高麗法學

제 95 호
2019. 12.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學이 제95호를 발간합니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에는 공법과 사법의 각 분야에서 총 9편의 논문이 게재되어 있습니다. 특별히 이번 호에는 『로스쿨에서 법학 교육과 평가』를 주제로 한 2019년 연세대·고려대 법학연구원 정기학술대회의 발표문과 토론문을 요약하여 실었습니다.

올 한해 강의와 연구에 바쁘신데도 귀중한 논문을 투고해주신 집필자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 투고된 논문에 대하여 공정하고 객관적인 심사를 해주신 교내외 심사위원 여러분들께도 감사의 말씀을 올립니다. 그리고 심사와 편집과정에 함께 참여해 주신 편집위원님들과 행정업무를 도와주고 있는 김배정 조교에게도 고마운 마음을 전합니다.

내년 경자년에는 한국연구재단으로부터 학술지평가를 받는 해입니다. 저희 편집위원회는 최선을 다하여 등재지로서의 지위를 유지하도록 노력하겠습니다.

감사합니다.

2019년 12월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

▣ 연구논문

공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 분석·비판적 고찰
…… 김연태 / 1

법학전문대학원 교육 10년의 평가와 향후 과제
- 형사소송법과 관련하여 - …… 박정난 / 37

재산상 이득죄로서 배임죄…… 신승기·김범준 / 75

환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 개선방안에 대한 고찰
…… 백명헌·김규완 / 103

歸屬財産에 대한 土地改革과 諸問題 검토…… 신동진 / 143

카르텔 규제의 형사적 집행 효과에 관한 의문들
: 공정거래법 전면개편안의 전속 고발권 폐지 관련 내용을 중심으로
…… 이상윤 / 173

일본 세법상 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 고찰
- 최고재판소의 판례 변화 과정을 중심으로 - …… 길용원 / 223

인공지능 창작과 저작권법의 딜레마…… 정원준 / 263

스트리밍 링크 사이트와 온라인서비스제공자의 저작권 침해
- 방조의 법리와 입법론적 개선을 중심으로 -
…… 이동연·이지선·이수진·최철호 / 305

▣ 특별기고

『로스쿨에서 법학 교육과 평가』
…… 2019년 연세대·고려대 법학연구원 정기학술대회 발표·토론 요약 / 351

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.1

공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 분석·비판적 고찰

김 연 태*

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례와 법 규정
1. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 경향
2. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 현행 법 규정의 태양
Ⅲ. 지위 승계와 제재사유 승계의 관계
1. 지위 승계의 의미
2. 지위 승계와 제재사유 승계의 구별
3. 흠 있는 지위의 승계와 제재사유 승계의 구별
4. 제재사유 승계와 제재처분 효과의 승계
5. 지위 승계와 제재처분 효과의 승계
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

권리·의무 승계의 문제는 사법에 비하여 공법영역에서는 그 논의가 활발하지 않았다고 할 수 있다. 공법영역에서는 공법상 지위 승계의 기본적 사항에 대하여 규율하고 있는 법 규정이 없었을 뿐 아니라, 실무상으로도 사법의 영역에 비하여 승계가 크게 문제되지 않았기 때문이었다. 이것은 공법상의 지위는 이전될 수 없다는 인식이 실무상 널리 퍼져 있었음을 보여주

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

는 것이다. 그러나 개인적 공권을 가진 자는 그것을 유용하게 활용하고 자유로이 처분할 수 있기를 바란다는 점을 고려한다면 공법영역에서도 지위의 승계에 대하여 검토할 필요가 있다.

공법상 지위는 어떠한 형태로 승계되는지, 지위 승계의 허용요건은 무엇인지, 지위 승계에 의하여 이전되는 권리·의무는 무엇인지, 지위 승계에는 제재사유의 승계가 포함되는 것인지 등 공법상 지위 승계와 관련하여 밝혀져야 할 문제는 많다.

특히 공법상 지위 승계와 제재사유 승계의 관계와 관련하여서는 다수의 대법원 판례가 존재하며, 판례의 평석과 이론적 쟁점에 관하여 여러 논문이 발표되었음에도 아직 혼란스러운 상황이다. 지위 승계가 인정되는 경우에 제재사유가 있는 법적 지위를 승계한다고 볼 것인지, 공법상 지위 승계 규정을 승계인에 대한 제재처분의 근거로 인정할 수 있는지, 아니면 공법상 지위 승계가 인정되는 경우라 하더라도 제재사유의 승계는 별개의 문제로 판단하여야 하는 것은 아닌지에 대한 의문이 있다.

본 논문에서는 판례상 문제된 사안을 기초로 대표적인 사례를 구성하여 쟁점을 도출하고, 관련 판례에 대한 분석과 비판적 고찰을 통하여 지위 승계와 제재사유 승계의 관계에 대하여 살펴보고자 한다.

사례①[1]: 00개발사업 시행자(A)는 사업시행 자격이 없음에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 받았다. 관련 법령에 따르면 이러한 위반행위는 그 승인에 대한 취소사유에 해당한다. 사업시행자(A)로부터 사업시행지인 토지를 매수한 (B)는 00개발사업 시행자 명의를 (B)로 변경하는 내용의 사업계획 변경승인 신청을 하였고, 관할 행정청은 (B)가 사업시행 자격을 갖추었는지 여부에 대하여 심사한 후, 사업시행자를 (B)로 변경하는 사업계획 변경승인을 하였다.

관련 법령에는 사업시행자의 명의가 변경되는 경우 사업계획 변경승인을 받아야 하나, 사업계획 변경승인을 받은 새로운 사업시행자가 종전 사업시행자의 지위를 승계하는지 여부 등에 관하여는 명시적 규정을 두고 있지

1) 참고 판례: 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결.

않다.

이와 같은 경우에 관할 행정청은 종전 사업시행자(A)가 부정한 방법으로 사업계획승인을 취득하였다는 이유로 변경된 사업시행자(B)에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수 있는가?

사례②[2]: 개인택시 운송사업면허를 받아 개인택시 운송사업을 하던 (C)가 음주운전을 하다가 적발된 상태에서 이러한 사실을 숨긴 채 (D)에게 개인택시 운송사업면허를 양도하였고, 관할 행정청은 이 건 운송사업면허의 양도·양수에 대하여 인가를 하였다.

관련 법령에 따르면 음주운전은 자동차운전면허 취소사유에 해당하고, 개인택시 운송사업자의 운전면허가 취소되는 경우에는 개인택시 운송사업면허를 취소하여야 한다.

한편, 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 행정청의 인가가 있은 때에는 양수한 자는 양도한 자의 운송사업자로서의 지위를 승계한다고 규정되어 있다.

위 양도·양수에 대한 관할 행정청의 인가 후에 음주운전을 이유로 양도인(C)의 자동차운전면허가 취소되었다. 이 경우에 관할 행정청이 양수인(D)에 대하여 개인택시 운송사업면허를 취소할 수 있는가?

사례③[3]: 00주유소에서 자동차용 경유에 다른 석유제품이 혼합된 가짜 석유제품을 저장·판매한 사실 등(이하 '이 사건 위반행위'라고 한다)이 적발되었다. 관련 법령에 따르면 이러한 위반행위는 사업정지처분의 사유에 해당한다.

00주유소의 석유판매업자(E)는 그 사업의 전부를 (F)에게 양도하였고, (F)는 00주유소의 석유판매업자를 (E)에서 (F)로 변경하는 내용의 석유판매업변경등록을 하였다.

관련 법령에는 석유판매업자가 그 사업의 전부를 양도한 경우 그 양수인은 종전의 석유판매업자의 지위를 승계하도록 규정되어 있다.

---

2) 참고 판례: 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결.

3) 참고 판례: 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결.

ⅰ) 관할 관청은 새로운 석유판매업자(F)에게 이 사건 위반행위를 이유로 사업정지처분을 할 수 있는가?

ⅱ) 관할 관청이 종전의 석유판매업자(E)에게 6개월의 사업정지처분을 한 후에 (E)가 (F)에게 사업을 양도하였다면, 6개월의 사업정지처분의 효과는 새로운 석유판매업자(F)에게 승계되는가?

ⅲ) 새로운 석유판매업자(F)가 석유판매업자의 지위를 승계할 때에 (E)에 대한 처분 및 이 사건 위반행위 사실을 알지 못한 경우, 6개월의 사업정지처분의 효과는 (F)에게 승계되는가?

아래에서는 공법상 지위 승계와 제재사유의 승계에 관한 대법원 판례를 분석하고, 지위 승계 규정의 의미, 지위 승계의 경우에 제재사유의 승계가 포함되는지, 제제처분 효과는 승계되는지 등 쟁점에 대하여 검토하여 지위 승계와 제재사유의 승계의 관계에 대하여 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례와 법 규정

1. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 경향

(1) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결

사업계획 승인처분 취소의 사유에 해당하는 종전 사업시행자의 법 위반행위를 이유로 변경된 사업시행자에 대한 변경승인, 즉 사업계획 승인처분을 취소할 수 있는지가 문제된 사안(사례①)에서, 원심은 종전 사업시행자가 부정한 방법으로 사업계획승인을 받았다는 이유만을 들어 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수 있다고 보았다.[4]

그러나 대법원은 종전 사업시행자가 사업시행 자격이 없음에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 받음으로써 그 승인에 대한 취소 사유가 있더라도, 행정청이 사업시행자 변경으로 인한 사업계획 변경승인 과정에서 변경

4) 부산고법 2017. 11. 22. 선고 (창원)2017누10442 판결.

되는 사업시행자가 사업시행 자격을 갖추었는지 여부에 관하여 새로운 심사를 거쳤다면, 지위 승계 등에 관한 별도의 명문 규정이 없는 이상, 종전 사업시행자가 부정한 방법으로 사업계획승인을 취득하였다는 이유만을 들어 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수는 없다고 보았다.[5] 지위 승계 관련 규정이 없는 이상 사업계획 변경승인의 의미를 사업권 양도·양수에 대한 '인가'로서의 성격을 가진다고 볼 수 없으며,[6] 이 경우의 사업계획 변경승인은 변경된 사업시행자의 자격 요건 등을 새로이 심사하여 결정한 새로운 사업계획 승인처분에 해당한다고 본 것이다.

대법원은 이 사안에서 지위 승계 또는 제재사유 승계에 관한 별도의 명문규정이 없음을 판결에 대한 주된 논거로 들고 있다.

(2) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결

관할 관청이 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후, 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 운송사업면허를 취소할 수 있는지 여부가 문제된 사안(사례②)에서, 대법원은 관련 법령(현행 「여객자동차 운수사업법」 제14조 제9항)에 의하면 개인택시 운송사업을 양수한 사람은 양도인의 운송사업자로서의 지위를 승계하는 것이므로, 관할 관청은 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다고 판시하였다.[7] 더 나아가 이 판결에서 대법원은 양도·양수 당시에는 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유, 즉 운전면허 취소사실이 현실적으로 발생하지 않은 경우라도 그 원인되는 사실이 이미 존재하였다면, 양수인은 그러한 양도인의 운송사업면허상의 지위를 그대로 승계한 것이므로, 관할 관청으로서는 그 후 발생한 운송사업면허 취소사유에 기하여 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다고 판시하였다.[8]

---

5) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결.
6) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결.
7) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결.

결론적으로 대법원은 양수인의 운송사업면허를 취소할 수 있는 근거를 운송사업면허 양수인은 양도인의 운송사업자로서의 지위를 승계한다는 법규정에서 찾고 있다.

(3) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결과 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결 등

석유판매업자의 지위를 승계한 자에 대하여 종전의 석유판매업자가 가짜 석유제품을 저장·판매하는 위법행위를 하였다는 이유로 사업정지 등 제재처분을 취할 수 있는지 여부가 문제된 사안(사례③)에서, 대법원은 지위승계에는 종전 석유판매업자가 가짜 석유제품을 저장·판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보았다.[9)]

대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결 당시의 관련 법령에는 석유판매업자의 지위가 승계되면 종전 석유판매업자에 대한 제재처분 효과가 새로운 석유판매업자에게 승계되며, 처분의 절차가 진행 중일 때에는 새로운 석유판매업자에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다는 명문규정이 있으므로, 그 규정에 근거하여 지위를 승계한 새로운 석유판매업자에게 종전의 석유판매업자에 대한 제재처분의 효과가 승계되거나 진행 중이었던 처분 절차를 계속 진행하여 제재처분을 할 수 있다. 물론 단서 규정에 따라 새로운 석유판매업자가 승계할 때 그 처분이나 위반의 사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다(현행 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제7조, 제8조, 제10조 제7항 참조).

그러나 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결 당시의 법령에는 지위 승계에 관한 규정만 있었을 뿐, 제재처분 효과의 승계에 관하여는 명문의 규정이 없었다(구 「석유사업법」 제7조, 제9조 참조). 그럼에도 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결에서 대법원은 석유판매업자의 지위 승계가 인정되며, 석유판매업 등록이 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고 있고, 유

8) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결.

9) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결; 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결.

사 석유제품 판매금지를 위반함으로써 받게 되는 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖는다는 점 등을 들어, 지위 승계에는 종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보았다.

더 나아가 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611판결에서는 영업양도의 경우 양수인이 영업자의 지위를 승계한다는 규정이 없음에도 영업정지처분이 대물적 처분이라는 이유로 해당 영업에 대하여 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 (영업정지처분 전에) 그 영업이 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 보았다. 즉, 지위 승계에 관한 규정이 없음에도 제재처분이 행해지기 전에 영업이 양도된 경우에 양도인 또는 그 영업에 대하여 발생한 제재사유가 양수인에게 승계됨을 긍정하고 있다.

다른 한편, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결에서는 회사분할이 문제된 사안에서, 권리·의무 승계에 관한 규정이 있어도 (제재처분이 행해지기 전에) 단지 제재사유가 승계되지는 않는다고 보았다. 즉, 회사분할에 있어서 「상법」은 신설회사 또는 존속회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하고 있는데(제530조의10), 이때 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무이다. 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다고 보았다.

2. 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 현행 법 규정의 태양

공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 현행 법 규정은 통일되어 있

지 않다. 법적 지위의 승계만을 규정한 경우, 지위 승계에 관한 규정뿐만 아니라, 행정 제재처분 효과의 승계, 그리고 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 제재처분 절차를 속행할 수 있다는 규정까지 두고 있는 경우, 행정처분 효과의 승계만 규정한 경우 등 다양하다.

ⅰ) 허가 또는 승인으로 발생한 권리·의무의 승계, 즉 지위의 승계에 대하여만 규정하고 있는 법 규정으로는, 「하천법」 제5조와 「도로법」 제106조, 그리고 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 제16조 등을 들 수 있다. 「하천법」 제5조는 제1항에서 "이 법에 따른 허가 또는 승인으로 발생한 권리·의무를 가진 자가 사망하거나 그 권리·의무를 양도한 때 또는 그 권리·의무를 가진 법인의 합병이 있는 때에는 그 상속인, 권리·의무를 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인이 그 지위를 승계한다."고 규정하고, 제2항에서 이를 관할 행정청에 신고하도록 규정하고 있다. 「도로법」에서는 법인이 분할한 경우에도 권리·의무의 승계를 인정한다는 규정을 두고 있다. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 제16조에서는 "점용·사용허가로 발생한 권리·의무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이전하거나 상속할 수 있다."고 규정하고 있는데, '권리·의무의 승계' 대신, '권리·의무의 이전'이라는 표현을 사용하고 있다.

ⅱ) 대부분의 법률은 지위 승계에 관한 규정뿐만 아니라, 행정 제재처분 효과의 승계, 그리고 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 제재처분 절차를 속행할 수 있다는 규정까지 두고 있다.

지위 승계에 관한 규정뿐만 아니라, 행정 제재처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 법률로는 「식품위생법」(제39조와 제78조), 「먹는물관리법」(제25조와 제49조), 「건강기능식품에 관한 법률」(제11조와 제34조), 「공중위생관리법」(제3조의2와 제11조의3), 「석유 및 석유대체연료 사업법」(제7조와 제8조), 「도시가스사업법」(제7조와 제7조의2), 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」(제4조의2 및 제6조의3과 제45조의2), 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」(제9조와 제23조), 「골재채취법」(제17조와 제45조) 등이 있다. 이들 법률에서 지위 승계에 관한 규정은 대체로 양도, 사망, 합병, 「민사집행법」에 따른 경매 등의 절차에 따라 시설의 전

부를 인수한 경우에 지위 승계를 인정하고 있다. 다만, 「골재채취법」 제17조에서는 양도, 사망, 합병의 경우에만 지위 승계를 인정하고 인수의 경우에는 지위 승계를 인정하지 않는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

행정 제재처분 효과의 승계에 관한 법 규정은 세부적인 내용에 있어서 각 법률마다 약간의 차이가 있다. 행정 제재처분의 효과에 관한 규정 중 가장 일반적인 내용을 담고 있는 법률로 「식품위생법」을 들 수 있다. 「식품위생법」 제78조에서는 "영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조 제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조 제1항 각 호를 위반한 사유로 종전의 영업자에게 행한 행정 제재처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 행정 제재처분 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수하거나 합병할 때에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 즉, 지위 승계는 양도, 사망, 합병, 「민사집행법」에 따른 경매 등의 절차에 따라 영업시설의 전부를 인수한 경우를 포함하면서, 행정 제재처분 효과는 양도와 합병의 경우에만 그 승계를 규정하고 있다. 제재처분 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간만 승계되며, 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 그 절차를 계속할 수 있다는 규정을 두고 있다. 또한 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 선의인 경우에는 그를 보호하는 규정을 두고 있다. 「먹는물관리법」 제49조도 「식품위생법」과 마찬가지의 규정을 두고 있다.

처분효과가 승계되는 자의 범위를 「식품위생법」, 「먹는물관리법」과 달리 규정하고 있는 법으로는, 「석유 및 석유대체연료 사업법」(제8조), 「도시가스사업법」(제7조의2) 및 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」(제23조)이 있다. 이들 법에서는 처분효과의 승계를 양도·합병의 경우뿐만 아니라 상속과 시설의 전부를 인수한 자도 포함하여 규정하고 있다. 다만, 이들 법률에서도 선의의 승계인을 보호하는 규정에서 상속에 의하여 승계를 받은 자는 제외하고 있다. 「공중위생관리법」은 시설의 전부를 인수한 자에게 행정 제재처분의 효과가 승계되지는 않지만, 양도·합병뿐만 아니라 사

망한 경우를 포함하여 상속인에게도 처분의 효과가 승계된다고 규정하고 있다(제11조의3). 「골재채취법」은 양도·합병·사망의 경우에 지위 승계를 인정하면서, 그 승계인 모두에게 처분 등의 효력의 승계를 인정하고 있다(제17조와 제45조). 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에서는 행정처분 효과가 승계되는 자로 양수인·상속인만을 규정하고, 합병의 경우와 인수한 경우는 제외하고 있다(제45조의2).

대부분의 법률에서 처분효과의 승계는 처분기간이 만료된 날부터 1년간으로 제한하고 있는데, 「석유 및 석유대체연료 사업법」(제8조)은 1년의 제한이 없다. 「골재채취법」도 처분 등의 효력의 승계에 기간의 제한이 없다(제45조). 반면, 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에서는 처분기간이 끝나는 날까지만 행정처분의 효과가 승계된다고 규정하고 있다(제45조의2).

제재처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 법률들은 대체로 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 그 절차를 계속할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 「골재채취법」 제45조는 처분 효과의 승계에 대하여만 규정하고 있을 뿐, 제재처분 절차의 진행에 대하여는 규정하고 있지 않다.

대부분의 법률에서 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분이나 위반사실을 알지 못했음을 증명하는 경우에는 처분효과의 승계 등에 관한 규정이 적용되지 않는다는 규정을 두고 있는데, 「건강기능식품에 관한 법률」 제34조에서는 선의의 양수인 등에 대한 보호규정이 없다. 「공중위생관리법」 제11조의3, 「골재채취법」 제45조에도 선의의 양수인 등에 대한 보호규정이 없다. 대부분의 법률은 선의의 자를 보호하는 규정에서 상속에 의하여 승계를 받은 자는 제외하고 있다.

iii) 마지막 유형으로, 행정처분 효과의 승계에 대하여만 규정하는 입법례이다. 「환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률」 제14조는 "사업자가 불법배출시설을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인인 사업자가 합병한 경우에는 종전의 사업자에 대하여 법 제13조에 따라 한 행정처분의 효과는 양수인, 상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 새로 설립되는 법인에 승계된다."고 규정하고 있다. 「가축전염병예방법」 제47조 제1

항에서는 “이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분은 그 명령이나 처분의 목적이 된 가축 또는 물건의 소유자로부터 권리를 승계한 자 또는 새로운 권리의 설정에 의하여 관리자가 된 자에 대하여도 효력이 있다.”고 규정하고, 제2항에서 “제1항에 따라 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분의 목적이 된 가축 또는 물건을 다른 자에게 양도하거나 관리하게 한 자는 명령이나 처분을 받은 사실과 그 내용을 새로운 권리의 취득자에게 알려야 한다.”고 하여, 선의의 승계인 보호의 문제가 발생하지 않도록 하고 있다. 이들 법에서는 이전이 가능한 시설이나 가축 또는 물건의 새로운 권리자에게 종전 처분의 효과가 승계됨을 규정하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 지위 승계 및 제재사유의 승계에 관한 법 규정의 내용은 다양하다. 지위 승계만 규정하고 있는 법, 지위 승계와 제재처분 효과를 함께 규정하고 있는 법, 그리고 제재처분 효과의 승계에 대하여도 법 규정에 차이가 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 지위 승계에 행정 제재처분 효과의 승계가 당연히 포함되는 것이 아니며, 지위 승계에 있어서 제재처분 효과 등의 승계를 어떻게 규정할 것인지는 입법자의 입법 형성에 맡겨져 있는 문제라 할 것이다.

Ⅲ. 지위 승계와 제재사유 승계의 관계

1. 공법상 지위 승계와 제재사유 승계 논의의 필요성

(1) 공법상 지위 승계의 의미

공법상의 지위라 함은 공법상의 법률원인에 의하여 일정한 권리·포괄적 법률관계 또는 일정한 이익을 향유하거나 기타 일정한 의무를 부담하는 개인의 신분을 말한다고 할 수 있다.[10] 공법상 지위 승계란 사인이 공법상 법률원인에 의하여 갖게 된 권리·의무, 법적 지위가 제3자에게 이전되는 것

10) 김향기, “행정제재처분의 승계”, 「토지공법연구」 제33집, 2006. 11, 153쪽.

을 말한다. 승계의 개념은 민법과 공법에서 같은 의미로 사용된다. 서로 다른 법 영역이지만 동일한 의미로 사용되는 개념은 통일적으로 해석되어야 한다. 민법에서 승계에 요구되는 요건, 예컨대 이전되는 지위가 피승계인에게 존재할 것, 적법한 승계요건을 갖출 것 등은 공법상 승계에서도 마찬가지로 적용된다.[11] 그러나 민법에서는 - 물론 일부 예외가 있지만 - 원칙적으로 모든 채권·채무가 이전될 수 있으나, 공법영역에 있어서는 상속되거나 이전될 수 없는 법적 지위가 많다는 점에서 차이가 있다. 이러한 이유로 공법상 지위 승계의 유효요건으로서 추가적으로 법적 지위의 승계가능성 또는 승계적성(Nachfolgefähigkeit)이 고려되어야 한다고 본다.[12] 즉, 공법상 지위 승계가 유효하게 되기 위해서는 ① 이전되는 지위가 종전 소지자에게 유효하게 존재하여야 하며(법적 지위의 존재), ② 이전되는 지위는 그 성질상 승계가 가능하여야 하고(승계가능성), ③ (취득되는 권리의 범위를 정하는) 승계요건을 갖추어야 한다(승계요건).[13]

그런데 승계가능성은 법 규정에 의하여 명문으로 인정할 수도 있고, 반대로 배제될 수도 있다.[14] 그 성격상 일신 전속적이며 따라서 승계적성이 없는 법적 지위에 대하여도 법 규정에서 승계를 허용할 수 있다. 법적 지위의 승계는 법적 지위의 성격에 관계없이 지위의 귀속을 변경하는 법 규정이 있을 때, 또한 그러한 경우에만 행해질 수 있다. 결국 승계가능성은 승계에 관한 법 규정에 의하여 정하여 진다. 이렇게 볼 때 승계가 유효하게 되기 위한 요건 중 승계가능성과 승계요건은 결국 승계에 관한 법적 근거로 귀일하게 된다.[15] 법에서 법적 지위의 승계에 대하여 명문으로 인정하고 있는 경우, 승계가능성은 문제되지 않고, 단지 지위 승계의 요건이 무언인지, 그것이 충족되었는지가 문제될 뿐이다. 이 글에서는 승계가능성에 관한 자세한 논의는 생략하고,[16] 승계가능성을 전제로 하여 제재사유의 승계와 지위 승

11) 이에 대하여는 Otto, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971, S. 34 ff. 참조.
12) Otto, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971, S. 34.
13) Otto, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971, S. 36.
14) Zacharias, JA 2001, 720 (723).
15) Reimer, DVBl. 2011, 201 (202).

계의 구별에 중점을 두어 고찰하고자 한다.

지위 승계에 의하여 승계인은 별도의 면허 또는 허가 등을 받지 않고도 면허 또는 허가 등을 받은 법적 지위를 갖게 된다. 즉 면허 또는 허가 등으로 발생한 권리·의무가 승계되어 승계인을 면허 또는 허가 등을 받은 자로 본다.[17] 지위 승계에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 경우에는 새로이 면허 또는 허가 등을 받아야 한다.[18]

승계에 의한 취득은 법적 지위의 원시취득과 구분된다. 원시취득의 경우, 이전되는 권리가 이전에 어떠한 상태이었는지는 문제되지 않는다. 그에 비하여 승계취득의 경우에는 피승계인의 법적 지위의 상태, 정도가 그대로 이전된다는 점에서 법적 지위의 원시취득과 구분된다.

법령이나 판례에서 지위 승계를 권리·의무의 승계와 같은 의미로 사용하고 있는 경우가 있는데, 그 의미를 모든 공법상의 권리·의무를 승계한다는 의미로 해석해서는 안 된다. 예컨대 과거에 행정상 제재처분을 받은 전력으로 인하여 향후 가중된 처분을 받게 될 것을 수인할 의무, 과징금 납부의무, 법령위반사유로 제재처분을 받을 의무 등 모든 의무가 지위 승계 규정에 근거하여 승계된다고 보는 것은 타당하지 않다.[19] 지위 승계에 의하여 승계되는 의무는 성질상 이전이 허용되며, 법령에 의하여 해당 지위에 부가된 의무를 의미하는 것이지, 모든 법령상의 의무를 포함하는 것은 아니다.

(2) 행정제재 승계 논의

행정제재처분이란 법령에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니한 경

---

16) 공법상 지위 승계에 있어서 승계가능성의 의미, 개별적인 법적 지위의 승계가능성을 인정하기 위한 요건, 그 요건의 충족 여부 등에 대하여는 Otto, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971, S. 64 ff. 참조.

17) 대법원 1999. 6. 8. 선고 98두1727 판결; 대법원 1999. 6. 8. 선고 97다30028 판결.

18) "공중목욕장의 영업허가를 받은 자가 그 허가를 타인에게 양도하는 경우에는 영업의 시설이나 영업상의 이익 등만이 이전될 뿐 허가권 자체가 이전되는 것은 아니므로 양수인은 공중목욕장업법에 의한 영업허가를 새로이 받아야 하는 것이다"(대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1126 판결).

19) 이영무, "영업양도에 따른 허가권의 이전과 제재사유 또는 제제처분 효과의 승계에 관하여", 「법조」 2006. 6, 108쪽.

우에 당사자에게 작위, 부작위, 급부, 수인 등의 일정한 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 말한다. 그런데 공법상 지위 승계가 인정되는 경우에 피승계인의 위반행위로 인한 제재사유에 대하여 승계인에게 그 책임을 부담하도록 할 수 있는지가 문제된다.[20] 즉, 공법상 지위 승계 규정을 근거로 피승계인의 제재사유가 승계인에게 이전되어 승계인에게 제재처분을 할 수 있는지, 아니면 피승계인의 위반행위로 인한 제재사유에 대하여 승계인에게 그 책임을 부담하도록 하는 것은 공법상 지위 승계와 별개의 문제인지 검토할 필요가 있다.

행정제재의 승계 문제는 아직 제재처분이 행해지지 않은 단계에서 제재처분을 받을 자의 법적 지위를 승계한 자에게 제재처분을 행할 수 있는지의 문제(지위 승계와 제재사유 승계의 관계)와 제재처분이 행해진 경우에 제재처분을 받은 자의 지위를 승계한 자가 당해 제재처분의 효과도 승계 받는가 하는 문제(제재처분 효과의 승계)로 나누어 볼 수 있다.[21] 그 밖에 제재절차의 진행 도중에 지위 승계가 이루어진 경우, 승계인에게 그 절차를 계속 진행할 수 있는지도 문제된다.

2. 지위 승계와 제재사유 승계의 구별

영업양도 등으로 지위 승계가 이루어지는 경우에 양도인의 제재사유가 양수인에게 승계된다고 볼 것인지에 대하여, 제재사유의 승계를 부정하면 영업양도 등이 제재처분의 회피수단으로 악용될 수 있으므로, 제재사유를 승계되는 피승계인의 법적 지위에 포함되는 것으로 보아 승계를 인정해야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 대물적 행정행위나 혼합적 행정행위의 양도·양수의 경우 개별법에 특별한 규정을 두고 있지 않더라도 양도인의 법규위반사실이 양수인에게 승계되고, 양수인에 대한 허가철회사유(영업정지 등

20) 위법행위를 하지 않은 승계인에게 피승계인의 잘못에 대한 책임을 부담하도록 하는 것이 자신의 고의·과실로 인한 행위에 대하여만 책임을 진다는 자기책임의 원칙에 어긋나는 것은 아닌지에 대하여, 이세정, 국민부담경감을 위한 영업승계 관련법제 개선방안, 연구보고 2012-09, 한국법제연구원, 2012, 59쪽 참조.

21) 김향기, “행정제재처분의 승계”, 「토지공법연구」 제33집, 2006. 11, 163쪽 참조.

포함)가 발생한 경우에는 그 사유를 근거로 양수인에게 허가철회를 할 수 있다고 보는 견해가 있다.[22] 문헌 중에는 허가 양도시 양도인의 위법행위로 제재처분이 이미 내려진 경우에 그 제재처분의 효과는 이미 양도의 대상이 되는 영업의 물적 상태가 되어 양수인에게 당연히 이전된다는 견해도 주장된다.[23]

지위 승계에 제재사유의 승계가 포함된다고 보는 입장은 판례에서 다수 발견된다. 대법원은 1986. 1. 21. 선고 85누685 판결에서 자동차운수사업 면허의 양도가 있는 경우에 양수인은 면허에 기인한 권리의무를 승계하는 것이므로 그 양도이전에 자동차운송사업자가 자동차운수사업법 제31조가 규정하는 중대한 교통사고를 일으켰을 때에는 사업면허 관청으로서는 그 양수인에 대하여 그 중대한 교통사고에 따르는 위 법조항이 정한 제재조치를 취할 수 있다고 보았다.[24]

대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결에서 대법원은 더 나아가 영업정지처분 당시 시행되고 있던 법령에는 영업자지위 승계에 관한 규정이 없었음에도, 공중위생영업에 있어 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업이 양도·양수되었다 하더라도 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 보았다. 이 판결의 원심판결은 영업양도의 경우 양수인이 영업자의 지위를 승계한다는 규정 등 법률에 근거가 있다면, 영업양도인의 법규위반사실로 인하여 양수인에게 행정처분을 할 수 있다는 입장이었다.[25]

대법원은 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결에서 명확하게 지위 승계에는 종전 사업자가 법규위반행위로 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대해서 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보았다. 즉, 지위 승계에 제재사유의 승계가 포함된다고 본 것

---

22) 이영동, “공중위생영업을 정지할 위법사유가 있는 경우 이를 이유로 그 양수인에 대하여 행정처분을 할 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」, 2001년 상반기, 통권 제36호, 615쪽; 유상현, “수익적 행정행위의 철회의 제한”, 「고시계」, 1998. 4, 91쪽.

23) 박균성/김재광, 경찰행정법, 제3판, 박영사, 2016, 252쪽.

24) 대법원 1986. 1. 21. 선고 85누685 판결.

25) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결 참조.

이다.[26] 이 판결에서 대법원은 해당 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖고 있다는 점, 위반에 따른 제재의 실효성을 확보할 필요가 있는 점, 사업자의 지위를 승계한 자는 종전의 사업자의 위반행위에 대하여 책임을 추궁할 수도 있는 점 등을 논거로 들고 있다.

그러나 종전 사업자의 의무위반이 있었을 뿐, 그에 대하여 아직 구체적인 제재처분이 내려지기 전이므로 지위를 승계한 자에게 승계될 구체적인 의무가 존재하지도 않으며, 종전 사업자의 책임이 문제되는 경우[27]에 사업정지 등 제재처분은 원칙적으로 승계의 대상이 될 수 없는 것이다.[28] 제재사유가 승계된다는 명문의 규정이 없음에도 단지 종전 사업자가 자신에게 내려질 제재처분을 면탈하기 위하여 지위 승계가 악용되는 것을 방지하기 위하여 필요하다는 이유만으로 제재사유의 승계를 인정할 수는 없는 것이다.

공법상 지위 승계에는 제재사유의 승계가 포함된다고 보는 것이 제재적 행정처분을 회피하기 위한 수단으로 공법상 지위 승계를 악용하는 상황을 방지할 수는 있을 것이다. 그러나 일부 악용 가능성을 방지하기 위해서 명시적인 법적 근거 없이 권리를 제한하거나 또는 의무를 부과한다는 것은 법률유보원칙상 허용될 수 없는 것이다. 책임회피를 위한 방법으로 악용되는 경우를 방지하기 위하여 법적 근거를 마련하는 경우에도 제재처분의 효과가 승계되는 것과 달리 아직 제재처분이 내려지기 전 단계인 제재사유가 승계되는 것은 더욱 엄격한 요건하에서 허용될 수 있을 것이다.

그런데 공법상 지위 승계에 제재사유의 승계 또는 제재처분의 승계가 포함된다고 보는 것이 대법원의 일관된 입장인지는 의문이다. 사례②가 문제된 사안에서 대법원은 개인택시 운송사업을 양수한 사람은 양도인의 운

---

26) 조성규, “신고의 법적 성질과 제재적 행정처분의 승계 여부”, 「고시연구」, 2005. 1, 249쪽 이하.

27) 이 사건의 경우, 종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매한 것은 사업자 개인의 법규위반행위로서 그 개인의 책임이 문제될 뿐이다.

28) 정하중, “허가의 승계, 제재적 처분사유의 승계, 제재적 처분효과의 승계”, 법률신문 제3772호, 2009, 5쪽 이하.

송사업자로서의 지위를 승계하는 것이므로, 관할 관청은 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다고 판시하고 있다.[29] 이러한 판시 내용으로부터 대법원이 양도인에 대한 개인택시운송사업 면허 취소사유가 양수인에게 승계되었다고 본 것인지는 명확하지 않다. 일부 문헌에서는 관련 법령에는 공법상 지위 승계에 관한 규정만 있고, 제재처분 효과의 승계 등에 관한 명문의 규정이 없음에도 대법원이 지위 승계에 관한 규정을 근거로 제재사유의 승계를 인정한 것으로 보고 있다.[30]

대법원은 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결[31]과 2010. 11. 11. 선고 2009두14934 판결에서 양수인에 대하여 운송사업면허를 취소할 수 있는 근거로 지위 승계를 들고 있을 뿐, 이러한 지위 승계에 양도인에게 발생한 제재사유가 승계한다는 내용이 포함된다고 표현하고 있지는 않다. 대법원의 입장은 운송사업면허 취소사유가 있는 양도인의 운송사업면허 지위, 즉 흠 있는 운송사업면허 지위가 양수인에게 승계되었다고 보아, 양수인에 대하여 운송사업면허를 취소할 수 있다고 본 것이다. 즉, 양도인의 제재사유가 승계된 것이 아니라, 양도인의 흠 있는 지위가 승계되어 그러한 흠 있는 지위를 취소할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

한편, 대법원은 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결에서, "상법은 회사분할에 있어서 신설회사 또는 존속회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하고 있다(제530조의10). 그런데 이때 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과

29) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009두14934 판결.

30) 정준현, "개인택시운송사업면허 양도시 하자승계의 가부와 신뢰보호 등", 「행정판례연구」 XVI-2, 2011, 16쪽 참조.

31) 이 판결에 대한 평석으로는 정준현, "개인택시운송사업면허 양도시 하자승계의 가부와 신뢰보호 등", 「행정판례연구」 XVI-2, 2011, 3쪽 이하 참조.

관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다."고 판시하고 있다.[32] 이 판결에서 대법원은 지위 승계에는 제재사유 승계가 포함되지 않음을 분명히 하였다. 제재사유는 지위 승계에 의해 승계되는 의무에 해당하지 않는다. 제재처분이 있기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐이며, 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없다.

지위 승계에 관하여 규정하고 있는 법률에서 지위 승계 규정 이외에 별도로 행정 제재처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 것은,[33] 지위 승계 규정에 의하여 제재처분의 효과가 당연히 승계인에게 이전 내지 승계된다고 해석할 수 없음을 보여주는 것이다. 지위 승계에 제재처분이 내려지기 이전 단계인 제재사유 승계가 포함되지 않음은 더더욱 당연하다.

3. 흠 있는 지위의 승계와 제재사유 승계의 구별

제재사유의 승계와 흠 있는 지위의 승계는 구별되어야 한다. 양자의 구별에 대하여 참고가 될 수 있는 판례로는 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결을 들 수 있다. 종전 사업시행자가 부정한 방법으로 사업계획승인을 받은 경우, 이를 이유로 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수 있는지가 문제된 사건이다. 관련 법령에 의하면 사업시행자의 명의 변경을 위하여서는 변경승인을 받아야 하나, 사업시행자 명의가 변경되는 경우 새로운 사업시행자가 종전 사업시행자의 지위를 승계하는지 여부 등에 관하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 대법원은 2017두73310 판결에서, "이러한 지위 승계 관련 규정이 없는 이상 사업계획 변경승인의 의미를 사업권 양도·양수에 대한 '인가'로서의 성격을 가진다고 볼 수 없는 것

32) 이 판결에 대한 평석으로는 이황, "회사분할과 과징금 납부책임의 승계 가능성" - 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결을 중심으로 -, 「고려법학」 제53호, 2009. 6, 211쪽 이하 참조.

33) 예를 들면, 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제7조(지위 승계)와 제8조(처분 효과의 승계) 참조.

이 원칙이다. 그 밖에 사업자 명의변경으로 인한 사업계획 변경승인이 오로지 종전 사업시행자에 대한 사업계획 승인처분이 유효함을 전제로 해서 존속한다는 취지의 규정 역시 찾아보기 어렵다. 이러한 관련 규정의 내용, 체계 및 취지에 비추어 볼 때, 종전 사업시행자가 농업인 등에 해당하지 않음에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 받음으로써 그 승인에 대한 취소 사유가 있더라도, 행정청이 사업시행자 변경으로 인한 사업계획 변경승인 과정에서 변경되는 사업시행자가 농업인 등에 해당하는지 여부에 관하여 새로운 심사를 거쳤다면, 지위 승계 등에 관한 별도의 명문 규정이 없는 이상, 종전 사업시행자가 농업인 등이 아님에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 취득하였다는 이유만을 들어 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수는 없다"고 판시하였다.

이러한 판시 내용에 의하면, 만약 관련 법령에 지위 승계에 관한 규정이 있다면 종전 사업시행자에 대한 승인 취소 사유가 있음을 이유로 들어 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수 있다는 반대 해석이 가능할 것이다. 그러나 이러한 반대 해석의 결론에는 동의한다고 하더라도, 그 논거를 지위 승계가 인정되고 그에 따라 제재사유가 승계된다는 점에서 찾아서는 안 된다. 지위 승계에 의하여 제재사유가 승계되었기 때문이 아니라, 종전 사업시행자의 지위에 흠이 있고 그 흠 있는 지위를 승계하였다는 이유로 변경된 사업시행자에 대한 처분(사업계획 변경승인)을 취소할 수 있다고 보아야 할 것이다.

제재사유의 승계와 흠 있는 지위 승계가 구별됨을 명확히 한 판례로는 대법원은 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결과 2010. 11. 11. 선고 2009두14934 판결을 들 수 있다. 대법원은 개인택시 운송사업을 양수한 사람은 양도인의 운송사업자로서의 지위를 승계하는 것이므로, 관할 관청은 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다고 판시하고 있다. 대법원은 이 두 판결에서 양수인에 대하여 운송사업면허를 취소할 수 있는 근거로 지위 승계를 들고 있으나, 위에서 살펴본 바와 같이 대법원의 입장은 양도인에게 발생한 제재사유가 승계된

것이 아니라, 운송사업면허 취소사유가 있는 양도인의 운송사업면허 지위, 즉 흠 있는 운송사업면허 지위가 양수인에게 승계되었다고 보아, 양수인에 대하여 운송사업면허를 취소할 수 있다고 본 것이라고 해석하여야 할 것이다.

한편, 양도인에게 음주운전 등 도로교통법 위반으로 인해 운전면허 취소사유가 있음에도 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 경우에, 즉 운송사업면허의 취소사유는 아직 존재하지 않은 경우에 양도인에게 운전면허 취소사유가 존재한다는 사실만으로 양수인의 개인택시 운송사업면허를 취소할 수는 없다고 보아야 한다.[34] 이는 지위 승계에는 제재사유의 승계가 포함되지 않으며, 또한 양도인의 운송사업면허에 흠이 아직 존재하기 않기 때문이다.

그러나 대법원은 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결에서 개인택시운송사업의 양도·양수의 경우에 양도인에게 운전면허 취소사유가 있는 때에 양수인의 개인택시 운송사업면허를 취소할 수 있다고 보았는데, 이는 관련 규정에 개인택시운송사업의 양도·양수의 경우에 양도인에게 운전면허 취소사유가 있는 때에 양도·양수 인가를 제한하도록 한 규정이 있기 때문이라고 보아야 한다. 물론 이 경우에도 양수인의 운송면허를 취소할 것이 아니라, 흠 있는 인가를 취소하고, 양도인의 운전면허와 운송사업면허를 취소하는 것이 법리에 맞는다고 할 것이다.

2008. 5. 15. 선고 2007두26001 판결에서 대법원은 개인택시운송사업의 상속 신고의 경우에 망인의 음주운전을 이유로 개인택시 운송사업면허를 취소할 수 없다고 하였다. 이는 개인택시운송사업의 상속 신고의 경우에는 개인택시운송사업의 양도·양수 인가의 제한에 관한 규정이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없고, 망인의 음주운전은 운전면허의 취소사유에 해당할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수 없기 때문이다. 망인의 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 망인의 개인택시운송사업면허에는 흠이 존재하지 않기 때문에 상속 신고의 수리를 거부한 것은 위법하다고 보았다.

---

34) 그러나 다른 입장으로는 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결 참조.

4. 제재사유 승계와 제재처분 효과의 승계

제재사유 승계와 제재처분 효과의 승계 또한 구분되어야 한다. 그러나 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결은 제재처분 효과의 승계와 제재사유의 승계를 동일하게 취급하고 있는 것으로 보인다. 「석유 및 석유대체연료 사업법」(이하 '법'이라고 한다) 제10조 제5항에 의하여 석유판매업자의 지위 승계 및 처분 효과의 승계에 관하여 준용되는 법 제8조는 "제7조에 따라 석유정제업자의 지위가 승계되면 종전의 석유정제업자에 대한 제13조 제1항에 따른 사업정지처분(제14조에 따라 사업정지를 갈음하여 부과하는 과징금부과처분을 포함한다)의 효과는 새로운 석유정제업자에게 승계되며, 처분의 절차가 진행 중일 때에는 새로운 석유정제업자에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 새로운 석유정제업자(상속으로 승계받은 자는 제외한다)가 석유정제업을 승계할 때에 그 처분이나 위반의 사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 대법원은 2017두41085 판결에서 이 조항에 대하여 제재사유 및 처분절차의 승계에 대하여 규정한 것으로 표현하고 있다. 비록 당해 판결은 종전 석유정제업자에게 제재처분이 내려진 사안으로, 위 법 규정에 따라 제재처분의 효과가 승계되므로 결론에 있어서 문제가 있지는 않지만, 제재사유의 승계와 제재처분 효과의 승계는 엄연히 구분되어야 할 것이다.

제재사유의 승계는 피승계인이 행정법상 위반되는 행위를 범하고 그에 대하여 아직 제재처분이 내려지기 전에 공법상 지위 승계가 이루어진 경우에 문제된다. 그에 대하여 제재처분 효과의 승계는 피승계인에 대한 제재처분이 내려진 이후, 즉 제재처분이 확정되고 그것을 집행하는 도중 또는 제재처분의 집행이 종료된 후에 공법상 지위가 이전된 경우에 문제되는 것으로 제재사유의 승계와 구분된다.[35]

제재처분에 의하여 부과된 의무의 경우, 그것이 승계될 수 있는 의무인지(승계가능성 또는 승계적성) 또는 승계를 위하여 그에 대한 법적 근거가

35) 이영무, "영업양도에 따른 허가권의 이전과 제재사유 또는 제제처분 효과의 승계에 관하여", 「법조」 2006. 6, 115쪽 이하.

필요한지에 대한 논의는 차치하고,[36] 구체적으로 확정된 의무로서 승계의 '대상'이 될 수 있다는 점에 이견이 없는 것으로 보인다. 그에 대하여 제재처분이 내려지기 전 단계, 즉 의무가 구체적으로 확정되지 않고, 단지 법령위반의 상태만이 존재하는 단계에서 그러한 법령위반의 상태가 승계될 수 있는 것인지에 대하여는 의견이 갈리고 있다.[37]

독일 연방행정법원은 포괄승계(상속)가 문제된 사안에서, 관련 법령상 금지의무를 위반한 데 대하여 아직 금전지급명령이 내려지지 않은 경우에 피상속인의 법령위반을 이유로 부담하게 된 금전지급의무가 상속인에게 이전된다고 보았다. 독일 연방행정법원은 "'미완성의 법상태'(unfertige Rechtslagen)가 상속인에게 승계될 수 있다는 것은 일반적으로 승인된 바이다."라고 판시하였는데, 이 사안에서 '미완성의 법상태'란 금전지급명령으로까지 강화되지 않은 법령위반에 따른 의무를 의미하는 것으로 보고, 그러한 의무가 포괄승계인에게 이전되어 승계인에게 지급명령을 내릴 수 있다고 보았다.[38]

이에 대하여 독일의 문헌에는 그러한 의무적 지위, 추상적인 법적 책임은 승계될 수 없고, 책임을 구체화한 조치에 의하여 생성된 법적 의무만이 승계될 수 있다는 견해[39]와 그러한 의무 상태, 즉 잠정적인 의무가 이전되고 그 밖의 요건이 충족되면 승계인에게 의무가 발생하고 구체화된다고 보는 견해[40] 등으로 갈린다.

위 독일 연방행정법원 판결 사안의 경우, 법령위반은 피상속인이 하였지만 그러한 법령위반의 상태가 상속 이후에도 지속되었고 금전지급의무도 상속 이후의 기간에 대한 것이며, 더욱이 소급하여 금전지급명령을 내릴 수 있다는 법적 근거도 있는 경우로서, 이 사안에서 문제가 된 법령위반의 기간 동안 해당 주택의 유일한 소유권자이며 급부수혜자인 상속인에게 금전지급명령을 내리는 것은 적법하다고 할 것이다.

---

36) 이에 대하여는 Stadie, DVBl. 1990, 501 (506 f.) 참조.

37) 이에 대하여는 이현수, "영업양도와 제채처분상의 지위 승계", 「행정판례연구」 X, 2005, 152쪽 이하 참조.

38) BVerwGE 64, 105 ff.

39) Papier, DVBl. 1985, 873 (878 f.); Papier, NVwZ 1986, 256 (262).

40) Stadie, DVBl. 1990, 501 (505 f.); Peine, JuS 1997, 984 (987).

우리 대법원 판례 중에도 위 독일 연방행정법원의 판례와 유사한 사안이 있는바, 산림을 무단형질변경한 자가 사망한 경우에 당해 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인에 대하여 복구명령을 할 수 있는지가 문제된 사안이다. 이에 대하여 대법원은 구 산림법령상 채석허가를 받은 자(이하 '수허가자'라 한다)가 사망한 경우 그 상속인은 수허가자의 지위를 승계한다는 전제하에, "원상회복명령에 따른 복구의무는 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무로서 일신전속적인 성질을 가진 것으로 보기 어려운 점, 구 산림법(2001. 5. 24. 법률 제6477호로 개정되기 전의 것) 제4조가 법에 의하여 행한 처분·신청·신고 기타의 행위는 토지소유자 및 점유자의 승계인 등에 대하여도 그 효력이 있다고 규정하고 있는 것은 산림의 보호·육성을 통하여 국토의 보전 등을 도모하려는 법의 목적을 감안하여 법에 의한 처분 등으로 인한 권리와 아울러 그 의무까지 승계시키려는 취지인 점 등에 비추어 보면, 산림을 무단형질변경한 자가 사망한 경우 당해 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인은 그 복구의무를 부담한다고 봄이 상당하고, 따라서 관할 행정청은 그 상속인에 대하여 복구명령을 할 수 있다고 보아야 할 것이다."라고 판시하였다.[41]

이 판결에서 상속인에 대하여 복구명령을 할 수 있는 근거로, 대법원은 수허가자의 상속인이 수허가자로서의 지위를 승계한다는 점, 원상회복명령에 따른 복구의무는 일신전속적인 성질을 가진 것으로 보기 어려운 점, 그리고 처분 등의 효력이 승계인에 대하여도 미친다는 법 규정 등을 들고 있다. 살피건대, 우선 복구의무가 일신전속적인 성질을 가지지 않는다는 점은 복구의무의 승계가능성 내지 승계적성을 갖는다는 의미를 넘어 승계의 근거가 되는 것은 아니다. 또한 처분 등의 효력이 미친다는 규정은 이미 복구명령이 행해졌을 경우 그 효력이 승계인에게 미친다는 규정이므로 이 사안처럼 아직 복구명령이 행해지지 않은 경우에는 적용되지 않고, 따라서 상속인에 대한 복구명령의 근거가 될 수 없다. 마지막으로 상속인의 수허가자로서의 지위 승계에서 상속인에 대한 복구명령의 근거를 찾을 수 있는지가 문

41) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9817, 9824 판결.

제된다. 이는 채석허가자의 지위 승계에 의하여 승계되는 의무에 피상속인의 복구의무가 포함되는지가 밝혀져야 하는데, 이 사안에서의 복구의무는 구 산림법령에 의하여 채석허가기간의 만료에 따른 형질변경된 산림의 복구의무로서 채석허가와 관련이 있는 것이므로 채석허가자의 지위 승계에 포함되는 의무라고 할 것이다.

다른 한편, 토지의 소유권을 승계한 상속인은 당해 토지에 대한 권리·의무도 함께 승계하는 것이므로, 당해 토지가 무단형질변경 된 데 대한 복구의무도 상속에 의해 승계되는 의무에 포함된다고 보아야 할 것이다. 피상속인에게 이미 복구명령이 내려졌다면, 관련 법(이 사안의 경우 구 산림법 제4조)규정에 따라 승계인에게 그 효력이 미치게 된다. 피상속인에게 복구명령이 내려지지 않은 경우에는 상속인에게 승계되는 복구의무에 따라 상속인에게 복구명령을 할 수 있게 된다. 따라서 이 사안의 경우 민법의 상속승계에 관한 규정 또는 구 산림법상의 지위 승계에 관한 규정[42]이 복구의무 승계에 관한 근거 규정이 된다고 할 수 있다.

위의 독일 연방행정법원의 판결과 대법원 판결은 모두 상속, 즉 포괄승계를 전제로 하고 있음에 유의하여야 한다. 상속의 경우, 포괄적인 권리·의무의 승계에 관한 민법의 규정이 물적 관련성 있는 공법상 의무의 승계에 관한 법적 근거가 될 수 있다고 본다. 그에 대하여 특정승계의 경우에는 잠정적인 의무가 승계되기 위하여 그에 대한 개별적인 법적 근거가 있어야 한다. 물론 지위 승계가 인정되고, 그 지위 승계에 의하여 승계되는 의무에 포함되는 경우라면 그 의무의 승계를 위하여 별도의 법적 근거가 요구되지는

42) 대법원은 “구 산림법(2001. 5. 24. 법률 제6477호로 개정되기 전의 것) 제90조의2 제1항, 구 산림법 시행규칙(2001. 11. 10. 농림부령 제1405호로 개정되기 전의 것) 제95조의2는 채석허가를 받은 자(이하 '수허가자'라 한다)의 지위를 승계한 자는 단독으로 관할 행정청에의 명의변경신고를 통하여 수허가자의 명의를 변경할 수 있는 것으로 규정하고, 같은 법 제4조는 법에 의하여 행한 처분 등은 토지소유자 및 점유자의 승계인에 대하여도 그 효력을 미치도록 규정하고 있는 점, 채석허가는 수허가자에 대하여 일반적·상대적 금지를 해제하여 줌으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니라 하더라도, 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있는 점 등을 감안하여 보면, 수허가자가 사망한 경우 특별한 사정이 없는 한 수허가자의 상속인이 수허가자로서의 지위를 승계한다고 봄이 상당하다”고 판시하고 있다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9817, 9824 판결).

않는다.

위에서 살펴본 바와 같이, 현행법에서 제재처분 효과의 승계에 관하여는 개별 법률에 명문의 규정을 두고 있는 경우가 다수 존재한다.[43] 이러한 법적 근거가 있는 경우, 그에 따라 제재처분의 효과가 승계되거나 또는 처분절차의 승계가 인정될 수 있다. 그러나 더 나아가 제재처분의 효과가 승계된다는 규정 또는 처분절차가 승계된다는 규정에 의하여 제재사유의 승계, 즉 아직 제재처분이 내려지기 전 그리고 제재처분 절차가 진행되기 전 단계에서 피승계인의 위반행위로 인하여 승계인에게 제재처분을 할 수 있다고 해석할 수는 없다.

5. 지위 승계와 제재처분 효과의 승계

공법상 지위의 승계를 인정하는 규정이 있는 경우에, 이러한 규정에 의하여 제재사유가 승계인에게 승계 내지 이전되지 않는 것과 마찬가지로 제재처분의 효과 또한 승계된다고 해석할 수 없다. 종전 지위 승계에 관한 규정만 두고 있었다가(예: 구 「석유사업법」 제7조), 이후 법 개정 시에 지위 승계 규정(예: 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제7조)과 별도로 처분효과의 승계에 관하여 규정(예: 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제8조)한 것은 지위 승계 시에 피승계인에게 한 제재처분의 효과를 승계인에게 미칠 필요성이 있는 경우가 있음에도, 지위 승계에 제재처분 효과의 승계가 포함되지 않는다는 것을 인식한 결과라 할 것이다. 지위 승계에 대한 규정과 함께 제재처분 효과의 승계에 관한 규정을 둔 취지는 행정절차적 관점에서의 효율

43) 행정 제재처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 법률로는 「식품위생법」(제78조), 「먹는물관리법」(제49조), 「건강기능식품에 관한 법률」(제34조), 「공중위생관리법」(제11조의3), 「석유 및 석유대체연료 사업법」(제8조), 「도시가스사업법」(제7조의2), 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」(제45조의2), 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」(제23조), 「골재채취법」(제45조) 등이 있다. 제재처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 법률들은 대체로 제재처분 절차가 진행중인 경우에는 그 절차를 계속할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 「골재채취법」 제45조는 처분 효과의 승계에 대하여만 규정하고 있을 뿐, 제재처분 절차의 진행에 대하여는 규정하고 있지 않다.

성과 피승계인과 승계인이 공모하여 제재를 의도적으로 면탈할 가능성에 대처하기 위함이다.[44] 다만, 이 경우에도 선의의 승계인은 보호되어야 한다. 제제처분 효과의 승계에 대하여 규정하고 있는 법률들은 대체로 단서 조항에서 승계인이 그 처분이나 위반사실을 알지 못했음을 증명하는 경우에는 예외를 인정하고 있다.[45] 선의의 승계인을 보호하는 규정을 두고 있는 대부분의 법률은 양수와 합병의 경우에만 적용되고, 상속에 의하여 승계를 받은 자는 제외하고 있다. 상속에 의하여 승계가 문제되는 제재는 물적 사정에 관련되는 것이다. 물건이 상속되는 경우 그 물건과 함께 물건에 부가된 공법상의 의무도 상속인에게 이전된다고 보아야 할 것이다. 상속의 경우 일정한 친족적 신분관계에 있는 사람이 상속인이 되는 것이므로 선의의 승계인에 대한 보호의 필요성은 크지 않으므로 법위반 행위에 대한 책임을 부담하도록 하는 것이 행정목적의 실현을 위해 합리적이라고 본 것이다.

한편, 현행법은 승계인이 제재처분이나 위반의 사실을 알지 못하였음을 증명하도록 규정하고 있는데, 이는 증명책임 분배의 법리에 어긋나는 것이 아닌지 의문이 제기된다. 승계인이 피승계인의 귀책사유를 알았다는 점에 관한 증명책임은 승계인의 이익을 침해하는 행정처분의 적법성을 주장하는 관할 행정청이 지는 것이 타당하다는 주장이 있다.[46] 생각건대, 현행법의 입법 취지는 제재적 처분 면탈을 위하여 지위 승계가 악용되는 것을 방지하기 위한 것으로, 제재처분의 효과가 승계되는 것을 원칙으로 보고, 승계인이 자신이 선의임을 증명한 경우에는 예외를 인정하는 형식을 취한 것으로 이해된다. 또한 승계인이 선의임을 입증하는 자료는 승계인의 지배영역에 있는 것이므로, 관할 행정청이 승계인이 제재처분이나 위반의 사실을 알았다는 것을 입증하는 것이 현실적으로 쉽지 않다는 사정을 고려한 규정이라 할 것이다.

---

44) 이에 대하여는 김연태, “경찰책임의 승계”, 「고려법학」 제51호, 2008, 239쪽 참조.

45) 그러나 「건강기능식품에 관한 법률」 제34조, 「공중위생관리법」 제11조의3, 「골재채취법」 제45조에는 선의의 양수인 등에 대한 보호규정이 없다.

46) 김향기, “행정제재처분의 승계”, 「토지공법연구」 제33집, 2006. 11, 175쪽 이하; 정준현, “개인택시운송사업면허 양도시 하자승계의 가부와 신뢰보호 등”, 「행정판례연구」 XVI-2, 2011, 30쪽 참조.

제재처분 효과의 승계 및 제재처분 절차의 계속 진행은 지위 승계에 당연히 포함되는 것이 아니라, 제재처분을 면탈할 목적으로 이루어지는 양도·양수행위 등을 방지하고 행정경제를 위한 목적으로 법적 근거를 마련하여 인정되는 것이다. 공익상의 필요에 의하여 승계인에게 타인의 법위반행위에 대한 책임을 부담시키면서, 그러한 불이익에서 벗어나려면 승계인이 자신이 선의임을 증명하도록 하는 것은 불합리하다. 승계인이 선의임을 증명하도록 하는 현재의 법 규정 방식과 달리 증명책임이 누구에게 있는지 명시하지 않는 입법 방식이 제안된다.[47] 증명책임의 문제는 일반원칙에 따라 제재처분의 적법요건은 행정청이 부담하고, 제재처분의 위법사유는 승계인이 부담하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

최근에는 양도인 등에게 제재처분을 받은 사실 또는 제재처분 절차가 진행 중인 사실에 대한 통지의무를 규정하는 입법례[48]가 늘고 있는데, 제재처분 면탈을 위하여 양도·양수 등이 악용되는 것을 줄이고 선의의 양수인 등을 보호하기 위한 규정이지만, 양수인 등의 증명책임 부담이 해소되는 것은 아니다.

Ⅳ. 결론

행정제재처분은 당사자에게 침익적 처분이고 행위자의 귀책사유에 기한 것이므로, 공법상 지위가 승계된다고 하여 승계인에게 피승계인의 귀책사유에 기한 행정제재처분도 함께 승계되는 것이라 할 수 없다. 공법상 지위의 승계가 인정되는 경우, 승계되는 것은 공법상 지위에 관련된 또는 지위에 부가된 권리·의무가 승계인에게 이전되는 것이지, 피승계인의 귀책사유로 인한 행정제재처분, 그 효과가 승계의 범위에 포함되는 것은 아니다.

47) 김향기, “행정제재처분의 승계”, 「토지공법연구」 제33집, 2006. 11, 176쪽.

48) 예컨대, 「의료급여법」 제28조 제7항, 「국민건강보험법」 제98조 제4항, 「산림기술 진흥 및 관리에 관한 법률」 제20조 제3항 등 참조. 한편, 「영유아보육법」 제45조의3 제2항에서는 양수인 등 승계인에게 행정관청에 대한 확인의무를 규정하고 있다.

행정제재처분 내지 처분효과를 회피하려는 의도를 갖고 양도·양수를 악용하는 현상에 대처하고 행정절차의 경제를 도모하기 위한 목적으로 제재처분 승계를 인정할 필요성이 있다고 하더라도, 별도의 규정을 두어 제재처분의 승계에 대한 법적 근거를 마련해야 하는 것이지, 지위 승계를 인정하는 규정이 있으면 별도의 규정이 없더라도 제재처분이 승계되는 것은 아니라도 보아야 한다. 지위 승계에 제재사유 또는 제제처분 효과의 승계가 당연히 포함되는 것이 아니고, 지위 승계에 있어서 제재처분 효과 등의 승계를 어떻게 규정할 것인지는 입법 형성에 맡겨져 있는 문제이다.

제재사유의 승계와 제재처분효과의 승계 및 제재처분 절차의 속행은 구별하여야 한다. 제재처분 절차의 속행은 아직 제재처분이 내려지기 전이지만, 제재처분을 하기 위한 절차에 들어간 단계이므로, 이중행정을 방지하고 제재처분을 회피하기 위한 의도로 양도·양수가 악용되는 현상에 대응하여 행정의 실효성 확보라는 공익을 고려한다는 점에서 제재처분효과의 승계와 마찬가지로 법적으로 규율할 필요성이 있다. 제재처분 또는 제재처분 효과를 피하기 위하여 영업의 양도·양수인이 공모하였음이 확인되거나, 양수인이 양도인의 귀책사유를 알고 양수한 경우 양수인은 행정제재처분을 예측할 수 있으므로 제재처분 절차 또는 제재처분 효과의 승계를 인정할 수 있을 것이다. 이 경우에도 양도인의 귀책사유로 양수인에게 행정제재처분을 할 수 있다거나 제제처분의 효과가 양수인에게 미친다는 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 그에 대한 제재처분 또는 효과의 승계가 가능하다고 볼 것이다.

현행법에는 제재처분 효과의 승계 또는 처분절차의 속행에 대하여 규정하고 있는 경우가 많이 발견된다. 이러한 규정에 의하여 더 나아가 제재사유의 승계, 즉 아직 제재처분이 내려지기 전 그리고 제재처분 절차가 진행되기 전 단계에서 피승계인의 위반행위로 인하여 승계인에게 제재처분을 할 수 있다고 해석할 수는 없다.

한편, 제재사유의 승계와 흠 있는 지위의 승계는 구별하여야 한다. 피승계인의 지위에 취소사유의 흠이 있는 경우에 승계인은 그러한 흠 있는 지위를 승계하게 되므로, 행정청은 승계인에 대한 지위의 취소를 할 수 있게 된

다. 이는 제재사유가 승계되었기 때문이 아니라, 흠 있는 지위가 승계되었기 때문인 것이다.

[참고문헌]

김연태, “경찰책임의 승계”, 「고려법학」 제51호, 2008.
김향기, “행정제재처분의 승계”, 「토지공법연구」 제33집, 2006. 11.
박균성/김재광, 경찰행정법, 제3판, 박영사, 2016.
유상현, “수익적 행정행위의 철회의 제한”, 「고시계」, 1998. 4.
이세정, 국민부담경감을 위한 영업승계 관련법제 개선방안, 연구보고 2012-09, 한국법제연구원, 2012.
이영동, “공중위생영업을 정지할 위법사유가 있는 경우 이를 이유로 그 양수인에 대하여 행정처분을 할 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」, 2001년 상반기, 통권 제36호.
이영무, “영업양도에 따른 허가권의 이전과 제재사유 또는 제제처분 효과의 승계에 관하여”, 「법조」 2006. 6.
이현수, “영업양도와 제채처분상의 지위 승계”, 「행정판례연구」 X, 2005.
이황, “회사분할과 과징금 납부책임의 승계 가능성” - 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결을 중심으로 -, 「고려법학」 제53호, 2009. 6.
정준현, “개인택시운송사업면허 양도시 하자승계의 가부와 신뢰보호 등”, 「행정판례연구」 XVI-2, 2011.
정하중, “허가의 승계, 제재적 처분사유의 승계, 제재적 처분효과의 승계”, 법률신문 제3772호, 2009.
조성규, “신고의 법적 성질과 제재적 행정처분의 승계 여부”, 「고시연구」, 2005. 1.

Dietlein, Johannes, Nachfolge im Öffentlichen Recht, 1999.
Otto, Klaus, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971.
Papier, Hans-Jürgen, Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, DVBl. 1985, 873 ff.
Papier, Hans-Jürgen, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.
Peine, Franz-Joseph, Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten, DVBl. 1980, 941 ff.
Peine, Franz-Joseph, Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten, JuS 1997, 984 ff.
Reimer, Philipp, Zur Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht : Rechtstheoretische Perspektiven für ein Dauerthema, DVBl. 2011, 201 ff.
Schink, Alexander, Rechtsfragen der Altlasten: 7. Eingriffsvoraussetzungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, GewArch 1996, 50 ff.
Stadie, Holger, Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht, DVBl. 1990, 501 ff.
Zacharias, Diana, Die Rechtsnachfolge im Öffentlichen Recht, JA 2001, 720 ff.

【국문초록】

권리·의무 승계의 문제는 사법에 비하여 공법영역에서는 그 논의가 활발하지 않았다고 할 수 있다. 공법영역에서는 공법상 지위 승계의 기본적 사항에 대하여 규율하고 있는 법 규정이 없었을 뿐 아니라, 실무상으로도 사법의 영역에 비하여 승계가 크게 문제되지 않았기 때문이었다. 이것은 공법상의 지위는 이전될 수 없다는 인식이 실무상 널리 퍼져 있었음을 보여주는 것이다. 그러나 개인적 공권을 가진 자는 그것을 유용하게 활용하고 자유로이 처분할 수 있기를 바란다는 점을 고려한다면 공법상 지위의 승계에 대하여 검토할 필요가 있는 것이다.

공법상 지위는 어떠한 형태로 승계되는지, 지위 승계의 허용요건은 무엇인지, 지위 승계에 의하여 이전되는 권리·의무는 무엇인지, 지위 승계에는 제재사유의 승계가 포함되는 것인지 등 공법상 지위 승계와 관련하여 밝혀져야 할 문제는 많다. 특히 공법상 지위 승계와 제재사유 승계의 관계와 관련하여서는 다수의 대법원 판례가 존재하며, 판례의 평석과 이론적 쟁점에 관하여 여러 논문이 발표되었음에도 아직 혼란스러운 상황이다. 지위 승계가 인정되는 경우에 제재사유가 있는 법적 지위를 승계한다고 볼 것인지, 공법상 지위 승계 규정을 승계인에 대한 제재처분의 근거로 인정할 수 있는지, 아니면 공법상 지위 승계가 인정되는 경우라 하더라도 제재사유의 승계는 별개의 문제로 판단하여야 하는 것은 아닌지에 대한 의문이 있다.

본 논문에서는 공법상 지위 승계와 제재사유의 승계에 관한 대법원 판례를 분석·고찰하고, 지위 승계의 경우에 제재사유의 승계가 포함하는지, 제제처분 효과는 승계되는지 등 쟁점에 대하여 검토하였다.

공법상 지위의 승계가 인정되는 경우, 승계되는 것은 공법상 지위에 관련된 또는 지위에 부가된 권리·의무가 승계인에게 이전되는 것이지, 피승계인의 귀책사유로 인한 행정제재처분, 그 효과가 승계의 범위에 포함되는 것은 아니다. 행정제재처분 내지 처분효과를 회피하려는 의도를 갖고 양도·양수를 악용하는 현상에 대처하고 행정절차의 경제를 도모하기 위한 목적으로 제재처분 승계를 인정할 필요성이 있다고 하더라도, 별도의 규정을 두어

제재처분의 승계에 대한 법적 근거를 마련해야 하는 것이지, 지위 승계를 인정하는 규정이 있으면 별도의 규정이 없더라도 제재처분이 승계되는 것은 아니다. 지위 승계에 제재사유 또는 제제처분 효과의 승계가 당연히 포함되는 것이 아니고, 지위 승계에 있어서 제재처분 효과 등의 승계를 어떻게 규정할 것인지는 입법 형성에 맡겨져 있는 문제이다.

공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 분석·비판적 고찰 – 김 연 태	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.13.	2019.12.05.	2019.12.27.

【Abstract】

Analytical and critical reflections on judicial precedents regarding succession of legal status and transfer of reasons for sanctions in public law

Kim, Yeon-Tae
(Professor Dr., Korea University School of Law)

It can be argued that discussions regarding the issue of succession of rights and duties have not been as active in public law as they have been in private law. In public law, there has not been a legal regulation over basic components of succession of legal status. Furthermore, in practice, the issue of succession has not been as controversial and problematic as in private law. This indicates that there has been a widely spread perception that in practical terms, legal status in the sphere of public law cannot be transferred. However, if one considers and respects the notion that individuals with civil rights wish to exercise those rights in a free and useful manner, there is a need to examine and study the way succession of legal status is treated in public law.

There are numerous issues that require clarification regarding succession of legal status in public law, including what form the succession may take, what the criteria for the succession may be, what rights/duties are transferred due to the succession of status, and whether any reasons for sanctions that predate the succession will be transferred along with the legal status. Although there are numerous Supreme Court

precedents regarding succession of legal status and transfer of reasons for sanctions as well as many papers that cover annotations and theoretical issues of those precedents, there is much remaining confusion and complication. When succession of legal status is granted, there are questions around whether the succession of status carries with it reasons for any sanctions that already exist, whether the regulations around the succession of status can be used as a basis to dispose those sanctions on the successor, or transfer of reasons for those sanctions should be treated as a separate matter to the succession of status.

This paper analyses and critically reflects on Supreme Court precedents mentioned above and examines critical issues including whether succession of legal status includes transfer of reasons for sanctions as well as transfer of effects of those sanctions.

This paper concludes that when succession of legal status is granted, what is being succeeded/transferred are the rights and duties relating to and disposed on the status, and the succession does not include disposition of administrative sanctions or their effects as a result of actions of the predecessor/transferor. It can be argued that there is a need to also transfer position of sanctions that predates succession of legal status in order to streamline administrative procedure or to manage cases where transfer or acquisition is misused with the intention to avoid disposition and/or effect of sanctions. However, this should be dealt with additional and separate regulations that guarantee legal grounds for transfer of reasons for sanctions. It should not be the case that any sanctions that predate succession of legal status are also transferred with the succession without any additional and separate regulations. For these reasons, this paper argues that succession of legal status does not automatically include transfer of reasons for sanctions or the effects of those sanctions. Rather, it is up to the legislative process to determine

how to regulate transfer of sanctions and their effects when legal status is succeeded from one individual to another.

주제어(Keyword) : 지위 승계(Succession of legal status), 제재사유의 승계(Transfer of reasons for sanctions), 제재처분 효과의 승계(Transfer of effects of disposed sanctions), 지위 승계와 제재사유 승계의 관계(Relation between succession of legal status and transfer of reasons for sanctions), 흠 있는 지위의 승계(Succession of legal status with defects)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.37

법학전문대학원 교육 10년의 평가와 향후 과제*

- 형사소송법과 관련하여 -

박 정 난**

목 차

I. 서론
Ⅱ. 법학전문대학원 제도의 의의
1. 학교 교육과 법조인 양성의 단절 방지
2. 다양한 전공자들의 법조계 진출
3. 검토
Ⅲ. 법률실무가 양성
1. 변호사 시험 출제
2. 법학전문대학원 교육의 바람직한 방향
Ⅳ. 학문후속세대의 양성
1. 법학전문대학원 제도 도입 이후 문제점
2. 해결방향
Ⅴ. 결론

I. 서론

1990년대 중반부터 논의가 시작된 법학전문대학원 제도는 상당한 기간 동안 진통을 겪은 후 2009년에 도입되었다. 2007. 7. 27. 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」이 제정, 공포되었고 2008. 9. 1. 25개 법학전문대학원에 대하여 최종 설치인가가 이루어졌으며. 2009. 3. 법학전문대학원이 개원하였다. 그리고 지금까지 8기까지 졸업생이 배출되었고 변호사시험도 8회

* 이 논문은 2019년 연세대, 고려대 법학연구원 정기학술대회에서 발표한 논문을 수정, 보완한 것임(지정토론을 맡아 소중한 고견을 주신 고려대학교 법학전문대학원의 홍영기 교수님과 법무연수원 로스쿨 파견교수인 허훈 검사님께 감사드립니다.)
** 연세대학교 법학전문대학원 조교수.

에 걸쳐 시행되었다.

이제 사법고시가 완전히 폐지됨에 따라 법학전문대학원 및 변호사시험 제도가 유일한 법조인을 양성, 배출하는 통로가 되었다. 이처럼 법학전문대학원이 한 국가의 사회질서 유지 및 정의실현을 구현하는 중요한 역할을 담당하는 법조인을 양성하는 유일한 기관이라는 점에서 올바른 운용이 절실히 요구된다. 따라서 법학전문대학원 제도가 도입된 지 10년이 조금 넘은 상황에서 그간의 긍정적인 측면과 부정적인 측면을 살펴보고 향후 나아가야 할 방향에 대하여 검토할 필요성이 있다.

이 글에서는 먼저 법학전문대학원 제도의 긍정적인 측면을 살펴보고, 항을 바꾸어 법률실무가 양성, 학문후속세대 양성의 각 부분에 대하여 문제점 등을 살펴보고 향후 나아갈 방향을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 법학전문대학원 제도의 의의

1. 학교 교육과 법조인 양성의 단절 방지

기존 사법시험 제도 하에서는 교수와 학생 모두 법과대학 수업과 사법고시 준비를 별개로 생각하였다. 법과대학 수업을 듣는 것만으로는 사법고시를 충분히 준비할 수 없었기 때문에 고시준비생들은 대부분 신림동 학원가의 도움을 받았다. 따라서 고시를 준비하는 적지 않은 법대생들은 대학 수업에 형식적으로 출석하였고 대부분의 시간을 학교 이외의 곳, 즉 학원과 독서실에서 보내며 사법고시를 준비하여 법조인이 되었다.

그러나 법학전문대학원 제도는 법조인 양성시스템을 '시험에 의한 선발'에서 '교육을 통한 양성'으로 전환시킴으로써 학교에서 더 이상 '강단법학'이 아니라 실무 법조인 양성을 위한 내실있는 교육을 하도록 하게 하였다.

물론 이러한 긍정적인 측면이 지나쳐서 학교가 학원으로, 교수가 학원 강사로 추락해버렸다는 비판적 시각도 적지 않지만, 법학전문대학원 제도가 학교 교육과 법조인 양성의 단절이라는 문제점을 해결하는 데 큰 역할을 했

다는 것을 부인할 수 없다.

2. 다양한 전공자들의 법조계 진출

법학전문대학원은, 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제26조(학생 구성의 다양성) 제1항에 의하면 다양한 지식과 경험을 가진 자를 입학시키도록 노력하여야 하고, 제2항에 의하면 입학자 중 법학 외에 분야에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 해야 한다.

실제로 올해 제8회 변호사시험에서도 비법학 전공자들의 변호사 시험 합격률이 58.72%으로 법학 전공자들보다 높고 향후 앞으로 그 비율은 더 증가할 것이다. 법학전문대학원 제도의 도입을 통하여 법학 이외의 다양한 전공경력자들이 법조계로 진출할 수 있게 된 것이다. 훌륭한 판사, 검사, 변호사라는 실무법조인이 되기 위하여는 풍부한 법학지식이 물론 기본이 되어야 하겠지만, 복잡 다양한 사건을 해결하는 과정에서 다양한 분야의 지식과 경험이 큰 밑거름이 된다는 점에서 매우 바람직한 현상이다.

3. 검토

후술하는 바와 같이 그간 10년 동안 운영되어 온 법학전문대학원 제도가 완벽하지도 않고 문제점을 많이 가지고 있다. 그러나 법학전문대학원 제도는 이처럼 긍정적 측면을 많이 가지고 있는 제도로서 폐지 대상이 아니라 존치시키되 향후 개선하여 더 발전시켜야 할 제도이다. 일각에서는 폐지된 사법고시 제도를 부활하자는 주장도 존재하나 이는 타당하지 않다. 이미 기존 사법고시 체재하에서 목격했듯이 사법고시는 학교 내 법학교육을 일종의 '섬'으로 만들어 버리고 다수의 젊은이들을 10년 넘게 고시에만 매달리게 하여 국가적 인력 낭비를 초래한다.

따라서 아래에서는 보다 나은 법학전문대학원 제도의 발전을 위하여 법학전문대학원의 주요 책무라 할 수 있는'법률실무가 양성'과 '학문후속세

대 양성'의 두 영역으로 나누어 문제점 및 개선방안을 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 법률실무가 양성

1. 변호사 시험 출제

변호사시험법 제2조(변호사시험 시행의 기본원칙)에 의하면 '변호사시험은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다'고 규정되어 있다. 따라서 법학전문대학원의 교육내용 및 방향을 논하는데 있어서 변호사 시험의 출제내용은 필수적으로 검토해야 할 요소이다.

변호사시험은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 평가하는 시험[1]으로, 형사법(형법 및 형사소송법)은 필수 시험과목 중 하나이다. 필수 과목의 시험은 선택형 및 논술형으로 실시하고[2] 논술형은 사례형과 기록형의 두 가지 유형의 시험을 실시하고 있다.

(1) 선택형 시험

1) 비판적 검토

선택형은 40문항이 출제되고 5지선다형이다. 가장 최근 변호사시험인 제8회 변호사시험 중 형사소송법에 관한 선택형 문제 중 한 문항을 살펴보면 다음과 같다.

---

1) 변호사시험법 제1조
2) 변호사시험법 제8조 제1항

문 25.
강제처분에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「형사소송법」 제217조 제1항은 수사기관이 피의자를 긴급체포한 상황에서 피의자가 체포되었다는 사실이 공범이나 관련자들에게 알려짐으로써 관련자들이 증거를 파괴하거나 은닉하는 것을 방지하고, 범죄사실과 관련된 증거물을 신속히 확보할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 긴급체포된 자가 체포현장이 아닌 장소에서 소유·소지 또는 보관하는 물건을 압수할 수는 없다.

② 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 하여야 한다.

③ 현행범 체포현장이나 범죄장소에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다.

④ 피고인이 수사 당시 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 「형사소송법」 제200조의4 제3항, 제208조에 규정된 재체포 또는 재구속 제한에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다.

⑤ A가 필로폰을 투약한다는 제보를 받은 경찰관이 A의 주거지를 방문하였다가, 그곳에서 A를 발견하고 A의 전화번호로 전화를 하여 나오라고 하였으나 응하지 않자 A의 집 문을 강제로 열고 들어가 긴급체포한 경우, 경찰관이 A의 신원과 주거지 및 전화번호 등을 모두 파악하고 있었고, 당시 마약 투약의 범죄 증거가 급속하게 소멸될 상황도 아니었다면, 위법한 체포이다.

위 문항과 같이 대부분의 문제가 판례의 법리에 의하여 답을 선택하도록 되어 있다. 제8회 변호사시험의 형사법 선택형 시험 40문항 중 단 한 문항을 제외하고 모두 '다툼이 있는 경우 판례에 의함'이라는 단서가 문제에 기재되어 있다. 이러한 판례 위주의 출제경향은 형사법 과목에만 국한된 상

황은 아니다. 판례는 공신력 있는 법리해석이고 실제 수사 및 재판도 기존 판례를 벗어나지 않는 한도 내에서 행해지고 있는 점을 고려할 때 예비 법조인들의 판례 공부는 매우 중요하다. 또한 판례에 근거한 문제 출제는 불필요한 정답 시비를 예방할 수 있는 효과가 있고 실제 많은 출제위원들이 이와 같은 의도에서 판례에 근거한 출제를 선호하는 것으로 알고 있다.

그러나 이러한 판례 선호형 출제방식은 학생들에게 지나치게 많은 판례 공부를 요구하고 있다. 최근 변호사시험을 준비하는 학생들이 주로 선택하는 수험서에서 다루는 판례가 과목별 약 12,500개 정도라고 한다.[3] 물론 기본적인 판례 암기는 필요하다. 공신력 있는 법리인 판례에 대한 지식 없이는 사건을 해결할 수 없고, 매 사건 처리때마다 모든 판례를 찾아 볼 수도 없다. 그러나 경력 법조인도 아닌 예비법조인을 대상으로 핵심판례를 넘어서 지엽적인 판례까지 포함하여 과목당 10,000개 이상의 판례를 암기할 것을 요구하는 것은 바람직하지 않다.

또한 변호사 등 법조인이 되기 위하여 필요한 능력 중에는 판례에 대한 지식 뿐만 아니라 법적 사고력이다. 변호사시험은 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력이 어느 정도 갖추어진 사람을 변호사로 선발하는 시험으로, 판례를 많이 암기하고 있는 사람이 반드시 법률사무를 수행할 수 있는 능력이 뛰어난 사람이라고 할 수 없다. 또한 인터넷 시대인 오늘날에는 사건과 관련된 다양한 판례들을 손쉽게 찾을 수 있다.[4] 그런데 사회에서 발생하는 사건들은 복잡다양하고 기존에 존재하는 판례와 사실관계가 동일한 경우는 거의 없다. 결국 판검사나 변호사의 주된 작업은 현재 처리중인 사건과 관련 있는 판례들을 분석적으로 살펴보고, 처리 중인 사건과 비교분석하여 사법정의를 실현하는 바람직한 결론에 도달하기 위하여 법리를 분석하고 나름의 논리를 만들어 내는 일이다. 이러한 작업을 위하여 필요한 능력은 법이론에 대한 정확한 이해 및 논리적 사고력이고, 결국 훌

3) 이승준, "현행 변호사시험의 문제점과 과제-형사법에 착안하여-", 『법과 정책』 제24권 제3호, 2018, 193면.

4) 12년 간 검사로 근무한 경력이 있는 필자의 경험에 비추어본다면, 판례를 알지 못하여 사건 처리가 어려웠던 적은 단 한번도 없었다.

륭한 변호사가 될 능력이 있는지는 바로 이러한 능력이 잘 갖추어져 있는지를 평가해야 한다고 생각된다.

2) 향후 출제방향에 대한 제안

논술형 시험으로는 문항 수의 제약으로 전반적인 형사법 지식을 평가하기 어렵다는 점에서 선택형 시험은 반드시 필요하다. 필자가 생각하는 선택형 시험의 바람직한 출제방향은 다음과 같다.

우선적으로, 판례뿐만 아니라 법 이론에 대한 정확한 이해도를 평가해야 한다. 이를 위해서는 우선 다양한 법철학과 관점에 근거한 학설들에 대하여 정확하게 이해하고 있는지를 평가해야 한다. 예를 들어 '항소심을 사후심으로 해석하는 견해에 의하면 항소심에서는 공소장 변경이 허용되지 않는다'는 지문이 맞는지 틀리는지를 출제할 수 있는 것이다. 또한 형사소송법의 경우 법조문에 대한 지식을 평가할 필요가 있다. 형사소송법은 특히 절차법으로서 관할, 상소기간 등 실무적으로 실수를 할 경우 큰 낭패를 보는 경우가 있으므로 이에 대한 법조문에 대하여는 철저히 공부하도록 법률적 지식을 물어볼 필요가 있다. 선택형 시험은 사례형, 기록형 시험과 바교하여 이러한 법이론에 대한 정확한 이해도를 평가하기 위하여 매우 적합한 유형의 시험이다. 객관식 40문항의 5지 선다형이기 때문에 형사법 전반에 걸친 법이론에 대한 지식을 폭넓고 다양하게 검증할 수 있고, 이러한 출제방식이 선택형 시험을 보게 하는 취지에 부합하다고 생각된다.

둘째, 출제 판례의 범위를 대폭 축소하여 법조인으로서 실무를 수행하기 위하여 반드시 암기해야 할 핵심적인 판례를 선정하여 이를 교수와 학생이 공유하면서 공부하도록 하고 그 범위에서 출제해야 한다. 그리고 이러한 출제판례 범위의 제한은 후술하는 사례형과 기록형 시험에 있어서도 마찬가지로 적용되어야 한다. 이에 대하여는 형사법과 관련하여 형법의 경우 형사판례연구회에서 발간한 판례백선의 150여개의 판례, 형사소송법의 경우 형사소송법학회에서 발간한 판례백선의 110여개의 판례를 기본으로 하여 여기에 최신 전원합의체 판결 등을 포함시켜 500여개의 판례를 출제 기본판례로 선정하자는 주장도 존재한다.[5] 출제되는 판례범위를 제한하면 학생들

이 변호사시험 대비를 위하여 단순히 판례의 결론만 암기하는 것이 아니라 판례를 비판적으로 바라보며 분석하려고 하는 의지가 생길 것이고 나아가 변호사시험 과목뿐만 아니라 전문과목, 법철학 등 더 심도 있는 이론과목을 학습할 여력과 의지가 생길 것이라는 주장도 있다.[6] 실제로 최근 법학전문대학원협의회는 변시제도개선위원회를 조직하여 주요과목의 시험용 표준판례를 선정하기로 하고 한국공법학회, 대한민사법학회, 한국형사법학회에 각 헌법, 민법, 형법의 표준판례 선정을 의뢰하기로 하였다. 즉 변호사시험에서 표준판례를 중심으로 출제하도록 하고, 법학전문대학원에서의 교육도 이와 연계하자는 것이 기본취지이다.[7]

셋째, 판례에 대한 지식 평가에 있어서도 전원합의체 판결의 다수의견의 요지만 출제할 것이 아니라 소수의견의 구체적인 내용에 대하여도 출제함으로써 학생들이 판례를 단순 암기하는 것이 아니라 비판적으로 분석할 수 있는 능력을 함양하도록 해야 한다. 예를 들어 반의사불벌죄에 있어서 법정대리인의 의사에 반하여 미성년자가 처벌불원 의사를 표시한 경우 유효한지와 관련하여 전원합의체 판결[8]의 다수의견은 죄형법정주의 원칙상 법정대리인의 동의를 요하는 명문규정이 없으므로 유효하다는 입장이고 반대의견은 범죄피해자인 청소년 보호를 위하여 무효를 주장하는 입장인데, 각 다수의견과 반대의견이 어떠한 법철학과 논리에 의하여 결론을 이끌어 내었는지 구체적인 내용을 출제함으로써 예비법조인들의 법적 사고력을 보다 향상시킬 수 있을 것으로 생각된다.

(2) 사례형 시험

> 甲이 乙에게 채무변제를 독촉하면서 "너 혼자 몰래 A의 집에 들어가 A 소유의 도자기를 훔쳐 이를 팔아서 나에게 변제하라."라고 말하였다.

---

5) 이승준, 위의 논문, 208면.

6) 명순구, "법학교육의 정상화를 위한 변호사시험 개선방안", 『법학전문대학원협의회 자료집』, 2019, 51면.

7) 고시계, "법전원협의회 변호사시험의 자격시험화를 위한 사업추진 본격화", 2019, 87면.

8) 대법원 전합 2009. 11. 19. 선고 2009도6058 판결.

이를 승낙한 乙은 혼자 범행을 하는 것이 두려운 나머지 甲에게는 알리지 않은 채 친구 丙과 함께 A의 도자기를 훔치기로 공모하였다. 범행이 발각될 것이 두려웠던 甲은 乙에게 전화하여 범행 단념을 권유하였으나, 乙은 甲의 제안을 단호히 거절하였고 2018. 6. 20. 10:00경 丙과 함께 A의 집에 도착하였다. 丙은 A의 집 앞에서 망을 보고, 곧바로 乙은 A의 집에 들어가 A의 도자기를 훔친 후 丙과 함께 도주하였다. 그 후 乙은 B를 기망하여 도자기를 1억 원에 판매하고 자신의 몫 5,000만 원을 은행에 별도 계좌를 개설하여 예금해 두었다가 며칠 후 그 전액을 수표로 인출하여 그 정을 알고 있는 甲에게 채무변제금 명목으로 지급하였다.

사건을 수사하던 사법경찰관 P는 2018. 6. 27. 22:00경 乙을 카페에서 적법하게 긴급체포한 직후, 乙이 자신의 노트북 컴퓨터로 작업하던 위 범행 관련 문서를 발견하고 노트북 컴퓨터를 그 자리에서 영장 없이 압수하였다. 그 후 P는 경찰서로 연행된 乙로부터 도자기 판매대금이 예치되었던 예금통장이 乙의 집에 있다는 임의의 자백을 듣고, 가족이 이를 훼손할 염려가 있는 등 긴급히 그 예금통장을 압수할 필요가 있다고 판단하였다. P는 2018. 6. 28. 01:00경 압수수색영장 없이 乙의 집에 들어가 그 집을 지키던 乙의 배우자를 집 밖으로 나가게 한 채 집을 수색하여 예금통장을 압수하고 나서 즉시 노트북 컴퓨터와 예금통장에 대하여 압수수색영장을 발부받았다.

이러한 상황에서 乙의 배우자는 乙과 상의 없이 전직 경찰관 丁에게 "이 돈을 P에게 전달하여 남편의 일을 잘 무마해 달라."라고 하며 3,000만 원을 건네주었고, 丁은 그 돈 전부를 P에게 전달하였다.

한편 乙의 체포사실을 알아차린 丙은 바로 형사처분을 면할 목적으로 6개월 동안 필리핀으로 도피하였다가 귀국하였다.

1. 甲, 乙, 丙, 丁의 죄책은? (60점)
2. P가 압수한 예금통장과 노트북 컴퓨터로부터 취득한 정보의 증거능력은 인정되는가? (20점)
3. '도자기 절취행위'에 대한 乙, 丙의 공소시효 완성일은 언제인가? (10점)
4. 만약, 乙이 A의 도자기를 훔친 사실(제1사실)과 B에게 도자기를

> 판매한 사실(제2사실)로 각각 기소되어 제1사실에 대해서는 징역 1년, 제2사실에 대해서는 징역 10월을 선고받고 乙만 각 판결에 대하여 항소하였고, 항소심이 비로소 병합심리한 후 이를 경합범으로 처단하면서 乙에게 징역 1년 10월을 선고하였다면 이 선고는 적법한가? (10점)

1) 비판적 검토

형사법 사례형은 2개의 문제가 출제되고 각 문항에서 다시 보통 4~5개의 소문항이 출제된다. 위 문제는 가장 최근 변호사시험인 제8회 변호사시험 중 형사법 사례형 문제 제1문이다.

위 문제와 같이 사례형은 일정한 사실관계를 제시하고, 보통 형법적 쟁점인 죄책을 묻는 소문항과 형사소송법적 쟁점들을 묻는 소문항으로 구성된다. 위 문제도 소문항 1번은 형법적 쟁점을, 2번부터 4번까지는 형사소송법적 쟁점을 묻고 있다. 형사소송법적 쟁점의 경우는 특히 증거능력을 묻는 문제가 다수를 이루고 있다. 제8회 변호사시험의 형사법 사례형의 경우 위 사례 1문은 2번만이 증거능력을 묻고 있지만 사례 2문은 죄책을 묻는 소문항 1개를 제외하고 모든 소문항이 증거능력 판단을 묻고 있다.

그런데 피의자 또는 피고인의 죄책을 검토하는 것과 증거능력을 판단하는 것은 기록형 시험에서도 동일하게 요구하고 있다. 기록형 시험은 피고인의 각 기소죄명이 유죄, 무죄, 면소, 공소기각 중 어디에 해당하는지 결론을 내는 것으로 결국 죄책을 검토하는 것이고 그 검토과정에서 제출된 증거의 증거능력을 판단해야 하기 때문이다. 따라서 사례형 시험과 기록형 시험의 유형이 중복되는 느낌이 있다. 그러나 사례형 시험과 기록형 시험의 차별성은 존재한다. 사례형 시험은 출제자가 사실관계를 모두 정리하여 제시하는 반면 기록형 시험은 수험생들이 약 40페이지 정도되는 기록을 읽으면서 스스로 사실관계를 정리해야 하기 때문이다. 또한 죄책 검토의 경우 기록형은 실제 실무에서 변호인으로서 작성하는 서류이므로 학설을 논할 필요가 없으나 사례형의 경우는 그렇지 않고 실제 채점기준표도 학설 기재를

요구하고 있다. 그러나 증거능력 유무를 판단하는 문제와 관련하여는 현재 사례형 문제가 형사소송법적 쟁점에 있어서 지나치게 이 부분에만 치중하는 부분은 적절하지 않다고 생각된다. 위법수집증거배제법칙 및 전문법칙과 관련된 증거능력에 대한 지식은 기록형에서 충분히 많이 평가되고 있다.

또한 증거능력 이외의 형사소송법적 쟁점에 관한 기출문제를 보면, 판례의 태도만을 묻거나 법조문의 적용에 따른 결과만을 묻는 문제들이 적지 않다. 위에 기재한 제8회 변호사시험 사례 1문 중 3항 및 4항의 경우도 그러하다. 3항은 공소시효에 관한 형사소송법 조문을 적용하여 계산하는 문제이고, 4항은 항소심에서 병합된 사건의 불이익변경금지의 원칙에 관한 판례의 태도를 묻는 문제이다. 이러한 유형은 단답식의 선택형에서 출제하는 것이 바람직하고 서술식의 사례형에서 평가할 것은 아니라고 생각된다. 객관식의 선택형과 비교하였을 때 논술식의 서술형의 존재의의는 수험생이 특정 법적 쟁점에 대하여 학설, 판례 등을 종합적으로 망라하고 자신의 생각을 정리할 수 있는지를 측정할 수 있다는 것으로 이러한 존재의의를 살릴 수 있는 방향으로 깊이 있는 지식과 논리적 법률문장 구사력을 평가할 수 있는 문제를 출제해야 한다.

2) 향후 출제방향 제안

필자가 생각하는 사례형 시험의 바람직한 출제방향은 다음과 같다.

첫째, 형사소송법에서 증거능력 이외에도 중요한 쟁점은 상당히 많이 있고 선택형 및 기록형의 유형을 통해서는 평가할 수 없는 쟁점에 대하여 사례형에서 출제할 필요가 있다. 이와 관련하여 기존 사법고시 2차에서 출제되었던 서술형 유형을 소문항으로 출제할 필요가 있다고 생각된다.[9] 예를 들어 “공소권 남용이론에 대하여 논하라”라는 유형의 문제이다. 이는 선택형이나 기록형에서는 출제할 수 없는 유형으로, 예비 법조인으로서의 법학에 대한 거시적 이해도를 측정할 수 있는 유형의 문제이다. 강의를 하면서 학생들의 취약점으로 느낀 점 중 하나가 바로 어떠한 법적 주제에 대하여

9) 그렇다고 한다면 논술형을 사례형과 기록형이 아닌 일반논술형과 실무논술형으로 구분해야 하지 않는가 하는 생각이 든다.

논하라고 하였을 때 알고 있는 내용을 정리하여 논리적으로 전개하는 능력이 상당히 떨어진다는 것이다. 예를 들어 필자는 기말고사 문제로 '거증책임의 전환에 대하여 논하라'라는 문제를 출제한 적이 있는데 대부분의 학생들이 당황하며 3-4줄 정도를 기재하였고 그 내용도 정확하지 않았다. 학원강사가 시험 출제유형에 맞게 요약정리한 참고서만을 보면서 5지선다에서 정답을 찾고 사례를 푸는 요령만을 익힌 결과이다. 추상적인 이론을 넘어서 실무에서는 종국적으로 구체적인 사례를 해결할 수 있어야 하지만 그 기반에는 풍부한 법이론적 지식이 깔려 있어야 한다. 둘째, 사례형 문제의 소문의 개수도 지나치게 많으므로 줄이는 것이 타당하다. 법률사무를 잘 수행할 수 있는 능력을 갖춘 변호사를 선발하는 시험이 글씨를 빨리 쓰는 사람이 좋은 점수를 얻는 시험이 되어서는 결코 안된다. 구체적인 사례에서 죄책을 검토하는 문제 2개, 서술형 2개, 기타 증거능력 포함한 형사소송법적 쟁점에 대한 문제 1-2개 정도가 적절하지 않는가 하는 생각이 든다.

(3) 기록형 시험

1) 비판적 검토

기록형 시험은 검사가 기소한 형사사건의 재판기록(약 40페이지)을 제시하고 피고인의 변호인으로서 특정 유형의 실무문서 2개[10]를 작성하도록 한다. 재판기록은 검사가 제출한 증거기록과 공판기록으로 구성된다. 항상 피고인 2명이 등장하고, 공소장은 피고인들의 공동범행과 각 피고인의 단독범행으로 구성된다. 제7회 변호사시험까지 출제된 실무문서의 종류는 검토의견서와 변론요지서였지만, 제8회 변호사시험에서 처음으로 보석허가청구서를 작성하라는 문제가 출제되었다.[11]

변호사 시험에 있어서 기록형 시험은 매우 중요하다. 법학전문대학원 제도는 기존의 사법고시와 사법연수원 교육의 이원적 체제를 단일화한 것

10) 항상 기소된 피고인이 2명이고, 각 피고인에 대한 변호인으로서 실무문서를 작성하므로 2개의 실무문서를 출제한다.

11) 변호사 모의시험에서는 몇 회 출제된 적이 있었다.

으로 선택형 및 사례형이 기존 사법고시 시험형식이라면 기록형은 사법연수원에서의 시험형식이다. 재판기록 검토 및 법률문서 작성은 실제 실무에서 변호사의 주된 업무라는 점에서 이에 대한 수행능력 평가는 변호사에게 필요한 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 평가하고자 하는 변호사시험 취지에 가장 부합한다.

그런데 지금까지 출제된 기록형 시험문제를 보면 지나치게 많은 법률적 쟁점을 묻고 있고, 그러다 보니 사건 흐름이 자연스럽지 않고 작위적인 부분이 적지 않다. 현실에서 실제로 발생하고 있고 발생할 법한 기본적인 사건에 대한 기록검토 능력을 묻는 것만으로 충분히 기본지식과 실력을 갖춘 예비 변호사를 선발할 수 있다. 다양한 법률적 쟁점에 대하여는 선택형과 사례형 시험을 통하여 충분히 평가할 수 있고 기록형 시험에서는 기록형에서만 평가할 수 있는 중요한 부분인 '사실인정'에 주안점을 두어야 한다. 사실인정은 피고인이 범행을 부인하고, 관련 참고인들 및 객관적 증거관계가 상이한 경우 법리적 판단에 앞서 사실관계를 확정하는 작업이다. 단순한 법리 판단과 같이 사례형 시험이나 선택형 시험을 통하여도 수험생의 실력을 평가할 수 있는 영역은 제외하고 사실관계의 다툼으로 피고인이 전부 무죄 또는 일부 무죄를 주장하는 사건에 대한 법률실무능력 평가가 기록형 시험의 방향이 되어야 한다.[12]

또한 법률문서의 종류는 변론요지서, 검토의견서의 가장 기본적인 것을 출제하는 것으로 족하다고 생각된다. 형사변호인으로서 작성하는 법률서류는 우선 법원에 제출하는 서류의 경우, 수사단계에서 재판단계에 이르기까지 체포·구속 적부심사청구서, 보석허가청구서, 변론요지서 등 변호인의견서, 상소이유서 등이 있고, 내부적 서류로는 검토의견서가 있다. 검토의견서는 법원이나 수사기관에 제출하지 않고 객관적으로 사건을 검토하는 보고서와 같은 것이다.[13] 제8회 변호사시험에서 기존 출제경향에서 벗어나 보석

12) 이창현, "변호사시험 형사법 기록형시험에 대한 분석과 개선방안 연구", 『외법논집』 제40권 제4호, 2016, 327면.

13) 윤태석, "변호사시험 형사법 기록형의 출제방향에 관하여", 『법조』 제65권 제8호, 2016, 313면.

허가청구서가 출제되었는데 보석허가청구서의 형식적 기재사항을 제외하고는 결국 변론요지서를 작성하라는 것과 다른 것이 없었다. 실무상 많은 경우 유죄가 인정되는 사건에서도 보석허가청구를 하고 있지만 실무를 경험하지 않은 수험생으로서는 양형감각이 형성되어 있지 않기 때문에 유죄가 인정되는 사건에 보석이 가능한지 판단하는 것은 거의 불가능하다.[14] 결국 무죄, 면소, 공소기각 등의 사유가 있는 쟁점을 낼 수 밖에 없고 그렇다고 한다면 보석청구의 형식적 기재요건을 작성하는 것을 제외하고 나머지는 변론요지서와 같은 형식이 될 수 밖에 없다. 그러나 보석청구의 형식적 기재요건은 선택형이나 사례형으로 충분히 평가할 수 있고 굳이 기록형으로 출제할 이유는 없다.

그렇다고 한다면 굳이 보석허가청구서 등 다양한 유형의 법률문서를 출제할 필요는 없다고 생각된다. 다양한 법률문서의 형식은 실제 변호사로서 실무경험을 하면서 익혀도 충분하기 때문이다. 기록형 시험의 취지는 각종 법률문서의 형식을 잘 쓰는지를 평가하는 것이 아니라 기록의 사실관계를 정확히 파악하고 법률적 쟁점을 추출하여 결론적으로 법적 타당성 있는 유무죄 등의 결론을 내리는지, 그리고 그 과정을 논리적으로 구성하여 작성하는지를 평가하는 것이기 때문이다.

2) 향후 출제방향 제안

필자가 생각하는 기록형 시험의 바람직한 출제방향은 다음과 같다.

첫째, 가장 기본적인 쟁점을 다루는 재판기록을 출제해야 한다. 기록형은 선택형 및 사례형에 비하여 실무적인 색채가 강하고 3년이라는 짧은 기간 동안의 법학전문대학원 교육으로 완벽히 교육하기 어렵다는 점에서 기본적인 수준의 실무기록 검토 및 법률문서 작성을 수행할 수 있는지를 평가하는 것으로 충분하다고 생각된다. 복잡한 사건기록 검토 및 다양한 법률문서 작성은 향후 법조인이 된 후 실제 사건을 처리하면서 차근차근 배워나가야 하고 필자의 경험도 그러하다.

둘째, 검토의견서 형식의 출제는 반드시 필요하고, 특히 검토의견서 형

14) 윤태석, 위의 논문, 329면.

식에서는 사실인정 출제가 주를 이루어야 한다. 내부적인 검토의견서 이외에 법원이나 수사기관에 제출하는 서류의 형태로는 출제방향에 있어서 제약이 있을 수 밖에 없다. 법원이나 수사기관에 제출하는 서류의 경우 아무리 변호인에게 진실의무가 있고 가상시험이라 하더라도 유죄를 인정하는 취지의 내용을 작성하게 하는 것은 부자연스럽고 적절하지 않다. 물론 유죄를 인정하고 정상관계를 작성하도록 하면 된다는 의견이 있을 수 있으나 법원 또는 수사기관에 제출하는 서류에 유죄가 인정되는 논리를 상세히 적도록 하는 것은 현실과 맞지 않는다. 결국 내부적인 검토의견서 이외의 법률서류의 경우는 무죄, 면소, 공소기각 사유가 존재하는 쟁점으로 출제할 수 밖에 없고 수험생들에게는 예단을 줄 수 밖에 없다.

그러나 검토의견서는 내부적 검토 단계에서 객관적으로 사건을 검토하면서 작성하는 것이므로 유죄의 결론을 내려도 부자연스럽지 않다. 전술한 바와 같이 특히 기록형 시험의 존재의의는 수험생들의 사실인정 능력을 평가하는 것이라는 점에서 검토의견서 형식의 출제는 반드시 필요하다. 필자가 검사로 근무하면서 처리한 대부분의 사건에서 고심을 했던 것은 사실인정 부분이지 법리판단이 아니었다. 법리판단은 판례, 교과서 등을 통하여 정답을 찾아낼 수 있지만 사실인정은 그렇지 않다. 피고인이 범행을 부인하고 인적 증거 및 물적 증거가 다양하고 상이한 경우 과연 무엇이 진실인지 판단하는 과정에서 반드시 법적 사고능력(legal mind)이 요구된다. 이러한 능력이 떨어지는 사람이 법조인이 되었을 때 발생하는 부정적 결과는 명약관화하다. 따라서 검사가 증거목록으로 제출한 증거들 중 증거능력 판단을 통하여 유죄의 증거를 추리고, 이 증거들의 증명력을 판단하여 유무죄 여부를 판단하도록 하는 사실인정 쟁점을 검토의견서 형식으로 출제하는 것이 기록형 시험의 핵심이라 생각된다.

이에 더하여 자기모순적인 답안을 작성하도록 강요하는 것을 막기 위해서도 검토의견서 형식의 출제가 필요하다는 견해가 있다.[15] 즉 대부분의 기록 내용이 피고인들의 공동범행에 대하여 피고인 갑은 자백하고 피고인

15) 윤태석, 위의 논문, 326면.

을은 자신의 가담사실을 부인하는데 이 경우 변호인의견서 형식만 작성하도록 한다면 한 명의 수험생이 각 피고인의 변호인으로서 각 피고인에게 유리한 변론을 해야 하므로 상반되는 시각으로 사실관계 및 법리를 검토하도록 하는 부당한 결과를 초래하기 때문이다.

(4) 변호사시험의 자격시험화

개별적인 출제방향의 개선과 더불어 중요한 것은 현행 변호사시험의 난이도를 낮추고 합격률을 높여 자격시험화해야 한다는 것이다.

8년간 변호사시험 합격자 수 결정 추세

구분	1회 (2012년)	2회 (2013년)	3회 (2014년)	4회 (2015년)	5회 (2016년)	6회 (2017년)	7회 (2018년)	8회 (2019년)
응시자	1,665	2,046 (+381)	2,292 (+246)	2,561 (+269)	2,864 (+303)	3,110 (+246)	3,240 (+130)	3,330 (+90)
응시자 증가율	-	22.9	12.0	11.7	11.8	8.6	4.2	2.8
합격자	1,451	1,539 (+87)	1,550 (+12)	1,565 (+15)	1,581 (+16)	1,593 (+12)	1,599 (+6)	1,691 (+92)
응시자대비 합격률	87.2	75.2	67.6	61.1	55.2	51.2	49.4	50.8

위의 표를 보면 매년 조금씩 합격자 정원을 늘리기는 하였으나 합격률은 50% 내외로 저조한 것을 볼 수 있다. 변호사시험의 합격자는 시험을 관장하는 법무부가 결정하고 법무부는 변호사시험 관리위원회의 심의의견과 대법원, 대한변호사협회 및 법학전문대학원 등을 구성원으로 하여 설립된 법인의 의견을 참고하여 결정해야 한다.[16] 법무부는 합격자 정원수 확정과 관련하여 원칙적으로 입학정원 대비 75%인 1,500명 이상으로 결정하되, 변

16) 변호사법 제10조 제1항 및 제2항.

호사시험 관리위원회의 충분한 심의를 거쳐 전년도 합격인원, 응시인원 증가, 법조인 수급 상황 등을 종합적으로 고려한다는 입장이지만, 매년 급증하는 응시인원이 전혀 고려되지 않은 채 입학정원 대비 75%에 형식적으로 맞춰진 합격자 정원수를 결정하고 있다.[17]

법학전문대학원 제도는 기존 사법고시 제도의 문제점을 해결하기 위하여 "시험"이 아닌 "교육"을 통한 법조인 양성을 목표로 등장한 제도로 법학전문대학원의 교육과정을 충실히 이수하면 누구든지 변호사시험에 합격하여 법조인이 될 수 있도록 하는 취지를 가지고 도입된 것이다. 즉 도입취지 자체에 '자격시험' 성격의 변호사시험이 전제되어 있었던 것이다. 기존의 사법고시 체제에서는 누구든지(가정주부, 초등학교 졸업자 등등 모두 가능하다) 어떠한 방식으로든(신림동 학원에서 학원수업을 수강하는 방법, 혼자 독학하는 방법 등) 사법고시를 준비하여 그 시험을 합격하면 법조인이 될 수 있었기 때문에 법조인이 될 사람을 평가하는 유일한 방법이 사법고시 시험밖에 없었다. 그러나 로스쿨 제도에서는 로스쿨은 특수 '대학원'이기 때문에 로스쿨에 입학하고자 하는 사람은 법학이든 비법학이든 일단 학부를 졸업해야 한다. 그리고 로스쿨 '교수'의 법률 수업을 일정 학점 이상 의무적으로 수강을 해야 하고 변호사시험을 치르기 위하여는 각 로스쿨의 졸업사정 요건을 통과하여야 한다. 따라서 로스쿨 체제에서는 변호사 시험 이외에도 학생들이 의무적으로 완수해야 하는 것이 존재하고 그러한 의무이행으로 예비법조인으로서의 기본적 자질과 지식을 충분히 연마할 수 있기 때문에 최종관문인 시험의 수준을 지나치게 상향시킬 필요는 없다고 판단된다.

그럼에도 불구하고 현재 변호사시험 시스템이 일정 합격점수를 넘으면 변호사로 선발하는 것이 아니라 매년 법무부 산하 변호사시험 관리위원회에서 합격자 정원을 정하여 일정 인원의 변호사만을 선발하는 정원제 선발형태로 운영되고 있는 것은 제도의 도입취지에 반한다. 같은 전문직 직종인 의사, 약사, 한의사 등의 경우 모두 자격시험 형태로 선발되며 합격기준은 "총점의 60퍼센트 이상, 매 과목 40퍼센트 이상 득점한 자"로 고정되어 있

17) 이승준, "변호사시험 합격자 결정 방법의 개선방안", 『저스티스』 통권 제172호, 2019, 170-173면.

고, 합격률도 80~90퍼센트 이상인데[18], 과연 법조인이라는 직업과 위 직업군을 다르게 선발해야 하는 정당한 이유가 있는지 의문이다.

변호사시험을 자격시험화하지 않는다면, 현재와 같이 매년 합격률이 낮아지고 학교별 합격률이 공개되는 상황에서, 기존 사법고시 체제에서 발생했던 문제점이 그대로 답습될 것이고 법학전문대학원은 고시학원으로, 교수는 학원강사로 추락하고 말 것이다. 법학전문대학원의 교육 프로그램에는 외국의 법제 및 실무를 경험할 수 있도록 하는 원어민 교수에 의한 외국법 교과목, 다양한 법률수요 시장에 맞춰 전공분야 탐색에 도움을 줄 수 있는 특성화교과목 및 전문화교과목, 해외연수 프로그램, 지역주민들에게 무료 법률상담 등을 하며 실무능력을 기르는 리걸클리닉 등 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조에 규정된 교육이념에 부합하는 즉 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인을 양성하기 위한 다양하고 유익한 프로그램이 많다. 그럼에도 불구하고 지나친 변호사시험의 과열화로 인하여 이러한 프로그램은 거의 형식적으로 운용되어 있을 뿐이다.[19]

물론 변호사시험을 자격시험화할 경우 지나치게 쉬운 변호사시험으로 인하여 법률서비스의 수준 저하가 우려될 수도 있다는 비판도 존재한다. 그러나 이러한 우려는 법학전문대학원 교육기간을 연장하는 방안, 학생들이 의무적으로 수강해야 하는 필수과목을 변호사시험 과목대상 법률 이외의 기초법, 전문분야 법률 등 다양한 법률로 확대하는 방안, 학생들이 일정 성적 이상을 획득해야 로스쿨을 졸업할 수 있도록 졸업사정 요건을 엄격히 하는 방안 등을 신중하게 검토하여 법학전문대학원 교육과정을 충실히 이수한 학생만이 변호사시험에 응시할 수 있도록 하는 것으로 충분히 해결할 수 있다고 생각된다.

---

18) 김창록, "한국 로스쿨의 의의와 과제-로스쿨 시스템을 로스쿨답게 만들어야", 『저스티스』 통권 제146-2호, 2015, 203-205면.

19) 이승준(주 17), 176면.

실제로 최근 전국 25개 법학전문대학원 원장단이 법무부장관과 간담회를 갖고 변호사시험의 자격시험화를 건의하였고, 법학전문대학원 협의회는 변호사시험 기본과목인 헌법, 민법, 형법에 대한 표준판례 선정작업에 착수하는 등 자격시험화를 위한 기반 구축을 시작하였다.[20]

2. 법학전문대학원 교육의 바람직한 방향

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조(교육이념)에 의하면, "국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성"이 법학전문대학원의 교육이념이다. 또한 위 법 제20조(교육과정)에 의하면, 위 제2조의 교육이념의 취지에 부합하는 법조인의 양성에 필요한 교과목을 개설하여야 한다.

법학전문대학원의 교육이념은 훌륭한 법조인을 양성하는 것이지 변호사시험 합격이 아니다. 그런데 현재 법학전문대학원의 교과목 개설 및 그 강의내용은 거의 변호사시험 합격을 위한 준비에 초점을 맞추고 있다. 이는 전술한 바와 같이 변호사 시험이 지나치게 어렵게 출제되고 해마다 그 합격률이 떨어지고 있는 데 그 원인이 있다. 이러한 상황에서 학생들은 변호사시험에 출제되는 과목과 내용이 아닌 다른 법 분야에 관하여 공부할 여력이 없고 또한 공부하는 것에 대하여 부담을 느끼고 있는 것이다. 법학전문대학원도 이러한 학생들의 요구를 무시할 수 없고 또한 학교별 합격률이 공개되어 암암리에 학교별 서열화가 형성되는 상황에서 학교의 위상을 세우고 향후 우수학생 유치를 위하여 결국 변호사시험 합격을 위한 준비에 매진하고 이에 초점을 맞추어 교과목 개설 및 강의내용을 구성할 수 밖에 없는 것이다.

만일 변호사시험의 난이도를 조절하고 자격시험화 하여 합격률을 높인

20) 고시계 제63권 제12호, 2018. 12. 22-23면; 고시계 제64권 제6호, 2019. 6. 87면.

다면 법학전문대학원과 학생들 모두 변호사시험에 대한 부담을 벗어나 실질적으로 전문성이 있는 법조인이 되는데 필요한 다양한 법률분야의 지식 습득 및 실무경험에 관심을 가지고 공부할 수 있을 것이다. 즉 변호사시험 제도의 개선과 법학전문대학원 교육의 바람직한 방향은 상호 떼래야 뗄 수 없는 관계에 있는 것이다.

아래에서는 변호사시험 제도가 개선된다는 전제하에 법학전문대학원 교육의 바람직한 방향을 교육 방식과 교육 내용으로 나누어서 살펴보고자 한다.

(1) 교육 방식

로스쿨에서의 교육은 교수의 일방적인 강의식 수업보다는 학생들이 참여하는 참여식 수업이 같이 병행되는 것이 좀더 바람직하지 않은가 생각된다. 물론 비법학 전공자들이 학생들 대부분이라는 점, 로스쿨 교육기간인 3년이라는 짧은 기간인 점, 변호사 시험 대비의 목표를 무시할 수 없는 점 등을 고려할 때 모든 교과목에서 완전한 참여식 수업을 시행하기는 어렵고 또한 바람직하지 않다. 따라서 각 교과목의 특성, 학생들의 학년 및 수준, 변호사시험과의 관련성 등 여러 가지 요인을 고려하여 교수의 일방적인 강의식 수업과 참여식 수업을 적절히 병행하는 수업을 한다면 무리가 없을 것으로 보인다.[21]

학생들이 수업에 참여하는 형태는 교수의 질문에 대한 답변, 토론, 발표 등 여러 가지 방법으로 행해질 수 있다. 교수의 일방적인 강의식 수업에서는 학생들은 수업내용을 듣고 이해한다. 반면 참여식 수업에서는 학생들은 자신의 언어와 행동으로 무언가를 표현해야 하기 때문에 표현 이전 단계에서 나름의 방식대로 구성하기 위하여 생각하고, 또한 표현단계에서도 표현하는 과정에서 또다시 생각하며 말하게 된다. 즉 참여식 수업에서는 교수의 일방적인 강의식 수업보다 학생들 스스로 생각하고 고민하는 작업을 요구하게 되는데 그러한 작업을 통하여 학생들은 법리를 좀더 확실하게 이해할

21) 권영준, “로스쿨 교육방법 개선에 관한 단상”, 『법교육연구』 제11권 제3호, 2016, 17면.

수 있고 자기 나름의 리걸마인드를 형성할 수 있다. 특히 이는 향후 대부분의 업무가 구두나 문서로서 일정한 법적 분쟁에 대한 해결점을 제시해야 하는 법조인이 될 로스쿨 학생들에게 매우 필요하다고 생각된다.

실제로 필자는 검찰실무 수업을 강의하면서 참여식 수업을 병행하였는데, 학생들의 호응은 나쁘지 않았다. 필자는 첫째 강의를 하면서 중간중간 관련 쟁점에 대한 질문을 하고 이를 답변하도록 하였고, 둘째 학생들이 스스로 작성한 검토의견서를 발표하게 하였고, 셋째 구체적 사례에 대하여 팀을 나누어 토론을 하고 그 결과를 발표하도록 하였다. 이러한 강의 방식에 대하여 학생들은 처음에는 익숙하지 않은 방식이라 당황하고 불편해 했으나, 강의 중후반으로 갈수록 이러한 수업방식 때문에 좀 더 긴장하게 되어 수업에 집중할 수 있게 되었고, 교수의 질문에 대한 답변을 하면서 자신이 잘 아는 부분과 알지 못하는 부분을 명확히 인지할 수 있었으며, 다른 학생들과 생각과 의견을 공유함으로써 법리를 단순히 암기하는 것이 아니라 생각하는 습관을 기를 수 있게 되었다고 하였다.

(2) 교육 내용

법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 훌륭한 법조인을 양성하는 것이 교육이념이므로 법학전문대학원의 교육에 있어서 실무교육의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 그러나 법학에 대한 기본적 소양은 훌륭한 법률가로서의 필수적 요건이고, 법학전문대학원에 입학하는 대다수의 학생들이 법학이 아닌 다양한 전공학부의 졸업생인 점에서 법학전문대학원에서의 법학이론 교육도 실무교육 못지 않게 매우 중요하다.[22]

따라서 법학전문대학원 교육의 바람직한 방향은 위와 같은 교육이념이 잘 구현될 수 있도록 이론교육과 실무교육이 잘 조화를 이루는 것이다.

1) 이론교육의 방향

형사법은 민사법과 더불어 법조인이라면 기본적으로 숙지하여야 하는

22) 이상원, "법학전문대학원에서의 형사실무 교육방법", 『형사법연구』 제20권 제3호, 2008, 54면.

법분야이고 특히 형사소송법은 수사 및 재판 절차와 관련된 절차법으로서 실무가인 법조인은 형사소송법 이론을 기본기로서 갖추고 있어야 한다.

우선, 이론 교육은 추상적 법리만을 교육하는 것이 아니라 법조문의 내용, 이에 대한 학계의 해석, 구체적 사안에서의 판례의 태도를 모두 균형있게 전달해야 한다. 특히 법학에 있어서 이론을 교육함에 있어서는 반드시 판례와 연계된 강의를 하여야 한다고 생각된다. 단지 추상적인 법리만을 교육하는 것은 학생들로 하여금 법리에 대한 실천적인 이해를 하도록 하지 못하고 법리를 하나의 멋들어진 예술작품으로만 감상하는 차원에 그치게 할 수 있다는 비판이 존재한다.[23] 판례는 구체적인 사실관계를 확정하고 확정된 사실관계에 대한 법조문을 적용하며 그 과정에서 쟁점이 된 부분에 대한 법원의 판단이 융화된 것으로 법 이론과 법 현실이 유기적 관계를 유지하도록 해준다.[24] 즉 형사법 이론과 관련판례의 연계 강의를 통하여 형사법 이론이 구체적인 사건에서 어떻게 적용되는지, 판례가 결론을 도출하는 과정에서 기초한 이론은 어떠한 것인지, 판례의 태도에 대한 비판적 견해가 어떠한 것이 있는지 등을 교육함으로써 현실과 괴리된 교과서 속 이론이 아닌 살아 숨쉬는 이론교육을 할 수 있을 것으로 생각된다. 그리고 학생들의 리걸 마인드 형성을 도와주기 위하여는 일방적인 학설 및 판례에 대한 설명보다는 관련 쟁점에 관한 교수의 주관적 견해를 제시하고 학생들과 함께 이를 자유롭게 나누고 상호 토론하는 것이 필요하다고 생각된다.

예를 들어 위법수집증거배제법칙을 설명함에 있어서, 먼저 근거조문인 형사소송법 제308조의2 및 개념 등을 설명하고, 증거능력이 배제되는 위법성의 의미와 범위에 대한 학계의 논의를 설명한다. 그리고 위법수집증거배제법칙에 관한 판례의 변화, 즉 종전에는 물적 증거에 대하여는 적용하지 않았으나 법령개정과 더불어 물적 증거에 대하여도 확대 적용하고 있음을 설명한다. 그리고 판례가 구체적인 사안에서 '위법성'을 어떻게 판단하고 있는지와 관련하여 의미 있는 판례로 평가되고 있는 판례들 중 하나를 선택하

23) 이상원, 위의 논문, 65면.

24) 김태명, "법교육과 법실무에서의 형사법학의 위상과 역할", 『형사법연구』 제29권 제1호, 2017, 193면.

여 설명하되 다수의견과 별개의견, 반대의견 등 다양한 관점에서 바라보는 법적 시각을 설명할 수 있다는 점에서 전원합의체 판결이 있다면 이를 선택하여 설명한다. 예를 들어 위법수집증거배제법칙에 관한 대표적 대법원 전원합의체 판결인 '제주도지사 사건'[25]을 제시하면서 압수영장에 기재된 범위 내에서의 압수, 압수대상자의 참여, 압수물 교부 등에 관한 형사소송법 절차규정을 위반하여 압수한 부분이 증거수집에 있어서 '위법성'으로 문제가 되어 공판에서 피고인측이 해당 증거의 증거능력 없음을 다투었음을 설명함으로써 위법수집증거배제법칙이 구체적인 사실관계에서 어떻게 적용될 수 있는지를 학생들에게 명확히 확인시킬 수 있다. 즉 이론적 설명만으로는 다소 추상적이고 난해할 수 있는 개념을 판례의 사실관계를 같이 공부하면서 보다 쉽게 이해시킬 수 있는 것이다. 나아가 모든 법령 위반을 위법수집증거로 보되 실체진실 규명을 위한 예외를 인정하는 다수의견과 이와 달리 중대한 법령위반만을 위법수집증거로 보자는 별개의견의 각 주장 및 근거를 설명하고, 이에 대한 교수의 견해를 제시한 후 학생들로 하여금 실체진실발견과 적법절차원칙이라는 형사소송의 양대 이념을 어떻게 조화시키며 위법수집증거배제법칙을 해석해야 할 것인지에 관하여 생각하고 토론할 수 있는 기회를 줌으로써 학생들의 리걸마인드를 형성 및 발전시킬 수 있다고 생각된다.

또한 로스쿨에서의 이론 교육은 구체적인 사례를 토대로 이루어져야 한다. 법학이라는 학문 자체가 그 특성상 구체적인 사안과의 관련성을 떠나서 생각하기 어려울 뿐만 아니라 로스쿨의 교육목표가 학자가 아닌 현실적인 사건해결 등 실무를 수행하는 법조인을 양성하는 것이기 때문이다. 구체적인 사례 중심의 교육은 첫째 가급적 많은 사례를 토대로 이론을 설명하고, 둘째 실제 현실에서 발생하고 있는 법적 쟁점을 연관시키고, 셋째 관련된 각종 법률서식을 강의자료로 제시하는 방법으로 이루어질 수 있다.[26]

특히 형사소송법의 경우 수사 및 재판 절차와 관련된 절차법으로 그 이론이 학생들에게는 매우 생소한 측면이 있다. 부동산등기법의 경우 직접 등

25) 대법원 전합 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결.
26) 권영준(주 17), 11-12면.

기업무를 해보면 쉽게 알 수 있듯이 절차법은 백번의 이론공부보다 한번의 실전경험이 더 큰 공부가 될 수 있는 것은 사실이다. 따라서 형사소송법 이론 교육은 특히 위와 같은 방식의 이론 교육이 매우 필요하다. 예를 들어 대인적 강제처분인 체포 제도와 대물적 강제처분인 압수수색 제도를 설명하면서 관련된 체포영장 청구서, 체포영장, 긴급체포서, 현행범인체포서, 사전 압수수색 영장 청구서 및 영장, 사후 압수수색 영장 청구서 및 영장 등 서식을 보여주고 언론보도 등에 의하여 이슈화되고 있는 관련 법적 쟁점 및 구체적인 다양한 사건을 풍부하게 설명함으로써 수사절차를 처음 접해보는 학생들로 하여금 보다 명확하고 생생하게 법리를 이해하고 오랫동안 기억할 수 있게 할 수 있을 것으로 생각된다.[27] 또한 이와 같은 강의방식은 현재 행해지고 있는 변호사 시험의 대부분이 사례 형식의 문제로 출제된다는 점에서 시험대비에 있어서도 매우 적합하다.

덧붙여서 로스쿨에서의 이론 교육은 실제 실무에서 적용되는 법 이론을 중심으로 이루어져야 한다. 즉 이론을 위한 이론교육은 지양해야 한다.[28] 아무리 학자가 아닌 법조인이라 하더라도 이론적 지식이 기초가 되지 않는 이상 훌륭한 법조인이 될 수 없는 것은 사실이다. 그러나 법학전문대학원은 법학도가 아닌 실무가인 법조인을 양성하는 기관이라는 점, 학생들은 대부분 비법학 전공자로서 3년이라는 짧은 기간 동안 다양한 법학 과목을 공부해야 하는 점, 그리고 실제 현실에서는 전혀 적용되지도 않는 그야말로 교과서 안에만 존재하는 법이론도 적지 않다는 점 등을 고려할 때 이론 교육은 실제 실무에서 적용되는 법이론을 중심으로 이루어져야 한다고

27) 실제 필자는 형사소송법 강의를 하면서 검사 재직시절 작성하였던 체포영장 청구서, 계좌추적 압수수색 영장 청구서 등의 서식을 활용하였고 학생들 대부분이 추상적으로 느껴졌던 절차를 좀더 쉽게 이해할 수 있었다는 좋은 반응을 보였다. 필자는 필자가 작성하였던 서류를 활용하였으나 사법연수원 교재 등에도 위와 같은 실무서식이 첨부되어 있기 때문에 강의자료를 구하는 것은 어렵지 않다.

28) 형사소송법 분야보다는 형법 특히 총론 분야에 두드러진다. 예를 들어 원인에서 자유로운 행위론에 대하여 그 법적 효과에 관한 명문의 규정을 두어 가벌성을 인정하고 있음에도 가벌성의 근거에 대하여 장황하게 독일이론을 소개, 검토하는 이유가 어디에 있는지 의문이 아닐 수 없고, 오히려 가벌성 요건인 '위험발생의 예견'과 '자의에 의한 심신장애의 야기'가 어떤 의미이고 실제 사례에서 어떻게 적용할 것인가에 대하여 정치한 이론을 펼쳐야 한다는 견해도 존재한다(김태명, 위의 논문, 187면).

생각된다. 그 이상의 법이론은 법조인이 되기 위하여 입학한 법학전문대학원의 학생들이 아닌, 일반대학원 과정에서 좀더 '학문'을 연구하고자 모인 학생들과 함께 연구하는 것이 타당하다.

2) 실무교육의 방향

실무교육은 이론교육을 통하여 법리를 배운 학생들이 법조인으로서 실제 발생하는 구체적인 사건을 처리할 수 있는 방향 및 실무기술을 제시해주는 교육이다.

현재 법학전문대학원의 실무수업으로 민형사재판실무, 검찰실무 등 수업이 존재한다. 이들 수업은 법원, 검찰 등 실무기관에서 파견을 나온 실제 판검사 즉 실무가가 가르치고 있다.

그리고 위와 같은 외부 실무가에 의한 교육 이외에도 법학전문대학원 교수가 가르치는 실무수업으로 사례연습 및 기록세미나와 같은 수업이 존재한다. 현재는 변호사시험 사례형 및 기록형 문제를 대비하는 위주로 운영되고 있기는 하지만, 법학전문대학원이 예비법조인을 양성하는 기관이라는 점에서 중요한 과목이다. 많은 법학전문대학원에서 이러한 유형의 수업을 실무가 출신 교수가 담당하고 있고 필자도 마찬가지이다.

실무교육은 이론교육 중 사례연습이나 판례공부로는 다루기 부족하고, 실제 사건에서 많이 다루어지고 법조인들이 많이 고민하는 측면에 초점을 맞추는 것이 타당하다. 따라서 실무교육은 '사실인정'에 대한 연습을 많이 다루는 방향으로 진행하는 것이 바람직하다고 생각된다. 변호사 시험 출제 방향 부분에서 전술한 바와 같이 실무에서 '사실인정' 작업은 매우 중요하다. 피고인이 강력히 범행을 부인하는 경우, 예를 들어 범의를 부인하거나 범죄현장의 부재를 주장하는 경우, 그와 관련된 피고인에게 불리한 증거들과 피고인에게 유리한 증거들이 산재되어 있을 때, 과연 당해 일시 및 장소에서의 실제로 발생한 사실은 무엇인지, 진실이 무엇인지 확정하는 것은 신이 아닌 일개 사람에 불과한 법조인에게는 매우 어려운 작업이다. 특히 형사재판은 민사재판과 달리 관련된 사람들의 인생을 좌우할 만큼 그 재판결과의 영향이 크기 때문에 법조인의 신중한 판단이 요구된다. 그런데 형사재

판에서는 증거재판주의가 적용되므로 공소사실은 엄격한 증명에 의하여 증거능력 있는 증거에 의하여만 입증가능하다. 또한 증거의 증명력에 있어서도 무죄추정의 원칙에 따라 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'의 원리가 적용이 되어 피고인의 혐의가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 입증이 되어야 유죄가 선고될 수 있다. 따라서 학생들에게 제출된 증거의 증거능력을 판단하고, 실체진실 발견을 위하여 증거능력 있는 증거들의 증명력을 판단하는 기준과 방법을 가르치는 것이 사실인정 교육의 핵심이다.

증거의 증거능력 유무에 대한 판단기준 및 방법은 위법수집증거배제의 법칙, 자백배제법칙 및 전문법칙 등 증거능력에 대한 법리를 바탕으로 비교적 쉽게 습득할 수 있다. 반면 증거의 증명력을 판단하는 것, 즉 어떠한 증거가 신빙성이 있고 없는지, 피고인의 혐의에 대한 합리적인 의심을 배제할 정도로 충분히 입증이 되었는지 아닌지를 경험칙에 어긋나지 않게 올바르게 판단하는 것은 짧은 시간 동안의 단순한 지식의 습득으로 가능한 것이 아니고 다양한 구체적 사안에서 수 차례의 증명력 판단 연습을 함으로써 서서히 그 법적 감각을 체득하고 형성해야 가능한 것이다. 따라서 학생들은 로스쿨을 졸업하고 실제 법조인으로서 여러 가지 사건을 처리하면서 사실인정 능력을 함양할 수 있겠으나, 그 전에 로스쿨 재학 3년의 기간 동안 사실인정 능력의 기본기를 다져주는 것은 실무교육의 몫이라고 생각된다.

이러한 '사실인정'관련 강의의 좋은 방법으로 두 가지를 제시할 수 있다.

첫째, 변호사시험 기출 기록, 모의시험 기록 중 피고인이 범행을 부인하고 관련 인적 및 물적 증거가 얽혀 있는 쟁점 또는 그 변형쟁점을 학생들과 같이 검토하고 토론하는 방식이다.

둘째, 판례 중 사실인정이 문제된 사건을 선정하여 학생들과 같이 1심부터 3심 대법원 판결을 검토하고 증거능력 및 증명력에 관한 판단을 고민하는 방식이다. 판례를 검토할 때는 대법원 판결에서는 구체적인 사실관계 및 피고인측 주장을 자세히 알 수 없으므로 반드시 하급심 판례에 대한 검토가 필요하다. 특히 사실심인 1심과 항소심에서 별다른 증거의 변화가 없음에도 각 유무죄의 결론이 달라진 판례의 경우 '합리적인 의심을 배제할 정도의 입증'의 원칙과 관련된 심증형성의 정도에 대하여 유죄에서부터 무

죄까지 폭넓은 시각에서 접근할 수 있다는 점에서 강의 적합형 판례로 보여진다.[29]

덧붙여서 일선 검찰청, 법원의 협조를 받아 수사기밀 유출 및 사생활 침해가 없는 한도에서, 사실인정이 쟁점이 된 실제 사건기록을 제공받아 학생들과 같이 검토하고 고민할 수 있다면 더욱 이상적인 실무교육을 할 수 있지 않을까 생각된다. 변호사시험 기출 기록 및 모의시험 기록은 아무래도 채점을 위한 기록이다 보니 다양한 법리를 묻기 위하여 다소 작위적인 구성이 적지 않고, 또한 기록의 분량이 50페이지 내외로 적다보니 사실인정과 관련된 자료도 적어 학생들이 다각도로 증명력 판단을 연습하기에는 부족한 측면이 적지 않기 때문이다. 따라서 향후 법학전문대학원 협의회 차원에서 검찰청, 법원의 협조를 구하는 방향을 생각해 볼 수 있지 않을까 한다.

Ⅳ. 학문후속세대의 양성

1. 법학전문대학원 제도 도입 이후 문제점

법학전문대학원 제도의 도입 이후에도 대다수의 법학전문대학원이 일반대학원 교육시스템을 병행하여 운영하고 있다. 법학전문대학원을 졸업하면 전문석사 학위를 취득하고 전문박사 과정에 들어와 학위를 취득할 수 있는 한편, 일반대학원도 예전과 마찬가지로 석박사과정을 운영하고 있다.

그런데 기존 법과대학이 폐지되고 실무 법조인 양성을 교육이념으로 하는 법학전문대학원이 도입되면서 학문후속세대를 양성하는데 있어서 적신호가 켜졌다. 법철학 등 기초법학 및 국제법 등 전문분야의 법률에 대한 교육이 형해화되고 있다. 또한 기존 법과대학 시대에도 학부 졸업 이후 고시공부를 계속 하기 위한 수단으로 대학원에 입학하는 학생들이 적지 않기는 하였으나 직업으로서의 법학이 아닌 학문으로서의 법학을 연구하고자

29) 윤태석, “법학전문대학원 형사법 교육방법의 일고찰-사실인정과 관련하여”, 『법조』 제59권 제11호, 2010, 312-313면

하는 연구 대학원생의 비율이 현저히 줄어들고 있는 것도 문제이다.

이러한 현상의 원인은 크게 두 가지이다.

첫째 변호사시험 대비에 대한 부담으로 인하여 법학전문대학원의 학문 후속세대 양성을 위한 교육과정이 잘 운영되고 있지 않다. 변호사시험 합격률을 높이기 위한 법학전문대학원과 변호사시험 합격을 목표로 하는 학생들의 이해관계가 부합되어 시험 기본과목인 헌법, 행정법, 민법, 상법, 민사소송법, 형법, 형사소송법을 중심의 강의가 이루어지고 그 밖의 기초법과 전문분야 법률은 소외되어 폐강이 되는 경우가 적지 않다. 노동법, 조세법 등 전문분야 법률은 물론 변호사시험의 선택과목으로 시험을 시행하고 있지만, 대다수의 학생들이 깊이 있는 학교 강의보다는 시험에 출제될 내용만을 족집게 방식으로 강의하는 학원강사의 강의를 선호하고 있다. 또한 변호사 시험 기본과목에 대한 부담감으로 관심이 있어도 선뜻 기본과목 이외에 기초법이나 전문분야 법률을 수강할 엄두를 내지 못한다.

그러나 기초법학은 법학연구와 교육에 있어서 매우 중요한 분야이다. 예를 들어 법철학에 있어서의 법의 개념론 및 정의론, 법사회학에 있어서의 법의 표면과 실태의 관계에 관한 경험적 연구, 비교법학에 있어서의 국내법의 자리매김, 법제사에 있어서의 법의 발전사 등은 모두 법의 존재와 특성을 이해하는데 불가결한 요소이다.[30] 이러한 이론법학은 법실무와 괴리된 것이 아니라 그 기초가 되는 토양이다.

전문분야 법률 또한 마찬가지이고 민형사의 기본법보다 법실무와 연결되어 있는 중요한 분야이다. 물론 이러한 전문분야 법률은 그 분야의 실무에 종사하면서 보다 생동감 있게 습득할 수는 있으나 실무적 측면이 아닌 이론적 지식에 대한 연구가 밑바탕 되지 않으면 발전하기 어렵다. 특히 사회가 지속적으로 변화하는 것과 맞물려 새로운 법적분쟁을 해결하기 위하여 그리고 국제화시대에 따른 국제경쟁력을 갖추기 위하여는 전문분야 법률에 대한 지속적인 심도 있는 연구가 필요하다.

둘째 로스쿨 졸업 이후 학문 연구를 목적으로 전문박사과정이나 일반

30) 성중탁, "로스쿨 체재하 법학 학문 후속세대 양성의 문제점과 그 대안", 『법학논고』 제58집, 2017, 7면.

대학원 석박사 과정에 입학하는 학생들이 줄어들고 있고 특히 순수하게 법학만을 공부하는 대학원생들의 향후 미래가 불확실해지면서 순수 학문 연구에 대한 전반적인 의욕과 동기가 현저히 줄었다는 것이다. 기초법이나 전문분야 법률 연구의 경우는 전술한 바와 같이 학생들의 수강외면으로 인하여 교수 숫자가 줄어들고 있어 자연스럽게 학문후속세대의 양성에 차질이 빚어지고 있다.

2. 해결방향

이러한 문제점의 해결을 위하여는 무엇보다도 법학전문대학원은 변호사시험 중심의 강의 편성 및 운영을 지양해야 한다. 변호사시험 과목 이외에 다양한 법률과목의 강의에 대하여도 관심을 가지고 지원을 아끼지 않아야 한다. 생애 처음으로 법학전문대학원에서 법학이라는 학문을 접하는 학생들에게 법학이 단지 법조인이 되기 위해 공부해야 하는 수단적 학문이 아니라 학문으로서 공부하고 싶은 재미있는 학문으로 다가올 수 있도록 해야 훌륭한 학문후속세대를 양성할 수 있다. 기초법 및 전문 분야 법률에 대하여도 수강 필수과목으로 지정할 필요가 있고, 전문분야 법률의 경우 지금처럼 변호사시험 선택과목으로 시험을 실시할 것이 아니라 학교 강의를 이수해야 변호사시험을 응시할 수 있도록 하게 하는 방법도 적극적으로 검토해 볼 수 있다고 생각한다. 물론 이는 변호사시험의 자격시험화 등 제도적 개선과 병행되어야 학생들이 '학문'으로서의 법학을 연구할 동기와 여력을 가질 수 있고 실현가능하다고 할 것이다.

뿐만 아니라 법학전문대학원은 일반대학원 운영에 대하여도 많은 지원과 관심을 가져야 한다. 법학전문대학원은 전술한 바와 같이 "복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인"의 양성이 지향하는 목표이다. 즉 냉정하게 말하자면 "학자"를 양성하는 것이 아닌 실무자를 양성하는 것이 법학전문대학원의 교육이념이다. 그러나 기존 법과대학이 없어지고 법학전문대학원만 남아 있는 학교의 경우, 일반대학원의 활성화를 통하여 학문으로서의 법학이 사장되지 않도록 노력해야

한다. 법학전문대학원을 수료한 학생들에게 석사학위를 부여하고 있지만 대부분이 비법학 전공 출신자들인 이들이 3년이라는 짧은 기간 동안 공부한 것은 변호사시험 과목에 대한 기본적인 지식일 뿐이다. 또한 3년이라는 짧은 기간, 해가 거듭될수록 어려워지고 합격률이 떨어지는 변호사시험 환경 등을 고려할 때 학생들에게 법학에 대한 깊이 있는 연구를 요구하는 것도 어불성설이다. 결국은 심도있게 '학문'으로서의 법학을 발전시킬 수 있는 주무대는 일반대학원이다. 이처럼 법학전문대학원과 일반대학원의 균형있는 발전을 위하여는 교수들의 책임시수 부담을 완화시켜 줄 필요가 있다. 실제로 변호사시험 필수과목을 강의하는 교수들의 경우 그에 대한 부담 때문에 일반대학원의 내실 있는 강의 준비 및 석박사 학위를 준비하는 제자 지도의 여력이 없는 경우가 적지 않다.

그리고 법학전문대학원의 교수 채용에 있어서도 실무가 출신이 아닌 이론교수 채용 비율을 의무적으로 정하거나 학교 부설연구소 채용에 우선순위로 고려하도록 학칙에 규정하는 등 학문으로서의 법학을 연구하고자 하는 연구자들에게 동기부여 환경을 조성해주는 것이 필요하다. 미국 로스쿨의 경우도 최근 교수채용 동향연구에 따르면, 학문적 자격에 대하여 더 중점을 두어 박사학위 소지자의 채용이 급속이 증가하고 있다고 한다.[31]

Ⅴ. 결론

현재 변호사시험은 시험 유형의 취지에 맞게 출제방향을 개선할 필요가 있다. 선택형 시험은 누가 더 많이 판례의 결론을 암기하고 있는지를 가늠하는 대회가 아니라 기본적 판례와 다양한 법이론에 대하여 정확한 이해를 하고 있는지를 평가하는 시험이어야 한다. 사례형 시험은 기록형 시험과 차별화하고 논술형 시험의 취지를 살리기 위하여 일반 서술형 문제를 도입할 필요가 있다. 기록형 시험은 선택형 및 사례형 시험에 의하여도 출제할

31) 최정희, "미국 로스쿨 체제 하에서의 학문후속세대 양성의 현황과 시사점", 『법학논고』 제60집, 2017, 66면.

수 있는 법리적 쟁점보다는 사실관계의 다툼으로 피고인이 무죄를 주장하는 사건에 대한 사실인정 쟁점이 주를 이루는 것이 바람직하다. 나아가 법학전문대학원이 변호사시험 합격을 위한 입시학원으로 전락하지 않기 위해서는 변호사시험을 자격시험화하여 법학전문대학원생들이 보다 넓은 안목과 흥미를 갖고 다양한 법이론과 실무를 공부할 수 있는 여건을 만들어주는 것이 필요하다.

그리고 법학전문대학원의 교육은 이론교육과 실무교육이 조화를 이루어야 하는데, 이론을 위한 이론교육은 지양하고 관련 판례와의 연계 강의를 통하여 예비 법조인인 학생들이 형사법 이론에 대한 실천적인 이해를 할 수 있도록 이끌어야 할 것이다. 실무교육도 실제 형사소송 과정에서 가장 중요한 부분인 사실인정에 초점을 맞추어 예비법조인인 학생들의 실무능력을 배양할 수 있도록 해야 한다.

한편 기존 법과대학을 대체하는 법학전문대학원은 실무 법조인 양성뿐만 아니라 '학문'으로서의 법학의 발전을 위하여 학문후속세대의 양성을 위하여도 노력해야 한다. 기초법 과목의 필수과목 지정, 변호사 시험 선택과목 폐지 및 학교수업 대체, 이론교수 채용비율 확보 등 다양한 제도개선책을 통하여 훌륭한 인재들이 법학을 학문으로서 공부하고자 하는 의욕을 고취시키고 그 터전을 마련해주어야 한다.

법학전문대학원 제도의 도입 이후 10여 년이 지난 지금, 많은 비판이 존재하는 것을 부인할 수 없으나 긍정적인 측면이 적지 않고, 이와 같은 개선책을 통하여 향후 진정한 의미의 법학교육의 장으로 나아갈 수 있으리라 고대해본다.

법학전문대학원 교육 10년의 평가와 향후 과제 - 박 정 난	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.09.	2019.12.10.	2019.12.27.

[참고문헌]

권영준, “로스쿨 교육방법 개선에 관한 단상”, 『법교육연구』 제11권 제3호, 2016.
김창록, “한국 로스쿨의 의의와 과제-로스쿨 시스템을 로스쿨답게 만들어야”, 『저스티스』 통권 제146-2호, 2015.
김태명, “법교육과 법실무에서의 형사법학의 위상과 역할”, 『형사법연구』 제29권 제1호, 2017.
성중탁, “로스쿨 체재하 법학 학문 후속세대 양성의 문제점과 그 대안”, 『법학논고』 제58집, 2017.
윤태석, “법학전문대학원 형사법 교육방법의 일고찰-사실인정과 관련하여”, 『법조』 제59권 제11호, 2010.
윤태석, “변호사시험 형사법 기록형의 출제방향에 관하여”, 『법조』 제65권 제8호, 2016
이상원, “법학전문대학원에서의 형사실무 교육방법”, 『형사법연구』 제20권 제3호, 2008
이승준, “현행 변호사시험의 문제점과 과제-형사법에 착안하여-”, 『법과 정책』 제24권 제3호, 2018.
이승준, “변호사시험 합격자 결정 방법의 개선방안”, 『저스티스』 통권 제172호, 2019
이창현, “변호사시험 형사법 기록형시험에 대한 분석과 개선방안 연구”, 『외법논집』 제40권 제4호, 2016.
명순구, “법학교육의 정상화를 위한 변호사시험 개선방안”, 『법학전문대학원협의회 자료집』, 2019.
최정희, “미국 로스쿨 체제 하에서의 학문후속세대 양성의 현황과 시사점”, 『법학논고』 제60집, 2017.

【국문초록】

법학전문대학원 제도는 학교교육과 법조인 양성의 단절을 어느 정도 해소하고, 다양한 전공자들이 법조계에 진출할 수 있도록 하는 등 긍정적 측면을 가지고 있지만, 주요책무인 법률실무가 양성 및 학문후속세대 양성에서 현재까지 드러난 문제점을 개선하여야 바람직한 법조인 양성기관으로 발전할 수 있다고 생각된다. 우선 변호사시험 출제경향을 분석하면, 선택형 시험은 99%의 판례만을 묻는 출제방식에서 벗어나 다양한 학설 등 법이론에 대한 정확한 이해도를 평가해야 한다. 출제되는 판례도 법조인으로서 실무를 수행하기 위하여 반드시 암기해야 할 핵심적인 판례를 선정하여 교수와 학생이 공유하고 그 범위에서 출제되어야 한다. 사례형 시험은 피의자 또는 피고인의 죄책 검토 및 증거능력 판단이 대다수 출제유형으로 기록형 시험과 그 유형이 중복되어 적절하지 않다. 서술형 시험의 취지를 살리고 법학에 대한 거시적 이해도를 측정할 수 있는 일반 논술형 시험도 출제할 필요성이 있고 지나치게 소문화된 문항도 줄여서 법률사무를 잘 수행할 수 있는 능력을 갖춘 예비법조인이 아닌 글씨를 빨리 쓰는 사람을 선발하는 시험이 되지 않도록 해야 한다. 기록형 시험은 법리 위주의 출제보다는 기록형 유형에서만 평가 가능한 '사실인정' 능력을 평가할 수 있는 방향으로 출제되어야 한다. 법리는 선택형 및 사례형 시험에서 충분히 평가 가능하다. 그리고 유무죄 여부를 객관적으로 가리는 '사실인정'을 묻기에는 검토의견서 형식의 서류를 작성하도록 출제하는 것이 반드시 필요하다. 나아가 '교육'을 통한 법조인 양성을 목표로 하는 법학전문대학원의 제도적 취지를 살리기 위해서는 자격시험화하여 합격률을 높이는 것이 필요하다. 이에 따른 법조인의 질적 수준 저하에 대한 우려는 로스쿨 교육기간의 연장, 필수과목의 확대 등 교육내용의 개선으로 충분히 해결할 수 있다고 보여진다. 법학전문대학원의 교육도 이론교육과 실무교육의 조화가 필요한데, 이론교육은 판례와 연계하여 현실과 동떨어지지 않는 교육을 할 필요가 있고 실무교육은 이론교육에서 다루지 못하는 '사실인정' 연습을 주로 다루는 것이 필요하다. 한편 법학전문대학원 제도 도입 이후 학문으로서의 법학을 공부하는 학

문후속세대 양성에 적신호가 켜졌는데, 법조인 양성 뿐만 아니라 일반대학원 운영에도 학교가 관심을 갖고 많은 지원을 하고, 순수 학문연구자들의 연구동기를 부여할 수 있는 다양한 제도를 도입하는 것이 필요하다.

【Abstract】

A Study on the Evaluation of 10 Years of Education at Law school system and Future Tasks
- In connection with the Criminal Procedure Act-

Park Jungnan
Assistant Professor, School of Law, Yonsei University

The current law school system is helping to resolve a disconnect between legal education and the training of legal professionals. It is also making it possible for people from diverse backgrounds to go into the field of law. At the same time, however, the current law school system calls for certain changes regarding both legal education and professional training.

First, the bar exam needs to change in terms of both substance and format. The multiple-choice part of the exam should be a way to evaluate the test taker's understanding of legal theories, instead of asking only about court decisions. The court decisions that do appear on the exam should be ones that are deemed crucial for test takers to know in order to practice law, and a list of the decisions that meet the criteria should be made known to law students and professors in advance.

Another problem with the bar exam is that the long-answer questions significantly overlap with the "records" part of the exam. Both ask mostly about the liability of defendants and the admissibility of evidence, but these questions should belong to the "records" section. The

long-answer questions should be essay-style questions that can measure a test-taker's understanding of law from a comprehensive perspective. Those who design the exam should avoid including questions that focus on trivial/minor issues. The bar exam should not be a means to test how fast someone can write with his or her hand; it should rather be a way to test if a student is capable of handling legal practices.

The records part of the exam should evaluate the ability to find the facts in a given case rather than the knowledge of abstract legal principles, since the latter can be measured in the multiple-choice and long-answer sections. In order to test the ability to find facts, the records section should include questions that ask for test takers to write up legal documents on the given case.

Furthermore, for law schools to serve as institutions that specialize in legal "education" as training for future legal professionals, pass rate of the bar exam needs to be higher. A possible decline in the quality of legal service can be prevented by extending the law school curriculum from the current 3 years, and also by expanding the list of required courses.

Law school education needs to strike a balance between theory and practice. The teaching of legal theory should revolve around court decisions so that students' understanding of theory is closely tied to actual cases. The practical side of law school education should focus on developing fact-finding abilities, which cannot be done in theory classes.

Meanwhile, since the introduction of the law school system, it has been difficult to find students who want to enter academia. The university should take interest not only in training students to become legal professionals but also in managing the masters' and doctors' programs, and give more incentive to those who consider academic careers.

주제어(Keyword) : 법학전문대학원 제도(Law School System), 변호사시험 합격률(Bar Exam Pass Rate), 사례와 연관된 교육(Education Associated with Cases), 사실인정(Finding Facts), 학문후속세대 양성(Training Scholars)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.75

재산상 이득죄로서 배임죄

신 승 기*·김 범 준**

목 차

Ⅰ. 논의의 구성
Ⅱ. 배임죄의 이득 구성요건
Ⅲ. 이득 요건에 주목한 판례
1. 계약이행 보증사건
2. 그 외 이득 요건에 주목한 사례
Ⅳ. 논란이 되어 온 사례들의 해결
1. 동산이중매매 사안
2. 대물변제예약 사안
3. 약속어음 발행교부 사안
4. 부동산이중매매 사안
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 논의의 구성

배임죄의 해석 적용만큼이나 오랫동안 대법원의 전원합의체 판결이 나왔던 경우는 드물다. 여태 많은 논란이 있었고, 여전히 배임죄와 관련하여 대법원 전원합의체에 회부되는 사건들이 적지 않다. 이 글에서는 배임죄에 관하여 우리 형법상 조문에 명백히 규정되어 있음에도 불구하고 실무와 학계에서 그 구성요건 중 '재산상의 이익을 취득하여'라는 부분이 외면되어 왔던 점과 그 연유를 살펴보고(Ⅱ.), 이와 달리 '재산상의 이익 취득' 부분에 주목하여 그 법리를 설시한 판결들을 정리해 본 다음(Ⅲ.), 그 결과에 근거하

* 법무법인(유한) 지평(부산사무소) 파트너변호사.
** 법무법인(유한) 지평(부산사무소) 소속변호사.

여 배임죄에 대한 전원합의체 판결례들을 검토해 보고자 한다(Ⅳ.).

Ⅱ. 배임죄의 이득 구성요건

1. 우리 형법 제355조 제2항은 배임죄에 대하여, '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때' 성립하는 것으로 규정하고 있지만[1], 정작 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 부분은 실무와 학계에서 외면되어 왔다고 할 수 있다.

오히려 의용형법으로 우리나라에서 적용되어 왔던 일본 형법 제347조, '타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적으로 그의 임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때[2]'와 같이 규정되어 있는 것처럼 보고[3], 일본의 해당 판례와 학설과 별반 다르지 않게 해석 적용되어 온 것이다.

2. 좀 더 살펴보면, (i) 그 주체에서, 일본 형법은 우리 형법에서 타인의 사무를 처리하는 자라고 한 것에 그치지 않고, '타인을 위하여'라고 하여 그 범위를 더욱 한정하고 있다. 하지만 우리 판례, 학설도 일본 형법과 같이 타인의 사무를 처리하는 자에는 당연히 그 타인을 위하여 사무를 처리할 의무가 포함되어 있다고 해석한다. (ii) 다음으로 '임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때'라는 부분도 동일하다. 행위자의 임무위배행위로 인한 본인의 손해발생이 요구된다. (iii) 일본 형법에서는 고의 이외에 '자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적' 또는 '본인에게 손해를 가할 목적'이 있어야 하는 목적범으로 규정되어 있다[4]. 전자(前者)를 도리(図利)

---

1) 「주석형법」 제4판, [각칙 6], 한국사법행정학회, 2006, 455쪽.

2) 他人のためにその事務を處理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行爲をし、本人に財産上の損害を加えたとき

3) 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 「한국형사법학의 새로운 지평」, 유일당 오선주교수 정년기념논문집 간행위원회(2001), 320쪽.

목적, 후자(後者)를 가해(加害)목적이라고 하는데, 재산상 손해발생에 대한 고의가 인정된다면 항상 본인가해목적도 인정되기 마련이므로, 위와 같은 목적요건은 사실상 무의미할 수밖에 없다. 이에 따라 도리가해의 인식 인용이 있고, 본인의 이익을 도모한다는 동기가 없는 경우에 있어서도 도리가해목적을 인정한다는 소극적 동기설이 일본의 통설이자 판례의 입장이라고 한다[5]. 결국 임무위배행위로 인하여 본인에게 손해가 발생하였다면, 사실상 위 목적이 추정되는 것이어서, 별도로 목적요건을 추가로 요구하는 의미는 실무상 거의 없다고 할 수 있다.

그렇다면 배임죄에 대한 우리나라의 해석은 일본의 해석과 별반 차이가 없게 된다. 즉 타인사무처리자, 임무위배행위, 손해발생의 3요건만 문제될 뿐이고, 그 해석 등은 결국 일본의 판례 등을 그대로 받아들였다고 해도 과언이 아니며, 배임죄가 성립되는지 여부를 가리는 데 있어 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여'(이하 '이득 요건'이라고 부른다)라는 부분을 문제 삼는 경우는 거의 없었다. 요컨대 배임죄의 학설·판례는 일본의 학설·판례와 다름없다고 해도 틀리지 않을 것이다.

이처럼 우리 형법은 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 추가하고 있고, 일본 형법과 같이 초과주관적 요소인 목적 중 하나로 규정하고 있지도 않다[6]. 그러나 정작 이득 요건은 마치 배임죄의 구성요건 중 하나가 아닌 것처럼 취급되어왔다. 형법상 죄형법정주의 원칙상 문언을 벗어난 해석이 원천적으로 부인되는 점을 감안하면, 이례적인 일일 수밖에 없지만, 오랫

---

4) 허일태, "배임죄 해석의 나아갈 방향", 「형사법연구」 제62호, 한국형사법학회(2015, 11,), 12쪽.

5) 시나다 사토시(品田智史) 72. "배임죄에서 도리가해목적", 刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版] (別冊ジュリスト221) 2014年8月, 有斐閣, 146, 147쪽.

6) 우리 학계와 실무에 큰 영향을 미치는 독일의 경우와 비교하여도 다르지 않다. 배임죄를 규정하는 독일 형법 제266조 제1항에서는 '법률, 관청의 위임 또는 법률행위에 의하여 타인의 재산에 대한 처분권이나 타인에게 의무를 부담하게 할 권한을 가진 자가 그 권한을 남용하거나 또는 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신임관계에 기하여 타인의 재산상 이해관계를 처리할 의무 있는 자가 그 의무에 위반하여 재산상 이해관계를 처리해야 할 그 타인에게 손해를 가한 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 벌한다.'고 하여, '재산상 이익의 취득'이라는 요건은 찾아볼 수 없다. 이처럼 이득 요건은 우리 형법상 배임죄 조문의 특수한 표지라고 할 수 있다.

동안 이와 같은 해석이 우리의 지배적인 학설 실무였다.

3. 근대사법체계가 일본의 식민지배하에서 비로소 본격화되었다는 사정에다가, 이와 같은 연유로, 우리 배임죄의 해석 적용은 오랜 기간 일본의 판례 등을 사실상 받아들여 왔다고 할 수 있지만, 이와 같은 해석과 적용이 더 이상 용인되어서는 안 될 것이다.

우리 입법자가 일본 형법 등과는 달리 배임죄의 객관적 구성요건으로 재산상 이익의 취득을 요구하고 있는 것은 배임죄의 지나친 확대적용을 방지하기 위한 고려로 보아야 할 것이다. 이에 따라 검사는 '재산상 이익의 취득'이라는 사실 자체에 대해 입증을 해야 하고, 나아가 '재산상 이익의 취득'에 대한 행위자의 고의도 입증하지 않으면 안 된다[7].

본인에게 재산상 손해를 가하였다고 하여, 반드시 사무처리자나 제3자가 재산상 이익을 취득한다고 단정할 수는 없는 것이다. 오히려 이득 요건을 보면, '재산상 이익을 취득'하여' 본인에게 손해를 가한 때라고 하였듯이, (i) 통상 '취득하여'는 '취득함으로 인하여'와 같이 인과관계도 포함되는 것으로 해석되거나, (ii) 최소한 재산상 이익을 취득한다는 것과 본인에게 손해를 가한다는 것 등 두 가지 요건 모두가 병렬적으로 요구된다고 보아야 할 것이다. 또한 (iii) 재산상 이익을 취득하는 것이 본인에게 손해를 가한다는 것과 '동시 또는 그 이전'에 발생되어야 한다고 새길 수밖에 없다. 이것이 죄형법정주의에 부합하는 자연적인 문언해석이라고 할 수 있다.

4. 이득 요건의 중요성은 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'('특정경제범죄법')의 적용에 있어서 더욱 부각된다. 특정경제범죄법 제3조 제1항은, 배임죄 등을 범한 사람을 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이득액)에 따라 가중처벌하여, 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때에는 3년 이상의 유기징역, 50억 원 이상일 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역으로 가중처벌한다고 하

7) 신동운, 「형법각론」 제2판, 법문사(2018), 1237, 1238쪽.

고, 이와 더불어 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수도 있음을 규정하고 있다(제3조 제2항).

특정경제범죄법 제3조의 주체는 '배임죄 등을 범한 자'이므로, 이득 요건이 충족되어 배임죄가 성립되어야만 이 죄가 성립된다. 또 그 이득액의 일정액수가 넘어야만 그 적용대상이 되고, 이득액의 가액에 따라 형벌도 가중된다. 사실상 이득 요건이 특정경제범죄법 제3조의 성립에 있어 가장 핵심적인 구성요건이라고 하여도 과언이 아니다. 이처럼 우리 입법자는 형법과 특정경제범죄법을 통하여 거듭하여 배임죄의 구성요건으로서의 이득 요건을 강조하고 있음에도, 이득 요건을 도외시한다거나, 본인에게 손해를 가하였다는 점이 입증되기만 하면 이득 요건은 자연히 인정되는 것으로 취급하여서는 안 된다[8].

Ⅲ. 이득 요건에 주목한 판례

1. 계약이행 보증사건

대법원 판례들을 검토해 보아도, 대부분 '손해발생' 혹은 '타인의 사무를 처리하는 자'에 관한 판단에 집중되어 있을 뿐, 이득 요건에 주목하여 그 요건의 해석과 적용에 관한 법리를 제시한 것을 찾기는 어려웠다. 하지만 드물게 이득 요건에 주목하여 그 법리를 설시한 판결들이 나타났고(오래 전 판결이지만 대법원 1974. 5. 14. 선고 73도3208 판결에서도 이득 요건을 언급하고 있기는 하다[9]), 이로써 이득 요건의 법리가 어느 정도 밝혀지게 되

8) 신동운, 앞의 논문, 332쪽.

9) 업무상배임죄는 (가) 업무상의 임무에 위배하고 (나) 재산상의 이익의 취득 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하여 (다) 이로 인하여 본인에게 손해를 가하는 세 가지 요소가 그 구성요건이 되는 것이므로 그 요건의 하나라도 이를 충족하지 못할 경우엔 동 죄는 성립하지 아니한다고 할 것인바(대법원 1957. 8. 9 선고 4290형상121 판결 참조) 위 판시 인정사실은 첫째로 그 적시사실 자체에 의하더라도 피고인이 무슨 이익을 취득하였다거나 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하였다는 점이 명시되지 아니하였으며 둘째로 동 판결이 들고 있는 여러 증거들을 기록에 대조 검토하여도 위 판시

었다.

(1) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결이 이득 요건의 법리를 정면으로 내세운 첫 사례라고 보인다(이하에서 자주 인용되므로, '계약이행 보증사건 판결'이라고 부른다). 이 판결에서는, 종래 '본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 있어야만 배임죄가 성립한다'고 판시한 것을 넘어서, '총체적으로 보아 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것'을 말한다고 분명히 하였다.

(2) 즉, 업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데(형법 제356조, 제355조 제2항), 여기서 본인에게 재산상의 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 것을 말하는 것이고(대법원 1981. 6. 23. 선고 80도2934 판결, 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결 등 참조), 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용되는 것으로 보아야 한다. 또한, 업무상 배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립할 수 없다(대법원 1982. 2. 23. 선고 81도2601 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 참조)는 점을 밝히고

외상구입 및 예산유용 당시 피고인에게 불법영득의 의사가 있었다는 점을 수긍할 수 없을 뿐 아니라 셋째로 예산을 본래의 취지대로 사용치 아니하였더라도 본인을 위하여 일시 유용한 경우는 그 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없는 것인 만큼(대법원 1972. 12. 12 선고 71도2353 판결 참조) 위 판시 (2) 사실이 위 사무소의 공사에 소요되는 아스팔트 구입자금에 유용되었다면 이 또한 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다.(대법원 1974. 5. 14. 선고 73도3208 판결 [업무상배임·허위공문서작성·허위공문서작성행사])

있다.

(3) 대법원은 그 판시사항과 판결요지로, '회사를 대표하여 기계 제작·설치 계약의 이행에 관한 업무를 처리하는 사람이 고의로 기계 제작 의무를 이행하지 않아 계약이 해제됨으로써 상대방이 보증보험회사로부터 선급금 반환 및 위약금 명목의 보험금을 수령한 사안에서, 위 보험금의 수령사실만으로 상대방이 재산상 이익을 취득하였다고 단정할 수 없다고 한 사례'라고 정리하였다.

그런데 (i) 상대방인 포철산기가 재산상 이익을 취득하였는지 여부, (ii) 피해자가 재산상 손해를 입은 범위의 순서로 검토하고 있는 것은, 앞서 언급했던 배임죄의 문언에 충실한 자연적인 해석으로 바람직한 조치이다. 재산상의 이익의 취득 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하고, 그로 인하여 본인에게 손해를 가하는 것이어야 하기 때문이다.

그 내용도, 이 중 선급금은 계약이행을 위하여 미리 지급한 대금 일부인데 계약이 해제되어 반환받는 것에 불과하고, 이처럼 피해자 회사의 채무불이행이 있어 위약금을 지급받은 것이므로, 상대방이 재산상의 이익을 취득한 것이 아니라고 하였다. 즉 위약금을 받았다고 하여, 그 전후를 통하여, 포철산기의 '전체적 재산가치의 증가'가 있었다고 할 수 없기 때문이다. 또한 피해자가 서울보증보험 주식회사에 보험금 및 연체이자 등 명목으로 236,193,362원을 지급하게 되었지만, 그 중 선급금은 피해자에게 귀속될 것이 아니었으므로 제외되어야 한다고 하였다.

(4) 이 사건에서 대법원으로서는, 이득 요건이 충족되지 않았음을 간과하였다는 이유를 드는 것만으로 배임죄를 인정한 원심판결을 파기하기에 충분하였다. 그러나 대법원은 이득 요건이 충족되지 않았다는 것에 그치지 않고, 굳이 재산상 손해의 발생 여부와 그 범위 판단까지 제시하였다.

게다가 그 판시내용을 보면, 제3자가 얻은 재산상 이득과 본인의 재산상 손해가 동일하지 않다는 것을 보였고, 나아가 본인의 재산상 손해가 있다고 하여, 제3자의 재산상 이득이 있다고 추정되지 않는다는 것이었다.

종래 이득 요건이 마치 형법상 배임죄 조문에 없는 것처럼, 본인에게 재산상 손해가 발생하면 으레 '동액 상당의 재산상 이득'이 발생한 것으로 본 실무적 관행(?)에 반성이 필요하다는 점을 지적했다고 할 수 있다. 특히 특정경제범죄법에서의 이득액 산정기준과 방법은 첨예한 쟁점이었지만, 정작 종래 '손해발생의 위험액이 곧 특정경제범죄법상 이득액'이라고 평가해 온 경우가 많았다. 이러한 판단수법이나 관행이 잘못이라고 확인한 점에서도 그 의의가 크다.

(5) 여기서 '총체적으로 보아' 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것의 의미를 되짚어 볼 필요가 있다.

피해회사의 종업원이 영업비밀을 유출한 사안을 예로 들어보자. 영업비밀을 유출하는 경우 대게 업무상 배임이 인정되지만, 영업비밀이 다른 회사에 유출된다고 하여 반드시 그 회사로부터 다른 회사에게 재산상 이익이 '이동' 또는 '이전'하였다고 볼 수는 없다.

또한 회사의 중요기술을 몰래 빼내간 경우 우선 그 종업원에게 이득이 발생하지만, 그렇다고 피해 회사에게 피해가 바로 발생하였다고 단정할 수도 없다. 그 종업원이 당장이 아니라 수년이 지나서 위 기술을 사용하거나(시간적 간격), 피해회사가 경제적으로 손실을 입을 염려가 없는 다른 나라 등으로 기술을 유출시키거나(장소적 간격), 그 기술을 피해회사가 사용하는 목적이나 대상과 다르게 사용하는 경우(대상적 간격)에는 피해회사에게 어떤 재산상 손해가 발생하였다고 보기는 어려울 것이다. 이처럼 이득자의 이득이 발생하였다고 하여 반드시 피해회사에게 손해가 발생하는 것은 아니다[10].

---

10) 이주원, "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석", 인권과 정의 2013년 9월에서도, 우리 배임죄는 독일, 일본의 그것과는 달리 객관적 구성요건 요소로 '손해의 발생' 외에 '재산상의 이익의 취득'도 요구하고 있는데 착안하여, 채무부담 배임의 유형을 '채권자가 이득자인 경우'와 '채권자가 아닌 자가 이득자인 경우'의 두 가지로 나눈 후, 배임죄를 재산이동범죄로 파악하고 '재산상 이익의 취득'은 경제적 관점에서 볼 때 재산가치가 사실상 이전되는 것을 뜻하므로 특경법상 배임의 이득액은 위험액이 아닌 "이동된 재산가치의 실질적인 가액"으로

(6) 또한 포철산기가 보증보험사로부터 보험금을 수령한 것을 두고 이득 요건이 충족되었다고 본 원심판결을 잘못이라고 지적하였다

'포철산기가 피해자 회사의 채무불이행으로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 위약금 액수보다 작은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 비로소 위약금 내지 위약금에서 실제 손해액을 공제한 차액에 해당하는 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있을 뿐'이라고 하였듯이, 포철산기가 피해회사와의 계약상 정당한 해제권 행사 등에 의한 것인 이상, 아예 배임죄에서 말하는 재산상 이익을 취득하지 않았다고 본 것의 의미도 크다. 포철산기의 입장에서, 법률이나 계약에서 약정하거나 허용된 재산상 이익을 얻은 것이라면, 그것을 두고 배임죄에서 이득 요건을 충족했다고 할 수는 없는 것이다.

(7) 종래 판례와 통설을 다소 거칠게 요약하면, '채무불이행 중 행위자의 고의에 의한 것인데도, 형사처벌을 해야 할 만한 중대한 배신행위'를 배임죄로 처단한다는 것이었다. 배임죄의 구성요건 중 이득 요건을 별도로 검토하지 않았고, 본인의 재산상 손해나 그 전단계인 실해발생의 위험만 있다면 그 손해의 반면(反面)인 이득은 추정 또는 인정되는 것으로 보았기 때문이다. 결국 타인의 사무를 처리하는 자라는 배임죄의 주체인지 여부를 두고, 논란을 계속해 온 데에는, 배임죄의 다른 구성요건들에 대한 위와 같은 해석 판례가 그 배경이 되었다고 할 수 있다.

제한해석하여야 하여, 이와 같이 물권의 설정 처분 단계에 이르지 않은 채무부담 단계에서는 아직 재산상 손해가 발생했다고 볼 수 없다고 한다.
위 견해는 특정경제범죄법의 적용 대상 및 가중처벌의 범위를 제한하려는 시도로서 일응 타당한 면이 있다고 생각된다. 하지만 사기, 공갈, 강도 등에서는 그 처분행위로 그 처분대상이 행위자나 제3자에게 이전되지만, 배임죄는 전체재산범죄이므로 그 범행과정에서 개별적인 재물 등의 이동이 있었다고 하여, 전체적으로 재산의 증감이나 이동이 있었다고 할 수 없다. 개별적인 재산의 이동이 있다고 해도, 전체재산으로서 피해나 그 이득의 증감이 없을 수도 있고, 앞서 본 영업비밀 유출사례에서 보듯이, 꼭 개별적인 재산의 이동이 있었다고 보기 어려운 경우도 있다. 이득자 입장에서 전체재산의 증가가 있다고 하여도 피해자의 전체재산에는 감소가 없는 경우도 있고, 반대로 이득자의 전체재산 증가가 없어도 피해자에게는 전체재산의 감소가 발생하는 경우도 있다.

그러나 배임죄의 '임무위배행위'를 신임관계를 저버리는 일체의 행위라고 그 범위를 넓게 보면서 나아가 '재산상 손해'에 실해발생의 위험도 포함된다고 하여 배임죄를 위험범으로 취급함에 따라 배임죄의 처벌 범위가 지나치게 확대된다. 또한 형사상 배임죄의 임무위배행위와 단순한 민사상 채무불이행의 구분이 불분명해지며 사적 자치의 영역에 형사법이 과도하게 개입하는 결과를 초래한다[11].

(8) 계약이행 보증사건 판결에서는 행위자의 임무위배행위로 인하여 피해자의 채무불이행이 야기되고 피해자에게 손해가 발생했다고 하더라도, 그것만으로 배임죄가 성립되었다고 해서는 안 되고 이득 요건의 충족 여부를 판단하여야 하고, 그것이 피해자 본인의 손해발생 요건 충족 여부 판단보다 선행되어야 한다고 하였다.

또한 그 이득 요건의 충족 여부는, 행위자의 임무위배행위로 인하여 그 행위의 상대방이나 제3자의 재산이 '전체적인 관점'에서 증가하였는지 여부로 결정된다고 하였다.

아울러 이득 요건의 입증책임은 검사에게 있으며, 이득 요건의 판단에서, 행위자나 피해자 본인의 사정들이나 그들 사이의 관계 등은 무관한 사정으로서, 피해자의 손해가 발생했다고 하여 그 상대방에게 이득이 발생했다고 단정할 수 없다고 하였다.

이로써 배임죄의 성부 판단에서 이득 요건의 충족 여부 판단을 반드시 거쳐야 하는 것과 더불어, 나아가 그 판단기준까지 정리하였다고 할 수 있다. 본인에게 손해가 발생했다고 하면, 마치 동전의 앞뒷면과 같이 동액 상당의 이득이 발생한다고 보거나, 아예 이득이 발생하였는지 여부도 살피지 않은 채, 배임죄가 성립된다고 봐서는 안 된다.

---

11) 김신, "채무부담행위와 배임죄의 손해", 「법조」 통권 제733호(2019), 105쪽.

2. 그 외 이득 요건에 주목한 사례

그 후 계약이행 보증사건을 인용한 판결들이 이어졌는데, 그 선고일자 순으로 정리해 본다. 선고할 때마다 이미 선고된 판결들을 검토하였을 것으로 보이는데, 과연 계약이행 보증사건 판결에서 밝힌 판단기준이나 방법, 적용범위를 충실히 따르고 있음을 알 수 있다.

(1) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결은, 상고이유 주장을 배척하면서도, 이례적으로 '직권 판단'을 내세워 원심판결을 파기하고 무죄 취지의 판단을 하였다[12].

즉 "열 사용요금 납부 연체로 인하여 발생한 연체료는 금전채무 불이행으로 인한 손해배상에 해당하므로, SH공사가 연체료를 지급받았다는 사실만으로 SH공사가 그에 해당하는 재산상의 이익을 취득하게 된 것으로 단정하기 어렵고, 나아가 SH공사가 열 사용요금 연체로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 비로소 연체료 내지 연체료 금액에서 실제 손해액을 공제한 차액에 해당하는 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있을 뿐이라고 할 것이며, 그와 같이 SH공사가 재산상 어떠한 이익을 취득하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 사실에 대한 입증책임은 검사에게 있다고 할 것이나, 기록상 그와 같은 사실을 인정할 증거를 찾아볼 수 없다.

12) 한편 계약이행 보증사건 판결을 인용한 첫 판결은 대법원 2008. 6. 26. 선고 2007도7060 판결이다. 하지만 위와 같이 상고이유를 받아들이면서, 직권판단으로, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다는 부분을 부가하였으므로, 이득 요건에 특히 주목한 판례라고는 보기 어렵다. "배임죄의 죄책을 인정하기 위해서는 그러한 재산상의 이익취득과 임무위배행위 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하는바(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결 참조), 원심이 판시한 바에 의하더라도 피고인이 알켐코리아로부터 제공받아 취득한 재산상 이익인 연구용역비와 담당직원 임금은 이 사건 시험연구용역계약에 따른 알켐코리아의 의무이행에 기한 것일 뿐, 공소사실에서 피고인의 임무위배행위로 적시되어 있는 강원지역환경기술센터와의 계약 체결 또는 용역결과 제공으로 인하여 초래된 것이 아니므로, 원심이 지적하고 있는 재산상 이익의 취득과 피고인의 임무위배행위 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다고 하면서, 이와 달리 재산상의 이익 취득과 피고인의 임무위배행위 사이에 상당인과관계가 있다고 인정한 원심은 위법하고 이 점을 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다."고 하였다.

결국 이 사건에서 피고인의 배임행위로 인하여 SH공사가 연체료 상당의 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수는 없음에도, 원심은 앞서 본 바와 같은 이유로 이와 달리 판단하여 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 배임죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."는 것이다.

이처럼 피해자나 행위자와의 거래상대방이 행위자 등의 채무불이행에 따라 그 손해배상을 받았다고 하여, 이득 요건이 충족되었다고 할 수 없다. '아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우'와 같이 손해배상책임이 인정되지 않는데도 배상을 받은 경우이어야만 한다는 점을 다시금 확인하였다.

그 이득자가 손해배상을 받는 것에 그치는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 배임죄가 성립되지 않는다는 것으로 보게 되면, 배임죄 성부가 논란이 되는 사안들 중 대부분은 배임죄가 성립되지 않게 된다. 채무불이행이라는 민사사안을 과도하게 형사화한다는 위험성이 있다는 지적이 있어 왔는바, 그 이유에는 결국 민사사안 중 어느 경우가 배임죄로 의율되어야 하는지 여부를 가리는 기준이 명확하지 않다는 점도 있었다고 할 수 있다. 그런데 이 판결에 따르면, 계약위반에 따른 손해배상의무를 피해자 본인이 부담하게 된다고 하여 배임죄의 이득 요건이 충족되는 것이 아니고, 또 임무위배행위의 상대방이 손해배상채권을 갖고 그에 따른 만족을 받는다고 하여도 배임죄의 이득 요건이 충족되지 않는다고 보게 된다.

(2) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도2484 판결은, "덤핑판매로 제3자인 거래처에 재산상의 이익이 발생하였는지 여부는 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 할 것인바, 피고인이 피해 회사가 정한 할인율 제한을 위반하였다 하더라도 시장에서 거래되는 가격에 따라 제품을 판매하였다면 지정 할인율에 의한 제품가격과 실제 판매 시 적용된 할인율에 의한 제품가격의 차액 상당을 거래처가 얻은 재산상의 이익이라고 볼 수는 없는 것이다[13]. 따라서 원심으로서는 피고인의 위와 같은 판매행위로 인하여 제3자인 거래처가 시장에서 거래되는 가격보다도 더 저렴한 가격으로 제품을 구매

함으로써 재산상 이익을 취득하였는지 여부를 따져보았어야 함에도, 만연히 피해 회사가 정한 할인율에 의한 제품가격과 그보다 높은 할인율이 적용된 판매가격의 차액 상당이 거래처의 재산상 이익이라고 보았는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 제3자인 거래업체가 재산상 이익을 취득하였는지 여부 등에 관한 심리를 다하지 않았거나, 업무상배임죄에서 제3자의 재산상 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다."고 하였다.

피고인의 처분으로 그 본인에게 재산상 손해가 난다고 하여도, 그 처분상대방이 '시장에서 거래되는 가격'으로 그 제품을 구매한 이상, 이득 요건이 충족되지 않는다는 것을 분명히 하였다. 여기서 특히 주목해야할 점은, 이득자의 전체적 재산증가의 평가는, 결국 '시장에서 거래되는 가격'(시가)을 기준으로 한다는 것이다. 위 2008도3792 판결에서, SH공사가 열 사용요금 연체로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 이득요건이 충족된 것으로 봐야 한다고 한 판시와 맥락을 같이 한다.

게다가 이 사건에서 임무위배행위의 대상은 판매제품이라는 '동산'이었는바, 그 판시내용을 보면 이러한 동산이라는 대상의 특성에 주목한 것이 아니었다. 그러므로 부동산 등의 이중매매 등 사안에서도 위 판시가 적용된다고 해도 무방할 것이다.

Ⅳ. 논란이 되어 온 사례들의 해결

이제까지 살펴 본 이득 요건의 법리에 따라, 배임죄가 성립되는지 논란이 되어 온 사례들로서 전원합의체 판결이 선고된 사안들을 검토해본다.

---

13) [2] 회사의 승낙 없이 임의로 지정 할인율보다 더 높은 할인율을 적용하여 회사가 지정한 가격보다 낮은 가격으로 제품을 판매하는 이른바 '덤핑판매'에서 제3자인 거래처에 시장 거래 가격에 따라 제품을 판매한 경우, 거래처가 재산상 이익을 취득하였다고 볼 수 없다고 한 사례(판시사항).

참고로 일본 판례는, 광업권의 이중양도, 전화가입권의 이중양도, 지명채권의 이중양도, 지사의 허가를 정지조건으로 하는 농지매매계약을 체결한 매도인이 그 농지에 저당권을 설정한 행위, 양도담보권자에 의한 부동산처분 등을 모두 배임죄로 의율한다고 한다[14].

1. 동산이중매매 사안

(1) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결[15]은 동산이중매매 사안에서 배임죄의 성립을 부인하였다.

피고인이 인쇄기를 공소외 1에게 135,000,000원에 양도하기로 하여 그로부터 1, 2차 계약금 및 중도금 명목으로 합계 43,610,082원 상당의 원단을 제공받아 수령하였음에도 불구하고 그 인쇄기를 자신의 채권자인 공소외 2에게 기존 채무 84,000,000원의 변제에 갈음하여 양도함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외 1에게 동액 상당의 손해를 입혔다는 공소사실에 대하여, "피고인이 이 사건 동산매매계약에 따라 공소외 1에게 인쇄기를 인도하여 줄 의무는 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없으므로 위 인쇄기의 양도와 관련하여 피고인이 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다"는 이유로, 제1심, 원심은 모두 무죄를 선고하였다.

다수의견은, 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙

14) 타가하시 노리오(高橋則夫), 69 "배임죄에서 '사무처리자'의 의의", 刑法判例百選Ⅱ各論［第7版］（別冊ジュリスト221）, 有斐閣, 2014, 140, 141쪽.

15) 이에 대해서는, 대법관 안대희, 차한성, 양창수, 신영철, 민일영 등 5인의 반대의견이 붙어 있는바, 위의 공소사실에 대하여, 甲에게 인쇄기를 매도하고 중도금까지 수령한 상태에서 乙에게 이를 다시 매도하고 소유권까지 이전해 준 피고인의 행위가 민사상 채무의 불이행에 불과할 뿐 배임죄에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 배임죄의 구성요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하였다.

이고, 매매의 목적물이 '동산'일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그 때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없으며, 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 하였다. 이처럼 다수의견은 '타인의 사무를 처리하는 자'라는 주체요건을 부정함으로서 배임죄가 성립하지 않는다고 보았고, 소수의견과 의견이 나뉜 쟁점도 이것이었다.

(2) 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써'라는 부분은 "임무위배행위 요건"로, '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 부분은 "이득 요건"으로, '본인에게 손해를 가한 때'라는 부분은 "가해 요건"으로 부를 수 있을 것이다. 위 판결을 비롯하여 전원합의체 판결에서는, 대부분 그 중 임무위배행위, 특히 '타인의 사무처리자'인지 여부가 쟁점이 되었다. 왜냐하면 이득 요건은 별도로 따지지 않거나, 가해 요건이 충족되면 충족되는 것으로 보기 마련인데다가, 실해발행의 위험만 있어도 가해 요건이 충족된다고 보았기 때문에, 배임죄의 성부는 결국 임무위배행위인지 여부에 좌우될 수밖에 없기 때문이다.

'타인의 사무처리'로 인정되려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 타인의 재산보전행위에 협력하는 경우여야 하고,[16] 나아가 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다[17]는데 대해서는, 별달리 이견이 없지만, 배임죄가 성립되는지, 미수인지 기수인지 여부 등의 결론이 달라졌다. 이는 위와 같은 기준이 실질적인 분쟁해결의 기준으로서의 기능과 역할을 하지

16) 신동운, 앞의 책, 1238쪽.
17) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 등.

못한다는 것을 뜻한다. 이처럼 '임무위배행위 요건'의 기준 정립은 시급하고, 앞으로도 계속되어야 할 작업일 것이다.

(3) 한편 '이득 요건'은, 앞서 본 대법원판결들을 통하여 그 요소, 판단 방법과 기준, 입증책임 등에 대한 법리가 구체적으로 명확하게 제시되어 있고, 그에 따른 개별사안들의 검토와 해결이 어렵지 않다. 이제라도 이득 요건에 주목하여 사안들을 해결해나갈 필요가 있을 것이다. 이득 요건은 임부위배행위 요건에 못지않은 배임죄의 구성요건요소이다.

공소외 2가 그 시세에 훨씬 못 미치는 저가로 인쇄기를 양수하였다는 특별한 사정이 없는 한, 실질적으로 어떠한 이득을 취득하였다고 볼 수 없으므로 이득 요건이 충족되지 않는다고 보아야 한다. 제3자와의 계약 등에 의한 처분일 경우, 그 계약상 대가가 시세에 준하는 한, 제3자가 재산상 이득을 취득했다고 보기 어렵고, 따라서 비록 본인에게 피해가 발생했다고 하여도 배임죄가 성립되지 않는다.

2. 대물변제예약 사안

(1) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결[18]은 부동산 대물변제예약 사안에서 배임죄의 성립을 부인하였다.

피고인이 공소외인에게 차용금 3억 원을 변제하지 못할 경우 피고인의 어머니 소유의 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하고, 유증을 원인으로 그 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 누나와 자형에게 매도한 사안으로, 부동산의 실제 재산상 가치인 1억 8,500만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외인에게 동액 상당의 손해를 입혔다고, 제1, 2심 판결 모두 유죄로 판단하였지만, 다수의견으로 파기하면서 무죄 취지의 판단을

18) 대법관 양창수, 신영철, 민일영, 김용덕 등 4인이 배임죄가 성립된다는 반대의견을 냈다. 주심 대법관이 엇갈린 판례를 정리하고자 전원합의체로 회부하는 것이 보통인데 반하여, 그 주심이 소수의견으로 되었듯이, 그 소부에서 의견일치가 되지 않아 전원합의체로 회부되고 판례가 변경된 것이다.

하였다.

대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이라는 점을 고려하면[19] 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없으니, 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 않는다고 하였다. 이 사건에서도 이처럼 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하는지 여부가 주로 다투어졌다[20]. 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'라는 것이다.

(2) 이처럼 대물변제예약 사안에서도 동산이중매매 사안과 마찬가지로 이득 요건이 쟁점은 아니었다.

만일 이득 요건의 충족 여부가 따져졌을 경우, 피고인이 위와 같이 대물변제예약을 위반하여 피고인의 누나와 자형이 그 부동산을 매수 취득하도록 하였다고 하더라도, 그 매매가격이 시장에서 거래되는 가격을 크게 벗어나지 않는 것이라면, 배임죄에서 말하는 '이득 요건'이 충족되었다고 보기 어렵다. 다수의견과 같이 배임죄는 성립되지 않는다는 결론에 이르게 된다.

한편 시세에 크게 벗어난 것이라는 등의 이득 요건의 충족에 대한 검사

19) 그 근거는, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있는 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다는 것이다.

20) 강수진, "부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자", 「고려법학」 제76호(2015), 227쪽 이하.

의 입증이 없거나 부족하다고 지적할 수도 있었을 것이다.

3. 약속어음 발행교부 사안

(1) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결[21]은 배임죄의 손해발생 개념을 놓고 위험범설과 침해범설이 치열하게 다투었던 사안이다[22].

갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 을 주식회사의 병 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 병 은행에 갑 회사 명의로 액면금 29억 9,000만 원의 약속어음을 발행하여 줌으로써 병 은행에 재산상 이익을 취득하게 하고 갑 회사에 손해를 가하였다고 하여 특정경제법위반(배임)으로 기소된 사안에서, "피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 상대방인 병 은행이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 갑 회사에 대하여 효력이 없다면, 그로 인해 갑 회사가 실제로 약속어음금을 지급하였거나 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 약속어음이 실제로 제3자에게 유통되었다는 등의

---

21) 대법관 박보영, 고영한, 김창석, 김신 등 4인의 별개의견으로, 배임죄는 위험범이 아니라 침해범으로 보아야 한다. 배임죄를 위험범으로 파악하는 것은 형법규정의 문언에 부합하지 않는 해석으로서, '손해를 가한 때'란 문언상 '손해를 현실적으로 발생하게 한 때'를 의미하므로, 임무에 위배한 행위가 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가한 경우에만 재산상 손해 요건이 충족된다고 해석하여야 하고, 의무부담행위에 따라 채무가 발생하거나 민법상 불법행위책임을 부담하게 되더라도 이는 손해 발생의 위험일 뿐 현실적인 손해에는 해당하지 않는다고 보아야 하며, 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 의무부담행위를 한 경우 그 행위가 유효하면 그에 따른 회사의 채무가 발생하고, 무효인 경우에도 그로 인해 회사가 민법상 불법행위책임을 부담할 수 있지만, 그 자체로는 현실적인 손해가 아니라 손해 발생의 위험에 불과하므로, 회사가 그 의무부담행위에 따른 채무나 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 기수가 된다고 봐야 하므로, 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행한 경우에도 그 발행행위의 법률상 효력 유무나 그 약속어음이 제3자에게 유통되었는지 또는 유통될 가능성이 있는지 등에 관계없이 회사가 그 어음채무나 그로 인해 부담하게 된 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 배임죄는 기수가 성립한다고 하였다.

22) 배임죄에 대한 판례변경을 줄기차게 추구해 온 것으로 보이는 김신 대법관이 주심이었다. 대법관 퇴임 후 발표한 각주 23의 논문에서 다시금 소수의견의 내용과 그 근거들을 소상히 밝히고 있다.

특별한 사정이 없는 한 피고인의 약속어음 발행행위로 인해 갑 회사에 현실적인 손해나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없는데도, 이에 대한 심리 없이 약속어음 발행행위가 배임죄의 기수에 이르렀음을 전제로 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에 배임죄의 재산상 손해 요건 및 기수시기 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다"고 하였다.

(2) 비록 배임죄의 구성요건 중 본인의 재산상 손해발생 여부를 두고 침해범설과 위험범설의 의견이 엇갈린 사안이었고, 이득 요건의 법리에 따른 검토가 이루어지지 않았다.

갑 회사의 대표이사 피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 그 상대방인 병 은행이 그 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 갑 회사에 효력이 없다는 것이므로, 병 은행으로서는 무슨 재산상 이득을 얻었다고 할 수 없으므로, 이득 요건이 충족되지 않았다. 배임죄가 성립될 수 없다.

한편 다수의견이나 별개의견이나 모두 배임미수죄는 성립되는 것으로 보았지만, 이득 요건이 충족되지 않았으므로 배임미수가 아니라 배임죄가 성립되지 않는다고 보는 것이 옳다. '임무에 위배하는 행위'라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위로서, 새마을금고 임·직원이 동일인 대출한도 제한규정을 위반하여 초과대출행위를 한 사실만으로 새마을금고에 업무상배임죄를 구성하는 재산상 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 한 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결에서도 알 수 있듯이, 배임죄에서 말하는 임무위배행위인지 여부는 개별 구체적인 사안에 주목하여 실질적으로 판단해야 한다[23]. 피해 회사의 업무규정 등을 위반하였다고 하여 그것만으로 곧바로 배임죄에서 말하는 임무위배행위라고 인정하지 않는다. 피해 회사의

23) 신동운, 앞의 책, 1250쪽.

피해발생에 앞서 판단해야 하는 제3자의 재산상 이익 취득이 부정된다면, 배임죄에서 말하는 임무위배행위로 평가할 수 없다[24]. '(i) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 (ii) 본인에게 손해를 가한 때'라고 하였듯이, (i), (ii)로 나누어 읽는 게 자연스럽다.

(3) 또한 다수의견과 별개의견이 일치하여 배임죄의 기수가 된다고 상정한 3가지 경우도 쉽게 수긍하기 어렵다. (i) 갑 회사가 실제로 약속어음을 지급하였거나 (ii) 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 (iii) 약속어음이 실제로 제3자에게 유통되는 경우는 배임죄가 인정된다고 보기 어렵다.

우선 (i) 갑 회사가 실제로 약속어음을 지급한 경우를 본다. 계약이행보증사건 판결에서 선급금 상당의 이익을 취득한 것도 아니고 동액 상당의 피해를 입은 것도 아니라고 하였듯이, 병 은행이 재산상 이익을 얻었다고 하기 어렵다.

병 은행은 이 약속어음금을 받아 이미 갖고 있는 대출금채권에 충당하였을 것이다. 이것을 법질서상 허용되지 않는다고 할 수는 없고, 이와 같은 충당 전후를 통하여 전체적으로 병 은행의 재산가치가 증가한 것도 아니다.

다음으로 (ii) 민사상 손해배상책임 등을 부담하는 경우를 본다. 설령 갑 회사가 민사상 손해배상책임을 진다고 하여도, 병 은행이 무슨 민사상 손해배상채권을 얻겠다는 의사로 약속어음을 교부받은 것도 아니었다. 이와 같은 어음발행행위를 한 대표이사도 당시 위 손해배상채권을 병 은행이 취득하도록 하겠다는 의사도 아니었다. 병 은행이 사법상 허용되지 않는 이득을 얻었다고 할 수도 없다.

마지막으로 (iii) 약속어음이 제3자에게 유통된 경우를 본다. 이와 같은

24) 법무부 (형사법제과)의 형법 제355조의 영문번역은, Article 355 (Embezzlement and Breach of Trust) (2) The preceding paragraph shall apply to a person who, administering another's business, obtains pecuniary advantage or causes a third person to do so from another in violation of ones duty, thereby causing loss to such person.이다. obtaining pecuniary advantage 금전적 이득을 얻어야 한다고 하여, 전체적 재산가치의 증가가 필요하고, 그 임무위배로 이득 요건이 발생하고, 그에 따라 본인에게 손해를 가한다는 의미임이 선명하다.

유통은 어디까지나 이득자인 병 은행의 판단과 책임으로 이루어지는 것이지, 행위자인 피해회사의 대표이사가 한 것이 아니다. 또한 그 대표이사가 이와 같은 유통을 인식하였다고 보기도 어렵다.

무엇보다 병 은행이 재산상 이득을 취득했는지 여부는 행위 당시를 기준으로 판단해야하는 것이지, 이처럼 사후적으로 벌어질 수 있거나 벌어지지 않을 수도 있는, 막연한 미래의 사정에 따라 배임죄의 기수 여부라는 형사책임이 좌우되어서는 책임주의 원칙에 정면으로 반하는 결과가 된다.

4. 부동산이중매매 사안

(1) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[25]은 부동산 이중매매 사안에서, 배임죄 성립을 인정한 종전 판례를 유지하였다.

부동산 매도인인 피고인이 매수인 갑 등과 매매계약을 체결하고 갑 등으로부터 계약금과 중도금을 지급받은 후 매매목적물인 부동산을 제3자인 을 등에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주어 구 특정경제범죄법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정되기 전의 것) 위반(배임)으로 기소된 사안이다.

다수의견은 종전 판례를 유지하였다. 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으나, 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없으므로 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 되고, 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다는 것이다.

---

25) 그 원심은 대법관 김창석, 김신, 조희대, 권순일, 박정화 등 5인의 소수의견과 같이 배임죄 성립을 부인하였다. 다수의견이 지적하듯이 종래 판례와 다른 결론을 낸 것이었다.

따라서 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위로서 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다고 하였다[26]. 결국 여기서도 이중매매를 한 매도인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부만이 다투어졌을 뿐이었다.

(2) 하지만 과연 부동산 이중매매를 한 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하는지는 의문이다. 동산이중매매 사안에서 이와 달리 판단하였고, 그 이유도, 매매와 같은 계약관계에서 당사자 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 자기의 사무에 해당하는 것이 원칙이라고 하였으므로, 부동산 이중매매 사안에서 같은 결론이 내려져야 한다. 단지 계약의 목적물이 부동산이라는 점만으로 매도인의 채무가 '타인의 사무'라고 볼 수 있을까? 다수의견은 '재산보전협력의무'가 있다고 하지만, 동산 매도인에게는 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 없고 부동산 매도인에게는 그러한 의무가 있다는 것은 쉽게 이해하기 힘들다.[27]

---

26) "갑 등이 피고인에게 매매계약에 따라 중도금을 지급하였을 때 매매계약은 임의로 해제할 수 없는 단계에 이르렀고, 피고인은 갑 등에 대하여 재산적 이익을 보호할 신임관계에 있게 되어 타인인 갑 등의 부동산에 관한 소유권 취득 사무를 처리하는 자가 된 점, 갑 등이 잔금 지급기일이 지나도 부동산을 인도받지 못하자 피고인에게 보낸 통고서의 내용은, 갑 등이 피고인에게 요구조건을 받아들일 것을 촉구하면서 이를 받아들이지 않으면 매매계약을 해제하겠다는 취지일 뿐 그 자체로 계약 해제의 의사표시가 포함되어 있다고 보기 어려운 점, 피고인은 매매계약이 적법하게 해제되지 않은 상태에서 갑 등에 대한 위와 같은 신임관계에 기초한 임무를 위배하여 부동산을 을 등에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 준 점, 비록 피고인이 당시 임차인으로부터 부동산을 반환받지 못하여 갑 등에게 이를 인도하지 못하고 있었고, 갑 등과 채무불이행으로 인한 손해배상과 관련한 말들을 주고받았더라도, 매매계약이 적법하게 해제되지 않고 유효하게 유지되고 있었던 이상 위와 같은 신임관계가 소멸되었다고 볼 수 없는 점을 종합하면, 피고인의 행위는 갑 등과의 신임관계를 저버리는 임무위배행위로서 배임죄가 성립하였다."고 하였다.
나아가 "매매계약은 당시 적법하게 해제되지 않았고, 설령 피고인이 적법하게 해제되었다고 믿었더라도 그 믿음에 정당한 사유가 있다고 보기 어려워 피고인에게 배임의 범의와 불법이득의사가 인정됨에도, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자', 범의 등에 관한 법리오해의 위법이 있다."고 하였다.

소수의견은 부동산 이중매매 사안에서 그 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자가 아니라고 하였다.

(3) 제3자 을 등이 그 시세에 벗어나지 않게 그 토지를 매수한 것이라면, 이득 요건이 충족되지 않아, 배임죄가 성립되지 않는다고 보아야 한다.

처분대상 부동산의 시세와 달리 현저하게 저가로 매도한 것이라고 할 수 없고, 이 부분 검사의 입증도 없으므로, 매도인이나 제2매수인이 어떤 이득을 취득하였다고 볼 수 없다[28]. 결국 배임죄가 성립된다고 할 수 없다.

Ⅴ. 결론

이처럼 위 전원합의체 사안들에서 다수의견과 소수의견 사이의 주된 의견충돌지점은 '타인의 사무를 처리하는 자인지 여부', 즉 배임죄의 주체 여부의 판단에 있었다. 하지만 이득 요건에 관한 법리에 따르면, 이득 요건이 충족되지 않아 배임죄가 성립되지 않는다고 판단되는 사안들이었고, 그 판단에 어려움이 있다거나 논란이 있기조차도 어려운 것들이었다.

민사상 채무불이행을 넘어 배임죄라는 형사적 책임을 지우는 것이 되도록 억제되어야 한다는 입장이라면, 이처럼 배임죄의 주체에만 주목해서는 소기의 성과를 거두기가 힘들다. 이러한 현실은 우리 판례와 학설이 일본의 판례와 학설에 크게 의지하고 있는데다가, 일본에서의 '배임죄 주체'에 관한 구성요건이나 판례 등이 우리의 그것과 동일한 이상, '타인의 사무인지 여부'에 대해서 일본의 판례 학설과 다른 입장이 우리나라에서 수용되기가 힘

27) 김신, "부동산 이중매매와 제1매수인의 보호", 「동아법학」 제84호, 2019.

28) 피고인은 2014. 8. 20. 피해자들에게 피고인과 공소외 1 등의 공동소유인 부동산을 13억 8,000만 원에 매도하되, 계약 당일 계약금 2억 원, 2014. 9. 20. 중도금 6억 원, 2014. 11. 30. 소유권이전등기에 필요한 서류와 상환으로 잔금 5억 8,000만 원을 지급받고 2014. 11. 30.까지 피해자들에게 이 사건 부동산을 인도한다고 약정하였고, 그에 따라 피해자들로부터 계약 당일 2억 원, 2014. 9. 30. 중도금 6억 원을 지급받은 후, 2015. 4. 13. 공소외 4 등에게 위 부동산을 매매대금 15억 원에 매도하고 2015. 4. 17. 그 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

들었기 때문으로 보인다.[29]

형사법의 대전제인 죄형법정주의의 원칙상, 형법 조문의 해석을 엄격히 하여야 함에는 이론의 여지가 없다. 그렇다면 형벌의 부과 근거가 되는 범죄의 성립은 더욱이 신중히 판단하여야 하고, 그 중에서도 구성요건요소는 범죄 성립의 판단 잣대이자 이에 대한 입법자의 결단이므로 그 문언에 벗어나지 않도록 해석해야만 한다. 배임죄를 판단함에 있어 법문에 버젓이 규정되어 있는 이득 요건을 고려하지 않아, 성립하지 않을 배임죄의 성립을 쉽게 인정하여서는 안 된다. 자의적으로 법문언에 어긋나는 해석을 하는 것이야 말로 죄형법정주의에 정면으로 반하는 것으로, 매우 경계해야 한다.

결국 배임죄에 있어 우리 형법이, 일본의 그것과 달리, '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여'라는 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 규정하고 있음에 주목해야한다. 이상과 같이 계약이행 보증사건 등 이득 요건에 주목한 판례들이 나와 있고, 그 법리에 의하여 판단한다면 쟁점 사례들에서 배임죄를 인정하기 어렵게 된다.

재산상 이득죄로서 배임죄 - 신 승 기, 김 범 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.15.	2019.12.05.	2019.12.27.

29) 실제로 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에서, 대법관 박상옥은 다수의견에 대한 보충의견에서, "별개의견은 독일 형법의 해석론을 말하지만, 우리 형법과 같이 배임죄에 관해 미수범 처벌규정을 두고 있는 일본 형법의 해석에서, 일본의 최고재판소도 배임죄는 위험범이라는 입장을 취하고 있다. 이처럼 여러 나라들이 형법 규정의 구조적 차이에도 불구하고 현실적인 손해와 실해 발생의 위험에 대해 동등한 가치를 부여하는 이유는 경제적 관점에서 손해를 파악하는 이상 양자를 동등하게 인식하는 것이 매우 자연스럽기 때문이다."라고 하였듯이, 일본 형법의 판례 학설의 영향력은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

[참고문헌]

[논 문]
김신, “채무부담행위와 배임죄의 손해”, 「법조」 통권 제733호, 2019.
김신, “부동산 이중매매와 제1매수인의 보호”, 「동아법학」 제84호, 2019.
이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 「인권과 정의」 제436호, 2013.
신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 「한국형사법학의 새로운 지평」, 유일당 오선주 교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001.
허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 「형사법연구」 제62호, 한국형사법학회, 2015.
강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자”, 「고려법학」 제76호, 2015.

[단행본]
「주석형법」 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
신동운, 「형법각론」 제2판, 법문사, 2018.
김일수/서보학, 「새로 쓴 형법각론」 제8판, 박영사, 2016.
이상돈, 「형법강론」 제2판, 박영사, 2018.
오영근, 「형법각론」 제4판, 박영사, 2017.
이재상, 「형법각론」 제9판, 박영사, 2013.
타가하시 노리오(高橋則夫), 69 “배임죄에서 ‘사무처리자’의 의의”, 刑法判例百選Ⅱ各論 [第７版] (別冊ジュリスト221), 有斐閣, 2014.
시나다 사토시(品田智史), 72 “배임죄에서 도리가해목적”, 刑法判例百選Ⅱ各論 [第７版] (別冊ジュリスト221), 有斐閣, 2014.

【국문초록】

우리 형법 제355조 제2항은 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때'에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있다. 여기서 주목해야할 점은, 우리 형법이 일본 등과는 달리 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 규정하고 있다는 것인데, 이는 배임죄의 지나친 확대적용을 방지하기 위한 입법자의 고려로 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 정작 우리 실무와 학계에서는 오랫동안 이러한 '이득 요건'이 간과되어 왔다.

대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결은 계약이행 보증사건에서, '이득 요건'의 법리를 정면으로 설시하였다. 즉, '본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 있어야만 배임죄가 성립한다'고 판시한 것을 넘어서, 이득 요건에 대해서 '총체적으로 보아 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것'을 말한다고 분명히 하였다.

배임죄 성립이 다투어지는 사안들인 부동산이중매매, 대물변제예약위반, 약속어음발행교부, 동산이중매매 등에서 배임죄의 주체 여부, 즉 '타인의 사무를 처리하는 자인지 여부'에 대한 판단에 집중하였을 뿐이었지만, 위 사안들에서도 '이득 요건'에 따른 검토가 필요하고 그 판단의 명확성 측면에서도 유용하다.

결론적으로 (i) 통상 '취득하여'는 '취득함으로 인하여'와 같이 인과관계도 포함되는 것으로 해석되거나, (ii) 최소한 재산상 이익을 취득한다는 것과 본인에게 손해를 가한다는 것 등 두 가지 요건이 병렬적으로 모두 요구된다고 보아야 할 것이다. 또한 법문에 따라 (iii) 재산상 이익을 취득하는 것이 본인에게 손해를 가한다는 것과 '동시 또는 그 이전'에 발생되어야 한다고 새길 수밖에 없다. 이것이 자연적인 문언해석이며, 죄형법정주의에 부합하는 해석이라고 할 수 있다. 이러한 이득 요건에 관한 법리에 의하여 판단한다면, 부동산이중매매 등 쟁점사안에서, 대부분 배임죄의 성립을 인정하기 어렵게 된다.

【Abstract】

‘Obtaining a pecuniary advantage’ requirement for establishing the crime of Breach of Trust

Seung-Ki Shin, Beom-Jun Kim
(Attorney at Law, Jipyong LLC Busan office)

Korean Criminal Act rules the Embezzlement and Breach of Trust as follows. Article 355 (Embezzlement and Breach of Trust) (2) a person who, administering another person’s business, obtains a pecuniary advantage or causes a third person to do so from another person in violation of one‘s duty, thereby causing loss to such person, shall be punished.

It should be noted here that, unlike Japan, Korean Criminal Act defines the “obtaining a pecuniary advantage or causing a third person to do so from another person” requirement as one of the objective compositional requirements. This should be viewed as a legislator′s consideration to prevent the courts from finding the accused guilty of Breach of Trust in too many cases. Nevertheless, this “obtaining a pecuniary advantage or causing a third person to do so from another person” requirement has long been overlooked in our practice and academia.

To conclude, (i) ′obtaining a pecuniary advantage from another person, thereby causing loss to such person′ can be understood as showing the causal relationship between obtaining a pecuniary advantage

and causing loss to another person, or (ii) at least both obtaining a pecuniary advantage and causing loss to another person happening in parallel are required for finding somebody guilty of Breach of Trust because only causing loss to another person is not enough for finding somebody guilty of the crime. Also, the law rules that for Breach of Trust, (iii) obtaining a pecuniary advantage must occur at the same time or earlier than causing loss to another person. This is the literal interpretation of Article 355, which is consistent with 'Nulla Poena Sine Lege'. Judging from the requirement of obtaining a pecuniary advantage for sentencing Breach of Trust, it would be not easy for the court to find against the accused in Breach of Trust cases recently on debate for the establishment of the crime.

주제어(Keyword) : 배임죄(Breach of Trust), 이득 요건(Obtaining a Pecuniary Advantage), 손해(Loss), 객관적 구성요건(Objective Compositional Requirements), 죄형법정주의(Nulla Poena Sine Lege)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.103

환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 개선방안에 대한 고찰

백 명 헌*·김 규 완**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 징벌적 손해배상제도의 개요
1. 징벌적 손해배상의 개념 및 연혁
2. 징벌적 손해배상의 법적 성질
3. 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 찬반론
4. 징벌적 손해배상제도가 도입된 현행 법률
Ⅲ. 환경보건법상 징벌적 손해배상제도
1. 도입목적 및 제정경위
2. 성립요건 및 효과
3. 징벌적 손해배상의 필요성
Ⅳ. 환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 한계 및 향후 과제
1. 배상한도의 상향조정
2. 공적기금의 편성
3. 인과관계 증명책임의 완화 내지는 전환
Ⅴ. 맺는 말

* 주저자, 의정부지방검찰청 고양지청 공익법무관, 변호사.
고려대학교 대학원 법학과 박사과정.
** 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

Ⅰ. 들어가며

지난 9월 24일 수원지방법원은 가습기 살균제 피해자가 제기한 소가(訴價) 3천만 원의 손해배상청구소송에서 원고 일부승소 판결을 내렸다. 그러나 그 내용을 자세히 살펴보면 2007. 11.부터 2011. 4.까지 가습기 살균제를 사용하던 중 기침 증상이 발생하여 2010. 5.부터 병원에서 치료를 받다 2013. 5. 간질성 폐질환 등 진단을 받아 현재까지 치료 중인 피해자가 받게 되는 손해배상금은 고작 500만원에 불과하다.[1] 비록 질병관리본부 조사 결과 가습기 살균제로 인한 폐질환 가능성이 높아 정부지원금을 받게 되는 1, 2등급이 아닌 3등급 판정을 받은 피해자이기는 하나 그 배상액이 지나치게 적다는 생각이 들지 않을 수 없다.

폐질환, 유해화학물질 중독증 등 환경성질환의 경우 그 증상이 즉시 나타나는 것이 아니어서 장기간동안 환경오염인자의 유해성 여부를 인식하지 못할 가능성이 높고, 유해물질에 간접적으로 노출되어 있는 주변인들에게도 광범위한 피해를 유발하며, 이미 증상이 발현되어 건강상 피해가 발생한 이후에는 완전히 회복하는 것이 사실상 불가능하다. 더욱이 심각한 점은 오랜 기간에 걸쳐 발생하는 환경오염피해의 특성상 그 입증이 매우 까다롭고, 자신의 피해가 환경오염물질로 인한 것인지 스스로도 모르는 피해자들이 다수 발생한다는 점이다.[2] 이는 유해물질을 배출하는 사업자에게 소액의 보상금 내지는 배상금으로 사후적인 구제를 허용하는 것으로, 사전적 예방을 위하여 노력할 필요성과 유인을 현저히 감소시키는 결과로 이어진다. 이러한 문제의식 하에 사업자의 주의의무를 높여 가해행위를 억제하기 위한 방법으로 여러 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 환경성질환과 관련하여서는 2018. 6. 12. 개정되어 2019. 6. 13.부터 시행 중인 환경보건법 제19조 제2항에 징벌적 손해배상의 법적 근거가 마련된 상태이다.

환경보건법상 징벌적 손해배상제도는 시행된 지 6개월도 채 되지 않았

1) 한겨레, “법원 ‘가습기 살균제 3등급 피해자에 500만원 지급하라’”, 2019. 9. 24.
2) 조은래, “환경소송상의 입증문제에 대한 소고”, 「환경법연구」 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006, 330면.

기 때문에 이를 근거로 한 소송이나 이를 대상으로 하는 연구를 찾을 수는 없었다. 다만, 2011년에 하도급거래 공정화에 관한 법률에 징벌적 손해배상이 도입된 이후 15개의 법률에서 징벌적 손해배상제도가 법제화되어 시행 중인데[3], 이와 연관된 판결이 12건 밖에 존재하지 않고, 그 중 인용된 판결이 2건에 불과한 것을 보면 징벌적 손해배상제도가 당초의 기대만큼 큰 역할을 못하고 있는 듯하다.[4] 환경오염의 광역성과 환경성질환의 비가역성을 고려하면 사전예방을 대원칙으로 삼고 있는 환경법 영역에서 징벌적 손해배상이 갖는 의미는 매우 크다 할 것이고, 따라서 이를 적극적으로 활용할 수 있는 방향으로 제도적 정비가 이루어져야 한다. 이에 본고에서는 징벌적 손해배상제도 전반에 대하여 개략적으로 살펴본 후, 환경보건법상 징벌적 손해배상 규정의 한계를 분석한 뒤, 향후 운영에 있어 개선되어야 할 점들을 제언하며 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 징벌적 손해배상제도의 개요

1. 징벌적 손해배상의 개념 및 연혁

(1) 개념

우리 민법상 손해를 야기한 위법행위에 대한 손해배상책임의 귀속 원칙인 과실책임주의는 가해자가 고의 또는 과실로 인한 위법행위(불법행위 또는 채무불이행)로 타인에게 손해를 가한 경우에 한하여 그 손해를 배상하도록 하는 법리이다. 이때 배상하여야 하는 손해는 통상손해와 특별손해로 구분되고, 불법행위로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 하는 한편(민법 제393조 제1항, 제763조), 특별한 사정으로 인한 손해는 불법행위자가 불법행위 당시에 그 사정을 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임이 인정된다

3) 17개의 법률에 도입되어 있기는 하나 2개의 법률에서는 아직 미시행 중이다.
4) 김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 사법정책연구원, 2019, 203-220면.

(민법 제393조 제2항, 제763조). 현행 일반 손해배상법 체계에서는 가해자가 책임질 배상액이 일정 한도에서 크게 벗어나지 않음을 알 수 있다.[5]

반면 징벌적 손해배상은 불법행위가 악의적으로 행하여진 경우 피해자에게 발생한 현실적 손해의 배상 외에 추가적으로 인정하는 손해배상을 말한다. 따라서 징벌적 손해배상은 피해자의 손해를 보전하는 것에 그치지 않고 가해자의 악의를 징벌하여 추후 유사한 사건의 발생을 예방하는 것을 목적으로 하는 것이다.[6] 이는 가해자의 악의적 행위에 대한 처벌을 도모할 뿐만 아니라 관련 불법행위자로 하여금 당해 행위를 반복하지 못하도록 하고 나아가 일반인 역시 당해 행위를 삼가도록 하는 유인을 제공하는 제도라고 볼 수 있다.[7]

(2) 연혁

기원전 1750년경의 함무라비법전은 이러한 징벌적 손해배상을 인정한 최초의 법률로 알려져 있다.[8] 이후 기원전 1400년경의 히타이트 법전, 기원전 450년경 초기 로마법의 12표법[9], 기원전 200년경 인도의 마누법전에서도 유사한 내용이 규정되었다. 특히, 로마법에서는 고의행위 중에서도 극히 악질적이라고 생각되는 행위인 강박이나 준불법행위의 경우 실제 손해액의 일정배율 배상이 인정되고 있었다. 우리나라의 경우 고조선사회에서는 일종의 불문금약인 팔조법이 행해졌고, 부여에서는 절도죄에 관하여 장물의 12

---

5) 선권일, “가습기 살균제 사건과 징벌적 손해배상의 문제”, 「글로벌기업법무리뷰」 제11권 제1호, 경희법학연구소, 2018, 42면.

6) 정해상, “손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계”, 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004, 246면.

7) 나채준·김현희·박광동, “재난·안전 관련 법제 개선방안 연구”, 한국법제연구원, 2014, 134면.

8) 제8조에서는 “사람이 소, 양, 나귀, 돼지, 염소 등을 사원이나 궁전에서 훔친 경우에는 30배의 배상을, 자유민에게서 훔친 경우에는 10배의 배상을 하여야 한다.”라고, 제12조에서는 “운송인이 여행자로부터 금·은·보석 및 기타 휴대품을 수취하여 운송 중에 횡령한 경우에는 그 5배를 소유자에게 반환해야 한다.”라고 규정하였다.

9) “현행 절도에 대해서는 도품의 3배액을, 비 현행 절도에 대해서는 2배액의 배상을, 고리대금의 피해자는 허용치 이상의 고리에 의한 총이익의 4배를, 개인은 불성실한 수탁자에 대하여 손해액의 2배를 되돌려 받을 수 있다.”라고 규정하였다.

배를 배상하게 하는 일책12법이 시행되었다.[10]

고대법의 일정배액 배상은 영국의 보통법에서 1275년 “수도자에 대하여 불법으로 권리를 침해하는 자는 2배의 손해배상금을 지급해야 한다.”라고 규정하면서 최초로 입법되었고, 그 후 1275년에서 1753년 사이에 영국의회는 2배, 3배 내지는 4배의 배상을 정하는 법률을 무려 65개나 제정하였다. 이후 1763년에 최초로 징벌적 손해배상을 인정하는 두 개의 판례[11]가 나왔으며, 1964년 Rookes v. Barnard 사건을 계기로 사실상 오늘날과 같은 징벌적 손해배상제도로 발전하였다. 미국에서는 영국 판례들을 수용하며 1784년에 징벌적 손해배상을 인정하는 판례[12]가 나왔고, 1852년에는 제조물책임의 영역에서도 징벌적 손해배상을 수용하였으며, 이후 1953년까지 여러 유형의 분쟁에서 징벌적 손해배상제도가 채택되었다.[13]

2. 징벌적 손해배상의 법적 성질

현행 손해배상제도와는 전혀 다른 징벌적 손해배상제도의 법적 성질이 무엇인지 모호한 측면이 있다. 이에 대하여 기존에 존재하는 민법의 법리들을 활용함으로써 징벌적 손해배상제도를 수용할 수 있다는 견해들이 있다. 특히 문제되는 것은 위자료, 특별손해, 위약벌과의 관계이다.

(1) 위자료

위자료는 재산 이외의 정신적 손해에 대한 배상으로, 그 산정에 있어서 당사자의 직업, 재산, 교육정도, 연령, 피해법익, 가해의 상황, 피해자의 과실 기타 일체의 사정을 참작하게 된다.[14] 그렇기 때문에 가해행위의 형태가 악

10) 최나진, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대학교 박사학위논문, 2014, 33-36면.

11) Huckle v. Money [1763] 2Wils, 205, 95 Eng. Rep. 768; Wilkes v. Wood [1763] Loff 1, 98 Eng. Rep. 480.

12) Genay v. Norris, 1 Bay 6, 1784 WL 26 S.C. Corn. Pl. Gen. Sess.

13) 박창석, “징벌적 손해배상에 관한 비교법적 검토”, 「환경법연구」 제35권 제1호, 한국환경법학회, 2013, 83면.

의적인 경우, 단순한 고의에 의한 경우, 중과실에 의한 경우, 경과실에 의한 경우에 따라 피해자의 정신적 고통은 달리 평가되어 배상액에 큰 차이가 발생할 수 있다. 이와 같이 가해행위의 유형에 따라 손해배상액을 차별적으로 산정할 수 있는 위자료의 성질은 가해자에 대한 비난가능성의 정도를 고려하고 있다는 점에서 징벌적 손해배상과 유사한 점이 있다.[15]

그러나 위자료는 피해자 자신에게 발생한 정신적 손해를 대상으로 인정하는 것일 뿐이고 가해자의 징벌 또는 공공의 이익을 도모하기 위한 추가적 배상액의 산정은 문제되지 않는다. 다시 말해, 위자료는 재산적 손해와 마찬가지로 배상되어야할 피해자의 손해 중 하나이고, 피해자에게 인정되는 피해의 정도를 초과하여 배상액을 위자료로서 산정할 수는 없는 것이다.[16] 이러한 관점에서 보면 설령 위자료의 법적 성질에 제재적 의미가 일부 포함되어 있다고 하더라도, 징벌적 손해배상의 법리로 위자료의 확대를 시도하는 것은 논리적 오류일 수밖에 없다.

(2) 특별손해

징벌적 손해배상의 법리가 민법 제763조, 제393조를 통해 인정되는 불법행위에 대한 특별손해와 유사하다는 견해도 있다. 이 견해에 따르면 불법행위로 인한 손해배상에서도 예견가능성이 존재한다면 특별손해가 인정될 수 있으며, 불법행위에서 가해자의 주관적 사정이란 고의나 중과실과 같은 가해자의 비난가능성을 고려하여 법관이 결정하는 것으로 보아야 한다는 것이다. 결론적으로 민법 제763조, 제393조의 해석으로 과실에 의한 불법행위와 고의에 의한 불법행위를 구분하여, 전자에 대해서는 통상손해를 인정하되 후자의 경우에는 특별손해로서 징벌적 손해배상을 인정하는 것이 가능해진다.[17]

---

14) 대법원 1957. 2. 9. 선고 4289민상676 판결 등.
15) 선권일, 앞의 글, 43면.
16) 정해상, 앞의 글, 248면.
17) 윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「재산법연구」 제9권 제1호, 한국재산법학회, 1992, 146면.

그러나 민법 제393조는 상당인과관계를 규정하고 있고,[18] 민법 제763조에서 이를 준용하고 있기 때문에 채무불이행과 불법행위 두 영역 모두에서 상당인과관계에 의해 손해배상책임이 제한된다. 이를 고려하면 민법 조문의 해석을 통해 징벌적 손해배상제도가 기능하는 데는 사실상 난점이 존재한다고 할 수밖에 없다. 무엇보다 우리 손해배상제도상 손해의 범위는 통상손해와 특별손해를 불문하고 실손해를 기준으로 판단하고 있으므로, 특별손해 개념을 활용하더라도 전보배상의 범위를 초과하는 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 어려울 것으로 보인다.[19]

(3) 위약벌

위약벌이란 채무자가 채무를 이행을 하지 아니할 때 채권자가 손해배상과는 별도로 몰수하기로 약정한 위약금을 의미하는 것으로, 채무불이행에 대한 제재를 강화하고 채무자의 이행을 강제하는 역할을 담당한다. 징벌적 손해배상도 사적 제재라는 점에서 위약벌과 성격이 동일하며, 위약벌 제도를 활용하면 위약벌이 과도할 경우 민법 제103조에 의해 위약벌의 전부 또는 일부를 무효로 할 수 있으므로 징벌적 손해배상의 문제점으로 지적되는 과도한 배상액 문제를 해결할 수 있다는 견해가 있다.[20]

그러나 위약벌과 징벌적 손해배상이 목적, 기능 등의 측면에서 유사하다고 하더라도, 전자는 그 본질이 채무불이행책임인데 반하여, 후자는 그 본질이 불법행위책임이라는 점에서 같은 제도로 취급될 수 없다. 다시 말해, 위약벌의 경우 당사자들 간 약정에 의하여 그 액수가 정해지고, 채무불이행에 대한 제재로 활용되는 반면, 징벌배상의 경우 법원이 배상액을 정하고 불법행위에 대한 제재로 활용되는 것이다.[21]

---

18) 곽윤직, 채권총론 제6판, 박영사, 2003, 115면.
19) 김재국, “징벌적 손해배상”, 「민사법연구」 제5집, 대한민사법학회, 1996, 105면.
20) 강현중, “민사소송법 판례분석(10) 징벌적 손해배상의 법적 성격”, 법률신문, 2016. 9. 12.
21) 김정환, 앞의 글, 20면.

(4) 소결

위의 논의를 종합해보면 영미법계에서 발달한 징벌적 손해배상의 법리는 기존 우리 민법에 따른 제재적 성격을 갖는 특수한 배상책임들과도 사뭇 다르다는 점을 확인할 수 있다. 즉, 징벌적 손해배상은 일정한 정책적인 목적을 가지고 만들어진 고유한 제도로서, 제제적 기능, 예방적 기능, 보상적 기능 등이 혼합된 사적 제재 성격의 손해배상이라고 보아야 할 것이다.[22]

3. 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 찬반론

(1) 찬성하는 견해

징벌적 손해배상제도의 도입 논의는 가해행위의 악성을 고려하지 않고 실제 발생한 손해만을 배상하는 현재의 전보배상제도가 가지는 한계에 대한 문제의식과 비판에서 비롯된다.[23] 즉, 현행 손해배상제도 하에서는 악성적인 불법행위를 충분히 억지할 수 없고, 피해자는 다수이나 피해규모는 소액인 이른바 대규모 소액피해 사건의 불법이 방치되고 있으며, 피해자들의 정신적·신체적 고통과 손해에 대한 충분한 보상이 이루어지기 어렵다는 것이다.[24] 도입을 찬성하는 입장에서 주목하는 징벌적 손해배상의 순기능은 다음과 같다.[25]

(a) 처벌 및 억제기능

이는 악의적인 가해자를 처벌하여 비슷한 유형의 불법행위를 예방하고 억제하는 기능을 의미한다. 처벌기능은 불법행위를 한 가해자에게 금전적 배상을 부과함으로써 형사적 제재 못지않은 효과를 주는 것이다. 특히 형사

22) 장재옥, “위자료와 사적 제재”, 「중앙법학」 제1권, 중앙법학회, 1999, 184면.
23) 김현수·윤용석·권순현·장다혜, “징벌적 손해배상 제도에 관한 입법평가”, 한국법제연구원, 2012, 20면.
24) 최윤호, “징벌적 손해배상 제도에 관한 비교법적 연구 - 미국과 우리나라의 불법행위법을 중심으로-”, 계명대학교 박사학위논문, 106-107면.
25) 최나진, 앞의 글, 20-31면.

적 처벌이 피해자에게 만족감을 주지 못하거나 처벌의 수준이 적정하지 못한 경우 징계효과를 높일 수 있다.[26] 억제기능은 징벌적 손해배상의 대상이 되는 불법행위를 통해 얻을 수 있는 편익과 불법행위가 적발됨으로써 잃게 되는 비용을 비교하여, 잠재적 가해자가 악의적 불법행위를 하는 것이 경제적으로 손해가 되는 비용구조를 만들어 억제력을 발생시키는 것이다. 특히, 억제기능은 형사처분의 이념을 민사법리에 접목하고 실손해 이상을 금전적으로 배상하도록 하여 동일한 불법행위를 하지 못하도록 하는 것으로써, 징벌적 손해배상제도의 가장 중요한 기능이라 할 수 있다.[27]

(b) 법 실현·준수 기능

법 실현·준수 기능이란 불법행위로 인한 피해자가 소송을 통해 실제 입은 손해 이상의 배상을 받을 수 있는 보상구조를 형성함으로써 피해자로부터 불법행위를 고발하도록 유인하는 기능 또는 불법행위를 적발하도록 촉진시키는 기능을 말한다. 구체적으로, 징벌적 손해배상을 통해 실손해액보다 수 배의 배상이 이루어질 가능성이 있는 경우, 가해자의 악의적 불법행위가 사소할지라도 피해자는 일단 손해배상을 청구할 유인이 크고, 이로 인하여 불법행위의 적발을 촉진할 수 있다는 것이다.[28] 피해자들이 제도를 남용할 가능성이 없는 것은 아니지만, 악질적인 불법행위에 대하여 가해자들이 실제 손해보다 많은 배상금을 부담하게 함으로써 위법행위가 감소하는 효과를 기대할 수 있다.

(c) 만족적 전보 기능

징벌적 손해배상에서도 불법행위에 의한 손해를 배상하는 전보적 배상이 기본적으로 포함되어 있다. 통상 손해배상청구 소송에서는 손해, 고의나 과실, 인과관계 성립, 손해액 산정이 가능해야 하는데 이들 요건에 대한 증

---

26) 윤강일·이민경·김규문·이동산, “징벌적 손해배상제도의 도입”, 「경성법학」 제26권, 경성대학교 법학연구소, 2017, 262면.

27) 김상찬·이충은, “징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰”, 「법학연구」 제35권, 한국법학회, 2009, 169면.

28) 김명엽, “징벌적 손해배상제도의 도입과 개선에 관한 연구”, 「일감법학」 제34권, 건국대학교 법학연구소, 2016, 68면.

명이 충분히 이루어지기 어렵기 때문에 만족스러운 손해배상을 받지 못하는 경우도 적지 않다. 이 경우 징벌적 손해배상은 불법행위의 피해자가 만족스러운 보상을 받게 되는 효과를 갖는다.[29]

(2) 반대하는 견해

이와 같은 주장에 대하여 헌법상 이중처벌금지원칙 위반, 민·형사책임을 엄격히 구별하는 우리 법체계와의 부조화, 우발이익 기대에 따른 남소 가능성 및 그로 인한 기업 활동 위축우려, 징벌적 손해배상의 성립 및 배상액에 관한 예측가능성 결여 등을 이유로 징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하는 견해가 있다.[30] 그 핵심 논거들을 차례로 살펴보면 다음과 같다.

(a) 이중처벌의 위험

불법행위가 불특정 다수에게 피해를 끼친 경우 민사소송을 통한 손해배상 이외에도 행정벌, 형사벌, 영업정지, 과태료 등 각종 공법적 처분을 받게 된다. 그러함에도 징벌적 손해배상을 통해 사회적 피해에 대한 배상을 다시금 하게 된다면, 불법행위자는 하나의 가해행위로 인하여 민사소송, 형사소송, 행정처분 등 복합적 제재를 받게 된다. 이는 같은 목적 달성을 위하여 여러 가지 수단을 중복하여 동원하는 것으로, 사실상 이중처벌에 해당한다는 비판이 있다.[31]

(b) 우리 법체계와의 부조화

우리나라는 민사법과 형사법의 영역을 명확히 구별하고 있기 때문에 민사책임에 형사적인 성격이 부가되는 징벌적 손해배상제도는 우리의 법체계를 혼란에 빠뜨린다는 비판도 존재한다.[32] 즉, 민사법은 피해자에 대한 손해의 전보를 목적으로 하고, 형사법은 행위자에 대한 응보 및 장래의 범

---

29) 류근홍, “징벌적 손해배상제도에 관한 연구 도입필요성과 그 적용한계를 중심으로”, 청주대학교 박사학위논문, 2006, 91면.

30) 양승현, “징벌적 손해배상 제도의 도입 논의 및 입법 현황 검토”, 「KIRI리포트」 제468권, 보험연구원, 2019, 4면.

31) 선권일, 앞의 글, 46면.

32) 정해상, 앞의 글, 249면.

죄발생 예방을 목적으로 하는 것인데, 형사법적 수단이 원래의 기능을 제대로 수행하지 못하고 있다 하여 섣불리 민사적 개입을 하는 것은 바람직하지 않다는 것이다.[33] 이는 사적 제재라는 측면에서 사실상 사인간의 보복을 초래할 위험도 있다.[34]

(c) 우발적 소득에 따른 남소 가능성

피해자인 원고에게 현실적으로 발생한 손해를 초과하여 과도한 배상금을 인정한다면 피해자에게 우발적인 소득을 제공할 가능성이 있다. 이러한 일종의 불로소득을 획득하기 위하여 기획소송 등이 남발될 수 있고, 전보적 손해배상에 비해 그 결과를 예측하기 어려워 소송비용이 증가할 것이라는 문제도 지적된다.[35] 징벌적 손해배상의 주체가 대부분 기업으로 예상되는 상황에서, 이러한 남소 가능성은 기업에게 큰 부담으로 작용하여 기업이 도산하거나 기업 활동이 위축되는 부작용을 초래할 우려가 있다.[36]

(d) 배상액 산정의 자의성

징벌적 손해배상은 불법행위의 성격, 가해자의 악의, 의도한 이익, 가해자의 재산 등을 토대로 사회적 손실을 평가하여 산정된다. 그러나 특정한 피해자의 손해액 산정과 달리 사회적 손실을 객관적으로 평가하기란 불가능에 가깝고, 이에 대한 객관적인 기준이 없어 당사자들은 배상액을 예측하기 어렵다.[37] 결국 법관의 재량이 상당히 폭넓게 개입될 수밖에 없는데, 제도의 특성상 그 배상액이 심히 막대하여 가해자가 버티기 어려운 정도로 산정될 위험도 있다.[38]

---

33) 김제완, “징벌적 손해배상의 발전과정과 현황”, 한국법제연구원, 2007, 24-25면.
34) 이진성, “징벌적 손해배상제도에 관한 소고”, 「동아법학」 제78권, 동아대학교 법학연구소, 2018, 446-447면.
35) 김현수·윤용석·권순현·장다혜, 앞의 글, 28면.
36) 이진성, 앞의 글, 447면.
37) 박종렬, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「법학연구」 제26권, 한국법학회, 2007, 160면.
38) 이덕환, “징벌적 손해배상에 관한 일고찰”, 「법학논총」 제24권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 576-577면.

(3) 소결

징벌적 손해배상에 찬성하는 입장에서는 제도의 필요성과 순기능에 주목하고 있는 반면 반대하는 입장에서는 법체계적 모순과 운영상의 문제에 주목하고 있는 듯하다.

그러나 헌법 제13조 제1항 후단 이중처벌금지의 원칙에 있어서 처벌이란 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그에 포함된다고 할 수 없다는 것이 헌법재판소의 일관된 판시이다.[39] 징벌적 손해배상에 제재적 성격이 포함되어 있는 것은 사실이나, 그 본질은 결국 민사법상 손해배상이지 형사법상 형벌이 아니다. 실제로 동일한 위법행위에 대하여 시정명령, 과징금, 영업정지 등 행정처분과 함께 벌금형, 징역형 등 형사처벌이 이루어지는 것도 드물지는 않다. 이를 토대로 볼 때, 징벌적 손해배상 자체가 이중처벌금지의 원칙에 반하여 위헌적인 제도라고 보기는 어려울 것이다. 다만 중복적인 제재가 갖는 가혹함과 부정적 효과를 고려할 때, 이를 완화하기 위한 장치는 필요하다고 생각한다. 행정처분이나 형사처벌보다 징벌적 손해배상청구가 먼저 이루어진 경우에는 배상액 산정 시 공법적 제재 수준을 고려하여 감경하는 규정을 두고,[40] 징벌적 손해배상책임 인정 이후 공법상 제재가 이루어지는 경우에는 배상액의 규모를 일종의 양형사유로 고려하여 행정처분이나 형사처벌의 수위를 조절하는 방법이 있을 것이다.

다음으로 우리 법체계와 징벌적 손해배상제도가 양립하기 어렵다는 비판과 관련하여서는 오늘날 민사법과 형사법 사이의 경계가 점점 모호해지고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.[41] 피해자에 대한 손해배상이 불법행위

---

39) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정.

40) 우리나라에서 징벌적 손해배상이 도입된 17개의 법률 중 환경보건법과 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률을 제외한 15개의 법률에서 배상액 산정 시 고려사항으로 '형사처벌 또는 행정처분의 정도'를 규정하고 있다.

41) 정신동, "차량 화재 사건으로 재조명해 본 징벌적 손해배상제도 : 예방적 배상제도로의 전환가능성에 대한 소고", 「법학연구」 제29권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2018, 137면.

법의 1차적 목표라고 하여 다른 목적을 허용하지 않는다는 의미는 아니고,[42] 최근 불법행위법의 관심사가 가해행위의 억제라는 사회적 기능 쪽으로 확대되고 있는 실정이다.[43] 실제로 지식재산권 관련 법률이나 장애인차별금지법 등에서는 피해자의 손해에만 초점을 맞춰 배상액을 산정하는 전통적인 방식과는 다른 방식으로 손해배상액을 산정하고 있다.[44] 또한 최근 대법원 판결에서는 위자료의 기능과 관련하여 손해전보를 넘어 '가해자에 대한 제재'와 '사고발생의 억지·예방'까지 인정하고 있음을 알 수 있다.[45] 이러한 점에 미루어볼 때 징벌적 손해배상제도가 우리 법체계와 양립 불가능하다는 비판은 설득력이 매우 떨어진다.

나아가 실손해 이상의 배상금을 과잉구제가 아니라 부정을 시정하기 위해 소모한 시간과 비용에 대한 정당한 보상[46]이나 공공의 이익 실현에 적극적으로 기여한 바에 따라 주어지는 보상[47]으로 볼 여지도 있기 때문에 부당이득으로 단정할 수는 없다. 게다가 실제로는 환경재해와 같은 악질적 가해행위에 대하여 남소는커녕 증명의 곤란 내지는 불가능, 소송과정의 피로감 등을 이유로 피해자의 극히 일부만 소송과정에 참여하기 때문에 남소 가능성에 대한 우려는 현실을 고려하지 않은 지적이다. 징벌적 손해배상을 청구하는 경우 소가(訴價) 증가에 따라 소송비용 부담이 커지는 점을 생각하면 무분별한 소송의 여지는 적어보이고, 설령 그런 위험이 있다고 하더라도 이는 운영 과정에서 보완할 사항이지 도입 자체를 반대할 근거는 되지 않는다.[48]

---

42) 선권일, 앞의 글, 49면.

43) 김성호, "징벌적 손해배상제도의 도입방식에 관한 연구", 「법학논총」 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 155면.

44) 김정환, 앞의 글, 238면.

45) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다3527 판결.

46) 김성호, 앞의 글, 155면.

47) 선권일, 앞의 글, 50면.

48) 김정환, 앞의 글, 221면에 의하면 우리나라에서 징벌적 손해배상이 문제된 12건 중 청구가 인용된 사건은 2건에 불과하고, 그 중 1건은 최종적으로 1.5배만 인정받았는데, 이러한 결과를 보고도 무분별한 소제기가 이루어지지는 않을 것으로 생각된다.

마지막으로 우리나라의 경우 미국과 달리 배심에 의한 재판을 하지 않고 법관에 의해 재판이 이루어지므로 배상액 산정의 문제를 크게 걱정할 필요가 없다고 본다.[49] 물론 실손해를 산정하는 것만큼 명확하지는 않을 것이나, 이는 위자료를 산정하는 경우에도 마찬가지이므로 징벌적 손해배상 특유의 문제라고 할 수 없다. 그리고 이러한 문제는 징벌적 손해배상제도를 도입한 이후 배상액 산정 과정에서 보완 가능하기 때문에 제도의 근본적인 한계로 보기는 어려울 것이다.

3. 징벌적 손해배상제도가 도입된 현행 법률

치열한 찬반 논쟁에도 불구하고 2011년 하도급거래 공정화에 관한 법률에 징벌적 손해배상의 법적 근거가 마련된 이후 공정거래, 개인정보 등 분야의 개별 법률에서 징벌적 손해배상제도가 빠르게 도입되고 있다. 개별 법률들을 분야별로 분류한 뒤 성립요건, 가해자의 주관적 요소, 주관적 요소와 그 증명책임을 중심으로 정리해보면 다음과 같다.

〔표 1〕 징벌적 손해배상을 도입한 현행 법률과 그 내용

분야	법률명	구성요건	주관적요소	증명책임	배상한도
공정거래	하도급거래 공정화에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	3배
	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”
	대리점거래의 공정화에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”
	대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”
	독점규제 및 공정 거래에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”

49) 김정환, 앞의 글, 227면.

분야	법률명	구성요건	주관적요소	증명책임	배상한도
	대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”
	축산계열화사업에 관한 법률	법정 위법사유	고의·과실	가해자	”
개인정보	개인정보보호법	개인정보의 분실·도난·유출 등	고의·중과실	가해자	”
	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	개인정보의 분실·도난·유출 등	고의·중과실	가해자	”
	정보통신망 이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	개인정보의 분실·도난·유출 등	고의·중과실	가해자	”
지적재산권	특허법	특허권·전용실시권 침해	고의	피해자	”
	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률	영업비밀 침해	고의	피해자	”
	산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률	산업기술 유출 및 침해	고의	피해자	”
약자	공익신고자 보호법	공익신고자에 대한 불이익조치	고의·과실	가해자	”
	기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률	차별적 처우	명백한 고의	피해자	”
건강	제조물책임법	조치불이행 + 생명·신체에 대한 중대한 손해	고의	피해자	”
	환경보건법	환경유해인자로 인한 환경성질환	고의·중과실	피해자	”

징벌적 손해배상제도의 도입을 찬성하는 견해 내에서도 민법 제750조의1[50]을 신설하거나 민법 제750조 제2항[51]을 신설하는 등 일반 규정을

50) 윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제10권, 창원대학교 사회과학연구소, 2003, 386면.

51) 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 도입 방안 참고자료(2)”, 2006, 13면.

통해 징벌적 손해배상을 수용하자는 입장과 법경제적 억제효과가 기대되는 분야, 다수의 소비자 피해를 발생시키는 분야, 인격권과 관련되는 분야 등 특정 영역에서만 징벌적 손해배상을 도입하자는 입장[52]이 대립하였는데, 실제로는 후자의 견해와 동일하게 징벌적 손해배상이 꼭 필요한 분야의 법률에서 개별적으로 입법하는 형식이 채택되었다. 분야별로 보면 공정거래가 7개, 개인정보가 3개, 지적재산권이 3개, 약자가 2개, 건강이 2개로 구성되어 있고, 공정거래, 개인정보, 지적재산권 분야의 법률들은 성립요건, 주관적 요소, 증명책임의 부담 주체 모두 동일하다. 전체적으로 보면 배상액은 모두 실손해의 3배까지를 한도로 하고 있으며, 주관적 요건은 고의 또는 과실을 요구하는 법률이 8개, 고의 또는 중과실을 요구하는 법률이 4개, 고의를 요구하는 법률이 4개, 명백한 고의를 요구하는 법률이 1개이다. 이러한 주관적 요건의 증명과 관련하여서는 다수의 법률에서 가해자가 주관적 요건의 부존재를 증명하도록 함으로써 피해자의 증명책임을 완화하고 있으나, 환경보건법 등 6개의 법률에서는 피해자가 사업자의 고의 또는 중과실을 증명하여야 하는 구조이다.

Ⅲ. 환경보건법상 징벌적 손해배상제도

1. 도입목적 및 제정경위

(1) 도입목적

2018. 6. 12. 법률 제15661호로 일부 개정되어 2019. 6 .13.부터 시행 중인 환경보건법 제19조 제2항에는 사업자의 고의 또는 중과실에 의하여 발생한 환경성질환에 대하여 3배 이내에서 배상책임을 물을 수 있는 징벌적 손해배상의 법적 근거가 마련되었다. 이는 국회가 가습기 살균제 사고 진상규명과 피해구제 및 재발방지 대책마련을 위한 국정조사를 실시하고, 가습기

52) 박종렬, 앞의 글, 162면.

살균제 피해구제를 위한 입법 노력을 하고 있음에도 불구하고 유사 사례의 재발을 방지하기 위한 입법적 조치가 미흡한 실정에서, 국민들이 높은 수준으로 주의를 기울여도 유해화학물질 등을 사용하여 제조된 제품의 경우 그 위해성을 쉽게 알기 어려우므로 고의·과실을 고려하여 징벌적 손해배상을 하게 함으로써 환경유해인자와 환경성질환에 대한 사업자의 주의의무를 높이기 위한 목적으로 도입되었다.[53]

(2) 제정경위

현행 환경보건법의 원안인 홍영표 의원 등 17인이 발의한 환경보건법 일부개정법률안(2017. 1. 18. 발의, 의안번호 5138)에서는 제19조 제2항에 “제1항의 피해가 사업자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여 발생한 경우에는 고의 또는 손해발생을 인식한 정도, 환경유해인자의 유해성 등을 고려하여 그 피해액의 10배 이상의 금액을 배상하여야 한다.”라고 규정하고 있었고, 부칙 제2조에 “가습기 살균제 피해의 경우 사업자의 고의 또는 과실 여부에 관계없이 제19조 제2항의 개정 규정을 적용한다.”라고 하여 가습기 살균제 피해에 대한 특례규정을 두고 있었다.

그러나 환경노동위원회 검토 및 심사 과정에서 징벌적 손해배상을 두고 있는 우리나라의 법률이 모두 3배 한도의 배상을 규정하고 있음을 감안하면 개정안에서 제안하는 10배 이상이라는 징벌의 정도가 지나치다는 의견과 개정 전에 발생한 사건에 대하여 징벌적 손해배상을 허용할 경우 소급입법에 의한 재산권의 침해를 금지하고 있는 헌법 제13조에 위반될 소지가 있다는 의견이 제기되었다.[54] 이에 따라 제19조 제2항은 ‘피해액의 10배를 넘지 않는 범위에서 배상하여야 한다’로, 부칙 제2조는 삭제하는 것으로 각각 수정가결되었다.[55]

---

53) 환경보건법 제정·개정이유. http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=010711&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all

54) 환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138) 검토보고서(환경노동위원회), 2017. 2.

55) 환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138)에 대한 수정안(환경노동위원

이후 법제사법위원회의 검토 및 심사를 거치며 환경노동위원회의 수정안은 다시 한 번 변경되었는데, 배상한도와 관련하여 다른 입법례에서 손해액의 3배 범위 내에서만 징벌적 손해배상을 인정하고 있어 입법적 불균형이 우려되는 점, 상한을 높게 규정함으로써 징벌 배액을 판단하는 법관의 재량이 지나치게 넓어지는 점 등이 문제로 지적되었다. 이에 따라 제19조 제2항은 '피해액의 3배를 넘지 않는 범위에서 배상하여야 한다'로 수정되어 현재의 징벌적 손해배상 규정이 마련되었다.[56][57]

2. 성립요건 및 효과

(1) 성립요건

환경보건법 제19조는 '환경성질환에 대한 배상책임'이라는 제목 아래, 제1항에서는 "사업활동 등에서 생긴 환경유해인자로 인하여 다른 사람에게 환경성질환을 발생하게 한 자는 그 피해를 배상하여야 한다.", 제2항에서는 "제1항의 피해가 사업자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여 발생한 경우에는 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도, 손해발생을 줄이기 위하여 노력한 정도, 환경유해인자의 유해성 등을 고려하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상하여야 한다.", 제3항에서는 "면책사유, 연대책임, 면책특약의 제한, 소멸시효 등에 관하여는 제조물 책임법 제4조부터 제7조까지를 준용한다. 다만, 면책사유는 제1항의 책임에 한정하여 준용한다."라고 규정하고 있다. 제1항은 환경성질환에 대한 일반적인 손해배상책임, 제2항은 징벌적 손해배상의 요건 및 배상액 산정 시 고려사항을 규정하고 있는 구조이다.

즉, 환경보건법상 징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 '고의 또는 중

회), 2017. 3.

56) 환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138) 검토보고서(법제사법위원회), 2018. 5.

57) 이 외에도 제2항 배상액 산정 시 고려사항과 제3항 제조물 책임법 준용 범위 등에 대한 수정이 이루어졌으나 본고의 논의와 무관하므로 생략하였다.

대한 과실'로 인한 '환경유해인자'에 의하여 '환경성질환'이 발생하여야 한다. 여기서 환경유해인자란 환경정책기본법 제3조 제4호에 따른 환경오염과 화학물질관리법 제2조 제7호에 따른 유독물질, 허가물질, 제한물질 또는 금지물질, 사고대비물질, 그 밖에 유해성 또는 위해성이 있거나 그러할 우려가 있는 화학물질을 의미하고(환경보건법 제2조 제1호), 환경성질환이란 역학조사 등을 통하여 환경유해인자와 상관성이 있다고 인정되는 질환으로서 환경보건위원회 심의를 거쳐 환경부령으로 정하는 질환을 의미하는데(환경보건법 제2조 제2호), 여기에는 수질오염물질로 인한 질환(제1호), 유해화학물질로 인한 중독증, 신경계 및 생식계 질환(제2호), 석면으로 인한 폐질환(제3호), 환경오염사고로 인한 건강장해(제4호), 대기오염물질과 관련된 호흡기 및 알레르기 질환(제5호), 가습기 살균제로 인한 폐질환(제6호)이 해당한다(환경보건법 시행규칙 제2조).

환경유해인자와 환경성질환은 법에 의하여 특정된 요건이므로 그 판단이 어렵지 않을 것이다. 문제는 고의 또는 중대한 과실이라는 주관적 요소와 환경유해인자와 환경성질환 발생 사이의 인과관계이다. 민법상 불법행위 책임은 그 성립에 있어 고의와 과실을 구분하지 않고 있으나, 환경보건법상 환경성질환에 대한 책임은 사업자에게 귀책사유가 없거나 과실만 있는 경우에는 제1항에 따라 전보배상책임을[58], 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 제2항에 따라 징벌적 배상책임을 부과하고 있다. 중대한 과실은 고의에 가까운 현저한 주의의무의 위반을 의미하므로[59], 결국 고의 또는 고의와 유사한 정도의 악의성을 피해자가 증명하여야지만 징벌적 손해배상을 받을 수 있는 것이다. 나아가 별도의 증명책임 완화 내지는 전환 규정이 없는 이상 피해자가 환경유해인자와 환경성질환 사이의 인과관계도 엄격하게 증명하여야 할 것이다.

---

58) 박종원, "환경책임법제의 동향과 주요 쟁점", 「환경법과 정책」 제18권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017, 12면에 의하면 동조 제1항이 무과실책임을 규정한 것인지에 대해서는 이론의 여지가 있는바, '고의·중과실'을 요건으로 하고 있는 제2항과의 비교를 위하여 '귀책사유가 없거나 과실만 있는 경우'로 포괄적으로 설시하였다.

59) 대법원 2000. 1. 14. 선고 99다39548 판결 등.

(2) 효과

징벌적 손해배상의 요건이 충족되면 사업자는 실제 피해액의 3배를 상한으로 하는 손해배상책임을 부담하여야 한다. 상식적으로 원고는 전보배상을 위한 손해액을 산정한 뒤 이에 3배를 곱하여 징벌적 손해배상청구를 할 것이고, 법원은 제19조 제2항에서 규정하고 있는 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도, 손해발생을 줄이기 위하여 노력한 정도, 환경유해인자의 유해성 등 가감요소를 고려하여 최종 판단을 할 것이다. 3배 이내의 범위에서 구체적인 인용범위는 법관의 재량에 맡겨져 있는 셈인데, 이 과정에서 위 요소들이 얼마만큼 그리고 어떻게 반영될지는 현재로서 단정하기 어려워 보인다.

3. 징벌적 손해배상의 필요성

일반적인 민·형사분쟁과 달리 환경을 둘러싼 분쟁은 원인이 불명확하고, 피해가 장기간에 걸쳐 광범위하게 발생한다는 특징이 있다. 환경오염은 물론이고 환경유해인자의 배출도 짧은 시간 내에 그 영향이 나타나는 것이 아니라 장기간 동안 피해가 발생하여 누적되고, 그 사이 여러 가지 변수가 작용할 가능성이 높다. 나아가 다수의 피해자가 존재하나 가해자가 명확하지 않은 경우, 가해자가 존재하더라도 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 증명하기 곤란한 경우 등 원인 규명에 불명확성이 존재한다. 또 환경오염을 유발하고 환경유해인자를 배출하는 사업활동은 특정 지역에 국한되어 나타나는 것이 아니라 광범위하게 일어난다. 대기오염, 수질오염, 토양오염 등은 한 지역에서 발생하더라도 결국 인접지역까지 그 피해가 부지불식간에 확산될 수밖에 없고, 가습기 살균제 사건처럼 환경유해인자가 소비재인 경우에는 전국에 걸쳐 잠재적 피해자들이 양산되는 것이다. 한 번 파괴된 환경은 본래의 상태로 되돌릴 수 없고, 한번 발병한 질환은 생명·신체에 중대한 영향을 미친다는 점을 고려하면 무엇보다도 사전예방이 중요하다.[60]

60) 박창석, “환경분쟁의 사전예방적 해결수단에 대한 검토 - 징벌적 배상의 논의를

이는 환경정책기본법 제8조[61]에 규정된 환경법의 이념 중 하나인 사전예방의 원칙과 연결되는 것이다. 사전예방의 원칙이란 미리 환경문제가 발생할 가능성이 있는 경우 그것을 예방하는 것이 그렇지 않은 경우보다 효과나 비용 면에서 그리고 심리적으로도 훨씬 나은 선택이라는 것이다. 나아가 환경보건법의 기본이념을 규율하고 있는 동법 제4조 제1호에[62]서도 환경유해인자로 인한 건강피해의 구제조치에 있어서 사전주의 원칙[63]을 천명하고 있다. 그러나 사전예방의 원칙과 사전주의 원칙은 규제의 요건, 시기 및 방법과 수단에 대한 정확한 행위지침을 제공하기 어렵다. 이에 따라 행정청의 직접적 규제와 달리 사인간의 민사 분쟁에서 전보배상을 넘어 징벌적 배상을 하도록 하여 간접적으로 불법행위를 규제하는 방법이 부각되고 있는 것이다.[64] 즉, 환경의 공공재적 성격과 환경오염의 광역성 및 환경성질환의

중심으로-", 「한양법학」 제24권 제2호, 한양법학회, 2013, 201면.

61) 환경정책기본법 제8조(환경오염 등의 사전예방)
① 국가 및 지방자치단체는 환경오염물질 및 환경오염원의 원천적인 감소를 통한 사전예방적 오염관리에 우선적인 노력을 기울여야 하며, 사업자로 하여금 환경오염을 예방하기 위하여 스스로 노력하도록 촉진하기 위한 시책을 마련하여야 한다.
② 사업자는 제품의 제조·판매·유통 및 폐기 등 사업활동의 모든 과정에서 환경오염이 적은 원료를 사용하고 공정(工程)을 개선하며, 자원의 절약과 재활용의 촉진 등을 통하여 오염물질의 배출을 원천적으로 줄이고, 제품의 사용 및 폐기로 환경에 미치는 해로운 영향을 최소화하도록 노력하여야 한다.
③ 국가, 지방자치단체 및 사업자는 행정계획이나 개발사업에 따른 국토 및 자연환경의 훼손을 예방하기 위하여 해당 행정계획 또는 개발사업이 환경에 미치는 해로운 영향을 최소화하도록 노력하여야 한다.

62) 환경보건법 제4조(기본이념)
1. 환경유해인자와 수용체의 피해 사이에 과학적 상관성이 명확히 증명되지 아니하는 경우에도 그 환경유해인자의 무해성이 최종적으로 증명될 때까지 경제적·기술적으로 가능한 범위에서 수용체에 미칠 영향을 예방하기 위한 적절한 조치와 시책을 마련하여야 한다.

63) 복구할 수 없는 중대한 손해의 우려가 있는 경우에는 원인과 결과 사이의 인과관계에 대한 과학적 확실성이 증명되지 아니한다는 이유로 환경피해를 방지하기 위한 조치를 그러한 인과관계가 과학적으로 증명될 때까지 미루어서는 안 된다는 원칙을 의미한다(백운석·심영규, "환경유해인자로 인한 건강피해 구제제도의 개선방안에 대한 고찰", 「환경정책연구」 제12권 제1호. 한국환경정책평가연구원, 2013, 84면).

64) 배병호, "환경분쟁 해결을 위한 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 고찰", 「환경

비가역성을 고려할 때, 피해자에 대한 전보적인 배상은 물론이고 가해자의 불법행위 억제 및 예방이라는 측면에서도 징벌적 손해배상제도가 환경보건법에서 갖는 의미는 그 어느 영역에서보다 큰 것이다.[65]

Ⅳ. 환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 한계 및 향후 과제

환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 도입은 유해물질로 인한 건강상 피해에 있어 사전예방의 원칙 내지는 사전주의 원칙을 실현하기 위한 것으로 평가될 수 있다. 그러나 제도가 마련되어 있다고 하더라도 이를 실제로 활용하는데 어려움이 있거나, 활용한들 막대한 효과가 없다면 허울뿐인 제도로 전락하여 제 역할을 못할 우려가 크다. 이러한 측면에서 환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 실효성을 확보하기 위한 방법으로 배상한도의 상향조정과 공적기금의 편성 그리고 인과관계의 추정규정 도입을 제안하고자 한다.

1. 배상한도의 상향조정

홍영표 의원 등 17인이 최초에 발의한 환경보건법 일부개정법률안에서는 피해액의 10배 이상을 배상하는 것을 내용으로 하고 있었으나, 소관 상임위원회인 환경노동위원회의 검토 과정에서 10배 이내로 상한통제가 이루어졌고, 법제사법위원회의 체계자구심사[66]를 거치며 3배 이내로 배상한도가 수정되었다. 배상액이 무제한적으로 인정되거나 필요 이상으로 과다하게 부과되는 것은 부당하며, 배상액 규모가 천문학적으로 고액이 되어 전보적

법연구」 제35권 제1호, 한국환경법학회, 2013, 127면.

65) 최현태, “환경침해영역에서의 징벌적 손해배상제도의 기능”, 「한양법학」 제24권 제2호, 한양법학회, 2013, 524-526면.

66) 국회법 제37조 제1항 제2호 사목에 근거하여 법제사법위원회는 법률안·국회규칙안의 체계·형식과 자구의 심사에 관항 사항을 소관업무로 하고 있다.

손해배상액과 현저히 균형을 잃을 경우 헌법 위반의 문제가 발생할 소지가 있다는 점에서 상한통제의 필요성은 부정할 수 없을 것이다.[67] 그러나 징벌적 손해배상을 도입한 다른 법률과의 형평성 및 배상액의 자의적 산정 등을 이유로 배상한도를 3배로 제한한 것은 환경성질환의 특성을 고려하지 않고 단지 논란을 피하기 위한 입법이라는 비판에서 자유로울 수 없다. 이미 여러 법률에서 해당 제도를 도입한 이상 배상액의 상한은 각 법률의 입법취지, 분야의 특수성, 징벌적 손해배상의 필요성 등을 고려하여 정해야 하는 것이고, 배상액의 자의적 산정 문제는 배상액 산정 시 고려할 사항들을 열거하고 구체적인 감액기준을 마련함으로써 충분히 통제 가능하기 때문이다.[68] 특히 환경보건법을 제외한 16개의 법률 제·개정 과정에서는 개별 법률의 입법취지와 특수성을 가장 잘 파악하고 있는 소관 상임위원회에서 배상한도를 3배로 제안한데 반하여, 환경보건법에 징벌적 손해배상제도가 도입되는 과정에서는 환경노동위원회에서 10배 배상을 제안하였으나 법제사법위원회에서 이를 3배로 축소하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 각 법률의 배상한도 입법 과정을 간략히 정리해보면 다음과 같다.

〔표 2〕 각 법률의 징벌적 손해배상액 한도 입법 과정

법률명(약칭)	의원등제안		소관상임위원회	법제사법위원회
하도급법	김기현의원 등 16인	3배	정무위원회 3배	3배
	박선숙의원 등 18인	3배		
가맹사업법	김선동의원 등 11인	3배	정무위원회 3배	3배
	이학영의원 등 11인	3배		
대리점법	이노근의원 등 10인	2배	정무위원회 3배	3배
	심상정의원 등 12인	3배		
	이상직의원 등 10인	3배		

67) 방형인, “징벌적 손해배상제도의 개선방안에 관한 고찰”, 「글로벌기업법무리뷰」 제11권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2018, 25-27면.

68) 박승국·이종광, “징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안”, 대한건설정책연구원, 2019, 43면.

법률명(약칭)	의원등제안		소관상임위원회	법제사법위원회
	이언주의원 등 11인	3배		
	이종걸의원 등 18인	3배		
	안진걸(참여연대)	10배		
	이종훈의원 등 12인	3~10배		
대규모유통업법	송기헌의원 등 10인	3배	정무위원회 3배	3배
	정재호의원 등 10인	3배		
	정태옥의원 등 10인	3배		
	채이배의원 등 13인	3배		
공정거래법	박정의원 등 11인	3배	정무위원회 3배	3배
	전해철의원 등 11인	3배		
상생협력법	권칠승의원 등 10인	3배	산업통상자원중소벤처기업위원회 3배	3배
축산계열화법	이개호의원 등 10인	3배	농림축산식품해양수산위원회 3배	3배
개인정보보호법	이상직의원 등 10인	3배	안전행정위원회 3배	3배
	이찬열의원 등 10인	3배		
	조원진의원 등 10인	3배		
신용정보법	강기정의원 등 18인	3배	안정행정위원회 3배	3배
정보통신망법	이재호의원 등 13인	3배	미래창조과학방송통신위원회 3배	3배
	정청래의원 등 10인	3배		
특허법	오세정의원 등 22인	3배	산업통상자원중소벤처기업위원회 3배	3배
	원혜영의원 등 13인	3배		
	홍의락의원 등 10인	10배		
부정경쟁방지법	박병석의원 등 10인	3배	산업통상자원중소벤처기업위원회 3배	3배
	박정의원 등 13인	3배		
	정부	3배		
산업기술보호법	박정의원 등 13인	3배	산업통상자원중소벤처기업위원회 3배	3배

법률명(약칭)	의원등제안		소관상임위원회	법제사법위원회
공익신고자보호법	박찬대의원 등 11인	3배	정무위원회 3배	3배
기간제법	이한구의원 등 28인	10배	환경노동위원회 3배	3배
제조물책임법	오제세의원 등 10인	3배	정무위원회 3배	3배
	서영교의원 등 39인	5배		
	조정식의원 등 13인	5배		
	한정애의원 등 11인	10배		
	백재현의원 등 10인	12배		
환경보건법	홍영표의원 등 17인	10배~	환경노동위원회 10배	3배

위 자료를 보면 환경보건법을 제외하고는 소관 상임위원회에서 합의된 배상한도가 법제사법위원회의 자구체계심사 과정에서 수정된 경우는 없다. 법제사법위원회는 입법적 불균형을 이유로 배상한도를 제한한 것인데, 이는 형식적인 평등 내지는 균형에 매몰되어 지나치게 소극적인 입법이 이루어진 것이 아닐 수 없다. 헌법 제11조 제1항에서 보장하고 있는 평등은 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 처우하여야 한다는 것으로, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등이 아니라 입법과 법의 적용에 있어 근거 없는 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 의미하는 것이다.[69] 실제로 과징금, 영업정지, 벌금 등 여러 공법상 규제수단들의 제재수위가 개별 법률의 목적과 금지행위 유형 등에 따라 다양하게 입법화되는 것은 흔한 일이다. 다시 말해, 불공정거래, 개인정보 유출, 지적재산권 침해 등으로 인한 재산상 피해와 환경성질환으로 인한 건강상 피해는 예방의 필요성 및 구제의 중요성 측면에서 엄연히 다른 취급을 받아 마땅하다는 것이다. 나아가 이처럼 명목적으로 기존 법률과의 균형을 추구하다보면 결국 하도급법에서 3배 배상한도를 설정한 이상 이를 벗어나는 입법은 현실적으로 불가능해질 우려가 크다.[70]

69) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바26 결정 등.

징벌적 손해배상액을 3배 이내로 제한할 경우 징벌로서의 의미가 퇴색된다는 비판은 지속적으로 제기되어 왔다.[71] 즉, 3배 제한 내에서는 그 배상액이 과소하여 사업자가 장래의 손해를 비용으로 산입하는 것이 가능하게 되므로 불법행위 억제 기능이 크게 약화된다는 것이다.[72] 게다가 법원의 보수적인 태도를 감안하면 징벌적 손해배상 규정을 소극적으로 적용하여 실질적으로 전보배상이나 다름없는 결과가 도출될 가능성이 높다.[73] 실제로 2016. 5. 서울지방변호사회 소속 변호사들을 대상으로 한 설문조사 결과 징벌적 손해배상액의 한도가 전보배상의 10배를 초과해야 한다는 의견이 31.8%, 10배가 23.6%, 5배가 17.3% 등으로 나타났다.[74] 그러나 하한통제만을 두는 경우 개별 사안의 특수성을 고려한 감액이 불가능하고, 지나치게 고액의 배상금이 부과될 위험이 있으며, 미국 연방대법원도 10배를 초과하는 징벌적 손해배상은 위헌이라고 판시[75]하였음을 고려할 때 10배를 초과하거나 상한통제가 없는 형태의 규율은 바람직하지 않다. 결국 환경보건법상 징벌적 손해배상액의 한도는 5~10배 사이에서 재검토가 필요하다고 본다.

이처럼 배상한도를 상향조정함으로써 우려되는 자의적 배상액 산정의 문제는 입법적 정비를 통해 충분히 보완 가능하다. 예컨대 징벌적 손해배상

---

70) 배상한도가 문제된 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 개정안 심사과정에서는 하도급법상 3배 상한규정과의 비교가 지속적으로 논의되었고(제19대 315회 환경노동위원회 4차 법안심사소위원회 회의록, 2013. 4. 22., 27면, 제19대 321회 법제사법위원회 2차 법안심사제2소위원회 회의록, 2013. 12. 27., 12면), 제조물 책임법 개정안 심사과정에서는 '3배 정도면 우리 법에서 시행하고 있기 때문에 특별히 위헌 소지가 없을 것 같다, 3배가 세이프하다' 등의 의견들이 다수 개진되었다(제20대 345회 정무위원회 3차 법안심사소위원회 회의록, 2016. 11. 22., 47면).

71) 뉴스1, "피해액 '10배 이상→3배 이내' ... 입법취지 사라진 '징벌적 손해배상제'", 2018. 6. 12.

72) 미국의 제조물 책임소송에서 유명한 포드사의 Pinto 자동차 사건을 보면, 예상되는 손해배상액이 불법행위를 감행함으로써 얻을 수 있는 이익보다 적은 경우 가해기업들은 가해행위를 조작할 가능성이 있음을 확인할 수 있다(이점인, "현행 징벌적 손해배상제도에 대한 비판적 고찰", 「동아법학」 제74권, 동아대학교 법학연구소, 2017, 45면).

73) 박승국·이종광, 앞의 글, 40-42면.

74) 김정환, 앞의 글, 222면.

75) State Farm Mutual Automoile Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 2003.

제도가 도입된 법률 중 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률을 제외한 16개의 법률에서는 배상액 산정 시 고려할 사항들을 열거하고 있다. 공통적으로, ① 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, ② 피해규모, ③ 경제적 이익, ④ 벌금, 과징금 등 기타 제재, ⑤ 위반행위의 기간과 횟수 등, ⑥ 가해자의 재산상태, ⑦ 피해구제를 위한 노력의 정도를 고려하도록 하고 있고, 개인정보의 분실·도난·유출과 관련된 3개의 법률에서는 '개인정보 회수 노력'을, 특허·영업비밀·산업기술 침해와 관련된 3개의 법률에서는 '침해행위자의 우월적 지위 여부'를 추가로 규정하고 있다. 그러나 환경보건법에서는 ① 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, ② 환경유해인자의 유해성, ③ 손해발생을 줄이기 위하여 노력한 정도만 고려사항으로 열거하고 있어, 다른 법률의 고려사항인 경제적 이익이나 벌금, 과징금 등 제재 그리고 가해자의 재산상태는 누락되어 있다. 이러한 내용이 열거되어 있지 않다고 하여 고려할 수 없는 것은 아니지만, 수범자들에게 예측가능성을 부여하고 사법효율을 도모한다는 측면에서 볼 때, 최소한 같은 취지의 법률들에서 규정해놓은 세부사항은 동일하게 입법화할 필요가 있다. 나아가 환경성질환의 특수성을 고려하여 '완치 가능성' 등을 특별히 고려할 사항으로 추가할 수 있을 것이다.

2. 공적기금의 편성

그러나 배상액 산정 시 고려사항들을 세부적으로 열거한다고 하더라도 최대 10배까지 배상을 허용하는 경우 그 배상금 전부를 피해자가 갖도록 하는 것이 과잉구제라는 논란이 있을 수 있다. 징벌적 손해배상이 가해자에 대한 징벌 그리고 가해자를 포함한 제3자에 대한 경고 등을 통하여 재발방지를 목적으로 하는 이상 배상액 전부가 피해자에게 귀속되는 것은 부당하고 최소한 일부에 대하여서라도 공공적 귀속이 필요하다는 것이다.[76] 이에 대하여는 미국처럼 징벌적 배상금의 일정부분(주마다 차이가 있으나 대부

76) 정해상, 앞의 글, 249면.

분 징벌배상액의 50% 정도)을 주정부 차원에서 '범죄희생자보상기금' 등으로 적립하고 있는 시스템을 참고할 필요가 있다.[77] 즉, 징벌적 손해배상의 사회적 배상으로서의 성격을 고려하여 당해 사건이 문제된 영역에서의 향후 피해방지와 같은 목적에 활용하기 위한 공적기금을 편성하는 것이다.[78]

이때 법원에서 인정한 손해배상금 중 어느 정도의 비율만큼 국고 혹은 공익재단 등에 귀속할 것인지 문제된다. 미국에서는 귀속비율을 법원에서 정하는 경우도 있고, 법률로 50~75%를 정해놓는 등 매우 다양한 접근방법을 취하고 있다. 다만 사안의 성격에 따라 공정하고 합리적인 귀속비율이 달라질 수밖에 없다는 점을 감안할 때 일률적인 기준을 정하는 것은 바람직하지 않을 것으로 보이며, 귀속비율의 판단을 법원에게 전적으로 일임하는 것은 법원의 부담을 가중시킬 우려가 있기 때문에 적절하지 않을 수 있다. 양자 사이의 균형을 고려할 때 일정한 비율만큼을 상한으로 정한 후 사안에 따라 법원이 재량껏 귀속비율을 판단하도록 하는 것이 가장 실효성 있는 방안일 것이라고 생각한다. 이 과정에서 배상금이 피해자에게 귀속되는 비율을 과도하게 제한함으로써 소제기의 유인을 떨어뜨려 징벌적 손해배상제도의 활용을 위축시키는 일이 없도록 하여야 한다.[79]

이러한 공적기금은 벌금, 과징금 등 기타 법률상 제재가 징벌적 손해배상액 산정 시 고려됨으로써 발생하는 문제를 해결해준다는 점에서도 의미가 있다. 앞서 살펴본 대로 징벌적 손해배상액 산정 시 이미 이루어진 형사처벌 또는 행정처분의 정도를 고려하는 한편 징벌적 손해배상이 먼저 이루어진 경우에는 공법상 제재 과정에서 피해회복 정도를 일종의 양형사유로 감안함으로써 가해자에 대한 징벌의 총합은 일정 수준으로 수렴하게 된다. 그러나 피해자에게 귀속되는 배상액의 관점에서 보면, 피해자가 징벌적 배상을 먼저 받고 추후 다른 법률상의 제재가 이루어지는 경우에는 배상액이 크게 책정되나, 제재가 이루어진 후 징벌적 손해배상이 인용된다면 배상액이 작게 산정되는 문제가 발생한다. 이는 우연한 사정에 의하여 피해자에게

77) 이점인, 앞의 글, 74면.
78) 김명엽, 앞의 글, 80면.
79) 김정환, 앞의 글, 274-276면.

귀속되는 손해배상금의 액수가 달라지는 것으로, 징벌적 손해배상제도를 적극적으로 활용할 유인을 감소시킬 우려가 있다. 이러한 상황에서 배상액의 일부를 공적기금에 귀속시키는 원칙이 수립되어 있다면, 공공귀속 부분의 비율을 조정함으로써 피해자에게 과소한 이익이 귀속되는 문제를 방지할 수 있을 것으로 생각된다.

3. 인과관계 증명책임의 완화 내지는 전환

가습기 살균제 사건을 계기로 비도덕적이고 반사회적 불법행위에 대하여 엄격한 책임을 추궁하고 향후 유사한 사건의 재발을 방지하기 위하여 징벌적 손해배상제도가 먼저 도입된 법률은 제조물 책임법이었다. 그러나 제조물 책임법상 손해배상책임은 제조물의 결함을 전제하고 있기 때문에 가습기 살균제 사건에는 적용이 가능할지언정, 환경유해물질로 인한 건강피해 전반을 규율하는 데는 한계가 있다. 뿐만 아니라 제조물 책임법 제4조에 규정되어 있는 면책사유들로 인하여 환경성질환에 대한 책임 추궁에 실효적이지 못하다는 점도 문제로 지적된다.[80] 이를 반영하듯 환경보건법 제19조 제3항에서는 “면책사유, 연대책임, 면책특약의 제한, 소멸시효 등에 관하여는 제조물 책임법 제4조부터 제7조까지를 준용한다. 다만, 면책사유는 제1항의 책임에 한정하여 준용한다.”라고 규정하여 제2항의 징벌적 손해배상에 대하여는 제조물 책임법상 면책사유의 적용을 배제하고 있다. 결국 유해물질로 인한 건강피해의 영역에서 징벌적 손해배상제도의 실효성은 환경보건법상 환경유해인자와 환경성질환 사이의 인과관계를 누가 그리고 어느 정도로 증명하여야 하는지에 달려있는 것이다.[81]

---

80) 현준원·박기령·장은혜·전주열, “석면피해구제제도 구제범위 확대방안 연구”, 한국법제연구원, 2016, 39면.

81) 백운석·심영규, 앞의 글, 82면에 의하면 환경유해인자로 인한 건강피해 구제제도가 실효적으로 작동하는데 있어서는 인과관계 입증방식의 조정 등 제도개선이 중요하다.

〔표 3〕 제조물 책임법과 환경보건법의 징벌적 손해배상 비교

	귀책사유	위법행위	인과관계	기타
제조물 책임법	고의	제조물의 결함 조치불이행 신체·생명의 중대한 손해	추정 O	면책사유 O
환경보건법	고의·중과실	환경유해인자 환경성질환	추정 X	면책사유 X

그러나 앞서 살펴보았듯이 환경보건법상 징벌적 손해배상책임을 추궁하기 위해서는 사업활동 과정에서 유출된 환경유해인자로 인하여 특정 환경성질환이 발생하였다는 개별적 인과관계를 피해자가 증명하여야 한다. 징벌적 성격을 갖는 이상 손해배상책임의 성립요건 자체가 엄격한 것은 일응 타당하나, 엄격한 요건이 증명책임의 어려움으로 전가될 때 법은 그 효력을 전혀 발휘하지 못하게 되는 문제가 있다. 이러한 증명책임의 곤란은 피해구제에 있어서 피해자들로 하여금 더욱 소극적인 자세를 갖게 할 수밖에 없다.[82] 물론 우리 법원이 공해로 인한 손해배상청구소송에서 일반불법행위처럼 엄밀한 인과관계의 증명을 요구하는 것은 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 되고, 가해기업측이 기술적·경제적으로도 피해자보다 원인조사가 훨씬 용이하다는 이유로[83] 인과관계의 증명 정도를 개연성으로 완화하고 있는 것은 사실이다.[84] 즉, 유해물질이 배출되었고, 그러한 유해물질이 피해자들에게 도달하였으며, 그러한 유해물질에의 노출로 당해 손해가 발생하였다는 간접사실들을 증명하면 인과관계를 추정하는 것이다. 그러나 위법리가 환경성질환에 대하여 적용된다고 하더라도 담배소송[85], 고엽제소송[86] 등에서 나타난 '질환이분법'으로 인하여 결국에는 피해자 측에서 환경

82) 방형인, 앞의 글, 24면.
83) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666 판결 등.
84) 법원행정처, "재판실무편람(Ⅳ)", 2003, 19면.
85) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011다22092 판결.
86) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결.

오염인자와 환경성질환 사이의 개별적 인과관계에 대한 엄격한 증명책임을 부담하여야 할 가능성이 높다.

질환이분법이란 질환을 '특이성 질환'과 '비특이성 질환'으로 구분하여 구체적인 인과관계를 달리 파악하는 대법원 특유의 해석이다. 대법원에 의하면 특이성 질환은 '특정 병인에 의하여 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는 질환'인 반면 비특이성 질환은 '발생원인 및 기전이 복잡다기하고, 유전·체질 등의 선천적 요인, 음주 흡연, 연력, 식생활습관, 직업적·환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 질환'인데, 전자의 경우에는 역학적 상관관계로 개별적 인과관계를 인정할 수 있지만 비특이성 질환의 경우에는 역학적 상관관계만으로 인과관계를 인정할 수 없다고 한다. 예를 들어, 폐암은 비특이성 질환이므로 담배와 폐암과의 역학적 상관관계가 있다하더라도 피해자가 위험인자에 노출된 시기와 정도, 발병 시기, 기존의 건강상태, 생활습관, 가족력 등을 통해 담배가 폐암의 원인인지 증명해야 한다는 것이다.[87]

이러한 판결의 문제는 신체적 질환에 대한 피해구제가 사실상 불가능하게 된다는 점이다. 현재 우리나라에서 흔히 발생하는 만성질환은 단일 원인에 의한 것이 아니라 다양한 경로로 다양한 위험요인들이 상호작용하여 발생하는 질환이다. 따라서 대법원의 질환이분법에 의하면 모두 비특이성 질환이기 때문에 피해자는 자신이 지목한 원인 이외에 다른 원인으로 인한 피해발생 가능성을 배제해야 하는 증명부담을 갖게 된다.[88] 이는 유해원인과 질환 사이의 인과관계를 자연과학적으로 증명하라는 요구와 다름없는 것이다. 그러나 인과관계의 완화 법리는 불법행위에 따른 손해배상책임의 귀속관계를 결정짓기 위하여 필요한 것으로, 자연과학 분야에서 말하는 유해물질과 건강피해 사이의 인과관계와 분명 다른 차원의 개념이다. 이러한 점에서 고엽제 소송의 하급심 판결을 주목할 필요가 있다.[89]

---

87) 송정은·정남순, "가습기 살균제 사건의 민사적 쟁점 : 제조물책임과 인과관계 증명", 「환경법과 정책」 제16권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 20면.

88) 박태현, "가습기살균제 사건과 법적과제 : 피해구제시스템 개선을 중심으로", 「환경법과 정책」 제20권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 113면.

“유해물질로 인하여 건강상 피해가 발생한 경우 유해물질과 피해자에게 발생한 질병 사이의 인과관계를 인정하기 위하여는, 우선 일반적으로 인체가 당해 유해물질에 노출될 경우 문제된 질병이 야기될 수 있다는 일반적 인과관계가 증명되어야 하고, 나아가 피해자가 당해 유해물질에 노출된 후 그 질병이 발생하였다는 개별적 인과관계까지 증명되어야 한다. 그런데 유해물질로 인한 질병 발생이 집단적 병리현상으로서 문제되고, 임상의학 또는 병리학적으로 당해 유해물질이 문제된 질병의 원인이 되는지 여부와 당해 유해물질로 인한 발병의 기전이 아직 명확히 밝혀지지 않았으며, 나아가 개개 피해자가 당해 유해물질에 노출되었는지 여부나 그 노출 정도를 증명할 과학적 방법조차 확립되지 않은 경우에는, 앞서 본 바와 같이 환경침해 소송에서의 인과관계 증명에 관한 법리에 의하더라도 그 인과관계를 증명하기란 쉽지 않다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에는 인간을 집단적으로 관찰하여 당해 유해물질과 그 질병 사이에 역학적으로 인과관계가 있음을 밝히고, 이러한 역학적 인과관계에 기초하여 개개 피해자에게 당해 유해물질이 도달한 후 당해 질병이 발생한 사실로부터 개개 피해자의 질병이 당해 유해물질의 노출로 인하여 발생하였을 상당한 개연성이 있다고 인정할 수 있고, 이로써 그 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이다.”[90]

이 판결은 대법원과 달리 역학적 인과관계를 개별적 인과관계에 적용할 수 있다고 보아 개별적 인과관계에서도 인과관계 증명 완화 법리를 받아들였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.[91] 유사한 취지의 입법례로는 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률 제9조와 가습기살균제 피해구제 특별법 제5조의 인과관계 추정 규정을 들 수 있다. 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률 제9조는 “시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있고, 가습기살균제 피해구제 특별법 제5조에서는 “생명 또는 건강상의 피해가 독성 화학물질을 함유한 가

89) 송정은·정남순, 앞의 글, 25-26면.
90) 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결.
91) 송정은·정남순, 앞의 글, 21면.

습기살균제에 의한 것으로 볼만한 상당한 개연성이 있는 때에는 해당 가습기살균제로 인하여 생명 또는 건강상의 피해가 발생한 것으로 추정한다."라고 규정하고 있다. 결론적으로, 법원은 질환의 특이성 여부와 무관하게 역학적 상관관계를 인정하는 조사결과를 재판상 감정처럼 강력한 증거자료로 존중함으로써 개별적 인과관계를 인정하는 법적 판단을 하여야 하고,[92] 법원이 이러한 인과관계 완화 법리를 채택할 수 있도록 환경보건법상 인과관계 추정규정을 입법화하는 작업이 빠른 시일 내에 이루어져야 할 것이다.

Ⅴ. 맺는 말

환경보건법 개정이유에서도 알 수 있듯이 징벌적 손해배상제도는 사업자의 주의의무를 높여 유사 사례를 방지하기 위한 목적이 가장 크다. 환경유해물질의 배출과 그로 인한 신체적 질환은 완전한 복구가 어렵고 경제적 배상으로 불충분한 경우가 많기 때문에 강력한 구제방법을 마련함으로써 사전적 예방이 중요하다. 물론 그 도입 과정에서 위헌성, 법체계와의 부조화, 입법적 불균형 등 다양한 지적이 있긴 하였으나, 현재 17개의 법률에 이미 도입되었고 20개의 법률안이 국회에 계류 중인만큼 징벌적 손해배상의 가치와 필요성에 대하여는 상당한 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.[93]

그러나 제도가 도입되더라도 그 취지가 몰각되지 않기 위해서는 도입 이후 지속적인 정비를 통하여 제도의 실효성을 높여야 한다. 그런 의미에서 현행 환경보건법상 징벌적 손해배상 한도를 3배로 규정한 것은 충분한 입법적 검토가 이루어지지 않은 것으로, 환경성질환의 특수성을 고려할 때 5~10배로 상향조정되어야 한다. 다만, 배상한도를 상향조정함에 따라 과도한 이익이 피해자에게 귀속될 우려가 있으므로, 배상액의 일부를 공적기금에 귀

92) 송정은·정남수, 앞의 글, 28면.

93) 김정환, 앞의 글, 222면에 의하면 서울지방변호사회 설문조사 결과 91.7%가, 제20대 국회의원 설문조사 결과 85%가 징벌적 손해배상제도의 도입에 찬성하였다.

속시켜 피해자 구제와 사회적 배상을 조화시킬 필요가 있다. 나아가 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률 및 가습기살균제 피해구제 특별법에서처럼 개연성만으로 인과관계를 추정하는 규정을 입법화함으로써 법원이 질환이분법의 논리에서 벗어날 수 있는 초석을 마련해주어야 한다. 법원의 해석도 결국은 문언규정과 입법취지를 근거로 하기 때문이다. 이러한 재정비를 통하여 비극을 예방하고 안전한 사회를 만드는 환경보건법으로 거듭나길 기대해본다.

환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 개선방안에 대한 고찰 - 백 명 헌, 김 규 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.14.	2019.12.05.	2019.12.27.

[참고문헌]

[단행본]
곽윤직, 채권총론 제6판, 박영사, 2003.

[논문]
김명엽, “징벌적 손해배상제도의 도입과 개선에 관한 연구”, 「일감법학」 제34권, 건국대학교 법학연구소, 2016.
김상찬·이충은, “징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰”, 「법학연구」 제35권, 한국법학회, 2009.
김성호, “징벌적 손해배상제도의 도입방식에 관한 연구”, 「법학논총」 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017.
김재국, “징벌적 손해배상”, 「민사법연구」 제5집, 대한민사법학회, 1996.
김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 사법정책연구원, 2019.
김제완, “징벌적 손해배상의 발전과정과 현황”, 한국법제연구원, 2007.
김현수·윤용석·권순현·장다혜, “징벌적 손해배상 제도에 관한 입법평가”, 한국법제연구원, 2012.
나채준·김현희·박광동, “재난·안전 관련 법제 개선방안 연구”, 한국법제연구원, 2014.
류근홍, “징벌적 손해배상제도에 관한 연구 도입필요성과 그 적용한계를 중심으로”, 청주대학교 박사학위논문, 2006.
박승국·이종광, “징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안”, 대한건설정책연구원, 2019.
박종렬, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「법학연구」 제26권, 한국법학회, 2007.
박종원, “환경책임법제의 동향과 주요 쟁점”, 「환경법과 정책」 제18권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.
박창석, “징벌적 손해배상에 관한 비교법적 검토”, 「환경법연구」 제35권 제1호, 한국환경법학회, 2013.
-----, “환경분쟁의 사전예방적 해결수단에 대한 검토 - 징벌적 배상의 논의를 중심으로 -”, 「한양법학」 제24권 제2호, 한양법학회, 2013.
박태현, “가습기살균제 사건과 법적과제 : 피해구제시스템 개선을 중심으로”, 「환경법과 정책」 제20권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.
방형인, “징벌적 손해배상제도의 개선방안에 관한 고찰”, 「글로벌기업법무리뷰」 제11권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2018.
배병호, “환경분쟁 해결을 위한 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 고찰”, 「환경법연구」 제35권 제1호, 한국환경법학회, 2013.
백운석·심영규, “환경유해인자로 인한 건강피해 구제제도의 개선방안에 대한 고찰”, 「환경정책연구」 제12권 제1호. 한국환경정책평가연구원, 2013,
선권일, “가습기 살균제 사건과 징벌적 손해배상의 문제”, 「글로벌기업법무리뷰」 제11권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2018.
송정은·정남순, “가습기 살균제 사건의 민사적 쟁점 : 제조물책임과 인과관계 증명”, 「환경법과 정책」 제16권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016.
양승현, “징벌적 손해배상 제도의 도입 논의 및 입법 현황 검토”, 「KIRI리포트」 제468권, 보험연구원, 2019.

윤강일·이민경·김규문·이동산, “징벌적 손해배상제도의 도입”, 「경성법학」 제26권, 경성대학교 법학연구소, 2017.
윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「재산법연구」 제9권 제1호, 한국재산법학회, 1992.
-----, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제10권, 창원대학교 사회과학연구소, 2003.
이덕환, “징벌적 손해배상에 관한 일고찰”, 「법학논총」 제24권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
이점인, “현행 징벌적 손해배상제도에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제74권, 동아대학교 법학연구소, 2017.
이진성, “징벌적 손해배상제도에 관한 소고”, 「동아법학」 제78권, 동아대학교 법학연구소, 2018.
장재옥, “위자료와 사적 제재”, 「중앙법학」 제1권, 중앙법학회, 1999.
정신동, “차량 화재 사건으로 재조명해 본 징벌적 손해배상제도 : 예방적 배상제도로의 전환가능성에 대한 소고”, 「법학연구」 제29권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2018.
정해상, “손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계”, 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004.
조은래, “환경소송상의 입증문제에 대한 소고”, 「환경법연구」 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006.
최나진, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대학교 박사학위논문, 2014.
최윤호, “징벌적 손해배상 제도에 관한 비교법적 연구 - 미국과 우리나라의 불법행위법을 중심으로-”, 계명대학교 박사학위논문, 2018.
최현태, “환경침해영역에서의 징벌적 손해배상제도의 기능”, 「한양법학」 제24권 제2호, 한양법학회, 2013.
현준원·박기령·장은혜·전주열, “석면피해구제제도 구제범위 확대방안 연구”, 한국법제연구원, 2016.

[기타]
강현중, “민사소송법 판례분석(10) 징벌적 손해배상의 법적 성격”, 법률신문, 2016. 9. 12.
뉴스1, “피해액 ‘10배 이상→3배 이내’ ... 입법취지 사라진 ‘징벌적 손해배상제’”, 2018. 6. 12.
법원행정처, “재판실무편람(Ⅳ)”, 2003.
사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 도입 방안 참고자료(2)”, 2006.
제19대 315회 환경노동위원회 4차 법안심사소위원회 회의록, 2013. 4. 22.
제19대 321회 법제사법위원회 2차 법안심사제2소위원회 회의록, 2013. 12. 27.
제20대 345회 정무위원회 3차 법안심사소위원회 회의록, 2016. 11. 22.
한겨레, “법원 ‘가습기 살균제 3등급 피해자에 500만원 지급하라’”, 2019. 9. 24.
환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138) 검토보고서(법제사법위원회), 2018. 5.
환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138) 검토보고서(환경노동위원회), 2017. 2.
환경보건법 일부개정법률안(의안번호 2005138)에 대한 수정안(환경노동위원회), 2017. 3.

【국문초록】

환경오염 또는 환경유해인자로 인한 건강피해는 그 증상이 장기간 누적되어 나타나고(누적성), 유해물질에 간접적으로 노출되어 있는 주변인들에게도 광범위한 피해를 유발하며(광역성), 이미 증상이 발현되어 건강상 피해가 발생한 이후에는 완전히 회복하는 것이 사실상 불가능하다는(비가역성) 특징이 있다. 그렇기 때문에 그 어느 영역보다도 환경법의 이념인 사전예방의 원칙을 지키는 것이 중요하고, 실제로 사업자의 주의의무를 높여 악의적인 가해행위를 억제 및 예방하기 위한 방법으로 2019. 6. 13.부터 환경보건법 제19조 제2항에서 징벌적 손해배상제도를 시행 중에 있다. 사업과정에서 생긴 '환경유해인자'로 인하여 다른 사람에게 '환경성질환'을 발생하게 하였고, 이러한 피해가 '고의·중과실'에 의한 경우 피해액의 3배 이내에서 손해배상책임을 져야 하는 것이다.

이처럼 특별한 정책적 목적을 가지고 도입된 제도의 경우, 이를 활용하는데 어려움이 있거나 활용한다고 하더라도 막대한 효과가 없다면 허울뿐인 제도로 전락할 우려가 크다. 그렇기 때문에 그 취지가 몰각되지 않도록 활용가능성을 높이는 방향으로 지속적인 정비가 필요한 것이다. 그런 의미에서 현행 환경보건법상 징벌적 손해배상제도의 한계를 지적한 뒤 향후 과제를 제시해보았다. 첫째, 환경보건 영역의 특수성을 고려할 때 배상한도 상향조정에 대한 재검토가 필요하다. 이 과정에서 제기될 수 있는 피해자에 대한 과잉구제의 문제는 공적기금의 편성을 통해 해소할 수 있을 것이다. 다음으로, 질환을 '특이성 질환'과 '비특이성 질환'으로 구분하는 판례 법리상 인과관계에 대한 증명책임을 완화하지 않는 경우 구제를 포기하는 것과 다름없게 되므로, 개연성만으로 인과관계를 추정하는 규정을 입법화하여야 한다. 이를 통하여 법원이 환경유해인자와 환경성질환 사이의 개별적 인과관계를 완화하여 판단하도록 방향성을 제시할 수 있을 것이다.

【Abstract】

A Study on Improvements of The Punitive Damages System in Environmental Health Act

Myung Heon Baek
(First Author, Attorney at Law, Public-Service Advocate of Goyang Branch Prosecutors' Office.
Ph.D student in Law at Korea University Graduate School.)

Kyu Wan Kim
(Corresponding Author, Professor at Korea University Law School.)

Health problems due to environmental pollution or environmental hazardous factors have special features as follows. Firstly, the symptom doesn't show up immediately but appears after a long time of accumulation. Secondly, the damage can appear very broadly since a lot of people are indirectly exposed to the sources. Lastly, after the disease reveals it's symptoms it is almost impossible to recover your health perfectly. These are the reasons why the 'principle of prevention' is more important than ever in this field. In this context, punitive damages system has been implemented in Article 19, Paragraph 2 of the Environmental Health Act since June 13, 2019. If hazardous factors produced during business processes cause environmental disease and it is done intentionally or by gross negligence, they should be liable for punitive damages within three times the amount of real damages.

However if there is difficulty in using this system or if it does not have a great effect, there is a high possibility that the system will fall into a shameful one. Therefore, continuous improvement is necessary in order to maintain the purpose of punitive damages system. In that sense, I pointed out the limitations of the punitive damages system in the current Environmental Health Act and suggested some future tasks. Firstly, considering the specificity of the environmental health sector, it is necessary to reconsider raising the limit of compensation. The problem of excess relief for victims can be solved through the formation of public funds. Secondly, legislation that presumes causality only with probability is necessary because it is unable for the victim to prove the individual causality between harmful factors and environmental diseases under the case law that classifies disease into 'specific disease' and 'non-specific disease'. In this way, the court can make an attempt to alleviate the causal relationship between environmentally harmful factors and environmental diseases.

주제어(Keyword) : 징벌적 손해배상(Punitive Damages), 환경법(Environmental Law), 환경보건법(Environmental Health Act), 환경성질환(Environmental Disease), 공적기금(Public Fund), 증명책임(Burden of Proof), 인과관계(Causality)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.143

歸屬財産에 대한 土地改革과 諸問題 검토

신 동 진*

▶목 차◀

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. 南韓과 北韓의 土地改革
Ⅲ. 美軍政 法令의 法理根據
Ⅳ. 歸屬財産의 諸問題
Ⅴ. 結 論

Ⅰ. 序 論

우리나라는 일제로부터 광복을 맞은 1945. 8. 15. 이후 수십년이 지나왔다. 그러나 지금도 과거사가 해결되지 못한 부분 때문에 사회적 갈등이 있다. 현재도 귀속재산처리법은 폐지되지 않고 진행중에 있으며, 귀속재산처리법에 의해 정부에서는 과거 일본인이 소유한 재산을 찾아서 이를 국가에 귀속하고 있는 현재 진행형의 법이다.

즉, 과거 미군정에서 일본인들의 재산을 귀속하는 과정에서 발생된 일이 현재와 괴리된 과거의 유물이 아닌 것이며 이는 미래에도 반추(反芻)해야 하는 것이다. 현재 일본의 행태는 과거의 일제가 행한 그동안의 과거 행동과 거의 같다. 이와 같은 역사의 반복은 과거의 역사를 교훈삼아 이에 대한 과오(過誤)를 따져 정도(正道)를 걸어가야 할 것이다. 또한 당시 토지개혁은 정치적 이데올로기의 최정점에 이른 시기라는 점 때문에 남한에서는 유상몰수·유상분배를, 북한에서는 무상몰수·무상분배라는 토지정책을 사회

* 동국대학교 일반대학원 법학과 박사과정.

전반에 걸쳐 개혁을 진행하였던바, 그에 대한 논의를 빼놓을 수 없다.

본고에서는 귀속재산 중에서 토지(농지)를 중심으로 남한과 북한 그리고 미군정의 시행과정을 법령과 관련시켜서 다루고자 한다. 즉, 남한에 있어서 미군정이 해방직후 어떠한 형태로 귀속된 토지를 관리·배분하였는지, 당시 북한에서는 적산 토지를 어떤 방식으로 처리하였는지, 이후 은닉된 귀속재산의 문제점과 더불어 귀속재산의 여러 문제를 다루고자 한다.

Ⅱ. 南韓과 北韓의 土地改革

1. 귀속재산 및 적산의 정의

귀속재산은 1945. 8. 15. 일본이 제2차 세계대전에서 연합국에 패전하여 한반도와 부속도서에 남긴 일본인 소유의 재산을 말한다. 즉, 귀속재산은 1876년 개항이후 우리나라에 들어온 일본인이 1945년 일제의 패망에 이르기까지 축적해 놓은 재산으로써 일제의 침략과 식민지 통치의 유산인 것이다.[1] 한반도에서 미군정은 남조선(대한민국 정부 수립전)에 존재한 일본국 및 일본인이 남기고 간 재산을 귀속재산이라 칭하였으며, 당시에는 적산(敵産, Enemy Property)과 귀속재산(Vested Property)[2]이 같은 의미로 사용되기도 하였다. 여기서 적(敵)은 당시 2차 세계대전 당시 일본은 연합국입장에서는 적(敵)이었기 때문이다.

법률적으로 정의하면 “1945. 8. 9. 현재 일본인이 소유 또는 관리하던 재산으로서 해방 후 미군정에 귀속되었다가 1948. 9. 11. ‘대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정 제5조’에 근거하여 대한민국 정부에 이양된 일체의 재산”이라 할 수 있다(귀속재산처리법[3] 제2조). 위 귀속재산은 당시 남한 전체 국부의 80%에 달하는 막대한 규모였다.[4]

---

1) 김기원, 미군정기 귀속재산에 관한 연구, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1989, 7면.
2) 이대근, 歸屬財産硏究, 이숲, 2015.10, 23면.
3) 법률 제74호 1949. 12. 19(제정. 시행).

해방이후 귀속재산에 대한 남한과 북한의 처리과정은 상이했다. 우선, 당시 남한은 미군정청이 접수하고 관리 내지 소유하는 방식 즉, 전후 연합국의 적산처리의 기본원칙인 실물배상주의를 고수한 것이다.[5] 우선 미군정청에 의한 귀속재산처리과정은 2가지로 나눌 수 있다. 즉, 신한공사 소유의 귀속농지 정리사업과 소규모 사업체 및 도시주택의 민간불하 사업 정책이다.[6] 이에 반해 북한은 적산에 대한 접수는 처음에는 각 지방인민위원회별로 일본인소유 동산에 대한 공출형태로 이루어졌고, 1946. 3월 "북한토지개혁법" 및 "주요산업 국유화법"의 공포·시행으로 토지, 건물, 기업체 등의 모든 부동산이 국유화되었고, 이는 무상분배 조치되었다.[7]

이와 같이 해방이후 토지개혁의 혼돈 속에서 남북한의 상이한 귀속재산(적산)에 대한 몰수 및 분배과정을 논할 필요성은 크다. 특히, 미군정이 끝나고 남한만의 단독정부가 수립된 이후 남한정부는 귀속재산을 국·공유재산, 국공영기업체로 필요한 것을 지정해 남겨두고 나머지를 민간에 매각하였으나, 1964. 12. 30.까지 매각되지 않은 것은 모두 국유화하였다(귀속재산처리법 제3조, 제5조~제7조 ; 귀속재산의 처리에 관한 특별조치법[8] 부칙 제5조). 이와 같은 귀속재산은 국가가 국가소유로 정한다는 점에서 국가자산을 확보하는데 의의가 있다. 그런데 이런 귀속재산을 지금도 국가가 파악하지 못하다가 귀속재산이 발견되어 국(國) 명의 등기절차가 이루어지거나 정체불명의 토지가 발견되어 그 소유권과 관련하여 민사적 분쟁이 생길 뿐만 아니라, 최근 '조상땅 찾기 소송'을 통해 국가가 귀속재산으로 파악한 재

4) 미군정에 접수된 귀속재산은 귀속농지가 약30만정보로 남한 총 경지면적의 약14%를 차지했고, 귀속된 사업체가 3,551개로 남한 전체 사업체의 66.3%였으며, 그 수는 2,354개 업체였다. 그밖에 건물·주택·대지·점포 등의 부동산과 귀금속·유가증권 등의 동산도 상당액이 있었다. 따라서 당시 귀속재산의 총가치는 남한 총 자산의 약80%에 이르며, 미군정 자료에 의하면 1948. 10월 한국정부로 이전된 귀속재산의 순가치는 약 3,053억원으로 추산된다 ; 김기원, 미군정기의 경제구조, 푸른산, 1990, 37면.

5) 재무부, 재정금융의 회고, 1958, 120면.

6) 윤황지/최경옥, 미군정기하의 귀속재산에 관한 연구, 강남대학교 논문집 제44집, 2004, 4면.

7) 윤황지/최경옥, 상게논문, 5면.

8) 1963. 5. 29. 법률 제1346호.

산을 반환하는 일까지 발생되고 있다.

2. 북한의 토지개혁

1) 서 설

1945년 북한은 총 농가 가운데 4%밖에 안되는 지주가 총 경지면적 198만정보 가운데의 58.2%(115만정보)를 점유하고 있었고 이에 반해 농가 호수의 56.7%에 달하는 빈농들은 겨우 총 경지면적의 5.4%를 차지하고 있었다.[9] 이에 더해 1943년 북한은 자작농이 총농가호수의 25%, 자소작이 31%, 소작이 43%, 고용자가 1%를 각 차지하고 있었다.[10]

북한은 1946년 토지개혁을 실시하였는데, 북조선임시인민위원회[11]를 통하여 1946. 3. 5. '북조선토지개혁에 관한 법령'을 제정하였고, 1946. 3. 8. '토지개혁법령에 관한 세칙'을 발표하고, 1946. 3월말까지 토지개혁을 완료하도록 하였다.[12] 즉, 당시 북한의 토지개혁상의 제도인 1946. 3. 5. '토지개혁에 관한 법령[13]'에 의하면 무상으로 몰수하는 대상토지의 면적은 5정보

---

9) 공민달, 북한 경제와 토지제도, 도서출판 선인, 2015.9, 57면.

10) 엄수원, 통일한반도 북한의 국토정책 및 토지제도, 한국토지공사 토지연구원, 2002.7, 132면.

11) 1946. 1. 16.~동년 2. 5. 미소공동위원회 예비회담이 개최된 이후 서울에 온 소련대표는 회의를 끝내고 평양으로 돌아간 직후 인 1946. 2. 8. 소련군은 이북 5도행정국을 북조선임시인민위원회로 개편하고 김일성을 위원장으로 앉혔다. 이는 행정조직과 당조직을 일원화한 그로차르의 인민정권이었으며, 북조선인민공화국의 전신이었다. ; 김성호, 남북한의 농지개혁비교연구, 농지개혁연구, 연세대학교 출판부, 2001, 252면.

12) 손연우, 남북한 해방전후 농지 및 토지개혁과 통일대응 법제연구, 한국법제연구원, 2018.8, 24면.

13) 북조선토지개혁에 대한 법령은 무상몰수하여 농민에게 분배하는 토지의 범위를 정하였는데, 이는 두분류로 나눌 수 있다. 첫째, 일제와 관련된 토지로서, "① 일본국가, 일본인 및 일본인단체 소유지 ② 조선민족의 반역자, 조선인민의 리익에 손해를 주며 일본제국주의의 통치기관에 적극 협력한 자의 소유지와 일제의 압박 밑에서 조선이 해방될 때 자기지방에서 도주한 자들의 소유지"(제2조)이다. 둘째는 지주 소유지와 관련된 토지로서, "① 한 농호에서 5정부 이상 가지고 있는 조선인 지주의 소유지 ② 자기가 경작하지 않고 모두 소작주는 소유자의 토지 ③ 면적에 관계없이 계속적으로 소작주는 모든 토지 ④ 5정보 이상을 소유하고 있는 성당, 승원 기타 종교단체의 소유지"(제3조)가 그것이다 ; 공민달, 전게서, 58면.

이상이였고, 이는 15,000평(49,586.7769㎡)의 소유토지만을 무상몰수하고 이를 무상분배하였다는 것이다. 이와같은 내용은 남한에게도 농지개혁추진에 상당한 영향을 줬다 볼 수 있다.

2) 북한토지개혁의 특징(1946~1949년)

북한은 해방직후 사회주의적 토지소유제도를 통한 국가소유권과 협동단체소유권으로 재편성하게 된다. 북한은 토지에 대한 국가소유권은 인민을 대표하여 국가가 소유하는 형태를 취하였다. 즉, 북한은 '협동단체소유권'은 협동농장이 전체의 협동단체의 각 구성권을 대표하여 '협동농장'이 직접 전체의 토지를 소유하는 형태인 것이다.[14]

특징적인 것은 북한 정권이 수립되기 전인 1946년에 북조선임시인민위원회를 통해, '토지개혁에 관한 임시조치법'을 단행했다는 것이다. 그러나 이후 북한은 현재까지도 이런 토지개혁과 농업협동화의 기조를 유지하고 있다는 것이다.

3) 북한의 토지개혁과 토지의 무상몰수

북한은 해방직후에 국제적인 흐름에 편승하여 '경자유전'이라는 원칙을 고수하게 된다. 즉, 소작농민, 토지없는 빈농, 토지가 적은 농민에게 무상분배를 한 것이다.[15] 한편, 그 당시 북한에서도 일부는 사적 소유권을 인정한 부분이 있었다. 즉, 당시 북한에서 토지개혁을 하면서도 극소의 일부이긴 하지만 소비재와 텃밭에서 생산되는 농작물에 대해서는 사유로 인정하였고, 이는 상속 및 양도가 가능하여, 사소유권의 내용과 동일하였다.[16]

북한은 사회주의 체제형성을 위해 기존 토지제도 및 토지소유와 관련된 관행들을 전면 부정하였다. 즉, 침략자였던 일본 및 그에 동조한 친일파가 소유한 토지 및 봉건적 지주에게 속한 토지 및 종교단체가 소유한 토지

---

14) 박승일, 통일 후 북한토지제도 재편과 사유화 방안 연구, 동국대학교 박사학위논문, 2015, 17~18면.

15) 손연우, 전게논문, 26면.

16) 김상용, 토지소유권법사상, 민음사, 1995, 66면.

에 대한 무상몰수와 경자유전원칙에 따른 직접 농사를 짓는 자에게 무상분배하는 원칙을 대원칙으로 정한 것이다. 이는 당시 북한이 제정한 북조선토지개혁에 대한 법령 제2조와 제3조를 통해 확인해 볼 수있다. 북한은 일본과 친일파의 소유토지는 당연히 몰수대상이며 이는 불법적이며 당연 무효임을 확인한 것이라 볼 수 있다. 그에 반해 봉건적 지주에게 속한 토지 및 종교단체가 소유한 토지에 대하여는 기존 체계하에서는 불법이 아니지만 새로운 공산주의 정권이 설립되는 단계에서 법령으로 이를 몰수하고 몰수한 해당 토지를 북한 정권이 직접 농민들에게 무상분배함은 결국 농민을 위하기보다는 오로지 정치적 속셈의 발현일 뿐이라고 판단된다. 왜냐하면 무상분배는 북한정권이 다시금 농민들에게 소유권을 준다는 것이 아니라 단지 그 이용권(=소작권[17])만을 분배한 꼴이기 때문이다. 결국 이것이 그 후 농업협동화(1954~58)를 거쳐 인민공화국토지법(1977. 4. 29.)으로 연결된 토지국유화의 첫출발이기 때문이다.[18]

4) 소결

북한은 해방정국에서 빈농과 공산주의 추종자들을 이용하여 이를 기만하는 정책으로 무상몰수·무상분배라는 간교한 토지개혁을 단행하였으나, 실제는 무상 몰수하여 전부 국가소유화한 것뿐이라고 할 수 있다. 특히 실천할 수 도 없는 달콤한 법령을 제정한 사실이 있다. 예컨대, 1946. 3. 6.의 '북조선토지개혁에 대한 법령'은 제5조에서 "제2조, 제3조에 의하여 몰수한 토지 전부 농민에게 무상으로 영원한 소유지로 양여함"이라고 하여 농민들에게 영구소유권을 인정하였으나, 결국 오래지 않아 북한정권은 이를 뒤집고 만 것이다.

당시 북한정권은 북한지역 농민들을 정치적 이용을 통해 '농민동맹원'과 '조선공산당원'의 수를 급증토록 유도한 측면이 있었다. 또한 북한정권의 토지개혁은 평안남·북도지역을 중심으로 거대하게 성장한 기독교적 민족자

17) 농민의 입장에서 본다면, 이것은 지주소작제에서 국가소작제로 단순히 전환된 것에 불과한 것이다 ; 김성욱, 한국의 토지소유제도의 재편, 비교사법 제13권 4호, 한국비교사법학회, 2006, 140면.

18) 김성호, 전게서, 254면.

본주의 진영 전체를 약화시킬 필요가 있었다. 따라서 북한은 토지개혁의 대상으로 종교계를 명시한 것이다.

결국, 북한은 해방직후 혼란한 정국을 이용하여 일제와 친일파의 지주들에게 핍박받은 빈농층을 위하는 토지개혁이라는 미명하에 자신들의 정권 유지에 이용한 것이라 볼 수 있다.

3. 남한의 토지개혁

1) 서 설

해방직후 미군정과 1950년초 남한정부(이하, 정부라고 한다)에서는 토지개혁, 구체적으로는 농지개혁이 시도되었다. 1950년초 정부는 모든 소작농지와 3정보[19]이상 소유된 농지를 정부가 대가를 지급하고 매수(유상매수)하여 이를 소작인 또는 피고용자 등에게 대가를 받고 나누어 주는(유상분배) 농지개혁을 시행하였다.[20] 농지개혁은 법령들이 준비되기 전인 1946. 6월 이미 착수하였고, 1950년 3~5월에 사실상 완료되었다.

정부가 분배한 농지는 총 58.5만정보(이중 귀속농지는 26.8만 정보)로서, 이는 1945년말 당시 전체 농지면적 229.6만 정보의 25.5%에 해당되며, 전체 소작지 면적(144.7만 정보)의 40.4%에 달한다.[21] 한편, 정부에서 대지주들의 농지를 포함한 대대적인 유상매수·유상분배를 못한 이유는 사전에 대지주들이 우월한 정보력과 경제적지위를 통해 사전에 농지를 방매하였기 때문이며,[22] 한편으로는 정부에서 일제 강점기이후 계속되는 농업문제를 자본주의적 경제방식으로 전환하고자 한 의도로 볼 수도 있다. 이하, 미군정과 정부에서의 농지개혁의 과정을 살펴보고자 한다.

---

19) 정보라는 단위는 '10단보', '3,000평', '9917.35537㎡' 또는 '0.991736헥타아르'에 해당한다 ; 손연우, 전게논문, 59면.

20) 홍성찬, 근대화 프로젝트로서의 한국 농지개혁과 대지주, 동아시아의 농지개혁과 토지혁명, 유용태 엮음, 서울대학교 출판문화원, 2014.12, 1면.

21) 전강수, 평등지권과 농지개혁 그리고 조봉암, 역사비평(91), 역사비평사, 2010.5, 306면.

22) 홍성찬, 상게서, 9면.

2) 미군정기 귀속농지 처리

(1) 신한공사의 성립

일제의 패망이후, 일본 동경에 본사를 둔 동양척식주식회사(이하, '동척'이라 한다)는 맥아더 사령부의 폐쇄기관정리위원회로 인계되어 청산처리되었고, 38선 이남의 남한지역 동척자산은 미군정이 접수하였다. 이는 신한공사[23]가 성립되는 계기가 되었다. 신한공사는 1946. 2. 21. 미군정 군정법령 제52호(전문 9조)로 신한공사가 군정당국의 국책회사로 설치되었다. 이 법령에서 '신한공사를 조선정부에서 독립한 기관으로 창립한다'(제1조)라고 했고, 1억원의 자본금을 규정한 다음에 이것은 동척의 재산이전에 의해 미군정이 전액을 완전히 지불한다(제3조)라고 했으며, 제4조에서는 '1945. 8. 9. 이후에 동척재산 및 동척이 소유했던 조선내 법인의 일본인 재산을 모두 소유한다'라고 했다. 따라서 신한공사는 과거 동척이 수행했던 모든 것을 관리하게 된 것이다. 그러나 신한공사는 농업, 광업, 공업, 상업, 어업 등 광범위한 사업을 할 수 있도록 되어 있었으나, 실제로 시행한 것은 구일본인 등의 소유지 소작경영뿐이었다.[24]

(2) 신한공사의 재산구성

신한공사는 동척의 재산뿐만 아니라 일본인 개인과 법인 등이 소유한 농경지를 모두 관리하게 되었다. 이는 처음부터 자동적으로 미군정이 일본인 개인과 법인의 재산을 귀속한 것은 아니다. 미군정은 미군이 인천에 상륙하기 바로 전날에 맥아더사령관은 포고 제1호 "조선주민에 고함"(1945. 9. 7.)을 선포하여 "일본국 천황과 정부 및 대본영을 대표하여 서명한 항복문서의 조항에 의하여 본관 예하의 전첩군(戰捷軍)은 오늘 북위 38도선 이남의 조선지역을 점령"(제1조)함과 함께 "주민의 소유권은 이를 존중"한다(제4조)라고 하였다. 그러자 조선총독부와 일본철수원호회는 미군정 당국에게

---

23) 신한공사란 이름은 New Korea Company란 미군측의 호칭이 먼저 성립된 이후 신조선회사로도 칭하다가 신한공사로 정착된듯하다 ; 김성호 외3인, 농지개혁사연구, 한국농촌경제연구원, 1989, 230면.

24) 전운성, 세계의 토지제도와 식량, 한울아카데미, 1999, 117면.

제4조의 주민이 일본인도 포함되는지 문의하였고, 당시 주한미군총사령관 하지 중장과 아놀드 소장은 '조선의 주민에는 일본인도 포함된다'라고 언명한 것이다.[25]

그러나, 미군정은 군정법령 제2호 "재산이전금지"(1945. 9. 25.)로써 모든 적산을 군정당국에 신고(제1조)하게 한 다음, 적산거래를 미군정에 보고하되 60일이내에 금지명령이 내려지지 않으면 그 거래는 성립된 것으로 인정(제3조)하였다. 다만, 군정법령 제4호(1945. 9. 28.)는 일본의 육해군 재산만을 미국소유로 접수하였다. 이와 같이 광복 직후 일본인은 군정당국의 허가에 의해 여러 가지 동산과 토지, 건물, 기업재산, 공장, 광산 등 일체의 부동산을 매각할 수 있었다. 당시 조선인들은 헐값에 매수를 하였고 혹시 장래 귀속재산과 관련한 소송을 대비하여 인감도장까지 준비한 사례가 있었다.[26] 이와 같이 미군정이 적산에 대한 태도는 민간재산을 존중한 면이 있다할 것이다. 이와 반대로 북한에서는 진주한 소련군이 처음부터 일본인의 일체의 재산을 무조건 몰수했다.

그런데 미군정은 1945. 12. 6.자로 군정법령 제33호 "朝鮮內 所在日本人 財産權 取得에 關한 件"을 공포하였다. 이는 일본인의 개인적인 재산권까지도 군정당국이 몰수하게 된 최초의 조치가 된 것이다. 이제부터 일본인의 재산은 일체 소유권이 박탈된 것이다. 결국, 일본인이 재산권을 행사할 수 있었던 기간은 1945. 8. 15. 광복으로부터 군정법령 제33호가 공포된 12. 6. 까지로 약 4개월 반 동안 허용된 것이다. 미군정이 갑자기 일본인의 소유권을 박탈하게 된 계기는 미국정부에서 "일본에 의해 유린된 부분을 제국에 대하여 배상"시키기 위한다는 명분이었다. 결국 법령 제33호는 36년간 일제가 남한에서 장악했던 모든 경제적 소유권을 백지화 시킨 것이다. 미군정은 관재령 제2호(1945. 12. 14.)에 의거하여 12월말까지 일체의 귀속재산을 신고하게 한 다음 다시 관재령 제3호 "주한미국의 토지관리책임"(1946. 1. 14.)을 공포하여 주한미군부대 또는 조선군청청의 대행기관이 접수한 농지는 이를 계속하여 그 부대 또는 그 대행기관의 관리하에 두되(제1조), 이것을

25) 김성호 외3인, 전게서, 242면.
26) 김성호 외3인, 상게서, 244면.

제외하고 1945. 12. 6.부터 군정청이 소유한 모든 농지는 신한공사가 이 재산의 보존, 이용 및 회계에 관하여 재산보관상의 책임기관(제2조)으로 지정했다. 따라서 신한공사는 법적으로 동척의 모든 재산을 관리하게 되었으며 아래표와 같이 신한공사의 자산의 근거를 확인할 수 있다.[27]

신한공사 자산 구성 및 법적근거

구 분		근거법령
산업체(동양척식회사 소유)		군정법령 제52호 신한공사설치(1946.2.21.), 제4조
농경지	동양척식회사 사유지	군정법령 제52호 신한공사설치(1946.2.21.), 제4조
	일본인소유	관재령 제3호 주한미군의 토지관리책임(1946.1.14.)

(3) 귀속농지의 규모

신한공사가 관리하는 농지는 군정법령 제80조에 근거하고 있다. 이는 동척사유지와 관재령 제3호에 근거를 둔 일본인 소유 농지이다. 다만, 귀속농지라도 일본의 육해군성 소유토지와 미군 주둔지의 농지 및 종래의 국유농지는 제외 되었는데, 그에 따른 법적 근거는 아래표와 같다.[28]

귀속농지 구성 및 법적근거

구 분		근거법령
신한공사 관리농지	동척사유지	군정법령 제80호 (1946. 5. 7.)
	일본인농지	관재령 제3호 (1945. 12. 19.)
	일본법인농지	
제외농지	일본육해군성소유	군정법령 제4호 (1945. 9. 28.)
	미군주둔지	관재령 제3호 (1945. 12. 19.)
	국유농지	

27) 김성호 외3인, 전게서, 247면.
28) 김성호 외3인, 상게서, 260면.

귀속농지는 크게 동척소유농지와 약 10만2천의 일본인(개인 및 회사) 소유농지로 구분되는데 양자 모두 1946. 2. 21. 법령 제52호에 의해 신한공사에서 관할하게 되었다. 구체적으로 신한공사가 직접 작성한 귀속농지 규모를 확인할 수 있는 Final Report and History of New Korea Company를 근거로 아래표와 같이 확인할 수 있다.

신한공사 소유경지의 규모와 비중[29]

(단위 : 정보)

종류 / 지역	논		밭		총 경 지	
	신한공사	전 체	신한공사	전 체	신한공사	전체
경기 황해	23,634 (2,784.7)	230,442	9,658 (1,964.4)	162,575	33,292 (4,749.1)	393,017
강원	819	42,048	1,055 (0.6)	100,161	1,874	142,209
충북	4,927 (739.5)	65,320	3,971 (466.7)	77,983	8,898 (1,206.2)	143,303
충남	24,035 (3,604.5)	152,568	7,053 (479.0)	76,116	31,088 (4,083.5)	228,684
경북	13,499 (2,807.0)	196,973	6,503 (980.1)	164,714	20,002 (3,787.1)	361,687
경남	26,084 (3,935.9)	172,301	7,327 (1,078.7)	88,433	33,411 (5,023.6)	260,734
전북	57,905 (6,988.5)	167,929	8,496 (490.6)	73,169	66,401 (7,479.1)	241,098
전남	55,068 (6,518.7)	205,890	17,663 (1,391.8)	125,115	72,731 (7,910.5)	331,005
제주	17	789	905	89,020	922	89,809
합계	205,988 (29,474)	1,234,260	62,631 (6,946.6)	957,286	268,619 (36,420.6)	2,191,546

* 자료 : Final Report, 4면 및 8면.
참고 : 1) 괄호안의 숫자는 동척 소유 경지임(1944년말)
2) 1948. 2. 10. 현재의 조사.

29) 김기원, 전게논문, 16면.

(4) 귀속농지의 분배

과도입법의원[30]이 개원되자 미군정은 1947. 2월 입법의원에 대해서 농지개혁안을 우선 다루어줄 것 요구하고, 입법의원과 미군정간에 농지개혁 예비회담을 1947. 5월까지 열었다. 미군정이 제안한 '농지매수법안'이 입법의원 본회의에 1947. 12. 23. 상정되었으나, 지지부진하였다. 이후, 미국이 주도한 남한만의 단독정부 구성을 골자로 한 UN 결의안이 UN에서 채택되자 그동안 혼란으로 운영되어 온 입법의원은 정상적인 운영을 할 수 없을 지경에 이르게 되었다. 이에 미군정은 남조선 과도입법의원의 붕괴상태 속에서 '중앙토지행정처 설치령'(1948. 3. 22.)을 공포하였다. 이는 신한공사의 소유지 또는 관리지를 분배하기 위한 군정령이었다. 동시에 '신한공사 해산령'을 발포(發布)하여 신한공사의 재산을 '중앙토지행정처'로 이관시켰다. 중앙토지행정처는 농지의 대부분을 먼저 소작인에게 매각하였다. 1948. 4. 8. 제1회 토지분양 개시식이 거행되었고, 제1차 분양에서 신한공사의 농지 약 15ha가 경기도 양주군, 고양군의 농민 100여명에 대해 분배되었으나, 1호당 450평 정도에 15정보 가량이 분배되었다.[31] 이후 귀속농지는 1948. 9월 현재 50만 5,072호에서 19만 9,029정보가 매각되었다.[32]

이후, 1948. 8월 남한에서 대한민국정부가 수립되어 한국인 지주의 소유지에 대한 농지개혁이 실시되었다. 즉, 농지개혁은 토지의 대가를 평균작(1940~1942) 주산물 생산고의 150%로 정하여 5년간 균등·상환하는 방법을 채택하였다. 예컨대 1950년 가을부터 1955년 여름까지 5년간 매년 평균작의 30%의 생산물을 납입하는 조건이다. 이후 국회는 1951. 3. 9. 상환방법의 통일과 공평성을 위하여 귀속농지특별설치법(법률 제185호)을 제정하고 1951. 4. 5. 공포·시행하였다.

---

30) 남한에 진주한 미군정당국은 1946. 8. 24. '과도입법의원의 설치' 군정령 118호를 공포하고 10월 중순부터 과도입법의원의 선출을 하도록 하였다. 이 설치령에서는 입법의원수는 90명으로 그 중 45명은 각도단위로 선출, 나머지 45명은 군정장관이 임명하는 방식이었다(제3조) ; 전운성, 전게서, 123면.

31) 윤형섭, 미군정의 정책결정에 관한 발전논적 연구, 연세논총 11집, 1974, 29면.

32) 김성보, 한국의 농지개혁과 민주주의, 동아시아의 농지개혁과 토지혁명, 유용태 엮음, 서울대학교 출판문화원, 2014.12, 96면.

(5) 미군정하 토지정책

미군정은 해방후 남한에 대하여 제대로 된 농지정책을 하였다고 볼 수 없다.[33] 단지 점령군의 입장에서 전리품을 그동안 수탈된 농민에게 유상(有償)으로 매각한 것 일뿐이다.[34] 미군정이 유상매각을 하는 이유도 북한에서 1946년 무상몰수·무상분배라는 토지개혁을 실시하자 급히 미군정도 토지분배정책을 입안[35]한 것이지만, 남한내의 지주층의 반발로 토지분배는 어려웠다. 이에 일본인 소유농지만을 분배하는 것을 만족해야 했다. 결국 미군정은 해방후 3년이나 되어 겨우 일부 분배하였으며, 과도입법의원의 거부가 있는 상황에서 군정법령 173호(귀속농지매각령) 및 동 174호(신한공사 해산령)에 의해 1948. 3. 22.자로 신한공사는 중앙토지행정처[36]로 개편하여 겨우 귀속농지에 한해 농민에게 분배한 것이다. 이는 당시 미군정이 주한미국의 철수를 앞두고 미국 국무부와 미군정이 귀속농지 처분을 급하게 추진하여 남한내 총선거에 영향을 미치기 위한 수단으로 이용한 것이 의심이 들뿐이다. 또한 미군정이 귀속농지를 분배했다고 해서 종래의 기생지주제(奇生地主制)가 소멸된 것도 아니며 다만 소작료만 1/3로 명분상 인하한 것뿐이었다.[37] 결국 이는 상징적인 일에 불과하였고 이후 남한정부가 새롭게 실시한 농지개혁정책으로 해결할 수 밖에 없었다.[38]

---

33) 1948. 3월까지도 귀속재산 처분에 관한 미군정의 명확한 정책이 없었으며, 연합국최고사령부는 1948. 9월이 되어서야 '최초협정'에 따른 이양을 앞두고 일본 해외자산의 범위와 종류에 대한 조사를 완료하였다 ; 신용옥, 미군정·이승만정권기 국가자본으로서 귀속재산의 역할, 한국민족운동사연구 54, 2008, 316면.

34) 류해웅, 토지법제론, 부연사, 2012, 35면.

35) 미군정은 구 일본인등 소유지의 분배를 공산주의의 진출을 저지한다는 점에 최대의 목표가 있었다 ; 櫻井 浩, 韓國農地改革の 再檢討, アジア經濟研究所, 1976.10, 73면.

36) 중앙토지행정처는 대한민국 정부 수립 이후인 1948. 11. 3. 농림부 산하 특수토지관리국에 흡수되어 폐지되었다 ; 동아일보 1948. 11. 3.자, 1면 정치면.

37) 미군정법령 제9호(1945. 10. 5.) '최고소작료 결정의 건'을 공포하고 수확물 총액 3분의 1로의 소작료 제한(3·1제소작료 시책), 지주의 자의적인 소작권해제금지, 소작계약등본 제출 등을 시행하였다 ; 황한식, 전게서, 270면.

38) 류해웅, 상게서, 35면.

3) 농지개혁법

(1) 농지개혁의 배경

일제의 토지조사사업 이후, 일제 강점기동안 농지는 대부분 소작지화 되었고, 농민의 대다수는 급격하게 소작농이 되었다.[39] 이런 36년간의 고통스런 식민지시절 동안 고율(高率)의 소작료에서 해방시키는 것이 농지개혁이었다. 농지개혁의 요인은 내적 요인과 외적 요인이 있는데, ① 내적요인은 지주제에서 벗어나 농민에게 농지를 소유하게 하여 자립할 수 있게 한다는 점이며, ② 외적요인은 북한의 토지개혁 영향이다. 토지개혁이 거론되고도 근 5년동안 이를 저해하는 행위 즉, 토지방매(土地放賣)와 법제화의 방해공작이 있었다. 이는 결국 농민빈곤의 악순환, 농업생산력저하, 농촌사회의 몰락으로 야기하였다.

(2) 농지개혁의 과정

1948. 8. 15. 대한민국정부가 수립되고 헌법이 공포되었다. 당시 헌법 제86조는 '농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로서 정한다'라고 규정되었고 이를 근거로 정부는 농지개혁을 실시하게 되었다.[40] 이와 같이 농림부는 1948. 11. 12. 농지개혁법 시안을 발표하게 되었고 다음해인 1949. 3. 10. 국회 본회의에 상정하였다. 그러나 국회산업위원회 농림분과위원회에서는 4가지 시안과 농림부 시안을 바탕으로 독자의 시안을 만들어 국회에 상정하였다. 국회 본회의에서는 심의를 하였고, 1949. 4. 27. 6장 28조의 농지개혁법[41]을 본회의에서 가결하였으나 정부의 거부로 지지부진하다가 결국 동년 6. 21. 농지개혁법을 법률 제31호로 공포하게 되었다.[42] 이후에도 1949. 7. 7. 농지개혁법 수정안이 다시

---

39) 황한식, 미군정하 농업과 토지개혁정책, 解放前後史의 認識 2, 1985, 263면.

40) 전운성, 전게서, 138면.

41) 농지개혁법은 법률 제31호로 1949. 6. 21.제정되어 1949. 6. 21.시행되었으며, 1994. 12. 22. 법률 제4817호로 개정되어 1996. 1. 1.자로 폐지 시행되었다 ; 법제처 국가정보법령정보센터 http://www.law.go.kr 참조

42) 1946. 6월 국회에서 농지개혁은 모든 소작지와 3정보를 넘는 자경지 등을 모두 매수대상으로 하여 지주에게는 평년작 주산물 생산량의 150%로 유상 매수하되 농민은 5년간 25%씩, 총 125%로 상환하는 내용으로 법안이 결정되었다. 그 차액은 25%는 귀속

제출되어 1950. 2. 2. 수정안인 농지개혁법 중 개정법률안(1950. 3. 10. 법률 제108호)이 공포되었다. 이는 동년. 3. 25. 대통령령 294호의 농지개혁법 시행령이 공포되고, 동년. 4. 28. 시행규칙까지 공포되어 1950. 5월부터 역사적인 농지개혁이 실시되게 된 것이다. 그러나 1950. 6. 25. 한국전쟁으로 일시 중단될 수 밖에 없었다. 이와같은 이유로 1954년에 마무리할 예정인 농지개혁이 10년이상 지연되어, 결국 1969년 농지개혁사업 정리에 관한 특별조치법(1년 한시법)을 제정하여 1969. 3월에 그 완결을 보게 되었다.[43]

(3) 농지개혁의 내용

농지개혁은 농지를 농민에게 정당하게 분배하여 농가의 경제자립과 농업생산력증진으로 인한 농민생활의 향상 내지 국민경제의 균형과 발전을 기함에 그 목적을 두었다(농지개혁법 제1조). 따라서 농지분배 규정은 한시적이라는 것이 대법원에서도 인정한바 있다.[44] 법적으로 중요한 것은 농지의 매수와 분배 그리고 상환이다. 즉, 정부는 농가 아닌 자의 농지, 자경하지 않는 농지 그리고 소유 상한을 초과하는 농지를 매수하며(동법 제5조), 이를 자경할 농가에게 분배 소유하게 한다고 규정하였다(동법 제11조) 그러나 농지의 분배는 1가구당 3정보를 초과할 수 없었다(동법 제6조 1항). 이를 초과할 경우 정부가 이를 매수하도록 함에 따라 농지소유상한(農地所有上限)을 정하였다. 상환(償還)은 정부의 매수가격과 동액인 표준 중급 농지의 평균작 생산물생산량의 15할로 하고(동법 제7조 1항, 제13조 1항) 5년간 균분(均分) 년부(年賦)로 함을 원칙으로 하였다(동법 제13조 2항). 또한 분배받은 농지는 가산으로 상속을 인정하였다(동법 제15조). 당시 농지개혁법은 원활한 법운영을 위해 농지위원회를 두도록 하였고(동법 제4조) 농지를 매매할 때 소재지 관청의 증명을 얻어 당사자가 직접 매매를 할 수 있도록 하였다(동법 제19조 2항).

농지 불하후 정부가 농민에게서 받을 상환액으로 충당하기로 하였다 ; 김성보, 전게서, 102면 ; 김성호 외3인, 전게서, 1212~1213면.

43) 류해웅, 전게서, 36면.

44) 대법원, 1961. 12. 28. 선고, 4293민상462 판결.

(4) 농지개혁의 평가

농지개혁은 결론적으로 말하자면 실패이다. 즉, 농지개혁이 봉건적·반봉건적 지주 토지소유제를 농민적 토지소유제로 전환한 것은 맞지만 한국전쟁을 발발로 인한 지지부진과 재정적 뒷받침 없는 개혁에 따른 졸속행정 그리고 정치적 상황이 맞물리면서 결국 사인간의 분쟁의 단초를 제공한 점이다. 이런 이유로 다시금 농민들은 소작인 또는 도시노동자로 전락하고 농지의 영세화를 초래하게 된 것이다. 그러나 한편으로는 농지개혁이 농민의 영농의욕을 자극한 점과 상징적이나마 농민을 해방시킨 점은 의미가 있다 할 것이다.

농지개혁은 법적으로 경자유전 원칙의 실현과 소작이라는 악습을 타파하고자 진행한 것이다. 매수 대상을 3정보로 농지소유상한(農地所有上限)을 정한 것은 적정한 수준이라고 생각된다.[45] 그러나 농지매수가 완전보상이 아닌 상당보상인 점은 아쉬움을 남기고 있으나, 그 당시의 경제적 상황에서는 최선이라고 생각된다.

Ⅲ. 美軍政 法令의 法理根據

일제가 2차세계대전에서 1945. 8. 15. 항복을 하였으나, 이는 남한이 승전국이기 때문에 항복한 것이 아니며 전적으로 연합국에 항복한 것이다. 따라서 남한은 즉시 자주적인 독립국가가 될 수 없는 한계를 맞게 되었고 미군정은 3년간 남한에 주둔하게 되었다. 당시 남한에 들어온 미군은 정상적인 국가통치 및 행정능력도 없이 그저 점령군자격으로 남한에 들어 온 것이다. 미군정은 점령기간 중 일제법령의 효력과 관련한 법령을 제정하였다. 즉, 미군정 법령 제11호(日政法規一部改正廢棄의 件)와 제21호(法律諸命令의 存續)이다. 특히 미군정 법령 제11호는 특정법의 폐지조항(1조)에서 “북위 38도 이남의 점령지역에서 조선인민과 그 통치에 적용할 수 있는 법률로

45) 류해웅, 전게서, 38면.

부터, 조선인민에게 차별하거나 한국인에게 억압을 가하는 모든 정책과 주의를 제거하고 한국인에게 정의의 지배와 법 앞의 평등을 회복시키기 위해 아래의 법률과 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다."라고 규정하고, '정치범 처벌법' 등 6개 법령과 경찰의 사법권을 열거하고 있다. 또한 일반적 폐지조항(제2조)에서 "그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 차별을 야기할, 기타의 모든 법률 혹은 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다."라고 규정하였다.[46] 1945. 11. 2. 제정한 미군정법령 제21호 제1조(법률의 존속)에서는 "1945년 8월 9일에 효력이 있었던 모든 법률과, 한국에서의 이전의 정부에 의해 발하여진 법률의 효력을 가지는 규칙, 명령, 고시 기타 문서는, 이미 폐지된 것을 제외하고, 조선군정부의 특별한 명령으로 폐지될 때까지 그 효력이 존속된다."라고 명시되어 있다.[47] 그리고 남한에서 1948년 제정한 제헌헌법 제100조[48]에는 헌법적 이념과 제규정에 반하지 않는 한 구한말의 법령과 일제강점기의 법령 및 미군정법령의 효력을 인정하는 규정을 두었으며 이는 구법의 폐지와 신법의 제정시까지의 법적 공백상태를 방지하기 위한 궁극적 이유일 것이다. 그러나 이후 1961. 7. 15. 우리나라는 '구법령정리에 관한 특별조치법'이 제정되었고, 결국 1962년 이후에는 제헌헌법 제100조와 관련된 일제법령 또는 미군정법령은 효력이 없어지게 되었다.[49] 그러나 이후 대법원은 귀속재산과 관련한 사건을 통해 미군정법령을 판결의 근거조문으로 인용하고 있다.[50]

---

46) 김성욱, 재조선 미국 육군사령부 군정청 법령 제33호에 의한 소유권의 강제적 귀속, 法學硏究 제42집, 한국법학회, 2011.5, 100면.

47) 원문표기 : 모든法律또한朝鮮舊政府가發布하고法律的効力을有한規則、命令、告示其他文書로서一九四五年八月九日實行中인것은其間이믜廢止된것을除하고朝鮮軍政府의特殊命令으로廢止할때까지全効力으로此를存續함.

48) 제헌헌법 제100조 : 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.

49) 김성욱, 전게논문, 101면.

50) 채원식, 歸屬財産의 性格과 大法院 判例, 司法行政 20권 20호, 韓國司法行政學會, 1972, 79~82면.

Ⅳ. 歸屬財産의 諸問題

1. 귀속재산 처리과정에서의 문제점

해방직후 귀속재산처리과정에서의 문제점이 몇 가지 존재한다. ① 귀속재산관리인을 미군정이 임명한 점이다. 임명된 귀속재산관리인은 당시 일제강점기 해당 귀속 사업체의 한국인 종업원, 다른 연고자, 그리고 유사 직종에 종사한 기업인(한국인), 영어나 일어에 능통한자, 기타 정산 모리배들이 자기들의 이권을 챙기기에 급급한 자들이 진행했다는 점이다. ② 귀속재산관리 감독권에 대한 문제가 발생하였는데, 대부분이 남한의 실정을 모르는 미군이 관리감독을 함으로써 당시 남한 국민들을 분노하게 하는 일일 종종 발생한 점이다.[51] ③ 미군정의 귀속재산 처리도 경제정책의 일환으로써 귀속농지분배로 사유재산을 인정하였고 이는 식량증산을 도모했다는 점이다. 나아가 미군정은 공업의 생산증대를 위해 귀속재산불하를 하는 방향으로 진행시켰으며 이는 반공주의확립과 당시 공산혁명의 예방적 계량조치를 취한 것이라고 볼 수 있다. ④ 남한정부 수립이후 문제점은 귀속재산분배에 관한 우선권의 문제와 수행기관의 문제로 인해 지주와 비지주간, 국회와 정부사이에 대립이 첨예했다는 점이다. 이와같은 이유는 당시 국회의 대부분의 구성원이 지주들이라는 사실이다. 정부는 신흥 유산계급에게 불하하려고 하였다는 점이며, 이승만정권은 철저하게 노동자를 배제하려는 정책을 시도한 점이다. 이런 이유로 당시 농지불하문제는 지주와 소작인간의 문제로, 이는 결국 좌·우익의 대립문제가 확산하게 된 것이다. ⑤ 불하정책담당기관을 두고 정부안과 국회안이 충돌하였다. 정부는 국무총리 직속의 관재청을, 국회는 관재위원회를 설치하여 국회가 관여하고 싶어 했다는 사실이다. 결국 귀속재산이라는 막대한 재산을 혼란한 시기에 누가 불하를 받느냐 하는 문제로 아비귀환의 혼란한 사태를 맞게 되었고, 부정부패가 만연하게 되어 결국 이승만정권이 몰락한 원인인 것은 분명하다.

---

51) 윤황지/최경옥, 전게논문, 24면.

2. 은닉된 귀속재산 문제점

1) 서 설

일본인 명의 토지는 현재까지 전국에 은밀히 남아있다. 그동안 적산 즉 귀속재산이기에 미군정 법령 제3호 “적산에 관한 건”으로 일본 소속의 재산을 동결하고 이전을 제한하였고, 미군정 법령 제33호를 통해 귀속재산 관리 목적으로 미군정청 내에 재산관리처와 각 도에 도재산관리소, 그리고 42개의 지구서와 133개의 시군 재산관리소를 설치한 사실이 있다. 이후, 미군정청은 관재령 제3호 “접수농지에 관한 건”을 공포하여 동척과 일본인 소유의 농지관리를 신한공사에게 위탁한 사실, 법령 제173호 “중앙토지행정처 설치”와 제174호 “신한주식회사의 해산”을 통해 귀속농지는 중앙토지행정처에 이관, 매각조치를 한 것은 이미 기술한 바 있다. 당시 매각된 귀속농지는 26만정보에 달하였다.[52] 그러나 당시 은닉한 일본인의 재산을 파악하기에는 모든 것이 열악한 상황이었고, 그로 인하여 은닉재산이 도처에 존재하게 된 것이 사실이다. 참고로 당시 신한공사가 중앙토지행정처에 이관되기 직전 소유한 경지면적과 소작인수는 아래표와 같다.

신한공사 소유 경지면적과 소작인수

구 분	경지면적(정보)			경작농가호수(천호)		
	남한(A)	신한공사(B)	B/A(%)	남한(A)	신한공사(B)	B/A(%)
경기	396,027	33,648	8.5	280.3	45.0	16.1
강원	141,924	1,978	1.4	121.9	3.1	2.5
충북	143,434	9,740	6.8	133.2	25.0	18.8
충남	230,579	33,634	14.6	231.2	72.3	31.3
경북	363,919	20,840	5.7	342.7	50.0	14.6
경남	260,367	36,664	14.1	292.7	80.3	27.4
전북	240,027	68,271	28.4	241.5	104.1	43.1
전남	320,865	75,683	23.6	412.8	172.3	41.7
제주	-	-	-	-	-	-
합계	2,097,142	280,458	13.4	2,056.3	552.1	26.8

※ 자료 : 농림신문사(1949), 농업경제연보, 92면.

52) 이영재, 국유토지 권리보전 방안 연구, LXSIRI Report 제8호, 대한지적공사 공간정보연구원, 2014.9, 3~4면.

귀속농지로써 매각되지 아니한 토지는 1965년부터 국세청[53]을 중심으로 귀속재산의 국유화작업을 실시하였다. 이에 1968년까지 14,638㎡ 및 1974년까지 4,320㎡의 은닉재산과 1975년까지 귀속재산 31,970㎡(264천 필지)를 국(國)명의로 권리보전조치를 취하였다. 이후에도 3차에 걸쳐 각각 116만필지, 121만 필지, 146필지를 권리보전조치를 완료하였다. 그럼에도 불구하고 이후 한국자산관리공사와 친일반민족행위자 재산조사위원회에서도 일본인 명의토지를 조사하였고 아래표과 같이 일본인 명의 토지를 확인한 바 있다.

일본인 명의 토지의 소유자별 현황

구 분	필지수	면적(㎡)	공시지가(천원)
개인	3,093	2,015,041.7	19,876,746,746
법인(기관)	427	1,186,669.4	25,579,233,151
계	3,520	3,201,711.1	45,475,979,897

※ 자료 : 친일반민족행위자 재산조사위원회(2010), 친일재산조사위원회 백서1, 301면.

2) 은닉재산의 형성

은닉재산은 등기 및 공부상 국가 이외의 자 명의로 등재되어 있는 국유잡종재산을 말하며 6가지로 은닉재산의 유형을 파악할 수 있다. ① 해방전 일본인과의 매매를 원인으로 해방후 소유권 이전등기를 경료한 경우와 이를 전득한 경우, ② 해방전 일본인과의 매매계약을 체결하고 해방후 미군정법령 제103호에 의한 “간이소송절차”(미군정장관지령 1948. 4. 17)에 의거 귀속해제결정을 받아 소유권이전등기를 경료하였으나 “간이소송절차에 의한 귀속해제결정의 확인에 관한 법률”(법률 제120호 1950. 4. 8. 제정)에 의해 법무부장관 확인의 부기등기를 하지 아니한 경우와 그 전득의 경우, ③ 공부(등기부, 토지대장, 임야대장 등)의 멸실(6.25 한국전쟁 중 멸실 또는 수복지역 내의 망실)을 기화로 국유재산(귀속재산 포함)을 개인소유인 것처럼 보존등기를 한 경우와 그 전득한 경우, ④ 농지분배를 받은 사실이 없는 국

53) 단, 현재는 2012. 6월부터 조달청에서 그 업무를 시행하고 있다.

유재산(귀속재산 포함)을 분배받은 것 같이 가장하여 소유권이전등기를 경료한 경우와 이를 전득한 경우, ⑤ 일본인 소유자 명의로 한국인이 창씨개명한 자인 것처럼 위장하여 등기부상 명의를 변경한 경우 또는 그 상속인이 유산상속을 받은 것처럼 가장하여 소유권을 취득한 경우와 이를 전득한 경우, ⑥ 기타 유사한 방법으로 은닉한 경우 등이다.[54]

3) 무주부동산과 구별

민법 제252조 내지 제255조는 무주의 물건을 부동산과 동산으로 나누고 있다. 여기서는 동산을 제외한 부동산만을 논하고자 한다. 민법 제252조 제2항의 무주 부동산은 문자 그대로 소유자가 없는 부동산이라 할 수 있으나, 사실은 소유자가 있는지, 소유자가 누구인지 모른다는 표현이 더 정확할 것이다. 즉, 절대적으로 소유자가 없는 부동산은 존재할지 의문이고 민법 제252조 제2항의 의미는 소유자를 확인할 수 없는 부동산을 칭한다고 하는 것이 정확할 것이다. 특히 대법원에서는 무주부동산이 되기 위한 요건으로 의미 있는 판결을 한바 있다. 즉, "특정인 명의로 사정된 토지는 특별한 사정이 없는 한 사정명의자나 그 상속인의 소유로 추정되고, 토지의 소유자가 행방불명되어 생사 여부를 알 수 없다 하더라도 그가 사망하고 상속인도 없다는 점이 입증되거나 그 토지에 대하여 민법 제1053조 내지 제1058조(相續人의 不存在)에 의한 국가귀속 절차가 이루어지지 아니한 이상 그 토지가 바로 무주부동산이 되어 국가 소유로 귀속되는 것이 아니며, 무주부동산이 아닌 한 국유재산법 제8조에 의한 무주부동산의 처리절차를 밟아 국유재산으로 등록되었다 하여 국가 소유로 되는 것도 아니다"[55]라고 하였고 "부동산에 등기부상 소유자가 존재하는 등 그 부동산의 소유자가 따로 있음을 알 수 있는 경우에는 비록 그 소유자가 행방불명되어 생사 여부를 알 수 없다 하더라도 그 부동산이 바로 무주부동산에 해당하는 것은 아니다"[56]라고 무

54) 金天卿, 隱匿 國有財産의 還收에 대한 小考, 檀國大學校大學院 學術論叢 제7집, 1984.1, 117면.

55) 대법원, 1999. 2. 23. 선고, 98다59132, 판결.

56) 대법원, 2008. 10. 23. 선고, 2008다45057, 판결.

주부동산에 대한 엄격한 판시를 하고 있다.

무주 부동산은 귀속재산과 구별해야 한다. 즉, 귀속재산 중 귀속부동산은 엄연히 국가의 소유이고 무주 부동산처리절차가 아닌 귀속재산처리절차에 따라 국(國) 명의로 등기된다. 그러나 일제 강점기 때 창씨개명을 통한 한국인이 많은 관계로 무주부동산과의 구별이 쉽지 않다.

국가명의로 등기하려는 재산이 귀속재산임이 확인되면, 이는 무주부동산이 아니므로 국유재산법 제12조[57]나 민법 제1053조 내지 1058조의 절차가 아닌 국유재산법 제14조[58]에 따라 등기하면 된다. 결국 귀속재산은 국가소유임이 명백하므로 협의의 무주부동산처럼 10년간 매각이 제한될 필요가 없기 때문이다.

4) 정부의 귀속재산 국유화 추진

은닉된 부동산의 종류는 2가지 종류가 있다. ① 순수한 국유재산인 경우 즉, 국가가 매매계약을 체결하고 등기를 하지 아니한 경우이다. ② 등기부 등본 또는 지적공부에 국가 외의 자의 명의로 등기 또는 등록되어 있는 것으로써, 귀속재산인데 1945. 8. 9. 이전에 일본인으로부터 매매·증여·상속된 것처럼 가장하여 한국인 명의로 소유권이 이전등기된 경우, 1945. 8. 9. 현재 일본인이 한국인이 창씨개명한 것처럼 가장하여 성명복구를 통해 명의변경을 하여 농지개혁법에 따라 분배를 통해 한국인 명의로 이전등기를

57) 국유재산법 제12조(소유자 없는 부동산의 처리) ① 총괄청이나 중앙관서의 장은 소유자 없는 부동산을 국유재산으로 취득한다. ② 총괄청이나 중앙관서의 장은 제1항에 따라 소유자 없는 부동산을 국유재산으로 취득할 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 6개월 이상의 기간을 정하여 그 기간에 정당한 권리자나 그 밖의 이해관계인이 이의를 제기할 수 있다는 뜻을 공고하여야 한다. ③ 총괄청이나 중앙관서의 장은 소유자 없는 부동산을 취득하려면 제2항에 따른 기간에 이의가 없는 경우에만 제2항에 따른 공고를 하였음을 입증하는 서류를 첨부하여 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」에 따른 지적소관청에 소유자 등록을 신청할 수 있다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 취득한 국유재산은 그 등기일부터 10년간은 처분을 하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령으로 정하는 특별한 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

58) 국유재산법 제14조(등기·등록 등) ① 총괄청이나 중앙관서의 장은 국유재산을 취득한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 등기·등록, 명의개서(名義改書), 그 밖의 권리보전에 필요한 조치를 하여야 한다.

하는 경우를 들 수 있다(국유재산법 시행규칙 제56조 제1항 1, 2호). 따라서 은닉된 일본인 명의 귀속재산에 대해 정부(소관청 : 조달청)는 2019. 2. 26. 보도자료를 통해 그동안 조달청이 귀속재산의 국유화 업무를 수임(2012. 6월)한 이래 보도자료 배포일(2019. 1월)까지 3,433필지(약 877억원 상당)에 대한 귀속재산을 국유화하였다고 보도한 바 있다. 2019. 1월까지 국가가 귀속재산 국유화 추진 실적은 아래표와 같다.[59]

조달청의 국유화 추진현황 총괄(귀속재산)

구 분	필 지	면적(만㎡)	토지가액(억원)	비 고
귀속재산	3,433	228	877	2012. 6월 ~ 2019. 1월
은닉재산	102	1.02	7.6	2015. 6월 ~ 2019. 1월
합계	3,535	229.02	884.6	

5) 소 결

해방후 귀속재산은 다양한 방식으로 은닉되었고, 처분되었다. 전국적으로 수많은 부동산을 100% 파악할 수 없는 점과 일부 일본인들과 이에 편승한 한국인들이 귀속재산을 편법으로 은닉 처분한 결과이다. 조달청이 보도자료에서 밝힌바와 같이 일제잔재 청산과 역사 바로 세우기 차원에서 추진한다는 목표와 같이 전국에 은닉되어 있는 귀속재산을 찾아서 국유화하는 것이 민족정기를 세우는 길이라 생각되며 귀속재산을 모르고 매수한 자들처럼 선의의 피해자를 사전에 보호하는 의미도 있다 할 것이다.

3. 귀속재산불하에 대한 대법원의 태도

歸屬財産의 불하에 의한 소유권취득을 법률의 규정에 의한 물권변동의 원인으로 확인할 수 있다. 즉, 歸屬財産處理法에 의하여 국가에 귀속된 재산은 법률의 규정에 의한 물권변동으로서 원시취득이므로 이의 등기 없이 국

59) 조달청, 보도자료, 2019. 2. 26.자, 3면.

가가 소유권을 취득하는 것은 의심의 여지가 없다.[60] 그러나 문제가 되는 것은 歸屬財産을 拂下받은 자가 등기 없이 소유권을 취득할 수 있는가 이다. 전에는 귀속재산을 拂下받는 자는 대금을 정부에 완납하면 자동적으로 등기 없이 소유권을 취득한다고 하는 판례[61]와 법률의 규정에 의한 물권취득에 해당하지 아니하므로 등기를 요한다고 하는 판례가 갈리었다.[62] 그러나 대법원은 전원합의체판결로써 전자의 견해로 통일하였다.[63] 그리고 불하처분이 취소된 경우에 관하여는 등기원인이 취소된 경우와 동일하게 취급할 것이다. 따라서 귀속재산의 불하처분이 취소된 경우에는 그 불하에 의한 소유권이전등기가 말소되지 아니하였다 하더라도 국가는 그 귀속재산에 대하여 소유권을 행사할 수 있는 것이다.[64]

Ⅴ. 結 論

일제강점기 일제가 우리 민족의 노동력을 착취해서 구성한 귀속재산은 국부의 8할이상[65] 평가될 정도로 엄청난 규모임을 확인하였다. 이는 신생 대한민국 발전의 계기가 되었다고 할 수 있다. 제2차 세계대전이 끝나고 미군과 소련군은 점령군으로서 38도선을 경계로 진주하였다. 당시 미군정의 총책인 존 하지(John R. Hodge)는 정치적·경제적으로 무능한 그저 군인일 뿐이었다. 미군정은 토지개혁을 할 의지와 능력도 없이 그저 상황에 따라 법령을 남발하는 방식으로 정국을 통제한 것이다.

이후 북한의 신속한 토지개혁에 자극받아 미군정에서도 자본주의식 토지개혁을 추진하였으나, 이는 치밀한 계획에 의한 개혁이 아닌 허점투성인

60) 대법원 1960. 1. 21. 선고 4292민상350 판결.
61) 대법원 1962. 8. 30. 선고 62누67호 판결 ; 대법원 1981. 7. 14. 80다2289호 판결.
62) 대법원 1966. 10. 25. 선고 66다37호 판결.
63) 대법원 1984. 12. 11. 선고 84다카557호 전원합의체 판결.
64) 李英俊, 새로운 體系에 의한 韓國民法論[物權編], 博英社, 2004, 174면.
65) 1946년 귀속재산은 52억달러로 국부의 80%에 달하며, 남한소재는 22.7억 달러이다 ; 이헌창, 한국경제통사 제8판, 도서출판해남, 2018, 439면.

누더기 개혁에 불과했다. 귀속재산불하에 있어서의 비리와 불법행위는 언급하지는 않았지만, 귀속재산을 통해 신흥자본가들이 오늘날 대기업의 모태가 되었다[66]는 사실은 부정할 수 없다. 우리 농민들은 정치적 접근성과 시대흐름에 늘 뒤처지게 되었고, 그럴 때 마다 부정부패와 은닉하는 방식으로 신흥지주들은 자신들의 배를 불린 것이 사실이며, 오늘날까지 유지되어 온 것이 현실이다. 해방이후 남한의 경제적 기반인 귀속재산 중 귀속농지가 그동안 어떤 방식으로 개혁이 되었는지 검토해 보았다. 수십년이 지난 오늘까지도 귀속농지에 대한 문제점을 정부가 언급하고 대법원에서는 판례를 생성하고 있는 실정에 다시금 치밀하게 계획되지 못한 귀속재산(농지)처리과정이 많은 아쉬움을 남기고 있다. 더욱이 전국에 은닉된 일본인명의의 부동산이 존재한다는 사실 자체가 아이러니 하면서도 그나마 이를 정부(조달청)가 신속하게 국가에 귀속 처리하겠다는 의지에 긍정적인 마음이 든다.

歸屬財産에 대한 土地改革과 諸問題 검토 – 신 동 진	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.22.	2019.12.05.	2019.12.27.

66) 이헌창, 전게서, 447~451면.

[참고문헌]

공민달, 북한 경제와 토지제도, 도서출판 선인, 2015.9
김기원, 미군정기의 경제구조, 푸른산, 1990
김상용, 토지소유권법사상, 민음사, 1995.
김성보, 한국의 농지개혁과 민주주의, 동아시아의 농지개혁과 토지혁명, 유용태 엮음, 서울대학교 출판문화원, 2014.12.
김성호, 남북한의 농지개혁비교연구, 농지개혁연구, 연세대학교 출판부, 2001.
김성호 외3인, 농지개혁사연구, 한국농촌경제연구원, 1989.
류해웅, 토지법제론, 부연사, 2012.
李英俊, 새로운 體系에 의한 韓國民法論[物權編], 博英社, 2004.
이헌창, 한국경제통사 제8판, 도서출판해남, 2018.
이대근, 歸屬財産硏究, 이숲, 2015.10.
전운성, 세계의 토지제도와 식량, 한울아카데미, 1999.
홍성찬, 근대화 프로젝트로서의 한국 농지개혁과 대지주, 동아시아의 농지개혁과 토지혁명, 유용태 엮음, 서울대학교 출판문화원, 2014.12.
황한식, 미군정하 농업과 토지개혁정책, 解放前後史의 認識 2, 1985.

김기원, 미군정기 귀속재산에 관한 연구, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1989.
김성욱, 한국의 토지소유제도의 재편, 비교사법 제13권 4호, 한국비교사법학회, 2006.
김성욱, 재조선 미국 육군사령부 군정청 법령 제33호에 의한 소유권의 강제적 귀속, 法學硏究 제42집, 한국법학회, 2011.5.
金天卿, 隱匿國有財産의 還收에 대한小考, 檀國大學校大學院 學術論叢 7집, 1984.1.
박승일, 통일후 북한토지제도재편과 사유화방안연구, 동국대학교 박사학위논문, 2015.
손연우, 남북한해방전후농지 및 토지개혁과 통일대응법제연구, 한국법제연구원, 2018.
신용옥, 미군정·이승만정권기 국가자본으로서 귀속재산의 역할, 한국민족운동사연구 54, 2008.
엄수원, 통일한반도 북한의 국토정책 및 토지제도, 한국토지공사 토지연구원, 2002.7
윤황지/최경옥, 미군정기하의 귀속재산에 관한연구, 강남대학교논문집 제44집, 2004.
윤형섭, 미군정의 정책결정에 관한 발전논적 연구, 연세논총 11집, 1974.
이영재, 국유토지 권리보전 방안 연구, LXSIRI Report 제8호, 대한지적공사 공간정보연구원, 2014.9.
전강수, 평등지권과 농지개혁 그리고 조봉암, 역사비평(91), 역사비평사, 2010.5.
재무부, 재정금융의 회고, 1958.
조달청, 보도자료, 2019. 2. 26.자.
채원식, 歸屬財産의性格과 大法院判例, 司法行政20권20호, 韓國司法行政學會, 1972.
櫻井 浩, 韓國農地改革の 再檢討, アジア經濟硏究所, 1976.10.

【국문초록】

1945. 8. 15. 일본이 제2차 세계대전에서 연합국에 항복을 하자, 남한에 주둔한 미군정이 제정한 각종 법령에 의해 우리나라에 있던 당시 일본인과 일본회사법인은 그들 소유의 財産을 남겨둔 채 일본으로 돌아가야만 했다. 미군정은 당시 일본인들의 모든 財産의 搬出을 금지하였고 이들의 재산을 押留하고 이를 '歸屬한다'는 의미에서 '歸屬財産'이란 명칭을 붙였다. 즉, 歸屬財産은 해방 후 일본인(개인 및 법인)이 남기고 간 재산에 대한 미군정의 공식명칭이다. 반면, 우리는 이 귀속재산을 적의 재산, 약칭 '敵産'이라고 하였다. 해방당시 귀속재산의 비중은 남한 전체 국가경제의 80%이상을 차지하였다. 막대한 귀속재산 중 특히 토지개혁이라는 이름하에 미군정이 토지를 어떻게 관리·배분하였는지, 남한과 북한은 귀속재산 중 토지를 어떤 방식으로 처리하였는지, 그리고 귀속재산이 어떻게 은닉되어 현재까지 남아 있었는지를 확인하고 그에 따른 여러 가지 문제점을 검토할 필요가 있다 할 것이다. 특히, 귀속재산에 대한 토지개혁과 관련하여 최초의 법적근거는 미군정법령이고 이후 대한민국의 수립된 이후 제정·공포된 농지개혁법 등이 이를 구체적으로 규정하고 있다. 이에 일본의 패망이후 토지개혁과 관련된 각 법령의 내용을 파악하고 시행되는 과정을 논하고자 하며 특히, 귀속재산에 대한 기타 여러 문제점을 검토하고자 한다.

【Abstract】

Review of land reform and various issues on Vested Property

Shin, Dong-Jin
(A Ph.D Student in Dongguk University Graduate School)

On August 15, 1945, when Japan surrendered to the Allies during World War II, Japanese and Japanese company corporations, when they were in Korea by various laws enacted by the US military stationed in South Korea, left their property in Japan. Had to go back. The US military banned the removal of all Japanese property at the time and gave them the title of "Vested Property" in the sense of confiscating their property. In other words, Vested Property is the official name of the US military government for property left behind by Japanese (individuals and corporations) after liberation. On the other hand, we refer to this property as the enemy's wealth, or "Enemy Property." At the time of liberation, the proportion of property belonged to more than 80% of South Korea's national economy. Among the vast assets, especially under the name of land reform, how the U.S. military administration managed and distributed land, how the South and North Koreans treated the land, and how the vested property was concealed and remained until now. There is a need to examine various problems. In particular, the first legal basis for land reform on Vested Property belonged to the US Military Administration Act and the Land Reform Act, which was enacted and

promulgated after the establishment of the Republic of Korea, specifically defines this. Therefore, I would like to discuss the contents of each legislation related to land reform after Japan's defeat and discuss the process of implementation.

주제어(Keyword) : 귀속재산(Vested Property), 토지개혁(Land reform), 농지개혁법(Act on Land Reform), 귀속재산처리법(Act on Disposal of Property Devolving upon The State), 신한공사(New Korea Company)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.173

카르텔 규제의 형사적 집행 효과에 관한 의문들: 공정거래법 전면개편안의 전속 고발권 폐지 관련 내용을 중심으로

이 상 윤*

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 논의의 배경
1. 카르텔 정책으로서 공정거래법 제19조 제1항
2. 카르텔 정책 수단으로서 형사 제재
Ⅲ. 경성 담합 전속 고발 폐지에 관한 의문과 우려들
1. 카르텔은 형사 범죄로 받아들여지고 있는가?
2. 경성 담합에 대한 법 집행이 형사 절차화되면서 발생할 수 있는 문제점은 없는가?
3. 기존의 제도, 특히 자진신고자 감면제도(leniency)와 상충하는 면은 없는가?
Ⅳ. 나오면서

* 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정. 논문의 착상과 발전에 있어서 많은 가르침을 주신 고려대학교 이황 교수님과 배종대 교수님께 깊이 감사드립니다.

I. 들어가며

2019년 7월 25일, 윤석열 신임 검찰총장은 취임사에서 "형사 법 집행을 함에 있어 우선적으로 중시해야 하는 가치는 바로 공정한 경쟁질서의 확립"이라고 밝히며 '공정경쟁'을 주요 형사 정책 목표 중 하나로 제시하였다.[1] 한편 인사청문회 서면 답변서에서는 "전속고발권 폐지 문제는 중대범죄인 경성담합 억제 등 공정한 경제질서 달성을 위해 반드시 필요하다"고 밝히면서 경성 담합 문제에 대한 형사 당국의 적극적인 개입 의지를 내비치기도 하였다. 이러한 형사 당국의 발언은 상당히 이례적인 것으로 사회의 이목을 끌었다.[2] 잘 알려져 있듯이 담합 금지를 규정한 공정거래법은 경쟁 당국인 공정거래위원회의 소관이기 때문이다. 실제로 9월 2일 조성욱 공정거래 위원장(당시 후보)은 위에 대한 질문에 "공정 경제의 주무부처는 공정위"라고 답변하면서 '전속 고발권의 전면적 폐지는 소송 남발 및 경제사범에 대한 과도한 형사처벌로 이어질 수 있다'고 강조하기도 하였다.[3]

전속 고발권은[4] 공정거래법[5] 제71조 제1항에 규정된 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 내용을 말한다.[6] 동조에 대해서는 그동안 적극적인 형사 집행과 공정거래법의

---

1) 윤석열, 취임 일성으로 '공정경쟁' 꺼내든 의미는, 연합뉴스, 2019. 7. 25. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190725153300004> ('연합뉴스, 2019'). 이하 모든 링크는 2019. 11. 15. 최종적으로 접속하여 확인하였다.

2) *Ibid.*

3) 박광연, 조성욱 "공정경제 주무부처는 공정위" ... '전속고발권 폐지' 윤석열 검찰과 신경전? 경향신문, 2019. 9. 2. <http://a.msn.com/00/ko-kr/AAGGxA0?ocid=se>

4) 전속 고발 제도는 공정거래법 외 여러 단행 법규에도 도입되어 있다. 조세, 관세, 출입국, 항공, 석탄, 특별권력관계 등의 분야가 대표적인데, 관련 당국에 형사 처벌 여부에 대한 일차적 판단을 맡김으로써 관련 법규 집행의 효율성과 전문성을 제고하고, 과잉 형사범죄화를 막기 위한 제도로 설명된다. 홍탁균, "공정거래법 소정 전속고발제의 해석학적 쟁점 연구", 「비교사법」 제23권 3호, 2018. 8. 1015-1022면.

5) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 말한다. 이 글에서는 국제적으로 통용되고 있는 반독점법(antitrust)나 경쟁법(competition law)라는 표현을 병행하되 국내적 사정에 특유한 경우에는 '공정거래법'이라는 약어를 사용하도록 한다.

6) 동조에서 규정하고 있는 죄(공정거래법 제66조, 제67조의 죄)에 대해서 공정거래위원회의 고발이 없이 공소가 제기된 경우 법원은 형사소송법 제327조에 의거하여 공소기

제재 효과를 극대화하기 위하여 범위를 축소하거나 폐지해야 한다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다. 실제로 2013년 개정법은 "공정거래위원회가 고발권한을 소극적으로 행사함으로써 불공정거래행위[7]에 미온적"이라는 점을 개정 이유로 설명하면서 고발 요청권자의 범위를 검찰총장에서 감사원장, 조달청장, 중소기업청장까지[8] 확대시키기도 하였다.[9] 하지만 이후에도 전속 고발권 행사 기준의 불명확성, 고발 의무 요건의 모호성 등에 대한 비판은 계속하여 제기되었으며,[10] 이를 반영해 최근 국회에 제출된 공정거래법 전면개편안은 가격 담합 등에 대해서는 전속 고발제를 폐지하는 내용을 담게 되었다.[11]

만약 카르텔의 형사 범죄화에 대한 사회적 합의가 분명하고 또 형사 제재(특히 개인(자연인)에 대한 자유형)가 정책 목표를 달성하는 데 더욱 효과적이라면, 어떤 식으로든 '전속 고발권'은 하루빨리 폐지되어야 할 것이다. 특히 '시장 경제의 암적인 존재'라고까지 불리며[12] 특별한 경제 분석도 필요 없이 금지되는 경성 담합(hardcore cartel)과 같은 경우에는,[13] 강력한 형

각 판결을 하게 된다. 선종수, "공정거래위원회의 전속고발권과 검사의 공소제기", 「형사법의 신동향」 제36호, 2012. 9. ('선종수, 2012') 228면.

7) 여기서 불공정거래행위는 단지 공정거래법 제23조 위반행위만을 말하는 것이 아니라, 시장지배적지위 남용행위(제3조의2), 담합(제19조), 경쟁제한적 기업결합(제7조) 등 공정거래법 위반행위를 통칭한다.

8) 2017년 개정법에서는 '중소벤처기업부장관'이 추가되었다.

9) 실제 고발 요청권의 행사는 많지 않은 것으로 알려져 있는데(예컨대, 검찰의 경우 1996년 고발 요청권 신설 이후 단 1차례밖에 고발요청을 하지 않았다고 한다), 중소기업청만이 2014년 1월 1일부터 2017년 4월 5일까지 총 13건의 고발 요청을 하는 등 상대적으로 적극적인 모습을 보이고 있다고 한다. 자세한 내용은, 조성국, "공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구 - 법집행 적정성의 관점에서", 「경쟁법연구」 제35권, 2017. 5. ('조성국, 2017') 281면 참고.

10) 예컨대 강명수, "공정거래위원회의 전속고발권", 「형사법의 신동향」 제41호, 2013. 12. 235면 이하.

11) 공정거래위원회, 보도자료, 공정거래법, 38년 만에 전면 개편, 2018. 8. 27.

12) Mario Monti, 'Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?' (3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 Sep 2000) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295> ('Monti, 2000')

13) 경성 담합 또는 경성 카르텔(hardcore cartel)이란, 서로 경쟁 관계에 있는 사업자들의 공동행위 중에서도 특히 가격이나 출고 조절과 같이 시장 경쟁을 제한하는 속성이

사 처벌의 당위성이 더 크다고 볼 수도 있을 것이다. 실제 미국은 법무부 반독점국(Department of Justice, Antitrust Division)의 셔먼법(Sherman Act) 집행으로써 카르텔 등에 대해 강력한 형사 처벌로 개입하고 있고, 우리의 공정거래법 전면개편안 역시 미국의 예를 따라 가격 담합 등 경성 카르텔에 대해서는 전속 고발제를 폐지하여 형사 처벌을 활성화하려는 입장에 있는 것으로 보인다.[14]

하지만 형사 처벌의 활성화가 과연 바람직한 방향인지에 대해서는 좀 더 신중한 검토가 필요하다. 우리나라에서 사업자들 간 공동행위에 대해 (절도나 사기에 대한 것과 같은 수준의) 단호한 반가치적 관념이 공유되고 있는지 의문이고, 형사 처벌 활성화가 실제로 카르텔 억지 효과를 높여줄 수 있는지도 불분명하기 때문이다. 예컨대 유럽연합 집행위원회(European Commission)에서는 자진신고 제도(leniency programme)가 잘 운영되지 않고 있는 회원국들에 대하여[15] 개인에 대한 형사 처벌 가능성이 부정적 영향을 미칠 수 있다고 분석하기도 했었다.[16] 물론 집행위원회는 행정 제재와 형사 처벌의 병행이 성공적으로 이뤄진다면 경쟁법 컴플라이언스가 개선될 수 있다는 점도 부인하지는 않았다.[17] 관건은 제재의 성격·강도보다는 정교한 제도 설계에 있음을 강조한 것으로 볼 수 있다. 이는 우리의 전속 고발 폐지 논의에 시사

분명하고 그 효과가 경험적으로 입증되어 특별한 경제 분석 없이도 시장 경쟁을 제한하는 것으로 판단할 수 있는 공동행위 유형을 말한다. 이하에서는 경성 카르텔, 경성 담합 등의 용어를 특별한 구별 없이 혼용하도록 한다.

14) 윤석열 총장은 지난 12월 양승태 전 대법원장 소환조사를 앞두고 미국 법무부 반독점국(Department of Justice Antitrust Division)을 방문해 공정거래법 담당 인사들을 만나고 오는 등 과거부터 공정거래법의 집행에 관심을 둔 행보를 보인 바 있다. 연합뉴스, 2019.

15) European Commission, 'Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market', SWD(2017) 114 final, Part 1 ('SWD(2017) 114 final'), Annex XII.

16) SWD(2017) 114 final, p.25. See also Organisation for Economic Co-operation and Development, *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Greece* (Oct 2018) ('OECD, Greece'), p.117.

17) SWD(2017) 114 final, pp.57-58.

하는 바가 크다.

이 글은 현재 국회에 제출된 공정거래법 전면개편안 중 특히 경성 담합에 대한 전속 고발권 폐지 부분을 중심으로 문제될 수 있는 부분들을 살펴보는 데 목적이 있다.[18] 첫째, 전면개편안을 분석 대상으로 선정한 이유는, 이번 개정안이 전속 고발권 폐지에 관한 가장 최근의 입법 시도로서 그동안의 논의 내용을 구체화하고 있기 때문이다.[19] 설사 이번 회기에 통과되지 않더라도 이번 전면개편안에 담긴 내용들은 앞으로도 중요한 참고 사항이 될 것이다. 둘째, 경성 카르텔을 분석 대상으로 한정한 이유는, 경성 카르텔은 경쟁 제한성이 비교적 분명하여 위법 판단 오류(false conviction)가 적은 것으로 평가받기 때문이다.[20] 만약 오판 가능성이 가장 적은 경성 담합마저 형사 처벌의 억제 효과에 의심이 든다면, 다른 시장지배적 지위 남용 행위나 불공정거래행위 등에 있어서는 형사 처벌의 당위성조차 인정받기 어려울 것이다.

아래에서는 먼저 카르텔 정책의 목표(II. 1)와 정책 수단으로서 형사 처벌(II. 2) 등 논의의 배경이 되는 내용들에 대하여 먼저 살펴보고, 이를 바탕으로 전면개편안의 경성 담합 전속 고발제 폐지 부분에 관한 의문점들(III)에 대해 검토해보고자 한다. 구체적으로, 경쟁법상 형사 제재가 효과적인 수

18) '입찰 담합'은 경성 담합 중에서도 특수한 측면이 있으므로 논의 대상에서 제외하고 이 글에서는 오직 가격, 출고 조절 담합 등에만 한정하여 다룬다.

19) 주진열, "독점규제법상 형사제재 조항과 전속고발제 존폐 문제에 대한 고찰", 「경쟁법연구」 제38권, 2018. 11. ('주진열, 2018') 316면 참고.

20) 경쟁법에서 위법 판단의 오류(false conviction, false positive, type 1 error)란, 경쟁 제한 효과가 뚜렷하지 않은 위법이 아닌 행위를 그 행위의 외형이나 잘못된 효과 분석에 기초하여 위법하다고 잘못 판단하는 경우를 말한다. 반대 개념으로 부정 오류(false negative or type 2 error)가 있다. 위법인 행위를 위법하지 않은 것으로 잘못 판단하는 경우를 말한다. 보통 카르텔과 같은 공동행위는 경쟁 제한 효과가 상대적으로 분명해서 위법 판단 오류 가능성이 적은 것으로 평가받는 반면, 시장지배적 지위와 같은 단독행위에 대해서는 경쟁법의 위법 판단 오류(false conviction)가 초래하는 사회적 비용이 합법 판단의 오류(false acquittal)보다 큰 것으로 여겨진다. Giorgio Monti, *EC Competition Law* (2007) pp.17-18; Frank H. Easterbrook, 'Limits of Antitrust', 63 Texas Law Review 1 (1984) p.18; AG Wahl's Opinion of April 6, 2017, *AKKA/LAA v Konkurences padome*, Case C-177/16, EU:C:2017:286, *para* 78.

단이 되지 못하는 이유를 세 가지 측면을 분석한 뒤(II. 2), 이를 바탕으로 우리의 법 현실에서 카르텔이 형사 범죄로 받아들여지고 있는지(III. 1), 담합 사건이 형사 절차화 되면서 발생하는 문제는 없는지(III. 2), 그리고 자진신고자 감면 등 기존 제도와 상충할 우려는 없는지(III. 3) 등을 살펴보도록 한다. 비록 이 글에서는 구체적인 대안까지는 제시하고 있지는 않지만 이와 같은 분석으로 효과적인 카르텔 규제 체계 설계 방안에 대한 단초 내지는 시사점을 줄 수 있기를 기대한다.

Ⅱ. 논의의 배경

1. 카르텔 정책으로서 공정거래법 제19조 제1항

카르텔 규제의 형사적 집행이 바람직한 것인지를 논의하기 위해서는 먼저 오늘날 카르텔이 엄격하게 금지되고 있는 정책적 배경에 대해서 이해할 필요가 있다. 카르텔은 사기나 절도와 같이 그 자체로 죄악시될 수 있는 범죄행위(*mala in se*)라기보다는 당대의 경제 현실과 큰 정책 방향을 고려하여 법으로 금지하고 있는 행위(*mala prohibita*)에 가깝기 때문이다. 카르텔 금지를 법으로 규정한 경제 현실과 정책적 기초가 시대에 따라 달라져 왔고 또 앞으로도 달라질 수 있다면, 행정 제재에도 불구하고 형사 제재를 추가로 도입하는 것에는 더욱 신중해야 할 것이다.

오늘날 우리가 채택하고 있는 시장경제체제는 버나드 맨드빌(Bernard Mandeville)과 애덤 스미스(Adam Smith)로부터 출발하는 경제적 자유주의(economic liberalism) 전통에 그 뿌리를 두고 있다. 이들은 각 개인의 이익추구가 사회 내에서 일정한 질서를 만들어내고, 개인의 자발적 동기에 의한 이익추구에 의해서 이뤄지는 자원의 배분이 국가의 개입에 의해 이뤄지는 배분보다 더 효율적이라고 역설하였다. 이러한 주장은 후일 자유주의 사상과 결합하면서 '경제적 자유주의'라는 독립적 사회이론으로 발전하게 되었고, 이후 하이에크(F. A. Hayek), 프리드먼(Milton Friedman), 뷰캐넌

(James M. Buchanan) 등에 의해 계승되면서 시장경제체제의 이론적 근거로서 그 입지를 공고히 하게 되었다. 경제적 자유주의에 기초한 시장경제체제는 1980년 사회주의국가들의 몰락과 함께 세계 각국으로 빠르게 전파되어 나가면서 오늘날 세계 경제체제의 주류적 위상을 차지하게 되었다.[21]

시장경제체제는 개별 경제주체가 독립적이고 자유로운 선택으로 상호 경쟁할 때 자원의 효율적인 배분[22]이 이뤄진다는 이론에 근거하면서 정부의 시장 개입을 원칙적으로 지양한다. 하지만 단일(소수) 기업의 독(과)점이나 복수 기업의 카르텔(담합) 등이 발생하는 경우 시장의 경쟁 기능이 왜곡되고 이로써 사회적 후생 수준이 감소하게 되기 때문에 시장경제체제에서도 어느 정도의 정책적 간섭은 필요하게 된다. 특히 경쟁 사업자들 간의 공동 행위(카르텔)는 '개별 경제주체들의 독립적인 판단과 이윤 추구 행위가 가장 효율적인 자원 배분을 이뤄낸다'는 기본 전제에 정면으로 반하는 행동이기 때문에, 시장경제체제 하에서 카르텔 금지 정책은 중요한 경제 정책 중 하나로 받아들여진다. 오늘날 공동 행위에 대해서는 경쟁제한효과가 분명하다고 보고 막대한 과징금 등 대체로 엄격한 제재가 이뤄지고 있는 이유가 여기에 있다.[23]

그러나 위 설명은 경제적 자유주의에 기초한 시장경제체제를 받아들인

---

21) 전주성, "애덤스미스: 경제적 자유와 시장 중심의 개혁", 김한원·정진영 엮음, 자유주의: 시장과 정치, 2006, 198면; 황경식, "정치적 자유주의와 경제적 자유주의: 정치경제학적 입장에서 본 자유주의", 「철학과 현실」 제80호, 2009, 51-52면; 최정운, "미국의 자유주의: 롤스(Rawls)와 노직(Nozick)의 논쟁", 「미국학」 제20집, 1997, 187면; 유홍림, "노직: 자유지상주의", 김한원·정진영 엮음, 자유주의: 시장과 정치, 2006, 162-163면; 정호열, 경제법 제6판, 2019 ('정호열, 2019'), 6면 이하; 이황, "세계화와 한국 경쟁법의 발전", 윤창호·장지상·김종민 엮음, 한국의 경쟁정책, 2011 ('이황, 2011'), 387-390면.

22) 조혜신, "경쟁법의 목적으로서의 '효율성(Efficiency)'에 대한 법철학적 검토", 「가천법학」 제7권 제3호, 2014, 91-102면.

23) 물론 카르텔의 부정적 효과와 이에 대한 금지의 필요성이 일반적으로 받아들여지고 있는 오늘날에도 그 엄격성 정도에 있어서는 경제적 사회적 문화적 배경에 따라 다소간 차이가 있을 수 있다. 이기종, "각국의 문화차이와 카르텔 정책의 상호관계 - 비교경제법에 있어서 비교문화심리학의 응용가능성", 「경제법연구」 제3권, 2004; Ki Jong Lee, 'Culture and Competition National and Regional Levels', 21 Loyola Consumer Law Review 33 (2008) 등 참조.

다는 전제에서만 유효하다는 점을 주의해야 한다. 카르텔 정책의 방향은 사상적 배경과 경제 이론 그리고 현실의 경제 구조에 따라, 금지가 아닌 촉진, 또는 완화된 형태의 제한으로 달라질 수 있다. 예컨대 유럽 공동체에서 경쟁 규범이 형성되던 초기 사회민주주의와 기독민주주의(특히 기독사회주의) 등으로부터 지지를 받아 등장했던 케인지언(Keynesian) 담론은, 질서자유주의(ordo-liberalism)와 달리 계획 경제와 신조합주의(neo-corporatism)에 대한 선호, 산업 정책적 가치들에 대한 강조, 시장 집중에 대해 상대적으로 유화적인 태도 등을 보이면서 카르텔이나 국가 보조에 대해 비교적 유연한 태도를 취하였고, 이들의 주장은 당시 유럽경제공동체(European Economic Community)의 경쟁 규범 형성에 많은 영향을 미쳤다.[24]

실제 역사적으로 과거 많은 국가들은 카르텔에 대해 관대하거나 권장하는 태도를 보였다. 예컨대 독일의 경우 세계대전 전까지는 경쟁이 아닌 카르텔 기반의 경제 체제를 갖고 있었으며, 카르텔을 오히려 권장하고 카르텔의 '남용'만을 금지했었다. 다만 전쟁 이후 나치에 대한 반성적 고려에 기인하여 모든 형태의 수평적 합의를 금지하는 입장(이른바 'ordo-liberalism')이 주를 이루게 되었고, 이러한 시각이 1957년 서독 경쟁법에 반영된 것으로 전해진다. 한편 네덜란드는 1930년대 전후 부족한 자원 배분과 경제 재건의 필요성 및 조합주의 같은 사상적 배경을 바탕으로 친-카르텔 정책을 적극적으로 취하였고, 1935년에는 법으로써 국가가 카르텔 참가를 강제할 수 있도록 하였다. 1941년에는 카르텔을 의무적으로 등록하는 법을 도입하기도 하였으나, 의무를 이행하지 않음에 따른 불이익은 없었다. 1950년대에도 카르텔의 남용행위만을 관리하는 입장을 선호하거나, 경쟁법을 도입하면

24) 자세한 설명은 다음 문헌을 참고하라. Sigfrido M. Ramirez Perez and Sebastian van de Scheur, 'The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC[Article 101 and 102 TFEU] – Ordoliberalism and its Keynesian Challenge' in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (2013), pp.19-37 (케인지언 담론의 핵심적인 내용은 당시 유럽경제공동체 경쟁국장(Directorate-General)으로 재직하였던 Pieter VerLoren van Themaat가 신임 경쟁정책 집행위원 Hans von der Groeben에게 보냈던 서한(p.28), 그리고 두 번째 경쟁정책 집행위원(Commissioner for Competition)으로 재직하였던 Emmanuel (Maan) J. A. Sassen의 1970년 의회 연설(p.32) 등에서 확인할 수 있다).

서도 카르텔 등록제도는 그대로 두고 카르텔은 공익을 위반하는 경우에만 금지하는 등 상당히 소극적인 모습을 보였다. 독일과 네덜란드 외에도 경제 계획과 산업 정책이 선호되었던 시기에 정부가 카르텔에 대해 관대한 태도를 취했던 사례는 어렵지 않게 찾아볼 수 있으며, 이러한 사실들은 당대의 경제 현실과 큰 정책 방향에 따라 카르텔에 대한 평가도 달라질 수 있음을 보여준다. 우리가 카르텔 정책을 이해하는 데 있어 좀 더 유연한 태도를 가져야할 이유다.[25]

아무튼, 위와 같은 역사적, 정치 경제학적 배경은 논외로 하고 '오늘날'에만 범위를 한정해서 본다면, 시장경제체제를 지향하는 대부분의 국가들에서 카르텔에 대해 대체로 엄격한 제재가 이뤄지고 있는 것은 사실이다. 우리나라 역시 공정거래법 제19조 제1항에 "사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다"고 규정하면서 가격 담합 등 사업자들의 공동행위를 엄격하게 금지하고 있다(제1항 각목 참고). 대법원도 "사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위"를 금지하는 이유를 "그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래"하기 때문이라고 밝히면서, 독과점 시장에서의 경쟁기능 회복을 카르텔 정책의 목표로 인정하고 있다.[26] 오늘날 학계와 실무계에서도 경제적 자유주의에 기초한 경쟁 정책이라는 관점에서

---

25) Lorenzo Federico Pace and Katja Seidel, 'The Drafting and the Role of Regulation 17: A Hard-Fought Compromise' in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (2013) ('Pace and Seidel, 2013'), p.59 *et seq.*; Adrian Kuenzler and Laurent Warlouzet, 'National Traditions of Competition Law: A Belated Europeanization through Convergence?' in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (2013) ('Kuenzler and Warlouzet, 2013'), p.91, p.95, pp.102-103.

26) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결(롯데카드 등 7개사의 DDC수수료 공동결정행위 사건).

공정거래법 제19조의 의의를 이해하고 있는 것으로 보인다.

우리의 정치 경제학적 현실을 고려할 때 과연 공정거래법 제19조를 위와 같이 순수하게 시장경제체제의 정책 수단이라는 관점에서만 이해할 수 있는지 의문이 드는 것은 사실이다.[27] 다만 이에 대한 전면적인 논의는 이 글의 주제를 벗어나는 것으로 더 이상 자세히 다루지 않도록 한다. 여기서는 일단 '카르텔에 대한 엄격한 금지는 언제 어디서나 받아들여져야 하는 절대적인 원칙이 결코 아니며, 경제 현실과 정책 방향에 따라 카르텔에 대한 평가는 달라질 수 있다'는 점을 상기시키는 데 그치고, 이하에서는 우리 카르텔 정책, 공정거래법 제19조 제1항의 목표는 공동행위 금지와 경쟁의 촉진 및 이를 통한 소비자 후생 등의 경제적 효과 개선에 있으며 이러한 정책 목표는 타당한 것으로 전제한 뒤 논의를 전개하도록 한다.

2. 카르텔 정책 수단으로서 형사 제재

27) 공정거래법 제19조 제1항을 경제적 자유주의에 기초한 경쟁 정책의 도구로서 설명하는 것은, 마치 미국 반독점법의 입법 목적이 소비자 후생 증진에 있었다는 보크(Robert H. Bork)의 주장처럼 다소 사변적인 면이 없지 않다(Herbert Hovenkamp, 'Antitrust's Protected Classes', 88 Michigan Law Review 1 (1989) p.22; Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (2018) ('Wu, 2018'), p.89. Lina M. Khan, 'Amazon's Antitrust Paradox' 126(3) Yale Law Journal 710 (2017), p.739 *et seq*). 잘 알려져 있듯이 우리 공정거래법은 1980년 자유주의와는 거리가 먼 권위주의 정권에 의해 도입되었으며 1997년 외환위기로 경제 체질이 바뀌기 전까지는 정부 주도의 산업 정책에 부수하여 불공정한 하도급 거래 관행이나 대기업집단의 경제력 집중 등 압축 성장의 부작용을 다루기 위한 보조적 수단에 지나지 않았다(이황, 2011, 394-398면). 비록 2000년대부터는 부당공동행위를 시장경제의 제1적으로 규정하는 등 변화가 시작되었다고는 하지만(이황, 2011, 397면), 우리의 카르텔 정책은 이후에도 공동행위의 부당성 판단에서 국민경제전체의 측면을 고려하는 등(예컨대 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결) 경제적 자유주의 또는 경쟁 정책적 관점으로만 설명하기 어려운 모습들을 보여 왔으며, 아직도 적지 않은 분야에서 가격에 대한 정부의 강한 간섭(행정지도 등)이 이루어지고 있거나(예컨대 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결), 국제적 추세와 다르게 공동행위 규정의 포섭 범위를 상당히 제한적으로 보는 등(예컨대 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결) 상당히 다면적인 모습을 갖고 있는 것이 사실이다. 따라서 우리의 카르텔 정책과 공정거래법 제19조에 대한 현재와 같은 이해가 과연 타당한 것인지에 대해서는 좀 더 의문을 갖고 연구할 필요가 있다.

이번 항에서는 카르텔 금지를 형사 제재를 통해 해결하려는 시도가 과연 바람직한 것인지에 대해, 비교법적 관점에서 살펴보도록 한다. 만약 다른 많은 관할권들에서 카르텔 규제의 형사적 집행이 효과적으로 이뤄지고 있다면 우리 공정거래법의 형사 처벌 조항은 물론 전속 고발권 폐지 주장도 더욱 큰 설득력을 얻을 수 있을 것이다. 반대로 대부분의 관할권들에서 형사 제재가 도입되어 있지 않거나 도입되어 있더라도 실제로 잘 운영되지 않고 있다면, 그 이유는 무엇인지 분석한 뒤 우리의 전속 고발권 폐지나 형사 처벌 활성화에 대해서는 더욱 신중한 접근이 이뤄져야 할 것이다.

카르텔 금지를 형사 처벌로 구현하려는 시도는 오래 전부터 있었다. 그 역사적 기원을 따지면 물물교환이 이뤄지기 시작한 아득히 먼 고대까지 거슬러 올라갈 수도 있다. 기원전 4세기 그리스 아티키(Αττική) 지역에서는 곡물 수입업자와 중간상들에 대한 구체적인 성문법상의 규정들이 있었고 실제 곡물 중간상들이 담합으로 입찰가를 낮추거나 판매가를 높인 행위로 아테네 법정에 소추되어 유죄 판결을 받았다는 사건 기록이 전해진다.[28] 좀 더 근대로 오면 프랑스는 1810년부터 형법(Code Pénal) 제419조에 가격 고정을 위한 연합체를 형성하는 것을 금지하는 규정을 두었다고 한다.[29] 당시

---

28) 이후 고대 그리스의 곡물을 중심으로 한 독과점 금지 법규들은 로마로 계승되어 이후 유럽 대륙의 독점 규제법 발전에 큰 영향을 미쳤다. 한철수, 공정거래법과 시장 원리, 2016, 3-4면 참조.

29) Kuenzler and Warlouzet, 2013, p.93. 물론 프랑스의 예시가 당시 유럽에서는 카르텔을 적대시하였다는 사례로 이해되어서는 곤란하다. 오히려 그 반대였다. 19세기 말까지 유럽에서 카르텔은 긍정적인 것으로, 경제적인 삶을 안정시켜주는 현상으로 받아들여졌다. 관련 연구에 따르면 당시 유럽에서는 대체로 경쟁 제한을 통제하는 어떤 입법 규정도 마련되어있지 않았으며, 경제 규제에서 국가의 역할은 매우 제한적이었다. 예컨대 독일의 경우, 과거 카르텔 관련 분쟁은 대부분 현재의 참가자들과 예전 참가자들 사이의 분쟁이었고, 카르텔은 원칙적으로 사업자들의 계약 자유에 해당하는 것으로 예외적으로 카르텔이 거래 자유 원칙을 위반했다고 볼 경우가 언제인지에 대해서만 문제가 되었다고 한다. 대표적인 사례가 1897년 독일 제국 최고 법원의 작센 우드펄프 카르텔(Sächsischs Holzstoffkartell) 결정으로, 당시 법원은 카르텔에 참가 자격을 제공하는 것은 제3자의 거래 자유를 침해하는 것이 아니라고 결정하였다. 과거 카르텔이 공익에 부정적 영향을 주지 않으며, 오히려 과잉 생산을 막고 적정 가격을 보장해줌으로써 경제적 과잉이나 과당 경쟁으로부터 우리를 보호해주는 것으로 여겨지기도 했었다는 점은, 카르텔 정책의 다면성을 이해하는 데 있어서 중요한 부분이다. Kuenzler and Warlouzet, 2013, pp.92-93.

규정들은 국가가 값싸고 충분한 식량을 공급함으로써 정치적 불안을 피하기 위해 고안되었고, 또한 가격 변동을 예상하고 사재기(hoarding of goods)하는 것을 막는 데에도 목적을 두고 있었다.[30] 비록 해당 규정이 실제 효과적으로 운영된 것은 아니었지만[31] 자유로운 가격 경쟁을 보호하고자 하였고 규정에 위반되는 계약을 무효로 하면서 손해 배상도 가능하게 했다는 점에서[32] 의미가 있었다.[33]

오늘날 카르텔에 대한 형사적 대응은 점점 더 많이 나타나고 있다. 현대적 의미의 경쟁법이 시작된 북미 지역에서는 미국이 1890년 셔먼법을 도입하면서부터 카르텔을 형사 범죄로 규정해왔고,[34] 캐나다가 이에 영향을 받아 1892년부터 1960년까지 반독점 금지 조항을 형법(Criminal Code)에 규정했었다.[35] 브라질은 1990년부터 카르텔을 범죄로 규정하고 개인에 대해 2

30) *Ibid.*

31) Pace and Seidel, 2013, p.61.

32) Kuenzler and Warlouzet, 2013, p.93.

33) 해당 법규는 1953년 개정되었고(Art.59 bis and 59 ter of the Decree of 9 Aug 1953), 이 개정법은 이후 (독일 경쟁법 조항과 더불어) 로마조약(The Treaty Establishing the European Community)제85조의 모체가 되었다. Pace and Seidel, 2013, pp.61-63.

34) 미국의 경우 1890년 셔먼법을 도입하면서 카르텔 행위를 가벼운 범죄행위(misdemeanour)로 분류하고 최고 1년의 구금을 부과할 수 있도록 하였다. 이후 1974년 반독점 절차 및 처벌 강화법(Antitrust Procedures and Penalties Act)으로 카르텔 행위는 무거운 범죄행위(felony)로 분류되었고 자유형도 최고 3년으로 늘어났으며, 2004년 반독점 형사 처벌 증진 및 개선법(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act)으로 또다시 부과 가능한 자유형이 최고 10년으로 늘어났고, 개인에게 부과할 수 있는 최고 벌금 수준도 35만 달러에서 1백만 달러로 대폭 상향 조정되었다. 조성국, 2017, 281면; Mark Simpson, 'The criminal cartel offence around the world' (*Norton Rose Fulbright*, Jun 2016) <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1c8cd600/the-criminal-cartel-offence-around-the-world> ('Simpson, 2016'). 참고로 이하에서 'imprisonment'는 논의의 편의를 위하여 일괄적으로 '자유형'으로 번역하도록 한다.

35) 캐나다에서는 미국보다 1년 앞선 1889년 반독점법('Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade')을 도입하였는데, 셔먼법이 제정된 이후인 1892년 관련 규정을 형법(Criminal Code)으로 이관하였고 이후 1960년 'Combines Investigation Act'로 이관되기 전까지는 계속 형법에서 규율하고 있었다. 공동행위(conspires, combines, agrees or arranges with...)는 처음에는 형법 제520조에서 규정되었다가 이후 제498조, 제411조를 거쳐 1960년에는 'Combines

년에서 5년까지의 자유형과 추가적인 벌금을 부과할 수 있도록 해오고 있고,[36] 영국은 2002년 도입한 기업법(Enterprise Act)에서부터 부정하게(dishonestly)[37] 카르텔에 가담한 개인에게 최고 5년의 자유형(과 함께 벌금)을 부과할 수 있도록 규정해오고 있다.[38] 유럽 대륙에서도 덴마크,[39] 프랑스,[40] 그리스,[41] 루마니아[42] 등 다수 국가들이 형사 처벌 규정을 두고 있

Investigation Act' 제32조에 규정되었다. 현재는 1986년 개정된 'Competition Act'의 제45조에 규정되어 있다. Calvin S. Goldman and J. D. Bodrug, *Competition Law of Canada* (Dec 1, 2013) Chp.1, p.3 (p.1-3) *et seq.* 물론 이러한 형사 처벌 규정은 현재 캐나다 경쟁법에도 그대로 반영되어 있다. 캐나다는 적어도 법문 상으로는 가장 강력한 형사 처벌을 규정하고 있는데, 1889년부터 1953년까지는 개인의 경우 2백-4백 캐나다 달러의 벌금(회사의 경우 1천-1만 캐나다 달러)과 최고 2년 형을 부과할 수 있도록 하였다가, 점차 상향 조정되어, 현재 시행되고 있는 2009년 개정법에서부터는 개인에게 2천 5백만 캐나다 달러의 벌금(회사의 경우도 같다)과 14년 자유형이 가능하게 되었다. 물론 법문상 그렇다는 것이지 실제 그대로 집행되고 있다는 뜻은 결코 아니다. *Infra* note 55.

36) Article 4, item II, of Law No. 8,137/1990. Onofre Carlos de Arruda Sampaio and André Cutait de Arruda Sampaio, 'Cartel Regulation – Brazil' (*Getting the Deal Through*, Jan 2019), No.17. <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/6/cartel-regulation-brazil/>.

37) 해당 요건은 2013년 'Enterprise and Regulatory Reform Act 2013'로 삭제되었다.

38) Art.188 and Art.190, Enterprise Act 2002.

39) 덴마크는 2013년 경쟁법 개정을 통하여 카르텔에 가담한 개인들에 대해 자유형 부과가 가능하도록 하였다(Organisation for Economic Co-operation and Development, Secretariat Report, *Competition Law and Policy in Denmark – A Peer Review* (June 2015) ('OECD, Denmark'), p.37). 덴마크 경쟁법(Konkurrenceloven) 제23조 제3항에 규정되어 있으며, 의도적인 가담과 중대성(카르텔의 범위 또는 효과 등을 고려)이 있는 경우 최고 18개월까지 자유형이 가능하고, 형법(Straffelov) 제229조 (c)항의 규정에 따라 6년까지 연장될 수도 있다(OECD, Denmark, p.99). 참고로 덴마크의 경우 벌금이나 징역 등 형사 처벌에 관해서는 경쟁 당국('Konkurrenceradet'와 'Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen')이 아니라 형사 당국(Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalite, 'SØIK')의 독자적 판단에 의해서 조사, 소추되고(OECD, Denmark, p.40, p.97), 우리 전속 고발과 유사하게 경쟁 당국이 형사 당국에 회부(referral)하는 형식으로도 사건 진행이 가능하다(OECD, Denmark, p.92).

40) 상법(Code de commerce) 제420-6조(Art. L420-6)에서, 경쟁법(Art. L420-1, L420-2, L420-2-2) 위반 행위자에 대해 최고 4년의 자유형과 최고 7만 5천 유로의 벌금형이 가능하도록 규정하고 있다.

41) 그리스는 경쟁법 위반행위에 대해 행정상 제재와 형사상의 제재 모두가 부과될 수 있도록 하고 있다(Law 3959/2011, Art.44). 처벌의 수준은 행위마다 다른데, (현재

는 것으로 확인되며,[43] 경제개발협력기구(the Organization for Economic Co-operation and Development, 'OECD')에 따르면, 현재 세계적으로 22개 관할권에서 자유형과 같이 개인에 대한 비금전적 형사 제재가 도입된 것으로 보고된다.[44]

그러나 이러한 입법례를 두고 카르텔에 대한 형사적 대응이 세계적 추세라고 보기는 어렵다. 잘 알려져 있듯이 유럽연합,[45] 독일,[46] 벨기에,[47] 네

또는 잠재적) 경쟁 사업자들 간의 합의의 경우 10만에서 100만 유로의 벌금이 부과될 수 있고 또한 최저 2년 최고 5년의 자유형을 내릴 수도 있다. 경쟁 당국은 경쟁법 위반 결정을 내린 날로부터 10일 이내에 검찰에 해당 사실을 알려야 하며(Art. 43) 검찰의 기소를 통해 법원이 형사 처벌 여부가 결정된다. 자진신고 혜택(leniency - Art.25(8))을 받거나 성공적으로 합의 절차(settlement - Art.25a)를 마친 자들에 대해서는 형사 처벌에 대해서도 감면 혜택이 주어진다. OECD, Greece, pp.125-127. 참고로

42) 루마니아의 경우 부정하게(fraudulently) 반경쟁적 행위를 주도한 개인들에 대해서는 예외적으로 최고 5년까지 자유형을 부과할 수 있도록 하고 있다. 동일 사안에 대한 경쟁 당국과 형사 당국의 동시 개입이 가능한 것으로 보인다. Mihaela Ion and Silviu Stoica, 'Cartels 2019: Romania' (*Global Legal Insights, 2019*) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/romania> ('Ion and Stoica, 2019').

43) 유럽에서 경쟁법 위반 행위에 대한 형사 제재 도입 경향은 미국으로부터 영향을 받은 것으로 여겨지는데, 흥미로운 점은, 이러한 미국의 형사 개입 시스템이 과거 유럽의 선례에서 영향을 받은 것일 수 있다는 점이다. Wouter P. J. Wils, 'Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?' 28(2) World Competition 117 (2005) ('Wils, 2005'), p.122 and p.136 *et seq.*

44) 오스트리아, 캐나다, 칠레, 덴마크, 에스토니아, 프랑스, 그리스, 아이슬란드, 아일랜드, 이스라엘, 일본, 한국, 멕시코, 노르웨이, 슬로바키아, 슬로베니아, 영국, 미국 등 OECD 회원국 중 18개 국가들에서 개인에 대한 형사 처벌이 도입된 것으로 확인되고 있다. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Reviw of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294] - Report by the Secretariat*, DAF/COMP(2019)13 (Jul 4, 2019) ('OECD, 2019'), *para* 214 and note 44. 참고로 오스트리아, 벨기에, 체코, 핀란드, 독일, 헝가리, 이탈리아, 폴란드, 포르투갈, 터키 등 10개의 OECD 회원국들은 입찰 담합에 가담한 개인에 대한 형사처벌 규정을 두고 있는 것으로 보고된다. *Ibid,* note 45.

45) Art.23(5), Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty ('Reg. 1/2003'). 참고로 회원국들은 연합 경쟁법(*inter alia*, Art.101 and Art.102 of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU'))을 적용할 때 형사 제재를 포함한 다양한 제재 수단을 사용할 수 있다. Art.5, Reg.1/2003.

덜란드,[48] 스웨덴,[49] 핀란드[50] 등 많은 관할권들에서는 여전히 카르텔을 형사 범죄화 하고 있지 않으며, 형사 처벌 규정을 둔 국가들에서도 실제 집행은 잘 이뤄지지 않고 있기 때문이다. 예컨대 프랑스의 경우 개인에 대한 형사 소추가 이뤄지는 경우는 극히 드물며, 그마저도 국가가 피해자가 되는 입찰 담합에 한정되고, 지금까지 실제 자유형을 받은 개인도 없는 것으로 보고된다.[51] 그리스에서도 검찰과 법원은 형사 개입에 극히 신중하고 경성 카르텔에 대해서도 개인을 형사 처벌을 하는 경우는 거의 없는 것으로 알려진다.[52] 루마니아도 카르텔 가담자에 대해 형사 소추가 이뤄진 것은 불과 1

46) Ulrich Schnelle and Volker Soyez, 'Cartels 2019: Germany' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/germany#chaptercontent11>

47) Hendrik Viaene, 'Cartels 2019: Belgium' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/belgium>.

48) Jolling K de Pree and Bart De Rijke, 'Cartel - Netherlands' (*Getting the Deal Through*, Jan 2019) <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/17/cartel-regulation-netherlands/>. 동 문헌에 따르면, 2005년 6월, 로테르담 지방 법원에서 형사법 사건으로 형법과 경쟁법의 관계 문제가 다뤄진 적이 있었다. 당시 법원은 입법자의 의도는 형사 제재가 아니라 행정 제재에 있었음을 분명히 하면서, 실무적으로 경쟁법 사건은 전형적인 형사 사건들과 달리 복잡한 양상을 띠고 있기 때문에 검찰보다는 경쟁 당국의 소관이 되는 것이 더 적절하다고 밝혔다고 한다. 나아가 한 기관이 사건을 전담하게 함으로써 이중 처벌의 문제도 피할 수 있다는 점도 강조하였다. 경쟁 당국의 전속 관할은 이후 2008년 헤이그 법원에 의해 확인되었고, 당시 법원은 경쟁법을 형법의 특별법(*lex specialis*)로 보면서 형법과 경쟁법을 동시에 침해하는 사실관계에 대해서는 형사 소추를 할 수 없다고 강조하였다고 한다.

49) 카르텔을 포함하여 경쟁법 위반 행위가 형사 범죄가 되지는 않지만, 심각하고 중대한 위반 행위에 대해서는 자격 박탈과 같은 '거래 금지(trading prohibition)' 처분이 부과될 수 있으며, 이를 위반하는 경우 최고 2년 이상의 자유형을 부과할 수 있다. Peter Forsberg, Haris Catovic and Johan Holmquist, 'Cartels 2019: Sweden' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/sweden#chaptercontent11>.

50) Ilkka Aalto-Setala and Henrik Koivuniemi, 'Cartels 2019: Finland' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/finland>.

51) Pierre Zelenko and Jérémie Marthan, 'Cartels 2019: France' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/france>

52) 이에 대해 그리스 경쟁 당국은 '개인의 형사 책임을 적절한 수준으로 정하는 것이

건에 그치고 있는 것으로 확인되고,[53] 스위스와 스페인도 형사 처벌이 있지만 거의 이뤄지지 않는 것으로 확인된다.[54] 가장 엄격한 규정을 가진 캐나다 역시 개인에 대한 형사벌을 거의 집행하지 않고 있는 것으로 알려진다.[55] 관련 제도를 최근 도입한 덴마크는 비교적 적극적인 형사 제재 의지를 보이고 있지만,[56] 아직까지 개인에 대해 자유형이 선고된 사례는 없으며 법원의 신중한 태도로 인해 앞으로의 집행 가능성도 미지수라는 점에서 한계가 있다.[57] 물론 미국은 다르게 볼 수도 있지만, 미국은 처음부터 법무부를 통한 집행 체계를 갖고 시작하였다는 점에서 일반화하기 어렵고, 또 그 조차 최근 건수 면에서 다소 약화된 경향을 보이고 있으며, 주된 타깃도 주로 외국의 사업자들에 국한되고 있다는 점을 생각할 필요가 있다.[58]

쉽지 않기 때문'이라고 설명한다. OECD, Greece, p.10 and p.127.

53) Ion and Stoica, 2019.

54) Michael Tschudin, Frank Scherrer and Urs Weber-Stecher, 'Cartels 2019: Switzerland' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www. globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/switzerland>; Ramón García-Gallardo and Pablo Vila Chirinos, 'Spain: Cartels & Leniency 2020', (*ICLG.COM*, Nov 4, 2019) <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and- regulations/spain>.

55) 2016년 6월까지 확인된 바에 따르면, 1996년부터 현재까지 (사회봉사나 가택 구금 등의 명령을 받은 몇몇을 제외하고) 실제로 카르텔 위반으로 형을 산 사람은 없다고 한다. Simpson, 2016.

56) OECD, Denmark, p.56.

57) Olaf Koktvedgaard, Frederik André Bork and Søren Zinck, 'Cartels 2019: Denmark' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/denmark>.

58) 조성국, 2017, 281-282면. 미국 외에 영국과 이스라엘을 형사 집행 모델로서 생각해볼 수는 있다. 영국의 경우 과거에는 형사 처벌을 위한 'dishonesty' 요건이 장벽이 되어서 형사 처벌이 거의 이뤄지지 못하였으나, 2013년부터 'Enterprise and Regulatory Reform Act 2013'로 'dishonesty' 요건이 삭제되었고, 현재 경쟁 당국이 적극적인 집행 의지를 표명하고 있기 때문이다. 영국에서 당국이 자유형 부과에 성공한 사례는 지금까지 세 경우가 있는 것으로 확인되는데(2008년 'Marine Hoses', 2015년 'Galvanised Steel Tanks', 2017년 'Precast Concrete Drainage Products'), 이들은 2013년 개정 전의 행위들에 대한 사건들이라는 점에서 어느 정도는 의미가 있는 것으로 보인다. 그러나 위 세 사건은 모두 유죄 인정(guilty plea)이 이뤄졌던 경우들로서 이러한 사정이 없었던 경우에는 아직 형사 처벌(자유형)에 성공한 사례가 없기 때문에 영국을 '적극적인' 형사 제재 모델로서 보는 데에는 한계가 있고 본다. Matthew Readings and Simon Thexton, 'United Kingdom: Cartels & Leniency 2020' (*ICLG.COM*, Nov 4, 2019) <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulati

카르텔 금지 수단으로서 형사 제재는 (적어도 이론적으로는) 많은 장점을 갖고 있는 것으로 보인다. 특히 개인에 대한 자유형은 금전적 제재의 한계를 보완하여 억지 효과를 높여줄 수 있고, 또 자진신고 유인을 높여 담합 적발률 제고에 기여할 수도 있으며, 나아가 시장 참가자들에게 카르텔의 도덕적 비난 가능성에 대한 분명한 메시지를 줄 수도 있다고 주장된다.[59] 하지만 여러 장점들에 불구하고 많은 관할권들이 여전히 형사 제재를 도입하지 않고 있으며, 도입한 관할권들에서도 자유형 처벌은 극히 제한적으로만 이뤄지고 있는 것이 현실이다.[60] 그 이유는 무엇일까? 여러 가지가 있을 수 있는데, 크게 세 가지로 측면으로 정리하면 다음과 같다.

첫 번째는, 카르텔의 범죄화에 대한 합의 부족이다. 다수 문헌들은 많은 관할권들에서 카르텔 행위가 범죄 수준의 비도덕적 행위인지에 대해 공통적인 인식이 형성되어 있지 않은 상태에서 단지 억지 효과만을 이유로 형벌 규정이 도입되었기 때문에 이들에 대한 형사 처벌이 제대로 이뤄지지 않는 것이라고 설명한다. 즉, 형사 처벌 규정을 둔 많은 관할권들은 카르텔의 범죄성에 대한 사회적 합의를 먼저 이룬 뒤 형사 제재를 도입하는 '하위 상달(bottom up)'이 아니라, 카르텔 억지 효과를 높이고 집행 효과를 개선하기 위하여 형사 처벌을 도입하는 '상위 하달(top down)'의 경로를 따랐는데, 이 과정에서 검찰, 일반 대중, 법원, 정부 등 주요 당사자들의 지지를 충분히 확보하지 못하면서 실제 집행에 어려움을 겪게 되었다는 것이다.[61]

---

ons/united-kingdom>. 이스라엘의 경우 현재 최고 3년 또는 5년의 자유형이 가능한 것으로 확인된다. 최근 2018년 6월에는 예루살렘 지방법원에서 카르텔에 가담한 다섯 명의 대표이사에게 1.5개월에서 11개월의 자유형을 부과하는 결정이 내려졌고, 이는 지금까지의 결정 중에서 가장 높은 형이 부과된 것이라고 한다. 다만 해당 사안은 입찰 담합, 사기, 자금 세탁 등 여러 가중 요인이 고려된 사안이라는 점에서 한계가 있다. 집행 당국 역시 형사 처벌보다 행정 제재를 선호하는 것으로 알려진다. Eytan Epstein, Mazor Matzkevich, and Shani Galant-Frankfurt, 'Cartels 2019: Israel' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/ practice-areas/cartels-laws-and-regulations/israel>.

59) Wils, 2005, pp.138-145.

60) 자연인 또는 법인에 대한 형사 처벌로서 벌금형 등 금전적 제재는 자유형만큼 기존의 행정적 제재와 뚜렷한 차이를 보이는 것이 아니기 때문에 이 글의 주된 관심 대상이 아님을 밝혀둔다.

두 번째는, 형사 절차의 엄격성 문제다. "개연성의 균형(on the balance of probabilities)" 기준만 충족하면 충분한 민사적 판단과 달리, 형사적 판단에서는 "합리적 의심을 넘는(beyond reasonable doubt)" 높은 수준의 증명이 요구되는데[62] 관련 문헌들은 이렇게 높아진 집행 비용으로 인하여 과소집행(under-enforcement)이 나타나게 된다고 설명한다.[63] 특히 방어권 보장 수준이 높아짐에 따라 이러한 현상은 더욱 심화될 수 있다.[64]

세 번째는, 다른 제도와의 상충 문제다. 카르텔 규제를 위한 기존의 제도들과 형사 제재가 서로 충돌하지 않게 설계하는 데에는 적지 않은 어려움이 따른다. 대표적인 예가 자진신고자 감면제도다. 형사 처벌의 존재는 카르텔 적발시 부과되는 불이익의 수준을 높여서 자진신고 유인과 제도의 효과를 높인다고 볼 수도 있지만[65] 캐론 비톤-웰즈(Caron Beaton-Wells) 교수는 그러한 가정을 실제로 뒷받침해주는 실증적인 증거는 많지 않으며,[66] 오히려 형사 처벌의 존재가 자진신고 혜택의 불확실성을 증가시켜서 사업자들의 자진신고와 협력의 유인을 감소시킨다는 여러 경험적 증거들이 있다고 지적한다.[67] 예컨대 호주 경쟁 당국(Australian Competition and Consumer Commission)은 2005년 자진신고자 감면제도를 도입하고 2009년 형사 처벌을 도입하면서 형사 처벌이 자진신고자 감면제도를 더욱 활성화시킬 것라고 기대했지만, 기대와 달리 형사 처벌 도입 이후 자진신고 건수는 오히려 소폭 감소한 것으로 나타났다고 한다.[68] 자진신고자 감면제도의

---

61) Ariel Ezrachi and Jioi Kindl, 'Criminalization of Cartel Activity - A Desirable Goal for India's Competition Regime', 23(1) National Law School of India Review 9 (2011), pp.16-19.; OECD, 2019, *para* 204; Andreas Stephan, 'An Empirical Evaluation of the Normative Justifications for Cartel Criminalization', 37(4) Legal Studies 621 (2017), p.631. See also, Wils, 2005, p.150.

62) Wils, 2005, p.120.

63) OECD, 2019, *para* 204. See also OECD, 2019, *para* 193.

64) Caron Beaton-Wells, 'Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conumdrum', 13(1) Journal of Competition Law & Economics 125 (Mar 2017) ('Beaton-Wells, 2017'), p.139.

65) Beaton-Wells, 2017, pp.128-129.

66) Beaton-Wells, 2017, p.129.

67) Beaton-Wells, 2017, pp.130-133; OECD, Greece, p.117.

효용이 감소하는 만큼[69] 형사 제재의 도입이나 운영이 더욱 제한될 수밖에 없음은 물론이다.

위 세 가지 측면은 카르텔에 대한 형사적 개입의 한계에 해당한다. 지금까지 많은 관할권들이 형사 집행 체제의 도입과 운영에 있어서 극히 신중한 태도를 보여 온 것은 이러한 한계 때문으로 해석할 수 있다. 물론 다른 한편에서는 이들을 '한계'가 아닌 '과제'로, 즉, 성공적인 행정-형사 제재 병행 체제의 도입을 위한 과제라고 해석할 수도 있다. 즉, '카르텔에 대한 형사적 비난 가능성에 대해 주요 당사자들의 합의가 이뤄져 있는지', '카르텔 법 집행이 형사 절차화 되면서 발생하는 문제는 없는지', '기존 제도 특히 자진신고자 감면제도의 운영과 충돌하는 것은 아닌지' 등을 면밀히 검토하고 부족한 점들을 개선해간다면, 카르텔 억지에 보다 효과적인 제도를 설계할 수 있다고 보는 것이다. 그렇다면 전속 고발권 폐지 등으로 카르텔에 대한 형사 집행 활성화를 도모하는 우리의 경우는 어떨까? 이하에서는 위 세 가지 측면을 중심으로 현재 전면개편안 중 전속 고발권 폐지 부분에 대한 의문과 우려들을 검토해보도록 한다.

Ⅲ. 경성 담합 전속 고발 폐지에 관한 의문과 우려들

우리나라의 경우 1980년 공정거래법 제정 당시부터 형사 처벌 규정을 두었지만[70] 동시에 전속 고발제를 같이 두어서[71] 극히 제한적으로만 형사

---

68) 형사 처벌이 도입되기 전 4년 동안 이뤄진 자진신고 건수('marker' 기준)는 47건, 도입 이후 4년 동안은 36건으로 나타났다. Caron Beaton-Wells, 'Immunity Policy for Cartel Conduct: Revolution or Religion? An Australian Case-Study', 2(1) Journal of Antitrust Enforcement 126 (Apr 2014) pp.136-137.

69) 억지 효과적 측면 외에 도덕적 비난 가능성 측면에서도 문제가 될 수가 있다. 자진신고자 감면제도와 형사 제재는 규범적 기초에 있어서 서로 긴장 관계에 있어서, 자진신고 감면의 혜택은 형사 처벌의 정당성을 약화시킨다. Beaton-Wells, 2017, pp.140-147.

70) 1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 법률을 말한다. 형사 처벌 규정은 제55조부터 제58조에 규정되어 있었다. 이후 1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전부개정된 법률에서는 제66조부터 제69조에 규정되어 현재에 이르고 있다.

제재를 해왔다.[72] 하지만 공정거래위원회의 제한적인 고발권 행사는 1990년대 후반부터 시민단체와 언론의 비판을 받았고, 이에 따라 1996년과 2013년 개정으로 고발 요청권자의 범위를 확대하게 되었다.[73] 이후에도 전속 고발에 대한 문제 제기는 계속되었고 결국 최근 2018년 전면개편안에 담합 등 경성 카르텔에 대한 전속 고발제를 폐지하는 내용이 담기게 되었다.[74]

현재 전면개편안 제130조[75] 제1항은 가격 담합,[76] 출고 조절,[77] 거래지역 및 상대방 제한,[78] 입찰 담합[79] 등에 대해서는 공정거래위원회의 고발이 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 비교적 경쟁제한성이 분명한 이른바 '경성 담합 행위'들에 한해서는 형사 당국이 경쟁 당국의 판단에 구애받지 않고, 경쟁질서를 현저히 저해하는 중대한 위반에 해당하거나 사회적 파급효과 등이 큰 경우가 아니라도,[80] 자신의 판단으로 개입할 수 있

71) "제60조(고발) 제55조 및 제56조의 죄는 경제기획원장관의 고발이 있어야 론한다." 이후 1990년 전부개정에서 동조는 제71조로 옮겨 규정되었다.

72) 공정거래위원회에 따르면, 공동행위에 대한 고발 건수는 1981년부터 2000년까지 20년간 7건에 그쳤으며, 이후에도 2012년까지는 고발 실적이 매년 한 자릿수에 그친 것으로 나타난다. 해당 지표는 입찰담합의 경우를 포함한다. 입찰담합이 새로운 유형으로 규정된 것은 2007년 8월 개정 공정거래법부터였는데, 고발건수 통계상 입찰담합을 별도로 유형화한 것에 따른 특별한 영향은 없는 것으로 보인다. 공정거래위원회, 공정거래백서 2019년판, 2019. 10. ('공정거래백서, 2019') 307면.

73) 1980년 제정 당시부터 존재해 온 전속 고발 제도는(당시 제60조), 1996년 개정법에서 의무적 고발 규정이 도입되면서 그 범위가 (적어도 법문 상으로는) 한 차례 축소되었다. 의무적 고발 규정이란, (당시 1996년 개정법, 즉, 법률 제5235호 상의) 제71조 제2항, 제3항, 제4항을 말한다. 이 규정들은 '위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는 경우' 공정거래위원회는 반드시 고발하여야 하고(공소가 제기된 이후에는 취소할 수 없다), 검찰총장은 이러한 고발을 요청할 수 있도록 규정하였다. 2013년 개정법(법률 제11937호)은 동 규정의 범위를 넓혀서 위반의 정도가 중대한 경우 외에도 '사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로' 감사원장 등의 고발 요청이 가능하도록 하였다.

74) 주진열, 2018, 315면.

75) 현행법 제71조.

76) 개편안 제39조(현행법 제19조) 제1항 제1호.

77) 개편안 제39조(현행법 제19조) 제1항 제3호.

78) 개편안 제39조(현행법 제19조) 제1항 제4호.

79) 개편안 제39조(현행법 제19조) 제1항 제8호.

80) 현행법 제71조 제2항 및 제4항.

도록 한 것이다.[81] 한편 제43조 제1항은 담합 행위에 가담한 자가 관련 사실을 자진신고하거나 조사 또는 수사 등에 협조하는 경우에는 과징금을 감면하거나, 형사 고발을 면제하거나, 경성 담합의 경우에는 형을 감면할 수 있다고 규정하고 하면서,[82] 이러한 과정에서 얻은 관련 정보[83]를 공정거래위원회와 검찰이 서로의 조사와 수사 등을 위해 필요한 경우 공유할 수 있도록 규정하고 있다.[84]

이들은 모두 경성 담합에 대한 억지 효과를 제고하기 위하여 제안된 것이지만,[85] 이들의 실제 효과에 대해서는 좀 더 심도 있는 검토가 필요하다. 앞서 살핀 것과 같이 실제 경제 현실에서의 양상은 다르게 나타날 수 있기 때문이다. 과연 경성 담합 행위의 형사 범죄화가 공정거래법 집행의 다른 중요한 당사자들(예컨대 사업자들, 법원 등)에게도 충분한 공감과 지지를 받고 있는가? 법 집행이 형사 절차화됨에 따라 발생할 수 있는 문제들은 없는가? 형사 제재의 도입이 자진신고자 감면제도 등 기존의 제도 운영과 상충하는 면은 없는가? 이와 같은 질문들에 대한 검토가 선행되지 않는다면, 처음 의도와 달리 전속 고발 폐지 이후 형사 제재는 물론 행정 제재마저 과소집행이 될 우려가 있다.

아래에서는 위 세 가지를 중심으로 전면개편안 중 경성 카르텔 전속 고발 폐지에 관한 의문과 우려들에 대해 검토해보도록 한다.

---

81) 벌칙규정은 개편안 제124조, 제125조(현행법 제66조, 제67조)에 규정되어 있다. 양벌규정은 개편안 제129조(현행법 제70조)에 규정되어 있다.

82) 현행법에는 제22조의2에서 규정하고 있는 내용으로 형의 감면에 대해서는 새롭게 추가되었다. 그 외 개편안 제43조 제호에는 재판이나 조사과정에서 진술을 번복하는 경우에는 위와 같은 혜택이 취소될 수 있다는 규정도 명시하였다.

83) 개편안 제43조 제4항의 정보, 즉, "자진신고자 또는 공정거래위원회의 조사 및 심의의결, 검찰의 수사 및 재판에 협조한 자의 신원제보 등 자진신고나 제보와 관련된 정보 및 자료"를 포함한다.

84) 개편안 제117조(조사 및 수사자료의 공유) 공정거래위원회와 검찰은 다음 각 호의 경우에는 법 제43조 제4항의 정보 및 자료를 포함한 조사 수사 재판 관련 자료를 상호 제공할 수 있다. 1. 수사 재판 등 검찰의 사건처리를 위해 필요한 경우2. 과징금 시정조치 등 공정거래위원회의 사건처리를 위해 필요한 경우

85) 공정거래백서, 2019, 78-79면.

1. 카르텔은 형사 범죄로 받아들여지고 있는가?

첫 번째 검토해 볼 부분은, 과연 전면개편안처럼 경성 담합 행위를 그 자체로 범죄시하는 인식이 우리 사회에서 일반적으로 널리 받아들여지고 있는가 하는 점이다.

카르텔에 대한 형사 처벌을 정당화하는 이론적 설명에는 크게 두 가지 종류가 있다. 하나는 징벌(retribution)이고 다른 하나는 억지(deterrence)다. 징벌이 행위 자체에 대한 도덕적 비난 가능성을 기저에 두고 있다면, 억지는 공리주의적 관점에서 카르텔을 금지하여 사회 후생을 극대화한다는 시각을 전제하고 있다.[86] 카르텔 정책에 관한 논의는 주로 억지의 관점에서 전개되고 있지만, 형사 처벌은 징벌의 관점에서도 중요하게 검토되어야 한다. 앞서 살펴본 것과 같이 단순히 억지 효과를 제고하기 위하여 카르텔에 대한 형사 처벌을 도입하는 상위하달('top down')식 접근은 실제 집행에서 효과를 거두기 어렵기 때문이다. 실제 의도한 정책 효과를 거두기 위해서는 카르텔의 범죄화에 대한 주요 당사자들의 공통된 인식과 지지가 선행되어야 하고('bottom up'), 이때 당사자들에는 시민 사회, 사업자, 정책 입안자 그룹, 법원 등이 모두 포함된다.[87][88]

---

86) Francesco Ducci, 'Cartel Criminalization in Europe: Addressing Deterrence and Institutional Challenges', 51(1) Vanderbilt Journal of transnational Law 1 (Jan 2018) pp.5-10; 조혜신, "경쟁법상 부당한 공동행위의 형사처벌에 따르는 법리적 쟁점", 「경쟁법연구」 제39권, 2019. 5. ('조혜신, 2019'), 268-278면.

87) *Supra* note 61; Wils, 2005, p.150.

88) 미국과 유럽을 비교해보면 사회적 합의, 공통된 인식의 중요성은 더욱 분명하게 드러난다. 앞서 살핀 것과 같이, 미국은 형사 제재 시스템을 채택한 반면, 유럽에서는 많은 국가들이 행정 제재 시스템을 채택하고 있고 형사 제재를 도입한 국가들의 경우에도 실제 집행에는 극히 신중한 모습을 보이고 있다. 이러한 차이는 주로 카르텔에 대한 인식의 차이에서 비롯되었다고 볼 수 있는데, 미국에서는 가격 고정과 같은 경성 카르텔의 경우 합의 행위 자체를 마치 절도와 같이 범죄로 인식해온 데 비하여(Wils, 2005, p.124). 유럽에서는 카르텔에 대해 비교적 관대한 태도를 보여 왔기 때문이다(Wils, 2005, p.126 and pp.133-135). 물론 오늘날 유럽에서도 가격 담합 등 경성 카르텔에 대한 부정적 인식이 결코 작다고 할 수는 없을 것이다(Monti, 2000). 그러나 하딩(Christopher Harding) 교수가 적절히 지적한 것처럼, 이러한 인식은 기본적으로

우리 공정거래법상 형사 처벌과 전속 고발제는 1980년 제정 당시부터 도입되었는데, 당시 정부가 국가보위입법회의에 제출한 입법안 제안이유나 법제처장이 공표한 법제정 이유에서도 특별한 설명은 찾을 수가 없다.[89] 다만 당시 일본의 사적독점금지법(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律)이 전속 고발제를 두고 있었기 때문에 관련 규정을 그대로 들여온 것으로 추측할 뿐이다.[90] 일본에서 해당 규정의 취지는 전문 기관인 경쟁당국의 일차적 판단을 통해 경제활동에 대한 무분별한 형벌권 행사로써 자유롭고 창의적인 경제활동을 위축시키는 부작용을 최소화하기 위한 것으로 설명되고 있는데,[91] 이 같은 태도는 당시 우리 입법자들의 의사와 크게 다르지 않았을 것으로 짐작한다. 특히 1990년대 초까지는 공동행위 자체에 대한 집행이 그렇게 적극적이지 않았다는 점을 고려할 때, 당시 우리에게 카르텔 행위를 범죄로 보는 시각은 없었던 것으로 보인다.[92]

물론 이러한 시각이 현재까지도 그대로 유효하다고 볼 수는 없다. 앞서 언급했듯이 전속 고발제도는 참여연대 등 일부 시민단체의 계속적인 비판의 대상이 되어 왔으며,[93] 제20대 국회부터 전속 고발제 전·일부 폐지에 관

카르텔의 결과(outcome), 즉, 시장 효과와 폐해의 크기에 기초한 것으로, 행위나 의도 자체의 비도덕성에 기초한 미국의 접근과는 결을 달리하는 점을 분명히 인식해야 한다. Christopher Harding, 'Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation', 9 Maastricht Journal of European and Comparative Law 393 (2002) ('Harding, 2002'), p.404 and p.412.

89) 주진열, 2018, 316면.

90) 주진열, 2018, 316면; 조성국, 2017, 283면. 일본 사적독점금지법 제96조 제1항은 형사벌을 부과하기 위하여 공정취인위원회의 고발이 있어야 한다고 규정하고 있다("第八十九條から第九十一條までの罪は、公正取引委員會の告發を待つて、これを論ずる。")

91) 岸井大太郎 外, 經濟法(第5版), 有斐閣, 2008, 50頁 조성국, 2017, 283면에서 재인용.

92) 이황, 2011, 395면. 공정거래위원회 자료에 따르면, 2018년 '한 해' 동안 부당한 공동행위에 대하여 경고 이상으로 조치된 건수는 157건(고발 건수는 44건)에 달하는 데 비해(공정거래백서, 2019, 88면, 307면), 1981년부터 1994년까지 '14년 동안' 경고 이상으로 조치된 건수는 129건(고발 건수는 총 3건)에 그친다 (공정거래위원회, 2003년도 통계연보, 2004. 4. 9. 39면).

93) 예컨대 박광민·이성대, "공정거래법상 전속고발권의 존폐론 검토", 「비교형사법연구」 제15권 제2호, 2013, 498-500면; 전윤경, "공정거래법의 기존 공적 집행 체제의 한계 및 실효성 확보방안", 「형사법의 신동향」 제53호, 2016. 12. 186면 이하; 이석환, "공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점", 「법조」 63권 7호, 2014, 64-65면;

한 의원 입법안들이 발의되었고, 이러한 배경에서 이번 전면개편안이 만들어졌기 때문이다.[94] 하지만 이러한 움직임이 곧 경성 담합의 형사 범죄화에 대한 우리 사회의 합의를 보여준다고 평가하기도 어렵다. 다른 일각에서는 계속해서 과도한 형사 처벌에 대한 문제 제기를 해왔으며,[95] 현재 국회 내에서도 전속 고발권 폐지가 형사 고발의 남용으로 이어질 수 있다는 우려와 함께 전면개편안과는 다른 입법 움직임이 나타나고 있기 때문이다.[96] 비록 이들의 문제 제기는 전속 고발제 문제에 한정되어 있으며 아직까지 형사 처벌 규정 자체에 대한 문제 의식은 나타나지 않고 있지만, 적어도 '효과의 중대성에 관한 경쟁 당국의 판단을 거치지 않는 카르텔의 범죄화'에 대하여 시민과 입법자들이 공통된 인식을 갖고 있다고 말하기는 어렵다고 본다.

집행 당국인 공정거래위원회와 검찰은 적어도 경성 담합에 한정한다면 어느 정도 공통된 인식을 갖고 있는 것으로 보인다.[97] 우리 법무부와 검찰은 (그리스나 이스라엘 등에서는 형사 당국이 경쟁법 위반 행위에 대한 개입을 꺼려하는 것과 달리) 공정거래법 위반에 대한 적극적인 개입 의지를 여러 차례 피력해왔으며, 공정거래위원회도 경성 담합에 한해서는 이러한 검찰의 입장을 어느 정도 받아들이고 있기 때문이다. 그러나 전면개편안을

강명수, "공정거래위원회의 전속고발권", 「형사법의 신동향」 제41호, 2013. 12. 251-252면; 최은진, "공정거래법상 전속고발권 폐지의 과정과 전망", 「유통법연구」 제5권 제2호, 2018. 12. 242-243면; 정연주, "공정거래위원회 전속고발권의 헌법적 문제", 「서울법학」 제25권 제3호, 2017. 11. 112-113면; 선종수, 2012, 236-237면 등.

94) 주진열, 2018, 316면.

95) 예컨대 김윤정·이호영, "공정거래법상 전속고발제도에 대한 비판적 검토와 개선방안", 「경제법연구」 제12권 제1호, 2013. 6. 322-323면; 조성국, 2017, 292면; 조혜신, 2019, 288-295면 등.

96) 예컨대, 장은영, 김병준 "전속고발제 폐지돼도 되는지 걱정", 아주경제, 2018. 9. 14. <https://www.ajunews.com/view/20180914172450932>; 김선동 의원 "공정거래법 전면개정안 반대... 기업 옥죄는 규제에 편중", 뉴시스, 2018. 9. 20 <http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180920_0000425408&cID=10401&pID=10400>; 권종일, '전속고발권 폐지' 안갯속… 한국당 11명 '강화' 맞불 법안 제출, 뉴데일리비즈, 2018. 11. 20 <http://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2018/11/20/2018112000084.html> 등.

97) 임현영, 공정위 "檢과 경성담합 한해 '전속고발제 폐지' 공감", 이데일리, 2018. 7. 9. <https://news.v.daum.net/v/20180709201100910?f=m>.

위해 마련된 특별위원회의 보고서는 최종안과는 다른 시각을 보여주고 있다는 점에서 흥미롭다. 해당 보고서에 따르면, 당시 위원들 사이에서는 경성 담합에 대해서는 경쟁제한효과와 사회적 비난 가능성 등을 이유로 형벌이 필요하다는 시각이 우세하였지만,[98] 이와 동시에 현행 공정거래법상 형사처벌 규정이 과도하다는 점에 대해서는 공감대가 형성되었다고 하며,[99] 또 경성 담합에 대한 전속 고발제 폐지에 대해서도 보완·유지 의견이 부분 폐지보다 근소하게나마 많았던 것으로 전해진다.[100] 당시 보완·유지 입장에서는 (i) 전속 고발 폐지시 중복조사의 우려가 있고, (ii) 과소고발 문제는 의무고발요청제 확대 등을 통해 보완할 수 있으며, (iii) 경성 담합에 대해서도 경제 분석이 요구되고 있기 때문에 형사 집행을 우선하는 것은 부적절하다고 지적하였다고 한다. 이러한 점들에 비추어 보면, 과연 카르텔이라는 행위 자체를 반가치적으로 보는 인식이 경쟁 당국이나 정책 입안 그룹에 넓게 공유되고 있었다고 볼 수 있을지 의문이 남는다.[101]

법원의 경우 전면개편안의 내용이나 전속 고발 폐지에 대한 인식을 직접적으로 확인할 방법은 찾기 어렵다. 그러나 법원의 유죄 판결, 특히 자유형에 대한 판결 현황을 검토해보면 간접적으로나마 형사 처벌에 대한 법원의 인식을 유추해볼 수 있을 것으로 본다. 이하 <표 1>은 법원(1심)의 공정거래법 위반사건 처리 현황을 죄명별 재판 인원수를 기준으로 정리한 것이다. 비록 위반 행위가 부당공동행위에만 한정되는 것이 아니고[102] 양형이나

98) 공정거래위원회, 공정거래법 전면개편 특별위원회 최종 보고서, 2018. 7. (‘전면개편 최종 보고서’) 11-12면.

99) 전면개편 최종 보고서, 11면.

100) 전면개편 최종 보고서, 14면.

101) 물론 해당 보고서는 ‘민간’ 위원들의 주도로 작성되었기 때문에 이를 집행 당국이나 정책 입안자들의 시각이라고 보는 데에는 한계가 있지만, 당시 구성 위원들을 보면 법원과 공정거래위원회 출신이 적지 않게 포함되었으며 법무부 추천 외부 전문가들이 각 분과별로 배치되었다는 점을 고려하면 넓게 정책 입안자 그룹의 시각에 포함시킬 수도 있다고 본다. 전면개편 최종 보고서, 2면.

102) 다만, 1981년부터 2018년까지 전체 공정거래위원회 고발 건수(389건)에서 부당공동행위(204건, 약 52.44%)와 불공정거래행위(106건, 약 27.25%)가 차지하는 비중이 월등히 높다(약 79.69%)는 점을 참고할 수는 있을 것으로 본다. 물론, 고발 건수가 반드시 유죄 인정 건수와 비례하지는 않을 수 있다는 점은 한계다. 공정거래위원회, 2018년

상소 결과 등[103] 세부적인 내용까지 구별하여 분석한 결과가 아니기 때문에 이를 토대로 결론을 도출하는 데에는 한계가 있겠지만, 아래 표에 따르면 적어도 법원이 재산형 선고와 달리 자유형 선고에 있어서는 극히 신중한 입장에 있다는 점은 분명하게 확인할 수 있다. 특히 집행유예 선고 비율이 높아서 현재까지 실제로 실형이 선고된 사건은 거의 없는 수준이라고 볼 수 있다. 현행법상 공정거래위원회의 고발은 경쟁질서를 현저히 저해하는 중대한 위반에 해당하거나 사회적 파급효과 등이 큰 경우에만 이뤄진다는 점을 고려할 때,[104] 법원 역시 카르텔을 다른 형사 범죄처럼 취급하는 것에 대해 같은 인식을 공유한다고 말하기는 어려울 것으로 본다.

도 통계연보, 2019. 5. 20. 6면.

103) 다만, 공정거래법 위반 사건의 경우 상소 비중이 높지가 않고 상소된 경우에도 기각률이 높은 것으로 보여 결론에 큰 영향은 없을 것으로 본다.

104) 현행법 제71조 제2항 및 제4항.

<표 1> 법원(1심)의 공정거래법 위반사건 처리현황(인원수 기준)

구분	해당연도 접수건수	처리건수 합계	처리						
			판결						기타
			유기형	집행유예	재산형	선고유예	무죄	공소기각	
2018	139	96	6	7	81	1	-	-	1
2017	66	37	-	-	37	-	-	-	-
2016	22	34	-	5	22	-	6	-	1
2015	36	60	-	2	47	-	5	-	6
2014	64	59	-	6	49	-	3	-	1
2013	49	24	-	1	20	-	1	-	2
2012	21	10	-	-	8	-	1	-	1
2011	9	3	-	-	-	-	-	-	3
2010	5	7	-	-	1	-	-	6	-
2009	-	12	-	-	8	-	-	3	1
2008	15	21	-	-	2	-	-	18	1
2007	31	8	-	2	6	-	-	-	-
2006	3	-	-	-	-	-	-	-	-
2005	52	55	-	-	35	1	19	-	-
2004	25	29	7	1	13	2	-	-	6
2003	25	28	1	6	13	1	1	-	6
2002-1990	240	209	45	70	79	1	0	3	11
합계	802	692	59	100	421	6	36	30	40

※ 위 표는 대법원 웹사이트(https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gu bun=10)에 공개된 2002년부터 2018년까지의 사법통계 자료를 공정거래법 위반행위를 중심으로 정리한 것이다. 다만 위 사이트에서 접근되지 않는 1990년부터 2002년까지의 자료는 이천현, 독점규제법위반행위에 대한 형사법적 대응방안, 2003, 169면에서 재인용하였다. '기타'란에는 자유형, 재산형, 선고유예, 무죄, 공소기각 판결에 해당하지 않는 유형들을 분류해 넣었다.

2. 경성 담합에 대한 법 집행이 형사 절차화되면서 발생할 수 있는 문제점은 없는가?

전면개편안대로 전속 고발권이 폐지되면 행정 사건인 경성 담합 사건에서 법원이 요구할 증명력 수준이 형사 사건과 동일하게 높아질 가능성이 있는데, 이는 특히 공정거래법 제19조 제1항의 요건사실인 '합의(agreement)'

증명 수준과 관련하여 문제가 될 수 있다.

주지하다시피 공정거래법에서 "합의"란 문언상의 의미와 달리 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법이든 상관없이 사업자들이 서로 공동으로 행동한다는 "의사의 연락(meeting of minds)"이 존재하는 모든 상황을 말한다.[105] 법원 역시 같은 입장에서 공정거래법상 '합의'는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것까지 포함되는 넓은 개념이라고 보고 있으며[106] 직접증거만이 아니라 간접증거를 통한 합의의 추정도 허용하고 있다.[107] 이렇게 간접증거를 통한

105) 물론 의심이 가는 모든 경우에 합의가 인정되는 것은 아니며, 법원에 따르면 "의사연결의 상호성을 인정할 만한 사정에 대한 증명"이 필요하다. 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012 두 17421 판결(유니버설 뮤직 사건).

106) 유럽연합과 미국 역시 공동행위의 포섭 범위를 실질적 의미의 '합의'에 그치지 않고 '동조적 행위(concerted practice)'나 '공모(conspiracy)' 등을 포함하는 상당히 넓은 것으로 유연하게 파악하고 있다(이황, "경쟁사업자 간 정보교환에서 '합의'의 의미와 입증 수준: 대법원의 라면 담합 판결에 대한 코멘트", 「경쟁저널」 제187호, 2016. 7. ('이황, 2016') 6-10면; 강우찬, "정보교환행위와 부당공동행위의 성립과의 관계", 「대법원 판례해설」 제101호, 2014년 하, 2015. 6. 26. ('강우찬, 2015') 532면 등). 특히 유럽연합 법원은 공동행위의 포섭 범위를 '의사의 일치(a concurrence of wills)는 물론(Judgment of 26 Oct 2000, *Bayer v Commission*, Case T-41/96, EU:T:2000:242, *para* 69.) '합의가 된 상태까지 이르지는 않았지만, 의식적으로(knowingly) 경쟁 관계를 실질적인 협력 관계로 대체할 수 있는 협력 상태(coordination)'를 포함하는 넓은 것으로 설명하는데, 이러한 설명은 우리 공정거래법상 '합의' 개념을 이해하는 데에도 많은 시사점을 준다(Judgment of 14 Jul 1972, *ICI (dyestuff producer) v Commission*, Case 48/69, EU:C:1972:70, *para* 64). 참고로 유럽연합은 합의와 동조적 행위 개념을 명확하게 구분되는 개념으로 보고 있지 않다. 이른바 'join classification'이라고 부르며, 이러한 접근은 법원의 확립된 판례를 통해 그 타당성이 인정되었다(Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (9th ed. 2018), pp.106-107). 물론 유럽연합이 둘의 개념을 구분하지 않는다고 해서, 우리 법상 '합의' 개념 안에 해석으로써 유럽의 '동조적 행위'의 의미 범위를 전부 포섭시킬 수 있다고 말하기는 어려울 것이다. 과거 공정거래위원회의 결정문과 서울고등법원 일부 판결문에서 동조적 행위 개념의 도입이 시도된 바 있었지만(정재훈, "부당한 공동행위 규제에 있어 묵시적 합의-정보교환과 동조적 행위(concerted practice)에 관한 최근 판례를 중심으로", 「경쟁과 법」 제2호, 2014, 128면), 대법원은 이를 인정하지 않았다(예컨대 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결; 강우찬, 2015, 520면). 다만, 유럽연합이 이러한 유연한 개념을 통하여 다양한 형태로 이뤄지는 사업자들 간의 조정(coordination)과 공모(collusion)를 법의 포섭 범위에 두려고 한 취지(Judgment of 23 Nov 2006, *ASNEF-EQUIFAX*, Case C-238/05, EU:C:2006:734, *para* 32)는 우리가 '합의' 개념을 통해 공동행위 규정의 포섭 범위를 정하는 데 있어서 중요한 참고 사항이 된다.

107) 예컨대, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001 두 1239 판결(맥주 사건); 대법원 2014. 7.

증명까지 허용하면서 '합의' 판단을 유연하게 하는 이유는, 경쟁 사업자들의 가격 등에 대한 공동행위가 그 형식이나 명시, 묵시 여부와 상관없이 똑같이 소비자 후생 저하 등 경쟁제한 효과를 발생시키기고, 사업자들 간에 은밀하게 이루어지는 의사 연락을 경쟁 당국의 임의 조사로 밝혀내기는 어렵다는 점 등에서 기인한다.[108] 그러나 전속 고발권 폐지로 경성 담합 행위가 형사 범죄화가 된다면, 법원의 엄격한 증명 요구로 인해 간접증거를 통한 '합의' 입증이 어려워지고 과소집행이 나타나게 될 수 있다.

사실 법원의 엄격한 증명 요구는 전면개편안 이전부터 상당히 문제가 되었던 부분이다. 2014년 소주 출고가격 담합 사건,[109] 2014년 생명보험사 이율담합 사건,[110] 2015년 라면 담합 사건에서[111] 공정거래위원회는 정보교환 등 정황 증거를 이용한 '합의'의 증명을 시도하였지만 법원은 필요한 증명력 수준을 계속 높이며 공정거래위원회의 주장을 받아들여지지 않았다. 특히 2015년 라면 담합 사건이 대표적이다. 이 사건은 라면 제조, 판매 사업자들이 대표자 회의 등을 통하여 미래의 가격과 같이 민감한 사업상의 정보를 지속적으로 교환하고 실제 비슷하게 가격을 인상하자 공정거래위원회가 이를 담합 행위로 보고 과징금 등을 부과한 사건이다. 당시 공정거래위원회는 삼양㈜[112] 상무(망 소외 1), 사장(소외 2), 영업본부 고문(소외 3)의 대표

---

24. 선고 2013 두 16951(생명보험사 사건). '직접증거'란 합의의 내용을 직접적으로 보여줄 수 있는 서면이나 진술 증거를 말하며 '간접증거'는 합의 정황을 간접적으로 보여주면서 여러 간접증거를 결합하는 경우 합의 사실이 존재했음에 대한 추정이 가능하게끔 해주는 증거들을 말한다. 간접증거는 크게, 의사소통의 실체가 담기지는 않았지만 서로 접촉하고 소통했음을 보여주는 '의사소통 증거'와 합의 존재가 의심스러운 병행적, 조장적 행위, 비정상적인 시장성과(행위증거), 그리고 합의 형성이 용이한 구조(구조증거) 등의 '경제적 증거'로 분류된다. 증거의 증명력은 개별 구체적으로 평가되지만, 통상 의사소통 증거가 경제증거보다, 행위증거가 구조증거보다 중요성을 갖는 것으로 여겨진다. 홍대식, "합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성 - 정보교환을 중심으로", 「경쟁법연구」 제30 권, 2014. 11. ('홍대식, 2014') 125-127면.

108) 이황, [판례해설] 정보교환의 담합 여부에 관한 대법원 판례와 여운, 법률신문, 2016. 1. 22. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=98181>.

109) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결.

110) 대법원 2014. 7. 24. 선고2013두16951 판결.

111) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결.

112) 이 사건은 공동행위에 가담하였던 삼양㈜의 자진신고에 기하여 본격화되었다. 라면

자회의에 관한 진술들, 그리고 소외 4의 라면협의회에 관한 진술 등[113]을 중요한 증거로 제시하였고 원심은 이를 받아들였지만, 대법원은 이들의 증명력을 '전문진술'로 배척하면서 '합의'의 존재를 부인하였다.

대법원이 행정소송법상 존재하지 않는 '전문증거'라는 표현 대신 "신빙성을 전적으로 부여하기 어렵다"는 표현까지 써가면서 전문진술의 증명력을 배척한 것은 다분히 형사법적인 고려에서 나온 것으로[114] 상당히 이례적인 것이었다. 그동안 전문법칙은[115] 형사소송법상의 원칙으로[116] 민사소송의 원칙을 적용하는 행정소송절차에서는 일반적으로 받아들여지지 않아 왔기 때문이다.[117] 전문법칙이 받아들여지지 않았던 것에는 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 행정청이 부과한 처분의 위법성을 다투는 행정 소송 절차에서 엄격한 형사 소송 절차의 원리를 그대로 요구하는 것에는 한계가 있다는 이유도 있었다.[118] 실제 라면 담합 사건 이전까지 공정거래위원회 처

담합 사건의 구체적인 사실관계는 공정거래위원회의 의결서에서 확인할 수 있다. 공정거래위원회 2012. 7. 12. 의결 제2012-107호. 보도에 따르면, 공정거래위원회가 라면업계의 담합에 대해 조사를 시작한 것은 2008년 6월경으로 확인된다. 한애란, 라면값 인상 속쓰린 진실, 중앙일보 2012. 3. 27. <https://news.joins.com/article/7722073>

113) 당시 공정거래위원회는 2000년 12월 말 또는 2001년 1월 초에 개최된 대표자회의와 2001년 3월 28일의 라면거래질서 정상화협의회 정기총회(라면협의회) 등에서 가격 인상에 관한 합의가 최초로 이루어졌다고 보았다. 망 소외 1은 대표자회의에 참석하였으나 2006년경 사망하였고, 소외2와 소외 3은 관련 내용을 소외 1로부터 가격 인상 관련 내용을 전해 들었다고 진술하였다. 소외 4는 라면협의회에 참석하여 가격인상 등에 관한 이야기를 들었다고 진술하였다. 다만 소외 4가 당시 라면협의회에 참석했는지 여부에 대해서는 의사록에 다른 사람 이름이 기재되는 등 의심스러운 사정이 있었다.

114) 형사소송법 제310조의2, 제316조 등 참고. 손계준·이승수, "정보교환 공동행위에 관한 최근 대법원 판결의 동향", 「경쟁저널」 제187호, 2016. 7. 30면.

115) 전문법칙은 영미 증거법상의 원칙으로, 경험 사실을 들은 타인의 진술 등 전문증거의 경우에는 원 진술자에 대한 반대심문권의 보장, 전문증거의 신용성 결여 등의 문제가 있으므로 이들에 대해서는 증거능력을 부정한다는 원칙을 말한다. 이하 전문법칙에 관한 내용은 신영호, 2016, 109면 이하의 설명을 참고하여 작성되었다.

116) 한편 엄격한 전문법칙의 적용은 실체적 진실 발견을 저해할 수 있기 때문에 일정한 제한 아래 예외가 인정되어 왔으며 이는 우리 형사소송법에서도 마찬가지다. 형사소송법 제316조 참고.

117) 행정소송법 제8조 제2항. 하명호, 행정쟁송법 제4판, 2019, 11면 이하.

118) 형쟁 제재와 형사 처벌의 차이에 대해서는 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정 참고.

분의 위법성을 다투는 경쟁법 사건에서 전문에 의한 진술증거의 증거가치를 전문법칙의 법리로서 배제한 사례는 거의 없었기 때문에,[119] 위와 같은 대법원의 입장, 즉, 형사 사건 수준의 증명력을 요구하면서 원심의 사실 인정까지 뒤집었던 당시의 판결은 많은 비판을 불러왔었다.[120]

현재 형사 처벌 '가능성'만으로도 이렇게 형사 사건에 준하는 엄격한 증거 능력이 요구된다면, 전속 고발 제도가 폐지된 이후에는 그 정도가 더욱 심해질 가능성이 크다.[121] 물론 이론적으로 동일 사건에 대하여 행정법과 형법에 의한 판단이 반드시 같아야 할 이유는 없다.[122] 한정된 자원을 최적으로 배분하기 위하여 소비자 후생과 경쟁 구조의 보호 등의 관점에서 법리가 정립되고 집행되어 온 경쟁법의 판단과 '1명의 무고한 이를 유죄로 고통받게 하는 것보다 10명의 범인을 놓치는 것이 낫다'는 엄격한 무죄추정, 죄형법정주의의 철학[123]에 기초한 형사법의 판단에서 같은 결론이 나오는 것

---

119) 예외적으로 2순위 조사협조자의 진술서의 증명자료로서의 가치가 문제된 사안이 있었다. 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두8724 판결.

120) 라면 담합 판결에 대한 비판적 견해로, 이황, 2016, 2016, 13면 이하; 조성국, "4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 판례 평석 – 대법원 2015.12.24. 선고 2013두25924 판결을 중심으로", 「경쟁법연구」 제33권, 2016. 5. ('조성국, 2016') 207면 이하; 박세민, "공정거래법 제19조의 합의와 동조적 행위 – 정보교환을 중심으로", 「법조」 67권 5호, 2018. 10. ('박세민, 2018') 459면 이하; 신영호, "『라면 판결』, 그 경쟁법적 의미에 관한 고찰", 「문화미디어엔터테인먼트법」 제10권 제1호, 2016 ('신영호, 2016'), 114면 이하; 박수영, "정보교환행위의 합의성립여부 – 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결을 중심으로", 「경제법연구」 제15권 제2호, 2016. 8. 202면 이하; 이상규, "정보교환의 경제적 효과 및 규제기준", 「사회과학연구」 제23권 제3호, 2016. 9. 113면; Yo Sop Choi, 'The Issue of Information Exchanges Regarding Price under Competition Law', 36 Soongsil Law Review 445 (Jul 2016) p.9 *et seq.* 반면 판결의 내용을 지지하는 입장으로는, 김철, "부당한 공동행위의 성립요건인 '합의'의 증명방법: 소위 '라면가격 담합사건'에 대한 관견 – 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결", 「경쟁저널」 제185호, 2016. 3. 81-83면 등.

121) 같은 취지의 지적으로, 조혜신, 2019, 292면.

122) 참고로 최근 대법원은 불공정거래행위로서 부당한 이익에 의한 고객 유인이 문제된 다른 사안에서는 공정거래법 사건에서의 고의 판단과 형사법 사건에서의 고의 판단이 다를 수도 있다는 판시를 하였다.. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두51365 판결.

123) Jefrey Reiman and Ernest Van Den Haag, 'On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con' 7(2) Social Philosophy & Policy 226 (1990) p.226.

은 오히려 부자연스럽기 때문이다. 그러나 이론적 가능성과는 별개로 우리 법원이 경쟁법 사건에서도 점차 형사 사건에 준하는 엄격성을 요구하고 있다는 것이 현실이며, 이러한 관점에서 볼 때 전속 고발 폐지 이후 경성 카르텔에 대한 법원의 잣대가 더욱 높아질 것이라는 예상이 단순히 기우일 수는 없다고 본다. 물론 경쟁제한적 행위에 대한 신속하고도 적극적인 교정을 지향하는 경쟁정책적 관점에서 위와 같은 변화가 바람직하다고 보기는 어렵다.[124]

전면개편안이 위와 같은 우려에 대한 대비를 전혀 하지 않고 있는 것은 아니다. 전면개편안은 현행법상 "합의" 개념이 놓칠 수 있는 다양한 유형의 경쟁제한적 공동행위를 '정보 교환(information exchange)' 개념의 도입을 통해 해결하고자 한다.[125] 그런데 이러한 정보 교환의 입법화는 앞서 지적한 것과는 또 다른 우려를 발생시킬 수 있다는 점에서 문제가 될 것으로 보인다.

첫째, 개편안은 합의에 포섭되는 범위의 정보를 '대통령령'으로 규정하면서 이에 해당하는 정보를 교환하면 합의로 보는 태도를 취하고 있는데, 이는 지나치게 형식적이고 완고한 접근으로 보인다. 유럽연합 경쟁법의 접근을 반영하고자 한 것으로 보이는데, 유럽연합의 경우 법적 구속력이 없는 가이드라인 방식으로 정보 교환의 장점을 인정하는 가운데 경쟁 제한의 우려가 있는 경우만을 동조적 행위라는 개념에 포섭시키는 방식을 채택하고 있다는 점에서[126] 개편안의 접근을 정당화하는 사례가 되기는 어렵다고 본

---

124) 이황, 2016, 16면 이하; 조성국, 2016, 208면; 신영호, 2016, 109-111면 등.

125) 전면개편안 제39조 제1항 제9호는 "대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위"를 새로운 유형의 합의로 규정하고, 또 제5호에 "제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 그 행위에 필요한 정보를 주고 받은 때"를 합의 추정 사유로 포함하고 있다.

126) European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01) ('Horizontal cooperation guidelines'), *paras* 55-57 and *paras* 58-63. 참고로 동 가이드라인은 사업자들 간에 교환이 이뤄졌을 경우 사업상의 불확실성을 감소시키면서 사업자들의 활동의 독립성과 경쟁 유인을 감소시키고 공동행위의 기회를 높여주는(facilitating collusion) 전략적 정보(strategic data)를 민감한 정보로 설명하면서, 구체적으로 가격 (예컨대, 실제 판매가, 할인율, 가격 인상, 인하 또는 리베이트 등), 고객 리스트, 생산 비용, 생산량, 매출액, 판매량, 생산능력, 품질, 마케팅 계획, 사업 리스크, 투자, 기술, 연구개발 프로그램과 결과 등에 관한 정보들을 예시하고

다. 둘째, 정보 교환을 합의의 추정 사유에까지 포함시키고 있는 것은, 현행법상 실행 행위 없는 합의만으로도 공정거래법 위반이 될 수 있다는 점을 고려하면[127] 다소 과도한 개념 확장으로 보이는 면이 없지 않다. 셋째, 현행법 하에서도 정보 교환의 포섭이 가능할 수 있는 상황에서 위와 같은 무리한 입법이 필요한지 의문이다. 라면 담합 사건에서 대법원은 "공정거래법상 정보 교환 합의를 부당한 공동행위로 의율할 수 있는지는 별론으로 하고, 정보 교환행위 자체를 곧바로 가격을 결정·유지하는 행위에 관한 합의로 인정할 수는 없다"고 판시하면서, 현행 공정거래법 제19조 제1항 제1호 외에, 예컨대 제1항 제9호와 같은 경우에는 정보 교환이 공동행위의 범위에 포섭될 수 있는 여지를 열어두었다.[128] 동 규정에 의한 정보 교환의 포섭을 시도해보지 않고 곧바로 무리한 법 개정을 시도하는 것이 과연 타당하다고 볼 수 있는지 의문이다.

만약 개편안이 지금 모습으로 도입된다면, 예전 제19조 제5항이 과도한 추정으로 결국 사문화되는 운명을 맞이하게 된 것처럼[129] 정보 교환에 관한 새로운 규정들도 결국 큰 의미 없이 사문화될 가능성이 적지 않다고 본다. 그렇다면 앞서 언급한 '합의' 증명에 관한 문제들은 개편안의 의도와 달리

있다(Horizontal cooperation guidelines, *paras* 61-62). 물론 가장 전략적이라고 할 수 있는 정보는 가격 및 생산량과 관련된 정보들이며 그 다음으로는 비용과 수요에 대한 것들이다(Horizontal cooperation guidelines, *para* 86). 앞서 언급했던 소주, 라면, 농기계 사건의 사업자들은 특히 시장에 공개되지 않은 장래의 가격과 관련한 민감정보들(인상 여부, 인상 폭, 인상률, 인상방안, 인상시기 등)을 폭 넓게, 장기간 공유해 왔었고 이 점이 합의의 정황증거로서 중요하게 다루어졌었다.

127) 정호열, 2019, 308면. 한편 담합의 경우 실행 행위 없는 합의 자체만으로도 제재의 대상이 된다는 점이 형사법적인 관점에서 담합의 불법 내용을 구성하는 데 있어서 문제가 될 수 있다는 지적으로, 조혜신, 2019, 287면.

128) 대법원 판시에 대한 같은 해석으로 박세민, 2018, 466-467면.

129) 2007년 개정법 이전 제19조 제5항은 "해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때"라는 조건이 없었기 때문에 직접증거가 필요 없는 많은 사건들이 제19조 제5항으로 다루어졌다. 하지만 이렇게 '손쉬운 추정' 방법은 역설적으로 법원의 '손쉬운 추정 번복'으로 이어지게 되었고, 결국 2007년 개정법에서 위 조건이 도입되면서, 사실상 제1항과 큰 차이가 없게 되어 사문화되는 운명을 맞이하게 되었다. 정호열, 2019, 314-316면.

지속될 수밖에 없을 것이다.[130]

3. 기존의 제도, 특히 자진신고자 감면제도(leniency)와 상충하는 면은 없는가?

셋 번째 의문·우려는, 전속 고발의 폐지를 통한 경성 카르텔 정책의 형사화가 기존의 제도 운영과 상충하는 면은 없는가 하는 점이다. 특히 자진신고자 감면제도와 관련하여 문제가 될 수 있다.

앞서 본 것과 같이 전면개편안은 자진신고자에 대한 형사 제재 감면 규정을 추가하고, 동시에 자진신고를 통해 얻은 관련 정보를 공정거래위원회와 검찰이 서로 공유할 수 있도록 규정하고 있다. 전면개편 특별위원회 보고서에 따르면, 이러한 정보 공유는 공정거래위원회와 검찰의 상호 협업할 필요가 있다는 이유로 설명되고 있다.[131] 하지만 해당 보고서도 인정하고 있는 것처럼 검찰의 형사 제재 가능성과 두 기관의 정보 공유는 결과적으로 자진신고자 감면제도의 효과를 감소시킴으로써 경성 담합에 대한 당국의 집행 효과를 감소시킬 위험이 있으므로 신중할 필요가 있다.

무엇보다도 사업자들의 자진신고 유인(incentives)을 감소시킬 수 있다는 점은 크게 우려되는 부분이다. 자진신고자 감면제도는 카르텔 가담자들의 게임적 상황(개인의 결정이 타인의 결정에 영향을 받는 상호 의존적 상황)을 이용하여 카르텔 적발 가능성을 높이기 위해 고안된 제도다.[132] 우리나라의 경우 자진신고자 감면제도는 1996년 개정법으로 도입되었는데, 기대와 달리 초기에는 동 제도를 통해 적발한 사건이 연간 1-2건에 그칠 정도로 실적이 미미하다가[133] 2005년 제도 개편에서 정액율에 따른 과징금 감면 혜

130) 참고로 합의 추정의 경우에는 형사 처벌 규정이 없다. 현행법 제66조 제1항 제9호.

131) 전면개편 최종 보고서, 15면.

132) 자진신고자 감면제도의 효과(담합 적발률 향상과 담합 형성률 감소 효과)는 실증분석 연구들로 지지되고 있다. 예컨대 다음 문헌들 참고. 김현수·남재현, "카르텔 자진신고자 감면제도의 주요 쟁점과 효과 분석", 「응용경제」 제12권 제2호, 2010. 9; 이효원·최운정, "자진신고자 감면제도의 개정이 담합 적발률과 담합 형성률에 미치는 영향", 「한국경제연구」 제32권 제2호, 2014.

택 부여, 주도자 등에 대한 감면 제한 폐지 등을 통하여 사업자의 예측가능성과 신고 유인을 높인 이후부터[134] 비로소 활성화되기 시작하였다.[135] 결국, 자진신고자 감면제도의 성공 여부는 담합 사업자들의 유인을 어떻게 최대한으로 끌어낼 수 있는지 여부에 달렸다고 볼 수 있다.[136] 형사 처벌 가능성이 이러한 사업자들의 유인에 부정적 영향을 미치면서 자진신고자 감면제도의 효과를 반감시킨다면, 전속 고발제 폐지의 원래 의도와는 달리 전체적인 법 집행 수준과 억지력은 감소하게 될 수밖에 없을 것이다.

현재와 비교해서[137] 전면개편안에 따라 전속 고발이 폐지되고 경쟁 당국과 형사 당국의 긴밀한 협력에 따라 사업자들의 자진신고 유인이 부정적 영향을 받을 수 있을 것으로 예상하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 회사(법인)와 임직원의 형사 책임 감면 여부에 차이가 발생하는 경우 회사 또는 임직원의 자진신고에 대한 유인이 감소될 수 있다. 예컨대 회사가 자진신고를

133) 공정거래백서, 2019, 293면.

134) 2005년 3월 31일 개정 시행령 제35조 제1항은 기존에 공정거래위원회가 "감경 또는 면제…를 할 수 있다"고 되어 있던 부분이 "감경 또는 면제에 대한 기준은 다음 각호와 같다"로 수정되었고, 개정 시행령 제35조 제1항 제1호는 최초 신고자에게 "과징금 및 시정조치를 면제한다"고 규정하였다. 또 2순위 신고자에 대해서도 정액율에 따른 과징금 감경 혜택을 부여(당시 30% 감경)하였고 (개정 시행령 제35조 제1항 제2호), 공동행위를 주도하거나 강요한 자에 대해서도 감면 제한이 가능하도록 하였다(구 시행령 제35조 제1항 제4호를 삭제한 것을 말한다. 다만 해당 내용 중 강요자에 대한 제한은 2007. 11. 2. 개정 시행령 제35조 제1항 제5호에서 다시 규정되었다).

135) 1999년부터 2018년까지 과징금이 부과된 카르텔 사건 총 626건 가운데 자진신고자 감면제도로써 적발한 사건은 339건으로 54.2%에 이른다고 한다. 특히, 자진신고가 급증하기 시작한 2005년부터 2018년까지의 기간 동안에는 과징금이 부과된 카르텔 사건 중(총557건) 자진신고자 감면제도를 활용해 적발된 사건(335건)이 60.1%에 이른다고 보고된다. 2010년부터 2017년까지는 자진신고자 감면제도를 활용한 비율이 70-80%에 육박하고 있다. 공정거래백서, 2019, 293면.

136) 자진신고자 감면제도가 제기능을 발휘하기 위하여 갖추어야 할 세 가지 요소로, (i) 상당한 제재의 위협, (ii) 적발 가능성, (iii) 사업자들이 자진신고를 했을 경우 얻을 수 있는 혜택에 대한 높은 예측 가능성 등이 꼽힌다. 이기종, "리니언시 제도의 실효성 제고 방안 - 제도 운영상 장애요소 및 그 국제적 부조화에 대한 대응 방안을 중심으로", 「상사판례연구」 제31권 제4호, 2018. 12. 31. ('이기종, 2018') 252면.

137) 즉, 전속 고발제도가 존재하고, 자진신고자에 대해서는 공정거래위원회가 고발을 면제하며(현행법 제22조의2 제1항, "… 제71조(고발)에 따른 고발을 면제할 수 있다"), 검찰총장의 고발 요청도 극히 드물게 이뤄지는 현재 상황을 말한다.

통해 벌금이나 과징금을 감면 받게 되더라도 임직원에 대해서는 면책이 이뤄지지 않을 가능성이 있는 경우 회사가 자진신고를 꺼리거나 임직원이 협조에 응하지 않음으로써 자진신고자 감면제도의 효용이 감소하게 될 수 있다.[138] 둘째, 행정 절차(공정거래위원회)와 형사 절차(검찰)의 상이함으로 인해 사업자의 예측 가능성이 저하되고 이로써 자진신고 유인이 감소하게 될 수 있다. 예컨대 사업자 입장에서는 공정거래위원회에서 자진신고 혜택을 받은 경우라고 하더라도 이러한 자진신고 내용이 형사 기소의 단초가 될 우려를 완전히 배제하기가 어렵다.[139] 또한 검찰의 별건 수사 관행에 대한 사업자들의 공포는 제도 설계와 상관없이[140] 자진신고자 감면제도의 유인을 크게 감소시킬 수 있다.[141] 더욱이 자진신고 사업자에 대한 형사 면책이

---

138) 이기종, 2018, 259면. 최근 법무부와 공정거래위원회는 이러한 우려를 인정하고 향후 시행령으로 전, 현직 임직원에게도 형벌 감면의 근거 규정을 마련토록 하는데 합의하였다. 공정거래위원회, 보도자료, 공정거래법 전속고발제 개편 관련 합의문 서명식 개최, 2018. 8. 21. ('2018년 합의문') <http://ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=7896>; 회사 리니언시와 개인 리니언시의 제도 개선에 대한 구체적인 방안으로는 주진열, 2018, 331-332면 참조. 참고로 유럽연합에서는 위와 같은 우려를 반영하여 최근 도입된 'ECN+ Directive'에서 회원국들에게 일정 요건을 충족한 개인들에 대해서 형사 책임을 확실히 면제하도록 규정하고 있다. Art.23(2), Directive 2019/1 of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market [2019] OJ L11/3.

139) 물론 이러한 우려는 이론상으로는 형사 제재의 자동 면제 등의 도입으로 완화될 수도 있다. 하지만 지금까지 담합에 대한 형사 고발이 너무 소극적이었다는 불만이 경성 카르텔에 대한 전속 고발 폐지 및 형사 제도 활성화의 배경이 되어 왔다는 점을 고려할 때 이와 같은 제도의 도입은 어려울 수 있다. 실제 공정거래위원회와 법무부의 합의문도 "검찰은 자진신고 신청자에 대한 형사면책 판단시 공정위의 의견을 최대한 존중한다"는 선언적 수준에서 그치고 있을 뿐이다. 이기종, 2018, 277-278면; 2018년 합의문; 손영화, "공정거래법상 전속고발권 폐지를 둘러싼 논의에 관한 연구", 「기업법연구」 제32권 제4호, 2018. 12, 250면.

140) 물론 캐나다처럼 카르텔 조사에 한해서는 경쟁 당국이 전속 관할을 갖고 검찰은 기소권만을 갖는데 그친다면 위와 같은 우려가 해결될 수 있을 것이다. 캐나다 제도에 대한 설명으로는 주진열, 2018, 330면 참고.

141) 최근 대한변호사협회와 국회 법제사법위원회 소속 더불어민주당 이철희 의원이 협회 소속 변호사 1354명을 대상으로 실시한 '검찰·법원 업무 수행 현황 및 개선에 대한 설문조사' 결과에 따르면, 별건 수사에 대한 물음에 전체 응답자의 71%가 '관행적으로 하고 있다'고 답한 것으로 나타났다고 한다. 황금비, 변호사 68% "검찰권 불공정 행사는 '정치적 고려' 때문", 한겨레, 2019. 10. 16. <http://www.hani.co.kr/arti/politics/

충분히 보장된다고 하더라도, 형사 범죄화 된 경성 카르텔에 대하여 면죄부를 부여한다는 것은 이전보다 더 높은 사회적 거부감을 불러일으킬 수밖에 없다. 만약 이러한 저항에 따라 형사 면책 요건이 기존보다 더욱 엄격하게 설계된다면 그만큼 자진신고자 감면제도의 효과는 떨어지게 될 수밖에 없을 것이다.[142] 셋째, 검찰의 재량이 더욱 커지게 되면서 예상치 못한 역효과가 발생할 수도 있다. 현재 검찰은 1순위 신고자에 대해서는 형을 면제하지만 2순위 신고자에 대해서는 형을 "임의적으로 감경할 수 있도록 규정"하겠다고 밝히고 있는데[143] 유죄협상제도(plea bargaining)가 없는 우리 현실에서 이러한 임의 감면 제도가 법원에서 얼마만큼 받아들여질 수 있는지 여부는 불확실해 보인다.[144] 이러한 불확실성이 사업자들의 자진신고 유인에 악영향을 미칠 수 있음은 물론이다. 또한 개편안에 따르면 형의 감면 요건으로서 검찰의 수사는 물론 재판에 협조할 것까지 요구되는데[145] 이는 공판절차가 끝날 때까지 자진신고자의 지위를 불안정하게 만드는 것으로서 자진신고 유인에 부정적인 영향을 줄 가능성이 크다.[146]

자진신고자 감면제도는 갈수록 은밀해지는 사업자들 간의 담합 행위 적발을 용이하게 하고, 법 집행의 효율성을 제고하며, 장기적으로 담합 발생 자체를 억지하는데 큰 기여를 해왔다.[147] 이러한 기여가 가능할 수 있었던

---

assembly/913409.html>. 한편, 대한변호사협회의 다른 조사에서는 검찰에 의한 피의자의 비밀유지권(legal professional privilege) 침해 실태가 변호사 사무실 압수수색까지 포함하여 다양한 양태로 확인되었다. 대한변호사협회, 보도자료, 의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사, 제50-21호, 2019. 7. 4. 검찰의 수사 관행에 대해서 이와 같은 문제 제기가 꾸준히 이뤄지고 있는 현실을 고려하면 전속 고발제 폐지 이후 자진신고자 감면제도가 부정적인 영향받게 될 것을 예상하기는 어렵지 않은 것으로 보인다.

142) 이기종, 2018, 260면 및 277면. 같은 지적으로 조혜신, 2019, 294면.

143) 2018년 합의문.

144) 조혜신, 2019, 293면. 한편 법원 허가형 플리바게닝을 도입하자는 견해도 있다. 주진열, 2018, 334-335면.

145) 개편안 제43조 제1항 제2호.

146) 물론 공판 과정에서 진술을 번복하는 경우 등을 예방하기 위해서 사후적으로 감면 혜택을 취소할 수 있게 하는 등 제도적 보완이 이뤄져야 할 것이다. 주진열, 2018, 332면.

147) 이기종, 2018, 251면.

것은 그동안 경쟁 당국이 2005년 개편을 포함하여 지속적으로 관련 제도를 개선시키면서 사업자들의 자진신고 유인을 높이고 부작용을 감소시키려는 노력이 있었기에 가능한 것이었다. 그동안 성취가 계속해서 이어질 수 있도록 하고 나아가 강력한 형사 제재의 순기능을 살리기 위해서는[148] 위와 같은 우려들을 해소하기 위한 심도 있는 검토와 보다 신중한 접근이 이뤄져야 할 것으로 본다.

Ⅳ. 나오면서

그동안 공정거래위원회의 전속 고발권은 기업들의 비리 문제가 불거질 때마다 거센 비판의 대상이 되어 왔다. 비판의 핵심은 공정거래위원회가 고발권을 적극적으로 행사하지 않아서 형사 처벌이 제대로 이뤄지지 않았고 이에 공정거래법 위반 행위들이 근절되지 못했다는 것이었다. 이러한 배경에서 전면개편안은 경성 담합에 한하여 전속 고발제를 부분 폐지하고 형사 당국이 직접 개입할 수 있도록 제안하게 되었다. 거칠게 말하면, 가격 담합과 같은 경성 카르텔의 경우에는 경쟁질서를 현저히 저해하는 중대한 위반인지 여부나 사회적 파급효과 등에 대한 판단[149] 없이도 절도나 사기처럼 행위 자체를 형사 범죄화하면서 형사 당국이 개입할 수 있도록 한 것이다.

만약 카르텔의 형사 범죄화에 대한 사회적 인식과 합의가 분명하고 또 형사 제재가 자유롭고 공정한 시장 경제를 달성하는 데 더욱 효과적인 수단이라면 하루빨리 전속 고발제를 폐지하고 형사 당국의 개입을 더욱 활성화시킬 필요가 있을 것이다. 특히 개인에 대한 자유형은 금전적 제재의 한계를 보완하여 억지 효과를 높여줄 수 있고, 또 자진신고 유인을 높여 담합 적

148) 개인에 대한 형사 처벌 가능성은 담합 적발 시의 불이익을 증가시켜서 자진신고 유인을 높일 가능성도 있지만(조혜신, 2019, 274면), 반대로 형사 절차에 따르는 사회적 비용을 증가 시켜서 뚜렷한 효과를 내지 못하게 될 수도 있다(조혜신, 2019, 283면 및 293면). 결국 관건은 강력한 제재의 순기능을 보장하고 역기능을 통제하는 정교한 제도 설계에 있다고 볼 것이다.

149) 현행법 제71조 제2항, 제4항.

발률 제고에 기여할 수도 있으며, 나아가 시장 참가자들에게 카르텔의 도덕적 비난 가능성에 대한 분명한 메시지를 줄 수 있다는 면에서 긍정적 가능성을 갖고 있기 때문이다. 실제 이러한 배경에서 미국, 캐나다, 영국, 프랑스, 덴마크 등 적지 않은 나라들이 경쟁법 위반 행위, 특히 경성 카르텔에 대한 형사 제재를 도입하고 있기도 하다.

하지만 유럽연합, 독일, 벨기에, 네덜란드, 스웨덴 등 많은 관할권들은 여전히 형사 제재를 도입하지 않고 있으며, 도입한 관할권들에서도 개인에 대한 형사 처벌, 특히 자유형은 극히 제한적으로만 이뤄지고 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 다수 문헌들은 형사 처벌의 장점에도 불구하고, i) 주요 집행 당사자들 간에 카르텔 범죄화에 대한 합의나 공통된 인식이 부족한 경우, ii) 카르텔 규제가 형사 절차화되면서 증명 책임 등 전반적인 집행 비용이 높아지게 되는 경우, 그리고 iii) 형사 제재 시스템이 자진신고자 감면혜택 등 기존 제도의 효과적 운영을 저해하는 경우, 형사 제재가 제대로 이뤄지지 않고 오히려 과소집행 등 부정적 효과가 나타날 수 있다고 지적하고 있다. 적지 않은 문제점과 한계들에도 불구하고 우리가 전속 고발제 폐지를 통한 형사 당국의 개입 활성화를 반드시 관철시켜야만 한다면, 위 측면들을 면밀히 검토하고 관련 사항들을 제도 설계에 반영해야만 할 것이다.

그러나 보다 궁극적으로, 현재 우리의 경쟁 정책이 정말로 형사 제재를 필요로 하는 상황에 놓여 있는지에 대해서 한 번 더 고민해볼 필요가 있다고 본다. 경성 담합을 포함하여 공정거래법상 문제되는 사업 행위들에 대한 위법 판단은 행위에 대한 도덕적 가치 판단에 기초한 것이 아니라, 시장경제체제라는 큰 틀에서 부정적 효과를 갖는다는 판단에 기초하고 있기 때문이다. 이들의 위법성이 잠정적인 정책적 판단에 기초하고 있다면, 억지 효과를 제고하기 위해서는 형사 제재를 도입하기 이전에 기존의 행정 제재의 효과를 개선하는 것이 불가능한 것인지를 살피는 것이 순서라고 본다. 다시 말하면, 만약 과징금 수준의 상향, 경쟁 당국의 조사 권한 확대, 위법 행위에 대한 적발률 제고, 유럽연합의 합의절차(settlement)[150]와 같은 신속처리절

150) Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases.

차 도입 등으로 개선될 수 있는 문제라면, 굳이 기존의 공정거래법 집행 체계에 무리를 주면서까지 전속 고발제의 폐지 등 형사 제재의 활성화를 위한 조치들을 도입할 필요가 없다는 것이다. 설사 행정 제재가 한계에 부딪힌 경우라고 하더라도 사적 집행 활성화 등 더 피해자 친화적인 수단은 없는지 등에 대해 검토해볼 필요도 있을 것이다. 더 근본적으로는, 최근 차량호출 서비스 '타다' 사건에서 보듯이,[151] 많은 사회적, 경제적 갈등이 형사 처벌과 법원의 판단으로 귀결되는 우리 사회의 경향성에 대해서는 문제가 없는지에 대한 고민도 함께 이뤄져야 할 것이다.

카르텔 규제의 형사적 집행 효과에 관한 의문들 – 이 상 윤	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.18.	2019.12.05.	2019.12.27.

151) 최민영·임재우·김태규, 검찰 "타다, 사실상 콜택시"…타다쪽 "재판서 불법여부 가리자", 한겨레, 2019. 10. 28. <http://www.hani.co.kr/arti/economy/it/914925.html#csidx300b8ecc1369c1993a15a1e3a85a30c>.

[참고문헌]

[국내문헌]
강명수, “공정거래위원회의 전속고발권”, 「형사법의 신동향」 제41호, 2013. 12.
강우찬, “정보교환행위와 부당공동행위의 성립과의 관계”, 「대법원 판례해설」 제101호, 2014년 하, 2015. 6. 26.
공정거래위원회, 보도자료, 공정거래법 전속고발제 개편 관련 합의문 서명식 개최, 2018. 8. 21.
_____, 보도자료, 공정거래법, 38년 만에 전면 개편, 2018. 8. 27.
_____, 2003년도 통계연보, 2004. 4. 9.
_____, 2018년도 통계연보, 2019. 5. 20.
_____, 공정거래백서 2019년판, 2019. 10.
_____, 공정거래법 전면개편 특별위원회 최종 보고서, 2018. 7.
권종일, ‘전속고발권 폐지’ 안갯속… 한국당 11명 ‘강화’ 맞불 법안 제출, 뉴데일리비즈, 2018. 11. 20 <http://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2018/11/20/2018112000084.html>.
김선동 의원 “공정거래법 전면개정안 반대...기업 옥죄는 규제에 편중”, 뉴시스, 2018. 9. 20 <http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180920_0000425408&cID=10401&pID=10400>.
김윤정·이호영, “공정거래법상 전속고발제도에 대한 비판적 검토와 개선방안”, 「경제법연구」 제12권 제1호, 2013. 6.
김 철, “부당한 공동행위의 성립요건인 ‘합의’의 증명방법: 소위 ‘라면가격 담합사건’에 대한 관견 - 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결”, 「경쟁저널」 제185호, 2016. 3.
김현수·남재현, “카르텔 자진신고자 감면제도의 주요 쟁점과 효과 분석”, 「응용경제」 제12권 제2호, 2010. 9.
대한변호사협회, 보도자료, 의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사, 제50-21호, 2019. 7. 4.
박광민·이성대, “공정거래법상 전속고발권의 존폐론 검토”, 「비교형사법연구」 제15권 제2호.
박광연, 조성욱 “공정경제 주무부처는 공정위” ... ‘전속고발권 폐지’ 윤석열 검찰과 신경전? 경향신문, 2019. 9. 2. <http://a.msn.com/00/ko-kr/AAGGxA0?ocid=se>.
박세민, “공정거래법 제19조의 합의와 동조적 행위 - 정보교환을 중심으로”, 「법조」 67권 5호, 2018. 10.
박수영, “정보교환행위의 합의성립여부 - 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결을 중심으로”, 「경제법연구」 제15권 제2호, 2016. 8.
선종수, “공정거래위원회의 전속고발권과 검사의 공소제기”, 「형사법의 신동향」 제36호, 2012. 9.
손계준·이승수, “정보교환 공동행위에 관한 최근 대법원 판결의 동향”, 「경쟁저널」 제187호, 2016. 7.
손영화, “공정거래법상 전속고발권 폐지를 둘러싼 논의에 관한 연구”, 「기업법연구」 제32권 제4호, 2018. 12.
신영호, “『라면 판결』, 그 경쟁법적 의미에 관한 고찰”, 「문화미디어엔터테인먼트법」

제10권 제1호, 2016.
윤석열, 취임 일성으로 '공정경쟁' 꺼내든 의미는, 연합뉴스, 2019. 7. 25. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190725153300004>.
유홍림, "노직: 자유지상주의", 김한원·정진영 엮음, 자유주의: 시장과 정치, 2006.
이기종, "각국의 문화차이와 카르텔 정책의 상호관계 - 비교경제법에 있어서 비교문화심리학의 응용가능성", 「경제법연구」 제3권, 2004.
이기종, "리니언시 제도의 실효성 제고 방안 - 제도 운영상 장애요소 및 그 국제적 부조화에 대한 대응 방안을 중심으로", 「상사판례연구」 제31권 제4호, 2018. 12. 31.
이상규, "정보교환의 경제적 효과 및 규제기준", 「사회과학연구」 제23권 제3호, 2016. 9.
이석환, "공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점", 「법조」 63권 7호, 2014.
이천현, 독점규제법위반행위에 대한 형사법적 대응방안, 2003.
이 황, [판례해설] 정보교환의 담합 여부에 관한 대법원 판례와 여운, 법률신문, 2016. 1. 22. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=98181>
_____, "경쟁사업자 간 정보교환에서 '합의'의 의미와 입증 수준: 대법원의 라면 담합 판결에 대한 코멘트", 「경쟁저널」 제187호, 2016. 7.
_____, "세계화와 한국 경쟁법의 발전", 윤창호·장지상·김종민 엮음, 한국의 경쟁정책, 2011.
이효원·최운정, "자진신고자 감면제도의 개정이 담합 적발률과 담합 형성률에 미치는 영향", 「한국경제연구」 제32권 제2호, 2014.
임현영, 공정위 "檢과 경성담합 한해 '전속고발제 폐지' 공감", 이데일리, 2018. 7. 9. <https://news.v.daum.net/v/20180709201100910?f=m>.
장은영, 김병준 "전속고발제 폐지돼도 되는지 걱정", 아주경제, 2018. 9. 14. <https://www.ajunews.com/view/20180914172450932>.
전윤경, "공정거래법의 기존 공적 집행 체제의 한계 및 실효성 확보방안", 「형사법의 신동향」 제53호, 2016. 12.
전주성, "애덤스미스: 경제적 자유와 시장 중심의 개혁", 김한원· 정진영 엮음, 자유주의: 시장과 정치, 2006.
정연주, "공정거래위원회 전속고발권의 헌법적 문제", 「서울법학」 제25권 제3호, 2017. 11.
정재훈, "부당한 공동행위 규제에 있어 묵시적 합의-정보교환과 동조적 행위(concerted practice)에 관한 최근 판례를 중심으로", 「경쟁과 법」 제2호, 2014.
정호열, 경제법 제6판, 2019.
조성국, "4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 판례 평석 - 대법원 2015.12.24. 선고 2013두25924 판결을 중심으로", 「경쟁법연구」 제33권, 2016. 5.
_____, "공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구 - 법집행 적정성의 관점에서", 「경쟁법연구」 제35권, 2017. 5.
조혜신, "경쟁법상 부당한 공동행위의 형사처벌에 따르는 법리적 쟁점", 「경쟁법연구」 제39권, 2019. 5.
_____, "경쟁법의 목적으로서의 '효율성(Efficiency)'에 대한 법철학적 검토", 「가천법학」 제7권 제3호, 2014.
주진열, 독점규제법상 형사제재 조항과 전속고발제 존폐 문제에 대한 고찰, 경쟁법연구 제38권, 2018. 11.
최민영·임재우·김태규, 검찰 "타다, 사실상 콜택시"…타다쪽 "재판서 불법여부 가리자",

한겨레, 2019. 10. 28. <http://www.hani.co.kr/arti/economy/it/914925.html#csidx300b8ecc1369c1993a15a1e3a85a30c>.
최은진, "공정거래법상 전속고발권 폐지의 과정과 전망", 「유통법연구」 제5권 제2호, 2018. 12.
최정운, "미국의 자유주의: 롤스(Rawls)와 노직(Nozick)의 논쟁", 「미국학」 제20집, 1997.
한철수, 공정거래법과 시장 원리, 2016.
홍대식, "합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성 - 정보교환을 중심으로", 「경쟁법연구」 제30 권, 2014. 11.
홍탁균, "공정거래법 소정 전속고발제의 해석학적 쟁점 연구", 「비교사법」 제23권 3호, 2018. 8.
황경식, "정치적 자유주의와 경제적 자유주의: 정치경제학적 입장에서 본 자유주의", 철학과 현실 제80호.
황금비, 변호사 68% "검찰권 불공정 행사는 '정치적 고려' 때문", 한겨레, 2019. 10. 16. <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/913409.html>.

[외국문헌]

岸井大太郎 外, 經濟法(第5版), 有斐閣, 2008.
AG Wahl's Opinion of April 6, 2017, *AKKA/LAA v Konkurences padome,* Case C-177/16, EU:C:2017:286.
Andreas Stephan, 'An Empirical Evaluation of the Normative Justifications for Cartel Criminalization', 37(4) Legal Studies 621 (2017).
Ariel Ezrachi and Jioi Kindl, 'Criminalization of Cartel Activity - A Desirable Goal for India's Competition Regime', 23(1) National Law School of India Review 9 (2011).
Calvin S. Goldman and J. D. Bodrug, *Competition Law of Canada* (Dec 1, 2013).
Caron Beaton-Wells, 'Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conumdrum', 13(1) Journal of Competition Law & Economics 125 (Mar 2017).
_____, 'Immunity Policy for Cartel Conduct: Revolution or Religion? An Australian Case-Study', 2(1) Journal of Antitrust Enforcement 126 (Apr 2014).
Christopher Harding, 'Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation' 9 Maastricht Journal of European and Comparative Law 393 (2002).
European Commission, 'Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market', SWD(2017) 114 final, Part 1.
_____, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01).
Eytan Epstein, Mazor Matzkevich, and Shani Galant-Frankfurt, 'Cartels 2019: Israel' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/israel>.

Francesco Ducci, 'Cartel Criminalization in Europe: Addressing Deterrence and Institutional Challenges', 51(1) Vanderbilt Journal of transnational Law 1 (Jan 2018).

Frank H. Easterbrook, 'Limits of Antitrust', 63 Texas Law Review 1 (1984)

Giorgio Monti, *EC Competition Law* (2007)

Hendrik Viaene, 'Cartels 2019: Belgium' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/belgium>.

Herbert Hovenkamp, 'Antitrust's Protected Classes', 88 Michigan Law Review 1 (1989).

Ilkka Aalto-Setala and Henrik Koivuniemi, 'Cartels 2019: Finland' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/finland>.

Jefrey Reiman and Ernest Van Den Haag, 'On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con' 7(2) Social Philosophy & Policy 226 (1990).

Jolling K de Pree and Bart De Rijke, 'Cartel - Netherlands' (*Getting the Deal Through*, Jan 2019) <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/17/cartel-regulation-netherlands/>.

Ki Jong Lee, 'Culture and Competition National and Regional Levels', 21 Loyola Consumer Law Review 33 (2008).

Lina M. Khan, 'Amazon's Antitrust Paradox' 126(3) Yale Law Journal 710 (2017)

Lorenzo Federico Pace and Katja Seidel, 'The Drafting and the Role of Regulation 17: A Hard-Fought Compromise' in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (2013).

Mario Monti, 'Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?' (3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 Sep 2000) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295>.

Mark Simpson, 'The criminal cartel offence around the world' (*Norton Rose Fulbright,* Jun 2016) <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1c8cd600/the-criminal-cartel-offence-around-the-world>.

Matthew Readings and Simon Thexton, 'United Kingdom: Cartels & Leniency 2020' (*ICLG.COM*, Nov 4, 2019) <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulations/united-kingdom>.

Michael Tschudin, Frank Scherrer and Urs Weber-Stecher, 'Cartels 2019: Switzerland' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/switzerland>.

Mihaela Ion and Silviu Stoica, 'Cartels 2019: Romania' (*Global Legal Insights, 2019*) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/romania>.

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Greece* (Oct 2018).

_____, *Reviw of the Recommendation of the Council concerning*

Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294] – Report by the Secretariat, DAF/COMP(2019)13 (Jul 4, 2019).

_____, Secretariat Report, *Competition Law and Policy in Denmark – A Peer Review* (June 2015).

Olaf Koktvedgaard, Frederik André Bork and Søren Zinck, 'Cartels 2019: Denmark' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/denmark>.

Onofre Carlos de Arruda Sampaio and André Cutait de Arruda Sampaio, 'Cartel Regulation – Brazil' (*Getting the Deal Through,* Jan 2019), No.17. <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/6/cartel-regulation-brazil/>.

Peter Forsberg, Haris Catovic and Johan Holmquist, 'Cartels 2019: Sweden' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/sweden#chaptercontent11>.

Pierre Zelenko and Jérémie Marthan, 'Cartels 2019: France' (*Global Legal Insights,* Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/france>.

Ramón García-Gallardo amd Pablo Vila Chirinos, 'Spain: Cartels & Leniency 2020', *(ICLG.COM,* Nov 4, 2019) <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulations/spain>.

Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (9th ed. 2018).

Sigfrido M. Ramirez Perez and Sebastian van de Scheur, 'The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC[Article 101 and 102 TFEU] – Ordoliberalism and its Keynesian Challenge' in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (2013).

Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (2018).

Ulrich Schnelle and Volker Soyez, 'Cartels 2019: Germany' (*Global Legal Insights*, Feb 28, 2019) <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/germany#chaptercontent11>.

Wouter P. J. Wils, 'Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?' 28(2) World Competition 117 (2005).

Yo Sop Choi, 'The Issue of Information Exchanges Regarding Price under Competition Law', 36 Soongsil Law Review 445 (Jul 2016).

【국문초록】

전속 고발제에 대한 비판은 형사 처벌의 활성화와 형사 당국의 개입이 경성 담합에 대한 억지 효과를 높여줄 것이라는 시각을 전제하고 있다. 하지만 카르텔 규제의 형사적 집행 효과는 원래 의도와는 다르게 부정적인 방향으로 나타날 수도 있으므로 좀 더 신중한 검토가 필요하다. 이 글은 먼저 카르텔에 대한 엄격한 금지는 경제적 자유주의에 기초한 시장경제체제를 위한 관점에서 정당화되는 것으로, 카르텔은 그 자체로 죄악시되는 범죄가 아니라 경제 현실과 정책 방향에 따라 판단이 달라질 수 있는 행위라는 점을 분명히 한다. 그리고 유럽 등 여러 선진국들의 사례를 살펴본 뒤 대다수 관할권들에서 카르텔 가담에 대한 형사적 처벌과 개입에 극히 신중한 모습을 보이고 있는 배경과 이유를 분석해본다. 이를 바탕으로 현재 전면개편안의 경성 카르텔 전속 고발제 폐지와 관련한 의문과 우려들을 크게 세 가지 측면에서 살펴본다. 첫째는, 우리나라 집행 주요 당사자들 간에 경성 담합 행위에 대한 반가치적 관념이 폭넓게 공유되고 있다고 볼 수 있는지 여부고, 둘째는, 전속 고발제 폐지 이후 카르텔 집행이 형사 절차화 되면서 발생할 문제점들은 없는지 여부며, 셋째는, 카르텔 규제의 형사 집행이 기존의 제도 특히 자진신고자 감면제도의 효과적 운영을 저해할 우려는 없는지 여부다. 이 글은 위와 같은 검토를 통하여 전속 고발제 폐지와 형사 당국의 개입을 통한 카르텔 규제의 형사적 집행 활성화가 정말 필요한 것인지에 대해 의문을 제기한다.

【Abstract】

Does criminal enforcement ensure more effective cartel deterrence? – Some questions on the 2018 amendment proposal to Korea's competition law

Sangyun Lee
(PhD Candidate, Research Fellow at Korea University ICR Centre)

Korea's competition authority, KFTC, has recently drafted amendments to Korea's competition law, MRFTA, that would repeal the competition authority's exclusive criminal referral right in respect of hardcore cartels. If being legislated into law, the criminal authority, SPO, would be authorized to investigate into price-fixing, output restriction, market division and bid-rigging cartels and bring cases to court independent of the KFTC's referral.

At the heart of such criminalization, the deterrence argument lies in and it justifies the need for joint jurisdiction by deeming cartels "criminal" to facilitate cartel deterrence and improve enforcement.

However, does criminal enforcement undoubtedly ensure more effective cartel deterrence? There is limited empirical evidence to support that criminal cartel sanctions comprising custodial sentences would enhance the achievement of enforcement objectives, such as cartel detection and deterrence. Rather, it is observed that several jurisdictions, in particular in continental Europe, have not adopted criminal sanctions as a way to deter cartels and, even in jurisdictions with criminal

measures, the implementation of such measures has been quite deficient.

Against this backdrop, the present paper raises some questions and concerns about the criminal cartel enforcement enshrined in the amendment proposal to Korea's competition law.

The first question revolves around a lack of consensus that cartels deserve moral opprobrium, clearly. The wide and clear consensus on the immorality of cartel offence is a prerequisite for criminal enforcement because the imposition of criminal sanctions, especially imprisonment, carries a significant stigma effect. In Korea, however, it is questionable whether cartels are sufficiently reprehensible to justify such stigmatization. Although the present law already provides criminal penalties for anti-competitive cartels (subject to the KFTC's referral), the weight of condemnation is consequential rather than retributive, and cartels appear *mala prohibita* rather than *mala in se*.

Second, this paper raises a concern about the higher and stronger standard of proof for establishing violation in criminal enforcement systems that may lead to under-enforcement of cartel prohibition. The Court is likely to raise the standard of proof in administrative competition proceedings as high as that of criminal procedures if the joint jurisdiction is legislated into law. It is worth noting that the Court has already gradually elevated the evidentiary standard to prove the existence of "agreement" in competition proceedings because of the mere possibility of the criminalization of cartels.

Third, this study explores some implications of criminal sanctions for individual cartel offenders to the leniency programme. Taking into account the unchecked and overarching power of Korea's criminal authority, this paper points out that the abolishment of the KFTC's criminal referral may undermine the effectiveness of the leniency programme by creating substantial uncertainty regarding the rewards for

cartel report and cooperation, and reducing incentives for individuals to assist the prosecution.

As a conclusion, the author highlights that, in order to ensure optimal or, at least, more effective cartel deterrence, further reflections need to be made regarding the institutional design of cartel enforcement framework, rather than the severeness of punishment. That is, it is worth considering, for example, ways to facilitate and stimulate private damage actions or introduce the EU's settlement procedure into Korea's cartel enforcement framework, rather than the criminalization of cartel enforcement.

주제어(Keyword) : 전속 고발(Exclusive Right of Criminal Referrals), 카르텔(Cartels), 경성 담합(Hardcore Cartels), 합의(Agreement), 억지(Deterrence), 징벌(Retribution), 형사 처벌(Criminalization), 증명 수준(Standard of Proof), 자진신고자 감면제도(Leniency), 경쟁법(Competition Law), 공정거래법 전면개편안(2018 Amendment Proposal to Korea's Competition Law)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.223

일본 세법상 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 고찰

- 최고재판소의 판례 변화 과정을 중심으로 -

길 용 원*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 일본 세법상 제2차 납세의무제도
1. 입법 취지와 성립요건
2. 제2차 납세의무의 부과와 징수
Ⅲ. 종래 일본의 제2차 납세의무자의 쟁송수단
1. 권리구제수단의 개관
2. 종래 대표적인 판례의 검토
3. 학설상 논의
Ⅳ. 2006년 최고재판소 판결과 실효적 구제방안
1. 2006년 최고재판소 판결과 그 후 논의
2. 실효적 구제방안을 위한 법적 쟁점의 검토
3. 검토
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서 론

본 연구는 본인 이외의 제3자의 조세를 부담하게 되면서 사실상 납세자금의 조달을 강요당하며, 법률상 압류 및 환가의 위험성을 지닌 제2차 납세

* 대법원 판례심사위원회 조사위원, 법학박사.

의무자의 불안정한 지위를 과세형평의 관점에서 고려하여 권리구제를 할 필요가 있다는 점에서 출발하였다. 사법질서와의 조화를 도모하면서 조세징수의 회피행위에 대처하여 조세징수를 확보하고자 하는 제2차 납세의무제도의 입법 취지를 훼손하지 않는 범위 내에서 제2차 납세의무자의 실질적 권리구제방법과 그 과정에서의 법리적 쟁점을 검토할 필요가 있음을 자각한 것이다. 최근 단계적 제2차 납세의무에 관해 의미 있는 판결이 나온바 있어,[1] 제2차 납세의무제도 자체에 대해 학계에서 다시 한 번 주목을 받고 있는 상황이기도 하다.

통상 제2차 납세의무란 본래의 납세의무자가 조세를 체납한 경우, 그 재산에 대해 체납처분을 하여도 징수해야 할 금액이 부족하다고 인정되는 경우에 납세의무자와 일정한 관계를 가지는 자에게 납세의무자를 대신하여 조세를 납부할 의무를 부담하게 하는 것이다.[2] 국가의 세수확보 및 조세징수의 편익에 기여한다는 점에서 공익적 요청에 부합하는 면이 있으나 제2차 납세의무자의 입장에서는 예측하지 못한 새로운 조세를 부담하게 된다는 점에서 불이익한 면도 가지고 있다. 이렇듯 제2차 납세의무자의 특수한 지위를 고려할 때, 제2차 납세의무의 성립요건과 관련된 사실관계의 정확한 파악은 물론 신중하고 적정한 법리적용은 제2차 납세의무자의 권리구제에 있어 필수적으로 요청되는 사항이라 할 것이다.[3] 이는 우리나라와 일본 모

1) 출자자 등의 제2차 납세의무와 관련하여 종래 과세실무상 제2차 납세의무의 범위를 과점주주에 대한 과점주주에게까지 납세의무를 확대하여 해석하여 납세의무를 부과하여 왔으며, 사업양수인에 관한 사안이기는 하나 대법원 1993. 5. 11. 선고 92누10210 판결로 인해 이에 대한 당위성이 부여된바 있으나 최근 대법원 2019. 5. 16. 선고 2018두36110 판결을 통해 과점주주의 제2차 납세의무는 사법상 주주 유한책임의 원칙에 대한 중대한 예외로서 본래의 납세의무자가 아닌 제3자에게 보충적인 납세의무를 부과하는 것임을 이유로 그 적용 요건을 엄격하게 해석할 필요가 있는 점에 비추어 2차 과점주주가 단지 1차 과점주주의 과점주주라는 사정만으로 1차 과점주주를 넘어 2차 과점주주에까지 보충적 납세의무를 확장하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다.

2) 본래의 납세의무를 제3자에게 부담시키는 성질에 비추어 이를 타인책임 또는 제3자책임이라고 부르기도 한다.

3) 또한 당초의 목적과 달리 현재는 경제거래의 복잡・다양화로 인해 입법 시 중점을 두지 않았던 관계성도 많아짐에 따라 보다 신중하고 적정한 적용이 요구된다는 견해도 있다. 川嶋啓右/村田洋/木村和也, “第二次納税義務に關する一考察—第二次納税義務者への權利救濟とその實効性—”, 東京通信大學紀要 1号(2019.3.), 76.

두 다를 것이 없다.

실제 제2차 납세의무의 요건이 충족되어 과세관청이 제2차 납세의무자에게 납부고지를 한 경우, 제2차 납세의무자는 우선적으로 이의신청이나 심사청구 또는 심판청구를 할 필요가 있으며, 그 후 소송의 형태로 권리구제 절차를 밟게 될 것이다.[4] 이때 납부고지처분 자체에 하자가 존재하여 이를 다투는 경우에는 특별히 문제될 것이 없지만,[5] 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분의 원인이 된 주된 납세의무자의 과세처분에 하자가 있어 이를 다투는 경우에는 문제가 생길 수 있다. 왜냐하면 주된 납세의무자에 대한 과세처분은 제2차 납세의무자에 대한 납세고지처분과는 별개의 행정처분이며, 또한 제2차 납세의무자는 제3자적 지위에 불과하기 때문이다. 다만 제2차 납세의무는 주된 납세의무의 존재를 전제로 하고, 주된 납세의무자에 대한 부과액이 과대하게 확정될 경우에 징수부족액도 당연히 커질 우려가 있는 점에 비추어 제2차 납세의무자에게 주된 납세의무에 대한 하자를 다툴 수 있게 하여 실질적 권리구제를 도모할 필요가 있는 것이다.[6]

그리고 일본의 경우, 국세에 관한 일반법인 국세통칙법에서 일반 납세의무의 성립 및 납부해야 할 세액의 확정에 관한 사항을 규정하고 있으나,[7] 제2차 납세의무의 확정방법 등 제2차 납세의무에 관한 특별한 사항은 규정하고 있지 않다. 즉 제2차 납세의무를 부담하는 자를 통상의 납세의무자와

---

4) 國稅通則法 第115條 第1頁, 국세기본법 제56조 제3항.

5) 國稅通則法 第75條, 第114條를 통해 구제받을 수 있다. 우리나라의 경우 최근 서울행정법원(2019. 9. 10. 선고 2018구합69820 판결)은 법인의 대표이사가 대한민국 국적을 상실한 미합중국 시민권자라는 이유로 법인의 등기부상 본점 주소 또는 사업장 주소로 납세고지서를 송부하였다가 별다른 조치 없이 며칠 후 위 납세고지서를 공시송달 한 다음 해당 법인의 주주 등 2차 납세의무자에게 대납처분을 한 사안에 대해, "제2차 납세의무자에 대하여 납세고지를 하려면 먼저 주된 납세의무자에 대하여 과세처분 등을 하여 그의 구체적인 납세의무를 확정하는 절차를 거쳐야 하고, 그러한 절차를 거침이 없이 바로 제2차 납세의무자에 대해여 납부고지를 하는 것은 위법하여 무효이다."라고 하여 해당 법인의 주주 등 2차 납세의무자에 대한 소득세 부과처분은 선행요건으로서 주된 납세의무자에 대한 구체적인 납세의무 확정절차를 마치지 않은 채 행한 것으로서 무효라고 판시하였다.

6) 橘素子, 第二次納稅義務制度の實務, 大藏財務協會(2017), 183.

7) 國稅通則法 第15條.

구분하여, 제2차 납세의무를 부담하는 자에 대한 특별한 권리구제의 길을 확보하고 있지 않은 것이다. 결국 이러한 입법상의 불비를 보완하기 위해 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 논의가 활발한 것이다. 다만 우리의 경우 현재 법률상 제2차 납세의무자의 원고적격을 긍정하고, 대법원 판례상 제2차 납세의무자에 대한 고지처분의 효력을 다투는 소송에서 주된 납세의무자에 대한 부과처분을 다툴 수 있도록 하고 있는바, 권리구제에 관한 논의의 필요성이 체감될 수 있는 점에 그 기여에 있어 일정한 한계를 부정할 수 없지만 비교법 연구가 언제나 현실과 관련성이 있어야 하는 것은 아니라고 할 것이므로 일본에서의 논의를 통하여 제2차 납세의무에 관한 기본적 법리와 제2차 납세의무자의 지위를 재검토하는 정도에 한국적 의미를 두고자 한다.

근래 우리나라에서 권리구제에 관한 논의와 관련해서 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두13234 판결이 나와 특히 제2차 납세의무의 부과제척기간에 대해 문제된 바 있다.[8] 부과제척기간 기산일 논의가 주된 것이나 그 이면에는 제2차 납세의무의 성립과 확정의 문제, 제2차 납세의무의 부종성의 문제, 납부고지의 성격의 문제 등이 내포되어 있다. 이러한 문제 역시 일본에서 논의되고 있는 권리구제의 검증에서 다루고 있는 부분으로서 일본과 우리의 논의가 서로 별개가 아님을 보여주고 있다. 그동안 제대로 된 비교법적 연구가 부족하였는바, 이 연구를 통해 제2차 납세의무자의 권리구제절차 등의 사항이 제대로 보장되었으면 하는 바이다.

Ⅱ. 일본 세법상 제2차 납세의무제도

1. 입법 취지와 성립요건

(1) 입법 배경과 그 취지

제2차 납세의무제도가 국세징수법에 처음 규정된 것은 1951년으로, 당

8) 평석으로 하태흥, “제2차 납세의무에 대한 부과제척기간의 기산점”, 조세와법 6권 1호 (2013.6.), 301 이하.

시 일본은 제2차 세계대전 후 경제적으로 혼란이 계속되고 있는 상태였고, 이러한 상황은 조세징수에 있어서도 영향을 미치게 된다. 즉 조세부담의 회피를 목적으로 한 행위가 빈번해짐에 따라 국가의 조세확보가 충분하지 못한 상황에 이르게 된 것이다. 납세의무자가 고의로 그 재산을 친족 등에 이전하거나 또는 그 사업을 동족회사로 조직을 바꾸는 등의 사례가 발생함에 따라 이러한 행위를 방지하기 위해 입법적으로 이를 해결하고자 한 것이다.

조세징수의 확보와 공평부담의 실현을 위하여 납세의무자의 재산 감소 행위를 방지할 필요가 있는데, 우선적으로 사법상 사해행위취소권의 활용이 고려될 수 있었다. 다만 그 행사를 위해서는 소송에 의할 것이 요청되고, 게다가 사해의사의 존재 등에 관한 주장·입증책임을 과세관청에 부여하는 점 등에 비추어 조세의 간이하고 신속한 세수확보에 적합하지 않은 면을 보이게 된다.[9] 특히 조세채권은 반복적이며, 대량적 성격을 기본적으로 지닌 까닭에 사해행위취소권을 통해 개별적으로 대응하기 어려운 것도 사실이다.[10] 비록 개별적으로 대응이 가능한 경우라 할지라도 이것을 모두 소송을 통해 해결한다면 상당한 시간과 비용을 초래하게 되는 것이다.

결국 실무상 사해행위취소권의 행사가 용이하지 않은 점을 고려하여 사해행위 등과 같이 조세를 부당하게 면할 수 있는 행위를 일부 정형화하여 이에 대해 과세관청이 단독으로 대응할 수 있는 권한을 부여하는 정책을 법제화하는데, 이것이 제2차 납세의무제도인 것이다. 이는 채무자의 사해행위를 사법절차에 의하지 아니하고 행정처분에 의해 해결하는 것이며, 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무가 실무상 가장 많이 제기되고 있는 것으로 알려지고 있다.[11] 오사카 고등재판소 1973년 11월 8일 판결[12]에서 "제2차 납세의무제도란 납세자의 재산에 대하여 체납처분절차를 통해 집행하

9) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결(공2015하, 970); 最高裁昭和 37年 3月 6日(民集 16卷 3号 436). 사해행위취소권과 제2차 납세의무제도의 자세한 비교는 橘素子(주 6), 514-516 참조.

10) 西野敞雄, "第二次納税義務者の權利救濟", 國士舘法學 38号(2006.12.), 3.

11) 山田二郎, "第2次納税義務者の救濟手續と行政不服申立期間の起算日—アルゼグループ事件—", ジュリスト 1325号, 有斐閣(2006.12.), 254.

12) 行集 24卷 11-12号 1227.

여도 징수해야 할 금액에 부족이 있다고 인정되는 경우에 형식적으로 재산이 제3자에 귀속하고 있더라도 실질적으로 이를 부인하고 원래의 납세자에게 그 재산이 귀속되어 있는 것으로 보아도 공평을 잃지 않는 경우 등 형식적인 권리의 귀속을 부인하여, 사법질서를 방해하는 것을 피하면서 형식적으로 권리가 귀속되어 있는 자에게 보충적인 납세의무를 부담시킴으로써 조세징수의 확보를 꾀하려는 제도이다."라고 하여 조세징수확보를 도모하기 위한 제도임을 밝히고 있다.[13]

(2) 성립요건

제2차 납세의무는 1959년 국세징수법의 전문 개정을 통해 확충・정비된 이래로 큰 개정 없이 현재에 이르고 있으나, 그동안 주된 납세의무와의 관계, 제2차 납세의무의 성립과 확정, 시효의 문제, 제2차 납세의무자의 권리구제 등에 관한 논의가 지속적으로 있어왔다. 이는 제2차 납세의무의 통칙에 관한 규정이 국세징수법 제32조 외 극히 한정되어 있는 점, 국세징수법 개정 이후 제정된 국세통칙법에서 조차 이에 대한 별도의 규정이 마련되지 않은 점에 비롯된 것으로 따라서 해석에 의존할 여지가 많았기 때문으로 보인다.[14]

현재 국세징수법은 제2차 납세의무와 관련하여 제32조 내지 제41조에서 규정하고 있다. 제32조는 통칙에 관한 규정을 두고 있으며,[15] 제33조부

---

13) 吉國二郎/荒井勇/志場喜德郎, 國稅徵收法精解, 大藏財務協會(2018), 317-318의 경우에도 오사카 고등재판소 판결과 동일하게 그 취지를 설명하고 있다. 또한 金子宏, 租稅法, 弘文堂(2019), 162의 경우에도 조세징수 확보를 그 목적으로 함을 밝히고 있다. 우리나라 대법원 판결도 이와 다르지 않다. 대법원 1982. 12. 14. 선고 82누192 판결(공1983상, 290) 참조.

14) 圖子善信, "第2次納稅義務者の權利救濟について", 稅大論叢 26号(1996.3.), 29. 1962년 국세통칙법이 제정됨에 따라 기존 법률이 상당 부분 정비되었으며, 국세징수법 또한 조세통칙에 관한 사항이 국세통칙법에 이전되었다. 특히 국세통칙법 제정 전의 국세징수법 제27조(상속으로 인한 납세의무의 승계), 제29조(법인의 합병으로 인한 승계), 제41조 제1항(인격없는 사단 등의 납세의무의 승계) 등을 예로 들 수 있다. 志場喜德郎/荒井勇/山下元利/茂串俊, 國稅通則法精解, 大藏財務協會(2016), 121-122 참조.

15) 제32조(제2차 납세의무의 통칙) 세무서장은 납세자의 국세를 제2차 납세의무자로부터 징수하고자 할 때에는 그 자에게 대하여 정령으로 정하는 바에 따라 징수하려는 금액, 납부기한 기타 필요한 사항을 기재한 납부통지서에 의한 고지하여야 한다. 이

터는 구체적인 행위 태양을 제시하고 있다. 이를 살펴보면 ① 무한책임사원의 제2차 납세의무(제33조), ② 청산인 등의 제2차 납세의무(제34조), ③ 동족회사의 제2차 납세의무(제35조), ④ 법률상 귀속자 등의 제2차 납세의무(제36조), ⑤ 공동사업자의 제2차 납세의무(제37조), ⑥ 사업양수인의 제2차 납세의무(제38조), ⑦ 무상 또는 현저히 낮은 가액에 의한 양수인 등의 제2차 납세의무(제39조), ⑧ 법인격 없는 단체 등의 제2차 납세의무(제41조)이다. 위에서 언급된 제2차 납세의무의 공통된 성립요건은 주된 납세의무자의 조세의 체납[16]과 주된 납세의무자에 대하여 체납처분을 집행하여도 징수해야 할 세액에 부족이 있을 것이다. 우리의 경우와 성립요건이 크게 다르지 않다.[17]

특히 주된 납세의무자의 조세의 '체납'과 관련하여 이는 주된 납세의무

경우에 그 자의 주소 또는 거소의 소재지를 관할하는 세무서장에 대하여 그 뜻을 통지하여야 한다.

2. 제2차 납세의무자가 그 국세를 전항의 납부기한까지 완납하지 않을 때는 세무서장은 다음 항에서 준용하는 국세통칙법 제38조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 청구할 경우를 제외하고는 납부최고서로 그 납부를 독촉해야 한다. 이 경우에 그 납부최고서는 국세에 관한 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고 그 납부기한으로부터 50일 내에 한다.
3. 국세통칙법 제318조 제1항 및 제2항, 동법 제4장 제1절과 동법 제55조의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.
4. 제2차 납세의무자의 재산의 환가는 그 재산의 가액이 현저히 감소할 우려가 있을 때를 제외하고 제1항의 납세자의 재산을 환가에 붙인 후가 아니면 할 수 없다.
5. 이 장의 규정은 제2차 납세의무자가 제1항의 납세자에 대한 구상권의 행사를 방해하지 않는다.

16) 일반론으로써 제2차 납세의무자도 납세의무자이며, 또한 제2차 납세의무에 관한 조세도 국세·지방세의 일종임을 고려할 때 제2차 납세의무의 제2차 납세의무의 부과(단계적 제2차 납세의무)도 가능할 수 있다(橘素子(주 6), 238). 이러한 점에 비추어 우리나라의 경우에도 실무상 체납한 법인의 과점주주가 법인인 경우에 과점주주인 법인의 과점주주에게 재차 제2차 납세의무를 부과하여 왔다. 하지만 앞서 언급한 대법원 2019. 5. 16. 선고 2018두36110 판결에서 부과제척기간의 연장과 헌법상 자기책임의 원칙 등을 고려하여 이를 부정하였다. 이는 과점주주의 제2차 납세의무의 한계에 관한 최초 판결이라는 점에 의미가 있으나 종래 양도인으로부터 사업을 양수한 사업양수인의 제2차 납세의무에 대하여 사업양수인의 과점주주가 과점주주로서의 제2차 납세의무를 부담하게 되는지가 문제되었던 대법원 1993. 5. 11. 선고 92누10210 판결과의 관계를 구체적으로 언급하지 않은 점은 아쉬움을 남긴다.

17) 소순무/윤지현, 조세소송, 영화조세통람(2019), 30.

자가 납부기한이 경과하였음에도 불구하고 세액을 납부하지 않는 것이며, 주된 납세의무자의 조세채무가 사법상 채무불이행(이행지체) 된 상태를 의미한다고 할 것이다. 다만 체납에 이르기에 앞서 주된 납세의무의 확정행위에 하자가 있는 경우에는 그 하자의 정도를 따져볼 필요가 있는데, 단순히 취소원인에 불과한 경우에는 그 확정행위가 권한 있는 국가기관에 의해 취소될 때까지 일단 효력이 있는 것이지만 무효원인에 기초한 확정행위는 외형상 확정행위가 존재한다고 할지라도 그 효과가 없는 것이므로 이 경우에는 주된 납세의무자의 조세의 체납이라는 요건을 충족하지 못하게 된다. 또한 '체납처분을 집행하여도' 징수부족액이 있어야 하는데, 이에 관해 국세징수법 기본통달에서는 통지 시 현황에 비추어 주된 납세자에게 귀속하는 재산이 체납처분에 의해 징수할 수 있는 국세의 총액에 미치지 못하는 것이 객관적으로 인정되는 것을 말하며, 그 판정은 체납처분을 현실로 집행한 결과에 근거할 필요는 없다고 하고 있다.[18] 우리나라 대법원이 "주된 납세의무가 체납된 이상 그 징수부족액의 발생은 반드시 주된 납세의무자에 대하여 현실로 체납처분을 집행하여 부족액이 구체적으로 생기는 것을 요하지 아니하고 다만 체납처분을 하면 객관적으로 징수부족액이 생길 것으로 인정되면 족하다."[19]라고 판시한 것과 그 취지가 다르지 않다. 다만 이러한 해석은 과세관청의 주관적인 판단에 의한 남용의 우려가 있어 제2차 납세의무자에게 불리한 해석임은 부정할 수 없을 것이다.

2. 제2차 납세의무의 부과와 징수

(1) 성립과 확정의 시기

일반 국세의 기간제한은 국세통칙법 제70조에 규정이 있는 반면 제2차 납세의무는 위와 같은 규정이 없기 때문에 제2차 납세의무의 부과에 있어 기간제한이 있는지 여부를 검토하기 위해 우선적으로 제2차 납세의무의 성

18) 國稅徵收法 基本通達 第22條關係4. 最高裁平成 27年 11月 6日(民集 69卷 7号 1796).
19) 대법원 1996. 2. 23. 선고 95누14756 판결(공1996상, 1157).

립과 확정의 시기를 파악하여야 한다. 제2차 납세의무가 언제 성립되는가에 관해 현행법은 명시적으로 이를 규정하고 있지 않은데, 이는 우리나라의 경우에도 동일하다. 통설적 입장은 제2차 납세의무에 관한 개별규정상 각 과세요건을 충족한 시점에 제2차 납세의무가 성립한다고 본다.[20] 또한 납부통지서에 의한 고지처분으로 구체적으로 확정된다고 하며, 그 법률적 성질이 일반 납세자에 대한 부과과세의 경우의 납세고지에 상당한 것으로 보고 있다.[21]

사실 이 문제는 납부고지처분의 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 그 시기가 달라질 수 있는데, 위 처분의 성질을 행정법상 단순한 확인행위가 아닌 일종의 형성처분으로 볼 경우 납부고지처분에 의해 제2차 납세의무가 성립・확정될 것이기 때문이다.[22]

(2) 절차상 불안정한 지위

제2차 납세의무자가 부담해야 할 납세의무의 범위는 주된 납세자의 납세의무와 밀접하게 관련이 있는데, 그럼에도 불구하고 주된 납세의무는 제2차 납세의무자와 무관하게 확정되며, 과세관청이 주된 납세의무자에 대해 과세처분(경정・결정・부과처분)을 실시하는 단계에서 이와 관련해 제2차 납세의무자에게 통지되는 일이 없다.[23] 이는 제2차 납세의무자가 납부통지

---

20) 橘素子(주 6), 176; 北野弘久, 現代稅法講義, 法律文化社(2009), 377; 小林徹, 國稅徵收法基本通達逐條解說, 大藏財務協會(2018), 254. 우리나라의 경우에는 이준봉, 조세법총론, 삼일인포마인(2019), 327; 임승순, 조세법, 박영사(2019), 111; 정태학, "조세법령이 개정되면서 그 부칙에서 개정조문과 관련하여 별도의 경과규정을 두지 아니한 경우 적용할 법령 및 제2차 납세의무의 성립시기", 대법원판례해설 55호(2005.12.), 467 등.

21) 吉國二郎/荒井勇/志場喜德郎(주 13), 323; 中尾巧, 稅務訴訟入門, 商事法務(2011), 190; 구욱서, 사법과세법, 유로(2010), 1089 등.

22) 납부통지서에 의한 고지처분을 통해 제2차 납세의무가 성립한다는 견해로서 金子宏(주 13), 168; 谷口勢津夫, 稅法基本講義, 弘文堂(2018), 180. 다만 만약 납부고지처분의 성질을 형성처분으로 볼 경우, 과세관청의 납부고지처분의 시기에 따라 제2차 납세의무의 성립시기가 좌우될 수 있으므로 조세법률주의에 반한다는 비판을 면할 수 없을 것이다.

23) 圖子善信(주 14), 29. 그리고 통상 제2차 납세의무의 성격에 대해 보증채무와 유사한 것으로 설명되어 지는데, 이는 부종성과 보충성을 근거로 한다고 할 수 있다. 다만

서에 의한 고지처분을 받고서야 제2차 납세의무가 확정되기 때문이며, 그 전까지는 주된 납세의무자의 납세의무가 언제 확정됐는지 알 길이 없다. 이로 인해 제2차 납세의무자가 불복청구를 해도 이미 법정신고기한을 도과하여 불복청구의 요건을 갖추지 못하게 되는 것이 아닌지 우려가 존재한다.[24] 이러한 점을 고려하면 실제 제2차 납세의무자의 주된 납세의무에 대한 선·악 여부를 불문하고 일반 납세의무자의 입장에 비해 상당히 불리한 위치에 있다고 할 것이다.[25]

제2차 납세의무자에게 있어 가장 중요한 사항이 자신의 관여 없이 주된 납세의무자와 과세관청 간에 확정되는 점에서 예측가능성과 법적안정성의 측면에서 가혹한 면이 있다. 따라서 제2차 납세의무자의 권리구제를 실질적으로 보장할 필요가 있는 것이다. 우리나라의 경우 출자자 등의 제2차 납세의무에 논의가 집중되어 있기는 하나, 제2차 납세의무자의 기본적 지위는 일본에서 논의되는 것과 크게 다르지 않은바, 우리 세법 체계와 상당한 유사성을 지닌 일본에서의 권리구제에 관한 판례상 논의를 통하여 제2차 납세의무자의 불리한 지위가 어떻게 극복되는지 살펴보고, 수용 가능한 법리를 검토하고자 한다.

Ⅲ. 종래 일본의 제2차 납세의무자의 쟁송수단

1. 권리구제수단의 개관

제2차 납세의무제도와 관련하여 문제되는 사항은 국세통칙법상 입법의 불비와 국세징수법상 일부 규정이 존재함에도 그 해석이 명확하지 않은 점에 기인한다. 특히 제2차 납세의무자 권리구제에 관한 것은 주된 납세의무

보증채무는 보증인의 주도적인 의사에 기초한 보증계약을 통해 성립(확정)되는 것임을 유의할 필요가 있으며, 제2차 납세의무는 제2차 납세의무자의 의사나 계약의 유무와 무관하게 성립(확정)되는 점에서 그 구조가 기본적으로 다르다고 생각된다.

24) 金子宏(주 13), 171. 國稅通則法 第77條, 第83條 참조.

25) 圖子善信(주 14), 29.

자와의 관련성의 정도와 제2차 납세의무자에 대한 납부고지의 성질이 분명하지 않은 점에 있다고 해도 과언이 아니다.

종래부터 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자와 관련하여 제2차 납세의무자의 권리구제수단으로서 논의되는 방법은 두 가지 정도이다. ① 제2차 납세의무자가 제2차 납세의무에 대한 납부고지처분 취소소송에서 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법, ② 제2차 납세의무자가 직접 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법이다.[26] 다만 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자가 무효 또는 부존재에 해당하는 경우에는 주된 납세의무가 존재하지 않게 되는바, 제2차 납세의무가 성립한다고 할 수 없으므로 당연히 그 취지를 다툴 수 있을 것이다.[27]

첫 번째 방법은 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 취소원인을 다툴 수 있는지에 관한 문제로서 1975년 최고재판소는 제2차 납세의무에 관한 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정하였다. 이러한 점을 계기로 두 번째 방법인 제2차 납세의무자에 대해서 주된 과세처분 취소소송의 원고적격을 인정할 것인지 여부가 다시 부각되었다. 이에 1991년 최고재판소는 제2차 납세의무자의 원고적격을 긍정하였는데, 다만 불복청구기간의 기산일에 대해 '주된 납세의무자에게 고지된 때'를 기준으로 한 점에 비추어 제2차 납세의무자의 실질적 권리구제에 있어 미흡한 면을 보이게 된다. 그 후 2006년 최고재판소는 그 기산일을 '제2차 납세의무자에게 납부고지된 날의 다음 날'로 해석함에 따라 한층 더 실효성 있는 구제방안을 모색하였다.

이하에서는 2006년 최고재판소 판결을 기준으로 이전 판결의 사실관계 및 법적 쟁점, 결론을 구체적으로 살펴보고자 하며, 2006년 최고재판소 판결을 전후로 주된 납세의무와 제2차 납세의무에 대한 관계를 바라보는 시각에 전환이 나타난 바, 이러한 사고의 전환이 제2차 납세의무자의 권리구제에 어떠한 영향을 미쳤는지에 관해 이전 판례를 검토함으로써 밝히고자 한다.

---

26) ①의 방법을 간접법, ②의 방법을 직접법이라 표현하기도 한다.

27) 金子宏(주 13), 170. 구체적으로 國稅通則法 第75條, 第114條를 통해 구제받을 수 있을 것이다. 우리나라 문헌으로는 이준봉(주 20), 332.

이는 우리나라에게 있어서도 제2차 납세의무자의 지위, 성격 등의 의미 파악에 있어 유의적인 영향을 미칠 것이라 생각된다. 이와 더불어 이에 관한 학설의 입장도 함께 검토하기로 한다.

2. 종래 대표적인 판례의 검토[28]

(1) 최고재판소 1975. 8. 27. 판결(과세처분취소청구사건)[29]

1) 사실관계

甲은 동족회사인 乙 주식회사[30]의 대표이사이며, 또한 동족회사 판정의 기초가 되는 주주였다. 甲은 자기소유의 토지와 건물을 乙 회사에 매우 저렴한 임대료를 받고 사용시키고 있었으며, 乙 회사는 위 토지와 건물을 사업 수행에 있어 필수적인 재산으로 사용하였다. 1960년 6월, 乙 회사는 1956년도 및 1958년도의 법인현민세[31]와 법인사업세에 대해서 丙 현세사무소장에게 경정처분을 받았지만 당시 이미 그 소유 재산을 모두 처분하고 해산 중이었기 때문에 경정에 따른 세액을 납부할 자력이 없어 체납상태에 있었다.

그리하여 丙 현세사무소장이 乙 회사의 체납세액에 대하여 甲을 상대로 지방세법 제11조의6 제2호(공동사업자의 제2차 납세의무)의 제2차 납세의무자에 해당함을 이유로 납부고지를 하였다. 이에 甲이 丙 현세사무소장의 주장에 대해서 원래 乙 회사는 해당연도에 사업소득이 없었음을 주장하

---

28) 대표적으로 1975년 최고재판소 판결과 1991년 최고재판소 판결을 검토하고자 하는데, 많은 문헌에서 제2차 납세의무자의 권리구제를 대표하는 판례로서 거론되고 있는 것이 그 이유이기도 하며, 각각의 독자적인 의미를 지니고 있는 점 또한 그러하다. 高橋ちぐさ, “第二次納税義者の權利救濟とその實効性—平成18年最高裁判決の檢証とその後の課題—”, 青山ビジネスロー・レビュー 2卷 2号(2013.3.), 126-129; 吉良實, “第二次納税義務と主たる納税義務との關係 (2・完)”, 税法學 257号, 清文社(1972.5.), 26; 三木義一, “第2次納税義務”, 租税判例百選(第4版), 有斐閣(2005), 48-49 등.

29) 民集 29卷 7号 1226.

30) 乙 주식회사는 잡화・가정용품 등의 판매를 목적으로 하여 설립되었고, 1960년 5월 25일에 해산하였다.

31) 지방소득세를 의미한다.

며 乙 회사의 과세처분에 하자가 있음을 이유로 납부고지처분의 취소를 구하는 소를 제기한 것이다.

2) 법원의 판단

제1심법원[32]은 우선 법인사업세 부분에 대해, 乙 회사에 丙 현세사무소장이 주장하는 소득의 존재를 인정할 수 없어 甲에 대한 납부고지처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다고 하였다. 다만 甲이 지방세법 제11조의6에 기한 제2차 납세의무자에 해당함은 분명하다는 이유로 법인현민세의 체납액에 대한 부분은 적법하다고 하였다. 이에 甲과 丙 현세사무소장은 각각 패소 부분에 대해 항소를 제기하였다.

원심법원[33]은 법인현민세에 대한 부분은 제1심판결을 지지하였으나, 법인사업세에 대한 부분은 제1심의 판단을 변경하여 丙 현세사무소장의 납부고지처분은 적법하다고 판시함으로써 甲의 청구를 모두 기각하였다. 주된 납세의무자에 대한 과세처분과 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분은 관련성이 있지만 별개의 행정처분이라는 것을 근거로 판시한 것이다. 즉 제2차 납세의무는 주된 납세의무자의 재산에 대해 체납처분을 집행하여도 징수해야 할 세액에 부족하다고 인정되는 경우에 오로지 그 조세의 징수를 확보하는 수단으로서 보충적으로 부과되는 것이기 때문에, 그 실질은 주된 납세의무의 징수절차의 하나에 지나지 않는다는 것이다.

최고재판소는 "제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분은 주된 과세처분 등에 의해 확정된 주된 납세의무의 징수절차상 하나의 처분으로서의 성격을 갖는 것으로, 납부고지 받은 제2차 납세의무자는 마치 주된 납세의무의 징수처분을 받은 본래의 납세의무자와 동일한 입장에 서 있는 것이라고 보아야 한다. 주된 과세처분 등이 부존재 또는 무효가 아닌 한 주된 납세의무의 확정절차에서 소득의 오인 등의 하자는 제2차 납세의무의 납부고지처분의 효력에 영향을 미치는 것이 아니므로 제2차 납세의무자는 납부고지 취소소송에서 확정된 주된 납세의무의 존부 또는 액수를 다툴 수 없다고 해석

32) 오카야마지재 1967. 3. 29. 판결(民集 29卷 7号 1232).
33) 히로시마고재 1973. 10. 15. 판결(民集 29卷 7号 1242).

하는 것이 타당하다.”라고 하여, 원심판결에 위법이 없음을 이유로 甲의 상고를 기각하였다.

3) 판결의 의미

제2차 납세의무자가 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다툴 수 있는지 여부가 쟁점이 된 사안으로, 이에 대해서 처음으로 최고재판소가 판시한 것이다.[34] 제2차 납세의무자의 원고적격을 쟁점으로 한 것은 아니지만 주된 과세처분과 납부고지 처분사이에는 위법성의 승계가 인정될 수 없음을 근거로 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정한 것이다.

제2차 납세의무의 납부고지처분을 부과처분 등에 의해 확정된 주된 납세의무의 징수절차상 하나의 처분으로 취급한 것은 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자가 매우 밀접한 관계에 있어 독립성을 거의 인정하고 있기 않기 때문이라 할 것이다. 이는 양자 사이의 일체성을 이유로 제2차 납세의무자는 징수처분을 받은 주된 납세의무자의 대리적 입장에 놓인 것으로 평가하는 것으로 보인다.[35] 결국 이 판결로 인해 제2차 납세의무자가 취할 수 있는 권리구제수단이 직접 주된 과세처분의 취소소송을 제기하는 방법으로 한정되는 결과를 초래하게 된다.[36] 판결에서 사정범위에 관해 언급하지 않고, 또한 후속판결인 최고재판소 1988. 7. 15. 판결[37]과 최고재판소 1991. 1. 17. 판결[38], 최고재판소 1994. 12. 6. 판결[39] 등에서 이 판결을 근거로 주된

34) 이전에 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 문제에 대해 하급심에서 판시한 적이 있었는데, 특히 오사카고재 1973. 11. 8. 판결(行集 24卷 11-12号 1227)에서 원고적격에 대해 일부 언급이 있었는데, 직접적인 쟁점이 된 것이 아닌바, 법원의 기본적인 입장이 드러난 것은 아니어서 해석의 여지를 남겨놓았던 사안이다. 橘素子(주 6), 189 참조.

35) 동 판결의 조사관이었던 사토 시게루(佐藤繁)의 경우에도 이와 같이 해석하며, 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 취소원인을 다툴 수 있는지 여부에 대해 소극적인 입장을 취하였다. 다만 이것은 현행제도를 전제로 해석한 것이며, 당연히 쟁송의 기회를 주지 않아도 된다고 하는 것은 아니라며 우회적으로 제2차 납세의무자의 불리한 지위를 표현하였다. 中尾巧(주 21), 192 참조.

36) 三木義一(주 28), 49.

37) 税資 165号 315.

38) 税資 182号 8.

과세처분의 취소를 부정하기 때문이다. 1975년 최고재판소 판결로 인해 제2차 납세의무자의 권리구제수단이 상당히 제한적이게 된 것이다.

그리하여 제2차 납세의무자의 원고적격에 대한 문제가 다시 한 번 부각된 것으로 보인다.

(2) 최고재판소 1991. 1. 17. 판결(법인세경정처분등무효확인청구사건)[40]

1) 사실관계

甲 주식회사[41]는 1983년 5월 31일에 주주총회에서 해산하고, 1983년 7월 27일에 본 사업연도(같은 해 4월 1일부터 5월 31일까지)의 법인세에 대해 확정신고를 하였고, 1984년 1월 23일에 청산을 완료했으며, 6월 21일에 청산 완료의 등기를 하였다. 그러나 乙 세무서장은 甲 회사가 1983년 5월 7일에 고베시로부터 조정에 따른 보상금[42]을 지급받았음을 이유로 보상금에 대해 甲 회사의 소득을 인정하여, 1984년 6월 30일자로 경정처분 및 과소신고가산세 부과처분을 하였다.

甲 회사는 이에 불복하고 이의신청 및 심사청구를 하였으나 모두 기각되었다. 결국 甲 회사의 청산인 丙은 국세징수법 제34조(청산인 등의 제2차 납세의무)소정의 제2차 납세의무자로서 납부통지처분을 받을 우려가 있다며 위 부과처분의 무효확인을 구하는 주위적 청구와 취소를 구하는 예비적 청구를 하였다. 위 부과처분은 해산을 통해 법인격을 잃은 소멸된 회사에 대해 이루어진 것이므로 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효임을 주장

---

39) 民集 48卷 8号 1451.

40) 稅資 182号 8.

41) 1962년에 설립된 회사로서, 지육(枝肉)의 수화 및 매매 알선을 주업으로 하는 회사이다.

42) 고베시는 중앙도매식육시장의 육류 도매업자의 수를 한곳으로 정하고 이에 따른 기존의 도매 업체를 통합할 수 있도록 정책을 추진하였는데, 이에 대해 위 시장에서 지육도매업 등을 하는 甲 회사가 응하지 않자, 고베시는 갑 회사의 영업폐지와 시장에서의 퇴거를 강요했다. 양측은 협상을 거듭했으나 합의에 이르지 못하고 결국 고베 간이재판소를 통해 조정이 성립하였다.

하고 또한 만약 부과처분이 무효가 아니라 할지라도 보상금 중 일부는 甲 회사의 소득이 아니라 甲 회사의 주주에게 지급될 것이라는 이유로 그 취소를 주장한 것이다.

2) 법원의 판단

제1심법원[43]은 주위적 청구인 무효 등 확인소송과 관련해 丙은 행정사건소송법 제36조에서 규정하는 '해당 처분 또는 재결에 계속하는 처분에 의하여 손해를 받을 우려가 있는 자'에 해당된다고 하여 원고적격을 인정하였지만, 본건의 과세처분은 중대하고 명백한 하자가 없다고 하여 결국 청구를 기각하였다. 예비적 청구인 취소소송에 대해서는 제2차 납세의무자인 丙은 행정사건소송법 제9조의 '법률상의 이익을 가진 자'에 해당하지 않기 때문에 원고적격을 인정할 수 없다고 밝혔다. 丙은 이에 불복하여 항소를 제기하였다.

원심법원[44]은 주위적 청구인 무효 등 확인소송에서 대해 제1심법원과 동일한 논리[45] 하에서 丙의 원고적격을 인정하였으며, 다만 중대하고 명백한 하자는 인정되지 않아 청구 기각하였다. 예비적 청구인 취소소송에 대해서는 제1심법원과 달리 제2차 납세의무자인 丙이 취소소송을 제기할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 하여 원고적격을 인정하였다. 그 이유에 대해서 제2차 납세의무의 고지는 주된 납세의무의 징수절차상 하나의 처분으로서의 성격을 가지고, 위 납부고지를 받은 제2차 납세의무자는 본래의 납세의무자와 같은 입장에 있으며, 또한 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자 사이에는 위법성의 승계가 인정되지 않는 점에 비추어 제2차 납세의무자는 주된 과세처분 자체의 취소를 구할 수 있는 행정사건소송법 제9조의 법률상 이익이 있는 자에 해당하는 것이라고 판시하였다.

그리고 불복청구기간의 기산일에 대해서 주된 과세처분에 대한 시기에

---

43) 고베지재 1988. 7. 13. 판결(行集 40卷 1-2号 134).

44) 오사카고재 1989. 2. 22. 판결(行集 40卷 1-2号 111).

45) 주된 과세처분 등과 제2차 납세의무의 납부고지처분과의 관계 및 그 사이에 위법성의 승계가 인정되지 않는 것 등에 비추어 볼 때, 행정사건소송법 제36조상의 예방적 이익이 존재하는 경우에 해당한다는 것이다.

늦은 취소소송 제기는 징세의 안정과 능률을 해칠 우려가 있음을 고려할 때, 주된 과세처분이 주된 납세의무자에게 통지된 때를 기준으로 하는 것이 상당하다고 판시하였다. 원심법원이 丙에 원고적격이 있음을 전제로 주된 과세처분에 대한 실체 판단을 하였지만, 결국 丙의 청구는 기각되었다. 丙은 이에 불복하고 상고하였다.

최고재판소는 원심을 유지하고 상고를 기각하였다.

3) 판결의 의미

제2차 납세의무자의 원고적격을 정면으로 인정한 최초의 판결로서, 제2차 납세의무자가 독자적으로 취소소송을 제기할 수 있음을 처음으로 인정한 획기적인 판결로 평가할 수 있다. 다만 1975년 최고재판소 판결의 입장을 전제로 납부고지 받은 제2차 납세의무자를 본래의 납세의무자와 동일한 입장에서 바라보면서 납부고지처분의 성질을 주된 과세처분의 징수절차상 하나의 처분으로 취급한 점과 불복청구기간의 기산일에 대해 '징세의 안정과 능률을 해칠 우려가 있음을 고려'하여 주된 납세의무자에게 고지된 때를 기준으로 하는 점은 본 판결의 의미를 퇴색시킬 수 있다.

제2차 납세의무자는 주된 과세처분이 이루어진 것을 납부고지처분이 있을 때까지 인지하지 못하는 경우가 적지 않기 때문에 주된 납세의무자에 대한 과세처분시를 불복청구기간의 기산일로 산정한다면 실제 제소기간의 도과로 인해 권리구제의 실현가능성이 극히 낮아질 수밖에 없을 것이기 때문이다.[46]

3. 학설상 논의

1991년 최고재판소 판결을 전후로 학설의 경향을 분석하면, 큰 틀에서 제2차 납세의무자의 권리구제를 긍정하는 견해와 권리구제를 부정하는 견해로 나눌 수 있으며, 이를 세분화하면 제2차 납세의무자의 원고적격을 인정할지 여부에 관한 긍정설과 부정설, 위법성승계를 인정할지 여부에 관한

46) 高橋ちぐさ(주 28), 129.

적극설과 소극설 등 다양한 형태의 견해가 등장한다. 다만 권리구제수단을 기초로 살펴본다면 쟁송방법에 따라 학설을 나누어 검토하는 것이 합리적일 수 있으므로 이에 기초하여 논의를 살려볼 필요가 있을 것이다.[47]

(1) 납부고지처분 취소소송에서 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법

크게 주된 과세처분의 하자를 다툴 수 있음을 긍정하는 견해와 이를 부정하는 견해가 대립한다고 볼 수 있다. 먼저 부정설의 경우에는 그 근거로서 주된 과세처분은 징수처분으로서의 성질을 지닌 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분과는 별개임을 주장하여, 따라서 둘 사이에는 위법성이 승계되지 않는 점 또는 주된 과세처분은 행정처분으로서의 공정력이 인정된다는 점이 주장된다.[48] 1975년 최고재판소 판결도 이러한 입장에 서있다고 이해할 수 있으며, 특히 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자의 인격을 동일시하는 이른바 일체설을 근거로 이와 같은 판단을 하고 있다.

긍정설의 경우에는 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것은 제2차 납세의무자가 처분의 직접 상대방의 위치에서 해당 처분의 적법여부를 문제 삼는 것이므로 이것이 제2차 납세의무자의 근본적인 권리구제방법임을 주장하는 입장이다. 기본적으로 직접 주된 과세처분의 취소소송을 제기하는 방법에 대하여 불복청구기간의 기산일 산정 등의 문제를 이유로 권리구제의 실효성에 의문을 제기하는 견해이다. 그 근거로서는 주된 과세처분의 공정력을 제한할 필요가 있는 점 또는 과세처분과 체납처분의 관계가 아닌 주된 과세처분과 고지처분의 관계는 위법성승계를 긍정할 필요가 있는 점이 주장된다.[49]

---

47) 圖子善信(주 14), 33-35, 45의 경우에도 이와 같이 분류하고 있어, 위 내용을 기초로 검토하고자 한다. 특히 이러한 대립을 통하여 주된 과세처분과 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분의 관계(위법성승계에 관한 문제)와 우리나라의 통설, 판례의 입장(위법성승계 긍정설)과의 차이점을 고찰할 필요가 있으며, 법리의 비교를 통해 납부고지처분의 성격을 재확인할 필요가 있을 것이다. 구체적인 내용은 Ⅳ.2.에서 후술함.

48) 대표적인 학자로서 吉良實(주 28), 26.

49) 대표적인 학자로서 小澤義彦, "第二次納稅義務者は主たる納稅義務者に對する課稅處分を爭えるか", 稅務弘報 21卷 3号, 中央經濟社(1973.3.), 62.

(2) 직접 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법

앞서 언급한 바와 같이 1975년 최고재판소 판결이 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 방법을 부정함에 따라 그 후 사실상 직접 주된 과세처분의 취소소송을 제기하는 방법과 관련된 원고적격에 관한 논의가 학계에 집중적인 관심을 받게 되었다. 원고적격을 긍정하는 견해와 이를 부정하는 견해가 대립하는데, 특히 전자의 경우에는 다시 불복청구기간의 기산일과 관련해 1991년 최고재판소 판결을 기초로 주된 과세처분이 주된 납세의무자에게 고지된 때를 기준으로 하는 입장과 이에 대한 비판적인 입장으로 나뉘었다.

기본적으로 긍정설의 경우에는 행정사건소송법에서 원고적격을 처분의 상대방만으로 한정하지 않았으므로, 제2차 납세의무자에 대해서도 주된 과세처분의 위법에 대한 취소소송 또는 무효 등의 확인의 소송을 제기할 수 있는 '법률상의 이익을 가진 자'에 해당한다고 해석한다.[50] 부정설의 경우에는 제3자에 불과한 제2차 납세의무자의 개입은 상당히 이례적인 것이며, 실제 이를 다툰다고 하여도 이미 제소기간을 도과한 경우가 대부분일 것이므로 그럴 필요도 없다는 점을 근거로 원고적격을 부정한다.[51] 다만 부정설은 그 전제로서 제2차 납세의무자가 납부고지처분의 취소소송에서 주된 납세의무의 과세처분의 하자를 다투는 것을 허용하며, 그것이 권리구제를 위해서 지극히 효율적이라는 생각을 반영한 것이라는 평가도 존재한다.[52]

---

50) 吉良實(주 28), 25.
51) 小澤義彦(주 49), 130.
52) 圖子善信(주 14), 45.

Ⅳ. 2006년 최고재판소 판결과 실효적 구제방안

1. 2006년 최고재판소 판결과 그 후 논의

(1) 최고재판소 2006년 1월 19일 판결(재결청구취소사건)[53]

1) 사실관계

甲은 지인이 대표를 맡고 있는 乙 주식회사로부터 이 회사가 보유한 주식을 양도받았으며, 丙 세무서장은 乙 회사에 2002년 3월 29일에 법인세 결정처분[54] 및 무신고가산세 부과처분을 하고 4월 3일에 위 과세처분의 통지서가 乙 회사에 도달하였다. 같은 해 6월 7일, 丁 국세청장은 乙 회사의 국세 체납을 이유로 甲에게 제2차 납세의무(국세징수법 제39조)의 납부통지를 하고, 6월 8일에 납부통지서가 도달하여 제2차 납세의무의 납부고지가 이루어졌다.

이에 甲은 그로부터 2개월 이내인 같은 해 8월 6일에 제2차 납세의무의 납부고지에 대해 이의신청을 하는 동시에, 주된 과세처분에 대해서도 이의신청을 하였다. 丁 국세청장은 납부고지에 대해서는 납부한도액변경의 이의결정을 하였지만 주된 과세처분에 대한 이의제기에 대해서는 乙 회사에 송달된 날의 다음 날부터 기산하여 2개월(국세통칙법 제77조 제1항)을 경과하였으므로 각하 결정을 하였다. 그 후 심사청구에 대해서도 각하 결정을 받았기 때문에, 본건 재결의 취소를 요구한 것이다.

또한 乙 회사는 10월 22일에 국세불복심판소장에 심사청구를 하였으나, 그 뒤 이를 취하한 바 있다.

2) 법원의 판단

해당 사건의 쟁점은 크게 두 가지라 할 수 있는데, ① 국세징수법 제39

53) 民集 60卷 1号 65.

54) 해당 과세처분은 乙 회사의 甲에 대한 주식의 양도가 현저히 낮은 가액의 양도이며, 그 시가와의 차액이 기부금에 해당한다는 것이다.

조 소정의 제2차 납세의무자가 본래의 납세의무자에 대한 과세처분에 대해 국세통칙법 제75조에 근거한 불복청구를 할 수 있는지 여부, ② 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무자가 본래의 납세의무자에 대한 과세처분에 대해 국세통칙법 제75조에 근거한 불복청구를 하는 경우, 그 불복청구의 기산일이다.[55]

제1심법원[56]에서는 특히 불복청구기간의 기산일이 쟁점이 되었는데, 도쿄 지방재판소는 제2차 납세의무자가 주된 과세처분에 대해 불복청구를 하는 경우 그 불복청구기간의 기산일은 주된 과세처분이 본래의 납세의무자에게 고지된 날의 다음 날이 아니라 제2차 납세의무자에게 납부고지가 되어 제2차 납세의무가 발생한 날의 다음 날로 해석해야 한다고 판시하였다. 따라서 乙 회사에 통지된 2002년 4월 3일이 아닌 甲에게 납부고지된 2002년 6월 8일의 다음 날을 기준으로 기산일을 산정하여 본 건 재결을 취소하였다. 이에 丁 국세청장이 항소를 제기하였다.

원심법원[57]에서는 불복청구기간의 기산일뿐만 아니라 제2차 납세의무자가 주된 과세처분의 취소를 구하는 원고적격을 가지는지 여부도 쟁점이 되었다. 도쿄 고등재판소는 제2차 납세의무자는 주된 납세의무의 존부 또는 액수를 다투고자 주된 과세처분에 대한 불복을 제기할 적격을 갖지 않는다고 하였다. 또한 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분은 주된 과세처분 등에 의해 확정된 주된 납세의무의 징수절차상 하나의 처분으로서의 성격을 갖는 것이며, 주된 납세의무를 다투고자 하는 제2차 납세의무자의 소송상 권리는 주된 납세의무자에 의해 이른바 대리행사된 것이므로 주된 납세의무와 관련해 주된 납세의무자에게 불복청구의 길이 주어진 이상, 징수절차 단계에서 제2차 납세의무자가 별도로 이를 다툴 수 없는 것이라 판시하였다. 이는 기본적으로 1975년 최고재판소의 판결을 답습하는 것이라 할 것이다.[58] 따라서 甲의 이의신청은 불복청구적격이 없는 자에 의해 제기된 것

55) 田尾亮介, “第二次納税義務者による不服申立て”, 行政判例百選Ⅱ, 有斐閣(2017), 278.

56) 도쿄지재 2004. 1. 22. 판결(民集 60巻 1号 90). 불복청구의 자격여부에 대해서는 제2차 납세의무자는 본래의 납세의무자에 대한 과세처분의 취소를 구함에 있어 법률상의 이익을 가지고 그 적부를 다투는 지위를 인정받아야 한다고 판시하고 있다.

57) 도쿄고재 2004. 6. 15. 판결(民集 60巻 1号 101).

으로 적법하지 않은 신청임을 이유로 제1심판결이 취소되고 甲의 청구는 기각되었다. 甲은 이에 상고하였다.

최고재판소는 우선 불복청구를 할 수 있는지 여부에 관하여 제2차 납세의무자는 주된 과세처분으로 인하여 자신의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해받거나 불가피하게 침해될 우려가 있으므로 이를 회복해야 할 법률상의 이익을 가진다고 하여 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무자는 주된 과세처분에 대해 불복청구를 할 수 있다고 판단하였다.[59] 그리고 불복청구기간의 기산일에 대해서 제2차 납세의무는 주된 납세의무자에 대해 체납처분을 하여도 징수해야 할 금액이 부족하다고 인정되는 경우 비로소 그 의무가 성립되는 것이며, 주된 과세처분의 시점에서는 제2차 납세의무의 성립에 관한 사항이 불분명하기 때문에, 주된 납세의무자 이외의 제3자가 이러한 단계에서 주된 과세처분의 존재를 알았다고 할지라도 제3자에게 그것이 자기의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키는 행위인지에 대해 인식할 수 있는 상태라 할 수 없다고 하였다 따라서 국세통칙법 제77조 제1항의 '처분이 있음을 안 날'이란 제2차 납세의무자에 대한 납부고지(납부통지서의 송달)이 된 날을 말하며, 불복청구기간의 기산일은 납부고지된 날의 다음 날이라고 해석하는 것이 상당하다고 판시하였다. 결국 원심판결은 취소되었다.

3) 판결의 의미

2006년 최고재판소 판결은 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무자에 대하여 ① 주된 과세처분의 하자를 직접 다툴 수 있는 불복청구적격을 인정하였을 뿐 아니라 ② 불복청구기간의 기산일을 제2차 납세의무자에게 납부고지된 날의 다음 날로 함으로써 1991년 최고재판소 판결에 대한 비판

58) 실제 1975년 최고재판소 판결을 인용하고 있는 모습을 보이고 있다.

59) 구체적으로 살펴보면 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무는 제3자에 대해 보충적으로 부과되는 의무이며, 제2차 납세의무의 기본적 내용이 주된 과세처분에 의해 정해지는 것으로써 위법한 주된 과세처분에 의해 주된 납세의무의 세액이 과대하게 확정되면 주된 납세의무자로부터의 징수 부족액은 당연히 커져 제2차 납세의무의 범위도 과대해지고, 제2차 납세의무자는 직접적이고 구체적인 불이익을 당할 우려가 있는 점을 인정하고 있다.

적인 의견[60]을 수용하여 보완한 점에 의미가 있다.[61] 즉 1991년 최고재판소 판결은 제2차 납세의무자에게 원고적격을 최초로 인정하였음에도 실제 그 의미가 상당부분 퇴색된 면이 없지 않았는데, 그것은 앞서 언급한 바와 같이 불복청구의 기산일을 주된 과세처분이 주된 납세의무자에게 통지된 때를 기준으로 삼았기 때문이다. 결국 2006년 최고재판소는 제2차 납세의무자의 예측가능성을 고려하여 납부고지 된 날의 다음 날을 그 기산일로 산정하여 제2차 납세의무자의 권리구제를 한층 더 강화시켰다고 평가받고 있다.[62]

다만 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분의 법적성격에 대한 구체적인 언급이 없었던 점은 아쉬움을 남긴다. 이와 관련해 토쿠지 이즈미(泉德治)재판관은 보충의견을 통해 납부통지서에 의한 고지는 단순한 징수절차상 하나의 처분에 그친 것이 아니라 주된 납세의무자와는 별도의 인격을 가진 제2차 납세의무자에게 새로운 납세의무를 성립・확정시키는 성질을 가지고 있음을 인정하였는데, 나름의 의미를 갖는다고 할 것이다.[63] 그리고 해당 판결의 권리구제에 대한 관점이 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무자에게만 한정되는 것인지, 아니면 그 외 제2차 납세의무자에게도 적용되는 것인지 명확하지 않다는 지적도 존재한다.[64]

---

60) 제소기간의 도과에 대한 지적으로써 대표적인 문헌으로 宇賀克也, “主たる納税義務者に對する課税處分に關する第２次納税義務者の原告適格”, ジュリスト 947号, 有斐閣(1989.12.), 130.

61) 또한 제2차 납세의무에 대한 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정한 1975년 최고재판소 판결을 전제로 그 불합리를 조정한 것이라 평가된다(三木義一, “第二次納税義務”, 租税判例百選(第6版), 有斐閣(2016), 51; 占部裕典, 租税法と行政法の交錯, 慈學社出版(2015), 156).

62) 긍정적인 평가로서 圖子善信, “第二次納税義務者の主たる課税處分に對する不服申立期間の起算日”, 久留米大學法學 55号(2006.9.), 213; 山田二郎(주 11), 253 등.

63) 이러한 점을 근거로 납부고지처분의 요건 중 하나로 주된 과세처분이 포함되어 있기는 하지만, 제2차 납세의무자의 납세의무와 주된 납세의무자의 납세의무는 별개의 독립적인 것이므로 제2차 납세의무자는 자기의 제2차 납세의무 성립 자체에 관련된 문제로서 납부고지처분의 내용에 포함된 주된 과세처분의 위법성을 독자적으로 다툴 수 있도록 해야 한다고 하고 있다.

64) 岩﨑政明, “本來の納税義務者に對する課税處分と第２次納税義務者の不服申立權(最判平 18.1.19)”, 平成18年度　重要判例解説, 有斐閣(2007), 37-38.

(2) 2006년 최고재판소 판결 이후의 논의

그동안 최고재판소 판결의 변화 과정에 비추어 볼 때, 제2차 납세의무자의 권리구제 정도가 강화되었다고 평가할 수 있는데, 특히 원고적격을 기존보다 완만하게 해석하기 시작한 것이다. 또한 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자의 관계의 해석에 변화가 나타나기 시작한 것이다. 2006년 최고재판소는 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무자에 대하여 항상 본래의 납세의무자와 일체성 또는 친근성 있는 관계에 있다고 할 수는 없는 것이며, 양도 등에 의한 이익을 받고 있다는 점에서 당연히 본연의 납세의무자와의 일체성을 긍정하여 양자를 동일하게 취급하는 것은 합리적이라고 할 수 없다고 판시하였다.[65] 이러한 변화에 2004년 행정사건소송법의 개정이 일부 영향을 주었음을 부정할 수는 없을 것이다. 이 개정을 통해 제9조 제2항이 신설되었는데, 위법한 행정권의 행사에 대한 실효성 있는 권리구제의 실현을 도모하는 것을 목적으로 한 것이지만 행정불복심사법에서 불복청구자격을 실질적으로 확대하는 개정까지는 이뤄지지 않았다.[66]

아무튼 이러한 긍정적인 변화에도 불구하고 제2차 납세의무자의 원고적격과 관련된 모든 문제가 해결된 것은 아니며, 제2차 납세의무자에게 있어서 최선의 구제의 길이 열렸다고 단언할 수도 없을 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 2006년 최고재판소 판결이 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무에 한정하여 적용될 여지가 있기 때문이다. 그리고 주된 납세의무가 신고에 의해 확정된 경우, 즉 주된 납세의무자가 세금을 과다 신고한 경우에는 제2차 납세의무자는 납세신고에 의하여 이미 확정된 세액이 과다한 것임을 사실상 다툴 수 없는 문제가 있다.[67] 2006년 최고재판소 판결의 원심에서도 이러한 사항이 문제된바 있는데, 주된 납세의무가 신고에 의해 확정된

65) 또한 일반적으로 국세징수법상 제2차 납세의무자는 주된 납세의무자와 동일한 납세상의 책임을 지는 특별한 관계에 있는 자라고 할 수 있지만, 그 관계는 여러 가지 형태가 있는 것이며, 납부고지에 의해 스스로 독립된 납세의무를 부담하게 되는 제2차 납세의무자의 인적 독립성이 모든 장면에서 완전히 부정되는 것은 상당하지 않다고 하였다.

66) 宇賀克也, 行政法概說Ⅱ, 有斐閣(2018), 43.

67) 北野弘久(주 20). 380.

경우에는 제2차 납세의무자는 이를 다툴 수 없음에도 불구하고 과세처분에 의해 확정된 경우에만 이를 달리 해석하는 것은 균형적이지 못하다고 지적하고 있다. 이에 대해 최고재판소는 위법한 행정권의 행사에 의한 권리침해까지 다투는 방법이 부정되는 것은 아니라며 도쿄 고등재판소의 판결을 파기하였다. 결국 주된 납세의무자의 신고에 의해 확정된 주된 납세의무는 그 내용에 하자가 있다고 하더라도 제2차 납세의무자는 사실상 직접 다툴 수 없으며, 경정청구에 의한 방법이 고려될 수 있으나 이 역시 제2차 납세의무자가 주도적인 위치에서 할 수 있는 것이 아니어서 권리보호에 있어 미흡한 점을 보인다.[68]

또한 기판력과 관련된 문제도 지적이 된다. 주된 납세의무자가 이미 취소소송을 통해 주된 납세의무의 하자를 다툰 결과, 패소하여 더 이상 이를 다툴 여지가 없는 경우에도 제2차 납세의무자가 다시 주된 납세의무 취소소송을 제기하는 것이 가능한지 문제된다. 만약 이를 긍정한다면 제2차 납세의무자가 재차 제소하여 승소할 경우 주된 납세의무자와의 관계에 있어서는 이미 확정된 주된 과세처분이, 제2차 납세의무자와의 관계에서만 취소되는 결과가 되고, 이와 반대로 부정한다면 기판력이 제2차 납세의무자에게도 미치기 때문에 소제기가 불가능하여 제2차 납세의무자의 권리가 구제되는 길이 막히게 되는 것이다.[69] 이러한 점에 비추어 보다 적극적인 구제방안이 모색될 필요가 있는 것이다.

2. 실효적 구제방안을 위한 법적 쟁점의 검토

사실 1991년 최고재판소 판결에 의한 방법으로는 제2차 납세의무자의 권리구제가 도모되는 경우가 한정적일 수밖에 없고, 2006년 최고재판소 판결을 통해 일부 그 문제점이 극복되었다고 할지라도 현실적인 권리구제책으로는 미흡한 면이 없지 않다. 이러한 점에 비추어 오히려 납부고지처분에 대한 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 인정함으로써 해

68) 高橋ちぐさ(주 28), 138-139.
69) 高橋ちぐさ(주 28), 139.

결하는 것이 타당할 것이라는 주장이 대두되고 있다.[70] 이것은 1975년 최고재판소 판결에 정면으로 배치되는 주장일 수 있는바,[71] 그 타당성을 검토하기 위해 관련 법적 쟁점을 구체적으로 논하기로 할 필요가 있다.

(1) 공정력

통상 공정력이란 행정행위에 하자가 있는 경우라 할지라도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효가 아닌 한, 권한 있는 기관에 의하여 취소될 때까지 상대방 또는 이해관계인들이 그 하자를 이유로 무단히 그 효과를 부정하지 못하는 힘을 말한다.[72] 1975년 최고재판소 판결이 제2차 납세의무자가 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정하고 있는데, 그 판단의 기초가 되는 것이 과세처분의 위법성은 체납처분에 승계될 수 없다는 것으로 이는 공정력 이론을 근거로 하는 것이라 할 수 있다.[73] 1975년 최고재판소 판결 이전의 하급심 판결에서도 제2차 납세의무자가 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정하였는데, 이 역시 주된 납세의무의 과세처분의 공정력을 이유로 하고 있었다.[74] 즉 과세처분은 행정처분으로서 공정력이 인정되어 권한이 있는 행정청이나 국세불복심판소 등의 취소가 있어야 비로소 그 효력을 잃게 되므로, 그 취소가 없는 이상 제2차 납세의무자와의 관계에서도 유효하게 존재하고 있는 과세처분을 부정할 수 없는 것이다.

그러나 공정력에 대해서 여러 가지 점에서 논란이 있는데,[75] 특히 제2

---

70) 圖子善信(주 62), 229-230; 宇賀克也(주 60), 130.

71) 토쿠지 이즈미(泉德治) 재판관은 보충의견을 통해 1975년 최고재판소 판결의 변경을 주장하고 있기도 하다. 이에 대해 찬성하는 입장으로 三木義一(주 61), 51.

72) 田中二郎, 行政法總論(法律學全集6), 有斐閣(1957), 321-322. 대법원 2007. 3. 16. 선고 2006다83802 판결. 사실 공정력은 정의방법에 따라 일정한 의미차이를 보이는데, 이는 실정법상 정의규정을 두고 있은 점에 기인한다. 다만 간접적으로 특히 과세처분과 관련하여 그 근거를 찾을 수 있는데, 과세처분에 관한 불복규정이나 직권취소, 집행부정지 원칙 등을 그 예로 들 수 있다. 구체적인 논의는 최원, "과세처분의 효력으로서 공정력과 형식적 존속력의 관계", 조세연구 15권 1호(2015.04), 11면 이하 참조.

73) 高橋ちぐさ(주 28), 142-143.

74) 고베지재 1971. 11. 16. 판결(行集 24卷 11・12号 1237); 오사카고재 1973. 11. 8. 판결(民集 20卷 5号 171) 등.

차 납세의무자의 입장에서는 주된 납세의무에 대한 과세처분의 통지가 행해지지 않는 점에 비추어 주된 납세의무의 과세처분을 다툴 기회가 충분히 보장되지 못하는 바, 주된 과세처분에 대해 공정력을 부여하는데 대해 합리성을 뒷받침할 근거가 충분히 갖추어지지 못한 측면이 있다.[76] 이로 인해 제2차 납세의무자의 적절한 권리구제가 보장되지 못하는 결과를 초래하는 것이며, 결국 공정력의 범위가 제2차 납세의무자에게 미치는 것이 타당한 것인지 의문을 갖는 계기가 된다. 또한 조세법률관계에 있어서는 실체법의 구성요건에 입각한 특유의 법리가 형성되어야 하며, 실체법상 주된 납세자의 조세채무의 객관적 범위가 구성요건에 포함되어 있는 이상 일반 행정상의 공정력은 애초에 문제가 되지 않는다는 지적도 있다.[77] 이는 조세법률관계를 기본적으로 채무관계설의 입장에서 과세관청과 납세자의 관계를 대등한 관계로 해석하는 것과 크게 다르지 않다고 할 것이다. 결국 과세관청이 지나치게 권력을 주장하는 사고방식을 조세법률행위에 적용하는 것은 납세자에게 위화감이 발생하기 마련이며, 따라서 주된 과세처분의 하자를 납부고지처분 취소소송을 통해 다투고자 하는 제2차 납세의무자에 대해서는 공정력이 미치지 못한다고 해석할 필요가 있는 것이다.[78]

생각건대 공정력의 합리성을 담보하는 제도적 장치가 뒷받침되어 있지 않은 상황에서 주된 과세처분의 공정력을 이유로 제2차 납세의무자의 권리구제를 제한하는 것은 문제가 있다. 주된 과세처분의 공정력은 주된 납세의무의 존재여부 및 범위에 대한 것이므로 주된 납세의무자에 대해 미치는 것은 당연하지만 위와 같은 지적을 고려할 때 제2차 납세의무의 납부고지처분을 다투는 제2차 납세의무자에게도 당연히 미친다고 보기는 곤란한 면이 있

75) 본 논제와 관련된 사항 중 공정력의 차단효과와 위법성의 승계에 관한 구체적인 논의는 大沼洋一, “違法性の承継をめぐる最近の動向と若干の檢討”, 駿河台法學 26卷 2号(2013.2.), 168 이하 참조.

76) 圖子善信(주 14), 41에서는 공정력을 이유로 제2차 납세의무자가 주된 과세처분을 부정할 수 없음을 주장하면서도 공정력의 합리성에 대해 문제점을 인식하여 이에 대한 확보를 위해 노력할 필요가 있음을 언급하고 있다.

77) 三木義一, “第二次納稅義務の法的性格の再檢討”, 稅理 20卷 8号, ぎょうせい(1977.7.), 144.

78) 高橋ちぐさ(주 28), 144.

다. 토쿠지 이즈미(泉德治) 재판관도 보충의견을 통해 이러한 문제를 인식하고, 주된 과세처분의 공정력은 제2차 납세의무자가 자신에게 부과된 납세의무, 즉 제2차 납세의무를 다투기 위해 그 요건의 일부를 구성하는 주된 과세처분의 위법성을 주장하는 것을 방해하는 것이 아니라고 한바 있다. 결국 제2차 납세의무자가 독자적으로 납부고지처분의 취소소송을 통해 주된 과세처분의 위법성을 주장할 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

(2) 위법성의 승계

위법성의 승계란 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되는 현상을 말한다.[79] 따라서 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 있게 된다. 반면 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 없게 된다. 이는 1975년 최고재판소 판결이 제2차 납세의무자가 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 부정한 근거 중 하나로 작용하였는데, 주된 과세처분과 제2차 납세의무의 납부고지처분은 일련의 절차로서 선행처분과 후행처분의 관계에 있음을 전제로 각각 별도의 법률적 효과의 발생을 목적으로 하는 독립적 행위이기 때문에 위법성의 승계가 부정되고, 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자의 관계가 매우 밀접하여 제2차 납세의무자 자체의 독립성을 인정하지 않고 제2차 납세의무의 납부고지처분을 징수절차상 하나의 처분으로 이해하고 있는 것이다. 납세의무의 확정에 관한 사항은 그 후의 강제집행 등 징수에 관한 사항과는 전혀 다른 절차상의 문제라는 최고재판소의 기존 생각을 반영한 것이라 평가할 수 있을 것이다.[80]

---

79) 田中二郎(주 72), 324. 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결(공1994상, 849).
80) 大沼洋一(주 75), 162.

확실히 제2차 납세의무는 주된 납세의무의 이행을 담보하기 위한 것이며, 납부고지처분절차는 주된 납세의무의 확정된 세액의 징수를 위한 목적에 대한 수단으로서의 역할을 하는 점에 비추어, 제2차 납세의무의 납부고지처분이 주된 납세의무자에 대한 관계에서 징수처분으로서의 성질을 가지는 것은 부정할 수 없을 것이다.[81] 그렇다고 하여 제2차 납세의무의 납부고지처분을 통해 제2차 납세의무자는 국가에 대해 별도의 새로운 납세의무를 부담하게 되는 것이므로 과세처분으로서의 성질을 지니고 있음을 부정할 수는 없다.[82] 또한 제2차 납세의무자는 단순히 주된 납세의무자의 대리적 입장이 아닌 것이다. 따라서 1975년 최고재판소 판결에서 단순히 주된 납세의무의 징수절차상 하나의 처분으로서의 성격이라고만 취급한 것은 문제가 있다.

앞서 언급한 바와 같이 주된 과세처분에 공정력을 제한할 필요가 있는 점을 고려할 때 공정력을 이유로 위법성의 승계를 부정하는 입장은 타당치 못하며, 제2차 납세의무의 납부고지처분이 별도의 과세처분으로서의 성질을 인정할 필요가 있는 점과 주된 납세의무자와 제2차 납세의무자의 일체성을 그대로 인정하기 곤란한 점을 고려할 때 위법성의 승계를 이유로 납부고지처분의 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다툴 수 있도록 하자는 견해는 일응 타당하다고 할 것이다.

3. 검토

제2차 납세의무자의 권리구제방안 중 특히 납부고지처분 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 방법에 관한 학설은 앞서 언급한 바와 같이 긍정설과 부정설로 나눌 수 있다. 부정설의 기본적인 근거는 결국 주된 납세의무자에 대한 과세처분과 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분은 별

81) 大崎滿, “主たる納稅義務の瑕疵と第2次納稅義務者の爭訟手段”, 稅大論叢 9号 (1975.5.), 186.

82) 위법성의 승계에 관해 부정설의 입장임에도 이러한 점을 지적하는 문헌으로 圖子善信 (주 14), 39.

도의 처분이고 따라서 납부고지처분에 대한 위법성승계를 부정하는 것이다. 또한 주된 과세처분의 공정력을 그 이유로 한다. 긍정설은 이와 달리 조세채무관계론에 기초하여 두 처분 모두 납세의무를 현실화·구체화하기 위한 일련의 절차로 인정함에 따라 위법성승계를 긍정한다. 이러한 견해대립을 통해 납부고지처분의 법적 성질을 징수처분으로 볼 것인지, 아니면 독립한 과세처분의 성질을 가진다고 볼 것인지 검토하게 된 것이며, 결국 이는 제2차 납세의무자의 권리구제의 모습에 크게 영향을 미친 것이라 할 것이다.

위법성의 승계에 관해 원칙적으로 조세확정절차의 위법성은 조세징수절차에는 승계되지 않는 것을 이유로 부정설이 통설적 입장이라 평가받는데, 체납처분을 조성하는 각 행정처분은 조세채권의 강제적 만족이라는 목적을 달성하기 위한 일련의 행위이므로 선행행위의 위법성은 후행행위에 승계된다고 해석될 필요가 있음이 지적되고 있으며, 상당한 설득력이 있다. 또한 공정력에 대한 개념규정이 존재하지 않기 때문에 그 적용범위는 결국 해석에 달려 있다고 할 수 있어 행정행위의 공정력의 제도적 근거와 궁극적으로 과세관청과 납세자의 입장 즉 조세채권채무관계론에 기초한 양자의 관계의 검토가 필요한 것이다.

우선 제2차 납세의무자가 권리구제를 청구하기 위한 절차에 관한 규정이 현재보다 명확하게 정비될 필요가 있으며, 이를 통해 권리구제의 접근을 보다 용이하게 할 필요가 있을 것이다. 즉 법률이 개정되어 권리구제를 요청하는 절차가 보장되면 제2차 납세의무자라는 작은 매듭만 아니라 널리 납세의무자 전체에 있어서도 기존보다 훨씬 권리구제의 길이 열리게 될 것이다.[83]

83) 川嶋啓右/村田洋/木村和也(주 3), 82에서 토쿠지 이즈미(泉德治) 재판관의 의견을 설시하고 있는데, 제2차 납세의무제도의 법률 조문에서, 주된 과세처분 그 자체를 다투는 것이 아니라 제2차 납세의무자가 자신에게 부과된 제2차 납세의무를 다투기 위해, 그 구성요소인 주된 과세처분의 위법성을 다툴 수 있는 내용을 명문화할 필요가 있으며, 이를 통해 승소했을 경우에 주된 납세자의 주된 과세처분과 관련된 확정판결의 효력에 미치는 영향을 분리할 수 있고 동시에 제2차 납세의무자에게도 자기의 권리구제를 목적으로 주된 과세처분의 위법성을 다투기 쉬워질 수 있음을 피력하고 있다.

Ⅴ. 결론

헌법상 권리인 재산권과 재판상 청구권이 보장되는 제2차 납세의무자가 주된 과세처분의 하자로 인해 자신의 권리가 침해될 우려가 있는 경우, 쟁송을 통한 기회의 부여가 인정될 것인지에 관하여 일본 최고재판소의 판결의 변화 과정을 통하여 관련된 법리적 쟁점을 검토하고자 하였다.[84]

일본의 경우에는 입법의 불비로 인해 불안정한 지위에 있는 제2차 납세의무자의 구제방안을 모색하기 위해 지속적으로 노력중인데, 이러한 점 때문에 오히려 제2차 납세의무에 관한 논의가 우리보다 훨씬 다양하고 정치한 면을 보인다. 우선 일반적인 권리구제 형태인 납부고지처분에서의 불복에 대해 1975년 최고재판소는 납부고지처분의 성격을 징수절차상 하나의 처분으로 취급하여 이를 부정하면서 다른 한편으로 위법성 승계를 인정하지 않는 것을 근거로 하였다. 따라서 제2차 납세의무자는 직접 주된 과세처분의 취소소송을 제기하여 다투는 방법을 통해 권리구제를 받아야 하는데, 이것은 원고적격의 문제이다. 이에 더하여 불복청구기간의 기산일에 관한 사항도 같이 문제되었는데, 이러한 문제에 대해 주목할 만한 판결이 나온 것이 바로 2006년 최고재판소 판결이었던 것이다. 다만 위 판결에도 불구하고 여전히 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 절차 등에 미흡한 면이 지적되고 있으며, 궁극적으로 입법적인 방안까지 모색 중인 상황이다.

이와 달리 우리나라의 경우에는 우선 제2차 납세의무자의 원고적격을 인정하는 명문 규정을 두고 있는데, 국세기본법 제55조 제2항에서 “이 법 또는 세법에 따른 처분에 의하여 권리나 이익을 침해당하게 될 이해관계인으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 위법 또는 부당한 처분을 받은 자의 처분에 대하여 이 장의 규정에 따라 그 처분의 취소 또는 변경을

84) 통상 비교법적으로 검토하기 위해 미국, 독일, 일본 등이 거론되나 영미법계의 경우에는 제2차 납세의무제도라는 개념자체가 존재한다고 보기 어려우며, 이와 유사한 제도가 있긴 하나 그 형태가 매우 단순하다. 이와 달리 대륙법계의 경우 특히 일본의 경우에는 제2차 납세의무(第二次納稅義務)라는 개념이 존재하며, 우리나라의 제2차 납세의무제도와 상당한 유사성을 보인다.

청구하거나 그 밖에 필요한 처분을 청구할 수 있다."고 하면서 제1호에서 제2차 납세의무자로서 납부통지서를 받은 자를 예시하고 있다. 따라서 주된 납세의무자에 대한 부과처분을 다툴 수 있는 것이다. 또한 대법원 2009. 1. 15. 선고 2006두14926 판결을 통해 제2차 납세의무자가 주된 납세의무의 위법 여부에 대한 확정과 무관하게 자신에 대한 제2차 납세의무 부과처분 취소소송에서 주된 납세의무자에 대한 부과처분의 하자를 주장할 수 있는지 여부에 대해 부종성, 위법성승계 등을 근거로 적극적인 입장을 피력하였다. 이는 새로운 내용의 판결이 아니라 이미 이전의 판결을 통해 확립된 법리를 다시 한 번 확인한 것이라 할 것이다.[85] 이와 더불어 주된 납세의무자가 제기한 전소와 제2차 납세의무자가 제기한 후소가 각기 다른 처분에 관한 것이어서 그 소송물을 달리하는 경우, 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치는지 여부에 관하여 소극적인 입장을 취함으로써 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 접근을 실질적으로 보장하고 있다.[86]

그리고 근래 제2차 납세의무의 부과제척기간의 기산일이 문제된 사안에서 법인의 과점주주 등이 부담하는 제2차 납세의무에 대해서는 주된 납세의무와 별도로 부과제척기간이 진행하고, 부과제척기간은 특별한 사정이 없는 한 이를 부과할 수 있는 날인 제2차 납세의무가 성립한 날로부터 5년간으로 봄이 상당하며, 한편 제2차 납세의무가 성립하기 위하여는 주된 납세의무자의 체납 등 그 요건에 해당하는 사실이 발생하여야 하므로 그 성립시기는 적어도 '주된 납세의무의 납부기한'이 경과한 이후라고 판시한바 있는데,[87] 사실 이 문제는 그 전제로서 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분의 성격을 파악해야 하는 사안으로 이에 대해 대법원이 기본적으로 주된 납세의무자에 대한 부과처분과는 독립된 부과처분으로 이해하여 논의를 전개하고 있다. 이러한 논리는 앞서 언급한 대법원 판결의 취지를 바탕으로 하는 것이라 평가할 수 있는데, 만약 위 납부고지처분을 징수처분으로 취급

85) 대법원 1969. 12. 23. 선고 67누146 판결(집17-4행, 25); 대법원 1979. 11. 13. 선고 79누270 판결(공1980상, 12421).

86) 다만 특별한 다른 위법사유가 새로 제시되지 않는 한 사실상 다른 판단을 하기 어려운 점도 있을 것이다(소순무/윤지현(주 17), 31).

87) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두13234 판결(공2012상, 1006).

하여 이 사건을 판단할 경우 해당 판결은 다른 결론에 도달하게 될 것이다. 징수절차상 하나의 처분으로 볼 경우 제척기간의 제한은 없게 되기 때문이다.[88]

이렇듯 우리나라는 일본보다 제2차 납세의무자의 권리구제에 있어 상당히 진전된 모습을 보이고 있는 점은 긍정적이라 할 것이다. 입법적으로 적절하고 신속한 대응이 있어 온 점과 대법원 판결의 진취적인 모습에 기인한다고 할 수 있는데, 다만 그로 인해 근래 논의가 일부에 국한되는 것은 아쉬움을 남긴다고 할 것이다. 제2차 납세의무자와 관련해 다양한 형태의 분쟁이 지속적으로 발생하고 있는 현 상황에 비추어 볼 때, 비교법적 고찰을 통해 다시 한 번 기본적인 법리를 재검토할 필요성이 있다. 결국 이것은 우리사회에의 납세자의 권익보호를 통한 조세정의를 실현하는데 기여하게 될 것이라 생각한다.

일본 세법상 제2차 납세의무자의 권리구제에 관한 고찰 - 길 용 원	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.23.	2019.12.05.	2019.12.27.

88) 최고재판소 1994. 12. 6. 판결(民集 48卷 8号 1451).

[참고문헌]

[국내문헌]
구욱서, 사법과세법, 유로(2010).
소순무/윤지현, 조세소송, 영화조세통람(2019).
이준봉, 조세법총론, 삼일인포마인(2019).
임승순, 조세법, 박영사(2019).
정태학, “조세법령이 개정되면서 그 부칙에서 개정조문과 관련하여 별도의 경과규정을 두지 아니한 경우 적용할 법령 및 제2차 납세의무의 성립시기”, 대법원판례해설 55호(2005.12.).
최원, “과세처분의 효력으로서 공정력과 형식적 존속력의 관계”, 조세연구 15권 1호(2015.04).
하태흥, “제2차 납세의무에 대한 부과제척기간의 기산점”, 조세와법 6권 1호(2013.6.).

[외국문헌]
占部裕典, 租稅法と行政法の交錯, 慈學社出版(2015).
吉國二郎/荒井勇/志場喜德郎, 國稅徵收法精解, 大藏財務協會(2018).
金子宏, 租稅法, 弘文堂(2019).
橘素子, 第二次納稅義務制度の實務, 大藏財務協會(2017).
北野弘久, 現代稅法講義, 法律文化社(2009).
小林徹, 國稅徵收法基本通達逐條解說, 大藏財務協會(2018).
谷口勢津夫, 稅法基本講義, 弘文堂(2018).
田中二郎, 行政法總論(法律學全集6), 有斐閣(1957).
宇賀克也, 行政法概說Ⅱ, 有斐閣(2018).
中尾巧, 稅務訴訟入門, 商事法務(2011).
志場喜德郎/荒井勇/山下元利/茂串俊, 國稅通則法精解, 大藏財務協會(2016).
高橋ちぐさ, “第二次納稅義者の權利救濟とその實効性—平成18年最高裁判決の檢証とその後の課題—”, 青山ビジネスロー・レビュー 2卷 2号(2013.3.).
吉良實, “第二次納稅義務と主たる納稅義務との關係 (2・完)”, 稅法學 257号, 淸文社(1972.5.).
大崎滿, “主たる納稅義務の瑕疵と第2次納稅義務者の爭訟手段”, 稅大論叢 9号(1975.5.).
大沼洋一, “違法性の承継をめぐる最近の動向と若干の檢討”, 駿河台法學 26卷 2号(2013.2.)
圖子善信, “第2次納稅義務者の權利救濟について”, 稅大論叢 26号(1996.3.).
圖子善信, “第二次納稅義務者の主たる課稅處分に對する不服申立期間の起算日”, 久留米大學法學 55号(2006.9.).
山田二郎, “第2次納稅義務者の救濟手續と行政不服申立期間の起算日—アルゼグループ事件—”, ジュリスト 1325号, 有斐閣(2006.12.).
三木義一, “第二次納稅義務の法的性格の再檢討”, 稅理 20卷 8号, ぎょうせい(1977.7.)
三木義一, “第2次納稅義務”, 租稅判例百選(第4版), 有斐閣(2005).
三木義一, “第二次納稅義務”, 租稅判例百選(第6版), 有斐閣(2016).
小澤義彦, “第二次納稅義務者は主たる納稅義務者に對する課稅處分を爭えるか”, 稅務弘

報 21卷 3号, 中央経濟社(1973.3.)
岩﨑政明, “本來の納稅義務者に對する課稅處分と第 2 次納稅義務者の不服申立權(最判平 18.1.19)”, 平成18年度 重要判例解說, 有斐閣(2007).
西野敞雄,“第二次納稅義務者の權利救濟”, 國士舘法學 38号(2006.12.).
田尾亮介,“第二次納稅義務者による不服申立て”, 行政判例百選Ⅱ, 有斐閣(2017).
宇賀克也, “主たる納稅義務者に對する課稅處分に關する第 2 次納稅義務者の原告適格”, ジュリスト 947号, 有斐閣(1989.12.).
川嶋啓右/村田洋/木村和也, “第二次納稅義務に關する一考察—第二次納稅義務者への權利救濟とその實効性—”, 東京通信大學紀要 1号(2019.3.)

【국문초록】

본 연구는 본인 이외의 제3자의 조세를 부담하게 되면서 사실상 납세자금의 조달을 강요당하며, 법률상 압류 및 환가의 위험성을 지닌 제2차 납세의무자의 불안정한 지위를 과세형평의 관점에서 고려하여 권리구제를 할 필요가 있다는 점에서 출발하였다. 제2차 납세의무자의 실질적 권리구제방법과 그 과정에서의 법리적 쟁점을 검토할 필요가 있음을 자각한 것이다. 제2차 납세의무자가 납부고지처분 자체에 하자가 존재하여 이를 다투는 경우에는 특별히 문제될 것이 없지만, 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분의 원인이 된 주된 납세의무자의 과세처분에 하자가 있어 이를 다투는 경우에는 문제가 생길 수 있다.

일본의 경우 제2차 납세의무제도와 관련된 문제는 국세통칙법상 입법의 불비와 국세징수법상 일부 규정이 존재함에도 그 해석이 명확하지 않은 점에 기인한다. 특히 제2차 납세의무자 권리구제에 관한 것은 주된 납세의무자와의 관련성의 정도와 제2차 납세의무자에 대한 납부고지의 성질이 분명하지 않은 점에 있다. 종래부터 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자와 관련하여 제2차 납세의무자의 권리구제수단으로서 논의되는 방법은 두 가지 정도이다. ① 제2차 납세의무자가 제2차 납세의무에 대한 납부고지처분 취소소송에서 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법, ② 제2차 납세의무자가 직접 주된 납세의무자에 대한 과세처분의 하자를 다투는 방법이다. 첫 번째 방법은 1975년 최고재판소 판결을 통해 부정되었으며, 이러한 점을 계기로 두 번째 방법이 다시 부각되었다. 1991년 최고재판소는 제2차 납세의무자의 원고적격을 긍정하였는데, 다만 불복청구기간의 기산일에 대해 '주된 납세의무자에게 고지된 때'를 기준으로 한 점에 비추어 제2차 납세의무자의 실질적 권리구제에 있어 미흡한 면을 보이게 된다. 그 후 2006년 최고재판소는 그 기산일을 '제2차 납세의무자에게 납부고지된 날의 다음 날'로 해석함에 따라 한층 더 실효성 있는 구제방안을 모색하였다. 아무튼 이러한 긍정적인 변화에도 불구하고 제2차 납세의무자의 원고적격과 관련된 모든 문제가 해결된 것은 아니며, 제2차 납세의무자에게 있어서

최선의 구제의 길이 열렸다고 단언할 수도 없다.

2006년 최고재판소 판결이 국세징수법 제39조 소정의 제2차 납세의무에 한정하여 적용될 여지가 있기 때문이다. 그리고 주된 납세의무가 신고에 의해 확정된 경우, 즉 주된 납세의무자가 세금을 과다 신고한 경우에 제2차 납세의무자는 납세신고에 의하여 이미 확정된 세액이 과다한 것임을 사실상 다툴 수 없는 문제가 있다. 이러한 점에 비추어 오히려 납부고지처분에 대한 취소소송에서 주된 과세처분의 하자를 다투는 것을 인정함으로써 해결하는 것이 타당할 것이라는 주장이 대두되고 있다. 이와 관련해 긍정설과 부정설이 대립하는데, 부정설의 기본적인 근거는 결국 주된 납세의무자에 대한 과세처분과 제2차 납세의무자에 대한 납부고지처분은 별도의 처분이고 따라서 납부고지처분에 대한 위법성승계를 부정하는 것이다. 또한 주된 과세처분의 공정력을 그 이유로 한다. 긍정설은 이와 달리 조세채무관계론에 기초하여 두 처분 모두 납세의무를 현실화·구체화하기 위한 일련의 절차로 인정함에 따라 위법성승계를 긍정한다. 이러한 견해대립을 통해 납부고지처분의 법적 성질을 징수처분으로 볼 것인지, 아니면 독립한 과세처분의 성질을 가진다고 볼 것인지 검토할 필요가 있는 것이며, 결국 이는 제2차 납세의무자의 권리구제의 모습에 크게 영향을 미치는 것이다.

다만 우리의 경우 현재 법률상 제2차 납세의무자의 원고적격을 긍정하고, 대법원 판례상 제2차 납세의무자에 대한 고지처분의 효력을 다투는 소송에서 주된 납세의무자에 대한 부과처분을 다툴 수 있도록 하고 있는바, 권리구제에 관한 논의의 필요성이 체감될 수 있는 점은 부정할 수 없지만 비교법 연구가 언제나 한국적 현실과 관련성이 있어야 하는 것은 아니라고 할 것이므로 일본에서의 논의를 통하여 제2차 납세의무에 관한 기본적 법리를 재검토하여 제2차 납세의무자의 지위를 다시 한 번 생각해 보고자 한다.

【Abstract】

A Study on the Relief of Rights of Second Taxpayer in Japan
- focusing on the change processes of Supreme Court of Japan -

Kil, yongwon
(Ph. D. in Law, Supreme Court Caselaw Deliberation Committee Research Commissioner)

The secondary tax liability has been introduced to ensure the collection of taxes in a case where, despite having issued delinquency disposition on the property of a taxpayer originally liable to pay taxes. And secondary tax liability imposes tax liability complementarily on a third party, who is not the taxpayer originally liable for tax payment. Hence, the requirement for its application must be strictly construed. Nonetheless, it is not provided for in the General Law of National Taxes regarding to the relief of rights of second taxpayer. In other words, although the secondary tax liability is a unique obligation, no specific provision has been established for the rights relief of the secondary taxpayer who will bear it.

Then, how should the second taxpayer deal with this matter in order to relieve his/her rights? If legal proceedings are brought before the court, it is necessary to file an objection with the original administrative agency in principle. In this case, there is no harm whatsoever to the secondary taxpayer's dispute over the inherent defect in the notification of payment, but there is a problem when the secondary taxpayer disputes over the defect in the taxation of the principal taxpayer. Because the

taxation of the principal taxpayer is a separate administrative taxation taken against the principal taxpayer, there is a problem with whether the secondary taxpayer, a third party, can claim the flaws involved. And when a secondary taxpayer has disputes pertaining to the principal tax liability, the problem arises when there is a defect that does not lead to the invalidation of the principal tax liability but can be cancelled.

In South Korea, discussions on the issue may not be effective in light of the fact that a bailout plan has been prepared through legislation. Through such discussions, however, it is possible that there is a need to review the legal principles regarding the secondary tax liability and substitute them for various disputes in line with our circumstances. In the end, this will contribute to the realization of tax justice through the protection of taxpayers′ rights and interests in society.

주제어(Keyword) : 제2차 납세의무(Secondary Tax Liability), 권리구제(Remedy), 조세형평(Tax Equity), 국세통칙법(General Law of National Taxes), 위법성의 승계(Succession of Illegality), 원고적격(Standing to Sue)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.263

인공지능 창작과 저작권법의 딜레마

정 원 준*

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. AI 창작이 저작권법에 제기하는 법적 문제
1. AI 기술의 발전과 창작 주체의 변천
2. 창작 사례별 법적 취급의 차별화
3. 저작권 제도의 본질과 AI 창작물의 보호 필요성
Ⅲ. AI 창작물에 대한 권리 인정 가능성
1. AI 창작물의 저작물성
2. AI 창작물의 권리 귀속 문제
Ⅳ. AI 창작물의 활용과 저작권 침해
1. 저작물 학습과정에서의 공정이용
2. AI 창작물의 저작권 침해 가능성
Ⅴ. 입법론적 개선방안
1. AI 창작권에 대한 차별적·제한적 보호 방향
2. 창작적 기여자에 대한 새로운 권리 창설
3. 방식주의 및 등록 표시제도의 도입
4. 명시적 책임면책 조항의 마련
Ⅵ. 결 론

Ⅰ. 서 론

최근 비약적 발전을 보이고 있는 인공지능(Artificial Intelligence, 이하 'AI'라 함)은 사람으로부터 수집한 데이터를 분석·학습하여 인간의 판단 및 추론과 유사한 형태의 논리 구조를 구현하는 일련의 시스템을 의미한다. 즉, 인간으로부터 생성·수집한 데이터를 AI 학습에 적합한 형태로 가공(전처리)하여 알고리즘을 고도화함으로써 인간과 유사한 수준의 행위를 구현하거나 그에 상응하는 결과물을 창출하는 원리인 것이다. 이에 따라 AI 기술이 기존의 법제에 던지는 과제는 단순히 역기능 및 오작동과 같은 기술 도입에 따른 부정적 효과(side effect)에 한하지 않고 훨씬 큰 파장을 일으키고 있다. 왜냐하면

* 정보통신정책연구원(KISDI) 연구원, 법학박사.

AI가 사람에 상응하는 능동적인 주체로서의 역할을 수행함으로써 인간 사이의 법률관계를 중심으로 형성된 전통적인 법률 체계의 근간과 상충되기 때문이다.

그런데 AI는 이제 단순 반복적인 업무나 바둑을 정복한 알파고(Alphago)처럼 일정한 규칙을 두고 경쟁하는 영역뿐만 아니라, 인간의 전유물로 여겨지던 예술창작 분야에까지 확대·적용되고 있다. 본래 인간의 사상 내지 감정의 표현으로부터 기인하는 창작성을 요하는 창작 분야의 경우 인간을 대체하기 어려울 것이라는 인식이 팽배하였다. 그러나 현재 AI는 스스로 뉴스 기사를 작성하거나 소설, 영화, 미술, 작곡 등 다양한 분야에서 날로 발전된 수준의 결과물을 선보임으로써 더 이상 인간만이 창작자라는 관념은 통용될 수 없게 되었다.[1] 오늘날 AI가 창조적 기계로서 이른바 '테크노 크레아투라(Techno Creatura)'의 기능을 수행하고 있다고 보아도 과언이 아닌 것이다.

대표적인 AI 창작 사례인 Sony 컴퓨터과학연구소가 개발한 'Flow Machines'는 데이터베이스에 담긴 1만 3,000여 곡을 학습하여 비틀즈(Beatles) 풍의 'Daddy Car'와 콜 포터(Cole Porter)나 듀크 엘링턴(Duke Ellington)의 스타일의 'Mr Shadow'라는 재즈곡을 발표하여 충격을 던져 준 바 있다.[2] FlowMachines은 이 외에도 바흐(Bach) 풍의 클래식, 마일즈 데이비스(Miles Davis) 스타일의 재즈 등 사용자가 원하는 스타일에 따라 다양한 장르의 작곡을 해준다. 나아가 스페인 말라가 대학에서 개발한 'IAMUS'는 통상적 창작 알고리즘처럼 소프트웨어 방식이 아닌 컴퓨터 클러스터 형태를 띠는데, 상당히 고도화된 수준의 창작을 실현한다. 일반적인 작곡 알고리즘이 특정 작곡가의 작곡 방식 내지 기법을 학습하여 그것을 모방하는 형태로 작곡을 진행하는 반면에, IAMUS는 주어진 주제에 맞게 무작위 방식으로 진화하는 과정을

---

1) 우리 저작권법 제4조는 저작물의 예시로 어문저작물, 음악저작물, 미술저작물, 건축저작물, 사진저작물, 영상저작물, 도형저작물, 컴퓨터프로그램 저작물을 들고 있다. 그런데 각 저작물 유형별로 살펴보면, AI의 적용이 시도되지 않은 영역이 없을 정도로 최근 AI 기반의 창작 활동이 활발히 이루어지고 있다. 이와 관련하여 주요 사례를 정리한 문헌으로 정원준, "인공지능 창작물의 보호에 관한 법적 쟁점과 정책적 과제", 『정보통신방송정책』, 제31권 6호 통권 689호(2019), 4-8면 참고.

2) 김석기, "인공지능 AI가 작곡한 노래를 들어봐", 브런치 매거진, <https://brunch.co.kr/@neo3xdh/72>, 검색일: 2019. 11. 16.

통해 독창성(originality) 있는 창작적 표현이 가능하다는 결정적인 차이가 있다.[3] 실제로 IAMUS의 창작 과정에서 사람이 하는 일은 어떤 악기를 사용할지와 곡의 길이를 지정하는 것뿐이며, 사람의 손가락이 다섯 개 이상의 건반을 누르지 못한다는 것과 같은 설정만 사전에 입력하면 된다. 다만 해당 서비스 제공자인 Melomics Media 측은 AI 작곡에 대한 권리를 주장하지 않겠다는 저작권 정책을 밝히고 있어 주목된다. 이는 저작권 관련 법적 분쟁의 소지를 미연에 방지하고 AI 작품[4]의 확산 및 유통을 장려하기 위하여 공유 영역(public domain)에 두려는 취지로 볼 수 있다.

현행 저작권법 제2조 제1호는 인간의 창작물만을 보호 대상으로 삼고 있어 AI 창작물은 이 법에 따른 권리적격을 결한다고 해석할 수밖에 없다. 그러나 AI가 그린 그림이 고가(高價)에 낙찰[5]되고 AI가 작곡한 음악이 영화 또는 드라마 OST로 실제 활용되고 있는 상황에서 AI 창작물을 인간의 저작물로 속여 허위로 등록하거나 공표하는 등 불법 행위가 난립할 우려가 있다. 왜냐하면 외견상 인간의 창작물과 구별하는 것이 어려워졌기 때문이다.[6]

또한 AI 창작물에 대한 권리 조항의 부재는 기업 투자 및 서비스 확산에

---

3) IAMUS가 창작한 작품을 실연자들이 직접 연주한 영상들은 다음의 웹페이지에서 감상할 수 있다. 유투브 채널, <https://www.youtube.com/user/melomicsrecords/videos>, 검색일: 2019. 11. 16.

4) AI 저작권 문제를 다룬 많은 문헌에서 'AI 작품 또는 생성물', 'AI 창작물', 'AI 저작물'이라는 용어를 특별히 구분하지 않고 사용하는데, 이는 AI 생성물에 대하여 저작권 혹은 별도의 권리 부여가 필요한지를 논의하는 과정에서 적절하지 않다. 왜냐하면 'AI 작품 또는 생성물'은 말 그대로 AI가 생성한 결과물인 작품 자체를 의미하고, 'AI 창작물'은 그러한 작품 중에서 창작성이 있는 것을 지칭하며, 'AI 저작물'은 저작권이 인정되는 창작물을 전제로 하는 용어이기 때문이다. 따라서 본 고에서는 AI 작품이 창작성을 갖춘 경우 'AI 창작물'로, 그렇지 않은 경우 'AI 생성물'로 구별하여 사용하도록 한다.

5) 일례로 인공지능 AI 화가 '오비어스'가 그린 '에드몽 드 벨라미'라는 그림이 뉴욕 크리스티 경매에서 43만 2,500만 달러에 낙찰되었는데, 이는 비슷한 시기 7만 5,000 달러에 팔린 유명 팝아티스트 앤디 워홀의 작품보다도 높은 가격이다. 유승호, 「AI가 그린 그림 5억원에 팔렸다.」, 한국경제, 2018. 10. 26자.

6) 다수의 문헌에서는 현 단계에서 AI의 창작이 이미 인간의 경지에 이르렀다고 평가하고 있다. 김현경, "인공지능 창작물에 대한 법적취급 차별화 방안 검토 -방식주의의 도입을 중심으로-", 『법학연구』, 제29권 제2호(2013), 121-123면; Sholmit Yansky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright and Accountability in the 3A Era - The Human-LIKE AUTHORS ARE ALREADY HERE - A NEW MODEL", Mich. St. L. Rev. 659(2017), pp. 675-682.

장애가 될 수 있으며, AI 산업의 진흥을 위하여 기술개발에 상당한 투자를 한 자에 대한 보호도 저해된다. 특히 AI가 생성한 작품에 창작성을 인정할 수 있을지(저작물성 문제), 어느 당사자에게 권리를 귀속시킬지(권리귀속 문제), AI가 저작물을 분석하는 경우 공정이용에 해당하는지(공정이용 문제), 당해 작품이 타인의 저작권 침해를 구성하는 경우 면책을 인정할 것인지(침해 문제) 등의 쟁점이 불분명한 상황에서 지나치게 해석론에만 의존하게 되면 법적 불확실성에 의해 저작물 생태계가 교란 상태에 빠질 수 있다.

따라서 저작권법의 본래 취지에 비추어 AI 창작물에 대하여 어떠한 법적 보호를 인정할 것인가에 대하여 합목적적인 결과를 도출할 필요가 있다. 특히 딥러닝(Deep Learning), 강화학습(Reinforcement Learning) 등의 기술이 보급되면서 인간 수준의 창작물을 순식간에 대량 생성할 수 있게 되었음을 고려하여 신속한 입법적 보완이 필요할 것이다. 본 고에서는 먼저 저작권법의 입법 목적에 비추어 AI 창작물에 대한 권리 보호의 필요성을 검토하고(Ⅱ), 이어서 현행 저작권법상 쟁점을 AI 창작에 대한 권리 인정 가능성(Ⅲ)과 AI 창작물의 활용 과정에서의 저작권 침해 문제(Ⅳ)로 구분하여 면밀히 고찰할 것이다. 이를 토대로 최종적으로 입법의 흠결과 권리 보호의 필요성 사이에서 타당한 접근 방식과 합리적인 입법론적 개선방안을 제시(Ⅴ)한 후 이 글의 결론을 맺고자 한다.

Ⅱ. AI 창작이 저작권법에 제기하는 법적 문제

1. AI 기술의 발전과 창작 주체의 변천

AI 기술은 통상적으로 인간의 학습·추론·지각·판단·결정·행동 등에 관한 지적 능력을 컴퓨터 프로그램을 통해 모방하여 구현하는 것을 의미한다.[7] 곧 AI는 사람이 가진 인지능력을 비롯하여 학습 및 판단능력 나아가 행동능력을

7) 정원준 외, “인공지능 시대의 법제 정비 방안”, 『Premium Report』, 19-07호(2019), 4면.

가진 기계 장치(장치의 작동에 있어 필요한 소프트웨어를 포함)를 뜻한다.[8] Russell과 Norvig가 AI를 인간처럼 생각하고(Thinking Humanly) 행동하며(Acting Humanly), 합리적으로 생각하고(Thinking Rationally) 행동한다(Acting Rationally)라고 인간의 특징(human feature)에 빗대어 설명한 것도 같은 맥락에서이다.[9] 실제 역사적으로도 AI에 대한 연구는 인간의 지적능력에 기반 한 업무(task)를 수행하기 위하여 정확한 모델을 구조화하여 유사한 메커니즘을 실현하는 기술개발에 초점을 두어왔다.

오늘날 AI의 시초는 컴퓨터의 응답과 사람을 구별할 수 없다면 이를 생각하는 기계로 간주할 수 있다는 '튜링 테스트(Turing Test)'를 고안한 Alan Turing으로 알려져 있다. 그는 1950년 발표한 "Computing machinery and Intelligence"이라는 논문에서 충분한 메모리와 방대한 분량의 데이터를 빠르게 처리할 수 있는 컴퓨터만 있다면 인간의 연산행위나 논리적 판단 구조를 기계가 모방하여 독창적인 사고를 하는 것이 가능하다고 주장하였다.[10] 이후 1956년 John McCarty가 다트머스 대학의 워크숍에서 'Artificial Intelligence'라는 용어를 처음 언급한 이래로 AI는 중흥기와 암흑기를 두 차례나 거치는 등 상당한 부침을 겪어왔다.

그런데 1990년 후반에 이르러 컴퓨터의 연산처리능력 향상과 방대한 규모의 빅데이터 축적이 가능한 저장장치 기술의 발달을 배경으로 딥러닝(Deep Learning)과 머신러닝(Machine Learning)을 적용할 수 있게 되면서 AI는 새로운 지평을 맞이하게 되었다. 준 AI 시스템(Quasi-AI system)으로 불리는 기존의 '규칙기반 전문가시스템(Rule-Based Expert System)'은 규칙들 간의 불분명한 상호관계를 관찰하기 어렵고 자동적으로 기반 지식을 수정하거나 규칙을 조정하는 것이 어려운 한계가 있었다.[11] 전문가 시스템은 작품의 생산뿐만

---

8) 국내에서 AI 관련 용어를 정의한 입법례로 지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법 제2조 제1호는 지능형 로봇을 "외부 환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함)를 뜻한다"라고 정의하고 있다.

9) Stuart Russell & Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd. ed., Pearson, 2010, pp. 2-14.

10) *See* A. M. Turing, "Computing machinery and Intelligence", Mind New Series, Vol.59, No.236(1950).

11) 여기서 '전문가 시스템'은 규칙을 기반으로 하는 의사결정 프로세스인데, 인간이 만들

아니라 창작적 콘텐츠를 인간이 일일이 입력하여야 하므로 인간의 창작을 위한 도구(tool)에 불과하다.[12] 결론적으로 해당 시스템은 인간이 구축한 '지식 기반(knowledge base)'에 포함된 정보만을 파악할 수 있어 창작 활동이 불가능하다고 할 수 있다.[13]

반면에 최근 컴퓨터 과학자들은 궁극적으로 저작권법상 심각한 문제를 야기할 수 있는 창작 시스템을 개발하는데 성공하였다. 그 기반이 된 기술 중 하나인 머신러닝은 수많은 경험을 통해 스스로 적절한 규칙을 찾고 조정하는 작업을 수행한다는 점에서 AI 시스템을 개발한 프로그래머조차도 결과를 예측하기 어렵다는 특징이 있다. 또 다른 기술요소로 인간의 두뇌에서 정보처리를 수용하고 흡수할 수 있는 뉴런의 구조를 모방한 'Neural Networks'가 있다. 뉴럴 네트워크를 기반으로 다층적 구조를 형성하여 정밀한 분석이 가능한 딥러닝이 등장하면서 AI가 스스로 정보처리 방식을 습득하여 인지·추론·판단을 할 수 있게 된 것이다. AI 시스템은 데이터 학습 과정에서 도출한 연결성(connections)과 유사성(similarities)을 발견하고 새로운 창작물을 생성할 수 있다.[14]

Sholmit Yansky-Ravid 교수는 독자적으로 유용한 작품을 생성하는 AI는 창조성(creativity), 자율성 및 독립성(autonomous and independent), 예측 불가능한 새로운 결과(unpredictable and new results) 등의 열 가지 기능을 내재화하고 있다고 설명한다.[15] 그러나 AI 시스템이 인간 감정의 창조성으로부

어 놓은 프로그래밍에 따라 구동되므로 '자동화(autonomous)'로 보기는 어렵고 사실상 '지능형(intelligent)'에 가깝다고 할 수 있다. 이에 따라 예측 불가능한 결과를 산출하거나 학습을 진화하는 능력이 결여되어 있다. Arthur R. Miller, "Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?", *Harv. L. Rev.* Vol. 106, No, 977(1993), pp. 1038-1039.

12) *Id.* at 980.

13) *Id.* at at 1038-1039.

14) Dana S. Rao, "Neural Networks: Here, There, and Everywhere An Examination of Available Intellectual Property Protection for Neural Networks in Europe and the United States", Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ., Vol. 30, No. 2(1997), p. 509.

15) Sholmit Yansky-Ravid, *supra* note 6, at 679-681. 상기의 언급한 기능 이외에도 데이터 수집 가능성과 외부 데이터와의 통신(Capable of data collection and communication with outside data), 학습 능력(learning capability), 진화(evolving), 합리적 지능 시스템(rational-intelligent system), 효율성(efficiency), 자유로운 선택(Free ch

터 기인하는 세분화된 기능적 요소를 점차 재현할 수 있게 되었음에도 불구하고 전통적인 저작권법은 인간 저작자(author)만을 인정하고 있어 입법적 보완이 필요하다.

이처럼 AI 시스템이 창작의 과정에 기여하는 정도와 수준을 감안하면 AI 시스템의 프로그래머나 인간 발명자의 권리를 사진저작물의 생성을 위한 카메라 제조업자나, 멜로디 창작을 위한 피아노 제작자 등과 동일선상에서 취급하는 것은 바람직하지 않다.[16] 따라서 본 고에서는 AI 프로그래머의 창작적 기여를 인정할 수 있는 경우 일정한 권리를 부여할 필요가 있다는 것을 논의의 전제로 삼고자 한다.

2. 창작 사례별 법적 취급의 차별화

다수의 법학 문헌[17]에서는 AI를 상세한 기술 분류 방식이 아닌 약한 인공지능(Weak AI), 강한 인공지능(Strong AI), 초 인공지능(Super AI)으로 구분한다. 이러한 방식을 취하는 이유는 Weak AI의 경우 창작자가 AI를 단순히 기술 도구로서 사용하는 것으로 상정하고,[18] Strong AI의 경우 자율성과 독립성을 가지므로 독자적인 창작이 가능한 AI라는 이분법적인 논리적 접근을 용이하게 하기 때문인 듯하다.[19] 그런데 이 개념들을 기준으로 AI의 독자적인 창작성 여부를 판단하는 것은 적절하지 않다. 왜냐하면 Weak AI는 이른바 'Narrow AI'로서 한정된 특정 분야에서 인간과 유사한 수준의 문제를 해결하거나 처리하는 AI이며, Strong AI는 'General AI'로서 경험 기반의 학습능력이 탁월하여 범용 분야에서 계속적으로 진화할 수 있는 특징을 지닌

---

oice), 목적 지향성(goal oriented)을 제시하였다.

16) *See* also *Id.* at 675-676.

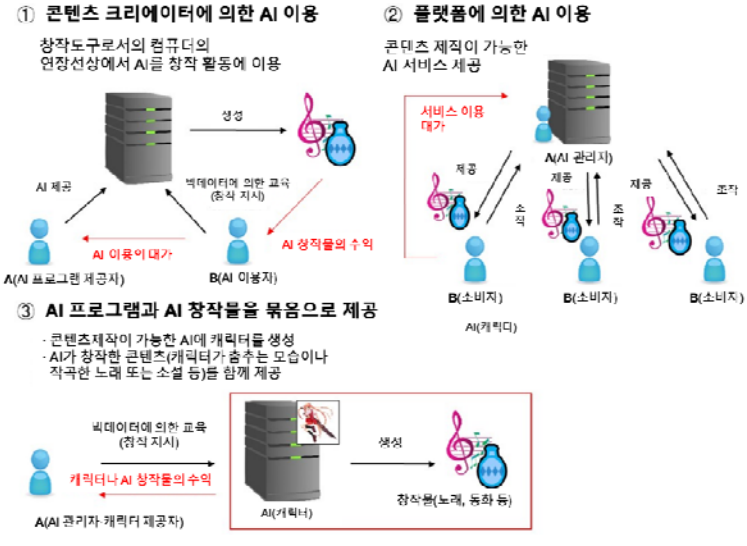
17) 손승우, "인공지능 창작물의 저작권 보호", 『정보법학』, 제20권 제3호(2016), 87-88면; 차상육(2017), "인공지능(AI)과 지적재산권의 새로운 쟁점 - 저작권법을 중심으로-", 『법조통권』, 제723호(2017), 188, 196면; 백경태, "안드로이드는 양의 꿈을 꾸는가 - 인공지능 창작물의 저작자에 대한 저작권법적 검토-", 『지식재산연구』, 제13권 제3호(2018), 149-150면 등.

18) 차상육, 위의 논문, 195-196면.

19) 손승우, 앞의 논문, 87-88면.

AI로서, 양자는 고도화 수준보다는 범용성을 기준으로 구분하기 때문이다. 가령 자율주행차를 자율 주행 수준에 따라 레벨0에서 레벨5까지 분류하듯이 알고리즘의 창작 수준별로 구분하는 방식이 타당할 것이다. 이하에서는 일본에서 발표한 AI 이용 형태 유형을 일부 수정하여 제안하고자 한다.

[그림] 일본의 AI 창작물의 이용 형태 구분



자료: 次世代知財システム檢討委員會 報告書(2016)[20]

먼저 일본의 지적재산전략본부는 차세대지재시스템검토위원회(次世代知財システム 檢討委員會)를 통해 발표한 보고서에서 AI가 작품을 생성할 때 인간이 창작에 관여한 양태에 따라 AI의 이용 형태를 세 가지로 구분한 바 있다.[21] 그 첫 번째 유형은 '콘텐츠 크리에이터에 의한 AI 이용'인데, 콘텐츠 창작자가 AI를 창작을 위한 기술 도구로 사용하는 경우이다. 이 때 AI를 이

20) 次世代知財システム檢討委員會 報告書(2016), p. 26.
21) 知的財産戰略本部 檢証·評価·企畵委員會, 次世代知財システム檢討委員會 報告書, 平成 2 8 年 4 月, <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdf>, 검색일: 2019. 11. 16.

용하여 창작한 콘텐츠 크리에이터에게 저작권을 인정함이 타당하다. 두 번째 유형으로는 플랫폼을 이용하는 이용자가 간단한 버튼 조작만으로 원하는 콘텐츠를 생성하는 '플랫폼에 의한 AI 이용'이 있다. 이 경우 이용자의 관여는 지극히 제한적이고 특별한 노력과 투자가 이루어졌다고 보기 어려우므로 플랫폼 서비스에 대한 이용료 외에 별도의 권리를 설정해야 할 필요성이 크지 않다. 세 번째 유형으로는 'AI 프로그램과 AI 창작물을 패키지로 제공하는 경우'인데, 이것은 AI 프로그램을 제공하면서 특정 캐릭터를 부여하고 해당 캐릭터가 노래하고 춤추는 등의 영상 콘텐츠를 스스로 생성하도록 하여 애니메이션 형태로 즐길 수 있는 콘텐츠 서비스를 말한다. 보고서에 따르면, 세 번째 유형의 경우 캐릭터 제공자에게 권리를 인정할 수 있다고 전제하면서 많은 창작이 가능하기 때문에 그 권리는 저작권(일본은 사후 50년)의 존속기간보다 단축시킬 필요가 있고, 분쟁 예방을 방지하기 위해 임의의 등록제도 및 검색 시스템 구축 등 합리적인 방안 마련이 필요하다고 제안하고 있다.[22]

다만 주지한 바와 같이 일본처럼 서비스 제공 형태에 따른 구분보다는 인간과 AI의 창작적 기여도를 기준으로 구분하는 것이 바람직하다. 먼저 첫 번째 유형은 '인간이 AI를 창작의 도구로 이용하는 경우(이하 '기술적 도구형'이라 함)'로 대체가 가능하다. 그리고 두 번째 유형과 세 번째 유형은 좀 더 세분화할 필요가 있다. 두 번째 유형은 '인간이 기본적인 지시만하고 구체적인 결과는 AI 시스템이 창출하는 유형(이하 '시스템 주도형'이라 함)'을 지칭하는 듯하다. 예를 들어 인간이 악곡의 형식, 장르, 분위기, 비트, 구성 악기 등의 간단한 명령만 입력하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 현행 저작권법상 권리 주체는 사람이므로 지시 명령자를 창작에 기여했다고 볼 것인지 또는 법인에 인정되는 업무상 저작물을 유추적용할지 등의 검토가 필요하다. 세 번째 유형인 'AI 프로그램과 AI 창작물을 패키지로 제공하는 경우'는 특정 형태의 서비스에 한정될 수 있어 적용 가능한 범주가 협소해진다. 따라서 앞서 살펴본 IAMUS처럼 인간의 관여가 창작에 기여한 바 없이 스타일 모방을 넘어 독창적으로 창작하는 고도화된 형태의 알고리즘은 'AI가 스스로 독창적인 창

22) 知的財産戰略本部 檢証 · 評価 · 企畵委員會, 前揭報告書, 29頁.

작을 하는 경우(이하 '독창적 창작형'이라 함)'로 변경하는 것을 제안한다. 이러한 플랫폼에 대하여는 AI 개발자를 권리자로 인정하거나 AI 창작에 대한 독자적 보호 체계 마련 등에 대한 입법적 논의가 필요하다.

또한 구글의 마젠타 프로젝트[23]와 같이 오픈소스 형태의 플랫폼 유형도 고려해야 할 것이다. 해당 프로젝트는 저작권 라이선스의 고지를 핵심 요건으로 하는 'Apache License 2.0'[24]을 통해 이용 허락되고 있는데, 이 경우 라이선스를 위반하게 되면 계약 책임 외에도 저작권 침해가 인정되는지에 대한 검토가 필요하다.[25]

3. 저작권 제도의 본질과 AI 창작물의 보호 필요성

우리 저작권법 제1조에 의하면, "이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있다. 저작권법의 취지를 "문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지"하는 것으로 명시한 것이다. 여기서 저작권을 배타적인 권리로서 인정하고 보호하는 정당성의 근거는 전통적으로 크게 두 가지 관점으로 나뉜다.[26] 먼저 저작권은 저작자의 정신적 노

23) 구글은 마젠타 프로젝트를 위하여 1,000여 개의 악기와 30 여 만 개의 음을 저장한 데이터베이스를 토대로 AI를 학습시켰으며, Tensorflow를 이용해 만든 해당 모델 및 툴을 오픈소스 사이트에 공개하였다. 이 프로젝트는 기술 발전을 위한 'GitHub' 그룹에의 참여를 통해 AI 기반의 창작적 진보와 관련 연구자들의 커뮤니티 구성을 목적으로 한다. 마젠타 프로젝트 웹페이지, <https://magenta.tensorflow.org/>, 검색일: 2019. 11. 16.

24) Apache License 2.0 라이선스는 소스코드의 공개를 필수적으로 요구하지도 않으며, 다른 라이선스를 통한 재공개가 가능하므로 허용 범위가 넓게 인정되는 라이선스라 할 수 있다. 정진근, "오픈소스 플랫폼에서의 인공지능에 의한 창작의 보호", 『강원법학』. 제54호(2018), 619면.

25) 이와 관련하여 미 연방항소법원은 오픈소스 라이선스는 재산적 권리를 부여하는 것은 아니지만 저작권자의 명성과 개발 속도의 증진을 가져옴으로써 여전히 경제적 가치가 있을 뿐만 아니라, 라이선스는 저작권에 대한 이용허락을 전제조건으로 하는 것이므로 이에 관한 위반은 저작권 침해라고 판시하였다. Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008). 최근 국내에서도 라이선스의 본질적 의무를 위반하는 경우 라이선스 위반이 저작권 침해에 해당한다는 판결이 내려진 바 있다. 대법원 2017.11.23., 2015다1017 등; 서울고법 2014.11.20., 2014나19631판결 등 참고.

력의 산물이자 인격의 투영이므로 자연권(natural right)으로서 보호하여야 한다는 이른바 '자연권론'이 있다. 자연권론은 저작권을 노동 및 노력의 대가로 보는 '노동이론' 내지 '이마의 땀 이론(sweat of the brow theory)'으로 이어진다. 나머지 하나는 지적 소산을 객관적이고 사회적인 공공의 영역으로 이해하는 공리주의(utilitarianism)적 입장이다. 공리주의는 저작권 영역에서 창작자들에게 배타적인 권리를 부여하여 창작 활동에 대한 경제적 인센티브를 통한 정당한 이익 배분이 이루어질 필요가 있다는 이른바 '유인(誘引) 이론' 또는 '인센티브 이론'으로 발전하였다.[27]

그런데 역사적으로 이 두 갈래의 이론적 사상은 대립적 관계를 형성해왔다기보다는 조화점을 찾는 방향으로 수렴되어 왔다. 물론 초기에는 프랑스 등 대륙법계의 국가를 모델로 하는 자연권론은 저작권을 인격권적 요소로 판단하여 형식적 절차를 요하지 않는 무방식주의를 원용해왔으나, 근래에 이르러 공리주의적 접근을 저작권법에 함께 포섭시키는 것이 국제적으로 보편화된 흐름이다. 이는 저작권법 제1조의 목적 조항에서도 명확히 드러난다. 즉 동 조항은 "저작자의 권리(인접권을 포함) 보호"와 이용자들의 정당한 권익 보장을 위한 "저작물의 공정한 이용 도모"를 통한 "문화 및 관련 산업의 향상발전"을 궁극적 목적으로 제시하여, 문화적 측면뿐만 아니라 기술·산업에 미치는 영향까지도 반영하고 있다.[28]

이러한 배경 하에 공리주의적 시각에서 보면, AI의 창작 활동이 기술·산업적 유인의 제공에 기여한다면 저작권 제도의 취지를 고려하여 그러한 창작물의 보호가 가능할 것이다. 물론 공리주의 이론에서의 경제적 유인은 결국 사람인 저작자에게 부여되는 것이기 때문에 이러한 견지가 AI 자체에 '가상 인간 저자(fictional human author)'와 같은 법적 지위를 부여하여야 한다는 주장까지 수렴하는 것은 아니다. 다만 중요한 것은 우리가 현행 저작권법상 저작물 개념(법 제2조 제1호)에 매몰되어 AI 창작물에 대한 보호 문제를 배제

---

26) 이해완, 『저작권법』, 제4판, 박영사, 2019, 3-4면.

27) 다만 유인 이론은 창작 활동의 근본적 취지를 경제적 이익에서만 구하기는 충분하지 않다는 점, 명예와 같은 다른 보상으로부터 창작의 장려가 가능하다는 점에서 한계가 있다고 한다. 남형두, "저작권의 역사와 철학", 『산업재산권』, 제26호(2008) 참고.

28) 이해완, 위의 책, 4-6면.

하기에는 향유 가능한 여러 이익적 상황을 포기하는 결과를 초래할 수 있다는 점이다.

또한 AI가 생성하는 작품이 점차 인간의 작품과 유사한 수준의 심미적 외관을 형성하고 있는 점도 문제이다.[29] AI에 의한 창작물인지를 외관상 명확히 구별하는 것은 현실적으로 어려우므로 표시 등록제도의 도입에 관한 문제는 반드시 논의되어야 한다. 그렇지 않으면 복잡한 권리 관계에 따른 법적 분쟁으로 인하여 개인에게 부담되는 사회적 비용과 노력이 상당할 것이기 때문이다.

한편 AI와 사람이 협업으로 만들어낸 작품이나 함께 실연을 하는 경우에도 권리 부여에 있어 모호함이 존재한다. 사람이 수행한 부분과 AI가 수행한 것을 일률적으로 구분하여 권리를 부여하는 것이 어렵기 때문이다.

요컨대, 저작권 제도의 본래 취지에 비추어 누군가에게 경제적 이익의 귀속이 요구된다는 점, 인간 저작물과의 구별이 사실상 곤란한 점, 인간과 협업 시 경계 설정이 필요하다는 점 등을 고려할 때 입법화를 진지하게 모색할 필요가 있다. 특히 AI는 창작의 속도나 방식, 수량 등에 있어서 인간의 창작과 현격한 차이를 보이고 있다. 이 때문에 AI가 저작권법에 던지는 화두는 구체적인 법리적 해석에 한하는 것이 아니라, 법 목적을 고려한 정책적 측면의 관점이 부각되어야 할 것이다. 향후 AI가 방대한 데이터와 고도화된 알고리즘을 토대로 더욱 다양한 분야에서 창작으로 나아가게 된다면 저작물 이용 허락, 저작권 침해 여부, 공정이용 해당 여부 등의 쟁점이 지속적으로 제기될 것이므로 이에 대한 정치한 검토 및 분석이 필요하다.

---

29) 참고로 이러한 심미적 외관의 유사성은 디자인보호법상 디자인에서 보호하고 있는 가치이므로 AI 창작물의에 대한 디자인 보호라는 또 다른 법적 쟁점을 파생적으로 야기한다고 볼 수 있다.

Ⅲ. AI 창작물에 대한 권리 인정 가능성

1. AI 창작물의 저작물성

우선 AI 창작물을 저작물로 볼 수 있을지에 대한 검토를 위하여 저작물 성립 요건을 살펴보아야 한다. 우리 저작권법 제2조 제1호에 의하면 저작물이라 함은 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로 정의된다.[30] 즉, ‘창작성’과 ‘인간의 사상 또는 감정의 표현일 것’을 저작권의 성립요건으로 한다. 아래에서는 각 개념 요소에 대한 해석을 토대로 AI 창작물의 저작물성을 인정할지 혹은 다른 법적 보호 수단을 통해 보호해야 할지를 검토하도록 한다.

(1) 창작성 개념의 해석

국내 다수설 및 판례는 창작성 개념이 ‘독자적 작성’을 의미한다고 해석한다. 대법원은 창작성의 개념을 상세히 기술한 이른바 ‘세탁학기술개론 사건’에서 “창작성은 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작가 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다”라고 설명한 바 있다.[31] 이러한 해석에 따르면 숭고한 철학적 사상이나 심리학적으로 높은 수준의 감정일 필요는 없고 저작자 개인의 정신 활동으로 볼 수 있으면 창작성이 인정된다.[32]

---

30) 동 조항은 2006년 개정법 이전에 존재한 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는”이라는 문구를 삭제한 것인데, 이를 적극적 의미로 해석할 경우 컴퓨터프로그램, 데이터베이스 등 기능적 저작물의 보호 취지와 모순될 가능성을 고려한 입법자의 결단으로 볼 수 있다. 이에 대하여 선언적 문구로서 실질적 의미가 없다는 견해(황적인·정순희·최현호, 『저작권법』. 법문사, 1990, 215면)와 순수한 실용물과 지적·문화적 소산과의 판단 기준으로 참작되어 온 점 등을 이유로 아쉬움을 표명하는 견해(이해완, 앞의 책, 27면)도 있다.

31) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

32) 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014, 33면.

그런데 2015년을 전후로 등장하기 시작한 딥러닝 기반의 창작 알고리즘과 그 완성된 결과물의 수준을 보면 AI가 만든 콘텐츠가 이러한 창작성 기준을 충족시키기 그리 어렵지 않다고 보인다.[33] 다만 AI의 기술적 특성을 감안하면 동일한 알고리즘을 사용하더라도 어떠한 데이터를 얼마만큼 학습시키는지 등의 경험칙에 따라 출력 결과의 완성도에 차이가 있을 수 있으므로 창작성의 인정여부는 각 개별 작품별로 달리 판단되어야 한다.

또한 주장컨대, AI의 경우 다량의 창작이 가능하다는 점을 감안하여, 지나치게 다수의 권리가 부여되지 않도록 인간의 저작권에서 요구하는 수준의 창작성 보다는 훨씬 엄격한 기준을 적용해야 할 것이다.[34] 만약 독자적으로 작성되었다는 이유만으로 모든 AI 창작물에 권리를 부여하게 되면 무한정 권리를 양산하게 될 것이고, 이는 의도치 않게 이용자의 원활한 문화적 향유를 저해할 수 있다. 또한 AI 창작자(AI 자체 혹은 인간 기여자에게 권리를 부여할지는 별론으로 하고)에게 인간 창작자 보다 많은 보상을 부여함으로써 형평에 반할 뿐만 아니라 이중 보상에 해당한다는 지적[35]이 있을 수 있다. 특히 AI 창작자는 이미 계약상 대금의 지급이나 이용료 수익을 통해 보상을 취득하였다는 점에서 더욱 그러하다.

(2) '인간의 사상 또는 감정의 표현일 것'의 해석

저작물 성립요건에 있어서 두 번째 개념 요소로서 '인간의 사상 또는 감정의 표현일 것'이 요구된다. 이와 관련하여 이미 침팬지 등의 동물이 생성한 사진 저작물이나 그림 등은 창작의 주체가 자연인이 아니므로 저작물이 될 수 없다는 것이 통설적 견해이다.[36] AI 창작물의 저작물성에 관한 논의도 같은 논

33) 이와 관련하여 다소 엄격한 창작성 기준을 제시한 대법원 판결(대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다14828 판결)을 근거로 하여 AI에 의해 만들어진 콘텐츠도 창작성 요건을 충족한다고 단언할 수 없다고 지적한 견해로 정상조, 『기술 환경 변화에 대응하기 위한 저작권 이슈 연구』, 한국저작권위원회, 2017, 26면.

34) 여기서 제시한 엄격한 기준이 구체적으로 무엇인지에 대하여는 본 고의 Ⅴ. 1.에서 '창조적 개성'을 구성요소로 전제할 것을 제안한 부분을 참고 바람.

35) Pamela Samuelson, "Allocating Ownership Right in Computer-Generated Works", *U. Pitt. L. Rev.,* Vol. 47(1985), p. 1207.

36) **예를 들어** 동물의 작성한 작품을 저작물로 보호할 수 있을지의 쟁점이 다루어진 일명 '나루

리가 적용된다. 즉, AI 시스템이 자동적으로 생성한 작곡, 그림 등의 작품은 그 주체가 인간이 아니므로 적어도 현행법상 저작물로 보호할 수 없다는 것에 큰 이론이 있을 수 없다.[37] 구체적인 창작 과정이 AI 시스템에 맡겨지는 경우 해당 악곡은 인간의 창작 의욕 고취와 관련이 없다는 이유로 저작물성을 부정하기도 한다.[38]

결론적으로 인간의 창작 활동이 전제되는 '기술적 도구형'을 제외하고는 '시스템 주도형'과 '독창적 창작형'의 AI 창작물에 저작권을 부여하는 것은 현행법상 불가하다고 할 수 있다. 그러나 현행법상의 해석과 입법론적 논의 필요성은 별개의 문제이다. 따라서 AI 자체(귀속 주체의 특정은 필요) 혹은 AI의 창작활동에 기여한 자에 대하여 부여하는 새로운 권리를 신설하는 입법적 방안을 모색해 볼 필요가 있을 것이다.

(3) 저작권 이외의 수단을 통한 보호 가능성

위에서 살펴본 대로 AI 창작물에는 현행법상 저작권이 인정되지 않는다. 따라서 무단 사용 및 무임 승차를 방지하기 위하여 저작권 이외의 다른 법적 보호 방법을 고려할 필요가 있다.[39]

첫째, AI 창작물을 간접적으로 보호하는 방법으로 '저작인접권(neighborin

토(짧은 꼬리 원숭이) 사건'에서 원숭이가 사진작가 데이비드 슬래터의 카메라를 빼앗아 직접 찍은 셀카 사진에 대해 현행법의 개정 없이 원숭이는 저작자가 될 없다는 이유로 소송의 당사자적격을 부인한 판결이 내려진 바 있다. Naruto v. Slater, Case No. 15-cv-432 4 (N.D. Cal. 2016). 이 밖에도 1974년 미국 'The National Commission on the New Technological Uses of Copyrighted Works(이하 'CONTU'라 함)'에서도 컴퓨터를 인간의 창의성 구현을 위한 보조적 도구로 이해하였고, 2014년 미 저작권청(USCO)에서 발표한 실무지침에서도 자연인에 의하여 창작된 저작물만을 저작권 등록의 대상으로 보았다.

37) Annemarie Bridy, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially", *Stan. Tech. L. Rev.,* Vol. 5(2012), pp. 7-8; Ralph D. Clifford, "Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program: Will the True Creator Please Stand up?", *Tul. L. Rev.*, Vol. 71(1997), pp. 1687-1693; 손승우, 앞의 논문, 94-95면; 박성호, 앞의 책, 35면; 오승종, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2012, 62-63면; 김윤명, "인공지능(로봇)의 쟁점에 대한 시론적 고찰", 『정보법학』, 제20권 제1호(2016), 160면.

38) 오승종 위의 책, 63면.

39) 出井 甫, AI 生成物に關する知的財産權の現狀と課題: Society 5.0 の實現に向けて, 情報の科學と技術, 68 卷 12号, 2018, 582-583頁.

g rights)'을 생각해 볼 수 있다. 저작인접권은 저작물에 대한 해설, 매개, 전달하는 자에게 부여되는 권리로 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 권리를 보호하는 것이다. 해당 권리는 실연을 하거나, 음반에 음을 처음 고정하거나, 방송을 한 때에 비로소 권리가 발생한다. 따라서 AI의 창작물 자체에 대한 권리는 아니며, 다른 사람이 음원에 고정하거나 실연하는 것을 저지할 수 없다는 점에 유의할 필요가 있다.

둘째, AI 창작물이 회사의 상품이나 용역에서 문자, 도형, 기호 등의 표장으로 사용되는 경우 상표[40]로서 보호하는 것을 고려할 수 있다. 상표권은 인간의 창작물일 것을 요건으로 하지 않고 있으며, 색채상표, 냄새상표, 홀로그램 상표 등 새로운 유형이 확산되고 있다. 따라서 AI가 창작한 로고 등의 표장을 상표로 등록하여 지정 상품에 대한 동일 또는 유사한 표장(標章)의 무단 사용을 방지할 수 있을 것이다.

셋째, AI 창작물을 자사의 상품이나 영업을 표지하기 위한 용도로 활용하는 경우 부정경쟁행위에 대하여 부경법상의 보호가 가능하다. 즉, 부경법 제2조 제1호의 부정경쟁행위의 유형에 해당하는 '널리 인식된 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하는 등으로 인한 혼동행위', '저명한 상표의 식별력이나 명성을 손상하는 행위'와 그 밖의 '타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등의 경제적 이익을 침해하는 행위' 등에 대하여 손해배상 청구가 가능하다.

넷째, AI 창작물을 타인에게 제공하는 경우 계약상 위반이 문제되거나 AI 창작물의 무단 사용으로 인한 불법행위에 의한 손해배상을 청구하는 등 민사적 책임을 물을 수 있다. 전자의 경우 AI 창작물의 제공 및 사용에 관한 계약 체결 시 계약 사항의 위반에 따라 이행 강제 혹은 손해배상을 청구하는 것을 상정해볼 수 있다. 한편 후자와 관련하여 AI 창작물에 대한 무단 사용으로 얻은 이익을 손해로서 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있다.

---

40) 상표법 제2조 제1호에 의하면, 상표는 "자기의 상품(지리적 표시가 사용되는 상품의 경우를 제외하고는 서비스 또는 서비스의 제공에 관련된 물건을 포함)과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장"을 말한다.

2. AI 창작물의 권리 귀속 문제

AI 창작물의 저작물성 인정과 별개로 저작자 혹은 저작권의 원시적 귀속 주체를 누구로 볼 것인지에 대한 문제가 여전히 남게 된다. 그런데 저작권자를 특정할지라도 그 저작자에게 반드시 귀속시킬 것인지는 또 다른 문제라 할 수 있다. 곧 저작자의 지위를 가진 자에게 반드시 저작권 귀속이 일어나는 것은 아니라는 것이다. 이하에서는 AI 창작의 권리 주체를 누구로 볼지와 그 귀속의 주체를 누구로 할 것인지에 대하여 검토하도록 한다.

(1) AI를 주체로서 인정하자는 견해

AI를 저작권 주체로서 인정하자는 견해는 인간의 간섭이 전혀 없거나 미미한 상황에서 새로운 표현방식을 보여주는 작품을 완성한다면 그 권리는 AI에 직접 부여할 수 있다고 한다.[41] 이러한 주장은 AI에 전자적 인간(electronic person), 디지털 저자(digital author), 실리콘 저자(silicon author), 가상인간 저자(fictional human author) 등 새로운 법인격을 부여하고 프로그래머, AI 소유자 등에게 권리를 분배하자는 취지이다.[42] 그런데 오히려 과도한 권리로 인하여 보상 및 수익 배분의 비율 등 실무적으로 더욱 복잡한 문제를 야기할 수 있다. 그리고 민법과 상법에서 사단 또는 재단이나 회사 등을 제외하고는 일체의 법인격을 인정하고 있지 않아 AI의 법인격을 추가로 입법화해야 한다.

또한 저작권법은 무방식주의를 취하고 있어 창작이 완성된 순간 권리가 발생함에 따라 사전에 저작자의 지위를 파악할 수 없고, 법원의 판단을 통해 사후적으로 확정된다는 점에서 법인격에의 권리 부여에 한계가 있다. 한편 전통적인 유인이론의 관점에 비추어보아도 투자 및 기술 개발자에 대한 인센티브를 가져올 수는 있으나, 이것이 저작권법에서 창작자에게 부여하고자 하는

41) Russ Pearlman, “Recognizing Artificial Intelligence(AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law”, *Rich. J. L. & Tech.*, Vol. 24 No. 2(2018), p. 27; Ryan Abbott, “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law”, *B. C. L. Rev.,* Vol. 57(2016), pp. 1098-1099.

42) Timothy L. Butler, “Can a Computer be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence”, Comm/Ent L. S., Vol. 4(1981), pp.744-745.

경제적 이익과는 거리가 멀다.[43]

(2) 창작적 기여자에게 부여하자는 견해

현행법상 저작권은 자연인에게만 부여되므로 AI의 법인격이 아닌 창작에의 기여가 있는 행위자에게 권리를 부여하는 방안을 고려해볼 만하다. AI 창작물이 완성되는 과정에서 관련된 행위자는 프로그래머, 판매자, 소유자, 이용자 등이 있는데, 판매자나 소유자는 창작적 기여를 의도하지도 실제 기여하지도 않았다고 볼 수 있으므로 이하에서는 프로그래머와 이용자에 한하여 살펴보도록 한다.

1) 프로그래머(알고리즘 개발자)

AI 기술개발 및 투자 촉진을 위하여 인센티브 차원에서 AI 알고리즘을 개발한 프로그래머에게 권리를 부여하자는 견해가 있다.[44] 그러나 해당 견해는 정책적 관점에 주목하고 있으나, 타당성 측면에서 많은 이론적 딜레마에 봉착하게 된다. 우선 AI 창작물이 프로그래머의 표현방식에 따른 것인가 하는 의문에서부터 프로그래머가 유일한 창작적 기여자라 할 수 있는지 그리고 개발자에 대한 권리 부여가 문화 산업의 발전을 위한 유인으로서 창작 활동을 촉진시키는지가 명확하지 않다.[45] 이 밖에도 이미 이용료를 취득한 개발자에게 과도한 보상(over rewards)이라는 주장[46]과 '권리 소진의 원칙(The Right of Exhaustion)'을 들어 프로그래머의 권리가 한번 판매된 이후에는 미치지 않는다는 해석도 있다.[47]

앞서 살펴본 AI 유형 중에서 '기술적 도구형'이나 '시스템 주도형'의 경우 프로그래머에 권리를 부여할 여지는 없다고 판단된다. 다만 '독창적 창작형'의 경우에는 프로그래머의 권리 부여를 시도할 수 있을 것이다. 그 이유는 AI가 인

43) Pamela Samuelson, *supra* note 35 at 1199.
44) *See* John F. Weaver, *Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws*, Præger(1st ed., 2014), pp. 165-166.
45) 김현경, "저작권 귀속법리와 인공지능 창작물에 대한 고찰", 『성균관법학』, 제29권 제1호(2017) 참고.
46) Pamela Samuelson, *supra* note 35 at 1208.
47) 정상조, "인공지능시대의 저작권법 과제", 『계간저작권』, 제122호(2018), 54면.

간 수준 혹은 그 이상의 독창성을 지닌 작품을 생성한다면 알고리즘 개발자가 투자한 노력과 노하우가 직접적인 창작에의 기여는 아닐지라도 적어도 간접적으로 창작적 수준을 높이는데 기여한 것을 부인할 수 없기 때문이다.

2) 서비스 이용자

AI 창작에 대한 권리를 서비스 이용자에게 부여하는 경우는 비교적 명료하다. 앞서 제시한 AI의 유형 중 기술적 도구형 즉, AI를 창작의 도구로 사용하는 경우에 한하여 검토가 가능할 것이다. 이 경우 AI를 도구로 사용하여 창작 행위를 한 이용자에게 직접 권리가 귀속됨이 상당하며, 특별히 이에 대한 이견을 제시하는 견해도 보이지 않는다.

그런데 일각에서는 이용자의 기여가 최소한도인 경우에도 저작권자로서의 지위를 인정하는 것이 정책적으로나 논리적으로나 타당하다는 주장이 있다.[48] 이 견해에 의하면 단순히 보조적 역할을 수행한 창작물(computer assisted·aided work)과 AI가 생성한 창작물(computer generated work)의 구분이 불필요해져 인간의 창작행위에 개입한 정도를 쉽게 판단할 수 있다는 장점을 들고 있다.[49] 이 경우 저작자의 지위를 누구에게 줄 것인지에 대한 논란을 불식시킬 수 있으나, AI의 창작적 기여도나 고도화 수준에 따른 차별적 권리의 인정을 전면적으로 부인하는 것으로서 타당하지 않다고 본다.

(3) 공동저작자로 인정하자는 견해

프로그래머와 이용자가 공동저작자로 인정할 수 있을지도 문제된다. 곧 저작물을 별개로 분리하여 이용하는 것이 어려운 경우에 공동저작자의 지위를 인정하자는 것이다. 이 경우 두 당사자는 각각 저작자로서의 요건을 충족하여야 한다. 그런데 AI의 창작이 프로그래머와 이용자가 창작적 의도를 갖고 개성이나 독창성 등을 발현시킨 것이라고 볼 수 없어 이들에게 저작자의 지위를 인정하는 것은 타당하지 않다.

다만 프로그래머가 알고리즘을 코딩하여 창작적 기틀을 마련하고 이용자

48) 백경태, 앞의 논문, 162면.
49) 백경태, 위의 논문, 163면.

가 세부적인 지시 및 자료 입력을 통한 학습을 시켜 창작물이 완성된 것이라면, 이것은 소위 '연속적 창작(Sequential Creation)'에 해당한다는 견해가 있다.[50] 이 견해에 의하면 두 당사자는 객관적으로 공동의 창작적 의사를 통해 작품에 기여한 것으로 볼 수 있다는 것이다.

그러나 개인적인 사견으로 공동저작자의 지분을 부여하는 것은 타당하지 않다고 본다. AI 제품을 구입하는 단계에서 소비자들이 공동 저작에 대한 합의를 한 바 없고, 해당 제품을 판매 또는 처분할 때에 프로그래머의 동의가 필요하다는 사실도 선뜻 수긍하기 어렵기 때문이다.

(4) 업무상 저작자로 인정하자는 견해

AI에 의한 콘텐츠 생산에 투자 및 기술 개발 등을 지원한 법인이 있다면 그 기업을 '업무상 저작자'로 보자는 주장도 제기되고 있다. 이는 법인격이 인정되지 않는 AI가 저작자의 지위를 가질 수 있도록 하기 위해 착안한 방편이라 할 수 있다. 본래 저작권법상 업무상저작물은 창작에 대한 투자 촉진과 상업적 이익의 효과적 달성을 위하여 저작물에 대한 권리를 법인에 귀속시키는 것이 유리하다는 정책적 결단에 입각한 것이다.

그런데 문제는 업무상저작물이 자연인인 종업원에 의한 창작을 전제로 하고 있어 AI 창작물을 업무상저작물[51]로 취급하기에는 현행법의 해석상 한계가 있다는 점이다.[52] 또한 우리 저작권법 제9조는 계약 또는 근무규칙이 없는 경우 법인이 업무상저작자의 지위를 갖는다고 규정하고 있는데, AI는 법률행위를 할 수 없어 법인과 근로계약 체결 및 고용 관계 형성이 불가능하다는 지적이 있을 수 있다.

---

50) James Grimmelmann, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work--And It's a Good Thing, Too", Colum. J. L. & A., Vol. 39(2016), pp. 409-412.

51) 여기서 업무상 저작물은 "법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물"을 뜻한다(저작권법 제2조 제1항 32호).

52) Dane E. Johnson, "Statute of Anne-Imals: Should Copyright Protect Sentient Non human Creators?", Animal. L., Vol. 15(2008), pp. 35-36; Ana Ramalho, "Will Robots Rule the (Artistic) World?: A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems", J. Internet L., Vol. 1(2017), p. 12.

(5) 공유 영역이론(Public Domain): 보호무용론의 한계

AI가 창작한 작품이 알고리즘의 기계적 산물 또는 창작 기법을 기계적으로 구현한 것에 불과하다면 창작성이 인정되기 어려우므로 공유의 영역에 두어야 한다는 주장이 있다.[53] 그러나 프로그램 코딩에 의한 작품이라고 해서 무조건 창작성이 부인되는 것은 아니다.[54] AI가 만든 작품이 2차적 저작물에 해당하거나 새로운 형태의 창작물이라면 창작성을 인정할 수 있을 것이다.

AI 창작물을 공유의 영역에 두자는 견해는 이론적으로 타당한 근거를 갖지만 간과하고 있는 문제가 있다. 예를 들어 AI 창작물을 인간의 창작물로 속여 허위로 저작권 등록을 하거나 고가에 거래하는 경우 이를 제지할만한 방법이 현재로서는 없다는 점이다.[55] 이러한 문제는 AI에 새로운 권리를 부여하는 경우에도 그대로 답습된다. 아마도 AI 창작물의 권리 존속 기간을 인간의 사후 70년을 초과하여 부여할 것은 아니므로 이로부터 얻는 이익을 위하여 허위 등록한 작품을 매매, 중개, 공개하는 등의 부정행위가 발생할 가능성이 크다.

또한 AI 창작물을 모두 공유의 대상으로 취급한다면 관련 콘텐츠의 양적·질적 성장에는 기여할 수 있으나, 장기적 관점에서 상업화의 어려움에 따른 생산량 감소와 AI 기술의 개발도 위축될 수 있다. 결국 AI를 법적으로 보호하지 않게 되면 AI를 개발하고 창작하는 데 있어서의 제도적 유인을 단절시킬 우려가 존재하는 것이다.

---

53) William T. Ralston, “Copyright in computer-Composed Music: Hal Meets Handel”, J. Copyright Soc’y U. S. A. Vol. 52(2005), pp. 297.

54) 이와 관련하여 미 연방항소법원은 게임상의 배경화면이 개발자의 알고리즘 설계를 통해 외관 및 음향 등의 구체적인 표현을 염두에 두고 창작한 것이므로 창작성을 갖는다고 판시한 바 있다. Stern v. Kaufman, 669 F.2d 852 (2d Cir. 1982).

55) 저작권 허위 등록에 관한 문제점을 지적한 다수의 문헌에서 그 해결 방안에 대한 구체적인 제시는 이루어지지 않고 있다. Pamela Samuelson, *supra* note 35, at 1226; 이해원, “테크노 크레아투라(Techno Creatura) 시대의 저작권법”, 『저스티스』, 제158권 제1호(2017), 153면.

Ⅳ. AI 창작물의 활용과 저작권 침해

1. 저작물 학습 과정에서의 공정이용 문제

(1) 문제의 제기

AI 학습데이터에 타인의 보호받는 표현이 포함된 경우 이를 수집하는 것은 저작권법상 복제행위에 해당하고 원칙적으로 저작자의 허락이 필요하다. 만약 AI 알고리즘을 설계한 개발자가 침해의 목적을 의도하였다면 개발자에게 책임이 지워질 여지도 있다.

그런데 우리 저작권법 제35조의3 제1항은 "저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우 저작물을 이용할 수 있다"라고 규정하고 있다. 동 조항은 저작물 이용에 대한 예외 사유를 둔 것인데, AI 창작 알고리즘이 학습하는 과정에서 방대한 자료를 저작자의 허락 없이 사용하는 경우 저작권 침해에 해당하는지 혹은 이를 '중간 복제(intermediate copying)'로 보아 공정이용 법리에 의해 구제가 가능한지가 문제된다. 즉, AI 데이터를 이용자의 동의를 받아 직접 만든 것이라면 문제가 되지 않지만, 가령 지능형 에이전트가 자동적으로 타인의 저작물을 데이터마이닝 또는 웹크롤링하게 될 경우 권리 침해가 인정되는지 여부가 불분명하다.

그러나 저작권법의 공정이용 조항은 일반조항이기 때문에 당해 조항에만 의존하여 해석하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 따라서 미국의 일반적 해석론과 일본의 개정법 사례를 참고로 하여 우리법상 입법적 보완에 대한 논의를 전개할 필요가 있다.

(2) 미국법상 '변형적 이용'과 '중간 복제행위'

공정이용(fair-use)의 적용과 관련하여 구글이 검색 엔진 효율성 및 AI 서비스 강화를 위하여 Havard 대학, Stanford 대학 등의 도서관 장서를 스캔하고 그 사본을 도서관과 구글 서버에 저장한 것이 문제된 사건이 있다. 이러

한 구글의 데이터베이스화 작업은 단어 사용 빈도 조사(Ngram viewer)와 도서 검색 지원 서비스(book research) 등의 새로운 용도의 이용을 위한 것이어서 공정이용에 해당한다고 판시한 바 있다.[56] 이 사건에서 미 연방항소법원은 공정이용 판단요소로서 "이용된 양과 실질성(amount and substantiality of the portion used)"은 "일반이 접근할 수 있는 양과 실질성(amount and substantiality of what is thereby made accessible to a public)"을 의미한다고 해석하였다. 이처럼 미국에서는 통계분석이나 검색 기능 등을 지원하는 것을 목적으로 하는 이른바 '변형적 이용(transformative use)'을 공정이용으로 보는 것이 통설적 견해이다.[57]

또 다른 이론적 근거로 '중간 복제행위(intermediate copying)'를 사유로 공정이용을 주장할 수도 있다.[58] 관련 판례로 1992년 Sony PlayStation 사건에서 미 연방항소법원은 중간 복제를 통해 새로운 창작물을 만들기 위한 행위에 대하여 공정이용에 해당한다고 판결하였다.[59] 이러한 판시 결과에 의하면 AI의 데이터 수집 및 분석 등이 이루어지는 일련의 복제행위를 '중간 복제'로 볼 수 있다면 공정이용 법리가 적용될 수 있을 것이다.

(3) 일본의 개정법 사례 검토

미국과 우리나라와 같은 '공정이용 조항'이 없는 일본은 AI 생성물의 활용에 영향을 줄 수 있는 두 개 조항을 포함한 개정 저작권법이 2019년 1월 1일 부로 시행된다.[60] 하나는 저작물에 표현된 사상 또는 감정의 표현을 목적으로 하지 않는 저작물의 이용을 허용하는 규정이다(저작권법 제30조의4). 동 규정은 AI에 의한 기계학습 등 기술개발을 위한 저작물 이용 및 정보 분석에 따른 저작물의 이용을 상정하고 있다. 다른 하나는 소재 분석 서비스(예를 들어 책 정보를 검색하고 문장의 일부를 표시하는 서비스) 및 정보분석 서비스

56) Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 804 F. 3d 202 (2d Cir. Oct. 16, 2015).
57) *See* Benjamin Sobel, "Artificial Intelligence's Fair Use Crisis", Colum. J. of Law & the Arts, Forthcoming(2017).
58) 손승우, 앞의 논문, 105면.
59) Sega Enterprises v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).
60) 이하 상세한 설명은 出井 甫, 前揭論文, 583-584頁 참조.

(예를 들어 논문 데이터 수집하여 표절 여부를 확인하여 제출하는 서비스) 등 전자계산기에 의해 새로운 지식이나 정보를 창출하기 위한 저작물의 이용을 허용하고 있다(법 제47조의5). 또한 동 조항은 국민생활의 편리성 향상에 기여하는 정령(政令)으로 정하는 저작물의 이용행위를 허용하고 있다(법 제47조의5).

또한 일본 저작권법은 기술 개발이나 실증 실험을 위해 저작물을 저장매체에 저장하거나 개조하는 경우 면책을 부여하는 조항을 두고 있다(법 제30조의4, 제47조의7). 따라서 AI 성능을 향상시킬 목적이거나 학습을 위해 필요한 범위 내에서 저작물을 수집하는 것은 명시적으로 허용된다. 다만 해당 규정은 기술개발, 실증 실험, 정보 분석 등의 목적에 제한되므로 AI 서비스를 독점적으로 제공할 목적으로 저작물을 포함한 자료를 수집하는 등 목적 범위를 초과하는 경우에는 허용되지 않는 것으로 해석하여야 한다.

한편 일본에서 AI에 의한 2차적 창작에 대하여 복제에 해당하는 것으로 해석하는 견해가 있다.[61] 저작권법상 통상의 저작물은 표현의 동일성을 유지하는 것이 필수적이나, 가공 변경 등을 추가하여 새로운 창작성을 부여하는 행위는 '번안(翻案)'에 해당하고(법 제27조), 창작성이 부여되지 않은 경우 '복제(複製)'에 해당한다(법 제21조). 이 견해에 의하면 저작권법상 개조로 인하여 파생된 작품은 권리가 부여되는데(법 제28조), AI에 의해 자동으로 가공 변경되는 생성물은 인간의 창작적 기여도가 포함되지 않아 권리가 발생하지 않는다. 따라서 AI에 의한 창작은 이론적으로 복제가 아닌 번안에 해당될 수 있는데, AI에 의한 2차적 저작물은 외관상 인간의 작품과 크게 다르지 않기 때문에 기존의 이론적 적용을 통한 규제가 쉽지 않다고 지적한다.

2. AI 창작물의 저작권 침해 가능성

AI가 창작한 작품이 우연히 기존의 저작물과 유사하다면 저작권 침해를 인정할지도 문제이다. 저작권법상 침해의 여부는 주관적 요건으로서 모방물이 타

61) *Id.* at 583.

인의 저작물에 의거(依據)하여 제작되었다는 '의거성'과 객관적 요건으로서 원저작물의 표현방식과 동일하거나 실질적 유사하다는 요건을 모두 충족하는 경우 침해가 성립된다.[62] 여기서 원고의 자백이나 피고측의 유리한 진술이 없는 한 소송실무상 의거성 요건을 입증하는 것이 쉽지 않은데, AI 창작물의 제공자를 피고로 하여 저작권 침해 주장을 할 때에 정보처리 및 창작 과정이 예측 불가능하기 때문에 입증의 문제는 더욱 어려워진다.[63] 다만 실질적 유사성 보다 더욱 현저한 유사성을 구비한 경우에는 의거성을 사실상 추정할 수 있다.[64]

그런데 AI가 기계학습에 의해 유사한 작품을 생성하는 경우 기존 작품의 표현을 이용할 의사가 있으면 의거성이 인정될 여지가 있으며, 이 경우 AI 이용자는 학습데이터의 과정을 전혀 모르는 상태에서도 저작권 침해가 인정될 우려가 있다.[65] 이 경우 AI를 이용자에게 제공한 자는 저작권 침해를 방조한 자로서 공동 불법행위책임을 지울 가능성이 있다.

결론적으로 중요한 것은 AI의 창작물을 어느 수준으로 보호하고 얼마 동안의 존속기간을 보장할 것인가 즉, 소위 '약한 저작권 보호 이론(Thin copyright protection)'에 입각할 것인지가 관건이 된다. 이러한 이론에 따를 경우 침해의 요건을 실질적 유사성(substantial similarity)에서 좀 더 엄격히 할 필요성이 있을 것이다.[66]

---

62) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다 35707 판결 등.
63) 차상육, 앞의 논문, 220-221면.
64) 차상육, 위의 논문, 220면.
65) 出井 甫, 前揭論文, 584頁.
66) 이에 대하여 '현저한 유사성(striking similarity)'을 요건으로 하되 형사적 구제수단은 배제하고 사용금지 청구가 아닌 보상금 지급청구권을 전제로 사용을 허락하자는 견해로 손승우, 앞의 논문, 106면. 일반 저작물의 침해요건과 별개의 독립 규정을 두어 실질적 동일성 요건으로 좁히는 방안으로 대체하여 저작권 침해의 범위를 좁히자는 취지의 견해로 차상육, 위의 논문, 222면.

Ⅴ. 입법론적 개선방안

1. AI 창작권에 대한 차별적·제한적 보호 방향

먼저 AI 창작물에 대한 권리(이하 'AI 창작권'이라 함)를 창설하게 된다면 인간의 저작권 보다는 훨씬 엄격한 요건을 요구하여야 한다. 무제한적인 창작활동이 가능한 AI 창작물에 대한 권리 발생이 최소한도로 이루어지게 하기 위하여 창작성 요건을 엄격히 정할 필요가 있기 때문이다. 창작성 요건은 어떠한 AI 창작물에 대하여 권리를 부여할 것인지를 판단하는 중요한 기준이 된다. '독자적 작성'이라는 근거만으로 창작성이 있다고 인정하게 되면 권리 보호를 통해 얻는 이익보다 특정 AI 플랫폼 사업자 혹은 풍부한 자본력을 갖춘 대기업에게 배타적인 독점권을 부여함으로써 산업 경쟁을 해치고 문화 발전을 가로막는 폐해가 오히려 커질 수 있다.

이에 따라 일부 소수의 판례[67]에서 언급하고 있듯이 "누가하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 가운데 표현되는 개성" 즉, '창조적 개성'[68]을 필수적 요건으로 삼는 것을 제안한다. 가령 법원이 기능적 저작물이나 편집저작물의 창작성을 특별히 엄격하게 판단하는 이유는 해당 저작물이 기능적 또는 실용적 성격을 갖거나 소재 또는 사실의 표현 자유도가 예술 작품에 비하여 떨어지는 특성 때문이라 할 수 있다. 이와 같은 맥락에서 AI 창작권도 AI 시스템 자체 혹은 프로그래머의 창작적 기여에 의하여 작품에 표현된 예술적 가치를 보호하는 의미도 있겠으나, 연구개발 및 투자 지원을 통해 기계적 구동 및 처리 수준을 고도화한 기술적 성과에 대한 보상의 측면도 반영하여, 정책적 차원에서 기존 저

67) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결. 이들 판례가 '창조적 개성'의 필요성을 명시적으로 판단하거나 적극적인 심사기준으로 원용한 것은 아니나, 창작성을 엄격히 판단하는 판례는 실질적으로 창조적 개성을 요구하고 있는 것이라는 견해도 있다. 이해완, 앞의 책, 30면.

68) '유인이론'에 근거하여 최소한의 창조적 개성(creativity)이 필요하다는 일본의 다수설뿐만 아니라 미국 판례에서도 데이터베이스에 대한 권리 인정 여부가 문제된 'Feist 사건'에서 '이마의 땀 이론'을 원용한 이후 창조적 개성을 요구하는 추세이다. Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

작물의 인정 범위를 크게 좁혀 차별적인 법리를 구성할 필요가 있다.

그리고 이러한 권리 성립요건을 충족하지 못하는 AI 생성물은 공유의 영역으로 두어 널리 이용될 수 있도록 하는 것이 공공의 이익을 위하여 보다 타당한 접근이라고 본다. AI의 경우 다수의 창작물을 지속적으로 생성하는 것이 가능하다는 특징을 감안하여 인간의 저작물성 기준 보다 엄격한 요건을 두어 권리가 인정될 가능성을 현저히 낮출 필요가 있다.

이러한 견지 하에 약한 저작권으로 보호하자는 일각의 주장에 대하여 적극 찬동하는 바이다.[69] 우선 AI의 창작 과정이 불투명하여 예측불가능한 데다가, 특정 한 사람(창작자)의 지배적 통제가 아닌 여러 관여자의 기여를 통해 결과물이 완성된다는 점에 기인하여 침해 발생 시 형사적 처벌은 배제하여야 한다. 또한 침해의 구성요소에 있어서도 '현저한 유사성'이나 '실질적 동일성'이 아닌 이보다 더 높은 수준의 '현저한 동일성'으로 하여 철저히 약한 보호를 강구할 필요가 있다고 생각된다. AI 창작물이 기존에 존재하는 저작물을 토대로 학습한다는 점에서 실질적으로 유사한 경우는 상당할 것이며, 적어도 현저히 동일한 경우에 한하여 원저작물의 저작자의 침해 이익에 대한 구제도 강구될 필요가 있기 때문이다. 곧 일정한 보상을 향유할 수 있도록 권리를 부여하되, 보호의 수준을 현저한 수준으로 낮추어 그만큼 침해 발생의 소지를 줄이자는 취지이다. AI 창작권을 인정함으로써 얻게 되는 산업적·경제적 유인의 제공이라는 장점이 있지만, 복잡한 권리 관계로 인한 법적 분쟁으로 부담하게 될 사회적 비용 또한 적지 않을 것이기 때문이다.

이처럼 기존 저작권과 별개의 권리 개념 및 법적 효력을 규정할 것이라면 별도의 법률을 제정하여 규율할 필요성에 대해 주장할 수 있다. 그렇지만 기본적으로 AI가 작성한 '창작물'에 대한 권리는 창작적 가치의 보호를 핵심적으로 규율하는 저작권법 내에서 특칙에 가까운 적용이 이루어지도록 법리를 구성하는 것이 법 목적 및 권리 보호의 취지에 부합한다고 생각된다.

---

69) 손승우, 앞의 논문, 106면, 차상육, 앞의 논문, 221면 등.

2. 창작적 기여자에 대한 새로운 권리 창설

AI 창작권을 인정할 경우 창작물의 주권은 창작물의 생성을 주도한 자에게 부여함이 상당하다. 창작에의 관여자에게 권리를 인정한 영국의 입법례처럼 특정한 저작권자가 존재하지 않는 경우 창작적 기여도를 기준으로 권리를 부여하는 것이다. 대표적으로 영국의 1988년 개정 저작권법(Copyright, Designs and Patents Act 1988, CDPA)은 '컴퓨터로부터 생성된 작품(Computer-Generated Works, CGW)'을 인간 저자(human author)의 창작 활동 없이 컴퓨터가 생성한 작품으로 보고 있다(CDPA §178). 또한 개정 저작권법은 "컴퓨터가 생성한 창작물의 저작자는 그 컴퓨터 창작에 필요한 조정(necessary arrangements)을 한 자로 본다"라는 규정을 신설하였다(CDPA §9.3). 해당 조항을 두고 AI 창작과 같이 사람의 창작적 개입이 극히 미미한 경우에도 동 조가 적용될지에 대하여는 영국 학계에서도 이견이 대립되고 있으며, 관련 판례가 있는 것도 아니다.[70] 물론 동 법이 개정될 당시인 1988년의 시대적 상황을 고려하면 AI를 전제로 상정한 것은 아닐 것이다. 그러나 개인적으로는 동 조항의 입법 취지가 컴퓨터 기술의 창작적 활용을 전제로 한 현실을 반영한 것이라 할 수 있으므로 적어도 Weak AI 내지 AI를 창작의 도구로 사용하는 경우에는 적용이 가능하다고 생각된다. 나아가 동 조항의 '필요한 조정을 한 자'가 컴퓨터 이용자를 의미하는지 혹은 프로그래머도 포함될 수 있는지에 대하여 의견이 분분하지만, 'necessary arrangements'라는 문언상 해석에 충실하면 프로그래머의 권리도 인정할 수 있다고 본다.

국내법상 관련 입법을 한다면 영국의 권리 조항보다 좀 더 진전된 기술적 발전상을 반영한 새로운 권리를 창설할 필요가 있다. 앞서 주지한 바와 같이 AI를 창작의 도구로 이용하는 경우(기술적 도구형)에는 현행법의 해석론상으로도 이용자에게 권리를 인정하기 어렵지 않아 보인다. 또한 AI의 창작 유형인 '시스템 주도형'의 경우는 알고리즘이 창조적 개성을 표현할 수 있는 정도의 고도의

---

70) Emily Dorotheou, "Reap the Benefits and Avoid the Legal Uncertainty: Who Owns the Creations of Artificial Intelligence?, Computer and telecommunications L. Rev., Vol. 21 No. 4(2015), pp. 85-87.

창작성을 발휘하였다고 볼 수 없고, 이용자도 단순히 버튼을 누르거나 설정 값을 입력하는 것에 그치므로 프로그래머 혹은 이용자 중 누구에게도 권리를 부여하기 어려운 상황이라 판단된다. 따라서 '독창적 창작형'의 알고리즘의 경우에 한하여 창작적 기여자에 해당하는 프로그래머가 권리를 부여받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

제안컨대, 프로그래머가 사실상 단 한 번의 알고리즘 개발로 인하여 과잉 권리를 보유한다는 우려를 고려하여 데이터베이스권의 존속기간인 5년보다도 단기인 3년의 존속기간을 부여하는 것이 적합하다고 생각된다. 왜냐하면 컴퓨터 처리 속도 및 네트워크 환경의 고도화로 인해 AI의 생산과 소비의 수명이 대폭 축소되었으므로 AI 생성물에 대한 권리의 행사 기간도 그에 맞게 단축할 필요가 있기 때문이다.

3. 방식주의 및 등록 표시제도의 도입

저작권은 특허나 디자인 등의 산업재산권이 등록을 권리 발생 요건으로 하는 것과 달리 어떠한 절차나 형식을 요구하지 않는 무방식주의를 취하고 있다(저작권법 제10조 제2항).[71] 그런데 AI의 기술적 특성을 고려하여 인간의 저작물과 구별하기 위하여 AI 창작권에 한하여 방식주의의 도입을 검토할 만하다. 혹자는 디지털 시대 이전에는 등록주의가 부담을 야기할 뿐 큰 의미가 없었으나, 디지털 환경에서는 누구의 창작물인지, 당해 저작물의 이용 권한을 가진 자가 누구인지 등이 불명확하므로 시대적인 환경이 변화하였다고 한다.[72] 비단 AI 창작물에 대한 검토가 아니더라도 디지털 환경 하에 정보 유통의 증가 현상과 저작물의 가치 증대 등으로 인하여 무방식주의는 그 한계가 노정되고 있다. 또한 무방식주의는 해당 AI 창작물이 언제 창작되었는지를 알기

71) 베른 협약이 베를린 개정을 통해 무방식주의를 채택한 이후로 우리나라를 비롯하여 영국, 네덜란드, 프랑스 등 다수의 국가에서 방식주의를 폐기하였다. 다만 영국처럼 등록 제도를 전면 폐지하거나, 우리나라 또는 일본과 미국처럼 무방식주의에 반하지 않는 한도 내에서 일정한 효력 부여에 그치는 임의적 등록 제도를 존속시키고 있는 국가도 있다.

72) Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage, (1st ed., 2001), p. 288.

어렵고, 공표의 방식이 명확하지 않을 수 있으므로 누가, 언제 공표하였는지도 파악하기 쉽지 않다.[73]

AI 창작권을 부여할지의 문제와 상관없이 인간 창작물과의 오인·혼동을 방지하기 위하여 이를 명확히 구별할 수 있도록 임의(任意)의 등록 표시제도의 도입은 반드시 필요하다.[74] 그 이유는 이러한 제도를 구비하지 못할 경우 저작물 생태계에서 허위공표 및 허위등록에 따른 법적 분쟁 난립이 예상되기 때문이다. 등록 표시 제도의 도입 시 인간의 창작물을 용이하게 구별하여 검색할 수 있는 시스템 구축이 필요할 것인데,[75] 이 경우 AI 기술을 접목시켜 자동적으로 유사성을 판단해주는 시스템을 개발하는 것도 제도적 차원에서 고려할 수 있는 방안이다.

또 한편으로는 최근 프랑스의 예술 공학단체(obvious)의 AI가 그린 그림이 미국 크리스티 경매에서 43만 2,500달러에 팔리고, 구글 딥드림이 그린 29점의 작품이 총 9만 7,000달러에 거래되는 등 실제 높은 가격을 형성하고 있는데, 이는 AI 그림의 희소성 때문일 수 있으나, 일견 창작자가 'AI'라는 데 방점이 있다고 보인다. 따라서 여러 AI 창작물의 객관적 가치 판단과 시장 가격을 확인하는 데 있어서도 AI를 표시 및 등록하는 제도의 마련이 필수적으로 필요할 것이다.

다만 이러한 AI의 인증 및 등록제도에 관한 사항은 법률상 명문 규정을 두어 제도화하는 것이 효과적이다. 이에 관한 구체적인 법 규정은 AI에 관한 특별법을 제정하는 것도 고려해볼 수 있으나, 우리 저작권법이 컴퓨터저작물 등의 기능적 저작물과 창작성이 없는 데이터베이스도 보호 대상으로 두고 있음을 감안하면 저작권법 내에 규정하는 것이 법체계상의 정합성에 부합된다.

---

73) AI 창작물에 대한 무방식주의의 한계에 관한 구체적인 설명은 김현경, 앞의 논문, 147-150면 참고.

74) 知的財産戰略本部 檢証・評価・企畵委員會 次世代知財システム檢討委員會, 前揭報告書, 29頁.

75) 松村將生, 『次世代知財システム檢討委員會 報告書』, 及び「知的財産推進計畫2016の概要について」, 『知財フォーラム』, Vol.107, 知的財産研究所(Aut. 2016), 5頁.

4. 명시적 책임면책 조항의 마련

AI 기반의 창작 활동을 활성화하기 위하여 가장 중요하다고 생각되는 것은 학습과정 및 서비스 이용 단계에서의 저작권 침해를 면책하는 명시적 조항을 마련하는 일이다. 먼저 AI에 의한 자료 입력 및 그 활용의 형태가 다양하게 드러남에 따라 공정이용에 해당하는지 여부는 매우 불확정적이다. 우리 저작권법 제35조의3 제2항에 의하면, 공정이용 해당 여부를 판단하기 위하여 이용의 목적 및 성격, 저작물의 종류 및 용도, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 고려한다. 이를 종합해보면 비영리 목적으로 AI 학습에 활용하는 것은 공정이용에 해당할 가능성이 커 보인다. 그러나 해당 알고리즘이 개발된 이후 영리적 목적으로 이용될 때, 예컨대 학습 과정을 통해 개발한 알고리즘을 다른 서비스 제공에 활용하는 것 또한 영리적 목적의 활용으로 해석될 수 있다는 것을 전제로, 권리 침해의 상황에 직면할 우려가 있다. 이를테면 구글의 딥드림(deep dream)처럼 명화의 화풍과 패턴을 인지하여 2차적 저작물을 생성하는 경우에도 저작물의 이용에 해당되어 공정이용으로 보기 어려울 것이다. 따라서 일반조항인 공정이용 조항에 있어서 특칙의 형태로 정보검색 및 정보해석 서비스 등에 대한 공정이용을 허락하는 명시적 규정이 필요하다.

또한 AI의 창작적 결과물이 저작권으로 보호되는 타인의 표현 방식을 포함하여 원저작자의 권리를 침해하게 된다면 그 책임을 누가 질 것인지도 불명확하다. 예를 들어 AI 개발자 및 서비스 제공자 혹은 AI의 점유자로서 이용자가 질 것인지도 궁극적으로 문제된다. 따라서 저작권 침해에 대한 면책 조항을 신설할 때 면책이 되는 책임의 주체가 누구인지 명시하거나 주체의 특정이 어렵다면 책임 배분에 있어서 고려할 수 있는 판단 기준에 대하여 규율할 필요가 있다. 또한 일본의 입법례처럼 기계학습 등의 기술개발을 위한 저작물 이용 및 정보 분석에 따른 저작물의 이용의 경우 면책이 된다는 내용을 적시하여 목적의 범위를 명확히 제시할 필요가 있다. 특히 이러한 면책을 인정하는 목적 범위가 중요할 것으로 생각되는데, 정보해석 및 처리서비스의 제공을

위하여 기술개발 및 실증사업을 하기 위한 목적 등을 고려해야 할 것이다.

Ⅵ. 결 론

오늘날 AI가 저작권법의 영역에서 야기하는 법적 문제는 저작권 제도의 본질과 맞닿아 있는 총체적 문제로서 입법론상으로나 해석론상으로도 그 해결이 쉽지 않다. 설령 AI 창작권을 법제화한다고 해도 실무적인 판단에 있어서 AI 알고리즘의 창작적 기여 정도나 수준을 구분하는 경계가 상당히 불명확하다는 문제가 있다. 특히 최근 딥러닝과 기계학습을 활용하여 인간과 유사한 수준의 창작물을 빠른 속도로 생산하고 소비할 수 있는 저작물 생태계가 구축되어 가고 있음에도 불구하고, 아직까지 우리 저작권 제도는 인간을 전제로 한 전통적인 틀을 고수하고 있다.

이러한 상황에서 현행법의 해석에만 의존하여 AI의 창작물의 법적 보호를 인정하지 않는다면 어떤 일이 생기겠는가. 저작권법이 저작자의 인격 내지 이익 보장이라는 미명하에 역시 마땅히 보호되어야 할 문화 향유 및 산업 발전이라는 또 다른 중대한 가치를 배제하고 있는 것은 아닌지 의문이 든다. 또한 AI는 방대한 저작물 혹은 빅데이터의 학습을 거쳐 창작물을 생성하므로 AI가 보편적으로 활용될 경우 저작권 제한 또는 저작권 집중 관리의 필요성도 재조명해야 한다. AI가 창작에 기여하는 수준은 차치하더라도 결과적으로 AI와 인간의 협업이 점진적으로 증가하는 추세 속에서, AI 창작 권리의 부재로 인해 오히려 협업을 시도하는 인간 창작자의 권익을 축소시키는 차별적인 취급은 바람직하지 않다.

또한 일각에서 제기하는 독점화 가능성의 경우 특정 권리자에게 배타적 권리를 부여하는 모든 법제 하에 공통적으로 제기되어 온 문제라 할 수 있다. 따라서 AI 창작권에 대하여 철저히 약한 권리 보호를 규정하여 그 독점력을 약화시키거나 기존과 마찬가지로 경쟁법의 사후적 개입을 통해 충분히 통제할 수 있을 것이다.

AI청을 설립하여 공정성, 책임성, 지속가능성, 투명성을 기준으로 AI 저작

물을 평가하고 있는 영국[76]이나 AI 창작 관련 법 개정을 전향적으로 검토 중인 일본에 비하면 우리의 대응은 지지부진한 편이다. 그 간 국내에서 AI 창작물이 고가에 거래되거나 실제 비즈니스에 활용된 사례가 많지 않다보니, 이와 관련된 권리화 문제가 입법화 단계까지 진전되지 못한 측면이 있다. 이로 인해 국내에서 AI 개발이 위축된다거나 우리 기업이 글로벌 시장에서 역차별로 인해 피해를 볼 가능성도 없지 않다.

따라서 이 글 전반에서 주지한 바와 같이 인간의 저작권과 별개의 AI 창작권의 신설을 통해 새로운 법리를 구성해 나가야 할 시의적 당위성이 충분하다. 특히 현 저작권 제도 내에서 창작에의 직접적 기여가 없더라도 상당한 투자 및 노력에 따른 기술적 성과를 보호하는 데이터베이스권을 인정하고 있고, 원저작물을 토대로 새로운 창작적 가치를 창출하거나 매개, 전달 등의 일정한 노력에 대하여 권리를 인정하고 있는 2차적작성권이나 저작인접권 등을 참고로 삼을 필요가 있다.

그럼에도 불구하고 AI 시대에 현실과 법의 괴리를 극복하는 데는 적지 않은 공론화를 거친 입법론적 논의가 필요할 것이다. 결국 새로운 권리 부여에 따른 여러 이익적 상황과 긍정적 영향뿐만 아니라, 기존 권리자 보호와의 형평성 문제를 적절히 반영하여 시대적 변화에 걸 맞는 유연한 제도로 개편해 나가는 것이 현 시대의 법률가와 정책 입안자들이 고민해야 할 시론적 과제라 생각된다. 특히 AI 창작물에 대한 보호 문제는 아직까지 실제 법적 분쟁을 통해 다루어진 사안이 없는 만큼 향후 판례의 동향도 눈여겨 볼 필요가 있을 것이다.

인공지능 창작과 저작권법의 딜레마 – 정 원 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.24	2019.12.05	2019.12.27

76) 2019년 11월 20일 개최된 '2019 서울저작권 포럼'에서의 영국 IPO 로스린치 국장의 발언 중에서 발췌하여 작성.

[참고문헌]

1. 국내문헌

박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014.
오승종, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2012.
이해완, 『저작권법』, 제4판, 박영사, 2019.
황적인·정순희·최현호, 『저작권법』. 법문사, 1990.

김윤명, "인공지능(로봇)의 쟁점에 대한 시론적 고찰", 『정보법학』, 제20권 제1호(2016).
김현경, "인공지능 창작물에 대한 법적취급 차별화 방안 검토 -방식주의의 도입을 중심으로-", 『법학연구』, 제29권 제2호(2013).
김현경, "저작권 귀속법리와 인공지능 창작물에 대한 고찰", 『성균관법학』, 제29권 제1호(2017).
남형두, "저작권의 역사와 철학", 『산업재산권』, 제26호(2008).
백경태, "안드로이드는 양의 꿈을 꾸는가 -인공지능 창작물의 저작자에 대한 저작권법적 검토-", 『지식재산연구』, 제13권 제3호(2018).
손승우, "인공지능 창작물의 저작권 보호", 『정보법학』, 제20권 제3호(2016).
이해원, "테크노 크레아투라(Techno Creatura) 시대의 저작권법", 『저스티스』, 제158권 제1호(2017).
정상조, "인공지능시대의 저작권법 과제", 『계간저작권』, 제122호(2018).
정원준, "인공지능 창작물의 보호에 관한 법적 쟁점과 정책적 과제", 『정보통신방송정책』, 제31권 6호 통권 689호(2019).
정원준 외, "인공지능 시대의 법제 정비 방안", 『Premium Report』, 19-07호(2019).
정진근, "오픈소스 플랫폼에서의 인공지능에 의한 창작의 보호", 『강원법학』. 제54호(2018).
차상육(2017), "인공지능(AI)과 지적재산권의 새로운 쟁점 -저작권법을 중심으로-", 『법조통권』, 제723호(2017).

김석기, "인공지능 AI가 작곡한 노래를 들어봐", 브런치 매거진, <https://brunch.co.kr/@neo3xdh/72>, 검색일: 2019. 11. 16.
유승호, 「AI가 그린 그림 5억원에 팔렸다.」, 한국경제, 2018. 10. 26자.

마젠타 프로젝트 웹페이지, <https://magenta.tensorflow.org/>, 검색일: 2019. 11. 16.
유투브 채널, <https://www.youtube.com/user/melomicsrecords/videos>, 검색일: 2019. 11. 16.

2. 외국문헌

John F. Weaver, *Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws*, Præger(1st ed., 2014).
Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage, (1st ed., 2001).

Stuart Russell & Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd. ed., Pearson, 2010.

A. M. Turing, "Computing machinery and Intelligence", Mind New Series, Vol.59, No.236(1950).

Ana Ramalho, "Will Robots Rule the (Artistic) World?: A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems", J. Internet L., Vol. 1(2017).

Annemarie Bridy, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially", Stan. Tech. L. Rev., Vol. 5(2012).

Arthur R. Miller, "Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?", Harv. L. Rev. Vol. 106, No, 977(1993).

Benjamin Sobel, "Artificial Intelligence's Fair Use Crisis", Colum. J. of Law & the Arts, Forthcoming(2017).

Dane E. Johnson, "Statute of Anne-Imals: Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators?", Animal. L., Vol. 15(2008).

Dana S. Rao, "Neural Networks: Here, There, and Everywhere An Examination of Available Intellectual Property Protection for Neural Networks in Europe and the United States", Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ., Vol. 30, No. 2(1997).

Emily Dorotheou, "Reap the Benefits and Avoid the Legal Uncertainty: Who Owns the Creations of Artificial Intelligence?, Computer and telecommunications L. Rev., Vol. 21 No. 4(2015).

James Grimmelmann, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work--And It's a Good Thing, Too", Colum. J. L. & A., Vol. 39(2016).

Pamela Samuelson, "Allocating Ownership Right in Computer-Generated Works", U. Pitt. L. Rev., Vol. 47(1985).

Ralph D. Clifford, "Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program: Will the True Creator Please Stand up?", Tul. L. Rev., Vol. 71(1997).

Russ Pearlman, "Recognizing Artificial Intelligence(AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law", Rich. J. L. & Tech., Vol. 24 No. 2(2018).

Ryan Abbott, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", B. C. L. Rev., Vol. 57(2016).

Sholmit Yansky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright and Accountability in the 3A Era - The Human-LIKE AUTHORS ARE ALREADY HERE - A NEW MODEL", Mich. St. L. Rev. 659(2017).

Timothy L. Butler, "Can a Computer be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence", Comm/Ent L. S., Vol. 4(1981).

William T. Ralston, "Copyright in computer-Composed Music: Hal Meets Handel", J. Copyright Soc'y U. S. A. Vol. 52(2005).

知的財産戰略本部 檢証·評価·企畵委員會, 次世代知財システム檢討委員會 報告書, 平成２８年４月, <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyo

ka_kikaku/2016/jisedai_tizai/hokokusho.pdf>, 검색일: 2019. 11. 16.
松村將生, 『次世代知財システム檢討委員會 報告書』, 及び「知的財産推進計畫2016の概要について」,『知財フォーラム』, Vol.107, 知的財産研究所(Aut. 2016).
次世代知財システム檢討委員會 報告書(2016).
出井 甫, AI 生成物に關する知的財産權の現狀と課題: Society 5.0 の實現に向けて, 情報の科學と技術, 68 卷 12号, 2018.

【국문초록】

최근 급부상하고 있는 인공지능 기술이 불러오는 사회, 경제, 산업에의 파괴적 변화는 제반의 법제도 및 전통적 법률 체계에도 그 변혁의 필요성을 부추기고 있다. 인공지능은 이제 단순 반복 업무나 일정한 규칙을 두고 경쟁하는 특정 영역에서 벗어나 인간의 전유물로 여겨지던 예술창작 분야에서까지 날로 발전된 결과물을 선보이고 있다. 특정 예술가의 특징 및 기법을 모방하는 창작 수준에 그치지 않고, 주어진 주제에 맞게 독창적인 작곡을 하는 'I AMUS'처럼 진보된 형태의 창작 알고리즘이 등장하고 있는 것이다. 이제 AI는 창조적 기계로서 이른바 '테크노 크레아투라(Techno Creatura)'로 불러도 무방할 것 같다.

그러나 현행 저작권법은 인간의 창작물만을 보호대상으로 삼고 있어 AI 창작물이 외견상 인간의 창작물과 구별이 어려운 수준에 이르렀음에도 불구하고 권리 적격을 결한다고 해석할 수밖에 없다. 이에 따라 본 고에서는 저작권법의 입법 취지상 AI 산업 및 기술개발에 대한 투자를 촉진하는 정책적 관점도 내재될 필요가 있다는 것을 전제로, AI 생성 작품의 창작성 요건을 어떻게 요구할지(저작물성 문제), 어느 주체에게 권리를 귀속시킬지(권리귀속 문제), AI가 저작물 학습 시 공정이용에 해당하는지(공정이용 문제), AI 생성물이 타인의 보호받는 표현을 포함하게 될 경우 저작권 침해인지(침해 문제) 등의 쟁점을 검토하였다. 이에 대한 정치한 분석을 통해 내린 결론의 핵심적 논지는 다음과 같다.

첫째, 기존의 저작권 제도 하에 기능적 저작물 또는 편집저작물 등의 경우 창작성을 엄격히 판단하는 것과 같이 AI 창작물도 연구개발 및 투자 지원을 통해 기계적 구동 및 처리 수준을 고도화한 기술적 성과라는 차원에서 접근하여 기존 저작물의 성립요건 및 범위와는 별개의 차별적인 법리를 새롭게 구성할 필요가 있다는 점이다. 그리고 엄격한 요건을 결하는 AI 생성물은 공유의 영역에서 널리 이용되도록 하는 것이 공공의 이익에도 부합될 것으로 보았다.

둘째, 독자적인 창작이 가능한 고도화된 알고리즘으로부터 생성된 AI 창

작물의 경우 창작적 기여자로서 프로그래머에게 권리를 부여할 필요가 있다. 다만 과잉 보호를 방지하기 위하여 데이터베이스권의 존속기간인 5년보다도 단기인 3년의 존속기간을 부여할 필요성을 주장하였다.

셋째, AI 창작권의 인정 여부와 관계없이 인간 창작물과의 오인·혼동을 방지하기 위하여 임의(任意)의 등록 표시제도 도입이 반드시 필요하다고 보았다. 또한 AI 기술을 접목시켜 자동적으로 유사성을 판단해주는 시스템을 개발하는 것도 제도적 차원에서 고려할 수 있는 대안으로 제시하였다.

넷째, AI 창작의 활성화를 위하여 학습과정 및 서비스 이용 단계에서 저작물 이용에 대한 침해를 면제하는 조항이 필요하다. 비영리 목적의 경우 현행법 제35조의3의 공정이용에 해당할 것으로 추측되나, 이는 일반조항일 뿐이며 실제 영리 목적에 있어서 제약이 발생하므로 관련하여 공정이용에 관한 특칙 조항의 마련이 필요할 것이다.

AI 창작물의 보호에 관한 논의에 있어서 현 저작권 제도 내에서 창작에의 직접적 기여가 없더라도 상당한 투자 및 노력에 따른 기술적 성과를 보호하는 데이터베이스권을 인정하고 있고, 원저작물을 토대로 새로운 창작적 가치를 창출하거나 매개, 전달 등의 일정한 노력에 대하여 권리를 인정하고 있는 2차적작성권이나 저작인접권 등을 참고로 삼을 필요가 있다. 그 간 국내에서 AI 창작물이 고가에 거래되거나, 실제 비즈니스에 적극 활용되는 사례가 적다보니 AI 창작물에 대한 권리화 문제가 입법 단계의 논의로까지 진전되지 못한 측면이 있다. 그러나 이 글에서 주지한 바와 같이 인간의 저작권과 별개의 AI 창작권의 신설을 통해 새로운 법리를 구성해 나가야 할 시의적 당위성이 충분하다고 할 것이다.

【 Abstract 】

Artificial Intelligence's Creation and Dilemma of The Copyright Law

Won-Jun Chung
(Research Associate of The Korea Information Society Development Institute, Ph.D. in Law)

The disruptive changes in society, economy and industry brought on by the rapidly emerging artificial intelligence technology are also fueling the need for innovation in all legal systems. Artificial intelligence is now showing its ever-evolving results in the field of art creation, which has been regarded as the preserve of human beings. Moving from the level of creation that imitates the characteristics and techniques of a particular artist, advanced forms of creative algorithms such as IAMUS, which makes original compositions to a given subject are emerging. AI is now a creative machine and can be called the "Techno Creatura."

However, the current Copyright law only protects human creations, so AI creations cannot be protected by Copyright laws even if they reach the level of human creations. Therefore, the legislative intent of the Copyright law also needs to include a policy perspective that facilitates investment in AI industry and technology development. Accordingly, this paper reviewed issues such as the requirement for recognition of the creativity of AI-generated works, the attribution of the rights of AI-generated works, whether they belong to Fair Use if AI learns protected works, and if the AI products are copyright infringement if they include protected expressions of others. The key arguments for

the conclusions reached through the analysis are as follows.

First, just as the creativity of functional or editorial works was strictly determined in existing Copyright laws, AI creations need to be approached in terms of technological achievements that have enhanced the level of mechanical processing, and the legal principles separate from the requirements and scope of existing works need to be newly formulated. And AI works that do not meet strict requirements should be used as shares.

Second, for AI creations generated from advanced algorithms that enable independent creation, it is necessary to grant the programmer rights as creative contributors. However, it would be reasonable to grant three years of right, which is shorter than the five years of the database right, to prevent excessive protection.

Third, it is imperative to introduce a voluntary registration marking system to prevent misunderstanding or confusion with human creations regardless of whether or not AI creative rights are recognized. It can also be considered institutionally to develop a system that automatically determines similarities by incorporating AI technologies.

Fourth, clauses exempting infringement on the use of works during the learning process and service use phase are needed to promote AI creation. For non-profit purposes, it is assumed to be Fair Use under current law, but this is only a general provision and will require special provisions on Fair Use, since restrictions arise in practice for profit.

In discussing the protection of AI creations, it is necessary to refer to database rights, adaptation rights and neighboring rights under the current Copyright law. Because AI creations have never been traded at high prices and there are few cases where they are actively used for actual businesses in Korea, the rights issue for AI creations has not progressed to the legislative stage. As the paper noted, however,

it is time to form a new legal principle through the creation of AI, which is separate from human copyright.

주제어(Keyword) : 인공지능(Artificial Intelligence), 인공지능 법제도(AI Legal System), 인공지능 창작물(AI Creative Works), 창작적 기여자(Creative Contributor), 컴퓨터 생성 저작물(Computer-Generated Works), 가상인간 저자(Fictional Human Author), 변형적 이용(Transformative Use), 중간 복제 행위(Intermediate Copying)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.305

스트리밍 링크 사이트와 온라인서비스제공자의 저작권 침해

- 방조의 법리와 입법론적 개선을 중심으로 -

이 동 연*, 이 지 선**, 이 수 진***, 최 철 호****

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. OSP 책임에 관한 이론적 논의
1. 링크의 의의과 형식
2. OSP 책임이론
Ⅲ. 스트리밍 링크 사이트 OSP의 저작권 간접침해
1. 직·간접침해에 관한 논의
2. 불법저작물 업로드 사이트의 전송권 침해행위에 대한 방조
3. 이용자의 일시적 복제권 침해 행위에 대한 방조
4. 소결
Ⅳ. 입법론적 개선방안
1. 주요 대응방안의 검토
2. 해외사이트 접속차단 개정법률(안)
3. 특수한 유형의 OSP 범위 고시 개정(안)
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

정보통신기술이 발달하면서 불특정 다수의 사람들이 디지털 저작물을

* 주저자. 고려대학교 자유전공학부 경영학과, 학생.
** 고려대학교 자유전공학부 경제학과, 학생.
*** 고려대학교 자유전공학부 정치외교학과, 학생.
**** 고려대학교 자유전공학부, 학생.

사용·복제 및 전송하는 것이 용이하게 되어 저작물의 이용 및 유통 환경이 복제물의 '소유를 통한 사용'에서 '접속을 통한 사용'[1]으로 변화함에 따라 저작권 침해 관련 문제가 새로운 국면을 맞이하였다. 한국저작권보호원의 「2018 저작권보호 연차보고서」에 따르면 불법저작물로 인해 침해받는 합법저작물 시장의 규모는 약 2조 6천억 원으로 추정되고, 온라인 불법저작물 시장에서 스트리밍 전문 사이트는 108,577천 개의 불법저작물을 유통하는 것으로 조사되었다.[2] 온라인서비스의 특성상 한 번 유통된 불법저작물은 추가적인 유통을 막기가 매우 어려워 저작권자가 경제적 손해를 입게 됨은 물론이고 막대한 산업적 피해를 발생시킨다. 한편, 직접적으로 저작권 침해행위를 행한 주체는 불특정 다수인 경우가 많아 저작권자로서는 그 침해행위를 일일이 파악하는 것이 어렵고, 온라인서비스제공자(이하 "OSP")는 침해행위를 통해 막대한 규모의 수익을 얻는 것이 현실이다.

현행 저작권법은 온라인상의 저작권 침해가 주로 이루어지는 환경을 제공하는 OSP에 대해 책임 제한 규정을 두어 침해에 대응하는 제도를 마련하고 있고, 대부분의 판례도 OSP의 책임을 인정하고 있다. 그러나 다양한 링크를 통해 불법저작물을 이용하는 온라인서비스이용자의 일시적 복제행위에 대해서도 OSP의 책임을 인정할 수 있는지 등 기존의 저작권법과 판례가 포괄하지 못 하는 문제들도 새롭게 제기되고 있다.

이에 본 연구에서는 온라인상에서 발생하는 다양한 저작권 침해 양태 중 'OSP의 링크 공유로 인한 침해'에 집중하여 스트리밍 링크 사이트[3]를 중심으로 OSP의 책임과 과제에 관하여 논하고자 한다. 스트리밍 링크 사이트는 불법저작물을 복제 및 전송하는 웹페이지(이하 "불법저작물 업로드 사이트")의 링크를 모아 공유하고 게시판 또는 홈페이지 초기화면에 광고를 두어 수익을 취하는 특징을 가지고 있기에 다른 OSP와 구분하여 살펴볼 실

1) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 「개정 저작권법 해설서」, 2012, 28면.
2) 한국저작권보호원, 「2018 저작권 보호 연차보고서」, 2018, 159면, 174면.
3) 스트리밍 링크 사이트란 링크 행위를 통해 다른 사이트의 콘텐츠를 자신의 사이트로 연결하고, 이를 스트리밍 형태로 제공하는 웹사이트를 말한다. 이하 본 연구에서는 저작권 침해행위가 나타나는 불법 스트리밍 링크 사이트를 '스트리밍 링크 사이트'로 칭한다.

익이 있다고 할 것이다.

본 연구는 OSP의 책임에 관한 기존의 법리를 확장하여 스트리밍 링크 사이트 OSP의 책임에 대해 검토하고, 스트리밍 링크 사이트에서의 저작권 침해행위에 대한 입법론적 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 또한 본 연구는 문헌연구방법을 주로 이용하여 논문과 보고서, 판례 등을 중심으로 연구를 진행하였다.

본 연구의 구성은 다음과 같다. 먼저 OSP 책임에 관한 일반론을 살피고(Ⅱ), 스트리밍 링크 사이트 OSP의 직·간접책임에 대하여 논한 다음, 스트리밍 링크 사이트 OSP의 간접책임을 불법저작물 업로드 사이트의 전송권 침해행위에 대한 방조책임과 이용자의 일시적 복제권 침해행위에 대한 방조의 두 가지 측면으로 나누어 검토한다(Ⅲ). 이를 기초로 스트리밍 링크 사이트를 억제하기 위한 입법론적 개선방안을 제시한다(Ⅳ).

Ⅱ. OSP 책임에 관한 이론적 논의

1. 링크의 의의와 형식

스트리밍 링크 사이트 OSP에 의한 저작권 침해는 저작권자의 이용 허락 없이 영상 창작물 혹은 음악 등을 서버와 같은 유형물에 고정한 후 스트리밍 형식으로 공중송신하는 불법저작물 업로드 사이트를 다양한 형식의 링크로 연결함으로써 발생한다. 링크는 인터넷 이용자들이 별다른 검색 없이도 다른 페이지로 쉽게 접속하게 함으로써 인터넷상의 정보교환 및 검색을 원활하게 하는 데에 의의가 있다. 하지만 링크 게시자는 악의로 자신이 원 게시자인 것처럼 외관을 설정하여 부당하게 광고수익을 얻기도 하며, 이용자의 불법저작물에 대한 접근과 복제를 용이하게 하는 등 부정적 결과를 초래하기도 한다. 이때 사용되는 링크의 형식은 크게 단순링크, 직접링크, 임베디드 링크로 나눌 수 있다.

먼저, 단순링크는 링크가 공유되는 사이트의 이용자를 링크된 정보가

있는 사이트의 초기 페이지로 이동시키는 가장 단순한 형태이다. 이는 이용자가 처음부터 링크된 정보가 있는 페이지에 접속하는 것과 동일하기 때문에 특별한 사정이 없는 한 법률적 문제가 생기지 않는다. 그리고 직접링크(심층링크)는 다른 웹사이트 내의 내부 페이지로 직접 연결해주는 역할을 하는 링크를 의미한다. 단순링크와 달리 이용자가 직접링크를 통해 다른 사이트로 접속했을 때 그 사이트의 초기 화면이 아닌 이용자가 찾고자 했던 게시물이 게재된 페이지로 이동하게 된다. 마지막으로 임베디드 링크(embedded link, 인라인 링크)는 페이지를 열거나 링크를 클릭하면 파일이 자동으로 실행되는 형식을 의미하는 것으로, 스트리밍 링크 사이트에서 직접 멀티미디어 파일을 재생할 수 있도록 그 게시물에 구현한 것을 말한다.[4]

2. OSP 책임이론

(1) '츄잉사건'[5] 이전의 논의

OSP 책임이론은 온라인상의 저작권 침해행위에 대한 책임을 OSP에게 부여할 수 있는지, 만약 부여할 수 있다면 그 법적 근거는 무엇인가에 관한 이론으로, OSP 책임은 크게 직접책임과 간접책임으로 나눌 수 있다. 그 중 특히 간접책임의 경우에는 OSP가 직접 저작권 침해행위를 행한 것이 아니기 때문에 무엇을 근거로 책임을 부여할 것인지에 대한 논의가 집중적으로 이루어져 왔고, 어떠한 책임이론을 취하든 OSP에게 간접책임을 물을 수 있다는 것이 판례와 학계의 전반적인 입장[6]이다. OSP에게 온라인상의 저작권 침해행위에 대한 책임을 지우는 것은 불특정 다수의 이용자들에게 책임을 묻는 것보다 대상을 특정하기 쉽고, OSP가 손해를 배상할 능력 또한 갖추고 있는 경우가 많기 때문에 효과적으로 저작권자를 보호할 수 있다는

4) 링크의 형식에 관하여 보다 자세한 내용은 김경숙, "불법 링크사이트 실태조사연구", 한국저작권위원회, 2018, 7면 참고.
5) 대법원 2015. 3. 12 선고, 2012도13748 판결.
6) 김정완, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임 제한", 「법학논총」 제33권 제2호, 2013, 257면.

점[7]과 OSP가 그러한 저작권 침해행위를 통해 수익을 얻고 있다는 점 등이 OSP에게 책임을 부여하는 주된 논거로 제시되어 왔다.

한편, OSP의 법적 책임에 관하여 직접적으로 다룬 사건은 아니지만, 1999년 '각테일98' 사건[8]에서 법원은 일정한 요건이 인정되는 경우에 한하여 OSP에 대한 책임을 물을 수 있다고 판시한 바 있다. 이 판결에 대해 학계에서는 OSP 책임의 요건을 제시하였다는 데에 의의가 있다는 견해[9]가 있었고, 다른 한편으로는 미국 판례법상의 법리(기여책임 및 대위책임이론)를 그대로 받아들여 방조책임 인정 여부를 판단하였다는 점에서 비판을 제기하는 견해[10]도 있었다. 이후 2001년 법원은 인터넷제국 사건[11]에서 최초로 OSP의 책임을 인정하였으나, 그 책임의 요건만을 제시하고 정작 피고가 책임을 지는 법적 근거가 무엇인지에 대해서는 명확하게 설시하지 않았다는 비판[12]을 받았다.

2007년 '소리바다' 사건[13]에서 대법원은 OSP의 방조책임을 민법상 방조에 의한 불법행위책임을 토대로 인정한바 있고, 이후 유사한 사건에 대하여서도 일관된 입장을 취하고 있다.[14] 현행 저작권법은 P2P 기술의 등장을 예상하지 못하고 마련되었기 때문에 저작권자의 권리와 저작물의 공정한 이용 사이의 균형점이 어디인가에 관하여 명확한 해답을 내리는 것은 곤란한 상황이다. 이에 학계에서는 이용자들의 행위가 저작권을 침해하는지 여

---

7) 김정완, 앞의 논문, 215면.

8) 서울중앙지방법원 1999. 12. 3 선고, 98가합111554 판결. 법원은 "불법행위책임에 있어서 그 책임은 당해 침해행위의 직접적인 귀속자가 부담하는 것일 뿐"이고, 다만 직접적으로 행하지 않은 제3자라 하더라도 "침해행위 또는 침해행위자와 관련성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 예외적으로 제3자를 향한 책임을 물을 수 있다"고 판단하였다.

9) 권상로, "온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안", 「민사법연구」 제12편 제2호, 2004, 87면.

10) 박태일, "온라인서비스제공자책임에 관한 연구", 「창작과 권리」 제44호, 2006, 89면.

11) 서울중앙지방법원 2001. 8. 24 선고, 2000가합83171 판결.

12) 윤종수, "온라인서비스제공자의 책임제한과 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 기술조치의무", 「인권과 정의」 제395호, 2009, 34면.

13) 대법원 2007. 12. 14 선고, 2005도872 판결. OSP에게 이용자들의 복제권의 침해행위에 대한 방조책임을 인정하였다.

14) 문일환, "온라인서비스제공자(OSP)의 법적 의무와 책임", 「지식재산연구」 제7권 제2호, 2012, 134면 참고.

부가 명확하지 않아 책임 여부를 판단하기 어렵다는 견해와 소리바다가 저작권 침해 방지를 위한 적절한 조치를 취할 의무가 있음에도 그 의무를 해태함으로써 저작권 침해에 기여하였으므로 방조책임을 질 가능성이 있다는 견해 등[15] 다양한 견해가 제시되었다.

이후 법원은 2001년과 2007년 판결[16]에서 방조책임의 인정 가능성을 넓게 파악하는 태도를 보였으며, 학계에서 많은 비판을 받는 '츄잉사건' 판결이 나오기 전까지 우리 법원은 OSP의 간접책임을 인정하여 왔다. 학설 또한 이용자들의 저작권 침해행위에 대해 OSP가 간접책임을 부담한다는 견해를 중심으로 논의되어 온 것으로 확인된다.

(2) '츄잉사건' 판결에 관한 비판적 논의

대법원은 '츄잉사건'에서 링크행위에 대한 복제 및 전송권 침해를 부정하고 방조책임 또한 부정하였는데, 이에 대해 저작권법학계에서는 저작권법상 보호되는 각 권리의 성질에 따른 고려가 부족하고, 저작권법 제102조 및 기존의 선례와 충돌하는 입장일 뿐만 아니라, 링크의 기술적 차이를 고려하지 않은 획일적 취급이라는 등 많은 비판이 제기되었다.

박준석(2015)은 복제권과 공중송신권 등 권리의 성질에 맞게 방조책임 유무를 각각 검토하였어야 함에도 불구하고 그러하지 않았다는 점과 위 판결이 선례와 충돌하는 입장에 있다는 점 등을 지적하며, "이 사건 판결의 방조책임 유무에 관한 입장은 잘못된 것이어서 향후 대법원이 전원합의체 판결을 통해 파기하여야 한다."[17]고 강력히 비판하였다. 또한, 대법원이 단순 링크를 통해 음란사진 등을 게재한 사이트를 링크한 행위가 문제된 사건[18]

---

15) 이훈종, "P2P방식에 의한 음악저작권침해에 대한 인터넷서비스제공자의 책임", 「비교사법」 제10권 제4호, 2003, 433-434면.

16) 대법원 2007. 1. 25 선고, 2005다11626 판결; 대법원 2007. 12. 14 선고, 2005도872 판결. "침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다."

17) 박준석, "인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가? - 대법원 2012도13748 판결의 문제점과 저작권 형사 범죄 처벌의 논리 -", 「산업재산권」 제48호, 2015, 80-81면.

에서 그 링크행위를 방조범이 아닌 정범으로 판단하면서도, “다른 웹사이트 운영자의 실행행위를 방조하는 정도를 넘어”라는 문구를 판시에 담아 링크행위에 방조책임을 물을 수 있음을 은연중 인정하고 있다는 것[19]을 근거로 ‘츄잉사건’ 판결이 선례와 모순되는 판결임을 지적하였다.

이해완(2015)은 위 판례의 입장은 링크행위 이전의 사전적 침해행위에만 적용되는 것으로 보아야 하며, 사후적 침해행위에 대한 관계에서도 링크행위의 방조죄 성립 가능성을 부정하는 취지라면 그 타당성을 인정할 수 없다고 비판[20]하였다. 나아가 위 판결이 전면적으로 받아들여진다면 인터넷 곳곳에 소재한 위법한 콘텐츠로의 링크가 증가하게 될 것이며, 이용자로서는 해당 콘텐츠를 별다른 절차 없이 간편하게 송신받거나 복제할 수 있으므로 적법한 콘텐츠 공급자 및 저작권자의 수익 혹은 수익의 기회를 줄이게 될 것이 자명하다는 문제를 제기하는 견해[21]도 있다.

박성민(2018)은 위 판결에서 “대법원이 정범의 저작권 침해를 복제권에 대한 침해로만 단정한 것은 복제권과 전송권을 혼동했거나 계속범의 법리를 오해한 것이라는 비판을 면할 수 없다”라고 언급[22]하였다. 전송권 침해에 대해서는 계속범이 성립할 요소가 있고, 만일 계속범이 성립한다면 그에 따라 링크행위에 의한 방조행위 또한 성립할 여지가 존재하기 때문에 별개로 논의해야 할 것이라고 지적[23]하였는데, 이는 위 연구들에서 권리의 성질을 고려하지 않았다는 지적과 맥을 같이 하는 것으로 보인다.

한편 최근 법원은 “우리 저작권법도 링크행위가 저작권법상의 권리 침해에 대한 방조가 성립될 수 있음을 당연한 전제로 하고 있다”라고 판시[24]하면서 링크행위에 의한 방조행위 성립 가능성을 긍정하였다. 또한, 스트리

18) 대법원 2003. 7. 8 선고, 2001도1335 판결.
19) 박준석, 앞의 논문, 95면.
20) 이해완, “인터넷 링크와 저작권 침해 책임”, 「성균관법학」 제27권 제3호, 2015, 258면.
21) 박준석, 앞의 논문, 104면.
22) 박성민, “저작권침해행위의 계속범 성립여부에 관한 형법적 고찰 - 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748판결을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」 제19권 제4호, 2018, 74면.
23) 박성민, 앞의 논문, 2018, 73면.
24) 서울고등법원 2017. 3. 30 선고, 2016나2087313 판결.

밍 링크 사이트 OSP의 링크행위를 저작권법 제102조 제1항 제4호의 "정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위"로 볼 수 있으므로, 이를 이미 저작권법상으로 규정하고 있다는 견해[25]도 있다.

온라인상의 저작권 침해에 관하여서는 다양한 법적 쟁점이 존재하지만, 본 연구의 목적은 저작권 침해에 대한 스트리밍 링크 사이트 OSP의 책임에 관하여 연구하고 입법론적 개선방안을 제시하는 것에 있는 것으로서 아래에서는 스트리밍 링크 사이트 OSP의 저작권 침해 및 그 책임에 관해 서술하고자 한다.

Ⅲ. 스트리밍 링크 사이트 OSP의 저작권 간접침해

1. 직·간접침해

(1) 직접침해

먼저, 유럽 사법재판소(이하 "ECJ")는 링크의 종류 및 성격과는 무관하게 링크행위를 전송행위로 판단하고 있으며, GS Media 판결에서는 불법저작물이 게시된 사이트를 링크로 연결하는 행위 역시 저작물의 공중전달에 해당한다는 점에서 위법하다고 판결하였다.[26] 또한, 우리나라 하급심에서도 링크행위가 저작권 등의 직접침해를 구성할 수 있다는 취지의 판시[27]가 있

25) 김경숙, "저작권법상 링크사이트의 법적책임 - 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결· 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결-", 「계간 저작권」 제30권 3호, 2017, 31면.

26) 박희영, "[이슈] OSP 책임에 대한 최근 유럽 사법재판소 판결의 분석 및 전망", 「저작권동향」 제24호, 2018, 2면. 위 판결(ECJ, Judgement of 8 September 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644)은 공중송신의 요건으로 (1)링크설정자의 역할의 중요성과 그 행위의 고의성, (2)잠재적 불특정 다수인에게 링크 제공, (3)링크 설정 행위는 수익을 목적으로 할 것을 제시하였다.

27) 서울지방법원 2000. 12. 21 선고, 2000고단8321 판결; 서울지방법원 2001. 12. 7 선고, 2000가합54067 판결; 서울고등법원 2008. 9. 23 선고, 2007나70720 판결 등.

었다. 그러나 대법원은 링크행위의 본질은 웹 위치 정보 내지는 경로를 나타내는 것일 뿐이므로 저작권법상의 복제, 전송, 전시 등의 행위를 구성하는 것은 아니라는 점에서, 링크행위가 저작권을 직접적으로 침해하는 것은 아니라는 일관된 입장을 취하고 있다.[28]

생각건대, 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위는 저작물을 직접적으로 이용하는 행위가 아니며, 저작권법 제2조 제22호에 규정된 바와 같이 '유형물에 고정하거나 다시 제작하는' 행위가 아니므로 복제행위라 할 수 없다. 뿐만 아니라, 동조 제10호에 규정된 '송신하거나 이용에 제공하는 것'에도 해당하지 않아 직접적인 전송행위도 아니므로 저작권 침해행위의 정범 성립과 관련한 대법원의 일관된 입장은 타당하다. 덧붙여, 형사벌을 규정하고 있지 않은 EU 저작권 지침과는 달리 우리 저작권법은 형사벌을 규정하고 있으므로, 죄형법정주의를 고려하였을 때[29] 저작권법상 전송에 해당하지 않는 링크행위에까지 그 책임을 지우고 가벌성을 확대하는 것은 무리가 있다고 판단된다. 따라서, 링크행위는 원칙적으로 저작권법에서 규정된 복제, 전송, 및 전시 등의 행위라 할 수 없고, 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크 설정 및 게시행위가 특별히 저작권자의 권리를 직접적으로 침해하는 것이라 볼 수 없다.

(2) 간접침해

OSP의 저작권 간접침해란 "스스로 저작권 침해행위를 하지는 않으면서 직접침해를 방조하거나 직접침해에 가담하는 행위"[30]로 정의되기도 하며, 미국에서는 판례를 중심으로 간접책임이론으로 발전하였다.[31] 이에 관하여 우리 저작권법 제124조에서는 침해로 간주되는 예비적 성격의 저작권

28) 대법원 2016. 5. 26 선고, 2015도16701 판결; 대법원 2015. 3. 12 선고, 2012도13748 판결; 대법원 2010. 3. 11 선고, 2009다4343 판결; 대법원 2009. 11. 26 선고, 2008다77405 판결.

29) 박성민, "인터넷링크와 저작권 침해", 「저작권 동향」 제22호, 2010, 6면.

30) 윤종민, "디지털저작권 보호와 온라인서비스제공자의 책임", 「창작과 권리」 제63호, 2011, 144면.

31) 김용섭, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임에 대한 고찰", 「한양법학」 제23권 제4집, 2012, 217면.

침해행위 등만을 규정하고 있으며, 이에 해당하지 않으면서 동시에 직접침해가 아닌 간접침해행위에 대하여 학설과 판례는 민법 제760조 제3항과 형법 제32조 제1항 등 민법 및 형법의 방조 개념을 적용하여[32] 저작권 침해에 대한 방조의 성립 여부를 해결하고 있다.

즉, 직접침해행위의 성립을 전제로 하는 저작권 간접침해는 그 침해행위를 용이하게 하거나 침해행위에 가담하는 것으로 볼 수 있다. 이 개념을 스트리밍 링크 사이트 OSP에 적용할 경우, 그의 저작권 침해 방조가 성립하기 위하여서는 직접침해자의 복제권, 전송권 등 저작권 침해행위가 성립할 것과 링크행위가 그 침해행위를 용이하게 하는 것이면서도 직접침해행위에 해당하지 않을 것이 요구된다. 따라서 아래에서는 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위와 링크를 통해 불법저작물을 이용하는 이용자의 일시적 복제권 침해행위를 중심으로 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조가 성립하는지 여부를 판단하고자 한다.

2. 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위에 대한 방조

스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위는 직접침해행위가 아님을 상기한 바 있으므로, 링크행위가 불법저작물 업로드 사이트의 직접침해행위를 용이하게 하는 행위인지 여부를 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결(이하 “대상 판결”)[33]을 중심으로 논하고자 한다.

---

32) 민법 제760조 제3항에서의 방조와 관련하여 대법원은 “불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것”으로 설명하였고(대법원 2007. 6. 14 선고, 2005다32999 판결 등), 형법 제32조 제1항과 관련하여서는 “정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위”라고 설명하였다(대법원 2007. 5. 12 선고, 2015다234985 판결 등).

33) 비록 논의 대상 판결의 상급심(대법원 2017. 9. 7 선고, 2017다222757 판결)이 존재하나 ‘인터넷 링크를 하는 행위가 저작권법에서 정한 전송에 해당하는지 여부’만을 판단하였을 뿐이며 이러한 링크행위가 전송권 침해행위에 대한 방조인지 여부에 대하여서는 상고가 이루어지지 않아 이를 직접적으로 판시하지는 않았고 대상 판결은 확정되었다. 따라서 본 연구는 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조행위 성립여부 및 그에 따른

(1) 문제의 제기

대상 판결은 스트리밍 링크 사이트 OSP의 임베디드 링크행위에 관하여 “이용자들로 하여금 편리하게 해외 동영상 공유 사이트에 게시된 불법저작물을 전송받을 수 있도록 함으로써 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 이용에 제공하는 행위를 용이하게 하는 행위를 하였다고 할 수 있으므로, 실질적으로 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조에는 해당한다.”라고 하여 종전의 판례들과는 배치되는 판단을 하였다.

생각건대, 종전의 판례와 대상 판결이 이와 같이 서로 배치되는 것은 링크로 연결된 웹페이지 내지는 웹사이트의 전송권 침해행위의 본질에 대한 해석상의 차이에 기인한다고 할 수 있다. 대상 판결의 경우 불법저작물 업로드 사이트의 전송권 침해행위, 즉 저작권자의 허락 없이 저작물 등을 이용에 제공하는 행위가 계속성을 가진다는 것을 이유로 하여, 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위가 불법저작물에 대한 공중의 접근가능성을 실질적으로 증대시켜 이용에 제공하는 계속적 행위를 용이하게 하는 방조행위임을 인정한 것으로 볼 수 있다. 또한, 상기한 바와 같이 이러한 방조행위는 고의 내지는 구체적이고 확정적인 인식을 필요로 하지 않는 것이므로, 링크를 통하여 실제로 송신이 이루어지는지 여부와는 관계없이 전송권 침해행위에 대한 방조행위가 성립할 수 있다는 판시[34]는 합당하다고 판단된다. 그러나 대상 판결에 대하여 반대하는 견해도 존재하는바, 아래에서는 전송권 침해행위에 대한 방조행위 성립을 부정하는 견해를 소개하고 이에 대하여 비판적으로 검토해보고자 한다.

(2) 비판적 제(諸)논의에 대한 검토

책임을 논하기 위하여서는 이에 대하여 직접적으로 심리 및 판단한 대상 판결(2016나2087313 판결)을 중심으로 논의하는 것이 합당하다고 판단하였다.

34) 이러한 점에서 논의 대상 판결은 앞서 선행연구 검토 과정에서 살펴본 ‘츄잉사건’ 판결에 대한 비판론을 수용하였다고 볼 수 있다.

1) 고의의 인정 여부

먼저, 링크행위의 방조행위 성립을 위한 요건으로서 고의가 인정되지 않는다는 반대견해[35]가 있다. 일반적으로 형법상 방조의 성립에는 방조의 고의와 정범의 고의가, 즉 이중의 고의가 필요하다는 것이 판례의 입장[36]이다. 그러나 해당 견해에 따르면, 불법저작물을 전송하는 웹페이지에 링크를 설정하고 그 링크를 자신의 스트리밍 링크 사이트에 게시하는 것은 단순히 현존하는 전송권 침해행위를 이용하는 것에 불과하므로 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위를 도와주려는 의사, 즉 방조의 고의가 없다고 설명한다. 또한, 대상 판결의 사건의 경우 임베디드 링크로 연결되는 대상 웹페이지에 직접적인 이용자의 접속이 없었으므로, 해당 링크행위로 인해 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 광고수익이 증가했다고 할 수도 없다고 주장한다.

그러나 정립된 판례에 따르면 저작권 침해행위에 대한 방조에서의 고의 역시 비록 민·형법상 방조의 개념에 기인하는 것으로서 이중의 고의를 필요로 하는 것은 맞지만, 이 경우의 고의는 침해행위를 구체적으로 인식하고 이를 도우려는 명확한 의사를 의미하는 것이 아니므로, 미필의 고의 또는 과실로도 방조행위가 성립될 수 있다[37]고 보아야 한다. 따라서, 대상 판결의 스트리밍 링크 사이트 OSP로서는 불법저작물 업로드 사이트의 전송권 침해행위를 도와주고자 하는 적극적 의사를 가지고 그의 경제적 이익을

35) 이동형, “불법저작물을 제공하는 웹사이트에 대한 링크의 저작재산권 침해방조 성립 여부 - 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결을 중심으로-”, 「계간 저작권」 제30권 제3호, 2017, 118-119면.

36) 대법원 2003. 4. 8 선고, 2003도382 판결 등.

37) 대법원 2007. 1. 25 선고, 2005다11626 판결; 대법원 2015. 3. 12 선고, 2012도13748 판결; 서울고등법원 2017. 3. 30 선고, 2016나2087313 판결 등. “저작권법이 보호하는 권리의 침해를 방조하는 행위란 타인의 그러한 권리 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것인바, 위와 같은 침해의 방조행위에 있어 방조자는 실제 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 그 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 침해행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.”

증진시킬 목적으로 링크 설정 및 게시를 행하지 않았더라도, 이를 미필적으로나마 인식하였다면 방조의 고의가 인정될 여지가 있다. 또한, 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 경제적 이익이 증가했는지 여부는 방조행위의 성립과는 무관하고, 다만 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 광고수익을 부당하게 취득하였음이 인정되는지에 따라 스트리밍 링크 사이트 OSP의 민법상 부당이득이 인정되는지를 논할 수 있을 뿐이다.

2) 계속적 전송행위에 대한 방조행위의 성립 여부

다음으로, 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위는 링크 이전에 이미 성립하였으므로 이후의 링크행위가 이에 대한 방조행위가 될 여지가 없다는 견해[38]가 존재한다. 해당 견해는 이미 완벽하게 전송권 침해행위가 성립한 이상 링크행위가 없어도 그 전송행위는 이루어지는 것이고, 전송행위가 유지 및 계속되는 것을 링크행위가 용이하게 하는 것도 아니므로 이미 전송된 불법저작물에 링크를 설정하고 게시하는 것을 전송권 침해행위에 대한 방조행위라고 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 대상 판결은 행위의 계속성을 기준으로 전송행위를 복제행위와 명확히 구별하였으므로,[39] 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송행위는 링크행위 이전부터 시작되었다고 하더라도 그 계속적 행위 과정에 기여하는 등의 방조행위가 성립할 수 있다고 보아야 한다. 또한, 대상 판결이 계속성을 기준으로 전송행위를 복제행위와 구별하는 취지는 계속적 행위 중의 방조 성립이 가능함을 판시한 것에 불과한 것으로써, 위 견해가 근거로 삼은 '계속성에 기여하는지 여부'는 방조행위 성립의 요건이 될 수 없다고 판단된다.

결국 전송권 침해행위에 대한 방조, 즉 공중의 이용에 제공하는 것을 용이하게 하는 것은 앞서 살펴본 판례의 입장에 따라 단순히 그 행위를 사

38) 이동형, 앞의 논문, 117-118면.

39) 서울고등법원 2017. 3. 30 선고, 2016나2087313 판결. 위 판결은 계속적 전송행위에 대한 방조책임을 인정하면서도 동시에 "업로드행위를 함으로써 복제행위는 즉시 완성되는바, 그 이후 침해 저작물로의 링크행위가 있다 하더라도 이미 완성된 복제행위를 용이하게 하였다고 볼 수 없으므로" 링크행위를 복제권 침해행위에 대한 방조로 볼 수는 없다고 판시하여 계속성을 기준으로 복제행위와 전송행위를 구별하였다.

전에 직·간접적으로 도와주는 것[40]뿐만 아니라 전송행위의 목적 내지는 결과인 '이용 제공'을 실질적으로 용이하게 하는 그 과정 중의 행위를 포함하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위는 인터넷 이용자로 하여금 해당 링크가 아니었다면 발견하지 못하였을 불법저작물을 손쉽게 이용할 수 있게 하므로, 인터넷 이용자들의 불법저작물에 대한 실질적 접근가능성을 증대시키는 행위이다. 즉, 해당 링크행위는 '공중이 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 행위'를 용이하게 하는 방조행위라고 볼 수 있고, 이 과정에서의 방조는 전송행위의 계속적 특성에 기인하는 것이다.

3) 사후적 침해행위로서 별개의 전송행위가 성립하는지 여부

한편, 링크행위 이전의 침해행위(이하 "사전적 침해행위")와 링크행위 이후의 침해행위(이하 "사후적 침해행위")를 구별하여 각각 방조의 성립 여부를 판단하여야 한다는 견해[41]에 따라 대상 판결의 취지를 이해할 수도 있다. 해당 견해는 이용자가 링크를 클릭함으로써 인터넷 이용자에게 이루어지는 '송신'은 이용제공 행위에 기하여 이루어지는 것으로 별도의 전송행위를 구성하는 것이고, 이때의 링크행위는 새로운 전송행위를 용이하게 하는 방조행위라고 할 수 있다고 주장한다.

하지만, 대상 판결이 전송의 계속성을 근거로 계속적 행위에 대한 방조가 성립한다고 판시하였다는 점에서 사전적·사후적 침해행위를 각각 별개의 행위로 설명하는 해당 견해는 대상 판결의 취지와는 일치하지 않는다. 또한, 현행 저작권법에서는 공중을 특정 행위 혹은 전송 방식을 기준으로 구분하지 않으므로 새로운 전송행위가 이루어진다고 할 수는 없으며, 따라서 링크행위로 인하여 새로운 전송권 침해행위가 성립한다고 하기보다는 전송행위에 있어 링크행위가 없었으면 일어나지 않았을 송신이 가능케 되었으므로 직·간접적으로 전송행위를 용이하게 한다고 해석하는 것이 합당하다.

---

40) 예컨대, 전송을 실행하는 데에 필요한 금전적 지원을 하거나, 불법저작물 업로드를 위한 서버 및 제반시설을 지원, 제공하는 것 등이 있다.

41) 이해완, 앞의 논문, 258면, 266면.

(3) 의의 및 한계

결론적으로 대상 판결은 링크행위의 전송권 침해행위에 대한 방조의 성립을 인정하지 않은 '츄잉사건' 판결과 배치되는 판결을 통해 스트리밍 링크 사이트 OSP의 간접책임을 처음으로 인정하였다는 점에서 의의가 있으나, 상고심에서 이에 대한 직접적인 판단이 이루어지지는 않았다는 점에서 한계가 있다. 따라서 이후 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조 등 간접침해 성립을 긍정하는 대법원의 판단을 통해 판례로써 재정립될 필요가 있다.

대상 판결이 우려하였듯 스트리밍 링크 사이트 OSP에게 링크행위에 대한 책임을 지우지 않는다면 불법저작물에 대한 링크행위가 증가할 가능성이 크고,[42] 저작권자로서는 저작권법으로 보호되는 고유의 권리 및 이에 기한 수익권을 침해받고도 실질적으로 구제받을 길이 없게 된다. 따라서 OSP의 링크행위를 통한 방조책임을 인정하는 것은 그 행위에 법적인 제재를 가함으로써 저작권자의 권리를 보호하고, 이를 통해 이용자가 불법저작물에 접근하는 가능성을 억제하여 공정한 이용을 도모할 수 있다는 점에서 의의가 있다.

그러나 대상 판결은 다음과 같은 한계를 지니고 있다. ① 침해 양태 및 침해되는 법익에 본질적인 차이가 없음에도 불구하고, 대상 판결은 임베디드 링크라는 특정 유형의 링크행위에 대하여서만 판결하였으므로 직접링크의 경우에도 대상 판결의 법리가 온전히 적용되는지 여부를 판단할 필요가 있다. 이에 직접링크와 임베디드 링크를 통한 전송권 침해에 대한 방조행위 성립 여부를 논하는 데에 있어 두 링크 유형을 구별할 실익은 없다고 판단되는바, 임베디드 링크에 대한 대상 판결의 법리가 직접링크에 대하여서도 마찬가지로 적용되어야 할 것이라는 의견을 제시하고자 한다.

먼저, 저작권자의 이용 허락 없이 저작물을 전송하는 웹페이지를 직접링크 하는 것과 임베디드 링크 하는 것은 이용자가 해당 유형물을 이용하는

---

42) 서울고등법원 2017. 3. 30 선고, 2016나2087313 판결. "링크행위는 불법 저작물의 복제나 전송행위가 아니어서 직접적인 저작권 침해행위로 책임추궁을 당하지 않으므로 링크방식이 선호되는바, 만약 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 보지 않는다면, 침해 저작물임을 명백히 알고 있는 정보로의 링크행위가 증가될 가능성이 높다."

장소 내지는 웹페이지에 있어 외관상의 차이만 있을 뿐이고, 실제로 이용자는 불법저작물 업로드 사이트로부터 직접 저작물을 전송받게 되므로 전송권 침해행위의 주체가 불법저작물 업로드 사이트라는 점은 서로 차이가 없다. 또한, 방조행위가 성립하는지 여부에 관하여 두 링크행위는 전송권 침해행위가 지속되는 동안 그 저작물에 대한 이용자의 접근을 용이하게 한다는 측면에서 실질적으로 동일하며, 스트리밍 링크 사이트의 OSP는 이용자가 링크를 통해 그 저작물을 전송받을 수도 있을 것이라고 예견할 수 있으므로 미필의 고의 또는 과실이 동일하게 인정된다.

만일 이러한 링크행위에 대해 간접책임을 인정하지 않게 되면 불법저작물을 전송하고자 하는 자는 법적 책임을 회피하기 위하여 스트리밍 링크 사이트를 운영하여 링크를 게시하고 광고수익을 취하면 그만인 것으로, 스트리밍 링크 사이트와 그 OSP의 불법저작물에 대한 링크행위가 더욱 증가할 우려가 있다. 따라서 스트리밍 링크 사이트 OSP의 직접링크행위와 임베디드 링크행위 모두 불법저작물 업로드 사이트의 전송권 침해행위에 대한 방조임을 인정해야 하며, 다만 이와 같은 법리를 각 사건에 적용하는 데에 있어서 OSP의 책임 제한 요건에 해당하는지 여부를 개별적으로 검토해야 한다.

② 대상 판결은 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위의 성립을 전제로 하여 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조를 인정하였다는 점에서, 스트리밍 링크 사이트를 통하여 저작권이 침해되는 기타 다른 양태에 적용되는 것에는 어려움이 있다고 판단된다. 예컨대, 스트리밍 링크 사이트 OSP가 링크로써 연결하는 웹사이트 등이 또 다른 스트리밍 링크 사이트에 불과한 경우(이하 “이차적 링크행위”) 등은, 링크행위의 영리 취득 목적이나 침해되는 저작권자의 권리가 동일함에도 불구하고 링크 대상 사이트의 직접침해행위가 성립하지 않으므로 앞서 살펴본 대상 판결의 법리에 의해서 해결할 수 없다는 현실적인 한계가 존재한다.

3. 이용자의 일시적 복제권 침해행위에 대한 방조

(1) 논의의 필요성

상술한 바와 같이 링크행위의 방조 성립에 관한 대상 판결의 법리는 링크 형식 중 일부에만 적용 가능한 것이어서, 링크로 연결된 웹사이트 OSP의 전송권 침해행위가 인정되지 않는 경우 혹은 이차적 링크행위를 통해 불법저작물을 공유하는 경우 등은 명확히 해결하기 어려울 것으로 예상된다. 특히 이차적 링크행위의 경우 이용자의 불법저작물에 대한 실질적인 접근 가능성을 증대시킨다는 점에서 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송행위를 직·간접적으로 용이하게 하므로 대상 판결의 방조 성립에 관한 법리와 차이가 없다고 할 수 있고, 저작권자의 허락 없이 행하여지는 위 링크행위에 있어 저작권자의 저작권법상 권리가 침해됨으로써 발생하는 피해 역시 실질적으로 동일하다.

그럼에도 불구하고 대상 판결의 법리로써 위와 같은 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위에 대한 간접책임을 부과하는 것은 불가능하다. 나아가, 불법저작물 업로드 사이트에 바로 링크를 설정하여 게시하는 행위는 방조행위로 처벌하면서도 이차적 링크행위에 대하여서는 어떠한 법적 책임도 묻지 않게 된다면, 스트리밍 링크 사이트 OSP로서는 불법저작물 업로드 사이트가 아닌 다른 스트리밍 링크 사이트에 링크를 설정함으로써 손쉽게 법적 책임을 회피하는 것이 가능해지고, 이에 불법저작물을 링크로 공유하고 광고수익을 취하는 수단으로서 이차적 링크행위가 선호될 것이다. 그런데, 이러한 불법저작물에 대한 영리 목적 링크행위의 증대는 대상 판결이 억제하고자 하였던 사회적 피해와 동일선상에 있는 것으로써, 저작권법상 보호되는 저작권자의 권리가 스트리밍 링크 사이트를 통하여 침해되는 상황을 일관된 견해를 통해 해결할 필요가 있다. 따라서 위와 같은 경우 역시 간접침해행위로 인정하여야 한다는 견지에서, 아래에서는 링크를 통해 불법저작물을 이용하는 인터넷 이용자 개개인의 새로운 복제권 침해행위가 성립함을 일시적 복제를 중심으로 검토하고 이때의 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위를 방조로 보아야 한다는 새로운 견해를 제시하고자 한다.

(2) 이용자의 불법저작물 이용과정에 수반되는 일시적 복제가 허용되는지 여부

우선, 이용자의 일시적 복제행위에 대한 링크행위의 방조 성립 여부를 검토하기에 앞서, 이용자가 링크를 클릭함으로써 불법저작물을 열람 및 시청하는 것을 일시적 복제로 볼 수 있는지에 대해 살펴보고자 한다. 현행 저작권법은 일시적 복제를 복제의 한 유형으로서 규정[43]하고 있으며, 법원은 "인터넷으로 디지털화된 저작물을 검색, 열람 및 전송하는 등의 과정에서"[44] 발생하는 RAM 복제도 일시적 복제라고 하였다. 즉, 인터넷 이용자가 링크를 클릭함으로써 불법저작물을 열람 및 시청하는 것 역시 그 과정에서 RAM 복제가 발생하므로 일시적 복제행위를 수반한다. 그러나, 대부분의 컴퓨터 구조에서 RAM 복제는 디지털화된 저작물 등의 이용이나 프로그램 사용에 있어 매 순간 발생하는 불가피한 것이므로,[45] 저작권자의 모든 일시적 복제권을 무조건적으로 보호하게 되면 그 저작물의 이용에 대한 지나친 제한이 될 수 있다. 이에 저작권법 제35조의2의 본문에서는 일시적 복제를 포괄적으로 허용하는 규정을, 단서에서는 이에 대한 예외 규정을 두고 있다.[46]

먼저, 저작권법 제35조의2 본문에 따르면 저작물의 송신 및 이용에 수반되는 일시적 복제는 '원활하고 효율적인 정보처리를 위한 것'이므로 일반적인 예외로서 허용되는 것이다. 그러나 동조 단서에서는 그 예외의 적용에 있어 합법적 이용에 기한 일시적 복제만을 면책의 대상으로 인정[47]하고 있으므로, '정당한 이용허락이 없는 이용행위' 등은 면책될 수 없다[48]고 할 수

---

43) 저작권법 제2조 제22호 참고.

44) 대법원 2017. 11. 23 선고, 2015다1017·1024·1031·1048 판결; 대법원 2018. 11. 15, 선고, 2016다20916 판결.

45) 김인철, "일시적 복제 도입의 문제점", 「과학기술법연구」 제18집 제3호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2012, 154면.

46) 저작권법 제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제) 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

47) 한국저작권위원회, 「한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정 방안 연구」, 저작권연구자료 47, 2008, 89면.

있다. 따라서, 링크를 클릭하여 저작권자의 이용허락 없이 불법저작물을 이용하는 과정에서의 일시적 복제는 면책되지 않는다고 보아야 한다.

(3) 이용자의 일시적 복제가 사적이용을 위한 복제로서 허용되는지 여부

한편, 위 일시적 복제가 저작권법 제30조(사적이용을 위한 복제)로서 허용되는지 여부도 판단할 필요가 있다. 불법저작물의 복제에 관하여 현행 저작권법에 명시된 것은 아니지만, 하급심 판결에서는 "복제의 대상이 되는 파일이 저작권을 침해한 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다면 위 다운로드 행위를 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수는 없다."[49]라고 판시한 바 있다. 또한, 독일과 일본의 경우 각각 저작권법에서 '원본이 위법하게 복제되었거나 공중송신된 경우', '위법한 송신임을 알고도 수신한 경우'에는 사적이용을 위한 복제가 허용되지 않는다'는 것을 명시하고 있고, ECJ는 '불법적인 원 저작물에 대한 복제를 사적이용을 위한 복제로서 허용하는 것'은 EU 저작권 지침을 위반한다고 판결[50]하였다. 생각건대, 인터넷 이용자가 링크를 통한 불법저작물 이용과정에서 만일 일시적 복제의 대상물인 영상 창작물 내지는 음악 등이 불법저작물이라는 것을 미필적으로나마 알았다면, 사적이용을 위한 복제로서 면책될 수는 없다고 판단된다.

(4) 이용자의 일시적 복제권 침해행위의 성립 여부

우리 저작권법은 한·미 FTA에 관한 합의사항에 따라 2011년 개정을 통해 일시적 복제를 규정하게 되었고, 다만 이를 규정함에 있어서, 유럽연합과 마찬가지로 일시적 복제를 명시하고 그 예외를 규정하는 방식을 취하고 있다. 따라서 우리 저작권법이 일시적 복제 개념을 도입하고 이를 규정하는 취지를 이해하는 데에 있어 미국과 ECJ의 법리를 살펴보는 것은 의의가 있다고 판단되는바, 각국의 법리와 우리 법원의 태도를 검토하여 일시적 복제에

48) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 앞의 문헌, 30면.

49) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5 자, 2008카합968 결정. 이 판결 외에 불법저작물의 복제와 관련하여 대법원의 확정판결은 없는 것으로 확인된다.

50) 박영규, 「사적복제보상금 도입 타당성 연구」, 문화체육관광부 연구용역자료, 2018, 14면.

기한 복제권 침해행위가 성립하는지 여부를 판단하는 단초로 삼고자 한다.

먼저, 미국의 경우 엄격책임 원칙을 근간으로 하면서도 판결을 통해 직접침해자의 최소한의 의사가 있을 것을 요구[51]하였고, 이후 법원은 불법저작물이 공유되는 웹사이트의 주소를 자신의 웹사이트에 게재한 피고의 간접책임(기여책임)을 인정하는 전제로서, 인터넷 이용자의 일시적 RAM 복제를 복제권 침해행위로 인정[52]하였다. 즉, 불법저작물 공유 웹사이트에 접근하여 그 저작물을 이용하는 이용자의 의사만으로 직접침해자로서의 최소한의 의사가 있다고 간주한 것이다. 한편, OSP의 일시적 복제행위에 관하여 ECJ는 일시적 복제가 허용되는 요건으로 '복제의 유일한 목적이 저작물 또는 그 밖의 대상물을 중개인에 의한 제3자들 간의 네트워크 송신 또는 합법적인 이용을 하게 하는 것일 것'과 '독립적인 경제적 중요성이 없을 것'[53] 등을 요구하고 있다.

살피건대, 스트리밍 링크 사이트 이용자의 일시적 복제행위는 불법저작물이 링크를 통해 공유되는 사이트에 접속하여 그 링크를 일정한 의사를 가지고 클릭함으로써 발생하는 것이므로, 그 이용자는 정당한 대가 없이 통상적인 이용방법에 의하지 아니하고 그 저작물을 이용하고자 하는 의사를 가졌다고 볼 수 있다. 또한, 불법저작물이라는 것을 인지하고도 링크로써 이를 연결한 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조 성립에 대하여 미필의 고의가 인정된다는 것이 최근 법원의 태도인 것에 비추어보면, 위 이용자의 이용행위와 이에 수반되는 일시적 복제에 대하여서 미필의 고의 또는 과실을 인정하는 것에는 무리가 없을 것으로 판단된다.

(5) 의의 및 한계

따라서, 스트리밍 링크 사이트 이용자의 일시적 복제에 기한 복제권 침

---

51) Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). (김인철, 앞의 논문, 168-169면 재인용)

52) Intellectual Reserve Inc. v. Utah Lighthouse Ministry Inc., 75 F. Supp. 2d 1290 (D. Utah 1999). (김인철, 앞의 논문, 169-170면 재인용)

53) 한국저작권위원회, 「저작권 관련 유럽연합 지침」, 2011년 저작권관계자료, 2011, 132-133면.

해행위 성립을 긍정할 수 있으며, 그 사이트 OSP의 링크행위는 이용자의 복제권 침해행위에 대한 방조로 보아야 할 것이다. 이때, 방조 성립의 전제로서의 고의 또는 과실에 관하여, 이용자를 자신의 사이트로 유인하여 광고수익을 취득하려는 스트리밍 링크 사이트 OSP로서는 링크 대상물이 불법저작물임을 알고 있었거나 알 수 있었다고 할 수 있으므로, 그 링크로 말미암아 이용자가 불법저작물을 송신받고 불법적으로 이용 및 복제할 것을 미필적으로나마 인식하였다고 할 수 있다. 판례에 따르면 침해행위 및 침해행위자에 대한 확정적인 인식이 없더라도 방조가 성립하는바, 위 경우 스트리밍 링크 사이트 OSP는 이용자의 복제권 침해행위에 대한 방조책임을 부담하게 되는 것이다.

이용자의 일시적 복제권 침해행위에 대하여 OSP의 링크행위에 의한 방조가 성립할 수 있다는 본 연구의 주장은 링크 대상 사이트의 전송권 침해행위 성립 여부와 무관하며, OSP가 영리를 목적으로 불법저작물에 링크를 설정하고 게시하는 행위를 일관된 법리로써 해결할 수 있다는 점에서 대상 판결의 한계를 극복할 수 있다. 또한, 대상 판결은 저작권법 제102조 제1항 제4호는 “OSP의 링크행위를 서비스 이용자에 의한 직접적인 저작권 침해행위에 대한 방조로 보고 있는 것”[54]으로 판단한 바 있으므로, 우리 저작권법에서도 유추될 수 있는 것이며 대상 판결의 논지와 배치되는 주장도 아니다. 또한, 법원은 저작권법에서 일시적 복제를 규정하고 이를 보호하는 취지를 ‘새로운 저작물 이용환경에 맞추어 저작권의 보호와 저작물의 원활한 이용의 적절한 균형을 도모하는 것’[55]으로 설명하고 있는바, 이때의 ‘저작물의 원활한 이용’은 합법적인 이용이어야 할 것이야 함이 마땅하다.

덧붙여, 이용자의 일시적 복제에 기한 복제권 침해행위의 성립은 이용대상 저작물이 불법적으로 유통되는 것을 알았거나 알 수 있었을 때에만 적

54) 서울고등법원 2017. 3. 30 선고, 2016나2087313 판결.

55) 대법원 2018. 11. 15 선고, 2016다20916 판결. 이 판결에서는 나아가 저작권법 제35조의2의 입법 취지에서 유추하여 “독립한 경제적 가치가 없을 것”을 면책 요건으로 제시하였는데, 이는 상기한 ECJ의 입장과 일부 일치하는 것으로 보인다. 또한, 그 취지에 있어 ‘저작물의 이용’이라 함은 마땅히 합법적인 이용을 말하는 것인바, 일시적 복제를 허용하는 범위를 해석함에 있어 앞서 제시한 ECJ의 법리를 일부 참고할 수 있을 것이라 판단된다.

용되는 것이고, 이용자의 정상적인 인터넷 이용 중 발생하는 일시적 복제의 경우 저작권법 제35조의2와 제30조에 의하여 면책되는지 등을 검토하여 그 책임이 제한될 수 있다. 또한, 현재 일시적 복제를 인정하고 있는 80여 개국 이상의 국가들에서 정상적인 인터넷 이용이 제한되는 현상은 보이지는 않는바,[56] 일시적 복제가 복제권 침해행위로 인정될 여지를 두는 것이 인터넷 이용자들의 정상적인 이용행위에 지나친 제한이 되는 경우는 예상하기 어렵다.

다만, 이용자의 불법저작물 이용으로 인한 일시적 복제의 경우 형법상 고의를 인정하기에는 어려움이 있고 일시적 복제행위를 광범위하게 형사처벌대상으로 인정하게 될 경우 이른바 저작권자의 '합의금 장사'가 심화될 우려가 있는바, 해당 견해를 적용하기 위해서는 저작권법 제35조의2의 단서조항을 신설하여 불법저작물에 대한 복제행위를 형사처벌대상에서 배제하되 저작권자의 민사상 손해배상청구권만을 인정하도록 하여 사적복제 규정을 명확히 할 필요가 있을 것이다.[57] 또한, 이용자의 민법상의 불법행위가 성립함에도 그 이용자를 모두 특정할 수 없고 개인에게 책임을 부담시키는 것은 경제적인 측면에서 곤란하다고 할 수 있으나, 현실적으로 저작권자에게는 불특정 다수를 상대로 손해배상을 청구하기보다 민법상 공동불법행위자인 OSP를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 더 바람직한 민사 구제 방법이므로, 이용자 개개인이 과중한 손해배상 책임을 부담하는 상황은 예상하기 어렵다고 판단된다.[58]

---

56) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 앞의 문헌, 30면.

57) 문화체육관광부, 「저작권법 일부개정법률안 입법예고안」, 문화체육관광부공고 제2010-24호, 2010; 위 저작권법 일부개정법률안에서는 불법저작물의 복제행위를 면책대상에서 배제하고, 온라인상 광범위하게 발생하는 불법복제에 대한 민사상 손해배상책임만을 인정하는 것으로 사적복제 규정을 명확히 하고자 하였다.

58) 윤종민, "디지털저작권 보호와 온라인서비스제공자의 책임", 「창작과 권리」 제63호, 2011, 144면; 간접책임제도의 개념 및 그 취지를 고려하여, 침해행위로부터 이익을 얻는 자가 대신 책임을 부담하는 '대위책임(vicarious liability)의 법리'로써 이러한 문제를 해결할 수도 있을 것이다.

4. 소결

앞서 설명한 바와 같이 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위에 의한 방조책임을 인정한 대상 판결은, 새로운 저작물 이용환경에 따라 링크를 통해 발생하는 저작권 침해 가능성을 처음으로 인정하였다는 점에서 의의가 있으며 그 법리도 타당하다. 그러나 모든 링크 유형에 해당하는 것인지가 명확하지 않다는 점과 전송권 침해행위에 대한 방조행위 성립만을 판단하여 스트리밍 링크 사이트에 의한 모든 권리침해 상황에 적용하기 어렵다는 점에서 한계가 있다고 판단된다. 이에 본 연구는 직접링크와 임베디드 링크 유형 모두에 적용할 수 있으면서도, 대부분의 스트리밍 링크 사이트와 관련된 저작권 침해 문제를 포괄할 수 있는 견해를 제시함으로써 그 한계를 극복하고자 하였다. 나아가, 저작권법 제140조 제1호에서 영리를 목적으로 하는 저작권 침해행위와 침해간주행위 등을 비친고죄로 규정하고 있는 취지가 '저작권자의 권리는 물론 저작물의 유통질서도 해하는 위 행위에 대하여 신속하게 권리를 보호하고 산업적 피해를 막는 것'[59]에 있다는 점을 고려하면, 위와 같이 영리를 목적으로 불법저작물을 공유하고자 하면서도 직접책임을 회피하기 위하여 링크행위를 수단으로 선택한 스트리밍 링크 사이트 OSP에 대하여 적극적인 제재를 가할 필요성도 있다고 할 것이다.

그러나 스트리밍 링크 사이트와 관련된 저작권법상 권리침해 문제는 비교적 최근에 대두된 것이어서, 판례의 입장도 정립되지 않았을 뿐만 아니라 기존의 대응방안을 통해 체계적이고 효과적으로 그 문제를 해결하는 것이 어려운 실정이다. 따라서, 아래에서는 스트리밍 링크 사이트의 권리침해 행위를 제재하기 위하여 현재 시행 중인 대응방안과 학계에서 논의되는 대응방안을 입법론적으로 검토하고, 이를 개선하기 위한 관련 법률 및 고시의 개정안을 제시하고자 한다.

---

59) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 앞의 문헌, 93-94면.

Ⅳ. 입법론적 개선방안

1. 주요 대응방안에 관한 검토

(1) 현재 시행 중인 대응방안

1) 저작권 침해 사이트[60]의 광고수익 차단 (제1안)

저작권 침해 사이트는 주로 광고를 통해 경제적 이익을 취하므로, 한국저작권보호원은 그 수입원을 차단함으로써 저작권 침해 사이트에 대한 제재를 가하고 있다. 그 구체적인 과정은, 저작권자가 침해사이트를 발견하여 한국저작권보호원이나 저작권 특별사법경찰에 제보하면 이 기관에서 해당 사이트의 불법성 여부를 검토하고, 불법적인 것이 확인되었을 때 이를 방송통신심의위원회에 통보한다. 이후 방송통신심의위원회의 침해행위에 대한 중단 요청이 반영되지 않는다면, 관련 사이트 목록을 광고주나 광고대행업체에게 전달하여 광고게재 중단을 요청한다.[61] 이러한 제재 방법은 스트리밍 사이트의 수입원을 억제하는 방식의 제재로서, 광고수익 차단으로 인해 불법저작물사이트가 폐쇄된 사례가 2016년부터 점차 증가하고 있는 것을 통해 효과가 있음을 확인할 수 있다.[62]

2) 해외사이트 접속차단 (제2안)

2차적 불법행위지인 스트리밍 링크 사이트의 침해행위의 원인을 억제하는 것은 1차적 불법행위지인 불법저작물 업로드 사이트를 근절하는 것이므로, 이때 가장 효과적인 방법은 해외사이트의 국내로의 접속차단 조치를 강화하는 것이다.[63] 현재 해외사이트에 기한 저작권 침해행위는 정보통신

---

60) '저작권 침해 사이트'는 불법저작물 업로드 사이트 및 스트리밍 링크 사이트를 모두 포괄하는 개념으로 정의한다.

61) 김욱환, "문제는 돈이야! 저작권 침해 사이트 광고수익 차단", 한국저작권보호원 공식 블로그, 2016. 7. 13. 게시, 2019.7.31. 접속, http://cpcstory.blog.me/220761060410 (2019.8.15. 최종방문).

62) 한국저작권보호원,「2016 저작권 보호 연차보고서」, 2016, 77면.

63) 한국저작권보호원,「2015 저작권 보호 연차보고서」, 2015, 15면; 해외 서버를 이용한

망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”) 제44조의7 제1항의9호 ‘그밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보’[64]에 해당하므로, 이에 근거하여 해외에 서버를 둔 저작권 침해 사이트에 대한 접속차단이 이루어지고 있다. 구체적으로는, 저작권심의위원회가 1차적으로 해외 서버 기반의 저작권 침해 사이트를 조사 및 심의하여 이를 문화체육부장관에게 전달한다. 그 후, 동조 제3항의1에 의거하여 문화체육부장관이 방송통신심의위원회에 심의를 요청하고, 이 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자에게 해당 정보의 처리를 거부, 정지 또는 제한하도록 한다.

3) 이용자의 인식개선 (제3안)

이용자들은 Ⅲ장에서 설명한 것처럼 스트리밍 링크 사이트에 링크된 불법저작물을 이용함으로써 저작권자의 일시적 복제권을 직접적으로 침해한다. EU의 경우 불법저작물 시청 서비스를 통해 침해행위를 하는 이용자들을 처벌하기 위하여 통상 150유로(한화 약 19만원) 수준의 벌금을 부과하고 있으며, 실제로 해당 규정을 근거로 이용자를 처벌한 사례가 존재한다. 대표적으로, ECJ는 ‘필름스페일러 사건(Filmspeler)’[65]에서 불법저작물을 시청한 이용자들 또한 처벌해야 한다고 판결하였다. 하지만 이 사건 사이트의 경우 유료 회원제로 운영되어 이용자들을 특정하기 용이하였던 것과 달리, 국내 스트리밍 링크 사이트의 경우 이용자들의 가입 및 이용 기록을 추적하기 어려워 이용자들을 특정하고 책임을 지우는 것은 현실적으로 불가능해

온라인 불법 복제물 유통 사례는 점차 증가하고 있으며 국내의 단속 강화에 따라 해외 서버를 이용하는 사례가 늘어난 것으로 추정된다.

64) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ①누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.
9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보

65) 필름스페일러(Filmspeler)라는 이름으로 판매되는 멀티플레이어의 경우 시청각 또는 사운드 데이터 소스와 TV 스크린 사이에서 매체 역할을 하는 것이었다. Stichting Brein는 필름스펠러와 같이 이용자로 하여금 저작권으로 보호되는 저작물에 불법으로 접근할 수 있도록 하이퍼링크를 제공하는 물건에 대한 판매금지 요청을 하며 양자간 소송이 제기되었다. (Judgement of the Court of 26 April 2017, Filmspeler, C-527/15, EU:C:2017:30; 송민영, “Value Gap 현상과 플랫폼 사업자의 저작권 침해 책임”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2019, 35면 재인용.)

보인다. 또한, 저작권자로서도 저작권 침해 사이트 OSP를 상대로 민사 구제 및 형사 제재를 신청하는 것이 자신의 저작권 및 수익권을 보호하기에 더 효과적이기 때문에, 이용자의 일시적 복제권 침해행위가 인정된다 할지라도 이용자 개개인이 민·형사적 책임을 부담하는 경우는 예상하기 어렵다.

하지만 저작권 침해 사이트들이 계속해서 생성되는 것은 불법저작물을 무료로 이용하고자 하는 이용자들의 일정한 수요가 있기 때문이므로 이용자들에게 이런 사이트를 통해 불법저작물을 이용하는 것이 저작권 침해행위라는 것을 확실하게 인지시켜 저작권자의 권리침해와 산업적 피해가 지속되는 것을 막아야 할 필요가 있다. 하지만, 대부분의 이용자들은 불법저작물을 단순 이용하는 행위가 저작권 침해임을 구체적으로 인식하지 못하거나, 그러한 인식이 있더라도 처벌을 받지 않는다고 생각하는 것으로 보인다. 따라서 이러한 이용자들의 불법저작물 이용에 관한 인식을 개선하기 위하여서는 정부차원의 공익캠페인 등을 진행할 필요가 있으며, 이용자들의 건전한 저작물 이용을 위하여 적법하게 유통된 저작물에만 부과되는 식별마크 제도[66]를 더욱 활성화시켜야 한다.

(2) 학계에서 논의 중인 대응방안

1) 특수한 유형의 OSP 범위 고시 확장 (제4안)

스트리밍 링크 사이트 OSP와 관련한 문제는 웹하드와 토렌트에 대한 단속이 강화됨에 따라 그 단속을 회피하는 과정에서 최근에 드러난 문제이며,[67] 빠르게 변화한 불법저작물 유통 방식에 비해 제도가 뒷받침되지 못하

66) 한국저작권보호원, 「2018 저작권 보호 연차보고서」, 2018, 13면; 한국저작권보호원은 이용자의 건전한 인터넷 환경 조성을 위해 '저작권OK'제도를 통해 정품 콘텐츠를 판매·유통하거나 이용하는 사업자를 저작권OK로 지정하여 합법저작물 판매와 이용을 유도하는 건전한 선순환 저작물 생태계 조성 사업을 진행하고 있다.

67) 한국저작권보호원, 앞의 문헌, 2015, 12면; 불법저작물추적시스템(ICOP)의 발달에 따라 토렌트와 웹하드에서 유통되는 불법 복제물에 대해 상시적인 모니터링이 가능해지고 웹하드 등록제 실시 이후 웹하드에서의 불법저작물 유통이 지속적으로 감소하는 추세가 보였다고 한다. 하지만 지속적으로 미등록 웹하드의 출현과 더불어 불법 모바일앱, 토렌트, 스트리밍 사이트 등 새로운 유형의 불법 복제물 유통 경로들이 발전하면서 저작권 침해는 계속돼왔다.

면서 이에 대한 처벌이 원활히 이루어지지 않고 있다. 따라서 스트리밍 링크 사이트 OSP의 저작권 간접침해행위를 제재하기 위해서는 스트리밍 링크 사이트의 OSP를 저작권법 제104조에 따른 특수한 유형의 OSP에 포함시켜야 한다. 이때, 저작권법 제6장 '온라인서비스제공자의 책임 제한'에 포함되어있는 해당 조항은 OSP에 대한 책임 감경 혹은 면제를 위한 조항이 아닌 저작권자의 보호 및 행정적 제재 기능의 강화를 위함이므로[68], 스트리밍 링크 사이트 OSP가 특수한 유형의 OSP에 포함이 된다면 그에 대한 제재를 강화할 수 있을 것으로 판단된다.

한편, 우리나라는 현재 저작권법 제104조[69] 제2항에 따라 문화체육부 장관이 고시한 '특수한 유형의 OSP 범위'에 해당하는 OSP가 동법 제1항에 따른 법적 의무를 이행하지 않을 시에는, 동법 제142조 제1항에 따라 과태료를 부과하고 있다. 보다 구체적으로는, 저작권자가 불법저작물 신고 및 게시물 삭제 등의 요청을 할 경우 특수한 유형의 OSP는 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 하고,[70] 만약 이러한 의무를 이행하지 않을 경우 3천만원 이하의 과태료를 부담하게 된다.

---

68) 서울중앙지방법원 2008. 08. 05 선고, 2008카합968 결정. "특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여 그 책임을 제한해 주기 위한 것이 아님이 그 내용상 명백하고, 오히려 저작권자의 권리침해 방지를 강화하려 한 저작권법의 개정 취지에 비추어 보면, 저작권에 대한 침해행위가 상대적으로 많이 발생할 가능성이 큰 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여, … 다른 온라인서비스제공자에 비하여 가중된 의무를 추가로 부과한 것으로 해석함이 상당하다"고 판시하면서 특수한 유형의 OSP에 관한 규정이 저작권자의 권리 보호 및 행정 기능의 강화를 위함이라고 명시했다.

69) 저작권법 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등), ①다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.
②문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

70) 저작권법 시행령 제46조(불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치) 참고.

2) 저작권법 제124조[71] '침해로 보는 행위' 제1항 수정 (제5안)

저작권법 제124조 '침해로 보는 행위' 제1항 제4호에 불법저작물에 대한 링크행위와 관련된 조항을 신설하는 것은 스트리밍 링크 사이트로 인한 저작권 침해를 억제하는 하나의 대안이 될 수 있다. 불법저작물에 대한 링크행위를 일정한 조건 하에 침해행위로 간주하게 되면 저작권법상 민사 구제 및 형사 제재가 가능해지며, 이는 일정한 조건을 충족하는 링크행위만을 규정하는 것으로 링크를 게시하고자 하는 인터넷상 표현의 자유에 지나친 제한을 가하는 것도 아니다. 이때의 조건으로서 링크 대상물의 불법성에 대한 인식, 공중의 이용을 용이하게 하려는 목적의 존재, 영리 목적의 존재 등을 추가적으로 고려할 수 있을 것이다.[72] 이를 통해 스트리밍 링크 사이트 OSP를 확실히 규제할 수 있을 뿐만 아니라, 경제적 이익을 취하려는 목적으로 저작권자의 허락 없이 저작물 등을 링크로써 공유한 블로그, 카페 및 사적 게시판을 운영하는 개인 또는 법인 역시 제재할 수 있다는 효과가 있다.

(3) 대응방안의 검토

제1안의 경우, 저작권 침해 사이트들은 대부분 불법 도박, 성인사이트의 광고 등 불법 광고로 수익을 얻고 있어[73], 불법 광고의 광고주에게 광고 삭제 요청을 하더라도 광고주로서는 이에 응할 필요가 없다는 점에서 한계가 있다. 뿐만 아니라, 광고수익을 차단하기 위해 광고들을 일일이 확인하고 그 광고의 삭제를 요청하는 것은 시간과 비용이 많이 소요되는 데에 반해 실제로 광고수익 차단을 통한 사이트 폐쇄는 한정적으로 이루어지고 있다. 또한, 현재 저작권 침해 사이트들은 단속을 피하기 위하여 우회경로를 통해 수시로 대체 사이트를 생성하고 있는 점과 위에서 상술한 문제점들을 미루

---

71) 저작권법 제124조(침해로 보는 행위) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖 에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 제1-3호 참고.

72) 이해완, "링크사이트에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구", 「성균관법학」 제29권 제4호, 2017, 446-449면.

73) 김순영, "웹툰 산업계, 해외 불법 유통 근절에 나서는 이유,"「한국저작권보호원 C STORY」9호, 2018, 7면.

어 보았을 때, 광고수익 차단을 통한 불법저작물 업로드 사이트 및 스트리밍 링크 사이트에 대한 통제는 실효성이 없을 것으로 판단된다.

또한, 제3안은 법률 및 행정 조치로 저작권 침해 문제를 적극적으로 해결하기보다 정부 차원의 인식 개선을 위한 노력과 국민 개개인 차원에서의 자정적인 노력이 요구되는 것이기 때문에 이 또한 법률 및 고시 개정안을 제시할 필요가 없는 것으로 판단하여 따로 다루지 않는 것으로 한다. 마지막으로, 제5안은 스트리밍 링크 사이트 OSP의 행위를 '침해로 보는 행위'로 규정함으로써 OSP의 링크행위를 직접침해행위로 인정하는 것인데, 이는 스트리밍 링크 사이트 OSP의 저작권 직접침해를 부정하는 기존의 국내 학설 및 판례에 배치된다고 할 수 있으므로 현실적으로 실현하기 어렵다고 판단된다.

따라서, 제1안, 제3안, 제5안을 발전시키는 것은 제2안과 제4안에 비해 스트리밍 링크 사이트의 규제에 실효성이 없을 것이라고 판단하여 본 연구에서 심층적으로 다루지 않기로 한다. 이에 따라 한국의 현행법상과 판례의 태도에 맞추어 제2안과 제4안에 대한 개정의 필요성 및 개정안을 다음 항에서 제시하고자 한다.

2. 해외사이트 접속차단 개정 법률(안)

(1) 개정의 필요성

해외에 서버를 둔 불법저작물 업로드 사이트에 대한 접속차단은 정보통신망법 제44조의7에 의하여 시행되는데, 해당 조항은 전기통신사업법 제53조 불온통신의 단속 조항[74]의 내용과 취지를 가져온 것이다. 그러나 해당

74) 아래의 조항은 2002년 헌법재판소의 위헌 판결 이후 동법에서 불법통신의 금지 등 조항으로 수정되었다가 2007년 삭제되었고, 불법통신의 금지 등 조항을 일부 수정하여 정보통신망법 제44조의7로 신설되었다. 구 전기통신사업법 제53조의 내용은 다음과 같다.
전기통신사업법 제53조 (불온통신의 단속) ①전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍량속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니 된다.
②제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍량속을 해하는 것으로 인정되는

조항의 입법취지인 '공공의 안녕질서와 미풍양속을 지키는 것'은 저작권 침해의 1차적 주체인 불법저작물 업로드 사이트를 근절하는 것과 직접적인 관련이 없다. 생각건대, 해외사이트 접속차단의 주된 목적은 저작권 침해행위를 억제하는 데에 있으므로, 공공의 안녕질서와 미풍양속을 지키기 위하여 인터넷상의 유해물을 단속하는 해당 조항이 사적 권리인 저작권을 보호하는 관련 조치의 유일한 법적 근거가 되기에는 적절치 못하다고 판단된다. 그러므로 저작권법을 근거로 해외사이트 접속차단 조치를 취하는 것이 저작권자의 권리 보호 측면에 더욱 부합하기 때문에 해외사이트에 대한 접속차단은 정보통신망법을 근거로 삼는 것보다 저작권법을 근거로 시행되는 것이 바람직하다.

또한, 해외사이트 접속차단에 대한 심의가 이중으로 이뤄지는 비효율적인 상황도 개선할 필요가 있다. 상술한 바와 같이, 현재 해외사이트 접속차단을 위한 시정명령을 내리기 위해서는 저작권심의위원회와 방송통신심의위원회의 이중의 심의가 필요하다. 그러나, 이와 같이 심의 과정이 중복되면, 해외사이트 접속차단에 많은 시간과 인력이 소요되는 데 반해 저작권 침해 사이트는 자신을 대체하는 우회 사이트를 단기간에 생성할 수 있으므로 해외사이트 접속차단 조치의 실질적인 효과는 미미하다.[75] 그러므로, 저작권심의위원회의 요청이 바로 OSP에 전달될 수 있도록 심의 과정을 간소화해야 하고, 해외서버 기반의 불법저작물 업로드 사이트에 대한 접속차단을 위한 조항을 저작권법에 추가하여야 한다.[76] 또한, 이 사안은 저작권 침해를 다루는 문제이기 때문에 심의주체에게 저작권 제반에 대한 소양이 있어야 하므로, 방송통신심의위원회보다는 저작권심의위원회로 이관하여 심의되도록 하는 것이 바람직하다. 따라서, 정보통신망법 제44조의7의 내용을 일부 수정하여 저작권법에 관련 조항을 신설함으로써 이를 근거로 해외사

통신의 대상등은 대통령령으로 정한다.

③체신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.

75) 정성희, "저작권 보호를 위한 행정 기능의 역할 -온라인 저작권 침해와 행정 규제를 중심으로-", 상명대학교 박사학위논문, 2019, 272면.

76) 정성희, 앞의 논문, 342면.

이트에 대한 접속을 차단하는 것이 더 효율적일 것이라고 판단된다.

(2) 개정안의 주요내용

① 불법저작물 유통을 차단하기 위해서 아래 개정안에서 제시한 안 제1항과 같이 저작권자의 권리를 침해하는 불법저작물을 유통하면 아니 된다는 조항을 명문으로 규정해야 한다. 저작권자의 허락 없이 누구도 이용할 수 없는 저작권자의 배타적인 권리인 저작재산권에 따라 이를 침해하는 행위, 저작권자의 정당한 권리를 부당하게 해치는 행위 일체를 저작권 침해 행위로 간주한다.

② 안 제2항에서는 불법정보 등을 유통하는 OSP에게 일정한 제재를 가하는 역할을 기존의 방송통신심의위원회에서 저작권심의위원회로 변경하였다. 이렇게 수정함으로써, 문화체육관광부의 요청으로 방송통신심의위원회의 심의를 거치는 것이 아니라 저작권심의위원회의 의견 제출 이후 문화체육부장관의 요청 하에 저작권심의위원회가 곧바로 일정한 조치를 부과할 수 있으므로 그 절차를 간소화할 수 있으며, 저작권 제반에 대한 소양의 문제를 해결할 수 있다.

③ 마지막으로, 제3항에서 저작권심의위원회는 시정요구에 대해 응하지 않는 불법저작물을 유통하는 OSP에 대해 불법저작물 등의 취급 거부, 정지, 접속차단을 명할 수 있다고 명문으로 규정함으로써 해외사이트 접속차단에 대한 구체적인 근거를 법에 명시한다.

개정안의 취지에 따라 해외사이트 접속차단에 대한 근거인 정보통신망법 제44조의7을 일부분 참고하여 저작권법 제10장 보칙에 넣어 아래와 같이 개정하여야 한다.

현 행	개 정 안
<신설>	저작권법 133조의4(정보통신망을 통한 불법저작물등의 접속차단 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호

	조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 "불법저작물등"이라 한다)를 유통하여서는 아니 된다. ② 저작권심의위원회는 제1항에 해당하는 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 온라인서비스제공자에게 제3항에 따른 조치를 명하여야 한다. 1. 저작권심의위원회의 심의가 있었을 것 2. 심의 이후 문화체육부장관의 요청하에 저작권심의위원회의 시정 요구가 있었을 것 3. 온라인서비스제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것 ③ 저작권심의위원회는 제2항의 각 호 모두에 해당하는 온라인서비스제공자에게 다음 각 호의 조치를 할 것을 명할 수 있다. 1. 불법저작물등의 취급 거부 또는 정지 2. 불법저작물등의 접속차단

3. 특수한 유형의 OSP 범위 고시 개정(안)

(1) 개정의 필요성

현재 특수한 유형의 OSP 범위 고시는 그 정의와 유형예시가 구체적으로 명시되어 있지만 행위의 주체가 구체적이지 않으므로 해석에 있어 명확하지 않은 부분이 존재한다. 먼저, 제1호에서 규정하는 "개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드한 자에게 상업적 이익 또는 이용 편의를 제공하는 OSP"는 누가 상업적 이익 또는 이용의 편의를 제공하는지 명확히 규정되어 있지 않다. 만약 이를 OSP가 제공하는 것이라 해석하면, OSP가 아닌 다운로더가 업로더에게 경제적 이익을 제공하는 웹하드 사이트의 OSP는 특수한 유형의 OSP에 해당하지 않게

된다.[77] 또한, 제2호에서 규정하는 "개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드 할 수 있도록 기능을 제공하고 다운로드 받는 자가 비용을 지불하는 형태로 사업을 하는 OSP" 역시 일반적인 콘텐츠 유통 사업자들이 모두 포함될 여지가 있다는 점에서 그 표현이 명확하지 않다. 따라서 이런 문제점들을 해결하기 위해서는 특수한 유형의 OSP의 범위에 대한 고시를 수정할 필요가 있다.

뿐만 아니라, 새로운 저작물 유통환경에 따라 현재의 고시는 마땅히 규제될 필요가 있는 OSP를 모두 포괄하기에 어려움이 있는 것으로 판단된다. 현재 고시는 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물을 이용하여 상업적 이익을 얻는 OSP만을 포함하는데 스트리밍 링크 사이트는 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물을 이용하거나 P2P 기술을 제반으로 하는 것이 아니라 링크를 통해 특정 사이트와 이용자를 연결하는 것이므로, 위와 같은 고시의 범위에는 포함된다고 할 수 없다. 그러므로 특수한 유형의 OSP의 범위를 확장하여 불법저작물의 링크를 공유함으로써 이익을 얻는 사업자까지 포함시킨다면, 법적 제재를 받는 OSP의 범위가 확대됨에 따라 불법적인 스트리밍 링크 사이트의 수가 감소할 것으로 예상된다. 또한 스트리밍 링크 사이트 OSP가 특수한 유형의 OSP로 간주되면, 전기통신사업법의 특수한 유형의 부가통신사업을 등록하게 하는 제도[78]의 적용을 받

77) 정성희, 앞의 논문, 318-320면.

78) 아래의 조항은 특수한 유형의 부가통신사업자에게 정보통신망에 의한 등록 의무를 부과하고 있으며 (이른바 '웹하드 등록제'), 이 사업자의 범위는 저작권법 제104 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'의 개념을 차용하고 있다.

전기통신사업법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

13. "특수한 유형의 부가통신역무"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무를 말한다.

가. 「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무

동법 제22조(부가통신사업의 신고 등) ② 제1항에도 불구하고 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 다음 각 호의 사항을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록(정보통신망에 의한 등록을 포함한다)하여야 한다.

1. 제22조의3제1항 및 「저작권법」 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시 계획(제2조제13호 가목에 해당하는 자에 한정한다)

1의2. 송신인의 전화번호가 변작 등 거짓으로 표시되는 것을 방지하기 위한 기술적

게 된다. 이러한 적용을 거치게 되면 기타 링크 사이트에 대한 별도의 규제 없이도 일정한 요건에 따라 위법한 링크제공행위를 분명히 규정할 수 있고, 해당 행위에 대한 제도상의 허점을 교묘하게 악용하여 저작권을 침해하는 다수의 사이트에 대하여 행정적 규제가 가능해진다[79]는 점에서 의의가 있다.

(2) 개정안의 주요내용

① 현행의 고시 내용 중 제1호와 제2호의 내용에서 해석상의 문제가 있는 부분을 수정하고 이를 서로 통합하여, "개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하고, 다운로드 받는 자에 의해 지불된 비용을 업로드 한 자가 사용할 수 있도록 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 사업을 하는 온라인서비스제공자"[80]로 수정하였다. 이는 앞에서 설명했던 문제점들을 해결할 수 있으면서도 더 넓은 범위의 유형을 포괄할 수 있다는 점에서 의의가 있다.

② 한편, "개인 또는 법인(단체 포함)이 링크 공유 행위를 기반으로 서로 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하거나 복제 및 스트리밍할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인서비스제공자"를 제4호로 신설하여 "가. 불법저작물 업로드 사이트와 이용자의 연결", "나. 링크행위의 존재", "다. 상업적 이익의 존재" 총 세 가지를 제4호 유형의 구성요건으로 두었다. 이를 통해 링크행위를 통한 상업적 이익을 창출하는 사업자도 특수한 유형의 OSP로 포함하여 행정적으로 관리하도록 한다면, 링크를 통한 불법저작물의 유통을 규제하는 데에 큰 효과를 보일 것이다. 또한, 이에 대한 유형 예시로서 "저작물 등을 공유하는 웹사이트를 링크를 통해 연결하는 웹사이트 또는 프로그램에 광고를 게재하는 등의 방법으로 수익을 창출하는 서비스"를 두어 고시를 읽는 사람으로 하여금 스트

조치 실시 계획(제2조제13호나목에 해당하는 자에 한정한다)
2. 업무수행에 필요한 인력 및 물적 시설
3. 재무건전성
4. 그 밖에 사업계획서 등 대통령령으로 정하는 사항

79) 이해완, 앞의 논문, 2017, 86면.
80) 정성희, 앞의 논문, 326면.

리밍 링크 사이트를 유추할 수 있도록 만들었다.

특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위 중 제1호와 제2호를 수정·통합하고, 제3호는 유지하면서 제4호에 새로운 고시 범위를 아래와 같이 신설하고자 한다.

현 행	개정안
특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위 (문화체육관광부 고시 제2017-0006호)	특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위
1. 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드 한 자에게 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 온라인서비스제공자 ※ 유형 예시 : 적립된 포인트를 이용해 쇼핑, 영화 및 음악감상, 현금교환 등을 제공하거나, 사이버머니, 파일 저장공간 제공 등 이용편의를 제공하여 저작물 등을 불법적으로 공유하는 자에게 혜택이 돌아가도록 유도하는 서비스	1. 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하고, 다운로드 받는 자에 의해 지불된 비용을 업로드 한 자가 사용할 수 있도록 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 사업을 하는 온라인서비스제공자 ※ 유형 예시 : 적립된 포인트를 이용해 쇼핑, 영화 및 음악감상, 현금교환 등을 제공하거나, 사이버머니, 파일 저장공간 제공 등 이용편의를 제공하여 저작물 등을 불법적으로 공유하는 자에게 혜택이 돌아가도록 유도하는 서비스, 저작물 등을 이용 시 포인트 차감, 쿠폰사용, 사이버머니 지급, 공간제공 등의 방법으로 비용을 지불해야 하는 서비스
2. 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드 할 수 있도록 기능을 제공하고 다운로드 받는 자가 비용을 지불하는 형태로 사업을 하는 온라인서비스제공자 ※ 유형 예시 : 저작물 등을 이용 시 포인트 차감, 쿠폰사용, 사이버머니 지급, 공간제공 등의 방법으로 비용을 지불해야 하는 서비스	2. 삭제
3. P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 업로드 하거나 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인서비스제공자	3. (현행과 같음)

※ 유형예시 : 저작물 등을 공유하는 웹사이트 또는 프로그램에 광고게재, 타 사이트 회원가입 유도 등의 방법으로 수익을 창출하는 서비스 <신 설>	4. 개인 또는 법인(단체 포함)이 링크 공유 행위를 기반으로 서로 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하거나 복제 및 스트리밍할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인서비스제공자 ※ 유형 예시 : 저작물 등을 공유하는 웹사이트를 링크를 통해 연결하는 웹사이트 또는 프로그램에 광고를 게재하는 등의 방법으로 수익을 창출하는 서비스

Ⅴ. 결론

본 연구는 스트리밍 링크 사이트를 중심으로 OSP의 법적 책임에 관해 논하고, 스트리밍 링크 사이트의 저작권 침해행위를 효과적으로 억제하기 위한 입법론적 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 먼저, 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조책임에 관한 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결을 중심으로 판결의 법리와 그에 대한 비판적 견해들을 검토하여, 링크행위에 의한 방조 성립을 인정한 해당 판결의 법리를 일부 지지하였다. 대상 판결은 지금까지 링크행위의 저작권 침해 가능성을 부정해온 기존 판례와 달리 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조를 인정하였다는 점에서는 그 의의가 있으나, 스트리밍 링크 사이트 OSP로 인하여 저작권이 침해되는 모든 상황에 적용되기에는 한계가 있다고 판단하였다.

이에 링크의 유형에 따라 방조 성립 여부를 달리할 이유가 없으므로 위 판결의 법리가 직접링크에 대하여서도 마찬가지로 적용되어야 함을 주장하여 위 판결의 적용범위의 확장을 시도하는 한편, 그 법리가 적용될 수 없는

저작권 침해 상황을 포괄할 수 있는 새로운 법리를 제안하였다. 즉, 링크 대상 사이트의 직접침해가 성립하지 않는 경우에도, 불법저작물을 이용하는 인터넷 이용자 개개인의 일시적 복제권 침해행위가 성립하므로 이때의 스트리밍 링크 사이트 OSP의 링크행위를 그 침해행위에 대한 방조로 보아야 한다는 견해를 제시한바, 스트리밍 링크 사이트에 관련된 저작권 침해를 일관된 법리로써 포괄적으로 규율할 필요가 있음을 주장하면서도 이후 이에 관한 추가적인 논의의 단초를 제공하고자 하였다.

덧붙여 현재 시행되고 있는 대응방안인 ① 불법저작물 업로드 사이트의 광고수익 차단과 ② 해외사이트 접속차단, ③ 이용자의 인식개선의 세 가지와 학계에서 논의되고 있는 대응방안인 ④ 특수한 유형의 OSP 범위 고시 확장과 ⑤ 저작권법 제124조 '침해로 보는 행위' 제1항 수정 두 가지를 소개하고 검토하였다. 그 후 입법론적 개선방안으로서, 해외사이트 접속차단의 근거인 정보통신망법 제44조의7을 일부 수정하여 저작권법 제10장 보칙으로 포섭할 것을 제시하였다. 해당 조항을 저작권법으로 포섭하고 심의과정을 간소화함으로써, 제도의 실효성을 확보할 수 있을 것으로 기대된다. 또한 특수한 유형의 OSP 범위에 스트리밍 링크 사이트가 포함될 수 있도록 문화체육관광부 고시의 개정(안)을 제시하였다. 이를 통해 특수한 유형의 OSP의 특성을 가지고 있어 마땅히 고시 범위에 포함되어야 함에도 비교적 새롭게 등장하여 현행 고시에 포함되지 못 하는 OSP에 대하여 개정을 통해 그 범위를 확대 및 포괄함으로써, 링크제공행위에 대한 제도적 허점을 악용하여 저작권 침해를 확산시키는 스트리밍 링크 사이트를 근절하는 데에 기여할 수 있을 것이다.

본 연구는 2016나2087313 판결의 법리가 적용되는 범위를 링크의 형식 측면에서 확장시킬 여지를 확인하였고, 나아가 이용자의 일시적 복제에 대하여 스트리밍 링크 OSP의 간접책임이 인정될 수 있다는 견해를 새롭게 제시하였다. 다만 일시적 복제에 관한 법리의 경우 과실책임의 원칙을 견지하는 우리나라 법원의 태도와 일부 배치될 여지가 있어 이와 같은 문제에 대하여 미국과 ECJ의 법리를 인용할 수 있는지 여부에 대하여서는 유권해석이 필요할 것이다. 이러한 한계에도 불구하고, 링크를 통해 불법저작물이 공

유되는 다양한 저작권 침해 양태에 모두 적용될 수 있는 일관된 견해를 제시하였다는 점에서 의의를 가진다. 또한, 스트리밍 링크 사이트를 효과적으로 억제하기 위해 현재 시행 중인 안과 학계에서 논의되고 있는 안들을 검토한 후 현행법과 판례의 태도에 부합하는 안을 선정하여 입법론적 개선방안을 제시하였기에, 기존의 법제와의 모순을 피하고 제도의 실효성을 확보할 수 있다. 덧붙여 개정 법률안까지도 제시함으로써 향후 개선방안에 관한 논의의 구체적인 과제를 제시하였다는 점 역시 의의를 가진다.

스트리밍 링크 사이트와 온라인서비스제공자의 저작권 침해 – 이 동 연, 이 지 선, 이 수 진, 최 철 호	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.15.	심사제외논문	2019.12.27.

[참고문헌]

[단행본]

문화체육관광부, 「저작권법 일부개정법률안 입법예고안」, 문화체육관광부공고 제2010-24호, 2010.

문화체육관광부·한국저작권위원회, 「개정 저작권법 해설서」, 2012.

박영규, 「사적복제보상금 도입 타당성 연구」, 문화체육관광부 연구용역보고서, 2018.

한국저작권보호원, 「2015 저작권 보호 연차보고서」, 2015.

한국저작권보호원, 「2016 저작권 보호 연차보고서」, 2016.

한국저작권보호원, 「2018 저작권 보호 연차보고서」, 2018.

한국저작권위원회, 「저작권 관련 유럽연합 지침」, 저작권관계자료 2011-08, 2011.

한국저작권위원회, 「한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정 방안 연구」, 저작권 연구자료 47, 2018.

[논문]

권상로, "온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안", 「민사법연구」 제12편 제2호, 2004.

김경숙, "불법 링크사이트 실태조사연구", 한국저작권위원회, 2018, 7면.

_____, "저작권법상 링크사이트의 법적책임 - 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결· 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결-", 「계간 저작권」 제30권 3호, 2017.

김용섭, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임에 대한 고찰 - 2011년 개정 저작권법을 중심으로 -", 「한양법학」 제23권 제4집, 2012.

_____, "P2P서비스와 저작권문제", 「성균관법학」 제21권 제3호, 2009.

김인철, "일시적 복제 도입의 문제점", 「과학기술법연구」 제18집 제3호, 2012.

김정완, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임 제한", 「법학논총」, 제33권 제2호, 2013.

김희정, "디지털 예술의 존재론적 해명과 그 가능성: 상호작용적 예술을 중심으로", 「美學」 제84권 1호, 2018.

문일환, "온라인서비스제공자(OSP)의 법적 의무와 책임", 「지식재산연구」 제7권 제2호, 2012.

박성민, "인터넷링크와 저작권 침해", 「저작권 동향」 제22호, 2010.

_____, "저작권침해행위의 계속범 성립여부에 관한 형법적 고찰 - 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748판결을 중심으로 -", 「비교형사법연구」 제19권 제4호, 2018.

박성호, "유럽연합 디지털 단일시장 저작권 지침 주요 쟁점", 「KISO 저널」 35호, 2019.

박준석, "인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가? - 대법원 2012도13748 판결의 문제점과 저작권 형사 범죄 처벌의 논리 -", 「산업재산권」 제48호, 2015.

박태일, "온라인서비스제공자책임에 관한 연구", 「창작과 권리」 제44호, 2006.

박희영, "[이슈] OSP 책임에 대한 최근 유럽 사법재판소 판결의 분석 및 전망", 「저작권동향」 제24호, 2018.

성시민, "인터넷링크의 저작권법상 문제점 고찰", 「KHU 글로벌 기업법무리뷰」 제3권 제1

호, 2010.
송민영, “Value Gap 현상과 플랫폼 사업자의 저작권 침해 책임”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2019.
우원상, “스트리밍 서비스 사업모델의 정착을 위한 저작권법상 관련 쟁점의 검토”, 저작권학술지, 2014.
윤준균, “온라인상의 저작권 침해에 대응하는 제도의 실효적 제고 방안 - 행정적 조치를 중심으로”, 홍익대학교 석사학위논문, 2016.
윤종민, “디지털저작권 보호와 온라인서비스제공자의 책임”, 「창작과 권리」 제63호, 2011.
윤종수, “온라인서비스제공자의 책임제한과 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 기술조치의무”, 「인권과 정의」 제395호, 2009.
이동형, “불법저작물을 제공하는 웹사이트에 대한 링크의 저작재산권 침해방조 성립 여부 - 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결을 중심으로-”, 「계간 저작권」 제30권 제3호, 2017.
이해완, “인터넷 링크와 저작권 침해 책임”, 「성균관법학」 제27권 제3호, 2015.
_____, “링크사이트에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구”, 「성균관법학」 제29권 제4호, 2017.
이훈종, “P2P방식에 의한 음악저작권침해에 대한 인터넷서비스제공자의 책임”, 「비교사법」 제10권 제4호, 2003.
정성희, “저작권 보호를 위한 행정 기능의 역할 -온라인 저작권 침해와 행정 규제를 중심으로-”, 상명대학교 대학원 박사학위 논문, 2019.
주강원, “예술의 법적 정의에 관한 고찰”, 『홍익법학』 제12권 제1호, 2011.
최신영, 이대희, “EU DSM 저작권지침에서의 온라인 콘텐츠 공유 서비스제공자의 책임”, 「비교사법」 제26권 2호, 2019.
최진원, “저작물에 대한 링크와 법적책임에 관한 小考 -사례 분석을 통한 합법과 위법 경계의 탐색-”, 「계간 저작권」 제30권 제3호. 2017.

[기타]

김순영, “웹툰 산업계, 해외 불법 유통 근절에 나서는 이유,”「한국저작권보호원 C STORY」9호, 2018.
김욱환, “문제는 돈이야! 저작권 침해 사이트 광고수익 차단”, 한국저작권보호원 공식 블로그, 2016.7.13., http://cpcstory.blog.me/220761060410 (2019.8.15. 최종방문).
“제2의 밤토끼 여전히 활개… “이용자도 처벌 강화” 목소리도“, 디지털데일리, 2018.08.26., http://www.ddaily.co.kr/news/article/?no=172077 (2019.08.15. 최종방문).

【국문초록】

스트리밍 링크 사이트 OSP는 불법저작물 업로드 사이트의 링크를 설정 및 게시하여 이용자들에게 불법저작물로 접근하는 경로를 제공하고 배너광고 등을 통해 수익을 얻는다. 이는 불법저작물을 전송하는 사이트에 대한 이용자들의 실질적인 접근가능성을 제고시키는 것으로써, 권리자와 관련 산업에 저작권 침해로 인한 상당한 피해를 가져오고 있다. 그러나 현행 저작권법상 링크행위는 저작권 침해행위의 구성요건을 충족하지 못하므로, 스트리밍 링크 사이트 OSP는 저작권 직접침해에 대한 책임은 부담하지 않는다. 그러나 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결에서는, 이전까지 링크행위에 대해 소극적으로 대응하여 온 판례의 입장과 달리 스트리밍 링크 사이트 OSP의 임베디드 링크행위가 불법저작물 업로드 사이트 OSP의 전송권 침해행위에 대한 방조임을 판시하였다. 위 판결은 새롭게 대두된 저작권 침해의 양상인 링크행위에 대하여 처음으로 법적 책임을 인정하였다는 점에서 의의가 있다. 그러나 판단의 대상이 임베디드 링크와 불법저작물 업로드 사이트에 대한 링크행위에만 한정되어 있어, 일차적 스트리밍 링크 사이트의 링크를 다시 게시하는 이차적 링크행위와 같은 더욱 세분화, 다양화된 저작권 침해 형태에 모두 적용될 수 없다는 한계가 존재한다. 이에 본 연구는 이용자가 스트리밍 링크 사이트를 이용할 때 발생하는 일시적 복제를 중심으로 이용자의 일시적 복제권 침해행위에 대한 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조를 인정하여야 한다는 새로운 견해를 제시함으로써, 스트리밍 링크 사이트의 모든 링크행위를 포괄하여 관련된 문제를 일관되게 해결하고자 하였다.

다만, 스트리밍 링크 사이트의 저작권 침해행위는 최근 논의되고 있는 문제로서 아직 이와 관련된 대법원의 적극적인 판시도 없으며, 기존의 대응방안과 법리로써 이를 효과적으로 제재하는 것이 어려운 실정이다. 이에 본 연구는 스트리밍 링크와 관련된 문제에 대한 대응방안을 검토하고, 스트리밍 링크 사이트의 저작권 침해행위를 규율하기 위한 입법론적 개선방안을 제시하였다. 보다 구체적으로, 현재 시행되는 해외사이트 접속차단 절차의

비효율성을 해소하기 위하여, 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7의 내용을 바탕으로 접속차단 조치의 법적 근거로 삼는 규정을 저작권법 제10장 보칙에 신설할 것을 제안하였다. 또한, 영리적 목적으로 링크행위를 하는 OSP가 특수한 유형의 OSP 범위에 포함될 수 있도록 관련 문화체육관광부 고시를 개정할 것을 제안하였다.

본 연구는 서울고등법원의 판결을 바탕으로 스트리밍 링크 사이트 OSP의 방조책임 인정여부를 확인하고, 나아가 이용자의 일시적 복제권 침해에 대해 새로이 논의하여 링크로 인한 다양한 침해행위들에 일관되게 적용할 수 있는 법리를 제시한 데에 의의가 있다. 한국도 국제적 흐름에 맞게 링크행위의 저작권 침해에 대한 검토가 필요하며, 이에 본 연구가 관련 법률의 해석에서 참고될 것으로 기대된다.

【Abstract】

Streaming Link Site and Online Service Provider's Infringement of Copyright - Focused on Legal Principle of Aiding and Legislative Improvement -

DongYeon Lee
(First Author, Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Business School)
JiSun Lee
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Department of Economics)
SooJin Lee
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Department of Political Science & International Relations)
CheolHo Choi
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies)

Streaming link site OSP sets up internet links to the unauthorized works upload sites, post them to provide its users with a path to access unauthorized works, and get profits from banner advertisements, etc. These links increase users' substantive accessibility to sites that transmit unauthorized works, which are causing considerable damage to the right holders and related industries. However, since the link acts don't fulfill the components of copyright infringement in the current

copyright laws, streaming link site OSP doesn't take the responsibility for direct infringement of copyright. Nevertheless, the decision of 2016나 2087313 sentenced by Seoul High Court on 2017. 3. 30. ruled that the embedded link act of the streaming link site OSP was aiding of infringement of copyright by the unauthorized works upload site OSP, contrary to precedents that have previously reacted passively to the link acts. The above decision is meaningful in that it was the first to acknowledge legal responsibility for the link acts as a new aspect of infringement of copyright. However, since the subject of decision is limited to embedded links and link acts to unauthorized works upload sites, that decision cannot be applied to both more granular, diversified forms of infringement of copyright, such as secondary link acts that re-post links to primary streaming link sites. Thus, this study presented a new opinion that the streaming link site OSP's aiding liability regarding user's infringement of right of temporary reproduction should be acknowledged, focusing on temporary reproduction that occurs when users use the streaming link site. In this way, this study try to consistently resolve related issues, covering all link acts of streaming link site.

However, there is no case that the Supreme Court ruled actively regarding the matter of copyright infringement by streaming link sites, and therefore it is difficult for the matter to be effectively sanctioned with the existing countermeasures and legal principles. Accordingly, this study reviewed countermeasures to the problems related to streaming links and suggested legislative improvements to discipline copyright infringement of streaming link sites. More specifically, to address the inefficiency of the current procedures for blocking access to overseas sites, this study proposed that the provisions as the legal basis for access blocking should be added to the provisions of Chapter 10 of the

Copyright Act, based on Article 447 of Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization And Information Protection. In addition, this study proposed that the public notice of the Ministry of Culture, Sports and Tourism regarding the special types of OSP should be revised, so that OSP posting links on the purpose of seeking profit could be included in the scope of special types of OSP.

This research is meaningful in confirming whether the streaming link site OSP is responsible for aiding based on the decision of the Seoul High Court and presenting legal principles, which can be applied consistently to various acts of infringement caused by the link, by discussing the user's right of temporary reproduction. Korea also needs to review the infringement of copyright by linking in line with international trends, and this research is expected to be referenced in the interpretation of relevant laws.

주제어(Keyword) : 저작권법(Copyright Law), 온라인서비스제공자(Online Service Provider), 스트리밍 링크 사이트(Streaming Link Site), 저작권 간접침해(Indirect Infringement of Copyright), 전송권(Right of Transmission), 일시적 복제권(Right of Temporary Reproduction), 해외사이트 접속차단(Blocking Access to Overseas Sites), 특수한 유형의 OSP 범위 고시(Public Notice about the Scope of Special Types of OSP)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2019.95.351

로스쿨에서 법학 교육과 평가

▣ 행사명 : 2019년 연세대·고려대 법학연구원 정기학술대회
▣ 일 시 : 2019년 9월 27일 (금) 13:00 - 18:30
▣ 장 소 : 고려대학교 법학전문대학원 CJ법학관 B101 리베르타스홀
▣ 주 최 : 연세대학교 법학연구원, 고려대학교 법학연구원





▶목 차◀

Ⅰ. 〔공법〕 공법의 교육과 평가

Ⅱ. 〔형법〕 형사법의 교육과 평가

Ⅲ. 〔민사법〕 민사법의 교육과 평가

Ⅳ. 〔선택과목〕 선택과목의 교육과 평가

Ⅰ. 〔공 법〕

○ 주 제: “공법의 교육과 평가”

○ 발표 및 토론

· 좌 장: 김종철 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 발 표: 김하열 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발 표: 이희정 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 토 론: 김남철 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 토 론: 조소영 교수 (부산대학교 법학전문대학원)

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 안녕하세요, 연세대학교 김종철 교수입니다. 지금부터 2019년도 연세대-고려대 법학연구원 정기 학술대회의 첫 번째 세션인 공법 분야의 발표와 토론을 시작하겠습니다. 공법은 헌법과 행정법으로 나누어 발표와 토론을 진행하려고 하는데요. 발표는 고려대 김하열 교수님, 이희정 교수님께서, 그리고 토론은 부산대 조소영 교수님, 연세대 김남철 교수님께서 맡아주시겠습니다. 이 자리가 로스쿨 교육제도와 변호사시험에 이어서, 법학전문대학원이 원래 취지한 방향의 교육기관으로 자리매김할 수 있는 소중한 기회의 장이 되길 바라며 발표와 토론을 진행하도록 하겠습니다. 저희 세미나는 성격상 자세한 설명보다는 아이디어 교환에 더 의미가 있지 않을까 생각하는데요. 그래서 발표자에게는 15분, 토론자에게는 10분, 이어서 상황토론을 진행하겠습니다. 먼저, 김하열 교수님을 모셔서 발제를 듣도록 하겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김하열 교수님 ▶ 안녕하세요, 고려대학교 김하열 교수입니다. 예전의 법과대학이 학문으로서의 법학교육과 이론교육 위주였다면, 현재의 법학전문대학원 체제에서는 기존의 법학교육 방식에 실무법조인의 양성(실무교육)이 추가된 것으로 볼 수 있습니다. 결과적으로 교육의 방향에 대한 논의는 이론교육과 법조인의 양성에 필요한 실무교육, 법학전문대학원의 설립취지에 따른 다양성과 전문성을 가진 법조인의 양성으로 이어질 수 있습니다. 이른바 이론과 실무, 양자 간의 관계는 어떻게 되어야 하는 것인지, 그리고 양자 간의 중점은 어디에 두어야 하며, 어떻게 조화를 이루어야 할지에 관한 논의가 필요한 것으로 보입니다. 미국 로스쿨에서도 이러한 문제에 많은 관심을 가지고 있는데요. 우리가 흔히 아는 소위 상위 로스쿨에서는 교수들이 주로 학술적인 것에 중점을 두는 반면, 그 외의 로스쿨에서는 조금 다른 양상을 보이고 있는 것 같습니다. 미국 변호사협회 내에서는 이러한 상위 로스쿨에서의 교수 임용방식이나 교육방식이 바람직한 것인지, 그와 관련된 문제들이 종종 거론되기도 합니다.

한편 오늘날 우리 로스쿨 교육의 현실은 변호사시험에 압도당하고 있는 것 같습니다. 교과과정상 헌법 과목은 변호사시험의 주요 과목으로서, 학

생들 대부분은 변호사시험 대비 위주로 학습을 하고 있습니다. 그래서 로스쿨 내 헌법 선택과목의 미개설 등의 제도적인 미흡함은 전문·특성화 교육이 실종된 하나의 예로서 제시될 수 있지 않나 생각합니다. 그뿐만이 아니라 판례 위주의 지식 전달로만 치우치지 않았나 하는 생각이 들기도 합니다. 현실적인 문제의 하나로서 교재의 문제를 들 수 있는데, 처음 로스쿨이 출범할 때 과연 어떤 교재를 선택해야 할 것인지, 그리고 법조인 양성의 목표를 고려하게 된다면 이에 관하여 예전 법과대학 때와 같이 교수의 온전한 자율성 보장만으로 충분한가의 고민이 있었습니다. 하지만 이러한 고민은 여전히 해결되지 않은 것 같습니다. 특히 과목의 특성상 교수 저술의 헌법 책들은 체계, 이론, 내용에 있어서 큰 편차를 보이기 때문에 학생들은 기본 교재의 선택에 큰 어려움을 호소하는데요. 이러한 상황 속에서 학생들은 정평 있는 헌법 책이 아니라 요약, 정리, 편집 위주의 수험서에 의존하게 되었습니다. 결국 이러한 것들에 의해 헌법의 지식·정신에 대한 기본적 학습의 충실성이 담보되지 않은 결과가 나타난 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 또한 사법연수원에서의 교육을 법학전문대학원 내에서도 해야 하기 때문에 연습, 실무, 임상법무실습 강좌를 하고 있는데요. 이러한 실무강좌는 상대적으로 소규모 인원의 강의로 편성되어야 하는데, 그 이유는 사례(판례) 연구, 답안 작성 훈련, 피드백을 가능하게 하기 위해서입니다.

그리고 미국에서는 이러한 수업이 리걸클리닉(Legal Clinic)을 중심으로 돌아가고 있습니다. 물론 우리 로스쿨에서도 기본적으로 리걸클리닉(Legal Clinic)이 가동할 수 있게끔 되어 있지만, 민법·형사법과 달리 헌법의 경우에는 리걸클리닉(Legal Clinic) 교육이 부재하고 있는 상황입니다. 여건상 전임교원만으로는 이러한 수요를 감당하기 어려운 현실입니다. 그뿐만이 아니라 민사재판실무, 형사재판실무, 검찰실무의 경우와는 달리 공법 분야에 관해서는 국가나 공공기관으로부터의 강의 지원이 없고, 헌법재판연구원의 단기 인턴 정도밖에 없는 것이 그 현실입니다. 그러므로 전문성 있는 헌법(실무)교육을 위해서는 국가나 공공기관에서의 지원이 필요한 것으로 보입니다.

다음으로 평가의 적정성에 대해서 말씀을 드리자면, 과연 평가의 방법

과 횟수는 적정한지, 지금의 평가방법이 학생의 성실도와 학습도에 부합하는 평가방식인지, 과연 사례형 출제가 학생들의 제대로 된 문제인식과 해결방안을 신장시키는 방법으로서 만능인 것인지, 채점기준은 적정한 것인지에 대한 의문이 듭니다.

변호사 시험과목으로서 공법 과목의 적정성에 대해서도 말씀을 드리고 싶은데요. 변호사시험에서는 헌법과 행정법이 공법 과목으로 통합되어 있습니다. 하지만 헌법과 행정법은 근본적으로 상이하고, 융합소재가 한정되어 있기 때문에 사실상 분리되어 교육되고 있는 것이 현실입니다. 그런데 변호사시험에서는 두 과목이 통합되어 있기 때문에 헌법의 포괄성을 살리지 못하는 헌법문제 출제의 협애성, 행정법 사안에 국한, 형사 사안 등의 다양한 문제 상황에서 헌법문제를 제기할 수 없는 한계들이 있습니다. 헌법이 행정법과 분리된다면, 기록형과 사례형의 엄격한 분리에서 벗어나 자유로운 조합형 문제의 출제가 가능할 것입니다. 따라서 시험과목에서 헌법과 행정법을 분리하는 것이 타당할 것으로 보입니다. 현행 체제에서도 문제의 분리가 불가능하지는 않습니다. 예를 들어 기록형의 경우에 헌법기록과 행정법기록을 분리할 수 있고, 헌법기록은 그 특성상 분량이 많지 않으므로 수험생에게 주는 시간적 부담이 크지 않을 것입니다. 마지막으로 모의시험의 객관성 담보에 대해서도 말씀을 드리고 싶은데요. 학생들에게 기출문제와 법전원협의회 모의시험은 중요한 학습소재로서 이용되고 있습니다. 그런데 채점기준이나 모범답안에의 접근이 가능한 법전원협의회 모의시험의 경우, 문제의 엄밀성, 채점기준의 보편성과 일관성에 관하여 의문이 드는 경우가 없지 않습니다. 헌법 과목의 특성일 수도 있겠지만, 여러 로스쿨 교수들의 시험문제, 채점기준, 해설 등에 대한 일관성과 보편성에 대한 의문들은 학생들에게 적지 않은 혼선을 가져다 줄 수 있습니다. 따라서 이러한 부분에 대해서는 개선이 필요한 것 같습니다. 나머지 부분은 일반적인 얘기라서 생략하겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 네, 김하열 교수님 감사드립니다. 핵심을 잘 정리하여 발제를 해 주셨습니다. 다음으로 이희정 교수님을 모셔

서 발제를 듣도록 하겠습니다.

◀ 발 표/고려대 이희정 교수님 ▶ 안녕하세요. 이희정 교수입니다. 이번 발표를 준비하면서 행정법 교육의 목표와 기능에 대해 다시 생각해 보게 되었습니다. 과거 법과대학에서보다 지금의 법학전문대학원에서는 행정법을 왜 공부해야 하는지, 그 정당성을 찾고자 하는 노력을 더 많이 하게 됩니다. 학생들이 중요시하고 또 어려워하는 민법과 헌법, 형법을 포함한 기본 3법 과목들과 달리, 행정법은 상대적으로 축소되고 위축되는 느낌을 가지게 된 것 같습니다. 국가의 역할은 확장되고 동시에 그 임무 수행 방식은 매우 다양해지고 있는 오늘날, 법률가는 행정소송 등을 통해 국민의 권리를 보호하는 것은 물론이고 나아가 국가가 이러한 임무를 잘 수행할 수 있도록 입법·행정·사법의 여러 제도적 단계들에서 유용한 역할을 해야 합니다. 행정법은 이러한 다양한 역할을 소화하기 위해서 법률가들에게 필요한 리걸 마인드를 훈련하는데 필수적인 법 영역입니다.

행정법 교육의 목표로 삼아야 할 것에 대해서는 여러 가지가 있습니다. 기본적인 법 해석 방법론의 습득뿐만 아니라 일반적 법률과 개별적 법률과의 관계, 즉 도그마틱과 카주이스틱의 기능과 한계, 헌법과 마찬가지로 국가법질서 전체를 조망할 수 있는 거시적 시각이 강조되어야 합니다. 아울러 우리 행정법은 독일과 일본의 법제를 계수한 것을 토대로 해방 후 70여년 동안 독자적 법체계를 구축해 왔습니다. 행정법 이론 체계의 기원을 이해하기 위해서, 또 현대에 있어 국가 역할의 적정한 수준과 방법이 무엇인가에 대해 보편적 시사점을 얻기 위해서 비교법적 연구가 필요한 실정입니다. 과거 행정법을 세 과목 정도 두고 교육했을 때와 비교를 해 보면, 오늘날 법학전문대학원의 교육에서는 위와 같은 교육목표들을 달성하기 위해 필요한 시간이 충분하지 않다고 느껴집니다. 고려대학교에서는 행정법 1, 2, 행정쟁송법, 행정법연습, 공법종합연습, 그리고 개별영역으로 지방자치법, 토지공법, 경찰행정법, 환경법, 정보통신법 등을 개설해 두고는 있습니다. 그러나 전임교원의 강의시간, 수강생의 관심 부족 등 여러 면에서 한계를 가지고 있어 개별행정법 영역의 과목들은 정기적인 개설조차 어려운 실정입니다.

환경법 정도가 변호사시험 과목에 들어가 있기에 매년 강좌로 개설되는 것을 보면, 변호사시험이 미치는 영향이 상당함을 알 수 있습니다.

행정법총론 교육과정에 대해 말씀을 드리자면, 전반적으로 법학전문대학원 제도 도입 이전에 비해 행정법의 비중은 상당히 축소되는 경향을 보이고 있습니다. 먼저, 시간의 압박으로 인해 단원간 연관성, 원칙적 도그마틱에 대한 다양한 예외, 개별 판례에 사용된 카주이스틱 등의 이해를 도울 풍부한 설명이 어려운 상황이고, 시간이 갈수록 교육과정의 내용이 변호사시험에 대한 대응능력을 상한으로 하여 맞추어지는 실정입니다. 이러한 상황으로 인해 행정법 이론이 뿌리를 두거나 영향을 받은 외국법들과, 그 이후 자체적인 발전과정에서 정립된 이론들을 조화롭고 논리 정합적으로 설명하는데 어려움이 따릅니다. 뿐만 아니라 행정법은 과목 특성상 실체법과 소송법이 미분화되어 있어서 - 예를 들어 행정법 총론의 행정상 법률관계(공권론)와 행정작용형식론이 행정소송의 대상적격, 원고적격과 맞물려 있음 - 2차원 평면도와 같은 행정법 교육과정에서 입체적 이해를 도모하는 방법이 필요합니다.

다음으로 행정법 판례의 활용에 대해서도 말씀을 드리고 싶은데요. 개별 행정법들의 응용문제를 풀기 위해서는 충분한 연습과정이 필요하고, 이러한 과정들은 판례의 학습을 통해서 가능합니다. 하지만 학습을 하는데 소중한 자료인 판례를 어떻게 효과적으로 활용할 것인지에 대해서는 아직 만족스러운 답을 찾지 못했습니다. 최근 우리 법제도가 작동하는 현실을 보면, 정치와 사법의 상호작용이 증가하는 가운데 행정법 분야 판례는 상대적으로 단기간에도 크고 작은 법리와 뉘앙스의 변화를 보여줍니다. 이러한 변화의 양상을 단순히 전달하는 것을 넘어 그 함의를 분석 · 평가하고, 장래 규범적 선택을 할 수 있는 능력을 어떻게 함양시킬 것인지에 대해서도 논의의 필요성이 있다고 생각합니다. 그리고 판결요지를 넘어 사실관계와 적용 법리 사이의 긴밀한 상호관계를 파악할 수 있도록 판결전문, 하급심판결 등에의 접근 및 활용을 유도할 방안도 모색해야 할 것입니다.

더불어 우리 법학전문대학원생들이 미래의 법률가로서 사회의 여러 영역에서 제도적 합리성을 부여하는 등의 역할을 해야 할 것인데, 현재의 변

호사시험 중심 체제는 오히려 학생들의 사고와 행동을 제한하는 것은 아닌지 많은 우려가 됩니다. 이러한 문제를 해결하기 위해변호사시험 제도를 변경하는 등의 대안이 단기간에 어렵다면, 학교 내에서 별도의 기회를 마련할 방법은 없을지 구체적인 대안을 강구해야 할 것입니다. 경제학, 사회학, 의학 등 다양한 학부 전공을 마치고 온 학생들이 법학교육에 잘 적응하게 하는 것도 중요하지만, 학부에서의 훈련된 능력을 법학적 훈련과정에서 어떻게 잘 접목하여 활용하도록 할 수 있을지 등 법학전문대학원이 가지는 원래의 취지를 생각해 보아야 할 것입니다.

다음으로는 개별행정법 또는 각론 교육에 관해서 말씀을 드리고 싶습니다. 현재의 법학전문대학원 체제에서는 입법학, 이민법 등 사회적으로 새로운 수요가 발생한 과목들의 개설이 어렵습니다. 환경법과 같이 공·사법을 아우르는 문제해결형 접근이 이루어지는 교육과정이 더 개설되는 것이 필요합니다. 보건의료법, 자원관리법 등을 그 예로 들 수 있습니다. 이러한 문제들에 대한 대안으로서 전문학회, 연구모임, 교내의 동아리 활동 등에 참여, 그리고 방학 때 학점과 상관없이 1주일간의 워크샵을 개설하는 등 다양한 교육기회를 제공하도록 모색해야 할 것입니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 네, 이희정 교수님의 발제를 잘 들었습니다. 헌법이건 행정법이건 공통되는 고충들이 있는 것 같습니다. 이희정 교수님께서는 행정법에서의 그러한 문제들을 잘 지적해 주셨는데요. 다음으로는 조소영 교수님께서 지정토론을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/부산대 조소영 교수님 ▶ 안녕하세요, 조소영 교수입니다. 두 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 이미 두 분이 지적해 주셨듯이 오늘날 교육부의 일괄적인 지침에 의거한 교육의 획일성은 로스쿨 제도의 도입취지와는 완전히 반대되는 방향으로 교육의 다양성을 훼손하고 있으며, 변호사시험은 교육과정과 심지어 교육내용까지 주도함으로써 교육현장은 학원화로 변질되고 있습니다. 그렇기 때문에 현재 로스쿨 교육과정에서 가장 유의미하고 시급한 개혁 사항은 '변호사시험제도의 개선 및 본질 찾기'라고 할

수 있을 것입니다. 물론 로스쿨 교육과정의 운영에서의 현실적인 문제점들은 학교마다 다를 수 있겠지만, 이 자리에서 그리고 두 교수님께서 다루어 주신 문제들은 공법교육과 관련된 공통된 문제의 인식으로 보입니다. 이런 맥락에서 저도 몇 말씀을 보태어 보고자 합니다. 학생들은 로스쿨 3년간 대체적으로 민사법에 60%, 형사법에 30%, 공법에 10% 정도 주력하고 있는 것 같습니다만, 공법 내에서도 헌법에 대해서는 0.1% 정도로만 힘쓰고 있는 것 같습니다. 이와 같은 상황은 헌법 교육이 현실적으로 암울하다는 것을 보여주고 있습니다. 법학교육과 관련하여 말씀을 드린다면, 지금은 변호사시험이 로스쿨 교육을 리드하고 있는 것으로 볼 수 있는데요. 결국은 변호사시험의 출제경향이나 출제내용에 따라서 현실 교육은, 또한 현실 교육은 교수들이 리드할 수 없고 학생들의 선택에 의해 좌우될 수밖에 없는 것이 오늘날 법전원의 교육 현장입니다.

작년 법무부 내에 변호사시험제도개선위원회에서 1년간 논의를 했었습니다. 주요 논의로는 변호사시험이 자격시험이 되는 것도 중요하지만 더불어 출제경향이나 운영이 바뀌어야 한다는 지적이 있었습니다. 이에 대한 개선책으로서 선택형과 사례형, 기록형을 모두 하루에 치르게 하는 방법론도 있지만, 무엇보다도 인위적으로 합해 놓은 헌법과 행정법의 공동문항은 김 교수님의 말씀처럼 분리되어서 각각의 법 영역을 다룰 수 있도록 해야 합니다. 행정법 문제를 같은 문항으로 다루어야 한다는 부담이 결국에는 헌법 영역에서 출제되는 사건의 관련 기본권영역이 제한되는 결과를 낳거나, 문제 속에 새로운 문제를 다시 만드는 결과가 발생되도록 하기 때문입니다. 헌법은 헌법 문제답게, 행정법은 행정법 문제답게 출제될 수 있어야 할 것입니다.

다음으로 말씀드리고 싶은 것은, 공법교육이 현실화되기 위해서는 필수과목 이수학점을 늘려야 한다고 생각합니다. 로스쿨 교육과정이 변호사시험과의 밀접한 연계성을 갖는다는 것은 부인할 수 없지만, 그렇다 하더라도 교육은 더 기본적이고 원칙적인 법학을 다룰 수 있어야 하므로 수험생의 편의나 시험에의 적합성을 높이기 위한 필수과목 이수학점의 현재의 제한적 상황은 개선되어야 할 것입니다. 아울러 로스쿨 교육과정을 3년에서 4년으

로 늘리는 것은 어떨까라는 고민도 더해지고 있는데요. 저는 이러한 유형적 개선이 반드시 필요하다고 생각합니다. 민사나 형사사례의 경우와는 달리, 적잖은 분들이 공법기록형 특히 그 중에서도 헌법기록형 시험은 굳이 변호사시험에서 다루지 않아도 무방하다고 말씀하십니다. 재판유형별 적법요건도 이미 사례형에서 묻고 있고, 각 청구서나 신청서의 서면작성은 별도로 시험으로 요구하지 않더라도 수습단계에서 충분히 수련할 수 있다는 이유에서입니다. 하지만 행정소송과 헌법소송의 경우에는 분명히 다른 점이 있다고 생각되고, 그렇기 때문에 이러한 점에서 그러한 부분에 대한 논의가 필요한 것으로 보입니다. 이러한 문제들에 대해서는 전국에 있는 공법 교수님들의 의견을 통일해서 한 목소리를 내는 것이 필요하다고 생각합니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 조 교수님께서는 로스쿨 공법교육이 변호사시험에 의해서 강한 영향을 받고 있는 현실적인 문제들을 잘 지적해 주셨고, 나아가 발표에 대해서도 집중된 토론을 해 주셨습니다. 마지막으로 김남철 교수님께서 토론을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/연세대 김남철 교수님 ▶ 안녕하세요, 김남철 교수입니다. 평소 제가 현장에서 느낀 고민들을 막상 글로 표현하려고 했더니 나름 고충이 있었는데요. 로스쿨에서의 법학교육과 평가에 대해 말씀을 드리면, 물론 긍정적인 측면도 많지만 고민할 점도 여전히 많다고 생각합니다. 로스쿨 제도의 특징으로는 먼저, 기존의 교육과정을 4년에서 3년으로 축소하고 실무교육을 추가하게 된 것을 들 수 있습니다. 또 하나는 로스쿨의 도입과 더불어 학문이 실종되었습니다. 이러한 현상은 변호사시험이 로스쿨을 독점하고 있기 때문에 발생한 것이 아닌가 생각됩니다. 이희정 교수님께서 잘 지적해 주셨듯이 우리는 총론의 경우에는 집중적으로 잘 가르치고 있습니다만, 지금과 같은 여건 속에서 개별적 영역들을 모두 가르치기에는 시간과 학생들의 수요가 너무 부족합니다. 그리고 실제로 개별 법률을 잘 접해보지 못한 학생들이 실무에 나가서 개별적 사안을 접하게 되면 해결능력이 부족한 상

황에 처해지게 되는데요. 로스쿨 학제의 특성상 행정법을 충분히 강의하기 어려운 점은 이해가 되나, 행정법은 현실적으로도 그 범위가 넓고 다양한 점, 행정법의 통칙이 없고 수많은 개별 법률들이 존재하는 점 등을 고려하면 행정법각론에 대한 강의와 행정의 여러 분야에서의 다양한 행정법 관련 사례를 접하고, 여기에서 발생하는 문제를 해결하는 연습과정을 반복하는 훈련이 필요한 것이 사실입니다. 하지만 현재의 로스쿨 교육과정에서는 이와 같은 강의와 훈련이 턱없이 부족하기 때문에 학생들이 행정법을 어렵게 느끼고 있고, 단시간 안에 많은 내용을 강의하여야 하는 교수들도 상대적 애로가 많은 상황입니다. 이러한 문제에 대해서, 일부에서는 선택과목을 없애고 차라리 수강하는 것으로 대체하자는 방안이 제시되기도 했습니다. 또한 현행 로스쿨에서는 각 학교마다 개별적인 전문가들을 다 두고 있지 않기 때문에 몇 학교씩 공통으로 과목을 개설하여 학생들이 들을 수 있게끔 하고, 그런 과목을 수강했으면 선택과목 면제 또는 과목을 수강한 것에 대한 연장선으로서 취업의 기회로 이어질 수 있도록 하는 것이 필요한 것 같습니다. 그와 더불어 성적에 관해서는 교수님들께서 P/F을 엄격히 평가해 주셔야 할 것입니다.

한편 실무에서는 법학전문대학원의 실무교육 실태에 대하여 지적을 하고 있는데요. 실무교육에 대해서도 철저한 점검이 이루어져야 할 것입니다. 로스쿨의 많은 학생들은 대형로펌으로의 취업에 대한 목마름이 큽니다. 그렇기 때문에 로스쿨 내의 형사재판실무, 민사재판실무, 로클럭 등은 변호사시험 이후에 진행되는 것이 아니라 3학년 때 주로 시행되고 있어서, 학생들은 1학년 때부터 입시체제로 돌입하게 되는 것입니다. 이러한 것들이 로스쿨 내의 분위기에 어마어마한 영향을 끼치고 있습니다. 한 가지 더 말씀을 드리면, 현재 행정법 사례형 문제에 대한 답안을 기본적으로 앞뒤 한 장 분량으로 제한하고 있습니다. 최근 시행되고 있는 변호사시험 문제의 양이 초기에 비해 엄청 늘어났는데도 불구하고, 답안 작성을 하는 것에 대해 이와 같은 제한을 두는 것은 문제가 있어 보입니다. 학생들이 필요한 내용을 답안지에 기재할 수 있도록 해 주어야 하는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 마지막으로 저도 개인적으로 헌법과 행정법이 분리하는 것에 대해 찬성합

니다. 이것으로 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 짧은 시간이지만 공법 분야 내에서 헌법과 행정법 교수님들의 일치된 견해는 헌법과 행정법의 이원화입니다. 이것은 일반적이고 보편적인 의견으로 여겨지기 때문에 반드시 논의할 필요가 있다고 생각합니다. 이러한 일치된 부분 견해 외에 발표자 및 토론자분들께서 다른 의견을 가지고 계신다면 추가 발언의 기회를 드리도록 하겠습니다.

◀ 발 표/고려대 이희정 교수님 ▶ 네, 교수님들께서 변호사시험 개선을 위한 자리에 참석할 기회가 있으실 것 같아서 말씀드립니다. 환경문제가 사회적으로 중요한 비중을 차지하게 되면서 환경법 내의 허가제와 손해배상의 경우에는 중요한 특별법이 제정되었음에도 불구하고 - 실제로 입법적으로 해결할 부분이 많음 -, 여전히 시험범위에 들어가지 않는다는 이유로 강의에서 이를 소홀하게 다루게 됩니다. 새로운 개별 법률들과 향후 실무에 나가서도 활용될 중요할 부분들이 제대로 다루어지지 않는 것은 문제입니다. 예컨대 기후변화에 대한 대응은 매우 중요하고 구체적인 문제인데, 수업 시간에 충분히 시간을 할애할 수 없다는 점이 안타깝습니다.

◀ 발 표/고려대 김하열 교수님 ▶ 네, 사실 법학전문대학원의 교육에 대해 크게 생각해보면 1) 법학이론교육, 2) 변호사 시험을 위한 교육, 3) 실제 변호사 업무를 위한 교육 이 세 가지가 필요합니다. 로스쿨에서의 실무교육이 변호사시험을 대비한 교육인지, 실제 변호사 업무를 위한 교육이라고 볼 수 있는 것인지 등의 여러 고민들은 실제로 로스쿨이 변호사시험과 연계되어 있기 때문에 발생하는 문제들이 아닌가 생각합니다.

◀ 좌 장/연세대 김종철 교수님 ▶ 네, 두 분의 말씀을 잘 들었습니다. 오늘의 발표와 토론을 통해서 공법 분야 내 헌법과 행정법이 분리되어야 하며, 더 나아가 김하열 교수님의 말씀처럼 문제에 대해서 인식하는 것에만

그칠 것이 아니라 반드시 그에 따른 행동이 요구되어야 한다는 사실을 다시 한 번 확인할 수 있었습니다. 마지막으로 학생들을 진심으로 위하는 교수님들의 열정에 감사의 인사를 드립니다.

Ⅱ. 〔형사법〕

○ 주　　제: “형사법의 교육과 평가”

○ 발표 및 토론

· 좌　장: 하태훈 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 박정난 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 전지연 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 홍영기 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 허　훈 교수 (법무연수원·고려대학교 법학전문대학원)

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 안녕하세요, 고려대 하태훈 교수입니다. 저희가 두 번째 세션을 맡았는데요. 앞에서 법학전문대학원(이하 '법전원')의 교육, 변호사시험 등의 일반적인 문제를 지적하고 여러 가지 개선방안을 잘 말씀해 주셨습니다. 그래서 저희는 일반적인 것도 물론이고, 형사법에 초점을 맞추어서 법전원의 교육과 평가에 대해 의견을 나누어 보도록 하겠습니다. 발표는 연세대 박정난 교수님께서 형사소송법을, 전지연 교수님께서 형법을, 그리고 토론은 고려대 홍영기 교수님, 허 훈 교수님께서 맡아주시겠습니다. 약 15분 정도 발표를 해 주시는 것으로 하겠습니다. 먼저, 박 교수님께 발표를 부탁드리겠습니다.

◀ 발 표/연세대 박정난 교수님 ▶ 안녕하십니까, 박정난 교수입니다. 10년 정도 된 로스쿨 제도 자체에 대해서 많은 교수님들이 여러 문제점들을 지적해 주셨고, 저도 거기에 공감합니다. 하지만 로스쿨 제도가 기존의 사시체제보다는 긍정적인 측면이 있다는 생각이 들어서 앞부분에서는 제도의 의의를 설명하였고, 그걸 바탕으로 후반부에서는 앞으로의 개선점에 대해서 서술하였습니다. 앞부분의 의의는 생략하고요. 개선방안에 대해서 말씀을 드리겠습니다.[1)]

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 예, 교수님. 발표 잘 들었습니다. 시간이 여유 있어서 더 말씀하셔도 될 것 같습니다.

◀ 발 표/연세대 박정난 교수님 ▶ 네, 두 번째로 실무교육의 방향에 대해 말씀드리고 싶습니다.[2)] 발표를 여기까지 하겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 네, 발표 잘 들었습니다. 박 교수님께서는 우리가 과거 사법시험 때의 수험법학, 법학 교육과 법조인 양성의

1) 이하의 내용은 본 호에 게재된, 박정난, '법학전문대학원 교육 10년의 평가와 향후 과제 - 형사소송법과 관련하여 -', 『고려법학』 제95호, 고려대학교 법학연구원, 2019년, 40~55면을 참고.

2) 박정난, 위의 논문, 57~63면을 참고.

이원화에 대한 대안으로 법전원 제도를 도입했지만, 10년이 경과하고 나서 보니 또 다시 수험법학의 폐해를 그대로 안고 있다는 취지의 발표를 해 주셨습니다. 자격시험화, 출제방향 등에 대해서도 발표를 잘 해주셨는데요. 다음으로 전지연 교수님의 발표를 듣고 나서, 토론을 이어가도록 하겠습니다.

◀ 발 표/연세대 전지연 교수님 ▶ 안녕하세요, 전지연 교수입니다. 우선 저희 연세대 로스쿨의 형사법 과목에 대해 말씀을 드리면 교과목은 크게 필수기본과목군, 기반과목군, 심화과목군으로 분류되어 있습니다. 필수기본과목군에는 형법Ⅰ, 형법Ⅱ, 형사소송법이, 그 다음에 기반과목군은 기본적인 이론과 관련된 내용으로서 형사증거법, 형법통합사례연구, 형사정책이 있고, 나머지 심화과목군에는 경제형법, 사이버범죄론 등이 있으며 형사법과 관련된 전문적인 분야에 대한 강의를 하고 있습니다. 단계별 개설도 잘 보시면, 저희는 필수과목을 1학년 때 다 듣고 2학년 때부터 기반과목이나 심화과목을 듣고 있습니다. 실무과목은 2학년 때 주로 시작을 하고 있습니다. 실제로 학생들이 필수에 해당되는 과목은 듣고 있으나 그 이외의 과목은 잘 듣지 않는 것으로 보입니다. 그리고 형법 교육이 갖고 있는 특징으로는 형법총론과 형법각론으로 구별하지 않고 형법Ⅰ, 형법Ⅱ로 교육하고 있습니다. 형법Ⅰ에서는 형법총론 중에서는 책임론까지, 형법각론 중에서는 재산범죄 전까지, 다음으로 형법Ⅱ에서는 형법총론의 미수론, 공범론, 죄수론을, 형법각론의 재산범죄, 국가적 사회적 법익의 부분을 수업하고 있습니다. 이러한 시스템은 독일에서 공부하신 몇몇 교수님들께서도 이미 경험한 것으로서, 사례형의 문제를 출제하기가 수월함 등을 이유로 도입되었습니다. 이러한 시스템이 초반에는 잘 운영되었으나 후반부로 넘어가면서 새로운 학설과 판례의 내용이 많아지면서 – 특히 각론에서 재산범죄와 관련된 배임죄, 사기죄, 그리고 최근에는 국가적 법익에 대한 범죄에 관련된 판례와 연구들이 많아지면서 – 형법Ⅱ의 분량이 점차적으로 늘어나게 되었습니다. 이러한 상황은 형법Ⅰ과 형법Ⅱ의 학습량 간의 불균형으로 이어지고 있습니다.

형사법 교육이 현재 가지고 있는 가장 큰 문제는 짧은 기간 내에 너무

많은 것을 가르쳐야 한다는 부담감 때문에 교육 내용이 부실하지 않느냐 하는 것입니다. 특히 형사법의 경우에는 형법Ⅰ과 형법Ⅱ뿐만 아니라 형사소송법, 형사실무, 형사특별법까지 가르쳐야 하는데, 단기간에 많은 내용을 소화하기에는 큰 부담이 따릅니다. 또한 판례, 실무, 실습 등 교육할 내용이 확대됨으로써 이론과 소수의견에 대한 교육이 많이 축소되고 있습니다. 처음 법전원을 운영할 때는 다양한 분야에서의 전문적인 지식을 가진 법조인을 배출하자는 성대한 꿈을 가지고 출발했지만, '과연 현재의 시스템은 전문적인 지식을 가진 법조인을 양성하는가?'에 대해서는 많은 의구심이 듭니다. 그리고 '과연 학생들은 교육을 통해 다양한 분야의 전문가로 양성되고 있는가?' 그렇지 않죠. 실제로 학생들은 시험에 매몰되어 있기 때문에, 시험과목에 해당되는가 또는 해당되지 않는가에 따라 심화과목은 거의 듣지도 않죠. 아까 말씀드린 여러 심화과목들은 연세대 로스쿨 초기에 개설되었던 것들입니다. 하지만 지금은 그러한 과목들이 거의 개설되지 않고, 그 중에서도 형사특별법 하나만 유지되고 있습니다. 형사특별법이 유지되는 이유는 바로 시험과목이기 때문입니다. 즉 심화과목 중 지금까지 살아남은 과목은 시험과 관련된 과목이고, 시험에 관련되지 않은 과목은 살아남지 못하는 것입니다. 그런 면에서 '과연 다양한 분야의 전문가가 양성될 수 있는가'라는 물음에 대해, 아마 선택과목의 경우도 거의 차이가 없을 것으로 보입니다. 그렇게 된 이유는 현재 법전원 교수님들 능력의 양적·질적인 면에서도 문제가 되고 있다고 생각하는데요. 로스쿨 초기에는 상당히 많은 교수들을 확보하고자 했으나, 지금은 그 규모가 거의 유지되고 있지 않습니다. 저희 연세대 로스쿨도 초기에는 53-54명의 교수님들이 있으셨으나 지금은 약 40명 정도 계십니다. 그 사이에 교수의 수도 줄어든 것입니다. 비단 이것은 연세대 로스쿨만의 문제가 아닌 것으로 생각됩니다. 이러한 현상으로 인해 학생들에게 전문적인 과목을 가르칠 수 있는 시간적 여력도 없어지게 됩니다.

다음으로는 변호사시험과 모의시험에 대해서 말씀을 드리고 싶은데요. '과연 이 두 시험은 법조인 양성을 위해 적절한 것인가?' 특히 형법 과목과 관련해서 보면 형사특별법, 형사소송법(선택형) - 과거 사법시험 때는 논술형 시험만 있었는데 지금은 선택형 과목이라서 조문을 구석구석 봐야 함 -,

형사실무 등 시험범위가 엄청 늘어났습니다. '과연 시험문제는 적절한가?' 기본지식을 묻는 것으로서 적절한가에 대해서 많은 변호사시험과 모의시험을 보게 되면 그렇지 않은 것 같습니다. 2016년 제5회 변호사시험 사례1문의 채점기준표를 통해서도 알 수 있듯이, 형법 자체에 대한 기본적인 이해가 15점 정도로서 그 기준이 비교적 낮습니다. 이를 통해서 과연 기본지식에 대한 충분한 이해가 이루어질 것인가에 대해 의문이 듭니다. 그리고 판례문제의 경우 판례의 입장에 대한 충분한 이해와 근거에 바탕을 두고 있는 것인지, 시험문제의 완성도와 채점기준이 적절한지 등에 대해 의구심이 듭니다. 교수님들께서 문제를 출제하시는 부분에 대해서 많은 도움을 주셨으면 합니다. 그럼 개선단계에서 어떻게 할 것인가에 대해 말씀을 드리겠습니다. 로스쿨에서는 '과연 판례와 실무만 가르쳐야 하는가?' 통상적 사건의 경우에도 사실관계를 확정하기 위해서는 법리가 필요합니다. 나중에 변호인의 경우에도 마찬가지로 의뢰인의 사건에 도움을 주기 위해서는 법적 쟁점뿐만 아니라 사실관계를 더 보완해서 변론하는 것을 고려해야 합니다. 즉 법리와 그에 해당되는 실무가 완전히 분리되지 않는다는 것입니다. 그리고 제 개인적인 견해입니다만, 새로운 입법방향의 제안과 판례의 변화를 주도할 수 있는 사람이 필요하므로 일부 로스쿨에서는 어려운 사건(non-routine-case)을 위한 별도의 교육이 필요하다고 생각합니다.

마지막으로 변호사시험이 자격시험이 되기 위한 방안으로서 의학교육의 경우를 참고할 수 있을 것으로 같은데요. 우리나라의 의학교육은 비교적 잘 되어 있습니다. 이것은 교육의 균질화가 되어 있기 때문에 자격시험이 가능한 것입니다. 따라서 변호사시험을 자격시험화하기 위한 전제로서는 교육이 균질화되어야 하고, 균질화의 바탕 위해 어려운 사건(non-routine-case)을 해결할 수 있는 능력을 교육시키는 것이 필요하지 않나 하는 생각이 듭니다. 그리고 계절학기에 대해 말씀을 드리면 초기에는 잘 운영된 것으로 보입니다만, 현재에는 일부 학교에서 재수강이나 시험을 대비한 학습위주로 운영되고 있는 것 같습니다. 그러한 교육방식은 부적절하다고 생각합니다. 3년이라는 짧은 시간 내에 불필요한 과목을 이수하는 것은 바람직하지 않기 때문에, 차라리 계절학기를 정규학기처럼 운영하는 방법도 고려

해 볼 필요가 있지 않나 하는 생각이 듭니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 네, 전 교수님 감사드립니다. 교수님께서는 실무교육도 중요하지만, 기본적인 내용들에 대한 교육도 중요하다는 취지의 말씀을 해 주셨습니다. 다음 토론을 듣도록 하겠습니다. 먼저 홍영기 교수님께서 말씀을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/고려대 홍영기 교수님 ▶ 안녕하세요, 고려대학교 홍영기 교수입니다. 발표 잘 들었습니다. 교수님들께서 아주 꼼꼼하게 많은 내용들을 잘 말씀해 주셔서, 저는 보완할 만한 얘기나 빠진 내용을 중심으로 말씀을 보태고자 합니다. 저는 법학교육의 문제는 학생과 교수의 실존의 문제라고 생각합니다. 그리고 로스쿨 교육의 문제는 변호사시험 문제에 대한 동의어로 볼 수 있을 것 같은데요. 변호사시험을 바꾸지 않으면 로스쿨 교육을 정상화시킬 수 없다는 의견에는 모두가 공감하실 것 같습니다. 아까 전지연 교수님께서 출제자에게도 어느 정도 책임이 있다고 말씀을 하셨는데, 저도 거기에 공감합니다. 우리가 몇 년 동안 변호사시험을 그렇게 출제하지 말자고 반복해서 말하고 있지만, 실제 출제된 문제의 경향을 보면 박 교수님께서도 말씀하셨듯이 일단 외워야 할 판례가 너무 많다는 것입니다. 제가 추가적으로 말씀드리자면, 이론적 맥락이 전혀 없는 사실관계에 의하는 판례가 너무 많습니다. 특히 형법의 경우를 말씀드리면 업무상과실치사상에 관한 것, 즉 교통사고의 범죄에 관한 것이죠. 교통사고범죄란 블랙박스를 보고 사람들이 설왕설래하듯이 그 사정을 알더라도 죄의 유무를 정확히 알기가 어려운데, 판례의 태도를 그대로 요약해서 내면 학생들이 마치 이론적인 중요성이 있는 판례인 것처럼 오해하게 되고, 실제로 그런 사정과 다른 판례로 읽히는데도 이것을 결론만 외워서 이론적 중요성이 전혀 없는 공부를 반복하게 되는 아쉬움이 있습니다.

그리고 학생들은 새로운 판례도 암기해야 합니다. 2018년 1월 변호사시험에 2017년 7월에 나온 판례들이 출제되었습니다. 대법원 종합법률정보 사이트에는 판례가 나오고 나서 2-3달 후에나 실리게 됩니다. 교수들이 그것

을 빨리 정리해서 시험 대비를 시키기에는 시간이 부족하고, 그것을 놓치게 되면 학생들은 그런 판례가 있는지조차 모르고 시험장에 들어가게 됩니다. 또한 판시 된지 40년이 지난 판례가 시험에 출제되기도 하는데요. 제가 생각하는 가장 심각한 문제는 판례의 단순한 결론만을 문제로 출제하게 되어서, 이미 그 취지가 극복된 판례까지 무분별하게 출제된다는 것입니다. 하나의 예로 46면을 보시면, 음주운전을 한 혐의에 대해 채혈한 피를 압수하는 과정에 관한 문제가 제시되어 있습니다. 요즘 우리 형사소송법의 판례는 반복하여 사전영장의 예외로서 '동의'는 반드시 피수사자인 피의자 본인이 동의해야 한다는 것을 강조하고 있습니다. 그런데 실제 시험에서는 옛날 판례가 제시되어서 간호사의 동의만으로 병원에서 보관하고 있는 혈액을 가져올 수 있다는 취지의 문제가 출제되었습니다. 학생들이 최근 판례의 경향을 알고 있으면 문제를 틀리게 되고, 옛날 판례의 결론(단어)을 알고 있으면 문제를 맞게 되는 상황이 발생하게 됩니다.

아까 박정난 교수님께서 언급하신 것처럼 출제 대상이 되는 판례의 개수를 제한하자는 것에 대해 저도 한 말씀드리고 싶습니다. 판례의 개수를 과목당 100개 정도면 충분하지 않나 하는 생각이 듭니다. 그래서 출제 대상이 되는 판례의 개수를 제한하여 그것만 외우고 그것만 출제하는 것으로 결정된다면 자연스레 학습 부담이 감소할 것이고, 판례 배면에 있는 어떤 사실관계나 중요한 이론까지도 심층적으로 배우게 됨으로써 그것을 바탕으로 토론식 학습도 할 수 있는 등 긍정적인 효과가 나타나지 않을까 생각합니다. 다음으로 47면은 답안지 작성에 관한 내용인데요. 아까 김남철 교수님께서 말씀하신 그 내용과 유사한 것입니다. 사례형 문제의 경우 묻는 문항은 굉장히 많은데 비해 답안지 분량은 제한적이어서 답안을 1줄씩, 길어야 2-3줄 정도로 쓰게 됩니다. 여기에 필요한 단어를 썼으면 점수를 부여하고 그렇지 않으면 점수를 주지 않는 방법으로 채점을 하게 되는데, 이렇게 한다는 것은 사례형의 선택형화, 즉 사례가 있으면 그것에 대한 판례의 결론만 외우고 딱 한 줄을 쓰면 되는 것이고요. 다르게 얘기하면 뭔가 논증적으로 얘기하고 학설을 얘기하는 것이 금지되어 있고, 그것을 가르치고 배울 필요도 없게 되는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 오히려 답만 간단히 쓰는 것

이 훨씬 정답에 근접하고 점수를 따기에 유리한 사례형 문제로 출제된다는 점이 아쉽습니다.

마지막으로 자료제공형 시험을 보는 것이 어떤지에 대해서 말씀을 드리고자 합니다. 제가 발표하시는 교수님들께 두 가지 정도 여쭙고 싶은 것이 있습니다. 하나는 합격률 재고와 자격시험화에 대해 교수님들께서 많이 반복하여 말씀하셨는데, 저도 그것이 굉장히 중요하다고 생각합니다. 하지만 저희는 지금 이 시간에, 그리고 앞으로는 전략적인 접근이 필요하지 않나 생각합니다. 실제 로스쿨 자체에 반감을 가지고 계시는 분들이 많고, 그렇기 때문에 과반의 사람들에게 미칠 영향을 고려해야 되지 않을까 생각합니다. 우리가 자격시험에 대한 문제를 전면에 부각시켜서 변호사시험 자체의 개선문제에 대한 논점을 흐릴 필요는 없다고 생각합니다. 따라서 판례 개수의 제한을 비롯하여 현실적으로 시급하고 바꿀 수 있는 얘기들을 먼저 하고, 사회적으로 민감한 이슈가 될 만한 얘기는 잠시 미뤘다 하는 것이 어떨까 하는 생각이 듭니다. 또 하나는 굉장히 현실적인 문제인데요. 여기 이 자리에는 문제를 출제하는 교수님들이 계십니다. 오늘 이 자리와 비슷한 토론이 제가 경험하기로도 5-6년 동안 있었던 것 같습니다. 하지만 로스쿨 제도가 시행된 지 10년이 경과했는데도 불구하고, 10년 가운데 절반 이상의 시간을 변호사시험이 이대로 진행되어서는 안 된다는 논의의 반복으로만 보내고 있는 것 같습니다. 지금 이 토론회도 과연 결과가 어떨 것인가 생각해 보면 회의적입니다. 우리가 로스쿨 제도에 대해 뭔가 바꿔야 한다는 의지가 있으면, 당장 그것에 대한 경로를 찾아야 한다고 생각합니다. 그렇지 않고 의지만을 그대로 가지고 있게 된다면, 결국 로스쿨 교육이 형해화 될 것이라는 우려에 대해서는 모두 공감하실 겁니다. 이 공감이 6-7년 진행될 동안에 '과연 우리는 이것을 바꾸기 위해 어떤 경로를 통해서 실질적인 작업을 했는지'에 대해서 반성이 필요하다는 말씀을 아울러 드리고 싶습니다. 여기까지입니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 예, 교수님. 말씀 잘 들었습니다. 첫 번째로 로스쿨 교육과 관련해서 학생과 교수의 미스매치, 두 번째로는 변호

사시험을 출제하는 교수들의 역할, 마지막으로는 기존의 문제를 해결하기 위해 교수들 간의 합의를 통해서 실행하는 것이 중요하지 않나 하는 말씀을 해 주셨습니다. 다음은 허 훈 검사님께서 토론을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/법무연수원·고려대 허 훈 교수님 ▶ 저는 고려대학교에서 검찰실무 강의를 하고 있는 허 훈 검사입니다. 저는 학교에서 강의를 하기 전까지만 해도 로스쿨에서 배출된 신임 검사들도 사법시험을 통과하고 사법연수원을 거쳐서 들어온 검사들과 마찬가지로 동일한 선상에서 시작을 한다고 생각했었습니다. 하지만 실무에서는 대부분의 로스쿨 출신 검사들에 대해서 법전원 교육을 마치고 난 이후에 다시 교육을 시켜야 하는 것으로 인식하고 있습니다. 실제로 지금 검찰에서는 검사를 선발하고 나서, 신임 검사들을 대상으로 법무연수원에서 1년 동안 실무교육을 시키고 있습니다. 제가 로스쿨에 오기 전까지만 해도 이러한 상황에 대해서 크게 인식하지 못했던 것 같습니다. 여기 로스쿨 현장에 와서 검찰실무 강의를 하고 학생들과 얘기를 나누면서, 현실적으로 로스쿨 학생들을 대상으로 실무에 적합한 강의가 어렵다는 사실을 알게 되었고, 학생들은 시험에 통과하기 위해 필요한 범위만 공부하고 있구나 하는 것을 많이 느꼈습니다. 그리고 제가 실무에서 보면, 로스쿨에서 배출된 검사들은 어떤 사안이 발생했을 때 대부분 판례를 우선적으로 검색하는 것 같습니다. 그 사건을 어떻게 해결해야 될지에 관한 고민을 하기 전에, 일단 판례를 검색해서 가장 비슷한 판례를 찾는 것부터 시작합니다. 그래서 판례가 없는 사안에 대해서는 해결하기 어려워하는 상황들이 발생합니다. 로스쿨에서 이론적으로 충분히 배워서 그런 부분에 대해서는 당연히 해결될 것이라 생각했는데, 실무에서는 그것이 안 되는 것에 대해 많이 의아했습니다. 그 원인을 생각해 보았는데요. 우선 현실적으로 공부할 범위가 너무 넓고, 변호사시험을 통과해야만 다음 단계로 나아갈 수 있는데 그런 깊은 고민을 하다보면 정해진 기간 내에 시험을 대비할 수 없다는 사실을 알게 되었습니다. 저는 이러한 문제에 대해 어떤 식으로든 변화가 필요하다고 생각했습니다. 로스쿨 제도 자체에 대해 학생들은 변호사시험을 통과하는 것을 궁극적 목표로 삼고 있기 때문에, 변호사시험이 개선

되지 않는다면 아무리 교과 과정을 다르게 바꾼다고 하더라도 지금의 상황과 크게 달라지지 않을 것으로 생각됩니다.

저는 박정난 교수님 발표를 들으면서 대부분 공감을 했는데요. 한 가지만 질문을 드리자면 박 교수님께서는 변호사시험의 개선과 관련해서 선택형의 경우에 이론적인 부분을 문제 출제에 반영하는 것이 좋겠다고 말씀하셨는데, 만약 그렇게 된다면 수많은 판례에다가 이론까지 추가되어서 시험범위가 너무 넓어지는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 그래서 이론적인 부분은 사례형으로 돌려서 - 예전 사법시험 2차와 같은 형식이기는 하나 -, 단순히 '~을 논하라'는 식이 아니라 일정한 사례를 해결하는 과정에서 학설대립까지 확인할 수 있도록 시험을 유형화시키는 것이 어떨까 생각합니다. 따라서 박 교수님께서 말씀하신 것과 같이 사례형의 경우에는 이론을 중점적으로 다룰 수 있도록 개선하는 것이 나을 것으로 생각됩니다. 그리고 기록형 시험의 경우에는 사실상 형사실무에서 가장 중요하다고 볼 수 있습니다. 지금의 기록형 시험은 40페이지 분량으로 다루고 있는데 이것은 사례형 시험과 별반 차이가 없고 그 안에서 100% 결론이 있는 것으로 요구되다 보니, 실제 시험에서 출제되는 사실관계는 실무와는 다소 거리가 있다는 느낌을 받았습니다. 따라서 박정난 교수님 말씀처럼 사실인정에 대한 쟁점으로 기록형 시험의 방향을 개선한다면, 기록의 양이 많아진다 하더라도 시험시간이 너무 길어지지 않도록 적절히 조절할 수 있을 것 같습니다. 나아가 기록의 양을 너무 제한하지 않는 방향으로 개선하는 것이 좋지 않을까 생각합니다. 추가로 말씀드리면 이제는 더 이상 실무에서 각종 법률문서를 자필로 작성하지 않고 컴퓨터를 이용하여 작성하는 상황에서, 변호사시험을 굳이 필기시험으로 실시하여야 할 필요성이 있는지 의문입니다. 학생들은 실제 시험에서 정해진 시간 내에 자필로 많은 것을 쓰는 것에 대해 상당한 부담을 느끼고 있는 것 같습니다. 이에 대해 향후 컴퓨터를 이용한 시험을 적극적으로 도입할 필요가 있다고 생각합니다.

마지막으로 사실인정에 대한 연습을 많이 다루는 방법으로서, 가상의 사례보다는 일선 검찰청이나 법원과 연계하여 사실인정이 쟁점이 된 실제 사건을 제공받아 이를 재구성하여 모의재판 강의를 활성화시키거나, 국민참

여재판 사건을 모니터링하여 검사의 관점에서 증거설명서, 변호인의 관점에서 변호인의견서, 검토의견서, 판사의 관점에서 판결문 등 각종 법률문서를 작성하는 방식의 강의는 어떨까 하는 생각을 했습니다. 전체적으로 변호사시험이 예전 사법시험처럼 흘러가지 않고 기본적인 것들을 준비할 수 있는 정도의 시험이 되는 것을 최종 목표로 해서, 먼저 변호사시험이 개선되고 그에 따라서 교육도 변화되는 것이 어떨까 하는 생각이 듭니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 네, 허 훈 교수님께서는 실무가로서 로스쿨에서 강의를 하고 계십니다. 교수님께서는 발표자들에게 몇 가지 질문을 하셨는데요. 그 중에서 사실인정이 중요하고 이것을 어떻게 다뤄야 할 것인지에 대해 질문을 해 주셨습니다. 그리고 사실인정에 관한 연습에 대해서 여러 가지 제안도 해 주셨는데요. 이에 대해서 전 교수님께서 답변을 해 주시겠습니다.

◀ 발 표/연세대 전지연 교수님 ▶ 예. 먼저 홍 교수님께서 말씀하신 것 중에서 변호사시험이나 모의시험에서 변화를 가져와야 되는데 그 중에 판례를 줄이자는 내용이 있었습니다. 문제를 보통 한 팀에서 한 문제를 내고 있습니다. 100개의 문제, 100개의 판례를 고른다고 하더라도 그 안에서 문제가 나온다는 보장이 없고, 그나마 하나라도 다른 문제와 판례가 나오게 된다면 학생들은 동요하게 될 것입니다. 그래서 시험문제를 내시는 분들이 공동으로 토론하면서 다수의 사람들이 그러한 문제를 배제할 수 있는 기회를 갖도록 해야 할 것입니다. 두 번째로 자격시험화에 대해서 말씀을 드리자면, 변호사시험 합격률이 현재 약 50% 정도인데 이것을 자격시험화에 의해 75%로 올리는 것에 대해서는 반대합니다. 아까도 말씀드렸듯이 현재의 답안지 작성 수준에서 자격시험화를 통해 자격증을 준다는 것은 굉장히 문제가 많을 수 있습니다. 그래서 저는 교육이 일정 수준 정도로 올라서게 되었을 때, 변호사시험 합격률을 80% 내지 90% 이상으로 해도 상관없다고 생각합니다.

그러기 위해서는 먼저, 법전원에서 해당되는 교육내용의 부실화를 방지

하고 교육내용이 일정 수준 이상으로 유지되도록 하는 조치가 선행되어야 한다고 생각합니다. 다음으로 판례를 찾는 것이 중요하다고 생각하는데요. 저의 발표자료 맨 마지막 페이지를 보시면 그림이 몇 개 있습니다. 첫 번째와 두 번째의 그림은 반 고흐의 '별이 빛나는 밤'이라는 작품입니다. 두 번째 그림이 고흐의 실제 작품이고요, 첫 번째는 AI에 의해 새롭게 재창조된 그림입니다. 세 번째 그림은 고흐의 화풍을 그대로 익힌 AI가 시골 풍경을 그린 작품입니다. 맨 마지막 그림은 AI에게 광화문 사진 몇 장을 보여주고 그리게 한 작품입니다. 이를 통해 말씀드리고 싶은 것은, 앞으로 변호인은 판례를 찾고 어떤 사실관계를 바탕으로 결론을 이끌어내는 일까지 할 필요는 없지 않을까, 오히려 법리를 통해서 새로운 견해를 제시하고 주장을 해내는 역할이 더 필요하지 않을까 하는 생각이 듭니다. 여기까지입니다.

◀ 발 표/연세대 박정난 교수님 ▶ 먼저 자격시험화 관련하여 제 생각을 말씀드리면, 교수님들께서 말씀하신 것처럼 변호사시험을 자격시험화 했을 때 변호사들의 수준이 낮아질 수 있다는 우려에 대해서는 공감을 합니다. 그런데 지금처럼 합격률이 낮고 학교별 합격률을 서열화하여 국민들에게 공개적으로 알리게 되는 상황에서 합격률을 높이지 않는다고 한다면, 학교나 학생들은 그런 것에 매몰되어 결국 학교는 고시학원, 교수는 학원 강사로 전락하지 않을까 생각됩니다. 그러므로 지금의 교육을 개선하는 방향으로 나아가야 한다고 생각합니다. 지금의 3년 시스템을 5-6년 정도로 늘리고, 케이스로 하는 과목을 많이 늘려서 학생들이 시간적 여유를 갖고 각 과목에서 쟁점이 되는 부분들을 교수들과 토론을 하는 등의 교육방식을 가질 수 있게 한다면, 향후 학생들이 변호사가 되었을 때 질적으로 우려되는 부분을 감소시킬 수 있지 않을까 생각합니다. 그리고 허 훈 검사님 질문과 관련해서 말씀을 드리면, 제가 선택형 시험의 개선방향으로 이론 위주로 출제하자고 한 것은 지금의 모든 문제가 99.9% 판례로만 출제되기 때문에 그것을 축소하고 이론을 좀 더 늘리자는 취지였습니다. 그뿐만이 아니라 사례형 시험은 이론을 출제할 수 있는 범위와 출제 문항 수가 너무 적습니다. 현실적으로 형사법에서도 이론적으로 중요한 학설들이 많기 때문에, 그런 것들

을 학생들이 종합적으로 망라하여 공부할 수 있도록 선택형에서 이런 것들을 출제해야 되지 않을까 생각합니다.

마지막으로 말씀드리고 싶은 것은 - 아까 허 훈 교수님께서도 좋은 제시를 해 주셨고 저도 거기에 적극적으로 찬성을 합니다 -, 제가 형사법실무기록 강의를 할 때 보통 모의고사나 기출문제를 다루고 있는데요. 이 수업에서는 사실인정에 대한 연습을 시키기 위해 판례를 같이 공부하고 있습니다. 하지만 판례를 통해서 사실관계를 파악하기에는 한계가 있기 때문에 아쉬운 점이 많습니다. 학생들과 실제 기록을 보면서 토론을 하고 싶은데, 이에 대해 법원이나 검찰과 협력이 잘 안 되는 것으로 알고 있습니다. 로스쿨 실무교수들이 법원이나 검찰의 협조를 통해서 실제 기록을 수업에 활용할 수 있었으면 합니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 하태훈 교수님 ▶ 예, 고맙습니다. 오늘의 토론이 의미가 있으려면 다시 한번 의견을 수렴하는 것에 그칠 것이 아니라, 발표와 토론문에 제시된 의견들을 정리해서 법무부에 제안하는 방법을 통하여 뭔가 결실을 맺어야 되지 않을까 하는 생각이 듭니다. 이것으로 두 번째 세션 발표와 토론을 마치겠습니다.

Ⅲ. 〔민사법〕

○ 주　　제: “민사법의 교육과 평가”

○ 발표 및 토론

· 좌　장: 박동진 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 김규완 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 김명숙 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 윤남근 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 최영홍 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 강수미 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 김홍기 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 엄복현 박사 (서울북부지방법원)

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 안녕하세요, 박동진 교수입니다. 로스쿨이 도입되기 전부터 지금까지 어떻게 교육을 할 것인지에 대한 논의는 계속 진행되어 왔습니다. 왜 아직까지도 그런 논의가 되고 있는지에 대해서 고민을 해 봤는데요. 저는 기본적으로 지금도 로스쿨의 교육 방법 및 내용과 평가 부분에서는 과도기라고 생각합니다. 일반인들과 법조계에서는 로스쿨 출신 변호사들에 대하여, 예전 사법시험 때의 법조인 수준을 기대하고 있습니다. 하지만 로스쿨에서 학생들에게 그 정도의 교육을 시키기에는 시간이 너무 부족하기 때문에, 그러한 기대에 부흥하지 못하고 있습니다. 이러한 현실적 여건들이 로스쿨에 대한 고민이 지속되고 있는 이유가 아닐까 생각하는데요. 저는 오늘 발표와 토론을 통해 그러한 문제들에 대한 좋은 의견들을 많이 듣고 싶습니다.

이 주제에 관한 논의는 이미 각 영역에서 수차례에 걸쳐 많이 진행되었을 것이기 때문에, 이번 학술대회에서는 민사법 교육에 대해 발표와 토론을 맡아주신 전공 교수님들의 말씀을 먼저 듣고, 그 다음으로는 다른 교수님들께서 민사법을 바라보는 시각에 대해서 같이 얘기를 나눠보는 것이 어떨까 생각합니다. 그래서 발표는 10분, 토론은 5분 정도로 해 주시고, 이어서 다른 교수님들의 민사법 교육에 관한 기대 및 방법에 대한 의견을 들어보고, 거기에 대한 답변을 해 드리는 것으로 진행하겠습니다. 먼저, 김규완 교수님의 발표를 듣도록 하겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김규완 교수님 ▶ 예, 반갑습니다. 김규완 교수입니다. 저는 이번 발표를 준비하면서 한 형사법 교수님께서 쓰신 글을 발제의 출발점으로 삼았습니다. 형사법이라고 하더라도 오늘날 대상이 서로 다를지언정 같은 문제를 떠안고 있는 것이 아닐까 생각했습니다. 최근 성균관대학교 법학전문대학원 이경렬 교수님께서는 '말기법학의 연명장치 마련을 위한 제언'이라는 제하 글을 게재하셨습니다. 이 글의 부제가 '학문후속세대 양성과 법학교육의 미래'이기 때문에 '말기법학'이라는 자조 섞인 미끼로 연명장치의 중요하고 거의 유일한 부품인 '학문후속세대' 후보자 내지 자원자들을 얼마나 많이 낚을 수 있을지가 우려되는 부분이고, 아무튼 그곳에서 '법학 연

명의 처방전'으로 제시된 안은 세 가지로 나누어 볼 수 있는데요. 1) 학부 법학과의 소생, 2) 로스쿨 입학시험의 평정요소로서 학부법학 이수학점의 강화, 3) 변호사시험의 변화입니다.

첫 번째로 '학부 법학과의 소생', 즉 로스쿨을 둔 대학들이 학부에 법학과를 다시 설치하여, 학문 내지 이론 법학을 교육한다는 발상인데요. 이러한 의견은 법학교육의 다른 축인 '로스쿨을 두지 않은' 대학들의 반발을 불러일으킬 소지가 많습니다. 한편 오늘 제가 여러분들의 관심을 끌어야 할 대상인 "로스쿨에서의 민사법 이론 교육"이라는 시선에서는, 로스쿨에서 이론교육이 어떤 내용으로 어떻게 이뤄져야 하는가의 문제를 어찌어찌 부활된 법대 내지 학부 법학과에 떠넘기자는 제안이므로, 앞서 말씀드린 방안이 수용되는 순간 아이러니지만 더 이상 로스쿨의 고민거리는 사라진다고도 볼 수 있습니다. 다음으로 두 번째 안은 학부에 법학과가 다시 부활하게 되면 학부법학 이수학점을 강화하고, 이를 로스쿨 입시에 반영하자는 제안인데요. 기본적인 발상이 사법시험의 응시요건 중 하나였던 '35학점의 법학과목 이수제도'로 환원된다고 합니다. 이 제도는 수험법학의 폐해를 방지할 목적으로 사법시험 합격이 단순히 기술 내지 요령이 아닌, 이론법학을 제대로 배우려면 어떤 대학에서 무엇을 전공하던 그 대학에 개설된 법학과목을 - 적어도 3학점 기준 12과목 이상 - 수강하여 강제 이수하도록 고안되었다고 합니다. 사법시험 때는 응시자격 여부와 연동되었던 '법학과목의 이수'가 로스쿨 체제에서는 로스쿨 지원자격을 제한하는 잣대가 되지도 않고 또 될 수도 없겠지만, 입학 여부에 어느 정도 유리한 방향을 줄 수 있도록 하자는 제안인 것입니다. 하지만 두 번째 안도 법학전문대학원 설치 및 운영에 관한 법률(이하 '법전원법) 규정의 탈법 또는 편법이라는 이견이 강력하기 때문에 결국 실현 불가능하다고 판명되면, 마지막으로 변호사시험의 변화를 모색해야 한다는 것이 세 번째 안입니다. 변호사시험 중 특히 사례형 문제에 법학이론이 일부 포함되던 시행 당시의 출제경향과 달리 현재 대부분의 문제가 판례 중심으로 출제되고 있다는 분석에 기초하여, 변호사시험은 진정이든 모의든 제시된 사실관계에서 판례 법리를 찾아 적용하는 능력을 평가하는 사례형 문제로 변화되어야 하며, 나아가 학계의 법리 즉, 학설에 관한

지식도 테스트할 수 있도록 구성할 필요가 있다는 제안입니다. 판례의 법리(법이론) 중심의 교육을 통해 현실의 구체적 사건에 판례의 법리를 적용할 수 있는 법조인의 자질을 양성하고, 이러한 로스쿨에서의 법 교육이 변호사시험으로 연동되어야 교육을 통한 법조인 양성의 목표를 달성하게 된다는 것입니다. 교육을 통한 법조인 양성은 판례의 법리를 맹목적으로 답습하는 것으로는 이룰 수 없으며, 현행법의 해석과정에 등장하는 다양한 법이론(학설과 판례)과 그 속에 사용된 개념 및 논리들이 단순한 언어유희가 아니라 현재(顯在)의 법과 잠재(潛在)의 법임을 분명하게 분석하고 비판할 수 있을 때 달성되는 것이라고 볼 수 있습니다.

또한 변호사시험에 응시한 학생들이 판결요지 중심으로 암기한, 특히 대법원의 결론을 주어진 시간 내에 기억해냄으로써 배정된 점수를 받아 합격 안정권에 진입할 수 있는 그런 문제들이 출제되는 경향이라면 이는 지양되어야 할 것입니다. 그와 동시에 드는 생각은 로스쿨 교육현장에서 중요한 법적 개념이나 제도와 관련 있는 판례들이 다뤄질 때, 이러한 최소한의 법학이론교육조차 수반되지 않는 것이 과연 로스쿨 교육의 현주소인가 하는 점입니다. 물론 어떤 판례를 다룰 때 법원의 결론과 거기에 이르는 법원 나름의 인식과 논증을 알려진 이론적 배경에서 기술적으로 설명하는 것으로 충분한 경우도 있습니다. 하지만 다른 판례에서는 앞선 판례들과의 상관성과 차별성을 비롯하여, 우리 사법질서와의 체계정합성 아래 법원의 논증과정과 판단결과를 비판적 이해의 대상으로 삼는 것이 필요할 때도 있을 것으로 보입니다. 변호사시험의 내용과 서술에 대해 변화를 주고자 하는 것들은 여러 가지 문제 출제방식에서 법학이론을 점검하고, 판례에 대한 비판적인 시각, 그리고 판례의 결론과 동일하지 않은 결론을 나름대로 설득력 있게 논증하는 경우에 점수를 획득할 수 있게 하려면, 채점 기준표를 나름의 형식과 내용을 고민하고 연구하여 공개하는 것이 어떨까라는 생각이 듭니다.

아울러 장기적인 과제는 변호사시험을 선발시험에서 자격시험으로 바꾸는 것입니다. 사실 변호사시험의 자격시험화에 따라 변호사의 질적 수준의 하향편준화 내지 저하를 우려하실 수도 있지만, 학교에서의 절대평가가 가지는 위험성 중 하나는 오히려 일정한 질적 수준 이하의 수강생 또는 응

시생에게 선심 쓰듯 높은 학점이나 합격을 남발하지 않도록 학사관리와 출제 및 채점의 관리를 엄정하게 한다면 학점 인플레나 함량미달 합격자의 숫자는 오히려 줄어들 수도 있다는 점을 상기시켜 드리고 싶습니다. 그뿐만 아니라 변호사시험의 문제와 답안의 내용이라는 것이 사실상 응시생들이 그 정도 질문에 대한 답안을 작성할 수 있는지를 증명하는 것인데, 자격시험화를 통해 변호사시험에 합격할 수 있게 한다면 결국 그러한 것들이 로스쿨 교육의 내용과 형식에 영향을 주지 않을까 하는 생각이 듭니다. 저는 이 정도에서 발표를 마치겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 발표 잘 들었습니다. 다음으로는 김명숙 교수님께서 말씀해 주시겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김명숙 교수님 ▶ 안녕하세요, 김명숙 교수입니다. 법학전문대학원(이하 '법전원')의 교육과정 내지 교육성과 교육방법에 대한 사회의 기대 수준을 짐작해 보기 위해서는 2019. 3. 법전원 평가위원회가 마련한 '법전원 3주기 평가기준'을 살펴볼 필요가 있습니다. 이 평가기준은 법전원의 교육과정에 관하여, 법전원이 소정의 교육과정을 이수한 학생들이 습득해야 할 지식과 역량, 즉 교육성과와 성과수준을 제시하고, 학생들이 이를 이해하고 교육과정을 이수하도록 하고 있는가를 평가요소로 하고 있습니다. 그 기준에는 좋은 내용들이 담겨있고, 이대로만 한다면 정말 훌륭한 법조인이 되겠다는 생각이 듭니다. 하지만 이러한 수준을 모든 법전원에 적용했을 때, '과연 이것이 가능할까?'라는 생각이 들었습니다. 소위 말해 역량 있는 법전원에서는 가능할 수도 있겠지만, '과연 3년 동안 해낼 수 있을까?', '학생들이 법률용어를 익히기에만 급급하게 되는 것은 아닐까?'라는 의문이 들었습니다. 그리고 변시 합격률이 20~30% 정도 되는 법전원에서는 '과연 이와 같은 기준을 충족시킬 수 있을까?'라는 생각을 했습니다. 법전원에서 제시한 기준들이 이상적이고 물론 이러한 교육을 우리 교수들이 해야겠지만, 실제 학생들로 하여금 필수과목에 대해서만 강제할 수 있고 그 외에는 학교에서 학생들을 제대로 컨트롤하지 못하고 있는 상황에서 이것이 제대로 기능

할 수 있을지에 대해서는 걱정이 됩니다. 저희 고려대에서는 1학년 때 기본과목 교육을 모두 마칩니다. 그래서 1학년들의 최종적인 답안지를 보면 굉장히 만족스럽습니다. 학생들이 이와 같은 수준을 가지고 연습과 심화과정을 통해 계속 유지해준다면 좋겠다는 생각을 합니다.

한편 제가 교육과정의 운영방법과 관련해서, 우리 학교는 이수 체계가 잘 되어있는지 알아보았는데요. 형식적인 면에서는 그렇게 되어 있는 것 같습니다. 그런데 과연 이와 같은 것들이 실제로 기능하고 있는지에 대해서는 전혀 아니라고 생각합니다. 외부에서는 학생들이 이러한 교육과정에서 공부하고 있는 것으로 여기지만, 실제적으로 우리 학교만 해도 학생들이 이와 같은 교육과정을 제대로 이수하고 있는지에 대해서는 회의적입니다. 그래서 학생들에게 학교에서 이론과 실무를 융합한 제대로 된 교육을 받았는지, 과연 학교를 믿고 따라와 달라고 얘기할 수 있을지에 대해 생각해 보았습니다. 이상입니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 다음은 윤남근 교수님께서 발표를 해 주시겠습니다.

◀ 발 표/고려대 윤남근 교수님 ▶ 안녕하세요, 윤남근 교수입니다. 김규완 교수님께서는 이론 중심으로, 김명숙 교수님께서는 실무 중심으로 잘 말씀해 주셨습니다. 우리나라 법전원 설립 초기에는 미국식 로스쿨을 모델로 삼았지만, 사실 우리는 미국 로스쿨을 따라 교육할 준비가 전혀 되어있지 않았던 것 같습니다. 제가 2009년에 미국 로스쿨이 하는 리걸클리닉(Legal Clinic)을 견학하기 위해서 학생들 10여명을 데리고 갔었는데요. 두 학교 모두 1년 동안 리걸클리닉(Legal Clinic)에 쓰는 예산이 400만 달러였습니다. 한화로 약 50억에 가까운 예산인데, 우리가 어떻게 미국 로스쿨처럼 실무교육을 한다고 했었는지 의아합니다. 그리고 '실무교육'과 관련하여 법전원의 교육이념을 살펴보면, 과연 우리가 본래의 취지에 맞는 교육을 하고 있는지에 대해서 의문이 듭니다. 미국 로스쿨 내 실무교육의 목표를 보면, 이론교육과 실무교육의 '균형'에 중점을 두고 있습니다. 주로 '판례 분석'과

‘문답식 교육’에 대해 설명하고 있고, ‘변론기술’과 ‘직업적 가치관·책임감·창의성’에 대해서도 말하고 있습니다. 그에 비해 우리는 학생들에게 판례 공부를 열심히 시키고 있고, 법이론을 실제 사건에 적용하는 교육에 집중하면서 그것을 실무교육이라고 생각하고 있습니다. 또한 시험문제도 전부 그런 방향으로 출제되고 있습니다. 그래서 우리 학생들에 대해 직업적 가치관이나 직업적 책임감 등에 관하여 매우 우려가 되는데요. 학생들이 3년 동안 법전원에서 열심히 공부하면서, 과연 법조인으로서의 정의감과 책임감에 대해 어떤 자세를 가지고 있을지 고민들을 하고 있습니다. 미국 로스쿨에서는 이런 부분에 주안점을 두고 교육을 하고 있는 것 같습니다.

제가 리걸클리닉(Legal Clinic)에 관한 논문을 2편 썼는데, 하나는 ‘검찰클리닉’이고 다른 하나는 ‘일반 리걸클리닉’입니다. 검찰클리닉에 대해서 약간 놀라웠던 부분을 말씀드리면, 우리는 법원이나 검찰청에 가면 판사와 검사가 무슨 일을 하는지 빨리 익히기를 바랍니다. 하지만 거기서의 교육방침을 살펴봤더니, 학생들에게 검찰청에서 사건을 처리하는 과정을 경험하게 하고는 학교에서 배운 것들과 어떤 차이가 있는지를 주제로 해서 세미나를 계속 열더라고요. 학생들이 교과서를 통해 배운 것과는 다르게, 실무에서 업무상 편의 내지 정치적 고려에 따라 사건을 처리하는 경우 학생들이 이를 세미나 등에서 지적하고 비판하도록 하는 방법으로 실무교육을 시키고 있었습니다. 우리와는 너무나 다른 실무교육의 현실을 보니 매우 충격적이었습니다. 또한 리걸클리닉(Legal Clinic)이 실패한 원인 중 하나로는 예산의 부족을 꼽을 수 있는데요. 고려대는 2009년에 공익법률상담소(Clinical Legal Education Center)를 개원했을 때 교내의 실무가 출신 교수들이 소장과 부소장으로 임명되고, 교외의 실무가들이 자문위원으로 위촉되었습니다. 초기에는 연간 상담건수가 100건을 넘는 등 학습 자료가 될 수 있는 사건 수가 상당히 확보되었으나 전담교원이 없다보니 법률상담을 통한 실무교육은 실패로 돌아갈 수밖에 없었습니다. 다음으로는 사법연수원의 실무교육 수준에 미달하는 실무교육에 대해 말씀드리고 싶은데요. 사법연수원에서는 현직 판사, 변호사, 검사들이 전임교수로서 실무교육을 집중적으로 하였는데, 사법연수원의 역사가 50년 가까이 되다보니 교재개발과 교육프로그램

등에 있어서는 우리나라가 외국의 모델이 되기도 하였습니다. 법전원에서는 사법연수원 교재 및 기출문제를 입수해 실무교육을 해 왔습니다. 그러나 사법연수원은 폐지되었고, 더 이상 교재들도 출판되지 않고 있습니다. 그렇다고 하여 법전원이 사법연수원에 필적하는 실무교육을 시키기에는 역부족이고, 또 그러한 교재와 재료들을 어떻게 확보할지에 대해서는 상당히 걱정됩니다.

마지막으로 한 가지 더 말씀드리고 싶은 것은 법학계의 실무교육에 대한 오해인데요. 저는 우리나라 실무교육이 법 이론을 실제 사건에 적용하는 훈련을 쌓는 것에 중점을 두고 있는 이상, 실무교수들은 이론교수 못지않게 이론에 밝아야 할 것입니다. 실무교수가 이론과목을 가르치는 것이 당연하게 받아들여져야 합니다. 하지만 일부 대학에서는 실무과목과 이론과목 사이에 벽을 쌓아놓고 실무교수들이 이론과목을 가르치는 것을 사실상 금지하다보니, 실무교수들이 학사운영에 불만을 가지는 경우가 적지 않습니다. 이러한 실무교원들에게 이론적 탐구와는 거리가 먼 법문서 작성 내지 첨삭지도 등의 실무과목만을 강의하게 하는 것은 실력 있는 실무가들로 하여금 대학을 멀리하게 하는 요인이 되지 않나 생각합니다. 이상입니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 윤남근 교수님 발표 잘 들었습니다. 다음은 최영홍 교수님께서 발표를 해 주시기로 했었는데요. 사정이 있어서 고려대 김상중 교수님께서 대신 발표를 해 주시겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김상중 교수님[3] ▶ 안녕하세요. 김상중 교수입니다. 최영홍 교수님께서는 이번 발표를 상법 영역에 한정해서 준비해 주셨습니다. 자료집 72면에는 법전원법의 교육이념이 제시되어 있습니다. 이제 법전원이 출범한지 10여년 지났지만, 법전원법의 교육이념이 실제 교육시스템에서 구현 가능한 것인지에 대해서는 의구심이 듭니다. 과연 법전원에서는 어

3) 상법 영역은 최영홍 교수(고려대)께서 발제문을 정리해 주셨으나 당일 부득이한 사정으로 발표를 할 수 없어서 전체사회를 맡은 김상중 교수(고려대)가 최영홍 교수가 작성한 발제문을 대독하는 방식으로 발표하였음.

떤 교육을 해야 될지를 살펴본다면, 물론 뉘앙스가 조금씩은 다르겠지만 그 교육이념은 인성, 가치, 윤리, 전문지식과 능력 요소로 분석할 수 있습니다. 다시 말해서 법전원법이 추구하는 교육이념은 실력과 인품을 겸비한 법률 전문가를 양성하는 것입니다. 73면에서는 실용학문으로서의 법학과 상법 교육에 대해 설명을 드리도록 하겠습니다. 상법을 '인간과 기업에 대한 규율'이라고 본다면, 규율의 객체 내지 주체라고 해야 될까요? 교육을 받는 사람에 대한 이해가 있어야 될 텐데, 우리의 삶 자체가 단순하지 않은 것처럼 인간에 대해서는 정의하기 쉽지 않습니다. 누구든 인간을 천사와 악마의 중간자라고 생각하지만, 최영홍 교수님께서는 '인간'에 대해서 '천사와 악마의 복합체'이고 결국은 '행복을 추구하는 존재'이지 않을까라고 말씀하셨습니다.

한편 기업의 경우에는 인간과는 좀 다르게 영리를 추구하는 존재입니다. 그렇다고 한다면 상법은 기업활동이라고 하는 상거래 영역을 그 대상으로서 규율하는 법이고, 이러한 것들이 교육내용으로 되어야 할 것입니다. 상법에서 다뤄야 할 상거래의 영리적 활동은 기업조직 그 자체에 한정되는 것이 아니라, 오히려 그 결과일 뿐입니다. 그리고 이를 변호사시험의 현실과 연계해서 말씀을 드리면, 상법 내 회사법은 로스쿨에서도 필수과목이고 시험에서도 중요하게 다뤄지고 있습니다. 회사법은 그 중에서도 조직법에 중점을 두는 과목이고, 실제 이 분야는 따지고 보면 소수의 전문가에게만 중요한 이슈가 되는 것이며, 전체적인 영역에 관한 내용이라고는 아니라고 볼 수도 있지 않을까요? 그런 취지에서 본다면 아까 행정법에서도 그런 뉘앙스가 있었던 것 같은데요. 오히려 '변호사시험의 도입'이라고 하는 것이 상법 전체를 놓고 본다면 '교육의 위축', 그리고 시험의 경향과 맞물려서 상법 분야 내에서 '회사법으로의 축소'되는 경향을 가지게 되었다고 진단하신 것 같습니다. 그러한 부분들을 앞으로의 방향과 연결해서 73면의 마지막 문단에 담으신 것 같습니다. 결국 상법을 상거래의 종합적인 내용이라고 한다면, 당연히 분쟁이라는 것도 복잡다기한 형태로 나타날 수밖에 없습니다. 그렇다면 조직법적 분쟁도 있겠지만, 그것보다도 거래법적·규제법적 분쟁이 훨씬 더 많고 늘어날 수밖에 없을 것입니다. 이러한 맥락에서 생각해 본다면, 최영홍 교수님께서 강조하신 것처럼 상법의 경우에는 법체계 전체와 관련해

서 인접법학분야와 연관된 교육이 필요합니다. 앞으로는 이른바 헌법, 민법, 지식재산권법, 행정적 규제 등 이러한 부분들과의 연계성이 더 강조되어질 수밖에 없을 것입니다. 이런 취지에서 본다면 상법 교육에서는 파편적·국소적 지식 교육을 벗어난 종합적 인식 및 사고능력 자체를 배양해야 할 것입니다. 과거에 상법이 가지고 있던 좁은 영역을 넘어서서, 이제는 이른바 물류나 유통이라고 하는 것을 전체 관장하는 영역으로 하여 상법 교육이 이루어져야 할 것입니다. 이를 위해 최영홍 교수님께서는 나름대로 노력하고 있다고 하셨습니다. 그리고 최영홍 교수님께서는 자료집 한 켠에 공자의 말씀을 인용하신 것과 더불어 교육의 모습에 대해서도 얘기해 주신 것 같은데요. 우리가 사회를 기업과 소비자로 대변해 볼 수 있다면, 우리 문제로 돌아와서는 법학교육의 소비자와 법학교육의 담당자라고 부를 수 있을 것입니다. 그렇다면 '오늘날 소비자지향의 사회에서 학생들에 대한 우리의 교육도 실제 사회의 모습에 부합하는 교육이 되어야 하지 않을까?'라는 취지로 최영홍 교수님께서는 말씀을 해 주셨던 것 같습니다.

그 다음으로 자료집 74면 결론 부분에서는 키워드별로 정리를 잘 해주셨는데요. 먼저, 로스쿨제도의 부작용으로 인해 '상법이 왜소화'되는 문제가 있습니다. 이런 부분들을 해결하기 위해서는 여러 가지 접근을 할 수도 있겠지만, 우선 제도의 틀 안에서 교수들의 인식이 개선되어야 할 부분이 있지 않을까 하는데요. 상법 내 소분야별로 가지는 이기주의를 타파해야 할 것입니다. 그리고 상법 분야 전반의 활성화를 위한 최소한의 자구책들을 생각해 본다면, 기술적으로 분야별 출제비율의 안분 또는 회사법과 나머지 상법 분야 문제의 혼합형이 제시되어야 하지 않을까 생각합니다. 이를 통해 국가와 사회에 기여하는 법학으로서, 그리고 법학 중에서도 가장 실용적인 상법의 정체성을 정립할 수 있지 않을까 하는 생각이 듭니다. 지금까지 최영홍 교수님의 발표를 대신해서 전해드렸습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 자리에 계신 다른 분들께서는 궁금하거나 의견이 있으시다면 토론이 끝나고 나서 말씀해 주셨으면 좋겠습니다. 아까 말씀드린 것처럼 토론은 한 5분 내외로 하는 것으

로 진행하겠습니다. 먼저, 연세대학교 강수미 교수님께서 말씀해 주시겠습니다.

◀ 토 론/연세대 강수미 교수님 ▶ 안녕하세요, 저는 연세대학교에서 민사소송법을 강의하고 있는 강수미 교수입니다. 민사법 교육에 대해서는 아무래도 저희 민사소송법 분야가 민법 보다는 상대적으로 괴리가 덜한 상황입니다. 그래서 김규완 교수님의 발표와 관련하여 말씀을 드리면, 법학과를 부활시킬 것인지 아니면 변호사시험을 어떻게 변화시킬 것인지에 대해서는 정책적인 판단이 필요할 것 같습니다. 그러한 이유로 저는 김명숙 교수님께서 발표하신 내용을 주로 살펴보고자 합니다. 일단 저희 학교의 민사소송법 강의 내용은 고려대학교와 별 차이가 없는 것 같습니다. 그리고 이번 토론을 기회로 해서 '법전원 3주기 평가기준'과 관련하여, 제가 의구심을 가지게 된 점들을 정리해 보았습니다.

자료집 75면에서 법전원 3주기 평가기준 중 '교육성과에 관한 평가영역'에 대한 부분을 보시면요. 법전원이 교육목표, 교육성과 목표를 달성하기 위하여 효율적인 교수·학습체제를 갖출 것을 요구하여, 평가위원회가 제시하는 예시를 최소한의 수준으로 하고 이보다 높은 수준의 교육이 이루어지도록 노력하고 있는지를 평가한다고 하는데, 저는 과연 3년이라는 기간 내에 그러한 수준의 교육이 이루어질 수 있는 것인지에 대한 의구심이 듭니다. 또한 3주기 평가기준에서 예시로 들고 있는 교육성과 목표와 성과기준을 초과하는 것은 말할 것도 없이, 예시로 들고 있는 기준에 부합하는 교육을 실시하는 것이 각 법전원의 인적·물적 설비 및 재정상황 등에 비추어 현실적으로 기대하기 어려운 것은 아닐까라는 생각이 듭니다. 그뿐만 아니라 3주기 평가기준에서 예시하고 있는 교육성과 목표와 성과기준이 과연 평가위원회에 의해 실질적으로 평가될 수 있는 내용들인 것인지에 대해서도 우려가 됩니다.

두 번째로 말씀드릴 사항으로는 '민사법 분야 교육과정'에 관한 내용입니다. 평가기준상의 민사법 분야 교과목 분류를 살펴보면, 기본이론 교과목, 연습 교과목, 실무 교과목 간에 서로 중복될 수 있는 부분들이 존재하는 것

으로 보입니다. 3년이라는 길지 않은 기간 내에 교육과정을 효율적으로 운영하여 교육성과를 거둘 수 있기 위해서는 각 교과목 간의 조율 및 조정이 필요하지 않을까라는 생각이 듭니다.

세 번째로는 '민사법 분야에 대한 평가요소와 그 해석 지침'에 관해 말씀드리고 싶은데요. 민사법 분야 교과목의 강의계획서에 관한 평가요소에 대한 해석지침에서 제시하고 있는 내용들이 민사법 분야의 모든 교과목에 공통적으로 요구할 수 있는 것인지 생각해 볼 필요가 있을 것 같습니다. 여기서는 민사법 분야 교과목의 부교재 등의 평가요소에 대한 해석지침을 제시하고 있는데 가령 주교재와 부교재, 부교재와 참고자료 등을 구분하고, 부교재와 참고자료 등이 적절한 분량과 내용으로 구성되어 있을 것 등을 요구하는 것이 법전원에서의 효율적인 교수·학습체계의 구축이라는 취지에 부합할 수 있을까라는 생각이 듭니다. 이상입니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 다음은 연세대학교의 김홍기 교수님께서 토론을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/연세대 김홍기 교수님 ▶ 예, 반갑습니다. 저는 연세대학교에서 상법과 자본시장법을 강의하고 있는 김홍기 교수입니다. 사실 로스쿨 도입 초기에는 자본시장법이 인기가 있을 것이라고 생각했었는데요. 하지만 지금은 폐강을 걱정해야 될 상황이고요. 상법은 절반 정도 되는 상황입니다. 이 자리에 계신 교수님들께서는 주로 시험과목을 많이 맡고 있으신데요. 저는 수강생이나 시험과목이 많은 것도 힘들지만, 사실 학생들이 없는 것이 더 힘듭니다. 그래서 저는 선택과목 교수님들이 더 힘드실 수도 있겠다는 생각을 했었는데요. 보기 나름이겠지만 이제 그런 얘기들도 들립니다. 이 토론문에 대해서 말씀드리면, 제가 2년 전 일본 게이오 대학에서 연구년을 보낸 다음 상사법학회에서 일본 로스쿨의 교육현황에 관해서 발표했는데요, 그 내용을 발췌하여 발표문을 작성하였습니다.

자료집 76면을 보시면 2016년도까지의 현황이 기록된 통계가 제시되어 있습니다. 일본 로스쿨 지원자 수가 2004년도 출범 당시에는 72,800명이었

는데요. 2016년도에는 8,274명입니다. 거의 90% 정도 줄어들었습니다. 합격생이 한 1,500명 정도 되니까 적은 숫자는 아닙니다만, 그 수가 확연히 줄어들었다는 것을 알 수 있습니다. [표2]는 로스쿨 입학생 수 및 기수자, 미수자의 비율입니다. 일본에서는 지금까지 법대가 존속되고 있는데요. 76면 하단의 합계란을 보시면 2004년도에는 기수자가 2,350명으로 약 40%를 차지하고 있습니다. 하지만 77면의 표를 보시면 2016년도에는 법대 출신 기수자의 비율이 40%에서 약 60%로 계속 증가하고 있음을 확인할 수 있습니다. 이를 통해 알 수 있는 사실은 학생들이 법대를 졸업하고 사법시험이 잘 안 돼서 로스쿨로 들어온다는 것입니다. 이런 상황이 우리나라와는 차이가 있습니다. 77면의 [표3]은 사법시험 합격자 수를 나타낸 것인데요. 2005년도까지는 구사법시험만 있었는데요. 사법시험 합격률이 2%대에서 3.71%까지이고, 우리나라의 사법시험 합격률과 비슷합니다. 그러던 시험이 2016년도에는 우리나라 변시 합격률과 유사한 정도가 되었습니다. 우리는 지금 합격률이 50%대라고 하지만, 일본의 경우에는 22%대까지 떨어졌죠. 우리나라 변시 합격률 상황이 나쁜 것만은 아닙니다. 생각하기 나름이겠지만, 합격률이 지금 50%대라고 하지만 누적 합격률을 보게 되면 거의 한 80%정도까지는 되는 것이거든요. 그래서 일본은 우리의 경우에 비하면 상황이 좋지 않다고 볼 수 있습니다. 더 심각한 것은 예비시험 합격률은 오히려 60%정도입니다. 이것은 학생들이 로스쿨을 나오지 않고도 예비시험 1차를 치르고 변시를 볼 수 있는데, 이러한 경우들이 60%를 차지하는 것이죠. 다음으로 78면 상단의 [표4]를 보시면 대학 재학 중에 합격한 학생이 처음에는 29명이었는데, 2016년도에는 179명입니다. 그러니까 1,500명 중에서 4학년 재학 중 180명 가까이 합격을 하는 것이죠. 한 마디로 법학부의 우수한 학생들은 로스쿨을 거치지 않고도 합격을 한다는 것이죠. 일본이 우리나라와 비슷한 부분들이 있지만, 가장 큰 차이는 '2 track system'을 채택하고 있다는 것입니다. 이 제도에 대해서 제 개인적으로는 좋지 않다고 생각합니다. 일본은 너무 여러 가지 요소들을 고려한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

자료집 78면에 일본 로스쿨의 교육과정과 교육현황을 보시면, 구체적인 교육과정 및 운용방식은 각 로스쿨의 학칙 등에 규정되어 있는데 우리나라

보다 제도의 운용이 탄력적이고 학교의 자율성이 큰 것 같습니다. 그리고 79면 상단에는 게이오 대학을 조사한 내용들이 있습니다. 게이오 로스쿨의 경우에는 졸업이수학점을 100학점 이상으로 규정하고 있습니다. 그에 비해 연세대의 경우는 90학점으로 하고 있습니다. 일본은 졸업이수학점이 100학점이고, 사실 합격하는 것도 더 어렵습니다. 시험에 합격하고도 연수원에 가서 1년 정도 실무교육을 받거든요. 물론 여러 차이가 있을 수 있겠습니다만, 법조인이 되기에는 일본보다 우리나라가 비교적 수월하지 않나 하는 생각이 드는데요. 저도 시험에 합격하는 것이 우선이지만, 이것이 보는 시각에 따라 차이가 있을 수 있다고 생각하는데요. 외부에서는 교육이 너무 소홀한 것이 아니냐고 하시는데, 이런 생각이 전혀 일리가 없는 것이 아니라는 말씀을 드리고 싶습니다. 자료집 80면을 보시면 제가 선택과목에 대한 것을 찾아보았는데요. 저희 연세대도 90학점 중에서 필수과목이 35학점이지만, 실질적으로 선택과목의 경우에는 6과목 정도입니다. 왜냐하면 제가 봤을 때는 3학년에 올라가서는 대체로 시험과목을 듣기 때문에, 선택과목과 같은 경우에는 말 그대로 선택하라고 있는 것인데 사실상 선택이 안 되고 있는 것이죠. 일본의 상황도 마찬가지로 변시 때문인 것으로 보이고요. 81면의 [표7]을 보시면 아시겠지만, 저희 상법 분야에서도 이런 논의들이 있습니다. 일본에서는 단답식 시험, 논문식 시험만 치르는데요. 그 이유는 기록형의 경우에는 사법수료소에서 1년간 교육을 받는 동안 배우도록 하고 있기 때문입니다. 또한 우리나라는 선택형 시험에 상법, 민사소송법도 포함되어 있는데요. 일본은 현재 헌법, 민법, 형법만 선택형 시험으로 보고 있습니다. 그뿐만 아니라 지금 저희 사례형 시험은 민법이 150점인가 200점이고, 상법은 100점인데요. 100점으로만 하다 보니 회사법 밖에 문제를 못 내고, 다른 과목들은 못하는 것이지요. 그런데 일본의 경우에는 과목별 2시간 시험이므로 사실상 200점인데, 이 정도면 상법에서 다양한 쟁점을 출제할 수 있을 것입니다. 저희들 같은 경우에는 상법에서 사례형이 100점, 선택형이 한 50~70점 정도인데요. 그것도 회사법에서 나오는 것이기 때문에, 학생들이 실제로 회사법 외에는 잘 듣지 않는다는 얘기를 들었습니다.

제가 마지막으로 드리고 싶은 말씀은 자료집 81면에도 써놓았는데요.

일단 교육을 통한 법조인 양성제도와 시험을 통한 법조인 양성제도는 양립하기가 어렵습니다. 그래서 교육을 통한 법조인 양성제도의 취지를 살리려면 변호사시험은 교육을 보완하는 수준과 방식이어야 하고, 법전원 제도의 취지를 해치는 정도로 과도해서는 안 된다고 생각합니다. 두 번째로 말씀드리고 싶은 것은 우리나라는 일본 등 다른 나라에 비교해서 법학부, 법학전공 학생 수 등 법학교육의 저변이 지나치게 부실하다는 것입니다. 법학이라고 하는 것은 인문계나 사회계 쪽에서는 제일 기본적이며, 가장 폭 넓게 사용될 수 있는 학문입니다. 법학 분야가 꼭 법조인의 길만 있는 것이 아니라 다른 길도 있는데, 시간이 갈수록 의미가 없어지는 상황이 되고 있는 것 같습니다. 저는 이에 대해서 어느 정도 개선이 필요하다고 생각합니다. 세 번째로는 합격률에 대해 말씀드리고 싶은데요. 이에 대해 아까 잠깐 얘기가 나왔는데요. 학생들을 4년에서 6년 정도의 기간 동안 교육시킴으로써, 변시 합격률을 올리고 정원을 줄일 수 있지 않을까 하는 생각이 듭니다. 지금 의대에 우수한 재원들이 들어가는 것은 합격률이 높기에 들어가는 것이지, 만약 의대도 정원을 1,000명 정도로 선발하게 되면 합격률 커트라인이 확 떨어지지 않을까 하는데요. 이제는 이런 것들을 개선해야 할 시점에 이르렀다고 생각합니다. 추가적으로 말씀드리면, 대학원 단계에서는 재교육이 필요한 것 같습니다. 이것도 제가 보니까 위에 있는 1~3개 정도 학교에는 너무 의미가 없는 것 같은데요. 제가 듣기로는 우리나라 전체 법조인 수가 중국의 대학(어느 대학의 정원은 약 3,000명 정도 된다고 함) 하나만도 못하다고 하는데요. 이건 좀 심각하지 않나 하는 생각을 합니다. 이상입니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 발표자 못지않게 토론 준비를 많이 해 주셔서 큰 도움이 되었습니다. 마지막으로 토론해 주실 분은 엄복현 변호사님이신데요. 먼저, 엄복현 변호사님께서는 학부에서 법학을 공부한 다음 일반대학원에서 석·박사를 마치고, 로스쿨 1기로 들어가서 공부를 하시다가 육군 3사관학교에서 군복무를 하는 동안 법학강의를 하셨습니다. 그리고 제대 이후 로스쿨 공부를 마치고 로클럭 2년을 하셨고, 큰 로펌에서 변호사 생활을 하시다가 지금은 국선 변호사로 활동하고 계십니다. 그래서

엄복현 변호사님께서는 교육 수료자의 시각에서 다양한 경험들을 가지고 있을 것 같은데요. 로스쿨 1기 때부터 5기에 걸쳐 나타난 상황의 변화, 로클럭 과정, 그 이후에 학자로서 필요한 역량을 쌓아가는 것들에 대해서 자세히 분석해 주실 수 있을 것 같아서 이 자리에 모셨습니다. 엄복현 변호사님, 토론해 주시기 바랍니다.

◀ 토론/서울북부지법 엄복현 박사님 ▶ 안녕하십니까, 저는 서울북부지방법원 국선전담변호사 엄복현입니다. 제가 먼저 로스쿨 1기로 입학하여 교육받을 당시와 복학 후 로스쿨 5기와 함께 교육을 받은 때를 비교해 보면, 로스쿨 교육면에서 어느 정도 안정화되었다는 것을 느낄 수 있었습니다. 특히 이론교육과 실무교육의 균형이 이루어져 있었고, 교재 역시 로스쿨 교육에 맞게 수정된 교재들로 교육을 받을 수 있었습니다. 또한 튜터제도, 중간시험과 기말시험에 대한 자세한 강평과 개별지도, 주입식 교육에서 양방향 소통식 교육으로의 변화 등 로스쿨 도입으로 인해서, 로스쿨 도입 이전과 다른 방식의 법학교육을 받을 수 있었습니다. 그러나 로스쿨 교육에서도 어려움들이 있었는데요. 제가 학부의 법학교육과 로스쿨 교육을 모두 받으면서 느꼈던 로스쿨 교육의 가장 큰 어려움은 절대적인 수업시간의 부족이었습니다. 로스쿨 교육은 학부에서 이론교육 4년, 연수원에서 실무교육 2년(한 학기 실무연수를 제외하면 1년 반) 총 6년간으로 이루어진 교육을 합쳐서, 단 3년 안에 마쳐야 하는 구조를 가지고 있습니다. 연세대학교에서 학부교육을 받을 당시에 민법(특수분야 제외)의 경우 총 8학기 27학점이 배정되었고, 연수원의 경우에는 요건사실론, 민사실무1, 민사실무2 등 약 2학기 이상 실무수업이 진행되었던 것으로 알고 있습니다. 대학교와 연수원의 민법 교육학점을 모두 합하면 최소 30학점 이상이 됩니다. 그러나 로스쿨로 오면서 3년이라는 시간제한 속에서 다른 교과목도 수강하여야 하므로, 민법의 경우 실무과목까지 합하여도 학생들이 이수하는 학점은 약 20학점 정도로 줄어들게 되었습니다. 위와 같은 절대적인 교육시간의 부족은 교수님과 수강생 모두에게 부담이 될 수밖에 없으며, 여기에 변호사시험 합격률 하락이 맞물림으로써 로스쿨 교육은 기존처럼 수험법학으로 교육과정이 변질되었

다는 비판을 받게 된 것으로 보입니다. 두 번째 어려움은 위에서 잠깐 언급하였던 변호사시험 합격률의 하락으로 인한 교육과정의 변화와 수강생의 학습태도 변화인 것으로 보입니다. 제가 로스쿨 1기로 수업을 들었을 때만 하더라도 학생들이 1학년에 필수교과목을 이수한 후에 2, 3학년 때는 다양한 법학과목도 이수하였습니다, 하지만 5기로 복학해서 보니, 학생들이 변호사시험 과목 위주로만 수강을 하여 다른 법학과목은 수강정원을 채우는 것조차 쉽지 않았습니다. 교수님들의 강의 내용도 변호사시험 합격을 위해 수험에 적합하도록 바뀔 수밖에 없는 상황이 되었습니다. 앞서 말씀드린 로스쿨 교육의 2가지 어려움 중 절대적인 교육시간의 부족은 3년이라는 커리큘럼 하에서 당장 개선되기 어려운 부분인 것으로 보입니다.

그러나 변호사시험 형식과 내용의 개선을 통한 로스쿨 교육과정의 정상화는 적절한 논의와 토의를 거치면 가까운 장래에 실현될 수 있을 것으로도 보입니다. 변호사시험의 개선방안으로는 여러 가지가 논의되고 있지만, 가장 많은 논의가 있는 것은 변호사시험의 자격시험화에 관한 논의인 것으로 보입니다. 변호사시험의 자격시험화가 지금과 같은 수험법학으로의 교육과정을 개선시킬 수 있는 방안인 것은 이해되나, 변호사시험이 자격시험으로 되었을 때 그 기준을 무엇으로 할지, 자격시험화로 인해 발생할 수 있는 여러 문제에 대해서는 충분한 논의가 필요한 것으로 보입니다. 예를 들어 자격시험화의 기준을 특정점수 이상으로 할 것인지, 응시자대비 특정합격률로 할 것인지, 특정선발인원으로 할 것인지에 대한 논의가 있을 수 있습니다. 자격시험화로 인해 발생할 수 있는 문제로는 자질이 없는 변호사가 배출될 우려, 현재의 연간 1,500명보다 많은 변호사가 배출됨으로 인한 변호사 시장의 어려움 등이 있을 수 있습니다. 다음으로 말씀드리고자 하는 것은 변호사시험의 형식과 내용에 대한 고민입니다. 제가 변호사시험과 재판연구원 시험을 치르면서 느낀 가장 큰 문제점은 절대적인 시험시간의 부족이었습니다. 대부분의 기록형이나 서술형 문제는 문제를 받자마자 잠깐 생각을 마치고 바로 기술해 나가야 합니다. 시험의 형식이 사안을 논리적으로 분석하고 이에 대한 해결방안을 도출할 수 있는지 여부를 확인하는 것이 아니라, 사건과 유사한 판례를 알고 있고 그것을 얼마나 신속히 떠올리는지를

묻고 있다는 느낌이 강하게 들었습니다. 이 역시 변호사시험의 선발시험화로 인해 응시생의 서열을 매겨야 하기 때문에 나타난 시험방식인 것으로 보입니다. 물론 법학에서 판례의 중요성도 잘 알고 있고, 판례를 얼마나 잘 숙지하고 있는지도 중요한 평가요소입니다. 그러나 위와 같은 평가는 객관식으로도 충분한 것으로 보이며, 과연 서술형에서도 준객관식처럼 평가를 하여야 하는지 의문이었습니다. 특히 제가 쳤던 5회 변호사시험의 서술형을 보면 5점, 10점 단위로 쪼개진 서술형 문제가 많았는데, 위와 같은 서술형 문제들은 결국 객관식 시험의 연장 같다는 느낌이 들었습니다.

이에 대해서는 최근 실시되고 있는 법관 임용시험에서 참조할 만한 부분이 있는 것 같습니다. 예전에 실시된 법관 임용시험은 기존의 변호사시험이나 재판연구원 시험처럼 절대적으로 시간이 부족한 속기시험처럼 출제되었습니다. 제공되는 것은 법전 밖에 없었고, 최근 판례나 중요 판례를 암기하여야 했습니다. 그러나 최근에는 응시생에게 법고을이 설치된 컴퓨터(인터넷 연결이 안 됨)가 주어진 상태에서 컴퓨터를 통해 판례를 검색할 수 있고, 손이 아닌 자판을 통해 답안지를 작성할 수 있는 시험 형태로 바뀌었다고 합니다. 응시자들의 이야기를 들어보니 문제의 양과 시험시간이 조절되어 기존과 달리 시간 부족을 느끼는 시험은 아니었고, 답안을 논리적으로 기술할 수 있는지를 평가하는 시험으로 바뀐 것 같다고 하였습니다. 변호사시험의 서술형이나 기록형도 종국적으로는 위와 같은 형식의 시험으로 바뀌어야 할 것으로 생각합니다. 이상으로 지정토론을 마칩니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 일단 질문을 받으셨던 김명숙 교수님께서 말씀을 해 주시겠습니까? 아니면 다른 분들의 질문을 먼저 받을까요?

◀ 발 표/고려대 김명숙 교수님 ▶ 문제들이 연관이 되니까 다른 분들에게 먼저 질문을 받도록 하겠습니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 아까 발표 시간의 절반은 다른 선생님들의 의견을 들어보는 것으로 진행하겠다고 말씀드렸었는데요. 각 선생님께서 가르치고 있는 영역에 대한 의견도 좋고요. 민사법을 보는 시각과 관련해서 가지고 있으신 의견도 좋습니다. 발제를 해 주신 교수님들께서도 다 같이 의견을 나누셨으면 좋겠습니다. 네, 김제완 교수님 말씀 부탁드립니다.

◀ 고려대 김제완 교수님 ▶ 안녕하세요, 고려대학교 김제완 교수입니다. 아까 학문후속세대의 문제에 대한 얘기를 나눴었는데요. 그러한 문제들이 로스쿨의 영향이라는 시각들을 많이 가지고 있는데요. 저는 로스쿨 제도가 도입되기 훨씬 전부터, 정확히 말씀드리면 사법시험 합격자가 늘어나기 시작하면서 전업학생들의 수가 현격히 줄어들기 시작한 것으로 기억하고 있습니다. 그래서 이와 같은 학문후속세대 수의 감소는 교육 내용이나 방식에 그 원인이 있는 것이 아니라, 그것의 흡입력이 실무계보다 상대적으로 떨어졌기 때문이 아닐까 생각합니다. 그래서 우리는 교육 내용이나 형식을 바꿀 것이 아니라, 학문후속세대로 오려고 하는 사람들에게 현실적으로 어떤 혜택을 주어야 한다고 생각합니다. 다른 교수님들의 의견은 어떠신지 여쭙고 싶습니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 고맙습니다. 학문후속세대가 격감하고 있는 현상은 비단 로스쿨 도입에 의한 것이 아니라, 그 이전에 사시 합격생들이 늘어났을 때부터 발생한 문제라고 말씀하셨는데요. 그 해결책으로서 김제완 교수님께서는 학문후속세대에게 어떤 혜택을 줄 것인지를 고민해야 할 것 같다고 말씀하셨습니다. 이에 관한 논의는 다른 교수님들의 말씀을 마저 듣고 난 후에, 다 같이 얘기를 나누는 것으로 진행하겠습니다. 또 다른 의견이 있으십니까? 네, 강병근 교수님 말씀 부탁드립니다.

◀ 고려대 강병근 교수님 ▶ 안녕하세요, 저는 고려대학교에서 국제법을 강의하는 강병근 교수입니다. 아까 형사법 발표를 할 때, 홍영기 교수님

께서 모범 답안지를 함께 제시해 주셨는데요. 혹시 민사법에서도 학생들이 주로 그런 식의 답안지를 쓰는지 궁금합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 그것도 나중에 같이 들어보도록 하겠습니다. 논리에 의한 설명보다는 '결론은 ~이다'라고 간략하게 쓰는 식의 답안 작성을 말씀하시는 거죠? 그것에 관해서는 김명숙 교수님께서 다시 말씀해 주시는 것으로 하겠습니다. 그리고 아까 지원림 교수님께서 의견을 주시겠다고 하셨는데요. 말씀 좀 부탁드립니다.

◀ 고려대 지원림 교수님 ▶ 안녕하세요, 지원림 교수입니다. 아까 시험의 방식에 대한 얘기가 있었는데요. 다들 기억하실지 모르겠지만, 이미 제1회 변호사 모의시험 때 답안을 노트북으로 작성하는 방법을 썼습니다. 그 당시에 시험문제를 단순히 판례를 외우게 하는 것으로 하지 말고, 어떤 사고의 흐름을 확인할 수 있는 취지로 출제하자고 했었습니다. 하지만 시험출제자의 입장에서는 과연 교수님들이 그러한 문제를 출제할 수 있는 여건이 되는 것인지 의구심이 들었습니다. 또한 제1회 모의시험에서 괄호 안에 다툼이 있는 경우에 판례에 의함이라고 써놓았던 취지는 판례를 출제하겠다는 의미가 아니라, 혹시 학설상 여러 의견이 있는 경우에 발생할 있는 문제의 소지를 방지하기 위해 기재를 해 놓은 것입니다. 하지만 원래의 의도와는 다르게 아예 판례만 낸다는 상황이 되어버린 것입니다. 과연 우리가 지금 문제를 제대로 출제하고 있는지, 그리고 출제할 수 있는 여건이 되는 것인지를 생각해 볼 필요가 있을 것 같은데요. 그와 더불어 저는 형식 자체의 문제보다는 어떤 내용을 담을 것인지가 강조되어야 한다고 생각합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 좋은 말씀입니다. 지원림 교수님께서는 교육 방법에 대해 관심이 많으셨고, 여러 가지 의견들을 다양한 지면을 통해 발표해 주셨는데요. 또 실제로 변호사시험을 출제하러 들어가셨을 때 그러한 문제들을 느끼신 것 같습니다. 그 문제점의 해결책에 대해서는 말씀을 안 해주셨는데요. 다양한 방법들이 이미 여러 교수님들을 통해

서 확인이 되고 있습니다. 아마 출제가 그렇게 된 이유에 대해서 한 가지 확실한 것은요. 제가 출제하러 갔을 때 느꼈던 것인데요. 법무부에서 제일 우려하는 것은 정답이 하나 있어야 된다는 것인데, 그것이 제일 문제인 것 같습니다. 객관식 시험도 마찬가지이고요. 특히 사례형 문제의 경우에도 전부 인용되거나 기각되는 등 정답이 하나이어야 되는 것이지, 논리의 전개에 있어서 다른 결론을 내게 되면 그것이 받아들여질지의 여부에 대해서 굉장히 걱정하는 것으로 알고 있습니다. 사실 그러한 것들을 많이 강조하는데요. 제 개인적으로는 틀에서부터 벗어나는 것이 굉장히 중요하다고 생각합니다.

◀ 고려대 지원림 교수님 ▶ 한 가지 더 말씀을 드리고 싶은데요. 교수님들께서 문제를 출제하실 때, 날짜를 바꾸는 것에 대해 각별히 주의하실 필요가 있다고 생각합니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 지원림 교수님께서는 시험 문제를 내실 때, 특히 날짜를 바꾸는 것을 더 조심해 달라는 당부의 말씀을 해 주셨습니다. 또 다른 의견이 있으신가요? 없으시면 발제하신 교수님과 토론하신 교수님들의 말씀을 들어보도록 하겠습니다. 어떤 교수님 먼저 말씀하시겠습니까? 네, 김명숙 교수님부터 말씀을 해 주시겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김명숙 교수님 ▶ 변호사시험은 선택형, 사례형, 그리고 기록형으로 구성되어 있는데요. 선택형 문제는 민법 선생님들도 그것들을 읽고 답하라고 한다면 텍스트를 읽는 것만으로도 시간이 모자랍니다. 그래서 그와 같은 패턴의 판례가 익숙하지 않으면 생각할 여지없이 그냥 보기만 해야 되고, 학생들도 그러한 경우에 텍스트를 다 읽고서 시험을 보는 것이 아니고, 수능시험처럼 소위 거기서 나오는 키워드 위주로 읽고 찍는 것 같아요. 그리고 사례형 시험은 특히 모의시험의 경우가 아주 극단적입니다. 사례형에 대해 자세히 말씀드리면, 각각 1문, 2문으로 되어 있는데 1문을 다시 쪼개서 1-1, 1-2 와 같은 형식의 소문항이 여러 개 출제됩니다. 이것이 쪽지시험을 보는 것도 아니고, 과연 사례형을 묻고 있는 것인지 의심스러울

정도로 한 줄 테스트 하는 식의 답안을 요구하고 있는 것이 아닌가 하는 인상을 받은 적이 있습니다.

민사기록형의 경우에는 소장을 작성하는데요. 실무에서는 소장에서 소위 법리와 같은 것들을 요구하지 않는데요. 하지만 기록형 시험에서는 법리를 묻습니다. 사례형에서 물어야 할 것들을 기록형에서 묻고 있습니다. 그래서 기록형에서는 원래 쓰기 능력을 테스트해야 하는데, 이러한 것들을 묻지 않습니다. 법리를 모르면 주문에서의 청구취지를 몰라서 배점을 다 까먹고, 사실 청구취지가 망가지면 그 뒤에 나오는 배점들이 다 무너지게 되거든요. 이번 변호사시험에서는 900명 정도 되는 학생들의 답안을 채점했었는데요. 다행히 이번 시험에서는 학생들이 그런 실수를 별로 안 했습니다. 그러나 작년 시험에서는 학생들이 주문에 관련된 법률상 쟁점을 모르면 50점을 놓치게 되는 경우들이 있었는데요. 다시 말하자면 기록형 시험은 175점인데도 불구하고 최고점이 130점 정도 나올 수밖에 없는 구조로 되어 있으며, 학생들 대부분이 답안을 다 쓰지 못합니다. 그와 같은 쟁점이 있는 것들은 말이지요. 그래서 이번 시험의 경우에는 채점위원들이 교육과정에 충실하게 출제를 하자고 의기투합을 해서, 기록형 문제를 연수원 교재인 요건사실론, 민사재판실무에서 배웠던 것들을 숙지만 한다면 쓸 수 있는 것으로 출제했습니다. 저는 채점을 하고서, 그 결과에 만족스러웠습니다. 말하자면 점수 편차가 굉장히 컸는데요. 잘 쓰는 사람은 아주 좋은 점수를 받았고, 잘 쓰지 못하는 사람은 좋지 않은 점수를 받게 되었습니다. 채점위원들에게는 나름대로 고충이 있는데요. 말하자면 답안을 쉽게 써야 한다고 얘기하다 보니까 학생들 대부분이 쓰기는 잘 쓰거든요. 그런데 제대로 썼는지를 다 보게 되는데요. 그렇게 되면 채점 부담이 굉장히 큽니다. 차라리 쟁점 위주로 물어보게 되면 어려운 것을 잘 알고 있는지만 확인하고 채점하면 되는데, 또 기록형 시험에서는 그와 같은 방법은 아닌 것 같다는 생각을 했습니다. 이상입니다.

◀ 발 표/고려대 윤남근 교수님 ▶ 저는 김제완 교수님께서 말씀하신 것에 대해서 얘기를 나누어 보도록 하겠습니다. 김 교수님께서는 학문후속

세대에 대해서 말씀을 하셨는데요. 저도 전적으로 동감하고, 그러한 현상에 대한 원인이 로스쿨의 영향 때문만은 아닐 것이라고 생각했습니다. 그리고 요즈음 우리 고려대에서 실무교원을 충원하자는 이야기가 나오고 있는데, 경력이 동일한 법관과 교수를 비교해보면 법관의 보수가 높기 때문에 우수한 실무교원을 초빙하는 것이 쉽지 않습니다.

또 한 가지 말씀을 드리자면, 우리 교수들은 법이론을 가르치는 것에 익숙해져 있습니다. 그러나 로스쿨 체제 아래서는 판례를 정확하게 그리고 이론적으로 이해시키는 데 중점을 두어야 할 것입니다. 다른 하나는 첨삭지도에 대한 이야기가 많이 있습니다. 제가 교수회의에서도 말씀드렸는데요. 실무교수는 당연히 첨삭지도를 해야 되는 것으로 말씀하시는데, 저는 조금 다른 생각입니다. 판사 수준의 법률문장을 완벽하게 쓸 수 있는 정도면 첨삭이 가능할 것 같습니다. 그러나 학생들이 작성한 답안지를 보면 오답과 오류투성이이므로 첨삭이라기보다 답안을 전면적으로 처음부터 끝까지 다시 써 주어야 합니다. 그렇지 않고 몇 자만 고쳐주면 학생들은 첨삭된 것 이외에는 자신의 답안이 완벽하다는 착각에 빠질 수 있습니다. 그렇기 때문에 저는 로스쿨에서의 첨삭지도는 적절치 않다고 보고 있고, 또 굳이 첨삭지도를 한다면 실무교수들만이 해야 할 이유도 없습니다. 제가 몇 년 전부터 택하고 있는 방법이 있는데요. 저는 학교 중간시험과 기말시험 때 모범답안 작성을 직접 합니다. 그래서 학생들이 제가 작성한 답안지와 본인이 쓴 답안지를 비교해서 스스로 그 차이를 알 수 있도록 합니다. 모범답안을 직접 작성해 보면 출제할 때 예상하지 못했던 답이 나오기도 합니다. 교수님들께서도 첨삭지도대신 모범답안을 작성하여 학생들에게 열람시키는 것이 어떨까 생각하며, 저는 이 방법을 권해드리고 싶습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네 감사합니다, 마지막으로 김규완 교수님께서 말씀을 해 주시겠습니다.

◀ 발 표/고려대 김규완 교수님 ▶ 제가 로스쿨의 이론교육에 대해서 발제를 했습니다. 사실 학문후속세대를 위한 교육의 내용과 거기에 드는 시

간들은 로스쿨에서 필요한 최소한의 이론교육과는 다소 차이가 있는 것 같습니다. 이제 로스쿨에서 필요한 최소한의 이론교육까지도 변호사시험의 영향으로 인해, 특히 학생들에게는 필요 없는 것으로 인식되고 있는 것 같습니다. 그래서 이것을 원래의 취지대로 돌리려면 변호사시험의 내용과 형식면에서 개선이 필요합니다. 마침 사회자께서도 말씀을 하셨지만, 단 하나의 정답이 있는 문제보다는 얼마든지 복수정답이 가능한 문제들이 인정될 수 있는 등의 평가 방법과 통제가 요구되어야 하지 않나 생각됩니다. 사실 어떻게 보면 채점에서는 재량이 인정될 수 있는 여지가 생기는 것입니다. 그리고 자격시험화는 동시에 이루어져야 할 문제라기보다는 변호사시험이 신뢰를 획득했을 때, 어느 정도의 기준을 정하고 나서 응시생이 그에 충족하는 답안을 제출하게 되면 자격을 인정해 주는 방향으로 정비되어야 하지 않을까 생각합니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/연세대 박동진 교수님 ▶ 네, 오늘 이 자리가 여러분께 유익한 계기가 되었길 바랍니다. 발표와 토론을 맡아주신 교수님들께 감사의 인사를 드립니다.

Ⅳ. 〔선택과목〕

○ 주　　제: “선택과목의 교육과 평가”

○ 발표 및 토론

· 좌　장: 강병근 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 발　표: 박덕영 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 조영선 교수 (고려대학교 법학전문대학원)

· 토　론: 심재한 교수 (영남대학교 법학전문대학원)

◀ 좌 장/고려대 강병근 교수님 ▶ 안녕하십니까, 마지막 세션에서는 선택과목의 교육과 평가에 대한 발표와 토론을 진행하겠습니다. 저는 고려대학교에서 국제법을 가르치고 있는 강병근 교수입니다. 반갑습니다. 발표는 연세대학교에서 국제법을 강의하시는 박덕영 교수님께서, 그리고 토론은 고려대학교 조영선 교수님과 영남대학교 심재한 교수님께서 맡아주시겠습니다. 여러분께서 발표를 잘 들어주시고 좋은 제안을 해 주신다면, 저희들이 선택과목을 운영하는 데 큰 도움을 받을 수 있을 것 같습니다. 자, 그럼 박덕영 교수님의 발표를 듣도록 하겠습니다.

◀ 발 표/연세대 박덕영 교수님 ▶ 안녕하세요, 박덕영 교수입니다. 저는 '선택과목의 현황'에 대한 설명을 드리기 위해 자료집 92면에서 '시험범위 일람표'를 제시하였습니다. 우선 국제법의 입장에서 말씀드리겠습니다. 시험범위를 보시면 국제법의 출제범위에 국제경제법이 포함되어 있습니다. 그런데 다른 여섯 과목들을 보시면, 출제범위가 구체적으로 명시되어 있습니다. 이러한 과목들은 그 범위가 제한적인데 반해, 국제법의 경우에는 그렇지 않은 것 같습니다. 그리고 학생들이 국제거래법을 선택하는 경우가 많습니다.

그 이유로는 「국제사법」과 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」 분야만을 공부하면 되기 때문입니다. 그런데 국제법은 범위가 없습니다. 이러한 상황에 대한 원인 중 하나는 우선, 국제법을 강의하시는 교수님들이 국제거래법 전공 교수님들보다 많이 계십니다. 국제법은 그 범위가 워낙 다양하고 많은 교수님들이 전공하고 있는 분야들을 포함시키려다 보니, 이것에 대한 합의가 부족했던 것 같습니다. 그래서 시험범위 일람표를 만들 때, 국제법은 범위를 제대로 한정하지 못한 것 같습니다. 다른 이유로는 제1회 변호사시험에서 학생들 여러 명이 과락을 하였습니다. 이것이 학생들에게 어느 정도 영향을 주지 않았을까 하는 생각이 듭니다. 그 다음으로 92~93면에 나와 있는 도표들은 94면과 거의 같은 얘기입니다. 94면의 도표를 한 번 보시면, 최근 8년간의 과목별 응시율과 합격률 평균을 확인할 수 있습니다. 이 표를 보시면 국제거래법 응시율이 40%를 넘습니다. 많은 학생들이 이 과

목을 선택한다는 사실을 알 수 있습니다. 조세법과 지적재산권법의 응시율이 가장 적습니다. 그 이유에 대해 제 생각을 말씀드리겠습니다. 선택과목을 출제할 때 난이도 조절이 힘들기 때문에 상대평가를 하게 됩니다. 그래서 표준점수제로 하다 보니까, 조세법을 선택하는 학생들 중에는 이미 세무사 시험에 합격했거나 지적재산권법의 경우에는 변리사시험에 합격한 학생들이 있는데, 이러한 학생들이 일반 학생들과 동일한 시험에서 경쟁을 하고 있는 것입니다. 그래서 조세법과 지적재산권법에 대한 선택이 줄어든 것 같습니다.

다음으로 94면 하단을 보시면, 선택과목 시험의 문제점 중 하나가 '특정과목 쏠림현상'이 심하다는 것입니다. 특히 국제거래법은 40.9%이고 조세법은 2.4%로서, 조세법이 국제거래법에 비해 약 20분의 1 정도 밖에 안 됩니다. 또한 선택과목 간의 합격률 편차도 꽤 심합니다. 조세법이 61.1%인데 국제법은 39.4%입니다. 그뿐만 아니라 국제법은 지난 8년간 꼴찌를 많이 차지했습니다. 과연 왜 이렇게 합격률 측면에서 차이가 나는지에 대해서는 생각해 보아야 할 것입니다. 그리고 학생들에게 7개 과목 중에서 선택을 하는 기준에 대해 물어보면, 수업 준비를 하는데 들어가는 시간을 고민한다고 합니다. 이와 같이 학생들이 과목을 선택하는 기준은 수험부담과 준비의 분량에 따른 것으로 보입니다. 앞서 말씀드렸듯이 국제거래법은 「국제사법」과 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」 분야만을 공부하면 되고, 상법과 민법과도 연결되는 내용들이 있어서 많이 선택하는 것 같습니다. 그리고 국제법은 너무 범위가 넓고, 조세법과 지적재산권법은 자격증을 취득한 학생들과 그렇지 않은 학생들이 동일한 시험에서 경쟁하게 되는데, 이러한 요소들이 그러한 현상과 관련된 것은 아닌가 하는 생각이 듭니다. 법학전문대학원(이하 '법전원')이 출범할 당시에 국제법 교수들은 법학교육이 앞으로는 특성화·전문화·국제화가 될 것이라고 크게 기대를 했습니다. 이 셋 중에 하나가 국제화이지 않습니까? 하지만 지금의 상황은 국제화와는 전혀 상관없는 것으로 되어버린 게 아닌가 하는 생각이 듭니다.

선택과목 응시비율과 법전원에서의 수강비율은 전혀 상관이 없다는 내용에 대해서도 말씀드리고 싶습니다. 국제거래법의 경우 수강생보다 시험을

보는 학생들이 더 많습니다. 국제거래법 강의를 듣지 않고, 간단하게 요약 정리된 책을 며칠간 공부하고 시험을 본다는 얘기를 들었습니다. 다시 말해서 선택과목을 응시하는 것과 강의는 상관이 없다는 것입니다. 발표문 마지막 페이지에서는 교육의 '개선방안'과 관련하여, 제가 몇 가지 정리를 해 놓았습니다. 먼저, 법전원의 도입 취지는 체계적 교육을 통한 '다양한 분야의 전문가 양성'입니다. 하지만 지금의 현실은 그렇지 않은 것으로 생각됩니다. 선택과목 중 국제법의 경우를 말씀드리면, 예전에 학부에서 강의를 할 때에는 수강생들 가운데 외무고시를 준비하는 정치외교학과 학생들을 비롯하여 다른 전공의 학생들이 약 100~200명 정도로 꽤 많았고 깊이 있는 강의를 했습니다. 그런데 오늘날 법전원에서는 학생들이 헌법·민법·형법 공부하기도 바쁘고 힘들어서, 예전과 같은 심도 있는 강의를 하기 어려운 것 같습니다. 또한 국제법이나 국제통상법 등 일부과목의 경우에는 학생들이 꼭 알아야 할 내용들 위주로 가르치게 되면서 선택과목이 '교양과목화'되고 있는 것 같습니다. 이러한 현상은 어떻게 보면 교수님들도 학생들과 타협을 하는 것으로 보입니다. 너무 깊이 있는 내용을 강의하게 되면 결국 학생들에게 큰 부담을 가져다줄 수 있기 때문입니다.

다음으로 시험과 관련해서 말씀드리면, 변호사시험의 선택과목으로는 7개 과목이 있지만 제 개인적으로는 아예 선택과목 시험을 폐지하고, 선택과목 중 몇 과목을 학생들이 이수하면 통과시켜주는 제도로 바꾸는 것은 어떨까 생각합니다. 그것이 오히려 학생들로 하여금 수업에 집중하게 할 수 있는 방법이 아닐까라는 생각이 듭니다. 이러한 대안에도 여러 가지 방식이 있겠지만, 특성화 내지 전문화를 위해서는 선택과목 한 분야에서 3~4개 정도를 듣게 하는 것이 그나마 나은 방법인 것 같습니다. 그러나 일부 대학에서는 위의 방법으로 강의할 교원이 없을 가능성도 있기 때문에 충분한 논의가 필요할 것으로 생각됩니다. 그리고 '로스쿨 1학년 때 선택과목 수강시간을 확보'하는 것이 필요할 것 같습니다. 법전원 초기에는 1학년 때 전부 필수과목만을 듣도록 배정했었는데 나름의 문제들이 있었고, 그 이후에는 학생들이 1학년 1학기에 3학점은 선택과목으로 듣도록 했습니다. 저희 국제법의 경우에는 약 50명 정도의 학생들이 강의를 듣고 있습니다. 저는 1학년 때

너무 기본과목만 가르칠 것이 아니라, 학생들에게 선택과목을 들을 수 있는 기회를 제공해 주는 것도 학생들의 부담을 줄여줄 수 있는 방법이 아닐까라는 생각을 해 봅니다. 또한 여러 교수님들께서 기본과목에서 시간이 부족하다는 말씀들을 많이 하시는데, 전 한편으로는 그런 것들을 왜 모두 로스쿨에서 가르쳐야 한다고 생각을 하시는지 의문이 듭니다. 항상 저희는 기본에 충실해야 한다는 이야기를 많이 하지 않습니까? 그뿐만 아니라 사례형과 기록형은 정확히 어떻게 구별되는지 모르겠습니다만, 기록형의 경우에는 나중에 실무에 가서 배워도 되는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 다시 한 번 말씀드리면 '기록형 폐지 등 기본과목에 대한 수험부담을 경감'시키는 것이 필요하다고 생각합니다. 그리고 법전원 25개 학교에서 2,000명의 학생들을 대상으로 선택과목의 다양화·전문화·국제화를 도모하는 것은 다소 무리가 있지 않나 생각됩니다. 얘기하기 힘든 부분이지만, 법전원이 출범한지 10년이 경과된 지금 이 시점에서는 로스쿨 학교 수의 축소와 학교별 정원의 확대 문제에 관해서 어느 정도 논의가 필요한 것 같습니다. 지금의 상태로 계속 가야 하는 것인지, 그래도 학교 당 학생 수를 최소 100명 정도로 만들어 줘야 수업이 잘 진행될 수 있지 않을까라는 생각이 듭니다. 그 다음으로는 '변호사시험 합격률'에 관해 말씀드리고 싶습니다. 현재 변호사시험 합격률이 50%정도까지 떨어졌습니다만, 70%까지는 확보되어야 학생들이 선택과목을 들을 수 있는 여유가 생기지 않을까 생각합니다.

마지막으로 말씀드리고 싶은 것은 '교양과목의 적극적 개발'에 대한 내용입니다. 기본과목 교수님들께서는 어떻게 가르칠 것인가를 중요하게 여기시지만, 선택과목을 맡고 있는 저희 교수들은 어떻게 해야 가르칠 수 있는 기회를 얻을 것인가를 중요하게 생각하고 있습니다. 지방의 한 국립대학의 선택과목 교수님들께서는 한 학기에 두 과목을 강의하시는데 학생 4명을 가르쳤다고 합니다. 한 과목당 수강생이 2명씩인 셈입니다. 선택과목을 가르치는 일부 교수님들께서는 강의시수를 채울 수 있을 것인가에 대한 고민이 있다고 합니다. 이러한 문제의 대안으로서, 학부에 교양과목을 개발해서 시수라도 좀 마련하면 어떨까라는 생각이 듭니다. 저희 연세대학교에서는 교양과목을 만들고 나서 1학기에 300명이, 2학기에 240명의 학생들이 수강하

고 있습니다. 사실 선택과목 교수님들에게는 생존권의 문제입니다. 큰 대학들이야 좀 낫겠지만 지방의 대학들은 더 할 것입니다. 그래서 이것을 제도적으로 아예 시험을 폐지하고, 학점을 이수하는 것으로 한다면 그나마 좀 나아지지 않을까라는 말씀을 드리면서 발표를 마치겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 강병근 교수님 ▶ 네, 박덕영 교수님 감사합니다. 일반적으로 통용되는 것들과 국제법의 특별한 사항들을 잘 말씀해 주셨습니다. 다음으로 조영선 교수님께서 지적재산권법 분야를 포함해서 선택과목에 대해 말씀을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/고려대 조영선 교수님 ▶ 네, 고려대학교에서 지적재산권법을 가르치는 조영선 교수입니다. 각론에 있어서는 조금 견해를 달리하는 부분도 있고 해서, 몇 가지 말씀을 드려볼까 하는데요. 우선 지금의 변호사시험에서 선택과목은 본래의 도입취지와는 달리 수험생들의 과목 선택이 합격에 유리한 방향으로 편중되고, 그것이 법전원에서 전문적인 과목 교육의 왜곡 및 고사(枯死)로 이어지고 있다는 것은 너무나 잘 알려진 사실입니다. 그래서 그것에 대한 제도적인 보완책 내지 대응책으로서 적어도 현재까지 가장 유력하게 제기되고 있는 것은 시험에서 '선택과목을 폐지'하고, 각 법전원에서의 '학점이수제'나 그것에 상응하는 다른 제도로 대응하자는 것입니다. 선택과목을 폐지하고 학점이수제를 도입하는 것에 대해서 크게 두 가지 구체적인 모델이 있습니다. 하나는 '최저등급제'입니다. 각 법전원에서 일정 학점 이상을 수강하고, 최저등급(C) 이상 획득한 학생에 한해서 변호사시험에 대한 응시자격을 부여하는 것입니다. 이를 P/F로 운영할 경우에는 P를 받은 학생에 한해 응시 자격을 주게 되는 것입니다. 다른 하나는 '변시 성적 산입제'입니다. 최저등급 이하의 학점을 받은 학생 혹은 P/F를 통과하지 못한 학생에게는 일률적으로 변호사시험에 대한 응시자격을 박탈하는 대신, 학생이 받은 성적을 그대로 시험에 반영하여 총점에 합하는 방식입니다.

하지만 이러한 대안에 대해서 법무부 등 주관 기관에서는 우려하는 것

같습니다. 그 이유로는 학교에서의 학점 부여에 대해 객관성을 담보할 수 없다는 것이죠. 사실 그러한 의견에는 설득력이 있어 보입니다. 각 법전원마다 학생들의 변호사시험 합격률이 지상 최대의 관심사인 마당에, 선택과목 교수에게 학생이 만족할 만한 성적을 못 냈다고 해서 변호사시험 응시자격 자체를 박탈하게 하는 학점을 주는 것을 기대하기란 분명 어려운 점이 있을 것 같습니다. 또한 재시 내지 삼시를 보는 학생들과 재학생들과의 차이는 어떻게 할 것인지에 대한 문제가 있어서, 아마도 당국에서는 이런 것들을 부정적으로 보는 것 같습니다. 이에 대해 저는 나름대로 일리가 있다고 봅니다. 제 소견을 말씀드리면, 우선 지금처럼 시험 자체는 유지를 하는 것이 맞지 않나 싶고, 과목 수는 늘려야 합니다. 지금의 7개 과목을 선정하고, 나머지 과목으로 예컨대 금융법·군사법·의료법 등 사회적 수요에 따라 여러 전문분야에 대한 교육도 필요하다고 생각합니다. 필요로 하는 과목이지만 그것이 시험에서 배제되는 것에 대해서는 사실 합리적인 이유가 없는 것으로 보이거든요. 선택과목은 넓혀주고, 대신 지금까지 문제되고 있는 시험의 왜곡에 대해 다른 각도에서 접근하는 것이 맞지 않나 생각합니다. 제 생각에는 교수님들께서 말씀하신 것처럼, 학생들이 특정과목으로 많이 몰려서 시험을 보고 다른 과목을 기피하는 이유의 가장 근본적인 핵심은 공부량과 예측 가능성이라고 보거든요. 제가 지금 연구하고 있는 지적재산권법만 보더라도, 여기 과목에 해당되는 법이 6개로 구성되어 있습니다. 어느 것 하나라도 지금 양으로 보면 결코 만만한 과목이 아니거든요. 이런 과목을 다 공부해서 볼 이유가 없죠. 조세법도 마찬가지고요. 기본적으로 공부량이 너무 많습니다. 그래서 그런 각도에서 보면, 차라리 어느 계기에 전체적으로 출제의 범위나 출제를 담당하는 교수님들이 판을 다시 짜보는 것이 어떨까 싶습니다. 지적재산권법의 경우를 말씀드리면, 지금까지 특허와 저작권 이외에는 다른 곳에서 한 번도 출제된 적이 없습니다. 상표나 디자인 등에 관한 문제가 안 나왔어요. 그러나 현실적으로는 그게 학생들에게 언제든 출제될 수 있다는 부담감으로 남게 되는 것이고, 결국에는 이러한 현실로 이어지는 것이죠. 아마 모르긴 해도 다른 과목의 경우에도 크게 다르지는 않을 것이라고 생각합니다. 그래서 출제되는 과목과 그렇지 않은 과목을 정해주고, 그

중에서도 과목 간 편차를 줄일 수 있도록 아예 그 과목에서도 어느 범위를 출제할지를 사전에 공고(公告)하는 것이 어떨까 생각합니다. 조금 더 급진적인 생각일 수도 있지만 – 물론 선택과목에 한해서 드리는 말씀입니다 –, 문제풀을 다수 만들어 공개하고 그 안에서 그대로 혹은 다소간 변형하여 출제하는 것입니다. 학생들에게 필수적인 개념에 해당하는 범주, 예컨대 50개 정도의 문제만 알고 있으면 선택과목 시험을 볼 수 있다는 인식을 심어주는 것이 좋을 것 같습니다. 그것을 어느 과목에 한정하지 말고, 전체적으로 하나의 프레임을 짜서 편차 조정을 해 주어야 학생들에게도 더 좋지 않을까 생각하는데요.

사실 학생들에게도 피해자의 측면이 있는 것이 강의실에는 많이 들어올 수 없고, 수강신청은 못하지만 수업을 듣고 싶어 하는 학생들이 많습니다. 학생들이 강의를 듣기 싫어서 듣지 않는 것이 아니고, 엄밀히 말하면 못 듣는 것입니다. 지금의 제도에 따른 현상이라고 생각합니다. 그것을 고쳐줄 수 있는 사람들이 고쳐주고, 강의실로 끌어들일 수 있는 방법을 한 번 연구해 보는 것이 맞지 않나 하는 생각이 듭니다. 또한 전체적으로 선택과목을 객관식의 형태로 출제하는 것도 하나의 방법이 아닐까 생각합니다. 제가 추가적으로 말씀드리고 싶은 것은 선택과목의 이수를 응시자격으로 여기라는 것에 대해서는 절대 반대합니다. 그 대신 학생들이 변호사시험에서 선택한 과목의 관련 강의를 실제로 수강한 경우에는 변호사시험 성적에 일정한 가점을 부여하는 방식을 고려할 수 있을 것입니다. 이러한 방안은 학생의 실제 수업과 시험에서의 선택을 연계시킬 수 있고, 장기적으로는 변협과의 협의를 통해 변호사 전문분야를 인증 받을 수 있는 것과 학생이 실제로 로스쿨에서 이수한 과목과 응시한 시험에서 몇 점 이상의 점수를 받았다는 것을 하나의 스펙으로 끌고 갈 수 있는 제도적인 장치가 될 수 있을 것입니다. 지금 이 시점에서 그러한 것들에 대해 고민해야 되지 않나 생각합니다. 그리고 한 가지 더 말씀드리자면 문제가 너무 어렵습니다. 저도 이 토론을 맡고 나서 기출문제를 전체적으로 살펴보니 문제가 필요 이상으로 어렵더라고요. 한정된 시간 내에 학생들에게 요구할 만한 양이 아닌 것 같습니다. '도대체 누구를 위한 문제인가?' 하는 생각이 들기도 했습니다. 이 정도에서 발표를

마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

◀ 좌 장/고려대 강병근 교수님 ▶ 네, 감사합니다, 여러 가지 좋은 제안을 해 주셨습니다. 다음으로 심재한 교수님께서 경제법 분야를 포함해서 선택법에 대해 토론을 해 주시겠습니다.

◀ 토 론/영남대 심재한 교수님 ▶ 안녕하세요, 영남대학교의 심재한 교수입니다. 선택과목 분야와 관련해서 가장 큰 현재의 논점은 '왜 국제거래법에만 학생들이 몰리는가?'인 것 같습니다. 저도 이러한 현상에 대해 학생들에게 물어보았는데 그 이유를 딱 한마디로 설명하더라고요. 그 말인즉 국제거래법은 100페이지 정도의 요약서 한 개만 보면 된다는 말을 들었습니다. 우선 공부해야 할 범위가 적기 때문에 학생들이 시도하기가 쉽고, 아울러 학생들은 선택 비율이 낮은 과목은 상대적으로 불리해질 것이라는 생각을 가지고 있는데요. 수강신청이나 시험을 많이 신청한 과목을 선택하게 되면, 그래도 자신이 중간 이상은 하지 않을까라는 생각을 학생들은 하고 있었습니다. 또 앞서 교수님께서 말씀하신 것처럼 국제거래법에 몰리는 이유 중에 하나는 지적재산권법의 경우 변리사라는, 세법의 경우 세무사라는 기존의 강력한 경쟁자가 존재하는 영향인 것 같습니다. 그렇다면 '왜 경제법에 대해서는 두려움을 가지고 있는가?'라는 질문을 던졌을 때, 제가 듣기로는 경제법의 경우에는 지방의 로스쿨에 다니는 학생들이 이 과목을 어렵게 느끼고 있고, 로펌에서의 수요가 많기 때문에 상위권 로스쿨에 있는 학생들이 많이 선택할 것 같아서 자신들은 경쟁에서 치일 것이라 생각되어 선택이 꺼려지는 것 같다고 합니다. 이를 통해 알 수 있는 것은 학생들이 엄청나게 고민하고 세세한 것까지 고려하여 선택과목을 정한다는 것입니다. 나중에 실무에 나가서 선택과목에서 공부한 것들을 사용하는 것과는 아무 상관이 없고요. 주로 '과연 시험에 얼마나 유리할 것인가, 아니면 불리할 것인가'라는 측면에서 생각을 하는 것 같습니다.

지금 국제거래법이 대세인데, 예전 사법시험 때에는 국제거래법이 제일 꼴찌였던 것으로 기억합니다. 그 당시에 정확한 기억인지는 모르겠지만, 수

험생 9명 정도가 응시한 것으로 알고 있습니다. 그래서 국제거래법 교수님들께서 심혈을 기울여 과목의 시험범위를 확 줄였는데, 그 결과 지금은 100페이지만 공부하면 되는 시험이 되었습니다. 그렇다면 지금 시험과 관련된 단적인 측면에서, 교수님들께 국제거래법의 출제범위를 늘리라고 말씀드린다면 그것은 불가능할 것이란 생각이 듭니다. 아까 조영선 교수님께서 말씀을 하셨지만 다른 과목의 범위를 합리적으로 조정하는 방법, 예를 들면 경제법은 크게 공정거래법과 소비자법 분야가 있는데, 이러한 분야들을 나누게 되면 범위가 적어질 것이고 학생들의 부담이 덜어질 것입니다. 혹은 특허법이나 저작권법을 나누는 방법, 금융법 및 의료법 등 다른 특수한 분야들을 합리적으로 개편하는 방안이 있습니다. 바로 이러한 것들이 논의가 필요한 내용이 아닐까 하는 생각이 듭니다. 그 다음에 시험을 볼 것인지 아니면 학점이수제로 할 것인지에 대한 제 생각을 말씀드리면, 학점이수제를 하게 된다면 선택과목은 교양과목의 위치가 되지 않을까 생각합니다. 저 개인적으로는 선택법인 경제법 이외에도 상법강의를 제가 재직하고 있는 로스쿨에서 진행하고 있습니다. 그런데 지금도 선택법 수업 대신에 기본법 과목이라 할 수 있는 상법과목의 강의를 더 늘려 달라는 요청을 받고 있습니다만, 학점이수제가 시행된다면 아마도 저는 오로지 상법만 가르쳐야 되는 상황이 올지도 모른다는 생각이 듭니다. 학점이수라는 부분은 거의 형식에 불과한 것이고, 결국에는 변호사시험이라는 관문이 남아있기 때문에 선택과목에 대한 관심은 현저히 줄어들지 않을까라는 생각을 합니다.

만약에 선택과목에 대한 변호사시험을 지금처럼 그대로 두게 된다면, 수업도 듣지 않고 변호사시험을 치르는 상황을 개선시킬 수 있는 묘안이 없을까에 대해 생각을 해 보았는데요. 두 과목 내지 세 과목 정도의 수업을 로스쿨에서 수강한 학생을 전제로 해서 선택과목 변호사시험을 치르게 하는 방법이 있습니다. 예를 들면 제가 독일에서 공부를 했는데, 그곳에서는 학점과는 큰 상관없이 일정한 이수학점을 쌓아야 하는 제도가 있습니다. 제 개인적으로는 학생들이 성적을 C0 이상 받은 이수증 2개 내지 3개 정도를 제출하도록 하여, 최소한 학교에서 수업을 들었다는 것이 증명되어야지만 시험을 치를 수 있게 하는 방안을 마련하는 것이 차라리 낫지 않을까라는 생

각을 합니다. 이상입니다.

◀ 좌 장/고려대 강병근 교수님 ▶ 네, 감사합니다. 여러 가지 제안들이 있었는데요. 선택과목을 시험으로 할 것인지 아니면 이수제로 할 것인지에 대해 많은 논의들이 있는 것 같습니다. 이러한 사안에 대해 저는 영국의 '사무 변호사(Solicitor)'를 예로 들어 말씀드리고 싶습니다. 잉글랜드와 웨일스 지역에 약 5천만 명 정도의 인구가 있는데, 10년 전에는 그 인구 중에서 10만 명 정도가 사무 변호사(Solicitor)를, 약 1만 명 정도는 법정 변호사(Barrister)를 했습니다. 그런데 시간이 지나고 나서 보니, 사무 변호사(Solicitor)는 18만 명 정도, 법정 변호사(Barrister)가 약 2만 명 정도였습니다. 물론 거기에서 몇 천 명씩은 등록만 되어 있고, 실제로 하지 않는 경우도 있을 수 있습니다. 그렇다 하더라도 10년 사이에 약 10만 명이 증가한 것입니다. 물론 정확하게는 8만 5천에서 9만 명 정도가 증가한 것인데, 거기에서는 선택과목의 경우 별도로 시험을 치르지 않았습니다. 그리고 특이한 점은 2021년인가 그 때부터는 60문항으로 해서 3개로 하는 180문항의 5지선다형 시험을 보고요. 그 다음에 아까 이야기가 나왔던 기록형 관련 의견을 참고해서 말씀드리면, 실제 변호사 사무실에서 쓰는 기록을 활용하는 형식의 기록형 시험과 우리나라의 사례형과 비슷한 것으로 시험을 보는 것 같습니다. 어쨌든 우리나라와 조금 다르기는 합니다. 지금 시간이 부족해서, 이에 대해서는 발표자 박덕영 교수님께서 1분 내로 정리를 해 주시면 감사하겠습니다.

◀ 발 표/연세대 박덕영 교수님 ▶ 네, 저도 시험을 폐지하는 것에 대해서 깊게 생각을 한 것은 아닙니다. 다만 이번에 발표 준비를 하면서 관련된 자료들을 찾아봤더니, 시험을 폐지하고 학점이수제로 하자는 논의가 있어서 소개를 해 드렸습니다. 저도 일정한 정도로 학점을 듣게 하는 것이 어떠한가에 대해서 생각을 하였습니다. 이것은 학교마다 이해관계가 충분히 달라질 수 있으니까 의견 조율을 해 보아야 할 것 같습니다. 아울러 그렇게 시행된다면 한 과목을 9학점으로 듣게 할 것인지, 아니면 여러 과목을 통해

9학점으로 듣게 할 것인지는 학교마다 사정이 다르기 때문에 일단 학점 수를 정해놓고, 학교 측 차원에서 자율적으로 시행될 수 있도록 하면 되지 않을까 싶습니다. 그리고 조영선 교수님께서 말씀하신 선택과목의 수를 더 늘리는 것은 너무 이상적인 것이 아닌가, 과연 법무부가 이것을 받아들일까라는 생각이 듭니다.

시험을 유지하는 경우에 범위를 조정하자는 의견에는 전적으로 동의합니다. 지금까지 변호사시험이 8회에 걸쳐 시행되었고, 로스쿨이 10년 정도 되었으니까 한 번쯤은 시험범위에 대한 조정이 반드시 필요하다고 생각합니다. 왜냐하면 국제법이 국제경제법을 포함하고 있어서 그 범위가 엄청나게 넓기 때문입니다. 저의 조약집만 해도 1,000페이지가 넘습니다. 시험 때 사용되는 조약집에 대해서도 말씀드리면, 거기에도 국제법 관련 법령이 제일 많습니다. 분량을 좀 줄이자고 해도, 법무부에서는 한 번 정해놓았기 때문에 그렇게 하기가 힘들다고 합니다. 그래서 이를 계속 유지하게 된다면, 예컨대 지적재산권법의 경우에는 특허법과 저작권법으로 한다든지 해서 어느 정도 국제거래법과 균형을 맞출 수 있도록 범위를 조정하는 것이 어떨까라는 생각을 해 보았습니다.

◀ 좌 장/고려대 강병근 교수님 ▶ 네, 잘 들었습니다. 만약에 법학 교육계에 정의가 있다고 한다면, 저희 선택과목 분야를 필수법 분야에서 좀 포용해 주시면 보다 정의로운 법학 교육계가 되지 않을까라는 생각을 해 보았습니다. 이것으로 마치겠습니다. 감사합니다.

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 법학연구원에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(한글에서 F7 키를 누름)

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

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

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

4. 목차의 순서

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

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
  또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

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

高麗法學 제96호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제96호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 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.

※ 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

(1) 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.korea.ac.kr

(2) 고려법학 논문투고 이메일 : lab004@korea.ac.kr

※ 고려법학 제95호(2019.12)부터 온라인논문투고시스템과 기존 이메일 투고방식을 병행하여 진행하고 있습니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.

※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

高麗法學 제97호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제97호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외

2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

※ 한국연구재단 등재지로서 기일을 준수함은 물론 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.

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

※ 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

(1) 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.korea.ac.kr

(2) 고려법학 논문투고 이메일 : lab004@korea.ac.kr

※ 고려법학 제95호(2019.12)부터 온라인논문투고시스템과 기존 이메일 투고방식을 병행하여 진행하고 있습니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.

※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

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 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

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

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

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

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

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

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

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

제 2 절 연구부정행위

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

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

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

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

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

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

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

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

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 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 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용

5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.
② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① "텍스트의 재활용"이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규정' 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장 : 하명호(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원 : 김경욱(고려대학교 법학전문대학원 교수)
이희정(고려대학교 법학전문대학원 교수)
차진아(고려대학교 법학전문대학원 교수)
김서기(상명대학교 공공인재학과 교수)
박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)
윤은경(제주대학교 법학전문대학원 교수)
윤남순(충북대학교 법학전문대학원 교수)
김성은(강원대학교 법학전문대학원 교수)
최봉석(동국대학교 법학과 교수)
이병준(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.
문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr
TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제95호)

2019年 12月 20日 印刷
2019年 12月 30日 發行

發行人 池 元 林
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.
ISSN 1598-1584