

# 高麗法學

제 102 호  
2021. 9.

高麗大學校 法學研究院



# 간행사

**高麗法學** 제102호가 발간되었습니다. 이번 학술지에도 연구자들께서 소중히 준비하신 많은 논문을 투고해 주셨습니다만 정해진 절차와 기준에 따른 심사를 거쳐 연구논문 6편과 판례평석 1편을 수록하였습니다. 주변의 여러 사정이 연구활동에 진력하기 결코 쉽지 않은 상황에서도 묵묵히 맡겨진 바에 몰두하셔서 그 결실인 옥고를 준비·기고해 주신 연구자분들께 무엇보다 먼저 감사의 말씀을 드립니다.

이번 호에 수록된 논문들 역시 이전과 마찬가지로 읽고 생각하여 음미해 보실만한 여러 관점과 소재의 연구내용을 담고 있다고 자부합니다. 시기적 이유 등으로 다시금 생각하지 않을 수 없는 민주주의의 형태라는 담론에 관한 비교법적 경험을 알려주는 논문이 수록되어 있으며, 법률과 법학의 시작이면서 다시 그 적용을 위하여 환류하는 (근본적) 개념에 관한 이론적·실천적 문제의식을 공유하려는 형법, 노동법 분야의 논문도 있습니다. 또한 우리가 늘상 부딪히는 문제인 사회적 필요의 해결과 그를 위한 법 제도와 규정의 긴장관계를 주택분양 관련제도를 통하여 비판적으로 분석한 논문과 아울러 요사이 누구나 관심을 갖고 있는 예방접종의 피해에 대한 국가보상 제도에 관한 제언을 담고 있는 시사적 논문도 관심을 갖게 합니다. 더 나아가 실천학문인 법학의 특성에 따라 전국범죄피해조사의 현실과 개선방안을 제시하는 형사정책 논문, 끝으로 민법 전공자께서는 그 어려움을 잘 알고 계실 사해행위 취소의 상대적 효력 및 채권침해의 책임문제를 연결한 정치한 논문도 함께 살펴봐 주시면 좋겠습니다.

여러 전공의 논문을 함께 수록하는 논문집의 발간이 쉽지 않음은 다 잘 알고 계실 것입니다. 그렇지만 갈수록 전문화의 반향으로 좁아지는 시각을 좀 더 넓혀주는 유익하고 반드시 필요한 바이며, 이는 긴 역사와 업적을 가진 고려대학교 법학연구원이 해야 할 일의 하나라는 것도 같은 마음일 것 이라고 생각합니다. 이러한 동감으로 **高麗法學** 제102호의 발간을 위하여 어느 때와 마찬가지로 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내 외의 많은

심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 드립니다. 또한 행정사무를 원활하게 전담, 처리하고 계시는 편집간사 김배정 박사님과 편한 업무 분위기를 만들어 주시는 김하열 법학연구원 원장님께서도 이 자리를 빌어 고마운 마음을 전합니다. 금년 말 발간 예정인 **高麗法學** 제103호에도 교내외 다양한 전공영역의 연구자님들의 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2021년 9월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김 상 중 올림

# 목 차

## ■ 연구논문

공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰.....	장영수 / 1
21세기 민주주의의 새로운 도전, 직접민주주의 강화가 답이 될 수 있는가? - 스위스, 독일의 직접민주주의의 특징과 시사점 -.....	차진아 / 45
객관주의에 기초한 미수범의 성립 제한 - 특히 과실의 미수를 중심으로 -.....	김상오 / 105
형법적 관점에서 본 전국범죄피해조사의 문제점과 개선방안.....	임석순 / 143
노조법상 근로자 개념에 대한 재검토.....	최흥기 / 173
공중보건 위기대응을 위한 예방접종피해 국가보상 제도의 개편 방향 .....	이은솔 / 233

## ■ 판례연구

사해행위가 취소된 경우, 수익자의 채권자에 대한 제3자의 채권침해의 성립 여부와 손해의 산정 - 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다206933판결 사안을 소재로 - .....	천병주, 김제완 / 271
---	----------------



# 공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰

장 영 수\*

## ▶ 목 차 ◀

- I. 서: 문제의 소재
- II. 「공공주택 특별법」의 입법 배경과 체계
  - 1. 「공공주택 특별법」의 입법 배경
  - 2. 「공공주택 특별법」의 제정 및 개정 경과
  - 3. 「공공주택 특별법」의 입법 취지와 범조문의 체계
- III. 「공공주택 특별법」에 따른 ‘우선 분양전환’ 제도의 의의와 역할
  - 1. 우선 분양전환의 의의와 성격
  - 2. 우선 분양전환의 취지와 요건
  - 3. 제3자 매각의 의미와 요건
- IV. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목의 합헌성 여부
  - 1. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목의 도입 취지
  - 2. ‘우선 분양전환’ 대상자의 범위 확대의 기준과 라목의 타당성 여부
  - 3. 개정 법률의 적용과 신뢰보호의 문제
- V. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 합헌성 여부
  - 1. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정 취지와 현실적 파급효
  - 2. 제3자에 대한 매각과 ‘분양전환 가격 이하의 가격’의 문제점
  - 3. 계약의 자유 및 재산권의 침해 여부
- VI. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 합헌성 여부
  - 1. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 입법취지
  - 2. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항과 부진정 소급효의 문제
  - 3. 공익과 기본권 간의 법익형량
- VII. 맺음: 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목 등의 위헌성과 해결 방향

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 서: 문제의 소재

21세기 대한민국에서 부동산의 문제는 매우 특별한 의미와 비중을 갖는다. 대한민국은 인구에 비해 작은 영토를 갖고 있을 뿐만 아니라, 인구의 수도권 집중이 매우 심각한 탓에 수도권 중심의 부동산 가격은 1997년 IMF 외환위기 직후, 그리고 2008년 국제금융위기 당시를 제외하면 지난 40년 동안 계속 상승했다고 해도 과언이 아니다.<sup>1)</sup>

이러한 부동산 가격의 지속적인 상승은 대한민국 경제 전반에 매우 강력한 영향을 미쳤을 뿐만 아니라, 역대 정부의 평가에서 부동산 정책의 성공 여부가 큰 비중을 차지하게 만들었다.<sup>2)</sup> 그로 인하여 이미 노태우 정부에서부터 이른바 토지공개념 입법들이 제정된 바 있었으며,<sup>3)</sup> 문재인 정부는 2018년 대통령 개헌안에서 토지공개념의 강화를 명시하기도 했다.<sup>4)</sup>

그러나 문재인 정부의 부동산 정책은 -20여 차례의 부동산 대책이 오히려 부동산 가격상승을 부채질하였다는 점은 접어 두더라도- 시장을 무시한 규제 위주의 정책이 실패를 거듭하였다는 점, 그럼에도 불구하고 대못박기 식의 규제입법 강화를 통해 정책의 퇴로를 찾기 어렵게 되었다는 점에 그 특징이 있다.<sup>5)</sup>

---

1) 이에 관해 오래 전부터 공급의 부족, 저금리, 세제와 교육 등이 그 원인으로 지목되고 있다. 이에 관하여는 유선중, 우리나라의 부동산정책과 부동산시장의 추이에 대한 연구, 부동산학보 제21집(2003.08), 216-232쪽 참조. 그러나 역대 정부의 부동산정책이 제대로 성공한 예는 찾아보기 어려우며, 더욱이 문재인 정부의 부동산정책은 최악의 실패라고 평가될 수 있을 것이다.

2) 특히 노무현 정부와 문재인 정부의 경우, 부동산 정책의 실패가 정부에 대한 국민의 불신과 불만에 큰 영향을 미친 것으로 볼 수 있을 것이다.

3) 당시의 토지공개념에 대한 논란에 관하여는 관훈클럽 토론회, 제6공화국의 경제정책과 토지공개념, 관훈저널 제48호(1989.12), 240-269쪽 참조.

4) 2018년 대통령 개헌안에서는 제128조(현행헌법 제122조)에 “국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다”는 내용을 제2항으로 추가하는 것이 발의되었다. 그러나 이러한 방식의 토지공개념 명문화에 대해서는 날카로운 비판이 있었다.

토지공개념의 의의 및 헌법상 명문화에 관한 찬반 의견에 관하여는 김광수, 헌법 개정과 토지공개념, 토지법학 제34-1호(2018.06), 29-58쪽; 김용태, 토지공개념 명문화의 헌법적 의미, 인문사회 21 제11권 제3호(2020.06), 137-147쪽; 차진아, 사회국가의 실현 구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 공법학연구 제19권 제1호(2018.02), 3-41쪽 참조.

특히 2020년 제21대 총선에 의해 여당인 더불어민주당이 국회 내에 절대다수 의석을 차지한 이후에는 입법의 독주로 인한 편향적인 입법의 양산이 심각해졌고, 부동산 관련 입법에 있어서도 임대인과 임차인, 또는 사업자와 소비자 사이에 합리적인 균형을 추구하는 것이 아니라 이른바 사회적 약자에 친화적인 방향으로 과도한 편향성을 보이는 경우가 대폭 증가하였다. 그러나 그 결과는 의도대로 사회적 약자에게 실질적인 도움이 되는 것도 아니었다.

대표적인 예로는 임차인 보호를 앞세워 만들어진 (부동산)임대차3법<sup>6)</sup>으로 인하여 결국 시장에서 전세 물량이 크게 줄어들면서 오히려 전세 대란을 부추겼던 것<sup>7)</sup>이나 주택공급을 늘린다면서 추진했던 공공재개발조차도 시장을 무시한 결과 해당지역 주민들의 반발로 지지부진한 상태에 놓여 있는 것<sup>8)</sup>을 들 수 있다.

이 논문에서 다루고자 하는 「공공주택 특별법」상의 ‘우선 분양전환’ 제도의 문제 또한 이와 유사한 맥락 속에 있는 것으로 볼 수 있다. 동법 제50조의3에서 공공임대주택을 일정한 자격을 갖춘 임차인에게 ‘우선 분양전환’ 하는 것은 「공공주택 특별법」의 취지, 나아가 무주택 서민에 대한 사회보장적 배려의 차원에서 긍정적으로 평가할 수 있으나, 법개정을 통해 그 조건

5) 이에 관하여는 김경무·이창석, 노무현정부 부동산정책의 교훈과 문재인정부의 부동산정책 방향 - 주택정책을 중심으로-, 부동산학보 제71권(2017.12), 20-33쪽; 김택, 정부의 부동산 정책 문제점과 개선방안, 문화기술의 융합 제7권 제1호(2021.02), 256-263쪽; 이창무, 문재인 정부 부동산정책의 비판적 평가, 한국행정연구 제29권 제4호(2020.12), 37-75쪽 참조.

6) (부동산)임대차3법은 전월세상한제·계약갱신청구권제·전월세신고제를 가리키는 것으로서 전월세상한제와 계약갱신청구권을 내용으로 한 「주택임대차보호법」 개정과 전월세신고제를 내용으로 한 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정을 포함한다. 개정된 「주택임대차보호법」 2020년 7월 31일 공포와 동시에 시행되었으며, 개정된 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」은 2020년 8월 18일 공포되어 2021년 6월 1일부터 시행되고 있다.

7) 임대차3법의 문제점에 관하여는 정연부, 임대차3법에 관한 절차법적 검토: 입법절차 및 관련 규정의 성격과 그에 대한 하자를 중심으로, 성균관법학 제32권 제4호(2020.12), 97-133쪽; 한상훈, 주거권과 주택임대료 규제에 관한 연구: 임대차 3법을 중심으로, 토지공법연구 제93집(2021.02), 141-166쪽 참조.

8) 한겨레신문, 2021. 02. 15. 「“너희가 뉴타운을 아느냐” 창신동 원주민이 공공재개발에 반대하는 이유」 (<https://www.hani.co.kr/arti/economy/property/983035.html> 최종방문 2021. 07. 30) 참조.

#### 4 공공주택특별법상의 '우선 분양전환' 제도에 대한 헌법적 고찰

을 변경하는 과정에서 사업자에게 충분한 준비기간을 주지 않고 곧바로 시행함으로써 향후 공공임대주택의 가장 중요한 전제조건인 자원조달에 심각한 문제를 야기할 것이라는 우려가 크다.<sup>9)</sup>

이 논문에서는 「공공주택 특별법」 개정을 통한 '우선 분양전환'의 확대에 대한 헌법적 고찰을 위해서 먼저 '공공주택 특별법의 입법 배경과 체계(Ⅱ)'를 살펴본 후에 '공공주택 특별법에 따른 '우선 분양전환' 제도의 의의와 역할(Ⅲ)'을 정리할 것이다.

이를 기초로 「공공주택 특별법」 개정과 관련하여 합헌성이 문제되는 쟁점들을 ① '우선 분양전환' 대상자의 범위 확대와 관련하여 '공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 라목의 합헌성 여부(Ⅳ)', ② 제3자에 대한 매각에서 '분양전환 가격 이하의 가격'을 요구하는 것과 관련하여 '공공주택 특별법 제50조의3 제4항의 합헌성 여부(Ⅴ)', ③ 임대주택법 부칙 제6조 제2항에 따른 공공건설임대주택에 대한 적용과 관련하여 '공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항의 합헌성 여부(Ⅵ)'의 세 가지로 나누어서 검토해 보고자 한다.

## Ⅱ. 「공공주택 특별법」의 입법 배경과 체계

### 1. 「공공주택 특별법」의 입법 배경

대한민국의 부동산 현황, 특히 수도권권의 주택 현황은 - 농어촌 지역에서 인구감소로 인해 폐가가 늘고 있는 것과는 달리- 지속적인 공급부족에 시달리고 있다. 이는 무엇보다 사회 인프라가 수도권에 집중되고 있을 뿐만 아니라 교육과 취업을 위해 수도권으로 몰리는 인구의 사회적 이동이 여전

---

9) 공공임대주택이 충분히 건설되지 못하는 것은 지속적으로 적자가 발생하는 등 사업성이 떨어지기 때문이다. 그런데 지금까지 공공임대주택의 건설을 위한 재원을 국가재정을 비롯한 공적 재원에서 충당하지 못하여 민간 차입금의 동원이나 민간건설사의 참여가 차지하는 비중이 적지 않다. 이에 관하여는 민태욱, 공공임대주택에 대한 입법평가, 토지공법연구 제80집(2017.11), 1-23(8이하, 13이하)쪽 참조. 그런데 법개정을 통해 사업성을 더욱 악화시키는 것은 공공임대주택의 활성화에 부정적으로 작용할 수밖에 없을 것이다.

하기 때문이라 할 수 있다.<sup>10)</sup>

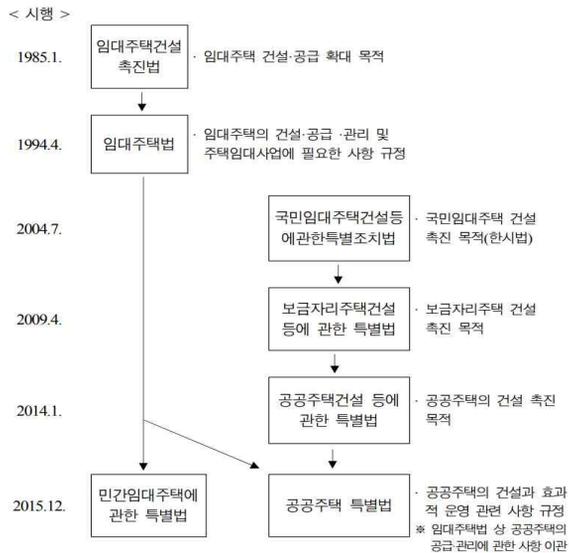
이러한 주택 수요와 공급의 불균형 문제 및 그로 인한 부동산 투기 등의 문제를 해소하기 위해 지속적인 주택공급이 필요하다는 점에 대해서는 이미 오래전부터 공감대가 형성되어 있었다. 2015년 「공공주택 특별법」으로 명칭을 바꾸기 이전에 그 전신(前身)인 「공공주택건설 등에 관한 특별법」이 2014년부터 시행되고 있었다.

그 전에는 1963년 11월 30일 제정되어 같은 해 12월 31일 시행된 「공영주택법」, 1972년 12월 30일 제정되어 1973년 1월 15일 시행된 「주택건설촉진법」, 1984년 12월 31일 제정되어 1985년 1월 31일 시행된 「임대주택건설촉진법」,<sup>11)</sup> 이를 1993년 12월 27일 전부개정하여 1994년 4월 1일 시행된 「임

10) 저출산·고령화로 인한 전체 인구의 감소가 대도시의 주택문제에는 전혀 긍정적으로 작용하지 않고 있으며, 특히 대한민국의 경우 장기간 계속되어 온 지역균형발전정책에도 불구하고 수도권 인구집중이 더욱 심화되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이에 관하여는 서민철, 수도권 인구 집중과 인구 이동의 패턴, 경인교대 기전문화연구 제41권 제1호(2020.06), 95-112쪽 참조.

11) 「임대주택건설촉진법」 이후 법제의 변화는 다음과 같이 정리될 수 있다.

[그림 1] 공공임대주택 관련 법적 근거 변천



[출처: 장경석·송민경, 『공공임대주택 공급동향 분석과 정책과제』, 국회입법조사처 입법·정책보고서 제65호(2020.12), 28쪽.]

대주택법」, 2003년 12월 31일 제정되어 2004년 7월 31일부터 시행된 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」, 2009년 3월 20일 전부개정되어 2009년 4월 20일 시행된 「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」 등이 있었다.<sup>12)</sup>

그러므로 「공공주택 특별법」의 역사적 뿌리는 1963년 공영주택법에 있다고 할 수 있으며, 당시 입법자는 “지방자치단체와 대한주택공사가 사업주체가 되어 정부와 협의하여 공영주택을 건립하여 저소득국민에게 저렴한 가격으로 임대 또는 분양하도록 하려는 것임”이라고 제정 이유를 밝힌 바 있다.<sup>13)</sup>

그러나 임대주택이 본격적으로 활성화되었던 것은 2004년 제정된 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」 이후라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 당시 입법자는 이 법의 제정 이유를 “저소득층의 주거여건을 개선하고 주거불안을 근본적으로 해소하기 위해서는 임대주택을 많이 공급하여야 하나, 임대주택 수요가 높은 수도권과 대도시 인근지역에서 가용택지가 소진되어 택지 확보가 어렵고, 슬럼화와 이미지 악화를 우려한 지역주민과 지방자치단체의 반대로 그 추진에 어려움을 겪고 있는 바, 국민임대주택의 건설촉진 등을 위하여 필요한 사항을 정함으로써 국민임대주택사업을 효율적으로 추진하여 저소득층의 주거안정에 기여하고 나아가 국민의 주거수준 향상에 이바지 하려는 것”이라고 밝힌 바 있다.<sup>15)</sup>

주택공급과 관련한 다양한 정책들 중에서도 「공공주택 특별법」 및 그 전신이 되는 법률들에 관심이 특별히 높았던 것은 이 법률들이 주로 무주택

---

12) 「주택건설촉진법」과 「임대주택법」, 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」, 「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」에 관하여는 김종보, 임대주택의 분양전환과 분양가격, 서울대 법학 제53권 제3호(2013.09), 729-762(738이하)쪽 참조.

13) 법제처 국가법령정보센터([https://www.law.go.kr/lsInfo.do?lsiSeq=1682&lsId=&efYd=1963 1231&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDoc InfoR&ancYnChk=#](https://www.law.go.kr/lsInfo.do?lsiSeq=1682&lsId=&efYd=1963%201231&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDoc%20InfoR&ancYnChk=#) 최종방문 2021. 07. 30.).

14) 국민임대주택의 성과에 관하여는 김경환·김홍균, 참여정부 주택정책의 시장친화성과 정책효과성, 응용경제 제9권 제2호(2007.09), 41-69쪽; 김주영, 국민임대주택 공급의 성과분석에 관한 소고: 관리측면을 중심으로, 주택연구 제20권 제1호(2012.03), 157-178쪽 참조.

15) 법제처 국가법령정보센터 ([https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=59605&ancYd=200312 31&ancNo=07051&efYd=20040701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000](https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=59605&ancYd=200312%2031&ancNo=07051&efYd=20040701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000) 최종방문 2021. 07. 30.).

서민들의 주거 안정을 위해 중요한 역할을 할 것으로 기대했기 때문이다. 이에 대한 관심은 보수정권이나 진보정권이나 크게 다르지 않아서 -비록 정책 및 법률의 명칭은 정권에 따라 바뀌기도 했지만<sup>16)</sup>- 제도 자체는 부분적인 수정과 더불어 계속 유지되었다.<sup>17)</sup>

## 2. 「공공주택 특별법」의 제정 및 개정 경과

「공공주택 특별법」은 「공공주택건설 등에 관한 특별법」이 2015년 8월 28일의 일부개정(2015년 12월 29일 시행)을 통해 명칭을 변경한 것이며, 법률의 전체적인 구조와 성격은 2015년의 개정 이전과 이후에 큰 차이가 없었다. 다만, 주목할 점은 같은 날 전부개정된 「민간임대주택에 관한 특별법」<sup>18)</sup>과의 관계에서 유의미한 조정이 있었다는 점이다.<sup>19)</sup>

당시 개정안의 제안이유에서는 2015년 「공공주택 특별법」으로 명칭을 변경한 이유 등과 관련하여 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>20)</sup>

- 
- 16) 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」은 노무현 정부에서 만들어진 것이었고, 이명박 정부는 이를 「보급자리주택건설 등에 관한 특별법」으로 명칭을 변경했다. 이후 박근혜 정부에서 「공공주택건설 등에 관한 특별법」으로, 그리고 다시금 「공공주택 특별법」으로 계속 이름을 바꾸면서 개정되었던 것이다.
  - 17) 역대 정부의 공공임대주택 공급정책에 관하여는 장경석·송민경, 『공공임대주택 공급동향 분석과 정책과제』, 국회입법조사처 입법·정책보고서 제65호(2020.12), 7쪽 이하 참조.
  - 18) 「민간임대주택에 관한 특별법」의 전신(前身)은 1984년 12월 31일 제정되어 1985년 1월 31일부터 시행되었던 「임대주택건설촉진법」, 그리고 이를 1993년 12월 27일 전부 개정하여 탄생되었고, 1994년 4월 1일부터 시행되었던 「임대주택법」이다.
  - 19) 당시에 「공공주택 특별법」과 「민간임대주택에 관한 특별법」을 동시에 개정하였던 것은 종래 공공주택과 임대주택으로 이원화한 법체계가 공공임대주택에 관하여 혼란스러웠던 부분을 정리하고자 한 것이다. 이러한 의도는 당시의 개정이유에서 “기존에 상이하게 규정되었던 「공공주택건설 등에 관한 특별법」과 「임대주택법」의 공공주택 정의를 일원화하여 그 의미를 명확하게 규정하고 준주택에 대하여 공공주택의 규정을 준용할 수 있도록 함(제2조 및 제2조의2 신설)”이라고 강조하였던 것에서도 확인된다. 이에 관하여는 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=174462&lsId=&efYd=20151229&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#최종방문> 2021. 07. 30.) 참조.
  - 20) 국회 의안정보시스템([http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_W1E5D0J7\\_N0Y6Q1U4W1O5U1J6S9J2T1](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_W1E5D0J7_N0Y6Q1U4W1O5U1J6S9J2T1) 최종방문 2021. 07. 30.) 참조.

- 가. 법 제명을 「공공주택건설 등에 관한 특별법」에서 공공주택의 공급·관리 등에 관한 사항을 포함하여 「공공주택 특별법」으로 변경하고 이에 맞추어 법의 목적을 수정함(안 법 제명 및 제1조).
- 나. 기존에 상이하게 규정되었던 「공공주택건설 등에 관한 특별법」과 「임대주택법」의 공공주택 정의를 일원화하여 그 의미를 명확하게 규정하고 준주택에 대하여 공공주택의 규정을 준용할 수 있도록 함(안 제2조 및 제2조의2).
- 다. ~ 차. 생략

이후 「공공주택 특별법」은 2021년 7월 30일 현재까지 25차례 개정되었다. 그중에는 타법개정을 통해 명칭의 변경 등을 반영한 것이 절반이 약간 넘는 13차례지만, 「공공주택 특별법」 자체를 일부개정한 것만도 12차례에 이른다. 연평균 2차례 개정될 정도로 정치권의 관심이 매우 높은 법률이었음을 보여주는 것이다.

더욱이 문재인 정부에 들어와서 4년 동안 10차례 개정되었다는 것은 이 법률에 대한 정부·여당의 관심을 보여주는 것이라 할 수 있다. 특히 주목할 점은 제21대 국회에 들어와 여당이 압도적 다수의석을 갖게 된 이후에 1년여 동안 4차례의 법개정이 있었다는 점이다. 이는 야당의 실질적인 통제가 무력화된 상태에서 여당이 충분한 숙고 없이 법개정을 반복한 것이 아닌가 하는 의구심까지 갖게 만든다.

이러한 개정 중에서 특히 주목할만한 것이 몇 가지 있다. 특히 문재인 정부에 들어와서 행해진 10여 차례의 「공공주택 특별법」 개정 중에서도 공공주택 우선공급 대상에 신혼부부를 추가하였던 것,<sup>21)</sup> 공공임대주택의 임차권을 양도하거나 공공임대주택을 전대한 자 및 이를 알선한 자에 대한 벌칙을 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에서 3년 이하의 징역 또는 3

21) 2018. 12. 31. 일부개정(2019. 7. 1. 시행). 「공공주택 특별법」 제3조의2 제2항: “국가 및 지방자치단체는 청년층·장애인·고령자·신혼부부 및 저소득층 등 주거지원이 필요한 계층(이하 “주거지원필요계층”이라 한다)의 주거안정을 위하여 공공주택의 건설·취득 또는 관리와 관련한 국세 또는 지방세를 「조세특례제한법」, 「지방세특례제한법」, 그 밖에 조세 관계 법률 및 조례로 정하는 바에 따라 감면할 수 있다.”

천만원 이하의 벌금으로 상향한 것<sup>22)</sup> 등에 대해서는 언론의 관심도 높았다.

그리고 또 한 가지 주목해야 할 변경이 ‘우선 분양전환’에서 나타났다. 공공주택 특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도는 법개정을 통해 여러 차례 변화되었다. 그 중에서도 2020년 12월 22일 법률 제17734호로 일부개정(2021년 6월 23일 시행)된 것은 그 변화의 폭이 상당히 크다.<sup>23)</sup> 개정 전후의 공공주택 특별법 제50조의3을 비교하면 다음과 같다.

개정 전의 ‘우선 분양전환’	개정 후의 ‘우선 분양전환’
<p>① 공공주택사업자는 임대 후 분양전환을 할 목적으로 건설한 공공건설임대주택을 임대의무기간이 지난 후 분양전환하는 경우에는 <u>분양전환 당시까지 거주한 무주택자, 국가기관 또는 법인으로서 대통령령으로 정한 임차인에게 우선 분양전환</u>하여야 한다. 이 경우 분양전환의 방법·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>① 공공주택사업자는 임대 후 분양전환을 할 목적으로 건설한 공공건설임대주택을 임대의무기간이 지난 후 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 우선 분양전환(이하 “우선 분양전환”이라 한다)하여야 한다. 이 경우 우선 분양전환의 방법·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. &lt;개정 2020. 12. 22.&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 분양전환 시점에 해당 임대주택에 거주하고 있는 임차인으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우                     <ul style="list-style-type: none"> <li>가. <u>입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주한 무주택자인 경우</u></li> <li>나. <u>공공건설임대주택에 입주한 후 상속이나 판결 또는 혼인으로 다른 주택을 소유하게 되었으나 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주하면서 분양전환 이전까지 다른 주택을 처분한 무주택자인 경우</u></li> <li>다. <u>제49조의4 단서에 따라 임차권을 양도받은 자</u></li> </ul> </li> </ol>

22) 2019. 8. 20., 일부개정(2020. 2. 21. 시행). 「공공주택 특별법」 제57조의3(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임대주택을 임대받거나 임대받게 한 자
2. 제49조의4를 위반하여 공공임대주택의 임차권을 양도하거나 공공임대주택을 전대한 자 및 이를 알선한 자

23) 그러나 ‘우선 분양전환’의 변경에 대해서는 대중적인 관심이 높지 않은 탓인지 언론이 뚜렷한 관심을 보이지는 않았다.

	<p><u>로서 양도일부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 경우</u></p> <p>라. <u>선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우</u></p> <p>마. <u>분양전환 당시에 거주하고 있는 해당 임대주택이 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우</u></p> <p>2. <u>분양전환 시점에 해당 임대주택의 임차인인 국가기관이나 법인</u></p>
	<p>② 공공주택사업자는 공공건설임대주택의 임대기간이 지난 후 해당 주택의 임차인에게 제1항에 따른 우선 분양전환 자격, 우선 분양전환 가격 등 우선 분양전환에 관한 사항을 통보하여야 한다. 이 경우 우선 분양전환 자격이 있다고 통보받은 임차인이 우선 분양전환에 응하려는 경우에는 그 통보를 받은 후 6개월(임대기간이 10년인 공공건설임대주택의 경우에는 12개월을 말한다) 이내에 우선 분양전환 계약을 하여야 한다. &lt;신설 2020. 12. 22.&gt;</p>
	<p>③ 제1항에 따른 우선 분양전환에 응하려는 임차인은 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 거주 여부를 확인할 수 있는 서류를 공공주택사업자에게 제출하여야 한다. 이 경우 공공주택사업자는 임차인이 제출한 서류를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 확인하여야 한다. &lt;신설 2020. 12. 22.&gt;</p>
<p>② 임차인이 대통령령으로 정하는 기간 이상 제1항에 따른 우선 분양전환에 응하지 아니하는 경우에는 공공주택사업자는 <u>국토교통부령으로 정하는 바에</u></p>	<p>④ 공공주택사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 해당 임대주택을 제2항에 따라 <u>통보한 분양전환 가격 이하의 가격으로 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제3자에게 매각할 수 있다.</u> &lt;개정 2020. 12. 22.&gt;</p> <p>1. 제1항에 따른 우선 분양전환 자격을 갖춘 자가 존재하지 아니하는 경우</p>

<p><u>따라 해당 공공건설임대주택을 제3자에게 매각할 수 있다.</u></p>	<p>2. 제2항에 따라 공공주택사업자가 임차인에게 우선 분양전환에 관한 사항을 통보한 날부터 6개월(임대의무기간이 10년인 공공건설임대주택의 경우에는 12개월을 말한다) 이내에 임차인이 우선 분양전환 계약을 하지 아니한 경우</p>
<p>③ <u>분양전환가격 산정을 위한 감정평가는 공공주택사업자가 비용을 부담하는 조건으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장이 감정평가법인을 선정하여 시행한다. 다만, 감정평가에 대하여 대통령령으로 정하는 사항에 대하여 공공주택사업자 또는 임차인 과반수 이상의 동의를 받은 임차인(임차인대표회의가 구성된 경우 임차인대표회의를 말한다)이 이의신청을 하는 경우 시장·군수·구청장은 이의신청을 한 자가 비용을 부담하는 조건 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 한 차례만 재평가하게 할 수 있다.</u></p>	<p>⑤ <u>제1항에 따른 우선 분양전환 가격 및 제4항에 따른 매각 가격 산정을 위한 감정평가는 공공주택사업자가 비용을 부담하는 조건으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장이 감정평가법인을 선정하여 시행한다. 다만, 감정평가에 대하여 대통령령으로 정하는 사항에 대하여 공공주택사업자 또는 임차인 과반수 이상의 동의를 받은 임차인(임차인대표회의가 구성된 경우 임차인대표회의를 말한다)이 이의신청을 하는 경우 시장·군수·구청장은 이의신청을 한 자가 비용을 부담하는 조건 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 한 차례만 재평가하게 할 수 있다. &lt;개정 2020. 12. 22.&gt;</u></p>
	<p>⑥ 공공주택사업자는 제5항에도 불구하고 제4항에 따라 제3자에게 공공건설임대주택을 매각하려는 경우 그 매각 시점이 제5항에 따른 감정평가가 완료된 날부터 1년이 지난 때에는 같은 항에 따라 매각가격을 재산정할 수 있다. &lt;신설 2020. 12. 22.&gt;</p>

### 3. 「공공주택 특별법」의 입법 취지와 법조문의 체계

「공공주택 특별법」은 10개 장, 97개 조문으로 구성된 상당한 규모의 법률이다. 관련 당사자들 이외에는 상대적으로 덜 알려진 법률이지만, 조문의 체계뿐만 아니라, 최근 문재인 정부의 부동산 정책과 긴밀하게 연결되어 있다는 점에서 신중한 검토를 요한다.

「공공주택 특별법」의 입법취지는 제1조 목적에서 잘 드러나고 있다. 이 조항은 “이 법은 공공주택의 원활한 건설과 효과적인 운영을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 서민의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하여 국민의 쾌적한 주거생활에 이바지함을 목적으로 한다”고 명시함으로써 입법취지가 서민의 주거 안정 및 주거수준의 향상에 있음을 밝히고 있다. 이러한 입법취지는 「공공주택 특별법」의 전신인 「공공주택건설 등에 관한 특별법」과 비슷한 점이 매우 많으며,<sup>24)</sup> 「민간임대주택에 관한 특별법」과도 상당 부분 유사한 점이 있다.<sup>25)</sup>

「공공주택 특별법」의 주된 내용은 공공주택지구의 지정, 조성 및 공공주택의 건설과 매입, 공급과 운영·관리 등이며, 이를 통해 확인될 수 있는 것은 일반적인 주택사업자에 의한 주택건설 및 공급과는 달리 「공공주택 특별법」에 따른 주택의 건설과 공급에는 정부의 공공주택 공급에 대한 의지가 반영되어 있다. 이는 동법 제22조에서 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」의 적용 특례를, 제23조에서 「환경영향평가법」의 적용 특례를 규정하는 등 각종 특례를 인정하고 있는 것에서도 나타난다.

이러한 「공공주택 특별법」의 특수성이 가장 잘 나타나고 있는 조항의 하나가 제50조의3에서 규정하고 있는 공공임대주택의 ‘우선 분양전환’이다.

---

24) 「공공주택건설 등에 관한 특별법」 제1조(목적): “이 법은 공공주택의 원활한 건설 등을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 저소득층의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하고 무주택자의 주택마련을 촉진하여 국민의 쾌적한 주거생활에 이바지함을 목적으로 한다.”

25) 「민간임대주택에 관한 특별법」 제1조(목적): “이 법은 민간임대주택의 건설·공급 및 관리와 민간 주택임대사업자 육성 등에 관한 사항을 정함으로써 민간임대주택의 공급을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로 한다.”

### Ⅲ. 「공공주택 특별법」에 따른 ‘우선 분양전환’ 제도의 의의와 역할

#### 1. 우선 분양전환의 의의와 기능

「공공주택 특별법」에 따르면 ‘분양전환’이란 공공임대주택을 공공주택 사업자가 아닌 자에게 매각하는 것을 말하며(제2조 제4호), ‘우선 분양전환’이란 공공임대주택을 분양전환할 경우에 해당 임대주택의 임차인이 일정한 자격을 갖춘 것을 조건으로 우선적으로 분양받을 수 있는 기회를 주도록 한 것이다.<sup>26)</sup>

‘우선 분양전환’의 자격요건과 관련하여 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 각 호는 다음과 같이 규정하고 있다.<sup>27)</sup>

**「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항:** 공공주택사업자는 임대 후 분양전환을 할 목적으로 건설한 공공건설임대주택을 임대의무기간이 지난 후 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 우선 분양전환(이하 “우선 분양전환”이라 한다)하여야 한다. 이 경우 우선 분양전환의 방법·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 분양전환 시점에 해당 임대주택에 거주하고 있는 임차인으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우

26) 공공임대주택은 「공공주택 특별법」 제50조의2에 따라 원칙적으로 임대의무기간이 지나기 전에 매각할 수 없지만, 임대의무기간이 지난 후에 분양전환할 경우에는 일정한 자격을 갖춘 임차인에게 우선권을 줌으로써 임차인에 대한 보호를 두텁게 하는 것이다. 이러한 ‘우선 분양전환’ 제도의 전신이라 할 수 있는 ‘우선 매각’제도는 1993년 12월 27일 전부개정(1994년 4월 1일 시행)된 「임대주택법」 제15조에 의해 도입되었다. 임대주택법(법률 제4629호, 1993. 12. 27., 전부개정) 제15조(건설임대주택의 무주택 세대주에의 우선매각) 임대사업자는 임대의무기간이 경과한 후 건설임대주택을 매각하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 일정기간의 무주택세대주에게 우선하여 매각하여야 한다.

27) 분납임대주택을 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호에 따라 ‘우선 분양전환’하는 경우 임대사업자는 해당 임차인으로부터 임대 개시 전 또는 임대기간 중 분양전환금의 일부를 미리 받을 수 있다(공공주택 특별법 시행령 제55조). 이 경우 분양전환금의 분납기준과 분납방법은 공공주택 특별법 시행규칙 제41조에 따라 별표 8에 따른다.

- 가. 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주한 무주택자인 경우
  - 나. 공공건설임대주택에 입주한 후 상속이나 판결 또는 혼인으로 다른 주택을 소유하게 되었으나 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주하면서 분양전환 이전까지 다른 주택을 처분한 무주택자인 경우
  - 다. 제49조의4 단서에 따라 임차권을 양도받은 자로서 양도일부터 분양전환 때까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 경우
  - 라. 선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우
  - 마. 분양전환 당시에 거주하고 있는 해당 임대주택이 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우
2. 분양전환 시점에 해당 임대주택의 임차인인 국가기관이나 법인

‘우선 분양전환’ 제도는 1993년 12월 27일 개정되어 1994년 4월 1일부터 시행된 「임대주택법」 제15조에 의해 도입된 것<sup>28)</sup>이며, 이후 법률의 명칭이 변경되는 가운데 ‘우선 분양전환’이라는 이름으로 자리잡게 되었다.<sup>29)</sup> 이처럼 무주택자인 임차인에게 ‘우선 분양전환’을 인정하는 것은 임대 의무기간이 끝난 이후에도 사회적 약자인 임차인의 주거안정을 계속 확보하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성은 대체로 긍정된다.<sup>30)</sup>

28) 임대주택법 제15조 (건설임대주택의 무주택세대주에의 우선매각): “임대사업자는 임대 의무기간이 경과한 후 건설임대주택을 매각하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 일정 기간의 무주택세대주에게 우선하여 매각하여야 한다.”

29) 최근의 조사에서도 우선분양전환가격에 대한 만족도는 비교적 높은 편으로 나타났다. 이에 관하여는 정현욱·장희순, 분양전환 공공임대아파트의 분양가격의 적정성 - 강원도 속초시의 사례를 중심으로 -, 주거환경 제18권 제2호(2020.06), 99-114(114)쪽 참조.

30) 다만, 김종보, 앞의 글(주 12), 759쪽에서는 “임대주택이 다수 건설되어 많은 무주택자들에게 좋은 조건으로 임대제공되어야 한다는 것과 그들이 그 주택을 저렴한 가격에 분양받을 수 있어야 한다는 것은 동일한 공익이 아니다”라고 지적하고 있듯이 그 공익의 크기가 무주택 서민에 대한 공공임대주택의 제공과 동일한 것으로 보기는 어렵다.

그러나 아무리 좋은 의도에서 시작된 제도라 하더라도 관련 당사자들의 복잡한 이해관계를 합리적으로 조정하지 못할 경우에는 애초의 의도와는 다른 상황을 야기하여 본래 의도와는 동떨어진 결과에 직면하게 될 수 있다. 그런 의미에서 ‘우선 분양전환’제도의 성패를 좌우하는 가장 중요한 요소는 입법목적의 정당성보다는 ‘우선 분양전환’의 요건과 절차를 구체적으로 어떻게 정할 것이며, 이를 통해 공공주택 임대사업자와 임차인의 이해관계를 합리적으로 조율하는 것이라고 볼 수 있다.

## 2. 우선 분양전환의 취지와 요건

‘우선 분양전환’ 제도가 도입된 취지는 무주택 임차인의 보호에 있으며, 이는 공공임대주택의 건설 및 낮은 가격의 임대를 통한 사회적 약자들의 주거안정의 도모라는 「공공주택 특별법」의 취지와도 연결되는 것이라 할 수 있다.<sup>31)</sup> 다만, 이러한 제도의 취지가 합리적으로 실현되기 위해서는 그 요건이 매우 중요하다.

국가기관 또는 법인이 임차인인 경우를 제외하면, 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 각 호에 따른 ‘우선 분양전환’의 요건은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 기본적 요건으로서 **입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주하는 무주택자일 것이** 요청된다. 사회적 약자를 배려하기 위한 제도이므로 별도의 주택을 보유하고 있는 사람에 대해서 우선 분양전환을 인정할 필요는 없을 것이기 때문이다. 다만, 이에 대해 예외가 인정되는 경우도 있다.<sup>32)</sup>

둘째, 첫 번째 요건에 대한 예외로서 **상속이나 판결 또는 혼인으로 다른 주택을 소유하게 되었으나 분양전환 이전에 이를 처분하였고, 해당 임대**

31) 분양전환이 주거안정효과에 긍정적이라는 평가에 관하여는 최열·문영진·공윤경, 임대주택 거주자와 주거환경 평가에 관한 연구 -경상남도 양산시 임대주택과 분양전환주택간 비교 사례-, 부산대 도시연구보 제17집(2004.12), 41-53쪽 참조.

32) 미계약 물량에 대해 선착순의 방법으로 입주자를 선정한 경우, 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우에 대해 예외를 인정한 경우 등이 이에 해당된다.

주택에 계속 거주한 경우에는 요건을 갖춘 것으로 본다. 이는 본인의 의사와 무관하게 주택보유자가 된 경우에 불이익을 최소화하기 위한 것으로 볼 수 있다.

셋째, 공공임대주택은 원칙적으로 임차권의 양도가 불가능하지만, 「공공주택 특별법」 제49조의4 단서에 근거하여 **합법적으로 임차권을 양도받은 경우에는** 무주택의 기간과 관련하여 최초 입주시부터가 아니라 양도일부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 무주택자로서 거주한 경우에 요건의 충족을 인정한다.<sup>33)</sup>

넷째, **선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서** 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우가 있다, 이는 미계약 물량의 선착순의 방법으로 추가 계약자를 모집한 경우에 무주택 조건을 적용하지 않는 등 예외가 인정되는 경우<sup>34)</sup>인데, 이를 이용하여 한국토지주택공사(LH)의 임직원이 분양전환형 공공임대주택을 임차한 것이 문제된 바 있다.<sup>35)</sup>

다섯째, **분양전환 당시에 거주하고 있는 해당 임대주택이 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우**를 '우선 분양전환'의 대상으로 인정하고 있는 것은 이러한 규모의 중·대형임대주택은 소득 5-6분위의 임차인을 대상으로 한 것이 아니라, 소득 7분위 이상의 임차인을 대상으로 한 것이라는 점에서 특수성을 인정하고 있는 것이다.<sup>36)</sup> 이는 85제곱미터를 초과하는 임대

33) 법개정 이전에도 실무상으로 이를 인정하고 있었다는 점에 관하여는 손흥수, 임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구에 관한 실무상의 제 문제, 민사집행법연구 제3권 (2007.02), 153-202 (178)쪽 참조.

34) 「주택공급에 관한 규칙」(국토교통부령 제867호, 2021. 7. 5., 일부개정, 같은 날 시행) 제27조 제5항: “사업주체는 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 입주자를 선정하고 남은 주택이 있는 경우에는 제4조에도 불구하고 선착순의 방법으로 입주자를 선정할 수 있다.”

35) 한국일보 2021. 05. 11. “LH 직원 38명 ‘선착순 입주’ 활용, 분양형 공공임대 차지했다” (<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021051010060003856> 최종방문 2021. 07. 30.) 참조.

36) **헌재2021.4.29.2020헌마923결정**: “소형임대주택은 정부 지원이 있으면 자가를 마련할 수 있는 소득 5-6분위의 임차인을 대상으로, 중·대형임대주택은 자력으로 자가를

주택에 대해서는 분양전환의 가격산정도 자율에 맡기고 있었다<sup>37)</sup>는 점에서도 예외적 취급을 하는 것으로 볼 수 있다.<sup>38)</sup>

### 3. 제3자 매각의 의미와 요건

공공임대주택의 임대 의무기간이 만료된 경우에 이를 처분하는 방법은 원칙적으로 해당 주택의 임차인에 대한 ‘우선 분양전환’이다.

이를 위해 공공주택사업자는 해당 주택의 임차인에게 제1항에 따른 우선 분양전환 자격, 우선 분양전환 가격 등 우선 분양전환에 관한 사항을 통보하여야 한다. 이 경우 우선 분양전환 자격이 있다고 통보받은 임차인이 우선 분양전환에 응하려는 경우에는 그 통보를 받은 후 6개월(임대 의무기간

---

마련할 수 있는 소득 7분위 이상의 임차인을 대상으로 각각 도입된 임대주택이다. 이에 중·대형임대주택은 임대보증금과 임대료가 자율화되어 있고, 분양전환시 임차인이 무주택자일 것을 요구하지 않으며, 분양전환가격도 자율적으로 정해지게 되어 있다. 소형임대주택과 중·대형임대주택은 다른 소득계층의 주거수요를 만족시키기 위하여 도입되었다.

위 차이는 임대사업자의 수익성과 연결된다. 소형임대주택을 공급하는 임대사업자는 공공택지 공급, 국민주택기금 지원에 있어 중·대형임대주택을 공급하는 임대사업자에 비하여 많은 공적 지원을 받는다. 심판대상조항이 중·대형임대주택의 분양전환가격을 자율화한 것은 중·대형임대주택의 임대사업자에게 사적 영역을 통하여 일정한 수익성을 확보할 수 있도록 하기 위함이다.

분양전환제도의 목적은 임차인이 일정 기간 거주한 이후 우선 분양전환을 통하여 당해 임대주택을 소유할 권리를 부여하는 것이지만 당해 임대주택의 소유를 보장하기 위한 것은 아니다. 이를 고려하면, 소형임대주택과 동일한 분양전환가격 산정기준을 적용받지 않는다고 하여 중·대형임대주택의 임차인이 합리적 이유 없이 차별 취급되고 있다고 보기 어렵다.

임차인은 입주자 모집공고 등을 통해 소형임대주택과 중·대형임대주택의 차이, 분양전환가격 산정기준의 유불리를 파악하여 자신의 상황에 맞는 공공건설임대주택을 선택할 수 있다.

심판대상조항이 중·대형임대주택을 분양전환가격 산정기준 적용 대상에서 제외한 데에는 합리적 이유가 있으므로, 심판대상조항으로 인하여 중·대형임대주택에 거주하는 임차인의 평등권은 침해되지 아니한다.”

37) 구 「임대주택법 시행령」(대통령령 제25050호, 2013. 12. 30) 제13조 제5항에서는 전용면적 85제곱미터를 초과하는 주택에 대해 분양전환가격의 산정 기준을 국토교통부령으로 정하는 것에 대한 예외를 인정하고 있었다.

38) 「민간임대주택에 관한 특별법 시행령」 제2조 제1호는 준주택에 관하여 85제곱미터 이하의 준주택만을 민간임대주택으로 인정하고 있다.

이 10년인 공공건설임대주택의 경우에는 12개월을 말한다) 이내에 우선 분양전환 계약을 하여야 한다.<sup>39)</sup>

그러나 '우선 분양전환'이 이뤄지지 않은 경우에는 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항에 따라 공공주택사업자가 해당 임대주택을 제3자에게 매각할 수 있다.

**「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항:** 공공주택사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 해당 임대주택을 제2항에 따라 통보한 분양전환 가격 이하의 가격으로 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제3자에게 매각할 수 있다.

1. 제1항에 따른 우선 분양전환 자격을 갖춘 자가 존재하지 아니하는 경우
2. 제2항에 따라 공공주택사업자가 임차인에게 우선 분양전환에 관한 사항을 통보한 날부터 6개월(임대의무기간이 10년인 공공건설임대주택의 경우에는 12개월을 말한다) 이내에 임차인이 우선 분양전환 계약을 하지 아니한 경우

**「공공주택 특별법 시행규칙」 제41조의3(공공임대주택의 제3자에 대한 매각신고 등)**

- ① 공공주택사업자는 법 제50조의3제4항에 따라 공공임대주택을 제3자에게 매각하려는 경우에는 별지 제10호의2서식의 공공임대주택 제3자 매각신고서에 매매계약서 사본을 첨부하여 해당 공공임대주택 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 제출해야 한다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 해당 공공임대주택의 등기사항증명서를 확인해야 한다.
- ② 공공주택사업자는 법 제50조의3제4항에 따라 공공임대주택을 제3자에게 매각할 수 있는 주택이 30세대 이상인 경우에는 그 주택을 「주택공급에 관한 규칙」에서 정하는 바에 따라 공급해야 한다. 다만, 공공임대주택으로 활용할 목적으로 다른 공공주택사업자에게 공급하는 경우는 제외한다.

이러한 제3자 매각은 원칙이 아닌 예외라고 할 수 있지만, 공공임대주택의 사업성 확보 및 이를 통해 공공임대주택의 공급이 계속 원활하게 이루어

39) 「공공주택 특별법」 제50조의3 제2항.

어지기 위한 중요한 조건이라고 보아야 할 것이다. 만일 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항에서 정한 사유에 따라 ‘우선 분양전환’이 되지 않은 경우에도 제3자 매각을 하지 않고, 그로 인한 부담을 공공주택사업자가 떠안게 되는 것은 결과적으로 공공주택사업 자체를 약화시킬 것이기 때문이다.

주목할 점은 2020년 12월 22일의 법개정에 의해<sup>40)</sup> “제2항에 따라 통보한 분양전환 가격 이하의 가격으로” 제3자에게 매각하도록 정하고 있는 것이다.<sup>41)</sup> 이러한 법개정의 취지는 공공개발의 방식으로 건설된 공공임대주택은 그 건설과정에서 특혜를 받은 점이 있으므로 민간기업에 의해 건설된 주택과 같은 방식으로 분양되는 것은 적절치 않다는 것에 있는 것으로 보인다. 그러나 제3자에게 매각되는 공공임대주택만을 별도로 평가할 것이 아니라, 공공임대주택의 분양전환 전체를 놓고 볼 때, 이러한 법개정이 타당한 것인지에 대해서는 깊이 있는 고찰이 필요할 것이다.

#### IV. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목의 합헌성 여부

##### 1. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목의 도입 취지

「공공주택 특별법」상의 ‘우선 분양전환’ 제도는 2020년 12월 22일 법률 제17734호로 일부개정(2021년 6월 23일 시행)에 의해 크게 변화되었다.

이러한 법개정과 관련하여 개정이유에서는 “... 임대사업자와 임차인 간의 불필요한 분쟁을 예방하고 임차인을 보호하기 위하여 우선 분양전환

40) 과거의 분양전환가격의 산정기준에 관한 개정에 관하여는 이순배·김재광, 공공건설 임대주택의 분양전환제도에 관한 연구 -임대주택법령의 변천과정을 중심으로-, 토지공법연구 제59집(2012. 11), 27-59(42이하)쪽 참조.

41) 개정 전의 「공공주택 특별법」 제50조의3 제2항은 “임차인이 대통령령으로 정하는 기간 이상 제1항에 따른 우선 분양전환에 응하지 아니하는 경우에는 공공주택사업자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 해당 공공건설임대주택을 제3자에게 매각할 수 있다”고 규정하고 있었다.

등 관련 제도를 보완하려는 것”이라고 말하고 있다.<sup>42)</sup>

이러한 개정의 취지는 무엇보다 개정된 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 각 목에서 잘 나타나고 있다. 개정 전에 “분양전환 당시까지 거주한 무주택자”로 범위가 한정되었던 것을 다섯 가지 유형으로 정리하였을 뿐만 아니라 그 범위를 크게 확대한 것이다.

문제는 그러한 범위의 확대를 통해 임대사업자와 임차인 간의 분쟁이 예방될 수 있는지는 몰라도, 임대사업자의 입장에서 볼 때 상당한 불이익이 초래될 수 있는 내용들이 일방적으로, 그리고 법적안정성 내지 법적 지위에 대한 신뢰를 깨뜨릴 수 있는 방식으로 법개정에 의해 도입되었다고 볼 수 있다는 점이다.

물론 임차인에 대한 보호의 강화가 중요한 법익이라는 점은 부인될 수 없다. 그러나 임차인의 보호를 위해 임대사업자는 무조건 희생과 양보를 해야 한다는 논리는 성립될 수 없다. 법적 정의의 기본은 양 당사자의 균형과 조화를 추구하는 것이지, 일방적으로 어느 한 쪽을 편드는 것이 아니기 때문이다.

또한 현실적인 관점에서 보더라도, 임대사업자의 희생과 양보를 전제하는 제도는 지속가능할 수가 없다. 공익적 목적으로 도입된 공공임대주택에서 임대사업자가 과도한 이익을 추구하는 것도 문제지만, 그렇다고 사업이 이익 사실상 제로가 되거나, 심지어 손해를 감수하도록 요구할 경우에는 공공임대주택의 지속적 공급은 불가능할 수밖에 없기 때문이다.

그런 점에서 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 각 목의 개정을 통한 ‘우선 분양전환’ 대상자의 범위 확대에 대해서는 신중한 검토가 필요하다. 특히 라목의 타당성에 대해서는 적지 않은 문제가 지적될 수 있다.

## 2. ‘우선 분양전환’ 대상자의 범위 확대의 기준과 라목의 타당성 여부

개정된 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호의 각 목 중에서 가목

---

42) 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=224637&lsId=&efYd=20210623&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#> 최종방문 2021. 07. 30.).

은 개정 전의 ‘우선 분양전환’ 대상자와 사실상 다르지 않다. “입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주한 무주택자”라고 명시함으로써 무주택의 요건을 더욱 분명히 한 것으로 볼 수 있다.

나목과 다목은 개정 전의 ‘우선 분양전환’ 대상자로 명시되지 않은 경우지만, 해석상 ‘우선 분양전환’ 대상자로 인정하는 것이 합리적이라고 볼 수 있는 경우이기 때문에 특별한 논란의 대상은 아닐 수 있다. 그리고 마목도 논란의 소지는 있지만, 헌법재판소 판례에서 인정한 바와 같이 임대주택의 규모에 따라 달리 취급되는 것이 필요한 것으로 볼 수 있다.<sup>43)</sup>

그러나 라목의 경우 이를 ‘우선 분양전환’의 대상자에 포함시킨 이유를 납득하기 어렵다. 라목에서 명시하고 있는 “선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우”는 미계약 물량에 대해 선착순의 방법으로 추가 계약자를 모집한 경우에 대해서 무주택 조건을 적용하지 않는 등 예외가 인정되는 경우이다. 즉, 일반적인 공공주택 임차인의 경우와는 달리 사회적 약자로서 특별한 보호의 대상이라고 보기 어려운 것이다.<sup>44)</sup>

물론 달리 생각하면, 분양을 전제로 한 공공임대주택에서 미계약 물량이 발생했다는 것 자체가 매우 중요한 문제로 볼 수 있고, 이러한 경우를 해소하기 위한 특단의 대책으로 마련된 것이 라목의 경우인데, 이에 대해 ‘우선 분양전환’의 기회를 주지 않을 경우에는 그러한 미계약 물량의 메리트가 사실상 매우 작아지기 때문에 장기적으로 공실이 될 수 있다는 점을 우려한 것으로 볼 수도 있다.

그러나 이에 대해서는 세 가지 측면에서 반론이 가능하다.

첫째, 이와 같은 편법적인 방식의 ‘우선 분양전환’이 인정될 경우의 문제가 작지 않다. 앞서 언급된 LH 직원들의 사례에서 나타나듯이 공공임대

43) 위의 각주 36에서 소개된 **헌재 2021. 4. 29. 2020헌마923 결정** 참조.

44) 앞서 서술한 바와 같이 이러한 맹점으로 인하여 LH 직원들이 공공임대주택을 차지한 것이고, 이를 이용하여 주택을 공급받는 것은 결코 사회적 약자에 대한 보호라고 볼 수 없는 것이다.

주택을 무주택자가 아닌 사람이 임차인이 될 수 있고, 나아가 ‘우선 분양전환’까지 가능하게 만들면, 이를 악용하려는 시도들이 많아짐으로 인하여 제도 자체가 왜곡될 우려가 더욱 큰 것이다.

둘째, 미계약 물량의 발생을 이유로 무주택 요건을 적용하지 않는 라목에 대해서 ‘우선 분양전환’을 인정하지 않으면 미계약 물량의 소진이 어려울 것이라는 점을 단언하기 어렵다. 더욱이 최근 부동산의 지속적인 상승세를 고려할 때, 미계약 물량이라 하더라도 장기화될 가능성이 낮을 뿐만 아니라, 이에 대해 ‘우선 분양전환’까지 인정할 필요는 크지 않은 것으로 보인다.

셋째, 개정 전의 상황을 보더라도 미계약 물량의 발생으로 인하여 장기 공가가 심각했던 것으로 보기 어려우며, 더욱이 라목의 경우에 대해 ‘우선 분양전환’을 인정하지 않았기 때문에 장기 공가가 발생한 것으로는 보기 어렵다.<sup>45)</sup>

### 3. 개정 법률의 적용과 신뢰보호의 문제

이와 더불어 2020년 12월 22일의 「공공주택 특별법」 개정에서 주목해

45) 국토교통부의 임대주택공급실적에 대한 통계자료에 따르면 공공임대주택 중에서 최근 10년간 발생한 공가(빈집)는 다음과 같다.

〈표 1〉 최근 10년간 공공임대주택 공가현황 통계

2010년	5년임대 공가현황	5,378	2015년	5년임대 공가현황	1,440
	10년임대 공가현황	1,018		10년임대 공가현황	3,340
2011년	5년임대 공가현황	1,297	2016년	5년임대 공가현황	552
	10년임대 공가현황	926		10년임대 공가현황	1,770
2012년	5년임대 공가현황	1,825	2017년	5년임대 공가현황	84
	10년임대 공가현황	538		10년임대 공가현황	0
2013년	5년임대 공가현황	509	2018년	5년임대 공가현황	368
	10년임대 공가현황	803		10년임대 공가현황	4,871
2014년	5년임대 공가현황	1,595	2019년	5년임대 공가현황	598
	10년임대 공가현황	3,951		10년임대 공가현황	820

[출처: 국토교통부 임대주택통계에서 공가현황에 관한 것을 추출하여 만든 자료.]

이러한 통계에서 확인될 수 있는 것처럼 최근 공공임대주택의 공가(빈집)는 줄고 있는 상황이며, 따라서 공가 문제로 인하여 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목의 신설이 불가피했던 것으로 보기는 어렵다.

야 할 부분은 이 법에 대한 개정의 시행일이다.

개정된 「공공주택 특별법」은 부칙 제1조에서 “이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제50조의3 및 제50조의5, 제57조의3 및 제60조의 개정규정은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행하고, 제32조의3 및 제57조의2의 개정규정은 공포한 날부터 시행한다”고 규정하였다.

이러한 부칙 제1조에 따라 「공공주택 특별법」 제50조의3은 3개월 후인 2021년 3월 23일부터 시행되었으며, 이는 개정으로 인한 파급효과 -충분한 준비기간 없이- 더욱 심각하게 작용할 수 있음을 의미한다. 물론 3개월과 6개월의 차이는 공공임대주택의 ‘우선 분양전환’에서 큰 차이는 아닐 수 있다. 하지만 제50조의3 ‘우선 분양전환’에 관한 조항 및 제50조의5(분양전환 공공임대주택 매각의 신고), 제57조의3(별칙) 및 제60조(과태료)를 굳이 다른 개정조항들과는 달리 3개월 후부터 시행하도록 한 것은 납득하기 어렵다.<sup>46)</sup>

오히려 공공임대주택의 ‘우선 분양전환’은 ‘임대의무기간’이 지난 후에 가능하다는 점을 고려할 때, 비록 임대의무기간<sup>47)</sup>만큼은 아니라 할지라도 2~3년 정도로 충분한 시간을 두고 시행함으로써 법개정으로 인한 충격을 완화시키는 것이 필요했을 것으로 보인다.<sup>48)</sup> 그런데 2020년 12월 22일 개정된

46) 오히려 제32조의3(조성된 토지의 전매행위 제한 등) 및 제57조의2(별칙)의 개정규정을 공포한 날부터 시행하도록 한 것은 납득할 수 있다. 이 조항들은 기존의 법률관계를 변경하는 것이 아니라 새로운 법률관계를 형성하여 공익을 강화하는 것이기 때문이다.

47) 「공공주택 특별법 시행령」 제54조(공공임대주택의 임대의무기간) 제1항: 법 제50조의2제1항에서 “대통령령으로 정한 임대의무기간”이란 그 공공임대주택의 임대개시일부터 다음 각 호의 기간을 말한다. <개정 2020. 9. 8.>

1. 영구임대주택: 50년
2. 국민임대주택: 30년
3. 행복주택: 30년
4. 통합공공임대주택: 30년
5. 장기전세주택: 20년

6. 제1호부터 제5호까지의 규정에 해당하지 않는 공공임대주택 중 임대 조건을 신고할 때 임대차 계약기간을 10년 이상으로 정하여 신고한 주택: 10년

7. 제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하지 않는 공공임대주택: 5년

48) 예컨대 2014년 12월 23일 개정된 「소득세법」(법률 제12852호, 2014. 12. 23.)은 부칙 제4조(분리과세 주택임대소득에 관한 적용례)에서 “제14조 제3항 제7호, 제64조의2, 제70조 제2항 및 제168조 제1항의 개정규정은 2019년 1월 1일 이후 발생하는 소득분부

「공공주택 특별법」 부칙 제1조는 이를 지나치게 짧게 정함으로써 부진정 소급입법일 뿐만 아니라, 신뢰보호의 원칙을 침해한 것으로 볼 수 있다.

물론 공익적 필요성이 큰 경우에 부진정 소급입법이 정당화될 수 있다. 또한, 신뢰보호의 원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상의 원칙으로서 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고, 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이지만,<sup>49)</sup> 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 정책적인 필요에 의하여 공권력행사의 내용은 신축적으로 바뀔 수밖에 없고, 그 바뀐 공권력행사에 의하여 발생한 새로운 법질서와 기존 법질서와의 사이에는 어느 정도 이해관계의 상충이 불가피하므로 국민들의 국가의 공권력행사에 관하여 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 절대적인 권리로서 보호되는 것은 아니다.<sup>50)</sup> 그러므로 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있었는지, 또는 예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다는 것이 헌법재판소의 관례이다.<sup>51)</sup>

그러나 「공공주택 특별법」의 개정조항 전부가 아니라, 그 중에서도 내용상의 정당성에 대한 논란의 소지가 상당히 크다고 볼 수 있는 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목에 한정하여 본다면, 부진정 소급입법의 정당성문제 내지 신뢰보호원칙 침해 문제는 매우 심각한 것으로 볼 수 있다.<sup>52)</sup>

터 적용한다”고 규정함으로써 충분한 유예를 둔 바 있다.

49) 헌법재판소 1996.2.16. 96헌가2등 결정 참조.

50) 헌법재판소 1993.5.13. 92헌가10등; 1994.4.28. 91헌바15등; 1995.3.23. 93헌바18등 결정 참조.

51) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45; 헌재 2021. 7. 15. 2018헌마279등 결정 참조.

52) 이와 관련하여 최근의 헌법재판소 판례(헌재 2021. 7. 15. 2019헌마406 결정)에서는 “신뢰보호원칙이란 법률을 제정하거나 개정할 때 기존 법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당한 반면, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익이 당사자의 신뢰파괴를 정당화할 수 없는 경우 그러한 입법은 허용될 수 없다는 원칙으로서, 헌법상 법치국가원리에 기초하고 있다. 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단함에 있어서는, 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는

## V. 공공주택 특별법 제50조의3 제4항의 합헌성 여부

### 1. 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정 취지와 현실적 파급효

공공주택의 개발에 대해서는 일반적인 민간주택건설과는 다른 특별한 혜택이 주어지는 부분이 적지 않다. 그로 인하여 공공주택으로 개발한 이후에 이를 민간주택과 같은 방식으로 매각하는 것은 일종의 특혜로 볼 수 있는 소지가 있다.

2020년 12월 22일의 「공공주택 특별법」을 개정하여 제50조의3 제4항에서 “제2항에 따라 통보한 분양 전환 가격 이하의 가격으로 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제3자에게 매각할 수 있다”고 규정한 것도 그런 의미에서 제3자 매각을 통한 특혜의 소지를 없애기 위한 것으로 볼 수 있다. 이러한 법개정을 통해 제3자 매각의 경우에도 임대사업자가 ‘우선 분양 전환’ 이상의 특별한 이익을 볼 여지를 없앴 것이기 때문이다.

이러한 입법취지는 정당한 것으로 볼 수 있지만, 현실과의 정합성 여부가 문제될 수 있다. 대부분의 위헌적 법률들이 그 목적의 정당성이나 방법의 적합성을 인정받지 못하는 것이 아니라, 침해의 최소성과 법익의 균형성 측면에서 위헌으로 판단된다는 점을 고려할 때, 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정도 애초의 입법취지와는 달리 예상치 못한 부작용이 나타나지 않는지에 대해 신중한 검토가 필요하다.

현실적 파급효에 대한 검토에서 주목해야 할 점은 세 가지다.

첫째, 왜 개정 전에는 입법자가 그러한 제한을 두지 않았을까? 공공임대주택으로 개발된 주택을 제3자에게 매각할 경우에 임대사업자에게 특혜가 될 수 있다는 점을 전혀 몰랐기 때문은 아니었을 터인데, 왜 제3자에 대한 매각에서는 분양가격에 대한 제한을 두지 않았는지에 대한 검토가 필요

---

새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 2020. 2. 27. 2017헌바249; 헌재 2020. 6. 25. 2018헌마974 참조)”고 판시한 바 있다.

하다.

둘째, 이러한 법개정을 통해 임대사업자의 특혜 소지를 없애는 것이 중장기적으로 공공임대주택의 건설 및 임대에 관한 민간사업자의 참여를 기피하게 만들고, 그로 인하여 공공임대주택의 활성화에 역효과를 가져오지는 않을 것인지에 대한 검토가 필요하다.

셋째, 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정을 통해 임대사업자의 특혜는 막을 수 있지만, 그것이 국고로 환수되는 것은 아니기 때문에 결과적으로 분양전환되는 공공임대주택을 매입하는 제3자에게 특혜를 이전하게 된다는 점이 문제될 수 있다. 나아가 이를 이용한 도덕적 해이의 문제가 발생 할 소지에 대해서도 충분한 검토가 필요하다.

## 2. 공공임대주택의 활성화와 제3자에 대한 매각의 조건

현재 공공임대주택은 과거에 비해 많이 활성화되었다. 그러나 아직도 공공임대주택의 수요와 공급의 불균형이 지적되고 있을 뿐만 아니라,<sup>53)</sup> 보다 많은 공공임대주택을 공급하기에는 재정의 부담이 여전히 크다.<sup>54)</sup> 이러한 재정 문제는 과거에 더욱 심각했기 때문에 임대사업자의 사업이익을 적절하게 보장하기 위해 분양전환가격을 제한하지 않았다<sup>55)</sup>는 점에 주목할 필요가 있다.

최근 부동산가격의 폭등과 그로 인한 주택난의 문제를 해소하기 위해 서라도 공공임대주택 공급의 확대가 필요하다는 점은 정부·여당에서도 인

---

53) 이에 관하여는 매일경제 2017. 10. 10. 「임대주택 수요·공급 미스매치 심각」 (<https://www.mk.co.kr/news/realstate/view/2017/10/668827>/최종방문 2021. 07. 30.) 참조. 최근 국토연구원에서 지역과 계층별 공공주택의 수요와 지역 내 공공주택 여건을 종합해 적정 목표수준에 대한 심층적인 검토가 필요하다고 제안한 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 이에 관하여는 국토일보 2020. 07. 20. 「국토연구원, 지역과 계층별 수요 고려한 공공주택 공급정책 방향 제시」 (<https://www.ikld.kr/news/articleView.html?idxno=221058> 최종방문 2021. 07. 30.) 참조.

54) 현재 공공임대주택 건설에 대한 민간건설사의 참여 비율은 2016년 이후 매우 낮은 상태에 있으며, 그것이 공공임대주택의 공급에 상당한 영향을 미치고 있다는 점은 부인할 수 없다.

정하고 있다.<sup>56)</sup> 그러나 재정적 부담으로 인하여 공공임대주택의 공급 확대에

〈표 2〉 최근 10년간 공공임대주택 건설현황



[출처: e-나라지표([https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1230](https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1230) 최종방문 2021. 08. 10.)]

- 55) 이제우, 10년 공공임대주택의 분양전환가격 산정에 관한 고찰, 집합건물법학 제35권 (2020.08), 283-312(288-289)쪽에서는 이와 관련하여 다음과 같이 설명하고 있다: “..... 그렇다면 10년 공공임대주택 도입 당시 이처럼 분양전환가격의 산정을 달리 규정한 것은 왜일까? 이에 대한 답은 장기임대주택의 건설사업에 참여하는 임대사업자의 낮은 수익성과 관련이 있다. 앞서서도 잠깐 언급한 바와 같이 5년 공공임대주택을 제외하면 그 이상의 임대의무기간을 인정하는 임대주택의 건설사업은 성공적이지 못하였다. 공급자는 자본회수가 너무 느려 수익성 악화로 임대주택사업에 참여하기를 주저하였기 때문에 분양가에 대한 제한을 최소화함으로써 건설사의 참여를 장려한 것이다. 이 당시에는 향후 10년 동안 시세가 오를지, 그리고 오르더라도 얼마나 오를지를 예견하기 어려웠던 상황이라 분양전환가격을 전환시점의 감정평가액으로 정한 것에 대한 별다른 이견이 존재하지 않았던 것으로 보인다.

이처럼 장기임대주택 건설의 활성화를 위하여 제공되었던 혜택은 이 시기에 이루어진 다른 입법을 통해서도 확인할 수 있다. 가령 구 「임대주택법 시행령」(2005. 12. 13 대통령령 제19178호로 개정되기 전의 것) 제9조 제5항에 따르면 민간건설사, 즉 국가·지방자치단체·대한주택공사 또는 지방공사가 아닌 임대사업자가 공공택지의 지역에 건설한 전용면적 60㎡ 이하의 주택으로서 임대의무기간이 10년인 주택에 대해서는 분양전환가격을 제한하지 않도록 하였다. 공공택지가 아닌 지역에서 건설하는 소형의 10년 임대주택은 공급자의 수익성을 더 확실하게 보장할 필요가 있어 분양가의 자율화를 인정하였던 것이다. 한편 LH에 대해서는 사회적 가치를 실현하는 공사(公社)로서 분양가 자율화를 허용하기는 어려웠지만 일정한 수준의 수익성을 보장할 필요는 인정되어 건설 원가에 얽매이지 않고 임대의무기간이 만료하는 시점의 감정평가액을 기준으로 분양전환가격을 정하도록 한 것이다.”

- 56) 대한민국 정책브리핑 2021. 02. 16. 「도심 주택 공급 확대에 박차...포용적 주거안정 실현」(<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148884056> 최종방

어려움이 있다는 점도 분명하다.<sup>57)</sup> 이런 상황에서 민간건설사의 공공임대주택 참여를 기피하게 만드는 법개정이 왜 필요한 것인지 이해하기 어렵다.

그러한 법개정으로 인하여 사회적 약자인 임차인에게 혜택이 돌아가는 것이라면 나름의 정당성을 가질 수 있을 것이다. 그러나 공공주택 특별법 제50조의3 제4항의 적용을 받는 임차인은 사회적 약자인 무주택자가 아니라 주택소유자인 경우가 일반적이라는 점을 고려할 때, 이들에게 혜택을 돌리는 이유를 납득하기 어려운 것이다. 이는 미계약 물량을 이용한 부동산 투기로 이어질 수 있다는 점에서 오히려 '우선 분양전환'의 대상에서 배제하는 것이 합리적일 것이다.

또한 「공공주택 특별법」 제48조의2에 따라 공공분양주택의 경우에는 분양가심사위원회를 설치하여야 하며, 이러한 분양가심사위원회의 설치 및 운영 등에 관하여는 주택법 제59조에 따른 분양가심사위원회의 운영 등에 관한 규정을 준용하고 있다.<sup>58)</sup> 그런데 이렇게 결정된 공공분양주택의 분양가는 '분양원가'와 상관없이 주변시세 대비 85-90%선에서 책정되고 있다.<sup>59)</sup>

이렇게 보면, 공공분양주택의 분양가와 공공임대주택의 분양전환 및 제3자 매각의 기준으로 적용되는 감정평가액<sup>60)</sup>과의 관계가 문제될 수 있다.<sup>61)</sup> 일반적으로 감정평가액이 시세를 그대로 반영하기보다는 보수적으로 결정된다는 점을 고려할 때,<sup>62)</sup> 오히려 공공임대주택의 분양전환가격이 공공분

문 2021. 08. 15.); 우원식·진선미·김윤덕·진성준·박상혁·천준호의원(이상 더불어민주당) / 김진애의원(열린민주당) / 국회 도시공간정책포럼 / 공공임대주택 두배로 연대(공동주최), 『공공임대주택 공급 확대를 위한 토론회』(2020. 11. 19.) 참조.

57) 민간투자를 통한 공공임대주택의 공급 확대에 관하여는 이미 오래전부터 정부 차원의 연구가 있었다. 이에 관하여는 박경애·김혜영·한금용·임혜연, 『민간투자를 통한 공공임대주택 공급 확대 방안 연구』, 한국개발연구원, 2013.4. 참조.

58) 「공공주택 특별법」 제48조의2 제3항.

59) 이에 관하여는 뉴스핌 2019. 06. 10. 「공공분양주택 고분양가 논란..원인은 '시세 90%의 텃」 (<https://www.newspim.com/news/view/20190610000183> 최종방문 2021. 08. 15.) 참조.

60) 「공공주택 특별법」 제48조의2 제5항.

61) 임차인과 임대인을 대변하는 감정평가기관 사이에 평가금액의 큰 차이에 발생하여 문제된 사례도 있다. 이에 관하여는 장경석, 민간임대주택의 분양전환제도 개선에 관한 연구, 한국의회학회보 제3권 제1호(2014.12), 178-194(189)쪽 참조.

62) 가격과 가치가 항상 일치하는 것은 아니라는 점에서 이러한 차이는 불가피한 것으로

양주택의 분양가보다 낮을 수 있다.<sup>63)</sup>

이렇게 공공임대주택의 ‘우선 분양전환’에서 임차인에게 유리한 분양가 결정방식을 취한 것은 임차인이 사회적 약자라는 점을 특별히 배려한 것으로 볼 수 있다.<sup>64)</sup> 그런데 이를 임차인이 아닌 제3자 매각에 대해서 확대 적용할 이유는 무엇인가? 이를 임대 의무기간이 만료된 이후에 임차인을 몰아내고 제3자에게 매각하는 것을 막기 위한 것으로 보기도 한다.<sup>65)</sup> 그러나 이런 취지의 개정이라면 애초에 임대 의무기간을 만료한 이후에 분양전환 및 제3자 매각을 인정한 취지와 맞지 않는 것은 물론이고, 임대 의무기간이 10년인 경우에 대해서도 이를 적용한 것도 설명하기 어렵다.<sup>66)</sup>

이는 앞서 검토한 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 제1호 라목 이상으로 「공공주택 특별법」의 전체적 체계와 맞지 않는 이질적인 것이라 할 수 있으며, 더욱이 제3자 매각으로 인하여 사회적 약자가 아닌 매수인에게 특혜를 주는 결과가 발생하는 것을 어떻게 정당화할 수 있는지 의문이다.<sup>67)</sup>

이해되기도 하다. 이에 관하여는 유승동, 감정평가액의 다양성에 관한 이론: 감정평가의 절차적 관점, 감정평가학 논집 제20권 제1호(2021.04), 3-17쪽 참조.

- 63) 분양전환가격에 관한 상세한 논의는 박철홍, 공공건설임대주택의 분양전환에 관한 문제 - 특히 분양전환가격의 산정에 관하여, 사법 통권 제55호(2021), 121-193쪽; 이병준, 공법에 의한 가격산정과 사법상의 부당이득 - 구 임대주택법상의 분양전환가격 산정을 중심으로-, 법조 제69권 제4호(2020.08), 34-82쪽 참조.
- 64) 이를 이유로 대법원에서는 이러한 공공임대아파트의 분양전환가격을 강행법규로 보았으나, 이에 대해서는 강한 비판이 제기되고 있다. 이에 관하여는 김종보, 임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2022.4.11. 선고 2009다97079판결(전원합의체)-, 행정판례연구 제22권 제2호(2017), 475-500쪽 참조. 대법원 판례에 찬성하는 견해로는 오영준, 임대주택법상 분양전환가격 규정의 강행규정성, 사법 통권 제17호(2011.09), 261-311쪽 참조.
- 65) 국회 보도자료 2020. 11. 25 「5년 공공임대 사업자 감질 막고, 임차인 주거권 지킨다」 ([https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs\\_id=ANCPUBINFO\\_08&bbs\\_num=50243&no=7471&CateGbn=&Gbntitle=\\$paramMap.Gbntitle](https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs_id=ANCPUBINFO_08&bbs_num=50243&no=7471&CateGbn=&Gbntitle=$paramMap.Gbntitle) 최종방문 2021. 08. 15.); 연합뉴스 2020. 10. 22. 「5년 공공임대 사업자 ‘임차인 몰아내기’ 횡포 막는다」 (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20201022000600003> 최종방문 2021. 08. 15.); 아시아경제 2020. 12. 09. 「5년 공공임대주택 ‘임차인 몰아내기’ 막힌다」 (<https://m.news.nate.com/view/20201209n38977> 최종방문 2021. 08. 15.) 참조.
- 66) 보도자료에서는 분명히 5년 공공임대사업자를 겨냥한 것으로 설명되고 있지만, 실제로 개정된 법률은 제3자 매각 전체에 대해 적용되고 있다.

### 3. 공공주택사업자의 계약의 자유 및 재산권의 침해 여부

국토교통부 홈페이지에서 제공하는 임대주택통계 중에서 ‘우선 분양전환’에 관한 통계를 뽑아 보면 다음과 같다:

〈표 3〉 최근 10년간 공공임대주택의 우선 분양전환 통계

2010년	5년임대 분양전환	44,101	2015년	5년임대 분양전환	5,524
	10년임대 분양전환	5,378		10년임대 분양전환	2,440
2011년	5년임대 분양전환	35,929	2016년	5년임대 분양전환	22,512
	10년임대 분양전환	433		10년임대 분양전환	13,196
2012년	5년임대 분양전환	19,795	2017년	5년임대 분양전환	4,391
	10년임대 분양전환	9,896		10년임대 분양전환	1,711
2013년	5년임대 분양전환	17,962	2018년	5년임대 분양전환	2,298
	10년임대 분양전환	1,373		10년임대 분양전환	7,506
2014년	5년임대 분양전환	22,836	2019년	5년임대 분양전환	1,879
	10년임대 분양전환	6,069		10년임대 분양전환	5,993

[출처: 국토교통부 임대주택통계에서 ‘우선 분양전환’에 관한 것을 추출하여 만든 자료.]

반면에 국토교통부 통계 중에서 제3자 매각에 관한 것은 없다. 다만, 공공임대주택으로 건설된 것에서 ‘우선 분양전환’된 것과 ‘공가’인 것을 제외하는 방식으로 제3자 매각에 관한 것을 대강 추정해볼 수 있다.<sup>68)</sup> 이렇게 추론한 제3자 매각의 통계는 다음과 같다.

67) 공공임대주택의 특수성 내지 공공임대주택에 대한 각종 특례의 인정은 입법목적에서 설명하듯이 서민의 주거안정을 위한 것이며, 이를 위해 무주택 서민에게 우선권을 주는 것이다. 그런데 무주택 서민에 해당하지 않은 제3자 매각을 분양전환가격 이하로 하도록 한 것은 결국 무주택 서민이 아닌 제3자에게 특혜를 주는 것이 되어 입법목적에 위배되는 결과를 낳기 때문이다.

68) 공공임대주택으로 건설된 것 중에서 5년 임대와 10년 임대에 따라 ‘우선 분양전환’의 시기가 달라질 뿐만 아니라, ‘우선 분양전환’되지도 않고, 제3자에게 매각되지도 않은 채로 임대가 계속되는 물량이 존재할 수 있다. 또한 임대의무기간을 채우지 않고 합의에 의해 조기에 ‘우선 분양전환’되는 경우도 있기 때문에 이 수치는 정확하지 않다. 하지만 대강의 규모는 추측할 수 있을 것이다.

69) 국토교통부의 통계누리에서 2007년 이전의 공급물량에 관한 자료는 제공하지 않아,

〈표 4〉 최근 8년간 공공임대주택의 제3자 매각에 대한 추정치

년도	유형	공급(A)	분양전환(B)	공가(C)	제3자 매각(A-B-C)
2012년	5년 임대	(2007년) 6,948	19,795	1,825	-14,672
	10년 임대	(2002년) 자료 없음	9,896	538	
2013년	5년 임대	(2008년) 5,582	17,962	509	-12,889
	10년 임대	(2003년) 자료 없음	1,373	803	
2014년	5년 임대	(2009년) 6,426	22,836	1,595	-18,005
	10년 임대	(2004년) 자료 없음	6,069	3,951	
2015년	5년 임대	(2010년) 869	5,524	1,440	-6,095
	10년 임대	(2005년) 자료 없음	2,440	3,340	
2016년	5년 임대	(2011년) 3,072	22,512	552	-19,992
	10년 임대	(2006년) 자료 없음	13,196	1,770	
2017년	5년 임대	(2012년) 10,746	4,391	84	6,270
	10년 임대	(2007년) 18,201	1,711	0	16,490
2018년	5년 임대	(2013년) 7,082	2,298	368	4,416
	10년 임대	(2008년) 15,361	7,506	4,871	2,984
2019년	5년 임대	(2014년) 4,294	1,879	598	1,871
	10년 임대	(2009년) 21,038	5,993	820	14,285

[출처: 국토교통부 임대주택통계에서 공공임대주택으로 건설된 것에서 ‘우선 분양전환’된 것과 공가(빈집)를 제외하여 추정한 자료.]<sup>69)</sup>

비록 정확한 통계치라고 보기는 어렵지만, 이를 통해 제3자 매각의 전체적 비중은 확인될 수 있으며, 이러한 통계추정치에 따르면 과거의 재고분을 ‘우선 분양전환’한 경우도 많은 것으로 보이며, 전체적으로 ‘우선 분양전환’에 비해 제3자 매각의 비중은 상당히 낮은 편이다.

더욱이 제3자 매각의 조건은 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항에서 규정한 바에 따라 제1항에 따른 ‘우선 분양전환’ 자격을 가진 자가 존재하지 않거나, 제2항에 따라 공공주택사업자가 임차인에게 우선 분양전환에 관한

가능한 범위 내에서만 통계 추정치를 산출하였다.

사항을 통보한 날부터 6개월(임대의무기간이 10년인 공공건설임대주택의 경우에는 12개월을 말한다) 이내에 임차인이 우선 분양전환 계약을 하지 아니한 경우이다.<sup>70)</sup>

이러한 요건을 갖춰서 제3자 매각을 함에 있어서 공공주택사업자의 이익보다 제3자의 이익을 우선시키는 것은 어떤 합리적 근거도 찾기 어렵다. 국회 보도자료 등에서 주장하고 있는 것처럼 법개정의 취지를 임대의무기간이 만료된 이후에 임차인을 몰아내고 제3자에게 매각하는 것을 막기 위한 것으로 본다 하더라도, 이는 임대의무기간 자체를 연장하는 등의 방법으로 해결하여야 할 문제이지, 법으로 정하고 있는 임대의무기간을 사실상 유명무실하게 만드는 것은 올바른 해결일 수 없기 때문이다.<sup>71)</sup>

그러므로 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정을 통해 분양전환 가격 이하로 제3자 매각을 하도록 한 것은 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 판단된다.

설령 입법목적이 임차인의 보호를 위한 것이고, 그러한 목적의 정당성을 인정한다고 하더라도, 분양전환가격 이하로 제3자에게 매각하도록 한 것이 그러한 임차인 보호의 목적의 달성에 실질적인 도움이 될 것인지는 매우 의심스럽다.<sup>72)</sup>

70) 즉, 임차인이 더 이상 무주택자가 아니게 되어 ‘우선 분양전환’의 자격을 상실하였거나, 다른 주택을 구입할 계획이 있어서 해당 임대주택의 ‘우선 분양전환’을 포기하는 등의 사유로 인해 ‘우선 분양전환’이 불가능한 것이 제3자 매각의 요건인 것이다. 이는 제3자 매각이 -적어도 법적으로는- ‘우선 분양전환’에 대한 장애가 될 수 없음을 의미한다.

71) 또한 국회 보도자료 등에서 주장하는 것처럼 5년 공공임대사업자의 갑질이 문제된다면, 갑질 자체를 막아야 하는 것이지, 이를 막기 위해 제3자 매각을 분양전환 가격 이하로 하도록 한 것은 공공임대사업자의 손실로 제3자의 이익을 보장해주는 것과 다를 바 없으며, 이는 임차인과 공공임대사업자 모두에게 손실이 되는 마이너스 셈(minus sum)이 될 것이다.

72) 이러한 점은 순천시 송보아파트의 경우에서 문제된 바 있다. 개정법을 적용하게 되면 ‘우선 분양전환’과 무주택요건 등을 갖추지 못한 부적격세대에 대한 제3자 매각의 가격을 동일하게 책정해야 하며, 이럴 경우에는 임대사업자인 (주)송도파인빌이 전체적으로 265억원의 재원을 추가로 투입하여 분양전환을 해야 한다는 것이다. 결과적으로 개정법의 적용은 사실상 분양전환을 하지 말라는 것이 되며, ‘우선 분양전환’을 기다리는 입주민들에게도 분양전환의 지연 및 우선분양가격이 높아지는 것으로 나타날 수

더욱이 이러한 조항은 이미 임대유기기간이 만료된 상태에서 공공주택 사업자의 사업이익을 감소시킬 뿐, 제3자 매각 자체를 제한하는 것은 아니기 때문에 결과적으로 임차인 보호에는 도움이 되지 않고, ‘우선 분양전환’ 되지 않는 주택을 매수하는 제3자에게만 이익이 돌아갈 뿐이기 때문이다.<sup>73)</sup>

또한, 임차인 보호를 위해서라면 이러한 방식의 법개정이 아니라 임대유기기간의 연장이나 ‘우선 분양전환’의 요건에 대한 완화 및 분양전환에 따른 경제적 부담을 완화시키기 위한 저리 용자 등의 재정적 지원이 훨씬 직접적인 효과를 보일 수 있다는 점에서 최소침해의 원칙을 충족한 것으로 보기 어렵다.<sup>74)</sup>

그리고 이 경우에 공공주택사업자의 법익, 즉 계약의 자유 및 경제적 손실(재산권의 침해) 등과 비교할 때, 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항의 개정을 통해 달성하고자 하는 공익은 그 실현 여부가 불명확할 뿐만 아니라, 그 비중에 있어서도 공공주택사업자의 법익보다 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성도 갖추지 못한 것으로 보인다.<sup>75)</sup>

---

있다. 이에 관하여는 아시아경제 2021. 03. 04. 「순천시 송보아파트 사례로 보는 개정된 ‘공공주택특별법’ 문제」 (<https://news.nate.com/view/print?aid=20210304n36490> 최종방문 2021. 08. 15.); 아시아경제 2021. 04. 12. 「내 집마련 코 앞에 두고 잠 못 이루게 만든 공공임대주택특별법」 ([https://www.asiae.co.kr/article/2021041218224334\\_611](https://www.asiae.co.kr/article/2021041218224334_611) 최종방문 2021. 08. 15.) 참조.

- 73) 물론 제3자 매각이 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항에 따라 진행된 경우의 이야기다. 각주 72에서 소개된 순천시 송보아파트의 경우처럼 제3자 매각은 물론 ‘우선 분양전환’ 자체가 기약없이 지연될 가능성도 결코 작지 않기 때문이다.
- 74) 물론 이미 임대차 중인 경우에 그 임대기간을 사후적으로 연장하는 것도 적지 않은 갈등을 야기할 수 있다. 사안에서 임차인 보호의 문제를 임대차 기간의 연장을 통한 주거 안정과 ‘우선 분양전환’의 합리화를 통한 부담의 경감으로 나누어 볼 때, 전자의 문제 해결을 위해서는 소급적용을 배제하고 임대차기간의 연장을 향후의 임대차계약에 대해 적용하는 것만으로도 서민의 주거안정에 도움이 될 것이며, 후자의 문제를 해결하기 위해서는 공공임대사업자의 갑질에 대한 감시·통제와 더불어 저리 용자와 같은 재정적 지원이 더욱 효과적이라고 할 수 있다.
- 75) 무엇보다 개정법률은 임차인의 보호를 내세웠지만, 결과적으로 임차인에게 실질적 도움이 크지 않으며, 오히려 제3자에게 특혜를 주는 결과가 된다는 점에서 그러하다.

## VI. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 합헌성 여부

### 1. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 입법취지

「공공주택 특별법」 개정에서 또 한 가지 주목되는 부분이 부칙 제6조 제1항이다. 부칙 제6조는 공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환에 관하여 다음과 같이 규정하였다.

**「공공주택 특별법」(법률 제17734호, 2020. 12. 22.) 부칙 제6조  
(공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환에 관한 적용례)**

- ① 법률 제13499호 임대주택법 전부개정법률 부칙 제6조 제2항에도 불구하고 제50조의3, 제57조의3 및 제60조의 개정규정은 분양전환이 완료되지 아니한 법률 제13499호 임대주택법 전부개정법률 부칙 제6조 제2항에 따라 공공건설임대주택으로 보는 주택에 대해서도 적용한다. 이 경우 “공공주택사업자”는 “임대사업자”로 보고, “분양전환”은 “임대사업자 외의 자에게 매각하는 것”으로 보며, 제50조의3 제2항 전단 중 “임대의무기간이 지난 후”는 “중전의 규정에 따라 분양전환 승인을 받은 후”로 본다.
- ② 제1항에도 불구하고 법률 제13499호 임대주택법 전부개정법률 부칙 제6조 제2항에 따라 공공건설임대주택으로 보는 주택이 중전의 규정에 따라 분양전환 승인을 받은 경우, 임대사업자가 우선 분양전환 자격이 있다고 통보한 임차인이 제50조의3 제2항의 개정규정에 따라 임차인이 분양전환 계약을 하여야 하는 기간은 중전의 규정에 따라 임대사업자가 분양전환 승인을 받은 날부터 기산한다.

이러한 부칙 제6조 제1항은 「공공주택 특별법」 제50조의3, 제57조의3 및 제60조의 개정규정의 적용범위를 임대주택법(=「민간임대주택에 관한 특별법」) 부칙 제6조 제2항에 따라 공공건설임대주택으로 보는 주택으로 확장하는 것이다.

「민간임대주택에 관한 특별법」(법률 제13499호, 2015. 8. 28. 전부개정, 2015. 12. 29. 시행) 부칙 제6조는 다음과 같다.

**「민간임대주택에 관한 특별법」(법률 제13499호, 2015. 8. 28) 부칙 제6조(공공건설임대주택에 관한 경과조치)**

- ① 이 법 시행 당시 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업자에 해당하는 자가 건설하였거나 건설하고 있는 주택은 「공공주택 특별법」의 규정을 적용한다.
- ② 이 법 시행 당시 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업자가 아닌 자가 건설하였거나 건설하는 주택으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 주택에 대하여는 종전의 「임대주택법」 제2조 제2호의2에 따른 공공건설임대주택으로 보아 종전의 규정을 적용한다.
1. 이 법 시행 당시 국가·지방자치단체의 재정 또는 주택도시기금의 자금을 지원받아 공공건설임대주택으로 건설하였거나 건설하고 있는 주택
  2. 이 법 시행 당시 공공사업으로 조성된 택지에 「주택법」 제16조에 따라 공공건설임대주택으로 사업계획승인을 받아 건설하였거나 건설하고 있는 주택
  3. 이 법 시행 당시 공공사업으로 조성된 택지를 공공건설임대주택 용도로 공급받아 이 법 시행 후 건설하는 주택

이 부칙조항의 취지는 종래 「임대주택법」의 적용을 받는 경우와 「공공주택건설에 관한 특별법」의 적용을 받는 경우의 혼란을 정리하는 것으로 볼 수 있다.<sup>76)</sup>

부칙 제6조 제1항은 종래 공공주택사업자가 건설하였거나 건설중인 주택에 대해 「임대주택법」의 적용을 받던 것을 공공주택 특별법의 적용을 받는 것으로 정리한 것이며, 제2항은 공공주택사업자가 아닌 민간건설사 등이 건설하였거나 건설중인 주택으로서 제2항 각 호의 경우에 해당하는 택지, 자금의 지원을 받은 주택에 대해서는 ‘공공건설임대주택’으로 보는 것이다.

그런데 「민간임대주택에 관한 특별법」 부칙 제6조 제2항에서는 이러한 민간건설사 등이 건설한 주택에 대해 종전의 규정을 적용한다고 명시하였는데, 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항에서는 다시 이에 대한 예외를 두어 ‘우선 분양전환’에 대해서는 「공공주택 특별법」을 적용하도록 한 것이다.<sup>77)</sup>

76) 이에 관하여는 앞의 각주 19 참조.

77) 즉, 「민간임대주택에 관한 특별법」 부칙 제6조 제2항에 의해 경과규정을 적용받고

이러한 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 입법취지는 '우선 분양전환'의 적용범위를 확대하는 것이며, 이를 통해 개정된 '우선 분양전환' 제도를 종래의 공공건설임대주택에까지 소급적으로 적용하는 것이라 할 수 있다.

## 2. 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항과 부진정 소급효의 문제

「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항에서 가장 먼저 문제되는 것은 소급효의 문제이다. 기존의 법적용을 배제하고, 새로운 법의 적용을 소급적으로 적용하는 것은 원칙적으로 금지되어 있지만, 진정소급효와 부진정소급효를 구분하여 후자에 대해서는 공익적 필요성 및 중대성이 명확한 경우에는 이를 인정하는 것이 헌법재판소의 일관된 판례이다.<sup>78)</sup>

「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항에서 "... 분양전환이 완료되지 아니한 ..."이라고 명시한 것은 진정소급효를 발생시키는 것을 피하기 위한 것으로 보인다. 그러나 부진정소급효라고 해서 당연히 합헌이라고 볼 수 있는 것은 아니며, 더욱이 앞서 검토한 바와 같이 「공공주택 특별법」 제50조의3 제1항 라목, 제4항 등의 위헌성이 심각하게 문제되는 상황에서 이를 소급적으로 적용되는 것은 정당화되기는 어렵다.<sup>79)</sup>

부칙 제6조 제1항의 대상이 되는 '공공건설임대주택'이 택지의 조성 및 자금의 지원 등을 통해 혜택을 받은 것이 '공공주택사업자'가 아님에도 불구

---

있는 대상에 대해 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항이 예외를 인정함으로써 경과 규정이 변경되고, 개정 법률의 시간적 적용범위가 달라진 것이다.

78) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1 결정 이래 헌법재판소의 확립된 판례.

79) **헌재 2021. 1. 28. 2018헌바88 결정**: "소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등 참조)."

하고 공공주택사업자와 같은 방식으로 ‘우선 분양전환’을 소급적으로 적용할 충분한 근거가 되는지를 검토하기 위해서는 적어도 세 가지 점이 고려되어야 한다.

첫째, 택지의 조성, 자금의 지원 등을 통해 받은 혜택이 ‘우선 분양전환’의 강제를 통해 받는 불이익보다 크다는 점이 인정되어야 한다.<sup>80)</sup>

둘째, 개정된 「공공주택 특별법」 제50조의3에 따른 ‘우선 분양전환’ 조항의 적용으로 인하여 임대사업자가 ‘분양전환’ 자체를 기피하게 만드는 부작용이 발생할 수 있다는 점도 충분히 고려되어야 한다.<sup>81)</sup>

셋째, 「민간임대주택에 관한 특별법」(법률 제13499호, 2015. 8. 28.) 부칙 제6조와 「공공주택 특별법」(법률 제17734호, 2020. 12. 22.) 부칙 제6조에 5년여의 간격이 있으며, 그로 인하여 법적용의 형평성이 문제될 수 있다는 점도 고려되어야 한다.<sup>82)</sup>

### 3. 공익과 기본권 간의 법익형량

「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 입법목적은 일응 정당한 것으로 볼 수 있다. 택지의 조성 및 자금의 지원 등을 통해 공공주택사업자에 준하는 위치에 있는 것으로 볼 수 있는 민간건설사 등에 대해 한정하여 공익적 요구를 하는 점도 그렇고, ‘우선 분양전환’의 확대가 사회적 약자층이라고 할 수 있는 무주택 서민의 보호를 강화하기 위한 의도를 가진 것이라는 점에서도 그러하다.<sup>83)</sup>

80) 이러한 점이 인정될 경우에만 공익이 공공임대주택사업자의 불이익보다 크다고 볼 수 있기 때문이다.

81) 이는 앞서 소개된 순천시 송보아파트의 경우에서 확인된다. 이에 관하여는 위의 각주 72 참조.

82) 물론 공익적 요청이 뚜렷한 경우에는 이러한 문제점을 감수할 수도 있다. 하지만 사안의 경우 공익의 실현 자체가 뚜렷하지 않기 때문에 이런 점이 더욱 크게 문제될 수 있다.

83) 다만, 목적의 정당성이 곧 방법의 적합성 등 비례성 판단의 다른 요소들에 영향을 미치지 못한다. 오히려 최근 부동산임대차3법 등과 같이 목적의 정당성을 앞세워 방법의 적합성 등을 갖추지 못한 입법이 양산되고 있는 것이 심각한 문제라고 할

그러나 이러한 '우선 분양전환'의 확대가 입법목적에 부응하는 결과를 가져올 것인지는 매우 의심스럽다. 이미 「공공주택 특별법」 제50조의3 제4항에서 제3자 매각을 우선 분양전환 가격 이하로 하도록 함으로써 오히려 역효과를 낳고 있는 것처럼 '우선 분양전환'의 소급적 강제는 또 다른 풍선효과로 이어질 수 있기 때문이다.<sup>84)</sup>

그러나 「공공주택 특별법」 부칙 제6조 제1항의 합헌성 판단에서 가장 중요한 요소는 입법 목적을 통해 드러나는 공익과 기본권 사이의 법익형량이다. 즉 '우선 분양전환'의 확대를 통한 무주택 임차인 보호의 강화라는 공익과 민간건설사 등의 계약자유의 원칙, 재산권 등의 기본권을 비교·형량하는 가운데 부진정소급효를 정당화할 수 있을 정도의 공익적 필요성과 중대성을 인정할 수 있는지가 문제되는 것이다.

이에 대한 구체적 판단은 헌법재판소에 의해 내려져야 하겠지만, 앞서 제시한 기준들에 비추어 볼 때, 공익의 우위를 인정하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

택지의 조성이나 자금의 지원 등이 어느 정도인지는 개별 사업마다 일정하지 않으며, 민간건설사 등이 공공주택의 건설에 참여한 것은 “임대사업자 외의 자에게 매각하는 것”을 고려한 가운데 결정된 것으로 보아야 할 것이다.<sup>85)</sup> 이를 사후의 법개정으로 박탈하는 것은 매우 심각한 신뢰이익의 침해로 볼 수 있으며, 나아가 공공임대주택의 건설에 대한 민간의 참여를 가로막는 요소로 작용할 수 있을 것이기 때문이다.

기존의 헌법재판소 판례 중에는 법적으로 보호되는 신뢰이익의 범위를 매우 협소하게 인정한 경우들이 있다.<sup>86)</sup> 그러나 시장의 논리를 무시하고 오

---

수 있다.

84) 이러한 풍선효과는 크게 세 가지로 나타날 수 있다. 첫째, '우선 분양전환'의 기피로 나타날 수 있으며, 둘째, 제3자 매각에 의해 임차인이 아닌 제3자에게 혜택을 주는 부작용이 나타날 수 있으며, 셋째, 민간건설사들의 임대주택건설 기피로 이어질 수 있다.

85) 이는 앞서 소개된 헌재 2021. 4. 29. 2020헌마923 결정에서 중·대형 임대주택의 분양이 임대사업자의 수익성을 고려한 것으로 본 것과 같은 맥락으로 이해되어야 할 것이다.

86) 예컨대 헌재 2021. 7. 15. 2018헌마279등 결정에서 헌법재판소는 “법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있었는지, 또는

로지 공익의 우선성만을 강조하던 정부의 경제정책들이 결국은 실패하게 된 것처럼, 기업의 입장에서는 생존의 문제라고 할 수 있는 적정이윤의 창출을 공익의 이름으로 억제하는 것은 더 큰 부작용을 낳을 수밖에 없다는 점이 비중 있게 고려되어야 할 것이다.<sup>87)</sup>

## VII. 맺음: 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목 등의 위헌성과 해결 방향

부동산 문제가 심각한 화두로 등장하고 있는 오늘날 대한민국에서 「공공주택 특별법」의 의미와 비중은 매우 크다. 부동산 문제로 인한 사회적 불만을 완화하고, 무주택 서민들의 주거안정을 꾀하는 점에서 이 법이 갖는 의미가 클 뿐만 아니라, 역대 정부의 부동산정책, 특히 서민을 위한 공공주택의 보급을 위해 이 법(및 그 전신이 되었던 법률들)이 큰 역할을 수행했기 때문이다.

그러나 「공공주택 특별법」 자체의 의미와 비중과는 별도로 몇 개 조항들의 위헌성 문제는 심각하게 받아들이고, 확실하게 개선되어야 할 것이다.

---

예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45 참조). 이 사건의 경우 청구인들이 세무사법이 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되기 전까지는 변호사 자격을 취득함으로써 자동으로 세무사 자격까지 부여받을 수 있다는 신뢰를 가지고 있었다는 점은 일응 인정할 수 있다. 그러나 세무사제도가 정착되고 세무대리시장의 수급이 안정됨에 따라 세무사 자격 자동부여제도는 그 범위를 점차 축소하는 방향으로 꾸준히 개정되어 왔고, 그 결과 세무사법이 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되기 전에는 세무사 자격 자동부여 대상으로 변호사만이 마지막으로 남아있었을 뿐인데, 이와 같은 시대적 추세에 비추어 볼 때 법조인이 되고자 하는 청구인들이 가지고 있던 신뢰, 즉 변호사 자격을 취득하기만 하면 세무사 자격 역시 자동으로 취득할 수 있다는 신뢰가 강도 높게 보호할 필요가 있는 신뢰라고 보기는 어렵다”라고 판시하였다.

그러나 이 판례는 일정한 기간의 경과조치를 두지 않고, 2017년 12월 26일 개정된 법률을 2018년 1월 1일부터 바로 시행함으로써 신뢰이익의 침해가 크다는 점을 간과한 점에 문제가 있다고 본다.

- 87) 정부가 시장의 실패에 대비하여 적정한 범위 내에서 시장에 개입하는 것은 정당화될 수 있다. 그러나 시장의 기능 자체를 무시하고, 정부의 규제로 시장을 대체하려는 것은 결코 성공할 수 없으며, 정당화될 수도 없다. 그것은 자본주의 경제체제의 근간을 무시하는 것일 뿐만 아니라, 헌법상의 경제원칙(헌법 제119조 제1항)에도 위배되는 것이기 때문이다.

이 논문에서는 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목, 제50조 제4항, 부칙 제6조 제1항의 위헌성을 검토하였고, 각기 심각한 위헌적 요소를 내포하고 있음을 확인하였다.

「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목은 「공공주택 특별법」의 입법취지에 반하여 무주택 서민이 아닌 임차인에 대해서 ‘우선 분양전환’을 확대함으로써 법 체계상의 혼란을 야기하였으며, 제50조 제4항은 ‘우선 분양전환’이 되지 않은 물량에 대한 제3자 매각의 경우에 분양전환 가격 이하의 가격을 적용하도록 함으로써 역시 무주택 서민이 아닌 제3자에게 혜택이 돌아가게 만드는 역설적 결과를 야기하였다. 그리고 부칙 제6조 제1항은 이러한 문제가 있는 조항들이 소급적으로 적용되도록 함으로써 위헌성 문제를 더욱 확장시켰다.

‘목적이 수단을 정당화하지는 못한다’는 말이 널리 인정되고 있지만, 입법과정에서는 여전히 목적의 정당성을 앞세워 불합리한 수단을 도입하는 예들이 발생하고 있다. 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목, 제50조 제4항, 부칙 제6조 제1항의 문제도 목적의 정당성을 앞세우는 과정에서 잘못 도입된 것으로 볼 수 있으며, 이를 묵인할 경우에는 유사한 문제들이 더욱 많이 발생할 수 있다는 점에서 경계를 요한다.

그리고 이러한 법적 쟁점들을 다룸에 있어서 정치적 또는 계층적인 진영논리의 개입은 배제되어야 할 것이다. 입법자가 공공임대주택의 문제를 임대사업자와 임차인의 진영 간 갈등으로 보고, 임차인의 편에 서서 이 문제에 접근함으로써 오히려 더 큰 문제를 야기한 것이 아닌가 하는 의혹도 적지 않다. 그러나 법은 어느 한쪽이 무조건 옳다는 전제에서 출발하지 않으며, 항상 균형과 조화를 전제로 양쪽의 요구를 합리적으로 조율·조정하여야 한다. 법이 지향하는 정의는 임차인의 편에 있는 것도, 임대사업자의 편에 있는 것도 아니기 때문이다.

공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.08.14.	2021.08.25.	2021.09.17.

## [참고문헌]

- 관훈클럽 토론회, 제6공화국의 경제정책과 토지공개념, 관훈저널 제48호(1989.12), 240-269쪽.
- 김경무·이창석, 노무현정부 부동산정책의 교훈과 문재인정부의 부동산정책 방향 - 주택정책을 중심으로-, 부동산학보 제71권(2017.12), 20-33쪽.
- 김광수, 헌법 개정과 토지공개념, 토지법학 제34-1호(2018.06), 29-58쪽.
- 김용태, 토지공개념 명문화의 헌법적 의미, 인문사회 21 제11권 제3호(2020.06), 137-147쪽.
- 김중보, 임대주택의 분양전환과 분양가격, 서울대 법학 제53권 제3호(2013.09), 729-762쪽.
- \_\_\_\_\_, 임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2022.4.11. 선고 2009다97079판결(전원합의체)-, 행정판례연구 제22권 제2호(2017), 475-500쪽.
- 김택, 정부의 부동산 정책 문제점과 개선방안, 문화기술의 융합 제7권 제1호(2021.02), 256-263쪽.
- 민태욱, 공공임대주택에 대한 입법평가, 토지공법연구 제80집(2017.11), 1-23쪽.
- 박경애·김혜영·한금용·임혜연, 『민간투자를 통한 공공임대주택 공급 확대 방안 연구』, 한국개발연구원, 2013.4.
- 박철홍, 공공건설임대주택의 분양전환에 관한 문제 - 특히 분양전환가격의 산정에 관하여, 사법 통권 제55호(2021), 121-193쪽.
- 서민철, 수도권 인구 집중과 인구 이동의 패턴, 경인교대 기전문화연구 제41권 제1호(2020.06), 95-112쪽.
- 손홍수, 임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구에 관한 실무상의 제 문제, 민사집행법연구 제3권(2007.02), 153-202쪽.
- 오영준, 임대주택법상 분양전환가격 규정의 강행규정성, 사법 통권 제17호(2011.09), 261-311쪽.
- 유승동, 감정평가액의 다양성에 관한 이론: 감정평가의 절차적 관점, 감정평가학 논집 제20권 제1호(2021.04), 3-17쪽.
- 이병준, 공법에 의한 가격산정과 사법상의 부당이득 -구 임대주택법상의 분양전환가격 산정을 중심으로-, 법조 제69권 제4호(2020.08), 34-82쪽.
- 이순배·김재광, 공공건설임대주택의 분양전환제도에 관한 연구 -임대주택법령의 변천 과정을 중심으로-, 토지공법연구 제59집(2012.11), 27-59쪽.
- 이창무, 문재인 정부 부동산정책의 비판적 평가, 한국행정연구 제29권 제4호(2020.12), 37-75쪽.
- 장경식, 민간임대주택의 분양전환제도 개선에 관한 연구, 한국의회학회보 제3권 제1호(2014.12), 178-194쪽.
- 장경식·송민경, 『공공임대주택 공급동향 분석과 정책과제』, 국회입법조사처 입법·정책 보고서 제65호(2020.12).
- 정연부, 임대차3법에 관한 절차법적 검토: 입법절차 및 관련 규정의 성격과 그에 대한 하자를 중심으로, 성균관법학 제32권 제4호(2020.12), 97-133쪽.
- 정현욱·장희순, 분양전환 공공임대아파트의 분양가격의 적정성 -강원도 속초시의 사례를 중심으로-, 주거환경 제18권 제2호(2020.06), 99-114쪽.
- 차진아, 사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 공법학연구 제19권 제1호(2018.02), 3-41쪽.
- 최열·문영진·공윤경, 임대주택 거주자와 주거환경 평가에 관한 연구 -경상남도 양산시 임대주택과 분양전환주택간 비교 사례-, 부산대 도시연구보 제17집(2004.12), 41-53쪽.
- 한상훈, 주거권과 주택임대료 규제에 관한 연구: 임대차 3법을 중심으로, 토지공법연구 제93집(2021.02), 141-166쪽.

## 【국문초록】

부동산 가격의 폭등으로 인한 사회적 갈등이 심각한 대한민국에서 무주택 서민의 주거안정을 위해 제정된 「공공주택 특별법」의 의미와 비중은 매우 크다.

그러나 「공공주택 특별법」 자체의 의미와 비중과는 별도로 몇 개 조항들의 위헌성 문제는 심각하게 받아들이고, 확실하게 개선되어야 할 것이다. 이 논문에서는 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목, 제50조 제4항, 부칙 제6조 제1항의 위헌성을 검토하였고, 각기 심각한 위헌적 요소를 내포하고 있음을 확인하였다.

「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목은 「공공주택 특별법」의 입법취지에 반하여 무주택 서민이 아닌 임차인에 대해서 '우선 분양전환'을 확대함으로써 법 체계상의 혼란을 야기하였으며, 제50조 제4항은 '우선 분양전환'이 되지 않은 물량에 대한 제3자 매각의 경우에 분양전환 가격 이하의 가격을 적용하도록 함으로써 역시 무주택 서민이 아닌 제3자에게 혜택이 돌아가게 만드는 역설적 결과를 야기하였다. 그리고 부칙 제6조 제1항은 이러한 문제가 있는 조항들이 소급적으로 적용되도록 함으로써 위헌성 문제를 더욱 확장시켰다.

'목적이 수단을 정당화하지는 못한다'는 말이 널리 인정되고 있지만, 입법과정에서는 여전히 목적의 정당성을 앞세워 불합리한 수단을 도입하는 예들이 발생하고 있다. 「공공주택 특별법」 제50조 제1항 제1호 라목, 제50조 제4항, 부칙 제6조 제1항의 문제도 목적의 정당성을 앞세우는 과정에서 잘못 도입된 것으로 볼 수 있으며, 이를 묵인할 경우에는 유사한 문제들이 더욱 많이 발생될 수 있다는 점에서 주의를 필요로 한다.

입법자는 공공임대주택의 문제를 임대사업자와 임차인의 진영 간 갈등으로 보고, 임차인의 편에 서서 이 문제에 접근함으로써 오히려 더 큰 문제를 야기해서는 안 될 것이다. 법은 어느 한쪽이 무조건 옳다는 전제에서 출발하지 않으며, 항시 균형과 조화를 전제로 양쪽의 요구를 합리적으로 조율·조정하여야 한다. 법이 지향하는 정의는 임차인의 편에 있는 것도, 임대사업자의 편에 있는 것도 아니기 때문이다.

## 【Zusammenfassung】

Verfassungsrechtliche Betrachtung über die  
„vorzugsweise Verkaufsumwandlung“ gemäß dem  
Sondergesetz über den öffentlichen Wohnungsbau

Young-Soo Chang

(Professor, Korea University Law School)

Die Bedeutung und das Gewicht des „Sondergesetzes über den öffentlichen Wohnungsbau“, das zur Stabilisierung des Wohnens einkommensschwacher Haushalte in Korea erlassen wurde, wo die sozialen Konflikte aufgrund steigender Immobilienpreise schwerwiegend sind, sind von großer Bedeutung.

Trotzdem sollte die Frage der Verfassungswidrigkeit einiger Artikel ernst genommen und definitiv verbessert werden. In diesem Beitrag wurde die Verfassungsmäßigkeit von § 50 Absatz 1 Nr. 1, D, § 50 Absatz 4 und Zusatzklausel § 6 Absatz 1 des „Sondergesetzes über den öffentlichen Wohnungsbau“ überprüft und bestätigt, dass jeweils schwerwiegende verfassungswidrige Elemente.

§ 50 Absatz 1 Nr. 1 D des Sondergesetzes hat entgegen dem Gesetzeszweck zur Verwirrung im Rechtssystem geführte, indem es die „vorzugsweise Verkaufsumwandlung“ auf Mieter ausweitete, die keine obdachlosen Bürger sind. § 50 Absatz 4 hat Paradoxien ereignet, durch Anwendung eines Preises unterhalb des Verkaufsumrechnungspreises bei einem Verkauf der nicht in einen „vorzugsweise Verkauf“ umgewandelte

Mietwohnungen an einen Dritten. Und Zusatzklausel § 6 Abs. 1 erweiterte die Frage der Verfassungswidrigkeit weiter, indem er eine rückwirkende Anwendung dieser problematischen Bestimmungen zuließ.

Obwohl das Sprichwort „Der Zweck heiligt die Mittel nicht“ weithin akzeptiert ist, gibt es im Gesetzgebungsverfahren immer noch Fälle, in denen irrationale Mittel eingeführt werden, bei denen die Legitimität des Zwecks im Vordergrund steht. Auch die Probleme von § 50 Abs. 1 Nr. 1 D, § 50 Abs. 4 und Zusatzklausel § 6 Abs. 1 des Sondergesetzes könnten eingeführt worden sein, in der falschen Akzentierung der Legitimität des Zwecks. Es ist Vorsicht geboten, da ähnliche Probleme häufiger auftreten können, wenn es toleriert wird.

Der Gesetzgeber sollte das Problem des öffentlichen Mietwohnungs nicht als Konflikt zwischen dem Lager des Vermieters und des Mieters sehen und dieses Thema von der Seite des Mieters angehen. Es könnten ein größeres Problem zu verursachen. Das Gesetz geht nicht von der Voraussetzung aus, dass eine Seite bedingungslos richtig ist, sondern muss die Forderungen beider Seiten immer unter der Prämisse von Gleichgewicht und Harmonie rational koordinieren und anpassen. Denn die Gerechtigkeit liegt weder auf Seiten des Mieters noch auf Seiten des Vermietgeschäfts.

주제어(Stichwörter): 공공주택 특별법(Sondergesetz über den öffentlichen Wohnungsbau), 우선 분양전환(vorzugsweise Verkaufsumwandlung), 제3자 매각(Verkauf an Dritte), 부진정소급효(unechte Rückwirkung), 신뢰보호(Vertrauensschutz)

# 21세기 민주주의의 새로운 도전, 직접민주주의 강화가 답이 될 수 있는가?

- 스위스, 독일의 직접민주주의의 특징과 시사점 -

차 진 아\*

## ▶ 목 차 ◀

- |  |                                  |
|--|----------------------------------|
| I. 서론: 21세기 민주주의의 새로운 도전                     | 1. 스위스의 역사적 배경과 직접민주주의의 발전       |
| II. 근대 민주주의에서 직접민주제와 간접민주제의 관계               | 2. 스위스 직접민주제의 성공배경으로서 속의적 구조     |
| 1. 근대 시민혁명과 간접민주제 중심의 민주국가 형성                | 3. 스위스 직접민주제가 대한민국에 주는 시사점과 그 한계 |
| 2. 서구의 선진 민주국가의 근대적 특징과 한계                   | V. 독일의 직접민주제에 대한 우려와 그 시사점       |
| 3. 직접민주주의를 통한 간접민주제의 보완과 그 한계                | 1. 독일의 나치 집권의 경험과 그에 대한 반성       |
| III. 대의제의 한계와 직접민주제에 대한 요구의 강화               | 2. 제2차 세계대전 이후 독일의 간접민주제         |
| 1. 대의제의 한계: 정당과 국가 기관이 국민의사를 제대로 반영하지 못하는 경우 | 3. 독일의 경험이 대한민국에 주는 시사점과 그 한계    |
| 2. 서구 선진국에서 정치권에 대한 불신과 불만의 확대               | VI. 제10차 개헌논의와 직접민주제의 확대·강화의 대안  |
| 3. 대한민국에서 정치권에 대한 불신과 직접민주제에 대한 요구의 강화       | 1. 2017년 개헌논의 당시의 직접민주제에 관한 논의상황 |
| IV. 스위스의 직접민주제 경험과 시사점                       | 2. 국민발안제의 도입에 관한 검토              |
|  | 3. 국민투표제의 확대에 관한 검토              |
|  | 4. 국민소환제의 도입에 관한 검토              |
|  | VII. 결론                          |

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 서론: 21세기 민주주의의 새로운 도전

민주주의의 역사적 뿌리는 고대 그리스의 아테네에서 찾을 수 있다.<sup>1)</sup> 당시 정치체제를 군주제와 귀족제, 민주제로 구분하는 것이 일반화되었으며, 군주 개인이나 귀족 집단이 국가를 주도적으로 운영하는 것과는 달리 모든 시민<sup>2)</sup>이 국정 운영에 참여하는 것을 민주주의라고 지칭했던 것이다.

이러한 아테네의 민주주의는 민주주의의 원형이라고 할 수 있지만, 오래 지속되지 못했으며, 아테네의 멸망 이후 민주주의는 근대에 이르기까지 역사 속에서 찾아보기 어렵다. 그러나 아테네의 민주주의가 근대 정치사상에 큰 영향을 끼친 것은 분명하며, 근대 민주주의 탄생의 밑거름이 되었다고 할 수 있다. 다만, 고대 그리스 아테네의 민주주의와 근대 시민혁명을 통해 성립된 근대 민주국가 사이에는 단순히 아테네에서는 직접민주제를, 근대 민주국가들은 간접민주제를 채택했다는 것으로 설명되기 어려운 커다란 차이가 있다.<sup>3)</sup> 그것은 무엇보다 세 가지 요인에서 비롯된 것이었다.

첫째, 도시국가였던 고대 그리스의 아테네와 근대 시민혁명을 통해 성립된 민주국가(영국, 미국, 프랑스 등)는 그 규모에서 매우 큰 차이가 있었다. 영토의 규모뿐만 아니라 국민의 숫자에서 비교하기 어려울 정도의 차이가 있었으며, 이는 아테네에서 민회 중심의 직접민주제를 시행하던 것이 근대 민주국가에서는 기술적으로 불가능하게 만들었다.<sup>4)</sup>

---

1) 민주주의라는 용어 자체가 그리스어에서 유래한 것으로서, 민주주의를 의미하는 *demokratia*의 어근은 인민을 의미하는 *demos*와 지배를 의미하는 *krotos*가 결합한 것이다. 이에 대해서는 데이비드 헬드(박찬표 옮김), *민주주의의 모델들*, 후마니타스, 2018, 17면 참조.

2) 당시의 민회에 참여할 수 있는 시민은 자유민인 성인 남자로 한정되어 있었다. 즉, 노예의 신분이거나 여성들의 경우 이러한 국정운영에 대한 참여가 배제되었다. 이에 관하여는 데이비드 헬드(박찬표 옮김), 앞의 책(주-1), 46면 이하 참조.

3) 고대 그리스 아테네의 직접민주주의와 근대 시민혁명 이후의 민주국가들이 채택하였던 대의제 민주주의는 그 이념의 유사성에도 불구하고 제도의 차이는 같은 범주에 속하는 것으로 보기 어려울 정도라고 할 수 있다.

4) 인터넷의 발달에 따라 전자민주주의를 통해 영토 및 인구의 규모를 극복할 수 있을 것이라는 기대도 있다. 그러나 적어도 현 시점에서는 국가사무의 전문성의 문제, 그리고 해킹의 문제 등으로 인하여 전자민주주의의 실현에도 한계가 있다. 전자민주주의에

둘째, 국가 규모의 확대에 따른 국가기관들의 세분화·전문화 및 이와 연계된 통치기술의 발달은 국정 운영에 요구되는 지식과 정보 및 이에 접근할 수 있는 자격 및 권한 등에 커다란 변화를 가져왔다. 아테네에서와 같이 비전문가인 국민들이 모여서 토의하는 것만으로 쉽게 합리적인 결론을 내릴 것으로 기대하기 어렵기 때문이다.<sup>5)</sup>

셋째, 근대 시민혁명 이후 신분제가 타파되면서 정치전문가 집단이 등장하였다. 초기에는 일부 귀족 출신들과 부르조아 계층에서 시작되었으나, 점차 의회제도가 정착되고 보통선거권의 확립 및 정당의 역할·비중이 높아지면서 직업정치인들이 점차 늘어나게 된 것이다.<sup>6)</sup>

근대 시민혁명 이후에도 민주국가들은 시대의 변화에 따른 민주주의의 구조변화를 여러 차례 겪었다. 대표적인 예로 보통선거의 확립에 따른 선거권의 확대<sup>7)</sup>를 통해 민주주의의 구조에 큰 변화가 있었고, 이를 배경으로 대중정당이 탄생·발전함에 따라 ‘정당(국가적) 민주주의’<sup>8)</sup>라는 용어가 생겨날 정도로 민주주의의 성격에 커다란 영향을 미치기도 했다. 이러한 변화는 비

---

관한 기대와 우려에 관하여는 김관규/김관욱, 전자민주주의의 정치참여확대 기여에 관한 제논의, 인문과학연구 제6권 제2호(2006.6), 43-75면; 김현성, 온라인 시민참여와 전자민주주의의 관계에 대한 비판적 고찰 -대응성과 협업의 비교를 중심으로-, 경성대 사회과학연구 제22집 제1호(2006.4), 91-119면; 홍일선, 전자민주주의에 관한 헌법적 논의, 강원법학 제53권(2018.2), 193-223면 참조.

- 5) 현대 국가에서는 경제, 노동, 환경, 국방, 외교 등 모든 분야의 국가사무들이 고도로 전문화되었으며, 이러한 전문적인 국가사무를 비전문가인 일반 국민들의 다수결로 결정하는 것은 국민들 자신을 위해서도 바람직하지 않다(장영수, 헌법학, 홍문사, 2021, 154면; 조한상, 대의제는 위기에 처했는가? -대의제의 헌법적 의의, 문제점, 보완에 대한 검토-, 법학논총 제29권 제2호(전남대학교 법학연구소, 2009.12), 323면).
- 6) 과거 무보수·명예직이었던 지방의회 의원들에 대해 보수를 지급하는 것으로 법제를 변경하였던 것도 직업정치인들의 역할과 비중을 인정하는 것으로 이해될 수 있다. 이에 관하여는 황아란, 지방의원 유급제와 의정 전문성의 논리적 관계 구조 -공직진출의 기회비용과 현실적 한계, 지방정부연구 제12권 제2호(2008.8), 29 - 47면 참조.
- 7) 영국에서의 보통선거권의 확대과정에 관하여는 이화용, 영국 민주화의 이념적 지형 1880~1928 -자유주의와 그 후예들-, 서강대 사회과학연구 제15권 제1호(2007.2), 244-276면 참조.
- 8) 정당(국가적) 민주주의에 관하여는 Gerhard Leibholz, Strukturwandel der modernen Demokratie, in: Ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3.Aufl., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1967, S. 78-131(93 ff.) 참조.

록 대의제 민주주의의 틀을 유지하고 있었지만, 가히 민주주의의 패러다임이 변화되었다고 지칭될 수 있는 것이었다.

그런데 21세기에 들어와 지난 수백 년 동안 안정적으로 발전되어 온 서구적 대의제 민주주의에 대한 심각한 도전이 나타나고 있다. 영국의 브렉시트,<sup>9)</sup> 미국의 트럼프 당선,<sup>10)</sup> 프랑스의 마크롱 당선,<sup>11)</sup> 독일에서 급진주의 정당의 약진<sup>12)</sup> 등은 전통적인 대의제 민주주의의 위기로 인식되고 있으며, 이는 특정 국가만이 아닌 서구 민주주의에서 전반적으로 대의제에 대한 불신이 팽배하고 있음을 보여주는 것이기 때문이다. 시민들의 정치 내지 국가에 대한 기대 수준은 계속 높아지고 있는 것에 반하여 서구적 대의제는 답보상태인 점, 정보화시대 정보통신기술의 발달로 인하여 정치 내지 정부의 약점이 대중에게 보다 쉽게 노출되는 점, 과거에 비해 대중적 카리스마를 지닌 정치지도자가 많지 않은 점 등이 복합적으로 작용하여 이러한 대의제 불신이 높아지고 있는 것으로 보인다. 그러나 이를 해소할 수 있는 설득력 있는 대안은 뚜렷하지 않은 상황이다.

그런 가운데 직접민주주의의 확대·강화에 대한 관심이 높아지고 있다. 대

---

9) 영국의 유럽연합(EU) 탈퇴를 의미하는 브렉시트는 영국인들의 감정적 판단으로 영국 스스로의 장애에 부정적인 결과를 야기하게 되었다는 의미에서 많이 인용되고 있지만, 그 이면에는 유럽연합 탈퇴를 만류하던 주류 정치인들에 대한 당시 영국인들의 불신과 불만이 깊이 자리하고 있었다.

10) 트럼프 후보자가 미국 대통령으로 당선된 것도, 당시 미국의 주류 정치인이 아닌 부동산사업가 출신으로서 미국인들의 기성 정당 및 정치세력들에 대한 불신과 불만의 결과라는 점에 주목할 필요가 있다.

11) 마크롱의 대통령 당선도 여러 가지 측면에서 이번으로 손꼽혔다. 40세의 젊은 후보자가 뚜렷한 정치적 기반이 없던 비주류 정당 출신으로서 대통령이 될 수 있었던 것은 역시 프랑스인들도 기성 정당 및 정치세력에 대한 불신과 불만이 높았기 때문이라고 볼 수 있다.

12) 의원내각제를 채택하고 있으며, 다당제 구조 속에서 연정을 구성하고 있는 독일의 경우에는 총리 선출에서 이번이 발생하지는 않았지만, 이미 연정 파트너의 선택과정에서 문제가 발생할 정도로 급진정당의 약진이 두드러지고 있다. 특히 급진정당의 하나인 독일대안당(Alternative für Deutschland[AfD])이 2021. 8. 7. 시행된 총선에서 총86석(전체 709석의 12.1%)을 얻은 제3당이라는 점은 독일 정치의 매우 중요한 변수가 되고 있다(독일 연방의회[하원], <https://www.bundestag.de/parlament/fraktionen?url=L3BhcmxhbWVudC9wbGVudW0vc2l0enZlcnRlaWx1bmdfMTI3cC9zaXR6dmVydGVpbHVuZzE5LTUyOTUyNA==&mod=mod485836>) (2021. 8. 15. 접속).

의제의 한계를 직접민주제적 요소를 통해 보완해야 한다는 생각은 이미 오래전부터 공감을 얻고 있었지만,<sup>13)</sup> 최근의 직접민주제에 대한 관심은 그런 수준을 넘어서 -즉, 대의제를 근간으로 하되 직접민주제로 보완하는 것이 아니라- 대의제와 직접민주제의 비중을 거의 대등한 수준으로 만들려는 시도까지도 나타나고 있는 것이다.

이러한 급진적인 변화의 시도는 매우 신중하게 검토되어야 한다. 새로운 시도는 항시 위험요소를 안고 있으며, -영국의 블랙시트가 그랬던 것처럼- 자칫 안정된 민주주의의 틀을 깨뜨림으로써 정치적 혼란뿐만 아니라 국민들의 이익에도 결코 바람직하지 않은 결과를 야기할 수 있기 때문이다.

## II. 근대 민주주의에서 직접민주제와 간접민주제의 관계

### 1. 근대 시민혁명과 간접민주제 중심의 민주국가 형성

근대 시민혁명을 통한 민주주의의 확산은 인류 역사의 흐름을 바꾸어 놓은 중요한 변곡점이라 할 수 있으며, 각국의 정치체제는 근대 시민혁명을 기점으로 코페르니쿠스적 전환을 겪게 되었다. 물론 명예혁명 이후에도 기존의 군주제를 존치한 가운데 점진적인 발전을 보인 영국,<sup>14)</sup> 독립혁명을 통해 새로운 민주적 정치체제를 수립하였던 미국,<sup>15)</sup> 대혁명을 통해 왕정을 폐지하고 공화정을 수립하였던 프랑스<sup>16)</sup>는 시민혁명 이후 변화의 양과 질에

13) 서구의 대표적인 민주주의 국가 중에서 직접민주제를 완전히 배제하고 있는 예는 찾아보기 어렵다. 최소한 국민투표 등의 방법이 제한적으로나마 인정되고 있는 것은, 대의제의 딜레마가 널리 인정되고 있기 때문이다. 대의제의 딜레마에 관하여는 임혁백, 대의제 민주주의는 무엇을 대의하는가? -일반의사와 부분의사, 그리고 제도 디자인-, 한국정치학회보 제43집 제4호(2009.12), 27-49면 참조.

14) 의원내각제를 중심으로 발전해온 영국의 민주주의는 존 로크의 영향을 크게 받은 것으로 알려져 있다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 책(주 5), 1089면 참조.

15) 엄격한 삼권분립을 특징으로 하는 미국의 민주적 정치체제는 몽테스큐의 영향을 크게 받은 것으로 평가된다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 책(주 5), 1093면 참조.

16) 프랑스의 공화정은 국민주권을 강조하였던 루소의 영향을 크게 받았다. 그로 인하여

서 상당한 차이를 보였던 것은 분명하다. 그러나 이러한 시민혁명들이 근대 민주주의 정치사상의 영향<sup>17)</sup> 하에 일정한 공통분모를 갖고 있었다는 점도 부인할 수 없다.

마찬가지로 시민혁명 이후의 정치체제 내지 정부형태에서도 영국은 의회주권을 앞세운 의원내각제를 채택했던 반면에 미국에서는 영국의 의원내각제에 대한 불신을 바탕으로 대통령제를 창안하였고, 프랑스에서는 영국식의 의원내각제를 도입하였으나, 오랜 정치적 혼란 끝에 이원정부제를 채택<sup>18)</sup>하는 등의 차이가 있었다. 주목할 점은 이러한 정부형태의 차이에도 불구하고 민주주의에 대한 신봉에는 차이가 없었고, 대의제의 형태로 민주주의를 실현한다는 점에서도 공통점을 보였다는 것이다.

당시에도 직접민주제에 대한 요구가 전혀 없었다고 볼 수는 없지만, 현실적으로 직접민주제를 관철하는 것이 가능하리라고 생각하지 않았다. 이미 루트소가 사회계약론에서 민주주의는 작은 나라에서만 가능하다고 얘기했던 것처럼,<sup>19)</sup> 직접민주제는 영국이나 미국, 프랑스와 같은 큰 나라에서는 영토의 규모 및 인구의 수 때문에 가능하지 않다고 보았던 것이다.

다만, 제한된 범위에서 직접민주제적 요소를 통해 정당성을 강화하는 것에 대해서는 적극적인 경우가 있었다. 가장 대표적인 예로 헌법의 제정 및 개정에 국민투표를 거치도록 하는 것을 들 수 있는데, 성문의 헌법전을 갖고 있지 않은 영국에는 해당 사항이 없지만, 미국과 프랑스 등에서는 이를 둘러싼 논의가 있었지만, 결국 대의기관에 의한 결정을 우선하는 것으로 결론이 내려졌다.<sup>20)</sup>

---

프랑스에서 의원내각제를 채택한 이후에도 의회와 내각이 균형을 유지하기보다는 국민의 선거에 의해 직접적 정당성을 부여받은 의회의 우위가 인정된 바 있었다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 책(주 5), 981면 참조.

17) 그밖의 중요한 근대 민주주의 정치사상가들, 특히 미국과 프랑스의 시민혁명에 영향을 미친 토마스 페인, 쉬에스 등의 역할도 매우 컸다.

18) 프랑스의 정부형태에 관하여는 장영수, 앞의 책(주 5), 1099면 참조.

19) 장 자크 루소(최석기 옮김), 사회계약론, 인간불평등기원론/사회계약론, 동서문화사, 제2판 4쇄, 2011, 219면.

20) 페더럴리스트 페이퍼를 보면, 당시 민주적 정당성을 확보하기 위해 대의제의 구조를 취해야 한다는 점이 강조되고 있었으며(메디슨, 페더럴리스트 39-40, 알렉산더 해밀

## 2. 서구의 선진 민주국가의 근대적 특징과 한계

서구의 선진 민주국가들에서 시민혁명은 20세기 이후의 사회주의 사상가들에 의해 주장되는 이른바 민중혁명과는 뚜렷하게 구별되는 차이점을 보인다. 그중에서도 가장 주목할 점은 민주주의 사상의 발전과 전파, 이를 통한 대중의 동원 등에서 몇몇 주도적 인물들의 역할이 매우 두드러진, 이른바 엘리트 민주주의적 특징이 나타나고 있었다는 점이다.<sup>21)</sup>

일반 대중은 대표자의 선출에 참여할 뿐, 국가사무의 처리는 전문정치인 내지 전문 관료에 맡겨야 한다는 생각에서 출발한 엘리트 민주주의는 세 가지 전제에 기초하고 있다. 첫째, 교육의 대중화가 이루어지기 이전 단계에서는 소수 엘리트가 대중을 지도하는 것이 불가피한 것으로 보았다.<sup>22)</sup> 둘째, 교육의 대중화가 이루어진 이후에도 -현대 국가사무의 전문성을 생각할 때- 분야별 전문성을 갖춘 전문가집단이 국가사무를 담당하는 것이 바람직한 것으로 보았다.<sup>23)</sup> 셋째, 이러한 엘리트 민주주의도 다원적 엘리트 집단이 경쟁 구조 속에서 대중의 동의를 얻어 집권함으로써 민주적 정당성 및 합리적 통제가 가능한 것으로 보았다.<sup>24)</sup>

그러나 20세기에 들어와 엘리트 민주주의는 흔들리기 시작했다. 현대 국가사무의 처리에 전문성이 요청된다는 점은 인정되지만, 대중의 참여를

---

턴·제임스 매디슨·존 제이[김동영 옮김], *페더럴리스트 페이퍼*, 한울아카데미, 1995, 235면 이하), 미국 연방헌법 제5조는 상하 양원의 하나에서 3분의 2 이상의 찬성으로 헌법개정을 발의하며, 주 의회의 4분의 3 이상의 찬성 또는 주 헌법회의의 4분의 3 이상의 찬성으로 이를 의결하도록 규정함으로써 국민투표를 배제하였다. 또한 프랑스 제1공화국 헌법 제7장의 헌법개정에 관한 조항들도 의회에 의한 헌법개정을 규정하고 있으며, 국민투표는 예정하지 않았다.

- 21) 영국 명예혁명 당시의 올리버 크롬웰, 미국 독립혁명 당시의 조지 와싱턴과 몇몇 지도자들, 프랑스 대혁명 당시의 미라보, 라파예트 등의 영향은 이들이 당시의 시대상황을 주도하던 엘리트였다는 점을 부인할 수 없게 만든다.
- 22) 이러한 점은 동서고금을 막론하고 공통된 현상이다. 교육의 대중화 이후에 비로소 대중민주주의가 제대로 뿌리내릴 수 있게 된 것이다.
- 23) 오늘날 대의제가 여전히 민주주의의 근간으로 인정되고 있는 것은 바로 이러한 이유 때문이다(장영수, 앞의 책[주 5], 154면; 조한상, 앞의 논문[주 5], 323면).
- 24) 이에 관하여는 요제프 슈페터(이종인 옮김), *자본주의, 사회주의, 민주주의, 북길드*, 2018, 380면 이하 참조.

다양한 방식으로 확대하는 참여민주주의<sup>25)</sup> 내지 숙의민주주의<sup>26)</sup>가 확산되었고, 이를 통해 엘리트 민주주의의 단점으로 지적되었던 엘리트 집단의 귀족화 내지 특권계층화를 견제하는 것에 대한 관심이 높아졌다.

그럼에도 불구하고 어떤 사회에서도 국가의 원활한 운영 및 국가경쟁력의 확보를 위한 엘리트의 육성은 필요하며, 이를 무시하는 극단적인 대중주의도 심각한 문제를 낳는다. 엘리트 집단과 대중의 부당한 차별을 억제하는 것은 필요하지만, 엘리트 집단의 존재 자체를 부정하거나 이들의 역할이 갖는 의미를 전면 부정하는 것은 결국 글로벌 경쟁에서 국가경쟁력의 약화, 나아가 사회의 몰락으로 이어질 수 있기 때문이다.<sup>27)</sup>

이런 맥락에서 볼 때, 서구의 근대 민주주의는 엘리트 민주주의에서 출발하여 참여민주주의 내지 숙의민주주의를 통해 점진적인 진화를 겪고 있지만, 아직 적절한 균형점에 대한 합의는 이루어지지 않고 있는 것으로 보인다. 이는 무엇보다 민주주의의 핵심적 장치의 하나인 의회의 구성방식 및 활동범위를 통해 확인될 수 있다.

전통적인 엘리트 민주주의는 대중에 의해 선출된 의원들이 자유위임의 원칙에 따라 국가사무를 담당하는 것으로 이해했으며, 이러한 기본 구조는 여전히 유효하다. 다만, 달라진 점들이 적지 않다. 한편으로는 정당 및 여론을 매개로 대중의 정치적 의사를 수시로 국정에 반영할 수 있도록 함으로써 정치엘리트의 역할을 제한하고, 민주적 통제를 강화하고 있으며, 다른 한편으로는 법률에 대한 위헌법률심판제도의 도입 등과 같은 사법적 통제를 강화하고 있는 것도 정치엘리트의 통제에 큰 역할을 하고 있다.

25) 참여민주주의에 관하여는 류태건, 참여민주주의의 이론과 현실 - 참여정부의 참여민주주의의 비판 -. 한국시민윤리학회보 제17집(2004.12), 79-100면 참조.

26) 숙의민주주의에 관하여는 김은주, 숙의 민주주의와 공공갈등의 해결, 단국대 분쟁해결연구 제18권 제3호(2020.12), 5-32면 참조.

27) 그런 의미에서 대중과 엘리트의 역할 분담이 필요한 것이지, 엘리트의 전적이 배제가 바람직한 것은 결코 아니다. 서구 선진국 중에서 직접민주제가 가장 적극적으로 활용되고 있는 것으로 평가되고 있는 스위스에서도 정치엘리트가 - 대의제에서뿐만 아니라 국민발안과 국민투표에서도- 지도적인 역할을 하고 있다고 한다. 이에 대해서는 Christoph Mayer, Direkte Demokratie in der Schweiz, in: W. Merkel/C. Ritzl(Hrsg.), Die Legitimität direkter Demokratie - Wie demokratisch sind Volksabstimmungen?-, Sprigner VS, 2017, S. 51-72(66 ff.).

### 3. 직접민주주의를 통한 간접민주제의 보완과 그 한계

현대의 정치적 조건 하에서 대의제가 불가피하다는 인식과 더불어 대의제의 한계 내지 딜레마<sup>28)</sup>도 널리 알려져 있다. 그로 인하여 직접민주제를 통한 대의제의 보완 필요성도 폭넓게 인정되고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 각국의 정치 상황 내지 역사적 경험에 따라 대의제를 보완하는 직접민주제의 인정 범위에서 상당한 차이를 보이고 있다.

이러한 차이는 크게 두 가지 측면에서 나타나고 있다. 하나는 국민의 숫자이다. 우리나라에서 직접민주제를 가장 잘 활용하는 나라로 많이 소개되었던 아일랜드나 아이슬랜드는 인구가 각기 300만과 30만에 불과한 작은 나라이다.<sup>30)</sup> 이런 경우에 직접민주제를 폭넓게 활용하는데 따르는 부담이 상대적으로 적을 수밖에 없으며, 이와는 달리 대표적인 서구의 선진국으로 일컬어지는 영국, 미국, 독일, 프랑스 등에서 이런 식의 직접민주제를 적극적으로 활용하지 못하고 있는 것은 시사하는 바가 크다.

다른 하나의 요인은 역사적 경험이다. 오래전부터 직접민주제에 익숙하였고, 성공적으로 운영했던 나라에서는 직접민주제의 활용에 적극적인 반면에, 정치적 선전과 선동에 의해 국민들이 잘못된 판단을 내린 경험이 있는 나라에서는 직접민주제에 대해 소극적일 수밖에 없다. 전자의 대표적인 예로 스위스를 들 수 있다면,<sup>31)</sup> 후자의 대표적인 예로는 히틀러의 나치당을 국민 다수가 지지하였던 역사적 경험에 대한 반성이 크게 작용하고 있는 독일 등을 들 수 있다.<sup>32)</sup>

28) 대의제의 한계 및 극복 방안에 관하여는 백수원, 투명성의 관점에서 본 대의제의 한계와 극복방안 - 미국과 프랑스의 예를 중심으로, 미국헌법연구 제22권 제3호(2011.12), 183-215면 참조.

29) 장영수, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건, 한양법학. 제28권 제2호(2017.12), 59-90면; 차진아, 시민의 임법참여와 헌법 - 국민발안제 도입논의를 중심으로 -, 외법논집 제42권 제3호(2018.8), 213-238면 참조.

30) 2020년 기준으로 아일랜드의 인구는 494만이며, 아이슬랜드의 인구는 34만이었다 ([http://data.un.org/\\_Docs/SYB/PDFs/SYB63\\_1\\_202105\\_Population,%20Surface%20Area,%20Density.pdf](http://data.un.org/_Docs/SYB/PDFs/SYB63_1_202105_Population,%20Surface%20Area,%20Density.pdf))(2021. 8. 15. 접속).

31) 스위스에 관하여는 아래의 「IV. 스위스의 직접민주제 경험과 시사점」 참조.

32) 독일에 관하여는 아래의 「V. 독일의 직접민주제에 대한 우려와 그 시사점」 참조.

물론 스위스나 독일은 모두 서구의 민주주의를 대표하는 국가이며, 어느 쪽이 절대적으로 옳고, 다른 쪽은 틀렸다고 말할 수 없다. 다만, 다른 여러 가지 정치제도와 마찬가지로 직접민주제의 적극적 활용에 있어서도 다양한 요인이 작용할 수 있음을 확인할 수 있으며, 과연 우리의 경우는 어떤 쪽에 더 가까운지에 대해 신중한 검토가 요청된다는 결론을 이끌어낼 수 있을 것이다.

주목할 점은 히틀러의 집권이라는 특별한 역사적 경험을 갖고 있는 독일뿐만 아니라, 영국이나 미국, 프랑스 등에서도 직접민주제의 확대·강화에 대해서는 대체로 소극적인 태도를 보이고 있다는 것이다. 이는 인구 규모의 문제도 있지만, 엘리트 민주주의의 영향도 적지 않은 것으로 보인다. 대중의 이익을 위한 정부(government for the people)가 되어야 하지만, 대중의 의사에 따르는 정부(government by the people)가 될 경우에는 포퓰리즘에 빠지게 될 것이라는 우려도 적지 않은 것이다.<sup>33)</sup> 그러므로 직접민주제를 통한 간접민주제의 보완 필요성은 부인할 수 없지만, 각국의 정치적 상황을 전제로 구체적 인정 범위와 성공조건에 대해서 심층적인 고찰이 필요하다.

### Ⅲ. 대의제의 한계와 직접민주제에 대한 요구의 강화

#### 1. 대의제의 한계: 정당과 국가기관이 국민의사를 제대로 반영하지 못하는 경우

대의제의 이상(理想)은 국민에 의해 선출된 대표자가 그 전문성을 적절하게 활용하여 국민의 의사를 합리적으로 수렴함과 동시에 국민의 이익을 합리적으로 조정함으로써 국민의 의사와 이익을 조화시키는 최상의 결과를

---

33) 결국 진정한 민주주의를 실현하기 위해서는 국민의 의사와 국민의 이익이 균형과 조화를 이루어야 한다. 국민의 이익에 반하는 것을 국민의 이름으로 밀어붙이는 것도 문제이고, 국민의 의사에 반하는 것을 국민의 이익을 위해서라는 이유로 정치권력자가 강행하는 것도 문제인 것이다.

놓는 것이다.

그러나 이상과 현실 사이에는 항상 괴리가 있을 수밖에 없다. 대의제 민주주의를 가장 먼저 발전시켜온 영국을 비롯한 서구의 선진국들에서도 이러한 대의제의 이상이 제대로 실현된 경우는 거의 없다고 말한다.<sup>34)</sup> 오히려 국민에 의해 선출된 대표자가 국민의 의사를 무시하고 독선적인 국정운영을 하는 경우가 드물지 않았고,<sup>35)</sup> 국민의 이익을 위한다고 하면서 집권자 개인을 위해 활동한 경우도 있었다.<sup>36)</sup>

대의제가 지향하는 이상과 현실의 완벽한 합치는 어렵다고 할 수 있지만, 괴리의 정도가 심각한 경우에는 민주주의를 파괴하게 된다. 히틀러의 나치당 집권처럼 민주적 절차에 의해 민주주의를 파괴하는 것<sup>37)</sup>으로 지칭되는 극단적인 경우까지 발생할 수 있는 것이다. 이를 예방하기 위해 국민과 대표자 사이에 다양한 형태의 소통 및 통제가 필요하다.

고전적인 대의제가 선거에 의존하고 있었다면, 현대적인 대의제는 정당의 활동에도 크게 의존한다. 즉, 선거 시기에만 대표자가 국민들의 지지를 얻기 위해 노력하는 것이 아니라 평상시에도 정당을 매개로 국민의 의사를 지속적으로 수렴함으로써 보다 적극적인 소통이 가능하게 되며,<sup>38)</sup> 정당이 제 기능을 하지 못할 경우에는 여론의 압력,<sup>39)</sup> 나아가 탄핵 등에 의한 통제

34) 이에 관하여는 이에 관하여는 Kurt Kluxen, Die Umformung des parlamentarischen Regierungssystems in Großbritannien beim Übergang zur Massendemokratie, in: Ders. (Hrsg.), Parlamentarismus, Kiepenheuer & Witsch(KiWi), S. 112-137 참조.

35) 특히 제3세계 국가들에서 대통령제를 도입한 이후에 이러한 문제를 많이 노출시켰다. 그로 인하여 미국 이외의 국가에서는 대통령제가 성공하지 못했다는 평가도 나오고 있다.

36) 세계 각국 정치지도자들의 수많은 부패 스캔들은 이런 문제를 잘 드러내고 있으며, 그로 인하여 권력은 부패로의 경향을 갖고 있으며, 통제되지 않은 권력은 더욱 그러하다는 말이 공감을 얻고 있다.

37) 바이마르 공화국의 민주주의가 국민 다수의 선택에 의한 히틀러 집권으로 인해 붕괴된 것을 일컬어 민주주의의 자살로 표현하기도 한다. 이에 관하여는 Heinz Pol, Suicide of a democracy, Reynal and Hitchcock, 1940; Karl J. Newman, Zerstörung und Selbstzerstörung der Demokratie - Europa 1918-1938, Kiepenheuer & Witsch (KiWi), 1965 참조.

38) 이러한 특성으로 인하여 정당 민주주의를 국민투표적 성격을 갖는 것으로 표현하기도 한다. 이에 관하여는 G. Leibholz, a.a.O. (Anm. 8), S.93 f. 참조.

까지도 가능하다.<sup>40)</sup>

그러나 현실적으로 당내민주주의가 제대로 활성화되지 못하여 정당의 민주적 기능이 충분히 발휘되지 못하는 경우도 드물지 않고, 기존의 정당들이 국민의 다양한 의사를 충분히 수렴하지 못하는 경우는 더욱 많다.<sup>41)</sup> 이는 대의제의 구조적 한계라고 할 수 있으며, 이를 어떻게 극복할 것인가가 대의제 민주주의의 성패를 좌우할 수 있다.

## 2. 서구 선진국에서 정치권에 대한 불신과 불만의 확대

서구적 민주주의의 근간은 국민이 선출한 대표자가 국가사무를 담당하도록 하는 대의제 민주주의이다. 20세기 이후로 대의제의 한계가 뚜렷해지면서 이를 보완하는 장치들이 강화되고 있으나, 이러한 보완장치의 실효성보다는 국민들의 기대수준의 상승이 더욱 빠르기 때문에 서구의 선진국들에서도 정치권에 대한 불신과 불만이 확대되고 있다.

21세기에 들어와 더욱 뚜렷해지고 있는 대의제 민주주의에 대한 불신과 불만은 사회구조의 변화 속도를 정치권의 변화가 따라잡지 못하고 있는 것에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 선거 때에만 국민의 목소리에 귀를 기울이는 대의제의 문제점을 극복하기 위해 정당 민주주의가 발달되었으나, 이제는 정당도 국민의 다양한 목소리를 효과적으로 수렴·대변하지 못한다는 점이 문제되고 있는 것이다.

21세기를 특징짓는 요소들은 다양하지만, 대의제의 한계와 관련하여 주목할만한 요소로 ‘글로벌 시대’, ‘정보화 시대’, ‘저출산·고령화시대’, ‘제4차

---

39) 여러 차례 국민적 불신과 불만의 표시로 전개되었던 촛불시위는 이러한 여론의 압력을 보여주는 대표적 예라고 볼 수 있다.

40) 현행법상 국회 재적의원 과반수의 찬성으로 발의된 탄핵소추안에 대해 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 가능함에도 불구하고(헌법 제65조 제2항 단서), 노무현 전 대통령과 박근혜 전 대통령에 대한 탄핵소추가 의결되었고, 더욱이 박근혜 전 대통령에 대해서는 헌법재판소의 탄핵결정(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정)이 내려져 대통령직을 물러나야 했다는 점은 시사하는 바가 크다.

41) 특히 양당제가 확립된 국가에서는 - 정당을 통한 국민의사 수렴의 다양성에 한계가 있다는 점에서- 이러한 문제가 더욱 심각할 수밖에 없다.

산업혁명 시대' 등을 들 수 있다. 이러한 요소들은 한편으로 경제적·사회적 구조변화를 통해 국민들의 새로운 요구를 자극하며, 이는 기존의 정치체제에 대한 중요한 도전이 되고 있다.<sup>42)</sup>

이러한 새로운 도전에 대응한 민주주의의 구조로서 대의제, 즉 간접민주제보다 직접민주제가 더 적합하다고 단언하기는 어렵다.<sup>43)</sup> 하지만 분명한 것은 새로운 변화에 대해 기존의 대의제가 효율적으로 대응하지 못한 점들이 많으며, 그로 인하여 국민들의 불신과 불만이 축적되고 있다는 점이다. 이러한 불신과 불만의 요인은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 글로벌 시대는 다원성과 더불어 글로벌 스탠다드에 대한 세계시민들의 욕구를 강화시켰다. 교통과 통신의 발달로 인하여 다른 나라의 정치체도와 그 운용방식에 대해 손쉽게 접할 수 있게 된 국민들은 자국과 외국의 정치체제와 비교하는 가운데 기대수준이 계속 높아지고 있는 것이다.<sup>44)</sup>

둘째, 현대의 복잡화된 다원적 사회의 수많은 요구들에 대해 기존의 정당시스템이 효과적으로 대응하지 못하고 있다. 종래 정당 자체가 국민의 다양한 정치적 수요에 따라 자발적으로 형성되는 정치적 결사로 이해되고 있었으나, 정치적 세력관계 내지 정당들의 역학관계가 상당한 정도로 고착화·경직화됨에 따라서 새로운 정당의 출현이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 기존 정당들이 국민들의 다양한 의사를 폭넓게 수용하고 또 조정하는 데에서도 한계를 드러내고 있기 때문이다.<sup>45)</sup>

42) 이러한 시대의 변화에 올바르게 적응할 경우에는 국가발전이 가속화되지만, 그렇지 못할 경우에는 쇠망할 수밖에 없다. 예컨대 제2차 세계대전의 승전국이었던 영국이 쇠락하고, 패전국이었던 독일이 부흥했던 것은 당시의 변화된 경제적·사회적 환경에 적절하게 대응했는지의 여부에서 결정된 것으로 볼 수 있다.

43) 무엇보다 21세기의 새로운 도전들도 그 극복을 위해서 각 분야의 전문성을 더욱 강하게 요구하고 있으며, 직접민주제는 전문성의 강황에는 도움이 되지 못한다는 점에서 그러하다.

44) 외국의 변화와 발전에 자극받아서 시작된 민주주의 개혁이 항상 성공하는 것은 아니다. 2010년 12월 이후 중동의 여러 나라들에서 들불처럼 번졌던 민주화운동은 결국 성공하지 못했다. 하지만, 이러한 변화는 앞으로도 계속될 것이며, 정치권력자들의 우민화 정책으로 이를 막을 수 없다는 점은 더욱 분명해졌다.

45) 21세기 서구 민주주의 국가들에서 나타나는 가장 대표적인 공통점이 기성 정치권(=기성 정당세력)에 대한 매우 심각한 불신과 불만이었고, 이는 정당들의 국민의 다양한

셋째, 정치엘리트에 대한 환상이 사라지고, 신뢰가 붕괴되고 있다는 점을 들 수 있다. 20세기에는 정치엘리트에 대한 막연한 환상이 존재했고, 이를 바탕으로 강력한 카리스마가 형성되어 대중을 이끌 수 있었던 반면에, 온갖 정보가 실시간으로 공개·전파되는 정보화사회에서 정치엘리트의 이면이 드러나면서 대중의 환상을 깨뜨리고 있다.<sup>46)</sup> 이러한 정치엘리트에 대한 환멸이 대의제 민주주의 전체에 대한 불신과 불만으로 이어지고 있는 것이다.

이러한 서구 선진국들의 대의제 및 이를 이끌어가는 정치엘리트에 대한 불신과 불만은 상당한 정도의 보편성을 갖고 있으며, 대한민국에서도 이러한 요인들은 매우 크게 작용하고 있다.

### 3. 대한민국에서 정치권에 대한 불신과 직접민주제에 대한 요구의 강화

서구 선진국들에서는 20세기까지 대의제 민주주의에 대한 신뢰가 매우 높았다. 오죽하면 서구 선진국들에서 정치적 무관심이 높은 이유는 정치지도자들에 대한 신뢰 때문이라는 말까지 나왔을까.

그러나 대한민국에서는 건국 직후부터도 정치에 대한 불신이 매우 높았다.<sup>47)</sup> 이러한 정치 불신은 1987년 민주화 직후에 잠시 낮아졌지만, 최근 20년 동안 진보-보수-진보로 정권이 바뀌는 과정에서 다시금 매우 심각한 수준으로 높아졌다. 그 원인은 무엇보다 진영논리에 따른 양극화에서 찾을 수 있을 것이다.

1987년 민주화 이전에는 독재와 민주의 투쟁이라는 이분법적 구도가

---

의사를 충분히 수렴하고 반영하는 것에 실패했기 때문이라고 평가할 수 있을 것이다.

46) 대표적인 예로 미국의 제35대 대통령이었던 존 F. 케네디를 들 수 있다. 그는 당시 새로운 미국을 이끄는 정치지도자로 명망이 높았고, 강력한 카리스마를 가질 수 있었으나, 오늘날에는 그의 이면이 공개되면서 과거와 같은 대중적 지지와 신뢰를 얻지 못한다.

47) 제1공화국 당시의 유명했던 선거구호들, 예컨대 “못 살겠다. 갈아치우자”, “갈아봐야 별 수 없다. 구관이 명관이다” 등은 당시의 정치수준 및 정치에 대한 불신을 그대로 드러내는 것이기도 했다.

분명하였고, 국민들의 민주화에 대한 열망이 결국 1987년 6월 민주혁명을 통해 관철되면서 이른바 87년 체제에 대한 국민들의 자부심에 의해,<sup>48)</sup> 그리고 민주화의 주역이었던 김영삼, 김대중 대통령에 대한 국민들의 존중으로 인해 정치에 대한 불신도 상당한 정도로 낮아질 수 있었다.<sup>49)</sup>

그러나 노무현 대통령의 집권 후반기에 국민들의 지지율이 심각한 수준으로 떨어지면서 갈등이 심화되었으며,<sup>50)</sup> 무엇보다 이명박-박근혜 정부에서 과거의 김대중-노무현 정부 시기를 잃어버린 10년으로 지칭하면서,<sup>51)</sup> 그리고 문재인 정부에서는 이명박-박근혜 정부 시기를 잃어버린 10년으로 지칭하면서<sup>52)</sup> 진영 간의 갈등이 더욱 날카로워졌고,<sup>53)</sup> 그런 가운데 국민들의 정치불신도 더욱 높아진 것이다.

이러한 국민들의 정치불신에 화룡점정의 역할을 했던 것이 이른바 ‘제왕적 대통령’ 논란이었다.<sup>54)</sup> 최순실 사태로 인한 국정농단이 문제되면서 제

48) 이러한 국민적 자부심이 현행헌법을 역대 최장수 헌법으로 만든 가장 중요한 요인이며, 김영삼 정부와 김대중 정부에서 내각제 개헌에 대한 합의 등이 계속 거론되면서도 국민의 반대를 우려해 개헌안 발의조차 하지 못하게 된 이유이기도 하다.

49) 물론 당시에도 진영 간의 갈등이 없었던 것은 아니었지만, 민주화운동의 동지였던 김영삼, 김대중의 상호 존중의 분위기 속에서 심각한 충돌로까지 이어지지는 않았던 것이다.

50) 노무현 대통령의 임기 말 지지율 하락에 대해서는 시사뉴스, 2006.11.29., 뉴욕타임즈 “노무현, 절뚝거리며 임기말 향해 가고 있다” (<http://www.sisa-news.com/news/article.html?no=5114>)(2021. 7. 30. 접속).

51) 이른바 진보정권의 잃어버린 10년에 대해서는 경제 및 안보의 문제를 주로 지적한다. 비록 김대중 정부에서 IMF외환위기의 극복에는 성공했지만, 이후 경제의 안정화에 실패했고, 고용문제 등에서 매우 심각한 위기가 상존하게 되었다는 점, 그리고 대북관계에서 북한의 거짓말에 속아 경수로 지원 등 막대한 비용을 지출하고도 북한의 핵개발을 막지 못했다는 점을 강조하다.

52) 이른바 보수정권의 잃어버린 10년에 대해서는 민주주의의 후퇴를 많이 지적한다. 특히 박근혜-최순실 사태로 인해 보수정권이 붕괴되었고, 이어서 사법농단 의혹이 크게 부각되면서 보수정권에 대한 비판이 높아졌다. 그러나 이후 문재인 정부의 내로남불이 지속적으로 문제되면서 보수정권 비판의 설득력이 약화되었다.

53) 더불어민주당 이해찬 전 대표의 보수체결론, 20년 집권론 등은 이러한 갈등을 더욱 심화시킨 또 하나의 요인이라 할 수 있다.

54) 제왕적 대통령제 논란에 관하여는 이광일, 제왕적 대통령의 기원, 황해문화 제60호(2008.9), 117-138면; 장영수, 제21대 국회의 최우선 과제 -선거법 개정과 개헌을 통한 권력구조 개편-, 공법학연구 제21권 제2호(2020.12), 309면 이하 참조.

왕적 대통령의 문제는 시대의 화두가 되었고, 문제인 대통령의 집권 중에도 제왕적 대통령에 대한 우려 내지 비판은 끊이지 않았다. 그 결과 국민들의 정치불신은 민주화 이후 최고조에 달했다고 해도 과언이 아니다.

이처럼 정치불신이 높아지면서 국민들이 대의기관의 결정보다는 국민들의 직접적인 결정을 강화하는 직접민주제에 대한 관심으로 이어지는 것은 자연스러운 일이라 할 수 있다.

## IV. 스위스의 직접민주제 경험과 시사점

### 1. 스위스의 역사적 배경과 직접민주제의 발전

각국의 정치제도는 그 나라의 역사적 발전과정과 밀접한 관련성을 갖는다. 역사적 발전과정에 따라서 정치문화의 형성이 달라질 수 있고, 주변국과의 관계로 인하여 정치제도가 달라지는 경우도 적지 않기 때문이다.

스위스는 독특한 역사적 배경을 가지고 있다. 스위스 연방의 시작은 1291년에 3개의 산악지역인 우리(Uri), 슈비츠(Schwyz), 운터발덴(Unterwalden)이 외부의 침입에 대비하기 위해 연합한 서약자동맹(Eidgenossenschaft)을 기점으로 본다.<sup>55)</sup> 이후 여러 칸톤들의 가입이 있었고, 독일과 이탈리아의 영토로 서약자동맹의 확장을 위한 노력이 있었으나, 마리냐노(Marignano) 전투에서의 패배 이후 스위스의 군사력을 통한 확장정책은 막을 내렸고, 스위스의 중립이 시작되었다.<sup>56)</sup>

스위스는 유럽의 중심에서 떨어져 있었을 뿐만 아니라, 대부분 산악지역이었기 때문에 농경보다는 목축업이 발달했고, 중세 시대부터 용병의 수출로 유명하였다. 이런 여건 하에서 구성된 스위스의 칸톤(州)들은 매우 강력한 정치적 자율성을 갖고 있었다. 18세기 말부터 스위스가 프랑스의 정치적 영향력 하에 있던 시기에도<sup>57)</sup> 스위스 내에서 중앙집중적이고 단일화

55) 안성호, 스위스연방 민주주의 연구, 대영문화사, 32-35면.

56) 안성호, 앞의 책(주-55), 38-39면.

된 정치제도는 그들의 언어적, 종교적 차이로 인해 불가능하다는 것이 인정 되었을 정도였다.

프랑스의 정치적 영향력이 약화된 이후 스위스는 각 칸톤들이 많은 자율성을 갖는 연방제도로 복귀했고, 이후 다양한 갈등과 내전을 겪는 가운데 1848년에 제정된 연방헌법에 의해 사실상 느슨한 국가 간 동맹(Staatsbund)에서 벗어나 실질적인 연방국가(Bundesstaat)의 구조를 갖추게 되었으며,<sup>58)</sup> 예컨대, 관세징수권과 같이 과거 칸톤에 속했던 권한 중 일부가 연방으로 이관되었다.<sup>59)</sup> 그럼에도 불구하고 어떤 연방국가에서도 스위스처럼 칸톤의 독자성과 자율성이 강하게 남아 있는 경우를 찾아보기 어렵다.<sup>60)</sup>

연방의회는 상하 양원으로 구성되는데, 양원은 동등한 권한을 갖는다. 연방상원(Ständerat)은 각 칸톤에서 - 다수대표제에 따라 - 선출된 46명<sup>61)</sup>의 의원들로 구성되며 칸톤들의 대표로 이해된다(스위스 연방헌법<sup>62)</sup> 제150

57) 1789년 프랑스군의 정령으로 프랑스를 모델로 한 단방국가인 헬베티아 공화국(Helvetische Republik)이 세워짐으로써 기존의 서약자동맹(Eidgenossenschaft) 하에서의 정치적·지리적 경계가 상당부분 해체되었고, 칸톤들은 독자적인 권한이 없이 단순한 행정단위의 기능을 수행하는 칸톤들로 재편되었다(Walter Haller/Ulrich Häfelin/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Schulthess Juristische Medien, 2020, Rn. 35 ff.). 이후 1803년 나폴레옹의 조정협정(Mediationsakte)에 의해 이전의 13개 칸톤들의 주권과 경계가 회복되었고, 이전에 이들 칸톤에 종속되었던 장트 갈렌(St. Gallen) 등 6개의 지역이 독자적인 칸톤으로 승인되었다(W. Haller/U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, a.a.O. [Anm. 57], Rn. 39).

58) Giovanni Biaggini, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: A. von Bogdancy/P. C. Villalón/Peter M. Huber (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band II: Offene Staatlichkeit -Wissenschaft vom Verfassungsrecht-, C.F. Müller, 2007(Kindle Ausgabe), § 10, Rn. 6; W. Haller/ U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 48 ff.

59) W. Haller/U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 51.

60) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 11.

61) 각 칸톤에서 2명의 의원을 선출하나 26개의 칸톤 중에서 6개의 칸톤은 인구규모가 작기 때문에 1명의 의원만 선출한다(스위스 연방헌법 제150조 제2항).

62) 스위스 연방헌법(Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999: BV, Stand am 7. März 2021). 본 논문에서 ‘현행 스위스 연방헌법’ 또는 연혁에 대한 기술 없이 ‘스위스 연방헌법’이라고 인용하는 것은 2021. 3. 7. 개정된 것이다.

조 제1항), 연방하원은 비례대표로 선출된 200명의 의원으로 구성되며 국민의 대표로 이해된다(스위스 연방헌법 제149조 제1항, 제2항). 즉, 연방의회 의 의결은 국민대표의 결정일 뿐만 아니라 칸톤의 동의까지도 받은 의결이라고 할 수 있다. 그리고 연방과 칸톤 간의 권한 배분에 있어서 연방의 권한은 연방헌법에 열거된 권한 및 연방의회에서 개별적으로 위임한 권한에 한정된다.<sup>63)</sup> 나아가 칸톤에게는 헌법의 부분개정안에 대한 발의권(8개 이상의 칸톤)<sup>64)</sup>과 연방법률 등에 대한 임의적 국민투표발의권(8개 이상의 칸톤),<sup>65)</sup> 연방법률안 제출권<sup>66)</sup> 등 연방법률의 입법절차에 대한 광범위한 참여권이 인정되고 있으며, 헌법개정안 등 국가의 중요한 사안에 대한 정책투표에서 국민투표와 더불어 주의 투표(이른바 이중적 다수[doppelttes Mehr: Volks- und Ständemehr])<sup>67)</sup>도 요구하는 등, 연방헌법과 연방법률, 그리고 국가적 중대사안에 대하여, 한편으로 칸톤이 적극적으로 의사를 개진할 수 있는 권한이, 다른 한편으로 칸톤의 의사에 반하는 결정을 저지할 수 있는 다양한 수단들이 확보되고 있다.

이는 스위스의 역사적 발전과정에서 확인될 수 있는 칸톤의 독자성·자율성에 대한 요구가 강하게 작용하였기 때문이다.<sup>68)</sup> 다른 연방국가와 비교하더라도 스위스 칸톤의 독자성은 두드러졌고, 이를 바탕으로 칸톤에서 각

63) 스위스 연방헌법 제42조 제1항. 이에 대하여 자세한 것은 W. Haller/U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 1052 ff.

64) 스위스 연방헌법 제139조 제1항.

65) 스위스 연방헌법 제141조.

66) 스위스 연방헌법 제160조 제1항. 칸톤은 연방법률안 제출권뿐만 아니라 연방의 의사 형성, 특히 입법에 대한 참여권(스위스 연방헌법 제45조) 연방의회의 중요한 입법(Erlasse) 및 과급효과가 큰 기타 안전과 중요한 국제조약의 준비에 대한 의견표명권을 가지며(스위스 연방헌법 제147조), 연방법률의 집행시 칸톤은 연방과 상호 협의할 수 있고 연방은 칸톤에게 최대한 넓은 재량권을 부여하고 칸톤의 특수성을 고려한다(스위스 연방헌법 제46조). 여기서 입법(Erlasse)에는 헌법개정안, 법률, 명령[Verordnung] 및 스위스 연방헌법 제163조 제2항에 따른 기타 연방의회의 의결[Bundesbeschlüsse]이 포함된다. 이에 대하여는 G. Biaggini, BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Orell Füssli Juristische Medien, 2017, S. 1164, Rn. 3 참조.

67) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 31, 33

68) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 6, 11.

자의 방식으로 직접민주제를 발전시켰던 것은 나중에 연방차원의 직접민주제에도 큰 영향을 미쳤다.<sup>69)</sup> 물론 칸톤의 독자성이 강하기 때문에 칸톤마다 직접민주제의 인정범위, 방식 등에 상당한 차이가 있으나,<sup>70)</sup> 이를 하나하나 조망하는 것은 지면의 제약으로 현실적인 어려움이 있으므로, 여기서는 연방차원의 직접민주제에 주목하고자 한다.

1848년 제정된 스위스 연방헌법에서 헌법개정안에 대한 필요적 국민투표와 연방헌법의 개정에 대한 국민발안을 도입한 이래,<sup>71)</sup> 스위스연방의 직접민주제는 지속적으로 확장되어 왔을 뿐만 아니라,<sup>72)</sup> 세계에서 가장 성공적으로 정착된 것으로 평가받고 있다. 특히 직접민주제의 확대 및 적극적 활용을 통해 언어의 차이(독일어, 프랑스어, 이탈리아어, 로망슈어), 종교의 차이(특히 신교와 구교 간의 대립과 갈등의 역사) 및 지리적 여건의 차이(특히 같은 칸톤 안에서도 다양한 언어와 종교가 공존하고 경우가 많음)에도 불구하고<sup>73)</sup> 다양성 속에서 타협과 조정을 통해 조화를 이루는 이른바 조화의 민주주의(Konkordanzdemokratie)<sup>74)</sup>를 실현해 온 것에 대해 스위스 스스로도 자부하고 있다.

현행 스위스 연방헌법은 국민발안(Volksinitiative)과 국민투표(Volksabstimmung)를 두고 있다. 스위스 연방헌법상 국민발안은 연방법률(의 제정·개정·폐지)에 대해서는 허용되지 않고,<sup>75)</sup> 연방헌법의 (전면 또는 부분)개정

69) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 38.

70) 스위스 각 칸톤들에서의 직접민주제에 대하여 자세한 것은 이기우, 모든 권력은 국민에게 속한다. 이제는 직접민주주의다, 미래를소유한사람들, 2016, 201면 이하 참조.

71) 그러나 연방헌법개정안에 대한 정책투표는 1866년에 처음으로 실시되었다(G. Biaggini, a.a.O. [Anm. 58], Rn. 13; G. Biaggini, [Anm. 66], S. 58).

72) 이에 대하여 자세한 것은 G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 38 ff. 참조.

73) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 2.

74) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 41, 63.

75) 헌법규정 및 연방법률규정의 제정·개정·폐지에 관한 일반적 국민발안(Allgemeine Volksinitiative)을 규정하고 있던 스위스 연방헌법 제139조a는 삭제되었다. 스위스 연방헌법 제139조a는 2003. 2. 9. 국민투표로 도입되었으나 시행된 바 없으며, 이를 구체적으로 실행하기 위한 입법상의 문제점 등으로 인해 2009. 12. 1. 국민투표로 폐지되었다. 이에 대하여 자세한 것은 W. Haller/ U. Häfelin/ H. Keller/ D. Thurnherr, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 1789 f. 특히 연방법률에 관한 일반적 국민발안에 관하여 자세한 것은 Axel Tschentscher, Reform der eidgenössischen dirketen

에 대해서만 허용되며, 반드시 국민투표를 거치도록 하고 있다(필요적 국민투표).

〈표 1〉 스위스 연방헌법상 국민발안(Volksinitiative)

적용범위	요건과 방식		
헌법의 전면개정을 위한 국민발안 76)	발의권자: 투표권자 10만명 이상 서명수집기한: 해당 발안이 공고된 날로부터 18개월 이내		
	구체적 개정안이 아닌 전면개정의 여부를 발의하며, 77) 이에 대해 국민투표(사전투표[Vorabstimmung]) 실시 78)		
	국민투표 가결시 양원을 새로 선거하여, 79) 새로 구성된 연방의회에서 작성한 헌법개정안을 국민투표와 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함 80)		
헌법의 부분개정을 위한 국민발안 81)	발의권자 및 서명수집기한: 투표권자 10만명 이상, 해당 발안이 공고된 날로부터 18개월 이내(서명수집기간)		
	발의의 형식: 일반적 제안(Anregung) 또는 완성된 개정안		
	발의의 한계: 연방의회에서 형식의 통일성, 내용의 통일성 및 국제법상의 강행규정과 실행가능성 82)에 대해 심사하여 위반시 부분 또는 전부에 대해 무효를 선언함		
	일반적 제안	연방의회가 일반적 청원에 동의할 경우, 일반적 제안의 취지대로 헌법개정안을 작성하여 국민투표 및 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함	
	제안	연방의회가 일반적 제안에 동의하지 않을 경우, 국민투표(사전투표[Vorabstimmung])에 부의함. 국민투표 가결시 연방의회에서 상응하는 헌법개정안을 작성하여 국민투표 및 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함.	
	완성된 개정안	연방의회가 해당 개정안을 국민투표 및 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함. 연방의회는 해당 국민발안에 대해 채택 또는 거부할 권고함.	
		연방의회는 완성된 개정안에 대한 대안을 발의할 수 있음	
연방의회 의 대안 이 발의 된 경우 국민투표 및 주의 투표 차 83)		완성된 개정안과 연방의회 의 대안 모두에 대해 동시에 투표함 양 안 모두에 대해 찬성할 수 있음 추가문항(세 번째 문항)에서 양 안 모두 채택될 경우, 투표지에 어떤 안이 우선 순위인지를 표시할 수 있음 84) 양 안 모두 채택되고 어느 한쪽 안은 국민투표에서, 다른 쪽 안은 주의 투표에서 더 많은 득표를 한 경우에는, 추가문항(세 번째 문항)에서 국민투표의 득표율과 주의 투표(Ständeabstimmung)의 득표율의 합계가 더 많은 안이 시행됨.	

Demokratie, in: H. K. Heußner/ A. Pautsch/ F. Wittreck (Hrsg), Direkte Demokratie. Festschrift für Otmar Jung, Richard Boorberg Verlag, 2021, S. 438 ff. 참조

스위스 연방헌법상 국민투표는 신임투표(Plebizit)가 금지되고 정책투표(Referendum)만 허용되는데, 정책투표사항은 필요적 정책투표(obligatorisches Referendum)사항과 임의적 정책투표(fakultatives Referendum)사항으로 나뉜다. 정책투표 사항 중에는 국민투표(Volksabstimmung)만 거치면 되는 경우와 주의 투표(Ständeabstimmung)까지도 요구되는 경우(스위스 연방헌법 제139조 제3항 및 제5항, 제140조 제1항, 제142조 제1항)로 나뉜다. 국민투표(Volksabstimmung)의 가결을 위한 정족수는 투표에 참여한 투표권자(투표자) 과반수의 찬성이며, 전체 투표권자 중 일정한 수 내지 비율의 투표권자의 투표를 요구하지 않는다(스위스 연방헌법 제142조 제1항, 제2항). 주의 투표(Ständeabstimmung)까지도 얻도록 하는 것은 칸톤들의 이해관계와 의사를 반영하기 위한 연방국가적 요소라 할 수 있는데, 주의 투표(Ständeabstimmung)는 칸톤의 과반수의 찬성<sup>85)</sup>을 얻어야 한다(스위스

76) 스위스 연방헌법 제138조, 제193조.

77) 발의의 내용과 관련하여 논란이 있으나, 발의안 자체에는 구체적인 개정안을 담을 수 없고 ‘서명한 투표권자들은 전면개정을 연방헌법의 전면개정을 요구한다’는 취지가 서술될 수 있다고 한다. 이에 대하여 자세한 것은 G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1090, Rn. 7 참조.

78) 스위스 연방헌법 제140조 제2항 a호, 제193조 제1항 및 제2항.

79) 스위스 연방헌법 제193조 제3항.

80) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 a호, 제140조 제2항.

81) 스위스 연방헌법 제139조, 제194조.

82) 스위스 연방헌법 제139조 제3항, 제194조 제3항은 부분헌법개정안 국민발안의 한계로 형식의 통일성, 내용의 통일성 및 국제법상의 강행규정만을 규정하고 있으나, 이에 대하여 이론과 실무상 실행가능성(Durchführbarkeit)도 인정되고 있다: G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1098, Rn. 9, S. 1105, Rn. 17; Astrid Epiney, Initiative unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Überlegungen zu den Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen, in: Georg Kreis (Hrsg.), Reformbedürftige Volksinitiative: Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2016, S. 93-112(98).

83) 스위스 연방헌법 제139조b.

84) 국민발안과 직접적인 대안(Direkter Gegenentwurf)이 동시에 국민투표 및 주의 -투표에 부의된 경우, 투표지의 문항은 다음과 같이 구성된다: ① 국민발안이 현행법보다도 더 좋은가, ② 대안이 현행법보다도 더 좋은가, ③ 만약 국민과 칸톤(Stände)이 양 안 모두 현행법보다 더 좋다면, 양 안 중 어느 안이 시행되어야 하겠는가(「정치적 권리에 관한 법률」(Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 [Stand am 1. November 2015][BPR]) 제76조 제1항).

연방헌법 제142조 제2항, 제3항).

**<표 2> 스위스 연방헌법상 필요적 정책투표(obligatorisches Referendum)**

적용범위		요건과 방식	
헌법개정 <sup>86)</sup>	전면 개정	국민발안	<표-1>의 「헌법의 전면개정을 위한 국민발안」과 같음
		상원 또는 하원의 발의 <sup>87)</sup>	헌법의 전면개정 여부에 대해 상하 양원의 의결이 일치하지 않을 때 국민투표를 실시함 <sup>88)</sup> 국민투표 통과시 상하 양원을 새로 선거하여, <sup>89)</sup> 새로 구성된 연방의회에서 헌법개정안을 국민투표와 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함 <sup>90)</sup>
		연방의회의 발의 <sup>91)</sup>	헌법개정안을 국민투표와 주의 투표에 부의함 <sup>92)</sup>
	부분 개정	국민발안	<표-1>의 「헌법의 부분개정을 위한 국민발안」과 같음
		연방의회의 발의 <sup>93)</sup>	국민투표와 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함 <sup>94)</sup>
집단안보조약 또는 초국가적 공동체 가입 <sup>95)</sup>		국민투표와 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함	
헌법개정적인 성격의, 긴급한 연방법률에 대한 사후적 국민투표 <sup>96)</sup>		대상: 헌법적 근거가 없고, 시행기간이 1년 이상으로서 상하 양원 제적 과반수의 찬성으로 긴급한 것으로 선언된 <sup>97)</sup> 연방법률 방식: 국민투표와 주의 투표(Ständeabstimmung)에 부의함	

**<표 3> 스위스 연방헌법상 임의적 정책투표(fakultatives Referendum)<sup>98)</sup>**

부의원자	투표권자 5만명 이상 또는 8개 이상 칸톤
부의기한	해당 부의사항이 공고된 날로부터 100일 이내
	연방법률 <sup>99)</sup> 긴급한 (시행기간이 1년 이상으로서 상하 양원 제적 과반수의 찬성으로 긴급한 것으로 선언된) <sup>100)</sup> 연방법률에 대한 사후적 정책투표 <sup>101)</sup> 헌법이나 법률에 규정되어 있는 연방의회의결(Bundesbeschlüsse) <sup>102)</sup> 다음에 해당하는 국제조약 <sup>103)</sup> ① 시행기간에 제한이 없고 폐기할 수 없는 조약, ② 국제기구의 가입을 예정하고 있는 조약, ③ 중요한 법규적인 규정(rechtsetzendes Bestimmung) <sup>104)</sup> 을 포함하고 있거나 그 이행을 위해 연방법률의 제정이 필요한 조약
방식	국민투표에 부의함

85) 칸톤에서 국민투표(Volksabstimmung)의 결과는 주의 투표(Ständeabstimmung)에서 해당 주의 표(Ständssimme)로 인정된다(스위스 연방헌법 제142조 제3항).

86) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 a호, 제140조 제2항, 제195조.

87) 스위스 연방헌법 제193조 제1항.

여기서 주목할 점은 스위스 연방헌법에서 헌법개정에 대한 국민발안을 매우 폭넓게 인정하고 있는 것과는 달리, 연방 차원의 국민소환에 대해서는 명문을 규정을 두지 않고 있다는 점이다. 이는 스위스의 직접민주제가 갖고 있는 특징이 무엇인지에 대한 중요한 시사점이라고 볼 수 있다.

## 2. 스위스 직접민주제의 성공배경으로서 속의적 구조

스위스는 직접민주제가 가장 폭넓게 활용되고 있는 나라 중의 하나로 손꼽힌다. 물론 현대 민주국가가 일반적으로 그러하듯이 대의제를 근간으로 하고 있다는 점은 스위스의 경우에도 예외는 아니다.<sup>105)</sup> 그러나 직접민주제를 통해 대의제에 변화를 준다는 것, 즉 대표자가 자유위임의 원칙에 따라 책임정치를 실현하고 있는 과정 중에 국민들이 대표자에게 다양한 형태로

88) 스위스 연방헌법 제140조 제2항 c호, 제193조 제2항.

89) 스위스 연방헌법 제193조 제3항.

90) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 a호, 제140조 제2항.

91) 스위스 연방헌법 제193조 제1항.

92) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 a호, 제140조 제2항.

93) 스위스 연방헌법 제194조 제1항.

94) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 a호, 제140조 제2항.

95) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 b호, 제141조a 제1항.

96) 스위스 연방헌법 제140조 제1항 c호, 제165조 제3항 및 제4항.

97) 스위스 연방헌법 제159조 제3항 a호

98) 스위스 연방헌법 제141조 제1항.

99) 스위스 연방헌법 제141조 제1항 a호, 제165조 제1항 및 제2항.

100) 스위스 연방헌법 제159조 제3항 a호

101) 스위스 연방헌법 제141조 제1항 b호, 제165조 제2항 및 제4항.

102) 스위스 연방헌법 제141조 제1항 c호에서 규정하고 있는 “Bundesbeschlüsse”라 함은 연방의회(Bundesversammlung)의 의결(Beschlüsse) 중에서 법규범정립 행위가 아닌 것을 말한다(G. Biaggini, a.a.O. [Anm. 66], S. 1127, Rn. 11).

103) 스위스 연방헌법 제141조 제1항 d호.

104) 여기서 “rechtsetzende Bsetimmung”은 국민의 권리, 의무에 직접적인 영향을 미치는 일반·추상적인 법규범의 규정으로 이해된다(G. Biaggini, a.a.O. [Anm. 66], S. 1130, Rn. 18).

105) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 61.

직접적인 의견을 제시하고 이를 국가의사로 관철시킬 수 있는 제도를 두고 있다는 것은 매우 큰 장점과 더불어 위험성도 갖는다. 그러므로 스위스가 폭넓은 직접민주제의 활용에도 불구하고 그 위험성을 최소화하는 가운데 장점을 잘 살릴 수 있었던 구조적 특징 및 전제조건이 무엇인지에 대해 관심을 가질 필요가 있다.

이러한 맥락에서 스위스 연방헌법상 직접민주제의 특징적 요소로서 첫째, 국민투표와 관련하여 신임투표(Plebizit)는 허용되지 않고 정책투표가 널리 인정되며, 헌법개정을 필요적 정책투표사항으로 삼고 있다는 점, 둘째, 국민소환이 인정되지 않는다는 점, 셋째, 헌법개정에 대한 국민발안이 인정되는 반면, 연방법률에 대한 국민발안이 인정되지 않지만, 연방법률에 대한 임의적 국민투표가 인정된다는 점을 들 수 있다.

이는 스위스의 정치적 경험에 기초하여 나름으로 대의제와 직접민주제를 조화시키기 위한 것으로 이해된다. 신임투표는 독재를 정당화하는 도구로 오남용될 위험이 매우 크기 때문에 인정되지 않으며, 국민소환의 경우에는 한편으로 대의제의 본질적 요소인 자유위임의 원칙과의 마찰이 문제될 뿐만 아니라, 다른 한편으로 자칫 불필요한 정치적 갈등의 확대로 이어질 수 있다는 점을 우려한 것으로 보인다. 반면에 연방헌법의 개정에 대한 국민발안이 폭넓게 인정되며, 헌법개정안의 확정을 위해 반드시 국민투표를 거치도록 한 것은 주권자이자 헌법제정권력자·헌법개정권력자인 국민의 의사가 직접 반영되어야 한다고 생각한 것이다. 그리고 연방법률의 제정·개정 및 폐지에 대한 국민발안은 인정되지 않지만, 연방법률에 대한 임의적 국민투표(스위스 연방헌법 제141조 제1항 a호)를 통해 연방의회에서 통과되어 성립된 법률에 대한 효력발생을 저지할 수 있기 때문에,<sup>106)</sup> 연방법률에 대한 국민투표(suspensives Referendum)는 -마치 대통령제 국가에서 대통령의 법률안거부권과 유사하게- 일종의 국민에 의한 거부권의 행사로 기능한다는 점을 들 수 있다.

이러한 스위스연방의 직접민주제의 인정범위는 숙의적 구조와 직결된

106) 최용훈, 스위스 연방의회 제도에 관한 연구 -입법과정 등을 중심으로-, 사법정책연구원 연구총서, 2019, 80면; G. Biaggini, a.a.O. (Ann. 66), S. 1126, Rn. 8.

다. 국민이 발의한 연방헌법의 개정절차와 국민투표절차가 숙의적 구조를 반영하고 있을 뿐만 아니라, 이러한 숙의적 구조를 반영하는 것이 사실상 어려운 국민소환을 배제하고 있다는 점에서도 그러하다. 숙의적 구조가 제대로 작동하기 위해서는 참여자들이 공론화과정 속에서 이해관계를 떠나 논의하고 결정할 수 있어야 하는데, 국민소환의 경우 정치적 이해관계의 충돌로 인하여 이를 기대하기 어렵기 때문이다.

직접민주제(의 확대·강화)의 부작용에 대한 우려는 무엇보다도 직접민주제가 대중선전·조작을 통해 포퓰리즘을 확산시킬 수 있다는 점에 있다. 즉, 대중선전·조작을 통해, 국민들이 일시적인 감정이나 분위기에 부화뇌동해서 곧 후회하게 될지도 모를, 경솔한 결정을 내리기 쉽고, 사실상 특정한 이해집단이나 정치세력이 독주하면서 국민에 의한 직접결정이라는 명분 뒤에 숨어 사실상 특정한 이해집단이나 정치세력의 의사 내지 이해관계만이 일방적으로 반영될 수 있다는 점이 우려되는 것이다.<sup>107)</sup> 이러한 직접민주제의 오·남용을 최소화하기 위한 가장 기본적인 조건의 하나가 숙의적 구조의 적극적인 활용이라고 할 수 있다.

숙의적 구조란 다양한 의미로 사용될 수 있지만, 가장 기본적인 의미는 공론화과정이라 할 수 있다. 즉, 논란이 되는 쟁점들에 대해 충분한 시간과 노력을 기울여서 차분하게 논의하는 과정을 거침으로써 경솔한 결정, 일시적인 감정적 호소에 부화뇌동하는 것이 아니라, 보다 합리적이고 객관적인 판단을 내릴 수 있도록 하는 것이다. 이러한 숙의적 구조의 활용을 통해 직접민주제의 오·남용을 상당부분 방지할 수 있을 것이다.

이러한 맥락에서 스위스연방의 직접민주제의 숙의적 구조는 무엇보다도 충분한 시간적 여유를 가지고 숙의할 수 있도록 운영된다는 점과 대의기관, 특히 연방의회와의 긴밀한 상호작용 속에서 국민이 보다 합리적인 판단을 내릴 수 있도록 운영된다는 점에서 찾을 수 있다. 이러한 숙의적 구조는 특히 (부분)헌법개정안 국민발안에서 가장 잘 드러난다. 부분 헌법개정안의 발안은 일반적 제안의 형식으로도 가능하나, 대부분 완성된 개정안의 형식

107) Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., C.H. Beck, 2008, S. 92, Rn. 52.

으로 발안되므로,<sup>108)</sup> 이를 중심으로 개관하고자 한다.

첫째, 헌법개정안에 대한 국민발안에서 개정안 공고 후 18개월의 서명 수집기한이 요구되고 있다.<sup>109)</sup> 충분한 시간이 주어진다라는 것은 일시적인 충돌에 의한 결정의 위험성을 현저하게 낮출 수 있기 때문이다.

둘째, 연방의회는 완성된 개정안이 형식의 통일성(Einheit der Form), 내용의 통일성(Einheit der Materie)과 국제법상 강행규정(zwingende Bestimmungen des Völkerrechts)에 위반되는지(나아가 - 이론 및 실무상 인정되는 한계인- 실행가능성[Durchführbarkeit])<sup>110)</sup> 여부에 대해 심사하여 위반되는 경우 개정안 전부 또는 위반되는 부분에 대한 무효를 선언한다.<sup>111)</sup> 사전심사 사유 중 가장 의미 있는 기준은 국제법상 강행규정이라 할 수 있으나, 연방의회가 국제법상의 강행법규 위반을 이유로 전부무효를 선언한 경우는 1건밖에 없었고,<sup>112)</sup> 일부무효를 선언한 경우도 1건 밖에 없었다.<sup>113)</sup>

셋째, 연방의회는 국민발안에 대한 대안도 국민투표에 부의할 수 있

---

108) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1094, Rn. 3.

109) 스위스 연방헌법 제138조 제1항, 제139조 제1항; 「정치적 권리에 관한 법률」(Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 [Stand am 1. November 2015][BPR]) 제71조 제1항.

110) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1098, Rn. 99.

111) 스위스 연방헌법 제139조 제3항, 제194조; 연방의회법(Bundesgesetz über die Bundesversammlung[Parlamentsgesetz, ParlG] vom 13. Dezember 2002) (Stand am 11. Dezember 2020) 제 98조 제1항.

112) 지금까지 연방의회가 국민발안에 대해 전부무효를 선언한 것은 4건밖에 없다고 한다 (연방내각사무처[Bundeskanzlei], [https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis\\_2\\_2\\_5\\_6.html](https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_6.html)) (2021. 8. 14. 접속). 이 중 국제법상 강행법규 위반을 이유로 무효선언을 한 것은 1건밖에 없다. 즉, 연방의회는 1996년에 합리적 망명정책을 위한 국민발안(Volksinitiative 'für eine vernünftige Asylpolitik')에 대해 국제법상 강제귀국금지(Non Refoulement-Verbot)에 위반한다는 이유로 무효를 선언한 바 있으나, 그 이후 국제법상 강행규정 위반을 이유로 국민발안에 대해 무효선언을 한 사례는 없다고 한다: G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1100, Rn. 13.

113) 연방의회는 2012년에 외국인범죄자의 강제추방의 집행을 위한 국민발안(Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiativ))에 대해 국제법상 강행규정 위반을 이유로 일부무효를 선언한 바 있다. 그런데 이 일부무효 선언에 대해서는 논란이 있다. 이에 대하여 자세한 것은 G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1106, Rn. 17a.

다.<sup>114)</sup> 연방내각이 투표의 시행을 확정하기 전까지 국민발안위원회(Initiativekommittee)는 위원 과반수의 찬성으로 국민발안을 철회할 수 있다.<sup>115)</sup> 연방의회가 국민발안의 취지를 수용하는 간접적인 대안(indirekter Gegenentwurf)을 의결하는 경우, 대안이 국민투표 및 주의 투표에서 부결되지 않을 것을 조건으로 하는 조건부 철회도 가능하다.<sup>116)</sup> 이를 통해 연방회의의 대안에 대한 심의과정에서 의원들과 발의자들 간 조정과 타협이 이루어질 수 있고,<sup>117)</sup> 국민발안이 연방의회 등 대의기관에 대한 통제기능을 실효적으로 수행할 수 있다.

넷째, 연방의회는 완성된 개정안의 발안 후,<sup>118)</sup> 30개월 이내에 국민투표와 주의 투표에서 찬성 또는 반대에 대한 권고안을 의결해야 한다.<sup>119)</sup>

다섯째, 연방내각은 연방회의의 대안 및 권고안에 대한 의결이 있는 날로부터 10개월 이내에,<sup>120)</sup> 간접적 대안에 대한 조건부철회가 있는 경우 연방내각이 간접적 대안이 국민투표에서 부결되었음을 확인한 날로부터 10개월 이내에,<sup>121)</sup> 국민투표에 부의한다.

### 3. 스위스 직접민주제가 대한민국에 주는 시사점과 그 한계

오늘날 서구적 민주주의를 채택하고 있는 대부분의 국가에서는 대의제를 근간으로 하며 직접민주제는 매우 제한적인 범위에서만 인정하고 있는 경우가 일반적이다. 그런 가운데 몇몇 국가들에서는 직접민주제를 보다 적

114) 연방의회법 제101조 제1항.

115) 「정치적 권리에 관한 법률」 제73조 제1항 제1문.

116) 「정치적 권리에 관한 법률」 제73조a 제2항 제1문.

117) 이기우, 앞의 책(주-70), 209면; 정재각, 직접민주제도의 확산과 정책적 영향 -스위스를 중심으로-, 한독사회과학논총 제18권 제1호(2008.4), 29면.

118) 18개월의 서명수집기한 내에 소정의 서명자명부(Unterschriftenliste)가 연방내각사무처에 제출된 것을 의미한다(「정치적 권리에 관한 법률」[BRP] 제71조 제1항).

119) 연방의회법 제100조. 연방의회가 대안을 작성하는 경우 등에는 그 의결로 이 기한을 1년 연장할 수 있다(연방의회법 제105조 제1항).

120) 「정치적 권리에 관한 법률」 제75조a 제1항.

121) 「정치적 권리에 관한 법률」 제15조 제1항, 제75조a 제2항.

극적으로 활용하여 많은 주목을 받고 있다. 국내에 소개된 예로는 아일랜드, 아이슬랜드와 더불어 스위스가 가장 대표적이라고 할 수 있는데, 이들 국가 중에서는 국가 규모가 가장 큰 것이 스위스이기 때문에 더욱 주목할 필요가 있다.

하지만 스위스의 직접민주제는 앞서 검토한 바와 같이 특수한 역사적 배경, 지리적 특징 등이 크게 작용하였다. 그렇다면 이러한 요소는 직접민주제의 발전에 본질적인 요소인지, 아니면 그와 같은 특징을 갖고 있지 않은 대한민국에서도 스위스식의 직접민주제 확대가 가능할 것인지에 대해 신중하게 검토해볼 필요가 있다.

대한민국이 스위스와 유사한 정치적·문화적 배경을 갖고 있다면, 스위스식의 직접민주제의 확대·강화에 유리한 점은 있을 것이지만, 그것이 절대적인 조건이라고 보기는 어렵다. 오히려 역사적·문화적 배경이 상이한 세계의 수많은 국가가 서구적 민주주의를 채택·지향하고 있는 것처럼 스위스식의 직접민주제가 갖고 있는 보편적 장점이 인정될 필요가 있다. 다만, 이와 더불어 다른 나라와는 달리 스위스의 직접민주제가 성공할 수 있었던 요소에 대한 심층적인 분석·평가와 이러한 요소들을 우리가 어떻게 갖춰 나갈 것인지에 대해서도 충분한 논의 및 공감대의 형성이 필요할 것이다.

스위스 직접민주제의 성공 요인으로는 크게 세 가지를 들 수 있다. 첫째, 국가의 규모가 - 비록 아일랜드나 아이슬랜드 등의 작은 나라들보다는 크지만- 비교적 작고, 칸톤 중심의 독자성이 매우 강하게 유지되고 있다.<sup>122)</sup> 둘째, 스위스 정치문화가 상대적으로 탈이념적이고, 특정 정파에의 집중이나 정당기속이 강하지 않다.<sup>123)</sup> 셋째, 앞서 서술한 바와 같이 직접민주제가 대의기관과 유기적으로 상호작용하는 가운데 속의적 구조 속에서 적절하게 활용·통제되고 있다.

그러나, 다른 한편으로 스위스 직접민주제의 한계 내지 문제점도 간과해서는 안 된다. 무엇보다도 한편으로 법률로 규율하여야 할 사항들이 국민

122) 또한 지방자치단체인 게마인데(Gemeinde)의 각 규모와 인구수가 매우 작아 직접민주제의 방식으로 운영되는 비중이 매우 높다.

123) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 63.

발안을 통해 다수 연방헌법에 규정<sup>124)</sup>됨으로 인하여 -연방법률의 제정·개정·폐지에 대한 국민발안이 인정되지 않는 것도 그 주요원인이라 할 수 있다- 헌법과 전체 법질서의 통일성과 체계성 및 탄력성이 약해지는 문제와, 다른 한편으로 국민발안을 통해 인권을 침해할 소지가 있는 헌법개정이 포괄리증적으로 관철되는 문제<sup>125)</sup>는 민주주의와 법치주의의 근간을 흔들 수 있다는 점에서 매우 위험한 것이다. 스위스 연방의회가 국제법상 강행규정 실제 그 권한을 행사한 바는 거의 없다.<sup>126)</sup> 헌법개정은 연방의회의 입법의 형식으로 이루어지므로<sup>127)</sup> 이론적으로는 위헌법률심사도 가능할 것이지만, 스위스 연방대법원(Bundesgericht)은 연방법률이 설령 위헌적이라 할지라도 이를 적용할 의무(스위스 연방헌법 제190조<sup>128)</sup>)가 있기 때문에,<sup>129)</sup> 이러한

124) 헌법사항이 아니고 입법사항에 불과하므로 연방법률에서 규율했어야 할 사항이 국민발안을 통해 스위스 연방헌법에 규정된 예로, 공공장소에서 얼굴 가리는 것 금지(제10조a), 이슬람침탑의 건축금지(제72조 제3항), 별장의 면적비율의 제한(제75조 b), 주주총회에 의한 상장 주식회사의 이사와 임원 등의 보수총액 결정, 경영진에 대한 보수의 결정, 경영진에 대한 퇴직금 등 지급제한 등과 위반시 형사처벌(제95조 제3항), 아동성범죄자의 아동 관련 직업의 취업 등을 금지(제123조c) 등이 있다.

125) 대표적인 예로 이슬람 침탑(Minarett)의 건축을 금지하는 헌법개정안 발안(Minarettbauverbotsinitiative)(2009년)(스위스 연방헌법 제72조 제3항), 아동성범죄자의 아동 관련 직업의 취업 등을 금지하는 헌법개정안 발안(Pädophilieinitiative)(2014년)(스위스 연방헌법 제123조c)이 있다. 무슬림 여인이 부르카 등으로 얼굴을 가리지 못하게 하는 헌법개정안 발안(Volksinitiative "Ja zum Verhüllungsverbot)(2021년)(스위스 연방헌법 제10조a)도 종교의 자유와 관련하여 논란의 여지가 많다. 외국인 범죄자에 대한 강제추방 발안은(Ausschaffungsinitiative) 2010년에 시행된 국민투표 및 주의 투표에서 통과되었으나, 그 집행을 위한 국민발안(Durchsetzungsinitiative)이 2016년의 국민투표 및 주의 투표에서 부결됨에 따라 형법 및 균형법상의 개정규정이 2016. 10. 1. 시행되었다(스위스 연방법무·경찰부, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/ausschaffung.html>)(2021. 8. 14 접속).

126) 민주국가에서 주권자인 국민의 제안을 -그것이 매우 의심스러운 것이라 하더라도- 국민에 의해 선출된 대표자가 뒤집는다는 것은 매우 커다란 정치적 부담을 안을 수 있는 것이다. 또한 정치기관인 연방의회가 이러한 사법심사권한을 행사하는 것에 대한 비판도 제기되고 있으며, 이러한 심사권한을 연방대법원(Bundesgericht)이 행사하도록 하는 것이 논의되고 있다(G. Biaggini, a.a.O. [Anm. 66], S. 1099, Rn. 10; A. Epiney, a.a.O. [Anm. 77-], S. 101 f.).

127) 스위스 연방헌법 제192조 제2항.

128) 스위스 연방헌법 제190조(준거법) 연방대법원과 기타 사법기관은 연방법률과 국제법을 적용한다.

스위스 연방헌법 제189조(연방대법원의 권한) ④ 연방의회의와 연방내각(Bundesrat)

문제를 해결할 수 있는 통로가 거의 없다는 점에서 문제의 심각성이 더욱 크다.<sup>130)</sup>

이러한 스위스 사법체계의 약점이 아니라 하더라도, 주권자인 국민이 국민투표를 통해 직접 결정한 사안에 대해 - 설령 그것이 헌법이 아닌 법률의 형식을 취하고 있다 하더라도- 사후에 사법심사를 통해 이를 위헌·무효화한다는 것은 사법기관에게 매우 큰 정치적 부담이 될 수밖에 없다. 이러한 맥락에서 직접민주제의 성공을 위해서는, 숙의적인 절차와 더불어 인권, 권력분립 등<sup>131)</sup> 법치국가적 보장에 의한 보완이 필수불가결한 전제조건이라 할 수 있다.

앞서 서술한 스위스 연방의 직접민주제의 성공 요인들을 형식적으로만 평가하면, 스위스의 직접민주제는 대한민국에 직접 적용하기 어렵다고 볼 수 있다. 하지만 적극적으로 생각하면, 적절한 변형을 통해서 스위스의 직접민주제를 한국적으로 활용하는 방안을 모색해볼 수 있을 것이다.

비록 대한민국의 영토의 규모와 인구 수, 지리적 여건 등은 스위스와 다르지만, 이를 적절하게 극복할 수 있는 다양한 기술적 수단에 대한 적극적 고려가 필요할 것이며, 스위스에서 좁은 범위의 소통이 대한민국에서는

---

의 활동(Akte)은 연방대법원의 심사를 받지 않는다. 예외에 대해서는 법률로 정한다.

129) G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 58), Rn. 69; W. Haller/ U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 2086 ff. 다만, 연방법원의 연방법률의 적용의무가 심사금지까지 의미하는 것은 아니기 때문에 연방대법원은 위헌적인 연방법률을 적용하되, 그 위헌성을 비판하고 개정을 촉구하기도 한다고 한다. 이에 대해서는 G. Biaggini, a.a.O. (Anm. 66), S. 1458, Rn. 13; W. Haller/U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 2089 참조.

130) 연방법률에 대한 헌법의 우위를 관철시키는 제도적 장치가 없다는 점에서 실질적 법치주의에 큰 결함이 있다고 할 수 있다. 이러한 문제점을 해소하기 위해 스위스 연방헌법 제190조를 폐지하고 연방법률에 대한 위헌법률심판제도를 도입하고자 하는 시도들이 있었으나 모두 실패하였다. 이에 대해서는 W. Haller/U. Häfelin/H. Keller/D. Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, a.a.O. (Anm. 57), Rn. 2092a 참조.

131) 이는 또한 민주주의의 핵심적 가치인 자유민주적 기본질서의 요소이기도 하다. 자유민주적 기본질서에 대하여 자세한 것은 장영수, 정당해산 요건에 대한 독일 연방헌법 재판소의 판단기준에 관한 연구, 헌법학연구 제20권 제4호(2014.12), 299면 이하 참조.

조금 더 확대된 범위의 소통으로 자리잡게 만들 수 있는 방법에 대한 논의, 사이버 공간을 이용한 공론장 활용의 적극적 검토, 그리고 직접민주제와 대의기관, 특히 의회와의 유기적 연결 등은 현재의 대한민국에서도 충분히 고려될 수 있을 것이다.<sup>132)</sup>

이러한 맥락에서 특히 법률의 제정·개정·폐지에 대한 국민발안을 도입하고 국민투표를 확대·강화하되, 전술한 스위스 직접민주제의 한계를 보완할 수 있는 방안도 함께 고려되어야 할 것이다. 또한 국민소환에 대해서는 소극적인 스위스식의 직접민주제가 대한민국 국민들을 설득할 수 있을 것인지에 대해서도 충분한 논의가 필요할 것이다. 분명한 것은 스위스식의 직접민주제가 21세기 대한민국의 직접민주제 확대를 위한 중요한 모델의 하나이며, 비록 스위스의 모델이 - 이를 그대로 따를 경우 순기능보다 역기능이 더 심각하게 부각될 수도 있을 것이지만 - 중요한 참고가 되어야 한다는 점은 부인할 수 없을 것이다.

## V. 독일의 직접민주제에 대한 우려와 그 시사점

### 1. 독일의 나치 집권의 경험과 그에 대한 반성

독일은 유럽 내에서 후발 선진국으로 지칭된다. 비록 군사적으로는 비스마르크 제국에 의한 독일 통일 이전인 프로이센 시절부터 강국으로 평가되었지만, 정치적 측면에서의 민주화, 경제적 측면에서의 산업화는 영국, 프랑스 등 주변국가들에 비해 많이 늦었기 때문이다. 그러나 독일은 신성로마제국 당시부터 유럽의 역사를 이끌어 온 강대국의 하나였으며, 현대에 들어와서도 제1차 세계대전과 제2차 세계대전의 전범국가로서 세계사의 변화에

132) 다만, 스위스식의 직접민주제를 성급하게 전면적으로 도입하려는 것은 경계되어야 한다. 2017년 국회 개헌특위 당시의 논의과정에서도 직접민주제를 크게 확대하려는 시민단체들의 주장과 이를 기피하는 정당들 사이에 상당한 의견차이가 있었다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

큰 영향을 미쳤다. 이러한 독일의 역사에서 중요한 분수령이 되었던 것은 바이마르 공화국의 붕괴와 히틀러의 집권이었다.

독일의 제2제국, 즉 비스마르크 제국이 제1차 세계대전의 패전 결과로 붕괴된 이후에 1919년 성립된 바이마르 공화국은 독일 최초의 민주공화국이었으나, 민주주의에 대한 인식 및 경험의 부족으로 인하여 심각한 정치적·사회적 혼란을 겪었다.<sup>133)</sup> 더욱이 막대한 전쟁배상금으로 인한 부담과 1930년대 세계적인 대공황으로 인한 엄청난 인플레이션을 겪으면서 바이마르 공화국은 매우 심각한 위기에 직면하였고,<sup>134)</sup> 이러한 상황에서 강한 독일을 내세우면서 등장한 히틀러가 집권하여 군국주의를 기초로 한 전체주의 체제를 만들었던 것이다.

히틀러의 제3제국은 유대인 학살 등과 같은 인권의 침해 이외에도 서구 민주주의의 전통으로부터 완전히 벗어난 길을 걸었고, 수권법(Ermächtigungsgesetz)<sup>135)</sup>에 의한 독재화는 민주국가에서는 상상조차 어려운 것이었다. 이러한 제3제국이 제2차 세계대전의 패전으로 붕괴한 이후 독일은 연합국의 분할점령에 따라 동독과 서독으로 분리되었으며, 동독에서는 공산주의 체제가, 서독에서는 서구적 민주주의의 재건이 시도되었다.

전후의 서독에서 민주주의를 재건하는 과정은 나치에 의한 바이마르 공화국의 붕괴에 대한 반성에서 시작되었다. 한편으로는 그 당시에 헌법학계의 주류였던 법실증주의적 헌법관에 따른 ‘상대주의적 민주주의’, 즉 최대한의 자유를 추구하는 민주주의는 어떤 특정한 가치에 구속되지 않는 가치 중립성을 본질로 하기 때문에 어떠한 정치적 주의·주장도 다수의 지지를 얻으면 집권할 수 있고, 국정운영의 방향을 바꿀 수 있다는 생각이 나치의 집

133) 장영수, 앞의 논문(주-131), 299면.

134) 장영수, 앞의 논문(주-131), 299면.

135) 1933년 3월 24일 제정된 수권법(Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933)(「민족과 국가의 위난을 제거하기 위한 법률」 [Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich]). 수권법의 내용과 문제점에 대하여 자세한 것은 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대학교 출판문화원, 2018, 196-197면; Hans Schneider, Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 -Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes-, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Jahrgang 1(1953, Heft 3), S. 197-221 참조.

권을 가능케 했다는 반성에 따라 ‘가치구속적 민주주의’를 지향하게 되었다.<sup>136)</sup> 다른 한편으로는 나치의 선전·선동에 현혹된 독일 국민들이 올바른 판단을 하지 못했다는 점에 대한 우려로 인해 엘리트 민주주의의 경향이 뚜렷해졌고, 직접민주제적 요소의 도입에 대해서는 매우 소극적인 태도를 보이게 되었다.<sup>137)</sup>

전자의 결과가 자유민주적 기본질서(freiheitlich-demokratische Grundordnung)의 명문화 및 이를 기초로 한 위헌정당해산제도 등 방어적 민주주의(streitbare Demokratie)의 인정이라면, 후자의 결과가 독일에서의 간접민주제 강화 및 직접민주제적 요소의 약화라고 할 수 있다.

## 2. 제2차 세계대전 이후 독일의 간접민주제

1949년 제정된 서독 기본법(Grundgesetz)은 의원내각제 정부형태를 통해 대의제 민주주의를 추구하였을 뿐만 아니라, 직접민주제적 요소들의 도입을 최소화하였다. 국민발안과 국민소환이 인정되지 않았을 뿐만 아니라, 헌법개정에 대한 국민투표조차도 -우리나라에서는 헌법개정에 대해 국민투표를 인정하고 있는 것과는 달리- 배제되었고,<sup>138)</sup> 오직 연방 영역의 변경 내지 주(州) 간의 경계 변경에 대해서만 국민투표가 인정되었으며, 이는 현행 독일 기본법<sup>139)</sup>에서도 크게 다르지 않다.

136) 장영수, 앞의 논문(주-131), 299-301면

137) 이에 대해서는 아래의 「2. 제2차 세계대전 이후 독일의 간접민주제」 참조.

138) 독일의 헌법개정(기본법 개정법률)은 국민투표 없이 하원인 연방의회(Bundestag) 제적의원 3분의 2 이상의 찬성 및 연방상원인 연방참사원(Bundesrat) 제적 의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻으면 된다(독일 기본법 제79조 제2항).

139) 독일 기본법((2020. 9. 29. 개정된 것)(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Stand: Zuletzt geändert durch Art. 1 u. 2 Satz 2 G v. 29.9.2020]).

〈표 4〉 현행 독일기본법상 국민발안(Volksbegehren)

유형	방식과절차
연방영역의 재편성에 관한 국민발안(Volksbegehren)	대상: 여러 주(州)의 경계에 걸쳐 있거나 100만명 이상의 주민을 가진, 연결되어 있으나 다른 지역으로 구분된 주거 및 경제권역(Siedlungs- und Wirtschaftsraum)을 통합하여 단일한 주(州)에 속하는 것으로 편입시킬 것인지 여부
	발의요건: 해당 권역의 연방의회 선거권자 10분의 1 이상 <sup>140)</sup>
	2년 이내에 연방법률로 연방영역의 재편성에 대한 연방법률에 대한 국민투표 절차에 따른 소속 주를 변경할 것인지 여부 아니면 해당 주들에서 국민투표(Volksbefragung)를 실시할지를 정하여야 함
	해당 연방법률은 어느 주에 속할 것인지에 관한 상이한 제안들(최대 2개까지)을 국민투표(Volksbefragung)에 부칠 수 있음
	국민투표(Volksbefragung)에서 다수가 제안된 주 소속 변경에 동의하면 2년 이내에 연방법률로 소속 주를 변경할지 여부를 국민투표(Volksentscheid)절차 <sup>141)</sup> 에 따라 정함
	국민투표(Volksbefragung)에서 국민투표(Volksentscheid)의 가결을 위한 요건 <sup>142)</sup> 을 충족할 경우, 국민투표(Volksbefragung)의 실시 이후 2년 이내에 제안된 주를 형성하는 연방법률을 제정하여야 함. 이 연방법률은 국민투표(Volksentscheid)에 의한 동의를 받을 필요 없음
	국민투표(Volksbefragung 및 Volksentscheid)의 결정정족수: 연방의회의원 선거의 선거권자 4분의 1 이상의 투표와 투표자 과반수의 찬성 <sup>143)</sup>
연방법률로 동일한 국민발안(Volksbegehren)을 5년 이내에는 다시 제기할 수 없도록 규정할 수 있음 <sup>144)</sup>	

〈표 5〉 현행 독일기본법상 국민투표

유형	방식과절차
연방영역을 재편성하는 연방법률에 대한 국민투표(Volksentscheid) <sup>145)</sup>	대상: 연방영역을 재편성하는 조치는 연방법률로써 해야 하며, 이러한 연방법률은 국민투표(Volksentscheid)에 의한 동의를 받아야 함
	국민투표(Volksentscheid)는 영역 또는 영역의 일부가 새로운 주를 형성하거나 경계가 새로 확정되는 주들(해당 주들)에서 실시하며, 해당 주들의 의견을 들어야 함

140) 독일 기본법 제29조 제4항.  
 141) 독일 기본법 제29조 제2항.  
 142) 독일 기본법 제29조 제3항 3문 및 4문.  
 143) 독일 기본법 제29조 제6항 제1문.  
 144) 독일 기본법 제29조 제6항 제2문.

	<p>국민투표(Volksentscheid)에 부쳐질 문제는 관련 주들이 현 상태를 유지하여야 할 것인지 아니면 새로운 주를 형성하거나 주의 경계를 새로 확정하여야 할 것인지에 관한 것임</p> <p>새로운 주의 형성이나 주 경계를 새로이 확정하는 것에 대한 국민투표(Volksentscheid)는 해당 주에 새로 편입될 영역, 그리고 해당 주에 새로 편입되지 않는 영역 전체 또는 일부 영역에서 각기 다수가 변경에 동의하면 가결됨. 해당 주들의 영역에서 다수가 반대하면 국민투표는 부결됨. 다만, 해당 주로 편입될 일부 영역에서 변경에 3분의 2 이상의 찬성으로 변경에 동의할 경우, 해당 주의 전체 영역에서 3분의 2 찬성으로 변경에 반대하지 않는 한, 반대는 효력이 없음.</p> <p>국민투표(Volksentscheid)의 결정정족수: 연방의회의원 선거의 선거권자 4분의 1 이상의 투표와 투표자 과반수의 찬성</p>
<p>영역재편성에 관한 주(州)들간협약(Staatsvertrag)에 대한 국민투표(Volksentscheid)<sup>146)</sup></p>	<p>주(州)들간 협약(Staatsvertrag)에 참여하는 모든 주에서 국민투표를 통해 동의를 얻어야 함. 조약이 주들의 부분 영역에만 적용되는 경우 해당 부분영역에서만 국민투표(Volksentscheid)를 실시할 수 있음.</p> <p>해당 게마인데(Gemeinde) 및 크라이스(Kreis)<sup>147)</sup>의 의견을 들어야 함</p> <p>국민투표(Volksentscheid)의 결정정족수: 연방의회의원선거의 선거권자 4분의 1 이상의 투표와 투표자 과반수의 찬성</p> <p>해당 협약(Staatsvertrag)은 연방의회(Bundestag)의 동의를 얻어야 함</p>
<p>바덴, 뷔르템베르크-바덴 및 뷔르템베르크-호헨츨레른 주(州)를 포함하는 영역의 재편성에 관한 국민투표(Volksbefragung)<sup>148)</sup></p>	<p>바덴, 뷔르템베르크-바덴 및 뷔르템베르크-호헨츨레른 州를 포함하는 영역의 재편성은 참여하는 주들간의 합의(Vereinbarung)로 가능함</p> <p>합의(Vereinbarung)가 되지 않을 경우, 영역의 재편성은 연방법률로 규율하며, 해당 연방법률은 국민투표(Volksbefragung)에 대해 규정하여야 함</p>

이는 바이마르 공화국헌법 시절,<sup>149)</sup> 그리고 -바이마르 공화국헌법의

145) 독일 기본법 제29조 제2항~제6항.

146) 독일 기본법 제29조 제8항. 이 조항은 연방영역의 재편성 및 주의 영역구성의 변경 방식과 절차를 규정하고 있는 독일 기본법 제2항~제7항에 대한 특별규정이다.

147) 게마인데(Gemeinde) 및 크라이스(Kreis)는 독일의 지방자치단체들이다.

148) 독일 기본법 제118조. 이 조항은 연방영역의 재편성에 관하여 규정하고 있는 독일 기본법 제29조에 관한 특별규정이다.

149) 바이마르 공화국 헌법(Die Verfassung des Deutschen Reichs[Weimarer Reichsverfassung] vom 11. August 1919)에서는 직접민주제를 폭넓게 수용하고 있었는데, 영역변경시의 국민투표(제29조, 제118조) 이외에도 법률 및 헌법개정에 대한 국민발안(제73조 제3항, 제76조 제1항 제4문), 공화국대통령에 의한 공포 전 법률에 대한

공식적인 폐지는 없었으나 수권법에 의해 사실상 바이마르 헌법이 무력화되었던- 나치독재 시기에, 국민투표와 국민발안이 대중선동·조작을 통해 극심한 분열과 정치적 혼란을 야기하고 나치독재를 정당화하는 도구로 악용되었다는 뼈아픈 반성에 기초한 것이었다.<sup>150)</sup>

국민투표(제73조 제1항), 공포가 정지된 법률에 대한 국민투표(하원인 공화국의회(Reichstag) 제적의원 3분의 1이상 및 투표권자 20분의 1 이상의 신청)(제73조 제2항), 공화국의회가 의결한 법률안에 대해 상원인 공화국참사원(Reichsrat)이 이의를 제기한 경우, 법률성립을 위한, 공화국대통령이 국민투표 부의(제74조 제3항 제2문~제3문), 다양한 직접민주제를 두고 있었고, 공화국대통령이 공화국의회 해산권을 행사할 때, 공화국참사원의 이의제기에도 불구하고 공화국의회가 헌법개정안을 의결할 경우 공화국의회의 요구에 의한 국민투표(제76조 제2항)를 규정하고 있었다. 또한 예산안, 조세법(Abgabengesetz) 및 공무원보수법(Besoldungsordnungen)에 대해서는 공화국대통령만이 국민투표에 부의할 수 있었으며(제73조 제4항), 공화국대통령이 공화국의회해산권(제25조)을 행사할 때 신임투표를 실시할 수 있었고, 역으로 공화국의회의 신청에 의한 국민투표로 공화국대통령을 7년의 임기만료 전에 퇴임시킬 수 있었다[제43조 제1항~제2항]. 이에 대해서는 Peter Krause, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, 3. Aufl., C. F. Müller, 2005, § 35, Rn. 8 ff. 바이마르 공화국헌법 시절, 총 8건의 국민발안(Volksbegehren)이 제기되었으나, 절차가 진행된 것은 총 3건에 불과했는데, 1926년의 왕궁의 무상수용(Enteignung der Fürstenhäuser)에 관한 발안, 1928년의 순양함건조 금지(Verbot des Panzerkreuzerbau) 발안, 1929년의 영플랜(Young-Plan) 반대 발안이 그것이다. 이 중 2건인, 1926년의 왕궁의 무상수용 발안과 1929년의 영플랜 반대 발안만이 국민투표에 부쳐졌으나, 모두 부결되었다. 그러나 이러한 국민발안 및 국민투표절차는 KPD(독일공산당)이나 국가사회주의노동자당(나치당)(NSDAP)과 같은 극단주의 세력들이 대중선전·조작을 통해 부상하게 되는 계기가 되었다(이에 대해 자세한 것은 P. Krause, a.a.O. [Anm. 149], Rn. 10; Reinhard Schiffers, Schlechte Weimarer Erfahrungen?, in: H. K. Heußner/O. Jung(Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen. Volksbegehren und Volksentscheid: Geschichte-Praxis-Vorschläge, 1. Aufl., Olzog, 1999, S. 41-60). 또한 공화국대통령은 수 차례 공화국의회를 해산시켰고, 1925년과 1932년에 의회해산을 자신에 대한 신임과 연계시켜 대통령 선거를 갈음하는 신임투표를 시행했다. 이러한 국민투표의 시행은 당시 정치적 분열과 대립의 해소에 기여하지 못했을 뿐만 아니라, 국민투표가 독재를 정당화하는 도구로 전락하였다(이에 대하여는 P. Krause, a.a.O. [Anm. 149], Rn. 11 참조).

- 150) Ulrich Bachmann, Warum enthält das Grundgesetz weder Volksbegehren noch Volksentscheid?, in: K. H. Heußner/O. Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen. Volksbegehren und Volksentscheid: Geschichte-Praxis-Vorschläge, 1. Aufl., Olzog, 1999, S. 75-86(76 ff.); P. Krause, a.a.O.(Anm. 149), Rn 14 f. 이외에도 1949년 독일 기본법 제정 당시, 헌법제정의회(Parlamentarischer Rat)에서는 직접민주제는 영토규모가 인구수의 측면에서 작은 나라에게 적합하고 영토가 넓고 많은

〈표 6〉 독일 제3제국(나치독재 시기) 국민투표(Volksbefragung) 시행 현황

시행일	안건	방식	결과(결정정족수: 유효투표총수의 과반수)151)
1933.11.12	국제연맹탈퇴	이미 국제연맹을 탈퇴한 뒤 사후에152) 공화국의회(Reichstag)선거와 동시 실시153)	유효투표총수의 95.1% 찬성154) (총투표총수의 89.9% 찬성)155)
1934.8.19	힌덴부르크 공화국대통령의 사망을 계기로, 공화국대통령직(Reichspräsidentenamt)을 총통이자 수상인 히틀러가 겸하는 것	수권법에 따라 해당 법률을 제정한 뒤, 사후에 국민투표 실시156)	유효투표총수의 89.9% 찬성 (총투표총수의 84.3% 찬성)157)
1938.4.10	오스트리아 합병	공화국의회선거와 결합158)	독일제국 전체(독일과 오스트리아) 유권자 99.59% 투표, 유효투표총수의 99.01%159) 오스트리아 유권자 99.71% 투표, 유효투표총수의 99.73% 찬성160)

인구수를 가진 독일에는 적합하지 않다는 점도 고려되었다고 한다(P. Krause, a.a.O. [Anm. 149], Rn. 15). 독일 기본법 제정 당시 헌법제정회의(Parlamentarischer Rat)에서 국민발안과 국민투표의 도입에 대한 논의에 대하여 자세한 것은 U. Bachmann, a.a.O. (Anm. 150), S. 77 ff. 참조. 이러한 일반적인 견해와는 달리 독일 기본법에서 직접민주제에 대해 매우 소극적인 태도를 취하게 된 이유를 바이마르 공화국과 나치독재시절의 나쁜 경험때문에서 찾는 것에 대해 반대하는 견해도 있다. 바이마르 공화국 당시 직접민주제가 실시된 사례가 몇 건 되지 않을 뿐만 아니라, 국민투표의 결정정족수를 투표권자 과반수로 함으로써 투표거부(Abstimmungsboycott) 운동으로 투표의 비밀과 자유가 침해되는 등 절차에 문제가 많았고, 바이마르 공화국 당시 의회주의와 정당정치, 그리고 시민의 민주주의 이해가 미숙하고 문제가 많았다는 점을 들러 오늘날 변화·발전된 의회주의와 정당정치의 여건 하에서도 직접민주제가 같은 실패를 반복할 것이라고 보는 것은 합리적이지 않다는 주장이 있다(R. Schiffers, a.a.O. [Anm. 149], S. 58 f.). 또한 나치독재시절에 오·남용되었던 플레비시트(Plebizit)는 그 방식과 절차에서 전혀 직접민주주의적인 제도라고 평가하기 어려우며(Otmar Jung, Die Volksabstimmungen der Nationalsozialisten, in: H. K. Heußner/ Ders. (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen. Volksbegehren und Volksentscheid: Geschichte-Praxis-Vorschläge, 1. Aufl., Olzog, 1999, S. 61-73), 오히려 서독의 건국 시기에 최소한 과도기적으로라도 (동독의 공산당인) 독일사회주의통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands: SED)과 (서독의 공산당인) 독일공산당(KPD)이 이를 이용해서 서독을 공격하지 못하도록 하려는 냉전시대의 산물이라는 주장도 있다(이러한 O. Jung의 주장에 대해서는 U. Bachmann, a.a.O. [Anm. 150], S. 76 참조). 그러나 이 주장은 냉전시대가 종식된 이후 오늘날에 이르기까지 독일 기본법에서 직접민주제 도입에 소극적인 점 등에 비추어 설득력을 갖기 어렵다(U. Bachmann, a.a.O. [Anm. 150], S. 77).

독일에서 직접민주제에 대한 관심이나 각종 시도가 없었던 것은 아니다. 주(州) 차원에서는 주(州)법률에 대한 국민발안이나 국민투표 등 직접민주제를 도입하거나 확대하여 통일 이후에는 모든 주에서 - 각 주(州)마다 유형과 요건 등에서 차이가 있으나<sup>161)</sup>- 직접민주제를 갖게 되었다. 그러나 실제 시행된 사례는 -90년대 이후 급증하기는 했으나<sup>162)</sup> 그다지 많지 않으며,<sup>163)</sup> 성공적이라고 평가할 만한 사례도 많지 않다.<sup>164)</sup> 1960~1970년대에는 지방자치단체(Kommune) 차원에서 이른바 평의원 민주주의(Rätedemokratie)의 실험

151) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 61 f.

152) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 62 f.

153) 투표지에는 공화국의회원 선거와 관련해서 나치당 소속 후보자들이 기재된 통합 명부(Einheitsliste) 옆에 오로지 찬성의 표시만 하도록 하나의 원만 그려져 있었고, 투표지 말미에 국민투표와 찬성 또는 반대의 표시를 하는 원이 그려져 있었다(O. Jung, a.a.O.[150], S. 63).

154) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 66..

155) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 65 f.

156) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 68.

157) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 68.

158) 투표지에는 “국민투표 및 대독일 공화국의회(Volksabstimmung und Großdeutscher Reichstag)”라는 제목 하에 “너(Du)는 1938년 3월 13일에 이루어진 오스트리아와 독일의 통일에 동의하고, 우리 아돌프 히틀러의 명단에 동의하니?”라는 문항과 그 밑에 찬성 또는 반대를 표시할 수 있는 원이 각기 하나씩 그려져 있었다(O. Jung, a.a.O. [Anm. 150], S. 70 f.).

159) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 72.

160) O. Jung, a.a.O. (Anm. 150), S. 72.

161) 이에 대하여는 P. Krause, a.a.O. (Anm. 149), Rn. 29 ff.; Jan Seybold, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid im Kontext der Historie mit einem umfassenden Bundesländervergleich, in: H. K. Heußner/A. Pautsch/F. Wittreck (Hrsg.): Direkte Demokratie. Festschrift für Otmar Jung, Richard Boorberg Verlag, 2021, S. 349-386 참조.

162) P. Krause, a.a.O. (Anm. 149), Rn. 39; J. Seybold, a.a.O. (Anm. 161), S. 102 ff.

163) 직접민주제의 유형별로 각 주 별 활용도에 차이가 있기는 하나, 전체적으로 활용도가 높지 않으며, 그나마도 베를린(Berlin), Bayern(바이에른), 함부르크(Hamburg) 등 소수의 몇 개 주에 집중되어 있다고 한다. 이에 대해서는 J. Seybold, a.a.O. (Anm. 161), S. 102 ff. 참조.

164) 예컨대, 국민발안이 발안요건을 충족한 경우는 했어도 국민투표에 통과된 비율은 높지 않으며(P. Krause, a.a.O. [Anm. 149], Rn. 45; J. Seybold, a.a.O. [Anm. 161], S. 107), 국민투표 참가율도 저조하다고 한다(P. Krause, a.a.O. [Anm. 149], Rn. 45).

이 있었다. 평의원 민주주의란 대의제의 기본틀을 유지하되, 자유위임이 아닌 기속위임을 인정함으로써 사실상 직접민주제에 가까운 운영을 하자는 것이었는데, 그 결과는 실패로 나타났으며,<sup>165)</sup> 일부 주(州)에서 지방자치단체 차원에서 주민발안이나 주민투표 등을 도입하고 있다.<sup>166)</sup> 1980년대 이후 주(州) 차원에서 인정되는 국민발안과 국민투표를 연방차원에서도 도입하고자 하는 시도들이 있었으나, 큰 공감을 얻지 못하여 실패하고 말았다.<sup>167)</sup>

엘리트 민주주의의 요소가 강한 독일의 대의제 민주주의에 대해 독일 통일 이전의 서독 국민들은 큰 불만을 표시하지 않았고, 기민당(CDU)-기사당(CSU)연합과 사민당(SPD), 자민당(FDP), 녹색당(Die Grüne) 등이 중심이 되어 서독 국민들의 정치적 의사를 잘 수렴하면서 안정적인 다당제 정치체제를 유지하였다. 이러한 성과는 무엇보다 연동형 비례대표제의 효율적인 활용을 통해 정당대표성과 지역대표성을 잘 조화시킨 선거제도의 성공으로 평가될 수 있다.<sup>168)</sup>

1990년 독일의 통일방식은 동독이 5개의 주(州)로 분할되어 서독에 편입하는 방식을 취하였으며, 서독의 기본법이 통일 독일 전체로 적용을 확대하는 방식으로 추진되었다. 그 결과 통일헌법의 제정이나 이를 위한 국민투표도 없었고, 단지 기본법의 부분적인 개정이 있었을 뿐이다. 하지만 통일 직후 서독의 정치체제를 동독에 이식시키는 것에 대해 큰 불만이나 반발은 없었다.

그러나 시간이 경과하고, 동독 내에서 자생적 정치세력들이 성장하면서 독일 내에서도 정치적 갈등이 점차 커지고 있다. 양대 정당의 하나였던 사민당(SPD)이 크게 위축되었고, 대안당(AfD)과 같은 급진주의 정당들의 세력이 커지고 있는 현상이 뚜렷해지고 있다. 아직은 양대 정당 중심의 연정이 계속되고 있지만, 언제 급진주의 정당들이 제1당이 되어 독일의 대의제

165) 이에 관하여는 Udo Bernbach (Hrsg.), Theorie und Praxis der direkten Demokratie, Westdeutscher Verlag, 1973 참조. 이후 독일 내에서 직접민주주의에 대한 적극적인 주장은 크게 약화되었다.

166) P. Krause, a.a.O. (Anm. 149), Rn. 41 ff.

167) 이에 대하여는 Frank Decker, Der Irrweg der Volksgesetzgebung - Eine Streitschrift-, Dietz, 2016, S. 137 ff. 참조.

168) 이에 관하여는 장영수, 선거제도 개혁 -연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건-, 공법연구 제47집 제3호(2019.2), 126면 이하 참조.

민주주의를 뒤흔들 것인지, 혹시라도 제2의 나치당이 등장하는 것은 아닌지에 대한 우려도 조금씩 커지고 있는 것이다.

이러한 독일의 상황은, 히틀러 집권의 경험으로 인하여 대중이 포퓰리즘에 빠질 것을 크게 우려하는 전통적인 양대 정당을 지지하고 있는 독일 국민들과 21세기의 다양한 변화를 충분히 수용하지 못하고 있는 양대 정당에 대한 불신과 불만으로 인해 급진주의 정당에 대한 지지를 높이고 있는 독일 국민들 사이의 갈등으로 볼 수 있다. 한편으로는 제2의 히틀러 등장에 대한 우려가 여전히 큰 반면에, 다른 한편으로는 다양한 국민들의 의사를 충실하게 반영하지 못하는 엘리트 민주주의에 대한 불신과 불만이 독일 정치의 개혁 요구로 나타나고 있는 것이다.

### 3. 독일의 경험이 대한민국에 주는 시사점과 그 한계

독일의 바이마르 민주주의가 붕괴되고, 히틀러의 전체주의가 집권하는 과정은 후대의 독일인들뿐만 아니라 전 세계에 큰 영향을 미쳤다. 민주주의가 스스로를 지켜야 한다는 점이 널리 인정되었고, 이를 위한 각종 제도적 장치들이 강구되었다. 무엇보다 정치적 선전과 선동에 약한 국민들이 포퓰리즘의 덫에 빠질 우려가 매우 크다는 점이 심각한 문제로 고려되게 되었다. 이러한 포퓰리즘에 대한 우려는 -독일의 예에서 보듯이- 직접민주제에 대한 거부감으로 이어질 수 있다. 국민이 항상 올바른 결정을 내리는 것은 아니며, 자칫 잘못된 결정으로 인하여 국민 모두가 돌아올 수 없는 다리를 건너게 될 수 있다는 점이 히틀러의 나치당 집권으로 인해 역사적으로 검증되었기 때문이다.

그러나 거꾸로 엘리트 민주주의에 기초한 대의제가 항상 올바른 결정을 내리는 것은 아니라는 점도 고려되어야 한다. 더욱이 정치 엘리트 집단의 판단이 국민의 생각과 괴리되면 될수록 -정치 엘리트 집단과 국민들 중에서 어느 쪽이 더 옳으냐를 떠나서- 민주주의의 위기현상이 나타나게 된다. 정치 엘리트 집단이 국민을 불신하는 것 못지않게 국민들이 정치 엘리트 집단을 불신할 수 있으며, 양자의 소통이 약해지고 불신이 커지게 되면 그 자체가

민주주의의 심각한 위기를 야기할 수밖에 없기 때문이다.

그런 의미에서 직접민주제에 있어서 국민의 최종적 결정권이라는 의미 보다는 정치 엘리트 집단과 국민들 간의 소통이라는 의미에 주목할 필요가 있다. 국민들이나 정치 엘리트 집단이나 어느 쪽도 완전하지 않으며, 상호 소통 및 상호 통제를 통해 보다 합리적인 균형점을 찾아내는 것이 바람직한 민주주의 실현의 조건이 될 수 있기 때문이다. 다만, 독일의 경험에서 한 가지 빠뜨려서는 안 될 것은 어떤 경우에도 - 심지어 다수가 이를 요구하는 경우에도- 침해되어서는 안 될 근본가치, 인류 역사의 경험을 통해 검증되었고, 역사적 다수의 판단이 이를 지지하고 있는 근본가치를, 국민 다수이건 정치 엘리트 집단이건, 한 순간의 선전·선동에 휩쓸려 잘못된 판단으로 침해하는 일은 없어야 한다는 점이다.<sup>169)</sup>

이러한 전제 하에서 직접민주제의 확대·강화는 대의제에 대한 국민들의 불신과 불만을 누그러뜨리며, 정치 엘리트 집단과 국민들 간의 소통을 촉진하는 긍정적 역할을 수행할 수 있을 것이다.

## VI. 제10차 개헌논의와 직접민주제의 확대·강화의 대안

### 1. 2017년 개헌논의 당시의 직접민주제에 관한 논의상황

1987년의 민주화 이후 직접민주제에 대한 관심이 서서히 높아졌지만, 본격적인 직접민주제 확대·강화를 위한 개헌이 시도되었던 것은 2017년 국회 개헌특위에서 제10차 개헌을 위한 논의를 진행하던 당시였다.

이 시기에는 박근혜 전 대통령의 사퇴를 요구하던 촛불시위가 결국 헌법재판소의 탄핵결정으로 이어지면서,<sup>170)</sup> 이에 고무된 국민들이 제왕적 대통령제의 종식과 직접민주제의 확대·강화를 주장하는 개헌을 요구했고, 정

169) 이러한 점이 확고했다면 히틀러의 집권 자체가 어려웠을 뿐만 아니라, 유태인 학살과 같은 끔찍한 만행은 감히 시도될 수 없었을 것이다.

170) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정.

치권에서도 이러한 국민들의 요구를 받아들여 국회 헌법개정특별위원회(개헌특위)가 구성되었다. 그러나 정작 개헌특위가 구성된 이후에도 개헌의 구체적 방향과 내용에 대해서는 수많은 이견이 대립되었고, 직접민주제의 확대·강화에 대해서도 정치권과 시민단체들 사이에 이견이 뚜렷했다.

당시 국회 개헌특위에서는 제19대 대통령선거의 영향으로 실질적인 논의가 활발하지 못했다. 하지만, 여러 전문가들과 시민단체 대표자 등으로 구성되었던 국회 개헌특위 자문위원회에서는 개헌시안을 포함한 보고서를 제출한 바 있으며, 이 보고서 내용 중에서도 직접민주제의 확대·강화가 비중 있게 제시된 바 있다.<sup>171)</sup> 또한 여러 시민단체에서 작성한 개헌안에서도 직접민주제의 확대·강화를 강조한 바 있다.<sup>172)</sup> 반면에 당시 주요 정당들에서는 직접민주제의 확대·강화에 상당히 소극적이었고, 2018년 3월 26일 발의된 대통령 개헌안에서도 직접민주제의 확대·강화에 적극적이지는 않았다.<sup>173)</sup>

이러한 온도 차이는 한편으로는 국민들의 입장과 국민들에 의해 선출된 대표자의 입장에서 각기 직접민주제의 확대·강화를 바라보는 시각 차이에서 비롯된 것으로 볼 수 있지만, 다른 한편으로는 대의제와 직접민주제의 새로운 관계 정립에 대한 명확한 인식의 부족에 기인한 것으로도 볼 수 있다. 다수의 국민들과 시민단체에서는 정치권에 대한 불신과 불만에 기초하여 국민발안과 국민소환의 폭넓게 인정할 것을 요구했지만, 정치권에서는 이러한 요구가 대의기관을 무력화시킬 수 있는 위험한 것으로 받아들였던 것이다.

특히 국민발안은 사실상 국회의 입법권 내지 헌법개정발의권을 유명무

---

171) 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 국회, 2018.

172) 국민발안에 관하여 국민주권회의 개헌안 제54조 제1항(법률안 국민발안), 제149조 제1항(헌법개정안 국민발안), 대화문화아카데미 개헌안 제57조 제1항(법률안 국민발안), 제145조(헌법개정안 국민발안), 참여연대 헌법개정안 제44조(법률안 국민발안), 제142조(헌법개정안 국민발안) 등이 도입을 주장하였고, 이는 국민발안된 법률안 또는 헌법개정안에 대한 국민투표로 연결되었다. 다만, 대화문화아카데미의 개헌안에서는 법률안의 국민발안에 대해서는 국민투표를 배제하였다. 그리고 국민소환에 관하여 국민주권회의 개헌안 제54조 제3항, 대화문화아카데미 개헌안 제42조 제7항, 참여연대 개헌안 제46조 등에서 그 도입을 주장하였다.

173) 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-29), 229-230면 참조.

실하게 만들 것이라는 우려, 국민소환은 선거에 패배한 정치세력에 의해 이용되어 이전투구의 장을 만들 것이라는 우려가 적지 않았다.<sup>174)</sup> 그런 가운데 국민발안을 합리적으로 인정함으로써 대의제와 조화를 이룰 수 있는 방안을 찾으려는 노력, 국민소환의 요건과 절차를 합리화함으로써 오·남용의 소지를 최소화하려는 노력은 많지 않았다.<sup>175)</sup>

결국 2017년 국회 개헌특위는 결실 없이 끝났고, 2018년 대통령 개헌안도 성과 없이 끝나면서 직접민주제의 확대·강화 노력도 수면 밑으로 가라앉게 되었다. 그러나 조만간 제10차 개헌논의가 다시 시작될 수밖에 없을 것이며, 그때가 되면, 직접민주제의 확대·강화를 둘러싼 갈등도 재연될 수 있을 것이다.

**<표 7> 국민발안제 도입에 관한 국회 개헌특위 자문위원회안과 대통령 개헌안 비교**

	국회개헌특위자문위조문서안	대통령개헌안
법률안 발의	○	○
국가중요정책 발의	○	X
발의요건	국회의원선거 선거권자 100분의 1 이상의 서명	법률로 결정
처리시한	6개월 이내에 국회에서 원안대로 의결 또는 대안이나 의견 제시	법률로 결정
결정방식	국회에서 원안대로 의결하지 않을 경우 국민투표에서 국회의원선거권자 4분의 1 이상의 투표와 투표자 과반수의 찬성	법률로 결정
개헌안 발의	○	X
개헌안 발의요건	국회의원선거 선거권자 100분의 2 이상	X
개헌안 처리시한	100일 이후 200일 이내에 국민투표	X
개헌안 처리	국회의원선거권자 과반수 투표와 투표자 과반수의 찬성	X

※ 출처: 차진아, 시민의 입법참여와 헌법 - 국민발안제 도입논의를 중심으로 -, 외법논집 제42권 제3호(2018.8), 231면의 <표-1>

174) 이에 대해서는 장영수, 참여민주주의의 실현과 국민소환제 도입의 문제점, 공법학연구 제7권 제2호(2006.6), 15면 이하 참조.

175) 이에 관한 논의는 국회 헌법개정특위 자문위원회에서도 계속되었으며, 대립되는 의견들이 표출되었다. 그 결과 단일안으로 수렴되지 못한 부분도 있었다. 이에 관하여는 국회 헌법개정특위 자문위원회, 국회 헌법개정특위 자문위원회 보고서, 2018, 333면 이하 참조.

## 2. 국민발안제의 도입에 관한 검토

정치권에서 국민의 의사를 충분히 수렴하지 못할 때일수록 국민발안에 대한 요구는 높아진다. 이는 정치권에서 헌법개정에 합의하지 못하고, 2017년 국회 개헌특위가 개헌이라는 목표에 도달하지 못하자, 국민의 헌법개정 발의권이 인정되어야 한다는 목소리가 높아지고 있는 것에서도 나타난다.

그동안 국민발안제와 관한 주장들은 크게 세 가지 유형으로 나뉜다. 하나는 헌법개정안 발의권<sup>176)</sup>에 관한 것이고, 다른 하나는 법률안 발의권에 관한 것이다. 그리고 남은 하나는 예컨대, 중요 정책에 대한 국민발안에 관한 것으로 볼 수 있다.

(부분)헌법개정안 발의권의 도입 문제에 대해서는 좀 더 신중하게 검토할 필요가 있을 것으로 보인다. 현재 시점에서는 헌법개정안에 대한 국민발안의 도입으로 인한 긍정적인 효과는 기대하기 어렵고 그 부작용이 매우 심각하게 우려되기 때문이다. 이미 스위스 연방의 예에서 보는 바와 같이, 헌법사항이 아닌, 법률로 규율할 사항이 헌법에 다수 규정됨으로써 - 헌법은 전체로서의 하나의 체계임에도 불구하고- 헌법안에서의 체계성과 통일성을 깨뜨림으로써 법질서 전체의 체계성과 통일성을 약화시키며, 헌법의 탄력성을 약화시키는 문제가 심각할 뿐만 아니라, 인권과 권력분립원리 등에 위배되는 국민발의에 대한 (사전적·사후적) 심사가 그 강력한 민주적 정당성 때문에 사실상 어려운 것이다. 또한 지금과 같이 편 가르기식 진영논리와 진영 간 갈등이 극심한 정치현실에서는 헌법개정안에 대한 국민발안은 특정한 이익집단, 특정한 정치세력들이 특정 정당과 결탁하여 특정한 이익이나 가치만을 추구하면서 이를 전체 국민의 의사인 양 호도함으로써 오히려 갈등과 분열을 더 심화하는 기폭제가 될 위험이 매우 크다.

만약 차후에 여건에 변화가 있어 부분헌법개정안에 대한 국민발안권을 도입할 경우, 포퓰리즘의 도구가 되지 않도록 하기 위해 스위스의 경우처럼

---

176) 국민의 헌법개정발의권은 1954년의 제2차 헌법개정에서 “민의원의원선거권자 50만 인 이상의 찬성”을 요건으로 인정된 바 있었다. 그러나 1972년의 제7차 개헌(유신헌법)에서 삭제되었으며, 이후 국민의 헌법개정발의권은 현재까지 인정되지 않고 있다.

충분한 시간을 두고 논의한 후에 신중하게 결정할 수 있도록 할 필요가 있다. 특히 스위스 연방의 헌법개정안 발안제도가 안고 있는 문제를 최소화하기 위해, 헌법개정안의 발의 단계에서 국민투표에 부의하기 전에 그 체계와 자구 및 내용의 정당성에 대해 실효적으로 사전심사하는 제도가 마련될 필요가 있다.

국민의 법률안 발의권은 국회의원들이 가장 부담스러워 하는 것이다. 이를 광범위하게 이용할 경우에는 실제로 국회의 입법부로서의 권한과 역할이 사실상 크게 위축될 수도 있다. 그러나 현대 민주국가에서 국가사무의 전문성·복잡성 등을 고려할 때, 국민의 법률안 발의권으로 인해 입법부가 무력화되는 것은 바람직하지 않다. 또한 국민 다수의 의사와 이익에 반하는 특정한 정치세력의 부분이익이 자칫 국민의 이름으로 둔갑하는 위험을 최소화하기 위해, 국민투표 결정정족수를 엄격하게 할 필요가 있다. 이러한 관점에서 아래의 <표 8>에서 보는 유형 중에서 - 구체적으로 발의요건과 관련하여 국회의원선거권자의 수 내지 비율을 얼마로 할 것인지, 국민투표시 결정정족수를 어떻게 정할 것인지에 대해서는 보다 면밀한 검토가 필요할 것이나- 중간유형이나 엄격한 유형이 채택되어야 할 것으로 생각된다.

법률안에 대한 국민발안에 대해 국민투표를 거치도록 할 경우, 비록 법률의 형식이기는 하나 주권자인 국민이 국민투표를 통해 확정된 법률을 헌법재판소가 위헌심사하는 것에는 상당한 부담이 따를 수밖에 없다. 그러므로 법률안에 대한 국민발안의 경우 국민투표에 부치기 전에 헌법재판소가 그 위헌성 여부에 대해 사전심사하는 절차가 필요한 것으로 보인다.

**<표 8> 입법에 대한 국민발안제의 유형**

	가장완화된 유형	중간유형	가장엄격한유형
<b>발의요건</b>	법률로 결정 (대통령 개헌안)	국회의원선거 선거권자 100분의 1 이상 (국회 개헌특위 자문위원회안, 참여연대 개헌안)	국회의원선거 선거권자 50만명 이상 (국민주권회의, 대화문화 아카데미 개헌안)
<b>처리시한</b>	법률로 결정 (대통령 개헌안)	1년 이내 (국민주권회의, 대화문화 아카데미, 참여연대 개헌안)	6개월 이내 (국회 개헌특위 자문위원회안)

결정방식	법률로 결정 (대통령 개헌안)	X	국회에서 원안대로 의결하지 않을 경우 국민투표로 결정 (국회 개헌특위 자문위원회안 등)
국민투표시 결정정족수	투표자 과반수 찬성 (지방분권개헌국 민행동 개헌안)	국회의원선거권자 4분의 1 이상 투표와 투표자 과반수 찬성 (국회 개헌특위 자문위원회안, 참여연대 개헌안)	국회의원선거권자 과반수 투표와 투표자 과반수 찬성 (국민주권회의 개헌안)

※ 출처: 차진아, 시민의 입법참여와 헌법 - 국민발안제 도입논의를 중심으로 -, 외법논집 제42권 제3호(2018. 8), 233면의 <표 2>

그리고 중요정책에 대한 국민발안은 아직은 시기상조이며, 좀 더 시간을 두고 숙고할 필요가 있을 것으로 보인다. 전술한 바와 같이 편 가르기식 진영 간 갈등이 극단적으로 첨예화하는 가운데 특정한 정치인에 대한 팬덤 정치 현상까지도 나타나는 현재 정치현실을 고려할 때, 중요정책에 대한 국민발안은 사실상 플레비스트처럼 오·남용되어 민주주의를 오히려 위태롭게 할 위험이 매우 큰 것으로 보인다.

### 3. 국민투표제의 확대에 관한 검토

국민발안의 도입은 국민투표에도 직접적인 영향을 미치게 된다. 스위스의 예에서도 보듯이 국민이 발안한 사안에 대해서는 국민이 직접 결정하여야 한다는 요구가 강력하게 대두될 수 있기 때문이다. 물론 대의제와의 조화라는 관점에서 국민이 발안한 사안을 의회에서 결정하도록 하는 경우도 있고, 국민발안에 대한 국민투표가 반드시 바람직한 것인가에 대해 이견도 있다.<sup>177)</sup>

그러나 분명한 것은 국민발의 도입과 더불어 국민투표의 가능성 및 기회가 확대된다는 점이다. 국민발안이 도입될 경우, 헌법개정안뿐만 아니라,<sup>178)</sup> 법률안에 대해서도 - 해당 법률안에 대해 국회가 의결하지 않을 경

177) 이에 대해서는 위의 각주-172 참조.

178) 현행 헌법 하에서도 국회 재적의원 과반수 또는 대통령이 발의한 헌법개정안은 국회의 의결을 거친 후 국민투표를 통해 확정된다(제130조 제2항)는 점, 국민은 주권자이며 헌법제정권자이자 헌법개정권자라는 점을 고려할 때, -전술한 바와 같이 헌법개

우 국민투표를 거치도록 하는 것에 대해 폭넓은 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.<sup>179)</sup>

이와 더불어 또 한 가지 주목할 점은 현행 헌법상 대통령의 국민투표부의권에 대해 중대한 수정이 필요하다고 보는 견해도 강하게 대두되고 있다는 점이다. 헌법 제72조에서 규정된 국민투표부의권은 “헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여”한 것으로 이해되고 있다.<sup>180)</sup> 그러나 예컨대, 수도이전<sup>181)</sup>이나 북한과의 통일, 집단안전보장기구에 대한 가입과 탈퇴 등 국가적인 중대사안으로서 국민적 통합이 매우 중요하게 고려되어야 할 사안의 경우에는 대통령 또는 국회의 일방적인 결정보다는 주권자인 국민의 직접적인 의사형성이 보다 강력한 민주적 정당성의 확보를 위해 필요하다고 인정될 수 있다.<sup>182)</sup>

이러한 맥락에서 대중선전·조작의 위험성, 독재의 정당화 도구로 전락할 우려, 포퓰리즘의 우려 등 국민투표제 오·남용의 위험과 우려를 최소화하는 가운데, 국민투표제의 장점을 살리기 위해서, 전술한 스위스 연방헌법의 필수적 정책투표 사항처럼, 예컨대 수도이전,<sup>183)</sup> 북한과의 통일조약, 집

---

정안에 대한 국민발안의 도입에 대해서는 신중을 기해야 하겠지만- 헌법개정안에 대한 국민발안이 도입될 경우에는 국민이 발의한 헌법개정안에 대해서도 국민투표를 거치도록 하는 것이 합리적인 것이다.

179) 위의 <표 8> 참조.

180) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정, 판례집 16-1, 609(649).

181) 이른바 관습헌법 사건에서 헌법재판소 결정 취지에 의할 때, 수도이전에 관한 국민투표는 서울이 수도라는 관습헌법의 존속요건의 하나인 국민의 법적 승인에 관한 것이며, 국민투표를 통해 이를 변경한다는 결정이 내려질 경우 관습헌법은 그 존속요건의 소멸로 사멸하는 것으로 볼 수 있는 것이다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등 결정, 판례집 16-2하, 1[6]). 이 헌법재판소의 결정에 대한 비판에 관하여는 아래의 주-183 참조.

182) 예컨대, 수도이전 문제도 특정 지역 주민들의 이해관계를 고려하여 특히 선거를 앞두고 정치권에서 일방적으로 결정하는 것보다는 국민 전체의 의사를 직접 물어서 결정하는 것이 한편으로는 민주적 정당성의 측면에서, 또 다른 한편으로 그 문제를 둘러싼 갈등과 분열을 최소화하기 위해 필요한 것이다.

183) 헌법재판소는 수도가 서울이라는 점이 관습헌법이고, 관습헌법은 성문의 헌법과 동일한 효력을 가지므로, 수도가 서울이라는 관습헌법의 성립 및 존속요건(특히, 국민의 법적 확신)에 변화가 없는데도 수도이전을 하기 위해서는, 성문헌법의 개정

단안전보장 기구에 대한 가입과 탈퇴 등 대상을 명확하게 한정하고 -결정 정족수를 면밀하게 검토하여- 이러한 사항에 대한 필요적 국민투표를 도입하는 것이 바람직하다.

#### 4. 국민소환제의 도입에 관한 검토

국민소환제의 도입 여부에 대해서는 시민단체들과 정치권의 견해가 가장 첨예하게 대립되었다. 박근혜-최순실 사태를 겪으면서 국민들은 대통령 및 고위공직자들에 대한 국민소환을 강력히 요구했던 반면에서 정치권에서는 이를 부담스러워했기 때문이다.

전문가들 사이에서도 한편으로는 제왕적 대통령제의 극복, 나아가 국회의원들의 권력 오·남용의 통제를 위해 국민소환의 인정이 필요하다는 주장<sup>184)</sup>이 있지만, 다른 한편으로는 국민소환제가 오·남용되어 여야의 정쟁이 확산될 것이라는 우려<sup>185)</sup>도 만만치 않다. 더욱이 국민소환의 대상을 국회의

---

절차, 특히 국민투표를 거쳐야 한다고 판시한 바 있다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등 결정). 그러나 관습헌법이 성문의 헌법과 동일한 효력을 가지므로 법률보다 우위의 효력을 갖는다는 헌법재판소의 판시내용은 대한민국은 성문법 국가이며 성문법 국가에서는 관습법이 성문법을 보충하는 효력만 가질 수 있다는 점, 성문법 국가에서 규범의 효력은 그 내용이 아닌 존재형식에 따라 달라진다는 점, 따라서 정당법, 국회법 등은 수많은 실질적 의미의 헌법들의 효력은 그 존재형식에 따라 다르다는 점, 같은 맥락에서 형식적 의미의 헌법과 실질적 의미의 헌법은 구별된다는 점, 따라서 아무리 그 내용이 “기본적 헌법사항”이라 하더라도 그 존재 형식이 법률이면 법률적 효력을 갖는 것이지 헌법의 효력을 갖는 것은 아니라는 점 등을 고려할 때, 설득력을 갖기 어렵다. 헌법재판소의 관습헌법 결정에 대한 비판에 관하여는 김상겸, 성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구 -헌재 2004.10.21. 2004헌마554, 566과 관련하여-, 헌법학연구 제11권 제1호(2005.3), 295-315면; 이종수, 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004.10.21. 선고 2004헌마554, 566(병합))의 헌법적 검토, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.8), 39-61면; 장영수, 관습헌법의 의미와 헌법적 한계, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.8), 21-37면; 전광석, 수도이전 특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토, 공법연구 제33집 제2호(2005.2), 113-138면 참조.

184) 이경주, 대표제의 역사적 변화와 소환권, 민주법학 제26권(2004.8), 223-256면; 이성환, 국민소환제의 헌법적 검토, 공법연구 제33집 제1호(2004.11), 159-180면.

185) 예컨대 이승우, 국회의원에 대한 국민소환제도의 도입과 합헌여부 -도입의 필요성과 합헌성 및 위험성을 중심으로-, 공법연구 제41집 제1권(2012.10), 159면 이하; 장영

원에 한정할 것인지,<sup>186)</sup> 대통령을 포함한 선거직 공무원으로 할 것인지, 장관급 이상의 고위 공무원으로 할 것인지도 논란의 대상이 된다.<sup>187)</sup>

〈표 9〉 국민소환 도입에 관한 개헌안 비교

	국민주권회의	대화문화아카데미	지방분권개헌 국민행동	국민의당	바른정당	자유한국당
국민소환의 대상	국회의원	국회의원	국회의원 + 탄핵심판대상자	국회의원, 행정부와 사법부 공직자	선출직 공직자 (대통령, 국무총리, 국회의원)	X
국민소환의 발의	하원의원선거권자 100만명 이상	법률로 정함	직접국회의원선거권자 50분의 1 이상	법률로 정함	법률로 정함	X
국민소환의 결정정족수	선거권자 과반수 투표와 투표자 과반수 찬성	법률로 정함	투표자 과반수 찬성	법률로 정함	법률로 정함	X
탄핵심판과의 중복 여부	X	X	○	○	○	X

※ 출처: 장영수, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건, 한양법학 제28권 제2집(2017.5), 83면의 <표 3>.

그러나 소환투표는 기본적으로 정책투표가 아닌 신임투표의 성격을 가질 수밖에 없으며 이를 자칫 오남용하게 될 경우에는 대의제의 근간을 뒤흔들 수 있다는 점을 고려할 때,<sup>188)</sup> 국민소환제의 도입에는 신중할 필요가 있다고 생각된다.

물론 대통령이나 국회의원 등 선출직 공무원이 국민의 의사를 무시한

수, 앞의 논문(주-174), 15면 이하.

186) 2018년 3월 26일 발의된 대통령 개헌안 제45조 제2항에서는 “국민은 국회의원을 소환할 수 있다. 소환의 요건과 절차 등 구체적인 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 국회의원만을 국민소환의 대상으로 인정하였다.

187) 이에 대하여 자세한 것은 장영수, 앞의 논문(주-174), 15-16면 참조. 이러한 문제는 탄핵심판과 국민소환의 중복 여부와 관련해서도 논란의 대상이다. 이에 대하여 자세한 것은 장영수, 국민소환제도의 의의와 기능 및 문제점, 고려법학 제45호(2005.11), 46면 참조.

188) 장영수, 앞의 논문(주-174), 10면, 13면 이하; 허진성, 국민소환에 관한 연구, 외법논집 제44권 제4호(2020.11), 54면 이하.

정책을 추진하거나, 심각한 개인 비리 등이 문제될 경우에는 국민소환을 통해 국민의 분노를 표출하고자 하는 욕구는 매우 크며, 나름의 정당성을 갖는다. 그러나 오·남용의 우려가 더욱 크기 때문에 신중할 필요가 있는 것이다.

전술한 바와 같이 직접민주제를 가장 폭넓게 활용하고 있는 스위스에서도 국민소환은 인정하지 않고 있다는 점, 미국에서도 각 주(州)에서 소환제도를 인정하는 예는 있어도 연방차원에서 국민소환을 인정하지는 않는다는 점도 참고될 수 있을 것이다.<sup>189)</sup>

## VII. 결 론

민주주의의 역사 속에서 중요한 분기점들이 여러 차례 있었다. 역사적 사건으로 보면 영국의 명예혁명, 미국의 독립혁명, 프랑스의 대혁명 등을 들 수 있고, 민주주의 실현방식의 측면에서 보면 의회제도의 변화와 발달, 보통선거권의 확립 등 선거제도의 변화, 정당민주주의의 확립과 정당을 매개로 한 새로운 민주정치의 확립 등이 그러하다.

주목할 점은 그러한 변화가 당시에는 민주주의 역사의 분기점이 될 정도로 중요한 것이었다는 점을 인식하지 못한 경우도 많았다는 사실이다. 예컨대, 정당민주주의의 확립은 단기간에 이루어진 것도 아니었고 오히려 초기에는 부분이익을 대변하는 정당이 공익을 실현해야 하는 민주주의에 장애가 된다는 인식도 적지 않았다. 많은 시간을 들여 논의하고 검토하고 실험한 끝에 오늘날 정당민주주의가 보편화될 수 있었던 것이다.

2021년 현재 전세계의 서구적 민주주의가 새로운 도전에 직면하고 있다는 점은 점차 공감대를 얻고 있다. 전통적인 대의제의 한계가 드러나고 국

---

189) 서구 선진국에서 국가적 차원 또는 연방차원에서 국민소환을 인정하는 경우는 매우 드물다. 영국에서 2015년 의원소환법의 제정을 통해 하원의원을 대상으로 하는 국민소환제를 도입하였는데, 소환사유는 정치적인 것이 아니라, 범죄에 대한 자유형이 확정된 경우, 의회로부터 10일 이상 의원직 수행 정지명령을 받은 경우, 의회윤리법 제10조를 위반하여 유죄판결을 받은 경우에 한정된다(최선, 외국의 국민소환제도 운영사례, 의정연구 제57권[2019.8], 191-192면).

민들은 스스로 선출한 대표자들에 대한 불신과 불만을 직접적으로 표현한다. 기성정당들은 국민의사를 충분히 대변하지 못하며 급진정당들의 출현으로 정국의 불안정이 심화되기도 한다. 이러한 도전을 극복하고 민주주의의 새로운 패러다임이 만들어질 수 있을 것인가?

아직은 기존의 것을 완전히 벗어나는 새로운 민주주의 실현방식에 대한 공감대는 형성되지 못하고 있다. 직접민주주의의 확대, 숙의민주주의 내지 공론화과정의 적극적인 활용에 대한 다양한 대안들이 모색되고 있지만 아직은 어느 것도 보편성을 얻었다고 보기 어렵다. 그나마 현재로서 위기현상에 대한 - 어찌면은 단기적이고 대중적인- 대책으로 가장 설득력이 있어 보이는 것이 공론화과정과 결합된 적정한 범위에서의 직접민주제의 확대·강화일 것이다.

스위스와 독일의 상반된 예에서 보듯이 직접민주주의의 적극적 활용은 약이 될 수도, 독이 될 수도 있다. 과거의 역사적 경험으로 인하여 직접민주제를 적극적으로 활용하려는 나라가 있는가 하면, 오히려 이를 최소화하려는 나라도 있는 것이다. 그러므로 직접민주제의 확대·강화는 각 나라마다 정치적·사회적·문화적 배경에 따라 달리 평가될 수밖에 없고, 그 성공가능성 또한 차이가 클 수밖에 없다.

우리의 경우는 어떠할까? 국민들은 직접민주제의 확대·강화에 대해 매우 적극적이다. 정치권에서는 이에 대한 우려가 크며, 학계에서도 조심스러운 접근이 필요하다는 견해가 적지 않다. 하지만, 20세기적인 시각으로 이 문제를 볼 것이 아니라, 21세기 민주주의에 대한 새로운 도전이라는 관점에서 이 문제를 볼 때에는 변화의 필요성을 부인할 수 없다. 어찌면 직접민주제의 확대·강화는 선택이 아닌, 필수일 수 있다. 다만, 우리의 역량, 정치적·문화적 배경 등을 고려하여 합리적인 범위와 방식에 대해 보다 적극적으로 공론화과정을 거쳐 합의를 도출하는 것이 필요할 것이다.

이러한 공론화과정에서 스위스나 독일 등의 예는 중요한 참고가 될 수 있다. 다만, 어디까지나 영토의 규모와 인구수, 역사적 배경 등 여건의 차이를 합리적으로 고려하는 가운데 우리에게 맞는 범위와 방식을 찾아야지, 외국의 제도를 그대로 답습하는 것은 또 다른 실패를 낳게 될 뿐이다. 그런 의

96 21세기 민주주의의 새로운 도전, 직접민주주의 강화가 답이 될 수 있는가?

미에서 직접민주제만이 아니라 대한민국의 민주주의 전체, 나아가 대한민국과 국민들의 50년 후, 100년 후 미래까지 내다보면서 거시적인 관점에서 고찰하는 것이 무엇보다 중요할 것이다.

21세기 민주주의의 새로운 도전, 직접민주주의 강화가 답이 될 수 있는가?	수령 날짜 - 차 진 아	심사개시일	게재결정일	
		2021.08.15.	2021.08.23.	2021.09.17.

## [참고문헌]

## [한국어 문헌]

## 단행본

- 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 국회, 2018.
- 나라 살리는 헌법개정 국민주권회의, 헌법개정안, 2017.
- 대화문화아카데미, 2016 새헌법안, 2016.
- 박영도, 스위스연방의 헌법개혁과 향후전망, 2004, 한국법제연구원.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020.
- 안성호, 스위스연방 민주주의의 연구, 대영문화사, 2001.
- 이기우, 모든 권력은 국민에게 속한다. 이제는 직접민주주의다, 미래를소유한사람들, 2016.
- 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대학교 출판문화원, 2018.
- \_\_\_\_\_, 헌법학, 홍문사, 2021.
- 최용훈, 스위스 연방의회 제도에 관한 연구 -입법과정 등을 중심으로-, 사법정책연구원 연구총서, 2019.
- 요제프 슈페터(이종인 옮김), 자본주의, 사회주의, 민주주의, 북길드, 2018.
- 알렉산더 해밀턴/제임스 매디슨/존 제이(박찬표 옮김), 페더럴리스트 페이퍼, 후마니타스, 2019.
- 데이비드 헬드(박찬표 옮김), 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2018.

## 논문

- 김관규/ 김관옥, 전자민주주의의 정치참여확대 기여에 관한 제논의, 언론과학연구 제6권 제2호(2006.6), 43-75면.
- 김상검, 성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구 -헌재 2004.10.21. 2004헌마 554, 566과 관련하여-, 헌법학연구 제11권 제1호(2005.3), 295-315면.
- 김은주, 숙의 민주주의와 공공갈등의 해결, 단국대 분쟁해결연구 제18권 제3호(2020.12), 5-32면.
- 김현성, 온라인 시민참여와 전자민주주의의 관계에 대한 비판적 고찰 -대응성과 협업의 비교를 중심으로-, 경성대 사회과학연구 제22집 제1호(2006.4), 91-119면.
- 류태건, 참여민주주의의 이론과 현실 - 참여정부의 참여민주주의의 비판 -, 한국시민윤리 학회보 제17집(2004.12), 79-100면.
- 류홍채, 민주주의 원리로서 국민발안제 도입의 필요성, 정치정보연구 제21권 제1호 (2018.2), 129-155면.
- 백수원, 소환제도의 법적 성격에 관한 고찰 -소환제도와 직접민주제의 관계를 중심으로-, 미국헌법연구 제23권 제3호(2012.12), 101-128면.
- 이경주, 대표제의 역사적 변화와 소환권, 민주법학 제26권(2004.8), 223-256면.
- 이승우, 국회의원에 대한 국민소환제도의 도입과 합헌여부 -도입의 필요성과 합헌성 및 위헌성을 중심으로-, 공법연구 제41집 제1호(2012.10), 139-163면.
- 이종수, 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004.10.21. 선고 2004헌마 554, 566(병합))의 헌법적 검토, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.8), 39-61면.

- 이화용, 영국 민주화의 이념적 지형 1880~1928 -자유주의와 그 후예들-, 서강대 사회과학 연구 제15권 제1호(2007.2), 244-276면.
- 임혁백, 대의제 민주주의는 무엇을 대의하는가? -일반의사와 부분의사, 그리고 제도 디자인-, 한국정치학회보 제43집 제4호(2009.12), 27-49면.
- 장영수, 관습헌법의 의미와 헌법적 한계, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.8), 21-37면.
- \_\_\_\_\_, 국민소환제도의 의의와 기능 및 문제점, 고려법학 제45호(2005.11), 31-52면.
- \_\_\_\_\_, 참여민주주의의 실현과 국민소환제 도입의 문제점, 공법학연구 제7권 제2호(2006.6), 3-24면.
- \_\_\_\_\_, 정당해산 요건에 대한 독일 연방헌법재판소의 판단기준에 관한 연구, 헌법학연구 제20권 제4호(2014.12), 295-335면.
- \_\_\_\_\_, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건, 한양법학 제28권 제2집(2017.5), 59-90면.
- \_\_\_\_\_, 국민참여개헌의 당위성과 방법론, 안암법학 제54호(2017.9), 69-106면.
- \_\_\_\_\_, 선거제도 개혁 -연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건-, 공법연구 제47집 제3호(2019.2), 119-146면.
- \_\_\_\_\_, 제21대 국회의 최우선 과제 -선거법 개정과 개헌을 통한 권력구조 개편-, 공법학 연구 제21권 제2호(2020.12), 301-328면.
- 장준호, 스위스 연방의 직접민주주의 -2008년 6월 1일 국민투표를 중심으로, 국제정치논총 제48권 제4호(2008.12), 237-262면.
- 전광석, 수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토, 공법연구 제33집 제2호(2005.2), 113-138면.
- 정재각, 직접민주제도의 확산과 정책적 영향 - 스위스를 중심으로 -, 한독사회과학논총 제18권 제1호 (2008.4), 9-47면.
- 조한상, 대의제는 위기에 처했는가? -대의제의 헌법적 의의, 문제점, 보완에 대한 검토-, 법학논총 제29권 제2호(전남대학교 법학연구소, 2009.12), 315-340면.
- 차진아, 시민의 입법참여와 헌법 - 국민발안제 도입논의를 중심으로 -, 외법논집 제42권 제3호(2018.8), 213-238면.
- 최선, 외국의 국민소환제도 운영사례, 의정연구 제57권(2019.8), 189-200면.
- 최용훈, 스위스 연방의회 제도에 관한 연구 -입법과정 등을 중심으로-, 사법정책연구원 연구총서, 2019.
- 허진성, 국민소환에 관한 연구, 외법논집 제44권 제4호(2020.11), 43-65면.
- 황아란, 지방의원 유급제와 의정 전문성의 논리적 관계 구조 - 공직진출의 기회비용과 현실적 한계, 지방정부연구 제12권 제2호(2008.8), 29-47면.

## [외국어 문헌]

### 단행본

- Bernbach, Udo (Hrsg.): Theorie und Praxis der direkten Demokratie, Westdeutscher Verlag, 1973.
- Biaggini, Giovanni: BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Orell Füssli Juristische Medien, 2017.
- Decker, Frank: Der Irrweg der Volksgesetzgebung - Eine Streitschrift-, Dietz, 2016.
- Haller, Walter/Häfelin, Ulrich/Keller, Helen/Thurnherr, Daniela: Schweizerisches

- Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Schulthess Juristische Medien, 2020.
- Heußner, Hermann K./Jung, Otmar (Hrsg.): Mehr direkte Demokratie wagen. Volksbegehren und Volksentscheid: Geschichte-Praxis-Vorschläge, 1. Aufl., Olzog, 1999.
- Heußner, Hermann K./Pautsch, Arne/ Wittreck, Fabian (Hrsg.): Direkte Demokratie. Festschrift für Otmar Jung, Richard Boorberg Verlag, 2021.
- Leibholz, Gerhard: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3.Aufl., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1967.
- Kreis, Georg (Hrsg.), Reformbedürftige Volksinitiative: Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2016.
- Münch, Ursula/Hornig, Eike-Christian/Kranenpoh, Uwe(Hrsg.), Direkte Demokratie -Analysen im internationalen Vergleich-, Nomos, 2015.
- Newman, Karl J.: Zerstörung und Selbstzerstörung der Demokratie - Europa 1918-1938, Kiepenheuer & Witsch(KiWi), 1965.
- Pol, Heinz: Suicide of a democracy, Reynal and Hitchcock, 1940.

## 논문

- Biaggini, Giovanni: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: von Bogdancy, Arnim/ Villalón, Pedro Cruz/ Huber, Peter M. (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band II: Offene Staatlichkeit -Wissenschaft vom Verfassungsrecht-, C. F. Müller, 2007(Kindle Ausgabe), § 10.
- Kluxen, Kurt: Die Umformung des parlamentarischen Regierungssystems in Großbritannien beim Übergang zur Massendemokratie, in: Ders. (Hrsg.), Parlamentarismus, Kiepenheuer & Witsch(KiWi), 1967, S. 112-137.
- Krause, Peter: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, 3. Aufl., C. F. Müller, 2005, § 35.
- Mayer, Christoph: Direkte Demokratie in der Schweiz, in: Merkel, Wolfgang/Ritzi, Claudia(Hrsg.), Die Legitimität direkter Demokratie - Wie demokratisch sind Volksabstimmung?-, Sprigner VS, 2017, S. 51-72.
- Schneider, Hans: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 -Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes-, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Jahrgang 1(1953, Heft 3), S. 197-221.

### 【국문초록】

21세기 서구적 민주주의가 새로운 도전에 직면하고 있다는 점에 대한 공감대가 확산되고 있는 반면에, 이에 대한 뚜렷한 해결책은 아직도 나오지 않고 있다. 영국의 블랙시트, 미국 트럼프 후보의 대통령 당선, 프랑스 마크롱 후보의 대통령 당선, 독일 급진주의 정당의 약진 등에서 기존의 대의제 및 정당정치에 대한 국민들의 불신과 불만이 심각한 문제로 인식되고 있지만, 이를 극복한 새로운 민주주의의 패러다임 변화는 눈에 띄지 않고 있는 것이다.

그런 가운데 대의제의 한계를 극복하기 위한 전통적인 방법으로 자주 거론되는 직접민주제를 확대·강화하는 것에 대한 관심이 높아지고 있다. 물론 현대의 정치적 조건 하에서 대의제를 직접민주제로 대체하는 것은 가능하지도, 바람직하지도 않다. 그러나 대의제와 직접민주제의 비중을 일부 조정하는 것은 - 새로운 민주주의의 패러다임이 등장하기 전에 - 당장의 문제를 완화하는데 도움이 될 수 있을 것이라는 기대 때문이다.

그러나 직접민주제의 확대·강화에 대한 기대만큼이나 우려도 적지 않다. 한편으로는 스위스 등의 성공한 모델을 보면서 긍정적인 기대가 높아지지만, 다른 한편으로는 독일 등의 경험을 돌이켜 보면서 직접민주제의 실패 사례들에 대한 우려도 만만치 않기 때문이다. 그러면 21세기 대한민국의 민주주의 발전을 위해서는 직접민주제를 확대·강화하는 것이 옳은가? 그렇다면 어느 정도까지가 적정선인가?

이 논문에서는 21세기 민주주의의 위기 징후들을 조망하면서, 대의제(간접민주제)와 직접민주제의 관계를 검토하였고, 최근 직접민주제에 대한 기대에 대해 정리하였다. 또한 스위스 직접민주제의 성공사례 및 그 성공조건에 대한 면밀한 검토를 통해 스위스의 직접민주제가 대한민국에 주는 시사점을 분석하였다. 스위스의 반대 사례로 독일의 역사적 경험에 대한 고찰을 통해 직접민주제의 실패사례도 분석하였고, 그러한 독일의 사례에서 우리가 배워야 할 점도 정리하였다. 그리고 이러한 검토와 연결하여 2017년 국회 개헌특위 당시의 개헌논의를 중심으로 우리나라에서의 직접민주제의

확대·강화에 관한 다양한 대안들 및 견해의 차이에 대해서도 분석·정리하였다.

주목할 점은 단순한 제도 자체의 장단점 및 기대효과가 아니라, 이러한 제도의 성공조건 및 운영방식의 합리화가 매우 중요하다는 점이다. 특히 직접민주제의 확대·강화가 포퓰리즘의 늪에 빠지지 않기 위해서는 충분한 시간을 두고 논의할 수 있도록 하는 공론화과정의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 이러한 점은 향후 제10차 개헌을 통한 새로운 민주주의의 제도적 정착, 나아가 대한민국 민주주의의 성장과 발전에도 참고가 될 수 있을 것으로 기대한다.

【Zusammenfassung】

Neue Herausforderungen für die Demokratie im 21. Jahrhundert, Kann eine Stärkung der direkten Demokratie die Antwort sein?

- Merkmale und Implikationen der direkten Demokratie in der Schweiz und in Deutschland-

Jina Cha

(Professor, Korea University School of Law, D. jur., Lawyer)

Es besteht ein wachsender Konsens darüber, dass die westliche Demokratie im 21. Jahrhundert vor neuen Herausforderungen steht. Es gibt aber noch keine klaren Lösungen dafür. Das Misstrauen und die Unzufriedenheit der Bürger mit dem bestehenden repräsentativen System und der Parteienpolitik werden als ernsthafte Probleme erkannt, wie etwa beim Brexit in Großbritannien, dem Trump's chen Sieg im Wahlkampf in den USA, dem Sieg von Macron im Wahlkampf in Frankreich und dem Aufstieg einer radikalen Partei in Deutschland. Der Paradigmenwechsel in der neuen Demokratie ist indessen nicht spürbar.

Inzwischen wächst das Interesse am Ausbau und der Stärkung der Direktdemokratie, die häufig als traditionelle Methode zur Überwindung der Schwäche der repräsentativen Demokratie diskutiert worden ist. Natürlich ist es unter modernen politischen Bedingungen weder möglich noch wünschenswert, repräsentative durch diirektve demokratie zu ersetzen. Die teilweise Wichtungsanpassung zwischen der repräsentativen und direkten Demokratie beruht jedoch auf der Erwartung, dass sie dazu

beitragen kann, gegenwärtige Probleme zu lindern, bevor ein neues Paradigma der Demokratie entsteht.

Es gibt jedoch ebenso viele Bedenken wie Erwartungen hinsichtlich des Ausbaus und der Stärkung der direkten Demokratie. Einerseits steigen die positiven Erwartungen, wenn man die Erfolgsmodelle wie die Schweiz betrachtet. Aber andererseits ist die Sorge um das Scheitern der direkten Demokratie nicht nicht minder groß, wenn man die Erfahrungen wie etwa in Deutschland zurückblickt. Ist es also richtig, die direkte Demokratie auszubauen und zu stärken, um die Demokratie in Südkorea im 21. Jahrhundert zu entwickeln? Wenn ja, inwieweit ist es angemessen?

Mit Blick auf die Anzeichen der Krise der Demokratie im 21. betrachtete dieser Beitrag das Verhältnis zwischen dem repräsentativen System (indirekte Demokratie) und der direkten Demokratie und stellte er die Erwartungen an die direkte Demokratie jüngst dar. Darüber hinaus analysierte er die Implikationen der Direktdemokratie in der Schweiz für die Republic Korea durch eine sorgfältige Überprüfung der Erfolgsgeschichte und deren Bedingungen von der Direktdemokratie in der Schweiz. Als Gegenbeispiel der Schweiz analysierte er auch die Geschichte des Scheiterns der direkten Demokratie durch die Betrachtung der deutschen historischen Erfahrung und leitete er davon ab, was wir aus den deutschen Erfahrungen lernen sollten. In Verbindung mit diesen Überprüfungen hat er auch verschiedene Alternativen und Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Ausbaus und der Stärkung der direkten Demokratie in der Republik Korea analysiert und zusammengefasst, wobei der Schwerpunkt auf der Diskussion über Verfassungsänderungen des Sonderausschusses für 10. Verfassungsänderungen der Nationalversammlung im Jahr 2017 lag.

Was zu beachten ist, es geht nicht um bloß die Vor- und Nachteile

und erwarteten Auswirkungen des Systems selbst, sondern um die Rationalisierung der Erfolgsbedingungen und der Betriebsweise dieses Systems. Insbesondere könnte die Wichtigkeit der öffentlichen Debatesprozesses, der es ermöglicht, über genügend Zeit zu diskutieren, um den Ausbau und die Stärkung der direkten Demokratie nicht in den Sumpf des Populismus zu fallen, nicht überbewertet werden. Dies soll als Bezugnahme für die institutionelle Ansiedlung einer neuen Demokratie durch die 10. Verfassungsänderung und darüber hinaus für das Wachstum und die Entwicklung der Demokratie in der Republik Korea dienen.

주제어(Stichwörter): 직접민주주의(direkte Demokratie)(unmittelbare Demokratie), 대의제(repräsentative Demokratie), 간접민주주의(indirekte Demokratie, mittelbare Demokratie), 국민발안(Volksinitiative), 국민투표(Volksabstimmung), 스위스의 직접민주주의(direkte Demokratie in der Schweiz), 독일의 직접민주주의(direkte Demokratie in Deutschland)

# 객관주의에 기초한 미수범의 성립 제한\*

- 특히 과실의 미수를 중심으로 -

김 상 오\*\*

## ▶ 목 차 ◀

I. 서론	3. 과실 판단과 인과관계 판단의 동가치성
II. 객관주의와 주관주의	4. 실정법적 논거
1. 형법에서 객관과 주관의 개념	5. 예상되는 반론에 대한 반박
2. 형법학에서 주관주의의 경향	IV. 미수로부터의 접근
3. 객관주의의 필요성	1. 미수의 개념
III. 과실로부터의 접근	2. 예상되는 반론에 대한 반박
1. 과실의 개념	V. 결론
2. 합법적 대체행위이론	

## I. 서론

법학에 만연한 로망! 절충설의 로망은 어느새 형법에도 진득이 자리 잡았다. 대립보다는 조화, 갈등보다는 평화를 추구하는 낭만의 시대가 도래했다. 1) 형법에서 객관주의와 주관주의의 대립은 이제 그 중간 어딘가에 정착

\* 본 논문은 서울대학교 법학전문대학원 학문후속세대양성센터의 연구지원을 받아 작성한 것이다. 본 논문을 작성함에 있어 아낌없는 조언을 주신 이용식 교수님, 홍진영 교수님께 감사의 말씀을 올립니다.

\*\* 서울남부지방검찰청 공익법무관, 서울대학교 법과대학 형사법 박사과정.

1) 안경옥, “이재상의 생애와 형법학”, 「형사법연구」 제31권 제3호, 2019, 54-56면 참조.

하였다. 이 매력적인 시공간에서 우리는 안주하고 있다. 어쩌면 형법이론에 대한 연구가 침체되고 있는 현재의 위기는 예정된 것이었을지 모른다. 행위론에 대한 선학의 치열한 다툼은, 비록 그것이 현학적이라는 비판을 받았을지는 몰라도, 우리에게 범죄의 본질에 대하여 부단히 몰두하는 모습을 보여 주었다. 물론 법학은 실천학문이므로 실무에 도움이 되지 않는 논의의 실효성을 부인할 수도 있다. 그래서 구체적 타당성이라는 명목 아래 여전히 절충설의 로망을 만끽하고 싶을 수도 있다.

문제는 이러한 낭만의 시대에 주관주의가 다시금 스멀스멀 자신의 영역을 확장해가고 있다는 것이다. 주관주의가 옹립하는 행위반가치는 점차 불법의 중심에 자리잡고 있다. 그렇게 미수의 가벌성은 확대된다. 행위의 결과는 더 이상 중요하지 않다. 위험한 행위자의 의도가 불법을 좌우한다. 형법의 기초자는 우리의 형법이 심정형법으로 변질되지 않기를 갈망했지만,<sup>2)</sup> 아무도 모르게 주관주의의 잠식은 진행되고 있다.

그 잠식의 가장 끝단에 있는 것이 과실의 미수다.<sup>3)</sup> 과실의 미수가 논리적으로 성립할 수 없다는 것은 예전부터 의문의 여지없이 받아들여졌다. 어쩌면 너무나 당연해서 별다른 논증을 하려고 하지도 않았다. 하지만 어느 순간부터 과실에서도 미수가 성립할 수 있다는 사고가 등장하기 시작했다. 이는 과실의 본질이 결과책임의 산물에서 탈피하여 부주의한 행위에 대한 비난으로 옮겨갔다는 것을 의미한다. 그리하여 다음과 같이 과실의 미수가 성립할 수 있다는 견해가 주장된다.

과실행위가 있는 경우에도 결과가 발생하지 않거나 과실과 결과 간에 형법상

2) 엄상섭, “긴급행위에 대한 시론”, 효당 엄상섭 형법논집, 신동운·허일태 편, 서울대학교 출판부, 2003, 116면.

3) ‘과실의 미수’인가, ‘과실범의 미수’인가? 혹은 ‘과실미수범’인가? 이들 간의 차이가 존재하는가? 적어도 후자의 두 개념은 과실의 요건과 미수의 요건이 독립적인 것으로 느껴진다. 하지만 이하에서 논증하듯이 과실은 결과와 필연적으로 관련되며, 오상방위의 미수 사례와 구분하기 위해서 우리가 문제 사례라고 표상하고 있는 그것을 - 고의의 미수가 아니라 고의범의 미수라 부르듯 과실범의 미수라고 불러야 한다는 반론도 있으나 - 독일의 논의를 빌려 ‘과실의 미수(fahrlässiger Versuch)’라고 통칭하기로 한다. 하지만 이들을 혼용하더라도 논의에 흠결이 발생하지는 않을 것이라고 생각한다.

의 인과관계가 부정될 경우 미수가 문제될 수 있다. 행위자에게 적용될 정상의 주의의무(주의규정 포함)가 존재하고 그 주의의무를 행위자가 위반하였지만 아무런 구성요건적 결과가 발생하지 않은 경우가 그에 해당한다. 예컨대 제한 속도를 위반하여 운전한 운전자라도 아무런 인명사고 없이 무사히 운전을 마치고 귀가한 경우, 과실은 존재하였지만 사람의 상해나 사망이라는 법익침해적 결과는 발생하지 않은 경우를 상정할 수 있다.<sup>4)</sup>

이렇듯 과실행위가 존재함에도 결과가 발생하지 않은 경우를 과실의 미수라는 영역으로 포섭하는 것이다. 따라서 제한속도를 위반하여 운전하는 행위는 단순히 도로교통법위반행위일 뿐만 아니라 업무상과실치사의 미수행위가 된다. 또는 과실행위가 법익침해에 이르기 전, 법익에 대한 위협이 발생한 경우를 과실의 미수라고 부르는 견해도 주장된다.<sup>5)</sup> 이들에 의하면 과실의 미수가 논리적으로 성립할 수 없다는 기존의 주장과는 다르게 언제든지 그것을 처벌하는 규정을 둘 수 있다.

물론 우리 형법에서 과실의 미수를 처벌하는 규정은 아직 두고 있지 않다. 따라서 과실의 미수를 인정할 수 있는지 여부가 당장 논의의 실익이 없다고 할 수도 있다. 하지만 만약 입법자가 과실의 미수를 처벌하는 규정을 도입한다면 어떠한 것인가?<sup>6)</sup> 오늘날 과실범의 비중이 점차 증가하는 상황에서 미수까지도 처벌해야 된다는 고집스러운 입법자가 나타난다면 어떻게 할 것인가? 과실의 미수라는 범형상을 기어코 찾아내서 처벌을 가하고야 말 것인가, 아니면 그럼에도 법논리에 기반하여 과실의 미수는 성립할 수 없다고 주장할 것인가? 형벌권의 남용을 제한하자던 우리의 다짐을 잊어서는 안 된다. 우리는 치밀한 논증을 통해서 형벌권을 정초해야 한다. 그것이 우리가 그렇게 대립했던 이유다.

이미 밝혔지만, 나는 과실의 미수가 성립할 수 있다는 주장이 주관주의

4) 김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020, 511면.

5) 신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019, 484면.

6) 특히 독일과 같이 중범죄(Verbrechen)의 미수를 원칙적으로 처벌하는 규정(§23 StGB)을 두고 있는 입법례에서는 과실범이 중범죄에 해당하지만 하면 - 중범죄와 경범죄는 법정형으로 구별된다 - 미수의 성립가능성이 문제될 수 있다.

의 산물이라고 생각한다. 그리고 객관주의에 기초하여 이러한 유해물을 제거해야 한다고 주장한다. 이를 명확히 하기 위해 이 글에서는 먼저 객관주의와 주관주의의 개념, 주관주의의 경향, 객관주의의 필요성에 대해서 간단하게 논한다(Ⅱ). 이후 객관주의에 기초하여 과실의 미수는 논리적으로 성립할 수 없음을 본격적으로 논증한다. 이러한 결론은 양방향에서 도출된다. 하나는 과실의 개념으로부터 접근하는 것이고(Ⅲ), 다른 하나는 미수의 개념으로부터 접근하는 것이다(Ⅳ). 즉, 우리가 전통적으로 받아들이고 있는 과실과 미수의 개념에서는 과실의 미수가 성립할 수 없다는 결론이 연역적으로 도출됨을 증명한다. 추가적으로, 이에 대하여 주관주의의 입장에서 과실의 미수를 가능하게 하기 위한 개념 변형이 시도되었지만 이는 성공할 수 없음을 논증한다.

## Ⅱ. 객관주의와 주관주의

### 1. 형법에서 객관과 주관의 개념

형법에서 객관과 주관은 다양한 의미로 사용된다. 이들은 자주 혼동되므로 사용할 때에는 명확한 의미를 특정할 필요가 있다.

객관과 주관의 용법은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저 객관은 행위와 관련된 것을, 주관은 행위자와 관련된 것을 가리킬 때 쓰인다. 대표적인 예로 형법학에서 구과와 신과의 대립을 들 수 있다. 구과(고전학파)는 개인주의와 자유주의 등 서양의 근대 사상을 기반으로 행위자가 자유의지로 범죄행위를 저질렀다는 것에 비난의 초점을 둔다. 반면 신과(근대학파)는 19세기 후반 실증주의의 영향을 받아 행위자의 범죄적 특성을 강조하고 이를 교화하는 것을 형법의 목적으로 받아들인다.<sup>7)</sup> 이에 대하여 구과는 객관을 강조하고, 신과는 주관을 강조한다고 이해된다. 또 다른 예로 객관적

7) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 66면 이하.

귀속과 주관적 귀속을 들 수 있다. 객관적 귀속은 어떤 결과를 행위에 귀속시키는 것을, 주관적 귀속은 불법한 행위를 행위자에게 귀속시키는 것을 가리킨다.

두 번째로 객관은 행위의 외적 측면을, 주관은 행위의 내적 측면을 가리킬 때 사용된다. 고전적 범죄체계론에서는 행위의 외적 측면을 바탕으로 불법을, 행위의 내적 측면을 바탕으로 책임을 판단하였는데, ‘불법은 객관적으로, 책임은 주관적으로’라는 표어는 이러한 의미로 사용된 것이다. 객관적 구성요건과 주관적 구성요건도 마찬가지로 행위의 외적 측면과 내적 측면을 나타낸다. 혹은 미수범의 처벌근거, 실행의 착수시기, 정범과 공벌의 구별에 대한 객관설과 주관설의 대립도 행위의 어느 측면을 형법적으로 강조할 것인가에 따른 대립이라고 할 수 있다. 여기서 약간 변형된 형태로 객관은 결과(반가치)를, 주관은 행위(반가치)를 의미하는 것으로 사용되기도 한다. 이런 용법에서는 주관이 행위의 내적 측면만을 의미하지는 않는다. 행위 반가치의 대부분은 의도반가치가 차지하지만, 행위의 외적 측면에 기초하여 인정되는 행위반가치도 있기 때문이다.<sup>8)</sup> 그 중 대표적인 것이 행위태양이다. 형법 제258조의2의 특수상해죄는 “단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여” 상해행위를 한 경우를 가중처벌하고 있다. 이는 더 중한 결과가 발생하지 않았더라도 위험한 행위태양에 근거하여 가중처벌하는 것으로 행위반가치를 강조한 범죄유형이라고 할 수 있다.

마지막으로 판단기준을 정할 때 일반인을 기준으로 하는 것을 객관, 행위자를 기준으로 하는 것을 주관이라고 부르기도 한다. 객관적/주관적 상당인과관계, 객관적/주관적 주의의무위반, 중지미수에 있어서 자의성 판단기준에 대한 학설대립<sup>9)</sup>에서 객관과 주관은 이러한 의미로 활용된다.

객관과 주관의 세 가지 의미가 완전히 독립적인 것은 아니다. 일반적으로 행위자로서의 주관을 강조하는 형법해석론에서는 행위의 내적 측면인

8) 행위반가치와 결과반가치의 내용에 대하여는 김상오, “주관적 정당화요소 불요론”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」 제29권 제1호, 2019, 76-77면 참조.

9) 자의성의 기준에 대해서는 판단자료와 판단기준에 따라 학설이 나뉘게 되는데, 판단기준의 관점에서 보면 ‘객관설’은 주관설이, ‘절충설’은 객관설이 된다. 이에 대하여 이용식, “중지미수의 자의성”, 「교정연구」 제26권 제3호, 2016, 259면 이하 참조.

의도반가치를 중시하며, 주의의무위반의 설정에 있어서도 행위자를 기준으로 하려는 경향이 있다. 하지만 필연적으로 연결되어 있는 것도 아니다.<sup>10)</sup> 리스트(Franz v. Liszt)는 실증주의 범죄학의 영향을 받아 특별예방을 강조하면서도,<sup>11)</sup> 한편으로는 고전적 범죄체계를 취하였으며, 미수의 처벌근거에 대하여 객관설의 입장에 있었다.<sup>12)</sup> 반면 벨첼(Hans Welzel)은 행위의 존재론적 구조를 기초로 목적성을 강조하여 고의를 구성요건요소로 이전시키기도 하였지만, 여전히 일반인을 기준으로 하는 객관적인 위법성 판단을 유지하였고, 과실도 객관적 주의의무위반이라고 이해하였다.<sup>13)</sup>

객관주의와 주관주의의 맥락에서는 객관과 주관의 판단기준의 맥락에서는 잘 사용하지 않는다. 판단기준이 하나의 형법 체계나 사상이 될 수는 없기 때문이다. 객관주의와 주관주의는 구과와 신평의 대립에서 볼 수 있듯이 첫 번째의 의미로 사용되는 경우가 많다.<sup>14)</sup> 이러한 대립은 무엇보다도 입법과 형사정책에서 차이를 낳는다. 예컨대 상습범을 가중처벌하는 것은 주관주의적 입법이라고 할 수 있다. 하지만 어디까지나 가벌성의 중심은 행위자가 아니라 행위에 있다. 따라서 가벌적인 행위가 무엇인지를 규명하려는 형법해석의 과업에 있어서는 행위형법과 행위자형법의 대립은 그다지 실익이 크지 않다. 한편, 상당히 많은 부분에서 해석의 차이를 야기하는 것이 두 번째 의미로서 객관주의와 주관주의의 대립이다. 나는 이 글에서 이러한 의미로 객관주의와 주관주의를 사용하고자 한다. 즉, 객관주의는 가벌성의 기초를 행위의 외적 측면 혹은 결과를 중심으로 보는 태도를, 주관주의는 그것을 행위의 내적 측면 혹은 행위반가치를 중심으로 보는 태도를 가리킨다.<sup>15)</sup>

10) 차용석, 형법총론강의 [1], 고시연구사, 1984, 88-91면.

11) Franz v. Liszt, 마르부르크 강령, 심재우/윤제왕 역, 도서출판 강, 2012, 93면 이하.

12) Franz v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, J. Guttentag, 1908, 208면

13) Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, De Gruyter, 1969, 60면 이하.

14) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 66-67면; 임웅, 형법총론, 제12판, 법문사, 2021, 65-66면 등.

15) 행위의 외적 측면과 내적 측면을 중심으로 객관주의와 주관주의를 분류하는 견해로 Günter Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*(이하 'ZStW') 65(4), 1953, 521면; Max

## 2. 형법학에서 주관주의의 경향

형법학에서 주관주의는 역사적으로 점차 확대되어 왔다. 이는 착오론에서 쉽게 확인할 수 있다. 착오는 객관과 주관의 부합하지 않는 상태를 의미하므로 객관주의와 주관주의가 가장 첨예하게 대립하는 영역이기 때문이다. 범죄는 원칙적으로 그것의 객관적 요건과 주관적 요건을 모두 충족하였을 때 성립한다. 따라서 이들 중 어느 하나가 결여된다면 가벌성은 인정될 수 없다. 그럼에도 예외적으로 이들 행위를 처벌하기 위한 시도가 나타난다. 이때 객관과 주관 중 어느 것을 중시하는지에 따라 가벌성을 인정하는 예외의 범위가 달라진다. 그리하여 착오론은 범죄론의 가장 치열한 전장이 된다. 착오의 형태는 과실과 미수 두 가지로 나누어진다. 과실은 객관과 관련한 주관의 결여, 미수는 주관과 관련한 객관의 결여를 가리키는 것으로 이들은 서로 반진된 형태다. 객관주의는 주관, 즉 고의가 결여되어도 범죄가 성립할 수 있다고 본다. 이에 따라 예외적인 과실범 처벌이 근거를 갖게 된다. 하지만 결과의 귀속을 위해서는 고의가 있어야 한다고 본 주관주의자 헤겔(Friedrich Hegel)의 입장에서는 이를 받아들일 수 없다.<sup>16)</sup> 반면 주관주의는 객관적 구성요건이 결여되어도 고의만으로 가벌성을 인정한다. 따라서 예비와 미수를 처벌해야 한다고 주장한다. 이와 같이 객관주의와 주관주의의 대립은 가벌성 제한의 측면에서는 어느 한 입장이 우위에 있다고 볼 수 없다.

오늘날 형법학에서 주관주의의 경향은 특히 벨첼 이후에 도드라졌다. 벨첼은 고의를 책임형식이 아니라 구성요건요소라고 주장함과 동시에 행위 반가치를 강조하였다.<sup>17)</sup> 이전까지는 위법성이 객관적 요건으로 판단되었기

---

Waiblinger, Subjektivismus und Objektivismus in der neuen Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, *ZStW* 69(2), 1957, 13면. 한편 차용석, 형법권 남용으로부터의 자유, 교육과학사, 1993, 225면 이하에서는 객관주의의 입장에서 주관주의를 비판하는데 객관과 주관의 세 가지 의미를 혼용하고 있는 것으로 보인다.

16) Friedrich Hegel, 법철학, 임석진 역, 한길사, 2008, 233면. 헤겔은 응보론자라는 점에서 구과로 분류되지만, 범죄를 의지의 발현으로 보았다는 점에서 주관주의자라 할 수 있다(헤겔의 범죄 개념과 관련하여 Andrew Komarsinski, Hegel's Complete Views on Crime and Punishment, *Journal of the American Philosophical Association* 4(4), 2018, 529면 이하 참조).

때문에 주로 결과반가치가 불법을 구성하는 것으로 보았다.<sup>18)</sup> 하지만 벨첼은 불능미수와 같이 결과반가치가 결여되는 경우에도 행위반가치에 의해 불법이 인정될 수 있다고 본다.<sup>19)</sup> 이러한 관점은 아르민 카우프만(Armin Kaufmann)과 칠린스키(Diethart Zielinski) 등의 행위반가치 일원론으로 이어진다. 행위반가치 일원론에서 결과는 더 이상 불법을 구성하는 요소가 아니라 단지 처벌조건으로 전락한다.<sup>20)</sup> 다음의 상황을 생각해보자. 술에 취한 두 사람이 각자 차를 운전하여 목적지까지 빨리 가기로 내기를 하였다. 그러다보니 둘은 모두 과속을 하였고 어느 한 사람이 교통사고를 일으켜 보행자를 사망에 이르게 하였다. 이 경우 두 사람의 책임은 어떠한가? 먼저 실정법상으로는 교통사고를 낸 행위자는 업무상과실치사로 처벌되겠지만, 다른 행위자는 도로교통법위반 등으로 처벌되고 보행자의 사망에 대한 책임은 지지 않을 것이다. 이에 대하여 결과반가치를 중시하는 객관주의의 입장에서는 교통사고를 낸 행위자는 결과를 발생시켰기 때문에 더 높은 불법을 저지른 것이므로 더 중한 처벌을 받는다고 답할 것이다.<sup>21)</sup> 하지만 주관주의의 입장에서는 두 사람의 위험한 운전행위는 동일한 불법에 해당하지만, 교통사고를 낸 행위자는 피해자의 사망이라는 처벌조건을 충족한 것이기 때문에 더 중한 처벌을 받을 뿐이라고 대답할 것이다.

이러한 관점의 차이는 착오론의 모든 영역에서 확인할 수 있다. 먼저 우연방위의 사례를 살펴보자. 우연방위는 정당방위의 객관적 정당화상황은 충족되었으나 주관적 정당화요소가 결여된 경우를 가리키는데, 결과반가치를 강조하는 입장에서는 객관적 정당화상황이 충족된 이상 위법하다고 할 수 없으므로 가벌성이 없다고 주장한다.<sup>22)</sup> 한편, 행위반가치를 강조하는 입

17) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 60면 이하.

18) 물론 목적범에서의 목적과 같은 주관적 불법요소를 인정하기도 하였다.

19) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 62면. 정확히는 사태반가치(Sachverhaltsunwert)가 결여된 상황이다.

20) 정영일, “형법상 불법의 본질에 관한 일고찰”, 『형사법연구』 제5권, 1992, 24면 이하. 특히 칠린스키의 과실론에 대하여는 정영일, “과실범의 불법구조에 관한 존재론적 분석”, 『형사정책연구』 제19권 제3호, 2008, 12면 이하 참조.

21) Günter Spendel, 앞의 논문(주 15), 529면.

22) 차용석, 앞의 책(주 10), 407면; 김상오, 앞의 논문(주 8), 81면.

장에서는 주관적 정당화요소가 없는 이상 행위자의 고의는 반가치적이기 때문에 여전히 처벌해야 한다고 주장한다.<sup>23)</sup> 다만, 기수로 처벌할지, 불능미수로 처벌할지 문제될 뿐이다.

위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오, 즉 허용구성요건착오는 이와는 반전된 형태다. 허용구성요건착오의 대표적인 사례인 오상방위는 정당방위의 주관적 정당화요소인 방위의사는 있었으나 객관적으로 정당화상황이 갖추어지지 못한 상황을 가리킨다. 이에 대하여 결과반가치를 중시하는 입장에서는 고의로 행위자가 위법한 결과를 야기한 것은 변함이 없으므로 책임단계에서 금지착오를 검토할 수 있을 뿐이라고 주장한다.<sup>24)</sup> 하지만 행위 반가치를 중시하는 입장에서는 앞서 우연방위의 해결과는 반대로 일단 ‘선한 의도’로 행위한 이상 그러한 고의를 비난할 수 없다는 인식으로부터 행위자를 고의범으로 처벌할 수 없다고 주장한다.<sup>25)</sup> 이렇듯 결과반가치의 측면에서는 우연방위의 가벌성 축소, 오상방위의 가벌성 확장의 방향으로, 행위반가치의 측면에서는 우연방위의 가벌성 확장, 오상방위의 가벌성 축소의 방향으로 나아간다.

미수론에서도 객관주의와 주관주의의 차이는 확연히 드러난다. 미수범의 한계사례라 할 수 있는 불능미수에 대하여 객관주의는 원칙적으로 결과발생이 불가능한 경우라면 가벌성을 인정하지 않는다.<sup>26)</sup> 반면, 주관주의는 행위자의 위협성을 바탕으로 불능미수의 가벌성을 주장한다.<sup>27)</sup> 이렇듯 주

23) 대표적으로 홍영기, “불법평가에서 주관적 정당화요소의 의의”, 「형사법연구」 제27권 제4호, 2015, 37면 이하 및 45면 이하.

24) 김상오, 앞의 논문(주 8), 89면 이하.

25) 대표적으로 홍영기, 앞의 논문(주 23), 43면. 한편 벨첼은 위법성조각사유의 전제사실의 착오를 엄격책임설과 같이 금지착오로 보아야 한다고 주장하였다(Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 167면). 이것이 고의를 구성요건요소로 볼 때의 착오체계(구성요건착오와 금지착오)와 부합하나, 이후 주관주의는 정합성을 무너뜨리면서 제한적 책임설을 주장한 것이다.

26) 예컨대 Franz v. Liszt, 앞의 책(주 12), 208-209면. 리스트는 절대적 불능(absolute Untauglichkeit)인 경우는 미수가 아니므로 처벌할 수가 없다고 하며, 절대적 불능의 판단기준으로 구체적 위험(konkrete Gefährlichkeit)을 제시하여 이른바 신 객관설(구체적 위험설)의 입장에 있다.

27) 이탈리아 형법 제49조에서는 불능미수의 경우 위험하다고 평가된 행위자는 형벌이

관주의는 행위자의 의도의 악성(dolus malus)을 중시하는데, 반대로 악한 의도의 철회가 나타나는 중지미수는 넓게 인정하려 한다. 따라서 불능미수에서도 중지미수가 성립하며,<sup>28)</sup> 예비의 중지행위에 대하여도 중지미수의 규정을 유추적용하여야 한다고 주장한다.<sup>29)</sup> 사실 불능미수나 예비는 객관주의의 관점에서 보면 가벌성이 없거나 매우 낮다. 그러나 주관주의는 불능미수나 예비에 나타난 악한 의도에 기초하여 가벌성을 주장하면서도, 그것을 중지한 행위에 대해서는 혜택을 주자고 하는 것이다.

과실범에 있어서도 마찬가지다. 과실범은 애초에 결과책임주의 사상에 근거하여 위법한 결과를 야기한 자를 처벌하려던 것으로, 결과가 발생하지 않은 과실의 미수는 논리적, 개념적으로 불가한 것으로 여겨졌다.<sup>30)</sup> 이러한 결론은 너무나 당연한 것이므로 많은 논증이 필요하지 않았다. 하지만 주관주의가 확장되면서 과실범의 위법성이 결과에 있는 것이 아니라 부주의한 행위에 있다고 보게 되었고, 과실의 미수도 성립할 수 있다는 주장도 나타났다.<sup>31)</sup> 더 나아가 주관주의가 악한 의도의 철회에 따른 중지미수의 범위를

아니라 보호관찰을 받게 된다. 이는 행위자의 위험성에 대하여 그에 따른 처우를 하는 (첫 번째 의미로서의) 주관주의적 입법이라고 할 수 있다(Astolfo Di Amato/Federica Fucito, *Criminal Law in Italy*, 4th ed., Kluwer, 2020, 109면).

28) 이재상, “불능미수의 중지미수, 중지미수와 공범”, 「고시계」 제35권 제4호, 1990, 163면.

29) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 419면.

30) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 1. Auflage, C. H. Beck., 2003, 333면 이하; Edmund Mezger/Hermann Blei, *Strafrecht I*, 15. Auflage, C. H. Beck., 1973, 246면; Ernst Loesch, *Der Versuch im geltenden deutschen Strafrecht und in den drei Vorentwürfen deutscher Sprache*, Ed. Leopoldseger, 1912, 42면; Franz v. Liszt, 앞의 책(주 12), 201면; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Auflage, Stämpfli, 2011, 335면; Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Duncker & Humblot, 1978, 417면; Robert v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1. Auflage, Julius Springer, 1932, 155면; 김일수, 한국형법 II(개정판), 박영사, 1997, 154면; 김혜경, “문언의 해석과 객관적 귀속의 관점”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 2021, 20면; 백남익, 형법총론(개정판), 법문사, 1960, 242면; 백원기, 미수론연구, 삼지원, 1995, 116면; 황산덕, 형법총론(제7판), 방문사, 1982, 135면 등. 이들이 모두 객관주의를 기초로 과실의 미수를 부정한 것은 아니다.

31) 확연하게 주관주의의 입장에서 과실의 미수를 인정하는 견해로 Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, De Gruyter, 1991, 328면; Ludwig Graf, *Die Bestrafung der Fahrlässigkeit*, Max Schick, 1931, 43면; 김성돈, 앞의 책(주

확장시키려 한 것처럼, 과실범에서도 중지미수가 인정될 수 있다는 주장까지 등장하게 되었다.<sup>32)</sup>

### 3. 객관주의의 필요성

객관주의에 기초해야 한다는 것이 오로지 행위의 외부적 측면에만 의거하여 불법을 판단해야 한다는 것은 아니다. 형법은 고의책임을 원칙으로 한다는 점에서 고의는 필요하고, 이러한 고의가 단순히 책임의 단계에서 검토되는 것이 아니라 불법을 구성한다는 벨첼의 지적은 타당하다. 오히려 이러한 벨첼의 범죄체계에서 불법의 성립은 제한되는 측면도 있었다. 하지만 벨첼 이후의 주관주의 경향은 반대로 고의를 지나치게 강조함으로써 가벌성을 확장하였고, 범죄체계에 상응하지 않는 과실의 미수라는 개념까지 만들어 내었다. 그러나 행위자의 악한 의도를 처벌하려는 형법이론, 처벌과 불가벌의 경계에서 행위의 내적 측면에 따라 가벌성을 판단하려는 주관주의 이론은 다음과 같이 받아들일 수 없다.

먼저, 주관주의적 형법이론은 행위의 동기를 중요시하며 형법을 윤리화한다.<sup>33)</sup> 하지만 칸트(Immanuel Kant)가 적절하게 지적하였듯이 윤리와 법은 구분된다. 즉, “행위의 동기가 여하 간에” 행위와 법칙이 합치하면 합법적인 것이고, “법칙으로부터의 의무의 이념이 동시에 행위의 동기”가 될 때 비로소 그 행위는 윤리적인 것이 된다.<sup>34)</sup> 행위자가 어떤 악한 목적으로 행

4), 511면; 이건호, 형법강의(총론)(제8판), 일조각, 1960, 189면; 牧野英一, 형법총론, 이종항 역, 영웅출판사, 1952, 203면. 신동운, 앞의 책(주 5), 484면은 야콥스와 유사한 견해로 주관주의의 영향을 받은 듯하다. 오영근, 형법총론(제4판), 박영사, 2018, 301면; 임웅, 앞의 책(주 14), 573면은 과실의 미수를 인정하고 있지만 근거는 불명확하다. 한편, 정영일, 형법총론(제2판), 학림, 2020, 310면은 미수범은 구성요건적 고의가 필요하기 때문에 과실범의 미수는 인정될 여지가 없다고 하면서도 도로교통법위반을 과실범의 미수범이 처벌되는 사례라고 볼 수 있다고 하여 이중적인 태도를 취하고 있다.

32) 이용식, “과실범의 중지미수”, 「교정연구」 제29권 제1호, 2019, 37면 이하.

33) 주관적 미수론에 대한 비슷한 취지의 비판으로 Hans Joachim Hirsch, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin, *JuristenZeitung*(이하 'JZ') 62(10), 2007, 501면.

위하였더라도, 그래서 그 행위가 비윤리적이라고 비난할 수 있더라도, 그것이 법칙과 합치된다면 법적으로 비난할 수는 없다는 것이다.<sup>35)</sup> 따라서 칸트는 타인을 침해하지만 않는다면 행위자가 어떤 의도를 가진다고 하더라도 불법하다는 판단을 내릴 수 없다고 한다.<sup>36)</sup> 하지만 주관주의는 행위의 동기를 가벌성의 핵심으로 놓는다. 예컨대 우연방위의 사례에서 타인을 침해하는 결과는 일어나지 않았지만 행위의 동기가 정당화될 수 없기 때문에 그를 처벌해야 한다고 주장한다. 또한 행위반가치 일원론에서 결과는 불법과는 관련 없는 단순한 하나의 처벌조건에 지나지 않게 된다. 결국 주관주의에서 법은 윤리의 실현수단으로 전략한다.

나아가 주관주의는 형법을 윤리화함으로써 개인의 자유보다는 공동체의 질서를 강조하고, 곧 의사형법 내지 심정형법으로 나아간다. 하지만 이는 형법에 부과된 한계를 넘어서는 것이다. 형법은 수범자에게 어떤 행위가 금지되는지를 명확히 지시하고, 그런 행위로 나아가지 않는 한 형벌을 가하지 않겠다고 약속한다(보장적 기능). 또한 형벌은 최후의 수단으로써 적용되어야 한다는 보충성의 원칙을 통해 보호적 기능을 제한한다.<sup>37)</sup> 하지만 주관주의는 행위자가 위험한 의사를 표출하기만 하면 가벌성을 인정하여 이러한 형벌의 기능을 마비시킨다. 우리는 역사 속에서 주관주의의 폐해를 찾아볼 수 있다. 바로 나치 형법이다. 범죄자의 의사를 극단적으로 강조한 나치 형법에서는

34) Immanuel Kant, 윤리형이상학, 백종현 역, 아카넷, 2012, 133면(VI 219).

35) “의무의 이념 자체 이외의 다른 동기를 허용하는 법칙수립은 법학적/법리론적이다. 사람들은 후자와 관련해서, 이 의무의 이념과 구별되는 동기가 의사의 정념적 규정근거들에서, 즉 경향성[애착]들과 반경향성[혐오]들에서, 그리고 이 중에서도 후자 종류의 것들에서 얻을 수밖에 없다는 것을 쉽게 통찰하는 바인데, 왜냐하면 그것은 권고하는 유혹이 아니라, 강요적인 법칙수립[입법]이어야 할 것이기 때문이다.” 위의 책, 133면(VI 219). [ ]는 필자가 내용을 수정한 것이 아니라 원문에 해당한다.

36) “각자는 설령 자기의 자유가 전적으로 나오는 무관하다고 할지라도, 또는 설령 내가 심중에서 기꺼이 그의 자유에 손상을 입히고 싶어 한다 할지라도, 내가 단지 나의 외적 행위를 통해 그것에 아무런 손해도 끼치지 않는다면, 각자는 자유로울 수 있기 때문이다.” 위의 책, 151-152면(VI 231). 따라서 칸트가 윤리적 판단의 대상을 결과가 아니라 의지로 보았다는 점에서 행위반가치의 기원을 찾는 견해(이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 122면)는 타당하지 않다.

37) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 6면 이하.

죄형법정주의를 폐기하고 건전한 국민감정(gesundes Volksempfinden)에 반하는 행위를 별도의 각칙 구성요건 없이 처벌하였다.<sup>38)</sup> 이에 대하여 지금의 주관주의는 실질적 법치주의의 지배 하에서 논해지므로 극단으로 치우칠 가능성은 없다고 반론할 수도 있다. 하지만 아직도 나치 형법의 이념은 사라지지 않고, 우리 형법에 이식되어 있다. 나치의 악랄한 재판관이었던 프라이슬러(Roland Freisler)는 불능미수의 가벌성에 대하여 다음과 같이 설명한다.

민족(국민)은 항상 이렇게 말할 것이다. 어떤 사람을 살해할 것을 의욕하였으나 착오로 나무 그루터기에 총을 쏜 행위자의 의지는 법질서의 침해에 향해 있고, 그러한 행동은 적어도 그 행위자가 실제로 그의 적을 향해 총을 쏘았지만 우연히 빗나간 것만큼 가벌적이라고 말이다. 따라서 이러한 모든 사안은 원칙적으로 가벌성이 배제되어서는 안 된다.<sup>39)</sup>

불능미수는 어떠한 객관적인 요건도 충족할 수 없는 행위다. 만약 행위자의 의사를 알지 못하는 제3자가 나무 그루터기에 총을 쏜 행위를 바라본다면, 그 행위는 사격연습을 하는 것 정도로만 생각할 것이다. 어느 누구도 나무 그루터기에 총을 쏜 행위를 살인행위라고 인식하지는 않을 것이다. 그럼에도 이를 살인행위라고 보는 것은, 오로지 행위자의 의사에 근거해야 가능하다. 이렇듯 주관주의는, 특히 판례와 함께,<sup>40)</sup> 소위 ‘추상적 위험설’이라는 이름으로 나치 형법을 재현하고 있는 것이다.

한편으로 주관주의는 형법의 의사결정규범적 성격으로부터 행위반가치

38) 나치 시대의 형법과 관련하여 이재승, “나치즘과 형법이테올로지”, 「일감법학」 제26호, 2013., 16-20면 참조.

39) Roland Freisler, Versuch, *Schriften der Akademie für Deutsches Recht* Heft 1, 1934, 74면(Paul Wagner, *Der Mangel am Tatbestand*, Heinrich Pöppinghaus, 1936, 40면에서 재인용, 원제와 출판년도는 불명확하다). 나치 형법학과 주관적 미수론의 관계 및 현대 독일 형법학의 주관주의에 대한 진단으로 Hans Joachim Hirsch, 앞의 논문(주 33), 494면 이하 참조.

40) “불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.” 대법원 2019. 3. 28. 선고, 2018도16002 판결.

의 우위를 논증하려 한다. 형법은 평가규범임과 동시에 의사결정규범인데, 행위자가 고의를 형성하면 그러한 고의를 갖지 않도록 지시하는 의사결정규범을 위반한 것이므로 행위반가치가 창출된다는 것이다. 따라서 형법에서 의사결정규범을 강조하는 입장에서는 다음과 같이 말한다.

급격히 기계화·산업화되어가는 오늘날의 거대한 사회에서 사람들의 신중한 생활자세나 이성은 차츰 마비되어 가고 있는 것 같다. 또 종교와 교육이 그 본연의 기능을 제대로 수행하지 못하고 있는 것이 오늘날 우리 사회의 실정이기도 하다. 이러한 시대에 법마저도 평가규범적 역할로 만족하고 만다면, 이 사회는 결국 무규범의 혼란으로 치달게 되거나 않을까 우려된다. 결국 오늘날 우리 사회에서는 강제력을 갖고있는 법이 사람들의 마음에 선을 호소할 수 밖에 없다고 생각한다.<sup>41)</sup>

하지만 이러한 염려를 아무리 수용한다 하더라도, 이를 통해 고의의 불법성을 도출할 수는 없다. 고의는 단순히 객관적 구성요건요소에 대한 인식과 의사일 뿐이다. 행위자가 어떤 규범에 위반한다는 인식은 구성요건적 고의에서 판단되는 것이 아니라, 책임 영역에서 판단된다는 것, 그것도 고의가 아니라 위법성의 인식이라는 구별되는 요소를 통해 판단된다는 것이 오늘날의 범죄체계다. 예컨대, 금지착오의 경우에는 고의가 인정되지만 행위자에게 규범을 위반한다는 인식은 없다. 이런 행위자의 고의를 의사결정규범을 위반했다는 이유로 불법하다고 할 수 있겠는가? 이와는 반대로 환각범의 경우 고의가 인정되지 않지만 행위자에게는 규범을 위반한다는 인식이 있다. 이것이야말로 의사결정규범의 위반이 아닌가? 하지만 환각범에게 가벌성이 없다는 점은 아직까지는 주관주의의 입장에서 받아들이고 있다. 그렇다면 어째서 형법의 의사결정규범적 성격이 고의의 행위반가치를 기초할 수 있겠는가? 물론 고전적 범죄체계에서 고의의 존재는 의사결정규범의 위반을 나타내기도 하였다. 하지만 책임설에 따라 고의와 위법성의 인식이 결별하면서 더 이상 그렇지 않게 되었다. 고의의 행위반가치는 단지 그 내용이 범죄자가 객관적

41) 정영일, “형법상 불법의 본질에 관한 일고찰”, 앞의 논문(주 20), 38면.

으로 금지하고 있는 행위를 향해 있다는 사실에서 도출될 뿐이다.<sup>42)</sup> 따라서 객관적으로 허용되는 행위를 향한 고의는, 그것이 규범에 반한다는 착오에 기한 것이라 해도 불법을 인정할 수 없다. 즉, 행위반가치는 오히려 결과반가치에 종속한다.

이렇듯 행위의 내적 측면 혹은 행위반가치를 중심으로 가벌성을 기초하는 주관주의는 형법을 윤리화하고, 심정형법으로 나아가게 하며, 형법의 의사결정규범적 성격을 왜곡한다는 점에서 받아들이기 어렵다. 우리는 타인을 침해하지 않는 한에서 형법의 간섭으로부터 자유로울 권리가 있다. 따라서 우리에게는 객관주의가 필요하다.

### Ⅲ. 과실로부터의 접근

#### 1. 과실의 개념

전술하였듯이, 미수의 가벌성을 강조하는 주관주의로부터 과실의 미수가 논리적으로 성립할 수 있다는 주장이 제기되었다. 하지만 객관주의에 기초할 때 이는 받아들일 수 없다. 이하에서는 과실의 미수가 성립불가능하다는 것을 논증한다. 과실의 미수는 한편으로는 과실로부터, 다른 한편으로는 미수로부터 접근해 볼 수 있다. 먼저 과실의 개념에서 시작해보자.

과실범에서 과실은 주의의무위반으로 정의된다. 그리고 주의의무는 (결과)예견의무와 (결과)회피의무를 내용으로 한다고 받아들여진다.<sup>43)</sup> 여기서 결과란 구성요건의 실현으로서의 결과<sup>44)</sup>를 가리킨다. 즉, 과실치사를 예로 들

42) 김상오, 앞의 논문(주 8), 82-85면.

43) 김성돈, “과실범의 “정상의 주의”의 전제조건과 형법의 일반원칙”, 「비교형사법연구」 제13권 제2호, 2011, 24면; 김성진, “과실범에 있어서 객관적 주의의무의 제한원리”, 「중양법학」 제10집 제1호, 2008, 226면; 신동운, 앞의 책(주 5), 250면; 이재상·강영민·강동범, 앞의 책(주 7), 206면; 임웅, 앞의 책(주 14), 552면 등.

44) 형법에서 결과는 크게 세 가지 의미로 사용된다. 첫 번째는 행위의 객체에 대한 유형(有形)의 사실적 작용이고, 두 번째는 외부세계에 대한 영향의 야기(객관적 구성요건

자면 사망이라는 결과를 예견하고 회피하였어야 함에도 불구하고 예견하지 않았거나 회피하지 않았을 때 과실이 인정된다는 것이다.

여기서 과실은 예견가능성(혹은 회피가능성)과 다음과 같은 관계를 갖는다. 주의의무의 내용인 예견의무와 회피의무는 각각 예견가능성과 회피가능성을 전제로 한다. 이는 ‘당위는 가능을 함축한다’는 법적 공리로부터 도출된다.<sup>45)</sup> 예견할 수 없는 것에 대하여 예견할 의무를 부담시킬 수 없고, 회피할 수 없는 것에 대하여 회피할 의무를 부담시킬 수는 없다. 판례는 “결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 그 결과발생을 회피하지 못”한 경우에 과실이 인정된다고 본다.<sup>46)</sup> 하지만 결과발생을 예견할 수 있다는 가능성만으로는 예견의무가 곧바로 인정된다고 할 수는 없다. 대표적으로 허용된 위험을 예로 들 수 있다. 허용된 위험의 영역에서는 그 행위로 인한 결과를 예견할 수 있고, 회피할 수 있더라도 예견의무와 회피의무를 부과하지 않는다.<sup>47)</sup> 위험이 산재하는 현대사회에서 모든 예견가능한 위험에 대하여 주의를 다할 수는 없기 때문이다. 따라서 판례가 말하는 예견가능성(혹은 회피가능성)은 그 자체로 과실의 개념이 되는 것이 아니라 주의의무를 기초하기 위한 하나의 요건에 지나지 않는다고 보아야 한다.

한편, 예견가능성과 회피가능성의 범위 안에서 기초되는 예견의무와 회피의무는 행위자에게 사전에 주어지는 의무라고 볼 수 없다. 결과가 발생할 수 있고 회피할 수 있는 상황에 놓인 행위자에게 결과를 예견하고 회피할 의무

---

요소의 충족)이며, 세 번째는 보호법익의 침해 또는 그 위태화를 의미한다(김상오, “준강간 불능미수 판례에 대한 이해와 오해”, 『홍익법학』 제21권 제1호, 2020, 555면 이하). 과실은 고의가 결여될 때 문제되고, 고의의 인식대상은 객관적 구성요건요소이므로 과실에서 말하는 결과도 객관적 구성요건요소의 충족을 가리킨다고 보아야 한다. 따라서 과실범은 결과범에서만 성립한다는 주장은 결과를 첫 번째의 의미로 사용하는 것이므로 타당하지 않다. 독일에서는 거동범인 위증죄의 과실범을 처벌하고 있다(§161 StGB).

45) 김성돈, 앞의 논문(주 43), 27면 이하.

46) 대법원 2011. 4. 14. 선고, 2010도10104 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고, 2006도294 판결 등.

47) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 208면.

가 존재하는지는, 구체적인 상황에 따라 개별적으로 판단되어야 하기 때문이다. 이런 점에서 과실은 개방적 구성요건이고, 규범적으로 보충되어야 하는 규범이다.<sup>48)</sup> 하지만 각종 법령상의 주의규정을 통해 행위자의 주의의무를 사전적으로 특정할 수 있다고 보는 것이 최근의 학계와 실무의 태도인 듯하다.<sup>49)</sup> 그러나 후술하듯이 주의규정의 존재가 과실판단의 기초가 되는 사실이 될 수는 있지만 그 자체로 주의의무가 될 수는 없다.

이상의 과실개념에 따르면 우리는 과실이 결과의 발생을 전제로 한다는 것을 도출할 수 있다. 이러한 귀결은 특히 회피의무에서 비롯된다. 행위자가 결과의 발생을 회피하는 행위를 하여야 할 의무가 회피의무라면, 그것을 위반했다는 것은 곧 행위자가 결과의 발생을 회피하지 않았다는, 그리고 그로 인해 결과가 발생했다는 의미이기 때문이다.<sup>50)</sup> 반대로 결과가 발생하지 않았다면 우리는 회피의무의 내용을 정할 수 없다. 과실에서 주의의무는 구체적인 사안에서 사후적, 규범적으로 설정하는 것인데, 결과가 발생하지 않았다면 행위자에게 도대체 어떠한 결과를 회피하였어야 했고, 그것을 위반했다고 볼 수 있는지 판단할 수 없기 때문이다. 따라서 회피의무의 존재와 그 위반을 판단하기 위해서는 적어도 결과가 존재하여야 한다.

그렇다면 이때 과실 판단과 결과와의 관계가 문제된다. 주의의무위반 여부를 판단하기 위해서는 행위와 결과 사이에 자연적인(혹은 조건적인) 인과관계<sup>51)</sup>만으로 충분한가, 아니면 규범적인 객관적 귀속이 인정되어야만 하

48) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 131면. 보다 명확하게 벨첵이 과실범을 개방적 구성요건으로 보는 이유는 과실범의 구성요건요소, 즉 결과의 야기만으로는 위법성이 징표되지 않고, 주의의무위반이라는 규범적 판단을 통하여만 위법성이 인정되기 때문이다 (같은 책, 23면 이하; Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Auflage, De Gruyter, 2015, 11면)

49) 김성돈, 앞의 책(주 4), 488면 이하; 신동일, “과실범 이론의 역사와 발전에 대하여”, 「강원법학」 제44권, 2015, 336면.

50) 이에 대하여 고의범도 마찬가지로 회피의무를 위반한 것이나 결과가 발생하지 않은 미수가 성립할 수 있다는 점을 들어 회피의무가 결과의 발생을 전제로 하는지 의문을 제기할 수 있다. 하지만 엄밀히는 결과가 발생하지 않은 이상 회피의무를 위반했다고 볼 수는 없다. 어떤 이유에서건 결과는 회피되었기 때문이다. 다만, 고의범은 회피의무를 위반한다고 인식하였을 뿐이다. 그렇기 때문에 미수는 착오인 것이다.

51) 이 글에서 인과관계는 별다른 수식어가 붙지 않는 한 규범적 인과관계, 즉 행위에

는가? 만약 전자만으로 충분하다면 과실의 미수가 가능한 영역이 존재할 수 있다. 객관적 귀속이 부정되는 결과에 대하여도 과실을 인정할 수 있기 때문이다. 그런데 우리는 여기서 주의의무위반은 단순한 회피가능성을 넘어 회피의무위반이어야 한다는 것을 상기해야 한다. 회피의무위반은 규범적으로 판단된다. 어떤 행위가 회피의무를 위반했다는 것은, 회피의무를 다하여 회피해야만 했던 결과가 발생했다는 것을 뜻한다. 그렇다면 어떠한 결과가 행위에 규범적으로 귀속되지 않는 한 회피의무위반을 논할 수 없다. 따라서 과실은 결과와 행위 사이에 규범적인 인과관계가 존재할 경우에만 판단이 가능하다.

이와 같이 결과의 객관적 귀속이 인정되는 경우만 과실을 판단할 수 있다면, 과실의 미수는 도무지 관념할 수 없다. 미수는 적어도 결과의 객관적 귀속이 부정되어야 성립할 수 있기 때문이다. 이로써 과실 개념에서부터 과실의 미수가 성립불가능하다는 것을 압축적으로 논증하였다. 이하에서는 관련 문제들을 검토하면서 이러한 결론의 타당성을 보충해보려 한다.

## 2. 합법적 대체행위이론

우리는 전술한 논증으로부터 합법적 대체행위이론(rechtmäßiges Alternativverhalten)을 새롭게 바라볼 수 있다. 합법적 대체행위이론은 과실범의 인과관계에서 논의되며, 주의의무를 위반하지 않고, 즉 합법적으로 행위를 했을 때에도 결과가 발생했을 것임이 인정되면 인과관계가 부정된다고 보는 이론이다.<sup>52)</sup> 이러한 기존의 설명에 따르면 합법적 대체행위이론에 의해 인과관계가 부정되는 사례는 결과의 객관적 귀속이 부정되어 미수에 그치는 사례로 인식된다. 이는 과실의 미수라는 법형상을 전제로 하고 있는 것이다.

기존의 합법적 대체행위이론을 구체적인 예를 통해 자세히 살펴보자.

---

대한 결과의 객관적 귀속을 가리킨다.

52) 류부곤, “과실범의 주의의무위반과 결과귀속”, 『형사법연구』 제32권 제3호, 2020, 28면 이하.

우리나라에서 문제된 이른바 할로테인 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

이 사건에서 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것임이 입증되어야 할 것이다. 즉 수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다(검사결과 간에 이상이 있었더라면 의사인 피고인들로서는 피해자를 마취함에 있어 마취 후 간장애를 격화시킬 수도 있는 할로테인의 사용을 피하였을 것이다).<sup>53)</sup>

이 사례에서 대법원과 통설은 수술 전에 “혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은” 피고인들의 행위에 과실이 있다고 판단한다.<sup>54)</sup> 다만, 이러한 과실과 피해자의 사망이라는 결과 사이에 인과관계를 인정할 수 없으므로 업무상과실치사죄가 성립하지 않는다고 한다. 즉, ‘수술 전에 혈청에 의한 간기능검사를 할 의무’를 과실범에서 위반된 주의의무라고 본 것이다.

이러한 결론은 과실이 결과를 전제로 한다는 점에 비추어 보았을 때 타당하지 않다. 이 사건에서 환자의 사망이 의사의 행위에 귀속되지 않는 이상 애초에 과실은 인정될 수 없기 때문이다. 객관적 귀속이 부정된다면, 이 사건 의사의 행위에는 과실도 없다. 또한 그렇다면 (분명히 의사가 위반한 것으로 보이는) ‘수술 전에 혈청에 의한 간기능검사를 할 의무’는 과실에서 주의의무가 될 수도 없다. 애초에 의사에게는 환자의 사망에 대하여 주의의무의 기초가 되는 회피가능성도 없었다.

이러한 비판이 직관에 들어맞지 않을 수도 있다. 하지만 실제로 우리는 합법적 대체행위이론이 적용되는 사례를 인과관계가 아니라 과실이 문제되

53) 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도694 판결.

54) 류부곤, 앞의 논문(주 52), 45면; 신양균, “과실범에 있어서 의무위반과 결과의 관련”, 「형사판례연구」 제1권, 1993, 65면 이하.

는 사례라고 파악하기도 한다. 예컨대 선행차량에 이어 후행차량이 피해자를 연속하여 역과하여 후행차량으로 인해 피해자가 사망한 사건에서, 대법원은 후행차량의 운전자인 피고인의 과실을 인정하며 다음과 같은 논거를 든다.

자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다하였더라면, 진행 전방 도로에 누워 있는 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견하고 좌측의 1차로로 피양하는 등 사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고 위와 같은 주의를 기울이지 않은 탓으로 피해자를 미리 발견하지 못하고 역과한 것이라고 할 것이므로, 이 사건 사고에 관하여 피고인에게 업무상 과실이 없다고 할 수는 없을 것이다.<sup>55)</sup>

대법원은 이 사건 피고인이 합법적인 대체행위를 하였더라면 사고를 회피할 수 있었다는 논거를 들며 과실을 인정한다. 이에 대하여 피고인이 비탈길에서 서행하지 않았고, 안전거리 유지의무를 위반했다는 점만으로 과실은 인정되고, 대법원의 위와 같은 판단은 피고인의 과실행위와 결과 사이의 인과관계에 대한 판단에 불과하다는 비판이 가해지기도 한다.<sup>56)</sup> 하지만 안전거리 유지의무가 과실범에서의 주의의무가 될 수 있는가? 이보다는 대법원과 같이 회피가능성에 기초하여 회피의무를 이끌어내어야 하는 것이 아닌가? 그런데 합법적 대체행위이론이 결과의 회피가능성에 기초한 판단이라면 결국 과실 판단과 같아지는 것이 아닌가?

이 지점에서 주의의무는 대체 어떤 내용으로 구성되는지 의문이 제기된다. 우리는 앞의 과실 개념으로부터 주의의무의 또 다른 특성을 끌어낼 수 있다. 과실범에서 주의의무위반은 인식되어서는 안 된다. 어떤 행위자가 주의의무위반을 인식했다고 가정해보자. 이는 곧 행위자가 결과의 발생을 예견하였고, 그것을 회피하지 않았다는 것을 의미한다. 전자는 고의에서 말하는 결과에 대한 인식, 후자는 결과에 대한 인용을 가리킨다. 즉, 주의의무위반의 인식은 고의로 평가되므로 더 이상 과실의 영역에서 논할 수 없게

55) 대법원 2001. 12. 11. 선고, 2001도5005 판결.

56) 김성돈, “인과관계판단과 과실판단의 분리”, 『형사판례연구』 제11권, 2003, 27면 이하.

된다. 조금 더 구체적으로 표현하자면, 과실치사죄에서 예견의무는 행위자의 행위에 의하여 사람이 사망에 이를 것을 예견할 의무이고, 회피의무는 그러한 사망을 회피할 의무이다. 따라서 예견의무위반을 인식한다는 것은 사망에 이를 수 있다는 것을 예견한다는 의미가 되고(즉, 고의에서 말하는 인식), 회피의무위반을 인식한다는 것은 그러한 사망을 회피하지 않았다는 의미가 되므로(즉, 고의에서 말하는 인용), 주의의무위반의 인식은 고의를 구성하는 것이다. 그렇다면 반대로 어떤 의무 P의 위반에 대한 인식이 고의를 구성한다고 평가될 수 없는 경우에 P는 과실범에서의 주의의무가 될 수 없다. 예컨대, 자동차 운전자의 업무상과실치사 사안에서 운전자의 속도위반(P)을 과실이라고 볼 수 있는지 문제될 수 있다. 이 때 과속을 하고 있다는 사실을 운전자가 인식했다고 하더라도 살인의 고의를 가진다고 볼 수는 없다. 오히려 속도위반을 동반한 대부분의 교통사고는 속도위반을 인식하면서 발생할 것이다. 그럼에도 우리는 이를 고의살인이 아니라 업무상과실치사로 의율한다. 이런 점에서 속도위반은 - 그것이 과실인정의 기초가 되는 사실일 수는 있어도 - 그 자체로 과실에서 말하는 주의의무위반이 될 수는 없다. 마찬가지로 후행차량이 피해자를 역과한 사건에서도 안전거리 유지의 무위반(P)을 과실이라고 볼 수는 없다. 이러한 의무위반을 인식했다하더라도 고의는 인정되지 않기 때문이다. 오히려 “자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 ... 진행할 주의의무”를 과실범의 주의의무라고 본 대법원의 판단이 타당하다. 이러한 주의의무의 위반을 인식한다는 것은 연쇄적인 사고를 인식하고 인용했다는 뜻이므로 살인의 고의로 평가할 수 있기 때문이다.<sup>57)</sup>

이제 다시 할로테인 사건으로 돌아가 보면, 의사가 위반했다고 인정된 ‘수술 전에 혈청에 의한 간기능검사를 할 의무’는 애초에 과실범에서의 주의의무가 될 수 없다는 것이 밝혀진다. 그럼에도 이를 주의의무라고 보는 이

57) 김성돈, 앞의 논문(주 43), 25면의 각주 10) 및 29면의 각주 20)에서는 주의규정을 인식적으로 위반한 사례를 들어 과실을 주의의무위반이라고 볼 수 있는지에 대해 의문을 나타내고 있다. 하지만 올바른 길은 과실이 주의의무위반이라는 것에서 벗어나는 것이 아니라 주의규정을 주의의무라고 보는 것에서 벗어나는 것이다.

유는 그러한 의무가 의사의 표준적인 의료행위(lege artis)라는 점에서 비롯된다. 의사는 적절하지 않은 의료행위를 하였기 때문에 그것만으로 행위반 가치가 인정되고, 과실이 인정된다고 본 것이다.<sup>58)</sup> 다분히 주관주의의 영향이다.<sup>59)</sup> 이러한 사고가 확장되면 의료행위에 대한 의사의 설명의무위반도 과실이라고 판단하게 된다.<sup>60)</sup> 하지만 설명의무위반을 형법상 과실이라고 볼 수 없다는 비판이 타당하듯이,<sup>61)</sup> 의사가 적절하지 않은 의료행위를 했다고 하여 그것만으로 과실이라고 볼 수는 없다.

정리하자면, 합법적 대체행위이론이 적용되는 사례는 인과관계만이 부정되는 것이 아니라 더불어 과실 또한 부정되는 사례이다. 따라서 과실의 미수라는 범형상은 관념될 수 없다.

### 3. 과실 판단과 인과관계 판단의 동가치성

과실의 개념과 합법적 대체행위이론에서의 논의를 살펴보면 결국 과실의 판단은 객관적 귀속의 판단과 동일한 것은 아닌지 하는 의문이 들 수 있다. 바로 그렇다. 과실 판단과 인과관계 판단은 동일하다.

애초에 인과적 행위론에서는 과실범의 본질을 임의의 자의적인 행위가 결과를 야기한 것으로 보았다. 하지만 규범적인 판단이 배제된 단순한 인과관계만으로 위법성을 근거지울 수는 없다는 생각으로부터 앙기쉬(Karl

58) 그렇다고 범령상의 주의규정이나 전문가 집단의 표준행위를 설정하는 것이 불필요한 것은 아니다. 이들은 범익침해를 피하기 위하여 행위자에게 사전적으로 적절한 행위를 제시한다는 점에서 여전히 의의가 있다. 다만, 여기서는 그것의 위반을 바로 과실로 평가할 수 없다고 지적할 뿐이다.

59) 이에 대하여 객관주의에서도 주의규정의 위반은 위험을 동반하므로 과실로 평가할 수 있지 않느냐는 반론이 있을 수 있다. 하지만 주의규정의 위반이 항상 위험과 연결될 수는 없다는 점에서 차이가 있다. 예컨대, 아무도 없는 거리에서 과속을 하였다면 주관주의에서는 과실로 평가하겠지만, 객관주의에서는 위험과 연결되는 행위라고 볼 수 없으므로 불법을 인정할 수 없다.

60) 대법원 2011. 4. 14. 선고, 2010도10104 판결; 대법원 2015. 6. 24. 선고, 2014도11315 판결.

61) 이용식, “형사판례법리로서 가정적 승낙의 논리구조 비판”, 『형사판례연구』 제25권, 2017, 165면 이하.

Engisch)는 외적 주의의무라는 요소를 도입하여 인과관계가 인정된다 하더라도 이를 위반한 경우에 비로소 위법성이 충족된다고 보았다.<sup>62)</sup> 이렇게 과실의 중점이 결과반가치에서 행위반가치로 옮겨갔고, 벨첼에 이르러 목적적 행위론과 함께 과실의 본질을 객관적 주의의무위반이라는 행위반가치에 있다고 보게 된 것이다.<sup>63)</sup> 그리고 독일에서는 “사회생활상 요구되는 주의를 게을리한 사람은 과실로 행위하는 것이다”<sup>64)</sup>라는 민법상의 과실개념을 차용<sup>65)</sup>함으로써 과실과 인과관계의 관련성은 자취를 감추게 되었다.<sup>66)</sup> 이렇게 주의의무위반이라는 행위반가치를 강조하는 주관주의 과실론에서는 법령상의 주의규정이나 의사의 적절한 의료행위를 과실에서의 주의의무라고 보게 된다. 하지만 이들을 주의의무라고 볼 수 없다는 것은 앞서 논증한 바와 같다.

한편으로는 객관적 귀속론이 발전하면서 인과관계의 범위가 규범적으로 제한되기 시작하였다. 따라서 더 이상 과실을 인과관계와 독립적으로 바라볼 필요가 없어졌다. 객관적 귀속의 판단이 과실의 판단과 연결된다는 점은 형법에서 객관적 귀속론이 태동할 때부터 찾아볼 수 있다. 호니히(Richard Honig)는 결과의 귀속을 “객관적 관점에서 판단될 수 있는 행위와 결과간의 목적론적인 관련가능성에 대해서만, 즉 문제가 된 상황에 처한 각자의 결과실현가능성 및 결과회피가능성에 관하여만 판단된 것”이라고 하여 주의의무의 전제가 되는 예견가능성과 회피가능성을 결과 귀속의 판단척도로 언급한다.<sup>67)</sup> 한편, 현재 통용되고 있는 록신(Claus Roxin)의 객관적 귀속론은 “허용되지 않은 위협의 창출과 실현”을 판단기준으로 삼고 있다.<sup>68)</sup>

62) Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Liebmann, 1930, (reprinted in 1995, Scientia), 277면 이하.

63) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 129면 이하. 벨첼의 과실론에 대한 설명으로 황산덕, 앞의 책(주 30), 126면 이하 참조.

64) §276 Abs. 2 BGB. 번역은 양창수, 독일민법전, 박영사, 2018, 127면을 따랐다.

65) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 131면.

66) 위의 책, 136면에서는 아예 과실범에서 결과반가치가 행위반가치에 종속된다고 본다.

67) Richard Honig, “인과관계와 객관적 귀속”, 이용식 역, 인과관계와 객관적 귀속, 이재상 외 편역, 박영사, 1995, 23면.

68) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, 2006,

앞서 밝혔듯이 주의의무는 단순히 예견가능성과 회피가능성으로만 설정되지 않는다. 허용된 위험의 범위를 벗어난 경우에 비로소 주의의무가 문제되는 것이다. 즉, 과실과 객관적 귀속은 모두 허용된 위험을 기준으로 판단되고 있다.

이와 같이 과실 판단과 객관적 귀속의 판단이 동일하다는 점은 그다지 새로운 주장이 아니다.<sup>69)</sup> 특히 주관적 주의의무위반이 과실의 구성요건요소가 된다는 학설은 객관적 주의의무위반과 객관적 귀속이 동일하다는 전제로부터 시작한다.<sup>70)</sup> 그러나 이들은 고의범에서 주관적 구성요건요소로 고의가 있듯이, 과실범에도 주관적 구성요건요소로 주관적 주의의무위반이 존재하여야 한다고 주장한다. 그렇다면 이 학설에 따르면 과실 판단과 인과관계 판단이 달라지는 것은 아닌가? 하지만 이는 타당하지 않다. 형법에서의 객관과 주관의 의미를 혼동하였기 때문이다. ‘주관적’ 구성요건요소란 행위자의 내면적 요소, 즉 인식 또는 의사를 가리킨다. 과실은 행위자에게 객관적 구성요건요소에 대한 인식 또는 의사가 없는 경우에 문제된다. 따라서 애초에 과실범에 있어서 주관적 구성요건요소는 존재할 수 없다.<sup>71)</sup> 그럼에도 이 학설은 ‘주관적’ 주의의무위반이 주관적 구성요건요소가 될 수 있다고 하는데, 여기에서 주관은 과실을 행위자를 기준으로 판단한다는 것을 의미할 뿐이다. 주지하다시피 상당인과관계의 판단기준에 대하여 객관적 상당인과관계설, 주관적 상당인과관계설, 절충설 등이 대립된다.<sup>72)</sup> 하지만 행위자를 기준으로 인과관계를 판단한다는 주관적 상당인과관계설을

375면 이하; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 7), 169면 이하.

69) Claus Roxin, 위의 책, 1065면; 김일수, 앞의 책(주 30), 395면; 김준호, “과실범의 구성요건해당성”, 『형사법의 신동향』 제41호, 2013, 50면; 임웅, 앞의 책(주 14), 568면 이하. 관련된 논의로 이용식, “과실범이론의 변화에 관하여”, 『서울대학교 법학』 제44권 제2호, 2003, 242면 이하 참조.

70) 김일수, 앞의 책(주 30), 410면; 조상제, “과실범론의 체계적 재구성”, 『형사정책연구』 제18권 제3호, 2007, 53면 이하.

71) 과실의 심리상태는 존재할 수 없다는 이유로 심리적 책임론에 대하여 비판이 가해지는 것을 생각해보라.

72) 구체적인 내용에 대하여 이용식, “상당인과관계설의 이론적 의미와 한계”, 『서울대학교 법학』 제44권 제3호, 2003, 203면 이하 참조.

채택한다고 하여 인과관계가 주관적 구성요건요소가 되는 것은 아니다. 마찬가지로 주관적 주의의무위반도 단지 이름에 주관이 들어간다고 하여 주관적 구성요건요소가 될 수는 없다.<sup>73)</sup> 여전히 과실범의 주관적 구성요건요소는 공허하다.

이제 과실에 대한 다양한 견해를 거슬러 과실의 본질로 돌아와보자. 형법은 어째서 과실범을 처벌하는가? 과실은 애초에 결과책임으로부터 시작했다. 고의가 없었더라도, 어떤 결과가 행위자에게 귀속되는 경우에는 그를 법적으로 비난할 수 있다는 것이다.<sup>74)</sup> 그렇다면 과실의 판단기준이 구체적으로 어떠한지, 행위자를 기준으로 판단하든 혹은 일반인을 기준으로 판단하든 그것은 인과관계의 판단기준과 동일하여야 한다. 즉, 과실 판단과 인과관계 판단은 동가치하다. 단지 우리의 실무나 이론이 현재 과실과 인과관계를 같은 기준으로 판단하고 있다는 것이 아니라, 그 둘의 판단은 일치해야만 한다는 것이다. 따라서 과실의 미수는 존재할 수 없다.

#### 4. 실정법적 논거

과실이 결과를 전제로 하여 성립한다는 논거는 실정법에서도 발견할 수 있다. 형법 제14조는 과실을 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”라고 규정하고 있다.<sup>75)</sup> 여기서 우리는 과실이 단순히 “정상의 주의를 태만”한 것이 아니라, 그로 인하여 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”라는 것을 알 수 있다. 죄의 성립요소인 사실은 과실범에 있어서 결과다. 따라서 과실은 결과가 발생하였으나, 그 결과를 인식하지 못한 경우에 비로소 성립할 수 있다.<sup>76)</sup> 또한 정상의 주의

73) 애초에 인과관계나 과실은 사실이 아니라 규범적 판단이다.

74) Immanuel Kant, 앞의 책(주 34), 141면(VI 224).

75) 2021. 12. 9. 시행 예정인 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정된 것)에서는 “정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”라고 규정한다.

76) 물론 죄의 성립요소인 사실을 인식하였지만 인용하지는 않은 인식 있는 과실도 해석상으로 인정된다. 이 또한 결과를 전제로 한다는 점은 마찬가지다.

를 태만(위반)한다는 것은 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”에 결과를 규범적으로 연결시키는(“인하여”), 즉 인과관계의 판단 척도를 가리키는 것으로 이해된다. 결국 우리 형법의 해석에 의하여도 과실의 미수는 성립할 수 없다.

## 5. 예상되는 반론에 대한 반박

지금까지 과실이 주의의무위반이고, 주의의무가 예견의무와 회피의무라고 본다면, 과실의 미수는 성립할 수 없다는 것을 논증하였다. 이에 대하여 여전히 가능한 비판은 과실이 예견의무와 회피의무의 위반이라는 전제를 부정하는 것이다. 주의규정 자체를 주의의무로 보려는 입장이 그러한데, 프랑스 형법은 아예 이를 명시적으로 규정하고 있다.<sup>77)</sup> 하지만 앞서 논증하였듯이, 이러한 과실 개념은 우리 형법의 해석론에도 반하고, 과실의 본질과 맞지 않는다.

한편으로는 과실의 미수가 외관상 성립하는 것으로 보이는 사례를 들어 반론을 제기할 수도 있다. 예컨대, 1) 의사가 과실로 환자에게 치명적인 약물을 주사하였다가 바로 알아차리고 조치하여 사상을 방지한 경우 또는 2) 의사가 과실로 환자에게 치명적인 약물을 주사하였는데, 약효가 나타나기 전 제3자가 환자를 살해하여 의사의 행위와 사망의 인과관계가 부정된 경우에는 과실의 미수라고 볼 수 있지 않느냐는 것이다. 혹은 과실의 미수가 성립하지 않는다면, 과실로 위법한 침해를 하려는 자에 대하여 정당방위가 불가능하게 되므로 타당하지 않다는 반론이 제기될 수도 있다. 하지만 이들은 과실의 미수가 아니라 위협에 대한 과실에 해당할 뿐이다.<sup>78)</sup> 이러한

77) 프랑스 형법 제121-3조(Code pénal Article 121-3)

③ 법률이 정하는 경우에 부주의, 태만 또는 법령에 규정된 신중 또는 안전의 의무를 게을리 한 때에도 경우에 따라 자신의 임무 또는 직무의 속성, 자신의 능력 및 그가 처분할 수 있었던 권한 및 수단들을 고려하여 행위자가 정상적인 주의를 다하지 않았다는 것이 입증된 때에는 마찬가지로 경죄가 성립한다.

번역은 법무부, 프랑스 형법, 2008, 19면을 따랐다. 위 규정에서 볼 수 있듯이 우리와 달리 프랑스 형법상 과실 개념에는 결과와의 관련성이 전혀 드러나지 않는다.

78) 이에 대하여 앞의 실정법적 논거와 결부지어 ‘죄의 성립요소인 사실’과 관련 없는 위협을 인식하지 못한 행위를 과실이라고 볼 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 물론

반론은 과실의 미수가 인정되지 않는다면 법익침해의 결과가 발생하기 전까지는 위법하다고 평가할 수 없으므로 부당하다는 전제에 서 있다. 하지만 과실의 미수가 인정되지 않는다고 하여 이들 행위가 적법하다는 것은 아니다. 형법상 불법은 법질서에 반하는 행위 중에서도 형법의 개입이 필요한 일부에 대해서만 인정된다. 위 예시들에서 야기된 사망의 위험은 모두 행위자의 행위에 귀속되고, 그렇기 때문에 위법한 행위이다. 다만, 형법에서 금지하고 있지 않을 뿐이다. 과실위험범의 위법성은 실화죄나 과실일수죄에서 볼 수 있듯이 우리 형법에서도 이미 인정되고 있다.<sup>79)</sup> 따라서 이러한 반론도 타당하지 않다.

이상과 같이 주관주의에서는 과실을 결과와는 독립적으로, 행위의 앞선 시점으로 앞당겨서 판단하려고 한다. 이에 따라 과실은 인정되나 결과가 발생하지 않은 시공간을 만들어낸다. 그 사이에서 과실의 미수가 성립할 수 있다는 헛된 관념이 솟아난다. 하지만 지금까지의 논증이 타당하다면, 이러한 과실 개념은 받아들일 수 없다. 한편, 이러한 접근이 실패하더라도 과실의 미수가 성립하기 위해서는 미수의 관점으로부터도 정당화되어야 할 것이다. 하지만 이하에서 보듯이 미수의 측면에서 과실의 미수는 더욱 인정하기 어렵다.

---

여기서의 과실이 과실범을 구성하는 것은 아니기 때문에 형법적으로 의미 있는 과실이 될 수는 없다. 다만, 전체 법질서에 반하는 행위를 구성하는 과실이 될 뿐이다. 고의가 죄의 성립요소인 사실에 대한 인식(형법 제13조)이라고 하여 형법에 없는, 위법한 고의행위가 불가능한 것은 아닌 것처럼 말이다.

- 79) 신동운, 앞의 책(주 5), 484면에서는 우리 형법에 과실의 미수를 처벌하는 규정이 없지만 독일에서 과실위험범을 처벌하는 조항(§315c Abs. 3 StGB)을 예로 들며 과실의 미수가 인정될 수는 있다고 한다. 만약 과실위험범을 과실의 미수라 한다면 이미 우리 형법은 과실의 미수를 처벌하고 있다고 보아야 한다. 하지만 과실위험범과 과실의 미수는 다르다. 과실위험범은 범죄발생의 위험을 요구하는 결과범인 반면(따라서 검사는 범죄발생의 위험을 증명해야 한다), 과실의 미수는 결과를 요구하지 않기 때문이다. 후자는 주관주의의 입장에서 말하는 주의의무위반, 즉 주의규정 위반만으로 성립하게 된다.

## IV. 미수로부터의 접근

### 1. 미수의 개념

미수는 보통 구성요건적 결과가 발생하지 않았을 때 성립하는 것으로 이해된다. 그렇기 때문에 앞의 위험에 대한 과실이 문제되는 사례를 과실의 미수라고 인식하게 된 것이다. 하지만 이는 미수를 단편적인 시각에서 본 것이다. 미수는 예비-미수-기수로 이어지는 범죄의 발전단계의 일부분으로서 존재한다. 미수와 기수는 결과가 발생했는지 여부로 구분되고, 예비와 미수는 실행의 착수를 기준으로 구분된다. 즉, 미수의 제1요건은 실행의 착수이며, 제2요건은 결과의 불발생인 것이다.<sup>80)</sup>

그렇다면 실행의 착수는 언제 인정되는가? 실행의 착수시기에 대하여 객관설, 주관설, 절충설 등이 대립하나 어떤 견해에 의하더라도 범행의 결의(Tatentschluß), 즉 고의를 필요로 한다.<sup>81)</sup> 이러한 점은 고의가 책임요소에서 구성요건요소로 이동한 근거에서도 찾아볼 수 있다. 고의가 책임단계에서 비로소 고려된다면, 피해자를 향해 발사한 총알이 빗나갔을 때 살인미수와 상해미수 중 어느 것의 구성요건에 해당하는지를 판별할 수 없기 때문에 고의가 구성요건요소여야 한다는 것이다.<sup>82)</sup> 이처럼 미수의 불법은 행위의 의도반가치에 좌우되는 것이다. 따라서 미수는 고의범에서만 논할 수 있다. 그렇다면 고의가 부재한 과실범에서 실행의 착수는 인정될 수 없고, 당연히 과실의 미수 또한 불가능하다.<sup>83)</sup>

80) 김일수, 앞의 책(주 30), 154면.

81) Claus Roxin, 앞의 책(주 30), 333면. 따라서 예비-미수-기수는 단순히 범죄의 발전단계가 아니라 ‘고의범’의 발전단계이다(김일수, 앞의 책(주 30), 152면).

82) Hans Welzel, 앞의 책(주 13), 60면 이하; 황산덕, 앞의 책(주 30), 45면.

83) Franz v. Liszt, 앞의 책(주 12), 201면; Hans-Heinrich Jescheck, 앞의 책(주 30), 417면; Robert v. Hippel, 앞의 책(주 30), 155면, Claus Roxin, 앞의 책(주 30), 333면 이하; Günter Stratenwerth, 앞의 책(주 30), 335면; 백남익, 앞의 책(주 30), 242면; 황산덕, 앞의 책(주 30), 135면.

## 2. 예상되는 반론에 대한 반박

하지만 미수의 관점에서든 과실의 미수가 성립할 수 있다는 반론이 이미 여러 번 제기되었다. 먼저 20세기 초반에 프랑크(Reinhard Frank)는 과실의 미수(fahrlässiger Versuch)는 성립할 수 없지만, 과실범의 미수(Versuch eines fahrlässigen Delikts)는 성립할 수 있다고 주장하였다.<sup>84)</sup> 이는 사실고의(Tatvorsatz)가 있을 때에도 과실범이 성립할 수 있다는 전제 때문에 가능했다. 프랑크가 예로 든 것은 오상방위가 미수에 그친 경우다. 즉, 오상방위로 살인행위를 하였는데 미수에 그친 경우, 고의설에 따르면 총체적인 고의는 조각되나 미수를 가능하게 하는 사실고의는 여전히 존재하기 때문에 과실범의 미수가 성립한다는 것이다.<sup>85)</sup> 이것은 위법성의 인식이 고의의 일부분이 되고, 구성요건적 사실에 대한 인식이 없는 사실과실(Tatsachenfahrlässigkeit)과 위법성에 대한 인식이 없는 법과실(Rechtsfahrlässigkeit)이 구별되기 때문에 가능했던 것이다.<sup>86)</sup> 하지만 위법성의 인식을 고의와는 독립적인 지위로 파악하는 책임설에서 이런 형태의 과실범의 미수는 성립하기 어렵다.<sup>87)</sup> 나아가 이 글에서 다루고 있는, 사실고의가 없는 형태인 ‘과실의 미수’는 프랑크도 성립할 수 없다고 본다.

한편, 같은 시기에 빈딩(Karl Binding)은 과실범에서도 착수(Anfang)가 인정될 수 있다는 전제에서 과실의 미수가 없다면 과실의 기수범(vollendetes culposes Verbrechen)도 성립할 수 없다는 헤프(Karl Theodor

84) Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Auflage, Paul Siebeck, 1931, 85면.

85) Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, Felix Meiner, 1919, 496면도 그러하다.

86) Karl Engisch, 앞의 책(주 62), 243면. 한편 신동일, 앞의 논문(주 49), 309면은 주의규정을 위반한 경우를 법과실, 일반적 위험성을 근거로 요구된 의무를 위반한 경우를 사실과실이라고 칭하는데, 이러한 개념구분은 다른 곳에서는 찾아볼 수 없다.

87) 물론 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 대한 법효과제한적 책임설에 따르면 다시 과실범의 미수가 인정될 수 있다는 주장이 가능하다. 사실 법효과제한적 책임설의 결론은 고의설의 그것과 다를 바가 없다. 이들은 복잡한 논리로 무장하고 있지만 실질은 부진정 고의설에 불과하다. 그리고 그렇다고 하더라도 이러한 결론이 이 글의 주장을 방해하는 것도 아니다.

Hepp)의 말<sup>88)</sup>을 빌려 과실의 미수가 논리적으로 가능한 개념임을 보이려 한다.<sup>89)</sup> 하지만 이 또한 기수의 개념을 단편적으로 본 것이다. 기수도 예비-미수-기수의 과정 안에서 존립할 수 있을 뿐이다. 그리고 이러한 발전단계는 오로지 고의범의 경우에만 가능하다. 따라서 과실의 기수가 있기에 과실의 미수가 있을 수 있는 것이 아니라, 오히려 과실의 미수가 불가능하기에 과실의 기수 또한 불가능한 개념인 것이다.<sup>90)</sup> 과실범은 예비-미수-기수로 발전하지 않고, 오로지 하나의 형태로써 존재한다.

다음으로, 과실범에서도 일정한 주관적 요소가 있다는 전제로부터 과실의 미수가 성립할 수 있다는 반론도 제기된다. 일본의 마키노 에이이치(牧野英一)<sup>91)</sup>와 그의 주관주의 형법의 영향을 받은 이건호<sup>92)</sup>가 그러한 주장을 펼치지만, 도대체 어떤 주관적 요소가 존재하고 그로부터 실행의 착수가 인정될 수 있는지에 대해서는 구체적인 언급이 없다.

이에 대하여 구체적으로 과실범에 있어서 주관적 구성요건요소의 존재를 증명하고자 한 시도는 행위반가치론의 계보에서 찾아볼 수 있다. 슈트루엔제(Eberhard Struensee)는 과실을 위험상황과 관련한 행위자의 인식을 기초로 판단하고자 한다.<sup>93)</sup> 예컨대 혈우병 환자를 상해하였는데 환자가 사망하였다면 행위자가 환자의 질병을 인식하였는지가 과실 판단에 영향을 미친다는 것이다.<sup>94)</sup> 하지만 이것은 결국 행위자를 기준으로 과실을 판단한다는 주관적 주의의무위반설과 다를 바가 없다.<sup>95)</sup> 그러한 행위자의 인식은

88) Karl Theodor Hepp, *Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft*, Mohr, 1827, 259면 이하(Karl Binding, 앞의 책(주 85), 494면에서 재인용).

89) Karl Binding, 앞의 책(주 85), 494면.

90) 기수는 독일어로 Voll+endung(full+ending)이다. 애초에 고의를 결여하여 불완전한 범죄 형태인 과실범에서 어떻게 완전히 끝마친다는 개념이 존재할 수 있겠는가?

91) 牧野英一, 앞의 책(주 31), 203면.

92) 이건호, 앞의 책(주 31), 189면.

93) Eberhard Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, *JZ* 42(2), 1987, 60면. 이 글에서 슈트루엔제가 과실의 미수를 주장한 것은 아니다.

94) 정영일, “주관적 과실론에 관한 비판적 검토”, 『형사법연구』 제24권 제2호, 2012, 8면 이하.

95) Eberhard Struensee, 앞의 논문(주 93), 60면도 과실의 주관적 구성요건을 주의위반성(Sorgfaltswidrigkeit)이라고 부른다.

주의의무위반을 판단하기 위한 기초가 되는 사정일 뿐이지 그 자체로 과실범을 구성하는 요소가 될 수는 없기 때문이다. 다시 말해, 고의가 객관적 구성요건요소에 대한 인식과 의사인 것처럼 과실이 어떤 대상에 대한 인식인지 명확하게 특정하고 있지 못하다. 따라서 과실의 주관적 구성요건요소를 통해서 미수를 인정하려는 시도는 성공하기 어렵다.

마지막으로 실행의 착수에 대한 요건을 조작함으로써 과실의 미수를 인정할 수 있다는 반론이 제기될 수도 있다. 범행의 결의 또는 고의가 없이도 실행의 착수가 가능하다고 보는 것이다.<sup>96)</sup> 이러한 주장은 미수론의 발달사에 비추어 찾아보기 어려운 견해이므로 먼저 구체적인 논거를 들어 그것의 가능성을 제시해야 할 것이다.<sup>97)</sup> 다만, 추측건대 주의규정의 위반을 과실로 파악하는 견해에서는, 주의규정위반 시점이 과실범에서의 실행의 착수 시기라고 주장할 것으로 보인다. 이러한 견해에서는 순전히 객관적으로 실행의 착수가 인정될 것이다. 즉, 행위자의 인식과는 무관하게 그의 행위가 주의규정을 위반한 시점에 과실범의 실행의 착수가 인정되는 것이다. 주의규정위반을 인식하였는지 여부는 과실과 관련이 없기 때문이다. 하지만 이러한 견해가 우리의 형법체계에 정합적일 수 있는지 의문이 든다. 예를 들어, 어느 운전자의 신호위반행위를 동승자가 교사 또는 방조하였는데, 신호에 맞게 도로를 횡단하던 보행자를 치어 사망에 이르게 하였다고 하자. 동승자는 어떻게 처벌되는가? 먼저 운전자가 업무상과실치사의 죄책을 진다는 것은 명백하다. 그렇다면 신호위반행위를 교사한 동승자는 과실로 처벌되는 자를 교사하였으므로 간접정범이 성립하는가? 그렇다면 과실에 의한 간접정범이 가능하다는 의미인가? 가능하다면 과실에 의한 교사도 가능한가?<sup>98)</sup> 반대로 간접정범이 성립할 수 없다면 그 이유는 무엇인가? 그렇다면

96) Friedrich Sturm, Das unvollendete fahrlässige Delikt, *ZStW* 59(1), 1940, 28면은 프라이슬러가 예비와 미수의 구별기준으로 제시한 '시작(Beginn)' 개념을 통해 적극적인 의사결정을 포함하지 않은 과실의 미수를 인정할 수 있다고 본다. 하지만 우리 형법 제25조는 미수의 요건으로 '실행의 착수'가 필요하다는 것을 명시하고 있다.

97) 실행의 착수 개념의 발달과정에 대하여 백원기, 앞의 책(주 30), 36면 이하 참조.

98) 과실범에도 주관적 요소가 존재하므로 미수가 성립할 수 있다고 본 이건호와 牧野英一은 과실에 의한 교사도 인정한다(이건호, 앞의 책(주 31), 219면; 牧野英一, 앞의 책(주 31), 311면).

과실의 공동정범이 문제되는 사례인가? 기존의 공범론에 따르면 동승자의 과실은 인정되지 않거나 과실범이 인정된다 하더라도 공동의 주의의무가 있다고는 할 수 없으므로 동시범이 될 것이다.<sup>99)</sup> 하지만 과실의 미수를 인정하는 입장에서는 과실범의 실행의 착수가 존재하고, 그에 대하여 동승자가 인식적으로 가담한 이 사례에서 이들을 단순히 동시범이라고 볼 수 있을지 의문이 든다. 그렇다면 과실의 미수를 인정하고자 하는 입장에서는 이러한 의문들에 대해 정합적인 해명이 필요할 것이다. 하지만 그러한 길은 험난해 보인다.

## V. 결론

과실의 미수는 성립할 수 없다. 이 단순한 명제를 증명하기 위해서 우리는 지금까지 먼 길을 돌아왔다. 어쩌면 너무나 당연한 결론이겠지만, 여기에 도달하기 위해 주관주의가 은연중에 설치해놓은 갖가지 함정들을 조심스레 헤쳐가야만 했다. 그런데 우리는 이 과정에서 기묘한 사실을 하나 발견할 수 있다. 처음 과실을 단순한 결과의 야기가 아니라 주의의무위반이라고 보기 시작한 것은 과실범의 성립을 제한하기 위해서였다. 인과관계만으로는 과실의 불법이 너무 폭넓게 인정되기 때문에 주의의무위반이라는 새로운 요소를 도입하여 이를 제한하고자 한 것이다. 하지만 지금은 반대로 주의의무위반이 너무나 쉽게 인정되고 있다. 오히려 이를 제한하기 위해 객관적 귀속이 추가적으로 검토된다. 그러다보니 과실의 미수라는 부산물까지 만들어졌다. 주의의무위반의 도입취지와는 전혀 반대로 활용되고 있는 것이다. 이것이 우리가 주관주의를 꾸준히 경계해야만 하는 이유이다.

형법학, 특히 범죄의 성립요건을 탐구하는 범죄론에서 실천적인 의의는 착오론에 집중된다. 객관적 요건과 주관적 요건을 모두 충족하면 범죄가 성립한다는 것은 너무나 당연하다. 하지만 이들 중 어느 하나가 결여된 경우,

99) 황산덕, 앞의 책(주 30), 278면.

그럼에도 가벌성을 인정해야 하는지의 지점에서 치열한 논쟁이 벌어진다. 물론 절충설을 통해 어느 정도의 화해를 추구할 수도 있겠다. 그러나 결국 답은 둘 중 하나다. 처벌할 것인가, 혹은 처벌하지 않을 것인가. 어떤 행위자를 범죄자로 만들 것인가, 혹은 자유인으로 둘 것인가. 이 사이에서는 어떠한 절충점도 찾을 수 없다. 그리고 이 지점의 물음들은 하나의 선택으로 환원된다. 주관을 처벌할 것이냐, 객관을 처벌할 것이냐. 우리는 언제까지나 절충설의 로망에 빠져있을 수는 없다. 이제는 선택해야만 한다. 당신의 이성의 빛은 이 중 어느 쪽을 비추는가?

객관주의에 기초한 미수범의 성립 제한 - 김 상 오	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.08.15.	2021.08.25.	2021.09.17.

[참고문헌]

- 김상오, “주관적 정당화요소 불요론”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」 제29권 제1호, 2019.
- \_\_\_\_\_, “준강간 불능미수 관례에 대한 이해와 오해”, 「홍익법학」 제21권 제1호, 2020.
- 김성돈, “인과관계판단과 과실판단의 분리”, 「형사판례연구」 제11권, 2003.
- \_\_\_\_\_, “과실범의 ‘정상의 주의’의 전제조건과 형법의 일반원칙”, 「비교형사법연구」 제13권 제2호, 2011.
- \_\_\_\_\_, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020.
- 김성진, “과실범에 있어서 객관적 주의의무의 제한원리”, 「중앙법학」 제10집 제1호, 2008.
- 김일수, 한국형법 II(개정판), 박영사, 1997.
- 김준호, “과실범의 구성요건해당성”, 「형사법의 신동향」 제41호, 2013.
- 김혜경, “문언의 해석과 객관적 귀속의 관점”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 2021.
- 류부곤, “과실범의 주의의무위반과 결과귀속”, 「형사법연구」 제32권 제3호, 2020.
- 백남익, 형법총론(개정판), 법문사, 1960.
- 백원기, 미수론연구, 삼지원, 1995.
- 법무부, 프랑스 형법, 2008.
- 신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019.
- 신동일, “과실범 이론의 역사와 발전에 대하여”, 「강원법학」 제44권, 2015.
- 신양균, “과실범에 있어서 의무위반과 결과의 관련”, 「형사판례연구」 제1권, 1993.
- 안경옥, “이재상의 생애와 형법학”, 「형사법연구」 제31권 제3호, 2019.
- 양창수, 독일민법전, 박영사, 2018.
- 엄상섭, “긴급행위에 대한 시론”, 효당 엄상섭 형법논집, 신동운·허일태 편, 서울대학교 출판부, 2003.
- 오영근, 형법총론(제4판), 박영사, 2018.
- 이건호, 형법강의(총론)(제8판), 일조각, 1960.
- 이용식, “과실범이론의 변화에 관하여”, 「서울대학교 법학」 제44권 제2호, 2003.
- \_\_\_\_\_, “상당인과관계설의 이론적 의미와 한계”, 「서울대학교 법학」 제44권 제3호, 2003.
- \_\_\_\_\_, “중지미수의 자의성”, 「교정연구」 제26권 제3호, 2016.
- \_\_\_\_\_, “형사판례법리로서 가정적 승낙의 논리구조 비판”, 「형사판례연구」 제25권, 2017.
- \_\_\_\_\_, “과실범의 중지미수”, 「교정연구」 제29권 제1호, 2019.
- 이재상, “불능미수의 중지미수, 중지미수와 공범”, 「고시계」 제35권 제4호, 1990.
- 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019.
- 이재승, “나치즘과 형법이데올로기”, 「일감법학」 제26호, 2013.
- 임웅, 형법총론(제12판), 법문사, 2021.
- 정영일, “형법상 불범의 본질에 관한 일고찰”, 「형사법연구」 제5권, 1992.
- \_\_\_\_\_, “과실범의 불범구조에 관한 존재론적 분석”, 「형사정책연구」 제19권 제3호, 2008.
- \_\_\_\_\_, “주관적 과실론에 관한 비판적 검토”, 「형사법연구」 제24권 제2호, 2012.
- \_\_\_\_\_, 형법총론(제2판), 학림, 2020.
- 조상제, “과실범론의 체계적 재구성”, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 2007.
- 차용석, 형법총론강의 [1], 고시연구사, 1984.

- \_\_\_\_\_, 형벌권 남용으로부터의 자유, 교육과학사, 1993.
- 홍영기, “불법평가에서 주관적 정당화요소의 의의”, 「형사법연구」 제27권 제4호, 2015.
- 황산덕, 형법총론(제7판), 방문사, 1982.
- Andrew Komarsinski, Hegel’s Complete Views on Crime and Punishment, *Journal of the American Philosophical Association* 4(4), 2018.
- Astolfo Di Amato/Federica Fucito, *Criminal Law in Italy*, 4th ed., Kluwer, 2020.
- Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 1. Auflage, C. H. Beck., 2003.
- \_\_\_\_\_, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Auflage, De Gruyter, 2015.
- Eberhard Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, *JZ* 42(2), 1987.
- Edmund Mezger/Hermann Blei, *Strafrecht I*, 15. Auflage, C. H. Beck, 1973.
- Ernst Loesch, *Der Versuch im geltenden deutschen Strafrecht und in den drei Vorentwürfen deutscher Sprache*, Ed. Leopoldseder, 1912.
- Franz v. Liszt, 마르부르크 강령, 심재우/윤재왕 역, 도서출판 강, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, J. Guttentag, 1908.
- Friedrich Sturm, Das unvollendete fahrlässige Delikt, *ZStW* 59(1), 1940.
- Friedrich Hegel, 법철학, 임석진 역, 한길사, 2008.
- Günter Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, *ZStW* 65(4), 1953.
- Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Auflage, Stämpfli, 2011.
- Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, De Gruyter, 1991.
- Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Duncker & Humboldt, 1978.
- Hans Joachim Hirsch, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin, *JZ* 62(10), 2007.
- Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, De Gruyter, 1969.
- Immanuel Kant, 윤리형이상학, 백종현 역, 아카넷, 2012.
- Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, Felix Meiner, 1919.
- Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Liebmann, 1930, (reprinted in 1995, Scientia).
- Ludwig Graf, *Die Bestrafung der Fahrlässigkeit*, Max Schick, 1931.
- Max Waiblinger, Subjektivismus und Objektivismus in der neuen Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, *ZStW* 69(2), 1957.
- Paul Wagner, *Der Mangel am Tatbestand*, Heinrich Pöppinghaus, 1936.
- Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Auflage, Paul Siebeck, 1931.
- Richard Honig, “인과관계와 객관적 귀속”, 이용식 역, 인과관계와 객관적 귀속, 이계상 외 편역, 박영사, 1995.
- Robert v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1. Auflage, Julius Springer, 1932.
- 牧野英一, 형법총론, 이종항 역, 영웅출판사, 1952.

## 【국문초록】

과실의 미수는 논리적으로 가능한가?

이 질문에 대해서 기존의 견해는 별다른 의문을 품지 않고 과실의 미수는 논리적으로 가능하지 않다고 답해왔다. 그러나 주관주의의 경향이 확장됨에 따라 반대 견해가 제기된다. 주관주의는 행위자의 내적 측면 혹은 행위반가치를 중시하여 미수의 가벌성을 확장시키고, 과실의 중점이 결과가 아니라 행위에 있다고 봄으로써 과실의 미수도 논리적으로 가능하다고 주장한다. 하지만 객관주의에 기초하여 우리 형법을 해석한다면, 과실의 미수가 성립한다는 견해는 과실의 관점에서든, 미수의 관점에서든 모두 받아들일 수 없다.

과실의 관점에서 보면, 과실은 결과를 전제로 하기 때문에 결과의 불발생을 요건으로 하는 과실의 미수는 성립할 수 없다. 결과를 전제로 한다는 것은 과실의 판단과 인과관계의 판단이 동가치하다는 것을 의미한다. 이에 대하여 합법적 대체행위이론과 같이 과실과 인과관계가 구분될 수 있다는 반론이 제기되나, 과실에서의 주의의무가 결과예건의무와 결과회피의무로 구성된다면 이러한 반론은 받아들일 수 없다.

미수의 관점에서 보면, 미수의 요건인 실행의 착수는 고의를 전제하므로 과실의 미수는 성립할 수 없다. 이에 대하여 과실범에서도 고의와 병치되는 주관적 요소가 있다거나, 고의가 없어도 실행의 착수를 인정할 수 있다는 반론이 제기될 수 있다. 하지만 과실범에서 행위자의 인식과 의사로 구성되는 주관적 요소는 존재할 수 없고, 오로지 객관적으로 실행의 착수를 정의한다면 형법 체계에 많은 문제점을 야기한다.

따라서 과실의 미수는 논리적으로 가능하지 않다.

【Zusammenfassung】

Von der Beschränkung des versuchten Delikts aufgrund des  
Objektivismus

- Insbesondere über dem fahrlässigen Versuch -

Kim, Sang Oh

(Promovierender an der Seoul National Universität)

Ist ein fahrlässiger Versuch logisch denkbar?

Bezüglich dieser Frage hat bisher überwiegend die Meinung etabliert, dass ein fahrlässiger Versuch logisch undenkbar ist. Allerdings, je mehr die subjektivistische Tendenz im Bereich des Strafrechts erweitert wird, desto mehr wird eine gegenteilige Ansicht behauptet. Der Subjektivismus vertritt die Meinung, dass die Strafwürdigkeit des Versuchs aufgrund der innerlichen Seite des Täters oder des Handlungsunwerts erweitert werden muss. Er behauptet somit, dass ein fahrlässiger Versuch logisch denkbar ist. Jedoch wird unser Strafrecht aufgrund des Objektivismus in Erwägung gezogen, gilt die Ansicht, der zufolge ein fahrlässiger Versuch anerkannt wird, nicht für stichhaltig unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit und auch des Versuchs.

Unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit kann ein fahrlässiger Versuch nicht festgestellt werden, weil die Fahrlässigkeit einen Erfolg vorausgesetzt werden muss. Dies bedeutet, dass die Fahrlässigkeit und die Kausalität gleichwertig zu beurteilen sind. Dagegen wird die Meinung erhoben, dass sich die Fahrlässigkeit und die Kausalität unterschieden

werden können, gleich wie in der Theorie des rechtmäßigen Alternativverhaltens behauptet wird. Diese Ansicht kann man allerdings nicht akzeptieren, wenn die Sorgfaltspflicht der Fahrlässigkeit aus Voraussichtspflicht und Vermeidenspflicht besteht.

Unter dem Gesichtspunkt des Versuchs kann ein fahrlässiger Versuch nicht festgestellt werden, weil der Anfang der Ausführung, der ein Tatbestand des Versuchs ist, einen Vorsatz voraussetzt. Dagegen kann die Ansicht erhoben werden, dass das fahrlässige Delikt das einen Vorsatz nebeneinander setzende subjektive Element enthält, und dass Anfang der Ausführung ohne Vorsatz bestehen kann. Aber beim fahrlässigen Delikt gibt es kein solches Element, das aus Erkenntnis und Wille des Täters besteht, und zahlreiche Probleme können sich ergeben, wenn der Anfang der Ausführung nur objektiv definiert wird.

Daher ist ein fahrlässiger Versuch logisch undenkbar.

주제어(Stichwörter) : 과실의 미수(fahrlässiger Versuch), 객관주의(Objectivismus), 주관주의(Subjektivismus), 과실범(fahrlässiges Delikt), 미수범(versuchtes Delikt), 합법적 대체행위이론(rechtmäßiges Alternativverhalten), 객관적 귀속(objektive Zurechnung), 실행의 착수(Anfang der Ausführung)

# 형법적 관점에서 본 전국범죄피해조사의 문제점과 개선방안\*

임 석 순\*\*

## ▶ 목 차 ◀

- |                                       |                                       |
|---------------------------------------|---------------------------------------|
| I. 여는 글                               | 3. 가구대상범죄 판별조건식에 따른 범죄피해유형분류의 형법적 적합성 |
| II. 전국범죄피해조사 사건조사표와 형법 사이의 괴리         | IV. 전국범죄피해조사 개별문항 및 범죄피해유형분류체계의 개선방안  |
| 1. 사건조사표의 전체구조 개관                     | 1. 폭력범죄와 재산범죄의 이분법 해체                 |
| 2. 사건조사표의 구체적 문항·보기와 형법상 범죄개념 사이의 괴리  | 2. 판별조건식에 따라 분류된 범죄개념의 정비             |
| 3. 사건조사표 전체구조와 형법상 범죄체계의 괴리           | 3. 조사대상 범죄유형 및 범죄 분류수준에 대한 재고         |
| 4. 사건조사표와 형법 사이에 괴리가 발생한 원인           | V. 맺는 글                               |
| III. 판별조건식과 범죄유형분류의 형법적 적합성           |                                       |
| 1. 판별조건식의 의의 및 개관                     |                                       |
| 2. 개인대상범죄 판별조건식에 따른 범죄피해유형분류의 형법적 적합성 |                                       |

\* 본 글은 한국형사정책연구원에서 2020년 12월 발간한 연구보고서 「박성훈 외, 전국 범죄피해조사(X): 범죄피해조사 방법론 연구, 한국형사정책연구원, 2020」에서 필자가 작성한 부분을 보완하여 발전시킨 것임을 밝힙니다.

\*\* 국립한경대학교 법경영학부 법학전공 조교수, 법학박사(Dr. jur.).

## I. 여는 글

전국범죄피해조사(「국민생활안전실태조사」)는 2년을 주기로 하는 국가승인통계로서 사건과 가해자 중심으로 작성되는 기존의 통계에서는 확인할 수 없는 범죄현상을 파악하여<sup>1)</sup> 범죄예방 및 범죄피해자의 보호와 지원 정책을 수립하기 위한 기초자료로 활용된다.<sup>2)</sup> 이는 범죄피해를 경험한 일반 시민을 대상으로 하여 설문조사 형식으로 진행된다. 조사는 크게 기초조사와 사건조사로 구성되고,<sup>3)</sup> 기초조사표의 회상질문<sup>4)</sup>에서 범죄피해경험이 있다고 한 경우 사건조사표를 통해 구체적인 피해내용을 묻는다.

그런데 기초조사표와 사건조사표의 각 문항과 보기의 내용은 형법의 각 규정 및 형법에서 사용되는 개념들과 정확히 일치하지 않는다. 예를 들어 사건조사표 문항 23-5번은 가해자의 연령을 “① 12세 미만, ② 10대 중반, ③ 10대 후반, ④ 20대, ⑤ 30대, ⑥ 40대, ⑦ 50대, ⑧ 60대 이상, ⑨ 모르겠다”로 구분한다. 그런데 이는 형사미성년자 규정(형법 제9조, 만 14세)에 전혀 부합하지 않는다. 범죄피해자의 응답을 체계적으로 분류하는 기준인 판별조건식에 따른 범죄유형분류도 형법상 범죄구성요건 체계와 온전히 맞아떨어지지 않는다.<sup>5)</sup> 예를 들어 판별조건식은 강도를 폭력범죄로 분류하고

1) 김민영·한민경·박희정, 전국범죄피해조사 2018, 한국형사정책연구원, 2019, 13면; 기광도, 한국의 범죄피해조사의 평가 및 개선방안: 개괄적 고찰, 「피해자학연구」 제10권 제2호, 2002, 13면; 이순래·박철현, 범죄피해조사의 수정과 발전, 「공공정책연구」 제32집 제2호, 2016, 158면.

2) 전국범죄피해조사의 상세한 연혁은 김민영 외, 앞의 책, 19-22면 참조.

3) 본 글은 가장 최근의 범죄피해조사인 「2018년 기준 국민생활안전실태조사」의 질문과 보기, 분류체계를 대상으로 한다. 「2018년 기준 국민생활안전실태조사」 기초조사표와 사건조사표의 전체 내용은 김민영 외, 앞의 책, 389-421면 참조.

4) 기초조사표 문항 23~26번에서는 각각 사기피해경험, 강·절도피해경험, 주거침입피해경험, 손피해경험의 유무를 묻는다. 이어서 문항 27번에서는 폭행·협박 또는 절도가 이루어진 장소에 대해, 문항 28번에서는 폭행·협박의 방법에 대해, 문항 29번에서는 절도·폭행·협박·괴롭힘의 행위주체에 대해, 문항 30번에서는 강제적 성접촉의 행위주체에 대해 묻는다.

5) 이는 국가승인통계로 발돋움하기 전부터 이미 지적되어 왔던 부분이다. 이순래, 범죄피해조사의 개선방안에 관한 연구 - 조사표의 문항구성을 중심으로, 「피해자학연구」 제10권 제2호, 2002, 19-20면.

있는데, 형법상 강도는 비록 의사결정 및 의사활동의 자유와 재산권 양자를 모두 보호범익으로 하고 있으나 재산범죄로 분류되고 있다.<sup>6)</sup> 전국범죄피해조사에서 조사대상으로 설정해 놓은 범죄유형도 “사건과 가해자 중심으로 작성되는 공식통계에서 확인할 수 없는 범죄현상을 (보다 정확히) 파악”<sup>7)</sup>한다는 본래 목적에 부합하는지도 의문이다. 전국범죄피해조사는 횡령이나 명예훼손 등의 범죄를 조사대상에서 제외하고 있는데, 이들 역시 ‘공식통계에서 확인할 수 없는’ 숨은 범죄(Dunkelfeld)가 적지 않을 것으로 추정되기 때문이다.

범죄화와 비범죄화에 관한 정책적 담론을 위한 것이 아니라면 범죄개념은 실정법인 형법에 기반을 두어야 한다. 그런데 전국범죄피해조사가 범죄화·비범죄화에 관한 논의와 관련이 있다고 보기는 어렵다. 숨은 범죄 또한 실제 발생했음에도 범죄통계에는 나타나지 않는 범죄<sup>8)</sup>를 의미하므로, 실정형법을 전제해야만 생각할 수 있는 개념이다. 따라서 전국범죄피해조사의 개별문항과 범죄유형분류는 형법에 부합하도록 수정될 필요가 있다. 물론 전국범죄피해조사에서는 오로지 피해자의 기억과 응답만을 기초로 자료가 수집되므로, - 구성요건해당성과 위법성, 책임에 이르는 형법의 단계별 심사에서 매우 중요한 - 가해자에 대한 정확한 정보를 파악할 수 없다는 점은 충분히 고려되어야 한다. 이러한 점들을 고려해 본 글에서는 특히 범죄피해경험에 관한 본격적 질문에 해당하는 사건조사표의 개별 문항과 보기에서 형법상 범죄개념과 관련된 주요 내용을 살펴보고, 형법과는 맞지 않는 부분을 찾아 적절한 대안을 제시해 보고자 한다. 이와 더불어 범죄피해조사의 판별조건식에 따른 범죄유형분류를 형법상 범죄구성요건 체계와 비교해 보고, 수정·보완이 필요한 부분에 대한 개선방안을 제시하고자 한다.

6) 국내의 형법각론 교과서는 거의 예외 없이 강도를 재산에 관한 범죄로 분류하고 있다. 김성돈, 형법각론 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 305면 이하; 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018, 257면 이하; 배종대, 형법각론 제11전정판, 홍문사, 2020, 63/1 이하; 오영근, 형법각론 제5판, 박영사, 2019, 265면 이하; 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제10보정판, 박영사, 2018, 17/1 이하 등.  
 7) 김민영 외, 앞의 책, 13면. 공식통계란 주로 대검찰청의 「범죄분석」과 경찰청의 「범죄통계」를 의미한다.  
 8) 배종대·홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019, 15/1.

## II. 전국범죄피해조사 사건조사표와 형법 사이의 괴리

### 1. 사건조사표의 전체구조 개관

전국범죄피해조사의 사건조사표는 총 8개의 부문으로 구성된다. 부문 I에서는 사건의 발생 일시와 장소를 묻는다(문항 1~5번). 부문 II(문항 6~12번)는 ‘범행수법’을 제목으로 두고 있으나 범행의 결과까지도 포함하는 문항으로 구성된다. 부문 III은 신체 피해에 관한 질문이다(문항 13~14번). 부문 II와 함께 구체적인 범죄구성요건을 파악하는 데에 중요한 단서를 제공해 주는 문항들이다. 부문 IV(문항 15~17번)에서는 피해자가 해당 사건에 대응한 방법을, 부문 V에서는 재산피해의 여부와 정도를 묻는다. 부문 VI(문항 21, 22번)은 정신적 피해에 관한 질문이다. 부문 VII(문항 23번)에서는 피해자가 가해자에 대해 알고 있는 정보를 묻는다. 이 가운데 문항 23-5번과 문항 23-6번은 가해자의 책임능력을 묻는다. 부문 VIII(문항 24~25번)에서는 경찰신고 여부, 사건처리결과, 사건 후의 조치내용을 묻는다.

여기에서 형법상 범죄구성요건과 관련하여 유의미한 문항 및 보기는 사건의 발생시각(문항 3번), 범행수법(문항 6번~12번), 신체피해(문항 13번), 가해자의 특성(문항 23-5번과 23-6번)에 관한 것들이다. 이들 문항과 보기에서는 모두 제각각 세부적인 문제점들이 발견되고 있다.<sup>9)</sup> 이 가운데 특히 눈여겨 볼만한 것은 문항 9번에서 13번에 이르는 가해행위의 상세유형과 신체피해의 결과에 관한 내용이다.

### 2. 사건조사표의 구체적 문항·보기와 형법상 범죄개념 사이의 괴리

문항 9~12번은 가해행위의 구체적 내용을 묻는다. 문항 9번에서 신체적 공격이나 협박이 있었는지를 묻고, 각 결과에 따라 문항 10~12번으로 연결된다. 신체적 공격은 성폭력을 포함하여 어떠한 형태로든 피해자의 신체에 직접

9) 각각의 세부적 문제점에 대해서는 박성훈 외, 앞의 책, 452-456면, 464-465면 참조.



한 간음(제303조) 등을 포함하는 상당히 넓은 범주를 갖는다. 그런데 보기 ③번은 성폭력을 “했다”고만 제시하고 있어 문맥상 미수는 제외되고 있다. 위계·위력에 의한 미성년자 등 간음(제302조)과 업무상위력 등에 의한 간음(제303조)은 미수범처벌규정이 없으니 별다른 문제가 되지 않는다 하더라도, 아래의 판별조건식에 따른 “성폭력”이라는 범죄유형분류에서 유사강간 미수와 강제추행미수를 제외해야 할 타당한 이유는 없다.

## (2) 협박이 있었던 경우

문항 9번에서 “② 실제 공격은 안했지만, 폭행하겠다고 위협(협박)했다”로 응답한 사람은 문항 11번에서 협박의 구체적인 내용에 관한 질문을 받는다. 문항 9번의 보기 ②번은 “폭행하겠다는 위협(협박)”이라 표현하고 있으나, 문항 11번의 보기에 따르면 협박의 내용이 단지 폭행으로 제한되는 않는 것으로 볼 수 있다.

**11** 그 사건의 가해자는 귀하에게 어떻게 위협(협박)했습니까? 해당되는 것을 모두 선택해 주십시오.

- ① 강간하겠다고 말로써 위협
- ② 죽이겠다고 말로써 위협
- ③ 살해나 강간은 아니지만 폭행을 하겠다고 말로써 위협
- ④ 강간은 아니지만 다른 성폭력을 하려고 말로써 위협
- ⑤ 무력으로 원치 않는 성적 접촉을 당함
- ⑥ 무력은 아니지만 원치 않는 성적 접촉을 당함
- ⑦ 칼 등의 흉기를 보여줌으로써 위협
- ⑧ 총을 발사했으나 빗나감
- ⑨ 칼 등의 흉기를 사용하여 신체 공격을 시도함
- ⑩ 흉기 이외의 물건으로 신체 공격을 시도함
- ⑪ 나에게 물건을 던졌으나 빗나감
- ⑫ 뒤쫓아 오거나 주위를 에워쌌
- ⑬ 손바닥이나 주먹으로 때리기, 할퀴기, 발로 차기, 목 조르기, 밀치기, 붙잡기 등을 시도함
- ⑭ 그 외의 위협(협박)(구체적으로: \_\_\_\_\_ )

협박은 상대방에게 해악을 고지하는 것을 말하며, 그 해악은 행위자 자신이 실제로 실현할 수 있는 것인지와는 무관하게 객관적으로 사람(가해자)의 힘으로 발생시킬 수 있는 해악이기만 하면 된다.<sup>14)</sup> 이러한 해악개념에

따르면 보기 ①~④, ⑦, ⑫번은 일반적인 협박개념에 포함된다. 그러나 보기 ⑤, ⑥번을 협박으로 볼 수 있을지는 의문이다. 보기 ⑤번의 “무력 사용”은 문항 12번에 해당하는 폭행과 사실상 같다. 본 질문의 맥락상 무력은 신체적 완력의 사용을 의미한다. 이는 신체에 대한 직접적인 유형력 행사인 폭행에 완전히 포섭된다. 보기 ⑥번의 “성적 접촉”은 이미 그 자체로 신체적 공격이라고 보아야 한다.<sup>15)</sup> 같은 맥락에서 보기 ⑧~⑪, ⑬번도 단순히 협박으로만 분류될 예시는 아니다. 오히려 문항 12번에서 묻고 있는 신체적 공격이라고 보는 것이 타당하다.<sup>16)</sup>

(3) 신체적 공격이나 협박이 없었던 경우

문항 9번의 마지막 보기인 “③ 신체 공격이나 위협(협박)은 없었다”에 응답한 경우에는 문항 10번으로 연결되며, 여기에서는 실제로 무슨 일이 발생했는지, 즉 신체공격이나 협박에 해당하지 않는 가해자의 구체적인 행위를 묻는다.

**10** 그 사건에서 실제 무슨 일이 일어났습니까? 해당되는 것을 모두 선택해 주십시오.

- ① 무언가를 몰래 또는 허락 없이 가져갔음
- ② 무언가를 훔치려 했거나 훔치겠다고 위협했음
- ③ 심한 욕설을 퍼붓거나 말로 괴롭혔음
- ④ 원치 않는 성적인 접촉을 하거나 하려 했음
- ⑤ 집에 허락 없이 침입했거나 침입하려 했음
- ⑥ 자동차에 허락 없이 침입했거나 침입하려 했음
- ⑦ 재물을 파괴했거나 손상을 입혔음
- ⑧ 재물을 파괴, 손상하겠다고 위협했음
- ⑨ 음란하거나 혐오스러운 문자, 영상, 이메일 등을 지속적으로 보냈음
- ⑩ 집요하게 뒤따라 다니며 몰래 엿담, 감시, 스토킹을 했음
- ⑪ 내 개인정보를 인터넷에 공개했거나, 비방이나 헐소문을 퍼뜨려 괴롭혔음
- ⑫ 그 외의 일 (구체적으로 : \_\_\_\_\_ )

14) 김성돈, 앞의 책, 124면; 배종대, 앞의 책, 32/13, 32/17; 오영근, 앞의 책, 108면; 이재상 외, 앞의 책, 7/6.

15) 기습추행은 폭행행위 자체가 추행행위로 인정되는 강제추행에 해당한다는 판례(대법원 2020.3.26. 선고 2019도15994 판결)에 따르면 성적 접촉행위는 그 자체로 신체에 대한 공격에 해당한다.

16) “흉기 이외의 물건을 사용하여 신체를 공격하려 했다”와 “흉기 이외의 물건으로 신체 공격을 시도함”을 다른 문장으로 볼 수 있는가?



이 될 수도 있다. 보기 ⑤, ⑥번은 신체 피해의 원인을, 보기 ⑦~⑩번은 신체 피해의 유형과 정도를 묻는다. 해당하는 보기를 모두 선택하도록 함으로써 신체 피해의 원인과 유형, 정도를 모두 파악할 수 있을 것으로 보이나, 피해의 원인과 결과(종류), 정도를 하나의 범주로 묶어 질문하는 것이 타당한지는 의문이다. 강간이나 성추행은 그 행위 자체를 신체 피해로 볼 수 있고, 통상 강간행위로 야기되는 결과를 구체적으로 실시하기 모호한 측면이 있어 “강간”이나 “성추행”으로 표현한 것으로 보인다.<sup>19)</sup> 다만 강간행위로 인한 0.1cm 정도의 회음부찰과상에 강간치상을 인정하고, 강간과정에서 손바닥에 2cm 가량 긁힌 상처에는 단순강간을 인정했던 판례<sup>20)</sup>에 비추어 보면, 응답자가 단순강간에 해당하는 사례와 강간치상<sup>21)</sup>에 해당하는 사례를 엄밀히 구분할 수 있을지는 의문이다.

### 3. 사건조사표 전체구조와 형법상 범죄체계의 괴리

#### (1) 범죄구성요건 사이의 관계에 대한 고려 부재

사건조사표에서 신체적 공격이나 위협의 존재 여부를 묻는 질문(문항 9~12번)의 전체 맥락을 살펴보면, 사건조사표는 협박을 폭행의 전(前)단계로 인식하고 있음을 엿볼 수 있다. “신체적 공격을 했나? → 신체적 공격은 없었지만, 폭행(공격)하겠다는 위협(협박)은 있었나? → 폭행(공격)도 위협(협박)도 없었나?”는 질문구조를 취하면서, 특히 문항 12-1번에서 “실제 폭행이나 성폭력을 하기 전에 가해자가 응답자에게 해를 입히겠다고 위협을 했는지”를 묻고 있기 때문이다. 그러나 형법상 폭행과 협박은 별개의 구성요건이다. 다른 한편 강도나 강간, 강제추행 등의 범죄에서 폭행과 협박은 동등한 수준의 수단, 즉 “폭행 또는 협박”으로 규정되어 있다. 그러나 사건조사표는 형법상 폭행과 협박의 이와 같은 관계를 간과하고 있다.

19) 박성훈 외, 앞의 책, 463면.

20) 대법원 1983.7.12. 선고 83도1258 판결; 대법원 1987.10.26. 선고 87도1880 판결

21) 아래 판별조건식에 따르면 상해는 ‘폭행’으로 분류된다. 그렇다면 강간치상 또는 강간상해는 성폭력인가, 폭행인가?

## (2) 특별구성요건과 결합범 및 결과적 가중범에 대한 고려 결여

사건조사표에는 이른바 특별구성요건에 대한 고려가 부족하다. 예를 들어 2012년에 유사강간에 관한 규정(형법 제297조의2)이 신설되었는데도, 조사표에서는 여전히 강간과 그 밖의 추행이라는 구조가 유지되고 있다. 강간과 유사강간, 강제추행은 행위의 외형만으로도 명확히 구분된다. 물론 통계상 유의미한 모수(母數)를 산출하기 위해서는 분류범주를 부득이하게 “성폭력”과 같이 크게 할 수밖에 없다는 현실적 제약을 무시할 수는 없다. 그러나 숨은 범죄를 더 정확히 파악한다는 전국범죄피해조사의 기본취지를 고려한다면, 적어도 보기에서나마 강간과 유사강간, 강제추행을 - 더 나아가 준강간과 준강제추행도 - 구분할 필요는 있다. 그럼으로써 숨은 범죄를 더 상세하고 정확히 파악해 각 범죄유형별로 효과적인 형사정책을 고안할 수 있을 것이다.

사건조사표에는 강도강간(제339조) 및 강도상해·치상(제337조)과 같은 결합범과 결과적 가중범에 대한 고려도 결여되어 있다. 강도강간은 오로지 “강도가” 강도의 기회에 사람을 강간한 때에 성립한다. 반대로 강간범이 강간의 기회에 강도한 경우에는 별도의 구성요건이 없어 강도와 강간의 실체적 경합이 성립한다.<sup>22)</sup> 문항 12번의 보기 ①번에 응답하고, 동시에 문항 19번<sup>23)</sup>의 보기 ①번(“예”), 19-4번<sup>24)</sup>의 보기 ①번(“그렇다”)에 응답한 경우 강간피해와 강도피해를 동시에 입은 것으로 파악될 수 있으나, 이러한 응답만으로는 그것이 강간범이 그 기회에 강도를 하였던 것인지, 강도가 그 기회에 강간을 하였던 것인지 구분할 수 없다.<sup>25)</sup>

22) 배중대, 앞의 책, 65/15; 오영근, 앞의 책, 289면; 대법원 2002.2.8. 선고 2001도6425 판결. 이와 달리 강간범이 행한 폭행·협박이 재물강취의 수단이 아닌 이상 강간과 절도의 실체적 경합이 성립하며, 다만 강간범이 강간 종료 전에 강도행위를 한 경우에는 강도강간이 성립한다는 견해로는 김성돈, 앞의 책, 354면.

23) “그 사건에서 귀하 또는 가구원의 물건이나 재산을 도둑맞거나 빼앗겼습니까?”

24) “그 사건의 가해자는 귀하와 직접 접촉하여(예를 들어, 귀하의 지갑, 손, 옷 등에서 무언가를 가져갔습니까?)”

25) 2010년 연구에서 기존 조사표는 경합범죄나 결합범죄를 파악하는 데에 한계가 있어 조사표를 재설계했다고는 하나, (김은경·최수형·박정선, 2008년 한국의 범죄피해에 관한 조사연구(VI), 한국형사정책연구원, 2010, 76면), 폭력범죄와 재산범죄를 양분하는

#### 4. 사건조사표와 형법 사이에 괴리가 발생한 원인

형법과 전국범죄피해조사는 사건을 바라보는 시각에 근본적이 차이가 있다. 전자는 행위와 행위자를 중심으로 범죄의 성립요건에 주된 관심을 가지는 데에 반해, 후자는 피해자의 주관적 관점을 전적인 고려요소로 삼고 있다. 따라서 형법상 개념과 사건조사표의 문항 및 보기 사이에 어느 정도 차이가 발생하는 것은 불가피한 결과라 할 수 있다. 그러나 지금까지 관찰된 사건조사표와 형법 사이의 괴리는 이러한 관점의 차이에서만 비롯된 것으로 보이지는 않는다. 사건조사표에서 사용하고 있는 폭행과 협박의 개념, 성폭력범죄의 유형, 특별구성요건 및 결합범 등 기초개념조차 형법과 일치하지 않는 부분이 적지 않게 눈에 띄고 있기 때문이다.

실질적인 전국단위 범죄피해조사의 원년이라 할 수 있는 2008년<sup>26)</sup> 당시 조사문항을 전면적으로 재설계하던 과정을 되짚어 살펴보면, 이미 그 이전부터 범죄피해조사상 범죄유형이 미국의 피해조사항목을 그대로 차용하여 우리의 실정에 맞지 않음을 충분히 인지하고 있었음을 알 수 있다.<sup>27)</sup> 그런데 이러한 문제의식에도 불구하고 조사문항을 재설계하는 과정에서 법률적 범죄개념에 대한 국내 형사법학자의 참여는 충분치 않았던 것으로 보인다.<sup>28)</sup> 범죄피해조사 재설계의 원칙을 표명하는 데에 있어서도 “표집방법은 미국의 범죄피해조사(NCVS)와 마찬가지로 두 가지 분석단위의 대표성을 확보하기 위해 두 단계로 나누어 실행한다”, “재설계된 조사표는 회상의 한계 및 기억오류 문제를 감소시키기 위하여 NCVS와 같이 “선별질문지(Screening Questionnaire)”를 혁신적으로 변화시킨다”, “미국 NCVS와 같이, 선별질문방식은 형법적 용어와 개념을 모두 삭제하고, …”, “NCVS나 영

분류방법으로는 여전히 그 한계를 뛰어넘기 어려운 것으로 보인다.

26) 김은경 외, 앞의 책, 46면.

27) 김은경 외, 앞의 책, 52면.

28) 범죄피해조사 개편위원회 위원(12명)은 모두 범죄학 또는 사회학자로 구성되었다. 수차례의 자문에 형법학자가 참여했을 가능성을 배제할 수 없다 하더라도, 위원회 구성의 근본적인 한계와 재설계된 범죄피해조사의 전체 내용에 비추어 보았을 때 범죄피해조사 재설계 과정에 형법학자가 적극적으로 참여하지는 못했을 것으로 추정된다.

국 범죄피해조사처럼 “무슨 사건이 발생했는가”로 범익침해행위를 측정하는 방식으로 재설계하고자 한다”고 하여,<sup>29)</sup> 재설계된 조사문항은 여전히 미국모델의 모방을 크게 벗어나지 못했던 것으로 보인다.<sup>30)</sup> 실제로 2008년 기준 전국범죄피해조사는 2007년도 및 2008년도 NCVS 사건조사표와 동일한 구조를 보이고 있으며, 2008년 기준 전국범죄피해조사 사건조사표 문항 13, 14번과 2007년도 및 2008년도 NCVS 사건조사표(Crime Incident Report) 28a, 29a번의 보기들도 아래 표에서 보는 바와 같이 거의 동일하다.<sup>31)</sup>

2008년 기준 전국범죄피해조사 사건조사표 문항		2007/2008년 NCVS 문항	
13	가해자가 신체공격을 시도하려 했다면, 당신을 어떻게 했습니까?(해당되는 것 모두 선택) 1. 강간을 하겠다고 말로써 위협 2. 죽이겠다고 말로써 위협 3. 살해나 강간은 아니지만 신체폭행을 행하겠다고 말로써 위협 4. 강간은 아니지만 다른 성추행을 행하겠다고 말로써 위협 5. 힘을 사용하여 강제로 성 추행(접촉, 포옹, 애무 등)을 시도 6. 힘을 사용하지 않았지만, 원치 않는 성 추행(접촉, 포옹, 애무 등)을 시도 7. 칸 등의 흉기를 사용하여 위협 8. 총을 발사했으나 빗나감 9. 칼 등의 흉기로 신체적 공격을 시도함 10. 물건으로 신체적 공격을 시도함 11. 나에게 물건을 던졌으나 빗나감 12. 뒤쫓아 오거나 주위를 에워쌌 13. 손바닥이나 주먹으로 때리기, 할퀴기, 발로 차기, 목조르기, 밀치기, 붙잡기 등 14. 기타(구체적으로: )	28a	How did the offender TRY to attack you? 1. Verbal threat of rape 2. Verbal threat to kill 3. Verbal threat of attack other than to kill or rape 4. Verbal threat of sexual assault other than rape 5. Unwanted sexual contact with force (grabbing, fondling, etc.) 6. Unwanted sexual contact without force (grabbing, fondling, etc.) 7. Weapon present or threatened with weapon 8. Shot at (but missed) 9. Attempted attack with knife/sharp weapon 10. Attempted attack with weapon other than gun/knife/sharp weapon 11. Object thrown at person 12. Followed or surrounded 13. Tried to hit, slap, knock down, grab, hold, trip, jump, push, etc. 14. Other
14	가해자가 실제로 신체공격을 했다면, 구체적으로 어떤 것이었습니까?(해당되는 것 모두 선택) 1. 강간을 했다. 2. 강간하려 시도했다.	29a	How were you attacked? 1. Raped 2. Tried to rape 3. Sexual assault other than rape or attempted rape

29) 김은경 외, 앞의 책, 75-78면.

30) 박철현, KIC 범죄피해조사 조사설계 수정의 효과, 「범죄와 비행」 제3권, 2012, 5면.

31) 이들 문항과 보기는 앞서 살펴본 바와 같이 가장 최근인 2018년도 기준 전국범죄피해조사에도 커다란 변경 없이 거의 그대로 유지되고 있다.



해의 유형을 분류하는 작업이 반드시 필요하며, 이는 판별조건식을 통해 이루어진다. 조사과정에서는 판별조건식에 따라 사건조사표의 각 문항에 대한 응답을 조합함으로써 어떠한 범죄피해가 발생하였는지를 분류한다. 예를 들어 아래 표에서 보는 바와 같이 (1) 신체공격을 했고(문항 9번의 보기 ①번), 그 형태가 강간이었던 경우(문항 12번의 보기 ①번), (2) 실제로 신체공격은 없었지만 폭행하겠다는 위협은 있었고(문항 9번의 보기 ②번), 그 내용이 무력을 사용한 것은 아니었지만 원치 않는 성적 접촉이었던 경우(문항 11번의 보기 ⑥번), (3) 신체공격이나 위협은 없었지만(문항 9번의 보기 ③번) 원치 않는 성적 접촉을 한 경우(문항 10번의 보기 ④번) 모두 성폭력으로 분류된다.

9. 신체공격 여부	10. 발생사건의 내용	11. 협박의 형태	12. 신체공격의 형태	
① 신체 공격을 했다			① 강간을 했다	성폭력
① 신체 공격을 했다			② 강간하려 했다	
② 실제로 공격은 안 했지만, 폭행하겠다고 위협(협박)했다		① 강간하겠다고 말로써 위협		
① 신체 공격을 했다			③ 강간(미수) 이외의 성폭력을 했다	
② 실제로 공격은 안 했지만, 폭행하겠다고 위협(협박)했다		④ 강간은 아니지만 다른 성폭력을 하려고 말로써 위협		
② 실제로 공격은 안 했지만, 폭행하겠다고 위협(협박)했다		⑤ 무력으로 원치 않는 성적 접촉을 당함 ⑥ 무력은 아니지만 원치 않는 성적 접촉을 당함		
③ 신체 공격이나 위협(협박)은 없었다	④ 원치 않는 성적인 접촉을 하거나 하려 했음			

폭력범죄 판별조건식(출처 : 박성훈 외, 앞의 책, 470-472면) 참조

판별조건식은 크게 개인대상범죄 판별조건식과 가구대상범죄 판별조건식으로 나뉜다. 전자는 피해자 개인의 범죄피해경험을 분류하는 조건식이며, 범죄피해유형을 크게 폭력범죄와 재산범죄로 분류한다. 그리고 폭력범

32) 김은경 외, 앞의 책, 78면.

죄는 강도와 폭행, 성폭력, 괴롭힘으로, 재산범죄는 사기와 절도, 손괴로 분류된다. 한편 후자는 가구단위 피해유형을 분류하는 조건식이며, 범죄피해유형을 주거침입과 기타가구대상범죄로 분류한다. 주거침입은 주거침입강도와 주거침입절도, 주거침입손괴, 단순주거침입으로, 기타가구대상범죄는 자동차(부품)절도와 자동차(부품)손괴, 단순손괴로 분류된다.

## 2. 개인대상범죄 판별조건식에 따른 범죄피해유형분류의 형법적 적합성

### (1) 범죄피해유형으로서 “강도”의 형법적 적합성

강도는 형법상 폭행이나 협박을 수단으로 재물이나 재산상 이익을 강취하는 것을 기본구성요건으로 한다. 그런데 사건조사표는 폭행이나 협박이 있었는지를 묻고 그 이후에 재산상 피해가 발생하였는지만을 묻는다. 이로 인해 준강도(제335조)는 배제되는 결과가 발생한다.<sup>33)</sup> 무엇보다 전국범죄피해조사는 강도를 폭력범죄로 분류한다는 점에서 절도와 같은 장에 규정되고 있는 조문체계와 뚜렷하게 대비된다. 뿐만 아니라 “한 사건을 두 개 이상의 피해유형으로 중복 집계할 경우 발생할 수 있는 과대추정을 방지하기 위해, 폭력범죄피해와 재산범죄피해가 동시에 나타난 경우 폭력범죄피해로 유형을 분류한다”<sup>34)</sup>는 기본방침에 따라 강도를 폭력범죄로 분류한다 하더라도, 강도강간(제339조)을 “강도”와 “성폭력” 가운데 어디에 두어야 하는지는 여전히 불분명하다.

### (2) 범죄피해유형으로서 “폭행”의 형법적 적합성

판별조건식에 따르면 “폭행”이라는 범주 안에 형법상 폭행·상해(제257

33) 재물이나 재산상 이익의 강취 이전 단계에 있었던 피해사실로는 오로지 폭행과 협박만을 상정하고 있어 체포·감금이나 약취·유인을 전제사실로 하는 인질강도(제336조) 또한 “강도범죄”의 범주에서 제외된다. 물론 인질강도는 공식통계만으로 정확히 파악하기 어려운 범죄라 하기는 어려우므로, 조사대상범죄에 인질강도가 누락되어 있는 것이 전국범죄피해조사의 중대한 또는 본질적인 문제라 할 수는 없을 것이다.

34) 김민영 외, 앞의 책, 124면.

조 이하)와 협박(제283조 이하) 등 상당히 넓은 범죄유형이 포함된다. 예를 들어 흉기 이외의 물건을 사용한 신체공격이 있었으나(문항 9번의 보기 ①번 + 문항 12번의 보기 ⑦번) 그로 인한 신체피해는 없었다(문항 13번의 ①번)고 응답한 경우 형법상 폭행에 해당한다. 이와 달리 흉기 이외의 물건을 사용한 신체공격으로 장기손상(문항 13번의 보기 ⑧번)이 발생했다고 응답한 경우에는 부상의 정도에 따라 상해(제257조)나 중상해(제258조)가 모두 성립할 수 있다. 그런데 범죄피해조사는 이들을 모두 “폭행”이라는 하나의 개념 안에 포함시키고 있다. 한편 신체공격은 안 했지만 폭행하겠다고 위협한 것(문항 9번의 보기 ②번)은 형법상 협박에 해당한다. 그러나 판별조건식은 이러한 경우도 예외 없이 “폭행”이라는 개념 안에 포함시키고 있다. 강간이나 성폭력을 하겠다는 위협(문항 11번의 보기 ①, ④번)도 사안에 따라 단순한 협박이 될 수도, 강간이나 강제추행의 실행착수가 될 수도 있다. 그러나 판별조건식은 이들을 일률적으로 “성폭력”으로 분류하고 있다.

### (3) 범죄피해유형으로서 “성폭력”의 형법적 적합성

“성폭력”이라는 분류항목의 범주도 명확하지는 않다. 신체공격의 구체적 유형 가운데 강간(문항 12번의 보기 ①번) 및 그 밖의 성폭력(문항 12번의 보기 ③번)은 신체공격을 최협의의 폭행으로 해석할 때에만 형법상 강간 및 강제추행에 해당하게 된다. 협의 또는 광의의 폭행이 있었을 뿐일 때에는 신체공격에 의한 간음이나 그 밖의 추행이 있었다 하더라도 형법상 강간이나 강제추행이 되지 않는다. 따라서 폭행을 그 정도에 따라 명확히 구분하지 않는 한, 형법상 강간이나 강제추행에 포섭되지 않는 행위유형이 범죄피해조사에서는 강간이나 강제추행으로 분류될 여지가 있다. 한편 신체적 공격이나 위협은 없었으나(문항 9번의 보기 ③번) 원치 않는 성적 접촉을 당한 경우(문항 10번의 보기 ④번) 판별조건식은 “성폭력”으로 분류한다. 그러나 이는 기습추행<sup>35)</sup>이 아닌 다음에야 형법상 어떠한 구성요건에도 해당하지 않는다. 최근 강간 및 강제추행의 죄에 대해 그 행위요소인 폭행과 협

35) 이는 전술한 바와 같이 신체공격에 의한 추행(문항 9번의 보기 ①번 + 문항 12번의 보기 ③번)에 해당한다.

박의 요구수준을 낮추거나 없애자는 목소리가 커지고는 있으나, 통설과 판례<sup>36)</sup>에 따르면 여전히 최협의의 폭행이나 협박이 필요하기 때문이다.

(4) 범죄피해유형으로서 “괴롭힘”의 형법적 적합성

개인대상범죄의 마지막 범주로서 ‘괴롭힘’은 학교폭력이나 가정폭력, 스토킹 등 지속적·반복적으로 가해지는 유·무형의 심리적 위해행위로서 피해자의 일상생활의 평화와 안정을 파괴하는 행위<sup>37)</sup>로 정의된다. 판별조건식에 따르면 신체공격이나 협박 없이 심한 욕설을 퍼붓거나 말로 괴롭힌 경우, 음란하거나 혐오스러운 문자·영상·이메일 등을 지속적으로 보낸 경우, 집요하게 뒤따라 다니며 몰래 엿담·감시·스토��한 경우, 피해자의 개인정보를 인터넷에 공개했거나 비방이나 헛소문을 퍼뜨려 괴롭힌 경우(문항 10번의 보기 ③번, ⑨~⑪번)에는 괴롭힘으로 분류된다. 이들 보기는 각각 모욕(형법 제311조), 통신매체를 이용한 음란행위(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조), 지속적 괴롭힘(경범죄 처벌법 제3조 제1항 제41호) 등 매우 다양한 범죄구성요건을 포섭한다. 그러나 명예, 정보적 자기결정권 등 ‘괴롭힘’에 포함되는 행위들의 보호법의 및 속성은 모두 제각각이므로 이들을 ‘폭력범죄’라는 단일범주에 넣는 것은 타당하지 않다.

(5) 재산범죄 판별조건식에 따른 범죄피해유형분류의 형법적 적합성

절도에 관한 판별조건식에 따르면 응답자가 문항 10번의 보기 ①번(“무언가를 몰래 또는 허락 없이 가져갔음”), 문항 19번의 보기 ①번(“예”), 문항 19-2번의 보기 ②번(“차량”)에 응답한 후, 문항 19-7번의 보기 ①번(“모두 되찾았다”)에 응답한 경우 해당 차량을 되찾은 경로에 따라 절도(제329조) 또는 자동차 등 사용절도(제331조의2)로 구분될 수 있다. 그러나 판별조건식에 따른 범죄피해유형분류는 이를 명확히 구별하고 있지 않다.

36) 김성돈, 앞의 책, 171면; 김일수·서보학, 앞의 책, 133면; 배종대, 앞의 책, 44/5; 오영근, 앞의 책, 139면; 이재상 외, 앞의 책, 11/11; 대법원 1992.4.14. 선고 92도259 판결; 2004.6.25. 선고 2004도2611 판결; 2007.1.25. 선고 2006도5979.

37) 김민영 외, 앞의 책, 528면.



기 타 가 구 대 상	단순 주거 침입		아니요		주거 침입 (시도)		없음		없음
	자동 차 (부품) 절도				물래 가져감		있음	차량 및 자동차 부품	
					절취/ 자동차 침입 (시도)		그럴 뻔함	차량 및 자동차 부품	
	자동 차 (부품) 손괴				파괴 손상		없음		차량 및 부품
					자동차 침입 (시도)		없음		차량 및 부품
	단순 손괴		집 아님	공격/위 협 없음	파괴 손상		없음		차량 제외 물품 손상
		모름		공격/위 협 없음	파괴 손상		없음		차량 제외 물품 손상
				공격/위 협 없음	파괴 손상		없음		차량 제외 물품 손상

가구대상 범죄피해유형 판별조건식(출처 : 김민영 외, 앞의 책, 123면)

판별조건식에서 주거침입은 주거침입강도와 주거침입절도, 주거침입손괴, 단순주거침입으로 분류된다. 이 가운데 주거침입강도는 응답자가 문항 3번에서 야간에 해당하는 보기를 선택한 경우에 한해 야간주거침입강도(제334조 제1항)만을 포섭한다. 이러한 구조에 따르면 형법 제344조의 특수강도 가운데 흉기휴대강도와 합동강도(제2항)는 개인대상범죄로, 야간주거침입강도는 가구대상범죄로 분류되는 결과가 발생한다.<sup>38)</sup> 그러나 형법상 야

38) 이러한 현상은 “절도”에서도 유사하게 나타난다. 즉 피해를 입은 물건 또는 재산에 관한 문항 19-2번에서 응답자가 어떠한 보기를 선택하느냐에 따라 해당 범죄피해는 근본적으로 개인대상범죄와 가구대상범죄로 구별된다. 예를 들어 보기 ②번(“차량(자동차나 오토바이 등)”)이나 ⑦번(“자동차 부품(내비게이션, 타이어휠 캡, 위성라디오 등)”)을 선택한 경우에는 가구대상범죄로 분류되는 데에 반해, 피해자의 주거가 아닌

간주거침입강도의 본질적 행위요소는 ‘강도’이지 주거침입이 아니다. 이와 마찬가지로 야간주거침입절도(제330조)와 손괴 후 야간주거침입절도(제331조 제1항)도 그 행위의 본질이 절도임에도 판별조건식은 오히려 ‘주거침입’으로 분류하고 있다. 심지어 판별조건식상 주거침입손괴는 형법에 존재하지 않는 범죄형태이다. 반대로 형법에는 주거침입에 대응하는 구성요건으로 퇴거불응(제319조 제2항)이 있음에도, 판별조건식에서는 이를 전혀 고려하고 있지 않다.

‘주거침입절도’라는 분류항목에 나름의 의미를 부여할 수 있다 하더라도, 주거에 침입해서 차량이나 자동차 부품을 절취한 경우만을 따로 기타 가구대상 범죄로 분류해야 할 실익은 없어 보인다. 주거침입강도는 차량 및 그 부품에 대한 강취를 포함하도록 하면서, 주거침입절도에서는 차량과 그 부품을 배제하는 것은 모순이다. 주거침입강도를 제외하면, 판별조건식은 차량 및 그 부품을 특별히 별도로 분류하고 있는데, 형법상 절도나 손괴 등의 죄에서 대상에 따른 차등을 두고 있지 않다는 점에서 차량과 그 부품을 특별히 취급해야 할 이유가 있는지 의문이다.<sup>39)</sup> 차량과 그 부품을 특별히 취급하고 있는 것은 전술한 바와 같이 미국범죄피해조사의 체계와 내용을 무비판적으로 답습하였기 때문인 것으로 보인다.

한편 주거침입을 가구대상범죄로 분류하는 것은 주거에 대한 침해가 가구 구성원 전체에 대한 하나의 침해로 간주하였기 때문인 것으로 보인다. 그렇다 하더라도 사생활 및 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입이라는 범주에 우리 법체계상 그 보호법익을 달리하는 강도와 절도, 손괴의 일부를 포함시키는 것은 형법의 전체 체계에 부합하지 않는다.

---

곳에서 발생한 그 밖의 물건에 대한 절도는 개인대상범죄로 분류된다. 즉 형법상 동일한 구성요건에 해당하는 행위임에도, 그 범행의 대상 또는 장소에 따라 분류범주가 완전히 달라진다.

39) 예를 들어 2인 가구를 구성하고 있는 부부가 각자의 차량을 보유하고 있고 어느 일방의 차량에 절취 또는 손괴의 피해가 발생한 경우, 이를 가구의 피해로 보는 것이 타당한가? 장기렌트 또는 리스로 차량을 운용하는 경우 민법상 그 차량의 소유권은 여전히 렌트카 업체 또는 리스사에게 유보되어 있다. 그러한 차량에 절도나 손괴의 피해가 발생했다면 이를 운전자(가구)의 범죄피해로 보아야 할 것인가?

## IV. 전국범죄피해조사 개별문항 및 범죄피해유형분류체계의 개선방안

사건조사표의 각 문항과 보기, 전체 체계에 관한 전술한 문제를 해결하고, 더 나아가 우리 형법에 부합하도록 하기 위해서는 상당한 수정작업이 필요할 것으로 보인다.<sup>40)</sup> 수정작업에서 항상 염두에 두어야 할 것은 우리 형법과 우리 현실에 부합하는 문항과 보기를 개발해야 한다는 점이다. 이를 위해서는 우선 그간의 조사방식에서 줄곧 유지해 왔던 폭력범죄와 재산범죄의 이분법에서 벗어날 필요가 있다. 그리고 판별조건식에 따라 분류되는 범죄유형도 우리 형법에 맞게 개선할 필요가 있다. 이를 위해서는 추후 범죄피해조사 개편위원회를 구성하게 될 경우, 형법학자가 적극적으로 참여할 수 있도록 해야 할 것이며, 근본적으로 조사대상범죄의 범위와 분류수준에 대한 재고도 필요해 보인다.

### 1. 폭력범죄와 재산범죄의 이분법 해체

판별조건식은 개인대상범죄를 폭력범죄와 재산범죄로 나눈다. 이는 대인범죄(Personal Crime)와 대물범죄(Property Crime)로 분류하고 있는 미국의 범죄분류체계<sup>41)</sup>와 유사하다. 그러나 이와 같은 개인대상범죄의 분류는 우리 형법의 구성요건체계를 전혀 고려하지 않은 것이다. 설사 범죄피해조사만의 분류기준에 나름의 독자성을 인정한다고 하더라도 폭력범죄와 재산범죄의 이분법을 고수하는 한 중손괴와 같은 범죄유형은 어느 범주에 포함시켜야 할지 분명치 않다. 뿐만 아니라 강도강간은 폭력범죄 가운데 ‘강도’와 ‘성폭력’ 중 어디에 포함시켜야 할지 일률적으로 판단하기 어렵다.

따라서 “폭력범죄-재산범죄”라는 이분법적 분류기준보다는 형법각칙

40) 개별문항 및 보기에 대한 세부적인 수정안은 박성훈 외, 앞의 책, 542-545면 참조.

41) National Crime Victimization Survey(2016), Technical Documentation, 12/8/2017, p. 7.

각 장(章) 제목에 따라 “폭행에 관한 죄”, “절도의 죄”, “강도의 죄” 등으로 분류하는 기준을 따르는 것이 더 적절해 보인다. 그럼으로써 ‘공식통계’가 놓치고 있는 숨은 범죄 영역을 더 효과적으로 파악하고 비교할 수 있을 것이다.

## 2. 판별조건식에 따라 분류된 범죄개념의 정비

판별조건식은 폭력범죄의 하위범주로서 “폭행”을 두고 있다. 그런데 이 폭행개념은 형법상 폭행개념과 정확히 일치하지 않는다. 협박과 상해를 포함하는 매우 넓은 개념이다. 이는 “폭력범죄-재산범죄” 이분법만큼이나 지나치게 단순화된 분류기준이다. 폭행과 협박, 상해를 모두 포함하는 메타개념을 생각할 수 없다면,<sup>42)</sup> 이들을 모두 분리하여 서로 독립된 하위범주를 구성하는 것이 합리적이다.

폭력범죄의 하위범주 가운데 “괴롭힘”은 지나치게 모호한 개념이다. 판별조건식은 모욕과 사이버 명예훼손, 개인정보보호법위반행위에 해당하는 사항까지 괴롭힘이라는 개념범주에 포함시킨다. 그러나 각각의 행위양태와 보호법익을 고려한다면 이들을 괴롭힘이라는 단일개념에 포섭하는 것은 타당하지 않다. 각각을 별도의 중간분류로 세분화하거나, 차라리 ‘기타’로 분류하는 것이 바람직하다.

한편 가구대상 범죄피해유형에서 주거침입에 관한 분류기준은 우리 형법과는 전혀 어울리지 않는다. 주거침입강·절도의 초점이 ‘주거침입’에만 맞추어져 있어 우리 형법의 죄목과 일관되게 연결짓기 어려우며, 퇴거불응은 전혀 고려되고 있지 않기 때문이다. 따라서 형법규정에 부합하도록 주거침입과 퇴거불응 정도로 분류하면 충분할 것으로 보인다. 야간주거침입절도와 야간주거침입강도는 형법상 주거침입의 죄가 아니라 절도와 강도의 죄에

42) 국제범죄분류(International Classification of Crime for Statistical purposes, ICCS)의 [태분류 02] ‘사람에게 해악을 가하는 행위 또는 해악을 가할 의도로 하는 행위’라면 이를 모두 포섭할 수 있는 메타개념이라 할 수도 있겠으나, 이는 다시 명예에 관한 죄와 사생활에 관한 죄도 포함하는 매우 넓은 개념이라 적절치는 않다.

해당한다.

기타 가구대상 범죄도 마찬가지이다. 차량과 그 부품을 다른 재물에 비해 특별히 달리 취급해야할 이유는 없다. 집을 일부 또는 완전히 부수는 경우가 아닌 다음에야 단순손괴를 가구대상 범죄피해로 분류하는 것도 타당한지 의문이다. 모두 개인대상 범죄피해로 보아도 무리는 없을 것으로 보이며, 근본적으로는 개인대상 범죄피해와 가구대상 범죄피해가 명확히 구분될 수 있는 성질의 것인지를 재고할 필요가 있다.

### 3. 조사대상 범죄유형 및 범죄분류수준에 대한 재고

전국범죄피해조사는 조사대상 범죄의 범위를 어떠한 이유로 지금과 같이 제한하고 있는 것인가? 횡령이나 명예훼손·모욕도 얼마든지 일상영역에서 상당수의 숨은 범죄가 있을 것으로 추정되는 범죄유형이다. 예를 들어 점원이 점포 주인의 위탁을 받아 점유중이던 금고 안의 현금과 오토바이를 영득한 경우 횡령이 성립한다.<sup>43)</sup> 따라서 피해조사의 대상이 되는 범죄유형에 대한 근본적인 재고가 필요하며, 횡령이나 명예훼손 등 생활밀착형 일상범죄를 충분히 포섭할 필요가 있다.<sup>44)</sup>

43) 대법원 1982.3.9. 선고 81도3396 판결.

44) 이에 대해 본 글을 작성하는 과정에서 최근 공식통계와 국가예산의 한계를 근거로 횡령이나 명예훼손 등의 범죄까지 조사대상으로 삼는 것은 지나치게 비현실적인 제안이라는 지적이 있었다. 예를 들어 횡령의 경우 2018년 발생건수가 57,172건(2020 범죄백서, 법무연수원, 2021, 68면)인데 이를 인구(통계청 집계에 따르면 2018년 전체 인구는 51,629,512명)당 발생확률로 치환해보면 0.0011에 불과하고, 범죄유형별 비교를 위해 최소한으로 필요한 30건 정도의 사례를 포착하기 위해서는 적어도 30,000명을 조사대상자로 해야 하는데, 이는 예산상 불가능하다는 것이다. 그런데 같은 통계에 따르면 2018년도 성폭력범죄는 32,104건이, 손괴범죄는 56,988건이 발생한 것으로 집계되고 있다. 그렇다면 공식통계상 횡령죄보다 발생건수가 적은 성폭력범죄나 손괴범죄를 조사하는 것도 지나치게 비현실적이라는 결론이 가능하다. 그러나 단지 공식통계상 발생건수가 적다는 이유로 횡령이나 명예훼손 등의 범죄를 조사대상에서 제외해야 한다는 주장은 오히려 전국범죄피해조사의 근본취지를 간과한 지적이라 할 수 있다. 공식통계만으로는 확인되지 않거나 확인되기 어려운 ‘숨은 범죄’를 발견하여 더 효과적인 형사정책을 고안한다는 것이 바로 전국범죄피해조사의 근본취지기 때문이다.

한편 전국범죄피해조사에서는 형법각칙상 구성요건의 상세한 부분까지 고려하여 범죄유형을 분류하고 있지는 않다. 강도, 폭행, 성폭력 등 개괄적으로 분류하고 있을 뿐이다. 조사표의 각 항목을 세분화해 단순절도와 야간 주거침입절도, 특수절도를 구분할 수는 있는데, 지나치게 세분화하면 조사를 통해 포착할 수 있는 범죄의 건수가 적게 나와 통계적·형사정책적으로 유의미한 결과를 산출할 수 없어 범죄피해조사에서는 이러한 세부적인 분류가 큰 의미는 없다고 판단했던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 범죄피해조사를 통해 찾고자 하는 숨은 범죄는 실정형법을 떠나서는 생각할 수 없다. 따라서 예컨대 형법상 폭행과 협박, 상해를 모두 포섭할 수 있을 정도로 지나치게 광범위한 “폭행범죄”와 같은 지표의 사용을 지양하고, 가급적 형법각칙상 주요 범죄구성요건에 부합할 수 있도록 분류범주를 수정할 필요가 있다. 그럼으로써 범죄피해조사를 통해 수집하고 분석한 기초자료를 더 효과적으로 형사정책의 방향 설정에 활용할 수 있을 것이다.

## V. 맺는 글

국가승인통계로 발돋움하기 전 기존 범죄피해조사의 방법론에 문제의식을 갖고 2008년 범죄피해조사 개편위원회를 발족하여 범죄피해조사에 대한 전면 개편작업을 추진할 때 “일반국민이 체감하는 범죄인식과 법률적 범죄개념과의 불일치”가 주요 문제로 부각되었음에도 불구하고,<sup>45)</sup> 조사문항 재설계 과정에 법률적 범죄개념에 대한 고민은 충분치 않았던 것으로 보인다. 개편과정에서 참고한 해외사례도 주로 미국의 전국범죄피해조사(NCVS)에 대한 내용이 주를 이루고 있으며, 유럽 각국의 범죄피해조사에 대한 개관 정도가 그 뒤를 따르고 있다.<sup>46)</sup> 그러나 우리 형법과 미국 형법의 범죄체계는 상당부분 다르며, NCVS 조차 미국 각주 형법의 범죄유형과 상당부분 차이를 보이고 있다.<sup>47)</sup> 그리고 형법과 범죄피해조사 사이의 괴리는 우리와 같

45) 김은경 외, 앞의 책, 53-54면.

46) 김은경 외, 앞의 책, 57-73면.

은 법체계 및 범죄구성요건체계를 취하고 있는 독일의 범죄피해조사에서도 나타나고 있다.<sup>48)</sup>

물론 범죄사건을 바라보는 법률의 관점과 피해조사의 관점 사이에 존재하는 근본적인 차이로 인해 범죄피해조사상 범죄유형을 형법상 범죄개념 및 범죄유형에 완벽하게 일치시키는 작업은 불가능할 뿐만 아니라 반드시 필요한 작업이라고 보이지도 않는다. 법률비전문가일 가능성이 높은 응답자를 고려하여 일상용어에 가까운 표현을 사용하다 보면 부득이 법적인 개념이나 법률적 용어와 동떨어진 내용이 설문에 들어가게 되는 것도 불가피하다. 관점에 따라서는 오히려 범죄유형을 “강도”, “폭행”, “성폭력”과 같이 개략적으로 분류하는 것만으로도 그 나름의 의미를 찾을 수도 있다. 그렇다 하더라도, 범죄화·비범죄화에 관한 논의를 위한 것이 아닌 다음에야 범죄개념은 결국 실정형법을 떠나 생각할 수는 없다. “공식통계에서 확인할 수 없는 숨은 범죄” 또한 실정형법을 전제해야만 가능한 개념이다. 무엇보다도 “사건과 가해자 중심으로 작성되는 공식통계에서 확인할 수 없는 범죄현상을 더 정확히 파악한다”는 전국범죄피해조사의 근본적인 취지를 되새겨볼 필요가 있다. 전국범죄피해조사의 이러한 근본 취지를 고려하여, 조사의 정확성과 면밀성을 제고하기 위해서는 조사대상이 되는 일상범죄의 범위를 적어도 횡령이나 명예훼손 등의 생활밀착형 일상범죄까지 포함할 수 있도록 확대하고, 범죄피해유형분류의 수준 또한 가급적 형법각칙상 주요 범죄구성요건에 부합할 수 있도록 보완해야 할 것이다. 그럼으로써 범죄원인과 범죄유형에 대한 분석이 더 상세하고 정확해질 것이며, 더 나아가 각 범죄유형에 대한 형사정책의 효과성도 더 높게 담보될 수 있을 것이다.

형법적 관점에서 본 전국범죄피해조사의 문제점과 개선방안	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.08.09.	2021.08.25.	2021.09.17.

47) 박성훈 외, 앞의 책, 494-501면 참조.

48) Briel, u.a., Deutscher Viktimisierungssurvey 2017, S. 14.

[참고문헌]

- 김민영·한민경·박희정, 전국범죄피해조사 2018, 한국형사정책연구원, 2019
- 김성돈, 형법각론 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016
- 김은경·최수형·박정선, 2008년 한국의 범죄피해에 관한 조사연구(VI), 한국형사정책연구원, 2010
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018
- 박성훈·김민영·조성현·박희정·조경호·김영원·박민규·박철현·이명진·임석순·엄효진·장안식·최형아, 전국범죄피해조사(X) - 범죄피해조사 방법론 연구 -, 한국형사정책연구원, 2020
- 배종대, 형법각론 제11개정판, 홍문사, 2020
- 배종대·홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019
- 오영근, 형법각론 제5판, 박영사, 2019
- 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제10보정판, 박영사, 2018
- 기광도, 한국의 범죄피해조사의 평가 및 개선방안: 개괄적 고찰, 피해자학연구 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002
- 박철현, KIC 범죄피해조사 조사설계 수정의 효과, 범죄와 비행 제3권, 한국범죄비행학회, 2012
- 이순래, 범죄피해조사의 개선방안에 관한 연구 - 조사표의 문항구성을 중심으로, 피해자학연구 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002
- 이순래·박철현, 범죄피해조사의 수정과 발전, 공공정책연구 제32집 제2호, 동의대학교 지방자치연구소, 2016
- Christoph Birkel / Daniel Church / Dina Hummelsheim-Doss / Nathalie Leitgöb-Guzy / Dietrich Oberwittler, Deutscher Viktimisierungssurvey 2017. Opfererfahrungen, kriminalitätsbezogene Einstellungen sowie die Wahrnehmung von Unsicherheit und Kriminalität in Deutschland, Bundeskriminalamt, 2018
- National Crime Victimization Survey(2016), Technical Documentation, 12/8/2017

### 【국문초록】

전국범죄피해조사는 국가승인통계로서 기존의 공식통계에서는 확인할 수 없는 범죄현상을 파악하여 범죄예방 및 피해자보호·지원정책을 수립하기 위한 기초자료로 활용된다. 그런데 본 조사표의 각 문항과 보기의 내용, 그리고 응답내용을 체계적으로 분류하는 기준인 판별조건식에 따른 범죄유형분류는 형법과 상당한 차이를 보여주고 있다. 이러한 차이는 전국범죄피해조사가 국가승인통계로 발돋움하기 전부터 이미 인지되고 있었으나, 2008년 범죄피해조사 개편위원회에 의한 개편에도 불구하고 이러한 문제가 해소되지는 않았다. 전국범죄피해조사의 모범이 된 미국의 전국범죄피해조사(NCVS)도 미국 각 주의 형법과 상당한 차이를 보여주고 있으며, 이러한 현상은 우리와 유사한 법체계를 갖고 있는 독일에서도 나타나고 있다. 이는 범죄사건을 바라보는 법률의 관점과 피해조사의 관점 사이에 존재하는 근본적인 차이로 인한 불가피한 결과라 할 수 있다. 다만 그렇다 하더라도, 범죄화·비범죄화의 논의를 위한 것이 아니라면 범죄개념은 결국 실정형법에 근거해야 한다. 따라서 범죄피해조사의 조사대상 범죄유형은 형법각칙상 주요 범죄구성요건의 구분에 부합할 수 있도록 수정·보완되어야 한다. 그리고 범죄피해조사의 근본적인 취지를 고려해 본다면, 조사대상이 되는 일상범죄의 범위를 더 확대하고, 범죄유형분류의 수준 또한 가급적 형법각칙상 주요 범죄구성요건에 부합할 수 있도록 수정·보완해야 한다.

**【Abstract】**

Problems and Improvement of Korean Crime Victim Survey  
with regard to Criminal Law

Im, Seok Soon

(Assistant Professor(Dr. jur.), School of Law & Business  
Administration, Hankyong National University)

Korean Crime Victim Survey(KCVS), a statistics designated by the Commissioner of the Statistics Korea, produces information on crime victimization including unreported crime incidents. KCVS provides data that is used in establishing policies for preventing crime and for protecting and supporting crime victims. The questionnaires of KCVS are constructed based on the taxonomy of crimes that systematically classifies reported crime incidents according to the combination of answers to a set of questions. However, the classification of crimes used in KCVS shows significant discrepancies from Criminal Act.

The discrepancies between Criminal Act and KCVS was not unknown but the KCVS Reorganization Committee failed to resolve this issue when modifying the KCVS questionnaires in 2008. The inconsistencies between criminal acts and victimization surveys, which are also observed in the US and Germany, result from fundamental differences between the legal viewpoints and the perspectives of victimization surveys in terms of understanding crime incidents. Although it can be acceptable to use crime classifications divergent from Criminal Act in the effort of law amendment, a taxonomy of crimes more consistent with current criminal laws should be more helpful when using

KCVS data in policy making. Therefore, the taxonomy and definitions of crimes in KCVS should be modified in such a way as to conform to Criminal Act.

주제어(Keyword) : 전국범죄피해조사(KCVS), 범죄유형분류(Crime Taxonomy), 판별조건식(Crime Discriminant), 범죄피해유형(Crime Type), 범죄개념(Crime Concept)



## 노조법상 근로자 개념에 대한 재검토\*

최 홍 기\*\*

### ▶ 목 차 ◀

I. 문제의 제기	2. 판례
II. 노조법상 근로자 개념의 의의와 기본구조	IV. 노조법상 근로자 개념의 재검토 및 향후 과제
1. 헌법 제33조상 ‘근로자’와 노조법상 ‘근로자’	1. 노조법상 근로자 개념의 해석
2. 노조법상 ‘근로자’와 근기법상 ‘근로자’	2. 노조법상 근로자 개념의 판단 기준 재검토
3. 노조법상 근로자 개념의 기본 요소	3. 노조법상 근로자 개념 판단 방법의 문제점과 한계
III. 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 논의	4. 새로운 형태의 노무제공자를 위한 입법정책적 과제
1. 학설	V. 나오며

### I. 문제의 제기

근로자 개념은 노동법 적용의 출발점이자, 핵심적인 연결점으로써, 노

\* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A5A2A03035422). 필자가 소속된 기관의 공식 입장과는 무관하며, 필자 개인의 견해를 밝혀둡니다. 심사과정에서 유익한 의견을 주신 심사위원들께 감사드립니다.

\*\* 한국고용노동교육원 교수, 법학박사.

동법의 성격과 외연(外延)을 확정하는 데에 있어서 가장 중요한 기준이 된다.<sup>1)</sup> 다시 말해서, 노동법의 적용여부를 둘러싼 판단은 ‘근로자’라는 지위와 직결되고 있으므로, 그 개념적 경계를 확정하는 문제는 이론적으로나 실무적으로도 중요한 과제가 아닐 수 없다. 주지하다시피, 근로자 개념을 둘러싼 문제는 우리나라뿐만 아니라, 주요 외국(독일, 일본 등)에 있어서도 오랜 논쟁의 대상이 되어오고 있다.<sup>2)</sup>

현행 헌법은 노동기본권과 관련한 규정을 두면서 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있는데(헌법 제32조 제1항, 제33조 제1항 내지 제3항), 그 의미에 대해서는 달리 밝히지 않고 있다. 그렇기 때문에 헌법상 노동기본권 규정에 기초해 제정된 노동관계법령상의 ‘근로자’ 정의규정을 구체적으로 살펴볼 필요가 있게 된다. 이때, 개별적 근로관계법의 기본법이라 할 수 있는 근로기준법(이하, ‘근기법’이라 한다)과 집단적 노사관계법의 기본법인 노동조합 및 노동관계조정법(이하, ‘노조법’이라 한다)은 ‘근로자’의 정의규정을 각기 달리 두고 있다.

즉, 근기법은 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람”을 ‘근로자’로 정의하고 있는데(근기법 제2조 제1항 제1호) 비해, 노조법은 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 ‘근로자’로 정의함으로써(노조법 제2조 제1호), 양 법률상의 근로자 개념을 어떻게 이해하고, 해석할 것인지가 오랜 논쟁의 대상이 되고 있다.

최근 대법원은 이른바 ‘학습지 교사 판결’<sup>3)</sup>을 통하여 노조법상 근로자 개념의 판단을 위한 기준을 구체적으로 정비하고, 이를 통해 근기법상 근로

1) 김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018, 26-27면. 김형배 교수에 의하면, 노동법은 ‘근로자’의 보호를 목적으로 하는 법이므로, 누가 ‘근로자’인지를 규명하지 않고는 노동법의 성질을 정확히 파악할 수 없다고 강조한다.

2) Henssler/Pant, Europäisierter Arbeitnehmerbegriff, RdA, 2019; Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA, 2019; 島添 聰一郎, 労働組合法上の労働者性について(事例の検討を中心に), 中央労働時報(1225), 勞委協會, 2017; 橋本陽子, 労働者の基本概念 - 労働者性の判断要素と判断方法 -, 弘文堂, 2021 등 참고.

3) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결.

자 개념과의 명확한 구분을 시도하였다. 그리고 일련의 후속판결<sup>4)</sup>을 통해 종래의 일시적 실업자 및 구직 중인 자를 넘어, 근로계약관계가 아닌 다른 계약관계에 취업 중인 노무제공자(특수형태근로종사자 및 플랫폼노동종사자 등, 이하 ‘노무제공자’라 한다)에게까지 노조법상 근로자의 지위를 적극 인정함으로써, 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 논의를 다시 한번 촉발시키고 있다.

이상의 배경을 고려하여, 본고에서는 노조법상 근로자 개념과 관련한 그동안의 논의를 종합적으로 분석·정리하고, 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 주요 쟁점과 과제에 대해서 검토해보고자 한다.

이하에서는 노조법상 근로자 개념의 의의와 기본구조를 먼저 살핀 후(Ⅱ), 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 학설 및 판례를 전반적으로 분석·정리하여, 그 의의와 문제점을 도출하도록 한다(Ⅲ). 그리고 노조법상 근로자 개념의 판단기준 및 방법 등을 재검토해보고, 나아가 최근에 논의되고 있는 새로운 형태의 노무제공자를 위한 입법정책적 과제도 함께 살펴본 후(Ⅳ), 요약·정리하면서 본고를 마치도록 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 노조법상 근로자 개념의 의의와 기본구조

### 1. 헌법 제33조상 ‘근로자’와 노조법상 ‘근로자’

일반적으로 헌법 제32조와 제33조는 ‘노동헌법’ 내지 ‘노동기본권’이라고 불리우며,<sup>5)</sup> 노동관계법령의 목표이자 근거조항으로서 기능하고 있다.<sup>6)</sup>

4) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결; 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결; 부산고등법원 2020. 8. 26. 선고, 2019나58639 판결 등.

5) 근로자의 보호를 위한 헌법조항을 총괄하여 보통 노동헌법(Arbeitsverfassung)이라 하며, 노동헌법의 핵심이 되는 것이 헌법 제32조와 헌법 제33조라 할 수 있다. 이러한 규정들은 ‘노동기본권(김형배 교수, 김치선 교수, 이병태 교수, 박상필 교수, 이을형 교수, 하갑래 교수, 박종희 교수, 이희성 교수 등),’ 내지 ‘근로기본권(권영성 교수, 성낙인 교수, 이상운 교수 등),’ ‘근로활동권(허영 교수),’ ‘단결활동권 내지 광의의 단결권

헌법 제32조는 개별적 근로관계법과 노동시장법(고용정책법), 헌법 제33조는 집단적 노사관계법의 토대를 이루고 있다.

그렇다면, 근기법(제2조 제1항 제1호)과 노조법(제2조 제1호)에서 각각 정의하고 있는 ‘근로자’ 개념은 헌법(제32조 제1항, 제33조 제1항 내지 제3항)에서 사용되고 있는 ‘근로자’의 의미와 어떠한 관계에 있는 것인지부터 의문이 들 수 있다.<sup>7)</sup> 특히 본고에서는 헌법 제33조상의 ‘근로자’와 노조법상 ‘근로자’의 의미와 상호 관계에 큰 관심을 두고 있다. 과연 헌법 제33조상 ‘근로자’와 노조법상 ‘근로자’는 동일한 의미인 것인가?

이와 관련해, 국내 대부분의 헌법학자<sup>8)</sup>들과 노동법학자<sup>9)</sup>들은 헌법상의 독자적인 근로자 개념을 인정하기보다는 헌법상 ‘근로자’는 노조법상 ‘근로자’ 정의규정과 사실상 동일한 의미를 가지는 것으로 인식하고 있다. 물론, 상위 헌법과 하위 법률이라는 상하위 규범 간의 도식관계를 전제한다면, 비록 ‘근로자’라는 동일한 표현을 사용하더라도, 헌법상 ‘근로자’에 포섭되는

(임종률 교수) 등 논자마다 다양한 용어로 표현하고 있으며, 노동기본권을 구성하는 근거규정에 있어서도 논자마다 일부 차이가 존재한다.

- 6) Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA, 2018, S.329.
- 7) 이러한 부분과 관련하여, 헌법 제정 당시의 논의를 상기해보면, ‘노동자’라는 용어는 ‘육체’ 노동자라는 의미를 강하게 띠고 있으므로, ‘비육체’ 노동자까지 아우를 수 있는 보다 넓은 개념으로써, ‘근로자’라는 용어를 채택한 것으로 보이지만, 근로자의 외연을 넓히고자 했던 의도는 헌법, 근기법, 노조법이 모두 ‘근로자’라는 용어를 사용함으로써, 적지 않은 혼란이 제기되고 있다. 이러한 부분에 대한 종래의 비판으로는 박제성, “텍스트 다시 읽기 - 근로기준법상 서면합의와 노조법상 근로자 개념에 대해서-”, 「노동법연구」(제15호), 서울대 노동법연구회, 2003, 272면. 참고로 일본의 경우 헌법에서는 ‘근로자(勤勞者)’, 근기법 등 노동관계법령에서는 ‘노동자(勞働者)’로 표현하고 있다.
- 8) 허영, 「한국헌법론」(전정 17판), 박영사, 2021, 572면; 한수웅, 「헌법학」(제10판), 법문사, 2020, 1052면; 성낙인, 「헌법학」(제20판), 법문사, 2020, 1509면; 이준일, 「헌법학강의」(제6판), 홍문사, 2015, 795-796면; 홍성방, 「헌법학(중)」, 박영사, 2010, 275면; 계획열, 「헌법학(중)」(신정2판), 박영사, 2007, 772면; 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2006, 543면 등.
- 9) 김형배, 앞의 책, 913면; 김유성, 「노동법Ⅱ」(전정판), 법문사, 1998, 52면; 임종률, 「노동법」(제19판), 박영사, 2021, 25면; 하갑래, 「노동법」(제4판), 중앙경제, 2021, 17면; 이상윤, 「노동법」(제17판), 법문사, 2021, 68-69면, 563면; 이정, 「노동법의 세계」, 한국외대 지식출판원, 2015, 39면; 이영희, 「노동법」, 법문사, 2001, 102면 등.

외연은 하위 법률(노조법)에서 규정하고 포섭하는 근로자의 외연보다 적어도 같거나 크다는 점을 고려해, 독자적인 헌법상 근로자 개념을 인정하는 견해<sup>10)</sup>도 일부 제기되고 있는데, 이 역시 수궁이 가는 부분이 없지 않다.

이러한 논의와 관련해, 헌법 제33조의 근로자 개념에 대해서 헌법재판소가 직접적으로 판단한 바는 아직 없는 것으로 확인되지만, ‘사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판 결정’<sup>11)</sup>을 통해 그 의미를 간접적으로 찾아볼 수 있다.

동 결정의 다수의견과 김양균 재판관의 반대의견에 의하면, 헌법 제33조상의 ‘근로자’는 여러 노동관계법령의 규정들을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다는 입장을 보였다. 즉, 동 결정의 다수의견에 따르면 “교원은 학생들에 대한 지도교육이라는 노무에 종사하고, 그 노무제공에 대한 대가로 받는 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람이므로 교원 역시 근로관계법에서 정의하고 있는 통상적인 의미의 근로자인 성격을 가지고 있음에는 틀림이 없다(구 근기법 제14조, 구 노조법<sup>12)</sup> 제4조.”고 하였고, 김양균 재판관의 반대의견 역시 “우리 헌법은 노동3권의 향유주체를 ‘근로자’로 명시하고 있는데, 다른 기본권이 대부분 ‘모든 국민’을 그 향유주체로 하고 있는 점<sup>13)</sup>과 대비해 볼 때, 적어도 그 범위가 ‘모든 국민’보다

10) 박종희·윤재왕, “관례의 법형성적 기능과 한계”, 「고려법학」(제70호), 고려대 법학연구원, 2013.9, 205-206면; 강희원·김영문, 「근로자개념과 계약의 자유」, 중앙경제, 2001, 79면; 강희원·김영문·이상윤·조준모, 「특수고용직종사자의 법적지위」, 중앙경제, 2002, 29면 등.

11) 헌법재판소 1991. 7.22. 선고 89헌가106 결정.

12) 이하에서는 동 결정문에서 인용하고 있는 법률이나 조문이 현행 노동관계법령과 차이를 보이는 점을 고려해, 구(舊) 라고 추가하여 표기하도록 한다.

13) 우리 헌법은 제2장 「국민의 권리와 의무」에서 모든 ‘국민’에 대하여 기본권을 확인하고 있는데, 유독 제33조의 노동3권에 관하여는 그 주체를 ‘근로자’로 한정하고 있다. 그러나 노동3권의 보장목적과 관련지어 보면, 그 주체를 근로자에 한정할 것이 어색하지 않다. 노동3권의 보장은 근로자들에게 새로운 특권을 부여해 주기 위함이 아니라, 집단적 자치에 기반한 ‘근로조건의 향상’을 통해 그들이 일반적인 개인으로서 헌법상 이미 보장받은 기본권 —인간으로서의 존엄과 가치, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리 등—을 실질적으로 보장받을 수 있도록 하기 위함이기 때문이다. 즉, 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건의 향상을 위하여’라는 문언상 필연적으로 그 적용대상은 ‘근로자’가 될 수밖에 없기 때문에, 그 행사주체를 근로자로 한정할 것에는 문제가

좁은 것이 명백하지만, 적극적으로 그 개념정의를 하고 있지는 않기 때문에 헌법의 위임을 받은 하위법률에 의거하여 그 개념을 파악할 수밖에 없는 것이다.”라고 하면서 “구 근기법(제14조)이나 구 직업훈련기본법(제2조 제2호), 구 노조법(제4조) 등에서 근로자에 대한 개념정의 규정을 찾아 볼 수 있는데, 구 근기법은 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자’라고 하고 있고 구 직업훈련기본법은 ‘사업주에 고용된 자와 취업할 의사를 가진 자’라고 하고 있고, 구 노조법은 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료·기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’라고 하고 있다. 이상의 여러 법률에서 근로자의 개념정의를 종합해 보면, 근로자라 함은 첫째, 직업의 종류를 불문하고, 둘째, 근로를 제공하고, 셋째, 그 대가로 받는 임금·급료·기타 이에 준하는 수입으로 생활하는 자를 의미한다”고 하여 실정 법률상의 정의규정을 기초로 헌법 제33조상의 근로자 개념을 설정하였다.

이를 종합해보면, 헌법 제33조상의 근로자 개념은 i) 직업의 종류를 불문하고, ii) 근로나 노무를 제공하고, iii) 그 대가로써 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자로 정리해볼 수 있다.<sup>14)</sup>

반면, 변정수 재판관의 반대의견에 따르면, “헌법 제33조 제1항이 규정한 노동3권의 향유주체로서의 근로자란 구 노조법 제4조가 규정하고 있듯이, 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”라고 하여, 이상의 의견들과 달리, ‘근로 내지 노무의 현실적인 제공’을 헌법상 노동3권의 향유주체로서 근로자의 개념표지로 요구하지 않고, 사실상 노조법상의 근로자 정의규정을 그대로 원용하였다. 이는 앞서 언급한 국내 헌법학자 및 노동법학자들의 입장과 사실상 동일하다.

이상의 의견들을 통해 알 수 있는 것은, 의견 간 다소 차이가 존재하기는 하나, 다수의견과 반대의견 모두 헌법상 노동3권의 행사주체인 ‘근로자’의 의미를 밝히는 데에 있어서 학설과 같이 하위 실정 법률상의 정의규정을

---

없을 것이다.

14) 이는 노조법상 근로자 개념을 판단하는 부분에 있어서 기본적 요소로써 고려할 필요가 있다.

그대로 받아들이거나, 여러 법률상의 정의규정을 형식적으로 종합하였고, 그와 별개로 헌법규정에 대한 해석을 통해 독자적인 헌법상의 근로자 개념을 설정하려고 하지는 않았다는 것이다. 이는 헌법 제33조상 근로자 의미와 노조법이 정하고 있는 근로자의 의미가 크게 다르지 않다고 보는 것이다.

요컨대, 헌법은 제33조에서 근로자의 노동3권을 규정하면서 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있는데, 헌법이 근로자 개념을 정의하고 있지 않기 때문에 -물론 정의할 수도 없기 때문에- 하위 법률에 그에 대한 구체화를 위임하고 있다. 이러한 맥락에서 노조법은 제2조 제1호에서 근로자에 대한 개념정의 규정을 별도로 두고 있는 것이다. 근기법상 근로자 개념과 헌법상 근로자 개념은 그 차별성이 뚜렷하여 관계성 여하를 크게 논할 필요가 없어 보이나, 노조법상 근로자 개념과 헌법상의 근로자 개념은 그 관계성이 문제시 될 수 있다. 특히 오늘날 경제·사회 및 산업구조의 변화로 인해 노동시장에서 다양한 형태의 노무제공자들이 새롭게 등장함에 따라, 이들의 노동기본권 보호 여부를 두고, 해석상의 쟁점이 다양하게 제기될 수 있다. 이와 관련하여, 노조법상 근로자 개념과 헌법상 근로자 개념 간에는 차이가 있고 헌법상으로는 근로자로 인정되지만, 노조법상의 근로자로는 인정되지 않는 노무제공자가 있을 수 있기 때문에 논의할 실익이 있다는 주장<sup>15)</sup>도 있으나, 학설 및 헌법재판소의 결정에 따르면, 헌법상 근로자 개념과 노조법상 근로자 개념을 달리 논의할 실익은 크지 않아 보인다. 다만, 노조법상 근로자 개념을 이해하는 부분에 있어서는 헌법 제33조의 보호목적에 충분히 고려할 필요가 있는데, 이에 대해서는 후술하도록 한다.

## 2. 노조법상 ‘근로자’와 근기법상 ‘근로자’

다음으로 노조법상 근로자 개념과 근기법상 근로자 개념의 의미와 관계도 문제시 된다. 즉, 노조법상 ‘근로자’와 근기법상 ‘근로자’는 과연 동일한

---

15) 이와 관련한 최근의 논의로는 김영문·김혜린, “노동조합법상 근로자 개념 확대와 그 후속문제에 대한 단상”, 「노동법학」(제72호), 한국노동법학회, 2019.12, 151면 참고.

개념인가?

이러한 질문에 대한 답은 의외로 간단하다. 양 법률을 형식적으로 살펴 보면, 그렇지 않다는 것이다. 즉, 앞서 언급한 바와 같이, 근기법과 노조법은 근로자의 개념정의의 달리 규정하고 있다. 근기법은 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람”을 ‘근로자’로 정의하고 있는데(근기법 제2조 제1항 제1호)<sup>16)</sup> 비해, 노조법은 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 ‘근로자’로 정의하고 있다.<sup>17)</sup>

노조법상 근로자 개념은 근기법상 근로자 개념과 다음과 2가지 점에서 차이가 있다.<sup>18)</sup> 첫째, 노조법상 근로자 개념은 근기법과 달리 사업 또는 사업장의 존재를 상정하지 않고 있다. 둘째, 보수를 근로제공의 대가로서 임금에 국한하지 않고, 그에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자도 근로자에 포함하고 있다. 즉, 넓은 의미의 급료생활자로 인정되면 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통해 자신의 근로조건을 개선할 수 있도록 자주적으로 단결하고 단체행동 등에 참여할 수 있는 일반적 권능이 부여된다고 볼 여지가 있다.

하지만, 노조법상 근로자 개념과 근로자 개념의 의미와 관계를 파악함에 있어서는 정의규정에 기초하여 형식적으로 접근할 것이 아니라, 헌법 제33조가 노동3권을 보장하고 있는 취지 및 노동3권의 체계 및 내용을 고려한 실질적이고 종합적인 관점에서 양자를 살펴볼 필요가 있다.<sup>19)</sup> 노조법상 근

16) [참고] 일본 노동기준법 제9조: 이법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업소에서 사용되는 자로서 임금이 지급받는 자를 말한다.

17) [참고] 일본 노동조합법 제3조: 이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

18) 김형배·박지순, 「노동법강의」(제10판), 신조사, 2021, 34면. 노조법상의 근로자 정의를 제외하고 그밖의 주요 노동관계법상 근로자 개념은 모두 근기법상 근로자 정의를 준용하고 있다(최저임금법 제2조, 근로자퇴직급여보장법 제2조 제1호, 산업안전보건법 제2조 제3호, 임금채권보장법 제2조 제1호 등). 특히, 집단적 노사관계법 내지 협력적 노사관계법의 대표적인 법령인 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률에서도 근기법상 근로자 정의를 따르고 있는데 반해(제3조 제2호), 노조법에서 예외적인 정의규정을 둔 입법자의 의사는 무엇인지를 탐구하는 것은 의미있는 작업이 아닐 수 없다.

로자 개념과 근기법상 근로자 개념의 구별문제는 노동법상 근로자 개념을 이해하는 데에 있어서 중요한 쟁점이기도 하므로, 이하에서는 형식적 관점에서 그 개념요소를 계속 살펴보도록 하고, 실질적이고 종합적인 관점에서의 판단은 아래에서 항을 나눠 보다 구체적으로 검토해보도록 한다.

### 3. 노조법상 근로자 개념의 기본요소

노조법이 적용되는 근로자의 개념은 ‘직업의 종류를 불문’, ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입’, ‘이에 의하여 생활하는 자’라는 3가지 개념요소로 구성되어 있다.<sup>20)</sup>

#### (1) 직업의 종류를 불문

노조법상 근로자 개념의 해당 여부를 판단함에 있어서 원칙적으로 직업의 종류는 불문한다. 일반적으로 직업이라 함은 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며, 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는 것”<sup>21)</sup>을 의미하므로 원칙적으로 직업이 없거나, 계속적인 소득활동이 없는 경우에는 노조법상 근로자에 포함한다고 보기 어렵다. 반면, 직업이나 계속적인 소득활동이 있다면, 정신노동과 육체노동의 구별은 문제되지 않으며, 상용·일용·임시직·축탁직 등의 근무형태나 직종·직급 등의 요소는 노조법상 근로자의 판단기준이 되지 않는다.

대법원의 판례 역시 ‘노조법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다’고 할 것

19) 왜냐하면, 대법원 역시 노조법상 정의규정에 기초해 개념적 접근을 시도하기 보다는 사용종속관계를 중심으로 노조법상 근로자 개념을 파악하고 있기 때문이다. 이는 근기법의 경우와 다르지 않다. 물론 범문에 없는 사용종속관계라는 요소를 핵심적 판단기준으로 드는 것에 의문이 없는 것은 아니지만, 대법원의 판례를 전반적으로 분석·검토한다는 관점에서 사용종속관계를 중심으로 논의해보도록 한다.

20) 이하의 내용은 노동법실무연구회(권두섭), 「노동조합 및 노동관계조정법 주해 I」, 박영사, 2015, 129면 이하; 대검찰청, 「노동법 별칙해설II」, 2019, 69-71면 등을 주로 참고.

21) 헌법재판소 1993.5.13. 선고 92헌마80 결정 참고.

이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것'이라는 취지로 판시한 바 있다.<sup>22)</sup> 이는 노조법상 근로자를 판단함에 있어서 형식보다는 실질을 중요시 한다는 의미이다.

다만, 수급인이나 수임인은 원칙적으로 사용종속관계에서 사용자의 지휘·감독을 받으며 노무를 제공하는 자가 아니라는 점에서 노조법상 근로자의 범위를 도급이나 위임관계에 있는 근로자에게까지 확대하는 것은 제한해석할 필요가 있다. 물론 형식적으로 수급인 또는 수임인일지라도 실질적으로 도급인(위임인)에 종속되어 근로조건에 있어서 대등한 교섭력이 없이 사용자가 일방적으로 정한 임금 그 밖의 근로조건 기준을 수동적으로 수용하면서 노무를 제공하는 자는 노조법상 근로자로 볼 여지가 크겠지만, 그러한 경우가 아니라면 노조법상 근로자를 인정하기 어렵다.<sup>23)</sup>

## (2) 임금·급료 기타 이에 준하는 수입

일반적으로 '임금'은 일반적으로 근기법상의 임금과 같은 개념을 의미하는 것으로 본다.<sup>24)</sup> 현행 근기법 제2조 제1항 제5호에 따르면, 임금은 "사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 말한다"고 규정하고 있다. 참고로 이 규정은 '임금'의 의미(근로의 대가, 명칭 불문, 사용자가 근로자에게 지급하는 금품)만을 분명히 밝히는 데에 그치는 것이 아니라, 근로기준법상 근로자 정의규정의 핵심요소(임금을 목적으로...근로를 제공하는 자)로서 '임금'의 의미도 명확하게 밝히고 있다.<sup>25)</sup> 따라서, 만약 노조법상 근로자 정의규정 중 '임금'의 의미

22) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.

23) 김형배, 앞의 책, 914면. 이와 견해를 달리하는 입장으로는 박제성, 앞의 논문, 273면.

24) 원칙적으로 노조법상 근로자 개념과 근기법상 근로자 개념은 서로 독자적인 적용대상을 고려하여 정의되었다면, 노조법에서의 임금을 근기법상의 임금과 동일한 개념으로 이해해야 한다는 점은 그 근거가 명확하지 않은 측면이 있다. 참고로 일본 노동조합법상 '임금'이라는 용어가 노동기준법상 '임금'의 정의 이전에 제정된 점(菅野和夫, 勞働法(第12版), 弘文堂, 2019, 829頁 각주3)을 고려해보면, 이러한 이해가 명확한 지에 대해서는 의문이 있다.

25) 김형배·박지순, 앞의 책, 276면.

를 해석함에 있어서, 근기법상 ‘임금’과 동일한 개념을 의미한 것으로 보아 이해를 하게 된다면, ‘임금을 목적으로…근로를 제공하는 자’라는 부분, 즉, 사용종속성(인적종속성)은 근로자 개념의 기본적 판단요소로써 고려될 필요가 있다.

임금에 대하여 대법원 판례는 “근로기준법 제2조 제1항 제5호에서 규정하고 있는 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금원으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급하고 그 지급에 관하여 사용자가 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 따라 지급의무를 부담하는 것을 의미한다”고 판시하고 있다.<sup>26)</sup>

‘급료’는 노무에 대한 보수로서 사용자 지급하는 금전 등을 의미하는데, 사실상 ‘임금’과 같은 개념으로 여겨진다.<sup>27)</sup> 이와 관련하여, 우리와 동일·유사하게 근로자를 정의하고 있는 일본 노동조합법에서도 ‘임금’과 ‘급료’라는 표현이 사용되고 있는데, ‘임금’은 생산직 근로자의 노무제공에 대한 보수로, ‘급료’는 사무직 근로자의 노무제공에 대한 보수로 해석된 바 있고,<sup>28)</sup> 이는 당시 일본의 사회적 용어를 차용하여 규정한 것으로 설명되기도 한다. 종래 독일에서도 생산직 근로자는 Arbeiter로, 사무직 근로자는 Angestellte로 구별하고, 전자의 보수로서 Lohn을, 후자의 보수로서 Gehalt를 사용한 용례를 고려해본다면, 임금이나 급료는 사실상 동일한 의미로 이해하여도 무방하다고 생각한다.

이상의 논의를 고려해보면, 결국, ‘이에 준하는 수입’이 노조법상 근로자 개념의 해석에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 이와 관련해, ‘이에 준하는 수입’은 근로대가의 형태를 신축적으로 규정한 것에 지나지 않으며, 근로계약과 그 성격을 달리하는 계약관계에 있는 자(노무제공자)들까지도 노조법상 근로자에 포함하는 의미로 해석될 수는 없다는 견해<sup>29)</sup>와 집단적 노사관계

26) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 판결.

27) 임종률, 앞의 책, 36면.

28) 菅野和夫, 勞働法(第12版), 弘文堂, 2019, 829-830頁 참고.

29) 김형배·박지순, 앞의 책, 37면; 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 207면. 유사한 취지로는 이정, 앞의 책, 62면; 이상윤, 앞의 책, 565면. 이상윤 교수는 임금·급료 기타 이에 준하는 수입을 근로자가 타인에게 고용되어 근로를 제공하고 그 보수로서 받는 것

법의 적용대상인 근로자 개념은 개별적 근로관계법상의 그것보다 넓게 파악해야 하는 바, ‘기타 이에 준하는 수입’이 그러한 해석이 가능할 수 있는 근거가 되는 개념요소로 보는 견해<sup>30)</sup>가 크게 나뉘고 있다.

판례는 ‘이에 준하는 수입’에 대하여 독자적인 의미를 부여하지 않고 판단한 것들이 대부분인데, 이례적으로 “캐디피를 노동조합법 제2조 제1호 소정의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 못 볼 바는 아니다”고 판시한 판결<sup>31)</sup>도 있다.

### (3) 이에 의하여 ‘생활하는 자’

임금 등의 수입에 의하여 ‘생활하는 자’<sup>32)</sup>의 의미는 현실적으로 생활하고 있는 사람을 의미한다. 따라서, 임금 등의 수입에 의하여 생활하고 있지 못하는 사람은 노조법상 근로자에 포함될 수 없다. 이와 관련하여, 영세자영업자처럼 독립적인 노무를 제공하는 자는 원칙적으로 노조법상 근로자에 포함될 수 없으며, 학생이나 부랑자처럼 근로의사가 없는 자도 마찬가지라고 볼 수 있다.<sup>33)</sup>

‘생활하는 자’와 관련하여 판례<sup>34)</sup>는 일시적 실업자, 구직자 등도 일부 노조법상의 근로자성을 인정하였는데, 이는 노조법상 근로자 정의규정의 문언해석 범위를 벗어난 것은 아닌지 의문이 들기도 한다. 이러한 판례에 대한 평가는 이하에서 구체적으로 내려보도록 한다.

일체로 봄으로써, 달리 구별하지 않고 있다.

30) 김유성, 앞의 책, 53면; 임종률, 앞의 책, 36면; 김소영, “특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제”, 『사회변동과 사법질서』, 김형배교수정년퇴임기념논문집, 2000, 258면 등.

31) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.

32) 노조법 근로자 정의규정상 ‘생활하는 자’라는 표현은 근기법 근로자 정의규정상 ‘근로를 제공하는 자’라는 표현에 비해 사용종속성을 덜 고려할 수 있는 근거로 보는 견해로는 하갑래, 앞의 책, 39면.

33) 임종률, 앞의 책, 36면.

34) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

#### (4) 검토

노조법상 근로자 정의규정에서 명시적으로 밝히고 있는 개념요소는 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 기준으로 기능하기에는 충분하지 않은 측면이 있다. 그렇기 때문에 실제 법원도 노조법상 근로자 정의규정을 기초로 개념적 접근은 거의 시도하지 않는 것으로 보인다.

일각에서는 ‘기타 이에 준하는 수입’을 적극적으로 해석하여, 노조법상 근로자 개념을 확대하려는 이론적 시도가 오래 전부터 있어 왔지만,<sup>35)</sup> ‘기타 이에 준하는 수입’에 의해 생활한다는 의미가 임금을 전제로 하는 근로자 범주와 다른 노무제공자의 범주를 지칭한 것으로 명확히 밝혀진 바 없으며, 이는 근로의 대가 형태를 신축적으로 규정한 것에 지나지 않는다고 봄이 상당하다.

즉, 사용자의 지휘·명령을 받아 노무를 제공하는 것을 전제로 하면서, 임금의 근로대가성에 대한 판단에 있어서 노무의 반대급부로 받는 금전의 명칭에 관해서는 특별히 고려할 필요가 없다는 의미일 뿐이지, ‘기타 이에 준하는 수입’ 때문에 근로관계가 아닌 그 밖의 계약관계에 있는 자들까지 노조법상 근로자 개념에 포섭하려는 입법적 의도는 아니라고 볼 수 있다. 이는 앞서 살펴본 헌법재판소의 결정에서도 임금·급료·기타 이에 준하는 수입이 달리 구분되어 판단되지 아니하였던 점을 고려해보면, 쉽게 확인할 수 있다.

다른 한편, 노조법상 근로자 개념에 해당하기 위해서는 이상의 3가지 개념요소 이외에도 근로자와 사용자 사이에 사용종속관계(경제적 종속성)가 존재가 존재하여야 한다는 견해<sup>36)</sup>가 제기되고 있지만, 사용종속관계의 존재는 근기법이나 노조법상 근로자에게 공통적으로 요구되는 내재적 요소라고 볼 수 있으므로, 별개의 요건으로 추가할 필요는 없어 보인다.

결국, 현행 노조법상 근로자 개념 정의규정으로부터 근로자성을 판단하기 위한 직접적이고 명확한 판단기준을 도출하기가 쉽지 않기 때문에, 이론

35) 이와 관련된 다양한 견해의 정리는 노동법실무연구회, 앞의 책, 131-133면 참고

36) 이상훈, 앞의 책, 565면.

적으로나 실무적으로 유형적 접근이 불가피한 측면이 있다. 따라서, 이하에서는 개념적 접근에 대한 논의보다는 대법원의 판례를 중심으로 유형적 접근과 관련한 논의에 집중해보고자 한다.

### Ⅲ. 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 논의

#### 1. 학설

##### (1) 개관

노조법상 근로자 개념을 파악·이해함에 있어서는 크게 2가지의 관점이 대립하고 있다. 즉, 전체 노동법 질서 내에서 통일적으로 적용되는 표지(예, 사용종속성)를 기초로 노조법과 근기법상의 근로자 개념을 하나로 이해하려는 관점과 노조법 및 근기법의 입법목적과 근로자 정의규정의 차이 등을 고려해, 근로자 개념을 다원적으로 이해·확대하려는 관점이 있다.

이하에서는 2가지 관점에 입각한 학설의 입장을 개괄적으로 정리하고,<sup>37)</sup> 이에 대한 검토를 해보도록 한다.

##### (2) 일원설

현행 노동법은 개별적 근로관계에 있는 근로자를 보호대상으로 하면서 근로조건을 최저한도를 국가의 관리·감독 아래 강행적으로 보호하는 근기법과 근로자들이 자주적으로 노동조합을 결성하여 단체교섭 및 쟁의행위를 통하여 사용자와 단체협약을 체결함으로써, 근로자들의 근로조건 개선과 보호영역의 확대를 목적으로 하는 노조법이 큰 축으로 구성되어 있다. 근기법은 근로계약을 기초로 개별 근로자를 보호대상으로 하고 있으므로, 사용자가 근기법상의 노동보호 규정을 위반하여 어느 특정 근로자에게 불이익을 주거나 법이 보장한 권익을 부여하지 않을 때에는 국가가 직접 개입하여 법

37) 박지순, “근로자개념론”, 대법원 노동법실무연구회 발표문, 2015, 26면 이하 참고.

에 보장된 근로자의 권익이 실현되도록 규율하고 있다. 이와 달리, 노조법은 근로자들의 자주적 단결체인 노동조합이 조합원인 근로자들의 근로조건 개선을 위하여 사용자와 단체교섭하고 때로는 쟁의행위를 통하여 단체협약을 체결할 수 있도록 보장함으로써 근로자들을 보호한다. 근기법이나 노조법은 그 보호방법이 다를 뿐 모두 근로자의 근로조건 유지·개선을 목적으로 하고 있으므로(근기법 및 노조법 제1조 참고),<sup>38)</sup> 근로계약관계에 있지 않은 노무제공자는 원칙적으로 근기법이나 노조법의 보호대상이 될 수 없다.

한편, 근기법은 근로조건들 중에서도 인간의 존엄성을 보장받는데 필요한 기본적 내용의 최저기준을 정하여 보호하는 법률이고(헌법 제32조 제3항 및 근기법 제1조), 노조법은 근기법이 규정하고 있는 최저기준 이상의 향상된 기준을 정하거나, 근기법이 규정하고 있지 않은 새로운 영역의 근로조건 기준을 설정하는 단체협약을 체결하도록 함으로써, 근로자를 보호하는 것을 궁극적 목적으로 한다(헌법 제33조 제1항 및 노조법 제1조). 즉, 노조법은 근기법보다 유리한 근로조건을 개선과 보호확대를 위한 단체협약을 노동조합과 사용자가 자율적으로 체결할 수 있는 (협약자치) 제도를 마련한 법률이다. 또한 근기법은 근대 산업화 초기에 열악한 근무환경에서 저임금을 받는 근로자들에게 국가가 최저한의 기본적 근로조건을 보장해 주기 위한 목적으로 제정된 법률인 데 비하여, 노조법은 근로자들이 자주적 단결을 통하여 사용자를 상대로 대등한 교섭력을 확보하여 근로조건을 향상할 수 있도록 노동조합의 단체교섭권 및 단체행동권(쟁의행위권)을 보호할 목적으로 제정된 법률이다. 하지만, 기본적으로 근로조건이라는 것은 근로자들의 임금, 근로시간, 근로환경 그 밖의 대우에 관한 근로계약관계의 내용을 구성하고 있는 것이므로,<sup>39)</sup> 근로계약관계에 있지 않은 자들에게는 원칙적으로 근기법이나 노조법상의 단체협약은 적용될 여지가 없다.

이처럼 노동법은 근기법과 노조법을 중심으로 민법과 다른 독자적 법

38) 현행 노동법의 이원적 구조에 설명으로는 최흥기, “4.0 산업시대와 집단적 노사관계법 체계의 개편”, 「법학논총」(제43권 제4호), 단국대 법학연구소, 2019, 485-487면 참고.

39) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결; 헌법재판소 2011. 7. 28. 선고 2009헌마408 전원재판부 결정 등 참고.

체계로 발전되어 왔으며, 그 배경에는 근로관계의 본질은 ‘노동의 종속성’에 있다. 따라서 노동법의 적용대상을 확정하는 근로자 개념은 ‘사용종속성’(노동의 종속성)을 중심으로 통일적으로 파악해야 한다는 견해가 (적어도 지금까지) 지배적이었다. 대법원 역시 사용종속성(인적 종속성)을 근기법과 노조법상 근로자성 판단에 있어서 공통의 핵심기준으로 하면서도 경제적 종속성 요소를 일정 부분 고려하면서 종합적으로 근로자성을 판단해왔다.<sup>40)</sup>

다만, 이러한 견해에 있어서는 노조법상 근로자의 정의규정(‘임금, 급여 기타 이에 준하는 수입’)을 어떻게 해석·극복할 것인지가 중요한 과제였는데, 그것은 명칭에 관계없이 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 점에 기초해 표현의 차이에 불과할 뿐이라고 보고 있다. 이러한 견해에 따를 경우 노조법이 목적으로 하는 단체교섭의 촉진·조성과의 관계에서도 단체교섭은 근로계약상의 근로자의 처우(근로조건)에 관한 교섭이라는 점에서 그 당사자인 근로자에 대해서도 근로계약에 기초한 사용종속관계 및 그에 준하는 관계가 인정되는 것이 무엇보다 중요하다고 본다.

### (3) 다원설

반면, 근로자 개념을 비통일적으로 이해하는 다원설에 의하면, 근로자 개념은 개별 노동관계법령의 입법목적에 비추어 상대적으로 파악해야 한다는 점, 노조법상의 근로자 정의규정은 근기법상 근로자 정의규정과 문언의 차이를 보이고 있으며, ‘기타 이에 준하는 수입’ 등에 기초해 노조법상 근로자 개념은 근기법상의 그것보다 넓은 개념이라고 주장하고 양자를 분리해야 점을 강조하고 있다.<sup>41)</sup> 이러한 견해에 따르면, 노조법상 근로자

40) 노동법상 근로자 개념을 통일적으로 파악해야 한다는 견해로는 김형배, 앞의 책, 917면 이하; 김형배, “골프장 캐디의 노동법상의 지위”, 「노동법포럼」(제13호), 노동법이론실무학회, 2014; 박지순, 앞의 발표문, 2015, 26-28면 등. 이와 유사한 취지로 이상윤, 「근로기본권과 사용종속관계」, 법문사, 2021, 71면; 이상윤, 앞의 책, 95면. 이상윤 교수는 근기법과 노조법상 근로자 정의규정의 차이를 인정하면서도 사용종속관계의 기준은 동일하다고 본다. 즉, 근기법이나 노조법이나 종속노동의 대가로 생활을 영위하는 자의 보호를 목적으로 하는 점에서는 차이가 없고, 단지 근로자의 보호를 위한 방법론상의 차이가 있다고 본다.

41) 임종률, 앞의 책, 36면; 하갑래, 앞의 책, 38-40면; 하경효, 「노동법사례연습」(제3판),

는 근로계약에 의하여 노무를 공급하는 자를 비롯하여, 이에 준하여 단체교섭 등의 보호가 필요한 노무제공자들을 널리 포섭할 수 있다. 즉, 경제적 종속성을 가진 도급이나 위임계약의 당사자도 근로계약에 기초한 근로자에 준하여 노조법상 근로자에 해당한다고 보는 것이다.

이러한 입장은 우리나라와 일본의 현재 다수설인 것으로 보인다. 일정한 사업장에서 임금을 목적으로 사용종속관계에서 노무를 제공하는 전형적인 근로자들은 근기법상 근로자인 동시에 노조법상 근로자라고 할 수 있지만, 노조법 제2조 제1호는 근기법 제2조 제1항 제1호의 근로자 정의규정과 달리, 근로자의 의미가 신축적으로 해석될 수 있도록 규정하고 있으므로 근로계약을 체결하고 있는 근로자가 아니더라도 도급·위임 등의 계약관계 하에서 자기의 노무제공으로 보수를 받아 이에 의존하여 생활하는 자들도 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 향유하는 것으로 본다.

결국, 노조법상 근로자라 함은 근로계약에 의하여 노무를 제공하는 자와 이에 준해서 노동3권을 보장받을 필요성이 인정되는 노무제공자를 널리 포함하는 것으로 해석되고 있다. 특히 후자와 같이, 근로계약이 아닌 다른 계약관계에 기초한 노무공급에 의하여 받은 보수를 특정 사업자에게 의존하여 생활하고 있거나(경제적 종속성), 노무제공에 따른 보수 그 밖의 조건들이 상대방에 의하여 일방적으로 정해지고(교섭력의 차이), 사용자 측의 사업조직에 편입되어 조직적 통제 하에서 노무를 제공한다면(사업조직의 편입), 근로계약에 따라 노무를 제공하는 근로자에 준해서 근로조건의 유지·개선 및 단체교섭 내지 단체협약자치의 보호를 받게 된다. 최근에 내려진 학습지 교사 판결도 이러한 점들을 종합적으로 고려한 것으로 보인다.

이와 같은 견해는 사용자에 대해서 경제적으로 종속되어 있으면서 근로조건의 결정에 있어서 교섭력의 대등성이 없이 사용자의 사업조직에 편입되어 노무를 제공하고 있는 자들에게, 즉, 인적종속관계에 있는 근로계약상의 근로자가 아니더라도(근기법상 근로자성이 인정되지 않더라도), (노조법상) 집단적 권리의 보호를 확대하는 것을 기본 취지로 하고 있는 것으로

생각된다. 하지만, 집단적 권리가 노동3권 전체를 의미하는 것인지, 아니면 각 개별 권리(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)를 의미하는 것에 대해서는 보다 충분한 논의가 필요한 것으로 보인다.

#### (4) 검토

위의 견해들은 크게 노조법이 목적으로 하는 노동3권의 보장 필요성, 근로자 정의규정의 의미를 어떻게 파악하는가에 대한 입장의 차이에서 비롯된다고 할 수 있다.

전자의 관점은 근기법 하에서 근로자로 인정되는 근로계약의 일방 당사자인 근로자를 노조법에 의한 단체교섭 등의 보장을 받아야 할 대상자의 기본 또는 전형으로 이해한 다음, 이에 준하는 자를 예외적으로 노조법상의 근로자로서 포섭·인정하려는 견해라고 할 수 있다. 일반적으로 단체교섭이라 것은 대체로 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로계약상의 근로조건을 집단적으로 대등한 지위에서 결정하는 제도이고, 노조법의 전체 규율내용도 기본적으로 사용종속성을 요건으로 하는 고용관계 또는 근로관계에 있는 자를 근로자로서 상정·전제하고 있다는 점을 근거로 하고 있다. 이는 뒤에서 살펴보겠지만, 종래 대법원의 일반적인 입장이기도 하다.

반면, 후자의 관점은 노조법상 근로자 정의규정의 차이를 기초로, 노동3권(단결권·단체교섭권·단체행동권)의 보장 필요성을 적극 내세워, 노조법상 근로자 개념의 판단기준을 정립할 것을 시도하고 있다. 특히, 아래에서 살펴볼 2004년 대법원 판결<sup>42)</sup>과 그 후속판결들은 이러한 관점에 서서 “근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노조법은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고” 있음을 기본적으로 고려하여, 노조법상 근로자 개념을 적극적으로

42) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

해석해나가고 있다.

생각건대, 노조법과 근기법의 근로자 개념은 기본적으로 그 출발점(사용종속성)을 같이 한다고 보는 것이 전통적인 관점에 부합하며,<sup>43)</sup> 노동법의 체계 및 법적 안정성에 기여한다. 노조법은 근로조건을 집단적 결정시스템(단체교섭)이 필요하다고 인정되는 자를 자신의 근로자 개념으로 정의하고 있으며, 그러한 의미에서 어느 정도는 독자적 판단요소를 가지고 있다고도 볼 수 있다. 즉, 근기법상 근로자에게 그와 같은 단체교섭의 보호 필요성이 가장 전형적으로 나타나고 있다고 할 수 있겠지만, 반드시 근기법상 근로자에게 엄격히 한정되는 것은 아니라는 의미이다.

따라서, 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서는 노조법의 목적과 단체교섭에 의한 집단적 근로조건을 규율 필요성, 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자의 의미 등을 종합적으로 고려하여, 노조법상 근로자 개념의 기본표지를 도출할 필요가 있다.

예를 들어, 집단적 근로조건을 형성 내지 규율이라는 관점에서 사업 조직에 대한 편입이 전제될 필요가 있으며, 개별적 대등성이 없다는 점에서 사용자에게 의한 일정한 지휘·명령성이 있어야 하고, 보수의 노무대가성이 중심적 판단요소가 된다고 할 것이다.<sup>44)</sup> 특히 마지막 요건은 앞에서 살펴본

43) 주요 외국의 입법례에서도 노동법상의 근로자는 동일한 개념적 기초 위에서 출발하고 있다. 예를 들어, 독일 단체협약법 제1조 제1항에서는 이를 분명하게 하고 있다.

TVG §1 I: Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.

44) 지난 2011년에 발표된 후생노동성의 노사관계법연구회 보고서(厚生労働省 勞使關係法研究會, “勞使關係法研究會報告書(勞働組合法上の勞働者性の判斷基準について”, 厚生労働省, 2011.07.)에서도 노동조합법상 근로자성을 판단하는 기본 요소로서 ① 사업조직의 편입, ② 계약내용의 일방적·정형적 결정, ③ 보수의 노무대가성을 제시한 바 있는데, ①은 업무수행에 양적·질적으로 불가결한 노동력으로서 조직 내에 확보되어 있을 경우, 그러한 노동력의 이용조건에 대해서는 단체교섭의 필요성을 인정할 것으로 볼 수 있으며, ②는 계약내용이 일방적·정형적으로 결정이 이루어지고 있는 경우, 단체교섭의 필요성을 인정할 것에 대응하는 요소라고 볼 수 있다. 그리고 ③는 일본 노동조합법 제3조의 정의에서 요청되는 요소이다. 이러한 판단요소 및 취지는 우리 노조법상 근로자 개념을 판단하는 부분에 있어서 기본적 기준으로

바와 같이, 노조법상 근로자의 정의규정에서 명시하고 있는 것이므로 필수적인 판단요소로 보아야 한다. 그러한 의미에서 노조법상의 근로자 개념에도 근기법과 동일한 사용종속성이 내재되어 있다고 할 수 있다.

## 2. 판례

### (1) 개관

노동법상 근로자 개념을 판단함에 있어 판례의 발전은 근기법이 노조법보다 빠르게 진행됐다.<sup>45)</sup> 즉, 대법원은 1994년 이전까지 근기법상 근로자성 판단을 위한 일반적 기준이나 방법론의 제시없이 구체적인 사안별로 근로자 해당 여부를 판단해왔었는데, 1994년<sup>46)</sup>에 근로자성 판단의 기본적 원칙과 그 판단의 대상이 되는 구체적 징표 및 판단기준을 제시한 바 있다. 그리고 1994년 판례가 제시한 판단기준의 문제가 적잖이 지적되자, 2006년<sup>47)</sup> 대법원은 근로자성 판단방법으로 기존의 다양한 지표와 정황요소 중에서 근로자가 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는지 여부를 업무내용에 따라 실질적으로 판단할 수 있는 방법과 유력한 지표 및 부차적 지표를 구별하여 판단기준을 수정·보완하였다. 물론 이러한 기준 역시 일부 한계 및 문제점을 드러내고 있기는 하지만, 대부분의 사건에서는 2006년 판례를 기준으로 판단하고 있다.<sup>48)</sup>

이에 비해, 노조법상 근로자 개념을 판단하는 기준은 근기법상 기준보다 1년이 앞선 1993년<sup>49)</sup>에 제시된 바 있지만, 그 이후 크게 발전되어 오지

---

고려할 필요가 있다.

45) 강성태, “노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 기준”, 「노동법학」(제72호), 한국노동법학회, 2019, 84면.

46) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

47) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

48) 근기법상 근로자성 판단기준의 구체적인 변화에 대해서는 최홍기, “유아체육교육강사의 근로자성 인정 여부”, 「강원법학」(제58권), 강원대 비교법학연구소, 2019, 211-215면 참고.

49) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.

못하다가, 2004년<sup>50)</sup>에 일시적 실업자 및 구직 중인 자를 노조법상 근로자로 인정하면서, 노동3권의 보장 필요성이라는 새로운 법리가 제시된 바 있으며, 이후 2018년<sup>51)</sup>에 이르러 노조법상 근로자 개념을 판단하는 기준을 구체적으로 정리함으로써, 다양한 형태의 노무제공자들이 후속판결을 통해 노조법상의 근로자로 인정되고 있다.

이하에서는 노조법 근로자 개념을 파악함에 있어서 주로 문제가 되었던 일시적 실업자 및 구직 중인 자와 근로계약이 아닌 계약관계를 통해 노무를 제공하는 자들을 중심으로 판례의 변화와 판단기준을 살펴보도록 한다.<sup>52)</sup>

## (2) 종래 대법원 판례

종래 대법원은 다양한 판결을 통해 노조법상 근로자 개념의 의미와 그 대외적 범위에 관해서 비교적 일관되게 자신의 견해를 밝혀온 바 있는데, 그것을 살펴보면 다음과 같다.

대법원 1970. 7. 21. 선고 69누152 판결에서는 전국전력노동조합 수금특별지부 조합원의 근로의 제공이 사용자인 한국전력주식회사에 대하여 종속적인 관계에 있는 것이 아니므로 위 조합원은 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다고 보았다. 즉, 한국전력주식회사와 전국전력노동조합 수금특별지부 조합원과의 관계는 해당 조합원이 한국전력주식회사의 수금 업무에 종사하는 자체에 중점이 있다기보다는 수금의 실적 곧 일의 완성된 결과자체에 오히려 중점이 있고 또한 그 일의 방법이나 과정에 있어서 해당 조합원의 재량이나 독립성이 저해될만한 위 회사의 어떠한 지휘·감독도 개제된 바 없으니, 해당 조합원의 근로제공이 사용자인 한국전력주식회사에 대하여 종속적인 관계에 있다고 할 수 없으므로, 해당 조합원은 (구)노동조합법에 이른바 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다고 본 것이

50) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

51) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결.

52) 주요 판례의 변화과정에 대해서는 박지순, 앞의 글, 21면 이하; 강성태, 앞의 논문, 84면 이하; 김근주 외, 「단결권의 보호와 법적 쟁점」, 한국노동연구원, 2019, 11면 이하 등을 참고하였다.

다. 노조법상 근로자 개념을 판단하는 구체적인 기준은 제시하지 않았지만, 사용종속관계의 여부를 중심으로 노조법상 근로자를 판단하고 있음을 알 수 있다.<sup>53)</sup>

대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결은 이른바 하나의 사업에 둘 이상의 노동조합 설립이 금지되던 시절에 서울건해산물주식회사 내 2개의 조합(서울건해산물직원노동조합, 서울건해산물 노동조합)이 노동조합설립신고서를 둘러싼 쟁점이 제기된 사안으로써, 서울건해산물 노동조합은 건해산물의 하역작업에 종사하는 근로자들로 구성된 단체로서 서울건해산물주식회사로부터 아무런 간섭을 받음이 없이 조합의 규약 등이 정한 바에 따라 독자적으로 그 조합원을 가입, 구성하고 있어 그 조합원과 위 회사의 종업원은 각각 별도로 구성·채용되었고, 회사는 서울건해산물 노동조합의 구성원에 대하여 근로시간과 장소 및 방법 등의 작업조건에 관하여 지시하거나 감독을 할 수 없는 등 그 조합원과 위 회사와의 사이에는 종속적인 관계가 있다 할 수 없으므로 그 조합원은 위 회사에 대하여서는 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다고 할 것이어서, 기존의 서울건해산물 노동조합은 적어도 서울건해산물주식회사 내지 서울건해산물직원노동조합에 대한 관계에 있어서는 적법한 노동조합이라 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서, 기존의 서울건해산물 노동조합의 존재를 이유로 서울건해산물직원노동조합의 노동조합설립신고서를 반려한 것을 위법하다고 한 사례이다. 노조법상 적법한 노동조합으로 인정받지 위해서는 근로자와 사용자 사이에 고용에 따른 종속관계가 있어야 한다는 점을 강조함으로써, 역시 사용종속관계 여부를 중심으로 노조법상 근로자를 판단하고 있다.<sup>54)</sup>

한편, 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결<sup>55)</sup>에서는 골프장 캐디가

53) 해당 판결은 근로기준법의 적용을 받는 근로자인지 여부를 판단하는 판결(예, 대법원 1978. 7. 25. 선고 78다510 판결; 서울고등법원 1977. 4. 22. 선고 76나789 제5민사부 판결 등)에서 인용되고 있는 점을 고려해볼 때, 법원은 노조법상 근로자와 단기법상 근로자를 판단함에 있어 공통적으로 사용종속관계를 중시하였음을 알 수 있다.

54) 이 판결 역시 산재보험법 및 근로기준법의 적용을 받는 근로자인지 여부를 판단하는 판결(예, 대법원 1995. 1. 4. 선고 94누9290 판결)에서 인용됨으로써, 사실상 단기법상 근로자와 구별하지 않고 일원설의 입장에서 접근하고 있다.

55) 동 판결의 평석으로는 강성태, “노조법상 근로자”, 「노동관계백선」, 2015, 250-253면.

노조법상 근로자에 해당하는지 여부가 다투어졌는데, 대법원은 노조법상 근로자 개념을 인정하기 위한 사용종속관계의 구체적인 결정기준을 처음으로 제시하여, 적지 않은 주목을 받았다. 즉, 구 노조법 제3조는 노동조합의 주체가 근로자임을 명시하고 있고, 같은 법 제4조에서 근로자라 함은 ‘직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’를 말한다고 규정하고 있는 바, 노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관 없다고 보았다(필자 주: 실질판단의 원칙). 이때 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다고 하였고(필자 주: 종합적 고려 방식), 이 사례에서는 구체적인 사실관계<sup>56)</sup> 등을 들어 골프장 캐디가 노동조합법상 근로자에 해당한다고 보았다. 동 판결은 사용종속관계에 기초한 대법원의 입장을 다시 한번 확인하고, 사용종속관계를 판단하기 위한 하위지표들과 판단방법을 제시한 판결로써, 이후 판결에도 적지 않은 영향을 미친 것으로 보인다.

예를 들어, 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결에서는 학습지교사가 회사 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근

56) 사실관계를 간략히 요약해보면, ① 캐디들이 회사의 지휘·감독 하에 노무를 제공하고 있으며, 캐디가 이러한 지시 및 결정에 위반하는 등의 경우에는 제재를 가하거나, 캐디조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점, ② 캐디피는 근기법상 임금이라 단정하기는 어렵지만, 노무제공의 대가로서 묵시적인 약정(고용계약관계에 근사)에 기초하고 있는 점을 고려해보면, 캐디피는 구 노조법 제4조의 ‘이에 준하는 수입’으로 못볼바는 아니라는 점, ③ 캐디의 업무성질이나 근무시간 및 출근 등의 관계상 다른 회사로의 취업이 곤란하여 거의 전속되어 있다고 보여지는 점 등을 고려해 캐디들은 회사와의 사이에 종속적 노동관계가 있다고 보았다. 일각에서는 ②의 설시를 고려하여, 근기법상 근로자와 노조법상 근로자 간의 관계를 분명히 하고, 근로자가 아니라도 그와 유사한 관계에서 노무를 제공한 자도 노조법상 근로자에 해당하는 근거를 제시하였다고 평가한다(강상태, 앞의 논문, 86-87면). 하지만, 이러한 평가에는 입장을 달리한다. 왜냐하면, 대법원은 변함없이 사용종속관계를 중심으로 판단하고 있고, ‘이에 준하는 수입’ 역시 사용종속관계를 판단하는 하나의 하위요소로 검토하고 있기 때문이다. ‘이에 준하는 수입’에 대한 지나친 확대해석은 경계할 필요가 있다.

로자로 볼 수 없어 이들을 조합원으로 하는 전국학습지산업노동조합은 노조법이 정한 노동조합에 해당한다고 볼 수 없으므로 회사가 조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것을 부당노동행위로 볼 수 없다고 보거나, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결에서는 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결이 제시한 판단기준에 따라, 구체적인 사실관계<sup>57)</sup>를 들어, 레미콘 제조회사와 레미콘운반도급계약을 체결하고 레미콘 제조회사가 제조한 레미콘을 수요자에게 운반하는 업무를 담당하고 있는 레미콘 차주 겸 운송기사를 레미콘 제조회사에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노조법에 정한 근로자라고 볼 수 없다고 보았다. 그밖에 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결<sup>58)</sup>에서도 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결이 제시한 판단기준에 따라,<sup>59)</sup> 구체적인 사실관계를 들어 사용종속관계를 판단하였으며, 레미콘 제조·판매업자와 레미콘운반도급계약을 체결하고 수요자에게 레미콘을 운반하는 업무를 담당하는 레미콘 차주 겸 운송기사는 노조법상 근로자가 아니라고 보았다.

이상에서 살펴본 것처럼, 대법원은 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 기본적으로 사용종속관계를 핵심적 기준으로 사용하고 있으며, 이러한 기준은 근기법과 달리 구별하지 않고 있음을 알 수 있다(필자 주: 이른바 ‘일원설’의 입장). 아울러, 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결은 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 구체적인 판단기준과 판단방법을 제시하고 있고, 이는 오늘날 후속판결에서도 계속 이어져오고 있음을 확인할 수 있다.

57) 구체적인 사실관계에 대해서는 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결 및 대전고등법원 2005. 3. 25. 선고 2004나6366 판결 참고.

58) 동 판결 역시 기본적으로 노조법 또는 근기법상 근로자는 동일한 사용종속관계를 기초로 하고 있음을 ‘판결요지(판시사항)’를 통해 확인할 수 있다.

59) 특이한 점은 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결이 제시한 판단기준을 밝히면서도, 구체적인 판단에 있어서는 근기법상 근로자성 판단기준인 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결에 의해 사용종속성을 검토한 원심을 승인한 것이다.

### (3) 일시적 실업자 및 구직 중인 자 관련 대법원 판례

대법원은 2004년 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결<sup>60)</sup>을 통해 노조법상 근로자 개념에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권의 보장 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 함으로써, 많은 관심과 평가를 받은 바 있다.

동 판결에 따르면, 근기법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 근로관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노조법은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것이므로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있다는 점, 일정한 사용자의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용

60) 동 판결에 대한 평석으로는 강성태, "실업자의 조합원 자격", 「노동법률」, 중앙경제, 2004.4; 강성태, "실업자와 단결권", 「노동법연구」(제16호), 서울대노동법연구회, 2004; 김성필, "실업자 노동조합의 현실과 발전발안", 「계간노무사」, 한국공인노무사회, 2006; 김장식, "실업자의 노동조합및노동관계조정법상 근로자성", 「노동판례비평」, 민주사회를 위한 변호사모임, 2004; 김인재, "구직 중인 근로자를 포함한 노동조합의 설립신고 반려처분은 위법하다", 「노동법률」, 중앙경제, 2001.3; 박대준, "지역별 노동조합의 구성원에 일시적인 실업자나 구직 중인 자가 포함되는지 여부", 「대법원 판례해설」, 법원도서관, 2004; 유성재, "실업자 노조가입 허용판결의 문제점과 개선방향", 「중앙법학」(제6집 제1호), 중앙법학회, 2004, 285~304면; 이광택, "구직중인 여성노동자 역시 노조법상의 근로자에 해당한다", 「노동교육」(제43호), 한국기술교육대학교 노동행정연구소, 2004; 조상균, "구직 중인 자의 노조법상 근로자성", 「인권과 정의」(제338호), 대한변호사협회, 2004; 조상균, "구직중인 자의 노조법상 근로자성", 「노동판례백선」(제2판), 박영사, 2021, 278-281면 등 참고.

되는 것은 아닌 점 등을 근거로, 노조법상 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 보았다.

이 판결은 기업별 노동조합과 초기기업별 노동조합을 구별하여 노조법 제2조 제4호 라목의 단서<sup>61)</sup>가 오직 기업별 노동조합에만 적용된다는 점, 노조법상 근로자 개념에는 노동3권의 보장 필요성을 기초로 일시적 실업자나 구직 중인 자가 포함될 수 있다는 점 그리고 처음으로 근기법과 노조법상 근로자 개념은 입법목적과 취지에 따라 다를 수 있다는 점을 제시하는 데 그 의미를 찾을 수 있다.

이에 따라 노조법상 근로자 개념 판단에 큰 영향을 미칠 것으로 예상했으나, 대법원은 종래의 판단방식(사용종속성에 기초한 판단)을 비교적 최근까지 계속 고수하였다.<sup>62)</sup> 예를 들어, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2007두4483 판결 등을 통해 노조법상 근로자는 특별한 사정이 없는 한 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자에 한정하는 것이 원칙이라고 다시 한번 판시함에 따라 노조법상 근로자 개념에 대한 논의가 여전히 완결되지 못하였으며, 그에 대한 명확한 해석론이 정립될 것이 요청되었다.

#### (4) 취업 중인 노무제공자 관련 최근의 대법원 판례

대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 이후 대법원은 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자 개념을 인정하는 부분에 있어서 다소 소극적이었던 측면이 없지 않았지만, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결<sup>63)</sup>을 통해 골프장캐디가 노조법상 근로자 개념에 해당한다고 밝힘으로써, 다시

61) 이는 개정 노조법의 시행(2021.7.6.)으로 삭제되었다.

62) 강성태, 앞의 논문, 90면 참고.

63) 동 판결에 대한 주요 평석으로는 김형배, “골프장캐디의 노동법상의 지위”, 「노동법포럼」(제13호), 노동법이론실무학회, 2014; 유성재, “골프장 캐디의 「노조법」상 근로자성”, 「중앙법학」(제16집 제4호), 중앙법학회, 2014; 윤애림, “「노동조합 및 노동관계조정법」의 근로자”, 「노동법연구」(제36호), 서울대 노동법연구회, 2014 등 참고.

적지 않은 논의를 불러왔다. 동 판결은 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결이 제시한 판단기준을 밝히면서도, 구체적인 판단은 하지 않은 채, 원심의 판단을 원용하는 방식을 취하였다.

원심<sup>64</sup>)에서는 앞서 살펴본 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결이 제시한 노조법상 근로자 개념 판단기준을 밝히면서도, 종래 대법원 판결에서 내세운 근로자성 판단기준도 여전히 유효하다는 점을 밝히고 있다. 다만, 노조법상 근로자를 판단함에 있어서 근기법상 근로자로 인정받기 위한 묵시적 근로계약의 존재까지는 필요없으므로, 사용자의 노무제공자에 대한 지휘, 감독의 정도 및 노무제공자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 '업무의 종속성 및 독립사업자성'을 판단하는 평가요소로 삼아 골프장캐디의 노조법상 근로자성을 인정하였고,<sup>65</sup>) 대법원은 원심의 판단을 수용하였다.

동 판결은 종래 근기법상 근로자성 판단기준(특히 임금 종속성)과 노조법상 근로자성 판단기준(업무의 종속성 및 독립사업자성)의 구분을 시도하였다는 점에 그 의의가 있다.

한편, 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결<sup>66</sup>)은 종래 대법원 판결이 제시한 판단기준(사용종속성)과 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 등이 제시한 노조법상 근로자 개념 판단기준(노동3권의 보장 필요성)에 따라, 노조법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미한다고 보았고, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것을 강조하였다. 즉, 노조법상 근로자를 판단하는 핵심적인 기준은 사용종속관계라는 점을 다시

64) 서울고등법원 2011. 8. 26. 선고 2009나112116 판결.

65) 이러한 판단에 대한 비판으로는 김형배, 앞의 논문, 25면 이하 참고.

66) 동 판결에 대한 평석으로는 김형배, 앞의 책, 919-921면; 김선일, "취업자격 없는 외국인근로자의 노동조합 설립", 「사법」(통권 35호), 사법발전재단, 2016; 최정호, "불법체류 외국인근로자의 단결권", 「서강법률논총」(제5권 제2호), 서강대 법학연구소, 2016 등.

한번 확인하는 한편, 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람은 특정한 고용 관계가 있지 않더라도 노조법상 근로자로 포함될 수 있다고 보았다. 이러한 태도는 이하에서 살펴볼 판결에도 그 취지가 이어진다.

나아가 대법원은 2018년 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 (병합) 판결<sup>67)</sup>을 통해 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 기준을 구체적으로 제시하였다. 즉, 그동안 제시되어 온 판단기준을 종합적으로 정리하면서도, 보다 구체적인 판단기준을 제시하고 있어 주목할 만하다. 먼저, 노조법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말함으로써, 여전히 핵심적인 판단기준은 사용종속관계가 있다는 점을 확인하고 있다. 그리고 구체적인 기준으로써<sup>68)</sup>, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제

67) 동 판결에 대한 평석으로는 임상민, “학습지교사의 근로자성”, 「대법원판례해설」(제115호), 법원도서관, 2018; 유성재, “학습지교사의 노조법상 근로자성”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.8; 김린, “노동조합법에 따른 근로자 판단기준”, 「월간 노동리뷰」, 한국노동연구원, 2018.8; 배동희, “학습지교사 판결로 본 특수고용형태종사자의 노조법상 근로자성”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.7; 임상민, “학습지교사의 근로자성”, 「노동법실무연구」(제2권), 노동법실무연구회, 2020; 김태현, “학습지교사 판결을 둘러싼 노동조합법상 근로자성 판단기준 및 구체방안에 대한 검토”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020; 고수현, “학습지교사, 야쿠르트 판매원의 근로자성 판단”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020; 강성태, “노무제공자의 노조법상 근로자성”, 「노동판례백선」(제2판), 박영사, 2021, 282-285면; 박지순, “학습지교사 판례를 통해 본 근로자성 판단 기준, 법률신문, 2018.8.16; 권혁, “학습지교사의 근로자성 판단”, 법률신문, 2019.4.15. 등.

68) 동 판결에서는 구체적인 판단기준을 제시하면서 종래 대법원 판결과 달리 ‘사용종속관계’라는 표현을 사용하고 있지 않으나, 6가지의 지표는 사용종속관계를 판단하는 지표라고 보아야 할 것이다. 한편, 주목해야 할 부분은 기존의 대법원 판결을 통해 사용종속관계의 판단지표로써 언급되던 ‘노무의 성질과 내용’은 사용되지 않고 있다.

공의 대가인지 등을 제시하면서, 종합적 판단방식을 따르고 있다. 아울러, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결을 통해 제시된 노동3권의 보장 필요성을 강조하면서, 노조법상 근로자는 근기법상 근로자와 다를 수 있음을 확인하고 있다. 이러한 판단기준에 따라, 학습지 교사의 구체적인 사실관계를 들어,<sup>69)</sup> 노조법상 근로자성을 인정하였다.

종래 대법원 판례는 노조법상 근로자성 인정범위가 근기법상 근로자성 인정범위보다 넓다고 하면서도, 취업 중인 자나 구직 중인 자가 아닌 취업 중인 노무제공자와 관련해서는 골프장캐디에 대한 두 건의 사례 외에는 실질적으로 노조법상 근로자성을 근기법상 근로자성과 달리 판단한 사례가 없었고, 노조법상 근로자성 판단기준이 근기법상 근로자성 판단기준과 어떻게 다른지에 대한 구체적인 판시가 없었다. 이 판결은, 취업 중인 노무제공자에 대해서도, 노조법상 근로자성 인정범위가 근기법상 근로자성 인정범위보다 넓음을 분명히 하였고, 근기법상 근로자성 판단기준과 다른 노조법상 근로자성 판단기준을 구체적으로 판시하였다는 점에 의의가 있다.

이상의 판결이 제시한 판단기준은 일련의 후속판결<sup>70)</sup>을 통해 지지되고

69) 동 판결에서는 다음과 같은 사실관계가 인정되었다. ① 업무내용, 업무준비 및 업무수행에 필요한 시간 등을 비취어볼 때, 학습지교사들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 어려워보여, 회사로부터 받는 수수료가 학습지교사의 주된 소득원이었을 것으로 보이는 점, ② 회사는 불특정다수의 학습지교사들을 상대로 정형화된 형식으로 계약을 체결하고, 보수를 비롯한 주요내용을 일방적으로 결정한 점, ③ 학습지교사들이 제공한 노무는 회사의 학습지 사업 수행에 필수적인 것이고, 이를 통해 학습지 관련 시장에 접근한 점, ④ 1년 단위로 계약을 체결하고, 계약기간을 자동연장함으로써 지속적이고 상당한 정도로 전속되어 있는 점, ⑤ 입사실무교육, 단위조직 배정 및 관리회원 배정, 업무처리지침 등 존재, 학습지도서 제작, 배부, 표준필수업무 시달 등 비록 근기법상 근로자에 해당할 정도는 아니지만, 어느 정도 지휘·감독을 받았던 것으로 보이는 점, ⑥ 학습지교사가 제공한 노무에 대한 대가 명목으로 수수료를 지급받은 점, ⑦ 경제적·조직적 종속관계에 있는 학습지교사에게 노동3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다는 점을 들어 노조법상 근로자성을 인정하였다.

70) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결; 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 등. 후속판결들은 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결을 통해 제시된 판단기준을 가급적 충실히 따르면서도, '타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다'는 종래 대법원 판단기준도 추가적으로 명시하고 있어 그 차이가 있다. 근로자 개념을 판단함에 있어서 형식이 민법상 고용계약인지 또는 도급계약인지 등에 관계없이 그 실질에 있어 종속적인 관계에서

있다. 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결<sup>71)</sup>은 방송연기자를 조직 대상으로 하는 노동조합이 한국방송공사와의 단체교섭에서 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 한국방송공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안이었는데, 노동조합 소속 조합원인 방송연기자는 노조법상 근로자에 해당한다고 보아,<sup>72)</sup> 노동조합이 노조법상 노동조합으로서, 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 보았으며, 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결<sup>73)</sup>은 노조법상 노동조합임을 전제로 교섭요구 사실 공고의무가 있는지 여부가 다투진 사안인데, 회사와 철도

근로를 제공하였는지 여부가 무엇보다 중요한 판단기준임을 강조하는 부분이다

- 71) 동 판결에 대한 평석으로는 김린, “방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정 여부”, 「월간 노동리뷰」, 한국노동연구원, 2018.12; 박귀천, “방송연기자노조 사건으로 본 대법원 노조법상 근로자성 판단기준과 경향”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.12 등 참고.
- 72) 동 판결에서는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결이 제시한 판단기준에 따라 다음과 같은 사실관계가 인정되었다. ① 한국방송공사가 방송연기자의 출연료(보수)를 비롯하여 계약내용을 일방적으로 결정하고 있는 점, ② 방송연기자가 제공하는 노무인 방송연기를 방송사업의 수행을 위한 필수적 요소이며, 이를 통해 방송연기시장에 접근할 수 있는 점, ③ 방송연기자 업무의 기본적인 내용은 한국방송공사가 지정하는 역할과 대본 등을 결정되는 등 업무수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있는 점, ④ 방송연기자가 받는 출연료는 저작인접권의 대가사 일부 포함되어 있기는 하나, 기본적으로는 방송연기라는 노무 제공의 대가에 해당하는 점, ⑥ 한국방송공사는 방송연기자가 노조법상 근로자이고, 원고가 노조법상 노동조합에 해당함을 전제로 단체교섭을 통해 단체협약을 체결하거나 노동쟁의조정을 해왔던 점 등을 들어 노조법상 근로자성을 인정하였다. 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지(소득 의존성), 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지(전속성)에 대해서는 달리 판단되지 않았다. 대법판결 역시 이러한 점을 확인하고 있지만, 이것이 방송연기자의 노조법상 근로자성을 부정하는 것은 아니라고 보고 있다. 이에 따라, 근로계약이 아니더라도 한시적으로 계약으로 특정 사용자에게 일시적·간헐적으로 종속적 관계에서 노무를 제공하는 근로자에게도 노동3권이 보장된다고 보는 견해로는 김린, 앞의 글, 113면 참고. 하지만, 이와 같은 판단은 의문이 든다. 즉, 경제적 종속성이라 함은 근로자가 자신의 노동력 전부를 타인(사용자)의 처분에 맡김으로써 그와 같은 취업관계가 계속되고 있는 동안은 다른 소득을 얻을 수 없기 때문에 경제적으로 종속적인 지위에 있는 것을 보호하는 의미인데, 그러한 사실관계가 충분히 인정되지 않은 경우에도 노조법상 근로자를 인정하는 것은 타당하지 않다.
- 73) 동 판결에 대한 평석으로는 김린, “매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건”, 「월간 노동리뷰」, 한국노동연구원, 2019.6; 양승엽, “독립사업자의 노조법상 근로자성 판단기준”, 「노동법학」(제70호), 한국노동법학회, 2019 등 참고.

역 내 매장에 관한 용역계약을 체결하고 매점 등을 관리하며 물품을 판매한 매점운영자들이 노조법상 근로자에 해당한다고 보면서,<sup>74)</sup> 이들이 가입한 노동조합은 노조법상 적법한 노동조합이므로 교섭요구 사실을 공고할 의무가 있다는 취지로 파기환송하였다. 그리고 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결<sup>75)</sup>은 자동차 판매대리점주가 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 자 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 카마스터들과 그들이 소속된 노동조합이 대리점주의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안이었는데, 노동조합 소속 조합원인 카마스터들은 노조법상 근로자에 해당한다고 보아,<sup>76)</sup> 부당노동행위구제처분을 취소할 것을 판단하

74) 동 판결에서는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결이 제시한 판단기준에 따라 다음과 같은 사실관계가 인정되었다. ① 정형화된 형식의 표준계약서에 의해 계약을 체결하면서, 보수를 비롯한 계약의 주요 내용을 대부분 일방적으로 결정한 것으로 보이는 점, ② 매점운영자의 노무제공은 원고의 사업 수행에 필수적이었고, 이를 통해 상품 판매 시장에 접근한 점, ③ 2년 이상 계약관계가 유지되어 지속적이었고, 상당한 정도의 전속성이 있었던 것으로 보이는 점, ④ 업무내용, 업무시간, 휴점, 교육, 연수, 회의 참여에 대한 통제와 일상적 감시 및 제재 수단의 존재에 비추어 어느 정도의 지휘·감독이 인정되는 점, ⑤ 용역비는 매점 관리와 물품 판매라는 매점운영자의 노무에 대한 대가로 지급된 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하여, 노조법상 근로자성을 인정하였다. 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지와 노동3권의 보장 필요성을 판단한 사실관계는 달리 드러나지 않았는데, 아무래도 매점운영자들이 독립사업자에 있었던 점을 고려한 것으로 보인다.

75) 동 판결에 대한 평석으로는 김희성, “대리점 소속 자동차 판매원(카마스터)의 노조법상의 근로자성 여부”, 「최근 주요 노동판례 평석」, 한국비교노동법학회, 2020; 도재형, “2019년 노동법 중요판례평석”, 「인권과 정의」(제489호), 대한변호사협회, 2020.5 참고.

76) 동 판결에서는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결이 제시한 판단기준에 따라 다음과 같은 사실관계가 인정되었다. ① 카마스터들의 주된 소득원은 대리점주로부터 받은 판매수당과 인센티브 등으로써, 동업 영업을 금지하고 있는 점, ② 정형화된 형식의 계약서를 이용하여 계약을 체결하였고, 판매수당 및 인센티브 관련 조건 등을 일방적으로 결정한 것으로 보이는 점, ③ 카마스터들이 제공하는 노무는 자동차 판매대리점의 필수적인 업무이며, 원칙적으로 시장접근도 대리점을 통해서 가능한 점, ④ 카마스터들은 전속적이고 지속적으로 계약을 체결해왔던 점, ⑤ 카마스터의 직급체계가 직영 근로자들과 유사하게 되어 있고, 일정한 출퇴근, 조회, 당직 등의 근태관리, 업무지침 하달, 판매목표 설정, 영업지시나 교육 등 지휘·감독의 사정이 보이는 점, ⑥ 카마스터들의 판매수당이나 인센티브는 노무인 차량 판매행위의 대가로 볼 수 있는 점, ⑦ 카마스터들이 독립사업자의 성격을 가지고 있더라

였다.

이밖에도 하급심 판결(부산고등법원 2020. 8. 26 선고, 2019나58639 판결<sup>77)</sup>; 서울행정법원 2019. 11. 15. 선고 2018구합50888; 서울행정법원 2020. 9. 24. 선고 2018구합50895 등)과 노동위원회의 결정(중노위2020. 12. 9.자 중앙2020교섭59 결정; 중노위2020. 8. 3.자 중앙2020교섭45 결정 등)에서도 이러한 판단이 계속되고 있다.

### (5) 검토

대법원은 노조법상 근로자 개념과 관련해, 적지 않은 기간동안 다양한 사례에 대한 판단을 통하여 판단기준을 계속적으로 정비·발전시켜온 것으로 보인다. 이는 노동시장에서 변화된 노무제공실태에 부합하게 새로운 판단기준과 방법을 모색한 것으로써, 충분한 의의를 갖는다.

대법원 판례의 변화를 통해 확인된 노조법상 근로자 개념의 판단기준을 요약해보면 다음과 같다. 종래 대법원의 판례는 사용자와의 사이에 근로계약관계 내지 사용종속관계가 없다면, 노조법상 근로자에 해당하지 않는다고 함으로써, 근기법상 근로자 개념과 노조법상 근로자 개념을 실질적으로 동일한 것으로 보아 비교적 일관되게 판단해왔으나, 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 구체적인 판단기준과 판단방법은 제시하지 못했다.

이에 2004년 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결은 근기법과 노조법의 입법목적을 고려하여 양 법률상 근로자 개념의 분리를 시도하였으며, 노동3권의 보장 필요성이라는 판단지표를 새롭게 고려하였다.<sup>78)</sup> 하지만,

---

도, 경제적·조직적 종속관계 있으므로 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있는 점을 고려하여 노조법상 근로자성을 인정하였다.

77) 동 판결에 대한 평석으로는 방준식, “대리운전기사의 노동조합법상 근로자성 판단”, 『노동법률』, 중앙경제, 2020.10; 방준식, “대리운전기사의 노동조합법상 근로자성 판단”, 『노동법논총』(제50집), 한국비교노동법학회, 2020; 권오성, “고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준”, 『고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향』, 2020.12.15, 29-37면 등.

78) 하지만, 노동3권의 보장 필요성이 어떠한 의미인지, 그리고 그것이 범위는 어디까지 등에 대해서는 명확한 판단법리를 제시하지 못하고 있다.

동 판결은 많은 관심과 지지에도 불구하고, 상당기간동안 크게 영향이 없었으며, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 및 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결을 통해 다시금 주목을 받기 시작하였다.

한편, 대법원은 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결을 통해 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 기준을 구체적으로 제시하였다. 이는 대법원 판결을 통해 그동안 제시되어 온 판단기준을 종합적으로 정리하면서도, 보다 구체적인 판단기준을 제시하였다는 점에 그 의의가 있다.<sup>79)</sup>

최근 일련의 대법원 판결은 근기법과 노조법상 근로자 개념을 분리하고, 각각의 판단기준을 새롭게 정리함으로써, 근로자 개념을 이원적으로 구성하여 다수의 노무제공자를 포섭하려는 것으로 보이는데, 과연 이러한 경향이나 추세가 노동법의 체계나 법리적으로 수용할 수 있는 것인지, 그리고 바람직한 것인지에 대해서는 신중하고 종합적인 검토가 필요할 것이다.<sup>80)</sup> 이에 대해서는 항을 나누어 몇 가지 쟁점을 중심으로 구체적인 검토를 해보도록 한다.

#### IV. 노조법상 근로자 개념의 재검토 및 향후 과제

##### 1. 노조법상 근로자 개념의 해석

###### (1) 헌법 제33조와 노조법상 ‘근로자’의 의미

노조법상 근로자 개념을 명확히 이해하기 위해서는 헌법 제33조에 대

79) 같은 취지의 평가로는 김린, 앞의 글, 101-102면. 김린 교수에 의하면, 대상판결이 제시한 판단요소들은 이전의 사례에서 대법원이 구체적인 판단을 내리면서 언급하였던 내용을 정리하는 수준의 것으로서, 노조법상 근로자성 판단기준을 새롭게 정립한 것은 아니라고 보고 있다. 그러한 평가에 입장을 같이 한다. 이와 달리 판단요소의 대부분은 새로운 것이라고 보는 견해로는 강성태, 앞의 글, 2021, 284면 참고.

80) 이러한 이원적인 근로자 판단은 논란의 여지가 있음을 지적하는 견해로 허영, 「한국헌법론」(전정 17판), 박영사, 2021, 567면 참고.

한 충분한 고찰이 전제될 필요가 있다. 즉, 헌법 제33조상의 ‘근로자’와 노조법상 ‘근로자’를 두고, 다분히 정의규정 등을 두고 형식적인 관점에서 접근·판단할 것이 아니라, 실질적이고 목적적인 관점에서도 검토해볼 필요가 있다는 것이다. 다시 말해, 현행 헌법 제33조의 규범구조에 따르면, 노동3권을 향유하는 주체가 될 수 있는 ‘근로자’의 의미는 노조법 제2조 제1호에서의 ‘근로자’ 정의규정에서만 찾을 것이 아니라, 헌법 제33조의 보호목적과 관련된 자로 제한하여 해석할 필요가 있다는 것이다.

이것을 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 주지하다시피, 헌법 제33조 제1항에 의하면, “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권·단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있다. 그러나 ‘근로조건의 향상을 위하여’라는 문구가 보여주고 있듯이, 헌법 제33조의 주된 목적이 노동3권 자체에 대한 보장에 있는 것은 아니다. 즉, 헌법이 노동3권을 기본권으로서 보장하는 것은 다른 계층의 일반인에게는 부여되지 않은 단결권·단체교섭권·단체행동권이라는 특권을 ‘근로자’에게만 부여하여 그들에게 특별한 우월적인 지위를 보장하려는 것이 아니다. 근로자는 근로조건에 관한 문제들로 인하여, 다른 계층의 일반인들에 비해 인간으로서의 존엄과 가치나 평등권, 계약의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 등 다른 기본권을 침해당할 소지가 많기 때문에, 이를 다른 계층의 일반인들에 상응하는 수준으로 구현할 수 있게 하기 위한 수단으로서 노동3권을 보장하는 것이다.

따라서, 헌법 제33조 제1항은 노동3권이라는 권리 그 자체를 보장 목적으로 하기 보다는, 노동3권의 보장이라는 방법을 통하여 ‘근로조건의 향상’이라는 목적을 실현하려는 사회적 기능(Soziale Funktion)을 그 목적으로써 제시한 것으로 이해해야 한다.<sup>81)</sup> 따라서 노동3권의 보장도 원칙적으로 ‘근로조건’이라는 활동영역으로 제한된다.<sup>82)</sup>

81) 박종희, “근로3권의 보장의의와 내용”, 「고려법학」(제48호), 고려대 법학연구원, 2007, 112-113면.

82) 헌법재판소(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정)도 이와 같은 목적론적인 견지에서 다음과 같이 판시한 바 있다. “헌법의 근로기본권에 관한 규정은 근로자의 근로조건을 기본적으로 근로자와 사용자 사이의 자유로운 계약에 의하여 결정하도록

이러한 논의에 따르면, 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서는 근로자 정의규정에 매몰될 것이 아니라, 기본적으로 노무제공자에 대한 근로조건의 결정 수단으로서 단체교섭이나 단체협약이 필요한 경우인지 여부를 구체적이고도 중요하게 살펴야 한다. 결국, 헌법 제33조상 “근로조건의 향상을 위하여”라는 목적과 그 수단인 “노동3권의 보장 필요성<sup>83)</sup>”에 대한 해석은 바로 그와 같은 사회적 기능을 수행하기 위해서 노동3권을 보장한다는 헌법 입법자의 의사를 확인하고 근로자의 개념을 획정하는 중요한 기준이 된다.<sup>84)</sup>

따라서, 이러한 핵심적 기준을 충분히 고려하지 않고, 일부 사실관계에 대한 사법적 판단을 통해 노동3권의 주체를 무분별하게 확대한다면, 헌법 및 노조법상의 근로자 개념이 지나치게 확대될 뿐만 아니라, 노동법의 체계도 크게 흔들려 법적 불안정성이 증폭되는 문제가 발생할 수 있다.

## (2) 노조법상 ‘기타 이에 준하는 수입’의 의미

한편, 앞에서 살펴본 바와 같이, 노조법상 근로자 정의규정(동법 제2조 제1호)에서 제시하고 있는 개념요소는 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 기준으로 기능하기에는 충분하지 않은 측면이 있다. 다만, 일각에서는 ‘기타 이에 준하는 수입’을 적극적으로 해석하여, 노조법상 근로자 개념을 확대하려는 시도가 있는데, 그것이 타당한 것인지를 검토해보도록 한다.

사실 임금이나 급료는 근로법상의 임금과 동일한 의미로 해석·이해하

---

한다는 계약자유의 원칙을 그 바탕으로 하되, 근로자의 인간다운 존엄성을 보장할 수 있도록 계약기준의 최저선을 법정하여 이를 지키도록 강제하는 한편, 사용자에게 비하여 경제적으로 약한 지위에 있는 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위를 갖추도록 하기 위하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권 등 이른바 근로3권을 부여하고, 근로자가 이를 무기로 하여 사용자에 맞서서 그들의 생존권을 보장하고 근로조건을 개선하도록 하는 제도를 보장함으로써 사회적 사적자치의 원칙을 보완하고자 하는 것이다.”

83) 노동3권의 보장 필요성에 대해서는 노조법상 근로자성의 판단기준에서 언급하고 있으므로 뒤에서 보다 구체적으로 살펴보도록 한다.

84) 박지순 외, 「실업자의 조합원 자격과 노조법상 근로자 개념」, 고용노동부 보고서, 2011, 92면.

여도 무방할 것으로 보이며, 결국 ‘이에 준하는 수입’이 노조법상 근로자 개념의 해석에 있어서 중요한 의미를 갖는다고 보여지는데, 과연 이를 근거로 노무제공자를 노조법상 근로자로 포섭하는 것이 가능할지, 가능하다면 어디까지 가능할 것인가?

이를 앞의 노동3권 보장 필요성이라는 요건과 결합하여 정리하면, 임금이나 급료에 준하는 보수를 받아 생활하는 자로서 단체교섭의 보호가 필요하고, 그와 같은 교섭구조의 확보가 적절하다고 인정되는 자는 노조법상 근로자의 범위에 포함될 수 있을 것이다. 달리 말하면, 일반적으로 사용자의 지휘·명령 하에서 근로를 제공하는 근기법상의 근로자는 원칙적으로 모두 노조법상의 근로자에 해당하고, 그에 더하여 비록 근기법상의 근로관계가 인정되지 않더라도 그와 유사한 노무제공관계를 가지고 있어 단체교섭의 보호를 필요로 하는 자는 노조법상 근로자로 포함될 여지가 있다.

하지만, 앞에서 검토한 바와 같이, ‘기타 이에 준하는 수입’에 의해 생활한다는 의미가 임금을 전제로 하는 근로자 범주와 다른 노무제공자의 범주를 지칭한 것으로 명확하게 밝혀진 바가 없고, ‘기타 이에 준하는 수입’이라는 것은 근로 내지 노무제공의 대가를 신축적으로 규정한 것에 지나지 않는다. 아울러, 노무제공자가 노조법상 근로자로 포함되기 위해서는 근로관계와 유사한 수준의 사용종속관계를 갖출 것이 요구되므로, 노무제공을 둘러싼 사실관계에 대한 보다 구체적인 검토가 필요하다.

따라서, 노조법상 근로자 정의규정의 일부 개념요소만을 가지고 노조법상 근로자 개념을 확대하려는 시도는 경계할 필요가 있다.

## 2. 노조법상 근로자 개념의 판단기준 재검토

### (1) 사용종속관계의 판단

대법원은 일찍부터 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 사용종속관계를 핵심적 판단기준으로 제시하였으며, 그러한 기준은 오늘날에도 계속 유지되고 있는 것으로 보인다. 즉, 대법원은 대법원 1970. 7. 21. 선고 69누

152 판결과 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결 등을 통해 노동조합을 조직하는 주체인 노조법상 근로자성을 인정받기 위해서는 기본적으로 ‘사용종속관계’가 있어야 한다는 점을 강조하였으며,<sup>85)</sup> 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결을 통해 그것을 보다 분명하게 하였다. 특히, 후자의 판결은 노조법상 근로자는 “타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자”로 보면서, 이때 사용종속관계는 ‘사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등’ 그 노무의 실질관계에 의하여 판단함을 강조하였다. 이러한 판단원칙 및 판단지표는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두 12598, 12604(병합) 판결과 그 후속판결에서도 크게 변하지 않은 채 유지되고 있다.<sup>86)</sup>

한편, 비교적 최근인 2018년에 내려진 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두 12598, 12604(병합) 판결에서는 사용종속관계를 판단함에 있어서 경제적·조직적 종속성을 징표하는 판단지표(특정사업주에 대한 소득의존성, 특정사업주의 일방적 계약결정, 사업수행의 필수적 노무제공 및 시장접근성, 계약관계의 지속성·전속성)를 추가적으로 반영하였다. 이와 관련해, 일각에서는 새로운 판단지표로 보는 견해<sup>87)</sup>가 있지만, 동 판결이 제시한 판단지표들은 이전의 사례에서 대법원이 구체적인 판단을 내리면서 언급하였던 내용을 사실상 정리한 것으로 볼 수 있으며, 노조법상 근로자성을 판단하기 위한 지표를 새로 정립한 것은 아니다.<sup>88)</sup>

다만, 의문이 되는 부분은 2018년 대법원 판결이 종래의 대법원 판결들

85) 이때 판단요소로는 당해 근로자의 노무의 성질과 내용, 업무수행(근로시간, 근로장소 등)에 있어서 지휘·감독여부 등을 고려한 것으로 보인다.

86) 다만, 기존의 대법원 판결들을 통해 사용종속관계의 판단지표로써 언급되던 ‘노무의 성질과 내용’은 최근의 판결에서는 사라진 바 있어 의문이 있다. 김형배 교수는 노동법의 적용을 받기 위해서는 사용자와 근로자의 관계와 더불어 노무의 성질과 내용도 구체적으로 살펴볼 필요가 있음을 강조한다. 김형배, 앞의 책, 28면. 생각건대, 사용자의 지시권 행사는 노무의 성질과 내용에 따라 상대적일 수 있으므로, 이러한 판단지표는 중요하지 않을 수 없다.

87) 강성태, 앞의 글, 2021, 284면.

88) 같은 취지의 평가로 김린, 앞의 글, 2018.8, 101-102면.

과 달리, 사용종속관계를 판단함에 있어서 경제적·조직적 종속성을 우선시키고, 인적 종속성과 관련한 지표는 후순위에 두거나, 부차적인 기준으로 활용하는 부분이다. 근기법상 근로자 개념 판단기준과 관련한 논의는 별론으로 하더라도, 대법원은 오랜 기간 동안 인적종속성을 중심으로 한 판단을 일관되게 유지해오면서, 노조법상 근로자 개념을 판단해왔다. 그리고 이러한 판단과정에 있어서 경제적 종속성도 부차적인 요소로써 고려하면서 사용종속관계를 실질적으로 판단해왔다. 그런데 갑자기 경제적·조직성과 관련한 판단지표를 앞세우면서, 인적 종속성과 관련한 판단지표는 후순위로 밀려나게 되었다. 이것이 이상에서 살펴본 대법원의 노조법상 근로자 개념의 판단원칙에 부합하는 것인지 의문을 가질 수밖에 없다.

즉, 오랫동안 유지되어 온 사용종속성 판단원칙을 그대로 따르면서도, 그러한 사용속성을 판단하는 지표를 경제적·조직적 종속성 위주로 바꾼 것은 타당하지 않다. 특히, 보수의 노무대가성은 노조법상 근로자 정의규정(제2조 제1호)에서도 명시하고 있는 것이므로 필수적인 판단요소로 보아야 함에도 불구하고, 인적 종속성에 해당하여 후순위로 밀린 것은 수용하기 어렵다.

또한 대법원은 경제적·조직적 종속성이라는 개념과 그 기준을 명확히 밝히지 않은 채,<sup>89)</sup> 주요 사실관계만을 들어 노조법상 근로자성을 인정해줌으로써, 법적 안정성을 해치고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 노조법상 정의규정은 근기법상 근로자 정의규정과 달리, 사업 또는 사업장의 존재를 명시하고 있지 않음에도 조직적 종속성을 제시하는 것이 법체계에 부합하고 타당한 것인지 의문이 들 뿐만 아니라, 경제적 종속성을 판단하는 부분과 관련해서도 노동력 처분의 전속성 및 시장접근성 등을 그 요소로써 들고 있는데, 사용자(또는 노무수령자)에게는 노무를 제공하는 자기 자신에게 노무를 제공하는 방법을 제외하고는 노동력을 폭넓게 영업적으로 처분할 상황

89) 이상윤, 앞의 책, 94면. 조직적 종속성의 의미가 정확히 어떠한 것인지 모르겠지만, 노조법상 근로자 정의규정은 근기법상 근로자 정의규정과 달리, 사업 또는 사업장의 존재를 명시하고 있지 않음에도 조직적 종속성을 제시하는 것이 체계상 부합하고 타당한 것인지 의문이 든다.

또는 시장접근 능력이 있는지 여부는 전적으로 노무제공자의 일반적 여건에 속하는 것일 뿐, 이에 대하여 사용자가 영향력을 갖는다고 보기 어려운 측면이 있다. 즉, 계약관계의 외부 사정을 갖고 노무제공이라는 계약관계의 법적 성질을 정하려는 대법원의 시도는 쉽사리 수궁하기 어렵다.

나아가 근기법상의 근로자는 아니지만, 경제적·조직적 종속성이 인정된다면, 노조법상 근로자로서, 구체적으로 어떠한 집단적 권리를 향유하게 되는지에 대해서도 구체적으로 밝히지 못하고 있다.

생각건대, 노동법상 사용종속관계는 다르지 않다. 즉, 근기법이나 노조법 모두 사용종속관계를 주된 기준으로 삼고 있으며,<sup>90)</sup> 이때 구체적인 판단은 인적 종속성을 중심으로 하면서 경제적 종속성을 부차적인 기준으로 활용하여 판단해야 한다는 것이다.<sup>91)</sup> 근기법상 근로자 개념을 판단할 때에도 이와 다르지 않으며, 대법원 역시 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 인적 종속성을 중심으로 보면서 부분적으로 경제적 종속성을 수용해왔던 것으로 보인다.

따라서, 2018년 대법원 판결이 제시한 사용종속관계의 판단지표를 적용함에 있어서는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 노무제공의 대가를 받는지와 더불어 특정 사업주의 사업조직에 편입되었는지<sup>92)</sup>를 중점적으로 살펴보고, 나머지 판단지표는 부차적으로 활용하는 것이 상당하다. 인적 종속성을 충분히 고려하지 않은 채, 경제적·조직적 종속성만 앞세워 노조법상 근로자 개념을 인정하는 것은 노동법의 체계와 노동시장을 혼란스럽게 할 뿐만 아니라, 당사자인 그 노무제공자의

90) 일각(강성태, 앞의 글, 2021, 284면; 유성재, 앞의 글, 2018.8, 142면 등)에서는 사용종속관계라는 용어를 동일하게 사용하는 것에 문제를 제기하지만, 그러한 논의에는 입장을 달리한다.

91) 독일의 학설과 판례 역시 인적 종속성이란 전통적 판단 틀은 그대로 유지하면서도 개별 사례에서 근로자 지위를 인정하기 위하여 끊임없이 새로운 부가적 판단요소를 확대, 발전시켜온 바 있다. 독일 근로자 개념의 변천과정에 대해서는 김형배·박지순, 「근로자개념의 변천과 관련법의 적용」, 한국노동연구원, 2004, 9-42면 참고.

92) 사업조직에 대한 편입이라 함은 독일의 판례와 문헌에서 일반적으로 사용하고 있는 근로자성 인정 기준으로 통상 사용자의 지휘명령을 받아 업무를 수행하고 사용자의 근태관리를 받는 것으로 볼 수 있다.

집단적 보호를 둘러싸고 또 다른 해석상의 문제<sup>93)</sup>를 낳게 할 수 있다. 다시 한번 신중하게 검토, 논의해볼 필요가 있다.

## (2) 노동3권 보장 필요성의 의미와 내용

대법원은 2004년 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결을 통해 노조법상 근로자 개념에는 노동3권의 보장 필요성이 있는 한 특정 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 그 범위에 포함된다고 보았다. 이러한 판단기준은 앞서 살펴본 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결과 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결을 거쳐, 2018년 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결 및 그 후속판결에도 계속 유지되고 있다.

하지만, 이상의 판결들은 노조법상 근로자 개념의 핵심적 판단기준인 ‘노동3권의 보장 필요성’의 범위를 어디까지 인정해야 하는가에 대해 명확한 판단법리를 제시하지 못하고 있다는 한계<sup>94)</sup>를 가지고 있을 뿐만 아니라, 구체적으로 어떠한 관점에서 노동3권의 보장 필요성이 검토되어야 하는지에 대해서는 침묵하고 있다.

먼저, 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 노동3권의 보장 필요성은 사실개념이 아니라, 법적 개념으로 이해되어야 한다.<sup>95)</sup> 즉, 헌법 제33조에서 규정하고 있는 노동3권과 노조법은 종속적 관계에서 노무를 제공하는

93) 예를 들어, 노무제공자가 노조법상 근로자로 인정된다고 하더라도, 단체교섭은 사실상 이루어지기 어려운 부분이 있다. 왜냐하면, 대법원은 단체교섭의 사용자를 판단함에 있어서 사용종속관계가 있는 근로계약관계 내지 그와 동일시 할 수 있는 관계에 한해서만 그 지위를 인정해주고 있기 때문이다. 최근 이와 관련한 대표적인 논의로는 박지순, “단체교섭의 당사자로서 사용자개념”, 「노동법논총」(제51집), 한국비교노동법학회, 2021 등 참고.

94) 조상균, 앞의 글, 2021, 281면; 강성태, 앞의 글, 2021, 285면. 강성태 교수는 ‘노동3권의 보장 필요성’의 해석을 두고 논란이 많이 발생할 수 있을 것이라고 지적하면서, 이때 노동3권의 보장 필요성을 단결권 보장을 중심으로 할 것인지, 단체교섭권 보장을 중심으로 할 것인지에 따라 노조법상 근로자의 범위에 포함될 수 있는 노무제공자의 범위에 상당한 차이가 생길 수 있다고 강조한다.

95) 김형배, 앞의 책, 919면.

근로자를 보호할 필요와 목적으로 만들어진 것이므로, 노동3권의 보장 필요성을 검토함에 있어서는 법적 개념으로 접근해야 하지, 그러한 맥락을 떠나서 일부 사실관계만을 들어 쉽사리 인정해서는 아니되는 개념이라고 생각한다. 실제 2018년 대법원 판결 이후 내려진 후속판결들을 살펴보면, 일부 사실관계만을 들어 노동3권의 보장 필요성을 언급하고 있는데, 그것이 법리적으로 수용가능한 지에 대해서는 의문이 있다. 이렇듯 노동3권의 보장 필요성이라는 개념을 종속관계(인적 종속성)와 무관하게 사실적 필요성으로 이해한다면, 노조법상 근로자의 범위는 크게 확대되어 노동법의 체계가 흔들리게 될 뿐만 아니라, 이러한 해석은 헌법 제33조 제1항의 법문에도 반할 소지가 있게 된다.

주지하다시피, 노조법은 헌법 제33조를 구체화하는 법률로서, 노동3권을 부여받은 근로자의 범위를 정하고 있기 때문에 헌법 제33조의 기본권 구조와의 일정한 상관관계를 가지고 있어야 한다. 이와 관련하여, 노동3권의 보장 필요성을 검토함에 있어서는 단체교섭권을 중심으로 노동3권의 목적과 대상이 규명되어야 한다.

이른바 노동3권은 개별적인 근로관계에서 구조적인 불평등으로 인하여 공정하고 합리적인 근로조건을 규율하기 곤란한 자들을 위하여 국가가 공정한 계약내용을 형성하고 이에 필요한 수단을 제도화하고 있다. 이는 노동3권이 ‘근로조건 향상을 위하여’ 보장된다는 문언에서 명확히 표현되고 있다. 실무상으로도 근로조건 향상을 목적으로 하는 단체교섭은 근로관계 또는 취업관계가 없는 불특정 이해관계자를 대상으로 체결되는 것이 아니다. 따라서 근로조건 향상을 위하여 단체교섭권을 행사할 수 있는 주체는 어디까지나 현실적으로 취업중인 자로서 근로조건을 필요로 하는 자로 보아야 하며, 그 때문에 노조법은 노동조합을 정의하면서 ‘근로자가 주체가 되어’라고 그 주체의 범위를 명시하고 있는 것이다.

그러므로 노동3권의 보장 필요성이 인정되는 노조법상 근로자라 함은 그 목적적 관점에서 단체교섭을 통한 근로조건 개선가능성이라는 ‘현실적 이익’을 가진 자<sup>96)</sup>로 보아야 한다.

### (3) 근기법상 근로자 개념과의 관계

2018년 대법원 판결은 노조법상 근로자 개념을 근기법상 근로자 개념과 보다 명확히 구분하기 위한 적극적 시도를 한 것으로 보인다. 예를 들어, 노조법상 근로자 정의규정은 “비록 근로기준법이 정하는 근로자로 인정되지 않는다고 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐만 아니라, ‘고용 이외의 계약유형’에 의한 노무제공자까지 포함할 수 있도록 규정”되었다고 하던지, “노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다”고 언급한 부분이 바로 그것이다. 이로 인해 노조법상 근로자 개념과 근기법상 근로자 개념과의 관계가 문제될 수 있다.

기본적으로 근기법 제2조 제1항 제1호의 근로자 개념과 노조법 제2조 제1호의 근로자 개념이 서로 상이하게 규정되어 있는 배경에는 근기법상 근로자가 근기법에 정한 근로조건 보호를 받을 사람이 누구인가를 확정하기 위한 개념임에 반해, 노조법상 근로자는 노동조합활동을 할 수 있는 사람이 누구이고, 단체교섭권과 단체행동권의 행사 결과물을 누가 향유할 수 있는가를 확정하기 위한 개념으로 정의되었기 때문이다. 즉, 노조법상 근로자 개념은 노동조합에 의한 협약자치(단체교섭)를 보장하기 위한 대상자는 어떠한 자인가라는 관점에서 정해진 정의라는 것이다.<sup>97)</sup>

결국, 이 역시 헌법 제33조가 노동3권을 보장한 목적과 노조법의 보호 목적에 기초한 목적론적 관점에서 노조법상의 근로자 개념을 확정해야 한다. 헌법 제33조는 근로조건 향상을 목적으로 노사가 집단적 사적자치를 통해 근로조건을 결정할 수 있도록 종속노동을 행하는 자에게 노동3권을 보

96) 근로자가 아닌 자도 사용자와 종속관계에 있고, 통상의 근로자에 비교될 수 있을 정도의 유사한 보호필요성이 인정되어야 근로자와 마찬가지로 노동3권의 주체가 될 수 있다고 할 것인데, 이러한 개념요소 없이 노동3권의 주체를 확대한다면, 헌법상 근로자 개념이 지나치게 확대될 뿐만 아니라 원칙과 예외의 경계도 허물어져 전혀 다른 법제도가 되어 버리는 문제가 발생할 수 있다. 이와 같은 접근은 매우 신중해야 할 뿐만 아니라, 법질서 전체도 체계적으로 고려할 필요가 있다.

97) 菅野和夫, 勞働法(第12版), 弘文堂, 2019, 829頁.

장한 것이라는 점을 명확히 할 수 있다. 따라서, 집단적 자치 내지 협약자치가 필요하고, 가능한 당사자 관계를 중심으로 노조법상 근로자 개념이 인정되어야 한다. 즉, 노조법상 근로자성 여부는 사용종속관계를 전제로 하면서도 노무공급자가 노무수령자와의 관계에 있어서 그의 일방적 결정을 감수하지 않으면 안 되는 사회·경제적 약자의 입장을 고려하여, 노동3권을 보장받아야 할 필요성이 있는가 하는 관점에서 당해 계약관계의 실질을 중심으로 파악해야 한다.

### 3. 노조법상 근로자 개념 판단방법의 문제점과 한계

#### (1) 유형적 판단방법의 문제

노조법은 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있지만(노조법 제2조 제1호), 이러한 정의규정으로부터 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 직접 구체적이고 명확한 판단기준을 도출하기는 기대하기 어렵고, 따라서 사례별로 유형적 판단이 불가피한 측면이 있다. 근로자 개념을 개념적 관점에서 접근·판단한다는 것은 판단의 기초를 이루는 지표들이 고정적이기 때문에 오늘날 같이 급속도로 변화하는 사회·경제적 요인을 탄력적으로 수용하기 어려운 단점이 있다는 점을 고려해볼 때,<sup>98)</sup> 유형적 관점은 그러한 단점을 극복할 수 있다는 점에서 일응 합리적인 판단방법으로 선택되고 있다. 예를 들어, 근기법상 근로자 개념을 판단함에 있어서도 대법원은 유형적 판단방법에 따라 구체적이고 탄력적으로 판단하고 있다.

하지만, 근기법상 근로자성 판단 시에도 드러나듯, 유형적 판단방법은 그 판단이 일관되고 정형적이지 못하고, 경우에 따라서는 자의적인 판단에 노출될 가능성이 있다.<sup>99)</sup> 예를 들어, 2018년 대법원 판결 이후에 내려진 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결에서는 다른 판결들과 달리 특정

98) 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 192면.

99) 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 192면.

사업주에 대한 소득의존성과 전속성이 인정되지 않았음에도 불구하고 노조법상 근로자성이 인정되었는데, 일각<sup>100)</sup>에서는 비전속적 특수형태근로종사자에 대해서도 노동조합을 조직할 수 있는 길이 열리게 되었다고 평가를 하고 있지만, 과연 헌법 제33조 및 노조법이 그러한 노무제공자에게까지 노동3권을 보장하려는 입법적 의사를 가졌는지에 대해서는 의문이 들 수 밖에 없다.

유형적 판단방법에 따른 문제점을 최소화하기 위해서는 개별 사례의 구체적인 사실관계를 중점적으로 고려하되, 종래 대법원이 유지해오던 판단 원칙과 판단기준의 적용을 가급적 일관되게 유지함으로써, 관련 당사자들의 예측가능성을 확보해주고 법적 안정성을 확보할 수 있어야 한다.

## (2) 실질적 지표와 부차적 지표를 구별한 종합적 판단의 문제

대법원이 2018년 이후 제시한 판결에 따르면, 6가지 판단기준과 관련한 개별적인 사실관계를 나열하고, 이를 종합적으로 고려하여 (경제적·조직적) 종속관계를 판단하는 방법을 기본구조로 하고 있다. 즉, 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 어떠한 절대적이고 명확한 기준에 따라 판단되기 보다는 ‘전체적인 관점’에서 평가할 수밖에 없는 구조를 가지고 있다. 따라서, 해당 노무제공자의 노무제공실질이 사용종속관계를 가지고 있는지 여부는 종합적인 관점에서 유형론적으로 판단할 것이 요청된다.

다만, 문제가 되는 지점은 대법원이 종래와 다르게 경제적·조직적 종속성 지표를 실질적 지표로 보고, 인적 종속성 지표를 부차적 지표로 보아 판단하고 있는 부분이다. 노조법상 근로자 개념을 판단함에 있어서 중요하게 고려해야 할 사항은 무엇보다 근로관계 내지 이와 유사한 관계로서 사용종속관계(인적 종속성)를 가지게 된다면, 그 지표를 본질적 지표로 인정해야 한다는 것과 노조법의 입법취지 및 근로자 정의규정 등을 고려하여 경제적·조직적 종속성 지표를 부차적으로 활용하여, 노무제공자의 사용종속관계 여부를 종합적으로 판단해야 한다는 것이다.

100) 박귀천, 앞의 글, 144면.

그밖에 2018년 대법원 판결이 노조법상 근로자 개념을 판단하기 위한 기준을 분명하게 정리한 바 있지만, 후속판결 및 하급심 판결에서는 그 밖의 판단기준을 제시하는 경우 등도 없지 않다. 아울러, 판단지표별 중요성에 대한 평가도 동일하지 않기 때문에 판단주체에 따라 달리 판단될 수 있는 가능성도 적지 않다. 이는 법적 불안정성의 문제로 나타날 수 있는 부분이므로 신중히 접근할 필요가 있다.

### (3) 판례의 법형성 문제

2008년 대법원 판결 및 그 후속판결이 주된 판단기초로 삼고 있는 것은 종래의 근로관계뿐만 아니라, 그와 다른 계약관계에 놓여진 경우에도 노무제공자에게 경제적·조직적 종속관계가 있다면, 노조법에 기초해 협약자치가 가능하다는 것이다. 여기서 드는 의문은 과연 우리 노조법이 헌법 제33조를 통해 설정한 협약자치 원리가 적용되는 대상에 근로계약 이외의 계약 유형도 포함하는 것으로 입법되었는지 여부이다.<sup>101)</sup>

이와 관련해, 우리 헌법은 제정 당시 심의과정부터 헌법상 근로자를 고용계약의 당사자로 전제하고 있으며, 고용계약관계인 근로조건에 대해 개별적 근로관계법을 통한 보호와 더불어 집단적 노사관계법을 통해 대등성을 확보함으로써, 적정근로조건을 형성할 수 있는 형태로 노동기본권을 도입한 것으로 보인다. 이를 기초로 근기법과 노조법이 제정되었으며, 근기법은 제2조 제4항에서 근로계약의 정의를 두어, 동조 제1호의 근로자를 근로계약의 당사자로 전제하였고, 노조법은 제2조 제1호에서 근로자를 근로계약 당사자로 명시하고 있지는 않지만, 근기법을 통해 보호받는 최저근로조건을 바탕으로 자신들의 근로조건을 유지·개선할 수 있는 협약자치 제도를 보장하고 있다.<sup>102)</sup>

따라서, 근로계약의 당사자가 아닌 다른 노무제공자를 노조법상 근로자 개념의 범주에 포함하여 해석하는 것은 헌법 제정시 전제하였던 의사 및 이에 기초해 제정되었던 노조법의 입법의사를 뛰어넘는 해석이 된다. 이러한

101) 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 204면.

102) 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 206-207면.

법원의 판단을 두고, 법관의 범형성 문제<sup>103)</sup>로 다루어야 할지 아니면, 법관의 대체입법<sup>104)</sup>으로 보아야 할지 논의가 제기되고 있지만, 특수형태근로종사 등의 노무제공자를 노동법적 보호를 위한 논의는 국회에서 오랜 기간 논의되어 왔고, 입법자가 아직까지 입법정책적 판단을 유보하고 있음에도 불구하고, 법원이 해석이라는 외형을 빌려 체계적 한계를 뛰어 넘는 것으로 보이는 점, 현행 노조법은 협약자치의 틀을 강행규범의 체제로 구축하고 있는 부분을 고려할 때, 법원이 해석이라는 이름으로 노조법의 적용범위를 임의적으로 확대하고, 노무제공자를 포함시키는 것은 타당하지 않은 점, 근로자가 아닌 노무제공자에 대해서는 경제법 등 그 밖의 법률이 연계되어 있다는 점<sup>105)</sup> 등을 고려해볼 때, 범형성의 한계 및 문제로 봄이 상당하다.<sup>106)</sup>

법관에 의한 범형성은 창조적인 법발견이자, 법률로부터 자유로운 법관의 활동으로서, 오늘날 노동법이나 행정법 등에서 규범적인 것으로 간주되는 상당 부분이 범형성에 의해 형성되어온 부분을 상기해보면,<sup>107)</sup> “현대국가에서 없어서는 안될” 것임이 분명하다.<sup>108)</sup> 하지만, 법관의 범형성 과정에서는 법이론적 숙고가 충분히 행해지지 않는 경우가 많고, 실제하는 문제가 충분히 해결되지 않았다는 비판도 계속적으로 있어 온 점<sup>109)</sup>을 고려해본다면, 신중하게 행해질 필요가 있다.

그러므로 근로계약관계에 있지 않은 노무제공자를 노조법상 근로자 개념으로 인정하는 문제는 원칙적으로 노조법 규정의 개정이 수반되어야 하는 것으로써, 입법자의 입법정책적 논의의 대상이 되어야 하며, 현행 노조법의 해석론으로는 한계가 있다는 점을 지적할 필요가 있다.

103) 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 222면 이하.

104) 김영문·김혜린, 앞의 논문, 147면.

105) 원칙적으로 시장의 조건에 관련된 경제적 종속성의 문제는 노동법이 풀어야 할 과제가 아니라 경제법이 1차적으로 풀어야 할 문제이다. 즉, 경제적 종속성의 지표로 삼는 시장 관련 요소들을 노동법의 보호를 받는 법률관계의 본질적 지표로 삼는 것은 타당하지 않다. 이에 대해서는 김형배, 앞의 책, 37면 참고.

106) 보다 자세한 내용은 박종희·윤재왕, 앞의 논문, 222-229면 참고.

107) 프리드리히 뮐러(홍성방 옮김), 「법관법」, 유로서적, 2014, 15면.

108) BVerfGE 65, 182ff, 190(프리드리히 뮐러, 앞의 책, 15면 참고).

109) 프리드리히 뮐러, 앞의 책, 16면.

#### 4. 새로운 형태의 노무제공자를 위한 입법정책적 과제

##### (1) 기본방향

현행 노조법은 헌법 제33조의 보장목적에 기초해 적용범위으로써 근로자가 확정되기 때문에 새로운 형태의 노무제공자를 포섭하는 데에 한계가 있다. 하지만, 대법원 판결을 통해서 인정된 노무제공자들은 노무제공관계를 둘러싸고 열악한 지위에 있고, 집단적으로 그에 대항할 수 있는 조직체를 결성하여 집단적 이해관계를 조율할 필요성이 요청되기도 한다. 참고로 독일 단체협약법(TVG) 제12조 a는 이른바 유사근로자에 대해서도 협약자치를 인정하고 있다. 이는 유사근로자를 적용대상으로 하는 단체협약의 체결을 위하여 단체교섭하고 쟁의행위를 행사할 수 있음을 의미한다.<sup>110)</sup>

물론 독일 단체협약법의 이와 같은 규율태도를 비판적으로 보는 견해도 적지 않았다. 왜냐하면, 협약자치의 권리가 보장되기 위해서는 그 전제로서 단결권의 행사가 보장되거나 또는 현실적으로 단결체의 형성이 가능하여야 하는데, 유사근로자의 직업군에서도 서로 이해관계가 상이할 경우, 과연 이것이 현실적으로 가능한 것인가의 의문이 제기된다. 그러나 더 본질적인 문제제기는 협약자치의 본질에서 비롯된다. 즉, 협약자치 제도는 주로 근로관계에 있어서 교환적 정의를 개선하는 수단으로써 기능한다는 것이다.

그럼에도 불구하고 단체협약법 제12조 a가 도입될 수 있었던 것은 단결 및 협약자치의 권리를 기본권으로 정하고 있는 독일 기본법 제9조 제3항이 그 적용대상을 노동법상의 근로관계로 제한하고 있지 않다는 사정에서 기인하고 있다. 즉, 독일 기본법 제9조 제3항은 그 인적 적용범위를 구체적으로 정하고 있지 않으며, 단지 ‘근로조건 내지 경제조건’이라는 개념을 사용하고 있음을 근거로 이것이 종속노동질서에 적용되는 것이라고 판단하고 있는 것이다. 그렇지만 이를 인격적 종속성 하에서 노무를 제공하는 근로자에게만 인정되는 것이 아니라 경제적 종속관계에 있고 그로 인하여 사회적

110) 법률이 유사근로자에게 협약자치의 권리를 승인한 것은 그 실현을 위한 수단, 즉 쟁의행위권 까지도 사용할 수 있음을 두 권리의 내적인 관련성으로부터 당연히 도출할 수 있다고 한다.

보호필요성이 인정되는 자에 대해서도 넓게 인정될 수 있다고 하는 것이 독일의 기본입장이다.

하지만, 우리나라의 노동법 체계에서는 달리 고민해볼 필요가 있다. 왜냐하면, 독일 기본법과는 달리, 우리 헌법은 명시적으로 ‘근로자’에 대하여 노동3권을 보장하고 있기 때문이다. 따라서, 앞서 지적한 바와 같이 하위 법률 또는 법형성적 판례에 의하여 근로자가 아닌 자에 대하여 노동3권을 보장하게 되면 헌법 위반의 문제가 발생할 수도 있다.

결국, 노무제공자의 집단적 권리보호의 필요성과 헌법상의 규정을 조화시키기 위해서는 결국 노동법상의 일반 법개념으로서 별도의 노무제공자 개념과 별도의 보호내용이 입법정책적으로 고려될 필요가 있다.

이와 관련해, 제21대 국회에서는 몇 가지 법안이 제출된 것으로 확인이 되는 바, 이하에서는 각 법안의 주요내용을 살피고, 그에 대한 논평을 시도해보고자 한다.

## (2) 주요 입법안의 평가 및 과제

### 1) 노조법 개정안

먼저, 강은미 의원이 대표발의한 노조법 개정안<sup>111)</sup>이 있다. 동 개정안은 고용형태의 다양화로 학습지 교사, 레미콘 운전기사, 보험설계사, 애니메이션 작가, AS기사, 화물차 운전기사, 간병인, 킥서비스, 방송사 구성작가, 대리 운전자, 텔레마케터 등 특수한 고용형태로 일하는 종사자들이 계속 증가하고 있음에도 이들의 노동권이 보장되지 못해 실질적인 권리확보가 불가능한 상태인 점을 고려해, 프리랜서, 특수형태근로종사자 등 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 노무를 제공하는 자와 실업자도 근로자의 개념에 포함됨을 명시하였다(안 제2조 제1호).

즉, 종래의 노조법상 근로자 정의규정을 그대로 유지한 채, 후단을 신설하여, ① 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자, ② 실업상태에 있거

---

111) 의안번호 2104376, 2020.9.29.

나 구직 중인 자, ③ 그 밖에 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있다고 대통령령으로 정하는 자를 규정하였다.

앞서, 살펴본 바와 같이 현행 노조법상 근로자 개념은 학계와 실무에서 적지 않은 논쟁이 진행되고 있는 핵심주제 중 하나이다. 최근 대법원은 노동3권의 보장 필요성이라는 관점에서 노조법상 근로자 개념을 확대해나가고 있으며, 종래 실업자를 넘어 다양한 유형의 노무제공자까지 포섭하고 있지만, 노동3권의 보장 필요성이 인정되는 자를 법리적으로 검토하기 보다는 사례판단에 그치고 있는 것으로 보인다. 만약 노조법을 개정한다면, 노동3권의 보장 필요성의 개념과 그리고 그것이 인정되는 자의 범위를 구체적으로 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하는 것이 중요한 입법정책적 과제라고 할 수 있다.<sup>112)</sup>

다만, 현행 헌법 제33조 및 노조법은 기본적으로 근로관계에 있는 근로자를 중심으로 구성·설계되어 있으므로, 새로운 형태의 노무제공자에게 노동3권을 부여하는 것이 헌법에 합치하고 체계적으로 타당한지도 구체적으로 검토해볼 필요가 있다.

## 2) 특수형태근로종사자 보호법안

그리고 임의자 의원이 대표발의한 특수형태근로종사자 보호법안<sup>113)</sup>도 있다. 동 법안은 산업구조의 변화와 서비스업의 발달 등으로 근로자와 자영업자의 중간영역에 종사하는 자가 꾸준히 증가하고 있으나, 이들은 근기법 또는 노조법상 근로자가 아니라는 이유로 사회적 보호대상이 되지 못하고 있는 점을 고려해, 근로자와 자영업자의 중간영역에 종사하는 자로서 사회적 보호의 필요성이 있는 자를 특수형태근로종사자와 디지털플랫폼근로종사자로 정의하고 이들의 법적 지위와 보호 범위를 제도적으로 확립한 것으로 보인다.

즉, 특수형태근로종사는 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노

112) 박지순, “고용 및 노동관계법의 주요 쟁점”, 「산업관계연구」(제23권 제1호), 한국노사관계학회, 2013, 48-49면 참고.

113) 의안번호 2106018, 2020.12.1.

무를 제공하는데도 근기법 등 노동관계법이 적용되지 않고, 주로 하나의 사업 또는 사업장 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인의 사용하지 않는 사람으로 정의하였다(동 법안 제2조 제1호). 그리고 디지털플랫폼근로종사자는 역시 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 근기법 등 노동관계법이 적용되지 않고, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조제3호에 해당하는 통신판매업자 또는 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 이동통신단말장치로 물건의 수거·배달 등을 중개하는 자에게 노무를 비정기적으로 제공하고 제공한 노무에 비례하여 보수를 받아 생활하여야 하며, 노무를 제공함에 있어 타인의 사용하지 않는 사람으로 정의하였다(동 법안 제2조 제2호). 특수형태근로종사자와 디지털플랫폼근로종사자의 구체적인 범위는 대통령령이 정하는 직종으로 한정하도록 하였다.

현행 노동법은 근로자와 근로자가 아닌 자라는 이분법적 사고 위에서 노동법의 적용관계를 구성하였으며, 그 중간영역을 아직까지 입법적으로 충분히 인정하지 않고 있다. 따라서, 노무제공자의 개념을 입법적으로 정의하고, 그들의 특성을 고려해 노동법의 적용가능성을 모색하는 것은 바람직하다고 생각한다. 기본적으로 특수형태근로종사자의 요건으로는 경제적 종속성과 근로자와 유사한 사회적 보호필요성이 필수적으로 포함될 필요가 있다.<sup>114)</sup> 특수형태근로종사자의 요건으로서 경제적 종속성과 사회적 보호필요성은 규범적 평가기준을 의미하는데, 이를 구체화하는 최소한의 요건은 각호로 구성할 필요가 있다.

이상의 특고 법안에서 제시하고 있는 특수형태근로종사자 및 디지털플랫폼근로종사자는 적어도 그러한 구성을 취하고 있는 것으로 보인다. 다만, 이러한 노무제공자에게 노무제공조건의 개선을 위한 집단적 권리를 부여할지 여부, 부여하게 된다면 어떠한 범위, 어떠한 내용으로 보장할 것인지에 대해서는 심도깊은 논의가 필요한 것으로 보인다.

114) 박지순, “특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위”. 「노동법학」(제23호), 한국노동법학회, 2006, 254-255면 참고.

## V. 나오며

우리 노동법상 근로자 개념은 근기법상 근로자와 노조법상 근로자로 대별되는데 양 법률이 근로자의 정의를 달리 규정하고 있기 때문에 양자의 해석을 둘러싸고 다양한 견해가 제시되고 있다. 특히 2018년 학습지 교사 판결을 계기로 노조법상 근로자 개념은 논의의 중심에 있는데, 경제적·조직적 종속성을 중심으로 한 근로자성 판단이 법리적으로나 체계적으로 부합하는지 여부가 새롭게 논쟁이 되고 있다.

대법원은 오래 전부터 노조법상 근로자로 인정되기 위해서는 원칙적으로 특정 사용자와 근로자 사이에 사용종속관계가 있어야 한다는 입장을 고수해왔으나, 2004년 서울여성노조 판결에서 각 법률은 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이할 수 있다고 보았으며, 2018년 학습지 교사 판결에서는 양 법률의 근로자 개념을 보다 명확히 분리하고자 하였다.

하지만, 현행 노조법상 근로자 개념을 해석하는 부분에 있어서는 다음과 같은 점이 중점적으로 고려되어야 한다고 생각한다. 즉, 헌법 제33조에서 근로자의 노동3권을 규정하면서 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있는데, 헌법은 스스로 근로자 개념을 정의하고 있지 않으므로, 하위법률에 그에 대한 구체화를 위임하고 있다. 따라서, 노조법상 근로자를 확정하기 위한 목적론적 관점은 노동3권의 보장 필요성이 중요시 되는데, 이것은 노동조합을 설립 내지 가입할 수 있는 자가 누구이고 단체교섭권과 단체행동권의 보장 및 그에 따른 성과가 누구에게 귀속되는가를 확정하기 위해 반드시 필요한 개념이라 할 수 있다.

결국 헌법 제33조가 노동3권을 보장한 목적과 노조법의 보호목적을 근거로 노조법상의 근로자 개념을 확정해야 한다. 헌법 제33조는 근로조건향상을 목적으로 노사가 집단적 사적자치를 통해 근로조건을 결정할 수 있도록 종속노동을 행하는 자에게 노동3권을 보장한 것이라는 점을 분명히 할 필요가 있으며, 새로운 형태의 노무제공자에게 대해서는 입법정책적 관점에

224 노조법상 근로자 개념에 대한 재검토

서 노동법적 보호방안을 강구할 필요가 있다. 쉽지 않은 과제이지만, 지속적인 논의를 진행해나가야 한다.

노조법상 근로자 개념에 대한 재검토 - 최 홍 기	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.08.03.	2021.08.25.	2021.09.17.

[참고문헌]

<단행본>

강희원·김영문, 「근로자개념과 계약의 자유」, 중앙경제, 2001.  
 강희원·김영문·이상윤·조준모, 「특수고용직종사자의 법적지위」, 중앙경제, 2002.  
 계획열, 「헌법학(중)」(신정2판), 박영사, 2007.  
 김근주 외, 「단결권의 보호와 법적 쟁점」, 한국노동연구원, 2019.  
 김유성, 「노동법Ⅱ」(전정판), 법문사, 1998.  
 김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018.  
 김형배·박지순, 「노동법강의」(제10판), 신조사, 2021.  
 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해 I」, 박영사, 2015.  
 대검찰청, 「노동법 벌칙해설Ⅱ」, 2019.  
 박지순 외, 「실업자의 조합원 자격과 노조법상 근로자 개념」, 고용노동부 연구용역보고서, 2011.  
 성낙인, 「헌법학」(제20판), 법문사, 2020.  
 이상윤, 「노동법」(제17판), 법문사, 2021.  
 이영희, 「노동법」, 법문사, 2001.  
 이 정, 「노동법의 세계」, 한국외대 지식출판원, 2015.  
 이준일, 「헌법학강의」(제6판), 홍문사, 2015.  
 임종률, 「노동법」(제19판), 박영사, 2021.  
 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2006.  
 프리드리히 뮐러(홍성방 옮김), 「법관법」, 유로서적, 2014.  
 하갑래, 「노동법」(제4판), 중앙경제, 2021.  
 한수웅, 「헌법학」(제10판), 법문사, 2020.  
 허영, 「한국헌법론」(전정 17판), 박영사, 2021.  
 홍성방, 「헌법학(중)」, 박영사, 2010.

菅野和夫, 労働法(第12版), 弘文堂, 2019.  
 橋本陽子, 労働者の基本概念 -労働者性の判断要素と判断方法-, 弘文堂, 2021.  
 厚生労働省 労使関係法研究会, “労使関係法研究会報告書(労働組合法上の労働者性の判断基準について”, 厚生労働省, 2011.07.

<개별 논문>

강성태, “실업자와 단결권”, 「노동법연구」(제16호), 서울대노동법연구회, 2004.  
 \_\_\_\_\_, “실업자의 조합원 자격”, 「노동법률」, 중앙경제, 2004.4.  
 \_\_\_\_\_, “노조법상 근로자”, 「노동관계백선」, 2015.  
 \_\_\_\_\_, “노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 기준”, 「노동법학」(제72호), 한국노동법학회, 2019.  
 \_\_\_\_\_, “노무제공자의 노조법상 근로자성”, 「노동관계백선」(제2판), 박영사, 2021.

- 고수현, “학습지교사, 야쿠르트 판매원의 근로자성 판단”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020.
- 권오성, “고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준”, 「고용형태 다양화에 따른 노동자성 판단기준 및 비정규직법 개정방향」, 2020.12.15.
- 김 린, “노동조합법에 따른 근로자 판단기준”, 「월간 노동리뷰」, 한국노동연구원, 2018.8.
- \_\_\_\_\_, “방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정 여부”, 「월간 노동리뷰」, 한국노동연구원, 2018.12.
- 김선일, “취업자격 없는 외국인근로자의 노동조합 설립”, 「사법」(통권 35호), 사법발전재단, 2016.
- 김성필, “실업자 노동조합의 현실과 발전발안”, 「계간노무사」, 한국공인노무사회, 2006.
- 김소영, “특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제”, 「사회변동과 사법질서」, 김형배교수정년퇴임기념논문집, 2000.
- 김영문·김해린, “노동조합법상 근로자 개념 확대와 그 후속문제에 대한 단상”, 「노동법학」(제72호), 한국노동법학회, 2019.12.
- 김인재, “구직 중인 근로자를 포함한 노동조합의 설립신고 반려처분은 위법하다”, 「노동법률」, 중앙경제, 2001.3.
- 김장식, “실업자의 노동조합및노동관계조정법상 근로자성”, 「노동관례비평」, 민주사회를 위한 변호사모임, 2004.
- 김태현, “학습지교사 판결을 둘러싼 노동조합법상 근로자성 판단기준 및 구체방안에 대한 검토”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020.
- 김형배, “골프장 캐디의 노동법상의 지위”, 「노동법포럼」(제13호), 노동법이론실무학회, 2014.
- 김희성, “대리점 소속 자동차 판매원(카마스터)의 노조법상의 근로자성 여부”, 「최근 주요 노동관례 평석」, 한국비교노동법학회, 2020.
- 도재형, “2019년 노동법 중요관례평석”, 「인권과 정의」(제489호), 대한변호사협회, 2020.5.
- 박귀천, “방송연기자노조 사건으로 본 대법원 노조법상 근로자성 판단기준과 경향”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.12.
- 박대준, “지역별 노동조합의 구성원에 일시적인 실업자나 구직 중인 자가 포함되는지 여부”, 「대법원관례해설」, 법원도서관, 2004.
- 박제성, “텍스트 다시 읽기 - 근로기준법상 서면합의와 노조법상 근로자 개념에 대해서-”, 「노동법연구」(제15호), 서울대 노동법연구회, 2003.
- 박중희, “근로3권의 보장의의와 내용”, 「고려법학」(제48호), 고려대 법학연구원, 2007.
- 박중희·윤재양, “관례의 범형성적 기능과 한계”, 「고려법학」(제70호), 고려대 법학연구원, 2013.9.
- 박지순, “고용 및 노동관계법의 주요 쟁점”, 「산업관계연구」(제23권 제1호), 한국노사관계학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위”. 「노동법학」(제23호), 한국노동법학회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “근로자개념론”, 대법원 노동법실무연구회 발표문, 2015.
- \_\_\_\_\_, “단체교섭의 당사자로서 사용자개념”, 「노동법논총」(제51집), 한국비교노동법학회, 2021.
- 방준식, “대리운전기사의 노동조합법상 근로자성 판단”, 「노동법률」, 중앙경제, 2020.10.
- \_\_\_\_\_, “대리운전기사의 노동조합법상 근로자성 판단”, 「노동법논총」(제50집), 한국비교노동법학회, 2020.

- 배동희, “학습지교사 판결로 본 특수고용형태종사자의 노조법상 근로자성”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.7.
- 유성재, “실업자 노조가입 허용판결의 문제점과 개선방향”, 「중앙법학」(제6집 제1호), 중앙법학회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “콜프장 캐디의 「노조법」상 근로자성”, 「중앙법학」(제16집 제4호), 중앙법학회, 2014.
- \_\_\_\_\_, “학습지교사의 노조법상 근로자성”, 「노동법률」, 중앙경제, 2018.8.
- 윤애립, “「노동조합 및 노동관계조정법」의 근로자”, 「노동법연구」(제36호), 서울대 노동법연구회, 2014.
- 이광택, “구직중인 여성노동자 역시 노조법상의 근로자에 해당한다”, 「노동교육」(제43호), 한국기술교육대학교 노동행정연수원, 2004.
- 임상민, “학습지교사의 근로자성”, 「대법원판례해설」(제115호), 법원도서관, 2018.
- \_\_\_\_\_, “학습지교사의 근로자성”, 「노동법실무연구」(제2권), 노동법실무연구회, 2020.
- 조상관, “구직중인 자의 노조법상 근로자성”, 「노동관계백선」(제2권), 박영사, 2021.
- 최정호, “불법채류 외국인근로자의 단결권”, 「서강법률논총」(제5권 제2호), 서강대 법학연구소, 2016.
- 최흥기, “4.0 산업시대와 집단적 노사관계법 체계의 개편”, 「법학논총」(제43권 제4호), 단국대 법학연구소, 2019.
- \_\_\_\_\_, “유아체육교육 강사의 근로자성 인정 여부”, 「강원법학」(제58권), 강원대 비교법학연구소, 2019.
- 島添 聰一郎, 労働組合法上の労働者性について(事例の検討を中心に), 中央労働時報(1225), 勞委協會, 2017.
- 中澤 文彦, 労働組合法上の労働者性の再検討, 季刊労働法(247), 労働開発研究會, 2014.
- Henssler/Pant, Europäischer Arbeitnehmerbegriff, RdA, 2019.
- Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA, 2018.
- Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA, 2019.

<기타>

- 권 혁, “학습지교사의 근로자성 판단”, 법률신문, 2019.4.15.
- 박지순, “학습지교사 판례를 통해 본 근로자성 판단 기준”, 법률신문, 2018.8.16.

### 【국문초록】

근로자 개념은 노동법 적용의 출발점이자, 핵심적인 연결점으로써, 노동법의 성격과 외연(外延)을 확정하는 데에 있어서 중요한 기준이 된다. 다시 말해서, 노동법의 적용여부를 둘러싼 판단은 ‘근로자’라는 지위와 직결되고 있으므로, 그 개념적 경계를 확정하는 문제는 이론적으로나 실무적으로도 중요한 과제가 아닐 수 없다. 근로자 개념을 둘러싼 문제는 우리나라뿐만 아니라, 주요 외국에서도 오랜 논쟁의 대상이 되어오고 있다.

현행 헌법은 노동기본권과 관련한 규정을 두면서 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있는데(헌법 제32조 제1항, 제33조 제1항 내지 제3항), 그 의미에 대해서는 달리 밝히지 않고 있다. 결국, 헌법상 노동기본권 규정에 기초해 제정된 노동관계법령상의 근로자 정의규정을 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 이때, 개별적 근로관계법의 기본법이라 할 수 있는 근로기준법(이하, ‘근기법’)과 집단적 노사관계법의 기본법인 노동조합 및 노동관계조정법(이하, ‘노조법’)은 ‘근로자’의 정의규정을 각기 달리 두고 있다. 즉, 근기법은 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람”을 ‘근로자’로 정의하고 있는데(근기법 제2조 제1항 제1호) 비해, 노조법은 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 ‘근로자’로 정의함으로써(노조법 제2조 제1호), 양 법률상의 근로자 개념을 어떻게 이해하고, 해석할 것인가가 논쟁의 주요한 대상이 되고 있다.

최근 대법원은 이른바 학습지 교사 판결을 통하여 노조법상 근로자 개념의 판단을 위한 기준을 구체적으로 정비하고, 이를 통해 근기법상 근로자 개념과의 명확한 구분을 시도하였다. 그리고 일련의 후속판결을 통해 종래의 일시적 실업자 및 구직 중인 자를 넘어, 근로계약관계가 아닌 다른 계약관계에 기초하여 취업 중인 노무제공자에게까지 노조법상 근로자의 지위를 적극 부여함으로써, 노조법상 근로자 개념을 둘러싼 논의를 다시 한번 촉발시키고 있다.

하지만, 현행 노조법상 근로자 개념을 해석하는 부분에 있어서는 다음과 같은 점이 중점적으로 고려되어야 한다. 즉, 헌법 제33조에서 근로자의 노동3권을 규정하면서 ‘근로자’라는 용어를 사용하고 있는데, 헌법은 스스로 근로자 개념을 정의하고 있지 않으므로, 하위법률에 그에 대한 구체화를 위임하고 있다. 따라서, 노조법상 근로자를 확정하기 위한 목적론적 관점은 노동3권의 보장 필요성이 중요시 되는데, 이것은 노동조합을 설립 내지 가입할 수 있는 자가 누구이고 단체교섭권과 단체행동권의 보장 및 그에 따른 성과가 누구에게 귀속되는가를 확정하기 위해 반드시 필요한 개념이라 할 수 있다.

결국, 헌법 제33조가 노동3권을 보장한 목적과 노조법의 보호목적은 근거로 노조법상의 근로자 개념을 확정해야 한다. 헌법 제33조는 근로조건 향상 목적을 노사가 집단적 사적자치를 통해 근로조건을 결정할 수 있도록 종속노동을 행하는 자에게 노동3권을 보장한 것이라는 점을 분명히 할 필요가 있으며, 새로운 형태의 노무제공자에게 대해서는 입법정책적 관점에서 노동법적 보호방안을 강구할 필요가 있다.

【Abstract】

A Re-Examination on Concept of Worker Under Trade Union  
and Labor Relations Adjustment Act

Choi Hong-Ki

(Ph.D. Professor, Korea Employment and  
Labor Educational Institute.)

Concept of a worker is the starting point and key connection point for application of Labor Law. It also serves as the important criteria for defining the characteristics and extension of Labor Law. In other words, as the applicability of Labor Law is directly related to the status of “Worker”, defining the conceptual boundary is the crucial task in both theoretical and practical aspects. The issues related to the concept of worker have been controversial not only in South Korea but also in major foreign countries for a long time.

The present Constitution has regulations on the fundamental labor rights and uses the term “Worker” (Paragraph 1 of Article 32, Paragraph 1 or Paragraph 3 of Article 33 of Constitution). Still, it does not clarify the meaning of “Worker”. After all, it is necessary to examine the regulations on definition of worker in Labor Relations Act enacted based on the regulations of fundamental labor rights in the Constitution in details. The regulation on definition of “Worker” differ in Labor Standards Act, which is the fundamental act for Individual Labor Relations Act, and Trade Union and Labor Relations Adjustment Act,

which is the fundamental act for Collective Labor-Management Relations Act. While Labor Standards Act defines “Worker” as “A person who provides the labor service to the business or workplace under the purpose of wage regardless of type of occupation” (Sub-Paragraph 1, Paragraph 1, Article 2 of Labor Standards Act), Trade Union and Labor Relations Adjustment Act defines “Worker” as “A person who make a living on wage, pay, or other equivalent income regardless of type of occupation” (Sub-Paragraph 1, Article 2 of Trade Union and Labor Relations Adjustment Act).

There is ongoing controversy on how to understand and interpret the concept of worker in accordance with Labor Standards Act and Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. Recently, the Supreme Court reorganized the standards to determine the concept of worker under Trade Union and Labor Relations Adjustment Act in so-called “Ruling on Home-Visit Teacher” and tried to differentiate the concept of worker from Labor Standards Act.

Also, the series of subsequent rulings granted the status of worker not only to the existing temporary unemployed person and job seeker but also to workers who are employed under the contractual relationship different from the labor contractual relationship under Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. This once gain sparked off the controversies over the concept of worker under Trade Union and Labor Relations Adjustment Act.

However, in regard to interpretation of concept of worker under the present Trade Union and Labor Relations Adjustment Act, following points shall be mainly considered. Article 33 of the Constitution regulates three labor rights of the worker and uses the term, “Worker”. As the Constitution does not define the concept of worker, the subordinate acts are consigned to define the concept of worker in details. Therefore, in the

teleological aspect for defining the worker under Trade Union and Labor Relations Adjustment Act, it is important to guarantee the 3 labor rights. This concept is essential to define who is eligible to establish or join the labor union, to guarantee collective bargaining right and collective action right, and to confirm attribution of performance.

Thus, the concept of worker under Trade Union and Labor Relations Adjustment Act shall be defined accordance with the purpose of guaranteeing the three labor rights in Article 33 of Constitution and purpose of protection in Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. Article 33 of Constitution needs to clarify that three labor rights are guaranteed to the one involved in subordinate labor so that the labor and management are able to determine the labor conditions based on the collective private autonomy for the purpose of enhancing the labor conditions. For new type of workers providing labor service, it is also necessary to seek protective measures under the Labor Law in the aspect of legislative policy.

주제어(Keyword) : 근로자 개념(Concept of Worker), 인적 적용범위(Personal Scope), 근기법상 근로자(Worker in Labor Standards Act), 노조법상 근로자(Worker in Trade Union and Labor Relations Adjustment Act), 노동3권(Three Labor Rights), 노무제공자(Worker)

# 공중보건 위기대응을 위한 예방접종피해 국가보상 제도의 개편 방향\*

이 은 슬\*\*

## ▶ 목 차 ◀

I. 서론	1. 피해보상의 확대
II. 예방접종피해 국가보상 제도의 이원적 규율의 필요성	2. 백신 제조업자 등에 대한 보호
1. 예방접종피해 국가보상 제도 개요	3. 해외 입법사례: 미국 공중보 건 비상사태 대비법 (Public Readiness and Emergency Preparedness Act)
2. 현행 제도의 한계	IV. 결론
3. 이원적 규율의 필요성	
III. ‘공중보건 위기대응 예방접종 피해 국가보상 제도’의 제안	

## I. 서론

2020년 말경부터 코로나19 바이러스의 백신이 개발 및 상용화되면서 장기화되고 있는 전세계적 감염병의 극복 가능성이 보이기 시작했다. 예방

\* 늘 귀한 가르침 주시는 이희정 교수님, 한국공법학회·고려대학교 보건의료법센터 주최 제8차 ‘사회적 재난과 보건·안전법 연구포럼’ 토론을 통해 글의 발전에 도움을 주신 박지용 교수님, 박세훈 연구위원님 등 한국공법학회 회원 분들에게 감사드립니다.

\*\* 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정수료, 한국제약바이오협회 변호사.

접종을 통한 집단면역의 달성은 코로나19의 종식과 일상의 회복을 앞당길 수 있는 유일한 방안으로 인식되고 있다. 이에 각국 정부는 충분한 양의 백신을 신속하게 확보하고 예방접종을 적극 권장하여 자국민의 접종률을 높이고자 노력한다. 또한 백신의 안정적 수급을 위해서는 외국으로부터의 수입이나 기술이전에 의존하지 않고 국내 기업이 자체 개발하는 백신을 확보하는 것이 바람직하므로, 국내 백신 개발에 대한 적극적 지원책도 모색되고 있다.

감염병 위기를 극복하기 위해 필요한 정책들을 간략하게 제시하면 다음과 같다. 먼저 백신에 대한 신속 허가 및 개발 지원 절차가 마련되어야 한다. 공중보건 위기 상황에서는 어느 정도의 안전성과 유효성이 인정된다면 적절한 시기에 신속하게 백신이 공급되는 것이 가장 중요하기 때문이다. 관련하여 우리나라는 2021년 3월부터 ‘공중보건 위기대응 의료제품의 개발 촉진 및 긴급 공급을 위한 특별법’을 시행하여 공중보건 위기 상황에서 백신과 치료제 등에 대한 신속 개발 및 긴급 공급을 지원하고 있다.

또한 백신 접종으로 인한 피해에 대해 국가가 책임을 지고 보상하여야 한다. 국민들은 이미 앓고 있는 질병을 치료하기 위한 의약품에 대해서는 다소의 이상반응이 있어도 용인하나, 질병의 예방을 위해 접종하는 백신의 이상반응에 대해서는 매우 민감할 수 있다. 우리나라에서도 소수의 코로나19 백신 접종자에게 척수염, 심근염 등 중증 이상반응이 발생함에 따라 백신 접종을 꺼리는 국민들이 증가한 바 있다. 한편, 백신 제조업자나 접종행위자 등은 불가피하게 발생한 예방접종 관련 피해에 대해 법적 책임을 저야 할 경우 백신 개발이나 접종에 적극 참여하지 않으려 할 수 있다. 따라서 국가는 국민과 백신 제조업자, 의료인 등의 이해관계를 조율하여 백신 공급과 접종 실시에 차질이 없도록 하여야 하는 바, 그 핵심에는 예방접종피해 국가보상 제도가 있다.

이 글에서는 예방접종피해 국가보상 제도에 집중하여 검토하고자 한다. 공중보건 위기 상황에서의 특례가 마련되어 있는 백신에 대한 허가규제와는 달리, 예방접종피해 국가보상 제도는 일반적인 상황과 공중보건 위기 상황에서의 적용이 일원화되어 있다. 정부는 질병관리청의 지침을 통해 일부

요건을 완화하고 한시적 지원사업을 시행하겠다고 밝혔으나, 이는 근본적인 위기 대응 제도로서 기능하기에는 한계가 있다. 따라서 공중보건 위기 상황에서 국민의 예방접종율을 높이고 백신의 개발·공급을 가속화하기 위한 방안으로서 현행 예방접종피해 국가보상 제도의 이원화가 추진되어야 한다. 이에 현행 제도의 주요 내용과 한계를 검토하고, 공중보건 위기 상황의 특수성을 살펴본 후 이에 따라 ‘공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상제도’에 포함되어야 하는 특례들을 제안하였다.

## II. 예방접종피해 국가보상 제도의 이원적 규율의 필요성

### 1. 예방접종피해 국가보상 제도 개요

#### (1) 목적 및 법적 성질

우리나라는 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하, ‘감염병예방법’)에 따라 1995년부터 예방접종피해 국가보상 제도를 운영하고 있다. 동 제도의 목적은 국민이 백신 부작용 등에 대해 불안해하여 접종 인구가 감소되면 결국 면역 인구가 감소함으로써 국민 전체의 건강이 위협해지므로, 국가가 안전을 보장하는 차원에서 예방접종 피해에 대한 사회적 보호를 제공하고자 함이다.<sup>1)</sup> 감염병예방법상의 필수예방접종<sup>2)</sup>이나 임시예방접종<sup>3)</sup>에 해당하는 백신 또는 생물테러감염병 등에 대비하기 위해 질병관리청장이 의약

1) 이상윤, “예방접종 사고보상 법제연구”, 한국법제연구원, 2009, 62면.

2) 감염병예방법 제24조에 따라 예방접종 대상 감염병 중 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 관할 보건소를 통하여 필수적으로 예방접종을 시행해야 하는 감염병에 대한 예방접종으로, 디프테리아, 폴리오, 백일해, 홍역 등 18개 백신에 대한 예방접종이 여기에 해당한다.

3) 감염병예방법 제25조에 따라 예방접종 대상 감염병 중 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 필요하다고 인정하여 또는 질병관리청장의 요청으로 관할 보건소를 통해 시행하는 감염병에 대한 예방접종으로, 현재 코로나바이러스감염증-19 예방접종이 여기에 해당한다.

품 제조업자에게 생산하도록 지정한 예방·치료 의약품<sup>4)</sup>으로 인하여 질병에 걸리거나 장애인이 되거나 사망하였을 때에는 예방접종약품의 이상이나 예방접종 행위자 및 예방·치료 의약품 투여자 등의 과실 유무에 관계없이 대통령령으로 정하는 기준과 절차에 따라 법령에서 정하는 보상을 받을 수 있다.<sup>5)</sup> 예방접종피해 국가보상 제도의 최초 시행 시부터 2019년까지 접수된 총 보상신청 건수는 1,180건이며, 이중 57.2%에 해당하는 675건에 대하여 보상이 제공되었다.<sup>6)</sup>

감염병예방법 제71조에서 정한 ‘예방접종 등에 따른 피해의 국가보상’의 법적 성질에 대해 손해배상설, 손실보상설, 희생보상설, 행정상 손실보상과 구분되는 사회보상의 개념으로 포섭될 여지가 있음을 지적하는 견해<sup>7)</sup> 등이 있으나, 대체로 국내 학계에서는 이를 행정상 손실보상의 일종 또는 비재산적 침해에 대한 희생보상으로 보는 견해가 유력하다.<sup>8)</sup> 이러한 법적 성질에 대한 견해는 보상의 헌법적 근거를 어디에서 찾는지에 따라 달라지며, 예방접종피해의 보상을 손실보상으로 보는 견해는 헌법 제23조 제3항의 유추적용에, 희생보상으로 보는 견해는 헌법 제10조, 제11조, 제12조 등 인간 존엄의 권리와 평등권 등에 그 근거를 두고 있다. 한편 우리 판례는 구 전염병예방법에 의한 피해보상제도의 실질은 피해자의 특별한 희생에 대한 보상에 가깝다고 한 바 있다.<sup>9)</sup>

4) 감염병예방법 제40조(생물테러감염병 등에 대비한 의약품 및 장비의 비축) ② 질병관리청장은 「약사법」 제31조제2항에도 불구하고 생물테러감염병이나 그 밖의 감염병의 대유행이 우려되면 예방·치료 의약품을 정하여 의약품 제조업자에게 생산하게 할 수 있다.

5) 감염병예방법 제71조

6) 질병관리청 예방접종 피해보상 현황 (<https://nip.kdca.go.kr/irgd/index.html>) 참조.

7) 이호용, “국가 행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계”, 「한양법학」 제23집, 2008참조.

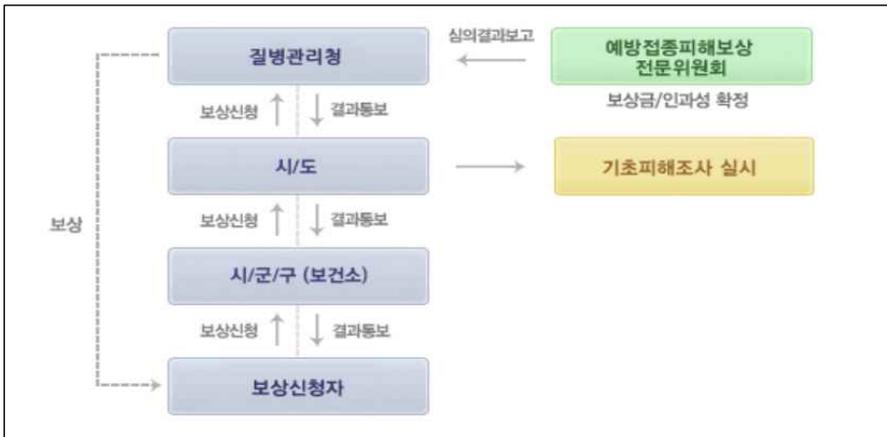
8) 법무법인(유한)로고스, “예방접종피해 국가보상제도 법률 개정 연구”, 질병관리본부 정책연구용역사업 연구결과집검보고서, 2016, 8면.

9) 대법원 2014. 5. 16. 선고, 2014두274 판결.

(2) 보상의 지급

감염병예방법 제71조에서 정하는 예방접종으로 인해 피해를 입은 자나 그 보호자는 예방접종 후 이상반응 발생일부터 5년 이내에 주소지의 관할 시·군·구에 이로 인한 보상을 신청할 수 있다.<sup>10)</sup> 이 때 보상을 신청하는 자는 최소 피해 금액 요건인 30만원 이상의 본인부담금 진료비를 지출했어야 하나, 코로나19 백신 예방접종으로 인한 이상반응의 경우에는 지출한 진료비가 본인부담금 30만원 미만이어도 신청이 가능하다.<sup>11)</sup> 질병관리청장은 보상청구가 있는 날부터 120일 이내에 인과성이 인정되는 질병, 장애 또는 사망에 해당하는지를 결정하여야 한다. 심의 결과 보상이 결정되면 신청자에게는 법령에서 정한 기준에 따른 보상금이 지급된다. 피해 보상의 신청이 기각된 신청자는 1회에 한해 이의를 제기할 수 있다.

〈그림 1〉 예방접종 피해 국가보상 보상절차



출처: 질병관리청 홈페이지(<https://nip.kdca.go.kr>)

10) 감염병예방법 시행령 제29조

11) 코로나19 예방접종 대응 추진단, 코로나바이러스감염증-19 예방접종 후 이상반응 관리지침, 1-2판, 2021. 6. 14, 38면.

예방접종피해 국가보상 제도는 무과실 보상 제도이지만 해당 예방접종과 피해 간의 인과성이 인정되어야 하므로, 모든 이상반응에 대하여 보상이 지급되는 것은 아니다.<sup>12)</sup> 감염병예방법에 따른 백신 예방접종 후 이상반응이 발생하였다는 신고가 접수되면 질병관리청은 이상반응 신고사례의 적격성, 즉 신고사례가 인과성 평가를 위한 최소한의 기준을 만족하는지를 평가한다. 적격성 판단의 기준에는 이상반응 역학조사가 완료되어 모든 세부사항의 확인이 가능한지, 투여된 해당 백신이 확인 가능한지, 이상반응 관련 보고된 자료나 확인된 질병 등이 있는지 등이 있다.<sup>13)</sup> 적격성이 인정된 신고사례에 대하여는 다른 원인에 대한 명확한 근거가 있는지, 인과관계에 대한 강력한 증거가 있는지 등에 대한 체크리스트를 확인하여 사례 검토에 필요한 근거자료를 검토한 후에 ① 인과성이 명백한 경우 ② 인과성에 개연성이 있는 경우 ③ 인과성에 가능성이 있는 경우 ④ 인과성이 인정되기 어려운 경우 ⑤ 명확히 인과성이 없는 경우 중 하나로 분류한다. 심의 결과 ④ 또는 ⑤에 해당한다면 피해보상 대상으로 인정되지 않아 보상을 지급받을 수 없다. 코로나19 백신의 경우 ④ 중 ‘④-1 백신과 이상반응에 대한 자료가 충분하지 않은 경우’에 해당 시 보상 대상에서는 제외되지만 1인당 1,000만 원 한도의 진료비가 지원된다.<sup>14)</sup>

12) ‘이상반응’이란 일반적으로 의약품 투여 후 발생하는 모든 의도하지 않은 증상으로서 인과관계를 요건으로 하지 않는 개념이며, 예방접종 후 이상반응은 ‘예방접종 후 그 접종으로 인하여 발생할 수 있는 모든 증상 또는 질병으로서 해당 예방접종과 시간적 관련성이 있는 것’으로 정의된다 (감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제18호).

13) 코로나19 예방접종 대응 추진단, 앞의 지침, 33면.

14) 질병관리청 보도자료, 인과성 근거 불충분으로 보상 제외된 중증 환자 의료비 지원 추진, 2021. 5. 10. 참조.

〈표 1〉 예방접종 피해보상 심의기준

구분	인과관계 평가 기준
① 인과성이 명백한 경우 (definitely related, definite)	백신을 접종한 확실한 증거를 확보하였고, 예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으며, 어떤 다른 이유보다도 백신 접종에 의한 인과성이 인정되고, 이미 알려진 백신 이상반응으로 인정되는 경우
② 인과성에 개연성이 있는 경우 (probably related, probable)	백신을 접종한 확실한 증거를 확보하였고, 예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으며, 어떤 다른 이유보다도 백신에 의한 인과성이 인정되는 경우
③ 인과성에 가능성이 있는 경우 (possibly related, possible)	백신을 접종한 확실한 증거를 확보하였고, 예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으며, 이상반응이 다른 이유 보다는 예방접종으로 인해 발생했을 가능성이 더 높은 경우
④ 인과성이 인정되기 어려운 경우 (probably not related, unlikely)	예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으나, ① 백신과 이상반응에 대한 자료가 충분하지 않거나(④-1) ② 백신보다는 다른 이유에 의한 가능성이 더 높은 경우
⑤ 명확히 인과성이 없는 경우 (definitely not related)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 없는 경우나 ② 예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 없는 경우 또는 ③ 다른 명백한 원인이 밝혀진 경우

출처: 코로나19 예방접종 대응 추진단, 코로나바이러스감염증-19 예방접종 후 이상 반응 관리지침, 1-2판, 2021. 6. 14, 34면

예방접종피해 국가보상 제도에 따른 보상의 종류는 질병으로 진료를 받은 사람에게 지급하는 진료비 및 간병비, 장애인이 된 사람에게 지급하는 일시보상금 및 사망한 사람(유족)에게 지급하는 일시보상금 및 장제비 등이 있다.<sup>15)</sup> 예방접종으로 인한 피해 보상금에는 조세나 국가 또는 지방자치단체의 공과금이 부과되지 않으며, 보상을 받을 권리는 양도나 압류가 불가하다 (감염병예방법 제73조). 국가는 예방접종약품의 이상이나 예방접종 행위자, 예방·치료 의약품의 투여자 등 제3자의 고의 또는 과실로 인하여 피해 보상을 하였을 때에는 보상액의 범위에서 보상을 받은 사람이 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 대위한다. 또한 예방접종을 받은 자나 유족이 제3자로부터 손해배상을 받았을 때에는 국가는 그 배상액의 범위에서 보상금을 지급하지 아니하며, 보상금을 잘못 지급하였을 때에는 해당 금액을 징수할 수 있다 (감염병예방법 제72조).

15) 감염병예방법 제71조 제1항 제1호-제3호, 같은 법 시행령 제29조

## 2. 현행 제도의 한계

### (1) 보상 심의기준의 한계

예방접종 후 발생한 이상반응에 대하여 백신과 인과관계가 있는지 여부를 과학적으로 명확하게 단정할 수 있는 경우는 드물다. 특히 문제가 되는 경우는 5가지 보상심의 기준 중 백신 접종과 이상반응 간에 ‘인과성이 인정되기 어려운 경우’로서, 이는 ‘예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으나, 백신과 이상반응에 대한 자료가 충분하지 않거나 백신보다는 다른 이유에 의한 가능성이 더 높은 경우’로 정의된다. 이를 보상 대상이 되는 ‘인과성에 가능성이 있는 경우’와 비교해보면 시간적 개연성이 인정되는 점은 동일하나, 관련 자료의 충분 여부 또는 이상반응이 다른 이유로 인해 발생했을 가능성이 더 높은지, 백신으로 인해 발생했을 가능성이 더 높은지에 따라 구별된다. 그러나 많은 경우 이상반응을 초래하였을 수 있는 다양한 원인 중 어떠한 가능성이 더 높은지를 정확하게 비교하는 것은 매우 어렵다.

‘예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으나, 백신보다는 다른 이유에 의한 가능성이 더 높은 경우’ 보상 대상에서 제외하는 현행 기준은 예방접종 피해보상 제도에 따른 보상 요건에 관한 대법원의 입장보다 엄격한 것으로 보인다. 대법원은 2014. 5. 16. 선고 2014두274 판결에서 구 전염병예방법에 따른 예방접종 피해 보상을 받기 위한 전제로서 요구되는 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 특별한 사정이 없는 한 예방접종과 장애 등의 발생 사이에 시간적·공간적 밀접성이 있고, 피해자가 입은 장애 등이 당해 예방접종으로부터 발생하였다고 추론하는 것이 의학이론이나 경험칙상 불가능하지 않으며, 장애 등이 원인불명이거나 그 예방접종이 아닌 다른 원인에 의해 발생한 것이 아니라는 정도의 증거가 있으면 족하다고 보았다. 이에 따라 피해자에게 발생한 난치성 간질이 백신으로 인한 것임이 불명확하다는 점에서 보상 신청을 거부한 당시 질병관리본부의 결정과는 달리, “백신의 독성으로 인한 간질 등 후유장애의 발생 가능성을 완전히 배제하기는 어렵다는 견해가 제

시되고 있는 사실” 등을 근거로 DTaP(디프테리아, 백일해, 파상풍의 혼합 백신) 및 경구용 소아마비백신 예방접종과 원고의 장애 사이에 상당인과관계를 인정하였다.

신종 감염병 백신은 이상반응 사례를 수집하거나 관련 연구를 수행한 기간이 길지 않다는 점에서 보상 대상이 되는 ‘이상반응이 다른 이유보다는 예방접종으로 인해 발생했을 가능성이 더 높은 경우’와 보상을 받을 수 없는 ‘예방접종 후 이상반응이 발생한 시기가 시간적 개연성이 있으나 백신보다는 다른 이유에 의한 가능성이 더 높은 경우’의 구별이 특히 더 어려울 수 있다. 판례도 예방접종과 피해 간의 인과관계 판단 시 고려할 요소 중 하나로, ‘해당 예방접종이 오랜 기간 널리 시행되었음에도 해당 장애 등에 대한 보고 내지 신고 또는 그 인과관계에 관한 조사·연구 등이 없는지’를 고려할 수 있다고 하였다.<sup>16)</sup> 신종 감염병 백신은 접종 초기 단계에서 관련 사례가 충분히 누적되지 않은 상태이므로 백신 자체의 성질이나 접종자의 체질 등에 따른 다양한 이상반응을 파악하기 어렵다. 따라서 정부가 신종 감염병 백신 접종 후의 이상반응에 대해 기존 심의 기준에 따라 인과관계를 부정할 경우, 그 판단의 과학적 근거 및 이를 국민들이 얼마나 신뢰할 수 있을지 문제된다.

이처럼 현행 예방접종피해 국가보상 제도는 판례보다 엄격한 기준으로 보상 요건으로서의 인과관계를 판단하고 있으며, 특히 코로나19와 같은 신종 감염병을 예방하기 위한 백신의 경우 국민의 불안을 감소시켜 접종을 장려해야 하는 제도 목적에도 불구하고 오히려 보상 기준에 대한 반발을 사고 있다.<sup>17)</sup> 척수염 등 인과성이 명확히 밝혀지지 않은 중증 이상반응에 대해 보상을 거부하여 논란이 일자 정부는 코로나19 백신에 한해 한시적으로 중

16) 대법원은 2019. 4. 3. 선고 2017두52764 판결에서 폐렴구균 백신은 세계적으로 무수히 접종이 시행되었음에도 안면마비를 주장한 사례 및 상관성을 분석한 연구를 찾기 어렵다는 점, 그리고 만 75세의 원고가 안면마비의 위험인자로 알려진 고혈압과 당뇨 등을 앓고 있었다는 점 등을 고려하여 폐렴구균 예방접종 당일 저녁부터 발생한 원고의 안면마비 사이의 인과관계가 추단된다고 볼 수 없다고 결론지었다.

17) 뉴시스, 2021. 4. 27, “[코로나vs백신]<29> “믿고 맞았는데 책임은 누가지죠?”…포괄적 보상론 목소리 커져”, 머니투데이, 2021. 8. 9. “‘제가 예약해 드린 백신에 아빠 온몸 마비’ 간호사 딸의 눈물” 등

증 환자 의료비 지원사업을 시행 중에 있다. 그러나 ‘근거자료가 불충분한 경우’에는 의료비 지원을 받을 수 있지만 ‘백신보다는 다른 이유에 의한 경우’에는 지원 대상에서 제외되고, 의료비가 지원되는 경우에도 1인당 1,000만원 한도에 그쳐 중증 이상반응의 치료비에 못미친다는 문제점이 있다.

(2) 보상 범위의 한계

예방접종 후 사망한 자에 대해 현행 예방접종피해 국가보상 제도에 따른 보상이 결정되면 사망 당시 최저임금법에 따른 월 최저임금액에 240을 곱한 사망일시보상금 및 장제비 30만원이 지급된다. 사망일시보상금은 피해자의 연령과 무관하게 20년의 근로를 예정한 금액으로 2021년 최저임금인 8,720원을 기준으로 산정 시 약 4억 3천7백만원에 해당한다. 이는 사망일시금 외에는 유족에게 별도로 연금액 등이 지급되지 않는 점을 고려할 때에 유족에게 실질적 보상이 이루어진다고 보기에는 충분하지 않은 금액이다. 예방접종 피해로 질병이나 장애가 발생한 경우에도 정해진 진료비, 간병비, 장애일시보상금 외에 생활비 등은 지원되지 않고, 정신적 고통에 대한 위자료 등도 보상 항목에 없다.

〈표 2〉 현행 예방접종 피해 보상 내용

구분	보상내용
진료비 및 간병비	1) 진료비 예방접종피해로 발생한 질병의 진료비 중 「국민건강보험법」에 따라 보험자가 부담하거나 지급한 금액을 제외한 잔액 또는 「의료급여법」에 따라 의료급여기금이 부담한 금액을 제외한 잔액 (일시보상금을 지급받은 경우에는 진료비 미지급) 2) 간병비 입원진료의 경우에 한정하여 1일당 5만원
장애일시보상금	1) 「장애인복지법」에 따른 장애인 중 중증은 사망일시보상금의 100분의 100, 경증은 사망일시보상금의 100분의 55 2) 「국민연금법」, 「공무원연금법」, 「공무원 재해보상법」 및 「산업재해보상보험법」 등 질병관리청장이 정하여 고시하는 법률에서 정한 장애 등급이나 장해등급에 해당하는 장애인은 사망일시보상금의 100분의 10
사망일시보상금 및 장제비	1) 사망일시보상금 사망 당시의 「최저임금법」에 따른 월 최저임금액에 240을 곱한 금액에 상당하는 금액 2) 장제비: 30만원

동 제도에 따른 보상에 만족하지 못한 피해자는 백신 제조업자 등을 상대로 민사소송을 제기하여 제조물책임법에 따른 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 이상반응 피해자는 치료비용 등 신속한 지원을 필요로 하며, 장기간 많은 비용이 드는 소송 절차는 국가보상 제도에 비해 비효율적이다. 또한 백신의 결함 없이 의약품의 본질적 특성상 불가피하게 나타날 수 있는 이상반응이라면 기업의 법적 책임이 인정되지 않을 수 있고, 백신의 결함이 있는 경우에도 이를 실제로 증명하는 것은 쉽지 않다. 따라서 예방접종 후 피해를 입은 국민에게 국가보상에 의한 충분한 피해구제가 이루어지는 것이 가장 바람직한 바, 엄격한 심의기준에 더하여 피해에 대한 실질적 보상이라고 보기 어려운 현행 보상 범위는 국가의 예방접종 권장 내지 일부 직종의 접종 의무화 정책에 대한 국민의 반발을 초래할 수 있다.

### 3. 이원적 규율의 필요성

현행 예방접종피해 국가보상 제도가 앞에서 살펴본 한계를 가짐에 따라, 제도의 목적이 충실하게 실현될 수 있도록 예방접종피해 국가보상 제도를 이원화할 필요성이 있다. 국가 재정을 감안하여 정기적으로 유통되는 백신에 대하여는 기존 제도를 계속 운영하되, 코로나19와 같은 공중보건 위기를 대비하여 현행 제도의 한계를 보완하고 상황의 특수성을 반영한 제도가 마련되어야 한다. 아래에서는 공중보건 위기상황에서 예방접종피해 국가보상 제도의 이원적 규율이 정당화되는 배경에 대해 살펴보겠다.

#### (1) ‘공중보건 위기’의 개념

먼저 평상시와 구별되는 ‘공중보건 위기상황’의 개념을 살펴볼 필요가 있다. 2021. 3. 9. 제정된 ‘공중보건 위기대응 의료제품의 개발 촉진 및 긴급공급을 위한 특별법’은 ‘공중보건 위기상황’을 “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률에 따른 감염병의 대유행(대유행이 현저히 우려되는 감염병의 발생을 포함) 또는 탄저균·독성화학물질 등 생화학무기의 사용 등으로 인한 질병의 발생이나 ‘원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법’ 제2조제1항제

6호부터 제8호까지에 따른 핵물질 위협, 방사선비상, 방사능재난 등으로 국민의 생명·신체가 심각한 피해를 입거나 입을 수 있어 국가가 긴급하게 대처할 필요가 있는 상황”으로 정의하고 있다(제2조 제2호). 또한 세계보건기구는 ‘국제적 공중보건 비상사태(Public Health Emergency of International Concern)’를 ‘질병의 국제적 확산으로 인해 다른 회원국에 공중보건 위협(인류의 건강에 부정적 영향을 미칠 수 있는 가능성으로서 국제적으로 확산되거나 중대하고 직접적인 위협을 가져올 수 있는 경우)을 가할 수 있고 잠재적인 국제적 공동 대응을 요구하기 위해 선포하는 임시적 상황’으로 정의하고 있고,<sup>18)</sup> 신종 인플루엔자 A(H1N1), 에볼라, 코로나19 바이러스 등에 대하여 이를 선포한 바 있다.

우리나라 실정법상 정의와 세계보건기구의 세계보건규칙에 따른 정의를 살펴보면, ‘공중보건 위기’는 ① 사람의 생명·신체에 대한 위협 및 ② 국가적 또는 국제적 차원의 대응이 필요한 긴급성을 구성 요소로 하고 있으며, 이에 해당하는 대표적인 경우는 감염병의 대유행임을 알 수 있다. 특히 이전에 없던 질병으로서 그 원인의 규명과 치료제 및 백신의 개발이 쉽지 않은 감염병이 대유행한다면 공중보건 위기에 해당한다고 판단될 것이다.

## (2) 강력한 백신 접종 장려 정책의 필요성

코로나19와 같이 감염성이 매우 높고 치료제가 아직 없는 감염병을 예방하기 위한 백신은 감염병의 예방과 통제를 위한 핵심적 도구로서 특히 중요하다. 백신을 접종받은 개인은 그 자신이 백신으로 인해 예방되는 질병에 걸릴 확률이 확연히 감소되는 효과를 누릴 뿐 아니라 다른 사람을 감염시킬 확률도 현저하게 줄어든다. 따라서 공동체 구성원의 다수가 백신을 접종함으로써 다른 사람을 감염시킬 수 있는 구성원의 수도 감소하고, 개인의 특이 체질, 나이, 알러지 등으로 인해 불가피하게 백신을 접종받지 못한 구성원이 해당 감염병에 걸릴 확률도 낮아질 수 있다. 이러한 집단면역이 형성된다고 하여 백신 미접종자 또는 해당 질병에 감염된 이력이 없는 모든 개

18) WHO “International Health Regulations (2005)”. Article 1 Definitions, 9면.

인에게 면역력이 생기는 것은 아니다. 그러나 면역인구 비중이 높은 공동체에 속한 면역력이 없는 개인은 면역 비중이 낮은 공동체 속한 경우보다 훨씬 낮은 감염병의 위협에 노출될 것이다. 따라서 백신은 많은 인구가 질병에 실제로 감염되지 않고도 집단면역을 형성할 수 있도록 하는 수단으로서 가능하며, 공중보건 위기 상황에서는 가능한 한 많은 국민들이 예방접종을 받도록 하는 국가적 차원의 노력이 요구된다. 그런데 예방접종 후 피해를 입은 국민에게 필요한 보상이 충분한 범위에서 이루어지지 못한다면 막연한 불안감으로 백신 접종을 꺼리는 사회적 분위기가 형성될 우려가 있다. 이는 공중보건 위기 상황에서 국가적 위기 극복의 지연이라는 심각한 결과를 초래할 수 있으므로, 기존 제도에서 보상 요건이 되는 심의기준을 완화하고 보상 범위를 확대한 제도의 마련이 필요하다.

### (3) 공급자 면책 필요성

신종 감염병을 예방하기 위한 백신의 상용화를 선도하는 기업들은 대부분 선진국에 본진을 둔 글로벌 다국적 제약사들이다. 2009년 신종플루 유행 당시 백신을 생산하는 주요 선진국들은 우선적으로 백신을 확보할 수 있었지만 우리나라를 포함한 다른 많은 국가들은 백신 확보에 어려움을 겪었으며, 동일한 상황은 코로나19 백신에 대해서도 반복되고 있다. 특정 국가들에 백신 공급이 물리는 것을 막고 모든 국가들의 백신에 대한 접근성을 보장하기 위한 COVAX 백신 분배 프로그램이 세계보건기구(WHO)·감염병혁신연합(CEPI)·세계백신면역연합(GAVI) 협력 하에 운영되고 있으나, 수요가 폭증하는 상황에서 한정된 원료와 공급망 등으로 인한 절대적 공급량의 부족을 극복하는 것은 쉽지 않다.

한편 백신 접종 후 이상반응을 겪은 피해자들은 피해보상 심의 결과 보상대상에서 제외되었다면 백신 제조업자 등의 법적 책임을 추궁하고자 할 수 있다. 이 경우 기업들은 고비용을 들여 개발한 백신 제품의 안전성과 유효성을 정부로부터 인정받았음에도, 의약품의 특성상 불가피하게 발생 가능한 부작용에 대해 법적 책임을 부담할 위험이 있기 때문에 백신의 개발과 생산을 점차 꺼리게 될 것이다. 실제로 코로나19 백신을 공급하는 기업들은

법적 분쟁 등 관련 위험 요소들을 최소화하는 거래를 요구해온 바, 각국 정부로서는 현실적으로 이러한 요구를 수용하지 않을 수 없다. 전 세계적으로 백신을 확보하기 위한 국가 간 경쟁이 치열한 공중보건 위기 상황에서는 백신 공급자인 기업들이 구매자인 각 국가와의 협상에서 우월한 지위를 가지기 때문이다.

우리 정부 역시 면책 조항이 포함된 표준계약서로 선구매 계약을 진행 중이라고 밝히며 부작용 면책권의 수용이 불가피하다고 한 바 있다.<sup>19)</sup> 감염병예방법상 국가가 제3자의 고의 또는 과실로 인한 피해를 보상한 경우 국가는 보상액의 범위에서 보상을 받은 사람이 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 대위할 수 있으나 (제72조 제1항), 정부와 코로나19 백신 공급자 간 계약 내용에 따라 공급자인 기업의 과실이 있는 경우에도 정부의 구상권 행사가 제한될 것으로 보인다. 그러나 정부와 기업 간 계약은 계약 당사자만을 구속할 뿐 제3자인 국민의 기업에 대한 소송 제기를 막지는 못하므로 백신 관련 법적 분쟁의 발생을 최소화하는 데에는 한계가 있다. 따라서 코로나19와 같은 상황에서 백신을 공급하는 기업의 법적 책임을 일정 범위에서 면제할 필요가 있다면, 기존의 예방접종피해 국가보상 제도를 이원화하여 공중보건 위기상황의 특수성을 반영한 제도에서 공급자 보호에 관하여 규율할 필요가 있다.

### Ⅲ. ‘공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상 제도’의 제안

현행 예방접종피해 국가보상 제도는 공중보건 위기 상황에서 이상반응에 대한 우려 없이 국민 대다수가 백신을 접종하도록 하는 목적을 달성하기에는 한계가 있고, 상황적 특수성으로 인한 백신 공급자의 책임 면제 또는 법적 분쟁의 효율적 해결을 위한 방안도 부재하다. 정부도 현행 제도의 한

19) 연합뉴스, 2020. 12. 9, “코로나 백신 ‘부작용 면책’ 국제적 공통현상?” 참조. 정부가 코로나19 백신에 관한 계약에서 기업의 면책 요구를 수용하였다는 내용은 일부 언론 보도 및 관련자의 인터뷰를 통해 대강의 내용이 알려졌을 뿐이며, 계약의 비밀유지의무에 따라 구체적 조항은 공개되지 않았다.

계를 인식하고 코로나19 백신 관련 한시적 의료비 지원사업을 시행하는 등의 조치를 취하였으나, 이는 실효성이 적을 뿐 아니라 체계성 및 효율성이 없어 새로운 감염병의 유행 시마다 같은 문제점이 반복될 우려가 있다. 이에 앞에서 언급했듯이 기존 제도는 국가 필수예방접종 등 정기적으로 유통되는 백신에 대하여 적용하고, 입법을 통해 공중보건 위기 상황의 특수성을 반영한 ‘공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상 제도’를 마련할 것을 제안한다. 동 제도는 국민에게 백신에 대한 신뢰를 부여함으로써 백신 접종률을 제고하는 목적에 더하여 백신의 신속하고 안정적인 공급 확보에 기여하는 기능을 수행하여야 하며, 구체적으로 다음과 같은 특례를 규정하여야 한다.

## 1. 피해보상의 확대

### (1) 피해보상 심의기준의 완화

#### 1) 피해보상 요건으로서의 인과관계의 본질

인과관계를 어떻게 이해할 것인지에 따라 그 판단의 기준을 다르게 수립할 수 있으므로 먼저 인과관계의 본질에 대해 살펴볼 필요성이 있다. 인과관계의 본질에 관한 견해는 사실적, 자연과학적 판단에 입각한 조건설 등과 법률적, 규범적인 관점에 따른 입장으로 구분된다. 인과관계를 규범판단의 문제로 이해하는 대표적인 견해는 원인과 결과라는 자연과학적 의미에서 벗어나 결과에 대한 상당인과관계만을 선별하여 손해를 가해행위에 연결시킴으로써 책임귀속을 결정하려는 상당인과관계설이 있다.<sup>20)</sup> 우리 대법원은 민사분쟁의 인과관계에 대해 상당인과관계설을 따르고 있으며, 앞에서 본 2014두274판결에서 감염병예방법에 따른 예방접종과 부작용 간 인과관계의 판단에서도 같은 입장임을 명백히 하였다. 특히 동 판결은 예방접종 피해보상을 받기 위한 전제로서의 인과관계에 대해 의학적·자연과학적으로

20) 정하명, “예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건”, 『행정판례연구』 20-2집, 2015, 152면.

명백한 증명을 요구하지 않고 제반 사정을 통한 추단을 허용하면서, 그 이유로 “예방접종의 사회적 유용성과 이에 따른 국가적 차원의 권장 필요성, 예방접종으로 인한 부작용이라는 사회적으로 특별한 의미를 가지는 손해에 대한 상호부조와 손해분담의 공평, 사회보장적 이념 등에 터 잡아 구 전염병예방법이 특별히 인정한 독자적인 피해보상제도인 점”을 제시하였다. 동판결의 취지를 참작한다면, 공중보건 위기 상황에서 정부의 예방접종 장려 정책에 따라 백신을 접종하여 이상반응이 발생한 경우 공동체의 안전을 위해 국가 방침을 준수한 결과에 대한 보상 필요성을 고려하여 국가의 책임범위가 넓게 설정되는 것이 타당하다고 생각된다.

## 2) 보상 기준의 수정

예방접종 후 생명이나 신체기능에 심각한 위협을 초래하는 중증 이상반응이 발생할 확률은 높지 않다.<sup>21)</sup> 백신 개발 과정 중 임상시험을 거쳐 이상반응들을 확인하고, 제품화 이전의 심사·허가 단계에서 백신의 안전성을 검증하기 때문이다. 그러나 전 세계적으로 대유행하는 감염병을 예방하기 위한 백신의 경우 접종자의 수가 큰 만큼 심각한 이상반응이 발생하는 건수를 무시하기 어렵다. 또한 건강한 상태에서 스스로와 타인의 건강을 위하여 접종을 선택하는 개인으로서 매우 낮은 확률이라고 하더라도 중증 이상반응의 발생을 우려하여 접종을 꺼릴 수 있다. 그런데 신종 감염병을 예방하기 위한 백신 접종 후 드물게 발생하는 중증 이상반응의 경우 판단 시점 당시 수년간의 통계가 누적되지 않은 상태로서, 백신접종군과 비접종군의 이상반응 발생률을 비교 검토하더라도 인과성 판단이 쉽지 않음은 앞에서 본 바와 같다.

이에 공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상 제도에서는 중증 이상반응에 한하여 특례를 두어, 백신이 아닌 다른 원인에 의한 이상반응임이 명백한 경우, 즉 기존 심의기준상 ‘⑤ 명확히 인과성이 없는 경우’를 제외한

21) 우리나라에서 2021년 8월 7일까지 코로나19 예방접종 후 모든 이상반응 신고율은 전체 접종건 대비 0.47%(128,214건)이고, 이중 인과성 불문 중대한 이상반응 사례는 6,106건으로 전체 접종건 대비 약 0.02256%에 해당한다(질병관리청, 주간 코로나19 예방접종 후 이상반응, 2021. 8. 11. 참조).

모든 경우에 대해 보상하여야 한다. 이 기준에 따르면 현행 제도상 보상대상에서 제외되는 ‘④ 인과성이 인정되기 어려운 경우’가 보상 가능한 범위에 포함되므로, 인과성에 관한 근거자료가 불충분하거나 백신보다는 다른 이유에 의한 경우 모두 국가 보상이 지급될 수 있다. 따라서 백신 접종으로 인한 이상반응이 다른 이유로 인해 발생했을 가능성이 더 높은지, 백신으로 인해 발생했을 가능성이 더 높은지의 구분, 즉 ‘가능성의 크기 차이’에 따라 보상 대상 해당성이 달라지는 문제가 발생하지 않으며, 새로운 백신에 대한 근거자료가 부족하여 보상을 받지 못하는 불합리함도 없다.

공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상 제도는 완화된 보상 기준을 수립함으로써 백신 접종에의 적극적인 동참을 유도하고, 국민 전체의 건강을 위해 국가가 안전을 보장하는 제도 목적을 충실하게 실현할 수 있다. 특히 개발기간이 짧고 관련 연구가 부족한 신종 감염병 백신에 대한 국민의 신뢰 확보와 접종률 제고에 크게 기여할 것이라 생각된다. 보상 대상 결정 절차와는 별개로, 백신 자체에 문제가 있는지 혹은 알려지지 않은 이상반응에 해당하는지 등을 과학적으로 규명하기 위한 분석과 모니터링은 철저히 이루어져야 함은 물론이다.

## (2) 보상 범위의 확대

사회적 안전망 제공으로서의 제도 목적만을 고려한다면 모든 예방접종 피해에 대하여 가능한 한 광범위하게 보상하는 것이 바람직하겠으나 이는 한정된 국가 재원을 고려 시 어렵다. 그러나 국가적 목표로서 집단면역을 신속하게 달성해야 하는 공중보건 위기 상황에서는 국민이 이상반응의 치료비용 등에 대한 우려 없이 접종할 수 있도록 기존 보상범위의 조정이 필요하며, 유족과 피해자의 생활 영위에 실질적 도움을 줄 수 있는 수준의 보상이 이루어져야 한다.

특히 백신 예방접종 후 사망하거나 장애가 발생한 피해자 및 유족에 대하여는 기존 제도에서 지급되는 일시금 외에 연금 방식의 보상 지급이 검토되어야 한다. 사망일시금의 경우 현재 사망한 피해자의 연령과 무관하게 20년치 최저임금으로 산정되기 때문에 사안에 따라 보상이 매우 불충분

하게 지급된다. 관련하여 독일과 일본의 예방접종피해 보상제도에서는 유족에게 사망일시금 외에 월정 유족연금액을 지급하고 있는 점을 참고할 수 있다.<sup>22)</sup> 또한 장애가 발생한 피해자에게 현재는 중증 장애는 사망일시금과 동일한 보상을, 경증 장애의 경우에는 100분의 55를 지급하는 바, 이는 장애가 사망보다 중하지 않은 결과에 해당하는 피해임에 전제된 기준이다. 그러나 장애가 발생한 피해자는 사망한 경우와는 달리 장애를 가지고 계속 생존하여야 할 뿐 아니라, 많은 경우 장애 발생 이전의 생계 수단을 동일하게 유지하는 것이 어려우므로, 일시보상금 외에 장애연금 보상이 추가되어야 한다.<sup>23)</sup>

## 2. 백신 제조업자 등에 대한 보호

### (1) 제소 전 국가보상 신청 의무화

국가와 백신 공급자 간 계약 내 면책 조항은 정부가 직접 기업에 책임을 추궁하는 것을 제한하거나, 기업의 국민에 대한 배상 책임이 발생할 경우 국가가 추후 이를 보전하여 주는 효력에 그칠 뿐, 관련 쟁송을 최소화하는 데에는 기여하지 못한다. 헌법상 보장되는 국민의 재판청구권을 국가와 기업 간 계약으로 제한할 수 없고, 일반적이고 포괄적으로 작성되는 면책 조항의 해석상 이로부터 국민이 기업에 배상 청구를 하지 못하도록 입법할 구체적인 정부의 의무가 도출된다고 보기 어렵기 때문이다.

가령 코로나19 백신을 접종한 국민에게 중증 이상반응이 나타난 경우, ① 이에 대해 감염병예방법상 국가보상을 신청하였으나 보상이 거절된 경우 ② 국가보상을 수령하였으나 공급자에게 추가로 배상 청구를 하는 경우 ③ 국가보상을 신청하지 않고 공급자에게 배상 청구를 하는 경우를 가정할 수 있다. 현행 감염병예방법 규정은 예방접종을 받은 자 또는 그 유족 등이

22) 박소미 외, “예방접종피해 국가보상제도 개선을 위한 비교법적 연구”, 『한국의료법학회지』 제17권 제1호, 2009. 9면.

23) 박소미 외, 앞의 글, 16면 참조.

제3자로부터 손해배상을 받았을 때에는 국가는 그 배상액의 범위에서 예방접종피해 국가보상 제도에 따른 보상금을 지급하지 아니한다고 규정할 뿐<sup>24)</sup>, 공급자에 대한 제소 이전에 국가보상 신청을 먼저 거치도록 의무화하거나 국가보상을 수령한 자의 공급자에 대한 배상 청구를 제한하고 있지 않다. 따라서 국가와 기업 간 계약상 면책 조항에도 불구하고, 위 ①의 경우 뿐 아니라 ②와 ③의 경우에도 마찬가지로 국민이 기업을 제소하는 것이 가능할 것이다.

백신 확보를 위한 전 세계적 경쟁이 치열한 공중보건 위기의 상황에서 백신 제조업자들은 법적 분쟁 발생의 최소화를 원하고 있으며, 위와 같은 결과는 우리나라의 백신 협상에 있어 불리한 요소로 작용하여 궁극적으로 국민보건을 위협할 우려가 있다. 또한 보상 신청자의 입장에서도 국가보상 절차가 기업과의 소송절차보다 간편하고, 국가가 보상하는 경우이든 기업의 배상책임이 인정되는 경우이든 국가와 기업 간 계약에 따라 최종 비용 부담자는 동일하게 국가가 될 가능성이 높음에도, 기업과의 법적 분쟁으로 인한 불필요한 사회적 비용이 야기될 수 있다.

관련하여 예방접종 피해에 대해 국가가 무과실 보상을 제공하는 미국의 국가백신보상프로그램(National Vaccine Injury Compensation Program: VICP)을 참고할 수 있다. 동 제도는 백신으로 상해를 입은 개인에게 공정하고 효율적인 보상을 제공하고 백신 제조자 등의 법적 책임을 제한함으로써 백신의 안정적 공급을 담보하기 위함을 목적으로 하며, 1000달러를 넘는 손해배상에 대하여는 피해자가 백신 제조업자에게 직접 소송하는 것을 금지하고 반드시 정부를 상대로 손해배상을 먼저 청구하도록 하고 있다.<sup>25)</sup> 우리나라의 공중보건 위기대응 예방접종 피해보상 제도에서도 기업을 상대로 소송을 제기하기 이전에 국가보상 신청을 먼저 거치도록 하고, 국가보상을 수령한 자는 기업에 배상 청구를 하지 못하도록 현행 감염병예방법 규정의 특례를 두어 공중보건 위기상황에 효율적으로 대응할 수 있도록 할 필요가 있다. 이러한 특례는 공중보건 위기 상황의 특수성에 따라 법률에 의

24) 감염병예방법 제72조 제2항

25) 이상윤, 앞의 글, 41면 참조.

해 국민의 재판청구권을 일부 제한하는 것에 해당한다. 따라서 입법 시 공중보건 위기에 해당하는 감염병의 백신에 한하여 예외적으로 적용하고, 적용되는 백신에 대해 국가보상을 신청하였으나 거부된 경우라면 기업에 대한 제소가 가능하도록 명시하여 재판청구권의 과도한 제한이 되지 않도록 해야 할 것이다.

## (2) 백신 제조업자 등의 법적 책임 제한

공중보건 위기 상황에서는 정부가 미허가 제품의 긴급사용을 승인하는 등 백신 공급이 절실한 특수성이 있으므로, 신속한 백신 개발을 위해 모든 자원을 투입한 기업들의 면책 요구는 합리적이라고 인식되고 있다. 이에 관련 내용을 입법으로 명문화하여, 특례가 적용되는 백신으로 인한 이상반응에 대해 국가의 보상 책임을 강화하는 대신, 백신 제조업자 등의 법적 책임을 면제하여 백신의 개발과 공급을 장려하고 공급자와의 효율적인 협상을 유도할 필요가 있다.

구체적으로, 백신 제조업자 등은 고의 또는 중과실이 없는 한 백신 이상반응으로 인한 피해에 대해 배상 책임이 없음이 법률 규정으로 명시되어야 한다. 고의 또는 중과실이 인정되는 경우 면책의 예외에 해당하여 법적 책임이 발생하며, 백신 개발 및 제조 과정에서 약사법령 또는 식품의약품안전처의 관련 기준 등을 위반하였다면 고의나 중과실이 있다고 볼 것이다. 또한 국가 보상을 받은 피해자를 대위하여 기업에게 손해배상청구권을 행사하는 국가의 구상권은 공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상 제도에서는 인정될 수 없다. 백신 접종자에 대한 직접적 배상 책임이 면제된다 하더라도, 국가의 구상권 행사로 최종적인 비용 및 위험 부담자가 기업이 된다면 면책의 실효성이 없기 때문이다.

## 3. 해외 입법사례: 미국 공중보건 비상사태 대비법(Public Readiness and Emergency Preparedness Act)

미국은 공중보건 위기로 지정된 감염병의 백신과 일반적인 백신의 경

우를 구별하여 제조업자 등의 법적 책임 및 피해자에 대한 보상 체계를 다르게 규율하고 있다. 미국 내 정기적으로 유통되는 백신 접종 후 발생한 이상반응에 대해서는 앞에서 언급한 국가백신보상프로그램(National Vaccine Injury Compensation Program: VICP)이 적용된다. 반면, 국가적 위기에 해당하는 팬데믹 상황에서는 특별법인 ‘공중보건 비상사태 대비법(Public Readiness and Emergency Preparedness Act)’ (이하, PREP Act)<sup>26)</sup>에 따라 제조업자 등의 법적 책임 및 피해자들의 보상에 대해 특칙이 적용된다. 아래에서는 PREP Act의 주요 내용 및 우리 법제에 시사하는 점을 살펴해보겠다.

### (1) 개요

2005년부터 시행된 PREP Act는 진단, 치료, 백신을 포함하는 의학적 조치(medical countermeasure)의 실행과 관련한 손해의 법적 책임을 제한함으로써, 공중보건 위기 상황에서 관련 의료제품의 신속한 개발과 사용을 장려하고자 하는 목적을 가진다.<sup>27)</sup> 즉, 미국 보건복지부는 어느 질병에 대하여 PREP Act 적용 선포 여부를 결정할 때에 그 질병과 관련한 의학적 조치의 설계, 개발, 임상시험이나 연구, 제조, 포장, 유통, 판매, 영업, 판매와 구매, 기부, 분배, 처방, 투여, 허가, 그리고 사용의 장려가 바람직한지를 고려하여야 한다.<sup>28)</sup> PREP Act의 적용은 A형 독감(신종플루), 에볼라, 지카, 마버그열 등에 대해 2021년 3월 기준으로 총 10회 선포된 바 있으며, 2020년 3월 17일 미국 보건복지부 장관은 코로나19 바이러스를 동 법에 따른 공중보건 위기로 선언하였다.<sup>29)</sup>

26) PREP Act는 공중보건서비스법(Public Health Service Act)에 section 319F-3(42 U.S.C. §247d-6d)을 추가하여 새로운 법적 권한을 부여하였다.

27) Congressional Research Service, Legal Issues in COVID-19 Vaccine Development, 2020, 32면.

28) Assistant Secretary for Preparedness and Response (ASPR), PREP Act Q&As, 2021

29) 코로나19에 대한 동 선포의 시간적 범위는 2020. 2. 4. 부터 2025. 10. 1.까지이며 지역적 제한은 없다. Declaration Under the Public Readiness and Emergency Preparedness Act for Medical Countermeasures Against COVID-19, 85 Fed.Reg. 15, 198(Mar. 17,

PREP Act의 적용이 선포되면, 해당 질병의 증상을 완화, 치료 또는 예방하기 위한 의학적 조치로 인해 발생한 피해에 대하여 동 법률에서 정하는 범위의 자연인 및 기관의 책임이 면제된다. PREP Act가 제공하는 면책은 강력하고 광범위하여, 동법에 따른 면책 요건이 충족되는 한, 가해자는 모든 주의 법과 연방법에 따른 책임으로부터 면제되며 관련 청구는 각하된다. PREP Act 적용 선언 등 동법과 관련한 보건복지부의 모든 결정 역시 일체의 사법심사로부터 배제된다.<sup>30)</sup> PREP Act가 적용되는 의학적 조치로 인해 사망하거나 중대한 상해를 입은 자는 상해보상프로그램(Countermeasures Injury Compensation Program; CICP)에 따라 치료비용, 일실 이익 등을 국가로부터 보상받을 수 있다. 의학적 조치로 인해 발생한 피해이지만 중대하지 않은 상해나 재산적 손해 등에 해당하는 경우에는 상해보상프로그램에 따른 국가 보상이 제공되지 않는다.

## (2) 관련자에 대한 면책

### 1) 면책 범위

PREP Act는 ① 면책의 인적 범위(Covered Persons) ② 면책 손해(Covered Claims for Loss) ③ 손해와 의학적 조치 간의 인과관계(Causal Relationship Between the Loss and the Countermeasure) ④ 면책되는 조치(Covered Countermeasures)를 정의하고 있다. PREP Act에 따른 면책 범위는 아래 표와 같으며, 이 요건들이 전부 충족된다면 관련자의 행위로 인한 손해에 대하여 모든 주 법 또는 연방 법 내용에 우선하는 면책을 제공한다.

---

2020) (effective Feb. 4, 2020)

30) 42 U.S.C. §247d-6d(b)(7)

〈표 3〉 PREP Act에 따른 면책 범위

	정의
면책의 인적 범위 <sup>31)</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 미국(정부)</li> <li>- 적용대상 의학적 조치의 제조자<sup>32)</sup>, 유통자<sup>33)</sup>, 정책 담당자(Program Planner)<sup>34)</sup></li> <li>- 적용대상 의학적 조치를 처방, 투여, 조제한 자격있는 자</li> <li>- 이상의 면책되는 자/기관의 공무원, 피고용인, 직원 등</li> </ul>
면책 손해 <sup>35)</sup>	개인에 대한 적용대상 의학적 조치의 투여 또는 사용에 기인한, 관련된 모든 손해배상 청구와 관련한 연방법 및 주법에 따른 소송 및 책임
손해-의학적 조치 인과관계 <sup>36)</sup>	
면책되는 의학적 조치 <sup>37)</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 인증받은 감염병 제품(감염병 또는 감염병으로 인한 심각한 질병이나 상태를 진단, 완화, 예방, 치료 또는 감염병이 야기할 수 있는 다른 피해를 제한하기 위하여 사용, 설계, 개발, 수정, 허가, 조달된 의약품, 바이오의약품 또는 의료기기 등)<sup>38)</sup></li> <li>- 보안 조치<sup>39)</sup></li> <li>- 식품의약품화장품법에 따른 긴급사용<sup>40)</sup>이 승인된 의약품, 바이오의약품 또는 의료기기</li> <li>- 국립직업안전보건연구소가 승인하거나 공중보건 위기 시 복지부 장관이 그 사용을 우선사항으로 결정한 호흡기보호장치<sup>41)</sup></li> </ul>

31) *id.* §247d-6d(i)(2)32) 제조자의 도급자 및 하도급자, 면책 대상 의학적 조치를 구성하는 모든 제품, 지식재산권 등의 공급자나 허가자, 제조자의 모든 계열사 등을 포함한다(*id.* §247d-6d(i)(4)).33) 의약품, 생물학적 제제 또는 의료기기의 유통과 관련한 사람 또는 기관으로서 제조자, 포장업자, 중개인, 운송인, 도매업자, 창고업자, 소매업자 등을 포함한다(*id.* §247d-6d(i)(3)).34) 주 또는 지역 정부(원주민 부족 포함) 및 이에 고용된 자, 의학적 조치의 실행, 유통, 공급 등을 감독한 자, 관련 요건이나 정책 지침을 수립한 자, 기술적·과학적 자문 등을 제공한 자, 의학적 조치를 사용 또는 관리하기 위한 시설을 제공한 자 등을 포함한다(*id.* §247d-6d(i)(6)).35) *id.* §247d-6d(a)(1)36) *id.* §247d-6d(a)(1)37) *id.* §247d-6d(i)(1)(A)-(D)38) *id.* §247d-6d(i)(7)39) 국토안보부 장관이 중대한 위협으로 지정한 생물학적, 화학적, 방사능 물질로 인한 피해를 치료, 규명, 예방하기 위한 의약품, 바이오의약품, 의료기기 등을 포함한다(*id.* §247d-6b(c)(1)(B)).

40) 식품의약품화장품법(Federal Food, Drug, and Cosmetic Act) Section 564는 복지부

PREP Act의 적용이 선포된 의학적 조치의 투여 또는 사용으로 인해 피해가 발생한 경우, 이를 야기한 자가 동법 상 면책의 인적 범위에 해당한다면 그 피해에 대해 책임이 없음이 명백하다. 그런데 의학적 조치의 ‘미투여 또는 미사용’으로 인한 피해의 경우에도 PREP Act에 의해 가해자가 면책되는지 의문이 제기될 수 있으며, 뉴욕주 법원은 *Casabianca v. Mount Sinai Medical Center* 사건에서 이를 부정한 바 있다.<sup>42)</sup> 동 사건에서 피해자는 A형 인플루엔자 바이러스에 감염되어 사망한 자로, 피해자의 배우자인 원고는 피고 병원이 피해자에게 A형 인플루엔자 바이러스 백신을 접종하지 않아 피해자가 사망에 이르렀다며 병원의 책임을 물었다. 법원은 당시 A형 인플루엔자 바이러스 백신의 공급이 부족한 상황이었고 피고가 질병관리센터와 뉴욕주 보건당국의 지침을 준수하여 고위험군의 환자에게 선별적으로 우선 접종 중이었다는 사실을 인정하면서, 피고가 백신을 실제로 “투여하거나 사용”하지 않아 면책 요건을 충족하지 못했음을 이유로 피고에 대한 PREP Act에 따른 면책을 부정하였다. 그러나 이 판결은 PREP Act에 따른 면책 요건으로서의 광범위한 “투여” 또는 “사용”의 정의에 반하며 피해자에 대한 미접종은 보건당국의 지침을 준수한 결과였다는 점에서 적절하지 않다고 볼 수 있다.<sup>43)</sup>

최근 보건복지부 법률고문은 권고적 의견(Advisory Opinion)에서 *Casabianca* 사건의 쟁점에 관하여 뉴욕주 법원과는 반대되는 해석을 명시하였다. 보건복지부는 PREP Act는 적용 대상에 대한 “(다른 법률이나 법원리에 대하여) 완전한 선취(complete preemption)”라고 하면서, 동법에 따른 면책은 법 문언에 규정된 그대로 의학적 조치의 투여와 “관련한(relating to)” 모든 것에

---

장관이 긴급사용 승인이 적절하다고 공표 시 일정 요건들이 충족되고 다른 적절한 대체수단이 없다는 전제 하에 FDA가 미허가 제품 또는 허가제품의 허가 범위 외 사용을 긴급사용 승인할 수 있다고 정하고 있다.

41) PREP Act의 면책 범위는 2020년 3월 27일 입법된 코로나19 보조, 구호 및 경제보장법(Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act, 이하 ‘CARES Act’) section 3103에 의해 마스크와 같은 호흡기 보호장비 제조자에까지 확장되었다.

42) *Casabianca v. Mount Sinai Med. Ctr.*, 2014 WL 10413521(N.Y. Sup. 2014)

43) Jessica Abrahams 외, “PREP Act Case Law and Its Application to Today’s COVID-19 Crisis”, Faegre Drinker Biddle&Reath LLP, 2020. 5. 4. 참조.

대하여 확장된다고 하였다.<sup>44)</sup> 예시로, 공급이 부족한 백신의 수량이 한정되어 백신을 상대적으로 취약하지 않은 자에게는 접종하지 않는 대신 더 취약한 자에게 접종하는 경우, 취약하지 않은 자에 대한 미접종은 취약한 자에 대한 접종과 “관련한” 것이라고 할 수 있다. PREP Act의 목적에 부합하는 의학적 조치의 분배는 특히 보건당국의 지침을 준수하였다면 면책 보호를 받아야 할 것이며, 동법은 그 결과는 동일할 수 있음에도 정책적 의사결정으로서의 ‘의료제품의 분배’와 보호 필요성이 없는 의무의 불이행(부작위)에 해당하는 ‘미사용(미접종)’을 구별하고 있다.<sup>45)</sup>

PREP Act에 따른 면책이 인정된 사건으로는 *Parker v. St. Lawrence County Public Health Dept.* 사건이 있다.<sup>46)</sup> 2009년 미국 보건복지부 장관과 뉴욕 주지사는 A형 인플루엔자 바이러스에 대해 공중보건 위기가 선언됨에 따라 국민들에게 백신 접종을 권고하였다. 이에 피고 St. Lawrence 보건당국은 관할 내 학교에서 원고의 동의 없이 원고의 자녀에 대해 A형 인플루엔자 백신을 접종하였고, 원고는 부모의 동의 없는 접종이 과실있는 행위(negligence)로서 원고의 자녀에 대한 신체적 침해(battery)에 해당함을 이유로 손해의 배상을 청구하였다. 이에 대해 1심 법원은 PREP Act의 면책은 동의 없는 접종이나 투여의 경우에는 확장되지 않는다고 하여 피고의 면책 주장을 배척하였으나, 항소심에서는 PREP Act가 타 법률에 의한 모든 청구를 선취하여 피고는 모든 책임으로부터 면책된다고 판시하였다.

항소 법원은 원고의 청구를 각하하면서, PREP Act의 광범위한 선취 규정 및 절대적인 면책 조항을 종합하여 보면, 의회는 PREP Act를 통해 동의 없는 의학적 조치를 포함한 모든 불법행위 책임으로부터 면책대상자를 보

---

44) *id.* §247d-6d(a)(1) “Subject to the other provisions of this section, a covered person shall be immune from suit and liability under Federal and State law with respect to all claims for loss caused by, arising of, *relating to*, or resulting from the administration to or the use by an individual of a covered countermeasure if a declaration under subsection (b) has been issued with respect to such countermeasures.”

45) Department of Health & Human Services, Fifth Advisory Opinion on the PREP Act Declaration (January 8, 2021)

46) *Parker v. St. Lawrence County Pub. Health Dept.*, 102 A.D.3d 140 (3rd Dep’t 2012)

호하고자 의도하였다고 결론지었다. 원고의 자녀에게 접종한 백신은 연방 정부가 계약하여 구매한 백신으로 면책대상인 의학적 조치에 해당하고, 부모의 동의가 없다는 이유로 이에 대한 면책을 제한할 어떠한 근거도 없다고 확인한 것이다. 나아가 법원은 의회가 백신 접종 정책에 있어 동의를 구하지 않는 등의 실수가 있을 수 있음을 충분히 인지하고도, 이러한 잠재적 위법행위에 대한 책임 추궁의 필요성보다는 공중보건 위기에 신속하고 효율적으로 대응하기 위한 필요성이 우선되어야 한다는 결단을 내린 것으로 이해된다고 판시하였다.

## 2) 예외적 면책 제외

이상의 PREP Act에 따른 면책 범위에 해당함에도 불구하고 면책되지 않는 유일한 예외는 ‘고의적 위법행위(Willful Misconduct)’로 인하여 타인을 사망 또는 ‘심각한 신체적 상해’에 이르게 한 경우이다. ‘고의적 위법행위’는 부당한 목적을 달성하려는 의도를 가지고, 법적·사실적으로 정당한 이유 없이 고의적으로, 그리고 이익보다 손해가 더 클 개연성이 있음에도 잘 알려진 또는 명백한 위험성을 무시하고 행한 행위 또는 부작위를 의미한다.<sup>47)</sup> 이는 어떠한 형태의 과실이나 부주의 기준보다도 엄격한 기준으로서 구체적 사안에서 이 요건에 해당하는 경우는 극히 드물 것으로 생각된다.<sup>48)</sup> ‘심각한 신체적 상해’는 생명을 위협하거나, 신체 기능 또는 신체구조에 영구적 손상을 가져오거나, 신체 기능 또는 신체구조에 영구적 손상을 방지하기 위하여 의학적 조치나 외과적 수술이 필요한 경우를 말한다.<sup>49)</sup>

자신이 입은 피해가 가해자에게 부여되는 면책 범위를 벗어난다고 주장하는 자는 가해자에 대하여 소송을 제기하기 전에 먼저 상해보상프로그램에 따른 보상 신청절차를 거쳐야만 하고 동 프로그램에서 보상을 받을 경우 소송을 제기하지 못한다.<sup>50)</sup> 또한 가해자에게 소송을 제기하는 경우에도

47) *id.* §247d-6d(c)(1)(A)

48) *id.* §247d-6d(c)(1)(B); Lincoln Mayer, "Immunity for Immunizations: Tort Liability, Biodefense, and Bloshiled II", *STANFORD LAW REVIEW*, Volume 59, Issue 6, 2007, 1766면.

49) *id.* §247d-6d(i)(10)

배타적 관할이 지정되어 있고,<sup>51)</sup> 고의적 위법행위의 존재, 그리고 이로 인하여 사망 또는 심각한 신체적 상해가 발생하였다는 사실의 입증책임이 일반 민사사건에서보다 강화되어 피해를 주장하는 원고가 명백하고 설득력 있는 증거로 입증해야 하는 등<sup>52)</sup> 실체법적 그리고 절차법적으로 원고에게 불리한 내용이 규정되어 있다. 이는 면책대상 의학적 조치로 인해 사망이나 심각한 상해에 이르렀다고 하더라도, 그러한 피해가 공중보건 위기를 극복하기 위하여 도입된 의료제품 및 관련 정책으로 인해 야기되었다면 가해자에 대한 법적 책임 추구를 최소화하고자 하는 정책적 결단으로 보인다.

이러한 정책적 결단은 PREP Act가 ‘고의적 위법행위’에 해당하지 않는다고 명시하는 다음의 내용을 통해 더욱 명확하게 드러난다.

- i) 원고의 피해와 중요한 관련이 있는 면책 대상 의학적 조치의 투여·사용으로 인한 심각한 상해나 사망 관련 정보가 보건복지부 장관이나 지역의 보건당국에게 정책 담당자나 의료인이 발견한 때로부터 7일 이내에 고지되었다는 전제 하에, 면책 대상 의학적 조치의 투여나 사용과 관련한 보건복지부 장관의 지침, 가이드라인 등을 준수하여 행위한 정책 담당자나 의료인은 ‘고의적 위법행위’를 하지 않았다고 본다.<sup>53)</sup>
- ii) 면책 대상 의학적 조치 관련 제조자나 유통자의 행위 또는 부작위가 ‘고의적 위법행위’를 구성한다는 혐의를 받을 경우, 보건복지부 장관 또는 법무부 장관이 이에 대하여 형사 기소 등 조치를 개시함으로써 제조자나 유통자가 유죄 선고, 민사상 손해배상 등의 일정한 불이익에 처한 상태가 아니고, 문제되는 제조자나 유통자의 행위 또는 부작위가 PREP Act 또는 식품의약품화장품법의 규제대상이라면, 그 행위나 부작위는 ‘고의적 위법행위’가 아니다.<sup>54)</sup>

50) *id.* §247d-6e(d)(1),(5)

51) 면책대상 의학적 조치로 인한 피해가 고의적 위법행위로 인하여 발생했다는 이유로 제기되는 소송에 대하여는 콜롬비아 지방법원(U.S. District Court for the District of Columbia)만이 관할권을 가진다(*id.* §247d-6d(e)(1)).

52) *id.* §247d-6d(c)(3)

53) *id.* §247d-6d(c)(4)

### (3) 피해자에 대한 보상: 상해보상프로그램(CICP)

#### 1) 개요

PREP Act는 위에서 살펴본 바와 같이 관련자들을 법적 책임의 청구로부터 광범위하게 보호하는 한편, 의학적 조치로 인해 피해를 입은 자에게 국가보상을 제공함으로써 치료제와 백신의 신속한 공급을 보장하기 위한 공익 그리고 피해를 입은 개인의 권리 구제의 조화를 목표로하고 있다. 보건복지부 산하 보건자원 및 서비스국(Health Resources and Services Administration, 이하 “HRSA”)은 2010년부터 적용대상 의학적 조치의 투여·사용으로 인한 직접적 결과로 사망이나 중대한 신체적 상해를 입은 자에게 보건복지부의 예산으로 보상하는 상해보상프로그램(Countermeasures Injury Compensation Program; CICP)을 운영해왔다. 상해의 원인이 되는 의학적 조치를 받은 자, 의학적 조치로 상해를 입은 후 사유 불문 사망한 자의 유언집행자 또는 유산관리인 및 의학적 조치로 인해 사망한 자의 유족은 동 프로그램에 따른 보상을 신청하여 상해로 인한 의료비용, 일실이익, 사망보상금을 보상받을 수 있다.<sup>55)</sup> HRSA에 의한 보상은 최종적인 것으로서 그 보상액의 범위는 건강보험이나 산재보험 등 제3자가 보상할 의무가 없는 비용에 한한다. 2010년부터 2021년 8월 2일까지 CICP에 접수된 총 보상신청 2,186건 중 보상받을 자격이 있다고 결정된 건은 39건이고, 이중 보상 가능한 지출항목이 있어 실제로 보상이 지급된 건은 29건이었다.<sup>56)</sup>

#### 2) 보상 절차

CICP에 의한 보상을 받고자 하는 자는 중대한 상해나 사망을 초래한 해당 의학적 조치를 받은 날로부터 1년 내에 정해진 양식에 따라 신청을 하여야 하며, 신청 시 진료기록 등 증빙자료를 함께 제출하여야 한다. CICP에 보상신청서 및 관련 자료가 제출되면 CICP의 의료진이 보상 대상인 상해가 발생하였는지 등 보상 자격 존부를 검토한다. 해당 신청 건이 보상 자격이

54) *id.* §247d-6d(c)(5)

55) *id.* §247d-6e(a),(b),(e)(3),(e)(5); 42C.F.R.§110.2(a)

56) <https://www.hrsa.gov/cicp/cicp-data> 참조.

있는 경우 CICP는 신청자에게 보상의 종류와 금액 결정을 위한 추가 서류를 요청한 후 이를 심사하여 서면으로 결과를 통보하고 보상금을 지급한다. 보상 자격이 없는 신청 건에 대하여는 서면으로 거절이 통보되며, 이 경우 보상이 거절된 신청자는 HRSA 소관 프로그램들을 총괄하는 보건시스템국(Healthcare Systems Bureau: HSS)에 자신의 신청을 재검토해줄 것을 요청할 수 있다. 재검토 요청이 있을 시 독립된 자문단이 소집되어 프로그램의 보상 거부 결정을 검토하고, 자문단은 구체적 보상 건에 대하여 보건시스템국에 그 검토 결과를 권고한다. 보상신청자는 이러한 자문단의 재검토에 대하여는 이의를 제기할 수 없다.

### 3) 보상 기준

CICP 보상을 받기 위해서는 의학적 조치로 인한 피해가 중대한 상해나 사망에 해당하여야 한다. 이는 국가적 위기를 초래할 수 있는 팬데믹 상황을 타개하기 위해서는 보상의 영역에 있어서도 국민의 권리가 일정 범위에서 제한될 수 있다는 취지로 이해된다. 여기서 ‘중대한 상해(Serious Physical Injuries)’는 생명을 위협하거나 신체 기능 또는 신체구조의 영구적 손상을 초래하거나 이를 막기 위해 수술 등 의학적 조치가 필요한 경우를 말하는데, 상황에 따라서는 신체적 변화를 초래하는 생화학적 변화 또는 세포 단위에서의 심각한 기능 이상도 해당될 수 있다. 일반적으로는 실제로 입원했는지 여부와 관계없이 입원을 요할 정도의 상해일 경우 또는 신체기능의 심각한 손상이나 장애를 초래하는 상해일 경우에 ‘중대한 상해’로 인정된다.<sup>57)</sup> PREP Act가 적용되는 의학적 조치가 아닌 해당 질병 자체로 인한 피해는 당연히 CICP 보상 대상이 될 수 없다.

보상을 신청하는 자는 중대한 상해가 적용대상 의학적 조치로 인한 것임을, 즉 의학적 조치와 피해 간 인과관계가 있음을 입증하여야 한다. 관련하여 해당 의학적 조치에 대한 ‘의학적 조치 피해표(Countermeasure Injury Table)’가 마련되어 있는지, 그리고 보상받고자 하는 피해가 해당 표에 명시

---

57) Countermeasures Injury Compensation Program (CICP): Administrative Implementation, Interim Final Rule

되어 있는지 여부가 중요하다. 의학적 조치 피해표는 보건복지부 장관이 해당 의학적 조치를 사용한 직접적 결과로써 발생 가능한 피해들을 명시하여 규정하는 표로, 이는 보상 여부를 판단하기 위한 기준이 될 뿐 아니라 국민에게 의학적, 과학적 증거로 뒷받침되는 심각한 이상반응을 명시적으로 알리는 기능도 수행한다.

의학적 조치 피해표에 기재된 피해를 입은 경우, 보상을 신청하는 자는 해당 피해가 피해표에 명시되어 있으며 피해표에 따라 관련성이 인정되는 시간 내에 발생하였다는 사실만을 증명하면 되고, 이로써 해당 피해는 그 의학적 조치로 인한 직접적 결과로 간주된다. 반면 피해표에 명시되지 않은 피해의 경우 보상을 신청하는 자는 “설득력 있고 신뢰할 수 있으며 유효한 의학적·과학적 증거”에 근거하여 의학적 조치의 사용으로 인한 직접적 결과로써 해당 피해가 발생하였음을 증명하여야 한다.<sup>58)</sup>

#### 4) 국가백신보상프로그램(VICP)과의 비교

PREP Act에 따른 상해보상프로그램(CICP)은 보건복지부 장관이 선포한 특정 공중보건 위기와 관련한 질병에 한정하여, 그러나 백신 뿐 아니라 치료제나 의료기기 등의 의학적 조치로 인한 피해를 포괄하여 보상 대상으로 한다. 반면 국가백신보상프로그램(VICP)은 연방법상 국내 소비세가 부과되는 제품으로서 질병관리청(Centers for Disease Control and Prevention: CDC)이 아동이나 임산부에게 정기적 접종을 권고하는 백신<sup>59)</sup>으로 인한 피해에 대해 무과실 보상을 제공하는 제도로, 1986년 제정된 국가아동백신평해구제법(National Child Vaccine Injury Act)에 법적 근거를 두고 있다.

국가백신보상프로그램이 보상하는 피해는 접종으로 인한 사망 또는 접종 후 6개월 이상 지속되거나 입원 및 수술을 초래한 상해로써, 백신피해표(Vaccine Injury Table: VIT)에 정의된 백신별 이상반응이 제시된 시간 내에 접종자에게 나타나는 경우 다른 인과관계가 밝혀지지 않는 한 해당 백신

58) Congressional Research Service, Compensation Programs for Potential COVID-19 Vaccine Injuries, 2021, 3면.

59) 디프테리아, 소아마비, 로타바이러스, 홍역 백신 등의 아동 백신과 비전염성 계절성 독감 백신 등이 해당된다.

이 접종자에게 상해나 사망을 야기한 것으로 추정된다. 백신과 보상 대상 피해 간의 인과관계가 인정되었다면 의료비, 요양비, 일실이익 등이 신청자에게 보상된다. 단, 1,000달러 이하의 손해의 경우 백신보상프로그램에 따른 보상 신청이 불가하여 보상받을 수 없다.

〈표 4〉 상해보상프로그램과 백신보상프로그램의 비교

	상해보상프로그램(CICP)	백신보상프로그램(VICP)
재원	의회에서 책정한 보건복지부 예산	각 백신 도즈별로 부과되는 소비세
신청 기한	해당 의학적 조치 받은 날로부터 1년 내 또는 의학적 조치로 인한 피해표(Covered Countermeasure Injury Table)가 개정 시행된 날로부터 1년 내.  단, 후자의 경우 개정 이전에는 피해보상을 받을 수 없었으나 개정으로 인해 보상범위에 포함된 신청자에 한한다.	상해: 상해의 발현 또는 심각한 악화의 징후 또는 첫 증상으로부터 3년 내 사망: 사망으로부터 2년 내 그리고 사망을 야기한 상해의 발현 또는 심각한 악화의 징후 또는 첫 증상으로부터 4년 내  백신피해표의 개정 시점을 기준으로 지난 8년 내에 발생한 사망과 상해에 대하여 백신피해표가 개정된 날로부터 2년 내 (개정으로 인해 보상을 받을 수 있거나 보상 수령의 가능성을 크게 높인 경우)
적용 절차	행정절차 (신청 양식과 관련 서류를 보건시스템국에 제출)	사법절차 (신청서와 관련 서류를 미국 연방청구법원 및 보건시스템국에 제출, 법무부가 보건시스템국 대리)
제소와의 관계	면책의 예외(고의적 위법행위) 해당 시에도 반드시 CICP보상을 먼저 신청하여야 하며, CICP 보상제외 결정을 받은 경우에만 백신제조사 등 상대로 제소 가능	보상제외 (1000달러 이하 손해) 해당 하지 않는 한 반드시 VICP 보상 먼저 신청하여야 하며 백신제조사 등에게 제소할 수 없음
보상 피해 심사자	보건시스템국	연방청구법원의 전문가 또는 판사
법률비용	변호사 비용 등 제반 법률비용 보상 불가	합리적 범위 내 변호사비용 등 보상가능
결정에 대한 이의제기	보상신청자 요청 시 1회에 한해 행정당국 재검토 가능, 사법절차 항소 불가	양 당사자 모두 상급법원에 항소 가능
구상권	없음	정부는 해당 백신제조사 등에게 구상권 행사 가능

#### (4) 시사점

PREP Act는 공중보건 위기의 극복을 위해서는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 개인의 소송제기를 통한 권리구제를 무력화하는 것까지 감내하여야 한다는 결단을 보여주고 있다. 이는 백신 제조업자 등이 법률적 책임을 질 수도 있다는 두려움으로 인해 팬데믹 상황에 대한 대응이 방해받을 수 있다는 의회의 판단에 기한 것이다.<sup>60)</sup> 현대 사회에서 유래 없이 거대한 위기로 닥쳐온 코로나19 상황 하에서 동법이 가지는 의의가 더욱 커진 점은 부정할 수 없을 것이며, 공중보건 위기 상황에서 면책 요구 수용이 불가피한 현실에도 불구하고 관련자들을 면책할 수 있는 법적 근거가 정립되지 않은 우리나라에 시사하는 바가 크다고 하겠다.

그러나 PREP Act의 입법목적의 특수성에도 불구하고 동법에서 사법심사 가능성을 배제하여 제도의 개선 가능성을 봉쇄한 점, 의학적 조치 관련 부작용은 장기적으로 잠재하여 있다가 뒤늦게 발현하는 특성이 혼함에도 보상 신청기한을 1년으로 제한하여 범위 설정의 균형을 잃은 점 등에 대해서는 비판이 제기되기도 한다.<sup>61)</sup> 또한 의학적으로 인과성이 인정된 이상반응을 공지하는 의학적 조치 피해표는 장단점이 뚜렷한 바, 보상 심의의 효율성을 기하고 국민들의 알권리를 보장한다는 장점이 있는 반면, 피해표에 등재되지 않은 피해 또는 피해표가 아직 마련되지 않은 신종 감염병 백신으로 인한 피해에 대하여는 사실상 보상이 어렵고 새로운 이상반응의 발견이 늦어질 수 있는 단점이 있다. 코로나 백신의 경우, 2021년 8월 2일까지 접수된 총 686건의 CICP 보상 신청 건수 중 보상이 결정된 건은 아직까지 한 건도 없다.<sup>62)</sup> 이러한 미국의 보상 상황은 CICP 보상이 중대한 상해와 사망만을 보상 대상으로 하고, 코로나19 백신에 관한 피해표가 아직 마련되지 않은 점<sup>63)</sup> 등이 원인인 것으로 보인다.

60) Teneille R. Brown, "When the wrong people are immune", *Journal of Law and the Biosciences*, Advance Access Publication, 2020. 5. 8., 6면.

61) Lincoln Mayer, 앞의 글, 1772면

62) <https://www.hrsa.gov/cicp/cicp-data> 참조 (Table 1. Alleged COVID-19 Countermeasure Claims Filed as of August 2, 2021).

63) Congressional Research Service, Compensation Programs for Potential COVID-19

공중보건 위기 상황에서는 백신을 신속하게 도입할 뿐 아니라 가능한 많은 국민들이 접종할 수 있도록 장려하고 이에 대해 정부가 책임을 지는 것이 필요하다. 미국 PREP Act 및 CICP는 백신 제조업자 등을 보호하여 백신의 신속한 공급과 법적 분쟁의 최소화를 도모하고 있으나, 엄격한 보상기준 및 피해표에 따르는 보상체계로 인해 실질적 보상이 쉽지 않은 한계를 가진다고 하겠다. 우리나라의 공중보건 위기 특례 제도에서는 백신 제조업자 등에 대한 면책 특례를 도입하면서 기존 예방접종 피해보상제도의 보상 심의기준을 완화하고 보상범위를 확대함으로써 균형적인 제도 운영이 될 수 있도록 해야 할 것이다.

#### IV. 결론

모든 백신은 감염병 예방이라는 효능을 가짐과 동시에 드물게 심각한 이상반응을 초래할 수 있는 위험성을 가지고 있으며, 그럼에도 백신에 대해 허가를 부여하고 접종이 권장되는 것은 백신 사용으로 인한 이점이 훨씬 크다고 평가되기 때문이다. 신종 감염병이 대유행하는 공중보건 위기의 상황에서는 이러한 백신의 이점과 중요성이 훨씬 강조된다. 신속한 백신의 도입과 이를 통한 집단면역의 달성은 현재까지 공중보건 위기를 극복할 수 있는 유일한 수단으로 모색되고 있다.

한편 치료 목적이 아닌 건강한 상태에서 질병을 예방하기 위해 사용되는 백신의 특성상 국민들은 언론 등에서 언급되는 심각한 부작용에 대하여 극심한 불안을 느낄 수 있다. 또한 정부 정책에 따라 의무적으로 또는 스스로 뿐 아니라 공동체의 건강을 위하는 이타적인 마음에서 백신을 접종하는 각 개인은 이상반응에 대해 인과성이 과학적으로 분명하지 않더라도 국가 또는 제조기업 등 책임이 있는 주체가 보상해주기를 기대한다.

백신에 대한 전세계적 수요가 폭증하는 공중보건 위기 상황에서 백신

을 공급하는 기업은 일정 범위에서 기업을 면책해줄 것을 요구한다. 기업들은 백신 관련 이상반응으로 인해 법적 책임을 지는 것을 위험요소로 평가하고 그러한 요소가 최소화된 거래를 원한다. 안전성과 유효성을 확인하기 위해 많은 비용과 노력을 투자하여 국가로부터 검증을 완료한 백신에 대해 법적 분쟁이 빈번하게 발생한다면, 이익 창출이 한시적일 수 있는 유행성 감염병의 백신 개발에 적극적으로 투자할 기업은 매우 적을 것이다.

국가는 공중보건 위기에 신속하고 효율적으로 대응하기 위하여 가능한 많은 국민이 백신을 접종할 수 있도록 백신에 대한 막연한 불안을 해소하고 민간기업의 백신 연구개발 및 공급을 유인할 수 있는 제도적 기반을 마련하여야 한다. 그러나 현재 우리나라의 백신 관련 보상 및 책임에 관한 법제는 감염병의 대유행과 같은 공중보건 위기 시와 평상시의 제도가 일원화되어 한계가 있다. 이에 중증 이상반응에 대해 명백히 인과성이 없는 경우가 아닌 한 국가가 피접종자에게 충분한 보상을 제공하고, 제조업자 등에 대해서는 고의나 중과실이 없는 한 면책하는 것을 내용으로 하는 예방접종 피해 국가보상 제도의 이원화 방안을 구상하였다. 공중보건 위기 상황의 특수성을 반영한 제도의 법적 근거가 마련되어 코로나19 상황에서 드러난 일원화된 제도의 한계가 극복될 수 있기를 바란다.

공중보건 위기대응을 위한 예방접종피해 국가보상 제도의 개편 방향	수령 날짜 - 이 은 솔	심사개시일 2021.08.24	제재결정일 2021.09.17.
-------------------------------------	------------------	---------------------	----------------------

## [참고문헌]

- 박소미 외, “예방접종피해 국가보상제도 개선을 위한 비교법적 연구”, 『한국의료법학회지』 제17권 제1호, 2009.
- 법무법인(유한)로고스, “예방접종피해 국가보상제도 법률 개정 연구”, 질병관리본부 정책연구 용역사업 연구결과점검보고서, 2016.
- 이상윤, “예방접종 사고보상 법제연구”, 한국법제연구원, 2009.
- 이호용, “국가 행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계”, 『한양법학』 제23집, 2008.
- 정하명, “예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건”, 『행정관례연구』 20-2집, 2015.
- 정하명, “한국과 미국에서의 예방접종피해자 법적 구제제도”, 『공법학연구』 제9집 제4호, 2007.
- 코로나19 예방접종 대응 추진단, 코로나바이러스감염증-19 예방접종 후 이상반응 관리지침, 1-2판, 2021. 6. 14.
- Assistant Secretary for Preparedness and Response(ASPR), PREP Act Q&As, 2021.
- Congressional Research Service, Compensation Programs for Potential COVID-19 Vaccine Injuries, 2021.
- Congressional Research Service, Legal Issues in COVID-19 Vaccine Development, 2020.
- Declaration Under the Public Readiness and Emergency Preparedness Act for Medical Countermeasures Against COVID-19, 85 Fed.Reg. 15, 198(Mar. 17, 2020) (effective Feb. 4, 2020)
- Department of Health & Human Services, Fifth Advisory Opinion on the PREP Act Declaration (January 8, 2021)
- Jessica Abrahams 외, “PREP Act Case Law and Its Application to Today’s COVID-19 Crisis”, Faegre Drinker Biddle&Reath LLP, 2020. 5. 4.
- Lincoln Mayer, “Immunity for Immunizations: Tort Liability, Biodefense, and BloshiledII”, *STANFORD LAW REVIEW*, Volume 59, Issue6, 2007.
- Teneille R. Brown, “When the wrong people are immune”, *Journal of Law and the Biosciences*, Advance Access Publication, 2020. 5. 8.
- WHO “International Health Regulations”, 2005.
- 뉴시스, 2021. 4. 27, “[코로나vs백신]<29> “믿고 맞았는데 책임은 누가 지죠?”…포괄적 보상론 목소리 커져”
- 머니투데이, 2021. 8. 9, “‘제가 예약해 드린 백신에 아빠 온몸 마비’ 간호사 딸의 눈물”
- 연합뉴스, 2020. 12. 9, “코로나 백신 ‘부작용 면책’ 국제적 공통현상?”
- 질병관리청 보도자료, 인과성 근거 불충분으로 보상 제외된 중증 환자 의료비 지원 추진, 2021. 5. 10.
- 질병관리청, 주간 코로나19 예방접종 후 이상반응, 2021. 8. 11.
- www.kdca.go.kr (질병관리청 홈페이지)
- www.hrsa.gov (Health Resources and Services Administration 홈페이지)

### 【국문초록】

코로나19와 같이 국민의 생명·신체를 위협하는 감염병의 대유행은 국가적 차원의 대응이 필요한 공중보건 위기에 해당한다. 공중보건 위기를 극복하기 위한 핵심적 수단은 공동체의 집단면역을 형성할 수 있는 백신으로, 백신의 신속한 개발과 안정적 공급을 확보하고 많은 국민들이 백신을 접종할 수 있도록 권장하는 정책이 요구된다. 그러나 우리나라의 예방접종피해 국가보상 제도는 공중보건 위기 상황의 특수성이 반영되지 않고 일원적으로 운영되어 보상 심의기준, 보상 범위 및 백신 제조업자 등의 면책권 수용에 한계가 있으며 위기대응 수단으로서 적절하지 않다. 이에 기존 제도를 이원화하여 ‘공중보건 위기대응 예방접종피해 국가보상제도’을 도입할 필요성을 제기하였다. 동 제도가 적용되는 경우 첫째, 다른 원인에 의해 중증 이상반응이 발생했음이 명백한 경우가 아닌 한 접종자에게 보상이 지급되어야 하고, 둘째, 유족과 피해자의 생활 영위에 실질적 도움을 줄 수 있도록 연금 보상을 추가하는 등 기존 보상범위가 조정되어야 하며, 셋째, 피해자가 이상반응에 대한 손해배상을 백신 제조업자 등에게 청구하기 이전에 반드시 국가보상을 먼저 신청하도록 하고, 고의나 중과실이 없는 제조업자 등에 대해서는 법적 책임을 면제하여야 한다. 한편 미국은 ‘공중보건 비상사태 대비법(Public Readiness and Emergency Preparedness Act)’에 따라 관련자를 면책하고 별도의 보상체계를 채택하여 공중보건 위기에 대응하기 위한 제도를 운영하고 있으나, 코로나19와 같은 경우 피해자에 대한 보상이 실제로 이루어지기 힘든 한계를 보이고 있다. 우리나라에서는 국가의 국민에 대한 백신 이상반응 관련 보상 책임을 강화하는 대신, 백신 제조업자 등이 부담할 가능성이 있는 법적 책임을 일정 범위에서 면제하여 공중보건 위기상황에 효율적으로 대응하고 신속하게 극복하기 위한 법제가 마련되기를 바란다.

【Abstract】

Study on the Reorganization of the National Vaccine Injury  
Compensation Program for the  
Public Health Emergency Response

Lee, Eun Sol

(Doctoral Course, Administrative Law, Dept. of Law, Graduate  
School, Korea University,  
Legal Counsel of Korea Pharmaceutical and Bio-Pharma  
Manufacturers Association)

A pandemic disease such as COVID-19 is a public health emergency requiring national response. It is critical for each country to accelerate vaccine development, achieve stable supply of vaccines and recommend vaccination in that vaccines protect communities by inducing population immunity. However, the National Vaccine Injury Compensation of Korea do not differentiate a public health emergency from non-emergency situations; the program has limitations regarding causality criteria, range for compensation, liability immunity of vaccine manufacturers and etc. Therefore, the 'Public Health Emergency Response National Vaccination Compensation Program' needs to be instituted. Under the Program, i) patients severely injured after vaccination should be able to receive national compensation in all circumstances except in the cases concluded as 'definitely not related', and ii) lawsuits against entities and individuals involved in the development, manufacture, use and etc. of

vaccines are needed to be limited unless intentional unlawful act or gross negligence is presumed and an injured person fails to receive national compensation. A legislative system distinct from non-emergency situations is required to cope with a public health emergency promptly and efficiently.

주제어(Keyword) : 예방접종(Vaccination), 예방접종피해 국가보상(National Vaccination Injury Compensation), 공중보건 위기(Public Health Emergency), 면책(Liability Immunity), 미국 공중보건 비상사태대비법(The Public Readiness and Emergency Preparedness Act)

# 사해행위가 취소된 경우, 수익자의 채권자에 대한 제3자의 채권침해의 성립 여부와 손해의 산정

- 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다206933판결 사안을 소재로 -

천 병 주\* · 김 제 완\*\*

## ▶ 목 차 ◀

### [사안의 개요와 쟁점]

1. 주요사실관계
2. X의 주장요지
3. 이 사건의 주요쟁점

### [소송의 경과 및 판시 사항]

1. 1심 판결(수원지방법원 2017. 11. 28. 선고 2017가합400164 판결)
2. 항소심 판결(대상판결, 서울고등법원 2019.1.9. 선고 2017나 2076556 판결)
3. 대법원 판결(2019. 7. 25. 선고 2019다206933판결)
4. 이후 이 사건은 최종적으로 화해 권고결정(2019. 11. 30. 자 2019나203775 결정)

### [평석]

- I. 문제의 제기
- II. 사해행위가 취소된 경우 제3자의 채권침해로서 불법행위가 될 수 있는지 여부
- III. 사해행위가 취소되고 원상회복이 이루어진 경우 손해의 준부
- IV. 손해의 범위와 구체적인 산정상의 쟁점
- V. 대상판결의 주요 논지에 대한 비판과 검토

\* 주저자, 법률사무소 천지인 변호사, 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정 수료.

\*\* 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

## [사안의 개요와 쟁점]

### 1. 주요사실관계

대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다206933판결의 주요사실관계는 다음과 같다.

- X는 A에 대하여 채권(부당이득반환채권)을 가지고 있었다.<sup>1)</sup> 그런데 A는 2013. 8. 23.경 그 소유 부동산을 Y에게 양도하였는바, X는 Y를 상대로 사해행위취소의 소를 제기하여, 매매계약 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기말소 판결을 받았고 이 판결은 2016. 8. 8. 확정되었다. 그리고 사해행위취소판결에 다른 소유권이전등기는 말소되어 위 부동산이 A 명의로 환원되었다.<sup>2)</sup>
- 이후 X는 A 명의로 회복된 위 부동산에 대하여 강제경매를 진행하였다. 그런데 사해행위취소송이 진행되는 동안 A의 다른 채무가 증가하였고, 여기에는 우선변제권을 가지는 조세채권, 소액임차인의 보증금반환채권 등이 포함되었다. 결과적으로 X는 경매가 진행되더라도 배당받을 금액이 없게 되었다.
- 이에 따라 X는 2016. 11. 2. 강제경매신청을 모두 취하한 후, Y를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구하였다.

### 2. X의 주장요지

- ① Y의 사해행위는 불법행위로서 제3자의 채권침해에 해당하고, ② 따

---

1) X는 A에 도급하였다가 해지된 ◇◇◇◇◇골프연습장 등 신축공사계약과 관련하여 A에 기성고 부분에 해당하는 공사대금을 초과하여 지급하였다고 주장하면서 A를 상대로 부당이득금반환을 구하는 반소를 제기하여, A가 X에게 327,310,000원 및 지연이자를 지급하라는 판결이 선고·확정되었다.

2) 실제 사안에서는 사해행위가 여러 부동산에 대해 수차례 이루어져 피고가 여러 명이지만, 이 평석에서는 사안과 쟁점을 간명하게 하기 위하여 대표적인 피고 1명으로 정리하여 논의를 진행하기로 한다.

라서 Y는 사해행위로 경매가 지연됨으로서 X가 입은 손해를 배상하여야 하는데, X는 그 사이에 A의 채무가 증가되는 바람에 배당가능이익이 없어 결국 강제경매신청을 모두 취하하게 되는 손해를 입었다는 것이다. ③ 즉 손해는, 사해행위가 이루어진 2013. 8. 23.경 X가 강제경매를 신청하였다면 이 사건 각 부동산에 관하여 배당받을 수 있었던 금액인 313,514,240원(= 이 사건 각 부동산의 감정가액 570,000,000원 - X가 예상하는 2013. 8. 23. 현재 선순위 채권자의 배당청구금액 256,485,760원)이다.

### 3. 이 사건의 주요쟁점

이 사건에서는 ① 위 사해행위가 제3자의 채권침해로서 불법행위를 구성하는지 여부, ② 불법행위가 인정된다면 손해의 산정방법 등이며, 추가적으로 ③ 소멸시효기간의 완성 여부도 문제되었다.

## [소송의 경과 및 판시사항]

### 1. 1심 판결(수원지방법원 2017. 11. 28. 선고 2017가합400164 판결)

#### (1) 불법행위로서 제3자의 채권침해 성립 여부

1심 판결에서는, 먼저, 불법행위로서 제3자의 채권침해가 성립하는지에 관하여, ① “일반적으로 제3자에 의한 채권의 침해가 불법행위를 구성할 수는 있으나, 제3자의 채권침해가 언제나 불법행위로 되는 것은 아니고 채권 침해의 태양에 따라 그 성립 여부를 구체적으로 검토하여 정하여야 하는바, 제3자가 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 채권자로 하여금 채권의 실행과 만족을 불가능 내지 곤란하게 한 경우 채권의 침해에 해당한다고 할 수는 있겠지만, 그 제3자의 행위가 채권자에 대하여 불법행위

를 구성한다고 하기 위하여는 단순히 채무자 재산의 감소행위에 관여하였다는 것만으로는 부족하고 제3자가 채무자에 대한 채권자의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하였다거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하였다는 등 채권침해의 고의·과실 및 위법성이 인정되는 경우라야만 할 것이며, 여기서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래의 자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 신중히 판단하여야 한다”는 대법원 판례 법리를 설시한 후,<sup>3)</sup> ② 이 사건에서 제출된 각종 증거자료 및 변론 전체의 취지를 종합할 때, Y 등은 채무자인 A의 재산감소행위에 단순히 관여한 것이 아니라 이에 적극적으로 가담함으로써 X의 채권 실현을 곤란하게 하였다고 봄이 상당하다고 보았다. 따라서 Y를 포함한 피고들 사이의 이 사건 부동산 처분행위는 X에 대한 불법행위를 구성하므로, Y는 X에게 이로 인하여 X가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다.

## (2) 손해의 산정

다음으로 손해의 산정에 관하여는, “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 불법행위가 없었다면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고,<sup>4)</sup> 그 손해액은 원칙적으로 불법행위시를 기준으로 산정하여야 하는바,<sup>5)</sup> 위 법리에 비추어 보면, 이 사건에서 Y의 채권침해의 불법행위로 인하여 X가 입게 된 손해는 그 행위 당시를 기준으로 할 때 채권회수가 가능하였다고 판단되는 범위 내의 채권액이라고 봄이 상당하다.”고 전제한 후, “Y의 채권침해의 불법행위 시점은 이 사건 각 처분행위로 인하여 A의 책임재산인 이 사건 각 부동산이 Y에게 이전된 시점으로 봄이 상당하므로, X가

3) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결 등 참조.

4) 대법원 2020. 11. 10. 선고 98다39633 판결 참조.

5) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다34426 판결 참조.

입은 손해액은 Y(다만, 실제 사안에서는 Y2, Y3, Y5 등 피고가 여러 명이었음)가 이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 이전받은 2013. 8. 23.을 기준으로 X의 채권회수가 가능하였다고 판단되는 금액과 불법행위가 종료된 후 X가 현실적으로 채권을 회수할 수 있었던 금액의 차액이 된다.”고 판시하였다.

① 그에 따라 2013. 8. 23.을 기준으로 X의 채권회수가 가능하였다고 판단되는 금액은 172,514,240원으로 보았다. 즉 2013. 8. 23. 당시 이 사건 각 부동산의 시가는 총 429,000,000원이고, 이때를 기준으로 한 이 사건 각 부동산의 예상배당청구금액은 256,485,760원(=국민건강보험공단의 보험료채권 등)이었으므로, 원고가 2013. 8. 23.경 강제경매를 신청하였더라면 배당받을 수 있었던 금액은 172,514,240원(=429,000,000원-256,485,760원)인 것으로 산정되었다. ② 다만 이후 X가 이 사건 각 부동산을 경매신청할 때에는 세무서, 국민건강보험공단, 소액임차인, 가압류권자, 근저당권자 등의 채권이 추가·포함되어 배당요구금액이 총 1,041,118,046원에 달하게 되었다. ③ 결국 이 사건 각 부동산에 관한 사해행위취소판결이 모두 확정되어 이 사건 각 부동산이 A의 책임재산으로 회복된 후 X는 그 사이에 증가된 A의 채무로 인하여 배당가능이익이 없어 현실적으로 회수할 수 있는 금액이 남지 않게 된 사실이 인정되므로, Y는 불법행위에 기한 손해배상으로서 위 ① 금원 상당액(172,514,240원)을 X에게 배상할 의무가 있다고 판시하였다.

### (3) 소멸시효

마지막으로, Y는 소멸시효의 항변을 하였으나 배척되었다. 즉 Y는, “소유권이전등기가 마쳐진 후인 2013. 10. 23. X가 사해행위취소로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 제2부동산에 관하여 처분금지가처분등기를 하였고, 2013. 10. 31. Y들을 상대로 사해행위취소소송을 제기하였으므로, X는 적어도 2013. 10. 23. Y들이 손해를 가하였다는 사실을 알았을 것이고, 그로부터 3년이 도과하여 이 사건 소송을 제기하였으므로 소멸시효가 완성되었다.”고 주장하였다.

그러나 법원은, “X가 Y들을 상대로 사해행위취소의 소를 제기하였다고 하여 바로 X가 사해행위로 인한 손해가 현실화되었음을 알았다고 보기는

어렵고, 오히려 X가 이 사건 사해행위소송의 확정으로 말미암아 이 사건 각 부동산들에 대하여 실제로 강제집행을 실시하였으나 배당가능금액이 없었음을 안 때가 손해의 발생에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때라고 봄이 상당”하다고 하여, 이른바 ‘손해가 현실적인 것으로 된 때’의 법리에 따라,<sup>6)</sup> 사해행위소송이 최종적으로 확정된 때인 2016. 8. 8.을 소멸시효의 기산점으로 보아, 소멸시효 항변을 배척하였다.

## 2. 항소심 판결(대상판결, 서울고등법원 2019.1.9. 선고 2017나2076556 판결)

(1) 대상판결인 항소심 판결에서는 불법행위로서 제3자의 채권침해가 성립된다는 점과 소멸시효의 항변이 배척된다는 점에서 1심 판결의 입장을 유지하였다.

### (2) 손해배상액의 범위

이와 관련하여, “불법행위를 구성하는 제3자의 채권침해로 인하여 채무자의 책임재산이 감소되었다면, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 채권자에 대하여 위 채권 상당액의 손해를 배상하여야 할 것이나, 제3자의 채권침해 당시 채무자가 가지고 있던 다액의 채무로 인하여 제3자의 채권침해가 없었더라도 채권자가 채무자로부터 일정액 이상으로 채권을 회수할 가능성이 없었다고 인정될 경우 제3자의 채권침해로 인한 채권자의 위 일정액 범위 밖의 손해와 제3자의 불법행위 사이의 상당인과관계가 인정되지 않게 될 여지가 있고, 그러한 채권회수의 가능성은 채무자의 책임재산과 채무의 액수

6) 가해행위와 이로 인한 현실적인 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권에 있어 소멸시효의 기산점이 되는 불법행위를 한 날은 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재하고 있던 손해에 대한 인식이 있었다는 정도만으로는 부족하고 그러한 손해가 그 후 현실화된 것을 안 날을 의미한다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다11836 판결 등 참조). 이른바 ‘손해가 현실적인 것으로 된 때’의 법리에 관하여는, 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효- 거창사건 항소심판결(부산고법 2004. 5. 7. 선고 2001나15255)에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2007년 참조.

를 비교함으로써 판단할 수 있다”는 법리와<sup>7)</sup> “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고,<sup>8)</sup> 그 손해액은 원칙적으로 불법행위시를 기준으로 산정하여야 한다<sup>9)</sup>”는 기존 판례 법리를 실시하였다.

그에 따라 손해액의 산정과 관련하여 X가 입게 된 손해는, 1심에서와 마찬가지로 “이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 이전받은 2013. 8. 23.을 기준으로 원고의 채권회수가 가능하였다고 판단되는 금액과 불법행위가 종료된 후 원고가 현실적으로 채권을 회수 할 수 있었던 금액의 차액”이라고 판시하면서도, 구체적 산정결과가 인정된 손해액은 1심보다는 감소하였다.

① 먼저 2013. 8. 23. 당시 이 사건 각 부동산의 시가는 총 468,000,000원이고,<sup>10)</sup> 이때를 기준으로 한 이 사건 각 부동산의 예상배당청구금액은 402,452,740원(=조세채권 45,960,980원<sup>11)</sup> + 국민건강보험공단의 보험료채권 등 356,491,760원<sup>12)</sup>이었으므로,<sup>13)</sup> 원고가 2013. 8. 23. 경 강제경매를 신청하였더라면 배당받을 수 있었던 금액은 6,547,260원(=468,000,000원-402,452,740원)인 것으로 산정되었다. ② 그리고 1심에서와 판단과 동일하게, 이후 X가 이 사건 각 부동산을 경매신청할 때에는, 세무서, 국민건강보험공단, 소액임

7) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결 등 참조.

8) 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결 참조.

9) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다34426 판결 참조.

10) 1심 판결에서 인정된 429,000,000원보다 다소 증액되었는데, 1심 법원은 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기 당시 신고된 거래가액을 바로 시세의 기준이 된 것으로 본 반면, 2심에는 별도의 감정을 거쳤기 때문으로 보인다.

11) 위 조세채권은 당초 1심에서는 고려되지 않았고 2심 과정에서 추가되었는데, 다만 납부기한 또는 독촉납부기한이 도래하여 교부청구의 대상이 되는 부분만 예상배당청구금액으로 보아야 한다고 판시하였다.

12) 위 보험료채권 등은 1심에서도 고려되었고 2013.8.23. 이전에 납부기한이 도래한 채무만을 예상배당청구금액을 하는 것 자체는 동일하였으나, 2심에서 액수만 다시 산정하여 일부 증액된 것으로 보인다.

13) 그 외 A는 2013. 8. 23. 기준 S은행에 대하여 112,500,000원의 대출금 채무를 부담하고 있기는 하였으나, 위 대출금채무의 만기는 2016. 6. 22.이었고, 대출일인 2011. 6. 29.부터 2013. 8. 23.에 이르기까지 A는 위 대출금채무의 약정이자를 연체하지 않고 지급해 온 사실이 인정되므로, 위 112,500,000원을 예상배당청구금액으로 볼 수 없다고 보았다.

차인, 가압류권자, 근저당권자 등의 채권이 추가·포함되어 배당요구금액이 총 1,041,118,046원에 달하게 되었다. ③ 결국 Y가 불법행위에 기한 손해배상으로서 X가 배상할 금액은 위 ①의 6,547,260원이라고 판시하였다.

### 3. 대법원 판결(2019. 7. 25. 선고 2019다206933판결)

대법원은 “국세징수법 제56조, 제14조 제1항 제1호 내지 제6호의 문언과 체계, 교부청구 제도의 취지와 성격, 교부청구를 하여야 하는 사유 등을 종합하면, 납세자에게 국세징수법 제14조 제1항 제1호 내지 제6호의 사유가 발생하였고 납부고지가 된 국세의 납부기한도 도과하여 체납 상태에 있는 경우라면, 과세관청은 독촉장을 발급하거나 이미 발급한 독촉장에 기재된 납부기한의 도과를 기다릴 필요 없이 해당 국세에 대하여 교부청구를 할 수 있다고 보아야 한다”고 전제하면서, “Y의 불법행위가 없었을 경우 X가 2013. 8. 23.경 A의 소유인 이 사건 각부동산에 대한 강제경매를 신청하여 경매가 진행 중이었다고 하더라도, S세무서장의 A에 대한 이 사건 부가가치세 등 채권은 2013. 7. 12. 납부고지가 되어 2013. 7. 31. 납부기한이 경과함으로써 체납상태에 있었고, 납세자인 A에 국세징수법 제14조 제1항 제5호의 사유도 발생하였으므로, S세무서장은 독촉장을 발급하거나 이미 발급한 독촉장에 기재된 납부기한의 도과를 기다릴 필요 없이 국세징수법 제56조에 따라 위 경매절차에서 이 사건 부가가치세 등 채권에 대하여 교부청구를 할 수 있다고 보아야 한다.”고 판시하였다.

이에 따라 2013. 8. 23. 당시 예상배당청구금액을 산정하는 과정에서 2심법원이 인정한 조세채권 45,960,980원 외에 56,634,970원의 조세채권도 추가되어야 한다는 취지로 판시하였다.

### 4. 이후 이 사건은 최종적으로 화해권고결정(2019. 11. 30. 자 2019나203775 결정)으로 종결되었다. 당초 1심판결에 비교하면 X에게 인정될 수 있는 금액은 없거나 감소하였을 것으로 보인다.

## [평석]

### I. 문제의 제기

대상판결 사안에 대해 필자가 제기하고자 하는 문제의식의 다음과 같다.

첫째, 사해행위가 제3자의 채권침해가 될 수 있는가 하는 점이다. 이를 살피기 위해 제3자의 채권침해에 관한 학설 및 판례의 동향을 살펴보고, 특히 그 중에서 책임재산의 은닉행위에 대해 허위의 양도, 명의신탁행위 등을 사해행위와 비교하면서, 사해행위가 제3자의 채권침해가 될 수 있는지에 대해, 그 요건을 좀 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

둘째, 사해행위가 제3자의 채권침해로 인정되는 경우, 그 효과로서 손해배상청구권이 인정될 텐데, 사해행위가 취소되면 통상적으로 원상회복이 함께 이루어지는 것이 허위의 양도나 명의신탁 등 다른 유형의 재산은닉행위와 비교되는 특징이다. 따라서 사해행위의 경우에는 이를 불법행위로 의율하는 경우에, 이미 이루어진 원상회복과 손해배상과의 관계를 어떻게 설명할 것인가가 문제된다. 대상판결은 이 점에 관하여 아무런 문제의식이 없는데, 필자는 이 점에 관하여 초점을 두고 평석을 진행하고자 한다.

셋째, 사해행위를 불법행위로 보는 경우, 손해의 범위로서 통상의 손해와 특별사정으로 인한 손해의 인정 여부, 나아가 이와 관련된 구체적인 손해의 산정 방법에 관하여 대상판결의 의의와 문제점을 살펴보기로 한다.

### II. 사해행위가 취소된 경우 제3자의 채권침해로서 불법행위가 될 수 있는지 여부

#### 1. 제3자의 채권침해에 관한 학설 및 판례의 동향

##### (1) 제3자에 의한 채권침해의 의의

일반적으로 채권침해란 채권의 실현이 방해되는 것을 말한다. 그런데 채권은 채권자와 채무자 등 당사자 사이에서만 효력이 미치고 제3자에게 그

효과를 주장하는 것은 허용되지 않는 것이 원칙이다. 그리하여 ‘채무자’에 의해 채권이 침해되는 것을 ‘채무불이행’으로 규정하고 있다. 그러나 비록 채권의 효력이 상대적이다라든 채권의 실현을 ‘제3자’가 방해하는 채권침해 행위가 법률상 허용된다는 의미까지 담고 있는 것은 아니므로, 그러한 제3자의 채권침해행위가 ‘불법행위’를 구성하는지는 별도의 관점에서 논의될 수 있으며, 이때 제3자의 채권침해가 불법행위로 되기 위한 요건이나 기준을 두고 종래 많은 논의가 있어 왔다.<sup>14)</sup>

이러한 제3자에 의한 채권침해를 ‘채권의 대외적 효력’의 문제로 다루는 것이 일반적이나,<sup>15)</sup> 민법 제750조의 불법행위 성립의 특수한 유형에 불과하므로 이를 별도로 다룰 필요가 없다는 견해도 제시되고 있다.<sup>16)</sup>

한편 무엇을 ‘채권침해’라고 할 것인지에 대해서도 여러 논의가 있는데,<sup>17)</sup> 채권침해의 대상을 이미 발생한 채권 뿐만 아니라 장래채권으로 성립될 수 있는 이익의 실현을 방해하는 것까지 포함하여 채권침해로 보는 견해가 있는바,<sup>18)</sup> 이는 채권침해를 가장 넓게 보는 것이라 할 수 있다. 대법원

14) 제3자가 채권의 귀속 또는 내용을 침해하는 결과를 가져오게 하는 경우의 효력은 반드시 채권만에 고유한 것일 수는 없고, 민법이 권리침해에 대한 일반적인 구제수단으로 정하고 있는 제도, 즉 방해배제 등의 청구권(민법 214조; 예를 들어 임대차에 근거한 방해배제청구는 가능한가?), 부당이득반환청구권(민법 741조; 예를 들어 유효하게 변제를 수용한 채권의 준점유자(법 470조)에 대해 이로써 불이익을 입은 채권자는 부당이득반환을 청구할 수 있는가?) 그리고 불법행위로 인한 손해배상청구권(민법 750조; 이른바 ‘제3자에 의한 채권침해’의 문제)의 셋이 채권이 넓은 의미에서 침해된 경우에 각각 어떻게 구현되는가 하는 문제라고 한다. 양창수·김형석, 민법 III 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012, 4면 참조.

15) 광윤직 편집대표(송덕수 집필부분), 민법주해[IX], 박영사, 2004, 50면; 광윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001, 76면.

16) 지원립, 민법강의, 홍문사, 2012, 881면; 허명국, “채권침해의 의한 불법행위의 성립”, 법과 정책(제18집 제1호), 제주대학교 법과정책연구소, 2012, 409면.

17) 이와 관련하여서는 최광의설(성립채권및성립가능이익실현방해설), 광의설(성립채권실현방해설), 협의설(성립채권실현방해및손해발생설) 등이 있다고 한다. 이에 대한 자세한 논의는, 오수원, “제3자의 채권침해의 개념과 급부침해의 채권침해로 인한 불법행위문제”, 민사법연구 제24집, 대한민사법학회, 2016, 56면 이하.

18) 예를 들어 김재형, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름-민사판례연구회 편, 박영사, 2012, 378면에 의하면, “계약이 이미 성립하였는지 여부에 따라 불법행위 책임의 성립 여부를 가릴 수는 없다. 따라서 계약이 아직 성립하지 않은 경우에도 제3자의 계약방해를 이유로 불법행위책임을 긍정할 수 있다”고 한다.

역시 이와 같은 입장에서, 방송법에 의한 중계유선방송사업 허가를 받지 아니한 Y가 적법한 중계유선방송사업자인 X와 아파트 입주자대표회의 사이의 계약갱신을 방해하고, 적법한 방송사업자인 것처럼 가장하여 위 아파트 입주자와 계약을 체결함으로써 X의 재계약 체결이 무산된 사안에서, X의 법률상 이익이 침해된 이상 Y는 불법행위로 인한 손해배상책임이 있고, Y의 위 재계약 방해행위와 X의 수신료 수입상실로 인한 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 판시한 바가 있다.<sup>19)</sup>

## (2) 불법행위의 성립여부

제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 성립시킬 수 있는가에 관하여 현재 우리나라의 학설과 판례는 일치하여 긍정하고 있다. 다만 그 근거를 어디에 둘 것인가를 두고 견해가 대립하는데, 학설상으로는 ① 권리의 일반적 불가침성을 근거로 하는 견해(권리불가침성설)<sup>20)</sup>, ② 상대권인 채권에 대한 제3자의 침해도 예외적으로 불법행위를 성립시킬 수 있는데, 법 제750조에 따라 위법성의 요건을 갖추어야 한다는 견해(위법성설)<sup>21)</sup>, ③ 채권은 상대권임을 인정하더라도 제3자의 채권침해로부터 보호를 받아야 하며 이는 법 질서의 당연한 요청으로 보고, 다만 제3자의 채권침해가 불법행위가 되는지의 여부는 법률상 보호할 가치가 있는 이익인가의 문제라는 견해(객관적 실체설)<sup>22)</sup>가 대립한다.

19) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결. 이 사안은 원고(X)의 채권이 부존재하는 상태임에도 제3자의 채권침해의 범리를 끌어온 것으로 평가된다(윤근수, “제3자에 의한 채권침해-대법원 2007.5.11. 선고 2004다11162판결-”, 판례연구 20집, 부산판례연구회, 2009, 466~467면). 한편 이와 같이 ‘계약체결 방해행위’가 문제된 유사한 사례로 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결도 있다. 이 사건은 특정 연예인(마이클 잭슨) 공연에 대한 시민단체 등의 반대운동이 공연기획사에 대한 불법행위가 되는지가 문제되었는데, 대법원은 일반적인 공연반대운동부분에 대해서는 위법성을 주장하였으나, 구체적인 계약한 것에 대해 계약의 이행을 할 수 없도록 압력을 행사한 부분에 대해서는 위법성을 긍정하여 불법행위의 성립을 인정하였다. 이에 대한 평석으로는 김태선·유충호, “소비자불매운동과 채권침해의 위법성-대법원 2001.7.13. 선고 98다51091 판결을 중심으로-”, 중앙법학(제16집 제1호), 중앙법학회, 2014 참조.

20) 김기선, 한국채권법총론, 법문사, 1987, 170면.

21) 박윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001, 79면; 김상용, 채권총론, 법문사, 2006, 93면.

판례는 “제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 구성할 수 있지만 제3자의 채권침해가 반드시 언제나 불법행위가 되는 것은 아니고 채권침해의 태양에 따라 불법행위 성립 여부를 구체적으로 검토하여 정하여야” 한다고 하고,<sup>23)</sup> 또한 “일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다”고 판시하였는바,<sup>24)</sup> 제3자의 채권침해에 의한 불법행위의 성부는 제3자의 귀책사유 및 위법성에 좌우된다는 입장이다.

### (3) 채권침해의 모습

종래 통설은, 제3자의 채권침해의 모습(유형)을 다음과 같이 검토한다. 즉 ① 채권의 귀속자체를 침해한 경우<sup>25)</sup>, ② 급부를 침해한 경우로 구분하여, 후자의 경우에는 i)급부의 침해로 채권이 소멸한 경우<sup>26)</sup>와 ii)급부의 침해로 채권이 소멸하지 않는 경우<sup>27)</sup>로 나눈다.<sup>28)</sup>

22) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2008, 1611면.

23) 대법원 1975. 5. 13. 선고 73다1244 판결.

24) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결.

25) 예를 들어, 타인의 무기명채권증서를 조각내거나 없애버린 때, 또는 횡령하여 제3자에게 취득케 한 경우, 채권을 양도하도서 그 대항요건(민법 제450조 참조)을 갖추기 전에 2중으로 양도하여 제2의 양수인에게 대항요건을 갖추게 한 때, 채권의 준점유자(민법 제470조) 또는 영수증소지자(민법 제471조)로서 유효한 변제를 받은 경우, 표현대리인으로서 채권을 처분한 경우 등.

26) 예를 들어, 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권에 관하여 제3자가 목적물을 멸실케 하거나, 또는 채무자의 행위를 목적으로 하는 채권에 관하여 제3자가 위법한 수단으로 채무자를 유괴 또는 감금하여 그 결과 채무자에게 책임없는 이행불능으로 채권을 소멸케 한 경우 등.

27) 예를 들어, 제3자가 채무자 또는 이행보조자와 공모하여 채권의 목적물을 파괴하거나, 또는 제3자가 채무자를 교사·방조하여 혹은 채무자와 공동으로 채권자의 권리행사를 방해한 때 등. 또한 정당한 거래행위에 의함이 없이 채무자의 일반재산을 감소시키는

다만 이러한 종래의 통설에 대해서는 다음과 같은 유력한 반론도 있다.<sup>29)</sup> 종래의 통설은 각 채권침해의 유형에 따라, 성립요건에 있어서 위법성에 관해서는 강한 위법성이 요구된다고 하는 경우도 있고, 고의·과실에 관해서는 고의가 필요한 경우도 있고 과실이 필요한 경우도 있으며 해의(害意)가 필요가 경우가 있다고 하며, 그 효과에 있어서는 대상청구권을 인정하기도 하고 손해배상청구권을 인정하기도 하는 등, 경우에 따라서 채권침해로 인한 불법행위의 성립요건과 효과를 다르게 보고 있으나, 이는 문제가 있다는 것이다. 즉 종래의 통설은 ① 일반의 통일된 채권침해의 성립을 부정하게 되고, 이는 결국 각 유형에 따라, 민법 제750조 이하에서 규정한 불법행위와는 다른, 특수한 불법행위를 인정하는 것으로 이는 실정법상 근거가 없다는 점, ② 채권의 귀속침해와 급부침해로 구분하는 구별기준도 명확하지 못하다는 점, ③ 전통적인 채권침해태양의 유형화론에는 채권침해로 인한 불법행위라고 할 수 없거나 그렇게 할 필요가 없는 행위들, 가령 채권의 귀속침해나 일반담보의 감소 등의 행위가 포함되어 있다는 점에서 문제가 있으며, 채권침해로 인한 불법행위의 성립여부나 그 효과는 민법 제750조에 따라 결정하면 족하고 그 행위태양을 유형화하는 것은 무익한 것이라고 비판한다.

위에서 언급한 반론은 충분히 경청할 만하다고 생각한다. 다만 종래의 통설에서 제시한 채권침해의 유형은, 채권이 어떠한 경우에 제3자에 의하여 침해될 수 있는지에 대한 이해를 하는 데에 의미가 있다고 본다. 또한 제3자에 의한 채권침해의 근거인 민법 제750조는 불법행위의 성립에 관하여 침해행위의 태양에 제한을 두고 있지는 않으나, ‘채권자와 제3자의 이익을 형량’, ‘손해의 합리적 배분’ 관점에서 제3자의 채권침해 유형에 따라 제3자의 고의·과실, 위법성 여부를 다르게 판단하는 것도 의미가 있다고 생각한다.

---

행위로서 위법성이 있으면 불법행위가 된다.

28) 박윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001, 80면 이하; 박윤직 편집대표(송덕수 집필 부분), 민법주해[IX], 박영사, 2004, 56면 이하.

29) 이하의 내용은 오수원 “채권침해태양의 유형화 무용론”, 저스티스(통권 제154호), 한국법학원, 2016, 98면 이하.

#### (4) 불법행위의 성립요건

제3자의 채권침해가 가능하다고 하더라도, 그것만으로 당연히 불법행위가 성립하지는 않으며, 다시 일반불법행위의 요건을 충족해야 한다. 주의할 것은 고의·과실과 위법성이다.

일반적으로 불법행위가 성립하려면 주관적 요건으로서 가해자의 고의·과실을 필요로 한다. 다만 종래의 통설에 따르면, 채권의 목적은 채무자의 급부이며 또한 채권에는 일반적으로 공시방법도 없으므로, 제3자가 채권을 침해했다라도 그가 채권의 존재를 알지 못하는 한 고의는 물론이고 과실도 인정하기 어려울 것이라고 하면서, 채권침해에 의한 불법행위는 사실상 ‘고의’에 의한 경우에 한정된다고 한다.<sup>30)</sup> 다만 이러한 설명은 다소 부정확한 것이라 생각한다. 채권의 ‘존재’에 대해서는 ‘인식 또는 고의’가 필요하겠으나, 채권의 ‘침해’에 대해서는 ‘고의’ 뿐만 아니라 ‘과실’에 의해서도 얼마든지 채권침해와 불법행위가 성립할 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup>

또한 채권침해가 불법행위가 되려면 그 침해행위가 위법성을 가지는 경우여야 한다. 통설은 채권침해의 위법성에 대해 다소 견해의 차이가 있지만, 법률상 보호할 가치 있는 이익의 침해·법규위반·선량한 풍속 기타의 사회질서의 위반을 의미한다고 본다.<sup>32)</sup> 한편 대법원은 “거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으

30) 곽윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001, 82~83면; 곽윤직 편집대표(송덕수 집필 부분), 민법주해[IX], 박영사, 2004, 59면.

31) 同旨, 김현선, “과실에 의한 제3자의 채권침해와 불법행위의 성립 여부”, 법학연구(제15집 제3호), 인하대학교 법학연구소, 2012, 755면 이하. 외국(독일, 프랑스, 영미, 일본)의 경우에도 제3자의 채권침해는 원칙적으로 고의에 한정하지만 일정한 경우에 과실도 책임을 묻고 있다는 점에서 공통적이라고 한다(위 논문, 755면 이하). 또한, ‘과실에 의한 책임의 제한적 확장’을 위법성 판단기준의 구체화의 일면으로 이해하면서, 기존의 통설과 판례인 ‘상관관계설’이 아닌 ‘동적체계론(Bewegliches System) 관점에서 분석한 것에, 강혜아, “제3자에 의한 채권침해에 대한 연구”, 민사법학(제95호), 한국민사법학회, 233면 이하 및 252면 이하 참조.

32) 곽윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001, 83면 등.

로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다”고 판시한 바 있다.<sup>33)</sup>

## 2. 책임재산 은닉행위가 제3자의 채권침해로서 불법행위가 성립하는지

### (1) 허위양도의 경우

책임재산을 허위로 양도하는 경우에 대해 대법원은, 일정한 요건하에 제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 구성할 수 있다고 보고 있다. 즉 대법원은 “제3자가 채무자에 대한 채권자의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하였다거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하는 등 채권침해의 고의·과실 및 위법성이 인정되는 경우 제3자에 의한 채권의 침해가 불법행위를 구성할 수 있다”고 하였다.<sup>34)</sup> 나아가 이 경우 손해액의 입증이 불충분하더라도 그 이유만으로 원고의 청구를 배척해서는 안된다고 판시한 바 있다. 즉 대법원은 “채무자의 재산을 은닉할 목적하에 채무자의 재산 중 일부를 허위로 양수받은 후 이를 처분하는 방법으로 이루어진 채권침해의 경우, 그러한 처분행위로 인하여 은닉된 재산의 가액을 정확히 알 수 없게 되어 손해액에 대한 입증이 불충분하더라도, 법원은 그 이유만으로 손해배상청구를 배척할 것이 아니라 그 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 입증을 촉구하여 이를 밝혀야 할 것이고, 경우에 따라서는 직권으로 합리적이고 객관성 있는 손해액을 심리·판단할 필요도 있다”고 판시한 바 있다.<sup>35)</sup>

33) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결.

34) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결 참조.

## (2) 명의신탁의 경우

명의신탁과 관련하여 대법원은, 마찬가지로 일정한 요건하에 제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 구성할 수 있다고 판시한 바 있다. 즉 “그 제3자의 행위가 채권자에 대하여 불법행위를 구성한다고 하기 위하여는 단순히 채무자 재산의 감소행위에 관여하였다는 것만으로는 부족하고 제3자가 채무자에 대한 채권자의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하였다거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하였다는 등 채권침해의 고의·과실 및 위법성이 인정되는 경우라야만 할 것”이라는 점을 실시한 한 후, “강제집행면탈 목적을 가진 채무자가 제3자와 명의신탁약정을 맺고 채무자 소유의 부동산에 관하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에, 제3자가 채권자에 대한 관계에서 직접 불법행위책임을 지기 위하여는 단지 그가 채무자와의 약정으로 당해 명의신탁등기를 마쳤다는 것만으로는 부족하고, 그 명의신탁으로써 채권자의 채권의 실현을 곤란하게 한다는 점을 알면서 채무자의 강제집행면탈행위에 공모 가담하였다는 등의 사정이 입증되어 그 채권침해에 대한 고의·과실 및 위법성이 인정되어야 한다.”고 판시한 바 있다.<sup>36)</sup>

## (3) 사해행위의 경우

이는 이하에서 항을 달리하여 자세히 살펴보기로 한다.

# 3. 사해행위와 제3자 채권침해 및 불법행위

(1) 사해행위의 경우 채무자의 일반재산을 감소시키는 행위로서 제3자에 의한 채권침해 및 불법행위가 성립할 수 있다. 예를 들어, 채무자가 강제집행을 당할 것을 면하기 위하여 채무자와 제3자가 공모하여 재산의 은닉·손괴·가장양도를 하는 행위는, 그 제3자에게 해당행위에 의하여 채권자가

35) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다63190 판결. 아울러 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결도 참조.

36) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결.

채권의 만족을 얻는 것을 방해하려는 고의가 있는 때에는 채권침해에 의한 불법행위를 구성한다는 것이 일반적 견해이다.<sup>37)</sup> 물론 이 경우는 범죄행위(형법 제327조, 강제집행면탈죄)를 구성하므로,<sup>38)</sup> 민사상으로 불법행위가 성립한다고 보는 데 이견이 없을 것이다.

그런데 형법상 강제집행면탈죄는, ① 채무자가 강제집행을 받을 위험이 있는 객관적 상태에서,<sup>39)</sup> ② 강제집행을 면할 목적으로, ③ 재산을 은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해함으로써 성립하는 범죄인바, 채무자의 사해행위가 모두 이러한 범죄행위를 구성하는 것은 아니다. 채무자의 사해행위는, 강제집행을 받을 위험이 없는 상태에서도 이루어질 수 있고, 반드시 재산을 은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위의 채무를 부담하는 방식에 의해서만 이루어지는 것도 아니기 때문이다.<sup>40)</sup> 다만 이러한 범죄행위에까지 이르지 않는 채무자의 사해행위라도, “침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려”할 때, 위법성이 인정되는 경우가 얼마든지 있을 수 있고 이는 민사적으로 불법행위의 대상이 된다.

(2) 한편 사해행위의 경우 수익자의 악의가 사해행위취소소송에서 이미 확정된 것이므로, 불법행위의 성립요건으로서 제3자의 고의·과실의 증거가 문

37) 박윤직 편집대표(이상훈 집필부분), 민법주해[XVIII], 박영사, 2005, 218면. 아울러, 채권자가 가압류 등 강제집행을 개시한 사실을 알면서 채무자나 제3자가 그 강제집행의 목적물을 손괴·은닉하는 등의 방법으로 그 강제집행의 실행을 방해하였다면 그 행위는 그 집행채권자에 대하여 불법행위를 구성한다는 것에, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다54479 판결.

38) 실제로 대상판결 사안에도 피고 일부가 강제집행면탈죄로 기소되어 처벌되었다.

39) 이는 민사소송에 의한 강제집행, 가압류, 가처분 등의 집행을 받을 구체적 염려가 있는 상태를 의미하는데(대법원 1981. 6. 23. 선고 81도588 판결), 적어도 채권자가 민사소송을 제시하거나 가압류, 가처분의 신청을 할 기세를 보이는 상태가 존재할 것을 요한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98도1949 판결).

40) 대상판결의 사안에서, A 소유 부동산은 대물변제, 매매 등의 등을 원인으로 소유권이 전등기가 경료되었는데, 이를 두고 그 재산이 은닉되었다거나 손괴나 허위양도된 것이라고도 보기는 어렵다.

제되지 않는다는 특징이 있다. 이는 보전처분의 집행이 불법행위로 되는지 여부가 문제되는 사안에서는 고의·과실 요건이 문제된다는 점과 비교된다.<sup>41)</sup>

(3) 다만, 이미 채권자취소권의 요건을 갖춘 상황이라면, 주관적 요건으로서 채무자의 ‘害意’를 갖추었을 것이므로 적어도 ‘논리적으로는’ 피고인 수익자(또는 전득자)가 우리가 종래 논의하여왔던 ‘제3자에 의한 채권 침해’ 요건을 갖추었다고 평가될 여지가 있으나, 이를 인정하는 데에는 몇 가지 고려할 사항이 있다.<sup>42)</sup>

먼저, 대상판결 사안의 경우는 결국 채권자취소권 제도의 운영 논리와 불가분적으로 생각할 수밖에 없을 것인데, 채권자취소권 제도는 채무자의 일반 채권자들과 수익자 간의 이해관계를 어느 선에서 조율할 것인가 하는 문제이다. 이 부분은 수익자의 가담행위가 불법행위책임의 요건을 갖추었는지 여부를 형식적으로 검토하는 부분에서는 드러나지 않는 부분이다. 특히 대상판결의 사안처럼 수익자가 이미 원상회복을 당하게 되었음에도 불구하고, 다시 불법행위로 인한 손해배상까지 부담하도록 하는 것은 지나치게 가

41) 대법원은 ① “가압류나 가처분 등 보전처분은 법원의 재판에 의하여 집행되는 것이기는 하나 그 실체상 청구권이 있는지 여부는 본안소송에 맡기고 단지 소명에 의하여 채권자의 책임 아래 하는 것이므로, 그 집행 후에 집행채권자가 본안소송에서 패소 확정되었다면 그 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, 따라서 부당한 집행으로 인한 손해에 대하여 이를 배상할 책임이 있다”고 판시하면서도(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52513 ; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다13241 판결 등), ② 다만 채권자가 가압류 신청 당시 주장하는 채권이 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 인정되는 경우(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다13241 판결), 특별한 반증이 있는 경우[대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다29373 판결, 자사주(自社株) 임의매각 유지 가처분에서 채권자가 본안 패소한 사안으로, 패소의 이유를 구체적으로 검토하여 과실 추정 반복 특별사정 인정]에는, 위 고의·과실의 추정은 변복될 수 있다고 판시한 바 있다.

42) 참고로, 채무자가 사해행위로 책임재산을 감소케 하는 경우, 채권자취소권 행사와 제3자의 불법행위책임 간의 관계에 대해서는, ① 채권자취소권을 행사할 수 있는 대부분의 경우에 사해행위를 한 제3자에게 불법행위책임이 성립한다는 견해, ② 채권자취소권을 통해 일반담보를 보전할 수 있으므로, 제3자가 채무자의 일반재산을 감소하게 함으로써 채권자의 채권실행이 방해받는다 고 하더라도 불법행위책임까지 인정할 필요는 없다는 견해, ③ 채권자취소권의 요건을 충족하는 경우에는 이것을 우선적으로 적용하고, 특히 행위의 위법성이 강한 경우에만 불법행위책임의 성립을 인정해야 한다는 견해 등이 있다. 이에 대해서는, 김용덕 편집대표, 주석 민법(채권총칙), 한국사법행정학회, 2020, 387면 이하 참조.

혹하거나 (엄밀한 의미에서의 이중처벌은 아니라고 하더라도) 사실상 이중의 처벌과 같은 법적·경제적 평가로 보는 견해가 있을 수 있다.

더욱이, 채권자취소권과 관련하여서 사해행위성이 입증되면 채무자의 해의가 추정되는 경우도 적지 않고, 채무자의 해의가 입증이 된다고 보면 수익자나 전득자의 해의까지 추정이 된다고 보기 때문에(채권자취소권 행사를 위한 주관적 요건이 논리적으로 쉽게 인정되는 것이 대법원 판례의 논리),<sup>43)</sup> 앞에서 지적한 부분을 고려해야 할 필요성은 더 커진다고 볼 여지도 있다.

다만 이하에서 살펴보는 바와 같이, 사해행위가 인정되어 그것이 취소되고 원상회복이 된 경우, 채권자가 입은 손해가 불분명하거나 특별한 사정이 없는 한 추가적인 손해는 없어 수익자나 전득자가 불법행위책임을 지지 않는 경우가 대부분일 것이다. 물론 원상회복이 제대로 이루어지지 않은 경우는 당연히 손해배상책임이 인정되어야 할 것이고, 그 밖에 특별한 사정으로 인한 손해는 관련 법리(민법 제393조 제2항)에 따라 그 범위가 정해질 것이다. 따라서, 사해행위가 인정되어 그것이 취소되고 원상회복이 된 경우, 수익자(또는 전득자)가 불법행위책임을 부담하는 것이 반드시 가혹하다고 단정할 수는 없다고 생각한다.

### Ⅲ. 사해행위가 취소되고 원상회복이 이루어진 경우 손해의 존부

#### 1. 원상회복과 손해배상과의 관계

사해행위가 채권자에 대하여 제3자의 채권침해로서 불법행위가 성립되는지 여부를 살피는 데 있어서 문제되는 것은 채권자에게 손해를 가하였는가 하는 점이다.

43) 예를 들어 채무자가 유일한 재산을 처분(양도 또는 담보제공)한 때에는 채무자의 악의도 (사실상) 추정된다는 것에, 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결. 그리고 채무자의 악의가 입증되면 수익자나 전득자의 악의는 (법률상) 추정된다는 것에, 민법 제406조 단서 및 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결 참조.

이것이 문제되는 이유는 대상판결 사안의 경우도 그러하지만 사해행위가 취소되면 통상적으로 원상회복이 함께 이루어지기 때문이다. 대상판결 사안의 경우, 사해행위가 취소되면서 원상회복으로 원물반환이 이루어져, 소유권이전등기가 말소되고 채무자 명의의 책임재산으로 환원되었다. 그렇다면 일견 사해행위 당시의 책임재산과 동일한 상태로 되었으니, 채권자로서 특별히 손해를 입은 것이 없지 않은가 하는 생각을 할 수 있기 때문이다. 또는 사해행위 당시 손해가 발생하였다가 사해행위 취소 및 원상회복으로 그 손해가 전보된 것이 어닌가 하는 생각을 할 수도 있을 것이다. 수익자의 입장에서 보면, 채권자가 구하는 대로 원상회복으로서 원물반환이 이루어졌는데, 채권자로서 청구하여야 할 손해가 있는가 하는 문제제기를 할 수 있을 것이다. 이와 같은 점을 생각한다면, 일견 원상회복으로 원물반환이 이루어진 경우에 채권자가 입은 손해가 있는지 여부가 불분명하다는 점을 지적할 수 있을 것이다.

반면 사해행위가 인정되어 그것이 취소되었다고 하더라도 목적물이 선의의 전득자에게 양도됨으로 인하여 원물반환이 불가능하게 되면, 가액배상이 이루어질 것이다. 또한 선의의 전득자에게 담보제공이 이루어진 경우에도 마찬가지일 것이다.<sup>44)</sup> 이와 같이 원물배상이 불가능하거나 적절하지 아니하여 채권자가 수익자로부터 가액배상을 받게 되면, 손해배상의 문제는 어떻게 될까? 가액배상의 법적 성질을 고려하여야 할 문제이겠지만, 일단 사해행위의 목적물 상당액의 가액배상이 이루어진다면, 당해 사해행위로 인한 손해가 없거나 설사 발생한 손해가 있었다고 하더라도 가액배상으로 인하여 전보된 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 가액배상 이외에 추가적으로 청구할 수 있는 손해배상액이 없는 것으로 보는 것이 합리적일 것으로 생각된다.

이와 같이, 사해행위의 위법성과 고의 과실이 인정된다고 하더라도, 채권자가 입은 손해가 무엇인지가 제3자의 채권침해를 인정하는 데 있어서 중요한 문제가 된다. 이에 관하여 생각해 볼 수 있는 점은 사해행위와 원상회

44) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결 등 참조.

복 간의 시간적 간격으로 인한 손해이다. 즉, 채권의 행사가 지연됨으로 인하여 채권자가 입은 손해는 설사 원상회복이 이루어진 경우라고 하더라도 배상되어야 하지 않을까 하는 생각을 할 수 있다. 즉, 경매의 지연으로 인한 손해이다. 이하에 이 점에 관하여 이어서 살펴보고자 한다.

## 2. 사해행위와 경매의 지연간의 인과관계

사해행위가 이루어짐으로 인하여 채권자로서 강제집행을 할 수 없었고, 사해행위취소판결 확정 이후에야 비로소 강제집행을 할 수 있게 되었다면, 사해행위로 인하여 강제집행으로서의 처분, 즉 경매가 지연된 것으로 볼 수 있을 것이다. 이와 같은 지연으로 인한 손해는 위법한 사해행위와의 사이에 인과관계가 인정될 수 있다. 이와 같은 법리는 부당한 처분금지가처분 집행으로 인하여 부동산의 처분이 지연되는 손해가 발생한 사안에서 그 처분금지가처분과 당해 부동산의 처분지연 간에 상당인과관계를 인정한 우리 대법원의 법리와 일맥상통한다고 생각된다.<sup>45)</sup> 반면, 부동산 처분금지가처분의 경우와 달리 가압류의 경우에는 처분 자체가 금지된 것이 아니어서, 가압류의 집행과 이를 이유로 한 계약의 해제 및 위약금의 지급 간에 상당인과관계가 부정된 사례가 있다는 점을 가처분의 경우와 비교하여 참고할 필요가 있다.<sup>46)</sup>

45) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다26774 판결: “어떤 부동산에 관한 처분금지가처분 집행이 있었고, 그 가처분 집행이 계속된 기간 동안 당해 부동산을 처분하지 못하였으며, 나아가 주위 부동산들의 거래상황 등에 비추어 그와 같이 부동산을 처분하지 못한 것이 당해 가처분 집행으로 인하였을 개연성이 입증된다면, 가처분 신청인측에 귀책사유 없는 다른 사정으로 인한 것임을 가처분 신청인측에서 주장, 입증하지 못하는 한, 그 처분금지가처분과 당해 부동산의 처분지연 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.”

46) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다84874 판결: “매매목적물인 부동산에 대하여 가압류집행이 되어 있다고 해서 매매에 따른 소유권이전등기가 불가능한 것도 아니고, 다만 가압류채권자가 본안 소송에서 승소하여 매매목적물에 대하여 경매가 개시되는 경우에는 매매목적물의 매각으로 인하여 매수인이 소유권을 상실할 수 있으나 이는 담보책임 등으로 해결할 수 있고, 경우에 따라서는 신의칙 등에 의해 대금지급채무의 이행을 거절할 수 있음에 그치므로, 매매목적물이 가압류되는 것을 매매계약 해제

#### IV. 손해의 범위와 구체적인 산정상의 쟁점

##### 1. 경매지연으로 인한 손해 : 통상의 손해와 특별사정으로 인한 손해

###### (1) 법정이자 상당의 통상손해

먼저 문제되는 것은, 경매의 지연으로 인한 손해를 어떻게 산정할 것인가 하는 점이다. 특별한 사정이 없는 한 금전채권의 지연으로 인한 손해는 지연이자를 가산하는 방식에 의한다. 대상판결의 경우에도 경매가 지연된 것이지만, 그 본질은 금전채권의 회수가 지연된 것이므로, 지연이자를 가산하는 방식에 의하여야 할 것이다. 채무불이행의 경우에는 약정이자에 의할 것이지만, 대상판결 사안의 경우는 불법행위이므로 민법상의 법정이자(연 5%)에 의하여 지연손해금을 산정하는 것이 원칙일 것이다. 참고로 이와 같은 법리는 부당한 가압류의 집행으로 인하여 채권의 회수가 지연된 경우에도 유사한데,<sup>47)</sup> 다만 이 경우에는 집행채권이 아닌 해방공탁금에 대한 법정

---

및 위약금 지급 사유로 삼기로 약정하지 아니한 이상, 매수인으로서 위 가압류집행을 이유로 매도인이 계약을 위반하였다고 하여 위 매매계약을 해제할 수는 없는 노릇이어서, 매도인이 받은 계약금의 배액을 매수인에게 지급하였다고 하더라도 그것은 매매계약에 의거한 의무에 의한 것이라고는 볼 수 없고 호의적인 지급이거나 지급의 무가 없는데도 있는 것으로 착각하고 지급한 것이라고 보일 뿐이어서 위 위약금 지급과 위 가압류집행 사이에는 법률적으로 상당인과관계가 없다."

- 47) 대법원은, 가압류채권자가 제3자 명의의 예금채권을 실제로는 가압류채무자의 것이라 주장하면서 가압류신청을 하고 그에 따른 가압류결정에 기해 가압류집행이 된 사안에서, 가압류집행으로 제3자가 입은 손해를 가압류채권자가 배상할 책임이 있다고 인정하였다. 즉 “법원이 가압류결정에서 특정된 대상채권을 가압류채무자의 채권이라고 기재하여 제3채무자에게 그 채권의 지급 금지를 명하고 있고 또 그러한 가압류가 절차법상으로는 유효한 이상, 그 집행이 취소되거나 대상채권의 진정한 채권자가 제기하는 제3자이의의 소 등을 통하여 그 가압류의 부당함이 밝혀질 때까지 제3채무자로서는 가압류의 절차적, 외관적 효력과 이증지급의 위험 등의 이유 때문에 가압류결정에서 채권자로 지목되어 있는 가압류채무자는 물론 진정한 채권자인 제3자에 대하여도 채무를 이행하는 것이 매우 어려워질 수밖에 없고 또 적극적으로 그 채무액을 공탁할 수도 있다. 그러므로 제3채무자가 위와 같은 가압류결정이 있었다는 이유로 진정한 채권자인 제3자에게 그 채무의 이행을 거절하는 경우에는 진정한 채권자인

이자와 공탁이자 간의 차액 상당액이 지연손해금이 통상의 손해가 된다고 보는 것이 관례의 입장이다.<sup>48)</sup>

그런데 법정이자로 산정되는 손해에 관한 한, 그것을 수익자에게 청구할 실익은 그다지 크지 않다. 왜냐하면 앞서 살핀 바와 같이 수익자는 원상회복을 하였고, 원상회복된 책임재산에 대하여 채권자가 강제집행을 함에 있어서 집행채권을 산정할 때 특단의 사정이 없는 한 이에 대하여 법정이자 가 가산될 것이므로, 강제집행이 성공적으로 이루어진다면 별도로 수익자에게 손해배상으로 법정이자 상당액을 청구할 수 없다.<sup>49)</sup> 예외적으로 법정이자를 포함한 원리금 합산액이 책임재산을 초과하는 경우에 한하여, 수익자에게 법정이자 상당액의 지연손해금을 손해배상으로 청구할 수 있을 것이다.

## (2) 특별한 사정으로 인한 손해

경매의 지연으로 인하여 법정이자 상당의 통상의 손해 이외에 특별한 사정으로 인한 손해가 발생하는 경우는 어떨까? 예컨대 사해행위 당시에는 책임재산의 시가가 높아서 피보전채권을 완제할 수 있는 상황이었던 반면, 사해행위가 취소되고 원물반환이 되었지만 부동산 시가가 폭락하여 피보전채권을 완제할 수 없게 되는 경우를 상정한다면, 이와 같은 특별한 사정으로 인한 손해가 배상의 범위에 포함된다고 할 수 있을 것인지 검토할 필요가 있다. 이는 민법 제393조에 의하여, 특별한 사정으로 인한 손해는 그와

---

제3자로서는 결과적으로 위와 같은 부당한 가압류로 인하여 자신의 채권을 제때에 회수하지 못하는 손해를 입게 될 것이고, 이 경우 그 손해는 위 부당한 가압류와 상당인과관계가 있는 것이다. 따라서 비록 가압류가 법원의 재판에 의하여 집행되는 것이기는 하지만, 그 부당한 가압류에 관하여 고의 또는 과실이 있는 가압류채권자는 그 가압류집행으로 인하여 제3자가 입은 위와 같은 손해를 배상할 책임이 있다."고 판시한 바 있다. 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다24872 판결.

48) “본안소송에서 패소 확정된 보전처분 채권자에 대하여 손해배상을 청구하는 경우, 가압류 채무자가 가압류 청구금액을 공탁하고 그 집행취소 결정을 받았다면, 가압류 채무자는 ‘적어도’ 그 가압류 집행으로 인하여 ‘가압류해방 공탁금’에 대한 민사 법정 이율인 연 5푼 상당의 이자와 공탁금의 이율(\*통상 1%) 상당의 이자의 차액 상당의 손해를 입었다고 보아야 한다.” 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다34095 판결; 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다8453 판결 등.

49) ‘수익자의 불법행위로 인한 법정이자 상당의 손해배상채무’와 ‘채무자의 가산된 법정 이자’는 부진정 연대채무 관계에 있다고 볼 것이다.

같은 사정을 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 배상의 범위에 포함된다  
고 보아야 할 것이다. 참고로 부동산에 대한 부당한 가압류로 인하여 공사  
도급계약이 해제되는 손해가 발생한 경우, 이를 특별한 사정으로 인한 손해  
라고 본 사례가 있다.<sup>50)</sup>

## 2. 다른 채권자들의 채권 증가로 인한 배당액 감소가 손해가 될 수 있는지 여부

### (1) 채권자의 손해 발생 여부

대상판결 사안의 경우, 채권자로서는 사해행위로 인하여 경매가 지연되  
었음을 주장하고 있지만, 그로 인하여 자신이 입었다고 주장하는 손해의 내  
용은 배당액의 감소이다. 즉, 사해행위가 없었다라면 경매를 통하여 소정의  
금액을 배당받을 수 있었을 텐데, 사해행위로 인하여 경매가 지연된 결과  
다른 채권자들, 특히 우선변제권을 가진 채권자들이 다수 발생함으로 인하  
여, 일반채권자인 원고가 배당받을 금액이 없게 되고, 그래서 경매를 취하할  
수밖에 없었다는 것이다. 이와 같은 주장은 일견 경매절차의 지연으로 인하  
여 원고가 현실적으로 입은 손해라고 볼 수 있다. 그러나 이에 관하여는 검  
토해 보아야 할 몇 가지 쟁점이 있다.

우선 검토되어야 할 것은, 사해행위 이후 새로운 채권이 추가되는 바람  
에 지연된 경매절차에서 채권자(대상판결의 원고)가 배당액을 더 적게 받을  
가능성이 있는지 이다. 먼저, 추가된 새로운 채권이 ‘채무자’에 대한 채권인  
경우를 살펴보자. 이와 관련하여 판례는, 회복된 재산의 강제매각대금에서  
사해행위 ‘이후’에 채권을 취득한 자의 채권은 배당에서 제외하도록 하고 있  
는바,<sup>51)</sup> 사해행위 이후에 채권을 취득한 자들은 회복된 재산을 통해 배당을

50) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다84874 판결.

51) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결: “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함  
을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무  
자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하  
는 권리이나, 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위

받지 못한다. 따라서 사해행위 이후에 새로운 채권이 추가되는 바람에 지연된 경매절차에서 원고가 더 적은 배당액을 받게 된다거나 이로 인해 원고에게 손해가 발생한다고 보기는 어렵다.

반면 추가된 채권이 ‘수익자(또는 전득자)’에 대한 채권인 경우를 살펴보자. 일단 이 경우는 위 2009다18502 판례 법리가 적용되는 사안은 아니다. 한편 사해행위 취소의 효력은 상대적이어서, 채권자와 수익자(또는 전득자) 사이에서만 발생하는 것이고 채무자와 수익자 사이 또는 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 여전히 유효로 존속하며,<sup>52)</sup> 수익자의 채권자로서 이미 가지고 있는 채권확보를 위하여 사해행위로서 양도한 부동산을 압류 또는 가압류한 자에게도 사해행위취소판결의 효력이 미치지 않는다.<sup>53)</sup> 따라서 추가된 채권자들은 여전히 수익자(또는 전득자)의 책임재산에 대한(이 재산이 사해행위 취소로 채무자에게 원상회복된다고 하더라도) 경매절차에서 배당을 받을 수 있고, 반대로 취소채권자가 배당받을 수 있는 액수는 줄어 그 만큼 손해가 발생하게 된다.

## (2) 통상의 손해 여부

다만 ① ‘채무자’에 다른 채권자들의 채권 자체는 사해행위 ‘이전’에 이미 성립하고 있었으나, 조건 성취 내지 이행기의 도래 등으로 인해 사해행위 이후 비로소 그 권리행사가 이루어진 경우, ② 추가된 채권이 ‘수익자(또는 전득자)’에 대한 채권인 경우는, 취소채권자의 배당액이 감소하는 손해가 일응 발생한다고 볼 수 있다.

그러나 이 경우 추가적인 채권의 발생으로 인한 배당액의 감소가 경매지연으로 인한 손해라고 볼 수 있는지는 의문이다. 추가적인 채권의 발생은 책임재산의 감소와는 그 성격이 다르기 때문에 문제되기 때문이다. 예컨대 사해행위가 성립하는지 여부를 판단함에 있어서 책임재산의 감소 여부를

취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니한다.”

52) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56627 판결, 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다1407 판결.

53) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

판단하여야 하는 경우가 있는데, 추가적인 채권의 발생은 책임재산의 감소가 아니라고 보아 사해행위의 성립을 부정한다. 대표적으로, 부동산에 저당권 등 담보물권이 설정되는 것은 책임재산의 감소라고 보아 저당권의 설정행위는 사해행위로 볼 수 있는 여지가 있지만, 이에 비해 금전소비대차공증을 해 주는 행위는 통상적으로는 이를 사해행위로 보지 않는다. 왜냐하면 금전소비대차공증은 추가적인 채권이 발생한 것일 뿐 책임재산이 감소한 것이 아니라고 보기 때문에, 그에 터잡아 경매신청이나 배당요구가 이루어진 경우에 그로 인하여 채권자가 받을 배당액이 감소되는 점은 저당권이 설정되는 경우와 실질적으로는 다를 바가 없지만, 저당권과 달리 금전소비대차공증의 경우에는 사해행위성이 인정되지 않는 것이다.<sup>54)</sup> 이와 같은 법리에 비추어 본다면, 비록 사해행위가 불법행위로서 제3자에 의한 채권침해에 해당한다고 하더라도, 그로 인한 손해는 책임재산의 감소 내지 은닉에 한정될 것이지, 더 나아가 책임재산의 감소나 은닉이 없는 추가 채권의 발생까지 사해행위로 인한 채권의 침해라고 보기 어려운 것이 아닌가 하는 생각을 할 수 있다. 책임재산의 감소와 추가적인 채권의 발생은 그 경제적 효과는 동일할지 모르지만, 그 법적 성격은 전혀 다르기 때문이다.

이를 이론적으로 구성하자면, 사해행위와 추가적인 채권의 발생 간에는 상당인과관계가 인정되기 어렵다고 생각된다. 사해행위를 불법행위로 본다는 것은 위법하게 책임재산의 감소 내지 은닉함으로서 채권의 실현을 방해하기 때문인 것인데, 따라서 불법행위로서의 사해행위로 인하여 구체적으로 채권자가 입게 되는 예측가능한 손해는 당연히 책임재산의 감소 내지 은닉

54) 대법원은 2015. 10. 29. 선고 2012다14975 판결에서 “채권자가 채무의 변제를 요구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서 아니 되고, 채무자도 다른 채권자가 있다는 이유로 그 채무이행을 거절할 수는 없는 것이므로, 채무자가 채권자의 요구에 따라 그 채권자에 대한 기존채무의 변제를 위하여 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주어 전체적으로 채무자의 책임재산이 감소하지 않는 경우에는, 그와 같은 행위로 인해 채무자의 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 한, 다른 채권자를 해하는 사해행위가 된다고 볼 수 없다.”고 판시하였는데, 이는 특정 책임재산의 감소가 없기 때문이다.

일 것이다. 사해행위를 하게 될 경우 통상적으로 추가적인 채권이 발생한다고 단정할 수 없으며, 반대로 사해행위를 하지 않으면 통상적으로 채권이 추가적으로 발생하지 않는다고 단정할 수도 없다. 그렇다면 사해행위와 추가적인 채권의 발생 간에는 통상적으로 상당인과관계가 있는 것이라고 단정할 수 없다고 생각된다. 그렇다면, 사해행위로 인하여 경매절차가 지연되고, 그 와중에 새로운 채권자가 생겨서, 그 결과 비록 사해행위취소와 원상회복이 이루어져 경매절차가 속행되었음에도 불구하고 채권자의 예상 배당금액이 사해행위 당시에 비해 감소되었다고 하더라도, 이와 같은 예상 배당금액의 감소는 불법행위로서의 사해행위로 인한 통상의 손해라고 볼 수 없다고 생각한다.

### (3) 특별사정으로 인한 손해 여부

다음으로, 이와 같은 손해는 통상의 손해로 인정될 수 없지만, 특별사정으로 인한 손해로 인정될 여지는 있어서, 사해행위 당시 가해자인 수익자로서 추가적인 채권이 장래에 발생할 것임을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 특별사정으로 인한 손해로 배상의 범위에 포함될 여지가 있을 것이다.

다만 사해행위 당시 발생하지 않았으나 향후 발생한 채권이라고 하더라도 모두 이에 해당되는 것은 아니다. 사해행위 없이 경매가 속행되는 경우를 가정하더라도, 다른 채권자가 압류의 경합을 하거나 배당요구를 하는 상황은 얼마든지 있을 수 있기 때문이다. 만일 사해행위 이후 추가적으로 발생한 채권이 그와 같은 위치에 있다면, 이 채권들은 사해행위가 없었다고 하더라도 그 피해자인 채권자의 배당금을 감액시켰을 것이기 때문에, 이를 사해행위로 인한 손해의 범위에 포함시킬 수 없을 것이다. 그렇다면 이와 같은 추가적인 채권의 발생을 특별한 사정으로 인한 손해로 보는 경우에도, 그 범위는 시기적으로 한정될 수밖에 없다. 즉, 이에 포함될 수 있는 추가적으로 발생한 채권이란, 당초 사해행위 없이 배당을 받는 것을 전제하였을 경우 시기적으로 배당요구의 종기까지 배당요구(다만, 조세채권의 경우에는 교부청구)를 할 수 없었던 채권으로서 사해행위로 인하여 경매절차가 지연됨에 따라 배당요구를 할 수 있게 된 채권에 한정되어야 한다고 생각된다.

결국 이와 같은 추가적 채권 발생을 사해행위에 다른 특별사정으로 인한 손해로 인정하기 위해서는 ① 그 채권이 사해행위 없이 배당절차가 이루어졌더라면 배당요구의 종기까지 배당요구를 할 수 없었던 것이었으나 사해행위로 인하여 경매절차가 지연됨에 따라 배당요구를 할 수 있게 된 채권이 추가적으로 발생함으로써 사해행위의 피해자인 채권자로서 배당액이 감소되는 손해를 입었고, ② 가해자인 수익자가 사해행위 당시 위와 같은 추가적인 채권이 향후 발생할 것이라는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 예외적으로 인정된다고 보아야 한다는 것이 필자의 생각이다.

## V. 대상판결의 주요 논지에 대한 비판과 검토

1. 대상판결에서, 이 사건 각 부동산에 대한 피고들의 소유권이전등기를 말소하기 위하여 2013. 10. 31. 피고들에 대하여 이 사건 사해행위취소소송을 제기하였고, 위 소송은 원고의 승소로 확정되었으므로, 피고들의 이 사건 각 처분행위는 원고에 대한 불법행위에 해당한다는 원고의 주장을 인용한 부분은, 불법행위의 일반법리에 충실한 것으로서 타당하다. 즉 제3자의 채권침해와 불법행위에 대한 대법원 판례 법리 등에 따라,<sup>55)</sup> Y등은 채무자인 A의 재산감소행위에 단순히 관여한 것이 아니라 이에 적극적으로 가담함으로써 X의 채권 실현을 곤란하게 하였다고 봄이 상당하고, 따라서 Y를 포함한 피고들 사이의 이 사건 부동산 처분행위는 X에 대한 불법행위를 구성하는 것이다.

2. 다만 대상판결에서 “불법행위를 구성하는 제3자의 채권침해로 인하여 채무자의 책임재산이 감소되었다면, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 채권자에 대하여 위 채권 상당액의 손해를 배상하여야 할 것”이라는 부분과 관련하여, 채무자의 책임재산의 감소가 손해라는 점에는 원칙적으로 공감하나, 사해행위취소와 함께 원상회복이 이루어지는 통상적인 경우에는 이 논

55) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결 등 참조.

지가 무의미하다. 원상회복이 이루어지는 대부분의 사안에서는 책임재산의 감소가 있을 수 없으며, 다만 예외적으로 사해행위취소만 이루어지고 원상회복이 이루어지지 않는 특별한 사안을 제외하고는 다소 비현실적인 논지이다. 그렇다면 위 논지는 사해행위가 이루어지고 이에 대한 취소판결이 확정되지 않는 상황에서만 의미가 있을 수 있다. 즉, 피해자인 채권자로서는 ① 계약법적 구제수단으로서 사해행위취소 및 원상회복을 구하거나 ② 불법행위법적 구제수단으로서 (사해행위취소 및 원상회복을 구하지 아니한 채) 제3자의 채권침해를 원인으로 하여 손해배상을 청구할 수 있는데, 위 논지는 후자의 구제수단을 택한 경우에 한하여 의미가 있을 것이다. 그러나 대상판결은 전자의 구제수단을 행사한 후 후자의 손해배상도 함께 구한 사례이므로, 위 논지는 적절하지 않다고 생각된다.

3. 대상판결이 “제3자의 채권침해 당시 채무자가 가지고 있던 다액의 채무로 인하여 제3자의 채권침해가 없었더라도 채권자가 채무자로부터 일정액 이상으로 채권을 회수할 가능성이 없었다고 인정될 경우 제3자의 채권침해로 인한 채권자의 위 일정액 범위 밖의 손해와 제3자의 불법행위 사이의 상당인과관계가 인정되지 않게 될 여지가 있고, 그러한 채권회수의 가능성은 채무자의 책임재산과 채무의 액수를 비교함으로써 판단할 수 있다”는 판례<sup>56)</sup>에 따라 판단한 것도 타당하다. 이에 따라, 이 사건 사해행위(내지 불법행위)가 있었던 2013. 8. 23.을 기준으로 X의 채권회수가 가능한 금액은, 그 당시 이 사건 각 부동산의 시가에서 이 사건 각 부동산의 예상배당청구 금액(조세채권, 국민건강보험공단의 보험료채권 등)을 제외한 금액이 된다.

한편 이 사건에서는 쟁점이 되지 않았으나, X가 회수할 수 있는 채권액을 산정하는 과정에서 구체적으로 다른 일반채권자들이 어느 범위까지 배당에 참여할 수 있다고 볼 것인지(즉 배당에 참여하는 일반채권자들이 많아 질수록 이에 반비례하여 원고가 안분하여 회수할 수 있는 금액은 줄어든다)에 대한 대법원 판결이 있다. 즉 대법원은 “채무자의 재산을 은닉하는 방법으로 제3자에 의한 채권침해가 이루어질 당시 채무자가 가지고 있던 다액의

56) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결 등 참조.

채무로 인하여 제3자의 채권침해가 없었더라도 채권자가 채무자로부터 일정액 이상으로 채권을 회수할 가능성이 없었다고 인정될 경우에는 위 일정액을 초과하는 손해와 제3자의 채권침해로 인한 불법행위 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다. 이때의 채권회수 가능성은 불법행위 시를 기준으로 채무자의 책임재산과 채무자가 부담하는 채무의 액수를 비교하는 방법으로 판단할 수 있고, 불법행위 당시에 이미 이행기가 도래한 채무는 채권자가 중독적으로 권리를 행사하지 아니할 것으로 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 비교대상이 되는 채무자 부담의 채무에 포함되며, 더 나아가 비교대상 채무에 해당하기 위하여 불법행위 당시 채무자의 재산에 대한 압류나 가압류가 되어 있을 것을 요하는 것은 아니다”(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결)고 판시한 바 있어 주목할 만하다. 이는 앞서 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결 이후, 채무자의 재산을 은닉하는 방법으로 제3자의 채권침해가 이루어질 경우 불법행위로 입은 채권자의 손해액을 산정하는 방법 내지 기준을 명확히 제시하였다고 평가된다.<sup>57)</sup> 대상판결은, 비록 위 대법원 판결(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결) 이전에 선고된 하급심 판결이긴 하나, 결론적으로 위 대법원 판결의 논리와 동일하게 판단하였는데, 이는 타당하다고 생각된다. 예를 들어, 대상판결은 조세채권의 교부청구 가능시기에 관하여 심리하여 애당초 교부청구할 수 없었던 금액에 관하여는 이를 손해액 산정에서 제외하였고(즉 X가 회수 가능한 금액

57) 이용우, “채권자가 채무자의 책임재산을 감소시킨 행위가 채권자에 대한 불법행위를 구성하는 경우, 채권자가 입은 손해액을 산정하는 방법”, 대법원판례해설(제119호), 법원도서관, 2019, 60면 이하. 한편 이 논문(42~47면)에 따르면, 채무자가 일반재산(책임재산)을 감소하게 한 경우 손해액을 산정하는 과정에서 다른 일반채권자들을 어느 범위까지 고려할지(어느 채권자들까지 배당에 참여한다고 볼지, 그리고 그에 따라 원고가 회수할 수 있는 금액이 얼마나 산정되는지)에 대하여, ①제1설(배당요구지위설)(불법행위 종료일을 기준으로 배당을 요구할 수 있는 지위(우선변제력 내지 집행권원의 확보)를 가진 채권자들만 가상의 배당절차에 참여할 수 있다고 봄), ②제2설(적극적권리행사설)(불법행위 종료일을 기준으로 채무자의 다른 재산에 대하여 (가) 압류를 마친 일반채권자들이나 우선변제력을 가진 채권자들만 가상의 배당절차에 참여할 수 있다고 봄), ③제3설(이행기도래설)(불법행위 종료일을 기준으로 채권의 이행기가 도래하였으면 일반채권자 누구든지 가상의 배당절차에 참여할 수 있다고 봄) 등이 제시되고 있는데, 위 대법원 판결(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결)은 이 중 제3설을 취한 것이라 한다.

에서 공제하지 않음),<sup>58)</sup> 보험료채권,<sup>59)</sup> 은행에 대한 대출금채무도<sup>60)</sup> 이행기가 도래한 것에 한하여 X의 손해액 산정에서 고려(즉 X가 회수 가능한 금액에서 공제)된다고 보았다.

4. 대상판결이 “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고,<sup>61)</sup> 그 손해액은 원칙적으로 불법행위시를 기준으로 산정하여야 한다.<sup>62)</sup>”는 대법원 판례를 인용한 것 자체는 공감할 수 있다. 다만, 이를 대상판결 사안에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않다. 본 사안에서 채권자(X)가 배당을 받지 못하게 된 것은 책임재산의 감소로 인한 것이 아니라 추가적인 채권이 발생하였기 때문인데, 이는 경우를 나누어 보다 면밀히 검토했어야 한다.

본 사안에서는 Y(수익자 또는 전득자)가 사해행위로서 부동산의 소유권을 이전받은 2013. 8. 23. 기준으로 산정한 예상배당청구금액 표상의 청구

58) 위 조세채권은 당초 1심에서는 고려되지 않다가 항소심 과정에서 ○○세무서장에 대한 과세정보제출명령회신결과 등을 반영하여 추가된 것인데, 다만 납부기한 또는 독촉납부기한이 도래하여 교부청구의 대상이 되는 부분만 예상배당청구금액으로 보았다.

이 과정에서 Y는, 2013. 8. 23. 당시까지 ○○세무서에 대하여 납부의무가 A의 미납 조세(부가가치세)채무는 187,091,600원이고, X가 위 시기에 경매를 신청하였다면 ○○세무서가 위 채무 전액에 관하여 교부청구를 하였을 것이므로, 2013. 8. 23. 기준 ○○세무서의 예상배당청구금액은 187,091,600원으로 보아야 한다고 주장하였다. 이에 대상판결은, ○○세무서장에 대한 과세정보제출명령회신결과에 의하면 2013. 8. 23. 기준 ○○세무서의 조세 교부청구 예상금액은 45,960,980원이고, 그 외의 2013. 6.까지 발생한 나머지 조세는 납부기한 또는 독촉납부기한이 도래하지 않아 교부청구 대상금액이 아니라는 것이며, X의 채권회수가능금액은 Y의 불법행위일인 2013. 8. 23.을 기준으로 산정하여야 하므로, 위 45,960,980원만을 예상배당청구금액으로 봄이 타당하다고 판시한 것이다.

59) 보험료채권 등은 1심, 2심에서 2013.8.23. 이전에 납부기한이 도래한 채무만을 예상배당청구금액으로 보았다.

60) A는 2013. 8. 23. 기준 S은행에 대하여 112,500,000원의 대출금 채무를 부담하고 있기는 하였으나, 위 대출금채무의 만기는 2016. 6. 22.이었고, 대출일인 2011. 6. 29.부터 2013. 8. 23.에 이르기까지 A는 위 대출금채무의 약정이자를 연체하지 않고 지급해 온 사실이 인정되므로, 위 112,500,000원을 예상배당청구금액으로 볼 수 없다고 보았다.

61) 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결 참조.

62) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다34426 판결 참조.

권자와 청구금액과 원고가 경매신청한 2016. 7. 18. 및 2016. 9. 6. 기준으로 산정한 예상배당청구금액 표상의 청구권자와 청구금액이 다르게 표시되어 있다. 즉 원심(대상판결)은 2013. 8. 23. 기준표상에는 없는 소액임차인 203, 204, 205호, 가압류권자(서울신용보증재단), 근저당권자(피고 4)의 채권을 원고의 경매신청시 배당요구채권자에 포함시켜서 원고가 최종적으로 배당받을 수 있는 금액을 산정하였다.

여기서 추가된 채권자들(소액임차인, 가압류권자, 근저당권자)에 대해, 대상판결은 A(채무자)와 Y(수익자 또는 전득자) 중에서 “A에 대한” 채권으로 사실인정을 하고 있으나, 그 채권이 성립한 시기가 구체적으로 사해행위 이전인지 이후인지에 대해서는 판단하고 있지 않다. 그런데 만약 추가된 채권이 사해행위 ‘이후’라고 한다면, 그 채권자는 사해행위 취소의 효력을 받지 채권자자의 범위에 해당하지 않는다는 법리에 따라, 일반채권자인 원고의 배당금액이 줄어들지는 않고 그 범위 내에서 원고에게 손해가 발생하지 않는다는 결론이 나올 수도 있다.

한편 추가된 채권자들의 채권 자체는 사해행위 ‘이전’에 이미 성립하고 있었으나, 조건 성취 내지 이행기의 도래 등으로 인해 사해행위 이후 비로소 그 권리행사가 이루어졌을 가능성도 있다. 이 경우 원고가 배당을 받지 못하게 된 것은 책임재산의 감소로 인한 것이 아니라 추가적인 채권이 발생하였기 때문이며, 이는 사해행위와 상당인과관계가 인정되는 통상의 손해라고 보기 어렵고, 이는 특별사정으로 인한 손해로 보아야 한다. 따라서 그 구체적인 판단기준은 앞서 살핀 바와 같이 “사해행위 없이 배당절차가 이루어졌더라면 배당요구의 종기까지 배당요구를 할 수 없었던 채권이었으나 사해행위로 인하여 경매절차가 지연됨에 따라 배당요구를 할 수 있게 된 채권”이었는지 여부가 기준이 되어야 한다고 생각된다. 나아가 특별사정으로 인한 손해로 인정되기 위하여는 위와 같은 채권의 성립시기에 따른 배당요구 가능성 외에 가해자의 예견가능성 요건을 충족하여야 할 것이다.

대상판결에서는 추가적으로 발생한 채권들에 대하여 위와 같은 점을 구체적으로 심리한 바 없이, 단지 사해행위시와 최종 배당시 다른 채권자들의 총 합계 채권액에 차이가 있다는 점만을 심리한 채 이를 피해자인 채권

자가 제3자의 채권침해 행위, 즉 가해자인 수익자의 사해행위로부터 입은 통상의 손해라고 인정하고 말았는데,<sup>63)</sup> 이는 앞서 살핀 바와 같은 점에 비추어 보면 적절한 것이라고 생각되지 않는다.

사해행위가 취소된 경우, 수익자의 채권자에 대한 제3자의 채권침해의 성립 여부와 손해의 산정 - 천병주 · 김제완	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.08.16	2021.08.27.	2021.09.17.

63) 대상판결 및 제1심 판결은, “통상(손해)”라는 표현 자체를 사용하고 있지는 않으나 통상손해의 산정 근거인 “상당인과관계”를 기준으로 손해배상액의 범위를 판단하고 있는바, 이는 통상손해를 인정한 것으로 볼 수 있다.

[참고문헌]

<단행본>

- 곽윤직 편집대표, 민법주해[IX], 박영사, 2004.  
\_\_\_\_\_, 민법주해[XVIII], 박영사, 2005.  
김용덕 편집대표, 주식 민법(채권총칙), 한국사법행정학회, 2020.  
곽윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 2001.  
김기신, 한국채권법총론, 법문사, 1987.  
김상용, 채권총론, 법문사, 2006.  
김형배, 민법학강의, 신조사, 2008.  
양창수·김형석, 민법 III 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012.  
지원립, 민법강의, 홍문사, 2012.

<논문>

- 강혜아, “제3자에 의한 채권침해에 대한 연구”, 민사법학(제95호), 한국민사법학회, 233면 이하 및 252면 이하 참조.  
김재형, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름-민사판례연구회 편, 박영사, 2012.  
김재완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효- 거창 사건 항소심판결(부상고법 2004. 5. 7. 선고 2001나15255)에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2007.  
김태관, “제3채무자의 진술의무위반에 따른 손해배상책임에 관한 소고 - 제3자에 의한 채권침해의 관점에서” 법학연구 제26권 제1호(경상대학교, 2018).  
김태선·유충호, “소비자불매운동과 채권침해의 위법성-대법원 2001.7.13. 선고 98다51091 판결을 중심으로-”, 중앙법학(제16집 제1호), 중앙법학회, 2014.  
김현선, “과실에 의한 제3자의 채권침해와 불법행위의 성립 여부”, 법학연구 (제15집 제3호), 인하대학교 법학연구소, 2012.  
오수원, “제3자의 채권침해의 개념과 급부침해의 채권침해로 인한 불법행위문제”, 민사법연구 제24집, 대한민사법학회.  
\_\_\_\_\_, “채권침해태양의 유형화 무용론”, 저스티스(통권 제154호), 한국법학원, 2016.  
윤근수, “제3자에 의한 채권침해-대법원 2007.5.11. 선고 2004다11162판결-”, 판례연구 20집, 부산판례연구회, 2009.  
이용우, “채권자가 채무자의 책임재산을 감소시킨 행위가 채권자에 대한 불법행위를 구성하는 경우, 채권자가 입은 손해액을 산정하는 방법”, 대법원판례해설(제119호), 법원도서관, 2019.  
임건면, “제3자에 의한 채권침해” 아세아민상법학 제2호(2009).  
허명국, “채권침해의 의한 불법행위의 성립”, 법과 정책(제18집 제1호), 제주대학교 법과정책연구소, 2012.

## 【국문초록】

대상판결은 사해행위가 취소된 경우 수익자의 채권자에 대한 제3자의 채권침해의 성립 여부와 손해의 산정에 대하여 많은 것을 생각할 수 있게 하는 사례이다. 이 논문에서는 먼저, 책임재산의 은닉행위에 대해 허위의 양도, 명의신탁행위 등을 사해행위와 비교하면서, 사해행위가 제3자의 채권침해가 될 수 있는지에 대해, 그 요건을 좀 더 구체적으로 그 요건을 살펴보았다. 다음으로, 사해행위가 제3자의 채권침해로 인정되어 이를 불법행위로 의율하는 경우에, 이미 이루어진 원상회복과 손해배상과의 관계를 어떻게 설명할 것인지가 문제된다. 대상판결은 이 점에 관하여 아무런 문제의식이 없는데, 필자는 이 점에 관하여 초점을 두고 검토하였다. 마지막으로, 사해행위를 불법행위로 보는 경우, 손해의 범위로서 통상의 손해와 특별사정으로 인한 손해의 인정 여부, 나아가 이와 관련된 구체적인 손해의 산정 방법에 관하여 대상판결의 의의와 문제점을 살펴보았다.

사해행위가 제3자의 채권침해가 될 수 있으며 대상판결이 그 요건을 검토한 것 자체는 타당하다. 다만 대상판결에서 채권자(X)는 사해행위취소 및 원상회복을 구한 뒤 제3자의 채권침해를 원인으로 하여 손해배상을 청구한 것이므로, “불법행위를 구성하는 제3자의 채권침해로 인하여 채무자의 책임재산이 감소되었다면, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 채권자에 대하여 위 채권 상당액의 손해를 배상하여야 할 것”이라는 논지는 적절하지 않다고 생각된다.

대상판결은 손해의 범위로서 통상의 손해와 특별사정으로 인한 손해의 인정 여부, 나아가 이와 관련된 구체적인 손해의 산정 방법에 대하여도 아쉬운 부분이 있다. 본 사안에서 원고(채권자)가 배당을 받지 못하게 된 것은 책임재산의 감소로 인한 것이 아니라 추가적인 채권이 발생하였기 때문인데, 이는 경우를 나누어 보다 면밀히 검토했어야 한다. 추가된 채권이 사해행위 ‘이후’의 것인지, 그 채권 자체는 사해행위 ‘이전’에 이미 성립하고 있었으나, 조건 성취 내지 이행기의 도래 등으로 인해 사해행위 이후 비로소 그 권리행사가 이루어진 것인지 검토되었어야 한다. 그에 따라 원고에게 실제

**306** 사해행위가 취소된 경우, 수익자의 채권자에 대한 제3자의 채권집해의 성립 여부와 손해의 산정으로 손해가 발생한 것인지, 손해가 발생하였다고 하더라도 이것이 통상의 손해가 아닌 특별한 사정으로 인한 손해에 해당하는 것은 아닌지 보다 면밀히 검토했어야 한다.

【Abstract】

In Case of Cancellation of the Fraudulent Act,  
Calculation of Damages and Whether a Third Party Infringes  
on the Beneficiary's Creditors

- Based on the Supreme Court Decision in case no. 2019na206933  
delivered in January 9, 2019 -

Cheon, Byeongjoo

(LawFirm Cheonjiin, Attorney at Law, Ph.D. Candidate)

Kim, Jewan

(Korea University, Professor of Law, Ph.D.)

The relevant judgment is a case that makes it possible to think a lot about whether or not a third party's infringement on the beneficiary's creditors has been infringed upon the creditors of the beneficiary and the calculation of damages when the fraudulent act is revoked.

Fraudulent acts can be a violation of a third party's claims, and it is justified that the judgment itself reviewed the requirements. However, since the creditor(X) requested compensate for damages due to a third party's infringement of the claim after seeking cancellation of the fraudulent act and restoration of its original state, I do not think it is appropriate to argue that "if the debtor's liable property is reduced due to the infringement of the debt of a third party constituting the illegal act, the third party will have to compensate the creditor for damages equivalent to the above debt unless special

circumstances exist”.

As for the scope of damages, the subject judgment has some regrets about whether to recognize ordinary damages and damages due to special circumstances, and furthermore, how to calculate specific damages related thereto. The reason that the plaintiff(creditor) did not receive dividends in this case was not due to a decrease in the liability property, but because additional claims were made, which should have been carefully considered separately. Whether the added claim is ‘after’ the fraudulent act, or whether the claim itself had already been established ‘before’ the fraudulent act, but the exercise of the right should have been made only after the fraudulent act due to the fulfillment of conditions or the arrival of a period of fulfillment. Accordingly, it should have been examined more closely whether the plaintiff actually suffered damage, or whether the damage was caused by special circumstances rather than ordinary damages.

주제어(Keyword) : 사해행위(Fraudulent Act), 제3자에 의한 채권침해(Breach of Obligation by the Third Party), 손해(Damages), 통상손해(ordinary damages), 특별 손해(damage caused by special circumstances)

# 高麗法學 논문투고 및 논문작성에

## 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정

2012. 8. 13. 개정

2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 ‘高麗法學’이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

- 제3조 (논문작성요령) ① 『**高麗法學**』에 게재될 논문은 특집논문, 일반 논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.
- 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 한다.
- ③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.
- ④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.
- ⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

- 제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>
- ② 『**高麗法學**』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며, 『**高麗法學**』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>
- ③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>
- ④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>
- ⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 **高麗法學** 논문 투고자 서약서/저작물동의서(**高麗法學** 연구윤리지침 [별첨 1])를 온라인 논

문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 '高麗法學' 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학 연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

## 부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

## 부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

### 부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 ‘**高麗法學** 논문투고 및 논문작성에 관한 규정’에서 ‘**高麗法學** 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙’으로 변경한다.

[별첨 1]

## 高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)
  - 위쪽: 23, 아래쪽: 23, 왼쪽: 28, 오른쪽: 28, 머리말: 11, 꼬리말: 11.
2. 글자모양
  - 서체: 신명조, 자간: -5, 장평: 100, 크기: 10.
3. 문단모양
  - 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 혼합.
4. 목차의 순서
  - I (‘큰제목’으로 설정)
  - 1. (‘중간제목’으로 설정)
  - (1) (‘작은제목’으로 설정)
  - 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
  - (가) (‘바탕글’로 설정)
  - 가) (‘바탕글’로 설정)
  - i) (‘바탕글’로 설정)
5. 각주의 표기
  - 저서의 인용: 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.  
또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

## 6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 \*표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

## 7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

## 8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어·독어·불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

## 9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

## 高麗法學 제103호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제103호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

### 1. 제출 기한

2021년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

### 2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

### 3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : [klr.jams.or.kr](http://klr.jams.or.kr)

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템([klr.korea.ac.kr](http://klr.korea.ac.kr))을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 [klr.jams.or.kr](http://klr.jams.or.kr) 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

### 4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일([lab004@korea.ac.kr](mailto:lab004@korea.ac.kr)) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

## 高麗法學 제104호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제104호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2022년 2월 15일 (3월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : [klr.jams.or.kr](http://klr.jams.or.kr)

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템([klr.korea.ac.kr](http://klr.korea.ac.kr))을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 [klr.jams.or.kr](http://klr.jams.or.kr) 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일([lab004@korea.ac.kr](mailto:lab004@korea.ac.kr)) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

# 高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정

2020. 9. 1. 개정

2021. 8. 16. 개정

## 제 1 장 총칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조(서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.  
② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

## 제 2 장 연구의진실성과사회적책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수

행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.

③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고 되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

## 제 3 장 연구자상호관계의 공정성

### 제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결과과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

## 제 2 절 저자결정기준및저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를 정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

- ② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.
- ③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다.

<개정 2020. 9. 1.>

## 제 4 장 연구부정행위및기타비윤리적연구행위

### 제 1 절 인용방법및원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

- ② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.
- ③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.
- ④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.
- ⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.
- ⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.
- ⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.
- ⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

- ② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

## 제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과의 도출에 방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)
3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

- ② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.
- ③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

### 제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

### 제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용

2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.

② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

## 부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

## 부 칙<2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

## 부칙<2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) **高麗法學** 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 “**高麗法學** 게재 논문 심사규정’ 제4조 (심사판정과 이의 제기)와 제7조 (비밀유지의무)”를 “**高麗法學** 게재 논문 심사규칙’ 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)”로 한다.

# [별첨 1]

## 高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문
<p>본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.</p> <p>본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.</p> <p style="text-align: center;">- 다 음 -</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.</li> <li>2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.</li> <li>3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.</li> <li>4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.</li> <li>5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.</li> </ol> <p style="text-align: center;">20    년    월    일</p> <p style="text-align: center;">논문 투고자 : <span style="float: right;">(서명 또는 인)</span></p> <p style="text-align: center;">고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하</p>								



편집위원장: 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)  
편집위원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)  
김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)  
김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)  
박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)  
신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)  
심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)  
윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)  
이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)  
전윤구 (경기대학교 법학과 교수)  
차진아 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.  
문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원  
lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

## 高麗法學 (제102호)

2021年 9月 20日 印刷

2021年 9月 30日 發行

發行人 金 河 烈

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

\* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)