

高麗法學

제 87 호
2017. 12.

高麗大學校 法學研究院

간행사

高麗法學 제87호를 발간합니다. 한국 법학계의 선구적인 연구성과를 발표하는 장이 되어 왔던 **高麗法學**은 이번 호에도 “위험사회에서 Jakobs의 기능적 책임론”, “권리금 회수 보호의 시간적 한계”, “현대 행정법학 방법론의 전개양상”, “지급결제혁신” 등 의미 있는 주제들을 다룬 논문들을 게재합니다. 또한 “세월호 참사 관련 국가배상의 헌법적 쟁점”을 분석한 연구자료를 함께 수록하였습니다.

소중한 논문을 투고해 주신 분들과 공정하고 객관적인 심사를 위해 수고를 아끼지 않으신 교내외 심사위원 여러분들께 감사의 말씀을 올립니다. 특히 소중한 연구자료의 수록을 흔쾌히 수락해 주신 최효재 님께 감사드립니다. 또한 심사와 편집과정에 함께 참여해 주신 편집위원님들과 행정적인 실무를 맡아 수고해준 고려대학교 법학연구원의 안세진 조교에게도 진심으로 고마운 마음을 전합니다.

高麗法學이 한국 법학계의 연구성과를 선도하고 공유하는 전문학술지로서 신뢰를 형성해 나갈 수 있도록 편집위원회는 앞으로도 최선의 노력을 다 하겠습니다.

감사합니다.

2017년 12월

高麗法學 편집위원장 정 승 환

목 차

■ 연구논문

현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고.....	계인국 / 1
위험사회에서 Jakobs의 기능적 책임론에 관한 재론.....	김준성 / 41
권리금 회수 보호의 시간적 한계에 관한 연구.....	김 응 / 67
지급결제혁신과 법률적 쟁점.....	박선종 / 93

■ 연구자료

세월호 참사 관련 국가배상의 헌법적 쟁점	최효재 / 117
------------------------------	-----------

현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고*

- 조종이론과의 접점을 중심으로 -

계 인 국**

▶ 목 차 ◀

I. 서론	III. 조종학문으로서의 행정법학과 방법론적 전환
1. 행정법학 방법론 연구의 요청과 난맥	1. 방법론적 전환의 배경
2. 연구의 목적과 대상	2. 조종의 기본구상
II. 행정법 체계의 성립과 전개	3. 조종이론의 법학적 수용가능성
1. 법학방법론과 행정법의 체계화	4. 방법론의 전환과 행정법학
2. 급부적 행위의 발견	IV. 결 어
3. 체계 속성상의 개방성	
4. 행정법학의 변화 혹은 해체?	

I. 서론

1. 행정법학 방법론 연구의 요청과 난맥

행정현실의 변화에 적절하게 대응하기 위하여 행정법학이 변화해야하고 나아가 전통적인 행정법 체계 자체에 대한 개혁도 이뤄져야한다는 독일 행정법학계의 “신행정법학(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)” 또는 “일반행정법의 개혁(Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts)” 프로젝트

* 恩師이시며 法學者の 師表이신 故 柳至泰 教授 10周忌를 앞두고 追慕하며 拙稿를 獻呈하는 바이다.

** 법학박사(Dr. jur.). 사법정책연구원 연구위원(Research Fellow, JPRI)

2 현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고

트는 20세기 중후반부터 활발하게 논의되어왔고 국내 학계에서도 이에 관련된 몇몇 선도적인 연구¹⁾가 발견된다. 행정법학의 방법론은, 그것이 대체 무엇인가의 논의²⁾를 일단 차제하고서라도, 행정법의 규율대상의 양적 및 질적 변화에 직접적으로 관련되므로 지속적인 연구가 이뤄져야 한다. 현재 혹은 가까운 미래에 적합한 행정법학 방법론으로 생각될 수 있는 것은 다시 현재 혹은 과거의 방법론과의 관련성 - 그것이 연속관계이든, 대체관계이든 - 하에서 비로소 논의가 가능하기 때문이다.

그러므로 행정법학 방법론의 연구는 주제 및 대상의 한정이 불가피하다. 본고에서는 이른바 “신행정법학” 또는 “일반행정법의 개혁” 프로젝트의 배경이 되는 조종이론과 종전 행정법학 방법론 및 행정법체계가 어떤 점점에서 있는지를 개관한다. 그러나 독일의 “신행정법학”으로 대표되는 행정법의 개혁 프로젝트와 그 결과로 나타난 보장국가론에만 국한하여 논의를 진행한다고 해도, 이는 2,30여년이 넘도록 독일 공법학계는 물론 인접학문 분과에서까지 연구역량이 총동원되어 진행된 거대한 주제이다. 충분한 논의를 위해서는 이 과정에서 오고 간 견해대립은 물론 그에 앞서 배경이 되는 종전의 방법론적 문제까지 검토해야하므로 이러한 점을 감안하면 한두 편의 논문으로³⁾ 현대 행정법학 방법론의 전개양상을 간단하게도 정리하고 소개한다는 것은 도저히 가능하지가 않다.

2. 연구의 목적과 대상

종래 국내의 선행연구를 살펴보면, 신행정법학의 중요한 성과라 할 수 있는

1) 대표적으로, 류지태, “행정법 방법론 소고”, 고려법학 제38집 (2002. 4.).

2) W. Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungswissenschaft, in: Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, S. 9 (11 f.); C. Möllers, Methoden, in: GVwR I, § 3, Rn. 18 ff.

3) 2017년 11월 3일 한국공법학회·전남대학교 법학연구소 공동학술대회 “공법의 현대적 쟁점과 과제”에서도 행정법학 방법론이 다뤄졌다. 당일 발제(박재윤 교수)와 지정토론(본인)에서도 많은 논점들이 다뤄졌으며 그 중 지정토론문의 내용은 본고의 내용 일부에 반영되었음을 밝힌다. 아울러 박재윤 교수께도 謝意를 표하는 바이다.

보장국가(Gewährleistungsstaat)이론이나 그 전형적 참조영역인 규제법(Regulierungsrecht)이 주로 다뤄져오다가 최근 신행정법학이나 행정법 개혁 프로젝트를 직접 주제로 다루는 연구가 조금씩 나타나고 있다.⁴⁾ 본고에서 중점적으로 다루게 될 조종이론과 그 접점 가능성에 대하여 선행연구는 조종이론의 영향으로 행정작용의 다양화가 나타났다는 점, 행정법학의 관점이 규범제정의 연구로 확대된다는 점, 비공식적 행정작용이 증가한다는 점 등 결과의 측면에 초점을 맞추어왔다. 물론 이러한 연구성과도 큰 의미가 있음은 분명하나, 배경에 대한 논의가 충분히 전개되지 않은 관계로 종종 조종이론이 행정법 도그마를 이미 대체하고 있다거나, 신행정법학 내지 보장행정의 논의가 조종이론의 모태가 된 체계이론에 그대로 대입되는 것으로 이해하는 서술이 발견되곤 한다. 반대로, 체계이론과 행정법학의 간극에 대한 비판이 오히려 - 이하에서 보는 바와 같이 - 체계이론의 문제점을 극복하면서 전개된 신행정법학이나 보장행정론에 대해서도 제시되는 오류가 발생하기도 하며, 조종이론의 정치학적 관점이 판례에 대한 법적 비판근거로 곧장 전이되는 모습도 발견된다. 그렇기에 조종이론이 어떤 배경에서 등장하고 전개되었으며 그 과정에서 어떻게 행정법학에 수용될 수 있는지 논의의 출발점을 이루는 연구가 필요하다.

이러한 문제점을 감안하여, 본고는 다음과 같은 내용을 주로 다룬다: (i) 행정법의 체계화 과정 (ii) 신행정법학의 배경으로서 조종이론 (iii) 조종이론의 법학적 수용을 위한 논의의 전개양상. 본고에서는 먼저 종래의 행정법학 방법론과 체계이론의 접점 가능성을 행정법 체계의 형성과정과 변화과정에서 포착할 것이다. 이어서 이른바 신행정법학으로 대표되는 행정법학의 변화 과정에서 중요한 배경이론으로 등장한 조종이론, 특히 대표적인 관점인 자기생산적 체계이론과 행위자중심적 조종이론을 소개하며 이들의 행정법학으로의 수용가능성을 점검한다. 이를 통해 신행정법학 등 행정법의 변화

4) 최근의 예를 들어본다면, 김남진, 제어학으로서 행정법학론, 법연 (2013. 05-06), 26 이하. 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기 - 평가와 전망”, 강원법학 제51권 (2017. 6.), 321면 이하; 同人, “오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구 제45집 지2호 (2016. 12.), 231면 이하; 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구 제48호 (2017. 2.), 83면 이하.

내지 개혁이라는 일련의 전개양상 가운데에서 행정현실과 인접학문의 논의가 행정법 체계에 어떤 영향을 미쳤으며 다시 어떻게 수용되는지를 조망하고 그 핵심이 되는 구상이 무엇이었으며 상호관계를 통해 어떻게 발전되어 왔는지를 총론적으로 개관⁵⁾하는 데에 연구목적이 있다.

II. 행정법 체계의 성립과 전개

1. 법학방법론과 행정법의 체계화

(1) 오토 마이어의 행정법 체계

독일 행정법학의 창시자로 일컬어지는 오토 마이어(Otto Mayer)는 그의 이론적 기반을 법치국가이념, 특히 시민적-자유주의적 법치국가의 이념에 두고 있다. 오토 마이어는 공행정작용이 민주적 정당성을 지닌 법률에 구속되어야 함을 강조하면서, 법률구속이 효율적으로 보장되기 위해 법적 소재들을 지배가능한 상태에 두어야 할 것이므로 행정법은 체계적 행동양식을 필요로 한다고 주장하였다.⁶⁾ 한편 시민적-자유주의적 법치국가의 논리와 실증주의적 관점에 의하여 오토 마이어는 국가의 임무가 어디에 놓여 있으며 이를 어떻게 성취할 것인가에 전력해왔던 기존의 국가학적 관점을 행정법학과 분리시켰다.⁷⁾ 대신 오토 마이어는 “국가의 목적”을 “자유와 재산권에 대한 침해로부터 시민을 보호함”으로 한정하였고⁸⁾ 이 목적을 실현

5) 본고가 다루는 대상이 매우 광범위하므로 논의의 집중성이 다소 낮아질 수 있으며, 그럼에도 불구하고 관련 쟁점을 모두 다루지 못한다는 점은 한계로 남게 될 것이다. 그러나 종래 논의가 많지 않았거나, 주로 각론 차원에서만 다뤄졌던 경우 등이라면 전반적인 개관작업이 요청된다고 본다.

6) A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 1, Rn. 5.

7) C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 73 (76).

8) P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Staat, Recht und Staat, Heft 328 (1966), S. 9.; R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im

하기 위해 엄격한 법형식을 만들어 내어 그 안에서 법률적합적인 행정작용을 구현하고자 했다.⁹⁾ 법형식은 “행정적 행위들의 거대한 홍수”¹⁰⁾ 속에서 확고한 지점을 부여하고 사전에 정해진 틀에 정서시킬 수 있게 하는 장치이다. 전형적인 모습으로 나타난 형식을 통해 각종 행정법상의 개념과 제도가 형성되었으며 이로서 형식론(Formenlehre)은 독일 행정법 체계에서 중추적인 기능을 수행하게 된다.

(2) 법행위관련적 관점

오토 마이어가 설정한 행정법학 고유의 체계는 다양한 법적 소재를 법행위(Rechtsakt)에 관련시켜 파악한다는 데에 중요한 특징이 있다. 즉 구체적인 행위를 개념적으로 분해하고 그들 간의 상호관계를 분석하고 공통적인 요소를 분리해내는 것이다. 반복되는 결과나 구조들은 원칙으로 형성되며 이에 따라 상, 하위 원칙과 여기에서 도출되는 각종 지도이념들이 나타난다. 이러한 법기술적 기능은 일반적인 관점에 특정한 내용을 포함시킴으로 법질서의 간소화를 가져오게 되며 법적 안정성을 도모하게 된다. 이러한 소위 법행위관련적 관점(rechtsaktbezogene Betrachtungsweise)은 실효성과 적법성에 지향되는 개념을 형성하였고 비법학적인 것을 분리해내며 이로서 형성된 법체계에 대하여 일정한 신뢰를 보장해준다. 이에 따라 행정법학은 도그마적 분과로 좁혀지게 되며 이로서 문제해결능력을 보장받게 된다. 이러한 방법의 전형적인 모습이 소위 “법학방법론(Juristische Methode)”¹¹⁾인

Wandel, S. 30.

9) R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 35

10) W. Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: GVwR II, § 33, Rn. 1.

11) 이미 오토 마이어 이전에, 다양한 행정법적 소재가 단지 그때마다의 기준이나 관할문제로 설정되는 데 불과할 경우 이는 학문적이지도, 나아가 법학적이지도 않다는 비판이 제기되면서 “법학적인” 방법론이 주장되었다. 행정법의 학문화(Verwissenschaftlichung)를 위해 - F. Mayer가 적절히 표현한 바와 같이 - “개별적인 것들이 일반적인 것으로” 정리되는, 즉 체계화될 필요성이 제기되었고 이러한 법적 구조화, 다시 말해 논리적 연관성의 형성을 위한 방법론이 바로 법학방법론이다. 법학방법론은 오토 마이어의 형식론을 통해 비로소 완성(vollenden)되었다는 평가를 받게 된다. T. v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S. 30 ff.;

것이다.¹²⁾

(3) 연역적 범주화

법행위관련적 관점과 이를 따르는 전형적인 방법론인 법학방법론은 행정법학의 발전에 있어 중요한 이정표가 된다. 행정의 행위형식이 제공됨으로서 행정의 지배를 세분화시키는 단초가 나타나게 되었고, 행위형식을 중심으로 하여 법적으로 공인된 카논을 만들었으며, 또한 주관적 권리를 통해 시민의 지위를 명확히 하여 행정법학의 규범적인 성격을 확인하게 된 것이다.¹³⁾ 오토 마이어 당시 독일 ‘행정법’의 상황은 독자적인 법영역으로 확고하게 구축되지 못한 상태였으며 나아가 당시만 하여도 합법적이나 의회입법의 구속을 ‘거부하는’ 소위 집행의 ‘합법적-독재’의 모습이 일상화되어있었기 때문에 행정법의 성문화가 충분한 상태로 진전되지 않고 있었다.¹⁴⁾ 그렇기에 확정적인 성문법의 규정 없이 연역적으로 행정작용의 범주화를 실현하는 것은 한편으로는 필요한 것이기도, 다른 한편 당시 시대적 상황이었기에 가능한 것이기도 했다. 어쨌든, 이러한 연역적 범주화를 통해 구성된 형식론은 행정법 체계의 내적인 완결성(*innere Geschlossenheit*)을 획득하는 데 결정적인 역할을 하게 된다.¹⁵⁾ 다양한 법적 소재들은 행정법 체계 내의 기준을 통해 범주화되고 정렬될 수 있었으며 이로서 행정법 체계는 체계

M. Stolleis, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 2, Rn. 47.

12) 이와 관련하여, *C. Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der BRD, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2003, S. 73 (76 f.).; *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 1, Rn. 3. 오토 마이어의 행정법학에 대해 보다 자세한 내용은, 임현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대 석사학위논문 (1998) 참조.

13) *M. Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (292).

14) *J. P. Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 80.

15) *W. Meyer-Hesemann*, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 27 ff.

고유의 논리를 획득하게 된다.¹⁶⁾

반면 연역적 방법론에 따라 행위형식을 중심으로 구조화된 행정법 체계는 국가와 사회의 근본적인 변화들이 감지됨에도 불구하고 쉽사리 변하지 않는 정적인 성격을 가지게 되었다. 부분적으로 새로운 행위형식들이 수용되고 있으며 목적론적 해석의 확대를 통해 행정임무와의 관련성을 주시하려는 시도가 물론 가능할 것이라고 하지만 체계의 속성상 그 변화가 신속하고 동적으로 이뤄지기는 힘들다. 특히 이러한 변화는 종종 인접학문적 논의의 수용이 어느 정도로 이뤄질 수 있는가라는 문제에 부딪히게 된다.

2. 금부적 행위의 발견

(1) 행정법 체계와 행정현실

법학방법론에 따라 구축된 행정법 체계는 계속 다양한 행정현실을 접하게 되었고 새로운 행정임무의 출현과 그에 따른 행정작용의 확대도 계속 목도되었다.¹⁷⁾ 그러나, 원칙적으로 목적을 제거한 채 형식론을 통해 범주화를 피하는 행정법학 체계를 충실히 유지하게 되면 사회적 현실을 적절하게 고려하기 어렵고¹⁸⁾ 반면, 여전히 행정법은 현대 산업사회에서의 문제를 다루어야만 했다.¹⁹⁾ 그렇기에 플라이너(F. Fleiner)나 발터 옐리네크(W. Jellinek)는 법학방법론과 오토 마이어의 체계를 지지하면서도²⁰⁾ 동시에 사회적 관점의 수용을 주장하였다. 마침내 포르스트호프(E. Forsthoff)에 이르러 사회적 관점이 법학방법론 안에서 진지하게 다뤄지게 된다.

16) I. Kay, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, S. 103.

17) R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 35 ff.; W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 47 ff.

18) P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Staat, S. 16.

19) P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Staat, S. 19 f.

20) R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 36 f.; W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 53 ff.

(2) 포르스트호프의 생존배려이론

오토 마이어의 법학방법론과 행정법 체계가 확립되고 지지되어오던 가운데에 이 체계에 반향을 가져올 수 있을만한 강력한 과문은 바로 포르스트호프의 생존배려이론에 의해 던져졌다. 일단 포르스트호프의 생존배려는 방법론상으로 사회적 현실과 필요의 문제들이 행정법학에 반영되어야 함에 기초한다.²¹⁾ “사회적 필요를 이행해야 하는 국가의 책임”으로 표현되는 포르스트호프의 “생존배려(Daseinsvorsorge)”의 개념이 더없이 명확히 이러한 점을 보여준다. 이 사회적 급부는 형식적 법치국가에서 보장하는 권리보호를 통해서는 이행될 수가 없고 이제는 “배분참여(Teilhabe)”가 문제된다는 것이다.²²⁾ 생존배려의 개념과 그 논리적 귀결을 통해 행정법학은 변화하는 행정현실을 실제적으로 분석할 수 있게 되었고 공법적인 배분참여청구권을 형성하였다.²³⁾ 그렇다면 이제 종전의 체계를 완전히 그대로 유지할 수는 없게 된다. 생존배려의 개념을 통해 형성된 급부행정이 폐쇄적 체계 내에서 전통적 질서행정(침해행정)과 곧바로 합치될 수는 없기 때문이다.²⁴⁾ 사회학적 고찰로부터 추론과 이를 통해 다시 법적 결론을 가져오는 지점²⁵⁾을 포르스트호프는 행정법학과 행정현실과 부합할 수 있기 위한 방안으로 보았고²⁶⁾은 동시에 포르스트호프의 이론과 오토 마이어의 법학방법론이 대

21) 포르스트호프의 생애와 학문적 진전단계, 생존배려개념에 대해 보다 구체적인 국내 문헌으로는, 이은선, “생존배려개념에 관한 연구 - 에른스트 포르스트호프의 이론을 중심으로”, 고려대 석사학위논문 (2002); 양천수, “생존배려 개념의 기원 - 법철학의 시각에서 본 포르스트호프의 사회보장법체계”, 영남법학 제26호 (2008. 4.), 101면 이하; 길준규, “포르스트호프의 생애와 생존배려사상”, 공법연구 제37집 제4호 (2009. 6.), 257면 이하.

22) E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 45 ff.; W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 86 ff.

23) J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 358 ff.; H. Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 74 ff.

24) W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 89.

25) H. Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 77.

26) 소위 제도적-목적론적 개념이 여기에서 나타난다. W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 82 ff.

비되는 지점이다.

그러나 포르스트호프의 이론 역시 오토 마이어의 행정법학 체계를 극복하고 대체하려는 시도가 아니라 그 체계 내에서 구현하고 보충하려는 시도였음을 유의하여야 한다. 포르스트호프가 사회적 요청을 도그마적으로 발전시키기 위해 노력한 것은 사실이나, 여전히 전통적 방법에서 있었으며 오토 마이어가 제시한 출발점을 부정하려 하지는 않았다.²⁷⁾ 그의 이론과 “생존배려”의 개념 역시 여전히 “형식적-합리적 체계성”²⁸⁾을 유지하고 있었던 것을 유의하여야 한다.

3. 체계 속성상의 개방성

오늘날까지 부정될 수 없는 오토 마이어의 공준화 기반인 간소화 기능은 기본적으로 다양한 법소재의 간소화와 법적 안정성의 도모라는 법치국가적 요청을 충족시킴으로 해당 체계, 즉 행정법 체계가 가지는 가치토대의 지속성을 보장한다. 그러나 어떤 참조영역(Referenzgebiet) 혹은 특별 행정법 영역에서 계속적으로 발생하는 변화와 그 중요성이 새로운 이론적 출발점의 가능성을 제공하게 되어 마침내 일반화될 수 있는 여건, 즉 법적 성숙과정(juristischer Reifeprozess)에 이르는 경우, 이 간소화 기능과 지속화 기능은 그 자체로 절대적인 가치가 아님을 아니라는 것을 내보이게 된다.²⁹⁾ 즉 안정성을 위한 일반화의 경향은 특수성의 원동력과 조화를 이뤄야 하며 이러한 점에서 체계이론적 관점을 일부 차용하여 행정법 도그마를 이해할 때에 - 오토 마이어가 이러한 성격을 의욕했는지 여부와 정도를 차제하고 서라도 - 행정법 체계는 체계 고유의 논리를 유지한 채 개방되어있는 체계

27) 포르스트호프가 끝까지 형식적 법치국가이론을 지지했던 것을 감안할 필요가 있다. E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaat im Wandel, S. 130 (152).

28) Forsthoff의 이론적 기반은 이 Max Weber의 이론에 놓여있다. 이에 대하여는, J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 355.

29) 일련의 논증과정은 T. Groß, Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 57 (72 ff.).

로 이해될 수 있는 것이다.³⁰⁾

4. 행정법학의 변화 혹은 해체?

법학방법론의 시대에서부터 질서적, 침해적 관념을 넘어서는 수많은 단초들이 행정법학에서 인식되어왔던 바, 예를 들어 오토 마이어가 공물법을 언급한 것이라든지, 포르스트호프가 창안한 생존배려 개념에 의한 이후 급부행정의 개요, 그리고 오늘날에 이르러서는 인프라를 행정법 이론에 통합시킨 파버(Faber)에 이르기까지 다양한 예를 찾아볼 수 있다.³¹⁾ 그렇기 때문에, 혹은 그럼에도 불구하고, 오토 마이어의 공준화 업적에 대해서는 이하에서 살펴 보게 될 신행정법학의 주요 인사인 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann)이나 호프만-림(Hoffmann-Riem), 슈페르트(Schuppert), 포스쿨레(Voßkuhle) 등도 여전히 그 중요성을 인정하고 있는 것이다. 오토 마이어의 실증주의적 태도가 인접학문의 관점이나 행정실무적 측면을 절단시키고 정치적 기원과 관련된 헌법과도 어느 정도 선을 긋게 되었던 반면,³²⁾ 법학방법론을 결코 배격한바 없었던 포르스트호프로부터 시작하여 이후 계획행정이나 리스크행정과 같은 새로운 유형의 발견, 그리고 마침내 신행정법학 프로젝트에 이르는 일련의 방향은 특히 경험적으로 관련된 인접학문분과, 특히 사회학, 정치학에 시선을 두게 된 것이며³³⁾ 다시 이를 오토 마이어가 구축하였던 체계에 수용할 수 있는 방안을 모색하게 된다.

결국 종전의 독일 행정법학 방법론은 - 종종 오해하는 바와 같이 - 철저히 폐쇄적, 배타적이고 탄력성이 결여된 것이 아니며, 어떤 혁명적인 체계 파괴적 현실에 이르러서야 비로소 행정법 체계의 중추이자 출발점인 질서

30) I. Kay, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, S. 103.; T. Groß, Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 57 (73).

31) K. Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, S. 6.

32) 관련하여, M. Stolleis, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 2, Rn. 49.

33) R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 171.

법적 관점을 극복하는 것도 아니다. 더더욱 독일의 행정법학 방법론이 소위 인류의 보편적인 인식에 따른 행정법학 발전과정과 동떨어진, 어떤 이질적이고 특수성에 기초한 것이라고 볼 수도 없다.

행정법 체계의 내적 완결성과 폐쇄성, 그리고 - 이들과 일견 모순되어 보이지만 오히려 행정법 체계를 계속적으로 유지하게 하는 또 다른 특성인 - 개방성이 종래 행정법학의 형성과 변화, 발전을 이끌어온 것은 오늘날에도 의미하는 바가 매우 크다. 바로 이 점이 본고가 제기하고자 하는³⁴⁾ 핵심적인 문제의식이다: 현대 행정법학이 직면하고 있는 ‘새로운’ 행정법학의 필요성이나 ‘개혁’은 망망대해를 향해하고 있는 행정법학 혹은 행정법 체계라는 배³⁵⁾를 해체하고 새로 건축하기 위해 도크로 운반해가자는 것인가, 아니면 계속 항해할 수 있도록 상황에 맞추어보고 개조하자는 것인가?

Ⅲ. 조종학문으로서의 행정법학과 방법론적 전환

1. 방법론적 전환의 배경

(1) 개관

법학방법론과 이에 따른 형식론을 중추로 하여 구축된 행정법 체계가 견지하였던 태도에 전환이 요청된다는 것은, 달리 표현하자면 내적 완결성과 폐쇄성을 지니고 있던 행정법 체계에 전보다 더 많은 방법론적 개방성이 요청된다는 것이기도 하다. 앞서 살펴본 바와 같이 생존배려이론을 시작으로 한 급부행정의 논의는 물론 그 외의 새로운 행정유형의 등장은³⁶⁾ 종전의

34) 달리 말하자면, ‘현대 행정법학 방법론’을 논하는 본고에서 (종래) 행정법의 체계화·과정이 다시 설명되어야 하는 이유이기도 하다.

35) 이 표현은 I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, S. 226 (277)의 비유를 다소 변형시킨 것이다.

36) Bumke는 독일 행정법에서 특히 계획행정과 리스크행정의 예를 통해 이를 구체적으로 설명하고 있다. 계획행정, 리스크행정에 대해서는 이미 많은 선행 연구가 있으므로

법행위관련적 관점에서 임무관련적 관점으로의 전환을 보여주고 있다.

독일 행정법학계에서는 이미 1970년대부터 행정법 도그마의 현재와 미래에 대한 논의가 재개되었으며³⁷⁾ 이후 지속적으로 방법론적 전환 또는 개방의 요청이 대두되었다.³⁸⁾ 1980년대 말부터는 본격적으로 논의가 개진되어 마침내 1990년대 신행정법학의 움직임이 나타났다. 신행정법학은 전래되어온 일련의 행정법 도그마에 대한 보완 및 수정의 요청이며³⁹⁾ 종래 확고히 자리하고 있던 법개념이나 제도의 전면적 혹은 부분적 변화를 촉구하는 단초는 바로 조종이론(Steuerungstheorie)⁴⁰⁾이라 할 수 있다.⁴¹⁾

(2) 조종의 의미

“조종”, “조종이론”이 신행정법학에 영향을 미친 단초라면, 먼저 조종이 대체 무엇이나를 정의해야할 것이다. 문제는 조종(제어: Steuerung)이 대체 무엇인지를 일의적으로 정의하기는 어렵다는 데에 있다. 대개는 파슨스(T. Parsons)의 제어 서열(control hierarchy)이나 제어 수단(control media)이 루만(N. Luhmann)의 체계이론에서 각각 조종서열(Steuerungshierarchie)과 조종수단(Steuerungsmedien)으로 사용되었다고 보인다.⁴²⁾ 일반적 용법에서 조종

여기에서 별도로 일일이 다루지 않을 것이다. C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der BRD, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltung-rechtswissenschaft, 2003, S. 73 (115 ff.) 참조.

37) 예를 들어, W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgabe der Verwaltung, VVDStRL 30 (1971), S. 245 ff.

38) 문병효, “행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론, 경원법학 제3권 제2호 (2010.11), 139면 (146면 이하) 참조.

39) 이러한 점에서 신행정법학이 과연 ‘새로운’, ‘행정법의 ‘개혁(Reform)’이라고 할 수 있는 것인지에 대한 논란도 있다. 신행정법학을 주장하는 측에서도 ‘개혁’이라고 써붙인 “라벨” 자체에 연연하지 말 것을 주문하기도 한다.

40) 국내에서의 선도적인 연구로는 김남진, 제어학으로서 행정법학론, 법연 (2013. 05-06), 26면 이하. 조종학문, 조종이론을 제어학문, 제어이론으로 번역함은 매우 중요한 의미를 가지나, 동시에 조종과 제어 양자 모두 원어의 의미전달에 있어 한계가 있다. 이하에서는 조종으로 번역하되 필요한 부분에서 제어라는 번역례를 병기한다.

41) R. Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht. Reformbedarf-Reformanstöße-Reformansätze, VerwArch 91 (2000), S. 149 (151 f.).

42) R. Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?,

은 대상을 목적된 방향으로 이끌어간다(steering)는 정도의 의미로, 이것만으로는 조종이 어떤 방법론적 단초를 제시할 것인지 명확히 알 수 없다. 일상적 용어를 배제하고 소위 조종학문(제어학문: Steuerungswissenschaft)에서 조종개념을 정의하려는 시도로 논의를 국한시킨다고 하여도 여전히 매우 다양한 의미⁴³⁾가 나타난다. 먼저 일상적 용어가 조종이론에서 유사하게 사용되는 경우로는 과거 “정치적 계획(politische Planung)”의 의미에 따라 계획된 정치적 행위에 의해 목적된 영향력을 미치는 것으로 조종을 이해하는 견해이다. 이러한 조종의 의미는 특히 20세기 초중반 사회주의 국가나 - 매우 예외적인 상황으로서 - 미국의 케인즈주의와 뉴딜 정책에 의해 국가가 경제나 사회 영역에 계획적으로 개입하는 모습을 낙관적으로 묘사하였다.⁴⁴⁾ 반대로 계획에 대한 부정적 인식은 정치적 계획에 의하여 영향력을 행사하는 의미가 아니라 조종과 계획의 집행이 실패하는 소위 조종실패의 모습에서 조종의 의미를 찾게 된다. 조종의 의미에서 나타나는 이와 같은 차이점은 연대기적인 차원, 이념 및 이론의 방향성에 따라 나타나는 것이다. 이러한 이유에서 지금까지는 조종이 무엇인지 엄격하게 개념화하는 대신, 기본적인 조종의 구상만을 정해두고 이 구상이 법적 조종, 특히 공법에 대해 어떻게 영향을 미칠 것인지를 논의가 전개되곤 했다.⁴⁵⁾ 본고의 핵심적인 논의 사항이므로 이하 두 개의 향으로 나누어 서술한다.

2. 조종의 기본구상

본고에서 집중하고자 하는 대상으로서 조종의 기본구상은 소위 계획낙

Max-Planck Institut Working Papers (2004), S. 2.

43) 이에 대해 자세한 내용은 R. Mayntz, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme, S. 188 ff.

44) G. Pöllmann, Kooperativer Staat und Parteiendemokratie, S. 140 f.; J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 95 f.

45) 예를 들어, G. F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 65 (67).

관론(Planungseuphorie)의 시대를 넘어, 이른바 ‘후기 산업사회’와 같은 표제어로 대표되는 현대 사회에서 그 급속한 변화에 대응하여 (행정)법이 여전히 현실적합적, 나아가 미래적합적인 법으로 남을 수 있을 것인가에 대한 문제의식이다. 이 논의는 과거의 국가상과, 각 해당 국가상에서 나타나는 법의 관념, 특히 개입국가(Interventionsstaat)와 개입적 법(interventionistisches Recht), 사회국가(Sozialstaat)와 규제적 법(regulatives Recht)이 나타낸 한계를 포착하면서 본격화되었다. 또한 이들은 공통적으로 사회국가의 개입적 성격과 그 수단 내지 매개체로서 법이 처하게 된 조종능력 상실을 논하고 있다.⁴⁶⁾

조종이론에서 말하는 법의 조종능력 저하 또는 상실은 기본적으로 체계이론(Systemtheorie)의 영향에서 있다. 사회의 각 영역이 기능적으로 분화되어감에 따라 각각의 영역들은 저마다의 고유한 행위이성을 형성하게 되며 법과 같은 타 행위이성이 분화된 각각의 영역들을 적절하게 조종할 수 있는 가능성은 점차 희박해질 수밖에 없다는 것이다.⁴⁷⁾ 즉, 조종이론의 기본구상은 조종 자체가 무엇인지를 먼저 설명하기 보다는 조종상실(Steuierungsdefizit), 다시 말해 국가의 영향력 상실과 이에 대비되는 비국가적 행위자의 영향력 강화라는 경험적 분석에서 특히 유래되었다.⁴⁸⁾

이에 따르면, 법규범은 본래 직접적으로 의도했던 효력을 더 이상 가져오지 못한다는 문제를 드러낸다.⁴⁹⁾ 법에 의한 조종이 입법자가 의도하고 예측한 바에 따라 진행되고 그에 따라 특정한 결과를 가져올 것이라는 기대가 성취되는 것은 오히려 드문 일이며 대개 예상치 못한 부작용이나 반발을 불러오거나, 법이 투입하는 수단이나 집행기관이 정보나 지식을 충분히 보유

46) 소위 사회국가의 위기, 법의 조종능력 상실 등의 배경에 대해서는 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구 제48호 (2017. 2.), 83면 (86면 이하); 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제 의미의 한정”, 공법연구 제41집 제4호 (2013. 6.), 155면 (163면 이하).

47) 다만 이러한 체계이론의 논리를 일관되게 유지하여 법의 직접적인 체계 조종가능성을 배제하려는 태도는 공법학에 수용되기 어렵다. 이에 대해서는 후술한다.

48) 조종의 구상은 20세기 중반 이후부터 경험적 사실은 물론 다양한 학문영역에서 전개되어왔다. J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 94 ff.

49) A. Görlitz, Zur Steuerbarkeit moderner Industriegesellschaften mit Recht, in: ders./Voigt, Grenzen des Rechts, S. 17 (24).

하지 못함으로 인해(정보결손: Informationsdefizit) 그 규율대상으로부터 유리되어버리기 때문이다. 그럼에도 사회국가가 부담해야하는 임무가 폭증하게 되면서 법은 그 효력을 계속적으로 상실하게 된다. 이 문제를 해소하기 위한 일차적 방안으로 실제적인 “국가의 후퇴(Rückzug des Staates)”와 탈법제화, 그리고 법문의 추상화를 통해 법적용자 스스로 내용적인 형성을 도모하도록 하는 것이 제시되었다. 이로서 행정은 공식적 행정작용이 아닌 비공식적 행정작용⁵⁰⁾이나 사법(私法)관계에서의 문제해결을 점차 확대시키게 되었고 그만큼 행정작용의 법적 결정에 한계가 드러나게 된다. 한편으로는 위와 같은 국가작용의 한계⁵¹⁾ 그 자체에서, 다른 한편으로는 한계를 드러낸 법의 조종능력에도 불구하고 무리하게 법이 개입함으로 인해 문제가 더욱 증폭됨⁵²⁾으로 인해 종전의 행정법 체계와 그 방법론은 반성과 변화를 요청 받게 된 것이다.⁵³⁾

50) 신행정법학은 법에 의한 조종의 콘텍스트에서 비공식적 행정작용이 핵심적인 조종기여(Steuerungsbeitrag) 중 하나라고 본다. 비공식적 행정작용(informelles Verwaltungshandeln)의 논의가 두드러진 것이 1980년대 중후반이었으며 그 기저에 1970년대 E. H. Ritter에 의한 협력국가사상, D. Grimm이나 H. Schulze-Fielitz 등에 의한 국가임무론의 재논의, 그리고 이들을 둘러싼 법의 조종능력 문제가 놓여있었다. M. Fehling, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38, Rn. 1, 43.; A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 1, Rn. 17 ff.

51) 이러한 상황을 사회학에서는 조종상실(Steuerungsdefizit), 정치학에서는 집행결손(Vollzugsdefizit), 경제학에서는 국가실패(Staatsversagen)로 표현하며 이들은 법학에서도 흔히 사용되고 있다.

52) 대표적으로 규제의 트릴렘마(regulatorisches Trilemma)를 들 수 있다. G. Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 78 ff.; 계인국, “현행법상 규제 의미와 입법평가 - 행정규제기본법에 대한 비판적 평가 -”, 입법평가연구 제11호 (2017. 6.), 1면 (15면 이하).

53) 신행정법학 내지 행정법학 개혁 프로젝트는 독일 법학계가 그간 인접학문과의 학제간 연구를 통해 축적해온 충분한 이론적·실증적 사례 연구를 토대로 하고 있다. 전형적 예시영역인 규제법과 관련하여서는 민영화 문제에서부터 그 대상 산업영역 등 개별사례에 대해서도 방대한 연구가 진행되어왔다. 본고에서 배경지식으로 참조한 예를 일부 들어본다면, J. J. Hesse, Staat, Politik und Bürokratie, in: ders. (Hrsg.), Politikwissenschaft und Verwaltungswissenschaft, (1982); Thiemeyer/Bohrer/Himmelmann (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen (1983); König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und Staatliche Regulierung, (1997); Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, (1998); Reichard

3. 조종이론의 법학적 수용가능성

(1) 논의의 필요성

일단 조종이라는 단어가 법학적-비법학적 범주를 넘나들면서 법학, 특히 행정법학에 영향을 미친 것은 분명하며 그 의미 역시 축소할 수 없다. 그러나 행정법학에서 조종 혹은 제어라는 개념이 어떤 배경에서 사용될 수 있을 것인가에 대해서는 주의를 요한다. 특히 조종이라는 단어가 그대로 법학적으로 수용되고 나아가 행정법 도그마를 직접적으로 대체하거나 완전히 새롭게 형성할 것이라고 보는 것에 대해서는, 비록 “조종학문으로서의 행정법학”이라는 표현이 널리 사용됨에도 불구하고, 다소 유보적일 수밖에 없다.

조종의 기본구상에 대한 사회학이나 정치학 등 인접학문에서의 견해는 크게 자기생산적 체계이론(*autopoietische Systemtheorie*)과 행위자중심적 조종이론(*Akteurszentrierte Steuerungstheorie*)으로 나누어진다. 이 두 가지 견해는 기본적으로 유사한 출발선상에 있으나, 다른 방향으로 나아간다. 이와 같은 논의가 필요한 이유는 각각의 논의가 일관되게 전개되는 경우 전래되어온 공법 체계에 완전히 모순되는 것은 아닌지, 헌법적으로 정당화될 수 있는지의 문제를 가져오기 때문이다.

(2) 자기생산적 체계이론

이미 앞서서도 언급한 바와 같이, 체계이론은 분화된 하부체계에 대한 법적 조종가능성을 부정적으로 인식한다. 체계는 기본적으로 체계 자신이 가지는 고유한 행위이성을 통해 주변세계의 영향력을 수용하는 것이므로 외부로부터의 직접적인 조종은 인정될 수 없다. 만약 외부로부터의 직접적인 조종이 인정된다면 그 체계는 더 이상 자기준거적, 자기생산적 체계로 볼 수 없게 되기 때문이다. 이를 좀 더 자세히 설명하기 위하여는 자기생산적 체계이론에 대한 이해가 필요하다.⁵⁴⁾

u. a. (Hrsg.), *Neue Institutionenökonomik-PPP- Gewährleistungsstaat*, (2004).

54) 체계이론의 기본적인 내용을 본고에서 일일이 다룰 수 없으므로 부득이 기본이해를

1) 자기생산적 체계

자기생산적 체계이론은 현대사회의 기본적 성향을 하부체계에서의 기능적 자기분화(funktionale Differenzierung)로 본다. 하부체계에서 사회의 기능적 분화는 사회의 발전과 정돈 및 안정성을 위해 핵심적인 전제조건이 되는 복잡성감소(Komplexitätsreduzierung)의 진화적⁵⁵⁾ 결과로 나타난다. 기능적 자기분화는 고유한 코드⁵⁶⁾와 자기 체계에 전형적인 자치 프로그램을 보유하고 있는, 기능적으로 특수화된 영역들의 문제이다. 이렇게 기능적으로 특수화된 영역들은 다른 영역들에 비해 비교적 확고한 경계를 가지며 자기 체계가 가지고 있는 구조와 통일성을 체계 구성요소의 도움을 받아 계속적으로 재생산해낸다. 결국 체계는 자기생산 및 자기 재생산이라는 체계 구성요소와의 관계에서 자기준거적(selbstreferentiell) 체계가 된다. 자기생산적, 자기준거적이라는 체계이론의 내용은 체계 외부의 직접적인 조종을 배제하고 체계 내적인 논리에 의해 질서를 생산하고 재생산하는 일련의 체계 진화 과정을 설명한다. 체계 외적인 조종(예를 들어, 법)은 기능적으로 분화되어 내적으로 완결되고 폐쇄된 체계(예를 들어 특정 사회영역)를 자극하여 자기변화의 동인을 줄 수는 있으나, 직접적인 조종이 이뤄지지 않는다는 것이다.⁵⁷⁾

2) 법의 조종에 대한 태도

자기생산적 체계이론은 체계의 내적인 논리에 의해 구조적으로 변화할 수 있을 뿐이라는 전제 하에, 특정 체계의 코드는 그 체계에서만 유효할 뿐이라고 설명한다. 그러므로 기능적으로 분화된 체계로 구성된 사회는 어떤 중심이나 정점을 가지지 않는다.⁵⁸⁾ 체계 내적으로도 주체의 속성은 사라지고

전제로 한 뒤 곧바로 자기생산적 체계이론부터 논의를 전개하고자 한다.

55) 자기생산적 체계이론은 생물학적 관점에서 차용된 Maturana 등이 사용한 자기재생이라는 관념에 따라 사회적 질서의 생성을 설명한다. 이상돈/홍성수, 법사회학, 198면.

56) N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 174; ders., Die Kunst der Gesellschaft, S. 302 ff.

57) G. Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 21 ff.

58) N. Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, S. 22.

구조적인 결정만이 남게 된다. 자기생산적 체계이론에 의할 경우 공법학에서 논의가 되어왔던 국가와 사회의 일원-이원론이라는 견해대립 역시 새로운 양상을 띄게 된다. 즉, 체계이론에서 사회(Gesellschaft)가 국가(Staat)와 구별되는 것이 아니라, 정치체계(politische System)와 구별되는 것이다. Luhmann에게 있어 국가는 단지 정치체계의 자기묘사를 위한 본질적인 잔재일 뿐이라는 것이다.⁵⁹⁾

이상의 서술을 통해 자기생산적 체계이론이 가지는 국가의 조종능력, 특히 법을 매개로 하는 국가의 조종에 대한 구상은 다음과 같이 나타난다. 첫째, 종전의 개입적, 규제적 법, 나아가 위계적이고 서열적 규범에 의한 조종은 사회의 조종에 있어 더 이상 생산적인 가치를 인정하기 힘들다. 그럼에도 불구하고 만약 국가가 계속적으로 법을 통해 부분체계에 직접적인 영향을 미치려한다면 이는 필연적으로 왜곡된 상황을 야기하거나 규율실패로 나아갈 수밖에 없다. 그러므로 체계이론은 분화된 부분체계의 자기준거성을 이유로 하여 전통적인 법의 조종을 부정하게 되는 반면, 마찬가지로 부분체계의 자기준거성에 의해 자율규제의 관점을 지지할 수 있다. 자기생산적 체계이론은 이러한 점에서 정치체계에 의한 사회의 조종을 부인하며 그 매개체로서 법의 조종, 나아가 국가의 내적 주권에 대한 강력한 도전으로 나아가게 된다. 체계이론에 의하면, 만약 법을 매개로 한 국가의 조종능력이 개입적이고 조건 프로그램을 지향하는 서열적인 집행을 의욕하는 한, 그것은 환상에 불과할 뿐이라는 것이다.⁶⁰⁾

둘째, 종전의 법은 인간의 행위를 중심으로 설계된 것인 반면, 체계이론적 사회는 그러한 주체개념 대신 체계로 구성되는 것이므로 체계의 자율규제를 강화하는 것이 옳은 방향이지 행위에 대한 목적을 제시하여 체계에 개입하려는 것은 실효성도 없고 오히려 자기준거적 절차를 훼손한다고 한다.⁶¹⁾ 따라서 법에 의한 개입적인 국가의 조종은 부분체계에 대한 외적 섭

59) N. Luhmann, Soziologische Aufklärung IV, S. 78.

60) F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 16. 자기생산적 체계이론에 의해 제시된 Teubner의 반성적 법(reflexives Recht) 역시 본질적으로는 같은 출발점에 있으므로 논지를 일관되게 유지할 경우 아래 체계이론의 한계상황이 동일하게 나타난다.

동(external Perturbationen)을 통한 간접적 영향을 주어 체계가 독자적인 문제해결을 이룰 수 있도록 자극하는 것이 적절하다는 것이다.⁶²⁾ 이로서 국가, 보다 정확히는 정치체계의 조종은 더 이상 중심적인 위치에 서지 않는, 이른바 탈중심적 콘텍스트조종(dezentrale Kontextsteuerung)을 지향한다.⁶³⁾ 국가는 위계적이고 서열적인 조종을 포기⁶⁴⁾하고 자치적 부분체계의 주변세계로서 개념화된다.

3) 비판

체계이론의 여러 구상은 특히 법사회학에서 심도 있게 논의되었으며⁶⁵⁾ 여러 법학분과에서 검토된 바 있다. 체계이론은 이른바 규제적 법이 사회체계의 조종에 있어 왜 실패하는지, 사회체계의 조종을 위해 왜 적합한 수단이 될 수 없는지에 대한 질문에 의미 있는 답변을 보여주고 있으며 비록 구체적인 대안은 아닐지라도 해결을 위한 다양한 단초를 제공한다. 그러나 - 다른 법영역은 일단 차제로 하고 - 공법학에 있어 체계이론의 구상이 직접 수용될 수 있는지에 대해서는 많은 문제가 있다. 일단 인접학문의 구상이 행정법학의 체계를 함부로 전도시켜서는 안 될 것이라는 우려를 표명해볼 수도 있다. 그러나 이는 지극히 원론적인 서술이며, 서로 다른 학문영역 간의 만남인 학제간 연구의 전제이기도 하다는 점에서 체계이론의 수용여부

61) F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 17.

62) G. Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 21 ff, 96 ff. 토이브너의 '반성적 법(reflexives Recht)' 외에도 간접적 조종의 모습을 '입법적 소란'이나 'order from noise'으로 설명하는 소위 '중개적 법(mediales Recht)'도 유사한 입장에서 있다. H. Willke, Ironie des Staates S. 190 ff.; A. Görlitz, Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept, in: ders., (Hrsg.), Politische Steuerung sozialer Systeme. Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept, S. 13 ff.

63) H. Willke, Ironie des Staates, S. 185 ff.

64) 탈중심적 콘텍스트조종은 자율규제는 물론 이후 규제적 자율규제의 컨셉에 영향을 주게 되나, 빌케(Willke) 스스로는 법에 의한 조종의 포기(Verzicht)를 언급하며 매우 한정적으로 법에 의한 조종을 바라보고 있음을 유의할 필요가 있다. H. Willke, Ironie des Staates, S. 187 ff.

65) 국내 문헌으로는 특히, 이상돈/홍성수, 법사회학, 189면 이하.

그 자체에 대한 의미 있는 비판이 되기는 어렵다.⁶⁶⁾

본격적으로 체계이론에 대한 비판을 소개해본다. 먼저 자기생산적 체계이론의 배경을 살펴보면 이 이론은 사회학적 주권비판의 정점에 서 있으며 그렇기에 내적 주권에 결정적인 의미를 부여하는 국법학의 도그마와 부합하지 않게 된다.⁶⁷⁾ 자기생산적 체계이론의 조종회의적, 조종비판론적 관점⁶⁸⁾은 법에 대한 부정적인 인식을 전제하고 있으며 이는 미국의 보통법(common law)적 법사상⁶⁹⁾ 간의 유사점으로도 나타난다. 즉, 보통법과 체계이론 양자는 모두 법을 개입적인 것, 나아가 “훼손꾼(Störenfried)”으로 보는 입장에 서 있다는 것이다.⁷⁰⁾ 이렇게 보면 사회체계에 대한 정치체계의 의미 있는 조종가능성이나 고전적인 국법의 의미가 일반적으로 부정되어버릴 수 있다는 점이 비판되지 않을 수 없다. 법과 법의 조종에 대한 회의적, 비판적 관점은 비공식적 수단에 의한 조종을 선호하게 되어 결국 행정과 의회간의 거리가 벌어지게 된다. 체계이론의 이러한 관념을 그대로 받아들이는 한 조종이론, 그리고 ‘조종학문으로서의 행정법학’은 - 랍시우스(O. Lepsius)가 적절히 비판한 바와 같이 - ‘위장된(camoufliert) 의회주의의 비판’⁷¹⁾을 은닉하게 될 위험에 빠져들게 될 것이다.

체계이론 자체에 대한 문제제기도 이어진다. 체계이론은 분화된 부분체

66) 다만, 이하에서 나타나는 체계이론의 문제점을 의식하지 못한 채, 현대 행정법학, 특히 최근의 보장국가론을 곧바로 체계이론에 등치시키는 경우에 있어서는 의미를 가질 수도 있다.

67) C. Möllers, Staat als Argument, S. 249.

68) 이에 대해, R. Mayntz/F. Scharpf, Politische Steuerung - Heute?, ZfS, Jg. 34, Heft 3 (2005. 6), S. 236 (237).

69) 미국의 보통법은 미국법 전반에 걸친 사상 내지 이념으로 보는 것이 적절하다. 즉, “(미국의) 보통법은 사례법, 판례법 또는 전통적 법을 초월한다. 보통법은 자기입증의 정당성에 대한, 정치적으로 중립적이고 효율적인 사회의 자기조종에 대한, 사실적합적이고 사안근접적인 문제의 해결에 대한 믿음이다” O. Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law - Amerikanische Entwicklung bis zum New Deal, S. 31.

70) O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 41.

71) 이에 대해서는, O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 21 ff..

계들의 자기준거성이 법을 매개로 한 정치적 체계의 조종을 허용하지 않기 때문에 결국 조종실패와 조종능력의 상실로 이어진다고 한다. 외부로부터의 조종이 유효한 경우는 “체계형성적 기능분화가 권위적인 수단에 의해 해체됨”을 통해서만 가능하다고 하는데 이는 정치학적으로는 기대하기 힘든 것이며 헌법적으로는 제대로 설명될 수 없는 것이다.⁷²⁾ 다시 말해 이것이 대체 무엇을 말하는지 법적으로 설명하기 어렵다. 더 나아가 경험적으로나 이론적으로 정말 외부로부터의 조종이 효력을 발휘할 수 없는가에 대한 본질적인 반론도 이어질 수밖에 없다. 즉 사회에 대해 정치가 영향을 주기 어렵다고 할 수는 있어도 아예 차단되는 것은 아니고 특정한 여건에서는 가능하다는 것이며,⁷³⁾ 그렇다면 바로 이 ‘특정한 여건’에 대한 논의가 계속되어야 하는 것이 아닌가라는 비판이 제기된다.⁷⁴⁾ 게다가 체계이론이 상정하고 있는 법의 조종능력 상실은 사회학적 인과관계의 모델과 달리 규범적 인과관계에 바탕하므로 자연과학적 및 실증주의적 인과관계 이론을 법학에서 작동시킬 수는 없다는 반론⁷⁵⁾도 눈여겨보아야 할 것이다

결국, 자기생산적 체계이론은 조종능력의 상실이라는 문제점을 진단하는 데에는 성공하였으나 법학적으로 수용되어 법적 해결책을 제시하려는 데에 이르러서는 이론적으로나 경험적으로나 쉽게 묵인하기 힘든 견해차를 두고 공법학과 충돌하게 된다. 민주국가에서 법은 행정의 결정체계를 위한 중요한 확정요소로 남아 있어야 하므로⁷⁶⁾ 체계이론에 의해 비판적으로 분석된 개입적 법 등의 문제는 다양한 조종매체를 통해 보완되어야 할 것이지만 완전히 대체될 수는 없으며 이러한 점에서 체계이론이 보여주고 있는 조종

72) F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 17.

73) R. Mayntz/F. Scharpf, Politische Steuerung - Heute?, ZfS, Jg. 34, Heft 3 (2005. 6), S. 236 (236).

74) 이하의 행위자중심적 조종이론은 바로 이 조건을 구하는 데에서 출발한다.

75) O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 33.

76) W. Krebs, Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, S. 213 (219 f.).

비판론이나 의회입법에서 출발하는 민주적 정당성과 행정의 유리, 반(反)자유적 성격⁷⁷⁾, 법의 조종 및 조종주체의 소실 문제⁷⁸⁾는 - 적어도 공법학의 관점에서는 - 한계를 가질 수밖에 없다. 현대 공법학이 직면한 여러 문제점에 대한 날카로운 분석과 비판, 그리고 방향성을 명민하게 제시하고 있음에도 불구하고 어떤 조건에서, 어떤 방식으로 공법학에 수용될 연결고리를 찾을 수 없다면 체계이론은 배경적 이론은 될 수 있을지 몰라도 결국 사태관망적인 역할을 하게 될 뿐이다.

(3) 행위자중심적 조종이론

1) 의의

행위자중심적 조종이론은 체계이론과 그 출발점은 유사하다. 행위자중심적 조종이론 역시 국가가 법을 매개로 한 조종능력을 상실하고 있는 원인을 위계적이고 서열적인 조종으로는 더 이상 적합한 사회조종을 이룰 수 없다는 데에서 찾고 있다. 그러나 행위자중심적 조종이론은 앞에서 제기된 자기생산적 체계이론에 대한 비판에서 출발하여 사회체계에 대한 국가조종의 가능성을 보여주고 있다.⁷⁹⁾

2) 조종주체와 객체

행위자중심적 이론은 체계이론에 대한 다음의 두 가지 비판점에서 출발한다: (i) 조종주체의 부재 문제 (ii) 정치체계의 영향력 부정 문제. 체계이론은 탈중심적 사고를 지향하며 이로서 행위의 구체적인 주체가 사라지며 다만 구조적인 결정만을 인정한다. 그러나 이와 같은 극단적인 조종주체의

77) Lepsius는 Kybernetik과 Mechanik에서 유래된 자기생산적 체계이론이 생활영역의 전체적인 규율가능성이나 결정론에 입각하고 있어, 다분히 반(反)자유적이라고 비판한다. ders., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), S. 350.

78) Lepsius는 이를 기능적 분화의 모순적 결과로 표현하며 강력한 비판을 가하고 있다. ders., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 48 ff.

79) R. Mayntz/F. Scharpf, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionismus, in: dies. (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, S. 39 ff.

부재는 이론적·경험적 비판에 직면하게 된다. 행위자중심적 이론은 조종주체를 다시 전면에 부각시키는 데에서 출발하며 여기에서 체계이론과의 중요한 차이를 보이게 된다.⁸⁰⁾ 조종행위는 다른 여타의 행위들과 마찬가지로 주체를 그려낼 수 있어야 한다. 다음으로, 체계이론은 체계 외부로부터의 유효한 조종을 부정하나 행위자중심적 이론은 경험적으로 인정되는 외적 영향력을 긍정한다. 따라서 조종 주체에 대응되는 객체는 그의 자치적인 역동성과 전개가 조종주체에 의해 특정한 방향으로 이끌어지게 된다.⁸¹⁾ 결국 행위자중심적 이론의 기본적인 구상은 종전의 법이 가지고 있던 기본적인 구상과 같이, 체계 그 자체가 아니라 개인적 그리고 협력적 행위자의 행위를 중심으로 하며, 조종되는 것은 기능적으로 폐쇄적인 소통체계가 아니라 개인적 그리고 집단적 행위자이다.

그러므로 행위자중심적 이론에서 조종주체는 자연인과 행위능력 있는 법인인 다양한 사회적 집합이며 조종객체는 조종처분을 통해 그의 행위에 영향을 미치게 되는 것들이 된다. 체계이론의 반성적 법이나 중개적 법과 유사하게, 조종객체는 조종주체의 조종을 통해 직접적인 변화가 아니라 객체의 자치적(*autonome*) 동인이 변화됨을 원칙으로 한다. 이러한 점에서 행위자중심적 이론에서도 조종은 위계적이고 서열적인 측면은 지양되며, 조종은 조종객체의 체계성향을 감안하는 요점적 개입이 주를 이루게 된다. 조종수단은 이에 따라 등급화를 이루게 되는데, 예를 들어 전통적인 행정법적 개입수단에서 비공식적 수단에 이르는 형식이나 자율규제에서 고권적 규제에 이르는 규제전략이 이용되는 것이다.⁸²⁾ 전통적인 법의 조종이나 자기생산적 체계이론에서의 조종과는 달리 행위자중심적 이론의 조종은 형성 및 금지명령적인 조종과 규범적인 행위지도, 절차적 조종과 비공식적 조종, 명

80) R. Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, Max-Planck Institut Working Papers (2004), S. 2.

81) R. Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, Max-Planck Institut Working Papers (2004), S. 2.

82) 보장행정에서 고권적 규제-규제적 자율규제-자율규제로 나누어지는 규제전략의 단계(Skala)에 대하여는, 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호 (2015.10.), 645면 (667면 이하).

령적 조종과 촉진적 조종 등 다양한 형태가 나타날 수 있다.⁸³⁾

3) 국가상의 계승과 변형

행위자중심적 이론은 종전의 위계적, 서열적 조종의 한계를 명확히 하나, 그렇다고 조종을 포기하고 사회체계의 자치만을 기대하지는 않는다. 오히려 중요한 사회적 행위자와 정치적으로 조직된 이해 및 국가 하부기관 간의 새로운 제도적 협력- 및 소통형식을 요구함으로 “새로운 국가” 또는 “새로운 국가 아키텍처”를 지지한다.⁸⁴⁾ 이러한 새로운 국가상의 단초에는 신제도주의적 관점과 함께 이른바 협력국가(Kooperationsstaat)의 사고가 자리하고 있다. 행위자중심적 이론은 국가와 사회 간의 제도적 협력 및 소통형식을 증시하는 협력국가로의 전환을 요구하며 이러한 점에서 위계적이고 서열적인 국가의 조종을 비판하나 다른 한편 체계이론에서와 같은 조종비관론으로 나아가지 않는다.

4) 사회관계의 공동선지향적 형성

행위자중심적 이론은 종전의 개입국가와 달리 국가의 조종능력을 맹신하지 않으나, 다른 한편 국가의 조종능력을 부정하지도 않는다. 특히 앞서 살펴본 협력국가의 발상을 수용하면서 행위자중심적 이론은 국가의 - 혹은 정치체계의 - 조종이 사회체계별로 상이한 방식으로 나타날 수는 있기 때문에 국가의 ‘지배’라는 측면보다 국가의 조종이 지향해야 할 이념, 가치 혹은 방향성에 중점을 둔다. 행위자중심적 이론에서 국가의 조종은 다양한 사회체계가 지니는 고유한 혹은 개별적 이익을 지배하지도 않으며, 이를 추구하지도 않으나, 다만 공익에 놓여있는 행위로 이해된다.⁸⁵⁾ 이러한 관념은 정치학에서는 전통적인 국가상에서 견지되어온 주권국가의 관념을 계승하

83) J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 97 f.

84) F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 30.

85) R. Mayntz, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, in: Burth/Görlitz, Politische Steuerung in Theorie und Praxis, S. 17 (19).; ders., Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, Max-Planck Institut Working Papers (2004), S. 2.

고 있음은 물론, 법학에서는 협력국가가 결코 주권의 완전이양이나 포기가 아니라는, 협력의 내재적 한계를 수용하고 있다.⁸⁶⁾

5) 평가

행위자중심적 이론은 자기생산적 체계이론의 조종비판론을 어느 정도 극복하였으며 경험적으로 나타나는 국가조종의 현실 및 가능성을 인정하였다는 점, 민주적 정당성을 지닌 기관이나 조직에 의한 조종을 지지한다는 점 등 전통적이며 또한 여전히 전개방향을 설정하고 있는 공법 체계의 근간과의 접점을 시도하였다. 이러한 논의를 정리해보면, 사회학적 조종논의와 공법의 연결에서 발견되는 조종의 의미는 결국 조종의 영역질서이다. 그렇다면 조종이란, “조종객체에 대한 목적된 영향력 행사로, 이에 따라 모종의 결과로 나타나야만 하는 것을 위한 입법과 행정의 미래적합적 관점과 이에 상응하는 행위지도”라고 서술해볼 수 있다.⁸⁷⁾ 이로서 행위자중심적 조종이론은 행정법학으로의 수용가능성에 있어 보다 적합한 것으로 평가할 수 있고 나아가 양자의 접점으로 볼 수 있다. 그러한 이유로 신행정법학 혹은 “일반행정법의 개혁” 프로젝트의 지지자들이 이른바 “조종학문으로서 행정법학”의 배경 혹은 단초로서 제시하는 이론은 - 명시적으로 언급하고 있지는 않은 경우도 있으나 - 행위자중심적 조종이론이다. 조종학문으로서 행정법학을 주장하는 견해에서는 대부분 조종의 개념요소⁸⁸⁾로 조종주체(Steuerungssbjekt)을

86) 이는 이후 보장국가의 분업적 공동선실현에서 더욱 명확하게 나타난다.

87) R. Mayntz, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme, S. 190.; M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (294)

88) 행위자중심적 조종이론을 지지하는 견해에서는 조종개념의 구성요소를 “조종주체(Steuerungssubjekt), 조종객체(Steuerungsobjekt), 조종목적(Steuerungsziel), 조종필요(Steuerungsbedürftigkeit), 조종가능성(Steuerbarkeit), 조종능력(Steuerungsfähigkeit)으로 설정하고 있다. 예를 들어, R. Voigt, Politische Steuerung aus interdisziplinärer Perspektive, (1991), S. 16.; G. F. Schuppert., Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 65 (69).; Voßkuhle의 경우 명시적으로

전제하고 있으며⁸⁹⁾ 이에 따라 조종객체와 조종목적(Steuerungsziel) 역시 상정하고 있고⁹⁰⁾ 조종의 개념 역시 이에 따라 “행위의 영향을 분석할 수 있는 목적지향적 행위”⁹¹⁾, “사회적 관계의 공동선 지향적인 형성을 위한 의도적이고 소통적인 행위영향”⁹²⁾ 등으로 이해한다는 점이 이를 방증한다.⁹³⁾

다만 행위자중심적 이론의 경우에도 이를 인접학문의 이해 그대로 이해하려는 경우 문제를 드러내게 된다. 대표적인 문제를 예로 살펴보면, 협력의 문제를 주체와 객체 간 정치적 이해의 일치 내지 합의로 보면서 주체와 객체의 차이가 사라진다고 보는, 정치학적 관점을 그대로 법학적 관점에 가지고 오게 될 경우 국가와 사회, 행정주체와 객체, 나아가 국가기능 간의 구별을 무색케 할 가능성이 있다는 점이다. 실제로 행위자중심적 이론이 위와 같이 이해하는 협력의 모습을 국가-사회 이원론을 해체하는 것으로 간주하는 것이 전형적인 예가 된다. 그러나 협력국가와 보장국가에서 국가와 사회 간의 선택적·누적적인 공동선 기여 가능성은 논리적으로 ‘국가-사회 이원론’을 전제하여야만 비로소 가능한 것이며 이에 따라 사회적인 자기조종과 국가적 조종이 구별될 수 있다.⁹⁴⁾ 조종주체와 객체 간의 정치적 융화와 법적인 지위관계는 구별되어야 할 것이다.⁹⁵⁾

행위자중심 제도주의를 언급하면서 조종개념의 요소를 조종주체, 조종객체, 조종목적, 그리고 조종수단(Steuerungsinstrument)으로 전제하고 있다. ders., Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 1, Rn. 20.

89) 다시 말하자면, 자기생산적 체계이론에 일관되게 따르는 경우 조종개념의 요소를 이와 같이 설정할 수 없다.

90) 마찬가지로, E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 19 ff.; R. Schröder, Verwaltungsdogmatik im Wandel, S. 192 f.

91) R. Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, Max-Planck Institut Working Papers (2004), S. 2.

92) König/Dose, Referenzen staatlicher Steuerung, in: dies., Instrumente und Formen staatlichen Handelns, S. 519 ff.; F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 30.

93) 이러한 점에서 소위 “조종학문으로서 행정법학”에 대한 찬반 양론 모두, 그 내용이 자기생산적 체계이론에 기초하고 있는지, 행위자중심적 이론에 기반한 신행정법학에 대한 비판인지, 양자 모두에 대한 것인지 구별할 필요가 있다.

94) 제인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제”, 공법연구 제41집 제4호 (2013. 6.), 155면 (159면).

4. 방법론의 전환과 행정법학

(1) 실증주의적 관점의 극복: 조종이론의 수용

엄격한 실증주의적 관념에 기초한 오토 마이어와 그 지지자들의 법학 방법론은 행정법학의 관점을 한정하였으나, 신행정법학은 실증주의를 지양하고 행정법학의 관점을 확대하였다. 그 중심에 조종이론이 놓여있는 바, 이미 1970년대 이후 행정법학은 조종이론의 단초를 수용하기 시작했고 80년대에는 보다 본격적인 논의가 이루어졌다. 이는 서구 복지국가에서 나타난 사회국가의 위기현상과 국가의 조종능력상실, 이를 극복하기 위해 대안으로 제시된 규제완화(Deregulierung)나 민영화(Privatisierung) 등의 현상적인 문제의 영향에 의한 것이기도 하다.⁹⁵⁾ 전통적인 행정법 도그마는 포르스트호프의 생존배려와 급부행정 이후, 다시금 행정현실에 어떻게 반응할 것인지 도전에 직면하였고, 행정법 체계의 변화를 요구받게 된 것이다.

소위 “조종학문적 전환기”⁹⁷⁾의 행정법학은 한편으로는 개별 제도적인 차원에서, 다른 한편에서는 행정법학의 방법론과 체계의 차원에서 조종이론으로부터 큰 영향을 받게 된다. 초창기 수용과정에서는 조종이론이 무리 없이 법학으로 안착될 것이라고 여겨져, 조종이론의 기본적인 구상을 법학적 관념에 대비하는 작업이 진행되었다.⁹⁸⁾ 당시 실정법상으로도 조종이론의 구상이 실현된 바, 예를 들어 구 연방건축기본법 제1조 제4항 및 5항이 규정한 바와 같은⁹⁹⁾ 형량 도그마틱이 조종이론에 부합하는 예이다.¹⁰⁰⁾

95) 신행정법학의 논의와 이후 보장국가론에서도 국가-사회 이원론은 여전히 확고하게 지지된다.

96) I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, S. 226 (242 f.).

97) W. Hoffmann-Riem, Risiko- und Innovationsrecht im Verbund, DV 38 (2005), S. 145 (162); J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 106.

98) 대표적인 예로, A. von Mutius, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), S. 147 ff.

그러나 행정법학계는 전통적인 행정법체계와 법학방법론에 근거하여 비도그마적 요소에 대한 숙고 필요성을 계속적으로 지적하게 된다. 특히 체계이론이 공법학과 충돌하는 부분인 민주적 정당성, 국가-사회 이원론 및 주체-객체의 소실, 법률적합성과 의회입법 및 본질성이론, 국가의 내적 주권에 대한 비판론 등이 나타나면서, 종전의 행정법 체계의 고유한 논리가 조종이론을 통해 대체될 것인가 아니면 조종이론이 일정부분 변형되어 공법학에 수용되어야 할 것인가의 문제가 제기되었다. 앞서 살펴본 바와 같이 행위자중심적 조종이론을 통해 이러한 점들은 일정 정도 해소되었으며 신행정법학으로 대표되는 현대 행정법학 방법론의 새로운 경향은 행위자중심적 조종이론을 토대로 조종이론을 수용하고 있다.¹⁰¹⁾

이후 조종이론이 행정법학에 수용된 모습 중에서, 일일이 거론하기는 힘들지만 가장 대표적으로 법의 개입방식 혹은 전략의 다원화를 예로 들 수 있다. 기존의 위계적이고 서열적인, 즉 고권적인 행정작용은 수평적이고 다원적인 형태를 받아들이게 되었다. 이른바 규제전략(Regulierungsstrategie)의 다층화, 행정법 행위형식의 현대화 요청 등은 조종이론의 영향을 보여준다 할 것이다.

(2) 학제간 구상의 법학적 수용

조종이론의 수용은 이어서 소개¹⁰²⁾되는 바와 같은 행정법학에 대한 영향력은 물론 그 자체로도 방법론적 전환, 개방성 혹은 다양성을 보여준다.

99) “건설기본계획은 특히 사회적, 문화적 수요를 지향하며 경제적 수요를 고려해야 한다.” 이는 현행 연방건축기본법 제1조 제6항 3호, 5호 8a호에 규정되어있다.

100) J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 106.

101) 앞서도 잠시 언급한 바와 같이 신행정법학의 논의가 본격화된 이후 법학문헌에서 언급되는 대부분의 조종이론은 문제의 분석에 있어서는 자기생산적 체계이론의 내용을 참고하고 있으나 소위 조종학문으로서 행정법학의 차원에서는 이미 조종개념에서 행위자중심적 조종이론의 관점을 따르고 있다.

102) 다만 조종이론의 수용과 방법론적 전환이 행정법학에 미치는 영향과 결과에 대해서는 지면상의 제한으로 인해 본고에서는 거시적인 측면에 한정하여, 또한 개괄적으로만 소개될 것이다. 자세한 내용은 후속 연구를 예정하며, 반면 신행정법학의 중요한 결실인 보장국가론에 대해서는 이미 여러 선행연구를 통해 제시해온 바 있다.

일차적으로 조종이론의 수용은 - 그것이 실정법적 수용이든, 배경이론으로서 수용하든 - 행정법 체계가 인접학문에 대한 개방성을 승인하고 있음을 의미한다.¹⁰³⁾ 조종학문으로서 행정법학의 중요한 의미는 행정법학 방법론이 적용관련적, 적용지향적인 해석론에서부터 법규제정을 지향하는 행위론 및 결정론으로 논점을 확대시켜가고 있다는 점이다.¹⁰⁴⁾ 행정법학은 사안에 적합한 임무수행을 지향하게 되며 이는 다양한 수단의 형성 및 결합 가능성으로 이어지게 된다. 법학방법론이 행정법의 체계를 연역적으로 선구상하고 각각의 행위에 따라 행정현실에 대응해 왔으며 주관적 권리만을 중시하였다면 조종이론은 귀납적이고 사안관련적이며, 객관법적 내용인 절차나 조직을 중시하게 된다.¹⁰⁵⁾ 결국 신행정법학이 주장하는 조종학문으로서의 행정법학이란 행정법적 사고의 지평확대라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾

(3) 민사법적 방법론의 한계 지적

신행정법학은 오토 마이어 당시 상황, 즉 성문화된 행정법 규정이 많지 않았던 점, 의회입법에 대한 집행권한의 ‘합법적 독재’의 성향, 실질적 법치 국가 관념의 부재 혹은 배경, 사법적 권리구제 수단의 불충분 등을 대비시켜 Savigny의 사법적 방법론에 기초하여 설계된 행정법학 방법론의 한계를 주장하였다. 이에 따라 먼저 신행정법학은 법학적 인식의 관심을 사비니적 방법론적 카논으로 축소시키는 것에 반대한다. 다시 말해 민사적 해석프

103) W. Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 9 (61).: I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (268 f.).

104) A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 1, Rn. 15.: E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 26 ff.: I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (243).

105) M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (299).

106) E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: GVwR I, § 5, Rn. 5.

로그램으로의 법학의 동기화(Identifikation)를 반대하는 것이다.¹⁰⁷⁾ 나아가 체계적 해석 및 목적론적 해석의 단순한 하위기준이 아닌 독자적인 법획득을 위한 논증방식을 추구하는 데, 이는 헌법의 해석에 있어 헌법규범의 구체화를 위한 시도들과 유사한 방식을 가질 수 있다.

헌법의 경우, 완결되고 통일적인, 다시 말해 논리적·공리적 또는 위계적인 체계를 포함하고 있지 않기 때문에 규범의 구체화를 위하여 “규범에 구속되는 토픽적(문제변증론적) 절차” 가운데 지도적 관점을 포착하려 하였다.¹⁰⁸⁾ 반면 신행정법학의 경우 행정법의 성문화가 더뎠던 오토 마이어의 시대에 Savigny적 법률해석방법 - 문언적, 논리적, 역사적 및 체계적 해석 방법 - 을 토대로 하여 연역적으로 설계된 체계를 한편으로는 유지하면서도 다른 한편으로는 이 체계의 한계를 인식하고 또한 실증주의적 방향으로 부터 돌이켜 합목적적성을 보다 추구하기 위해 토픽적 절차를 통해 방법론상의 다원화를 꾀하고 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁹⁾ 이러한 다원화는 한편으로는 사회과학적 영역에 대한 행정법학의 개방으로 이어지며 다른 한편으로는 사안적합적 임무수행을 목표로 하는 임무관련적 관점의 채택에서 나타난다.

(4) 임무관련적 관점

오늘날 성문화된 행정법 규정이 폭증하고 의회입법의 우위가 헌법이론상 일반적으로 받아들여짐에 따라 이제는 다양한 사안임무를 규율해야 할 임무관련적 관점(aufgabenbezogene Betrachtungsweise)이 요청되며 행위형식의 절대적 맹신보다는 비판적인 발전이 필요하게 되었다. 임무관련적 관점은 신행정법학 이전에도 이미 계획행정이나 리스크행정 등의 출현으로 인해 방법론 연구에서 논의되어왔다. 법행위관련적 관점이 절대적으로 유지될 수 없다는 것은 포르스트호프의 생존배려이론에서부터 출발하여 이와 같은 새로운 행정유형의 발견, 공법상 계약이나 단순행정행위와 같은 새로

107) J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 79.

108) K. Hesse, Grundzuge des Verfassungsrechts der BRD (계희열 역, 통일독일 헌법원론), 20. Aufl., Rn. 67.

109) Schaefer는 토픽적 방법론의 유용성을 긍정하는, 결론에 있어서 동일한 논의를 전개하고 있다 ders., Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 79.

운 형식의 등장에서 이미 어느 정도 입증된 것이다.

법행위관련적 관점에 기반하는 전통적인 법학방법론과 임무관련적 관점에 기반하는 신행정법학의 - 극명한, 혹은 결국 “중이 위에서의” - 차이는 유형 혹은 체계의 추상성 정도에서 나타난다. 즉, 법학방법론이 목적 해방적으로, 정확히는 지배분야의 목적에 제한된 행위형식으로 매우 높은 추상적 단계에서 작동하는 반면에, 조종이론적 단초에 의한 임무관련성 또는 문제관련성은 유형화 가능성의 추상화를 제한하여 중간 정도의 추상성에서 활동하게 된다.¹¹⁰⁾

(5) 국가임무수행의 변화와 방법론적 전환

현상적인 차원의 영향요소인 규제완화나 민영화는 단순히 행정법학에 양적인 변화, 즉 국가작용의 후퇴나 탈법제화를 넘어 질적인 차원의 변화로 이어지게 되었으며 마침내 새로운 국가상과 행정유형으로 이어지게 되었다. 국가임무에 대한 관념들이 새로이 재편되고 임무론의 한계와 함께 제시된 책임론(Verantwortungslehre)이 널리 승인되면서 국가임무 수행방식의 변화는 행정법학이 행정현실에 반응하는 최선의, 가장 적절한 예시가 되었다.¹¹¹⁾ 여기에서 조종이론적 구상은 행정의 위계적 조종이 수평적 조종으로, 국가의 독점적 공동선 수행이 국가와 비국가적 수행자 간의 분업적 공동선 실현과 이를 위한 구조적 연결 및 조종으로 변화되는 데에 배경으로 작용한다.

(6) 거버넌스 이론과의 연계

조종이론의 또 다른 영향이라면 거버넌스 이론을 법학적으로 설명하기 위한 연결점을 제공하여 행정법학과 거버넌스 이론 간의 관계를 밀접하게

110) M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (306).

111) C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der BRD, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2003, S. 73 (120 ff.).

하였다는 데에 있다.¹¹²⁾ 사실 거버넌스는 그 개요를 정하기 힘든 개념으로 매우 다양한 의미를 담고 있으나, 앞에서 언급한 국가임무 수행방식의 논의를 통해 나타난 보장국가론은 국가와 사적 수행자의 분업적인 공동선실현을 핵심적인 모토로 삼고 있다. 다양한 수행자에 의한 임무수행을 구조화시킨다는 점, 이로 인한 국가상의 변화는 거버넌스의 논의와 연계된다.¹¹³⁾

IV. 결 어

행정현실의 변화, 새로운 행정유형 및 행위형식의 발견과 체계 재편은 체계 고유의 논리를 보유한 행정법 체계와 이를 지지하는 방법론적 기반에도 변화를 가져오게 된다. 이 변화는 어느 한 순간 일어난 것이라거나 체계 파괴적인 혁명적 원인이 아니라 행정법 체계의 개방적 폐쇄성이라는, 모순되어 보이나 양립 가능한 체계 특성에 따라 지속적으로 전개되어온 것이다. 오늘날의 신행정법학이나 행정법의 개혁 프로젝트는 - 이 역시 이미 수십 년에 걸쳐 진행되고 있으나 - 비교적 최근의 행정현실의 변화와 누적된 변화요청에 기인하는 것이며 특히 종전 행정법학 방법론이 고수하던 핵심적인 관점인 법학방법론에 대해 방법론적 다원화라는 도전장을 던졌다는 점에서 종전의 변화와는 달리 “신”행정법학이라는 표제어를 붙이기도 하는 것이다. 그러나 방법론적 다원화는 비단 인접학문적 관점의 지향만을 염두에 두는 것이 아니다. 신행정법학은 어떤 중국적으로 배타적인 방법론에 기초하고 있지는 않고 일련의 다양한 행정법학 방법론의 요소들을 차용하고 있

112) 자세한 내용은, *I. Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (245 f.); *C. Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006), S. 186 (193 ff.); *G. F. Schuppert*, Was ist und wozu Governance?, DV 40 (2007), S. 463 (464 f.)

113) 이상의 논의는 Schmidt-Aßmann이 지적한 조종학문으로서 행정법이 맞이하게 될 변화의 내용, 즉 단선적이고 수직적인 영향관계의 변화, 행정조직의 변화, 소송편향적 행정법학의 수정, 사적작용의 개입과도 일맥상통한다. *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1., Rn. 33. S. 18.

다. 방법론적 다양성, 특히 임무관련적 관점에 의한 방법론은 오직 하나의 판단만이 올바른 해석의 결과이며 적용방식이라는 믿음 대신 행정이 계속적으로 규범을 형성해간다는 점을 강조한다.

무엇보다도 방법론적 전환 또는 개방은 기존 행정법학 체계의 파괴나 전면적 대체로 나아가지 않음을 유의할 필요가 있다. 더 나아가 도그마적-비도그마적 요소간의 대립, 인접학문적 지식의 활용, 법률구속의 강약 등은 이미 오토 마이어 이전부터 오늘날까지 계속되는 행정법학 방법론의 견해 대립이기도 하다. 조종이론의 수용과정에서도, 현상적 분석의 유용성에도 불구하고 전통적인 공법학의 토대에 비추어 수용가능성 및 적합성이 계속 논의되어왔음을 알 수 있다. 결국 행정법학 체계는 여전히 그 기능을 수행하고 있으며, 전통적 도그마와 행정현실 간의 관계성을 고려하여 변화, 발전하는 것이라고 볼 수 있다.¹¹⁴⁾

행정법학 방법론의 전개 양상 중에 본고에서는 특히 조종이론과의 접점을 살펴보았다. 다만 지면상의 제약으로 인해 본고에서 다룬 내용은 신행정법학과 조종이론 간의 접점 중에서도 최소한의 내용만을 언급하였을 뿐, 이후 재개되는 반론이나 구체적인 발현내용에 대해 다루지 못한 채 맺게 되었으므로 본고를 출발점으로 하고 끝이어 후속 연구를 통해 미처 다루지 못한 내용들을 계속적으로 논해보고자 한다.

현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고 - 계 인 국	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2017.11.15.	2017.11.24.	2017.12.22.

114) 독일 국법자대회에서 위 주제로 발제를 담당한 Ivo Appel과 Martin Elfert 역시, 조종이론의 유용성과 수용에 대한 입장차이에도 불구하고 동일하게 행정법학 체계의 계속성과 현대적 가치를 인정하고 있음을 결론으로 제시하고 있다.

[참고문헌]

- 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정”, 공법연구 제41집 제4호 (2013. 6.), 155면 이하.
- , “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호 (2015.10.), 645면 이하.
- , “현행법상 규제의 의미와 입법평가 - 행정규제기본법에 대한 비판적 평가 -”, 입법평가연구 제11호 (2017. 6.), 1면 이하.
- 길준규, “포르스트호프의 생애와 생존배려사상”, 공법연구 제37집 제4호 (2009. 6.), 257면 이하.
- 김남진, 제어학으로서 행정법학론, 법연 (2013. 05-06), 26면 이하.
- 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기 - 평가와 전망”, 강원법학 제51권 (2017. 6.), 321면 이하.
- , “오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 231면 이하.
- 류지태, “행정법 방법론 소고”, 고려법학 제38집 (2002. 4.), 85면 이하.
- 문병호, “행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론”, 경원법학 제3권 제2호 (2010.11), 139면 이하.
- 양천수, “생존배려 개념의 기원 - 법철학의 시각에서 본 포르스트호프의 사회보장법체계”, 영남법학 제26호 (2008. 4.), 101면 이하.
- 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사 (2000).
- 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제. 행정법연구 제48호 (2017. 2.), 83면 이하.
- 이은선, “생존배려개념에 관한 연구 - 에른스트 포르스트호프의 이론을 중심으로”, 고려대 석사학위논문 (2002).
- 임현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대 석사학위논문 (1998).
- Appel, Ivo*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verhältnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226 ff.
- Badura, Peter*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Staat, Recht und Staat, Heft 328, Tübingen 1996.
- Becker, Florian*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen 2005.
- Bumke, Christian*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 73
- Brohm, Winfried*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgabe der Verwaltung, VVDStRL 30 (1971), S. 245 ff.
- von Danwitz, Thomas*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, Tübingen 1996.
- Eifert, Martin*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286

- Fehling*, Michael, Informelles Verwaltungshandeln, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, (zit. GVwR II), § 38, München 2012.
- Forsthoff*, Ernst, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaat im Wandel, 2. Auflage, München 1976.
- Franzius*, Claudio, Governance und Regelungsstrukturen, *VerwArch* 97 (2006), S. 186 ff.
- Görlitz*, Axel, Mediales Recht als politische Steuerungskonzept, in: ders., (Hrsg.), Politische Steuerung sozialer Systeme. Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept, Pfaffenweiler, 1989.
- ders., Zur Steuerbarkeit moderner Industriegesellschaften mit Recht, in: ders./*Voigt*, Grenzen des Rechts, *Jahrschrift für Rechtspolitologie* Band I, S. 17 ff.
- Groß*, Thomas Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, *DV Beiheft* 2 (1999), S. 57 ff.
- Gusy*, Christoph (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen - Folgen, Baden-Baden 1998.
- Hesse*, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Hesse*, Joachim Jens, Staat, Politik und Bürokratie, in: ders. (Hrsg.), Politikwissenschaft und Verwaltungswissenschaft, Sonderheft 13, Opladen 1982.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungswissenschaft, in: *Schmidt-Aßmann*/ders. (Hrsg.), Methoden, S. 11 f.
- ders., Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, (zit. GVwR II), § 33, München 2012.
- ders., Risiko- und Innovationsrecht im Verbund, *DV* 38 (2005), S. 145 ff.
- Kay*, Inkoob, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, Frankfurt a. M 2013.
- König*, *Klaus/Benz*, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und Staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997.
- König*, *Klaus/Dose*, Nicolai, (Hrs.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, Köln/Bonn/Berlin/München 1993.
- Krebs*, Walter, Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann* Eberhard/*Hoffmann-Riem*, Wolfgang, (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, S. 213 ff.
- Lepsius*, Oliver, Verwaltungsrecht unter dem Common Law - Amerikanische Entwicklung bis zum New Deal, Tübingen 1997.
- ders., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, *Luhmann*, Niklas, Soziologische Aufklärung IV Opladen 1987.
- ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1990.
- ders., Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1992.
- ders., Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1995.
- Meyer-Hesemann*, Wolfgang, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft,

- Heidelberg 1981.
- Mayntz, Renate, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: *Ellwein*, Thomas/*Hesse*, Joachim Jens/*dies./Scharpf*, Fritz (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Band I (1987) S. 89 ff.
- dies.*, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, Max-Planck Institut Working Papers (2004)
- dies.*, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, in: *Burth*, Hans-Peter/*Görlitz*, Axel (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, S. 17 ff.
- R. Mayntz/F. Scharpf*, Politische Steuerung – Heute?, Zeitschrift für Soziologie, Jahrgang. 34, Heft 3 (2005. 6), S. 236 ff.
- dies.*, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionismus, in: *dies.* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, S. 39 ff.
- Möllers, Christoph, Staat als Argument, München 2000.
- ders.*, Methoden, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (zit. GVwR I), § 3, München 2012.
- Pielow*, Johann-Christian, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001.
- Reichard u. a.* (Hrsg.), Neue Institutionenökonomik-PPP-Gewährleistungsstaat, Berlin 2004.
- Schaefer*, Jan Philipp, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016.
- Schmidt*, Reiner, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht. Reformbedarf-Reformanstöße-Reformansätze, VerwArch 91 (2000), S. 149 ff.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl, Berlin u. a. 2006.
- ders.*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, (zit. GVwR I), § 5, München 2012.
- Schröder*, Rainer, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007.
- Schuppert*, Gunnar Folke, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 65 ff.
- ders.*, Was ist und wozu Governance?, DV 40 (2007), S. 463 ff.
- Schweitzer*, Heike, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, Baden-Baden 2002.
- Stolleis*, Michael, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (zit. GVwR I), § 2, München 2012.
- Teubner*, Gunther, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.
- Thiemeyer*, Theo/*Bohrer*, Carl/*Himmelman*, Gerhard (Hrsg.), Öffentliche Bindung

von Unternehmen, Baden-Baden 1983.

Voßkuhle, Andreas, Neue Verwaltungswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/ders., (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, (zit. GVwR I), § 1, München 2012.

Waechter, Kay, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2008.

Willke, Helmut, Ironie des Staates Frankfurt a. M. 1996.

【국문초록】

이른바 새로운 행정법 또는 행정법학의 개혁이라는 표제어는 행정법학 방법론의 개방성과 다양성의 요청에 부응하면서도 동시에 전래되어온 행정법 체계론과의 접점을 강구하려는 최근의 행정법학 방법론의 경향을 보여 준다. 본고는 이러한 행정법학 방법론의 전개과정을 개요하는 것을 목적으로 하며 신행정법학 논의의 핵심적 배경 중 하나인 조종이론이 어떠한 구상을 통해 전통적인 행정법 체계를 비판하였으며 다시 법학적으로 수용되기 위해 어떤 방안을 마련하였는지를 중점적으로 살펴보았다. 이를 위해 먼저 행정법의 체계화 과정을 설명하고 이어서 조종이론의 기본 구상으로서 자기생산적 체계이론과 행위자중심적 조종이론을 소개하였다. 자기생산적 체계이론은 체계로서 행정법의 특징을 설명하고 (행정)법의 조종능력 상실을 진단하는 데에 기여하였으나 이론적, 경험적으로 공법학과 충돌하게 되므로 이를 극복하고 접점을 찾는 이론으로서 행위자중심적 조종이론이 받아들여지게 된다. 이를 토대로 신행정법학은 소위 ‘조종학문으로서 행정법학’이란 이론적 배경을 전제하여 행정법학 방법론의 개방성과 다양성을 추구하는 한편 종전 행정법 체계의 연속성을 지지한다.

【Abstract】

Zur Entwicklung der Methodenlehre in der modernen
Verwaltungsrechtswissenschaft

Kay, Inkook

(Research Fellow JPRI, Dr. jur.)

Die Stichwörter, “neue Verwaltungsrechtswissenschaft” oder “Reform des Verwaltungsrechts”, zeigen eine Richtung, dass die heutigen Methodenlehre der Verwaltungsrechtswissenschaft der Anforderung der Offenheit und Pluralität der Methoden widerspiegeln wollen. Die vorliegende Arbeit will die Entwicklung der Methodenlehre in der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft herausarbeiten, insbesondere wie die Steuerungsansätze als ein wichtige Hintergrund dargestellt und rechtswissenschaftlich rezipiert werden. Zunächst erklärt hier den Prozess der Systematisierung des Verwaltungsrechts. Danach konzentriert diese Arbeit auf die Steuerungstheorie, vor allem autopoietische Systemtheorie und Akteurszentrierte Steuerungstheorie. Die autopoietische Systemtheorie hat zwar damit gedient, das (Verwaltungs) Recht als ein System darzustellen, die Defizit der Steuerungsfähigkeit des (Verwaltungs) Rechts zu diagnostizieren, jedoch steht sich den tradierten Elementen Öffentliches Rechts gegenüber. Akteurszentrierte Steuerungstheorie versucht diese Entgegensetzung zu bewältigen und einen Treffpunkt zu finden. Das Projekt der “neuen Verwaltungsrechtswissenschaft” hat daher die Akteurszentrierte Steuerungstheorie

vorausgesetzt und zielt auf den Methodenwandel zur Offenheit und Pluralität einerseits, anderseits aber beibehält die Kontinuität des traditionellen Verwaltung-srechtssystems.

주제어(Keyword) : 법학방법론(Juristische Methode), 신행정법학(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft), 조종이론(Steuerungstheorie), 자기생산적 체계이론(Autopoietische Systemtheorie), 행위자중심적 조종이론(Akteurszentrierte Steuerungstheorie)

위험사회에서 Jakobs의 기능적 책임론에 관한 재론(再論)

김 준 성*

▶ 목 차 ◀

I. 문제의 제기	III. 기능적 책임론의 문제점과 범죄 체계상 수용의 문제
II. 기능적 책임론에 관한 구체적 검토	1. 기능적 책임론의 문제점과 비판
1. 기능적 책임론의 개념과 의미	2. 기능적 책임론의 비판에 대한 반론
2. 기능적 책임론의 등장 배경과 범죄체계상 지위	3. 범죄체계상 수용범위와 형법상 적용문제
3. Jakobs의 견해에 대한 구체적 검토	IV. 결론

I. 문제의 제기

오늘날은 다양한 범죄의 발생이 상존하는 위험사회라고 할 수 있다. 이러한 위험사회¹⁾에서 형법에게 주어진 가장 중요한 임무 가운데 우선적으로

* 대구외국어대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사.

1) 오늘날 형법학에서 의미하는 ‘위험사회’는 일반 시민들의 안전을 위협하는 새로운 대량 위험(예컨대 원자력 및 생화학, 유전공학에 기초한 위험)과 새로운 범죄(예컨대 환경범죄, 경제범죄, 조직범죄, 테러범죄 등) 등을 의미한다. 이와 관련하여 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 「비교형사법연구」 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 252면 참조; 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 -독일에서의 논의와 시사점-”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 180면 이하.

거론되는 것은 위험을 차단하는 형법의 역할과 기능변화에 관한 모색이다.²⁾ 이처럼 학계에서 형법의 변화 내지 기능변화³⁾에 대하여 끊임없이 문제가 제기되는 것은 실질적으로 위험사회에서 형법의 예방적 기능이 강조되기 때문이며,⁴⁾ 또한 형법이 추구하는 미래지향적 실용성의 가치를 담보하는 것으로서 궁극적으로 형법에 내재된 가치관과 방향성을 설정하는데 중요한 척도가 되기 때문이다.

그래서 현대사회를 특징짓는 위험사회에서 위험에 대응하는 형법의 방향⁵⁾을 모색하는 것은 현실적으로 형법이 추구하는 미래지향적 방향성을 설정하는데 유용하다고 볼 수 있다. 일반적으로 위험사회에서 위험에 대응하는 형법의 방향은 위험으로부터 사회와 국가 및 개인의 안전을 보장하기 위하여 범죄예방을 강조하지 않을 수 없다. 즉 형법은 범죄로부터 위험을 차단하는 예방정책의 중요성을 부각시키지 않을 수 없게 된다. 이러한 측면에서 형법은 미래지향적 방향성으로서 예방형법을 모색하지 않을 수 없게 되며, 결국 예방형법이 투영된 형법체계에 있어서 형사정책의 확장은 불가피하게 될 것이다. 사실 이러한 형사정책의 확장은 오늘날 무수한 형사특별법을 입법케 하는 특별법 만능주의를 초래한 것은 아닐까? 하는 의구심이 들

2) 이와 관련하여 대표적으로 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 1면 이하; 김재운, “위험사회에서 형법을 통한 위험조종의 가능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-”, 「일감법학」 제25호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 123면 이하; 박강우, “사회변화와 형사입법의 정당화조건 -형법의 기능화의 문제와 형법각칙과 형사특별법의 개정방향”, 「형사법연구」 제24권 제3호, 2012, 한국형사법학회, 3면 이하; 이덕인, “형법의 기능변화와 한계에 대한 성찰”, 「형사법연구」 제24권 제3호, 2012, 한국형사법학회, 35면 이하; 이재일, “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰: 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 「법과사회」 제47호, 법과사회이론학회, 2014, 77면 이하.

3) 위험사회에서 형법변화의 특징에 대하여 대표적으로 변종필, “위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 -국내의 논의 현황과 동향을 중심으로-”, 「비교형사법연구」 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 541-542면 참조.

4) 조광훈, “위험 형사법 확장의 문제점과 조화로운 모색”, 「영남법학」 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017, 171면 이하 참조.

5) 이와 관련하여 대표적으로 김재운, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 257면 이하; 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011, 9면 이하.

기도 한다. 왜냐하면 국가는 객관적 위험상황과 주관적 위기불안감이 고조되고 있는 위험사회에서 국민들의 요구에 의하여 범죄예방의 차원에서 형법의 적극적인 개입을 고려하지 않을 수 없기 때문이다.

따라서 문제는 위험사회에서 형법은 위험예방을 목적으로 하는 도구 내지 기능으로 점차 변화되고 있다는 것이다.⁶⁾ 이러한 형법의 도구화 내지 기능화(機能化)는 범죄예방의 차원에서 그 가치가 극대화될 수 있지만, 반면에 국가가 엄벌주의(嚴罰主義)의 경향으로 흐를 가능성이 높으며,⁷⁾ 또한 형법이 형사정책화로 변질될 수 있는 문제를 가진다고도 볼 수 있다. 그렇다고 하여 오늘날 위험사회에서 형법의 역할과 기능변화의 필요성에 대하여 결코 묵살할 수도 없다. 국가의 적극적인 개입으로 범죄의 위험을 사전에 제거하거나 예방할 수 있다면, 법치국가에서 형법의 역기능화(逆機能化)를 우려하기 보다는 상황에 적응하는 형법의 순기능화(順機能化)를 우선적으로 고려하는 것이 타당하기 때문이다. 물론 형사정책은 형법의 영역을 벗어날 수 없는 한계를 가지고 있지만,⁸⁾ 반면에 형법의 기능화에 유용한 도구가 될 수도 있기 때문이다.

이러한 측면에서 필자는 현실적으로 범죄예방의 중요성에 입각하여 위험사회에서 예방적 형벌목적을 달성하는 방안으로서 책임과 예방의 관계⁹⁾에 대하여 기존의 논의를 재검토하여 새롭게 조명하고자 한다. 이를 위하여 필자는 책임은 응보가 아닌 예방목적으로서 책임이 부과된다는 즉, 책임평가의 판단기준으로 예방목적의 중요성을 적극적으로 주장하는 Jakobs의 기능적 책임론¹⁰⁾에 대하여 범죄예방의 순기능적 측면에서 범죄체계상 수용여

6) 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 6면.

7) 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 -독일에서의 논의와 시사점-”, 192면.

8) 배종대, 형법총론, 제10판, 홍문사, 2012, 430면.

9) 이와 관련하여 상세한 내용은 조상제 역(Günter Jakobs 저), “책임과 예방”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995, 153면 이하; 김성돈, “책임개념의 기능화와 일반예방이론 -독일에서의 논의를 대상으로-”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 1992, 63면 이하.

10) 이와 관련하여 대표적으로 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 해석 -귄터 야콥스(Günter Jakobs)의 이론을 중심으로-”, 「형사법연구」 제10호, 한국형사법학회, 1997, 91면 이하 참조; 김성환, “독일 형법학상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 「한·독사회과학논총」 제18권 제3호, 한독사회과학학회, 2008, 41면 이하 참조.

부와 형법상 적용문제를 구체적으로 검토한 후 위험사회에서의 미래지향적 형법의 방향성을 모색하고자 한다.

II. 기능적 책임론에 관한 구체적 검토

1. 기능적 책임론의 개념과 의미

책임에 대하여 우리 형법과 달리 독일 형법 제46조 제1항에서는 행위자의 책임은 양형의 기초이며 가벌성의 전제조건이라고 명시적으로 규정하고 있다.¹¹⁾ 여기서 책임은 행위자의 책임을 의미하며, 형의 양정은 행위자의 책임을 기초로 한다는 것이다. 일반적으로 책임은 비난가능성을 전제로 하여 형벌의 근거임과 동시에 제한하는 기능을 한다. 그러나 이러한 책임개념과 달리 형벌의 목적이 응보가 아닌 예방목적으로서 책임이 부과되는 것을 예방적 책임론이라고 한다.¹²⁾ 즉 예방적 책임론은 책임비난의 근거는 예방목적이라는 것이다. 이러한 예방적 책임론에 따르면 책임평가의 척도는 타행위가능성(他行爲可能性)이 아닌 형벌목적으로서 예방목적이 된다는 것이다. 따라서 예방적 책임론은 책임의 내용을 형벌의 목적으로 판단하기 때문에 일반예방의 목적에 의하여 책임이 결정되어야 한다는 견해로서 형법에서의 형벌목적의 기능적인 측면을 강조한 견해라고 볼 수 있다.¹³⁾ 즉 책임은 형벌목적과 관련하여 기능적으로 접근해야 한다는 의미에서 기능적 책임론이라고 한다.¹⁴⁾ 이러한 의미에서 기능적 책임론은 형벌이라는 목적을 통하여 일반인들의 규범준수의식을 강화시키고자 형법의 현실적 기능의 측면에서 규범의 안정화를 목표로 하여 심지어 사회윤리적 행위가치의 보호

11) 성낙현, 형법총론, 제2판, 동방문화사, 2011, 317면 참조.

12) 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006, 382면 참조; 배종대, 형법총론, 429면 이하 참조.

13) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제9판, 박영사, 2017, 307면 이하 참조.

14) 대표적으로 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 307면; 성낙현 형법총론, 318면; 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012, 237면; 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2013, 285면; 김신규, 형법총론, 청목출판사, 2009, 364면.

에 중점을 두는 것으로서 이른바 ‘적극적 일반예방목적’을 바탕으로 하고 있다.¹⁵⁾

특히 Jakobs는 책임비난의 근거로서 의사자유를 인정하지는 않지만, 형벌의 전제로서 책임을 인정하며, 심지어 책임을 적극적 일반예방목적의 과생물이라고 한다.¹⁶⁾ 이러한 Jakobs의 견해는 테러리스트와 같은 특정한 조직범죄자들의 위협에 선제적으로 대응하기 위하여 전통적인 법치국가의 형법으로는 한계가 있기 때문에 엄벌주의적 성향의 적대형법(Feindstrafrecht)이 필요하다는 것이다.¹⁷⁾ 즉 Jakobs는 범죄와 형벌의 관계에서 형벌의 목적은 사회구성원들에게 규범에 합치되지 않는 행위유형을 거부하도록 하는 규범승인의 훈련기능을 한다는 것이다.¹⁸⁾ 따라서 기능적 책임론은 사회구성원들에게 형벌에 대한 공포심을 조장하는 것이 아니라 형벌을 통하여 규범의 타당성을 공고히 하는 것이며, 최대다수의 최대행복을 위하여 형벌 그 자체가 목적으로서 적극적인 일반예방의 기능을 가지는 것이다.

2. 기능적 책임론의 등장 배경과 범죄체계상 지위

사회구성원들은 사회의 안전과 질서를 위협하는 위험이 발생할수록 범죄예방의 측면에서 형벌에 대한 기대치가 높아진다.¹⁹⁾ 특히 최근에 종종 발생하는 국제적 테러²⁰⁾에 대하여 범죄예방을 위한 차원에서 엄벌주의가 설득력을 가질 수 있다. 이러한 국제사회에서의 급진적인 상황의 변화가 행위

15) 김성돈, 형법총론, 12-13면.

16) 김성돈, 형법총론, 383면; 하태훈 역(Hans Joachim Hirsch 저), “책임원칙과 책임원칙의 형법적 기능”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995, 57면.

17) 김일수, “「나의 형법학 이해 30년 - 배움과 가르침의 여정에서」”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 7-8면.

18) 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 해석 -귄터 야콥스(Günter Jakobs)의 이론을 중심으로-”, 94면.

19) 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 -최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로-”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 24면.

20) 이와 관련하여 최근(2017.10.31.)에 9.11 테러가 발생한 뉴욕 월드트레이드센터에서 IS(이슬람국가주의)에 의한 것으로 추정되는 차량테러사건을 들 수 있다(파이낸셜뉴스, “뉴욕 한복판 IS테러 8명사망”, 2017.11.1.일자 인터넷기사 참조 : <http://www.fnnews.com/news/201711011726453318>).

자에 대한 책임에 대하여 기존의 책임개념과 달리 해석하거나 적용할 필요성이 대두된다고 볼 수 있다. 일반적으로 구성요건해당성과 위법성이 행위에 대한 판단이라면, 책임은 행위자에 대한 판단이다. 즉 행위자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법성이 인정되더라도 책임이 인정되지 않으면 범죄가 되지 않는다. 따라서 책임은 위법한 행위를 한 행위자를 개인적으로 비난할 수 있는가에 있다. 통설²¹⁾은 행위자가 자신의 행위를 규범에 따라 조종할 수 있는 의사(意思)로서, 그 의사(意思)에 의하여 실현된 행위자의 행위가 바로 책임판단의 대상이 된다는 것이다. 이러한 의미에서 책임은 의사책임이며, 의사형성의 비난가능성을 의미하게 된다. 이로써 전통적으로 책임은 불법을 선택한 행위자에 대한 비난가능성을 의미하게 되었으며, 범죄체계상 가장 중요한 실질적 표지는 불법과 책임이라고 할 수 있다.

즉 불법은 구성요건해당성과 위법성을 포괄하는 상위개념으로서 책임에 대칭된다. 따라서 불법은 책임에 선행하여야 한다. 그러므로 책임이 없는 불법은 성립할 수 있지만, 역으로 불법이 없는 책임은 성립할 수 없게 된다. 즉 책임은 불법을 선택한 행위자의 결정이라고 할 수 있기 때문이다. 결국 책임개념은 책임의 본질에 관한 문제이기도 하다. 그래서 종래 심리적 책임론과 규범적 책임론은 책임개념에 대하여 비난가능성(非難可能性)을 표지로 하였다. 특히 규범적 책임론은 심리적 책임론과 달리 책임을 심리적 사실관계가 아닌 규범적 평가관계로 이해하여 불법을 저지른 행위자에 대한 비난가능성을 책임의 표지로 파악하였다. 이로써 비난가능성은 책임의 중심개념으로 등장하였다.²²⁾ 즉, 규범적 책임론은 행위자가 달리 행위를 할 수 있었지만, 위법행위를 한 것에 대한 비난가능성을 책임개념의 표지로 파악하였다. 그러나 행위자가 구체적으로 행위 시에 달리 행위를 할 수 있었는가를 확정하는 것은 불가능하다. 물론 행위자에게 타행위가능성(他行爲可能性)이 없었다는 이유로 책임을 부과하지 않는 것도 타당하다고 볼 수 없다.

21) 김신규, 형법총론, 366면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 제12판, 박영사, 2014, 256면 이하; 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012, 239면; 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 288면; 오영근, 형법총론, 제2판(보정판), 박영사, 2012, 401면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 311면 참조.

22) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 307면.

이러한 측면에서 기능적 책임론은 종래의 책임개념과 달리 위하(威嚇)가 아닌 법적 충실을 위한 적응훈련의 의미로서 즉, 일반예방의 목적에 의하여 책임이 결정되는 형벌관계적 기능만을 갖는 것으로 제시하였다.²³⁾ 이처럼 기능적 책임론은 책임개념에 대하여 형벌목적과 관련하여 기능적으로 파악할 필요가 있다는 것이다. 왜냐하면 책임개념은 행위자의 책임귀속 및 형벌부과를 가능케 하는 기능을 담당하기 때문이다.²⁴⁾ 이러한 의미에서 형법은 범죄의 예방적 차원에서 범인의 재사회화 및 잠재적 범인에 대한 위하(威嚇), 그리고 일반인의 규범의식강화를 위하여 책임을 부과할 수 있으며, 이는 예방적 형벌 목적을 달성하는 것으로서 책임판단의 기준이 된다는 것이다. 이러한 측면에서 기능적 책임론은 책임이 형벌부과의 전제인 이상 일반적 타행위가능성의 기준을 형벌목적에서 찾으려고 하고 있다.²⁵⁾ 즉 기능적 책임론은 범죄예방의 관점에서 형법의 형사정책화 기능을 강조하는 측면을 가진다고 볼 수 있다.

이처럼 기능적 책임론의 등장은 위험사회의 대두와 불가분의 관계가 있다고 볼 수 있다. 특히 형벌목적으로서 부각되는 예방사고(豫防思考)의 개념은 위험사회에서 제기되는 전통적 책임론의 문제점을 극복하려는 차원에서 기능적 책임론의 등장이 필연적 관계임을 반증한다.²⁶⁾ 왜냐하면 전통적으로 규범적 책임론은 행위자의 심리과정에 대한 평가를 책임의 본질로 이해한다. 즉 행위자가 적법행위를 할 수 있었음에도 그렇게 하지 않았다는 사실에 대한 평가가 책임개념이 된다. 그러나 책임개념을 규범화하게 되면 평균인의 일반적 타행위가능성은 구체적으로 행위자의 실제 행위가능성과 무관하게 책임판단이 결정된다. 즉 구체적인 상황 속에서 행위자가 달리 행위할 수 있는 능력 내지 가능성이 있다는 것을 실제로 입증하기가 곤란하기 때문이다. 따라서 규범적 책임론은 책임의 근거없이 책임에 대한 평가가 이

23) 성낙현, 형법총론, 318면 참조.

24) 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 형법해석”, 96면.

25) 배중대, 형법총론, 430-431면.

26) 이와 같은 취지로, 변중필, “책임범주에서 책임과 형벌목적의 연관성”, 「비교법연구」 제16권 제3호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2016, 82면 이하 참조.

루어지게 되는 문제점이 있다. 이러한 문제점에 대한 대안으로서 책임과 예방의 관계를 기능적으로 고려하여 예방적 형벌목적을 규범적 책임개념의 실질적인 내용으로 파악하려는 시도가 기능적 책임론의 등장을 촉진시켰다고 볼 수 있다.

이로써 책임과 형벌목적의 기능적 관계성을 중시하는 기능적 책임론은 전통적인 책임론이 극복하지 못하고 있는 범죄예방의 측면에서 설득력을 가지며 새로운 책임개념으로 등장하여 예방적 책임론 혹은 기능적 책임론으로서 그 체계를 확립하게 되었다. 이러한 기능적 책임론은 기존의 도의적 책임론, 규범적 책임론, 행위책임을 바탕으로 사회적 책임론과 행위자책임론의 요소를 부분적으로 수용한 것으로 볼 수 있다.²⁷⁾ 그러나 기능적 책임론은 근본적으로 책임을 비난가능성이라고 파악하는 규범적 책임론의 책임개념을 그대로 유지하고 있기 때문에 규범적 책임론의 범주에서 벗어나지 못하고 있는 것으로 파악된다. 따라서 기능적 책임론은 범죄체계상 규범적 책임론의 체계적 지위를 대체하여 일반적 타행위가능성의 기준을 예방관점의 형벌목적에서 행위자와 일반인 모두에게 형벌의 근거기능과 형벌의 제한기능을 실천하고자 한다. 그러나 기능적 책임론은 행위자의 책임평가에서 규범적 평가를 인정하기 때문에 범죄체계상 그 지위는 규범적 책임론의 연장선상에 있다고 볼 수 있다.

이러한 기능적 책임론은 예방목적을 고려하여 책임을 결정하게 되면 결국 책임판단과 양형판단이 구별되지 않는 문제점을 가지고 있으며, 아울러 일반예방이나 특별예방이 필요 없는 경우에 행위자의 책임을 부정하여 무죄판결을 주장하는 명확한 근거를 제시하지 못한다. 따라서 이와 관련하여 기능적 책임론은 예방목적을 고려한다면 굳이 무죄판결을 할 것이 아니라, 차라리 선고유예·집행유예 등을 활용하는 방안이 타당할 것이다.²⁸⁾ 이하에서는 이러한 Jakobs의 기능적 책임론에 대하여 구체적으로 검토를 하고자 한다.

27) 오영근, 형법총론, 402면 참조.

28) 오영근, 형법총론, 402면 참조.

3. Jakobs의 견해에 대한 구체적 검토

오늘날 독일 형법학에서 책임개념은 여전히 규범적 책임론이 다수설의 입장이다.²⁹⁾ 이러한 규범적 책임론은 행위자가 적법행위를 할 가능성이 있었음에도 불구하고 적법행위가 아닌 불법행위를 한 것에 대하여 규범적·사회적 비난을 책임의 핵심내용으로 한다. 그러나 위험사회의 등장과 함께 새로운 관점에서 책임개념을 접근하려는 견해가 등장하였다. 즉 규범적 책임론의 논리적 전제인 의사자유의 존재여부에 대한 문제를 새로운 시각에서 접근하려는 견해로서 책임과 예방의 관계를 기능적으로 파악하여 형벌 목적을 예방의 관점에서 접근하는 견해이다. 다시 말하면 책임개념을 고전적인 응보의 개념에서 벗어나 일반예방·특별예방의 관점에서 형벌목적을 기능적으로 접근하려는 견해이다. 이러한 예방관점에서 책임개념을 기능적으로 접근하려는 견해를 예방적 책임론 혹은 기능적 책임론이라고 말한다.³⁰⁾ 대표적으로 Roxin과 Jakobs 등을 들 수 있다. 이들이 주장하는 기능적 책임론은 형벌의 예방목적에 의한 책임개념의 기능화이다. 특히 Jakobs는 사회체계의 안정화를 위하여 책임판단을 함에 있어서 형벌목적을 예방적 관점에서 고려해야 한다는 것이다.³¹⁾

이와 관련하여 Roxin은 ‘예방적 필요성’과 ‘형벌을 제한하는 기능의 책임’을 근거로 하여 ‘벌책성(罰責性)’이란 개념을 제시하여 벌책성이론(罰責性理論)을 전개하였다. 특히 Roxin은 형사정책과 형법체계를 고려하여 책임과 예방의 결합을 처음으로 시도하였으며, 예방적 처벌의 필요성을 전제조건으로 책임과 예방의 관계를 중도적 입장에서 상호보완적 내지 상호제한적 기능으로 인정하였다.³²⁾ 즉 Roxin은 ‘타행위가능성’을 척도로 하여 전통적 책임개념을 그대로 유지하면서 형벌목적의 관점에서 행위자에게 유리한 범위 내에서 형벌부과를 고려하는 절충적인 견해를 제시하였다.³³⁾ 이러한

29) 김성환, “독일 형법학상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 40면.

30) 배종대, 형법총론, 429면 이하.

31) 김학태, “기능적 책임론의 한계”, 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997, 143면.

32) 김일수 역(Claus Roxin 저), 형사정책과 형법체계, 박영사, 1996, 243-245면.

33) 권오걸, 스마트 형법총론, 형설출판사, 2011, 279면 참조.

Roxin의 견해와 같은 맥락에서 출발하지만, Jakobs는 책임비난의 근거로서 오로지 예방목적만을 고려해야 한다는 다소 급진적인 견해로서 책임개념을 적극적 일반예방이라는 예방목적의 개념으로 대체시켰다. 즉 Jakobs는 책임개념의 문제를 예방의 관점에서 파악하여 형벌목적으로 치환하였다. 여기서 Jakobs는 기능주의적 목적형법으로서 형벌의 본질적인 기능이 규범안정화 요구로서 책임개념을 대체할 수 있다는 것이다. 이와 관련하여 Jakobs는 오로지 책임은 형벌목적에 의해 규정되는 것이며, 형벌 목적을 벗어난 책임은 어떠한 내용도 갖지 못한다고 하였다. 즉 형벌목적에 의해서만 책임의 내용이 충족된다는 의미이며, 동시에 형벌목적은 사회의 지속적인 유지를 위하여 필요한 사회구성원들에게 기대보장이라는 의미에서 적극적 일반예방으로서 기능을 수행한다는 것이다.³⁴⁾ 그러나 Jakobs의 주장과 같이 예방적 필요성만이 규범안정화를 위한 내용으로써 책임개념으로 충족된다면 상황에 따라 책임개념은 불법한 정권에 의하여 충분히 조작가능해지는 위험성이 존재한다는 것이다.³⁵⁾ 하지만 이러한 위험성은 책임과 예방이 상호간에 보완되지 않는다면 어떠한 정권에서도 충분히 조작가능하다는 것이다.

물론 Jakobs가 주장하는 책임개념은 응보의 관점에서 적극적인 일반예방을 의미한다. 즉 Jakobs는 책임을 형벌에 종속시키고, 사회의 모든 평가에서 책임개념의 문제를 전적으로 예방의 측면에서 파악할 것을 강조한다.³⁶⁾ 사실 Jakobs는 형벌과 사회의 관계를 조건화하여 기능적 측면에서 책임개념을 형벌목적으로 대체하여 책임형법의 대안으로서 예방형법을 주장하였다. 즉 Jakobs는 행위자에게 타행위가능성이 있기 때문에 비난을 하는 것이 아니라, 일반인에 대한 적극적 일반예방의 목적을 달성하기 위하여 행위자를 비난하는 것이라고 하였다.³⁷⁾ 이러한 측면에서 볼 때 Jakobs는 공리주의

34) 김영환 역(Arthur Kaufmann 저), “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995, 13-14면 참조.

35) 하태훈 역(Hans Joachim Hirsch 저), “책임원칙과 책임원칙의 형법적 기능”, 58-59면 참조.

36) 김학태, “기능적 책임론의 한계”, 145면.

37) 오정한, “형법상 책임의 본질에 대한 논쟁의 재조명”, 「동아법학」 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 176면.

에 입각한 형벌사상을 책임개념에 투영하였다고 볼 수 있다.

이러한 Jakobs의 견해는 사실 법사회학자인 루만(Niklas Luhmann)의 기능주의적 사회체계론을 원용하여 형법학에 적용하고 있다.³⁸⁾ 즉 Jakobs는 증명할 수 없는 자유의사를 전제로 한 책임개념은 내용이 없는 형식적 개념에 불과하며, 일반예방의 목적만이 책임개념에 내용을 제공하고 형벌의 근거가 된다고 하여 사회체계의 유지를 위하여 형벌목적으로서 예방적 기능을 강조하였다. 결국 형벌목적은 침해된 규범의 안정화라는 사회적 기능이며, 이는 적극적 일반예방을 의미한다.³⁹⁾ 따라서 Jakobs는 범죄예방을 통하여 사회질서유지와 법익보호라는 목적을 달성하고자 하였으며, 이를 위하여 사회체계적 기능의 측면에서 책임개념을 파악하고 있다. 또한 Jakobs는 책임에 대하여 형법적 판단으로서 개별적인 타행위가능성을 척도로 판단하는 것이 아닌 사회공동체를 위한 형벌목적의 필요성에 의하여 기능적으로 파악하는 것이라고 하였다. 즉 형벌목적만이 책임개념에 내용을 부여할 수 있다는 명제로서 책임개념에 적극적 일반예방을 도입하였다.⁴⁰⁾

결론적으로 Jakobs는 적극적 일반예방에 대하여 형벌목적이 소극적으로 범죄자를 위하(威嚇)하는 일에 있지 않고, 적극적으로 법을 준수하는 사회구성원들에게 법질서에 대한 신뢰를 유지하고자 규범을 승인하도록 훈련하는 일에 있다고 본다. 이러한 Jakobs의 견해는 책임판단의 기준을 사회적 질서유지라는 기능적 관점에서 행위자의 책임을 재구성한 것이며, 여기서 책임은 질서안정이라는 목적과 일정한 관계가 있다고 본다. 그래서 책임과 형벌의 결합은 사회적 질서유지의 기능을 수행한다는 것이다. 이러한 의미에서 Jakobs의 기능적 책임론은 사회적 기능이론이라고 명명할 수 있다.

특히 Jakobs는 책임개념에 대하여 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 회피하려고 동기설정을 할 수 있었던가 보다는 동기설정에 영향을 미치는 요소들 가운데 행위자가 사회체계를 안정화시키는 적극적 일반예방목적의

38) 김성환, “독일 형법학상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 40면 참조; 조성용, “적극적 일반예방의 가능성과 한계 -독일의 논의상황을 중심으로-”, 「법조」 통권 제 565호, 법조협회, 2003. 10, 161면 이하.

39) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 17/22

40) 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 형법해석”, 97면.

달성가능성의 여부판단이 중요한 요소가 된다는 입장이다. 그래서 Jakobs는 책임개념을 타행위가능성으로서 파악하는 것이 아니라 사회체계 내에서 질서유지를 위하여 일정한 기능으로서 역할을 수행하는 규범화된 ‘책무’로서 형벌목적에 파악한다.⁴¹⁾ 이처럼 Jakobs의 견해와 같이 형벌이 질서유지라는 목적을 위하여 필요한 경우에만 부과된다면 책임문제는 필요한 경우에만 중요한 의미를 갖게 된다. 예컨대 법관이 형법을 적용하면서 책임을 조사하는 것은 책임은 처벌의 근거이기 때문이며, 이러한 처벌의 근거로서 책임과 양은 일반예방에 의하여 기초되고 측정되는 것이기 때문이다. 즉 형벌목적에 의하여 책임을 규정하는 것은 행위자의 형사책임에 대한 명백한 기준으로서 평균인 기준과 행위자 기준의 제시가 가능하기 때문이다.⁴²⁾ 이러한 측면에서 본다면 Jakobs의 견해는 위험사회에 대처하는 형법의 적극적 임무, 즉 형사정책적 목적에 더욱 가까워지는 합리적인 입장을 견지한다고 볼 수 있다.

하지만, 이러한 Jakobs의 기능적 책임론은 다음과 같이 몇 가지 문제점을 가진다고 볼 수 있다. 첫째, 형법상 책임원칙에 의한 형벌제한적 기능의 관점에서 볼 때 책임에 대하여 예방목적으로서 형벌목적에 대체하는 것은 내재적 규제원리를 포함하고 있지 않은 책임개념 자체가 형벌의 척도가 된다면, 그 척도는 형사실무에서 법관에게 자의적으로 운용될 수 있어 형벌제한적 기능이 무시될 수 있다는 것이다.⁴³⁾

둘째, Jakobs는 책임개념을 설명하기 위하여 형법적 관점이 아닌 사회학적 관점에서 접근하여 인간을 체계안정화를 위한 도구로서 형벌부과의 객체로 파악하고 있다. 이러한 Jakobs의 사회학적 접근방법은 사회체계의 질서유지라는 기능적 측면에서 효율적인 목적달성에 유리할 수 있지만, 결국 개인의 자유와 책임을 바탕으로 하는 인간의 존엄성을 침해하게 되므로 헌법에 위배되는 문제점을 가진다. 따라서 개인이 국가목적의 실현을 위한 도구로 전락되는 일방적인 사회학적인 관점을 도입하기 보다는 다양한 각

41) 김성돈, “기능적 책임개념”, 「법학논고」 제15집, 경북대학교 법학연구소, 1999, 100-101면 참조.

42) 김성환, “독일 형법학상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 44면.

43) 오정환, “형법상 책임의 본질에 대한 논쟁의 재조명”, 176면.

도에서 형법적 관점을 함께 고려하는 방안이 필요하다.⁴⁴⁾ 셋째, Jakobs는 형법해석에서 책임개념의 내용을 적극적 일반예방으로 대체하고 있다. 그래서 Jakobs는 실제로 책임개념을 부인한다고 볼 수 있다. 그 결과 책임개념은 실체가 없이 외부에서 부과되는 형식적 개념으로 파악될 우려가 있다. 따라서 Jakobs의 기능적 책임개념은 예방목적과 관계없이 실체개념으로 파악하는 것이 타당하다.⁴⁵⁾ 다만, 기능적 책임개념은 사회질서의 안정화요구에 대한 형법의 기능화요구의 필연적 근거가 마련되어야 한다. 왜냐하면 형법의 해석과 적용에 있어서 책임판단의 문제는 미래지향적 예방형법의 특성을 고려하지 않을 수 없기 때문이다.

Ⅲ. 기능적 책임론의 문제점과 범죄체계상 수용의 문제

1. 기능적 책임론의 문제점과 비판

기능적 책임개념, 특히 Jakobs의 기능적 책임론에 대해서 국내의 다수 학자들은 이를 근간으로 하여 주장되는 위험사회에서 적대형법의 적용에 대하여 매우 강한 거부감을 표시하며 이 개념을 수용하지 않고 있다.⁴⁶⁾ 이처럼 Jakobs의 기능적 책임론에 대하여 다수학자들이 강하게 배척하는 이유는 오늘날 위험사회를 대변하는 테러범죄, 성폭력범죄 등에 대한 예방효과의 극대화를 위하여 형법상 책임개념을 예방목적으로 대체하게 되면 결

44) 최호진, “책임개념의 변화와 그 본질 -책임이론 발전을 중심으로-”, 『법학논총』 제32권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2008, 178-179면.

45) 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 형법해석 -귄터 야콥스(Günther Jakobs)의 이론을 중심으로-”, 102-103면 참조.

46) 이와 관련하여 대표적으로 최성진, “현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향: Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여”, 『형사정책연구』 제21권 제3호, 형사정책연구원, 2010, 301면 이하; 김재윤, “위험사회에서 형법을 통한 위험조종의 가능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-”, 151면 이하; 김호기, “Jakobs의 적형법론과 그에 대한 비판 -우리나라의 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치부착제도의 도입이 가지는 의미-”, 『서울법학』 제16권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009, 53면 이하.

과적으로 가벌성의 확장과 중형주의 경향에 의하여 최우선적으로 고려되어야 할 형법의 보장적 기능이 침해되는 상황이 발생할 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 물론 Jakobs가 주장하는 기능적 책임개념을 예방목적으로 대체하면 책임주의가 의미하는 형벌제한적 기능은 무력화될 수 있으며, 그 결과 책임개념을 입법자나 법관의 재량에 맡기게 되어 결국 범죄성립여부가 불명확하게 된다는 것이다.⁴⁸⁾ 즉, 예방목적으로 대체된 형법상 책임개념에 따르면 중한 정신병자에 대해서도 책임을 인정하게 되고, 범죄자는 범치국가의 보호를 받지 못하고 자기를 교화, 개선 또는 수단으로 하여 다른 사람을 위하(威嚇)하고자 하는 정책의 희생물이 될 뿐이라는 것이다.⁴⁹⁾ 또한 책임개념을 형벌목적으로 구체화하는 것은 Jakobs의 기능적 책임론이 일반예방이라는 목적사상에 기능적으로 종속되어 있다는 것이며, 형법과 형사정책의 한계를 구분하지 못하고 있다는 비판을 벗어나기 어렵다.

무엇보다도 Jakobs의 기능적 책임론은 책임개념을 새롭게 제안한 것이 아니라 종래의 책임개념을 기능주의적 관점에서 재해석한 것에 불과하며, 근본적으로 사회학적 체계이론을 바탕으로 하고 있어 규범적인 형법의 토대로서 적합하지 않다는 비판을 받고 있다. 즉 기존의 형법체계의 근간이 되는 개별적 귀속원리를 배제시키는 근거가 충분하지 못하며, 자유주의적 범치국가의 형법을 대체시킬 수 있는 충분한 이념과 근거가 부족하다는 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 Jakobs의 기능적 책임론은 행위자의 책임을 해명하고자 맹목적으로 형사정책적 목표를 추구한다는 것이다. 이러한 Jakobs의 기능적 책임론은 예방적 관점에서 형벌목적을 기능적으로 파악하기 때문에 책임이 목적에 따라 결정된다는 점에서 책임의 존부를 확인하는데 유용할 수는 있지만, 형사정책은 형법의 영역을 결코 넘어설 수 없는 한계를 가진다는 명확한 명제를 간과한 것에 불과하다는 것이다. 따라서 형법은 형사정책의 기

47) 이재일, “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰: 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 99-104면.

48) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 308-309면.

49) 배종대, 형법총론, 431면.

50) 김학태, “기능주의적 형법해석에 관한 연구”, 「외법논집」 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 1997, 283면.

능적 부속물이 될 수 없다는 점에서 Jakobs의 기능적 책임론은 타당하다고 볼 수 없다는 것이다.⁵¹⁾ 즉 형법상 책임개념은 단순히 이름만 있고, 실체내용이 없이 외부에서 부과되는 형식적 개념으로서 예방적 형벌목적을 위하여 파악되는 것은 타당하지 않다는 것이다. 그래서 형법상 책임개념은 형벌의 목적보다도 형법이론적으로 실재하는 실체개념이어야 한다는 것이다. 그러나 오늘날과 같은 위험사회에서 테러범죄 및 성폭력범죄 등에 대응하는 측면에서 형사정책적 방안을 전혀 고려하지 않은 채 실체개념만으로 형법상 책임개념이 완성될 수 있는가에 대하여 의문이 든다.

2. 기능적 책임론의 비판에 대한 반론

앞에서 언급한 바와 같이 Jakobs의 기능적 책임론은 형법의 영역에 형사정책의 영역을 접목하여 이론적으로 책임개념에 변형을 가하는 일련의 시도라고 볼 수 있다. 그렇다고 하여 기능적 책임론이 형법의 영역을 벗어나 맹목적으로 형사정책의 영역으로 변형되어 목표달성을 추구하는 것은 아니다. 적어도 Jakobs의 기능적 책임론은 형법이론을 바탕으로 한 예방적 관점에서, 즉 예방형벌으로서 형사정책의 유용성을 함께 고려하고자 하는 것이다. 결코 기능적 책임론이 형법과 형사정책의 역기능관계를 혼동하는 것은 아니다. 다만, 책임개념을 형벌목적으로 구체화하려는 Jakobs의 시도는 형법의 형사정책화를 강조하는 것이 아니라, 형법이 추구하는 궁극적인 목적을 새롭게 재구성하려는 시도라고 볼 수 있다.

특히 Jakobs는 고유의 형법체계가 아닌 루만(Luhmann)의 사회체계를 원용하여 이를 바탕으로 사회학적 시각에서 책임범주의 유용성을 검토하기 때문에, 형법상 책임범주를 명확하게 제시하지 못한다는 비판적 시각도 설득력은 있다.⁵²⁾ 하지만 형법의 해석에서 형법의 가장 기본적이고 본질적인 임무가 개인의 법익보호가 아니라 사회적 기능체계의 보호이다. 즉 사회구

51) 대표적으로 배종대 교수는 형법과 형사정책은 역기능관계에 있어야 형법의 발전을 기대할 수 있다는 견해를 피력하고 있다(배종대, 형법총론, 430-431면 참조).

52) 대표적으로 김학태, “기능주의적 형법해석에 관한 연구”, 286면.

성원들에게 최대다수의 최대행복을 위하여 공리주의(功利主義)에 입각하여 예방목적으로서 책임을 부과하는 것은 효율적인 사회적 기능체계의 보호라고 볼 수 있다. 따라서 Jakobs의 견해는 사회적 기능체계를 보호하기 위한 규범성을 인간의 행위규범으로 설정하여 규범성의 준수 및 위반에 대한 해석과 평가의 기준으로서 책임범주를 제시하기 때문에 범죄예방의 관점에서 합리적이라고 볼 수 있다.

이와 관련하여 Jakobs의 기능적 책임론은 책임개념으로서 적극적 일반예방을 도입하게 되면 인간을 사회체계안정을 위한 도구로서 파악하게 된다는 것이다. 즉 인간을 사회구성원으로서의 주체가 아닌 형벌부과의 객체로 파악하게 되어 결국 인간의 존엄성이 크게 침해되는 결과를 초래하기 때문에 형법상 책임개념으로 도입하는 것은 타당하지 않다는 지적도 있다.⁵³⁾ 물론 Jakobs의 사회적 기능이론에 따라 책임개념에 적극적 일반예방을 도입하게 되면 개인이 국가목적의 실현을 위한 도구로 전락될 가능성이 높다. 즉 효율적인 사회체계안정을 위하여 개인의 자유영역은 침해될 수도 있기 때문이다. 그러나 이러한 Jakobs의 의도는 기능주의적 형법해석을 통하여 효율적인 사회체계안정을 위하여 형법의 현실기능을 파악하고자 하는 사회학적 시각의 접근법에 불과할 뿐이다. 설령 Jakobs가 기능적 책임개념을 실천하고자 ‘개인의 도구화’라는 용어를 실시하였다고 하더라도, 이는 결코 형법의 목적을 실현하기 위하여 개인의 자유영역을 침해하는 것을 정당화하는 것이 아니며 아울러 이를 합당한 수단으로 선택하지도 않는다. 또한 Jakobs는 책임평가의 단계에서 독자성을 부여하고, 예방적 관점에서 책임을 형벌과의 실질적 관련성에 따라 책임부과를 결정하기 때문에 현실적으로 과도하게 형법의 보장적 기능이 침해된다고 우려할 필요가 없다. 즉 Jakobs는 사회체계안정화를 위하여 형법의 보호적 기능의 측면에서, 다시 말해 최소한의 필요한 사회방위수단으로서 현실의 문제를 해결하자는 측면에서 형법을 바탕으로 한 형사정책의 적용방안을 제시하고 있어 위험사회에서 범죄예방의 측면에서 충분히 적용할 가치가 있다고 생각된다.⁵⁴⁾

53) 최호진, “책임개념의 변화와 그 본질 -책임이론 발전을 중심으로-”, 178면.

54) 이와 같은 취지로, 권오걸, 스마트 형법총론, 282면.

3. 범죄체계상 수용범위와 형법상 적용문제

앞서 논의한 바와 같이 Jakobs의 기능적 책임론은 문제해결의 방안으로서 타행위가능성이라는 척도를 사용하기 보다는 형법체계와 형사정책의 결합을 제안한다. 그래서 다수의 학자들은 형법의 도구화 내지 형사정책화를 우려하여 범죄체계상 기능적 책임론의 도입을 거부한다. 그러나 평균인의 타행위가능성이 인정되면 행위자에게도 타행위가능성을 인정할 여지가 충분하다. 그래서 타행위가능성이라는 요소를 책임비난의 척도로서 활용한다면 형벌목적의 예방적 필요성의 관점에서 충분히 책임개념으로 대체하여 범죄체계상 도입할 수 있다. 즉 형법의 이념과 형법해석의 관점에서 범죄체계상 기능적 책임개념은 충분히 수용될 수 있다고 본다.

왜냐하면 형법은 모든 보호할 가치 있는 사회구성원들의 법익을 보호해 줌으로서 사회적 공동생활을 보호하며 또한 이를 통해 형법의 정당성이 확립되기 때문이다. 이는 기능주의적 형법이 단순히 효율성만을 추구하는 것이 아니라 근본적으로 형법의 이념을 지향하는 것으로 해석되기 때문이다. 따라서 형법의 이념으로서 사회질서의 기본가치를 보호하는 기능적 측면에서 이해한다면 Jakobs의 기능적 책임론은 위험사회에 대응하는 형법의 임무를 충분히 이행할 수 있을 것이다. 적어도 Jakobs의 기능적 책임론은 사회질서안정화에 절대적으로 기능을 발휘할 수 있기 때문에 결론적으로 형법의 보호적 기능을 충실하게 수행할 수 있다.

무엇보다도 위험사회에서 Jakobs의 기능적 책임론은 처벌해야 할 행위자를 특정할 수 있으며, 행위자의 형벌목적에 맞추어 미래지향적으로 형사책임을 부과할 수 있는 명확성을 가진다. 그러나 Jakobs는 책임에 상응한 형량을 요구하여 책임에 상응하는 형벌을 절대 포기할 수 없다는 입장이다.⁵⁵⁾ 다만, Jakobs는 형벌의 부과여부와 형량을 결정할 때 책임과 예방을 결합하여 책임에 근거한 형벌이 예방목적의 달성하는데 적합하도록 예방목적의 고려하여 구체적인 형량을 결정해야 한다는 입장이다. 결국 Jakobs의 기능적 책임론은 형벌목적성을 고려하는 형법상 책임원칙의 기능을 간과

55) 김성환, “독일 형법상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 52면.

할 수는 없다는 입장이다. 즉 법치국가에서 형벌은 국가목적달성을 위한 수단성이기 때문에 항상 범죄예방이라는 형사정책적 목표를 추구할 수밖에 없기 때문이다.⁵⁶⁾ 다만, 이러한 기능적 책임론은 책임에 의한 형벌의 근거와 한계를 제시하는 책임주의에 순응하는 것을 전제로 범죄체계상 수용될 수 있다. 즉 형법해석과 형법상 적용에 있어서 기능적 책임론이 책임주의에 순응한다면 인간의 존엄과 가치는 충분히 보호될 수 있으며, 또한 형벌목적이 국가목적달성을 위한 수단성이라고 하더라도 국가의 자의적인 인권침해와 형벌권의 남용은 있을 수 없게 된다. 따라서 Jakobs의 기능적 책임론은 현대사회가 당면한 위험사회에 대처하는 형법적 방안으로서 충분히 고려해볼 필요성이 있다.

IV. 결 론

사실 Jakobs의 기능적 책임론은 형법과 형사정책의 융합 내지 결합을 주장한다. 이러한 입장에서 Jakobs는 형법의 토대에서 형사정책의 열매를 맺고자 책임개념을 형벌목적으로 대체하고자 하였다. 즉 형벌목적이 가지는 의미를 형법의 기능에 견주어 범죄예방의 측면에서 책임형법에 대비되는 예방형법을 주장하였다. 이로써 기능적 책임론은 사회질서유지, 즉 사회체계안정화의 기능으로서 합목적성을 제시하고 있다. 물론 형벌은 책임을 전제로 하여 사회적 합목적성을 가져야 한다. 이러한 측면에서 볼 때 책임개념은 범죄예방과 법익보호라는 양자의 관점을 동시에 효율적으로 수행할 수 있어야 한다. 특히 범죄체계상 책임과 형벌은 상호 직접적으로 관련되는 단계이기 때문에 책임과 형벌목적으로서 예방의 관계는 형법의 기능적 측면에서 실천적 의미를 갖는다. 이러한 의미에서 기능적 책임론을 수용한다면 책임개념은 책임과 예방의 유기적 결합관계로서 형법의 보호적 기능을 극대화할 수 있을 것이다.

56) 김준성, “형벌목적성에 관한 형법상 책임원칙의 기능”, 「한국치안행정논집」 제5권 제2호, 한국치안행정학회, 2008, 165면 이하.

그러나 문제는 책임과 예방의 관계를 법치국가적 형법체계에서 어떻게 조화시킬 수 있는가 하는 것이다. 물론 법치국가에서 형벌은 국가목적달성을 위한 수단으로 파악하기 때문에 항상 범죄예방이라는 형사정책적 목표를 염두에 두지 않을 수 없다. 그리고 양형의 기준은 책임원칙에 의하여 영향을 받게 된다. 그러한 측면에서 책임과 예방의 관계는 상호 밀접한 관계에 있으며, 형벌목적에 의해 추구되는 예방적 목표도 결국 책임원칙에 의하여 결정될 수밖에 없게 된다. 다만 형벌목적은 범죄예방을 고려하되, 형법의 영역에서 형사정책을 지향하는 것을 목표로 하여야 한다. 즉 형법의 영역을 바탕으로 한 형사정책적 목표는 효율성을 담보할 수 있다. 따라서 형법상 책임개념에 형사정책적 목표가 투영되더라도 크게 문제될 것은 없다고 생각된다. 왜냐하면 형벌 목적을 기능적 관점으로 파악한다면 형사실무에서 범죄인의 양형을 보다 중하게 처벌할 수도 있지만, 사안에 따라 보다 경하게 처벌할 수도 있기 때문이다.

물론 형법이론상 책임원칙이 공정하게 함축된 책임개념을 재구성하는 것도 중요하지만, 형사실무에서 행위자에 대한 형벌정당화기능과 형벌제한 기능을 합리적으로 적용하는 법관의 판단도 매우 중요하다. 특히 21세기에 들어와서 급증하고 있는 컴퓨터와 연관되어 발생하는 각종 지능범죄와 테러범죄, 흉포화된 사회범죄의 형태를 감안한다면 행위자의 가벌성을 논하기 위하여 공리주의(功利主義)에 입각하여 범죄예방정책을 강하게 반영하는 Jakobs의 기능적 책임론은 분명 매력이 있는 형법이론이다. 즉 범죄에 의하여 파괴된 질서신뢰의 안정을 위하여 예방형법으로서 형사책임을 부과하는 것은 규범의 정당성에 대한 신뢰를 승인하는 것이기 때문이다. 따라서 오늘날 대두되고 있는 위험사회에 대응하는 형법적 방안으로서 Jakobs의 기능적 책임론은 궁극적으로 형법의 보호적 기능을 극대화할 수 있어 범죄체제상 재고(再考)할 충분한 가치가 있다고 생각된다.

위험사회에서 Jakobs의 기능적 책임론에 관한 재론(再論) - 김 준 성	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2017.11.02.	2017.11.21.	2017.12.22.

[참고문헌]

[단행본]

- 권오걸, 스마트 형법총론, 형설출판사, 2011.
 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006.
 김신규, 형법총론, 청목출판사, 2009.
 김일수 역(Claus Roxin 지), 형사정책과 형법체계, 박영사, 1996.
 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 제12판, 박영사, 2014.
 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012.
 배종대, 형법총론, 제10판, 홍문사, 2012.
 성낙현, 형법총론, 제2판, 동방문화사, 2011.
 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 을곡출판사, 2013.
 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995.
 오영근, 형법총론, 제2판 보정판, 박영사, 2012.
 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제9판, 박영사, 2017.
 Jakobs, Günther, Strafrecht AT, 2. Aufl., Walter de Gruyter/Berlin/New York, 1993.

[논문]

- 김신규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 -독일에서의 논의와 그 시사점-”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012.
 김성돈, “책임개념의 기능화와 일반예방이론 -독일에서의 논의를 대상으로-”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 1992.
 ———, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 해석 -귄터 야콥스(Günter Jakobs)의 이론을 중심으로-”, 「형사법연구」 제10호, 한국형사법학회, 1997.
 ———, “기능적 책임개념”, 「법학논고」 제15집, 경북대학교 법학연구소, 1999.
 김성환, “독일 형법학상 야콥스의 기능적 책임개념에 관한 고찰”, 「한·독사회과학논총」 제18권 제3호, 한독사회과학회, 2008.
 김영환 역(Arthur Kaufmann 지), “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995.
 김일수, “「나의 형법학 이해 30년 - 배움과 가르침의 여정에서」”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011.
 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 「비교형사법연구」 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.
 ———, “위험사회에서 형법을 통한 위험조종의 가능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-”, 「일감법학」 제25호, 건국대학교 법학연구소, 2013.
 김준성, “형벌목적성에 관한 형법상 책임원칙의 기능”, 「한국치안행정논집」 제5권 제2호, 한국치안행정학회, 2008.
 김학태, “기능적 책임론의 한계”, 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997.
 ———, “기능주의적 형법해석에 관한 연구”, 「외법논집」 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 1997.
 김호기, “Jakobs의 적형법론과 그에 대한 비판 -우리나라의 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치부착제도의 도입이 가지는 의미-”, 「서울법학」 제16권 제2호, 서울시

- 립대학교 법학연구소, 2009.
- 박강우, “사회변화와 형사입법의 정당화조건 -형법의 기능화의 문제와 형법각칙과 형사특별법의 개정방향”, 「형사법연구」 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012.
- 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011.
- 변종필, “위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 -국내의 논의 현황과 동향을 중심으로-”, 「비교형사법연구」 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012.
- _____, “책임범주에서 책임과 형벌목적의 관련성”, 「비교법연구」 제16권 제3호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2016.
- 오정환, “형법상 책임의 본질에 대한 논쟁의 재조명”, 「동아법학」 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015.
- 이덕인, “형법의 기능변화와 한계에 대한 성찰”, 「형사법연구」 제24권 제3호, 2012.
- 이재일, “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰: 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 「법과사회」 제47호, 법과사회이론학회, 2014.
- 조광훈, “위험 형사법 확장의 문제점과 조화로운 모색”, 「영남법학」 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017.
- 조상제 역(Günter Jakobs 저), “책임과 예방”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995.
- 조성용, “적극적 일반예방의 가능성과 한계 -독일의 논의상황을 중심으로-”, 「법조」 통권 제565호, 법조협회, 2003.
- 최성진, “현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향: Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여”, 「형사정책연구」 제21권 제3호, 형사정책연구원, 2010.
- 최호진, “책임개념의 변화와 그 본질 -책임이론 발전을 중심으로-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2008.
- 하태훈 역(Hans Joachim Hirsch 저), “책임원칙과 책임원칙의 형법적 기능”, 심재우 편역, 책임형법론, 홍문사, 1995.
- _____, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 -최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로-”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011
- 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.

【국문초록】

오늘날은 다양한 범죄의 발생이 상존하는 위험사회이다. 이러한 위험사회에서 사회구성원들은 범죄예방의 차원에서 형법의 적극적인 개입을 요구한다. 이러한 측면에서 필자는 위험사회에서 형벌목적을 달성하는 방안으로서 책임과 예방의 관계를 재검토하여 예방형법의 관점에서 Jakobs의 기능적 책임론의 필요성에 관하여 새롭게 조명하고자 한다.

주지하는 바와 같이 Jakobs의 기능적 책임론은 사회체계안정화를 위하여 기능적 관점에서 형법의 책임개념을 형벌목적으로 대체시켜 적극적 일반예방사상을 주장한다. 즉 Jakobs의 견해는 행위자에게 범죄예방의 측면에서 형벌목적을 고려하여 책임을 부과하기 때문에 형법의 보호적 기능을 극대화 할 수 있다. 그러나 이러한 Jakobs의 견해는 상대적으로 형법의 보장적 기능이 침해될 수 있으며, 형법의 형사정책화 경향으로 국가의 엄벌주의(嚴罰主義)가 심화될 수도 있다. 하지만 필자는 국가의 적극적인 개입으로 범죄위험을 사전에 제거하거나 예방할 수 있다면, 형법의 역기능화(逆機能化)를 우려하기 보다는 형법의 순기능화(順機能化)를 충분히 고려할 필요가 있다고 생각된다. 물론 형사정책은 형법의 영역을 벗어날 수 없는 한계를 가지고 있지만, 반면에 형사정책은 형법의 기능화에 유용한 도구가 될 수도 있기 때문이다. 다만 형벌목적은 범죄예방을 고려하되, 형법의 영역에서 형사정책을 지향하는 것을 목표로 하여야 한다. 따라서 이를 전제로 한다면 책임개념에 형사정책적 목표가 투영되더라도 크게 문제될 것은 없다고 생각된다. 왜냐하면 기능적 관점에서 형벌목적을 파악한다면 형사실무에서 범죄인의 양형을 보다 중하게 처벌할 수도 있지만, 사안에 따라 보다 경하게 처벌할 수도 있기 때문이다.

사실 형법이론상 책임원칙이 공정하게 함축된 책임개념을 재구성하는 것도 중요하지만, 형사실무에서 행위자에 대한 형벌정당화기능과 형벌제한 기능을 합리적으로 적용하는 법관의 판단도 매우 중요하다. 특히 21C에 들어와서 급증하고 있는 컴퓨터와 연관된 각종 지능범죄와 테러범죄, 흉포화된 사회범죄의 형태를 감안한다면 행위자의 가벌성을 논하기 위하여 공리

주의(功利主義)에 입각하여 예방형법을 강하게 반영하는 Jakobs의 기능적 책임론은 형사실무에서도 분명 매력이 있는 형법이론이다. 따라서 오늘날 대두되는 위험사회에 대응하는 형법적 방안으로서 Jakobs의 기능적 책임론은 형법의 보호적 기능을 극대화할 수 있어 범죄체계상 재고(再考)할 충분한 가치가 있다.

【Abstract】

A review of the theory of Jakobs's functional
responsibility in a risk society

Kim, Jun Sung

(Assistant Professor, Department of Police Administration,
Daegu University of Foreign Studies, Ph.D. in Law)

Today we live in a risk society where a variety of crimes could occur at time.

In this society, the members of it require a positive intervention of Criminal Law so as to prevent crimes in advance. So I'd like to review the necessity of Jakobs's functional responsibility in the aspect of preventive Criminal Law by reviewing the relations of responsibility and prevention in order to achieve the objectives of Criminal Law in a risk society.

As we have already known, Jakobs's functional responsibility insists that for the stabilization of the system of society we should replace the concept of responsibility with the objectives of punishment, at the functional aspect, and insist positive general prevention. That is, in the perspective of Jakobs, we could maximize the protective function of the Criminal Law thanks to imposing responsibility on doers considering the objectives of the Criminal Law at the aspect of prevention of crime. However, this viewpoint of Jakobs might lead intrude the ensuring function of the Criminal Law relatively, and make stat's severe punishment intensified due to inclination of criminal policy of the Criminal Law.

But I think that if we could eliminate or prevent the danger of crime by a positive intervention of a state, we might as well consider the function of the Criminal Law as worry the dysfunction of it. Of course, there would be a limit that a criminal policy should be within the domain of the Criminal Law, but a Criminal policy could be a useful tool to make the Criminal Law well-functioned. But we should do that on condition that we have to consider the prevention of crime in the objective of punishment and pursue the objective of the criminal policy within the domain of the Criminal Law. Therefore within this prerequisite, there could not be a problem if there would be the objective of the criminal policy in the concept of responsibility of the Criminal Law. Because if the objective of the Criminal Law is considered in functional aspect, in the criminal practice the degree of sentence can be serious or light depending on the situations.

As a matter of fact, in the theory of the Criminal Law, it is important not only to reconstruct the fairly connotative concept of responsibility but also to reasonably judge the function of punishment justification and restriction about an agent. Especially in the 21st century considering an increasing number of computer and related intellectual crimes, terrorism, and ferocious crimes, in order to enhance the possibility of punishing an offender the theory of Jakobs's functional responsibility which strongly reflects the foundation of utilitarianism of the preventive Criminal Law could be attractive in criminal policy practice. Therefore the theory of Jakobs's functional responsibility which is an alternative to coping with today's risk society count enough.

주제어(Keyword) : 위험사회(a risk society), 기능적 책임론(functional responsibility), 형벌목적(objectives of punishment), 예방형법(the preventive Criminal Law), 적극적 일반예방(the positive general prevention)

〔判例評釋〕 권리금 회수기회 보호의 시간적 한계

- 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결 -

김 응*

▶ 목 차 ◀

I. 서 론	IV. 대상판결 검토
II. 대상판결 내용	1. 제10조의4와 제10조 제2항 비교
1. 사실관계	2. 제10조 제2항 준용시 문제점
2. 원심판결 요지	V. 결 론
3. 대상판결 요지	
III. 권리금 회수기회 보호 규정의 의의 및 학설과 판례 견해	
1. 의의 및 입법배경	
2. 판례 태도	
3. 학설 동향	

I. 서 론

관습법으로 존재하던 권리금이 상가건물임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’)상 규정된지 만 2년이 경과하였다.¹⁾ 서울시 상가임대차상담센터의 자료에 의하면, 상가임대차분쟁조정위에 접수된 조정 의뢰 유형 중 권리금이 59%로서 가장 많은 비중을 차지하였으며 일반 문의에서도 권리금 관련 상담이 19%로서 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났는데,²⁾ 이는

* 고려대법학연구원 전임연구원, 부동산학 박사.

1) 상가건물임대차보호법 [시행 2015.5.13.] [법률 제13284호, 2015.5.13., 일부개정]을 말함.

권리금이 중요성을 잘 보여주고 있다. 권리금이 당해 시장에서 차지하는 비중을 고려할 때 법률상 보호시점이 늦었다고 할 수 있으나, 이것은 시장에서 관행적으로 유지 되어오던 것을 법률적으로 규정한다는 것이 얼마나 어려운 일인지 동시에 보여준 것이라고 생각한다. 그러나 이렇게 오랜 노력 끝에 규정되었음에도 불구하고 권리금 규정의 본질적 사항이라고 할 수 있는 ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’에 있어서 판례 태도가 현실을 충분히 반영하고 있는지 의심스럽다. 왜냐하면 판례의 견해에 의하면,³⁾ ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’는 계약갱신기간과 동일하게 5년까지만 인정되는데, 이것은 계약기간이 종료된 후에도 권리금을 받지 못하고 퇴거해야 하는 임차인의 현실을 고려할 때 현실과 거리가 있기 때문이다. 그러던 중 최근 의미 있는 판결⁴⁾(이하 ‘대상판결’)이 선고되었는데, “임대차 기간이 5년을 경과한 경우라도 임대인의 권리금 회수기회 보호 협조 의무는 소멸하지 않고 여전히 존재한다.”고 판결함으로써 많은 이들에게 주목을 받게 된 것이다.

이러한 혼선이 대두 된 이유를 다시 정리하면, 상가임대차법 제10조의4 조 제1항⁵⁾(이하 ‘이 사건 법률조항’)이 권리금 회수기회 보호의 제한사유로서 계약갱신거절 사유를 규정한 제10조 제1항의 각 호를 준용하면서도 임차인의 계약갱신요구권 행사의 시간적 한계를 규정한 제10조 제2항⁶⁾을 명시

2) 2015년부터 2017년 상반기까지 분쟁조정위원회 접수된 조정 의뢰는 총106건으로 조사되었으며, 이중 권리금 62건(59%), 임대료 조정 11건(10.4%), 계약갱신 9건(8.5%), 원상회복 8건(7.5%), 보증금 반환 5건(4.7%) 등으로 나타났다. 한편 동 기간 중 상가임대차상담센터에 접수된 총28,529건을 문의 유형별로 살펴본 결과, 권리금 6,243건(18.8%), 계약해지 및 해제(15.6%), 보증금 및 임대료(13.0%), 법적용대상여부(13.0%) 등으로 나타났다.(서울시 상가임대차상담센터 <http://economy.seoul.go.kr/tearstop> 최근검색일 2017.12.21)

3) 울산지방법원 2017. 4. 18. 선고 2016가단51339 판결 ; 서울서부지방법원 2016. 5. 26. 2015가합37405 판결 ; 부산지방법원 2005. 10. 24. 선고 2005가단40293 판결 ; 대전지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가단220228(본소), 2015가단 35192(반소)판결

4) 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고2016나108951 판결

5) 상가임대차법 제10조의4(권리금 회수기회 보호 등) ① 임대인은 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. 다만, 제10조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 1.~3. 생략. 4. 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위

적으로 준용하지 않음으로써 과연 본 조문을 유추적용 할 것인지 여부가 쟁점이 된 것이다. 권리금 회수기회 보호가 5년의 법정갱신요구 기간이라는 시간적 한계에 구속되는지 여부를 살펴보는 것은 이해당사자들에게 뿐만 아니라 어렵게 규정된 임차인의 권리금 보호에 대한 바람직한 방향을 가늠할 수 있으므로 중요한 의미를 갖는다고 생각한다.

이러한 연구의 목적을 달성하기 위하여 우선 기초사실과 원심 및 대법판결을 정리하고 각종 문헌 및 판례에 대해 살펴본 후, 대상판결 이유 중 문제가 있다고 판단되는 2가지 사항에 대한 검토하고 입법적 해결의 필요성을 살펴봄으로써 상가임대차법이 현실을 더욱 잘 설명하는 제도로 발전하는데 도움이 되고자 한다.

II. 대상판결 내용

1. 사실관계

피고는 1992.경 소외 甲으로부터 별지 목록 기재 건물(이하 ‘이 사건 건물’)중 1층 부분을 임차하여 그 무렵부터 위 건물부분에서 떡집(이하 ‘이 사건 점포’)을 운영해 왔다. 이후 원고들은 2012. 6. 28. 소외 甲으로부터 이 사건 건물을 매수하고 2012. 8. 9. 그 중 각 1/2지분에 관하여 각각 소유권이전등기를 마친 후, 2013. 8. 30. 피고와 이 사건 건물 중 1층 부분에 대하여 임대차보증금 금5,000만원, 월차임 금100만원, 임대차기간 2년(2013. 8. 30.부터 2015. 8. 29.), 특약으로서 ‘이 사건 점포의 권리금과 시설비를 일절 인정하지 않으며 민·형사로 이를 청구할 수 없음’을 내용으로 하는 임대차계약을 체결하였다. 이후 임대차 기간이 만료될 쯤 2015. 6. 22.경 및 2015. 7. 29.경 두 차례에 걸쳐 피고에게 이 사건 임대차계약을 갱신하지 않겠다는 취지로 통지하였다.

이에 대하여 피고는 2015. 6. 27. 소외 乙과 이 사건 점포에 대하여 유무

6) 상가임대차법 제10조(계약갱신 요구 등) ② 임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다

형의 시설과 재산적 가치를 권리금 1억에 양도하는 내용의 계약을 체결하고 자 하였으나, 원고들은 소외 乙과 새로운 임대차계약 체결을 거절하였다. 이후 원고들은 피고를 상대로 대전지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가단220228(본소)를 제기하면서 2015. 12. 11. 피고에게 이 사건 임대차계약의 임대차보증금 5,000만원을 반환하자, 피고는 2015가단35192(반소)를 제기하기에 이르게 된 것이다.

2. 원심판결 요지

원심⁷⁾은 상가임대차법 제10조 제2항을 유추 적용함으로써 임차인의 권리금 회수기간을 계약갱신요구권 인정기간인 5년 이내로 한정하였다. 즉 당해 사건의 경우, 최초 임대차 개시 시점부터 20년 이상이 경과하였다는 이유로 임차인의 권리금 회수기회를 부정한 것이다.

이렇게 판시한 근거를 살펴보면, “첫 번째 2015. 5. 13. 법률 제13284호로 개정된 상가임대차법이 임차인이 권리금 회수 보호 등 규정을 둔 것은 임대인의 임대차계약 갱신을 유도함으로써 임차인이 형성한 영업의 가치를 보호함과 동시에, 임차인의 투자자본 회수 및 영업처분 기회를 보호하기 위함이라는 점. 두 번째 같은 법 제10조의4 제1항 단서에 의하면 임대인이 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있는 제10조 제1항 각 호의 해당 사유가 있는 경우 동법 제10조의4 제1항 본문에 규정된 임대인의 임차인에 대한 권리금 회수 방해금지의무가 있다고 보기 어려운 점, 세 번째 동법 제10조 제1항 본문은 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다고 규정하고 있는데, 제10조 제2항에서 임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 임대인의 임차인에 대한 권리금 회수 방해금지의무에 관한 상가임대차법 제10조의4 제1항

7) 대전지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가단220228(본소), 2015가단35192(반소) 판결

규정은 임대인이 임차인의 임대차계약 갱신요구를 거절할 수 있거나 임차인이 임대인에 대하여 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에는 그 적용이 없다.”는 점을 근거로 하였다.

나아가 “이 사건 임대차계약은 2회에 걸쳐 갱신됨으로써 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 6년인 점 및 앞서 본 여러 규정 내용 내지 법리 등에 비추어 볼 때, 피고는 이 사건 임대차계약이 기간만으로 종료할 무렵 원고들에 대하여 임대차 계약갱신요구권을 행사할 수 없었고, 따라서 원고들이 이 사건 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 이 사건 임대차계약이 종료한 2015. 10. 14.경까지 피고가 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약을 체결하는 등으로 피고의 권리금 회수를 방해하지 말아야 할 의무가 있었다고 할 수 없으므로, 가사 원고들이 피고가 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결하는 것을 거절하거나 원고들이 선택한 새로운 임차인이 피고와 권리금 계약을 체결하도록 협력하지 않았다고 하더라도, 원고들이 피고에게 권리금회수 방해금지의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

3. 대상판결 요지

원심의 판결내용과 다르게 대상판결⁸⁾은 이 사건 법률조항을 적용함에 있어서, 같은 법 제10조 제2항을 유추 적용하여 5년 동안만 권리금 회수 기회 보호의 시간적 한계를 설정하는 아래와 같은 이유로 타당하지 않다는 견해를 보였다.

그렇게 판시한 근거를 살펴보면, “첫 번째 이 사건 법률조항은 그 의미와 내용이 명확하므로⁹⁾ 이 사건 법률조항은 법원에 폭넓은 해석권한을 부

8) 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결

9) 이 사건 법률조항은, 본문에서 원칙적으로 임대인에게 “임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 종료 시까지” 일정한 행위의 금지의무를 부과하고, 단서를 통해 그 예외를 인정하고 있을 뿐이지, (a) 제10조 제2항의 규정을 직접적으로 준용하고 있지 않고, (b) 제10조 제2항과의 연계하여 해석할만한 실마리를 법문상 전혀 제공하고 있지 않다. 즉 이 사건 법률조항이, 종 임대기간 5년이 경과하여 임차인이 계약갱신을 요구할 수 없는지와 무관하게 임대인에

여하고 있지 않으며, 이 사건 법률조항이 제10조 제2항을 준용하지 않았다고 하더라도 이것이 입법 상 잘못이나 흠결로 보이지도 않는다.¹⁰⁾ 그러므로 이 사건 법률조항을 해석·적용함에 있어 법원이 가지는 운신의 폭은 상당히 제한적일 수밖에 없게 된다. 두 번째 제10조 제1항의 입법취지는 국민 경제생활의 안정을 보장하기 위하여 임차인에게 최소한의 영업기간을 보장하겠다는 것인 반면, 이 사건 법률조항은 임차인이 상가건물에서 영업을 통해 영업이익을 얻는 과정에서 부수적으로 형성되었고 상가건물과 불가분적으로 결부되어 임대차 종료 이후 임차인이 회수하기 거의 불가능하였던 유·무형으로 형성된 재산적 가치를 임차인이 권리금이라는 형태로 환수할 수 있도록 하는 것이므로, 양 제도는 그 취지와 내용을 서로 달리한다. 이런 의미에서 생각할 때 계약갱신요구권에 관한 제한인 제10조 제2항을 이 사건 법률조항에도 유추적용 되어야 한다는 필연적인 결론은 도출되지 않는다. 세 번째 같은 법 제10조 제1항 각 호의 사유가 있거나 이 사건 법률조항 제2항의 정당화 사유가 있는 경우, 임대인은 임차인의 권리금 회수기회보장에 관한 제한을 받지 않고 임대차목적물의 사용·수익권한을 회복할 수 있다는 측면을 고려할 때, 입법자는 임대인이 사실상의 계약갱신의무를 면할 수 있는 사유를 충분히 마련해 두고 있다.¹¹⁾ 더욱이 현행 상가임대차법상 임차인에게 보장되는 전체 임대차기간이 5년에 불과한 반면, 전체 임대차기간이 5년 이상 형성된 경우 임차인의 영업활동을 통해 임대차 목적물 자체의 가치도 상승할 여지가 많으므로 제10조 제2항을 유추적용하지 않는다고 하더라도 이것이 임대인의 임대차목적물에 대한 사용·수익권한을 과도하게 제한

게 임차인의 권리금 회수기회를 방해하지 않아야 할 것을 명령하고 있음은 법문상 명확해 보인다.

10) 법제사법위원회의 회의록 등을 살펴본 결과, 이 사건 법률조항 제정시 제10조 제2항에서 규정한 임차인의 계약갱신요구권과 결부시켜 논의하지 않았다는 점을 고려할 때, 입법자의 의사는 제10조제1항의 각 호가 규정한사유가 있지 않는 한 임대인에게 임차인의 권리금 회수를 방해하지 않을 의무를 부과하고자 한 것일 뿐, 임대인의 의무 이행에 있어서 시간적 한계를 설정하려고 한 것은 아닌 것으로 판단된다.(국회사무처 제332회 임시국회 법제사법위원회 회의록, 2015, 17면)

11) 이 사건 법률조항 제5항은 임차인이 주선한 신규임차인의 자력 등에 관한 정보제공의무를 임대인에게 제공하도록 함으로써 임대인에게 정당한 사유 판단에 관한 정보가 제공되도록 하고 있다.

한다고 볼 수 없다. 네 번째 이 사건 법률조항의 해석·적용에 있어 제10조 제2항을 유추 적용할 경우, 결과적으로 이 사건 법률조항은 계약갱신거절에 대한 제재 수단 및 계약갱신요구권 행사의 강화 된 이행강제 수단으로 운용되거나, 정당한 사유 없는 임대인의 계약갱신요구 거절에 대응하여 임차인에게 대응수단 하나를 더 없어준 것에 불과하게 되고,¹²⁾ 이 사건 법률조항이 의도한 본래의 입법취지 즉 임대차 종료 시에 임차인의 노력으로 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치를 임대인이 독식하는 것을 방지하자는 본래의 취지와는 거리가 멀어질 우려가 크다.¹³⁾ 다섯 번째 위헌소송¹⁴⁾이나 헌법소원도 실익을 갖지 못하게 되므로 이 사건 법률조항을 해석·적용함에 있어서 명문규정 없이 제10조제2항을 유추 적용할 경우 임차인은 이 사

12) 이 사건 법률조항 신설 전에도, 임차인의 계약갱신요구권 행사에 대응하여, 임대인에게 이를 거절할 정당한 사유가 없음에도 임대차계약의 갱신을 막기 위해서 임대인으로서의 합의해지 등의 방법을 강구할 수밖에 없다. 결국 계약갱신요구거절에 대한 대가로 임차인에게 일정한 급부 등 유인(誘引)을 제공하는 방법으로 귀결될 것이므로(예를 들어, 제10조 제1항 제3호), 이 경우 굳이 권리금 회수를 보호하지 않더라도 위와 같이 임차인이 투입한 유·무형의 자산을 회수할 길이 좁게나마 열려있었다. 그렇다면 제10조제2항에 따라 계약갱신요구권이 없는 경우보다 권리금을 보호할 필요성이 오히려 적다.

13) 임차인이 상가건물에서 영업을 한 기간과 그 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치의 크기 및 임대인과 임차인 사이에 쌓인 신뢰의 정도는 통상적으로 정비례할 것이므로, 5년간 임차인이 영업해 온 임차목적물인상가건물에 형성된 유·무형의 재산적 가치는 오히려 더 보호받을 가치가 있고, 상가임대차법은 외국의 예에 비하여 상당히 단기간인 5년의 임대차기간만을 보장하고 있는데, 이 사건 법률조항 신설의 배경이 된 상가임차인과 임대인 사이에 불거진 갈등 상황에 비추어 그 기간 동안 상가건물에 투입된 유·무형의 자산의 가치를 회수하기란 어려운 일로 보이므로, 위 5년의 기간 내에 권리금에 상응하는 영업이익을 얻는다고 하여 임차인의 권리금이 보호될 수 없다. 가사, 임차인이 임차기간 동안 많은 영업이익을 올려 임대차 종료 시 상가건물에 잔존한 유·무형의 재산적 가치 이상을 임차기간 내에 회수했다라도, 임대차 종료 시 그와 같은 유·무형의 재산적 가치가 상가건물에 남아 있다면, 임대인에게 이를 전부 귀속시키는 것이 정의롭지 못하다는 것이 이 사건 법률조항의 도입 동기이기 때문이다. (대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결)

14) 이 사건 법률조항의 해석 및 적용에 있어서 같은 법 제10조 제2항을 유추 적용 시 임차인은 “이 사건 법률조항에 제10조 제2항을 유추 적용하여 해석하는 것은 위헌이다.”라는 취지로 위헌소원을 할 수밖에 없다. 왜냐하면 구체적 분쟁사건의 재판에서 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속되어 있는 점에 비추어 헌법재판소법 제41조 제1항이 정한 법원의 위헌제정의 대상은 오로지 법률조항 자체의 위헌 여부일 뿐이고 법률조항에 대한 해석의 위헌 여부는 그 대상이 될 수 없기 때문이다.(대법원 2005. 5. 27.자 2005카기74 결정 등 참조)

건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단 받을 기회를 차단당하게 된다.”는 견해이다.¹⁵⁾

Ⅲ. 권리금 회수기회 보호 규정의 의의 및 학설과 판례 견해

1. 의의 및 입법배경

권리금¹⁶⁾이란 “임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가”를 말하며, 권리금 계약¹⁷⁾이란 “신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약으로서, 본 계약인 임대차 계약과 별도로 체결되는 부종하는 계약”을 말한다. 권리금 정의에 대한 입법례를 간단히 살펴보면, 영국의 경우 Premium은 임차료에 부과 된 금전의 의미로서 임차권의 설정이나 양도의 대가로서 지급되는 차임 이외의 일체의 대가를 포함하는 개념인데,¹⁸⁾ 주거용 건물과 달리 영업용 건물은 Premium을 수수할 수

15) 반면 임대인에게는 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투거나, 이 사건 법률조항이 제10조 제1항 각 호를 준용하면서도, 제10조 제2항을 준용하지 않은 것이, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 부진정입법부작위라는 이유로 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투길 열어있다(대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결).

16) 상가임대차법 제10조의3(권리금의 정의 등) ① 권리금이란 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말한다. ② 권리금 계약이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다.

17) 서울서부지방법원 2016. 5. 26. 선고 2015가합37405 판결

18) 법무부, 점포임차인의 영업보호 관련 선진입법례(영국, 프랑스) 및 운영사례연구, 2014.

있으며 당해 계약을 사무변호사가 수입하고 있으므로 Premium에 대한 분쟁이 많지 않다.¹⁹⁾ 프랑스의 경우 영업소유권은 유·무형 경영 요소의 총체로서 법적으로 9년간의 갱신기간을 보호 받는데,²⁰⁾ 임대인이 그 기간 중에 퇴거 시키려고 하는 경우 막대한 보상을 지불하여야 하므로 사실상 당해 갱신기간은 강제되고 있는 것으로 해석 된다.²¹⁾ 독일의 상업용 임대차의 경우 우리나라와 달리 권리금에 대한 명문 규정이나 수수 관행 및 유익비나 부속물 매수청구권이 인정되지 않으나, 임차인의 시설물매수청구권에 관한 필요비 규정은 존재하고 있다.²²⁾ 마지막으로 일본의 상가건물임대차 시장에서 권리금이란 임료와 임대차보증금인 부금 이외에 일괄적으로 지급되는 대가를 말하는데, 때로는 예금이라고 일컬어지며 임대차계약에 부수하여 수수되는 금전으로서 계약서에 명시되지 않아도 관행적으로 수수되고 있다. 현재는 법인세법시행령의 조문 중 상가임대차에 부수하여 수수된다고 언급된 것 이외에 권리금에 관한 명문규정은 없다. 요컨대 일본의 권리금은 원칙적으로 임대인과 임차인 간에 한정되어 수수되는 금전으로 이해되므로 우리나라와 유사한 점이 없는 것은 아니나, 정확히 일치하는 개념이라고는 말하기 어렵다.²³⁾

다음으로 권리금 회수기회 보호 규정의 입법취지를 살펴보면, 기존의 상가임대차법은 임차인이 임대차 기간 동안 투자한 비용이나 활동의 결과로서 형성된 유무형의 경제적 이익이 임대인의 계약해지 및 갱신거절에 의해 침해되는 것을 막지 못하였다. 그 결과 임대인은 새로운 임대차계약을 체결하면서 직접 권리금을 받거나 임차인이 형성한 영업적 가치를 제한 없

-
- 19) 나채준, “영국의 상가 임대차에 대한 손실보상제도에 대한 연구”, 「토지보상법연구」 제10권, 한국토지보상법연구회, 2010, 41~65면
 - 20) 김남근, 2003, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 「시민과 변호사」 108, 서울지방변호사회, 13~24면 ; 이송희, “영업용 건물의 임대차에 관한 연구”, 박사학위논문, 전주대학교, 1995.
 - 21) 김영두, “권리금 회수기회 보호에 관한 관찰”, 「법조」 제64권 8호, 법조협회, 2015, 120면
 - 22) 김만웅, “권리금 통제를 위한 상가임대차보호법의 개선 방안”, 「토지법학」 제20권 2호, 한국토지법학회, 2004. 110면
 - 23) 다무라 후미노리, “한일양국 상가임대차권리금의 역사적 배경 및 법적 사회적 인식의 차이”, 「르페브르의 실천전략과 사회공간」 제24권 4호, 한국공간환경학회, 2014, 47~71면

이 이용할 수 있게 된 반면, 임차인은 다시 설비를 투자하고 신용확보와 지명도 형성을 위해 상당기간 영업 손실을 감당하여야 하는 문제점이 발생하게 되었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여, 종전 대법원 판례에 의해 인정되던 ‘권리금’을 상가임대차법에 명문으로 규정하고, 권리금 회수기회 보호 등에 관한 이 사건 법률조항을 신설하고 2015. 5. 13.에 시행하기에 이르게 된 것이다.²⁴⁾

2. 판례 태도

(1) 임대차기간이 5년을 경과하였다는 이유로 임대인의 협조의무를 부정한 사례

임차인의 권리금 회수기회 보호와 관련하여 판례²⁵⁾는 “임대인이 계약기간을 보장하였다면 원칙적으로 임대인은 임차인에게 권리금을 반환할 의무가 없으며, 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지된 경우에 한하여 그 잔존기간에 비례해서 반환의무를 부담하면 된다.”는 입장이다. 이러한 견해는 전대인과 전차인 사이에 수수된 권리금의 회수기회 보호에도 그대로 적용되는데, “계약기간 중에 전대차계약이 해지되어 종료된 경우 특별한 사정이 없는 한 전대인은 전차인으로부터 수령한 권리금 중 전대차 계약이 종료될 때까지 잔존기간에 대응하는 부분만 반환할 의무가 있다.”고 판시 하였다.²⁶⁾

이러한 태도는 권리금의 회수기회 보호를 규정한 이후에도 크게 다르지 않아 보인다. 임대인의 권리금 회수 방해금지의무와 관련한 이 사건 법

24) 법무부 공고 제205-264호 “상가건물임대차보호법 일부개정안 (법률 제13284호, 시행 2015. 5. 13.)”, 2015. 10. 6.

25) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다25013 판결

26) 기간의 정함이 있는 전대차계약에 있어 권리금이 지급되고 그 권리금이 영업시설·비품 등의 유형물이나 거래처, 신용 또는 점포 위치에 따른 장소적 이익 등의 무형적 이익을 이용하는 대가로서의 성질을 가지는 경우에는, 계약기간 중에 전대차계약이 해지되어 종료되면 특별한 사정이 없는 한 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 것으로 나누어, 전대인은 전차인으로부터 수령한 권리금 중 전대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다고 봄이 공평의 원칙에 합치된다고 할 것이다.(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394 판결)

를조항 해석에 있어서 판례²⁷⁾는 “임대인이 임차인의 임대차 갱신요구를 거절할 수 있거나 임대인이 임대인에 대하여 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에는 그 적용이 없다고 봄이 타당하다”고 판시하였다. 끝으로, 계약 갱신가능 기간인 5년을 경과한 경우에는 임대인이 권리금 회수기회를 보호하지 않는다고 분명한 태도를 보인 최근 판례를 살펴보겠다. 당해 사건에서 판례²⁸⁾는 “이 사건 임대차계약이 2회에 걸쳐 갱신됨으로써 최초의 임대차 기간을 포함한 전체 임대차기간이 6년이었던 점 등을 미루어 볼 때, 피고가 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약을 체결하는데 협력할 의무가 있다고 볼 수 없으며, 원고들이 피고에게 권리금회수 방해금지의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다고 할 수 없다. 설사 원고들이 피고에게 권리금회수 방해금지의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다고 하더라도, 임차물 반환의무와 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 원상회복 관계에 있지 않고 그 발생원인도 달리 하므로, 원고들의 위 손해배상의무와 피고의 이 사건 건물부분 인도 의무 사이에 이행상 견련관계가 있다고 보기 어렵다”고 판시하였다.

요컨대, 임대인의 권리금 회수 기회 보호와 관련하여 판례는,²⁹⁾ 가사 임대인이 권리금을 직접 수수하였다 하더라도 약정한 기간 동안 임대차 기간을 보호하였다면 원칙적으로 권리금을 반환할 의무가 없으며, 임대인의 귀책사유로 인하여 반환의무가 생긴 경우에 한하여 권리금을 반환하되 그 반환범위도 그 잔존기간에 비례한다는 태도를 분명히 하고 있다. 이와 같은 사실을 고려할 때, 판례는 임대인의 권리금 회수 기회 보호에 있어서 ‘소극적인 태도’라고 정리할 수 있다.

(2) 임대차기간이 5년을 경과하였으나 여전히 임대인의 협조의무를 인정한 사례

다음으로 앞에서 살펴 본 판례의 소극적인 태도와 다르게 임대차 기간이

27) 울산지방법원 2017. 4. 18. 선고2016가단51339 판결

28) 서울서부지방법원 2016. 5. 26. 선고 2015가합37405 판결

29) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다59050 판결

5년을 경과한 경우에도 임대인의 협조 의무를 인정한 사례에 대해 살펴보겠다. 당해 사례에서 판례³⁰⁾는 “임대차 계약 종료 전 상가건물을 임차하여 약국을 운영하던 甲이 乙(신규임차인 희망자)이 약국을 임차할 수 있도록 주선하고 권리금을 받기로 하는 권리금계약을 체결하였으나, 건물의 소유자인 丙이 임대차계약에 관한 협의 과정에서 乙에게 약사자격증명서·가족관계증명서·예금잔고증명서·약국운영 계획서 등의 제출을 요구하는 한편 기존의 월차임보다 40% 넘게 인상된 액수를 계약 조건으로 제시함으로써 협의가 결렬되자, 甲이 임대차계약 종료 후 상가임대차법 제10조의4에 따라 丙을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 丙은 직접 약국을 운영할 의사로 신규임차인이 되려는 乙에게 통상적인 임대차계약의 체결 과정에서 요구되는 것보다 무리한 조건을 제시함으로써 甲이 乙에게서 권리금을 회수하는 것을 방해하였으므로, 丙은 ‘정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위’를 함으로써 甲이 권리금을 지급받는 것을 방해하고 甲에게 손해를 가하였음이 인정된다.”고 판시하였다.

검토컨대, 당해 판례는 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호 위반을 이유로 한 것이므로 본 논문의 쟁점사항인 상가임대차법 제10조 제2항의 유추 적용 여부와 직접적인 관련은 없어 보인다. 그러나 대상판결 이후의 판례 중 임대차 갱신기간 5년을 경과하였음에도 불구하고 여전히 임대인에게 권리금 회수기회 보호 의무를 확인하였다는 점에서 의미가 있다고 사료된다.

3. 학설 동향

(1) 5년의 임대차갱신기간이 권리금 회수기회 보호의 시간적 한계로 적용된다는 견해

임차인의 권리금 회수기회 보호의 시간적 한계와 관련된 기존 연구를 살펴본 결과, ‘5년의 계약갱신기간 동안에만 보호해야 한다는 견해’·‘계약갱신기간

30) 대구지방법원 2016. 9. 1. 선고 2015가합3796, 2016가합114 판결

과 관련 없이 보호해야 한다는 견해’ 및 ‘계약갱신거절 사유에 따라 계약갱신기간에 따른 보호여부를 달리 보아야 한다는 견해’의 3가지로 나누어 볼 수 있는데, 우선 ‘5년의 계약갱신기간 동안에만 보호해야 한다는 견해’부터 살펴보겠다.

이 견해³¹⁾에 의하면, 임대인의 계약거절사유로 인하여 임대차가 종료되는 경우에는 임차인이 당해 임대차 기간을 보장받지 못할 뿐만 아니라 권리금도 회수하지 못하게 된다. 즉, 일정기간 동안 임대차를 보장하였으나 보장기간 전에 임차인의 책임 있는 사유로 인하여 임대차 또는 전대차가 종료되었다면 임차인은 당초에 보장된 계약기간을 보호받지 못할 뿐만 아니라 권리금 회수기회를 박탈당함으로써 이중의 손해에 처하게 된다. 유사한 견해³²⁾로서, 이 사건 법률조항 각호에 규정된 임대인의 권리금 회수기회 보호협조 의무기간을 ‘임대차기간 종료 3개월 전부터 임대차 만료 시까지’를 ‘임대차 계약기간 내’로 바꾸지 않을 경우 계약종료 후에는 임대인의 방해 시 권리금 회수가 어렵게 된다고 보았다. 한편 계약서상 권리금을 인정하지 않겠다는 내용을 기술한 경우에도 권리금 회수에 있어서 임차인에게 사실상 부담으로 작용할 수 있다. 왜냐하면 이러한 내용이 포함된 임대차 계약을 체결하였다고 하더라도 강행규정인 상가임대차법 제15조에 위배되므로 구속력은 없으나, 임대인이 계약서상 문구를 이유로 당해 임대차계약 종료 후 임차인의 권리금 회수기회 보호에 협조하지 않거나 신규임차인에게 지나친 차임의 증가를 요구하는 등 조건을 까다롭게 하는 경우, 임대인과 분쟁을 원하지 않는 임차인에게 충분히 부담으로 작용할 수 있기 때문이다.

(2) 5년의 임대차갱신기간이 권리금 회수기회 보호의 시간적 한계로 적용되지 않는다는 견해

이 견해³³⁾에 의하면, 상가임대차법 제10조 제2항에서 규정한 5년의 계

31) 이재삼, “상가건물임대차계약법상 권리금 확보를 위한 법적쟁점의 연구”, 「법학연구」 제16권 2호, 한국법학회, 2016, 247~380면

32) 조장우, “상가건물임대차보호법상 권리금 규제의 배경과 해석”, 「법학논문집」 제40권 1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016, 69~91면

33) 김현선, “상가건물임대차보호법상 권리금 법제화에 대한 소고”, 「안암법학」 제48권, 고려대학교 법학연구소, 2015, 207~259면

약갱신요구의 의미는 동 기간이 경과한 경우 더 이상 임차인 주도의 임대차 계약을 존속시킬 수 없다는 의미일 뿐이므로 이것이 곧 권리금의 회수기회 보호기간에 그대로 적용할 수 없게 된다. 나아가 상가임대차법 제10조의4 제1항 단서에서 규정한 계약갱신거절사유가 존재하는 경우 임차인이 권리금을 회수할 수 없는지 여부가 해석상 문제가 될 수 있는데, 이 경우에도 임차인의 계약갱신 요청에 대하여 임대인이 거절할 수 있다는 의미로 국한해야 한다. 그러므로 이상의 의미를 넘어서 임차인의 권리금 회수를 인정하지 않는다고 해석하는 것이 입법자의 취지와 부합한다고 보았다.

(3) 갱신거절사유별로 다르게 보아야 한다는 견해

이 견해³⁴⁾는 상가임대차법 제10조제1항에서 규정한 8가지의 계약갱신 거절사유를 임차인의 책임 있는 사유를 기준으로 나누어 동조 제2항에서 규정한 5년의 기간제한을 ‘적용받는 경우’와 ‘적용받지 않은 경우’로 구분하고 있다. 구체적으로 살펴보면 5년의 기간제한을 ‘적용받는 경우’로서 제1호부터 제5호 및 제8호를 들고 있으며,³⁵⁾ 5년의 기간제한을 ‘적용받지 않는 경우’로서 제6호 및 제7호를 들고 있다.³⁶⁾

요컨대 이 견해에 의하면, 이 사건 법률조항이 상가임대차법 제10조 제

34) 이근영·김상진, “개정 상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선 방안에 관한 소고”, 「법학연구」 제24권 4호, 경상대학교 법학연구소, 2016, 171~198면

35) 상가임대차법 제10조 제1항 1.임차인이 3기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우, 2.임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우, 3.서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우, 4.임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우, 5.임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우, 8.그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

36) 상가임대차법 제10조 제1항 6.임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우, 7.가목 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우. 7.나목 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우, 7호 다목 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우, 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우

1항을 준용하면서 동조 제2항을 준용하지 않고 있으므로 5년의 계약갱신기간을 적용할 것인지 여부는 확일적으로 접근해서는 안 되고 사안별로 나누어 결정해야 한다.

IV. 대상판결 검토

1. 제10조의4와 제10조 제2항 비교

(1) 판결 이유

대상판결은 제10조 제2항을 유추적용하지 않는 이유의 하나로서 제10조의4와 제10조 제2항의 입법취지 및 내용의 상이하기 때문이라는 견해를 보였다. 그 내용을 살펴보면, “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 직접적으로 보호하고자 한 것은 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품·거래처·신용·영업상의 노하우·상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서의 ‘권리금’으로서, 임차인이 상가건물에서 영업을 통해 영업이익을 얻는 과정에서 부수적으로 형성되고 상가건물과 불가분적으로 결부되어 임대차 종료 이후 임차인이 회수하기 거의 불가능하였던 재산적 가치를 임차인이 권리금이라는 형태로 환수할 수 있도록 하는 것이 목적이다.³⁷⁾ 반면에 상가임대차법 제10조 제1항 내지 제2항에서 5년의 기간 동안 임차인에게 계약갱신요구권을 규정한 이유는 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약의 갱신을 요구한 경우 그 단서에서 정하는 사유가 없는 한 임대인이 임차인의 갱신요구를 거절할 수 없도록 함으로써 국민 경제생활의 안정을 보장하기 위하여 임차인에게 최소한의 영업기간을 보장하기 위한 것이다.³⁸⁾”

37) 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결

38) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결

이처럼 양 제도는 그 취지와 내용을 서로 달리하는 것이므로, 계약갱신요구권에 관한 제한인 제10조 제2항을 이 사건 법률조항에도 유추 적용되어야 한다는 결론에 이르기 어렵다. 그러므로 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘권리금 회수기회 보호’는 임차인이 지출한 투자금회수를 의미하는 것에서 나아가 임차인이 임대기간 동안 상가건물에 형성한 유·무형의 재산적 가치를 회수하는 것까지 포괄한다고 보아야 하므로, 임대기간 동안 권리금이 포함된 영업이익을 회수함으로써 권리금의 회수가 충분하다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다”고 판시하였다.

(2) 비판

대상판결이 제10조 제2항을 유추적용하지 않는 근거로서 두 조문간의 입법취지와 내용이 상이하기 때문이라고 하였으나, 이러한 판결이유는 아래와 같은 이유로 쉽게 받아들이기 어렵다.

우선 상가임대차법이 그 상대방인 임대인 내지 다른 권리주체와의 계약자유 및 재산권 보장의 요청과 충돌하고 사적 자치 및 거래의 안전이라는 공익을 저해하는 측면이 있음에도 불구하고 이렇게 사적자치 원리에 수정을 가하면서까지 임차인의 지위를 강화하려고 하는 이유는, 임대차기간의 불안정 등으로 어려움을 겪는 상가임차인들을 보호할 필요가 있었기 때문이었다.³⁹⁾ 특히 상가임대차법 제10조 제1항 및 동조 제2항의 계약갱신요구권은 제정 당시부터 권리금 등의 난제를 해결할 수 있는 타견으로 언급된 사항인데,⁴⁰⁾ 이처럼 임차인 주도로 계약갱신기간 보호를 규정한 입법취지는 상가건물의 임차인에게 계약갱신요구권을 부여함으로써 권리금이나 시설투자비용을 회수할 수 있도록 보장하되 예외적으로 임차인에게 책임 있는 경우에 한하여 계약관계를 해지할 수 있도록 균형을 취한 것이다.⁴¹⁾ 이로써 임대차기간의 만료로 인하여 영업장을 옮겨야 할 경우 임차인은 영업초기에 투자한 비용이나 시설비용을 용이하게 회수 할 수 있게 되었다.⁴²⁾ 이처럼 계약갱신요구

39) 헌재 2014. 3. 27. 2013헌바198 결정

40) 국회사무처 제224회 임시국회 법제사법위원회 회의록, 2001

41) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다28486 판결

권을 부여한 이유가 당해 임차인이 영업초기에 지불한 고액의 시설투자비용이나 권리금 등을 간접적으로나마 회수할 수 있도록 하기 위한 것이었다는 점은 헌법재판소 결정문에서도 어렵지 않게 확인 할 수 있다.⁴²⁾

요컨대, 대상판결이 제10조 제2항을 유추적용하지 않는 근거로서 제시한 ‘두 조문간의 입법취지와 내용이 상이하다’는 판결이유는, 입법당시 공청회 자료에 나타난 입법취지와 이를 확인한 다수의 관례 및 헌법재판소 결정을 근거할 때 동의하기 어렵다.

2. 제10조 제2항 준용시 문제점

(1) 판결이유

대상판결은 제10조의 제2항을 유추적용해서는 안 된다는 또 다른 이유로서, “이를 유추적용 할 경우 임차인의 지위가 약해지고 계약 종료 시 임대인에게 축적된 유·무형의 재산적 가치가 귀속되어 이 사건 법률조항의 입법 취지에 반하기 때문”이라고 하였다. 구체적으로 살펴보면, “대부분의 임대인은 권리금 회수기회 방해금지의무를 면하기 위하여 임차인의 계약갱신요구권이 소멸하는 5년까지 임대차기간을 갱신할 것이 예상된다. 그러나 5년이라는 시간이 도래하여 계약갱신요구권이 소멸하고, 권리금 회수기회까지 박탈당한 임차인으로서, 이 사건 법률조항의 신설에도 불구하고 임대인의 퇴거요구에 아무런 대응을 할 수 없게 된다. 그렇게 될 경우, 이 사건 법률조항 도입을 전후로 하여 임차기간 동안 상가건물에 형성된 유·무형의 재산적 가치와 관련한 임차인의 지위는 전혀 변한 것이 없게 되므로, 이 사건 법률조항이 달성하고자 한 입법목적은 상당히 퇴색될 수밖에 없게 된다. 즉 제10조 제2항을 유추적용 할 경우 결과적으로 이 사건 법률조항은 계약갱신거절에 대한 제재적 수단 및 계약갱신요구권 행사의 강화된 이행강제 수단으로 운용되거나, 정당한 사유 없는 임대인의 계약갱신요구 거절에 대응하

42) 부산지방법원 2005. 10. 24. 선고 2005가단40293 판결

43) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바76 결정

여 임차인에게 대응수단 하나를 더 없어준 것에 불과하게 되고,⁴⁴⁾ 이 사건 법률조항이 의도한 본래의 입법취지 즉 임대차 종료 시에 임차인의 노력으로 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치를 임대인이 독식하는 것을 방지하자는 본래의 취지와는 거리가 멀어질 우려가 크다. 한편 임차인이 상가건물에 부착된 유·무형의 재산적 가치를 일부라도 회수하기 위하여 상가임대차법이 보장한 총 5년의 임대기간을 채우지 아니하고 5년 이내에 임대차계약을 종료시키려는 경우 임대인은 권리금 회수기회 보호 협조의무를 마치기 위하여 총 5년의 임대차 기간을 채우려고 할 것이므로 이는 임차인의 계약갱신요구권 행사를 위축시킬 가능성이 발생할 수 있다. 결국 이 사건 법률조항이 제10조 제1항 단서에서 규정한 계약갱신요구권을 거절할 정당화 사유가 없음에도 불구하고, 임대차기간이 5년을 경과하였다는 이유로 임차인의 권리금을 보호하지 않는다면 이 사건 법률조항이 달성하고자 한 취지가 온전히 달성될 수 없게 된다.”고 판시하였다.

(2) 비판

대사판결은 “본법 제10조 제2항을 유추적용 할 경우, 임차인의 지위가 약해지고 임대인에게 축적된 유·무형의 재산적 가치가 귀속되므로 종국에 이 사건 법률조항의 입법취지에 반하게 된다.”고 판시 하였으나 이러한 판결이유는 아래와 같은 이유로 쉽게 수긍하기 어렵다.

우선 제10조 제2항의 계약갱신요구권에 의한 약정갱신은 동조 제4항의 법정갱신과 분명히 구분되는데,⁴⁵⁾ 5년 동안 임차인 주도의 계약갱신을 인정

44) 이 사건 법률조항 신설 전에도, 임차인의 계약갱신요구권 행사에 대응하여, 임대인에게 이를 거절할 정당한 사유가 없음에도 임대차계약의 갱신을 막기 위해서 임대인으로서의 합의해지 등의 방법을 강구할 수밖에 없다. 결국 계약갱신요구거절에 대한 대가로 임차인에게 일정한 급부 등 유인(誘引)을 제공하는 방법으로 귀결될 것이므로(예를 들어, 제10조 제1항 제3호), 이 경우 굳이 권리금 회수를 보호하지 않더라도 위와 같이 임차인이 투입한 유·무형의 자산을 회수할 길이 좁게나마 열려 있었다. 그렇다면 제10조 제2항에 따라 계약갱신요구권이 없는 경우보다 권리금을 보호할 필요성이 오히려 적다

45) 임차인의 계약갱신요구권에 관한 구 상가임대차법(2009. 1. 30. 법률 제9361호로 개정되기 전의 것) 제10조 제1항 내지 제3항과 임대인의 갱신 거절의 통지에 관한 법 제10조 제4항의 문언 및 체계와 아울러, 법 제10조 제1항에서 정하는 임차인의 계약갱신요구권은 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성하려는 것인 반면 법 제10조 제4항은 기간의 만료로

한 경우와 묵시의 갱신에 의하여 사실상 기한 없는 임대차 계약이 된 경우는 동일하지 않다. 그리고 제10조 제2항의 경우는 임대인에게 당해 기간 동안 거절사유에 해당하지 않는 한 임차인의 갱신요구에 협조해야 할 소극적 의무가 있는 반면, 제10조 제4항의 경우에는 당해 임대차계약을 종료하고 싶은 경우 적극적인 해지의 의사표시를 요한다는 점에서 차이가 있으므로 양자의 입법취지와 내용이 상이하다는 것은 분명해 보인다. 그런 의미에서 살펴 보건대, “임차인 중심의 계약갱신요구권을 규정한 제10조 제2항과 이 사건 법률조항의 입법취지, 즉 임대차 종료시에 임차인의 노력으로 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치를 임대인이 독식하는 것을 방지하자는 본래의 취지와는 거리가 멀어질 우려가 크다.”는 판례의 견해는 설득력이 없어 보인다. 왜냐하면 ‘임대차 종료 시 임차인의 노력으로 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치를 임대인이 독식하는 것을 방지’하자는 것과 ‘임차인의 계약기간 보호를 통해 권리금 등을 회수토록 하자는 것’을 어떤 기준으로 전혀 다르다고 볼 수 있는지 분명하지 않기 때문이다. 부연하건대, 계약기간 보호가 권리금 보호를 위한 것이었다는 것은 이미 본 법 제정당시부터 언급된 사항이었다는 점을 앞에서 살펴본 바와 같다.

다음으로 제10조 제2항을 준용하여도 문제없다고 사료된다. 그 이유를 살펴보면, 우선 ‘제10조 제2항을 준용하는 경우 권리금 회수기회 보호 기간도 당해 5년의 기간제한에 해당한다.’는 명문 규정을 찾아볼 수 없으며, 비록 권리금 계약이 임대차 계약의 부종계약이라고 하더라도 당해 규정의 입법취지를 고려할 때 ‘임대차 계약기간이 종료되었으므로 더 이상 권리금을 보호하지 않는다.’는 해석은 어색하다. 또한 일반적으로 권리금은 임대보증금을 훨씬 상회하는 고액으로 형성되는 경우가 많은데,⁴⁶⁾ 이미 오랫동안 지

인한 임대차관계의 종료에 임대인의 적극적인 조치를 요구하는 것으로서 이들 두 법조항상의 각 임대차갱신제도는 취지와 내용을 서로 달리하는 것인 점 등을 종합하면, 법 제10조 제4항에 따른 임대인의 갱신 거절의 통지에 법 제10조 제1항 제1호 내지 제8호에서 정한 정당한 사유가 없는 한 그와 같은 임대인의 갱신 거절의 통지의 선후와 관계없이 임차인은 법 제10조 제1항에 따른 계약갱신요구권을 행사할 수 있고, 이러한 임차인의 계약갱신요구권의 행사로 인하여 종전 임대차는 법 제10조 제3항에 따라 갱신된다. (대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다35115 판결)

46) 임주리·김상찬, “상가권리금 회수기회 보장에 관한 연구”, 「법과정책」 제22권 2호, 제주

속되어 온 상관습으로서 판례도 그 존재를 인정하고 있었음에도 불구하고 권리금이 오랜 진통 끝에 최근에 들어서 명문화된 이유가 바로 ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’였다는 점을 고려한다면, 입법자가 제10장 제2항을 유추적용 함으로써 임차인의 권리금 회수기회 보호에 시간적 제한을 두려고 했다는 가정은 받아들이기 어렵다. 또한 같은 이유에서 제10조 제1항을 준용하면서 동조 제2항 적용여부를 밝히지 않았다고 하더라도 이것을 입법 불비로 볼 수 없다고 생각한다. 또한 임대차 계약 기간 중에 소유권이 이전될 경우 임대차의 대항력이 유지되는지 여부에 있어서, 현재 임대차 계약기간중 소유자가 변경되더라도 양수인에게 포괄 승계되므로 임차인의 지위에는 변화가 없으므로 제10조 제2항을 유추 적용한다고 하더라도 ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’에 크게 문제가 되지 않는다고 생각한다.

한편 5년의 임대차 기간이 경과한 경우에도 권리금의 보호를 인정한 판례⁴⁷⁾에 대해 살펴보겠다. 당해 사례에서 판례는 “전소유자부터 현소유자까지 7년간의 임대차 계약이 존재하였다 하더라도 여전히 임대인에게 임차인의 권리금 회수기회 보호의무가 존재한다.”는 견해를 보였고, 나아가 5년의 계약갱신기간이 경과된 경우라고 하더라도 상가임대차법 제10조의4 제1항 4호 ‘정한 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선했던 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위’를 적용하여 손해배상까지 인정하였다. 이러한 판례의 태도에 대하여, 임대인의 권리금 회수기회 보호의 시간적 제한에 있어서 입법적으로 해결되지 않는 한 판례가 정립되기 전까지 법적으로 불확실한 상태에 놓이게 된다는 문제가 있다는 비판도 있으나,⁴⁸⁾ 당해 판례는 7년의 임대차 기간 중 소유자가 변경된 사안임에도 불구하고 제10조의4를 적용하여 ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’라는 의미에서 임대인에게 손해배상까지 인정하였다는 것은 의미가 있다고 생각한다.

V. 결 론

대학교 법과정책연구원, 2016, 155~183면

47) 대구지방법원 2016. 9. 1. 선고 2015가합3796, 2016가합114 판결

48) 이근영·김상진, “개정 상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선방안에 관한 소고”, 「법학연구」 제24권 4호, 경상대학교 법학연구소, 2016, 171~198면

현행 상가임대차법은 기존 임차인이 새로운 임차인으로부터 권리금을 회수하려고 하는 경우 임대인이 이를 방해하지 못하도록 규정하고 있다. 그러나 임대인이 언제까지 이러한 의무를 부담하여야 하는지 구체적으로 규정하지 않고 있으므로 계약갱신 기간을 규정한 상가임대차법 제10조 제2항을 임차인의 권리금 회수기회 보호 기간에도 유추적용 할 수 있는지 여부가 문제가 되었다. 권리금 회수기회 보호가 5년의 법정갱신요구 기간이라는 시간적 한계에 구속되는지 여부를 살펴보는 것은 어렵게 규정된 권리금 보호 규정의 향후 바람직한 방향을 가늠할 수 있다는 의미에서 중요한 의미가 있다고 생각한다.

이러한 연구의 필요성에 의하여 살펴 본 결과, 대상판결의 결과는 동의 하나 판결이유 중 일부에 대해서는 쉽게 수긍하기 어려웠다. 우선 대상판결은 상가임대차법 제10조의4와 제10조 제2항의 입법취지 및 내용이 서로 다르다는 점을 이유 중 하나로 들고 있으나, 최소한의 영업기간을 보장하는 이유가 권리금 등의 회수를 보호하기 위한 입법적 결단이었다는 점은 공청회 자료에서 뿐만 아니라 이미 다수의 판례 및 헌법재판소 결정에서 찾아 쉽게 볼 수 있으므로, 두 조문이 입법취지 및 내용면에서 다르다고 판시한 대상판결의 견해는 납득하기 어렵다. 또한 대상판결은 이 사건 법률조항의 해석·적용에 있어서 상가임대차법 제10조 제2항을 유추 적용할 경우, 임차인의 노력으로 상가건물에 축적된 유·무형의 재산적 가치를 임대인이 독식할 수 있다고 판시하였다. 그러나 권리금 회수기회 보호 기간이 계약갱신 기간인 5년의 기간제한에 한정된다는 명문규정은 어디에도 없으며, 판례도 인정한 오래된 상관습임에도 불구하고 뒤늦게나마 권리금 회수기회 보호를 규정한 이유가 ‘임차인의 권리금 회수기회 보호’ 때문이었다는 점을 고려한다면, 그 적용여부를 명시적으로 나타내지 않았다고 하더라도 이것을 입법적 불비라고 볼 수는 없다고 생각한다. 나아가 5년의 계약갱신기간을 권리금 회수기회 보호 기간으로 한정하는 것이 적절하지 않다는 것은 제정 당시 국회의회의록에서도 쉽게 확인할 수 있었다. 끝으로 임대차 기간 동안 소유자가 변경되었다 하더라도 임차인의 대항력은 계속 유지되므로 현재의 임대인에게 권리금 회수기회 보호 의무를 인정하고 있는 판례의 태도를 보더라도

가 변경되었다 하더라도 임차인의 대항력은 계속 유지되므로 현재의 임대인에게 권리금 회수기회 보호 의무를 인정하고 있는 판례의 태도를 보더라도 이러한 대상판결의 판결이유는 쉽게 받아들이기 어렵다.

요컨대, 상가임대차법 개정이후⁴⁹⁾ 많은 하급심 판례들이 제10조 제2항을 이 사건 법률조항에 유추 적용함으로써 임차인의 권리금 회수기회 보호에 있어서 5년이라는 시간적 한계를 적용하고 있던 중, 기존의 판례와 다른 견해를 보인 대상판결은 임차인 보호에 있어서 진일보한 측면이 있다고 생각한다. 아울러 기존의 판례와 다른 결론을 의식했기 때문인지 많은 논리적 근거를 제시했다는 점도 주목받을 만하다고 사료된다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 대상판결의 일부 이유는 동의하기 어렵다는 점을 확인할 수 있었다. 다만 임차인의 권리금 회수기회 보호에 시간적 한계가 존재하는지 여부를 살펴보는 것은 장차 권리금 보호의 향후 방향을 예측할 수 있다는 의미에서 중요하다고 생각하므로 지금과 같이 해석의 영역에 두어 혼란을 야기하기 보다는 입법적 해결이 타당하다고 생각한다. 아직 대법원의 최종 확인이 남은 사안이므로 현재로서 어떤 판단을 하기 어려우나, 이러한 연구들이 지속된다면 현실을 잘 설명하는 판결이유가 실시되고 나아가 현실을 좀 더 잘 반영하는 규정이 되는데 도움이 될 것이다.

[判例評釋] 권리금 회수기회 보호의 시간적 한계 - 김 응	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2017.11.09.	2017.11.23.	2017.12.20.

49) 상가건물임대차보호법 [시행 2015.5.13.] [법률 제13284호, 2015.5.13., 일부개정]을 말함.

[참고문헌]

- 국회사무처 제332회 임시국회 법제사법위원회 회의록, 2015
- 국회사무처 제224회 임시국회 법제사법위원회 회의록, 2001
- 김남근, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 「시민과 변호사」, 서울지방변호사회, 2003.
- 김만웅, “권리금 통제를 위한 상가임대차보호법의 개선 방안”, 「토지법학」 제20권 20호, 한국토지법학회, 2004.
- 김영두, “권리금 회수기회 보호에 관한 관찰”, 「법조」 제64권 8호, 법조협회, 2015.
- 김현선, “상가건물임대차보호법상 권리금 법제화에 대한 소고”, 「안암법학」 제48권, 고대법학연구소, 2015.
- 나채준, “영국의 상가 임대차에 대한 손실보상제도에 대한 연구”, 「토지보상법연구」 제10권, 한국토지보상법연구회, 2010.
- 다무라 후미노리, “한일양국 상가임대차권리금의 역사적 배경 및 법적 사회적 인식의 차이”, 「르페르의 실천전략과 사회공간」 제24권 4호, 한국공간환경학회, 2014.
- 법무부 공고 제205-264호 “상가건물임대차보호법 일부개정안 (법률 제13284호, 시행 2015. 5. 13.)”, 2015. 10. 6.
- 법무부 점포임차인의 영업보호 관련 선진입법례(영국, 프랑스) 및 운영사례연구, 2014.
- 이근영 · 김상진, “개정 상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선 방향에 관한 소고”, 법학연구 24(4), 경상대학교 법학연구소, 2016.
- 이송희, “영업용 건물의 임대차에 관한 연구”, 박사학위논문, 전주대학교, 1995.
- 이제삼, 2016, “상가건물임대차계약법상 권리금 확보를 위한 법적쟁점의 연구”, 「법학연구」 제16권 2호, 한국법학회, 2016.
- 임주리 · 김상찬, “상가권리금 회수기회 보장에 관한 연구”, 「법과정책」 제22권 2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016.
- 조장우, “상가건물임대차보호법상 권리금 규제의 배경과 해석”, 「법학논문집」 제40권 1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016.

【국문초록】

현행 상가임대차법은 임차인의 권리금 회수기회 보호에 있어서 임대인에게 회수방해 금지의무를 규정하고 있으나 언제까지 이러한 의무를 준수하여야 하는가에 대해서는 구체적으로 정하지 않고 있다. 즉 상가임대차법 제10조의4에서 권리금 회수 보호 제한사유로서 동법 제10조 제1항의 계약갱신거절 사유를 준용하면서도 시간적 한계를 규정한 제10조 제2항을 명시적으로 준용하지 않음으로써, 권리금 회수 보호에서도 5년이라는 시간적 한계가 존재하는지 여부에 대한 해석상 혼란이 발생하게 된 것이다.

이와 관련하여 동법 제10조 제2항을 유추 적용하여 계약갱신기간과 동일하게 5년까지만 보호해야 한다는 판결이 대부분을 이루고 있던 중 최근 의미 있는 판결이 선고되었는데, 이 견해에 의하면 임대차 기간이 5년을 경과한 경우에도 여전히 임대인에게 임차인의 권리금 회수 협조의무가 존재하게 된다. 그러나 대상판결이 기존의 판례와 다른 견해를 보이기 위하여 판결이유 설명 시 많은 노력을 기울였음에도 불구하고, 일부 이유는 쉽게 받아들일 수 없다는 것을 확인할 수 있었다. 임차인의 권리금 회수기회 보호는 상가임대차법의 핵심 사항으로서 보다 정교한 이론적 뒷받침이 요구된다고 생각한다. 대법원의 최종 확인이 남은 사안이므로 아직 구체적인 판단을 하기 어려우나, 이러한 연구들이 지속됨으로써 좀 더 현실을 잘 설명하는 판결이유가 제시되기를 기대한다.

【Abstract】

The limits of time for Protection of Premium Payback Opportunity
 - Judgement 2016NA108951 held by Dajeon District Court on May 19, 2017 -

Kim, Woong

(Legal Research Institute of Korea University)

As for protecting tenant's opportunity to recover the Premium, the current Commercial Building Lease Act prohibits the landlord from interfering with the tenant's collecting the Premium but does not specify how long the landlord should bear such provision. Under Article 10-4 Protection of opportunity to collect the Premium of the Commercial Building Lease Act the contract parties comply with Article 10-1 justifiable grounds to refuse the contract renewal but not explicitly Article 10-(2) which specifies the time limit-entire lease term; therefore, arguably as far as the protection of opportunity to collect the Premium is concerned, 5 year limit is controversial between the tenant and landlord.

In this regard, by Article 10 (2), it was most common to judge that the tenant's opportunity to recover the Premium should be the same 5 years as the contract renewal period. However, a meaningful judgment at the lower court has been recently pronounced, according to which, even if exceeding five years of the entire lease term, the landlord still has an obligation to cooperate with the tenant's opportunity to collect the Premium. The study findings confirm that,

in order for a judgement to show a different view from the existing precedents, it is hard to easily accept some grounds of judgement while agreeing with a verdict set aside. Protection of opportunity to collect the Premium is a key issue of the Commercial Building Lease Act and requires more sophisticated theoretical support. Continuous studies will help the Commercial Building Lease Act via a verdict more descriptive of the reality to settle down into a legal system which can reflect the original legislative intent.

주제어(Keyword) : 권리금 회수기회 보호(Protection of Premium Payback Opportunity), 시간적 한계(the limits of time), 협조 의무존재(an obligation to cooperate), 현실 설명력 증대(a verdict more descriptive of the reality), 입법취지 반영(reflection the legislative intent)

지급결제혁신과 법률적 쟁점*

- 분산원장기술 기반의 지급결제시스템을 중심으로 -

박 선 중**

▶ 목 차 ◀

I. 서 설	2. 분산원장구조 특성상 쟁점
II. 지급결제 혁신의 내용	(1) 금융실명제법상 비밀보장 조항
1. 지급결제 혁신의 대상	(2) 한국거래소 업무영역 및 일부 투자자
2. 분산원장 기술	(3) 한국예탁결제원의 업무영역
(1) 분산원장 기술의 개념	3. 전자금융거래법상 쟁점 : 금융회
(2) 공개형 분산원장 기술	사·전자금융업자 배제시 문제점
(3) 폐쇄형 분산원장 기술	(1) 개념정의상 문제
3. 소결	(2) 손해배상책임의 문제
III. 지급결제 혁신과 법률적 쟁점	(3) 안전성확보 주체의 문제
1. 취소불가능 특성	4. 기타쟁점
(1) 민법상의 쟁점	(1) 개인정보의 오·남용 방지 문제
(2) 전자금융거래법상 정정요구권	(2) 정보주체의 동의 취득 문제
(3) 개인정보보호법상 정정·삭제·	(3) 신뢰성 확보 방법의 차이 : 실명과
파기요구권 및 정보통신망법상	익명
철회권	IV. 결 론

* 본 연구는 한국은행의 지원으로 수행되었음.

** 숭실대학교 법과대학 교수.

I. 서 설

제4차 산업혁명시대가 도래하면서, 지급결제의 방식에도 혁신적인 변화가 초래되고 있다. 중앙은행 제도는 중세 이후 유럽에서 근대적인 시장경제가 태동하는 과정에서, 금융 및 지급결제 시스템을 안전하고 효율적으로 관리·운영하기 위한 노력의 일환으로 출발한 것이다. 기실 지급결제제도¹⁾의 안정적 운영과 감시·발전 도모는 물가 및 금융안정과 더불어 중앙은행의 핵심적인 책무이다. 따라서 지급결제제도의 안정적 운영을 위해서는 지급결제의 혁신이 현행 법규정과 충돌하는 부분이 무엇인 지 파악한 후, 지급결제제도의 발전도모와 상충되는 법규의 개정여부 판단이 필요하다.

금융부문에서 진행되는 디지털혁신은 지급결제 서비스를 중심으로 패러다임 자체가 변화하고 있다. 즉, 각종 플랫폼 사업자, 통신사, 스마트폰 제조사 등 새로운 서비스를 제공하는 비금융기업의 시장진입이 확대되고 있다. 특히 분산원장기술을 기반으로 한 지급결제시스템은 ‘탈중앙화’²⁾를 특징으로 하고 있는 바, 기존의 지급·청산·결제의 구조에서, 청산의 기능이 사실상 배제됨으로써, 비용절감 및 처리시간 단축 등의 장점이 있다. 그러나 동시에 청산기관의 역할이 사실상 소멸하면서, 상당수 금융기관의 통폐합을 유발할 개연성도 없지 않다.

지급결제시스템은 경제주체 간에 화폐적 가치를 이전할 수 있게 하는 장치로서 안전성과 신뢰성을 확보하는 것이 매우 중요하다. 금융의 디지털화 진전으로 빠르고 편리한 서비스를 제공하는 과정에서 다수가 참가하게

1) 근대적 은행업은 12~13세기 무렵 이탈리아 등 주요 상업도시에서 활동하던 환전업자들이 주화를 예치받고 계좌이체 방식의 지급결제 서비스를 제공하기 시작하면서 등장했다. 고대부터 내려온 대부업자(usurer)들과 달리 환전업자 또는 초기 은행들은 대출을 본업이 아닌 예금수취 및 지급결제의 부수업무로 취급한 것이 특징이다. 은행들이 지급결제를 목적으로 수취한 고객 예금을 대출에 활용하기 시작하면서 본격적인 금융중개기관으로 진화하기 시작했다. 관련 상세는 김동섭 외 3, “중앙은행 초기 발달과정에서 지급결제의 역할”, 「지급결제조사자료」 (2017-2), 한국은행, 2017. 7. 참조.

2) 금융기관의 중개에서 벗어난다는 의미로 ‘탈중개화’(dis-intermediation)라고도 한다. 그러나 이 글에서는 원장의 중앙화와 분산화를 구분 짓는다는 의미에서 ‘탈중앙화’로 표시한다.

되는 만큼 해킹, 사이버 공격 등 ‘전자적 침해행위’에 대한 보안 측면의 우려도 커지고 있다. 즉 금융소비자의 편리한 지급결제서비스에 대한 기대가 커지고 이에 부응하는 혁신적 지급서비스가 등장하는 가운데, 개방형 네트워크와 간편 결제를 지향하는 지급결제서비스 확대 등에 따라 금융보안 및 사이버 침해 우려가 증대되고 있는 것이다.

특히 분산원장기술은 중앙집중적으로 발전해 온 기존의 지급결제시스템이나 금융서비스 전반에 큰 변화를 가져올 것으로 기대되고 있다. 따라서 글로벌 금융기관 이외에 일부 중앙은행들도 분산원장 기술을 활용하여 거액결제시스템을 개선하거나 디지털통화를 발행하는 방안 등을 활발히 연구하고 있다. 국내에서도 은행 등 금융기관들이 스타트업 기업과의 제휴를 통해 해외송금, 인증체계 개발 등에 분산원장 기술을 적용하는 방안을 연구하고 있다.

그러나 민간의 영역에서 분산원장기술에 기반을 둔 사적인 지급결제시스템을 구축하는 것과 공공기관 중심인 기존의 지급결제시스템에 분산원장 기술을 도입하는 것은, 사회전반에 미치는 영향 면에서 현저히 다르다. 따라서 보안성 등 기술적 무결성이 요구되는 정도 또한 전혀 다르므로, 동 시스템의 도입에 예상되는 법률적 쟁점에 관한 면밀한 검토가 필요하다.

이 연구는 지급결제의 혁신에서 비롯되는 현행법 상 주요 쟁점들에 관한 검토를 주 목적으로 하는 바, 연구의 대상과 범위는 분산원장기술 기반의 지급결제시스템으로 좁히고자 한다. 이 연구의 II장에서는 현행 지급결제시스템의 문제점을 개선하기 위하여, 혁신의 대상이 되는 지급결제 기술의 모습을 살펴보고자 한다. 한편 III장에서는 지급결제 혁신에서 야기 될 수 있는 현행법 상 쟁점을 검토할 것이며 IV장은 검토결과에 따른 결론이다. 이 연구는 지급결제 혁신이 야기할 수 있는 법률의 제·개정 필요성을 다른 최초의 연구라는 점에서 학술적 의의가 있을 것으로 본다. 다만 기존에 이와 관련된 뚜렷한 선행연구가 없기 때문에, 여기서의 논의가 다소 가정적이며 시론적일 수 있다는 점은 이 연구의 한계이다.

Ⅱ. 지급결제 혁신의 내용

1. 지급결제 혁신의 대상

기존 지급결제제도 변천과정의 핵심은 물물교환-실물화폐지급-자금이체로 단순화할 수 있다. 이 중 자금이체를 위해서는 양 당사자가 각각 신용도가 높은 제3자(Trusted Third Party, 이하 “TTP”라 한다.)인 금융기관(은행 등)에 계좌를 보유해야하고, 그 금융기관 들은 일방의 지급 요청을 접수하면, 원장을 확인하여 충분한 잔고여부를 확인하고, 상대방 금융기관에 상대방의 계좌번호를 특정하여 결제를 의뢰한다. 그 과정에서 금융기관들은 다음의 <표 1>과 같은 리스크노출 시간을 갖게 되는데, 리스크노출 시간은 곧 비용으로 직결된다.

<표 1> 주요국의 고객간 자금이체의 리스크노출 시간³⁾

	호주, 스웨덴	영국	남아공	싱가포르	한국
차액결제시점	실시간	영업일 3회 (07:00 13:05, 15:45)	영업일 매시간 마다	영업일 2회 (12:00, 20:00)	익영업일 1회 (11:00)
시스템 운영시간	24시간	24시간	24시간	24시간	24시간
리스크 노출시간*	0시간	15시간 15분	1시간	16시간	34시간

주: * 영업일중 최대노출시간 기준

최근 블록체인과 분산원장기술, 무선통신, 바이오인증 등 각종 기술이 금융서비스에 도입되면서 국내외 금융부문에서 디지털혁신이 크게 진전되고 있다. 국내 지급결제 부문에서도 다양한 형태의 새로운 서비스가 개발되고 비금융회사의 참여가 확대되는 등 변화 움직임이 가속화되고 있다. 2016

3) 한국은행 금융결제국, “중장기 지급결제업무 추진전략”(지급결제 vision 2020), 2016. 1, 18면.

년 중의 괄목할 만한 변화는 간편결제·간편송금 등 신종 전자지급서비스 이용이 크게 늘어난 점이다. 이는 정부의 규제완화·스마트폰의 보급 확대 등으로 서비스 제공여건이 마련된 가운데 전자금융업자들이 근거리 무선통신방식(NFC, Near Field Communcation)또는 마그네틱 보안전송방식(MST, Magnetic Secure Transmission) 등을 지급서비스에 적극 활용하기 시작한 데 기인한다.⁴⁾

이러한 지급결제 혁신의 대상은 ‘지급결제의 즉시화’(리스크노출 시간 배제) 및 ‘탈중앙화’(탈금융기관화, 탈중개화)를 통한 비용절감으로 볼 수 있다. 이러한 비용절감의 가능성을 보여주는 대표적인 기술혁신이 분산원장기술이다.

2. 분산원장 기술

(1) 분산원장 기술의 개념

분산원장 기술(distributed ledger technology, 이하 “DLT”라 한다)은 신뢰가 없는 네트워크상에서 신뢰비용을 최소화하고 익명의 상대방과 거래할 수 있는 기반기술이라고 할 수 있다.⁵⁾ 전통적인 ‘중앙집중형 지급결제시스템’은 신용도가 높은 금융중개기관 만이 원장(Ledger)을 보유하고 관리하는 방식인 반면에, DLT는 원장을 모든 구성원이 보유하고 관리하는 ‘분산 저장형 지급결제시스템’인 것이다. 이러한 시스템에서는 언제든지 모든 구성원이 동일한 장부를 갖고 있는 점을 입증함으로써 변조가 불가능하다는 점을 신뢰할 수 있도록 하여 준다.⁶⁾ DLT는 TTP인 ‘금융중개기관(상업은행

4) 한국은행, “2016년 지급결제보고서”, 2017. 3, 1면.

5) 이영환, “국내외 블록체인 기술 적용분야 및 사례연구”, 한국인터넷진흥원 연구보고서, 2016. 12., 1-2면.

6) 변조불가능성을 달성하는 과정을 상술하면 다음과 같다. DLT는 특정시간 단위로 블록이라는 단위의 거래장부를 생성한다. 이후 이를 모든 구성원에게 전송하여 다수의 구성원이 거래타당성을 검증하고 전송된 블록의 유효성을 승인할 경우 모든 구성원이 각자 분산관리하는 원장 즉 기존의 블록더미에 새로운 블록을 체인의 형태로 연결해 준다. 이러한 연쇄적인 과정을 소위 블록체인(block chain)이라 하는데, 이와 같이 모든 구성

등)의 도움 없이도 자금이체를 가능'하도록 하여준다. 즉 DLT는 전통적으로 다자간 고비용이 소요되는 지급결제시스템에서 TTP를 배제할 수 있도록 함으로써, 큰 폭의 원가절감이 가능하다.⁷⁾

DLT는 신뢰가 없는 네트워크상에서 신뢰비용을 최소화하면서 익명의 상대방과 거래할 수 있는 기반기술이므로, 본질적으로 중앙의 금융기관을 배제하는 탈중앙화의 성질을 갖는다. 그리고 탈중앙화 특성은 비용을 절감할 수 있는 핵심적 요인으로 작용한다.

(2) 공개형 분산원장 기술

비트코인과 같은 가상통화를 구현하는데 주로 활용되는 '공개형 DLT'에서는 접근에 제약이 없고 모든 참가자가 동일한 권한을 갖는다. 따라서 악의적인 조작 및 해킹 위험으로부터 원장의 신뢰성을 보장하기 위해서는 다수의 참가가 요구되는데, 이를 위해 신규 비트코인 발행을 통한 인센티브 제공 등의 장치가 필요하다. 하지만 이로 인해 많은 자원이 소모되는 등 확장성 측면에서 제약이 크고⁸⁾ 시스템 관리와 운영에 대한 지배구조가 미비하다는 한계가 있다.

요컨대, 공개형 DLT는 다수의 참가자가 필요할 뿐만 아니라, 참가자가

원에게 동일한 내용의 분산원장을 갖게 하면 변조불가능성이 달성되는 것이다. 한편, 분산원장기술 대신 블록체인(blockchain)이라는 용어를 사용하기도 한다. 왜냐하면 일정 시간 동안 발생한 거래내역을 모아 블록(block) 단위로 기록 및 검증하고 이를 기존 블록에 연결(chain)해 나가는 방식을 계속해 감으로써 인위적인 기록의 변경이나 가감을 사실상 불가능하게 하는 것이 이 기술의 핵심이기 때문이다.

- 7) "distributed ledger" allows transfers to be verifiably recorded without the need for a trusted third party. It is potentially valuable when there is no such institution and when verifying such information on a multilateral basis is costly. "Central Banks and digital currencies", Speech given by Ben Brodbent, Deputy Governor for Monetary Policy, Bank of England, London School of Economics, 2 March 2016.
- 8) 블록체인은 쉽게 블록을 구축하여 연결할 수 있다는 점에서는 '참여자의 확장성'은 우수하다. 그러나 블록체인 기술을 이용하는 비트코인의 경우처럼 처리할 수 있는 거래건수가 제한적(초당 7건)임에도 불구하고 과거의 모든 거래내역을 블록에 저장하는 경우에는 과도하게 많은 저장공간(현재 약 45GB)을 차지하여 '대량거래의 확장성'은 제약이 크다. 정승화, "블록체인 기술기반의 분산원장 도입을 위한 법적 과제", 「금융법연구」 제13권 제2호, 2016, 117면.

다수일수록 보안성이 강화되는 특성이 있는 반면, 참가자가 다수일수록 추가 확장성면에서 제약이 커진다는 구조적 한계가 있다. 따라서 일정 규모 이상의 지급결제 네트워크에서는 현실적으로 사용하기 어렵다는 한계가 있다.⁹⁾

(3) 폐쇄형 분산원장 기술

공개형 DLT는 일정 규모 이상의 지급결제 네트워크에서는 현실적으로 사용하기 어렵다는 한계가 인식됨에 따라, 최근 금융기관과 IT기업들은 네트워크 참여를 제한하거나 자산 발행, 거래검증, 신규 블록 형성 등의 권한을 일부 참가자에게만 허용하는 폐쇄형 DLT의 서비스를 개발하는 데 관심을 집중하고 있다. 그 이유는 실제 금융거래 및 서비스에 DLT의 장점¹⁰⁾을 유지하면서 활용하기 위해서는, 거래처리 속도와 용량을 확장하고 거래기밀성 등을 보장할 필요성이 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 폐쇄형 DLT는 공개형 DLT에서 다수성이 갖는 보안성의 강점을 가질 수 없다는 점, 비용절감의 핵심적 대상이 되는 금융기관을 배제할 수 없다는 점 등에서 비용절감 효과에 관한 의문이 제기 된다. 즉, 지급결제 혁신의 대상이 되는 ‘탈 금융기관’이 ‘원천적으로 배제’된다는 점이 문제된다.

3. 소결

한은금융망의 거액금융결제시스템 상 원화자금이체 규모는 2016년 중 일평균 결제금액 기준으로 299.8조원이었다. 이 중 상당부분은 증권결제자금이체이다. 한편 같은 기간 결제건수 기준으로는 일평균 15,347건에 불과하다.¹¹⁾ 한편 2016년 중 금융결제원이 운영하는 소액결제시스템¹²⁾을 통한

9) 분산원장(Distributed Ledger)시스템은 데이터를 분산저장하는 것이어서 확장성 면의 제약이 커지는 구조적 한계가 있는 것과 달리, 예컨대 ‘이더리움’과 같은 분산프로그램(Distributed Program)시스템은 확장성의 문제를 상당부분 개선할 수 있는 것으로 주장되고 있다. 인 호, “블록체인 : 4차 산업혁명의 국가 핵심 인프라”, 「4차 산업혁명시대의 법적 쟁점」, 경영법률학회 2017년 추계공동학술대회 발표문집, 2017. 9. 22, 14면.

10) DLT의 기본적 장점은 거래정보의 효율적이고 안전한 관리 및 공유로 요약된다.

결제규모는 금액기준으로는 일평균 61.9조원에 불과하였지만, 결제건수 기준으로는 일평균 2,066만 건에 달하였다.¹³⁾

공개형 DLT는 확장성 면의 제약에 기하여 공적 기능을 수행하는 소액 결제시스템에는 적합하지 않다는 점은 앞에서 살펴보았다. 그렇다고 폐쇄형 DLT가 소액결제시스템에 접목되기 위해서도 문제가 없는 것은 아니다. 예컨대, 금융기관 10개가 폐쇄형 DLT를 구축했다고 가정하면, 매 번 지급결제가 발생할 때마다, 10개의 금융기관 분산원장 모두에 동일한 거래기록이 저장되어야 한다. 이는 금융기관이 배제되지 않는 상태에서 도입되는 분산원장의 비효율성 구조를 보여주는 대표적인 예이다. 기존의 연구는 부분적으로 분산원장의 비용절감 효과를 주장할 뿐이다. 그러므로 분산원장이 갖는 비용절감 효과의 가장 큰 부분인 ‘탈중앙화’(탈 금융기관화)가 달성되지 못하는 폐쇄형 DLT에 관한 비용절감의 효과에 관한 주장은 신뢰하기 어렵다.¹⁴⁾

Ⅲ. 지급결제 혁신과 법률적 쟁점

지급결제 혁신을 위한 DLT도입은 비트코인과 같은 일정규모의 이하의 사적 네트워크에서 발견되는 장점이, 대규모의 공적 네트워크에서 동일하게 유지될 수 없다는 한계가 있음에 더하여 현행법과 상충되는 부분이 지적될 수 있는데, 이하에서는 이를 살핀다.

11) 한국은행, 전계보고서(2017. 3), 45면.

12) 어음교환시스템, 지로시스템, 금융공동망으로 구성되며 어음교환시스템은 어음, 수표 등을, 지로시스템은 지로를, 금융공동망은 전자금융(인터넷뱅킹, 모바일뱅킹, 펌뱅킹 등), 타행환, CD, CMS 등의 계좌이체를 각각 처리한다.

13) 한국은행, 전계보고서(2017. 3), 55면.

14) 폐쇄형 DLT에 관하여, ‘이론상 블록체인이 시장효율성을 제고할 수 있지만, 추가적인 참여자가 제한되는 때에는 기존 시장참여자의 비용증가로 귀결될 수 있으며, 폐쇄형 DLT는 실제로 기존 시장참여자가 신규 참여자의 진입을 지연시키고, 혁신을 저해하는 수단으로 사용될 수 있다.’는 지적이 있다. Thomas Philippon, “The Fintech Opportunity”, National Bureau of Economic Research Working Paper No. 22476, p.15, available at <http://www.nber.org/papers/w22476.pdf>.

1. 취소불가능 특성

(1) 민법 상 쟁점

분산원장 기반의 블록체인은 네트워크 접근 및 작업증명 참가권한에 따라, 별도의 권한이 필요 없는 ① 공개형 블록체인(public block chain), 네트워크 접근은 자유로우나 작업증명에는 권한이 필요한 ② 컨소시엄형 블록체인(consortium block chain) 및 네트워크 접근 및 작업증명에 권한이 필요한 ③ 폐쇄형 블록체인(private block chain)으로 분류할 수 있다.¹⁵⁾

분산원장 기반의 블록체인 기술은 착오 거래에 대한 취소가 불가능하다는 문제가 있다. 이는 블록체인 기술이 당초에 비트코인의 이중지불을 방지하는 데 주안점을 두고 이미 승인된 거래가 취소되지 않도록 설계되었기 때문이다. 따라서 이용자의 착오나 범죄 등에 따른 우발적인 지급에 대해서도 취소 또는 피해복구가 불가능하다. 즉, 블록체인 기술의 고유한 보안 특성상 기록이 기재되면 수정이 불가능하고, 그에 대한 수정을 위해서는 그 후의 모든 블록을 변경해야 하는 문제가 있다.¹⁶⁾ 이러한 문제는 특히 공개형 블록체인에서 두드러진다.

예컨대, 폐쇄형 블록체인의 경우에는 과거 기록의 수정은 사실상 불가능하므로 원상회복은 불가능하지만, 그럼에도 불구하고 각 참가자의 신원이 식별되기 때문에, 반대방향의 거래를 통하여, 부당이득의 반환이라는 취소의 효과는 실질적으로 달성할 수 있다. 그러나 비트코인과 같은 공개형 블록체인에서는 참가자의 신원을 확인할 수 없으므로 폐쇄형 블록체인과는 달리 착오에 기한 취소가 사실상 불가능하다. 우리 민법은 착오로 인한 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있는 것(제109조 제1항)으로 정하고 있는데, 취소가 불가능한 공개형 블록체인 기술은 동 규정과 상충되는 면이 있다.

요컨대, 폐쇄형 블록체인의 경우는 금전 손해배상이 가능한 구조이므

15) 정승화, 전게논문, 109면.

16) 정승화, 상게논문, 117면.

로, 현실적으로 큰 문제가 아닌 것으로 볼 수도 있으나, 취소를 원시적 불능으로 설계한 블록체인의 철학은 근본적으로 민법상 착오에 기한 취소 가능성을 배제한다는 점에서 상충되는 면이 있다.

(2) 전자금융거래법 상 정정요구권

A회사가 공개형 블록체인을 운영하는 전자금융거래법 제28조 제3항 제2호상의 전자금융업자¹⁷⁾라고 가정하자. 전자금융거래법에서는 “이용자는 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 그 금융회사 또는 전자금융업자에게 이에 대한 정정을 요구”할 수 있는 ‘정정요구권’을 규정하고(동법 제8조 제1항), 금융회사 또는 전자금융업자는 이용자의 정정요구를 받은 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법¹⁸⁾에 따라 이용자에게 알려야하는 ‘고지의무’를 부과하고 있다(동법 제8조 제2항).¹⁹⁾

예컨대, 오류정정에 따른 원상회복인 반드시 필요한 경우(즉, 금전대체

17) 전자금융거래법 제28조(전자금융업의 허가 및 등록) ③ 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 금융위원회에 등록하지 아니하고 같은 항 각 호의 업무를 행할 수 있다. <개정 2008.2.29>

1. 다음 각 목의 어느 하나의 경우에 해당하는 선불전자지급수단을 발행하는 자
가. 특정한 건물 안의 가맹점 등 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 가맹점에서만 사용되는 경우

나. 총발행잔액이 대통령령이 정하는 금액 이하인 경우

다. 이용자가 미리 직접 대가를 지불하지 아니한 선불전자지급수단으로서 이용자에게 저장된 금전적 가치에 대한 책임을 이행하기 위하여 대통령령이 정하는 방법에 따라 상환보증보험 등에 가입한 경우

2. 자금이동에 직접 관여하지 아니하고 전자지급거래의 전자적 처리를 위한 정보만을 전달하는 업무 등 대통령령이 정하는 전자지급결제대행에 관한 업무를 수행하는 자

18) 전자금융거래법 시행령 제7조의2(오류의 정정 통지 방법) 법 제8조제2항 및 제3항에서 “대통령령으로 정하는 방법”이란 문서, 전화 또는 전자우편으로 알리는 것을 말한다. 다만, 이용자가 문서로 알려줄 것을 요청하는 경우에는 문서로 알려야 한다.

19) 전자금융거래법 제8조(오류의 정정 등) ①이용자는 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 그 금융회사 또는 전자금융업자에게 이에 대한 정정을 요구할 수 있다. <개정 2013.5.22.>

② 금융회사 또는 전자금융업자는 제1항의 규정에 따른 오류의 정정요구를 받은 때에는 이를 즉시 조사하여 처리한 후 정정요구를 받은 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다. <개정 2008.12.31., 2013.5.22.>

가 불가능한 사항인 경우)에는, 취소가 불가능한 공개형 블록체인은 동 규정에 따른 정정요구권을 형해화 할 우려가 있다.

더욱이 동법에서는 ‘계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리 과정에서 발생한 사고’에 대하여 금융회사 또는 전자금융업자에게 손해배상 책임을 부과(제9조 제1항 제2호)하고 있다. 공개형 블록체인의 취소불가능 특성은, 이용자의 착오 등에 기한 취소가 불가능함에 따르는 손해배상책임을 A회사에게 유발할 위험요인이 될 수 있다.

(3) 개인정보보호법 상 정정·삭제·파기요구권 및 정보통신망법 상 철회권

개인정보보호법에서는 ‘정보주체가 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리’를 가지는 것으로 규정하고(동법 제4조²⁰⁾ 제4호 및 제36조 제1항, 제2항²¹⁾ 있는데, 이는 비단 공개형 블록체인뿐만 아니라 폐쇄형 블록체인이라 하더라도 블록체인 기술의 취소불가능 특성은 동 규정과 상충하는 면이 있다.

한편, 정보통신망법에서도 이용자는 수집·이용·제공 등의 동의를 언제든지 철회할 권리를 가지며(동법 제30조²²⁾, 개인정보 정보통신서비스 제공자는 필요시 개인정보를 파기하여야 할 의무(동법 제29조²³⁾가 있는 바, 동

20) **개인정보보호법 제4조**(정보주체의 권리) 정보주체는 자신의 개인정보 처리와 관련하여 다음 각 호의 권리를 가진다.

4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리

21) **개인정보보호법 제36조**(개인정보의 정정·삭제) ① 제35조에 따라 자신의 개인정보를 열람한 정보주체는 개인정보처리자에게 그 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있다. 다만, 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 요구할 수 없다.

② 개인정보처리자는 제1항에 따른 정보주체의 요구를 받았을 때에는 개인정보의 정정 또는 삭제에 관하여 다른 법령에 특별한 절차가 규정되어 있는 경우를 제외하고는 지체 없이 그 개인정보를 조사하여 정보주체의 요구에 따라 정정·삭제 등 필요한 조치를 한 후 그 결과를 정보주체에게 알려야 한다.

22) **정보통신망법 제30조**(이용자의 권리 등) ① 이용자는 정보통신서비스 제공자등에 대하여 언제든지 개인정보 수집·이용·제공 등의 동의를 철회할 수 있다.

23) **정보통신망법 제29조**(개인정보의 파기) ① 정보통신서비스 제공자등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지체 없이 해당 개인정보를 복구·재생할 수 없도록 파기하여야 한다.

취소불가능 특성은 이 규정과도 상충한다.

2. 분산원장구조 특성 상 쟁점

(1) 금융실명제법 상 비밀보장 조항

분산원장의 구조는 분산되는 네트워크가 공개적으로 넓은지 또는 폐쇄적으로 좁은지의 차이는 있지만, 적어도 2개 이상의 원장으로 분산된다는 점에서는 예외가 없다. 분산원장의 정보는 네트워크 참여자 전원에게 동일하게 공개될 수밖에 없는데, 분산원장 기반의 블록체인 기술이 금융거래에 사용되는 때에는 금융실명제법 상 비밀보장 조항(제1조)²⁴⁾에 위반될 우려가 있다.²⁵⁾

한편 동법 제4조²⁶⁾는 비밀보장의 방법론으로서 ‘서면상의 요구나 동의 수령’을 요건으로 하고 있는 바, 분산원장 기반의 금융거래에서 매 거래 발생 시 마다 명의인동의수령 요건을 충족하기에도 상당한 어려움이 예상된다.

(2) 한국거래소 업무영역 및 일부 투자자

자본시장법에서는 한국거래소가 시장을 개설하여 운영하도록 규정(동법 제386조)²⁷⁾하고 있는데, ‘원장’(ledger)은 시장의 전반적인 거래상황을 담

24) **금융실명제법 제1조**(목적) 이 법은 실지명의(實地名義)에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 꾀함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다.

25) 비밀보장과 관련하여 최근 기술적으로는 금융거래의 비밀을 유지할 수 있는 다양한 방안이 개발되고 있는 것으로 알려진다. 예컨대, R3의 Corda는 거래 당사자만이 거래 내역을 확인 할 수 있도록 설계되었다 한다. 이외에도 거래내역의 암호화 등을 통한 비밀보장이 가능하지만, 이 경우 비효율성이 커지는 문제가 있다.

26) **금융실명제법 제4조**(금융거래의 비밀보장) ① 금융회사 등에 종사하는 자는 명의인(신탁의 경우에는 위탁자 또는 수익자를 말한다)의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니 하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료(이하 "거래정보등"이라 한다)를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 되며, 누구든지 금융회사등에 종사하는 자에게 거래정보등의 제공을 요구하여서는 아니 된다.

27) **자본시장법 제386조**(시장의 개설·운영) 거래소는 시장을 효율적으로 관리하기 위하여 증권시장 또는 파생상품시장별로 둘 이상의 금융투자상품시장을 개설하여 운영

고 있는 것인 바, 복수로 분산된 원장에 거래기록을 이관하는 것 자체가 거래소의 시장운영에 해당할 수 있다는 점에서, 동 규정과의 상충이 우려된다. 이는 현행법 규정이 한국거래소의 ‘중앙집중형 원장’을 전제로 만들어진 것이기 때문일 것이다. 한편, 분산원장(distributed ledger)에 거래소 원장의 내용을 포함시킨다면 동법의 위반이 우려되는 반면, 거래소 원장의 내용을 배제시킨다면 그 분산원장의 효용은 구체적으로 무엇인지 의문이 제기될 수 있다.

한편, 한국거래소의 파생상품시장업무규정은 알고리즘거래에 관하여 특별한 관리규정을 두고 있다²⁸⁾ 동 규정에서는 알고리즘거래를 “사전에 정한 일정한 규칙에 따라 투자의 판단, 호가의 생성 및 제출 등을 사람의 개입 없이 자동화된 시스템으로 하는 거래”로 규정하고 있다. 현실적으로 알고리즘거래는 통상 ‘고빈도거래’(High Frequency Trading, 이하 “HFT”라 한다)로서 거래 속도의 단축(주문접수 및 체결 시간)에 매우 민감하다. 따라서 HFT인 알고리즘거래에서는 속도 단축을 위하여 거래소 원장에 부가하여 독립적인 가원장(假元帳)을 사용하는 것이 일반적이다.

분산원장은 주문 및 체결속도에 있어서 거래소 중앙집중형 원장에 비하여도 구조적으로 늦을 수밖에 없다. 한국거래소의 경우 분산원장의 도입은 알고리즘거래자를 배척하는 결과를 초래할 가능성이 크다. 그 경우 알고리즘거래가 상당한 거래량을 차지하는 파생상품 시장의 경우, 한국거래소 시장거래량의 상당한 감소뿐만 아니라, 자본시장법 제1조에 규정한 ‘투자자 보호’²⁹⁾에 저촉될 우려마저 있다.

증권 등의 전자매매시스템과 같이 처리속도에 매우 민감한 영역과 분산원장은 구조적으로 어울리지 않는다. 그럼에도 불구하고 상대적으로 처리속도에 덜 민감한 업무영역 예컨대, 증권매매 후 청산과 결제에서 DLT를

할 수 있다.

28) **파생상품시장업무규정 제156조의3**(알고리즘거래의 관리) ① 회원은 알고리즘거래(사전에 정한 일정한 규칙에 따라 투자의 판단, 호가의 생성 및 제출 등을 사람의 개입 없이 자동화된 시스템으로 하는 거래를 말한다. 이하 같다) 시 발생할 수 있는 위험을 파악하고 관리하여야 한다.

29) **자본시장법 제1조**(목적) 이 법은 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 **투자자를 보호**하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

사용하면 증권회사·한국거래소·한국예탁결제원 등에 중첩적으로 유지되고 있는 원장들을 간소화함에 따른 비용절감이 가능할 것으로 주장된다.³⁰⁾

(3) 한국예탁결제원의 업무영역

자본시장법 제294조³¹⁾는 ‘증권 등의 집중예탁과 계좌 간 대체, 매매거래에 따른 결제업무 등을 위하여 한국예탁결제원을 설립’하는 것으로 규정하고 있는데, 분산원장 구조가 도입되면 예탁결제원의 업무영역(동법 제296조)³²⁾이 침해될 가능성이 크다. 한편 증권의 집중예탁을 예탁원이 하고 있는 상황 하(즉, 예탁원이 배제되지 않는 상황)에서 대금의 지급만 블록체인이 하는 상황이라면, 동 블록체인 of 실질적 효용에 관하여는 상당한 의문이 든다.

3. 전자금융거래법 상 쟁점 : 금융회사·전자금융업자 배제 시 문제점

(1) 개념정의 상 문제

1) 전자지급거래

전자금융거래법은 “전자금융거래”의 정의를 ‘금융회사 또는 전자금융업

30) 상세는 한국은행 금융결제국, 「분산원장 기술의 현황 및 주요 이슈」 연구보고서, 2016. 12, 91면 참조.

31) **자본시장법 제294조(설립)** ① 증권등(증권, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다. 이하 이 장에서 같다)의 집중예탁과 계좌 간 대체, 매매거래에 따른 결제업무 및 유통의 원활을 위하여 한국예탁결제원을 설립한다.

32) **자본시장법 제296조(업무)** ① 예탁결제원은 정관으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 업무를 행한다. 1. 증권등의 집중예탁업무 2. 증권등의 계좌 간 대체업무

3. 증권시장에서의 증권의 매매거래(다자간매매체결회사에서의 증권의 매매거래를 포함한다. 이하 이조, 제297조, 제303조제2항제5호 및 제311조제4항에서 같다)에 따른 증권의 인도와 대금의 지급에 관한 업무

4. 증권시장 밖에서의 증권등의 매매거래(다자간매매체결회사에서의 증권의 매매거래는 제외한다)에 따른 증권등의 인도와 대금의 지급에 관한 업무

5. 예탁결제원과 유사한 업무를 영위하는 외국 법인(이하 “외국예탁결제기관”이라 한다)과의 계좌설정을 통한 증권등의 예탁, 계좌 간 대체 및 매매거래에 따른 증권등의 인도와 대금의 지급에 관한 업무

자가 전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스를 제공(이하 “전자금융업무”라 한다)하고, 이용자가 금융회사 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래’(제2조 제1호)로 규정하고 있다.

이어서 “전자지급거래”의 정의를 ‘자금을 주는 자(이하 “지급인”이라 한다)가 금융회사 또는 전자금융업자로 하여금 전자지급수단을 이용하여 자금을 받는 자(이하 “수취인”이라 한다)에게 자금을 이동하게 하는 전자금융거래’(제2조 제2호)로 규정하고 있다.

동 규정을 따르자면, 비트코인과 같은 공개형 분산원장 시스템에서 금융회사 또는 전자금융업자가 배제되는 경우에는 동법 상의 ‘전자지급거래’로 포섭하기가 어렵다는 문제가 있다. 현행 규정은 TTP가 당연히 존재하는 것을 전제로 제정된 것이므로, 분산원장에서 TTP가 배제되면 동법 상 전자지급거래가 아닌 것으로 해석될 수 있는데, 이러한 상황은 이하에서도 계속 발생한다.

2) 전자자금이체

전자금융거래법 제2조 제12호는 “전자자금이체”의 정의를 ‘지급인과 수취인 사이에 자금을 지급할 목적으로 금융회사 또는 전자금융업자에 개설된 계좌(금융회사에 연결된 계좌에 한한다. 이하 같다)에서 다른 계좌로 전자적 장치에 의하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 방법으로 자금을 이체하는 것’으로 규정하고 있다.

이러한 정의에 따르자면, 계좌가 있다하더라도 금융회사가 배제된 채 자금이 이체되는 것은 전자자금이체로 포섭하기 어렵다는 문제가 있다.

3) 직불전자지급수단

전자금융거래법 제2조 제13호는 “직불전자지급수단”을 ‘이용자와 가맹점간에 전자적 방법에 따라 금융회사의 계좌에서 자금을 이체하는 등의 방법으로 재화 또는 용역의 제공과 그 대가의 지급을 동시에 이행할 수 있도록 금융회사 또는 전자금융업자가 발행한 증표(자금을 유통받을 수 있는 증표를 제외한다) 또는 그 증표에 관한 정보’로 정의하고 있다.

이러한 정의에 따르자면, 금융회사 또는 전자금융업자가 발행한 증표가 배제되는 경우, 직불전자지급수단으로 인정될 수 없다는 문제가 있다.

(2) 손해배상책임의 문제

전자금융거래법 제9조 제1항³³⁾은 접근매체의 위·변조 등의 사고로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우 금융회사 또는 전자금융업자에게 손해배상책임을 부과하고 있다.

이러한 사고가 비트코인과 같은 공개형 분산원장시스템에서 발생할 경우, 손해배상책임자가 누구인지 모호하다는 문제가 있다. 한편 폐쇄형 분산원장의 경우도 유사한 문제가 있다. 10개 금융회사가 참여하는 폐쇄형 분산원장 시스템을 가정해 보자. 예컨대, 사고에 관한 책임이 1개 금융회사에만 있지만, 실제로 손해는 나머지 9개 금융회사의 이용자 모두에게 발생한 과실책임의 경우뿐만 아니라, 무과실책임이 적용되는 경우에도 몇 가지 문제가 제기된다.

첫째, 1개 금융회사만 과실책임이 있는 경우 9개사의 연대책임 적용 여부가 문제될 수 있다. 둘째, 연대책임이 배제되고 손해배상금액이 거액인 경우, 1개 금융회사가 10개 금융회사 전체 이용자의 손해를 배상할 자력이 충분하지가 문제될 수 있다. 이는 10개 금융회사의 위험이 한 곳으로 집중된 결과 발생할 수 있는 문제로 볼 수 있는 바, 구조적으로 이용자가 증가하는 만큼 불측의 사고발생가능성도 높아진다는 문제가 있다. 셋째, 무과실 책임이 적용되는 경우에도 10개 금융회사가 손해를 균등 분담하여 배상할 것인지 또는 차등 분담할 것인지에 관하여 문제제기의 소지가 있다. 기존 한국거래소 회원의 손해배상공동기금의 경우 회원 각자의 규모에 따른 차등 분

33) **전자금융거래법 제9조**(금융회사 또는 전자금융업자의 책임) ① 금융회사 또는 전자금융업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사고로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. <개정 2013.5.22.>

1. 접근매체의 위조나 변조로 발생한 사고
2. 계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리 과정에서 발생한 사고
3. 전자금융거래를 위한 전자적 장치 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 획득한 접근매체의 이용으로 발생한 사고

답의 구조를 취하고 있는 바(자본시장법 제394조), 공개형 분산원장 시스템은 물론이거니와 심지어는 폐쇄형 분산원장 시스템이라 하여도 이러한 차등 분담이 가능한지도 의문이다.

(3) 안전성 확보 주체의 문제

전자금융거래법 제21조³⁴⁾는 금융회사등에게 전자금융거래가 안전하게 처리될 수 있도록 선관주의 의무를 부과하고 있다(동법 제21조 제1항). 즉, 금융회사 등에게 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보할 수 있도록 인력 및 시설 등을 확보하도록 규정하고 있다(동법 제21조 제2항).

비트코인과 같은 형태의 공개형 분산원장 시스템에서는 동 시스템 내 전자금융거래의 안전성 확보를 담당할 주체가 누구인지 모호하다.

4. 기타 쟁점

(1) 개인정보의 오·남용 등 방지 문제

개인정보보호법은 개인정보의 오·남용 방지 등을 국가 등의 책무로 규정(제5조 제1항)³⁵⁾하고 있는데, 분산원장의 수가 증가하면 할수록 개인정보 오·남용 방지의 실효성이 저감될 우려가 있다.

즉, 원장(ledger)이 1개인 전통적인 중앙집중형 지급결제시스템 하에서는 TTP인 금융기관만이 유일한 개인정보처리자(동법 제2조 제5호)³⁶⁾이지

34) **전자금융거래법 제21조**(안전성의 확보의무) ① 금융회사·전자금융업자 및 전자금융보조업자(이하 “금융회사등”이라 한다)는 전자금융거래가 안전하게 처리될 수 있도록 선량한 관리자로서의 주의를 다하여야 한다. <개정 2013.5.22.>

② 금융회사등은 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보할 수 있도록 전자적 전송이나 처리를 위한 인력, 시설, 전자적 장치, 소요경비 등의 정보기술부문, 전자금융업무 및 「전자서명법」에 의한 인증서의 사용 등 인증방법에 관하여 금융위원회가 정하는 기준을 준수하여야 한다. <개정 2008.2.29., 2013.5.22., 2014.10.15.>

35) **개인정보보호법 제5조**(국가 등의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 개인정보의 목적의 수집, 오용·남용 및 무분별한 감시·추적 등에 따른 피해를 방지하여 인간의 존엄과 개인의 사생활 보호를 도모하기 위한 시책을 강구하여야 한다.

만, 분산원장 방식의 지급결제시스템 하에서는 분산원장의 수에 비례하여 개인정보처리자의 수가 증가하고, 이에 따라 개인정보의 오·남용 가능성이 확대되는 것으로 볼 수 있다.

(2) 정보주체의 동의 취득 문제

개인정보보호법은 제15조³⁷⁾는 ‘정보주체의 동의를 받은 경우’에 한하여, 개인정보처리자가 개인정보를 ‘수집’할 수 있도록 규정하고 있다.

분산원장 기술의 핵심은 일정 시간 동안 발생한 거래내역을 모아 블록(block) 단위로 기록 및 검증하고 이를 기존 블록에 연결(chain)해 나가는 방식을 계속해 감으로써 인위적인 기록의 변경이나 가감을 사실상 불가능하게 하는 것이다. 전통적인 중앙집중형 금융시스템은 신용도가 높은 금융중개기관 만이 원장(ledger)을 보유하고 관리하는 금융거래방식인 반면에, DLT는 모든 개인 간의 거래를 포함하는 원장을 모든 구성원이 보유하고 관리하는 ‘분산저장시스템’이다.

여기서 ‘모든 구성원 각자가 개인정보처리자’가 되는 경우, 모든 개인 간의 거래에 대한 개인정보를 ‘수집’하는 때에 개별 정보주체의 동의를 어떻게 받을 것인가가 문제될 수 있다. 한편, 분산원장 시스템에서는 한 개인정보처리자가 수집한 개인정보를 다른 개인정보처리자(제3자)에게 ‘전달’하는 때에도 정보주체의 동의를 받는 것이 문제될 수 있다(동법 제17조 제1항 제1호)³⁸⁾.

36) “개인정보처리자”란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.

37) **개인정보보호법 제15조**(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

38) **개인정보보호법 제17조**(개인정보의 제공) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

(3) 신뢰성 확보 방법의 차이 : 실명과 익명

전자서명법은 ‘전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진하고 국민생활의 편익을 증진함을 목적으로’ 제정되었다(제1조). 동법은 신뢰성의 확보의 수단으로 전자서명을 채택한 것이고, 정부가 공인인증기관을 지정(제4조)한 후, 동 기관으로 하여금 개별 가입자의 전자서명을 인증하는 구조를 취하고 있다. 즉, 공인인증기관과 전자서명이 결합되어 사실상 전통적인 지급결제 시스템에서 TTP의 역할을 담당하는 것으로 볼 수 있는 것이다.

비트코인과 같은 공개형 분산원장 시스템은 신뢰성 확보의 방법으로서 ‘다수가 동일한 원장을 보유’하는 방식인 한편, 전자서명법은 ‘공인인증기관과 전자서명’을 채택한 방식이라는 점에서 차이가 있다. 즉, 전자서명법은 ‘실명’을 전제로 제정된 것이고 실명인 것을 공인함으로써 거래의 신뢰성 확보하는 것인 반면, 비트코인과 같은 공개형 분산원장 시스템은 ‘비실명’(익명성)하에서 거래의 신뢰성이 확보된다는 점에서 현저한 차이가 있는 것이다.

공개형 분산원장의 익명에 기반한(value-based 또는 token-based) 신뢰성 확보 방법은 기본적으로 전자서명법과 상충되는 것이다.

IV. 결 론

기존의 법규정은 전자·통신기술의 발달에 힘입은 지급결제의 혁신적 수단들이 등장하기 이전의 실체적인 지급결제 시스템의 구조와 거래 모습에 근거하여 제정된 것이 대부분이다. 특히 과거 지급결제에 있어서는 금융기관 등 TTP의 중앙화된 단일 원장을 중심으로 거래가 이루어지는 구조였다. 지급결제혁신의 모습은 다양하지만, 특히 탈중앙화된 분산원장을 통하여 거래가 이루어지는 구조는 기존의 법규정과 상충되는 부분이 적지 않다.

즉, 민법 상 인정되는 착오에 기한 취소와의 충돌을 비롯하여, 분산원장의 취소불능이라는 구조적 특성은 전자금융거래법, 개인정보보호법 및 정보

통신망법과도 상충점이 있다. 뿐만 아니라 원장을 분산하는 과정에서 금융 실명제법과의 충돌이 불가피하고, 자본시장법 상 한국거래소 및 한국예탁결제원의 업무영역과의 충돌하며, 알고리즘거래자의 배척에 따르는 문제도 제기된다.

한편, 분산원장의 핵심적 장점은 ‘탈중앙화’인 바, 현행법은 금융기관의 ‘중앙화’를 전제로 제정된 것이 대부분이어서, 탈중앙화를 실천하게 되면 현행법상 전자지급거래, 전자자금이체 및 직불전자지급수단으로 포섭되기 어렵다는 점도 살펴보았다. 게다가 공개형 분산원장은 사고 발생 시 손해배상의 책임자가 모호해지는 우려가 제기 되는 점, 개인정보보호법 및 전자서명법과의 상충점도 검토하였다.

앞의 여러 검토결과를 토대로 생각건대, 사적 자치가 필요한 영역과 달리 공적 규제가 필요한 영역에서는, 분산원장을 통한 지급결제 혁신이 적용될 수 있는 부분은 어느 정도의 제한이 불가피한 것으로 보인다. 즉, 현실의 모습과 비교하자면 국내에서의 비트코인은 아직까지 사적 자치의 영역으로 볼 수 있지만, 한국은행과 한국예탁결제원을 정점으로 하는 기존의 지급결제시스템은, 혁신적 기술의 발전에도 불구하고, 상당 부분 공적 규제가 필요하다.

그럼에도 불구하고 ‘중첩된 중앙화’³⁹⁾는 배척할 필요가 있다. 예컨대, SWIFT⁴⁰⁾가 창설된 이래 40여년이 경과한 현재는 전자·통신 기술이 비약적으로 발전하여 각국의 중앙은행 및 상업은행 등 이른바 TTP간의 지급결제에 있어서 SWIFT라는 중첩된 중앙화가 현재 및 향후에도 필요한지 의문이다.

중첩된 중앙화의 문제는 국내에도 존재할 수 있다. 예컨대, 한국은행과 상업은행간의 지급결제 시스템에 중첩된 부분은 없는 지, 한국예탁결제원과 금융회사간의 지급결제시스템에 중첩된 부분은 없는지, 한국거래소와 금융

39) ‘중첩된 중앙화’란 필자가 주장하는 새로운 개념으로서, TTP가 2회이상 중첩되는 경우를 이른다.

40) Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication의 약어. 1973년 5월 유럽 및 북미 15개국 239개은행이 참가하여 각국은행의 국제간 지급 결제에 관한 메시지를 좀더 안전하고 신속하게 처리할 시스템을 구축하고 이를 운영할 목적으로 창설된 비영리 법인.

투자회사간의 지급결제시스템에 중첩된 부분은 없는지 면밀히 검토할 필요가 있다. 지급결제시스템의 이용자 사이에 중첩된 중앙화가 존재하는 경우는 단일화를 통한 효율성 제고가 필요하다.

요컨대, 신기술에 기반을 둔 새로운 지급결제 시스템이 사적 자치의 영역을 벗어나지 않는 한 규제를 최소화하여 기술발전을 장려할 필요가 있다. 반면, 사적 자치의 영역을 벗어나는 경우에는 최소한의 공적 규제를 통하여 신기술의 발전은 장려하되, 기존 지급결제 시스템의 질서유지 또한 간과하여서는 아니 될 것이다.

지급결제혁신과 법률적 쟁점 - 박 선 종	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2017.11.04.	2017.11.22.	2017.12.22.

[참고문헌]

- 김동섭 외 3, “중앙은행 초기 발달과정에서지급결제의 역할”, 「지급결제조사자료」 (2017-2), 한국은행, 2017. 7.
- 이영환, “국내외 블록체인 기술 적용분야 및 사례연구”, 한국인터넷진흥원 연구보고서, 2016. 12.
- 인 호, “블록체인:4차 산업혁명의 국가 핵심 인프라”, 「4차 산업혁명시대의 법적 쟁점」, 경영법률학회 2017년 추계공동학술대회 발표문집, 2017. 9. 22.
- 정승화, “블록체인 기술기반의 분산원장 도입을 위한 법적 과제”, 「금융법연구」 제13권 제2호, 2016.
- 한국은행 금융결제국, 「분산원장 기술의 현황 및 주요 이슈」 연구보고서, 2016. 12
- 한국은행 금융결제국, “중장기 지급결제업무 추진전략”(지급결제 vision 2020), 2016. 1.
- 한국은행, “2016년 지급결제보고서”, 2017. 3.
- Ben Brodbent, Deputy Governor for Monetary Policy, Bank of England, “Central Banks and digital currencies” (Speech), London School of Economics, 2 March 2016.
- Thomas Philippon, “The Fintech Opportunity”, National Bureau of Economic Research Working Paper No. 22476.

【국문초록】

제4차 산업혁명시대가 도래하면서, 지급결제의 방식에도 혁신적인 변화가 초래되고 있는 바, 금융부문에서 진행되는 디지털혁신은 지급결제 서비스를 중심으로 패러다임 자체가 변화하고 있다. 특히 분산원장기술을 기반으로 한 지급결제시스템은 ‘탈중앙화’를 특징으로 하고 있는 바, 기존의 지급·청산·결제의 구조에서, 청산의 기능이 사실상 배제됨으로써, 비용절감 및 처리시간 단축 등의 장점이 있다. 그러나 동시에 청산기관의 역할이 사실상 소멸하면서, 상당수 금융기관의 통폐합을 유발할 개연성도 없지 않다. 지급결제제도의 안정적 운영을 위해서는 지급결제의 혁신이 현행 법규정과 충돌하는 부분이 무엇인 지 파악한 후, 지급결제제도의 발전도모와 상충되는 법규의 개정여부 판단이 필요하다.

분산원장의 핵심적 장점은 ‘탈중앙화’인 바, 현행법은 금융기관의 ‘중앙화’를 전제로 제정된 것이 대부분이어서, 탈중앙화를 실천하게 되면 현행법상 전자지급거래, 전자자금이체 및 직불전자지급수단으로 포섭되기 어렵다는 점, 게다가 공개형 분산원장은 사고 발생 시 손해배상의 책임자가 모호해지는 우려가 제기 되는 점, 개인정보보호법 및 전자서명법과의 상충 등 몇 가지 문제점이 지적된다.

요컨대, 신기술에 기반을 둔 새로운 지급결제 시스템이 사적 자치의 영역을 벗어나지 않는 한 규제를 최소화하여 기술발전을 장려할 필요가 있다. 반면, 사적 자치의 영역을 벗어나는 경우에는 최소한의 공적 규제를 통하여 신기술의 발전은 장려하되, 기존 지급결제 시스템의 질서유지 또한 간과하여서는 아니 될 것이다.

【Abstract】

The Legal Controversies
over the Innovation on Payment and Settlement System

Park, Sun Jong
(Professor Soong Sil University, College of Law)

As the 4th Industrial Revolution develops, there has been innovative changes on payment and settlement system. Especially, the payment and settlement system based on “distributed ledger technology”(here under “DLT”), drives the clearing function out of traditional Payment- Clearing-Settlement Structure. It is so-called “Dis-Intermediation”.

Dis-Intermediation may save time and cost, however, at the same time, this may kick some of financial institutions which carry out clearing function out from the market. Therefore, it is important to maintain the balance between the innovation and the conflicting rules and laws.

It has great value that minimization on public regulation in order to promote innovative technologies. On the other hand, however, the appropriate protection of existing payment and settlement system, from disorder caused by excessive private autonomy or DLT, has great value as well.

주제어(Keyword) : 4차 산업혁명(The Fourth Industrial Revolution), 지급결제(Payment and Settlement System), 분산원장기술(Distributed Ledger Technology), 탈중앙화(Dis-intermediation), 사적자치(Private Autonomy), 공적규제(Public Regulation), 블록체인(Block Chain)

세월호참사 관련 국가배상의 법적 함의와 쟁점

- 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정에 대한 평석 -

최 효 재*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|------------------------------|--|
| I. 대상결정과 쟁점의 정리 | IV. 배상신청인의 배상금지급동의와 재판상 화해 성립의제의 법적 의미 |
| 1. 사건의 개요 | 1. 재판상 화해의 일반적 법리 |
| 2. 청구인들의 주장 | 2. 세월호참사에서의 배상금지급동의와 재판상 화해 |
| 3. 헌법재판소의 결정 | 3. 대상결정에 대한 평가 |
| 4. 쟁점의 정리 | V. 배상금지급 후 이의제기금지조항의 법적 의미 |
| II. 세월호피해지원법 전반의 법적 의미 | 1. 이의제기금지조항의 일반적 법리 |
| 1. 국가배상의 일반적 법리 | 2. 세월호참사에서의 이의제기금지조항 |
| 2. 세월호참사에서의 국가배상 | 3. 대상결정에 대한 평가 |
| 3. 대상결정에 대한 평가 | VI. 결론 |
| III. 국가의 손해배상청구권 대위행사의 법적 의미 | |
| 1. 손해배상청구권 대위의 일반적 법리 | |
| 2. 세월호참사에서의 국가의 손해배상청구권 대위 | |
| 3. 대상결정에 대한 평가 | |

* 서울대학교 정치외교학사, 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정.

I. 대상결정과 쟁점의 정리

1. 사건의 개요

청구인들은 2014. 4. 16. 전남 진도군 조도면 병풍도 북방 1.8해리 해상에서 전복된 선박 ‘세월호’에 승선하고 있다가 사망한 사람들의 부모다. ‘4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것, 이하 ‘세월호피해지원법’이라 한다)은 세월호참사로 인하여 희생된 사람을 추모하고 피해자에 대한 신속한 피해구제와 생활 및 심리안정 등의 지원을 통하여 피해지역의 공동체 회복을 도모하기 위한 목적으로 제정되어 2015. 3. 29.부터 시행되었다. 청구인들은 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항 및 제2항, 제16조, 제18조와 그 시행령 제15조 및 별지 제15호 서식이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2015. 6. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는, 청구인들의 청구 중 세월호피해지원법 시행령 제15조 및 별지 제15호 서식이 위헌이라고 주장하는 부분은 배상금 등의 지급을 신청하는 경우 세월호참사와 관련하여 일체의 이의를 제기하지 않겠다는 내용의 동의서를 제출하도록 규정한 것이 위헌이라는 취지이고, 이는 별지 제15호 서식 중 일부분에 한정된 내용이므로, 이 부분 청구의 심판대상을 위 시행령 제15조에 의한 별지 제15호 서식 중 이의제기에 관한 부분으로 한정하였다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것) 제6조(배상금 및 위로지원금의 지급대상)

③ 국가는 피해자에게 위로지원금(4·16세월호참사와 관련하여 조성된 재원 중 관계 법률에 따라 각 피해자에게 지급되도록 결정된 금액을 포함한다)이 지급되도록 하여야 한다. 위로지원금 지급의 기준·절차 등 구체적인 사항은 희생자와의 관계, 피해의 정도, 실제 양육한 사정, 부

양 의무의 이행 여부 등을 고려하여 심의위원회에서 정한다.

동법 제8조(심의위원회의 심의·의결 등) ① 심의위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 제6조 및 제7조에 따른 배상 및 보상 등에 관한 사항
 2. 제17조에 따른 임시지급에 관한 사항
 3. 그 밖에 심의위원회가 필요하다고 인정하는 사항
- ② 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하고, 위원은 다음 각 호의 사람 중에서 국무총리가 위촉 또는 임명한다. 이 경우 제1호 및 제2호에 해당하는 위원은 각각 위원 정수의 5분의 1 이상이어야 한다.
1. 법관 중에서 법원행정처장이 추천한 사람
 2. 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 『변호사법』 제78조에 따른 대한변호사협회의 장이 추천한 사람
 3. 기획재정부, 교육부, 법무부, 행정자치부, 보건복지부, 해양수산부 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 또는 검사
 4. 배상 및 보상업무 등 관련 분야에 관하여 학식과 경험이 풍부한 사람
- ③ 위원장은 위원 중에서 국무총리가 임명한다.
- ④ 심의위원회에는 제1항에 따른 심의·의결에 필요한 사실관계 확인, 관련 자료의 수집과 검토 등을 위한 지원조직을 둘 수 있다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에 규정된 사항 외에 심의위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

동법 제15조(신청인의 동의와 배상금 등의 지급 등) ① 배상금·위로지원금 및 보상금 결정서정본을 송달받은 신청인이 배상금·위로지원금 및 보상금을 지급받고자 할 때에는 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 심의위원회에 지급을 신청하여야 한다.

② 제1항에 규정된 사항 외에 배상금·위로지원금 및 보상금의 지급 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

동법 제16조(지급결정 동의의 효력) 심의위원회의 배상금·위로지원금 및 보상금 지급결정에 대하여 신청인이 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 『민사소송법』에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

동법 제18조(국가의 손해배상청구권의 대위행사 등) 국가는 제12조의 지급결정 및 제17조의 임시지급결정에 따라 신청인에게 지급한 금액의 한도에서 신청인의 국가 외의 자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.

동법 시행령(2015. 3. 27. 대통령령 제26163호로 제정된 것) 제15조(신청인의 동의 및 지급청구) 법 제15조 제1항에 따라 배상금등을 지급받으려는 신청인은 별지 제15호 서식의 배상금등 동의 및 청구서에 인감증명서(서명을 한 경우에는 본인서명사실확인서를 말한다) 및 신청인의 배상금등 입금계좌통장 사본을 첨부하여 심의위원회에 제출하여야 한다.

동법 시행령 별지 제15호 서식 3. 신청인은 배상금등을 받았을 때에는 4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고, 4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.

2. 청구인들의 주장

(1) 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문 및 제8조

세월호참사 피해자들에게 위로지원금 등을 지급하는 문제는 국가배상청구권, 재산권 등에 관한 본질적이고 중요한 문제이므로 그 기준·액수와 지급대상 등에 관한 기본적 사항은 입법자가 직접 결정하여야 함에도 불구하고, 위 조항들이 이와 관련한 일체의 내용을 4·16세월호참사 배상 및 보상 심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)에서 정하도록 규정하고 있는 것은

법률유보원칙에 위반된다.

(2) 세월호피해지원법 제15조 제1항

이 조항은 세월호참사에 대한 국가의 책임 여하를 묻지 않고 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 배상금·위로지원금 및 보상금(이하 ‘배상금 등’이라 한다)의 지급을 신청하도록 함으로써, 마치 청구인들이 세월호참사 희생자의 생명을 대가로 배상금이나 챙기려 한다는 불명예스러운 인상을 주어 청구인들의 인격권이나 명예권을 침해한다.

(3) 세월호피해지원법 제15조 제2항

배상금 등의 지급 절차 등에 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 이 조항은 손해의 내용과 유형, 손해배상액의 산정기준 등 배상과 보상에 관한 핵심적이고 중요한 내용을 법률에 정하지 않고 대통령령에 위임하여 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반된다.

(4) 세월호피해지원법 제16조

이 조항에 따라 심의위원회 지급결정 시 재판상 화해가 성립된 것으로 보게 되면 추후 손해 등이 발견되더라도 더 이상 재판으로 다룰 수 없게 되므로 청구인들의 재판청구권, 재산권, 국가배상청구권을 침해한다.

(5) 세월호피해지원법 제18조

국가의 손해배상청구권 대위를 규정하고 있는 이 조항은, 국가는 마치 아무런 법적 책임이 없는 것처럼 모든 책임을 제3자에 전가함으로써, 청구인들의 국가배상청구권을 침해하고 자기책임원칙에도 위반된다.

(6) 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분

‘세월호참사에 관하여 일체의 이의를 제기하지 않을 것을 서약한다’는 내용의 동의서를 제출하도록 규정하고 있는 이 조항은 위임입법의 한계를

넘어선 것으로, 청구인들의 재판청구권·표현의 자유·재산권을 침해한다.

3. 헌법재판소의 결정

헌법재판소는 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분은 헌법에 위반된다고 선언하고, 세월호피해지원법 제16조에 대한 심판청구는 기각하고, 청구인들의 나머지 심판청구는 모두 각하하는 결정을 선고하였다. 이들 중 시행령조항에 관하여는 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견이 있다. 각 결정 및 반대의견의 이유는 다음과 같다.

(1) 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제2항

어떤 법령조항이 그 규정을 구체화하기 위하여 하위 규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법령조항으로 인한 기본권침해의 직접성이 부인된다. 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문과 제8조는 심의위원회의 배상금 등 지급결정이라는 집행행위를 예정하고 있고, 동법 제15조 제2항은 대통령령 제정이라는 집행행위를 예정하고 있다. 따라서 이들 조항이 직접적으로 청구인들의 자유를 제한하거나 의무를 부과한다고 볼 수 없다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

(2) 세월호피해지원법 제15조 제1항, 제18조

어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없어 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다. 세월호피해지원법 제15조 제1항은 배상금 등 지급신청 절차에 관한 규정일 뿐으로, 이 규정으로 인하여 배상금 등 지급을 신청하는 피해자가 세월호 희생자들의 생명을 대가로 배상금이나 챙기려는 사람으로 평가되어 명예가 훼손된다고 볼 수 없다. 이 규정은 피해자들이 세월호피해지원법에 따라 국가배상청구권을 정당하게 행사하는 절차의 일부를 규정하고 있는 것에 불과하다.

따라서 세월호피해지원법 제15조 제1항은 청구인들의 명예에 관련한 법적 지위에 어떠한 영향도 미치지 아니한다. 또한 동법 제18조가 국가가 피해자를 대위하여 손해배상청구권을 행사하도록 하였다고 하여 이것이 국가의 세월호참사에 대한 책임을 면제하는 의미라거나 국가의 손해배상책임을 부인하는 것으로 볼 수도 없다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

(3) 세월호피해지원법 제16조

세월호피해지원법 제16조는 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의한 신청인에게 배상금 등 지급에 관한 소송을 제기하는 데 제약을 가하는바, 이로써 헌법 제27조의 재판청구권을 제한한다. 청구인들의 재산권과 국가배상청구권 침해 주장은 재판청구권의 제한 주장과 내용상 동일하므로 별도로 판단하지 아니한다.

세월호피해지원법 제16조의 입법목적은 세월호참사로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위한 것이며, 그 목적을 달성하기 위한 수단으로써 재판상 화해의 효력을 부여하는 간이한 절차를 규정하고 있다. 따라서 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 한편 신속한 피해구제를 위해서는 법적 분쟁상태의 조속한 해결이 필요하고, 동법에 규정된 심의위원회의 구성 및 배상금 등 지급결정절차를 살펴보면 심의의 중립성·독립성·공정성·전문성이 보장된다고 할 수 있으므로, 배상금 등 지급결정에 재판상 화해의 효력을 부여하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다. 따라서 동법 제16조는 침해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추었다.

(4) 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분

세월호피해지원법 시행령 제15조 및 별지 제15호 서식에 들어있는 ‘세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다’라는 표현은, 동법 제16조에 의해 배상금 등 지급결정에 재판

상 화해와 같은 효력이 있음에 동의한다는 의미를 넘어서 청구인들로 하여금 세월호참사의 진상규명 및 책임자 처벌 등을 요구하거나 관련 형사소송에 피해자로서 참여하는 등의 의사표시도 할 수 없다는 의미로 해석될 여지가 있다. 이 부분 내용은 제한적으로 해석하더라도 최소한 청구인들의 일반적 행동의 자유는 제약하는 것이다.

그런데 동법 제16조는 동법 시행령에 배상금 등 지급신청 및 지급절차에 관한 기술적이고 절차적인 사항만을 위임하고 있을 뿐, 신청인이 배상금 등을 지급받은 이후에 발생하는 효과나 의무까지 위임하고 있지는 않다. 그렇다면 동법 시행령 및 별지 서식이 세월호참사 전반에 관한 일체의 이의제기를 금지하여 청구인들의 일반적 행동의 자유를 침해한 것은 모법의 위임범위를 벗어난 것으로서 법률유보원칙에 위배된다.

(5) 이의제기금지조항에 대한 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대 의견

위 이의제기금지조항은 세월호피해지원법 제16조에 따라 배상금 등 지급결정이 갖는 재판상 화해의 효력을 재확인하는 규정일 뿐이므로 당해 동법 제16조와는 다른 새로운 공권력의 행사로 볼 수 없다. 따라서 이 부분 심판청구는 부적법하다.

4. 쟁점의 정리

이 사건 결정은 세월호피해지원법에 대한 최초의 헌법소원심판 결정으로서, 세월호피해지원법의 주요 내용 중 대부분이 심판대상이 되었다. 이 사건 결정의 의의는 헌법재판소가 세월호참사 관련 국가배상에 관한 각 쟁점의 헌법적 의미를 밝혔다는 데 있다. 세월호참사는 현대 한국에서 유례를 찾아볼 수 없는 인명피해를 낳은 해상사고다. 특히 참사 그 자체보다도 여객선 침몰의 원인을 제공한 느슨한 규제와 관리감독에서부터 사고 당시 인명구조, 사고 후의 원인규명 및 피해배상 과정에 이르기까지 국가의 미숙한 대응이 참사의 피해와 그 파장을 키웠다는 점이 오히려 세월호참사의 본질

이라고 할 수 있다. 이에 본고는 세월호피해지원법을 단순한 특별법 내지 절차법이 아니라 세월호참사 관련 국가배상의 법률관계를 구체화하는 실체법으로 해석하고, 이 해석에 기초하여 세월호참사 관련 국가배상의 법적 함의를 밝히면서 이 사건 결정을 평가해 보고자 한다.

이러한 관점에서 본고가 바라보는 이 사건 결정의 쟁점은 ① 세월호피해지원법 전반의 법적 의미, ② 국가의 손해배상청구권 대위행사의 법적 의미, ③ 배상신청인의 배상금지급동의와 재판상 화해 성립의제의 법적 의미, ④ 배상금지급 후 이의제기금지조항의 법적 의미 등 네 가지이다. 각 쟁점은 이 사건 결정 중 ① 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제15조 제1항, 제15조 제2항의 위헌여부에 대한 결정, ② 세월호피해지원법 제18조의 위헌여부에 대한 결정, ③ 세월호피해지원법 제16조의 위헌여부에 대한 결정, ④ 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분의 위헌여부에 대한 결정과 연관이 있다. 그러므로 이하에서는 각 쟁점별로 법리를 분석하고 이를 바탕으로 대상결정 각 부분을 평가한다.

Ⅱ. 세월호피해지원법 전반의 법적 의미

1. 국가배상의 일반적 법리

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다 (민법 제750조). 특히 국가는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입혔을 때에는 그 손해를 배상하여야 한다 (국가배상법 제2조). 이는 헌법 제29조에 규정된 국가의 의무이자 국민의 권리이기도 하다.

국가는 피해자가 사망한 경우에는 피해자의 상속인에게 사망 당시(신체에 해를 입고 그로 인하여 사망한 경우에는 신체에 해를 입은 당시)의 월금액이나 월실수입액(月實收入額) 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을

꼭한 금액 및 소정의 장래비를 배상하여야 한다 (국가배상법 제3조 제1항). 피해자가 신체에 해를 입은 경우에는 필요한 요양을 하거나 이를 대신할 요양비를 배상하여야 하며, 요양으로 인한 월급여 또는 월실수입액 또는 평균임금의 수입의 손실이 있는 경우 요양기간 중 그 손실액에 대한 휴업배상을 추가로 하여야 하고, 피해자가 완치 후 신체에 장애가 있는 경우에는 그 장애로 인한 노동력 상실 정도에 따라 피해를 입은 당시의 월급여이나 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액의 장애배상을 추가로 하여야 한다 (국가배상법 제3조 제2항). 국가는 생명·신체에 대한 침해나 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해 외의 손해도 불법행위와 상당한 인과관계가 있는 범위에서 배상하여야 한다 (국가배상법 제3조 제4항) 한편 국가는 사망하거나 신체에 해를 입은 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료도 배상하여야 한다 (국가배상법 제3조 제5항).

국가의 손해배상책임에 관하여 국가배상법에 규정된 사항 외에는 민법 또는 관련 사항을 규정한 민법 외의 다른 법률의 규정에 따르도록 되어 있는 바 (국가배상법 제8조), 국가의 손해배상에 관하여도 민법상 불법행위에 관한 조문이 적용된다. 관련 조문 중 국가의 손해배상에 관하여 의미가 있는 조문은 사용자책임을 규정한 민법 제756조다. 왜냐하면 대부분의 국가배상 사안에서 국가배상이 이루어지는 원인은 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 한 불법행위로 인한 손해배상책임을 국가가 그 사용자로서 부담함으로써 발생하기 때문이다.

민법 제756조 제1항 본문은 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고, 동조 제2항은 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자도 같은 책임이 있다고 규정한다. 그렇다면 국가는 민법 제756조 제1항 및 국가배상법 제2조에 의해 국가가 직접 고용한 공무원이나 공무를 위탁한 사인의 법령위반으로 인한 손해에 대한 배상책임을 질뿐만 아니라, 국가의 감독의무가 있는 경우에는 민법 제756조 제2항에 의해 국가와의 직접 고용관계 또는

위탁관계를 맺지 아니한 행위자의 불법행위에 대해서도 배상책임을 진다.

이때 “국가의 감독의무”는 국가, 국가기관 또는 국가기관의 위임을 받은 기관이 관리·단속하는 공법상의 모든 영역에 미친다고 보아야 한다. 이러한 해석이 국가의 손해배상책임을 지나치게 확대한다는 비판이 있을 수 있으나, 국가배상의 취지가 합법적 강제력을 독점하는 국가로 하여금 약자인 사인에게 그 강력한 통제력에 상응하는 책임을 다하게 하는 데 있고 국가의 강제력이 사실상 모든 공법상의 생활관계에 미친다는 점을 고려하면 이러한 해석은 타당하다. 국가는 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우가 아니면 이 책임을 면할 수 없다(민법 제756조 제1항 단서). 이 책임은 국가가 그 피용자 또는 피감독자의 손해배상책임을 ‘대신’ 부담하는 것이 아니라, 그 피용자 또는 피감독자에 대한 선임·감독의무를 다하지 못한 과실에 의한 자신의 책임을 ‘직접’ 부담하는 것이다.

2. 세월호참사에서의 국가배상

세월호참사 피해자에 대한 국가의 손해배상책임을 있다는 것은 부인할 여지가 없다. 본고가 주목하는 지점은 세월호참사에서 국가배상책임을 있다는 사실 그 자체가 아니라 그 책임의 정도가 중하다는 점이다.

세월호참사의 1차적 원인은 여객선 세월호가 정원을 초과한 수의 여객을 태우고 정량하중을 초과한 화물을 실은 후 항해에 필요한 부력(浮力)을 얻기 위해 여객선의 복원력 유지에 필수적인 평형수(平衡水)를 정상적인 복원력을 유지할 수 없을 정도로 과도하게 빼낸 데 있다.¹⁾ 이 모든 행위는 관계법령상 위법이고, 관계법령상 한반도 연안에서의 해운을 관리·감독할 책임이 있는 국가는 이들 위법행위를 제재하고 위법 상태의 여객선의 운항을 막을 의무가 있었다. 그러나 국가는 이를 소홀히 했고, 그 결과 여객선 운영

1) 대검찰청, ‘세월호 침몰사고 관련 수사 설명자료’, 2014. 10. 6.

<http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board_no=2&article_no=583069>, 2017. 8. 30. 확인.

사가 승객의 안전에 위협을 가하는 행위를 막지 못했다. 세월호참사 이후 그 원인을 조사하는 과정에서 해양안전감독기관과 여객선 운영사의 유착관계에 대한 의혹이 제기되었는데, 이 의혹이 사실이라면 국가는 관리감독의 무 해태에 관한 고의를 가진 것이고, 이를 확실히 입증할 만큼 확실한 증거가 확보되지 않았음을 고려하더라도 적어도 마땅히 해야 할 관리감독의무를 다하지 아니한 과실은 있는 것이다. 세월호참사에서는 그 위협이 원인이 되어 실제로 다수의 승객이 사망하거나 상해를 입는 피해가 발생했으므로, 국가는 민법 제756조 제2항에 따라 세월호참사 피해자들에게 자신의 의무를 다하지 아니한 데 따른 손해배상책임을 진다.

다음으로 세월호참사 당시 피해가 커진 원인은 구조를 위해 출동한 해양경찰이 소극적 구조활동만을 펼쳤기 때문이다. 당시 해양경찰은 구명정과 구조헬기를 출동시켜 놓고도 현장에서 동 설비를 충분히 가동시키지 않아 비판을 받았으며, 병원에서 현장에 출동했던 닥터헬기 탑승자는 구조헬기의 경우 세월호참사 현장 근처 지상에 착륙해 있었을 뿐 비행조차 하고 있지 않았다는 증언을 하기도 했다.²⁾

경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치는 교통사고 등 위험한 사태가 있을 경우 그 장소에 모인 사람, 사물(事物)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 할 수 있고, 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시킬 수 있으며, 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 할 수 있다 (경찰관직무집행법 제5조 제1항). 국민의 생명을 보호하는 것이 경찰관직무집행법 제2조 제1호에 규정된 경찰관의 직무를 고려하면, 세월호참사 당시와 같이 선박이 침몰하고 있고 그 선박이 곧 완전히 가라앉을 것이 확실시되는 매우 긴급한 경우에 경찰관은 국민의 생명을 보호하기 위하여 경찰관직무집행법 제5조 제1항의 조치들, 구체적으로는 세월호 내에 있던 피해자들에

2) 석진희, ‘이국종 교수, 세월호 침몰 당일 ‘닥터헬리’ 영상 공개…“나만 비행하고 있더라”, 한겨레 2017. 8. 9.자, <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/806136.html>, 2017. 8. 30. 확인.

대한 퇴선명령 및 퇴선유도조치 등을 필요적으로 취해야 한다고 해석하는 것이 경찰관직무집행법의 취지에 합치하는 해석이라 할 것이다.

세월호참사 당시 경찰관은 이들 조치를 행하지 아니하였고, 이 부작위로 인하여 세월호참사의 피해는 더욱 커졌다. 법원도 목포해경 소속 고속정장의 업무상과실치사 유죄 판결에서 이를 확인한 바 있다.³⁾ 그렇다면 이는 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 막을 수도 있었을 손해를 발생하게 한 것으로서 국가는 이 부분에 대해서도 민법 제 756조 제1항 및 국가배상법 제2조에 따라 손해배상책임을 진다.

따라서 국가는 민법 제756조 제2항, 동법 동조 제1항 및 국가배상법 제2조에 따라 세월호참사 피해자에 대한 손해배상책임을 진다. 그 손해배상책임의 범위는 위 II.1.에서 살펴본 국가배상법 제3조에 의한다. 다만 국가배상법 제3조 제4항이 규정하는 “불법행위와 상당한 인과관계가 있는 범위”에 따른 구체적인 배상범위, 배상액수 및 그 결정에 관한 사항은 개별 피해자별로 세월호참사 당시 피해를 입게 된 경위와 피해 정도 등에 따라 상이할 것이므로, 당해 개별적 사실관계들을 전부 법률에 직접 규정하기는 어렵다. 그러므로 세월호참사에 있어 국가배상의 구체적인 사항을 법률이 아닌 시행령 및 심의위원회의 행정행위로 위임하는 것은 정당하고 또 불가피하다.

3. 대상결정에 대한 평가

대상결정 중 세월호피해지원법 전반의 법적 의미와 관련이 있는 부분은 동법 제6조 제3항 후문, 제15조 제1항 및 제15조 제2항의 위헌여부에 대한 결정이다.

위 II.2.에서 살펴본 바와 같이 세월호참사에 있어 국가배상의 구체적인 사항을 법률이 아닌 시행령 및 심의위원회의 행정행위로 위임하는 것은 정당하고 또 불가피하며, 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제15조 제1항 및 제15조 제2항은 그 위임의 근거규정에 불과하다. 그렇다면 위임이 정당

3) 광주고등법원 2015. 7. 14. 선고 2015노177 판결; 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015도11610 판결.

한 이상 동 조항들이 그 자체로 청구인들의 기본권을 침해하지는 아니하며, 기본권침해의 가능성은 시행령이 규정하는 배상금 등 지급의 세부절차 및 심의위원회의 행정행위가 있을 때 비로소 발생한다. 따라서 동 조항들은 기본권침해의 직접성 또는 기본권침해가능성을 갖추지 못하였다. 따라서 대상 결정 중 이와 같이 판단한 부분은 타당하다.

Ⅲ. 국가의 손해배상청구권 대위행사의 법적 의미

1. 손해배상청구권 대위의 일반적 법리

채권자가 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액전부를 손해배상으로 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다 (민법 제399조). 예컨대, 甲이 乙과의 임치계약에 의하여 乙 소유의 동산 X를 보관하고 있던 중 丙에게 X를 절취당하여 임치계약상 채무불이행 책임에 의하여 乙에게 X의 가액을 배상하였는데 시일이 지나 X가 발견된 경우, 乙은 甲의 X에 관한 소유권을 대위하여 X의 소유권을 취득한다. 손해배상자의 대위는 채무불이행으로 인한 채권자의 실손해만을 전보한다는 손해배상제도의 기본 취지에 상응하여 채권자가 이중배상을 받음으로써 부당한 이득을 얻는 것을 방지하고자 하는 데 그 취지가 있다.⁴⁾

손해배상자의 대위는 불법행위로 인한 손해배상청구권에도 준용되므로 (민법 제763조), 국가의 손해배상청구권 대위행사와 관련하여 손해배상자의 대위를 논할 실익이 있다. 불법행위에 있어 손해배상자의 대위는, 손해배상채권자에게 손해배상금 지급의무를 지되 그 불법행위의 원인을 적극적으로 제공하지 아니한 불법행위자가 손해배상채무 이행으로 인해 입은 손해를 계약대상물 또는 권리에 직접 손해를 가한 제3자에게 보전받을 수 있도록 보장하는 취지를 추가로 갖는다. 예컨대, 甲 소유의 건물 외벽 구조물이 떨어

4) 양창수·김재형, 계약법 (제2판), 박영사, 2015, 500면.

어저 행인 乙이 그 낙하물에 맞아 다쳤고 甲이 이에 기해 乙에게 손해배상금을 지급하였는데 그 후 구조물 낙하의 원인이 건설사 丙이 甲 소유 건물 주변에서 법률상 요구되는 진동저감장치 없이 진행한 터파기공사로 밝혀진 경우, 甲은 乙이 丙의 불법행위에 기하여 丙에 대하여 갖는 손해배상청구권을 대위행사함으로써 乙에게 지급한 손해배상금을 보전받을 수 있다.

손해배상자의 대위와 그 맥을 같이하는 보험자대위(상법 제682조) 사례를 생각해보면 손해배상자의 대위가 갖는 이러한 특성을 더욱 확실하게 할 수 있다. 보험사고가 발생하였을 때 보험자가 피보험자에게 보험금액을 지급하는 것은 계약상 손해배상금 지급의무가 있기 때문이지 보험자가 피보험자에게 직접 불법행위를 가했기 때문이어서는 아니다. 따라서 보험자로 하여금 피보험자에게 손해배상금을 지급함으로써 발생한 손해를 보전받을 수 있는 기회를 부여하는 것이 타당하다. 이때 보험자는 손해배상금 지급 대상인 보험사고의 원인을 제공한 제3자 때문에 손해배상금을 지급하게 되었으므로, 보험자가 피보험자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위하게 하면 피보험자의 부당이득 방지와 함께 보험자의 권익도 보장할 수 있게 되는 것이다.

이러한 점에서 손해배상자의 대위는 변제자대위(민법 제480조 내지 제482조)와 그 제도의 취지가 유사하다고 할 수 있다. 물론 변제자대위는 변제자가 가지는 구상권을 확보하기 위하여 채권자가 다른 상환의무자에게 가지는 채권과 담보권을 변제자로 하여금 대위취득하게 하는 것으로서, 채권자의 부당이득을 막기 위하여 손해배상자로 하여금 손해배상의 대상이 된 물건 또는 권리를 취득하게 하는 데 그치는 변제자대위와는 그 효과가 다르다.⁵⁾ 그러나 변제자대위의 취지에는 법률상 보호가치 있는 변제자로 하여금 그가 채무자에게 채무를 변제함으로써 입은 손해를 보전받을 수 있는 기회를 부여하는 것도 포함된다고 볼 수 있고, 이는 법률상 보호가치 있는 손해배상채무자로 하여금 그가 손해배상청구권자에게 손해배상금을 지급함으로써 입은 손해를 보전받을 수 있는 기회를 제공받을 수 있는 기회를 부여하는 손해배상자의 대위의 취지와 유사하다.

5) 위의 책, 324면·500면.

이상을 종합하면 국가의 손해배상청구권 대위를 포함한 불법행위에 있어서의 손해배상자의 대위는 대위자가 손해배상청구권자에게 직접 불법행위를 가하지 아니하였거나 적어도 그 불법행위의 비난의 정도가 약한 때에만 허용된다고 할 것이다. 대위자가 손해배상청구권자에게 직접 불법행위를 가하는 등 그 불법성의 정도가 큰 때에도 대위자가 손해배상금을 지급함으로써 입은 손해를 보전받을 수 있게 한다면 이는 대위자의 책임과 비례하지 아니하기 때문이다. 그렇다면 손해배상자의 대위는 채권자대위 (민법 제404조)와는 그 제도의 취지를 달리한다고 보아야 한다. 채권자는 자신의 채권을 보전하기 위한 필요성이 인정된다면 채무자의 권리를 대신 행사할 수 있는데, 이때 채권자는 채권을 보전받지 못한 데 자신의 귀책사유가 있다고 하더라도 채무자의 권리를 대위할 수 있기 때문이다.

2. 세월호참사에서의 국가의 손해배상청구권 대위

세월호참사를 전후하여 국가가 자신의 의무를 다하지 않음으로써 피해자에 대해 직접 불법행위를 가하였고, 그 불법행위에 대한 비난가능성이 크다는 점은 위 II.2.에서 밝힌 바 있다. 그렇다면 국가는 세월호참사의 원인을 제공한 제3자의 존재와는 무관하게 피해자에게 자신의 손해배상책임을 부담하여야 하고, 이러한 책임에 관하여 국가가 세월호참사 피해자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 대위행사하는 것은 허용될 수 없다. 세월호참사의 원인을 제공한 제3자가 존재하여 국가의 의무불이행이 세월호참사의 유일한 원인은 아니라고 하더라도, 국가는 최소한 세월호참사로 인한 피해 전체에 대하여 당해 제3자와 공동불법행위자로서 연대하여 책임을 진다고 보아야 하고 (민법 제760조), 이때에도 국가가 당해 제3자에게 구상권을 행사할 수 있음은 별론으로 하고 피해자가 당해 제3자에게 가지는 고유의 손해배상청구권을 대위할 수는 없다. 달리 말하면, 세월호참사에 있어 국가가 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있게 하는 것은 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 부정하거나 최소한 과도하게 축소하는 것이다.

3. 대상결정에 대한 평가

대상결정 중 국가의 손해배상청구권 대위행사의 법적 의미와 관련이 있는 부분은 세월호피해지원법 제18조의 위헌여부에 대한 결정이다.

(1) 적법요건에 관한 판단

세월호피해지원법 제18조는 국가가 심의위원회가 결정하여 배상신청인에게 지급한 배상금 등의 금액의 한도 내에서 신청인의 국가 외의 자에 대한 손해배상청구권을 대위한다고 규정한다. 이는 그 문언상 손해배상자의 대위와 가장 유사하다. 그뿐만 아니라 국가가 세월호참사 후 느슨한 관리감독과 소극적 구조활동 등에 대한 사과를 하기 보다는 여객선 운영사 및 그 대표자 일가의 책임을 추궁하는 데 집중했음을 고려하면, 이 규정은 국가가 채권자대위가 아닌 손해배상자의 대위로서 대위권을 행사하겠다는 취지로 해석하는 것이 그 입법취지에 합치한다. 보다 구체적으로는, 세월호피해지원법 제18조를 통해 국가는 손해배상자의 대위 중에서도 보험자대위의 경우와 같이 세월호참사 피해자에게 직접 손해배상책임을 부담하지는 아니하지만 국민에 대한 보험자의 입장에서 국민에 대한 도의적 책임을 다하고 신속한 피해구제를 가능하게 하기 위해 손해배상금을 선지급한 뒤, 손해배상금 지출의 직접 원인을 제공한 제3자에게 자신이 지출한 손해배상금을 보전받겠다는 의지를 표명한 것으로 보는 것이 타당하다.

그런데 III.2.에서 살펴본 바와 같이 세월호참사에 있어 국가가 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위행사하도록 허용하는 것은 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 부정하거나 최소한 과도하게 축소하는 것이다. 그렇다면 세월호피해지원법 제18조는 국가가 제3자의 존재와는 무관하게 피해자에 대하여 직접 부담하여야 하는 손해배상책임을 제3자로 하여금 부담하게 함으로써 청구인들이 헌법 제29조에 따라 가지는 ‘국가로부터 국가의 불법행위에 기한’ 손해배상을 받을 수 있는 권리, 곧 국가배상청구권을 제한한다. 따라서 대상결정 중 이와 달리 국가가 피해자를 대위하여 손해배상청구권을 행사하도록 하였다고 하여 이것이 국가의 세월호참사에

대한 책임을 면제하는 의미라고 볼 수 없고, 세월호피해지원법 제18조가 국가의 손해배상책임을 부인하는 것으로 볼 수도 없어, 이 부분 심판청구의 기본권침해가능성이 인정되지 아니하므로 부적법하다고 판단한 부분은 부당하다.

(2) 본안에 관한 판단

헌법재판소의 판단과 달리 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되어 적법하므로, 본안판단에 나아가 세월호피해지원법 제18조가 청구인들의 국가배상청구권을 침해하여 위헌인지 여부를 판단하기로 한다.

1) 입법목적의 정당성과 수단의 적절성

세월호피해지원법은 세월호참사로 인하여 피해를 입은 사람의 피해를 신속하게 구제하기 위한 목적으로 제정되었고, 그 목적을 달성하기 위하여 국가가 간이한 방법으로 피해자에게 배상금 등을 우선 지급한 다음 국가 이외의 다른 책임자들에게 피해자들의 그들에 대한 손해배상청구권을 대위하게 하는 수단을 마련하였다. 이 사건 법률조항은 신청인이 배상금 등 지급 결정에 동의한 경우 국가로 하여금 소송 등의 절차를 거치지 않고 신속하게 배상금 등을 지급할 수 있도록 한 규정으로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

2) 침해의 최소성

세월호피해지원법 제18조는 그 문언과 입법취지에 비추어 볼 때 국가가 민법상 손해배상자의 대위권을 행사하겠다는 의미로 해석하는 것이 타당한데, 세월호참사에 있어 국가는 청구인들에게 직접 불법행위를 가한 데 따라 손해배상채무를 부담하는 것이므로 당해 손해배상채무와 관련하여 손해배상자의 대위권을 행사할 수 없다. 국가는 청구인들에게 자신의 불법행위에 기한 손해배상채무를 직접 부담하면서도 민법과 국가배상법에 의해 책임 있는 제3자에게 구상권을 행사할 수 있으며, 이 경우 국가는 청구인들의 국가배상청구권에 대한 제한을 최소화하면서도 국가의 권리 보장 및 재정안정의 목적을 달성할 수 있다. 그런데도 세월호피해지원법 제18조가 국

가로 하여금 법률상 이유 없이 손해배상자의 대위권을 행사하게 함으로써 국가가 청구인들에게 직접 부담하여야 하는 손해배상채무를 제3자에게 전가하는 것은 국가의 자기책임원칙에 반하는 것으로서, 청구인들이 국가로부터 국가의 불법행위에 기하여 직접 국가배상을 받을 수 있는 국가배상청구권을 과도하게 제한하는 것이다.

3) 법익의 균형성

세월호피해지원법 제18조에 의하여 배상금 등 지급을 둘러싼 분쟁을 조속하게 종결하고 피해구제의 신속성을 확보하는 등의 공익이 확보되는 것은 사실이다. 이러한 공익은 세월호피해지원법의 입법취지상 필요불가결하고 중요하다. 그러나 이러한 공익이 청구인들의 국가배상청구권을 제한함으로써 청구인들이 국가의 직접적 책임의 대가를 물을 수 없게 되는 불이익보다 크다고는 할 수 없다. 그러므로 세월호피해지원법 제18조는 법익의 균형성도 갖추지 못하였다.

(3) 소결

따라서 세월호피해지원법 제18조는 청구인들의 국가배상청구권을 지나치게 제한하여 헌법에 위반된다.

IV. 배상신청인의 배상금지급동의와 재판상 화해 성립의제의 법적 의미

1. 재판상 화해의 일반적 법리

재판상 화해는 소송절차 진행 중인 양 당사자가 소송의 목적이 된 물건이나 권리 등에 관하여 상호 양보하기로 합의하고 그 의사를 법원에 의해 확인받는 절차를 말한다. 이는 민법상 화해계약의 특수한 형태이므로, 재판상 화해의 법적 의미를 이해하기 위해서는 먼저 민법상 화해계약에 관하여

살피볼 필요가 있다.

민법상 화해는 당사자가 상호양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다(제731조). 화해계약이 성립하면 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 발생한다(민법 제732조). 민법 제732조는 그 제목에서 이 효력을 “화해의 창설적효력”이라고 정의하고 있는 바, 화해계약을 통해 양 당사자가 취득하거나 소멸시킨 권리는 양 당사자의 의사에 합치 하에 새로이 창설한 법률관계로서 화해계약 이전의 실체적 법률관계와 합치되지 아니한다고 하여도 화해계약에 근거한 유효한 법률관계가 된다. 따라서 화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못하는 것이 원칙이나, 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 화해계약을 취소할 수 있다(민법 제733조). 이외에 의사표시의 취소의 일반원칙인 민법 제109조6)는 화해계약의 취소에도 그대로 적용된다.

한편 불법행위로 인한 손해배상에 관한 화해계약은 일반적으로 가해자와 피해자 사이에 피해자가 일정한 금액을 지급받고 그 나머지 청구를 포기하기로 합의가 이루어지는 바, “그[합의가 이루어진-필자 주] 후 그 이상의 손해가 발생하였다 하여 다시 그 배상을 청구할 수 없는 것이다. 다만 그 합의가 손해발생의 원인인 사고 후 얼마 지나지 아니하여 손해의 범위를 정확히 확인하기 어려운 상황에서 이루어진 것이고 후발손해가 합의 당시의 사정으로 보아 예상이 불가능한 것으로서 당사자가 후발손해를 예상하였더라면 사회통념상 그 합의금액으로는 화해하지 않았을 것이라고 보는 것이 상당할 만큼 그 손해가 중대한 것일 때에는 당사자의 의사가 이러한 손해에 대해서까지 그 배상청구권을 포기한 것이라고 볼 수 없으므로 다시 그 배상을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.”⁷⁾

이러한 화해계약은 “비록 권리자의 권리가 법에 정해진 내용 그대로 실

6) 민법 제109조(착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

7) 대법원 2000. 1. 14. 선고 99다39418 판결.

현되지 못하기도 하고 협의과정에서 마음 약한 사람이 상대적으로 더 많은 양보를 하게 되는 경우도 있기는 하지만, 당사자들의 감정적인 문제까지 포함한 분쟁의 총체적·궁극적 해결을 보게 되고, 현실적이고 구체적인 타당성에 보다 합치하게 되는 경우도 많이 있으며, 여기에 화해계약의 존재 의의가 있다.”⁸⁾ 재판상 화해의 경우에도 그 목적이나 사회적 기능은 이와 유사하다. 그러나 재판상 화해는 그 법적 성질이나 그에 관한 분쟁이 발생했을 경우 적용될 법률관계 등에서는 화해계약과 다른 점이 많이 있다.⁹⁾

재판상 화해의 가장 특징적인 법률효과는 재판상 화해의 내용을 적은 변론조서 또는 변론준비기일조서가 확정판결과 같은 효력을 갖게 된다는 점이다(민사소송법 제220조). 따라서 재판상 화해가 성립된 내용은 기판력을 가진다(민사소송법 제216조 제1항). 즉, 재판상 화해가 성립된 내용에 관하여는 다시 소를 제기할 수 없다. 재판상 화해가 성립된 내용에 관한 이의 제기는 민사소송법 제451조 제1항¹⁰⁾에 규정된 사유가 있는 때에 한하여 준

8) 강승준, “불법행위로 인한 손해배상에 관한 합의와 민법 제733조”, 『민사판례연구』 제20권, 1998, 262-311면, 270면.

9) 위의 논문, 270면, 각주 4.

10) **민사소송법 제451조(제심사유)** ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 제심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
10. 제심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고

재심의 소로만 가능하다 (민사소송법 제461조).

그렇다면 불법행위에 기한 손해배상에 대한 화해계약의 합의 당시 예상불가능했던 중대한 후발손해에 대한 예외적 재판청구를 허용하는 위 대법원 판례는 같은 내용의 합의를 재판상 화해의 형식으로 한 경우에는 적용이 없다고 할 것이다. 재판상 화해의 합의 당시 예상불가능했던 중대한 후발손해가 발생했다는 사정은 민법 제451조 제1항 소정의 준재심 청구요건 중 어느 하나에도 해당하지 아니하기 때문이다. 해당 요건들 중 재판상 화해 이후 예상불가능한 중대한 후발손해가 발생한 경우와의 유사성을 검토할 수 있는 요건은 법 제451조 제1항 제8호의 “판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀔 때”가 유일하나, 예측불가능한 중대한 후발손해가 발생했다는 사정은 “다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀔” 것으로 볼 수 없으므로 당해 요건도 유추적용할 수 없다. 따라서 불법행위에 기한 손해배상에 대한 재판상 합의에 관한 이의제기는 합의 당시 민법상 의사표시의 당연무효사유 또는 취소사유가 존재하지 아니하는 한 불가능하다.

이에 관하여 양 당사자의 합의가 재판상 화해의 형식으로 이루어진 경우에는 당해 재판상 화해에 민사소송법 제220조의 적용이 없다고 보아 당해 재판상 화해의 기판력을 부정하고, 그 효과로서 예측불가능한 후발손해에 대한 소제기를 허용하여야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾ 그러나 확정판결에 준하는 재판상 화해의 확정력을 담보하고 소송경제를 확보하기 위해서는 민법상 사정변경의 원칙을 적용할 수 있을 만큼 본질적인 상황 변화가 있지 아니하는 한 손해 발생의 원인이 동일한 모든 손해에 재판상 화해의 효력이 미친다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 재판상 화해에 동의할 당시 일방 또는 쌍방이 전혀 예측할 수 없었던 근본적인 변화에 의해 발생한 후발손해에 대해서만 재판상 화해의 효력이 미치지 아니하여 소제기가 가능할 것인데, 현실적으로 그러한 후발손해란 존재하기 어려우므로, 그러한 후발손해가 화

하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때

11) 임용수 (변호사), ‘합의의 효력과 그 제한’, 2004, <http://www.bohumsosong.com/bohum03/02.htm?number=111&start=0&code=ghb_read>, 2017. 8. 31. 확인.

해계약에서의 취소사유가 될 여지가 있음은 별론으로 하고 재판상 화해의 효력을 제한하는 근거가 될 수는 없다.

2. 세월호참사에서의 배상금지금동의와 재판상 화해

세월호참사 당시 여객선 탑승객 461명 가운데 미수습자를 포함한 사망자는 304명에 달한다.¹²⁾ 이와 같이 전체적인 피해규모와 개별 피해자들의 피해정도가 큰 대형사고가 발생한 경우, 그 사고에서의 피해자들은 육체적인 피해가 치유된 후에도 사고 상황과 관련된 외상 후 스트레스 장애(Post-Traumatic Stress Disorder, 이하 ‘PTSD’라 한다)를 겪을 수 있다. PTSD를 겪는 사람들은 “위협적인 사건들에 대한 반복적인 회상이나 악몽에 시달리고 일시적인 기억장애가 오기도 하며 대인관계에 무관심하며 멍청한 태도를 보이기도” 하며, “사고 경험과 유사한 상황을 회피하며 그와 비슷한 자극으로 증세가 악화되고 불안, 우울정서와 충동적 행동을 보일 수 있고”, 이러한 증상들이 “다른 정신과적 질환의 증세와 함께 나타날 수도 있다”.¹³⁾

PTSD는 극심한 외상성 사건을 경험한 사람의 5 내지 75퍼센트에서 발생한다.¹⁴⁾ 특히 수학여행 중이었던 같은 고등학교 한 학년 학생 전체가 탑승객 중 상당수를 차지했던 세월호참사의 경우, 함께 놀고 공부하던 친구들이 같은 배 안에서 사망한 데다 그들의 사망 직전 상황을 지근거리에서 지켜보아야만 했던 생존자들이 다수 있어 그들의 PTSD 발병률 및 증상의 심각성은 더욱 높다. 사망자들의 유족 역시 사고를 직접 겪지는 아니하였더라도 PTSD 고위험군에 해당하며, 세월호참사의 경우 참사 이후 참사의 원인 및 진상을 규명하고 배상금 등 지급에 대한 논의가 이루어지는 과정에서 유족들이 한동안 일부 언론과 국민들의 원색적인 비난에 시달리는 등 PTSD

12) 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정 (본고 대상결정) 참조.

13) 남순현·염태호, “외상후 스트레스 장애 환자의 성격요인과 대처방식과의 관계 - 교통사고 환자를 대상으로”, 『한국심리학회 학술대회 자료집』 제1998권 제1호, 47-55면, 48면.

14) 같은 곳.

를 유발하는 상황과 관련된 부정적 자극을 받은 사실이 있어 사망자들의 유족의 PTSD 발병률 및 증상의 심각성도 높다. 실제로 세월호참사 이후 구성된 4·16세월호참사 특별조사위원회의 조사 결과 당시 생존자들 및 사망자들의 유족은 사망자들을 구하지 못했다는 죄책감에 시달리면서 절반 이상이 불면증 등 수면장애와 신체적 통증을 겪고 있다고 응답했고, 유족의 경우 조사대상 중 자살을 시도해 봤다고 응답한 비율이 42.6퍼센트, 실제로 자살을 시도했다고 응답한 비율도 4.3퍼센트에 이르는 등 심각한 정신적·육체적 고통을 호소한 바 있다.¹⁵⁾

본고의 논점에서 이들 증상은 중요한 법적 의미를 갖는다. PTSD는 그 원인이 되는 극심한 외상성 경험 시점과 실제 증상 발현 시점의 시간적 간격이 넓을 수 있어, 세월호참사 피해자들이 세월호피해지원법에 의해 참사 이후 비교적 단시간 내에 국가배상을 받은 후에도 중대한 후발손해를 겪을 가능성이 크기 때문이다. 이는 막연한 우려가 아니라 실제로 나타나고 있는 현상으로서, 국립중앙의료원의 조사 결과 세월호참사 생존자들은 참사발생 후 33개월이 지난 시점에서도 PTSD 증상을 겪고 있으며 관련 증상 중 울분 장애를 보이는 생존자들의 경우 참사발생 후 27개월이 지난 시점부터 증상이 유의미하게 발현하기 시작하였다.¹⁶⁾ 지난 2001년 일어난 9.11 테러의 경우 조사대상 생존자들 및 사망자들의 유족 중 70퍼센트 이상에서 사고발생 후 2-3년은 물론이고 5-6년이 경과한 시점에도 PTSD의 만성화로 인한 새로운 정신적·신체적 병증이 나타나거나 사고발생 후 단기적으로는 발병하지 않았던 후발성 PTSD가 새롭게 발병한 것으로 조사되고 있음을 고려하면,¹⁷⁾ 세

15) 연합뉴스, ‘세월호 유족 절반 외상 후 스트레스…자살 시도도’, 2016. 7. 20., <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/07/20/0200000000AKR20160720090100004.HTML>>, 2017. 8. 31. 확인;

권세진, ‘세월호 생존자와 유가족 트라우마 치료’, 『월간조선』 2015년 5월호, <<http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?ctcd=&nNewsNumb=201505100019>>, 2017. 8. 31. 확인.

16) 박미라, “‘세월호 생존자 20% 외상 후 울분 장애’”, 메디컬옵저버 2017. 4. 13자, <<http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=100201>>, 2017. 8. 31. 확인.

17) DiGrande *et al.*, “Long-term Posttraumatic Stress Symptoms Among 3,271 Civilian Survivors of the September 11, 2001, Terrorist Attacks on the World Trade Center”, *American Journal of Epidemiology* 173(3), 2010, pp. 271-281, p. 275;

월호참사 생존자들 및 사망자들의 유족에게도 참사로 인한 PTSD 증상에 따른 정신적 손해가 참사 시점인 2014. 4. 16. 이후 상당기간이 경과한 후에 새로 발생할 가능성이 높다고 할 수 있다.

이러한 PTSD 증상들은 그 발현 시점이 사고 시점에서 상당히 멀리 떨어져 있음에 더해 위에서 살펴본 대로 그 스펙트럼이 넓어 그 발현 범위 또한 매우 광범위하다. 그렇다면 당해 증상들로 인한 손해는 실제로 발생하기 전까지는 그에 대한 배상범위를 예측하여 특정하기 어려운 손해라고 볼 수 있는 바, 세월호참사 당시에 예상불가능한 중대한 후발손해에 해당한다. 그런데 세월호피해지원법상의 심의위원회에 배상금 등의 지급을 신청하고 그 지급에 동의하여 동법 제16조에 의해 국가와의 재판상 화해의 효력이 발생한 세월호참사 피해자들에게 이러한 PTSD 증상들이 나타난다면, 당해 증상으로 인한 손해는 재판상 화해 후에 발생한 예상불가능한 중대한 후발손해에 해당한다. 그리하여 당해 피해자들은 일상생활에 명백한 지장을 초래하는 손해를 입었음에도 불구하고 위 IV.1.에서 살펴본 바와 같이 세월호피해지원법 제16조 및 관련 민사소송법 규정에 의해 이미 기판력이 발생한 기존의 지급결정에 준재심의 방법으로 이의를 제기할 수 없고, 따라서 당해 손해에 대한 추가적 국가배상을 받을 수 없게 된다. 청구인들의 이 부분 청구취지는 이러한 부당성을 지적하는 것이다.

세월호참사 피해자들은 참사 당시에 이미 심대한 정신적 충격에 빠졌다. 그런 그들에게 세월호피해지원법 제16조는 ① 세월호피해지원법상의 심의위원회에 의한 신속한 손해배상 및 피해구제를 받되 간이한 절차를 택한 대가로 향후 발생할지도 모를 예상불가능한 중대한 후발손해에 대한 배상은 포기하는 방법과 ② 예상불가능한 중대한 후발손해의 발생가능성까지 미리 고려한 후 그 손해를 추가로 배상받을 수 있는 가능성을 열어두기 위해 세월호피해지원법상의 심의위원회에 의한 신속한 손해배상 및 피해구제를 선택하지 않고 대신 민사소송 등을 통해 국가와 직접 손해배상범위를 다

Neria *et al.*, "Long-Term Course of Probable PTSD After the 9/11 Attacks: A Study in Urban Primary Care", *Journal of Trauma Stress* 23(4), 2010, pp. 474-482, p. 480.

투는 지난한 방법, 두 가지 중 하나를 선택하라고 요구한다. 하지만 세월호 참사 피해자들은 세월호피해지원법이 그 입법목적으로써 인정한 대로¹⁸⁾ 신속한 손해배상과 피해구제를 받을 권리와 대법원 판례가 인정한 대로 참사 당시 예상불가능했던 후발손해에 대한 추가배상을 받을 권리를 모두 가지는 바, 국가가 이들로 하여금 두 권리 중 하나만을 선택하도록 사실상 강제하는 것은 온당치 못하다.

3. 대상결정에 대한 평가

대상결정 중 배상신청인의 배상금지급동의와 재판상 화해 성립의제의 법적 의미와 관련이 있는 부분은 세월호피해지원법 제18조의 위헌여부에 대한 결정이다.

(1) 적법요건에 관한 판단

심의위원회의 배상금 등 지급결정에 대하여 신청인이 동의한 때에는 세월호피해지원법 제16조에 따라 국가와 신청인 사이에 민사소송법에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 간주된다. 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력이 있으므로 신청인이 일단 배상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 그 동의에 당연무효사유가 없는 한 재심의 소에 의하지 않고는 그 효력을 다룰 수 없게 된다. 따라서 동 조항은 신청인이 동의한 심의위원회의 지급결정에 재판상 화해와 같은 효력을 부여함으로써 동의한 신청인에게는 배상금 등 지급에 관한 소송을 제기하는 데 제약을 가하고 이로써 헌법 제27조의 재판청구권을 제한한다.¹⁹⁾ 따라서 대상결정 중 이와 같이 판단한 부분은 타당하다.

18) 4·16세월호참사피해구제및지원등을위한특별법제1조(목적) 이 법은 2014년 4월 16일 전라남도 진도군 조도면 부근 해상에서 여객선 세월호가 침몰함에 따른 참사로 인하여 희생된 사람을 추모하고 신체적·정신적·경제적 피해를 입은 사람 등에 대한 신속한 피해구제와 생활 및 심리안정 등의 지원을 통하여 피해지역의 공동체 회복을 도모하는 것을 목적으로 한다.

19) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정; 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2006헌마1322 결정 참조.

한편 청구인들의 주장 중 세월호피해지원법 제16조가 청구인들의 재산권과 국가배상청구권을 침해한다는 주장은 동 조항에 의해 청구인들의 재판청구권이 제한됨에 따라 발생하는 부수적 효과에 관한 주장에 불과하다. 따라서 대상결정 중 청구인들의 이 부분 주장에 대하여 별도로 판단하지 아니한 부분은 타당하다.

(2) 본안에 관한 판단

1) 입법목적의 정당성과 수단의 적절성

세월호피해지원법은 세월호참사로 인하여 피해를 입은 사람의 피해를 신속하게 구제하기 위한 목적으로 제정되었고, 국가로 하여금 소송 이외의 간이한 방법으로 피해자에게 배상금 등을 우선 지급한 다음 국가 이외의 다른 책임자들에게 구상권 등을 행사하도록 한다. 동법 제16조가 신청인이 배상금 등 지급결정에 동의한 경우 재판상 화해와 같은 효력을 부여하는 것은 배상금 등의 지급절차를 신속히 종결하고 배상금 등을 지급할 수 있도록 한 규정이므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 따라서 대상결정 중 이와 같이 판단한 부분은 타당하다.

2) 침해의 최소성

피해구제를 신속히 하고 분쟁을 빨리 종결시켜 피해자들이 안정된 일상생활로 복귀하도록 하기 위해서는 배상금 등을 둘러싼 법적 분쟁 상태에서 조속히 벗어나도록 해야 할 필요성이 있다. 그러나 청구인들로 하여금 배상금 등 지급절차를 통해 동의서를 제출하고 배상금 등을 지급받은 경우 재판상 화해의 효력을 부여하여 소송으로 더 이상 다룰 수 없게 하는 경우, 청구인들에게 배상금 등을 지급받아 재판상 화해의 효력이 발생하는 시점에는 예상할 수 없었던 중대한 후발손해가 추후 발생한다 하여도 청구인들은 당해 손해에 대하여는 추후 국가에 추가배상을 요구할 수 없게 된다. 재판상 화해가 성립된 부분에 대하여도 민사소송법상 준재심의 소에 의하여 이의제기를 할 수 있으나, 재판상 화해의 효력이 발생하는 시점에 예상할 수 없었던 중대한 후발손해가 발생했다는 사정은 위 IV.1.에서 살펴본 바와 같이

준재심의 요건에 해당하지 아니하여 그에 대한 이의제기는 할 수 없다.

세월호참사와 같은 대형사고의 피해자들은 극심한 외상성 경험으로 인한 PTSD가 발병할 위험성이 높다. PTSD 증상은 청구인들의 일상생활에 심대한 지장을 초래하며, 이는 청구인들이 국가의 불법행위로 인하여 입은 중대한 손해로 평가함이 타당하다. PTSD 증상은 그 발현시간과 영향에 있어 스펙트럼이 매우 넓은 바, 사고 후 오랜 시간이 지나서야 발병할 수도 있고 사고 후 비교적 단시간 내에 발병한다고 하더라도 사고 후 오랜 시간이 지난 시점에 새로운 형태의 증상으로 나타날 수도 있다. 그렇다면 이러한 손해는 청구인들이 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의하여 배상금을 지급받은 시점에 예상할 수 없었던 중대한 후발손해로 보아 청구인들에게 당해 손해에 대한 추가배상을 청구할 수 있도록 허용함이 타당하며, 대법원도 화해계약 성립 시점에 예상할 수 없었던 중대한 후발손해에 관하여는 재판청구권을 인정하고 있다. 국가배상법 제9조는 국가배상법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다고 규정하는 바, 이는 문언 그대로의 의미로 새길 것이고 함부로 문언을 반대 해석하여 배상심의회에 배상신청을 했다면 손해배상의 소송을 제기할 수 없다고 새겨서는 아니된다.

하지만 세월호피해지원법 제18조는 청구인들의 배상금 등 지급동의에 재판상 화해와 같은 효력을 부여함으로써 청구인들이 위 대법원 판례와 달리 예상불가능한 중대한 후발손해에 관한 추가배상청구의 소를 제기할 수 없게 한다. 국가는 청구인들의 배상금 등 지급동의에 재판상 화해가 아닌 민법상 화해계약의 효과를 부여하더라도 신속한 손해배상과 피해구제 및 법적 절차 종결을 가능케 하고자 하는 목적을 달성할 수 있으며, 이 경우 청구인들의 재판청구권이 제한되는 정도는 약해진다. 그런데도 국가가 청구인들의 배상금 등 지급동의에 재판상 화해의 효력을 부여하는 것은 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이다. 따라서 세월호피해지원법 제18조는 침해의 최소성을 갖추지 못하였다. 대상결정 중 이와 달리 판단한 부분은 부당하다. 그 부당성과 관련하여, 대상결정이 이 부분 판단에서 청구인들의 청구취지에서 주장하는 예상불가능한 중대한 후발손해에 관한 언급을

전혀 하지 아니하고 있음을 별도로 지적해 둔다.

3) 법익의 균형성

세월호피해지원법 제18조로써 신속한 손해배상과 피해구제 및 법적 절차 종결 등의 공익이 달성된다. 그러나 그 공익이 동 조항이 제한하는 청구인들의 사익, 곧 청구인들이 배상금 등 지급동의 시점에 예상할 수 없었던 중대한 후발손해에 관한 재판청구권보다 크다고 할 수 없다. 따라서 세월호 피해지원법 제18조는 법익의 균형성도 갖추지 못하였다. 대상결정 중 이와 달리 판단한 부분은 부당하다.

(3) 소결

세월호피해지원법 제16조는 청구인들로 하여금 배상금 등 지급결정 동의 과정에 당면무효사유가 없는 한 재심의 소에 의하지 않고는 그 효력을 다룰 수 없게 함으로써 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다. 대상결정 중 이와 달리 판단한 부분은 부당하다.

V. 배상금지급 후 이의제기금지조항의 법적 의미

1. 이의제기금지조항의 일반적 법리

실생활에서의 법률행위에는 다양한 형태의 이의제기조항이 활용된다. 그 중 대표적인 영역은 위 IV.1.에서 살펴본 바 있는 화해계약 및 재판상 화해다. 이미 인용한 바 있는 대법원 2000. 1. 14. 선고 99다39418 판결 사안에서도 원고와 피고는 합의계약을 체결하면서 “원고는 이 사건 교통사고와 관련하여 피고로부터 금 1,650,000원을 받고 이후 이 사건 교통사고로 인한 손해배상청구권을 포기하면서 앞으로 민·형사상의 소송이나 이의를 제기하지 않는다”는 문언이 포함된 합의서를 작성하였다.

이의제기금지조항에 관하여는 위 II, III., 및 IV.에서 살펴본 쟁점들과 달리 모든 사안에 적용되는 단일한 법리가 존재하지 아니하며, 그러한 법리를

도출할 수도 없다. 우리 민법이 계약자유 원칙을 대원칙으로 삼고 계약해석 원칙으로서 의사주의를 채택하고 있는 이상, 이의제기금지조항의 문언이 대체로 동일하다고 할지라도 그 조항의 실질적 의미는 사안별로 계약당사자들의 의사에 따라 달리 해석해야 하기 때문이다. 따라서 이의제기금지조항의 법적 성격은 결국 개별 사안에서 법원이 담당하는 계약내용 해석의 문제로 환원된다. 곧 이의제기금지조항의 법적 성격에 대한 최종 판단권은 일선 법원에 있다.

다만 일선 법원이 이의제기금지조항의 법적 성격을 확정하기 위한 계약내용 해석 과정에서 일관되게 계약공정의 원칙을 견지하고 있음에 주목할 필요가 있다. 계약자유 원칙이 민법의 대원칙이기는 하나, 사회의 복잡성과 전문성이 증대하면서 계약당사자 간의 불평등이 증대함에 따라 “형식적인 계약의 자유에서 나아가 당사자 모두에게 이익을 주는 계약의 공정을 실현하는 것을 지향”하는 것이다.²⁰⁾ 법원은 계약내용을 계약공정의 원칙에 합치하는 방향으로 해석하기 위하여 특정 내용이 일방의 권리를 과도하게 제한하는 경우 그 효력을 축소하거나 제한하고 있으며, 이는 이의제기금지조항의 해석에 관하여도 같다. 대법원은 “용역경비계약의 특약사항으로 각종 금제품 및 기타 보석류 전량과 시계류 중 사용자 매입단가 기준 150,000원 이상의 모든 손목시계는 사용중인 금고에 보관하여야 하며, 사용자가 위사항을 준수하지 아니하여 발생한 사고에 대하여는 회사가 책임을 지지 아니한다는 면책조항²¹⁾이 포함되어 있는 경우, 위 면책조항이 피고의 고의·중과실이 있는 경우에만 적용되는 것은 아니”고 이는 “피고가 주장하는 면책조항의 의미를 한정하여 해석한 것에 불과하고 그 면책조항이 무효라는 원고의 재항변을 의제하여 판단한 것이 아니”어서 정당한 해석이라고 판시한 바 있다.

20) 김준호, 민법강의 (제23판), 법문사, 2017, 26면.

21) 이 면책조항에는 회사가 사용자의 손해를 배상하지 아니하는 데 대한 이의를 제기하지 않겠다는 취지의 함의가 포함되어 있다고 해석할 수 있으며, 이때 계약당사자의 의사 및 계약공정의 원칙을 고려하면 당해 이의제기금지조항은 부제소 또는 청구권의 포기의 취지까지를 포함하는 것은 아니고 회사가 사용자의 손해를 배상하지 아니하였다는 이유로 회사에 불만을 제기하지 아니하겠다는 취지에 그친다고 해석함이 타당하다.

물론 계약해석의 ‘공정성’이 구체적으로 어떠한 의미의 균형을 의미하는지는 다시 법원이 사안별로 판단할 문제이다. 예컨대 연예기획사와 소속 연예인이 체결한 엔터테인먼트 전속계약에 연예인이 연예기획사에 계약조건에 관한 이의제기를 할 수 없도록 규정하는 조항이 있는 경우, 법원은 당해 계약에서 연예인의 회사에 대한 협상력이 극히 약하다는 점을 고려하여 당해 조항을 당연무효 또는 적어도 취소가능한 계약내용으로 볼 것이다.²²⁾ 반대로 서로 다른 국적의 회사 또는 개인들이 체결한 산업재산권 관련 계약에 일방이 상대방의 산업재산권 사용·수익 등에 관하여 이의제기를 할 수 없도록 규정하는 조항이 있는 경우, 법원은 각종 자유무역협정의 취지를 고려하여 당해 조항의 유효성을 그대로 인정하거나 그 내용을 축소해석하는데 그칠 것이다.²³⁾ 그렇다면 국가와 사인 간의 계약에서 사인이 국가에 대해 이의제기를 할 수 없도록 하는 규정이 있는 경우, 사인의 실질적 지위가 국가의 그것에 비하여 낮다는 점을 고려하여 원칙적으로 당해 조항의 효력을 강하게 제한하는 것이 사인의 권익 보장 측면에서 타당하다고 할 것이다.

2. 세월호참사에서의 이의제기금지조항

세월호피해지원법 시행령 제15조는 세월호참사 피해자들이 심의위원회에 배상금 등의 지급을 신청하기 위하여 별지 제15호 서식의 동의서를 제출하도록 하고, 별지 제15호 서식에는 “신청인은 배상금등을 받았을 때에는 4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고, 4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.”라는 문언이 포함되어 있다. 이 문언 중 쟁점과 관련하여 문제가 되는 부분은 후문인데, 위 V.1.에서 살펴본 국가의 사인에 대한 우위를 고려하면 이 조항은 문언 그대로

22) 이우석, “엔터테인먼트 전속계약에 따른 연예인의 법적 보호”, 『법학연구』 제30권, 2010, 305-336면, 324-326면 참조.

23) 김정완, “산업재산권의 국제적 보호와 내국민대우의 원칙”, 『기업법연구』 제19권 제2호, 2005, 369-388면, 381-383면 참조.

국가가 세월호참사 피해자로 하여금 세월호참사에 관한 일체의 이의제기를 금지한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다.

<공백 삭제> 이에 대하여, 대상결정의 소수의견은 이 문언의 전단과 후단이 연결되어 있음에 초점을 맞추어 후단은 전단이 규정한 내용에 한하여 이의제기를 금지하는 취지로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 전단은 ‘4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대하여’ 재판상 화해의 효력이 있다고 규정하는 반면 후단은 ‘4·16세월호참사에 관하여’ 일체의 이의제기를 금지한다고 규정함에 비추어 볼 때, 문언상으로도 후문은 전문과는 구분되는, 곧 손해·손실 등에 한정되지 않는 세월호참사 전반에 관한 이의제기를 금지한다고 해석하여야 한다. 세월호피해지원법 시행령 별지 동의서 서식 및 동 시행령에서 당해 이의제기금지조항과 관련하여 어떠한 이의제기를 금지한다는 것인지에 대한 언급을 따로 찾아볼 수 없는 이상, 당해 이의제기금지조항이 금지하는 이의제기의 범위에 제한이 있다고 해석할 수 있는 근거는 없다.

그렇다면 사인인 세월호참사 피해자의 권익 보장을 위하여 당해 이의제기금지조항을 세월호참사 피해자에게 유리하게 적용할 수 있는 유일한 방법은 당해 조항의 효력을 부정하는 것이다. 법령 자체는 원칙적으로 처분성이 인정되지 아니하여 행정소송을 통해 그 무효를 주장할 수 없으므로,²⁴⁾ 세월호참사 피해자들은 당해 이의제기금지조항이 자신들의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이다. 가사 당해 이의제기금지조항이 세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대한 재판상 화해의 효력에만 적용되는 것으로 본다고 하더라도, 당해 조항은 그 효력이 없다. 위 III.2.와 III.3.에서 살펴본 바와 같이, 세월호참사 피해자들이 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의했다는 이유만으로 세월호참사로 인한 손해에 관한 피해자들과 국가의 재판상 화해가 성립한 것과 같은 효력을 부여하는 것은 피해자들이 지급결정에 동의할 당시 예상할 수 없었던 중대한 후발손해에 관하여 가지는 재판청구권을 과도하게

24) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91누12639 판결 참조.

제한하기 때문이다.

3. 대상결정에 대한 평가

대상결정 중 배상금지급 후 이의제기금지의 법적 의미와 관련이 있는 부분은 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분의 위헌여부에 대한 결정이다.

(1) 적법요건에 관한 판단

세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 배상금 등을 받은 경우 재판상 화해와 같은 효력이 있음에 동의한다는 표현을 넘어서 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.’라는 부분은, 재판상 화해 의제규정이 “4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등”의 범위에 한정하여 적용되는 반면 이의제기 금지조항은 손해·손실 등을 넘어서 세월호참사 전반에 관하여 적용된다는 의미이다. 따라서 당해 이의제기금지조항을 법적으로 아무런 효력 없는 무의미한 기재라고 단정할 수 없다.

청구인들은 이의제기금지조항이 세월호참사의 진상규명 및 책임자 처벌 요구 등 의사를 표현하는 것이나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함하여 일체의 문제 제기를 할 수 없는 것으로 해석될 수 있다고 주장하고 있다. 이 부분 기재 내용을 제한적으로 해석하더라도 최소한 청구인들의 일반적 행동의 자유가 제한되는 것은 부인할 수 없다. 이의제기 금지조항이 모법에 전혀 없는 표현을 임의로 규정함으로써 제한되는 청구인들의 일반적 행동의 자유는 일상생활에서 자신의 의사를 결정하고 그에 따른 행위를 하는 데 대한 자유권이다.

청구인들로서는 헌법소원 이외에 이와 같은 자유권 제한을 다룰 수 있는 방법이 없으므로, 이 사건 시행령 규정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 보아야 한다. 따라서 대상결정 중 이와 같이 판단한 다수의견은 타당하다. 대상결정 중 반대의견은 이와 달리 이의제기금지조항이 세월

호피해지원법 시행령 제16조가 규정하는 재판상 화해의 효력에 한하여 적용되는 것으로서 그 자체로 새로운 법적 의미를 갖지 아니하여 공권력의 행사에 해당하지 아니하고, 그에 따라 이 부분 심판청구가 부적법하므로 각하하여야 한다고 판단한 바, 이는 부당하다.

(2) 본안에 관한 판단

1) 법률유보원칙 위반 여부

모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다.²⁵⁾ 세월호피해지원법은 배상금 등의 지급 이후 효과나 의무에 관한 일반규정을 두거나 이에 관하여 범위를 정하여 하위 법규에 위임한 바가 없다. 세월호피해지원법 제15조 제2항은 ‘동조 제1항에 규정된 사항 외에 배상금 등의 지급 절차 등에 필요한 사항’을 대통령령에 위임하고 있을 뿐이므로, 시행령으로 규정할 수 있는 사항은 지급신청 시 동의서를 첨부해야 한다는 점과 이와 같은 수준의 사항, 즉 지급신청 시 제출해야 하는 서류·청구서 양식·신청서류 제출기관·배상금 등 지급기관·지급방법 등 지급신청이나 지급에 관한 기술적이고 절차적인 사항일 뿐이며, 여기에 지급받은 이후의 효과나 의무까지 포함되지 않음은 분명하다. 그렇다면 동법 시행령이 세월호피해지원법 제16조에서 규정하는 동의의 효력 범위를 초과하여 세월호참사 전반에 관한 일체의 이의 제기를 금지시킬 수 있는 권한을 부여받았다고 볼 수는 없다.

따라서 이의제기금지조항은 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반하여 법률의 근거 없이 대통령령으로 청구인들에게 세월호참사와 관련된 일체의 이의 제기 금지 의무를 부담시킴으로써 일반적 행동의 자유를 침해한 것이다. 대상결정 중 이와 같이 판단한 부분은 타당하다.

2) 과잉금지원칙 위반 여부

대상결정은 이의제기금지조항의 과잉금지원칙 위반 여부를 별도로 판

25) 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마139등 결정.

단하지 아니하였다. 그러나 헌법재판소는 청구인들의 심판청구서에 기재된 청구취지에 구애됨이 없이 청구인들의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인들이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 심판대상을 확정하여야 하는 바,²⁶⁾ 청구인들의 청구취지에 이의제기금지조항이 청구인들의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한한다는 주장이 포함되어 있다고 보지 못할 바 아니므로, 이 주장에 대하여도 판단하여야 한다. 이에 본고는 이의제기금지조항의 과잉금지원칙 위반 여부에 대하여도 논하기로 한다.

위 V.3.(2).에서 살펴본 바에 의해 이의제기금지조항이 청구인들의 일반적 행동의 자유를 침해할 가능성이 인정됨은 명백하다. 한편 청구인들의 주장 중에는 이의제기금지조항이 청구인들의 재판청구권과 재산권을 제한한다는 주장도 포함되어 있다고 볼 여지가 있으나, 이 부분 주장은 동 조항에 의해 청구인의 일반적 행동의 자유가 제한됨에 따라 발생하는 부수적 효과에 관한 주장에 불과하므로 별도로 판단하지 아니한다. 그러므로 이하에서는 이의제기금지조항이 청구인의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하는지에 관한 본안판단으로 나아간다.

(가) 입법목적의 정당성

세월호피해지원법은 세월호참사로 인하여 피해를 입은 사람의 피해를 신속하게 구제하기 위한 목적으로 제정되었다. 이의제기금지조항이 세월호 피해지원법에 따라 심의위원회가 지급하는 배상금 지급에 동의하면 세월호 참사와 관련하여 이의제기를 할 수 없도록 한 것은 배상금 등의 지급절차 및 관련 법적 분쟁을 신속히 종결하고 배상금 등을 지급할 수 있도록 한 규정이므로, 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(나) 수단의 적절성

세월호피해지원법에 따라 심의위원회가 지급하는 배상금 지급에 동의한 경우 세월호참사와 관련하여 이의제기를 할 수 없도록 하면 배상금 등의 지급절차 및 관련 법적 분쟁을 신속히 종결하고 배상금 등을 지급할 수 있

26) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 89헌마281 결정 참조.

을 것임은 인정된다. 그러나 청구인들은 신속한 손해배상과 피해구제를 받을 권리와 세월호참사의 진상규명 및 책임자 처벌 요구 등 의사를 표현하는 것이나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함한 문제제기를 할 권리 모두를 가지며, 이들 권리는 동시에 양립할 수 있다. 또한 국가는 청구인의 일반적 행동의 자유를 제한하지 아니하는 세월호피해지원법 및 동법 시행령에 의한 다른 수단을 통해서도 세월호피해지원법의 입법 목적을 달성할 수 있다. 그런데도 국가가 행정절차의 편의를 위해서 신속한 손해배상과 피해구제만을 강조하면서 청구인이 세월호참사 전반에 관한 문제제기를 할 일반적 행동의 자유를 제한하는 수단을 선택한 것은 적절하다고 할 수 없다. 따라서 이의제기금지조항은 수단의 적절성을 갖추지 못하였다.

(다) 침해의 최소성

국가는 청구인들의 일반적 행동의 자유를 제한하지 아니하면서도 세월호피해지원법의 입법목적을 달성할 수 있음에도, 이의제기금지조항은 그 수단으로써 청구인들의 일반적 행동의 자유를 제한하는 방법을 선택하였다. 그렇다면 이의제기금지조항이 청구인들의 일반적 행동의 자유를 불필요하게, 즉 과도하게 제한하는 것임은 자명하다. 따라서 이의제기금지조항은 침해의 최소성도 갖추지 못하였다.

(라) 법익의 균형성

이의제기금지조항을 통해 신속한 손해배상과 피해구제 및 법적 절차 종결 등의 공익이 달성된다. 그러나 그 공익이 동 조항이 제한하는 청구인들의 사익, 곧 세월호참사의 진상규명 및 책임자 처벌 요구 등 의사를 표현하는 것이나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함한 문제제기를 할 일반적 행동의 자유보다 크다고 할 수 없다. 따라서 이의제기금지조항은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다.

(마) 과잉금지원칙 위반 여부의 소결

세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분은 청구인들이 간이한 절차를 통한 배상금 지급에 동의하였다는 이유만으로 세월호참사 전반에 관련하여 일체의 문제제기를

할 수 없게 함으로써 청구인들의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하여 과잉금지원칙에 위반된다.

(3) 소결

세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분은 법률유보원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로 헌법에 위반된다. 대상결정은 과잉금지원칙 여부에 대한 판단을 하지 아니하고 있으나, 그 결론에 있어 이와 같이 판단한 부분은 타당하다.

VI. 결 론

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

1. 대상결정 중 세월호피해지원법 전반의 법적 의미와 연관이 있는 부분은 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제15조 제1항 및 제15조 제2항의 위헌여부에 대한 결정이다. 헌법재판소는 동법 제6조 제3항 후문과 제15조 제2항에 대하여는 동 조항들이 별도의 집행행위를 예정하고 있다는 이유로 기본권침해의 직접성을 부정하여 동 조항들에 대한 심판청구를 각하하였다. 세월호피해지원법 제15조 제1항에 대하여는 동 규정이 청구인들이 정당한 손해배상청구권을 행사하는 구체적인 절차를 규정하고 있을 뿐이므로 청구인들의 명예권을 침해할 가능성이 없다고 보아 기본권침해의 가능성을 부정하여 동 조항에 대한 심판청구를 각하하였다.

공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 국가는 국가배상법에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있다. 국가의 이 손해배상책임은 민법 제756조에 의한 사용자배상책임으로서, 국가가 국가, 국가기관 또는 국가기관의 위임을 받은 기관이 관리·단속하는 공법상의 모든 영역에서 고의 또는 과실로 공무원에 대한 선임·감독의무를 다하지 않

은 데 대한 불법행위책임을 직접 부담하는 것이라고 해석함이 타당하다. 그렇다면 세월호참사에서 국가는 여객선 승객의 안전을 위협하는 여객선 운영사의 위법행위를 제대로 감독·제재하지 못한 불법행위에 기한 민법 제756조 제2항의 손해배상책임을 직접 부담하며, 세월호 침몰 당시 해양경찰이 소극적인 구조활동을 벌인 탓에 막을 수도 있었던 손해를 막지 못한 불법행위에 기한 민법 제756조 제1항 및 국가배상법 제2조의 손해배상책임 또한 직접 부담한다.

다만 국가의 세월호참사 피해자들에 대한 구체적인 배상범위, 배상액수 및 그 결정에 관한 사항은 개별 피해자별로 세월호참사 당시 피해를 입게 된 경위와 피해 정도 등에 따라 상이할 것이므로, 당해 개별적 사실관계들을 전부 법률에 직접 규정하기는 어렵다. 그러므로 세월호참사에 있어 국가배상의 구체적인 사항을 법률이 아닌 시행령 및 심의위원회의 행정행위로 위임하는 것은 정당하고 또 불가피하다. 이와 같은 이유를 들어 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제15조 제1항 및 제15조 제2항에 대하여 기본권 침해의 직접성 또는 기본권침해가능성을 부정하고 그에 따라 이 부분 심판청구를 각하한 이 부분 대상결정은 타당하다.

2. 대상결정 중 국가의 손해배상청구권 대위행사의 법적 의미와 연관이 있는 부분은 세월호피해지원법 제18조의 위헌여부에 대한 결정이다. 헌법재판소는 동 조항이 국가가 피해자를 대위하여 손해배상청구권을 행사하도록 하였다고 하여 이것이 국가의 세월호참사에 대한 책임을 면제하는 의미라거나 국가의 손해배상책임을 부인하는 것으로 볼 수도 없다는 이유로 청구인들의 국가배상청구권에 대한 기본권침해가능성을 부정하여 이 부분 심판청구를 각하하였다.

불법행위에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법상 손해배상자의 대위 규정이 준용된다. 손해배상자의 대위가 손해배상의 전보배상 취지에 상응하여 채권자가 이중배상을 받아 부당이득을 취득하는 것을 방지하는 데 그 취지가 있는 것에 더하여, 불법행위에 있어 손해배상자의 대위는 손해배상채권자에게 손해배상금 지급의무를 지되 그 불법행위의 원인을 적극적으로

로 제공하지 아니한 불법행위자가 손해배상채무 이행으로 인해 입은 손해를 계약대상물 또는 권리에 직접 손해를 가한 제3자에게 보전받을 수 있도록 보장하는 취지를 추가로 갖는다. 이는 상법상 보험자대위의 취지와 같고, 민법상 변제자대위의 취지와도 유사하다. 그러므로 국가의 손해배상청구권 대위를 포함한 불법행위에 있어서의 손해배상자의 대위는 대위자가 손해배상청구권자에게 직접 불법행위를 가하지 아니하였거나 적어도 그 불법행위의 비난의 정도가 약한 때에만 허용된다고 할 것이다.

그런데 국가는 세월호참사 피해자들에 대하여 직접 불법행위를 가하였고, 그 불법행위에 대한 비난가능성도 크다. 따라서 국가는 세월호참사의 원인을 제공한 제3자의 존재와는 무관하게 피해자에게 자신의 손해배상책임을 부담하여야 하고, 이러한 책임에 관하여 국가가 당해 제3자에게 구상권을 행사할 수는 있을지언정 세월호참사 피해자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 대위행사할 수는 없다. 그럼에도 세월호피해지원법 제18조가 세월호참사에 있어 국가가 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있게 하는 것은 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 부정하거나 최소한 과도하게 축소하는 것이다.

위와 같이 세월호피해지원법 제18조가 청구인의 국가배상청구권을 제한할 가능성이 인정되어 이 부분 심판청구는 적법요건을 갖추었으므로 본안 판단에 나아가야 한다. 본안 판단에 관하여는, 동 조항은 청구인들이 신속하고 간이한 손해배상을 받을 수 있게 하는 것으로서 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성은 갖추었다. 그러나 국가는 청구인들의 국가배상청구권을 실질적으로 덜 제한하는 구상권을 행사할 수 있음에도 그렇게 하지 아니하여, 동 조항은 국가의 직접적 불법행위로 손해를 입은 청구인들이 국가로부터 직접 손해배상을 받을 수 없게 함으로써 청구인들의 손해배상청구권을 과도하게 제한한 바, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하였다. 따라서 세월호피해지원법 제18조는 헌법에 위반된다. 동 조항에 대한 심판청구의 적법요건 및 동 조항의 위헌여부에 관하여 이와 달리 판단한 이 부분 대상결정은 부당하다.

3. 대상결정 중 배상신청인의 배상금지급동의와 재판상 화해 성립의제의 법적 의미와 연관이 있는 부분은 세월호피해지원법 제16조의 위헌여부에 대한 결정이다. 헌법재판소는 동 조항이 청구인들의 재판청구권을 침해할 가능성을 인정하여 본안판단으로 나아갔다. 본안판단에서는 동 조항이 신속한 피해구제 및 손해배상을 가능케 하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되고, 심의위원회의 배상금 지급절차는 합리적이고 공정하므로 배상금 등 지급결정에 대한 동의에 재판상 화해의 효력을 부여하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다고 하여 침해의 최소성과 법익의 균형성도 인정되는 바, 동 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다.

재판상 화해는 소송절차 진행 중인 양 당사자가 소송의 목적이 된 물건이나 권리 등에 관하여 상호 양보하기로 합의하고 그 의사를 법원에 의해 확인받는 절차를 말한다. 재판상 화해는 재판상 화해의 그 목적과 기능이 민법상 화해계약과 유사하나, 재판상 화해는 그 법적 성질이나 그에 관한 분쟁이 발생했을 경우 적용될 법률관계 등에서는 화해계약과 다른 점이 많이 있다. 재판상 화해가 성립한 내용에 대해서는 민법상 화해계약이 성립한 내용과 달리 확정판결의 효력 곧 기판력이 인정된다는 점이 대표적이다. 기판력이 발생한 재판상 화해에 대하여는 그 합의에 당연무효사유가 없다면 민사소송법상 준재심의 소에 의하여만 이의제기를 할 수 있다. 이 때문에 불법행위로 인한 손해배상에 관한 화해계약에 있어서는 다시 소를 제기할 수 있는 예외요건인 합의 당시 예측불가능했던 중대한 후발손해가 있더라도, 동일한 합의에 대하여 재판상 화해가 성립하였다면 당해 후발손해가 준재심의 소를 제기할 수 있는 요건에는 해당하지 아니하기 때문에 다시 소를 제기할 수 없다.

세월호참사 피해자들은 높은 확률로 외상 후 스트레스 장애(PTSD)를 겪고, 그 증상의 정도 역시 심각하다. 또한 PTSD는 그 원인이 되는 극심한 외상성 경험 시점과 실제 증상 발현 시점의 시간적 간격이 넓을 수 있어, 세월호참사 피해자들이 세월호피해지원법에 의해 참사 이후 비교적 단시간 내에 국가배상을 받은 후에도 중대한 후발손해를 겪을 가능성이 크다. 여기

에 더해 이러한 PTSD 증상들은 그 스펙트럼이 넓어 그 발현 범위 또한 매우 광범위하다. 그렇다면 당해 증상들로 인한 손해는 실제로 발생하기 전까지는 그에 대한 배상범위를 예측하여 특정하기 어려운 손해라고 볼 수 있는바, 세월호참사 당시에 예상불가능한 중대한 후발손해에 해당한다.

그러나 세월호피해지원법 제16조가 배상심의회를 통한 신속한 손해배상을 선택한 세월호참사 피해자들에게 국가와의 재판상 화해의 효력을 부여함에 따라, 당해 피해자들은 신속한 손해배상을 선택할 권리와 예측불가능한 중대한 후발손해에 대한 추가배상을 받을 권리를 모두 가짐에도 불구하고 전자를 행사했다는 이유로 후자를 행사할 수 없게 된다. 국가는 재판상 화해가 아닌 민법상 화해계약의 효력을 부여하는 방법을 선택하여 세월호참사피해자들의 재판청구권을 보다 적게 제한하면서도 세월호피해지원법의 입법목적을 달성할 수 있지만, 세월호피해지원법은 그렇게 하지 아니한다. 이상을 종합해 보면, 세월호피해지원법 제16조는 청구인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것으로서, 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성을 갖추어 적법하고, 동 조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 갖추었으나 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 아니하여 헌법에 위반된다. 동 조항의 위헌여부에 관하여 이와 달리 판단한 이 부분 대상결정은 부당하다.

4. 대상결정 중 배상금지급 후 이의제기금지조항의 법적 의미와 연관이 있는 부분은 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분의 위헌여부에 대한 결정이다. 헌법재판소는 당해 시행령의 이의제기금지조항이 세월호피해지원법 제16조에 규정된 세월호참사로 인한 손해·손실에 대한 재판상 화해에만 적용되는 것을 넘어서 세월호참사 전반에 대한 문제제기에 적용된다고 해석하였다. 이어서 헌법재판소는 당해 시행령이 이와 같이 광범위한 이의제기금지조항을 둔 것은 모법의 위임범위를 벗어나 청구인들의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것으로서 법률유보원칙에 위배되므로, 당해 시행령의 이의제기금지조항은 헌법에 위반된다고 선언하였다. 이에 관하여는 당해 시행령의 이의제기금지조항은 세월호피해지원법 제16조의 내용을 재확인한 것에 불과하므로 새로운

공권력의 행사가 될 수 없어 이 부분 심판청구를 각하하여야 한다는 재판관 2인의 반대의견이 있다.

민법상 계약자유 원칙 및 계약해석의 의사주의 원칙에 비추어 볼 때, 이의제기금지조항은 일반적으로 그 표면적 문언이 유사할지라도 개별 사안 및 계약당사자의 의사에 따라 다양한 의미로 해석된다. 그에 대한 최종적 판단은 일선 법원의 몫인데, 이의제기금지조항의 해석에 있어 법원은 구체적 타당성을 중시하면서도 계약당사자 일방에게 과도하게 불리한 해석을 배척하는 계약공정의 원칙을 일관되게 견지하고 있다. 그렇다면 국가와 사인 간의 계약에서 사인이 국가에 대해 이의제기를 할 수 없도록 하는 규정이 있는 경우, 사인의 실질적 지위가 국가의 그것에 비하여 낮다는 점을 고려하여 원칙적으로 당해 조항의 효력을 강하게 제한하는 것이 사인의 권익 보장 측면에서 타당하다고 할 것이다.

세월호피해지원법 시행령의 이의제기금지조항은 그 문언해석에 의하든 동법 시행령 및 동법의 다른 조항과 조화를 이루기 위한 체계적 해석에 의하든, 국가가 강자의 입장에서 약자인 세월호참사 피해자로 하여금 세월호참사에 관한 일체의 이의제기를 금지한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다. 그렇다면 사인인 세월호참사 피해자의 권익 보장을 위하여 당해 이의제기금지조항을 세월호참사 피해자에게 유리하게 적용할 수 있는 유일한 방법은 당해 조항의 효력을 부정하는 것이다. 법령 자체에 대해서는 행정소송을 통해 그 무효를 주장할 수 없으므로, 세월호참사 피해자들은 헌법소원심판을 통해 당해 이의제기금지조항의 위헌성을 주장하는 방법을 선택할 수밖에 없다.

이상을 종합해 보면, 당해 이의제기금지조항은 모법이 전혀 정하지 아니한 사항을 국가가 시행령에 자의적으로 규정함으로써 청구인들의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하는 것이다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되어 그 적법성이 인정되고, 당해 이의제기금지조항은 법률유보원칙을 위반하여 헌법에 위반된다. 이와 같이 판단한 이 부분 대상결정은 타당하고, 이와 달리 판단한 이 부분 반대의견은 부당하다. 한편 이 부분 대상결정은 당해 이의제기금지조항의 과잉금지원칙 위배 여부는

별도로 판단하지 아니하였는데, 헌법재판소는 그에 대하여도 판단하였어야 한다. 당해 이의제기금지조항은 그 입법목적의 정당성이 인정되나, 국가가 행정편의를 위하여 청구인의 일반적 행동의 자유를 법률상 근거 없이 일방적으로 제한하는 규정인 바, 그 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 인정되지 아니하여 헌법에 위반된다.

5. 세월호참사 관련 국가배상의 이러한 법적 함의에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 대상결정에서 세월호참사 피해자들의 기본권을 가장 광범위하게 제한하여 가장 큰 위헌성을 가지는 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분을 위헌이라고 선언한 것은 타당하며 바람직하다. 그러나 헌법재판소가 대상결정에서 위헌성이 있는 세월호피해지원법의 다른 조항들에 대한 청구인들의 청구를 기각하거나 각하한 것은 위헌선언의 범위를 최소화함으로써 국가가 사인을 통제하는 국가주의적 입법·행정을 용인하는 듯한 인상을 준다. 헌법재판소는 공권력과 국민 개인의 권리의 조화를 꾀하되 전자보다는 후자를 더 강력하고 또 섬세하게 보호하여야 한다. 특히 권리를 보호받고자 하는 대상이 세월호참사 피해자들과 같은 약자들일 경우, 헌법재판소는 헌법재판소의 기본권 보호기능을 더욱 엄중하게 인식하고 확실하게 수행해야 한다.

세월호참사 관련 국가배상의 법적 함의와 쟁점 - 최 효 재	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2017.09.04.	심사제외논문	2017.12.26.

[참고문헌]

[현행 법령]

- 대한민국헌법(1987. 10. 29. 개정, 헌법 제10호)
4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 (2015. 1. 28. 제정, 법률 제13115호)
4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령 (2015. 3. 27. 제정, 대통령령 제26163호)
경찰관직무집행법 (2017. 7. 26. 개정, 법률 제14839호)
국가배상법 (2016. 5. 29. 개정, 법률 제14184호)
민법 (2016. 12. 2. 개정, 법률 제14278호)
민사소송법 (2016. 2. 3. 개정, 법률 제13952호)

[판례 및 결정례]

- 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 89헌마281 결정.
헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정.
헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2006헌마1322 결정.
헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마139등 결정.
헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정 (주-본고의 대상결정).
대법원 1992. 3. 10. 선고 91누12639 판결.
대법원 2000. 1. 14. 선고 99다39418 판결.
대법원 2015. 11. 27. 선고 2015도11610 판결.
광주고등법원 2015. 7. 14. 선고 2015노177 판결.

[단행본]

- 김준호, 민법강의 (제23판), 법문사, 2017.
양창수·김재형, 계약법 (제2판), 박영사, 2015.

[논문]

- 강승준, “불법행위로 인한 손해배상에 관한 합의와 민법 제733조”, 『민사판례연구』 제20권, 1998, 262-311면.
김정완, “산업재산권의 국제적 보호와 내국민대우의 원칙”, 『기업법연구』 제19권 제2호, 2005, 369-388면.
남순현·엄태호, “외상후 스트레스 장애 환자의 성격요인과 대처방식과의 관계 - 교통사고 환자를 대상으로”, 『한국심리학회 학술대회 자료집』 제1998권 제1호, 47-55면.
이우석, “엔터테인먼트 진속계약에 따른 연예인의 법적 보호”, 『법학연구』 제30권, 2010, 305-336면.
DiGrande et al., “Long-term Posttraumatic Stress Symptoms Among 3,271 Civilian Survivors of the September 11, 2001, Terrorist Attacks on the World Trade Center”, American Journal of Epidemiology 173(3), 2010, pp. 271-281.
Neria et al., “Long-Term Course of Probable PTSD After the 9/11 Attacks: A Study in Urban Primary Care”, Journal of Trauma Stress 23(4), 2010, pp. 474-482.

[기타 자료]

- 권세진, ‘세월호 생존자와 유가족 트라우마 치료’, 『월간조선』 2015년 5월호,
 <<http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?ctcd=&nNewsNumb=201505100019>>, 2017. 8. 31. 확인.
- 대검찰청, ‘세월호 침몰사고 관련 수사 설명자료’, 2014. 10. 6.
 <http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board_no=2&article_no=583069>, 2017. 8. 30. 확인.
- 박미라, ‘“세월호 생존자 20% 외상 후 울분 장애”’, 메디컬옵저버 2017. 4. 13.자,
 <<http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=100201>>, 2017. 8. 31. 확인.
- 석진희, ‘이국종 교수, 세월호 침몰 당일 ‘닥터헬리’ 영상 공개…“나만 비행하고 있더라”’, 한겨레 2017. 8. 9.자, <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/806136.html>, 2017. 8. 30. 확인.
- 연합뉴스, ‘세월호 유족 절반 외상후 스트레스…자살 시도도’, 2016. 7. 20.,
 <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/07/20/02000000000AKR20160720090100004.HTML>>, 2017. 8. 31. 확인;
- 임용수 (변호사), ‘합의의 효력과 그 제한’, 2004,
 <http://www.bohumsosong.com/bohum03/02.htm?number=111&start=0&code=ghb_read>, 2017. 8. 31. 확인.

【국문초록】

헌법재판소는 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정에서 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법(이하 ‘세월호피해지원법’이라 한다) 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.’라는 부분은 헌법에 위반된다고 선언하고, 세월호피해지원법 제16조에 대한 심판청구는 기각하고, 청구인들의 나머지 심판청구는 모두 각하하였다.

대상결정은 세월호피해지원법에 대한 최초의 헌법소원심판 결정으로서, 세월호피해지원법의 주요 내용 중 대부분이 심판대상이 되었다. 이 결정의 의의는 헌법재판소가 세월호참사 관련 국가배상의 각 쟁점이 가지는 헌법적 의미를 밝혔다는 데 있다. 이에 본고는 세월호피해지원법을 세월호참사 관련 국가배상의 법률관계를 구체화하는 실체법으로 해석하고, 이 해석에 기초하여 세월호참사 관련 국가배상의 법적 함의를 밝히면서 이 사건 결정을 평가해 보고자 한다.

국가는 여객선 운행사 및 해양경찰에 대한 관리·감독의무를 고의 또는 과실로 해태하였으므로 세월호참사 피해자에게 자신의 불법행위에 기한 손해배상책임을 직접 부담한다. 국가가 당해 손해배상책임의 구체적인 사항을 법률에 직접 규정할 의무는 없다. 그러나 국가가 당해 손해배상책임에 관하여 세월호참사 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위하는 것은 국가의 책임을 회피하는 것으로서 허용될 수 없다. 국가가 손해배상금을 지급했다는 이유로 세월호참사 피해자가 참사의 원인규명과 책임자처벌 등에 대한 문제제기를 할 수 없게 막는 것도 허용될 수 없다.

세월호참사 관련 국가배상의 이러한 법적 함의에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 세월호참사 피해자들의 기본권을 가장 광범위하게 제한하여 가장 큰 위헌성을 가지는 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분을 위헌이라고 선언한 것은 타당하며 바람직하다. 그러나 헌법재판소가 대상결정에서 위헌성이 있는 세월호피

해지원법의 다른 조항들에 대한 청구인들의 청구를 기각하거나 각하한 것은 위헌선언의 범위를 최소화함으로써 국가가 사인을 통제하는 국가주의적 입법·행정을 용인하는 듯한 인상을 준다.

【Abstract】

Legal Implications and Points on State Compensation
for *Sewol* Ferry Disaster

- Comments on the Constitutional Court Decision 2015heonma654,
decided June 29, 2017 -

Choi, Hyo-Jae

(J.D. Candidate, Law School, Seoul National University)

On June 29, 2017, Constitutional Court of Korea made decisions on whether several provisions of *Sewol* Ferry Disaster Relief and Support Act (SFDRSA) are unconstitutional. Court declared that: Appeal Prohibition Clause, included in the Enforcement Ordinance for SFDRSA, art. 15, Form 15, is unconstitutional; the claim against Subrogation of State as Compensator Clause, SFDRSA art. 16, is rejected (i.e., the clause is constitutional); and the other claims are dismissed due to their procedural flaws.

Filing the very first constitutional claim against the aforementioned clauses of SFDRSA and the Enforcement Ordinance for SFDRSA, *Sewol* Ferry Disaster victims initiated Court's decisions on the clauses. In their decisions, Court clarified the constitutional meaning of main elements of State Compensation for *Sewol* Ferry Disaster. Concerning such meaning, this paper regards SFDRSA as a substantive law addressing State liability of compensation for *Sewol* ferry disaster, and analyzes aforementioned decisions accordingly.

At the time *Sewol* ferry had sunk, State failed to meet her obligation to sanction life-threatening breach of safety regulations of the passenger ship carrier and to order Maritime Police to rescue as many passengers as possible. State is allowed to discharge subsequent duties through executive orders instead of statutes. Nonetheless, since the liability of compensation to *Sewol* ferry victims is directly imposed to State, she cannot subrogate the victims' rights to get compensation from the responsible third party, if such third party exists. Also, State deserves no right to block the victims' voices urging proper investigation of the disaster and criminal accusation against blamable entities.

Therefore, Court's decision to nullify Appeal Prohibition Clause, which infringes *Sewol* ferry victims' rights the most, as an unconstitutional statute is righteous and welcomed. In contrast, the other decisions, which upheld unconstitutional statutes as constitutional and even dismissed some claims, are regrettable, because they virtually justify State-oriented nationalistic legislation and administration.

주제어(Keyword) : 세월호참사(*Sewol* ferry disaster), 세월호피해지원법(*Sewol* Ferry Disaster Relief and Support Act(SFDRSA)), 2015헌마654(Constitutional Court decision 2015heonma654), 국가배상(State compensation), 손해배상자의 대위(Subrogation by compensator), 재판상 화해(Settlement in court), 이의제기금지조항(Appeal prohibition clause)

편집위원회 운영규칙

2016.06.09. 개정

제1조(목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 학술지 『高麗法學』에 게재할 논문을 심사할 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(구성) ① 편집위원회는 다음과 같이 구성한다.

1. 편집위원장

2. 10인 내외의 편집위원

② 편집위원장과 편집위원은 연구업적과 대외적 활동 및 지역적 분포 등을 고려하여 법학연구원장이 임명한다. <개정 2015. 6. 17>

제3조(임기) ① 편집위원장과 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임이 가능하다. <본조신설 2016. 6. 9>

제4조(업무) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 심의하고 결정한다.

1. 고려법학에 게재할 논문의 심사의뢰와 논문의 게재여부의 판정

2. 논문의 게재순서의 조정

3. 고려법학의 편집

4. 연구윤리지침의 위반여부에 관한 판단과 제재조치

5. 기타 고려법학의 발간과 관련한 사항

② 편집위원회는 제1항의 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 해당분야의 전문가를 위촉하여 논문의 심사 등을 의뢰할 수 있다.

제5조(의결) 편집위원회는 위원 과반수의 출석으로 개최하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

제6조(규정 등 제정) ① 게재 논문의 심사에 관한 세부 사항은 따로 규정으로 정한다.

② 게재 논문의 취소 등을 위한 심사에 관한 사항은 내규로 정한다.

부 칙

이 규칙은 2011년 6월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 규칙은 2015년 6월 17일부터 개정 시행한다.(구성, 제2조)

高麗法學 게재 논문 심사규정

2016.06.09. 개정

제 1 조(목적) 이 규정은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 학술지 『高麗法學』에 게재할 논문의 심사절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조(논문게재와 편집) 본 학술지 편집위원회 운영규칙 제2조에 의하여 구성된 편집위원회는 게재신청논문의 게재여부와 학술지의 편집에 관한 사항을 결정한다.

제 3 조(논문심사의뢰) ① 편집위원장은 게재신청논문의 분야에 전문성이 있는 자로서 편집위원이 추천하는 자 가운데 논문마다 각 3인의 심사위원을 위촉한다.

② 편집위원장은 게재신청논문의 분야가 그 분야에 전문성이 있는 심사위원을 위촉할 수 없을 정도로 새로운 분야라고 판단하는 때에는 전체 편집위원의 3분의 2 이상의 동의를 얻어 3인 미만의 심사위원을 위촉할 수 있다.

③ 기념 강연 등의 목적으로 편집위원회의 의뢰를 받아 작성·제출된 논문은 심사를 면제할 수 있다.

④ 게재신청논문의 집필자 및 심사평가자의 인적 사항은 심사과정에서 비밀로 한다. 다만 편집위원회가 업무를 수행하는데 필요한 경우에는 예외로 한다.

⑤ 투고자와 동일 기관에 소속된 자는 원칙적으로 심사위원이 될 수 없다.
<신설 2016. 6. 9>

제4조(심사판정과 이의제기) ① 심사위원은 논문심사결과를 다음 각호의 기준마다 5점 (총 25점 만점)으로 판정한다.

1. 논문체제와 내용의 적합성
2. 연구내용의 독창성

3. 연구방법과 결과의 명확성

4. 참고문헌 인용의 적절성

5. 연구결과의 기여도

② 3인의 심사위원에 의한 심사판정을 합산한 점수가 45점(백분율 60%) 미만인 논문에 대하여는 논문집필자에게 심사의견의 내용을 알려주고, 이에 대한 이의제기서를 편집위원회에 제출하는 기회를 부여할 수 있다.

제5조(게재여부결정) ① 편집위원회는 3인의 심사위원에 의한 심사판정을 합산한 점수가 45점(백분율 60%) 이상인 경우에는 게재결정을 하고, 45점(백분율 60%) 미만인 경우에는 게재유보결정을 한다.

② 편집위원회는 심사의견의 내용과 논문의 역사적, 학문적 의미 등을 종합적으로 고려하여 제1항에 의한 심사판정에도 불구하고 게재결정 또는 게재유보결정을 할 수 있다. 다만 이 결정은 전체 편집위원의 3분의 2 이상의 동의를 얻어야 한다.

③ 편집위원회는 제4조 제2항에 의한 이의제기가 있는 경우에는 이를 고려하여 심사의견의 객관성과 공정성을 검토한 후 최종적으로 게재여부를 결정한다.

제6조(심사결과통보) ① 편집위원회는 제5조에 의한 게재여부결정을 심사의견의 내용을 첨부하여 논문제출자에게 통보한다.

② 편집위원회는 제1항의 통보를 할 때 심사의견의 타당성을 고려하여 논문제출자에게 필요하다고 판단되는 사항에 관하여 논문의 수정을 요구하거나 권고할 수 있다.

제7조(비밀유지의무) 논문 등의 심사에 관여하는 자 또는 관여했던 자는 논문 등의 제출자 및 심사위원의 인적 사항 및 심사결과 등에 관하여 비밀을 유지하여야 한다.

부 칙

이 규칙은 2014년 3월 19일부터 시행한다.

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정

2012.08.13. 개정

제 1 조(목적) 이 규정은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學』에 게재할 논문의 작성요령 및 게재신청 등을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조(제출기일) ① 『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 자는 원고를 각각 발간일 45일 전까지 원고파일을 법학연구원 홈페이지에 지정한 공식 e-mail로 법학연구원에 제출하여야 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 법학연구원장은 논문제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제 3 조(논문작성요령) ① 본 학술지에 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 규정 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 반드시 참고문헌, 외국어 초록(외국어

논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다.

제 4 조(논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규정에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다.

제 5 조(저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학 연구원에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽: 23, 아래쪽: 23, 왼쪽: 28, 오른쪽: 28, 머리말: 11, 꼬리말: 11.

2. 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: -5, 장평: 100, 크기: 10.

3. 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄간격: 160, 문단 위: 0,
문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 혼합.

4. 목차의 순서

- I (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- i) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용: 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○권 ○호, 출판
년도, 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 각주란
에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고,
주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여
야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어·독어·불어 중 택1)로 작성한 논문
초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되
어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외
로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개
이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제88호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제88호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 특집 주제 이외의 다른 분야의 원고도 모집하오니 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2018년 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 기일을 준수함은 물론 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.

※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문 게재료가 부과될 수 있음.

3. 원고 보내실 곳 : lab004@korea.ac.kr

※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr>

※ 원고를 투고하시면, 고려대학교 법학연구원에서 수신확인 메일을 보내드립니다.

高麗法學 제89호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제89호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2018년 5월 15일 (2018년 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 기일을 준수함은 물론 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.

※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문 게재료가 부과될 수 있음.

3. 원고 보내실 곳 : lab004@korea.ac.kr

※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr>

※ 원고를 투고하시면, 고려대학교 법학연구원에서 수신확인 메일을 보내드립니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016.06.09. 개정

제 1 장 총 칙

제 1 조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제 2 조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제 3 조 (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.

제 4 조 (서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수 할 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

제 5 조 (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.

제 6 조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제 7 조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제 8 조 (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.

제 9 조 (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

제 10 조 (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 (논문 저자의 소속 표시) 논문 저자의 소속은 실험 및 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시하는 것이 원칙이다. 다만 이와는 다른 관행이 통용되는 분야에서는 그 관행을 따를 수 있다.

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 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과의 도출에 방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분

석을 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 인용 부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용

5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.

② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

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 발생하는 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

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 심사규정’ 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다. 20 년 월 일 심사위원 : (서명 또는 인) 고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하										

편집위원장 : 정승환(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편집위원 : 김경욱(고려대학교 법학전문대학원 교수)

이희정(고려대학교 법학전문대학원 교수)

차진아(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김서기(상명대학교 공공인재학과 교수)

박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)

염미경(영남대학교 법학전문대학원 교수)

윤남순(충북대학교 법학전문대학원 교수)

윤동호(국민대학교 법학부 교수)

홍승희(원광대학교 법학전문대학원 교수)

홍일선(한림대학교 법행정학부 교수)

이 학술지는 법무법인 화우에 재직중인 고려대학교 교우 변호사님들의 재정 지원으로 출판되었습니다. 교우 변호사님들의 학교 사랑에 감사의 말씀을 드립니다.

「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 (제87호)

2017年 12月 20日 印刷

2017年 12月 30日 發行

發行人 李 在 珩

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단 전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584