쉼터로의 연결 등도 지원하고 있다. 기본적인 상담과 삭제지원은 모두 별도의 비용 지불 없이, 무료로 지원받을 수 있으며 삭제 지원과 관련하여 일정 주기로 삭제지원 결과/모니터링 리포트를 제공하고 있으며, 재유포 방지에도 최선을 다하고 있다. 기타 '법률·의료·심리치유 지원' 등은 성폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률에 따라 관련 기관 연계를 통해 지원하고 있다.

70) 여성가족부·한국여성인권진흥원, 2019 디지털 성범죄 피해자 지원 보고서, 11면.

71) 권미경, "디지털성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구", 「이화젠더법학」 제10권 제3호(통권 제24호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.12, 55면.

째, 변형카메라를 매개로한 불법영상인 단순촬영물이 합성·편집물(딥페이크 등)과 협박과 강요 등에 의해 피해자가 직접 촬영하고 제공한 성착취물로 디지털 성범죄물의 형태와 범위가 다양화되었다. 둘째, 과거에는 성인사이트, 웹하드 등에 공개적으로 유포하거나 불특정 다수에 확산이 되었었지만, 최근에는 해외 서버를 기반으로 하여 폐쇄적 SNS을 활용하여 텔레그램, 디스코드 등 빠르게 확산되고 있어 피해자의 2차 피해 또한 날로 늘어나고 있다. 셋째, 과거에는 가해자가 개인에 의한 불법촬영물 유포가 위주였던 개인 범죄였지만 최근에는 다수가 역할을 나누어 조직화하고 유료회원가입, 가상화폐 등을 활용하여 대규모 범죄수익을 창출하여 규모 또한 날로 대형화되고 있다. 넷째, 피해자가 불특정이었으며 화장실 등 다중이용 시설에서 불법촬영에 노출이 되었었지만, 최근에는 피해자가 특정되고 특정 피해자에게 협박과 강요, 지속적인 성착취를 하여 피해수준이 심화되었다.

이와 같이 디지털 성범죄의 문제가 매우 심각한 상황에 놓이자 2018년 이후 관련법규의 개정과 신설 등을 통해 발빠르게 대응하고 있다. 그러나 아직까지 디지털 성범죄를 엄벌해야 한다는 사회적 공감대에도 불구하고 실무상 그 처벌수위는 현저히 낮으며 아직도 법원의 판단은 관대하다. 또한 디지털 성범죄와 관련된 내용을 담고 있는 현행 법규는 성폭력처벌법을 비롯하여 개별 특별법에서 다양한 형태로 산재되어 있으며, 그 개별 법률들에 나타난 행위태양들이 각기 다른 내용을 담고 있어 체계적 통일성이 결여되어 있어 처벌의 공백이 발생할 우려가 있다. 따라서 관련법규를 체계적 · 통일적으로 구축하여 처벌의 공백이 생기지 않도록 개선할 필요가 있으며, 나아가「성폭력처벌법」 제14조 제1항의 구성요건 중 '성적 욕망 또는 수치심'의 기준은 불명확하며 주관적인 개념이므로 구성요건을 보다 구체적이고 자세하게 규정해야 할 것이다.

특히 아동·청소년성착취물과 관련하여 범죄의 규모는 커지고 형태는 갈수록 교묘해지고 있으므로 아동·청소년 대상 디지털 성범죄에 대한 보다 충실한 보호가 뒤따라야 할 것이다. 이를 위해서 아동·청소년 대상 디지털 성범죄가 일어나기 전 단계에 개입하여 이를 적발·추적할 수 있는 디지털 그루밍 처벌죄가 신설되어 성적 유인, 권유행위가 처벌대상에 포함되어야 하며, 수사기관이 보다 효율적으로 적발·추적할 수 있는 위장수

사제도 도입 및 아동·청소년만을 대상으로 하는 별도의 전담기구 설치 등 다방면의 검토가 이루어져야 한다.

또한 디지털 성범죄는 시간과 공간의 제약이 없고 영구적인 삭제가 어려워 범죄의 효과가 제2차 피해로 재확산이 되어 피해자의 고통이 재생산되고 있으므로 가해자 처벌뿐만 아니라 피해자 지원을 내실화할 수 있는 대책마련도 뒤따라야 할 것이다. 이에 따라 실제 피해 차단을 위한 게시물의 삭제와 같은 제도도 도입되었지만 요청에 의한 삭제 및 신속한 처리의 문제점 등이 있으므로 이에 대한 제도적 개선이 요청된다. 모쪼록 디지털 성범죄에 대한 법 정책적 변화와 강력한 인식 개선 및 피해자 보호에 대한 안전장치 마련 등으로 성범죄 특히 디지털 성범죄가 근절되는 세상이 되기를 기대한다.

(논문투고일: 2020.12.03, 심사개시일: 2020.12.07, 게재확정일: 2020.12.23)

김희정 · 박광민

디지털 성범죄, 카메라 등 이용촬영죄, N번방 사건, 아동 성착취물

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 논문

1. 국내 문헌

과학기술정보방송통신위원회, 국정감사정책자료, 2018

국무조정실 주관 관계부처 합동, 디지털 성범죄 근절대책, 2020

김한균, “사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책”, 이화젠더법학 제9권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017

김현아, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 카메라 등 이용촬영죄에 관한 연구, 이화여자대학교 법학전문대학원, 2016

남기천·이윤호, “딥웹상 범죄에 대한 함정수사도입에 관한 연구”, 한국공안행정학회보, 제25권 3호, 2016

대검찰청, 대검찰청 범죄분석 2018, 2019, 13면.

박수현, “‘리벤지 포르노’ 및 디지털성폭력의 피해실태와 대응방안-젠터폭력의 관점에서”, Ewha Law Review Vol.8, 이화여자대학교 법학전문대학원, 2018

박웅신·이경렬, “다크넷 범죄현상과 형사법적 대응방안”, 형사법의 신동향, 제58호, 대검찰청, 2018

배상균, “‘도촬행위’현상과 규제에 관한 비교법적 검토”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사정책연구원, 2016

법제사법위원회, 국정감사정책자료, 2018

서승희, “사이버성폭력 피해의 특성과 근절을 위한 대응방안”, 이화젠더법학, 제9권 3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017

여성가족부 보도자료, 2019년 성매매 실태조사 결과, 2020

윤덕경 외, 온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안, 한국여성정책연구원, 2018

윤덕경, “디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제”, KWDI Brief 제55호, 한국여성정책연구원, 2020

이정연, “온라인그루밍 법제화 필요성”, 「디지털성착취 근절을 위한 제

도 개선 토론회-온라인 그루밍·잠입수사 입법 필요성 논의」, 박완주·진선미·임종성·정춘숙·권인숙·한준호의원실 주최토론회, 2020
장다혜·김수아, 온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제 방안, 한국형사정책연구원, 2018
전윤정, “디지털 아동·청소년성착취 근절 제도개선 현황 및 과제”, NARS 현안분석, 제161호, 국회입법조사처, 2020
전윤정, “교육·보호·감독자의 미성년자에 대한 성폭력 관련 법제도 현황 및 과제”, 「이슈와 논점」, 제1559호, 국회입법조사처, 2019
정진수 외, 신종성폭력 연구:사이버 성폭력의 실태 및 대책을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2000
최종상, “온라인디지털 성범죄 수사를 위한 ‘위장수사’ 법제화 필요성과 방향”, 「디지털성착취 근절을 위한 제도 개선 토론회-온라인 그루밍·잠입수사 이법 필요성 논의」, 박완주·진선미·임종성·정춘숙·권인숙·한준호의원실 주최 토론회, 2020
최지은 외, 불법촬영·유포피해 대응 가이드 경찰편 – 당신이 첫 번째 조력자입니다, 서울특별시·서울시여성가족재단, 2018전유정, “텔레그램 ‘n번방’ 디지털 성범죄 대책 현황과 개선과제”, 이슈와 논점 제1690호, 국회입법조사처, 2020
한국여성변호사회, 온라인 성폭력 실태 및 피해자 지원을 위한 심포지엄, 2016
한국여성인권진흥원 2020 위기대응 모니터링 이슈브리프 ON 4호: 디지털성범죄 '미성년자' 피해자 지원편, 2020

2. 외국 문헌

Mary Anne Franks, Drafting An Effective “Revenge Porn”Law: A Guide for Legislators, (August 17, 2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823

Abstract

Conception, Type, Actual Condition and Improvement of Digital Sexual Crimes

KIM HEE JUNG
PARK KWANG MIN

This study establishes the concept of digital sex crimes that have recently emerged. Classify the types of digital sex crimes by looking for classification criteria that fit the nature of the concept. Based on the 'Camera-Used Photography Crime', we examined the current status and problems of digital sex crimes and drew up policy improvement tasks to efficiently cope with digital sex crimes. Finally, summarize the emphasis in the text while organizing the characteristics of digital sex crimes.

Digital sexual exploitation is increasingly distributed in a covert way. Therefore, in arresting criminals, an investigation system should be introduced that can efficiently investigate the criminal. A review of the establishment of a separate dedicated organization for only children and adolescents should be conducted. It will be necessary to respond more efficiently to digital sex crimes by changing legal policies on digital sex crimes, improving strong awareness and providing safeguards against victim protection. It will look at the contents and actual conditions of the film focusing on Camera-Used Photography Crime'. Policy improvement tasks were derived to efficiently cope with digital sex crimes. The improvements are as follows. It can be summed up by systematic readjustment of laws related to digital sex crimes, clarifying the components of Article 14 (1) of the Sexual Violence Punishment Act, ensuring protection of digital sex

crimes against children and adolescents, and internalizing victim support for illegal filming.

KIM HEE JUNG · PARK KWANG MIN

Digital sex crime, Nth Room Case, child pornography, Crime of taking photos using cameras

제2의약용도발명의 특허권 침해판단: 프레가발린 판결(서울중앙지방법원 2016가합517156 판결 등)을 중심으로

한예인*
정차호**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 문제의 제기
Ⅲ. 제2의약용도발명의 특허권 침해에 관한 프레가발린 서울중앙지방법원 2016가합517156 판결 등
Ⅳ. 제2의약용도발명의 본질 및 특허권 침해 판단
Ⅴ. 대상 판결의 평석
Ⅵ. 제2의약용도발명의 특허권 침해에 관한 법리의 정립방안
Ⅶ. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 제2의약용도발명의 특허권 침해 여부를 다툰 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156 판결('대상 판결')을 분석하였다. 그 분석의 결과 필자는 우리나라에서의 법리를 다음과 같이 제안한다. 첫째, 제2의약용도발명의 본질은 알려진 물질의 새로운 용도로의 사용에 관한 것이므로 그 사용이 발생하여야 특허권 직접침해가 발생한다. 둘째, 대상 판결은 풀 라벨(full label)이 부착된 제네릭 제품을 제조, 판매한 제네릭 제약회사가 특허권을 직접침해한 것이라고 판단하였으나, 그 판단은 타당하지 않았다. 2019년 개정 전의 구법에서는 해당 용도를 직접 사용하는 의사 또는 환자의 단계에 이르러서야 직접침해가 발생하는 것

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 수료.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

이었다. 다만, 2019년 개정 후의 신법이 적용되는 경우에는, 풀 라벨 제품을 판매하는 행위가 해당 용도의 사용을 청약하는 행위에 해당되어 직접침해로 인정될 수 있을 것이다. 셋째, 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위가 (특허법 제127조가 규정하는) 간접침해에 해당하지 않는다. 해당 제품이 비특허용도로도 사용될 수 있으므로 특허용도에만 사용되는 전용품이 아니기 때문이다. 그러므로, 결과적으로 구법에 의하면 제네릭 제약회사가 풀 라벨을 부착하여 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위가 특허권 침해로 인정되지 않는다. 넷째, 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위를 특허법으로 규율할 필요가 있고, 그래서 미국에서는 특허법의 유도간접침해 규정을 통해 제네릭 제약회사의 제조, 판매의 행위를 규율하고 있다. 우리 특허법은 2019년 개정을 통해 제네릭 제약회사의 판매행위를 직접침해로 규율할 수 있게 되었다. 다섯째, 스키니 라벨(skinny label)을 부착하여 제네릭 제품을 판매하는 행위는 일반적으로는 특허권 침해가 아니다. 그러나, 그런 경우에도 특허용도로의 사용을 홍보, 권장하는 경우에는 그 행위 전체가 특허용도로의 사용을 청약하는 행위로 인정되어 직접침해를 구성할 것이다.

I. 서론

제2의약용도발명과 관련하여 여러 특허법적 쟁점이 아직 해결, 정립되지 않고 있다. 이 글은 그 여러 쟁점 중 하나인 어떤 행위가 제2의약용도발명의 특허권을 침해하는지 여부를 판단하는 법리를 정립하는 것을 목표로 한다. 그 법리를 정립하기 위해 미국, 유럽, 일본 등의 법리를 두루 살필 필요가 있다. 그러나, 지면의 한계로 인해, 이 글은 주요국에서의 법리의 분석은 다음 기회로 미루고 서울중앙지방법원이 프레가발린 사건에서 판시한 바를 중심으로 우리나라의 법리를 제안하고자 한다. 이 글과 병행하여 필자가 연구하고 있는 유럽법리 및 미국법리가 그 각각 하나의 논문에 해당할 정도로 복잡하다. 제2의약용도발명의 특허권 침해에 대한 법리는 특허법에서 가장 어려운 쟁점 중 하나이므로 하나의 논문에서 단번에 해결되기를 기대하여서는 곤란하다.

명심해야 할 점은 2019년 법률 제16804호로 개정되어 2020. 3. 11. 부터 시행되기 전의 법(‘구법’)과 시행된 후의 법('신법')의 차이이다. 구법 제2조 제3호 나목이 방법발명의 실시양태를 “그 발명을 사용하는 행위”로만 규정하였는데, 신법의 같은 규정은 그 행위는 물론이고 “그 방법의 사용을 청약하는 행위”도 실시양태에 포함시켰다. 대상 판결의 사안은 2019년 전에 발생한 것이므로 구법에 따라 침해 여부가 판단된다. 이 글은 구법에 따른 판단을 중점으로 논하며, 나아가 (장래의 사건을 감안하여) 신법에 따른 침해 여부도 추가로 논한다.

규정	구법 (대상 판결에 적용)	신법 (2020. 3. 1. 시행)
제2조 제3호 나목	방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위	방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위 또는 그 방법의 사용을 청약하는 행위
제94조 제2항	(신설)	특허발명의 실시가 제2조제3호나목에 따른 방법의 사용을 청약하는 행위인 경우 특허권의 효력은 그 방법의 사용이 특허권 또는 전용실시권을 침해한다는 것을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위에만 미친다.

II. 문제의 제기

1. 의약용도발명의 의의 및 종류

의약용도발명은 어떤 물질의 특성에 착안하여 그 물질의 의약분야에서의 ‘이용방법’을 발견한 것에 근거한 발명이다.[1)2)] 의약용도발명은 크게

1) 신혜은, “의약용도발명의 효율적 보호방안에 관한 연구”, 창작과 권리 제55호, 세창출판사, 2009, 10면.
2) 판례는 의약용도발명을 “의약물질이 가지는 특정의 약리효과라는 미지의 속성의 발견에 기초하여 의약으로서의 효능을 발휘하는 새로운 용도를 제공하는 발명”으로 정의한다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결).

두 가지로 분류될 수 있는데, 질병 또는 약효에 관한 의약용도발명과 투여용법 및 투여용량에 관한 의약용도발명이다.[3][4] 질병 또는 약효에 관한 의약용도발명은, 신규한 물질에 관하여 유용한 의약용도를 처음으로 밝힌 경우라면 제1의약용도발명으로 지칭하고, 용도가 이미 '알려진(known)'[5] 물질에 관하여 새로운 치료효과나 약효를 밝힌 경우라면 제2의약용도(second medical use)발명으로 지칭한다.[6]

일반적으로 신규한 물질을 발명한 자가 특허를 출원하면서 신규한 물질 그 자체에 대한 권리와 그 물질의 용도에 대한 권리를 별개의 청구항으로 기재한다.[7] 신규한 물질 그 자체가 신규성, 진보성을 구비하여 특허권으로 보호되는 이상 그 물질의 제1의약용도발명에 기한 특허권 행사는 큰 의미가 없으므로 제1의약용도발명의 권리범위 및 특허권 침해는 쟁점이 되지 않는다.[8] 반면, 제2의약용도발명의 경우 물질은 이미 알려진 것에 불과하고,[9] 그 물질을 사용하여 새로운 질병을 치료하는 방법을 발견한 것에 발명의 의미가 있는 것이므로,[10] 이러한 '용도'에 관한 권리

3) 투여용법, 투여용량에 관한 의약용도발명은 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결에 의하여 특허성이 인정된 바 있다.

4) 환자군을 특정하는 발명도 투여방법발명의 한 종류이다.

5) Peter Meier-Beck, *Future of Innovation in Medicine: Incentives for New Medical Treatments and Global Health*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 293, 376 (2017) ("It's true that patent protection for second medical use is a valuable incentive for developing new use of existing known drugs. And so second medical use patents are valuable contributions for--to allow us to reach sufficient protection of innovation.").

6) Galit Gonen, *Innovation in Known Drugs-the European Angle*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 253, 292 (2017) ("The 'new' use of a repurposed drug may sometimes be referred to as a 'second medical use'.").

7) Linda L. Lee, *Trials and TRIPs-Ulations: Indian Patent Law and Novartis Ag v. Union of India*, 23 Berkeley Tech. L.J. 281, 308 (2008) ("A new therapeutic use of a known product having no previous pharmaceutical use, known as a 'first indication' or 'first medical use,' can be protected by a product patent.").

8) 제1의약용도발명은 새로운 화합물에 신규성, 진보성이 인정되기 때문에 알려진 화합물의 새로운 용도를 밝힌 제2의약용도발명과는 달리, 권리범위 확정을 위한 청구범위의 해석에 있어서도 청구범위에 기재된 의약용도에 엄격하게 얽매이지 않는 청구항 해석이 이루어질 수 있다는 의견으로 高石秀樹, "「用途発明」の権利範囲について (直接侵害·間接侵害)", パテント Vol. 70 No. 1, 2007, 3頁.

9) 여기서의 '알려진(known)'이 반드시 '공중에게 알려진(publicly known)'을 의미하는 것은 아니다. 즉, 물질발명에 대한 출원이 출원공개되기 전에 본인에게만 알려진 물질의 제2용도를 발견하는 발명이 가능한 것이다.

범위를 어떻게 파악하여 특허권 침해를 어떻게 판단할 것인지가 중요하고도 어려운 문제이다.

2. 제2의약용도발명의 본질 v. 현행 특허법의 한계

제2의약용도발명은 그 본질이 인간을 치료하는 방법에 해당하는 것이나,[11][12] 현행 특허법은 인간을 치료하는 방법의 발명에 대하여 특허를 부여하지 않고 있다.[13] 이에 본래 치료'방법'발명으로 보호해야 할 발명을 '물건'발명의 형태로 청구항을 작성하여 보호하고 있다.[14][15] 이처럼 방법발명의 본질을 갖지만 물건발명의 청구항으로 작성된 제2의약용도발명의 권리범위를 어떻게 해석할 것인지 문제되나 국내에서 제2의약용도

10) Peter Meier-Beck, *supra*, at 376 ("It's true that patent protection for second medical use is a valuable incentive for developing new use of existing known drugs.").

11) Alice O. Martin & Sendil K. Devadas, *Patents with an "I" = Patients*, 18 Annals Health L. 261, 279 (2009) ("However, a new use for a product that already has an existing pharmaceutical use, known as a 'second indication' or 'second medical use,' is protected by a process patent.").

12) 일본에서도 그 본질을 방법으로 봄: Takuya Yasui, *Protecting a Drug Dosage Regime Using Medical Method or Medical Use Patents*, 96 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 316, 326 (2014) ("One scholar points out that the essence of use patents are nothing but process patents, although medical use patents are described as product inventions in a patent application.") (citing Hiroshi Yoshida, Youto Hatsumei Ni Kansuru Sashitome Seikyuken No Arikata [Injunctive Relief in Use Invention], 16 Intell. Prop. L. & Pol'y J. 167, 171 (2007)).

13) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90후250 판결("사람의 질병을 진단, 치료, 경감하고 예방하거나 건강을 증진시키는 의약이나 의약의 조제방법 및 의약을 사용한 의료행위에 관한 발명은 산업에 이용할 수 있는 발명이라 할 수 없으므로 특허를 받을 수 없는 것이나, 다만 동물용 의약이나 치료방법 등의 발명은 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 특허의 대상이 될 수 있는바, 출원발명이 동물의 질병만이 아니라 사람의 질병에도 사용할 수 있는 의약이나 의료행위에 관한 발명에 해당하는 경우에도 그 특허청구범위의 기재에서 동물에만 한정하여 특허청구함을 명시하고 있다면 이는 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 특허의 대상이 된다.").

14) 윤여강, "의약용도발명에서 명세서 기재요건에 대한 연구", 「홍익법학」 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 707면("우리나라에서는 용도발명을 물의 발명의 일종으로 보호를 한다. 의약의 용도를 방법에 이용하는 경우에는 인간의 치료방법에 해당하여 특허를 받을 수 없기 때문에 방법발명 형식으로 특허를 받을 수 없다.")(특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, 2016, 9201면 인용).

15) Reagan Anne Kulseth, *Biotechnology and Animal Patents: When Someone Builds a Better Mouse*, 32 Ariz. L. Rev. 691, 716 (1990) ("The term 'process' is defined as a method, art, or process, and includes any new use of any known machine, process, material, composition of matter, or manufacture.").

발명의 특허권 침해에 관한 판례는 극히 드물다.[16]

외국에서도 제2의약용도발명의 특허권 침해에 관해서는 저마다 제각각의 판단기준을 제시하고 있는 형편이다. 특히, 유럽에서는 여러 다양한 기준이 제시되고 있다. 나름의 판단기준을 제시한 주요국의 판결이 있기는 하나, 각국마다 의약용도발명을 특허권으로 보호하는 청구항의 형식이 다르고 직접침해나 간접침해의 법리도 상이하여 그 주요국의 법리를 우리나라에 바로 적용하기도 어렵다.

3. 상황의 가정 및 질문의 제기

제2의약용도발명의 특허권 침해 여부가 문제되는 상황을 가정해 보자. A회사는 특정의 신규한 화합물이 X질병의 치료에 효과가 있음을 밝혀 이에 관한 물질특허를 받은 특허권자이다. 이후, A회사는 그 화합물이 Y질병의 치료에도 효과가 있음을 새롭게 알게 되어 이를 제2의약용도발명으로 하는 특허를 등록받았다. A회사는 이 화합물을 X질병 및 Y질병 치료제로 식품의약품안전처로부터 품목허가를 받아 판매하고 있다. 제네릭 제조업자인 B회사는, A회사의 물질특허는 존속기간이 만료하였지만 제2의약용도발명에 대한 특허의 존속기간은 아직 남아있는 상태에서, 제네릭 품목허가를 받아 제네릭 의약품을 판매하기 시작하였다.

(1) 만약 B회사가 제네릭 품목허가를 받을 당시 이 화합물의 적응증을 'X질병' 또는 'X질병 및 Y질병'으로 기재하여 허가를 받고, 라벨에도 그 두 질병을 기재하여 제네릭 의약품을 제조·판매하였다면 그 행위는 A회사의 제2의약용도발명의 특허권을 (직접 또는 간접) 침해하는가?

(2) 만약 B회사가 이 화합물의 적응증을 X질병만으로 하여 허가를 받고, 라벨에도 X질병만을 기재하여 제네릭 의약품을 제조·판매하였다면 그 행위는 A회사의 제2의약용도발명의 특허권을 전혀 침해하지 않는가?

4. 스키니 라벨과 허가 외 사용

16) 용법·용량발명에 관한 특허권 침해 여부를 판단한 판례는 아직 없는 것으로 보이고, 제2의약용도발명에 관한 특허권 침해가 다뤄진 사건으로 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156, 2016가합517163, 2016가합521919, 2016가합521926 판결이 현재까지의 모든 것으로 파악된다.

일반적으로 제네릭 의약품은 오리지널 의약품과 동일한 적응증으로 품목허가를 받으므로, 제네릭 의약품의 라벨은 오리지널 의약품의 라벨과 동일한 경우가 대부분이다. 그러나 위의 상황 (2)와 같이, A회사가 의약품 라벨에 적응증을 X질병 및 Y질병으로 기재한 것과 달리, B회사는 X질병만을 적응증으로 하여 품목허가를 받으면서 라벨에서 Y질병을 삭제(carve-out)하여 A회사의 제2의약용도발명에 관한 특허권에 대한 침해를 회피하려는 시도를 할 수 있다. 이처럼 제네릭 제약회사가 특허권 침해를 회피하기 위하여 특허권 존속기간이 남아있는 적응증을 라벨에서 삭제한 그 라벨을 "스키니 라벨(skinny label)"이라고 칭한다.[17][18] 미국, 유럽에서는 스키니 라벨을 법적으로 허용하고 있다.[19][20]

제네릭 제약회사가 특허권 존속기간이 남아 있는 제2의약용도(특허용도)를 적응증에서 삭제한 스키니 라벨을 포함하는 제네릭 의약품을 출시하고, 그 누구도 스키니 라벨에서 삭제된 특허용도로는 해당 제네릭 의약품을 사용하지 않는다면 제2의약용도발명에 관한 특허권 침해의 문제

17) Toshiko Takenaka, *The Patent and Non-Patent Incentives for Research and Development on New Uses of Known Pharmaceuticals in Japan*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 219, 230 (2017) ("This practice was changed in 2009 when the P.M.D.A. adopted a skinny label practice. Under this practice, if a patent is directed to a use or dosage but not the active ingredient of the generic drug, a disposition is issued for the generic drug, excluding the patented use or dosage.").

18) 제네릭 제약회사가 오리지널 의약품과 동일한 내용으로 품목허가를 받아 오리지널 의약품의 라벨과 동일한 내용으로 제네릭 의약품 라벨을 기재한 경우에는, 스키니 라벨과 대비하여 '풀 라벨(full label)'이라 한다.

19) 미국의 경우, 오렌지북에 등재된 특허가 물질 A를 사용하여 X질병을 치료하는 방법에 관한 것이고 오리지널 의약품에 복수의 적응증이 허가되어 있다면, 제네릭 회사는 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(viii) 규정을 활용하여 오리지널 제약회사에 통지하지 않고도, 복수의 적응증들에서 X질병을 삭제하고 제네릭 허가신청을 하는 방법으로 제네릭 허가를 받을 수 있다. 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(viii) ("If with respect to the listed drug referred to in clause (i) information was filed under subsection (b) or (c) for a method of use patent which does not claim a use for which the applicant is seeking approval under this subsection, a statement that the method of use patent does not claim such a use.").

20) 한편, 유럽은 2004년부터 제네릭 의약품의 스키니 라벨을 명문으로 허용하기 시작하였다. Directive 2001/83/EC Article 11 ("For authorisations under Article 10 [the abridged procedure], those parts of the summary of product characteristics of the reference medicinal product referring to indications or dosage forms which were still covered by patent law at the time when a generic medicine was marketed need not be included.").

는 발생하지 않을 것이다. 문제는 제네릭 제약회사가 스키니 라벨을 사용한다 하더라도, 의사는 제네릭 의약품의 품목허가사항의 범위를 벗어나서 품목허가를 받지 않은 적응증인 특허용도로 제네릭 의약품을 사용할 수 있다는 데에서 발생한다. 이렇듯 품목허가사항의 범위를 벗어난 용도로 의약품을 처방하는 것을 "허가 외 사용"이라 칭한다.[21]

의료법은 의사의 허가 외 사용을 금지하고 있지 않고, 다만 의사가 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위를 하는 경우에는 이를 의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위의 한 유형으로 규정하여 자격정지의 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다.[22] 판례 또한 "의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다"고 판시하고 있어,[23] 의사는 학문적 근거만 있다면 자신의 의학적 판단에 따라 의약품을 허가 외로 사용할 수 있는 재량을 가진다.[24] 스키니 라벨의 경우 동일한 성분의 오리지널 의약품의 품목허가 과정에서 특허용도에 관한 치료효과가 이미 학문적으로 밝혀졌을 것이므로, 의사는 적법하게 제네릭 의약품을 특허용도로 '허가 외 사용' 할 수 있다. 제네릭 의약품은 오리지널 의약품에 비하여 약값이 더 저렴하므로, 스키니 라벨 여부에 관계없이 의사가 환자에게 제네릭 의약품을 처방할 동기는 충분하다.[25]

---

21) "허가 외 사용"은 라벨에 기재된 사항의 범위를 벗어나서 의약품을 사용한다는 점에서 "허가 초과 사용" 또는 "오프라벨(off-label)" 사용으로 불리기도 한다. 한편, "오프라벨"은 의사가 어떤 약품을 품목허가를 받지 않은 용도에 자신의 임상적 판단으로 사용하는 것을 의미하므로, 오리지널 의약품에 이미 품목허가를 받은 용도지만 제네릭 의약품의 라벨에서는 삭제(carve-out)된 용도로 사용하는 것은 오프라벨이 아닌 "크로스 라벨(cross label)"이라는 용어로 구별하여야 한다는 견해도 있다. Gabriel Cuonzo et al., "Generic Medicines and Second Medical Use Patents: Litigation or Regulation? An Overview of Recent European Case Law and Practice", IIC (2018) 49:898.

22) 의료법 제66조 제1항 제1호 및 동법 시행령 제32조 제1항 제1호.

23) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

24) 서울고등법원 2007. 8. 29. 선고 2001누17113 판결에서는 의약품의 허가 외 사용으로 인해 환자에게 부작용이 발생한 경우에도 허가 외 사용에 학문적 근거가 있다는 이유로 의사의 치료가 정당한 것이라고 판시한 바 있다.

25) 의사가 의약품을 처방할 때에 의약품의 화학적 성분을 표시하여 처방하는 것을 '성분명' 처방이라 칭하고, 의약품의 제품명을 지정하여 처방하는 것을 '상품명' 처방이라 칭한다. 성분명 처방에 대하여는 약사가 해당 화학적 성분의 의약품들(오리지널 의약품과 복수의 제네릭 의약품 포함) 중에서

5. 쟁점의 제시

다시 앞선 가정적 상황으로 돌아가 보자.

(1) B회사가 제네릭 품목허가를 받을 당시, 이 화합물의 적응증을 X질병 및 Y질병으로 기재하여 풀 라벨로 허가를 받았다면, B회사가 제네릭 의약품을 제조·판매하는 행위는 A회사의 제2의약용도발명 특허권을 (직접 또는 간접) 침해하는가?

(2) B회사가 이 화합물의 적응증을 X질병만으로 하여 스키니 라벨로 허가를 받았고, 의사가 제네릭 의약품을 Y질병 치료용도로 처방하는 경우, B회사가 제네릭 의약품을 제조·판매하는 행위는 A회사의 제2의약용도발명 특허권을 (직접 또는 간접) 침해하는가?

(3) 만약 위 (1) 또는 (2)에서 B회사에 대하여 특허권 침해를 인정할 수 있다면, 특허권자에게 손해배상청구권 외에 침해금지청구권도 인정되는가?

B회사에 대해 특허권 침해가 인정되는 경우에 A회사에게 손해배상청구권이 인정된다는 점에는 별다른 이견이 없을 것으로 보인다. 그러나 A회사에게 특허권 침해금지청구권도 인정될 것인지 여부는 추가적인 판단이 필요하다. B회사가 생산·판매하는 제네릭 의약품 전량 중 일부는 특허용도로 사용되고 나머지는 비특허용도로 사용될 것인데, B회사가 생산·판매하는 제네릭 의약품 전량에 대하여 판매금지를 인정하게 되면 제네릭 의약품을 비특허용도로도 사용할 수 없게 되는 결과를 초래하므로 실질적으로는 A회사의 물질특허의 존속기간이 부당하게 연장되는 결과를 초래할 수도 있다.

특허용도로 사용되고 있는 부분만을 특정하여 침해금지명령을 내리는 것도 현실적으로 어려운 일이라고 생각된다. 침해금지명령이 가능한지

특정 제품을 선택하여 조제할 수 있고, 상품명 처방에 대하여는 의사가 제품을 선택할 권한을 갖게 된다. 우리나라에서는 성분명 처방이 허용되지 않으므로, 의사의 처방을 요하는 전문의약품은 의사의 재량으로 특정 제네릭 의약품을 처방하게 된다. 의사의 처방을 요하지 않는 일반의약품의 경우 약사나 소비자가 제품을 임의로 선택할 수 있다. 스키니 라벨과 관련해서는 전문의약품의 경우 의사의 처방행위가, 일반의약품의 경우 약사의 조제(판매) 행위가 특허권을 침해하는지 여부가 쟁점이 될 수 있겠다.

여부를 다룬 국내·외의 판례는 필자에게 발견되지 않았으나, ① 전체 처방건수 중 특허용도로 처방되는 비율을 산정하여 해당 비율에 대한 침해금지명령을 허용하는 방안이나 ② 침해금지명령은 허용하지 않고 특허용도로 처방된 건수에 대하여 특허권자에게 실시료 상당의 액수를 지불하도록 결과적으로 강제실시권의 효과를 가지게 하는 방안을 제시하는 견해가 있다.[26] 또한 특허법 제126조 제2항의 "그 밖에 침해의 예방에 필요한 행위"로서 제네릭 의약품의 라벨에 특허용도로의 사용을 배제한다는 점을 명문으로 기재하게 하는 조치도 고려해 볼 수 있다.[27] 이러한 라벨을 '네거티브(negative) 라벨'이라고 칭할 수 있을 것이다. 그러나 이 글에서는 제2의약용도발명의 권리범위와 특허권 침해 판단기준에 대한 것으로 논의의 범위를 좁히고, 특허권자를 구제하는 방안에 대해서는 후속 연구를 기약한다.

6. 대상 판결

제2의약용도발명의 특허권 침해와 관련하여 우리 법원이 판단한 사례는 현재까지 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156, 2016가합517163, 2016가합521919, 2016가합521926 판결이 전부인 것으로 보인다. 동 판결들은 특허권자인 오리지널 제약회사가 동일 특허권에 기하여 복수의 제네릭 제약회사에 대해 동시다발적으로 특허권 침해소송을 제기한 것으로, 복수의 판결이기는 하나 실질적으로 하나의 사안을 다룬 것이다.[28] 대상 판결은 풀 라벨에 대해서는 특허권 침해를 인정하고 스키니 라벨에 대해서는 특허권 침해를 부정하였다. 그러나 대상

---

26) Scott Parker et al., "Skinny labelling infringement: finding a fair remedy", Intellectual Property Magazine (Sept. 3, 2013).

27) 신혜은, "투여용법·용량을 포함하는 의약용도발명의 권리범위", 산업재산권 제48호, 한국지식재산학회, 2015, 235면.

28) 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156, 2016가합517163, 2016가합521919, 2016가합521926 판결. 2016가합517156 사건은 서울고등법원에 2017. 8. 10.자로 항소되었으나 기각되어 2018. 9. 1.자로 확정되었고, 2016가합517163 사건은 2017. 7. 19.자, 2016가합521919 사건은 2017. 7. 25.자, 2016가합521926 사건은 2017. 7. 20.자로 각각 확정되었다. 동 판결들의 내용은 구체적 사실관계가 다소 상이한 것을 제외하고는 판시 내용에 있어서는 동일한 바, 이하에서는 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156 판결('대상 판결')을 기준으로 설명한다.

판결은 ① 제2의약용도발명의 본질을 잘못 이해하여 그 권리범위도 잘못 파악한 점, ② 그에 따라 특허권 침해 여부를 판단함에 있어서 잘못된 판단기준을 적용하였다는 점, ③ 대상 판결의 설시만으로는 대상 판결과 구체적인 사실관계가 달라질 경우에 침해 여부를 어떻게 판단해야 하는지에 대해 말해주지 못한다는 점 등의 문제를 가진다. 이하, 대상 판결을 이해한다.

III. 제2의약용도발명의 특허권 침해에 관한 프레가발린 서울중앙지방법원 2016가합517156 판결 등

1. 사안의 개요

특허권자인 워너-램버트는 종래 간질 치료제로 알려진 프레가발린 화합물에 통증치료의 효과도 있다는 점을 발견하여, 통증치료의 용도를 특정하는 제2의약용도발명으로 특허등록(한국특허 제0491282호. 이하, '대상 특허')을 받았다.[29] 워너-램버트는 프레가발린을 간질 및 통증 치료의 용도로 허가를 받아 '리리카'라는 제품명으로 판매하여 왔다.

몇몇 국내제약회사들은 2012년부터 대상 특허가 무효라고 주장하며 리리카의 제네릭 의약품을 제조·판매하여 왔고, 워너-램버트는 대상 특허가 무효가 아니라는 대법원 판단을 받은 후 그 제약회사들을 피고로 하여 특허권 침해소송을 제기하였다.[30]

피고들이 처음 제네릭 의약품 허가를 받을 당시에는 '간질 및 통증' 치료의 용도로 허가를 받았으나, 2012년에서 2016년 사이에 특허용도인 '통증'치료의 용도를 삭제한 후 변경허가를 받아 제품을 판매하고 있었다.[31]

피고들은 (1) 가처분 결정 이후 피고들 의약품의 제조·판매를 중단하였으므로 그 이후에는 특허권 침해행위가 존재하지 않았고, (2) 피고들 의약품의 품목허가사항 중 간질치료의 용도만을 남기고 통증치료의 용도를

29) 청구항 제1항 "(S)-3-(아미노메틸)-5-메틸헥산산을 포함하는 통증 치료용 조성물."
30) 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156 판결(대상 판결), 4-5면.
31) 대상 판결, 3면.

삭제하는 변경허가를 받았으므로, 변경허가일 이후로는 설령 의사들이 피고들 의약품을 통증 치료제로 처방하였더라도 피고들이 특허권 침해를 한 것은 아니라고 주장하였다.[32]

2. 판시 내용[33]

서울중앙지방법원은 의약용도발명에 있어서 "의약용도는 의료행위 그 자체가 아니라 의약이라는 물건이 효능을 발휘하는 속성을 표현함으로써 의약이라는 물건에 새로운 의미를 부여할 수 있는 발명의 구성요소가 된다"는 대법원 2015. 2. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결을 인용하면서, 이 사건 특허발명이 공지의 프레가발린 화합물의 새로운 치료용도인 통증을 밝혀낸 데에 그 기술적 의의가 있는 의약용도발명에 해당하므로, 피고들의 의약품이 이 사건 특허발명의 보호범위에 포함되기 위해서는 피고들의 의약품이 통증치료의 용도로 실시되어야 한다고 전제하였다.[34]

피고들에 대하여 특허권 침해금지 가처분 결정이 있기 전까지는 피고들이 통증치료의 용도로 품목허가를 받아 피고 의약품을 제조·판매하였으므로 가처분 결정일까지 피고들이 특허발명을 실시하였다는 점에는 당사자 간에 다툼이 없었다.[35] 따라서 가처분 결정 이전까지 피고들이 의약품을 제조·판매한 행위에 대하여 법원은 특허권 침해로 인정하였다.[36]

---

32) 대상 판결, 9-10면.

33) 대상 사건에서는 특허발명이 미완성 발명인지 여부, 명세서 기재요건을 충족하지 않아 특허발명의 보호범위가 인정되지 않는지 여부, 국내 제약회사들이 제네릭 프레가발린을 제조·판매한 행위가 워너-램버트의 특허권을 침해하였는지 여부 및 손해배상액의 산정이 주요 쟁점으로 다루어졌으나, 이 글에서는 특허권 침해 여부만을 분석한다.

34) 대상 판결, 14면("이 사건 특허발명은 중추신경계 장애(간질 등) 치료제로 공지된 특정 화합물이 '통증' 치료 용도에 새롭게 사용될 수 있음을 밝혀낸 데에 그 기술적 의의가 있어(갑 제1호증의 3, 식별번호 [0001] 내지 [0004]) 의약용도발명에 해당하는데, 이 사건 제2항 발명은 그 화합물을 프레가발린 등으로 한정하고 있고, 이 사건 제5항 발명은 이 사건 제1항 발명의 구성요소 중 치료되는 통증을 '신경병질증 통증'으로 한정하고 있으며, 이 사건 제16항 발명은 이 사건 제1항 발명의 구성요소 중 치료되는 통증을 '섬유근육통'으로 한정하고 있다. 그러므로 프레가발린이 주원료인 피고 의약품이 의약용도발명인 이 사건 제5항, 제16항 발명의 보호범위에 포함되기 위해서는, 피고 의약품이 이 사건 제5항, 제16항 발명의 구성요소인 의약용도, 즉 '신경병질증 통증', '섬유근육통'의 치료용도로 실시되어야 한다.").

35) 대상 판결, 15면.

그러나 가처분 결정 후에도 피고들의 의약품은 통증 용도로 처방되었는데, 법원은 그 시기에 처방된 피고들 의약품은 가처분 결정 이전에 이미 제조·판매된 것으로 보인다는 이유로 가처분 결정 이후 침해를 인정할 증거가 부족하다고 판단하였다.[37]

한편, 피고들이 제네릭 프레가발린 의약품의 품목허가사항 중 간질치료의 용도만을 남기고 통증치료의 용도를 삭제하는 변경허가를 받은 것과 관련하여, 변경허가를 받은 이후에는 피고들 의약품을 특허용도로 실시하지 않은 것인지 여부가 문제되었다. 이와 관련하여 법원은 피고들의 의약품 변경허가일 후에는 침해가 성립하기 어렵다고 보았는데, 그 이유는 다음과 같다.[38]

"① 의약의 용도발명에 있어서는 특정 물질이 가지고 있는 의약의 용도가 발명의 구성요소에 해당하는데, 피고들이 신경병증성 통증 및 섬유근육통 치료 용도를 명시적으로 제외하는 내용의 변경허가를 받은 이상 의약의 용도가 신경병증성 통증, 섬유근육통 치료인 이 사건 특허발명과는 간질 치료인 피고들 의약품은 그 용도가 실질적으로 구별되어 발명의 구성을 달리한다.

② 의약품은 약사법령에 의하여 허가 또는 신고된 사항(효능·효과 및 용법·용량 등)의 범위 안에서 환자의 증상 등에 따라 필요·적절하게 처방·투여하여야 하고, 약사법령에 따라 허가를 받은 범위를 벗어난 약제 처방은 국민건강보험법령상 요양급여의 대상에서 제외되어 비급여대상이 되므로(국민건강보험법 제41조 제4항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 [별표 1] 제3호 가목 (2), 제9조 제1항 [별표 2] 제8호), 위 변경허가일 후에는 의사가 피고들 의약품을 신경병증성

36) 대상 판결, 15면.

37) 대상 판결, 15-17면("그러나 을 10호증의 기재, 위 가.항 인정사실 및 이 사건 변론에서 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 가처분 결정 이후 처방된 피고 의약품은 그 이전에 이미 제조·판매된 제품이라고 봄이 타당하므로, 피고 의약품이 이 사건 가처분 결정 이후 2016. 3.경까지 지속적으로 통증 치료제로 '처방'되어 왔고 그 처방금액 합계가 약 10억 원에 이른다는 위와 같은 사실만으로는 분할 전 피고 및 피고가 이 사건 가처분 결정 이후에 피고 의약품을 제조·판매 또는 판매의 청약 등을 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 원고들의 위 주장사실을 인정할 증거자료가 없다. 원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.").

38) 대상 판결, 17-19면.

통증 및 섬유근육통 치료 용도로 사용할 개연성이 크지 않다.

③ 설령 의사가 위 변경허가일 후 피고들 의약품을 통증치료의 용도로 처방한다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 처방행위를 특허침해행위인 "물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위"에 해당한다고 보기는 어렵다."[39]

IV. 제2의약용도발명의 본질 및 특허권 침해 판단

1. 제2의약용도발명의 본질

가. 발명의 본질 파악의 중요성

특허법은 발명을 '물건의 발명', '방법의 발명' 및 '물건을 생산하는 방법의 발명'의 세 가지 카테고리로 분류하고 있고, 각 카테고리 별로 실시태양을 달리 정하고 있다.[40] 물건발명은 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위가 실시행위에 해당하고, 방법발명인 경우 구법에서는 그 방법을 사용하는 행위만이 실시행위에 해당하고 신법에서는 그 방법을 사용하는 행위는 물론이고 그 방법의 사용을 청약하는 행위도 실시행위에 해당한다.

이렇듯 발명의 카테고리에 따라 '실시'에 해당하는 행위 태양이 달라지기 때문에 특허발명이 방법발명인지, 물건발명인지 또는 물건을 생산하는 방법발명인지를 파악하는 것이 중요한 의미를 갖게 된다. 예컨대 어떠한 특허발명을 물건발명으로 파악하는 경우에는 그 물건을 생산·사용·양도·대여·수입하는 행위 등이 모두 특허권 침해행위에 해당하나, 그 특허발명을 방법발명으로 파악하는 경우에는 그 방법을 '사용'하는 행

39) 처방행위는 해당 의약품을 '사용'한 행위 또는 '사용을 청약'하는 행위에 해당할 것이다.

40) 특허법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. ...

3. "실시"란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다.

가. 물건의 발명인 경우: 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위

나. 방법의 발명인 경우: 그 방법을 사용하는 행위 또는 그 방법의 사용을 청약하는 행위

다. 물건을 생산하는 방법의 발명인 경우: 나목의 행위 외에 그 방법에 의하여 생산한 물건을 사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위.

위(또는 그 방법의 사용을 청약하는 행위)만이 특허권 침해행위에 해당하게 된다. 따라서 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악할 것인지, 방법발명으로 파악할 것인지에 따라 해당 발명을 실시하는 행위 태양이 달라지고, 누가 어떻게 제2의약용도발명을 침해하는지에 관한 판단이 달라질 수 있다.

나. 대상 발명

대상 판결에서 특허발명은 간질치료라는 제1용도가 알려진 공지의 화학물질 프레가발린의 '통증치료'라는 제2용도에 관한 것이다. 청구범위 제1항은 다음과 같다.

> "(S)-3-(아미노메틸)-5-메틸헥산산을 포함하는 통증 치료용 조성물."

서울중앙지방법원은 위와 같은 제2의약용도발명을 '물건발명'으로 파악하여, 통증치료용으로 품목허가를 받은 제네릭 프레가발린 의약품을 제조·판매한 피고들이 대상 특허권을 직접침해하였다고 판단하였다.[41] 대상 판결에서 당사자들은 대상 특허발명이 물건발명인지 방법발명인지에 관해서는 다투지 않은 것으로 보인다.[42] 이에 서울중앙지방법원은, 의약용도발명이 물건발명에 해당하며 의약용도발명의 구성은 의약물질과 그 물질이 가지고 있는 의약용도라고 판시한 기존 대법원 판결을[43] 그대로 따라 제2의약용도발명이 물건발명이라고 판시하였다. 법원은 대상 청구

41) 대상 판결, 14-15면("물건의 발명 형태로 청구범위가 기재되는 의약용도발명에서는 의약물질과 그것이 가지고 있는 의약용도가 발명을 구성하는 것이고(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006후3564 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012후3664 판결 등 참조), 여기서의 의약용도는 의료행위 그 자체가 아니라 의약이라는 물건이 효능을 발휘하는 속성을 표현함으로써 의약이라는 물건에 새로운 의미를 부여할 수 있는 발명의 구성요소가 된다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체판결 참조). … 물건의 발명인 경우에 특허법에서 '실시'라 함은 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위를 말한다(특허법 제2조 제3호 가목)").

42) 이 점을 다투지 않은 점은 피고의 매우 큰 실수라고 생각된다.

43) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006후3564 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012후3664 판결; 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

항이 물건발명의 '형식'으로 기재되었다는 점에 근거하여 물건발명으로 파악하였다고 생각된다.

다. 제2의약용도발명 = 방법발명

의약용도발명을 물건발명으로 파악하는 법원의 견해에 반대하며, 의약용도발명은 물건발명이 아닌 방법발명으로 보아야 한다는 유력한 견해들이 제시된 바 있다.[44] 필자도 의약용도발명의 본질을 어떻게 파악할 것인지에 관한 진지한 논의 없이 갑자기 물건발명으로 취급하기 시작한 실무를 비판한 적이 있다.[45] 의약용도발명의 본질은 방법발명이며 비록 (의료방법발명을 특허로 보호하지 않는) 현행 특허법상의 제한으로 인하여 형식적으로는 물건발명으로의 청구항을 인정하였다고 하여도 발명의 본질을 고려하여 방법발명으로 파악하여야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 특허법상 한계로 인하여 본질이 치료방법인 발명을 물건발명의 형식으로 기재함

제2의약용도발명은 알려진 물질의 새로운 속성으로서의 약효를 발견하여 그 물질을 새로운 질병의 치료에 사용하는 것으로, 그 본질은 인간을 '치료하는 방법'이다.[46] 그러나 우리나라는 인간을 치료하는 방법발명에

---

44) 신혜은, "의약용도발명의 권리범위와 특허권 침해에 관한 제문제", 산업재산권 제57호, 한국지식재산학회, 2018, 9-10면("그런데 위의 (i)과 같이 공지 물질의 새로운 속성의 발견에 창작적 요소가 존재하는 경우라도 그 본질은 '공지 물질의 새로운 속성(치료효과)을 이용하여 인간을 치료하는 방법'에 다름 아니다. 다만 치료방법 발명에 대해서는 특허성을 인정하지 않는다는 대전제 하에, '물질은 이미 공지지만 해당 물질의 새로운 의약적 용도를 처음 밝혀낸 경우'에는 해당 산업발전을 위한 인센티브로서 특허권을 부여하자는 사회적 합의의 결과 그러한 발명에 대해서는 '물건발명'의 형태로 보호를 받을 수 있도록 한 것에 지나지 않는다. 즉, 의약용도발명을 '당뇨병 예방 및 치료제'와 같은 '물건발명'으로 보호받을 수 있도록 한 것은 의약용도발명의 본질이 '물건발명'에 해당하기 때문이라기보다 '치료방법'에 해당하여 적절하게 보호받지 못하게 되는 것을 피하게 하기 위한 수단이다."); 서을수, "투여용량 내지 투여용법을 구성요소로 하는 의약용도발명의 특허대상 여부", 지식재산연구 제11권 제3호, 한국지식재산연구원, 2016, 43면("의약용도발명은 의약적 활성을 갖는 특정 물질을 특정 질병의 예방 내지 치료로 사용하는 것에 관한 발명으로, 글자 그대로 사용하는 방법 즉 용도발명이라고 보아야 한다.") 등.

45) 정차호·한예인, "화이자 리리카 용도발명의 특허권 침해사건: 제2용도발명은 물건발명인가, 방법발명인가?", 특허와상표 제910호, 대한변리사회, 2017, 13면.

46) 신혜은, 앞의 논문(2018), 9면.

대하여는 산업상 이용가능성이 없다는 이유로 특허를 부여하지 않고 있는바,[47] 제2의약용도발명에 대해서는 제약산업의 발전을 위한 동기부여로서 특허를 부여하여야 할 필요성에 따라 이를 물건발명의 형식으로 보호하게 한 것이다. 즉, 제2의약용도발명의 본질은 인간을 치료하는 방법에 관한 발명이나, 그 발명을 특허로 보호해야 할 필요성에 근거하여 형식적으로는 물건발명으로 기재하게 한 것이다.

(2) 과거 판결들이나 전원합의체 판결의 별개의견에서도 방법발명으로 파악함

(비록 제2의약용도발명이 아닌 투여용법과 투여용량에 관한 것이기는 하지만) 종래의 판결들도 투여용법이나 투여용량은 의약물질을 인간에게 투여하는 방법에서 특허를 받을 수 없는 의약을 사용한 '의료행위'이므로 발명의 구성요소로 볼 수 없다고 하면서, 투여용법이나 투여용량과 같은 의약용도에 관한 발명이 물건발명이 아닌 방법발명에 관한 것으로 인정하여 왔다.[48] 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결에서 투여용법과 투여용량에 관한 발명을 '물건발명'으로서의 의약용도발명으로 인정하기로 하였으나, 이는 투여용법과 투여용량에 관한 발명에 특허권을 부여하여야 할 필요성과 의료방법의 행위에 대하여 특허권을 부여하지 않는 우리 특허법 제도의 한계 하에서 적절한 타협점을 찾은 것일 뿐이라고 생각된다. 동 전원합의체 판결 선고 이전 판결들이 투여방법이나 투여용량에 대해서는 의료행위, 즉, 치료방법에 해당한다고 파악하면서 의약용도발명의 본질에 대해서 올바르게 파악하였던 것이다.

동 전원합의체 판결의 별개의견에서도 "물건의 발명은 그 구성상 '시

47) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90후250 판결("사람의 질병을 진단, 치료, 경감하고 예방하거나 건강을 증진시키는 의약이나 의약의 조제방법 및 의약을 사용한 의료행위에 관한 발명은 산업에 이용할 수 있는 발명이라 할 수 없으므로 특허를 받을 수 없는 것이나, …").

48) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후2926 판결("… 이 사건 특허발명(특허번호 제391732호)은 공지의 물질인 비스포스네이트의 투여주기와 단위투여량을 특징으로 하는 조성물 발명인데, 이와 같은 이 사건 특허발명의 특징적 구성은 조성물인 의약 물질을 구성하는 부분이 아니라 의약 물질을 인간 등에게 투여하는 방법이어서 특허를 받을 수 없는 의약을 사용한 의료행위이거나, 조성물 발명에서 비교대상발명과 대비 대상이 되는 그 특허청구범위 기재에 의하여 얻어진 최종적인 물건 자체에 관한 것이 아니어서, …"); 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후2933 판결 등.

간의 경과'라는 요소를 가지고 있지 아니하다는 점에서 방법의 발명이나 물건을 생산하는 방법의 발명과 구별된다. 투여용법과 투여용량은 '특정 용량의 의약을 일정한 주기로 투여하는 방법'과 같은 '시간의 경과'라는 요소를 포함하고 있어 이를 발명의 구성요소로 보는 견해는 물건의 발명으로서의 의약용도발명의 성격과 조화되기 어렵다"라고 하면서 투여용법과 투여용량에 관한 의약용도발명이 방법발명에 해당한다는 견해를 제시하였다. 제2의약용도발명은 투여용법과 투여용량과는 달리 경시적 요소를 포함하고 있다고 보기는 어려우나, 의약물질이 가지는 약효라는 속성의 발견에 기초하여 새로운 쓰임새를 제공한다는 점에서 제2의약용도발명과 투여용법과 투여용량에 관한 발명은 본질적으로 같다. 동 전원합의체 판결의 다수의견에서도 제2의약용도발명과 투여용법과 투여용량에 관한 발명이 본질적으로 같다고 판시하고 있다.[49] 결국 투여용법·용량에 관한 발명이든, 제2의약용도발명이든 간에 의약용도발명의 본질은 방법발명인 것으로 보아야 한다.[50]

(3) 미국에서도 제2의약용도발명을 방법발명으로 파악함

미국에서도 제2의약용도발명을 치료방법발명으로 파악한다.[51] 의료방법발명에 대하여 특허권을 부여하지 않는 우리나라나 유럽과는 달리 미국은 의료방법발명도 특허로 보호하고 있다.[52][53] 이에 미국에서는 제2

49) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결, 다수의견 3면("이러한 투여용법과 투여용량은 의약물질이 가지는 특정의 약리효과라는 미지의 속성의 발견에 기초하여 새로운 쓰임새를 제공한다는 점에서 대상 질병 또는 약효에 관한 의약용도와 본질이 같다.").

50) 한편, 제1의약용도발명의 경우에도 방법발명으로 파악하여야 할 것인지 의문이 있다. 제1의약용도발명의 경우에도 그 본질은 특정 물질을 사용하여 인간을 치료하는 행위라는 점에서 제2의약용도발명과 다르지 않으므로 제2의약용도발명과 마찬가지로 방법발명으로 파악하는 것이 논리적으로 타당하다. 제1의약용도발명과 제2의약용도발명이 다른 점은 제1의약용도발명이 신규한 물질의 용도에 관한 것인 반면, 제2의약용도발명은 이미 용도가 알려진 공지물질의 새로운 용도에 관한 것이라는 점이다. 따라서 제1의약용도발명은 거의 대부분의 경우에 신규한 물질 그 자체에 관한 청구항과 함께 청구된다. 물질발명은 용도발명에 비하여 권리범위가 넓고 더 강력하게 보호되므로 특허권자는 물질발명에 관한 청구항을 근거로 특허권을 행사할 것이므로 현실에서 제1의약용도발명의 권리범위 확정이나 특허권 침해가 문제될 가능성은 거의 없다 할 것이다.

51) Linda L. Lee, *supra*, at 308 ("However, a new use for a product that already has an existing pharmaceutical use, known as a 'second indication' or 'second medical use,' is protected by a process patent.").

의약용도발명을 그 본질에 맞게 치료'방법'에 관한 청구항으로 작성하여 보호받고 있다.[54]

(4) 물건발명으로 파악 시 물건발명의 청구범위 해석에 관한 대법원 입장과도 모순됨

의약용도발명을 물건발명으로 파악하면 용도에 관한 구성 자체가 발명의 권리범위를 파악함에 있어 무의미한 구성이 되어 버린다. 즉 그 용도에 관한 기재가 아예 없는 청구항과 용도에 관한 기재가 보태어진 청구항이 같은 권리범위를 가지게 되어 청구항의 기본법리에 반하게 된다. 제조방법이 기재된 물건발명의 권리범위에 관한 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013후1726 판결에서 대법원은 "물건의 발명에 관한 특허청구범위는 발명의 대상인 물건의 구성을 특정하는 방식으로 기재되어야 하는 것이므로, 물건의 발명의 특허청구범위에 기재된 제조방법은 최종 생산물인 물건의 구조나 성질 등을 특정하는 하나의 수단으로서 그 의미를 가질 뿐이다. 따라서 제조방법이 기재된 물건발명의 특허요건을 판단함에 있어서 그 기술적 구성을 제조방법 자체로 한정하여 파악할 것이 아니라 제조방법의 기재를 포함하여 특허청구범위의 모든 기재에 의하여 특정되는 구조나 성질 등을 가지는 물건으로 파악하여 출원 전에 공지된 선행기술과 비교하여 신규성, 진보성 등이 있는지 여부를 살펴야 한다"라고 판시한 바 있다.[55]

---

52) 신혜은, "의료방법발명의 특허법에 의한 보호", 안암법학 제23권, 안암법학회, 2006, 274-278면.

53) 유럽은 치료방법발명을 명문의 규정을 통해 특허를 부여하지 않는다. 이에 유럽에서는 1984년 스위스 특허청(Swiss Federal Intellectual Property Office)에서 제2의약용도발명을 "질병 Y의 치료를 위한 의약의 제조에서 물질 X의 사용"과 같은 형태의 청구항으로 출원 및 등록하였고 이후 동 형태의 청구항은 "스위스 타입 청구항"으로 불리게 되었다. 스위스 타입 청구항으로 청구하는 발명은 물건발명은 아니고, 용도제한 방법발명(purpose-limited process patent)에 해당한다([2018] UKSC 56, at 2). 2000년 11월에 개정된 유럽특허조약(EPC 2000)은 제54(5)조를 신설하여 제2의약용도발명을 물건발명의 형태로 청구할 수 있게 하였다. 개정 전 구 EPC에서는 특정물질에 대한 제1의약용도가 알려져 있는 이상 위와 같은 물건청구항은 신규성이 부정되기 때문에 제2의약용도발명을 스위스 타입 청구항으로 작성하게 하였으나, 위와 같이 EPC 2000에 의하여 물건발명의 형태로 보호하게 하였다(안소영 등, 의약 용도발명의 청구범위 기재형식에 관한 연구, 특허청 연구용역보고서, 2008, 11면).

54) 미국에서는 일반적으로 제2의약용도발명은 다음의 형식으로 청구항을 작성한다. "환자에게 물질 A의 치료학적 유효량을 투여하는 것을 포함하는 질병 X를 치료하는 방법."

동 판결에 따르면 물건발명의 특허청구범위는 물건의 구성을 특정하는 방식으로 기재하여야 하고, 물건발명에서 청구범위에 기재된 구성은 물건의 구조나 성질을 특정하는 수단으로서의 의미를 가진다고 볼 수 있다. 그런데 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악하게 되면, 용도의 구성은 알려진 의약물질에 이미 내재하고 있던 속성을 새롭게 밝힌 것일 뿐 그 용도로 인하여 물질의 구성을 특정하는 것이 아니다. 의약물질은 물질 그 자체로 약효를 이미 가지고 있는 것이고 그 중 어떠한 약효를 추가로 발견하였다고 하여 물질의 구조나 성질이 달라지는 것이 아니다. 따라서 제2의약용도발명에서 용도의 구성은 의약물질의 내재적 성질을 기재한 것에 불과하므로 용도의 구성으로 인하여 물질의 구조가 특정되었다고 할 수 없어 특허요건을 판단하거나 권리범위를 파악함에 있어 특별한 의미를 갖는 기술적 구성으로 보기 어려워진다.

예컨대, 대상 특허청구범위 제1항 "(S)-3-(아미노메틸)-5-메틸헥산산을 포함하는 통증 치료용 조성물"에서 통증치료의 속성은 이미 프레가발린((S)-3-(아미노메틸)-5-메틸헥산산) 물질이 가지고 있는 내재적인 속성이므로 프레가발린을 포함하는 조성물의 구성을 특정한 것이라 보기 어렵고, 따라서 '통증 치료용'이라는 용도의 구성 자체가 특별한 기술적 의미를 갖지 않게 되는 것이다. 결국 제2의약용도발명을 물건발명으로 보게 되면 용도의 구성은 의미가 없어지고 의약물질의 구성만 남게 되어 신규성, 진보성이 인정되기 어렵다. 반면, 제2의약용도발명을 방법발명으로 보게 되면 '통증 치료용'이라는 용도의 구성은 '인간의 통증을 치료하는 방법'의 의미를 가지게 되므로 프레가발린을 포함하는 조성물이 통증 치료의 목적으로 사용하는 방법이 기술적 의미를 가지게 된다. 이처럼 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악하는 견해는 물건발명의 청구항 해석에 관한 대법원의 입장과도 모순된다고 할 수 있다.

---

55) 제법한정물건 청구항을 물건 자체로 해석하여야 한다는 대법원 판단에도 논리적 모순이 있기는 하다. 제법한정물건발명을 물건 자체로 파악할 것이 아니라 발명의 실체에 따라 파악하여야 한다는 의견: 정차호·신혜은, "제법한정물건 청구항의 해석에 물건자체설, 제법한정설 또는 발명실체설의 적용 여부-대법원 2011후927 전원합의체 판결 및 2013후1726 판결에 대한 비판적 고찰-", 정보법학 제19권 제3호, 한국정보법학회, 2015.

(5) 제2의약용도발명의 기술적 사상의 본질이 방법발명에 해당함

특허발명은 청구항의 기재형식이 아닌, '기술적 사상'의 본질에 따라, 명세서 기재, 선행기술, 해당 분야의 기술상식, 심사과정 등이 종합적으로 참고되어 판단되어야 한다.[56] 결론적으로 제2의약용도발명은 그 본질은 방법발명이나 형식상 물건발명의 기재를 빌린 특수한 유형의 방법발명으로 정의할 수 있다. 이러한 유형의 발명이 제2의약용도발명이 유일한 것은 아니며, 제법한정물건발명도 존재한다.

2. 제2의약용도발명의 권리범위 및 특허권 침해 판단

가. 특허권 침해 판단의 원칙

'구성요소 완비의 원칙(all elements rule)'에 따라 대상 행위가 특허발명의 구성요소의 전부를 실시하여야 특허권 침해가 성립한다.[57][58] 따라서 제2의약용도발명의 특허권 침해가 성립하기 위해서는 제2의약용도발명의 구성인 '의약물질'과 '의약용도'를 모두 실시하여야 한다. 그런데 앞서 본 바와 같이 발명의 '실시'는 발명의 카테고리에 따라 달라지는 바, 물건발명은 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위가 실시행위에 해당하고, 방법발명인 경우, 구법에 따르면 그 방법을 사용하는 행위, 신법에 따르면 그 방법을

56) 吉田広志, "用途発明に関する特許権の差止請求権のあり方−『物』に着目した判断から『者』に着目した判断へ−", 知的財産法政策学研究 Vol.16, 2007, 179頁(신혜은, 앞의 논문(2018), 11면에서 재인용).

57) 대법원 2001. 12. 24. 선고 99다31513 판결("특허발명의 청구항이 복수의 구성요소로 구성되어 있는 경우에는 그 각 구성요소가 유기적으로 결합된 전체로서의 기술사상이 보호되는 것이지 각 구성요소가 독립하여 보호되는 것은 아니라고 할 것이므로, 특허발명과 대비되는 (가)호 고안이 특허발명의 청구항에 기재된 필수적 구성요소들 중의 일부만을 갖추고 있고 나머지 구성요소가 결여된 경우에는 원칙적으로 그 (가)호 고안은 특허발명의 권리 범위에 속하지 아니한다.").

58) Philip M. Nelson, *Definition for "Limitation" in the Context of Prosecution History Estoppel and the All Elements Rule: A Proposed Solution to the Troubling Dictum in Kustom Signals v. Applied Concepts*, 2003 B.Y.U. L. Rev. 353, 361 (2003) ("Note that the All Elements Rule helps the accused infringer because it necessitates that each requirement of the claim have a corresponding counterpart in the accused device ..."); Biogen Int'l GmbH v. Banner Life Scis. LLC, 956 F.3d 1351, 1358 (Fed. Cir. 2020) ("To infringe a patent claim extended under § 156, an accused product or process must meet, either literally or through equivalence, each individual element of the claim.").

사용하는 행위 또는 그 방법의 사용을 청약하는 행위가 실시행위에 해당하므로 제2의약용도발명의 경우 어떠한 행위가 실시에 해당하는지 문제된다.

앞서 본 바와 같이 발명의 카테고리는 청구항의 기재만을 고려하여 형식적으로 판단할 것이 아니라 발명의 기술적 사상을 고려하여 실질적으로 판단해야 하는 바, 제2의약용도발명은 그 본질이 인간을 치료하는 방법이므로 방법발명에 해당한다. 따라서 제2의약용도발명에서 '의약용도'의 구성은 의약물질을 사용하여 특정 질병을 치료하는 방법으로 파악하여야 하고, 구법에서는 그 방법을 '사용'하는 행위가 특허발명의 실시행위에 해당하게 되고 신법에서는 그 방법의 '사용을 청약'하는 행위도 특허발명의 실시행위에 해당하게 된다.

나. 실시 주체별 특허권 침해 판단

그렇다면 '누가', '어떠한 경우에' 제2의약용도발명의 용도(방법)를 사용 또는 사용의 청약을 하는가? 일반적으로 의약품은 제약회사가 제조하고 이를 약국에 판매한다.[59] 의사는 환자를 진료한 후에 환자의 질병을 치료하기 위한 의약품을 처방하고 약사는 의사의 처방전에 따라 의약품을 조제하며 환자는 이를 복용하게 된다. 이러한 의약품의 유통경로를 고려할 때 제2의약용도발명의 특허권 침해가 문제될 수 있는 국면은 다음과 같다. 제네릭 제약회사가 제네릭 의약품을 제조·판매하는 행위, 의사가 제네릭 의약품을 처방 또는 투약(주사)하는 행위, 약사가 제네릭 의약품을 조제하는 행위, 환자가 제네릭 의약품을 복용하는 행위. 이하에서는 논의의 편의를 위하여 위 의약품 유통경로를 거꾸로 거슬러 올라가며 각 실시 주체별로 제2의약용도발명의 특허권을 침해하는지 여부에 대해 검토하겠다.

(1) 환자

59) 실제로는 제약회사가 제조한 의약품을 도매상에 판매하고 도매상이 이를 약국에 판매하는 유통구조이나, 제약회사는 도매상에, 도매상은 약국에 제네릭 의약품을 판매한다는 점만 다르고 같은 의약품을 '판매'한다는 점에서는 다를 바가 없으므로 도매상은 별도의 특허권 침해의 주체로 판단하지 않았다. 제약회사의 판매행위와 도매상의 판매행위는 특허권 침해 판단에 있어 동일하게 보면 된다.

환자가 제네릭 의약품을 특허발명의 용도로 복용하여 특정 질병을 치료하고자 하는 경우 제2의약용도발명의 특허권 침해로 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 예컨대 “프레가발린을 포함하는 통증 치료용 조성물”인 대상 특허는 (1) 프레가발린을 포함하는 조성물을 사용하여 (2) 통증을 치료하는 방법으로 해석되고, 환자는 통증을 치료하기 위하여 프레가발린 의약품(조성물)을 복용함으로써 동 발명의 구성을 모두 실시하는 것이므로 특허권 직접침해가 성립할 수 있다. 그러나 환자의 행위는 특허발명의 개인적 사용일 뿐이고, 특허발명을 ‘업으로서’ 사용하는 것이 아니므로 특허권의 침해를 구성하지 못한다.[60] 즉, 현행 우리 특허권 직접침해의 법리에 따르면 환자가 의약품을 복용하는 행위는 어느 경우에도 특허권 침해를 구성하지 않는다. 이 점은 신법에서도 동일하다.

(2) 약사

약사가 의사의 처방전에 따라 의약품을 조제하여 환자에게 교부하는 경우, 의사의 처방전이 제네릭 의약품을 특허용도로 사용하는 것이라면 약사도 특허권 침해의 책임이 인정될 수 있는가.

특허법 제96조 제2항은 “둘 이상의 의약[사람의 질병의 진단·경감·치료·처치(處置) 또는 예방을 위하여 사용되는 물건을 말한다. 이하 같다]이 혼합되어 제조되는 의약의 발명 또는 둘 이상의 의약을 혼합하여 의약을 제조하는 방법의 발명에 관한 특허권의 효력은 「약사법」에 따른 조제행위와 그 조제에 의한 의약에는 미치지 아니한다”라고 규정한다.[61] 따라서 특허발명이 2개 이상의 의약을 혼합하여 제조되는 의약의 발명 또는 그 제조방법의 발명인 경우에는 약사의 조제행위에 대하여 특허권의 효력이 미치지 않는다. 그러나 그 외의 발명, 특히 이 글이 다루는 제2의약용도발명의 경우에는 (특허발명이 2개 이상의 의약을 혼합하는 방

60) 제94조(특허권의 효력) 제1항(“특허권자는 업으로서 특허발명을 실시할 권리를 독점한다. 다만, 그 특허권에 관하여 전용실시권을 설정하였을 때에는 제100조제2항에 따라 전용실시권자가 그 특허발명을 실시할 권리를 독점하는 범위에서는 그러하지 아니하다.”).

61) 약사법 제2조 제11호는 조제행위에 대하여 정의하고 있는데, 이에 따르면 조제란 “일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것을 말한다.”

법에 관한 것이 아닌 한) 위 규정이 적용되지 않을 것이므로 약사의 조제행위에도 특허권 침해를 인정할 여지가 있다.

우리나라는 의사의 성분명 처방과 상품명 처방을 모두 허용하나, 실제 의사가 의약품을 처방할 때에는 99.99% 이상이 특정 브랜드의 제품명을 특정하여 처방한다.[62)63)] 따라서 약사는 의사가 처방한 바에 따라 의약품을 단순 조제하여야 하고 어떠한 브랜드의 의약품을 사용하여 조제할지에 관하여 약사의 재량은 허용되지 않는다. 그러므로, 약사가 의사의 처방대로 의약품을 조제한 행위는 의사가 약사를 '도구'로 사용한 것이어서 약사에게 별도의 특허권 침해가 성립하지 않을 것으로 생각된다.

그러나 의사의 처방 없이 일반의약품을 환자에게 판매하는 경우, 약사의 판단에 따라 제네릭 의약품을 사용하여 특허용도로 환자를 치료하는 방법을 실시한 것이 되므로 그 경우에는 약사가 제2의약용도발명의 특허권을 침해한 것이 될 수 있다. 즉, 약사가 의사의 처방 없이 일반의약품을 환자에게 판매한 경우에는 구법, 신법 모두 특허방법을 사용하였다는 이유로 직접침해한 것이 될 것이다.[64)65)] 한편, '치료방법에 관한 발명이

62) 채홍조, "제네릭 의약품 제품명칭 설정법 및 처방 관련제도 비교 연구", 성균관대학교 석사학위논문, 2020, 12면.

63) 성분명 처방에 관해서는 각주 25) 참고.

64) 이러한 이해가 다수설인 것으로 생각된다. 그러나 구법을 따르는 경우, 부저자는 해당 용도가 환자에 의해 실시(복용)되는 시점에서야 특허방법을 사용하는 것이므로 그 때에 직접침해가 발생하고, 그 전의 의사의 처방행위 및 약사의 조제행위는 기껏해야 간접침해에 해당한다고 주장한다. Carrie Stewart Martin, *Proving Inducement of Infringement of Method-of-Use Patents in Hatch-Waxman Act Litigation: Are the Standards Realistic for the Pharmaceutical Industry?*, 32 AIPLA Q.J. 163, 185 (2004) ("Direct infringement of a method-of-use patent occurs, for example, when a patient takes a generic drug for the treatment of an illness claimed in an enforceable method-of-use patent."); Erika Lietzan, *Paper Promises for Drug Innovation*, 26 Geo. Mason L. Rev. 168, 214 (2018) ("Secondary liability for healthcare professionals and the payer would presumably be grounded in induced infringement. See 35 U.S.C. § 271(b) ("Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.") For instance, a physician might infringe by providing instructions to the patient to use the generic drug in a way that infringed the innovator's patent. A pharmacist might infringe by dispensing a generic drug for a patient's infringing use, with instructions for that use."); Toshiko Takenaka, *supra*, at 220-21 ("New use method patents are difficult to enforce because patients directly infringe the patents by taking a known drug for a patented use. Drug manufacturers are only secondarily liable for active inducement. Medical practitioners

환자에 의약을 투여하는 경우에야 비로소 실시되는 것이고, 의사의 처방행위나 약사의 조제 또는 판매행위는 치료방법의 사용이 아니라는 견해'에 의하면, 약사가 일반의약품을 판매하는 행위는 치료방법을 '사용'하는 행위가 아니어서 구법에 의하면 직접침해에는 해당하지 않으나, 치료방법의 사용을 '청약'하는 행위에는 해당할 수 있으므로 직접침해가 성립할 수 있다.[66]

(3) 의사

의사가 제네릭 의약품을 환자에게 특허발명에 따른 질병치료의 목적으로 처방하거나 직접 투약하는 경우, 의약물질을 사용하여 특정 질병을 치료하는 방법을 사용하는 행위에 해당하므로 특허발명의 실시에 해당할 것이다.[67] 설혹 의사의 처방행위가 특허용도를 사용하는 행위에 해당하

---

who might be liable for active inducement are exempted from patent infringement liability under the U.S. Patent Act.").

65) 주저자의 설명: 환자는 의사가 처방한 경우에 한하여 A약물을 X질병의 치료에 사용할 수 있다. 의사가 X질병 치료를 위해 A약물을 처방하면 환자는 그 처방을 그대로 따라 투약할 수밖에 없으므로 "X질병 치료를 위하여 A약물을 사용하는 방법"은 의사가 실시할 수 있다. 그러한 견지에서 '사용'이라는 실시양태가 의사가 약물을 직접 투약하는 행위는 물론이고 처방하는 행위도 포괄할 수 있는 것이다. Mark A. Lemley, *Inducing Patent Infringement*, 39 U.C. Davis L. Rev. 225, 228 (2005) ("For example, a patent on a new use for an existing drug is directly infringed by each individual patient taking the drug for the new use, or perhaps by the doctors who prescribe it."); Carrie Stewart Martin, *supra*, at 172 ("However, when the patent covers a method of using a drug to treat a disease (a 'method-of-use' patent), the prescribing physicians and ingesting patients are the direct infringers.").

66) 신법 제94조 제2항은 "특허발명의 실시가 제2조제3호나목에 따른 방법의 사용을 청약하는 행위인 경우 특허권의 효력은 그 방법의 사용이 특허권 또는 전용실시권을 침해한다는 것을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위에만 미친다."고 규정하고 있으므로, 약사가 해당 특허의 존재를 알면서 해당 약품의 복용이 특허권의 침해가 된다는 사실을 알면서 한 것인지가 관건이 될 것이다. 그러나, 일반적으로 특허권자는 제네릭 제약회사를 특허침해소송의 상대방으로 삼기 때문에 약사를 상대로 특허권 침해소송을 제기할 가능성은 실질적으로 매우 낮다. 따라서 약사의 인지, 의도 등을 증명할 일도 없을 것이다. 이에 대하여는 의사에 대해서도 동일하다.

67) 이 장면에서도, 부저자는 의사의 직접 투약(주사)행위는 특허용도의 사용에 해당할 수 있으나, 처방행위는 특허용도의 사용에 해당하지 않는다고 생각한다. 처방했음에도 불구하고 환자가 그 의약품을 구매하지 않을 수 있는 것이다. Erika Lietzan, *supra*, at 214 ("In this context direct infringement means using the patented invention. 35 U.S.C. § 271(a) (2012). The patient might infringe directly by taking the medicine for the patented use."); Reid F. Herlihy, *The*

지 않는다고 보더라도,[68] 최소한 신법에 따라 해당 특허용도의 사용을 청약하는 행위에는 해당할 것이다. 따라서 제네릭 의약품을 특허발명의 용도로 처방한 의사에게는 특허권 직접침해가 성립할 것이다.

이와 관련하여 의사에 대해서는 의약품이 진정품이라면 특허가 소진되었다고 보아야 하기 때문에, 권리소진 원칙에 따라 의사에게는 특허침해가 성립하지 않고, 따라서 의사에 대해서는 의약용도발명의 특허권 침해 문제가 발생할 가능성이 적다는 견해가 있다.[69] 이 견해는 의사가 특허권자가 생산·판매하는 오리지널 의약품을 처방한 경우를 상정한 것이라고 생각된다. 권리소진의 원칙이란 특허권자로부터 승인되어(authorized) 판매된 제품을 구입한 자가 그 제품을 스스로 사용하거나 그 제품을 다시 판매하는 경우에는 특허권 침해에 해당하지 않는다는 원칙이므로,[70] 특허권자 또는 특허권자로부터 권한을 부여받은 자가 판매한 의약품을 의사가 처방한 경우에는 권리가 소진되어 특허권 침해가 발생할 여지가 없다는 것이다.

그러나 특허권자가 자신(또는 실시권자)이 판매한 의약품을 처방한 의사에 대하여 특허권 침해의 책임을 주장하는 상황은 상정하기 어렵다. 특허권자는 자신의 제품을 의사에게 마케팅하는 것이 일반적이지, 의사

Federal Circuit's Interpretation of the Hatch-Waxman Act: Allowing Generics to Induce Infringement, 15 Fed. Circuit B.J. 119, 139 (2005) ("A patient using a generic drug for a use patented by a brand-name drug company directly infringes ...").

68) Zenith Labs., Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co., 19 F.3d 1418, 1419 (Fed. Cir. 1994) (피고가 판매한 제품 그 자체로는 특허권을 (문언)침해하지 않으나 환자의 복용 및 체내에서의 변환(*in vivo* conversion)이 직접침해를 구성한다고 본 사례).

69) 한재성, "의사 등의 의료행위와 특허권 효력의 충돌문제에 대한 소고", 지식재산연구 제12권 제4호, 한국지식재산연구원, 2017, 226-228면("따라서 투여용법·용량을 내용으로 하는 의약의 용도발명의 특허성이 인정되었다고 해서 의사 등의 의료행위가 제한되는 경우를 굳이 우려할 필요가 없다고 생각한다. 의사 등이 특허권이 부여된 '물'의 형태의 발명을 적법하게 양도받고 그러한 의약품을 토대로 투여용법·용량을 실시하는 경우에는 특허권 소진의 원칙에 따라 의사의 진료행위에 특허권 효력이 미치지 않게 될 것이기 때문에 의사 등의 의료행위가 투여용법·용량 특허권으로 부당하게 제한되는 일은 발생하지 않을 것으로 본다.").

70) 정차호, "재제조의 특허권 침해 여부: 수리 대 재생산", 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 841면("특허권의 소진(消盡, exhaustion)이란 특허제품의 승인되고(authorized) 조건없는(unconditional) 판매 또는 배포를 통하여 해당 제품의 소유권이 제3자에게 넘어간 경우, 해당 제품의 통상의 사용과 관련하여 그 제품과 관련된 특허권이 소진된다는 이론이다.").

에게 특허권 침해를 주장하면서 자신의 제품이 쓰이지 않도록 방지할 이유가 전혀 없기 때문이다. 따라서 특허권자로부터 제조·판매된 진정품을 상정하여 이에 대해서는 권리소진이 적용되므로 의사에게는 특허권 침해가 발생할 우려가 없다는 견해는 특허권의 권리소진의 법리를 오해한 것으로 보아야 한다.

의사에 의한 특허권 침해의 문제는 의사가 제네릭 의약품을 처방하였을 때에 발생한다. 제네릭 제조업자가 특허권자로부터 정당한 실시권한을 받은 것이 아닌 한, 제네릭 제조업자에 의해 제조·판매된 의약품을 의사가 처방하는 행위에는 권리소진이론이 적용되지 않는다. 그러므로 의사가 제네릭 의약품을 특허발명의 용도로 처방한 행위는 제2의약용도발명의 특허권 직접침해에 해당할 수 있다.[71]

실제로는 특허권자가 의사를 상대로 특허권 침해소송을 제기할 가능성은 매우 낮지만, 이론적으로는 의사에게 특허권 침해의 책임이 인정되면 의사의 자유로운 의료행위가 저해되어 환자를 적시에 효율적으로 치료하지 못하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 입법적으로 의사의 의료행위에 대해서는 특허권의 효력이 미치지 않게 하는 규정을 신설할 필요가 있다. 이에 대해서는 후술한다.

(4) 제약회사

실제 제약산업 현장에서 가장 문제되는 것은 제네릭 의약품을 제조·판매한 제약회사의 행위가 제2의약용도발명의 특허권 침해에 해당하는지 여부이다. 특허권자는 의사, 약사 또는 환자가 아닌, 제네릭 제약회사에 대하여 특허권 침해소송을 제기하는 것이 일반적이다. 제네릭 제약회사가 제네릭 의약품을 제조·판매하는 행위를 금지시켜야만 특허권자가 해당 의약품을 제조·판매하는 독점적 지위를 효과적으로 유지할 수 있기 때문이다.

제2의약용도발명을 물건발명으로 파악하는 견해에서는 제네릭 제약회

71) 진정품을 사용하는 경우에는 권리소진이론이 적용되지만, 의사가 처방하는 제품이 침해품인 경우에는 권리소진이론이 적용되지 않아 의사도 특허권 침해 책임을 부담한다는 의견: 신혜은, 앞의 논문(2018), 38면("투여품이 진정품이라면 특허는 소진되지만, 소진되지 않는 경우는 업으로서의 실시가 아니라고 주장할 수 없는 한 현행법의 해석으로는 침해를 구성하게 된다.")

사가 제네릭 의약품을 제2의약용도발명의 용도(특허용도)로 생산하거나 양도(판매)한 행위가 그 발명을 실시한 것이 된다. 어떠한 경우에 의약품을 특허용도로 '생산'하거나 '양도'하였다고 볼 수 있는가. 의사나 약사가 환자에게 특정 질병의 치료용도로 의약품을 사용하거나 환자가 특정 질병의 치료용도로 의약품을 복용하는 경우에는 해당 용도로 의약품을 '사용'하여 특허발명을 실시한다는 점이 비교적 명확하다. 그러나 특정 용도로 의약품을 '생산'하거나 '양도'한다는 것이 무엇을 의미하는지에 관하여는 견해가 나뉜다. 이와 관련하여 일본에서는 주관설과 객관설의 두 견해가 대립된다.[72][73]

일본에서의 주관설은 특허발명의 용도가 실시물건의 포장, 용기 등에 명기되어 있는 경우에만 특허권 직접침해가 성립한다고 본다. 주관설에 따르면 실시물건의 포장, 용기 등에 특허용도가 기재되어 있지 않은 경우에는 특허권 직접침해가 성립하지 않으므로 용도발명의 권리범위가 좁게 해석되는바, 주로 특허권 침해소송의 피고가 주관설을 주장하게 된다. 의약품은 라벨에 그 약효나 용도가 적응증으로 기재되므로, 의약품 라벨에 특허용도가 적응증으로 기재된 경우에는 특허권 직접침해가 성립하고, 특허용도가 적응증에서 삭제된 경우에는 특허권 직접침해가 성립하지 않게 된다.[74][75] 즉, 풀 라벨은 특허권 직접침해로 인정되고 스키니 라벨은 비침해가 되는 것이다. 그러나 제네릭 의약품이 스키니 라벨로 제조·판매된다 하더라도, 의사는 재량에 따라 해당 제네릭 의약품을 라벨의 범위를 벗어나 특허용도로 처방할 수 있는바, 이러한 소위 "허가 외 사용"이 빈번하게 이루어지고, 제네릭 제약회사가 제네릭 의약품이 결국에는 특허용도로 사용될 것임을 잘 알고 있는 경우에도 단순히 스키니 라벨을 사용하였다는 이유만으로 제네릭 제약회사의 행위를 방치해야 하

72) 村上博, "用途発明の権利範囲に関する一考察", パテントVol. 69 No. 7, 2016, 67頁.

73) 주관설과 객관설 외에도 제한설이 있다. 제한설은 주관설을 부정하면서도 객관설에 특정한 제한을 두고 용도발명의 권리범위가 지나치게 넓어지는 것을 피하도록 한다. 그러나 객관설에 어떠한 제한을 두는 것인지에 대해 정확히 파악하기 어려워 이 글의 논의에서는 배제하기로 한다.

74) 일반적으로 오리지널 의약품과 제네릭 의약품은 라벨에 동일한 내용이 기재된다. 그러나 제네릭 제약회사는 라벨에서 특허용도의 적응증을 '삭제'하여 특허권 침해의 위험으로부터 멀어지고자 노력한다.

75) 필자는 제네릭 제약회사의 직접침해를 인정하는 법리에 반대한다. 제네릭 제약회사의 해당 물질의 제조, 판매는 기껏해야 간접침해에 불과하다.

는지에 대하여는 의문이 남아 있다.

일본에서의 객관설은 실시물건을 특허발명의 용도에 사용할 수만 있다면 실시물건의 포장·용기에 특허발명의 용도가 기재되어 있지 않더라도 특허권 침해가 성립한다고 본다. 객관설에 따르면 실시물건의 포장이나 광고에 특허용도가 전혀 기재되어 있지 않은 경우뿐만 아니라 특허용도가 기재되어 있지 않다 하더라도 그 물건이 특허용도에 사용될 가능성만 있으면 직접침해가 인정될 수 있으므로 용도발명의 권리범위가 매우 넓게 인정된다. 객관설을 의약품의 경우에 적용하면, 제네릭 의약품의 라벨에 특허용도를 기재하지 않는 경우에도 해당 제네릭 의약품이 특허용도로 사용될 가능성이 있는 한 특허권 직접침해가 성립할 수 있다. 다시 말해, 객관설의 입장에서는 풀 라벨이든 스키니 라벨이든 상관없이 특허권 직접침해가 성립할 수 있다는 것이다. 이러한 객관설은 이미 존속기간이 만료된 물질특허가 제2의약용도발명이라는 가면으로 위장하여 또 다른 존속기간을 향유하게 하는 것이므로 타당하지 않다. 객관설에 의하면 존속기간이 만료된 프레가발린의 간질용 판매가 제2의약용도발명의 특허권 존속기간이 만료될 때까지 금지되는 것이다.

대상 판결은 피고가 변경허가를 받기 전 라벨에 '통증'을 기재하여 제네릭 의약품을 제조·판매한 행위에 대해서는 특허권 직접침해를 인정하는 한편, "의약의 용도발명에 있어서는 특정 물질이 가지고 있는 의약의 용도가 발명의 구성요소에 해당하는데, 피고가 위와 같이 피고 의약품의 효능·효과 중 신경병증성 통증 및 섬유근육통 치료 용도를 명시적으로 제외하는 내용의 변경허가를 받은 이상 의약의 용도가 신경병증성 통증, 섬유근육통 치료인 이 사건 제5항, 제16항 발명과 의약의 용도가 간질 치료인 피고 의약품은 그 용도가 실질적으로 구별되어 발명의 구성을 달리한다"고 설시함으로써, 풀 라벨에 대해서는 특허권 직접침해를 인정하고, 스키니 라벨에 대해서는 특허권 침해를 부정하였는바, 원칙적으로 일본의 주관설을 따른 것이다. 피고가 변경허가를 통해 종래 제네릭 의약품의 라벨에 기재되어 있던 통증을 적응증에서 삭제한 이상, 특허권 침해가 성립하지 않는다는 의미이다. 주관설에 따르면 제네릭 의약품이 라벨의 기재사항을 벗어나 허가 외로 사용되더라도 라벨에 특허용도가 기재되어 있지 않은 이상 특허권 침해를 인정하지 않는다.

대상 판결은 “ … 약사법령에 따라 허가를 받은 범위를 벗어난 약제 처방은 국민건강보험법령상 요양급여의 대상에서 제외되어 비급여대상이 되므로(국민건강보험법 제41조 제4항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 [별표 1] 제3호 가.목 (2), 제9조 제1항 [별표 2] 제8호), 위 변경허가일 이후에는 의사가 피고 의약품을 신경병증성통증 및 섬유근육통 치료 용도로 사용할 개연성이 크지 않다”고 판단함으로써 의약품이 허가 외 사용될 가능성도 고려하였다. 즉, 의사가 제네릭 의약품을 특허용도로 사용할 가능성이 크지 않다는 사정을 특허권 침해를 부정하는 하나의 근거로 들면서 대상 제네릭 의약품이 제조·양도된 후에 그것이 ‘사용’되는 국면까지 특허권 침해 여부의 판단에 고려한 것이다. 즉, 기본적으로는 물건발명이 실시(제조, 양도)되어야 하며, 나아가 방법발명이 실시(사용)되어야 특허권 침해를 구성한다고 본 것이다.

앞서 본 일본의 학설이나 대상 판결의 입장은 제2의약용도발명을 ‘물건’발명으로 파악하는 것을 전제로 한다. 그러나 제2의약용도발명의 본질은 ‘방법’발명이므로 제2의약용도발명의 ‘실시’는 구법에 따르면 ‘그 용도로 사용하는 행위’가 되고 신법에 따르면 그러한 행위 외에 ‘그 사용을 청약하는 행위’도 포함된다. 따라서 구법에 따르면 제약회사가 제2의약용도로 대상 의약품을 사용하지 않는 한 특허권의 직접침해가 성립하지 않는다. 그런데 제네릭 제약회사는 제네릭 의약품을 제조하거나 판매할 뿐 이를 직접 사용하지는 않는다. 그러므로 구법에 따르면 제네릭 제약회사에 대해서는 의약품의 라벨에 특허용도를 기재하였는지 여부에 관계없이 특허권의 직접침해를 인정하기 어렵다.

구법에 따라 제네릭 제약회사의 특허권 직접침해를 인정하지 않은 경우에 나아가 특허권을 간접침해 하였다고 보기도 어렵다. 방법발명에 대한 특허권 간접침해가 성립하기 위해서는 ① 간접침해물이 특허발명의 실시‘에만’ 사용되는 물건일 것,[76] ② 간접침해물을 업으로서 생산·양도·

76) 제127조(침해로 보는 행위) 다음 각 호의 구분에 따른 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.
1. 특허가 물건의 발명인 경우: 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위
2. 특허가 방법의 발명인 경우: 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위.

대여 또는 수입하거나 청약할 것이 요구된다. 제네릭 제약회사는 제네릭 의약품을 업으로서 생산·양도하므로 위 요건 ②는 용이하게 충족된다. 그러나, 제네릭 의약품이 특허발명의 실시'에만' 사용되어야 하는 요건, 즉, 위 ①의 '전용품' 요건은 만족되지 않는다. 풀 라벨이 부착된 제네릭 의약품은 기존의 제1의약용도와 새롭게 밝혀진 제2의약용도를 복수의 적응증으로 하는 것이므로, 의사는 제네릭 의약품을 제2의약용도뿐만 아니라 기존의 제1의약용도에도 사용할 수 있다. 제네릭 의약품은 제2용도 '에만' 사용되는 것이 아니라 기존의 제1용도에도 사용되는 것이다. 따라서 제네릭 의약품은 '전용품'이 아니어서 현행 특허법의 간접침해 규정에 의하면 특허권 간접침해가 성립할 가능성도 없다. 다만, 제1용도로의 사용이 현실성, 경제성이 없거나 낮은 경우에는 제네릭 의약품이 전용품으로 인정될 가능성은 남아 있다.[77]

반면, 신법에 따르면 제네릭 제약회사에 대해서도 특허권의 직접침해를 인정할 가능성이 있다. 예컨대 제네릭 제약회사가 풀 라벨을 부착한 제품을 판매하는 경우에는 이를 특허용도로의 사용을 '청약'한 행위로 보고 직접침해를 인정할 수 있다. 또한 제네릭 제약회사가 스키니 라벨을 부착하여 제품을 판매하는 경우라 하더라도, 제네릭 제약회사가 의사에게 자신의 제품을 홍보하는 과정에서 특허용도로의 사용을 홍보하거나 권장한 경우에는 특허용도로의 사용을 '청약'한 것으로 볼 수 있을 것이다. 이 경우에도 직접침해가 성립할 수 있음은 물론이다. 그러나, 신법 제94조 제2호에 따르면 방법발명의 사용을 청약한 행위는 특허발명의 실시가 제2조제3호나목에 따른 방법의 사용을 청약하는 행위인 경우, 특허권의 효력은 그 방법의 사용이 특허권 또는 전용실시권을 침해한다는 것을 알면서 그 방법의 사용을 청약하는 행위에만 미친다. 즉, 제네릭 제약회사에게 직접침해를 인정하기 위해서는 제네릭 제약회사가 의사, 약사, 또는 환자의 특허권 침해사실을 '알면서' 그 방법의 사용을 청약한 경우에만 성립한다. 따라서 실무적으로는 특허권자가 제네릭 제약회사가 '알면서' 침해한 것인지

77) 신혜은, 앞의 논문(2015), 222-223면("다만, 화합물A 또는 화합물B가 당뇨병 예방 및 치료제로 사용될 수 있다는 사실이 이미 알려져 있는 경우라도 그동안 부작용이 너무 심하다거나 치료효과가 미미해서 실제로 거의 사용되고 있지 않던 것이 특정 투여용법 · 용량으로 사용함으로써 현저한 효과를 발휘하여 널리 사용되게 된 경우에는 해당 규정을 좀 더 유연하게 해석하여 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당한다고 하는 것이 타당하다고 생각된다.")

를 입증하는 것이 용이하지는 않을 것으로 생각된다.

다. 소결론

특허권자의 특허권 침해소송은 대부분 제네릭 제약회사를 상대로 하여 제기되고, 특허권자의 최대 관심사는 제네릭 제약회사의 의약품 생산·판매를 금지하는 것이다. 앞서 본 바와 같이 제2의약용도발명은 방법발명으로 파악하여야 하고, 그렇다면 의사와 약사가 제네릭 의약품을 특허용도로 처방하거나 판매하는 행위를 방법발명을 '사용'하는 행위로 보아서 특허권 직접침해가 인정될 수 있다.[78]

그러나 제약회사가 제네릭 의약품을 제조·판매하는 행위는 방법발명의 실시태양인 '사용'에 해당하지 않아 라벨의 내용에 관계없이 구법상 직접침해가 인정될 수 없다. 나아가 제2의약용도발명이 관련된 사안에서 일반적으로 제네릭 의약품은 복수의 적응증을 가지기 마련이므로 '전용품' 요건을 만족시킬 수 없어 간접침해도 성립하기 어렵다. 그러나 신법에 따르면 특허용도로의 사용을 '청약'하는 행위에 해당하여 직접침해가 인정될 수 있다.

결국 구법에 따라서는 제2의약용도발명의 특허권자가 제네릭 제약회사에 대하여 특허권 침해의 책임을 물을 방도가 없는 것으로 보아야 한다. 다만, 신법에 따라서는 제네릭 제약회사의 행위를 직접침해로 포섭할 수 있다. 2019년 법개정이 애초 제2의약용도발명의 권리를 보호하기 위한 것은 아니었으나,[79] 결과적으로 그 법개정이 제2의약용도발명의 권리를 실효적으로 보호하는 결과를 초래하였다.

V. 대상 판결의 평석

78) 최상필, "산업상 이용가능성과 의약용도발명의 보호범위", 동아법학 제81호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 118면("용법은 의사나 약사가 의료 및 조제행위를 행함으로써 구현되는 것이지 그 물건에 의해 구현되는 것이 아니라는 입장은 ...").

79) 특허청은 2008년경부터 프로그램발명의 실효적 보호를 위해 먼저 일본처럼 프로그램을 물건으로 포섭하는 방안을 강구하였고, 그 방안에 대해 문화부가 반대를 하자, 그 후 간접침해의 유형을 신설, 확대하는 방안을 강구하였고, 그 방안에 대하여도 문화부가 반대를 하자, 마지막으로 2019년 특허법 제2조 제3호 나목을 현행과 같이 개정하였다. 약 10년에 걸친 특허청과 문화부의 투쟁이었다.

대상 판결은 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악하면서도 제2의약용도발명이 물질과 용도의 두 가지 구성요소로 이루어진다고 보았다. 대상 판결에서는 “프레가발린이 주원료인 피고 의약품이 의약용도발명인 이 사건 제5항, 제16항 발명의 보호범위에 포함되기 위해서는, 피고 의약품이 이 사건 제5항, 제16항 발명의 구성요소인 의약용도, 즉 ‘신경병질증통증’, ‘섬유근육통’의 치료용도로 실시되어야 한다”고 판시하였다. 대상 판결은 어떠한 경우에 피고 의약품이 통증치료의 용도로 실시되었는지 판단하면서, 풀 라벨의 경우에는 피고에 의해 특허용도로 실시된 것이고, 스키니 라벨의 경우에는 특허용도로 실시된 것이 아니라고 보았다.

대상 판결이 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악한 것은 발명을 청구범위의 기재형식에 부합하는 방식으로 해석한 것이라는 점에서 의미가 있다. 제2의약용도발명을 물건발명으로만 파악하게 되면 피고 제약회사가 의약품을 제조·판매하는 행위는 물건발명의 생산·양도행위에 해당하여 발명을 ‘실시’한 것이 되므로, 그 의약품의 차후의 사용용도와 무관하게 제네릭 제약회사에 대해서도 특허권 직접침해에 대한 책임을 묻는 것이 가능해진다.[80]

대상 판결은 침해혐의품이 특허발명의 ‘용도’로 실시된 것인지를 파악함에 있어 주관론의 입장에서 판단하였는바, 이는 법적 안정성 및 예측가능성의 측면에서는 긍정적인 면이 있다.[81] 주관설에 따르면 제네릭 의약품이 통증용도를 포함하여 품목허가를 받은 경우에는 침해로, 통증용도를 삭제하고 품목허가를 받은 경우에는 비침해로 판단함으로써 어떤 경우에 특허권 침해의 책임을 질 수 있는지 기준을 명확히 알 수 있다는 장점이 있다.

또한 대상 판결에 따르면 제네릭 의약품이 특허용도를 삭제하고 품목허가를 받은 경우에는 특허권 침해가 성립하지 않아 비특허용도로는 그 의약품을 사용하는 것이 가능하다는 장점도 있다. 반면 객관설에 따르게 되면 해당 의약품이 통증용도로 사용될 가능성이 있기만 해도 특허권 침

80) 반면, 제2의약용도발명을 방법발명으로 파악하게 되면 제약회사에 대하여 구법에 따르면 직접침해 및 간접침해의 책임을 물을 수 없게 되어 발명의 보호에 공백이 있었고, 신법에 따르면 직접침해의 책임을 물을 수 있게 된다.

81) 신혜은, 앞의 논문(2018), 18면.

해로 보기 때문에 그 의약품 전체에 대해 특허권 침해금지청구가 인용될 것이어서 해당 의약품을 비특허용도로 사용하는 것까지도 불가능해지게 되는 불합리함이 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 제2의약용도발명의 본질은 방법발명임에도 대상 판결은 이를 물건발명으로 파악하였다는 점 등에서 아래에서 정리하는 여러 문제를 가진다.

1. 제2의약용도발명의 본질을 잘못 파악함

대상 판결은 제2의약용도발명의 본질을 잘못 파악하여 제네릭 제약회사에 직접침해 책임이 성립한다고 잘못 판단하였다. 제2의약용도발명은 그 기술적 사상이 알려진 물질을 새로운 치료용도로 사용하는 것이어서 본질적으로 치료방법발명에 해당한다. 구법은 방법발명에 대해서는 그 방법을 '사용'하는 행위를 실시태양으로 규정하고 있었다. 따라서 제2의약용도발명의 경우 특정 물질로 특정 치료용도로 사용하는 행위가 그 특허발명을 실시하는 행위에 해당한다 할 것이다. 달리 말하면 제네릭 제약회사는 알려진 물질을 생산·양도한 것일 뿐이고 그 물질을 특허용도로 직접 사용하지는 않으므로 직접침해를 한 것이 아니었다. 그럼에도 불구하고 대상 판결은 제2의약용도발명을 물건발명으로 파악하여 대상 물질을 생산·양도하는 행위 그 자체가 특허권 직접침해에 해당한다고 잘못 이해하였다.

2. 제2의약용도발명의 '용도' 구성을 어떻게 해석하여야 하는지 기준을 제시하지 않음

대상 판결은 풀 라벨에 대해서는 당사자 간에 다툼이 없다는 이유로 아무런 근거를 제시하지 않고 피고의 특허권 직접침해를 인정하였다. 제네릭 제약회사가 특허용도로 품목허가를 받아 이를 라벨에 적응증으로 기재하고 제조·판매하였다면 자동적으로 특허권 직접침해가 성립한다고 판단한 것이다.[82] 청구범위에 기재된 "통증 치료용"이라는 구성이 피고

82) 서울중앙지방법원 2017. 6. 30. 선고 2016가합517156 판결("분할 전 피고가 2011. 10.경 피고 의약품에 관하여 신경병증성 통증 및 섬유근육통의 치료 용도로 품목허가를 받아 2012. 1.경부터 피

가 해당 용도로 품목허가를 받기만 하면 자동적으로 실시되는 것인지에 대해서는 설명하지 않았다. 또한 스키니 라벨에 대해서도 품목허가에서 삭제하였다면 삭제한 '용도'로는 제조·판매한 것이 아니라는 취지로 특허권 침해를 부정하였다.

이와 관련하여, 대상 판결과 동일한 특허권자가 동일한 특허권에 근거하여 영국에서 특허권 침해소송을 제기한 사건에서, 영국 대법원은 제2의약용도발명에서 "통증 치료용"이라는 구성을 어떻게 해석하여야 하는지 치열하게 논의한 바 있다.[83] 동 영국 사건에서 문제가 된 특허(유럽특허 제0934061호, 이하 '061특허')는 프레가발린 화합물의 통증 치료 용도발명에 관한 것으로, 청구항은 스위스 타입 청구항으로 작성되었다.[84]

1. Use of (S)-3-(aminomethyl)-5-methylhexanoic acid or a pharmaceutically acceptable salt thereof for the preparation of a pharmaceutical composition for treating pain.
2. Use according to Claim 1 wherein the pain is inflammatory pain.
3. Use according to Claim 1 wherein the pain is neuropathic pain.

대상 판결의 사실관계와 유사하게 영국에서도 제네릭 제약회사들은 라벨에서 간질 용도만을 남겨두고 통증 용도는 삭제한 '스키니 라벨'로 허가를 받았다.[85] 영국 대법원은 대상 특허발명이 모두 무효이므로 특허권 침해가 없다고 판단하였으나, 보충적으로 만약 특허발명이 유효라고 가

고 의약품을 신경병증성 통증 및 섬유근육통의 치료 용도로 제조하고 2012. 2.경부터 판매하기 시작한 사실, 분할 전 피고가 이 사건 가처분 결정일인 2013. 5. 20.경까지 피고 의약품을 제조·판매한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 따라서 분할 전 피고는 2012. 1.경부터 2013. 5. 20.경까지 피고 의약품을 신경병증성 통증 또는 섬유근육통 치료 용도로 제조·판매 또는 판매의 청약 등을 함으로써 위 기간동안 이 사건 제5항, 제16항 발명을 실시하였다.").

83) Warner-Lambert Co LLC v Generics (UK) Ltd (t/a Mylan), 2018 WL 05927080.

84) *Id.* at 5.

85) *Id.* at 8.

정하였을 경우에는 특허권 침해가 성립할 수 있는지 여부를 설시하였다. 제2의약용도발명의 권리범위와 특허권 침해 판단기준에 관한 선행판결이 없어 산업계에 혼란을 초래할 수 있다는 점을 감안하여 그에 관한 기준을 제시하고자 한 것이다.

영국 대법원의 5명의 대법관이 각기 다른 의견을 개진하였는데, 그 중 4명은 청구항이 유효로 판단된다고 하더라도 특허권 침해가 성립하지 않는다는 점에 의견이 일치하였으나 그 이유는 각기 달랐다.[86] 영국 사건에서는 제2의약용도발명에 있어서 "~~통증치료용(for treating pain)"이라는 구성을 어떻게 해석하여야 할 것인지에 대하여 집중적으로 논의되었다. 어떠한 경우에 제네릭 제약회사가 제2의약용도발명의 특허권 침해 책임을 질 수 있을지 구체적인 판단기준을 제시하고자 한 것이다.

대법관 Sumption 및 Reed는 제2의약용도발명에서 제약회사의 직접침해 성립 여부는 청구항의 해석에 따라 달라진다고 하면서, 통증치료"용" 의약의 제조를 위하여 프레가발린을 사용하는 방법이라는 청구범위에서 "~용"을 해석할 때에 침해자의 주관을 고려하여서는 아니된다고 하였다.[87] 만약 제네릭 제조업자가 생산한 물건이 특허용도로 처방되거나 양도되고 그 제조업자가 이를 의도한 것이라면, 제조업자가 생산한 모든 물건이 오염되어(tainted) 특허권이 만료한 적응증(즉, 간질)의 치료용도로 처방되고 양도된 물건들까지 특허권 침해품으로 보게 된다는 것이다.[88] 그 결과, 제네릭 프레가발린을 취급하는 약사는 통증이 아닌 간질 치료용으로 프레가발린을 판매하더라도 특허권 침해 책임을 지게 되는 문제가 발생한다고 보았다.[89] 따라서 특허권 침해자의 고의(intent)는 침해판단과 무관하고, 제품제조의 과정에서 나타나는 라벨 등에 기재된 표현만을 고려해야 한다고 보았다.[90] 대법관 Sumption 및 Reed의 견해는 물건의 용기·포장에 특허용도가 명기되어 있는지 여부로 특허권 침해를 판단하는 것이므로 '주관설'과 유사하다.

대법관 Mance는 침해 판단은 제조된 제품의 객관적인 외관과 특성에

86) *Id.* at 15.
87) *Id.* at 71.
88) *Id.* at 73.
89) *Id.* at 73.
90) *Id.* at 15.

근거하여야 한다는 점에서는 위 대법관 Sumption 및 Reed의 의견과 일치하였으나, 예외적으로 특허권 침해가 아닌 것이 자명한 상황과 제네릭 제조업자가 특허용도로 사용하는 것을 명시적으로 배제한 경우를 고려하여야 한다고 하였다.[91] 대법관 Sumption 및 Reed의 의견이 지나치게 경직되고 친특허권적임을 경계하여, 침해가 아닌 경우를 제시한 것이라고 생각된다.

반면 대법관 Hodge 및 Briggs는 특허권 침해자가 특허용도로 제품을 사용하는 데에 '주관적 의도'가 있었는지 여부로 판단하여야 한다고 판시하였다.[92] 만약 특허권 침해자가 생산한 의약품이 특허용도로 사용될 것임이 합리적으로 예측가능한 경우에 침해를 인정하게 되면(단순 예측가능성 기준; simple foreseeability test), 모든 제네릭 프레가발린은 제조시점부터 오염되어 이를 제조한 제조회사뿐만 아니라 2차적으로 이를 취급하는 도매업자나 약사까지 침해의 책임을 지게 된다고 비판하였다.[93] 제네릭 제조업자가 통증치료의 용도로 제네릭 프레가발린이 사용되는 것을 방지하기 위하여 필요한 모든 합리적인 노력을 기울인다 하여도, 적어도 최소한의 제네릭 프레가발린은 통증용도로 사용될 것이 예측되므로, 제네릭 프레가발린 전량이 특허권 침해 용도로 제조되어 차후 거래행위들 모두가 특허권 침해가 되는 문제가 발생하는 것이다.[94] 한편, 침해자가 침해를 방지하기 위하여 모든 합리적인 조치를 취하였다면 예측가능성을 부정할 수 있다는 기준도 문제가 있다고 보았다. 모든 합리적인 조치를 취하였다고 하더라도 특허용도로 사용되는 것을 막을 수는 없으므로 이는 법에서 인정하지 않는 침해의 방어방법이 될 수 있고, 제조업자가 합리적인 조치를 취했는지 여부는 제네릭 프레가발린의 도매업자나 약사가 알 수 있는 사항이 아니므로 법적 안정성의 문제도 발생한다는 것이다.[95] 그렇다고 하여 침해자의 정신적 요건을 아예 고려하지 않는 것도 불가능하다고 보았다. 스위스 타입 청구항에 기재된 "용도"는 필연적으로 정신적 요건을 포함하는 것이므로, 용도를 물건의 물리적 특

91) *Id.* at 15.
92) *Id.* at 15.
93) *Id.* at 156-159, 189.
94) *Id.*
95) *Id.* at 160-161, 189.

성에 내재된 것으로 취급하는 것은 스위스 타입 청구항에 기재된 용도의 역할을 실제로 반영하지 못한다는 것이다.[96]

따라서 대법관 Briggs와 Hodge는 해당 약품의 용도를 제조업자의 주관적 의도에 근거하여 판단하는 것이 올바른 침해의 판단기준이라고 판시하였다. 이러한 판단기준에 따르면, 제품의 포장뿐만 아니라 제네릭 제조업자의 의도를 증명할 수 있는 모든 증거가 채택될 수 있다. 제품의 포장, 라벨, 홍보문구, 환자 지침서 등은 제조업자의 의도를 증명하는 좋은 증거가 될 수 있다.[97]

이처럼 대상 판결과 동일한 사건에서 영국 대법원은 제2의약용도발명의 "통증치료용"이라는 구성을 어떻게 해석할 것인지에 관하여 대법관들도 치열한 논쟁을 나누었다. 5명의 대법관 사이에서도 그 의견이 2:2:1로 나뉘어졌고, 동 판결문에서 침해의 판단기준에 관한 논의는 방론(dicta)에 불과하여 다음 판결을 기속하는 것은 아니지만, 제2의약용도발명에서 용도의 구성이 침해자의 의도를 의미하는 것으로 해석될 수 있는지, 이러한 침해자의 의도가 주관적인 의도인지 객관적인 상황에서 합리적으로 예측되는 의도인지, 침해자의 의도는 무관하고 침해혐의품의 외관으로 알 수 있는 사항을 의미하는 것인지, 침해자가 특허용도로 해당 물건이 사용되는 것을 방지하기 위한 노력을 기울였다면 침해 책임에서 벗어나는 것인지 등에 대하여 깊은 논의가 있었다.

동 영국 대법원 판결에서 제2의약용도발명은 스위스 타입 청구항으로 기재되어 있어 대상 판결에서의 청구범위가 물건발명으로 기재되어 있는 것과는 차이가 있으나, 제2의약용도발명에서 '용도' 구성을 어떻게 해석할 것인지에 대해서는 우리 법원도 그 논지를 참고할 필요가 있다. 이 글에서는 제2의약용도발명이 치료방법발명에 해당하므로 제약회사의 생산, 판매에 대해서는 구법에서는 직접침해가 성립할 수 없다는 입장이므로 영국 대법원 판결을 그대로 적용하기에는 무리가 있으나, 우리 법원은 직접침해가 성립할 수 있다는 입장이므로 적어도 '용도' 구성을 해석함에 있어 침해자의 인식이나 의도를 고려할 것인지, 침해자가 특허용도로 사용되는 것을 방지하기 위한 노력을 하였다면 면책시킬 수 있을 것

96) *Id.* at 176-171, 188, 189.
97) *Id.* at 172-174, 188-189.

인지에 대한 고민이 필요하다고 생각된다.

3. 간접침해로 다룰 것을 직접침해로 인정함

미국은 제2의약용도발명의 본질에 맞게 이를 치료방법발명으로 기재하고 방법발명으로 파악한다.[98] 따라서 미국에서 제2의약용도발명의 직접침해는 의사나 약사가 의약품을 처방·조제하는 행위 또는 환자가 이를 복용하는 국면에서 발생하고 제약회사는 이러한 직접침해를 유도한 경우에만 유도간접침해 책임을 질 수 있다.[99] 즉, 미국은 제약회사에 대하여 직접침해가 아닌 간접침해의 책임만 성립할 수 있음을 분명히 하고 있다.[100][101]

미국 특허법 제271(b)조는 "특허의 침해를 적극적으로 유도한 자는 침해자로서 책임이 있다"고 규정한다.[102] 유도침해가 성립하기 위해서는 ① 유도침해자가 제3자의 직접침해를 실제로 유도하여야 하고, ② 유도침해자의 행위로 인하여 실제 침해가 유도될 것을 유도침해자가 알았거나 알 수 있었어야 하며, ③ 유도침해자가 특정한 고의(specific intent)가 있어야 하며,[103] ④ 제3자의 직접침해가 존재하여야 한다.[104][105]

---

98) Jochen Bühling, "Patent Protection for Second Medical Uses – AIPPI Law Series", Wolters Kluwer, 2016, p. 320.

99) 용도의 안내(instruction)가 유도간접침해에 해당하는지 여부를 다툰 사건들의 정리: 2 Annotated Patent Digest § 10:61.

100) Jochen Bühling, *supra*, at 342-343.

101) Michael A. Carrier & Brenna Sooy, *Five Solutions to the REMS Patent Problem*, 97 B.U. L. Rev. 1661, 1677 (2017) ("The brand sued the generic, claiming that the proposed generic label (which provided instructions on how to administer the drug) would induce infringement of its method-of-treatment patent.").

102) 35 U.S.C. § 271(b) ("Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.").

103) 법규정에서 유도침해자의 '의도'를 요구하고 있지 않으나, 법원은 의도가 필요하다고 보고 있으며, 의도의 증명은 정황증거로도 가능하다. Water Technologies Corporation v. Calco Ltd J Water Technologies Corporation, 850 F.2d 660, 668 (Fed. Cir. 1988). 특허의 존재를 단순히 알고 있었다는 점만으로는 부족하다. Manville Sales Corp. v. Paramount Sys., Inc., 917 F.2d 544, 553 (Fed. Cir. 1990).

104) Vita-Mix Corp. v. Basic Holding, Inc., 581 F.3d 1317, 1328 (Fed. Cir. 2009) ("Inducement requires a showing that the alleged inducer knew of the patent, knowingly induced the infringing acts, and possessed a specific intent to encourage another's infringement.").

유도침해에서 유도행위란 제3자가 특허권을 침해하도록 실제로 유발하거나, 촉구하거나, 장려하거나, 조력하는 행위를 의미한다.[106] 요건 ①과 관련하여, 유도침해가 성립하기 위해서는 유도침해자가 '적극적 행위(affirmative act)'로 침해를 유도하여야 한다.[107] 적극적 행위 요건을 만족하기 위해서는 유도침해자의 작위가 있어야 하고, 부작위만으로는 충분하지 않다.[108][109] 법규정이 유도침해자의 '의도(intent)'를 요구하고 있지 않으나, 법원은 의도가 필요하다고 보고 있으며, 의도의 증명은 정황증거로도 가능하다.[110] 유도침해자는 특허가 존재한다는 사실을 알았거나 알 수 있었어야 하고, 직접침해의 가능성을 아는 것만으로는 충분하지 않다.[111] 유도침해자는 유도침해를 하고자 하는 '특정한 의도(specific intent)'를 가져야 하고,[112] 특허의 존재를 단순히 알고 있었다는 점만으로는 부족하다.[113]

이처럼 유도침해를 증명하는 것이 쉽지 않은 일이기 때문에, 오리지날 제약회사로서는 제네릭 제약회사에 대하여 유도침해를 주장하여 성공하기가 쉽지 않다.[114] 오리지널 제약회사는 신약을 허가 받기 위하여 효과 등에 관한 수많은 자료를 만들어 제출하여야 하고, 의사들에게도 신약의

105) 의도(intent)의 증명에 대하여는 이견이 존재한다: Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 543 F.3d 683, 697-99 (Fed. Cir. 2008) ("[I]ntent may be established where an alleged infringer who 'knew or should have known his actions would induce actual infringements.'").

106) Fromberg, Inc. v. Thornhill, 315 F.2d 407, 411 (5th Cir. 1963).

107) Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A., 2011 WL 2119109, at 4 (2011).

108) Beverly Hills Fan Co. v. Royal Sovereign Corp., 21 F.3d 1558, 1569 (Fed. Cir. 1994) ("But [personal] jurisdiction here cannot be based on a tortious omission, since active inducement of infringement requires the commission of an affirmative act.").

109) Warner-Lambert Co. v. Apotex Corp., 316 F.3d 1348, 1365 (Fed. Cir. 2003) ("[A]ssuming that Apotex is 'counting on' sales for off-label uses, it defies common sense to expect that Apotex will actively promote the sale of its approved gabapentin, in contravention of FDA regulations, for a use that (a) might infringe Warner-Lambert's patent and (b) constitutes such a small fraction of total sales.").

110) Water Technologies Corporation v. Calco Ltd J Water Technologies Corporation, 850 F.2d 660, 668 (Fed. Cir. 1988).

111) Vita-Mix Corp. v. Basic Holding Inc., 581 F.3d 1317, 1328 (Fed. Cir. 2009).

112) *Id.*

113) Manville Sales Corp. v. Paramount Sys., Inc., 917 F.2d 544, 553 (Fed. Cir. 1990).

114) Shashank Upadhye, "Generic Pharmaceutical Patent and FDA Law," 2014 Edition, Thomson Reuters Westlaw, p. 236.

치료효과나 사용방법에 대하여 학회 자료나 마케팅 자료 등을 배부하여 홍보하여야 할 필요성이 있지만, 제네릭 제약회사는 제네릭 의약품을 의약품 판매자에게 판매할 뿐이고, 의사가 해당 약성분을 처방하게 되면, 환자는 그 처방전을 약사에게 가져다주고, 이 때 제네릭 의약품이 있다면 약사의 재량에 따라 제네릭 의약품을 환자에게 판매하게 된다.[115] 제네릭 제약회사는 오리지널 의약품과 생물학적 동등성을 갖는 제네릭 의약품을 만들어 FDA로부터 허가를 받게 되면, 제네릭 의약품이라는 사실만으로 오리지널 의약품과 동일한 효과를 갖는 것으로 추측할 수 있으므로, 별도로 제네릭 의약품이 오리지널 의약품과 동일한 효과를 갖는다는 홍보자료를 만들 필요가 있다고 보기도 어렵다. 이러한 이유로 사실상 제네릭 제약회사가 의사와 적극적으로 소통하여 직접침해를 '유도'할 필요가 없기 때문에, 결과적으로 제2의약용도발명에 있어서 유도침해를 인정받는 것은 극히 어렵다는 견해도 있다.[116][117]

이처럼 미국에서는 유도간접침해를 인정하기 위한 요건이 직접침해의 요건보다 까다롭다. 간접침해가 침해의 범위를 넓히는 것이므로 그 넓어진 범위에 대해 더 까다로운 기준을 적용하는 것이 당연해 보인다. 그런데 대상 판결은 제약회사에 대하여 제2의약용도발명에 대한 직접침해가 성립한다고 인정함으로써 특허권자인 워너-램버트의 본국이자 특허권자에게 호의적인 미국의 법원보다 훨씬 더 강력한 침해기준을 제시하였다. 그런 점에서 구법에 따라서 제네릭 제약회사의 특허권 직접침해를 인정

115) *Id.* at 236-37.

116) *Id.* at 237.

117) 그러나 최근 *GSK v. Teva* 사건에서 CAFC의 다수의견은 테바의 홍보자료에 제네릭 의약품이 오리지널 의약품과 동일한 의약품이라거나, 또는 특정 의약품의 제네릭 의약품이라는 점이 기재되어 있다면, 테바가 제2의약용도발명을 유도침해한 것이라고 판단하여 제2의약용도발명에 대한 유도침해를 비교적 쉽게 인정한 바 있다. 다만 동 판결의 반대의견에서 Prost 법원장은 다수의견이 유도행위와 제3자의 직접적인 특허권 침해행위 간의 인과관계가 인정되지 않는 사례에도 유도침해를 인정하는 문제가 있고 본 건에서 테바에게 유도침해를 인정하는 것은 입법자의 의도에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 선행판결들에 명시된 유도침해의 판단기준에도 반한다고 비판하였다. GlaxoSmithKline LLC, SmithKline Beecham (Cork) Limited v. TEVA Pharmaceuticals USA, Inc., 2020 WL 5856868 (Fed. Cir. 2020). 동 판결은 (2020년 12월초의 시점에서는) 아직 확정되지 않아 CAFC의 전원합의체 심리(*en banc* review) 또는 연방대법원의 상고허가를 기대할만 하다.

한 대상 판결은 지나친 것이다. 물론, 2019년 법개정으로 인해 신법에서는 제네릭 제약회사의 풀 라벨 의약품의 제조, 판매를 직접침해로 인정할 수 있게 된 것은 제네릭 제약회사를 직접침해나 간접침해로 모두 규율할 수 없었던 구법의 공백을 메우는 것이 된다. 한편, 제네릭 제약회사에 대하여 직접침해를 인정할 수 있는 가능성은 열어두되, 신법 제94조 제2항을 통해 제네릭 제약회사 특허발명의 사용이 특허권을 침해한다는 사실을 '알면서' 그 방법을 청약한 경우에만 침해를 인정함으로써, 비교법적인 관점에서도 어느 정도 형평성을 유지할 수 있게 되었다고 평가한다.

4. 주관설에 입각하여 침해 여부를 형식적으로 파악

대상 판결은 품목허가 여부로 침해 여부를 판단하였다. 따라서 통증을 적응증에서 삭제하는 변경허가를 받은 이후에는 침해가 성립하지 않는다고 보았다. 품목허가 사항은 의약품의 라벨에 기재되므로 대상 판결은 용도가 물건의 포장이나 용기에 기재되었을 경우에만 침해가 성립한다는 주관설에 입각하여 침해를 판단한 것이다. 그러나, 해당 제품이 실제 특허용도로 사용되는지 여부도 살펴야 한다. 특허용도로 품목허가를 받지는 않았으나 실제 의료현장에서 특허용도로 허다히 사용되는 경우에는 특허권자가 손해를 보게 된다.

대상 판결도 "의약품은 약사법령에 의하여 허가 또는 신고된 사항(효능·효과 및 용법·용량 등)의 범위 안에서 환자의 증상 등에 따라 필요·적절하게 처방·투여하여야 하고, 약사법령에 따라 허가를 받은 범위를 벗어난 약제 처방은 국민건강보험법령상 요양급여의 대상에서 제외되어 비급여대상이 되므로(국민건강보험법 제41조 제4항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 [별표 1] 제3호 가목 (2), 제9조 제1항 [별표 2] 제8호), 위 변경허가일 이후에는 의사가 피고 의약품을 신경병증성통증 및 섬유근육통 치료 용도로 사용할 개연성이 크지 않다"고 판시함으로써 실제 의사가 의약품을 특허용도로 사용할 가능성이 있는지를 보기는 하였다. 그러나, 요양급여 대상이 아닌 의약품의 경우에는 어떻게 판단할 것인가? 오프라벨로 사용될 개연성이 큰 경우에는 침해로

판단할 것인가? 대상 판결은 구체적인 상황에서 어떠한 경우에 침해로 판단할 것인지에 대하여 그 기준을 제시하고 있지 않다.

5. 의사에 대해서는 침해가 성립하지 않는다고 판단

대상 판결은 “설령 의사가 위 변경허가일 이후 피고 의약품을 통증 치료 용도로 처방한다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 의사의 처방행위를 피고의 특허침해(실시) 행위인 '물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵다”고 판시하였다. 의사가 스키니 라벨 의약품을 ‘허가 외 사용’하여 특허용도로 처방하는 행위는 실시행위에 해당하지 않아 침해가 성립하지 않는다는 것이다. 그러나 이러한 대상 판결의 판단은 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

첫째, 대상 판결은 물건발명의 실시 태양 중 ‘사용’ 행위를 고려하지 않고 있다. 특허법은 물건발명의 실시 태양을 “그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위”로 정의하고 있다.[118] 그런데 대상 판결은 의사의 처방행위가 ‘물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위'에 해당하지 않는다고 판단하여 ‘물건을 사용’하는 행위를 실시태양에서 배제하고 있다. 대상 판결은 물건을 사용하는 행위를 배제한 이유에 대해 밝히지 않고 있다.

둘째, 제2의약용도발명을 물건발명으로 보든 방법발명으로 보든 의사의 처방행위는 특허발명의 실시행위에 해당한다. 물건발명으로 보는 경우 의사의 처방행위는 의약품을 특허용도로 ‘사용’하는 행위이므로 ‘물건을 사용하는 행위’에 해당하고, 방법발명으로 보는 경우에는 의약품을 사용하여 특허용도로 치료하는 방법을 사용하는 행위이므로 ‘그 방법을 사용하는 행위’에 해당한다. 즉, 제2의약용도발명을 어떤 것으로 보아도 의사가 해당 의약품을 특허용도로 처방하는 행위는 ‘실시’ 행위에 포섭될 수 있는 것이다.

---

118) 특허법 제2조 제3호 가목.

셋째, 이처럼 의사의 처방행위를 특허발명의 실시행위로 볼 수 있다면 제약회사가 해당 의약품을 생산·판매하는 행위가 간접침해에 해당하는지 여부를 살폈어야 한다. 그러나 대상 판결은 피고 제약회사들이 제네릭 프레가발린을 제조·판매한 행위가 특허권 직접침해에 해당하는지 여부만을 살피고 간접침해에 해당하는지 여부는 검토하지 않았다.

VI. 제2의약용도발명의 특허권 침해에 관한 법리의 정립방안

1. 제2의약용도발명의 본질은 방법발명

제2의약용도발명은 알려진 물질의 새로운 용도로의 사용방법에 관한 발명이다. 그러므로 그 발명에 대하여는 방법발명으로 취급하는 것이 타당하고 미국에서는 제2의약용도발명을 치료방법발명으로 취급하고 있다. 반면, 의료방법발명을 특허로 보호하지 않는 유럽국가 등에서는 제2의약용도발명을 특허로 보호하기 위해 소위 스위스형 청구항, EPC 2000 청구항을 허용하였다.

제2의약용도발명의 청구항 기재형식을 방법발명으로 하든, 물건발명으로 하든, 스위스형 청구항으로 하든, EPC 2000 청구항으로 하든, 해당 청구항에는 '제2의약용도'가 구성으로 기재된다. 그 용도가 발명의 핵심이므로 그것이 기재되지 않고서는 신규성, 진보성을 인정받을 수 없다. 특허권 침해이론 중 가장 기본이론인 구성요소완비의 원칙에 의하면, 그 구성요소인 새로운 용도가 실시되어야 침해행위가 인정된다.[119][120] 구성요소 중 일부를 실시하지 않는 제품은 특허권을 침해하지 않는다는 점은 매우 기본적이면서도 중요한 원칙이므로, 우리 법원도 망설임 없이 그 원칙을 적용한다.[121] 달리 말하면, 제2의약용도발명을 특허로 보호하기

119) 권택수, "복수주체에 의한 실시와 특허권 침해", 법학평론 제6권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2016, 89면("원칙적으로 특허침해(직접침해)는, 침해대상제품 내지 방법이 당해 특허발명의 특허청구범위에 기재되어 있는 구성요소를 모두 충족하는 경우에 성립한다(구성요소완비의 원칙).").

120) 조영선, "복수주체에 의한 특허침해의 법률문제", 법조 제57권 제10호, 법조협회, 2008, 212면("한편, 대부분의 특허청구범위는 복수의 기술구성요소로 이루어져 있는바, 발명은 모든 구성요소가 유기적 일체로 이루어진 것이므로 특허의 침해는 침해자가 특허청구범위의 모든 구성요소를 사용하는 경우에만 성립하고, 그 중 일부만을 실시하는 행위는 원칙적으로 침해를 구성하지 않는다(All elements rule).").

121) 특허법원 2020. 11. 6. 선고 2019나1777 판결("피고 제품이 구성 1 내지 5를 모두 구비하고 있다

위한 청구항의 형식이 어떠하든, 핵심 구성요소인 용도가 실시되어야 침해가 인정될 수 있다는 점에는 변함이 없어야 한다.

2. 2019년 개정 전 특허법에 의한 침해 여부 판단

가. 특허권 침해 여부

제네릭 제약회사가 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위는 공지물질을 제조, 판매하는 행위에 불과하므로 제2의약용도발명의 특허권을 침해하는 것이 아니다. 그 제품이 특허용도로 사용되어야 비로소 직접침해가 발생하는 것이다.[122] 그러한 사용은 의사, 약사 및/또는 환자에 의해 발생하므로, 제네릭 제약회사에 의한 제네릭 제품의 제조, 판매 행위 그 자체는 특허권 직접침해가 아니다. 나아가, 제네릭 제품에 풀 라벨을 부착하였다는 사실만으로 그 제품의 제조, 판매가 직접침해로 변경되는 것도 아니다. 이런 점에서 대상 판결은 틀린 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 미국에서는 제네릭 제약회사가 풀 라벨을 부착한 행위가 유도간접침해인지 여부만 판단한다. 즉, 직접침해가 아님을 전제로 간접침해만을 판단하는 것이다. 그런 견지에서 우리도 풀 라벨을 부착하였다는 사실만으로 직접침해라고 판단하여서는 아니된다. 풀 라벨을 부착한 행위는 해당 특허용도로 사용한 것이 아니다. 의사, 약사 및/또는 환자의 사용을 유도하는 것에 불과하다.

둘째, 제네릭 제품을 풀 라벨을 부착하여 판매하였다는 점만으로 직접침해를 인정하게 되면 그 다음 절차에서 모순이 발생한다. 풀 라벨을 부착한 제품 중 일부는 비특허용도로 사용되었을 것인데, 그 제품을 손해배상액 산정에 포함시킬 수는 없다.[123] 대상 판결도 손해배상액을 산정하는 국면에서는 실제 특허용도로 처방된 양을 손해액 산정의 근거로 하

고도 보기 어려우므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.").

122) 문선영, "특허권 공동침해에 관한 소고", 강원법학 제35(II)권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 624-625면("특허권의 침해가 성립되기 위해서는 침해행위가 특허발명의 구성요소 전부를 실시하여야 한다는 것이 특허법의 전통적인 원칙이다.").

123) Scott Parker & Ben Hall, "Skinny labelling infringement: finding a fair remedy," Intellectual Property Magazine, 2013. 9. 3.
<http://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/skinny-labelling-infringement-finding-a-fair-remedy-91356.htm>.

였다. 즉, 비특허용도로 사용된 제품은 풀 라벨에도 불구하고 침해를 구성하지 못한다. 달리 말하면, 풀 라벨을 부착하여 판매하는 시점에서는 그 제품이 특허용도로 사용될지 아니면 비특허용도로 사용될지를 알 수 없는 것이다. 당연히, 비특허용도로의 사용은 특허권 침해가 아니다.

나. 간접침해 여부

제네릭 제품에 풀 라벨을 부착하여 판매하는 행위가 직접침해가 아니라면 다음 단계에서 간접침해인지 여부를 판단하여야 한다. 우리 특허법 제127조는 (2019년 개정 전·후를 불문하고) 전용품에 의한 간접침해만을 규정한다. 그런데, 대상 제네릭 제품은 비특허용도로도 사용될 수 있으므로 특허용도로만 사용되는 전용품이 아니다. 그러므로, 제네릭 제품에 풀 라벨을 부착하여 판매하는 행위가 간접침해도 아니다. 그렇다면 한편으로는 제2의약용도발명에 특허를 허여하면서도 다른 한편으로는 제네릭 제약회사가 제네릭 제품에 풀 라벨을 부착하여 판매하는 행위를 규율하지 못한다. 이런 법적 공백을 메우기 위해 ① 특허법에 유도간접침해 규정을 신설하는 방안 또는 ② (2019년 개정 후 특허법과 같이) 방법발명의 실시의 유형에 해당 방법을 사용하는 행위 외에 해당 사용을 청약하는 행위를 포함시키는 방안이 강구될 수 있을 것이다.

다. 대상 판결의 초법적 판단

대상 판결은 제2의약용도발명의 본질을 외면하고 제2의약용도발명을 물건발명으로 취급하며, 구성요소완비의 원칙을 무시하고 풀 라벨을 사용한 제네릭 제약회사가 특허권을 직접침해했다고 판단하는 오류를 범하였다. 그러한 오류에는 2019년 개정 전 특허법의 입법불비가 일정 부분 기여했다고 생각된다. 그러나 대상 판결에서 법원이 제2의약용도발명의 본질을 물건발명으로 파악하고 제네릭 제약회사에 대하여 '직접'침해를 인정함으로써, 미국 등의 법리와 비교하여 우리 판결이 제2의약용도발명에 대해서는 가장 높은 수준의 특허보호를 한 셈이 되었다. 우리나라가 제2의약용도발명에 대하여 가장 높은 수준의 보호를 제공하여야 하는 산업정책적 이유가 제시된 바도 없고 사회적 합의도 없었다는 점에서 문제된다.

5. 2019년 개정 후 특허법에서의 제2의약용도발명의 침해

가. 풀 라벨 = 직접침해

신법에 따르면 제네릭 제약회사가 풀 라벨을 부착한 의약품을 판매하는 행위는 해당 특허용도로의 사용을 청약하는 행위에 해당하여 직접침해를 구성하게 된다. 다만, 제94조 제2항에 따라 제네릭 제약회사가 특허용도로의 사용이 특허권을 침해한다는 것을 '알면서' 청약한 행위에만 특허권의 효력이 미친다. 법원은 직접침해로 판단한 후 침해금지명령을 발부하고,[124] 손해배상액을 산정해야 한다. 손해배상액을 산정함에 있어서는 특허용도로 사용된 제품만을 대상으로 하여야 할 것이다.

나. 스키니 라벨 + 홍보 = 청약행위 = 직접침해

스키니 라벨을 부착한 제품의 판매는 일반적으로는 침해에 해당하지 않을 것이다.[125] 그러나, 해당 제품에 스키니 라벨을 부착하면서도 별도로 특허용도로 사용할 수 있음을 홍보하는 경우 그 홍보행위가 특허용도로의 사용을 청약하는 행위에 해당하여 직접침해를 구성하게 될 것이다. 이 경우에도 제94조 제2항에 따라 제네릭 제약회사가 특허용도로의 사용이 특허권을 침해한다는 것을 '알면서' 청약한 행위에만 침해가 성립함은 물론이다.

다. 스키니 제품 중 특허용도로 사용되는 현실에 대한 대응

제네릭 제약회사가 스키니 제품을 제조, 판매하고, 특허용도로의 사용을 홍보하지 않은 경우에도 의사가 스키니 제품을 '허가 외 사용'으로 특허용도로 처방하는 경우 의사의 처방행위는 직접침해를 구성한다. 이 경우 제네릭 제약회사에 대해서는 직접침해 또는 간접침해가 성립하지는

---

124) 단순히 특허용도를 라벨에서 삭제하도록 요구하는 것에 그치는 것이 아니라 더 나아가 특허용도로는 사용되지 않아야 함을 적시하는 소위 'negative label'을 사용하도록 강요할 수 있는가?

125) GlaxoSmithKline LLC v. Teva Pharm. USA, Inc., 976 F.3d 1347, 1357 (Fed. Cir. 2020) ("This case is about whether Teva induced infringement of GSK's reissue patent, RE40,000, by marketing its generic carvedilol of for unpatented uses through a 'skinny label.' The clear answer: Teva did not.").

않을 것이다. 그럼에도 불구하고 의사가 특허용도로 처방함으로써, 제네릭 제약회사는 특허용도로 처방된 양만큼 이득을 얻고, 특허권자는 그만큼의 손해를 입게 된다. 그러한 의사의 처방에 대해 실시료(royalty) 상당액을 제네릭 제약회사가 특허권자에게 지급하도록 하는 방안을 형평성의 차원에서 고민해 볼 필요가 있다. 향후 연구가 필요한 주제이다.

라. 의료방법발명에 대한 거절이유의 변경 및 의약용도발명의 특허 보호

우리 특허법은 의료방법발명의 특허성을 부정하는 규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 특허청 심사기준이 '산업상 이용가능성' 부분에서 의료행위를 산업상 이용가능성이 없다고 기재하고 있을 뿐이다.[126] 특허청의 심사기준은 특허청의 내부 사무처리지침에 불과하여 법적인 구속력은 없는 것이나,[127] 대법원 또한 의료행위에 관한 발명이 산업상 이용가능성이 없다고 판시하고 있어 특허청 심사기준과 견해를 같이 하고 있다.[128] 그래서 의료방법발명이 산업상 이용가능성이 없는 것으로 처리하는 것이 우리의 현행 법리이다.[129]

의료방법발명이 산업상 이용가능성이 없다는 이유로 특허를 거절하는 현행 법리는 논리적이지 않다. 과거 유럽에서도 의료행위에 관한 발명은 산업상 이용가능성이 없다고 규정하였다가,[130] 2000년 개정 유럽특허조

126) 특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, (2020) 제3부 특허요건 제1장 산업상이용가능성 5.1 의료행위.

127) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2004후2444 판결("한편, 이 사건 출원발명이 출원될 때 특허청에서 만들어 놓았던 산업부문별 심사기준은 특허청 내부의 사무처리지침에 불과하여 법적인 구속력이 없으므로 특허청 심사관이 그 기준과 달리 결정한 것이 신뢰보호의 원칙에 반한다고 할 수 없고, …").

128) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90후250 판결("사람의 질병을 진단, 치료, 경감하고 예방하거나 건강을 증진시키는 의약이나 의약의 조제방법 및 의약을 사용한 의료행위에 관한 발명은 산업에 이용할 수 있는 발명이라 할 수 없으므로 특허를 받을 수 없는 것이나, 다만 동물용 의약이나 치료방법 등의 발명은 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 특허의 대상이 될 수 있는바, 출원발명이 동물의 질병만이 아니라 사람의 질병에도 사용할 수 있는 의약이나 의료행위에 관한 발명에 해당하는 경우에도 그 특허청구범위의 기재에서 동물에만 한정하여 특허청구함을 명시하고 있다면 이는 산업상 이용할 수 있는 발명으로서 특허의 대상이 된다.").

129) 최상필, 앞의 논문, 118면("우리나라는 인체를 직접적인 구성요소로 하여 인간의 질병을 수술, 치료, 진단하는 의료방법에 관한 것은 산업상 이용가능성이 없음을 근거로 특허성을 부인하고 있으나, 의약발명의 경우 특허를 인정하고 있다.").

130) 1973년 제정된 유럽특허조약(European Patent Convention 'EPC') 제52조 제4항은 "외과적 처치 또는 치료에 의한 인간 또는 동물의 처치방법 및 인간 또는 동물에 실시되는 진단방법"은 산업상

약 이후 의료방법발명이 산업상 이용가능성이 없다고 규정한 부분을 삭제하고, 대신 불특허사유로 개정하였다.[131] 의료행위발명에 대하여 산업상 이용가능성이 없다는 이유로 특허성을 부정하는 것은 부적절하고, 특허법에 의료방법발명을 별도의 '특허를 받을 수 없는 발명'으로 규정하는 것이 바람직하다.[132] 미국과 같이 의료방법발명을 특허로 보호하는 방안이 더 타당할 수 있으나, 그 방안에 대해 국민적 동의를 구하지 못한다면 차선책으로 유럽과 같이 의료방법발명을 산업정책적인 이유에서 특허로 보호하지 않음을 규정해야 한다. 현행 특허법 제32조는 "공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명"에 대해서만 특허를 받을 수 없는 것으로 규정하는데, "의료방법발명"을 새로이 추가하여야 하는 것이다.

한편, 제2의약용도발명을 특허로 어떻게 보호할 것인지에 대해 국회가 결정한 바가 없다. 그럼에도 불구하고 실무에서는 제2의약용도발명을 물건발명으로 인정하고 해석한다. 그러나 제2의약용도발명의 본질이 새로운 용도로의 사용방법이라는 점에 근거하면, 그것을 물건발명으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 그렇다면 차제에 제2의약용도발명이 (의료)방법발명임을 명확하게 하고 그 방법발명을 특허로 보호할 것임을 명확하게 할 필요가 있다. 즉, 다음 표와 같은 개정을 통해 의료방법발명 중 의약용도방법발명은 특허로 보호됨을 명확하게 하는 것이다. 실무는 제2의약용도발명을 물건발명으로 인정하는데 차라리 방법발명으로 인정하고 보호하는 것이 더 타당하다.

이용가능성이 없다고 규정하였었다.

131) 2000년 개정 EPC 제53조(특허성의 예외) 유럽특허는 다음의 발명과 관련하여 부여될 수 없다. …
(c) 인체나 동물에 대한 수술이나 처치, 혹은 인체나 동물을 위한 진단에 대한 방법; 본 규정은 그러한 방법에 사용되는 물건(특히 물질이나 조성물)에는 적용되지 아니한다.

132) 의료방법발명을 산업상 이용가능성이 없다는 이유로 특허를 거부하는 것은 부당하고, 별도의 불특허사유로 규정하는 것이 바람직하다는 견해: 정차호, "의료방법발명의 특허보호 타당성 검토", 산업재산권 통권 제19호, 한국산업재산권법학회, 2006, 25면; 특허법 주해(상), 정상조·박성수 편, 박영사, 2010, 437면; 박준석, "의약에 관한 특허법의 통합적 검토", 저스티스 통권 제128호, 한국법학원, 2012, 238면.

현행 제32조	개정방안
제32조(특허를 받을 수 없는 발명) 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명에 대해서는 제29조 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다.	제32조(특허를 받을 수 없는 발명) 다음 각 호의 하나에 해당하는 발명에 대해서는 제29조에도 불구하고 특허를 받을 수 없다. 1. 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명 2. 의료방법발명(다만, 의약의 용도, 용법, 용량에 관한 발명은 제외한다)

마. 제2의약용도발명을 방법발명으로 보호하고, 의사, 약사에 대해서는 특허권의 효력을 제한하는 방안

미국 특허법에 따르면 의료방법발명에 대해서도 특허가 가능하다. 그러나 수술방법에 대한 특허권을 가진 특허권자가 그 수술방법을 사용한 의사들에 대하여 특허권 침해소송을 제기하자, 해당 특허로 인해 의사들이 환자에게 적절한 치료행위를 신속하게 행할 수 없다는 비판이 제기되었고,[133] 이에 1996년 미국 특허법을 개정하여 의사의 의료행위에 대해서는 특허권 침해에 의한 금지청구나 손해배상의 청구가 가능하지 않도록 명문으로 규정하게 되었다.[134]

제2의약용도발명을 특허로 보호하게 되면, 필연적으로 의사 또는 약사

133) Pallin v. Singer, Civ. No. 5:93-202, 1995 WL 608365 (D. Vt. 1995); Joel J. Garris, *The Case for Patenting Medical Procedures*, 22 Am. J.L. & Med. 85, 91 (1996) ("Dr. Pallin's infringement suit against Dr. Singer demonstrates the legal risk associated with using a patented procedure without obtaining a license or paying a royalty.").

134) 미국 특허법 제287조(c)

(1) 제271조의 (a) 또는 (b)에 근거한 침해를 구성하는 의료행위의 의료실시자에 의한 실행에 관해, 제281조, 제283조, 제284조 및 제285조의 규정은 해당 의료 실시자 또는 해당 의료 행위에 관련된 건강관리 사업체에는 적용하지 않는다.

(2) 본 (c)의 규정과 관련하여:

(A) "의료 행위"는 신체에 대한 의료적 또는 외과적 처치의 실행을 의미하나, (i) 그 특허를 위반하는 특허 받은 기계, 제조물 또는 조성물의사용, (ii) 그 특허를 위반하는 조성물의 특허 받은 용도의 실시, 또는 (iii) 유전공학적 특허를 위반하는 실시는 포함하지 않는다.

의 특허권 직접침해 또는 간접침해가 발생하게 된다. 의사가 제네릭 제품을 특허용도로 처방하는 행위에 특허권이 미치지 않도록 법을 개정해야 한다.[135)136)] 그 취지를 반영하는 특허법 개정방안을 다음 표와 같이 제안한다.

---

135) 최선 기자, 특허 심판장이 본 제약 특허 분쟁 "의사면책 필요", 메디칼타임즈 2016. 11. 30.자 뉴스기사. <http://www.medicaltimes.com/News/1108589>, 2020. 11. 3. 최종접속.

136) 이진희, "의약용도발명의 특허성–투여용법·용량에 특징이 있는 의약용도발명을 중심으로", 서울대학교 석사학위논문, 2017, 92면("환자의 경우 투여용법 용량에 특징이 있는 의약용도발명을 사용한 것으로 볼 여지는 있으나, '업'으로서 특허발명을 실시한 것이 아니므로 원칙적으로 특허침해의 책임을 지지 않는다. 의사의 경우 이론적으로는 이러한 행위가 투여용법 용량에 특징이 있는 의약용도발명을 업으로 사용하는 것으로서 특허발명의 실시에 의하여 특허권 침해의 문제가 발생할 수 있으나, 제약회사 등의 특허권자가 국민의 생명권과 건강권을 담보로 권리행사를 하려한다는 사회적 비난을 감수하고 소비자들의 평판을 잃으면서까지 의사를 상대로 특허침해소송을 제기할 가능성은 낮다. 하지만, 이러한 가능성 자체를 배제할 수 없고, 의사들이 미리 특허발명의 보호범위 내지 특허권의 효력범위를 예측하여 의약품의 처방여부를 결정하는 것을 기대하는 것은 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 의사가 특허 침해의 우려로 가장 적절한 치료방법을 택하지 못하는 것은 바람직하지 않으므로, 의사의 의료행위에 대한 보호를 위해서는 별도로 특허권의 효력범위를 제한하거나 의사를 면책시키는 명문의 규정을 두는 것이 법적 안정성과 예측가능성 측면에서 바람직하다."); 신혜은, 앞의 논문(2015), 235면("… 의료기관이 치료방침에 근거하여 환자에게 새로운 용법·용량으로 의약품을 복용하도록 하는 행위도 '생산'의 개념에 해당한다고 해석될 여지가 존재한다. 일반적으로는 의사의 처방전 발행행위 내지는 환자에 대한 약사의 복약지도행위는 물건의 생산에 해당하지 않으므로 의료기관이 직접침해책임을 부담하지 않는 것으로 해석되나, 앞서 살핀 바와 같이 해석 여하에 따라서는 '생산' 개념에 해당할 가능성도 존재하므로, 의사나 약사가 침해책임을 부담하게 되는 문제발생을 방지하기 위하여 미국과 같이 의료기관의 행위에 대해서는 면책하는 명문의 규정을 둘 것을 제안한다."); 차상육, "의약의 투여용법과 투여용량의 특허대상적격성", 법학논고 제51권, 경북대학교 법학연구원, 2015, 190면("투여용법과 투여용량과 같은 치료방법 등에 특허가 부여된다면 긴급한 환자의 치료에도 의사는 특허권자의 허락을 받아야 하고 환자의 생명이나 신체를 위험에 빠트릴 염려가 있으며 … 의사의 행위에 대해서 법정실시권제도를 규정하든지 또는 조제행위(우리 특허법 제96조 제2항, 일본 특허법 제69조 제3항)와 같이 특허권의 효력을 제한하는 사후적 규제도 있을 수 있다고 본다."); 최상필, 앞의 논문, 134면("의사가 기존의 의약품에 정해져 있는 방법으로 환자를 치료하든, 혹은 그것과 다른 용법 및 용량을 사용해 환자를 치료하든 이는 환자의 치료방법과 관련되는 행위이므로 특허권 침해를 문제 삼지 않는 것이 타당하다. 이 경우에 의사의 치료행위를 보다 확실히 보호하기 위하여 특허법에 명문의 면책규정을 두는 것이 입법론으로 제시될 수 있을 것이다.").

현행 제96조	개정방안
제96조(특허권의 효력이 미치지 아니하는 범위) ① 특허권의 효력은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다. 1. 연구 또는 시험(「약사법」에 따른 의약품의 품목허가·품목신고 및 「농약관리법」에 따른 농약의 등록을 위한 연구 또는 시험을 포함한다)을 하기 위한 특허발명의 실시 2. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치, 그 밖의 물건 3. 특허출원을 한 때부터 국내에 있는 물건 ② 둘 이상의 의약[사람의 질병의 진단·경감·치료·처치(處置) 또는 예방을 위하여 사용되는 물건을 말한다. 이하 같다]이 혼합되어 제조되는 의약의 발명 또는 둘 이상의 의약을 혼합하여 의약을 제조하는 방법의 발명에 관한 특허권의 효력은 「약사법」에 따른 조제행위와 그 조제에 의한 의약에는 미치지 아니한다.	제96조(특허권의 효력이 미치지 아니하는 범위) 제1항 (좌동) 제2항 (좌동) 제3항 (신설) 의약의 용도, 용법 또는 용량의 발명에 관한 특허권의 효력은 「의료법」에 따른 의사의 의료행위와 「약사법」에 따른 약사의 조제행위에는 미치지 아니한다.

VII. 결론

이 글은 제2의약용도발명의 특허권 침해 여부를 다툰 서울중앙지방법원 2016가합517156 판결('대상 판결')을 분석하였다. 그 분석의 결과 필자는 우리나라에서의 법리를 다음과 같이 제안한다. 첫째, 제2의약용도발명의 본질은 알려진 물질의 새로운 용도로의 사용에 관한 것이므로 그 용도가 사용되거나 또는 그 용도로의 사용이 청약되어야 특허권 직접침해를 구성한다. 그러한 법리가 구성요소완비의 원칙과 상응한다.

둘째, 대상 판결은 2019년 개정 전의 구법을 적용하였음에도 불구하고 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품을 제조, 판매한 제네릭 제약회사가 특허권을 직접침해한 것이라고 판단하였으나, 그 판단은 타당하지 않았다. 해당 용도를 직접 사용하는 의사의 단계에 이르러서야 직접침해가 발생하는 것으로 보아야 했다. 대상 판결로 인하여 우리나라는 제2의약용도발명의 특허권 침해와 관련하여 다른 국가의 법리에 비하여 더 높은 수준의 특허권 보호를 제공하는 셈이 되었다. 우리나라가 제2의약용도발명에 가장 높은 수준의 보호를 제공해야 할 산업정책적 이유가 제시되었거나 사회적 합의가 있었다고 보기 어렵다. 우리 특허법이 다른 분야에서는 국제적 조화를 달성하였으나 유독 제약분야에서는 우리만의 독특한 법리가 운영되어왔다. 그 독특한 법리는 국내 제약회사를 보호하기 위해 제약특허의 보호수준을 낮추는 것들이다. 그런데, 놀랍게도 대상 판결은 제2의약용도발명에 대해 미국보다 더 높은 수준의 보호를 제공하는 법리를 설시하였다. 이러한 이상한 법리가 생산되었다는 점에 대해 반성 및 재점검이 필요하다.

셋째, 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위가 (특허법 제127조가 규정하는) 간접침해에도 해당하지 않는다. 해당 제품이 비특허용도로도 사용될 수 있으므로 전용품이 아니기 때문이다. 그러므로, 결과적으로 구법에 의하면 제네릭 제약회사가 풀 라벨을 부착하여 제네릭 제품을 제조, 판매하는 행위가 특허권 침해로 인정되지 않는다. 법적 공백이 존재하는 것이다.

넷째, 그러한 법적 공백이 2019년 법개정으로 메워졌다. 즉, 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품을 판매하는 행위가 특허용도로의 사용을 청약하는 행위가 되고 그래서 직접침해가 되는 것이다. 또한, 스키니 라벨을 부착하여 제네릭 제품을 판매하면서 특허용도로의 사용을 홍보, 권장하는 경우에도 그 행위전체가 신법에 따른 특허용도로의 사용을 청약하는 것이 되고 직접침해로 인정되어야 한다.

다섯째, 풀 라벨이 부착된 제네릭 제품의 판매가 직접침해로 인정되는 경우에도 침해금지명령의 내용이나, 손해배상액 산정의 범위에 대하여는 추가적인 연구가 필요하다. 풀 라벨의 사용을 금지하는 명령에 그칠 것인지 아니면 네거티브 라벨의 사용을 강요할 것인지에 대하여 추가 논의가

필요한 것이다. 손해배상액 산정을 위해서는 특허용도로 실제로 사용된 제품의 수를 기준으로 해야 할 것이다. 스키니 라벨이 부착된 제네릭 제품 중 일부가 특허용도로 사용되면 결과적으로 특허권자에게 손해가 발생한다. 그러한 손해를 보전 또는 보상하는 체계에 대한 연구가 필요하다고 본다.

이 글은 대상 서울중앙지방법원의 판결을 중심으로 우리 법리의 정립 방안을 모색하였다. 향후, 그 법리의 추가적인 발전, 정립을 위해 유럽 및 미국의 법리를 연구할 필요가 있다. 이 글에 대한 시리즈 글로서 유럽의 스위스형 청구항의 침해법리에 대해 분석하는 글 및 미국의 방법청구항의 침해법리에 대해 분석하는 글이 연속하여 발표될 것이다. 그래서 결과적으로 제2의약용도발명의 특허권 침해에 대한 법리가 총정리될 것이다. 그리고 그러한 연구가 대상 판결이 비교법적 관점에서 지나치게 높은 수준의 권리보호를 인정하는 것임을 확인할 것이다. 후속 연구를 다짐한다.

(논문투고일: 2020.12.7., 심사개시일: 2020.12.7., 게재확정일: 2020.12.23.)

한예인 · 정차호

주제어: 용도발명, 제2의약용도발명, 침해, 프레가발린 판결, 물건발명, 방법발명

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

권택수, “복수주체에 의한 실시와 특허권 침해”, 법학평론 제6권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2016.

문선영, “특허권 공동침해에 관한 소고”, 강원법학 제35(II)권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.

박준석, “의약에 관한 특허법의 통합적 검토”, 저스티스 통권 제128호, 한국법학원, 2012.

신혜은, “의료방법발명의 특허법에 의한 보호”, 안암법학 제23권, 안암법학회, 2006.

신혜은, “의약용도발명의 효율적 보호방안에 관한 연구”, 창작과 권리 제55호, 세창출판사, 2009.

신혜은, “투여용법·용량을 포함하는 의약용도발명의 권리범위”, 산업재산권 제48호, 한국지식재산학회, 2015.

신혜은, “의약용도발명의 권리범위와 특허권 침해에 관한 제문제”, 산업재산권 제57호, 한국지식재산학회, 2018.

안소영 등, 의약 용도발명의 청구범위 기재형식에 관한 연구, 특허청 연구용역 보고서, 2008.

윤여강, “의약용도발명에서 명세서 기재요건에 대한 연구”, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.

이진희, “의약용도발명의 특허성–투여용법·용량에 특징이 있는 의약용도발명을 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2017.

정상조·박성수, 특허법 주해(상), 박영사, 2010.

정차호, “재제조의 특허권 침해 여부: 수리 대 재생산”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.

정차호·신혜은, “제법한정물건 청구항의 해석에 물건자체설, 제법한정설 또는 발명실체설의 적용 여부 -대법원 2011후927 전원합의체 판결 및 2013후1726 판결에 대한 비판적 고찰-, 정보법학 제19권 제3호, 한국정보법학회, 2015.

정차호·한예인, “화이자 리리카 용도발명의 특허권 침해사건: 제2용도발명은 물건발명인가, 방법발명인가?”, 특허와상표 제910호, 대한변리사회, 2017.

정차호, “의료방법발명의 특허보호 타당성 검토”, 산업재산권 통권 제19호, 한국산업재산권법학회, 2006.

조영선, “복수주체에 의한 특허침해의 법률문제”, 법조 제57권 제10호, 법조협회, 2008.

차상육, “의약의 투여용법과 투여용량의 특허대상적격성”, 법학논고 제

51권, 경북대학교 법학연구원, 2015.
최상필, “산업상 이용가능성과 의약용도발명의 보호범위”, 동아법학 제81호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
최선 기자, 특허 심판장이 본 제약 특허 분쟁 “의사면책 필요”, 메디칼타임즈 2016. 11. 30.자 뉴스기사.
특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, 2020.
한재성, “의사 등의 의료행위와 특허권 효력의 충돌문제에 대한 소고”, 지식재산연구 제12권 제4호, 한국지식재산연구원, 2017.

II. 영문문헌

Alice O. Martin & Sendil K. Devadas, *Patents with an "I" = Patients*, 18 Annals Health L. 261 (2009).
Carrie Stewart Martin, *Proving Inducement of Infringement of Method-of-Use Patents in Hatch-Waxman Act Litigation: Are the Standards Realistic for the Pharmaceutical Industry?*, 32 AIPLA Q.J. 163 (2004).
Erika Lietzan, *Paper Promises for Drug Innovation*, 26 Geo. Mason L. Rev. 168 (2018).
Galit Gonen, *Innovation in Known Drugs-the European Angle*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 253 (2017).
Jochen Bühling, “Patent Protection for Second Medical Uses-AIPPI Law Series”, Wolters Kluwer. 2016.
Joel J. Garris, *The Case for Patenting Medical Procedures*, 22 Am. J.L. & Med. 85 (1996).
Linda L. Lee, *Trials and TRIPs-Ulations: Indian Patent Law and Novartis Ag v. Union of India*, 23 Berkeley Tech. L.J. 281 (2008).
Mark A. Lemley, *Inducing Patent Infringement*, 39 U.C. Davis L. Rev. 225 (2005).
Michael A. Carrier & Brenna Sooy, *Five Solutions to the REMS Patent Problem*, 97 B.U. L. Rev. 1661 (2017).
Peter Meier-Beck, *Future of Innovation in Medicine: Incentives for New Medical Treatments and Global Health*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 293 (2017).
Philip M. Nelson, *Definition for "Limitation" in the Context of Prosecution History Estoppel and the All Elements Rule: A Proposed Solution to the Troubling Dictum in Kustom Signals v. Applied Concepts*, 2003 B.Y.U. L. Rev. 353

(2003).
Reagan Anne Kulseth, *Biotechnology and Animal Patents: When Someone Builds A Better Mouse*, 32 Ariz. L. Rev. 691 (1990).
Reid F. Herlihy, *The Federal Circuit's Interpretation of the Hatch-Waxman Act: Allowing Generics to Induce Infringement*, 15 Fed. Circuit B.J. 119 (2005).
Scott Parker & Ben Hall, "Skinny labelling infringement: finding a fair remedy," Intellectual Property Magazine, 2013.
Shashank Upadhye, "Generic Pharmaceutical Patent and FDA Law," 2014 Edition, Thomson Reuters Westlaw.
Takuya Yasui, *Protecting A Drug Dosage Regime Using Medical Method or Medical Use Patents*, 96 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 316 (2014).
Toshiko Takenaka, *The Patent and Non-Patent Incentives for Research and Development on New Uses of Known Pharmaceuticals in Japan*, 12 Wash. J.L. Tech. & Arts 219 (2017).

III. 일본문헌

高石秀樹, "「用途発明」の権利範囲について　(直接侵害・間接侵害)", パテント Vol. 70 No. 1, 2007.
吉田広志, "用途発明に関する特許権の差止請求権のあり方－『物』に着目した判断から『者』に着目した判断へ－", 知的財産法政策学研究 Vol. 16, 2007.
村上博, "用途発明の権利範囲に関する一考察", パテントVol. 69 No. 7, 2016.

Abstract

Patent Right Infringement of a Second Medical Use Invention: Focusing on the *Pregabalin* Decision (Seoul Central Court 2016 Gahab 517156 Decision)

Yein HAN, Ph.D. Candidate, Law School of Sungkyunkwan Univ.
Chaho JUNG, Professor, Law School of Sungkyunkwan Univ.

This article analyzed the Seoul Central District Court's 2016 Gahap 517156 decision, which dealt with infringement of patent right of a second medical use invention. As a result, the authors are proposing the should-be legal principles as follows. Firstly, as essence of the second medical use invention relates to use of a known substance for a new purpose, direct infringement occurred only when the substance was used for that purpose. Secondly, the above decision judging that a generic pharmaceutical company that manufactured and sold generic products with a full label directly infringed the patent is contradictory to authors' understanding. In the old law before the revision in 2019, direct infringement occurred only after reaching the stage where a doctor or patient uses the substance for the patented purpose. However, in cases of the new law after the 2019 revision is applied, the act of selling full-label products may be recognized as an act of offering to use for that purpose and, thus, as a direct infringement. Thirdly, the act of manufacturing and selling generic products with full labels is not indirect infringement under section 127 of the Patent Act. This is because the generic products are staple articles (not exclusive articles) since they can be used for non-patented purpose. Therefore, according to the old patent law, generic's act of manufacturing and selling generic

products by attaching full labels is not recognized as a patent infringement. Fourthly, in order to fill in such a legal loophole, it is necessary to regulate manufacture and sale of generic products with full labels by the patent law, and thus, the U.S. Patent Act regulates a generic company's act of producing/selling generic products through the induced indirect infringement provision. In the new Korean Patent Law, a generic company's act of producing/selling generic products may be regulated as an direct infringement. Fifthly, even in the case of selling generic products with skinny labels attached, in the case of promoting or recommending the use for patented purpose, the entire act is recognized as an act of offering to use for patented purpose and may constitutes a direct infringement.

Yein HAN · Chaho JUNG

Keywords: Use Invention, Second Medical Use Invention, Infringement, *Pregabalin* Decision, Product Invention, Process Invention.

成均館法學

第32卷　第4號

成均館大學校 法學研究院
2020.12

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 심사의견에 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 하며, 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
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.
② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.
② 피조사자는 위원회의 결정이 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

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.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 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.]

제2조의3 (투고자 정보의 명확화) 성균관법학에 게재하는 사람은 게재자 정보의 소속과 직위를 명확히 밝혀 기재ㅏ하여야 한다. 게재자의 정보가 미흡 혹은 확인이 필요한 경우 보완 또는 증빙자료를 요구할 수 있다. [신설 2019.12.27.]

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문투고 및 심사 시스템 홈페이지(https://icls.jams.or.kr)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.
② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.
③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.
② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.
③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 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.
< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 12월 27일부터 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 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.
② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

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.

法學硏究院 운영위원회

- 연구원장 정차호
- 운영위원 김재원, 배병호, 이경열, 이선희, 정상현, 정차호

法學硏究院 편집위원회

- 편집위원장 이경열(성균관대학교)
- 편 집 위 원 강현호(성균관대학교), 김동준(충남대학교),
  박인환(인하대학교), 이기춘(부산대학교),
  이창섭(제주대학교), 정차호(성균관대학교),
  현소혜(성균관대학교),

法學硏究院 윤리위원회

- 윤리위원장 정차호(성균관대학교)
- 윤 리 위 원 김재원(성균관대학교), 배병호(성균관대학교),
  이경열(성균관대학교), 이선희(성균관대학교),
  정상현(성균관대학교), 정차호(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

成均館法學
第32卷 第4號

1판 1쇄 인쇄 2020년 12월 31일
1판 1쇄 발행 2020년 12월 31일

발 행 인 : 정 차 호
발 행 처 : 성균관대학교 법학연구원
주 소 : 110－745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2
전 화 : (02)760－1288
팩시밀리 : (02)760－1289
E－mail : icls@skku.edu
등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호
ISSN 1229-943X
eISSN 26717646