高麗法學

제 103 호
2021. 12.

高麗大學校 法學硏究院

간 행 사

高麗法學 제103호가 2022년 새 해의 시작과 함께 발간되었습니다. 이번 학술지에는 특히 많은 연구자들께서 논문을 투고해 주셨습니다만, 일정한 절차와 기준에 따른 심사절차를 거쳐 연구논문 7편, 판례평석 1편, 그리고 비심사논문 1편 (고려대학교 자유전공학부 수상논문)만을 수록하게 되었습니다. 소중한 연구의 결실인 논문을 투고하시고 또한 게재를 해 주신 연구자분들께 먼저 감사의 말씀드립니다.

이번 호 역시 제도의 개선, 조문의 해석 또는 전통적 판례법리에 대한 비판 등을 담고 있는 여러 법 영역의 연구논문을 포함하고 있습니다. 「최근 사회 현안에 대한 헌법적 논의」라는 특별주제 아래에는 무엇보다 최근 '위안부' 관련 국내 법원의 판결례를 소재로 하여 국가면제로 인한 개인의 재판청구권에 대한 연구논문이 수록되어 있습니다. 또한 수사지휘의 권한 부여와 사무분배에 관한 기본법적 관점의 제시와 합리적 내용을 마련하기 위한 시론적 논문도 있으며, 자동차 리콜제도를 둘러싼 긴장관계(국민의 안전과 산업의 규제)의 분석을 통한 바람직한 제도개선의 방향을 제시하려는 연구도 있습니다. 관점과 그 구체화 등에서 판단을 달리할 수도 있겠지만 관련 논의과정을 보다 풍부하게 해 줄 연구결과들이라고 알고 있습니다.

또한 현행 경찰관 직무집행법에 관하여 자유와 안전의 가치를 보다 조화한다는 관점을 가지고 세부적 개정방향을 제시하려는 논문, 유전자원의 접근과 이익배분에서 (제공자와 이용자의) 양자관계를 중심으로 한 나고야의정서에 관하여 다자(多者)이익분배방식의 보완 필요성을 역설하는 논문은 현행 법제도의 개선 필요와 그 방향을 제시하고 있습니다. 그리고 공직선거법 제250조 제1항의 '허위사실공표죄'를 적용함에 있어서 토론과정에서 질문에 답하는 소극적 허위사실의 공표에 관하여 그 적용을 인정하지 않은 대판 전합 2019도13328 에 대한 비판적 평석, CISG 제74조에 따른 손해배상 범위에서 변호사비용을 포함하지 않는다는 해석론을 전개하고 있는 논문, 그리고 차명대출 사안을 중심으로 계약당사자 확정에 관한 전통적 판례

법리에 관한 논리적 차원의 비판을 담고 있는 논문 역시 해당 분야의 법 상황을 제대로 이해하는 데에 큰 기여가 있기를 기대해 봅니다.

이번 호에는 편집사 서두에서 보고드리는 바와 같이 본 연구원이 공동주최한 고려대학교 자유전공학부 제6회 논문경연대회 및 학술대회에서 대상을 수상한 "플랫폼 종사자 보호를 위한 노동법적 지위 규정 방안 - 노무제공관계의 다변화에 따른 종속성 판단을 중심으로 -"라는 제목의 4인의 대학생 공저 논문이 함께 수록되었습니다. 이를 일별해 보시면, 논문의 형식과 체계는 말할 것도 없고 비교법적 논의전개의 방법, 합리적 제도설계의 내용 전개 측면에서 단순한 정보제공을 넘어서 참고할 가치가 상당하다고 여기실 것으로 짐작됩니다. 변화하는 사회에의 대응, 치우치지 않고 균형을 추구하려는 법적 사유능력을 갖춘 학생들이 있어서 우리 사회에서 법률, 법학의 미래가 밝음을 느껴봅니다. 이번 **高麗法學** 제103호의 발간을 위하여 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내 외의 많은 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 올리며, 행정사무를 언제나 원만하게 전담, 처리해 주시는 편집간사 김배정 박사님께도 고마운 마음을 전합니다. 2022년 3월 발간 예정인 **高麗法學** 제104호에도 교내외 다양한 전공영역의 연구자님들의 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2021년 12월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목 차

▣ 특 집 : 최근 사회 현안에 대한 헌법적 논의

국가면제로 인한 재판청구권 제한 시 법원의 헌법판단
- 최근 일본군 '위안부' 관련 국내법원 판결을 중심으로…… 송에스더 / 1

수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론
- 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -…… 이정원 / 53

자동차관리법에 따른 자동차 리콜제도의 헌법적 문제점…… 장영수 / 99

▣ 연구논문

「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성과 개정방향…… 김용주 · 서정범 / 147

국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 하에서 손해의 범위에 관한 연구
- 변호사비용의 포함 여부를 중심으로 -…… 신창섭 · 남기윤 / 177

유전자원에의 접근 및 이익배분에 관한 나고야의정서상 세계다자이익배분체제
수립의 필요성과 형식에 대한 고찰……이 선 / 217

통정허위표시와 자연적 해석, 그리고 계약당사자 확정 법리
- 차명대출 사안에 대한 검토를 중심으로 -…… 강승우 / 263

플랫폼 종사자 보호를 위한 노동법적 지위 규정 방안
- 노무제공관계의 다변화에 따른 종속성 판단을 중심으로 -
…… 김예진 · 김정우 · 오상흔 · 강현규 / 305

▣ 판례연구

공직선거법 제250조 제1항에 따른 허위사실공표죄의 의미와 기능
- 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결에 대한
판례평석 -…… 차진아 / 357

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.1

국가면제로 인한 재판청구권 제한 시 법원의 헌법판단*

: 최근 일본군 '위안부' 관련 국내법원 판결을 중심으로

송에스더**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 국가면제와 재판청구권 제한과 관련된 주요 국제 판례
1. 2001년 ECHR의 Al-Adsani 판결
2. 2012년 ICJ의 국가면제 판결
3. 2014년 이탈리아 헌법재판소 238호 판결
Ⅲ. 국내법상 국가면제에 따른 재판청구권의 제한과 위헌심사기준
1. 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계
2. 국제관습법에 대한 규범통제
3. 국제관습법에 따른 재판청구권의 제한과 위헌심사기준
Ⅳ. 1월 8일 판결에 대한 검토
1. 판결의 내용
2. 검토
Ⅴ. 4월 21일 판결에 대한 검토
1. 위헌심사기준에 관한 부분
2. 재판청구권의 침해에 관한 판단
Ⅵ. 결 론

Ⅰ. 서 론

국가면제(state immunity) 또는 주권면제(sovereign immunity)란 주권평등원칙상 국가는 스스로 동의하지 않는 한 외국 법원의 관할권에 복종하도록 강제되지 않는다는 법리이다.[1] 이는 일차적으로 국제법에 의해 규율되

* 이 논문의 목차 Ⅱ는 저자의 박사학위논문 내용을 일부 포함하고 있음.

** 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사, 미국 뉴욕주 변호사.

는 주제이지만, 국내법원에서 국가를 피고로 하는 소송이 제기되는 경우에 문제되므로 국내절차법과도 밀접한 관련이 있다.[2] 근대 국제법의 발전 초기에는 국가가 어떠한 경우에도 외국 법원의 관할권으로부터 면제를 향유한다는 절대적 국가면제가 인정되었다. 그러나 오늘날 다수의 국가들은 국가의 주권적 행위와 상업적 행위를 구분하여 전자에 대해서만 국가면제를 인정하는 제한적 국가면제론을 따르고 있다. 우리나라 대법원 역시 1975. 5. 23 선고 74마281 판결에서는 절대적 국가면제론을 취했으나, 1998. 12. 17 선고 97다39216 판결 이후로 제한적 국가면제론을 따르고 있다.

그러나 오늘날 국제법상 중대한 인권침해의 경우, 특히 강행규범(jus cogens) 위반이 문제되는 경우에는 국가면제의 적용을 제한해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있다. 이 문제는 특히 2001년 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, 이하 "ECHR")의 Al-Adsani v. United Kingdom 사건과 2012년 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 "ICJ")의 독일과 이탈리아 간 Jurisdictional Immunities of the State 사건(이하 "국가면제 사건") 등에서 다루어졌으나, 이들 판결의 다수의견은 이 경우에도 국가면제가 적용된다고 판시하였다. 이에 대해 2014년 이탈리아 헌법재판소 판결은 위 ICJ 판결의 이행 및 해당 판결에서 인정된 국제관습법의 국내적 수용과 관련하여, 국가면제에 관한 국제관습법과 이탈리아 헌법 제2조 및 제24조에서 도출되는 사법보호의 권리와의 이익형량을 통해, 국제법의 국내적 수용에 대한 한계를 설정하였다. 따라서 이러한 국제 판결에 대한 분석을 통해, 대한민국 헌법상 국가면제로 인한 재판청구권의 제한 시 국내법원의 헌법적 판단에 필요한 시사점을 검토하고자 한다.

이상의 쟁점은 일본군'위안부' 피해자들이 일본을 상대로 제기한 손해배상청구에서도 문제가 되었는데, 2021년 1월 8일 선고 서울중앙지법 제34민사부(재판장 김정곤) 2016가합505092 사건은 중대한 인권침해의 경우 국가면제의 예외를 인정하여 인용판결을 선고하였고(이하 "1월 8일 판결"), 2021년 4월 21일 서울중앙지방법원 제15 민사부(재판장 민성철)는 다른 '위

1) 정인섭, 신국제법 강의(제11판), 박영사(2021), 242면.
2) 김대순, 국제법론(20판), 삼영사(2019), 500면.

안부' 피해자들의 손해배상청구를 국가면제를 이유로 각하하였다(이하 "4월 21일 판결").[3] 이와 같이 불과 몇 달 사이에 비슷한 사실관계에 대해 전혀 다른 판결이 내려졌다는 점은 흥미롭다. 이러한 법리 대결은 1월 8일 판결의 강제집행과 관련해서도 이어지고 있는데,[4] 이는 이 사건과 관련된 법리들이 그만큼 치열한 논쟁 가운데 있으며, 관련된 이익들의 형량이 그만큼 어렵다는 방증이기도 할 것이다.

따라서 비록 1심 법원의 판결이기는 하지만, 1월 8일 판결과 4월 21일 판결의 내용을 비교·분석하는 것이 필요하고 적절하다고 보인다. 그러나 이 논문에서는 두 판결의 쟁점 중 ① 국가면제에 관하여 현재 유효한 국제관습법에 관하여 판단한 부분, 즉 '무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위' 또는 '강행규범 위반행위'에 해당하면 국가의 주권적 행위라 하더라도 국가면제가 부인되는 것으로 국제관습법이 변경되었다고 볼 수 있는지에 대해서는, 이미 국내외에서 많은 연구가 진행되었으므로 자세히 검토하지 않고 필요한 한도에서만 다룬다. 다만 이 논문에서는 ② 제한적 국가면제론에 따라 일본에 국가면제를 인정하는 것이 피해자들의 재판청구권을 침해하는 것으로서 대한민국의 헌법질서에 부합하지 아니하는 것인지에 대하여 중점적으로 살펴본다.[5] 이를 위해 앞서 언급한 국제 판례들의 내용 중, 특히 국가면제로 인한 재판청구권 제한에 관한 부분을 검토한다. 이후 국제법의 국내적

---

3) 서울중앙지법 2021.4.21. 선고 2016가합580239.

4) 2021년 1월 8일 손해배상청구에 대한 인용판결 이후, 인사이동에 따라 새롭게 구성된 서울중앙지법 제34 민사부(재판장 김양호)는 같은 해 3월 29일 소송비용추심은 강제집행 또는 그에 준하는 단계의 문제로서, 1월 8일 인용판결에도 불구하고 원고들이 일본으로부터 추심할 수 있는 소송비용은 존재하지 않는다는 결정을 내렸다(2021. 3. 29 결정 2016가합505092). 그러나 6월 9일 서울중앙지법 민사51단독 남성우 판사는 1월 8일 판결의 원고들이 일본을 상대로 낸 재산명시 신청사건에서 이와는 반대로 "채무자(일본)는 재산상태를 명시한 재산목록을 재산명시기일에 제출하라"고 결정했다(2021. 6. 9 결정 2021카명391). 다만 국제법상 외국의 관할권 면제와 외국재산의 압류 및 강제집행 단계의 면제는 별개로 다루어지고 있는데(김대순(주 2), 555면 이하 참조), 이 논문은 외국의 관할권 면제에 관한 논의로 범위를 한정한다.

5) 두 판결에서는 그 외에도 일본의 위안부 차출 및 위안소에서의 성관계 강요 등 행위가 공권력의 행사로서 주권적(권력적) 행위인지 여부, 상호주의에 따라 일본에 대한 국가면제가 인정되지 아니하여야 하는지 등이 쟁점이 되었으나, 이 역시 이 논문에서는 다루지 않는다.

수용과 관련하여, 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계에 대하여 검토한 후, 국제관습법의 규범통제방법에 대하여 검토한다. 국제관습법이 법률과 동일한 효력을 지닌다면 그 규범통제는 헌법재판소의 전속관할이지만, 일반법원 역시 법률 해석에 있어 헌법적 판단을 하게 되므로 이와 관련된 위헌심사기준에 대해서 살펴본다. 이러한 논의를 바탕으로, 1월 8일 판결과 4월 21일 판결을 비교하여 그 법리적 타당성을 검토한다.

Ⅱ. 국가면제와 재판청구권 제한과 관련된 주요 국제 판례

1. 2001년 ECHR의 Al-Adsani 판결

(1) 판결의 배경 및 내용

영국항소법원은 영국 및 쿠웨이트 이중국적자인 Al-Adsani가 쿠웨이트를 상대로 고문에 대한 손해배상을 청구한 사건에서, 1978년 국가면제법(the State Immunity Act 1978)을 적용하여 쿠웨이트의 국가면제를 인정하였다. 이에 Al-Adsani는 ECHR에 영국을 상대로 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제6조 제1항 위반을 이유로 제소하였다. 이에 대해 2001년 ECHR은 유럽인권협약 제6조 제1항이 보장하는 법원에의 접근권(right of access to a court)은 그 성질상 국가에 의한 규율을 요구하므로 절대적 권리라고 볼 수 없고, 정당한 목적과 목적 및 수단과의 "비례성의 합리적 관계"를 갖추는 경우 제한될 수 있다고 보았다. 그러나 이러한 제한이 개인에게 남겨진 접근권의 본질이 침해될 정도로 또는 그러한 본질이 침해되는 방법으로 제한하거나 축소시켜서는 안 된다고 보았다.[6] 재판소는 오늘날 고문금지의 강행규범적 지위를 인정하면서도, 아직 국제법상 법정지국가의 영역 외에서 발생한 고문행위에 대한 민사상 손해배상청구에서 국

6) Al-Adsani v. The United Kingdom, no. 35763/97, Eur. Ct. H.R., (GC), Judgment, 21 November 2001, para. 53.

가가 면제를 향유하지 않는다는 점은 확인하기 어렵다고 보았다.[7] 결론적으로 재판소는 영국법원이 1978년 국가면제법을 적용하여 쿠웨이트의 국가면제를 인정한 것은 비례성을 갖추었다고 보아, 판단재량 내의 행위로서 적법하다고 판시하였다.[8]

(2) 검토

ECHR이 Al-Adsani 사건에서 사용한 비례성 심사가 과연 타당한 것인지 의문이 제기된다.[9] 재판소는 먼저 국가면제는 국가 간 우호관계와 예양을 증진시키기 위한 것으로서 적법한 목적을 인정하였다.[10] 다음으로 이러한 제한이 비례적인지를 판단하는 단계에서, 재판소는 피해자의 사법에의 접근권을 해석함에 있어 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 "조약법협약") 제31조 제3항의 '국제법의 관련규칙'으로서 국제인권법과 국가면제를 고려하여야 한다고 보았다.[11] 그러나 이 단계에서 국가면제가 국제법상 일반적으로 인정된 규칙이라는 이유만을 들어 별도의 논증 없이 원칙적으로(in principle)" 법원에의 접근권에 대해 비례성에 어긋나는 제한을 부과한 것으로 간주될 수 없다고

---

7) *Ibid.*, paras. 65-67.

8) *Ibid.*

9) Christopher Whytock, "Foreign State Immunity and the Right to Court Access", 93(6) Boston Univ. L. Rev. 2079-2081(2013). Loucadies 재판관 역시 반대의견에서 경합하는 이익을 형량하지 않고 자동적으로 면제를 부여하는 무조건적인 면제(blanket immunity)의 경우에는 유럽인권협약 제6조 1항에 대해 비례성에 어긋난 제한을 가한 것으로 위법하다고 보았다. 이 외에도 Rozakis, Caflisch, Wildharber, Costa, Cabral Barreto, Vajić 재판관은 공동반대의견에서, 고문금지는 강행규범적 성격을 가지므로 그 규범의 서열이 국가면제보다 우위에 있고, 따라서 이 경우 규범의 서열이 더 낮은 국가면제를 원용하는 것은 강행규범 위반에 따른 결과를 회피하기 위한 것이므로 허용할 수 없다고 보았다. 또한 다수의견은 강행규범 위반 시 Pinochet 사건에서 인정된 바와 같이 형사절차에서는 국가원수에 대해 물적 면제가 부인됨을 인정하면서도, 이와 다르게 민사절차에서는 국가의 인적 면제를 부인하지 않고 있는데, 이와 같이 형사절차와 민사절차를 달리 보아야 할 이유를 찾을 수 없다고 보았다. 그 결과 반대의견은 유럽인권협약 제6조 1항의 위반을 인정하였다.

10) Al-Adsani v. The United Kingdom, *supra* note 6, para. 54.

11) *Ibid.*, para. 55.

보았다.[12] 이는 피해자의 사법에의 접근권과의 관계에서 국가면제에 일방적·자동적으로 우위를 부여한 것이라고 볼 수 있으며, 실제로 비례성 심사가 이루어졌다고 보기도 어렵다고 생각된다.[13] 즉 재판소는 '국제법의 관련 규칙'으로서 오직 국가면제만을 고려하고, 법원에의 접근권 보장 및 피해자의 배상받을 권리와 관련된 국제인권법에 대해서는 고려하지 않고 있다. 이는 일방적으로 피해자의 법원에의 접근권을 국가면제에 조화시키는 것이며, 반대로 국가면제를 법원에의 접근권에 조화시키려는 노력은 전혀 기울이지 않고 있다는 비판이 제기된다.[14] 그 결과 국가면제 적용에 따른 피해자의 접근권 제한은 그 자체로서 자동적으로 '비례적'인 것이 되는 결과를 초래하게 되었다.

재판소는 또한 법원에의 접근권이 유럽인권협약 제6조의 공정한 재판 보장에 '내재된' 부분인 것처럼, 마찬가지로 동 접근권에 대한 어떠한 한계가 반드시 '내재된' 것으로 보아야 하며, 그러한 한계의 예로서 국제공동체에 의해 일반적으로 수락된 국가면제에 의한 제한을 들고 있다.[15] 그러나 왜 국가면제원칙이 법원에의 접근권의 '내재된' 한계에 해당하는지에 대한 별다른 설명이나 논증이 없는데, 법원에의 접근권이 공정한 재판을 받을 권리에 '내재된' 부분이라는 점은 쉽게 이해할 수 있으나, 왜 "이와 마찬가지로" 국가면제의 제한이 법원에의 접근권의 '내재된' 한계라는 점을 이끌어내는지에 대해서는 납득하기 어렵다. ECHR이 국가면제에 따른 제한을 법원에의 접근권의 '내재된' 한계로 본 것은, 전술한 바와 같이 법원에의 접근권

12) *Ibid.*, para. 56. 원문은 다음과 같다. "56. It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.(밑줄 추가)"

13) Christopher Whytock, *supra* note 9, p. 2080.

14) *Ibid.*

15) Al-Adsani v. The United Kingdom, *supra* note 6, para. 56. 해당 원문은 주 12 참조.

은 국가에 의한 규율, 즉 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있으며, 따라서 입법자의 광범위한 형성권이 인정되기 때문인 것으로 추측된다.[16]

그러나 과연 국가면제를 법원에의 접근권의 '내재된' 한계로 파악하는 입장이 타당한가? 이러한 설명은 독일 및 우리나라 헌법에서도 다루고 있는 내재적 한계 이론과 유사하다. 그러나 내재적 한계는 기본권 보호영역의 한계에 관한 것으로서 기본권 제한의 문제와는 구별되며,[17] 포괄적이고 명확하지 않은 기준으로 기본권의 보호영역을 축소할 우려가 있으므로 가급적 자제할 필요가 있다. 독일연방헌법재판소 역시 헌법자체로부터 내재적 한계를 추론해 낼 수는 있으나, 대체로 그러한 추론을 삼갈 것을 명하고 있다.[18] 그러나 뒤에서 살펴볼 바와 같이 국가면제는 관할권에 대한 금지적 규칙으로, 국가면제가 적용되는 경우 이는 입법형성에 따라 접근권의 보호영역이 확정되는 것이 아니라 접근권의 제한이 문제되므로, 이를 법원에의 접근권의 '내재적' 한계로 판단함은 타당하지 않다고 생각된다.

이상의 점에 비추어, ECHR은 해당 사건에서 영국의 판단재량을 넓게 인정하면서 매우 완화된 심사기준에 따라 합리성 심사만을 하고 있다고 보인다. 이는 ECHR이 회원국의 판단의 재량을 가급적 넓게 인정하는 소극적 태도를 취하고 있다는 점과도 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다. ECHR의 판단재량원칙은 유럽인권협약의 국내적 이행에 있어 각국의 문화적 다양성과 보충성에 기초하여, 일차적으로 법과 질서를 확보할 임무가 국내당국에 있음을 인정하는 사법자제의 한 표현이라고 볼 수 있다.[19] ECHR은 회원국 위에 있는 초국가적(supranational) 재판소가 아니라는 점에서 판단재량원칙은 어느 정도 그 필요성을 이해할 수 있다. 그러나 이를 지나치게 넓게 인정할 경우, ECHR이 국가주권과 관련된 문제에서 자신의 책임을 회피하기 위한 전략적 수단으로 전락할 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.[20] 즉 유럽

16) Al-Adsani v. The United Kingdom, *supra* note 6, para. 53.

17) 김백유, "기본권의 내재적 한계", 성균관법학 13권 2호(2001), 125-127면.

18) 김백유(주 17), 124.

19) 이는 국내당국이 국내의 현안에 대해 국제재판소의 재판관보다 더 잘 판단할 수 있다는 고려에 기초한다. 김대순, "유럽인권재판소의 "판단의 재량" 독트린: 법의 지배에 대한 위협인가," 국제법학회논총 58권 2호(2013), 18-19면.

인권협약상 인권을 실효적으로 보호할 임무를 맡은 재판소가 이를 해태하고 오히려 동 협약이 의도한 법의 지배를 위협할 위험이 있는 것이다.

ECHR의 완화된 심사의 결과 국제법상 강행규범 위반에 해당하는 고문 피해자의 권리는 효과적으로 보호되지 못하였다. 특히 합리성 심사기준은 입증책임을 당사자가 지므로 이를 통과하지 못하는 법률은 매우 드물다는 점을 고려하면, 강행규범 위반의 중대한 인권침해에 대해 이러한 완화된 심사기준을 적용하는 것이 과연 타당한지 의심스럽다. 동 판결은 9:8이라는 아슬아슬한 다수결에 의하여 결정되었으나, 이후 ECHR의 후속 판결에서 국가면제에 따른 재판청구권의 제한과 관련하여 반복적으로 인용되고 있다. 그러나 이러한 심사기준을 우리나라에 바로 적용하는 것은 신중해야 할 것인데, 그 이유는 문화적 다양성 및 보충성에 입각하여 판단의 재량을 가급적 넓게 인정하는 유럽인권체계는 국내법체계와는 그 성질 및 구조가 판이하게 다르기 때문이다. 즉 유럽인권체계는 국가들의 수평적 구조를 바탕으로 하므로 ECHR은 가급적 보충적으로만 개입하고 사법자제를 하는 소극적 태도를 보이고 있는 반면, 국내법체계는 헌법을 가장 상위법으로 하여 보다 적극적으로 규범통제가 이루어지는 수직적 구조이기 때문이다. 따라서 ECHR에서의 완화된 심사기준을, 특히 중대한 인권침해의 경우에 있어서 대한민국 국내법에 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다고 보아야 한다.

2. 2012년 ICJ의 국가면제 판결

(1) 판결의 배경 및 내용

이탈리아 법원은 제2차 세계대전 중 독일제국에 의한 이탈리아인의 강제노동이 문제된 사건에서, 독일의 국가면제를 부인하고 이탈리아 영토 내에 소재한 독일-이탈리아 문화교류센터인 Villa Vigoni에 강제조치(재판상 저당, hypothèque judiciaire)를 취하였다. 이에 독일은 국가면제에 관한 국제관습법 위반을 이유로 이탈리아를 ICJ에 제소하였다.[21] 이탈리아는 이에

20) 김대순 (주 2), 39면.

대해 ① 이 사건은 무력충돌 중 영토불법행위 예외에 해당한다는 점과, ② 독일의 불법행위는 i) 국제인권법 또는 국제인도법에 대한 중대한 위반이며, ii) 강행규범을 위반하였고, iii) 국내법원이 피해자가 이용할 수 있는 최후의 구제수단이라는 세 가지 이유로 독일의 국가면제는 부인되어야 한다고 주장하였다. 또한 이러한 세 가지 이유를 결합하여 종합적으로 고려할 때, 국가면제는 피해자의 사법에의 접근권과 조화를 이루어야 한다고 주장하였다. 이탈리아는 사법에의 접근권은 실체적 권리보장을 위한 필수요건으로, 국제법상 외국인 대우 및 외교적 보호에서 국내구제완료 원칙과 관련하여 발전하여 왔으며, 이를 거부하는 것은 재판거부(denial of justice)로 국제법 위반에 해당한다고 주장하였다.[22] 또한 제2차 세계대전 이후 인권과 국제법의 발전을 고려할 때, 강행규범을 위반하는 중대한 인권침해 시 피해자가 이용할 수 있는 대체적 권리구제수단이 존재하지 않는 경우에는 사법에의 접근권을 보장하기 위해 국가면제를 부인해야 한다고 주장하였다.[23]

그러나 ICJ 다수의견은 ①과 관련하여, 오늘날 국제관습법상 국가는 무력충돌 중 다른 국가의 영토에서 발생한 불법행위를 이유로 제기된 소송에서 국가면제를 향유하며, ②와 관련하여 현재의 국제관습법 하에서 국가는 국제인권법 또는 국제인도법상 의무위반이 중대하다는 사실만으로는 국가면제를 박탈당하지 않는다고 확인하였다.[24] 또한 국가면제에 관한 관습법 규칙은 절차적인 것으로, 실체적인 청구의 원인이 된 행위가 적법한지 여부와는 무관하므로, 강행규범과 국제관습법상 국가면제원칙은 별개의 문제를 다루는 것이고 양 규범 간의 충돌은 없다고 보았다.[25] 나아가 국가면제는 국가책임 및 배상의무의 유무와는 별개의 문제이므로, 국가면제가 대체적 구제수단의 존부에 따라 결정되는 것은 아니라고 판시하였다.[26] 또한 ICJ

---

21) Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

22) *Ibid.*, para. 73-74.

23) *Ibid.*, para. 77-80.

24) *Ibid.*, para. 91.

25) *Ibid.*, para. 93.

26) *Ibid.*, paras. 100-101.

다수의견은 이탈리아의 세 가지 이유의 결합적 효과에 관한 주장을 배척하고 각 이유를 개별적으로 검토하면서, 이탈리아의 주장이 국내법원의 관할권 행사를 정당화하는 각종 사정과 국가면제 부여의 이익이라는 요소를 비교형량해야 한다는 의미로 이해되는 한, 그러한 접근법은 국가면제의 성격을 무시하는 것이라고 보고 있다.[27] 즉 국가면제는 외국의 권리이며, 국내법원은 이를 본안 전 절차 개시 시에 판단해야 하므로, 국내법원이 각 사건의 고유한 사정을 고려하여 비교형량을 하는 방식으로 면제의 부여를 결정해서는 안 된다고 보았다.[28]

그 외에도 재판과정에서는 강행규범을 제2차 세계대전 당시 발생한 행위에 적용하는 것이 소급적용이 아닌지가 문제되었으나,[29] 다수의견은 제2차 세계대전 당시에도 국제법상 강행규범이 존재했었는지 여부에 대해서는 명시적으로 언급하지 않았다.[30] 또한 독일은 국가면제에 관한 규칙은 본질

---

27) *Ibid.*, para. 106.

28) *Ibid.*

29) 이탈리아는 국제법상 어떤 상황에서도 보호받아야 할 근본적 가치를 보호하는 강행규범의 개념은 19세기 및 20세기 초에도 인정되었다고 주장하였으며, 특히 국제인도법상 전쟁포로와 관련해서 이탈이 허용되지 않는(non-derogable) 성격의 규범이 존재한다고 주장하면서, 특히 1949년 제네바 제1협약 제6조, 제네바 제2협약 제6조, 제네바 제3협약 제6조, 그리고 제네바 제4협약 제7조를 예로 들었다(Counter-Memorial of Italy, Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (German v. Italy) (22 Dec. 2009), pp. 60-64, 94-96). 독일은 이러한 주장을 인정하면서도 이에 부합하는 국가실행이 존재하지 않았으므로, 실정법으로서의 강행규범은 1969년 조약법협약에서야 인정된 것이라고 주장하면서, 이러한 맥락에서 볼 때 조약법협약 제53조는 당시의 관습법을 반영하였다기보다는 미래를 향한 질적 도약(qualitative leap)을 한 것이라고 평가하였다 (Memorial of the Federal Republic of Germany, Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (German v. Italy) (12 June 2009), pp. 52-53; Reply of Federal Republic of Germany, Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (German v. Italy) (5 Oct. 2010), pp. 33-34, 56-60). 그러나 이에 대해 이탈리아는 다시 독일 측 대리인인 Tomuschat 교수의 이탈리아군 수용자에 관한 전문가 의견에서 언급된 실행은, 전쟁포로의 대우에 대한 최소기준과 관련하여 국가간 합의로도 이탈할 수 없는 실행이 제2차 세계대전 이전에도 존재하였음을 의미한다고 반박하였다(Counter-Memorial of Italy, pp. 95-96).

30) Villiger는 강행규범에 관한 조약법협약 제53조는 그 도입 시부터 관습법을 선언한 것이므로, 관련된 UN 국제법위원회의 논의는 조약법에 관해 완전히 새로운 규칙을 제안할 것을 의도하지 않았다고 보면서, 특별보고관 Waldock의 1966년 다섯 번째 보고서를 인용하고 있다. Mark E. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna

적으로 절차적인 것이기는 하지만, 동시에 국제법의 실체적 규칙이라는 성격을 가지기 때문에, 시제법의 원칙상 행위 당시의 국제법인 절대적 국가면제 규칙의 적용을 받아야 한다고 주장하였다.[31] 그러나 이에 대해 이탈리아는 국가면제에 관한 규칙은 절차에 관한 것이기 때문에 절차 개시 당시의 국제법 규칙에 따라야 한다고 주장하였는데, 즉 오늘날 국제법상 강행규범 위반 시에는 국가면제가 부인되므로 이에 따라야 한다는 것이었다. ICJ 다수의견은 이탈리아의 주장대로 국가면제 규칙은 절차에 관한 것이므로 이탈리아 법원에서 절차가 개시된 당시의 국제법에 따라 판단하여야 한다고 보았다.[32] 또한 국가면제 규칙은 절차의 원인이 된 행위가 강행규범 위반인지의 문제와 상관이 없기 때문에, 현재의 국가면제 규칙이 1943년부터 1945년에 일어난 사건에 관한 절차에 적용되더라도, 문제의 적법성과 책임의 판단에 대해서 법은 소급적용되지 않는다는 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.[33]

(2) 검토

다수의견에 대해서는 국가면제와 강행규범의 관계를 지나치게 국제적 차원에서만 이론적·형식적으로 판단하여 국내법원에서의 실질적 측면을 무시한 것이 아닌지 의문이 제기된다. 최소한 국내법원의 절차에서는 강행규범 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자의 사법에의 접근권과 국가면제 간의 충돌이 있다고 볼 수 있기 때문이다. 실제로 이탈리아는 피해자의 사법에의 접근권 침해를 주장하였고,[34] 독일이 이에 대해 답변하였지만,[35] ICJ는 이탈리아의 반소를 각하하였으므로 이에 대해 판단하지 않은 것으로 보인다. 다만 ICJ는 국가 간 분쟁을 해결하는 재판소로서 개인의 당사자능

Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers(2009), 676. Waldock은 다섯 번째 보고서에서 이미 기존의 국제법에 강행규범이 존재하고 있었음이 인정된다고 보고 있다. Yearbook of the International Law Commission 1966 Volume II, p. 24, para. 6.

31) Memorial of the Federal Republic of Germany, *supra* note 29, pp. 56-60.

32) Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State, *supra* note 21, para. 58.

33) *Ibid.*, para. 93.

34) Counter-Memorial of Italy, *supra* note 29, pp. 73-80.

35) Reply of Federal Republic of Germany, *supra* note 29, pp. 19-20, 36-38.

력이 인정되지 않지만, 오늘날 국가만이 국제법의 주체가 아니라 개인 역시 일정 영역에서 국제법의 주체로 인정되고 있으며, LaGrand 사건에서 ICJ가 독일의 외교적 보호와 관련하여 이미 개인의 권리침해를 인정한 바 있다.[36] 이러한 점에 미루어 만약 이탈리아의 반소가 각하되지 않았다면 절차적 기본권인 사법에의 접근권과 국가면제와의 충돌이 문제될 수 있었을 것이므로, ICJ 다수의견이 본안판단으로 나아갔을 가능성도 있었다고 보이지만, 결론적으로 이에 대한 판단이 이루어지 않고 국가면제로 인한 피해자의 사법접근권 제한에 대한 이익형량적 접근이 배척된 점은 아쉬움으로 남는다.[37]

또한 오늘날 법치국가원칙 하에서 국가는 효과적 권리보호의 요청에 따라 실체적 기본권들을 실효적으로 보호하기 위한 절차적 기본권, 즉 사법에의 접근권을 보장할 의무를 진다는 점을 고려한다면, 절차와 실체는 단절되어 있는 것이 아니라 효과적 권리보호를 위해 서로 연결되어 있다고 보아야 한다. 법적으로 소구할 수 없는 권리는 명목적이고 허구적인 것에 불과하며, 실질적으로 보호받는 권리라고 보기 어렵다는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다.[38] 특히 국가면제가 문제되는 것은 1차적으로 국제법원이 아니라 국내법원이므로 필수적으로 사법에의 접근권 제한이 문제된다는 점을 고려하면, 다수의견처럼 절차와 실체를 형식적·이분법적으로 분리하여 판단하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다. 또한 다수의견에 따르면 피해자에 대한 권리침해는 있지만 그에 대한 최후의 법적 구제수단 조차 없게 되며, 강행규범의 규범적 효력을 실체적 측면에만 제한함으로서, 사실상 면제에 관한 절차적 규칙을 강행규범보다 우위에 둔다는 비판을 받을 수 있다.

---

36) LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, para. 77.

37) 이와 관련하여 Yusuf 재판관은 반대의견에서 국가책임초안 제33조 제2항 주석에서 개인이 국가책임과 관련하여 국제법으로부터 유래하는 권리의 보유자가 되는 경우가 있음을 분명히 인정하고 있다고 언급하고 있다. 또한 아무런 여타의 권리구제수단이 없는 경우, 국가면제가 피해자가 적절하고 효과적인 배상을 받는데 장애물이 되어서는 안 되며, 이러한 경우에는 국가면제의 예외가 인정되어야 한다고 보았다. Dissenting Opinion of Judge Yusuf, Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State, paras. 18, 42.

38) Dinah Shelton, Remedies in International Human Rights Law (New York: Oxford University Press, 2015), p. 44.

오늘날 대부분의 국내법체계에서는 헌법상 사법에의 접근권을 보장하고 있으므로, 국가면제를 부여하는 경우 필연적으로 기본권의 제한이 문제되며, 이에 대한 헌법적 판단이 문제될 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 ICJ 다수의견이 오직 국가 간 국제법의 시각에서 국가면제는 국가의 권리이므로 그것이 국가의 주권적 행위에 해당하기만 하면 면제를 부여하고 관련 이익의 형량을 부인하는 것은, 기본권을 보장하는 헌법질서에 따라 규범통제가 문제될 수밖에 없는 국내법의 현실을 적절히 고려하지 않은 것이라고 생각된다. 국가에 의한 개인의 인권침해를 다루는 ECHR에서도 비록 완화되기는 하였지만 이미 국가면제로 인한 사법에의 접근권 제한에 대한 비례성 심사를 하고 있다. 결국 ICJ의 다수의견은 중대한 인권침해로 인한 국가의 불법행위에 대해 국가면제를 부인할 경우, 각국에서 소송이 빗발칠 것을 우려하여 보수적·국가중심적 태도를 취한 것이라고 보인다.[39] 그러나 국가의 중대한 인권침해 행위에 대해서도 면제를 우선적으로 부여하게 될 경우, 중대한 인권침해에 면죄부를 부여하고 국제법 위반을 방치하게 되는 결과가 된다. 오히려 이러한 경우에는 예외적으로 국가면제를 부인하는 것이 국가의 국제법 위반을 막을 수 있을 것이다.

그 외에도 ICJ 다수의견은 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 UN 협약 제12조의 규정과 합치된다고 보기도 어렵다.[40] 또한 미국과 캐나다 등의 경우 국가면제를 제한하는 법률을 두는 등 오늘날 외국의 불법행위에 대해 국가면제가 부인되고 있는 경향이 확인된다.[41] 따라서 우리나라 역시 중

39) 황명준, "주권면제의 극복 방안에 관한 최신 논의:2014년 이탈리아 헌법재판소 No. 238 결정과 후속 논의를 중심으로," 서울국제법연구 25권 1호(2018), 3-4면.

40) United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (New York, 2 December 2004). 미발효. 대한민국 미가입. 제12조는 중대한 인권침해에 대한 규정은 없으나, 법정지국 영토에서 행위 또는 부작위의 전부나 일부가 일어났고 범인이 행위 또는 부작위 당시 법정지국 영토 내에 있었을 경우, 그 행위 또는 부작위로 인한 사망, 상해, 유형의 재산상 손해에 대한 금전배상 관련 소송절차에서 국가면제를 원용할 수 없다고 규정하고 있다.

41) 미국은 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)을 1996년 개정하여 테러리즘, 고문 및 비사법적 살인, 항공기 납치 및 인질행위 등 외국의 불법행위에 대해서는 국가면제를 인정하지 않고 자국법원의 관할권을 확대해 오고 있다(28 U.S. Code § 1605A Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state

대한 인권침해에 대해 국가면제를 부인하는 국내입법을 마련할 필요가 있다고 보인다.[42] 실제로 2021년 8월 13일 전용기 의원 등 21인이 '인신매매등 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 일부개정안'을 발의하여, 인신매매 등의 전부 또는 일부가 국내에서 벌어졌거나 그 피해자가 우리 국민인 경우에 인신매매 등으로 인하여 발생한 피해에 대한 손해배상을 청구하는 현재 진행 중인 또는 향후 제기될 소송에서 외국 정부는 우리 법원의 재판권으로부터의 면제를 원용할 수 없게 하려는 조항(제6조의2)을 신설하고자 위원회 심사 중에 있다.[43]

생각건대 오늘날 국제범죄를 구성하는 중대한 인권침해에 대해 배상책임을 묻는 것은 국가주권을 부당하게 침해하는 것으로 보기 어려우므로, 실질적으로 국가기능의 행사로 볼 수 없는 중대한 인권침해에 대해서는 국가면제의 예외를 인정하는 것이 타당하다고 판단된다. 이러한 주장은 오늘날 학계 및 판례의 소수의견을 통해 끊임없이 제기되고 있다.[44] 다만 ICJ 다수의견에서도 볼 수 있듯이, 현 단계의 국제법은 아직까지 국내법원에서 중대한 인권침해에 대해 국가면제를 제한할 단계까지는 발전하지 않았다고 볼 수 있을 것이다.[45] 국제관습법이 성립하기 위해서는 국제관행의 축적과 법적 확신이 요구되는데, 일단 성립한 국제관습법이 변경되는 것은 어렵고 시

(a)(1); 28 U.S. Code § 1605B Responsibility of foreign states for international terrorism against the United States). 또한 캐나다 국가면제법은 1985년 1월 1일 이후 발생한 테러행위의 피해자가 테러행위자 및 방조자를 상대로 제기한 소송에서, 피고가 테러지원국가로 지정된 경우라면 국가면제를 부여하지 않도록 개정되었다(Library of Parliament, Legislative Summary of Bill C-10, 2012, 2.2.2 "Amendments to the State Immunity Act (Clauses 3 - 9 of Bill C 10)" 참조).

42) 이영진, "외국국가의 재판권면제에 관한 연구 : 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구소송과 관련하여," 미국헌법연구 25권 3호(2014), 402면.

43) 관련된 의안의 원문, 발의 취지 및 진행 상황에 대해서는 국회 의안정보시스템 웹사이트 참조(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_M2Q1R0F8A1R2H1L7C2Y0C0T9Q4X0R9&ageFrom=21&ageTo=21)(최종검색: 2021년 12월 30일).

44) 자세한 내용은 Counter-Memorial of Italy, *supra* note 29, 65면 이하; 이영진(주 42) 참조. 이러한 견해들은 주로 강행규범의 위반은 국가면제의 묵시적 포기에 해당한다거나, 어떤 국가가 강행규범을 위반하는 경우 국가면제를 주장하는 것은 권리남용에 해당할 수 있다거나 국가면제를 원용할 자격이 없다는 점을 주장한다.

45) 최태현, "국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한," 국제법학회논총 51권 2호(2006), 26면.

간이 오래 걸린다. 그러나 전통적인 주권개념의 변화와 함께 국가면제의 개념도 변화가 필요하고,[46] ICJ의 다수의견도 인정한 바와 같이 인권의 발전에 따라 향후 이와 관련한 국제관습법 변경의 가능성은 열려 있으므로, 이를 위해 각국 법원의 실행이 보다 축적될 필요가 있다.[47] 아래에서 살펴 볼 이탈리아 헌법재판소의 판결은 이러한 예를 보여주고 있다.

3. 2014년 이탈리아 헌법재판소 238호 판결

(1) 판결의 배경 및 내용

2012년 ICJ 판결의 국내적 이행과정에서, 피렌체법원은 2014년 1월 21일 이탈리아 헌법재판소에 3가지 점에 대한 위헌심판제청을 하였고,[48] 이탈리아 헌법재판소는 이를 받아들여 판단하였다.[49] 다만 제청법원의 판사는 ICJ 판결이 확인한 국제관습법의 내용이나 해석에 대한 위헌심사를 제청한 것은 아니었으며, 헌법재판소 역시 그러한 국제관습법은 이탈리아 법질서 외부에 존재하므로 그러한 규범통제를 할 수 없음을 밝히고 있다.[50] 따라서 국제법 차원에서 국가면제에 관한 관습법에 대한 ICJ의 해석에 관한 권한은

46) 오승진 "국제법상 국가면제-국제인권법의 관점에서", 안암법학 28권(2009), 467면 이하 참조.

47) Whytock, *supra* note 9, pp. 2090-2091.

48) Constitutional Court Judgement No. 238/2014, Conclusions in Point of Fact, para. 1.

49) Corte Constituzionale Sentenza No. 238/2014. 이탈리아어 판결문 및 영문본은 국제적십자위원회(ICRC) 웹사이트에서 이용가능하다. International Commission of the Red Cross(ICRC), National Implementation Database by States, Italy, available at https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=19B0BCFA4FD773A9C1257EBB002A1315&action=openDocument&xp_countrySelected=IT&xp_topicSelected=GVAL-992BUA&from=state (최종검색: 2021년 10월 20일). 이 논문에서는 영문본(Constitutional Court Judgement, No. 238-Year 2014)을 참조하였다.

50) 재판소는 헌법 제10조로 인해 정부 또는 법원이 국제관습법을 적용할 때 협조의 원칙에 따라 원래의 국제법질서 내에서 주어진 해석에 따라야 함을 인정하면서, 이 사건에서 당해 규범은 독일에 대한 소송에서 이탈리아 법원의 관할권을 둘러싼 독일과 이탈리아의 분쟁을 해결한다는 관점에서 ICJ에 의해 명확히 해석되었다고 보고 있다. Constitutional Court Judgement No. 238/2014, Conclusions in Point of Law, para. 3.1.

특권적이며, 이탈리아 헌법재판소를 포함한 각국 정부 및 사법기관이 거듭 심사할 것은 허용되지 않는다고 인정하고 있다.[51]

그러나 재판소는 국내법에 수용된 국제규범, 즉 일반적으로 승인된 국제법의 원칙이 헌법 제10조 1항에 따라 헌법과 같은 지위에 있다고 보면서, 이러한 국제규범과 헌법규범 및 원칙과의 충돌이, 해석에 의해 해결될 수 없는 한, 심사되고 해결되어야 한다는 것은 명백히 다른 문제라고 지적하였다.[52] 이는 기본권 보호원칙을 포함하는 이탈리아의 헌법질서의 본질적 원칙에 대한 제한에 관한 문제이며, 이 경우 국내법질서의 기본원칙의 불가침성을 옹호하기 위해 위헌심사를 실시하여야 한다고 보았다.[53] 제청법원의 판사는 ICJ의 해석에 따른 국가면제에 관한 국제규범과 이탈리아 헌법질서의 기본원칙, 즉 제2조[54]의 기본권 보호원칙과 제24조[55]의 재판받을 권리가 양립할 수 있는지 여부를 심사해달라고 요청하였다. 재판소는 이러한 양립가능성에 대한 판단권한은 자신에게 전속됨을 확인하면서,[56] 헌법질서의 기본원칙과 불가침의 인권은 헌법 제10조에 따라 이탈리아 법질서가 수용하는 일반적으로 승인된 국제규범에 한계를 구성하며, EU법 도입에 있어서의 "대항한계(controlimiti)"로 작용한다고 강조하였다.[57] 즉, 재판소는 국제

51) *Ibid.*

52) *Ibid.*

53) *Ibid.* para. 3.1.

54) 영문본은 다음과 같다. "Art. 2 The Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups where human personality is expressed. The Republic expects that the fundamental duties of political, economic and social solidarity be fulfilled."

55) 영문본은 다음과 같다. "Art. 24 Anyone may bring cases before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law.
Defense is an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings...."

56) Constitutional Court Judgement No. 238/2014, *supra* note 50, para. 3.1. 재판소는 집중적 위헌심사제 하에서 국제관습법에 관한 위헌심사, 특히 기본권보호원칙 및 헌법질서의 근본원칙과의 양립가능성에 관한 심사는 재판소의 전속권한이라고 보았다. 두 규범이 모두 헌법적 지위를 가지고 있더라도 헌법적 양립가능성을 판단하는 것은 가능한데, 왜냐하면 형량은 재판소가 "그 권한 내의 모든 사건에서 수행하도록 요청되는 보통의 임무"의 하나이기 때문이라고 보았다.

57) *Ibid.*, para. 3.2

관습법이 헌법상 기본원칙 및 불가침의 인권과 충돌하지 않고 헌법질서에 수용될 수 있는지를 확인하는 것은 헌법 제10조 제1항에 따라 요청되며, 이러한 통제는 필수적이라고 보면서, 만약 충돌이 존재한다면 "국제규범의 수용은 작동하지 않는다"고 하였다.[58]

재판소는 절대적 면제규칙이 20세기 전반에 걸쳐 여러 국가의 판례에 의해 점진적 발전을 달성하고 제한적 면제규칙으로 변화되었음을 언급하면서, 국내법원 판사들이 국가의 사적행위에 대해 상대방의 권리를 불공정하게 제한하는 일이 없도록 면제를 배제하여 국제관습법의 범위를 한정하였다고 평가하고 있다.[59] 이러한 국제규범의 진보적 제정 과정은 국내법원의 판례에서부터 시작되며, 국제관습법 및 국가 실행의 확인은 국제기구에 맡겨져 있지만, 국내법원은 이러한 권한을 행사할 능력을 늘 가지고 있다고 강조하고 있다.[60]

또한 재판소는 헌법 제24조의 재판을 받을 권리와 헌법 제2조의 인간의 존엄성을 포함한 불가침의 기본권은 이탈리아 헌법의 최고원칙으로서, 양자는 비록 하나는 절차법에 관한 것이고 다른 하나는 실체법에 관한 것이지만, 서로 뗄 수 없는 불가분의 관계를 맺고 국가면제와 관련되어 있다고 보았다.[61] 즉, 만약 효과적 보호를 받기 위해 재판을 받을 수 없다면 과연 얼마만큼의 권리가 남아 있을지 확인하기 어렵다는 것이다. 따라서 재판을 받을 권리 및 불가침의 권리를 보장하기 위한 효과적인 사법보호의 권리가 현대 민주주의 법문화의 가장 중요한 원칙의 하나라고 보고 있다.[62]

---

58) *Ibid.*, para. 3.4.

59) *Ibid.*, para. 3.3.

60) *Ibid.*

61) *Ibid.*, para. 3.4.

62) *Ibid.* 이미 동 재판소는 EC에 관한 1965 판결 제98호에서 실효적 사법보호의 권리(right to effective judicial protection)는 "헌법 제2조가 보장하는 불가침의 인권의 하나로서, 이는 유럽인권협약 제6조에서 이 원칙을 고려하는 것을 보면 분명하다고 판시했으며, 1982년 판결 제18호, 1996년 판결 제82호에서도 사법보호의 권리에 대해" "모든 분쟁에서 모든 사람에게 반드시 법관과 판결을 보장할 의무 및 민주주의의 원칙 자체와 본질적으로 결합된 우리나라 헌법질서의 최고원칙의 하나"라고 정의를 내렸다. 또한 동 재판소는 기본권에 대한 사법보호의 실효성의 관점에서 "권리의 승인은 이를 사법절차 속에서 법원에 제소하는 권능의 승인과 밀접히 결합되어 있다. ...이 권리는 본질적으로 불가침이며, 법의 지배에 입각한 민주주의 국가에 특유한 것이다"

이상의 점에도 불구하고, 재판소는 국가면제에 관한 사건에서 사법보호의 기본적 권리가 헌법 제10조의 한계를 넘어 보다 더 제한될 수 있다고 인정하여 왔으나, 이러한 제한은 헌법질서의 최고 원칙의 하나인 헌법 제24조보다 우월한 공익상 이유로 정당화되어야 하며(1982년 판결 제18호), 그러한 한계를 정하는 조항은 구체적 사례에서 공공의 이익에 대한 엄격한 심사에 의해 보장되어야 한다고 강조하고 있다(1992년 판결 제329호).[63] 이에 따라 재판소는 엄격한 심사기준을 적용하여 이익형량을 하였는데, 먼저 ICJ가 확인한 국가면제에 관한 국제관습법은 중대한 인권침해 및 반인도범죄의 피해자들이 제기한 손해배상청구를 심리하는 국내법원의 관할권을 부정하는 한 사법보호의 권리가 절대적으로 희생되어 있음을 언급하였다.[64] 이후 중대한 범죄로 침해된 기본권에 대한 사법보호권의 희생을 정당화할 수 있는 우월한 공익을 헌법질서에서 확인할 수 없다고 판시하였다.[65] 또한 국가면제는 단순히 형식적이 아니라 실질적으로 외국의 주권적 기능에 관련된 경우, 예를 들어 정부권한의 행사와 같은 경우에만 옹호될 수 있으며, 이 경우에만 헌법상 보장된 사법보호원칙의 희생을 헌법적 차원에서 정당화할 수 있다고 보았다.[66] 나아가 헌법 제11조[67]의 평화와 정의의 원칙에 따라 국가 간 우호관계를 추구한다는 목적을 고려하더라도, 헌법상 기본원칙 및 불가침의 인권존중은 국제질서에 대한 수용성에 한계를 설정하며, 이는 중대한 인권침해 및 반인도범죄 피해자에 대한 사법적 보호의 절대적 희생을 정당화 할 수 없다고 보았다.[68]

고 판시하였다(1999년 판결 제26호, 2014년 판결 제120호, 2004년 판결 제386호, 2003년 판결 제29호).

63) *Ibid.*

64) *Ibid.*

65) *Ibid.*

66) *Ibid.*

67) 영문본은 다음과 같다. “Art. 11 Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes. Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations. Italy promotes and encourages international organisations furthering such ends.”

따라서 재판소는 국가면제에 관한 국제관습법이 외국이 국제법 및 기본권을 침해하는 행위까지 주권적 행위로 보아, 중대한 인권침해를 이유로 한 손해배상소송에도 국가면제가 적용된다고 한다면, ICJ에 의해 정의된 국제관습법은 이탈리아 헌법 제2조 및 제24조의 기본권의 효과적 사법보호와 명백한 충돌을 일으키므로, 위의 충돌에 의해 헌법 제10조에 의한 국제규범의 수용은 작동하지 않는다고 판시하였다.[69] 결론적으로 헌법 제10조 제1항에 의해 이탈리아 법질서가 수용하는 국제법은 불가침의 인권을 침해하는 전쟁범죄와 반인도범죄로 인한 손해배상에 관한 민사소송에 대한 국가면제의 규범은 포함되지 않으며, 그러므로 이들 권리는 필수적인 효과적 사법보호를 박탈당하지 않는다고 판시하였다.[70]

(2) 검토

이탈리아 헌법재판소의 판결은 ICJ의 다수의견을 반박하지 않으면서도, 자국의 헌법질서를 이유로 ICJ 판결에서 확인된 국제관습법의 국내적용에 대한 헌법적 한계를 설정한 것으로 볼 수 있다. 특이할 점은 이탈리아 헌법재판소는 헌법 제10조의 일반적으로 승인된 국제규범을 헌법적 지위를 가진다고 보고 있다. 따라서 법률로 인한 기본권 제한에 대한 규범통제시의 위헌심사가 아니라, 헌법적 지위를 가지는 두 규범 사이에서 양립가능성과 관련된 위헌심사를 하였다. 비록 후술할 바와 같이 우리나라의 경우 국제관습법에 대해 법률적 지위가 인정됨이 타당하지만, 이탈리아 헌법재판소는 헌법적 지위를 가지는 국제규범에 대해서도 동등한 서열의 규범 간 충돌이 발생한 경우 양립가능성에 관한 위헌심사를 하였다. 특히 엄격한 심사기준을 적용하여 침해되는 기본권의 제한을 정당화하는 우월한 공익을 요구한 점은 우리나라 헌법상 국제관습법에 대한 규범통제에 있어서도 시사하는 바가 적지 않다.

이탈리아 헌법재판소의 2014년 248호 판결에 대한 학계의 반응은 다양

68) *Ibid.*, para. 3.4.
69) *Ibid.*, para. 3.5.
70) *Ibid.*

하다. 이탈리아에서는 국내법원이 국제법 자체로부터 국제적 법치주의를 수호하는 역할을 담당할 수 있다는 견해,[71] 최후의 구제수단인 예외적 경우에는 이익형량을 통해 국가면제를 부인할 수 있어야 하며, 이탈리아 법원의 판결은 향후 다른 법원들이 이익형량을 할 때 기준이 될 수 있다는 견해,[72] 이는 국제법과 국내법의 충돌이 아니라 두 국제규범 간의 충돌로서, 기본적 권리를 위해 국제법에 저항하는 불복종국가는 국제법적으로도 자신을 정당화할 수 있으며, 이탈리아 헌법재판소는 국제관습법의 공동저자로서 국제법의 새로운 해석에 정당한 기능을 수행한 것이라는 견해,[73] 이탈리아 헌법재판소의 판례는 강제집행 면제의 부인에 관한 것은 아닌데, 관할권 면제가 인정되더라도 이후 강제집행 단계에서 면제를 부인하는 것은 쉽지 않으므로, 입법을 통해 대체적 구제수단을 마련해야 한다는 견해 등이 있다.[74]

그러나 독일 국제법 학자들의 경우 "국가는 자신의 국제법 위반을 정당화하기 위한 목적으로 자신의 국내법을 원용할 수 없다"는 국제법 원칙을 들어 주로 비판적 입장을 보이고 있다. 헌법의 수호자이자 법적 안정성을 지켜야 할 헌법재판소가 하급심으로 하여금 국내법을 위반할 것인지 국제법을 위반할 것인지 선택하도록 했다는 견해,[75] 단기적으로는 해당 판결이

---

71) Giuseppe Cataldi, "A historic decision of the italian constitutional court on the balance between the italian legal order's fundamental value and customary international law", *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 24, No. 1(2015), pp. 51-52.

72) Micaela Frulli, "Time will tell who just fell and who's been left behind: On the clash between the International Court of Justice and the Italian Constitutional Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 3(2016), pp. 592-593.

73) Pamela Beth Harris, "Civil disobedience to international law: national functional rights resistance and the power of international constitutionalism", *Revista Brasileira Estudos Politicos* Vol. 116(2018), pp. 460, 465.

74) Francesco Francioni, "Access to Justice and Its Pitfalls: Reparation for War Crimes and the Italian Constitutional Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 3(2016), pp. 634-635.

75) Karin Oellers Frahm, "A Never-Ending Story: The International Court of Justice - The Italian Constitutional Court - Italian Tribunals and the Question of Immunity", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 76(2016), p. 201.

인권을 위하는 듯 보이지만 장기적으로는 국제사법질서와 법치주의를 저해할 것이라는 견해,[76] 이탈리아 헌법재판소는 ICJ 판결을 따를 의무를 위반함으로써 국가책임을 질 수 있으며, 이러한 일방주의에 기인한 불복종은 장기적으로는 일반국제법을 해함으로써 국제인권법의 규범성 또한 위협할 수 있다는 견해가 주장된다.[77]

오늘날 국제인권법의 발전에 따라 국가중심적인 전통적 주권개념에도 변화가 일어나고 있는데, 이탈리아 헌재 판결은 이러한 변화를 촉진하여 인권 증진에 기여하는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 즉 이탈리아 헌법재판소는 2차 세계대전 당시 중대한 인권침해 피해자들을 보호하기 위해 정의의 간극을 좁히고자 시도한 것으로 볼 수 있다.[78] ICJ 다수의견은 사법에의 접근권과 국가면제의 이익을 형량하는 접근법을 부인하고 후자에 절대적 우위를 부여하였지만, 세계 다수국가의 헌법에서는 국제관습법에 대한 규범통제를 인정하고 있는데, 이탈리아 헌법재판소의 판결은 그 예시를 보여주고 있다. 그러나 이러한 정의를 위한 '불복종'은 국제법 위반에 해당할 위험도 존재한다. 결국 이탈리아 헌법재판소의 시도가 새로운 국제관행으로 이어질지, 아니면 국제관습법의 위반으로 여겨질지에 대해서는 당분간 지켜보아야 할 것이다. 다만 ICJ 스스로도 향후 이 분야의 발전 가능성을 언급한 이상, 이러한 새로운 움직임을 섣불리 국제법 위반으로 판단하기보다는, 국제관습법 변경의 가능성을 열어두는 것이 타당하다고 생각된다.

또한 ICJ의 판결은 사건 당사국만을 구속하므로 우리나라 법원에 직접적인 구속력은 없지만, 우리나라 헌법상 국제법 존중주의에 따라 국내법원은

---

76) Raffaela Kunz, "The Italian Constitutional Court and 'Constructive Contestation' ", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 3(2016), p. 627.

77) Heike Krieger and Andreas Zimmermann, "Sentenza 238/2014 of the Italian Constitutional Court and the International Rule of Law", *KFG Working Paper Series,* No.15(2018. 5), pp. 6-10, 26. Krieger 교수와 Zimmermann 교수는 제2차 대전 당시의 중대한 인권침해 피해자 개인에게 오늘날 국제법상 배상받을 권리가 인정되는지 의심스럽고, 설령 그렇다 할지라도 예전의 국가 간 분쟁해결체제 하에서는 그 만족을 얻기 어렵다고 보고 있다.

78) Michael Bothe, "The decision of the italian constitutional court concerning the jurisdictional immunities of Germany", The Italian Yearbook of International Law Online, Vol. 24, No. 1 (2015), p. 25.

관련 국제관습법을 준수할 의무가 있다. 그러나 후술할 바와 같이 국제관습법 역시 국내법 체계에서 국제관습법이 가지는 효력 및 위계에 따라 헌법상 규범통제의 대상이 되므로, 국제관습법의 적용이 헌법의 기본질서에 반한다면 그 적용은 배제되는 것이 타당할 것이다. 따라서 이하에서는 대한민국의 국내법 체계에서 국가면제와 관련된 국제관습법이 어떻게 적용되고 있으며, 그러한 적용이 대한민국의 헌법질서와 부합할 수 있는지에 대하여 검토한다.

Ⅲ. 국내법상 국가면제에 따른 재판청구권의 제한과 위헌심사기준

1. 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계

헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다"고 규정하고 있다. 이 조항은 "세계평화와 인류공영에 이바지"한다는 헌법전문 규정 및 "국제평화의 유지에 노력"한다는 제5조 제1항과 함께, 국제평화주의에 입각한 국제법 존중원칙을 밝힌 것으로 이해되고 있다. 또한 대한민국이 국제법과 국내법의 관계에 대하여 일원론에 따라, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 별도의 변형 없이 국내적으로 수용하는 것으로 이해되고 있다. 헌법 제6조 제1항 전단의 '헌법에 의하여 체결·공포된 조약'에 대해서는 헌법 제60조의 국회 동의를 거친 경우에는 국내법상 법률과 같은 효력을 가지지만, 이러한 동의를 거치지 않은 법률보다 하위의 효력을 가지며, 예를 들어 행정협정과 같은 경우에는 명령과 같은 효력을 가진다고 볼 수 있다.[79]

그러나 헌법 제6조 제1항 하단의 '일반적으로 승인된 국제법규'의 의미와 국내적 효력에 대해서는 논란이 있는데, 크게 '일반적으로 승인된 국제법규'가 국제관습법을 의미한다는 견해와, 국제관습법 외에 우리나라가 당사국이 아니더라도 국제사회에서 일반적으로 규범성이 인정되는 조약이 포함된다고 보는 견해가 있다. 전자는 주로 국제법학계에서,[80] 후자는 주로 헌

79) (사)한국헌법학회, 헌법주석(2012), 박영사, 171면.

법학계에서 주장되고 있다.[81] 그러나 조약은 당사국만을 구속함이 원칙이며, 그 내용이 국제관습법화 되지 않는 한 비 당사국을 구속하지 않는다. 결국 우리나라를 체약국으로 하지 않지만 국제적 규범성을 인정받는 조약의 규범성이 인정될 수 있는 것은 그러한 조약이 담고 있는 규범이 이미 관습국제법화 되었기 때문이라고 볼 수 있으므로 '일반적으로 승인된 국제법규'는 국제관습법을 의미한다고 보는 것이 타당하다.[82] 또한 헌법학계에서는 후자의 예로 유엔 헌장의 일부, 국제우편연맹규정, 포로대우에 관한 제네바 협약, 집단살해죄의 처벌 및 방지에 관한 협약 등을 들고 있는데, 이들 조약은 이미 우리나라가 가입한 조약이라는 점에서 의문의 여지가 있다.[83] 다만 어느 견해에 의하든지 '일반적으로 승인된 국제법규'에 국제관습법이 포함된다는 점에는 의문이 없다.

그렇다면 국제관습법은 국내법상 어떠한 효력 및 위계를 가지는가? 이에 대해서는 첫째 헌법과 동등한 효력을 지닌다는 견해,[84] 둘째 획일적으로 판단하기는 어렵지만 대체로 헌법보다는 하위이나 법률보다는 상위라고 보는 견해,[85] 셋째 법률과 같은 효력을 지닌다는 견해,[86] 넷째 법률보다 하위

---

80) 예를 들어, 김명기, 국제법원론(상), 박영사 (1996), 119면; 김정건 외 3인, 국제법, 박영사(2010), 140면; 김한택, 국제법원론, 지인북스(2010), 77면; 김현수·이민효, 국제법(제3판), 연경문화사(2015), 25면; 성재호, "조약과 일반적으로 승인된 국제법규", 미국헌법연구, 28권 1호(2017), 117-119면; 심영규, "국제법규의 국내적 수용과 사회국가의 실현," 한양법학 23권 1집(2012), 330-331면; 이병조・이중범, 국제법신강(제9개정 제2보완수정판), 일조각(2008), 27면; 이한기, 국제법강의(신정판), 박영사(1997), 144면; 정인섭 (주 1), 138면; 채형복, 국제법(제2판), 법영사(2010), 123면; 최태현·이재민, 국제법(조약, 관습법)의 국내적 적용체계에 관한 연구, 법제처 연구용역보고서(2007), 56-57면 참조.

81) 예를 들어, 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사(2009), 175면; 김철수, 헌법학신론(제21전정신판), 288면; 성낙인, 헌법학(제18판), 법문사(2018), 317면; 이준일, 헌법학강의(제6판), 홍문사(2015), 191면; 장영수, 헌법학(제12판), 홍문사(2020), 242-245면; 정재황, 헌법학, 박영사(2021), 404면; 한수웅, 헌법학(제9판), 법문사(2019), 355면; 허영, 한국헌법론(전정 16판), 박영사(2020) 198면; 홍성방, 헌법학개론, 박영사(2017), 86-87면 참조. 이와 반대되는 헌법 학자의 견해로는 최대권, 헌법학강의, 박영사(1998), 353면; 양건, 헌법강의(제10판), 법문사(2020), 173면 참조.

82) 정인섭(주 1), 138-139면; 최태현·이재민(주 80) 56면; 성재호(주 80), 117-119면.

83) 성재호, "헌법재판과 국제법의 존중," 미국헌법연구, 31권 3호(2020), 188면.

84) 최재훈 외 5인, 국제법신강(제2판), 신영사(2004), 175면.

85) 계희열, 헌법학(상), 박영사(2005), 184면; 성낙인(주 81), 318면; 장영수(주 81), 245면; 홍성방(주 81), 87면.

의 효력을 지닌다는 견해,[87] 다섯째 그 내용이나 단계에 따라 법률보다 상위나 하위 또는 동등한 효력을 가진다고 보는 견해가 있다.[88] 그러나 국제법상 국제관습법은 조약과 동등한 효력을 지니며 그 내용에 따라 효력이 달라지지 않는데, 그 내용에 따라 다른 효력을 인정하면 그 효력을 법원이 판단하기 전까지는 법률관계가 불안정해진다는 문제가 있다. 또한 조약에 대한 헌법의 우위를 규정하는 헌법 부칙 제5조의 묵시적 취지를 고려할 때, 국제관습법 역시 헌법보다 상위이거나 헌법과 동위의 규범으로 보기 어려우므로 첫째 견해와 넷째, 다섯째 견해는 취하기 어렵다. 또한 우리나라 헌법은 법률보다 국제관습법의 우위를 명시하고 있는 독일 기본법 제25조와 달리,[89] 조약과 국제관습법을 구별하지 않고 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있으므로 조약을 헌법보다는 하위이나 법률보다는 상위라고 보기 어렵다. 이러한 점들을 고려할 때 국제관습법은 법률과 같은 효력을 가지다고 보는 셋째 견해가 타당하다.[90] 이러한 해석이 "헌법상 형식적 의미의 법률은 아니지만 국내법과 동일한 효력이 인정되는 '헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규' (제6조)의 위헌 여부의 심사권한도 헌법재판소에 전속된다"거나,[91] "'법률'이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다."고 보는 헌법재판소의 결정에도 부합한다고 보인다.[92] 4월 21일 판결에서는 명시적으로 "법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법"이라는 표현을 사용하였다.[93] 따

86) 정인섭, "헌법 제6조 1항상 "일반적으로 승인된 국제법규"의 국내 적용 실행", 서울국제법연구 23권 1호(2016), 75면; 이한기(주 80), 144면; 김정건 외 3인(주 80), p.141면; 채형복(주 80), 123면; 최태현·이재민(주 80), 28면; 심영규(주 80), 330면; 권영성(주 81), 170면.

87) 김대순(주 2), 271면. 김대순 교수는 미국판례법의 예에 따라 국제관습법은 법률이나 그에 기초한 행정부의 입법적 행위에 위배되지 않는 한 효력을 가진다고 본다. 다만 국제법상 강행규범은 최소한 법률보다는 위에 있거나 헌법적 지위를 가진다고 본다.

88) 이병조·이중범(주 80), 27면; 양건(주 81), 174면; 이준일(주 81), 92면; 정재황(주 81), 407면; 허영(주 81), 198면. 김철수 교수는 국내법과 마찬가지로 일반적으로 승인된 국제법규의 단계구조에 상응하여 국내의 헌법률·법률·명령에 각각 해당하는 효력을 가진다고 보고 있다. 김철수(주 81), 290면.

89) 독일 기본법 제25조는 국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이며, 이 원칙은 법률에 우선하며 연방영역의 주민에게 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다고 규정하고 있다.

90) 정인섭(주 86), 70-75면.

91) 헌법재판소 2013.3.21. 2010헌바70·132·170(병합) 결정.

92) 헌법재판소 2004.5.14. 2004헌나1 결정.

라서 이하에서는 국가면제에 관한 국제관습법이 대한민국 법원에서 국내 법률과 동일한 효력을 지니고 있음을 전제하고 논의를 전개하도록 한다.

2. 국제관습법에 대한 규범통제

헌법재판소는 전술한 바와 같이 일반적으로 승인된 국제법규의 위헌심사권한도 자신에게 전속된다고 하여 국제관습법의 위헌심사를 긍정하고 있다. 다만 법원 역시 일상적인 법률의 해석 및 적용 과정에서 최고규범인 헌법적 구속 내에서 법률을 해석하여야 할 의무가 있고, 자신이 채택한 법률해석이 헌법에 합치적인 것인지 여부를 상시적으로 결정하여야 한다. 따라서 법원의 합헌적 법률해석을 통한 헌법판단 작용 역시 넓은 의미에서의 헌법재판에 포함되며, 실질적 의미에서 규범통제에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.[94] 그러나 법원이 헌법합치적 해석을 통해 위헌적 결과를 피할 수 있는 경우에는 헌법위반의 문제가 생기지 않으므로 위헌법률심판제청을 하여서는 안 될 것이지만,[95] 법원의 합헌적 법률해석이 문리해석과 목적론적 해석의 한계를 벗어나 새로운 법을 창설하는 결과에 이르게 되면 법원은 더 이상 합헌적 법률해석을 할 수 없고, 헌법재판소에 그 법률 또는 법률조항에 대한 위헌심판을 제청할 의무를 부담한다(헌법 제111조 제1항 제1호).[96] 그러나 법원이 법률을 합헌이라고 판단한 경우에도, 당사자는 다시 헌법재판소에 그 법률 또는 법률조항에 대하여 헌법소원을 구할 수 있다(헌법 제68조 제2항).

앞에서 살펴본 바와 같이 국제관습법을 국내법률과 동일한 효력을 지닌 것으로 파악한다면, 법률에 적용되는 이러한 규범통제제도가 국제관습법에도 적용된다고 파악할 수 있을 것이다. 다만 국제법학계에서는 국제관계의 특수성 및 국제법 위반 우려 등을 이유로 국제법의 규범통제는 신중해야 한다는 견해가 제기되고 있다.[97] 즉 실제에 있어서는 가급적 국제법과 국내

93) 서울중앙지법(주 3), 62면.
94) 이종엽·김주경, 법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구, 사법정책연구원(2018), 12면.
95) 대법원 1992. 5. 8.자 91부8 결정 참조.
96) 이종엽·김주경(주 94), 17면.
97) 성재호(주 83), 207면.

법의 합치의 추정을 하여 양자가 충돌하지 않도록 해석하거나, 정치문제의 원칙, 국가행위이론 등을 통해 외교의 영역을 존중하고 사법적 판단을 자제해야 한다는 것이다.[98] 국제관습법의 경우에도 이는 원칙상으로 타당하다고 볼 수 있으나, 다만 해당 사안의 헌법적·사회적 중요성을 고려하여 충돌하는 여러 가지 이익들을 형량하여 결정해야 할 필요가 있다.

예컨대 '위안부' 문제와 관련해서는 국가주권과 인권, 국제관계의 안정성 보호와 개인의 기본권 보장이라는 이익이 대립하며, 이러한 점의 해결에 있어서 사법적극주의와 사법소극주의, 국제법 우위론과 국내법(헌법) 우위론 등이 첨예하게 대립하고 있다. 그러나 '위안부' 문제의 경우 중대한 인권침해의 구제에 대한 헌법적·사회적 중요성이 크다고 볼 수 있고, 오늘날 인권의 발전으로 전통적 주권개념에도 변화가 필요하다는 점, 기본권 보장은 헌법의 기본질서로서 이를 지키기 위해서는 국제법의 국내적 수용에도 일정한 한계가 필요하다는 점 등을 고려하면, 국가면제에 관한 국제관습법에 대한 규범통제가 필요하다고 생각된다. 아래에서 살펴볼 바와 같이 1월 8일 및 4월 21일 판결은 모두 넓은 의미에서 규범통제를 한 것으로 볼 수 있을 것이다.

3. 국제관습법에 따른 재판청구권의 제한과 위헌심사기준

가. 헌법상 재판청구권의 보장

국가면제에 관한 국제관습법을 적용하여 국가면제를 인정할 경우, 이로 인하여 직접적으로 침해되는 피해자들의 권리는 재판청구권이라고 볼 수 있다. 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다"고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있다. 재판청구권은 국가에 대하여 헌법상 보장된 기본권의 실체적 실현을 위해 재판을 통해 적절한 구제의 판결을 구할 수 있는 권리로서, 그 법적 성격으로는 청구권설, 절차적 기본권으로서 제도적 보장이라는 견해, 청구권적 측면과 자유권적 측면을 모두 가진다는 견해 등이 주장되고 있다.[99]

98) 김한택(주 80), 77면.

생각건대 재판청구권은 재판절차에 관한 입법을 요구하는 절차적 기본권이면서, 재판을 받을 수 있는 법적 지위에 관한 자유와 방어권을 보장한다는 점에서 자유권적 성격을 동시에 가진다고 볼 수 있을 것이다.[100]

또한 재판청구권은 그 내용에 따라 사법절차에의 접근을 위한 사법행위청구권, 법률이 정한 법관에 의하여 재판받을 권리, 법적 청문청구권, 신속한 재판을 받을 권리 등으로 나누어 파악하기도 한다.[101] 이 중 1월 8일 판결과 4월 21일 판결에서 문제되는 것은 사법행위청구권이라고 볼 수 있는데, 사법행위청구권으로서의 재판청구권은 결국 국가에 대해 재판이라는 사법작용, 즉 효과적인 권리구제절차를 요구하는 권리로서, 법원조직법 등 입법자의 구체적 형성을 필요로 하게 된다. 이 경우 국민이 국가에게 어느 정도의 권리구제절차를 요구할 수 있는지의 문제는 '효과적인 권리보호를 요청하는 재판청구권의 정신'과 이에 대립하는 다른 이익과의 형량을 통하여 결정된다.[102] 또한 여기에서 '법률에 의한 재판'이라 함은 합헌적인 법률로 정한 내용과 절차, 즉 합헌적인 실체법과 절차법에 의한 재판을 의미하며, '법률'의 의미는 구체적 사안에 따라 달라질 수 있으나, 관습법과 같은 불문법도 포함되는 것으로 받아들여지고 있다.[103]

헌법규정상 인간의 존엄성 및 개별 기본권들은 제27조의 재판청구권을 통해 실질적으로 보장된다고 볼 수 있다. 법치국가에서 국가에 의한 권리보호는 효과적이어야 하는데, 이는 국가의 사법보장의무와 절차적 기본권 보장을 통해 가능하므로, 재판청구권은 다른 실체적 기본권들을 위한 효과적 권리보호의 핵심이라고 볼 수 있다.[104] 헌법재판소 역시 "재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한 번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐만 아니라, 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성 있

99) 정재황(주 81), 1457면.
100) 이준일(주 81), 703-704면.
101) 장석조, "우리 헌법상 절차적 기본권-헌법 제27조의 재판청구권에 관한 해석론", 헌법논총 9호(1998), 443 이하.
102) 김철수(주 81), 941면.
103) (사)한국헌법학회, 헌법주석 Ⅰ, 박영사(2013), 972면.
104) 김상겸, "법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무", 공법연구 38집 1-2호(2009), 309면.

는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요청한다"고 보았다.[105] 또한 "재판청구권은 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가지고 있으므로, 재판청구권에 관한 입법재량에도 한계가 있을 수밖에 없다. 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 이는 헌법상 재판청구권을 공허하게 만드는 것이므로 입법재량의 한계를 일탈한 것으로서 위헌"이라고 판시하였다.[106]

나. 재판청구권의 위헌심사기준

일반적으로 모든 국민의 기본권에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보 조항에 따라 법률로써 하여야 하고, 과잉금지원칙(비례성원칙)을 준수하여야 한다. 또한 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 재판청구권은 입법자가 법률로써 재판절차 및 법원조직을 마련해야 보장될 수 있으므로, 재판청구권의 위헌심사기준과 관련해서는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 그대로 적용할 수 있는지에 대해 논란이 있다.

이에 대해 재판청구권은 입법형성권의 한계일탈여부를 중심으로 위헌심사를 하여야 하며, 설령 기본권제한에 해당하는 경우라도 과잉금지원칙이 아니라 자의금지원칙의 의미에서 합리성 심사를 해야 한다는 견해가 있다.[107] 그러나 이에 대해서는 아무리 절차적 권리라고 하더라도 재판청구권에 대해서 합리성 심사만을 하는 경우, 이는 그에 의해 보장되는 중요한 기본권에 대해서도 합리성 정도의 보장만을 하게 된다는 비판이 있다.[108] 또한 비록 재판청구권의 형성에 있어 광범위한 입법재량이 인정된다고 할지라도, 일단 법률을 통해 재판청구권의 보호영역이 확정된 이상, 이에 대한

105) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180 등.
106) 헌재 2015. 9. 24. 2013헌가21.
107) 김철수(주 81) 941-942면; 한수웅(주 81), 938면.
108) 정재황(주 81), 1458면 참조.

축소는 기본권의 제한에 해당하므로 과잉금지원칙에 따른 심사를 해야 한다는 견해도 있다.[109] 이 외에도 과소금지원칙(최소보장원칙)과 과잉금지원칙의 중간심사기준으로서 적정보장원칙(실질적 관련성 심사)을 적용해야 한다거나,[110] 입법자의 형성권이 자유권에서 보다는 더 넓게 인정되므로 변형된 과잉금지원칙이 적용되어야 한다는 견해 역시 존재한다.[111] 헌법재판소 판례 역시 통일되지 않고 사안에 따라 합리성 심사를 하거나 과잉금지원칙을 적용하기도 하는 등 서로 다른 기준들이 적용되어, 어느 때 어느 심사기준을 적용하는지에 대한 기준을 일률적으로 정하기 어렵다. 따라서 재판청구권의 위헌심사기준은 구체적 사안에서 해당 문제가 입법형성의 문제인지 아니면 기본권 제한의 문제인지, 실제로 문제되는 것이 재판청구권이 보호하려는 실체적 기본권에 대한 제한인지, 사법절차에의 접근이 문제되는지 아니면 사법절차에서의 문제인지 등을 개별적으로 고려하여 결정할 필요가 있다고 보인다.[112] 또한 재판청구권에 의해 보호받는 실체적 기본권의 헌법적·사회적 중요성 등을 고려하여 심사기준을 결정할 필요도 있다고 판단된다. 따라서 국내 헌법상 재판청구권의 위헌심사에 있어서는 ICJ 다수의견과 같이 실체와 절차를 형식적인 이분법 논리에 따라 단절시켜 판단하는 것은 바람직하지 않다고 보아야 한다.

---

109) 김종철, “인지(印紙) 제도에 대한 헌법적 검토: 헌법원리와 재판청구권을 중심으로”, 법과 사회 50호(2015), 13면.

110) 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 -참정권과 청구권을 중심으로-”, 고려법학 67호(2012), 64-68면.

111) 허완중, “기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석”, 헌법논총 30호(2019), 43-44면.

112) 헌법재판소는 디엔에이감식시료채취 영장 발부 위헌확인사건에서 재판청구권 침해여부에 대해 과잉금지원칙에 따라 심사하면서, 디엔에이감식시료채취영장에 따른 채취 및 등록 과정에서 대상자는 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등 실체적 기본권을 제한받게 되는데, 영장 발부 과정에서 의견진술기회를 부여하지 않고 영장발부에 대해 불복기회 또는 채취의 위법성확인을 청구하는 구제절차를 마련하지 않음으로써, 채취대상자의 재판청구권이 형해화 된다고 판시하였다(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마344 등 참조). 즉 채취영장으로 인해 제한되는 것은 절차적 기본권인 재판청구권이지만, 다만 이 재판청구권에 대한 과잉금지원칙심사에서 기준으로 삼은 것은 절차적 기본권에 의해 보호받는 실체적 기본권이었다. 김현귀, 재판청구권의 위헌심사기준 -법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-, 헌법재판연구원(2020), 71-72, 102-103면 참조.

Ⅳ. 1월 8일 판결에 대한 검토

1. 판결의 내용

1월 8일 판결은 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 경우, 비록 국가의 주권적 행위라고 하더라도 국가면제를 적용할 수 없고, 예외적으로 대한민국 법원에 피고에 대한 재판권이 있다고 판시하였다. 동 판결은 국가면제이론은 항구적·고정적 가치가 아니라 국제질서의 변동에 따라서 계속 수정되고 있는데, 이는 유럽국가면제협약, UN 국가면제협약 등 국제협약에서 일정한 경우 국가에 대한 재판권을 면제하지 않고 있으며, 미국, 영국, 일본, 싱가포르 등 여러 국가의 국내법에서 국가면제가 인정되지 않는 예외사유를 정하고 있는 것에 비추어 보아도 그러하다고 보았다. 또한 이러한 변천은 국제법체계가 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행한 것을 반영하는 것이라고 보았다.

또한 동 판결은 “헌법 제27조 제1항이 보장하는 재판청구권은 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가진다”는 점을 확인하면서,[113] “권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 이는 헌법상 재판청구권을 공허하게 만드는 것이므로, 재판받을 권리는 다른 실체적 기본권과 더불어 충분이 보호되고 보장받아야 할 기본권”이라고 강조하고 있다. 따라서 “기본권의 보장을 위한 실효적인 권리인 재판받을 권리를 제한함에 있어서는 지극히 신중하여야 한다”고 보고 있다. 또한 “국가면제는 비록 절차적 요건에 관한 것이기는 하지만, 절차법은 실체법상의 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 한다”고 보고 있는데, 이는 절차법은 실체법질서를 구현하는 수단으로서 의미를 갖기 때문이라고 한다. 따라서 “절차법이 불충분하여 실체법상의 권리 실현이 제한되거나 실체법질서가 어느 정도 변용되는 경우는 있을 수 있으나, 그로 인해 실체법상의 권리

113) 헌법재판소 2018. 12. 27. 선고 2015헌바77, 2015헌마832(병합) 전원재판부 결정.

나 질서가 형해화되거나 왜곡되어서는 안 된다"는 점을 강조하고 있다.[114]

이후 동 판결은 "헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야" 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 있다는 대법원 판례를 인용하면서,[115] 국가면제의 국제관습법의 적용에 있어 합헌적 해석을 시도하고 있다. 즉 법을 해석·적용할 때에는 그 결과를 고려하여야 할 것인데, 해석의 결과 심히 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 그러한 해석을 배제하는 방안을 강구해야 한다고 보고 있다. 따라서 피고가 인도에 반하는 중대한 불법행위를 저지른 경우까지 재판권을 면제한다는 내용의 관습법을 적용하게 되는 경우, 피해자들은 헌법에서 보장한 재판받을 권리를 박탈당하여 자신의 권리를 제대로 구제받지 못하는 결과를 초래하여 불합리하며, 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로, 이에 대하여 국가면제를 적용하는 국제관습법으로서의 효력을 인정할 수는 없다고 보았다. 또한 해당 소송을 피해자들의 최후의 권리구제수단으로 인정하였다. 결론적으로 국가면제 이론은 주권국가를 존중하고 함부로 타국의 재판권에 복종하지 않도록 하기 위한 것이지, 강행규범을 위반하여 타국의 개인에게 큰 손해를 입힌 국가가 그 뒤에 숨어서 배상을 회피할 수 있게 하기 위해 형성된 것은 아닐 것이므로, 이러한 경우 국가면제에 관한 국제관습법의 해석에는 예외를 허용하여 대한민국 법원의 재판권을 인정해야 한다고 판시하였다.

2. 검토

1월 8일 판결은 2014년 이탈리아 헌법재판소의 판결과 마찬가지로 국내의 헌법질서를 이유로 국가면제에 관한 국제관습법의 국내적 수용에 있어서 한계를 설정하고 있다. 즉 국제관습법이 우리나라 국내법에서 적용되기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합할 것을 요구

114) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결 참조.
115) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조.

함으로써, 마치 이탈리아 헌법재판소가 헌법 제10조 및 대항한계이론을 통해 관련 국제관습법의 국내적 수용을 거부한 것과 유사한 태도를 보이고 있다. 다만 이탈리아 헌법재판소는 국제관습법에 대한 전속적 위헌심사권한을 바탕으로 이탈리아 헌법상 양립불가능성에 관한 위헌심사를 하였으나, 1월 8일 판결은 해당 국제관습법 중 위헌의 소지가 있는 부분을 축소·배제하는 헌법합치적 축소해석을 하였다. 앞서 살펴보았듯이 ICJ는 이 분야의 국제관습법이 변경될 가능성을 열어두었기 때문에, 1월 8일 판결이 이탈리아 헌법재판소의 판례에 뒤이어 새로운 국제관습법을 형성하는 국가실행이 될지, 아니면 국제법 위반이 될지는 아직 명확히 알 수 없다. 그러나 국가면제에 관한 국제관습법이 절대적 면제에서 상대적 면제로 변경된 계기가 국내법원의 판례로부터 시작되었다는 점을 고려하면,[116] 이를 섣불리 국제법 위반으로 판단하기보다, 향후 국제사회의 추이를 보다 지켜볼 필요가 있다고 생각된다.

설령 이와 같은 국가면제의 부인이 국가면제에 관한 국제관습법 위반으로 국제위법행위를 구성한다고 판단되는 경우라고 할지라도, 사법적 대항조치(judicial countermeasures)로서 위법성이 조각되어 국가면제의 부인이 정당화될 여지가 있다. 즉 외국의 선행하는 국제위법행위에 대항하여 국내법원이 그 외국의 위법행위의 중지 및 배상의무를 준수하도록 하기 위해 그에 대한 국가면제를 부인하는 결정을 내리는 경우, 이러한 후행 위법행위는 국제법상 대항조치로서 위법성이 조각될 수 있다는 견해가 있다.[117] 이러한 대항조치는 성질상 중지 및 배상의무의 이행 전까지만 잠정적으로 취할 수 있으며, 침해의 정도, 위반의 심각성, 보호이익의 중요성 등에 비례하는 정도로만 허용된다.[118] 특히 인권 위반의 경우 이에 대해 동일하게 인권 위반으로 대항조치를 취하는 것은 금지되므로, 인권 위반국의 배상의무를 확보

116) Lord Lloyd-Jones, "Forty Years On: State Immunity and the State Immunity Act 1978", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, No. 2(2019), p. 248.

117) 대항조치는 일반적으로 대외관계를 담당하는 집행기관이 취하는 것이 보통이지만, 그렇다고 해서 입법기관이나 사법기관이 대항조치를 취하지 못한다고 단정할 수는 없을 것이라고 한다. 박현석, "국제위법행위에 대한 '司法的' 대항조치", 홍익법학 제21권 3호(2020), 98면 참조

118) 김석현, 국제법상 국가책임, 삼영사(2007), 545-546, 558-562면 참조.

하기 위해 국가면제를 부인하여 사법적 대항조치를 원용할 필요성이 제기된다. 2005년 고문방지위원회 위원장 Fernando Mariño Menéndez 교수는 Bouzari v. Islamic Republic of Iran 사건에서 이란에서 고문을 당한 후 캐나다로 이민 온 원고가 이란을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 캐나다 법원이 국가면제를 이유로 소를 각하한 것에 대해,[119] 대항조치로서 고문피해 민사소송에서 국가면제의 예외를 인정할 가능성을 열어두었다.[120]

그러나 이상의 국제법 위반여부에 관한 논의와는 별도로, 1월 8일 판결이 국가면제의 예외를 이끌어낸 논증 과정이 타당했는지에 대해서는 따로 검토가 필요하다고 보인다. 1월 8일 판결은 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법의 효력과 관련된 대법원 2005. 7. 21., 선고, 2002다1178, 전원합의체 판결을 인용하고 있다.[121] 이 판결은 민법의 법원에 관한 제1조, 즉 "민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다"에 관한 것이었고, 해당 사안은 국내에서 사인 간의 민사관계에 관한 것이었다. 민법학계의 다수설 및 판례에 따르면 민사관습법은 제정민법에 대한 열후적·보충적 효력을 가지기는 하나 법률의 효력을 가진다고 보고 있다.

그러나 비록 1월 8월 판결이 국내 민사법원에서의 손해배상청구에 관한 것이기는 하지만, 국내에서 사인 간의 민사관계를 전제로 하는 민사관습법에 관한 법리를, 외국과의 관계가 문제되는 국제관습법에 그대로 적용하

---

119) Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Can. Ont. C.A, [2004] O.J. No. 2800.

120) Committee against Torture, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention, UN Doc CAT/C/SR.646/Add.1, 1 May 2005, pp. 11-12, para. 67. (" As to State immunity from civil proceedings in cases of torture, it was not likely that the draft convention on the jurisdictional immunities of States would exclude the possibility that Canada establish that exception. In any case, as a countermeasure permitted under international public law, a State could remove immunity from another State - a permitted action to respond to torture carried out by that State.")

121) 해당 인용된 판시부분은 그 전의 대법원 2003. 7. 24., 선고, 2001다48781, 전원합의체 판결로 변경된 부분인데, 이는 제정민법이 시행되기 전에 존재하던 '상속회복청구권은 상속이 개시된 날부터 20년이 경과하면 소멸한다.'는 관습에 관습법으로의 효력을 인정할 수 있는지 여부에 대한 것이다.

는 것이 타당한지에 대해서는 의문이 남는다. 국내법체계에서도 상사관습법의 경우에는 특별법 우선의 원칙상 제정민법보다 우선하는 등 문제되는 법영역에 따라 관습법이 효력이 달라지기도 하는데, 하물며 국내법체계와 이질적인 국제관습법의 규범적 효력을 판단함에 있어서 민사관습법의 효력을 판단하는 법리를 그대로 적용하는 것은 문제의 소지가 있다고 보인다.[122]

그 외에도 국제관계 및 국제법의 특수성으로 인하여 국내법체계에서 국제법의 규범통제에 있어서는 보다 신중해야 한다는 점, 해당 판결은 가장 권위 있는 국제재판소 중 하나인 ICJ가 비교적 최근에 실정법으로 확인한 국제관습법의 내용 및 해석에 반하는 점, 사안이 가지고 있는 고도의 예민성 등 해당 판결이 미칠 영향과 이로 인한 국제사회의 주목을 고려하면, 1월

122) 특히 1월 8일 판결이 합헌적 해석을 위해 인용한 대법원 판결 중 "관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것"이라는 부분에서는 민사관습법이 '법령'에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있다고 보고 있다. 이러한 '법령'에는 명령도 포함된다고 볼 수 있는데, 민사관습법은 제정법에 대해 열후적·보충적 효력만을 가지고 있으므로 명령에 배치되는 경우에는 규범적 효력이 부정된다고 볼 수 있을 것이다(가정의례준칙(1973.5.17 대통령령 제6680호) 제13조에 배치되는 관습법의 효력을 부정한 대법원 1983. 6.14. 80다3231 참조). 그러나 국제법에서 국제관습법은 성문법인 조약에 대해 열후적·보충적 효력을 가지는 것이 아니라 동등한 효력을 가지고 있으며, 국제관습법이 국내법상 법률과 같은 효력을 가지고 있다는 점을 고려할 때, 민사관습법의 규범적 효력을 판단하는 위 법리를 국제관습법의 규범적 효력을 판단하는데 그대로 적용하는 것은 타당하지 않음을 알 수 있다(이는 국제관습법의 국내법적 지위와 관련하여, 헌법과 동등하다거나, 헌법보다는 하위이나 법률보다는 상위에 있다는 등의 견해를 취하는 학자들의 입장에서는 더욱 납득하기 어려울 것이다). 오히려 국내법률과 저촉되는 경우에는 조약과 마찬가지로 특별법 우선의 원칙에 따라 국제관습법이 국내법률에 우선한다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.
또한 규범통제에 있어서도 민사관습법과 국제관습법에는 차이가 있다. 대결 2009. 5. 28, 2007카기134에서는 "관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니다."고 하면서, 민법 시행 이전의 상속에 관한 구 관습법 중 '호주가 사망한 경우 여자에게는 상속권 및 분재청구권이 없다'는 부분에 대한 위헌법률심판의 제청을 구하는 신청을 부적법하다고 하였다. 위 대법원 2003. 7. 24., 선고, 2001다48781, 전원합의체 판결 중 대법관 조무제의 반대의견에 대한 보충의견 역시"(민사)관습법은 성문법률을 보충하는 효력을 가지는 것이기는 하지만 법률의 효력을 가지는 것이어서, 그러한 관습법에 위헌적 요소가 있는 경우, 우리의 성문법률 위헌심사제도 아래에서는 헌법재판소를 통한 위헌선언이 이루어질 길이 없고 법원에 의하여 위헌성이 판정되고 그의 적용이 배제되어야 할 터이므로..."라고 하여 민사관습법의 경우에는 헌법재판소를 통한 규범통제가 가능하지 않다는 견해를 제시한 바 있다. 그러나 국제관습법의 경우 전술한 바와 같이 헌법재판소는 이미 위헌심사권한이 자신에게 전속된다고 보고 있다. 이러한 측면에서 민사관습법과 국제관습법은 구별되어야 하며, 1월 8일 판결은 이러한 차이를 간과한 것으로 생각된다.

8일 판결이 다소 모호하게 느껴질 수 있는 '정당성'과 '합리성'에 기초하여 합헌적 해석을 하기보다는, 국제사회를 납득시킬 수 있는 보다 정교한 논증이 필요했던 것이 아닌가 생각된다. 1월 8일 판결의 이유 및 판시에 비추어 볼 때, 동 재판부가 만약 위헌심사기준을 적용한 판단을 했더라면 엄격한 심사기준을 적용하여 원고들의 재판청구권 침해를 이유로 헌법에 위반된다고 판단했을 가능성이 크다고 보인다.

Ⅴ. 4월 21일 판결에 대한 검토

1. 위헌심사기준에 관한 부분

4월 21일 판결은 국제관습법이 법률의 효력을 가짐을 전제로, 위헌심사기준을 적용하여 헌법적 판단을 하고 있다. 먼저 헌법 제27조 제1항에 의해 보장되는 재판청구권은 절차적 기본권으로서 "원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하므로, 자유권적 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정"[123]되나, "입법자는 그러한 입법을 할 때에도 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 특히 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다"[124]는 헌법재판소의 판시를 인용하고 있다.[125] 이를 통해 볼 때, 4월 21일 판결은 국가면제로 인한 재판청구권의 제한을 입법형성의 문제로 파악하고 있는 것으로 보인다.

이러한 점은 침해의 최소성과 관련하여 이어지는 판시에서도 확인할 수 있는데, "헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므

123) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정, 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2013헌바186 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가7 결정 등 참조.
124) 헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 참조.
125) 서울중앙지법(주 3), 59-60면.

로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리로 보아야 한다(밑줄 추가)"고 보았다.[126] 또한 동 판결은 "대한민국 법원에서 재판받을 권리도 대한민국 법원의 '재판권'을 전제로 한 것으로 보아야 하는데, 일반적으로 승인된 국제법규에 따라 재판권에 제약이 있는 경우, 재판청구권의 내용도 그만큼 제한될 수밖에 없으므로", "...국가면제의 법리에 따라 본안 판단에 나아가지 못하게 된다 하더라도 헌법상 재판청구권을 침해했다거나 또는 실체법상의 권리를 형해화한다거나 왜곡시키는 것으로 볼 수도 없다" 라고 보면서, '내재적 제약', 재판청구권의 '제한'이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 이 부분은 그 정확한 의미가 불분명하다. 해당 부분은 국제관습법에 따라 재판청구권의 보호영역이 형성된다는 것인지, 이를 제한한다는 것인지, 아니면 헌법상 재판청구권의 '내재적 한계' 이론을 주장하는 것인지 정확한 의미의 파악이 어렵다.[127] 또한 해당 부분은 ECHR의 Al-Adsani 판결 다수의견이 법원에의 접근권은 국가면제와 같은 제한을 받는 것이 '내재된' 것으로 간주되어야 한다고 판시한 부분과 유사한데, 앞서 살펴보았듯이 ECHR의 판시를 우리나라 법체계에서 그대로 인용함에 있어서는 양자의 차이를 반드시 고려하여 신중하게 접근해야 한다. 또한 앞서 Al-Adsani 판결의 검토 부분에서 살펴본 바와 같이, '내재적 한계'에 따른 보호영역의 확정과 기본권의 제한은 구별되어야 한다.

4월 21일 판결의 해당 판시 부분은 국제법상 관할권과 국가면제의 법리에 대한 오인에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다. ICJ는 2002년 Arrest Warrant 사건에서 국가가 특정문제에 대해 국제법에 의거하여 관할권을 가질 때에만 그 행사에 관한 면제가 문제될 수 있다고 보고 있다.[128] 즉 ICJ는 관할권의 문제는 논리적으로 면제에 선행하는 것으로 보고 있는데, 이러한

126) 서울중앙지법(주 3), 62면.

127) 이러한 판시가 재판청구권이 내재적 한계를 가지고 있다는 의미인지는 분명하지 않지만, 만약 그렇다면 독일기본법과 달리 일반적 법률유보를 두고 있는 대한민국 헌법에서는 내재적 한계를 인정할 필요가 없으므로 굳이 '내재적 제약'이라는 용어를 쓸 필요가 없을 것이다. 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사(2019), 342-343면 참조.

128) Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2002 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), I.C.J. Reports (2002), p. 3, para. 46.

태도는 ECHR의 다른 판결에서도 발견된다.[129] 이에 따르면 관할권(재판권)은 면제에 선행하여 성립하는 것이므로, 피해자의 재판청구권은 이미 입법자의 형성에 따라 성립된 관할권에 대해 존재한다. 그러나 이후 국가면제로 인해 본안판단을 받을 수 없는 경우, 이는 이미 형성된 피해자의 재판청구권에 대한 제한을 구성한다고 보아야 할 것이다.

결국 4월 21일 판결은 국제관습법상 국가면제를 입법형성 또는 재판청구권의 내재적 한계문제로 보고, 재판청구권의 보호영역을 애초에 국가면제를 제외한 나머지의 것으로 확정하고 있는 것이 아닌지 하는 의문이 든다. 그러나 앞서 보았듯이 국제법상 관할권(재판권)은 국가면제 이전 단계의 문제이므로, 피해자의 재판청구권은 이러한 입법자의 형성(관할권의 성립에 관한 국제법 및 국제사법, 법원조직법 등)에 따라 보호영역이 확정된 것으로 파악한다면, 이후 단계에서 국가면제는 재판청구권의 보호영역을 축소하여 그 행사를 금지하는 규칙으로 작용하게 되므로, 이는 '기본권의 제한'에 해당한다고 볼 수 있다.[130] 따라서 국가면제에 관한 국제관습법이 재판청구권을 입법적으로 형성하는 것으로 보고 입법자의 넓은 재량을 인정하여 완화된 심사를 하기보다는, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 대한 과잉금지원칙에 따른 심사를 하는 것이 타당하다고 생각된다. 국가면제에 관한 국제관습법은 법률과 동일한 효력을 가지므로, 이로 인해 재판청구권이 제한되는 경우 헌법상 기본권 제한은 법률에 의해야 한다는 형식적 요건은 충족하였다고 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 다음으로, 재판청구권의 제한이 기본권 제한의 실질적 요건, 즉 과잉금지원칙을 준수하였는지가 문제된다. 4월 21일 판결 역시 일단 형식상으로는 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 모두 고려하여 판단을 하고 있기는 하지만, 실질적

129) 예를 들어 Naït-Liman v Switzerland, Eur. Ct. H.R., (GC), Judgment, 15 March 2018, paras. 98-99. 대재판부는 고문피해자가 튀니지를 상대로 한 손해배상청구에 대한 보편적 민사관할권 행사 의무를 판단하면서 국가면제에 대해서는 별도로 다루지 않았는데, 이는 면제는 일단 관할권이 성립된 이후에 문제되는 것이기 때문이었다.

130) Mills 역시 국가면제를 관할권에 대한 금지적 규칙으로 파악하고 있다. Alex Mills, Rethinking Jurisdiction in International Law, *British Yearbook of International Law*, Vol. 84, No. 1(2014), p. 211.

으로는 매우 완화된 심사를 하고 있는 것으로 판단된다.

또한 전술한 바와 같이 재판청구권의 위헌여부에 대한 헌법판단에 있어서는, 효과적 권리보호라는 관점에서 침해되는 실체적 기본권을 고려하여야 한다. 해당 사건의 경우 국제인도법 및 국제인권법의 중대한 위반, 즉 대규모의 조직적 위반으로 인하여 극심한 피해가 발생하였고, 재판청구권은 다른 기본권을 보장하기 위한 핵심적 기본권이며, 인간의 존엄 및 불가침의 기본적 인권보장에 관한 헌법 제10조와 재판청구권을 보장하는 제27조로부터 효과적 사법보호권을 도출할 수 있다는 점 등을 고려하면, 위헌심사를 함에 있어 이탈리아 헌법재판소와 같이 '우월한 공익'이 존재하는지에 대한 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 타당하다고 보인다.

2. 재판청구권의 침해에 관한 판단

가. 목적의 정당성과 수단의 적정성

4월 21일 판결은 "국제관습법상 인정되는 국가면제의 법리는 민사소송에서 외국에 국가면제를 부여함으로써 타국의 주권을 존중하여 국가간의 선린관계를 증진하기 위한 것이므로, 이러한 국가면제는 헌법이 정한 국제법 존중주의라는 헌법상 가치를 추구하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다"고 보고 있다.[131] 또한 수단의 적정성과 관련하여, "입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이며 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할지라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 한다"는 헌법재판소의 결정을 인용하면서,[132] 국가면제에 관한 국제관습법은 외국에 대한 재판권을 부정함으로써 외국이 민사소송에 응소할 부담 자체를 면제해 주는 것이므로, 앞서 본 목적과 수단의 관계를 고려하였을 때 국가면제라는 수단이 현저히 불합리한 것은 아니라고 보고 있

131) 서울중앙지법(주 3), 61면.
132) 헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정.

다.[133] 또한 국가면제에 관한 국제관습법은 "어느 국가인지, 문제된 행위가 무엇인지를 묻지 아니하고 일률적으로 재판권을 부정하도록 하고 있으므로, 그 수단이 불공정한 수단에 해당한다고 보기도 어렵다"고 보았다.

먼저 4월 21일 판결이 목적의 정당성을 인정한 부분에 대해 보면, 국가면제의 일반적인 목적에 대해 언급하고 있다. 그러나 구체적 사안에서 중대한 인권침해와 반인도범죄가 자행된 경우까지 국가면제를 부여하는 경우, 이는 피고 국가의 범죄에 대한 손해배상청구에 엄폐물을 제공하는 것으로서 목적의 정당성이 인정되기 어렵다고 생각된다.[134] 이러한 경우 국가면제에 관한 관습법이 반드시 국제법을 존중하는 것이라고 보기도 어려운데, 이는 국제인권법상 인정되는 피해자의 배상청구권 및 재판청구권을 박탈함으로써 오히려 인권침해국을 비호하는 장치가 되어 국제규범의 위반을 방치하게 될 수 있기 때문이다. 즉, '국제법'에는 국제인권법, 특히 강행규범도 포함된다는 점이 간과되어서는 안 된다. 특히 국가에 의해 자행된 살인, 강간, 고문 등과 같은 중대한 인권침해에 대해 국가면제를 인정하게 되면 국제사회 공동의 이익이 위협받게 되고 국가 간 우호관계를 해하는 결과를 야기할 수 있다.[135] 설령 4월 21일 판결과 같이 국가면제에 관한 국제관습법에 대해 목적의 정당성을 인정한다고 하더라도, 마찬가지의 이유로 중대한

133) 서울중앙지법(주 3), 61면.

134) 예를 들어 독점규제 및 공정거래법 위반행위가 있을 때 공정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 "법위반사실의 공표"를 명할 수 있도록 한 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제27조가 당해 행위자의 일반적 행동의 자유 및 명예권을 침해하는지에 관한 헌법판단과 관련하여, 서울고등법원은 공정거래법 제1조가 정하는 '공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하는 것'으로 보아 목적의 정당성을 인정한데 반해(서울고등법원 2001. 5. 17.자 2001아194 결정), 헌법재판소는 위와 같은 법률의 일반적인 목적 이외에 문제가 되고 있는 공표명령 자체의 입법목적으로 '계속되는 공공의 손해와 과거 위법행위의 효과 종식 및 위법행위의 재발방지'까지 입법목적으로 상정하고 있다(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43). 따라서 목적의 정당성을 판단함에 있어서는 통상 법률 제1조 등에서 규정하는 있는 그 법률 전체의 일반적인 입법목적뿐 아니라 심판대상조항 자체의 구체적인 목적까지 고려할 필요가 있다. 동일한 법률조항에 대한 합헌결정이 있다고 하더라도 법률조항이 적용되는 부분이나 영역에 따라서는 헌법적 판단이 달라질 가능성이 있음을 고려하면 더욱 그러하다. 이종엽·김주경,(주 94), 50-51면 참조.

135) 이영진(주 42), 400면.

인권침해에 대한 국가면제의 부여는 “민사소송에서 외국에 국가면제를 부여함으로써 타국의 주권을 존중하여 국가간의 선린관계를 증진”하는 목적의 달성에 적합한 수단이라고 보기 어렵다고 보아야 한다.

나. 침해의 최소성

4월 21일 판결은 침해의 최소성과 관련된 부분에서, 국가면제로 인해 직접 침해되는 피해자들의 권리는 실체법적인 손해배상청구권 자체가 아니라, 절차적 권리인 재판청구권이라고 할 것인데, 헌법상 재판청구권의 내용과 성격 등에 비추어 국가면제에 의한 국제관습법이 재판청구권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없고, 또한 대한민국의 외교적 보호권 행사에 의하여 피해자들을 위한 대체적인 권리구제수단이 존재한다고 보아야 하므로, 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다고 판시하였다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이, 국가면제규칙에 의한 재판청구권 제한에는 엄격한 심사기준이 적용될 필요가 있으며, 그 결과 4월 21일 판결의 해당 부분 판단에 대해서는 다음과 같은 점에서 동의를 하기 어렵다고 생각된다.

(1) “헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리로 보아야 한다”는 부분에 대하여

4월 21일 판결은 헌법 제27조 제1항이 정한 ‘법률에 의한 재판’에서 ‘법률’에는 헌법 제6조 제1항의 일반적으로 승인된 국제법규도 포함되므로, 헌법상 재판청구권에는 국제관습법에 따른 국가면제가 내재적인 제약으로 전제되어 있으며, 따라서 국가면제에 관한 국제관습법을 적용한 결과 피해자들이 본안 판단을 받지 못하게 된다 하더라도 이를 재판청구권의 침해라고 볼 수는 없다고 보았다.[136] 그러나 전술한 바와 같이 국가면제에 관한 국제관습법은 관할권 성립에 관한 금지적 규칙에 해당하므로, 이는 법원조직법과 같이 ‘법률’로 재판청구권을 ‘형성’하는 것이라고 보기 어려우며, ‘법률’에

136) 서울중앙지법(주 3), 62면.

의한 재판청구권의 제한으로 보아야 한다. 따라서 기본권의 제한에 대한 헌법적 판단을 거쳐야지, 이를 단순히 '법률'에는 국제관습법도 포함된다는 이유로 별도의 논증 없이 '내재적 제약'이 있다고 보는 것은 타당하지 않다. 또한 '법률에 의한 재판을 받을 권리'에서 '법률'은 합헌적 법률을 의미하므로, 구체적 사건에서 국가면제에 관한 국제관습법의 적용이 헌법질서에 합치하지 않는다면, 이를 입법형성에 있어서의 내재적 제약으로 인정하기도 어렵다.

일반적 금지조항에 대한 위헌심사에서는 금지조항이 적용될 수 있는 구체적인 사정을 고려하여 예외조항을 두고 있는지의 여부가 피해의 최소성에 대한 판단에서 중요한 고려요소가 된다.[137] 또한 심판대상조항에 근거한 불이익한 제도가 회복할 수 없는 권리침해를 초래하는지 여부와 보다 덜 침해적인 방법이 있는지 여부 등이 피해의 최소성 판단에서 중요한 고려요소가 된다.[138] 특히 재판청구권의 경우, 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다.

그러나 이 사건 재판부가 국제관습법으로 인정한 제한적 국가면제규칙에 따르면, 외국이 '주권적 행위'를 한 것으로 인정되기만 하면 피해자들은 예외 없이 재판청구권을 박탈당하며, 중대한 인권침해를 저지른 경우라도 사법적 구제를 구할 수단이 전혀 없어 회복이 불가능한 손해를 입게 된다.

---

137) 이종엽·김주경(주 94), 53면. 예를 들어 헌법재판소는 입법자가 '외교기관 인근에서의 집회의 경우에는 일반적으로 고도의 법익충돌위험이 있다'는 예측판단을 전제로 하여 이 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지할 수는 있으나, 과도한 기본권제한의 가능성이 완화될 수 있도록 일반적 금지에 대한 예외조항을 두어야만 비례의 원칙에 부합하는 것임에도, 위 조항은 전제된 위험 상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 예외 없이 금지하고 있으므로 최소침해의 원칙에 위반된다고 결정하였다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등).

138) 이종엽·김주경(주 94), 54면. 예를 들어 헌법재판소는 법위반행위가 이후 재판에서 무죄로 확정된다면 결국 행위자에게 죄가 되지 아니하는 사실에 대하여 죄가 되는 것으로 일반에 공표하도록 강제하는 것이 되어 행위자에게 회복할 수 없는 권리침해를 가져오며, 공정거래위원회가 행위자로 하여금 '공정거래법을 위반하였다는 사실을 인정하여 공표'하라는 과잉조치 대신 '법위반 혐의로 인하여 시정명령을 받은 사실의 공표'라는, 보다 가벼운 수단을 택하게 하는 방안도 검토될 수 있음에도 불구하고, 법위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 명령은 기본권을 과도하게 제한한다고 판단하였다(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43).

이 경우 재판청구권은 권리구제의 실효성이 상당한 정도로 보장되지 못하고, 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만이 허용된다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 사건의 경우 침해의 최소성에도 반한다고 보아야 한다.

(2) 2015. 12. 28. 한일 합의에 의하여 피해자들에게 '대체적인 권리구제수단'이 객관적으로 존재한다는 부분에 대하여

4월 21일 판결은 2015. 12. 28. 한일 의는 정식 조약으로 체결되지 아니한 '정치적 합의'로서, 이에 의해 피해자들의 손해배상청구권의 존부와 범위가 확정되거나 처분되는 등의 실체법적 효과가 발생한다고 볼 수는 없지만, 동 합의의 내용상·절차상 하자로 인하여 그 효력이 부정된다고 보기 어렵고, 2015년 합의에 따른 급부가 생존 위안부 피해자들 중 상당수에게 이루어진 이상 위 합의의 '정치적 합의'로서의 한계에도 불구하고, 피해자들에게 대체적인 권리구제수단이 마련되었다는 것 자체를 부정하기는 어렵다고 보았다.[139] 그리고 이러한 사정 자체를 피고에 대한 국가면제 인정여부를 판단함에 있어서 고려하여야 하고, 이 사건 피해자 개인별로 현금지원 수령여부에 따라 피고에 대한 국가면제 여부를 달리 판단할 수는 없다고 보았다.

그러나 이에 대해서는 2015년 합의의 경우 대한민국 행정부가 스스로 '위 합의가 국제 사회의 보편적 원칙에 위배되는 등 절차적·내용적 중대한 흠결이 있어서 위 합의로는 위안부 피해자 문제가 해결될 수 없다'는 입장을 밝혔고, 위 합의에 따라 설립된 화해·치유재단에 대한 설립허가를 취소하는 등 위 합의의 문제점을 강조하고 그 합의에 따른 지원 사업을 중단시키는 등의 조치를 취한 바 있다. 정부가 스스로 인정하였듯이 이렇게 문제가 많은 합의를, 그것도 비록 양국 간 공식합의로 인정하고 파기하지는 않았지만 사실상 폐기된 상태에서, 대체적 권리수단으로 인정하는 것은 바람직하지 않다. 특히 애초 위 합의에 반대하여 현금의 수령을 거부한 일부 피해자들에 대해서까지 이에 따른 구제를 받도록 강요할 수는 없다고 생각된다.

---

139) 서울중앙지법(주 3), 68-69면.

무엇보다도 헌법재판소는 2019년 12월 17일, 일본군‘위안부’ 피해자들이 2015년 합의의 위헌 확인을 구한 2016헌마253 사건에서, “이 사건 합의를 통해 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없는 이상 이 사건 합의가 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 위 피해자들의 배상청구권 등 기본권을 침해할 가능성이 있다고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 합의를 대상으로 한 헌법소원심판청구는 허용 되지 않는다.”고 판시하였다. 그러나 만약 4월 21일 판결과 같이 2015년 합의를 대체적 권리구제수단으로 인정하는 경우, 결론적으로 동 합의로 인해 피해자들의 법적 지위에 영향을 미치게 되므로 이는 위 헌법재판소 판결의 취지와도 어긋난다고 보아야 할 것이다. 결국 위 합의로도 ‘위안부’ 피해자들의 배상 문제는 해결되지 못하였으므로, 최후의 권리구제수단으로서 피해자들의 재판청구권 행사를 막는 것은 침해의 최소성에도 반하다고 보아야 할 것이다.

다. 법익의 균형성

4월 21일 판결은 일본에 국가면제를 인정하는 것은 헌법이 정한 국제평화주의와 국제법 존중주의를 구현하기 위한 것이므로, 그 결과 원고들의 재판청구권이 일부 제약되는 결과를 초래한다 하더라도 이를 두고 증진되는 공익과 제한되는 사익의 균형을 상실하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

그러나 이러한 점의 심사에 있어서는 전술한 바와 같이 실체법적 측면이 고려될 필요가 있다. 재판청구권의 위헌심사에 있어서는 그 자체로서 고립적으로 판단할 것이 아니라, 효과적 권리보호의 요청 상 그것이 보호하려고 하는 실체적 권리 역시 고려하여야 한다. 반인도범죄라는 위법행위의 중대성, 그리고 피해자가 전시 성노예로 종사하며 당한 육체적·정신적 고통과 후유증에 따른 피해의 심각성, 그럼에도 불구하고 2015년 합의는 답보상태에 있으며 다른 수단에 의한 권리구제 가능성이 희박한 점 등을 고려한다면, 이탈리아 헌법재판소와 마찬가지로 이 경우 국가면제를 통해 피해자들의 재판청구권을 박탈하기 위해서는 이를 압도하는 우월한 공익이 인정되어야 할 것이다. 특히 국제공동체 전체의 이익을 해한 중대한 인권침해에

대하여 피해자에게 손해를 배상하는 것은 오늘날 국제인권법의 요청이며, '국제공동체 전체의 이익'에 부합한다고 볼 수 있으므로,[140] 국제평화주의와 국제법 존중주의에 반한다고 보기 어렵다. 또한 '타국의 주권 존중 및 국가 간의 우호관계 증진'이라는 국가면제의 이익은, 반인도범죄 등 중대한 인권 침해를 저지른 국가가 스스로 먼저 우호관계를 깨뜨린 것이므로, 이익형량에 있어서 우월한 공익으로 고려되기 어렵다고 생각된다. 따라서 일본에게 국가면제를 인정함으로써 피해자들의 재판청구권이 제한되는 경우 그로 인한 공익과 피해자의 사익 간에 균형을 상실하였다고 봄이 타당하다. 결국 이 사건의 경우 법익의 균형성도 충족하기 어렵다고 볼 수 있을 것이다.

결론적으로, 해당 사건에서 일본에게 국가면제를 인정하여 피해자들의 재판청구권을 제한하는 것은 대한민국의 헌법질서에 부합하지 아니하는 것으로, 헌법 제27조 제1항이 보장하는 재판청구권의 침해에 해당한다고 보아야 할 것이다.

Ⅵ. 결 론

이상으로 이 논문에서는 국가면제로 인한 재판청구권 제한이 대한민국의 헌법질서에 부합하는지에 대하여 1월 8일 판결과 4월 21일 판결을 비교하여 살펴보았다. 이를 위하여 2001년 ECHR의 Al-Adsani 판결, 2012년 ICJ 판결의 다수 및 소수의견, ICJ 판결의 국내적 수용과 관련된 2014년 이탈리아 헌법재판소의 판결의 관련 부분을 검토하였다. ECHR의 경우 재판청구권 침해여부의 판단에 있어서 완화된 비례성심사를 하고 있으며, ICJ 판결은 국제관습법에 따른 국가면제와 피해자의 재판청구권과의 형량을 부인하면서,

140) UN 국제법위원회의 2001년 국가책임초안 역시 제40조 이하에서 강행규범의 중대한 위반 시의 특별한 결과에 대하여 규정하고 있으며, 제42조 및 제48조에서는 피해국 및 피해국 이외의 어떠한 국가도 국제공동체 전체를 상대로 하는 의무를 위반한 경우 책임을 추궁할 수 있음을 규정하고 있다. 물론 이 조항은 국가 간 관계에서 적용되는 것이기는 하지만, '국제공동체 전체를 상대로 하는 의무'란 강행규범의 중대한 위반에 해당하는 인권침해의 경우를 예정하고 있다.

국가면제규칙이 피해자의 재판청구권을 침해하는지에 대해서는 판단하지 않았다. 2014년 이탈리아 헌법재판소의 판결은 일반적으로 승인된 국제규범의 국내적 수용을 규정한 헌법 제10조 및 EU법 적용에 대한 대항한계이론에 근거하여, 이탈리아 헌법의 기본원칙인 피해자의 효과적 사법보호를 정당화하는 우월한 공익이 발견되지 않음을 이유로, ICJ 판결의 국내적 수용을 거부하였다. 이후 우리나라 헌법상 국가면제에 관한 국제관습법의 국내적 수용과 관련하여 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계를 살펴보고, 그 규범통제 방법을 검토하였다. 또한 헌법상 재판청구권의 위헌심사기준을 살펴본 후, 이를 토대로 1월 8일 판결 및 4월 21일 판결의 타당성을 검토하였다.

1월 8일 판결의 경우에는 합헌적 해석을 통하여 국가면제에 관한 국제관습법이 헌법을 최상위로 하는 법질서에 부합하지 않음을 근거로 국가면제의 예외를 인정하였는데, 그 결론은 2014년 이탈리아 헌법재판소 판결과 같은 선상에 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 결론을 이끌어낸 논증과정에서 국제관습법과 민사관습법의 차이를 간과하였다는 아쉬움이 있다. 또한 4월 21일자 판결은 중대한 인권침해 시 국가면제의 국제관습법의 적용에 대해 위헌심사기준을 적용하여 합헌으로 판단하였다. 그러나 동 판결은 형식상 비례성 심사를 하고 있지만, 실질적으로는 매우 완화된 심사를 하고 있다고 보이는데, 재판청구권은 그 행사를 통해 보호하고자 하는 실체적 기본권을 고려하여 위헌심사기준을 정할 필요가 있으므로, 엄격한 심사기준을 적용할 필요가 있다. 이에 따라 해당 사안을 판단한 결과, 목적의 정당성 및 수단의 적정성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 충족하지 못하므로 위헌이라는 결론을 내렸다. 따라서 일본이 제2차 세계대전 중 범한 반인도 범죄에 대하여 국제관습법상 국가면제를 인정하는 것은 피해자들의 재판청구권을 침해하는 것으로서 대한민국의 헌법질서에 부합하지 아니한다고 보는 것이 타당하다고 판단된다.

국가면제로 인한 재판청구권 제한 시 법원의 헌법판단 - 송 에 스 더	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	2021.12.06.	2021.12.29.

[참고문헌]

1. 단행본

계희열, 헌법학(상), 박영사(2005).
권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사(2009).
김대순, 국제법론(20판), 삼영사(2019).
김명기, 국제법원론(상), 박영사 (1996).
김석현, 국제법상 국가책임, 삼영사(2007).
김정건 외 3인, 국제법, 박영사(2010).
김철수, 헌법학(상), 박영사(2009).
김현귀, 재판청구권의 위헌심사기준 -법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-, 헌법재판연구원(2020).
김현수·이민효, 국제법(제3판), 연경문화사(2015).
성낙인, 헌법학(제20판), 법문사(2020).
(사)한국헌법학회, 헌법주석Ⅰ, 박영사(2013).
양건, 헌법강의(제10판), 법문사(2020).
이병조・이중범, 국제법신강(제9개정 제2보완수정판), 일조각(2008).
이종엽·김주경, 법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구, 사법정책연구원(2018).
이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사(2019).
이한기, 국제법강의(신정판), 박영사(1997).
장영수, 헌법학(제12판), 홍문사(2020).
정인섭, 신국제법 강의(제11판), 박영사(2021).
정재황, 헌법학, 박영사(2021).
채형복, 국제법(제2판), 법영사(2010).
최대권, 헌법학강의, 박영사(1998).
최재훈 외 5인, 국제법신강(제2판), 신영사(2004).
한수웅, 헌법학(9판), 법문사(2019).
허영, 한국헌법론(전정 16판), 박영사(2020)
홍성방, 헌법학개론, 박영사(2017).

Dinah Shelton, Remedies in International Human Rights Law (New York: Oxford University Press, 2015).

2. 논문

김대순, “유럽인권재판소의 “판단의 재량” 독트린: 법의 지배에 대한 위협인가”, 국제법학회논총 58권 2호(2013).
김백유, “기본권의 내재적 한계”, 성균관법학 13권 2호(2001).
김상겸, “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무”, 공법연구 38집 1-2호(2009).
김종철, “인지(印紙) 제도에 대한 헌법적 검토: 헌법원리와 재판청구권을 중심으로”, 법과사회 50호(2015).
김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 -참정권과 청구권을 중심으로-”, 고려법학 67호(2012).

박현석, “국제위법행위에 대한 ‘司法的’ 대항조치”, 홍익법학 21권 3호 (2020).
성재호, “조약과 일반적으로 승인된 국제법규”, 미국헌법연구, 28권 1호(2017).
, “헌법재판과 국제법의 존중”, 미국헌법연구, 31권 3호(2020).
심영규, “국제법규의 국내적 수용과 사회국가의 실현”, 한양법학 23권 1집(2012).
이영진, “외국국가의 재판권면제에 관한 연구 : 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구소송과 관련하여”, 미국헌법연구 25권 3호(2014).
오승진, “국제법상 국가면제-국제인권법의 관점에서”, 안암법학 28권(2009).
장석조, “우리 헌법상 절차적 기본권-헌법 제27조의 재판청구권에 관한 해석론”, 헌법논총 9호(1998).
정인섭, “헌법 제6조 1항상 “일반적으로 승인된 국제법규”의 국내 적용 실행”, 서울국제법연구 23권 1호(2016).
최태현, “국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한”, 국제법학회논총 51권 2호(2006).
황명준, “주권면제의 극복 방안에 관한 최신 논의”, 서울국제법연구 25권 1호(2018).
허완중, “기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석”, 헌법논총 30호(2019).

Bothe, Michael, “The decision of the italian constitutional court concerning the jurisdictional immunities of Germany,” The Italian Yearbook of International Law Online, Vol 24, No. 1(2015).
Cataldi, Giuseppe, “A historic decision of the italian constitutional court on the balance between the italian legal order’s fundamental value and customary international law”, The Italian Yearbook of International Law Online, Vol. 24, No. 1(2015).
Frahm, Karin O., “A Never-Ending Story: The International Court of Justice – The Italian Constitutional Court – Italian Tribunals and the Question of Immunity”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 76(2016).
Francioni, Francesco, “Access to Justice and Its Pitfalls: Reparation for War Crimes and the Italian Constitutional Court”, Journal of International Criminal Justice, Vol. 14, No. 3(2016).
Frulli, Micaela, “Time will tell who just fell and who’s been left behind: On the clash between the International Court of Justice and the Italian Constitutional Court”, Journal of International Criminal Justice, Vol. 14, No. 3(2016).
Harris, Pamela B., “Civil disobedience to international law: national functional rights resistance and the power of international constitutionalism”, Revista Brasileira Estudos Politicos Vol. 116(2018).
Krieger, Heike & Zimmermann, Andreas, “Sentenza 238/2014 of the Italian Constitutional Court and the International Rule of Law”, KFG Working Paper Series, No.15 (2018).
Kunz, Raffaela, “The Italian Constitutional Court and ‘Constructive Contestation’ ”, Journal of International Criminal Justice, Vol. 14, No. 3(2016).
Lord Lloyd-Jones, “Forty Years On: State Immunity and the State Immunity Act 1978”, 68(2) International and Comparative Law Quarterly(2019).
Mills, Alex, “Rethinking Jurisdiction in International Law,” 84(1) British Yearbook of International Law(2014).
Whytock, Christopher, “Foreign State Immunity and the Right to Court Access”, 93(6)

Boston Univ. L. Rev.(2013).

3. 그 외의 자료

국회 의안정보시스템 웹사이트
(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_M2Q1R0F8A1R2H1L7C2Y0C0T9Q4X0R9&ageFrom=21&ageTo=21)(최종검색: 2021년 10월 20일).

최태현·이재민, 국제법(조약, 관습법)의 국내적 적용체계에 관한 연구, 법제처 연구용역보고서(2007).

International Commission of the Red Cross(ICRC), National Implementation Database by States, Italy, available at
https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=19B0BCFA4FD773A9C1257EBB002A1315&action=openDocument&xp_countrySelected=IT&xp_topicSelected=GVAL-992BUA&from=state (최종검색: 2021년 10월 20일).

【국문초록】

2021년 4월 21일 서울중앙지법 제15 민사부(재판장 민성철)는 일본군'위안부' 피해자들이 일본을 상대로 제기한 손해배상청구를 국가면제를 이유로 각하하였다. 이는 다른 일본군'위안부' 피해자들의 손해배상청구가 문제되었던 2021년 1월 8일 서울중앙지법 제34 민사부(재판장 김정곤)의 인용판결과는 반대되는 결론을 내린 것인데, 불과 몇 달 사이에 비슷한 사실관계에 대해 전혀 다른 판결이 내려졌다는 점은 흥미롭다. 이는 이 사건과 관련된 법리들이 그만큼 치열한 논쟁 가운데 있으며, 관련된 이익들의 형량이 그만큼 어렵다는 방증이기도 하다. 이 논문에서는 국가면제로 인한 재판청구권 제한이 대한민국의 헌법질서에 부합하는지에 대하여 1월 8일 판결과 4월 21일 판결을 비교하여 살펴보았다. 이를 위하여 2001년 유럽인권재판소의 *Al-Adsani* 판결, 2012년 ICJ 판결의 다수 및 소수의견, ICJ 판결의 국내적 수용과 관련된 2014년 이탈리아 헌법재판소의 판결의 관련 부분을 검토하였다. 유럽인권재판소의 경우 재판청구권 침해여부의 판단에 있어서 완화된 비례성심사를 하고 있으며, ICJ 판결은 국제관습법에 따른 국가면제와 피해자의 재판청구권과의 형량을 부인하면서, 국가면제규칙이 피해자의 재판청구권을 침해하는지에 대해서는 판단하지 않았다. 2014년 이탈리아 헌법재판소의 판결은 일반적으로 승인된 국제규범의 국내적 수용을 규정한 헌법 제10조 및 EU법 적용에 대한 대항한계이론에 근거하여, 이탈리아 헌법의 기본원칙인 피해자의 실효적 사법보호를 정당화하는 우월한 공익이 발견되지 않음을 이유로, ICJ 판결의 국내적 수용을 거부하였다. 이후 우리나라 헌법상 국가면제에 관한 국제관습법의 국내적 수용과 관련하여 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계를 살펴보고, 그 규범통제 방법을 검토하였다. 또한 헌법상 재판청구권의 위헌심사기준을 살펴본 후, 이를 토대로 1월 8일 판결 및 4월 21일 판결의 타당성을 검토하였다. 1월 8일 판결의 경우에는 합헌적 해석을 통하여 국가면제에 관한 국제관습법이 헌법을 최상위로 하는 법질서에 부합하지 않음을 근거로 국가면제의 예외를 인정하였는데, 그 결론은 2014년 이탈리아 헌법재판소 판결과 같은 선상에 있다고 볼 수 있다. 그러나 이

러한 결론을 이끌어낸 논증과정에서 국제관습법과 민사관습법의 차이를 간과하였다는 아쉬움이 있다. 또한 4월 21일자 판결은 중대한 인권침해 시 국가면제의 국제관습법의 적용에 대해 위헌심사기준을 적용한 헌법판단을 하여 합헌으로 결론을 내렸다. 그러나 동 판결은 형식상 비례성 심사를 하고 있지만, 실질적으로는 매우 완화된 심사를 하고 있다고 보이는데, 재판청구권은 그 행사를 통해 보호하고자 하는 실체적 기본권을 고려하여 위헌심사기준을 정할 필요가 있으므로, 엄격한 심사기준을 적용할 필요가 있다. 이에 따라 해당 사안을 판단한 결과, 목적의 정당성 및 수단의 적정성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 충족하지 못하므로 위헌이라는 결론을 내렸다. 따라서 일본이 제2차 세계대전 중 범한 반인도범죄에 대하여 국제관습법상 국가면제를 인정하는 것은 피해자들의 재판청구권을 침해하는 것으로서 대한민국의 헌법질서에 부합하지 아니한다고 보는 것이 타당하다고 판단된다.

【Abstract】

Constitutional Judgment of Court in Case of Restrictions on the Right to Access to Justice Due to State Immunity

Song, Esther
(Full-time Researcher, Legal Research Institute of Korea University, Ph.D., Attorney in New York)

On April 21st, 2021, the 15th Civil Division of the Seoul Central District Court dismissed the claim for compensation against Japan by Japanese military “comfort women” on the ground of state immunity. This is a contrary conclusion to the judgment by the 34th Civil Division of the Seoul Central District Court on January 8th, 2021, in which other “comfort women” victims’ claims for damages were addressed. Interestingly, in a few months, completely different judgments were made on similar facts. Hence, the legal issues related to these cases are in the midst of a fierce debate, and balancing the related interests is quite difficult. This article, comparing the January 8th and the April 21st judgments, examines whether the restriction on the right to access to justice due to state immunity under customary international law conforms to the constitutional order of the Republic of Korea.

In this regard, in the judgment of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani case (2001), the majority and minority opinions of the International Court of Justice(ICJ)’s judgment in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (2012), and the

judgment of the Italian Constitutional Court related to the domestic implementation of the ICJ judgment (2014) were reviewed. Then, the hierarchy of customary international law in the Korean legal order and standards of constitutional review for the right to access to justice were examined. Based on these findings, constitutional review in the January 8th and the April 21st judgments was examined. The results showed that the conclusion of the April 21st judgment would not be supported, and granting Japan state immunity under customary international law for the violations of jus cogens during World War II constitutes an infringement of victims' right to access to justice. Thus, it should be regarded as inconsistent with the constitutional order of the Republic of Korea.

주제어(Keywords) : 국가면제(state immunity), 주권면제(sovereign immunity), 관할권, 재판권(jurisdiction), 위안부(comfort women), 재판청구권, 재판을 받을 권리, 사법에의 접근(access to justice), 위헌심사기준(standards of constitutional review), 헌법판단(constitutional judgment), 강행규범(jus cogens), 중대한 인권침해(serious human rights violations)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.53

수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론*

- 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -

이 정 원**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 수사지휘 법제의 현황 및 개관
1. 수사지휘의 개념
2. 수사지휘 법제의 범위 획정
3. 수사지휘 법제의 구조와 형태
Ⅲ. 수사지휘 당사자와 해석론
1. 지휘주체
2. 지휘객체
3. 유형화
Ⅳ. 나오며

Ⅰ. 들어가며

최근 사회적으로 이목을 끄는 형사(刑事)사건에서는 한결같이 “수사지휘”라는 용어가 언급된다. 언론에서는 일반적 수사지휘의 모습[1]을 보도하면서 수사지휘의 소극적 측면[2]과 적극적 측면[3]에 대해 문제의식을 드러내

---

* 본 논문은 필자가 소속된 국가기관(경찰청)의 공식 입장과는 무관하며, 개인의 견해임을 밝힙니다.

** 경찰청 경찰인재개발원 교수요원, 경찰대학 강사, 변호사, 법학박사.

1) NEWSIS, 文 “공군 중사 성폭력, 최고 상급자 포함 지휘라인 엄중 처리”(종합), 2021. 6. 3.; 연합뉴스, 문대통령, 女부사관 사건 엄정수사 지시…“최상급자까지”, 2021. 6. 3.; 조선일보, 김 총리, 국방장관에게 “공군 성폭력 사건 철저히 수사” 지시, 2021. 6. 2.; 세계일보, 서욱 장관, 공군 여성 부사관 사망사건 공군서 국방부로 이관 지시, 2021. 6. 1.; 머니투데이, “무관용 수사해야” 이성용 공군총장, ‘뒷북 지시’ 논란, 2021. 6. 3.; NEWSIS, 공군참모총장 “성범죄, 상급부대 수사기관 신속 이관하라”, 2021. 6. 3.

2) 동아일보, “수사지휘 아닌 수사무마” 이성윤 기소로 靑-檢 대결 본격화, 2021. 5. 15. ; MBC, ‘고유정 수사 지휘’ 박기남 전 제주동부경찰서장 ‘견책’ 징계, 2020. 1. 22.; YTN, 민주당 “군 사법체계 개혁”...국민의힘 “지휘 책임부터”, 2021. 6. 5.; NEWS1, ‘이용구

고 있다. 전자는 수사지휘의 부작위 또는 미흡함이 문제가 되는 경우이고, 후자는 적극적 수사지휘의 부당함이 지적되는 경우들로 어느 측면이든 각각 논란의 중심에 있다. 최근 법무부장관의 검찰총장에 대한 수사지휘가 논란을 불러일으켰지만, 양자 간의 갈등현상과 지휘의 내용에만 주목하였을 뿐이다. 정작 그 배경에 위치한 수사지휘 관계법령에 대한 분석과 그것을 둘러싼 법적문제에 대한 고찰은 이뤄지지 않았다.

지금까지 형사사법 실무에서 수사지휘는 활발히 이뤄져 왔고 그와 관련된 문제제기는 난립하고 있는 반면, 그것을 공법적 차원에서 이론적으로 설명하거나 체계화한 연구는 부족해 보인다. 현존하는 수사지휘 전체를 거시적으로 조망하면서 통일적으로 해명하려는 시도는 미흡하고 수사지휘의 주체에 따라 부분적·파편적으로 논의가 이뤄지고 있을 뿐이다. 때문에 학계에서의 논의와 실정법 규정은 일치하지 않는다. 그간 현실에서는 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘가 주로 문제되어 왔지만, 2021년 수사권조정을 통해 사정변경이 생겨났다. 즉 검사의 수사지휘가 원칙적으로 폐지되었고, 그에 따라 경찰조직 내 상급행정기관 또는 상급자가 행하는 수사지휘가 주목받기 시작하였다. 이처럼 수사지휘 논의의 중요성에 비해 연구문헌의 축적과 이론적 접근시도가 많지 않다는 점은 이론과 실천의 간격이 크다는 방증이다. 필자의 문제의식은 이 지점에서 출발하였다.

수사지휘에 관한 학계의 논의를 살펴보면, 주로 형사법학계에서 검사의 권한으로 인정되어 온 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘(이하 '검사 수사지휘'라 함)가 주목받아 왔음을 확인할 수 있다. 그런데 "수사지휘"의 개념에 대해서는 명시적인 법적 정의도 없는 상태이며 학계에서도 그 의미가 합의되지 않은 것으로 보인다. 따라서 논의되는 영역과 상황에 따라, 또 학자들에 따라 다양한 개념으로 이해되고 있다.[4] 게다가 형사법학계에서 논의된

폭행사건' 서초서 과장·팀장 수사심의위 회부.. "지휘감독 소홀", 2021. 6. 9. ; 경향신문, 경찰, '이용구 사건' 재발 방지 위해 중요 내사사건 시·도경찰청이 수사지휘, 2021. 6. 9.; 문화일보, 서면 지휘 원칙 안지켜 부실 수사 키웠다, 2021. 6. 7.

3) 중앙일보, "김학의 진상규명, 수사 지휘 아닌 당부" 文 이례적 답변서, 2021. 5. 12.; NEWSIS, 김오수 총장, 첫 출근.. "김학의 사건, 수사지휘 않겠다"(종합), 2021. 6. 1.; NEWS1, 박범계 "공소장 유출, 위법 소지 크다"..수사지휘 나서나, 2021. 5. 21.; 국민일보, "진정한 검찰개혁 말하는 사건… 지휘 빙자한 수사무마 없어야", 2021. 5. 11.

수사지휘에 관한 연구들도 검사 수사지휘 분야에만 집중되어 있다. 반면, 경찰조직 내 상급 경찰기관이 하급 경찰기관에 명하거나 단일한 경찰기관 내에서 상급경찰관이 하급경찰관에 명하는 수사지휘(이하 '경찰 수사지휘'라 함)를 비롯하여[5] 그 밖의 수사기관에서 확인되는 수사지휘(이하 '특사경 수사지휘'라 함) 유형에 관한 연구들은 간헐적이고 산발적으로 확인될 뿐이다.[6] 본 논문에서 언급되며 분석대상이 되는 법무부장관의 검찰총장에 대한 수사지휘(이하 '법무부장관 수사지휘'라 함)는 논의의 분야와 지점조차 분명하지 않았으며, 무엇보다 공법적 시각에서의 접근과 그 시도는 소홀하였음을 알 수 있다.

우리의 현행 법제를 확인하면 수사지휘의 개념, 주체와 객체, 내용, 형식, 방법, 시기 등에 관해 체계적으로 입법된 단행법률이 존재하지 않는다. 개별법에서 산발적으로 수사지휘를 할 수 있는지 여부만을 규정하고 있으며, 세부 내용에 관한 직접적이고 명시적인 법률 규정들은 찾아 볼 수 없다. 수사기관의 내부적 행정규칙 또는 지침 차원에서 수사지휘에 관한 규정들이 일부 발견되지만,[7] 입법자에 의해 추상적·일반적으로 정립된 형식적 의

---

4) 현실에서는 수사 '지휘'가 '당부', '지시', '공문하달' 등의 행위와는 구별되는 개념으로 이해하고 있는 듯하다.

5) 박동수, 경찰 수사지휘권의 근거와 그 행사에 관한 연구, 한국경찰연구 12(4), 한국경찰연구학회, 2013, 119-148; 정세종, 경찰조직내 수사지휘에 관한 법적 쟁점과 논평, 한국공안행정학회보 84, 한국공안행정학회, 2021, 247-273

6) 이근우, 검·경 수사지휘 논의에서 잊힌 문제 - 특별사법경찰관리에 대한 수사지휘-, 형사정책 30(2), 한국형사정책학회, 2018, 233-261

7) 수사지휘에 관해서는 수사기관마다 개별적 행정규칙이 발견되는 바, 명시적 수권조항을 통한 법률유보가 없는 자체 훈령이라는 점을 고려하여 이하의 논의에서 필요한 경우 선별적으로 발췌하여 그때마다 검토한다. 나열하면 경찰청 훈령 차원으로 규정된 「범죄수사규칙」에서는 '제2절 수사의 조직' 편장에서 수사지휘에 관한 많은 상세한 규정들을 두고 있다(제16조-제36조). 해양경찰청 훈령인 「종합수사지휘본부 운영규칙」에서는 수사활동을 지휘통제, 조정 및 감독하기 위한 종합 수사 지휘본부의 설치와 운영에 관한 사항을 규정하고 있다. 대검찰청 예규인 「검사의 이의제기 절차 등에 관한 지침」(이하 '검사이의제기지침'이라 함)에서는 검찰청법 제7조 제2항에 따른 검사의 이의제기 절차를 상세히 규정하고 있다. 검찰청법 제7조 제2항("검사는 구체적 사건과 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다")에서는 명시적인 수권조항은 없고 단지 이의를 제기할 수 있다는 선언적 문언만 존재하기 때문에, 필자는 「검사의 이의제기 절차 등에 관한 지침」의 제정취지(제1조)에도 불구하고 행정규칙으로 분류하고 있다. 「검찰 의사결정 과정에서의 지휘·지시 내용 등 기록에 관한 지침」(이하 '검찰지휘기록지침'이라

미의 법률은 아니라는 점에서 한계가 있다. 즉 수사지휘에 관해 헌법상 명문의 규정은 존재하지 않고, 일반적 성격의 기본법도 없다는 결론에 이른다.

본 논문의 목적은 그간 주목받지 못했던 수사지휘에 관한 현행 법제를 공법적 시각에서 분석한 후 합리적 해석론을 전개하는 것이며, 시론(試論)적 성격을 가진다. 공법현실에서 실천되고 있는 수사지휘에 관하여 관련 법령과 경험사례에 주목한 후 그에 대한 이론적 접근과 해명을 시도하는 작업에 해당한다. 수사지휘 관련법제의 총합을 분석하여 문제상황을 정리하고 문제의식의 각성을 통해 학문적 관심을 촉구하면서 후속연구의 방향제시도 병행한다. 이를 통해 국가의 통치기능 가운데 하나이자 헌법상 행정권의 발동과정에 위치하고 있는 수사지휘에 주목하여 관심을 환기하고, 공법적 논의의 대상으로 본격화하여 그 이론과 실천의 "상호참조"를 확인할 수 있다. 이는 향후 본 논문을 바탕으로 하는 후속연구의 시금석 역할을 하면서도 기초자료로 활용하려는 부수적 목적도 달성할 수 있을 것이라 본다.

현행 법제상 각 수사기관을 중심으로 이뤄지는 수사지휘의 모습들을 주목하면서 구체적 모습을 포착하고, 그 총합을 분석하여 일반적 특징을 도출하는 형태의 연구방법을 채택하고자 한다. 이를 위해서는 수사기관을 둘러싼 현행 조직법적 근거 법률들을 개별적으로 살펴보면서 규정실태를 분석한다. 이렇게 법률들을 개관할 수 밖에 없는 이유는 그 간 공법적 차원에서 현존하는 수사지휘 전체를 관통하여 설명할 수 있는 이론이 개발되지 않았고, 그에 관한 대표적인 연구문헌을 찾을 수 없기 때문이다. 본 논문에서는 오래된 교과서를 끄집어내어 관련 이론과 학설을 확인하고, 이를 통해 잊혀지거나 간과된 논의들에 주목하고자 한다.[8] 결국 본 논문에서 이러한

함)에서는 상급자 및 대검찰청의 지휘·지시 등을 기록하고 관리하는 방식과 절차를 규정하고 있다. 그 밖에도 수사지휘에 관한 규정은 아니지만 지휘의 '상황'적 요소와 '장소'적 요소에 특별히 주목하여 제정된 것이 있다. 「재난 및 안전관리 기본법」 및 같은 법 시행령에서 위임된 사항 및 그 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 「긴급구조대응활동 및 현장지휘에 관한 규칙」이 그것이다. 해당 부령에서는 긴급성과 현장성을 고려하여 총 42개의 상세한 규정들을 마련해 두고 있다. 한편, 이러한 행정규칙들도 향후 수사지휘에 관한 구체적이고 체계적 입법과정에서 하나의 시안(試案)으로서 활용될 수 있다는 점에서는 나름의 의미가 있다. 이들 행정규칙들을 재해석하고 비교분석하는 작업 또한 중요하지만, 본 논문의 목적과 분량을 고려하여 별도의 연구에서 수행하기로 하고 별도로 다루지 않기로 한다.

기초작업을 처음 수행하는 것으로 이해된다. 최근의 공법현실과 공법실천을 드러내기 위해 언론보도된 자료를 추가적·보충적으로 활용하였다.[9]

분석결과는 개별 구체적 규정들의 일반적 준거를 형성하게 되고, 규범 상호간 비교대조를 가능하게 하여 향후 입법 가능한 범위를 넓혀줄 수 있다. 입법이 발달하지 않은 영역에서 수사지휘에 관한 쟁점이 현출되었을 때 논의의 시작점을 알기 쉽게 해 주며 적절한 시사점을 찾을 수 있다는 장점

---

8) 본 논문에서 주로 참고하는 문헌은 행정법 교과서로 삼았으며 그 이유는 다음과 같다. 본 논문을 작성하면서 필자가 수행한 1차적 문헌조사에 의하면, 현재 공법학계에서는 행정조직법에 관한 논의가 충분하지 않은 것으로 보였다. 헌법학계에서는 일부 국가조직론에 관한 단행본이 발견되지만, 행정조직의 문제에 특별히 주목하지 않은 채 통치구조 혹은 법치국가원리와 관련하여 권력분립원칙에 대해서만 집중적인 논의가 형성되어 있는 상황이다. 행정법학계에서는 행정법 교과서에 해당하는 단행본에서 그 설명적 논의로 찾아볼 수 있다. 주로 「행정법Ⅱ」, 「행정법(하)」와 같은 분류체계에서 별도로 '행정조직법'의 영역에서 일정한 서술분량을 할애하고 있다. 필자가 본 논문을 작성하기 위해 확보하고 인용한 문헌은 다음과 같다(가나다 順). **김남철**, 행정법 강론, 박영사, 2020, 958-986; **김도창**, 일반행정법론(하) (신고제4전정판), 청운사, 1993, 43-118; **김동희**, 행정법Ⅱ (제25판), 박영사, 2019, 3-44; **김연태/김남진**, 행정법Ⅱ (제24판), 법문사, 2020, 3-43; **김유환**, 현대행정법 (전정판), 박영사, 2021; **김철용**, 행정법 (전면개정 제10판), 고시계사, 2021, 751-796; **김향기**, 행정법개론 (제14판), 탑북스, 2021, 732-759; **류지태/박종수**, 행정법신론 (제18판), 박영사, 2021, 775-819; **박균성**, 행정법론(하) (제18판), 박영사, 2020, 3-59; **박윤흔**, 최신 행정법강의(하), (개정27판), 박영사, 2001, 3-86; **석종현/송동수**, 일반행정법(하) (제13판), 삼영사, 2013, 3-73; **석종현**, 일반행정법(하) (제11판), 삼영사, 2005, 3-75; **설계경/김기재**, 행정법학(하), 법률출판사, 2006, 3-37; **유상현**, 행정법Ⅱ, 형설출판사, 2002, 46-104; **윤세창/이호승**, 행정법(상) (제3개정판), 박영사, 1993, 579-640; **이명구**, 신고 행정법학(하), 대명출판사, 1977, 240-251; **이상규**, 신행정법론(하), 법문사, 1988, 37-109; **장태주**, 행정법개론 (제9판), 법문사, 2011, 963-998; **정하중**, 행정법개론 (제11판), 법문사, 2017, 873-911; **정형근**, 행정법 (제7판), 피앤씨미디어, 2019, 709-730; **조연홍**, 한국행정법원론(하), 형설출판사, 2005, 35-104; **조정환**, 행정법(하) (제3판), 진원사, 2011, 3-71; **최정일**, 행정법의 정석(행정법Ⅱ) (제2판), 박영사, 2010, 3-62; **하명호**, 행정법 (제2판), 박영사, 2020, 697-703; **한견우/최진수**, 현대행정법, 세창출판사, 2011, 707-425; **홍정선**, 행정법원론(하) (제28판), 박영사, 2020, 4-55; **홍준형**, 행정법 (제2판), 법문사, 2017, 1073-1120. 그 밖에 행정조직법에 관련된 전문서적으로는 유진식, 행정조직법의 이론과 실제, 전북대학교출판문화원, 2020; 김소연, 독립행정기관에 관한 헌법학적 연구, 경인문화사, 2013; 한편, 헌법 교과서로서 국가조직론에 관해 참고한 문헌으로 **김백유/권수진**, 국가조직론, 한성, 2017; **장영수/김수갑/차진아**, 국가조직론, 법문사, 2010; **장영철**, 국가조직론, 화산미디어, 2020

9) 이러한 언론보도 자료들은 학술 자료가 아니라는 지적과 함께 그 가치가 폄훼되거나 가치절하될 우려가 있다. 그러나 최신의 사례의 경우에는 그간 부득이 연구가 이뤄질 수 있는 시간적 여유가 없었다는 점을 고려하고, 학자와 연구자의 관심 밖의 영역이었기 때문에 연구의 부재 영역에서 발견되는 소중한 경험자료의 기록이라는 측면에서는 분석대상 또는 비교자료로서 활용될 나름의 가치가 있다고 생각한다.

이 있다. 나아가 법령개관에 따라 도출되는 쟁점들은 추후 수사지휘에 대한 헌법적 평가의 객체로 바라보면서 그 정당성 유무에 대한 검토를 수행하는 작업에서도 유용하게 활용될 수 있다.

본 논문은 종래 형사법학계에서 수사지휘를 둘러싸고 형사소송법과 결부되어 논의된 대부분의 선행연구와 비교하면 논의되는 학계의 분야와 검토되는 법률을 달리한다는 점에서 차별된다. 논의대상의 성격상 헌법상 행정권 발동을 다루는 헌법학계의 국가조직론 또는 통치구조 영역과 행정법학계의 국가조직법의 영역에서 이뤄졌던 논의를 살펴보아야 한다. 이러한 작업은 그간 소외되어 온 관심 분야에 대해 새로이 주목한다는 점에서도 의미가 있다. 이러한 연구는 공법학계에서 중점적으로 다뤄져야 할 새로운 논제를 제시함으로써 논의의 지평을 확장하는데 단초가 될 수 있다. 한편 법무부장관 수사지휘에 관한 논의는 다른 헌법기관간 수사지휘(예를 들면, 국방부장관의 각 군 참모총장에 대한 수사지휘,[10] 이하 '국방부장관 수사지휘'라 함)나 다른 국가기관의 내부적 수사지휘(예를 들면, 경찰 또는 특사경 수사지휘)에도 파생 또는 유추적용 할 수 있다는 점에서 본 논문에서 이뤄지는 논의들이 차용되고 확장될 수 있다고 본다.[11]

이하에서는 수사지휘의 개념을 서설적 차원에서 정의하고, 우리의 공법에서 수사지휘에 관한 규정을 살펴보며 분석대상을 획정한 후 법제의 구조와 형태를 개관한다(Ⅱ). 그런 다음 법제에서 지휘주체와 지휘객체의 쟁점

---

10) 헌법 제89조 제16호에서 "각군참모총장"의 존재를 인정하고 있고, 국방부장관은 헌법 제94조 "행정각부의 장"에 해당하므로 각 헌법기관에 해당한다. 관련된 공법현실의 최근 사례로 세계일보, 서욱 장관, 공군 여성 부사관 사망사건 공군서 국방부로 이관 지시, 2021. 6. 1.

11) 실제로 2021년 국방부장관 수사지휘를 규정한 군사법원법이 개정되었다. 이는 2021년 군(軍) 영역에서 여성 군인들이 군조직 내에서 성폭력범죄의 피해를 입은 사건이 연이어 발생하면서 드러난 문제점을 개선하기 위해 군 사법제도 개혁의 차원에서 군사법원법이 개정된 것이다(시행 2022. 7. 1. 법률 제18465호, 2021. 9. 24., 일부개정). 주요내용 중 하나로서 수사지휘권에 관한 규정을 개정하였다. 종전에는 장성급 장교가 지휘하는 부대에 보통검찰부를 설치하였으나 앞으로는 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 두는 것으로 변경하는 한편, 군검찰 수사의 독립성을 강화하기 위하여 국방부장관 및 각 군 참모총장은 군검사를 일반적으로 지휘·감독하고, 구체적 사건에 관하여는 소속 검찰단장만을 지휘·감독하도록 한 것이다(제36조, 제38조 및 제39조). 자세한 내용은 국가법령정보센터 제·개정이유 참조.

을 중심으로 구체적 검토를 통해 수사지휘를 둘러싼 해석론을 전개한다(Ⅲ). 마무리에서 요약정리 후 후속과제를 제시한다(Ⅳ).

Ⅱ. 수사지휘 법제의 현황 및 개관

1. 수사지휘의 개념

이하 이어지는 논의의 집중과 이해의 편의를 위해 서설적 차원에서 수사지휘의 개념을 정의할 필요가 있다. 그런데 헌법을 비롯한 개별법에서 '수사지휘'의 개념정의에 관한 명시적 규정은 발견되지 않는다. 정부조직법과 지방자치법을 비롯한 개별적 조직법에서는 지휘감독 권한에 대한 일반규정만 확인된다. 각 수사기관의 설치와 권한 및 사무를 배분하는 개별적 조직법에서도 "수사에 관한 지휘"와 같이 '수사'와 '지휘'를 명시적으로 결부하여 수사지휘의 권한을 분명하게 구분해 둔 입법례는 없는 것으로 확인된다. 학계에서도 통용되는 수준으로 인정될 수 있는 '지휘'의 개념정의는 존재하지 않는 것으로 이해된다.[12] 다만 종래 행정법학계에서는 행정조직법의 영역에서 감독권의 한 내용으로 훈령권을 지휘권과 같은 의미로 다루어 왔을 뿐이다.[13]

일부 연구에서 검사 수사지휘에 주목하여 형사소송법상 '지휘'라는 용

12) 예를 들어 1828년 경기도 관찰사의 지휘나 지시에 따라 수령이 형추(刑推)를 수행하는 모습을 표현하는 문헌에서도, '지휘'와 '지시'의 구체적 의미를 정의하지 않고 있으며, 지휘와 지시를 특별한 구별없이 혼용하고 있기도 하다. 심희기, 19세기 조선 관찰사의 사법적 행위의 실증적 고찰, 고문헌연구 58, 한국고문서학회, 2021, 196면 ("이곳에서는 1828년 3월과 4월에 걸쳐 경기도 관찰사의 지휘·지시에 따라(밑줄 필자) 영평현령(포천겸임)이 수행하는 형추의 모습을 생생하게 묘사하는 것이 목표이다.")

13) 김도창(주8), 82면 ("훈령권(지휘권)"); 김향기(주8), 747면 ("훈령을 발할 수 있는 권한을 훈령권 또는 지휘권이라 한다."); 박윤흔(주8), 50면 ("훈령권(지휘권)"); 석종현(주8), 35-36면 ("훈령은 상급관청이 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위하여 미리 발하는 명령을 말하며, 이 때 훈령을 발할 수 있는 권한을 훈령권 또는 지휘권이라 한다."); 윤세창/이호승(주8), 609면 ("훈령권은 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위하여 발하는 명령이므로 이를 지휘권이라고도 한다."); 이명구(주8), 247면 ("훈령권(지휘권)"); 이상규(주8), 76면 ("훈령을 발할 수 있는 권한을 훈령권(Anweisungsrecht) 또는 지휘권(指揮權)이라 한다."); 조정환(주8), 21면 ("훈령권을 지휘권이라고도 한다."); 최정일(주8), 42면 ("지휘권(훈령권)"); 홍정선(주8), 33면 ("훈령권은 지휘권이라고도 한다.")

어의 기원과 연혁에 관한 역사적 궤적을 추적해 보기도 하였다.[14] 프랑스 법제의 영향을 받았다고 평가되는 일본의 메이지 치죄법 이전 일본 정부의 사법성에 의해 제정된 사법직무정제(1871년)에서 검사의 지휘·감독권에 관한 규정이 발견되었다. 그 즈음부터 일본에서는 지휘(指揮)라는 용어가 규정되었고, 메이지 치죄법(1880년), 메이지 형사소송법(1890년)에서 그 용어 사용이 계속 이어진 후, 일제강점기 하 일본이 제정한 조선형사령(1912년, 조선총독부제령)에 의해 '지휘' 규정이 시행되면서 우리 형사절차에 지휘라는 용어가 등장한 것으로 확인된다. 그 후 제정 형사소송법(1954년)에서부터 현재의 형사소송법(2021년)에 이르기까지 계속하여 '지휘'가 사용되고 있다. 한편, 우리 헌법에서도 '지휘'라는 용어가 등장했던 시기가 있었다(제4호 헌법부터 제5호 헌법까지).

현행 법제와 법사학적 연구의 상황이 이러하다면 수사지휘에 관한 개념정의는 잠시 미뤄두고, 실제 서면을 통해 이뤄지는 행위의 외형적 표제인 "수사지휘"라는 문언에 주목해 본다. 이에 따르면 직관적으로 "수사사무에 관한 지휘"의 줄임말로 이해된다. 즉 수사사무를 본래적 사무로 처리하는 국가행정기관에 해당되는 '수사기관'이 수행하는 여러 활동 중에서 실질적 및 형식적으로 '지휘'에 해당하는 행위를 의미할 것이다. 사전적 의미의 지휘는 "목적을 효과적으로 이루기 위하여 단체의 행동을 통솔함"으로 정의되고, 명령·지시, 훈령 등과는 유사하지만 구별되는 개념으로 이해된다.[15] 이러한 지휘의 개념이 '수사(搜査)'와 결합하여 사용되고 있는 것이다.

---

14) 본 문단은 손영조, 검사의 수사지휘, 용어에 대한 연혁적 비교 연구, 경찰학연구 17(3), 경찰대학, 2017, 35-58을 간략히 요약한 것이다. 해당 연구에서는 한자문화권 국가의 형사절차에서 수사에 대한 검사의 지휘라는 용어를 비교분석하였다. 그 결과 '지휘'라는 용어가 우리나라·일본·대만에서만 발견되고, 북한·중국에서는 발견되지 않는다는 결론을 내리고 있다.

15) '명령'의 사전적 의미는 "윗사람이나 상위 조직이 아랫사람이나 하위 조직에 무엇을 하게 함"이고, 공법의 영역에서는 공법적 의무를 부과하여 국민의 사실상의 자유를 제한하는 처분 또는 대통령령, 총리령, 부령 따위를 말한다. '지시'의 사전적 의미는 "일러서 시킴"이고, 공법의 영역에서는 상급 기관이 하급 기관에 대하여 개별적이고 구체적으로 발하는 행정 규칙을 의미한다. '훈령'의 사전적 의미는 상급 관청에서 하급 관청을 지휘감독하기 위하여 명령을 내림을 의미한다. '예규'의 사전적 의미는 관청이나 회사에서 내부의 사무에 관한 기준을 보이기 위하여 정한 규칙을 의미한다(국립국어원 표준국어대사전 참조).

한편, 여러 문헌에서 개별적으로 수사지휘의 개념정의를 시도한 내용들이 확인된다. 살펴보면 '경찰 내부 수사지휘'에 대해 "수사지휘란 수사의 개시로부터 수사의 종결에 이르기까지 각각의 단계에 있어서 하부로부터 보고를 받거나 그를 보고 들음으로써 수사수단의 옳고 그름에 대해 검토한 다음, 그에 필요한 지시를 내리고 주의를 주어서 수사의 진행을 적정수사라고 하는 궤도에 올리는 것을 말한다"고 정의한 문헌,[16] '검사의 수사지휘·감독권'을 "사법경찰관의 독자적인 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하면서, 일반적 지침과 일반적·구체적 지시 등으로 조정·통제하고 의견 불일치가 생긴 경우 법률전문가인 검사의 의사가 우월하다는 의미"라고 정의한 문헌,[17] "검사의 수사지휘감독권은 사법경찰관의 독자적 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하면서, 법률 전문가인 검사가 일반적 지침과 일반적 또는 구체적 지시를 통해 사법경찰관의 수사활동을 법적으로 조정통제하고, 둘 사이에 의견의 불일치가 생긴 경우 검사의 의사가 우월하다는 의미"라고 정의한 문헌[18]이 있다.

그런데 종래 이러한 수사지휘에 대한 개념은 수사지휘라는 전체 행위에 비교하면 개별적인 수사지휘에만 주목하여 설명하고 있다. 이는 현존하는 수사지휘 전체를 관통하여 공통적으로 적용할 수 없는 한계가 있으며, 일부 견해는 지휘와 감독을 분별하지 않고 뭉뚱그려 정의하였다는 점에서 '지휘'의 정확한 개념을 정의하지 못한다는 비판이 가능하다.

따라서 본 연구에서는 공법적 차원에서의 논의임을 고려하여 수사지휘의 개념을 다음과 같이 정의하고자 한다. 「(ⅰ) 헌법상 행정권 발동을 통해 감행되는 침익적 작용인 범죄수사와 관련하여[19] (ⅱ) 행정주체의 의사를 결

16) 조국/김준호, 경찰 내부 수사지휘의 합리적 운용방식에 대한 연구 - 일본의 수사지휘 제도와 그 시사점을 중심으로 (경찰청 연구과제), 경찰청, 2013, 1면. 그곳 각주1)에서는 이러한 수사지휘의 개념을 일본 문헌에서 참조하였음을 밝히고 있다.

17) 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 12면

18) 정웅석, 수사지휘에 관한 연구, 대명출판사, 2011, 8면; 정웅석, 검사의 직접수사의 개념과 수사지휘와의 관계 - 비교법적 관점에서 본 수사와 기소 분리의 허구성에 대하여 -, 형사법의 신동향 61, 대검찰청, 2018, 68면 주48에서는 사법경찰관에게 수사권이 있음을 나타내는 현행법을 분석하고 있다.

19) 이와 관련하여 행정법의 영역에서 발동된 집합금지 명령을 위반한 유흥주점을 단속하

정하는 행정기관이 (iii) 기본권주체에 대한 개별적·직접적·구체적 공권력 작용의 완결적 형성에 앞서 (iv) 그 작용의 행사여부와 형태·밀도·기간 등을 내용으로 하고 (v) 행정부 내 지휘주체가 지휘객체에게 일정한 행위의 작위 또는 부작위를 강제하는 효력이 있는[20] (vi) 행정주체 내부적 의사결정과 그 표시행위」

2. 수사지휘 법제의 범위 획정

직관적 해석을 통해 수사지휘는 수사기관을 중심으로 이뤄짐을 알 수 있다. 수사기관을 조직하는 개별 행정조직법을 검토하여 분석대상이 되는 조문을 발췌한다. 우리 헌법에서는 수사기관의 종류를 직접적으로 명시하고 있지 않으므로, 법률적 차원에서 현재 수사기관으로 규정되어 있는 '검사'와 '경찰'을 중심으로 살펴본다. 이들 수사기관은 각각 개별적 조직법의 근거를 통해 지역적 관할을 기준으로 상급 수사기관으로부터 중급 수사기관을 거쳐 하급수사기관으로 연결되는 하나의 계서질서를 형성하고 있다. 이러한 구조는 "각급 수사기관"[21]으로 조직되어 있는 것으로 평가된다. 이들 조직적 기관들은 지역적인 특수성, 행정수요, 다른 기관과의 관계 및 적정한 관

는 행위는 이른바 '행정지휘'로 볼 수 있을 것이며 수사지휘에는 해당하지 않는다. 이는 적법한 지휘권자의 행위가 있다고 하더라도 이는 수사지휘의 영역에 포섭될 수 없다. 관련 사례로는 **서울신문**, 이재명, 유흥주점 야간 '몰래영업' 직접 단속, 2021. 7. 23. ("경기도는 22일 밤 긴급 단속을 통해 집합금지 명령을 어기고 불법 영업 중이던 한 유흥주점을 적발했다고 23일 밝혔다. 이번 단속에는 이재명 경기지사가 직접 나서 현장을 지휘했다(밑줄 필자). ...(중략)... 긴급 점검은 이 지사와 40명의 담당공무원이 현장을 방문해 집합금지명령위반 여부 점검과 출입문 개방 협조 안내 뒤 사업장 내부에 대한 단속으로 이뤄졌다.")

20) 이러한 개념정의에 따르면, 법원 재판 중 법관의 소송지휘는 행정부 내 지휘(즉 헌법상 행정권 내부적 행위)가 아니므로 수사지휘의 개념에서 당연히 제외된다.

21) 예를 들면 경찰은 경찰법(제12조 제13조)에 의거 경찰청 - 시·도경찰청 - 경찰서 순으로, 검찰은 검찰청법(제2조, 제3조)에 의거 대검찰청 - 고등검찰청 - 지방검찰청 - 지청으로 단계적으로 조직되어 있다. 한편, "각급 수사기관"이라는 표현은 최근 개정된 국가정보원법(제5조 제3항)에서 발견된다.
제5조(국가기관 등에 대한 협조 요청 등) ③ 국정원은 제4조제1항제1호나목부터 라목까지에 관한 직무수행과 관련하여 각급 수사기관과 정보 공조체계를 구축하고, 국정원과 각급 수사기관은 상호 협력하여야 한다. (밑줄 필자)

할구역 등을 고려하여 “특별지방행정기관”(정부조직법 제3조)의 형식으로 설치되어 있으며 일반적으로 국가사무인 범죄수사사무를 지역적으로 구분하여 국가의 지방행정기관을 통해 실천하는 것으로 이해할 수 있다.[22] 예를 들면 시·도 경찰청(서울특별시경찰청, 경기도남부경찰청 등), 경찰서, 고등검찰청, 지방검찰청과 같다.

헌법에서는 “검사”를 명시하고 있는 바(제12조 제3항, 제16조),[23] 법률적 차원에서는 헌법상 검사를 4종류로 구별하고 있다.[24] 구체적으로 ㉮일반적인 의미로 언급되는 검찰청법의 적용을 받는 ‘검찰청검사’, ㉯ 군사재판 영역에서 군사법원법의 적용을 받는 ‘군검사’, ㉰ 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(이하 ‘공수처법’이라 함)의 적용을 받는 ‘공수처검사’, ㉱ 특별검사의 임명 등에 관한 법률(이하 ‘특별검사법’이라 함)의 적용을 받는 ‘특별검사’가 그것이다. 이들 검사들은 모두 근거법률에 의해 수사권을 보유하고 있다.[25] 공수처검사와 특별검사는 다른 검사들과 비교하면 독립행정기관으로 평가되며 강한 독립성을 지니는 반면, 검찰청검사와 군검사와 다르게 소속 특별지방행정기관을 두고 있지 않다.[26] 검찰청, 군검찰,

---

22) 김남철(주8), 985-986면; 김도창(주8), 117면; 김동희(주8), 43-44면(“특별지방행정기관이란 특정 중앙행정기관에 소속되어 그 기관의 소관사무의 일부를 관장하는 지방행정기관을 말한다.”); 김철용(주8), 789면; 김향기(주8), 758면; 류지태/박종수(주8), 817면; 박균성(주8), 15면; 박윤흔(주8), 80면; 석종현(주8), 75면; 설계경/김기재(주8), 32-33면; 유상현(주8), 99-100면; 윤세창/이호승(주8), 640면; 이명구(주8), 251면; 이상규(주8), 107-109면; 장태주(주8), 996-997면; 정하중(주8), 910면; 조연홍(주8), 100면; 조정환(주8), 66면; 최정일(주8), 62면; 홍정선(주8), 47-48면 (“특별지방행정기관이란 특정의 중앙행정기관에 소속하면서 당해 관할구역 내에서 그 특정의 중앙행정기관의 권한에 속하는 사무를 그 특정의 중앙행정기관의 지휘·감독하에 수행하는 국가의 지방행정기관을 말한다. 특별지방행정기관과 보통지방행정기관은 관장하는 사무의 내용, 지휘·감독청이 상이하다.”); 홍준형(주8), 1116면

23) 한편 우리 헌법은 “검찰총장”의 존재도 인정하고 있다(제89조 제16호). 다만 검찰총장은 반드시 검사에 해당해야만 하는지에 관해 신분적 요건은 규정하고 있지 않다. ‘임명’에 의해 공직이 개시됨을 명시하고 있을 뿐이다.

24) 헌법상 “검사”와 관련하여 구체화 법률을 근거법률, 자격, 권한, 신분, 신분보장의 항목으로 비교한 문헌으로 이정원, 헌법상 영장주의에 관한 연구 - 구체화 및 체계화를 중심으로 -, 경북대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2020, 278-279면 참조

25) 검찰청법 제4조(검사의 직무), 군사법원법 제37조(군검사의 직무), 공수처법 제20조(수사처검사의 직무와 권한), 특별검사법 제7조(특별검사의 직무범위와 권한 등)

공수처는 기관 내 복수(複數)의 검사를 인정하고 있지만 특별검사는 단수(單數)의 검사만을 전제하고 있다. 본 논문에서는 이들 4개 유형의 검사를 설치하고 권한과 사무를 배분하고 있는 개별 조직법(검찰청법, 군사법원법,[27] 공수처법, 특별검사법)들을 검토한다.

헌법에서는 "경찰공무원"을 언급하고 있는 바(제29조 제1항), 경찰관직무집행법에 의해 경찰관의 직무범위로 범죄수사가 인정된다(제2조 제2호). 그런데 법률적 차원에서는 경찰공무원의 신분(경찰공무원법)으로서 범죄수사를 수행하는 자(일반사법경찰)와 경찰공무원이 아니면서 범죄수사를 수행하는 자(특별사법경찰)를 각각 인정하면서 구분하고 있다. 일반사법경찰은 다시 해양에 관한 지역적 관할을 기준으로 이른바 '내륙'경찰과 해양경찰로 구분되고(「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」(이하 '경찰법'이라 함)과 「해양경찰법」[28]), 내륙경찰은 취급하는 사무의 유형에 따라 국가경찰사무과 자치경찰사무로 구분되고 있다(경찰법 제4조). 특별사법경찰은 여러 개별법과 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률(이하 '특사경법'이라 함)상 개별규정에 의해 법정되거나(제3조, 제4조) 검사장의 지명에 의해 인정되고 있다(제5조). 이 때 특별사법경찰이 소속한 기관의 종류에 따라 다시 구분될 수 있다. 정부조직법의 적용을 받는 국가행정기관으로서 중앙행정기관의 소속인 경우(예. 철도특별사법경찰[29]), 지방자치단체의 직속기관인 경우(예. 소방특별사법경찰[30]), 지방자치

---

26) 헌법재판소는 공수처가 "수사처는 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속되고 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 중앙행정기관"(밑줄 필자)에 해당한다고 판시하였다. 헌재 2021. 1. 28. 2020헌마264 등, 공보 제292호, 233 [전원재판부] 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률위헌확인 (공수처법 위헌확인 사건) 233면.

27) 본 논문에서 분석대상으로 삼은 군사법원법은 2021. 9. 24. 법률 제18465호로 일부개정되어 2022. 7. 1.부터 시행되는 법률로 특정하였다. 본 논문이 쓰여진 2021. 12. 31. 기준으로는 아직 시행되지 않은 법률이지만, 종래의 지휘권 규정을 개정하여 향후 시행예정이라는 점, 조문의 내용과 형태가 발전적 내용을 담고 있다는 점, 향후 본 논문의 활용성 등을 고려하여 현행 군사법원법이 아닌 시행예정인 군사법원법을 분석하게 된 것임을 밝힌다. 주요 분석대상 조문은 제38조(국방부장관의 군검찰사무 지휘·감독), 제39조(각군 참모총장의 검찰사무 지휘·감독), 제40조(군검찰사무에 대한 지휘·감독).

28) 정부조직법 제43조(해양수산부) ② 해양에서의 경찰 및 오염방제에 관한 사무를 관장하기 위하여 해양수산부장관 소속으로 해양경찰청을 둔다. (밑줄 필자)

단체의 보조기관인 행정기구인 경우(예. 산림특별사법경찰[31])가 그에 해당한다. 본 논문에서는 내륙경찰과 해양경찰을 설치하고 권한과 사무를 배분하고 있는 조직법(경찰법, 해양경찰법[32])을 검토한다. 한편 특별사법경찰에 관한 조직법들은 그 수(數)가 많지만, 수사의 지휘와 감독에 관한 별도의 특별규정들을 찾아볼 수 없으므로 특별사법경찰의 수사권을 규정한 일반적 규정에 해당하는 형사소송법상 관련 규정들을 중심으로 검토한다.[33]

현행법제에 의해 검사와 경찰공무원이 행사하는 수사권은 헌법상 행정권의 일환인 것은 분명한 바, 국가의 행정부에 관한 조직 설치 및 권한과 사무를 분배하는 기본법에 해당하는 정부조직법과 지방자치단체의 그것들에 관한 기본법인 지방자치법도 보충적으로 검토한다.

특별사법경찰관을 둘러싼 수사지휘에 관한 규정은 검사의 수사지휘에 따른 수명의무를 전제로 법무부령에 위임하고 있다. 그에 따라 제정된 법무

---

29) 헌법상 '각부장관'의 하나인 국토교통부장관 소속으로 철도특별사법경찰대가 있다(국토교통부와 그 소속기관 직제 제2조 제2항).

30) 지방자치법 제113조(직속기관) 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위 안에서 필요하면 대통령령이나 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 조례로 자치경찰기관(제주특별자치도에 한한다), 소방기관(밑줄필자), 교육훈련기관, 보건진료기관, 시험연구기관 및 중소기업지도기관 등을 직속기관으로 설치할 수 있다.

31) 지방자치법 제112조(행정기구와 공무원) ① 지방자치단체는 그 사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구(밑줄필자)와 지방공무원을 둔다.

32) 다만 해양경찰법에서는 소속 지방해양경찰청과 해양경찰서의 설치에 관한 명시적인 규정을 찾을 수 없다. 경찰법에서 시도경찰청과 경찰서의 설치를 직접 규정하고 있는 것과 비교하면 특이한 점으로 보인다. 다만 "각급 해양경찰기관"이라는 용어가 사용되는 바(제11조 제3항) 이를 통해 하부 해양경찰기관을 간접적으로 인정하고 있다. 그 상세는 해양경찰청과 그 소속기관 직제 [시행 2021. 2. 25.] [대통령령 제31495호, 2021. 2. 25., 일부개정]. 제26조(지방해양경찰청), 제30조(해양경찰서). 한편 우리 헌법에서도 "각급"이라는 단어를 사용하여 단계적 조직체계를 인정하고 있다. 제101조 제2항("각급법원"), 헌법 제114조 제7항("각급 선거관리위원회").

33) 2021. 1. 1. 시행되는 형사소송법에 의하면 검사와 사법경찰관의 관계는 협력관계로 규정되어 있다(제195조 제1항). 이러한 규정에만 주목하면 형사소송법은 본 논문에서의 분석대상으로 적절하지 않다는 지적도 가능하다. 그러나 일부의 수사사무에서는 종래와 같이 지휘관계가 잔존하고 있다. 즉, 원칙적으로 검사 수사지휘가 폐지된 것은 맞지만 예외적으로 검사 수사지휘가 개정되지 않은 영역이 있다. 구체적으로 검사의 사법경찰관에 대한 체포·구속·압수·수색영장의 집행지휘와 압수물 환부(가환부)지휘가 그것이다(제200조의6, 제81조제1항, 제201조의2제10항, 제81조, 제219조, 제115조). 이 점에서 여전히 경찰에 대한 검사의 수사지휘와 관련하여 형사소송법을 살펴볼 실익이 있다.

부령 「특별사법경찰관리에 대한 검사의 수사지휘 및 특별사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규칙」(이하 '특사경수사지휘규칙'이라 함) 제4절 수사지휘 편장에서 다수의 규정들을(제28조-제35조) 두고 있다.[34]

3. 수사지휘 법제의 구조와 형태

형식적 의미의 법률에 한정하여 수사지휘의 주체 중 수사기관의 장을 중심으로 지휘권한을 부여한 규정들을 발췌한 후 조문들(이하 "수사지휘규정"이라 함)을 정리하면 아래 표와 같다.[35]

〈표 1〉 수사기관 장의 수사지휘규정 (주체 중심)

주체	근거 법령	조건(요건)	객체 (사무 관할)	객체 (지휘 관할)	권한
법무부장관	검찰청법 제8조		검찰사무의 최고 감독자로서	일반적으로 검사를	지휘·감독하고,
		구체적 사건에 대하여는		검찰총장만을	지휘·감독한다.
검찰총장	검찰청법 제12조 제2항		대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 총괄하며	검찰청의 공무원을	지휘·감독한다.
고등검찰청장	검찰청법 제17조 제2항		그 검찰청의 사무를 맡아 처리하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.
지방검찰청장	검찰청법 제21조 제2항		그 검찰청의 사무를 맡아 처리하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.

34) 이들은 현재 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」(이하 '검경상호협력규칙'이라 함)으로 개정되기 전 구「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」(이하 '구 경찰수사지휘규칙'이라 함)과 내용상 매우 유사하다.

35) 이하 본론에서의 논의를 본 문단에서 선취한다는 측면에서는 이러한 표의 본문 제시가 논의의 자연스러운 흐름에 방해가 될 수 있다. 하지만 이하 논의에서 수차례 언급되며 활용되어야 하는 점을 고려한다면 이해와 조문간 비교대조의 편의를 향상시켜주는 반대 측면도 있다고 생각한다. 그로 인해 형식상 논문의 말미에 위치하는 부록(붙임)의 형태가 아니라 본문에 삽입하게 된 것이다.

주체	근거 법령	조건(요건)	객체 (사무 관할)	객체 (지휘 관할)	권한
지청장	검찰청법 제22조 제2항	지방검찰청 검사장의 명을 받아	소관 사무를 처리하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.
공수처장	공수처법 제17조 제1항		수사처의 사무를 통할하고	소속 직원을	지휘·감독한다.
공수처검사	공수처법 제20조 제2항	처장의 지휘·감독에 따르며		수사처수사관을	지휘·감독한다.
특별검사	특별검사법 제7조 제1항 제2호			제8조의 특별검사보 및 특별수사관과 관계기관으로부터 파견받은 공무원에	지휘·감독
국방부장관	(시행예정) 군사법원법 제38조		군검찰사무의 최고감독자로서	일반적으로 군검사를	지휘·감독한다.
		구체적 사건에 관하여는		각 군 참모총장과 국방부검찰단장만을	지휘·감독한다.
각군 참모총장	(시행예정) 군사법원법 제39조		각 군 검찰사무의 지휘·감독자로서	소속 군검사를	지휘·감독한다.
		구체적 사건에 관하여는		소속 검찰단장만을	지휘·감독한다.
군검사	(시행예정) 군사법원법 제40조	군검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘감독에 따른다.			
경찰청장	경찰법 제14조 제3항		국가경찰사무를 총괄하고 경찰청 업무를 관장하며	소속 공무원 및 각급 경찰기관의 장을	지휘·감독한다.
국가수사본부장	경찰법 제16조 제2항	「형사소송법」에 따른 경찰의 수사에		각 시·도경찰청장과 경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을	지휘·감독한다.
시·도 경찰청장	경찰법 제28조 제3항	수사에 관한 사무에 대해서는 국가수사본부장의 지휘·감독을 받아	관할구역의 소관 사무를 관장하고	소속 공무원 및 소속 경찰기관의 장을	지휘·감독한다.
경찰서장	경찰법 제30조 제2항	시·도경찰청장의 지휘·감독을 받아	관할구역의 소관 사무를 관장하고	소속 공무원을	지휘·감독한다
해양경찰청장	해양경찰법 제11조 제3항		해양경찰에 관한 사무를 총괄하고	소속 공무원 및 각급 해양경찰기관의 장을	지휘·감독한다.
수사	해양경찰법	「형사소송법」에 따		해양경찰청 소속	지휘·감독

주체	근거 법령	조건(요건)	객체 (사무 관할)	객체 (지휘 관할)	권한
부서의장	제15조의2 제1항	른 해양경찰의 수사에 관하여		공무원을 (대통령령[36]으로 정하는 바에 따라 : 각 지방해양경찰청장과 해양경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을)	한다.
지방 해양 경찰청장	해양경찰청과 그 소속기관 직제 제26조 제1항	해양경찰청장의 명을 받아	소관사무를 총괄하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.
해양 경찰서장	해양경찰청과 그 소속기관 직제 제30조 제3항	지방해양경찰청장의 명을 받아	소관사무를 총괄하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.
지방자치 단체장	지방자치법 제101조		지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄한다.		
	지방자치법 제105조			소속 직원을	지휘·감독하고
각행정 기관장	정부조직법 제7조 제1항		소관사무를 통할하고	소속 공무원을	지휘·감독한다.
	제7조 제4항	제1항과 제2항의 경우에 소속청에 대하여는 중요정책수립에 관하여		그 청의 장을	직접 지휘할 수 있다.
(역대 헌법상) 국무총리	제5호 헌법 제70조			행정각부를	지휘감독한다.
현행헌법상 국무총리	제10호 헌법 제86조 제2항		대통령을 보좌하며,		
		대통령의 명을 받아	행정에 관하여	행정각부를	**통할**한다

36) 해양경찰법 제11조제5항 단서에 따른 긴급하고 중요한 사건의 범위 등에 관한 규정 제5조(수사국장의 수사지휘·감독)

앞의 표를 참조하여 개개의 수사지휘규정을 살펴보면, 다음과 같이 두 가지 특징을 도출할 수 있다. 첫째, 수사지휘 법제는 지휘주체와 지휘객체를 중심으로 규정하고 있다. 둘째, 사무에 관한 부분과 지휘에 관한 부분이 함께 규정되어 하나의 조문을 구성하고 있다. 특히 후자의 경우는 수사지휘의 권한에 관해 외형적으로는 한개의 조문으로 입법되어 있어 이른바 '일원적' 형태로 규율되어 있지만, 실질적으로는 그 권한의 범위와 한계는 '다원적'으로 규율되고 있는 것으로 평가할 수 있다.

구체적으로 조문을 분석해 보면 소관 사무에 관한 권한을 우선적으로 부여한 후, 지휘감독의 인적 대상을 규정하고 있는 것으로 이해된다(예. "수사처수사관을", "소속 군검사를"). 그런데 세밀하게 살펴보면 계층적 대상(예. "각급 경찰기관의 장을", "각 시도경찰청장과 경찰서장")과 지역적 범위("관할구역의")도 개별적으로 규정되어 있음이 발견된다. 이러한 규정형태는 종래 행정법 교과서에서 권한의 범위와 한계에 관한 내용으로 논의된 이론이 개별적 권한의 규정에서 구체화 된 것으로 이해될 수 있다.

행정법학계의 논의를 살펴보면, 우선 권한(權限)과 관할(管轄)은 같은 의미로 이해하고 있다.[37][38] 그런 다음, 행정기관을 설치한 후 그 기관에게

---

37) 김남진/김연태(주8), 14면 ("행정청이 유효하게 직무를 수행할 수 있는 범위를 행정청의 권한 또는 관할이라고 한다."); 김도창(주8), 68면 ("행정관청이 법률상 유효하게 행정에 관한 국가행위를 할 수 있는 범위를 행정관청의 권한 또는 관할(competence, Zuständigkeit, Kompetenz)이라 한다."); 김동희(주8), 13면 ("행정관청의 권한(또는 관할, 직책, 직무)이란 행정관청이 법령상 행정주체를 위하여 그 의사를 결정하고 표시할 수 있는 범위를 말한다."); 김향기(주8), 735면; 박윤흔(주8), 31면 ("행정관청이 법령상 유효하게 국가의사 또는 판단을 결정·표시할 수 있는 범위를 행정관청의 권한 또는 관할(competence, Zuständigkeit, Kompetenz) 이라 한다....실정법은 '직무범위' 등의 용어를 사용한다."); 석종현(주8), 23면 ("행정관청의 권한은 행정관청이 법령상 유효하게 국가의사를 결정·표시할 수 있는 범위를 말한다. 이를 행정관청의 관할이라고도 한다."); 유상현(주8), 63면 ("행정관청의 권한이란 '행정관청이 법령상 행정주체의 의사를 결정하고 표시할 수 있는 범위'를 말한다. 실정법에서 직무범위라는 용어로 사용되고 있는 것이 행정관청의 권한이며, 흔히 행정관청의 관할이라고도 한다."); 이상규(주8), 56면 ("행정관청이 유효하게 국가의 행정을 할 수 있는 범위를 행정관청의 권한 또는 관할이라 한다."); 정하중(주8), 881면; 정형근(주8), 711면; 조정환(주8), 15면; 홍정선(주8), 16면 ("권한이란 조직의 단일체가 갖는 사무의 범위 내지 그 사무수행이 필요한 각종의 권능과 의무의 총체를 말한다. 직무권한이라는 용어가 사용되기도 한다."); 홍준형(주8), 1096면 ("행정관청의 권한은 실정법상 직무범위, 소관사무, 관할, 직무권한 등 다양한 용어로 표현되고 있다.")

38) 한편, 헌법은 '관할'(§110①②), '권한'(§77③, §88①, §89ⅹ, §107②, §110③, §118②,

부여하는 권한(관할)의 내용범위와 한계에 관해 설명하고 있다. 다만 학자에 따라 분류기준에는 다소 차이가 있다. 정리해보면 일반적으로 ① 사항적(내용적) 한계(사물관할, sachliche Kompetenz), ②지역적 한계(토지관할 or 관할지역, örtliche Kompetenz), ③ 인적 한계(persönliche Kompetenz), ④ 형식적 한계(förmliche Kompetenz), ⑤ 시간적 한계, ⑥ 심급상 권한(Instanzielle Zuständigkeit) 또는 계층적 권한, ⑦기능적 권한 등으로 구분하고 있다.[39]

대표적으로 사무관할 영역(위 '①')에 한정하여 살펴보면 "(대)검찰청의 사무", "수사처의 사무", "군검찰의 사무", "경찰청 업무", "보통검찰부에 관할권이 있는 군검찰사무" 라는 문언을 통해 기관이 담당하는 사무를 명시하는 기관중심형 사무를 규정하지만, "국가경찰사무" 또는 "해양경찰에 관한 사무" 라며 사무의 성격을 중심으로 규정하기도 한다. "관할구역의 소관사무"라며 지역적 구분을 통해 규정하기도 하고 "소관 사무"라며 포괄적으로 규정하기도 한다. 이러한 사무에 대해 "처리", "총괄", "관장", "통할"이라는 권한행사의 모습을 규정하고 있다.[40] 정리하면, 일반조직법 또는 개별조직법에서 지휘권한을 규율하면서 해당 기관의 사무배분과 연동하고 있는 입

부칙§6), '관장'(§111①)을 구별하고 있다. 또한 '소관사무'(§95), '직무범위'(§90③, §91③, §92②, §93②, §96, §100, §114⑦)라는 용어도 사용하고 있다.

39) 김남철(주8), 963면; 김도창(주8), 69-70면; 김동희(주8), 13-14면; 김남진/김연태(주8), 15-16면; 김철용(주8), 763-764면; 김향기(주8), 735-736면; 류지태/박종수(주8), 788-789면 ("특히, 계층적 권한, 기능적 권한"을 언급하고 있다.); 박균성(주8), 17-18면; 박윤흔(주8), 31-32면; 석종현(주8), 23-24면; 설계경/김기재(주8), 8-9면; 유상현(주8), 63-64면; 윤세창/이호승(주8), 604-605면; 이명구(주8), 243-244면; 이상규(주8), 37-59면; 장태주(주8), 974면; 정하중(주8), 881-882면; 정형근(주8), 712면; 조정환(주8), 17-18면; 최정일(주8), 35면; 하명호(주8), 687-688면; 홍정선(주8), 19면 ("심급상 권한 (Instanzielle Zuständigkeit)"); 홍준형(주8), 1096-1097면

40) 헌법적 측면에서 바라보면 국가가 수행하는 모든 사무와 과제들은 국민주권원리에서 기인하는 헌법상 권력들을 통해 수행된다. 그 중 헌법상 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다는 문언(제66조제4항)에 주목하여, 정부 산하의 계서질서를 이루며 많은 행정기관들의 설치를 통해 행정권에 속하는 국가사무의 배분과 그 배분사무의 처리에 관한 국가조직적 혹은 권력구조적 관점에서의 논의도 필요하다. 다만 본 논문은 수사'지휘'에 특별히 주목하고 있으므로 상세한 논의는 별도의 연구를 통해 다루고자 하며, 본 논문에서는 더 이상 언급하지 아니한다.

법형태는 사무범위와 지휘권을 결부하여 해석해야 하는 것으로 이해된다. 정리하면, 수사지휘권은 소관사무에 관해서만 인정되는 것으로 지휘권 행사의 권한범위를 확정하는 것이다.

한편 동일한 행정주체 내 계서질서를 전제로 한 지휘권 행사를 원칙적 모습으로 규정하고, 특수한 경우로서 계서질서 밖에 있지만 지휘권 행사를 인정하는 경우가 발견된다. 필자는 전자를 '직계지휘', 후자를 '방계지휘'라고 지칭하고자 한다.[41] 검찰과 경찰 간 수사권조정 입법에 따라 현재는 특별사법경찰에 대한 검사 수사지휘의 영역에서 이런 규정들이 존재하는 바,[42] 수사 및 법률의 전문성과 인적물적 인프라를 고려하고 수사지휘의 영역에서 검사의 우위성을 반영한 것으로 생각된다.

같은 행정조직에서도 상급행정기관의 중급 또는 하급행정기관에 대한 수사지휘를 비롯하여, 단일한 행정기관 내에서 상급자의 하급자에 대한 수사지휘로도 구분할 수 있다. 필자는 전자를 '기관장지휘', 후자를 '구성원지휘'라고 지칭하고자 한다. 이렇게 준별하는 실익은 우선 전자의 경우 기관위임, 후자의 경우 내부위임에 관한 법리가 주로 적용된다는 점이고, 또 행정

41) 이러한 용어는 행정조직법상 상·하관청간 관계를 설명하면서 "직계감독"과 "방계감독"이라는 개념을 활용한 것에 착안하였다(홍정선(주8), 32면). 실제 민법(제768조)에서도 직계혈족(자기의 직계존속과 직계비속)과 방계혈족(자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제자매의 직계비속)이라는 용어가 사용하고 있고 그 구조가 조직법상 계서질서와 비슷하다는 점도 고려한 것이다. 한편 이러한 인위적 용어정의는 다소 어색한 측면이 있음을 부인할 수 없다. 논문 심사과정에서도 "새롭게 용어를 정의함에 있어 논증이 다소 부족함 점"이 지적되었다. 수사지휘를 둘러싼 공법적 선행연구가 부족한 상황에서 이와 같은 독자적 용어정의가 불가피한 측면이 있었다. 지적사항은 필자의 계속되는 후속연구를 통해 보완하고자 한다. 익명의 심사위원님께 감사드린다.

42) 아래와 같이 전국의 특별사법경찰 연도별 현황을 살펴보면 매년 특별사법경찰의 수가 증가하고 있음을 알 수 있다(2015년 17,117명 → 2016년 19,095명 → 2017년 19,479명 → 2018년 20,771명 → 2019년 20,523명 → 2020년 22,031명). 자료출처는 법률신문, 대검, 특별사법경찰 현장 지원 강화, 2021. 8. 9.

〈표 2〉 특별사법경찰 현황(인원:명)

구분	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
중앙행정기관	9,204	10,026	11,088	11,530	11,529	15,115
지방자치단체	7,913	9,069	8,391	9,241	8,994	6,916
합계 (명)	17,117	19,095	19,479	20,771	20,523	22,031

법학계에서는 일반적으로 전자가 협의의 행정조직법의 영역에서 논의되는 반면 후자는 광의의 행정조직법에 속하는 '공무원법'의 영역에서 논의되고 있기 때문이다.[43]

Ⅲ. 수사지휘 당사자와 해석론

1. 지휘주체

(1) 일반적 모습

현실 사례에서 경찰청을 견제감시하는 국회 안전행정위원회 소속 국회의원이 지역구 내 파출소를 방문하여 수사지휘를 할 수 있는지 문제된 바 있고,[44] 2021년 자치경찰제 시행에 따라 새로운 경찰기관인 시도경찰위원회의 위원장이 파출소에서 수사지휘할 수 있는 권한이 있는지 생각해 볼 수 있는 계기가 있었다.[45] 이들 국회의원과 자치경찰위원장의 지위는 경찰사무와 밀접한 관계가 있음에도 왜 지휘권을 행사할 수 없는가? 이들에게는 법률에서 수사지휘권이 부여되지 않았기 때문이다. 즉 수사지휘권의 존부는 법정사항에 해당하기 때문이다. 정리하면, 법률에서 지휘권 부여가 규정되지 않으면 지휘권을 행사할 수 없고, 그럼에도 외형상 지휘권 행사가 존재하는 경우는 무효(경우에 따라서는 지휘의 부존재)로 보아야 할 것이다.

---

43) 김남진/김연태(주8), 355-357면; 김동희(주8), 166-168면; 박균성(주8), 310-313면; 홍정선(주8), 352-354면

44) 관련 사례로는 조선일보, 국회의원이 한밤중 불쑥 '바바리맨' 수사 지휘, 2015. 5. 11. ("신고 접수 뒤 유대운 의원이 지구대·조사현장 찾아와..." 수사 결과 보고하라" 지시… 경찰 서장에게까지 전화... 유의원 "지역구민 민원 때문"); YTN, 유대운 의원, 경찰서에서 "바바리맨 찾아내라", 2015. 5. 11.; 세계일보, 경찰 담당 국회의원 한밤중 지구대 찾아와 수사지휘, 2015. 5. 11.

45) 관련 사례로는 세계일보, 충남 초대 자치경찰위원장, 파출소 물컵 던지고 폭언 물의, 2021. 4. 3.; 이에 대해 경찰청 발간 자치경찰제 법령 해설서에 의하면 "시·도자치경찰위원회는 시·도경찰청장만을 자치경찰사무에 대해 지휘·감독할 뿐, 시·도경찰청 소속 공무원에 대해 시·도자치경찰위원회가 직접 지휘·감독할 수 없"다고 해석하고 있다(경찰청, 알기쉬운 자치경찰제 법령, 2021, 173면).

수사지휘규정을 확인하면 지휘권한의 부여방식은 법률유보이면서도 원칙적으로 '기관장 유보'의 방식을 채택하고 있음이 확인된다. 대부분의 규정들은 지휘권을 행사하는 주체를 중심으로 입법되어 있고, 그 중 각 기관의 장이 지휘권을 행사할 수 있는지 여부의 형태로 확인된다. 강학상 기능적 의미의 행정기관 중에서 행정청 또는 행정관청(의사기관)에게 부여되어 있는 것이다. 이처럼 권한이 부여되는 기관장들은 대통령에 의해 직접 임면되는 자로서 '인적 측면에서 민주적 정당성의 사슬'이 끊어짐 없이 이어지고 있는 대상자들에 해당한다. 그 중 일부는 국회의 인사청문회를 거치도록 하거나 탄핵대상자로 규정하여 민주적 정당성을 간접적으로 보완하기도 한다.

(2) 특수한 경우

행정각부의 장 중 일부 장관에게는 소속 청장에 대한 수사지휘권이 부여되고 있다. 검찰청법 제8조에 따른 법무부장관의 소속 검찰총장에 대한 수사지휘, 군사법원법 제38조에 따른 국방부장관의 소속 각군참모총장에 대한 수사지휘가 그것이다. 이들 주체와 객체들은 헌법의 명시적 문언에 따라 그 존재가 특별히 인정되고 있는 검찰총장과 각군 참모총장이라는 점이 특색이다(헌법 제89조 제16호). 다만 이처럼 개별적 법규의 존재가 입법자가 의도적으로 규정한 것인지, 외국법제의 계수 과정에서 종래 서구 또는 일본의 규정들을 답습한 것인지 여부는 현재 입법사적으로 명확히 규명된 바 없다.

한편 이러한 규정들은 정부조직법 제7조 제4항과 비교대조를 통해 그 의미를 더욱 부각시킬 수 있다. 이에 따르면 "행정각부의 장은 소속청에 대하여는 중요정책수립에 관하여 그 청의 장을 직접 지휘할 수 있"도록 규정하고 있는 바, 그 반대해석에 의하면 중요정책수립에 해당하지 않는 구체적 사건에 관한 경우는 그 청의 장을 직접 지휘할 수 없다는 것이 원칙적 태도로 해석된다. 그렇다면 행정각부의 장 소속으로 독자적 "청"을 둔 것은 그 사무의 독립성과 전문성을 주요 논거로 하므로 상급 행정기관의 사무처리 개입을 위한 지휘권 발동과는 충돌이 발생한다. 결국 법무부장관과 국방부장관의 구체적 사건에 관한 수사지휘권은 원칙규정인 정부조직법에 대한 예외적 특별규정으로 이해되어야 한다.

모든 행정기관의 계서질서 상부에 공통적으로 위치하고 있는 대통령과 국무총리도 수사지휘를 할 수 있는지 문제된다. 공법현실에서는 수사대상자가 정무직 공무원 혹은 선출직에 해당되는 경우, 공정한 수사를 촉구하는 메시지를 표현하는 수단으로 발동되고 있으며 그 내용은 일반적이고 추상적인 선언적 혹은 주의적 차원에 그치고 있다.[46] 그런데 현재까지 이들의 수사지휘의 가능성에 관해 명문의 규정을 둔 규정들은 발견되지 않는다. 헌법에서는 행정권을 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다고 규정하면서(제66조 제4항), 대통령에게 '수반'의 지위를 인정하고 있다. 이 때 수반은 소속 국가행정기관에 대한 포괄적인 지휘감독권을 의미하는 것으로 이해된다.[47] 이를 구체화한 정부조직법에 의하면 다만 현실사례에서는 "대통령은 정부의 수반으로서 법령에 따라 모든 중앙행정기관의 장을 지휘·감독"하고(제11조 제1항), 국무총리는 "대통령의 명을 받아 각 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다"(제18조 제1항)고 이해되고 있다. 이들 규정에 따르면 헌법상 행정권에 관해서는 지휘권이 부여되는 바, 수사권은 헌법상 행정권의 한 부분이므로 대통령과 국무총리도 수사지휘의 가능성은 인정된다. 다만 다른 법률규정과의 비교대조를 해 보면 '개별 사건'에 대하여 '구체적 수사지휘'를 할 수 있는지 여부는 별도의 검토가 필요하다. 현실사례에서는 대통령과 국무총리의 행위를 수사지휘로 평가하는 입장들도 발견되는 바, 실질적 의미

46) 실제 사례로는 동아일보, 文대통령 "대장동, 검경이 신속-철저 수사를", 2021. 10. 13. ; 경향신문, 국민의힘 "문 대통령이 대장동 수사 가이드라인 주는 셈", 2021. 10. 26.

47) 헌법 제66조 제4항에서 규정한 '수반'의 의미에 관한 헌법적 연구문헌으로 김해원, 기본권관계에서 "대통령을 수반으로 하는 정부"에게 입법권을 수권하는 법률에 대한 권한법적 통제 — 수권법률제정권자의 피수권기관 및 피수권규범 특정에 관한헌법적 통제를 중심으로 —, 법학논총 35(1), 전남대학교 법학연구소, 2015, 122-124면 참조. ("대통령은 "집행에 관한 최종결정권을 갖는 것"으로 이해"); 김철수, 헌법학신론 (제21전정신판), 박영사, 2013, 1474면 ("대통령은 국가의 최고집행기관으로서 행정에 관한 모든 권한을 관장한다."); 허영, 한국헌법론 (전정16판), 박영사, 2020, 1036면 ("대통령이 국무회의의 의장으로서 여러 가지 집행 기능을 정책적으로 주도하는 것도 바로 대통령의 행정부 수반으로서의 지위에서 나온다. 대통령은 행정부의 수반으로서 집행에 관한 최종결정권을 갖는 것은 말할 것도 없고..."); 한수웅, 헌법학 (제10판), 법문사, 2020, 1237면 ("행정부수반이라 함은, 집행부를 조직하고 통할하는 집행에 관한 최고책임자를 말한다. 대통령은 집행에 관한 최고지휘감독권자이자 최고책임자이다. 대통령은 오로지 그의 권한과 책임 하에서 집행에 관한 최종적인 결정을 행하고, 집행부의 모든 구성원에 대하여 최고의 지휘감독권을 가진다.")

의 수사지휘(개별 수사사건에 대한 구체적 내용의 지휘)에도 해당되는지는 신중한 접근과 검토가 필요하다.[48]

이러한 해석론은 지방자치단체의 장도 지방자치법 규정을 통해 유사한 권한을 보유하고 있는 바(지방자치법 제105조 "지방자치단체의 장은 소속 직원을 지휘·감독하고"), 결국 지방자치단체의 장도 소속 특별사법경찰이 담당하는 형사(刑事)사건에서 수사지휘를 할 수 있는지 논의로도 파생된다.

(3) 위임과 내부위임 문제

종래 행정법학계에서는 권한위임과 내부위임은 구별되어 왔고, 판례 또한 그러하다.[49] 특히, 권한의 법적 귀속을 변경하는지 여부, 별도의 법적근거를 필요로 하는지 여부,[50] 자기의 이름으로 권한을 행사할 수 있는지 등에서 차이점이 있다. 수사지휘와 관련한 일부 규정에서는 지휘권의 행사권한 주체가 법정되어 강제위임되고 또한 강제회수되는 내용으로 해석될 여지가 있는 규정들을 찾아 볼 수 있다. 경찰청장의 경우 원칙적으로 "국가경찰사무를 총괄하고 경찰청 업무를 관장하며 소속 공무원 및 각급 경찰기관의 장을 지휘·감독"하는 것으로 규정되어 있다(경찰법 제14조 제3항). 그런데 수사에 관하여는 국가수사본부장이 각 시·도경찰청장과 경찰서장 및

48) 관련 사례로는 연합뉴스, 文대통령 "수사지휘 아니었다"..곽상도 손배소에 답변, 2021. 5. 12. ("문 대통령은 답변서에서 "검찰에 구체적인 수사 지휘를 하지 않았으며 원고(곽의원)를 지칭한 것으로 보일 만한 언급을 하지 않았다(밑줄 필자)"는 취지로 답변한 것으로 전해졌다."); NEWSIS, 정 총리, 'LH 투기 의혹' 특수본 설치 지시..차명거래 등 수사(종합), 2021. 3. 8.; NEWSIS, 김기현 "정 총리, 무슨 자격으로 LH투기 수사 지휘하나", 2021. 3. 8,; 머니투데이, 총리가 '부동산투기' 수사지휘?..흔들리는 수사독립성, 2021. 3. 30.

49) 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누671 판결. 권한위임과 내부위임의 차이점에 관하여 "행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것임에 대하여, 행정권한의 내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행하도록 하는데 그치는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있지만, 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다."고 판시하였다.

50) 대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결; 대법원 1989. 2. 14. 선고 88누4645 판결 ("조례가 아닌 경기도사무위임규칙은 내부위임의 근거규정이 될 수는 있으나 소위 권한위임의 근거가 될 수는 없는 것이고 권한위임은 조례로서 규정하여야 할 것이다.")

수사부서 소속 공무원을 지휘·감독하도록 규정하고 있다(제16조 제2항). 이는 수사사무에 관해서는 경찰청장의 지휘감독 권한을 보조기관에 해당하는 국가수사본부장에게 강제위임한 것으로 볼 수도 있지만, 국가수사본부를 독자적 행정관청으로 인정하는 입장에 서면 기관장유보의 원칙적 모습으로 이해될 수도 있다. 이러한 모습은 2021년 수사권조정을 통해 경찰청장의 지휘권을 분산하기 위한 시도로 등장한 형태로서, 아래 표와 같이 경찰법 개정전 규정과 개정후 규정을 비교해보면 입법취지를 더욱 명확히 이해할 수 있다.

〈표 3〉 신구 경찰법 비교

	구 경찰법	신 경찰법
경찰청장	**제11조(경찰청장) 제3항** ③ 경찰청장은 국가경찰에 관한 사무를 총괄하고 경찰청 업무를 관장하며 소속 공무원 및 각급 국가경찰기관의 장을 지휘·감독한다. (밑줄필자)	**제14조(경찰청장) 제6항** 경찰청장은 경찰의 수사에 관한 사무의 경우에는 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 없다. (밑줄필자)다만, 국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건의 수사에 있어서 경찰의 자원을 대규모로 동원하는 등 통합적으로 현장 대응할 필요가 있다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 제16조에 따른 국가수사본부장을 통하여 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 있다.
국가수사본부의 장	(없음)	**제16조(국가수사본부장) 제2항** 국가수사본부장은 「형사소송법」에 따른 경찰의 수사에 관하여 각 시·도경찰청장과 경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을 지휘·감독한다. (밑줄필자)

우선 경찰청은 중앙행정기관이고(정부조직법 제2조 제2항) 국가수사본부장은 그러한 경찰청 소속의 보조기관으로서 지위를 가진다(동조 제3항).[51] 경찰청의 "하부조직은 본부"로 한다는 것을 명시하고 있는 경찰법 규정(제

17조 제1항)과 개정 전에는 '본부'에 관한 규정이 없었던 점을 비교하면 분명해진다. 국가수사본부장의 법적지위는 독립적 행정기관도 아니고 중앙행정기관 소속인 특별지방행정기관(정부조직법 제3조)의 장도 아닌 것이다. 따라서 하나의 기관의 장과 그 소속 보조기관 관계에서 사무처리와 권한에 관한 문제는 권한의 위임(정부조직법 제6조[52])으로 취급되어야 한다. 무엇보다 "경찰청장은 경찰의 수사에 관한 사무의 경우에는 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 없"는 것을 원칙적 모습임을 명시적으로 규정하고 있기 때문이다(제14조 제3항). 이처럼 국가수사본부장을 별도의 행정기관으로 분화시키지 않고 경찰청 소속의 보조기관에 위치시킨다면 강제위임의 형태로 권한을 제한하는 이유는 무엇인가? 생각건대, 경찰청장은 구체적 수사지휘는 할 수 없지만 일반적 수사지휘권은 보장받고 있다. 이는 국가수사본부의 장이 행하는 수사지휘권한의 남용에 대한 통제를 담보하면서도 중대사건 발생시 효율성과 경제성을 도모하기 위한 보완책을 고려한 조화지점으로 이해할 수 밖에 없다. 게다가 종국적으로는 경찰청을 대표하는 경찰청장으로 하여금 국회에 대한 책임을 질 수 있도록 일원화하기 위한 목적도 고려될 수 있을 것이다.[53]

다만 이러한 강제위임(법정위임)도 일정한 상황에서는 강제회수(법정철회)를 인정하고 있다. "국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건의 수사에 있어서 경찰의 자

51) 같은 견해로 정세종, 앞의 논문, 267면 ("여기에서는 경찰청장의 보조기관에 불과한 국가수사본부장이 행정관청인 시도경찰청장에게 수사지휘권을 위임할 수 있느냐는 또 다른 법리적 쟁점이 발생한다.")

52) 제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. (밑줄 필자)

53) 국가수사본부의 장은 보조기관에 불과하므로 현행 국회법에 의하면 '정부위원'에 해당하지 않는다(정부조직법 제10조). 따라서 본회의 또는 위원회에 출석하여 답변할 수 없다(국회법 제121조). 결국 경찰청이 수행하는 수사사무와 관련하여 국회에 대한 답변 및 책임은 경찰청장이 부담한다. 이 때문에 공법현실에서 경찰청장은 개별 수사사건에 관한 보고를 받기 위한 논의가 발생하였다(NEWSIS, 경찰청장 "수사지휘 안해…보고 사안·범위기준 논의", 2021. 4. 19.). 한편, 2021. 10. 5. 경찰청사에서 열린 국회 행정안전위원회의 경찰청 국정감사에서도 수사사무에 관한 질의에 대해 경찰청장이 답변하였다(한겨레, 화천대유 늑장 수사 질타에…경찰청장 "초기 판단 잘못", 2021. 10. 5.)

원을 대규모로 동원하는 등 통합적으로 현장 대응할 필요가 있다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 국가수사본부장을 통하여 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 있"도록 규정하고 있다(제14조 제6항). 이는 시원적으로 경찰청장에게 부여되었던 수사지휘권이 법률의 규정에 의해 국가수사본부장에게 강제위임되어 국가수사본부장만 전속적으로 행사할 수 있도록 하였던 것을 일정한 비상적 상황에서는 사정변경에 의해 중요한 공익달성 차원에서 권한의 원상회복 또는 종래 위임된 권한의 철회로 이해된다. 이러한 법리는 해양경찰법에서 신설된 수사부서의 장에 관한 지휘감독 권한규정(제15조의2)을 통해 해양경찰의 수사에서도 동일하게 적용된다.

한편 수사기관장에게 부여된 지휘권한은 시간적, 물리적 한계로 모든 사무에 대해 지휘권을 행사할 수 없는 경우가 생겨난다. 수사지휘규정들에서는 기관의 내부위임에 관한 명시적인 개별조문은 찾아볼 수 없다. 그러나 내부위임을 전제로 한 간접적 규정들은 발견된다. 즉 법률에 의해 수사지휘권이 명시적으로 부여되지 않은 기관 또는 집행기관에게 수사지휘를 받을 있는 객체들을 규정하는 방식을 통해 기관장에 의해 지휘권을 내부위임 받은 자들의 존재를 간접적으로 인식할 수 있다. 현행 실정법에서 행정조직 내부에서 이뤄지는 수사지휘의 조직법 규정을 분설하여 정리하면 아래 표4와 같다. 살펴보면, "소속 상급자", "상관", "사법경찰관"[54]과 같은 규정들은 기관장은 아니지만 상급자에 해당하는 자(예. 수사과장)의 수사지휘 가능성을 전제한 것이고, 또한 수사지휘권자로서 "검사"와 "공수처검사"는 내부적 수사지휘에 관하여 법률에 의해 직접적 수사지휘권을 부여받은 것이 아니라 기관장에 의해 내부위임을 전제로 한 지휘권 행사의 가능성으로 해석할

54) 형사소송법(제197조)에 의하면 사법경찰관과 사법경찰리로 구분된다 전자는 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위 계급의 경찰공무원을, 후자는 경사, 경장, 순경 계급의 경찰공무원을 의미한다. 경찰공무원법상 계급 구분 체계(제3조)에 따르면 사법경찰관은 사법경찰리보다 상위 계급에 해당한다. 따라서 사법경찰관은 사법경찰리의 입장에서는 상급 계급에 해당하고, 따라서 계서질서상 상급자에 해당하게 될 가능성이 높다. 다만 사법경찰관이라고 해서 모든 경우에 사법경찰리보다 상급자인 것은 아니다. 직급과 직책은 다르기 때문이다. 가정적 사례를 들면, A경찰서 수사과 소속 B수사팀에서 팀장은 경감(사법경찰관)일 경우 그 소속 팀원들은 경사, 경위가 혼재되어 편성될 수 있고, 이들 경사(사법경찰리)와 경위(사법경찰관)는 팀 소속의 팀원 입장에서는 대등한 동료관계에 있는 것이다. 그리고 계서질서상 같은 층위에 병렬적으로 위치하고 있는 동료관계에서는 지휘감독관계가 인정되지 않는다.

수 있다. 종래 행정법학계에서도 내부위임은 명시적 근거법률이 없더라도 인정되는 것으로 논의되어 왔고,[55] 판례도 그러하다.[56]

〈표 4〉 수사기관 내부적 수사지휘규정 (객체 중심)

객체	법령	조건	주체(인적 대상)	대상	책무
검사	검찰청법 제7조	검찰사무에 관하여	소속 상급자의	지휘·감독에	따른다
검찰청 직원	형사소송법 제245조의9 제2항		검사의	지휘를 받아	수사하여야 한다
수사처수사관	공수처법 제21조 제1항		수사처검사의	지휘·감독을 받아	직무를 수행한다.
경찰공무원	경찰법 제6조 제1항		상관의	지휘·감독을 받아	직무를 수행하고
해양경찰청 소속 공무원	해양경찰법 제15조 제1항		상관의	지휘·감독을 받아	직무를 수행하고
(구) 사법경찰리	구 형사소송법 제196조 제2항[57]	경사, 순경은 사법경찰리로서	검사 또는 사법경찰관의	지휘를 받아	수사의 보조를 하여야 한다.
(구) 사법경찰관	구 형사소송법 제196조 제1항	모든 수사에 관하여	검사의	지휘를 받는다	
특별사법 경찰관	형사소송법 제245조의10 제2항	모든 수사에 관하여	검사의	지휘를 받는다	

55) 김남철(주8), 969면 (“법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 가능하다.”); 박균성(주8), 20면 (“위임전결 및 내부위임은 기본적으로 행정조직 내부의 권한분배에 관한 것이며 법률의 근거를 요하지 않는다.”), 27면 (“내부위임은 법률의 근거가 없이도 가능하나”); 장태주(주8), 979면 (“내부위임은 권한의 위임과 달리 법적 근거를 요하지 않는다.”); 조정환(주8), 39면 (“내부위임의 경우에는 법령의 근거가 없어도 가능하다.”); 한견우/최진수(주8), 717면 (“내부위임은 위임관청의 권한을 사실상 행사하도록 하는데 그치는 것이므로 법률이 허용하고 있지 아니한 경우에도 인정된다.”); 홍정선(주8), 25면 (“권한의 내부위임은 권한의 대외적 변경이 없으므로 법률의 근거를 요하지 아니한다.”)

56) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누1105 판결 [공유재산대부신청반려처분무효확인] [공1998.4.1.(55),923] (“전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다”) (밑줄필자)

57) 형사소송법 [시행 2010. 1. 1.] [법률 제9765호, 2009. 6. 9., 타법개정] 이 규정은 그

실정법에서 살펴보면, 총칙적 규정에 해당하는 정부조직법에서는 이러한 상황들을 전제하여 일반적인 위임과 위탁 규정을 마련해 두고 있으므로 수사지휘권한의 위임에도 당연적용되는 것으로 해석된다. 정부조직법 제5조 제1항과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조의 법적성격에 관하여 일반적 위임수권근거로서의 성격을 부인하는 견해가 발견되기도 하지만,[58] 판례[59]와 공법실무에 의하면 권한의 위임에 관한 일반적 근거로서 기능하는 것으로 해석되므로,[60] 기관 내부위임은 기관장의 의사결정과 그 책임에 의해 가능하다고 이해해야 한다. 권한 수여기관의 승인하에서는 권한수임의 보조기관도 그 소속 집행기관에 재위임이 가능하다. 이러한 법리는 지방자치법 제104조 제1항에 의해 지방자치단체의 소속 보조기관에 대한 내부위임에도 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다.[61]

개정으로 사법경찰관의 지휘 규정이 삭제되었다. 형사소송법 [시행 2012. 1. 1.] [법률 제10864호, 2011. 7. 18., 일부개정] 제196조 ⑤ 경사, 경장, 순경은 사법경찰리로서 수사의 보조를 하여야 한다.

58) 이에 관해 행정조직법과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정의 일반적 위임수권규정으로서의 법적성격에 관하여 종래 행정법학계에서는 찬반론이 있어왔다(학설에 대한 상세한 내용은 박균성(주8), 30-32면 참조). 반대론의 논거로는 선언적 의미로 보면서 행정관청의 권한에 관하여 개별법에서 정하고 있는 법률규정들은 거의 무의미(무력화)하게 되어 버린다는 것으로, 당해 권한에 대하여 정하고 있는 법률 자체에 위임근거가 있을때에만 위임이 가능하다는 논의이다(박윤흔(주8), 41면 주2). 반면 일반적 근거규정으로 보면서 행정사무의 간소화 및 행정의 능률성 제고를 위해서 위임의 직접적 근거에 해당한다는 찬성론도 있다. 전자의 입장에서 별도의 개별적 법령의 근거가 없는 한 수사지휘 권한을 위임위탁할 수 없다는 부정적 견해로는 정세종, 앞의 논문, 268면 (“법령의 명확한 근거가 없기 때문에 무효라고 해석해야만 한다.”)

59) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누5287 판결 “정부조직법 제5조 제1항은 법문상 권한의 위임 및 재위임의 근거규정임이 명백하고 같은 법이 국가행정기관의 설치, 조직, 직무범위의 대상을 정하는데 그 목적이 있다는 이유만으로 권한위임, 재위임에 관한 위 규정마저 권한위임 등에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 권한위임의 근거규정이 아니라고 할 수는 없으므로 충청남도지사가 자기의 수임권한을 위임기관인 동력자원부장관의 승인을 얻은 후 충청남도의 사무 시, 군위임규칙에 따라 군수에게 재위임하였다면 이는 위 조항 후문 및 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 근거를 둔 것으로서 적법한 권한의 재위임에 해당하는 것이다.” (밑줄 필자)

60) 김남진/김연태(주8), 27-28면. 반대견해로는 김동희(주8), 32면; 홍정선(주8), 27-28면

61) 지방자치법 제104조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.

2. 지휘객체

(1) 일반적 모습

수사지휘의 객체 또한 법률에서 직접 규정하고 있다. 크게 소속 기관의 장을 지휘하는 규정은 기관 對 기관 간의 지휘권 행사이고('기관장지휘'), 소속 집행기관(자연인, 공무원)을 지휘하는 규정은 기관 對 개인 간의 규정이다('구성원지휘'). 전자의 경우는 "각급 (해양)경찰기관의 장"(경찰법, 해양경찰법), 후자의 경우는 검사, 검찰청 직원, 공수처수사관, 경찰공무원, 사법경찰리, 해양경찰청 소속 공무원, 특별사법경찰관, 교도관 등처럼 구체적 신분을 명시하거나, "소속 공무원"(검찰청법, 경찰법), "소속 직원"(공수처법)과 같이 포괄적으로 규정하기도 한다.

한편 수사지휘규정을 자세히 살펴보면 수사지휘권의 행사 주체별로 그 객체의 범위를 차등시켜 규정하고 있음을 알 수 있다. 이러한 특수한 규정들의 해석문제는 차별적 입법문언에서 발생한다. 개별적으로 살펴보면, 법무부장관과 국방부장관의 수사지휘는 그 대상범위를 제한하고 있다. 검찰총장'만'(검찰청법 제8조) 그리고 각군참모총장과 국방부검찰단장'만'(군사법원법 제38조)을 지휘할 수 있도록 지휘 객체를 한정하고 있다. 이는 지휘주체로 하여금 그 밖의 대상자들에게는 지휘권을 행사할 수 없도록 제한하는 효과를 가져온다. 앞서 대통령과 국무총리를 수사지휘의 주체로 인정할 수 있는 것으로 가정할 경우, 법문언에 의해 그 지휘객체를 중앙행정기관의 '장'만 지휘할 수 있도록 제한하고 있는 것과 유사한 법리로 이해된다.

(2) 특수한 경우

위와 같은 원칙적 모습을 배경으로 지휘객체를 규정한 특수한 조문이 일부 발견된다. 대표적으로 검찰총장에 관한 규정과 경찰의 국가수사본부장(해양경찰의 수사부장 포함)에 관한 규정에서이다.

검찰총장은 '소속' 공무원이 아니라 '검찰청'의 공무원을 지휘권 행사의 객체로 규정하고 있다. 이는 고등검찰청장, 지방검찰청장, 지청장이 '소속' 공무원만을 지휘 객체로 명시된 것과는 문언상 차이가 발생한다. 검찰총장의 지

휘 객체로서 '검찰청'의 공무원은 고등검찰청, 지방검찰청, 지청을 모두 포함하는 개념으로 해석되기 때문이다. 현재까지 사법적 판단을 받은 사례는 발견되지 않으므로, 공법현실에서의 구체적 사례 고찰과 해석론 검토가 필요한 지점이다.

이 경우 검찰총장은 소속 각급 검찰청의 장을 통해 그 소속 공무원을 지휘하는 간접적 방식을 채택하지 않더라도 직접 고등검찰청 또는 지방검찰청 소속 검사 또는 수사관을 지휘할 수 있는 권한이 생기는 것이고, 이는 곧 지휘권 행사의 객체가 확대되는 결과로 이어진다. 이러한 규정형식은 경찰청장이 긴급사태 등의 경우 수사지휘권을 행사하게 되는 경우(경찰법 제14조 제6항)라 할지라도, 국가수사본부장을 '통하여' 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘할 수 있도록 규정한 입법형식과는 분명한 차이점이 있다. 검찰청법 제8조에서는 각급 검찰청장을 '통하여' 그 소속 공무원을 지휘할 수 있다는 취지의 입법형태가 아니기 때문이다.

실제 현실에서 지방검찰청 소속의 검사가 지방검찰청장의 수사지휘에 불응한 사례의 경우, 검찰총장이 지방검찰청장을 통하지 않고 직접 개별 검사에게 한 수사지휘가 유효한지 여부에 관하여 논란이 있었다. 논의의 확장을 위해 대립적 견해로 재구성해 보면 긍정적 견해와 부정적 견해로 대별될 수 있다. 전자는 검찰청법 제12조 제2항에 따르면 검찰총장의 수사지휘 객체로서 '공무원'의 범위를 특별히 제한하지 않고 있으며 고등검찰청장과 지방검찰청장의 지휘객체 규정과는 분명한 차이점이 있으므로 그 문언의 해석에 따라야 함을 논거로 할 수 있다. 반면, 후자는 검찰청법 제21조 제2항에 따르면 지방검찰청 검사장이 소속 공무원을 지휘감독한다고 규정하고 있으므로, 검찰총장은 검사장을 통해서만 검사를 지휘감독하는 것으로 해석되어야 함을 논거로 할 수 있다. 하급심 판결에서는 긍정적 견해를 취하였지만, 현재 재판계류중이므로 상급심 판결을 기다려 본 후 법원의 종국적 입장을 확인하여 신중한 해석을 시도해야 할 것이다.[62]

---

62) 관련 사례로는 동아일보, 법원 "윤석열, 이성윤 거치지 않고 '최강욱 기소' 직접 지휘 적법", 2021. 1. 29. ("...결국 윤 총장은 오전 8시 55분경 "업무개시 직후 기소하고 법무부 보고는 대검을 통해할 것"을 수사팀에 직접 지시했다. (중략) ... 정 판사는 윤 총장이 이 지검장을 거치지 않고 직접 수사팀을 지휘하더라도 적법하다고 결론을 내렸다(밑줄 필자). 또 "검찰총장이 수사팀을 지휘한 것으로 인해 피고인에게 실질적

이처럼 조문상 확인되는 문언차이 때문에 생겨나는 지휘객체의 범위 확정 문제는 국가수사본부장에게도 적용될 수 있다. 경찰청장과 시도경찰청장은 '소속' 공무원과 각급 경찰기관의 '장'을, 경찰서장은 소속 공무원을 지휘객체로만 규정하고 있는 반면, 국가수사본부장은 각 시도경찰청장과 경찰서장과 '수사부서 소속 공무원'을 객체로 규정하고 있기 때문이다. 즉 '수사부서 소속' 공무원은 '소속 수사부서' 공무원과는 문언이 다르다. 그렇다면 경찰청 뿐 아니라 시도경찰청, 경찰서의 수사부서에 각 소속된 공무원 전체를 지휘객체로 삼게 되므로 객체 범위를 확장하는 해석이 가능해진다.[63] 이

불이익이 있다고 볼 수 없다"고 판단했다."); 중앙일보, "최강욱 기소" 尹지시 3번 거부…판결문에 담긴 이성윤 항명, 2021. 1. 29. 한편, 해당 판결은 본 논문이 작성중 현재에도 상급심 재판 계류중인 관계로 판결문 본문내용에 대한 상세한 언급과 비판은 일단 자제되어야 하며 추후 확정판결 후 학술적 평석의 형식으로 논평되어야 한다고 생각한다. 따라서 본 논문에서는 이미 발표된 언론보도만을 기준으로 단순 인용차원에서 그치기로 한다.

63) 한편, 법률상 문언해석의 결과와는 별개로, 필자의 사견으로는 국가수사본부장의 지휘객체를 확대한 규정에 대해서는 바람직하지 않다는 입장을 취하고 있으며 나아가 위헌의 의심을 하고 있다. 그 이유는 검찰총장과 국가수사본부장의 권한에 대비한 통제방법을 비교해 보면 드러난다. 검찰총장과 국가수사본부장은 모두 탄핵소추의 대상에 해당한다. 그러나 국가수사본부장은 상급기관으로부터 수사지휘를 받을 가능성이 전혀 없다. 예외적 상황에서만 경찰청장의 개입을 인정하고 있는 것으로 이해된다. 이는 검찰총장이 법무부장관의 수사지휘를 받는 것과는 대비된다. 국가수사본부장은 검찰총장과 달리 임명과정에서 국회의 인사청문회를 거치지 않으며, 임명의 적격성에 관해 국회의 의견을 청취할 기회가 없다. 한편 국가수사본부장은 검찰총장과 동일하게 정부위원에 해당하지 않는다(정부조직법 제10조에 의하면 정부위원이 되는 '청장'에 '총장'은 해당하지 않고, 또한 '본부장'에 국가수사본부장은 명시되지 않고 있다). 이처럼 수사지휘의 권한을 보유하고 그 객체의 범위는 넓은 반면, 그에 비해 임명, 사무처리 과정에서 국회에 의한 직접적인 통제가 부족하며 상급기관에 의한 계서질서 내 통제도 미약한 수준이다. 이는 민주적 정당성의 지지확보 측면에서 매우 취약한 구조라고 생각한다.

또한 권력분립원칙의 측면에서도 바람직하지 않다. 상급 기관의 장이 하급 기관의 장의 재량을 일체 인정하지 않는 경우에는 하급 기관의 장의 권한을 침해하게 된다. 이는 상급기관과 하급기관이 허락없이 융합될 수도 있어서, 수직적 권력분립원칙에도 반할 소지가 있다. 이러한 경우는 굳이 법률의 규정을 통해서 하급 기관을 설치하고 그 사무의 취급자로서 기관장을 임명한 취지가 전혀 고려되지 않게 된다. 이러한 취지는 우리 헌법에서 대통령으로 하여금 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없도록 규정하고(제83조), 그 밖에 국회의원도 일정한 겸직을 금지하고 있는 바(제43조), 사실상 권력간 융합을 통해 권력분립원칙이 훼손되거나 잠탈되는 것을 방지하기 위한 장치들을 둔 취지가 고려되어야 할 것이다. 생각건대, 계서질서 내 지휘계통이 존재하고 있음에도 이를 통하지 않고 직접 수사지휘의 객체에게 지휘권을 행사해야 하는 불가피한 경우라면, 그 취지와 목적이

는 수사권조정 입법에 따라 해양경찰법에서도 내륙경찰의 국가수사본부의 장에 대응하는 수사부서의 장에 관한 규정을 신설하였는데(제15조의2, 2021. 1. 13.), 제1항에서 지휘객체로 '수사부서 소속' 공무원이 아니라 '해양경찰청 소속 공무원'으로만 명시되었다는 점에서 지휘객체의 범위 차이를 분명하게 한다.

국가수사본부장은 시도경찰청을 '통하지' 않고 직접 경찰서장을 지휘할 수 있는지 여부도 해석론상 다툼이 발생할 수 있다. 이 또한 대립적 견해로 재구성 보자면, 제16조 제2항에서 국가수사본부장의 지휘객체로 경찰서장을 명시하고 있기 때문에 가능하다는 견해와 제30조에서 경찰서장은 "시·도경찰청장의 지휘감독을 받"도록만 명시하고 있으므로 국가수사본부장의 지휘는 시도경찰청장을 통해서 간접적으로만 행사될 수 있다는 부정적 견해가 가능하다. 생각건대 우선 해당문언은 입법과정에서 정치하게 고민되지 못했던 부분으로 보인다. 다만 입법이후에는 해석작용을 통해 권한의 범위와 한계를 정할 수 밖에 없다. 수사지휘의 객체로 "경찰서장"이라는 명문규정이 있다는 점(제16조제1항), 경찰청장에게 각급 경찰기관의 장을 지휘할 수 있는 권한과의 균형상 국가수사본부장에게도 직접적 수사지휘 권한이 부여될 수 있다는 점, 경찰서장의 지휘수명 규정(제30조제2항)은 일반사무에 대한 일반규정으로 볼 수 있다는 점을 고려하면 국가수사본부의 장은 경찰서장에게 직접 수사지휘를 할 수 있는 것으로 이해된다. 물론 명문의 입법적 보완을 통해 체계정합성의 확보가 필요하다.

(3) 주체 및 객체의 이중적 지위

일반적으로 지휘주체로 인정되는 지휘권자는 동시에 상급기관에 의한 지휘객체로서의 지위를 가지기도 한다. 이처럼 지휘주체와 지휘객체의 지위는 겸병하면서도 준별되는 것으로 이해되어야 한다. 특히 공수처검사가 명문의 규정이 없음에도 외부 수사기관으로부터의 지휘객체에 해당되는 대상적격을 가질 수 있는지에 관한 논쟁이 있다.[64] 공수처의 소관직무는 범죄수

치밀하게 논증되어야 할 것이다. 주로 긴급성의 예외로서 특수적, 비상적, 예외적, 간헐적 상황에서 극히 제한적인 권한을 행사하는 경우를 상정해 볼 수 있겠다.

64) 이러한 논의의 추가적 실익은 헌법상 영장청구권자로서의 지위를 인정받을 수 있는지

사, 공소제기와 그 유지를 포함하지만 구체적으로는 범죄수사의 범위와 공소제기 및 그 유지의 범위가 동일하지 않다. 즉 공수처가 수사와 공소제기를 모두할 수 있는 범죄유형(群)이 있는 반면, 수사는 할 수 있지만 공소제기는 할 수 없는 범죄유형(群)도 존재한다(공수처법 제3조 제1항 참조).[65] 그 중 후자의 범죄유형에 대한 공수처의 수사행위의 경우 공수처의 지위를 (특별)사법경찰로 볼 것인가, 여전히 검사로 볼 것인가에 대한 논란이 있다. 논의의 실익은 공수처 검사를 형사소송법상 특별사법경찰로 보아(제245조의10)[66] 검찰청검사의 지휘를 받아야 하는지 여부로 귀결된다는 점에 있다. 대립적 견해로 재구성해 보면, 검사와 공소권은 불가분적 개념임을 전제로

와 관련될 수 있다. 다만 수사지휘권과 영장신청권의 존부와는 논리필연적 관계가 없으므로 특수한 경우가 아닌한 결부될 필요가 없다는 입장에서는 각 논제는 개별적으로 이해되어야 할 것이다. 한편, 이와 관련 긍정적 견해와 부정적 견해가 존재한다(각 입장의 자세한 내용은 박상민, 고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 검토, 형사법의 신동향 70, 대검찰청, 2021, 18-19면). 관련 실무사례로는 영장청구권자로 인정받아 영장신청 후 발부받아 집행까지 한 사례가 보고되었다(조선일보, 공수처, '1호 사건' 첫단추부터 논란… "기소권도 없는데 압수수색 영장?", 2021. 5. 20.). 헌법재판소도 공수처검사를 영장청구권자로 인정하였다(헌재 2021. 1. 28. 2020헌마264 등 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률위헌확인 "(1) 헌법에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 것은 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 인권유린의 폐해를 방지하고, 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 기본권침해가능성을 줄이고자 한 것이다. 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관인 검사로서 공익의 대표자이자 수사단계에서의 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다. (2) 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행하는 수사처검사는 공익의 대표자로서 다른 수사기관인 수사처수사관을 지휘·감독하고, 단지 소추권자로서 처벌을 구하는 데에 그치는 것이 아니라 피고인의 이익도 함께 고려하는 인권옹호기관으로서의 역할을 한다. 또한 수사처검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로, 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다. 따라서 공수처법 제8조 제4항은 영장주의원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유 등을 침해하지 않는다."). (밑줄필자)

65) 전자를 "일반고위공직자범죄등(수사권)"으로, 후자를 "수사및사법고위공직자범죄등(수사권 및 공소권)"으로 약칭하는 문헌으로는 이윤제, 공수처 검사의 법적 지위에 관한 헌법재판소 결정의 오류와 문제점, 형사소송 이론과 실무 13(3), 한국형사소송법학회, 2021, 5면 주6)

66) 공수처검사를 사법경찰관으로 보는 입장의 경우 이때의 공수처검사는 외형적 용어에도 불구하고 실질적 신분으로 판단해야 하는 바, 경찰공무원이 아니면서 범죄수사를 수행하게 되므로 (일반)사법경찰이 아닌 '특별'사법경찰의 신분에 해당하게 될 것이다.

수사권은 있더라도 기소권은 부여되지 않은 경우는 실질적인 의미의 검사로 볼 수 없기 때문에, 공수처검사는 헌법상 검사가 아닌 수사기관으로서의 지위를 가지며 그 구체적 신분을 특별사법경찰관으로 보아야 한다는 견해가 가능하다.[67] 반대로 검사에 해당하는지 여부는 기소권의 보유가 아니라 입법취지와 목적에 따라 입법재량으로 결정될 수 있으므로 여전히 검사로 보아야 한다는 견해[68]가 있을 수 있다. 생각건대 헌법상 검사를 헌법 곳곳에 산재하여 인정하고 있는 "소추권"과 결부하지 않는 해석은 자칫 헌법상 검사의 의미를 자의적으로 확대시킬 우려가 있고 이는 곧 헌법상 영장신청권자 범위의 확대를 넘어 입법자에 의한 난립을 불러일으킬 우려가 있다. 따라서 전자의 견해가 타당하며, 정리하면 공수처검사는 수사지휘의 주체이기도 하지만 경우에 따라 지휘객체로 전락될 수 있다.

---

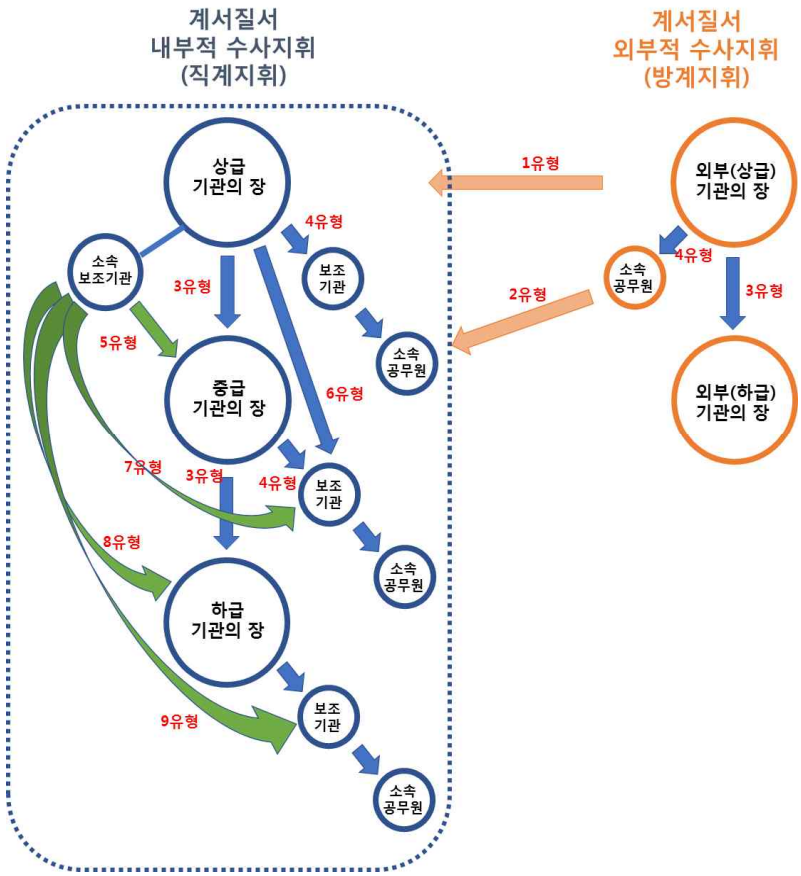
67) 같은 취지의 견해를 취하는 문헌으로 이정원, 앞의 논문, 257-258면 참조. 해당 부분에서 헌법상 검사의 개념에 대한 중핵적 요소로 소추권을 언급하고 있다("검사는 검찰권을 행사하는 국가기관이다. 이 때 검찰권은 범죄를 구성하는 행위에 대한 소추여부를 결정하는 권한이다. 검사는 법률에 대한 전문성을 보유해야 하며 합당한 사유가 없다면 신분이 보장된다."); 관련 사례로는 YTN, "공수처·검찰 계속되는 기 싸움..."부실한 입법 보완 시급"", 2021. 5. 30. ("공수처는 판·검사나 경무관 이상 경찰공무원, 그 가족의 고위공직자 범죄가 아니면 수사만 할 수 있는데, 교육감처럼 기소권이 없는 사건은 검찰의 보완수사 요구에 응해야 하고, 불기소를 결정할 권한도 없다고 주장한 겁니다. 기소권이 없는 사건에선 공수처 검사의 신분이 사실상 사법경찰관에 해당한다는 취지입니다....(중략)... 검찰 출신 이완규 변호사는...기소권이 없다면 공수처 검사의 영장은 검찰의 지휘를 받아야 한다는 논리를 내세웠습니다.")

68) 같은 취지로 헌재 2021. 1. 28. 2020헌마264 등, 공보 제292호, 233 [전원재판부] 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률위헌확인 (공수처법 위헌확인 사건) 253면 ("이에 비해 수사처의 경우, 그 설치 목적이나 조직 규모 등을 고려하여 수사처가 고위공직자범죄에 대한 수사 등을 담당하는 기관으로서 실질적으로 기능할 수 있도록 수사처검사의 직무에서 위 내용을 제외한 것으로 볼 수 있고, 단지 직무에서 일부가 제외되었다는 이유로 수사처검사가 공익의 대표자로서 인권을 보호하는 직무를 수행하지 않는다고 할 수는 없다. 또한 공소제기 및 유지행위가 검찰청법상 검사의 주된 직무에 해당한다고 할 것이나, 앞서 살펴본 바와 같이 헌법에서 검사를 영장신청권자로 한정한 취지는 검사가 공익의 대표자로서 인권을 옹호하는 역할을 하도록 하는 데에 있고, 검사가 공소제기 및 유지행위를 수행하기 때문에 검사를 영장신청권자로 한정한 것으로 볼 수는 없다. 즉 헌법상 공소권이 있는 검사에게만 반드시 영장신청권이 인정되어야 하는 것은 아니다. 수사처검사가 공익의 대표자로서 수사대상자의 기본권을 보호하는 역할을 하는 한 수사처검사가 영장신청권을 행사한다고 하여 이를 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없고, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 가부를 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다.") (밑줄 필자)

3. 유형화

지휘주체와 지휘객체에만 주목해서 수사지휘 법제를 바라보면 수사지휘의 형태는 다양하지만 한편으로 유한(有限)한 것으로 분석된다. 따라서 수사지휘를 유형화 할 수 있으며 직관적 이해를 위해 그림으로 설명(도해, 圖解)을 시도해 보면 아래와 같다. 이러한 시도는 향후 수사지휘에 관한 이해와 인식의 틀(frame)로 작용할 수 있으며, 수사지휘 이론의 체계화 논의에서 기초작업의 기능을 담당할 수 있다.

〈그림 1〉 현행 법제의 수사지휘 유형도



설명하면 단일한 계서질서를 형성하며 수직적 관계에서 상급기관의 하급기관에 대한 수사지휘는 '직계지휘'로, 그 밖에 계서질서에 위치하고 있지 않은 채 외부에서 행하는 수사지휘를 '방계지휘'로 구분할 수 있다. 그리고 직계지휘와 방계지휘 모두 기관장지휘와 구성원지휘로 세분될 수 있다. 우선 직계지휘는 3유형부터 9유형이 이에 해당하고, 방계지휘는 1·2유형이 이에 해당한다. 직계지휘에서 상급기관장이 중급 또는 하급기관장에게 행하는 직접적 수사지휘는 '기관장지휘'로 구분될 수 있고 3유형이 이에 해당한다. 4유형을 비롯하여 보조기관의 소속 공무원에 대한 지휘는 '구성원지휘'로 구분될 수 있다. 그 밖의 특수한 수사지휘의 경우로서, 상급기관의 보조기관이 직접 중급 또는 하급기관장을 포함하여 그 소속의 구성원에게까지 수사지휘하는 경우가 있다. 앞서 살펴본 국가수사본부장의 수사지휘권이 그러하며, 5·7·8·9유형을 그 예로 들 수 있다. 특수한 경우로서 검찰총장의 수사지휘는 상급기관의 장이 직접 하급기관의 장과 그 장 소속의 보조기관에게까지 포괄하여 지휘할 수 있는 것으로 해석하였다(6유형 등). 한편 수사권조정 전 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘는 1유형 또는 2유형으로 설명될 수 있었으며, 현재 검사의 특별사법경찰관에 대한 수사지휘로 이해될 수 있다. 위 도해도에 기초하여 수사지휘의 유형화에 따른 구체적 예시를 들어보면 아래 <표 5>와 같다.

〈표 5〉 수사지휘의 유형별 구체화

유형	구분	지휘 주체	지휘 객체	구체적 입법례
1유형	방계지휘	외부 기관의 장	당해 기관의 장	지방검찰청장 → 특별사법경찰서장
2유형		외부 기관의 장 또는 외부 기관	당해 기관의 공무원	검사 → 사법경찰관 검사 → 특별사법경찰관
3유형 (기관장지휘)	직계지휘	상급기관의 장	소속 중·하급 기관의 장	법무부장관 → 검찰총장 시도경찰청장 → 소속 경찰서장
4유형 (구성원지휘)		당해 기관의 장	소속 공무원	시도경찰청장 → 소속 사법경찰관리 경찰서장 → 소속 사법경찰관리

유형	구분	지휘 주체	지휘 객체	구체적 입법례
5유형		상급기관의 보조기관	소속 하급기관의 장	국가수사본부장 → 소속 시도경찰청장 및 경찰서장
6유형		상급기관의 장	소속 하급기관의 소속 공무원	시도경찰청장 → 경찰서 소속 수사과장 검찰총장 → 지방검찰청 소속 검사
7유형		상급기관의 보조기관	소속 중급기관의 소속 공무원	국가수사본부장 → 시도경찰청 수사과장 검찰청 차장 → 고등검찰청 소속 부장검사
8유형		상급기관의 보조기관	소속 하급기관의 장	국가수사본부장 → 경찰서장 검찰청 차장 → 고등검찰청장
9유형		상급기관의 보조기관	소속 하급기관의 소속 공무원	국가수사본부장 → 경찰서 소속 수사과장 검찰청 차장 → 지방검찰청 소속 부장검사

이처럼 수사지휘 법제를 유형화하여 직관적 이해를 시도하고, 구체적 사례를 대응시켜 봄으로써 향후 수사지휘 법체계의 개편 혹은 일반법 제정 검토 시 논의지점을 신속하게 찾아갈 수 있으며, 입법의 참고자료로 활용할 수 있다고 본다.

Ⅳ. 나오며

이상의 논의에서 도출된 수사지휘 관련법제의 해석론을 요약정리하면 다음과 같다.

수사지휘권의 존부는 법정사항이다. 지휘주체 관련, 수사지휘 법제에 의하면 지휘권한의 부여방식은 원칙적으로 '기관장 유보'의 방식을 채택하고 있다. 특수한 경우로서 행정각부의 장 중 일부 장관에게는 소속 청장에 대한 수사지휘권이 부여되고 있다. 법무부장관과 국방부장관의 구체적 사건에 관한 수사지휘권은 원칙규정인 정부조직법에 대한 예외적 특별규정이다.

예외적으로 수사지휘권의 주체가 법정되어 강제위임되고 또한 강제회수되는 규정이 존재하는 경우도 있다. 예를 들면 경찰법상 국가수사본부의 장이 보유하는 수사지휘권이 그것이다. 수사지휘권은 법률상 명문규정이 없더라도 내부위임될 수 있다.

지휘객체 관련, 일반적으로 수사지휘의 객체 또한 법률에서 직접 규정하고 있다. 다만 그 객체의 범위는 지휘주체에 따라 차등적으로 규정되어 있다. 따라서 지휘주체와 지휘객체는 결부하여 이해되어야 한다. 검찰총장과 국가수사본부장의 수사지휘에 대한 지휘객체는 비교적 넓게 해석된다. 공수처검사는 경우에 따라 수사지휘의 객체로 전락될 수 있다.

본 연구의 한계를 분석하고 그에 따른 후속연구를 제언하면 다음과 같다. 본 논문의 목적에 의하면 공법적 연구를 지향하고 있지만 상당부분은 수사 '지휘권'과 관계된 법령의 객관적이고 기술적 차원에서의 미시적 비교분석에만 머물러 있다는 한계점이 있다. 게다가 지휘주체와 지휘객체라는 쟁점에 한정하여 논의하고 있다. 미시적 차원에서의 연구를 제안하면 수사지휘에 관한 나머지 쟁점들, 즉 지휘대상과 내용범위, 지휘요건, 지휘절차, 지휘효과, 지휘불복에 관한 해석론 검토가 추가되어야 한다. 거시적 차원에서는 다음과 같은 후속연구들이 필요함을 주장한다: 「헌법적 원리·원칙을 토대로 철학과 가치가 반영된 공법적 연구,[69] 거시적 관점에서 수사지휘 법제 전체를 관통하고 체계화를 시도하는 이론적 연구,[70] 공법현실상 수사지휘의 실

69) 현재 필자의 단편적 생각으로는 헌법상 행정권 내부행위에 위치한 수사지휘가 민주주의원칙과 법치국가원리의 조화지점에 위치하고 있을 것이라는 잠정적 판단 정도에만 머물러 있다. 사실 본 논문의 근원적 한계는 무엇보다 수사지휘를 둘러싼 '철학과 가치의 빈곤' 임을 지목하고자 한다. 이 때문에 수사지휘에 관한 기본법과 일반법의 부재, 공법적 차원에서 연구의 부족, 각 수사기관(검찰, 경찰)의 이해관계 측면만 부각되는 기관이기주의 현상 등 많은 부작용이 발생하고 있다고 생각한다. 시급히 필요한 구체적 후속연구로서 수사지휘의 기본이념과 목적을 도출하기 위한 연구를 제시해본다. 이는 체계성과 지속성이 바탕이 되는 후속연구의 기반 마련을 위한 선결문제이기도 하다. 필자는 수사지휘의 목적 또는 지도이념으로서 수사의 공정성, 투명성, 독립성, 적법성, 효율성을 생각해 두고 있다. 다만 이러한 개념징표들의 도출을 위한 구체적 논증은 지면분량상 후속연구로 미뤄두고자 한다.

70) 본 논문에서는 개별적 입법을 중심으로 분석논의를 전개한 관계로, 거시적 시각에서 바라본 체계적 분석은 미흡하다. 수사지휘 법제 전체를 조망하며 일정한 분류기준에

천적 경험사례 분석을 통한 이론체계의 지지와 검증에 관한 연구,[71] 실정법상 '지휘권'과 병렬적으로 규정되고 있는 '감독권'에 주목하여 그 구체적 의미 규명과 그에 기초하여 지휘권과의 관계적 해석론 정립에 관한 연구[72], 법무부장관의 검찰총장에 대한 수사지휘 규정의 위헌성 검토[73]」

의해 몇가지 유형화를 시도하거나(예를 들면 본 논문 그림1), 법제 전체를 개관할 수 있는 이론적 틀(frame)의 마련도 고민되어야 한다.

71) 수사지휘 제도는 사회적으로 문제되거나 중요하다고 생각되는 사건들을 겪으면서 나타나는 현상들을 규범적으로 대응하며 발전해 왔다. 법치국가원리처럼 수사지휘 역시 '역사적 경험'을 바탕으로 정립된 법리로 이해될 수 있으며, 헌법상 행정권 행사와 행정부 운영에 있어서 하나의 "발명품" 정도로 표현될 수도 있을 것이다. 실제 경찰청 범죄수사규칙도 이른바 김용판 전 서울경찰청장 국정원 댓글 선거개입의혹 사건(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014도7309 판결 [공직선거법위반, 경찰공무원법위반, 직권남용권리행사방해])을 겪으며 많은 내용들이 행정규칙으로 성문화되어 왔다(2014. 1. 1.부터 시행된 범죄수사규칙의 개정이유 참조). 따라서 수사지휘에 관한 연구는 경험사례 분석에서부터 출발하여야 한다고 생각한다. 이와 관련하여 구체적인 연구방법을 제시하자면, 우선 현재까지 확인되는 법무부장관의 검찰총장에 대한 수사지휘(총4건)를 분석할 필요가 있다(① 2005. 10. 2. 천정배 법무부장관이 검찰총장에게 행한 수사지휘 ② 2020. 7. 2. 추미애 법무부장관이 윤석열 검찰총장에게 행한 수사지휘 ③ 2020. 10. 29. 추미애 법무부장관이 윤석열 검찰총장에게 행한 수사지휘 ④ 2021. 3. 17. 박범계 법무부장관이 윤석열 검찰총장에게 행한 수사지휘). 그런 다음에서야 그 근거법률로 작용하는 검찰청법 제8조의 위헌성 검토를 통해 대립하는 지향가치간 치열하고도 풍부한 논증다툼을 일으킬 수 있기 때문이다. 그 과정에서 드러나는 개별적 공익들은 구체화 입법과정에서 형량을 통해 다양한 모습으로 반영될 수도 있다. 이처럼 법무부장관 수사지휘에 관한 경험사례의 분석과 지휘권자가 활용가능한 예시에 해당하는 '기재례' 개발·정리에 관한 실무 차원에서의 연구는 후속연구로 미뤄두고자 한다.

72) 이 부분은 실정법과 공법이론이 불일치하고 그 간극이 가장 큰 영역이라고 생각한다. 행정법학계 교과서에서는 '감독권'에 관한 논의가 주를 이루며 감독권 중 하나의 수단으로서 '지휘권' 또는 같은 의미로 '훈령권'을 언급하고 있다. 그러나 실정법에서 확인하면 대부분의 조직법 규정에서는 '지휘권'과 '감독권'이 대등하게 병렬적으로 규정되고 있음이 확인된다. 과거 4호 헌법에서도 명시적 문언을 통해 '지휘'와 '감독'이 대등한 권한으로 규정되기도 하였다(헌법 제70조 국무총리는 국무원을 대표하여 의안을 국회에 제출하고 행정각부를 지휘·감독한다, 밑줄 필자). 이처럼 그동안 주목받지 못했던 '감독권'을 재조명하여 그 의미를 규명하고, 지휘권과 관계적 해석하에서 종래의 이론적 논의들이 교정되거나 재해석될 필요성이 있는지, 있다면 구체적으로 재구성되는 모습은 어떠해야 하는지 등에 관한 연구가 필요하다. 이러한 지휘감독권은 2021. 7. 1.부터 시행되는 자치경찰제와 맞물려 지방자치단체 소속의 자치경찰위원회에게 부여된 '지휘감독권'의 권한범위와 그 한계 해석에도 많은 영향을 미치게 된다는 점에서 중요하다고 생각한다(경찰법 제28조 제3항). 이 역시 후속연구로 미뤄두고자 한다.

본 논문을 계기로 공법학계에서 수사지휘에 관한 본격적 관심을 불러일으켜 다양하고 의미 있는 후속연구가 촉발되기를 기대한다.

수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론 – 이 정 원	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.10.	2021.12.06.	2021.12.29.

73) 법무부장관의 수사지휘에 관한 공법적 연구로는 이선희/김상겸, 법무부장관의 검찰지휘·감독권에 관한 헌법적 연구, 토지공법연구 92, 한국토지공법학회, 2020, 391-411면; 김하중, 법무부장관의 검찰총장 지휘감독권에 관한 고찰, 인권과정의 422, 대한변호사협회, 2011, 139-158; 한편 외국 사례로는 이경렬, 오스트리아 검찰에 대한 법무부장관의 지휘감독권 비교 연구 – 검사의 직무수행과 정치적 중립성의 관점에서 –, 형사소송 이론과 실무 13(1), 한국형사소송법학회, 2021, 87-121; 신상현, 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 폐지론 – 최근에 이루어진 법률개정 상황을 고려한 재고찰, 외법논집 44(2), 한국외국어대학교 법학연구소, 2020, 1-33

[참고문헌]

1. 단행본

김남철, 행정법 강론, 박영사, 2020
김남진/김연태, 행정법Ⅱ (제24판), 법문사, 2020
김도창, 일반행정법론(하) (신고제4전정판), 청운사, 1993
김동희, 행정법Ⅱ (제25판), 박영사, 2019
김백유/권수진, 국가조직론, 한성, 2017
김소연, 독립행정기관에 관한 헌법학적 연구, 경인문화사, 2013
김유환, 현대행정법 (전정판), 박영사, 2021
김철수, 헌법학신론 (제21전정신판), 박영사, 2013
김철용, 행정법 (전면개정 제10판), 고시계사, 2021
김향기, 행정법개론 (제14판), 탑북스, 2021
류지태/박종수, 행정법신론 (제18판), 박영사, 2021
박균성, 행정법론(하) (제18판), 박영사, 2020
박윤흔, 최신 행정법강의(하), (개정27판), 박영사, 2001
석종현/송동수, 일반행정법(하) (제13판), 삼영사, 2013
석종현, 일반행정법(하) (제11판), 삼영사, 2005
설계경/김기재, 행정법학(하), 법률출판사, 2006
유상현, 행정법Ⅱ, 형설출판사, 2002
유진식, 행정조직법의 이론과 실제, 전북대학교출판문화원, 2020
윤세창/이호승, 행정법(상) (제3개정판), 박영사, 1993
이명구, 신고 행정법학(하), 대명출판사, 1977
이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1988
이재상, 형사소송법 (제9판), 2012
장영수/김수갑/차진아, 국가조직론, 법문사, 2010
장영철, 국가조직론, 화산미디어, 2020
장태주, 행정법개론 (제9판), 법문사, 2011
정하중, 행정법개론 (제11판), 법문사, 2017
정형근, 행정법 (제7판), 피앤씨미디어, 2019
조연홍, 한국행정법원론(하), 형설출판사, 2005
조정환, 행정법(하) (제3판), 진원사, 2011
최정일, 행정법의 정석(행정법Ⅱ) (제2판), 박영사, 2010
하명호, 행정법 (제2판), 박영사, 2020
허영, 한국헌법론 (전정16판), 박영사, 2020
한견우/최진수, 현대행정법, 세창출판사, 2011
한수웅, 헌법학 (제10판), 법문사, 2020
홍정선, 행정법원론(하) (제28판), 박영사, 2020
홍준형, 행정법 (제2판), 법문사, 2017

2. 학술지 논문

김하중, 법무부장관의 검찰총장 지휘감독권에 관한 고찰, 인권과정의 422, 대한변호사협

회, 2011
김해원, 기본권관계에서 “대통령을 수반으로 하는 정부”에게 입법권을 수권하는 법률에 대한 권한법적 통제 — 수권법률제정권자의 피수권기관 및 피수권규범 특정에 관한헌법적 통제를 중심으로 —, 법학논총 35(1), 전남대학교 법학연구소, 2015
김해원, 기본권이론과 기본권실천 - 민주적 법치국가에서 기본권국가를 위한 길, 동아법학 82, 동아대학교 법학연구소, 2019
박동수, 경찰 수사지휘권의 근거와 그 행사에 관한 연구, 한국경찰연구 12(4), 한국경찰연구학회, 2013
박상민, 고위공직자범죄수사처 검사의 영장청구권에 관한 검토, 형사법의 신동향 70, 대검찰청, 2021
손영조, 검사의 수사지휘, 용어에 대한 연력적 비교 연구, 경찰학연구 17(3), 경찰대학, 2017
심희기, 19세기 조선 관찰사의 사법적 행위의 실증적 고찰, 고문헌연구 58, 한국고문서학회, 2021
이경렬, 오스트리아 검찰에 대한 법무부장관의 지휘감독권 비교 연구 - 검사의 직무수행과 정치적 중립성의 관점에서 -, 형사소송 이론과 실무 13(1), 한국형사소송법학회, 2021
이근우, 검·경 수사지휘 논의에서 잊힌 문제 - 특별사법경찰관리에 대한 수사지휘-, 형사정책 30(2), 한국형사정책학회, 2018
이선희/김상겸, 법무부장관의 검찰지휘・감독권에 관한 헌법적 연구, 토지공법연구 92, 한국토지공법학회, 2020
이윤제, 공수처 검사의 법적 지위에 관한 헌법재판소 결정의 오류와 문제점, 형사소송이론과 실무 13(3), 한국형사소송법학회, 2021
이정원, 헌법상 영장주의에 관한 연구 - 구체화 및 체계화를 중심으로 -, 경북대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2020
이천현, 검찰청법 제8조의 법적문제, 한양법학 18, 한양법학회, 2005
정세종, 경찰조직내 수사지휘에 관한 법적 쟁점과 논평, 한국공안행정학회보 84, 한국공안행정학회, 2021

3. 기타

경찰청, 알기쉬운 자치경찰제 법령, 2021
국회사무처, 2019년도 국정감사 법제사법위원회회의록 (2019. 10. 7.)
국회사무처, 2020년도 국정감사 법제사법위원회회의록 (2020. 10. 22.)
법무연수원, 수사지휘론, 2003
법제사법위원회(수석전문위원 김종두), 검찰청법 일부개정법률안(양승조의원 대표발의) 검토보고, 2006
조국/김준호, 경찰 내부 수사지휘의 합리적 운용방식에 대한 연구 - 일본의 수사지휘 제도와 그 시사점을 중심으로 (경찰청 연구과제), 경찰청, 2013
한상희, 법무・검찰의 개혁 - 그 목표와 방안, 법무부-검찰의 바람직한 위상정립 및 검찰개혁 방안 토론회 (자료집), 참여연대 (2003. 3. 20.)

경향신문, 경찰, ‘이용구 사건’ 재발 방지 위해 중요 내사사건 시·도경찰청이 수사지휘, 2021. 6. 9. https://news.v.daum.net/v/20210609113732313
경향신문, 《검찰 의사결정 과정에서의 지휘·지시 내용 등 기록에 관한 지침(대검 예규 제977호)》 전문보기, 2020. 11. 3.
https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202011030600011

경향신문, 국민의힘 “문 대통령이 대장동 수사 가이드라인 주는 셈”, 2021. 10. 26.
https://www.khan.co.kr/politics/assembly/article/202110262056005#csidx616187cf3d28a79bc1876d665a10cfd
국민일보, “진정한 검찰개혁 말하는 사건… 지휘 빙자한 수사무마 없어야”, 2021. 5. 11.
http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924191074
동아일보, 文대통령 “대장동, 검경이 신속-철저 수사를”, 2021. 10. 13.
https://www.donga.com/news/article/all/20211013/109676291/1
동아일보, 법원 “윤석열, 이성윤 거치지않고 ‘최강욱 기소’ 직접 지휘 적법”, 2021. 1. 29.
https://www.donga.com/news/article/all/20210129/105188884/1
동아일보, “수사지휘 아닌 수사무마” 이성윤 기소로 靑-檢 대결 본격화, 2021. 5. 15.
https://news.v.daum.net/v/20210515133702583
머니투데이, “무관용 수사해야” 이성용 공군총장, ‘뒷북 지시’ 논란, 2021. 6. 3.
https://news.v.daum.net/v/20210603132024090
머니투데이, 총리가 ‘부동산투기’ 수사지휘?..흔들리는 수사독립성, 2021. 3. 30.
https://news.v.daum.net/v/20210330155351667
문화일보, 서면 지휘 원칙 안지켜 부실 수사 키웠다, 2021. 6. 7.
https://news.v.daum.net/v/20210607115258742
법률신문, “결재권자와 수사검사 간 이견 시 기록으로 남겨야”, 2020. 2. 6.
https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=159159
법률신문, 대검, 특별사법경찰 현장 지원 강화, 2021. 8. 9.
https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=171995
법률신문, 영장심의위, “검찰 영장기각은 부당” 첫 의결, 2021. 8. 4.
https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=171872
서울신문, 이재명, 유흥주점 야간 ‘몰래영업’ 직접 단속, 2021. 7. 23.
https://m.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210723500014&cp=seoul&m_sub=msub_seoul_002#csidx1c1f6257ba3e6d8a30fad4151fc16b9
세계일보, 경찰 담당 국회의원 한밤중 지구대 찾아와 수사지휘, 2015. 5. 11.
https://www.segye.com/newsView/20150511000661
세계일보, 서욱 장관, 공군 여성 부사관 사망사건 공군서 국방부로 이관 지시, 2021. 6. 1.
https://www.segye.com/newsView/20210601517377
세계일보, 충남 초대 자치경찰위원장, 파출소 물컵 던지고 폭언 물의, 2021. 4. 3.
https://www.segye.com/newsView/20210403505286
아주경제, [전문] 법무부 라임 및 검찰총장 가족의혹 관련 수사지휘권 발동, 2020. 10. 19.
https://www.ajunews.com/view/20201019180307686
연합뉴스, 문대통령, 女부사관 사건 엄정수사 지시…”최상급자까지”, 2021. 6. 3.
https://www.yna.co.kr/view/AKR20210603085751001
연합뉴스, 文대통령 “수사지휘 아니었다”..곽상도 손배소에 답변, 2021. 5. 12.
https://news.v.daum.net/v/20210512100830610
조선일보, 김 총리, 국방장관에게 “공군 성폭력 사건 철저히 수사” 지시, 2021. 6. 2.
http://www.joseilbo.com/news/htmls/2021/06/20210602424958.html
조선일보, 공수처, ‘1호 사건’ 첫단추부터 논란… “기소권도 없는데 압수수색 영장?”, 2021. 5. 20.
https://www.chosun.com/national/court_law/2021/05/20/QTSR4CCTKFHEDOIZFFEUX4F7TI

조선일보, 국회의원이 한밤중 불쑥 '바바리맨' 수사 지휘, 2015. 5. 11.
https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2015/05/11/2015051100173.html
중앙일보, "김학의 진상규명, 수사 지휘 아닌 당부" 文 이례적 답변서, 2021. 5. 12.
https://news.v.daum.net/v/20210512112955100
중앙일보, 윤석열, 추미애 지휘 일단 수용…檢 내부선 "사퇴는 없다", 2020. 7. 9.
https://news.joins.com/article/23820944
중앙일보, "최강욱 기소" 尹지시 3번 거부…판결문에 담긴 이성윤 항명, 2021. 1. 29.
https://news.joins.com/article/23981648
한겨레, 박범계 "윤석열 가족 사건, 서울중앙지검장이 수사지휘 유지 검토", 2021. 7. 5.
https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1002140.html#csidx7788283843248aea15659184410d1b5
한겨레, 화천대유 늑장 수사 질타에…경찰청장 "초기 판단 잘못", 2021. 10. 5.
https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1013982.html#csidxb0585e7c355e01ab9d3c1f57297e4d9
한국일보, 秋·尹이 남긴 '윤석열 사건' 수사지휘 공백…박범계는 뒷짐, 김오수는 눈치, 2021. 8. 3. https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021080211350003078
MBC, '고유정 수사 지휘' 박기남 전 제주동부경찰서장 '견책' 징계, 2020. 1. 22.
https://imnews.imbc.com/news/2020/society/article/5653381_32633.html
NEWS1, 박범계 "공소장 유출, 위법 소지 크다"..수사지휘 나서나, 2021. 5. 21.
https://news.v.daum.net/v/20210521092239330
NEWS1, '이용구 폭행사건' 서초서 과장·팀장 수사심의위 회부.."지휘감독 소홀", 2021. 6. 9. https://news.v.daum.net/v/20210609105421095
NEWSIS, 경찰청장 "수사지휘 안해…보고 사안·범위기준 논의", 2021. 4. 19.
https://newsis.com/view/?id=NISX20210419_0001411771
NEWSIS, 공군참모총장 "성범죄, 상급부대 수사기관 신속 이관하라", 2021. 6. 3.
https://newsis.com/view/?id=NISX20210603_0001463738
NEWSIS, 김기현 "정 총리, 무슨 자격으로 LH투기 수사 지휘하나", 2021. 3. 8.
https://news.v.daum.net/v/20210308190010232
NEWSIS, 김오수 총장, 첫 출근.."김학의 사건, 수사지휘 않겠다"(종합), 2021. 6. 1.
https://news.v.daum.net/v/20210601182428138
NEWSIS, 文 "공군 중사 성폭력, 최고 상급자 포함 지휘라인 엄중 처리"(종합), 2021. 6. 3.
https://news.v.daum.net/v/20210603124045339
NEWSIS, 정 총리, 'LH 투기 의혹' 특수본 설치 지시..차명거래 등 수사(종합), 2021. 3. 8.
https://news.v.daum.net/v/20210308181714442
YTN, 공수처·검찰 계속되는 기 싸움..."부실한 입법 보완 시급", 2021. 5. 30.
https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202105302218364989
YTN, 민주당 "군 사법체계 개혁"...국민의힘 "지휘 책임부터", 2021. 6. 5.
https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202106052229044664
YTN, 유대운 의원, 경찰서에서 "바바리맨 찾아내라", 2015. 5. 11.
https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_201505111056515422

【국문초록】

최근 사회적으로 문제되는 형사사건에서 '수사지휘'는 빠지지 않고 언급될 정도로 그 중요성이 강조된다. 그러나 수사지휘에 관해 헌법상 명문의 규정은 존재하지 않고, 일반적 성격의 기본법도 없다. 수사기관을 설치하고 권한부여와 사무분배를 규정하는 개별조직법에서 산발적으로 확인될 뿐이다. 수사지휘에 관한 공법적 연구는 충분하지 않다.

본 논문의 목적은 수사지휘에 관한 현행 법제를 공법적 시각에서 분석한 후 합리적 해석론을 전개하는 것이다. 수사지휘 법제의 문제상황 정리, 문제의식 각성을 통한 학문적 관심 촉구, 후속연구의 방향제시도 병행한다.

본론에서 수사지휘에 관한 우리 입법례의 현황을 살펴본 후 조문간 비교대조를 통한 분석 결과 수사지휘권의 존부는 법정사항임을 확인하였다. 수사지휘의 당사자인 지휘주체와 지휘객체에 집중하여 공법적 시각에서 구체적 해석을 시도한 후 유형화 하였다.

지휘주체 관련, 법제에 의하면 지휘권한의 부여방식은 원칙적으로 기관장 유보의 방식을 채택하고 있다. 특수한 경우로서 일부 행정각부의 장 에게는 소속 청장에 대한 수사지휘권이 부여되고 있다. 법무부장관과 국방부장관의 구체적 사건에 관한 수사지휘권은 원칙규정인 정부조직법에 대한 예외적 특별규정이다. 수사지휘권의 주체가 법정되어 강제위임되고 또한 강제회수되는 규정이 존재하는 경우도 있다. 수사지휘권은 법률상 명문규정이 없더라도 내부위임될 수 있다.

지휘객체 관련, 일반적으로 수사지휘의 객체 또한 법률에서 직접 규정하고 있다. 다만 그 객체의 범위는 지휘주체에 따라 차등적으로 규정되어 있다. 따라서 지휘주체와 지휘객체는 결부하여 이해되어야 한다. 검찰총장과 국가수사본부장의 수사지휘에 대한 지휘객체는 비교적 넓게 해석된다. 공수처검사는 경우에 따라 수사지휘의 객체로 전락될 수 있다.

결론에서는 요약정리하고 본 연구의 한계를 지적하며 후속연구가 필요한 내용을 미시적·거시적 측면에서 각각 제시하였다.

【Abstract】

A Study on the Interpretive Theory on the Command of Investigations in the Public Law

Lee, Jungwon
(Instructor, Police Human Resources Development Institute / Ph.D / Lawyer)

Command of investigations is emphasized for its importance, so it is always mentioned in criminal cases in recent social issues. However, there is not enough research on the command of investigations in public law. The purpose of this study is to analyze current laws about the command of investigations, which has not received any attention, in the viewpoint of public law and rational interpretive theory. After arranging the problematic situations of concerned laws, the study called for academic interest through the awakening of problematic consciousness and proposed a direction for follow-up studies. The study examined the current legislation cases of South Korea regarding command of investigations and attempted to interpret them through comparison, contrast, and analysis of different provisions. Major issues were reviewed in the order of subject and object of command. The conclusion pointed out the limitations of the study and proposed four areas that would require a follow-up study.

주제어(Keywords) : 수사지휘(command of investigations), 경찰청장(Commissioner General), 국가수사본부(National Investigation Headquarters), 사법경찰관(judicial police officer), 검찰총장(the Public Prosecutor General), 법무부장관(the Minister of Justice), 행정조직법(Administrative Organization), 공법(Public Law)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.99

자동차관리법에 따른 자동차 리콜제도의 헌법적 문제점

장 영 수*

목 차

Ⅰ. 서: 자동차 리콜의 합리적 기준은 무엇인가?
Ⅱ. 자동차 리콜 제도의 성격과 기능
1. 자동차 리콜의 의미와 성격
2. 자동차 리콜 제도의 도입과 변천
3. 현행법상 자동차 리콜을 둘러싼 논란
Ⅲ. 자동차 리콜 제도의 비교법적 검토
1. 미국의 자동차 리콜 제도
2. 독일의 자동차 리콜 제도
3. 일본의 자동차 리콜 제도
Ⅳ. 「자동차관리법」에 따른 자동차 리콜의 요건과 절차의 평가
1. 자동차 리콜의 요건
2. 자동차 리콜의 절차
3. 외국의 제도와의 비교
Ⅴ. 자동차 리콜 제도의 개선 방향
1. 제조사의 책임과 국가의 관리체계의 합리화
2. 자동차산업의 국제경쟁력과 소비자 보호의 조화
3. 자동차 리콜 법제 개선과 입법자의 입법형성권의 범위
Ⅵ. 자동차 리콜에 관한 벌칙조항의 합헌성 검토
1. 죄형법정주의에 따른 명확성 요청
2. 과잉금지 원칙
3. 형벌의 비례성
Ⅶ. 결론

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 문제제기: 자동차 리콜의 합리적 기준은 무엇인가?

자동차는 현대인의 삶에서 뺄 수 없는 중요한 비중을 갖는 도구이며, 자동차의 편의성은 일상생활뿐만 아니라 직업생활에서도 다양한 형태로 나타나고 있다. 이제 자동차는 일상생활의 동반자이며, 직업수행의 필수적인 조건의 하나가 된 것이다.

이처럼 자동차의 편의성이 커진 만큼. 자동차의 안전성은 더욱 중요해졌다. 자동차 기술의 발전으로 편의성과 안전성을 동시에 확보하는 것이 충분히 가능해졌으며, 이제는 친환경 자동차의 보급이라는 새로운 목표를 향해 나아가고 있다. 그러나 자동차 기술의 새로운 발전은 항상 새로운 리스크를 안고 있기 때문에 자동차 안전에 관한 문제가 완전히 해결된 것은 아니며, 자동차 사고로 인한 생명과 신체의 위험에 대해서는 여전히 주의가 필요하다.

특히 2009년 미국에서 발생했던 도요타 자동차의 사고와 대규모 리콜 사태는 자동차 안전에 대한 범세계적 관심을 촉발시켰으며,[1] 국내에서는 세계적인 명차로 알려진 BMW 차량에서 연이어 차량 화재가 발생하였고, 자동차제작자의 리콜에 대한 소극적인 태도로 인해 많은 사람들이 불안해 했던 일이 있었다.[2] 그로 인해 많은 국민들이 과거의 가습기 살균제 사건을 떠올리면서 자동차 리콜에 대한 관심이 높아지기도 했다.

그러나 단순히 소비자의 입장에서만 생각해서 언제라도 손쉽게 자동차 리콜이 가능하도록 하는 것이 최선의 해결은 아니다. 자동차 리콜의 경우에도 자동차제작자(또는 판매자)와 소비자 사이에 합리적인 균형과 조화가 가능하도록 하여야 하며, 이는 대한민국의 자동차산업이 반도체와 스마트폰 등의 전자산업과 더불어 대한민국의 산업생산 및 고용을 견인해온 국가기간산업이라는 점에서 더욱 그러하다.

그러므로 법원의 위헌법률심판제청 결정문(서울중앙법원 2020초기1615

---

1) 도요타 리콜 사태에 관하여는 정용수, 도요타자동차 리콜 관련 동향, 소비장정책동향 제10호(2010.03), 1-21쪽; 현영석, 도요타자동차 대량 리콜의 원인과 교훈, 한국생관리학회지 제22권 제1호(2011.03), 21-37쪽 참조.

2) BMW 차량화재 사고에 관하여는 하각천・이창성, BMW 자동차 화재사례를 통해 살펴본 시사점과 제도적 개선방안, 한국화재조사학회 학술대회 통권 제36회(2018.11), 165-188쪽 참조.

위헌심판제청)에서 "… 자동차리콜은 타카타 에어백 사건과 같이 경우에 따라서는 파산에 이르는 정도로 자동차제작자에게 미치는 경제적 영향이 크다"고 지적[3]하고 있는 것처럼 자동차 리콜 제도의 합리화를 위해서는 자동차제작자 등의 기본권에 미치는 파급효과도 충분히 고려되어야 할 것이다.

물론 국산품 애용이 곧 애국이라는 주장을 내세워 국내산업에 특혜를 주었던 개발독재 시절처럼 국민의 희생을 밑거름으로 자동차산업을 육성하는 것은 이제 가능하지도, 바람직하지도 않다. 다만, 자동차산업의 지속가능한 발전, 나아가 글로벌 시장에서 국내 자동차산업의 국제경쟁력이라는 측면에서 선진외국의 자동차 리콜제도와 비교해서 과도하지 않은 조건으로 자동차 리콜의 요건과 절차를 규정하는 것이 필요한 것이다.

이렇게 볼 때, 「자동차관리법」에 따른 자동차 리콜제도의 합리성에 대해서는 논란의 소지가 적지 않다. 최근 다수의 전문가들이 현재 대한민국의 자동차 리콜 제도가 -특히 선진 외국의 자동차 리콜 제도와 비교할 때- 규제기관의 역할이 미흡하며,[4] 자동차제작자 등에 과도한 부담을 지우고 있다고 지적한다.[5] 과연 어떤 점에 문제가 있으며, 어떻게 개선해야 할 것인지에 대해 신중한 검토가 요구된다.

이 논문에서는 자동차 리콜 제도에 관한 논란의 핵심은 '국민의 생명과 안전에 대한 보호'와 '과도한 규제로 인한 기본권 침해 및 자동차 산업의 국제경쟁력 약화' 사이의 긴장관계라는 점을 분명히 하면서, 이 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 양자택일적 접근이 아니라 양자의 균형과 조화가 중요하다는 점을 강조하고자 한다.

이를 위해서는 자동차제작사 등이 책임져야 할 부분과 국가의 관리를 통해 해결해야 할 부분이 명확하게 정리되어야 할 것이다. 또한, 이에 대한 합리적 판단을 위해서는 자동차산업의 선진국들에서 이러한 문제를 어떻게 규율하고 있는지를 비교·검토하는 것이 중요한 참고가 될 것이다.

---

3) 결정문 8쪽.

4) 설민수, 한국에서 자동차 리콜의 구조와 문제점: 규제기관의 역할과 자동차 결함 관련 제조물 책임소송의 현황을 중심으로, 법제 통권 제688호(2020.02), 129-159쪽.

5) 안창호, 자동차 리콜제도에 관한 헌법적 고찰, 법조 제68권 제3호(2019.06), 7-41쪽 참조.

Ⅱ. 자동차 리콜 제도의 성격과 기능

1. 자동차 리콜의 의미와 성격

리콜 제도는 우리에게 일상화되어 있는 AS제도와 비교될 수 있다. 후자는 제품의 개별적인 '하자'에 대해 소비자의 요청으로 점검·수리 등을 하는 것인 반면에, 전자는 제조사에서 제품의 '결함'을 발견하고 해당 제품을 회수하여 수리 또는 교환해 주는 제도를 말한다.[6]

그러나 사소한 결함에 대해서까지 모두 리콜을 하는 것은 적절치 않기 때문에 리콜의 대상은 중대한 결함으로 한정되는 경우가 많으며, 자동차의 리콜은 자동차가 안전기준에 부적합하거나 안전운행에 지장을 주는 결함이 있는 경우에 자동차 제작, 조립, 수입자가 그 결함 사실을 해당 소유자에게 통보하고 부품의 수리, 교환 등의 조치를 취하는 것이라 할 수 있다.

이러한 자동차 리콜은 한편으로는 자동차의 결함이 이용자의 생명과 안전에 직접 영향을 미친다는 점에서, 다른 한편으로는 대규모 리콜이 자동차 및 자동차제작사의 이미지에 치명적인 타격을 입힐 수 있다는 점에서 객관적이고 공정한 기준의 마련이 무엇보다 중요하다. 이를 위해 자동차의 결함 유무를 정확하게 판단하여야 할 것이며, 어느 정도의 결함이 있을 경우에 안전운행에 지장을 주는 것으로 볼 것인지도 매우 어렵지만 중요한 판단이다.

자동차 리콜이 문제된 경우가 항상 안전상의 결함이 명확한 경우는 아니었다. 세계적으로 널리 알려진 도요타 자동차의 리콜에 대해서 정치적 성격이 지적되는가 하면,[7] 1985년 미국 시장에서 아우디 자동차의 급발진 사고가 많은 비난을 받았으나 1989년 미국 정부는 대부분의 사고가 운전자의 조작부주의라는 결론을 내렸고, 당시 대표적으로 아우디를 비난했던 언론사

---

6) 하자와 결함의 구별이 상대적이라고 보는 견해로는 윤일구, 자동차와 소비자보호의 문제 -자동차의 하자와 결함을 중심으로-, 소비자연구 제45권 제3호(2014.12), 237-254쪽 참조. 그러나 이는 일반적인 AS와 리콜의 성질상 차이를 간과한 것으로 보인다.

7) 채영석, 도요타 리콜사태를 보는 다른 시각, 오토저널 제32권 제3호(2010.06), 73-75(75)쪽 참조.

는 공개사과를 하게 되었던 것[8]도 시사하는 바가 크다.

소비자의 입장에서는 자동차 사고로 인한 생명과 안전의 위험을 최소화하기 위해 폭넓은 자동차 리콜을 요구하는 것이 일반적이지만, 자동차제작자의 입장에서는 대량 리콜의 경우에 발생하는 이미지 실추와 비용의 부담 등을 고려하여 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다.[9] 그러나 자동차 리콜 제도 자체에 대한 부정적 태도는 찾아보기 어렵다. 적절한 방식의 자동차 리콜은 자동차 사고로 인한 더욱 심각한 문제를 피할 수 있게 하며, 기업 이미지의 개선에도 도움이 될 수 있다[10]는 긍정적인 측면이 인정되고 있기 때문이다.[11]

그러므로 자동차 리콜 제도에 관한 논란의 핵심은 리콜 제도 자체에 대한 것이 아니라, 리콜의 합리적 기준이 무엇인가에 관한 것이라고 볼 수 있다.

2. 자동차 리콜 제도의 도입과 변천

자동차 리콜 제도는 미국에서 1966년 연방교통안전법(National Traffic & Motor Vehicle Safety Act)의 제정으로 시작되었으며, 1970년대부터 본격적으로 시행된 것으로 알려져 있다.

국내에서는 1992년 12월 8일 「대기환경보전법」 개정을 통해 자동차의 배출가스가 허용기준을 초과한 경우에 당해 사업자에게 결함을 시정할 수 있도록 규정한 것을 최초의 자동차 리콜 제도로 볼 수 있다.[12] 또한, 「도로

---

8) 채영석, 앞의 글(주 7), 73쪽 참조.

9) 이러한 경향은 글로벌 자동차제작사들이 판매 지역에 따라 리콜을 차등적으로 실시하는 것에서도 나타난다. 이에 관하여는 현은정・윤우진, 글로벌 자동차 제조사의 지역 차등적 리콜 결정 원인, 인사조직연구 제28권 제4호(2020.11), 141-178쪽 참조.

10) 이에 관하여는 김현철, 선제적 리콜: 자동차산업의 효율적인 위기예방전략, 생산성논집, 제28권 제3호(2014.09), 213-231쪽; 박문수・이경희・고대영, 『리콜과 기업 경영전략에 관한 분석』, 산업연구원 연구보고서, 2011, 145쪽; 성낙문・오재학・오주택, 자동차 리콜 제도의 시행에 따른 편익산정, 대한교통학회지 제22권 제3호(2004.06), 59-67쪽 참조.

11) 거꾸로 BMW 차량화재 사고의 경우처럼 늦장 리콜이 문제될 경우에는 기업 이미지에 상당한 손상이 가해질 수 있다. 이에 관하여는 뉴스1 2018. 08. 04. 「"BMW 화재 4개월 전 막을 수 있었다" …늦장 대응 논란」 (https://news.nate.com/view/20180804n01854?mid=n1006 최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

운송차량법」[13]을 1986년 12월 31일 전부개정(1987년 7월 1일 시행)하여 만들어진 「자동차관리법」 제32조에서 제작 등을 한 자동차에 대한 사후관리를 규정하고 있었으나,[14] 자동차 리콜 제도는 1991년 12월 31일 일부개정된 「자동차관리법」 제30조 제4항 및 제5항[15] 및 이에 근거하여 1992년 9월 26일 개정된 「자동차관리법 시행규칙」 제57조[16]에 근거하에 도입되었다. 이

---

12) **「대기환경보전법」(1992.12.8. 일부개정, 1993.6.9. 시행) 제34조(결함시정)**
① 환경처장관은 제33조의 규정에 의한 검사결과 그 자동차배출가스가 배출가스보증기간내에 제31조의 규정에 의한 제작차배출허용기준을 초과하는 경우 그 사유가 자동차제작자에게 있다고 인정하는 때에는 당해 차종에 대하여 결함시정을 명할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의한 결함시정명령을 받은 자동차제작자는 총리령이 정하는 바에 의하여 당해 자동차에 대한 결함시정계획을 제출하여 환경처장관의 승인을 얻어야 하며, 승인을 얻은 때에는 그 결함시정계획에 따라 결함을 시정하고 그 결과를 보고하여야 한다.
③ 환경처장관은 제2항의 규정에 의한 결함시정결과를 보고받아 검토한 결과 결함시정계획이 이행되지 아니하였을 경우 그 사유가 결함시정명령을 받은 자에게 있다고 인정하는 때에는 기간을 정하여 다시 결함시정을 명하여야 한다.
④ 제1항의 규정에 의한 결함시정의 대상이 되는 차종의 범위결정등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
⑤ 배출가스보증기간내에 있는 자동차의 소유자 또는 운행자는 환경처장관이 상공부장관과 협의하여 총리령이 정하는 배출가스관련부품이 정상적인 성능을 유지하지 아니하는 경우에는 자동차제작자에게 그 결함의 시정을 요구할 수 있다.<신설 1992·12·8>
⑥ 제5항의 규정에 의한 결함시정요구를 받은 자동차제작자는 지체없이 그 요구사항을 검토하여 결함을 시정하여야 한다. 다만, 자동차제작자가 자신의 고의 또는 과실이 없음을 입증한 때에는 그러하지 아니하다.<신설 1992·12·8>

13) 「도로운송차량법」은 1962년 1월 10일 제정과 동시에 시행되었다.

14) **「자동차관리법」(1986.12.31. 전부개정, 1987.7.1. 시행) 제32조(제작등을 한 자동차에 대한 사후관리)**
① 제작자등은 스스로 제작등을 한 자동차에 대하여 교통부령이 정하는 바에 의하여 사후관리를 하여야 한다.
② 제작자등은 교통부령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 사후관리에 필요한 시설과 기술인력을 확보하여야 한다.

15) **「자동차관리법」(1991.12.31. 일부개정, 1992.7.1. 시행) 제30조(자동차의 형식승인등)**
④ 제작자등은 스스로 제작등을 한 자동차가 제작상의 결함이 있는 경우에는 교통부령이 정하는 바에 의하여 시정조치를 하여야 한다.
⑤ 교통부장관은 제4항의 규정에 의한 시정조치를 하지 아니하는 제작자등에 대하여 교통부령이 정하는 바에 따라 시정을 명할 수 있다.

16) **「자동차관리법시행규칙」(1992.9.26. 일부개정, 같은날시행) 제57조(제작결함의 시정)**
① 법 제30조제4항의 규정에서 "제작상의 결함"이라 함은 자동차의 제작등의 과정에서 자동차안전기준에관한규칙에 적합하지 아니한 것으로서 유사한 내용의 결함이 계속·반복적으로 다수의 자동차에 대하여 발생한 경우의 결함(이하 "제작결함"이라 한다)을 말한다.

후 1995년 12월 29일 전부개정(1996년 10월 30일 시행)에 의해 「자동차관리법」에서 별도의 조문으로 직접 규정하게 도입되었다.[17]

주목할 점은 종래 「자동차관리법」에서 자동차의 제작·조립 또는 수입을 위해 (건설)교통부장관의 형식승인을 받도록 하고 있던 것[18]을 2002년 8월 26일 일부개정(2003년 1월 1일 시행)을 통해 건설교통부령이 정하는 바

---

② 제작자등은 법 제30조제4항의 규정에 의하여 제작등을 한 자동차가 제작결함이 있다고 판단한 때에는 30일이내에 다음 각호의 사항이 포함된 시정계획을 자동차소유자에게 통지하거나 서울특별시에 주사무소를 두고 전국에 배포되는 3개이상의 일간신문에 공고한 후, 그 시정조치를 하여야 한다.
1. 제작결함의 내용
2. 제작결함을 시정하지 아니한 경우 자동차에 미치는 영향과 주의사항
3. 제작결함을 시정받을 기간·장소 및 담당부서
4. 기타 제작결함의 시정을 위하여 교통부장관이 필요하다고 인정한 사항

③ 자동차소유자가 제2항의 규정에 의하여 제작결함의 시정을 받고자 하는 경우에는 제작결함시정계획의 통지를 받거나 신문공고가 있는 날부터 1년이내에 제작자등에게 제작결함의 시정을 요구하여야 한다.

④ 제작자등이 제2항의 규정에 의한 통지 또는 공고를 하고자 할 때에는 미리 그 계획을 교통부장관에게 보고하여야 한다. 시정조치를 완료한 때에도 또한 같다.

17) **「자동차관리법」(1995.12.30.전부개정,1996.10.30.시행)제31조(제작결함의시정)**

① 제작자등은 제작등을 한 자동차가 결함이 있는 경우에는 지체없이 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 시정조치를 하여야 한다.

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 시정조치를 하지 아니하는 제작자등에 대하여는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 시정을 명할 수 있다.

③ 건설교통부장관은 제작등을 한 자동차에 결함이 있는지의 여부를 확인하기 위하여 필요한 때에는 제32조제1항의 규정에 의하여 지정한 안전시험자에게 이에 대한 조사를 하게 할 수 있다.

18) **「자동차관리법」(1986.12.31.전부개정,1987.7.1.시행)제30조(자동차의형식승인등)**

① 자동차를 제작·조립 또는 수입(이하 "製作등"이라 한다)하고자 하는 자는 교통부령이 정하는 시설과 기술인력을 확보하고, 당해 자동차의 형식에 관하여 교통부령이 정하는 바에 의하여 교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경한 때에도 또한 같다. 다만, 교통부령이 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여는 교통부장관에게 신고하여야 한다.

② 교통부장관은 자동차의 형식중 자동차의 성능 및 안전도 향상을 위하여 개선할 사항이 있다고 인정할 때에는 그 개선을 조건으로 제1항의 규정에 의한 형식승인을 할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 자동차의 형식승인을 얻은 자(이하 "製作者등"이라 한다)가 자동차의 제작등을 한 때에는 교통부령이 정하는 바에 의하여 교통부장관에게 확인검사신청을 하여야 한다. 이 경우 교통부장관은 당해 자동차가 형식승인의 내용에 적합하게 제작등이 되었다고 인정할 때에는 자동차확인검사증을 제작자등에게 교부하여야 한다.

④ 제작자등이 제32조제2항의 규정에 의한 시설과 기술인력을 확보하지 아니하거나 형식승인의 내용과 다르게 자동차의 제작 등을 한 때에는 당해 자동차의 형식승인을 취소할 수 있다.

에 따라 그 자동차의 형식에 대해 안전기준 적합성을 스스로 인증하는 자기인증제도로 변경했다는 것이다.[19]

형식승인제도와 자기인증제도는 각기 장단점이 있으며, 유럽 국가들은 대부분 형식승인제도를, 미국과 캐나다 등에서는 자기인증제도를 채택하고 있다. 우리나라에서 형식승인제도 자기인증제도로 변경한 것은 정부의 간섭과 규제를 최소화하고 자동차 제작사의 자율성을 제고하여, 자동차의 안전성과 소비자 보호를 강화하고 자동차 생산의 생산성과 국제경쟁력을 증진하기 위한 것이며,[20] 형식승인의 경우 신모델의 출시에 걸리는 시간이 더 많이 걸리는 등의 문제를 해소하기 위한 것으로 알려져 있다.[21]

자기인증제도와 자동차 리콜의 의미와 비중이 반드시 상관관계를 갖는 것은 아니다. 2003년 자기인증제의 시행 이후 리콜 횟수는 이전에 비해 늘어났으나, 이는 자동차 장치의 복잡화, 고도화 등의 요인이 개입된 것이며, 전 세계적인 현상이라는 분석이 있다.[22]

그 후로도 「자동차관리법」은 여러 차례 개정되었으며, 자동차 리콜에 관해서도 그 대상범위를 확대하거나 제재를 강화하는 등의 내용 변경이 있

---

19) **「자동차관리법」(2002.8.26.전부개정,2003.1.1.시행) 제30조(자동차의 자기인증 등)**
① 자동차를 제작·조립 또는 수입(이하 "제작등"이라 한다)하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 그 자동차의 형식이 제29조의 규정에 의한 안전기준에 적합함을 스스로 인증(이하 "자기인증"이라 한다)하여야 한다.
② 자기인증을 하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 자동차의 제작·시험·검사시설 등을 건설교통부장관에게 등록하여야 한다. 등록한 사항중 건설교통부령이 정하는 중요한 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.
③ 제2항의 규정에 따라 등록을 한 자(이하 "제작자등"이라 한다)중 생산규모, 안전 및 성능시험시설 등 건설교통부령이 정하는 요건을 충족하지 못한 제작자등은 자동차의 안전운행에 직접 관련되는 사항으로서 건설교통부령이 정하는 사항에 대하여 제32조 제3항의 규정에 의한 성능시험대행자로부터 확인을 받아 자기인증을 하여야 한다.
④ 제작자등이 제1항 또는 제3항의 규정에 따라 자기인증을 한 때에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 제32조 제3항의 규정에 의한 성능시험대행자에게 자동차의 제원을 통보하고 그 자동차에는 자기인증의 표시를 하여야 한다.

20) 교통개발연구원, 『자동차 리콜제도 개선방안』, 2003, 2쪽 이하; 성낙문·오재학·김시곤, 자동차 리콜제도 개선방안에 관한 연구, 교통학회지 제22권 제4호(2004.08), 57-67(58)쪽; 안창호, 앞의 글(주 5), 12쪽 참조.

21) 자기인증제도와 형식승인제도의 장단점 비교에 관하여는 하성용, 자동차 리콜 제도 개선 방안에 관한 연구, 2018년 한국자동차공학회 추계학술대회 및 전시회, 1223-1244 (1226)쪽 참조.

22) 2003년 이후의 자동차 리콜 통계는 아래와 같다.

었다.[23] 특히 2011년 5월 24일 일부개정(2011년 11월 25일 시행)을 통해 국토해양부장관의 시정 명령(이른바 강제적 리콜)에 따르지 않은 경우에 처벌할 수 있도록 하던 것을 자동차제작자 등이 국토해양부령으로 정하는 방법과 절차에 따른 자발적 시정조치(이른바 자발적 리콜)를 하지 않은 경우에 처벌할 수 있도록 변경함으로써 많은 논란을 야기하였다.[24]

3. 현행법상 자동차 리콜을 둘러싼 논란

자동차 리콜 제도의 도입 초기에는 자동차제작사 등의 리콜 지연에 대한 불만이 많았으며, 그로 인하여 리콜 제도의 실효성 부족에 대한 비판이 많았다.[25] 그러나 자동차 리콜 제도가 도입된지 30년이 되면서 자동차 리콜

〈표 1〉 2003년 자기인증제 도입 이후의 자동차 리콜 통계

년(Annual)

값 | LEVEL1 | LEVEL2

연도	국내자동차		수입자동차		계	
	건수	대수	건수	대수	건수	대수
2020	46	1,520,863	212	690,862	258	2,211,725
2019	45	1,391,061	245	618,049	290	2,009,110
2018	31	2,017,614	252	625,383	283	2,642,997
2017	39	1,672,378	223	303,294	262	1,975,672
2016	32	404,258	181	220,540	213	624,798
2015	27	785,045	149	247,861	176	1,032,906
2014	20	733,175	144	136,633	164	869,808
2013	14	981,298	74	55,853	88	1,037,151
2012	16	155,403	63	50,834	79	206,237
2011	9	223,353	74	45,305	83	268,658
2010	15	226,452	42	44,457	57	270,909
2009	12	146,148	28	12,687	40	158,835
2008	20	97,878	28	8,139	48	106,017
2007	7	41,751	28	14,561	35	56,312
2006	19	133,907	29	9,295	48	143,202
2005	37	843,863	32	11,589	69	855,452
2004	25	1,357,056	48	12,869	73	1,369,925
2003	20	630,936	17	3,322	37	634,258

출처: 국토교통부 통계누리(http://stat.molit.go.kr/portal/cate/statView.do?hRsId=319&hFormId=4730&hSelectId=4730&sStyleNum=3&sStart=2020&sEnd=2020&hPoint=00&hAppr=1&o FileName=&rFileName=&midpath= 최종방문 2021. 12. 20.)

23) 2003년 자기인증제 시행 이후 「자동차관리법」은 2021년 7월 30일 현재까지 57회 개정되었으며, 그중에서 타법개정을 제외한 일부개정이 33회 있었다.

24) 안창호, 앞의 글(주 5), 16쪽 이하, 26쪽 이하 참조.

25) 이에 관하여는 김현정・여정성, 소비자보호를 위한 자동차리콜제도 개선방안 연구, 소비자학연구 제19권 제1호(2008.03), 191-212쪽; 성낙문・오재학・김시곤, 자동차

이 과거에 비해 많이 활성화되었다. 그럼에도 소비자의 자동차 리콜에 대한 만족도가 높지 않은 것은 자동차 리콜의 대상범위를 안전과 무관한 품질 문제까지 포함하는 것으로 인식함으로써 리콜에 대한 기대수준이 계속 높아지기 때문이라고 할 수 있다.[26]

최근 국내의 대표적인 자동차 리콜로는 2017년 현대·기아차에 대한 첫 강제리콜에서 12개 차종 24만대에 대해 국토교통부에서 리콜 명령을 내린 사건,[27] BMW 차량화재에 대한 논란 끝의 자발적 리콜,[28] 최근 현대·기아차 등의 리콜을 들 수 있다.[29] 이러한 리콜을 통해 오늘날 자동차 리콜은 상당 부분 일상화되었으며, 자동차 결함이 있는 경우에 리콜을 한다는 것이 국내에서도 특별한 일은 아니게 되었다.

오히려 최근에는 자동차 리콜의 지연에 대한 불만보다는 자동차 리콜의 판단 기준 및 법적 제재의 합리성에 대한 비판이 대두되고 있다는 점이 눈에

리콜제도 개선방안에 관한 연구, 교통학회지 제22권 제4호(2004.08), 57-67쪽 참조.

26) 송지현,『자동차 리콜지수 개발을 통한 한국형 결함조사 기법 연구』, 한국기술교육대학교 박사학위논문, 2013, 3쪽: "자동차리콜이 이슈화 되면서 대부분의 운전자들은 안전과 관련된 리콜뿐만 아니라 안전과는 무관한 품질 문제까지 모두 자동차 리콜로 인지하게 되면서 리콜에 대한 기대수준이 무한으로 높아져 제작사와 소비자 간의 분쟁과 마찰은 지속적으로 증가하고 있는 실정이다. 이러한 상황을 보여주듯 한국소비자원 자동차 관련 피해구제 신청은 '10년 1,019건으로 전년 동기 대비 64.6% 증가하였으며, 이는 자동차의 성능 및 기능이 향상되었음에도 불구하고 여전히 소비자의 기대와는 많은 차이가 있다는 것을 단적으로 보여주고 있다."
박준환·강지원,『자동차의 안전성 확보와 소비자 보호를 위한 쟁점과 과제』(국회입법조사처 이슈와 논점 제732호, 2013. 10. 30.), 1쪽: "자동차 리콜 제도의 초점은 '안전'에 영향을 주는 자동차의 결함을 시정하기 위한 것이다. 즉, 리콜 대상이 되는 결함은 자동차 제작 과정상의 문제로 안전에 영향을 주는 결함을 의미하므로 안전과 무관한 고장은 리콜의 대상이 되기 어렵다. 또한 자동차 리콜은 개별 소비자에 대한 보상이 아닌 해당 차종 전체에 대한 조치를 의미한다. 따라서 소수의 차량에서 발생한 '고장'이 아닌 해당 '차종의 결함'으로 인정되어야 한다. 자동차 리콜 제도의 이러한 특성으로 인해 리콜의 대상이 되는 자동차 결함은 제한적일 수밖에 없어서 폭넓은 품질보장을 원하는 소비자의 요구를 만족시키기에는 한계가 있다."

27) 서울경제 2017. 05. 12.「현대·기아차 첫 강제리콜...12개 차종 24만대」(https://www.sedaily.com/NewsVIew/1OFW8E6DOG 최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

28) 연합뉴스 2018. 07. 26.「BMW, '차량 화재' 결함 인정…수입차 사상 최대 규모 리콜」(https://www.yna.co.kr/view/AKR20180726132900003 최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

29) 조선일보 2021. 05. 27「제네시스 G80 등 현대·기아차 70만대 리콜… "화재 가능성" - 국토부, 22개 차종 71만대 리콜… 화재 가능성 '볼트 EV'도 리콜」(https://biz.chosun.com/industry/car/2021/05/27/NJI6O5JVDNDHNCLJ65LFV4PG4A/최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

뛴다.[30] 또한, 최근의 국내 입법 경향이 노동자, 소비자, 사회적 약자 계층에 대한 보호를 과도하게 강조한 나머지 편향성을 가지게 되는 경우가 적지 않으며, 이에 대한 비판이 점차 많아지고 있다는 점에도 귀를 기울일 필요가 있다.

자동차 안전의 중요성은 어느 누구도 부인할 수 없을 것이다. 하지만 일방적으로 자동차 안전만을 과도하게 강조한 나머지 자동차의 결함이 명확하지 않은 경우에 대해서 리콜을 요구하거나, 자동차 리콜의 지연 등에 대해 과도한 처벌을 부과하는 것은 그 자체로서 양 당사자의 균형과 조화를 존중하는 법원칙에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 국내 자동차산업의 장래 및 국제경쟁력 측면에서도 결코 바람직하지 않다.[31]

자동차 리콜 제도의 요건 및 절차는 보다 합리화되어야 한다. 특히 이러한 법제 개선을 위해서는 국내의 자동차 리콜 제도가 경쟁국가와 비교할 때 어떻게 평가될 수 있는지에 주목할 필요가 있다. 특히 자동차 선진국이자 국내 자동차산업의 경쟁국가라고 할 수 있는 미국, 독일, 일본의 자동차 리콜 제도를 비교·검토함으로써 우리나라의 자동차 리콜 제도의 요건과 절차를 개선하는 방향에 대한 중요한 시사점을 발견할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 자동차 리콜 제도의 비교법적 검토

1. 미국의 자동차 리콜 제도

(1) 미국 자동차 리콜 제도의 기본적 특징

자동차 리콜이 가장 먼저 발달되었을 뿐만 아니라, 가장 적극적으로 활용

30) 국회 입법조사처에서 발간한 '이슈와 논점'에서도 '안전에 영향을 미치는 결함' 또는 '중대한 결함'의 판단기준을 구체화하는 것이 필요하다고 지적한 점에 주목할 필요가 있다. 이에 관하여는 박준환·강지원, 『자동차의 안전성 확보와 소비자 보호를 위한 쟁점과 과제』, 국회입법조사처 이슈와 논점 제732호(2013.10.30.), 4쪽 참조.

31) 더욱이 전기차, 수소차 등 친환경 자동차의 개발이 자동차산업의 미래를 결정할 것이라는 점이 널리 인정되고 있는 현시점에 국내 자동차산업의 국제경쟁력을 위해서는 새로운 자동차의 개발에 따른 부담을 -소비자의 안전을 위협하지 않는 범위 내에서- 적절하게 조절할 필요가 있다고 할 것이다.

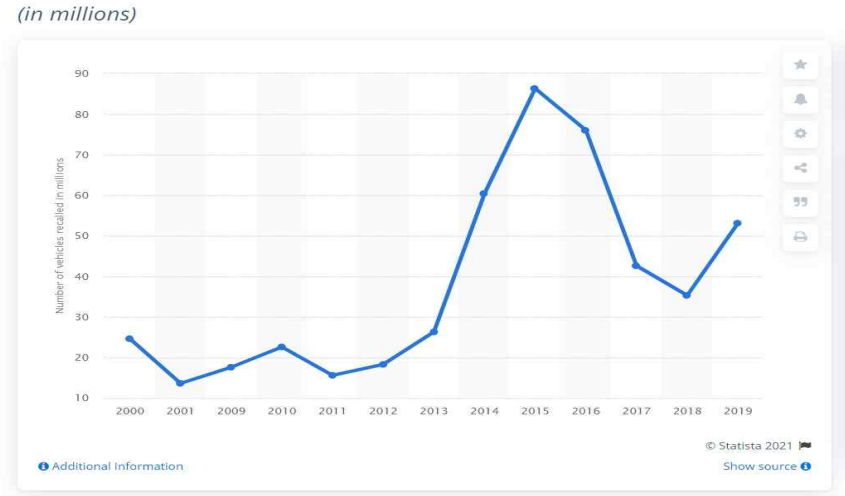
되고 있는 나라는 미국이라 할 수 있다. 미국은 자동차의 대중화를 선도했을 뿐만 아니라, 미국 문화에서 자동차가 갖는 특별한 의미[32] 때문에 자동차의 안전에 대한 관심도 높았고, 그것이 자동차 리콜의 활성화로 이어진 것이다.[33]

그렇기 때문에 자동차 리콜 제도에 대한 미국인들의 기본적 인식은 상당히 적극적인 것으로 평가된다.[34] 이러한 점은 「연방 교통 및 차량 안전법」(National Traffic and Motor Vehicle Safety Act)에서 자동차 안전기준에 관하여 매우 엄격한 요구를 담고 있는 점,[35] 이를 담보하기 위한 자동차 리

32) 이에 관하여는 강준만, 『자동차와 민주주의. 자동차는 어떻게 미국과 세계를 움직이는가』, 인물과사상사, 2017 참조.

33) 미국의 2009년부터 2019년까지 자동차 및 자동차부품 리콜은 다음과 같다.

〈표 2〉 미국의 2009~2019년 자동차 및 자동차부품 리콜 통계



출처: https://www.statista.com/statistics/541703/united-states-vehicle-recalls/ (최종방문 2021. 12. 20.).

34) 한국소비자원 편집부, 우리나라 자동차 리콜 범위의 적정화 방안 검토(『소비자 위해정보 분석과 안전실태 조사』, 2001.04). 305-334쪽에서는 이미 20년 전에 이러한 평가를 내린 바 있다.

35) 구체적인 자동차 안전기준에 관하여는 연방자동차안전규격(FMVSS, Federal Motor Vehicle Safety Standard)에서 정하고 있다. 이는 자동차 및 자동차 부품들의 인증을 위한 기준이며, 자동차제작자 등이 준수해야 한다. 그 제정 권한은 미연방법률 Title 49 of the United States Code, Chapter 301에 근거하여 미연방고속도로교통안전국(NHTSA)이 가지고 있다. 자동차 기술의 발전에 따른 새로운 모델과 기능의 등장에 따라 계속 새로운 기준들이 추가되고 있다.

콜에 대해서도 엄격하고 상세한 기준을 정하고 있는 점,[36] 그리고 이를 관리·감독하는 미연방고속도로교통안전국(NHTSA: National Highway Traffic Safety Administration)의 구성 및 활동에 대해 충분한 지원 및 권한 부여를 하고 있는 것[37]에서도 확인된다.

(2) 자기인증제가 미국의 자동차 리콜 제도에 미치는 영향

미국의 자동차 리콜은 자기인증제를 바탕으로 하고 있다. 국가가 직접 자동차 안전기준의 부합 여부를 검사하는 것이 아니라 자동차 제작사 등에서 안전기준 부합 여부를 검사하고, 그 결과에 대해 책임을 지도록 하는 것이다.

이와 같이 자기인증의 방식을 채택한 이유는 전세계 거의 모든 차종이 판매되는 미국 시장에서 국가가 형식승인의 방식으로 검사를 할 경우에는 여러 가지로 인력, 시간, 비용 등의 부담이 클 뿐만 아니라, 형식승인의 절차 및 순서와 관련하여 갈등이 발생할 소지도 적지 않기 때문이다. 이에 반하여 자기인증의 방식은 비용의 부담이 적을 뿐만 아니라 자동차 제작사 등이 갖고 있는 자기 자동차에 관한 노하우를 가장 잘 활용할 수 있다는 장점이 있다.

물론 2009년 도요타의 대규모 리콜에서 문제되었던 것처럼, 자동차 제작사 등이 자동차의 결함을 제때에 공개하지 않는 등의 문제가 발생할 수도 있다. 이를 보완하는 것이 미국의 손해배상제도, 특히 징벌적 손해배상제도이다.[38] 과거의 대규모 리콜 사태를 통해 자동차제작자 등도 적기에 리콜하

---

36) 미연방법률 Title 49 of the United States Code, Chapter 301에서는 자동차의 안전을 “공중을 자동차의 디자인, 구조, 성능으로 인한 불합리한 사고 위험으로부터 보호하는 자동차 및 자동차 부품의 성능”으로 정의하며, 안전상의 결함이란 “자동차 및 자동차 부품이 자동차의 안전에 불합리한 위험을 초래하고, 그러한 결함이 동일한 디자인이나 제작자 또는 동일한 유형의 제품에 존재할 수 있는 문제”로 정의한다. NHTSA, Motor Vehicle Safety Defects And Recalls (https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/14218-mvsdefectsandrecalls_041619-v2-tag.pdf), pp.2-3.

37) NHTSA의 2021년 예산은 964,500,000달러이다(https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/fy_2021_nhtsa_congressional_justification.pdf 최종방문 2021. 12. 20.). 그리고 직원수는 2017년 기준으로 626명이었다.

38) 미국에서는 자동차 결함으로 인한 손해의 발생을 규율하는 특별규정은 없으며, 일반적인 제조물책임(product liability) 소송을 통해 손해를 배상받는 것이 원칙이다. 그 과정에서 징벌적 손해배상이 적용될 수 있다. 미국의 징벌적 손해배상에 관하여는 박희주, 미국의 징벌적 손해배상제도와 시사점, 소비자정책동향 제93호(2018.09), 1 - 14쪽;

는 것이 사고가 발생한 후에 수습하는 것보다 훨씬 낫다는 점을 널리 인식하게 된 것이다.[39]

(3) 미국의 안전기준 요건과 미연방도로교통안전국의 역할

미국의 자동차 안전기준 및 리콜에 관한 주무부처인 미연방고속도로교통안전국(NHTSA)의 역할은 막강하다. 이러한 막강한 역할의 기초에는 NHTSA의 강력한 법적 권한과 충분한 예산 및 인력이 있지만, 그에 못지않게 중요한 것이 NHTSA가 그 권한을 행사하는 방식이다.

표면적으로 2010년까지 NHTSA에 보고된 수천 건의 자동차 리콜 중 NHTSA가 자동차 제조사에게 명령한 강제 리콜은 단 7건에 그칠 정도로 미국에서도 리콜은 거의 전부가 자동차 제조사의 자발적 리콜로 분류되지만, 실제로는 자발적 리콜의 형식을 취한 대다수 리콜들은 제조사들의 결함인식에 따른 순수한 자의에서 나오기보다는 규제기관의 결함을 해결할 것을 요구하는 통지나 정식 리콜명령 전 사전통지에 응한 제조사들이 행한 것이거나 규제기관의 결함과 관련한 제재발동 전 협상의 결과에 나온 경우가 대부분이다.[40]

결국 NHTSA의 역할의 가장 중요한 부분의 하나라고 볼 수 있는 것이 자동차 결함에 대한 폭넓은 정보의 수집 및 이를 적절하게 활용하여 자동차 제작자 등을 압박하는 것이며, 이를 위하여 NHTSA는 자동차제작자의 조기 신고 및 해외 리콜 등에 대한 보고의무를 폭넓게 인정하고 있다.[41]

(4) 대한민국 자동차 리콜 제도에의 시사점

미국법상의 자동차 리콜 제도는 이러한 기본적 구조 속에서 이해될 수 있으며, 자기인증제를 채택하고 있는 대한민국의 자동차 리콜에 관하여도

이경규, 제조물책임에 있어서 징벌적 손해배상의 과제와 전망 -미국 Toole 판결의 분석과 시사점을 중심으로-, 인하대 법학연구 제20권 제2호(2017.06), 223-252쪽 참조.

39) 물론 미국의 제조물책임제도와 집단소송제도의 영향도 크다. 이에 관하여는 강나래・서자우리・구선정, 현행 자동차 리콜제도의 문제점과 자동차 소비자 보호를 위한 과제 -자동차 소비자 보호의 측면에서 바라본 현행 자동차 리콜제도와 자동차 분쟁해결 기준의 한계점과 대안제시-, 경성법학 제26집(2017.12), 239-256(246)쪽 참조.

40) 설민수, 앞의 글(주 4), 134쪽 참조.

41) 설민수, 앞의 글(주 4), 135쪽 참조.

중요한 참고가 될 수 있을 것이다.

특히 주목할 점은 자발적 리콜을 적극적으로 활용하되, 보고의무를 폭넓게 인정하고 있으며, 형사처벌은 매우 예외적인 경우에 해당한다는 것이다. 이는 자발적 리콜을 하지 않은 행위에 대한 처벌을 매우 제한적으로 인정하고 있을 뿐만 아니라,[42] 실제 처벌 사례는 드물다는 점에서도 확인된다.[43]

국내에서는 간통죄의 형사처벌이 2008년 헌법재판소 위헌결정이 내려질 때까지 계속되었고, 명예훼손죄의 형사처벌은 현재에도 유효하다. 그러나 서구에서는 간통이나 명예훼손을 민사상의 손해배상으로 처리하고 있다. 이러한 점에서 확인될 수 있는 것처럼, 미국에서는 민사상의 손해배상으로 처리될 수 있는 문제를 형사처벌하는 것은 불합리한 것이라는 인식이 강하며, 형사처벌은 사회규범의 위반에 대한 강한 도덕적 비난가능성을 전제하는 것으로 보기 때문이다.[44]

2. 독일의 자동차 리콜 제도

(1) 독일의 자동차 형식승인제

미국과 달리 독일은 자동자의 안전기준 확인과 관련하여 자기인증제가 아닌 형식승인제를 채택하고 있다. 독일이 형식승인제를 채택한 이유는 여

---

42) 이와 관련하여 대한민국 국토교통부는 2019. 07. 17.「미국 등 해외국가도 리콜요건과 처벌조항을 우리나라와 유사하게 규정하고 있습니다」라는 보도자료(https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156341762 최종방문 2021. 12. 20.)를 통해 미국 자동차 안전법(49 US Code 30170)에서 사망·중상을 초래한 결함이 자동차 안전과 관련되었다는 것을 교통부장관을 오도할 의도로 교통부 장관에 대한 보고의무를 위반하면 처벌(15년 이하 징역 또는 벌금)하고 있다는 점을 강조했다. 그러나 현행「자동차관리법」상의 보고의무는 미국에서 인정되는 보고의무와는 상당한 차이를 보인다. 이에 관하여는 아래의「Ⅴ. 1. 제조사의 책임과 국가의 관리체계의 합리화」참조.

43) 형사처벌이 이루어진 사례로는 악의적인 은폐·기만이 인정되었던 2015년 폭스바겐 배기가스 조작사건을 들 수 있다. 이에 관하여는 서희석·진도왕·김세준·오나희,『주요국의 소비자보호를 위한 법제도 및 사례연구』, 감사원 감사연구원 연구용역보고서(2019.03), 6쪽 이하 참조.

44) 간통죄가 헌법재판소의 위헌결정에 의해 폐지된 이후 명예훼손죄도 -징벌적 손해배상의 도입 등을 조건으로- 폐지해야 된다는 주장이 강해지고 있는 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 이에 관하여는 원혜욱·김자영, 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임, 비교형사법연구 제18권 제4호(2016.12), 1-28쪽 참조.

러 가지가 있지만, 가장 중요한 것은 세 가지로 볼 수 있다.

첫째, 자동차의 안전을 담보하기 위해서는 자동차제작자 등의 자율적 판단에 맡기는 것보다는 국가기관에서 안전기준의 준수 여부를 평가하는 것이 합리적이라고 생각한다. 이는 독일만의 판단이라기보다는 유럽연합(EU)의 일반적 공감대라 할 수 있으며, 차량 인증에 관하여도 유엔의 산하기관인 ECE(Economic Commission of Europe, 유럽경제위원회)에서 제정한 자동차 안전기준에 관한 법규(Regulation)들이 적용되고 있다.[45]

둘째, 독일은 미국과 달리 자동자의 리콜에 관한 별도의 규정을 두지 않고 있으며, 「제품안전법」(ProdSG: Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt)에 의해 다른 제조물들과 동일한 기준이 적용된다.[46] 자동차에 대해서만 특별한 예외를 인정할 이유는 없다고 보는 것이다.

셋째, 미국 시장과 비교할 때 독일 시장에서 판매되는 자동차의 수량은 상대적으로 적다.[47] 그로 인하여 형식승인제의 채택에 따른 부담은 적은 반면에, 이를 관리하는 기관, 즉 연방자동차청(KBA, Kraftfahrtbundesamt)의 예산과 인력은 상대적으로 여유가 있는 편이다.[48]

(2) 독일의 형식승인제와 자동차산업

이러한 형식승인제는 독일의 자동차산업과 밀접하게 연관되어 있으며, 독

45) 이와 관련하여 미국과 유럽이 각기 안전기준을 달리하고 있기 때문에 자동차제작자 등은 어느 쪽에 제품을 판매하는지에 따라서 많은 변경 작업을 해야 하며, 상당한 비용이 들어가고 있다는 점이 문제되기도 한다. 이에 관하여는 AutoView 2016. 07. 18.「미국과 유럽의 상이한 안전 규제, 제조사는 골머리」(http://www.autoview.co.kr/content/article.asp?num_code=59156 최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

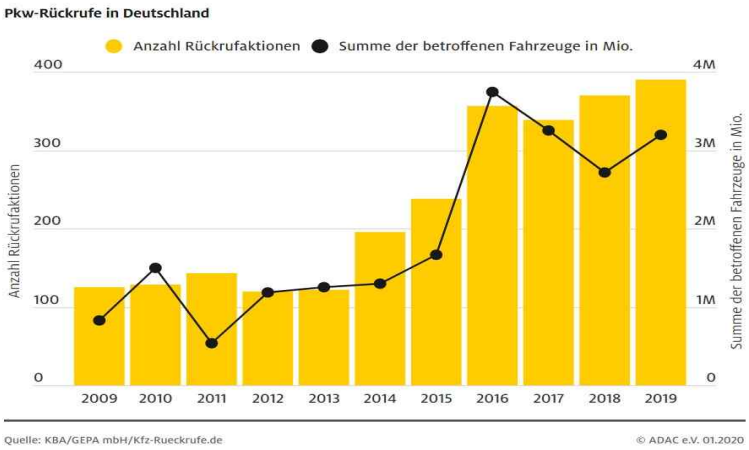
46) 독일 제품안전법 제6조 제4항, 제26조 등 참조.

47) 신차를 기준으로 미국의 2020년 자동차 판매량은 1440만~1460만대(https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2021/01/06/2021010602190.html 최종방문 2021. 12. 20.)였던 반면에, 독일의 2020년 자동차 판매량은 291만7678대였다(https://www.motorgraph.com/news/ articleView.html?idx no=27130 최종방문 2021. 12. 20.).

48) 독일 연방자동차청은 1951년 8월 4일 연방자동차청설치법(Gesetz über die Errichtung eines Kraftfahrt-Bundesamtes)에 근거하여 220명의 구성원으로 설립되었으며, 2019년 기준으로 9,300만 유로(약 1,256억7,500만 원)의 예산에 833명의 직원을 두고 있었다. 이에 관하여는 Bundeshaushaltsplan 2020 - Einzelplan 12 - Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur. Bundesministerium der Finanzen, abgerufen am 27. August 2020 (Planstellen-/Stellenübersicht Seite 241).

일 자동차의 안전성에 대한 신뢰를 구축하는데 긍정적인 역할을 한 것으로 평가된다. 주목할 점은 이러한 국가기관의 형식승인에 대한 신뢰가 높기 때문에 자동차 리콜에 대한 요구가 미국에 비해 상대적으로 낮은 편이라는 것이다.[49]

〈표 3〉 독일의 최근 자동차 리콜 통계



Pkw-Rückrufe in Deutschland - 독일의 승용차 리콜
Anzahl Rückrufaktionen - 리컬 건수
Summe der betroffenen Fahrzeuge in Mio. - 해당 자동차의 합계(백만 단위)
〔출처: https://www.adac.de/news/top-5-rueckrufe-2019/ 최종방문 2021. 12. 20.〕

다만, 2016년을 전후로 자동차 리콜의 숫자가 크게 늘었던 점이 문제된 바 있다.[50] 이는 자동차 품질의 저하라기보다는 자동차의 패러다임 변화, 특히 전자장치의 적극적 활용에 따른 문제로 분석된 바 있다.[51] 그러나 최

49) 이에 관하여는 Typgenehmigung und Marktüberwachung von Fahrzeugen (www.consilium.europa.eu press 2017/12/20 최종방문 2021. 12. 20.) 참조.
다만, 최근에는 독일의 연방자동차청이 자동차산업으로서부터 독립성이 부족하다는 비판도 있다. 이에 관하여는 https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/dieselskandal-der-kulturwandel-beim-kraftfahrt-bundesamt-laesst-bis-heute-auf-sich-warten/26756918. html (최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

50) 이에 관하여는 https://www.automobil-produktion.de/hersteller/wirtschaft/ zahl-der-rueckrufe-in-deutschland-stark-gestiegen-112.html (최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

51) 이에 관하여는 https://www.produktion.de/technik/rueckrufe-qualitaetsmaengel-in-der-autoindustrie-278.html (최종방문 2021. 12. 20.) 참조. 이러한 분석은 위의 <표 2>에서 보듯이 미국에서도 2105~2016년의 자동차 리콜이 특별히 많았던 점에서

근 독일 자동차의 리콜은 미국이나 일본, 대한민국 자동차에 비해 상당히 적은 편이다.[52]

(3) 독일의 자동차 리콜의 기본 구조와 특징

물론 연방자동차청에 의한 안전기준의 확인에도 불구하고 자동차의 결함이 발생할 여지는 항상 존재할 수밖에 없으며, 이러한 결함이 확인될 경우에는 연방자동차청에 의한 리콜 명령이 내려질 수 있다.[53]

연방자동차청에 의한 강제 리콜은 자동차 결함과 관련한 정보의 수집(소비자의 청원, 외국 사례, 각종 조사결과 등),[54] 연방자동차청의 조사,[55] 자동차제작자의 소명 절차[56]를 거쳐서 내려지게 되며, 자동차 리콜 명령을 따르지 않는 경우에는 각종 제재가 부과될 수 있다.

도 뒷받침된다.

52) 2020년 1월 1일부터 7월 13일까지의 자동차 리콜 통계는 다음과 같다.

〈표 4〉 2020년 상반기 자동차제작자별 리콜 순위

Platz	Autokonzerne	Zurückgerufene Fahrzeuge
1.	Toyota	3,95 Millionen
2.	Ford	2,9 Millionen
3.	Volvo	2,8 Millionen
4.	Fiat Chrysler	1,74 Millionen
5.	Honda	1,4 Millionen
6.	Hyundai/Kia	451.000
7.	Nissan	49.220
8.	Mazda	24.000
9.	Volkswagen	16.090
10.	Tesla	15.000

[출처: https://www.merkur.de/verbraucher/bmw-rueckrufe-daimler-vw-made-in-germany-studie-auto-statistik-autohersteller-volkswagen-2020-corona-zr-13835111.html 최종방문 2021. 12. 20.]

53) 물론 자동차제작자 등에 의한 자발적 리콜이 배제되는 것은 아니다.

54) 독일 제품안전법 제26조 제1항에 근거하여 표본 조사(sample check)도 가능하다.

55) 연방자동차청의 조사는 자동차제작자와의 협의 하에 진행될 수도 있고, 독자적으로 진행될 수도 있다. 조사 과정에서 필요한 경우에는 독일 제품안전법 제26조 제2항에 따라 자동차제작자에 관련 정보를 요청할 수 있다.

56) 연방자동차청의 행정조치 최소 10일 전에 자동차제작자에게 소명의 기회를 부여한다(독일 제품안전법 제27조 제2항).

주목할 점은 안전결함 신고의무의 불이행에 대해 10,000유로의 질서위반금이 부과될 수 있으며, 고의적이고 지속적인 리콜 명령의 불이행으로 타인의 생명을 위험에 빠뜨리거나 재산상의 손해를 끼친 경우에 최대 1년의 징역 또는 벌금에 처해질 수 있도록 규정하고 있으나, 실제 형사처벌 사례는 매우 드물다는 점이다. 이는 -미국의 경우와 유사하게- 형사처벌에 대해서는 매우 강한 도덕적 비난가능성을 전제하기 때문으로 보인다.

3. 일본의 자동차 리콜 제도

(1) 일본의 자동차 형식승인제

미국과 독일에 비하면 일본의 자동차산업은 후발주자라고 할 수 있다. 물론 독일도 제2차 세계대전 이후에 비로소 자동차산업의 강국으로 자리매김되었지만, 일본의 자동차산업은 조금 더 늦게 세계시장에서 두각을 나타내었으며, 그로 인하여 몇 가지 특수성을 갖게 되었다.

여기서 먼저 주목할 점은 여러 측면에서 미국과 매우 밀접한 관계를 갖고 있는 일본이 자동차의 안전기준에 대해 미국과 같은 자기인증제가 아니라 독일 등 유럽과 같은 형식승인제를 채택하고 있다는 것이다. 이는 일본 자동차산업의 필요에 의한 것이라기보다는 자동차를 바라보는 일본 국민들의 시각, 특히 자동차 안전의 문제에 대해 국가가 담보하기를 바라는 일본 국민들의 요청이 반영된 것으로 볼 수 있다.[57]

(2) 자동차 품질에 대한 자부심과 자동차 리콜 제도

일본의 자동차 리콜 제도도 이런 관점에서 이해될 수 있다. 한편으로는 형식승인에 의한 국가의 안전기준 확인을 중요시하지만, 다른 한편으로는 자동차의 결함에 대한 리콜에 대해서도 적극적이다.

---

57) 그러나 최근 일본의 자동차 형식승인에 관하여는 인증검사의 대상 항목수가 적고, 자동차부품들이 특정 자동차제작자가 아니라 여러 자동차제작자에 의해 공통적으로 활용된다는 현상에 대응하기에 충분치 않다는 지적이 있다. 이에 관하여는 https://www.mlit.go.jp/singikai/unyusingikai/ungisin/ungisin21-1.html (최종방문 2021. 12. 20.) 참조.

일본에서는 자동차제작자 등이 자동차의 품질에 대한 과도한 자부심으로 인하여 자동차의 결함을 인정하지 않으려는 경향[58]이 상당히 있었다는 점도 간과되어서는 안 될 것이다. 다만 아래의 표에서 보듯이 2004년(평성 16년)에 리콜 건수가 급증한 바 있으며, 2015년(평성 27년)에서는 리콜 대상 자동차수가 최고조에 달한 바 있다.

〈표 5〉 일본의 1989년(평성 1년) ~ 2020년(영화 2년) 사이의 자동차 리콜 통계



〔출처: https://www.mlit.go.jp/jidosha/carinf/rcl/data_sub/data004.html 최종방문 2021. 12. 20.〕

(3) 일본의 자동차 리콜의 기본 구조

일본의 자동차 관련 주무 부처는 국토교통성이며, 자동차 리콜의 경우도 마찬가지이다. 자동차 리콜과 관련하여 일본 도로운송차량법에서는 안전과 관련된 결함에 대하여 자동차제작자 등에 대해 신고의무를 부과하고 있

58) 도요타 자동차의 경우 무결함 신화에 대한 자부심으로 인해 2010년 대규모 리콜 이전에 소비자의 가속 페달 결함에 대한 신고를 경시하고 "차량 결함이 아니다"라고 공언하는 등의 태도가 사태를 더욱 악화시켰던 점은 널리 인정되고 있다.

으며, 이러한 신고를 접수한 국토교통성은 이를 공표하고, 개선조치를 실시하여야 한다.

일본의 자동차 리콜의 요건은 자동차 등[59]이 보안 기준[60]의 규정에 적합하지 않게 될 우려가 있는 상태, 또는 적합하지 않은 상태이며, 그 원인이 설계 또는 제작과정에 있다고 인정될 경우에는 자동차제작자 등은 국토교통성에 신고한 후 자동차 리콜을 실시하게 된다.[61]

자동차제작자 등에 의한 자발적 리콜이 없을 때에는 국토교통대신이 일정한 요건 하에 자동차 리콜을 권고할 수 있다. 그 요건은 "사고가 현저하게 발생하고 있는 등의 경우, 그 구조・장치 또는 성능이 보안 기준에 적합하지 않을 우려가 있다고 인정하는 동일한 형식의 일정 범위의 자동차 등에 대해서 그 원인이 설계 또는 제작 과정에 있다고 인정"되는 것이다. 이러한 경우 국토교통대신은 해당 자동차 등을 보안 기준에 적합하게 하기 위해 필요한 개선 조치를 강구하도록 권고할 수 있다.[62]

이러한 국토교통대신의 권고에도 불구하고 자동차제작자 등이 이를 따르지 않는 경우에는 국토교통대신은 이러한 사실을 공표할 수 있고, 나아가 그 권고에 관련된 조치, 즉 강제 리콜을 명령할 수 있다.

일본에서도 개선조치 신고의무에 따른 신고를 하지 않거나 허위 신고를 한 경우, 허위보고를 한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금을 부과할 수 있으며, 법인에게는 양벌규정으로 2억엔 이하의 벌금을 병과할 수 있다. 그리고 국토교통대신이 내린 리콜 명령을 위반한 경우에도 같은 형량으로 처벌될 수 있다.[63]

---

59) 여기서 '자동차 등'이라 함은 자동차와 후부착 장치를 지칭하는 것이다(일본「도로운송교통법」제63조의3).

60) 일본에서는 안전운전에 지장을 주는 결함도 보안 기준에 포함되어 있다.

61) 자동차 인증 및 리콜 등에 관한 실무는 일본의 교통안전환경연구소(交通安全環境研究所)에서 담당하고 있었으며, 2016년 독립행정법인 '자동차기술종합기구(自動車技術總合機構)'가 설립된 이후로는 여기서 담당하고 있다. 직원수는 2021년 8월 1일 현재 1,036명이며(https://www. naltec.go.jp/profile/h1ga6n00000002ha.html 최종방문 2021. 12. 20.), 예산(유동자산)은 2020년 기준 9,974,754,517엔이었다(https://www.naltec.go.jp/publication/fkoifn000000cysw-att /fkoifn000000cyvt.pdf 최종방문 2021. 12. 20.).

62) 일본「도로운송교통법」제63조, 제63조의2.

Ⅳ. 「자동차관리법」에 따른 자동차 리콜의 요건과 절차의 평가

1. 자동차 리콜의 요건

(1) 자기인증제 채택 및 미국과 유사한 자동차 리콜 요건

현행 「자동차관리법」에 따른 자동차 리콜은 자기인증제를 기초로 한다는 점에서 미국의 자동차 리콜 제도와 상당히 유사하지만, 몇 가지 점에서 차이를 보인다.

먼저 자기인증제와 관련하여 자동차안전기준에 적합함을 자동차제작자 등이 스스로 인증하도록 한 점이나, 자동차제작자 등에 의한 자발적 리콜과 국토교통부장관의 시정명령에 따른 강제적 리콜로 구분된다는 점은 미국의 제도와 크게 다르지 않다.

(2) 자발적 리콜의 요건

「자동차관리법」 31조 제1항에 따른 자동차 리콜의 요건은 "자동차 또는 자동차부품이 자동차안전기준 또는 부품안전기준에 적합하지 아니하거나 설계, 제조 또는 성능상의 문제로 안전에 지장을 주는 등 국토교통부령[64]으

---

63) 일본 「도로운송교통법」 제106조의4, 일본 「도로운송교통법」 제111조.

64) **「자동차관리법시행규칙」제41조(제작결함등의공개및시정조치등)**

① 법 제31조 제1항 각 호 외의 부분 본문에서 "설계, 제조 또는 성능상의 문제로 안전에 지장을 주는 등 국토교통부령으로 정하는 결함"이란 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 설계, 제조 또는 성능상의 문제를 말한다.

1. 다수의 같은 종류 자동차 또는 부품에서 공통적으로 나타나는 문제일 것
2. 사망 또는 부상 등의 인명 피해가 있는 교통사고를 초래하거나 초래할 우려가 있는 문제일 것

다만, 이 조항은 2021. 2. 5. 개정된 것으로서 개정 전에는 다음과 같이 규정되어 있었다.

구「자동차관리법시행규칙」제41조(제작결함의시정)

① 법 제31조제1항 본문에 따라 제작자등이나 부품제작자등은 결함 사실을 안 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 사항이 포함된 시정조치계획을 수립하여 자동차소유자 또는 제145조제1항에 따른 자동차정비사업조합 및 자동차전문정비사업조합(자동차부품만 해당한다)에게 우편 또는 휴대전화를 이용한 문자메세지로 통지하고, 서울특별시에 주사무소를 두고 전국에 배포되는 1개 이상의 일간신문에 이를 공고하여야 한다.

1. 제작결함의 내용

로 정하는 결함이 있는 경우"이다.

다만, 자동차안전기준 또는 부품안전기준 중 1. 연료소비율의 과다 표시, 2. 원동기 출력의 과다 표시, 3. 그 밖에 제1호 및 제2호와 유사한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 결함[65]에 해당하는 결함에 대하여는 시정조치를 갈음하여 경제적 보상을 할 수 있다.

이러한 자동차 리콜의 요건은 미국의 기준과 유사하며, 대체로 무난한 것으로 볼 수 있다. 하지만, 엄밀하게 따지면 구체적으로 어떤 경우가 "자동차안전기준 또는 부품안전기준에 적합하지 아니한"지에 대해 논란의 소지가 있으며, 더욱이 "설계, 제조 또는 성능상의 문제로 안전에 지장을 주는" 결함에 해당하는 것이 무엇인지에 대해서는 전문가들 사이에서도 견해의 대립이 있는 경우가 드물지 않다.[66]

다만, 이를 자발적 리콜의 요건으로 보고 있다는 점에서 정부 당국에 의

---

2. 제작결함을 시정하지 아니하는 경우 자동차에 미치는 영향과 주의사항
3. 제작결함의 시정조치기간(1년 6월 이상의 기간을 말한다)·장소 및 담당부서
4. 제작자등이 제작결함의 시정조치비용을 부담한다는 내용
5. 제작자등의 귀책사유로 인하여 제작결함의 시정조치를 이행하지 못하는 경우의 보상계획 및 내용
6. 법 제31조의2에 따라 자체 시정한 자동차 시정비용을 보상받을 수 있다는 설명과 보상기간, 보상신청 접수장소 및 연락처 등의 안내
7. 그 밖에 제작결함의 시정을 위하여 국토교통부장관이 필요하다고 인정하는 사항

65) 이에 관하여는 국토교통부령(「자동차관리법 시행규칙」)에 특별한 규정이 없음.

66) 이와 관련하여 법원의 「자동차관리법」 제31조 등에 대한 위헌법률심판제청 결정문(서울중앙법원 2020초기1615 위헌심판제청) 15쪽 이하에서 "소비자, 행정청, 자동차제작자마다 그 입장에 따라 "안전운행에 지장을 주는 등의 결함"을 판단하는 기준을 달리할 가능성이 높다. 자동차안전연구원 직원도 이 법정에서 "안전운행에 지장을 주는 개념이 애매모호하고, 결함의 정도나 내용도 정확하지 않다. 자동차안전연구원에서도 기존의 사례를 모아 둔 것은 있지만 구체적인 기준이 있지는 않다. 자동차안전연구원은 (공익제보한) 32건 중 17건을 리콜대상 결함이라고 판단하였지만, 심사평가위원회에서는 그 중 7건만 리콜대상 결함이라고 판단했다. 저희들의 입장에서는 좀 더 소비자 친화적인 쪽으로 해석을 한 것 같고, 심사평가위원회에서는 좀 더 명확한, 좀 더 타이트하게 안전운행을 본 것 같다"고 진술하였다. 자동차제작결함심사평가위원회 위원장도 이 법정에서 "공익제보이어서 원래 리콜대상 결함이 아닌 것도 있지만 공익제보 이슈이고 언론의 민감도 등으로 결함의 정도의 범위를 넓게 해석했다"고 진술하였다. 실제로 자동차리콜 관련 기관들인 국토교통부, 자동차안전연구원, 제작결함심사평가위원회 사이에서도 자동차에서 발생한 하자에 대하여 리콜대상 결함인지에 대하여 견해가 다른 경우가 드물지 않게 있는 것으로 보인다."라고 지적한 점에 주목할 필요가 있다.

한 강제적 리콜의 요건에 비해 어느 정도 탄력적으로 이해하는 것도 가능할 것이다.[67] 그런데 2011년 5월 24일의 「자동차관리법」의 개정(법률 제10721호, 2011. 11. 25. 시행)을 통해 과거 강제적 리콜 명령에 불응한 경우에 형사처벌을 가능케 했던 것을, 자발적 리콜의 불이행을 이유로 형사처벌이 가능하도록 변경한 것은 이와 관련한 문제를 매우 심각한 쟁점으로 부각시켰다.[68]

(3) 강제적 리콜의 요건

「자동차관리법」 제31조 제2항에 따른 강제적 리콜은 자동차제작자 등에 의한 자발적 리콜과 요건이 같다. 다만, 자동차제작자 등에 의한 자발적 리콜이 행해지지 않는 경우에 국토교통부장관이 이를 명하는 것이다.

자발적 리콜이 행해지지 않고 있으나, 소비자의 문제 제기 등이 있는 경우에는 국토교통부 장관이 강제적 리콜을 명할 수 있지만, 이를 위해서는 「자동차관리법」 제31조 제1항에서 규정하고 있는 "자동차 또는 자동차부품이 자동차안전기준 또는 부품안전기준에 적합하지 아니하거나 설계, 제조 또는 성능상의 문제로 안전에 지장을 주는" 것인지의 여부에 대한 조사가 필요하다.

이를 위해 「자동차관리법」 제31조 제4항과 제5항에서는 제작결함의 확인을 위해 성능시험대행자[69]에게 이에 대한 조사를 시킬 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 조사를 위해 자동차제작자 등에게 관련 자료의 제출 및 해당 자동차 또는 부품의 제공을 요청할 수 있으며(「자동차관리법」 제31조 제5항, 제7항), 그 조사 결과를 자동차제작자 등에게 통보한다(「자동차관리법」 제31조 제9항).

그러나 강제적 리콜을 위한 조사는 2011년 5월 24일의 법개정에 의해 형

---

67) 즉, 자발적 리콜의 요건에 해당하는지에 대해 자동차제작자 등의 판단과 정부 당국의 판단이 서로 다를 수 있다는 점을 인정하고, 자발적 리콜이 충분치 않은 경우에 정부 당국이 이를 재검토하여 리콜 명령을 내리는 경우에는 양쪽의 판단 차이를 조율할 수 있는 기회를 가질 수 있는 것이기 때문이다.

68) 이에 관하여는 아래의 「Ⅵ. 자동차 리콜에 관한 벌칙조항의 합헌성 검토」 참조.

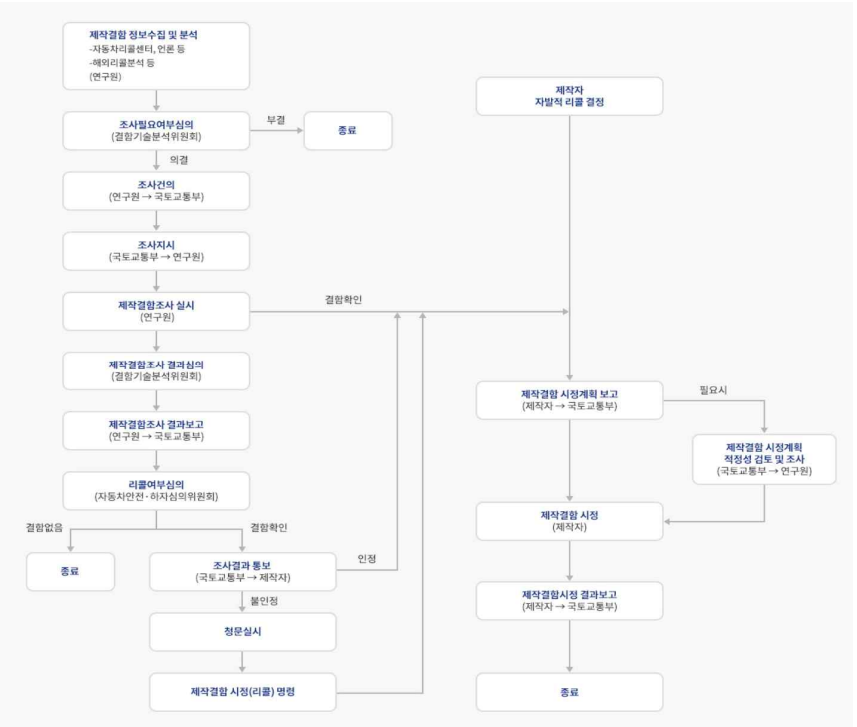
69) 현재 교통안전공단 산하의 자동차안전연구원이 이 역할을 하고 있다. 2019년 말을 기준으로 자동차안전연구원의 인력은 166명이며, 예산은 577억 3백만원이다. 다만, 자동차안전연구원은 결함조사에 관한 업무만을 담당하고 있는 것이 아니라, 연구개발실, 자율주행실 등을 포함한 구조로 되어 있으며, 결함조사실 인력은 48명으로 전체 인력 중 30%가 채 안 되는 수준이다. 이에 관하여는 자동차안전연구원, 『2019년 자동차안전연구원 연차보고서』, 2020.06, 9쪽 이하 참조.

사처벌의 요건이 아니게 되었으며, 사실상 자발적 리콜을 하지 않은 것이 타당한지를 사후적으로 확인하고 통제하는 조치로서의 성격을 갖게 되었다.[70]

2. 자동차 리콜의 절차

「자동차관리법」 제31조 및 「자동차관리법 시행규칙」 제41조 등에 따른 자동차 리콜의 절차는 다음의 <표 6>과 같이 정리될 수 있다.

〈표 6〉 자동차 리콜 절차



출처: 자동차리콜센터 홈페이지 (https://www.car.go.kr/rs/system/intrcn.do 최종방문 2021. 12. 20.)

70) 이러한 방식은 자발적 리콜과 강제적 리콜의 구분 자체를 불명확하게 만들 뿐만 아니라, 자발적 리콜의 불이행에 대한 형사처벌은 죄형법정주의에 따른 명확성원칙, 과잉금지원칙, 형벌의 비례성 등과 관련하여 매우 심각한 위헌성의 문제를 야기한다. 이에 관하여는 아래의 「Ⅵ. 자동차 리콜에 관한 벌칙조항의 합헌성 검토」 참조.

특히 자동차제작자 등의 자발적 리콜이 결정된 이후의 절차를 세분화하면, ① 자동차제작자 등이 시정계획을 국토교통부에 보고, ② 자동차소유자 등에 대한 통지, ③ 통지에 대응한 소비자의 제작결함 시정요청, ④ 자동차제작자 등의 시정조치, ⑤ 자동차제작자 등이 제작결함의 시정 결과를 국토교통부에 보고하는 순서로 진행된다.[71]

그리고 강제적 리콜의 경우에는 ① 자동차제작자 등의 자동차 리콜 미실시, ② 소비자의 자동차 등의 제작결함에 대한 문제제기 등, ③ 국토교통부장관의 성능시험대행자에 대한 조사 명령, ④ 조사결과의 확인 및 자동차제작자 등에 대한 통지, ⑤ (조사 결과 자동차 등의 제작결함 등이 확인된 경우) 시정조치 계획 등에 대한 명령의 순서로 진행된다.[72]

3. 외국의 제도와의 비교

(1) 자동차 리콜 요건의 비교

아래의 표에서 보는 바와 같이 자동차 리콜의 요건은 기본적으로 자동차의 안전에 관한 문제(안전기준의 미달)이며, 그 원인이 설계, 제조, 성능상의 결함에 있는 경우라는 점에서 리콜의 요건에 관한 각국의 법제는 -비록 표현상의 차이는 있으나- 대동소이하다.

〈표 7〉 자동차 리콜 요건의 국가별 비교

	미국	독일	일본	대한민국
원인: 설계, 제조, 성능상의 결함	○	○	○	○
결과: 안전상 위험 (안전기준 미달)	○	○	○	○

다만, 이를 누가 어떤 방식을 판단하고 결정하는지에 대한 차이, 즉 자동차 리콜의 관리주체, 절차 및 방식에 주목할 필요가 있다.

---

71) 위의 <표 6>에서는 ② 자동차소유자 등에 대한 통지와 ③ 통지에 대응한 소비자의 제작결함 시정요청이 생략되어 있다.

72) 이에 관하여 상세한 절차는 위의 <표 6> 참조.

(2) 자동차 리콜 방식의 비교

미국과 우리나라는 자기인증을 취하고 있는 반면에, 독일과 일본은 형식승인을 채택하고 있다는 점에서 차이가 있다. 자기인증 방식을 취한 미국의 경우 자발적 리콜을 폭넓게 활용하면서 이를 다양한 방법으로 압박하는 반면에, 독일과 일본의 자발적 리콜은 원칙적으로 자동차제작자 등의 자율을 전제로 한다.

이러한 차이는 강제적 리콜의 역할과 기능의 차이로 다시금 연결된다. 미국에서는 강제적 리콜이 최후 수단으로 활용되며, 자발적 리콜을 압박하는 수단의 의미가 더 큰 반면에, 형식승인제를 채택하고 있는 독일과 일본에서는 적극적으로 활용하려는 경향이 나타나는 것이다.

다만, 정보통신의 발달에 따라 해외시장에서의 자동차 리콜 정보가 손쉽게 전달되므로, 예컨대 미국 시장에서 리콜된 자동차는 -특수한 기후조건 하에서 자동차 리콜이 필요한 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한- 독일이나 일본, 우리나라에서도 리콜 요구를 받게 되는 것이 일반적이라는 점에서, 글로벌 시대의 자동차 리콜에서 각국의 차이는 점차 작아지는 경향을 보인다.[73]

〈표 8〉 자동차 리콜 방식의 국가별 비교

	미국	독일	일본	대한민국
인증방식	자기인증	형식승인	형식승인	자기인증
관리 주체 (인력 / 예산)	NHTSA (626명 / 1조 1,026억 1,640만원)	KBA (833명 / 1,256억7,500만 원)	자동차기술종합기구 (1036명 / 1037억원)	자동차안전연구원 (166명 / 577억 3백만원)
자발적 리콜	폭넓게 활용	자동차제작자 등의 자율	자동차제작자 등의 자율	폭넓게 활용
강제적 리콜	자발적 리콜의 압박 후에 최후수단으로 활용	법적 기준에 따라 적용	법적 기준에 따라 적용	법적 기준에 따라 적용

73) 이러한 경향은 글로벌 자동차제작자가 전 세계의 자동차 시장에서 차지하는 비중이 높아짐에 따라서 더욱 뚜렷해지고 있다.

(3) 자동차 리콜 불이행 벌칙의 비교

이상에서 살펴본 바와 같이 각국의 자동차 리콜 요건은 대동소이하며, 자동차 리콜의 방식도 -제도상의 차이에도 불구하고- 글로벌 경쟁 속에서 그 차이가 점차 작아지는 경향을 보이고 있다. 하지만 자동차 리콜 불이행에 따른 벌칙에 있어서는 우리나라와 경쟁국가들 사이에 차이가 크다.

가장 핵심적인 문제는 2011년의 「자동차관리법」 개정 이후 자발적 리콜을 하지 않은 것을 이유로 형사처벌을 할 수 있도록 한 것이며, 이러한 벌칙은 미국, 독일, 일본의 어느 나라에서도 찾아볼 수 없다. 오히려 보고의무 위반에 대한 벌칙은 일반적으로 인정되고 있으며, 특히 악의적인 보고의무 위반의 경우에 형사처벌을 가하는 것은 납득될 수 있다. 그러나 자발적 리콜의 해태를 이유로 -과태료도 아닌- 형사처벌을 하는 예는 없는 것이다.

반면에 강제적 리콜의 불이행에 대해서는 형사처벌까지 부과할 수 있도록 한 것은 리콜 제도의 실효성 확보를 위해 필요한 것으로 널리 인정되고 있다.

〈표 9〉 자동차 리콜 불이행 벌칙의 국가별 비교

	미국	독일	일본	대한민국
자발적 리콜의 해태	처벌 없음	처벌 없음	처벌 없음	형사처벌 가능
자동차 결함 보고의무 위반	형사처벌 가능[74]	형사처벌 가능[75]	형사처벌 가능	규정 없음
강제적 리콜 불이행	형사처벌 가능	형사처벌 가능	형사처벌 가능	규정 없음

74) 다만, 미국의 경우 미국에서는 단순한 보고의무 위반은 민사상 페널티(civil penalty)의 대상이고(49 USC 30165(a)), 보고의무를 위반하여 허위 사실을 적시하거나 중요사실을 은폐한 경우를 형사처벌한다(18 USC 1001),

75) 앞의 「Ⅲ. 2. (3) 독일의 자동차 리콜의 기본 구조와 특징」에서 서술한 바와 같이 의무 위반에 대해서는 형사처벌이 아니라 질서위반금(과태료 성격의 행정벌)을 부과하는 것이 원칙이나, 고의적이고 지속적인 리콜 명령의 불이행으로 타인의 생명을 위험에 빠뜨리거나 재산상의 손해를 끼친 경우에 최대 1년의 징역 또는 벌금에 처해질 수 있다.

Ⅴ. 자동차 리콜 제도의 개선 방향

1. 제조사의 책임과 국가의 관리체계의 합리화

자동차의 안전에 대한 관리·감독의 책임은 자동차제작자 등에게만 있는 것이 아니라 국가에게도 있다. 그렇기 때문에 자동차 안전 문제를 민사상의 손해배상에만 맡기지 않고, 국가의 관리 속에서 자동차 리콜 등을 법제화하고 있는 것이다.

그런데 현행「자동차관리법」및 그 하위법규에 근거한 대한민국의 자동차 관리체계는 자동차산업의 경쟁국가인 미국, 일본, 독일 등에 비해 많이 취약하다는 점을 간과할 수 없다. 이러한 취약성은 크게 두 가지 측면에서 확인된다.

먼저 법제적 측면에서는 경쟁국가들과는 달리 자발적 리콜과 강제적 리콜만을 규정하고 있을 뿐, 실제 결함의 확인 및 조사를 위해 꼭 필요한 결함 보고에 관한 규정이 충분치 않다는 점이 지적될 수 있다.「자동차관리법」제31조 및 하위법규에 따라 자발적 리콜의 계획 등에 대한 보고의무는 인정되고 있지만, 자동차제작자 등이 자발적 리콜의 사유에 해당하지 않는 것으로 판단한 자동차의 결함 등에 관한 보고의무는 규정하지 않고 있는 것이다.[76]

그러나 국가의 자동차 안전에 관한 관리·감독의 실질화·효율화를 위해서는 보고의무의 적절한 활용이 필요하다. 이러한 보고의무는 자발적 리콜과 강제적 리콜 사이의 연결점이 될 수 있으며, 자동차제작자 등이 보고의무를 이행하는 과정에서 자발적 리콜의 필요성에 대해 더욱 진지하게 고려하게 된다는 효과도 있기 때문이다.

또한, 실무적 측면에서는 자동차안전연구원의 인력과 예산이 경쟁국가들에 비해 턱없이 부족한다는 점을 지적할 수 있다. <표 8>에서의 차이도 현격하지만, 대한민국의 자동차안전연구원은 자동차안전의 문제뿐만 아니

76) 보고의무의 실효성 부족에 대해서는 오래전부터 지적이 있었다. 이에 관하여는 정용수,『자동차 리콜제도의 실효성 제고방안』, 한국소비자원 2010.11, 98쪽 이하 참조.

라 자율주행자동차의 문제 등 다양한 문제를 담당하고 있으며, 그로 인하여 실제 자동차의 결함조사 등과 관련한 인력과 예산은 전체 인력과 예산 중의 30% 미만이라는 점을 고려할 때, 더욱 그러하다.

자동차 결함의 확인 및 이에 기초한 자동차 리콜의 문제는 단순히 자동차제작자들의 문제가 아니라 국민의 안전 문제이며, 자동차산업의 경쟁력 문제라는 인식 하에 -일본이 교통안전환경연구소(交通安全環境研究所)에서 '자동차기술종합기구(自動車技術總合機構)'를 독립시켜 독립행정법인으로 구성했던 것처럼- 자동차안전연구원의 결함조사부를 독립시켜 그 역할을 강화하는 것이 필요할 것이다.[77]

2. 자동차산업의 국제경쟁력과 소비자 보호의 조화

대한민국 경제에서 자동차산업이 차지하는 비중은 매우 크다. 이는 자동차산업 자체의 비중뿐만 아니라 자동차산업이 연관산업에 미치는 파급효과가 매우 크기 때문이다.[78] 더욱이 국내 자동차산업의 주력은 내수보다 수출이라는 점에서 자동차산업의 국제경쟁력이 갖는 의미는 국민경제 전체에 큰 영향을 미칠 수밖에 없다.

그동안 「자동차관리법」의 개정사를 보면, 소비자의 요구 등에 기초하여 자동차제작자 등에게 더 많은 요구를 하는 것들이 큰 비중을 차지하고 있다.[79] 소비자의 안전 및 품질과 관련한 제도의 개선이 정당하다는 점에 대

77) 이렇게 할 때 비로소 자동차의 결함을 확인하고 개선할 제조사의 책임과 이를 때로는 통제하고 때로는 보완할 수 있는 국가의 관리체계가 시너지 효과를 낳을 수 있을 것이다.

78) 이에 관하여는 박상수・김경유・윤자영, 『한국 자동차산업의 수요구조 및 정책효과 분석 -사회후생 및 국민경제 파급효과 분석을 중심으로-』, 산업연구원, 2017.12, 40쪽 이하; 정동원・유승훈・황삼생, 자동차산업의 국민경제적 산업파급효과, 경성대 산업혁신연구 제24권 제3호(2008), 187-209쪽; 한국자동차산업협회, 『자동차산업 직간접 고용현황 분석 -2008년 및 2018년 기준 비교분석-』, 2020.7; 현대경제연구원, 『국내 자동차산업의 경쟁력 제고 방안』, 2018.03, 2쪽 이하; 황삼생・유승훈, 중국 자동차 산업의 국민경제적 산업파급효과, 한중경상학회 제18차 학술대회(2010.05), 25-40쪽 참조.

79) 2008. 3. 28. 개정(2009. 3. 29. 시행)된 안전기준에 미달하는 자동차 부품·장치 등의 제작·판매중지제도(법 제30조의3), 2009. 2. 6. 개정(2010. 2. 7. 시행)된 자동차 제작자의 사후관리 의무화(법 제32조의2 신설), 2012. 12. 18. 개정(2012. 12. 18. 시행)된

해서는 이론의 여지가 없지만, 자동차 리콜 제도의 경우에 -일반적인 제품 하자(고장)에 대한 AS와는 달리- 자동차의 안전과 관련되는 결함에 대해서 특별한 책임을 묻는다는 취지를 벗어나 자동차제작자들에 대한 책임을 강화하는 것에만 치중했던 경향이 없지 않다는 점은 문제이다.

자동차 소비자들의 안전 확보의 중요성은 누구도 부인할 수 없다. 자동차 판매 후의 품질보장 서비스 개선도 중요할 것이다. 그러나 이 두 가지가 뒤섞여 버리면[80] 어느 쪽도 제대로 보장되기 어렵다. 자동차 안전은 무조건적인 전제 조건이라 할 수 있는 반면에, 그밖의 자동차 품질보장 서비스는 선택사항일 뿐만 아니라, 자동차 구입시의 옵션과 연결되어 있는 경우도 적지 않기 때문이다.

또한, 과거의 자동차 리콜 제도 개선에 관한 연구들 중에는 실효성 확보를 위해 처벌의 강화를 요구했던 예들이 적지 않다.[81] 그리고 이러한 개

자동차 제작·판매자 등으로 하여금 자동차를 판매한 경우 자동차제작증 정보를 전산정보처리조직에 전송하도록 의무화(안 제8조제3항 본문). 2014. 1. 7. 개정(2015. 1. 8. 시행)된 자동차제작·판매자 등은 자동차를 판매할 때 제작사의 공장 출고일 이후 인도일 이전에 발생한 고장 또는 흠집 등 하자에 대한 수리 여부와 상태 등을 구매자에게 고지토록 규정(제8조의2제2항 신설), 2015. 8. 11. 개정(2015. 8. 11. 시행)된 자동차제작자에게 튜닝작업을 허용하되 튜닝승인을 받지 않은 자동차 튜닝을 금지하고 이를 위반 시 사업의 취소·정지 및 벌칙 조항 마련(제34조제2항 신설, 제57조 및 제2항, 제66조제2항 신설 및 제3항, 제80조제5의2호 신설), 2015. 12. 29. 개정(2015. 12. 29. 시행)된 늑장리콜 규정을 신설하고 과징금을 부과할 수 있도록 하며, 늑장리콜로 인한 소비자의 신체 및 재산상 피해에 대하여 손해배상 근거를 마련(제31조 및 제74조제2항, 제74조의2 신설), 2017. 10. 24. 개정(2018. 4. 25. 시행)된 자동차의 교환 또는 환불 등과 관련한 분쟁해결을 위한 기준과 제도를 도입(제47조의2 신설), 2017. 12. 26. 개정(2018. 6. 27. 시행)된 자동차제작자등이 국토교통부령으로 정하는 사유로 인하여 무상수리를 한 경우에는 하자의 내용과 무상수리 계획을 우편발송 등의 방법에 따라 자동차 소유자에게 알리도록 규정(제32조의2제4항 신설, 제81조제17호 및 제84조제1항), 2020. 2. 4. 개정(2021. 2. 5. 시행)된 결함이 있는 자동차의 운행으로 인한 화재사고가 반복적으로 발생하여 공중의 안전에 심각한 위해를 끼칠 수 있어 운행 제한 사유에 해당하는 경우 자동차 등의 제작·조립·수입 또는 판매의 중지를 명할 수 있는 법적 근거 마련(제30조의3제1항제1호의2 신설) 등이 있다. 2008. 6. 5. 개정(2008. 6. 5. 시행)된 종업언의 범죄행위에 대한 면책규정을 도입하는 등 책임을 완화시킨 것도 있으나, 이는 애초의 규정이 책임주의 원칙에 위배되어 위헌성이 문제되었던 것이라는 점에서 전체적인 자동차제작자 등의 책임 강화 경향을 바꾸는 것은 아니었다.

80) 실제로 소비자들이 자동차 리콜과 관련하여 안전결함이 아닌 품질결함까지 포함되어야 하는 것으로 인식하고 있다는 점에 관하여는 김현정·여정성, 앞의 글(주 25), 208쪽 참조.

선요구들이 받아들여져서 2011년「자동차관리법」개정을 통해 자발적 리콜의 불이행에 대한 형사처벌까지 도입된 것이다. 그러나 이러한 형사처벌은 -더욱이 앞서 살펴본 바와 같이 경쟁국가들에서는 자발적 리콜의 불이행을 이유로 형사처벌을 하지 않는 상황에서- 대한민국 자동차산업의 국제경쟁력을 매우 심각하게 약화시키는 요인이 될 수 있다.[82]

글로벌 경쟁 시대의 자동차 리콜은 어떤 자동차가 어떤 사유로 리콜되었는지가 금방 알려질 뿐만 아니라, 그 원인 및 그에 대한 후속조치도 그러하다. 워낙 자동차의 리콜이 일반화되었기 때문에 특정 자동차가 리콜되었다는 것으로 인해 그 자동차에 대한 세계 시장 소비자들의 신뢰가 떨어지는 것은 아니지만,[83] 다른 나라에서는 리콜을 하면서 해당 국가에서는 리콜을 기피하는 경우,[84] 또는 리콜을 제대로 하지 않은 이유로 형사처벌까지 받은 경우[85]에는 그 자동차(제작자)에 대한 신뢰가 심각하게 손상될 수 있는 것이다.

이런 점들을 고려하여 자동차 리콜 제도 법제를 개선하는 것도 고려해

---

81) 고광엽, 우리나라와 미국의 자동차리콜 제도 비교 연구, 소비자문제연구 제25호(2002.12), 37-60(55이하)쪽; 한국소비자원 편집부, 앞의 글(주 34), 333쪽 참조. 그러나 2011년 이후에도 벌칙 강화는 계속 주장되고 있다. 이에 관하여는 윤영한・류병운・박수현, 소비자보호를 위한 자동차결함제도의 개선연구, 자동차안전학회지 제7권 제4호(2015.120, 31-38(34이하)쪽 참조.

82) 이러한 자동차 리콜에 관한 법조항은 해외 자동차사업자들에게도 형식상 동등하게 적용될 것이지만, 국산 자동차들의 수출 비중과 외국산 자동차들의 국내 수입 비중을 고려할 때 국내 자동차산업에 더 큰 타격일 될 것이라는 점은 분명하다. 이는 결과적으로 사실상의 차별이 될 여지가 있다고 보인다.

83) 자동차 리콜이 그 리콜의 정도에 따라 자동차의 브랜드 가치 내지 소비자의 신뢰에 미치는 영향에 관하여는 Topaloglu, Omer & N. Gokalp Omer, How brand concept affects consumer response to product recalls: A longitudinal study in the US auto industry, Journal of Business Research 88 (2018), pp.245 - 254 참조.

84) 예컨대 같은 품종의 자동차에 대해서 국내에서는 리콜을 하면서 해외시장에서는 하지 않을 경우, 혹은 그 반대의 경우에 소비자의 신뢰는 크게 하락할 수밖에 없다. 이러한 점을 고려하더라도 경쟁국가들과는 달리 국내의 자동차 리콜 기준을 완화하여 국내 소비자들에 대해서만 자동차 리콜을 해주는 것은 자동차산업의 국제경쟁력을 심각하게 훼손하는 것이 될 수 있다.

85) 앞서 검토한 바와 같이 서구의 사법제도 하에서는 형사처벌까지 받는다는 것은 매우 중대한 도덕적 비난을 의미하며, 자발적 리콜을 하지 않은 이유로 형사처벌을 받는다면, 그 과정에 매우 심각하고 중대한 문제가 있었기 때문이라고 받아들일 가능성이 매우 높은 것이다.

야 한다. 물론 국민들 중에 자동차제작자 등에 비하여 자동차소비자가 차지하는 비중이 훨씬 높기 때문에 이들의 요구에 정치권이 귀 기울이는 경향도 있지만, 중장기적인 국가발전의 측면에서 볼 때, 어느 한쪽으로 편향성을 보이는 것보다는 자동차산업의 국제경쟁력과 소비자 보호의 조화를 꾀하는 것이 필요할 것이다.[86] 이를 위해 -경쟁국가들의 법제를 참고하면서- 자동차산업의 국제경쟁력을 약화시킬 수 있는 요소들은 정비하는 것이 바람직할 것이다.

3 자동차 리콜 법제 개선과 입법자의 입법형성권의 범위

앞서 검토한 바에 기초할 때, 향후 자동차 리콜 제도의 개선 방향으로 세 가지 점이 강조될 수 있다.

첫째, 자동차 리콜 요건의 명확화·합리화를 통해 자동차 리콜에 관한 분쟁의 소지를 최소화해야 한다. 둘째, 자동차 리콜 절차의 객관화·효율화를 통해 자동차 리콜 제도가 소비자의 요구와 자동차산업의 국제경쟁력이라는 두 마리 토끼를 동시에 잡을 수 있도록 해야 한다. 셋째, 자동차 리콜 미이행에 대한 벌칙의 합리화를 통해 법치주의의 요청이 제대로 관철되는 한편, 자동차 리콜을 둘러싼 불필요한 갈등과 충돌이 최소화되어야 한다.

자동차 리콜 제도의 본질은 자동차 소비자의 안전을 위해 자동차제작자 등에 대하여 자동차 및 그 부품 등에서 발생한 결함의 시정 등을 요구하는 것에 있다. 이는 자동차제작자 등의 입장에서 보면 기본권의 제한이라고 볼 수 있지만, 넓은 의미에서 보면 자동차의 안전에 관한 법제 형성의 일부라고 할 수 있다.[87]

---

86) 예컨대 김현정·여정성, 앞의 글(주 25), 209쪽에서는 소비자보호를 위해 안전결함 외의 결함에 대해서도 공개적인 리콜을 할 필요가 있다는 주장을 하고 있으나, 이는 글로벌 스탠다드와 맞지 않을 뿐만 아니라, 자동차산업의 국제경쟁력을 전혀 고려하지 않은 것이다.

87) 이를 더 넓게 보면, 제작물책임 내지 제품안전 문제의 일부로 볼 수 있으며, 독일에서 자동차 리콜의 문제를 별도의 입법 없이 제품안전법 안에서 다루고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

이러한 법제의 형성에는 -각국의 입법자가 자기인증제와 형식승인제 가운데 선택할 수 있는 것처럼- 폭넓은 입법형성권이 인정된다. 하지만 그러한 입법형성권에도 한계가 있으며, 예컨대 합리적인 근거가 없는 규제, 자의적인 규제의 경우에는 위헌적인 입법으로 인정될 수도 있다.[88]

더욱이 기본권에 대한 직접적이고 심각한 침해가 문제될 경우에는 입법형성권이 축소되어야 한다. 예컨대 형사처벌의 부과와 같은 중대한 기본권 제한의 경우에는 입법형성권의 범위 또한 축소되며, 엄격한 심사가 필요하게 된다. 「자동차관리법」에 따른 벌칙의 경우에도 그것이 과태료가 아닌 형벌의 부과를 내용으로 할 경우에는 엄격한 기준이 적용되어야 하는 것이다.

현행법상 행정적 규제의 실효성 강화를 위해 벌칙을 두고, 그 벌칙의 내용으로 형사처벌을 인정하고 있는 예들은 적지 않다. 이는 분명히 행정적 규제의 실효성 강화라는 목적에는 도움이 될 수 있다. 하지만, 과도한 벌칙은 오히려 법의 기본원칙인 불법과 그에 따른 제재 사이의 비례성을 깨뜨릴 수 있다는 점에서 주의를 요한다.

Ⅵ. 자동차 리콜에 관한 벌칙조항의 합헌성 검토

1. 죄형법정주의에 따른 명확성 요청

기본권의 제한에 있어서는 일반적으로 명확성 원칙이 적용되지만, 형벌을 부과하는 경우에는 명확성 원칙이 더욱 강조된다.[89] 급부행정의 경우는

88) 입법형성권의 범위를 벗어나 위헌 또는 헌법불합치로 결정된 예로는 정당의 공천관리위원회 심사에서 탈락한 예비후보자의 기탁금을 반환하지 않도록 한 공직선거법 제57조(헌재 2018. 1. 25. 2016헌마541), 대학 교원의 단결권을 인정하지 않는 노동조합법 제5조 단서(헌재 2018. 8. 30. 2015헌가38), 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 채취대상자에게 자신의 의견을 밝히거나 영장 발부 후 불복할 수 있는 절차 등에 관하여 규정하지 아니한 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률' 제8조(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마344 등), 구체적 행위의 개별성과 고유성을 고려한 양형판단의 가능성을 배제하는 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 제6조 제7항 중 관세법 제271조 제3항 가운데 제269조 제2항에 관한 부분(헌재 2019. 2. 28. 2016헌가13) 등 다수가 있다.

물론 과태료 등의 행정벌이 부과되는 경우보다도 형벌의 경우에는 더욱 엄격하게 명확성원칙이 적용되어야 하는 것이다.

자동차 리콜의 경우에도 여러 가지 의무를 부과하고, 위반에 대해 과태료 등의 제재를 가하는 것에 대해서는 비교적 넓은 입법형성권이 인정될 수 있지만, 형벌의 부과에 대해서는 입법형성권이 축소될 뿐만 아니라,[90] 죄형법정주의에 따른 명확성원칙이 더욱 엄격하게 적용될 수밖에 없다.[91]

앞서 검토한 자동차 리콜 요건인 '안전운행에 지장을 주는 결함'의 의미가 불명확하다는 점이 있음에도 불구하고[92] 자발적 리콜의 요건으로 인정

89) **헌재2020.4.23.2018헌마551결정:**"헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미한다. 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다."

90) **헌재2019.2.28.2016헌가13결정:** "우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본 이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례 관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있으므로, 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 따라서 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다(헌재 2017. 12. 28. 2016헌바368; 헌재 2017. 7. 27. 2015헌바417; 헌재 2016. 6. 30. 2015헌바132 등 참조). 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 헌법에 반한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24; 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 참조)."

91) **헌재2016.11.24.2015헌가29결정:**"죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이고, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있으며, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확히 정하여야 함을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10 참조). 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도로 규정되어야 한다는 것이다(헌재 2015. 7. 30. 2013헌바416 참조)."

92) 위의 각주 66에서 소개된 법원의 위헌법률심판제청 결정문 참조.

되고, 또 일정한 조사과정을 거쳐서 강제적 리콜의 판단기준으로 작용하는 것은 현실적으로 불가피한 것으로 볼 수 있다. 이는 경쟁국가들에서도 리콜 요건으로 공통적으로 인정되고 있는 것이다.

그러나 국가기관에 의한 조사 등을 근거로 강제적 리콜을 명령하였음에도 이를 따르지 않은 경우도 아니고, 단지 자발적 리콜의 불이행을 이유로 '형사처벌'을 가하는 것은 죄형법정주의에 따른 명확성원칙을 직접 침해하는 것이 된다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 경쟁국가들에서는 강제적 리콜 명령에 위반한 경우와는 달리 자발적 리콜의 불이행에 대해 -자발적 리콜을 하도록 각종 압력을 행사하는 것은 별론으로 하고- 형사처벌을 가하는 예는 없다는 점에서도 확인된다.

이미 국내에서도 이에 대한 비판은 적지 않다. '안전운행'에 '지장'을 주는 '결함'의 의미와 내용이 수범자인 자동차제작자 등에게 적절한 고지를 하여 예측가능성이 있고, 법집행기관의 자의적인 법해석이나 법집행이 배제될 수 있는지 의문이라는 문제제기[93]부터, 현재로서는 '위헌'이거나, 최소한 '사문'이라는 지적[94]에 이르기까지 다양한 비판들이 나오고 있는 것이다.

2. 과잉금지 원칙

「자동차관리법」 제78조 제1호에 따른 벌칙규정의 목적은 자동차 리콜 제도의 실효성을 확보하기 위한 것이라 할 수 있으며, 이러한 목적의 정당

93) 안창호, 앞의 글(주 5), 18쪽 이하 참조.

94) 오길영, 자동차 리콜 법제의 쟁점과 그 검토, 민주법학 제71호(2019.11), 107-138(119이하)쪽: "'안전운행에 지장을 주는 경우'라는 결함은 대단히 심각한 문제가 있다. 이 결함을 파악하기 위해서는 '안전운행'과 '지장'에 대한 해석의 근거를 찾아야 할 것인데, 「자동차관리법」은 물론 하위 법규에서도 일제히 함구하고 있기 때문이다. 위임조차 없으니 그야말로 열린 개념이라는 것인데, 이는 참으로 심대한 오류이다. 왜냐하면 안전운행에 지장을 주는 결함에 대한 정의는 「자동차관리법」 제74조의 과징금 부과나 제78조의 형사제재를 위한 구성요건이기 때문이다. 특히 형사처벌에 대한 구성요건을 이렇듯 통째로 비워두는 경우는 소위 '명확성의 원칙' 위반에 해당하여 곧바로 위헌성의 여부가 문제된다. 따라서 안전운행에 지장을 주는 결함에 대한 제재는 현실적으로 불가능하고 이와 관련된 논의들도 사실상 무의미하다고 판단된다. 즉 현재로서는 '위헌'이거나, 최소한 '사문'이라는 것이다."

성은 부인될 수 없다. 또한, 이를 통해 자동차제작자 등이 매우 심각한 압력을 받게 되어 자동차의 자발적 리콜에 더욱 적극적인 태도를 보일 것이므로 방법의 적합성 또한 인정된다. 그러나 침해의 최소성과 법익의 균형성에 대해서는 보다 신중한 접근이 필요하다.

침해의 최소성이란 동일한 입법목적의 달성을 위해 더 침해적인 수단의 존재 여부를 확인하는 것이며, 「자동차관리법」 제31조 제1항에 따른 자발적 리콜의 경우에는 침해의 최소성 판단을 위해 형사처벌 이외의 유사한 효과를 가져올 수 있는 다른 통제수단의 존부를 확인해 보아야 할 것이다. 이와 관련하여 주목해야 할 점이 몇 가지 있다.

첫째, 자동차산업의 주요 경쟁국가인 미국, 일본, 독일의 경우에 자발적 리콜의 지체에 대해서는 형사처벌을 하지 않고 있으며, 오히려 보고의무 위반이나 강제적 리콜 명령의 불이행에 대해서 형사처벌을 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 자발적 리콜에 대한 형사처벌 없이도 보고의무의 실효성 확보 및 강제적 리콜 명령의 적절한 활용을 통해서도 충분히 소기의 목적을 달성할 수 있는 것이다.[95]

둘째, 보고의무의 강화는 이러한 보고를 받아서 적절하게 대응하는 인력과 조직, 예산 등과 맞물려야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 국내에서 이를 담당하는 기관(교통안전연구원의 결함조사부)은 경쟁국가의 담당기관들에 비해 그 조직이나 인력, 예산 등에서 매우 열악한 상황에 있으며, 이로 인하여 적절한 대응이 어려워서 발생하는 문제들을 자발적 리콜에 대한 형사처벌의 부과라는 강제력을 동원하여 해결하려는 것도 올바른 해결은 아니다.

셋째, 앞서 지적된 바와 같이 자발적 리콜의 요건은 죄형법정주의의 명확성 요청에 위배된다는 지적들이 매우 강하게 나오고 있다. 반면에 강제적 리콜 명령이 내려진 경우에 이를 미이행한 것에 대해서는 명확성 원칙 위배의 문제가 발생하지 않는다. 이런 문제점을 간과하고 자발적 리콜에 대해 형사처벌을 부과하는 것보다는 미국, 일본, 독일 등의 경우처럼 강제적 리콜

95) 실제로 미국 등의 자동차 리콜이 우리나라에 비해 -자발적 리콜에 대한 형사처벌이 없기 때문에- 실효성이 약하다고 평가하기는 어려울 것이다.

의 미이행에 대해서 형사처벌을 부과하는 것이 합리적이다.

물론 보고의무의 강화나 강제적 리콜 명령 불이행에 대한 처벌만으로는 자발적 리콜에 대한 자동차제작자 등의 소극적 태도를 바꾸기 어렵기 때문에 목적 달성을 위한 효과의 측면에서 차이가 크다고 볼 수도 있다.[96] 그러나 이러한 문제는 미국 등의 자동차 리콜 문제에 대한 NHTSA의 효과적인 대응에서 볼 수 있는 것처럼, 관리·감독기관의 효율적 구성과 기능을 통해 충분히 해소될 수 있는 것이다.

결국, 리콜이 필요한 정도의 결함인지의 여부에 대한 명확한 판단이 어려운 상황에서 자발적 리콜의 불이행에 대해 강력한 제재를 가하는 것만으로 -자동차제작자 등의 보고의무를 충분히 강화하고, 보고를 받은 관리·감독기관에서 이를 철저하게 분석하고 평가하는 것 이상으로- 자발적 리콜의 실효성을 제고할 수 있다고 보기는 어려우므로 침해의 최소성 요건은 충족되었다고 보기 어려운 것이다.

법익의 균형성이란 목적의 달성으로 얻는 공익과 그 과정에서 침해되는 법익을 비교·형량하는 것인데, 「자동차관리법」 제78조 제1호의 경우에는 자동자제작자 등이 자발적 리콜에 대해 적극적인 태도를 취하도록 함으로써 얻는 공익과 형벌의 부과를 통해 침해되는 법익을 비교·형량하여야 할 것이다.

그런데 「자동차관리법」 제78조 제1호의 적용을 통해 확보될 수 있는 공익은 추상적으로는 확인될 수 있으나, 그 구체적 법익의 크기는 쉽게 확인되기 어렵다. 그 이유는 크게 세 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 형벌의 부과를 통해 강제한다 하더라도 안전운행에 지장을 주는 결함인지의 여부에 대한 판단은 결코 쉽지 않다. 이는 법원의 위헌제청결정문에서도 지적되고 있는 것이며,[97] 결국 자발적 리콜의 요건에 해당하는지

96) 그러나 자발적 리콜의 경우에 '안전운행에 지장을 주는 결함'이 무엇인지 판단하기 어렵다는 점이 계속 문제되고 있는 상황임에도 이 단계에서 형사처벌을 부과하는 것이 불합리할 뿐만 아니라, 자동차제작자 등이 리콜이 필요한 정도의 결함이 아니라고 판단한 경우라면 자발적 리콜을 기대할 수 없다는 점에서 효과의 차이도 발생하기 어렵다.

97) 위의 각주 66 참조.

에 대한 판단이 뚜렷하지 않은 상황에서는 형벌의 부과를 통한 강제의 실효성이 크게 약화될 수밖에 없다.

둘째, 자발적 리콜 사유에 해당하는지 여부를 확인하기 위하여 자동차의 결함에 대해 분석하고 이에 대한 최종적인 판단을 내리기 위해 걸리는 시간이 긴 경우가 드물지 않다. 그런데 이러한 분석과 검토가 진행되고 있는 상황에서 자발적 리콜을 지체한 것을 이유로 형벌을 부과하게 된다는 것은 매우 불합리하다.[98]

셋째, 글로벌 경쟁 시대에서 해외 시장에서의 리콜 결정이 미치는 파급효는 매우 크다. 그러므로 국내생산 자동차라 하더라도 해외시장에서 리콜 대상이 된 것을 국내에서는 리콜을 거부하거나 지체하는 등의 특별한 사정이 없는 한 자발적 리콜의 고의적 회피로 보기 어렵다.

이러한 점들을 고려할 때, 자동차제작자 등이 자발적 리콜 여부를 결정하기 위해서는 -글로벌 시장에서의 리콜 여부까지 고려하여- 충분한 분석과 검토가 전제되어야 한다는 것은 합리적이다. 그러므로 리콜의 요건이 되는 안전운행에 지장을 주는 결함인지의 여부에 대한 판단이 명확하게 내려지지 않은 상태에서 자발적 리콜의 지체를 이유로 형사처벌을 할 경우에 얻는 공익 실현의 효과는 크게 감소될 수밖에 없는 반면에 형벌의 부과로 인한 법익의 침해는 매우 심각하다. 그러므로 「자동차관리법」 제78조 제1호는 법익의 균형성도 갖추지 못한 것으로 보인다.

3. 형벌의 비례성

과잉금지원칙 위배 여부와는 별도로 검토될 필요가 있는 것이 형벌의 비례성 문제이다. 이미 헌법재판소는 비례에 맞지 않는 과도한 형벌이 위헌이라 판시한 바 있으며,[99] 「자동차관리법」 제78조 제1호도 이런 관점에서

98) 물론 자동차제작자 등이 자동차 리콜을 의도적으로 지연하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 의도적 지연이라는 점이 입증되지 않은 상태에서 단순히 분석과 검토의 시간이 길어지는 것을 이유로 형사처벌을 부과하는 것은 헌법 제27조 제4항에서 규정하고 있는 무죄추정의 원칙에 위배되는 것일 수 있다.

99) **헌재2019.2.28.2016헌가13결정:** "형벌은 인간의 존엄과 가치를 해하지 아니하고

검토할 필요가 있다.

「자동차관리법」 제78조 제1호의 벌칙은 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금이다. 자발적 리콜의 불이행에 대해 이러한 형벌을 부과하는 것이 형벌체계의 균형성에 위배되는 것인지 여부를 판단하기 위해서 한편으로는 유사한 벌칙조항들과 비교할 필요가 있으며, 다른 한편으로는 유사한 형량을 규정한 형법 조항들과 그 비난가능성의 정도를 비교할 필요가 있을 것이다.

먼저 「자동차관리법」 내의 다른 벌칙조항들과 비교할 때, 제78조의 벌칙은 가장 무거운 형벌이며, "결함사실을 안 날부터 지체 없이 그 결함을 시정하지 아니한 자"에 대해서 "제30조에 따라 자동차자기인증을 한 자동차의 전기·전자장치를 훼손할 목적으로 프로그램을 개발하거나 유포한 자"에

죄질과 책임에 상응하도록 비례성을 갖추어야 하고(책임과 형벌 사이의 비례성), 전체 형벌체계상 지나치게 가혹하지 아니할 것이 요구되며(형벌체계상의 균형성과 평등원칙), 이에 위반되는 법정형을 규정한 조항은 형벌법규의 법정형에 대한 입법형성권의 한계를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다."

"동일한 밀수입 예비행위에 대하여 수입하려던 물품의 원가가 2억 원 미만인 때에는 관세법이 적용되어 본죄의 2분의 1을 감경한 범위에서 처벌하는 반면, 물품원가가 2억 원 이상인 경우에는 심판대상조항에 따라 본죄에 준하여 가중처벌을 하는 것은 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다. 특히 마약범의 경우에는 특가법의 개정으로 예비에 대한 가중처벌규정이 삭제되었고, 조세포탈범의 경우에는 특가법에서 예비죄에 대한 별도의 처벌규정을 두고 있지 아니한 점에 비추어 밀수입의 예비죄에 대해서만 과중한 처벌을 해야 할 필요가 있는지 의문이다. 이에 더하여 심판대상조항이 적용되는 밀수입 예비죄보다 불법성과 책임이 결코 가볍다고 볼 수 없는 내란, 내란목적살인, 외환유치, 여적 예비죄나 살인 예비죄의 법정형이 심판대상조항이 적용되는 밀수입 예비죄보다 도리어 가볍다는 점에 비추어 보면, 심판대상조항이 예정하는 법정형은 형평성을 상실하여 지나치게 가혹하다고 할 것이다. 그러므로 심판대상조항은 형벌체계의 균형성에 반하여 헌법상 평등원칙에 어긋난다."

헌재 2021.6.24. 2020헌바527 결정: "어느 범죄에 대한 법정형의 하한은 여러 가지 기준의 종합적 고려에 의해 정해지는 것으로서 죄질의 경중과 법정형의 하한의 높고 낮음이 반드시 정비례한다고는 할 수 없고, 이러한 법정형의 높고 낮음을 정하는 것은 원칙적으로 보호법익과 행위태양 등을 두루 고려하는 입법적 결단에 의한 것이다. 어느 법익을 더 중하게 평가할 것인지는 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 강도치상죄의 법정형의 하한이 위 다른 범죄들보다 다소 높게 규정되었다고 하여 그것만으로 바로 심판대상조항이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 단정할 수 없다."

비하여 2배의 형벌을 부과[100]한다는 것도 형평에 맞지 않으며, "거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제30조에 따른 자동차자기인증 또는 제30조의2에 따른 부품자기인증을 한 자(법 제79조 제5호)", "제35조를 위반하여 자동차의 최고속도를 제한하는 장치를 무단으로 해체하거나 조작한 자(법 제79조 제5의2호)"에 비하여 3배 이상의 형벌을 부과[101]하는 것도 그러하다.

또한, 10년 이하의 징역을 부과하고 있는 형법 조항들을 찾아보면,[102] 제103조의 전시군수계약불이행,[103] 제121조의 전시폭발물제도 등,[104] 제128조 선거방해,[105] 제47조의 도주원조,[106] 제152조 제2항의 모해위증,[107] 제155조 제3항의 모해 목적 증거인멸,[108] 무고,[109] 제161조시체 등의 영득,[110]

---

100) 「자동차관리법」 제78조의2에 따른 형벌은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이다.

101) 「자동차관리법」 제79조에 따른 형벌은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이다.

102) 형법상의 벌금은 매우 낮은 편이기 때문에 비교에서 배제하였다.

103) **형법 제103조(전시군수계약불이행)**
① 전쟁 또는 사변에 있어서 정당한 이유없이 정부에 대한 군수품 또는 군용공작물에 관한 계약을 이행하지 아니한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.
② 전항의 계약이행을 방해한 자도 전항의 형과 같다.

104) **형법 제121조(전시폭발물제조등)**: 전쟁 또는 사변에 있어서 정당한 이유없이 폭발물을 제조, 수입, 수출, 수수 또는 소지한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

105) **형법 제128조(선거방해)**: 검찰, 경찰 또는 군의 직에 있는 공무원이 법령에 의한 선거에 관하여 선거인, 입후보자 또는 입후보자되려는 자에게 협박을 가하거나 기타 방법으로 선거의 자유를 방해한 때에는 10년 이하의 징역과 5년 이상의 자격정지에 처한다.

106) **형법 제147조(도주원조)**: 법률에 의하여 구금된 자를 탈취하거나 도주하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

107) **형법 제152조(위증,모해위증) 제2항**: 형사사건 또는 징계사건에 관하여 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

108) **형법 제155조(증거인멸등과친족간의특례) 제3항**: 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

109) **형법 제156조(무고)**: 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

110) **형법 제161조(사체등의영득)**
① 사체, 유골, 유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴, 유기, 은닉 또는 영득한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
② 분묘를 발굴하여 전항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제169조 진화방해,[111] 제180조의 방수방해,[112] 제192조 음용수의 사용방해,[113] 제198조 아편 등의 제조 등,[114] 제207조 제3항의 통화의 위조 등,[115] 다수의 조항이 발견된다. 이들 조항과 비교할 때, 「자동차관리법」 제78조 제1항에서 자동차 리콜을 "지체 없이" 하지 않은 것에 대해서 처벌하는 것이 동등한 비난가능성을 갖는 것으로 보기는 어렵다.

물론 이러한 형법 조항들 중에서 일부는 특별법에 의해 가중된 처벌을 받는 경우도 있다.[116] 하지만 그렇지 않은 다수의 형법조항들이 규정하고 있는 범죄구성요건들과 비교할 때, 자동차 리콜을 지체 없이 하지 않았다는 것이 검찰·경찰·군인에 의한 선거방해, 모해 목적의 위증이나 증거인멸과 동일한 형량이라는 것은 납득하기 어려우며, 형벌체계의 균형성에 위배되는 것으로 보아야 할 것이다.

Ⅶ. 결 론

헌법재판을 포함한 모든 재판은 법적 갈등을 조율·조정하여 균형과 조화를 회복하는 역할을 한다. 자동차 리콜의 경우에도 자동차 소비자들과 자동차제작자 등의 법적 갈등을 합리적으로 조율·조정함으로써 소비자보

---

111) **형법제169조(진화방해)**: 화재에 있어서 진화용의 시설 또는 물건을 은닉 또는 손괴하거나 기타 방법으로 진화를 방해한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

112) **형법제180조(방수방해)**: 수재에 있어서 방수용의 시설 또는 물건을 손괴 또는 은닉하거나 기타 방법으로 방수를 방해한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

113) **형법제192조(음용수의사용방해)**
① 일상음용에 공하는 정수에 오물을 혼입하여 음용하지 못하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
② 전항의 음용수에 독물 기타 건강을 해할 물건을 혼입한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

114) **형법제198조(아편등의제조등)**: 아편, 몰핀 또는 그 화합물을 제조, 수입 또는 판매하거나 판매할 목적으로 소지한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

115) **형법제207조(통화의위조등)제3항**: 행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

116) 예컨대 형법 제198조의 아편 등의 제조 등에 관한 처벌규정의 특별법으로 「마약류관리에 관한 법률」이 있으며, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제11조에서는 마약사범 등의 가중처벌을 규정하고 있다.

호와 자동차산업의 국제경쟁력이 동시에 최대한 실현될 수 있도록 하는 것이 문제해결의 기본방향이 되어야 할 것이다.

「자동차관리법」 제31조 및 제31조 제1항 위반에 대한 벌칙규정인 제78조 제1호는 소비자보호의 강화를 목적으로 한 것이지만, 다음과 같은 이유로 인하여 합목적성과 합헌성을 상실하고 있다.

첫째, 자동차 리콜 제도의 보편성과 합리성에도 불구하고, 이를 뒷받침할 제도적·실무적 조건을 갖추지 못하여 발생되는 문제들을 자율적 리콜의 불이행에 대한 형사처벌이라는 강력한 제재를 통해 해결하려는 것은 올바른 문제해결이라고 볼 수 없다.

둘째, 글로벌 시장에서의 무한경쟁이 가속화되고 있는 현실, 대한민국 경제에서 자동차산업이 차지하는 비중 등을 고려할 때, 자동차 리콜의 제도의 입법적 형성에서도 국내 자동차산업의 경쟁력이 충분히 고려되어야 하는데, 자동차 리콜에 관하여 미국, 일본, 독일 등 경쟁국가들에 비해 불리한 법제를 형성하는 것은 결코 합리적인 것으로 볼 수 없다.

셋째, 자발적 자동차 리콜의 불이행, 그것도 “결함사실을 안 날부터 지체 없이 그 결함을 시정하지 아니한” 경우에 대해서까지 형사처벌을 한다는 것은 죄형법정주의의 명확성에 위배될 뿐만 아니라, 과잉금지원칙의 침해의 최소성 및 법익의 균형성에도 위배된다. 나아가 10년 이하의 징역이라는 형량은 형벌의 균형성에도 맞지 않는 것이다.

이러한 점들을 고려하여 종합적으로 판단할 때, 「자동차관리법」 제31조와 제78조 제1호는 소비자보호를 지나치게 강조한 나머지, 또 하나의 중대한 가치라고 할 수 있는 자동차산업의 국제경쟁력을 약화시키며, 자동차제작자 등의 기본권을 위헌적으로 침해하고 있다고 보아야 할 것이다.

자동차관리법에 따른 자동차 리콜제도의 헌법적 문제점 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.14.	2021.12.06.	2021.12.29.

[참고문헌]

강나래・서자우리・구선정, 현행 자동차 리콜제도의 문제점과 자동차 소비자 보호를 위한 과제 -자동차 소비자 보호의 측면에서 바라본 현행 자동차 리콜제도와 자동차 분쟁해결 기준의 한계점과 대안제시-, 경성법학 제26집(2017.12), 239-256쪽.

강준만,『자동차와 민주주의. 자동차는 어떻게 미국과 세계를 움직이는가』, 인물과사상사, 2017.

고광엽, 우리나라와 미국의 자동차리콜 제도 비교 연구, 소비자문제연구 제25호(2002.12), 37-60쪽.

교통개발연구원,『자동차 리콜제도 개선방안』, 2003.

김현정・여정성, 소비자보호를 위한 자동차리콜제도 개선방안 연구, 소비자학연구 제19권 제1호(2008.03), 191-212쪽

김현철, 선제적 리콜: 자동차산업의 효율적인 위기예방전략, 생산성논집, 제28권 제3호 (2014.09), 213-231쪽.

박문수・이경희・고대영,『리콜과 기업 경영전략에 관한 분석』, 산업연구원 연구보고서, 2011, 145쪽.

박상수・김경유・윤자영,『한국 자동차산업의 수요구조 및 정책효과 분석 -사회후생 및 국민경제 파급효과 분석을 중심으로-』, 산업연구원, 2017.12.

박준환・강지원,『자동차의 안전성 확보와 소비자 보호를 위한 쟁점과 과제』(국회 입법조사처 이슈와 논점 제732호, 2013. 10. 30.).

박희주, 미국의 징벌적 손해배상제도와 시사점, 소비자정책동향 제93호(2018.09), 1 - 14쪽

서희석・진도왕・김세준・오나희,『주요국의 소비자보호를 위한 법제도 및 사례연구』, 감사원 감사연구원 연구용역보고서(2019.03).

설민수, 한국에서 자동차 리콜의 구조와 문제점: 규제기관의 역할과 자동차 결함 관련 제조물 책임소송의 현황을 중심으로, 법제 통권 제688호(2020.02), 129-159쪽.

성낙문・오재학・김시곤, 자동차 리콜제도 개선방안에 관한 연구, 교통학회지 제22권 제4호(2004.08), 57-67쪽.

성낙문・오재학・오주택, 자동차 리콜제도의 시행에 따른 편익산정, 대한교통학회지 제22권 제3호(2004.06), 59-67쪽.

송지현,『자동차 리콜지수 개발을 통한 한국형 결함조사 기법 연구』, 한국기술교육대학교 박사학위논문, 2013.

안창호, 자동차 리콜제도에 관한 헌법적 고찰, 법조 제68권 제3호(2019.06), 7-41쪽.

오길영, 자동차 리콜 법제의 쟁점과 그 검토, 민주법학 제71호(2019.11), 107-138쪽.

윤영한・류병운・박수현, 소비자보호를 위한 자동차결함제도의 개선연구, 자동차안전학회지 제7권 제4호(2015.120, 31-38쪽.

윤일구, 자동차와 소비자보호의 문제 - 자동차의 하자와 결함을 중심으로-, 소비자연구 제45권 제3호(2014.12), 237-254쪽.

이경규, 제조물책임에 있어서 징벌적 손해배상의 과제와 전망 -미국 Toole 판결의 분석과 시사점을 중심으로-, 인하대 법학연구 제20권 제2호(2017.06), 223-252쪽.

자동차안전연구원,『2019년 자동차안전연구원 연차보고서』, 2020.06.

정동원・유승훈・황삼생, 자동차산업의 국민경제적 산업파급효과, 경성대 산업혁신연구 제24권 제3호(2008), 187-209쪽.

정용수, 도요타자동차 리콜 관련 동향, 소비장정책동향 제10호(2010.03.), 1-21쪽.
_____, 『자동차 리콜제도의 실효성 제고방안』, 한국소비자원 2010.11.
채영석, 도요타 리콜사태를 보는 다른 시각, 오토저널 제32권 제3호(2010.06), 73-75쪽.
하각천・이창성, BMW 자동차 화재사례를 통해 살펴본 시사점과 제도적 개선방안, 한국화재조사학회 학술대회 통권 제36회(2018.11), 165-188쪽.
하성용, 자동차 리콜 제도 개선 방안에 관한 연구, 2018년 한국자동차공학회 추계학술대회 및 전시회, 1223-1244쪽,
한국소비자원 편집부, 우리나라 자동차 리콜 범위의 적정화 방안 검토(『소비자 위해정보 분석과 안전실태 조사』, 2001.04).
한국자동차산업협회, 『자동차산업 직간접 고용현황 분석 - 2008년 및 2018년 기준 비교분석 -』, 2020.7.
현대경제연구원, 『국내 자동차 산업의 경쟁력 제고 방안』, 2018.03.
현영석, 도요타자동차 대량 리콜의 원인과 교훈, 한국생관리학회지 제22권 제1호(2011.03), 21-37쪽.
현은정・윤우진, 글로벌 자동차 제조사의 지역 차등적 리콜 결정 원인, 인사조직연구 제28권 제4호(2020.11), 141-178쪽..
황삼생・유승훈, 중국 자동차 산업의 국민경제적 산업파급효과, 한중경상학회 제18차 학술대회(2010.05), 25-40쪽.

NHTSA, Motor Vehicle Safety Defects And Recalls (https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/14218-mvsdefectsandrecalls_041619-v2-tag.pdf), pp.2-3.
Topaloglu, Omer & N. Gokalp Omer, How brand concept affects consumer response to product recalls: A longitudinal study in the US auto industry, Journal of Business Research 88 (2018).

【국문초록】

자동차 리콜에 대한 관심이 높아지면서, 자동차 리콜의 조건 및 대상범위 등에 대한 관심과 더불어 자동차제작자 등이 지는 부담도 새롭게 조명되고 있다. 특히 대한민국의 경우 자동차산업은 국가의 기간산업 중의 하나로서 국제경쟁력이 매우 중요하기 때문에 자동차 리콜 요건이 자동차산업에 과도한 부담이 되지 않도록 고려할 필요가 있다.

물론 자동차 리콜이 소비자의 보호뿐만 아니라, 적절한 활용을 통해 해당 자동차의 이미지를 개선시키는 효과도 있다. 그러나 미국, 일본, 독일 등 경쟁국가의 자동차 리콜에 비해 형사처벌의 가능성을 높게 하는 등의 제도는 자동차산업의 경쟁력을 약화시키는 요인이 될 수 있다.

이 논문에서는 자동차 리콜 제도에 관한 논란의 핵심은 '국민의 생명과 안전에 대한 보호'와 '과도한 규제로 인한 기본권 침해 및 자동차 산업의 국제경쟁력 약화' 사이의 긴장관계라는 점을 분명히 하면서, 이 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 양자택일적 접근이 아니라 양자의 균형과 조화가 중요하다는 점을 강조하였다.

이를 위해서는 자동차제작사 등이 책임져야 할 부분과 국가의 관리를 통해 해결해야 할 부분이 명확하게 정리되어야 한다. 이에 대한 합리적 판단을 위해서는 자동차산업의 선진국들에서 이러한 문제를 어떻게 규율하고 있는지를 비교·검토하였으며, 자동차 리콜의 경우에도 자동차 소비자들과 자동차제작자 등의 법적 갈등을 합리적으로 조율·조정함으로써 소비자보호와 자동차산업의 국제경쟁력이 동시에 최대한 실현될 수 있도록 하는 것이 문제해결의 기본방향이 되어야 한다.

이렇게 볼 때, 현행 자동차관리법 제31조 및 제78조 제1항에 따라 자발적 리콜을 시행하지 않은 것을 이유로 형사처벌까지 가능하게 한 것은 위헌의 소지가 있는 것으로 판단하였다.

【Zusammenfassung】

Zur Verfassungswirdigkeit von Artikel 31 des Kraftfahrzeugmanagementgesetzes

Young-Soo Chang
(Professor, Korea University Law School)

Mit steigendem Interesse an Autorückrufen wurde das Interesse an den Bedingungen und dem Umfang von Autorückrufen sowie der Belastung der Automobilhersteller neu hervorgehoben. Insbesondere im Fall Koreas, da die Automobilindustrie eine der Schlüsselindustrien des Landes ist, ist die internationale Wettbewerbsfähigkeit sehr wichtig. So müssen berücksichtigt werden, dass Rückrufanforderungen die Automobilindustrie nicht übermäßig belasten.

Natürlich schützen Autorückrufen nicht nur die Verbraucher, sondern verbessern durch die sachgemäße Nutzung auch das Image des Autos. Ein System, das im Vergleich zu Fahrzeugrückrufen in konkurrierenden Ländern wie den USA, Japan und Deutschland die Möglichkeit strafrechtlicher Bestrafung erhöht, kann jedoch die Wettbewerbsfähigkeit der Automobilindustrie schwächen.

In diesem Beitrag wird klargestellt, dass der Kern der Kontroverse um das Autorückrufsystem das Spannungsverhältnis zwischen „Schutz des Lebens und der Sicherheit von Menschen“ und „Verletzung von Grundrechten durch übermäßige Regulierung und Schwächung der

internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Automobilindustrie“ ist Thema, Er betonte die Bedeutung von Ausgewogenheit und Harmonie zwischen beiden anstelle eines alternativen Ansatzes, um das Problem rational zu lösen.

Dazu sollten die Teile, für die die Automobilhersteller verantwortlich sind, und die Teile, die durch die staatliche Verwaltung gelöst werden müssen, klar geordnet werden. Um dies rational beurteilen zu können, haben wir verglichen und überprüft, wie fortgeschrittene Länder der Automobilindustrie diese Fragen regeln. Auch bei Automobilrückrufen sollte die grundsätzliche Richtung der Problemlösung darin bestehen, Rechtskonflikte zwischen Automobilkonsumenten und Automobilherstellern rational zu koordinieren und zu anpassen, damit der Verbraucherschutz und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Automobilindustrie gleichzeitig in vollen Zügen verwirklicht werden könnten.

In diesem Zusammenhang könnten die strafrechtliche Ahndung des Unterlassens einer freiwilligen Rückrufaktion gemäß §§ 31 und 78 Abs. 1 Kraftfahrzeugmanagementgesetzes als verfassungswidrig beurteilt werden.

주제어(Stichwörter) : Autorückruf(자동차 리콜), Verbraucherschutz(소비자보호), Autosicherheitsstandards(자동차 안전기준), Kraftfahrzeugmanagementgesetz(자동차관리법), internationale Wettbewerbsfähigkeit der Automobilindustrie(자동차산업의 국제경쟁력)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.147

「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성과 개정방향

김 용 주* · 서 정 범**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 논의의 전제 - 「경찰관 직무집행법」에 관한 기본인식
1. 「경찰관 직무집행법」은 어떤 성격을 갖는 법인가?
2. 「경찰관 직무집행법」은 경찰행정법 이론의 발전을 제대로 반영하여 왔는가?
3. 「경찰관 직무집행법」은 전면 개정되어야만 하는가?
Ⅲ. 「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성
1. 「경찰관 직무집행법」의 태생적 문제점
2. 「경찰관 직무집행법」 개정의 불완전성
Ⅳ. 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성(方向性)
1. 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성 (1) - 개 관
2. 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성 (2) - 구체적 개정방안
Ⅴ. 맺으며

Ⅰ. 들어가며

「경찰관 직무집행법」 제1조 제1항은 “국민의 자유와 권리 및 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 사회공공의 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무 수행에 필요한 사항을 규정하는 것을 그 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 그런데 이러한 목적 규정이 그 의미를 가지려면 「경

* 주저자: 초당대학교 교수(법학박사, 행정법), 충청남도 자치경찰위원회 위원.
** 교신저자: 경찰대학교 교수(법학박사, 행정법).

찰관 직무집행법」의 규정 내용이 동법이 천명하고 있는 동법의 목적을 달성하기에 필요하고 또 충분한 내용을 담고 있어야만 한다. 이러한 인식으로부터 현행 「경찰관 직무집행법」의 규정 내용이 과연 동법 제1조 제1항이 규정하고 있는 목적을 달성하기에 적합한 내용을 담고 있는가?라는 의문이 생겨나는데, 불행하게도 현행 「경찰관 직무집행법」은 동법의 목적을 달성하기에 필요한 내용을 제대로 규율하지 못하고 있는 실정이다. 이러한 문제점은 다음과 같은 두 가지 관점에서 극명하게 드러난다.

첫째, 현행 「경찰관 직무집행법」은 스토킹이나 가정폭력 등과 같이 오늘날 특히 국민적 관심의 대상이 되고 있는 문제에 효과적으로 대처할 수 있는 아무런 방법도 갖고 있지 못하다. 즉, 이미 여러 학자들에 의해 스토킹이나 가정폭력 등과 같은 위협으로부터 사회적 약자를 보호하기 위하여 필요한 수단인 '제지를 위한 보호조치'(Verhütungsgewahrsam)[1]나 '위험방지를 위한 출입권의 보장'[2] 등의 도입 필요성이 강조되어 왔음에도 불구하고, 현행 「경찰관 직무집행법」은 아직까지도 그러한 제도를 도입하지 않고 있다. 따라서 스토킹이나 가정폭력이 행해지고 있는 현장에 출동한 경찰관은 '법제상으로는' 속수무책으로 그저 그 상태를 지켜볼 수밖에 없는 실정이다.[3] 이로 인하여 스토킹이나 가정폭력의 피해자들과 같은 사회적 약자들은

---

1) '제지를 위한 보호조치'란 범죄행위나 중대한 위험을 초래하는 질서위반행위가 목전에서 행해지거나 계속되는 것을 저지하기 위한 보호조치를 말하며, 이러한 점에서 보호조치의 대상이 되는 자 자신의 생명과 신체의 보호를 위한 '협의의 보호조치(Schutzgewahrsam)와 구별된다. 독일의 경우 양자의 구분을 전제로 이들 두 가지 종류의 보호조치가 모두 인정되고 있는바, 이러한 독일의 사정에 관하여 자세한 것은 쿠겔만 (저), 서정범/박병욱 (역), 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015, 192쪽 아래. 한편 이러한 제지를 위한 보호조치의 우리나라에의 도입필요성에 관하여는 김성태 외, 경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정 권고안, 박영사, 2020, 74쪽 아래; 서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020, 25쪽 아래. 특히 실증적 사례를 토대로 제지를 위한 보호조치의 도입 필요성에 관하여 상설하고 있는 것으로는 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제3판, 세창출판사, 2018, 8쪽 아래.

2) 위험방지를 위한 출입을 둘러싼 문제에 관한 논의로는 성홍재, "경찰관의 긴급출입에 대한 법적 검토", 유라시아 연구 제9권 제3호, 아시아・유럽미래학회, 2012, 319쪽 아래.

3) 물론 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제5조(가정폭력범죄에 대한 응급조치)와 동법 제8조의2(긴급임시조치), 그리고 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제9조의4(사법경찰관리의 현장출동 등) 등의 조항이 있기는 하지만, 경찰에게 '제지

그들에 대한 유·무형의 폭력에 대하여 사실상 무방비 상태로 방치되는 결과가 초래하게 되었고,[4] 그 결과 「경찰관 직무집행법」이 추구하는 '국민의 자유와 권리의 보호'는 공염불에 그치고 있다.

둘째, 현행 「경찰관 직무집행법」 제2조 제7호는 공공의 안녕과 질서의 유지를 경찰관의 직무로 규정하고 있다. 오늘날의 현대 사회는 과거에는 상상할 수도 없는 대량적 범죄와 국가적 위기에 직면하고 있다. 환언하면 「경찰관 직무집행법」이 동법의 보호법익으로 규정하고 있는 공공의 안녕과 질서를 위협하는 상황이 양적으로는 물론 질적으로도 날로 증대되고 있다는 것인데, 9.11 테러 이후에 전 세계적으로 행해지고 있는 각종의 새로운 양상의 테러[5] 등은 그 전형적 예에 해당한다.[6] 따라서 이러한 위협에 대한 대비

를 위한 보호조치'나 유치를 할 수 있는 근거는 존재하지 않는다. 다만, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제8조(임시조치의 청구 등) 제2항에 의하여 '국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치'를 할 수 있지만, 이 역시 법원의 결정을 통해 사후에나 가능할 뿐이며, 현장에서의 대처방안은 되지 못하고 있다.

4) 다만, 「경범죄 처벌법」으로만 규율해 왔던 스토킹범죄와 관련하여서는 2021년 4월 20일 제정되고 2021년 10월 21일 시행된 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 따라 최대 5년 이하의 징역이나 5,000만원 이하의 벌금에 처할 수 있게 됨으로써 종전에 비해 스토킹 범죄에 대한 일반예방적 효과를 기대할 수 있는 가능성이 높아졌다. 또한 동법은 스토킹 행위에 대한 신고가 있는 경우 경찰이 100m 이내 접근금지 등의 긴급조치를 한 후 지방법원 판사의 사후승인을 청구할 수 있도록 함으로써 필자가 언급하고 있는 '제지를 위한 보호조치'에 준하는 효과를 기하고 있다. 그러나 이러한 조항의 설치에도 불구하고 '제지를 위한 보호조치'를 「경찰관 직무집행법」에 도입할 필요성은 여전히 남아 있다고 생각한다. 왜냐하면 사후적 처벌의 강화는 스토킹이 행해지는 현장에서의 조치와는 무관하며, 제지를 위한 보호조치의 필요성이 인정되는 영역은 스토킹에만 국한되는 것이 아니기 때문이다.

5) 이러한 새로운 양상의 테러를 이전의 그것과 비교하여 "New Terrorism"이라는 용어를 사용하는 것이 근자의 추세인데, "New Terrorism"이란 용어는 미국 랜드 연구소(Rand Research and Development)의 연구책임자이며 대테러 전문가인 호프만(Bruce Hoffmann)이 처음 사용한 것으로 알려져 있다.

6) 오늘날 테러의 문제가 공공의 안녕과 질서에 대한 중대한 위험원으로 특히 거론되는 이유는 무엇보다도 테러의 양상이 실로 다양해지고 있다는 것에서 찾을 수 있다. 즉, 무방비상태의 일반 대중을 테러 대상으로 삼는 이른바 '소프트 타깃 테러(Soft Target Terror)'가 증대하고 있는가 하면, 말 그대로 (무기나 폭발물을 사용하는 경우처럼) 특별한 기술이 필요치 않은 '로우 테크 테러(Low Tech Terror)' 또한 증대일로에 있다. 이에 더하여 테러가 행해지는 장소 또한 대도시를 벗어나 중소도시로 확대되고 있다. 이는 이제 테러로부터 자유로운 공간은 지구 상 어느 곳에도 더 이상 존재하지 않는다는 것, 따라서 우리가 살고 있는 대한민국 또한 더 이상 '테러 청정지역'이 아니라는

를 통하여 공공의 안녕과 질서를 유지하여야 하는 것 또한 국가의 주요 책무라고 할 수 있다. 그런데 「경찰관 직무집행법」은 그러한 대량적 위험에 대한 경찰행정법적 대응수단으로서 학자들이 오래전부터 강조해 온 직무질문에 있어서의 신원확인이나 원래 경찰의 고유한 직무에 해당하는 직무와 관련된 최소한의 정보처리작용 등과 같은 예방적 경찰작용에 관한 근거규정을 오랫동안 갖고 있지 못했으며, 이로 인해 새로이 등장하는 대량적 위험에 효과적으로 대처할 수 없었다. 다만 경찰의 고유한 직무에 해당하는 직무와 관련된 최소한의 정보처리작용 등에 관한 근거규정의 결여와 관련된 문제점은 2021년 3월 23일의 법개정을 통하여 경찰의 정보처리에 관한 근거규정이 동법에 신설됨으로써(제8조의2 참조) 상당부분 해소되었다고 할 수 있다. 그러나 새로이 설치된 「경찰관 직무집행법」의 정보처리에 관한 규정은 또 다른 많은 문제점들을 안고 있는바, 이 문제에 관하여는 이하에서 별도로 상세히 논하기로 한다.[7]

이처럼 현행 「경찰관 직무집행법」은 개인의 자유와 권리의 보호를 위한 수단들을 충분히 규정하지 않음으로써 개인을 자유와 권리에 대한 위협에 무방비 상태로 방치하고 있을 뿐만 아니라, 새로이 등장하고 있는 대량적인 국가적 위기상황에 효과적으로 대처할 수 있는 법제적 장치 또한 충분히 규정하고 있지 못하다. 그리고 이로 인해 「경찰관 직무집행법」은 경찰작용에 관한 실질적 일반법으로서의 의미 내지 기능을 점차 상실해 가고 있다. 한편, 현행 「경찰관 직무집행법」이 갖고 있는 이러한 문제점에 대한 인식은 또 하나의 의문을 불러일으키게 만드는바, 현행 「경찰관 직무집행법」이 이처럼 동법이 스스로 천명하고 있는 동법의 목적을 달성할 수 없는 상태에 처하게 된 이유는 무엇인가?라는 근원적 의문이 그것이다. 필자는 그 이유를 현행 「경찰관 직무집행법」이 1953년에 제정된 이후 급변하는 경찰현실에 대한 효율적 대응을 위하여 시시각각으로 끊임없이 발전에 발전을

것을 의미한다. 이와 관련하여 (사후적으로) 테러범의 체포의 문제를 넘어서서, (사전적으로) 테러가 발생하지 않도록 하는 예방적 경찰작용의 중요도가 더해지고 있다. 예방적 경찰작용의 관점에서 테러의 문제를 접근하고 있는 것으로는 김용주, 경찰법으로서 테러방지법의 이해, 박영사, 2021.

7) 이하의 Ⅳ. 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성 참조.

거듭하고 있는 새로운 경찰행정법 이론 내지 이론적 체계에 눈감아 버린 것, 그리고 그 결과 경찰행정법적 현실과 「경찰관 직무집행법」 규정 간에 커다란 괴리가 발생한 것에서 찾고 있다. 이로 인하여 현장의 경찰관들은 경찰관들대로 동법의 실효성에 의문을 제기하고 있으며, 국민들은 국민들대로 동법이 자신들의 자유와 권리 보호에 충실하지 못하다는 생각을 갖게 되었다. 그리고 한 걸음 더 나아가 자신들의 생명과 신체 및 재산에 대한 안전을 확보해 주지 못하는 공권력의 무력함을 성토하는 단계에까지 이르고 있다.

Ⅱ. 논의의 전제 - 「경찰관 직무집행법」에 관한 기본인식

본고는 이러한 현행 「경찰관 직무집행법」의 문제점에 착안하여 「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성과 개정방향에 관하여 간단히 언급함으로써, 향후 「경찰관 직무집행법」 개정 작업에 관한 논의의 소재 내지 입법의 자료를 제공하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 한편 본고에서 논의할 구체적 내용들은 근본적으로 다음과 같은 기본 인식을 그 토대로 하고 있다.[8)]

1. 「경찰관 직무집행법」은 어떤 성격을 갖는 법인가?

「경찰관 직무집행법」은 (행정)경찰작용에 관한 실질적 일반법의 성격을 갖는 법이다. 따라서 동법은 (행정)경찰작용에 관한 실질적 일반법이라는 성격에 부합하는 내용을 담고 있어야 한다. 즉, 동법에는 이른바 표준적 직무조치(Standardmaßnahme)라고 불리우는 전형적인 경찰의 조치들에 관한 규정 이외에도 경찰권발동의 근거, 경찰관의 직무범위, 비례의 원칙 등과 같은 (행정)경찰작용에 관한 기본원칙 등에 관한 규정이 담겨져 있어야 한다.

---

8) 이러한 기본인식의 서술방식은 1789년의 프랑스 대혁명 전야에 발간되었던 프랑스 정치가 시에예스(Emmanuel Joseph Sieyès, 1748~1836)의 "제3신분이란 무엇인가?"라는 팜플렛의 서술방식에 착안한 것인데, 이는 지금의 「경찰관 직무집행법」의 문제점과 그로 인한 폐해가 가히 프랑스 대혁명 이전의 앙시앵 레짐(ancien régime, 舊 制度)에 비견될 만한 수준이라는 점을 지적하고 싶었기 때문이다.

2. 「경찰관 직무집행법」은 경찰행정법 이론의 발전을 제대로 반영하여 왔는가?

「경찰관 직무집행법」은 1953년에 제정된 이래 공공의 안녕과 질서의 유지라는 경찰의 목적을 달성하기 위해 학문적 논의와 발전양상을 충분히 반영함이 없이한 근본적인 개정 없이 본래의 골격을 그대로 유지하고 있다. 따라서 경찰작용에 관한 기본원칙 및 경찰이 사용하는 전형적 조치들에 관한 경찰행정법 이론의 발전을 전혀 반영하지 못하고 있다. 그리고 그 결과 「경찰관 직무집행법」은 제정된 이후 무려 70년에 가까운 세월 동안 유지되고 있으며, 그 결과 현재 대한민국에서 시행되고 있는 모든 법률 가운데 가장 낙후된 법률 중 하나로 남게 되었다.

3. 「경찰관 직무집행법」은 전면 개정되어야만 하는가?

「경찰관 직무집행법」의 개정의 필요성을 공감하고 있는 경찰행정법학자들이 「경찰관 직무집행법」의 개정을 위한 공동작업을 위하여 구성한 「경찰관 직무집행법」 Working Group[9]은 현행 「경찰관 직무집행법」이 갖고 있

9) 「경찰관 직무집행법」의 후진성에 대해서는 이미 오래전부터 많은 경찰행정법학자들이 개별적으로 지적을 해왔으나 사회적으로 커다란 반향을 불러 일으키지는 못하였으며, 그 결과 입법으로 연결되지도 못하였다. 이러한 사정으로 한동안 무력감과 자괴감의 늪에 빠져 있던 (필자를 비롯한) 경찰행정법학자들 사이에 새로운 인식이 태동하기에 이르렀는바, 그것은 「경찰관 직무집행법」의 개혁을 위해서는 여러 학자들의 의견이 집약된 단일의 개정권고안을 통한 의견제시가 필요하다는 것이었다. 그리고 이러한 과정에서 자연스레 「경찰관 직무집행법」의 개정 권고안 작업을 공동으로 수행하기 위한 프로젝트 그룹이 생겨나기에 이르렀는바, 그것이 바로 '「경찰관 직무집행법」 Working Group'이다. 그리고 「경찰관 직무집행법」 Working Group은 2년여에 걸친 논의를 거쳐 「경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정권고안」(박영사, 2020)을 발간하기에 이르렀는바, 이러한 개정권고안은 경찰행정법을 전공으로 하는 대학교수들의 협업을 통하여 민간차원에서 제시된 것이라는 점에서 종전의 정부주도 하에 행해진 작업과는 차별성이 인정된다고 생각한다. 한편 「경찰관 직무집행법」 Working Group의 구성원은 다음과 같다:

김성태(홍익대학교 법학과), 김연태(고려대학교 법학전문대학원)
박병욱(제주대학교 행정학과) 서정범(경찰대학교 법학과)

는 후진성 및 그에 기인한 문제점은 개정작업을 통하여 극복되어야만 한다는 점을 천명한 바 있다. 아울러 이러한 개정작업을 행함에 있어서는 입법필요성에 대한 국민적 공감대가 이루어져 특별히 개정이 거론되는 개별 조문의 도입 내지 개별 조문의 자구 수정 등만으로는 문제의 근원적 해결을 기대할 수 없다는 것, 따라서 새로운 이론적 체계에 기초하여 전면 개정되어야 한다는 점을 분명히 한 바 있다. 필자 또한 이러한 「경찰관 직무집행법」 Working Group과 인식을 같이 하고 있으며, 모쪼록 「경찰관 직무집행법」이 오늘날의 경찰행정법학의 발전에 기초한 새로운 이론적 체계에 입각하여 전면 개정되어 제대로 규범력을 발휘할 수 있기를 바란다.[10]

Ⅲ. 「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성

현행 「경찰관 직무집행법」이 안고 있는 문제점은 이미 많은 학자들이 개별 조문에서부터 동법이 기초하고 있는 이론적 체계에 이르기까지 거의 전방위적으로 지적해 왔으며, 그러한 문제의 해결을 위한 방안 또한 여러 경로를 통하여 제시된 바 있다.[11] 이하에서는 그러한 선행 연구를 기반으로 현행 「경찰관 직무집행법」의 문제점을 적시하고, 그를 통하여 동법을 전면적으로 개정해야 할 필요성에 관하여 언급하기로 하겠다.

손재영(경찰대학교 법학과) 이성용(계명대학교 경찰행정학과)

10) 이런 점에서 Working Group의 개정권고안을 중심으로 국회에서 '「경찰관 직무집행법」 전부 개정 연속 공청회'가 2차례에 걸쳐 행해진 것은 그 의미가 크다고 생각한다. 제1차 공청회는 '경찰관 직무집행법 전부 개정 필요성과 그 방향(발제자: 서정범 경찰대학교 법학과 교수)'을 주제로 하였으며, 제2차 공청회는 '경찰관 직무집행법 전부 개정안의 쟁점 및 대안(발제자: 부산대 법학전문대학원 이기춘 교수)'이 주제였다는 것을 밝혀둔다.

11) 정하중, "독일 경찰법의 체계와 한국 경찰관 직무집행법의 개선방향(상)", 사법행정 제35권 제2호, 한국사법행정학회, 1994. 2; 장영민/박기석, 경찰관 직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1995; 홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 1997; 서정범, 경찰관 직무집행법 개정방향에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 2003; 이성용/서정범, 경찰작용법 체계의 합리적 개선방안, 경찰청 연구보고서, 2011.

1. 「경찰관 직무집행법」의 태생적 문제점

가. 「경찰관 직무집행법」의 태생적 문제점의 연원

일본으로부터의 독립한 이후에도 미군청청이 행사해 오던 경찰권은 1948년의 대한민국 정부 수립을 계기로 우리나라에 이양되게 된다.[12] 이로 인하여 대한민국 정부에 의한 경찰권 행사의 근거가 되는 법률을 제정할 필요성이 대두되었지만, 곧이어 발발한 한국전쟁으로 인해 법률의 제정은 미루어지게 된다. 그 결과 대한민국에 의한 경찰권 행사에 관한 기본적 사항을 규율하는 「경찰관 직무집행법」은 한국전쟁이 종료된 후인 1953년 말에 이르러서야 비로소 제정되게 된다. 그러나 1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정된 「경찰관 직무집행법」은 - 시간적 제약으로 인하여 - 동법의 이론적 체계 및 그에 담겨져야 할 내용에 대한 진지한 고민을 행함이 없이 일본의 「경찰관직무집행법」의 내용을 무비판적으로 받아들이는 방식으로 제정되었다.[13]

그러나 「경찰관 직무집행법」의 제정에 있어 당시 일본의 「경찰관직무집행법」을 상당 부분 참고하였다는 것만으로 「경찰관 직무집행법」이 태생적 문제점을 안고 있다고 단언할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 필자가 이 사실을 들어 「경찰관 직무집행법」이 제정될 당시부터 태생적 문제점을 안고 있었다고 감히 단언하는 이유는 우리나라가 「경찰관 직무집행법」을 제정함에 있어 모델로 삼았던 일본의 「경찰관직무집행법」 자체가 ① 제정 당시의 학문적 수준에 비추어 보아도 논리적 체계성이 결여되어 있으며, ② 당시의 경찰행정법적 사실 조차 제대로 규율하지 못하는 문제점을 안고 있는 문제투성이의 법률이었기 때문이다. 즉, 우리나라의 「경찰관 직무집행법」이 모델로 삼았던 일본의 「경찰관직무집행법」 자체가 이런 문제점을 안고 있었기 때문에, 그를 받아들인 우리나라의 「경찰관 직무집행법」 또한 일본의

12) 미군정으로부터 대한민국에 경찰권이 이양되는 과정에 관하여 상세한 것은 다음의 인터넷 문헌 참조: https://www.pressian.com/pages/articles/69234(최종검색일: 2021.11.13)

13) 더 정확히 말하면 일본의 「경찰관 직무집행법」을 직역하는 수준으로 제정되었다.

「경찰관직무집행법」이 갖고 있는 문제점을 제정 당시부터 그대로 갖게 되었기 때문이다.

나. 1948년 일본 「경찰관직무집행법」의 문제점

전술한 바와 같이 1953년에 제정된 우리나라의 「경찰관 직무집행법」이 당시 일본의 「경찰관직무집행법」을 거의 직역하는 수준의 내용을 담고 있었으므로, 동법이 제정 당시에 갖고 있던 문제점을 이해하기 위하여서는 당시의 일본 「경찰관직무집행법」의 제정 경위 및 내용에 관한 고찰이 필요하다.[14]

일본의 경우 구(舊) 「헌법」[15] 하에서는 경찰관의 직무수행에 필요한 권한은 「행정집행법」(1900년, 법률 제84호) 및 각종의 칙령(勅令)[16]에 규정되어 있었다. 그러나 미국의 점령 하에 있던 1947년 5월 3일에 구 「헌법」을 개정하는 형식으로 공포된 「일본국헌법」이 시행됨에 따라서 각종의 칙령의 효력은 상실되었고, 행정강제 일반에 관하여 규정하고 있었던 「행정집행법」 또한 「행정대집행법」의 시행으로 폐지되게 된다. 그 결과 그 때까지 경찰관이 행사하여 왔던 권한의 근거가 대부분 사라지게 되었는바, 이 때문에 불심검문, 긴급구호를 필요로 하는 정신착란자 등에 대한 보호, 위험방지를 위한 긴급출입 등과 같이 경찰관이 행하여야 한다고 생각되는 필요불가결한 경찰활동의 근거를 시급히 마련할 필요가 생기게 되었다. 아울러 당시까지 법적 근거도 없이 행하여져 왔던 범죄의 제지나 무기의 사용에 관한 법률상의 근거가 필요하다는 인식 또한 생겨났다. 이런 사정으로 인하여 그러한 경찰활동을 위해 필요한 권한을 규율하는 「경찰관직무집행법」(법률 제136호)이 1948년 7월 5일에 제정되어 같은 달 12일에 공포되고, 부칙에 따라 공포한 날부터 시행되기에 이르렀다.

---

14) 일본에서의 「경찰관직무집행법」의 제정 경위 등에 관하여 자세한 것은 古谷洋一 (저), 황순평 (역), 주석 일본 경찰관직무집행법, 도서출판 그린, 2016, 9쪽; 田村正博 (저), 황순평/김혁 (역), 경찰행정법, 도서출판 그린, 2017, 191쪽 참조,

15) 여기서 구 「헌법」이란 메이지(明治) 천황 치하에서 1890년 11월 29일에 제정된 「대일본제국헌법」(大日本帝國憲法)을 말하는바, 보통 「메이지헌법」(明治憲法)이라고 부르기도 한다.

16) 「행정경찰규칙」(1875년, 태정관달 제29호) 등.

한편 일본의 경우 「경찰관직무집행법」의 제정 작업을 행함에 있어서 처음에는 '경찰법의 일체계로서의 권한법'을 만든다는 강력한 의지를 가지고 경찰의 권한을 체계적으로 규정하는 방식으로 검토가 이루어졌다고 한다. 그러나 최종적으로는 단시간에 논리적 체계를 갖추어 이론을 정리하는 것이 여의치 않다는 이유를 들어 일단 당장 필요한 최소한도의 사항만을 담는 것으로 입법의 방향이 결정되었으며, 그 결과 구 「헌법」 하에서 시행되었던 「행정집행법」과 점령국인 미국의 「통일체포법」의 체계나 내용을 참고하는 선에서 「경찰관직무집행법」이 제정되었다고 한다.[17] 한편 이러한 일본에서의 「경찰관직무집행법」의 제정 경위로부터 우리는 1948년에 제정된 일본의 「경찰관직무집행법」은 제정 당시부터 논리적 체계를 현저히 결하고 있었으며, 대륙법계적 요소와 영미법계적 요소를 적당히 혼합하여 당장 필요한 최소한도의 사항을 규정한 임시방편적 입법이었다는 것을 추론할 수 있다.[18]

2. 「경찰관 직무집행법」 개정의 불완전성

가. 「경찰관 직무집행법」 개정 현황

앞에서의 논술에서 보듯이 우리나라의 「경찰관 직무집행법」은 제정 당시부터 커다란 태생적 문제점을 가지고 있었다. 다만 제정 당시에 태생적 문제점을 안고 있었다는 사실만으로 현행 「경찰관 직무집행법」이 전면개정을 하지 않으면 안 될 정도의 심각한 문제를 안고 있다고 단언할 수는 없다. 왜냐하면 그러한 태생적 문제는 새로이 대두된 경찰행정법적 현실에 대한 적절한 대응방안을 고민하고, 하루가 다르게 눈부시게 발전하고 있는 경찰

17) 1948년의 「경찰관직무집행법」의 제정 작업에서 참고로 하였던 「행정집행법」 및 미국의 「통일체포법」의 관계에 관하여 자세한 것은 古谷 洋一 (저), 황순평 (역), 앞의 책, 10면 참조.

18) 이처럼 우리의 「경찰관 직무집행법」이 대륙법계적 요소와 영미법계적 요소를 혼합한 일본의 「경찰관직무집행법」을 직역하는 형태로 제정된 결과 동법의 성격에 대한 의문이 생겨나게 된 것 또한 문제이다. 즉, 우리의 「경찰관 직무집행법」이 행정경찰작용에 관한 것은 물론 (해석에 따라서는) 사법경찰작용으로 볼 수 있는 사항 또한 규정하게 됨으로써 관련규정의 해석과 적용을 둘러싸고 불필요한 대립을 낳게 된 것이다.

행정법의 이론 및 논리적 체계를 개정을 통하여 입법에 반영함으로써 얼마든지 해결할 수 있는 것이기 때문이다. 그러나 「경찰관 직무집행법」의 개정을 위한 고민과 노력은 사실상 전혀 해해지지 않았다. 물론 「경찰관 직무집행법」은 제정 이래 지금까지 (부칙 개정을 포함하여) 무려 20차례에 걸쳐 개정이 있었다. 그러나 지금까지의 개정과정 및 내용을 돌이켜보면 비록 20차례에 걸친 개정이 있었다고 하나 그것들은 그때 그때의 필요성, 더 정확하게 말하면 사회적 이슈에 따른 개별조문에 대한 개정 내지 다른 법률의 개정에 따른 개정에 그치는 수준이었던 것이 사실이다. 즉, 현행 「경찰관 직무집행법」은 기본적 체계나 본질적 내용에 대한 근본적 변화 없이 제정 당시의 모습을 그대로 유지하고 있으며, 그 결과 오늘날의 학계에서 보편적으로 인정되어 있는 경찰행정법 이론이 요구하는 수준의 입법과는 현격한 괴리를 보이고 있다.[19] 이처럼 「경찰관 직무집행법」이 새로운 경찰행정법 이론을 개정작업을 통하여 반영하는 등의 노력을 소홀히 한 결과 현행 「경찰관 직무집행법」은 동법 제1조 제1항이 규정하고 있는 동법의 목적 달성에 완전히 실패하고 있다.

나. 「경찰관 직무집행법」 개정의 불완전성의 원인

전술한 바와 같이 20차례에 걸친 개정에도 불구하고 「경찰관 직무집행법」이 제정 당시의 문제점을 극복하지 못하고 있는 이유, 즉 오늘날의 경찰행정법 이론이 요구하는 바를 전혀 반영하지 못하고 낙후된 수준에 머물러 있는 이유를 필자는 다음과 같은 두 가지 관점에서 찾고 있다.

첫째, 우리나라의 경찰행정법 이론은 「메이지(明治)헌법」 하에서 시작된 논의를 기초로 하여 다나카 지로(田中二郎)에 의해 체계화된 일본의 전통적인 경찰행정법 이론을 바탕으로 성립되었는바,[20] 이처럼 우리나라 경

19) 이러한 점을 잘 지적하고 있는 것으로는 김성태, "정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선방안", 경찰학연구 제20권 제4호, 경찰대학, 2020, 91쪽; 이성용/서정범, 경찰작용법 체계의 합리적 개선방안, 경찰청 연구보고서(2011), 3쪽.

20) 다나카 지로의 경찰행정법이론은 경찰권의 한계, 특히 '조리상의' 한계에 관한 이론을 핵심으로 하는 것이었는바, 일본에서의 경찰권의 조리상의 한계에 관한 다나카 지로의 이론에 대하여는 田中二郎, 行政法下卷, 全訂第2版, 弘文堂, 1983, 87쪽 아래 참조.

찰행정법 이론에 많은 영향을 미친 일본의 전통적 경찰행정법 이론은 이미 1960년대부터 비판의 십자포화(十字砲火)를 받기 시작하였으며, 오늘날은 경찰행정법 이론으로서의 생명을 다하고 역사의 뒤안길로 완전히 사라져 버렸다.[21] 그러나 아이러니하게도 우리나라의 경우는 아직까지도 일본의 전통적 경찰행정법 이론을 완전히 극복하지 못하고 있는 실정이며, 이 때문에 입법자는 물론 심지어 학자들조차 우리나라의 경찰행정법 이론의 낙후성을 제대로 인식하지 못하고 있다. 그 결과 새로운 경찰행정법의 이론적 체계[22]에 입각하여 바라보면 현행 「경찰관 직무집행법」이 많은 문제점을 안고 있어서 필연적으로 전면개정이 필요하다는 것을 인식하지 못하고 있다.

둘째, 「경찰관 직무집행법」을 새로운 경찰행정법의 이론적 체계에 입각하여 전면 개정하는 경우 개괄적 수권조항, 신원확인, 제지를 위한 보호조치 등의 도입 여부가 논의되게 마련이다. 그런데 우리나라의 경우 이러한 제도의 도입이 갖는 순기능에 대하여는 일체의 고려함이 없이 그로 인한 개인의 자유와 권리에 대한 침해가능성만을 강조하거나, 그러한 개정 논의 자체를 오로지 경찰권의 확대강화를 위한 것으로 폄하하는 경향이 강하였던 것이 사실이다. 물론 이러한 경향은 상당부분 경찰 권력에 대한 불신에 기인하는 측면이 있으며, 따라서 이러한 불신을 극복하는 것이야말로 「경찰관 직무집행법」의 개정을 위한 논의의 장을 여는 지름길이 될 것이다.

---

21) 이처럼 일본에서 다나카 지로의 경찰권의 한계이론을 중심으로 한 전통적 경찰행정법 이론이 극복된 것은 일본의 경찰행정법의 이론적 체계를 새로이 구축하여 일본의 경찰행정법 이론 발전에 획기적 전기를 가져온 인물로 평가받는 타무라 마사히로(田村正博)에 힘입은 바 크다. 한편 타무라 마사히로의 이론은 그의 저서인 田村正博, 警察行政法の基本的な考え方, 立花書房, 平成 14年; 田村正博 (저), 황순평/김혁 (역), 경찰행정법, 도서출판 그린, 2017에 잘 나타나 있다.

22) '4개의 기둥이론' 등 경찰행정법의 이론적 체계의 구축과 관련된 논의로는 서정범, 경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 547쪽 이하.

Ⅳ.「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성(方向性)

1.「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성 (1) - 개 관

사실상 일본「경찰관직무집행법」의 번역을 통해 제정된 우리의「경찰관 직무집행법」은 그때 그때의 필요에 따라 부분 내지 첨삭 수준의 개정이 이루어지는 데 그쳤기 때문에 하루가 다르게 발전되어 온 경찰행정법 이론을 제대로 반영할 수 없었으며, 새로이 등장한 경찰상황에 효과적으로 대처할 수도 없었다. 뿐만 아니라 동법은 경찰과 관련된 문제를 바라보는 일반 국민들의 의식수준 내지 희망에도 전혀 부응하지 못하게 되어, 규범으로서의 생명력을 완전히 잃어가고 있다. 따라서 이러한 현실에 총합적으로 대처하기 위해서는「경찰관 직무집행법」의 전면 개정이 필요하다고 생각한다. 한편 이처럼「경찰관 직무집행법」의 전면개정을 논하는 경우, 그러한 논의는 다음과 같은 대원칙을 그 전제로 하여야 한다고 생각한다. 즉,

첫째, 경찰작용의 본질이 국민에게 명령·강제하여 개인의 자연적 자유를 제한하는 것이 아니라 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 것에 있음을 유의하여야 한다.[23]

둘째, 개별 조문의 규율 내용의 정비에만 시종하여서는 곤란하며,「경찰관 직무집행법」의 규율 내용 전체가 발전된 경찰행정법의 이론적 체계에 기초한 것이 될 수 있도록 하여야 한다.

셋째, 개별 조문의 내용은 경찰이 현실에서 마주치게 되는 상황에 효율

---

23) 우리나라의 경우 종래 실질적 의미의 경찰작용을 수단과 내용에만 주목하여 경찰을 '국민에게 명령·강제함으로써 국민의 자유를 제한하는 작용"으로 설명하여 왔다. 그러나 이는 경찰작용이 개인의 자유를 제한하는 것이 아니라 그를 보호해 주는 작용이라는 점을 간과하고 있는 문제를 안고 있다. 따라서 경찰작용에 대한 올바른 이해가 필요하다고 할 것인바, Wolff/Bachof는 경찰을 "국민의 자유를 침해하는 위험의 방지를 통하여 국민의 자유를 유지하는 법적 도구"로 규정함으로써 이러한 점을 잘 지적한 바 있다(Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Ⅲ, 4. Aufl., 1978, S. 161). 경찰을 '국민의 자유와 권리의 옹호자'로 이해하고 있는 타무라 마사히로(田村正博) 역시 Wolff/Bachof와 그 이론적 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다(田村正博, 警察行政法の基本的な考え方, 立花書房, 平成 14年, 1쪽 참조).

적으로 대처하여 국민이 원하는 경찰작용이 이루어질 수 있도록 정비되어야 한다.

넷째, 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여 경찰작용이 요구되는 상황에서도 개인의 자유와 권리가 과도하게 침해되는 일이 없도록 경찰작용의 민주적 정당성이 확보될 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 이를 위하여서는 경찰작용에 대한 절차적 통제를 강화하고, 경찰행정법에서 발전되어 헌법적 차원의 법원칙으로 고양된 비례의 원칙과 같은 경찰행정법의 일반원칙을 구현하기 위한 조항이 마련되어야 한다.

다섯째, 내용을 규율함에 있어 가능한 한 쉽고 명확한 용어를 사용하여 「경찰관 직무집행법」의 수범자인 경찰관에게는 경찰작용을 행함에 있어 준거할 명확한 기준을 제시하여 주고, 개인에게는 경찰작용에 대한 이해와 예측이 가능하도록 해주어야 한다.

2. 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성 (2) - 구체적 개정방안

「경찰관 직무집행법」의 개별 조문이 어떻게 개정되어야 하고 또한 어떠한 조문이 신설되어야 하는지의 문제에 대한 논의 전반을 본고에서 전개하는 것은 불가능하다. 왜냐하면 개정 내지 신설이 요구되는 조문들의 경우 그와 관련하여 이미 방대한 논의가 전개되고 있어서 별도로 고찰을 요하기 때문이다. 따라서 본고에서는 「경찰관 직무집행법」 개정의 방향성에 관한 대원칙을 토대로 개정 내지 신설에 관한 논의를 행함에 있어 고려하여야 사항들 중 지금까지의 논의에 있어서 상대적으로 많이 논해지지 않은 사항들에 관한 최소한의 논의를 적시하는 선에서 논의를 맺고자 한다. 「경찰관 직무집행법」의 개정에 있어 고려대상이 되어야 할 그러한 사항, 즉 전면 개정을 통하여 「경찰관 직무집행법」에 담겨져야 할 내용이라고 생각되는 것들로는 다음과 같은 것들이 있다.[24]

24) 이하에서 서술하는 내용 가운데에는 「경찰관 직무집행법」 Working Group 명의로 발간된 「경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정권고안」에서 언급한 사항이 제목으로 반영된 부분이 있음을 밝혀둔다.

가. 수임사무의 처리와 보충성의 원칙 신설

(1) 수임사무의 처리

현행 「경찰관 직무집행법」은 제2조에서 경찰관의 직무의 범위를 규정하고 있는바, 이러한 규정방식은 경찰관들로 하여금 동법 제2조가 제1호에서 7호에 걸쳐 열거하고 있는 직무 이외의 다른 직무, 심지어 다른 법령에 의해 경찰에게 위임된 사무 또한 수행하지 않아도 된다는 잘못된 생각을 갖게 할 우려가 있다. 따라서 "경찰관은 다른 법령에 의해 경찰에게 위임된 사무를 처리하여야 한다"는 조항을 설치하여 그런 문제를 불식시킬 것이 필요하다.[25]

(2) 보충성의 원칙

공공의 안녕의 보호법익에 개인적 법익이 포함되어 있음을 고려할 때 경찰은 사권(私權)의 보호를 위하여도 움직일 수 있어야 한다.[26] 그러나 사권과 같은 개인적 법익의 보호는 원래 민사법원의 관할에 속하므로 개인적 법익의 보호를 위한 경찰의 개입은 민사법원에 의한 권리구제가 적시에 행해질 수 없고, 경찰의 개입 없이는 사인의 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 허용될 수 있다고 할 수 있는바, 이러한 내용의 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)을 「경찰관 직무집행법」명문으로 규정할 필요가 있다고 생각한다.

---

25) 독일의 「통일경찰법 모범초안」(MEPolG) 역시 제1조 제2항에서 이러한 의미의 보충성의 원칙을 규정하고 있다.

26) 우리나라에서 사권 보호를 위한 경찰의 개입을 처음으로 논한 것으로는 박정훈, "사권보호를 위한 경찰권발동의 연구 - 경찰공공의 원칙에 대한 비판적 검토", 치안연구소 연구보고서, 2001 참조. 독일에서의 이러한 문제에 대한 실증적 사례 및 해결에 관한 독일에서의 논의에 관하여는 vgl. P. Bastein, Privatrecht in der polizeilichen Praxis, 2021. Bastein의 이 저서는 국내에 번역 출간되어 있다(파스칼 바쉬텐 (저), 김형훈/서정범 (공역), 경찰실무에 있어서의 사법(私法), 박영사, 2021). 한편 근래 들어 이러한 문제에 대한 관심이 증대되고 있는데, 경찰법이론실무포럼의 제12회 학술세미나(2021.10.22., 부산대학교 법학전문대학원)의 주제 또한 "사법관계에 대한 경찰의 개입"이었다.

나. 경찰비례의 원칙에 관한 규정 신설 및 정비

경찰비례의 원칙은 원래 경찰행정법의 일반원칙으로 일찍부터 인정되어 왔으며, 현행「경찰관 직무집행법」또한 제1조 제2항 및 개별 조치에 관한 규정 속에 경찰비례의 원칙의 표현으로 볼 수 있는 규정들을 갖고 있다. 그러나 이들 규정들은 오늘날 경찰비례의 원칙의 요소를 이루고 있는 것으로 이해되고 있는 경찰비례의 원칙의 파생원칙들까지 충분히 반영하지는 못하고 있는 문제점을 안고 있다. 따라서 경찰비례의 원칙의 내용을 이루는 것으로 학계에서 인정되어 온 적합성의 원칙, 필요성의 원칙 및 상당성의 원칙을 명문으로 규정할 것이 요구된다.[27]

다. 불심검문에 관한 규정 정비

(1) 임의동행 규정의 존치 필요성에 대한 재고

현행「경찰관 직무집행법」제3조 제2항은 동법 제3조 제1항에 따라 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정되는 경우에 경찰관서에 동행할 것을 요구할 수 있으며, 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때문에 동 규정이 실질적으로 아무런 의미를 갖지 못한다는 점을 지적하는 견해도 나타나게 되었는바,[28] 따라서 임의동행 규정의 존치 필요성을 재고해 보아야 할 것으로 생각된다.

(2) 신원확인 조항의 신설

불심검문은 수상한 행동 등으로 인하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우 등에 행해진다. 한편 이러한 경우에 경찰이 후속적인 조치를 통해 위험을 방지하기 위하여는 피

---

27) 「경찰관 직무집행법」에 경찰비례의 원칙의 파생원칙들에 관한 규정을 설치할 필요성은 2021년 3월부터 시행되고 있는「행정기본법」이 이들 파생원칙들까지 명문으로 규정하고 있는 것(제10조)만 보아도 쉽게 인정될 수 있을 것이다.

28) 이러한 견해를 대표하는 것으로는 김성태 외, 경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정 권고안, 박영사, 2020, 28쪽,

질문자의 신분증의 제시를 요구하고 그에 응하지 않는 경우에는 신원확인을 위한 조치를 취할 필요가 있는바,[29] 현행 「경찰관 직무집행법」은 이러한 신원확인에 관한 규정을 갖고 있지 않다. 이에 「경찰관 직무집행법」에 신원확인에 관한 규정을 설치하여야 한다는 주장이 나타나게 되었다.[30]

라. 제지를 위한 보호조치의 신설

학문적으로 이야기할 때 보호조치에는 다음과 같은 2종류의 보호조치, 즉 ① 보호조치의 대상이 되는 자를 보호하기 위한 보호조치(협의의 보호조치)와 ② 생명이나 신체에 대한 중대한 위험을 초래할 우려가 있는 행위를 제지하기 위한 보호조치(제지를 위한 보호조치)가 있다. 그리고 독일의 「통일경찰법 모범초안」(제13조 이하) 및 각주의 경찰법은 이들 두가지의 보호조치를 모두 규정하고 있다. 그런데 우리나라의 「경찰관 직무집행법」은 이 가운데 협의의 보호조치만을 규정하고 있을 뿐(제4조), 제지를 위한 보호조치에 관해서는 규정하지 않고 있다. 한편 제지를 위한 보호조치 규정의 부재는 본고의 서두에서 밝힌 바와 같이 스토킹 등과 같은 문제에 효과적으로 대처하는 것을 곤란케 하였던 바, 이러한 점을 고려할 때 「경찰관 직무집행법」에 제지를 위한 보호조치 규정의 도입이 절실하게 요구된다.[31]

마. 경찰권발동에 관한 근거규정의 정비 - 개괄적 수권조항의 도입

법치행정의 원리의 일 내용을 이루는 법률유보의 원칙에 따를 때 경찰권의 발동은 반드시 법률에 근거가 있을 것을 필요로 한다. 이러한 법률의

---

29) 이러한 신원확인의 필요성은 세계적으로 인정되는 추세에 있는바, 신원확인에 관한 규정을 갖고 있는 대표적 입법례로는 독일의 「통일경찰법 모범초안」 제9조, 프랑스 「형사소송법」 제186조, 미국의 「통일체포법」 제2조 등을 들 수 있다.

30) 이러한 견해를 대표하는 것으로는 김성태 외, 경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정 권고안, 박영사, 2020, 20쪽 아래,

31) 한편 제지를 위한 보호조치의 정당성과 관련하여서는 영장주의의 적용 문제에 대한 고려가 요구되는바, 이에 관하여는 김성태 외, 경찰관 직무집행법 - 인권과 법치를 위한 개정 권고안, 박영사, 2020, 75쪽 아래; 김용주, "주취자 보호조치에 대한 경찰법적 검토 - 제지를 위한 보호조치를 중심으로 -", 안암법학 통권 제43호, 안암법학회, 2014, 628쪽 아래의 논의를 참고하기를 바란다.

근거는 직무규범(Aufgabennorm)과 권한규범(Befugnisnorm)의 형태로 존재하는바,[32] 이와 관련하여 학설은 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범 이외에 별도의 권한규범이 필요하다는 것에 일치하고 있다. 한편 경찰권발동의 근거가 되는 권한규범은 개별적 수권조항과 개괄적 수권조항의 형태로 존재하는바, - 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 발동이 당연히 인정되는 것과 달리 - 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동이 인정될 수 있는지에 관하여는 종래 학설의 대립이 있었다. 그러나 오늘날은 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동이 인정된다는 것에 학설은 사실상 일치하고 있는 것으로 보인다.[33] 이러한 학설의 동향을 고려할 때「경찰관 직무집행법」에 개괄적 수권조항을 도입할 필요성이 있다고 생각한다.

바. 정보경찰작용에 대한 근거규정의 정비

2021년 3월에 개정된「경찰관 직무집행법」이 경찰에 의한 정보처리에 관한 근거규정을 신설함으로써 정보처리에 관한 규정의 결여로 인한 문제점을 입법적으로 해결하였다는 점에 관하여는 전술한 바 있다. 그러나 정보경찰작용에 관한 권한규범인 동법 제8조의2는 다음과 같은 점에서 상당한 문제를 안고 있다고 생각한다.

(1) 경찰의 수집·처리의 대상이 되는 정보의 범위

현행「경찰관 직무집행법」은 직무규범인 제2조 제4호에서는 정보경찰의 직무범위를 '공공안녕에 대한 위험의 예방과 대응을 위한' 정보의 수집·처리에 국한하여 규정하고 있다. 그러나 정보경찰작용에 관한 권한규범인 동법 제8조의2 제1항에서는 "경찰관은 범죄·재난·공공갈등 등 공공안녕에 대한 위험의 예방과 대응을 위한 정보의 수집·작성·배포와 이에 수반

32) 이처럼 직무규범과 권한규범의 구분을 전제하는 경우, 현행「경찰관 직무집행법」제2조가 직무규범, 제3조 이하의 개별적 조치에 대한 근거규정들은 권한규범에 해당되게 될 것이다.

33) 단지「경찰관 직무집행법」상의 어떤 조항을 개괄적 수권조항으로 볼 것인지를 둘러싸고 학설의 대립이 존재할 뿐인바, 이러한 문제에 관하여 자세한 것은 서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020, 67쪽 아래 참조.

되는 사실의 확인을 할 수 있다"고 규정함으로써 경찰의 전통적인 직무에 해당하는 공공안녕의 범위를 재난과 공공갈등에까지 확대하고 있다. 한편 이러한 규정방식은 현행 「경찰관 직무집행법」이 경찰에게 재난과 공공갈등에 관한 정보를 수집·처리할 수 있는 권한까지 부여하고 있다는 비판을 받을 소지가 있다.[34] 따라서 이러한 시각을 불식시키기 위하여는 - 이미 동법 제2조에서 경찰관의 직무범위를 규정하고 있음을 고려할 때 - 동법 제8조의2 제1항은 "경찰관은 제2조의 직무를 수행하기 위하여 필요한 한도 내에서 개인정보를 수집·처리할 수 있다"라는 형태로 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.[35]

(2) 공공의 질서에 관한 정보처리의 가능성

전통적인 경찰행정법 이론에 따르면 경찰은 공공의 안녕 또는 질서의 유지를 그의 책무로 하며, 현행 「경찰관 직무집행법」 역시 경찰의 직무로 '그밖에 공공의 안녕과 질서의 유지'를 규정하고 있다(동법 제2조 제7호). 그런데 이와 달리 현행 「경찰관 직무집행법」상의 정보경찰작용에 관한 직무규범(동법 제2조 제4호)과 권한규범(동법 제8조의2)은 공히 '공공의 안녕'에 관한 정보에 관하여만 언급하고 있는데, 이들 조항에 관한 입법이유가 별도로 제시되어 있지 않음으로 인해 그 의미를 둘러싸고 논란이 있을 수 있다. 왜냐하면 정보경찰작용에 관한 이들 규정의 문언에 주목하면, 경찰은 공공의 안녕에 관한 정보만 수집·처리할 수 있으며, '공공의 질서'에 관한 정보는 수집·처리할 수 없게 된다는 결론에 달하게 되기 때문이다.

---

34) 물론 문언상으로는 동조가 재난과 공공갈등에 관한 모든 정보가 아니라 '재난과 공공갈등으로 인해 공공안녕이 위협받는 경우에 한하여' 그에 관한 정보를 수집·처리할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 그러나 비록 그런 해석이 가능하다고는 하더라도 경찰에 의한 정보의 수집·처리에 대하여 부정적인 국민적 여론이 엄연히 존재하고, 특히 그 대상 정보의 확대에 대한 비판적 시각이 압도적이라고 할 수 있는 현 시점에서 굳이 제8조의2 제1항과 같은 내용의 입법을 행하여 법문의 해석을 둘러싼 공연한 소모적 논란을 불러 일으킬 필요는 없었다고 생각한다.

35) 이러한 문제를 포함한 「경찰관 직무집행법」 제8조의2 제1항에 관한 문제 전반에 관하여는 손재영, "「경찰관 직무집행법」 제8조의2 제1항에 따른 위험예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계", in: 경찰제도의 변화에 따른 행정법학의 대응과제(행정법학회 제47회 정기학술대회, 2021), 25쪽 아래 참조.

한편 정보경찰작용에 관한 현행 「경찰관 직무집행법」의 규정을 위와 같이 해석하는 경우에도, 동 규정의 해석을 놓고 또 다시 이론(異論)이 있을 수 있다. 즉, ① 정보경찰작용을 통해 수집·처리할 수 있는 정보를 '공공의 안녕'에 관한 정보에만 국한시키고 있는 현행 「경찰관 직무집행법」의 규정은 경찰의 직무범위에 관한 일반규정인 제2조 제7호가 공공의 안녕과 질서의 유지를 규정하고 있는 것과 연관지어 생각해볼 때 논리적 정합성을 결하고 있다고 해석할 수도 있고(입법과오설), ② 경찰은 공공의 안녕과 질서의 유지를 직무로 하지만, 정보경찰작용을 통하여 수집·처리할 수 있는 정보는 공공의 안녕과 관련된 정보에 국한된다는 것을 분명히 한 것으로 이는 입법자의 선택일 뿐 입법적 과오로 볼 수는 없다는 견해 또한 있을 수 있다(立法非過誤說).[36] 다만 후자와 같은 해석은 입법과정에서 이 문제에 대한 충분한 논의가 있었을 것을 전제로 할 때에만 가능한 것인데, 이 문제에 관한 논의는 거의 없었던 것으로 알고 있다.

(3) 포괄적 위임금지 위반 여부

현행 「경찰관 직무집행법」 제8조의2 제2항은 "1항에 따른 정보의 구체적인 범위와 처리 기준, 정보의 수집·작성·배포에 수반되는 사실의 확인 절차와 한계는 대통령령으로 정한다"고 규정하여 경찰에 의한 정보의 수집·처리에 관한 구체적인 내용을 대통령령에 위임하고 있으며, 이에 근거하여 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」(2021.3.23. 제정, 대통령령 제31555호)이 공포되어 시행되고 있다. 이처럼 법률에서 동법의 구체적 내

36) 이 부분의 내용은 현행 「경찰관 직무집행법」 제8조의2에 대한 입법이유가 제시되어 있지 않기 때문에 동조의 해석을 둘러싸고 이러한 학설의 대립이 있을 수 있을 것 같다는 필자의 생각을 피력한 것에 불과하다. 따라서 입법과오설이나 입법비과오설과 같은 학설의 이름도 전혀 필자의 창작물에 불과하며, 학계에서 일반적으로 통용되고 있는 용어가 아님을 밝혀 둔다. 한편 이처럼 중요한 문제에 대해서 학계에서의 논의가 본격화되지 못하고 있는 것은 현행 「경찰관 직무집행법」 제8조의2가 신설된 지 얼마 되지 않은 관계로 학자들이 아직 글을 통하여 자신의 견해를 밝힐 시간적 여유가 없었기 때문이라고 생각한다. 다만 2021년 4월 2일에 "현행 경찰제도의 변화에 따른 행정법학의 대응과제"라는 대주제로 행해졌던 행정법학회 제47회 정기학술대회에 참여했던 학자들의 상당수는 (필자의 표현에 따를 때) 입법과오설에 따르고 있는 듯한 견해를 피력한 바 있다.

용을 대통령령에 위임하는 것은 입법의 방식으로 널리 행해지고 있으며, 그의 필요성 또한 인정되어 있다. 따라서 형식적으로는 이러한 위임에 근거하여 대통령령을 제정하는 것 자체는 전혀 문제될 것이 없다. 그러나 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」이 규정하고 있는 내용을 고려할 때, 과연 이러한 입법방식이 실질적으로도 법이론상 아무런 문제가 없다고 할 수 있는 것인지는 여전히 의문시되는 부분이 있다. 생각건대, 이러한 문제에 대하여는 법률유보의 원칙상 위임명령의 제정범위와 한계,[37] 특히 '포괄적 위임금지'에 관한 일반 행정법이론에 따라 판단하여야 할 것인바,[38] 이하에서 이 문제에 대하여 간단히 언급하기로 하겠다.

오늘날 위임명령의 제정범위와 한계와 관련하여서는 포괄적 위임이 금지된다는 것이 강조되고 있으며, 그에 따르면 입법권자는 자신의 입법권을 전면적으로 다른 기관에 위임할 수 없게 된다.[39] 이는 예컨대 법률에서 대통령령에 일정 사항을 위임하는 경우에도 그것은 개별적·구체적 위임의 방식을 취해야 한다는 것을 의미한다. 한편 개별적·구체적 위임 있다고 하기 위해서는 대통령령으로 정할 대상이 특정 사항으로 한정되어야 하며(대상의 한정성), 법률에서 특정사항을 대통령령으로 정함에 있어서의 기준이나 기타 고려하여야 할 요소 등을 명확하게 지시하여야 한다(기준의 명확성). 문제는 이 경우에 요구되는 구체성의 정도가 규율대상의 종류와 성격에 따라 상이하다는 것인데, 학설과 판례는 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 소지가 있는 사항에 관한 위임에 있어서는 (급부행정 등의 영역에 있어서 보다) 구체성이 보다 엄격하게 요구된다는 점에 관한한 완전히 일치되어 있다.[40]

---

37) 일반적으로 위임명령의 범위와 한계에 관하여는 이론상 포괄적 위임금지 이외에도 국회전속사항의 위임금지 및 재위임의 금지 등이 거론되고 있다. 다만, 본고에서는 이들 문제 가운데 여기서의 논의와 가장 밀접한 관련이 있는 포괄적 위임금지의 문제만 다루기로 하겠다.

38) 위임명령의 제정범위와 한계, 특히 그 가운데 포괄적 위임금지에 관한 일반 행정법이론에 관하여는 김남진/김연태, 행정법 Ⅰ, 제25판, 법문사, 2021, 169쪽 아래; 서정범/박상희, 행정법총론, 제3판, 세창출판사, 2017, 101쪽 아래 등 참조.

39) 이에 관한한 학설상 이론(異論)이 없으며, 헌법재판소 역시 이러한 점을 결정문을 통하여 분명히 하고 있다(헌재결 1995.9.28., 93헌바50 등).

경찰에 의한 정보의 수집·처리가 개인정보 자기결정권이란 기본권을 침해할 가능성이 높다는 것은 의문의 여지없는 사실이다. 따라서 위의 논리에 입각하면 「경찰관 직무집행법」 제8조의2 제2항이 포괄적 위임금지에 위반되지 않는다고 하기 위해서는 그것이 '대상의 한정성'과 '기준의 명확성'이란 요청을 충족하여야만 한다. 한편 어떠한 조항이 '대상의 한정성'과 '기준의 명확성'이란 요청을 충족하는지 여부는 일률적으로 단언할 수는 없으며, 규율내용 등을 고려하여 개개 사안별로 판단하여야 한다. 따라서 그런 문제에 대한 충분한 고려를 행함이 없이 단순히 외형만을 기준으로 동 조항의 위헌성을 논하는 것은 의문시되며, 법률의 전반적인 체계·취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용, 관련법규를 모두 고려하여 판단해야 한다.[41] 한편 이러한 고찰방법에 따르는 경우 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」 중 위헌성 여부가 논란이 될 수 있는 조항으로는 무엇보다도 수집 등 대상 정보의 구체적인 범위에 관한 제3조, 특히 제9호와 10호를 들 수 있다.[42] 그밖에 정보의 수집 및 사실의 확인절차에 관한 제4조, 그리고 수집·

---

40) 대판 2000.10.19., 98두 6265 참조. 이와 같은 논리에 따라 대통령령이 포괄적 위임금지를 규정한 헌법 제75조에 위반한다는 점이 인정된 구체적 사례로는 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 한 「교통안전공단법」 제17조가 문제가 되었던 헌재결 1999.1.28., 97헌가8; 체육시설을 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류로 규정하고 있던 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제6호가 문제되었던 헌재결 2011.6.30., 2008헌바166. 한편 이와 달리 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 요구되는 구체성의 정도가 완화될 수 있음을 인정한 예로는 헌재결 1997.12.24., 95헌마390; 헌재결 2013.6.27., 2011헌바386 등.

41) 법원 역시 이러한 점을 분명히 하고 있다(대판 2004.7.22., 2003두 7606).

42) 한편 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」 제3조 각호 중에는 여기서의 논의와는 조금 다른 측면에서 문제의 소지를 안고 있는 것들이 존재한다. 특히 '집회·시위 등으로 인한 공공갈등과 다중운집에 따른 질서 및 안전유지에 필요한 정보'를 수집대상 정보로 규정하고 있는 제6호는 다원적 자유민주주의 국가의 상소(常素)인 공공갈등, 자유민주주의 국가에서 고도로 보장되어야 할 다중운집에 따른 질서 및 안전 유지에 필요한 정보수집의 가능성을 광범위하게 허용하는 근거로 악용될 소지가 있다는 점에서 문제가 있다고 생각한다. 또한 공공안녕에 대한 위험의 예방과 대응을 위한 '정책'정보의 수집을 수집대상 정보로 규정하고 있는 제7호 또한 공공안녕에 대한 위험예방과 대응을 위한 구체적 조치를 위한 것이 아니라 그를 위한 '정책'정보의 수집을 규정하는 문제를 안고 있다. 김용주, "정보경찰작용에 대한 행정법적 쟁점과 과제", 홍익법학 제22권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 504-505쪽 참조.

작성한 정보의 처리에 관한 제7조 또한 같은 관점에서 위헌성 여부가 논란이 될 소지를 안고 있다고 생각한다.[43]

(4) 개인정보보호에 관한 규정의 불비

정보경찰작용은 개인정보자기결정권을 침해할 수 있는 행정작용이므로 법률에 권한규범 형식의 명시적 근거가 필요하며, 「경찰관 직무집행법」 제8조의2는 그러한 의미의 정보경찰작용에 대한 권한규범을 규정하고 있다. 그러나 동법은 정보의 수집과 처리에 관한 권한규정을 갖고 있을 뿐 정보보호에 대하여는 아무런 규정도 갖고 있지 않으며, 정보보호에 관하여는 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」에 일부 규정되어 있을 뿐인데, 경찰관의 수집·작성된 정보의 처리와 관련하여 「개인정보보호법」의 규정내용과 유사한 내용을 담고 있는 제7조가 그 대표적 예에 해당한다.[44] 생각건대 - 이러한 입법방식이 입법론적으로 타당한지 여부는 별론으로 하더라도 - 「경찰관 직무집행법」이 개인정보보호에 관하여 아무런 규율도 하지 않고 있는 것은 적어도 바람직하다고 단언할 수는 없다. 따라서 향후 「경찰관 직무집행법」의 개정에 있어 이러한 논의를 반영하여 입법적 개선이 이루어지기를 바란다.

Ⅴ. 맺으며

「경찰관 직무집행법」의 개정 방향성에 관한 필자의 서술은 기본적으로 어떻게 하면 「경찰관 직무집행법」이 추구하는 목적을 달성할 수 있을까?라는 문제의식으로부터 출발하고 있다. 즉, 어떻게 하면 경찰작용으로부터 국

43) 새로이 제정된 「경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정」의 문제점을 포함한 정보경찰작용에 관한 법제에 대한 보다 심층적 논의에 관하여는 김용주, 앞의 글, 500쪽 아래 참조.

44) 정보경찰작용의 기본원칙으로 비례의 원칙과 정보활동시 금지행위를 규정하고 있는 제2조, 정보의 수집 작성 배포에 수반되는 사실을 확인하려는 경우 신분을 밝히고 목적을 설명해야 하며 강제적 방법을 사용해서는 안 된다고 규정하고 있는 제4조 또한 궁극적으로는 개인정보보호를 위한 조항으로 볼 수 있다고 생각한다.

민의 자유와 권리를 보장함과 동시에, 공공안녕(사회안전)을 확보할 수 있을 것인가?라는 문제의식으로부터 출발하고 있다. 그리고 이러한 문제의식은 안전이 확보되지 않는다면 진정한 의미의 자유가 존재할 수 없고, 또한 자유의 보장이 전제되지 않는 안전은 아무런 의미를 갖지 못한다는 사고에 기초하고 있다.

그런데 자유와 안전은 다분히 이율배반적 가치로서의 성격을 가지며, 실제로 양자가 충돌하는 경우 또한 존재한다. 혹자는 이처럼 두 개의 가치가 충돌하는 경우 자유와 안전 중 어느 하나의 가치에만 우월적 지위를 인정하고, 그에 기초하여 다른 가치를 전면적으로 부정하며 배척하기도 한다. 즉, 자유와 안전을 절대적으로 대립하는 이율배반적 가치로 파악하여, 개인의 자유를 강조하면 우리 사회의 안전은 절대적으로 위협받을 수밖에 없으며, 그와 반대로 사회의 안전을 확보하고자 하면 개인의 자유는 몰각될 수밖에 없는 것으로 이해하고 있다. 그러나 이러한 접근방식은 결코 포기할 수 없는 가치인 자유와 안전 중 어느 하나를 포기할 것을 강요하는 것으로서 받아들이기 곤란하다.

생각건대 이러한 접근 방식은 근본적으로 Zero-Sum 게임적 사고에 기초하고 있는 것으로 보이는데, 이러한 편향적 사고는 본고에서 다루는 「경찰관 직무집행법」의 개정방향을 둘러싼 논의를 행함에 있어 아무런 도움도 되지 못한다.[45] 왜냐하면 이러한 사고에 기초하는 경우 상대적으로 많은 노력을 들이지 않고도 사회의 안전을 확보할 수 있는 방안이 틀림없이 존재함에도 불구하고, 그것이 개인에게 - 심지어 그 개인이 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 야기한 경찰책임자임에도 불구하고 - 약간의 부담적 요소가 될 수 있다는 것만을 이유로 그 방안을 포기할 것을 요구하게 되기 때문이다. 그리고 이러한 방향으로 나아간다면 「경찰관 직무집행법」의 개정방향을 둘러싼 모든 논의는 사실상 그 의미를 상실하게 되고, 단지 정책적 고려에

45) 유사 이래 인류가 만들어 낸 모든 제도는 예외없이 장·단점을 함께 안고 있었으며, 우리가 (역사)발전이라고 부르는 것들은 그 장점을 최대화하고 단점을 최소화하는 과정이었을 뿐이라는 점을 고려하면, 이러한 접근방식의 문제점은 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

기초한 선택의 문제만이 남게 될 것이다. 따라서 「경찰관 직무집행법」의 개정방향을 진지하게 고민한다면, 문제에 대한 접근방식의 패러다임 자체를 바꾸어야 한다. 즉, 어느 하나의 가치만을 추구하고 다른 가치를 배척하는 Zero-Sum 게임적 사고의 틀에서 벗어나서, 양자를 조화롭게 확보하는 방안을 고민하는 Plus-Sum 게임적 사고로의 전환이 이루어져야 한다.

그렇다면 자유와 안전이란 양립하기 어려운 두 이념을 조화롭게 달성하려면 어떻게 해야 하는가? 먼저 경찰은 경찰편의주의적 발상에 기초하여 경찰권력의 확대를 꾀하는 일이 없어야 한다. 특히 경찰권력의 무분별한 확대를 통해 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 일이 없도록 노력하여야 하며, 이런 과정을 통해 경찰활동에 대한 국민의 신뢰를 얻어내야 한다. 다른 한편 국민은 사회안전을 확보하기 위해 필요한 최소한의 경찰활동에 대해서는 비록 그것이 자신의 자유와 권리의 침해의 가능성으로 이어지는 경우라 하더라도 그를 수용할 줄 아는 성숙한 시민의식을 보여주어야 한다. 이러한 쌍방의 노력이 선행되지 않는다면 자유와 안전이 조화를 이루는 접점을 찾아내려고 하는 모든 시도는 필연적으로 무위로 돌아갈 수밖에 없게 된다. 이러한 논의를 「경찰관 직무집행법」에 적용하게 되면, 공공의 안녕과 질서에 대한 중대한 위험을 방지하기 위하여 경찰권이 발동되어야 하는 경우에는 법률에 근거하여 법률이 정하는 절차에 따른 최소한의 자유와 권리의 침해가 있을 수 있음을 인정하여야 한다. 모쪼록 향후 「경찰관 직무집행법」의 개정을 둘러싼 논의에 있어서는 자신의 이념과 논리로만 무장한 채 다른 이념과 논리를 무조건적으로 배척하는 형태를 벗어나 한층 진일보한 논의가 이루어지기를 바라면서 글을 맺는다.

「경찰관 직무집행법」의 개정 필요성과 개정방향 - 김 용 주 · 서 정 범	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	2021.12.07.	2021.12.29.

[참고문헌]

Ⅰ. 단행본

김남진/김연태, 행정법 Ⅰ, 제25판, 법문사, 2021.

김성태 외, 경찰관 직무집행법 -인권과 법치를 위한 개정 권고안, 박영사, 2020.

김용주, 경찰법으로서 테러방지법의 이해, 박영사, 2021.

서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020.

서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제3판, 세창출판사, 2018.

서정범/박상희, 행정법총론, 제3판, 세창출판사, 2017.

쿠겔만 (저), 서정범/박병욱 (역), 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015.

古谷洋一 (저), 황순평 (역), 주석 일본 경찰관직무집행법, 도서출판 그린, 2016.

田村正博 (저), 황순평/김혁 (역), 경찰행정법, 도서출판 그린, 2017.

田村正博, 警察行政法の基本的な考え方, 立花書房, 平成 14年.

파스칼 바쉬텐 (저), 김형훈/서정범 (공역), 경찰실무에 있어서의 사법(私法), 박영사, 2021.

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Ⅲ, 4. Aufl., 1978,

Ⅱ. 논 문

김성태, “경찰의 정보활동 임무 - 외국 경찰법제와 경찰관 직무집행법에서의 고찰 -”, 경찰학연구 제20권 제3호, 경찰대학, 2020.

_____, “정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선방안”, 경찰학연구 제20권 제4호, 경찰대학, 2020.

김용주, “정보경찰작용에 대한 행정법적 쟁점과 과제”, 홍익법학 제22권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2021.

_____, “주취자 보호조치에 대한 경찰법적 검토 - 제지를 위한 보호조치를 중심으로 -”, 안암법학 통권 제43호, 안암법학회, 2014.

서정범, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축”, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.

성홍재, “경찰관의 긴급출입에 대한 법적 검토”, 유라시아 연구 제9권 제3호, 아시아・유럽미래학회, 2012.

손재영, “「경찰관 직무집행법」 제8조의2 제1항에 따른 위험예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계”, in: 경찰제도의 변화에 따른 행정법학의 대응과제(행정법학회 제47회 정기학술대회 발제자료), 한국행정법학회, 2021.

이기춘, “경찰법상 공공의 질서 개념의 재설정에 관한 연구”, 공법학 연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018.

정하중, “독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(상)”, 사법행정 제35권 제2호, 한국사법행정학회, 1994. 2.

Bastein, Privatrecht in der polizeilichen Praxis, 2021.

Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch. 1975.

Ⅲ. 연구보고서

박정훈, 사권보호를 위한 경찰권발동의 연구 - 경찰공공의 원칙에 대한 비판적 검토 -, 치안연구소 연구보고서, 2001.

서정범, 경찰관 직무집행법 개정방향에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 2003.

이성용/서정범, 경찰작용법 체계의 합리적 개선방안, 경찰청 연구보고서, 2011.

장영민/박기석, 경찰관 직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1995.

홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 1997.

【국문초록】

현행 「경찰관 직무집행법」은 개인의 자유와 권리의 보호를 위한 수단들을 충분히 규정하지 않음으로써 개인을 자유와 권리에 대한 위협에 무방비 상태로 방치하고 있을 뿐만 아니라, 새로이 등장하고 있는 대량적인 국가적 위기상황에 효과적으로 대처할 수 있는 법제적 장치 또한 충분히 규정하고 있지 못하다.

자유와 안전은 다분히 이율배반적 가치로서의 성격을 가지며, 실제로 양자가 충돌하는 경우 또한 존재한다. 혹자는 이처럼 두 개의 가치가 충돌하는 경우 자유와 안전 중 어느 하나의 가치에만 우월적 지위를 인정하고, 그에 기초하여 다른 가치를 전면적으로 부정하며 배척하기도 한다. 즉, 자유와 안전을 절대적으로 대립하는 이율배반적 가치로 파악하여, 개인의 자유를 강조하면 우리 사회의 안전은 절대적으로 위협받을 수밖에 없으며, 그와 반대로 사회의 안전을 확보하고자 하면 개인의 자유는 몰각될 수밖에 없는 것으로 이해하고 있다. 그러나 이러한 접근방식은 결코 포기할 수 없는 가치인 자유와 안전 중 어느 하나를 포기할 것을 강요하는 것으로서 받아들이기 곤란하다.

따라서 「경찰관 직무집행법」의 개정방향을 진지하게 고민한다면, 문제에 대한 접근방식의 패러다임 자체를 바꾸어야 한다. 즉, 어느 하나의 가치만을 추구하고 다른 가치를 배척하는 Zero-Sum 게임적 사고의 틀에서 벗어나서, 양자를 조화롭게 확보하는 방안을 고민하는 Plus-Sum 게임적 사고로의 전환이 이루어져야 한다.

이러한 논의를 「경찰관 직무집행법」에 적용하게 되면, 공공의 안녕과 질서에 대한 중대한 위험을 방지하기 위하여 경찰권이 발동되어야 하는 경우에는 법률에 근거하여 법률이 정하는 절차에 따른 최소한의 자유와 권리의 침해가 있을 수 있음을 인정하여야 한다. 그리고 그것을 구현하는 방향으로 개정이 이루어져야 한다.

【Abstract】

Necessity and Direction of Amendment to 「Act on the Performance of Duties by Police Officers」

Kim, Yong-Joo
(Professor of Chodang University, Ph.D in Law)
Suh, Jung-Bum
(Professor of KNPU, Ph.D in Law)

The current 「Act on the Performance of Duties by Police Officers」 leaves individuals defenseless against threats of freedom and rights by not sufficiently regulating the means for the protection of individual freedom and rights, furthermore it also does not provide sufficient legislative mechanisms to effectively cope with the emerging mass national crisis.

Freedom and safety have many characteristics as an anti-interest value, and in fact, there is also a conflict of values between the two. In such a conflict of two values, someone recognize superior status to only one value between freedom and safety, on the basis of it they deny and reject the other value completely. In other words, it is understood that if the emphasis is on individual freedom by identifying freedom and safety as an absolutely opposite interest rate, the safety of our society is bound to be absolutely threatened, on the contrary individual freedom will inevitably be lost in order to guarantee the safety of society. However, this approach is hard to accept as forcing the abandonment of either

freedom or safety, which is a value that can never be given up.

Therefore, if we seriously consider the direction of the revision of 「Act on the Performance of Duties by Police Officers」, we should change the paradigm itself of the approach to the problem. In other words, the shift to Plus-Sum gaming thinking should be made, considering ways to guarantee both sides in harmony by breaking away from the Zero-Sum gaming thinking framework that pursues only one value and rejects the other.

If this discussion is applied to the 「Act on the Performance of Duties by Police Officers」, in case Police Authority is to be exercised in order to prevent serious dangers to public safety and order, it shall be recognized that there may be an infringement of minimum freedom and rights in accordance with the procedures based on the Law. And amendments should be made in the direction of implementing them.

주제어(Keywords) : 경찰관직무집행법(Act on the Performance of Duties by Police Officers), 스토킹(Stalking), 자유와 안전(Freedom and Safety), 플러스-섬(Plus-Sum), 정보경찰(Information police)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.177

국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 하에서 손해의 범위에 관한 연구

- 변호사비용의 포함 여부를 중심으로 -

신 창 섭* · 남 기 윤**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 손해의 범위에 관한 학설과 판례
1. 이론적 논의
2. 판례의 입장
Ⅲ. 대한민국의 사법적 현실
1. CISG 제74조 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실
2. CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실
Ⅳ. 도출(導出)
1. 법제사적 고찰
2. 규범조화적 고찰
3. 소결
Ⅴ. 결 어

Ⅰ. 서 론

2021년 현재 94개국이 가입한 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods ; 'CISG')[1]은 국제물품매매를 규율하는 가장 영향력 있는 국제규범

* 제1저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수.
** 제2저자, 고려대학교 법학연구원 연구원.

1) Michael G. Davies, "International Sales of Goods : Do Not Ignore United Nations Convention", N.Y.L.J.(1999), p. 1. 그리고 각국의 CISG 서명·비준·발효에 대한 현황은 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law ; UNCITRAL)홈페이지를 통해 알 수 있으며, 변동사항 또한 지속적으로 반영된다<http://www.uncitral.org/uncitral/en/

이다. 그러므로 CISG의 통일적 해석은 국제무역질서의 항상성(恒常性)을 유지하는 데 중요한 역할을 하게 된다.

CISG 제7조 제1항은 "이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다"[2]고 하여, CISG의 통일적 해석기준을 명문화하는 한편, 국제무역 질서의 항상성을 예비[3]하고 있다.

본 조가 그 입법취지에 부합하게 기능한다면, 국제물품매매 분쟁의 사실관계가 CISG 상 동일한 법률 쟁점으로 귀착되는 경우에는 국가를 초월하여 언제나 동일한 법률판단이 내려지게 될 것이다.[4] 이를 통해 법관·중재인 등 CISG 해석·적용을 담당하는 자는, 국경을 초월하여 통일적 법률분쟁 해결을 도모할 수 있고, 상인이나 기업 등 CISG 수규자는, 법률분쟁에서의 예측가능성을 갖게 될 것이다.[5]

"CISG 제74조 상 손해의 범위에 소송비용, 특히 변호사비용이 포섭되는지 여부"에 대해서는 각국 법원의 판례가 상충하고 있어서, "CISG 제7조 제1항 상 국경을 초월한 선례구속 원칙의 창설 여부"(이하, 「CISG 제7조 제1항 쟁점」)에 대한 쟁점까지 촉발시키고 있다. "국제무역 질서의 항상성 유지"라고 하는, CISG 제7조 제1항의 입법취지가 와해될 염려가 있다.

본 논문은 CISG 제74조의 손해의 범위에 변호사비용이 포함되는지 여부에 대한 학설과 판례[6]를 분석하는 한편, 우리나라의 판례상 손해의 범위와 충돌 가능성을 논의한 후, 궁극적으로 CISG 제7조 제1항의 입법취지에 부합하는 "해석론"을 도모한다.

---

uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

2) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

3) Ingeborg Schwenzer, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*(3rd ed), Oxford University Press(2010), p. 122.

4) *Ibid.*, p. 124.

5) Indira Carr, *International Trade Law*(4th ed), Routledge·Cavendish(2010), pp. 71~72.

6) 이에는 판례와 중재판정을 모두 포함한다.

Ⅱ. 손해의 범위에 관한 학설과 판례

이하에서는 변호사비용이, CISG 상 손해로 포함되는지 여부에 관해, 각국에 산재하여 대립하고 있는 학설과 선례를 살펴보기로 한다.

1. 이론적 논의

(1) CISG 제74조의 손해의 범위에 대한 논의

CISG 제74조[7]는 손해산정의 일반원칙을 제시하고 있는바, "계약위반으로 손해를 입은 당사자로 하여금, 위반당사자가 계약을 이행하였더라면 있었을 위치로 되돌려 놓는 것(put the breached party back in the place where he would have been but for the breach)" 즉, 손해 전부의 배상을 원칙으로 하되,[8] 예측가능성의 범위 내로 제한하고 있다.[9] 이때 실제 손해(actual loss)·부수적 손해(incidental loss)와 같이 거래 객체와 직·간접적으로 관련성이 있는 경우는 거의 언제나 혹은 일반적으로 예측가능한 손해일 것이므로, 결국 CISG 제74조 쟁점은 변호사비용이 결과적 손해(consequential loss)[10]로서, "계약위반으로 말미암아 당연히 예측되는 손해인지 여부"가 논의의 핵심이라 할 것이다. CISG 상 손해의 범위에 변호사비용이 포함되는지 여부에 대한 입장은 포함설과 불포함설로 양분할 수 있을 것이다.

포함설은 CISG 제74조가 영미법계의 결과적 손해를 받아들였다는 전

---

7) CISG 제74조 당사자 일방의 계약위반으로 인한 손해배상액은 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 한다. 그 손해배상액은 위반당사자가 계약 체결시에 알았거나 알 수 있었던 사실과 사정에 비추어, 계약위반의 가능한 결과로서 발생할 것을 예견하였거나 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다.

8) CISG 자문의원회 의견에는 완전배상주의를 명시하고 있다 <https://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no6/>(최종방문 21.11.15).

9) Ingeborg Schwenzer, *supra* note 3, pp. 1005~1006. ; Harry M. Flechtner, "Remedies under the New International Sales Convention : The Perspective from Article 2 of the U.C.C.", 8 J.L. & Comm(1988)., p. 53, p, 97, p. 106.

10) CISG 제74조의 손해를 상기와 같이 분류하고 있으며, 이는 우리 민법의 채무불이행책임과 상이한 유형을 가진 것이라 평가할 수 있다. *Ibid.*, pp. 1005~1015.

제하에, "전매이익을 구가하지 못한 손해", "평판이 훼손된 손해" 등이 객관적 측면에서 예측가능한 손해로 포섭되는 만큼, 계약위반으로 촉발된 법률분쟁 비용의 일종인 변호사비용 또한, 결과적 손해로서 충분히 예측가능하다는 입장이다.[11] 즉, 국제거래에 종사하는 상인이라면, 계약위반의 법률분쟁 가능성을 경영조직 차원에서 충분히 감지할 수 있다는 것이다.[12]

한편, 불포함설은 CISG 제74조 예측가능성의 객관적 판단이 국제거래에 종사하는 상인을 기준으로 획정되는 만큼, "거래단계"를 벗어나 "분쟁단계"의 비용까지 본 조의 손해로 포섭할 수는 없다는 입장이다. 특히 불포함설은, CISG가 비준·서명·발효 이후 체약국의 국내 법질서의 일부로 되는바, 해당 국가가 취하고 있는 상사법상 손해배상 원칙과의 충돌을 우려하고 있다.[13] 즉, CISG 제74조의 문제를 최광의로 해석할 때, 오랜 시간 착근해 있던 손해배상 범위에 대한 국내법적 법원칙이 크게 교란될 수 있다는 것이다.

(2) CISG 제7조 제1항 상 선례구속의 원칙에 대한 논의

CISG 제7조 제1항은 통일적 해석원칙을 제시하고 있는바, "같은 것은 같게, 다른 것은 다르게(treating like cases alike and unlike cases differently)" 즉, 국경을 초월하여 형평성 있는 규범 판단을 촉구하고 있다. 이를 위해 본 조는 구체적으로, "내부편향성(homeward trend)의 유혹"과 "상관행(honorable conduct)·상관습(*lex mercatoria*)과의 충돌"을 가급적 피하려 하고 있다.[14] 그러한 측면에서 CISG 제7조 제1항 쟁점은, 궁극적으로 "본 조의 통일적 해

---

11) *Ibid.*, p. 1012.; Franco Ferrari, "CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters?", 17 J.L(1998), pp. 9~12.

12) 이와 동일한 견해를 가진 선례는, 프랑스 파리 국제상공회의소 중재재판소 중재판정·독일 함부르크 중재재판소 중재판정·스위스 아르가우 상사법원 판결·미국 북부 일리노이 지방법원 원심판결이 있으며, 소송 전 변호사비용을 CISG 제74조의 손해에 포섭시킨 판례로는 독일 아우크스부르크 지방법원 판결·독일 뒤셀도르프 고등법원 판결이 있다. 그리고 이에 대한 사실관계·판시사항의 상세는 이하에서 논의할 것이다.

13) 이와 동일한 견해를 가진 선례는 독일 알스펠트 지방법원 판결·독일 아우크스부르크 지방법원 판결·독일 뒤셀도르프 고등법원판결·미국 제7 연방항소법원 항소심판결이 있으며, 이에 대한 사실관계·판시사항의 상세는 이하에서 논의할 것이다.

14) Ingeborg Schwenzer, *supra* note 3, pp. 124~127.

석원칙이, 국경을 초월한 선례구속의 효과를 창설하는지 여부"가 논의의 중심이라 할 것이다.[15] 이에 대한 견해는 긍정설과 부정설로 양분할 수 있다.

우선, 긍정설은 CISG 특히 동 협약 제7조 제1항이 국내규범화 됨으로써, 국제물품매매에 관한 한 체약국의 법관·중재인 각국에 산재한 분쟁해결의 선례에 일관해야 하는 법률적 의무가 창설된다는 입장이다.[16] 이때 국경을 초월한 선례구속은, 원심·항소심·상고심 따위의 심급은 물론, 재판·중재·조정 따위의 분쟁해결 방식을 막론하는 것이며,[17] 선례가 적법·타당성을 뛰어넘어 완전무결할 것을 논리적 전제로 하는 것이다.

반면, 부정설은 CISG 제7조 제1항의 통일적 해석원칙 그 자체가, 규범조화를 뛰어넘어 개별 체약국의 사법체계를 파괴하는 정도에 이르러서는 안 되며, 일관성 있는 해석에의 요청이 초국경적 선례구속 원칙을 곧바로 창설할 수 없다는 입장이다. 무엇보다 해당 견해는, 과격한 선례구속 원칙의 관철이, 그릇된 선례의 교정을 원천적으로 차단할 뿐만 아니라, 내부편향성이 짙은 최초의 선례를 남기기 위한 경쟁을 촉발시킨다고 비판한다.[18]

상기의 두 가지 쟁점에 대한 견해 대립을 논리적 맥락에 따라 조합해 보자면, 포함설은 긍정설과 불포함설은 부정설과 함께 주장하기 쉬울 것이다. 그러나 상기 견해 대립의 기저에는, 전자의 학설 분류("포함설-긍정설")는 CISG를 특별법·신법으로 우선 적용하려는 (법관·중재인 등)해석자의 법

15) CISG 제74조 쟁점에 대해서는, 해당 쟁점에 대한 명백한 견해를 밝힌 선례가 이하와 같이 다수 존재하지만, CISG 제7조 제1항 쟁점에 대해서는, 해당 쟁점에 대한 명백한 견해를 밝힌 선례를 찾기는 매우 힘들다.

16) Larry A. DiMatteo, "The CISG and the Presumption of Enforceability : Unintended Contractual Lability in International Business Dealings", 22 Yale J. Int'l L.(1997), p. 111, p. 136, p. 167.

17) 이것은 법률적 분쟁이 발생한 당해 사건의 심급·분쟁 해결방식을 막론한다는 의미이며, 선례의 영향력은 당연히 심급·분쟁 해결방식마다 조금씩 상이하다. 선례구속의 원칙은 판례의 법원성을 인정하는 불문법 전통과 궤를 같이하는 것이며, 이에 대한 상세는 이하에서 논의하기로 한다.

18) Franco Ferrari, *supra* note 11, p. 245, p. 249 ; Harry M. Flechtner, "Recovering Attorney's Fees as Damages under the U.N. Sales Convention(CISG) : The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Banking", 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 121, p. 124.

적용과, 포함설·긍정설을 취하더라도 체약국의 국내법과의 충돌이 존재하지 않는다는 법 현실이 작용하고 있을 것이며, 반대로 후자의 학설 분류(불포함설-부정설)는 CISG 해석의 적극성이 체약국의 사법체계에 혼란을 초래하지 않는 정도에 그쳐야 한다는 법 정책적 판단이 작용하고 있을 것이다.

2. 판례의 입장

체약국의 주요 선례는 상기의 학설대립과 같이 일치되어 있지 않고, CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점을 공히 전면에 다루고 있는 경우 또한 많지 않다.[19]

(1) 부수적 쟁점으로 다룬 선례

1) 프랑스 파리 국제상공회의소 중재재판부(International Chamber of Commerce Arbitration Center, Paris) 중재판정(1992년)[20]

① 사실관계

매도인은 이탈리아에 소재한 상인으로서, 핀란드 소재 매수인과 발포성 합판매매계약을 체결하였으며, 신용장을 통해 지급·결제를 이행하기로 하였다. 매수인이 정상적인 대금지급을 이행하다가 세 번째 이행기부터 정상적인 지급·결제가 중단되었다. 매수인은 매매대금 원본과 지연손해금 및 손해일체를 배상받고자, 법률적 조치를 취하였다.

---

19) CISG 선례가 집적되어 있는 인터넷 데이터베이스는 Pace University의 국제상사법연구센터(Institute of International Commercial Law[IICL])의 웹페이지<http://iicl.law.pace.edu/ cisg/cisg>와, UNCITRAL의 Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT) 웹페이지<http://www. uncitral.org/uncitral/en/case_law.html>, Michael Joachim Bonell이 대표편집장으로 운영하고 있는 UNILEX 웹페이지<http://www.unilex.info>가 존재한다. 이하의 선례는 상기의 세 가지 인터넷 데이터베이스에서 CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점 관련 선례를 망라한 것이며, 이미 언급한 바와 같이 후자의 쟁점을 명시적으로 다루는 선례는 매우 찾기 어렵다.

20) 본 사건은 CLOUT 웹 페이지<http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_301_leg-1524.html)에서 공히 확인할 수 있다>(최종방문 21.11.20).

② 판시사항

이에 대해 프랑스 파리 국제상공회의소 중재재판부는, 대금지급 지체·거절을 CISG 제64조 제1항 제(나)호에 따라, 매도인이 계약을 해제할 수 있다고 하면서, 손해의 범주는 원칙적으로 매매대금 원본과 지연손해금 모두가 포섭된다고 판시하였다. 그리고 지연손해금에 대해서는, 지급·결제가 독일 마르크화로 이뤄졌던바, 독일법 상 비율로 산정하게 되었다. 그리고 프랑스 파리 국제상공회의소 중재재판부는 법률사무비용 일체를 CISG 제74조의 손해로 포섭한 바 있으며, 법률사무비용은 중재 비용 외에도 법률서비스로 말미암은 비용 전체를 의미하는 것이다.

2) 독일 알스펠트 지방법원(Landgericht Alsfeld) 판결(1995년 5월 12일)[21]

① 사실관계

매수인은 독일에 소재한 상인으로서, 이탈리아 소재 타일 생산업자인 매도인으로부터, 타일매매계약을 체결하였다. 해당 계약은 박람회에 마련된 부스에서 체결된 것으로서, 매도인의 계약체결행위는 매도인의 판매대리상에 의해 수행하게 되었다. 이후 계약의 상세가 적힌 송장을 매도인으로부터 송부받은 매수인은, 수취인을 판매대리상으로 하는 수표로 지급·결제하였으나, 판매대리상은 이를 현금화한 이후 매도인의 계좌로 이체하지 않고 착복하였다. 이러한 사실을 몰랐던 매도인은, 변호사를 고용하여 매수인에게 대금지급에 대한 소송을 제기하게 되었다.

② 판시사항

이러한 소제기에 대해 매수인은, 판매대리상에게 지급한 대금으로 정상적인 지급·결제를 마친 것이라 주장하였으나, 알스펠트 지방법원은 독일법 상 판매대리상이 적법·유효한 자격을 갖추지 않은 자로서, 그에게의 대금지급은 유효하지 않다고 판결하였다. 이에 논리 일관하여 알스펠트 지방법원

21) 본 사건은 CLOUT 웹 페이지<http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_410_leg-1634.html>에서 공히 확인할 수 있다(최종방문 21.11.20).

은, 설사 수표에 화체된 대금 일체를 매도인에게 전달하라는 위임의 이사가 있었다 하더라도, 판매대리상의 착복에 관한 위험부담은 오롯이 매수인에게 존재한다고 판시하였다. 그리고 소제기에 이르기 전까지 이탈리아에서 지출했던 변호사비용에 대해서는 CISG 제77조 위반을 근거로 인정하지 않았으며, 소송상 변호사비용부담은, 독일 국내법에 따라 패소자에게 전액 부담하게 하였다.

3) 독일 아우크스부르크 지방법원(Amtsgericht Augsburg) 판결 (1996년 1월 29일)[22]

① 사실관계

매도인은 스위스에 소재한 신발제조업자로서, 독일 소재 신발판매업자인 매수인과 신발매매계약을 체결하였다. 이에 매도인은 1994년 9월 28일·10월 27일·11월 7일·12월 4일 계약에 합치한 분할인도를 이행하였다. 물론 이러한 인도가, 계약의 상세에 정해져 있는 대로 이행된 것인지는 미지수였다. 그러나 매수인은 인도일로부터 60일 내에 대금지급을 이행해야 한다는 계약에 위반하여 대금지급을 지체한바, 매수인은 매매대금 지급은 물론 지연손해금·변호사비용 일체를 손해로 한 배상을, 매도인에게 청구하였다.

② 판시사항

이에 대해 매수인은 매매목적물인 신발이 계절적 소인을 가진 제품이었던 바, 매도인의 늦은 인도로 인해 철 지난 상품이 되어버렸고, 이로 인해 자신에게 손해가 발생했다고 주장했다. 그러나 아우크스부르크 지방법원은, 매수인에게 그러한 사정이 있었다면 CISG 제39조 제1항에 따른 통지를 합리적 기간 내, 특히 계절적 소인을 가진 제품인 경우 약 1월 내에 매도인에게 통지를 하지 않는 한 손해배상채권은 상실되는 것이라면서, 매수인의 주장을 배척했다. 또한 아우크스부르크 지방법원은, 지연손해금에 대해서도 CISG 제78조에 의거, 매수인의 주장을 수용함과 동시에, 스위스법에 따라

22) 본 사건은 IICL 웹 페이지<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960129g1.html>, UNINEX 웹 페이지<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=228&step=Abstract>에서 공히 확인할 수 있다(최종방문 21.11.20).

5%의 지연손해금을 인정했다. 부가적으로 아우크스부르크 지방법원은, 소송 전 변호사비용의 배상을 매수인에게 명하였고, 소송상 변호사비용부담은, 독일 국내법에 따라 패소자에게 전액 부담하게 하였다.

4) 독일 함부르크 중재재판소(Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg) 중재판정[23]

① 사실관계

매도인은 홍콩에 소재한 도매업자들(사안에서는 총 2개 회사였다.)로서, 독일에 소재한 매수인 기업과 물품매매계약을 체결하면서, 중국에서 제조한 제조물을 매매목적물로 하였다. 그리고 매수인은 해당 제품에 대해, 유럽 내 배급을 독점하기로 하였다. 그러나 중국 소재 제조업체의 자금 사정이 여의치 않자, 매도인은 매수인에게 해당 제품을 구입하여 재매도할 수 없었다. 이에 매수인은 이미 인도될 물품매매대금을 매도인에게 지급하여야 했음에도, 제품공급 차질로 인한 손해 발생을 이유로 들며 대금지급을 거절하게 되었다. 이에 대해 매도인은, 계약위반의 책임이 자신으로부터 말미암은 것이 아니라고 주장하면서, 매매대금지급을 청구하였다.

② 판시사항

함부르크 중재재판소는 중국 제조업체의 재정적 어려움이 CISG 제79조의 불가항력은 아니며, 공급 차질에 대한 책임이 매수인에게 귀속될 가능성이 충분히 있으므로, CISG 제45조 제2항에 따라 매도인의 계약위반에 따른 매수인의 손해배상이 인정될 여지가 상당하다고 하면서도, 종국적으로는 이러한 손해가 해당 계약과의 관련성이 부족하다는 측면에서 매수인의 주장을 인용하지 않았다. 결국 함부르크 중재재판소는, 매도인의 주장만을 채택하여 매수인에 대한 매매대금 지급을 명했고, 중재절차 상 변호사비용 또한 CISG 제74조의 손해로 포섭하여 매도인이 부담할 것을 명했다.

---

23) CLOUT 웹 페이지<http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_166_leg-1367.html>에서 공히 확인할 수 있다(최종방문 21.11.20).

5) 독일 뒤셀도르프 고등법원(Schiedsgericht der Handels-kammer Hamburg) 판결(1996년 7월 11일)[24]

① 사실관계

본 판례의 매도인은 독일에 소재한 제초용 엔진생산업체이며, 매수인은 이탈리아에 소재한 판매상으로서, 매도인과의 독점판매계약에 따라 매도인이 생산한 제초용 엔진을 이탈리아에 독점 공급하고 있었다. 매도인은 해당 계약에 따라 엔진을 매수인에게 인도하고 대금지불을 요구하였으나, 매수인이 이를 거부하므로, 매도인은 뒤셀도르프 지방법원에 소송을 제기하게 되었다. 그러나 매수인은 이에 대해, 매도인이 대금 미지급을 이유로 독점판매계약의 기한에 따라 추가로 공급하지 않은 엔진이 있는바, 이를 통해 이탈리아 내 소매상들에게 공급 차질이 빚어져 손해가 발생했다는 항변을 하면서, 해당 손해와 매수인에 대한 대금계약채권의 상계를 주장하였다.

② 판시사항

이에 대해 뒤셀도르프 고등법원은 매수인의 상계항변을 전면적으로 배척하고, 매수인에게 CISG 제53조에 따른 대금계약채권의 이행을 명했다. 덧붙여 뒤셀도르프 고등법원은, 매도인·매수인 간의 엔진공급계약은 CISG의 적용대상이지만, 매수인이 주장하는 이탈리아 내 소매상들에 대한 공급 차질과 이로 말미암은 손해는 CISG가 규율할 내용이 아니라는 입장을 표명한 바 있다. 즉, 해당 손해는 배급행위가 실제로 일어나는 이탈리아 국내법이 규율할 사항으로, CISG에 의한 상계는 불가능하다고 판시한 것이다. 부가적으로 뒤셀도르프 고등법원은, CISG 제61조 제1항 제(나)호 및 제74조에 의거, 소제기 전의 변호사비용을 매도인의 손해로 산입시킨 바 있다. 물론 소송상 변호사비용부담은, 독일 국내법에 따라 패소자에게 전액 부담하게 하였다.

---

24) 원심은 뒤셀도르프 지방법원에 제기되어 1995년 5월 2일 판결이 이뤄졌으나, CISG에 대한 적용을 하지 않은바, CISG의 적용을 처음으로 검토한 고등법원 판결부터 언급하게 되었다. CLOUT 웹 페이지<http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_125_leg-1328.html>에서 공히 확인할 수 있다(최종방문 21.11.20).

6) 스위스 아르가우 상사법원(Handelsgericht des Kantons Aargau) 판결(1997년 12월 19일)[25]

① 사실관계

매도인은 독일에 소재하는 상인으로서, 스위스 소재 매수인과 의류매매계약을 체결하였으며, 대금지급은 4회의 이행기를 정하였다. 그러나 매수인이 대금지급을 지체하자, 매도인은 원금과 지연손해금 및 손해의 일체를 배상받기 위해 법률적 조치를 취했다.

② 판시사항

이에 대해 아르가우 상사법원은, CISG 제59조에 의거 이행기를 준수한 대금지급이 필요하다는 매도인의 주장을 인용하면서, 지연손해금에 대해서는 매도인의 국내법인 독일법에 따라 이율을 산정하였다. 그리고 아르가우 상사법원은 CISG 제74조에 따라, 매도인이 소송 전 변호사비용과 소송상 변호사비용 전액을 손해로 산정하여, 매수인에게 부과하였다.

(2) 주위적 쟁점으로 다룬 판례

이어서, CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점을 주위적 쟁점으로 다룬 미국의 사례인 Zapata 사례를 소개하고, 이후의 동향을 살펴보고자 한다.

1) Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maurice Lenell Cooky Company 사례

① 사실관계

멕시코에 소재한 매도인은, 미국 소재 매수인과 원형의 과자포장 용기에 대한 매매계약을 체결하였다. 매수인과의 장기적·계속적 계약이 종결된 이후, 매도인은 매수인에게 계약의 종결에 즈음하여, 미지급된 대금지급을 청구하며 소송을 제기하였다.

---

25) 본 사건은 CLOUT 웹 페이지<http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_301_leg-1524.html>에서 공히 확인할 수 있다.(최종방문 21.11.20)

② 미국 북부 일리노이 지방법원 동부지원(U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division) 원심판결(2002년 3월 13일)[26]

이에 북부 일리노이 지방법원은, 원금·지연손해금과 같이 매매대금과 직접적 관련성을 가지는 금전적 손해와 그와 무관한 변호사비용의 금전적 손해를 양분하여 법률판단을 하고 있다. 전자에 대해서 북부 일리노이 지방법원은, CISG 제78조에 의거 계약의 상세에 따라 원금·지연손해금을 지급할 것을 촉구하면서, 일리노이주 법정이율·미국 재무부 이율 중 택일해줄 것을 요구한 원고의 주장을 배척했다. 후자에 대해서 북부 일리노이 지방법원은, 계약 파기로 말미암은 손해 일체의 배상을 원칙으로 한 CISG 제74조를, "소송상 변호사비용의 각자부담을 원칙으로 한, 이른바 미국식 부담방식(American rule)"의 예외를 명문화한 것이라 논증한 뒤, 변호사비용 또한 CISG 제74조의 손해에 포섭된다고 판시했다. 특히 북부 일리노이 지방법원은, CISG 제74조 단서의 예측가능성에 대해서도, 계약이 파기되는 경우 법률분쟁 가능성이 높아지는 것은 매우 당연한 것이라면서, 변호사비용에 대한 예측가능성 또한 명시적으로 인정했다.

③ 추가적 사실관계

CISG 제74조의 손해 범위 특히, 변호사비용을 포섭한 원심에 불복한 매수인은 항소하기에 이른다.

④ 미국 제7 연방항소법원(U.S. Circuit Court of Appeals[7th Cir.]) 항소심판결(2002년 11월 19일)[27]

이에 제7 연방항소법원은, CISG 제74조의 손해에 변호사비용을 포섭했던 원심판결을 뒤집었다. 특히 제7 연방항소법원은, "계약법적 손해"와 "절차법적 손해"는 구분해야 한다면서, 매매대금·지연손해금은 전자의 손해로, 변호사비용은 후자의 손해로 포섭시키는 한편, 계약법적 성격을 가지는

---

26) U.S. District Court, Northern District of Illinois 28 August 2001. 자세한 내용은 IICL 웹 페이지<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010828u1.html>에서 확인할 수 있다(최종방문 21.11.20).

27) *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 313 F.3d 385, 388 (7th Cir. 2002).

CISG 제74조의 손해에 후자는 포함되지 않아야 한다고 판시했다. 제7 연방항소법원은 이러한 판시의 근거로서 법제사적 관점을 곁들이고 있는데, 계약법을 제정하고자 한 CISG 입법자가 절차법적 손해인 변호사비용을 제74조에 포함시키려 한 어떠한 증거도 찾을 수 없다면서, 이를 간과한 채 "미국원칙"의 예외를 선언한 원심판결은 법리적 오류가 있다고 판시하였다. 다만 제7 연방항소법원은, 소송 전 변호사비용은 CISG 제74조의 손해 특히, 결과손해에 포섭될 가능성이 있다고 판시하였다.

⑤ 판결의 확정

이에 대해 매도인은 재심리를 요구하며 맞섰으나, 제7 연방항소법원은 2003년 1월 9일 매도인의 청구를 거부하였고, 매도인은 2003년 3월 상고를 위해 상고이유서를 제출하였다. 그러나 매수인 또한 상고이유서에 대한 답변서를 통해 매도인의 취지를 다투고, 2003년 12월 1일 연방대법원조차 상고를 기각하면서, 제7 연방항소법원의 판결은 확정되기에 이르렀다.

2) Profi - Parkiet SP. ZOO, v. Seneca Hardwoods LLC[28] 사례

① 사실관계

폴란드 바르샤바(Warsaw)에 사업장을 두고 있는 원고는, 목재 무역을 주요사업으로 하는 유한책임회사이다.[29] 원고는 미국 뉴욕 오데사(Odessa)에 주된 영업소를 두고 있는 피고와 계약에서 정한 품질과 조건에 맞는 물품의 매매계약을 체결했다. 지불조건은 계약금을 80% 지급하고, 나머지 20%는 물품 수령·검사 후 지급하기로 하기로 하였다. 하지만, 계약 물품의 선적 및 운송이 여러 차례 지연되었고, 이후 도착한 물품 또한 계약에 적합하지 않았다. 이에 원고는 물품이 계약에 적합하지 않다는 점 등을 이유로 소송을 제기했다.

② 판시사항

이에 뉴욕 동부지부 지방법원은, 피고에 채무불이행 판결을 내리며, 변호사비용 상환을 언급했다. 법원은 계약상 규정이 없으면 승소한 원고가 변

28) 2014 WL 2169769. (E.D.N.Y. June 18, 2014).

29) 또한, 미국회사로부터 만든 목재제품을 구매해, 유럽 시장에 재판매하는 사업도 수반하고 있다.

호사비용을 배상받을 수 없다고 하며, CISG 제74조에서 '손해'에는 계약위반으로 인해 소송에서 발생한 변호사비용이 포함되지 않는다고 했다.

3) Stemcor USA, INC v. Miracero, S.A. de C.V.,[30] 사례

① 사실관계

미국 회사인 Stemcor(이하 '항소인')와 철강을 수입 및 유통하는 멕시코 회사 Miracero(이하 '피항소인') 간에 스틸 코일 매매계약이 체결됐다. 피항소인의 철강 수입은 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement)에 따라 철강 수입에 대해 멕시코 세무 당국에서 조세특례를 받을 수 있는 상황이었다. 하지만 항소인은 철강의 원산지 확인 의무를 이행하지 않았고, 이에 따라 피항소인은 조세특례를 상실하고, 결과적으로 $2,600,000가 과세되었다. 피항소인은 멕시코 사법절차를 통해 이의를 제기하였으며, 그 과정에서 $340,000 정도의 비용이 지출되었다. 피항소인은 발생 된 이러한 비용을 회복하기 위해 중재 신청을 했고, 뉴욕에서 중재판정이 시작되었다.[31]

② 중재판정

뉴욕 중재판정부는, 피항소인에게 $819,437.86을 지급하라는 판정을 내렸다. 이 금액은 피항소인이 자신에 생긴 조세 관련 문제 해결을 위해 거친, 멕시코에서의 사법절차와 뉴욕에서의 중재절차에서 지불한 소송비용과 변호사비용 일체를 포함한 금액이었다.

③ 지방법원의 판결

항소인은 중재판정부가 변호사비용에 대한 지급을 명령할 수 있는 권한이 없다며 항소하였다. 특히, 중재판정부는 국제분쟁해결센터(International Centre for Dispute Resolution: ICDR) 제31조[32]를 근거로 판정을 내렸는데,

---

30) 66 F. Supp. 3d 394 (S.D.N.Y. 2014).

31) 당시 계약에는 미국중재협회(American Arbitration Association) 규칙에 따라 "계약분쟁"에 있어서 중재를 제공하는 조항이 포함되어 있었다.

32) Article 31 of the ICDR Rules, which states that "[t]he tribunal shall fix the costs of arbitration in its award" and that "[t]he tribunal may apportion such costs among the parties if it determines that such apportionment is reasonable."

잘못되었다는 것이다. 또한, 항소인은 실체법적인 사안에 적용되고 있는 CISG와 중재의 절차적 부분에 적용되는 ICDR 규칙이 충돌했을 때에는 CISG가 우선적용되고, CISG 하에서는 손해의 범위에 변호사비용이 포함되지 않는다는 것이다.

하지만, 법원은 법원이 변호사비용의 지급판정을 내린 중재인의 재량을 무효화시키지는 못한다는 점, CISG 제74조는 변호사비용의 배상에 대해서 명백한 금지를 하고 있지 않다는 점을 근거로 항소인의 주장을 기각하였다. 다만, 법원은 변호사비용이 CISG 상 손해에 포섭되지 않는다고 한 선례들에 대해 의문을 표하며, 아직 관련해서 견해에 대립이 있다는 점을 언급하였다.

(3) 소결

상기 판례를 모두 분석해 보았을 때, 다만 주목할 것은 해당 법원이 주관적이고 편파적인 정도에는 이르지 않았다 할지라도, 개별 법관·중재인이 체득한 국내법의 틀에 맞춰 CISG 쟁점을 해석·적용하는 내부편향성이 드러난다는 것이다. 특히 전자의 쟁점의 경우, 독일법원은 소송상 변호사비용에 대한 패소자 비용부담이 법정되어 있기 때문에 별다른 논증 없이 소송 관련 변호사비용은 독일 국내법에 따라, 그 외의 소송 전 변호사비용은 CISG 제74조의 손해로 당연히 포섭시키고 있다.

반면에 미국법원이, “미국식 부담방식”이라는 소송상 변호사비용부담에의 국내 법원칙과의 충돌을 염려하면서, CISG의 실체법적 성격과 변호사비용부담의 절차법적 성격을 구분하여 치밀하게 논증하고 있는 것과 대비되는 것이다. 한편 미국법원은 실체법적 손해와 절차법적 손해를 엄격히 구별하면서도, 미국식 부담방식과 충돌되는 부분만 CISG 제74조의 손해에서 배제하고 있을 뿐, 그 외의 소송 전 변호사비용에 대해서는 별다른 근거 없이 가능성만을 열어두는 태도를 보이고 있다. 그리고 후자의 쟁점의 경우, 판례법 국가나 그렇지 않은 국가나, 각국에 산재 된 CISG 관련 선례에 대해 언급조차 삼가고 있다.

Ⅲ. 대한민국의 사법적 현실

유럽·미국의 학설·판례가 적으나마 집적되어, CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 사회문제가 표면화된 것과 달리, 대한민국의 경우는 이에 대한 논의가 전무하다. 이하에서는, 상기 쟁점과 관련한 대한민국의 사법적 현실을 검토해 봄으로써, 대한민국 법원·상사중재원이 상기 쟁점에 대해 어떠한 입장을 취하게 될 것인지 또, 어떠한 국내법적 문제를 불러일으키게 될 것인지 조망해 볼 수 있을 것이다. 이는, 개별 법관·중재인이 체득한 국내법의 틀에 맞춰 CISG 쟁점을 해석·적용했던 각국의 선례를 비추어 보았을 때 더더욱 그러하다.

1. CISG 제74조 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실

먼저 CISG 제74조 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실을 살펴보기로 한다.

(1) 패소자 부담원칙에 대한 국내법적 고찰

우리 민사소송법 제98조는 패소자 부담원칙을 선언[33]하고 있는데, 이는 소송부담에 대한 영국식 부담주의를 계수하고 있음을 보여준다.[34] 본 조는, 민사·상사분쟁에서 전부패소를 한 당사자에게, 소송상 변호사비용 전액을 부담케 한다는 의미로서, 일부패소한 당사자는 법원의 재량에 따라 부담액을 탄력적으로 부담하게 할 수 있다.[35] 전부패소를 한 당사자라 하더라도, 전부승소를 득한 당사자가 불필요한 소송행위·의도적인 소송지연을 통

33) 민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

34) 이 같은 영국식 부담방식의 예로 영국・독일・프랑스 등 다수의 국가에서 채택하고 있다고 기술하고 있으며, 소송비용의 각자부담을 원칙으로 하는 미국식 부담방식과 상충하는 것이다. 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 3호, 2014, 422면

35) 민사소송법 제101조(일부패소의 경우) 일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

해 추가비용을 발생시킨 경우, 이 또한 법원의 재량에 따라 해당 비용을 승소한 당사자에게 부담시킬 수 있다.[36][37] 이러한 우리 민사소송법의 태도는, 패소자가 소송상 변호사비용을 부담케 하는 것이 정의 관념에 부합함은 물론[38], 남소의 가능성을 사전에 차단한다는 입법자의 의사가 표현된 것이라 하겠다.[39]

그러나 이러한 원칙이 1960년 이래 민사소송법에 일관하여 명문으로 유지된 것은 사실이지만, 소송상 변호사비용이 소송비용에 당연히 포함된다고 보게 된 것은, 그보다 짧은 역사를 가지고 있다.[40]

실제로 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다672 판결은 "그러나 무릇 불법행위에 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 불법행위와 손해와의 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계 즉 상당인과관계가 있어야 할 것이다. 그런데 변호사강제주의를 택하지 않고 있는 우리나라 법제하에서는 예컨대 민사소송비용법에서 변호사비용을 소송비용에서 제외하는 등 불법행위 자체와 변호사비용 사이에 상당인과관계 있음을 간접적으로 부정하고 있음을 알 수 있다. 따라서 이점 논지는 받아들일 수 없다."고 하여, 민사소송법 제98조에도 불구, 소송비용에 당연히 변호사비용이 포함되지 않는다고 판단하였다.

이와 동일한 논리의 견지에서, 대법원 1972. 5. 9. 선고 71다1297 판결은

---

36) 민사소송법 제99조(원칙에 대한 예외) 법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

37) 민사소송법 제100조(원칙에 대한 예외) 당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.

38) 민일영·김능환(대표편집), 주석민사소송법(II), 한국사법행정학회, 2018, 108면.

39) 이종구, 전게논문(주34), 422면. 그리고 해당 논문의 저자는, 패소자부담주의의 단점으로 헌법상의 재판청구권을 제한할 우려가 상존한다고 지적하고 있다. 실제로 헌법 제27조 제1항은, "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있는데, 영국식 부담방식으로 인해 소제기에의 위축효과가 발생한다는 것이다.

40) 상게논문, 443~444면. ; 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2020, 682면.

"원고들이 이의 배제를 위한 소송수행을 변호사에게 위임하면서, 그들에게 지급한 착수금은 상당한 범위 내에서 위 부당한 항쟁으로 인한 손해라고 할 것으로서 피고는 원고들에게 이를 지급할 의무가 있다고 판단하였는바, 위 원판결 인정사실에 의하면, 피고에게 고의 또는 과실이 있다할 것이고, 원고 소유 토지의 불법점거자인 피고의 부당한 항쟁에 관하여 소송을 제기하므로 인하여 지출하게된 변호사비용은 불법행위에 기인한 손해로서 배상할 의무가 있다함은 본원의 판례(1965.11.30선고, 65다1707판결)로 하는바이므로 이와 같은 취지로 판단한 원판결은 정당하고, 불법행위에 대한 법리오해 또는 관할을 위반하여 판결한 위법이 있다할 수 없으므로 논지는 이유없다."고 하여, 부당한 소제기가 명백한 경우에 한정하여, 소송비용에 변호사비용을 포함시키고는 했다.[41]

그러나 이러한 대법원의 태도에 대한 법리적 설득력은 별론으로 하더라도, 상당수의 민사사건이 변호사를 선임하고 있는 점, 민사소송법 제98조의 취지가 남소방지에 있는 점에 착안하여, 1981년 1월 29일 소송촉진 등에 관한 특례법을 제정[42]되어, 제16조 제1항에서 "소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위 안에서 이를 소송비용으로 한다."고 명시함으로써, 소송비용에의 변호사비용 산입여부에 대한 논란이 사라지게 되었고, 오늘날 개정 민사소송법[43]에서도 이를 수용하게 되었다.[44]

---

41) 이러한 판례 태도는, 소송상 변호사비용을 실체법적 손해로 치환시키고 있다는 점에서 오류가 있다. 그러나 변호사 강제주의를 취하지 않는 대한민국 법원칙을 비춰봤을 때, 민사소송법 제98조의 소송비용에 소송상 변호사비용을 산입시키지 않는 고육책으로, 이와 같은 논리구성을 취했으리라는 짐작은 가능하다. 판례에 대한 비판이 지속되자, 소송상 변호사비용을 민사소송법 제98조에 포함시키는 소송촉진 등에 관한 특례법이 제정되었다는 사실은, 주지하는 바와 같다.

42) 시행 1981.03.01. 법률 제3361호, 1981.1.29.

43) 민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.

44) 이시윤, 전게서(주40), 682면.

(2) 계약위반책임에 대한 국내법적 고찰

우리 민법 제393조는 계약위반의 책임 범위에 대해, 통상손해 배상을 원칙으로, 예측가능성이 있는 경우에 한하여 특별손해 배상을 배가하고 있다.[45] 통상손해와 특별손해를 일도양단하는 것은 쉽지 않지만, 전자는 계약위반으로 인해 거래 상대방에게 당연히 발생케 되는 손해이고, 후자는 그 외의 손해를 일컫는다.[46] 그리고 전자에 대해서는 채무자가 고의·과실이 없음을 증명해야 하지만, 후자에 대해서는 계약위반자의 예측가능성을 채권자가 증명해야 한다. 통상손해와 특별손해의 분별에는 명문 규정은 물론, 판례 태도 또한 명백한 기준을 제시하지 못하고 있으므로, 결국 거래당사자의 직업·거래의 형태·목적물의 종류 등의 제반사정을 종합하여 판단하게 된다.[47]

통상손해와 특별손해을 구별하고 특별손해에 예측가능성을 요구하는 입법례는, 손해배상책임의 제한 즉, 합리적인 손해배상범위를 획정하기 위한 취지를 내재하고 있는 것이다. 즉, 선행사실과 후행사실 간의 인과관계가 무한히 확장되는 조건설적 오류를 입법적으로 배제하려는 것이다.[48] 대한

---

45) 민법 제393조(손해배상의 범위) ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.
② 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

46) 최원준, "채무불이행으로 인한 손해배상의 범위", 「법학연구」 제15권 1호, 2007, 250면.

47) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다66904 판결은, "민법 제393조 제1항은 '채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.'고 규정하고 있고, 제2항은 '특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.'고 규정하고 있다. *제1항의 통상손해는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말하고, 제2항의 특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다.*"고 판시함으로써, 통상손해·특별손해를 일도양단할 수 있는 법리가 현존하지 않음을 명시적으로 드러내고 있다.

48) 이 같은 입법취지는, 선행행위에 의한 후행행위의 발생 즉, 자연적 인과관계를 무한히 확장하는 조건설적 오류를 지양하기 위함이다. 물론, 조건설의 분파(分派)라 하여 모든 학설이 동일한 오류를 함축하는 것은 아니다. Kahl Binding의 균형파괴설은 기존의 안정상태를 깨는 조건을, Oertmann의 최후조건설은 결과로부터 최단거리에 있는 조건을, Birkmeyer의 최유력조건설은 결과를 발생시키기에 가장 파급력이 큰 조건을,

민국의 통설·판례는 상당인과관계설을 취하고 있는바, 해당 학설은 복잡계의 무한한 사실관계 중, 해당 결과를 초래하는 특정 원인사실과 발생사실 간의 인과관계를 인정하며, 이것이 성립되는 계약위반책임을 통상손해로 보는 입장이다.[49]

이에 논리 일관하자면, 특별손해는 조건설적 인과관계의 확장이 있다 하더라도, 계약위반자의 예측가능성이 존재한다면 이 또한 배상책임의 범주로 포함시키는 것이라 하겠다. 다만, 예측가능성에 대해서는 상당인과관계 외에도 외계의 사정을 고찰하여야 하므로, 이에 대해 채무자의 채무불이행 당시의 인식한 사정을 주로 고찰하고자 하는 입장을 주관설로, 당사자의 지득 여부는 문제 삼지 않은 채 제3자인 일반인의 지식으로 알 수 있는 사정을 주로 고찰하고자 하는 입장을 객관설로, 양자 모두를 고찰해야 한다는 입장을 절충설로 이해하면 크게 그릇된 것은 아니다.[50]

그런데 상기의 통설·판례에 대해, 상당인과관계설은 "손해배상의 의무가 있는 자는 배상의무를 발생하게 한 사정이 없었더라면 존재하였을 본래의 상태로 회복되어야 한다."라고 하는 독일민법 제249조 제1항[51] 상의 완전배상주의를 합리적으로 제한하기 위한 도구일 뿐, 통상손해와 특별손해를 입법적으로 구별하고 있는 대한민국 민법과의 정합성이 부재하다는 비판이

손해배상의 범위를 획정하는 요소로 활용한 것이다.이에 대한 더욱 자세한 학설논의는, 최원준, 전게논문(주46), 251면 참조.

49) 상게논문, 252면. ; 곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2006, 110면. 그리고 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다237264 판결은 "그리고 상당인과관계의 유무를 판단할 때는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 주의의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적과 보호법익, 가해행위의 태양, 피침해이익의 성질, 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다."고 하여, 우리 판례가 상당인과관계설의 입장에 서있다는 사실을 명시적으로 드러내고 있다.

50) 주관설·객관설·절충설 공히 외계에서 고려해야 하는 변수에 대해, 객관적 지표에 따라 판단해야 한다는 점에 대해서는 이견이 없다. 이에 대해 혹자는, 모든 것이 객관설과 다름없는 것이 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있겠다. 그러나 주관설은 지(知)·부지(不知) 즉, 계약당사자 간의 주관적 사정을 파악한다는 것이고, 객관설은 과학적 상식 즉, 제3자에 의해 정립된 객관적 사정을 파악한다는 것이다. 그러므로 상기한 혹자의 의문은, 외계를 고찰하는 요소와 해당변수를 증명하는 방식을 구분하지 못하는 것이라 하겠다. 이에 대한 더욱 자세한 학설논의는, 최원준의 상게논문, 252~253면 참조.

51) 독일 민법 제249조 제1항은, "손해배상 의무를 부담하는 자는, 배상의무를 발생시킨 사정이 없었더라면 있었을 상태를 회복하여야 한다."라고 규정되어 있다.

존재한다. 그러한 측면에서 일각에서는, 상당인과관계설의 폐기를 주장하며 등장한 독일의 규범목적설과 일본의 보호범위설·위험성관리설을, 민법 제393조의 해석론으로 도입해야 한다는 주장이 제기되고 있으나, 아직 법원에 의해 해석론으로 채택된 바는 없다.[52]

(3) 소결

상기의 사항을 염두에 두고, 우리 법원이 차후에 "CISG 제74조 쟁점"을 검토하게 된다면, 이하의 두 가지 가능성이 존재할 것이다. 그리고 이하의 가능성은, 민사소송법 제98조·제109조[53]·민법 제393조를 체화한 대한민국 법원이, 국내법적 시각으로 CISG를 해석·적용하는 경우로 한정하는 것이다.

하나, 대한민국 법원이 CISG를 국제물품매매의 신법·특별법적 효력을 긍정하는 한편, 소송상 변호사비용을 제74조의 손해로 당연히 포섭시키는 것이다. 그러나 이러한 입장은 절차법적 손해인 소송상 변호사비용을, 국제물품매매에 관한 실체법인 CISG 상의 손해에 산입시켰다는 비판을 면치 못할 것이다.

둘, 대한민국 법원이 소송상 변호사비용을 대한민국 민사소송법에 따라 처리하되, 소송 전 변호사비용에 대해 예측가능성을 인정하며 CISG 제74조의 손해로 포섭시키는 것이다. 물론 계약위반이 법률분쟁을 촉발시킬 수 있다는 측면에서, 주관설·객관설·절충설을 불문하고 예측가능성이 존재한다는 논증이 가능할 수 있다. 그러나, 소송 외 대체적 분쟁해결방식(Alternative Dispute Resolution ; 이하 ADR)이 끊임없이 발전되는 현실, 그리고 ADR에 "자율적 분쟁해결 노력"이 포함된다는 사실을 고려했을 때, 이러한 입장 또한 절차법적 손해를 실체법적 손해로 계상했다는 비판을 면치 못할 것이다.[54]

---

52) 이에 대한 더욱 자세한 학설논의는, 최원준, 전게논문(주46), 254~263면 참조.

53) 우리나라는 이전에는 변호사 선임 명령의 경우를 제외하고는 변호사비용을 소송비용에 산입하지 아니하였다. 하지만, 1990년 1월 31일 개정된 민사소송법 제99조의2에서 정면으로 소송비용으로 인정하기에 이르렀다. 민일영·김능환(대표편집), 전게서(주38), 87면.

54) 부가적으로, 이러한 입장은 민사소송법 제217조의2 제2항의 입법취지와 충돌할 염려가 있다. 물론 본 조는 외국판결의 승인·집행 시 손해배상 인정범위 제한에의 특칙이고, CISG 제74조 쟁점의 해석은 우리 법원에서 아직 명시적으로 다뤄진 바 없으나, 입법자가 소송 전·소송상 변호사비용을 절차법적 손해로 인식하고 있다는 점을 간과

2. CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실

이어서 CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 대한민국의 사법적 현실을 살펴보기로 한다.

(1) 선례구속의 원칙에 대한 국내법적 고찰

선례구속의 원칙은, 판례의 법원성을 인정하는 가운데 자연스럽게 성립하는 것이다.[55] 재판의 과정을 크게 사실인정과 규범 판단으로 양분한다면, 후자의 과정은 확정된 사실관계를 법원(法源)의 내용에 따라 판결의 상세를 도출하는 것이라 하겠다. 특히 대한민국은 성문법주의·불문법주의 중에서 전자를 채택하는 국가이므로, 상사법에 대해서는 상법·민법과 같은 의회제정 법률과 상인 상호 간 채택한 상사규칙을 법원으로 제한하는 것이 원칙이라 하겠다. 물론, 상인 간 거래의 반복으로 관행에 구속력이 부여된 상관습의 경우도 법원의 범주에 포함되겠으나, 이 또한 "상사에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다."는 상법 제1조의 영향이지, 대한민국이 불문법 국가이기 때문은 아니다.

그리고 이러한 전통은, 삼권분립의 측면에서 사법권이 입법권을 가질 수 없다는 점이 가장 크게 작용한 것이다. 혹자는 심급 간 상위법원 판결에의 기속력과 선례구속 원칙을 혼동할 수도 있겠으나, 이는 "상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(下級審)을 기속(羈束)한다."는 법원조직법 제8조에서 유래한 것이며, 판례가 법원이 되어 선례를 구속하는 불문법적 전통과는 궤를 달리한다.[56] 또 다른 혹자는 기판력과도 혼동을 일

해서는 안 될 것이다. 그리고 본 조에 대한 개괄은 이하에서 별도로 다루게 될 것이다.

55) 특정사건에 대한 법원성이 긍정되는 이유는, "과거 사건의 재판에서 준거가 되었던 기준은 현재에도 정당하다."라고 하는, 규범해석·적용에의 일관성을 보장하기 위해서라 할 것이다. 즉, 수범자의 예측가능성을 보장한다는 것인데, 법원성이 긍정되는 판례란, 특정사건을 판단할 권한을 가진 법원·법관에 의해 적법·유효하게 형성된 판례만을 일컫는다고 하겠다. 이에 대한 자세한 사항은, 피정현, "영미법상의 Common Law", 「법학연구」 제16권, 1999, 25~41면; 피정현, "영미법상의 선례구속의 원칙", 「원광법학」 제24권 1호, 2008, 9면 참조.

56) 상게논문. 10면. ; 사법연수원, 미국민사법, 한양당, 2000, 19면.

으킬 수 있겠으나, 기판력은 당사자가 당해 법원으로부터 수여 받은 판결사항에 대해 다시 소송할 수 없음을 선언한 것이므로, 반드시 선례구속의 원칙과 분별해야 한다.[57] 물론, 판례의 법원성을 원칙적으로 부정한다고 하여, 이것이 상관습법으로 옮아가는 것까지 전면적으로 부정하는 것은 아니라 할 것이다. 즉, 동일한 법리를 화체한 판례가 상당기간 동안 반복되고, 이것이 상인 간의 구속력을 발동시킬 정도로 일반화 되는 한편, 국민 다수의 법적 확신을 불러일으키는 경우,[58] 일종의 상관습법이 될 여지도 충분히 존재한다는 것이다.[59]

다만, 법규적 영향력을 발휘하는 판례의 양적·질적 범위가 문제 될 여지가 있다. 양적 범위에 대해, 혹자는 기속력의 제한이 없는 최고심급의 판례만을 제한해야 한다는 주장을 할 수 있겠으나[60], 이러한 입장은 영미의

57) 상게논문. ; 서희원, 영미법강의(개정판), 박영사, 1994, 14면.

58) 이와 마찬가지로 우리 법원(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292)은, "*대법원이 오랜 기간 동안 사회 구성원들의 법적 확신에 의하여 뒷받침되고 유효하다고 인정해 온 관습법의 효력*을 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다는 등의 이유로 부정하게 되면, 기존의 관습법에 따라 수십 년간 형성된 과거의 법률관계에 대한 효력을 일시에 뒤흔드는 것이 되어 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로, *관습법의 법적 규범으로서의 효력을 부정하기 위해서는 관습을 둘러싼 전체적인 법질서 체계와 함께 관습법의 효력을 인정한 대법원판례의 기초가 된 사회 구성원들의 인식·태도나 사회적·문화적 배경 등에 의미 있는 변화가 뚜렷하게 드러나야 하고,* 그러한 사정이 명백하지 않다면 기존의 관습법에 대하여 법적 규범으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 단정하여서는 아니 된다."고 하여, 관습법의 폐기 또한 성립만큼의 엄정성을 요구한다고 판시하고 있다.

59) 상무학계에서는 상관습법을 "당해 거래에 있어서도 지켜지는 것이 당연히 기대될 수 있는 정도로 통상의 거래에서 지켜지고 있는 거래의 방법 및 실무"라 칭하고 있다(상관습법에 대한 정의는 한국무역협회의 홈페이지<https://www.kita.net/>참조. 본 웹페이지에서는 상관습[Usage of Trade]에 당사자가 채택하여 상호 구속받기로 정한 제도 일반[Rule]을 포함시키고 있는데, 이는 "Rule"과 "*lex mercatoria*"를 구분하지 않은 것이라 하겠다.). 이에 우리 법원(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3000 판결)은 "논지는 내국신용장에 의한 수출용원자재 구매자금금융은 위 물품인수증의 허위여부를 불문하고 거래담보의 여신 한도내에서 대출하는 것이 상관습임에 도 불구하고 피고인을 유죄로 단정한 것은 무역에 관한 관습과 무역거래법의 법리 및 사기죄의 범의에 관한 법리를 오해하고 평등의 원칙에 위반한 위법이 있다는 것이나, *기록을 살펴보아도 소론과 같은 상관습이 확립되어 있다고 인정할 만한 증거가 없으므로 결국 소론은 적법한 원심의 사실확정을 탓하는 것에 불과하고 달리 소론 지적과 같은 위법을 발견할 수 없으니 논지는 이유 없다.*"고 하여, 상관습이 사실인정단계에서 충분히 증명되어야 한다고 판시하고 있다.

선례구속 원칙보다는, 대한민국 법체계상 기속력을 선례구속원칙으로 착오하는 것으로 보인다. 실제로 영미에서 유래된 선례구속 원칙은, 법관이 과거의 판례를 온고지신(溫故知新) 격으로 참조하는 일반적 태도를 통칭하는 것이며, 이에는 상급법원 판례와 같이 완전한 구속력이 있는 경우[61]와, 동급·하급법원의 판례와 같이 설득력 있는 논거로 기능하는 경우로 나눌 수 있다.[62] 질적 범위에 대해, 혹자는 판례의 결론은 물론, 결론에 도달하기까지 사용되었던 논거에 이르는 전 범위라는 주장을 할 수 있겠으나, 확정된 사실관계를 법률적으로 귀속시킨 법률판단에 제한하는 것이 옳다고 하겠다.[63]

(2) 외국법의 승인과 집행에 대한 국내법적 고찰

외국판결의 승인·집행은, 타국의 사법적 주권 발현에 대한 대한민국 사법부의 수용범위가 논의의 핵심이다.[64] 혹자는, 해당 쟁점은 실체법·절차법도 아닌 집행법의 소관으로, CISG 제7조 제1항 쟁점과의 관련성에 의문을 제기할 수 있겠다. 그러나 해당 쟁점에 대한 입법례는 전 세계적으로 집행허용·일부허용·허용불가의 범주로 세분화되어 있는바[65], 대한민국의 입법태도를 점검해 봄으로써, 선례구속의 원칙이 법정되지 않은 우리 사법부의 외국판결에 대한 수용력을 간접적으로 비춰볼 수 있을 것이다. 그리고 이를

60) 이러한 입장은, 선례구속의 원칙을 법제화하지 않은 대한민국의 법체계 하에서, 판례의 법원성을 긍정코자 하는 학설의 논거로 쓰일 수 있겠다. 이러한 견해의 상세는, 피정현, 전게논문(주55), 10면 참조.

61) 이는 대한민국 법체계상 기속력과 사실상 동일한 효력을 발휘하게 된다. 그러나 하향식 일방적 구속력만을 발휘케 함으로써 법적안정성을 꾀하려는 기속력은, 상향식 상호적 참조력을 발휘케 하는 선례구속의 원칙과는 반드시 구분되어야 할 것이다.

62) 피정현, 전게논문(주55), 17~20면.

63) 우리의 법체계로 환원하여 예를 들어보자면, 대법원 전원합의체 판결의 경우 제시된 다수의견 외 소수의견은 선례로서 기능하지 않는 것이라 할 수 있겠다. 이에 대한 상세는, 홍일표, "판례의 형성과 구속력의 범위", 「일감법학」 제12호, 2007, 14면. ; 박우동, "대법원 전원 합의체 재판에 있어서의 의견표시", 「사실심과 법률심」 1994, 690~691면 참조.

64) 권혁준, "외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제", 「연세글로벌비즈니스법학연구」 제2권 1호, 2010, 194면.

65) 집행허용 범주의 국가로 영국·이탈리아를, 일부허용 범주의 국가로 프랑스·벨기에를, 허용불가 범주의 국가로 네덜란드·덴마크·스웨덴을 제시하고 있다. 상게논문, 195면.

통해 CISG 제7조 제1항의 입법취지를, 우리 법원이 어떻게 받아들일 것인지 어림짐작해볼 수 있을 것이다.

우리 민사소송법은 제217조 제1항에서 외국판결 승인의 전제조건을 법정하고 있는바, 외국법원의 확정판결이나 그에 준하는 재판이란, 절차적 차원에서, 외국법원의 국제재판관할권 존재·적법절차에 따른 소송 진행을, 실체적 차원에서, 승인을 통한 외국판결의 역외효와 대한민국 공서양속 간의 조화를, 주권적 차원에서, 양국의 국제·국내규범에 따른 사법적 주권의 상호 인정을 공히 충족하는 것이어야 한다.[66] 외국판결의 승인·집행의 입법례를 "외국판결의 내용적 재검토 여부"로 집행허용·일부허용의 범주를 분별하고, "협약을 통한 철저한 상호주의 채택"으로 허용불가의 범주를 특정했을 때, 우리 민사소송법의 태도는 집행허용과 일부허용의 중간지대에 놓여 있다고 할 것이다.

그런데 주목할 것은, 2014년 5월 20일 법률 제12587호에서 신설된 민사소송법 제217조의2라고 할 것이다. 본조는 손해배상에 대한 특칙을 정하고 있는바, 본조 제1항에서는 국내법적 효력을 가진 국제·국내규범에 충돌하는 때, 손해배상범위의 일부·전부를 제한하여 승인할 수 있다고 정하고 있으며, 본조 제2항에서는 소송 전·소송상 변호사비용이 외국판결에서 실체법적 손해배상으로 산정되어 있을 때, 본조 제1항에 따라 손해배상범위의 제한가능성을 명문화[67]하고 있다[68]. 다시 말해, 우리 민사소송법은 소송상 변호사비

---

66) 민사소송법 제217조(외국재판의 승인) ① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.
1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것,
2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것,
3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것,
4. 상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것.

67) 민사소송법 제217조의2(손해배상에 관한 확정재판등의 승인) ① 법원은 손해배상에 관한 확정재판등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에

용을 실체법적 손해가 아닌 절차법적 손해로 인식하고 있는 것이다.

이러한 민사소송법의 상세는, 대한민국의 기존 사법체계와 충돌되지 않는 범위에서 타국의 사법주권을 존중한다는 입법자의 의사를 반영하는 것이며, 이를 헌법과 법률·양심에 따라 해석·적용하는 대한민국의 법관들 또한, CISG 제7조 제1항에 따라 외국판결을 참조하되 국내 법질서와의 조화·균형에 골몰할 것임을 쉬이 짐작케 한다. 특히 민사소송법 제217조의2는 CISG 제7조 제1항 쟁점은 물론, CISG 제74조 쟁점에도 시사하는 바가 크다.

(3) 소결

상기의 사항을 염두에 두고, 우리 법원이 차후에 "CISG 제7조 제1항 쟁점"을 검토하게 된다면, 이하의 두 가지 가능성이 존재할 것이다. 그리고 이하의 가능성은, 민사소송법 제217조·제217조의2를 체화한 대한민국 법원이, 국내법적 시각으로 CISG를 해석·적용하는 경우로 한정하는 것이다.

하나, 대한민국 법원이 CISG를 국제물품매매의 신법·특별법적 효력을 긍정하는 한편, CISG가 적용되는 섭외사건에만 특정하여 선례구속의 원칙에 충실하는 것이다. 그러나 이러한 입장은 대한민국의 법체계와도 상이한 것은 물론, 타국 사법주권에 무비판적으로 예속된다는 비판을 면치 못할 것이다.

둘, 대한민국 법원이 선례구속의 원칙을 취하지 않는 국내 법체계와의 충돌을 염려하여, CISG 제7조 제1항을 예문 해석하는 것이다. 즉, 타국법원이 특정쟁점에 대해 고심하여 도출한 판결일체를 구체적으로 검토

현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.

② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.

68) 실제로 우리 법원[대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결]은 "*이는 징벌적 손해배상과 같이 손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정재판등의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마련된 규정이다.* 따라서 외국법원의 확정재판 등이 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에는 민사소송법 제217조의2 제1항 을 근거로 승인을 제한할 수 없다."고 하여, 본 조를 기초로 대한민국의 법체계와 극도로 상이한 외국판결의 효력을 제한하고 있다.

하지 않는다는 것이다. 그러나 이러한 입장은 CISG 제7조 제1항의 무력화는 물론, 합리적인 판결도출을 위한 노력의 부재라는 비판을 면치 못할 것이다.

Ⅳ. 도출(導出)

지금까지 CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 학설·판례·국내법적 현실을 모두 검토하였으나, 일관된 법리가 정립되어 있지 않음은 물론, 해당 쟁점을 입법적으로 해결하려는 노력 또한 감지되지 않고 있다. 그리고 이러한 사회현상은, CISG 제7조 제1항의 입법취지 즉, "CISG의 통일적 해석"과 "국제무역질서의 항상성 유지"를 와해시키는 결과를 낳을 염려가 있다. 그러한 측면에서, 이하에서는 CISG 제7조 제1항의 입법취지를 살릴 수 있는 해석론을 제시할 것이며, 이는 적극적 차원에서 "법제사적 고찰"을, 소극적 차원에서 "규범조화적 고찰"을 전제로 한 것이다.

1. 법제사적 고찰

먼저, 법제사적 고찰을 하고자 한다. CISG 개별조항의 의미가 분명치 않은 경우에는, 입법자의 의도를 되새겨보는 것이 큰 의미가 있다. 특히 CISG 법제초안(*travaux prépartoires*)[69]은 법제사적 고찰이 가능하게 하는 매우 유용한 자료가 된다. 입법자의 의사를 초월한 자의적 해석·적용은 고도의 내부편향성에 다름 아니기 때문이다.

---

69) CISG 법제초안은 UNCITRAL 웹페이지 중 "*Travaux préparatoires* ; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)" 페이지에서 전문을 찾을 수 있다<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html>. 그리고 해당 법제초안은, 세 차례에 걸쳐 이뤄진 1차 워킹그룹회의·일곱 차례에 걸쳐 이뤄진 2차 워킹그룹회의·열 세 차례에 걸쳐 이뤄진 위원회의 결과보고서로 구성되어 있다. 이하에서 언급하는 법제초안의 입장은, 해당 문서들을 고찰하고 난 이후에 기술된 것이다.

(1) CISG 제74조 쟁점에 대한 고찰

일부 학자들은 CISG 법제초안에 대해 사료(史料)를 검토하지 않은 채, 계약당사자 간 별도의 합의가 존재하는 경우를 제외하고, 소송 전·소송상 변호사비용이 CISG 제74조의 결과적 손해로 당연히 포섭되는 것이라 해설하고 있다.[70] 법제초안에서 변호사비용과 관련한 추가적 논의가 없었다는 것은, 변호사비용의 문제를 따로 배제시킬 의도가 없었다는 것으로 받아들일 수 있고, 이러한 상황에 있어서는 CISG 제7조 제2항[71]에 규정된 것처럼, 제74조의 일반원칙, 즉 완전배상의 원칙을 따라서 변호사비용이 CISG의 손해에 포섭되어야 한다는 견해이다.[72]

하지만 성안 과정에서 변호사비용과 관련해 논의가 전무한 것에 대해서, 위와 같은 견해가 도출되는 것에는 의문이 있다. 소송 전·소송상 변호사비용을 CISG 제74조의 손해로 포섭시켜야 한다는 CISG 법제초안에서의 논의 부재는, 배제시킬 의도가 없었다는 것이 아니라, CISG 성안작업에 참여한 법률전문가 전원이, 해당 비용을 CISG 제74조의 결과적 손해로서 고려치 않았다는 것이다.[73] 법률전문가 스스로가 소송상 변호사비용을 CISG 성안과정에서 전혀 논의하지 않았다는 것은, 입법에 참여했던 법률전문가들이 해당비용을 절차법적 손해로서 체약국의 국내법으로 해결되면 족한 것으로 인식했음을 반증하는 것이다.

(2) CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 고찰

CISG 제7조 제1항의 쟁점 또한 마찬가지다. 만약 본조로 인해 법역을 초월한 선례구속의 원칙이 창설되는 것이라면, 이에 대한 치열한 학설대립

---

70) CISG 제74조 쟁점에 대한 학설 중, 포함설의 입장에 서있는 학자들이라 하겠다.

71) CISG 제7조 ② 이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다.

72) Kathleen Mcgarvey Hide, “Damages under CISG: Attorneys′ Fees and Other Losses in International Commercial Law”, 29 J. Transnat′l L. & Pol′y 1 (2020), p. 44.

73) John O. Honnold, “Documentary History of the Uniform Law for International Sales : The studies, deliverations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations”, Springer Netherlands(1989), pp. 89~91.

이 촉발되었을진대, 그러한 논의는 익히 알려진 바 없다. 물론, CISG를 해석·적용한 각국 법원의 선례가 있다면, 인터넷 데이터베이스를 매개로 각국 법관들의 지혜를 손쉽게 참조할 수 있을 것이며,[74] 이 정도의 과업은 본조를 통해 법관에 부여되어도 무방할 것이다. 그러나 이러한 의무 또한 CISG 법제초안에는 존재하지 않는 것이다. 인터넷 서비스 제공의 상용화·보편화가 1990년 이후에 이뤄졌다는 사실을 환기시켜 본다면, 1980년 4월 11일 성안된 CISG의 입법자들이, 물리적으로 불가능에 가까운 각국 판결의 집적·참조를 요구할리 만무하기 때문이다.

2. 규범조화적 고찰

이어서, 규범조화적 고찰을 하고자 한다. 특정 법리에 대한 계통이 전세계적으로 양분되어 발전해 왔으며, CISG가 이에 대한 명확한 입장을 입법적으로 표현하지 않은 경우에는, 양 계통의 입법을 완전히 도외시 하거나, 혹은 양 계통의 충돌을 불러일으키는 해석·적용은 지양되어야 할 것이다. CISG와 국내법의 첨예한 대립을 노정한 국가는 CISG의 서명·비준·발효를 저어할 것이며, 체약국조차도 탈퇴의 기로에 설 것이기 때문이다.

(1) CISG 제74조 쟁점에 대한 고찰

소송상 변호사비용에 대해서, 미국식 부담방식과 영국식 부담방식이 법역(法域)마다 상이하게 도입되어 있으며, 전자의 방식은 각자 부담을 원칙으로 후자의 방식은 패소자부담을 원칙으로 하고 있음은 주지하는 바와 같다. 그러므로 체약국들의 입법자들이 이중, 어떠한 방식을 택일했는지는 무관하게, 소송상 변호사비용은 체약국의 국내법상 절차법적 문제로 인식되고 있음은 너무나도 명확하다. 문제는 소송 전 변호사비용 또한 절차법적 손해로 논리 일관할 수 있는지 여부라 할 것이다. 그러나 소송 전 변호사비용은, 분쟁해결의 목적을 가지는 것이라면, 전 범위를 ADR 비용으로 계상할 것이

74) Harry M. Flechtner, *supra* note 9, pp. 141～142.

며, 해당비용의 부담은 ADR을 규율하는 개별 규범이 상세하게 정하고 있을 것이다.[75] 그러한 측면에서, 각 법역의 국내규범과 ADR 국제규범을 전혀 고려치 않은 채, 소송 전·소송상 변호사비용을 CISG 제74조의 결과적 손해로 계상하는 것은 규범조화적 해석·적용이 아니라 할 것이다.

(2) CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 고찰

CISG 제7조 제1항의 쟁점 또한 마찬가지다. 불문법계 국가는 판례의 법원성을 인정하고 선례구속의 원칙을 채택하는 한편, 대륙법계 국가는 판례의 법원성을 부정하고 선례구속의 원칙 또한 채택하지 않고 있음은 주지하는 바와 같다. 특히, CISG 제7조 제1항이 명문으로 판례의 법원성과 선례구속의 원칙을 인정하지 않는바, 불문법계 국가의 입법과 사법적 전통을 일방적으로 옹호하는 해석·적용은, 대륙법계 국가의 입법과 사법적 전통과의 충돌을 불러일으킬 것이 자명하다. 다시 말해, CISG 제7조 제1항에 국경을 초월한 선례구속 원칙의 창설효를 부여하는 것 자체가, 규범조화적 해석·적용과는 거리가 멀다는 것이다. 물론, 각국에 산재한 CISG 관련 판례를 참조함에 있어, 선례를 창출한 법원의 심급·따름 판례의 존재 여부·당해법원과 재판부의 섭외사건 처리경력·내부편향성 존재 여부를 충분히 고려할 필요는 있다고 할 것이다.

3. 소결

이제는 상기한 법제사적·규범조화적 고찰에 근거하여 학설·판례를 평가하고, 대한민국 법원이 CISG 제74조 쟁점·CISG 제7조 제1항 쟁점을 장래 다루게 될 것을 예비하여, 구체적 해석론을 제시할 것이다.

---

75) 일례로 우리 중재법은 제34조의2에서, 중재판정부가 개별적·구체적 사정을 고려하여 중재비용의 분담을 정하도록 규정하고 있으며, 민사조정법은 제37조 제1항에서 미국식 부담방식을 원칙으로 조정이 성립하지 않는 경우만 영국식 부담방식을 따르고 있다. 이는, ADR 관련 국제규범의 경우도 마찬가지라 할 것이다.

(1) 학설에 대한 평가

1) CISG 제74조 쟁점에 대한 평가

CISG 제74조의 손해에 변호사비용이 포함되는지에 대해서 지속적으로 논의되고 있다. 특히나 자주 주장되고, 견해가 대립되는 부분은 인과관계, 당사자간 불평등의 문제가 있을 것이다.

인과관계의 측면에서 보면, 소송에 대한 변호사비용은 계약위반으로서 당연히 예측가능한 결과가 아니며, 계약위반과 변호사비용의 청구 사이의 인과관계는 단절된 것으로 봐야 하기에, 제74조의 손해에 불포함 되어야 한다는 견해가 있다. 다시 말해, 계약위반과 소송의 인과관계를 명확하게 구분을 해야 한다는 것이며, 변호사비용은 계약위반이 아닌 소송으로 인해 발생한다는 것이다.[76]

하지만, 이에 반대하는 견해를 살펴보면, 계약위반이 없었더라면, 소송으로 인해 변호사비용이 발생하지도 않았을 것이라고 하며[77] 즉, 계약위반과 소송 간에는 인과관계가 있다고 주장한다.[78] 또한, 계약 체결의 목적은 자신의 권리와 의무를 구체화하고, 나아가 계약위반이 발생했을 시 자신의 권리를 행사하기 위함일 것이라고 하며, 이러한 제반사정으로 보았을 때, 계약체결시점에 당사자들은 손해로서 변호사비용을 충분히 고려하고 있었을 것이라고 주장한다.[79]

다음으로 당사자 간에 불평등을 이유로 변호사비용이 CISG에서의 손해에 불포함되어야 한다는 입장을 살펴보면, CISG 제74조를 통해 변호사비용의 배상이 이루어진다면, 승소한 피고의 경우에는 원칙적으로 변호사비용을 상환받지 못하는 불평등이 발생한다는 것이다. 즉, 승소한 원고만이 변호사비용을 배상받을 수 있기 때문에, 이는 매도인과 매수인의 평등의 원칙에

76) Kathleen Mcgarvey Hide, *supra* note 72, p. 54.

77) 소송 과정에서 일어나는 모든 과정에 대해서 인과관계가 있다고 할 수 없음은 물론이다. 예컨대, 소송으로 가는 길에 우연한 일로 발생한 손해가, 계약위반이라는 사안과 인과관계가 있다고 보는 것에는 의문이 있다.

78) Burno Zeller, "Attorney's Fees – Last Ditch Stand?", 58 Vill. L. Rev. 761 (2013), p. 769.

79) *Ibid.*, p. 768.

반하는 결과를 발생하게 된다는 것이다.[80] 하지만, 이에 반대하는 견해에 따르면, 계약위반이 없는 경우(피고의 승소) 변호사비용의 문제와 관련해서는 국내법을 통해 구제책을 찾으면 된다는 것이다. 그리고 이어서, 평등은 CISG만을 통해서만 이루어지는 것이 아닌, 사안에 적용될 준거법을 통해서도 보장될 수 있을 것이라 한다.[81]

본 논문은 CISG 제74조 쟁점에 대해, 불포함설을 지지한다. 포함설이 법제사적 근거가 없고 규범조화적 해석이 불가능하다는 점은 상기에 검토한 바와 같다. 그리고 위에 논의된 것 외에, 추가적으로 포함설은 CISG의 거래법적 본질을 간과하고 있다. 변호사비용은 소송 전·소송상을 막론하고 분쟁해결을 위한 절차법적 비용으로서, 이것을 CISG 제74조에 포섭하는 것은, CISG의 거래법적 성격을 초월하게 되는 것이다.

2) CISG 제7조 제1항 쟁점에 대한 평가

본 논문은 CISG 제7조 제1항 쟁점에 대해, 부정설을 지지한다. 긍정설이 법제사적 근거가 없고 규범조화적 해석이 불가능하다는 점은 상기에 검토한 바와 같다. 첨언하자면, 긍정설은 CISG 제7조 제1항이 명문화한 통일성·국제성을 “획일성”·“일방성”으로 오독(誤讀)하고 있다는 점을 강조하고 싶다. 특히 이러한 견해에 일관할 경우, 정반합의 상호적 법리발전을 기대할 수 없을 것이다.

(2) 판례에 대한 평가

상기 검토한 각국의 판례 중에서, CISG 제74조 쟁점에 대해 포함설을 취하거나, CISG 제7조 제1항 쟁점에 대해 긍정설을 취한 경우는, 학설에 대한 평가와 동일하게, 법제사적 근거가 없고 규범조화적 해석이 불가능하다는 점을 재차 강조하는 바이다. 그러한 측면에서, 프랑스 파리 국제상공회의소 중재판정부 중재판정은 소송 전·소송상 변호사비용 일체를, 독일 아우크스부르크 지방법원 판결은 소송 전 변호사비용을, 독일 함부르크 중재재판

80) CISG-AC Opinion no. 6, Comments, para. 5.4.
81) Burno Zeller, *supra* note 78, p. 766.

소 중재판정은 중재절차 상 변호사비용을, 독일 뒤셀도르프 고등법원판결은 소송 전 변호사비용을, 스위스 아르가우 상사법원 판결은 소송 전·소송상 변호사비용 일체를, 미국 북부 일리노이 지방법원 원심판결은 소송상 변호사비용을, CISG 제74조 손해에 포섭시켰다는 측면에서 비판의 여지가 있다. 미국 제7 연방항소법원 항소심 판결이 소송 전 변호사비용을 CISG 제74조의 손해에 포섭시킬 여지를 보였다는 점 또한 마찬가지의 비판이 가능하다. 그나마 독일 알스펠트 지방법원과 미국 제7 연방항소법원 항소심 판결이, 소송상 비용을 절차법적 손해로 산정하여 국내법적으로 처리한 것은, 평가할 만하다. 각국의 여러 판례를 살펴보았지만, 타 국의 선례를 명시적으로 드러낸 바 없는 것 또한, 마냥 옳다고 침묵하기 어려울 것이다.

(3) 구체적 해석론

CISG 제74조 쟁점에 대해, 우리 법원은 CISG의 실체법적 성격과, 민사소송법 제98조·민사소송법 제217조의2 제2항·민법 제393조, 중재법 제34조의2, 민사조정법 제37조 제1항과 같은 국내법을 모두 고려한 가운데, 소송 전·소송상 변호사비용 일체를, CISG 제74조의 손해로 포섭시키지 않아야 할 것이다.

CISG 제7조 제1항 쟁점에 대해, 우리 법원은 판례의 법원성을 부정하고 선례구속의 원칙을 채택하지 않은 법원조직법 제8조·민사소송법 제217조의 국내법적 사정에 예속될 것이 아니라, 각국의 관련 판례를 참조하여 지혜를 구하는 한편, 이를 토대로 건전한 비판과 새로운 법리를 창출하여, CISG 관련 판례법리 발전에 기여해야 할 것이다.

Ⅴ. 결 어

지금까지 본 논문은, CISG 제74조 쟁점에 대해 각국 법원의 판례가 상충하고 있는 사회현상, 이로 인해 CISG 제7조 제1항의 쟁점이 촉발되는 사회현상을 공히 해결하기 위해, 학술적 논의를 전개해 왔다. 그리고 이를 위해 각국의 학설 판례를 정리하고, 대한민국의 사법적 현실을 조망하는 한편,

법제사적 고찰·규범조화적 고찰을 기초로 한 국내법적 해석론을 도출하였다. 그리고 본 논문은, 전자의 쟁점에 대해서 불포함설의 입장을, 후자의 쟁점에 대해서 부정설의 입장을 각 견지하고 있다.

CISG는 국제물품매매를 통일적으로 규율함으로써, 국제무역질서의 항상성을 유지하고자 성안된 것이며, 그것이 바로 CISG 제7조 제1항의 명문규정을 마련한 이유이기도 하다. 그럼에도 불구, 동일한 법률적 쟁점에 상이한 판결이 현출되고 또, 확립된 법리로서 체계화되지 않는 사회현상은, CISG의 입법취지에 균열이 발생하는 것으로 평가할 수 있겠다. 그러나 이러한 균열상태는 역설적으로, CISG 제7조 제1항의 입법취지에 부합한 해석론을 강구(講究)함으로써 해결될 수 있다. 그러한 측면에서, CISG 제7조 제1항의 입법취지에 따라 상기의 두 가지 쟁점을 일관성 있게 해결코자 했던 본 논문의 노력이, 당해 쟁점에의 적절한 해석론이 되는 것은 물론, 향후 또 다른 입법목적상 균열상태를 해소하는 “적절한 기준”이 될 수 있기를 바라 마지않는다.

국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 하에서 손해의 범위에 관한 연구 - 신 창 섭·남 기 윤	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	2021.12.07.	2021.12.29.

[참고문헌]

<국내문헌>

곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2006.

권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 「연세글로벌비즈니스 법학연구」 제2권 1호, 2010.

김증한·김학동, 민법총칙(제9판), 박영사, 1995.

민일영·김능환(대표편집), 주석민사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 2012.

사법연수원, 미국민사법, 한양당, 2000,

서희원, 영미법강의(개정판), 박영사, 1994.

이시윤, 신민사소송법(제14판), 박영사, 2020.

이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구 -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 3호, 2014.

최원준, “채무불이행으로 인한 손해배상의 범위”, 「법학연구」 제15권 1호, 2007.

피정현, “영미법상의 Common Law”, 「법학연구」제16권, 1999.

_____, “영미법상의 선례구속의 원칙”, 「원광법학」 제24권 1호, 2008.

홍일표, “판례의 형성과 구속력의 범위”, 「일감법학」 제12호, 2007.

<해외문헌>

Burno Zeller, Attorney's Fees – Last Ditch Stand?, 58 Vill. L. Rev. 761 (2013).

Franco Ferrari, “CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters?”, 17 J.L(1998).

Harry M. Flechtner, “Recovering Attorney's Fees as Damages under the U.N. Sales Convention(CISG) : The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Banking”, 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 121 (2002).

_____, “Remedies under the New International Sales Convention : The Perspective from Article 2 of the U.C.C.”, 8 J.L. & Com. 53 (1988).

Indira Carr, *International Trade Law*(4th ed), Routledge·Cavendish(2010),

Ingeborg Schwenzer, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods*(3rd ed), Oxford University Press(2010).

John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales : The studies, deliverations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*(1st ed), Springer Netherlands(1989).

Kathleen Mcgarvey Hide, “Damages under CISG: Attorneys' Fees and Other Losses in International Commercial Law”, 29 J. Transnat'l L. & Pol'y 1 (2020).

Larry A. DiMatteo, “The CISG and the Presumption of Enforceability : Unintended Contractual Lability in International Business Dealings”, 22 Yale J. Int'l L.(1997).

Michael G. Davies, “International Sales of Goods : Do Not Ignore United Nations Convention”, N.Y.L.J.(1999).

【국문초록】

CISG는 국제물품매매를 규율하는 가장 영향력 있는 국제규범이며, 2021년 현재 94개국이 가입한 사실이 이를 증명하고 있다. CISG는 국제물품매매를 통일적으로 규율함으로써 국제무역질서의 항상성을 유지케 하고자 성안되었으며, 이는 CISG 제7조 제1항의 명문규정의 내용에 또렷이 반영되어 있다.

그러나 “CISG 제74조 상 손해배상의 범위에 변호사비용이 포섭되는지 여부”에 대한 쟁점은, 각국 법원의 판례가 상충하고 있는 상황으로, “CISG 제7조 제1항 상 국경을 초월한 선례구속 원칙의 창설여부”에 대한 쟁점까지 촉발시키고 있다. 그리고 이러한 사회현상이 전(全)지구적으로 심화될수록, “CISG의 통일적 해석”과 “국제무역질서의 항상성 유지”라고 하는, CISG 제7조 제1항의 입법취지가 와해될 염려가 있다.

그럼에도 불구하고, 학설은 CISG 제74조 쟁점은 포함설·불포함설로, CISG 제7조 제1항 쟁점은 긍정설·부정설로 대립하는 한편, 각국 법원 또한 내부편향성으로부터 독립하지 못한 채 우발적·비체계적으로 판례를 집적시키고 있다. 심지어 이러한 법률쟁점은 대한민국 학계와 실무에서 공히 논의된 바 없고, 국내법적으로도 소송 전·소송상 변호사비용 부담·계약위반으로 인한 손해배상 범위·판례의 법원성과 선례구속·외국판결에의 존중과 관련한 고유의 법리가 형성되어 있어, 향후 관련 섭외사건이 발생하는 경우 적지 않은 혼란이 예상된다.

이에 본 논문은, “CISG의 통일적 해석”과 “국제무역질서의 항상성 유지” 즉, CISG 제7조 제1항의 입법취지를 되새김으로써, 관련쟁점에 대한 올바른 해석론을 도출하고자 했다. 그리고 이는 이하의 두 가지 고찰을 통해 이뤄졌다.

첫 번째로, 관련쟁점에 대한 법제사적 고찰을 선행했다. 이는, CISG 법제초안(*travaux prépartoires*)을 참조하여 이뤄진 것인데, 입법자의 의사를 초월한 자의적 해석·적용은 고도의 내부편향에 다름 아니라는 문제의식에 기초한 것이다. 실제로 CISG 법제초안에서는 (소송 전·소송상)변호사비용

과 같은 절차법적 손해와 국경을 초월한 선례구속의 창설에 대한 일체의 언급을 삼가고 있다. 이는 포함설·긍정설의 주장을 약화시키는 논거가 된다.

두 번째로, 관련쟁점에 대한 규범조화적 고찰을 선행했다. 이는, CISG와 국내법의 첨예한 대립을 노정한 국가는 CISG의 서명·비준·발효를 저어할 것이며, 체약국조차도 탈퇴의 기로에 설 것이라는 문제의식에 기초한 것이다. 분쟁해결비용을 절차법적으로 인식하는 각국의 민사절차법과 각종 ADR 규범을 완전히 도외시하거나, 판례의 법원성과 선례구속의 원칙을 인정하는 불문법계 전통만을 존중한다면, 체약국에 갈등과 혼란을 불러일으키게 될 것이다. 이 또한 포함설·긍정설의 주장을 약화시키는 논거가 된다.

상기의 고찰이후 본 논문은, CISG 제74조 쟁점과 CISG 제7조 제1항 쟁점에 대해 각 불포함설·부정설로 일관하는 것이, CISG 제7조 제1항의 입법취지에 합치한 해석론이라 주장하고 있다. 마지막으로 본 논문은, CISG 제7조 제1항의 입법취지를 적극 활용했던 본 논문의 새로운 시도가, CISG의 합리적 해석방법의 하나로 자리매김 할 것을 기대하면서, 논의를 매듭짓고 있다.

【Abstract】

A Study on the Scope of Loss under United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

- Focusing on whether to include the lawyer's fees or not -

Chang-Sop Shin
(Professor, Korea University Law School)
Ki-Yun Nam
(Researcher, Legal Research Institute of Korea University)

CISG is the most influential international institution that regulates the international sale of goods, and currently in 2021, this is proved by the fact that 94 countries have signed, ratified and effectuated. CISG was drafted to maintain the sustainability of international trade rules by regulating the international sale of goods in uniform, and this is clearly reflected in the details of substantive enactment in CISG Article 7 (1).

However, with regard to the issue on "inclusion of lawyer's fees in the scope of compensation for loss on CISG Article 74", precedents of courts in each country are in contradiction, and it even triggers the issue of "Establishment of Stare decisis transcending national borders on CISG Article 7 (1)". In addition, as this social phenomenon is being intensified globally, there are concerns of the purpose of legislation in CISG Article 7 (1), the "unificative interpretation of CISG" and "maintaining sustainability in international trade rules" being disrupted.

Meanwhile, theoretically, the CISG Article 74 issue is to include or

not include, and the CISG Article 7 (1) issue is opposed with positive and negative, but the courts of each country are accumulating precedents incidentally and unsystematically without being independent from internal biases. Moreover, this legal issue was in fact never discussed by the academic world and practice in Korea, and the domestic laws also have unique legal principles formed related to the taking responsible of the lawyer's fees before and during the lawsuit, scope of compensation for losses from breach of contract, binding authority of precedent and stare decisis, and respect to the foreign judgment, so the considerable amount of confusion is expected in the case of relevant conflicts of laws in the future.

Therefore, in this study, the "unificative interpretation of CISG" and "maintaining sustainability in international trade rules", in other words, the purpose of legislation on CISG Article 7 (1) were mediated to derive the appropriate theory of interpretation on the relevant issue. In addition, this was enabled through the two considerations shown below.

First, considerations were made in advance in terms of legal history on the relevant issue. This was enabled by referencing the CISG *travaux prepartoires*, and the arbitrary interpretation and application transcending the intention of the legislator is based on the critical mind nothing but intense internal biases. In fact, the CISG *travaux prepartoires* are avoiding any comment on the establishment of stare decisis transcending procedural legal loss and border such as lawyer's fees (before and during lawsuit). This is a basis for an argument that weakens the claims on the theory of inclusion and being positive.

Secondly, prior considerations were made on the institutional harmony on the relevant issue. This is based on the critical mind that the country disclosed with a sharp opposition between CISG and domestic law shall fear signature, ratification and effectuation by CISG, and that

even the contracting countries stand in the crossroads of withdrawal. If the civil case procedural law of each country recognizing the dispute settlement costs in terms of procedural law and various ADR institutions are completely ignored, or if only the tradition of customary law acknowledging the binding authority of precedent and stare decisis is respected, it will bring conflict and confusion on the contracting countries. This is also a basis for an argument that weakens the claims on the theory of inclusion and positivity.

From the considerations shown above, this study insists that being consistent to the theory of non-inclusion and negativity on CISG Article 74 Issue and CISG Article 7 (1) Issue is a theory of interpretation that agrees with the purpose of legislation on CISG Article 7 (1). Lastly, the discussions on this study are concluded by an expectation that the new attempt in this study of actively utilizing the purpose of legislation on CISG Article 7 (1) will be stabilized as a rational interpretation method of CISG.

주제어(Keywords) : 변호사비용(Lawyer's fees), CISG 제74조(CISG Article 74), CISG 제7조 제1항(CISG Article 7 (1)), 계약위반 책임(Breach of Contract Liability), 선례구속의 원칙(Stare decisis)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.217

유전자원에의 접근 및 이익배분에 관한 나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰*

이 선**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 세계다자이익배분체제의 의의
Ⅲ. 필요성 분석
1. 월경성 상황
2. PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 경우
Ⅳ. 형식 구성 방향에 대한 제언
1. 법적 형식
2. 적용범위
3. 이익배분의 대상 및 배분방법
4. 기금마련
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

천연자원이 경제발전에서 차지하는 중요성에도 불구하고 전통적으로 천연자원을 자국 영토 내에 보유하고 있다는 사실 만으로 그 국가에 대한 어떠한 권리도 인정되지 않았었다. 이에 따라 소위 생물해적행위(biopiracy)가 빈번하게 행해졌고 필연적으로 천연자원 보유국과 이의 이용자 또는 개발자 간 긴장과 마찰이 야기되어왔다.

---

* 본 논문은 필자의 박사학위논문을 바탕으로 2021년 대한국제법학회 국제법학자대회에서 발표한 내용을 수정 및 보완한 것임을 미리 밝힙니다.

** 고려대학교 법학연구원 전임연구원.

이를 인식하여 1992년 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, 이하 CBD)은 천연자원에 대한 국가의 주권적 권리를 명시적으로 인정하고 유전자원에의 접근 및 이익배분(Access and Benefit-Sharing, 이하 ABS)에 대한 틀을 마련하였다.[1] 이어 2010년, CBD의 부속의정서인 "유전자원에 대한 접근 및 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분에 관한 나고야의정서"(Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization, 이하 나고야의정서)가 채택되면서 ABS를 다루기 위한 보다 구체적인 장치가 마련되었다. 나고야의정서는 천연자원에 대한 국가의 항구적 주권 원칙에 따라 유전자원 제공국과 이용자의 양자적 관계를 중심으로 ABS를 규정한다. 동 의정서는 양자적 이익배분체제를 통해 생태계의 관리자에게 정당한 대가를 지불함으로써 생물다양성을 보전하고 그 구성요소를 지속가능하게 이용하는데 목적을 두고 있다.

---

1) 'benefit sharing'이라는 용어의 국문번역은 대체로 '이익공유'로 되어있다. 그런데 국립국어원 표준국어대사전에 따르면 국문으로 '공유'라 함은 통상적으로 두 사람 이상이 한 물건을 공동으로 소유하는 것을 의미한다. 그런데 'sharing'이라는 영문은 사전적으로 두 가지를 의미한다. 첫째, 다른 이와 함께 동시에 무엇을 이용, 점유, 또는 향유하는 것을 가리킨다. 둘째, 무엇을 다른 이와 나누어 일부를 가지는 것을 뜻한다. *Black's Law Dictionary*에 따르면 'sharing'의 원형인 'share'의 법적 정의를 동사로는 '무엇을 부분으로 나누다'(do divide (something) into portions)를, 명사로는 '소유, 기여 등에 의해 어떤 자에게 할당된 일부'(alloted portion owned by, contributed by, or due to someone)로 내리고 있다.
나고야의정서의 채택배경에 생물해적행위가 자리 잡고 있다는 점을 상기하면, 'sharing'이 위 두 가지 뜻 중 무엇과 더 긴밀한 관계를 맺고 있는지 분명해진다. 나고야의정서에 투영된 유전자원 제공국들의 기본 자세는 유전자원의 불법취득을 통해 발생한 막대한 이익에는 분명 제공국의 몫이 인정되어야 하고, 이러한 대가의 요구는 유전자원 제공국의 정당한 권리라는 것이다. 이를 고려하면 나고야의정서의 'benefit-sharing'은 유전자원 제공자와 이용자가 이익에 대한 소유권을 공동으로 가지는 것이라기보다는, 각자에게 마땅한 몫을 나눈다는 배분(distribution)의 의미에 가깝다고 보는 것이 타당하다. 이에 따라 본 연구에서는 'benefit-sharing'이라는 용어의 국문번역을 '이익배분'으로 하였다.
국립국어원 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=30164&searchKeywordTo=3 (2021년 11월 4일 검색); Brian A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (West, 2009), p. 1500; Jekwu Ikeme, "Equity, Environmental Justice and Sustainability: Incomplete Approaches in Climate Change Politics", *Global Environmental Change*, Vol. 13, Issue 3 (2003), p. 199 참조.

그러나 나고야의정서 이행의 실효성에 대해서는 적지 않은 비판이 제기되고 있다. 특히 나고야의정서의 양자적 이익배분체제는 그 수립과정에서 이미 작동 불가능한 상황이 예견되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 나고야의정서에 따르면 유전자원 이용자는 유전자원 제공국으로부터의 사전통고승인(Prior Informed Consent, 이하 PIC)을 받고, 유전자원 제공자와 이익배분을 위한 상호합의조건(Mutually Agreed Terms, 이하 MAT)을 체결해야 한다. 이러한 양자적 이익배분체제는 이익배분을 받을 주체가 특정되어야 비로소 작동할 수 있다. 이는 달리 말하면 유전자원에의 접근 허여에 관한 권리자가 불분명한 상황에는 설령 유전자원의 이용으로부터 이익이 하더라도 이의 배분이 이루어질 수 없는 결과로 이어짐을 의미한다.

이러한 측면을 고려할 때, 나고야의정서 제10조를 조명해 볼 필요가 있다. 동 조항에서는 양자적 이익배분체제가 작동할 수 없는 경우 다자적 방식으로 이익배분이 이루어질 수 있도록 세계다자이익배분체제(Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism, 이하 GMBSM) 수립의 필요성(need)과 법적 형식(modalities)을 고려하도록 규정하고 있다. 실제 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 적용되지 않는 상황이 발생하고 있다는 의견이 제기되면서 CBD 제13차 당사국총회(COP13) 및 제2차 나고야의정서 당사국회의(COP-MOP2)에서 GMBSM 수립과 관련한 논의가 본격적으로 시작되었다. 그러나 GMBSM은 아직까지 설치 고려의 대상에 머무르고 있는 실정이다. GMBSM의 수립을 요구하는 개발도상국과 동 체제 수립의 필요성 자체에 회의적인 시각을 가지고 있는 선진국간의 합의가 이루어지지 않아 치열한 논의가 지속되고 있기 때문이다.

GMBSM 수립 논의는 COP-MOP의 핵심의제로 많은 주목을 받고 있는 만큼, 본 연구는 GMBSM의 의의를 알아보고 GMBSM 수립의 필요성이 충족되었는지에 대해 검토하도록 한다. 나아가 GMBSM의 법적 형식에 대한 전체적인 틀을 제시함으로써 GMBSM 구상의 구체화에 보탬이 되고자 한다.

Ⅱ. 세계다자이익배분체제의 의의

나고야의정서 제10조는 GMBSM에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.[2] 당사국들은 월경성 상황 또는 PIC의 부여나 획득이 불가능한 상황에서 유전자원 및 유전자원 관련 전통지식 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분을 다루기 위한 세계다자이익배분체제의 필요성 및 형식을 고려한다. 동 체제를 통해 유전자원 및 유전자원 관련 전통지식의 이용자로부터 배분된 이익은 전세계적으로 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용된다.

위 조항에서 언급하고 있는 GMBSM의 필요상황을 고려할 때, GMBSM은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동하지 못하는 상황 발생 시에도 이익배분을 촉진하고 보장하기 위한 장치라고 볼 수 있다.[3] 즉, 실제 양자적 이익배분체제의 운용에서 발생하는 문제점을 진단하고 이에 대한 해결책을 모색하여 나고야의정서상 이익배분이 보다 효과적으로 이루어지도록 보완하는 규정이라는 점에서 의미가 있다.[4]

그러나 앞서 언급한 것처럼 GMBSM은 아직까지 그 설치가 확정된 것이 아닌, 설치의 고려 대상이다. 나고야의정서 제10조는 나고야의정서의 실질적 이행의 도모를 위한 것이지만, 동 조항의 도입에는 나고야의정서 협상 당시 이견이 좁혀지지 않은 논의를 동 의정서 채택 이후로 연기하기 위한

---

2) 나고야의정서 제10조의 원문은 다음과 같다.
Article 10. Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism
Parties shall consider the need for and modalities of a global multilateral benefit-sharing mechanism to address the fair and equitable sharing of benefits derived from the utilization of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that occur in transboundary situations or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent. The benefits shared by users of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources through this mechanism shall be used to support the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components globally.

3) Thomas Greiber, *et al.*, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing* (IUCN, 2012), p. 127.

4) 김기현, 박수진, “나고야 의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제60권 제1호(통권 제136호, 2015), 14면.

극적 타결이라는 배경이 깔려있다.[5] 따라서 GMBSM의 설치가 논의되기 위해서는 GMBSM의 필요성에 대한 합의가 선결되어야 한다.

전반적으로 당사국들은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 적용불가능한 경우가 있다는 점에 대해서는 인지하고 있는 상황이다.[6] 그러나 GMBSM 설치의 필요성 여부에 대해서는 의견이 첨예하게 대립하고 있다. 유전자원 제공국들은 나고야의정서의 이행에 있어 GMBSM은 반드시 필요하다는 입장을 강하게 내세우고 있다. 이들은 GMBSM의 필요성은 이미 충분히 논의되었기 때문에 이제는 GMBSM의 형식에 대해 논의해야 함을 주장하고 있다. 한편 유전자원 이용국과 제10조 전문가그룹(Expert Group on Article 10 of the Nagoya Protocol)은 GMBSM의 필요성 자체에 의문을 제기한다. 아직까지 나고야의정서의 이행을 위한 국내법이 완전하게 마련되지 않은 가운데 GMBSM의 도입을 논하는 것은 시기상조라는 것이다. 이들에 따르면 GMBSM의 필요성에 대해서는 추가적인 심도 있는 논의가 필요하며 이를 위해서는 국가들의 경험이 더 많이 축적되어야 한다.[7]

Ⅲ. 필요성 분석

나고야의정서 제10조에 따르면 GMBSM이 고려될 수 있는 상황은 월경성 상황(transboundary situation), 또는 PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 상황으로 나누어진다. 아래에서는 이러한 상황의 발생 가능성과 발생시 GMBSM이 과연 필요한지에 대해 검토하도록 한다.

---

5) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 127.

6) COP-MOP2, *Decision Adopted by the Parties to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/MOP/DEC/2/10 (17 December 2016), preamble para. 3.

7) Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing (hereinafter referred to as Expert Group Meeting on Article 10), *Report of the Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4 (2 February 2016), para. 41 참조.

1. 월경성 상황

1) 의미

CBD 및 나고야의정서는 월경성 상황에 대해 명확히 규정하고 있지 않다. 그러나 나고야의정서 제11조는 월경성 협력(transboundary cooperation)에 대해 규정하고 있어 이를 참고해볼 수 있다. 동 의정서 제11조는 다음과 같다.

> 동일한 유전자원이 둘 이상의 당사국 영토 내에서 현지 내(in situ) 상태로 발견되는 경우, 그러한 당사국들은 동 의정서의 이행을 위해 적절히 협력하고 적용 가능한 경우 관련 토착민 및 지역공동체(Indigenous Peoples and Local Communities, 이하 IPLC)가 참여할 수 있도록 노력한다.

월경성 상황에 대해 제10조 전문가그룹은 ⅰ) 둘 이상의 당사국 내에서 유전자원이 현지 내 상태로 발견되는 경우 및 ⅱ) 여러 당사국 내 둘 이상의 IPLC에 의해 유전자원 관련 전통지식이 공유되고 있는 경우로 나누어 검토하고 있다.[8)]

월경성 상황과 관련하여 중요한 문제 중 하나는 유전자원의 동일성 판단 기준이다. 분류학(taxonomy) 정보를 고려하였을 때 지역적 환경과 기후에 적응하여 고유한 특성을 가지게 되는 유전자원이 일부 존재하는 것은 사실이다. 그러나 많은 경우 특정 유전적 특질을 가지고 있는 유전자원은 한 국가에만 존재하지 않고 다수 국가의 국경에 걸쳐 있거나 다수의 국가에서 발견된다.[9)]

유전자원의 동일성에 대해 통일된 의견은 아직까지 도출되지 않았으므로 그 판단 기준에 대해서는 향후 논의를 지켜보아야 할 것이다. 그러나 판단컨대 동일한 유전자원으로 판단하기 위해서는 연구개발에 이용된 유전자원의 특정한 유전적 또는 생화학적 성질을 공유하는 종내 특정 개체군을 의

---

8) *Ibid.*, para. 33.

9) Paul Oldham, Stephen Hall and Oscar Forero, "Biological Diversity in the Patent System", *PLOS ONE*, Vol. 8, Issue 11 (2013), p. 6.

미하는 것으로 이해하는 것이 바람직할 것이다.[10] 연구개발에 이용되는 유전자원이 종 내 모든 개체군에서 발견되는 것은 아니기 때문이다.

또한 나고야의정서는 유전자원에의 접근과 그 이용 모두를 다루고 있지만, 초점은 이용에 맞춰져 있다. 나고야의정서 제6조는 "이용을 목적으로 하는 유전자원에의 접근은 PIC의 대상이 된다"고 명시함으로써 유전자원의 이용을 전제로 할 때 비로소 나고야의정서 상 PIC의 대상이 되는 접근으로 인정하고 있다.[11] 또한 이익배분의 의무는 접근된 유전자원을 단순히 보유하고 있을 때가 아니라 실제로 해당 유전자원에 대한 이용이 이루어질 때 비로소 발생한다. 이에 비추어 볼 때 이용에 초점을 맞춘 동일성 판단기준의 정립은 타당성을 가진다고 볼 수 있다.

2) 판단

월경성 상황에서 과연 GMBSM이 필요한지에 대해서는 회의적인 의견이 존재한다. 우선 제10조 전문가그룹은 제10조에서 언급하고 있는 월경성 상황은 이미 제11조의 월경성 협력을 통해 해결할 수 있다는 견해를 제시하였다.[12] 특히 이주종(migratory species)과 관련하여 문제가 발생하는 경우 해당 이주종이 접근된 지역의 ABS규정을 적용함으로써 해결할 수 있다는 것이다.[13]

또한 나고야의정서는 기본적으로 유전자원을 '제공'하는 국가와 이를 이용하는 자 간의 관계를 다룬다. 따라서 유전자원에 대한 접근을 위한 PIC는 유전자원을 실제로 제공하는 국가와 연관성을 가지게 되는 것이지, 단순

---

10) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 134.

11) 나고야의정서 제6조의 원문은 다음과 같다.
Article 6. Access to Genetic Resources
1. In the exercise of sovereign rights over natural resources, and subject to domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements, *access to genetic resources for their utilization* shall be subject to the prior informed consent of the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention, unless otherwise determined by that Party. (emphasis added)

12) Expert Group Meeting on Article 10, *supra* note 7, para. 33.

13) *Ibid.*, para. 34.

히 그러한 유전자원을 보유하고 있는 모든 국가와 관련을 맺는 것은 아니다.[14] 따라서 월경성 상황 발생시 유전자원은 보유하였지만 제공하지 않은 다른 당사국들이 과연 이익배분의 수혜자임을 주장할 여지가 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다.[15]

그러나 앞서 언급한 것처럼 생물다양성이라는 것은 정치적 경계가 아닌 자연적 경계를 따르는 것이기 때문에, 유전자원의 원산지국은 실로 다수인 경우가 많다. 특히 유전자원 또는 유전자원 관련 전통지식은 한 번 접근되게 되면 이후 이용을 위해 또다시 접근할 필요나 가능성이 현저히 떨어진다. 따라서 둘 이상의 국가가 동일한 유전자원을 보유하고 있는데도 한 국가가 유전자원을 제공하게 되면 다른 국가는 해당 유전자원 제공 기회 및 그로부터 이익배분을 받을 기회를 박탈당하게 되는 결과가 발생할 수 있다.[16] 월경성 상황에서 양자적 접근법에 기초한 이익배분이 이루어지게 되면 형평의 문제 및 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 저해할 가능성이 있는 것이다.[17]

월경성 상황이 정확히 무엇을 의미하는지는 추후 논의를 지켜봐야 할 것이다. 그러나 만일 제11조에서 언급하고 있는 상황과 제10조 하의 월경성 상황 간 차이가 없다면, 제10조 전문가그룹이 지적한 바와 같이 월경성 상황은 제11조 상의 국가간 협력으로 해결될 수 있으므로 제10조는 월경성 상황에 대해 적용될 여지는 과연 없는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

나고야의정서 제10조의 월경성 상황이 동 의정서 제11조에서 언급된 월경성 상황과 동일한 상황이라는 가정에 따르면 제10조 전문가그룹이 언급한 것처럼 월경성 상황 발생시에는 제11조 상의 월경성 협력이 우선적으로 요구되어야 할 것이다. 실제로 원산지국 간의 협력은 형평한 이익배분

14) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 133.

15) 오선영, "나고야의정서 상의 다자간 이익 공유 체계 연구", 국제법학회논총, 제62권 제1호(2019), 171면.

16) Peter-Tobias Stoll, "ABS, Justice, Pools and the Nagoya Protocol" in Evanson Chege Kamau, and Gerd Winter (ed.), *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013), p. 307.

17) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 129.

및 생물다양성의 보전과 그 구성요소의 지속가능한 이용의 기여에 중요한 것으로 인정되고 있다. 또한 다른 원산지국에 비해 ABS체제가 미비하거나 마련되어 있지 않은 원산지국에서 소위 바닥치기 경쟁(race to the bottom)이 발생하는 것을 방지할 수 있는 방법이 된다.[18]

그러나 제11조는 해당 당사국 간 협력을 의무로 규정하고 있지 않다. 따라서 이러한 협력은 아예 일어나지 않거나 실패할 가능성이 있음을 인식해야 한다. 이러한 상황을 다루고 있는 지역적 협력기구의 규정들이 존재하지만 역시 협력을 의무로 규정하고 있지 않기 때문에, 규정의 마련과는 별개로 협력이 실제 이루어질지는 미지수이다. 예컨대 안데스결정 391 최종조항(Final Provisions)에 따르면 유전자원이 둘 이상의 회원국에서 기원하는 유전자원에 접근하여 해당 유전자원과 관련한 활동을 수행하고자 하는 경우, 해당 유전자원에 대한 관할권을 가진 국가의 권한 있는 당국은 다른 회원국의 이익을 고려해야 하며, 다른 회원국들은 자국의 의견과 정보를 나타낼 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다.[19] 또한 아프리카연합(African Union)의 ABS 전략지침서(Strategic Guidelines on ABS)는 유전자원 또는 전통지식이 둘 이상의 국가에서 기원하는 경우 관련 당사국 간 협력 및 그러한 유전자원 또는 전통지식의 이용에 대한 MAT에 대한 최소한의 이익배분규정의 마련을 위해 '노력해야 함'을 규정하는 데 그치고 있다.[20]

---

18) *Ibid.*, p. 133.

19) 안데스결정 391 최종조항의 해당 원문은 다음과 같다.
Second. In negotiating the terms of access contracts to genetic resources that originated in more than one Member Country or to their by-products and in carrying out activities connected with that access, the Competent National Authority shall bear in mind the interests of the other Member Countries, which may present their viewpoints and such information as they deem advisable.

20) African Union Commission, *African Union Strategic Guidelines for the Coordinated Implementation of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization* (2015), para, 23. 해당 문단의 원문은 다음과 같다.
In accordance with Article 11 of the Nagoya Protocol, in instances where genetic resources and associated traditional knowledge may be sourced from two or more countries, all African Union Member States concerned shall endeavour to cooperate and coordinate on the minimum benefit-sharing terms to be included in mutually agreed terms governing the utilisation of such shared genetic resources and

더욱이 주목할 것은, 월경성 상황과 관련하여 국가들이 제출한 의견서에 따르면 나고야의정서의 이행 속도 및 현황이 각 국가마다 상이하고 접근방법도 모두 다르기 때문에 월경성 상황시 협력의 노력을 규정하고 있는 나고야의정서 제11조의 이행은 어렵다는 점이 이미 지적되었다는 사실이다.[21] 월경성 상황시 협력이 이루어질 수 있으려면 나고야의정서 이행 상태를 조율하기 위한 지역적 차원의 역량강화 및 재정지원이 필요하다는 점 역시 많은 국가들로부터 언급되었다.[22] 이는 나고야의정서 제11조의 해당 당사국 간의 협력이 적절히 이루어지지 않을 확률이 분명히 존재한다는 점을 보여줌과 동시에, 제11조의 이행 실패시 제10조의 GMBSM의 작동이 필요하다는 점을 보여주는 것이라 할 수 있다.

2. PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 경우

PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 상황에는 다섯 가지가 있다. 첫째, 현지 외 수집된 유전자원에 대한 원(原)출처가 불분명한 경우, 둘째, 유전자원 제공국의 ABS관련 국내조치가 제대로 마련되어 있지 않음으로써 법적 공백이 존재하는 경우, 셋째, 유전자원 제공국이 PIC를 요구하지 아니하는 경우, 넷째, PIC 부여 관련 역량부족 및 PIC 부여 당국의 불분명성 등의 이유로 유전자원 관련 전통지식에 대한 PIC 획득 또는 부여가 불가능한 경우, 그리고 다섯째, 이미 대중이 유전자원 관련 전통지식에 대해 접근이 가능하여 PIC 획득 또는 부여가 불가능한 경우가 이에 해당된다.[23]

이 중 유전자원 제공국이 PIC를 요구하지 아니하는 경우에는 GMBSM이 필요치 않다고 합의되었는데, 이는 PIC를 요구하지 않기로 결정한 국가의 주권에 반대되기 때문이다.[24] 또한 이미 대중이 접근 가능한 유전자원

---

associated traditional knowledge.

21) SBI, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol),* CBD/SBI/2/5 (18 May 2018), para. 55.

22) *Ibid.*, para. 56.

23) Expert Group Meeting on Article 10, *supra* note 7, paras. 22-32.

24) *Ibid.*, para. 31.

관련 전통지식 관련 사안은 세계지식재산권기구(WIPO)의 지식재산 및 유전자원, 전통지식 및 민간전승물에 관한 정부간 위원회(IGC)와 같은 다른 포럼에서 논의 중이기 때문에 이러한 논의 경과를 지켜볼 필요가 있다는 의견이 제시되었다.[25] 네 번째의 경우 유전자원 관련 전통지식에 관련한 것이기 때문에 유전자원에 관한 논의를 집중적으로 다루고 있는 본 연구의 목적상 논외로 한다. 따라서 위 세 가지 상황을 제외한 나머지 두 가지 경우에 대해 알아본다. 이에 더해 최근 제3차 나고야의정서 당사국회의(COP-MOP3)의 결정에 근거하여 수행된 연구에서 유전자원에 대한 디지털염기서열정보(Digital Sequence Information on Genetic Resources, 이하 DSI)가 PIC의 획득 또는 부여 불가능한 상황에 해당될 수 있음이 지적된 점을 고려하여, 이에 대해서도 추가적으로 검토하도록 한다.

1) 현지 외 수집된 유전자원 출처의 미상

생물물질에 대한 현지 외 수집(ex situ collection)은 상업적·비상업적 목적의 유전자원 이용 모두에서 중요하다. 우선 현지 외 수집은 생물다양성에 관한 학술 연구에 핵심이 된다.[26] 또한 상업적 목적을 위한 유전자원 이용에서도 주요 유전자원 공급원이 된다. 실제로 상업적 목적을 위한 유전자원의 이용시 야생에서 유전자원이 수집되는 경우는 생물적 방제관련 산업(biocontrol industry)과 같은 특정 혁신분야를 제외하고는 매우 드물다. 오히려 현지 외 수집기관이나 상업적 공급자(commercial suppliers)를 통해 주로 유전자원이 제공된다.[27]

그러나 현지 외 수집기관을 통해 유전자원을 제공받는 경우 해당 유전

---

25) *Ibid.*, para. 32.

26) Tom Dedeurwaerdere, Ariana Broggiato, Dimitra Manou, "Global scientific research under the Nagoya Protocol: Governing pools of microbial genetic resources" in Evanson Chege Kamau and Gerd Winter, *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013), p. 224.

27) EC, *Impact Assessment: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union (Part I), SWD* (2012), 292 final, p. 15.

자원의 실질적 출처를 알 수 있는 경우는 많지 않다. 이는 현지 외 수집되어 있는 많은 유전자원은 이미 CBD 또는 나고야의정서 발효 이전에 수집되었다는 사실에 기인하는 것으로 보인다.[28]

나고야의정서는 명시적인 시제적 범위를 설정하고 있지 않다. 단지 동 의정서 제3조에서 "[생물다양성]협약 제15조의 범위 내 유전자원 및 그러한 유전자원으로부터 발생하는 이익"에 대해 동 의정서가 적용됨을 규정하는데 그치고 있다.[29] 따라서 이에 대해서는 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 비엔나협약)을 참고할 수 있다. 비엔나협약 제28조에 따르면 원칙적으로 조약의 발효 이전에 발생하였거나 이미 종료된 행위에 대해 해당 조약은 구속력을 가지지 않는다.[30] 이에 따르면 나고야의정서 발효 이전에 발생한 행위, 또는 발효 이전에 종료된 행위에 대해서는 나고야의정서상 권리 및 의무가 적용되지 않아야 한다.

그런데 나고야의정서는 앞서 살펴본 것처럼 CBD 제15조 범위 내 유전자원과 그로부터 발생하는 이익을 적용범위로 설정하고 있다. 나아가 유전자원에의 접근과 그 이용은 동시에 이루어질 수도 있지만 서로 상이한 시점에 이루어지는 경우 역시 존재하여 문제가 발생한다.

한편으로 나고야의정서 제3조에서 언급하고 있는 CBD 제15조 범위 내

---

28) Susette Biber-Klemm, *et al.*, "Governance Options for Ex-Situ Collections in Academic Research" in Sebastian Oberthür and G. Kristin Rosendal, *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit-Sharing after the Nagoya Protocol* (Routledge, 2014), p. 216.

29) 나고야의정서 제3조의 원문은 다음과 같다.
Article 3. Scope
This Protocol shall apply to *genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such resources.* This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such knowledge. (emphasis added)

30) 비엔나협약 제28조의 원문은 다음과 같다.
Article 28. Non-retroactivity of treaties
Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

의 유전자원에 대해, 동 협약 제15조에서는 단지 국가가 자국 관할권 내의 유전자원에 대한 주권적 권리를 언급하고 있을 뿐이므로 나고야의정서 제3조의 해당 문언은 단순히 국가 관할권 내의 유전자원을 의미하는 것으로 이해할 여지가 있다. 달리 말하면, 나고야의정서의 적용대상도 국가 관할권 내의 유전자원을 의미하는 것일 뿐, CBD 발효 시점과 결부되는 것은 아니라고 볼 수 있다는 것이다. 이러한 논리에 따르면 나고야의정서의 시제적 적용범위는 동 의정서 협상 당시 선진국이 주장한 것처럼 나고야의정서 발효 이후에 접근된 유전자원 및 그러한 유전자원에 대한 이용만이 해당되게 된다.[31]

그러나 다른 한편으로, 나고야의정서의 적용범위는 개발도상국들이 주장하는 것처럼 CBD 발효 이후이나 나고야의정서 발효 이전에 접근된 유전자원에 대한 지속적 이용이 존재하거나 새로운 이용이 발생하는 경우 나고야의정서가 적용된다고 볼 수도 있다.[32] 나고야의정서는 전문에서 "[…] 동 의정서는 [생물다양성]협약의 범위 내에서 [유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분] 목적의 이행을 추구한다"는 점을 명시하고 있다.[33] 더불어 동 의정서는 "나아가 [생물다양성]협약 제15조를 상기"함을 역시 언급하고 있다.[34] 이러한 표현은 나고야의정서가 CBD의 범위 내에서

---

31) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity* (Brill, 2014), p. 78; CBD COP10, Report of the Second Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/COP/10/5/Add.4 (28 July 2010), Annex, draft article 3 참조.

32) Open-ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization, *Synthesis of the Online Discussions on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ICNP/3/INF/4 (8 January 2014), paras. 46-51.

33) 나고야의정서 전문 제2문단. 해당 문단의 원문은 다음과 같다.
[…] *Recalling* that the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources is one of three core objectives of the Convention, and recognizing that *this Protocol pursues the implementation of this objective within the Convention*, […] (emphasis added)

34) 나고야의정서 전문 제4문단. 해당 문단의 원문은 다음과 같다.
[…] *Recalling* further Article 15 of the Convention,[…]

작동하고 특히 범위와 관련하여 CBD 제15와 긴밀히 연결되어 있음을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.[35]

또한 나고야의정서는 유전자원에 대한 접근과 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익배분의 문제 모두를 다루고 있다. 그러나 유전자원에 대한 접근은 그 이용을 전제로 하고 있고, 이익배분의 의무는 취득한 유전자원을 보유하고 있을 때가 아닌, 해당 유전자원을 실제로 이용하는 경우 발생하는 것이므로, 나고야의정서의 초점은 접근보다는 이용에 맞춰져 있다고 볼 수 있다. 특히 나고야의정서 발효 이전에 발생한 이용일지라도 그 이용이 나고야의정서 발효 이후까지 지속되고 있는 경우라면, 비엔나협약 제28조에서 언급하고 있는 조약 발효 이전에 종료된 행위를 구성하지 않는다고 볼 수 있다.[36] 이러한 논리에 따르면 CBD 발효 이후이나 나고야의정서 발효 이전에 접근된 유전자원에 대한 이용이 나고야의정서 발효 이전에 개시되고 동 의정서 발효 이후에도 지속되고 있는 경우, 여전히 나고야의정서의 이익배분 대상이 될 수 있게 된다.[37] 이때 현지 외 수집된 유전자원에 대한 학문적 연구 등의 비상업적 이용을 저해하지 않도록 이익배분의 의무는 상업적 이용에 국한되도록 할 필요가 있을 것이다.

2) 유전자원 제공국 국내조치의 미비

일각에서는 현재까지의 사례를 검토해볼 때 유전자원 제공국 국내조치의 미비로 인해 PIC를 부여할 수 없거나 획득하지 못한 사례가 지금까지 발견되지 않았다는 의견을 제시하기도 한다.[38] 그러나 실제로 많은 연구기관 및 현지 외 수집기관들은 PIC를 받을 수 없었던 사례가 다수 발생하고 있음을 지적하고 있다. 이들이 제출한 의견서에 따르면 ⅰ) 국가 내 조치 및/또는 기관약정의 부재로 인한 PIC 및 관련 허가증 수령의 어려움, ⅱ) PIC와

35) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 48.

36) *Ibid.*, p. 73.

37) *Ibid.*

38) India's Submission in response to CBD Notification 2017-094 and 2017-136 dated 22nd September 2017 & 8th December 2017 relating to Article 10 of Nagoya Protocol on ABS, p. 2.

관련한 문의에 대해 국가연락기관으로부터의 무응답 또는 응답수령에의 과도한 장시간 소요, 그리고 iii) 관료주의적인 PIC 획득 절차 및 절차진행의 과도한 시간 소요 등의 경험이 실제로 있었던 것으로 확인되었다.[39] 특히 새로운 세균종의 발견시 이를 학계에 발표하기 위해서는 해당 세균종을 서로 다른 두 국가 내에 있는 공공 수집기관에 기탁해야 한다. 이러한 기탁은 반드시 두 수집기관에 의해서 확인되어야 하며 이후 확인증과 함께 학술지에 제출되어야만 해당 세균종에 대한 학술연구가 발표될 수 있는 기반이 마련된다. 이때, 분리된 세균종이 나고야의정서의 당사국에서 수집된 경우 및 세균종 분리에 이용된 견본이 나고야의정서의 당사국 현지 내에서 수집된 경우라면 세균종의 기탁 이전에 해당 국가로부터의 PIC가 요구된다는 점에서 문제가 발생한다. 조사에 따르면 많은 연구자들이 PIC를 아예 받지 못하거나 PIC와 관련된 답변을 전혀 듣지 못해 기탁에 실패함으로써 연구결과를 발표하지 못하는 상황이 다수 발생하는 것으로 나타났다.[40]

또한, 국내법의 미비 또는 복잡성의 문제는 역량형성(capacity building) 및 역량개발(capacity development)을 통해 해결할 수 있기 때문에 이러한 경우 GMBSM은 불필요하다는 주장도 있다. 제10조 전문가그룹의 의견 역시 이와 동일하다.[41] 그러나 역량형성 및 개발이 언제쯤 국내법 관련 문제를 해소해줄 수 있을지에 대해서는 의구심이 제기되는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 역량형성 및 개발 프로젝트의 전체 수 99개 중 이용가능한 정보를 가진 프로젝트는 2019년 8월 현재 93개로 집계되었다. 이들 중 대부분은 ABS 조치의 개발, 이행 및 집행에 집중되어 있었고(80개, 86%), 나고야의정서 이행을 위한 IPLC 및 관련 이해당사자의 역량(73개, 79%), 나고야의정서의 이행 및 준수 관련 역량(68개, 73%)이 차례로 뒤를 따랐다.[42] 이러한 목

39) CBD Notification 2017-094 Comments on behalf of Botanical Gardens (esp. IPEN - International Plant Exchange Network); Submission of Leibniz-Institut, DSMZ - Deutsche Sammlung von and Mikroorganismen und Zellkulteren GmbH; Submission of Zoologisches Forschungsmuseum Alexander Koeing 참조.

40) Submission of Leibniz-Institut, DSMZ - Deutsche Sammlung von and Mikroorganismen und Zellkulteren GmbH 참조.

41) Expert Group Meeting on Article 10, *supra* note 7, para. 29.

표 활동들은 하나의 프로젝트에서 동시에 중복적으로 추진되고 있었다. 이는 한정된 자금 및 시간 내에 가능한 많은 목표 달성을 위해 설계된 것이다. 그러나 현실적으로 볼 때 달성하기 쉽지 않은 목표가 한꺼번에 추진되게 되면 선결되어야 하는 조건의 충족 없이 나중에 실행되어야 하는 활동이 진행될 가능성이 높다.[43] 이는 실제로 필요한 역량형성 및 개발 활동은 충분히 또는 거의 이루어지지 않음에도 불구하고 정해진 기간 내 프로젝트 자체의 완수에만 중점을 두도록 함으로써 추진된 프로젝트의 실효성을 현격하게 감소시키는 원인이 된다.[44]

둘째, 나고야의정서 이익배분체제를 둘러싼 여러 절차 및 과정에는 다국적기업, 외국 정부와 기관, 수많은 정부관계자 및 IPLC에 이르기까지 매우 다양한 행위자가 관련된다. 이들 모두가 이익배분체제에 대해 충분하고 정확히 이해해야 유전자원에의 ABS가 효과적으로 이루어질 수 있는데, 관련된 모든 당사자의 역량을 충분한 수준으로 끌어올리는 것 자체가 쉽지 않다.[45] 또한 다양한 이해관계자들의 역량형성 및 인식제고를 위해 각 분야의 대표를 선정하여 이들을 대상으로 워크숍(workshop)을 진행하는 등의 노력이 이루어지고는 있지만, 의사결정권자와 그 밖의 다양한 이해당사자들에게 ABS 그 자체 및 ABS와 생물다양성의 보전 및 지속가능한 이용간의 관계를 이해시키는데 여전히 어려움이 존재하는 것으로 조사되었다.[46] 특히, 프로젝트의 목표가 추후 ABS 관련 프로젝트나 협상에 스스로 대처할 수 있는 역량형성을 목표로 하고 있었음에도 불구하고, 상당수의 프로젝트 참여자들

---

42) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *Update on Existing Capacity-Building and Development Initiatives and Resources supporting the Implementation of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2 (3 October 2019), para. 17.

43) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *Biodiversity Focal Area Study* (2018), p. 29.

44) *Ibid.*, p. 22

45) *Ibid.*, p. 27.

46) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *Report of the Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol on its Fourth Meeting*, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/4 (4 November 2019), para. 35.

은 프로젝트 종료 후에도 여전히 추후 ABS 관련 사안에 대한 외부 도움이 필요하다고 응답한 것으로 나타났다.[47] 이에 대한 주요 원인으로는 프로젝트에 참여했던 국내 행위자가 추후 ABS 관련 사안에 항상 참여하는 것은 아니며 언제든지 바뀔 수 있다는 점, 관련 분야의 대표들이 해당 분야의 나머지 구성원들에게 ABS에 대한 지식을 전달하려는 의지가 없는, 이른바 저조한 대표성 등이 거론되었다.[48]

셋째, 완료된 또는 진행 중인 역량형성 및 개발 프로젝트의 진행과정 및 결과를 판단할 장치가 부족하거나 부재한다는 사실도 문제로 지목된다. 우선, 진행 중인 역량형성 및 개발 프로젝트의 진행과정 진단을 위한 기제는 없는 것으로 조사되었다.[49] 이미 완료된 프로젝트의 효과와 관련해서도 사정은 크게 다르지 않다. 프로젝트의 영향평가를 위해 현재는 지구환경기금(Global Environment Facility, 이하 GEF)이 제시하고 있는 GEF-7의 핵심지표(core indicators)가 이용되고 있는데, 동 지표의 적용은 나고야의정서를 위해 제시된 것이 아니기 때문에 이의 준용이 제한적이라는 것이다.[50]

---

47) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 43, p. 22.

48) *Ibid.*

49) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *supra* note 46, para. 38.

50) *Ibid.*, para. 39.
GEF-7 핵심지표(core indicators)란 다음과 같다.
1. 보전 및 지속가능한 이용을 위해 만들어졌거나 개선된 관리 하에 있는 육상보호지역(헥타르)
2. 보전 및 지속가능한 이용을 위해 만들어졌거나 개선된 관리 하에 있는 해양보호지역(헥타르)
3. 재건된 육지 면적(헥타르)
4. 개선된 관행 하의 지형 면적(헥타르, 보호지역은 제외)
5. 생물다양성에 도움이 되기 위해 개선된 관행 하의 해양서식지의 면적(헥타르, 보호지역은 제외)
6. 감소된 온실가스배출량(이산화탄소의 미터톤과 동량)
7. 새로운 또는 개선된 협력관리 하에 있는 공동 수상 생태계(담수 또는 해양)의 수
8. 전세계적으로 과잉 개발되던 어업 중 지속가능한 수준으로 옮겨진 어업
9. 환경 및 공정, 물질 및 상품 내에서 세계적으로 문제가 되는 화학물질 및 그 폐기물의 감소, 폐기/파괴, 단계적 폐지, 제거 및 방지(감소된 독성 화학물의 미터톤)
10. 점오염원 및 비점오염원으로부터의 잔류성 유기오염물질 배출량의 감소 및 방지(gTEQ에 상응하는 독성의 그램)

또한 평가는 전적으로 각 당사국이 ABS 정보공유체계(Access and Benefit-Sharing Clearing House, ABSCH)에 등록하는 역량형성 및 개발 관련 정보에 의존한다.[51] 그런데 이러한 정보가 업로드(upload)되지 않은 경우가 많았고, 그나마 업로드된 정보들도 제때 갱신되지 않거나 누락되어 있는 것으로 나타났다.[52] 이는 역량형성 및 개발에 대한 평가가 제대로 이루어지지 않고 있어, 이에 대한 객관적 판단이 실질적으로 어렵다는 점을 보여주는 것이다. 역량형성 및 개발 프로그램에서 가장 우선적으로 추진되는 목표인 ABS 조치의 개발, 이행 및 집행에 대해서도 결과산출 그 자체에만 중점을 두고 과정에 대한 평가나 결과의 적합성에 대한 판단이 이루어지지 않아, 역량형성 및 개발 프로그램을 통해 마련된 국내 ABS법 초안 중 많은 수는 채택되지 않은 채 그대로 방치되는 경우가 많은 것으로 드러났다.[53]

넷째, 역량형성 및 개발 프로그램의 60%는 GEF로부터 자금을 지원받았고 그 밖의 자금은 UN 개발프로그램(United Nations Development Programme, UNDP), ABS 역량개발계획(ABS Capacity Development Initiative) 및 UN 환경계획(UN Environment Programme, UNEP)으로부터 지원받은 것으로 나타났다.[54] GEF는 CBD 및 나고야의정서 재정적 체계의 핵심기능을 맡고 있고, GEF 내에는 나고야의정서의 이행을 전담하는 나고야의정서이행기금(Nagoya Protocol Implementation Fund)도 존재한다. 그런데 GEF는 순수하게 기부금으로만 운영되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. GEF에 자금

---

11. GEF 투자로부터 공동혜택을 받은 성(gender)별 직접 수혜자의 수
이에 대해서는 GEF, Updated GEF-7 Results Architecture,
https://assembly.thegef.org/assembly/updated-gef-7-results-architecture
참조(2021년 9월 8일 검색).

51) COP-MOP1, *Measures to Assist in Capacity-Building and Capacity Development (Article 22),* UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/8 (20 October 2014), Annex Ⅰ, para. 42; Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *supra* note 42, para. 24.

52) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *supra* note 42, para. 36.

53) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 43, p. 20.

54) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *supra* note 42, paras. 19-20.

을 기부하는 40개국의 대부분은 선진국이다.[55] 역량형성 및 개발을 위한 기술적 원조 및 자금조달 역시 대부분 선진국으로부터 이루어진다. 기금마련의 불안정성은 역량형성 및 개발계획의 여러 가지에 영향을 미친다. 우선 역량형성 및 개발은 지속적으로 장기간에 걸쳐 이루어져야 하지만 현실적으로 지속적 역량형성 및 개발에는 많은 어려움이 따른다.[56] 그나마 이루어지는 지원도 개발도상국마다 처한 상황에 따른 필요와는 별개로 획일적으로 이루어질 가능성 역시 존재한다. 실제로 역량형성 및 개발 프로그램 참여자들에 따르면 ABS는 매우 복잡한 사안이며 각 국가마다 처한 상황이 모두 다름에도 불구하고 이는 모두 생략한 채 잘 정비된 타국의 ABS체제를 모델로 삼아 이를 벤치마킹하는 방식으로 프로그램을 추진하는 것은 그 결과의 효과를 떨어뜨리는데 큰 요인이 된다는 것이다.[57]

정리하면, 역량형성은 나고야의정서의 이행 그 자체의 효과를 제고하는데 큰 영향을 미치기 때문에 역량형성은 매우 중요한 사안이며 지속적으로 이루어져야 한다. 그러나 위에서 검토한 것처럼 역량형성 및 개발 프로그램을 통한 역량형성은 자체적으로 해결되어야 할 근본적인 문제점을 안고 있기 때문에, 단순히 역량형성을 통해 국내조치의 미비문제를 해결할 수 있다고 단언하는 것은 자칫 섣부른 판단이 될 수 있다. 따라서 역량형성 모든 문제점을 해결할 수 있는 만능으로 여겨서는 아니 될 것이다. 이러한 측면에서, 국내조치의 미비문제는 역량형성 및 개발 외에 보완적 체제를 통해 다룰 필요가 있으며, GMBSM이 그 대안으로 고려될 수 있을 것으로 판단된다.

3) DSI

DSI는 일반적으로 유전체(genome), DNA, RNA 및 단백질 염기서열 등 유전자원 내 다양한 종류의 염기서열을 지칭한다.[58] 그러나 이에 대한

---

55) GEF 자금기부국에 대해서는 https://www.thegef.org/partners/countriesparticipants 참조(2021년 11월 8일 검색).

56) COP-MOP1, *Measures to Assist in Capacity-Building and Capacity Development (Article 22),* UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/8 (20 October 2014), Annex Ⅰ, para. 12(e).

57) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 43, p. 31.

합의된 정의는 아직까지 존재하지 않는다. DSI는 성질상 무형의 정보이기 때문에 나고야의정서의 적용범위와 어떠한 관계를 가지는지에 대해 논의가 뜨겁다.

이와 관련하여 CBD COP14 결정을 참고해볼 필요가 있다. 동 결정에 따르면 대부분의 경우 DSI는 물리적 유전자원에 대한 접근을 통해 생성된다.[59] 나아가 유전자원이 이용을 목적으로 접근된 경우, 해당 유전자원의 DSI에 대한 상업적 및/또는 비상업적 이용은 MAT에 의거하여 이익배분의 대상이 될 수 있다.[60] 이에 비추어 볼 때 나고야의정서의 적용범위에 해당하는 물리적 유전자원에 대한 이용을 통해 도출된 DSI에 대해서는 이익배분의 문제가 발생할 수 있다는 점에는 잠정적 합의가 이루어진 것으로 보인다.[61]

그런데 최근 COP-MOP3 결정에 따라 수행된 연구에 따르면 물리적 유전자원의 이용 결과인 DSI의 이용은 PIC의 획득이 기능적으로(functionally) 불가능한 상황이라는 의견이 제시되어 주목할 필요가 있다.[62] 현재 DSI에 대한 접근은 공공 또는 사적 데이터베이스를 통해 이루어지고 있다. 현재 전 세계에서 가장 많은 염기서열정보를 보유하고 있는 데이터베이스는 국제 뉴클레오티드 염기서열 데이터베이스 협력기구(International Nucleotide Sequence Database Collaboration, INSDC)이다. INSDC가 보유하고 있는

---

58) Elizabeth Karger, "Study on the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources in Germany" in the project *Scientific and Technical Support on Implementing the Nagoya Protocol – Part 1 "Digital Sequence Information and ABS"* (Federal Agency for Nature Conservation, 2018), p. 5; Jorge Cabrera Medaglia, "Digital Sequence Information (DSI) and Benefit-Sharing Arising from its Use: An Unfinished Discussion", *GRUR International*, Vol. 69, Issue 6 (2020), p. 565.

59) CBD COP14, *Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 14/20. Digital sequence information on genetic resources,* CBD/COP/DEC/14/20 (30 November 2018), para. 4.

60) *Ibid.*, para. 7.

61) SBI, *Study to identify specific cases of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that occur in transboundary situation or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent*, CBD/SBI/3/15/Add.1 (13 July 2020), p. 25; 박원석, "생물다양성협약과 부속의정서상 유전자원 염기서열정보의 협상쟁점과 논의동향", 중앙법학 제22집 제3호 (2020), 218면.

62) SBI, *supra* note 61, p. 25.

염기서열정보는 2021년 12월 현재 234,557,297개에 달한다.[63] 그러나 이들 중 출처국가에 대한 정보를 알 수 있는 것은 16% 정도에 지나지 않는다.[64] 근본적으로, 유기체의 지리적 분포가 정적(static)이지 않기 때문에 정확한 원산지국의 정보를 알기는 어렵다. 그나마 원산지국의 정보가 제공된다고 하더라도 그 정확성은 확신할 수 없다. 공공데이터베이스에의 등록시 유전자원의 정확한 출처 기입은 의무가 아니기 때문이다. 또한 잘못 기입하더라도 이를 확인하거나 제재할 방안도 없다.

더욱이, 합성생물학(synthetic biology)에서 사용되고 있는 생명공학기술은 다수의 유기체에서 발견되는 여러 유전적 구성요소를 이용한다. 국제상공회의소(International Chamber of Commerce)가 제시한 의견에 따르면 최신 생물정보학 프로젝트에서는 특정 상품을 개발하는데 수백에서 수천개의 염기서열이 이용될 수 있으며, 최종상품은 투입된 모든 염기서열의 평균을 나타내는 하나의 염기서열을 가지고 있게 되므로 투입된 각각의 염기서열의 상대적 가치를 결정하는 것은 사실상 불가능하다는 것이다.[65] 따라서 각 국가가 DSI에 대한 ABS 체제를 마련하고 있다고 해도 이를 적용하는데 기술적 어려움에 직면하게 될 가능성이 매우 높다. 이러한 상황을 고려하면, DSI의 이용 관련 PIC 및/또는 MAT 체결이 어려운 경우에도 GMBSM이 적용될 가능성이 있다고 볼 수 있다.[66]

---

63) NCBI GenBank, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/statistics/ 참조(2021년 12월 31일 검색).

64) AHTEG, *Combined Study on Digital Sequence Information in Public and Private Databases and Traceability*, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/4 (31 January 2020), pp. 47-48.

65) International Chamber of Commerce, Digital Sequence Information and the Nagoya Protocol, p. 3, available at https://www.cbd.int/abs/DSI- views/ICC-DSI.pdf.

66) Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, *Digital Sequence Information on Genetic Resources*, CBD/SBSTTA/22/2 (20 March 2018) Annex, para. 20(i)(i); AHTEG, *Synthesis of views and information on the potential implications of the use of digital sequence information on genetic resources for the three objectives of the Convention and the objective of the Nagoya Protocol,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (9 January 2018). para. 90.

Ⅳ. 형식 구성 방향에 대한 제언

GMBSM의 형식(modalities)에 대한 논의는 앞서 살펴본 것처럼 필요성에 대한 논의가 아직 합의에 이르지 못하여 공식적으로 개시된 논의가 있는 상태는 아니다. 그러나 본 연구에서는 위에서 검토한 바와 같이 GMBSM 수립의 필요성이 충분히 존재한다는 의견을 제시하였다. 이에 따라 아래에서는 GMBSM 수립시 생각해볼 수 있는 형식의 전체적인 틀 구성에 대한 방향을 제시하도록 한다.

1. 법적 형식

1) 가능한 형식

GMBSM의 법적 형식으로는 나고야의정서의 보충적 체제, 또는 나고야의정서와는 구별되는 독립적 체제로 나누어 생각해볼 수 있다.

우선, GMBSM은 나고야의정서 하의 하부조직으로서 보충적 체제로 수립될 수 있다. GMBSM 수립의 기본 전제는 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동되지 않는 경우를 위한 기제 마련이다. 이를 고려하면 GMBSM은 궁극적으로 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분을 목적으로 하는 나고야의정서의 효과적인 이행을 위한 나고야의정서 하의 보충적 체제로 수립될 가능성이 높다.[67]

한편, 나고야의정서와는 독립되는 별개의 체제로 마련될 가능성도 존재한다. 나고야의정서 제10조는 동 의정서의 시제적 및 지리적 적용범위와 같이 협상 당시 해결되지 않은 논의를 이어나가기 위해 마련된 배경이 있기 때문이다. 이를 고려하면 GMBSM은 나고야의정서의 기본체제와는 궤를 달리하고 있기 때문에, GMBSM이 나고야의정서와는 구별되는 체제로 수립될 수도 있다는 것이다.[68]

---

67) 오선영, 앞의 주 15, 163면.

68) 박원석, “나고야의정서의 국내 이행 필요사항 분석”, 고려법학 제68호 (2013), 479면;

나고야의정서와 구분되는 새로운 체제로 GMBSM을 설치하는 방법 중 하나는 나고야의정서와 구별되는 별도의 국제조약, 예컨대 나고야의정서 제10조의 이행협정을 체결하는 것이다. 그러나 GMBSM이 별도의 조약체결을 통해 설치된다 할지라도 여전히 주목적은 나고야의정서, 나아가 CBD의 목적 달성을 위한 것이기 때문에 GMBSM은 나고야의정서와 합치하는 방식으로 해석되고 적용될 필요가 있을 것이다.[69]

2) 평가

GMBSM의 수립은 i) GMBSM의 설치의 필요성 및 형식에 대한 검토가 나고야의정서 제10조로부터 위임을 받았다는 점, 그리고 ii) GMBSM의 수립여부 및 법적성격 등이 나고야의정서의 COP-MOP에 의해 결정된다는 점을 고려할 때, 나고야의정서 COP-MOP 결정에 따라 이루어질 것으로 보인다.[70] 이 경우 발생할 수 있는 문제는 당사국총회의 결정이 가지는 법적

김기현, 박수진, 앞의 주 4, 23면.

69) 이와 관련하여 UN 해양법협약(UN Convention on the Law of Sea, 이하 UNCLOS) 하 국가관할권 이원지역(Area Beyond National Jurisdiction, 이하 ABNJ)의 해양유전자원(marine genetic resources)과 관련한 논의를 살펴볼 필요가 있다. UNCLOS에서는 ABNJ의 해양생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 해양유전자원에 대한 보호, 접근 및 이익배분에 관한 새로운 국제레짐의 형성 논의가 진행되고 있다. 동 레짐의 규율을 위해 제안된 의장초안에서는 "동 문서의 어떠한 규정도 [해양법에 관한] 협약에 따른 국가의 권리, 관할권 및 의무를 저해하지 아니한다. 동 문서는 [해양법에 관한] 협약의 문맥 및 이에 합치하는 방식으로 해석되고 적용된다."라고 규정하고 있다. ABNJ의 해양생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위한 체제는 UNCLOS와는 구분되는 새로운 국제조약을 통한 별개의 체제로 구성될 전망이다. 이를 고려하면, 나고야의정서와는 구분되는 GMBSM이 별도의 체제로 수립되는 경우에도 이와 대동소이한 규정이 삽입될 가능성이 높을 것으로 판단된다. Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (hereinafter referred to as ABNJ Conference), *President's aid to negotiations,* A/CONF.232/2019/1 (3 December 2018).
한편 의장초안 내 해당 원문은 다음과 같다.
4. Relationship of the Convention and other instruments and frameworks and relevant global, region and sectoral bodies
(1) No provisions in this instrument shall prejudice the rights, jurisdiction and duties of States under the Convention. This instrument shall be interpreted and applied in the context of and ina manner consistent with the Convention.

효력과 관련되어 있다. 만일 당사국총회가 GMBSM의 자발적 운영을 결정하는 경우에는 동 결정을 통해 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무를 변경하는 것으로 판단할 수는 없을 것이다. 그러나 당사국총회의 결정이 GMBSM의 운영을 의무적인 것으로 하는 경우에는 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무의 변경을 요구하는 것일 가능성이 크다. 예컨대 GMBSM의 운영 및 전반적인 재정관련 기능 수행을 위해 별도의 기금이 동 체제 내에 수립될 수 있다. 이때 해당 기금기구의 운영비를 당사국들에 대하여 의무적 납부를 규정하게 되면 이는 당사국들에 대해 새로운 재정적 의무를 부과하는 것이 된다.

그런데 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무의 변경을 요하는 당사국총회의 결정에 대해서는 논란이 있다.[71] CBD 제23조(4)항ⓘ호는 당사국총회에 대하여 동 협약의 목적 달성에 요구되는 여하한 추가적 행동을 고려하고 취할 권한을 부여하고 있다.[72] 나고야의정서 역시 제26조(4)항ⓕ호에서 COP-MOP에 대해 동 의정서의 이행에 요구되는 그 밖의 기능을 수행해야 함을 명시하고 있다.[73] 그런데 이 같은 규정에만 근거하여 당사국총회의 결

---

70) 김기현, 박수진, 앞의 주 4, 23면.

71) Robin R. Churchill and Geir Ulfstein, “Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 4 (2000), p. 639; Jutta Brunnée, “COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements”, *Leiden Journal of International Law,* Vol. 15, Issue 1 (2002), pp. 21-31.

72) CBD 제23조(4)항ⓘ호의 원문은 다음과 같다.
Article 23.4. The Conference of the Parties shall keep under review the implementation of the Convention, and, for this purpose, shall:
(i) Consider and undertake any additional action that may be required for the achievement of the purposes of this Convention in the light of experience gained in its operation.

73) 나고야의정서 제26조(4)항ⓕ호의 원문은 다음과 같다.
Article 26.4. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall keep under regular review the implementation of this Protocol and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote its effective implementation. It shall perform the functions assigned to it by this Protocol and shall:
(f) Exercise such other functions as may be required for the implementation of this Protocol.

정을 통해 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무를 변경할 수 있는가의 여부는 단언하기 어렵다. 실제로 이는 오존층파괴물질에 관한 몬트리올의정서(Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 이하 몬트리올의정서)에서 문제가 된 적이 있다. 몬트리올 의정서 제2차 당사국회의(Meeting of the Parties)에서는 잠정다자기금(interim multilateral fund)의 설치를 결정한바 있다.[74] 그러나 몬트리올의정서에는 이러한 설치와 관련한 당사국회의의 권한에 대해 다루고 있는 규정이 없었다.[75] 몬트리올의정서는 제11조(4)항에서 CBD와 마찬가지로 당사국회의는 동 의정서의 목적달성을 위해 요구되는 여하한 추가적 행동을 고려하고 행할 권리가 있다고 규정하고 있을 뿐이었다.[76] 일부에서는 동 규정을 근거로 당사국회의의 결정의 구속력을 인정하였지만 이에 대해서는 강한 반대의견이 제기되었다. 만일 잠정다자기금의 설치에 관한 당사국회의의 결정에 법적구속력이 있다고 보는 경우, 동 결정에 찬성하지 않는 당사국에 대해서도 기금에의 재정적 의무를 부여하게 되는데, 이는 적절치 않다는 것이었다.[77] 결과적으로 몬트리올의정서의 당사국회의는 몬트리올의정서 제10조를 정식 다자기금의 설치를 의무화하는 내용으로 개정하는 결정을 다시 채택함으로써, 다자기금의 수립이 당사국 전체에 대해 구속력을 가지는 체제가 될 수 있도록 조치하였다.[78]

---

74) Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, *Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer,* Decision II/8. UNEP/OzL. Pro.2/3 (29 June 1990).

75) 몬트리올의정서는 특정 사안과 관련한 당사국의 의무변경 및 당사국총회의 결정에 대한 법적구속력을 명시적으로 언급하는 조항을 마련하고 있다. 예컨대 몬트리올의정서 제2조(9)항에 따르면 당사국총회의 결정에 따라 통제물질의 소비 및 생산 감축에 대한 회원국의 의무 변경될 수 있으며 해당 결정은 모든 당사국에 대하여 법적구속력이 있다.

76) Climate Action Network Ad-Hoc Legal Working Group, "COP Decisions: Binding or Not?"(8 June, 2009), p. 2.

77) Handl Gunther, "International "Lawmaking" by Conference of the Parties and Other Politically Mandated Bodies" in Rudiger Wolfrum and Volker Roben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005), p. 130.

78) Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, *supra* note 74, *Annex II, Article 1.T.* 이를 통해 개정된 몬트리올의정서는 소위 1990년 런던 개정의정서(Amendment to the Montreal Protocol on

이에 비추어볼 때 GMBSM을 나고야의정서 당사국에 대해 확실한 법적구속력을 가지는 체제로 수립하기 위해서는 나고야의정서 제26조(4)항ⓔ호에 근거하여 COP-MOP에서 현재 나고야의정서의 제10조를 GMBSM의 설치 및 형식을 규정하도록 개정하는 결정을 채택할 필요가 있을 것으로 판단된다.[79] 이때 개정은 CBD 제29조에 따라 이루어지나, 상당히 복잡한 과정을 거쳐야 한다. 당사국총회 결정에 의해 GMBSM의 설치가 결정된다고 하더라도 동 결정이 법적구속력을 가지기 위해서는 ⅰ) GMBSM의 설치 및 운영을 규정하도록 하는 나고야의정서의 개정이 COP-MOP에서 별도로 결정되어야 하고, ⅱ) 실질적으로 개정을 위해서는 총의에 이르거나 총의에 이르지 못하는 경우 회의 참석 및 투표 당사국의 3분의 2의 찬성을 얻어야 하며, ⅲ) 나고야의정서 당사국의 최소 3분의 2가 동 개정에 대한 비준·수락·승인을 하여야 비로소 해당 당사국에 대해서 GMBSM이 적용될 수 있게 된다.

한편 GMBSM이 별도의 이행협정을 통해 수립되는 경우 동 이행협정은 엄연히 하나의 독립적인 조약이기 때문에 국제법적 구속력을 가지게 되며, 이는 당사국총회의 결정에 의한 체제와 비교할 때 가장 큰 차이점이 된다. 그러나 여기에서도 동 이행협정을 비준하는 국가만 구속을 하게 된다는 점에서 문제가 발생할 수 있다. GMBSM이 나고야의정서 양자적 이익배분체제의 작동불능 상황에서 효과적으로 작동되기 위해서는 나고야의정서의 모든 당사국이 해당 이행협정을 모두 비준하여 당사국이 되어야 하는데, 이

Substances that Deplete the Ozone Layer, London, 29 June 1990)로 불리며 동 개정의정서 제10조에 다자기금제도 설치규정이 포함되었다.

79) 나고야의정서 제26조(4)항ⓔ호의 원문은 다음과 같다.
Article 26.4. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall keep under regular review the implementation of this Protocol and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote its effective implementation. It shall perform the functions assigned to it by this Protocol and shall:
(e) Consider and adopt, as required, amendments to thie Protocol and its Annex, as well as any additional annexes to this Protocol, that are deemed necessary for the implementation of this Protocol;
한편 CBD 제23조(4)항ⓔ에 따르면 당사국총회는 CBD의 하부 의정서에 대한 개정을 고려하고 개정이 결정되는 경우 그 채택을 해당 의정서의 당사국에 대해 그 채택을 권고하도록 되어 있다.

러한 가능성은 실질적으로 매우 낮을 것으로 보인다. 나고야의정서와 이행협정 간 당사국 범위 차이의 발생은 GMBSM의 설치 및 운용의 실효성을 현저히 떨어뜨리기 때문에 이는 상당한 장애가 될 가능성이 높다.

종합해볼 때, GMBSM이 실질적 법적구속력을 가지고 기능하기 위해서는 많은 과정을 오랜 기간 거쳐야 할 것으로 보인다. 그러나 과정의 지난함을 이유로 GMBSM의 수립 필요성을 부인하는 것은 바람직하지 않을 것이다. GMBSM 수립의 필요성이 충분히 인식되었다는 점에 대한 합의를 먼저 이끌어내는 것이 현재로서는 가장 중요한 일일 것이며, 이러한 합의가 먼저 도출될 때 비로소 법적구속력 있는 GMBSM의 형성 논의가 이어질 수 있을 것이다. 따라서 무엇보다 GMBSM의 수립을 위한 당사국들의 결정이 우선적으로 채택되어야 할 필요가 있다.

2. 적용범위

GMBSM의 적용범위에 대해서는 물리적, 시제적, 지리적 적용범위를 고려해볼 수 있다.

첫째, 물리적 적용범위와 관련하여 GMBSM은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동할 수 없는 경우를 위해 마련되는 체제라는 점을 상기할 필요가 있다. 특히 GMBSM은 CBD의 범위 내에서 운영되어야 할 것으로 보인다. 그 이유는 i) 나고야의정서 제10조 제2문에서 GMBSM으로 배분된 이익은 CBD의 두 가지 목적, 즉 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용되어야 함을 명시하고 있고, ii) 나고야의정서 제1조에서 따르면 유전자원의 공정하고 형평한 이익배분은 궁극적으로 앞서 언급한 CBD의 두 가지 목적에 기여하기 위한 것임을 분명히 하고 있기 때문이다.[80]

여기에서 한 가지 특기할 것은 앞서 살펴본 것처럼 DSI의 이용 관련 이익배분은 양자적 접근법 하에서는 많은 제약이 따르므로 GMBSM의 적용대상에 포함시킬 필요가 있을 것이라는 점이다.[81] 이때 이익배분의 대상이

80) 오선영, 앞의 주 15, 163-164면 참조.

81) 이때 DSI에 대한 이용은 나고야의정서 제5조 제1항에서 언급하고 있는 후속적 응용

되는 DSI는 상업적 목적을 위한 DSI의 이용으로 범위를 제한함으로써, 비상업적 목적의 DSI 이용자의 부담을 경감시키는 한편, DSI의 이용과정 추적과 발생되는 이익배분의 추궁 측면에서 GMBSM의 운영상 발생할 수 있는 행정적 비효율을 감소시키는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

한편, GMBSM의 적용대상 관련 규정 마련 시 DSI가 GMBSM의 적용대상에 포함된다는 점 때문에 해당 규정이 나고야의정서 제3조의 문언과 차이를 둘 이유는 없을 것으로 보인다.[82] 나고야의정서 제2조의 유전자원의 이용이란 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성에 대한 연구 및 개발을 의미하는데,[83] 나고야의정서상의 연구 및 개발이란 유전자원에 대한 여하한 조사, 학습 및 상품화 과정 전반을 포괄하는 개념으로 이해된다.[84] 연구 및 개발의 개념의 광범위성은 물리적 유전자원에의 이용을 통해 얻은 DSI를 포괄하는 것으로 볼 수 있기 때문에, DSI는 유전자원의 이용의 한 예가 된다.[85] 나고야의정서의 적용범위를 규정하고 있는 동 의정서 제3조는 CBD 적용범위 내의 유전자원 및 그러한 유전자원의 이용으로부터 발생한

및 상업화(subsequent applications and commercialization)로 분류될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 AHTEG, *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4 (20 February 2018), Annex, para. 7 참조.

82) 나고야의정서 제3조의 원문은 다음과 같다.
Article 3. Scope
This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such resources. This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such knowledge.

83) 나고야의정서 제2조(c)항의 원문은 다음과 같다.
Article 2. Use of Terms
The terms defined in Article 2 of the Convention shall apply to this Protocol. In addition, for the purposes of this Protocol:
(c) “Utilization of genetic resources” means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention;

84) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *supra* note 31, p. 63.

85) AHTEG, *supra* note 81, Annex, para. 7.

이익을 명시하고 있으므로, DSI는 나고야의정서의 적용범위 내에 충분히 포함될 여지가 있다고 보아야 할 것이다. 단, 앞서 언급한 바와 같이 DSI의 이용 중 상업적 목적으로 이용되는 DSI만을 GMBSM의 적용범위에 해당됨을 명시하기 위해서는 DSI에 대한 이용은 상업적 목적을 위한 것에 한정한다는 조건을 붙일 수는 있을 것이다.

둘째, 시제적 적용범위와 관련해서는 앞에서도 다룬 바와 같이 적어도 CBD 발효 이후에서부터 나고야의정서 발효 이전에 접근되어 PIC를 부여할 수 없거나 받을 수 없는 상황에 접근된 유전자원에 대한 이용이 지속되는 경우 및 특히 새로운 이용이 발생한 경우가 포함되어야 할 필요가 있다. 상기한 것처럼 나고야의정서 제3조는 CBD 제15조 범위 내의 유전자원에 대해 적용된다고 규정하고 있어, 나고야의정서의 적용대상이 되는 유전자원은 CBD 발효 이후의 것에 한정된다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이들 유전자원에 대해 나고야의정서 발효 이후에도 지속되고 있는 이용, 또는 새로운 이용을 통해 이익이 발생할 가능성은 얼마든지 있다. 이때 GMBSM을 통해 이러한 이익을 전 세계적 차원에서의 생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용할 수 있다면 나고야의정서 뿐 아니라 CBD의 목적달성에도 상당 부분 기여할 수 있을 것이다.

셋째, GMBSM의 지리적 적용범위의 설정은 국가관할권이 미치지 않는 지역의 유전자원까지 포섭할 것인지의 여부와 관련된다. 여러 번 언급하였듯이 나고야의정서 제3조는 CBD 제15조 범위 내의 유전자원에 대해 동 의정서가 적용된다고 규정하고 있고, CBD 제15조(1)항은 천연자원에 대한 국가의 주권적 권리를 인정하고 있다. 이는 당사국의 관할권 내의 유전자원을 대상으로 하고 있다는 뜻으로, 국가관할권 이원지역의 유전자원은 나고야의정서의 적용대상에서 제외됨을 의미한다.[86]

생각건대, GMBSM이 CBD 및 나고야의정서가 규정하고 있는 현재의 지리적 적용범위를 벗어나는 것은 바람직하지 않을 것이다. 이는 GMBSM 설치의 필요성을 고려할 때 상당히 명확하다. GMBSM은 이익을 배분받을

86) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 3, p. 127.

권리가 있는 자를 확정할 수 없는 상황에서의 이익배분을 위한 기제이지, 누구도 권리를 주장할 수 없는 유전자원에 대한 이용으로부터 발생하는 이익의 배분을 위한 기제는 아니다. 나아가 국가관할권 이원지역의 유전자원에 관련하여, 현재 해양법 영역에서 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성에 관한 체제가 논의 중에 있으며, 남극지역에 대해서는 이미 남극조약체제에 따라 천연자원의 이용이 규율되고 있다.[87] 이들 체제에 종속되는 유전자원에 대해서는 나고야의정서에 의거한 PIC가 부여될 수 없는 상황이기 때문에, 나고야의정서 제10조에서 예견하고 있는 필요성 상황인 PIC의 획득 또는 부여가 불가능한 상황에 해당되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 GMBSM이 수립된다고 하더라도 그 지리적 적용범위는 CBD 및 나고야의정서의 범위 내로 설정되는 것이 타당할 것이다.

3. 이익배분의 대상 및 배분방법

1) 유전자원 출처식별이 가능한 경우

유전자원의 출처식별이 가능한 경우는 두 가지가 있을 것이다. 우선 유전자원의 현지 내 수집을 진행하려고 하나 해당 국가의 국내법 미비 등으로 인하여 PIC 획득이 어렵거나 불가능한 경우가 해당될 수 있다. 다른 하나는 월경성 상황이다. 월경성 상황이라는 것은 동일한 유전자원이 둘 이상의 국가에서 발견되는 것을 의미하는 것이기 때문에, 유전자원의 원산지국을 하나로 특정하는데 어려움은 있을 수 있겠지만 유전자원 출처가 될 수 있는 국가들 자체의 식별은 가능한 상황이라고 볼 수 있다. 유전자원의 출처가 식별 가능한 경우 GMBSM을 통한 이익배분의 대상은 해당 국가들이 될 수 있을 것이다.

유전자원의 출처식별이 가능한 경우, 식별된 이익수혜자에 대해 모아진 이익을 예치해두었다가 추후 지급하는 형식을 고려해볼 수 있다. 특히 월경성 상황에 의한 해당 당사국들에 대한 이익은 ⅰ) 유전자원의 상대적 보유

87) *Ibid.*, pp. 73-74.

분의 산출이 가능한 경우에는 그러한 상대적 보유분에 따라 비례적으로 배분하거나 ii) 그렇지 못한 경우에는 이익을 균분하는 방식을 생각해 볼 수 있다. 유전자원의 상대적 보유분에 따라 이익을 비례적으로 배분하는 경우에는 분류군(taxa)에 걸쳐 흩어져있는 정보의 지리적 분배에 관한 결정이 선결될 필요가 있을 것이다.[88]

여기에서 유념할 것은 앞서 언급한 바와 같이 나고야의정서 제10조 제2문에 따라 GMBSM을 통해 모아진 이익은 "전 세계적으로"(globally) 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용되어야 한다는 점이다. 동 조항에서의 "전 세계적으로"라는 표현은 GMBSM을 통한 이익배분이 CBD의 목적달성을 위해 보다 전체적인 측면에서 이용되어야 함을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.[89] 따라서 유전자원 출처식별이 가능하여 유전자원 원산지국에게 이익이 배분되는 경우, 이러한 이익은 단순히 실질적 또는 잠재적 유전자원 제공국이 해당 유전자원에 가지는 권리 행사의 결과가 아니라, 이들 국가가 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 가능케 하는 생태계의 관리자로서 더 활발히 기능할 수 있도록 이용되어야 할 필요가 있다. 특히 유전자원의 출처는 식별되지만 PIC를 받을 수 없는 상황은 모두 역량형성 및 개발이 절실하게 요구되는 경우에 해당되기 때문에, 이들 국가들이 처한 상황을 극복할 수 있도록 지원함으로써 전 세계적 차원의 생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용 가능성을 제고할 필요가 있다. 이러한 맥락에서, 해당 국가들에 대한 금전적 이익배분 이외에도 이들이 직면하고 있는 문제에 대한 체계적인 분석을 통해 맞춤형 역량형성 및 기술이전 등의 비금전적 이익배분 방식이 이루어질 수 있는 방안을 보다 정밀하게 고안해야 할 것이다.

---

88) Manuel Ruiz Muller, *Genetic Resources as natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (Routledge, 2015), p. x viii.

89) Tomme Rosanne Young, "An International Cooperation Perspective on the Implementation of the Nagoya Protocol" in Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani, *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges* (Martinus Nijhoff Publisher, 2013), pp. 489-490.

2) 유전자원 출처식별이 불가능한 경우

유전자원의 출처식별 및 추적이 불가능한 상황은 현지 외 수집된 유전자원 또는 DSI의 출처 미상으로 원산지국의 식별이 불가능한 경우가 있을 것으로 보인다. 이러한 경우에는 이익수혜자를 특정할 수 없기 때문에 나고야의정서 제10조에서 언급하고 있는 것처럼 GMBSM을 통해 유전자원을 이용한 자에 의해 배분되는 이익은 전 세계적 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 범세계적 차원에서 사용되도록 조치할 필요가 있다.

이와 관련하여 생각해볼 문제는 어떻게 하면 전 세계적 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용이라는 목적에 부합하도록 이익을 사용할 수 있을 것인가이다. 특히 이익배분의 대상이 식별되지 않는 경우에는 GMBSM을 통해 모아진 이익을 누구에게 배분해야 하는지가 관건이 된다.

이를 위해 다른 다자적 이익배분체제의 예를 살펴보면 다음과 같다. 식량농업식물유전자원에 관한 국제조약(ITPGRFA)의 경우, 다자체제(Multilateral System)를 통해 누적된 이익은 개발도상국의 농부지원을 위한 프로젝트에 투자되어 역량형성 및 기술이전에 일조한다. 2009년을 기점으로 2년 단위로 현재까지 4회차까지 진행된 이익배분기금 프로젝트(BSF project)는 특히 기후변화에 취약한 지방의 토착농부들을 지원하는 사업 추진에 중점을 두고 있으며, 동 프로젝트를 통해 다수의 역량형성 및 기술이전 사업 자금이 지원되었다.[90] 한편, 세계보건기구(World Health Organization, 이하 WHO) 대유행인플루엔자준비체계(Pandemic Influenza Preparedness Framework, 이하 PIP 체계)에서는 동 체계를 통해 생물물질을 수령하여 백신 및 의약품을 제조하는 자에 대해서는 동반기여금(partnership contribution)이라는 연간 분담금을 지급하도록 하고 있다.[91] 동반기여금은 유행성 바이러스 질환에 대한 대비 및 대응을 위해 지출된다.[92] 이때 대비의 경우, WHO의 모든 회원국이 WHO를 상대로 이익배분을 받을 권리가 있지만, 이익배분의 우선순위

90) FAO, BSF Projects, http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/benefit-sharing-fund/projects-funded/en/참조(2021년 9월 30일 검색).

91) PIP Framework, Section 6.14.3.

92) PIP Framework, Section 6.14.4.

는 이용된 표본을 제공한 국가가 아닌, 공중보건의 위험도 및 필요를 고려하여 의료 자원의 부족으로 인해 유행성 인플루엔자에 가장 취약한 국가 및 백신에의 접근성이 제한된 국가에 대해 주어진다.[93]

위의 예를 비추어 볼 때, GMBSM을 통한 이익배분은 생태계의 관리자 역할을 수행하고 있는 유전자원 부국, 특히 개발도상국을 대상으로 하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이들 국가들이 관리자 역할을 보다 충실히 수행함으로써 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용에 적극적으로 기여할 수 있도록 지원할 필요가 있다. 즉, 정치적·경제적·환경적 요인으로 인하여 생물다양성 보전에 취약한 개발도상국을 중심으로 이익배분을 고려하는 방안이 가장 적합할 것으로 보이며 그 가능성도 높을 것으로 판단된다.[94]

한편 GMBSM을 통한 이익을 배분받을 대상 선정 방법에는 신중할 필요가 있다. 이는 이익배분의 공정성 및 형평성과도 연결되는 문제이기도 하다.[95] ITPGRFA의 예를 살펴보면, 동 조약 다자체제하 이익배분대상의 선정은 개발도상국 및 경제체제전환국의 농부지원을 위한 프로젝트 제안서를 검토함으로써 이루어진다. 그러나 프로젝트 제안서 검토를 통해 이익배분대상을 선정하는 방식은 프로젝트를 제안하는 국가 간 경쟁을 야기함으로써 전세계적 차원의 목적달성이라는 방향과 자칫 어긋날 가능성을 야기할 수 있다는 비판이 제기된바 있다. 프로젝트의 선정 자체에 지나치게 몰두하게 되면 막상 국가 또는 지역적 수준에서 요구되는 이익배분의 필요성이 제대로 평가되지 않아 프로젝트의 효과 자체를 떨어뜨리는 결과를 초래할 수도 있다는 것이다.[96]

---

93) PIP Framework, Section 6.1.

94) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *supra* note 31, pp. 207-208.

95) Expert Group Meeting on Article 10, *Study on Experiences gained with the Development and Implementation of the Nagoya Protocol and Other Multilateral Mechanisms and the Potential Relevance of Ongoing Work undertaken by Other Processes, including Case Studies*, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/2 (22 December, 2015), p. 19.

96) Sélim Louafi, "Policy Brief-Reflections on the Resource Allocation Strategy of the Benefit Sharing Fund", *paper for the 5th Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Swiss Federal Office for Agriculture, 2013), p. 1.

이를 고려할 때 GMBSM의 경우에는 크게 두 가지 방법을 통해 이익배분대상을 선정할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, GMBSM 내 기금기구의 마련을 통해 해당 기구 내의 자체적 기준을 정립한 뒤, 이에 따라 기후변화나 전쟁, 환경재난 및 사고 등으로 인해 생물다양성이 위협받고 있는 국가들을 선별하는 방식을 생각해볼 수 있다.[97] 둘째, GEF를 통한 국가선별을 진행할 수도 있다. GEF는 세계은행으로부터 자금융자를 받을 수 있거나, UN개발계획(UN Development Programme, UNDP)의 프로그램을 통해 기술적 원조를 받을 수 있는 자격이 있는 국가인 경우 GEF의 자금을 지원받을 수 있도록 하는 제도를 운영하고 있다.[98] 이러한 방법들을 통해 선정된 국가들을 중심으로 현지 내 보전 및 현지 외 수집을 통한 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용에 필요한 자금을 지원하고, 이와 관련한 역량형성 및 개발의 지원 및 기술이전 등의 비금전적 이익배분을 강화하는 방법을 적극적으로 고려할 수 있을 것이다.

4. 기금마련

GMBSM은 동 체제에서만 배타적으로 다루는 유전자원이 별도로 있는 것이 아니고 유전자원에 대한 접근 자체에 대해서는 규율하지 않을 가능성이 높기 때문에, 기금마련 방법에 있어 많은 융통성과 유연성이 필요할 것으로 판단된다.

기본적으로 GMBSM이 지속가능하게 운영되기 위해서는 의무적 기금납부와 자발적 기금납부를 모두 규정하는 방법을 모색할 필요가 있다. 우선 GMBSM에서의 의무적 기금납부는 월경성 상황 하의 유전자원 또는 유전자원에 대한 PIC를 획득할 수 없는 경우, 이러한 유전자원을 이용하여 상업

97) 이에 대한 예로 ITPGRFA의 경우 다자체제를 통해 수령된 이익은 개발도상국 및 경제체제 전환국가들의 농부들을 지원하기 위해 배분된다. 또한 PIP 체계에서는 공중보건의 위험도 및 필요를 고려하여 유행성 인플루엔자에 대해 취약한 국가를 중심으로 이익이 배분되는 형태를 구성하고 있다.

98) Global Environment Facility, *Instrument for the Establishment of the Restructured Global Environment Facility* (2019), para. 9(b).

적 이익을 창출한 자에 대해 부과하는 방법을 생각해볼 수 있다. 이때에는 판매액, 총수익, 순수익 등의 일정비율을 정해진 기간 동안 분납하도록 하거나 일시금으로 납부하게 하는 방법이 모색될 수 있다. 특히 특허와 같은 지식재산권과 결부되는 경우에는 적립되어야 할 사용료의 비율, 수익의 결정 및 부과시기 등에 대한 구체적인 규정의 마련이 필요하다.

이를 위해 다른 다자적 이익배분체제를 살펴보면 다음과 같다. PIP 체계에서는 PIP 생물물질에의 접근을 통한 백신 또는 항바이러스제 제조자에 대해 제조물에 대한 접근 보장, 알맞은 비용 또는 무료로 라이선스 제공 등의 방식을 통한 이익배분의 의무를 부과하고 있다. 이들은 별도로 PIP 체계 운영을 위한 연간 분담금 지급 의무 역시 부담하고 있다. 또한 국가관할권 이원지역(ABNJ)의 해양유전자원 이용으로부터 발생한 이익배분과 관련하여 의장초안은 금전적 이익배분의 수준을 제시한바 있다. 동 초안에 따르면 금전적 이익배분은 ⅰ) 각 부문 및 미리 결정된 비율에 근거하되, 상업화의 결과에 특허가 허여된 경우에는 더 높은 지불비율을 책정하도록 하는 방법과 ⅱ) ABNJ의 해양유전자원의 상업적 이용으로부터 기인하는 순수익의 1%를 부과하는 방법이 있다.[99]

2021년 6월 이행에 관한 부속기구(Subsidiary Body on Implementation, 이하 SBI)가 제출한 제10조에 관한 초안에서도 이와 비슷한 내용이 제안되었다. 동 초안에서는 유전자원, 관련 전통지식 및 DSI의 이용에서 발생한 이익의 공정하고 형평한 배분을 위한 실질적인 체제로 GMBSM을 제안하고 있다.[100] 특히 동 초안에서는 선진국에 대해 상기 적용대상의 이용에서 발생한 모든 상업적 수입에 대해 소매가의 1%를 양자적 이익배분체제로 배

99) ABNJ Conference, *supra* note 69, p. 19.

100) SBI, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol), Draft recommendation submitted by the Chair,* CBD/SBI/3/CRP.12 (2 June 2021), p. 1. 해당 원문은 다음과 같다.
"*The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Nagoya Protocol*,
[*Further determined* to create a practical system to ensure fair and equitable sharing of the benefits arising from the use of digital sequence information on genetic resources and associated traditional knowledge,]]"

분할 수 없는 경우 GMBSM에 납부할 수 있도록 입법적, 행정적 또는 정책적 조치를 취할 의무를 제시하고 있다.[101] 또한 초안에 따르면 GMBSM에 납부되는 모든 금전적 이익은 GEF로 모아지며 이렇게 모아진 기금은 생물다양성 과학기구(Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services)의 과학적 평가를 통해 생태계 기반 접근방식에 따라 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 목적으로 한 활동에 이용된다.[102] 이러한 초안이 실제로 채택될지의 여부는 지켜보아야 할 것이나, GMBSM을 통한 기금마련 방법으로 충분히 고려할 만한 선택지라고 할 수 있다.[103]

단, ITPGRFA의 다자체제에서 목도한 바와 같이 의무적 기금납부 이행의 실패가능성을 염두에 둘 필요는 분명히 있다. 현재 ITPGRFA에서는 다자체제를 통한 식량농업식물유전자원을 수령하여 상업화된 제품을 판매하는 경우 수령자에게 제품판매수익의 고정비율(a fixed rate)을 의무적으로 납부하도록 하는 제도를 두고 있다. 그러나 동 제도가 제대로 이행되고 있지 않아 단순히 비용을 납부하도록(shall make payments) 표준물질이전계

---

101) *Ibid.,* p. 2. 해당 원문은 다음과 같다.

6. [Decides to establish an ad hoc technical expert group, with the terms of reference set out in the annex to the present decision;]

[6 alt. Decides, in the exercise of their sovereign rights over genetic resources, to establish a multilateral benefit-sharing mechanism, to operate as follows:

(a) *Each developed country Party shall*, in accordance with Articles 20 and 15.7 of the Convention, *take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to ensure that 1 per cent of the retail price of all commercial income resulting from* all utilization of genetic resources, traditional knowledge associated with genetic resources or *digital sequence information on genetic resources is shared through the multilateral benefit-sharing mechanism to support the conservation and sustainable use of biological diversity, unless such benefits are otherwise being shared on mutually agreed terms established under the bilateral system;* (emphasis added)

102) *Ibid.*, pp. 2-3.

103) 한편, DSI에 대한 이익배분방법에 대해 Muller와 Vogel은 DSI 이용 결과로 특허를 출원하게 되는 경우, 특허권자로 하여금 상품의 상업화로써 발생한 금전적 이익을 GMBSM에 납부하고 사용료는 조건부 날인증서(escrow)로 예탁하는 방식을 제안하고 있다. 이에 대해서는 Manuel Ruiz Muller, *supra* note 88, pp. 76-89 참조.

약(SMTA)의 개정안이 마련된바 있다. 따라서 앞서 언급한 의무적 기금납부 이외에 GMBSM의 적용범위 하의 유전자원을 이용하여 상업적 이익을 창출한 자가 GMBSM에 자발적으로 이익을 배분하도록 장려할 수 있는 유인책 역시 마련해야 할 것이다. 이러한 유인책으로는 현재 ITPGRFA의 SMTA 개정안과 같이, ⅰ) 기금 납부의 의무가 있는 자로 하여금 납부금액을 스스로 결정하게 하여 납부하도록 하는 방식, ⅱ) 자발적 이익 납부시 모범관행(best practices)의 인정이나 자발적 이익납부 확인서 등의 발급을 통해 추후 유전자원 제공국 내의 유전자원에의 접근 및 이익배분에 있어 보다 유리한 조건이 적용될 수 있도록 보장하는 방식 등을 추가적으로 고려해 볼 수 있을 것이다.[104]

추가적으로, 다른 다자적 이익배분체제에서 발견되는 바와 같이 GMBSM에서 나고야의정서 내 핵심사업인 역량형성 및 기술이전을 비금전적 이익배분을 수행하게 될 때, 역량형성 및 기술이전을 위한 기금납부의 의무를 선진국에 대해 부과하는 방법을 추가적으로 생각해볼 수 있다. CBD 제20조(2)항에 따르면 선진국인 당사국들은 개발도상국인 당사국의 CBD 이행에 필요한 신규 및 추가적 재원을 제공할 의무가 있는데, 동 조항은 나고야의정서 제25조(1)항에 따라 나고야의정서 당사국들 역시 고려해야 할 의무가 있다.[105] CBD의 당사국이 자동적으로 나고야의정서의 당사국이 되지는 않지만 나고야의정서의 당사국이 되기 위해서는 반드시 CBD의 당사국이어야 하므로, 이 같은 의무의 부과는 정당한 근거를 가지고 있는 것이다. 선진국들에 대한 기금납부의 의무가 부과된다면 이들에 의해 자발적인

104) Bevis Fedder, *Marine Genetic Resources, Access and Benefit Sharing: Legal and Biological Perspectives* (Routledge, 2013), p. 171.

105) CBD 제20조(2)항에 따르면 선진국인 당사국들은 개발도상국인 당사국의 CBD 이행을 위해 필요한 신규 및 추가적 재원을 제공할 의무가 있다. 동 조항은 이러한 의무 이행을 위한 선진국은 COP1에서 결정할 것을 위임하고 있다. 이에 따라 COP1에서 결정된 선진국의 명단은 다음과 같다. 호주, 오스트리아, 캐나다, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 아이슬란드, 이탈리아, 아일랜드, 일본, 룩셈부르크, 모나코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 대영제국 및 북아일랜드. CBD COP1, *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its First Meeting*, UNEP/CBD/COP/DEC/I/2 (28 February 1995), Annex II. A.

납부로만 충당되어 오던 재원의 확보가 보다 안정적으로 이루어질 수 있기 때문에 고려할 가치는 존재할 것으로 보인다.

Ⅴ. 결 론

나고야의정서가 발효된 지 7년이 채 지나지 않은 시점에서 동 의정서 이행의 실효성을 논하는 것은 일견 시기상조일 수 있다. 그러나 분명한 것은 나고야의정서의 적용범위에 해당되는 유전자원의 이용이 발생함에도 불구하고 양자적 이익배분체제로는 해결될 수 없는 상황이 분명히 존재한다는 것과 이때 발생하는 이익은 나고야의정서의 틀 내에서 배분되어야 할 명확한 필요성이 존재한다는 것이다.

이러한 측면에서 본 연구는 GMBSM은 이 같은 상황과 요구에 적절히 부응할 수 있는 기제가 될 수 있음을 주장하였다. 특히 아직까지 합의가 이루어지지 않은 GMBSM 설치의 필요성에 대해, 본 연구는 필요성은 다음과 같은 근거를 바탕으로 충족되었음을 입증하였다.

첫째, 월경성 상황 발생시 나고야의정서 제11조에 따른 해당 당사국들 간 협력이 먼저 이루어져야 하는 것은 사실이다. 그러나 동 조항에서 규정하고 있는 협력은 의무적인 것이 아니기 때문에 협력이 일어나지 않거나 실패할 가능성이 있다. 더욱이 나고야의정서의 이행 상태가 국내적으로 모두 상이므로, 제11조에 따른 협력이 실제로 일어나는데는 많은 한계가 있다는 국가들의 의견도 제출된바 있다. 이에 비추어 볼 때 제11조 상의 협력 실패시 이익배분이 이루어질 수 있는 장치가 마련될 필요가 있다.

둘째, 현지 외 수집된 유전자원의 출처가 미상인 이유는 많은 경우 유전자원 수집 기간이 CBD 또는 나고야의정서 발효 전이기 때문인 것으로 보인다. 나고야의정서의 적용대상은 CBD 제15조 범위 내의 유전자원이고 그 범위는 그러한 유전자원의 이용까지 포섭한다. 따라서 적어도 CBD 발효 후이나 나고야의정서 발효 전에 수집된 유전자원에 대한 이용이 나고야의정서 발효 이후에도 지속되고 있는 경우, 이는 이익배분대상이 되어야 할 것

이다. 이때 학문적 연구 등 비상업적 이용을 저해하지 않기 위해서는 상업적 이용에 국한되어 적용될 필요가 있을 것이다.

셋째, 유전자원 제공국 국내조치의 미비에 대해 일각에서는 이로 인해 PIC가 부여되거나 획득되지 못한 사례는 없다고 주장한다. 그러나 조사에 따르면 오히려 이러한 사례는 다수 발생하였다. 또한 국내조치의 미비는 역량형성으로 극복될 수 있다는 주장은 실제 역량형성 프로젝트의 시행 관행 및 결과를 살펴볼 때 만능 해결책이 될 수 없다. 따라서 국내조치 미비시 발생하는 이익배분의 기제가 보충적으로 마련될 필요가 있다.

넷째, DSI의 경우 의견은 분분하지만 CBD COP14의 결정을 참고할 때, 물리적 유전자원에 대한 이용을 통해 도출된 DSI에 대해서는 이익배분의 문제가 발생할 수 있다. 그러나 DSI의 성질 및 이용 관행을 고려할 때 PIC의 부여나 획득은 난제이다. 이때 DSI의 이용으로부터 발생하는 이익배분을 위해 GMBSM이 적절한 기제가 될 수 있다.

나고야의정서를 통해 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 보다 공정하고 형평하게 이익을 배분하기 위해서는 이제 GMBSM에 대한 구체적 법적 형식에 대한 논의가 이루어져야 할 필요가 있다. 이에 따라 본 연구는 법적 형식, 적용범위, 이익배분의 대상 식별 및 배분방법과 기금마련의 방법에 대한 전체적인 방향을 제시함으로써 GMBSM의 가능한 형식을 구상해보았다. 그러나 이는 개괄적인 틀에 불과하다. 논의의 기초를 마련하기 위해서는 다른 다자적 이익배분체제에 대한 면밀한 연구와 현재 진행중인 다른 포럼에서의 논의에도 귀추를 주목하는 한편, 나고야의정서에서 다루어지는 유전자원의 특성 및 기술발달을 종합적으로 고려하여 국가들의 합의를 이끌어내야 할 것이다.

유전자원에의 접근 및 이익배분에 관한 나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰 - 이 선	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	2021.12.08.	2021.12.29.

[참고문헌]

-국내문헌-

김기현, 박수진, "나고야 의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰", 『국제법학회논총』, 제60권 제1호 (통권 제136호, 2015).

박원석, "나고야의정서의 국내 이행 필요사항 분석", 고려법학 제68호 (2013).

_____, "생물다양성협약과 부속의정서상 유전자원 염기서열정보의 협상쟁점과 논의동향", 중앙법학 제22집 제3호 (2020).

오선영, "나고야의정서 상의 다자간 이익 공유 체계 연구", 국제법학회논총, 제62권 제1호 (2019).

-외국문헌-

Biber-Klemm, Susette, *et al.*, "Governance Options for Ex-Situ Collections in Academic Research" in Sebastian Oberthür and G. Kristin Rosendal, *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit-Sharing after the Nagoya Protocol* (Routledge, 2014).

Brunnée, Jutta, "COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 15, Issue 1 (2002).

Churchill, Robin R., and Geir Ulfstein, "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law", *The American Journal of International Law,* Vol. 94, No. 4 (2000).

Dedeurwaerdere, Tom, Ariana Broggiato, Dimitra Manou, "Global scientific research under the Nagoya Protocol: Governing pools of microbial genetic resources" in Evanson Chege Kamau and Gerd Winter, *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013).

Fedder, Bevis, *Marine Genetic Resources, Access and Benefit Sharing: Legal and Biological Perspectives* (Routledge, 2013).

Garner, Brian A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (West, 2009).

Greiber, Thomas, *et al.*, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing* (IUCN, 2012).

Gunther, Handl, "International "Lawmaking" by Conference of the Parties and Other Politically Mandated Bodies" in Rudiger Wolfrum and Volker Roben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005).

Ikeme, Jekwu, "Equity, Environmental Justice and Sustainability: Incomplete Approaches in Climate Change Politics", *Global Environmental Change*, Vol. 13, Issue 3 (2003).

Louafi, Sélim, "Policy Brief-Reflections on the Resource Allocation *Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Swiss Federal Office for Agriculture, 2013).

Karger, Elizabeth, "Study on the Use of Digital Sequence Information on Genetic

Resources in Germany" in the project *Scientific and Technical Support on Implementing the Nagoya Protocol - Part 1 "Digital Sequence Information and ABS"* (Federal Agency for Nature Conservation, 2018).

Medaglia, Jorge Cabrera, "Digital Sequence Information (DSI) and Benefit-Sharing Arising from its Use: An Unfinished Discussion", *GRUR International*, Vol. 69, Issue 6 (2020).

Morgera, Elisa, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity* (Brill, 2014).

Muller, Manuel Ruiz, *Genetic Resources as natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (Routledge, 2015).

Oldham, Paul, Stephen Hall and Oscar Forero, "Biological Diversity in the Patent System", *PLOS ONE*, Vol. 8, Issue 11 (2013).

Stoll, Peter-Tobias, "ABS, Justice, Pools and the Nagoya Protocol" in Evanson Chege Kamau, and Gerd Winter (ed.), *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013).

Young, Tomme Rosanne, "An International Cooperation Perspective on the Implementation of the Nagoya Protocol" in Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani, *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges* (Martinus Nijhoff Publisher, 2013).

-국제문서-

African Union Commission, *African Union Strategic Guidelines for the Coordinated Implementation of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization* (2015).

AHTEG, *Combined Study on Digital Sequence Information in Public and Private Databases and Traceability*, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/4 (31 January 2020).

_____, *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4 (20 February 2018).

_____, *Synthesis of views and information on the potential implications of the use of digital sequence information on geneticresources for the three objectives of the Convention and the objective of the Nagoya Protocol,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (9 January 2018).

CBD COP1, *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its First Meeting*, UNEP/CBD/COP/ DEC/I/2 (28 February 1995).

CBD COP10, Report of the Second Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/ COP/10/5/Add.4 (28 July 2010).

CBD COP14, *Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 14/20. Digital sequence information*

on genetic resources, CBD/COP/DEC/14/20 (30 November 2018).
Climate Action Network Ad-Hoc Legal Working Group, "COP Decisions: Binding or Not?"(8 June, 2009).
COP-MOP1, *Measures to Assist in Capacity-Building and Capacity Development (Article 22),* UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/8 (20 October 2014).
COP-MOP2, *Decision Adopted by the Parties to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/MOP/DEC/2/10 (17 December 2016).
EC, *Impact Assessment: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union (Part I), SWD* (2012).
Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing, *Report of the Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4 (2 February 2016).
_____, *Study on Experiences gained with the Development and Implementation of the Nagoya Protocol and Other Multilateral Mechanisms and the Potential Relevance of Ongoing Work undertaken by Other Processes, including Case Studies*, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/2 (22 December, 2015).
Global Environment Facility, *Instrument for the Establishment of the Restructured Global Environment Facility* (2019).
Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *Biodiversity Focal Area Study* (2018).
Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *Report of the Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol on its Fourth Meeting,* CBD/NP/CB-IAC/2019/1/4 (4 November 2019).
_____, *Update on Existing Capacity-Building and Development Initiatives and Resources supporting the Implementation of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2 (3 October 2019).
Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, *President's aid to negotiations,* A/CONF.232/2019/1 (3 December 2018).
Open-ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization, *Synthesis of the Online Discussions on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ICNP/3/INF/4 (8 January 2014).
SBI, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol),* CBD/SBI/2/5 (18 May 2018).
_____, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol), Draft recommendation submitted by the Chair,* CBD/SBI/3/CRP.12 (2 June 2021).

_____, *Study to identify specific cases of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that occur in transboundary situation or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent*, CBD/SBI/3/15/Add.1 (13 July 2020).

Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, *Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer,* Decision II/8. UNEP/OzL.Pro.2/3 (29 June 1990).

Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, *Digital Sequence Information on Genetic Resources*, CBD/SBSTTA/22/2 (20 March 2018).

- 전자자료 -

국립국어원 표준국어대사전, (2021년 11월 4일 검색).

FAO, BSF Projects, (2021년 9월 30일 검색).

GEF, Updated GEF-7 Results Architecture, (2021년 11월 9일 검색).

NCBI GenBank, (2021년 9월 9일 검색).

【국문초록】

나고야의정서는 유전자원 제공자와 이용자의 양자적 관계를 중심으로 이익배분체제를 수립하고 있다. 나고야의정서의 양자적 이익배분체제는 이익배분을 받을 권리 주체가 확인이 되는 경우에 작동할 수 있기 때문에, 해당 권리 주체를 알 수 없는 경우에는 이익배분이 이루어지기 어렵다는 한계가 있다. 이러한 문제는 나고야의정서 수립과정에서 이미 예견된바, 동 의정서는 제10조를 통해 세계다자이익배분체제(GMBSM) 수립의 고려를 규정함으로써 대응의 실마리를 제공하고 있다. 그러나 GMBSM이 수립되기 위해서는 그 필요성과 형식에 대한 고려와 합의가 도출되어야 하는데, 이에 대한 이견이 좁혀지지 않아 난항을 겪고 있다.

이러한 배경에 따라 본 연구에서는 GMBSM 수립의 필요성이 과연 존재하는지에 대해 검토하였다. 월경성 상황과 PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 경우가 실제 존재하고 있고, 국가 간의 협력이나 역량형성 프로젝트 등 이러한 문제의 해결을 위해 기존에 마련되어 있는 기제로는 여전히 양자적 이익배분체제에서 발생하는 한계 극복이 제한적이라는 점을 설명하였다. 나아가 GMBSM의 수립시 구상 가능한 법적 형식, 특히 물리적, 시제적 및 지리적 적용범위, 이익배분의 대상 식별 및 방법, 기금마련 등에 대한 개괄적인 방향을 제시하였다.

【Abstract】

A Legal Analysis of the Need for and Modalities of a Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (GMBSM) of the Nagoya Protocol

Seon Lee
(Legal Research Institute of Korea University,
Senior Researcher)

The Nagoya Protocol has established a bilateral benefit-sharing mechanism between a user of genetic resources and a providing country in order to combat "biopiracy." However, effective implementation of the bilateral benefit-sharing mechanism is challenging since there are cases where the providing country cannot be identified, leading to failure of the benefit-sharing according to the Nagoya Protocol. In this regard, establishment of the Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (GMBSM) in Article 10 of the Nagoya Protocol should be taken into serious consideration. Since Article 10 of the Nagoya Protocol requires Parties to the Protocol to consider both the need for and and the modalities of the GMBSM, it is necessary to reach an agreement among Parties on the need for the establishment of the GMBSM before moving on to a discussion of the modalities.

This study argues that there are specific situations that justify the establishment of the GMBSM, including transboundary situations or situations where it is not possible to grant or obtain Prior Informed

Consent (PIC). In particular, it stresses that situations, such as cooperation among Parties concerned or the capacity building projects in place, are difficult to resolve with measures provided in the existing bilateral benefit-sharing mechanism. In addition, this study suggests a framework for possible modalities of the GMBSM that would not undermine the bilateral approach upon which the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol are founded.

주제어(Keywords) : 나고야의정서(Nagoya Protocol), 접근 및 이익배분(Access and Benefit-Sharing(ABS)), 양자적 이익배분체제(Bilateral benefit-sharing mechanism), 사전통고승인(Prior Informed Consent(PIC)), 상호합의조건(Mutually Agreed Terms(MAT)), 세계다자이익배분체제(Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism(GMBSM))

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.263

통정허위표시와 자연적 해석, 그리고 계약당사자 확정 법리

- 차명대출 사안에 대한 검토를 중심으로 -

강 승 우*

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 판례의 태도
Ⅲ. 판례 입장에 관한 의문점
Ⅳ. 종래 논의의 소개 및 검토
1. 종래의 논의 상황
2. 견해들의 검토
3. 계약당사자 확정에 의한 처리설에 따를 때의 법리적 문제점
Ⅴ. 통정허위표시의 구조 및 자연적 해석과의 관계
1. 통정허위표시의 구조
(1) 논의의 전제로서의 의사표시 이론에 관하여
(2) 구조에 대한 분석
2. 자연적 해석과의 관계
(1) 통정허위표시의 구조에 따른 결론
(2) 민법 제108조 제1항과의 관계에서의 검토
Ⅵ. 차명대출의 법률관계
Ⅶ. 결론

Ⅰ. 서 론

소위 차명대출이란, 실제로는 대출계약상의 명의자와 다른 사람이 대출을 받아 돈을 사용하기로 하면서 이루어지는 거래 현상이다. 이때 명의자는 형식적으로 계약서상으로만 내세워질 뿐 실질적으로는 그 대출계약과 전혀

* 성균관대학교 법학전문대학원 재학 중.

이해관계가 없고, 대출금의 사용 및 상환은 일응 명의차용자가 하게 된다. 이러한 차명대출은 우리의 거래현실상 주로 금융기관과의 관계에서 많이 이루어져 왔으며, 따라서 그에 관한 법적 분쟁을 둘러싸고 대법원 판례들도 많이 축적되어 있고 학계의 논의도 상세히 이루어졌다고 볼 수 있다. 그런데 아래에서 살펴보듯 판례는 차명대출에 있어 금융기관과 단지 계약서상으로만 내세워진 명의자 사이의 대출계약은 (일정한 경우에) 통정허위표시로서 무효라고 보고 있는 한편, 그 경우 대출계약의 당사자는 계약서상의 명의자가 아니라 명의차용자라고 판시하고 있어 다소 논란의 소지가 발생하고 있다.

만약 금융기관과 계약행위자[1] 사이에 계약서상의 명의자(명의대여자)와 실제 차주(명의차용자)가 다르고 법률효과는 후자에게 귀속된다는 인식의 공유(판례의 표현에 따르면 '양해')가 있었다면, 법률행위의 해석에 관한 자연적 해석방법에 따를 때 계약서상의 표시와는 상관없이 실제 계약의 당사자는 금융기관과 행위자 양자가 공통으로 인식한 사람, 즉 명의차용자가 된다고 볼 여지가 있고 상기하였듯 판례는 그 결론에 있어 이러한 입장에 서 있다. 한편 차명대출계약에 있어서는 쌍방의 합의하에 실제로 돈을 빌리는 자가 아닌 자를 계약서상에 이름만 적어놓는 것이기 때문에 그것은 통정허위표시로서 무효라고 볼 수 있을 것이고, 판례는 역시 이러한 입장을 취하고 있다. 이와 같은 결론은 언뜻 보기엔 별다른 의문이 들지 않지만, 이러한 판례의 두 태도를 동시에 고찰해보면 문득 의문이 생긴다. 통정허위표시도 어떠한 의사표시 내지 법률행위가 존재할 것을 요건으로 하는 것이고, 대법원이 통정허위표시로서 무효라고 한 대상은 당연히 '대출계약'이다. 그

1) 차명대출의 계약행위자는 명의차용자가 될 수도 있고, 명의대여자가 될 수도 있다. 차명계약은 사실상의 이익 귀속자가 직접 계약을 체결한 경우뿐만 아니라 그의 부탁을 받은 자가 자기 명의로 계약을 체결한경우도 포함하는 개념이다. 이동진, "차명계약의 법리 - 차명예금 및 차명대출을 중심으로 -", 「BFL」 제46호, 2011, 6쪽. 이와 관련하여 한재봉, "대출제한규정의 적용을 회피하기 위하여 타인의 명의를 빌려 체결한 대출약정의 효력 - 통정허위표시에 관한 대법원 판례를 중심으로 -", 「재판과 판례」 제12집, 2004, 300쪽은 차명대출의 경우에는 명의대여자가 명의차용자와 함께 금융기관에 방문하여 계약서를 작성하거나 명의차용자가 명의대여자로부터 필요 서류 등을 교부받아 혼자 금융기관에 방문하는 경우가 일반적이고, 명의대여자가 혼자 금융기관에 방문하여 대출계약을 체결하는 경우는 이례적이라고 한다.

런데 이는 그 대출계약의 당사자가 실제 차주가 아닌 계약서상 명의자와 금융기관이라는 전제에 서 있는 것이다. 돈을 빌리지도 않는 사람이 돈을 빌리는 것처럼 한 것이어서 통정허위표시라는 것이기 때문이다. 그런데 한편으로 대법원은 그 '대출계약'의 당사자가 실제 차주와 금융기관이라고 하고 있다. 그렇다면 대법원은 하나의 법률관계를 두고 각 쟁점에 따라 당사자를 각각 달리 판단하고 있는 것이 아닌가?

하나의 법률행위가 동시에 두 개로서 존재하여 하나는 통정허위표시로서 무효로 판정되고 다른 하나는 금융기관과 명의차용자 사이의 유효한 법률행위로 판정된다는, 양자역학의 신비를 연상케 하는 새로운 법리가 전개되는 것이 아닌 한, 차명대출계약을 통정허위표시라고 하면서도 실제 차주를 당사자로 보아 유효한 대출계약을 인정하는 대법원의 태도는 필연적으로 복수의 법률행위를 인정하는 것일 수밖에 없고, 그렇지 않다면 모순이다. 그런데 복수의 법률행위를 인정하는 것이라면, '그 대출계약의 당사자는' 실제 차주라는 판시상의 표현과 맞물리지 않는다. 대법원의 설시 문언상 저 대출계약은 대출 명의자를 실제 차주와 달리 표시한 계약서에 따라 이루어진 그 대출계약을 가리킴이 명확하거니와, 만약 2개의 법률행위가 있는 것으로 본다면 그때는 실제 차주 및 계약서상 명의자가 각 계약의 당사자임이 너무나도 분명하기 때문에 굳이 당사자에 대해 논할 필요도 없기 때문이다. 따라서 대법원의 위와 같은 태도가 어떠한 법률관계 인식과 법리에 입각해 있는 것인지에 대하여는 설명이 필요하다. 그럼에도 불구하고 현재까지 이와 관련하여 판례가 상세한 법리 소개를 하고 있지는 않고, 특별한 설명 없이 두 입장이 모두 유지되고 있을 뿐이며, 학계에서도 아직까지는 이 쟁점에 대해 정면으로 충분한 논의가 이루어지지 않은 듯하다. 그러나 이 문제는 차명대출을 넘어 계약당사자 확정, 자연적 해석, 통정허위표시 등 민법의 기본적 법리와도 맞닿아 있는 중요한 쟁점이라고 생각되는바, 이 글에서는 이상과 같은 문제의식에 입각하여 나름의 해답을 탐구해보고자 한다. 다만 차명대출과 관련하여서는 위에서 언급한 문제 외에도 다양한 쟁점들이 존재하나, 이 글은 현재의 판례 태도를 기초로 하여 위에서 언급한 문제에 대한 법리적 검토를 주목적으로 함을 밝힌다.

Ⅱ. 판례의 태도

이 글의 주제와 관련하여 차명대출에 관한 판례들을 살펴볼 때, 쟁점을 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 차명대출계약이 통정허위표시(또는 비진의표시)에 해당하는지, 해당된다면 그것은 어떤 요건하에서인지이고, 둘째는 차명대출계약에 있어 계약당사자는 누구인지이다. 이 중 그간 학설(실무가들이 발표한 논문들도 포함)이 정면으로 다뤄왔던 논의들은 주로 첫째 쟁점과 관련되어 있었던 듯하고, 대법원에서도 역시 이 쟁점에 관하여 다수의 판례들을 낸 바 있다. 비록 첫째 쟁점은 그 자체로 이 글에서 중점적으로 다루고자 하는 부분은 아니나, 논의 전개를 위한 기초로서 주요 판례들을 소개할 필요가 있다. 일단 판례는 원칙적으로 차명대출계약에 있어 계약서상 명의자와 금융기관 간의 대출계약이 통정허위표시라거나 비진의표시라고 할 수 없다는 입장이다.

통정허위표시가 성립하기 위하여는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 하는바, 제3자가 은행을 직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명·날인하였다면 제3자는 자신이 당해 소비대차계약의 주채무자임을 은행에 대하여 표시한 셈이고, 제3자가 은행이 정한 동일인에 대한 여신한도 제한을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐, 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수는 없으므로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다17909 판결).

제3자가 채무자로 하여금 제3자를 대리하여 금융기관으로부터 대출을 받도록 하여 그 대출금을 채무자가 부동산의 매수자금으로 사용하는 것을 승낙하였을 뿐이라고 볼 수 있는 경우, 제3자의 의사는 특별한 사정이 없는

한 대출에 따른 경제적인 효과는 채무자에게 귀속시킬지라도 법률상의 효과는 자신에게 귀속시킴으로써 대출금채무에 대한 주채무자로서의 책임을 지겠다는 것으로 보아야 할 것이므로, 제3자가 대출을 받음에 있어서 한 표시행위의 의미가 제3자의 진의와는 다르다고 할 수 없고, … (대법원 1997. 7. 25. 선고 97다8403 판결)

앞의 판례는 명의대여자가 금융기관과의 사이에서 직접 계약을 체결한 경우에 관한 법리이고 뒤의 판례(이는 비진의표시에 관한 판례였음)는 명의차용자가 명의대여자를 대리하여 금융기관과 계약을 체결한 경우에 관한 법리이지만, 대법원은 어느 경우나 명의대여자는 적어도 스스로에게 법률적 효과는 귀속시키겠다는 의사를 갖고 있었던 것으로 보아 의사와 표시의 불일치 자체를 부정하고 있다. 그러나 이에 대하여 판례는 예외를 인정하고 있는데, 금융기관이 명의대여자는 형식적인 채무자에 불과하다는 것을 '양해'한 경우, 즉 계약서상 명의자에게는 법률상 효과를 귀속시키지 않기로 하는 쌍방 의사의 합치가 있는 경우라면 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 대출계약은 통정허위표시로서 무효라고 하고 있다.[2)]

---

2) 이러한 판례의 태도에 관하여는 여러 비판들이 제기된 바 있다. 예컨대 통정허위표시에 있어서의 통정이란 합의를 의미하는 것이어서 판례가 요구하는 (합의보다 약한) 양해만으로는 통정허위표시를 인정할 수 없다며 판례를 비판하는 견해가 있다. 김학동, "차명대출명의자의 책임에 관한 판례 검토", 「서울법학」 제15권 제2호, 2008, 16~17쪽. 그러나 판례가 '금융기관의 양해'가 있으면 통정허위표시를 인정하는 것은 당연히 금융기관의 양해로써 쌍방의 의사합치 내지 합의가 완성된다는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 본문 중 이 다음에 인용된 2000다65864 판결의 맥락상으로도 그러하지만, 그 바로 뒤에 인용된 2008다7772 판결이나 이 각주 마지막 부분에 인용된 2018다253413 판결이 '약정 내지 양해'라고 표현하고 있는 것을 보면 더욱 명확하다. 또한, 대법원이 통정허위표시를 인정하는 이와 같은 판결들에서는 명의대여자에게 채무부담 의사가 없었다고 보았고 통정허위표시를 부정하는 판결들에서는 명의대여자에게 채무부담 의사가 있다고 본다며 판례들의 일반론이 상호 모순된다고 비판하는 견해가 있다. 윤진수, "차명대출을 둘러싼 법률문제(上)", 「법조」 제55권 제12호, 2006, 281~283쪽. 그러나 금융기관의 양해를 이유로 통정허위표시를 인정하는 판결은 차명대출의 경우에 명의대여자가 채무를 부담하지 않는다는 의사를 갖고 있다고 일반론을 설시한 것이 아니라 '(예외적으로) 명의대여자의 의사가 그러하고, 금융기관도 이를 양해한 경우에는' 통정허위표시가 인정된다는 것으로서, 두 판례는 각각 상황이 다른 경우에 관하여 서로 다른 판단을 제시한 것뿐이다. 판례의 설시가 다소 오해의 소지가 있게 표현된

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 구 상호신용금고법 제12조의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 상호신용금고도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성받은 경우에는, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 상호신용금고와 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 상호신용금고의 양해하에 그에 따른 채무부담 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다65864 판결).

이와 같은 '양해'는 앞의 98다17909 판결이 말하고 있는 '특별한 사정'의 요소를 이룬다. 즉, 동 판결은 차명대출에 있어 '특별한 사정이 없는 한' 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수는 없으므로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다고 하고 있는데, 이 특별한 사정과 관련하여 판례는 '양해'를 들고 있다.

구체적 사안에 있어서 위와 같은 특별한 사정의 존재를 인정하기 위해서는, 실제 차주와 명의대여자의 이해관계의 일치 여부, 대출금의 실제 지급 여부 및 직접 수령자, 대출서류 작성과정에 있어서 명의대여자의 관여 정도,

---

점은 있어 보이나, 어쨌든 적어도 일반론의 차원에서 양 판례간 모순은 없다고 하겠다. 판례의 모호한 표현에서 비롯된 여러 비판적 견해들에 영향을 받은 것인지는 몰라도, 대법원은 보다 명확한 언어로 동일한 취지의 판시를 한 바 있는데, 아래와 같이 개선된 판례의 표현을 고려한다면 기존의 비판들 중에는 더 이상 유지되기 어려운 부분도 있을 것이다. "… 원칙적으로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다. 그러나 제3자가 소비대차계약에 따른 경제적 효과뿐만 아니라 그 법률상의 효과까지 타인에게 귀속시키려는 의사로 대출 관련 서류에 서명·날인한 것이고, 금융기관 등 채권자도 제3자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 제3자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음을 추단할 수 있는 특별한 사정이 있다면 그 의사표시는 통정허위표시로서 무효이다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다253413 판결)."

대출의 실행이 명의대여자의 신용에 근거하여 이루어진 것인지 혹은 실제 차주의 담보제공이 있었는지 여부, 명의대여자에 대한 신용조사의 실시 여부 및 조사의 정도, 대출원리금의 연체에 따라 명의대여자에게 채무이행의 독촉이 있었는지 여부 및 그 독촉 시점 기타 명의대여의 경위와 명의대여자의 직업, 신분 등의 모든 사정을 종합하여, 금융기관이 명의대여자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 명의대여자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음이 적극적으로 입증되어야 할 것이다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다7772, 7789 판결).

결국 우리 대법원은 차명대출에 있어 기본적으로 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 계약이 통정허위표시 내지 비진의표시에 해당한다고 볼 수 없고, 양해 내지 특별한 사정이 인정되는 경우에만 통정허위표시가 인정된다는 입장이다. 다만 위의 2008다7772 판결에서는 양해하였음이 '적극적으로 입증'되어야 한다고 설시하였기에, 단순히 어렴풋한 정황 등만으로 법원이 금융기관의 양해가 있었음을 인정하지는 않을 것으로 보인다. 특히 대법원은 근래 '차명예금'에 관한 전원합의체 판결[3]에서 예금명의인이 아닌 실제 출연자에게 예금반환청구권이 귀속된다고 하려면 그러한 "명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우"에 해당하여야 한다고 하면서, 이러한 의사의 합치는 "명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거에 의하여 매우 엄격하게 인정하여야" 한다고 판시한 바 있는데, 그 근거로서 금융실명법 규정 등과 함께 계약당사자 사이에 처분문서가 작성된 때에는 (문언의 객관적인 의미가 명확한 이상) 원칙적으로 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 법리를 들고 있다. 비록 차명대출과 차명예금은 금융실명법의 적용 여부 등에 있어 차이가 있긴 하지만,[4] 실질적으로 양

3) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결.

4) 현재 일반적으로 차명예금과는 달리 차명대출에 있어서는 금융실명법이 적용되지 않는 것으로 이해되고 있다. 박종미, "차명예금과 차명대출의 차별적 취급에 대한 단상 - 금융실명법 위반행위 여부를 중심으로 -", 「법학논총」 제35권 제1호, 2015, 167~168쪽 참조. 그러나 이에 대하여는 양자를 달리 취급할 이유가 없다며 금융실명법의 적용대상에 차명대출을 포함시키는 법개정이 이루어져야 한다는 견해가 주장되고 있

자의 법적 취급을 다르게 해야 할 이유가 크지 않고, 적어도 대법원이 내세운 근거 중 처분문서 법리는 차명대출에 있어서도 마찬가지로 적용되어야 하므로,[5] 차명대출에 있어서도 특별한 사정의 인정에 관하여는 법원의 엄격한 해석이 이루어질 것으로 보인다.

한편 차명대출에서 일방 계약당사자는 계약서상의 명의자인가 명의차용자인가? 이것이 두 번째 쟁점이다. 먼저 앞에서 보았듯 판례는 원칙적으로 계약서상의 명의자와 금융기관 간의 대출계약이 통정허위표시나 비진의표시가 아니라고 하고 있으므로, 그 경우에는 계약서상의 명의자와 금융기관 사이에 계약한 바에 따른 대출계약이 그대로 성립한 것이어서 위 두 주체가 계약당사자로 됨에 별다른 의문이 없다. 그런데 이와는 달리 차명대출에서 계약서상의 명의자에게 법률상의 효과를 귀속시키지 않는다는 쌍방 의사의 합치가 있는 경우, 즉 금융기관의 양해가 있는 경우에는 어떤지가 문제된다. 앞에서 인용한 2000다65864 판결은 "제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 *그 대출계약의 실질적인 당사자는 상호신용금고와 실질적 주채무자*"이며, 그렇기 때문에 제3자, 즉 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 대출약정은 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것이어서 통정허위표시라고 하고 있다. 이와 같은 판시는 여러 판결들에서 반복되고 있다.[6]

최종적으로 판례의 태도를 정리해보자면 다음과 같다. 형식적으로 대출

다. 박종미, 앞의 글, 183~185쪽 참조. 한편 전경근, "대출계약의 당사자 결정에 관한 연구", 「법조」 제53권 제3호, 2004, 42쪽은 차명대출에서의 채무자 판단에 관한 대법원 판례들이 금융실명제 실시 여부에 의해 별다른 차이점을 보이지 않는다고 하고 있다.

5) 윤진수, "차명대출을 둘러싼 법률문제(下)", 「법조」 제56권 제1호, 2007, 215쪽 역시 차명대출에서도 처분문서의 기재를 원칙적으로 존중하는 법리가 적용되어야 함을 지적하고 있다.

6) 통정허위표시를 언급하지 않고 계약당사자가 누구인지에 관한 판단만을 한 판결도 존재한다. "금융기관이 금원대출에 관한 약정을 함에 있어 실제로 대출을 받는 자는 갑이고, 을은 그 금원대출의 편법으로 사용된 어음할인거래약정에 필요한 사업자등록을 갖고 있는 자로서 단지 자신의 명의를 빌려준 자에 불과한 자라는 사실을 잘 알고 있었음은 물론, 이러한 편법의 사용 자체가 대출방법에 관한 위 금융기관과의 구체적인 약정에 따른 것이라면 그 대출계약의 당사자를 갑으로 볼 것"이라고 한 대법원 1992. 6. 12. 선고 92다10722 판결이 그것이다. 이 판결의 설시에서 대법원이 비록 명시적으로 '양해'라는 말을 쓰지는 않았지만 결국 금융기관의 양해가 있는 경우에 관하여 여러 판결들과 궤를 같이 하는 판결로 이해할 수 있다.

계약서상에 특정인의 명의가 적혀 있지만 실제 차주는 다른 사람인 경우에, 계약서상의 명의자에게 법적인 효과조차 귀속시키지 않고 실제 차주가 법적 효과를 받기로 하는 의사의 합치(금융기관의 양해)가 있을 때에는 그 대출계약의 당사자는 계약서상의 명의자가 아닌 실제 차주와 금융기관이다. 또한 이때 계약서상의 명의자는 실제로 채무를 부담하는 자가 아님에도 불구하고 명의만 적어놓은 것이므로, 그 명의자와 금융기관 사이에 체결된 대출계약은 통정허위표시로서 무효가 된다.

Ⅲ. 판례 입장에 관한 의문점

그런데 여기서 들 수 있는 의문은, 금융기관의 양해 내지 쌍방 의사의 합치가 있는 경우 그 대출계약의 당사자가 실제 차주와 금융기관이라고 본다면, 도대체 무엇을 가리켜 통정허위표시라고 하느냐는 것이다. 법률행위 해석에 있어 자연적 해석방법에 따를 경우, 대출계약의 당사자가 계약서상 명의자가 아닌 실제 차주와 금융기관이라는 데에 쌍방 의사가 합치되었다면 그 계약서상의 명의자 표시는 오표시에 불과한 것이고 현실로 쓰여진 문언의 의미와는 달리 실제 차주와 금융기관이 계약당사자로 확정된다는 것이 일반적인 이해이다. 앞서 보았듯 대법원도 결론적으로 계약당사자를 이와 같이 파악하고 있다. 그렇다면 '甲과 A은행'이라고 적혀 있는 대출계약서로 체결된 대출계약은 사실은 '乙과 A은행' 사이에 체결된 유효한 대출계약이 되는 것이고 그것으로 끝나는 것이지, 갑자기 '甲과 A은행' 사이에 체결된 대출계약은 어디서 튀어나와서 통정허위표시라는 판정을 받는다는 것인가? 甲이라는 당사자 표시는 계약서상에 형식적으로 존재하는 것일 뿐 우리는 이미 앞서 자연적 해석방법에 의해 '그 甲이라는 글자는 乙로 해석하기로 한다'고 결론 내리고 지나온 것과 마찬가지인데, 지나오고 나서 뒤돌아보니 그 甲이라는 글자가 자연적 해석방법에도 불구하고 끝까지 '乙이 아닌 쓰인 그대로의 진짜 甲'으로 왠지 모르게 살아남아 별도로 통정허위표시가 되어 있었다는 것인가? 혼란스러운 문제가 아닐 수 없다.

이에 관해 자세히 살펴본다. 먼저 자연적 해석이란 쌍방 당사자가 일치하여 이해한 바에 따라 법률행위를 해석하는 것으로서, 이에 따르면 예컨대 계약서상의 특정 문언이 통상적으로 갖는 의미보다 우선하여 당사자들이 사실상 일치하여 의욕한 것을 고려하게 된다.[7] 이러한 자연적 해석은 이른바 '오표시 무해의 원칙'과 연결되며, 합리적으로 표시행위의 객관적 의미를 밝히는 규범적 해석에 앞선다. 우리 판례는 비록 '자연적 해석'이라는 용어를 명시적으로 사용하지는 않지만, 계약서의 기재와 다르게 당사자들이 이해한 경우에는 그 이해에 따라 법률행위의 목적물을 확정하는 등 자연적 해석의 결론을 받아들인 바 있고,[8] 특히 계약당사자 확정과 관련하여서는 "계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다."고 하여 명확하게 자연적 해석(그리고 규범적 해석)의 법리를 선언하고 있다.[9] 이러한 자연적 해석방법에 따를 때 금융기관의 양해가 있는 경우, 즉 계약서상의 명의자는 형식적으로 내세워진 자일 뿐 실제 계약당사자는 다른 사람이라는 점에 대해 쌍방의 합의가 있는 경우에는 비록 계약서상에 甲의 명의가 표시되어 있더라도 이는 오표시에 불과하고, 쌍방이 일치하여 乙을 당사자로 이해하고 있는 이상 甲이라는 오표시는 아무런 해가 되지 않아 대출계약의 당사자는 甲이 아닌 乙(과 금융기관)로 확정된다고 볼 여지가 있다. 결국 자연적 해석방법에 의해 '甲과 금융기관'이 기재된 계약서로 체결된 대출계약은 '乙과 금융기관'이 당사자인 대

---

7) 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2020, 174쪽 참조.

8) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629, 2636(병합) 판결; 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다19581, 19598 판결. 위에서 언급한 2008다45828 전원합의체 판결의 대법관 양창수의 다수의견에 대한 보충의견은 이들 판례가 오표시 무해의 원칙을 채택하고 있다고 하고 있다.

9) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결. 이러한 설시는 1990년대 이래로 같은 취지로 계속 이어지고 있는 설시이다. 손현찬, "계약 당사자의 확정 - 타인의 이름으로 계약을 체결한 경우를 중심으로", 「재판과 판례」 제10집, 2001, 196~200쪽 역시 이러한 판례는 자연적 해석과 규범적 해석의 논리를 선언한 것이며 계약당사자 확정에 있어 규범적 해석보다 자연적 해석이 선행된다는 것을 분명히 밝힌 것이라고 하고 있다.

출계약으로 해석되게 된다. 판례는 비록 자연적 해석 내지 이를 받아들인 (앞에서 본) 계약당사자 확정에 관한 판례법리를 언급하고 있지는 않지만, 그 결론에 있어서는 역시 위에서 보았듯 이 경우에 '명의대여자를 형식적으로 내세운 그 대출계약'의 실질적 당사자가 乙과 금융기관이라고 하고 있다.

한편 통정허위표시는 무효로 되는바(민법 제108조 제1항), 통정허위표시의 요건으로서 '의사표시의 존재'가 요구된다는 점에는 견해가 일치되어 있다.[10] 어떤 것을 가리켜 통정허위표시라고 할 때에는 그 당연한 전제로서 그 대상, 즉 의사표시가 존재하여야 하고, 무(無)인 관념상의 어떠한 것을 상정하여 그것을 통정허위표시로서 무효라고 할 수는 없다. 따라서 명의대여자와 금융기관 사이에 체결된 대출계약이 통정허위표시로서(정확히는 '가장행위'로서) 무효라고 하려면, 그 명의대여자와 금융기관을 당사자로 하는 의사표시 내지 법률행위가 존재하여야만 한다.

그런데 앞에서 보았듯 명의대여자와 금융기관을 당사자로 하는 법률행위는 존재하지 않는 것으로 자연적 해석을 거쳐 확정되었다. 계약서에 명의대여자와 금융기관이 당사자라고 적혀 있긴 하지만, 이는 오표시에 불과하고 사실은 그 의사표시는 명의대여자가 아니라 '명의차용자'와 금융기관을 당사자로 하는 의사표시였다는 것으로 결정났기 때문이다. 쉽게 말해 '이 의사표시가 A인 것처럼 보였지만 사실 알고 보니까 B였더라'는 것이다. 따라서 계약행위자는 명의대여자의 이름을 써서 명의차용자와 금융기관 사이의 대출계약을 체결한 것이 되지, 명의대여자와 금융기관 사이의 대출계약을 체결한 것은 아니게 된다. 그렇다면 '명의대여자'와 금융기관을 당사자로 하는 대출계약은 애초에 존재조차 하지 않는 것인데, 어떻게 이를 가리켜 통정허위표시라고 할 수 있다는 말인가? 이는 존재하지 않는, 해석 전의 관념상의 의사표시를 가리켜 통정허위표시라고 하는 것이 아니냐는 의문이 생길 수 있다. 통정허위표시의 측면과 당사자 결정의 측면 중 어느 하나의 관점에서만 바라볼 때에는 판례의 결론을 별 무리 없이 수긍할 수 있었지만, 둘을 동시에 법리적으로 고찰해보니 모순에의 의심이 시작되는 것이다.

---

10) 양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2015, 700쪽은 해석상 의사표시의 존재가 인정되지 않는다면 통정허위표시인지 여부는 문제되지 않는다고 하고 있다.

Ⅳ. 종래 논의의 소개 및 검토

1. 종래의 논의 상황

위에서 살펴본 문제는 결국 계약당사자 확정에 관한 자연적 해석[11]을 거쳐 계약서상 문언에도 불구하고 계약서상 명의자가 아닌 실제 차주와 금융기관을 당사자로 하는 대출계약이 체결되었다고 본다면 계약서상 명의자와 금융기관을 당사자로 하는 의사표시라는 것은 존재하지 않았던 것이므로 그 둘 사이에는 통정허위표시로서 무효라고 선언할 만한 어떠한 대상도 없는 것이 아닌가 하는 것이다. 종래 차명대출에서의 계약당사자 확정이나 통정허위표시를 다룬 문헌들은 이 문제에 대해 별다른 언급을 하지 않은 경우가 대부분이었고, 언급을 하더라도 이러한 문제의식을 정면으로 포착하기보다는 단지 통정허위표시로 접근하는 관점과 당사자확정의 문제로 접근하는 관점 간의 간략한 대조·검토 등에 그치는 모습을 보였으며, 2000년대 이후 일부 문헌에서 이 문제를 정면으로 언급한 적이 있을 뿐이다. 따라서 비록 차명대출에 관하여 수많은 연구성과들이 발표된 바 있다 하여도, 이 문제는 아직 충분히 해명(심지어 인식)되었다고 보기 어렵다. 여기서는 이 문제에 관하여 직접적으로 언급한 견해들을 중심으로 살펴보기로 한다.

먼저 위에서 살펴본 문제의식과 궤를 같이하는 견해로서, 차명대출에 있어서는 양측 의사의 합치가 있는 경우 계약당사자 확정 법리에 의해 계약서상 명의자가 아닌 실제 차주와 금융기관 사이에 대출계약이 성립한 것으로 보면 족하고 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 대출계약이 통정허위표시라고 하는 것은 부적절하다는 견해가 있다(이하 이를 '계약당사자 확정

11) 배종근, "차명대출명의자의 책임판단에 관한 대법원판례의 비판적 검토", 「법조」 제55권 제2호, 2006, 85~86쪽은 '자연적 해석'이라는 말을 대출명의자에게 채무부담의사가 없다는 점에 대한 쌍방 의사의 합치 또는 금융기관의 이에 대한 인식 내지 인식가능성이 있을 때 통정허위표시나 비진의표시로서 대출명의자와의 대출계약이 무효로 돌아가는 현상을 설명하기 위해 사용하고 있다. 그러나 본 글에서 자연적 해석이라 할 때에는 '계약당사자 확정'에 있어 쌍방 이해의 일치와 관련된 맥락에서의 자연적 해석을 일컫는 것이다.

에 의한 처리설'이라 한다). 어떠한 법률행위의 효력을 따지기 전에 먼저 그 당사자가 누구인지를 확정하는 작업이 선행되어야 하며, 그 결과 계약당사자로 인정되지 않은 계약서상의 명의자와 금융기관 사이에서는 '별도의 법률행위'가 성립하였다는 것이 인정되지 않는 이상 의사표시가 존재하지 않아 법률행위가 불성립할 뿐이지 명의자와 금융기관 사이에 통정허위표시라고 할 만한 법률관계가 존재한다고 볼 수 없다거나,[12] 계약서상의 명의자와 금융기관 사이의 대출계약이 통정허위표시로서 무효라고 하는 것은 계약서상의 명의자와 금융기관 사이의 가장행위와 실제 차주와 금융기관 사이의 은닉행위가 별도로 존재할 경우에 가능한 것인데 금융기관의 양해하에 이루어진 차명대출계약에 있어 가장행위와 은닉행위라는 복수의 법률행위가 존재하는 것이 아니라 대출계약서에 의한 실제 차주와 금융기관 간의 하나의 대출계약이 있을 뿐이라는 견해,[13] 금융기관의 양해가 있는 경우 실제 차주와 금융기관이 당사자라고 하면서도 계약서상 명의자와 금융기관 간의 대출계약이 통정허위표시라고 하는 판례의 논리대로라면 가장행위와 (유효한) 은닉행위 두 개의 법률행위가 있다는 것이나, 하나의 계약에서 당사자를 확정하는 문제는 그 계약이 통정허위표시로서 무효인지의 문제와는 전혀 별개의 것이며 이 경우에는 자연적 해석에 의하여 실제 차주에게 법률효과를 귀속시키면 그것으로 충분하다는 견해[14]가 이에 속한다. 이 견해의 핵심적인, 그리고 강력한 논거는 해석을 통해 명의대여자가 아닌 실제 차주가 대출계약의 당사자로 밝혀진 이상, "명의대여자의 의사표시는 부존재하므로 그 의사표시가 허위표시인지를 검토하는 것이 논리적으로 불가능"하다는 것이다.[15]

---

12) 안승훈, "계약당사자를 결정하기 위한 법률행위의 해석방법과 통정허위표시이론의 관계 - 명의대여약정에 의한 타인명의의 법률행위에 있어 행위자가 계약의 당사자로 인정되는 경우의 법률관계를 중심으로 -", 「법조」 제55권 제3호, 2006, 257~258쪽.

13) 박민수, "대출계약서의 명의상 주채무자가 실질적 주채무자와 다른 경우의 법률관계 - 대법원 1999. 3. 12. 선고 98다48989 판결 -", 「판례연구」 제12집, 2001, 551~552쪽. 이 견해는 대법원이 타인 명의로 법률행위가 이루어진 경우에 먼저 계약당사자를 확정하고 그 후 계약의 성부, 효력 등을 판단해야 한다고 계속하여 판시하고 있는데, 차명대출의 경우에만 다르게 볼 이유가 없다고 한다. 박민수, 앞의 글, 552쪽.

14) 손현찬, 앞의 글, 219~220쪽.

15) 박동진, "허위표시에 대한 사법상의 효력 - 진의 아닌 의사표시와 통정허위표시 -",

반면 통정허위표시에 의한 해결을 주장하거나 적어도 통정허위표시의 성립 가능성을 긍정하는 견해들이 있다(이하 이를 '통정허위표시설'이라 한다). 다만 통정허위표시설의 대부분은 계약당사자 확정에 의한 처리설에 관하여 언급하지 않고 통정허위표시에 대하여만 검토하고 있을 뿐이어서 계약당사자 확정에 의한 처리설과의 대립 구도하에서 논의가 진행되었다고 보기는 어려우며, 계약당사자 확정에 의한 처리설을 인식 내지 언급하면서 통정허위표시설을 지지하고 있는 견해는 일부에 불과하다. 이 일부 견해들은, 허위의 외관을 신뢰한 제3자의 보호를 위해 통정허위표시 규정을 적용할 필요가 있다거나,[16] 이에 더하여 차명대출에 대해 계약당사자 확정의 문제로만 접근할 경우에는 대출계약서라는 처분문서의 기재로 인해 계약서상의 명의자가 자신은 계약당사자가 아니라고 주장하더라도 이러한 주장이 소송실무상 좀처럼 받아들여지기 어렵다는 문제점도 있다고 하고 있다.[17]

2. 견해들의 검토

위에서 본 바와 같이 이 문제와 관련하여서는 종래 계약당사자 확정에 의한 처리설이 제기하는 문제점에 대한 인식 내지 고려 없이 통정허위표시의 쟁점에 대하여만 활발한 논의가 이루어지다가, 통정허위표시의 성립 가능성에 대한 이론적 의문점을 바탕으로 계약당사자 확정에 의한 처리설이 주장되었고, 이에 대해 통정허위표시설 측에서 일부 정책적 관점에 입각한 반론이 제기된 상황이다. 그러나 필자의 생각으로는 정책적 관점에서의 검토 이전에, 법리적·이론적 검토가 이루어져야 할 것으로 보인다. 각각 또는 상호관계적 고찰에 의해 두 견해를 검토했을 때, 어느 한 쪽의 주장이 법리적으로 불가능한 것이라면 제3자의 보호가능성이나 거래현실 내지 소송현실 등의 정책적 논거를 들어 그 견해를 주장한다는 것은 무의미한 것이기

「법학연구」 제25권 제4호, 2015, 23쪽. 이 문헌은 종래 발표된 글들 중에서는 이 글에서 다루고자 하는 문제의식에 관하여 가장 상세히 다루고 있다.

16) 윤진수, 앞의 글(각주 2), 286~287쪽. 이 문제와 관련하여 계약당사자 확정에 의한 처리설이 주장하는 바는 뒤의 각주 21 참조.

17) 한재봉, 앞의 글, 309~311쪽.

때문이다(물론 때때로 정책적 필요성이 법리적 타당성을 압도하는 경우도 있긴 하지만, 이 사안이 그러한 경우로 보이지는 않는다). 더군다나 이 문제에 있어 이론적 검토가 더욱 필요한 이유는, 논리적으로 두 견해는 적당히 양보하여 공존할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 통정허위표시설을 취하는 견해들 역시 계약당사자 확정에 관한 자연적 해석방법 내지 판례법리를 부정하지 않는데,[18] 그렇다고 하여 두 입장의 견해가 그저 이론적으로 양립가능한 것으로서 취사선택의 대상이 된다고 볼 수는 없다. 만약 계약당사자 확정에 의한 처리설을 취한다면 통정허위표시설은 위에서 보았듯 그 전제부터 잘못된 것으로서 성립할 수가 없는 견해인 것은 명백하기에, 후술하는 상세한 논의를 차치하더라도 이미 이 점만으로 두 설 중 어느 한 설을 취하면서 동시에 상대설의 존립가능성을 긍정하기는 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 아직까지 이 문제에 대해 이러한 양립불가능성에의 인식에 입각한 심도 있는 법리적 논쟁이 활발히 전개되고 있지는 않은 것으로 보인다.[19]

이하 이에 관하여 관련 논점들의 검토를 통해 법리적으로 타당한 결론 도출 내지 법률관계 구성을 시도하기로 하는바, 일단 먼저 계약당사자 확정에 의한 처리설의 이론적 맹점에 대해 언급한 후 논의를 이어가기로 한다. 결론적으로 말하자면 계약당사자 확정에 의한 처리설은 그 이론이 가지는 매력에도 불구하고, 우리 민법상 취할 수 없는 견해이다. 목차를 바꿔 그 이유를 살펴본다.[20]

---

18) 예컨대 윤진수, "계약 당사자의 확정에 관한 고찰 - 특히 예금계약을 중심으로 -", 「법조」 제46권 제11호, 1997, 19~20쪽. 통정허위표시설 중 이에 관한 명시적 입장을 밝히지 않는 견해들도, 오늘날 널리 인정되고 있는 이러한 계약당사자 확정 법리를 부정할 것이라고 보이지는 않는다.

19) 참고로 문헌들을 검토하다 보면 계약당사자 확정에 의한 처리설을 취할 경우 통정허위표시설이 '논리적으로' 배척된다는 점을 고려하지 않는 듯한 서술이 보이기도 하는데, 이러한 이해 내지 입장에 대하여는 그 논리구조와 관련하여 의문이 있다. 이에 관하여는 이 글의 결론 부분에서 살펴보기로 한다.

20) 이와 관련하여, 한 분의 심사위원께서는 본 글에서 이 지점에 이르기까지 자연적 해석을 기초로 한 '계약당사자 확정에 의한 처리설'에 입각해 논의를 전개해 오다가(특히 통정허위표시의 대상으로서의 별도의 법률행위의 존부 관련) 갑자기 여기서 통정허위표시 쪽으로 입장을 바꾸는 것은 일관성이 없어 보이며, 같은 맥락에서 애초에 필자가 계약당사자 확정에 의한 처리설 쪽에 서서 문제를 제기하는 것은 이미 뒤에서 검토할 두 견해 중 하나를 취해 문제를 제기하는 것으로서 독자에게 혼란을

3. 계약당사자 확정에 의한 처리설에 따를 때의 법리적 문제점

대립하는 두 견해 간의 우수성을 판단하는 기준이 논리의 간결함이라면, 계약당사자 확정 단계에서 문제해결을 완료해버리고 당사자 간의 1개의 법률행위만을 인정하는 계약당사자 확정에 의한 처리설이 이론적으로 더 우수하다고 볼 여지가 있다.[21] 또한 논리적으로도 그렇지만 판례 역시 "… 당사자를 결정하고, 이에 터잡아 계약의 성립 여부와 효력을 판단함이 상당하다."[22]고 하여 계약의 유·무효에 대한 판단보다 그 계약의 당사자 확정 작업이 선행되어야 함을 밝히고 있으므로, 통정허위표시를 판단하기 전에 먼저 계약당사자 확정을 검토한다는 면에 있어서도 역시 동설이 타당해 보인다. 그러나 이러한 장점에도 불구하고 계약당사자 확정에 의한 처리설은, 우리 민법 제108조 제1항의 규정과 맞지 않는다는 치명적인 문제가 있다.

민법 제108조 제1항은 '통정한 허위의 의사표시'는 무효로 한다고 규정하고 있다. 여기서 허위의 의사표시라 함은 내심의 의사와 다르게 표시하는 것을 말하므로, 예컨대 실제로는 주택을 매도한다는 의사가 없으면서도 주택의 매매계약서를 작성하는 것을 말한다. 이러한 허위표시는 민법 제108조 제1항에 의해 무효가 되기 때문에, 그 매매계약서 작성에 의한 의사표시, 나

줄 수 있다는 점을 지적해 주셨다. 이에 관해 해명하자면, 필자는 판례가 한편으로는 명의대여자와 금융기관 간의 법률행위를 통정허위표시로 보면서도 동시에 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정 법리를 전개하고 있는 상황에서, 첫째로 일단 판례가 취하는 계약당사자 확정에 의한 처리설에 따르면 판례가 동시에 취하고 있는 통정허위표시설은 전개될 여지가 없어 '그 자체로 모순'이라는 점을 지적하고, 그 다음으로 판례가 채택한 계약당사자 확정에 의한 처리설은 이론적으로 취할 수 없다는 점을 지적한 뒤 이후의 논의를 이어 나가려고 한 것이다. 따라서 필자가 앞에서 계약당사자 확정에 의한 처리설과 같은 전제에서 문제점을 제기하고 논의를 한 것은 필자가 그 견해를 취하기 때문이 아니라 일단 두 견해의 양립불가능성을 부각시켜 둘 모두를 취하고 있는 판례 입장의 모순점을 드러내기 위함이다. 그러나 보기에 따라서는 충분히 오해될 여지가 있다고 생각되어 여기서 해명을 덧붙이고 가기로 한다. 지적해 주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

21) 다만 계약당사자 확정에 의한 처리설을 따를 때에는 제3자의 보호가능성을 어떻게 확보할 것인가 하는 현실적·정책적 문제가 발생한다. 이에 관하여는 통정허위표시 규정을 유추적용하는 방안을 생각해볼 수 있다는 견해가 있다. 안승훈, 앞의 글, 261~263쪽; 박민수, 앞의 글, 565쪽('질의 및 답변' 부분).

22) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다4912 판결.

아가 매매라는 법률행위는 효력이 없게 된다. 이러한 통정허위표시에는 두 유형이 있을 수 있는데, 첫째는 앞에서 든 예와 같이 실제로는 어떠한 법률행위를 할 의사가 없음에도 불구하고 허위의 의사표시를 하여 외관만 만들어내는 경우이고, 둘째는 실제로 한 의사표시와는 별도의 법률행위를 의욕하는 경우이다.[23] 이 두 번째 경우의 예로는 자동차를 무상으로 증여하기로 하면서 겉으로는 매매계약서를 작성하는 것을 들 수 있다. 이 글에서 다루고 있는 차명대출계약 역시 이 두 번째 경우에 속하는 것이라고 할 수 있다. 계약당사자 확정에 의한 처리설의 문제는 바로 여기서 발생한다.

동 견해는 기본적으로 계약행위자와 금융기관 사이에서 법률행위는 1개이며, 그에 대해 둘 간의 합의를 통해 자연적 해석이 이루어질 수 있다는 전제하에 서 있는 것이다. 법률행위는 1개가 존재하고, 자연적 해석에 따른 계약당사자 확정 작업에 의하여 그 법률행위가 계약서에 쓰여 있는 대로 명의대여자를 당사자로 하는 것이 아니라 문언과는 다르게 명의차용자를 당사자로 하는 것이라고 평가가 완료되면 그 확정된 명의차용자와 금융기관 간의 1개의 법률행위만 존재할 뿐 명의대여자를 당사자로 하는 의사표시 내지 명의대여자와 금융기관 간의 법률행위는 그 존재 자체가 인정되지 않는다는 것이 동 견해의 핵심이다. 즉, 이 견해는 금융기관의 양해가 있는 경우에 있어 일방의 의사표시를 '금융기관으로부터 명의대여자가 대출을 받는 것으로 표시를 하지만 사실은 이는 거짓이고 명의차용자가 대출을 받으려 한다는 의사표시'라는 단 1개의 의사표시로 상정하고 있다. 그러나 이렇게 본다면, 그 1개의 의사표시 내지 법률행위는 민법 제108조 제1항에 의해 무효가 되고 만다. 민법 제108조 제1항은 분명히 (통정이 있을 경우) 그러한 허위의 의사표시는 무효로 한다고 규정하고 있기 때문이다. 설령 계약당사자 확정에 관한 판례법리에 의해 명의대여자와 금융기관이 아니라 명의차용자와 금융기관을 당사자로 하는 의사표시 내지 법률행위로 해석이 된다

23) 김준호, 민법총칙, 법문사, 2018, 251쪽; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2019, 227쪽 참조. 이때 첫째 경우를 절대적 가장행위, 둘째 경우를 상대적 가장행위라고 하기도 한다. 김민동, "가장행위에 대한 이탈리아 민법과 DCFR 규정의 비교분석을 통한 민법 제108조 개정안 연구", 「재산법연구」 제29권 제2호, 2012, 132쪽.

하여도, 그렇게 해석되어봤자 그 의사표시는 상대방과 통정한 허위표시 그 자체이고, 그러한 이상 이는 무효일 수밖에 없어 결국 그렇게 당사자로 확정된 명의차용자와 금융기관 사이의 대출계약도 무효일 수밖에 없는 것이다. 따라서 민법 제108조 제1항의 존재로 인하여, '자연적 해석을 통해 당사자가 명의차용자로 결정되어 명의차용자와 금융기관 간에 유효한 대출계약이 성립한다'는 이론구성은 할 여지가 없게 된다. 다시 말하지만 이는 분명히 내심의 의사와 다르게 표시를 하고 그에 대하여 상대방과 통정을 한 바로 그 의사표시, 그 단 하나의 허위의 의사표시이고, 이 의사표시는 무효로 한다고 법이 정하고 있기 때문이다. 어떻게 보면 참으로 허무한 결론이지만, 명백히 법률이 정하고 있으니 어쩔 수 없는 일이다. 하나의 법률행위가 존재한다고 보는 이상, 그 법률행위를 무효로 한다고 하는 법규정의 존재를 무시할 수는 없다. 계약당사자 확정에 의한 처리설은, 안타깝게도 우리의 민법하에서는 (너무나 사소하여 간과하기 쉽지만 동시에 너무나 명백한 법규정의 제한에 걸려) 유효한 법해석론으로서의 지위를 가질 수가 없게 되는 것이다.

다만 이에 대하여는 자연적 해석 내지 오표시 무해의 원칙을 들어 이 경우 의사와 표시의 불일치가 없어 통정허위표시가 아니므로 제108조 제1항의 적용 대상이 아니라는 주장이 제기될 여지가 있을 것이다. 그러나 이는 타당하지 않다. '착오에 의한 의사표시'의 경우와는 달리 통정허위표시에 관한 제108조 제1항은 바로 이와 같은 경우, 즉 일정한 표시를 함에도 불구하고 당사자간 합의(통정)로 인해 표시한 것과 달리 해석하기로 한 그 경우에 대한 규율이기 때문이다. 일단 표시와 다른 해석에 대한 '합의(통정)'가 있는 한, 이는 제108조 제1항의 규율 대상 그 자체이지, 적용에서 배제되는 대상이 전혀 아니다. 한편 나아가 이와 같은 경우에는 당사자간 합의를 통해 제108조 제1항의 적용을 배제하는 것이라고 이론 구성을 할 수도 있겠지만, 이는 후술하듯이 민법 제108조 제1항의 적용 범위를 대폭 제한하는 것이 될 수밖에 없는데 역시 설득력이 있어 보이지 않는다.

결국 계약당사자 확정에 의한 처리설의 출발점인 '1개의 법률행위(내지 의사표시)만이 존재'한다는 것과 '자연적 해석방법을 합의에 의한 오표시에도 적용'한다는 것을 전제로 하여 이론을 전개하려다 보면 그러한 이론 전

개가 민법 제108조 제1항이라는 명문 규정과 정면으로 충돌하는 결과를 낳는다는 사실을 발견하게 된다. 그렇다면 민법 제108조 제1항과의 관계에서 차명대출은 어떻게 해석하여야 할까? 이에 대한 해답을 찾고 위에서 논의한 것에 대해 더욱 상세히 검토하기 위하여는 통정허위표시의 구조에 대한 분석 및 자연적 해석과의 관계에 대한 고찰이 필요하다. 다음 목차에서 이에 관하여 살펴보기로 한다.

Ⅴ. 통정허위표시의 구조 및 자연적 해석과의 관계

1. 통정허위표시의 구조

(1) 논의의 전제로서의 의사표시 이론에 관하여

통정허위표시는 간단히 말해 '실제로는 표시된 대로 법률효과를 발생시키려는 의사가 없으면서 상대방과 짜고 일정한 표시를 하는 것'이다.[24] 이는 내심의 의사와 다르게 표시하는 것을 말하므로, 예컨대 실제로는 주택을 매도한다는 의사가 없으면서도 주택의 매매계약서를 작성하는 것을 말한다. 이는 일응 의사표시의 구성요소로 논의되는 것 중 '효과의사'가 없는 것이라고 할 여지가 있다.[25] 그렇다면 먼저 서술 내지 논리 전개의 전제로서 이것이 (1개의) 의사표시라고 할 수 있는 것인지와 관련하여 여러 의문점이 생기게 된다. 이는 효과의사가 없어 의사표시가 아닌데 법률이 의사표시로 의제하고 있는 것인가? 아니면 효과의사는 의사표시의 구성요소가 아니어서 이 자체로 1개의 의사표시인 것인가? 아니면 효과의사는 내심의 효과의사가 아니라 표시상의 효과의사이기 때문에 통정허위표시의 경우에도 효과의사는 있다고 봐야 하는 것인가? 이러한 문제들에 이론적 답을 내리기 위하여는 필연적으로 의사표시 이론에 대한 검토가 필요하다. 그러나 의사표시

24) 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2015, 310쪽은 "표의자가 진의가 아닌 거짓의 의사표시를 하는 데 관하여 상대방과 합의를 한 경우"라고 표현한다.

25) 양형우, 민법의 세계, 피앤씨미디어, 2019, 198쪽 참조.

의 구성요소를 비롯한 의사표시 이론과 관련하여서는 너무나 많은 학설의 분기가 이루어지고 있고, 각각의 학설 내용도 반드시 명확하다고 할 수 없거나 같은 학설 내에서도 서로 다른 내용들을 담고 있는 경우도 있으며, 문헌마다 서술 내용이 상반되기도 한다.[26] 또한 일부의 문헌들에서는 의사표시 이론 부분에서의 서술과 다른 부분에서의 서술이 논리적으로 비일관되는 것이 아닌지 의심이 되기도 하는데, 이에 대해 별다른 설명이 없거나 쉽사리 파악하기 어려운 논지가 펼쳐지기도 한다.[27] 그러한 논의를 모두 정리하고 그 각각의 견해에 따른 경우의 수를 검토하는 것은 그 자체로 지난한 일이 될 터인 데다가, 여기서 굳이 이에 대해 상세히 논하는 것은 글의 주제나 지면의 한계상 적절치 않다고 생각된다. 특히 필자가 일정 정도 각 견해들에 대한 탐색·분석 작업을 시도해본 후 드는 생각은, 아래의 논리 전개에 있어 의사표시 이론에 관한 각 견해들을 취하더라도 대개는 그 설명 내지 정당화 방법에서 차이가 생길 뿐 결국 결론에 있어서는 큰 차이가 없을 것으로 보인다는 것이다.[28] 그렇기에 적어도 이 글에서 의사표시 이론에 관하

---

26) 이는 비단 학설의 내용에 관한 서술에서뿐 아니라 학설의 현황 등에 관한 서술에 있어서도 마찬가지이다. 예컨대 안병하, “의사표시의 구성요소를 바라보는 새로운 관점”, 「민사법학」 제88호, 2019, 39쪽은 효과의사가 의사표시의 구성요소가 아니라는 데에 우리의 학설이 일치하고 있다고 하나, 양형우, 앞의 책, 198쪽은 오히려 효과의사를 둘러싼 견해 대립에도 불구하고 효과의사가 의사표시의 구성요소라는 데에 견해가 일치하고 있다고 하고 있다.

27) 안병하, 앞의 글, 35쪽은 우리나라에서 “언젠가부터 의사표시 이론에 대한 진지한 궁구가 停滯되어 있는 듯한 느낌을 지울 수 없다. 교과서를 읽다 보면 법률관계와 호의관계의 구별, 법률행위의 해석, 의사표시의 주관적 구성요소, 의사표시의 성립에 관한 서술들 간에 一以貫之하지 않는 면이 분명히 보이는데 그와 같은 부조화를 극복하려는 노력은 보이지 않는 것이다.”라고 지적하고 있다.

28) 예컨대 후술하듯이 통정허위표시가 이루어졌을 때, 표시상의 효과의사를 의사표시의 구성요소로 파악하는 견해에서는 표의자의 내심의 의사와는 상관없이 표시행위에서 추단되는 효과의사가 있기 때문에 의사표시 내지 법률행위가 존재하는 것으로 파악할 것이지만, 효과의사를 내심적 효과의사로 파악하는 견해를 취할 때에는 허위표시의 경우 의사표시가 부존재한다고 해야 할 것이다. 그러나 내심적 효과의사설을 취하는 견해들 역시 효과의사가 의사표시의 구성요소가 아니라 효력발생요소라거나(양형우, 앞의 책, 198쪽은 효과의사를 의사표시의 구성요소로 보게 되면 허위표시 등의 문제가 발생할 수 없게 된다며 이렇게 새겨야 한다고 하고 있다), 효과의사가 결여된 의사표시는 정상적 의사표시라고 할 수는 없지만 궁극적으로 사적 자치에 기한 것이어서 의사표시로 인정해야 한다는 등으로(송덕수, 앞의 책, 152쪽) 결국 의사표시의 존재를 인정하고 있다. 또는 표시상의 효과의사설이 말하는 표시상의 효과의사는 규범적 해

여 깊이 파고들어가는 것은 큰 실익이 없어 보이므로 여기서는 필자의 결론만을 간단히 언급한 후 글을 이어가기로 한다. 결론적으로 필자는 효과의사는 의사표시의 핵심으로서 당연히 그 구성요소로 파악해야 하고, 이러한 효과의사는 내심적 효과의사가 아니라 표시상의 효과의사로 파악해야 한다고 생각한다. 이렇게 파악할 때 별다른 이론적 변형이나 별도 논리의 추가 없이 우리 민법의 규정과 판례를 적절히 설명할 수 있다고 생각하며, 이는 판례가 취하고 있는 입장이기도 하다.[29] 물론 이에 대하여도 수많은 논거들이 대립하고 있지만, 무엇보다 내심적 효과의사설을 취할 경우에는 '법률행위의 해석' 과정은 실질적으로 '해석'이라기보다는 마치 형사재판에 있어서의 '사실인정'과 마찬가지로 실제 존재하는 당사자의 의사를 찾아가는 작업이 될 수밖에 없는데, 그렇다면 법률행위의 해석방법에 있어 핵심을 이루는 규범적 해석은 일종의 '의제'로서 이질적인 것이 되어버린다는 문제점이 있다.[30] 이는 당사자의 실제 의사가 아니라 상대방 관점에서 합리적으로 바라본 의미를 그 의사표시의 내용이라고 선언하는 것이기 때문이다. 효과의사를 내심적 효과의사라고 하면서 의사표시 내지 법률행위의 '해석방법'으로서 규범적 해석을 드는 것은 체계적으로 어색하다. 애초에 효과의사를 내심의 진의로 파악할 때에는 의사표시의 '해석'이라는 것이 있을 수 없고, 마치 형사재판에서 여러 정황들로 미루어 고의를 증명하는 것과 마찬가지의 작업만이 존재하는 것이 아닐까? 우리가 규범적 해석이라고 부르는 것은 그러한 작업이 불가능할 때를 대비하여 마련해둔 법적 의제이고 말이다. 의사표시의 요체를 당사자의 실제적 내심의 의사가 아니라 표시행위에서 추단되는 효과의사라고 볼 때라야 비로소 그 '추단되는' 효과의사라는 것이 어떤 내용인지와 관련하여 '합리적인 상대방이라면 이해했어야 하는 바'를 밝히

석에 의해 인정되는 내심적 효과의사와 같은 것이라고 하며 내심적 효과의사설을 취하는 견해도 있다(김대정, 민법총칙, 도서출판 피데스, 2012, 748쪽).

29) "의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결)."

30) 손현찬, 앞의 글, 228쪽은 규범적 해석이 당사자의 일치된 의사를 발견하지 못할 때 적용되는 의제에 불과한 것이라고 하고 있다.

는 규범적 해석이 '해석'으로서 정확한 지위를 갖게 된다.[31]

(2) 구조에 대한 분석

의사표시에 관한 부분을 위와 같이 정리하고 논의를 진행한다면, 통정허위표시는 얼핏 1개의 의사표시로 이루어져 있는 듯이 보이지만 사실은 1개의 단일한 의사표시가 아니라 2개의 의사표시의 묶음으로 이루어져 있다. 즉, 통정허위표시에서는 '의사와 불일치하는 표시에 의한 의사표시(이하 '허위표시'라 한다)'와 '그 의사표시는 효력이 없는 것으로 한다는 의사표시(의합치)[32] (이하 '통정'이라 한다)'가 함께 존재하여 이들이 통정허위표시를 이룬다.[33] 이때 허위표시는 비록 표의자에게 내심적 효과의사가 없는 것이지만, 의사표시의 구성요소인 효과의사는 앞에서 보았듯 표시상의 효과의사이고 표시행위가 있은 이상 그로부터 추단되는 표시상의 효과의사는 존재하는 것이므로, 의사표시로 성립함에 문제가 없다. 즉 통정허위표시는 기본적으로 ① 허위표시(가장행위) + ② 통정이라는 두 개의 의사표시 내지 법률행위로 이루어져 있다고 할 수 있다. 사적 자치의 원칙상 통정, 즉 허위표시의 효력을 부정하기로 하는 합의는 당연히 유효하므로, 이러한 합의에 의

31) 이때 자연적 해석은, 표시상의 효과의사를 의사표시의 요소로 인정하는 것은 당사자의 진의보다 표시상의 효과의사가 더 중요해서라기보다는 법률행위라는 제도의 사회적 성격, 상대방의 신뢰 보호 필요성 등에서 기인하는 것이기 때문에(김동호, 민법총론, 전남대학교출판부, 2015, 93쪽 참조), 사적 자치의 원칙상 당사자의 진의가 발견되고 쌍방의 진의가 일치할 경우에는 '해석'의 예외로서 인정되는 것으로 파악할 수 있을 것이다. 한편 현재 우리의 문헌들에서는 일반적으로 '해석'이라는 카테고리하에 자연적 해석과 규범적 해석을 모두 소개하고 있는데, 논의의 맥락을 떠나 이 부분만에 관하여 보자면 "해석의 목적, 그리고 방법상 주·객관성이 혼재된 절충적 모호함을 드러내며, 또한 법적 판단에 앞서 선취하여야 할 사실확인의 문제와 그에 대한 해석적 판단이 예료되어 있다"는 지적이 있다. 안법영, "의사표시 해석의 소고 - 시연에 부쳐서 -", 「(하경효 교수 정년기념논문집) 계약과 책임」, 2017, 32쪽.

32) 문헌들에서는 주로 통정에 대해 의사와 표시가 불일치한다는 점에 대한 합의라고 표현하지만 이는 결국 무효로 한다는 합의에 다름 아니다.

33) 김용담(편집대표), 주석 민법 [총칙 2], 한국사법행정학회, 2019, 655쪽 역시 통정허위표시에서는 이와 같이 두 개의 의사표시가 동시에 이루어지는 것이라고 하고 있다. 한편 여기서 통정허위표시가 두 개의 의사표시로 이루어져 있다는 것은 이러한 두 개의 의사표시가 합쳐져 통정허위표시로서의 효과를 발생시킨다는 의미이고, 대상의 지칭을 위해 통정허위표시라고 할 때에는 허위표시를 가리키는 것일 것이다.

해 허위표시의 효력은 없게 될 것이고 이를 법으로 규정해 놓은 것이 바로 민법 제108조 제1항이다.[34]

한편 이러한 통정허위표시에는 위에서 보았듯 두 유형이 있을 수 있는데, 첫째는 앞에서 든 주택 매매의 예와 같이 실제로는 어떠한 법률행위를 할 의사가 없음에도 불구하고 허위표시를 하여 외관만 만들어내는 경우이고(1유형), 둘째는 실제로 한 허위표시와는 별도의 법률행위를 의욕하는 경우이다(2유형). 이 두 번째 경우의 예로는 자동차를 무상으로 증여하기로 하면서 매매계약서를 작성하는 것, 전통주를 매매하면서 빵으로 표시하는 것을 들 수 있다. 이 글에서 다루고 있는 차명대출계약 역시 실제로는 B와의 대출계약을 맺으면서 A와의 대출계약으로 표시하는 것으로서 이 두 번째 경우에 속한다. 위에서 통정허위표시가 ① 허위표시(가장행위) + ② 통정이라는 두 개의 의사표시 내지 법률행위로 이루어져 있다고 한 것은 1유형을 기준으로 이야기한 것이다. 그렇다면 2유형은 어떻게 되는가? 이때는 위에서 말한 2개의 의사표시 외에 실제로 의욕하는 그 별도의 법률행위, 즉 '은닉행위'를 이루는 의사표시(이하 '진 의사표시'라 한다)가 존재한다. 따라서 2유형, 구체적으로 우리의 차명대출 사안에서는, 금융기관의 양해 내지 쌍방의 합의가 있는 경우에는 총 3개의 의사표시 내지 법률행위, 즉 ① 허위표시(가장행위) + ② 통정 + ③ 진 의사표시(은닉행위)가 존재하게 된다.[35] 다만 이 글의 논의에 있어서 의사표시 내지 법률행위라고 할 때에는 일반적으로 '통정'은 제외하고 이야기하기로 한다.

2유형에 대해 살펴본다. 이해의 편의를 위해 다소 작위적인 과정을 그려보기로 한다. 먼저 甲이 乙에게 사실은 전통주를 팔 생각이지만 빵을 판다는 내용의 계약서를 작성하여 서명하라고 내민다. 이로써 (위에서 정의한 대로의) 허위표시가 있는 것이다. 그러면서 甲은 사실은 전통주를 팔 생각

34) 김용담(편집대표), 앞의 책, 656쪽 참조.

35) 다만 여기서 '통정'에 대하여는 협의의 의사표시의 합치를 의미하는 것은 아니고, 독립한 의사표시 내지 법률행위로 파악될 만한 정도의 것이 아니라 통정허위표시의 전제인 일종의 관계를 말하는 것이라고 설명되기도 하는데(곽종훈, "명의대여에 의한 대출약정과 통정허위표시 - 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다11765 판결을 중심으로 -", 「민사재판의 제문제」 제12권, 2003, 216~217쪽), 설령 이와 같이 보더라도 차명대출 사안에서는 적어도 2개의 별개의 법률행위가 각각 존재하는 것이다.

이지만 눈치가 보여 빵이라고 적은 것이라고 설명한다. 이로써 통정에 대한 청약과 함께 전통주 매매 청약으로서의 진 의사표시가 일어난 것이다. 乙이 설명을 들은 후 전통주를 산다는 것에 동의하면서 甲이 내민 계약서에 서명을 한다면, 이로써 가장행위 + 통정 + 은닉행위가 일어난 것이 된다. 이때 허위표시 내지 가장행위는 통정이 있는 이상 무효로 된다. 통정의 효력에 의하여도 그렇지만, 민법은 아예 제108조 제1항에서 무효로 한다고 정해 놓고 있기 때문이다. 이에 반해 은닉행위는 그 자체에 별다른 하자가 없는 이상 사적 자치에 의해 당사자간 합의로서 유효함은 의문이 없다.[36]

2. 자연적 해석과의 관계

(1) 통정허위표시의 구조에 따른 결론

위와 같이 2유형의 통정허위표시의 경우에, 당사자 사이에서는 계약서에 빵이라고 적지만 사실은 그것이 가리키는 것은 빵이 아니라 전통주라는 점에 대해 일치하여 이해하고 있다. 아예 그렇게 해석하기로 합의하였기 때문이다. 위에서 보았듯 자연적 해석이란 문언의 일반적 의미에 앞서 쌍방 당사자가 일치하여 이해한 바에 따라 법률행위를 해석하는 것인데, 그렇다면 이 경우 자연적 해석방법에 따라 빵을 적은 계약서에 의한 매매계약은 전통주에 대한 매매계약으로 해석되는가?

자연적 해석 내지 오표시 무해의 원칙에 대하여는, 당사자가 착오로 표시를 그 통상적인 의미와 다르게 이해한 경우뿐만 아니라 의도적으로(의식적으로, 합의로) 표시를 다르게 하는 경우(예컨대 앞에서 든 빵과 전통주 매매 사안)에도 그 대상이 된다고 설명되곤 한다.[37] 그리고 통정허위표시에서 은닉행위가 유효함을 인정하는 것은 자연적 해석의 결과라고 하기도 한

---

36) 우리 민법 제108조 제1항은 은닉행위에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 않은데, 이에 대하여는 가장행위와 은닉행위를 모두 규정하는 것이 바람직하다는 지적이 있다. 김민동, 앞의 글, 146쪽.

37) 송덕수, 앞의 책, 175쪽; 양형우, 앞의 책, 189쪽; 이영준, 민법총칙[한국민법론 Ⅰ], 박영사, 2005, 254~256쪽.

다.[38] 한편 명시적으로 이와 같이 설명하는 견해들 외에도, 위에서 살펴보았듯 차명대출 사안에서 금융기관의 양해 내지 양자 간 약정(합의)이 있을 시 실제 차주를 계약당사자로 확정하는 판례의 태도와 관련하여 통정허위표시설에서든 계약당사자 확정에 의한 처리설에서든 '자연적 해석을 통해 계약서상 명의자가 아닌 실제 차주가 대출계약의 당사자로 확정된다는 결론'에 대해 비판하는 견해는 찾아보기 어려운데, 그렇다면 이러한 견해들은 모두 묵시적으로 합의에 의한 오표시도 자연적 해석의 대상이 된다는 전제하에 서 있는 것이라고 할 것이다.

그러나 이러한 이해는 타당하지 않다. 통정허위표시의 구조상 자연적 해석이 들어올 자리는 없기 때문이다. 먼저 이해를 돕기 위해 당사자 쌍방이 '착오로' 문언과 달리 일치하여 이해한 경우를 생각해 보자. 위에서 든 예에서, 甲도 전통주를 팔 생각이었고 乙도 전통주를 살 생각이었지만 실수로 계약서에 빵이라고 적고 이에 대해 모른 채 서명을 마쳤다고 할 경우, 이들 간에는 일응 각각 빵을(표시상의 효과의사) 사고판다는 1개의 의사표시의 합치에 의한 1개의 법률행위가 있을 뿐이다. 통정도 없고, 은닉행위도 없다. 1개의 합의가 있고, 따라서 1개의 계약이 있다. 다만 이들은 내심으로 일치하여 빵이 아닌 전통주를 매매 대상으로 이해하고 있었기 때문에, 자연적 해석의 결과 이 1개의 계약은 궁극적으로 빵이라는 문언에도 불구하고 전통주에 대한 계약으로 (관념상의) '변신'을 하게 된다.[39] 따라서 착오의 문제는 발생하지 않게 된다. 그러나 통정허위표시의 2유형에서는, 이러한 (관념상의) 변신은 일어나지 않는다. (허위의) 빵 매매계약은 계속하여 빵 매매계약이다. 왜 그러한가? '빵이라는 문언에도 불구하고 전통주로 해석하기로 하는 합의'가 있으니 그 합의에 의한 자연적 해석을 통해, 빵이 기재된 계약서에 의한 계약이 전통주에 대한 계약으로 (관념상의) 변신을 하는 것이 아닌가? 그렇지 않다. 가장행위는 변신하지 않는다. 가장행위는 언제까지나 빵에 대한 매매계약이고, 다만 민법 제108조 제1항에 의해 무효로 돌아갈

38) 김준호, 앞의 책, 251쪽; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2021, 121쪽.

39) 이는 이해를 돕기 위한 서술이고, 정확히는 처음에는 빵 매매계약이었다가 전통주 매매계약으로 변신하는 것이 아니라 애초에 전통주 매매계약으로 해석되는 것이다.

뿐이다. 왜냐하면 '빵이라는 문언에도 불구하고 전통주로 해석하기로 하는 합의'를 한다는 것은 사실은 일단 빵에 대해 계약을 체결하기는 하되 '그 빵이라는 기재에 의한 계약은 무효로 한다는 합의' + '전통주 매매계약을 체결한다는 합의'를 한다는 것이기 때문이다. 계약을 표시된 것과 다른 내용으로 해석하자는 합의는 결국 계약을 체결하되 그 표시된 대로의 계약은 진의와 일치하지 않는 것이니까 효력이 발생하지 않도록 하자는 것이고, 동시에 그 다른 내용의 계약을 체결하자는 것이다. 그리고 결국 이것이 위에서 살펴본 통정허위표시의 2유형 그 자체이다. 즉, 이는 허위표시와는 다른 '별개의 의사표시(법률행위)'가 추가적으로 인정되는가의 문제일 뿐이지, 원래 있던 그 의사표시가 다르게 해석되는가의 문제가 아니다.

따라서 문헌들이 설명하고 있는 것과는 달리, 합의에 의한 오표시 내지 통정허위표시 중 2유형(은닉행위 유형)은 그 구조상 자연적 해석 내지 오표시 무해의 원칙의 적용 대상이 아니다. 정확히 말하자면, 자연적 해석 내지 오표시 무해의 원칙이 문제되는 상황이 아니다. '빵'이라는 표시가 표의자의 내심의 의사인 '전통주'와 다르다 하여도, 표시에서 추단되는 '빵'을 효과의사로 하는 양 의사표시의 합치가 있어 문언 그대로 빵에 대한 계약이 되며, 그 '빵'을 '전통주'로 해석할 것인지의 문제는 발생하지 않는다. 다만 그 '빵'에 대한 계약을 무효로 하기로 하는 합의(통정)가 있는지, 나아가 '전통주'에 대한 매매계약이 별도로 존재하는지 여부가 문제될 뿐이다. 자연적 해석이 하나의 법률행위를 두고 그 법률행위의 표시를 다르게 해석하여야 할 것인지에 관한 문제라면, 통정허위표시, 특히 2유형은 하나의 법률행위에 대한 해석의 문제가 아니라 '겉으로 표시된 법률행위 외에 추가로 다른 법률행위가 인정되는지'에 관한 문제이다. 이들 각각의 법률행위에 대하여도 물론 해석작업이 진행될 수 있겠지만 이는 별도 문제이고, '실제 계약의 내용, 실제로 법률효과를 받는 자' 등을 따지는 것은 계약의 자연적 해석 문제가 아니라 '무효에의 통정' 및 그러한 '실제 계약'이 따로 존재하는지 여부의 문제인 것이다.[40][41]

---

40) 현소혜, "오표시 무해의 원칙에 관한 소고", 「홍익법학」 제11권 제3호, 2010, 136~137쪽은 일찍이 자연적 해석 내지 오표시 무해의 원칙은 '의식적 오표시'에는 적용되지 않고, 상대방과 통정한 의식적 오표시는 단지 실정법 규정인 민법 제108조 제1항에

(2) 민법 제108조 제1항과의 관계에서의 검토

통정허위표시의 구조에 따른 위와 같은 결론은, 민법 제108조 제1항에 비추어 보면 더욱 타당하다. 위와 같이 해석할 때에만 비로소 민법 제108조 제1항이 불완전한 입법이 아니게 된다. 만약 당사자 쌍방이 표시된 것과 다르게 해석하기로 합의한 경우도 1개의 의사표시 내지 법률행위에 대한 자연적 해석의 문제라고 볼 경우에는, 민법 제108조 제1항은 위에서 본 1유형과 2유형 중 1유형만을 규정하고 2유형은 규정하지 않고 있다고 볼 수밖에 없다. 자연적 해석의 문제라고 보는 관점에서 구체적으로 살펴보자.

만약 쌍방이 실제로는 매매할 의사가 없음에도 불구하고 허위의 외형만을 작출하기 위해 매매계약서를 작성한 경우(1유형), 그 매매계약서에 의한 매매계약은 그 표시된 문언과는 달리 '실제로는 매매하지 않는다'고 하는 데에 쌍방 당사자의 일치된 이해가 있으므로 자연적 해석의 결과로서 무효가 된다. 그리고 민법 제108조 제1항은 이를 무효로 한다고 규정하고 있으므로, 동 조항은 1유형을 규율하고 있는 것이 된다.

의해 무효로 될 뿐이며, 당사자들이 표시한 것과 다르게 의욕한 것은 (자연적 해석의 결과로서가 아니라) 그 별도의 합의에 의해 은닉행위로서 효력을 갖게 된다고 지적한 바 있다.

41) 다만 여기서 주의할 것은, 이러한 ① 허위표시(가장행위) + ② 통정 + ③ 진 의사표시(은닉행위)의 구조는 계약행위자들이 한 합의의 태양·내용상 특별히 복수의 합의를 의식한 것으로 볼 수 있는 경우에만 인정될 수 있는 것이 아니라는 점이다. 문헌들 중에는 구체적 사실관계에 따라 하나의 대출계약만 있었던 경우에는 계약당사자 확정의 문제이고 쌍방이 별도로 숨겨진 합의를 한 것으로 인정될 수 있는 경우에는 통정허위표시와 은닉행위의 문제인 것처럼 이해하는 듯 보이는 서술을 하고 있는 것도 있다. 그러나 위의 구조는 전통주 매매를 하면서 통정하에 빵이라고 쓰는 행위, 乙이 돈을 빌리면서 통정하에 甲이라고 쓰는 행위를 할 때 이미 그 자체로써 성립하는 것이다. 쌍방이 현실적으로 저 각각의 행위를 분리하여 인식, 의도했느냐는 다른 문제이다. 저런 행위를 한 순간 이미 통정허위표시 2유형이 되는 것이지, 2유형인지를 결정하기 위해 또 쌍방의 합의를 세밀히 들여다봐야 하는 것은 아니다. 완전히 들어맞는 비유라고 할 수는 없지만, 이는 마치 우리가 일상생활에서 물건을 건네받고 돈을 건네주는 행위를 하면 그 자체로 매매계약 + 물권적 합의 + 인도 등을 모두 한 것이 되는 것과 같다. 쌍방이 합의하에 실제와 다르게 표시하는 순간 위의 구조가 성립하는 것이어서 이미 '하나의 대출계약(법률행위)'만이 존재하는 상황이라는 것은 애초에 생각할 수 없다(위에서 보았듯, 예컨대 합의가 아니라 착오로 인해 달리 표시한 경우에는 '하나의 법률행위'가 인정될 수 있다). 이는 현실의 행위를 '법적으로 분석(해석)'한 결과에 해당한다. 구체적 사실관계는 이 범위를 초과하는 영역에서 작용할 여지가 있을 뿐이다.

반면 쌍방이 실제로는 전통주를 매매할 의도를 가지고 매매계약서에는 허위로 빵을 매매한다고 적은 경우(2유형)에는, 위에서 계약당사자 확정에 의한 처리설에 대해 검토하며 보았듯 그 매매계약서에 의한 매매계약은 자연적 해석을 거치더라도 어쨌든 엄연히 존재하는 실정법 규정인 민법 제108조 제1항에 의해 허위표시(가장행위)로서 무효가 될 수밖에 없다. 즉, 빵에 대한 매매계약으로서 뿐만 아니라 전통주에 대한 매매계약으로서도 효력을 발휘할 여지가 없게 된다. 실제 의사와 다른 표시가 포함되는 순간 그 법률행위는 무조건 무효가 되어버리는 것이다. 이와 같은 결과는 우리의 법경험 내지 법감정과 합치하지 않고 뭔가 이상해 보이기도 하거니와, 이렇게 본다면 자연적 해석방법에 의한 해석론을 전개할 수 없기 때문에 의식적 오표시에도 자연적 해석방법을 관철하려는 입장에서는 논리적으로 민법 제108조 제1항이 통정허위표시의 두 유형 중 오직 1유형에 관한 것이라고 할 수밖에 없을 것이다.[42] 설령 만약 쌍방 당사자가 매매계약서의 빵이라는 기재를 전통주로 이해하기로 합의한 것이 당사자간 합의로 제108조 제1항의 적용을 배제한 것이라고 이해한다 하더라도, 이 역시 결국 2유형은 제108조 제1항의 적용 범위가 아니라는 말에 지나지 않는 것이므로 마찬가지의 결론에 이른다.

그러나 과연 그러한가? 그렇게 본다면 이는 현실에서 빈번하게 문제되는 2유형에 대한 입법을 공백으로 남겨 놓은 일종의 불완전한 입법이라는 생각을 지울 수가 없는데, 우리 입법자들은 정말 자연적 해석방법이 이 경우에도 적용된다는 전제하에 제108조 제1항은 1유형만을 규율하게 하려는 의도로 법을 만들었을까? 이와 관련하여 우리 민법의 입법자들이 제108조 제1항을 어떤 생각하에서 만들었는지에 대하여 상세한 설명이 있으면 좋겠지만, 적어도 현재 확인할 수 있는 자료상으로는 우리의 현행 민법 제108조에 관하여 민법 제정 과정에서의 특별한 논의가 발견되지는 않는다.[43] 따라

---

42) 다만 그와 같은 견해들이 실제로 민법 제108조 제1항을 그렇게 이해하고 있는지는 의문이다.

43) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 上권, 단기4290, 72~73쪽; 명순구, 실록 대한민국 민법 1, 법문사, 2008, 313~316쪽; 양창수, "민법안의 성립과정에 관한 소고", 「서울대학교 법학」 제30권 제3·4호, 1989, 186~187쪽 및 211쪽; 양창수, "법전편찬위원총회 의사록(초)", 「서울대학교 법학」 제35권 제2호, 1994,

서 오직 객관적 관점에서 판단할 수밖에 없는데, 일단 표시된 것과 다른 별도의 법률행위, 즉 은닉행위가 있는 경우 역시 '표시된 것과 달리 해석'하기로 하는 점에서 1유형과 본질적으로 차이가 있다고 할 수 없다는 점이 고려되어야 할 것이다. 1유형의 경우에는 허위표시가 통정에 의해 무효로 되는 것이고, 2유형의 경우에도 역시 허위표시가 통정에 의해 무효로 되는 것은 똑같으나 다만 이때는 진 의사표시가 하나 더 있을 뿐이다. 또 제108조 제1항의 문언상 이러한 2유형이 특별히 구별·배제된다고 볼 근거가 없어 당연히 동 조문에 포섭되는 것으로 볼 수밖에 없는 데다가 외국의 입법례[44]를 살펴보더라도 제108조가 불완전 입법이라고 보는 것은 지나치게 작위적인 관점이라고 생각된다. 따라서 민법 제108조 제1항을 단지 1유형에 한정된 조문으로 해석하는 것은 무리라고 할 것이다. 2유형이 제108조 제1항의 적용범위에서 배제되는 것으로 설명하는 문헌 역시 찾아보기 힘들다.

결국 통정허위표시의 구조와 우리 민법 규정에 비추어볼 때, 합의에 의한 오표시의 경우에는 자연적 해석방법이 문제되지 않는다. 자연적 해석방법은 단지 쌍방 또는 일방 당사자의 착오에 의한 경우 등에만 문제될 여지가 있을 뿐이다. 통정허위표시, 즉 합의에 의하여 일부러 표시를 의사와 다르게 한 경우에는 그 의사표시는 민법 제108조 제1항에 따라 무효가 되고, 그 무효인 의사표시와는 다른 별도의 의사표시 내지 합의(은닉행위)가 유효하게 존재하는지 여부의 문제가 남게 될 뿐이다.

306~308쪽 등 참조. 한편 우리 민법전의 제정에 있어 중요한 역할을 수행했던 김병로 법전편찬위원회 위원장과 장경근 민법안심의소위원회 위원장에 따르면, 당시의 시대상황 및 작업여건상 법전편찬위원회의 기초이유서는 작성되지 못하였고, 정부가 제출한 민법안에는 제안이유서, 기초회의록이 첨부되지 않았다고 한다. 국회정기회의속기록 제26회 제30호 5면; 국회정기회의속기록 제26회 제29호 6면 참조. 이 속기록은 국회 회의록시스템(https://likms.assembly.go.kr/record)에서 확인하였다. 참고로 장경근 위원장의 위 발언과 같은 취지의 내용이 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 앞의 책, 서두 1쪽에도 실려 있다.

44) 이에 관하여는 김용담(편집대표), 앞의 책, 656~658쪽; 김민동, 앞의 글, 134~136쪽 참조.

Ⅵ. 차명대출의 법률관계

이상의 논의에 의할 때, 차명대출의 당사자와 관련하여 자연적 해석방법은 문제되지 않는다. 계약행위자와 금융기관 사이에 계약서상 명의자와 다른 사람을 당사자로 삼기로 약정 내지 양해가 있었을 경우에는, 그저 그 계약서상에 표시된 명의자와 금융기관 사이에 통정허위표시(가장행위)로서 허위의 대출계약이 일단 하나 성립하고, 그와는 별도로 쌍방의 합의에 의해 실제 차주와 금융기관 사이에 유효한 대출계약이 또 성립할 뿐이다. 금융기관을 일방 당사자로 하는 이 두 계약의 타방 당사자는 각각 계약서상 명의자와 실제 차주로서, 별달리 당사자 확정의 문제는 발생하지 않는다. 차명대출 사안에서 문제되는 것은 '(하나의) 대출계약의 실제 당사자가 누구냐'가 아니라 '그 대출계약이 합의된 가짜이고 별도로 진정한 대출계약이 존재하느냐'일 뿐이다.[45]

따라서 판례가 종래 이를 마치 계약당사자 확정에 관한 자연적 해석의 문제인 것처럼 설시해온 것은 문제가 있다. 물론 이론적으로 보자면, 만약 대출계약의 당사자를 결정하는 것이 쟁점이 될 경우에는, 비록 판례가 차명대출에 관하여 계약당사자 확정에 관한 자연적 해석방법 내지 이를 채용한 계약당사자 확정에 관한 판례법리[46]를 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 이는 모든 법률행위의 계약당사자 확정에 관한 일반적 법리이므로 당연히 차명대출에 있어서도 적용되어야 할 것이다.[47] 그러나 앞서 보았듯 이는 계

45) 손현찬, 앞의 글, 226~227쪽은 명의차용자가 행위를 하는 경우와 명의대여자가 직접 행위를 하는 경우를 구분하여 후자의 경우에 명의차용자를 당사자로 하기로 하는 합의가 있는 경우에는 명의대여자와 상대방 사이의 법률행위는 가장행위이고, 은닉행위는 명의차용자와 상대방 사이의 유효한 법률행위가 된다고 하고 있다. 그러나 행위를 명의차용자가 하든 명의대여자가 직접 하든 결과가 달라질 이유가 없다. 명의차용자가 행위를 할 경우에는 그가 명의대여자의 대리인으로서 상대방과 통정허위표시를 한다는 차이만이 있을 뿐이다(한편 명의대여자가 직접 행위를 하는 경우에는, 은닉행위가 대리행위가 될 것이다).

46) 각주 9번 참조.

47) 김재형, "금융거래의 당사자에 관한 판단기준", 「저스티스」 통권 제93호, 2006, 23~28쪽은 금융실명제 실시 이후 예금계약의 당사자를 확정하는 법리를 제시한 대법원 판결들에 대하여, 대법원은 명의자를 계약당사자로 보는 근거를 금융실명법 규정에서 구하고 있지만 그 외에 '당사자의 의사'라는 단계가 생략되어 있는 것이라고 하며 자연적 해석방법(및 규범적 해석방법)을 채용한 위 계약당사자 확정 판례법리를 적용

약당사자 확정에 관한 문제가 아니고, 다만 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 대출계약이 통정허위표시인지 및 그 외에 은닉행위로서 실제 차주와 금융기관 사이의 대출계약이 별도로 존재하는지에 관한 문제이다. 그렇다면 판례가 반복적으로 사용하고 있는 '대출계약의 (실질적인) 당사자'라는 표현이 적절한 것인지는 의문이다. 이는 계약당사자 확정이 문제될 때 나오는 표현이기 때문이다. 판례는 금융기관의 양해가 있는 경우에 계약서상 명의자와 금융기관 사이의 대출계약을 통정허위표시로 보고 있는데, 통정허위표시에 있어 자연적 해석방법이 문제되지 않음은 위에서 본 바와 같고, 1개의 행위에 대한 자연적 해석의 문제로 접근할 경우에는 통정허위표시가 문제될 여지가 없음 역시 위에서 보았다. 그럼에도 불구하고 판례가 통정허위표시를 이야기하며 동시에 자연적 해석에 따른 계약당사자 확정 법리를 전개하는 것은 모순인바, 이들은 애초에 서로 논의의 출발점이 전혀 다른 이야기이기 때문이다. 만약 판례가 그 표현에서 추론되듯이 통정허위표시인 차명대출 사안에서 자연적 해석방법에 의한 계약당사자 확정 법리를 채택하고 있는 것이라면, 이는 심각한 법리 오해라고 하지 않을 수 없다.

굳이 판례를 선해하자면, 판례가 사용하는 '대출계약의 (실질적인) 당사자는 甲'이라는 표현이 꼭 '자연적 해석방법에 의해 결정된 당사자'를 가리키는 것은 아닌 것으로 볼 여지도 있다. 즉, 판례는 그 표현상으로는 1개 행위에 대한 자연적 해석의 결과를 언급하는 것처럼 보이나, 실질적으로는 가장행위와 은닉행위를 각각 별개의 법률행위로 인정하는 전제하에서 다만 실제로 유효하게 인정되는 은닉행위로서의 대출계약의 당사자가 甲이라는 말을 이와 같이 표현하는 것일 뿐이라고 보는 것이다. 다시 말해 판례는 그

하고 있고, 차명대출도 이 점에서는 마찬가지로 취급하고 있다. 한편 위 글 이후에 선고된 앞의 2008다45828 전원합의체 판결은 금융실명제 이후의 예금계약 당사자 결정에 있어 명의인 아닌 자를 당사자로 인정하기 위한 요건을 엄격히 보는 법리를 설시하면서도 역시 계약당사자 확정에 관한 판례법리를 명시하지 않았는바, 동 판결의 대법관 양창수의 다수의견에 대한 보충의견은 이 경우에도 계약당사자 확정 판례법리를 (다만 동 판례법리에 대한 비판적 검토를 거친 후) 적용하여야 한다고 하고 있다. 윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2020, 64~65쪽 또한 위 전원합의체 판결에 대한 평석에서 차명예금과 차명대출 사안 모두 일반적인 계약당사자 확정 문제로 보면서 계약당사자 확정에 관한 판례법리가 적용되는 것으로 설명하고 있다.

저 '대출계약의 효과가 누구에게 귀속되어야 하는가'를 하나의 생각단위로 설정해서, 금융기관의 양해가 있는 경우에 1개의 법률행위는 허위표시로서 무효이고 따로 진정한 당사자 甲과의 1개의 법률행위가 인정되는 상황을 '당사자는 甲으로 확정된다'라는 식으로 표현하는 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 설령 이렇게 보더라도 이는 그 표현에 있어 오해의 소지가 다분하다는 점에서 바람직하지 못하다. '금융기관의 양해가 있었다면 甲과의 사이에서의 대출계약이 별도로 존재하고 이것만이 유효한 대출계약이다'와 같은 식으로 계약당사자 확정의 문제와 혼동되지 않도록 명확하게 표현해야 한다.

다만 여기서 판례를 이렇게 선해하는 것이 현재의 판례 태도를 정확히 포착하는 것인지는 의문이다. 일단 판례가 금융기관의 양해가 있을 경우 계약서상의 명의자와 금융기관 간의 대출계약은 통정허위표시로서 무효라고 하고 있음은 분명하나, 이와 함께 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정 법리를 동시에 인정하고 있는 것인지에 대하여는 (적어도) 명시적으로 이야기한 바는 없다. 그러나 앞에서 언급한 차명예금에 관한 2008다45828 전원합의체 판결을 보면, 판례는 아마도 차명예금에 있어 계약당사자 확정이 문제되는 것으로 보고 있는 듯하다. 위 판결의 다수의견은, 금융실명법상 실명확인 절차를 거친 경우에는 일반적으로 쌍방의 의사는 예금계약서에 기재된 명의자를 예금계약의 당사자로 보려는 것이라고 하며, 그 외의 자를 당사자로 보려면 당사자의 명확한 의사의 합치가 있어야 한다고 하고 있다. 그리고 그 전에 논의의 전제로서 계약의 당사자를 정하는 것은 의사해석의 문제라고 함으로써 이를 계약당사자 확정에 관한 문제로 보고 있다는 태도를 드러내고 있다. 한편 동 판결의 대법관 박시환의 별개의견은 금융실명법 규정을 강행규정으로 보면서, 계약행위자가 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결할 때 금융기관과의 합의하에 명의자 아닌 자를 계약당사자로 하기로 '별도로 약정한 경우'에는 그 별도 약정은 강행규정 위반으로 무효라고 하는데, 여기서 '별도로 약정한 경우'라는 것이 은닉행위로서 진정한 당사자의 (별도의) 대출계약을 가리키는 것인지 아니면 단지 '다른 해석에의 합의 내지 이해 일치'를 언급한 것에 불과한 것인지는 분명하지 않다. 이 의견은 또한 다수의견의 기준을 충족하여 명의자가 아닌 자를 당사자로 한 예금계약

이 성립한 것으로 볼 경우에 동시에 명의자를 당사자로 한 예금계약이 통정허위표시가 되는 것으로 인정하는데, 이는 실제 차주로 계약당사자 확정이 이루어진 후에 다시 계약서상 명의자를 당사자로 하는 통정허위표시의 존재를 긍정하는 것이다. 그리고 같은 판결의 대법관 차한성의 다수의견에 대한 보충의견은 위 별개의견이 "예금명의자와 금융기관 사이에서 예금계약을 체결할 의사의 합치와 출연자 등과 금융기관 사이에서 예금계약을 체결할 의사의 합치가 병존"하고 있다고 보는 것은 타당하지 않다고 비판하면서, "출연자 등과 금융기관 사이에서 출연자 등을 예금계약의 당사자로 하기로 하는 명확한 의사의 합치가 있었다면, 그 반면으로 예금명의자와 금융기관 사이에서는 예금계약의 성립에 관한 의사의 합치가 없었다고 보거나, 적어도 출연자 등과 금융기관 사이에서 그 예금계약의 효력을 부정하겠다는 의사의 합치가 있었다고 보는 것이 자연스러운 해석"이라고 하는바, 이러한 표현의 일부에 비추어보면 출연자로 당사자가 확정될 경우 계약서상 명의자를 당사자로 하는 통정허위표시(가장행위)는 아예 존재하지 않는 것이라고 한 것으로 볼 여지도 있지만, 전체 설시의 맥락상 그저 이는 예금계약의 당사자 결정과 그 예금계약의 효력 문제(통정허위표시로서 무효인지의 문제)를 엄밀히 구분하지 않은 채 이야기한 것으로 보인다.

결국 판례가 그간 차명대출 사안에서 일관되게 사용하여 온 '대출계약의 (실질적인) 당사자'라는 표현 및 위에서 본 차명예금에 관한 판결의 설시 취지 등에 비추어볼 때, 판례는 (위에서 선해해본 것과는 달리) 차명대출의 당사자와 관련하여 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정 법리를 적용하고 있는 것으로 보인다. 그러나 동시에 판례는 위 법리에 따라 당사자로 결정된 실제 차주가 아닌 계약서상 명의자를 당사자로 하는 통정허위표시를 인정하고 있는바, 양립할 수 없는 이 두 결과를 각각 설시하면서 그 이론적 구성이나 법률관계에 대하여는 침묵하고 있으며, 위 판결의 대법관들의 각 의견들을 살펴보아도 뚜렷하게 이에 관한 답이 발견되거나 이 문제에 대한 문제의식이 엿보이지는 않는다. 필자의 생각으로는 판례가 이 문제에 대하여 다른 관점을 취하거나 특정한 논리구조에 입각해 있는 등으로 어떠한 답을 가지고 있다기보다는, 그저 아직 이러한 이론적인 문제에 대하여 특별히 인

식하지 못하고 있었던 것이 아닌가 한다.[48]

Ⅶ. 결 론

차명대출 사안은 전형적으로 통정허위표시가 문제되는 상황이다. 계약서상의 명의자와 금융기관 사이에 대출계약서로 체결된 가장행위로서의 대출계약이 존재하고, 이와는 별도로 실제 차주와 금융기관 사이에 숨겨진 진정한 대출계약이 존재한다. 다만 엄연히 명의자를 표시한 이상, 특히 처분문서인 계약서에 명확하게 명의자를 기재한 이상 그 계약서상의 명의자와 금융기관 간의 대출계약은 원칙적으로 유효한 것으로 다뤄질 것이고, 이때는 통정허위표시나 실제 차주를 당사자로 하는 대출계약이 문제될 여지가 없다. 계약서상의 명의자는 그저 계약서에 써 놓기만 하는 것일 뿐 실제 당사자는 다른 사람이라는 데에 쌍방의 합의가 존재한다고 인정될 수 있을 때에만 비로소 명의자와 금융기관 간의 대출계약은 가장행위가 되고 숨어 있는 실제 차주와의 진정한 대출계약의 존재가 나타날 수 있다. 판례가 종래 '양해'라고 표현해온 것은 바로 이와 같은 쌍방 합의(법적인 효과까지 실제 차주에게 전속시키기로 하는 합의)를 가리키는 것이다.

그런데 여기서 하나의 대출계약이 있는 것으로 보아 그 계약당사자의 확정이 문제된다고 보는 견해가 있음은 위에서 본 바와 같다. 그렇게 본다면, 통정허위표시라는 것은 등장할 여지가 없게 된다. 그 하나의 계약이 해석에 의해 표시된 것과 다르게 받아들여져 실제 차주와 금융기관 간의 유효한 계약으로 관념상의 변신을 한 이상, 더 이상 계약서상 명의자를 당사자로 했다는 이유로 통정허위표시라고 판정받을 만한 대상 자체가 없기 때문이다. 따라서 이러한 입장에서는 통정허위표시의 문제를 검토할 수 없다. 반

48) 참고로 위의 2008다45828 전합 판결은 "예금명의자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면" 명확한 의사의 합치가 있어야 한다고 하는데, 이 역시 정확히 표현하려면 '예금명의자가 아니라 출연자 등과의 사이에서 유효한 별도의 예금계약이 성립되었다고 볼 수 있으려면' 명확한 의사의 합치가 있어야 한다는 식으로 바꿔서 표현해야 할 것이다.

대로 차명대출을 통정허위표시의 문제로 접근할 경우에는 애초에 자연적 해석을 통한 계약당사자 확정 법리가 문제될 만한 상황 자체가 아니다. 다만 위에서 언급하였듯 문헌들을 검토하다 보면 계약당사자 확정에 의한 처리설을 취할 경우 통정허위표시설이 '논리적으로' 배척된다는 점을 고려하지 않는 듯한 서술을 발견하게 되는 경우가 있다. 추측컨대 아마도 이러한 입장에서는 계약당사자 확정 법리에 의해 '그 대출계약'의 당사자가 '실제 차주'와 금융기관으로 확정되는 것을 인정하면서도, 그 계약서상의 명의자 표시에 대해 통정허위표시가 성립하는 것으로 이해하는 듯 보인다.[49] 그러나 일단 자연적 해석을 통해 계약서에 의한 대출계약의 당사자가 실제 차주로 확정이 된다면 그 법률관계에서는 그 (해석을 거쳐 확정된) 1개의 의사표시 내지 법률행위만이 존재할 뿐이지 별개의 의사표시라는 것은 관념상으로도 상정할 수 없다. 이 경우에 통정허위표시의 제단에 바치기 위해 별개의 의사표시를 상정하는 것은 하나의 의사표시에 대한 이중평가일 뿐이다.[50]

---

49) 안승훈, 앞의 글, 260쪽 역시 계약당사자를 실제 차주로 보는 경우에도 계약서상의 명의자와 금융기관 사이에 통정허위표시를 인정하는 판례의 태도는 처분문서에 기하여 실제 차주와 금융기관 사이에 법률행위가 성립했음을 인정하면서도 그 처분문서 중 명의자를 기재한 부분이 계약서상의 명의자와 금융기관 사이의 통정허위표시를 의미하는 것으로 보는 것이라고 하고 있다.

50) 한편 견해 중에는 특별히 통정허위표시설과 계약당사자 확정에 의한 처리설 중 어느 하나의 입장에 서지 않고, 통정허위표시 및 자연적 해석에 의한 당사자 확정의 결과를 별다른 문제제기 없이 동시에 받아들여 설명하는 견해도 있다(이동진, 앞의 글, 19~21쪽). 이 견해는 처분문서인 대출계약서에 의해 체결된 대출계약은 특별한 사정이 없는 한 문서에 적힌 명의자가 계약당사자로 확정되며, 다만 당사자간 명확한 합의가 인정되는 경우에 한하여 처분문서 기재에 따른 계약은 가장행위이고 실제 권리귀속주체를 당사자로 하는 은닉행위가 있는 것으로 보아야 한다고 설명한다. 그러나 이 견해는 반드시 명확하지는 않지만 서술의 맥락이나 그 글의 72번 각주 내용("가장행위는 당사자 사이에서는 효과의사가 없어 계약이 존재하지 아니하는 것이므로, 가장행위가 인정된다는 것과 가장행위가 담긴 처분문서의 내용대로 의사표시가 존재하였다는 추정이 번복되는 것은 같은 현상의 두 측면이다.")에 비추어볼 때, 아마도 의사표시가 부존재하는 경우에도 통정허위표시가 인정된다는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 즉, 자연적 해석에 의해 처분문서상의 당사자 표시와 다른 사람이 계약당사자로 확정된 경우에는 처분문서에 표시된 자를 당사자로 하는 의사표시는 존재하지 않는 것이 되지만, 그 경우에도 그 자를 당사자로 하는 통정허위표시가 성립하는 것으로 보고 있는 것이다. 그러나 통정허위표시는 어디까지나 의사표시의 존재를 전제로 하는 것이므로, 이러한 이해 역시 타당하지 않다.

그렇다고 하여 아예 통정허위표시가 아니라 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정의 문제로 차명대출 사안을 다룰 수는 없다. 이와 같이 볼 때에는 필연적으로 단 하나의 대출계약의 존재만을 상정하는 것인데, 그 대출계약 내지 의사표시는 민법 제108조 제1항에 의해 무효가 될 수밖에 없고, 이를 부정하는 것은 위 조항을 일종의 불완전입법으로 취급하는 것이 되기 때문이다. 무엇보다도, 차명대출 사안에 있어 쌍방이 계약서상의 기재와 달리 합의한다는 것은 결국 계약을 체결하면서 계약서상 내세워진 명의자와의 대출계약을 무효로 한다는 합의와 실제 차주를 당사자로 하여 다른 대출계약을 체결한다는 합의를 한꺼번에 한다는 것에 다름아닌바, 이는 표시된 것과 다른 법률행위를 의욕하는 유형(2유형)의 통정허위표시 사안에 해당하는 것일 뿐이다. 여기서 문제되는 것은 '그 대출계약의 당사자가 누구인지' 여부가 아니라, 계약서상 명의자를 당사자로 하는 그 대출계약이 통정허위표시로 인정되어 실제 차주를 당사자로 하는 '별도의 유효한 대출계약이 인정될 수 있는지' 여부이다. 즉 일반적인 통정허위표시 상황에서와 같이, 그 행위가 가장행위인지 및 가장행위와 별도로 은닉행위가 인정되는지 여부만이 문제되지 하나의 계약에 대해 당사자를 결정해야 하는 문제가 아니다. 차명대출 사안은 특별해 보이지만, 본질적으로는 일반적인 통정허위표시 사안과 전혀 다르지 않다. 단지 일반적으로 통정허위표시는 계약의 목적물 등과 관련하여 논해지지만 차명대출은 계약의 당사자와 관련한 문제여서 당사자 결정에 관한 다른 법리와의 혼동이 일어날 여지가 있을 뿐이다.

판례는 차명대출 사안에서 금융기관의 양해 등이 있을 때에 한편으로는 계약서상 명의자와 금융기관 간의 대출계약이 통정허위표시임을 인정하면서도, 또 다른 한편으로는 별다른 설명도 없이 이를 계약당사자 확정에 관한 문제로 다루어 실제 차주와 금융기관이 (실질적인) 당사자라고 하고 있다. 이는 두 모순되는 법리를 각각의 평면에서 결론만 잘라 합쳐놓은 것으로서, 타당하지 않다. 판례는 일반적인 통정허위표시 사안, 예컨대 매매계약서상의 대금과 실제 대금을 당사자들이 달리 합의한 사안[51]에서는 표시

51) "매도인이 경영하던 기업이 부도가 나서 그가 주식을 매도할 경우 매매대금이 모두 채권자은행에 귀속될 상황에 처하자 이러한 사정을 잘 아는 매수인이 매매계약서상의

된 매매계약이 허위표시라 하더라도 실제의 대금 약정이 있는 이상 그에 의한 매매계약은 은닉행위로서 유효하다고 표현하지 '쌍방 당사자의 의사 합치에 따라 매매대금은 실제 대금으로 확정된다.'고 표현하지 않는다. 거듭 말하지만 이는 하나의 계약에 대한 해석을 통해 표시와 다른 진정한 의미를 밝히는 문제가 아니라, 표시된 것이 가장행위여서 이와는 별도로 존재하는 은닉행위가 인정되느냐의 문제이기 때문이다. 그런데 판례는 유독 통정이 '계약당사자'에 관하여 존재하는 경우에는 갑자기 통정허위표시 이론을 꺼내기도 하고 계약당사자 확정 법리를 꺼내기도 하면서 혼란스러운 모습을 보여주고 있다. 이는 통정허위표시와 자연적 해석, 계약당사자 확정이론에 대한 정확한 좌표 인식이 결여된 것이라고 할 수밖에 없을 것이다.[52] 당사자들이 표시와 다르게 해석 내지 이해하기로 하는 '합의'가 있을 때에는 자연적 해석이 문제될 여지가 없다. 이를 통정허위표시로 보아 은닉행위의 존재를 인정할 수 있는지 여부가 문제될 뿐이다. 표시와 다른 합의가 인정된다면, 이미 그 합의가 별도의 법률행위를 낳는 것이기 때문이다. 이는 그 대상이 당사자에 관한 것이든 목적물, 대금 등에 관한 것이든 마찬가지이다.

통정허위표시와 자연적 해석, 그리고 계약당사자 확정 법리 - 강 승 우	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.20.	2021.12.08.	2021.12.29.

매매대금은 형식상 금 8,000원으로 하고 나머지 실질적인 매매대금은 매도인의 처와 상의하여 그에게 적절히 지급하겠다고 하여 매도인이 그와 같은 주식매매계약을 체결한 경우, 매매계약상의 대금 8,000원이 적극적 은닉행위를 수반하는 허위표시라 하더라도 실지 지급하여야 할 매매대금의 약정이 있는 이상 위 매매대금에 관한 외형행위가 아닌 내면적 은닉행위는 유효하고 따라서 실지매매대금에 의한 위 매매계약은 유효하다(대법원 1993. 8. 27. 선고 93다12930 판결)."

52) 현소혜, 앞의 글, 153~154쪽은 "오표시 무해의 원칙은 단순히 당사자들의 현실적 의사에 따른 해석이 문제되는 경우 이를 근거지울 수 있는 법언에 불과한 것이 아니다. 이는 「의사와 표시의 불일치」가 문제되는 사례유형 중 우리 민법 제107조 내지 제109조에 의해 해결되지 않는 특수한 사안에 적용되는 법원칙으로서의 성격을 갖는다. 이를 은닉행위의 효력이나 계약 당사자의 확정 등이 문제되는 영역에서 함부로 원용하는 것은 자연적 해석과 객관적 해석간의 경계를 불분명하게 만들고, 착오(Irrtum)의 문제와 불합치(Dissens)의 문제를 혼동하는 결과를 가져올 수 있다."고 지적한다.

[참고문헌]

곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2015.

곽종훈, “명의대여에 의한 대출약정과 통정허위표시 - 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다11765 판결을 중심으로 -”, 「민사재판의 제문제」 제12권, 2003.

김대정, 민법총칙, 도서출판 피데스, 2012.

김동호, 민법총론, 전남대학교출판부, 2015.

김민동, “가장행위에 대한 이탈리아 민법과 DCFR 규정의 비교분석을 통한 민법 제108조 개정안 연구”, 「재산법연구」 제29권 제2호, 2012.

김용담(편집대표), 주석 민법 [총칙 2], 한국사법행정학회, 2019.

김재형, “금융거래의 당사자에 관한 판단기준”, 「저스티스」 통권 제93호, 2006.

김준호, 민법총칙, 법문사, 2018.

김학동, “차명대출명의자의 책임에 관한 판례 검토”, 「서울법학」 제15권 제2호, 2008.

명순구, 실록 대한민국 민법 1, 법문사, 2008.

민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 上권, 단기4290.

박동진, “허위표시에 대한 사법상의 효력 - 진의 아닌 의사표시와 통정허위표시 -”, 「법학연구」 제25권 제4호, 2015.

박민수, “대출계약서의 명의상 주채무자가 실질적 주채무자와 다른 경우의 법률관계 - 대법원 1999. 3. 12. 선고 98다48989 판결 -”, 「판례연구」 제12집, 2001.

박종미, “차명예금과 차명대출의 차별적 취급에 대한 단상 - 금융실명법 위반행위 여부를 중심으로 -”, 「법학논총」 제35권 제1호, 2015.

배종근, “차명대출명의자의 책임판단에 관한 대법원판례의 비판적 검토”, 「법조」 제55권 제2호, 2006.

손현찬, “계약 당사자의 확정 - 타인의 이름으로 계약을 체결한 경우를 중심으로”, 「재판과 판례」 제10집, 2001.

송덕수, 민법총칙, 박영사, 2020.

_____, 신민법강의, 박영사, 2021.

안법영, “의사표시 해석의 소고 - 시연에 부쳐서 -”, 「(하경효 교수 정년기념논문집) 계약과 책임」, 2017.

안병하, “의사표시의 구성요소를 바라보는 새로운 관점”, 「민사법학」 제88호, 2019.

안승훈, “계약당사자를 결정하기 위한 법률행위의 해석방법과 통정허위표시이론의 관계 - 명의대여약정에 의한 타인명의의 법률행위에 있어 행위자가 계약의 당사자로 인정되는 경우의 법률관계를 중심으로 -”, 「법조」 제55권 제3호, 2006.

양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2015.

양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 「서울대학교 법학」 제30권 제3·4호, 1989.

_____, “법전편찬위원총회 의사록(초)”, 「서울대학교 법학」 제35권 제2호, 1994.

양형우, 민법의 세계, 피앤씨미디어, 2019.

윤진수, “계약 당사자의 확정에 관한 고찰 - 특히 예금계약을 중심으로 -”, 「법조」 제46권 제11호, 1997.

_____, 민법기본판례, 홍문사, 2020.

_____, “차명대출을 둘러싼 법률문제(上)”, 「법조」 제55권 제12호, 2006.

_____, “차명대출을 둘러싼 법률문제(下)”, 「법조」 제56권 제1호, 2007.

이동진, “차명계약의 법리 - 차명예금 및 차명대출을 중심으로 -”, 「BFL」 제46호, 2011.
이영준, 민법총칙[한국민법론 Ⅰ], 박영사, 2005.
전경근, “대출계약의 당사자 결정에 관한 연구”, 「법조」 제53권 제3호, 2004.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2019.
한재봉, “대출제한규정의 적용을 회피하기 위하여 타인의 명의를 빌려 체결한 대출약정의 효력 - 통정허위표시에 관한 대법원 판례를 중심으로 -”, 「재판과 판례」 제12집, 2004.
현소혜, “오표시 무해의 원칙에 관한 소고”, 「홍익법학」 제11권 제3호, 2010.

【국문초록】

금융기관의 양해가 있는 차명대출 사안에서, 대법원은 명의대여자와 금융기관 사이의 대출계약을 통정허위표시로서 무효라고 보면서도 다른 한편으로는 그 대출계약의 당사자는 명의대여자와 금융기관이 아니라 명의차용자와 금융기관이라고 하고 있다. 학설상으로는 이러한 경우의 차명대출 사안에서 이를 통정허위표시의 문제로 검토하는 견해와 자연적 해석방법에 따른 계약당사자 확정의 문제로 검토하는 견해가 나뉘고 있다. 그런데 이러한 두 방향에서의 접근은 양립 가능한 것이 아니라 상호 모순되는 것이다. 이를 계약당사자 확정의 문제로 보는 접근방법은 1개의 대출계약을 전제로 한 것으로서 그때는 통정허위표시가 문제될 여지가 없고, 이를 통정허위표시의 문제로 보는 접근방법은 가장행위와 은닉행위가 각각 존재하는 것으로 파악하는 것이어서 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정이 문제되지 않는다.

당사자들이 합의하에 표시된 것과 다른 법률행위를 하기로 의욕하는 경우에는, 표시된 문언대로의 법률행위를 무효로 하기로 하는 합의 및 별도의 다른 법률행위를 하기로 하는 합의가 동시에 존재하는 것으로서, 이때는 1개의 법률행위가 아닌 복수의 법률행위가 존재한다. 차명대출 사안이 바로 이러한 유형의 통정허위표시에 해당하는 것이다. 이와 같은 구조 및 민법 제108조 제1항에 비추어볼 때, 여기서는 자연적 해석이 문제되지 않는다. 그럼에도 불구하고 대법원이 차명대출 사안에서 통정허위표시와 자연적 해석에 의한 계약당사자 확정 법리를 모두 검토하고 있는 것은 법리적으로 타당하지 않을 뿐더러, 그 자체 모순이기도 하다. 차명대출계약 체결 시 금융기관의 양해가 있을 때에는, '그 계약의 당사자가 누구인지'가 아니라 가장행위 외에 은닉행위로서 '별도의 대출계약이 존재하는지'가 논해질 수 있을 뿐이다.

【Abstract】

The Fictitious Declaration of Intention in Collusion, Natural Interpretation, and the Theory of Determining the Parties to the Contract

- Focusing on the Review of Borrowed-Name Loans -

Seungwoo Kang
(J.D. Candidate, Sungkyunkwan University Law School)

In the case of a borrowed-name loan with the understanding of a financial institution, the Supreme Court regards the loan contract between the name lender and the financial institution as invalid in the form of a fictitious declaration of intention in collusion, yet saying the parties to the loan contract are the name borrower and the financial institution, not the name lender and the financial institution. Theoretically, in the case of borrowed-name loans such as this, there are two different views - the view of regarding it as an issue of the fictitious declaration of intention in collusion and the view of regarding it as an issue of determining the parties to the contract according to a natural interpretation method. However, these two approaches are incompatible, and stand as contradictory. The approach that regards this as an issue of determining the parties to the contract being based on the premise that there is only a single loan contract, there is no room for any problem with the fictitious declaration of intention in collusion. Meanwhile, the approach to view this as a problem of the fictitious

declaration of intention in collusion is to understand that the juristic act of disguising and the concealed juristic act exist, respectively, so there exists no problem with determining the parties to the contract by natural interpretation.

When the parties agree to make a juristic act different from what is indicated, an agreement to nullify the juristic act as indicated within the written word and an agreement to make another juristic act exist at the same time. In this case, there are plural juristic acts, not one single juristic act. The borrowed-name loan case falls under this type of fictitious declaration of intention in collusion. In light of this structure and Article 108 (1) of the Civil Code, natural interpretation does not stand as an issue here. The legal stance of the Supreme Court which examines both the fictitious declaration of intention in collusion and the theory of determining the parties to the contract by natural interpretation in the case of borrowed-name loans is not only legally inappropriate, but also contradictory in itself. When there is an understanding of a financial institution when signing a borrowed-name loan contract, it may only be discussed as to 'whether there is a separate, true loan contract' other than the external, false contract, not 'who are the parties to the contract'.

주제어(Keyword) : 차명대출(borrowed-name loans), 통정허위표시(the fictitious declaration of intention in collusion), 자연적 해석(natural interpretation), 계약당사자 확정(determining the parties to the contract), 법률행위(the juristic act)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.305

플랫폼 종사자 보호를 위한 노동법적 지위 규정 방안

- 노무제공관계의 다변화에 따른 종속성 판단을 중심으로 -

김 예 진* · 김 정 우** · 오 상 흔*** · 강 현 규****

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 플랫폼 노동의 구조와 현황
1. 플랫폼 노동의 특징
2. 근로자성 판단요건: 종속성
3. 플랫폼 노동의 종속성에 대한 평가
4. 소결
Ⅲ. 국내법상 논의
1. 근로자의 법적 지위
2. 중간적 종속성을 가진 자의 법적 지위
3. 국회에서의 논의
4. 소결
Ⅳ. 플랫폼 종사자에 관한 새로운 규율: 해외 입법례
1. 프랑스 플랫폼 종사자의 지위
2. 독일 플랫폼 종사자의 지위
3. 미국의 ABC 검증요건
4. 소결
Ⅴ. 제 언
1. 근로자 정의규정 개정을 통한 보호 범위 확장
2. 제3지위 신설을 통한 열거주의 한계 극복
Ⅵ. 결 론

* 주저자, 고려대학교 자유전공학부 행정학과, 학생.
** 고려대학교 자유전공학부 행정학과, 학생.
*** 고려대학교 자유전공학부 경영학과, 학생.
**** 고려대학교 자유전공학부, 학생.

I. 서 론

코로나19 이후 우리의 일상생활은 대면 활동보다 디지털을 이용한 비대면 활동으로 이루어지며, 애플리케이션을 이용한 배달대행업체부터 유튜브, 메타버스까지 많은 이익창출활동이 디지털화되고 있다. 이 중 ICT기술을 바탕으로 한 디지털 플랫폼 산업이 빠르게 성장하고 있다. 2020년 플랫폼 종사자는 22만 명 이상으로 추산되며,[1] 그 규모는 앞으로 더 늘어날 것으로 보인다.[2] 이는 플랫폼과 플랫폼 노동이 디지털 경제로의 패러다임 변화를 상징하는 요소임을 보여준다. 그러나 플랫폼 종사자들은 계약 부당 변경, 업무상 상해에 대한 자비치료 등의 문제를 겪고 있음에도 현행법상 근로자로 인정받기 어려워 법적 보호의 범위 밖에 있는 상황이다. 이는 현행 노동법이 근로자 혹은 자영업자라는 이분법으로 보호 여부를 구분하기에 중간적 종속성을 가진 경우는 보호 대상에서 제외되기 때문이다. 한편 일부 법령의 특수형태근로종사자·노무제공자 개념은 중간적 종속성을 가진 이들에 관한 것이지만, 시행령에 규정된 특정 직종에만 한정하여 권리를 보호한다. 결국 기존 근로자·특수형태근로종사자·노무제공자 중 어디에도 포섭되기 어려운 플랫폼 종사자는 사실상 법의 사각지대에 놓여있다.

이에 학계에서는 근로자성을 수정하거나 제3지위를 신설해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되었다. 한편 우리 법원도 판단요건의 완화를 위한 법리를 발전시켜왔으나, 판단의 일관성이 부족하고 보호 범위를 충분히 확장하지 못하였다. 이러한 흐름에 맞추어 국회도 중간적 지위에 놓인 이들을 기존 노동관계법상 근로자 범주에 포함하거나 제3지위에 관한 특별법을 제정하는 등의 시도를 하였으나 여전히 실제적 보호는 취약한 실정이다. 나아가 앞으로 디지털 경제의 발전을 고려한다면, 현행 노동법은 추가적으로 출현할 새로운 노동형태에 대한 유연한 대처가 어렵다. 따라서 본고는 근로자성 판단요건인 종속성 개념과 플랫폼 종사자의 종속성을 살피고, 이에 관한

1) 김종진·신우진·김영욱, “디지털 플랫폼노동 실태와 특징Ⅱ — 웹기반, 지역기반 규모와 실태—”, 「KLSI issue paper」 제146호, 2021, 2.

2) 장지연, “플랫폼노동자의 규모와 특징”, 「고용노동브리프」 제104호, 2020, 6.

판례와 국회 제·개정안 및 해외 입법례 분석을 통해 디지털 경제로의 발전에 따른 노무제공관계 다변화에 대한 대응방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 플랫폼 노동의 구조와 현황

1. 플랫폼 노동의 특징

플랫폼 노무 수행 과정에는 플랫폼(중개자)·플랫폼종사자(서비스제공자)·고객(서비스이용자)이라는 세 주체가 존재한다. 이때 기존의 편면적 노무계약과는 다른 양면적 관계가 형성되며, 플랫폼 노동은 다음과 같은 특징을 갖는다. ① 노무 제공이 단속적이다. 예컨대 플랫폼 종사자는 플랫폼에 접속하여 노동 일감이 발생하였을 때만 근로를 제공하기에, 기존 근로자보다 파편화된 노무를 제공한다. ② 주된 사용자를 특정하기 어려워 책임 주체가 모호하다. 플랫폼 종사자는 평균적으로 1인당 2.49개의 플랫폼을 사용하는데, 다만 퀵서비스는 4.06개이나 플랫폼 택배는 1.35개인 등 직종별로 사용 플랫폼 개수의 편차가 컸다.[3] ③ 주로 근로계약 외의 노무제공계약을 맺는다. 기존 근로자가 주로 근로계약을 통해 시간·임금 등 필수기재사항을 작성하나, 플랫폼 종사자는 단속적인 노무제공을 위해 위탁·도급계약 등을 체결하는 경우가 많다.[4] ④ 플랫폼 노동의 출현은 새로운 통제 방식을 가능하게 했다. 예컨대 쿠팡이츠는 호출 거절 등을 이유로 플랫폼 종사자에게 업무 제한을 통보하여 징계권을 행사하면서도 징계 기준은 내부 규정상 공개가 불가하다고 밝혔다.[5] 플랫폼 종사자가 기존 근로자처럼 업무 수행 과정의 구체적인 지침 등에 구속받지 않더라도, 해당 사례에서처럼 호출 수락과 같은 플랫폼의 요구를 사실상 거절할 수 없는 환경은 사용자에 대한 자

3) 김철식 외 7인, 플랫폼노동 종사자 인권상황 실태조사, 국가인권위원회, 2019, 119.
4) 문예진·오성은, “플랫폼 노동자의 근로자성과 플랫폼 기업의 책임에 대한 논의”, 2019년 한국노동패널 학술대회, 2019, 479.
5) 김민지, ““배달 거절하면 패널티” vs. “싼 배달 거절은 권리” 배달앱과 라이더 ‘충돌’”, 헤럴드경제, https://v.kakao.com/v/20210429203144727 (2021. 4. 29. 20:31).

율성이 낮다는 것을 방증한다.

플랫폼 노동은 업무수행방식에 따라 웹 기반과 지역 기반으로 구분된다. 2020년 기준 웹 기반 플랫폼 종사자는 IT(19.7 %), 전문서비스[6](15.2 %), 창작(26.2 %) 등의 업종에 종사하고[7], 지역 기반 플랫폼 종사자는 배달(67.8 %), 가사(5.0 %), 전문서비스(11.8 %), 주문제작(2.5 %) 등의 업종에 종사한다고 집계되었다.[8] 이들은 다음과 같은 여러 문제를 겪고 있어 보호가 시급한 상황이다. 플랫폼 종사자들은 보수 미지급(33.7 %), 무상 추가노동(28.5 %), 폭언·폭행(37.4 %)을 겪은 적 있다고 응답하였다.[9] 이밖에도 플랫폼 종사자의 37.4 %가 업무상 상해에 대한 자비치료 경험이 있다고 응답한 바 있는데, 이러한 답변은 대리운전(59.3 %), 퀵서비스(64.0 %)에서 특히 두드러졌고 1달에 1번 이상 그러한 경험이 있다고 응답한 비율은 음식배달(15.5 %)과 퀵서비스(20.0 %)에서 가장 높았다.[10] 이러한 통계는 플랫폼 종사자에 대한 보호조치가 매우 부족한 상황임을 보여준다.

2. 근로자성 판단요건: 종속성

근로자성을 판단하는 종속성은 사용종속성, 경제적 종속성, 조직종속성으로 구분된다. 사용종속성은 노무제공자의 타인결정성, 즉 노무제공의 시간·장소 등에 대한 사용자의 지시와 기능적 지배를 받는 것을 의미한다.[11] 경제적 종속성은 ① 주로 특정인에 대해 노무를 제공하고 이외로는 경제활

6) 법률, 회계, 교육, 광고, 출판, 성우, 번역 등.

7) 참고한 자료는 '네이버스토어를 통해 상품을 팔아서 소득을 얻는 사람' 등도 넓은 의미에서의 '플랫폼경제종사자'로 포함하여 웹 기반 직종 비율을 추산하였으나, 해당 자료에서도 전자상거래를 '플랫폼 노동자'로 보기는 어렵다고 서술하고 있다. 이는 본고에서 다루는 플랫폼 종사자의 의미에도 포섭되지 않아, 본 표는 기존 데이터에서 전자상거래를 제외하여 재구성하였다. 따라서 본 표의 경우, 기존 표와는 웹 기반 플랫폼 종사자 전체에서 해당 직종이 차지하는 비율이 달라진다.

8) 장지연, 앞의 글, 3.

9) 김철식 외 7인, 앞의 글, 96-99.

10) 위의 글, 102.

11) 김형배·박지순, 노동법강의(제7판), 신조사, 2018, 25.

동을 할 수 없으며 ② 비교적 교섭력이 약해 일방적으로 결정된 계약조건을 받아들여야 하고 ③ 해고에 따른 실업 위험에 지속적으로 노출되는 경제적·사회적 지위 등을 뜻한다.[12] 조직종속성의 경우 International Labour Organization(이하 'ILO')은 '근로자가 기업조직에 통합된 사실'이라는 표현으로 예시 든 바 있다.[13] 이러한 조직종속성은 독일 등에서 '노무제공자가 한 기업조직의 중요한 구성요소', '노동이 전적으로 혹은 타인의 수익을 위해 수행됨'이라는 지표로 구체화되어 근로자성 판단에 사용되고 있다.[14]

3. 플랫폼 노동의 종속성에 대한 평가

(1) 기존 근로자와 사용종속성이 비슷한 경우

플랫폼 종사자 중에는 ① 기존 근로자처럼 구체적 업무지시를 명시적으로 받거나 ② PDA[15], 애플리케이션 등을 활용한 사후 평가와 같이 암묵적 통제를 받는 경우가 있다. ②의 경우 디지털화된 방식을 사용할 뿐 유사한 정도로 사용자의 노동 통제가 이루어졌다는 점에서 ①과 같이 사용종속성이 강한 것으로 볼 수 있다. 예컨대 퀵서비스 플랫폼은 고객응대 방법, 복장 규정 등 종사자를 통제하는 근무수칙을 두기도 하며, PDA를 통해 배송속도, 건수 등을 업체가 관리·감독할 수 있다.[16] 그리고 음식배달 및 대리운전 직종에서 업무지시나 관리, 감독 등을 어길 시 플랫폼 업체는 '구두경고 등 가벼운 수위의 경고(40.3 %)' 혹은 '좋은 일거리(보수가 좋거나 쉬운)를 받지 못하게 프로그램을 통제(40.9 %)'하는 것을 주로 징계 방법으로 사용했고 '일거리가 감소하도록 프로그램을 통제(13.8 %)'하는 등의 방식을 취

12) 최영호, "계약근로형 노무공급자의 근로자성", 「노동법연구」 제13호, 2002, 126.
13) ILO 권고사항, Recommendation concerning the employment relationship, No. 196 (95th, 2006), para. 13(a).
14) 윤영삼, "특수고용직의 노동자성 판단기준 설정 및 화물자동차운송업에의 적용", 「인적자원관리연구」 제22권, 2015, 369.
15) 개인용 정보 단말기를 의미하며, 배송주문 연결이나 수수료 차감 등을 수행하는 기계이다.
16) 조돈문 외 13인, 민간부문 비정규직 인권상황 실태조사 — 특수형태근로종사자를 중심으로, 국가인권위원회, 2015, 281.

하기도 하였다.[17] 이밖에도 일감 거부 시 플랫폼이 불이익을 줄 수 있는지에 대해, 대리운전·퀵서비스·음식배달·플랫폼택배는 각각 70~80 % 수준, 가사돌봄은 8.3 %, 웹툰·웹소설은 25.4 %, 전문프리랜서는 31.4 %가 그러하다고 응답하였다.[18] 즉 플랫폼 종사자는 명시된 근로시간 등에 따라 근무를 통제받는 일반 근로자와 달리 플랫폼의 호출에 빠르게 반응해야 하므로 직접적인 노무제공시간 외에도 항상 대기상태를 유지해야 한다. 이처럼 플랫폼 노동에서는 플랫폼 종사자가 '자율적 통제'를 하게 되는 환경이 조성되고, 결국 이러한 환경이 업체가 원하는 목표를 달성하게끔 플랫폼 종사자를 유도하는 방식으로 사용자의 통제가 이루어지는 것이다.

(2) 기존 근로자와 경제적 종속성이 비슷한 경우

이 경우 플랫폼 종사자의 경제력은 플랫폼 노동에 상당수 의존된다. 개인 총소득에서 플랫폼 노동 소득이 차지하는 비율을 살피면, 가사돌봄은 93.5 %인 반면 전문프리랜서는 41.0 %인 등 직종별 편차는 컸으나 플랫폼 종사자 평균적으로는 74 %라는 높은 수치를 보였다.[19] 또한 플랫폼을 통한 노동 시간은 평균적으로 일주일 중 5.2일, 하루 중 8.22시간일 정도로 기존 근로자와 큰 차이가 없었다.[20] 이렇게 플랫폼에 대한 소득 의존성이 높은 경우, 경제적 종속성은 기존 근로자만큼 강하게 나타난다. 특히 웹툰작가는 일평균 10시간 이상씩 일을 한다고 하는데,[21] 이는 현재 연재 작업을 하는 플랫폼 외에 추가적인 일을 하지 못할 정도의 노동 강도이기에 웹툰작가의 전속성은 실질적으로 매우 높다고 할 수 있다. 플랫폼 종사자들은 실업 위험에도 상당히 노출되어 있는데, 음식배달의 경우 고용보험 가입자의 25.3 %, 미가입자의 74.7 %가 최근 1년간 비자발적 실업을 경험하였다고

17) 장진희·손정순·이향숙, "플랫폼노동 종사자 보호를 위한 공제회 설립방안: 플랫폼노동 실태조사를 중심으로", 「한국노총중앙연구원 연구총서」, 2020, 116.
18) 김철식 외 7인, 앞의 글, 128.
19) 위의 글, 79.
20) 위의 글, 83-85.
21) 최인이, "창작물 유통 플랫폼의 노동통제 방식에 관한 연구: 유료 웹툰 플랫폼의 사례를 중심으로", 「산업노동연구」 제26권 2호, 2020, 62.

응답하였고, 대리운전의 경우에는 고용보험 가입자의 33.7 %, 미가입자의 66.4 %가 그러하여 고용안정성이 매우 취약한 것으로 나타났다.[22]

플랫폼 종사자는 근로조건에 관한 결정권도 자영업자만큼 크게 갖고 있지 않아 경제적 종속성을 보인다. 음식배달 및 대리운전 직종에서 가격 결정권자는 플랫폼 업체(82.2 %)인 경우가 대부분인 것으로 나타났다.[23] 이렇게 플랫폼 업체의 일방적 결정을 수용해야만 하는 위치에 있는 플랫폼 종사자들은 다음과 같은 부당한 대우를 받기도 한다. 물류배송의 경우 '불공정 계약 강요(27.1 %)', '계약 조건 외 작업 요구(24.6 %)', '작업 내용 부당 변경(28.3 %)', '부당한 지속적 작업 수정 요구(25.9 %)', '계약 기간의 일방적 연장(19.6 %)', '일방적 계약 해지(22.4 %)', '계약된 보수 일방 삭감(24.6 %)', '정산 자료 미공개(18.0 %)' 등에 관한 문제를 겪었다고 응답하였고,[24] 문서작성·번역·디자인·영상편집 종사자도 '작업 내용 부당 변경(23.4 %)', '일방적 계약 해지(17.3 %)', '계약된 보수 미지급(10.5 %)' 등을 겪었다고 한다.[25] 이밖에도 플랫폼 종사자의 17.9 %가 플랫폼이 임의적으로 계약을 변경한 뒤 통지해주지 않았다[26]고 하는 등의 실태를 고려하면, 이들에게도 근로조건 변경 시 사전 통지 의무화 등 경제적 종속성에 상응하는 보호조치가 필요하다.

(3) 기존 근로자와 조직종속성이 비슷한 경우

이 경우 플랫폼 종사자의 노무제공은 플랫폼의 핵심적 업무이다. 예컨대 대리운전업체가 제공하는 대리운전 서비스나 배달업체가 제공하는 음식배달 서비스 등에서 플랫폼 종사자의 노무제공은 플랫폼 조직 내에 편입된 주요 업무이다. 온라인 종합 쇼핑몰인 '쿠팡'의 경우 소비자가 쿠팡의 중개를 통해 공급자의 물건을 선택하면 플랫폼 종사자들이 이를 배달해야 최종

22) 장진희·손정순·이향숙, 앞의 글, 123.
23) 위의 글, 116.
24) 김종진·신우진·김영욱, 앞의 글, 15.
25) 특히 '부당한 지속적 작업 수정 요구(34.5 %)', '계약 조건 외 작업 요구(26.8 %)'에 관한 비율이 높았다고 한다. 위의 글, 15.
26) 김철식 외 7인, 앞의 글, 123.

적으로 소비자에게 전달된다는 점에서 배달원인 '쿠팡플렉서'와 '쿠팡맨'은 조직종속성이 높다고 볼 수 있다. 그런데 이들은 동일한 배송 업무를 수행하는데도 불구하고, 쿠팡은 '쿠팡맨'은 근로자로 인정하는 반면 플랫폼 종사자인 '쿠팡플렉서'는 위탁계약을 맺은 독립계약자라며 근로자로 인정하지 않고 있다. 따라서 '쿠팡플렉서'는 배송 중 사고가 발생하여도 자기의 비용으로 처리해야 하며, 차량유지비, 유류비 또한 직접 부담하여야 하고, 나아가 4대보험 가입 등의 혜택도 받지 못하여 경제적 부담이 크다.[27] 그러나 '쿠팡플렉서'나 '쿠팡맨'은 모두 쿠팡의 핵심 업무를 담당한다는 점, 회사 역시 쿠팡플렉서와 쿠팡맨을 같은 업무에 배당했다는 점에서 조직종속성은 유사하다는 것을 고려하여 플랫폼 종사자의 보호 수준을 명확히 할 필요가 있다.

(4) 동일 직종이라도 종속성에 차등이 있는 경우

플랫폼 노동은 보통 웹 기반과 지역 기반으로 분류되고 그 안에서도 세부 직업군에 따라 실태조사 등이 이루어지나, 이러한 직종 차이만을 이용해 종속성을 획일적으로 판단할 수는 없다. 예컨대 웹 기반 플랫폼에서 서비스 가격 결정 주체는 종사자 본인인 경우(46.8 %)가 많지만 플랫폼인 경우(37.5 %)도 상당수이고, 지역 기반 플랫폼에서는 플랫폼인 경우(42.8 %)가 많으나 종사자 본인인 경우(23.3 %)도 있다.[28] 업무 배정 방식도 웹 기반 플랫폼은 본인이 일거리를 선택하는 경우(59.5 %)가 많으나 본인이 제안하고 고객이 선택하는 경우(31.0 %) 또는 선택권 없이 배정된 일을 수행하는 경우(9.5 %)도 적다고 할 수 없으며, 지역 기반 플랫폼 역시 본인이 일거리를 선택하는 경우(57.6 %)가 상당수이나 선택권 없이 배정된 일을 수행하는 경우(27.7 %)나 고객이 선택하는 경우(14.8 %)도 있었다.[29] 동일 직업이지만 플랫폼 운영방식에 따라 종속성이 달리 나타나기도 한다. 예컨대 가사도우미 플랫폼 중에는 업체 기준에 따라 종사자들을 등급별로 분류하고 요금

27) 한수연, "새로운 부업 '쿠팡 플렉스'… 법적 지위 논란", 법률신문, https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161360 (2020. 5. 18. 11:38).

28) 장지연, 앞의 글, 4.

29) 위의 글, 4.

을 책정하며 구체적인 서비스 매뉴얼을 제공하는 경우도 있으나, 거래 창구를 만들어 고객 혹은 종사자가 상대방의 연락처를 열람할 경우 요금을 받는 정도에만 머무르는 경우도 있다.[30] 즉 플랫폼이 단순 중개 역할에만 머무는지 여부에 따라 종속성이 좌우되는 것이다.

4. 소결

플랫폼 종사자는 단속성 등의 플랫폼 노동 특성상 기존 근로자와 차이점을 보인다. 그러나 플랫폼 종사자의 사용·경제적·조직종속성을 각각 살필 때, 기존 근로자와 비슷한 정도로 평가되는 경우가 모두 존재했다. 다만 이를 종합적으로 판단할 때 어떤 영역의 종속성까지 갖추느냐에 따라 플랫폼 종사자는 (1) 사용종속성 등 현행법상 근로자성 판단요건으로 요구되는 종속성을 모두 갖추어 기존 근로자와 같은 법적 지위가 인정되어야 하는 경우와 (2) 경제적·조직종속성은 높더라도 사용종속성이 낮아 현행법상 근로자와 동일하게 인정하기는 어려운 경우가 있다. 그럼에도 위에서 살핀 것처럼 경제적·조직종속성이 높은 플랫폼 종사자들은 근무환경에서 부당한 대우를 받거나 종속성에 비해 지나치게 큰 정도로 모든 제반비용을 부담하는 등 최소한의 근로조건마저 갖추지 못한 경우가 많아 일반 자영업자와는 구분되어야만 한다. 한편 앞서 살펴보았듯이 동일 직종에서도 종속성이 달라 필요한 보호의 정도에 차등이 있는 경우도 존재하기 때문에, 중간적 지위 규정에 대해서 특정 직종을 열거하는 현행법의 방식은 기존 근로자와 자영업자 사이에서 중간적 종속성을 갖춘 이들을 보호하는 데 부적합하다. 이에 아래에서는 현행 노동관계법상 근로자 및 중간적 지위(특수형태근로종사자·노무제공자)에 관한 법령상 요건과 판례 경향을 검토하여 플랫폼 종사자의 법적 지위에 대하여 살펴보고자 한다.

30) 김철식 외 7인, 앞의 글, 40-46.

Ⅲ. 국내법상 논의

1. 근로자의 법적 지위

(1) 현행법상 근로자 요건

현행 노동법에서 근로자 개념은 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법')에서 규정된다. 이에 따라 근로 형태에 따른 지위가 근로자와 자영업자로 구분되며, 중간적 지위로는 후술할 특수형태근로종사자와 노무제공자가 있다. 근로기준법은 제2조 제1항에서 '근로자'를 '직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람'으로 규정하는 한편, 노동조합법은 제2조 제1항에서 '근로자'를 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'로 규정한다. 두 법 각각의 근로자성에 관한 세부 판단 요건은 판례법리로 구체화되어 있으며, 산업안전보건법, 고용보험법, 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법')에서는 근로기준법상 근로자의 정의를 준용하여 해당 법령의 적용대상을 정의하고 있다.

(2) 근로자성 판단에 관한 법원의 입장

근로기준법상의 근로자성은 사용종속성과 경제적 종속성을 중심으로 판단된다. 1994년 대법원은 근로기준법상의 근로자는 (1) 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 (2) 근로자가 사업 또는 사업장에 (3) 임금을 목적으로 (4) 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다고 하며, 종속적인 관계를 판단함에 있어서는 다음과 같이 구체적 요건을 제시하였다.[31] 사용종속성은 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지, 업무수행과정에서 사용자에게 구체적·개별적인 지휘·감독을 받는지, 사용자가 지정한 업무 내용 및 근무시간·장소에 구속되는지 여부에

31) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

따라 판단되었다. 한편, 경제적 종속성 요건은 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성을 비롯하여 근로자가 제3자를 고용하여 업무를 대체하게 할 수 있는지, 비품·원자재나 작업도구 등이 근로자의 소유인지, 보수의 성격이 근로의 대상적 성격이 있는지, 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지를 기준으로 하였다. 이밖에도 근로소득세의 원천징수 여부, 사회보장제도 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다. 이는 이후 판결에서도 꾸준히 근로자성을 판단하는 지표로 활용되어왔다.[32]

그러나 2006년 대법원은 종전의 전반적 판단요건은 유지하면서도 '구체적·개별적 지휘·감독'을 '상당한 지휘·감독'으로 완화하고, 사용자의 우월적 지위를 고려하여 일부 요건[33]을 유연화하였으며, 근로제공을 통한 이윤과 손실 등의 위험부담 여부라는 요건을 추가하여 종래 부차적 기준이던 경제적 종속성을 이전보다 강조하였다.[34] 하지만 이후에도 근로자성을 긍정하는 판결은 많지 않아 대법원의 근로자 개념 완화 시도가 사실상 효과가 없었다는 지적을 받으며,[35] 2006년 이후에도 '구체적·개별적 지휘·감독'을 판단기준으로 적용한 판례가 종종 등장하여 일관된 입장을 보이지 않았다.[36]

근로자성을 완화하려는 다른 시도로는, 사용종속성의 판단에 있어 노동관계법에 의한 보호의 필요성도 고려하여야 한다거나[37], 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되

32) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결; 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006도7329 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다27336 판결 등.

33) "기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다"라고 판시하였다.

34) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

35) 구건서, "취업형태 다양화에 따른 노동관계법 적용 확대에 관한 연구", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2017, 142.

36) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결; 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도311 판결; 서울중앙지방법원 2011. 8. 25. 선고 2010가단208453 판결 등.

37) 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결.

는 이상 근로자에 관한 여러 징표 중 근로조건에 관한 일부의 사정이 결여되었다는 이유만으로 근로자성을 부정할 수는 없다는 판시가 있었다.[38] 예컨대 대학교 시간강사의 경우 근로제공의 계속성과 전속성 등이 모두 부재하였으나, 대법원은 이러한 특성은 당시 급격하게 증가하던 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나거나 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 요소에 불과하며, 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것이기에 근로자성을 인정할 수 있다고 판시하였다.[39] 즉 대법원은 각 판단요건이 모두 충족될 것을 요구하지 않고 여러 요소에 따른 종속성을 종합하여 판단한다. 특히 근로제공의 계속성과 전속성이 약한 플랫폼 종사자에게는 모든 요건의 충족을 요구하는 방식보다 현재 대법원의 방식이 유리할 것이나, 후술할 대리운전기사 판례와 같이 플랫폼 종사자는 현재 근로기준법상 근로자성을 인정받기가 실질적으로 어려운 상황이다.

한편 대법원은 노동조합법상 근로자성에 대해서 근로기준법과 판단요건을 달리하고 있다. 1993년 대법원은 노동조합법상 근로자를 '타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자'로 정의하여 근로기준법상 근로자와 마찬가지로 계약의 형태에 상관없이 타인과 사용종속관계가 있는 한 근로자성은 인정될 수 있으나, 노동조합법에서의 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등에 따라 인정된다고 판시하였다.[40] 그리고 2014년에는 근로기준법과 노동조합법의 근로자성을 구분하여 노동조합법의 경우는 사용종속성보다 경제적 종속성에 중점을 두더라도 법리오해가 없다고 판단했으며,[41] 2015년에는 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람이라고 하여 노동조합법상 근로자로 인정받을 수 있다고 판시하였다.[42]

---

38) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57498 판결.
39) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018 판결.
40) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.
41) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.

플랫폼 종사자의 경우 2019년 부산지방법원에서 스마트폰 어플리케이션으로 업무 배당 등이 이루어진 대리운전기사의 노동조합법상 근로자성이 처음으로 긍정된 바 있으나[43], 해당 판결에서도 근로기준법상 근로자성은 부정되었다. 그러나 해당 판례와 재택위탁집배원의 근로기준법상 근로자성이 인정된 대법원의 판례를 ① 업무 내용 및 근무시간·장소 등에 관한 사용자의 지시 구속 여부 ② 복무규정 등의 적용을 받는지 여부 ③ 조직종속성의 유무 ④ 비대체성, 전속성, 지속성의 유무 ⑤ 보수의 성격이 근로의 대상적 성격이 있는지 여부로 비교할 때, 종속성의 정도가 비슷함에도 근로자성 판단 결과는 달랐다. 부산지방법원은 ① 회사는 요일별로 약 5~6시간의 범위를 설정하여 각 시간대에 일정 횟수 이상 대리운전을 수행한 기사에게 콜 배정 우선권을 주는데, 기사들은 이러한 우선권을 받지 못할 경우 사실상 배정을 거의 받지 못하여 특정 시간대에 업무를 수행하고 콜 요청을 쉽게 거부할 수 없었던 점과 동업계약서의 내용이 기사들이 지켜야 할 사항으로 주를 이루는 점 ② 복장규정, 고객응대요령 등 회사의 각종 규칙 및 교육 참석 등 업무지시에 따라야 하고 이를 위반할 시의 제재수단이 있다는 점 ③ 기사들의 노무는 회사의 영업에 필수적이라는 점 ④ 업무시간과 콜 배정 방식 등을 보면 실질적으로 겸업을 하기 어렵고, 소득의 전속성·지속성이 인정된다는 점 ⑤ 수수료 변경 및 대리운전비 결정 권한이 회사 측에만 있는 등 근로조건이 일방적으로 결정된다는 점을 들어, 노동조합법상의 근로자로 인정될 만큼의 종속성은 존재하나 근로기준법상 근로자만큼은 아니라고 판단하였다.[44]

그러나 재택위탁집배원의 근로기준법상 근로자성을 인정한 판례에서

---

42) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결.

43) 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 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 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다.

44) 부산지방법원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결.

대법원은 ① 회사는 매일 처리할 우편물의 종류·양 등을 정하였고 PDA에 입력된 정보를 통해 업무처리상황을 확인할 수 있었으며 위탁계약서에 업무 관련 주의사항 등이 자세히 기재되었다는 점 ② 복장규정과 업무처리지침을 준수하도록 하였고 업무 교육 참석을 지시한 점 ③ 해당 업무는 회사가 체계적 조직을 갖춰 수행해 온 본연의 업무라는 점 ④ 업무의 비대체성이 인정되고 겸업 가능성이 낮다는 점 ⑤ 근무시간에 비례하여 결정된 수수료를 받은 점을 들어 근로기준법상 근로자로 인정하였다.[45] 이처럼 유사한 사안에 대한 근로자성 판단이 다른 것을 볼 때, 기준으로 삼는 종속성의 정도가 명확하지 않아 보호의 필요성에 비해 근로자성 인정이 어려운 것으로 보인다. 다만 두 판례 모두 '상당한 지휘·감독' 등의 판단기준을 열거하면서는 대다수 판례와 마찬가지로 조직종속성 관련 지표를 언급하지 않았으나, 사실관계를 살피면서는 해당 업무가 조직의 중요한 업무였다는 특징을 서술하였다는 점은 특기할 만하다.

2. 중간적 종속성을 가진 자의 법적 지위

(1) 현행법상 특수형태근로종사자·노무제공자 요건

산재보험법, 산업안전보건법, 고용보험법의 경우, 근로기준법상의 근로자가 아니지만 보호의 필요가 있는 경우에는 일정 요건을 두는 동시에 대통령령으로 열거된 직종만 보호하는 방식을 취한다. 즉 전속성 등 종속성 관련 요건이 충족되더라도 시행령에 열거되지 않은 직종은 그대로 사각지대에 남는다.

산재보험법은 특수형태근로종사자의 요건으로 제125조[46]에서 노동관

45) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277538 판결.

46) 제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(이하 이 조에서 "특수형태근로종사자"라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것

계법상 근로자가 아닐 것과 특정 사업주에 대한 전속성, 업무의 계속성·비대체성을 요구하며, 동법 시행령[47]에서는 14개 직종을 규정하는데, 이 중 플랫폼 관련 직종으로는 퀵서비스기사 등이 있다. 전속성의 경우 고용노동부 고시를 통해 직종별로 구체화되는데, 오로지 하나의 사업장에만 근무할 필요는 없으나 예컨대 퀵서비스기사는 여러 업체에서 일할 시 소속 업체의 배송을 우선 수행하기로 약정하는 등의 요건을 충족하고 부분적으로만 타 업체의 업무를 수행하여야 한다.[48] 그러나 특수형태근로종사자의 산재보험 실적용률, 즉 종사자 수 대비 보험적용자는 2019년 기준 15.25 %에 그쳤듯[49] 전속성 등의 까다로운 요건은 특수형태근로종사자에 해당하는 근로자에 대한 보호를 어렵게 했다. 고용노동부도 이러한 문제를 인식하여 ① 전속성 요건 폐지 ② 특수형태근로종사자·플랫폼 종사자의 산재보험 적용 ③ 점진적인 적용 직종 수 확대 등 근로자의 전속성 기준 개편을 계획하였다.[50] 앞서 Ⅱ에서 살핀 것처럼 플랫폼 종사자는 전속성이 낮은 경우가 있어 해당 요건 폐지는 보호 범위를 넓히는 데 기여할 것으로 보이나, 소관 부처가 지금의 열거주의는 유지할 것이라고 밝혔다는 점[51]에서 여전히 특정 직종만을 보호하게 되어 법의 사각지대에 놓여있는 자들을 모두 포섭할 수 없고 신직종 출현에 대응이 느릴 수밖에 없을 것이라는 아쉬움이 남는다.

산업안전보건법 제77조[52]에서는 특수형태근로종사자의 요건으로 산재

---

2. 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것

47) 산재보험법 시행령 제125조에서는 보험설계사, 건설기계운전사, 학습지 강사 등 직접 방문하여 학생을 가르치는 사람, 골프장 캐디, 택배원, 퀵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사, 방문판매원, 대여 제품 방문점검원, 가전제품 설치 및 수리원, 화물차주(수출입 컨테이너, 시멘트 등을 운송하는 사람), 소프트웨어 기술자를 규정하고 있다.

48) 고용노동부 고시 제2017-21호, “주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준”. 산재보상정책과 (2017. 3. 31.), 1.

49) 근로복지공단, 2019 근로복지공단 통계연보, 근로복지공단 근로복지연구원, 2020, 103.

50) 고용노동부 보도설명자료, “서울경제, ‘근로자 1명에 사용자는 다수... 4대 보험료는 누가 부담하나’ 기사 관련”, 산재보상정책과 (2021. 1. 6.), 1.

51) 김진아, “특고 산재보험 ‘전속성’ 14년만에 폐지…플랫폼 포함해 규정 신설”, 뉴시스, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=001&oid=003&aid=0010664305 (2021. 8. 14. 00:01).

52) 제77조(특수형태근로종사자에 대한 안전조치 및 보건조치 등) ① 계약의 형식에 관계없이

보험법과 같이 비대체성·전속성을 요구하나, 산재보험법이 14개 직종을 대상으로 하는 것과는 달리 산업안전보건법은 시행령 제67조에서 9개 직종을 규정하며[53], 이 중 플랫폼 관련 직종은 대리운전기사 등이 있다. 다만 배달 플랫폼 종사자에 관해서는 동법 제78조에서 별도로 규정하여 '이동통신단말장치 등으로 물건의 수거·배달 등을 중개하는 사업주'에게 안전·보건조치 의무를 부여하나 비대체성·전속성 관련 요건은 없다. Ⅱ에서 살핀 것처럼 동일 직종 내에서도 플랫폼의 통제 정도가 달라 종속성과 그에 따른 보호 필요성이 다른 경우가 있기에 이처럼 직종별로 종속성의 정도를 법령에서 다르게 요구하는 방식은 매우 불합리하다.

고용보험법 제77조의6 제1항은 산재보험법 및 산업안전보건법과는 달리 노무제공자라는 명칭을 사용하는데, 이는 '근로자가 아니면서 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 자신이 직접 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 일정한 대가를 지급받기로 하는 계약을 체결한 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람'으로 정의된다. 즉 비대체성과 전속성을 모두 요구하는 특수형태근로종사자 지위와 다르게, 고용보험법상 노무제공자는 비대체성만을 요구한다. 그러나 시행령을 살피면, 특수형태근로종사자와 유사한 12개 직종으로 구성되어 있다.[54] 고용보험법 제77조의7은 플랫폼에 관한 것인데, 대통령령에 따라 플랫폼사업자에게 노무제공자의 피보험자격 취득 등을 신고할 의무를 부여한다. 고용노동부는 해당

근로자와 유사하게 노무를 제공하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있음에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하는 사람으로서 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 사람(이하 "특수형태근로종사자"라 한다)의 노무를 제공받는 자는 특수형태근로종사자의 산업재해 예방을 위하여 필요한 안전조치 및 보건조치를 하여야 한다.

1. 대통령령으로 정하는 직종에 종사할 것
2. 주로 하나의 사업에 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것
3. 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것

53) 산업안전보건법 시행령 제67조에서는 보험설계사, 건설기계운전사, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배원, 퀵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사를 규정하고 있다.

54) 고용보험법 시행령 제104조의11에서는 보험설계사, 학습지 방문강사나 교육교구 방문강사와 같이 직접 방문하여 학생을 가르치는 사람, 택배원, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 방문판매원, 대여 제품 방문점검원, 가전제품 배송기사, 방과후학교 강사, 건설기계종사자, 화물차주 총 12개 직종을 규정하고 있다.

조문이 2022년 1월부터 시행될 예정이므로, 산재보험법상 특수형태근로종사자와 비교할 때 고용보험법상 노무제공자 열거규정에는 제외되어 있는 플랫폼 관련 직종(퀵서비스, 대리운전)은 2021년 하반기 시행령 개정 시 추가적으로 규정하겠다고 밝힌 바 있다.[55] 특수형태근로종사자보다 고용보험법상 노무제공자는 법령에서 요구하는 필수 요건이 적어 보호 범위가 넓다는 점과 플랫폼 종사자도 고용보험법에 포섭될 예정이라는 점은 긍정적이나, 고용노동부의 발표를 토대로 추측할 때 플랫폼 내 세부 직종도 시행령으로 열거될 것으로 예상되어 특정 직종만 보호받는 한계가 있을 것으로 보인다.

(2) 특수형태근로종사자 여부 판단에 대한 법원의 입장

대법원은 배달 플랫폼 종사자에게 타 업체의 애플리케이션을 이용할 가능성이 존재한다는 것만으로는 전속성이 부정될 수 없고, 실제 당사자가 타 업체의 업무를 수행한 사실이 없다면 특수형태근로종사자의 지위가 인정될 수 있다고 판시한 바 있다.[56] 해당 사건은 스마트폰 애플리케이션을 통하여 의뢰된 배달업무를 수행하던 중 사고로 사망한 사례였는데, 대법원과 달리 원심은 소속 배달원들과 원고 사이에 노무 제공의 상시성 혹은 비대체성을 약정하거나 이 사건 사업장의 배달업무를 우선적으로 수행하기로 하는 등을 약정한 적이 없고, 따라서 소속 배달원들이 다른 배달 업체의 스마트폰 애플리케이션을 이용하여 배달업무를 수행하는 데에 아무런 제약이 없다는 이유로 특수형태근로종사자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉 특수형태근로종사자의 전속성 등에 관해 약정 유무와 같은 형식적 요건을 중시한 원심과 달리 대법원은 실질적 요건을 중시하여 보호의 외연을 넓혔다는 의의가 있다.

한편 유사 사건에서 배달 플랫폼 종사자를 산재보험법 시행령상 열거규정에 포함되지 않은 음식배달원으로 판단한 원심과 달리 대법원은 시행령상 열거된 직종 중 하나인 택배원과 업무 형태가 비슷하다는 이유로 특수

55) 고용노동부 보도자료, “특수형태근로종사자 고용보험 적용 등 국무회의 심의의결”, 규제법무담당관실 (2021. 6. 1.), 2.

56) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74719 판결.

형태근로종사자성을 인정하여 당사자를 보호한 바 있다.[57] 즉 특수형태근로종사자로서의 인정 과정에서 주요 쟁점 중 하나는 시행령상 열거된 직종으로의 포섭 여부이다. 한편 해당 판결은 원심의 근로자성 판단에 대해서는 법리 오해가 없다고 판시하였는데, 원심의 근로자성 부정 근거에는 해당 애플리케이션에 GPS 기능은 없어 기업이 종사자의 실시간 위치를 관제할 수는 없었다는 점은 있었으나 사후 업무평가에 의한 보상 조정 등 종사자의 업무 행태에 실질적으로 영향력을 미칠 수 있는 기능의 유무에 대하여는 언급된 바가 없었다. 그러나 이는 Ⅱ에서 살핀 것처럼 디지털 경제에서의 새로운 지휘·감독 방식이기에, 단순히 GPS를 통해 업무 수행 당시를 관제하지 않았더라도 사후 평가 시스템이 유사한 지휘·감독 기능을 하지는 않았는지도 살펴보아야 했을 것이다.

3. 국회에서의 논의

(1) 노동관계법상 근로자 개념 수정 방식의 국회 주요 개정안

그간 국회에서는 현행 노동법상 사각지대에 위치한 이들을 법적 보호의 범주 안으로 포함하려는 목적으로 다양한 입법 시도가 있었는데, 그 중 하나는 근로기준법 혹은 노동조합법의 근로자 개념을 확장하여 보호 대상을 넓히려는 방식이었다. 이에 대한 주요 개정안을 정리하면 아래와 같다.

[표 1] 노동관계법 주요 개정안 중 근로자에 관한 정의규정[58]

법안명	노동관계법 주요 개정안 중 근로자에 관한 정의규정
김성조 의원 발의, "근로기준법중개정법률안", 161647, (2002. 7. 26.).	(제14조 제2항 신설) 제1항의 규정에 불구하고 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자는 근로자로

57) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016두49372 판결.

58) 국회 의안정보시스템에서 검색된 2002년-2021년 노동관계법 개정안 중 주요 내용을 발췌하여 직접 작성함. 상세 내용은 '[별지 1] 노동관계법상 근로자 개념 수정 방식의 국회 주요 개정안 목록' 참고.

	본다. * 해당 안은 아래처럼 사용자 관련 신설조항도 제안하였음 (제15조 제2항 신설) 제1항의 규정에 불구하고 근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.
단병호 의원 발의, "근로기준법중개정법률안", 170169, (2004. 7. 12.). (유사안: 단병호 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 175321, (2006. 11. 9.); 홍희덕 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 1804813, (2009. 5. 11.).)	근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자
우원식 의원 발의, "노동조합및노동관계조정법 일부개정법률안", 176119, (2007. 2. 13.).	계약의 명칭이나 형식에 관계없이 노무제공 상대방에 대하여 노무를 제공하고, 수입의 전부 또는 상당부분을 그 사업주에 의존하여 생활하는 자, 기타 대통령령이 정한 요건을 갖춘 자로서 이 법에 의한 사회적 보호의 필요성이 있는 자
김경협 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 1901589, (2012. 9. 5.). (유사안: 심상정 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 1900464, (2012. 7. 3.); 강은미 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 2104376, (2020. 9. 29.).)	"근로자"라 함은 다음 각 목에 해당하는 자를 말한다. 가. 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자. 나. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자. 다. 일시적인 실업상태에 있거나 구직중인 자. 라. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있어 대통령령으로 정한 자. * 유사안인 심상정 의원안은 아래처럼 사용자 관련 신설조항도 제안하였음 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니라고 하더라도 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

근로기준법 개정안에서는 '특정사용자의 사업에 편입', 노동조합법 개정안에서는 '자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여'라는 표현으로 조직종속성

이 명문화되었다. 앞서 살핀 바와 같이 사용종속성과 경제적 종속성을 중심으로 한 현재 판례법리상의 근로자성 판단지표만으로는 '구체적 지휘·감독'에서 '상당한 지휘·감독' 등으로 요건을 완화한 후에도 보호 범위가 충분히 넓어지지 않았다. 그러나 조직종속성의 경우 타인의 사업에 편입되었다는 점에서 독자적인 계산을 바탕으로 하는 자영업자와는 분명히 구분되면서도, 판단지표에 포함되면 종합적 종속성을 높여 근로자 인정 범위 확대에 기여할 수 있는 요건이다. 예컨대 사용·경제적 종속성만으로는 다소 종속성이 부족하여도 조직종속성을 포함하여 볼 때는 종합적인 종속성 정도가 근로자성을 인정할 수 있는 경우가 있기 때문이다. 다만 조직종속성을 다른 판단지표인 사용·경제적 종속성과 비교할 때, 근로기준법과 노동조합법 각각에서 어느 정도로 중시하여야 할지에 대해서는 검토가 더 필요하다.

다음으로 입법안은 대부분 '계약의 명칭이나 형식에 관계없이' 등의 표현을 통해, 사용종속관계의 실질이 중요하다고 확립된 판례법리를 명문화하였다. '근로'가 아닌 '노무', '임금'이 아닌 '대가', '사업주'가 아닌 '사업주 또는 노무수령자' 혹은 '노무제공 상대방'으로 표현하거나 근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라도 근로조건 등의 결정에 대해 실질적 지배력 또는 영향력이 있으면 사용자로 본다는 방식을 취한 점도 형식이 아닌 실질을 고려하여 보호 및 책임 범위를 넓힌다는 의의가 있다.

그러나 '상시적 업무', '수입의 전부 또는 상당부분을 그 사업주에 의존' 등의 표현으로 노무제공의 계속성과 전속성이 명문화된 경우가 있는데, 이는 부작용의 위험이 크다. 앞서 판례 검토에서 살폈듯 계속성과 전속성이 근로자성 판단의 주요 지표는 맞으나, 둘 모두 인정되지 않았는데도 근로기준법상 근로자성이 인정된 판례처럼 대법원은 모든 지표를 종합적으로 판단하고 있다. 따라서 세부 지표를 법에 명문화하는 것은 법관의 재량에 따라 판단할 수 있는 부분을 필수요건화 시킨다는 점에서 보호 범위를 축소하게 된다. 계속성과 전속성이 세부 지표로 포함되는 사용·경제적 종속성보다 인정 가능성이 높은 종류의 종속성인 조직종속성은 명문화로 인한 보호 범위 축소의 위험은 비교적 적다고 볼 수 있으나, 조직종속성에 대해서도 법령상 표현을 결정할 때 이러한 위험성은 분명히 고려되어야 할 것이다.

나아가 근로자 대 자영업자로의 이원론적 구분을 전제로 근로자 개념을 확대하는 방안은 중간자적 지위에 대한 사각지대의 문제를 해결하기에는 충분하지 않다. 근로자 개념의 외연을 넓히는 데는 한계가 있고 이에 따라 근로자만큼의 종속성을 지닌 범위와 자영업자만큼의 종속성을 지닌 범위 사이의 사각지대는 필연적으로 생길 수밖에 없기 때문이다. 이렇게 소외된 중간적 종속성을 가진 이들을 자영업자와 동일하게 취급하는 것은 보호의 필요성 측면에서 타당하지 않다. 따라서 플랫폼과 같은 노무제공관계의 다변화로 인한 중간적 종속성의 등장 가능성에 온전히 대응할 다른 방식의 접근이 필요하다.

(2) 특수형태근로종사자에 관한 법안 신설 방식의 국회 주요 제정안

앞서 살펴본 근로자 개념의 확장 방식과는 다르게, 중간적 종속성을 가진 제3지위에 일정 권리를 인정하려는 제정안도 발의된 바 있다. 이는 산재보험법 등 일부 법령상 개념이었던 특수형태근로종사자에 관한 법안을 제정하여 법체계상 제3지위를 신설하는 방식인데, 주요 정의규정을 정리하면 아래와 같다.

[표 2] 특수형태근로종사자에 관한 제정안 중 정의규정[59)]

법안명	특수형태근로종사자에 관한 제정안 중 정의규정
조성래 의원 발의, "특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안", 175785, (2006. 12. 21.). (유사안: 김상희 의원 발의, "특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안", 1801891, (2008. 11. 11.).)	특정 사업주와 근로계약 외의 노무공급계약을 체결하고 그 사업에 필요한 노무 및 서비스를 직접 제공함에 있어서 다른 사람의 노동력을 이용하지 아니하며 특정 사업주에 의하여 지급되는 수입으로 생활하는 자로서 근로기준법 제14조에 따른 근로자 및 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호에 따른 근로자가 아닌 자 * 동법 제4조에서 골프장 캐디, 콘크리트믹서트럭운행기사, 보험설계사, 학습지교육상담교사, 그 밖에 제5조에 따른 특수형태근로종사자심의위원회에서 특수형태근로종사자로 인정받은 자로서 노동부장관에게 신고한 자라는 총 5개 유형을 열거함

59) 국회 의안정보시스템에서 2006년-2020년 관련 제정안 중 주요 내용을 발췌하여 직접 작성. 상세 내용은 '[별지 2] 특수형태근로종사자에 관한 법안 신설 방식의 국회 주요 제정안 목록' 참고.

임이자 의원 발의, "특수형태근로종사자등의 보호에 관한 법률안", 2106018, (2020. 12. 1.). (유사안: 김진표 의원 발의, "특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안", 176863, (2007. 6. 14.); 김해영 의원 발의, "특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안", 2008021, (2017. 7. 17.).)	다음 각 목의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람 가. 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무(勞務)를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니할 것 나. 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 다. 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것 * 단, 임이자 의원안은 유사안과 달리 위 '특수형태근로종사자'와 구분하여 아래와 같이 '디지털플랫폼근로종사자'를 별도로 규정하였다는 특징이 있음 다음 각 목의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람 가. 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니할 것 나. 「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 생활할 것 다. 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것

위 제정안에서도 대부분 '계약의 형식에 관계없이' 등의 표현을 통해 사용종속관계의 실질이 중요하다고 확립된 판례법리가 명문화되었다. 그러나 앞서 (1)에서 검토한 바와 비슷한 문제로, 대법원에서 종합적 지표 중 하나로 사용하던 요건을 법령에 명문화하는 것은 이를 필수 요건으로 만들어 보호 범위를 굉장히 축소한다. '특정 사업주에 의하여 지급되는 수입으로 생활하는 자'로 표현된 전속성, '노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것'으로 표현된 계속성이 그 예시이다. 특히 Ⅲ에서 살폈듯 대법원은 전속성과 계속성이 없는 자도 근로기준법상 근로자로 인정한 바 있는데, 근로자보다 약한 보호를 받는 제3지위에 전속성·계속성을 법령에서 필수 요건으로 두는 것은 비합리적이다.

다만 위 제정안 중 '디지털플랫폼근로종사자'의 경우는 노무에 비례하여 보수를 받는다고만 표현되어 있을 뿐 전속성·계속성의 요건이 없다. 즉 물건의 수거 및 배달이라는 특정한 한 가지 직종에만 해당 요건을 완화한

다. 타 직군은 종속성과 그에 따른 보호 필요성이 비슷하더라도 직종이 다르다는 이유로 보호 요건을 까다롭게 적용받을 수 있는 것이다. 이뿐만 아니라 [표 2]의 입법안들은 모두 해당 법률 혹은 대통령령으로 특정된 직종만 보호하는 방식을 취하는데, 이러한 열거주의는 ① 법령상 특정되지 않은 신직종에 대해서는 법적 보호를 유연하게 적용할 수 없다는 점과 ② Ⅱ에서 살폈듯 동일 직종이라도 플랫폼의 통제 정도에 따라 종속성 및 보호 필요성이 다를 수 있음을 간과했다는 점에서 문제가 있다.

한편 근로기준법과 노동조합법상의 권리를 하나의 지위규정에 의해 인정하기는 어렵다. 예컨대 조성래 의원안은 단체행동권을 명문으로 금지하나 조합의 결성·교섭 권리와 근로기준법상의 권리 일부(계약서 작성·교부 의무, 계약의 부당해지 금지 등)를 인정하고 있는데, 해당 법의 보호 대상 요건으로 노동관계법상의 근로자가 아닐 것을 명시하였다. 그런데 대리운전기사와 같이 노동조합법상 근로자로는 인정되었으나 근로기준법상 근로자로는 인정받지 못한 경우, 조성래 의원안에서 규정하는 근로기준법상 권리 일부를 인정받을 필요성은 여전히 있더라도 노동조합법상 근로자로 인정받기에 조성래 의원안의 보호 대상에서는 제외된다. 만약 이를 특별법으로 노동관계법에 우선하여 적용해도, 근로기준법상 권리 일부는 인정받더라도 노동조합법상 권리는 원래 근로자로서 인정된 것보다 축소되어 결국 동일한 문제가 발생한다. 노동3권의 불가분성 문제를 차치하고서라도, 근로기준법과 노동조합법이 나뉘어 있는 현행 법체계를 고려할 때 제3지위를 독자적인 하나의 법 내 단일한 정의규정으로만 신설하기는 어렵다.

(3) 플랫폼 종사자 보호 및 지원 등에 관한 법률안

최근 발의된 '플랫폼 종사자 보호 및 지원 등에 관한 법률안(이하 '플랫폼종사자보호법')'은 플랫폼 직종만을 보호한다는 특징이 있다. 해당 법안에서는 플랫폼 이용 사업자와 플랫폼 운영자를 구분하여 정의하지만[60], 플랫

60) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. (중략)
3. "플랫폼 운영자"란 온라인 플랫폼을 이용하여 플랫폼 종사자의 노무 제공을 중개 또는 알선하는 것을 업으로 하는 자를 말한다.

폼 이용 사업자와 비교할 때 구체적 개입 정도가 약하고 중개 역할에만 머무르는 것으로 정의되어 있는 플랫폼 운영자도 근로조건에 큰 영향을 미치는 경우 플랫폼 이용 사업자로 본다.[61] 이러한 구분은 Ⅱ에서 검토한 것과 같이 플랫폼 중에도 다양한 유형이 있고 그에 따라 개입의 정도가 다를 수 있다는 점이 반영되어 플랫폼의 책임 크기가 플랫폼과 종사자 간의 종속성과 비례적으로 정해지는 합리적 방식으로 보인다. 구체적인 의무를 살펴보면, 종사자와 대등한 지위에서 노무제공계약을 공정히 체결할 것, 서면으로 계약서를 종사자에게 제공할 것, 계약 해지 시 사전에 통지할 것은 플랫폼 이용 사업자와 플랫폼 운영자 모두의 의무이다. 플랫폼 운영자의 의무로는 계약에서 정한 범위 외의 업무 수행을 요구하지 않을 것, 경비 등을 고려하여 보수를 적정하게 결정할 것, 보수 지급 기준 변경 시 사전에 서면 통지할 것, 사회보험 관련 의무를 이행할 것, 직업능력개발을 지원할 것 등이 있다. 한편 플랫폼 운영자는 종사자의 개인정보 보호의무와 종사자가 정보를 요청할 시 경영 및 영업상 비밀에 관한 사항을 제외하고는 정보제공의무를 가지며, 종사자 복지 증진을 위한 공제사업 실시 권한을 갖는다.

그럼에도 플랫폼종사자보호법은 (2)에서 살핀 특수형태근로종사자에 대한 입법안과 같이 직종 특정 방식이라는 한계가 있다. 이러한 방식으로는 새로운 근로형태가 등장할 때마다 법이 뒤늦게 따라갈 수밖에 없다. 즉 당장의 플랫폼 종사자들은 보호하더라도 추후 새롭게 등장할 노무제공자들은 현재의 플랫폼 종사자들과 똑같이 본인들의 직종이 특정되어 보호되기 전까지는 계속 어려움을 겪을 것이다. 따라서 직종을 특정하여 보호하는 방식은 디지털 경제 변화에 온전히 대응할 수 있는 대처법이 아니다. 또한 근로기준법 등 노동관계법에서의 근로자와 유사한 정도의 종속성을 가진 플랫

4. "플랫폼 이용 사업자"란 플랫폼 종사자로부터 노무를 제공받고 이를 통해 사업을 영위하는 자를 말한다.

61) 제4조(플랫폼 운영자와 플랫폼 이용 사업자의 관계) 플랫폼 운영자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제3장의 규정을 적용할 때에는 해당 플랫폼 운영자도 플랫폼 이용 사업자로 본다.
1. 실질적으로 플랫폼 종사자의 노무제공 방식을 정하는 경우
2. 실질적으로 플랫폼 종사자의 보수의 기준을 정하는 경우
3. 그 밖에 제1호나 제2호에 준하는 사유로서 대통령령으로 정하는 경우

폼 종사자들이 현재 해당 법령상 근로자로 인정받지 못하는 문제에 대해서는 현행법 혹은 판례법리의 변경이 필요한 상황인데, 본 법안은 최소한의 보호장치를 만들 뿐 그 이상 기여하지 못한다는 점에서 불충분한 해결방안이다.

4. 소결

위와 같이 그간 우리 법원과 국회는 노동법상 보호 범위를 충분히 확장하지 못했다. 법원은 사용·경제적 종속성 세부 요건 완화를 시도했으나 판단의 일관성이 부족하고 플랫폼의 실질적 통제 방식을 적극적으로 고려하지 않는 등의 한계를 보였다. 국회는 근로자 개념 확장, 제3지위 신설 등을 시도하였으나 특정 직종만을 보호하는 방식을 취하는 등의 문제가 있었다. 이에 아래에서는 제3지위가 있고 플랫폼 종사자 보호에 관한 판례법리가 발전한 프랑스 및 독일과 근로자성 판단요건이 구체화된 미국의 사례를 검토하여, 우리나라에 적용해 노동법상 사각지대의 문제를 효과적으로 해결할 방안을 모색하기로 한다.

Ⅳ. 플랫폼 종사자에 관한 새로운 규율: 해외 입법례

해외에서는 플랫폼 종사자의 권리를 보장하는 입법이 이루어지고 이와 관련된 판례가 여럿 축적되고 있다. 근로자 개념을 수정하여 플랫폼 종사자를 비롯한 여러 직역에 적용한다든지, 플랫폼 종사자의 법적 지위를 구체적으로 명시하기도 하며, 근로자는 아니지만 일정한 권리를 보장받는 제3의 지위로의 포섭이 이루어지기도 한다. 이러한 적극적 노력은 특히 프랑스, 미국, 독일에서 두드러지고 있다.

1. 프랑스 플랫폼 종사자의 지위

(1) 현행법상 노무제공자의 구분

플랫폼 노동이라는 개념이 생겨나기 이전까지 프랑스는 근로자를 임금근로자(travailleurs salariés)와 독립자영근로자(travailleur indépendant)로 구분하였는데, 2016년 노동법전(Code du travail) 개정을 통해 플랫폼 종사자가 독립자영근로자로 추가되었다.[62]

프랑스 노동법전의 정의규정에 따르면 임금근로자는 우리 근로기준법상의 근로자와 유사하고, 독립자영근로자는 임금근로자와 자영업자 사이의 중간적 지위에 있는 자이다. 임금근로자는 법률로 정의되지 않고 법원이 판단기준을 제시하는데, 프랑스 대법원에 의하면 노동의 제공, 보수의 수령, 무엇보다도 '법적인 종속관계(lien de subordination)'가 존재해야 임금근로자에 해당하며, 법적인 종속관계는 "사용자가 명령·지시를 통해 업무 집행을 통제하고 규율 위반에 대해 징계권을 행사할 수 있는 상황하에서 노동이 이행될 때" 인정된다.[63] 한편 독립자영근로자는 "근로조건이 전적으로 자신에 의해 또는 주문자와 이를 정하는 계약으로 정해지는 자"로서[64], 자기의 계산을 위해 노동하고 개인적인 경영방법·고객을 보유하며 손실 발생 시 이를 부담하는 자이다.[65] 독립자영근로자는 플랫폼 종사자와 같이 보호가 필요한 특수한 직업군별로 개별적 보호 규정을 두기도 한다. 그리고 플랫폼 종사자는 "직업 활동을 위해…전자적 방식으로 중개가 이루어지는 하나 혹은 복수의 플랫폼을 이용"하는 자로서 독립자영근로자에 해당하며,[66] 노동3권, 직업교육권, 노무제공 거절권, 접속차단권 등을 명문으로 보장받음과 더

62) 근로자는 프랑스 노동법전의 법률편(Partie législative) 전반에 등장하는 개념으로, 특히 제1부에서는 개별적 근로관계, 제3부에서는 근로자의 근로시간, 임금, 상여금 등이 규율된다. 독립자영근로자는 L8821-6-1조에서 정의되며, 재직자 교육을 위한 개인훈련계좌를 규정하고 있는 L6323-2조 등을 비롯한 다양한 규정에서 등장한다.

63) Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 novembre 1996, 94-13.187.

64) 프랑스 노동법전 L8221-6-1조.

65) 조임영, "프랑스의 플랫폼 노동에 관한 법제", 「강원법학」 제62권, 2021, 60.

66) 프랑스 노동법전 L7341-1조.

불어 일정 수준의 매출액이 발생하는 경우 플랫폼이 상한 내에서 플랫폼 종사자의 산재보험료를 부담한다.[67] 이러한 권리의 제한적 인정은 중간적 종속성을 지닌 플랫폼 종사자에게 필요한 보호는 임금근로자와 분명 차이가 있다는 점, 그럼에도 자영업자에 비해서는 분명 보호 범위 및 필요성이 크다는 점을 입법적 차원에서 잘 드러낸 것이다.

(2) 플랫폼 종사자에 대한 법원의 근로자성 인정

2017년까지 프랑스 법원은 플랫폼 종사자가 근로조건을 스스로 결정할 자유가 있었다는 점 등을 들어 플랫폼과 플랫폼 종사자 간 종속관계를 부정하였다.[68] 그러나 2018년 이후로 프랑스 법원의 입장이 변화하였으며, 이를 보여주는 대표적인 예시가 2018년 Take Eat Easy 사건에 대한 대법원의 판례와[69] 2019년 Uber에 대한 파리 항소법원의 판례이다.[70] Take Eat Easy는 음식점, 고객, 자전거 배달원을 중개하는 플랫폼으로, 배달원들은 계약상 자영업자이다. 그러나 한 배달원이 노동법원에 이러한 계약관계를 근로계약 관계로 재결정할 것을 요구하는 소(訴)를 제기하였고, 대법원은 근로관계 판단에 관한 종래의 기준을[71] 제시하며 근로관계의 존부는 당사자가 부여한 계약의 명칭 등에 구애받지 않고 계약의 실질적 조건을 고려해 판단해야 하므로 이를 고려한다면 법적 종속관계를 표상하는 지시·감독이 인정된다고 보았다.[72] 이는 처음으로 플랫폼 종사자의 근로자성을 인정한 판례[73]라는 점에서 상당한 의의가 있다. 한편 파리 항소법원은 Uber와 차량 운전자 간의 관계를 근로계약 관계로 보면서, 그 근거로서 운전자가 운행을 일정 횟수 이상 거부하거나 고객으로부터 신고를 받았을 경우 Uber가 운전자에

67) 동법 L7342-2조 내지 L7342-7조.
68) Cour d'appel de Paris, 20 avril 2017, 17/00511.
69) Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2018, 17-20.079.
70) Cour d'appel de Paris, 10 janvier 2019, 18/08357.
71) Cour de cassation, Chambre sociale, 17 April 1991, 88-40.121.
72) Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2018, 17-20.079.
73) Cour de cassation, *Note explicative relative à l'arrêt n°1737 du 28 novembre 2018 - Chambre sociale (pourvoi n°17-20.079)*, 2018.

대해 징계권을 행사할 수 있었던 점, 앱에 접근하는 경우 위치 파악이 이루어진다는 점 등을 제시하였다.[74] Uber는 이에 상소하였으나 대법원이 이를 기각하면서 판결이 확정되었다. 즉 프랑스 법원은 플랫폼 종사자를 일괄적으로 독립자영근로자에 포섭시키지 않고, 계약관계의 실질을 고려하여 법적 종속관계가 인정되는 플랫폼 종사자를 임금근로자로 보호하려고 하는 경향을 보이고 있는데, 이는 종속성에 따라 플랫폼 종사자도 기존의 임금근로자에 해당할 수 있음을 보여준다는 점에서 시사하는 바가 크다.

2. 독일 플랫폼 종사자의 지위

(1) 독일 노동법상 노무 제공자의 구분

독일법상 노동을 하는 자의 법적 지위는 근로자(Arbeitnehmer), 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen), 자영업자(Selbständige)로 나뉘고, 그 중 유사근로자에 포함되는 가내근로자(Heimarbeiter)는 가내근로법으로 특별한 보호를 받고 있다.

유사근로자는 현재 단체협약법, 연방휴가법, 산업안전보건법 등에 규정되어 있다. 단체협약법에서는 "경제적으로 종속되어 근로자와 유사하게 사회적 보호 필요성이 있는 자"[75]로 정의되며, 인적 종속성이 없어 근로자는 아니나 구체적으로는 "다른 종업원을 사용하지 않고 장기간 그리고 본질적으로 한 사업주를 위하여 활동하는 자"로 해석되고 있다.[76] 유사근로자는 단체협약을 통한 취업 조건 규정 및 유급휴가청구가 가능하고 사용자는 업무상 재해로부터 유사근로자를 보호할 의무를 진다.

한편 가내근로자는 "스스로 선택한 작업장에서 혼자 혹은 가족의 조력을 얻어 사업주 또는 중간사업주의 위탁으로 영리를 목적으로 노무를 제공하는 자"로[77] 정의되는데, 자영업자와 유사하나 그 경제적 종속성 때문에

74) Cour d'appel de Paris, 10 janvier 2019, 18/08357.

75) „Personen die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind"

76) *Hromadka*, NZA 1997, 1249 (1254).

일정한 보호를 받는다.[78] 사용자는 업무 할당 시 가내근로자의 능력을 고려하여야 하고,[79] 가내근로자가 위해를 입지 않도록 배려해야 한다.[80] 또한 해고예지기간이 준수되어야 하고,[81] 일정 수준의 보수가 보장된다.[82] 이러한 권리 보장은 프랑스와 마찬가지로 사용종속성이 인정되지 않더라도 경제적 종속성으로 인한 보호 필요성을 감안한다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

독일은 아직 플랫폼 종사자를 명시적으로 보호하는 입법은 없으나 기존의 법체계를 바탕으로 한 논의가 이어지고 있다. 특히 프랑스와는 달리 지역 기반의 긱 워크(Gig work)보다는 웹 기반의 크라우드 워크(Crowd work) 종사자를 보호하는 방안이 더 적극적으로 논의된다.[83] 구체적으로는 크라우드 워커를 현대의 재택근무 형태와 유사한 가내근로자에 포함시키고자 하는 논의가 활발하다.[84] 다만 가내노동법의 규정은 크라우드 워커를 상정한 것도 아니거니와 크라우드 워커가 가내노동법에 부합한다고 보기 어려워 규정 자체를 개정하거나 법리를 변경할 필요가 있다는 지적이 이어지고 있다.[85] 후술할 바와 같이 독일 법원이 크라우드 워커를 가내근로자로 인정하기도 하는 등 크라워드 워커의 특성이 가내근로자 개념과 어느 정도 유사하나, 크라우드 워커는 작업하는 장소가 하나로 정해지지 않고 다양한 위탁자로부터 수주하여 업무를 수행하는 등 가내근로자와 분명한 차이가 있다. 그러므로 새롭게 등장한 플랫폼 노동을 법체계 내로 수용하기 위해서는 그 특성을 반영하여 기존 법체계를 오늘날에 맞게 수정해야 한다.

---

77) 가내근로법 제2조.

78) 김형배·박지순, “근로자개념의 변천과 관련법의 적용”, 한국노동연구원 연구보고서, 2004, 52.

79) 가내근로법 제11조.

80) 동법 제16조.

81) 동법 제29조.

82) 동법 제24조.

83) 오상호, “독일 플랫폼 노동 종사자의 법적 지위와 보호에 관한 연구”, 「강원법학」 제62권, 2021, 37-39.

84) 위의 논문, 39-40.

85) *Krause*, NZA 2016, 1004 (1007).

(2) 법원의 웹 기반 크라우드 워커에 대한 보호

독일의 판례 역시 각 워커보다는 크라우드 워커 문제에 집중되어 있다. 2019년 연방노동법원은 인적 종속성이 부재하다고 판단되는 프로그래머에게 근로자성은 인정하지 않았으나 가내근로자로 인정한 바 있는데, 프로그래밍·설문조사 시행·제품 테스트 등의 업무도 가내근로자의 "영리적 활동"이라고 보았다.[86] 2020년에는 연방노동법원이 크라우드 워커가 근로자에 해당한다고 최초로 판단하였다. 당해 소송의 원고는 앱을 통해 본사 상품과 광고가 적절히 위치하였는지 확인하는 작업을 정기적으로 행하며 생계를 유지했는데, 원고의 근로자성을 부정한 뮌헨 지방노동법원의 판단과는[87] 달리 연방노동법원은 플랫폼 조직 구조가 단발적 주문을 계속적으로 수행토록 설계되어 원고가 플랫폼의 지시권에 종속되었으며, 업무 조직에 편입되었다고 판단하여 원고가 근로자에 해당한다고 보았다.[88] 이렇듯 독일의 경우 근로자성 판단 시 사용종속성 외에도 조직종속성을 판단 근거로 삼고 있다. 특히 해당 판결은 수행하는 작업의 수와 보수의 정도가 비례하도록 수주(受注) 구조가 설정되어 플랫폼이 유인책을 제공했고, 이로 인해 원고가 온전히 자유로운 활동을 할 수 없었다는 점이 주요 근거로 제시되는[89] 등 플랫폼의 특성을 적극적으로 고려하였다. 이렇게 독일은 계약형식을 불문하고 종속성이 상당하면 근로자로 인정하며, 가내근로자의 범위를 확장하여 웹 기반 플랫폼 종사자를 보호하기도 한다. 이는 프랑스 판례와도 유사한 방향이고, 플랫폼 종사자 관련 명시적 입법이 부재한 상황에서도 법원이 상당히 적극적인 역할을 하고 있다.

---

86) *BAG*, Urt. v. 20.8.2019 — 9 AZR 41/19, NZA 2020, 232.
87) *LAG München*, Urt. v. 4.12.2019 — 8 Sa 146/19, NZA 2020, 316.
88) *BAG*, Urt. v. 1.12.2020 — 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.
89) Id.

3. 미국의 ABC 검증요건

(1) 서설

미국에서는 플랫폼 노동을 지역 기반, 웹 기반으로 구분하여 구체적으로 유형화하지는 않고 주로 Uber 운전기사와 같은 지역 기반 플랫폼 종사자 보호에 중점이 맞춰져 있다.[90] 또한 독일이나 프랑스처럼 근로자와 자영업자 사이에 중간적 지위가 존재하지 않고, 근로자(employee) 혹은 독립계약자(independent contractor)의 이원적 구조에서 근로자만이 보호를 받는다.[91] 플랫폼 종사자 역시 근로자 혹은 독립계약자로 분류되는데, 그 근로자성은 주(州)에 따라 인정 여부가 달라진다. 여러 주법(州法) 중 사각지대의 보호에 관해 주목할 만한 사례는 캘리포니아주(州)의 ABC 검증요건이다.

(2) 캘리포니아주(州)의 ABC 검증요건

캘리포니아주(州)에서는 ABC 검증요건을 도입하여 해당 요건이 충족되지 않는 한 노무를 제공하는 자는 근로자로 간주한다. 이는 오분류(誤分類) 문제, 위장(僞裝) 독립계약자 문제를 방지하고 플랫폼 종사자의 사회보장을 도모하는 시도로서 주목받고 있다.[92] ABC 검증요건은 2018년 Dynamex 사건에서 캘리포니아주(州) 대법원이 처음 제시하였고[93], 캘리포니아주(州) 의회는 2019년에 이를 Assembly Bill 5(AB 5)를[94] 통해 법제화하였다. 그 기준을 살피면, (A) 노무제공자가 실질적 업무수행과 업무계약상 사용자의 통제·지시로부터 자유롭고, (B) 사용자의 일반적 과정 이외의 업무를 수행하며, (C) 해당 업무와 동일한 성질의 사업·직업·독립적으로 성

90) 김희성, "미국에서의 플랫폼노동의 현황과 법적 쟁점 — 근로자성과 관련된 AB-5법을 중심으로 —", 「강원법학」 제62권, 2021, 93.

91) Rod Powe, "'Two Bob Each Way': Employee or Independent Contractor?", *Journal of Industrial Relations* 28, no. 1 (March 1986): 86.

92) 장희은·김유휘, "플랫폼 경제에서의 노동자 보호를 위한 해외 정책동향", 「산업노동연구」 제26권 제1호, 2020, 11.

93) *Dynamex Operations West, Inc v Superior Court*, 416 P3d 1, 39 (Cal 2018).

94) California Assembly Bill 5, California State Legislature, 2019-2020 Regular Sess (18 September 2019); 2019 Cal Stat Ch 296, Sec 5. (AB 5)

립된 거래 등에 통상적으로 종사한다면 근로자가 아니라 독립계약자로 분류된다.[95] ABC 검증요건 모두가 충족되어야만 독립계약자로 인정되며, 이 중 하나라도 인정되지 않는다면 근로자로 분류되고, 증명책임은 사용자가 부담한다. 다만 많은 노무제공관계(엔지니어, 건축가, 건설 하청업자, 어업 종사자, 직판원(直販員), 그래픽 디자이너 등)에서는 ABC 검증요건 적용이 배제된다.[96] 법문에서 그 이유를 밝히진 않았으나 근로자 범위가 확대됨에 따라 사용자 측이 부담해야 하는 비용(최저임금, 의료보험료 등)이 폭등하는 것을 막기 위함으로 보인다. 또한 캘리포니아에서는 2020년 11월 3일 주민발안(California Ballot Proposition)에 의한 투표에서 58.4 %의 찬성으로 앱을 활용하는 운전자(app-based drivers)에 대하여는 ABC 검증요건의 적용을 배제하기로 결정하여, TNC 소속 운전자들은 TNC의 주장대로 독립계약자의 지위를 유지하게 되었다.[97] 결국 TNC 소속 운전자를 포함하여 많은 노무제공자가 ABC 검증요건의 적용을 받지 못하면서 AB 5의 실효성이 상당히 하락했으며, 결국 상당수의 노무제공자가 다시 노동법의 사각지대로 되돌아가 필요한 보호를 받지 못하고 있다.

4. 소결

프랑스의 노동법전은 플랫폼 종사자에게 독립자영근로자의 지위를 부여하고 있는데, 프랑스 법원은 법적 종속관계가 인정되면 플랫폼 종사자를 임금근로자로서 보호하고 있다. 이러한 입법과 판례의 내용을 고려할 때, 프랑스에는 플랫폼 노동에 관하여 다음과 같은 단계적 보호 유형이 존재한다.

---

95) Cal Unempl Ins Code § 621 (2019).

96) Cal Labor Code § 2750.3 (2019).

97) "Proposition 22", California General Election November 3, 2020 Official Voter Information Guide, accessed 1 July 2021, https://vigarchive.sos.ca.gov/2020/general/propositions/22/; Secretary of State Alex Padilla, *Statement of Vote — General Election November 3, 2020* (California: California Secretary of State, 2020), 14.

[표 3] 프랑스 노동법전과 판례에 따른 플랫폼 종사자의 법적 지위 및 보호 내용[98]

플랫폼과 플랫폼 종사자 간 노동관계	플랫폼 종사자의 법적 지위와 보호 내용
양자 간 '법적 종속관계' 존재	임금근로자로서 노동법전의 전면적 보호를 받음
양자 간 '법적 종속관계'는 없으나 플랫폼 종사자가 플랫폼에 일정 수준 종속되어 있음(L7342-1조)	독립자영근로자로서 노동법전의 플랫폼 종사자 관련 규정이 적용됨
양자 간 '법적 종속관계'뿐 아니라 어떠한 종속성도 존재하지 않음	자영업자로서 노동법전의 보호를 받지 않음

즉 플랫폼 종사자라고 하여 일률적 취급을 받는 것이 아니라 각자의 종속성과 보호 필요성에 비례하여 법적 지위와 보호 내용이 달라지는데, 이러한 단계적 보호가 이루어지는 것은 선진적 시도로서 충분히 참고할 만하다. 이는 독립자영근로자라는 중간적 지위가 존재하기에 가능한 것으로, 프랑스와 같이 중간적 지위인 유사근로자와 그 하위개념인 가내근로자가 존재하는 독일의 경우도 마찬가지이다. 이러한 제3지위는 사용종속성은 약하지만 경제적 종속성이 강한 경우를 고려하여 근로자와 자영업자 사이의 노무제공자를 폭넓게 보호한다는 점에서 상당히 바람직하다. 다만 독립자영근로자의 입법 방식은 열거주의의 한계에서 벗어나지 못하고 있으므로, 프랑스의 입법례는 비판적으로 수용할 필요가 있다.

한편 독일의 판례는 근로자의 조직종속성을 함께 고려하여 근로자로서의 보호 범위를 상당히 인정한다는 점에서 주목할 만하다. 특히 플랫폼이 단발적 주문을 지속적으로 이행토록 하는 등 플랫폼 노동의 특성을 근로자성 판단에 적절히 고려하는 점은 우리 판례법리에도 적극 반영되어야 한다. 또한 종속성을 인정할 때 노무제공자가 사용자의 지시에 종속되었는지뿐 아니라 업무 조직에 편입되어 있는지까지 파악한다는 점도 사용종속성뿐 아니라 조직종속성을 고려하여 보호의 필요성을 판단해야 한다는 사실을

98) 조임영, 앞의 논문, 58의 <표 1>을 재구성.

잘 드러내는 것이고, 우리의 근로자성 판단요건에도 조직종속성이 추가적으로 반영되어야 한다.

미국 캘리포니아주(州)의 ABC 검증요건은 법률에 근로자성 판단기준을 우리나라 현행법보다 구체적으로 명시하여 명확성이 높다는 측면에서 매우 긍정적이다. 그러나 조직종속성을 포함하여 근로자성을 판단하는 독일의 경우와 달리 ABC 검증요건은 우리 대법원의 판단지표처럼 사용·경제적 종속성만으로 구성된다는 한계를 가진다. 또한 증명책임을 전환하여 근로자 범주를 크게 확장하였음에도 상당수 직종을 보호 대상에서 배제함으로써 결국 많은 노무제공자를 사각지대로 되돌려보낸 모순적 입법 방식을 취했다는 점은 경계해야 한다. 한편 이와 같은 증명책임의 완전한 전환은 부적절할 수 있으나, 대신 근로자성 판단 관련 분쟁이 발생할 경우 노무제공자의 증명 부담을 완화하기 위한 입법은 필요할 것이다.

종합하면 종속성과 보호 필요성에 따라 차등적 보호를 제공할 수 있도록 제3의 지위를 신설하고, 변화하는 노무제공관계와 플랫폼 노동의 특성에 맞게 노동관계법상 근로자 개념과 판례 법리를 적절히 수정하며, 열거적 입법 방식을 배제하고, 노무제공자의 증명책임 부담을 완화하는 등의 방안이 플랫폼 종사자 보호를 위해 국내법에 반영되어야 한다. 이와 관련한 구체적인 내용은 '제언'에서 상술하도록 한다.

Ⅴ. 제 언

디지털 경제의 도래로 인한 노무제공관계의 다양화와 함께 현재 특수형태근로종사자·노무제공자의 개념이 열거주의의 한계를 갖는 점 등을 고려하였을 때, 사실상 근로자·자영업자로 이분화된 현행 법체계의 변화가 필요하다. 앞서 검토한 바와 같이 그간 국회 논의는 근로자 또는 자영업자로만 구분하는 방식이나 일부 직종만 한정하여 보호하는 방식으로 인해 법의 사각지대를 온전히 제거하지 못했다. 따라서 본고는 빠르게 변화하는 산업현실에 대한 근본적이고 유연한 대응을 위해, (1) 기존 근로자와 유사한 정

도의 종속성을 가진 플랫폼 종사자에 대해서는 노동관계법상 근로자 정의규정의 구체화와 판례법리 수정을, (2) 기존 근로자보다 종속성이 낮으나 자영업자와는 분명히 구분되는 중간적 종속성을 가진 플랫폼 종사자에 대해서는 열거적 방식이 아닌 제3지위 신설을 통한 법체계의 재구조화를 제안한다.

1. 근로자 정의규정 개정을 통한 보호 범위 확장

(1) 근로자성 판단요건: 사용·경제적·조직종속성

근로기준법과 노동조합법의 근로자 요건을 현행보다 구체화 및 수정하여, 법적 안정성을 도모하고 보호의 외연을 기존보다 넓혀야 한다. 미국의 ABC 판단요건[99]과 같이 사용·경제적 종속성 요건을 지금보다 구체화시키고, 독일·ILO 등에서 판단기준으로 삼고 있으며 국회 입법안에서도 '사용자의 사업에 편입되어', '사업주의 사업에 필요한' 등의 표현으로 논의된 조직종속성 요건을 추가하여야 한다. Ⅲ에서 검토한 것처럼 유사한 사안에 대한 법원의 근로자성 판단이 다른 것을 볼 때, (1) 현행법보다는 구체적인 판단기준을 명문화하고 (2) 조직종속성도 사용·경제적 종속성과 함께 종합적으로 고려하여 보호 범위를 확장해야 한다. 다만 Ⅲ에서 비판한 바와 같이, 각 종속성의 세부 판단 지표까지 법령상에 명문화하면 오히려 보호 범위가 축소될 수 있다. 대법원이 전속성이나 상시성과 같은 세부 지표 중 일부가 충족되지 않더라도 다른 지표를 고려할 때 종합적인 종속성이 높다면 근로자성을 인정하는 것처럼, 유연한 사고를 통해 판단하여야 비로소 보호 범위의 확장이 이루어진다. 따라서 세부 지표는 법령상 필수 요건처럼 명문화할 것이 아니라 법원이 종합적으로 종속성을 판단하도록 판례법리에 맡겨야 한다.

판례법리도 디지털 방식으로의 업무지시 방식 변화 등 시대적 흐름에 발맞추어야 한다. Ⅲ에서 논한 것처럼, 업무 수행 당시를 실시간으로 관제하지 않았더라도 사후 평가 시스템 등이 유사한 지휘·감독 기능을 하지는 않

99) ① 실질적 업무수행과 업무계약상 사용자의 통제와 지시로부터 자유롭고, ② 사용자의 일반적 과정 외 업무를 수행하며, ③ 해당 업무와 같은 성질의 사업, 직업, 독립적으로 성립된 거래 등에 통상적으로 종사한다면 자영업자로, 그렇지 않다면 근로자로 분류한다.

았는지에 관해서도 살펴보아야 한다. 즉 기존 근로자처럼 업무 수행 과정상에 명시적 지휘·감독을 하지 않았더라도 플랫폼 특성상 애플리케이션에 축적된 정보 등을 활용해 사실상 업무 집행을 통제하고 규율 위반에 대해 징계권을 행사한다면 이는 방식이 변화했을 뿐 종속성의 정도는 기존 근로자와 동등한 것으로 보아야 할 것이다. 또한 근로시간 계산 시 (1) 단속적인 업무 수행 시간 자체만 합산하는 경우와 (2) Ⅱ에서 살핀 실태와 같이 플랫폼의 호출 거부 시 징계로 인해 종사자는 업무 수행 시간 외에도 사실상 플랫폼의 호출 대기 상태에 놓여 다른 일을 자율적으로 할 수 없는 시간까지 포함할 경우라는 두 방식 간에 근로시간 범위 및 이에 대한 결정권에 관한 판단은 매우 달라질 것이다. 따라서 진정한 보호 범위 확장을 위해서는 '통제의 디지털화'를 고려하여 실질적 종속성을 판단하여야 한다.

(2) 기타 제언: 근로계약 외연 보호, 사용자 지위 구체화, 증명 부담의 완화

다자화되는 노무제공관계에 대응하기 위해서는 계약의 형식에 관계없이 실질적 요건이 충족되면 근로자로 인정한다는 판례법리를 명문화하고 '노무수령자', '실질적 지배력이 있는 자' 등의 표현을 '사용자'와 함께 사용하여야 한다. 특히 플랫폼종사자보호법에서 플랫폼 이용사업자와 플랫폼 운영자를 구분한 것은 의무 이행 책임자 관련 지위를 구체화하여 여러 주체가 참여할 수 있는 노무제공관계에서 실질적인 통제의 정도에 따라 각 주체에게 책임을 명확히 부여한다는 점에서 진보적이라 평가할 수 있다.

그리고 미국의 경우에는 증명책임의 전환을 도입하였으나, 이처럼 증명책임을 완전히 전환하기보다는 정보제출의무 명시를 통해 증명의 부담을 완화할 것을 제안한다. 증명책임의 전환은 특정 사실을 주장하는 자에게 그에 대한 입증의 부담을 지우는 일반원칙에 반대된다. 따라서 사용자의 정보제출 및 데이터보존 의무 등을 관계법에 명시하면 근로자성 판단에 대한 분쟁 발생 시 증명의 부담을 완화할 수 있을 것이다. 지시 및 통제 방식이 애플리케이션을 활용한 위치추적이나 출퇴근 기록 등의 디지털 형식으로 바뀌고 있는 산업 현실 변화를 고려할 때, 분쟁 발생 시 회사 측에서 데이터베

이스나 애플리케이션 접근을 금지할 경우 근로자 혹은 제3지위에 있는 자가 요건사실을 증명하는 데 어려움을 겪을 수 있으므로 이에 대한 방어책이 필요하기 때문이다. 이는 다음에서 제안하는 제3지위에도 보장되어야 한다.

2. 제3지위 신설을 통한 열거주의 한계 극복

산재보험법 등에서 열거된 직종의 묶음으로만 규정되어 있는 특수형태근로종사자·노무제공자를 특정 요건으로 개념화된 법적 지위로 개편하여, 독일의 유사근로자 및 프랑스의 독립자영근로자처럼 중간적 종속성을 가진 제3지위를 신설해야 한다. 직종 열거주의를 타파하면 전술한 바와 같이 (1) 동일 직종 내에서도 플랫폼의 통제 정도, 즉 종속성에 따라 보호 정도를 차등화하여 필요성에 맞는 적절한 대우를 할 수 있고, (2) 신직종 출현 시마다 법령을 개정할 필요가 없으므로 유연한 대처가 가능하다. 다만 노동관계법이 입법목적에 따라 분류되어 있고 각각의 근로자 개념도 다른 것을 고려하였을 때, Ⅲ에서 살핀 특수형태근로종사자에 관한 국회 제정안과 같이 제3지위에 대한 단일한 정의규정을 둔 뒤 노동관계법의 각 조문들을 일부 가져오기보다는, 노동관계법 각각의 '근로자'에 대한 정의규정의 차이를 고려하여 제3지위에 대한 정의규정을 기존 법체계 내에서 신설하고 해당 법의 일부 권리를 제3지위에게 적용하는 방식이 보다 타당할 것이다. 한편 노동조합법의 경우 노동3권의 불가분성 문제와 함께 현재 대리운전기사 등도 근로기준법상 근로자는 아니지만 노동조합법상 근로자로는 인정받고 있는 판례 경향 등을 고려하였을 때, 제3지위를 신설하지 않아도 법령 및 판례법리상의 외연을 넓히는 방법으로 상당한 보호가 가능할 것이라 생각한다.

(1) 제3지위 판단요건: 경제적·조직종속성

제3지위의 경우 경제적·조직종속성만을 판단 지표로 삼아, 사용종속성이 중요하게 요구되는 근로자와는 차이를 두어야 한다. 구체적으로는 ① 계약 형식에 관계없다는 점을 명시하여 근로계약관계 외연을 보호하고 ② 경제적 종속성 및 조직종속성에 관한 표현으로 제3지위를 규정하되, 앞서 제

안한 바와 같이 세부 지표는 법령상 필수 요건처럼 명문화할 것이 아니라 법원이 종합적인 관점에서 종속성을 판단할 수 있도록 판례법리에 맡겨야 한다. 프랑스와 독일의 입법례를 참고하면 근로조건에 대한 결정권이 없다는 점이나 다른 자를 사용하지 않고 사업주를 위해 노무를 제공하는 점 등으로 제3지위의 요건을 구체화할 수 있다. 다만 새롭게 등장한 제3지위와 그 사용자의 관계는 전통적인 근로자와 사용자 간 관계로 보기 어려우므로, 국회 입법안처럼 '노무수령자', '실질적·구체적으로 지배력·영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자' 등의 표현을 활용하는 것이 타당할 것으로 사료된다.

(2) 인정 권리

제3지위에 적용될 구체적 권리에 관해서는 더욱 연구가 필요하나, 지위 신설 시 계약의 부당해지 금지 등 근로기준법상 보호 및 산업안전보건법·산재보험법·고용보험법상 보호 등 경제적·조직종속성만으로도 인정되어야 할 법적 보호가 가능하여 사각지대가 줄어든다는 장점은 분명하다. 국회 입법안과 독일·프랑스 입법례를 참고하면, 우리나라 근로기준법상 권리 중에서는 계약서 작성 및 교부 의무(근로기준법 제17조), 계약의 부당해지 금지 및 구제 절차(근로기준법 제28조), 계약 해지 시 사전 예고 의무(근로기준법 제26조) 등을 인정할 수 있을 것이다. 또한 Ⅱ에서 파악한 플랫폼 노동 실태를 고려할 때, 보수 지급 기준 변경 시 사전에 통지하고, 종사자가 앱 사용 제한 통제 기준(징계 기준)과 같은 정보를 요청할 시 영업상 비밀을 제외하고는 해당 정보를 제공하여야 하는 등의 의무를 명문화하여야 한다.

Ⅵ. 결 론

디지털 플랫폼의 등장과 급격한 성장에 따라 플랫폼 종사자와 같은 새로운 노동 형태가 출현하였고 그 종사자 수는 지속적으로 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행법과 판례법리로는 플랫폼 종사자가 충분한 보호를 받지 못하고 있는 실정이다. 기존 근로자 개념은 현대적 노동관계의 특성을

적절히 반영하고 있지 않고, 특수형태근로종사자·노무제공자 개념도 그 분야가 고용보험, 산재보험, 산업안전에 한정되어 있는데다 특정 직종만을 보호 대상으로 하기 때문이다. 물론 플랫폼 종사자와 같이 사각지대에 놓인 이들을 보호하기 위한 법원 및 국회의 여러 시도가 있었으나 앞서 살핀 바와 같이 실효를 거두기엔 부족하였다. 해외 입법례를 살펴보면 우리나라와 달리 일부 법령상 개념이 아닌 노동법 체계 자체에서 인정되는 지위로서 근로자와 자영업자 사이의 중간적 종속성을 가진 제3의 지위를 두거나 근로자성 요건을 구체화하여 판단의 일관성을 확보하는 등의 시사점이 있었으나, 우리나라의 특수형태근로종사자·노무제공자 지위처럼 특정 직종만을 열거하여 보호하는 등의 한계도 있었다.

플랫폼 종사자를 적절히 보호하기 위해서는 기존 노동관계법상 근로자 요건을 시대적 흐름에 맞게 수정하고 조직종속성을 판단기준으로 추가하는 등 보호 범위를 현행보다 확대해야 한다. 이를 통해 기존 근로자와 유사한 플랫폼 종사자는 근로기준법 등을 통해 근로자 지위로서 보호받을 수 있을 것이다. 또한 중간적 종속성을 가진 플랫폼 종사자 보호를 위해서는 제3지위를 기존 법체계 내에 도입하여야 한다. 다만 플랫폼 노동 내에서도 종속성의 차이가 존재한다는 사실을 고려하면, 제3지위 신설 시 직종이 같다는 이유로 동일하게 규율하는 것은 종속성 차이에 따른 보호 필요성의 차이를 무시하는 것이므로 지양해야 한다. 따라서 현행법상 특수형태근로종사자·노무제공자와 같이 특정 직종만 보호하는 열거주의를 극복하고, 앞으로도 더욱 다양화될 노무제공관계를 충분히 포섭할 수 있게끔 법적 보호의 실효성을 강화하기 위해 종속성 정도에 따라 법적 지위를 규정하는 것이 마땅하다.

본고는 디지털 플랫폼의 성장으로 발생한 새로운 노동 형태에 관한 문제를 해결하기 위해서 기존의 근로자 개념을 수정하여 기존 근로자만큼 종속성이 강한 이들도 근로자로서 보호해야 함을 지적하고, “플랫폼 노동”이라는 범주를 특정하기보다는 제3지위를 포괄적으로 규율하는 일반규정을 노동관계법에 도입하는 것이 플랫폼 종사자 보호를 위한 근본적인 대책임을 밝힌다는 점에서 의의가 있다. 다만 플랫폼 종사자의 법적 지위를 중심으로 논의를 전개하였으므로 신설 지위에 구체적으로 어떤 권리를 인정해

야 할지는 후속 연구로써 보완되어야 할 것이다. 상기의 내용처럼 종속성의 정도에 따른 구분으로 사각지대 발생을 예방하는 합리적 입법이 빠른 시일 내에 이루어지기를 희망한다.

플랫폼 종사자 보호를 위한 노동법적 지위 규정 방안 – 김 예 진 · 김 정 우 · 오 상 흔 · 강 현 규	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	심사제외논문	2021.12.29.

[참고문헌]

I. 국내문헌

《단행본》

근로복지공단, 2019 근로복지공단 통계연보, 근로복지공단 근로복지연구원, 2020.

김철식 외 7인, 플랫폼노동 종사자 인권상황 실태조사, 국가인권위원회, 2019.

김형배·박지순, 노동법강의(제7판), 신조사, 2018.

조돈문 외 13인, 민간부문 비정규직 인권상황 실태조사 — 특수형태근로종사자를 중심으로, 국가인권위원회, 2015.

《논문》

구건서, “취업형태 다양화에 따른 노동관계법 적용 확대에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2017.

김종진·신우진·김영욱. “디지털 플랫폼노동 실태와 특징Ⅱ — 웹기반, 지역기반 규모와 실태 —”, 「KLSI issue paper」 제146호, 2021.

김형배·박지순, “근로자개념의 변천과 관련법의 적용”, 한국노동연구원 연구보고서, 2004.

김희성, “미국에서의 플랫폼노동의 현황과 법적 쟁점 — 근로자성과 관련된 AB-5법을 중심으로 —”, 「강원법학」 제62권, 2021.

오상호, “독일 플랫폼 노동 종사자의 법적 지위와 보호에 관한 연구”, 「강원법학」 제62권, 2021.

윤영삼, “특수고용직의 노동자성 판단기준 설정 및 화물자동차운송업에의 적용”, 「인적자원관리연구」 제22권, 2015.

장지연, “플랫폼노동자의 규모와 특징”, 「고용노동브리프」 제104호, 2020.

장진희·손정순·이향숙, “플랫폼노동 종사자 보호를 위한 공제회 설립방안: 플랫폼노동 실태조사를 중심으로”, 「한국노총중앙연구원 연구총서」, 2020.

장희은·김유휘, “플랫폼 경제에서의 노동자 보호를 위한 해외 정책동향”, 「산업노동연구」 제26권 제1호, 2020.

조임영, “프랑스의 플랫폼 노동에 관한 법제”, 「강원법학」 제62권, 2021.

최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 「노동법연구」 제13호, 2002.

최인이, “창작물 유통 플랫폼의 노동통제 방식에 관한 연구: 유료 웹툰 플랫폼의 사례를 중심으로”, 「산업노동연구」 제26권 2호, 2020.

《판례》

대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.

대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결.

대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57498 판결.

대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결.

대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결.

대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018 판결.

대법원 2007. 11. 30. 선고 2006도7329 판결.

대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결.

대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도311 판결.
대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다27336 판결.
대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.
대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결.
대법원 2018. 4. 26. 선고 2016두49372 판결.
대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74719 판결.
대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277538 판결.
서울중앙지방법원 2011. 8. 25. 선고 2010가단208453 판결.
부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결.

《기타자료》

고용노동부 고시 제2017-21호, “주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준”. 산재보상정책과 (2017. 3. 31.).
고용노동부 보도설명자료, “서울경제, ‘근로자 1명에 사용자는 다수... 4대 보험료는 누가 부담하나’ 기사 관련”, 산재보상정책과 (2021. 1. 6.).
고용노동부 보도자료, “특수형태근로종사자 고용보험 적용 등 국무회의 심의의결”, 규제법무담당관실 (2021. 6. 1.).
김민지, “‘배달 거절하면 패널티’ vs. ‘싼 배달 거절은 권리’ 배달앱과 라이더 ‘충돌’”, 헤럴드경제, https://v.kakao.com/v/20210429203144727 (2021. 4. 29. 20:31).
김진아, “특고 산재보험 '전속성' 14년만에 폐지…플랫폼 포함해 규정 신설”, 뉴시스, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=001&oid=003&aid=0010664305 (2021. 8. 14. 00:01).
한수연, “새로운 부업 ‘쿠팡 플렉스’… 법적 지위 논란”, 법률신문, https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161360 (2020. 5. 18. 11:38).

II. 국외문헌

California Assembly Bill 5, California State Legislature, 2019-2020 Regular Sess (18 September 2019).
California General Election November 3, 2020 Official Voter Information Guide. “Proposition 22”. Accessed 1 July 2021. https://vigarchive.sos.ca.gov/2020/general/propositions/22/.
Cour de cassation, *Note explicative relative à l'arrêt n°1737 du 28 novembre 2018 - Chambre sociale (pourvoi n°17-20.079),* 2018.
Hromadka, Arbeitnehmerähnliche Personen — Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997.
ILO 권고사항, Recommendation concerning the employment relationship, No. 196 (95th, 2006).
Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt — Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016.
Padilla, Alex Secretary of State. *Statement of Vote — General Election November 3, 2020.* California: California Secretary of State, 2020.
Powe, Rod. “‘Two Bob Each Way’: Employee or Independent Contractor?”, *Journal of Industrial Relations* 28, no. 1 (March 1986): 86-101.

【국문초록】

디지털 기술은 노동의 표면적 형태를 바꾸었으나, 노동 통제의 본질은 그대로 유지되기도 한다. 예컨대 PDA, 애플리케이션 등은 플랫폼 종사자의 근무 관련 정보를 실시간으로 축적할 수 있기에 이를 통한 플랫폼의 평가 및 징계는 기존 근로자에 대한 지휘·감독과 유사한 효과를 갖는다. 이밖에도 디지털 경제 발전으로 인해 새로운 노무제공관계가 등장한 것을 고려할 때, 근로자 혹은 자영업자라는 이분법적 구조의 현행법상 중간적 종속성을 지닌 이들이 충분한 법적 보호를 받지 못한다는 점도 주목하여야 한다. 이들은 노무제공과정에서 기존 근로자만큼의 구체적 지시는 받지 않으나, 근로조건에 관한 결정권이 거의 없는 등의 특성을 보면 자영업자와는 분명한 차이가 있기 때문이다. 따라서 본고는 노동법상 보호의 핵심 요건인 종속성을 기준으로 플랫폼 종사자의 보호 필요성과 현행 노동법상의 지위 체계 및 그에 따른 보호 실태를 살폈으나, 기존 근로자·특수형태근로종사자·노무제공자 개념은 법의 사각지대에 놓인 이들을 보호 범위 내로 온전히 포섭하기 어려웠다. 따라서 본고는 빠르게 변화하는 산업 현실에 대한 유연한 대응을 위해 아래 두 가지를 제안하였다.

기존 근로자와 유사한 정도의 종속성을 가진 플랫폼 종사자를 보호하기 위해서는 노동관계법상 근로자 정의규정 및 판례법리의 수정이 필요하다. 그간 대법원의 근로자 개념 완화 시도는 판단의 일관성이 부족하고 플랫폼의 실질적 지휘·감독을 적극적으로 고려하지 않는 등의 한계가 있었다. 국회에서 논의된 노동관계법 개정안도 대법원이 종합적으로 판단할 때 고려되는 세부 지표 중 하나였던 것을 필수 요건으로 명문화해 오히려 보호 대상의 범위를 좁히는 등의 문제가 있었다. 따라서 본고는 미국 입법례를 참고하여 법령상 사용·경제적 종속성 요건을 지금보다는 구체화하되 앞서 논한 부작용은 예방하도록 하고, 독일·ILO 등에서 판단기준으로 삼으며 우리나라 국회에서도 논의된 바 있는 조직종속성 요건을 추가하여 보호 외연을 넓히는 등의 방안을 제안하였다.

한편 기존 근로자보다 종속성이 낮으나 자영업자와는 분명히 구분되는

중간적 종속성을 가진 플랫폼 종사자의 보호 방안으로는 제3지위 신설을 통한 법체계의 재구조화가 필요하다. 현재 산업재해보상보험법 등 일부 법령에서 규정하는 특수형태근로종사자·노무제공자 등의 중간적 지위는 시행령에 열거된 직종만 보호하는 방식을 취한다. 이는 동일 직종이라 할지라도 종속성은 종사자가 사용하는 플랫폼의 통제 정도에 따라 달라지기에 보호 필요성에 차등이 있을 수 있다는 점을 간과하며 시행령상 특정되지 않은 신직종은 법령 개정 전까지 사각지대에 놓여 유연한 보호가 불가하다는 한계가 있다. 그럼에도 그간 국회 입법안은 동일한 방식을 취했으며, 이밖에도 제3지위의 대상 범위를 근로기준법상 근로자 범위보다도 좁히는 오류를 범하거나, 단일한 정의규정으로 제3지위를 신설하면서 노동관계법상 근로자가 아닐 것을 해당 법의 보호 요건으로 요구하여 노동관계법 간 차이로 인해 노동조합법상으로만 근로자로 인정받고 근로기준법상 일부 권리는 여전히 필요로 하는 이들을 보호 범위에서 배제하는 등의 문제가 있었다. 따라서 본고는 프랑스와 독일의 제3지위를 검토하여, 기존 노동법 체계 내에 제3지위를 신설하는 방안을 제안하였다.

종합하면 플랫폼 종사자는 현행법과 판례에 의해서는 충분한 보호를 받지 못하고 있으며, 그간 국회에서의 논의도 이들을 보호하기에는 적절치 않았다. 그러므로 산업 현실 변화로 인한 법적 사각지대의 확대 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 디지털 경제의 특성을 기존 근로자 개념에 반영하고, 일부 직종 범주를 특정하기보다 근로자와 자영업자 사이의 중간적 종속성을 지닌 이들을 포괄할 수 있는 제3지위를 노동관계법에 신설함으로써 노동법상 보호의 핵심 근거인 종속성에 따라 플랫폼 종사자가 적절한 법적 지위로 포섭되게끔 해야 한다. 이로써 노동법의 사각지대를 해소하고 디지털 경제의 부상에 따라 변화하는 노무제공관계 양상에 적절히 대응할 수 있을 것이다.

【Abstract】

New Ways to Classify Workers for the Protection of Platform Workers: Focused on Judging Dependency Considering the Transformation of the Notion of Work

Yejin KIM
(Student, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Jeongwoo KIM
(Student, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Sangheun OH
(Student, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Hyungyu KANG
(Student, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)

Even though digital technologies have changed the notion of work and increased the flexibility of labour, fundamental problems of labour control still exist. For instance, platforms can figure out performance information of platform workers through PDA or mobile applications minute by minute and evaluate their performances and penalise them based on such information. This type of system is equivalent to the traditional control of employees by employers. Moreover, the emergence of the digital economy created new ways to provide labour, and workers who are in the grey zone between the employees and independent workers are not protected by the law. They are different from employees in that they do not receive specific orders from employers, but they are

also different from independent workers since they do not have full control over the economic unit in which they work for. Since the current legal systems do not provide sufficient protection to them, this study suggests two major proposals on the classification of status in employment focusing on the degree of subordination of workers.

The concept of an employee in labour laws and its interpretation of the Supreme Court should be changed to legally protect platform-dependent (almost the same degree as employees) workers from platforms. The Supreme Court has tried to broaden the extent of employees, but it was not consistent and did not consider the intrinsic characteristics of the platform industry. Bills introduced by the National Assembly are not appropriate in that they inadvertently reduce the range of employees. Thus, like the examples of the State of California, clarifying the degree of subordination of an employee to the control of an employer and the degree of economic dependency of an employee in relevant clauses is necessary. Furthermore, the degree of dependency of an employee on the economic unit for an organization—which is used as a criterion in employee classification by Germany and the ILO—should be added to the definition of an employee. These changes will broaden the extent of legal protection for workers who are in need.

To properly protect platform workers in the grey area, it is necessary to restructure the legal classification systems of status in employment by introducing a new legal category. Acts including the Industrial Accident Compensation Insurance Act state that only workers serving in certain occupations that are enumerated in the presidential decree can be protected. Unfortunately, the necessary degree of legal protection can differ between workers even if the workers engage in the same occupation. The degree of subordination of platform workers varies depending on how much the platforms control the task of the workers,

not by the types of business they work for. Moreover, occupations not mentioned in the decrees cannot be protected by law until the decree is amended. Nevertheless, bills introduced by the National Assembly still restrictively specify the protected occupations. Some bills define a new legal category of labour, but even if workers are classified as having this new status, they cannot be protected by the Trade Union and Labour Relations Adjustment Act. Therefore, a new legal category that applies to the grey area between employee and independent worker, resembling the legal status of workers in German and French laws, should be added to the current labour code.

주제어(Keywords) : 디지털 경제(Digital Economy), 플랫폼 노동(Platform Labour), 플랫폼 종사자(Platform Workers), 종속성(Subordination in Work Relationships), 제3지위(New Legal Category of Labour), 근로자(Employee)

[별지 1] 노동관계법상 근로자 개념 수정 방식의 국회 주요 개정안 목록

법안명	노동관계법 개정안 중 근로자에 관한 정의규정
김성조 의원 발의, "근로기준법중개정법률안", 161647, (2002. 7. 26.).	(제14조 제2항 신설) 제1항의 규정에 불구하고 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자는 근로자로 본다. * 해당 안은 아래처럼 사용자 관련 신설조항도 제안하였음 (제15조 제2항 신설) 제1항의 규정에 불구하고 근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.
단병호 의원 발의, "근로기준법중개정법률안", 170169, (2004. 7. 12.). (유사안: 단병호 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 175321, (2006. 11. 9.); 홍희덕 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 1804813, (2009. 5. 11.).)	근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자
우원식 의원 발의, "노동조합 및노동관계조정법 일부개정법률안", 176119, (2007. 2. 13.).	계약의 명칭이나 형식에 관계없이 노무제공 상대방에 대하여 노무를 제공하고, 수입의 전부 또는 상당부분을 그 사업주에 의존하여 생활하는 자, 기타 대통령령이 정한 요건을 갖춘 자로서 이 법에 의한 사회적 보호의 필요성이 있는 자
심상정 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 1900464, (2012. 7. 3.). (유사안: 김경협 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 1901589, (2012. 9. 5.); 강은미 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 2104376, (2020. 9. 29.).)	다만, 근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다. 가. 자신이 아닌 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사업주 또는 노무제공을 받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자 나. 실업상태에 있거나 구직 중인 자 다. 기타 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있어 대통령령으로 정하는 자 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니라고 하더라도 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 근로

	자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다. (김경협 의원안: 1. "근로자"라 함은 다음 각 목에 해당하는 자를 말한다. 가. 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자. 나. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자. 다. 일시적인 실업상태에 있거나 구직중인 자. 라. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있어 대통령령으로 정한 자.)
이목희 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 1901510, (2012. 9. 13.).	제2조제1항제1호 중 "자"를 "자(독립사업자 형태로 특정 사업주의 사업에 필요한 노무 또는 서비스를 직접·상시적으로 제공하고 이의 대가를 받아 생활하는 자를 포함한다)"로 한다고 규정
● 아래에 정렬된 개정안도 위 개정안처럼 근로기준법 및 노동조합법에 대한 개정안이나, 근로자에 대한 정의규정을 직접적으로 수정하는 것이 아니라 사용자 개념의 확대나 일부 조문에서만 특수형태근로종사자를 근로자로 인정하는 등의 방식을 취한다는 점에서 다소 차이가 있음.	
윤후덕 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 2000655, (2016. 7. 4.). (유사안: 은수미 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 1908280, (2013. 12. 4.).)	제2조제2호에 단서를 다음과 같이 신설함 다만, 근로계약의 당사자는 아니지만 근로자의 근로조건 및 노동조합 활동에 관하여 실질적·구체적으로 지배력·영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자는 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.
송옥주 의원 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안", 2001498, (2016. 8. 9.).	제2조제2호에 후단을 다음과 같이 신설함 이 경우 근로계약 체결 당사자가 아니더라도 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 그 범위에서 사용자로 본다. 가. 근로자의 임금 및 그 밖의 금품, 근로시간과 휴식, 교육·훈련, 근무태도 및 작업성과의 점검, 사업장 출입, 사업장 내외의 시설 및 장비의 이용 등 근로조건에 대

	하여 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하는 자 나. 근로자의 작업방식(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 통하여 이루어지는 경우를 포함한다) 결정, 작업환경 및 안전보건에 대하여 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하는 자 다. 도급이 이루어지는 경우로서 하수급인 근로자의 수행업무에 대하여 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하는 상위 수급인(원수급인을 포함한다)
윤미향 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 2108205, (2021. 2. 19.).	* 해당 안은 직접적 판단기준의 제시가 아닌, 근로자판정위원회를 설치하는 절차적 해결 방식임 제14조의2(근로자판정위원회의 구성) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 제2조제1항제1호에 따른 근로자에 해당하는지를 판정하기 위하여 「노동위원회법」 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 "중앙노동위원회"라 한다)에 근로자 판정 위원회(이하 "근로자판정위원회"라 한다)를 둔다. 1. 제19조에 따른 손해배상을 청구한 사람 2. 제28조에 따른 구제신청을 한 사람 3. 제8장에 따른 재해보상을 청구한 사람 4. 그 밖에 근로자에 해당하는지에 대한 판정이 필요한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람 (하략)
임종성 의원 발의, "근로기준법 일부개정법률안", 2110867, (2021. 6. 18.).	제76조의4(특수형태근로종사자에 대한 특례) 「산업재해보상보험법」 제125조에 따른 특수형태근로종사자는 제2조제1항제1호에도 불구하고 제76조의2 및 제76조의3을 적용할 때에는 근로자로 본다. * 언급된 조항들은 직장 내 괴롭힘 관련 규정에 해당함

[별지 2] 특수형태근로종사자에 관한 법안 신설 방식의 국회 주요 제정안 목록

법안명	특수형태근로종사자에 관한 제정안 중 제3지위에 관한 정의규정
조성래 의원 발의, "특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안", 175785, (2006. 12. 21.). (유사안: 김상희 의원 발의, "특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률안", 1801891, (2008. 11. 11.).)	특정 사업주와 근로계약 외의 노무공급계약을 체결하고 그 사업에 필요한 노무(김상희 의원안의 경우 '노무 및 서비스')를 직접 제공함에 있어 다른 사람의 노동력을 이용하지 않으며 특정 사업주에 의하여 지급되는 수입으로 생활하는 자로서 근로기준법 제14조의 규정에 따른 근로자 및 노동조합 및 노동관계조정법 제2조제1호의 규정에 따른 근로자가 아닌 자 * 동법 제4조에서 골프장 캐디, 콘크리트믹서트럭운행기사, 보험설계사, 학습지교육상담교사, 그 밖에 제5조에 따른 특수형태근로종사자심의위원회에서 특수형태근로종사자로 인정받은 자로서 노동부장관에게 신고한 자라는 총 5개 유형을 열거함
김진표 의원 발의, "특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안", 176863, (2007. 6. 14.). (유사안: 김해영 의원 발의, "특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안", 2008021, (2017. 7. 17.); 임이자 의원 발의, "특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안", 2017933, (2018. 12. 31.).)	계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 근로기준법 등 노동관계법이 적용되지 아니하여 보호할 필요가 있는 자로서 다음 각 목에 모두 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자 가. 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 (임이자 의원안의 경우 '해당 사업주로부터 보수를 받아 생활할 것') 나. 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것
임이자 의원 발의, "특수형태근로종사자등의 보호에 관한 법률안", 2106018, (2020. 12. 1.).	다음 각 목의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람 가. 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무(勞務)를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니할 것 나. 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 다. 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것

	* 단, 해당 법률안은 위 '특수형태근로종사자'와 구분하여 아래와 같이 '디지털플랫폼근로종사자'를 별도로 규정함. 다음 각 목의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람 가. 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무(勞務)를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니할 것 나. 「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 생활할 것 다. 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것

고려대학교 법학연구원
고려법학 제103호 2021년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2021.103.357

공직선거법 제250조 제1항에 따른 허위사실공표죄의 의미와 기능

- 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결에 대한 판례평석 -

차 진 아*

목 차

Ⅰ. 서: 선거관련 재판의 의미와 대법원의 역할
Ⅱ. 사건의 개요와 판결의 요지
1. 사건의 개요
2. 다수의견의 요지
3. 반대의견의 요지
Ⅲ. 선거운동의 자유와 공정성의 긴장관계
1. 선거의 기본원칙과 선거운동의 자유
2. 선거의 민주적 기능과 선거운동의 공정성
3. 자유와 공정성의 조화점은 어디에 있는가?
Ⅳ. 공직선거후보자토론회의 의의와 기능
1. 후보자를 위한 토론회인가? 국민(유권자)를 위한 토론회인가?
2. 선거운동의 자유와 그 제한의 필요성
3. 공직선거법 제250조의 올바른 해석
Ⅴ. 거짓 정보가 허용되는 토론회의 역기능
1. 활발한 토론과 올바른 토론의 구별
2. 국민의 후보자들에 대한 판단의 혼란과 그 파급효과
3. 사후검증을 통한 교정의 한계
Ⅵ. 대법원 판결에 의한 공직선거법 제250조 제1항의 무력화는 정당한가?
1. 대법원에 의한 공직선거법 제250조 제1항의 해석과 그 결과
2. 법률 조항의 일부를 사문화시키는 판결의 문제점
3. 헌법재판소의 권한을 침해하는 대법원 판결의 문제점
Ⅶ. 결론: 선거의 민주성 확보에 역행하는 대법원 판결의 변경 필요성!

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서: 선거관련 재판의 의미와 대법원의 역할

모든 소송이 당사자의 이해관계에 매우 큰 영향을 미치지만, 고위공직자의 선거관련 재판에서는 이해관계의 대립이 더욱 광범위하고 첨예한 경우가 많다. 재판의 결과에 따라 공직을 유지할 수 없게 될 경우에는 당사자뿐만 아니라, 소속 정당과 지지자들에게도 큰 영향을 미치기 때문이다.[1] 그로 인하여 선거관련 재판은 자칫 정치의 사법화[2] 또는 사법의 정치화[3]로 이어질 수 있다는 우려를 낳기도 한다.

그러나 현대 헌법국가에서 정치와 사법이 완전히 분리될 수는 없다. 정치과정을 통해 사법작용의 전제조건들이 마련되고 변경되는가 하면, 사법작용을 통해 정치과정을 통제하는 것도 법치주의의 실현을 위해 매우 중요한 요소이기 때문이다. 더욱이 선거절차가 공정하게 진행되어 선거의 민주적 기능이 올바르게 발현될 수 있도록 하기 위해서는 불법적인 선거운동 등에 대한 엄격한 사법적 통제가 매우 중요하다.

현행 공직선거법은 선거관련 재판에 관하여 다양한 규정을 두고 있다. 공직선거법 제222조 이하에서 선거무효, 혹은 당선무효를 다투는 소송이 인정되고 있으며, 공직선거법 제230조 이하에서는 공직선거법을 위반한 행위들을 형사범죄로 인정하여 처벌하는 규정들을 두고 있다. 이러한 공직선거법의 규정들은 선거라는 정치적으로 가장 민감한 절차가 합법적으로 진행될 수 있도록 하는 담보라 할 수 있다.

---

1) 박근혜 전 대통령의 탄핵 결정 이후에 그 지지자들이 장기간 시위를 했던 것이나, 미국의 트럼프 전 대통령이 제기한 선거부정 의혹에 대해 미국의 법원에서 선거부정을 인정하지 않는 판결을 내린 이후에 그 지지자들이 의사당에 난입하는 등의 행동을 보였던 것도 이러한 대립의 첨예함으로 보여주는 사례라고 할 수 있다.

2) 김병록, 정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제, 법학논총 제28권 제1호(조선대학교 법학연구원, 2021.4), 105-148면; 박종현, 정치의 사법화의 메커니즘 -헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가-, 법학연구 제27권 제1호(연세대학교 법학연구소, 2017.3), 101-141면 참조.

3) 박범영, 사법권에 의한 정치의 통제 - 사법의 정치화, 입법정책 제8권 제1호(2014.6), 22-64면; 오향미, 헌법재판권에 의한 국가권력 구조 변화 -사법우위와 행정우위 국가 사이에서-, 평화연구 제28권 제1호(고려대학교 평화와민주주의연구소, 2020.4), 169-205면 참조.

하지만 재판의 결과에 따라 고위공직자의 신분이 달라질 수 있다는 점으로 인해 선거관련 재판에 대한 관심은 항상 높게 나타나며, 특히 유죄판결의 경우에는 그 형벌이 당선무효에 해당하는지 여부에 관심이 집중되기도 한다. 일각에서는 이러한 법원의 판결이 선거를 통해 선출된 고위공직자의 운명을 좌우하는 것이 부당하다는 주장도 있다.[4] 그러나 불법적인 수단을 동원해서라도 당선되기만 하면 된다는 생각을 뿌리뽑기 위해서라도 법원의 재판을 통한 통제의 필요성이 인정되는 것이다.

그런데 대법원이 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결에서 이재명 경기도지사의 공직선거법 제250조 제1항의 허위사실공표죄 위반에 대해 원심을 파기환송한 것에 대해서는 많은 비판이 가해지고 있다. 특히 대법원의 다수의견에서 공개토론회에서 행한 이재명 후보자의 발언이 허위사실임을 원심판결에서 확인했음에도 불구하고 그것이 적극적인 주장이 아니라 타 후보자의 질문에 대한 소극적인 답변이었기 때문에 허위사실의 공표라 하더라도 용인될 수 있다고 판단한 것에 대해서는 그것이 올바른 법해석인지, 나아가 법해석의 한계를 벗어난 것은 아닌지에 대해 매우 날카로운 비판이 있다.

이하에서는 먼저 사건의 개요와 대법원의 다수의견 및 반대의견의 요지를 개관(Ⅱ)한 이후에 그 쟁점들에 대해 정리하고자 한다. 이를 위해 먼저 판단의 준거가 되어야 할 대전제로서 「선거운동의 자유와 공정성의 긴장관계」(Ⅲ)를 살펴본 후에 「공직선거후보자토론회의 의의와 기능」(Ⅳ) 및 「거짓 정보가 허용되는 토론회의 역기능」(Ⅴ)에 대한 검토를 통해 대법원 판결이 안고 있는 문제점들을 분석하고자 한다. 그리고 대법원 판결에 의해 공직선거법 제250조 제1항이 무력화되는 문제점(Ⅵ)을 지적한 후, 이 글을 마치고자 한다.

---

4) 김선화, 민주주의 원리의 관점에서 본 공직선거법상 허위사실공표죄와 당선무효조항 - 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결 -, 저스티스 제183호(2021.4), 44면 이하; 김종철, 국회의원 선거법제 개혁 다시 보기 -'한국형 민주공화체제' 진화의 관점에서-, 법과 사회 제64권(2020.6), 26면.

Ⅱ. 사건의 개요와 판결의 요지

1. 사건의 개요

제1심인 수원지방법원 성남지원의 2019. 5. 16. 선고 2018고합266, 267(병합) 판결에 따르면 이재명 경기도지사는 성남시장으로 재직하던 당시에 성남시 정신건강센터에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었다는 점, 직위를 이용하여 친형을 정신병원에 강제로 입원시킨 점 등과 관련하여 경기도지사 토론회 등에서 친형을 입원시키려고 하였다는 내용으로 사실대로 발언할 경우 낙선할 것을 우려하여 당선될 목적으로 위와 같이 피고인의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다는 사실을 인정하였다. 그러나 허위사실에 대한 인식이 뚜렷하지 않았고, 답변의도가 명확하지 않다는 이유 등을 들어서 무죄 판결을 내렸다.

그러나 제2심인 수원고등법원은 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결에서 원심을 파기하고 유죄판결을 내렸다. 그 이유에서 이재명 성남시장이 친형의 정신병원 강제입원과 관련한 업무에서 일부 부적절한 영향력의 행사가 있었다고 할지라도 이를 직권남용권리행사방해로 인정하기에는 증거가 부족하다는 원심판결에 대해서는 “이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다”고 판단하였던 반면에, 공직선거법 제250조 제1항의 허위사실공표에 해당하는지에 대해서는 “유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다”고 판단한 것이다.

이와 같이 이 사건에 대한 제1심 판결과 제2심 판결이 엇갈리는 가운데 사건은 대법원에 상고되었고 대법원이 사건에 대한 최종적 판단을 내리게 되었다.

2. 다수의견의 요지

이 사건에서 대법원의 다수의견은 이재명 경기도지사의 공직선거후보

자토론회에서의 발언이 공직선거법 제250조 제1항의 허위사실 공표에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그 주된 논거는 세 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 공직선거법 제250조 제1항의 취지는 “선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 허위사실을 공표하는 행위 등을 처벌함으로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서 선거의 공정을 보장하기 위한 것”[5]이지만, 선거운동의 자유를 비롯한 정치적 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다.

특히 공직선거 후보자의 토론회에서는 “선거의 공정과 후보자 간 균형을 위하여 참여기회의 부여나 참여한 후보자 등의 발언순서, 발언시간 등 토론의 형식이 엄격하게 규제되고 있으므로(공직선거법 제82조 제3항, 제82조의2 제7항, 제14항, 공직선거관리규칙 제45조, 선거방송토론위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙 제23조 등 참조), 이러한 공정과 균형을 위한 기본 조건이 준수되는 한 후보자 등은 토론과정에서 최대한 자유롭고 활발하게 의사를 표현하고 실질적인 공방을 주고받을 수 있어야 한다.”고 한다.[6]

그러므로 “유권자가 그 공방과 논쟁을 보면서 어느 후보자가 공직 적격성을 갖추고 있는지 검증할 수 있게 하는 것이 선거과정에서의 일반적인 절차이다. 설령 후보자 등이 부분적으로 잘못되거나 일부 허위의 표현을 하더라도, 토론과정에서의 경쟁과 사후 검증을 통하여 도태되도록 하는 것이 민주적이고, 국가기관이 아닌 일반 국민이 그 토론과 후속 검증과정을 지켜보면서 누가 옳고 그른지 판단하는 것이 바람직하다.”는 것이다.[7]

둘째, 이와 관련하여 대법원의 다수의견은 “일정한 한계를 넘는 표현에 대해서는 엄정한 조치를 취할 필요가 있지만, 그에 앞서 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 표현의 자유를 더욱 넓게 보장하는 것이 보다 중요하다.”[8] 라고 한다. 나아가 “국가기관이 토론과정의 모든 정치적 표현에 대하여 그 발언이 이루어진 배경이나 맥락을 보지 않고 일률적으로 엄격한

5) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
6) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
7) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
8) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.

법적 책임을 부과한다면, 후보자 등은 자신의 발언에 대해 사후적으로 법적 책임을 부담하게 될지도 모른다는 두려움 때문에 더더욱 활발한 토론을 하기 어렵게 된다. 이는 우리 사회의 중요한 공적·정치적 관심사에 대한 치열한 공방과 후보자 검증 등을 심각하게 위축시킴으로써 공개되고 공정한 토론의 장에서 후보자 사이의 상호 공방을 통하여 후보자의 자질 등을 검증하고자 하는 토론회의 의미가 몰각될 위험이 있다."고 주장한다.[9]

이와 더불어 "선거를 전후하여 후보자 토론회에서 한 발언을 문제 삼아 고소·고발이 이어지고, 이로 인하여 수사권의 개입이 초래된다면 필연적으로 수사권 행사의 중립성에 대한 논란을 피할 수 없을 뿐만 아니라, 선거결과가 최종적으로 검찰과 법원의 사법적 판단에 좌우될 위험에 처해짐으로써 국민의 자유로운 의사로 대표자를 선출한다는 민주주의 이념이 훼손될 우려도 있다."는 점에 대해 우려를 표하고 있다.[10]

셋째, 대법원의 다수의견은 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유의 헌법적 의의와 중요성, 공직선거법상 후보자 토론회를 비롯한 선거운동에 관한 제반 규정의 내용과 취지, 후보자 토론회의 기능과 특성 등을 함께 고려할 때, "공직선거 후보자 등이 후보자 토론회의 토론과정 중에 한 발언을 이유로 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실공표죄로 처벌하는 것에는 신중을 기하여야 하고, 공직선거법 제250조 제1항에 의하여 형사처벌의 대상이 되는 행위의 범위에 관하여 보다 구체적이고 분명한 기준을 제시할 필요가 있다."고 한다.[11]

다수의견은 이렇게 볼 때, "후보자 등이 후보자 토론회에 참여하여 질문·답변을 하거나 주장·반론을 하는 것은, 그것이 토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공직선거법 제250조 제1항에 의하여 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다고 보아야 한다."고 판단하였다.[12]

---

9) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
10) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
11) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.

또한 대법원의 다수의견은 이런 입장의 연장선상에서 “공직선거법은 ‘허위의 사실’과 ‘사실의 왜곡’을 구분하여 규정하고 있으므로(제8조의4 제1항, 제8조의6 제4항, 제96조 제1항, 제2항 제1호, 제108조 제5항 제2호 등 참조), 적극적으로 표현된 내용에 허위가 없다면 법적으로 공개의무를 부담하지 않는 사항에 관하여 일부 사실을 묵비하였다는 이유만으로 전체 진술을 곧바로 허위로 평가하는 데에는 신중하여야 하고, 토론 중 질문·답변이나 주장·반론하는 과정에서 한 표현이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이 아닌 한, 일부 부정확 또는 다소 과장되었거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우에도 허위사실 공표행위로 평가하여서는 안 된다.”고 판시하였다.[13]

3. 반대의견의 요지

이러한 대법원의 다수의견에 대해 박상옥, 이기택, 안철상, 이동원, 노태악 대법관의 반대의견이 있었다. 반대의견의 요지는 다수의견이 제시한 논거들에 대해 반대논거를 제시하는 것이었으며, 이는 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 공직선거법 제250조 제1항은 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 허위사실을 공표하는 행위 등을 처벌함으로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서 선거의 공정을 보장하기 위한 규정으로서 “후보자에게 유리한 허위사실을 공표하지 못하도록 함으로써 선거인들이 후보자에 대한 정확한 판단자료를 가지고 올바른 선택을 할 수 있도록 하기 위한 것”[14]이다.

이와 관련하여 반대의견은 “공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 ‘허위의 사실’이란 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분”[15]하며, “어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거

12) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
13) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.
14) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.
15) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.

인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다."[16]고 지적하였다.

둘째, 공직선거법은 후보자 토론회를 선거운동방법의 하나로 규정하고 있으며, 유권자들도 토론회를 후보자의 공직 적격성을 판단하는 데 가장 중요한 정보 제공의 장으로 인식하고 있다는 점을 전제로 볼 때, "후보자 토론회에서의 허위사실의 유포 또는 사실의 왜곡은 국민주권과 대의민주주의를 실현하는 핵심 수단인 선거에서 선거의 공정을 침해하여 선거제도의 본래적 기능과 대의민주주의의 본질을 심각하게 훼손한다."[17]고 한다.[18]

또한, 반대의견은 "방송중계를 전제로 하는 후보자 토론회에서의 발언을 '토론회'라는 측면에만 주목하여 '공표'가 아니라고 보는 것은 '공표'의 의미에 관한 대법원 판례에도 반한다."[19] 라고 지적하면서 "공직선거법 제250조 제1항에서 정한 '공표'는 반드시 허위사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정될 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현된 내용 전체의 취지에 비추어 그와 같은 허위사실의 존재를 암시하고, 이로써 후보자의 평가에 유리한 영향을 미칠 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 충분하다."[20] 라고 주장하였다.

셋째, 방송 토론회에서 피고인의 발언은 미리 준비한 자료에 의하여 일

16) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.
17) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.
18) 이와 관련하여 반대의견은 "다수의견과 같이 후보자 토론회의 토론과정 중 발언이 적극적 · 일방적으로 허위사실을 표명하는 것이 아니라는 이유에서 이를 허위사실공표죄로 처벌하지 않고 일률적으로 면죄부를 준다면, 이는 결과적으로 후보자 토론회의 의의와 기능을 소멸시켜 토론회가 가장 효율적이고 선진적인 선거운동으로 기능할 수 없게 만들고, 토론회에서 적극적으로 구체적인 발언을 한 후보자만이 법적 책임을 부담하게 될 위험이 커진다. 이로써 후보자들은 후보자 토론회에서 서로의 장점과 단점을 구체적 · 적극적으로 드러내지 않은 채 포괄적 · 소극적으로 불분명하게 지적하게 되고, 토론회의 생동감과 적극성은 기대할 수 없게 된다. 결국 실제 선거에서 후보자 토론회가 형식적으로 운영될 수밖에 없다."고 지적하고 있다.
19) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.
20) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.

방적으로 자신이 전달하고자 하는 내용을 적극적으로 발표하는 것과 다르지 않으며, 객관적·실체적으로 하나의 사실에 해당하는 '피고인이 친형인 갑의 정신병원 입원 절차에 관여하였다는 사실' 자체에 관한 명확한 질문과 답변인 점, 피고인이 자신의 지휘와 감독을 받고 있는 관할 보건소장 등에게 정신병원 강제입원을 지시하고 독촉한 사실이 인정됨에도 토론회에서의 질문에 대하여 단순히 부인하는 답변만을 한 것이 아니라 자신에게 불리한 지시·독촉 사실은 숨기고, 자신에게 유리한 사실만을 덧붙여서 전체적으로 보아 '피고인이 친형의 정신병원 입원 절차에 관여한 사실이 없다.'는 의미로 해석될 수밖에 없는 취지로 발언한 점에 주목하였다.

이에 근거하여 대법원의 반대의견은 "피고인 발언의 전체적 내용은 피고인이 갑에 대한 정신병원 입원 절차에 관한 자신의 관여 사실을 적극 부인하는 답변으로서 구체적 사실에 대한 거짓 해명이므로 이는 증명할 수 있는 허위사실의 공표에 해당하는 점 등을 종합하면, 피고인의 발언은 단순한 묵비나 부작위가 아니라 적극적으로 구체적 사실을 들어 거짓 해명을 한 것일 뿐만 아니라, 피고인이 부하 직원들에게 갑에 대한 정신병원 입원 절차를 지시하고 독촉한 사실을 숨기거나 은폐함으로써 전체적으로 보아 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것으로서 '허위사실의 공표'에 해당한다."[21] 고 보았다.

Ⅲ. 선거운동의 자유와 공정성의 긴장관계

1. 선거의 기본원칙과 선거운동의 자유

헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항은 국회의원선거와 대통령선거에 대하여 보통·평등·직접·비밀의 4대원칙을 규정하고 있다.[22] 이러한 선거

21) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.

22) 현행헌법에는 자유선거의 원칙이 규정되어 있지 않으나, 독일 기본법 및 독일헌법학계의 영향 하에 자유선거의 원칙을 덧붙이는 경우도 있다. 이에 대하여는 헌재 1994.

의 기본원칙은 대의제 민주주의의 핵심적 요소인 선거가 자유와 평등이라는 민주주의의 이념에 부합하도록 요청하는 것으로 이해된다. 보통선거와 평등선거는 평등의 이념을 실현하는 것이며, 직접선거와 비밀선거는 국민의 자유로운 의사가 반영될 수 있도록 하는 것이기 때문이다.[23]

이러한 선거의 기본원칙은 선거제도 전반을 형성하는 기준이며, 이를 벗어나는 선거제도는 위헌으로 인정된다.[24] 그러므로 선거운동도 선거의

---

7. 29. 93헌가4등 결정, 판례집 6-2, 15[27]); 헌재 1999. 6. 24. 98헌마153 결정, 판례집 11-1, 839(845); 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5 결정, 판례집 11-2, 326(335); 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등 결정, 판례집 13-2, 77(100); 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등 결정, 판례집 13-2, 174(192); 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정, 판례집 16-1, 422(434); 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32 결정, 판례집 20-2상, 750(763); 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526 결정, 판례집 21-1상, 622(631); 헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72 결정, 판례집 21-1상, 406(414); 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마141등 결정, 판례집 21-2하, 869(886);헌재 2009. 12. 29. 2007헌마1412 결정, 판례집 21-2하, 846(860); 헌재 2018. 4. 26. 2016헌마611 결정, 판례집 30-1하, 21(33) 등; 김래영, 의무투표제의 합헌적 시행방안에 관한 연구, 법학연구 제23권 제2호(경상대학교 법학연구소, 2015.4), 29면 이하; 방승주, 선거운동의 자유와 제한에 대한 평가와 전망, 헌법학연구 제23권 제3호(2017.9), 30면; 이부하, 선거원칙에 대한 논의와 선거권과 관련한 헌법재판의 심사기준, 법학논총 제31집(숭실대학교 법학연구소, 2014.1), 184면 이하; 조재현, 자유선거의 원칙, 공법연구 제30집 제4호(2002.5), 95-117면; 조한상, 투표참여자 우대제도에 관한 헌법적 고찰 - 제18대 국회의원 선거를 중심으로, 헌법학연구 제14권 제2호(2008.6), 309-310면; 홍석한, 선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제19권 제4호(2013.12), 129-130면; 홍일선, 선거권과 선거의무 -자유선거의 원칙과 선거참여의 무제의 도입가능성-, 공법연구 제34집 제3호(2006.2), 353면 이하 참조.
그런데 헌법재판소는 "(입후보의 자유와 기회균등에 위배) 우리 헌법은 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 원칙을 명시하고 있어 모든 선거참가인에게 원칙적으로 평등하게 보호를 하고, 자유로운 입후보를 허용하고 있고, 정치적 자유와 그 기회는 정당의 공천자나 무소속의 입후보자에게 차별없이 균등하게 보장하고 있다."(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정, 판례집 1, 199[229])라고 판시한 바 있다. 그러나 우리 헌법이 자유선거의 원칙을 명시하고 있다는 판시내용은 사실과 다르다. 현행 헌법은 제41조 제1항에서 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다." 라고 규정하고 있고, 제67조 제1항에서 "대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다." 라고 규정하고 있는 바, 자유선거의 원칙은 명시하지 않고 있는 것이다.

23) 장영수, 민주적 선거의 요청과 헌법 -선거에 관한 헌법재판소 결정 평석-, 판례연구 제8권(고려대학교 법학연구원, 1996.9), 12면.

24) 헌법재판소는 예컨대, 재외국민의 선거권을 제한하는 것에 대해 보통선거원칙 위배를 이유로 헌법불합치 결정(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정)을 내린 바 있고, 지역구 국회의원선거의 선거구 간 인구불균형에 대해서 평등선거원칙 위배를 이유로 위헌

기본원칙을 벗어나서는 안 된다. 다만, 자유선거의 원칙이 헌법상 명시되지 않은 상태에서 선거운동의 자유의 근거가 무엇이며, 이를 어디까지 인정할 것인지에 대해서는 논란의 소지가 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 선거운동의 자유를 자유선거의 원칙과 더불어 국민의 기본권으로서의 정치적 표현의 자유 및 참정권(선거권)으로부터 도출하고 있다.[25] 비록 자유선거의 원칙이 갖는 의미와 내용에 대해서는 학설상 대립이 있으나,[26] 헌법재판소에 판례에 따르면 선거운동의 자유도 선거의 기본원칙으로부터 직접 도출되는 것으로 볼 수 있다. 또한 선거운동의 자유가 표현의 자유의 한 형태이자 선거권을 올바르게 행사하기 위한 중요한 전제라는 점에 대해서도 충분히 공감할 수 있다.

문제는 선거운동의 자유가 이렇게 중요한 헌법적 요청이라고 인정할 때, 이를 제한하는 것은 어떤 경우에 무엇을 근거로 가능한지에 있다. 기본권으로서 표현의 자유 내지 선거권이 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수

결정(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등 결정)이나 헌법불합치결정(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등 결정; 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등 결정)을 내린 바 있으며, 유권자에게 별도의 정당투표를 인정하지 않고 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분하는 것에 대해서 직접선거원칙 위배를 이유로 위헌성을 인정하여 한정위헌결정(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등 결정)을 내린 바도 있다.

25) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506-507: “자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다.
선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.
또한 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다. 그러므로 선거운동의 제한은 선거권, 곧 참정권의 제한으로도 파악될 수 있을 것이다.”

26) 이에 관하여는 홍석한, 앞의 논문(주-22), 129-130면 참조

있다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 하지만 선거의 기본원칙(자유선거의 원칙)의 요청으로서 선거운동의 자유는 어떻게 제한되어야 하며, 그 근거 및 기준은 무엇인가?

이에 대해서는 단지, 표현의 자유 및 선거권을 제한하는 근거 및 기준이 동일하게 적용된다고 말하기는 어렵다. 헌법상 원칙인 선거의 기본원칙의 적용범위 및 그 한계의 문제가 기본권의 보장범위 및 제한의 문제와 동일시될 수는 없기 때문이다. 여기서는 다른 선거의 기본원칙, 예컨대 평등선거의 원칙이 선거구인구불균형 문제에 대해 어떤 기준에 따라 그 적용의 내용과 범위를 변화시켜 왔는지를 참고해야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 자유선거의 원칙을 구체화하는 선거운동의 자유가 제한되는 것은 -표현의 자유 및 선거권의 제한과는 별도로- 선거제도의 합리적 구성 및 운용이라는 관점에서, 그리고 특히 선거의 민주적 기능이라는 측면에서 검토되어야 할 것이다.

2. 선거의 민주성 요청과 선거운동의 공정성

선거를 단순히 국민의 기본권인 선거권의 구체화로만 볼 것이 아니라, 민주주의라는 헌법의 기본원리를 실현하는 헌법상의 제도라는 측면에서 볼 때, 선거의 민주성은 양보할 수 없는 가치라고 할 수 있다. 민주적이지 않은 선거, 독재권력을 정당화하는 선거는 어떤 이유로도 정당화될 수 없으며, 오히려 이를 계획하고 실현하려는 정당에 대해서는 방어적 민주주의의 요청에 따라 위헌정당으로 해산시키는 것이 가능할 것이다.[27]

선거에 대해 요구되는 민주성은 크게 세 가지로 나뉠 수 있다. 첫째, 주권자인 국민의 의사가 올바르게 반영되어야 한다.[28] 둘째, 선거를 통해 선

27) 방어적 민주주의와 위헌정당해산제도에 대하여 자세한 것은 장영수, 정당해산 요건에 대한 독일 연방헌법재판소의 판단기준에 관한 연구, 헌법학연구 제20권 제4호(2014.12), 295-335면; 장영수, 통일 이후의 한국 사회와 방어적 민주주의, 통일과 법률 제28호(2016.1), 1-32면; 차진아, 방어적 민주주의의 비교법적 연구 -위헌정당해산심판과 정당해산결정의 후속조치를 중심으로-, 법무부 연구용역보고서, 2014; 차진아, 독일의 정당해산심판의 요건과 판단기준에 대한 연구, 고려법학 제72호(2014.3), 91-140면.

출된 대표자가 국민에 의해 부여된 민주적 정당성에 기초하여 올바른 대표자의 역할을 할 수 있도록 해야 한다.[29] 셋째, 국민에 의해 선출된 대표자가 국민의 위임을 벗어나 독재화되지 않도록 통제할 수 있어야 한다.[30]

첫째 요소에 따라 강조되고 있는 것이 국민의 의사를 제대로 반영하는 선거제도이다. 1987년의 6월 민주항쟁에서 대통령 직선제 개헌이 요구되었던 것[31]도 국민의 의사를 제대로 반영하기 위한 것이었고, 최근의 국회의원 선거에서 각 정당의 과대대표 문제가 지적되면서 연동형 비례대표제 도입의 강조되었던 것[32]도 마찬가지 이유에서 비롯된 것이었다.

둘째 요소와 직결되는 문제는 민주적 정당성을 올바르게 매개하기 위해 관권선거, 금권선거, 흑색선전 등의 국민의 후보자에 대한 객관적인 판단에 부정적인 영향을 미치는 요소들을 금지해야 한다는 것이며,[33] 이는 곧 선거의 공정성을 확보하는 것이기도 하다.

셋째 요소는 공직선거 후보자의 임기를 제한하고, 주기적인 선거를 통해 통제를 가하는 것을 통해 확보되고 있으며,[34] 그밖에 권력분립의 체계 내에서 상호 견제와 균형을 유지하도록 하는 것도 이와 관련되어 있다.

그러므로 선거의 민주성 확보를 위해 합리적인 선거제도와 더불어 선거의 공정성 확보, 주기적인 선거의 반복은 필수적인 요소이다. 특히 선거의 공정성이 확보되지 않을 경우 선거는 민주주의의 실현수단이 아니라 독재권력의 정당화 수단 내지 경제적·사회적 세력의 권력장악 수단으로 전락하게 될 수 있다.

---

28) 장영수, 앞의 논문(주-23), 12면.

29) 장영수, 앞의 논문(주-23), 13면.

30) 장영수, 앞의 논문(주-23), 13면.

31) 당시의 직선제 개헌 요구에 관하여는 장영수, 대한민국헌법의 역사, 홍문사, 2019, 264면 이하 참조.

32) 다만, 2020년 1월의 공직선거법 개정에 의해 도입된 이른바 준연동형 비례대표제는 이러한 요청에 부응하지 못한, 실패한 개혁이었다. 이에 관하여는 장영수, 개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점, 공법연구 제48집 제3호(2020.2), 167-192면 참조.

33) 조한상, 앞의 논문(주-22), 294면.

34) 장영수, 앞의 논문(주-23), 13면.

3. 자유와 공정성의 조화점은 어디에 있는가?

그러므로 선거운동의 자유와 선거의 공정성은 양자택일될 수 있는 것이이 아니라 동시에 추구되어야 할 -즉, 어느 하나도 포기될 수 없는- 핵심적 가치이다. 선거운동의 자유를 강조하여 공정성을 훼손하는 것[35]도, 공정성을 강조한 나머지 선거운동의 자유가 억압되는 것[36]도 모두 바람직하지 않다.

이런 경우에 가장 합리적인 해결방식으로 인정되는 것이 실제적 조화의 원리이다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 의해 형성된 실제적 조화의 원리는 충돌하는 두 핵심가치를 동시에 최대한 실현할 수 있는 합리적 균형점을 모색하는 것이다.[37] 예컨대, 언론의 자유와 명예권이 충돌하는 경우에 무조건 어느 한쪽을 우선하는 것이 아니라, 진실에 부합하는 언론으로서 공익을 위한 것이라면 언론의 자유가 우선하는 것으로, 그렇지 않고 허위의 내용이거나 음해 목적인 경우에는 명예권이 우선하는 것으로 보는 것이다.[38]

이와 같은 방식으로 선거운동의 자유와 선거의 공정성 사이의 조화점을 찾을 때, 세 가지 기준이 고려되어야 한다.

첫째, 선거운동의 자유도, 선거의 공정성도 극단적인 형태[39]로 관철되어서는 안 된다. 이는 양자의 합리적인 조화와 상호보완을 통해 선거의 민주적 기능을 올바르게 발현시키는 것이 될 수 없기 때문이다.

---

35) 예컨대, 선거운동의 자유를 강조하여 관권선거나 금권선거를 방치하는 것은 선거의 민주성을 근본적으로 훼손하는 것이 될 것이다.

36) 예컨대, 2002년 당시 선거관리위원회에서 선거의 공정성을 강조한 나머지 대통령선거를 앞둔 연말에 동창회, 향우회, 종친회 등 모든 사적 모임을 전면적으로 금지하려고 하였던 것(이에 관하여는 https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=020&aid=0000150049 참조. 최종방문 2021.11.15.)은 선거운동의 자유에 대한 과도한 제한이라고 할 수 있으며, 국민들의 강력한 반발에 의해 결국 폐기되었다.

37) 실제적 조화의 원리에 관하여는 장영수, 헌법학, 홍문사, 2021, 107면 이하; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C.F.Müller, 1995, Rn. 72 참조.

38) 장영수, 앞의 책(주-37), 107면 이하; K. Hesse, a.a.O.(Anm. 37), Rn. 72 참조.

39) 앞서 언급한 바와 같이(위 주-35), 예컨대, 금권선거, 관권선거, 흑색선전 등이 선거운동의 자유라는 이름으로 허용될 수 없으며, 거꾸로 공직선거 후보자와 유권자의 접촉을 과도하게 제한함으로써 선거운동의 자유가 사실상 유명무실하게 되는 것도 선거의 공정성이라는 이름으로 정당화될 수 없다.

둘째, 양자의 공동목적이 선거의 민주적 기능 발현에 있다는 점을 고려하면서 선거운동의 자유가 이를 벗어나지 않도록 해야 한다. 즉, 유권자의 합리적인 선택을 왜곡할 수 있는 금품살포, 거짓 정보의 유포 등이 선거운동의 자유를 이유로 허용될 수는 없다.[40]

셋째, 유권자의 올바른 선택을 왜곡하지 않는 선거운동은 최대한 보장되어야 한다.[41] 그런 범위 내에서 새로운 매체를 이용한 선거운동, 새로운 방식의 선거운동도 폭넓게 인정될 수 있다.

그러므로 유권자의 합리적인 선택을 왜곡하지 않는 범위 내에서 선거운동의 자유를 폭넓게 인정하는 것, 그것이 선거운동의 자유와 선거의 공정성을 동시에 최대한 실현하는 조화점이라 할 수 있다.[42]

Ⅳ. 공직선거후보자토론회의 의의와 기능

1. 후보자를 위한 토론회인가? 국민(유권자)를 위한 토론회인가?

대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 핵심은 공직선거후보자토론회에서 허위사실의 공표에 대해 처벌하도록 한 공직선거법 제250조의 해석이다. 이 조항의 올바른 해석을 위해서는 공직선거후보자토론회의 의의와 기능에 대한 정확한 이해가 전제되어야 할 것이다.

이에 관하여 다수의견과 반대의견의 차이가 눈에 띈다. 다수의견은 공직선거법 제250조의 해석과 관련하여 '정치적 의사표현의 자유'를 강조하는 반면에, 반대의견은 '선거운동의 공정성'에 주목한다. 물론 두 가지 측면이 모두 비중 있게 고려되어야 할 것이나, 구체적인 경우에 어느 쪽이 우선되어야 할 것인지에 대해서는 분명한 판단이 필요할 수 있다.

여기서 중요한 것은 선거운동의 자유에 포함되어 있는 정치적 의사표현의 자유가 갖는 의미와 비중을 단순히 선거운동의 공정성과 법익형량을 하

40) 장영수, 앞의 논문(주-23), 24면.
41) 장영수, 앞의 논문(주-23), 24면.
42) 장영수, 앞의 책(주-37), 303-304면.

는 것이 아니라, 전술한 바와 같이 기본권충돌의 해결방법으로 널리 인정되고 있는 실제적 조화의 원칙에 따라 양자의 합리적 균형점을 모색하는 것이다.

선거운동의 자유도, 선거의 공정성도 민주적 선거의 의미와 역할을 벗어나서 인정될 수 없다. 그러므로 양자의 합리적 균형점은 민주적 선거의 본질에 부합하는 방향에서 모색되어야 한다. 그러므로 선거운동의 자유가 극단화되어 선거의 공정성을 깨뜨리는 것도, 선거운동의 공정성을 극단화하여 선거운동이 위축되고 국민의 합리적 선택에 방해가 되는 것도 옳지 않은 것이다. 양자 모두 선거의 민주적 기능 발현을 저해하는 것이기 때문이다.

또한, 이러한 선거의 민주적 기능에 초점을 맞출 때, 후보자를 위한 선거운동보다 국민을 위한 선거운동의 측면이 더 강조되어야 할 것이다.[43] 선거운동과 무관하게 행사될 수 있는 정치적 의사표현의 자유와 선거운동의 과정에서 국민의 올바른 선택에 영향을 미치는 정치적 의사표현이 구분되어야 할 것이기 때문이다.

같은 맥락에서 공직선거후보자토론회는 후보자를 위한 것이기에 앞서 국민을 위한 것이며, 후보자가 자신이 당선되어야 할 당위성을 국민에게 알리는 것도 국민의 올바른 선택권을 침해하지 않는 범위 내에 한정되어야 한다는 점이 인정되어야 한다.

2. 선거운동의 자유와 그 제한의 필요성

이렇게 볼 때, 선거운동의 자유와 선거운동의 공정성 사이의 합리적 균형점은 무엇보다 국민의 올바른 판단을 왜곡하지 않는 범위 내에서 선거운동의 자유가 폭넓게 보장되지만, 그렇지 않은 선거운동은 공정성을 위해 제한될 수 있다는 점에서 찾아야 한다.[44]

선거운동의 자유는 결코 자기목적이 아니다. 국민의 합리적 판단을 왜곡시키는 금품살포나 관권의 동원, 흑색선전 등이 선거운동의 자유로 정당

43) 선거의 민주적 기능이 제대로 발현되기 위해서는 후보자들에 대한 국민의 올바른 판단과 선택이 무엇보다 중요하기 때문이다.

44) 장영수, 앞의 책(주-37), 303-304면.

화될 수 없는 것은 민주적 선거의 목적과 기능에 위배되기 때문이며, 이를 후보자의 재산권 행사의 자유 또는 정치적 의사표현의 자유 등으로 정당화할 수는 없다.[45]

이런 의미에서 선거운동의 자유를 제한하는 공직선거법 조항들은 다수 존재한다. 노골적인 금품살포나 흑색선전 등이 금지될 뿐만 아니라, 선거운동기간의 제한, 선거비용의 제한, 선거운동의 방법에 관한 호별방문의 금지, 서명운동의 금지 등, 그리고 여론조사 및 결과공표의 제한 등이 계속 논란의 대상이 되고 있다. 그러나 대부분의 조항들은 헌법재판소에서 합헌으로 인정되고 있으며, 이를 통해 선거운동의 공정성이 유지되도록 하고 있다.

논란의 대상이 되고 있는 조항들 중에는 선진외국의 입법례와 비교하면서 그 위헌성이 논란되는 것들도 있지만, 대부분 대한민국의 정치문화에 비추어 필요한 것으로 인정된다. 예컨대, 미국의 경우 선거운동기간의 제한을 두지 않고 있지만, 우리의 경우 그 제한을 없앤다면 당선 또는 낙선 직후부터 4년 내내 선거운동을 계속하는 경우조차 드물지 않을 것이라는 우려가 크기 때문에 정당한 것으로 인정되는 것이다.[46]

거꾸로 선거운동의 공정성을 과도하게 강조한 나머지 선거운동의 자유가 불합리하게 제한된 사례도 존재한다. 예컨대, 중앙선거관리위원회에서 2012년 대통령선거를 앞두고 선거운동의 공정성을 확보한다는 명목으로 선거를 앞둔 시점에서 각종 사적 모임을 전면적으로 금지시킨 바 있었다.[47] 그러나 이는 선거운동의 자유를 제한하기에 충분한 구체적 타당성을 갖는 것으로 볼 수 없으며, 결국 국민적 비난 속에 선거관리위원회에서 입장을 바꾼 바 있었다.[48]

주목할 점은 선거운동의 자유나 선거운동의 공정성 사이의 갈등이 어느 한쪽의 절대적 우위로 결론 내려져서는 안 된다는 것이며, 합리적인 균

45) 장영수, 앞의 책(주-37), 303-304면.

46) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정, 판례집 6-2, 15; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정, 판례집 13-2, 263; 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97 결정, 판례집 7-2, 677.

47) 동아일보, 대선기간동안 동창회-향우회-종친회 송년회 금지, 2002. 9. 6.(https://www. donga.com/news//article/all/20020906/7860317/1) (2021. 11. 24. 접속).

48) 한경, 연말동창회 단속기준 완화, 2002.9.18.(https://www. hankyung. com/politics/article/2002091857798) (2021. 11. 24. 접속).

형점을 찾아야 한다는 것이다. 이는 공직선거후보자토론회의 경우라 해서 다르지 않다.

3. 공직선거법 제250조의 올바른 해석

공직선거법 제250조는 벌칙조항의 하나이며, 제1항에서는 당선되거나 되게 할 목적으로 한 허위사실의 공표를, 제2항에서는 당선되지 못하게 할 목적으로 한 허위사실의 공표를 각기 처벌하도록 규정하고 있으며, 제3항에서는 당내경선에서 당선되거나 되게 할 목적으로 한 허위사실의 공표와 당선되지 못하게 할 목적으로 한 허위사실의 공표를 처벌하도록 규정하고 있다.

이러한 공직선거법 제250조의 입법목적은 허위사실로 인한 국민들의 올바른 판단의 왜곡 및 그로 인한 부당한 선거결과를 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다. 이러한 입법목적의 정당성은 부인할 수 없으며, 허위사실의 공표를 금지하지 않고서는 소기의 입법목적을 달성하기 어렵다는 점에서 방법의 적정성과 침해의 최소성도 인정된다. 그리고 허위사실의 공표를 보호함으로써 얻는 법익보다는 허위사실을 금지함으로써 얻는 법익이 더 크다는 점에서 법익의 균형성도 충족된다.[49] 즉, 과잉금지원칙에 비추어 보더라도 공직선거법 제250조의 합헌성은 부인될 수 없으며, 공직선거법 제250조의 내용은 그 취지에 따라 정확하게 해석·적용되어야 한다.

그런데 대법원의 다수의견은 공직선거법 제250조 제1항의 의미를 상당히 축소하여 해석하고 있다. 즉, '허위사실의 공표'를 처벌하도록 하는 문언에도 불구하고 후보자 토론회의 경우에는 이를 "적극적으로 허위사실을 표명"하는 경우로 한정하고, "후보자 등이 후보자 토론회에 참여하여 질문·답변을 하거나 주장·반론을 하는 것은, 그것이 토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공직선거법 제250조 제1항에 의하여 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다."고 보았다.[50]

---

49) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결.

50) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결. 대법원의 다수의견은 그 논거

나아가 대법원 다수의견은 “이를 판단할 때에는 사후적으로 개별 발언들의 관계를 치밀하게 분석·추론하는 데에 치중하기보다는 질문과 답변이 이루어진 당시의 상황과 토론의 전체적 맥락에 기초하여 유권자의 관점에서 어떠한 사실이 분명하게 발표되었는지를 살펴보아야 한다.”는 점과 “어떠한 표현이 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분에서 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부적으로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 이를 허위사실의 공표라고 볼 수 없다.”는 점을 강조하고 있다.[51]

그러나 이 사건에서 -다수의견의 해석에 대한 반대의견의 비판은 접어 두더라도- 이재명 경기도지사가 질문에 대해 답변한 내용이 다수의견이 주장한 것처럼 ‘중요한 부분에서는 객관적 사실과 합치’하지만, ‘세부적으로 약간 차이가 나거나 다소 과정된 표현이 있는 것’으로 볼 수 있을지 의문이다. 질문의 핵심은 이재명 지사가 자신의 친형을 정신병원에 강제입원시킨 것이 사실인지에 관한 것이었고, 답변의 핵심은 이를 부인하는 것이었는데, 이를 중요한 부분에서 사실과 합치하는 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라,[52] 사실심인 하급심의 판단과도 어긋나는 것이기 때문이다.

로 “후보자 토론회의 기능과 특성을 고려할 때, 토론회에서 후보자 등이 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 다른 후보자의 견해나 발언을 의도적으로 왜곡한 것이 아니라, 합리적으로 보아 가능한 범위 내에서 다른 후보자의 견해나 발언의 의미를 해석하고 이에 대하여 비판하거나 질문하는 행위는 진실에 반하는 사실을 공표한다는 인식을 가지고 행하는 허위사실 공표행위로 평가할 수 없다고 보아야 하고, 이러한 법리는 다른 후보자의 질문이나 비판에 대해 답변하거나 반론하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다”는 점과 “공직선거법은 ‘허위의 사실’과 ‘사실의 왜곡’을 구분하여 규정하고 있으므로(제8조의4 제1항, 제8조의6 제4항, 제96조 제1항, 제2항 제1호, 제108조 제5항 제2호 등 참조), 적극적으로 표현된 내용에 허위가 없다면 법적으로 공개의무를 부담하지 않는 사항에 관하여 일부 사실을 묵비하였다는 이유만으로 전체 진술을 곧바로 허위로 평가하는 데에는 신중하여야 하고, 토론 중 질문·답변이나 주장·반론하는 과정에서 한 표현이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이 아닌 한, 일부 부정확 또는 다소 과장되었거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우에도 허위사실 공표행위로 평가하여서는 안 된다”는 점을 제시하고 있다.

51) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결.

52) 김현재, 후보자 토론회의 발언에 대한 허위사실공표죄 검토 - 대상판결: 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 판결-, 미디어와 인격권 제6권 제2호(2020.12), 209-210면.

Ⅴ. 거짓 정보가 허용되는 토론회의 역기능

1. 활발한 토론과 올바른 토론의 구별

이 판결에서 대법원 다수의견이 힘주어 강조했던 것은 선거운동의 자유를 통한 활발한 토론의 중요성이었다. 즉, 공직선거법 제250조를 엄격하게 적용할 경우에는 후보자 등의 토론회가 위축될 수 있으므로 완화된 해석·적용이 불가피하다는 점이다.

대법원의 다수의견은 "후보자 토론회는 후보자 등이 직접 한자리에 모여 치열하게 질문과 답변, 공격과 방어, 의혹 제기와 해명 등을 할 수 있는 공론의 장이고, 후보자 등 상호 간의 토론이 실질적으로 활성화되어야만 유권자는 보다 명확하게 각 후보자의 자질, 식견과 견해를 비교·평가할 수" 있다는 점을 강조하였다.[53]

이러한 다수의견의 주장은 타당한 것으로 볼 수 있지만, 그 전제는 토론의 내용이 사실에 부합하여야 한다는 점이며, 토론과정에서 허위사실이 난무할 경우에는 오히려 유권자의 올바른 판단에 장애가 될 수밖에 없다. 이렇게 되면 아무리 토론이 활발하더라도 그것이 올바른 토론이라고는 볼 수 없다. 공직선거법 제250조는 이를 막고 올바른 토론이 진행됨으로써 유권자가 올바른 판단을 내릴 수 있도록 하기 위한 것이라는 점에서 대법원의 다수의견이 이를 논거로 공직선거법 제250조의 엄격한 적용을 회피하려는 것은 타당하지 않다.

이와 관련하여 다수의견은 "토론의 경우에는 미리 준비한 자료에 의하여 일방적으로 자신의 의견을 표현하는 연설 등의 경우와 달리, 후보자 사이에서 질문과 답변, 주장과 반론에 의한 공방이 제한된 시간 내에서 즉흥적·계속적으로 이루어지게 되므로 그 표현의 명확성에 한계가 있을 수밖에 없다. 특히 토론회에서 후보자 등은 다른 후보자의 질문이나 견해에 대하여 즉석에서 답변하거나 비판하여야 하는 입장에 있으므로, 다른 후보자

53) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.

의 발언을 의도적으로 왜곡하지 않는 한 자신이 처한 입장과 관점에서 다른 후보자의 발언의 의미를 해석하고 대응하며, 이에 대하여 다른 후보자도 즉시 반론하거나 재질문 등을 함으로써 그 진실 여부를 밝히고 견해의 차이를 분명히 하여 유권자가 그 공방과 논쟁을 보면서 어느 후보자가 공직 적격성을 갖추고 있는지 검증할 수 있게 하는 것이 선거과정에서의 일반적인 절차이다. 설령 후보자 등이 부분적으로 잘못되거나 일부 허위의 표현을 하더라도, 토론과정에서의 경쟁과 사후 검증을 통하여 도태되도록 하는 것이 민주적이고, 국가기관이 아닌 일반 국민이 그 토론과 후속 검증과정을 지켜보면서 누가 옳고 그른지 판단하는 것이 바람직하다."고 주장한다.[54]

이러한 주장은 매우 무책임할 뿐만 아니라, 모순적이다. 토론회의 경우 주장과 반론이 즉흥적·계속적으로 이루어지는 것은 맞지만, 그렇기 때문에 더욱 엄격하게 진실에 부합하는지 여부를 확인해야 하며, 이를 위반한 경우에 대해 제재를 가해야 한다. 그렇지 않으면 사실상 허위사실의 공표를 전면 허용하는 것과 다르지 않게 될 수 있기 때문이다. 그런데 대법원 다수의 견은 허위사실의 공표 자체를 처벌함으로써 이를 원천적으로 차단하려는 공직선거법 제250조의 입법취지에 반하여 사후검증을 통해 도태되도록 해야 한다고 주장한다. 이는 사실상 공직선거법 제250조 제1항을 무력화시키는 해석일 뿐만 아니라,[55] 이 주장을 그대로 관철한다면 적극적으로 허위사실을 표명하는 경우와 상대 후보자 등의 질문에 대해 소극적으로 허위의 사실로 답변하는 경우를 구분하는 것조차 옳지 않다.

2. 국민의 후보자들에 대한 판단의 혼란과 그 파급효과

선거과정에서 가장 우려스러운 것의 하나가 후보자에 대해 잘못된 사실이 유포되거나 진실이 은폐됨으로 인하여 유권자들이 후보자에 대해 잘못된 인식을 전제로 투표하는 것이다. 예컨대, 박근혜 전 대통령과 최순실의

54) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 다수의견.

55) 윤진희, 공직선거법상 허위사실공표죄에 대한 헌법적 검토 – 대법원 2020.7.16. 선고 2019도13328 판결의 평석을 중심으로–, 입법학연구 제17집 제2호(2020.8), 306-307면.

관계가 대통령선거 이전에 충분히 알려졌다면 박근혜 전 대통령이 당시 여당이었던 한나라당의 대통령후보가 될 수 있었을 것인지, 또 설령 대통령후보가 되었어도, 대통령선거에서 당선될 수 있었을 것인지 매우 의심스럽다.[56]

물론 선거관리위원회를 통해 유권자들에게 알려지는 후보자의 학력과 경력 등의 정보, 각종 선거운동 및 언론매체를 통해 알려지는 후보자에 대한 다양한 정보 중에는 허위 또는 과장된 정보도 있을 것이며, 은폐된 중요 정보도 적지 않을 것이다. 그러나 적어도 공표된 사실에 관하여는 허위의 사실을 금지함으로써 선거결과의 왜곡을 막아야 할 것이며, 이를 위해 만들어진 조항이 공직선거법 제250조이다.

만일 허위의 정보들이 난무하게 될 경우에는 유권자들의 후보자들에 대한 올바른 판단이 매우 어려워진다. 엇갈리는 정보들 사이에 어떤 것이 진실에 부합하며, 어떤 것이 허위의 정보인지를 정확하게 판단하는 것은 해당 분야의 전문가들에게도 쉽지 않은 일이다. 하물며 대다수의 국민들은 후보자에 대해 정확한 판단의 기준조차 갖지 못하고 있는데, 허위의 정보가 난무할 경우에는 그로 인해 선거결과의 왜곡이 발생할 가능성이 매우 높다.[57]

선거과정에서 왜곡된 정보가 유통될 경우에 발생할 수 있는 문제점은 단순히 기본권의 충돌로 정리될 수 있는 것이 아니다. 단순히 왜곡된 정보를 공표한 자의 정치적 의사표현의 자유와 유권자들의 합리적 투표를 위한 선거권이 충돌하는 것이 아니라, 대의제 민주주의의 근간이 뿌리째 흔들리는 것이다. 작게는 지방선거, 국회의원선거, 또는 대통령선거의 결과가 뒤바뀔 수 있는 것이며, 크게는 대한민국의 장래가 위태로워질 수도 있는 것이다.

3. 사후검증을 통한 교정의 한계

대법원의 다수의견은 사후검증을 통해 진실 여부를 확인하고 도태시켜야

56) 장영수, 공직선거법의 문제점과 개선방안, 세계헌법연구 제27권 제1호(2021.4), 51면.

57) 윤진희, 앞의 논문(주-55), 302-303면; 이문한, 공직선거법상 허위사실공표죄와 정치적 표현의 자유 -대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결을 중심으로-, 형사법의 신동향 제68호(2020.9), 325-326면.

한다고 주장한다. 그러나 이는 세 가지 측면에서 매우 비현실적인 주장이다.

첫째, 선거운동기간이 매우 제한되어 있는 상황에서 사후검증을 통해 허위의 주장을 바로잡을 기회를 갖는 것 자체가 어려울 수 있다. 특히 선거운동기간의 중후반에 유포된 허위의 주장이 투표 이전에 충분히 검증되고, 반박될 가능성은 높지 않다.[58]

둘째, 미국의 대통령선거에서 가짜뉴스가 선거결과에 매우 큰 영향을 미쳤다는 분석이 있었다.[59] SNS 등을 통해 유포되는 가짜뉴스에 대응하는 것도 쉽지 않은 상황에서 공식적인 후보자토론회에서의 허위사실 유포까지도 검증한다는 것은 현실적으로 어려울 수밖에 없다.

셋째, 당선된 이후에 사후검증을 통해 당선무효를 이끌어 내는 것이 사실상 불가능해진다. 대법원 판결에 따라 공직선거법 제250조 제1항 위반을 이유로 한 처벌이 불가능해진 상태에서 사후검증을 통해 허위사실임이 확인되었다 하더라도 이를 근거로 선거무효 또는 당선무효를 관철할 수 있겠는가?

이런 점들을 고려할 때, 대법원의 다수의견이 주장하는 사후검증을 통한 문제해결은 사실상 해결이 아니라. -반대의견이 지적한 바와 같이- 허위사실의 공표에 대한 면죄부와 다르지 않다.

Ⅵ. 대법원 판결에 의한 공직선거법 제250조 제1항의 무력화는 정당한가?

1. 대법원에 의한 공직선거법 제250조 제1항의 해석과 그 결과

대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결에 의해 공직선거법 제250조 제1항은 사실상 무력화되었다고 볼 수 있다. 입법자는 선거의

58) 특히 사전투표의 경우에는 더욱 그러하다.

59) 국방일보, [사이버전쟁] 미국 선거판 뒤흔든 '이메일 해킹', 2021. 3. 14. (https://kookbang.dema.mil.kr/newsWeb/20210315/1/BBSMSTR_000000100135/view.do)(2021.11. 14. 접속).

공정성 확보를 위해 후보자 등이 토론회에서 허위사실을 공표하지 못하도록 명시하였는데, 대법원은 이러한 입법자의 취지에 반하여 -토론회의 활성화를 위해- 적극적인 허위사실의 표명이 아니라 상대방의 질문에 답변하는 과정에서 소극적인 허위사실의 공표는 허용되어야 한다고 판시하였기 때문이다. 이러한 다수의견은 허위사실공표죄에서 공표의 의미와 허위사실의 의미와 관련하여 다음과 같은 문제를 안고 있다.

먼저, 이러한 반대의견이 지적하는 바와 같이 이와 같이 "방송중계를 전제로 하는 후보자 토론회에서의 발언을 '토론회'라는 측면에만 주목하여 '공표'가 아니라고 보는 것은 '공표'의 의미에 관한 대법원 판례에도 반한다."[60] "공직선거법 제250조 제1항의 행위태양인 '공표'란 그 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 허위사실을 알리는 것"[61]을 뜻하기 때문이다.[62]

나아가 종래 대법원 판례에서는 "여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분"하다고 보았다.[63] 그런데 이 사건 대법원 판결은 전술한 바와 같이 공직선거법 제250조

60) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.

61) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결의 반대의견.
대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결: "구 공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정되기 전의 것) 제250조 제2항의 행위태양인 '공표'라 함은 그 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 허위사실을 알리는 것이므로".
대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5279 판결: "공직선거및선거부정방지법 제250조 제2항의 행위태양인 "공표" 라 함은 그 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 허위사실을 알리는 것이므로(대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결 참조)."
대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결: "공직선거법 제250조의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정을 보장함에 있고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 참조), 그 행위태양인 "공표"라 함은 그수단이나방법의여하를불문하고불특정또는다수인에게 허위사실을알리는것이다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5279 판결 참조)."

62) 이러한 관점에서 이 대법원 판결의 다수의견이 후보자토론회에서 "공표"의 의미를 제한적으로 해석한 것에 대한 비판에 대해서는 김현재, 앞의 논문(주-52), 210-211면; 이문한, 앞의 논문(주-57), 323-325면; 장윤미, 후보자 합동토론회에서의 '허위사실 공표'의 판단 기준 -대법원 2019도13328 공직선거법위반 등 판결 분석-, 언론중재 제156호(2020.9), 90면 참조..

제1항 위반으로 처벌되는 허위사실의 범위를 대폭 제한함으로써 유권자들이 후보자에 대해 정확한 판단을 그르치게 할 수 있는 것도 -사후검증을 통해 도태되어야 한다는 이유로- 사실상 허용되는 것으로 보았던 것이다.

더욱이 이 사건 대법원 판결은 원심의 사실인정을 번복하여 법률심으로서의 대법원의 역할을 크게 벗어났다. 이재명 지사가 "구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정되나, … 중원경찰서로 간 것이 위 조항에 따라 강제입원시키기 위한 것이었다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵"다고 한 것이나, 이재명 지사가 "구 정신보건법 제25조의 정신병원 입원 절차를 중단시켰다는 취지로 한 발언은 허위라거나 허위사실을 공표한다는 고의가 있었다고 볼 수 없다" 라고 판단한 부분은 평균인의 상식에 반할 뿐만 아니라, 실질적으로는 사실관계의 판단에 과도하게 깊이 관여한 것으로 볼 수 있다.

그리고 이와 같은 대법원의 판단은 과거의 대법원 판례에서 허위의 사실이라는 피고인의 주관적 인식에 대해 "공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아

---

63) 대법원 2007. 8. 24. 선고 2007도4294 판결: "공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5279 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도4604 판결 등 참조)."
대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결: "공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서, 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결, 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조). 하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도7423 판결 등 참조)."

예상되는 파급효과 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 판단"할 수밖에 없을 뿐만 아니라, "미필적 고의에 의해서도 성립"된다고 판시한 것64)에 비추어 보더라도 납득하기 어려운 점이 있다.

2. 법률 조항의 일부를 사문화시키는 판결의 문제점

민주주의와 더불어 헌법의 양대 기본원리로 지칭되는 법치주의는 법의 객관적이고 공정한 형성과 집행을 지향한다. 법치의 출발점이 권력분립이고 권력분립의 의미가 입법, 집행, 사법을 각기 분리·독립함으로써 법의 객관성과 공정성을 담보하기 위함이라는 점은 널리 인정되고 있다. 이러한 권력분립의 틀 안에서 볼 때 법원의 역할은 -법률의 위헌성 자체를 다투는 헌법재판을 제외하면- 헌법과 법률에 따라 (법관 개인의 주관적 판단을 최대한 배제하면서) 법의 객관적이고 공정한 해석·적용에 있다. 만일 법원이 입법자의 역할을 존중하지 않고 정상적인 법률해석의 범위를 넘어설 경우에는 단순히 법원의 월권이 문제되는 것이 아니라, 권력분립, 나아가 법치주의라는 헌법질서의 근간이 심각하게 훼손될 수 있는 것이다. 그렇기 때문에 법해석의 기본방향은 주관설에 따라 입법자의 의도를 정확하게 실현하는

64) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3824 판결: "공직선거법 제250조 제2항 소정의 허위사실공표죄는 공표된 사실이 허위라는 것을 구성요건으로 하기 때문에 행위자가 그 사항이 허위라는 것을 인식하여야 하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려우므로, 공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 파급효과 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결 참조). 그리고 이러한 허위사실공표죄는 미필적 고의에 의하여도 성립되고(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결 참조), 허위사실공표죄에서의 '당선되지 못하게 할 목적'은 허위사실을 공표함으로써 후보자가 당선되지 못하게 한다는 인식만 있으면 충분하며, 그 결과발생을 적극적으로 의욕하거나 희망하는 것일 필요는 없다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결)."
비록 이 판결은 공직선거법 제250조 제1항이 아니라 제2항에 관한 것이지만, 사안의 성질상 제1항과 제2항의 허위사실을 달리 보아야 할 이유가 없다는 점에서 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결과 '허위사실'의 인정에 대해 큰 차이를 보이는 것으로 평가될 수 있다.

것을 목표로 할 것인지, 아니면 객관설에 따라 이미 입법자의 의도를 벗어나 독자적인 존재가 되어 버린 법률의 객관적 의미내용을 정확하게 밝히는 것을 목표로 할 것인지 차이는 있으나, 해석자의 자의를 개입시키지 않도록 해야 한다는 점에서는 차이가 없다.[65]

그런데 이 사건 판결에서 대법원의 다수의견은 문제되는 공직선거법 제250조 제1항을 위헌으로 판단한 것은 아니지만, 이 조항의 내용을 사실상 변경함으로써 사문화시키고 있다. 이것은 도대체 입법자의 의도를 정확하게 실현시키는 해석인가? 아니면 법률의 객관적인 의미내용을 밝히려는 해석인가? 법률해석의 기본적인 원칙들, 문구해석, 논리적 해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 어느 것에 비추어 보더라도 이런 식의 해석이 정당화될 수는 없다. 대법원 다수의견의 해석이 굳이 원용할 수 있는 것을 찾자면 목적론적 해석이 유일할 것이다. 그러나 이러한 목적론적 해석은 상술한 다른 해석에 의해 법문의 의미내용이 밝혀지기 어려울 경우에 보충적으로 활용되는 것이 원칙이다.[66] 그렇지 않을 경우 목적론적 해석이란 해석자의 자의를 끌어들이는 통로로 오남용되기 쉽기 때문이다. 이렇게 볼 때, 이 사건 대법원 다수의견의 해석은 기본적인 법률해석의 원칙을 벗어난 것으로 볼 수밖에 없다.

이러한 대법원 다수의견의 판단을 합헌적 법률해석으로 보는 견해도 있다.[67] 그러나 이러한 견해에는 동의하기 어렵다. 합헌적 법률해석이란 기본적으로 입법자에 대한 존중을 전제로 위헌적으로 판단될 수 있는 여지가 있다 하더라도 그 의미가 다의적이어서 합헌의 가능성이 있는 해석을 할 수 있다면 위헌보다는 합헌으로 해석하여야 한다는 것을 말한다.[68] 이렇게 볼

65) 이에 대하여는 장영수, 앞의 책(주-37), 84면 이하 참조.

66) 오세혁, 법해석방법의 우선순위에 대한 시론적 고찰, 중앙법학 제21집 제4호(2019.12), 424면; 장영수, 앞의 책(주-37), 87면.

67) 송기춘, 공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 헌법합치적 해석과 적용 -수원고등법원 2019. 9. 6. 선고, 2019노119 판결과 관련하여-, 민주법학 제73호(2020.7), 344-345면 (이 논문은 이 대법원 판결에 대한 평석이 아니라, 그 원심판결인 수원고등법원이 허위사실공표죄에 대해 유죄판결을 내린 것에 대한 비판적 의견을 개진한 논문이나, 이 대법원 판결의 다수의견과 같이 후보자토론회의 경우 "공표"의 의미를 제한적으로 해석하여야 한다고 주장하면서, 이를 합헌적 법률해석이라고 주장하고 있다.

68) 김현재, 앞의 논문(주-52), 217면; 앞의 책(주-37), 111면.

때, 이 사건 판결에서 대법원 다수의견의 판단을 합헌적 법률해석으로 보는 것은 세 가지 문제점이 있다.

첫째, 합헌적 법률해석의 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 대법원 판결의 다수의견은 합헌, 위헌 여부에 대한 가능성이 열려 있는 경우, 문구의 의미가 다의적이고 그에 따라 합헌 여부의 판단이 달라질 수 있는 일반적인 경우라고 보기 어렵다.[69]

둘째, 대법원 다수의견의 해석은 입법자에 대한 존중에서 출발한 것이 아니다. 오히려 입법자의 의도를 왜곡하고 법률의 객관적 해석범위를 벗어난 것이므로 이를 합헌적 법률해석으로 보기 어려우며, 오히려 법률해석의 한계를 넘어선 것으로 보아야 한다.[70]

셋째, 법률의 위헌 여부에 대한 판단은 기본적으로 헌법재판소가 판단하여야 할 부분이다.[71] 대법원은 위헌여부가 의심스러울 때 임의로 합헌적 법률해석을 하기보다는 위헌법률심판권을 가지고 있는 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여야 한다.[72]

3. 헌법재판소의 권한을 침해하는 대법원 판결의 문제점

이미 이 사건 판결에서 대법원 다수의견의 해석을 합헌적 법률해석으로 보기 어렵다는 점을 지적했지만, 결과적으로 대법원의 판결에 의해 법률의 일부조항이 사문화 내지 무효화된다면 이는 대법원이 헌법재판소의 권한을 침해하는 것이 된다. 현행법체계상 법률의 위헌여부에 대한 판단은 헌법재판소에 전속하며 대법원을 포함한 모든 법원은 헌법재판소에 법률의

---

69) 합헌적 법률해석은 법률의 문구가 다의적이어서 여러 가지 해석이 가능할뿐만 아니라 어떻게 해석하느냐에 따라 그 법률에 대한 합헌 또는 위헌의 판단이 달라지는 경우를 전제로 한다. 이에 대해서는 장영수, 앞의 책(주-37), 111면 참조.

70) 김현재, 앞의 논문(주-52), 217-218면. 합헌적 법률해석의 한계로서 입법목적상의 한계에 대하여는 장영수, 앞의 책(주-37), 112면 참조.

71) 조소영, 현행 헌법상 헌법재판제도에 대한 비판적 고찰 -한정위헌결정에 관한 논쟁을 중심으로-, 강원법학 제40권(2013.10), 57면.

72) 김현재, 앞의 논문(주-52), 219-220면.

위헌여부에 대해 판단해 달라는 위헌법률심판을 제청할 수 있을 뿐이다. 그런데 특정 법률의 일부 조항을 이러 이러한 경우에도 적용하는 것은 위헌이기 때문에 적용하지 않겠다거나 이러 이러한 범위 내에서만 적용하겠다는 것은 사실상 법률에 대한 부분적인 위헌판단을 직접 내린 것으로 볼 수밖에 없다.

이러한 대법원 다수의견의 태도는 -판결내용의 정당성에 대한 부분과는 별론으로- 대법원과 헌법재판소 사이의 권한분배에 관한 해묵은 논란과도 무관하지 않은 것으로 보인다. 지난 수 십년 동안 대법원은 헌법재판소의 변형결정, 그 중에서도 한정합헌결정에 대해서 그 기속력을 부인해 오고 있다.[73]

이러한 대법원의 견해에 대해서는 한정위헌결정을 포함한 변형결정의 구속력을 인정해야 한다는 많은 헌법학자들의 비판이 있으며,[74] 변형결정

---

73) 대법원은 한정위헌결정의 구속력을 인정하지 않는 논거로 첫째, 헌법재판소법 제45조 본문은 헌법재판소가 제청된 법률(조항)의 '위헌' 여부만을 결정하도록 규정하고 있다는 점, 둘째, 헌법재판소법 제47조 제1항은 "법률의 위헌결정"이 법원 등을 기속하는 것으로 규정하고 있다는 점, 셋째, 한정위헌결정의 경우 법률조항의 문언이 변경되지 않고 그대로 존속하는 것이므로 위헌결정이라 볼 수 없고 법률(조항)의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석에 해당하는 것으로 이해하여야 한다는 점, 넷째, 헌법 제101조에 따라 법률에 대한 해석·적용권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하고 이를 부인할 경우 사법권의 독립을 규정하고 있는 헌법 제103조에 위반된다는 점을 들고 있다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405; 대법원2001. 4. 27. 선고 95재다14; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다66272; 대법원2009. 2. 12. 선고 2004두10289; 2013. 3. 28. 선고 2012재두299).
이에 대해 헌법재판소는 "물론 구체적 사건에서의 법률의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것임이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌의 결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라 법률에 대한 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형인 것이다."라고 판시하면서 한정위헌결정을 내린 법률을 적용한 법원의 재판에 대해 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상적격을 인정한 바 있다(헌재 1997.12.24. 96헌마172등 결정).

74) 남복현, 대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력, 한양법학 제11집(2000.12), 73-92면; 박경철, 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14판결의 문제점 -한정위헌결정의 당위성과 기속력을 중심으로-, 헌법학연구 제8권 제2호(2002.6), 401-441면; 방승주, 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력 - 대법원 2001. 4. 27. 선고 95 재다 14 판결 -, 안암법학 제14호(2002.4), 25-54면; 이덕연, 한정위헌결정의 법원에 대한 기속역 문제, 공법학연구 제12권 제3집(2011.8), 183-210면; 이동훈,

의 의미와 역할이 우리나라 뿐만 아니라 독일 등 많은 나라에서 널리 인정되고 있음을 고려할 때, 변형결정의 존재 의의 자체를 무시하는 태도는 타당한 것으로 평가할 수 없다.

결과적으로 대법원은 헌법재판소의 변형결정의 구속력을 인정하지 않는 기존 입장에 따라 스스로 한정합헌, 한정위헌과 유사한 판단을 내리고 있으며, 그로 인하여 한편으로는 법률해석의 정당한 범위를 벗어났을 뿐만 아니라, 다른 한편으로 헌법재판소의 권한을 침해하면서 법률의 일부에 대해 사실상 위헌판단을 내리는 문제를 이 판결에서도 드러내고 있는 것이다.

Ⅶ. 결론: 선거의 민주성 확보에 역행하는 대법원 판결의 변경 필요성!

선거는 민주주의의 꽃으로 불리운다. 그것은 선거를 통해 주권자인 국민이 그 대표자를 뽑는 행위가 갖는 의미와 중요성을 상징적으로 나타내는 것이다. 그러므로 선거에서는 무엇보다 국민의 의사가 제대로 반영되는 것이 중요하다. 그렇지 않은 선거를 어떻게 민주적 선거라 말할 수 있겠는가?

물론 선거의 다른 요소들, 공직선거의 후보자들이 누리는 피선거권 및 선거운동의 자유 등도 매우 중요하다. 하지만 그 어떤 것도 선거가 국민의 사를 올바르게 반영하는 것이어야 한다는 점을 넘어설 수는 없다. 공직선거법 제250조 제1항에서 허위사실의 공표를 엄격하게 처벌하도록 규정한 것도 허위사실로 인하여 국민이 잘못된 판단을 할 경우 국민의 의사를 올바르게 반영한 선거결과라고 볼 수 없기 때문이다.

그런데 이 사건 대법원 판결에서 이러한 입법자의 의도에 반하여 이른바 적극적인 허위사실의 공표가 아닌, 토론에서 질문에 답하는 소극적인 허

헌법재판에서 변형결정의 기속력, 공법학연구 제17권 제2호(2016.5), 109-135면; 장영수, 앞의 책(주-37), 1302-1303면; 조소영, 앞의 논문(주-71); 차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제60호(2011.3), 425면; 최희수, 헌법재판소 한정합헌, 한정위헌 결정의 기속력, 고려법학 제61호(2011.6), 173-203면; 황도수, 헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권, 저스티스(2007.8), 219-233면.

위사실의 공표에 대해서는 면죄부를 준 것은 납득하기 어렵다. 적극적으로 허위사실을 주장하는 것과 소극적인 답변과정에서 허위사실을 공표한 것에 어떠한 본질적인 차이가 있는가?

적어도 국민이 그로 인하여 공직선거의 후보자에 대해 올바른 판단을 하지 못하게 될 수 있다는 점에서는 전혀 구별할 이유가 없는 것이다. 토론회에서 질문하는 것은 적극적이고 질문에 대해 답변하는 것은 소극적이라는 구별이 타당한지도 의문이지만,[75] 공직선거의 후보자가 제기된 의혹에 대해 어떤 답변을 하는지가 국민들이 그 후보자를 평가하는 데에 더 큰 의미와 비중을 가질 수 있다는 점은 왜 간과되고 있는가?

결국 이 사건 대법원 판결은 선거의 민주적 의미와 기능에 초점을 맞춘 것이 아니라 공직선거후보자 간의 토론활성화를 위해 허위사실의 공표가 상당부분 허용된다는 잘못된 기준을 세움으로써, 민주적 선거에 역행하는 판결이라는 비판을 피하기 어렵다. 이러한 판결은 대법원의 위상을 실추시킬 뿐만 아니라, 향후 유사한 문제에 대한 법적 기준을 혼란스럽게 만든다는 점에서 반드시 변경되어야 할 판례인 것으로 보인다.

공직선거법 제250조 제1항에 따른 허위사실공표죄의 의미와 기능 - 차 진 아	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.11.15.	2021.12.07.	2021.12.29.

75) 김현재, 앞의 논문(주-52), 211-212면.

[참고문헌]

1. 단행본

장영수, 대한민국헌법의 역사, 홍문사, 2019.

_____, 헌법학, 홍문사, 2021.

차진아, 방어적 민주주의의 비교법적 연구 -위헌정당해산심판과 정당해산결정의 후속조치를 중심으로-, 법무부 연구용역보고서, 2014.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., C.F.Müller, 1995.

2. 논문

김래영, 의무투표제의 합헌적 시행방안에 관한 연구, 법학연구 제23권 제2호(경상대학교 법학연구소, 2015. 4), 25-46면.

김병록, 정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제, 법학논총 제28권 제1호(조선대학교 법학연구원, 2021.4), 105-148면.

김선화, 민주주의 원리의 관점에서 본 공직선거법상 허위사실공표죄와 당선무효조항 - 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결-, 저스티스 제183호(2021.4), 683-725면.

김종철, 국회의원 선거법제 개혁 다시 보기 -'한국형 민주공화체제' 진화의 관점에서-, 법과 사회 제64권(2020.6), 1-39면.

김현재, 후보자 토론회의 발언에 대한 허위사실공표죄 검토 - 대상판결: 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 판결-, 미디어와 인격권 제6권 제2호(2020.12), 196-224면.

남복현, 대법원의 전속적인 법률해석권과 한정위헌결정의 기속력, 한양법학 제11집(2000.12), 73-92면.

류석춘, 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 처벌 범위, 영남법학 제49권(2019.12), 69-102면.

박경철, 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14판결의 문제점 -한정위헌결정의 당위성과 기속력을 중심으로-, 헌법학연구 제8권 제2호(2002.6), 401-441면.

박범영, 사법권에 의한 정치의 통제 -사법의 정치화-, 입법정책 제8권 제1호(2014.6), 22-64면.

방승주, 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력 - 대법원 2001. 4. 27. 선고 95 재다 14 판결 -, 안암법학 제14호(2002.4), 25-54면.

_____, 선거운동의 자유와 제한에 대한 평가와 전망, 헌법학연구 제23권 제3호(2017.9), 25-67면.

박종현, 정치의 사법화의 메커니즘 -헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가-, 법학연구 제27권 제1호(연세대학교 법학연구소, 2017.3), 101-141면.

백태웅, 공직선거법상 허위사실 공표와 미필적 고의의 법리, 법과사회 제49호(2015. 8), 271-291면.

송기춘, 공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 헌법합치적 해석과 적용 -수원고등법원 2019. 9. 6. 선고, 2019노119 판결과 관련하여-, 민주법학 제73호(2020.7), 313-348면.

오세혁, 법해석방법의 우선순위에 대한 시론적 고찰, 중앙법학 제21집 제4호(2019.12), 385-439면.

오향미, 헌법재판권에 의한 국가권력 구조 변화 -사법우위와 행정우위 국가 사이에서-, 평화연구 제28권 제1호(고려대학교 평화와민주주의연구소, 2020.4), 169-205면.

윤진희, 공직선거법상 허위사실공표죄에 대한 헌법적 검토 - 대법원 2020.7.16. 선고 2019도13328 판결의 평석을 중심으로-, 입법학연구 제17집 제2호(2020.8), 271-315면.
이덕연, 한정위헌결정의 법원에 대한 기속역 문제, 공법학연구 제12권 제3집(2011.8), 183-210면
이동훈, 헌법재판에서 변형결정의 기속력, 공법학연구 제17권 제2호(2016.5), 109-135면.
이문한, 공직선거법상 허위사실공표죄와 정치적 표현의 자유 -대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결을 중심으로-, 형사법의 신동향 제68호(2020.9), 302-336면.
이부하, 선거원칙에 대한 논의와 선거권과 관련한 헌법재판의 심사기준, 법학논총 제31집(숭실대학교 법학연구소, 2014.1), 171-193면.
장영수, 민주적 선거의 요청과 헌법 -선거에 관한 헌법재판소 결정 평석-, 판례연구 제8권(고려대학교 법학연구원, 1996.9), 7-40면.
_____, 헌법불합치결정의 성격 및 유형과 법적 효력에 관한 연구, 간행물 : 고려법학 제60호(2011.3), 355-408면.
_____, 정당해산 요건에 대한 독일 연방헌법재판소의 판단기준에 관한 연구, 헌법학연구 제20권 제4호(2014.12), 295-335면.
_____, 통일 이후의 한국 사회와 방어적 민주주의, 통일과 법률 제28호(2016.1), 1-32면.
_____, 개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점, 공법연구 제48집 제3호(2020.2), 167-192면.
_____, 공직선거법의 문제점과 개선방안, 세계헌법연구 제27권 제1호(2021.4), 33-66면.
_____, 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미와 기능 - 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에 대한 평석 -, 고려법학 제101호(2021.6), 185-221면.
장윤미, 후보자 합동토론회에서의 '허위사실 공표'의 판단 기준 -대법원 2019도13328 공직선거법위반 등 판결 분석-, 언론중재 제156호(2020.9), 86-91면.
조소영, 정치적 표현행위에 대한 공직선거법상의 한계에 대한 헌법적 검토 -공직적격검증을 위한 의혹제기와 공직선거법상의 허위사실공표죄-, 공법연구 제44집 제1호(2015.10), 145-166면.
조재현, 자유선거의 원칙, 공법연구 제30집 제4호(2002.5), 95-117면.
조한상, 투표참여자 우대제도에 관한 헌법적 고찰 - 제18대 국회의원 선거를 중심으로, 헌법학연구 제14권 제2호(2008.6), 287-323면.
차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제60호(2011.3), 409-452면.
차진아, 독일의 정당해산심판의 요건과 판단기준에 대한 연구, 고려법학 제72호(2014.3), 91-140면.
최희수, 헌법재판소 한정합헌, 한정위헌 결정의 기속력, 고려법학 제61호(2011.6), 173-203면.
홍석한, 선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제19권 제4호(2013.12), 123-156면.
홍일선, 선거권과 선거의무 - 자유선거의 원칙과 선거참여의무제의 도입가능성-, 공법연구 제34집 제3호(2006.2), 343-364면.
황도수, 헌법재판소의 위헌법률심판권과 법원의 법률해석권, 저스티스(2007.8), 219-233면.

【국문초록】

선거는 민주주의의 꽃으로 불리운다. 그것은 선거를 통해 주권자인 국민이 그 대표자를 뽑는 행위가 갖는 의미와 중요성을 상징적으로 나타내는 것이다. 그러므로 선거에서는 무엇보다 국민의 의사가 제대로 반영되는 것이 중요하다. 그렇지 않은 선거를 어떻게 민주적 선거라 말할 수 있겠는가?

물론 선거의 다른 요소들, 공직선거의 후보자들이 누리는 피선거권 및 선거운동의 자유 등도 매우 중요하다. 하지만 그 어떤 것도 선거가 국민의 사를 올바르게 반영하는 것이어야 한다는 점을 넘어설 수는 없다. 공직선거법 제250조 제1항에서 허위사실의 공표를 엄격하게 처벌하도록 규정한 것도 허위사실로 인하여 국민이 잘못된 판단을 할 경우 국민의 의사를 올바르게 반영한 선거결과라고 볼 수 없기 때문이다.

그런데 이 사건 대법원 판결에서 이러한 입법자의 의도에 반하여 이른바 적극적인 허위사실의 공표가 아닌, 토론에서 질문에 답하는 소극적인 허위사실의 공표에 대해서는 면죄부를 준 것은 납득하기 어렵다. 적극적으로 허위사실을 주장하는 것과 소극적인 답변과정에서 허위사실을 공표한 것에 어떠한 본질적인 차이가 있는가?

적어도 국민이 그로 인하여 공직선거의 후보자에 대해 올바른 판단을 하지 못하게 될 수 있다는 점에서는 전혀 구별할 이유가 없는 것이다. 토론회에서 질문하는 것은 적극적이고 질문에 대해 답변하는 것은 소극적이라는 구별이 타당한지도 의문이지만, 공직선거의 후보자가 제기된 의혹에 대해 어떤 답변을 하는지가 국민들이 그 후보자를 평가하는 데에 더 큰 의미와 비중을 가질 수 있다는 점은 왜 간과되고 있는가?

결국 이 사건 대법원 판결은 선거의 민주적 의미와 기능에 초점을 맞춘 것이 아니라 공직선거후보자 간의 토론활성화를 위해 허위사실의 공표가 상당부분 허용된다는 잘못된 기준을 세움으로써, 민주적 선거에 역행하는 판결이라는 비판을 피하기 어렵다. 이러한 판결은 대법원의 위상을 실추시킬 뿐만 아니라, 향후 유사한 문제에 대한 법적 기준을 혼란스럽게 만든다는 점에서 반드시 변경되어야 할 판례인 것으로 보인다.

【Zusammenfassung】

Bedeutung und Funktion vom Verbot der Publizierung der falschen Information nach § 250 Abs. 1 des koreanischen Amtswahlgesetzes
- kritische Bewertung über das Urteil 2019Do13328 des Koreansichen Obersten Gerichtshofes vom 16.7.2020 -

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

Wahlen werden als Blumen der Demokratie bezeichnet. Es zeigt symbolisch Bedeutung und Wichtigkeit der Wahl, durch die die souveränen Bürger ihre Vertreter wählen. Daher ist es vor allem wichtig, dass sich der Wille der Bürger bei den Wahlen gerecht widerspiegelt. Ansonsten, wie kann eine Wahl als demokratiche Wahl genannt wird?

Natürlich sind auch andere Elemente der Wahl sehr wichtig, wie etwa die Wählbarkeit und Freiheit des Wahlkampfes von Kandidaten für öffentliche Ämter. Nichts kann jedoch darüber hinausgehen, dass Wahlen den Willen der Bürger genau reflektieren sollten. Der Grund dafür, dass § 250 Abs. 1 des koreanischen Amtswahlgesetzes die Publizierung der falschen Information mit strengen Strafen bedroht, liegt darin, dass eine falsche Entscheidung der Bürger aufgrund falscher Informationen nicht als ein den Willen der Bürger gerecht widerspiegelndes Wahlergebnis angesehen werden kann.

In diesem Zusmmenhang ist es schwer zu verstehen, dass das Urteil

2019Do13328 des Koreansichen Obersten Gerichtshofes vom 16.7.2020 entgegen der Absicht des Gesetzgebers der nicht aktiven, also sog. passiven Publizierung der falschen Information, die ein Kandidat durch eine Antwort auf eine Frage in einer Diskussion begeht, einen Ablassbreif gegeben hat. Welchen wesentlichen Unterschied gibt es zwischen der aktiven Behauptung der falschen Information und deren Publizierung in der passiven Antwort?

Es besteht überhaupt kein Grund für eine Unterscheidung zumindest in dem Gesichtpunkt, dass die Bürger dadurch nicht das richtige Urteil über die Kandidaten für die öffentlichen Ämter treffen können. Die Behauptung, dass eine Frage in einer Diskussion positiv und eine Antwort auf die Frage passiv sei, hat wenig Überzeugungskraft. Außerdem warum wird übersehen, dass eine Antwort eines Kandidaten auf die erhobenen Verdächtigung viel größere Bedeutung und Gewichtung bei der Beurteilung der Bürger über den Kandidaten haben kann?

Letztlich kann der Koreanische Oberste Gerichtshof sich der Kritik nicht entziehen, dass sein Urteil in diesem Fall das Wesen der demokratischen Wahl zuwiderläuft; weil er sich in diesem Fall nicht auf die demokratische Bedeutung und Funktion der Wahl konzentriert, sondern ein irriges Kriterium festgelegt hat, dass die Publizeirung der falschen Information weitgehend erlaubt sei, um die Debatte unter den Kandidaten zu beleben. Dieses Urteil sollte geändert werden, weil das Urteil nicht nur den Status des Koreansichen Obersten Gerichtshofes untergräbt, sondern auch die rechtlichen Kriterien für ähnliche Fragen in der Zukunft durcheinanderbringen wird.

주제어(Stichwörter) : 허위사실공표(Publizierung der falschen Information), 선거(Wahl), 선거운동의 자유(Freiheit des Wahlkampfes), 선거의 공정성(Fairness der Wahl), 공직선거법 제250조(§ 250 des koreanischen Amtswahlgesetzes)

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, 일반논문, 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 논문투고 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 법학연구원에 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(한글에서 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 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

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 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) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제105호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제105호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2022년 5월 15일 (6월 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

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 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) 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 총 칙

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 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 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 보고되어야 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 연구자 상호관계의 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, 저자결정과 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 저자결정 기준 및 저자표시

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 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

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 기여

가 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 수개의 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 책

무가 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.

부 칙 <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 이의제기)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	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

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.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장 : 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원 : 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 (제103호)

2021年 12月 20日 印刷
2021年 12月 30日 發行

發行人 金 河 烈
發行處 高麗大學校 法學硏究院
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)