

高麗法學

제 100 호
2021. 3.

高麗大學校 法學研究院

간행사

高麗法學이 드디어 제100호를 발간하게 되었습니다. **高麗法學**은 사립 법학교육기관으로 처음으로 설립된 고려대학교 법과대학의 학술지로 창간된 이래 현재에 이르고 있습니다. 이렇게 유서 깊은 **高麗法學**은 지난 호에서 전한 것처럼 한국연구재단이 시행한 학술지 평가에서 등재지로 당당히 선정되었습니다. **高麗法學**은 지금까지 그랬던 것처럼 앞으로도 한국의 법학연구를 선도하는 학술지로서의 위상을 지킬 것입니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에는 공법 및 사법의 각 분야에서 연구논문 5편과 판례연구 2편이 게재되어 있습니다. 귀중한 논문을 투고해주신 집필자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 또한 투고된 논문에 대하여 공정하고 객관적인 심사를 해주신 교내의 심사위원 여러분들께도 감사의 말씀을 올립니다. 그리고 심사와 편집과정에 함께 참여해 주신 편집위원님들과 특히 학술지 평가를 위하여 애써주신 김배정 조교에게도 고마운 마음을 전합니다.

감사합니다.

2021년 3월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

■ 연구논문

통일헌법의 전제조건에 관한 연구.....	장영수 / 1
사회보장과 조세 - 공공부조와 사회보험을 중심으로 -.....	차진아 / 41
2020년 개정 상법상의 다중대표소송 - 해석론과 문제점 -.....	김정호 / 91
규범 간 충돌에 대한 형법적 고찰 - 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결 -	이종수 / 145
상표상품의 품질과 상표권의 소진.....	신창환 / 185

■ 판례연구

동산양도담보권 설정자의 담보물 관리의무와 배임죄에서의 타인의 사무 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 판결에 관한 비판적 검토 -.....	강수진 / 225
성범죄 피해 아동의 진술조서에 대한 증거능력 및 증명력.....	송승현 / 267

통일헌법의 전제조건에 관한 연구

장 영 수*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--------------------------------|-------------------------------------|
| I. 서: 통일에 대한 헌법적 연구의 의의와 중요성 | 3. 인권보장의 확대, 강화를 위한 통일헌법 |
| II. 통일의 유형과 통일헌법의 방향 | V. 통일헌법의 기준으로서의 민주적 법치국가 |
| 1. 통일의 개념과 유형 | 1. 헌법 제4조와 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일’ |
| 2. 통일국가의 지향점과 통일헌법의 방향 | 2. 통일헌법의 기본원리로서의 민주주의 |
| 3. 통일협상과 통일헌법제정의 의미 | 3. 통일헌법의 기본원리로서의 법치주의 |
| III. 통일헌법의 전제로서의 국민의 통일에 대한 의지 | VI. 통일헌법의 전제로서의 국제적 협력 |
| 1. 통일이 국가와 개인에 미치는 영향 | 1. 통일과 국제관계의 상호연관성 |
| 2. 통일에 관한 헌법 및 법률들의 규정 | 2. 통일의 주체로서의 남한과 북한 |
| 3. 역사의 주체, 통일의 주체로서의 국민! | 3. 통일의 조력자로서의 주변국가 및 국제기구 |
| IV. 통일헌법의 가치적 기초로서의 인권 | VII. 맺음: 통일의 역사적 의미와 우리의 과제 |
| 1. 인류의 보편가치로서의 인권 | |
| 2. 통일은 자기목적이 아니다 | |

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 통일헌법에 대한 연구의 의의와 중요성

우리 민족에게 통일이 갖는 의미는 매우 특별하다. 역사적으로 고려시대 이후로는 우리 민족이 한반도 내에서 하나의 통일국가를 계속 유지하다가 1910년 일제의 식민지로 전락하였고, 1945년 해방을 맞으면서 외세에 의해 분단을 겪게 되었다. 그로 인하여 통일은 독립의 완성으로 여겨졌으며, 통일에 대한 민족적 열망은 남한과 북한을 막론하고 매우 높다.

비록 분단 이후 70여년이 지나면서 통일에 대한 의지가 희석된 점이 없지 않지만, 여전히 통일은 우리의 가장 중요한 과제의 하나이며, 현행헌법도 전문(前文)에서 ‘평화적 통일의 사명’을 강조하고, 제4조에서 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책의 수립하고 추진할 의무를 규정하는 등 통일의 중요성을 명시하고 있다.¹⁾ 또한 통일에 관한 연구도 1990년 동서독의 통일에 많은 자극을 받아서 지난 30여년 동안 매우 활발해졌으며, 다양한 연구성과들이 축적되어 있다.

통일에 대한 연구는 통일의 진행과정과 관련하여 크게 세 가지로 분류될 수 있다. 첫째, 통일의 준비에 관한 연구가 있고,²⁾ 둘째, 통일 협상과정에 관한 연구가 있다.³⁾ 그리고 셋째, 통일 이후의 실질적 통합에 관한 연구가

1) 그밖에 헌법 제66조 제3항에서 평화적 통일을 대통령의 의무로 규정하고 있으며, 헌법 제69조에서는 이를 대통령의 취임선서에서 밝히도록 규정하고 있다. 헌법 제72조에서는 통일 등 국가안위에 관한 중요정책을 대통령이 국민투표에 붙일 수 있도록 하고 있으며, 헌법 제97조에서는 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문기구로서 민주평화통일자문회의를 둘 수 있도록 하고 있다.

2) 이는 현재의 상태에서 통일을 촉진하기 위해, 또는 통일이 된 이후를 대비하여 어떤 법적, 제도적 또는 사회적 준비가 필요한지를 연구하는 것이다. 예컨대 평화적 통일을 위해 남북한의 교류·협력을 어떻게 발전시켜야 할 것인지, 통일 비용의 부담을 최소화하기 위해 어떤 준비가 필요할 것인지 등에 관한 연구가 이에 해당된다. 그밖에 남북한의 신뢰구축 및 교류·협력 등에 관한 연구 등이 이에 해당하며, 지금까지 수행된 통일관련 연구들 중에서 양적으로 가장 큰 비중을 차지하고 있는 것이 이 분야라고 할 수 있다.

3) 무력에 의한 강압적 통일이 아닌 평화적 통일을 위해서는 남북한의 통일에 대한 합의가 전제되어야 하며, 이를 위해서는 동서독 통일의 경우처럼 통일 조약의 체결을 위한 협상과정이 필요할 것이다. 과연 통일 협상에서는 어떤 쟁점들이 부각될 것인지, 또 각각의 쟁점들을 어떻게 해결할 것인지에 관한 연구가 이에 해당된다. 그러나 이에

있다.⁴⁾ 이처럼 통일에 관한 연구들은 그 연구의 대상범위가 매우 광범위하고 다양할 뿐만 아니라, 통일을 바라보는 시각에 따라 강조점 또한 다르며 연구결과의 차이도 적지 않다. 그로 인하여 수많은 연구성과들 중에서는 서로 충돌하는 경우도 드물지 않다는 점은 주지의 사실이다.⁵⁾ 물론 민주적 다양성의 측면에서 볼 때 다양한 견해들이 제시되는 것은 당연하다고 할 수 있지만, 과도한 혼란은 통일의 준비라는 측면에서 결코 바람직하지 않다.

이와 관련하여 아무리 강조해도 지나치지 않을 정도로 중요한 것이 통일의 기본적 성격과 방향에 대한 국민적 합의를 확인하고 또 발전시키는 것이라고 할 수 있다. 이를 전제로 국민적 합의에 기초한 통일정책이 수립·추진될 수 있을 뿐만 아니라, 통일에 관한 여러 준비과정도 중복이나 충돌의 문제를 최소화할 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 통일의 기본적 성격과 방향에 관한 국민적 합의를 규정하고 있는 것이 현행헌법 제4조의 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일’이다. 그리고 이를 통일 이후에 어떻게 구체화할 것인지의 문제는 결국 통일헌법을 어떤 절차와 방식을 통해, 어떤 내용을 담아서 제정할 것인가의 문

관한 연구는 상대적으로 많지 않다. 과연 어떤 시점에, 어떤 국내외적 상황 하에서 통일협상이 이루어질 것인지를 예측하기 어렵기 때문에 통일협상의 변수들이 확정되지 못하는 상황에서 이에 대한 구체적인 연구를 진행하기 어려운 것이다.

- 4) 독일의 경우 1990년에 통일 조약을 통해 형식적으로 통일이 되었지만, 수많은 정치적 쟁점들은 통일 이후에도 계속 논의되었으며, 사회적·경제적 통합을 위한 노력도 오랜 기간 계속되었다. 우리의 경우에도 통일 이후의 실질적 통합을 위한 노력은 매우 중요한 과제가 될 것이며, 이에 관한 연구들도 많이 필요한 것이다. 통일 이후의 실질적 통합에 관한 연구는 1990년 이전에는 거의 없었으나, 독일 통일의 영향으로 1990년 이후에 많이 수행되었다. 통일헌법의 구체적 내용에 관한 연구도 이에 속한다고 볼 수 있다.
- 5) 예컨대 한편에서는 통일비용의 최소화를 위해 연구하는데, 다른 한편에서는 재원의 문제를 고려하지 않고 통일 이후 북한지역에 대한 막대한 투자를 전제로 하는 연구를 하는 것이 그러하고, 한편에서는 북한지역의 개발에 대한 연구를 하고, 다른 한편에서는 북한의 환경보호에 관한 연구를 하는 가운데 그 내용이 충돌하는 경우도 발생할 수 있다. 하지만 이러한 연구는 상황에 따라 다양한 조정 가능성이 존재하는 것이기 때문에 나름의 의미를 갖는 것으로 평가될 수 있다. 충돌이 가장 문제되는 것은 규범적으로 양립할 수 없는 연구들이다. 예컨대 한편에서는 북한의 자유민주적 기본질서에 입각한 통일방안을 구체화하고 있는데, 다른 한편에서는 남한의 자유민주주의와 북한의 인민민주주의를 절충하는 통일방안을 제시한다면 양자는 결코 양립할 수 없게 된다.

4 통일헌법의 전제조건에 관한 연구

제로 나타나게 된다.⁶⁾ 따라서 현재 국내질서에 관한 문제들이 현행헌법을 기준으로 체계적 일관성을 가지고 해결될 수 있는 것처럼 통일에 관한 수많은 쟁점들도 통일헌법을 기준점으로 하여 해결되어야 하는 것이다.⁷⁾

특히 통일헌법이라는 방대한 주제를 체계적으로 정리하기 위해 가장 먼저 고려되어야 할 점은 이러한 통일헌법의 기본적 의미와 방향, 그리고 그 전제조건에 관한 것이라고 할 수 있을 것이다.

II. 통일의 유형과 통일헌법의 방향

1. 통일의 개념과 유형

통일은 다의적 개념이지만,⁸⁾ 가장 일반적으로 사용되는 통일의 개념은 “나누어진 것들을 합쳐서 하나의 조직·체계 아래로 모이게 함”이며, 남북한의 통일에 있어서도 이런 의미로 이해될 수 있다. 이를 보다 정확하게 이해하기 위해서는 통일 이전에 나누어져 있는 상태에 대한 분석이 필요하다.

6) 우리의 현재 상황을 고려할 때, 통일 이후에는 통일헌법을 새로 제정하는 것이 더 바람직한 것으로 보인다. 그러나 독일의 경우처럼 통일 이후에 새로운 헌법을 제정하지 않고 기존의 헌법을 개정하여 그 효력을 북한지역에 미치도록 할 경우에도 이러한 통일(개정)헌법의 의의와 중요성은 달라지지 않는다.

7) 따라서 통일헌법의 문제는 단순히 통일에 관한 여러 쟁점들 중의 하나로서가 아닌, 이러한 쟁점들이 해결되기 위해서 전제되어야 할 가장 중요한 기초로 이해되어야 한다. 즉, 통일헌법의 성격과 내용이 어떻게 정해지느냐에 따라서 통일에 관한 다른 쟁점들의 해결방향 자체가 달라질 수 있기 때문에, 다른 쟁점들에 우선하여 통일헌법의 기본적 방향과 내용이 결정되어야 할 필요가 있는 것이다. 그런 의미에서 통일헌법에 대한 논의는 이를 전제로 해서만 해결될 수 있는 다른 쟁점들에 우선하여야 한다. 통일헌법의 내용은 통일 이후의 정부형태를 비롯한 정치체제, 경제구조 등에 직접 영향을 미칠 수밖에 없으며, 따라서 통일헌법의 주요 내용에 대한 것이 통일협상에서 우선적으로 결정될 필요가 있기 때문이다.

8) 국립국어원의 표준국어대사전에 따르면 통일의 개념은 1. 나누어진 것들을 합쳐서 하나의 조직·체계 아래로 모이게 함. 2. 여러 요소를 서로 같거나 일치되게 맞춤. 3. (주로 ‘정신’과 함께 쓰여) 여러 가지 잡념을 버리고 마음을 한곳으로 모음. 4. 철학 다양한 부분을 제시하면서 하나로도 파악되는 관계. 종합과 전체라는 개념이 뒤따른다는 네 가지로 정의되고 있다.

남북한의 통일은 원래 하나였던 국가가 분단되어 있음을 전제로 이를 다시금 하나로 만든다는 의미를 담고 있는 것이다. 즉, 남북한의 통일은 분단국가의 통일이라는 특수한 형태의 통일임을 명확히 할 필요가 있다.⁹⁾ 즉, 분단국가의 특수성과 그 통일이 갖는 특별한 의미를 통해서만 남북한의 통일에 대해서도 정확한 이해가 가능하게 되는 것이다.

분단국가란 본래는 하나의 국가였으나 여러 가지 사정에 의해 단일의 국가로 존속하지 못하고, 여러 지역으로 나뉘어서 각기 다른 통치체제를 갖추고 있는 국가를 말한다. 현재는 남한과 북한이 대표적인 분단국가라고 할 수 있지만, 과거 동독과 서독, 남예멘과 북예멘, 남베트남(월남)과 북베트남(월맹)도 분단을 겪다가 재통일된 국가들이다.¹⁰⁾

그러므로 통일의 전제로서의 분단국가는 자발적이고 확정적인 분리·독립이 아닌, 비자발적이고 잠정적인 분단의 상태에 있는 국가로 이해될 수 있다. 즉, 분단국가의 통일은 이러한 특수한 상태에 있는 국가가 다시금 하나의 국가로 재결합하는 것을 의미하는 것이다.

이와 같이 분단국가의 개념을 정의할 때, 분단국의 성격 및 그에 따른 통일의 유형은 다시금 여러 가지로 나뉜다. 비자발적이고 잠정적인 분단이라 하더라도 분단의 배경이 다르고, 분단 이후의 대립의 방식 내지 정도에 차이가 있고, 분단의 기간에도 적지 않은 차이가 있을 수밖에 없는 것이다.

그 중에서 통일과 관련하여 가장 중요한 요소는 분단 이후의 적대적 대립의 정도라고 할 수 있다. 적대적 대립이 전혀 없는 상태라면 통일의 장애가 - 적어도 대내적으로는- 없다고 할 수 있을 것이지만, 적대적 대립의 정도가 심각할 경우에는 통일의 가능성 자체가 매우 낮아지거나, 무력에 의한 통일만이 실현가능성이 있게 되는 극단적 상황에 처하게 될 것이기 때문이다.

9) 독일에서 동서독의 통일을 항상 재통일(Wiedervereinigung)이라고 표현함으로써 원래 하나였던 국가가 일시적으로 분단되었지만, 이를 다시금 하나의 국가로 회복한다는 점을 강조하였던 것은 이런 맥락에서 매우 의미심장하다.

10) 반면에 제2차 세계대전 이후 종교적 갈등으로 인하여 인도에서 파키스탄과 방글라데시, 스리랑카가 분리·독립한 것은 분단국가라고 말하기 어렵다. 민족과 언어, 종교 등의 대립·갈등으로 인하여 한 국가의 일부 지역이 자발적으로 분리·독립한 것을 분단국가로 보아 다시금 통일을 이루어야 한다고 보기는 어렵기 때문이다.

예컨대 베트남의 경우 프랑스의 식민지였다가 1945년 제2차 세계대전의 종전과 더불어 프랑스의 식민지에서 독립하는 과정에서 공산주의 정권을 수립하였던 북베트남과 프랑스와 미국의 지원을 받았던 남베트남의 대립이 시작되었다. 남베트남과 북베트남의 대립은 장기적인 전쟁으로 이어졌으며, 1975년 북베트남이 남베트남의 수도인 사이공을 함락시킴으로써 결국 무력에 의한 통일을 이루게 되었다.¹¹⁾

반면에 독일의 경우 제2차 세계대전의 전범국가로서 전승국들에 의해 분할·점령되는 과정을 거쳐 동·서독으로 분단되었고, 냉전의 최전선에서 오랜 기간 적대적 대립을 경험했지만, 전쟁과 같은 극단적인 형태로는 진전되지 않았다. 특히 1970년대 빌리 브란트의 동방정책(Ostpolitik)이 동서독의 화해 및 교류·협력의 촉진으로 이어지면서 긴장의 완화에 큰 기여를 하였다. 이후 동·서독의 관계는 매우 미묘한 상태로 전개되었으며, 1989년 동독의 시민혁명을 통해 동독 정부가 붕괴된 이후 동독에 구성된 민주적인 정부와 서독정부의 통일협상을 통해 1990년 평화적인 통일을 달성하였다.¹²⁾

또 하나의 분단국가였던 예멘의 경우, 오스만 제국으로부터 독립한 북예멘과 영국으로부터 독립하여 사회주의 국가를 건설하였던 남예멘이 동서 냉전의 영향 하에서 적대적 대립을 계속하다가 1990년 냉전이 종식되는 상황에서 평화적 통일을 이루었다.¹³⁾ 그러나 통일 직후 권력분배에 관한 갈등이 촉발되면서 내전이 발발하였으며, 북예멘의 군대가 남예멘의 수도 아덴을 점령하는 것으로 종식되었다. 하지만 내부적 갈등이 종식되지 않아 최근에도 예멘의 남부지역에서는 분립·독립을 요구하는 대규모 시위가 발생하는 등 재차 분단될 위기가 재연되고 있다.

이처럼 분단국가들 간에는 분단의 원인 및 분단을 통한 적대적 대립의 정도에도 적지 않은 차이가 있을 뿐만 아니라, 그것이 통일의 과정 내지 방

11) 베트남의 통일에 관하여는 김도태, 『베트남 통합사례 연구』, 민족통일연구원 연구총서 1993-14, 1993 참조.

12) 독일의 통일에 관하여는 통일부, 『독일의 통일·통합 정책 연구』, 1~3권, 2011 참조.

13) 예멘의 통일에 관하여는 유지호, 『예멘의 남북통일 : 평화통일의 매혹과 위험성』, 1997; 장명봉, 『분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 자료』, 1998 참조.

식, 그리고 통일 이후의 결과에도 적지 않은 영향을 미친다는 점에 주목할 필요가 있다.¹⁴⁾

2. 통일국가의 지향점과 통일헌법의 방향

통일 논의의 출발점은 통일의 필요성과 당위성이 되어야 한다. 왜 통일 되어야 하는지가 분명하지 않으면, 그밖의 논의는 사상누각에 불과할 수 있기 때문이다. 그리고 앞서 정리된 것처럼 통일이 국가발전과 개인의 삶에 미치는 긍정적 효과, 그리고 국민의 통일에의 의지를 통해 통일의 필요성과 당위성이 확보될 경우, 이로부터 통일의 기본적 지향점이 도출될 수 있다. 즉, 국민의 의사와 민족의 이익에 반하는 통일은 정당화될 수 없다는 것이다.

그런 의미에서 남북한의 통일은 국가적·민족적 가치를 실현하는 것이어야 한다. 즉, 통일에 의한 인권의 강화, 국가의 발전, 개인의 삶의 향상 등이 통일의 지향점이라고 할 수 있는 것이다.¹⁵⁾ 물론 이러한 가치들의 실현

14) 각국의 통일에서 특징적인 점들을 비교하면 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다:

	베트남	독일	에멘
분단의 원인	식민지 독립과정의 갈등	전승국에 의한 분할점령	독립의 대상 및 과정의 차이
통일 이전 대립의 정도	장기간의 전쟁	냉전체제 하에서의 갈등	냉전체제 하에서의 갈등 및 국경분쟁
통일의 준비	전쟁의 준비	신뢰구축 및 교류·협력의 노력	교류·협력
통일의 방식	무력통일	합의에 의한 흡수통일	합의에 의한 통일
통일 이후의 사회통합	실패	성공	실패
분리·독립 움직임	X	X	○

15) 물론 남북 헌법체제를 비교하고, 그 가운데서 통합의 방향을 모색하는 것(예컨대 장명봉, 남북한 헌법체제의 비교와 헌법통합 방향, 『2006년도 남북법제개선 연구보고서』, 법제처, 2006, 1-30쪽)도 나름의 의미는 있을 것이지만, 통일헌법의 제정은 남한헌법과 북한헌법을 전제로 일정한 틀 안에서의 개정 내지 조합이라기보다는 헌법의 이념과 가치를 전제한 가운데 새로운 헌법을 제정하는 것으로 이해되어야 할 것이다.

은 이를 구체화하는 여러 제도들과의 유기적 관련 속에서만 가능하기 때문에 신중한 접근이 필요할 것이다.

특히 통일과 인권의 관계에 대해서는 조심스러운 접근이 필요하다. 한편으로는 북한의 인권문제에 대해 어떤 태도를 취해야 하는가에 대한 입장의 차이가 정부 정책의 변화 내지 그에 대한 찬반 등으로 복잡하게 전개되고 있는 것도 정리되어야 할 필요가 있다.¹⁶⁾ 하지만 보다 중요한 것은 통일의 진행과 관련하여서도 인권 문제는 매우 중요한 요소라는 점이다. 인권의 보편성은 널리 인정되고 있지만,¹⁷⁾ 그 구체화 방식에 대해서는 이견들이 적지 않기 때문에 현재의 북한인권 상황에 대한 대응, 통일과정에서의 인권보장, 통일 이후의 인권보장 등에 대한 충분한 사전적 준비와 세심한 검토 없이 통일과정을 진행하는 것은 불필요한 내부적 갈등을 낳게 될 우려가 적지 않기 때문이다.

기본적인 방향에 대한 합의는 어렵지 않을 것이다. 예컨대 인권을 약화시키는 통일(=민주주의를 억압하는 통일), 개인의 발전을 억압하는 통일, 국가의 발전을 저해하는 통일은 정당하지 않다는 점에 대해서는 큰 이견이 없을 것이다. 그러나 구체적으로 통일과정에서 북한주민의 참여를 어떤 방식으로 어느 정도까지 인정할 것인지, 이와 관련한 언론의 자유 내지 알권리를 어떻게 실현시킬 것인가 등에 대해서는 아직까지 충분한 논의가 부족한 것으로 보인다.¹⁸⁾

통일은 우리 민족의 소망이다. 하지만 그것은 단지 통일을 향한 열망만

16) 이에 관하여는 김원식, 이명박 정부 대북 인권정책의 원칙과 과제, 국제문제연구 제8권 제2호(2008 여름), 155-182쪽; 정경환, 북한인권문제의 기본성격과 우리의 대응, 대한정치학회보 제13집 제3호(2006. 2), 347-371쪽; 한동호, 박근혜 정부의 대북 인권정책 분석, 한국과 국제정치 제30권 제4호(2014), 129-161쪽 참조.

17) 장은주, 인권의 보편성과 인도적 개입의 정당성 -'북한 인권 문제'의 올바른 해법을 위한 철학적 토대의 모색과 관련하여-, 사회와철학 제17호(2009.4), 285-324쪽 참조.

18) 통일과정에서의 언론의 역할에 관하여 포괄적으로 연구된 것은 일부 있으나(예컨대 김승수, 통일을 지향하는 언론의 역할과 과제, 전북대 사회과학연구 제22집(1996.2) 81-103쪽; 장낙인, 통일을 대비한 언론의 역할, 우석대 사회과학 제1집(1996.12), 71-92쪽; 정영주, 통일 인식 제고와 미디어의 역할: 통일 관련 미디어 지수의 필요성, 언론정보연구 제53권 제1호(2016.2), 57-104쪽), 통일과정에 대한 북한주민의 참여를 염두에 두고 언론의 역할을 심도 있게 고찰한 것은 아직까지 찾아보기 어렵다.

으로 달성될 수 있는 것이 아니라 국내외적으로 여러 가지 조건이 갖추어졌을 때 비로소 성공할 수 있는 어렵고 복잡한 과제라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 통일의 준비과정에서부터 통일의 방향과 방법에 대한 숙고가 요청되는 것이다. 통일헌법의 제정¹⁹⁾에 관한 논의 또한 성공적인 통일의 달성을 위한 준비의 일환으로 이해될 수 있다.

동서독의 통일에서 보듯이 분단국가의 통일이 반드시 새로운 통일헌법의 제정을 조건으로 하는 것은 아니다. 새로운 헌법의 제정을 통해 통일국가를 새로이 건설하는 것이 아니라 한쪽이 다른 한쪽에 흡수되는 형식의 통일도 가능하며,²⁰⁾ 이 경우에는 통일헌법의 제정이 꼭 필요한 것은 아니기 때문이다. 그러나 보다 체계적이고 합리적인 통일 준비를 위해서, 그리고 통일 이후의 사회적 통합을 위해서 통일헌법의 제정은 필요하다.

통일의 준비과정에서 통일헌법이 갖는 의미는 전체적 통일 준비의 중심점 역할을 할 수 있다는 점에 있다. 통일국가의 법질서가 어떠한 방향으로 나아가야 하는지, 이를 위한 기준과 지침은 무엇인지를 분명히 할 때 통일의 준비과정이 체계성과 합리성을 확보할 수 있으며, 이러한 의미에서 통일헌법은 통일 이후의 국가질서를 염두에 두고 어떻게 통일을 준비할 것인지에 대한 기준점의 역할을 할 수 있는 것이다.²¹⁾

또한 통일 이후의 사회적 통합을 고려하더라도 기존의 헌법을 유지하는 가운데 흡수통일을 하는 것보다는 새로운 통일헌법을 제정하고, 그 과정

19) 통일헌법의 역사적 의미는 그 어느 것보다도 비교될 수 없다. 통일헌법은 지난 반세기 이상의 분단을 극복하고 민족의 새로운 도약을 위한 기틀을 형성한다는 점에서 1948년 헌법제정 이상의 역사적 의미를 가질 수 있는 것이다. 1948년 헌법제정의 역사적 의미에 관하여는 장영수, 1948년 헌법제정의 역사적 의미, 고려법학 제51호(2008.10), 53-76쪽 참조.

20) 다만, 우리 헌법은 통일 이전의 독일 기본법 제23조에서 규정했던 것과 같은 방식의 통일에 관한 명문의 규정이 없기 때문에 논란의 소지는 있다. 하지만 한반도 전체를 대한민국의 영토로 규정한 제3조에 기초하여 사실상의 흡수통일을 추진할 수 있는 가능성도 열려 있다고 볼 수 있을 것이다.

21) 즉, 현행법질서가 헌법을 정점으로 한 통일적 법체계를 형성하고 있는 것처럼, 통일 한국의 법질서는 통일헌법을 중심으로 일관된 체계를 형성하여야 하는 것이다. 비록 통일헌법만으로 통일의 준비가 완성되는 것은 아니지만, 통일헌법을 염두에 두고 통일을 준비하는 것이 가장 합리적이라고 할 수 있는 이유는 여기에 있다.

속에 남북한 주민들의 적극적 참여를 유도함으로써 사회적 통합의 기초를 형성하는 것이 필요하다.²²⁾ 통일 이후 독일이 그러했듯이 남한 주민과 북한 주민이 마치 1등 국민과 2등 국민으로 차별되는 양상을 보이지 않기 위해서, 그리고 심리적 거리감을 최소화시키기 위해서 통일헌법의 제정을 남북한 주민들의 통합을 위한 계기로 적극 활용하는 것이 특별한 의미를 가질 수 있는 것이다.²³⁾

3. 통일협상과 통일헌법제정의 의미

통일의 준비 가운데 가장 비중이 큰 것 중의 하나가 통일협상에 대한 준비라고 할 수 있다. 일방적인 흡수통일이 아니라 합의에 의한 통일을 염두에 둘 때, 통일협상은 통일의 절차와 내용 및 결과를 결정하는 가장 중요한 요소가 될 것이기 때문이다.²⁴⁾

통일협상에 있어서는 협상을 통해 결정되어야 할 사항들이 무엇이며, 이러한 통일협상의 당사자 내지 주체가 누구인지, 그리고 통일협상에 대한 수권의 문제 등이 먼저 정리되어야 한다. 그 바탕 위에서 통일협상의 절차 내지 내용에 대해서 일정한 기준이 제시될 수 있을 것이다. 예컨대 통일협상의 당사자는 정부가 되어야 하겠지만, 이와 관련한 국회의 동의 또는 통

22) 독일의 경우 국제정세의 불안정 때문에 통일헌법의 제정 대신에 기존헌법을 유지하고 동독을 흡수하는 방식을 선택했지만, 그것이 사회통합의 측면에서 문제가 있다는 지적은 적지 않았다.

23) 일방적인 흡수통일의 경우 사후적인 부작용의 우려가 크기 때문에 신자유주의적 통일 정책이 아니라 사회민주주의적 통일정책을 취해야 한다는 견해도 있다. 이에 관하여는 최형익, 한국 민족주의와 통일의 조건, 민주주의와 인권 제6권 제2호(2006.10), 41-74쪽 참조.

24) 흡수통일의 경우에도 형식적인 통일협상은 가능할 수 있다. 예컨대 흡수통일로 평가되는 독일 통일의 경우에도 동서독 사이에 통일협상은 매우 진지하고, 다양한 내용들을 담아서 진행되었다. 그것은 통일의 절차 및 내용에 대한 정당성 확보 내지 국민에 대한 설득을 위해서도 필요하였던 것이다. 그러므로 통일협상이 정상적으로 진행되어 통일의 절차와 방법 내지 결과에 대한 남북한의 합의가 있을 경우에는 통일 후유증이 그만큼 감소될 수 있을 것이며, 이런 점들을 고려할 때 통일협상은 단지 통일의 과정으로서만이 아니라 통일 이후에 대한 사전조율로서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있을 것이다.

일협상 내용에 대한 사법적 통제 등의 문제도 함께 검토되어야 하는 것이다.

통일협상은 무엇보다 통일 이후의 국가질서 형성(통일헌법의 제정)에 관한 중요한 사항들에 대한 합의를 도출하는 과정이다. 나아가 통일 이후의 경제체제 내지 경제발전을 비롯한 다양한 사회제도의 변경 및 조정에 관한 합의도 통일협상에 포함되어야 할 것이다. 그런 의미에서 통일협상은 통일 이후 새로운 제도의 도입 및 이를 통한 변화에 대한 마스터플랜을 만들어내는 것이라고도 할 수 있다.²⁵⁾ 그밖에 통일에 따르는 각종 부담의 분배에 관한 것도 통일협상의 핵심적 요소의 하나가 될 것이다.²⁶⁾

이러한 통일협상과정에서는 무엇보다 통일헌법에 대한 기본적 구상에 대한 합의가 도출되어야 한다. 통일헌법이란 통일국가의 기본틀을 형성하는 최고법이며, 통일헌법의 제정과정 및 내용에 대한 남북한 주민들의 공감대를 형성하는 것이 안정된 통일국가 형성의 가장 중요한 조건이 될 것이기 때문이다. 그런 의미에서 통일헌법의 제정과정은 국가질서 전체에 대한 마스터플랜일 뿐만 아니라, 그 과정에서 국가와 헌법, 헌법상의 기본적 제도들과 가치들에 대한 이해의 차이 내지 갈등을 노출시키고 이를 극복할 수 있는 기회로도 활용되어야 할 것이다.²⁷⁾

이러한 통일협상과정에서는 특히 국민적 합의를 형성하고 유지하는 것이 매우 중요하며, 이를 위하여 정부는 사실관계에 대하여 정확하고 솔직한 정보를 국민들에게 제공하여야 할 것이다. 더불어 통일의 의미와 중요성, 그리고 성공적인 통일을 위해 어떤 통일의 절차와 방법 내지 내용이 필요한지

25) 예컨대 통일 이후의 선거와 관련하여 인구비례를 원칙으로 하되, 선거구인구불균형 문제에 대해서는 북한지역에 잠정적으로 예외를 인정하여 탄력적으로 적용하는 방안 등이 논의될 필요가 있으며, 북한지역에서의 정당설립과 관련하여 정당설립의 요건을 일시적으로 완화시키는 잠정적 조치 등이 논의될 수 있을 것이다.

26) 동서독 통일의 경우에도 동서독이 통일조약을 체결하는 과정에서 수많은 사항들이 검토되었으며, 그 내용들이 통일조약에 반영되었다. 이에 관하여 구체적인 것은 양창석, 독일의 통일과정에 관한 연구, 단국대 박사학위논문, 2008, 189쪽 이하; Einigungsvertrag und Wahlvertrag, 1990 참조.

27) 그런 의미에서 통일헌법의 제정과정이 아무런 이견이나 갈등 없이 조용하게 진행되는 것은 오히려 바람직하지 않다. 그 과정에서의 많은 논의를 통해 통일국가의 이념과 원리, 제도들에 대해 폭넓은 공감대가 형성되기 위해서는 다양한 의견들이 수렴되고 정리되어야 할 것이기 때문이다.

를 국민들에게 지속적으로 설명하고 납득시키려는 노력이 병행되어야 할 것이다.

이처럼 -비록 통일의 주체는 국민이지만- 통일과정의 실무담당자는 국민이 아닌 국가기관일 수밖에 없다.²⁸⁾ 통일에 대한 정책결정, 통일협상의 진행과정 등이 모두 국민의 대표자인 국가기관에 맡겨지며, 국민은 통일정책에 대한 국민투표²⁹⁾ 또는 여론의 형성 등을 통해 제한적으로 통일과정에 참여할 수 있을 뿐이다.

이러한 상황은 남북한의 통일이라는 역사적 소명에 국민의 직접적 참여가 제한될 수밖에 없음을 보여주는 것이지만, 거꾸로 이러한 상황 때문에 통일국가의 근간을 형성하는 통일헌법의 제정에 남북한 주민의 적극적 참여가 필요하다는 논거가 되기도 한다. 아무리 통일에 대한 민족적 열망이 강렬하다 할지라도 통일국가의 구체적 질서가 국민의 의사로부터 멀어질 경우에는 그 민주적 정당성이 약화된 것은 물론 통일 이후의 국가활동에 큰 장애가 생길 수밖에 없을 것이다.³⁰⁾ 이러한 문제를 최소화하기 위해서는 남북한 주민들의 적극적 참여를 통한 통일헌법의 제정이 필요한 것이다.

물론 통일헌법의 제정은 단순히 찬반투표에의 참가만을 의미하는 것은 아니다. 통일헌법이 담고 있는, 답아야 할 내용들에 대한 논의과정 및 이를 통한 사회적 갈등의 조정이 중요한 의미를 갖게 되는 것이다. 따라서 통일헌법의 제정에서 가장 중요한 것은 인류 보편의 가치인 인권을 중심으로 가

28) 대한민국의 주권자는 국민이지만 국가실무의 담당자는 국민이 아니라 국회와 정부, 법원 등과 같은 국가기관일 것처럼, 통일의 주체는 국민이지만 통일과정의 실무 담당하는 것은 역시 국회와 정부 등의 국가기관일 수밖에 없는 것이다.

29) 다만, 헌법 제72조에 따른 대통령의 국민투표 부의가 있을 경우에만 국민이 국민투표를 통해 결정할 수 있다.

30) 분단국가의 통일이란 정치적 통일만으로 완성되지 않는다. 통일 이후의 사회적 통합에 실패하게 될 경우에는 그로인한 부작용이 경제와 사회의 큰 장애가 될 수 있으며, 통일 이후의 갈등 조정에 실패할 경우에는 심지어 -예멘의 예가 보여주듯이- 다시금 내전이 발발하는 등의 문제가 발생되기도 한다. 물론 예멘 통일 및 내전의 경우 주변의 국제정세가 미친 영향이 매우 컸다는 점도 함께 고려되어야 할 것이다. 이에 관하여는 유지호, 『예멘의 남북통일 : 평화통일의 매혹과 위험성』, 1997; 유지호, 예멘 통일의 국제적 성격, 통일정책연구 제11권 제1호(2002.7), 31-56쪽; 장명봉, 『분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료』, 2001 참조.

치의 공통분모를 확인하고 강화시키는 것과 더불어 사회적 인식의 차이와 경제적 불균형을 극복하는 것이다. 이를 위해서는 남북한의 정치적·경제적 이념의 차이와 통일 이후 이로 인한 문화충격을 최소화시키기 위한 노력이 필요할 것이며, 나아가 경제적 통합을 통해 남북한의 경제적 격차를 최소화시키는 대안이 마련되어야 할 것이다.³¹⁾ 아울러 사회적 갈등의 해소 내지 실질적 통합을 위한 지역차별의 해소도 함께 준비되어야 한다.

이러한 방향으로 통일헌법의 내용에 대한 남북한 주민들의 공감대가 형성되고, 그 바탕 위에서 통일헌법이 제정될 때, 통일 이후의 사회적 통합³²⁾이 가속화될 수 있으며, 이를 통하여 통일의 시너지 효과가 극대화될 수 있을 것이다. 이런 맥락에서 볼 때, 진정한 의미의 통일은 정치적 통일을 통한 통일국가의 형성이 아니라 사회적 통합의 완성에 의해 비로소 달성될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 통일헌법의 전제로서의 국민의 통일에 대한 의지

1. 통일이 국가와 개인에 미치는 영향

통일이라는 역사적 사실은 국가공동체의 발전뿐만 아니라 개인의 삶에도 큰 영향을 미친다. 이러한 영향을 어떻게 받아들이는지에 따라 국민들의 통일에의 의지가 커질 수도, 작아질 수도 있다. 그러므로 국민의 통일에의 의지를 결정하는 가장 중요한 요인의 하나가 통일이 국가와 개인에 미치는

31) 남북한의 경제적 통합이 화폐의 통합을 통하여 단일 화폐를 적용하고, 북한의 계획경제체제를 시장경제체제로 전환시키는 것으로 완성되는 것은 아니다. 진정한 의미의 경제적 통합은 남북한의 경제가 하나의 유기적인 발전구조 속에 편입되어 함께 발전하고, 이를 통하여 남북한의 경제적 격차가 해소될 수 있는 기반이 마련되었을 때 비로소 가능하게 될 것이다.

32) 사회통합의 중요성에 관하여는 안지호·현주, 시스템 통합을 넘어서 -통일 25년 이후 독일의 사회통합-, 한·독사회과학논총. 제25권 제3호(2015.9), 221-250쪽; 전태국, 사회통합을 지향한 한국통일의 개념전략: 변화를 통한 접근, 한국사회학 제41집 제6호(2007.12), 204-239, 246쪽 참조.

영향이라고 할 수 있다.³³⁾

통일이 국가공동체의 발전에 미치는 긍정적 효과는 앞서 지적된 것처럼 적대적 대립의 해소를 통한 국력의 신장 내지 효율적 활용, 통일의 경제적 시너지 효과, 통일을 통한 국제무대에서의 발언권 강화 등을 들 수 있으며, 통일의 부정적 효과로는 막대한 통일비용의 부담³⁴⁾을 비롯하여 통일 이후의 갈등 조절에 실패할 경우의 내부적 분열 내지 내란 가능성³⁵⁾ 등을 들 수 있다.

통일이 개인의 삶에 미치는 영향은 통일을 통한 앞서 지적한 국가발전에 의한 영향 이외에도 남북한의 적대적 대립의 해소를 통한 평화와 안정성, 그리고 병역의무의 축소, 이산가족의 재결합 등의 긍정적 측면이 있는 반면에, 막대한 통일비용으로 인한 조세부담의 가중, 사회보장의 축소 등 부정적인 측면도 없지 않다.

그동안 ‘통일은 대박’이라는 말³⁶⁾처럼 통일의 긍정적 측면이 주로 강조되었다.³⁷⁾ 이를 통해 국민의 통일 의지를 북돋우는 것도 나름의 의미가 있

33) 즉, 통일의 현실적 필요성 내지 통일을 통해 얻을 수 있는 국가적 내지 개인적 이익이 국민의 통일에의 의지를 통해 확보될 수 있는 통일의 당위성에 적지 않은 영향을 미친다고 볼 수 있다.

34) 통일세 도입이 논의되던 2012년 당시의 국민 통일의식 조사에 따르면 통일비용을 세금 형식으로 개인이 부담하는 것에 대해서는 연소득의 1%미만이 41.4%로 가장 많았고, 개인 부담할 수 없다는 응답이 39.6%였다는 점은 이와 관련하여 시사하는 바가 크다. 이에 관하여는 KBS 남북협력기획단, 『2012 국민 통일의식 조사』, 2012, 33쪽 이하 참조.

35) 예컨대 예멘의 경우처럼 통일 이후의 실질적 통합에 실패할 경우에는 이런 문제가 발생할 가능성도 배제하기 어렵다. 통일 이후 예멘의 문제상황에 관하여는 김용욱, 예멘과 독일의 통일사례 비교와 시사점 -통합 합의과정 및 통일방식을 중심으로-, 한국정치외교사논총 제28집 제1호(2006.8), 257-296쪽; 정지용, 남북예멘의 국력과 통일과의 상관성 연구 - 통합이론의 적용: 남북예멘의 국력과 통일과의 상관성 연구, 서울대 국제지역연구 제15권 제1호(2006), 95-124쪽 참조.

36) 2014년 1월 6일 박근혜 대통령은 연두 기자회견에서 ‘통일은 대박입니다’라고 말하며 남북한의 경제통합에 의한 경제적인 시너지 효과를 강조했다. 그러나 이른바 통일대박론에 대해서는 찬반의 논란도 뜨거웠고, 북핵문제 등으로 인하여 박근혜 정부의 통일대박론 내지 한반도 신뢰 프로세스는 적극적으로 추진되지 못한 바 있다. 통일대박론에 관하여는 고경민, 제4장 박근혜 정부의 통일담론과 통일교육 활성화 방향 -통일대박과 통일비용 논쟁을 중심으로-, 통일전략 제15권 제3호(2015.8), 107-146쪽; 변중현, 통일대박론의 비판적 논의, 윤리연구 제99호(2014.12), 123-150쪽 참조.

겠지만, 이제는 통일의 부정적 영향까지도 고려하는 가운데 보다 지속적이고 장기적인 통일의지를 확고하게 정립하는 것이 필요하다.

예컨대 통일비용의 부담에 대한 - 그 부담이 어느 정도인지를 정확하게 예측하는 것은 어렵겠지만- 국민적 합의를 먼저 형성함으로써 통일 이후에 그로 인한 사회적 갈등의 발생을 최소화하는 것이 통일에의 의지가 흔들리지 않도록 하기 위해 필요한 것이다.³⁸⁾

2. 통일에 관한 헌법 및 법률들의 규정

현행헌법은 통일에 관하여 다수의 규정을 두고 있다. 전문(前文)에서 ‘평화적 통일의 사명’을 강조하고 있으며, 헌법 제4조에서는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 추진할 의무를 규정하는 등 통일의 중요성을 명시하고 있다. 또한 헌법 제66조 제3항, 제69조에서 평화통일에 관한 대통령의 의무를 규정하고 있으며, 헌법 제72조에서 통일 등 국가안위에 관한 중요정책의 국민투표 부의에 관한 규정을 두고 있고, 헌법 제97조에서는 민주평화통일자문회³⁹⁾의 관한 규정을 두고 있다.

통일에 관한 법률조항들은 통일과 관련한 업무를 담당할 정부조직에 관한 법률조항, 남북간의 실질적인 교류·협력에 관한 내용을 규율하는 법률조항, 그리고 통일교육 등 통일의 여건 조성에 관한 법률조항들의 세 가지

37) 또한 문재인 정부에서도 2018년 4월 27일 판문점선언 이후 북한과의 교류·협력에 적극적인 의지를 보여왔다. 판문점선언의 의미에 관하여는 구분학, 판문점선언 1년: 평가와 전망, 신아세아 제26권 제2호(2019.06), 46~71쪽; 노기호, 남북정상회담 판문점 선언의 법적 성격과 효력에 관한 고찰, 법과 정책연구 제18권 제2호(2018.06), 333-356쪽; 이석범, 4·27 판문점선언의 역사적 의미와 실효성 확보 방안, 가톨릭 평론 제28호(2020.07), 170-180쪽 참조.

38) 독일의 경우 1990년의 통일 당시에 예상했던 것을 훌쩍 뛰어넘는 통일비용이 소요됨으로 인하여 적지 않은 갈등이 발생하기도 하였다. 이에 관하여는 전상진·강지원·원진실, 통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의 -독일의 통일비용의 재원조달과 문제점을 중심으로-, 한·독사회과학논총 제17권 제3호(2007.12), 9-44쪽 참조.

39) 민주평화통일자문회의에 대해서는 존재논쟁이 계속되고 있다. 이에 관하여는 김미정, 민주평화통일자문회의의 존재논쟁과 대안, 경기대 박사학위논문, 2016 참조.

유형으로 분류될 수 있다.

첫째 유형에 속하는 것은 통일부 등의 구성과 관련한 정부조직법 및 민주평화통일자문회의법 등이 있다. 그러나 통일에 관한 업무를 통일부나 민주평화통일자문회의가 같이 통일문제를 전담하는 부서만이 담당하는 것은 아니다. 기획재정부나 교육부, 외교부, 법무부, 국방부, 법제처 등 대부분의 정부부처들이 소관업무와 관련하여 통일에 관한 권한과 책임을 가지고 있다.

둘째 유형에 속하는 것으로는 남북교류협력에 관한 법률, 남북 이산가족 생사확인 및 교류 촉진에 관한 법률, 개성공업지구 지원에 관한 법률, 남북협력기금법 등이 있다. 이러한 법률의 적용과 관련하여 통일부, 법무부 등이 주된 역할을 하지만, 최근의 개성공단 폐쇄⁴⁰⁾ 등과 같은 중대한 정책적 결정은 대통령이 국무회의의 심의를 거쳐 결정한다.

셋째 유형에 속하는 법률로는 남북관계 발전에 관한 법률,⁴¹⁾ 통일교육 지원법, 거래말큰사전남북공동편찬사업회법 등이 있다. 이러한 법률의 효율적 운용은 단기적 효과보다는 중장기적 효과를 기대하는 것으로서 통일의 기초를 탄탄히 하는데 기여할 수 있을 것으로 기대되고 있다.

이와 관련하여 매우 중요한 현실적 과제라 할 수 있는 것은 정부부처들의 통일준비가 상호 협력 하에서 체계적 통일성과 상호 보완적 시너지 효과를 최대한 확보할 수 있도록 조직화되어야 한다는 점이다. 예컨대 통일 이후 북한지역의 교육시설이나 환경개선 등의 정책과제는 이를 뒷받침하는 예산의 확보에 따라 상당히 큰 영향을 받을 수밖에 없다는 점에서 관련 부처와의 적절한 정책적 조율이 선행되어야 하는 것이다.⁴²⁾

40) 개성공단 폐쇄와 관련한 법적 쟁점에 관하여는 더불어민주당 한만도경제통일위원회, 『개성공단 폐쇄와 위기의 남북관계: 전망과 대응』(토론회 자료집), 2016.2.18.; 국회도서관, 『북한의 개성공단 폐쇄에 관련된 법제와 외국 분단 국가의 사례』, 입법현안 법률정보 제10호(2013.5.20.) 참조.

41) 남북관계 발전에 관한 법률에 대하여는 장영수, 대북정책의 제도적 기초와 국민적 합의 도출을 위한 전제 -「남북관계 발전에 관한 법률」의 정비를 중심으로, 고려법학 제59호(2010.12), 113-140쪽 참조.

42) 예컨대 예산확보의 가능성에 따라서 정책목표 내지 정책실현의 단계를 몇 개의 안으로 나누어서 탄력적 대응이 가능하도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

3. 역사의 주체, 통일의 주체로서의 국민!

통일의 의미와 중요성은 그것이 우리 민족의 삶의 조건에, 나아가 삶의 중요 부분에 결정적인 영향을 미칠 것이라는 점에 있다. 통일이 되면 국가 발전의 새로운 계기가 만들어질 것이라는 전망이나 개인의 삶에도 다양한 긍정적인 변화가 일어날 것이라는 기대는 이와 맞물려 있다. 그러나 다른 한편으로는 통일비용의 부담 등 통일에 대한 우려도 없지 않다.

이런 상황에서 과연 통일은 어떠한 절차와 과정을 거쳐야 할 것인지에 대해서도 논란이 많다. 통일의 여건 조성에 대해서도 다양한 의견⁴³⁾들이 있는가 하면, 통일의 단계⁴⁴⁾ 내지 통일의 방식⁴⁵⁾에 대해서도 이견이 적지 않은 것이다. 이러한 의견들을 조율하는 가운데 통일의 방향과 방법에 대한 공감대를 형성하는 것도 통일의 준비과정에서 겪게 되는 중요한 과제라고 할 수 있다.

그러나 보다 중요한 것은 통일에 대한 확고한 의지이며, 이를 갖추기 위한 전제는 통일의 주체, 통일을 통해 우리 역사의 새로운 장을 열어가는 역사의 주체는 국민이라는 점에 대한 인식이다. 국민 스스로가 역사의 주체이며, 통일의 방향과 방법을 결정할 수 있는 결정권자라는 자각은 곧

43) 예컨대 통일비용의 문제와 관련하여 남북한의 통일 이전에 북한 지역을 개척·개발으로 이끌어 경제발전을 통한 자생력을 키워야 한다는 의견들이 제시되고 있는데, 이러한 견해들은 북한의 경제발전을 통해 통일비용을 대폭 축소시킬 수 있으며, 남북한의 경제력 격차를 좁히는 것이 통일에 유리하다는 점을 강조한다. 그러나 이와 관련하여 개성공단식으로 남한의 기술과 자본을 북한에 투입하고, 북한의 값싼 노동력을 활용하는 방식을 취하는 것은 현실적으로도, 규범적으로도 적지 않은 문제를 야기할 우려가 적지 않다.

44) 이와 관련하여 이른바 국가연합의 단계 내지 연방제를 거치는 통일의 단계가 많이 거론되고 있다. 그러나 이른바 일국양제의 통일방식은 진정한 의미의 통일이라고 할 수 없으며, 이를 전제한 연방제 통일방안은 자칫 체제갈등을 유발할 우려가 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

45) 통일의 방식과 관련하여서는 이른바 합의통일과 흡수통일의 대립이 많이 논의되었다. 그러나 엄밀한 의미에서 양자는 대립개념이 아니며, 합의통일의 대립개념은 강제적 통일로, 흡수통일의 대립개념은 대등한 합병에 의한 통일로 규정되어야 할 것이다. 같은 의견으로 조재현, 통일의 과정과 통일합의서에 관한 연구, 동아법학 제66호(2015.2), 253-279(255이하)쪽 참조.

통일의 완성에 대한 책임의식과도 맞물려 있는 것이다.⁴⁶⁾

1989년 베를린 장벽이 무너지고 독일의 통일이 사실상 확정되던 때에 독일인들이 거리에 나와서 “우리가 국민이다!(Wir sind das Volk!)”⁴⁷⁾라는 구호를 외쳤던 것은 의미심장하다. 통일 이후 동서독의 통합 과정에서의 갈등이 적지 않았지만, 그러한 공동체의식 및 통일의 주체로서의 책임의식이 장기간에 걸친 사회적 통합의 성공에 중요한 밑거름이 되었던 것이다.

향후 우리의 통일과정에서도 정부의 역할, 국제사회의 태도에 못지않게, 아니 그 이상으로 중요한 의미와 비중을 갖게 될 것은 국민들이 통일의 주체로서의 자각을 갖고 자기 몫을 다하고자 하는 자세를 갖는 것이라 할 수 있을 것이다. 그 바탕 위에서 비로소 통일 과정에서의 어려운 문제들이 합리적으로 해결될 수 있을 것이며, 통일의 장기적인 비전이 곧 민주주의의 실질화로 연결될 수 있을 것이다.

IV. 통일헌법의 가치적 기초로서의 인권

1. 인류의 보편가치로서의 인권

인권이란 말 그대로 인간으로서의 권리, 즉 인간이라면 누구에게나 인정되어야 하는 권리이다. 이러한 인권의 역사적 발달은 민주주의, 법치주의의 발달과 맞물려 지나긴 투쟁의 과정을 통해서 가능했으며, 이제 인권이 인류 전체의 보편적 가치로 인정되어야 한다는 점은 널리 인정되고 있다.

인권의 보편성은 이른바 국가로부터의 자유를 의미하는 자유권의 보장

46) 통일의 진행과정에서는 수많은 과제들을 해결해야 할 것이며, 이와 관련한 모든 부담과 책임은 정부에게 맡긴 채로 국민은 단지 통일의 열매만을 누릴 수 있는 것은 결코 아니다. 국민이 민주국가의 주권자라는 것은 국민에게 권한과 더불어 책임도 함께 부여하는 것처럼, 국민이 통일의 주체라는 것도 그러한 것이다.

47) 여기서 국민(Volk)의 의미는 사실 국적의 보유자라는 의미보다는 민족의 의미에 조금 더 가깝다고도 볼 수도 있다. 분명한 것은 동서독의 통일의 의해 만들어진 하나의 독일, 하나의 국민이라는 의미를 강하게 담고, 또 그러한 통일의 주체가 바로 국민이라는 의미를 담고 이 구호가 나왔다는 점이다.

에 한정되지 않으며, 사회권과 환경권 등도 보편성을 인정받고 있다. 이는 인권이 전통적 의미의 선(先)국가적 자유 내지 초(超)국가적 자유뿐만 아니라 국가 내에서의 정치적 자유, 그리고 사회적·경제적 약자들에 대한 법적 보호까지도 인권의 범위 안에 포섭되고 있음을 의미하는 것이다.⁴⁸⁾

이처럼 인권이 인류의 보편적 가치로 인정되고 있는 것은 단지 모든 국가에서 인권을 존중해야 한다는 선언적 의미에 그치는 것이 아니다. 인권의 보장은 이를 가능케 하는 여러 가지 조건들과 맞물려 있으며, 결국 인권을 보장하는 정치체제의 문제(=민주주의의 실현) 및 법제도의 문제(=법치주의의 발전)와 불가분의 관계 속에 있는 것이다.

따라서 인권이 통일국가에 있어서도 존중되어야 할 기본적 가치이며, 통일헌법의 핵심적 가치로 인정되어야 한다는 점에 대해서는 이론(異論)의 여지가 없다. 다만, 인권의 보편성에도 불구하고 각 국가의 상황에 따른 실현방식의 차이는 있을 수 있기 때문에⁴⁹⁾ 구체적으로 어떤 방식으로 보장하여야 할 것인지에 대해서는 신중한 접근이 필요할 것이다.

2. 통일은 자기목적이 아니다

인권 내지 기본권⁵⁰⁾이 헌법의 중심적 가치라는 점은 적어도 민주국가 of 헌법학에서는 널리 인정되고 있는 기본명제이다. 즉, 국민을 주권자로 인정하는 민주국가라면 국민의 인권을 최대한 보장하고 실현하는 것이 국가의 중심적 과제일 수밖에 없다고 인정되는 것이다.

그런 의미에서 인권의 보장과 실현은 모든 국가활동의 중심적 과제로

48) 이러한 변화는 특히 국제인권조약들의 발달을 통해 잘 나타나고 있다. 종래 각 국가의 주권에 대한 존중으로 인하여 국내문제에 대한 간섭은 이른바 내정간섭으로서 정당하지 않다고 인정되었으나, 적어도 인류보편의 가치인 인권과 관련한 문제에 있어서는 국제사회의 공동노력이 필요하다고 인정되고 있으며, 이를 근거로 외국의 인권문제에 대한 관여도 -강제력을 수반하지 않는 범위 내에서- 일정 정도 인정되고 있는 것이다.

49) 특히 국가의 재정적 뒷받침을 필요로 하는 사회권의 보장에 있어서는 각 국가의 재정력 격차에 따른 실현방법 및 정도의 차이가 현저할 수밖에 없다.

50) 인권과 기본권의 관계에 대하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 422쪽 이하 참조.

인정된다. 민주국가의 경우에는 종래 군주국가의 경우처럼 군주에 의해 지배되는 국가의 이익과 피치자인 국민의 이익이 대립되는 것이 아니라, 국민이 선출한 대표자에 의해 관리되는 국가의 이익과 주권자인 국민의 이익은 다르지 않다고 인정되는 것이다. 즉, 국민의 인권을 보장하고 실현하는 것은 국가활동의 정당성 근거이며, 목표이다.

그러므로 인권 내지 기본권은 국민 개개인의 권리로서 중요한 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라 국가활동의 기준 내지 지침으로서도 중요한 역할을 한다. 이른바 기본권의 이중성이 인정되는 것이다.⁵¹⁾ 예컨대 언론의 자유가 헌법상 보장되는 것은 국민들이 개인의 권리로서 언론의 자유를 누리고, 이를 국가가 침해해서는 안 된다는 요청을 담고 있을 뿐만 아니라, 한 걸음 더 나아가서 국가의 정책수립 및 집행과정에서 언론의 자유가 최대한 보장되도록 하여야 한다는 의미로 이해되는 것이다.⁵²⁾

3. 인권보장의 확대, 강화를 위한 통일헌법

통일국가에서도 인권이 중심적 가치가 되어야 한다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없지만, 이를 어떻게 헌법에 규정할 것이며, 나아가 인권의 구체화를 위해 어떤 제도들을 도입할 것인지에 대해서는 신중하게 검토하여야 할 부분들이 적지 않다.

가장 먼저 확인될 수 있는 것은 통일이 인권보장의 후퇴를 가져와서는 안 된다는 점이다. 물론 남한 지역에서의 인권보장은 -특히 국가의 재정적 부담을 전제로 하는 사회권의 보장은- 일시적으로 후퇴하는 모습을 보일 수도 있다. 그러나 남북한 전체를 염두에 둘 때, 인권의 확대·강화가 뚜렷하게 나타나야 할 것이며, 이는 자유권뿐만 아니라 사회권의 영역에서도 그렇

51) 기본권의 이중성에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 432쪽 이하 참조.

52) 물론 인권의 보장이 절대적인 것은 아니다. 그것은 특정 개인의 특정 인권을 절대적으로 보장할 경우에는 그것이 오히려 다른 사람의 인권보장을 침해할 수도 있기 때문이다. 따라서 모든 국민의 다양한 인권을 동시에 최대한 보장하기 위해서는 일정한 조정이 필요할 수 있으며, 인권 내지 기본권의 제한 또한 인정될 수 있는 것이다. 기본권의 제한에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 516쪽 이하 참조.

다. 통일비용의 부담⁵³⁾ 등을 이유로 인권보장이 후퇴할 경우에는 통일의 당위성 자체가 약화될 수도 있는 것이다.

또한 통일헌법상의 인권규정들은 남북한의 사회적 통합을 위한 중심적 가치로서의 역할을 다하기 위하여 보다 구체적으로 규정될 필요가 있다. 자유권 규정들의 구체화에는 한계가 있을 수밖에 없지만, 사회권 규정들은 국제인권조약 등을 참고하여 보다 구체적인 형태로 발전될 필요가 있다. 예컨대 노약자의 권리, 장애인의 권리 등이 구체적으로 명시될 수 있으며, 정보소외계층의 보호 등에 대해서도 검토가 필요할 것이다.

나아가 통일국가에서의 인권이 안정적으로 실현될 수 있도록 하는 제도적 뒷받침이 필요할 것이다. 기존의 사법적 보장이나 국가인권위원회에 의한 보호 이외에도 인권의 실질적 보장을 위한 다양한 제도들이 고려될 필요가 있으며, 특히 북한지역을 중심으로 인권보호 내지 인권침해의 감시를 위한 특별관청을 설치하는 것도 고려될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

V. 통일헌법의 기준으로서의 민주적 법치국가

1. 헌법 제4조와 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일’

1987년 개정된 현행헌법은 전문에서 “조국의 민주개혁과 평화적 통일

53) 이미 국내에서도 통일비용의 부담 내지 재원조달과 관련한 논의는 독일의 예를 참고하는 가운데 상당히 활발하게 전개되고 있다. 이에 관하여는 강주영, 통일재정에 대한 재정법적 쟁점 검토 - 통일재정 운용 및 조달수단을 중심으로-, 유럽헌법연구 제17호(2015.4), 343-374쪽; 김재영, 통일비용의 재원과 조달방법, 통일법연구 제1권(2015.10), 317-351쪽; 박주현, 통일에 따른 국방분야의 비용 및 효과, 국방정책연구 제30권 제3호(2014), 47-86쪽; 염명배·유일호, 독일과 우리나라의 통일비용 및 통일재원 비교 연구, 재정학연구 제4권 제2호(2011), 183-221쪽; 조한범 외, 『정치·사회·경제 분야 통일 비용·편익 연구』, 통일연구원 통일비용·편익종합연구 2013-1 (2013.12) 참조.

54) 예컨대 독일의 연방차별금지처(Antidiskriminierungsstelle des Bundes), 장애인권익처(Amt der Beauftragten für die Belange behinderter Menschen) 등과 유사한 기관을 설치하는 것이 가능할 것이다.

의 사망”을 선언함으로써 평화적 통일에 대한 요청이 바뀌지 않았음을 확인 하였을 뿐만 아니라, 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정함으로써 과거의 헌법에 비해 평화적 통일에 관한 요청을 더욱 구체화하고 있다.⁵⁵⁾

자유민주적 기본질서의 개념에 대해서는 과거 적지 않은 논란이 있었다. 서독 기본법에서 처음 자유민주적 기본질서라는 용어가 등장했을 당시에도 그 해석에 관한 논란이 있었으며,⁵⁶⁾ 국내에서도 자유민주적 기본질서의 해석에 대한 견해의 대립이 있었다.⁵⁷⁾

그러나 이제는 자유민주적 기본질서의 개념과 성격에 대해서는 어느 정도의 공감대가 형성된 것으로 보인다. 학설상으로도 자유민주적 기본질서가 민주주의의 최소한의 핵심요소로서 어떤 경우에도 침해되어서는 안 될

55) 대통령의 평화적 통일에 관한 의무는 제66조 제3항에 규정되고 있으며, 취임선서에 관하여는 제69조에 규정되어 있다.

56) 독일에서의 자유민주적 기본질서의 해석에 관한 논란, 특히 G. Leibholz의 법해석학적 접근과 E. Kaufmann의 법윤리학적 접근의 대립에 관하여는 Young-Soo Chang, *Streitbare Demokratie*, Diss. Frankfurt, 1990, S.90ff. 참조.

57) 헌법은 전문과 제4조에서 “자유민주적 기본질서”를 그리고 제8조 제4항에서는 “민주적 기본질서”를 규정하고 있다. 이와 관련하여 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 같은 것으로 이해할 것인가, 아니면 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 포함하는 상위개념으로 이해되어야 하는가에 관하여 논란이 있었다(이에 관하여는 김백유, *민주적 기본질서*, 헌법학연구 제9권 제3호[2003], 81-117[91이하]쪽 참조). 그러나 이러한 견해의 대립은 민주적 기본질서의 헌법적 의의에 대한 올바른 이해에 기초하여 해결될 수 있다.

민주적 기본질서의 헌법적 의의는 민주주의의 일정한 내용을 침해되어서는 안 될 핵심으로 인정하고 이에 대한 절대적 보호를 부여하는 데 있다. 연혁적으로 보더라도 1949년 서독 기본법의 제정 당시 자유민주적 기본질서를 명문화하였던 것은 바이마르의 가치상대주의적 민주주의에 대한 반성을 계기로 일정한 범위에서 민주주의의 가치구속성을 인정하여야 한다는 생각이 기초를 이루고 있으며, 이러한 자유민주적 기본질서에 대한 보호를 중심으로 이른바 방어적 민주주의의 이론이(독일연방헌법 재판소의) 판례와 학설에 의해 발전되기도 하였다. 이렇게 생각할 때 민주주의의 핵심으로서의 민주적 기본질서는 되도록 좁게 해석되어야 한다. 즉 그것 없이는 민주주의가 절대로 불가능하다고 말할 수 있는 최소한의 요소에 국한되어야 하는 것이다. 그리고 그밖의 문제에 대해서는 민주주의의 기초가 되는 다원주의 및 관용의 원리에 따라 -상호 대립·충돌과 타협·조정을 통하여 발전되는- 다양한 견해와 이해관계가 허용되어야 한다.

근본가치에 해당한다는 견해들이 다수를 이루고 있으며,⁵⁸⁾ 헌법재판소 판례도 유사한 견해를 취하고 있다.⁵⁹⁾

헌법 제4조는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 요청하고 있다. 이는 양 조건이 동시에 충족될 것을 요구하는 것이다. 즉, ‘자유민주적 기본질서에 입각한 통일’과 ‘평화적 통일’의 어느 하나라도 충족하지 못하는 통일방식을 추구해서는 안 된다는 것이다.

자유민주적 기본질서에 입각한 통일만을 강조할 경우에는 무력에 의한 통일도 가능하다는 결론이 나올 수 있다. 더욱이 북한이 내분으로 약화되고, 북한에 대한 외부적 지원이 유명무실해질 경우에는 무력에 의한 통일이 가장 손쉬운 방법으로 비춰질 수도 있다. 그러나 헌법은 어떤 경우에도 무력 내지 전쟁에 의한 통일을 금지하고 있으며, 이는 현실적 조건에 따라 평가를 달리할 수 없는 규범적 요청인 것이다.⁶⁰⁾

반대로 평화적 통일의 요청을 극대화시킬 경우에는 평화적 방법이기만 하면 북한에 의한 적화통일이라도 가능하다는 것이 될 수 있다. 그러나 이는 헌법 제4조에서 명시하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각한 통일의 요청에 위배되는 것이다. 최근 북한의 통일방안으로 중국과 홍콩의 관계와 유사한 일국양제(一國兩制)를 염두에 둔 연방제 통일방안이 주장된 바 있지만, 이는 엄밀한 의미에서 통일이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라⁶¹⁾ 자유민주

58) 이에 관하여는 김백유, 민주적 기본질서, 헌법학연구 제9권 제3호(2003), 81-117(98이하)쪽 참조.

59) 헌재 2014.12.19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 21: “정당해산심판제도가 수호하고자 하는 민주적 기본질서는 우리가 오늘날의 입헌적 민주주의 체제를 구성하고 운영하는 데에 필요한 가장 핵심적인 내용이나 요소를 의미하는 것으로서, 민주적이고 자율적인 정치적 절차를 통해 국민적 의사를 형성·실현하기 위한 요소, 즉 민주주의 원리에 입각한 요소들과, 이러한 정치적 절차를 운영하고 보호하는 데에 필요한 기본적인 요소, 즉 법치주의 원리에 입각한 요소들 중에서 필요불가결한 부분이 중심이 되어야 한다. 이는 이것이 보장되지 않으면 우리의 입헌적 민주주의 체제가 유지될 수 없다고 평가되는 최소한의 내용이라 하겠다.”

60) 예컨대 무력에 의한 통일을 금지하는 현실적 필요성이 전쟁으로 인한 피해의 우려, 인권침해의 우려에 있다고 볼 때, 현실적인 조건에 비추어 그러한 피해 내지 인권침해의 우려가 매우 경미하다는 것을 들어 전쟁에 의한 통일을 정당화시킬 수도 있다. 그러나 헌법 제4조는 -설령 그 도입과정에서 이러한 현실적 필요성이 고려되었다 하더라도- 이러한 현실적 필요성에 따라서 달리 평가될 수 없는 규범적 요청인 것이다.

적 기본질서에 입각한 통일이라는 헌법의 요청에도 위배되는 것이다.

같은 맥락에서 헌법 제4조의 자유민주적 기본질서에 입각한 통일이라는 요청에 비추어볼 때, 남한과 북한의 정치체제를 동등한 위치에 놓고 타협을 통해 통일헌법상의 정치체제를 결정하려는 태도, 심지어 통일헌법상의 정치체제를 자유민주주의와 공산주의 가운데 다수결에 의해 선택할 수 있다는 주장도 위헌적인 것으로 판단된다.

자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이라는 헌법 제4조의 규정은 대한민국의 통일정책에 대해 최소한의, 하지만 가장 강력한 헌법적 기준을 제시한 것이며, 이를 벗어나는 통일정책은 정당성을 가질 수 없는 것이다.

2. 통일헌법의 기본원리로서의 민주주의

민주주의 핵심요소들은 자유민주적 기본질서의 내용으로 인정될 뿐만 아니라, 통일의 목적 내지 지향점이라 할 수 있는 인권의 보장과 불가분의 관계에 있다. 계몽전제군주의 경우처럼 민주주의 없이도 국민의 인권이 존중되는 경우가 없지 않으나, 그 경우에도 인권의 의미와 비중이 민주주의에서와 같을 수는 없다. 민주주의는 국민을 주권자로 인정하며, 민주주의의 가장 중요한 가치는 주권자인 국민의 인권을 보장하는 것이기 때문이다.⁶²⁾

현대국가의 대부분이 민주주의를 자처할 정도로 오늘날 민주주의는 정당성의 동의어처럼 사용되고 있다.⁶³⁾ 그런 가운데 남한은 자유민주주의를, 북한은 인민민주주의를 자처하고 있다. 과거 유신헌법 당시 한국적 민주주의라는 이름으로 독재를 행한 경험에서 확인할 수 있는 것처럼 민주주의라

61) 통일이란 내적 동일성을 갖는 하나의 국가가 되는 것을 의미하는데, 이른바 일국양제란 내적 동일성을 포기하는 것이기 때문이다. 또한 중국과 홍콩의 관계는 대등한 관계가 아니며, 이른바 일국양제가 갖는 의미는 매우 제한적일 수 있지만, 남북한의 관계는 (사실적인 측면에서는 몰라도 규범적인 측면에서는) 대등성을 전제해야 할 것이므로 일국양제는 사실상 통일이 아니라고 보아야 한다.

62) 그러므로 인권에 대한 제약을 정당화시킬 수 있는 것은 다른 사람들의 보다 중대한, 인권보장이나 보다 많은 사람들의 인권보장의 필요성 이외에는 없다.

63) 그로 인하여 진정한 민주주의가 무엇인지에 대한 혼란은 더욱 커지고 있다.

는 이름만을 붙였다고 해서 진정한 민주주의가 될 수는 없다. 통일 헌법의 민주주의는 진정한 민주주의가 되어야 할 것이며, 이를 위해서는 민주주의가 갖추어야 할 본질적 요소들을 제대로 갖추고 있어야 한다.

이와 관련하여 국민주권, 대의제, 다수결원리, 다원주의, 자유민주적 기본질서를 민주주의의 본질적 징표로 들 수 있으며,⁶⁴⁾ 특히 자유민주적 기본질서는 이러한 민주주의의 구성요소들 중에서도 핵심적인 부분을 지칭하는 것이다.⁶⁵⁾ 독일 연방헌법재판소의 판례에서 국민주권과 다수결원리, 책임정치, 복수정당과 정당의 기회균등을 예시한 것⁶⁶⁾이나, 우리 헌법재판소의 판례에서 국민주권, 복수정당제도, 선거제도, 의회제도 등을 예시한 것⁶⁷⁾도 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

인권의 경우와 마찬가지로 이러한 민주주의의 핵심요소를 침해하지 않는 것이 통일헌법의 필요조건이라면, 충분조건은 민주주의의 확대·강화라고 할 수 있다. 즉, 국민의 다양한 의사들이 최대한 표현될 수 있도록 하고, 국민의 의사들이 평등하게 고려되는 가운데 국가의사가 결정될 수 있도록 하는 제도의 개선이 곧 민주주의의 확대·강화라고 할 수 있으며, 이를 위한 정당제도, 선거제도 등의 개선이나 국가조직의 구성 및 활동방식의 개선 또한 이에 해당한다.⁶⁸⁾

통일헌법 하의 국가질서도 대의제에 기초할 수밖에 없으며, 대의제 하에서는 정당의 존재와 역할이 불가피하다. 다만, 북한식의 일당독제가 아니라 복수정당제도 인정되어야 하며, 통일의 준비과정 및 협상과정에서 정당의 역할이 중요할 뿐만 아니라, 통일 이후에도 선거를 통한 민주적 정부의 구성 및 사회적 통합 과정에서 정당의 역할은 매우 클 수밖에 없다.⁶⁹⁾

64) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 142쪽 이하 참조.

65) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 172쪽 이하 참조.

66) SRP 판결(BVerfGE 2, 1[12f.]).

67) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정.

68) 다만 이러한 자유의 확대가 민주주의의 근본가치에 대한 훼손으로 연결되지 않도록 해야 하며, 이를 위한 기준을 정하고 있는 것이 자유민주적 기본질서이기도 하다. 통일에서 정당이 갖는 의미와 역할에 관하여는 민족통일연구원, 『통일과정에서의 정당역할 연구』, 1996; 송태수, 독일 통일에서 정당의 역할, 서강대 사회과학연구 제14권 제1호(2006.02), 246-284쪽 참조.

통일 이후 민주적 선거의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 남북한 주민이 모두 납득할 수 있는 합리적 선거제도를 구성할 경우에만 선거의 통합적 기능이 제대로 발휘될 수 있으며, 그럴 때에만 예멘의 경우처럼 새로운 분열로 치닫지 않을 것이기 때문이다. 즉, 형식적으로 선거를 통해 국가권력을 구성하는 것이 아니라, 실질적으로 선거의 정당성에 대한 국민적 공감대가 폭넓게 형성되어야 하는 것이다.⁷⁰⁾

그밖에도 민주주의의 구체화를 위해 필요한 요소들은 무수히 많지만, 특히 정당과 선거의 민주성 확보는 다른 요소들에 우선하는 중요성을 가지며, 이를 전제로 지방자치나 국가기관의 활동에 대한 민주적 통제 등이 실효성을 가질 수 있을 것이다.

3. 통일헌법의 기본원리로서의 법치주의

정당성의 동의어처럼 사용되는 민주주의와는 달리 법치주의에 대한 우리 국민들의 인식은 상당히 부정적이다. 그것은 법과 법치에 대한 전통적인 인식이 일제 강점기와 해방 이후의 경험을 통해 매우 소극적이고 부정적인 법의식을 형성했기 때문이다.⁷¹⁾

한국법제연구원의 “2015년 국민법의식 조사연구”에서, 많은 국민들이, 법은 여전히 민주적이라기보다는 권위적이라는 응답이 많았으며,⁷²⁾ 법이 잘 지켜지지 않는 이유와 관련하여서는 “법대로 살면 손해 본다”, “법을 지

70) 즉, 남한주민들과 북한주민들이 모두 선거를 통해 국민의 의사에 부합하는 국가권력이 형성되었다고 느끼는 경우에는 갈등의 소지가 적을 것이지만, 어느 한쪽이라도 국가권력의 형성에 주민들의 의사가 제대로 반영되지 못했다고 느낄 경우에는 예멘과 유사한 내부 분열이 발생할 수 있을 것이다.

71) 유교의 영향 하에서 법치보다는 덕치가 이상적이라는 생각이 널리 퍼졌고, 그런 가운데 일제 강점기와 해방 이후의 권위주의정권을 거치면서 법이 압제의 수단으로 남용되어 국민의 자유와 권리를 침해하였다는 역사적 경험은 법과 법치에 대한 부정적 인식을 갖게 된 것이다. 하지만 민주주의가 제도적으로 정착된 단계에 이르러서도, 그 인식이 개선되지 않고 있는 원인으로, 법 준수에 대한 국민의 부정적 인식도 한몫을 하고 있다고 볼 수 있다.

72) 현대호·김명아, 『2015 국민법의식 조사연구』(법제연구원 연구보고 2015-07), 77쪽 이하.

키지 않는 사람이 많아서”, “법을 지키는 것이 번거롭고 불편해서”라는 순으로 응답하고 있다.⁷³⁾ 준법 정도에 따른 시계열 분석을 통해서 과거에 비해 법이 잘 지켜지고 있다는 응답이 지속적으로 높아지고 있다는 것은 긍정적이지만, 아직도 법이 잘 지켜지고 있다는 응답보다는 그렇지 않다는 응답이 근소하게 높았다.⁷⁴⁾

많은 국민들이 법의 필요성을 인정하면서도, 법 준수에 대한 부정적 인식을 가지고 있는, “이중적 법의식”, “이중적 태도”로 인하여 기초 법질서를 포함한 법규가 제대로 준수되지 않고, 실질적 법치주의가 생활 속에 뿌리 내리는데 어려움을 겪고 있다. 통일 헌법의 법치주의가 이러한 문제를 극복하기 위해서는 법치주의의 실질적 의미와 기능에 대한 인식의 변화가 선행되어야 할 것이다.⁷⁵⁾

헌법원리로서의 법치주의는 객관적이고 공정한 법과 법 집행을 통하여 사회의 다양한 이해관계를 섬세하게 조정하고, 법적 안정성과 정의의 요청을 함께 조화시키며, 그 결과 국민 모두의 자유와 권리를 보장하는 것이다. 따라서 통일 이후의 사회적 갈등을 합리적으로 해소하기 위해서는 법치주의의 틀 안에서 마련된 제도를 통해 사회적 문제들이 해결될 수 있어야 할 것이며, 이러한 제도적 장치가 제대로 작동하게 된다면 민주주의가 한층 성숙할 수 있을 뿐만 아니라, 갈등마저도 사회통합의 계기로 승화시킬 수 있을 것이다.

자유민주적 기본질서는 이러한 법치주의의 핵심요소인 권력분립, 행정의 합법률성, 사법권의 독립 등을 어떤 경우에도 침해되지 않아야 한다고 요구한다. 이러한 요청이 통일헌법상의 법치주의에 대한 필요조건이라면, 법치주의를 발전시키고 내실화시키는 것은 충분조건이라고 할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 법적 제도의 정비뿐만 아니라 법치의 이념에 따른 정당한 권리의 보호, 법적 안정성의 확보 및 소수자의 보호가 함께 발전할 수

73) 현대호·김명아, 『2015 국민법의식 조사연구』(법제연구원 연구보고 2015-07), 91쪽.

74) 현대호·김명아, 『2015 국민법의식 조사연구』(법제연구원 연구보고 2015-07), 92쪽 이하.

75) 국민의 법치의식 개선을 위한 민주시민교육에 관하여는 장영수, 헌법 기본질서와 법치주의의 현실, 헌법학연구 제21권 제2호(2015.06), 229-260(252이하)쪽 참조.

있어야 한다.

근대 인권과 민주주의를 가장 먼저 발전시킨 나라로 누구나 영국을 꼽는다. 1215년 대헌장, 1628년 권리청원, 1679년 인신보호법, 1689년 권리장전 등에 의해 발전된 영국의 인권보장은 서구의 인권보장을 선도했다. 또한 영국은 의회제도를 탄생시키고 명예혁명을 성공시키면서 근대 민주주의 발전을 견인하였다. 그러나 간과되어서는 안 될 점은 영국의 인권과 민주주의 발전을 가능케 했던 가장 탄탄한 기초가 법치의 확립이었다는 점이다.⁷⁶⁾

법치주의는 민주주의와 더불어 헌법을 이끄는 양대 기본원리로서 그 의의와 비중은 누구도 부정하지 못한다. 더욱이 통일헌법이 제대로 뿌리내리기 위해서는 법치주의의 역할이 더욱 크다고 할 수 있다. 통일 이후의 복잡·다양한 갈등을 합리적으로 조정하고 해결하기 위해서는 효율적인 법제도가 무엇보다 중요하기 때문이다.

VI. 통일헌법의 전제로서의 국제적 협력

1. 통일과 국제관계의 상호연관성

통일은, 대한민국의 통일은, 헌법상으로 보면 국제적인 문제가 아니라 국내적인 문제이다. 즉, 대한민국의 영토는 이미 한반도와 그 부속도서이며, 이를 불법적으로 점거하고 있는 북한과 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 이루는 것에 대해 주변국가들이 찬성 또는 반대를 할 이유도, 그러한 찬성이나 반대에 구애되어야 할 이유도 없는 것이다.

이 점에서 대한민국의 통일은 독일의 통일과 다르다. 독일은 제2차 세계대전의 전범국가로서 오랜 동안 주권을 제약받고 있었다. 동독과 서독으로 분단되었을 뿐만 아니라, 분단 이후에도 1990년 통일될 때까지 점령군 사령부가 존속하면서 재무장 등 독일의 중요한 사항에 대해 지속적인 영향

76) 법의 지배의 의미와 기능에 관하여는 양승두·이동과·김영삼·전형성, 『영미공법론』, 1997, 13쪽 이하; A. Dicey(안경환·김종철 역), 『헌법학입문』, 1993, 106쪽 이하 참조.

력을 행사하고 있었다. 그 때문에 독일이 통일될 당시에든 전승 4강국인 영국, 미국, 프랑스, 소련의 동의가 필수적이었다.⁷⁷⁾

대한민국은 독일과 같은 전범국가도 아니며, 주변국가들이 대한민국의 주권을 제약하고 있는 것도 아니다. 따라서 남북한의 통일에 주변 국가들의 동의를 받아야 하는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 대한민국의 통일과 관련하여 2+4 방식⁷⁸⁾이 제안되는 등 주변국가들의 협력이 필요하다는 인식이 널리 확산되어 있다. 그것은 무엇보다 대한민국의 국제적 위상, 그리고 그와 관련된 주변 국가들의 국제적 관계가 남북한의 통일에 매우 큰 사실적 영향력을 미치기 때문이다.

애초에 남북한이 분단되었던 것도 국제적 역학관계에 따른 것이었고, 냉전 체제 속에서 그 분단이 고착화되었던 것도 마찬가지로 국제관계를 도외시하고 설명될 수 없다. 1980년대 이후로 냉전이 종식되고, 소련의 해체, 동구권의 개혁·개방, 대한민국과 중국, 러시아의 수교 등 국제적 변화가 있었기에 본격적인 남북한의 교류와 협력이 가능해졌고, 남북기본합의서의 채택 및 남북한 유엔 동시가입 등이 가능해졌던 것도 부인할 수 없다.⁷⁹⁾

그러므로 남북한의 통일과 국제관계는 다양한 맥락에서 연결되어 있으며, 이를 동시에 고려하는 가운데 통일이 추진되어야 한다. 한편으로는 독일 통일과는 다르다는 점을 충분히 인식하고 활용함으로써 통일의 주도적 역할을 놓치지 말아야 할 것이며, 다른 한편으로는 통일 이후의 국제관계까지 고려하면서 국제적 협력을 최대한 확보할 수 있도록 노력해야 할 것이다.

특히 미국과 중국의 대립이 점차 심해지는 상황에서 어느 한쪽으로 완전히 기울어 가는 모습을 보여주는 것은 통일에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 통일 한국이 미국과 중국의 어느 나라와도 적대적 관계를 형성하는 것은 바

77) 이에 관하여는 유지훈, 독일통일을 위한 국제협상의 과정, 충북대 사회과학연구 제21권(2004.12), 265-301쪽; 한광수, 독일의 전승 4개국에 대한 통일외교 제조명, 통일전략 제11권 제3호(2011.09), 243-278쪽 참조.

78) 이에 관하여는 도중윤, 동서독 통일에서 '독일 문제에 관한 최종 해결 조약(2+4조약)'의 의미: 독일 문제가 한반도 통일에 주는 함의, JPI 정책포럼 No. 2016-7/8/9 (2016.09), 22-40쪽 참조.

79) 이에 관하여는 장훈각, 노태우 대통령의 북방정책과 남북관계, 동서연구 제23권 제2호 (2011.11), 143-180쪽 참조.

람직하지 않음을 고려할 때, 오히려 미국과 중국 모두가 용인할 수 있는 범위 내에서 통일정책을 수립하고 추진하는 것이 필요할 것이다.⁸⁰⁾

2. 통일의 주체로서의 남한과 북한

통일의 당사자는 남한과 북한이다. 따라서 통일을 위한 파트너이며 향후 통일협상의 당사자가 되어야 할 것도 남한과 북한이다. 종교적 갈등으로 분단된 이후 이제는 완전히 별개의 독립국가로 굳어져버린 인도, 파키스탄, 방글라데시, 스리랑카와는 달리 남북한은 여전히 통일을 지향하고 있으며, 이는 남북기본합의서 이후의 여러 합의문 및 선언서 등을 통해서도 확인되고 있다.

분단 초기의 냉전 체제 속에서 남북한은 서로의 존재를 인정하지 않았다. 대한민국헌법에서는 한반도 전체를 대한민국의 영토라고 명시함으로써 북한을 불법집단으로 규정하였고,⁸¹⁾ 북한헌법에서는 수도를 서울로 명시⁸²⁾함으로써 남한정부의 정당성을 인정하지 않았다. 그러면 냉전이 종식되고 남북기본합의서와 남북한 유엔 동시가입이 이루어진 이후에는 어떠한가?

대한민국헌법에서는 제3조 영토조항은 그대로 존치되고 있지만, 제4조 평화통일조항이 신설됨으로써 북한과의 적대적 대립을 평화적으로 해결할 수 있는 헌법적 근거를 마련하였다.⁸³⁾ 북한 헌법에서도 수도를 서울이 아닌 평양으로 바꾸었으며,⁸⁴⁾ 평화통일과 민족대단결을 원칙으로 한 조국통일을 명시하였다.⁸⁵⁾

80) 이에 관하여는 김주삼, 북핵과 한반도 통일에 대한 한·미·중 3국 공조체제와 협력, 한국과 국제사회 제1권 제1호(2017.03), 71-96쪽 참조.

81) 1948년 제헌헌법 제4조: “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”

82) 1948년 북한헌법 제103조: “조선민주주의인민공화국의 수부는 서울이다.”

83) 현행헌법 제4조: “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”

84) 현행 북한헌법 제172조: “조선민주주의인민공화국의 수도는 평양이다.”

85) 현행 북한헌법 제9조: “조선민주주의인민공화국은 북반부에서 인민정권을 강화하고 사상, 기술, 문화의 3대혁명을 힘있게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다.”

이처럼 남북한은 서로가 통일을 지향하고 있으나, 서로에 대한 불신을 버리지도 못하고 있다. 북한은 여전히 적화통일을 위한 기구를 두고, 각종 활동을 계속하고 있으며, 이에 대한 반작용으로 남한에서는 국가보안법 등을 통한 북한으로부터의 국가안보를 확보하기 위한 노력을 계속하고 있다. 그 결과 현행헌법 제3조의 영토조항과 제4조의 평화통일조항이 각기 나름의 의미를 갖는 것으로 보는 해석이 지배적이다.⁸⁶⁾

헌법 제3조의 규정에 따라 대내적으로는(즉 대한민국의 국내법상) 북한이 독립된 주권국가가 아닌 불법집단으로 인정된다. 그렇게 보지 않는다면 북한과의 접촉 등을 강력하게 통제하는 국가보안법 등의 헌법적 근거가 상실될 것이다. 그러나 대외적으로 북한이 국제법주체로 활동하고 있다는 현실을 부정할 수 없기 때문에 적어도 대외적으로는 북한의 실체를 인정하여야 한다.

이런 점들을 고려해 볼 때, 헌법 제3조는 남북한의 대내적 관계를, 그리고 헌법 제4조는 남북한의 대외적 관계를 규율하는 것으로 이해하는 것이 합리적이다. 헌법 제3조의 영토조항과 헌법 제4조의 평화통일조항은 각기 중요한 비중을 갖는 헌법규정들이다.⁸⁷⁾ 이들의 관계를 조화롭게 해석함으

86) 헌재 1997.1.16 92헌바6등 결정도 이러한 시도 가운데 탄생된 것으로 이해될 수 있을 것이다. 이 결정에서 헌법재판소는 “헌단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점”을 인정함으로써 양 측면을 동시에 고려하려는 태도를 보이고 있다.

87) 예컨대 탈북주민들의 법적 지위와 관련하여 헌법 제3조의 해석은 중요한 현실적 의미를 갖는다. 대법원의 판례도 북한 주민이 대한민국의 국적을 당연히 갖는다는 점을 인정하고 있다. 대법원은 “남조선과도정부법률 제11호 국적에관한임시조례 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는바, 원고는 조선인인 위 이승호를 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 대한

로써 어느 한 조문도 사문화시키지 않고 의미를 잘 살리도록 해석하는 것이 헌법해석자의 과제라고 할 수 있다.

그러므로 북한이 통일의 주체이며, 파트너라는 점은 분명하지만, 때로는 천안함 사건이나 연평도 포격과 같은 공격적 행동도 불사한다는 점을 명심하면서 북한과의 교류·협력을 통한 통일 기반의 확보에 노력하되, 북핵 등에 대한 경계도 소홀히 하지 않아야 할 것이다.

3. 통일의 조력자로서의 주변국가 및 국제기구

남북한의 통일에서 주변 4강국(미국, 중국, 일본, 러시아)의 역할은 결코 가볍지 않다. 비록 독일처럼 우리가 전승국의 동의를 얻어야 통일할 수 있는 상황에 처한 것은 아니지만, 주변 국가들의 협조가 필요한 요소들은 적지 않다.

미국, 중국 등의 주변 국가들은 남한과 북한이 각기 주변국가들과 체결하고 있는 상호방위조약으로 인하여 통일과 관련된 문제에 대해 개입의 여지를 갖게 될 수 있다. 또한, 과거 사드 배치와 관련한 중국의 강력한 반발에서 보듯이 통일 한국이 주변국가들과 어떤 관계를 맺는지에 따라서 일부 국가에서 매우 강력한 견제가 들어올 수 있다.

가장 바람직한 것은 주변국가들 모두가 동의하는 가운데 평화적인 방법으로 남북한의 합의에 의한 통일을 이루는 것이다. 하지만, 노골적인 갈등이 점점 더 심해지고 있는 미국과 중국의 동의를 동시에 얻는 것이 결코 쉽

민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다”고 판단한 원심판결을 그대로 받아들인 것이다(대법원 1996.11.12. 선고 96누1221 판결).

이와 관련하여 동·서독의 분단 당시 서독이 취했던 태도는 좋은 모델이 될 수 있을 것이다. 서독은 동·서독 분단 이전의 전체독일의 존속이라는 명제를 내세우며, 동·서독의 단일국적을 고수하였다. 이러한 통일적인 국적의 인정은 무엇보다 동독주민이 서독으로 탈출하는 경우에 가장 현실적인 의미를 갖고 있었다. 동독주민도 서독주민과 마찬가지로 독일국적의 보유자라고 인정함으로써 서독으로 탈출한 동독주민의 개별적인 사정에 대한 판단, 그밖의 정치적 고려, 혹은 귀화나 망명 등의 절차에 대한 부담 없이 서독정부가 이들을 수용할 수 있었으며, 또한 서독정부의 이러한 태도는 동독주민들에게는 매우 커다란 자극이자 유인이었다.

지만은 않을 것이다.⁸⁸⁾ 또한, 일본의 험한 분위기의 확대 등에 따라서는 일본이 장애요소로 등장할 가능성도 배제할 수 없다.

결국 통일을 위한 여건 조성을 위해서도 대한민국 정부는 주변국가들 모두와 적절한 신뢰관계를 구축해야 한다. 특정 국가에 일방적으로 의존하는 것보다는 모든 국가들이 적어도 적대적인 태도를 취하지 않도록 합리적인 협력관계를 형성해야 한다. 예컨대 중국과의 경제협력을 적절히 하되, 정치적·안보적 협력에 대해서는 적절하게 속도조절을 함으로써 미국의 신뢰를 확보·유지해야 할 것이다.⁸⁹⁾

또한 통일의 기반조성과 관련하여 국제기구를 적절하게 활용하는 것도 필요할 것이다. 한편으로는 북한과의 교류·협력에 있어서도 직접적인 지원보다는 국제기구를 통한 간접적인 지원이 갖는 장점을 활용해야 한다. 즉, 국제기구를 통한 지원이 북한의 경계심을 약화시킬 뿐만 아니라, 지원의 순수성을 확보할 수 있다는 점, 국내에서의 대북지원과 관련한 각종 의혹을 불식시킬 수 있다는 점 등을 충분히 고려해야 할 것이다.⁹⁰⁾

물론 북핵제재 등으로 인하여 북한과의 교류·협력 및 국제기구를 통한 지원에도 상당한 제약이 가해지고 있는 것이 현실이다. 그러나 향후의 여건 변화 등을 고려하면서 미리 통일에 대한 준비를 계획해 두는 것이 통일의 성공뿐만 아니라, 통일비용의 부담 경감 및 통일 이후 사회적 통합의 가속

88) 이에 관하여는 김성한, 통일 후 동북아 외교안보 환경과 한국외교의 과제, 고려대 국제관계연구 제22권 제1호(2017.06), 5-34쪽 참조.

89) 이와 관련하여 김성한, 앞의 글(주 88), 26쪽에서는 “① 중국과의 관계는 경제적 협력 관계를 주로 하면서 정치·안보적 협력 단계로 발전시키는 것은 적절히 ‘속도 조절’을 하고, ② 영국의 사례처럼 안보에 관한 한 한·미동맹이 확고한 중심축이라는 신뢰를 미국으로부터 확보하며, ③ 베트남의 경우처럼 지나치게 중국을 두려워하지 않는 자신감을 가질 수 있어야 하고, ④ 인도의 사례처럼 미국과 과학기술 연대를 구축하여 한국의 브레인 파워를 키워야 한다.”고 주장하고 있다.

90) 김성한·이수훈·황수환, 한반도 통일기반 조성을 위한 대북지원 방향, 고려대 국제관계연구 제23권 제1호(2018.06), 5-43쪽에서는 그동안 국제기구의 역할이 과소평가되었다고 지적하면서 한반도 통일역량을 강화하기 위해서도 국제기구를 통한 대북지원을 확대해야 한다고 주장하고 있다. 또한 조한승·박아영, 국제기구를 통한 통일대비 대북지원의 함의: UNFPA의 북한인구조사를 중심으로, 단국대 분쟁해결연구 제16권 제1호(2018.06), 81-112쪽에서는 유사한 논리로 북한의 인구조사를 위해 우리 정부가 UNFPA를 통해 지원하는 것을 찬성하였다.

화를 위해서도 큰 의미와 비중을 갖는다.

VII. 맺음: 통일의 역사적 의미와 우리의 과제

분단의 현실 하에, 북한과의 적대적 대치 속에서 오늘을 살고 있는 우리 민족에게 통일은 꿈이고 희망이었기에 어려서부터 우리의 소원은 통일이라는 노래를 부르면서 통일에 대한 열망을 키웠다.

그러나 북한의 핵과 미사일 개발 등과 관련한 문제들, 그 결과 국제사회의 대북제재와 통일정책에 대한 남남갈등 등에서 통일의 과정은 첩첩산중이고, 신중한 접근이 요청되고 있다. 또한, 독일의 통일이 보여주었듯이, 수십 년 동안 분단되었던 남북한이 하나의 국가로 통일하여 정치적·경제적·사회적·문화적 이질성을 극복한다는 것도 결코 쉬운 일이 아니다.

그럼에도 불구하고 통일은 우리 민족의 장래를 위해 포기될 수 없는 과제이다. 또한 우리에게서 헌법 제4조에서 명시하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 통해 남북한 주민들 모두의 인권이 신장되고, 국가발전의 새로운 동력을 얻을 수 있는 기회가 될 수 있을 것이라는 믿음이 있다. 다만, 통일이 보다 안정적으로 진행될 수 있도록 하기 위해, 통일 이후 국가질서의 혼란을 최소화하면서 빠르게 안정될 수 있기 위해, 통일의 효과가 극대화되는 가운데 남북한 주민들 사이에 사회적 통합이 공고해지기 위해 다양한 준비들이 필요한 것이다.

통일헌법에 대한 연구는 이런 맥락에서 그 중요성에 대해 재론할 필요가 없을 것이지만, 아직도 원론적인 단계를 벗어나지 못하고 있다는 점에서 아쉬움이 크다. 특히 통일헌법의 기본이념 내지 원리에 대해서는 적지 않은 연구가 있었고, 대강의 합의 또한 형성되어 있다고 말할 수 있겠지만, 각 분야별 제도의 구체화 측면에 대한 연구는 이제 비로소 시작단계라고 볼 수 있을 것이다.

이 글은 통일의 중심이 되어야 할 통일헌법, 그 중에서도 전제조건에 대한 연구이다. 거시적인 통일연구의 초반부에 불과하며, 기존에 연구성과

들 중에서는 더욱 진전된 것들도 적지 않다. 하지만, 모든 것은 기초가 튼튼해야 하듯이, 통일헌법에 대한 연구 또한 마찬가지로라는 점에서 이 글의 의미를 찾는다. 이 글이 향후 보다 구체적인 분야에 대한 심층적인 연구를 위한 중간 단계의 역할을 할 수 있다면, 그로써 본 연구의 목적은 충분히 달성되었다고 할 수 있을 것이다.

통일의 기회가 언제 찾아올지는 아무도 모른다. 그러나 분명히 온다. 그 때를 기다리며 우리가 항상 준비하면서 깨어 있다면 통일의 기회를 놓치지 않을 것이며, 충실한 사전적 준비가 통일의 후유증을 최소화하면서 성공적인 통일을 견인할 수 있을 것이다.

통일헌법의 전제조건에 관한 연구 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.02.15.	2021.02.22.	2021.03.18.

[참고문헌]

- 강주영, 통일제정에 대한 재정법적 쟁점 검토 -통일재정 운용 및 조달수단을 중심으로-, 유럽헌법연구 제17호(2015.4), 343-374쪽.
- 고경민, 박근혜 정부의 통일담론과 통일교육 활성화 방향 -통일대박과 통일비용 논쟁을 중심으로-, 통일전략 제15권 제3호(2015.8), 107-146쪽.
- 구본학, 판문점선언 1년: 평가와 전망, 신아세아 제26권 제2호(2019.06), 46-71쪽.
- 국회도서관, 『북한의 개성공단 폐쇄에 관련된 법제와 외국 분단 국가의 사례』, 입법현안 법률정보 제10호(2013.5.20.).
- 김도태, 『베트남 통합사례 연구』, 민족통일연구원 연구총서 1993-14, 1993.
- 김미정, 민주평화통일자문회의 존재논쟁과 대안, 경기대 박사학위논문, 2016.
- 김백유, 민주적 기본질서, 헌법학연구 제9권 제3호(2003), 81-117쪽.
- 김성한, 통일 후 동북아 외교안보 환경과 한국외교의 과제, 고려대 국제관계연구 제22권 제1호(2017.06), 5-34쪽.
- 김성한·이수훈·황수환, 한반도 통일이반 조성을 위한 대북지원 방향, 고려대 국제관계연구 제23권 제1호(2018.06), 5-43쪽.
- 김승수, 통일을 지향하는 언론의 역할과 과제, 전북대 사회과학연구 제22집(1996.2) 81-103쪽.
- 김용욱, 예멘과 독일의 통일사례 비교와 시사점 -통합 합의과정 및 통일방식을 중심으로-, 한국정치외교사논총 제28집 제1호(2006.8), 257-296쪽.
- 김원식, 이명박 정부 대북 인권정책의 원칙과 과제, 국제문제연구 제8권 제2호(2008 여름), 155-182쪽.
- 김재영, 통일비용의 재원과 조달방법, 통일법연구 제1권(2015.10), 317-351쪽.
- 김주삼, 북핵과 한반도 통일에 대한 한·미·중 3국 공조체제와 협력, 한국과 국제사회 제1권 제1호(2017.03), 71-96쪽.
- 노기호, 남북정상회담 판문점 선언의 법적 성격과 효력에 관한 고찰, 법과 정책연구 제18권 제2호(2018.06), 333-356쪽.
- 더불어민주당 한반도경제통일위원회, 『개성공단 폐쇄와 위기의 남북관계: 전망과 대응』 (토론회 자료집), 2016.2.18.
- 도종윤, 동서독 통일에서 '독일 문제에 관한 최종 해결 조약(2+4조약)'의 의미: 독일 문제가 한반도 통일에 주는 함의, JPI 정책포럼 No. 2016-7/8/9(2016.09), 22-40쪽.
- 민족통일연구원, 『통일과정에서의 정당역할 연구』, 1996.
- 박주현, 통일에 따른 국방분야의 비용 및 효과, 국방정책연구 제30권 제3호(2014), 47-86쪽.
- 변종현, 통일대박론의 비판적 논의, 윤리연구 제99호(2014.12), 123-150쪽.
- 송태수, 독일 통일에서 정당의 역할, 서강대 사회과학연구 제14권 제1호(2006.02), 246-284쪽.
- 안지호·현주, 시스템 통합을 넘어서 -통일 25년 이후 독일의 사회통합-, 한·독사회과학논총 제25권 제3호(2015.9), 221-250쪽.
- 양승두·이동과·김영삼·전형성, 『영미공법론』, 1997.
- 양창식, 독일의 통일과정에 관한 연구, 단국대 박사학위논문, 2008.
- 염병배·유일호, 독일과 우리나라의 통일비용 및 통일재원 비교 연구, 재정학연구 제4권 제2호(2011), 183-221쪽.
- 유지호, 『예멘의 남북통일 : 평화통일의 매혹과 위험성』, 1997.
- _____, 예멘 통일의 국제적 성격, 통일정책연구 제11권 제1호(2002.7), 31-56쪽.
- 유지훈, 독일통일을 위한 국제협상의 과정, 충북대 사회과학연구 제21권(2004.12), 265-301쪽.
- 이석범, 4·27 판문점선언의 역사적 의미와 실효성 확보 방안, 가톨릭 평론 제28호(2020.07),

- 170-180쪽.
- 장낙인, 통일을 대비한 언론의 역할, *우석대 사회과학 제1집*(1996.12), 71-92쪽.
- 장명봉, 『분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 자료』, 1998.
- _____, 『분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료』, 2001
- _____, 남북한 헌법체제의 비교와 헌법통합 방향, 『2006년도 남북법제개선 연구보고서』, 법제처, 2006, 1-30쪽.
- 장영수, 통일헌법논의의 의의와 필요성, 권영성교수 정년기념논문집, 1999, 73-107쪽.
- _____, 1948년 헌법제정의 역사적 의미, *고려법학 제51호*(2008.10), 53-76쪽.
- _____, 임시정부헌법의 역사적 의미와 대한민국 헌법의 제정, *고려법학 제57호*(2010.6), 211-243쪽.
- _____, 헌법 기본질서와 법치주의의 현실, *헌법학연구 제21권 제2호*(2015.06), 229-260쪽.
- _____, 『헌법학』, 제12판, 2021.
- 장은주, 인권의 보편성과 인도적 개입의 정당성 -'북한 인권 문제'의 올바른 해법을 위한 철학적 토대의 모색과 관련하여-, *사회와철학 제17호*(2009.4), 285-324쪽.
- 장훈각, 노태우 대통령의 북방정책과 남북관계, *동서연구 제23권 제2호*(2011.11), 143-180쪽.
- 전상진·강지원·원진실, 통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의 -독일의 통일비용의 재원조달과 문제점을 중심으로-, *한·독사회과학논총 제17권 제3호*(2007.12), 9-44쪽.
- 전태국, 사회통합을 지향한 한국통일의 개념전략: 변화를 통한 접근, *한국사회학 제41집 제6호*(2007.12), 204-239, 246쪽.
- 정경환, 북한인권문제의 기본성격과 우리의 대응, *대한정치학회보 제13집 제3호*(2006. 2), 347-371쪽.
- 정영주, 통일 인식 제고와 미디어의 역할: 통일 관련 미디어 지수의 필요성, *언론정보연구 제53권 제1호*(2016.2), 57-104쪽.
- 정치용, 남북예멘의 국력과 통일과의 상관성 연구 - 통합이론의 적용: 남북예멘의 국력과 통일과의 상관성 연구, *서울대 국제지역연구 제15권 제1호*(2006), 95-124쪽.
- 조재현, 통일의 과정과 통일합의서에 관한 연구, *동아법학 제66호*(2015.2), 253-279쪽.
- 조한범 외, 『정치·사회·경제 분야 통일 비용·편익 연구』, 통일연구원 통일비용·편익종합연구 2013-1(2013.12).
- 조한승·박아영, 국제기구를 통한 통일대비 대북지원의 함의: UNFPA의 북한인구조사를 중심으로, *단국대 분쟁해결연구 제16권 제1호*(2018.06), 81-112쪽.
- 최형익, 한국 민족주의와 통일의 조건, 민주주의와 인권 제6권 제2호(2006.10), 41-74쪽.
- 통일부, 『독일의 통일·통합 정책 연구』, 1~3권, 2011.
- 한광수, 독일의 전승 4개국에 대한 통일외교 재조명, *통일전략 제11권 제3호*(2011.09), 243-278쪽.
- 한동호, 박근혜 정부의 대북 인권정책 분석, *한국과 국제정치 제30권 제4호*(2014), 129-161쪽.
- 현대호·김명아, 『2015 국민법의식 조사연구』 (법제연구원 연구보고 2015-07), 2015.
- KBS 남북협력기획단, 『2012 국민 통일의식 조사』, 2012.
- A. Dicey(안경환·김종철 역), 『헌법학입문』, 1993.
- Young-Soo Chang, *Streitbare Demokratie*, Diss. Frankfurt, 1990.

【국문초록】

통일에 대한 연구는 통일의 진행과정과 관련하여 크게 세 가지로 분류될 수 있다. 첫째, 통일의 준비에 관한 연구가 있고, 둘째, 통일 협상과정에 관한 연구가 있다. 그리고 셋째, 통일 이후의 실질적 통합에 관한 연구가 있다.

이처럼 통일에 관한 연구들은 그 연구의 대상범위가 매우 광범위하고 다양할 뿐만 아니라, 통일을 바라보는 시각에 따라 강조점 또한 다르며 연구결과의 차이도 적지 않다. 그로 인하여 수많은 연구성과들 중에서는 서로 충돌하는 경우도 드물지 않다는 점은 주지의 사실이다. 물론 민주적 다양성의 측면에서 볼 때 다양한 견해들이 제시되는 것은 당연하다고 할 수 있지만, 과도한 혼란은 통일의 준비라는 측면에서 결코 바람직하지 않다.

이와 관련하여 아무리 강조해도 지나치지 않을 정도로 중요한 것이 통일의 기본적 성격과 방향에 대한 국민적 합의를 확인하고 또 발전시키는 것이라고 할 수 있다. 이를 전제로 국민적 합의에 기초한 통일정책이 수립·추진될 수 있을 뿐만 아니라, 통일에 관한 여러 준비과정도 중복이나 충돌의 문제를 최소화할 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 통일의 기본적 성격과 방향에 관한 국민적 합의를 규정하고 있는 것이 현행헌법 제4조의 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일’이다. 그리고 이를 통일 이후에 어떻게 구체화할 것인지의 문제는 결국 통일헌법을 어떤 절차와 방식을 통해, 어떤 내용을 담아서 제정할 것인가의 문제로 나타나게 된다. 따라서 현재 국내질서에 관한 문제들이 현행헌법을 기준으로 체계적 일관성을 가지고 해결될 수 있는 것처럼 통일에 관한 수많은 쟁점들도 통일헌법을 기준으로 하여 해결되어야 하는 것이다.

특히 통일헌법이라는 방대한 주제를 체계적으로 정리하기 위해 가장 먼저 고려되어야 할 점은 이러한 통일헌법의 기본적 의미와 방향, 그리고 그 전제조건에 관한 것이라고 할 수 있을 것이다.

【Zusammenfassung】

Eine Studie über die Voraussetzungen der
Wiedervereinigungsverfassung

Young-Soo Chang

(Professor, Korea University Law School)

Die Erforschung der Wiedervereinigung kann in Bezug auf den Fortschritt der Wiedervereinigung in drei Kategorien eingeteilt werden. Erstens gibt es eine Studie zur Vorbereitung auf die Wiedervereinigung, und zweitens gibt es eine Studie zum Verhandlungsprozess für die Wiedervereinigung. Und drittens gibt es eine Studie zur praktischen Integration nach der Wiedervereinigung.

So sind die Studien zur Wiedervereinigung nicht nur im Umfang ihrer Forschung sehr breit und vielfältig, sondern haben auch je nach Perspektive der Wiedervereinigung verschiedene Schwerpunkte, und es gibt nicht wenige Unterschiede bei den Forschungsergebnissen. Infolgedessen ist es bekannt, dass zahlreiche Forschungsergebnisse nicht selten miteinander kollidieren. In Bezug auf die demokratische Vielfalt kann freilich gesagt werden, dass verschiedene Ansichten vertreten werden, aber übermäßige Verwirrung ist in Bezug auf die Vorbereitung auf die Wiedervereinigung keineswegs wünschenswert.

In diesem Zusammenhang kann gesagt werden, dass es nicht überbetont werden kann, einen nationalen Konsens über den grundlegenden Charakter und Richtung der Wiedervereinigung zu bestätigen und zu entwickeln. Dies

liegt daran, dass auf der Grundlage eines nationalen Konsenses Wiedervereinigungspolitik festgelegt und gefördert werden können und das Problem der Doppelarbeit oder des Konflikts bei verschiedenen Vorbereitungsprozessen für die Wiedervereinigung vermindert werden kann.

Es ist die „friedliche Wiedervereinigung auf der Grundlage der freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ in Artikel 4 der koreanischen Verfassung, die den nationalen Konsens über den grundlegenden Charakter und Richtung der Wiedervereinigung festlegt. Und die Frage, wie dies nach der Wiedervereinigung verwirklicht werden kann, stellt sich schließlich als Frage der Verfassungsbindung der Wiedervereinigung, durch welche Verfahren und Methoden und welche darin enthaltenen Inhalte umgesetzt werden soll. So könnten zahlreiche Probleme im Zusammenhang mit der Wiedervereinigungsverfassung gelöst werden, sowie gegenwärtigen innerstaatlichen Probleme auf der Grundlage der gegenwärtigen Verfassung mit systematischer Konsequenz gelöst werden.

Um das große Thema der Wiedervereinigungsverfassung systematisch zu verordnen, ist zuerst die grundlegende Bedeutung und Richtung der Wiedervereinigungsverfassung und ihre Voraussetzungen zu berücksichtigen.

주제어(Stichwörter) : 통일(Wiedervereinigung), 통일의 준비(Vorbereitung auf die Wiedervereinigung), 통일헌법(Wiedervereinigungsverfassung), 통일협상(Verhandlungsprozess für die Wiedervereinigung), 통일 후의 실질적 통합(praktischen Integration nach der Wiedervereinigung)

사회보장과 조세*

— 공공부조와 사회보험을 중심으로 —

차 진 아**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|-----------------------------------|
| I. 서: 21세기 대한민국에서 사회적 안전망이 갖는 의미 | IV. 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확대·강화 |
| II. 사회국가의 지향점: 사회적 정의를 통한 통합의 실현 | 1. 국가재정의 한계와 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확충 |
| 1. 사회적 정의의 이념과 그 구체화 | 2. 사회적·경제적 여건의 변화와 사회보험의 개혁 방향 |
| 2. 사회국가의 실현방식과 전제조건 | 3. 기초연금의 성격과 쟁점 |
| 3. 사회국가와 조세국가 | V. 사회국가실현을 위한 사회보장과 조세의 역할 |
| III. 사회적 취약계층에 대한 공공부조 | 1. 사회보장의 재정적 기초로서 조세 |
| 1. 사회국가의 출발점과 사회적 취약계층에 대한 직접적 배려의 중요성 | 2. 과세권에 대한 한계로서 사회보장 - 소득세를 중심으로- |
| 2. 국민기초생활보장제도를 통한 구체화 | 3. 사회보장에 대한 조세정책적 지원의 역할과 한계 |
| 3. 의료급여제도를 통한 구체화 | VI. 결론 |

* 이 논문은 2020. 11. 4. 한국헌법학회와 한국법제연구원이 공동주최한 헌법학자대회(대주제 「헌법과 통합」)에서 발표한 발제문을 수정 및 보완한 것임.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서: 21세기 대한민국에서 사회적 안전망이 갖는 의미

돌이켜보면 20세기는 인류 역사에 커다란 전환점이 되었던 시대였다. 양차 세계대전과 이를 전후한 제국주의의 몰락, 민주주의의 보편화와 전 세계적인 냉전 등이 인류 역사에 새로운 변화를 보여주었다. 이러한 변화는 사회국가의 보편화, 환경국가의 대두 등으로 이어졌으며, 21세기는 그 연장선 위에 있다.

21세기가 20년이 지난 오늘날 민주주의는 새로운 도전에 직면해 있고, 글로벌 경쟁 속에서 경제질서 또한 제4차 산업혁명을 계기로 커다란 변화의 흐름을 타고 있다. 그런 가운데 사회국가의 실현, 특히 변화된 21세기적 상황 속에서 사회적 안전망을 어떻게 확대·강화할 것인지는 이러한 모든 문제와 맞물려 대한민국을 비롯한 선진국들의 중요한 과제로 부각되고 있다.

국민 다수가 원하는 것이 무엇인지를 가장 중요시할 수밖에 없는 민주정치에서, 저출산·고령화 속에 경제활동인구가 줄고 “20대 80의 사회”¹⁾가 점점 현실로 다가오는 시점에서 사회보장의 중요성은 일부 사회적 약자만의 문제가 아닌 국민 모두의 생존 문제와 직결되기 때문이다.

대한민국의 사회보장 역사는 서구의 선진국에 비해 매우 짧다. 예컨대, IMF 외환위기를 계기로 2000년에 이르러서야 체계적인 공공부조로서 국민기초생활보장제도가 실시되었다. 국민에 대한 공적연금의 경우 서구에서는 이미 19세기 후반에서 20세기 초반에 걸쳐 시행된 반면에,²⁾ 우리나라에서는 -특수직역연금은 이미 1960년대~1970년대에 도입되었으나- 1988년에 이르러 비로소 비로소 시행되었던 것이다.³⁾

1) 이에 대하여는 한스 피터 마르틴(Hans-Peter Martin)/하랄드 슈만(Harald Schumann) (강수돌 옮김), 「세계화의 뒷 -민주주의와 삶의 질에 대한 공격-, 영림카디널, 2001, 22-28면 참조.

2) 이에 대하여는 B. Ebbinghaus/I. Schulze, Krise und Reform der Alterssicherung in Europa, in: F. Boll/A. Kruke (Hrsg.), *Der Sozialstaat in der Krise -Deutschland im internationalen Vergleich-*, Dietz, 2008, S. 269-296 참조.

3) 현재 2001. 2. 22. 99헌마365 결정; 전광석, 「한국사회보장법의 역사」, 집현제, 2019, 212면 이하; 257면 이하.

오늘날 대한민국의 사회보장수준은 미국 등에서도 참고할 정도로 높은 수준에 이르러 있다. 하지만 아직 남은 문제들이 적지 않다. 현재 국민연금 기금의 고갈 문제, 국민연금기금 운용의 합리성 및 투명성 문제, 공무원연금 등 특수지역연금의 재정적자 심화 문제, 국민건강보험에서의 보장성 강화, 국민건강보험료의 급격한 인상, 직장가입자와 지역가입자 사이 국민건강보험료 부담의 형평성 문제,⁴⁾ 최근 실업률의 급증과 고용보험의 인적 적용범위 확대에 따른 고용보험 재정의 안정성과 지속가능성 문제, 노인인구의 증가에 따른 노인장기요양보험의 재정악화 문제 등 해결을 요하는 문제들이 산적해 있다.

오늘날 우리의 삶은 사회보장 없는 삶을 생각할 수 없게 되었고, 사회보장제도의 합리화, 특히 변화된 경제적 여건에 상응하여 사회적 안전망을 확대·강화하는 것은 삶의 질을 유지하기 위한 필수적인 조건이 되었다. 이에 대한 국민적 공감대가 형성되어 있는 것은 분명하지만, 문제는 한정된 재원 배분의 우선순위, 필요한 재원확보 방법 등과 관련하여서는 매우 날카로운 이해관계의 충돌과 대립으로 이어지고 있다는 점이다. 예컨대, 사회보장을 위한 재원확보를 위해 증세가 불가피하다면 누구를 대상으로 어떤 세목을 신설할 것인지, 아니면 기존 세목 가운데 어떤 세목에 대해 증세할 것인지, 구체적으로 세율을 인상할 것인지 아니면 각종 공제의 축소 등을 통해 증세할 것인지 등의 문제와 관련하여 논란이 있는 것이다. 그뿐만 아니라 증세가 경제활동을 위축시키고 그로 인해 실업률이 증가하는 등 악순환을 가져올 것이라는 우려도 만만치 않다.

오늘날 사회국가는 민주주의와 법치주의의 큰 틀 안에서 그 보장의 정도와 방법을 결정하게 된다. 즉, 사회국가실현의 의미는 단순히 사회적 약자에 대한 배려에만 있는 것이 아니라 이를 통해 국민 전체가 사회적 정의라는 공동된 이념과 기준을 공유한다는 것에 있다. 이러한 기본이념과 원칙으로 국가질서 전체가 전체 사회보장 제도 및 이를 뒷받침하는 조세제도가 체계적이고 유기적인 관련성 속에서 정비되고 발전되어야 할 것이다.

4) 이에 대하여는 현재 2016. 12. 29. 2015헌바199 결정 참조.

이하에서는 이러한 문제의식에 기초하여 사회보장과 조세의 내적 관련성에 대하여 거시적으로 개관하고자 한다. 이를 위해 먼저, 사회적 정의에 기초한 실질적 자유, 실질적 평등의 실현이라는 사회국가의 이념을 조명(Ⅱ)한 후, 사회보장, 특히 공공부조와 사회보험을 통한 사회국가 이념의 실현을 개관(Ⅲ 및 Ⅳ)한 다음, 조세의 이중적 기능과 소득세의 특성에 따라 사회국가의 실현을 위한 사회보장과 조세의 역할(Ⅴ)을 검토하고자 한다.

이 논문에서는 사회보장의 범위를 사회보장기본법 제3조 제1호에 따라 사회보험 및 공공부조와 사회서비스로 파악하고자 한다.⁵⁾ 그런데 사회서비스의 개념은 명확하지 않은 부분이 있고, 그 외연이 너무 넓으며, 유형도 매우 다양하여 사회서비스 전체와 조세와의 내적 관련성을 체계적으로 정리하는 것이 쉽지 않다. 더욱이 사회적 안전망의 근간은 공공부조와 사회보험이며 사회서비스는 이를 보완하는 역할을 하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 이 글에서는 사회보장기본법 제3조 제1호의 사회보장 중에서 공공부조와 사회보험을 중심으로 검토하고자 한다.

Ⅱ. 사회국가의 지향점: 사회적 정의를 통한 통합의 실현

1. 사회적 정의의 이념과 그 구체화

사회국가의 이념이 무엇인지에 대해서는 다양한 견해들이 있다. 이를 실질적 자유의 실현으로 보는 견해, 자유보다는 실질적 평등에 주안점을 두는 견해, 혹은 실질적 자유와 실질적 평등을 묶어서 사회국가의 이념으로 주장하는 견해 등이 다양하게 제시되었다.⁶⁾ 그러나 이러한 견해는 형식적

5) 사회보상도 강화상 사회보장의 범위에 포함된다(전광석, 「한국사회보장법론」, 집현제, 2019, 83면).

6) J. Cha, *Sozialstaatliche Gebote und Besteuerung - Verwirklichung der sozialstaatlichen Gebote durch den Steuergesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea* -, Diss. Universität des Saarlandes, 2005, S. 8 ff., 70 ff.

자유와 실질적 자유, 형식적 평등과 실질적 평등의 관계에 관한 더욱 복잡한 문제를 낳게 되었을 뿐만 아니라, 왜 형식적 자유·평등이 아니라 실질적 자유·평등이 필요한지, 이를 구분하는 기준은 무엇인지에 대해 혼란을 낳는다.⁷⁾

오히려 사회국가의 모태가 되었던 초기 사회주의의 출발점으로 돌아가 생각하면 사회국가의 기본적인 지향점은 사회적 약자에 대한 배려에 있었으며, 이후의 발전을 통해 사회국가는 계층화된 사회적 약자가 아닌 국민 모두가 더불어 사는 삶, 즉, 사회적 정의의 실현을 지향하는 것으로 볼 수 있다.⁸⁾ 그런 의미에서 사회국가의 이념을 사회적 정의라고 보는 것이 - 실질적 자유·평등으로 보는 경우와 내용상 크게 다르지 않을 수 있으나- 보다 분명하게 사회국가의 지향점과 성격을 보여주는 것이다.

이러한 사회적 정의라는 관점에서 볼 때, 단순히 개인의 능력과 노력을 바탕으로 한 자유경쟁 속에서 자기 몫을 쟁취하는 것만이 정의라고 볼 것이 아니라, 한편으로는 사고나 질병, 장애나 노령, 부양의무자의 사망이나 노동력 상실 등으로 인하여 곤궁한 처지에 빠진 사람들에게 대한 배려가 필요하다고 인정되며, 다른 한편으로는 사회의 구조적 모순으로 인하여 부익부 빈익빈의 양극화가 심화하는 것을 국가의 관여를 통해 적절하게 조정하는 것의 정당성이 인정된다.

이러한 사회국가의 이념을 실현하기 위해서는 국가가 적극적으로 나서서 한편으로는 국가의 재정적 능력을 고려하면서 다른 한편으로는 한정된 재원을 어디에 어느 정도로 투입할 것인지를 둘러싼 다양한 이해관계의 대립과 갈등을 합리적으로 조정하는 가운데, 모든 국민에게 일정 수준 이상의 사회적 안전망이 마련될 수 있도록 제도적인 틀 안에서 지원을 범제화하고 구속력 있게 집행해야 한다. 그리고 이러한 사회보장제도를 위한 재원으로 - 사회보장제도의 유형별로 조세에 대한 의존도에 차이는 있으나- 조세의 의의와 비중을 간과할 수 없다. 조세부과의 기준과 관련하여 조세평등주의가 매우 중요한 역할을 한다.

이렇게 볼 때, 사회적 정의의 이념의 구체화는 사회보장제도, 이를 뒷받

7) 이에 대해서는 J. Cha, a.a.O.(Anm. 6), S. 73 ff. 참조

8) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2020, 209-214면.

침하는 조세제도에 기초하고 있을 뿐만 아니라, 현대국가의 기본적인 운영 방향을 결정하는 것으로서 넓게는 국가기관의 구성과 활동, 그리고 공적 성격을 갖는 단체들의 활동 등에도 직·간접적인 영향을 미치고 있는 것으로 볼 수 있다.

2. 사회국가의 실현방식과 전제조건

오늘날 제3의 헌법원리로 지칭되는 사회국가원리는 민주주의와 법치주의의 큰 틀 안에서 국가질서 형성의 내용을 결정하는 역할을 한다.⁹⁾ 비록 민주주의나 법치주의처럼 국가질서의 모든 영역에 빠짐없이 작용한다고 말하기는 어렵지만, 매우 폭넓은 영역에서 사회국가원리가 영향을 미치고 있을 뿐만 아니라 이를 통해 국가질서의 구조와 성격을 변화시키고 있다는 점으로 인해 민주주의, 법치주의에 버금가는 제3의 헌법원리로 지칭되는 것이다.¹⁰⁾

이러한 사회국가원리의 위치와 비중이 사회국가원리의 실현방식에 대해 이미 많은 것을 말해주고 있다. 헌법상 재산권의 사회적 구속성, 사회적 기본권의 보장, 사회적 시장경제질서의 명시 등을 통해 사회국가원리는 헌법질서의 중요한 부분으로 뿌리내리고 있다.¹¹⁾ 그러나 구체적·개별적 사항으로 들어가서 사회국가원리의 실현방식과 정도는 민주적 합의와 법치국가적 절차·형식을 통해 결정되는 것이다. 예컨대, 국민연금의 가입대상 연령을 몇 세로 할 것인지,¹²⁾ 국민연금의 조기노령연금의 수급개시연령을 몇 세로 할 것인지,¹³⁾ 공무원연금의 퇴직연금수급권의 개시연령을 몇 세로 할 것인지,¹⁴⁾ 그 수급요건과 관련하여 가입기간을 어느 정도로 요구할 것인지,

9) 장영수, 앞의 책(주-8), 216-217면.

10) 장영수, 앞의 책(주-8), 216-217면.

11) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52 결정; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바68 결정; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2020, 283면; 장영수, 앞의 책(주-8), 209면 이하; 차진아, 사회국가적 요청과 과세, 「헌법학연구」, 제11집 제2호, 2005, 460면.

12) 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마390 결정.

13) 헌재 2013. 10. 24. 2012헌마906 결정.

14) 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바259 결정.

급여의 수준이나 소득대체율은 어느 정도로 할 것인지 등의 문제는 한편으로는 국민적 합의에 기초하여, 다른 한편으로는 헌법과 법률에 따른 법치국가적 절차에 의해 결정되는 것이다.¹⁵⁾

물론 사회국가의 실현방식마다 고유한 특성이 나타나는 점도 간과해서는 안 될 것이다. 예컨대, 사회적 취약계층에 대해 직접적인 급부가 필요할 경우, 비록 사회적 취약계층은 아니지만, 질병이나 사고, 장애, 노령이나 부양자의 사망 또는 실업 등으로 인하여 곤궁한 상태에 처할 수 있는 사회적 위험¹⁶⁾에 대해 어떻게 대응할 것인지에 대한 제도들은 그 사회적 위험의 특성 및 재원조달방식 등에 따라 각기 달리 구성되어야 할 것이다.¹⁷⁾

자신의 능력으로 생계를 유지하기 어려운 경제적 곤궁에 처한 사람들에게 대해서는 공공부조가 제공되는 것이 불가피할 것이며, 그 재정적 수요는 조세를 통해서 충당될 수밖에 없다. 이는 결국 국민의 조세부담으로 돌아간다는 점에서 매우 신중한 접근이 요구되며, 지나치게 확대하기 어려운 이유의 하나가 된다.

그러나 사회보장에 대한 수요는 계속 증대하는 반면, 국가재정의 한계는 뚜렷하기 때문에 사회적 안전망의 확대·강화를 위해 사회보험의 방식이 널리 활용되고 있다. 국민의 전부 또는 다수가 강제가입하는 방식으로 운영되는 사회보험은 보험가입자의 소득의 정도 등에 따라 차등화되어 부과되는 사회보험료를 부담하고 보험사고가 발생한 경우에 보험급여를 수급함으로써, 사회적 위험에 효율적으로 대응할 수 있도록 하는 것이다.

현행법상 사회보험의 유형은 대처하고자 하는 사회적 위험에 따라 공적연금, 국민건강보험, 노인장기요양보험, 고용보험, 산업재해보상보험으로 분류되지만, 기본적인 공통점은 조세를 재원으로 하는 공공부조와 달리, 일정한 요건을 갖추어 강제가입되는 보험가입자 등이 부담하는 사회보험료가 주된 재원이 된다는 점이다.

15) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-11), 460면 이하 참조.

16) 사회적 위험에 대하여 자세한 것은 전광석, 「복지국가론 - 기원·발전·개편-」, 신조사, 2012, 142면 이하 참조.

17) 이에 대하여는 전광석, 앞의 책(주-5), 35면 이하 참조.

그런데 정책적인 고려에서 사회보험의 급여를 위해 조세를 재원으로 하여 보전금을 지급하는 경우도 있다.¹⁸⁾ 한편으로 이러한 국가의 지원이 과도할 경우 오히려 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확충에 장애가 될 수 있다. 다른 한편으로는 예컨대, 급여에 대해 보전금을 지원받는 공무원연금 및 군인연금과 급여에 대해 보전금을 지원받지 못하는 국민연금과 같이 형평성의 문제가 끊임없이 제기될 수밖에 없다.¹⁹⁾

사회국가원리를 통한 사회적 안전망의 확대·강화가 올바르게 정착되기 위해서는 몇 가지 전제조건이 갖추어져야 한다.

첫째, 사회국가의 의미뿐만 아니라, 다양한 사회보장제도들의 구조가 합리적으로 구성되고, 특히 유사한 제도 간의 합리적인 역할분담이 정교하게 설계되어야 한다. 이는 예컨대, 국민연금과 기초연금, 국민연금과 특수직역연금(공무원연금, 사학연금, 군인연금 등)의 관계에서 그 문제점이 잘 나타나고 있다.²⁰⁾

둘째, 변화되는 사회적·경제적 현실에 탄력적으로 대응할 수 있어야 한다. 저출산·고령화로 인한 인구구조의 급격한 변화, 4차산업혁명 시대 진입에 따른 경제구조 및 노동시장의 변화, 최근 코로나 사태가 경제적·사회적 현실에 미치는 영향 등이 사회보장제도에 어떤 새로운 요청을 제기하고 있는지를 면밀하게 분석하고 시의적절하게 대응할 필요가 있다.

셋째, 사회보장을 위한 재원의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 물론 한정된 국가재정을 무조건 사회보장에만 투입할 수는 없다. 하지만, 현실적인 수요의 변화에 따라 국가예산에서 차지하는 비중이 적절하게 조정되어야 한다. 중요한 것은 이를 포퓰리즘 정치의 수단으로 오·남용해서는 안 되며, 합리적인 근거 위에서 전문가집단과 국민이 합의를 도출하는

18) 공무원연금의 경우 퇴직급여 및 퇴직유족급여에 드는 비용을 기여금, 연금부담금으로 충당할 수 없는 경우에는 그 부족한 금액을 보전금으로 부담하여야 하며(공무원연금법 제71조 제1항 단서), 군인연금의 경우 급여에 드는 비용을 기여금 및 부담금으로 충당할 수 없는 경우에는 그 부족한 금액인 보전금을 국가에서 부담한다(군인연금법 제45조).

19) 이에 대하여는 차진아, 고령화시대 사회보험의 발전방향 - 국민연금을 중심으로-, 「고려법학」 제79호, 2015, 38면.

20) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-19), 31면 이하 참조.

작업이 선행되어야 할 것이다.

3. 사회국가와 조세국가

현대 민주국가가 조세국가라는 점은 널리 인정되고 있다. 과거 봉건제도 하에서나 절대왕정 하에서는 봉건제후나 군주의 (직영지 등) 막대한 개인 재산 및 그로부터 나오는 수익을 주된 재원으로 삼았다.²¹⁾ 그러나 오늘날의 민주국가는 국가의 직접적인 영리활동을 원칙적으로 금지하며, 국민으로부터 징수한 조세를 재원으로 삼는 것이 원칙이다. 현대국가의 재정적 기초는 조세이기 때문에 현대국가는 조세국가라 지칭되는 것이다.²²⁾

사회국가의 발달은 조세국가의 의미를 더욱 강화했다. 자유주의의 기초하에 최소한의 정부를 최선의 정부로 여기던 근대 야경국가에서 현대 사회국가·행정국가로 발전함에 따라, 국가의 과제가 양적·질적으로 급격히 증대하였을 뿐만 아니라, 그에 따라 재정적 수요도 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 확대되었다.²³⁾ 더욱이 조세수입은 - 목적세의 예외가 있으나- -예산통일의 원칙²⁴⁾에 따라- 특정한 용도에 제한되지 않고 국가의 모든 활동을 위해 지출될 수 있는 탄력성을 갖는다. 이에 따라 입법자는 조세수입을 그때그때 다양한 사회국가적 요청 중에서 어느 것에 우선순위를 둘 것인지, 그리고 어느 정도까지 투입할 것인지에 대해 탄력적으로 결정할 수 있다.²⁵⁾ 이러한 맥락에서 현대 사회국가는 필연적으로 조세국가일 수밖에 없고, ‘조세국가는 사회국가의 기능적 전제조건’²⁶⁾이다.

21) 차진아, 조세국가의 헌법적 근거와 한계, 「공법연구」, 제33집 제4호, 2005, 309면; P. Kirchhof, Staatliche Einnahmen, in: *HStR* IV, 2. Aufl., C. F. Müller, 1999, § 88, Rn. 2 ff.; U. Sacksofsky, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. Zugleich ein Beitrag zur Geltung des Steuerstaatsprinzip*, Mohr Siebeck, 2000, S. 136.

22) 차진아, 앞의 논문(주-21), 309면.

23) 차진아, 앞의 논문(주-21), 317-318면.

24) 예산통일의 원칙에 대하여 자세한 것은 차진아, 독일식 예산법률주의에 대한 연구, 「고려법학」 제92호, 2019, 107면 참조.

25) 차진아, 조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준, 「헌법실무연구」 제9권, 2008, 573면.

그런데 현대 사회국가에서 조세국가의 의미는 비단 조세가 사회국가의 급부활동을 뒷받침하는 가장 중요한 재원이라는 점에 그치지 않는다. 이와 더불어 오늘날 조세는 사회국가원리를 비롯한 다양한 정책적 기능을 수행하기 위한 수단으로 폭넓게 이용되고 있다. 특정한 경제활동에 대한 조세감면(이나 비과세, 환급)이나 중과세, 즉 경제적 이익이나 불이익을 통해 해당 분야의 경제활동을 일정한 방향으로 유도(장려 또는 억제)하는 정책실현 수단이라는 점에서 조세는 직접적인 금지나 명령보다는 탄력적인 정책수단으로 널리 활용되고 있는 것이다.²⁷⁾

그러나 정책적 조세는 한편으로 정책적 목적의 실현을 위해 중과세 또는 조세감면으로써 담세능력이 같은 납세의무자들을 달리 취급하는 것이므로, 조세평등원칙의 관점에서 문제된다.²⁸⁾ 다른 한편으로 중과세를 통해 일정한 경제활동을 억제하고자 하는 것은 해당 경제활동의 자유를 제한하는 것이므로, 기본권 제한의 요건과 한계, 특히 과잉금지원칙²⁹⁾과 본질내용침해금지원칙에 위배되지 않도록 하여야 한다.³⁰⁾

예컨대, 종합부동산세는 부동산투기 근절 및 이를 통한 쾌적한 주거생활을 할 권리(헌법 제35조 제3항)의 보장 등을 목적으로 하는 정책적 조세이다. 그런데 투기목적 없는 실거주용 1세대 1주택의 소유에 대해서까지 종합부동산세를 일률적으로 부과하는 것은 주택에 대한 재산권을 과잉금지원칙에 위배되어 침해하는 것으로서 위헌이다.³¹⁾

26) E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *VVDStRL* 12(1954), S. 31 f.

27) 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-11), 467면 참조.

28) 헌재 2003. 11. 27. 2003헌바2 결정; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바70 결정; 헌재 2000. 1. 27. 98헌바6 결정; 차진아, 앞의 논문(주-25), 577-578면.

29) 헌재 2017. 8. 31. 2015헌바339 결정, 판례집 29-2상, 292(300): “국가재정 수요의 충당에서 더 나아가 유도적·형성적 기능을 지닌 정책적 조세법규에 있어서는, 당해 조세법규가 추구하는 특별한 정책 목적과의 관계에서 그 수단인 조세의 부과가 정책 목적 달성에 적합하고 필요한 한도 내에 그쳐야 할 뿐만 아니라, 그 정책 목적에 의하여 보호하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에도 비례관계를 유지하여 과잉금지원칙에 어긋나지 않도록 하여야 한다(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바57).”

30) 차진아, 앞의 논문(주-25), 578-580면.

조세의 재정적 기능과 정책적 기능은 분명하게 구별하기 어려운 경우도 많이 있다. 예컨대, 소득세에서의 누진세율의 경우, 한편으로는 소득의 차이에 상응하여 세율에도 차이를 두는 것이 응능과세원칙의 구체화라고 이해³²⁾할 수 있는 측면이 있지만, 이는 동시에 부익부 빈익빈의 심화를 막는 정책적 기능도 수행하는 것으로 이해³³⁾할 수 있는 측면도 있다.³⁴⁾

-
- 31) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 결정, 판례집 20-2하, 1(3-4): “이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은, 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동기나 기간, 조세 지불능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것이므로, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.”
- 32) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정, 판례집 6-2, 64(109-110) : “토초세법 제12조는 50%의 단일비례세율을 토초세에 적용하도록 규정하고 있는바, 물론 세율체계를 단일비례제로 할 것인지 누진제로 할 것인지의 여부 또는 세율을 어느 정도로 할 것인지의 여부는 원칙적으로 당해 조세의 과세목적에 따라 입법정책적으로 판단할 사항이기는 하다. (저자에 의한 중략) 그러나 적어도 토초세와 같은 이득에 대한 조세에 있어서는, 조세의 수직적 공평을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이의 실질적인 평등을 도모하여야 한다는 점에서, 누진세가 아닌 단일비례세를 적용하는 것은 입법정책으로 보아도 결코 바람직스러운 것이 될 수 없다. 더욱이 토초세는 토지에 관한 자본이득에 대한 과세라는 점에서 실질적으로 보아 양도소득세와 그 궤를 같이 하는 조세이고, 어느 의미에서는 양도소득세의 예납적 성격을 띠고 있다고 보아도 과히 잘못이 없다. 그럼에도 불구하고 굳이 토초세의 세율 체계를 이렇다 할 합리적인 이유도 없이 양도소득세와는 달리 단일비례세로 한 것은, 단순한 입법정책의 문제를 떠나 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 결과를 낳고 있다고 볼 수 있다. 따라서 토초세법 제12조는 헌법상의 재산권 보장규정과 평등조항에 위배된다.”
- 33) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55 결정, 판례집 11-2, 593(608-609): “담세능력의 원칙은 소득이 많으면 그에 상응하여 많이 과세되어야 한다는 것, 즉 담세능력이 큰 자는 담세능력이 작은 자에 비하여 더 많은 세금을 낼 것과, 최저생계를 위하여 필요한 경비는 과세로부터 제외되어야 한다는 최저생계를 위한 공제를 요청할 뿐 입법자로서 하여금 소득세법에 있어서 반드시 누진세율을 도입할 것까지 요구하는 것은 아니다.

예컨대, 상속세·증여세의 경우, 상속 또는 증여로 인한 수증자의 자산 증가에 대한 과세의 측면에서 응능과세원칙의 구체화의 측면도 있으나, 무상의 부의 이전에 대해 과세함으로써 부의 편중을 완화하려는 정책적 기능도 함께 인정될 수 있다.³⁵⁾

이와 같은 조세국가와 사회국가의 긴밀한 내적 관련성은 조세와 사회보장의 관계에서도 확인된다.

첫째, 사회국가적 급부활동이라는 측면에서 볼 때, 사회보장은 사회적 위험에 대처하기 위해 국가가 국민에게 직접 현금이나 현물, 또는 각종 서비스를 제공하는 것이며,³⁶⁾ 조세는 이러한 사회보장을 위한 재원이 된다. 다만, 사회보장의 유형에 따라 조세에 대한 의존도에는 차이가 있다.

둘째, 사회보장은 사회보장의 일정한 요소 특히 공공부조를 통해 구체화된 “인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부”³⁷⁾ 수준 등은 과세권의 한계로서 기능하기도 한다.³⁸⁾

셋째, 다른 한편으로 조세는 사회보장에 대한 조세감면(또는 비과세나 환급)을 통해 사회보장에 대해 간접적으로 지원하는 역할도 한다.³⁹⁾

사회적 기본권의 실현이라는 공동의 목표를 위해 사회보장과 조세가

소득에 단순비례하여 과세할 것인지 아니면 누진적으로 과세할 것인지는 입법자의 정책적 결정에 맡겨져 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 소득계층에 관계없이 동일한 세율을 적용한다고 하여 담세능력의 원칙에 어긋나는 것이라 할 수 없다.”

34) 이에 대하여는 차진아, 과세에 의한 재산권 제한의 의미와 한계, 『고려법학』 제81호, 2016, 198-199면 참조.

35) 차진아, 현행 상속세제의 헌법적 의의와 문제점, 『고려법학』 제69호, 2013, 135-136면.

36) 차진아, 저출산 사회에서 혼인과 가족생활의 보호, 『헌법학연구』 제19권 제4호, 2013, 26면.

37) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등 결정, 판례집 23-1상, 416(422): “헌법은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, 동조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지증진의무를 천명하고 있는바, ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는 것이고, ‘국가의 사회보장 및 사회복지증진 의무’는 국가가 물질적 궁핍이나 각종 재난으로부터 국민을 보호할 의무로서 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 실현을 위한 수단적인 성격을 갖는 것이다.”

38) 차진아, 앞의 논문(주-36), 26면.

39) 차진아, 앞의 논문(주-36), 26면.

맺는 관계는 사회보장의 각 제도별 특성과 조세의 이중적 기능뿐만 아니라 각 세목별 조세의 특성에 따라 다양하게 전개된다.

Ⅲ. 사회적 취약계층에 대한 공공부조

1. 사회국가의 출발점과 사회적 취약계층에 대한 직접적 배려의 중요성

오늘날 사회국가의 이념, 즉 사회적 정의는 다양한 형태로 실현되고 있다. 그러나 그 뿌리가 독립적인 생계유지조차 힘든 극빈층, 중증장애인 기타 사회적 취약계층에 대한 특별한 배려에 있다는 점을 결코 가볍게 생각해서는 안 된다.

21세기에 들어와 우리나라 사회국가의 무게중심은 사회적 취약계층에 대한 공공부조보다는 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확대·강화와 다양한 사회서비스로 옮겨진 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 한편으로는 사회적 취약계층에 대한 공공부조를 통한 문제해결이 안정적인 궤도에 올랐고, 다른 한편으로는 새로운 사회적·경제적 여건에 따라 사회적 안전망의 확대·강화, 사회서비스의 확대가 더 중요한 현안으로 부각되기 때문일 것이다.

그러나 사회보험과 사회서비스가 보다 많은 국민의 이익을 위한 것이라 하여 소수 사회적 취약계층에 우선하는 것으로 판단해서는 안 된다. 이는 마치 소수 시각장애인의 생존권보다는 다수 일반국민의 직업선택의 자유가 우선하는 것으로 판단했던 헌법재판소⁴¹⁾와 유사한 오류에 빠지게 된다.

40) 1990년~2016년 우리나라의 사회보장지출 중 사회보험이 60.9%로 가장 비중이 크고, 사회서비스가 21.4%, 공공부조는 15.2%, 사회보상은 2.5%의 비중을 갖는다(양재진, 「사회보장재원 구성에 관한 기초연구」, 보건복지부, 2019, 143면).

41) 헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등 결정. 이 결정에서 헌법재판소는 “시각장애인에 한하여 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는, 이른바 비맹제외기준(非盲除外基準)을 설정하고 있는 안마사에 관한 규칙(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 “앞을 보지 못하는” 부분“에 대해 재판관 9인 중에서

소수 시각장애인의 문제가 다수 일반 국민의 직업선택의 자유보다 중요한 것으로 오히려 여론의 지지를 얻었던 것은 당시 문제되었던 시각장애인의 안마사자격독점이 시각장애인에게는 다른 선택의 여지가 없는 생사의 문제였지만, 일반국민들 중에 안마사가 되고자 하는 사람이 많지 않았을 뿐만 아니라 이는 선택가능한 수많은 직업의 하나일 뿐이었기 때문이다. 결국 기본권 침해의 중대성은 해당 대상자에게 얼마나 심각한 문제인지를 우선적으로 고려해야 하는 것이다.

같은 맥락에서 사회적 취약계층에 대한 공공부조는 이들에게 생사의 문제가 될 수 있으며, 사회보험이나 사회서비스를 통한 사회적 안전망의 확충보다 절박한 문제가 될 수 있다는 점을 간과해서는 안 되는 것이다. 그러므로 사회적 취약계층에 대한 공공부조가 사회적 정의의 이념 실현에 보다 중요한 부분이라는 점은 항상 유념하여야 한다.

2. 국민기초생활보장제도를 통한 구체화

공공부조수급권은 사회적 기본권인 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항, 제2항, 제5항)에 근거한 것으로서,⁴²⁾ 빈곤층의 생계보장 문제는

8인의 찬성으로 위헌결정을 내렸다. 다만, 위헌주문에 순소원칙 위반, 재판관 1인은 본질내용침해금지원칙 위반, 재판관 1인은 과잉금지원칙 및 본질내용침해금지원칙 위반 의견이었다.

이 결정에 대한 비판여론이 거세자 국회는 보건복지부령에 있던 비맹제외기준을 (안마사자격을 장애인복지법에 따른 시각장애인에 독점시키는 내용의) 의료법 규정으로 상향입법하였다. 이러한 의료법 제61조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 부분이 헌법재판소가 내린 위헌결정(위 2003헌마715결정)의 기속력에 반하는지 여부가 문제되었다. 헌법재판소는 결정이유에 대해 기속력이 미치지 위해서는 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 하는데, 위 결정에서 비맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점에 대해 재판관 5인만이 찬성하였기 때문에 이 부분에 대해 기속력이 인정되지 않는다고 판시하였다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등, 판례집 20-2상, 1089, [1090~1091]).

- 42) 이에 관하여는 차진아, 사회보장수급권의 헌법적 근거와 제한사유의 합헌성에 대한 검토 - 사회보험수급권을 중심으로-, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013, 12면 이하; 홍석한, 국민기초생활 보장법상 보충성 원칙의 적용에 대한 고찰, 「법학연구」 제26권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2018, 166면 참조.

더이상 시혜가 아닌, 국가의 중요한 과제로 인정하는 것이다. 사회적 취약계층에 대한 공공부조는 다양한 형태로 구체화될 수 있다. 그러나 그 중에서 가장 기본이 되는 것은 고령이나 질병, 장애 등으로 인한 노동능력의 상실 정도, 재산과 소득 등에 비추어 독자적으로 생계를 유지하기 어려운 경우에는 공공부조의 대상이 되어야 한다는 점에는 이견이 없다.

이러한 빈곤층에 대한 공공부조를 대표하는 것이 국민기초생활보장법상의 기초생활보장제도이다. 국민기초생활보장수급권자의 선정기준은 절대적 빈곤에서 2014년부터 상대적 빈곤으로 변경되었고,⁴³⁾ 개별성의 원칙에 따라⁴⁴⁾ 급여의 유형⁴⁵⁾마다 수급권자의 선정기준을 달리하는 이른바 맞춤형 급여를 실시하고 있다.⁴⁶⁾ 소득인정액이 기준 중위소득의 50% 이하인 사람인 차상위계층⁴⁷⁾에 대해서도 예산의 범위 내에서 주거급여, 의료급여, 교육급여, 장제급여, 자활급여의 전부 또는 일부를 실시할 수 있지만, 현재는 자활급여만 실시되고 있다.⁴⁸⁾

이 중 생계급여는 수급자에게 의복, 음식물 및 연료비와 그 밖에 일상 생활에 기본적으로 필요한 금품을 지급하여 그 생계를 유지하게 하는 급여로서,⁴⁹⁾ 생계급여 선정기준 소득인정액은 기준 중위소득의 30% 이상에서 결정된다.⁵⁰⁾ 생계급여액은 생계급여의 최저보장수준(대상자선정기준)에서 소득인정액을 뺀 금액이다.⁵¹⁾

43) 김태완, 공공부조제도, 김미곤 외, 「한국의 사회보장제도」, 한국보건사회연구원, 2018, 336면; 전광석, 앞의 책(주-5), 474면.

44) 이에 대하여는 전광석, 앞의 책(주-5), 468면; 홍석한, 국민기초생활 보장법상 수급요건으로서 부양의무자기준에 대한 고찰, 「법학연구」 제29권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2018, 6면.

45) 급여에는 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 자활급여가 있다(국민기초생활보장법 제7조 제1항).

46) 국민기초생활보장법 제4조 제2항.

47) 국민기초생활보장법 제2조 제10호; 동법 시행령 제3조.

48) 국민기초생활보장법 제7조 제3항; 동법 시행령 제5조의5.

49) 국민기초생활보장법 제8조 제1항.

50) 국민기초생활보장법 제8조 제2항.

51) 국민기초생활보장법 제8조 제3항; 「2020년 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준」(2019. 8. 5., 보건복지부고시 제2019-173호).

《표 1》 2020년 기준 중위소득, 생계급여의 선정기준 및 차상위계층

금액(원, 월) 구분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구	7인가구
중위소득 ⁵²⁾	1,757,194	2,991,980	3,870,577	4,749,174	5,627,771	6,506,357	7,389,715
생계급여 선정기준 ⁵³⁾	527,158	897,594	1,161,173	1,424,752	1,688,331	1,951,910	2,216,915
차상위계층 ⁵⁴⁾	878,597	1,495,990	1,935,289	2,374,587	2,813,886	3,253,179	3,694,857

생계급여를 포함한 수급자의 선정기준인 소득인정액의 산정과 관련하여 기초연금법에 따른 기초연금수급액이 이전소득의 하나로서 소득인정액에 포함되고 있다.⁵⁵⁾ 이로 인하여 기초연금수급액이 저소득자의 소득인정액을 높임으로써 국민기초생활보장법상 수급권의 전부 또는 일부가 상실되거나,⁵⁶⁾ 급여액이 감소될 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 이와 같이 기초연금수급권과

- 52) 「2020년 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준」(2019. 8. 5., 보건복지부고시 제2019-173호)(8인 이상 가구의 기준 중위소득: 1인 증가시마다 883,347원씩 증가(8인가구: 8,273,062원)).
- 53) 「2020년 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준」(2019. 8. 5., 보건복지부고시 제2019-173호)(8인 이상 가구의 생계급여 선정기준: 1인 증가시마다 265,005원씩 증가[8인가구: 2,481,920원]).
- 54) 국민기초생활보장법 제2조 제10호; 동법 시행령 제3조(8인 이상 가구의 차상위계층 선정기준: 1인 증가시마다 441,674원씩 증가[8인가구: 4,136,531원]).
- 55) 국민기초생활보장법 제6조의3 제1항 제4호; 동법시행령 5조 제1항 제4호 다목.
- 56) 국민기초생활보장법상 급여의 선정기준은 생계급여의 경우 중위소득의 30% 이상(국민기초생활보장법 제8조), 교육급여의 경우 기준 중위소득의 50% 이상(국민기초생활보장법 제12조 제3항), 주거급여의 경우 기준 중위소득의 43% 이상(주거급여법 제5조), 의료급여의 경우 기준 중위소득의 40% 이상이며(국민기초생활보장법 제12조의3 제2항) 해산급여와 장제급여는 생계급여, 주거급여, 의료급여 중 하나 이상의 급여를 받는 수급자에게 인정된다(국민기초생활보장법 제13조 제1항, 제14조 제1항).
- 57) 전술한 바와 같이 생계급여액은 생계급여의 최저보장수준(대상자선정기준)에서 소득인정액을 뺀 금액이다. 주거급여 중 임차료의 지급기준은 소득인정액이 생계급여 선정기준 이하인 경우 실제임차료, 소득인정액이 생계급여선정기준을 초과하는 경우 소득인정액에서 생계급여 선정기준을 뺀 금액의 30%(자기부담분)을 차감하며, 실제임차료가 주거급여 기준임대료의 5배를 초과하는 경우 1만원이다(「주거급여 실시에 관한 고시」[2020. 9. 10., 국토교통부고시] 제7조 제1항). 주거급여 중 수선유지급여는 소득인정액이 ① 생계급여 선정기준 이하인 경우 수선비용의 100%, ② 생계급여 선정기준을 초과하는 경우 중 기준 중위소득 35%이하인 경우 수선비용의 90%, ③ 기준 중위소득 45%이하인 경우 수선비용의 80% 지원된다(「2020년 주거급여 선정기준

국민기초생활보장법상의 수급권을 동시에 인정하지 않는 것이 ‘인간다운 생활을 할 권리’, 평등권을 침해하여 위헌이라고 보기는 어렵다.⁵⁸⁾

첫째, 공공부조인 국민기초생활보장법상의 생계급여, 주거급여, 의료급여 등은 국민의 최소한의 생활수준을 보장하기 위한 것이며, 이러한 급여들의 수급권자의 선정기준인 소득인정액도 사회적 취약계층의 급부 수요와 각 급여의 내용에 따라 달리 선정된다. 그러므로 반드시 모든 급여가 동시에 인정되어야 하는 것은 아니며, 각 급여의 수급권자의 급여액도 최저보장수준에 미치지 못하는 만큼만 지원하도록 한정되어 있다.

둘째, 기초연금의 법적 성격을 공공부조나 사회보험으로 보기는 어렵지만,⁵⁹⁾ 국민연금의 낮은 보장성, 국민연금의 넓은 사각지대, 공공부조의 사각지대를 보완하여 빈곤한 노인에게 최소한의 생활수준을 보장하기 위한 취지로 도입된 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 기초연금제도의 도입취지와 국가재정능력 등을 고려할 때, 기초연금과 국민기초생활보장법상의 급여가 반드시 동시에 인정되어야 하는 것으로 보기는 어렵다.

셋째, 더욱이 국민기초생활보장법상의 급여와 기초연금급여 모두 당사자의 신청에 의해 실시되기 때문에, 당사자로서는 기초연금을 받을 것인지, 국민기초생활보장법상의 급여를 받을 것인지도 선택할 수 있다.

인구구조의 급속한 고령화로 노인 빈곤 문제의 심각성이 더해지고 있다. 과거 전통적인 대가족 하에서는 노인 빈곤 문제가 가족 내의 부양의무로 해결되었다.⁶¹⁾ 그러나 급속한 산업화·도시화 및 가족제도의 변화와 이와 결부된 전통적인 충·효사상 유교적 관념의 퇴색, 서구적 개인주의 보편화 등에 따라 자녀가 부모에 대한 부양의무를 제대로 이행하지 않아 빈곤에 시달리는 경우가 적지 않으며, 급기야 자살에 이르게 되는 경우도 드물지 않다. 이러한 문제의 해소를 위해 기초생활수급요건 중 부양

및 최저보장수준」(2019. 8. 1., 국토교통부고시 제2019-427호).

58) 헌법재판소는 헌재 2019. 12. 27. 2017헌마1299 결정에서 합헌결정을 내렸다.

59) 이에 대하여는 아래의 「IV. 3. 기초연금의 성격과 쟁점」 참조.

60) 이에 대하여는 아래의 「IV. 3. 기초연금의 성격과 쟁점」 참조.

61) 전광석, 앞의 책(주-5), 5-6면.

의무자 요건이 지속적으로 완화되어 왔다.⁶²⁾ 그러나 부양의무자가 부양을 기피 또는 거부하거나 부양의무자가 객관적인 사유⁶³⁾에 해당하지는 않지만 실제로는 부양할 경제적 능력이 부족한데도 부양의무자가 있다는 이유로 국민기초생활수급권이 배제되는 사각지대가 아직도 넓은 것이 현실이다.⁶⁴⁾

그러나 부양의무자 기준을 폐지하는 것⁶⁵⁾은 공공부조의 보충성의 취지가 형해화될 수 있고 도덕적 해이⁶⁶⁾를 막기 어려운 문제가 있다. 그러므로 부양의무자와의 가족관계가 단절되었거나 부양의무자가 부양을 기피하는 경우들을 보다 섬세하고 치밀하게 유형화하고 이를 통해 구체적인 기준을 제시하여 입증책임을 완화하고, 부양의무자의 소득기준을 보다 완화하는 방향으로 개선될 필요가 있는 것으로 보인다.⁶⁷⁾

3. 의료급여제도를 통한 구체화

오늘날 대부분의 국민은 국민건강보험에 의해 의료서비스를 받을 수 있지만, 국민건강보험료를 부담하기조차 어려운 사회적 취약계층은 국민기초생활보장법상의 급여 중 하나인 의료급여를 의료급여법에 따라 의료서비스를 받을 수 있다.⁶⁸⁾

의료급여제도도 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 제2항의 사회보장에 관한 권리, 제5항의 노령으로 인하여 생활능력이 없는 국

62) 이에 대하여 자세한 것은 허선/ 김윤민, 부양의무자 기준 폐지의 주요 쟁점과 과제 -단계적 폐지의 문제점과 전면폐지의 당위성을 중심으로-, 「비판사회정책」 제61호, 2018, 389면; 홍석한, 앞의 논문(주-44), 11면 참조.

63) 국민기초생활보장법 제8조의2 제1항 각 호, 제2항 제1호~제6호, 제8호; 동법 시행령 제5조의6.

64) 홍석한, 앞의 논문(주-44), 6-17면.

65) 이러한 주장에 대하여는 허선/ 김윤민, 앞의 논문(주-62), 405면 이하 참조.

66) 부양의무자 기준의 폐지로 인해 우려되는 부작용에 대해 자세한 것은 허선/ 김윤민, 앞의 논문(주-62), 397면 이하 참조.

67) 홍석한, 앞의 논문(주-44), 19-20면.

68) 국민기초생활보장법 제7조 제1항 제3호, 제12조의3.

민에 대한 국가의 보호, 헌법 제36조 제3항의 보건권⁶⁹⁾ 등에 그 헌법적 근거를 두고 있다.⁷⁰⁾

의료급여수급권자는 국민기초생활보장법에 따른 의료급여수급자, 노숙인 등 생활능력이 없거나 생활이 어려운 사람이다.⁷¹⁾ 국민기초생활보장법에 따른 의료급여 선정기준은 기준 중위소득의 40% 이상으로 한다.⁷²⁾

〈표 2〉 2020년 의료급여의 선정기준⁷³⁾

구분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구	7인가구
금액 (원, 월)	702,878	1,196,792	1,548,231	1,899,670	2,251,108	2,802,547	2,955,886

* 8인 이상 가구의 선정기준 : 1인 증가시마다 353,339원씩 증가(8인가구: 3,309,225원)

의료급여의 종류는 국민건강보험법상 요양급여의 종류와 같다.⁷⁴⁾ 의료급여의 경우에도 일정한 경우 본인부담금을 지불한다.⁷⁵⁾ 그러나 급여비용 산정방식과 관련하여, 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석의 경우, 행위별수가제를 취하고 있는 국민건강보험⁷⁶⁾과는 달리 의료급여에서는 정액

69) 헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정, 판례집 32-1상, 403(420): “헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있는데 이러한 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다(헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123 참조).”

70) 차진아, 앞의 논문(주-42), 14면.

71) 의료급여법 제3조 제1항.

72) 국민기초생활보장법 제7조 제1항 제3호, 제12조의3 제2항.

73) 「2020년 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준」(보건복지부고시 제2019-173호, 2019. 8. 5., 제정).

74) 의료급여법 제7조 제1항, 제14조; 국민건강보험법 제41조 제1항, 제52조..

75) 의료급여법 제10조. 헌법재판소는 의료급여 1종 수급권자에 대한 본인부담금제 및 선택병원원제가 해당 수급자의 인간다운 생활을 할 권리, 보건권 등을 침해한 것으로 볼 수 없다는 결정을 내렸다(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734).

76) 국민건강보험법 제45조; 동법 시행령 제21조 제2항, 제3항, 제22조; 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제8조 제2항, 제4항; 「건강보험 행위 급여·비급여 목록

수가제를 택하고 있는 것의 -비록 이를 위헌이라고 단언하기는 어렵지만 -77) 현재 국가재정형편이나 의료급여대상자의 절박한 사정을 고려할 때, 입법적 개선의 여지가 많다고 판단된다. 의료급여재정 안정이라는 정액수가제 채택의 목적의 정당성은 인정되지만,78) 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가기준을 정액수가제로 정함으로 인하여 건강보험급여 서비스보다 의료급여서비스의 질이 저하되고, 의료급여수급자가 진료에서 차별을 받으며, 의료급여수급권자의 의료선택권79)이 실질적으로 제한80)되고 있는데, 그러한 차별과 제한의 합리성을 인정하기 어렵다.81)

의료급여와 국민건강보험은 수급권자, 재원(사회보험료부담에 의한 자기기여 유무), 급여비용지불절차, 본인부담금 등에서 차이가 있으나, 이러한 차이가 의료서비스의 질적인 차이로 연결되어서는 안 될 것이다. 사회보험

표 및 급여 상대가치점수」(보건복지부 고시), 「건강보험요양급여비용의내역」(보건복지부 고시).

- 77) 헌법재판소는 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가의 기준을 정액수가로 규정한 것이 법률유보원칙과 명확성원칙에 위배되지 않으며, 의사들의 직업수행의 자유를 침해하지 않고, 수급권자의 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 내지 보건권과 의료선택권을 침해하지 않는다는 이유로 합헌결정을 내렸다(헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정). 이러한 현재의 합헌결정에 대해 비판적인 견해도 있다(현두륜, 진료수가제도의 헌법적 한계와 정액수가제의 위헌성 -헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2017헌마103 결정을 중심으로-, 「의료법학」, 제21권 제1호, 2020, 69면 이하).
- 78) 외래 혈액투석 의료급여에 대한 정액수가제의 도입에 대하여 자세한 것은 헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정, 판례집 32-1상, 403(411-412, 416) 참조.
- 79) 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정, 판례집 32-1상, 403(422): “의료소비자는 헌법 제10조에 의해 보장되는 자기결정권의 한 내용으로 의료행위에 관하여 스스로 결정할 권리가 있다. 이러한 의료소비자의 자기결정권에는 의료행위를 받을 것인지 여부에 관한 것뿐만 아니라 의료행위의 구체적인 내용을 선택할 권리도 포함된다. 따라서 의료소비자는 의료급여제도에 따라 제공되는 급여를 받는 것에 그치지 않고 더 나아가 자신의 비용으로 별도의 의료행위를 선택할 수 있는 결정권을 가진다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등; 헌재 2007. 8. 30. 2006헌마417 등 참조).”
- 80) 헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정, 판례집 32-1상, 403(422-423): “수급권자인 청구인은 의료급여법상 급여대상에 포함되나 급여기준을 초과하는 약제·치료재료 등을 본인부담으로도 선택할 수 없게 되는데, 이는 의료급여 수급권자라는 이유만으로 외래 혈액투석 치료에 있어 의료급여로 제공되는 의료서비스 외에 별도의 의료서비스를 청구인 자신의 비용으로도 선택할 수 없는 것이어서 헌법 제10조에서 도출되는 자기결정권의 한 내용으로서 의료행위선택권이 제한된다고 볼 수 있다.”
- 81) 이에 대하여 자세한 것은 현두륜, 앞의 논문(주-77), 74면 이하.

인 국민건강보험에 의한 의료서비스는 모든 국민에게 동질의 의료서비스를 제공하는 것을 기본으로 하며, -비록 입원환자의 경우 1인실의 선택 등 (비급여서비스와 급여서비스 간) 본인부담금의 차이와 연동된 서비스의 차이는 있을 수 있으나- 급여서비스 간에는 진료나 치료 등에서 질적인 차이가 없이 균질적인 의료서비스가 제공되어야 한다.⁸²⁾

IV. 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확대·강화

1. 국가재정의 한계와 사회보험을 통한 사회적 안전망의 확충

21세기 사회국가는 새로운 도전에 직면하고 있다. 사회국가의 의미와 중요성은 확대되고 있으나, 오늘날 사회국가에 대한 기대에 부응하는 급부를 할 수 있는 현실적 여건을 마련하기가 점점 더 어려워지는 것이다.

저출산·고령화에 따른 인구구조의 급격한 변화는 경제활동인구 비중의 감소와 노인인구 비중의 증가, 글로벌 무한 경쟁시스템 하에서 4차산업혁명으로 인해 경제구조의 변화와 실업률증가, 선진국을 중심으로 나타나는 경제성장의 한계 문제에 비추어 볼 때 사회국가적 급부를 필요로 하는 인구의 비중과 상황은 점점 증대되는 반면에, 이를 위한 재원의 확보는 점점 더 어려워지고 있기 때문이다.⁸³⁾

지금까지 우리나라에서 국가재정을 직접 투여하는 공적부조보다 사회보험의 비중이 더 컸던 것은 이러한 점에도 기인한다. 우리 주변에서 질병이나 사고, 실업이나 고령 등으로 인하여 경제적·사회적 위험에 처하게 될 가능성은 점점 더 커지는 반면에 국가가 이를 조세를 재원으로 하는 이른바 보편적 복지의 방법으로 모든 국민에게 사회적 안전망을 두텁게 마련하는 것은 현실적으로 불가능하다.

82) 자신의 비용으로 보다 높은 의료서비스를 누리기 원하는 사람들을 위한 사적인 의료보험제도의 도입이 지속적으로 논의되고 있다.

83) 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-19), 8면 이하, 15면 이하 참조.

사회적 위험에 대처하는 방안으로 오래전부터 이용되던 것이 각종 사적 보험제도였다. 그러나 사적 보험의 경우 정작 사회적·경제적 위험에 취약한 계층에게는 이를 이용하기가 더욱 어려워지거나 보험집단이 주로 고위험군의 가입자들을 중심으로 운영되어 결국 보험료가 계속해서 상승하게 되는 악순환의 문제가 심각하였다.⁸⁴⁾ 그로 인해 이윤을 추구하는 사적 보험을 통해서서는 사회적 위험의 분산효과가 매우 낮게 나타났으며, 이에 대한 대안으로 사회보험이 발전하게 된 것이다.

2. 사회적·경제적 여건의 변화 사회보험의 개혁 방향

사회보험이 오래전부터 뿌리내린 서구 선진국들 뿐만 아니라 우리나라에서도 20세기 후반부터 가시화된 인구구조의 급격한 변화(저출산·기대여명의 연장)로 인한 고령인구비중의 증대 및 경제활동인구 비중의 감소, 가족형태의 변화(1인 가구비중의 증가), 경제구조의 변화(저성장 및 고용없

84) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913(941-943): “의료보험의 형태는 사회보험과 사보험으로 구분되는데, 사보험에서는 보험가입의 여부가 계약자유의 원리에 따라 당사자간의 자유로운 의사결정에 의하여 이루어지며, 보험법적 관계가 민법상의 계약에 의하여 성립되는 반면, 사회보험에서는 법이 정하는 요건을 충족시키는 국민에게 가입의무가 부과됨으로써 사회보험에의 가입이 법적으로 강제되며, 이로써 보험법적 관계가 당사자의 의사와 관계없이 법률에 의하여 성립한다. 사회보험에서는 보험가입의무가 인정되면서 보험료납부의무가 발생하고, 동시에 보험법적 보호관계가 성립하며, 피보험자는 사회적 위험의 발생시 법에 규정된 급여청구권을 가진다. 사보험에서는 상업적·경제적 관점이 보험재정운영의 결정적인 기준이 되지만, 사회보험에서는 사회정책적 관점이 우선하기 때문에, 사회보험의 이러한 성격은 특히 보험료의 산정에 있어서 뚜렷하게 표현된다. 보험료의 산정에 있어서 사보험에서는 성별, 연령, 가입연령, 건강상태 등의 피보험자 개인이 지니는 보험위험, 즉 위험발생의 정도나 개연성에 따라 보험료가 산정되지만, 사회보험에서의 보험료는 피보험자의 경제적 능력, 즉 소득에 비례하여 정해진다. 즉 사보험의 보험료는 보험료와 보험급여간의 보험수리적인 개인별 등가원칙에 의하여 산정되는 반면, 사회보험의 목적은 사회연대의 원칙을 기반으로 하여 경제적인 약자에게도 기본적인 사회보험의 급여를 주고자 하는 것이므로, 보험료의 산정에 있어서 개인별 등가의 원칙이 철저히 적용되지 아니한다. 사회보험의 목적은 국민 개개인에게 절실히 필요한 의료보험을 제공하고 보험가입자간의 소득재분배 효과를 거두고자 하는 것이며, 이러한 목적은 동일위험집단에 속한 구성원에게 법률로써 가입을 강제하고 소득재배를 하기에 적합한 방식으로 보험료를 부과함으로써 달성될 수 있는 것이다.”

는 성장) 및 노동시장의 변화 등, 사회적·경제적 여건의 변화에 따라 한편으로는 사회보험의 역할과 비중이 더 높아지고 있으며, 다른 한편으로는 이러한 변화에 상응하여 사회보험에 개혁요구도 함께 커지고 있다. 이러한 사회보험개혁 논의의 초점은 다음의 몇 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 사회보험의 보장성 강화와 관련한 쟁점들이 크다. 사회보험수급권자의 입장에서는 수급권자의 사각지대 해소, 급여 내용의 확대 및 급여 수준의 인상 등을 통한 보장성 강화가 가장 피부로 느낄 수 있는 요소이기 때문이다.

둘째, 사회보험의 보장성 강화와 직접 맞물려 있는 것이 이를 위한 재원확보의 문제이다. 정부의 정책적 판단, 특히 선거를 앞둔 선심성 정책에 의해 보장성 강화가 결정될 경우에는 이를 이한 추가적인 사회보험료 부담의 배분을 둘러싼 갈등이 발생할 수밖에 없다.⁸⁵⁾ 그렇다고 이를 외면할 경우에는 보험재정의 건전성이 심각하게 위협받게 된다.⁸⁶⁾

셋째, 사회보험의 전체적인 체계와 관련하여 사회보험료 대비 급여 간의 불균형, 직역 간 형평성 문제 등 구조개혁이 요청되는 경우가 있다. 국민연금에서 낮은 국민연금보험료와 높은 급여 간 구조적 불균형의 개선필요성,⁸⁷⁾ 국민연금과 공무원연금 등 특수직역연금 간의 통합 문제⁸⁸⁾ 등이 있다.

85) 국민건강보험의 보장성을 확대하는 문제인케어로, 건강보험료가 인상되었지만 비급여진료의 증가로 종합병원과 달리 의원급 병원에서는 비급여진료비가 줄지 않았다고 한다 (조선비즈, “문제인 케어에 수조원 투입...재정만 고갈·국민 부담 여전”, 2020. 10. 7). (https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/10/07/2020100702247.html?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=biz)(2020.10.10. 접속).

86) 예컨대, 최근 실업급여로 인해 고용보험의 재정적자가 심각한 가운데 코로나19 사태 여파로 실업률은 더 높아지고 있으며, 이른바 고용보험 전국민확대 정책을 둘러싼 갈등과 우려도 깊어지고 있다(중앙일보, 작년 적자만 2조 넘는데...전국민 고용보험 외친 文의 다급함, 2020.5.10(<https://news.joins.com/article/23772967>))(2020.10.3. 접속).

87) 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-19), 21-22면 참조.

88) 국민연금과 달리 공무원연금 등 특수직역연금의 재정적자를 보전금 등 조세를 재원으로 메우는 것에 대해 형평성의 문제가 지속해서 제기되고 있다. 공무원연금 등 특수직역연금은 국민연금, 산업재해보상보험 및 퇴직급여의 기능이 혼합되어 있고, 그 보험료도 국민연금보험료보다 훨씬 높다. 이러한 차이를 고려하는 가운데, 국민연금의 구조 자체가 합리화되는 것을 전제로 양자의 통합을 논의해야 할 것이다.

넷째, 사회보험의 합리적 운영에서 가장 중요한 요소의 하나가 기금운영의 투명성, 객관성 및 합리성과 정치적 중립성이다. 그런데 과거 정부에서 특히 국민연금기금을 국가정책적 목적을 위해 이용한 것과 관련하여 논란이 있었다. 공적 기금을 공적 목적에 활용하는 것이 아무 문제가 없다는 주장도 있지만, 그로 인해 수급권자에게 돌아갈 몫이 줄어드는 결과가 매우 심각한 문제로 부각될 수 있으며, 특히 기금고갈이 문제되는 상황에서의 공적 연금기금을 다른 정책목적에 위해 이용하는 것은 결국 사회보험가입자들의 손해를 가볍게 여기는 것이라는 점이 문제된다.⁸⁹⁾

더욱이 최근 문제되고 있는 국민연금기금의 이른바 스튜어트코드십을 내세워 국민연금기금의 수익성을 무시하고⁹⁰⁾ 주식시장의 가장 큰 손인 국민연금기금이 기업의 운영을 좌지우지하는 것은 기금운용의 올바른 방향이라 볼 수 없으며, 만일 기금을 매개로 하는 것이 국가가 공권력을 이용하여 이러한 기업활동에 관여한 것과 사실상 다르지 않음에도 불구하고 마치 국민연금기금운용은 국가의 공권력과 무관한 것처럼 제한 없이 오남용하는 것은 기업에 대한 국가관여의 한계를 넘는 과도한 것이다.

다섯째, 사적 보험을 통한 사회보험 보완의 필요성과 그 한계이다. 인구구조의 고령화로 인한 재정부담 및 세대간의 갈등, 글로벌 무한경쟁 시대 사회보험료의 인상이 기업의 인건비부담을 증가시켜 기업경쟁력을 저하시키는 문제⁹¹⁾ 등 때문에 사회보험에 의한 사회적 안전망 확충에도 한계가 있

89) 그러나 헌법재판소는 국민연금기금을 일반 금융부문보다 수익률이 떨어지는 공공자금관리기금에 강제예탁하도록 한 공공자금관리기금법 규정에 대해 “공공자금관리기금법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 규정은 그것이 곧 그들의 장래의 연금수급권을 침해한다고는 볼 수 없으므로, 국민 개개인의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 위반된 과잉입법이라고 할 수 없다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308[332]). 이에 대한 비판적인 견해로는 전광석, “국민연금기금의 운용과 통제: 공공자금관리기금법 제5조 제1항 등에 대한 위헌제청사건을 중심으로”, 『헌법판례연구』, 제1권, 1999, 95-123면 참조.

90) 보건복지부장관에 의하면 스튜어트코드십 도입 이후 국민연금기금의 수익률이 시장 수익률보다 낮아진 것으로 나타났다고 한다(브릿지경제, 복지부, 6차 기금위 열고, 스튜어트코드십 후속조치방안 등 논의, 2019.7.5.)

(<http://www.viva100.com/main/view.php?key=20190705010002107>) (2020.10.5. 접속).

91) 양재진, 앞의 책(주-40), 9면.

는 것이다.

예컨대, 공적연금의 경우 인구구조의 급속한 고령화에 의한 재정부담의 문제 때문에 더 내고 덜 받는 개혁이 불가피했고 이로 인해 소득대체율이 낮아지면서 사적 연금에 의해 보완할 필요성이 커졌다. 이에 따라 퇴직급여법에 따라 기업에 의한 퇴직급여제도가 의무화되었으며, 각종 사적 연금보험상품에 의해 공적연금제도가 보완되는 다층적 노후소득 보장제도를 취하게 되었다.⁹²⁾

예컨대, 국민건강보험을 통한 공적 의료보장제도의 경우, 국민건강보험에 의해 보장되지 않거나 본인부담금액이 큰 질병 등의 경우, 이에 대비해 사적 의료보험(암보험, 실비보험 등)에 의해 보완되고 있다.⁹³⁾

이는 변화된 사회적·경제적 여건 하에서 사회보험만으로 사회적 위험을 적절히 대처하는 것에 한계가 있다는 점에서 우리나라에서만 아니라 서구 선진국들에서도 보편적으로 나타나고 있는 현상이다. 그러나 만일 사회보험의 합리적 개혁을 미룬 상태에서 사회보험이 담당해야 할 역할을 과도하게 사적 보험으로 떠넘기게 되는 것이라면, 이는 마치 공교육의 역할을 사교육이 과도하게 떠맡음으로 인하여 공교육이 붕괴되는 것과 유사한 결과를 낳게 될 수 있다는 우려가 있다. 그러므로 사회보험이 주된 역할을 담당하고 사적 보험은 사회보험을 보완하는 역할에 머물러야 할 것이며, 양자간 역할이 합리적으로 분담될 수 있도록 하여야 할 것이다.

3. 기초연금의 성격과 쟁점

기초연금은 65세 이상의 사람으로서 소득인정액이 선정기준액 미만인 빈곤 노인에게 지급된다. 2014년에 도입된 기초연금은 2012년 대선 당시 박근혜 후보의 공약 이행 차원에서 기초노령연금을 기초연금으로 명칭을 바꾸어 개편한 것이었다.⁹⁴⁾ 기초노령연금은 국민연금 사각지대의 문제를 해

92) 이에 관하여는 우해봉, 공적연금제도, 앞의 책(주-43), 211면 이하.

93) 이에 대하여는 차진아, 고령화시대 국민건강보험의 발전방향, 「강원법학」 제49권, 2016., 358면 이하 참조.

소하고, 2007년 제2차 국민연금개혁 과정에서 국민연금의 소득대체율을 종래 (40년 가입자 기준) 60%에서 40%로 낮추어 보장성이 약화되는 측면에 대한 보완책으로 도입되었다.⁹⁵⁾

기초연금의 선정기준액은 65세 이상인 사람 중 기초연금 수급자가 70% 수준이 되도록 정한다.⁹⁶⁾ 2020년 선정기준액은 배우자가 없는 노인가구의 경우 월 소득인정액 148만원, 배우자가 있는 노인가구의 경우 월 소득인정액 236.8만원이고,⁹⁷⁾ 저소득자(65세 이상의 사람 중 소득인정액이 40% 이하인 사람) 선정기준액은 배우자가 없는 노인가구의 경우 월 소득인정액 38만원, 배우자가 있는 노인가구의 경우 월 소득인정액 60.8만원이다.⁹⁸⁾

기초연금액은 전년도 기준연금액에 전국소비자물가변동률을 반영하여 정해지는 기준연금액과 국민연금액 등을 고려하여 산정된다.⁹⁹⁾

2020년 기준연금액은 25만4,760만원, 저소득자 기준연금액은 30만원이다.¹⁰⁰⁾ 기초연금액은 국민연금수급자, 연계연금수급자 및 그밖의 기초연금 수급권자 별로 달리 계산되며,¹⁰¹⁾ 가구유형(부부합액)과 소득인정액(소득역

94) 2007년 제2차 국민연금 개혁 및 (경로연금의) 기초노령연금으로 개편논의와 2014년 기초노령연금의 기초연금으로 개편논의에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-19), 31면 이하.

95) 전광석, 앞의 책(주-5), 511면; 차진아, 앞의 논문(주-19), 31면.

96) 기초연금법 제3조 제2항.

97) 「기초연금 지급대상자 선정기준액, 기준연금액 및 소득인정액 산정 세부기준에 관한 고시」(2020. 1. 22, 보건복지부고시 제2020-12호) 제2조.

98) 「기초연금 지급대상자 선정기준액, 기준연금액 및 소득인정액 산정 세부기준에 관한 고시」(2020. 1. 22, 보건복지부고시 제2020-12호) 제2조의2.

99) 기초연금법 제5조 제1항~제2항.

100) 「기초연금 지급대상자 선정기준액, 기준연금액 및 소득인정액 산정 세부기준에 관한 고시」(2020. 1. 22, 보건복지부고시 제2020-12호) 제3조.

101) ○ 국민연금수급자의 기초연금액 = (기준연금액 - 소득재분배급여금액 × 2/3)(0보다 작은 경우 0으로 함) + 부가연금액(= 기준연금액 × 1/2) (기초연금법 제5조 제5항).
 ○ 연계연금수급자의 기초연금액 = [기준연금액 - (연계퇴직연금액 + 소득재분배급여금액) × 2/3] (0보다 작은 경우 0으로 함) + 부가연금액(기초연금법 제5조 제6항).
 ○ 기초연금법 제5조 제5항에도 불구하고 특례조항에 따라 국민연금수급자 및 연계연금수급자의 국민연금 급여액등이 기준연금액의 150% 이하인 경우, 기초연금액은 기준연금액으로 하며(기초연금법 제6조 제1항), 국민연금 급여액등이 150% 초과 200% 이하인 경우 기초연금액은 기준연금액의 250%에서 국민연금 급여액 등을 뺀 금액과 기준연금액 중 큰 금액으로 한다(기초연금법 제6조 제2항; 동법 시행령

지방지감액)에 따라 감액하여 지급한다.¹⁰²⁾

국민연금과는 달리 특수직역연금 및 연계연금의 퇴직연금 등 정기적인 급여 또는 이에 갈음하는 급여의 수급권자는 -국가의 보전금지원을 통해 국민연금보다 높은 수준의 소득보장을 받고 있으므로,¹⁰³⁾ 기초연금을 지급하지 않는다.¹⁰⁴⁾

기초연금의 지급에 드는 비용은 전액 조세로 충당되며, 지방자치단체의 노인인구 비율 및 재정여건 등을 고려하여 국가가 지방자치단체가 분담한다.¹⁰⁵⁾

기초연금액은 최근 몇 년간 급속히 인상되었고,¹⁰⁶⁾ 기초연금지급을 위한 국가예산은 2014년 7월~12월까지 6개월간을 위한 예산은 3조 5,699억원, 2014년 7조 5,634억원에서 2019년 11조 4,745억원으로 급격히 늘어났다.¹⁰⁷⁾

기초연금이 사회보장기본법상의 사회보장 중에서 어디에 해당하는 것인지 그 법적 성격이 분명하지 않다. 기초연금은 “연금”이라는 명칭과 국민연금을 보충하기 위해 도입되었다는 점 때문에 국민“연금”과 같은 사회보험

제10조). 산정된 기초연금액이 기준연금액을 초과하는 경우 기준연금액을 상한으로 한다(기초연금법 제7조).

o 그밖의 기초연금수급권자의 기초연금액 = 기준연금액(기초연금법 제5조 제7항).

102) 기초연금법 제8조.

103) 헌법재판소는 기초연금 수급권자의 범위에서 공무원연금법상 퇴직연금일시금을 받은 사람과 그 배우자를 제외하도록 한 기초연금법 규정에 대해 합헌결정을 내린 바 있다(헌재 2018. 8. 30. 2017헌바197등 결정; 헌재 2020. 5. 27. 2018헌바398 결정). 헌법재판소는 기초연금수급권자의 선정기준과 관련하여 국민연금과 공무원연금 등 특수직역연금 간 급여에 대한 보전금 유무의 차이를 중요한 차이로 보았다(헌재 2018. 8. 30. 2017헌바197등 결정, 판례집 30-2, 333[343]).

104) 기초연금법 제3조 제3항.

105) 기초연금법 제25조; 동법 시행령 제23조, 별표2.

106) 기초연금 도입 당시 기준연금액은 20만원이었으나(「기초연금 지급대상자 선정기준액, 기준연금액 및 소득인정액 산정 세부기준에 관한 고시」[2014. 6. 30., 보건복지부 고시 제2014-94호] 제3조), 2018년 기준연금액을 25만원으로 인상하였다(기초연금법[2018.3.27., 법률 제15536호] 제5조 제3항). 또한 2019년 4월부터 65세 이상인 사람 중 소득인정액이 20% 이하인 저소득자의 기준연금액을 30만원으로 인상하였는데(기초연금법[2019.1.15., 법률 제16241호] 제5조의2 제1항), 2020. 1. 21. 기초연금법 개정(법률 제16868호)을 통해 기준연금액 30만원의 적용대상인 저소득자의 기준을 소득인정액 20%에서 40%로 상향하였다.

107) 보건복지부, 「2019 보건복지백서」, 2020, 371면.

과 유사한 외관을 가지고 있다. 그러나 기초연금은 수급자 선정의 주요기준이 빈곤이라는 점과 자기기여 없이 전액 조세를 재원으로 지급된다는 점에 비추어 볼 때, 사회보험으로 보기 어렵다.¹⁰⁸⁾ 그런데 기초연금은 수급요건과 관련하여 공공부조와는 달리 수요심사 및 자산조사가 까다롭지 않기 때문에 공공부조로 보기도 어렵다.¹⁰⁹⁾

2014년 기초연금의 도입 당시, 조세를 재원으로 모든 국민에게 동일한 수준의 급여를 제공하는 - 부구식의 이른바 보편적 복지의 일환으로- 보편적 노인수당으로 개편하여야 한다는 주장도 제기되었다.¹¹⁰⁾ 그런데 우리나라의 기초연금은 조세를 재원으로 하지만, 수급권자의 범위가 빈곤 노인으로 한정되고 노후소득 보장의 기본제도로 기능하기에는 급여수준이 너무 낮으며, 특수직역연금수급자는 배제되고 기초연금액이 국민연금의 수급액과 연계된다는 점에서 예컨대, 스웨덴의 1998년 연금개혁 전의 기초연금(AFP)과 같은 이른바 보편적 기초연금과도 다르다.¹¹¹⁾ 이와 같이 기초연금의 법적 성격이 모호하여 국민기초생활보장법상의 생계급여와 합리적인 관계설정이 문제되며,¹¹²⁾ 기초연금액을 국민연금수급액과 연계하여 감액시키는 것은 국민연금제도의 기초를 흔드는 것이라는 비판이 제기되고 있다.¹¹³⁾

그리고 기초연금의 도입과 기초연금액의 가파른 인상은 여타의 사회보장제도와 역할분담보다는 선거승리를 위한 포퓰리즘 고려가 더 강하게 작

108) 이준영, 한국 기초연금의 개혁 방안 모색, 『한국사회복지학』 제71권 제1호, 2019, 82면; 차진아, 앞의 논문(주-19), 33-34면.

109) 이준영, 앞의 논문(주-108), 82면; 차진아, 앞의 논문(주-19), 33-34면. 같은 맥락에서 기초연금을 공공부조가 아닌 노인에 대한 사회복지로 이해하는 견해(전광석, 앞의 책[주-5], 511면)도 있다. 반면에 기초연금을 공공부조로 보는 견해(손윤석, 기초연금법에 대한 법적 검토, 법학연구 제56집, 한국법학회, 2014, 290-292면)도 있다.

110) 김원섭/이용하, 박근혜 정부 기초연금제도의 도입 과정과 평가, 『한국사회』 제15권 제2호, 2014, 75면 이하.

111) 이에 대하여는 주은선, 공적연금제도, 이현주 외, 『스웨덴의 사회보장제도』, 보건사회연구원, 2018, 156면 이하 참조. 스웨덴은 1998년 연금개혁을 통해 기초연금(AFP)을 최저보장연금으로 전환되었다고 한다. 스웨덴의 공적연금제도에 대하여 자세한 것은 주은선, 위의 논문, 156면 이하 참조.

112) 이에 대해서는 위의 「Ⅲ. 2. 국민기초생활보장제도를 통한 구체화」 참조.

113) 이에 대해서는 차진아, 앞의 논문(주-19), 34-35면 참조.

용한 것으로 보인다.¹¹⁴⁾ 그로 인하여 사회보장 재원의 합리적 분배에 균열이 생기고, 결국 사회보장 혜택이 더욱 절실한 사람에게 가야 할 재원이 엉뚱한 곳으로 가는 결과로 이어진다.

V. 사회국가실현을 위한 사회보장과 조세의 역할

1. 사회보장의 재정적 기초로서 조세

국가재정에서 조세가 차지하는 비중은 압도적이다.¹¹⁵⁾ 하지만 사회보장에서 조세가 차지하는 비중은 이에 미치지 못한다. 2016년을 기준으로 사회보장지출의 재원은 조세가 44.4%, 사회보험료가 48.2%, 그리고 기금운용수익이 7.4%의 비중을 차지하고 있었다.¹¹⁶⁾ 주목할 점은 이러한 통계가 과거에 비해 기초연금의 도입, 각종 사회서비스의 확장으로 인해 조세의 비중이 높아진 결과라는 점이다.¹¹⁷⁾

사회보장의 재원 중에서 조세가 차지하는 비중은 공공부조, 사회보험, 사회서비스 같은 각 사회보장의 유형별로, 그리고 사회보험 중에서도 국고보조의 정도 등에 따라 달라진다.

공공부조인 국민기초생활보장제도의 경우, 국민에게 최소한의 생활수준을 보장하는 것은 국가(와 지방자치단체)의 일반과제이므로, 급여를 위한 비용은 조세로써 충당된다.¹¹⁸⁾

114) 정다운/임현, 노후소득보장수단으로서의 기초연금제도의 적정성에 대한 검토, 『법과 정책연구』, 제16권 제4호, 한국법정책학회, 2016, 115-116면; 차진아, 앞의 논문(주-19), 35-36면.

115) 2018 회계연도에 국가의 총수입 438,262조원 중에서 조세수입은 358,424조원으로 조세수입이 81.8%의 비중을 차지하였다(기획재정부, 『2018회계연도 한국통합재정수지』, 67-68면).

116) 양재진, 앞의 책(주-40), 149면.

117) 양재진, 앞의 책(주-40), 149면.

118) 진광석, 앞의 책(주-5), 491면. 국가 또는 시·도가 직접 수행하는 보장업무에 드는 비용은 국가 또는 해당 시·도가 부담하고(국민기초생활보장법 제43조 제1항 제1호),

공공부조인 의료급여의 경우, 급여를 위한 비용은 시·도에 설치되는 의료기금과 본인부담금으로 충당되는데,¹¹⁹⁾ 의료급여기금은 국고보조금, 지방자치단체의 출연금 등을 재원으로 조성된다.¹²⁰⁾

반면에 사회보험의 급여를 위한 비용은 사회보험료를 주된 재원으로 한다.¹²¹⁾ 그런데 저소득자나 장애인 등의 가입자에 대해서 가입자가 부담하여야 하는 사회보험료를 (조세를 재원으로 하여) 국가가 지원하는 경우도 있다.¹²²⁾

전술한 바와 같이 공무원연금의 퇴직급여 및 퇴직유족급여에 드는 비

시·군·구가 수행하는 급여비용 등 실제 보장비용은 시·군·구의 재정여건, 사회보장비 지출 등을 고려하여 국가, 시·도 및 시·군·구가 차등하여 분담한다(국민기초생활보장법 제43조 제1항 제4호, 제2항~제4항).

119) 의료급여법 제10조; 동법시행령 제13조.

120) 의료급여법 제25조.

121) 사회보험급여를 위한 비용은 사회보험료와 기금운용수익금으로 충당하는 것이 원칙이다(공무원연금법 제66조 제1항, 「사립학교교직원 연금법」 제43조 제1항).

122) 첫째, 국민연금보험료의 경우, ① 소규모사업장 저소득근로자의 연금보험료 국고지원(국민연금법 제100조의3; 동법 시행령 제73조의2~제73조의3, 「지역가입자에 대한 연금보험료의 지원수준 및 지원방법 등」[2019. 12. 31., 보건복지부고시 제2019-338호]), ② 저소득 지역가입자의 연금보험료에 대한 국고지원(국민연금법 제100조의4; 동법 시행령 제73조의4~제73조의5), ③ 출산크레딧 비용의 전부 또는 일부 국가부담(국민연금법 제19조 제3항), ④ 국복무크레딧 비용의 국가부담(국민연금법 제18조 제3항)이 있다.

둘째, 사학연금보험료의 경우, ① 교원이 부담하는 개인부담금 합계액의 9천분의 3,706에 대해, 「사립학교교직원 연금법」 제46조 제1항 제1호; 동법 시행령 제68조의2 제2항), ② 복무기간 산입에 따라 교직원이 내는 소급개인부담금 합계액과 같은 금액에 대해 국가가 부담한다(「사립학교교직원 연금법」 제43조 제1항 제46조 제1항 제2호).

셋째, 국민건강보험료의 경우, ① 섬·벽지(僻地)·농어촌 등의 지역주민, 65세 이상인 사람, 65세 이상인 사람, 장애인복지법」에 따라 등록된 장애인, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」의 보호대상인 전상 및 공상군경, 공상공무원 등, 휴직자, 그 밖에 생활이 어렵거나 천재지변 등의 사유로 보험료를 경감할 필요가 있다고 보건복지부장관이 정하여 고시하는 사람에 대해 보험료가 경감되고(국민건강보험법 제75조, 「건강보험료 경감 대상자 고시」[2020. 4. 9. 보건복지부고시 제2020-74호]), ② 실업자의 임의계속가입을 위한 보험료경감에 대한 사용관계가 끝난 날 이전 18개월간 직장가입자 자격을 유지한 기간이 1년 이상인 사람에 대한 임의계속가입을 위한 보험료가 경감된다.(국민건강보험법 제110조 제4항; 동법 시행규칙 제62조). 이러한 국민건강보험료경감은 조세를 재원으로 하는 국고에서 지원된다(국민건강보험법 제108조 제1항, 제3항 제3호).

용과 군인연금의 급여에 드는 비용이 사회보험료로 충당할 수 없는 경우에 그 부족한 금액(보전금)이 조세로써 충당되고 있다.¹²³⁾ 사립학교교직원 연금의 경우에도 급여를 기금으로 충당할 수 없을 때에는 국가가 그 부족액을 지원할 수 있다.¹²⁴⁾

국민건강보험공단에 대해 국가는 매년 예산의 범위에서 해당 연도 보험료 예상 수입액의 14%에 상당하는 금액을 국고에서 지원하는데,¹²⁵⁾ 이러한 국고지원금은 가입자 및 피부양자에 대한 보험급여, 건강보험사업에 대한 운영비와 보험료 경감에 대한 지원을 위해 사용된다.¹²⁶⁾ 노인장기요양보험의 급여를 위한 비용에 대해서도 해당 연도 장기요양보험료 예상수입액의 20%에 해당하는 금액이 국고보조된다.¹²⁷⁾

국민연금공단의 운영비용은 국가가 전부 또는 일부를 부담하고,¹²⁸⁾ 공무원연금공단, 사립학교교직원 연금공단의 운영비용은 (전부 또는 일부) 국가에서 부담할 수 있다.¹²⁹⁾

21세기 사회적 안전망의 확충이라는 기본적 요청에는 누구나 공감하지만, 이를 실현하는 구체적인 방법론에는 이견이 적지 않다. 일각에서는 이를 위한 국가의 적극적인 역할을 강조하면서 사회보험에 대한 국고보조 확대, 조세를 재원으로 하는 이른바 보편적 복지의 확대를 강조하기도 한다. 하지만 조세를 주된 재원으로 하여 높은 수준의 사회적 안전망을 확충하는 것에는 -조세부담 배분 및 조세지출의 합리성에 대한 신뢰가 높지 않은 우리나라에서는 더욱 뚜렷한- 한계가 있을 뿐만 아니라,¹³⁰⁾ 이러한 정책이 선거

123) 공무원연금법 제71조 제1항 단서, 군인연금법 제45조. 별정우체국연금의 경우에도 특수한 사정으로 사회보험료와 기금운용수익금으로 지출을 충당할 수 없는 경우에 국가가 그 차액의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다(별정우체국법 제33조 제1항 단서).

124) 「사립학교교직원 연금법」 제53조의7. 사학연금의 급여 중 퇴직수당 지급 비용의 일부에 대해 국가부담금이 조세로써 충당된다(「사립학교교직원 연금법」 제46조 제1항 제3호, 제47조 제3항 단서, 동법시행령 제69조의3).

125) 국민건강보험법 제108조 제1항.

126) 국민건강보험법 제108조 제3항.

127) 의료급여법 제25조 제1항.

128) 국민연금법 제87조.

129) 공무원연금법 제66조 제3항, 「사립학교교직원 연금법」 제60조.

등과 연계되어 포퓰리즘 정책으로 전락하게 될 우려의 목소리도 매우 높다. 향후 대한민국의 안정적 발전을 위해서는 국민의 조세저항을 감안한 합리적인 사회보장정책이 장기적으로 수립되어야 하며, 이를 선거 등과 연계하여 수시로 변경하는 것은 삼가야 할 것이다.

2. 과세권에 대한 한계로서 사회보장 - 소득세를 중심으로-131)

헌법상 과세권의 한계로는 조세법률주의, 조세평등주의, 소급과세금지 원칙 등이 인정되고 있다. 이 중에서 조세평등주의는 헌법상 평등원칙이 조세법에서 구체화된 것인데, 상대적·실질적 평등으로서 조세평등주의는 납세능력에 상응하는 과세를 요청한다(응능과세의 원칙).¹³²⁾

그런데 사회적 기본권을 구체화하는 사회보장은 납세의무자의 납세능

130) 그러나 중요한 국가과제들이 있다고 해서 무한히 국가재정을 조달할 수 있는 것은 아니다. 국민의 납세능력을 고려할 때, 조세를 통한 확보에는 한계가 있으며, 과도한 조세부과는 경제에 미치는 악영향, 국민의 조세저항 등 심각한 부작용을 낳게 된다. 이와 같이 조세를 통한 재원조달에 한계가 있기 때문에, 국가과제 중 어떤 과제를 우선적으로 실현할 것인지, 그리고 어느 정도까지 실현할 것인지에 대해 신중한 검토와 조정이 필요하다.

131) 이하에서는 사회보장이 과세권의 한계로서 기능하는 측면을 소득세를 중심으로 고찰하고자 한다. 물론 사회적 기본권이 응능과세원칙의 구체화로서 과세권에 대해 한계를 긋는 것은 소득세뿐만 아니라 상속세·증여세, 부가가치세 등 다양한 종류의 조세를 통해 확인할 수 있다(이에 대해서는 차진아, 앞의 논문[주-11], 473면 이하 참조). 그러나 소득세는 직접세이자 대표적인 인세로서 납세의무자의 납세능력에 영향을 줄 수 있는 사회적·경제적 사정을 가장 잘 고려할 수 있는 조세이기 때문에(차진아, 조세정책과 사회적 기본권의 관계, 『헌법학연구』, 제15권 제4호, 2009, 61-62면), 사회보장을 통해 구체화된 응능과세의 원칙은 소득세에서 가장 잘 구현될 수 있다.

132) 헌재 2003. 11. 27. 2003헌바2 결정, 판례집 15-2하, 281(293): “헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다.”고 평등의 원칙을 선언하고 있고 이와 같은 평등의 원칙이 세법 영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 이는 조세의 부과와 징수는 납세자의 납세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유 없이는 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593-60; 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집8-1, 525, 535).”

력을 평가하는 중요한 기준이 된다. 소득 정도가 다른 납세의무자 간에 소득세의 담세능력에 차이가 있다는 점은 분명하다. 그러나 같은 정도의 소득이 있는 납세의무자 간이라 하더라도 부양가족의 유무 및 그 인원, 연령, 소득활동 유무·정도 등에 따라 본인과 부양가족이 최소한의 생활에 필요한 지출의 정도가 달라지기 때문에 조세를 낼 수 있는 담세력에 차이가 생긴다. 이러한 담세능력의 차이에 대한 실질적인 고려 없이 획일적으로 소득세를 과세하는 것은 조세평등주의에 위배되는 것이다. 따라서 납세의무자가 본인 및 그 부양가족이 생계유지를 위해 불가피하게 지출하는 소득부분은 (주관적 순소득의 원칙¹³³)에 따라 담세능력이 없는 것이므로 소득세의 과세표준에서 제외되어야 한다.¹³⁴

이러한 맥락에서 “인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리”¹³⁵를 의미하는 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항) 등의 실현을 위한 수단인 사회보장¹³⁶은 과세권, 특히 소득세에 대한 과세에 대해 다음과 같이 한계를 긋는다.

첫째, 공공부조의 급여수준은 국가공동체 내에서 인간의 존엄에 상응하는 삶을 펼쳐 나갈 수 있기 위한 최소한의 물질적 기초가 어느 정도인가에 대한 사회적 합의에 근거한 것이다.¹³⁷ 그러므로 공공부조의 급여수준은 소득

133) 소득세 과세의 원칙의 하나인 순소득의 원칙에는 객관적 순소득의 원칙과 주관적 순소득의 원칙으로 나뉜다(차진아, 앞의 논문[주-11], 483면 각주 52).

134) 헌법재판소도 (주관적 순소득의 원칙이라는 표현은 쓰고 있지 않으나) 같은 맥락에서 “담세능력의 원칙은 소득이 많으면 그에 상응하여 많이 과세되어야 한다는 것, 즉 담세능력이 큰 자는 담세능력이 작은 자에 비하여 더 많은 세금을 낼 것과, 최저생계를 위하여 필요한 경비는 과세로부터 제외되어야 한다는 최저생계를 위한 공제를 요청할 뿐 입법자로 하여금 소득세법에 있어서 반드시 누진세율을 도입할 것까지 요구하는 것은 아니다”(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55 결정, 판례집 11-2, 593[593-594])라고 판시하고 있다(밑줄은 저자에 의한 것임). 헌법재판소 결정의 반대의견에서 순소득과세의 원칙이라는 용어를 사용한 예가 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바25; 헌재 1996. 12. 26. 94헌가10결정, 판례집 8-2, 655[677~678]).

135) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등 결정, 판례집 23-1상, 416(422).

136) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등 결정, 판례집 23-1상, 416(422).

137) “최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부”의 구체적인 수준은 입법부 또는 입법부의 위임을 받은 행정부가 “국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡

세 납세의무자의 담세능력을 평가하는 기준으로 존중되어야 한다. 최저생계비에 대해 소득세를 과세함으로써 납세의무자를 인위적으로 공공부조수급자로 전락시키는 것은 사회국가의 이념인 자율성으로부터 도출되는 사회국가의 보충성¹³⁸⁾에 반하는 것이며, 입법자(또는 그 위임에 의해 행정부)가 구체화한 기준을 입법자가 무시하는 것은 체계적 정당성에도 문제가 있다.¹³⁹⁾

이러한 맥락에서 소득세 납세의무자는 그 소득 중에서 본인 및 그 부양가족의 최소한 공공부조법상의 최저생계비에 해당하는 부분에 대해서는 세금을 낼 능력이 없는 것으로 평가하여야 하므로,¹⁴⁰⁾ 이 소득부분은 소득세의 과세표준에서 제외시켜야 하며, 이를 초과하는 소득부분에 대해서만 과세하여야 한다.¹⁴¹⁾

이러한 관점에서 볼 때, 현행 소득세법상 납세의무자 본인 및 그 부양가족에 대해 인정되는 인적공제제도¹⁴²⁾는 공제금액 산정의 합리성과 적정

다양한 요소를 함께 고려”(헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등 결정, 판례집 23-1상, 416[422])하여 정하는 것이다.

138) 이에 대하여는 장영수, 앞의 책(주-8), 222면 참조. 공공부조의 보충성은 국민기초생활보장법 제3조에도 규정되어 있다.

139) 진광석, 앞의 책(주-5), 10면; 차진아, 앞의 논문(주-131), 62-64면.

140) 이러한 맥락에서 예컨대, 국민기초생활보장법상의 생계급여에 대해 소득세를 부과하는 것은 논리적 모순이다. 국가가 국민기초생활보장법상의 수급권자에게 최저생계비에 미달하는 소득에 대해 과세한다면, 국가가 한편으로 조세를 재원으로 최저생계에 필요한 급여를 제공하면서 다른 한편으로는 이에 상응하는 금액을 조세로써 뺀 것이 되기 때문이다. 이에 대하여는 K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung II*, 2. Aufl., Otto Schmidt, 2003, S. 751 f. 참조

141) 김완석 / 정지선, 「소득세법론」, 삼일인포마인, 2020, 9-40면; 차진아, 앞의 논문(주-131), 62-64면; D. Birk, *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen*, Dr. Peter Deubner Verlag, 1983, S. 137; P. Kirchhof, *Ehe und Familien im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht*, in: 「Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche」, 21, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, 1986, S. 117; Ders., *Steuern*, in: *HStR V*, 3. Aufl., C. F. Müller, 2007, § 118, Rn. 219; K. Tipke, a.a.O.(Anm. 140), S. 785 ff., 798 ff.

142) 기본공제와 추가공제를 인적공제라 한다(소득세법 제51조 제3항). 기본공제는 납세의무자 본인 및 부양가족에 대해 1명당 연 150만원을 곱하여 계산한 금액을 종합소득금액에서 공제하는 것을 말한다(소득세법 제50조). 추가공제는 인적 공제 대상자에 대해 인적 공제 외에 추가의 금액을 종합소득금액에서 공제하는 것을 말한다. 추가공제되는 금액은 경로우대자(70세 이상인 사람)의 경우 1명당 연 100만원(소득세법 제51조 제1항 제1호), 장애인인 경우 1명당 연 200만원(소득세법 제51조 제1항 제2

성의 측면에서 많은 문제를 안고 있다.¹⁴³⁾

둘째, 과거 추가공제 및 다자녀추가공제는 인적공제로 인정되었으나, 자녀 관련 소득공제제도가 2014.1.1. 소득세법의 개정을 통해 자녀세액공제(소득세법 제59조의2)로 통합·전환되었다.

그러나 자녀의 납세의·양육비는 자녀의 양육을 위해 불가피하게 지출하는 비용으로서 납세의무자 자녀의 최저생계비에 해당하므로 이에 대한 공제는 국가가 그때그때 사회·경제적 상황에 따라 임의로 폐지 또는 축소할 수 있는 조세우대조치가 아니다.¹⁴⁴⁾ 그러므로 이를 인적 공제의 대상에서 조세우대조치인 세액공제¹⁴⁵⁾의 대상으로 전환한 것은 국가가 과세해서는 안 되는 소득부분에 대해 일단 과세대상으로 삼아 과세표준에 계상하면서 조세우대조치로 취급하는 것이므로 조세평등주의의 구체화인 응능과세원칙에 부합하지 않는 것이다.¹⁴⁶⁾

호), 납세의무자가 배우자가 없는 사람으로서 기본공제대상자인 직계비속 또는 입양자가 있는 경우 연 100만원(소득세법 제51조 제1항 제6호)이다. 또한, 종합소득금액이 3,000만원 이하인 납세의무자 중에서 부녀자세대주(배우자가 없는 여성으로서 부양가족이 있는 세대주)나 취업주부(배우자가 있는 취업여성)에게 연 50만원의 추가공제가 인정되고(소득세법 제51조 제1항 제3호), 한부모가정(배우자가 없는 사람으로서 기본공제대상자인 직계비속 또는 입양자가 있는 경우) 100만원의 추가공제가 인정된다(소득세법 제51조 제1항 제6호). 부녀자세대주 또는 취업주부가 한부모가정에도 해당될 때에는 한부모가정 관련 추가공제만 인정된다(소득세법 제51조 제1항 단서). 그러나 부녀자세대주, 취업주부 및 한부모가정에 대한 추가공제는 소득 활동을 위해 필요한 가사비용을 고려한 것이기 때문에 인적 공제가 아닌 필요경비의 공제로 다루는 것이 더 체계적인 것으로 보인다(차진아, 앞의 논문[주-36], 31면).

143) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-36), 30-31면.

144) 차진아, 앞의 논문(주-36), 28-30면; BVerfG, 2 BvR 1057/91 vom 10.11.1998, Absatz-Nr.90ff., http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19981110_2bvr105791.html.

145) 김완석 / 정지선, 앞의 책(주-141), 454면.

146) 입법자는 자녀에 대한 추가공제와 다자녀추가공제를 자녀세액공제로 전환한 이유를 “과세 형평성을 높이기 위하여 보장성 보험, 의료비, 교육비, 기부금 등에 대한 소득공제제도를 세액공제제도로 전환하고”, “현행 소득공제제도는 같은 금액에 대하여 소득공제를 하더라도 소득 수준에 따라 그 혜택에 차이가 발생하여 과세 형평성 차원에서 개선이 필요함” (법제처 국가법령정보센터, <http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=149361&lsId=&efYd=20150101&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#>) (2020.9.5. 접속)이라고 밝히고 있다. 그러나 응능과세의 원칙에 따라 인적 공제로서 소득세의 과세표준에서 제외되어야 할 자녀

셋째, 같은 맥락에서 근로자가 부담하는 국민건강보험, 고용보험 및 노인장기요양보험의 보험료도 납세의무자(및 그 부양가족)의 생계유지를 위해 불가피한 지출로서 납세의무자의 담세능력을 감소시키는 것으로 평가된다.¹⁴⁷⁾ 따라서 이를 근로소득금액에서 공제하는 특별소득공제¹⁴⁸⁾(소득세법 제52조 제1항)는 국가가 정책적 판단에 따라 임의로 축소 또는 폐지할 수 있는 조세우대조치가 아니라, 전술한 조세국가와 사회국가의 내적 관련성으

양육비를 조세우대조치인 세액공제의 대상으로 전환한 것은 오히려 “과세 형평성을 높이기 위하여”라는 개정이유와 정면으로 충돌한다. 자녀양육비가 소득세의 과세표준에서 제외됨으로써 소득수준에 따라 실제 공제액이 달라지는 것은 누진율의 적용에 따른 반사이익에 불과한 것이다(BVerfGE 87, 153[170, 177]; H. Becker, *Steuerprogression und Steuergerechtigkeit*, in: P. Kirchhof/K. Offerhaus/H. Schöberle (Hrsg.), *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik. Festschrift für Franz Klein, Otto Schmidt*, 1994, S. 390 f.; Ch. Gröpl, *Grundgesetz, Verfassungsgericht und „Kinderleistungsausgleich.“ Zur Berücksichtigung von Kindern im Einkommensteuerrecht nach den „Familien-Beschlüssen“ des Bundesverfassungsgerichts v. 10.11.1988 und dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Familienförderung v. 22.12.1999*, *StuW* 78(2001), S. 150; R. Wendt, *Empfiehl es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen?*, *DÖV* 1988, S. 721). 이렇게 볼 때, 주관적 순소득의 원칙에 따라 인적 공제로서 소득세의 과세표준에서 제외되어야 할 자녀양육비를 조세우대조치인 세액공제의 대상으로 전환한 것은 오히려 “과세 형평성을 높이기 위하여”라는 개정이유와 정면으로 충돌한다. 실질적인 개정이유는 소득공제를 대폭 축소함으로써 당시 이른바 “중세 없는 복지”를 표면적으로 유지하면서 사실상 증세의 효과를 누리기 위한 것이 아닌가 하는 비판을 면하기 어렵다.

- 147) 김완석/정지선, 앞의 책(주-141), 429-430면; BVerfGE 120, 125(154f, 161f.); J. Hey, in: Tipke/Lang, 『Steuerrecht』, 23. Aufl., Otto Schmitt, 2018, § 8, Rn. 708, 711.
- 148) 근로소득특별공제는 근로자가 부담하는 국민건강보험, 고용보험 및 노인장기요양보험의 보험료를 근로소득금액에서 공제하는 것이다. 근로소득과 퇴직소득 중 「국민건강보험법」, 「고용보험법」 또는 「노인장기요양보험법」에 따라 국가, 지방자치단체 또는 사용자가 부담하는 보험료는 비과세소득이다(소득세법 제12조 제2호 너목). 또한 「국민건강보험법」, 「고용보험법」 및 「노인장기요양보험법」에 의하여 사용자로서 부담하는 보험료 또는 부담금(소득세법 제27조 제3항; 동법 시행령 제55조 제11호), 「국민건강보험법」 및 「노인장기요양보험법」에 의한 직장가입자로서 부담하는 사용자 본인의 보험료(소득세법 제27조 제3항; 동법 시행령 제55조 제11의2호), 「국민건강보험법」 및 「노인장기요양보험법」에 따른 지역가입자로서 부담하는 보험료(소득세법 제27조 제3항; 동법 시행령 제55조 제11의3호)는 사업소득의 필요경비로서 공제된다.

로부터 도출되는 응능과세원칙의 구체화로 이해되어야 한다.¹⁴⁹⁾

이와는 달리 소득세 납세의무자가 부담하는 공적연금의 보험료인 기여금이나 개인부담금을 종합소득금액에서 공제하는 특별공제¹⁵⁰⁾는 연금소득에 대한 소득세 부과방식과 관련하여 연금보험료 납부 및 연금기금의 운용시점에서는 과세하지 않고 공적연금 급여의 수급시점에서 과세하는 방식(이른바 EET방식)을 취한 것에 따른 것으로 이해할 수 있다.¹⁵¹⁾

넷째, 사회보험의 일정한 급여, 즉, ‘공적연금 관련법’¹⁵²⁾에 따른 급여 중 일정한 급여들,¹⁵³⁾ 산업재해보상보험의 각종 급여,¹⁵⁴⁾ 고용보험의 각종

149) 김완석/정지선, 앞의 책(주-141), 429-430면; BVerfGE 120, 125(154f., 161f.); J. Hey, a.a.O.(Anm. 147), § 8, Rn. 708, 711.

150) 소득세법 제51조의3 제1항, 제2항.

151) 김남욱, 저소득자의 세제지원에 대한 공법적 검토, 『동아법학』 제62호, 2014, 166면; 권형기/정지선, 연금소득 과세제도의 개편방안에 관한 연구 - 2014년 세액공제도의 제도전환에 관한 비판을 중심으로-, 『조세연구』 제19권 제4호, 2019, 44면; 임승순, 『조세론』, 박영사, 2019, 82면; J. Hey, a.a.O.(Anm. 147), § 8, Rn. 711.

152) 공적연금 관련법은 「국민연금법」, 「공무원연금법」 또는 「공무원 재해보상법」, 「군인연금법」 또는 「군인 재해보상법」, 「사립학교교직원 연금법」, 「별정우체국법」 또는 「국민연금과 직역연금의 연계에 관한 법률」을 말한다.

153) 이에 해당하는 급여에는 「국민연금법」에 따라 받는 반환일시금(사망으로 받는 것만 해당한다) 및 사망일시금(소득세법 제12조 제3호 바목), 「공무원연금법」, 「공무원 재해보상법」, 「군인연금법」, 「군인 재해보상법」, 「사립학교교직원 연금법」 또는 「별정우체국법」에 따라 받는 공무원상요양비·요양급여·장해일시금·비공무상 장해일시금·비직무상 장해일시금·장애보상금·사망조위금·사망보상금·유족일시금·퇴직유족일시금·유족연금일시금·퇴직유족연금일시금·퇴역유족연금일시금·순직유족연금일시금·유족연금부가금·퇴직유족연금부가금·퇴역유족연금부가금·유족연금특별부가금·퇴직유족연금특별부가금·퇴역유족연금특별부가금·순직유족보상금·직무상유족보상금·위험직무순직유족보상금·재해부조금·재난부조금 또는 신체·정신상의 장애·질병으로 인한 휴직기간에 받는 급여(소득세법 제12조 제3호 사목), 그리고 공적연금 관련법에 따라 받는 유족연금·퇴직유족연금·퇴역유족연금·장해유족연금·상이유족연금·순직유족연금·직무상유족연금·위험직무순직유족연금, 장애연금, 장해연금·비공무상 장해연금·비직무상 장해연금, 상이연금(傷廢年金), 연계노령유족연금 또는 연계퇴직유족연금(소득세법 제12조 제4호 가목)이 있다.

154) 이에 해당하는 급여에는 「산업재해보상보험법」에 따라 수급권자가 받는 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 유족특별급여, 장해특별급여, 장의비 또는 근로의 제공으로 인한 부상·질병·사망과 관련하여 근로자나 그 유족이 받는 배상·보상 또는 위자(慰藉)의 성질이 있는 급여(소득세법 제12조 제3호 다목)와 「산업재해보상보험법」에 따라 받는 각종 연금(소득세법 제12조 제4호 다목)이 있다.

급여¹⁵⁵⁾는 소득세의 비과세소득으로 인정된다.

이러한 사회보험급여들은 질병이나 사고, 실업 등 사회적 위험이 현실화했을 때 납세의무자 또는 그 부양(유)가족의 생활을 위해 필수적인 소득이다. 그러므로 이러한 사회보험급여들을 비과세소득으로 인정하는 것은 조세우대조치가 아니라, 응능과세 원칙의 구체화로 이해된다.¹⁵⁶⁾

이러한 맥락에서 고용보험법 제38조의2,¹⁵⁷⁾ 산업재해보상보험법 제91조¹⁵⁸⁾도 각 보험급여에 대해 조세 등 공과금을 부과하지 않도록 하고 있으며, 국민연금법 제60조¹⁵⁹⁾도 국민연금의 급여에 대해 조세 등 공과금을 감면하도록 하고 있다.

3. 사회보장에 대한 조세정책적 지원의 역할과 한계

사회적 약자에 대한 국가적 지원은 종래 주로 -경제적 빈곤을 기준으로 엄격한 요건에 따라- 공공부조의 방식으로 수행되었다. 그러나 (공공부조의 사각지대에 있는 사회적 취약계층에 대한 지원 필요성을 포함하여) 사회적 안전망 확충에 대한 국민적 관심과 요구가 증대함에 따라 사회보험의 보장성 강화, 다양한 사회서비스의 제공 등을 통해 사회보장이 확대되고 있으며, 이를 뒷받침하는 다양한 조세정책적 지원도 이루어지고 있다. 사회보장에 대한 조세정책적 지원은 공공부조, 사회보험, 사회서비스에 대한 지원을 위해 법인세, 소득세, 부가가치세법 등 다양한 세목에서 비과세, 과세표

155) 이에 해당하는 급여에는 「고용보험법」에 따라 받는 실업급여, 육아휴직 급여, 육아기 근로시간 단축 급여, 출산전후휴가 급여 등(소득세법 제12조 제3호 마목)이 있다.

156) J. Hey, a.a.O.(Anm. 147), § 8, Rn. 138.

157) **고용보험법** 제38조의2(공과금의 면제) 실업급여로서 지급된 금품에 대하여는 국가나 지방자치단체의 공과금(「국세기본법」 제2조 제8호 또는 「지방세기본법」 제2조 제1항 제26호에 따른 공과금을 말한다)을 부과하지 아니한다.

158) **산업재해보상보험법** 제91조(공과금의 면제) 보험급여로서 지급된 금품에 대하여는 국가나 지방자치단체의 공과금을 부과하지 아니한다.

159) **국민연금법** 제60조(조세와 그 밖의 공과금 면제) 이 법에 따른 급여로 지급된 금액에 대하여는 「조세특례제한법」이나 그 밖의 법률 또는 지방자치단체가 조례로 정하는 바에 따라 조세, 그 밖에 국가 또는 지방자치단체의 공과금을 감면한다

준에서 공제하거나 영세율 또는 세율의 인하, 세액공제, 세액환급 등 다양한 방법으로 이루어진다. 이하에서는 공공부조 및 사회보험에 대한 조세정책적 지원의 대표적인 예를 개관하고자 한다.

먼저, 공공부조를 통한 사회적 취약계층에 대한 생활보장을 세제상 지원하는 대표적인 예가 근로장려세제와 자녀장려세제라 할 수 있다.

근로장려세제(Earnd Income Tax Credit)는 일하는 저소득층 가구에 대해 근로장려금을 소득세의 환급세액으로 지급¹⁶⁰⁾함으로써 “저소득자의 근로를 장려하고 소득을 지원”¹⁶¹⁾하는 제도로써,¹⁶²⁾ 일종의 부의 소득세(negative income tax)¹⁶³⁾라 할 수 있다. 근로장려금은 사업소득, 근로소득이나 종교인 소득이 있는 가구유형(단독가구, 홑벌이가구, 맞벌이가구)별 연간 총소득합계액과 가구원 재산의 합계액이 일정한 기준에 미달하는 저소득자 가구에 대해 가구별, 총급여액 등¹⁶⁴⁾별로 정해진 기준에 따라 정해진다.¹⁶⁵⁾ 최근 근로장려금의 신청자격 요건이 완화되어 국민기초생활보장법상 생계급여의 수급권이 인정되지 않는 차상위자도 근로장려금의 신청자격을 폭넓게 인정받게 되었고,¹⁶⁶⁾ 근로장려금 산정액도 대폭 상향되었다.¹⁶⁷⁾

160) 조세특례제한법 제100조의2, 제100조의8.

161) 조세특례제한법 제100조의2.

162) 김남욱, 앞의 논문(주-151), 160면; 손운석, “조세특례제한법상 근로장려세제를 통한 차상위계층의 보호”, 「공법학연구」, 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013, 355-356면; 이영욱, 「근로능력빈곤층에 대한 소득지원정책 개선방안 연구」, 한국개발연구원, 2018, 23면. 조세특례제한법 제100조의2, 제100조의8.

163) 부의 소득세의 문제점에 대하여는 김완석/ 정지선, 앞의 책(주-141), 127면; 임승순, 앞의 책(주-151), 405면 참조.

164) 조세특례제한법 제100조의3 제5항 제2호, 제3호.

165) 조세특례제한법 제100조의3~제100조의13.

166) 2018. 12. 4. 조세특례제한법 제100조의3의 개정으로, ‘30세 이상인 단독가구’의 연령 요건이 폐지되어 30세 미만 청년 단독가구에게도 근로장려금이 지원되고, 근로장려금 소득요건 상한이 단독가구는 1,300만원에서 2,000만원으로, 홑벌이가구는 2,100만원에서 3,000만원으로, 맞벌이 가구는 2,500만원에서 3,600만원으로 인상되었으며, 가구원 재산 합계액 상한이 모든 가구유형에 대하여 1억 4,000만원에서 2억원으로 완화되었다.

167) 2018. 12. 24. 개정된 조세특례제한법 제100조의5 제1항은 근로장려금 산정액의 최고 금액을 단독가구는 85만원에서 150만원으로, 홑벌이 가구는 200만원에서 260만원으로, 맞벌이 가구는 250만원에서 300만원으로 각각 인상하였다.

자녀장려세제는 일하는 저소득층 가구에게 자녀장려금을 소득세의 환급세액으로 지급함으로써 자녀양육비를 지원하는 제도이다.¹⁶⁸⁾ 자녀장려금은 사업소득, 근로소득 또는 종교인소득이 있고 가구원 연간 총소득의 합계액이 4,000만원 미만이며 가구원재산의 합계액이 2억원 미만인 저소득자에 대해¹⁶⁹⁾ 가구유형별로 총급여액등과 부양자녀의 수에 따라 달리 산정된다.¹⁷⁰⁾ 2018. 12. 24. 조세특례제한법 개정을 통해 자녀 1명당 연간 최대지급액이 50만원에서 70만원으로 인상되었고¹⁷¹⁾, 자녀장려금과 국민기초생활보장법상의 급여수급과 중복이 허용되었다.¹⁷²⁾ 그러나 자녀장려금과 소득세법상 자녀세액공제의 중복은 허용되지 않는다.¹⁷³⁾

다음으로, 사회보험에 대한 조세우대조치로는 예컨대, 사용자가 부담하는 사회보험료에 대한 세액공제와 연금소득공제 등이 있다.

첫째, 중소기업이 부담하는 5대 사회보험의 사회보험료에 대해서 조세특례제한법 제30조의4에 따라 소득세 또는 법인세의 세액공제가 인정된다. 이는 청년 및 경력단절 여성 등에 대한 고용촉진 및 유지를 위한 조세우대 조치에 해당한다.

둘째, 연금소득공제(소득세법 제47조의2)는 총연금액에서 일정한 금액을 공제하도록 한 것인데, 연금소득공제를 적용한 금액인 연금소득금액이 종합소득금액으로 합산된 후 종합소득공제를 금액이 소득세의 과세표준이 된다.¹⁷⁴⁾ 연금소득자는 다른 소득활동을 하기 어렵고 연금소득의 수준도 통상적인 소득활동을 하는 사람의 소득보다 낮은 것이 일반적이다. 연금소득공제는 이러한 사정을 고려하여 연금소득자의 생활보장을 위해 정책적으로

168) 조세특례제한법 제100조의8 제1항, 제100조의27, 제100조의31.

169) 조세특례제한법 제100조의28.

170) 조세특례제한법 제100조의29 제1항, 제2항.

171) 조세특례제한법 제100조의29 제1항.

172) 자녀장려금의 신청자격과 관련하여 구 조세특례제한법 제100조의28 제2항 제2호(“2. 자녀장려금 신청일이 속하는 연도의 3월 1일부터 3월 31일까지의 기간 중 「국민기초생활보장법」 제7조 제1항 제1호에 따른 급여의 전부 또는 일부를 받은 경우”)가 2018. 12. 24. 조세특례제한법 개정으로 삭제되었다.

173) 조세특례제한법 제100조의30 제2항.

174) 소득세법 제14조 제2항, 제20조의3 제3항.

인정되는 조세우대조치이다.¹⁷⁵⁾

그러나 조세를 통한 간접적인 지원은 해당 활동에 대한 직접적인 급부와는 효과에 차이가 있을 수밖에 없다. 예컨대, 중소기업에 대한 5대 사회보험료 세액공제는 경력단절 여성이나 청년실업문제의 완화를 위해 해당 기업에 고용지원금 등을 직접 급부하는 것과 비교할 때, 그 효과면에서 뚜렷한 차이가 발생할 수밖에 없다. 조세를 통한 사회보장에 대한 지원은 어디까지나 사회보장에 의한 직접적인 급부를 보완하는 기능을 한다는 점에서 그 한계가 분명하며, 사회국가실현을 위해 사회보장과 조세의 역할이 구분되고 있다는 점을 보여준다.

VI. 결론

21세기 민주국가에 대한 새로운 도전은 다양한 형태로 나타나고 있다. 한편으로는 세계적인 기후변화문제를 비롯한 환경문제, 그리고 정보통신기술의 비약적 발달로 인한 새로운 의사소통양식에 따라 제기되는 다양한 긍정적 및 부정적 측면들(특히 SNS를 통해 신속·광범위하게 전파되는 가짜뉴스의 문제를 비롯한 다양한 부작용에 대한 우려), 저출산·고령화의 진전에 따른 인구구조의 급격한 변화와 그 광범위한 파급효과, 나아가 이른바 뉴 노멀이라 일컬어지는 코로나19 사태로 인해 범세계적으로 달라지고 있는 일상생활에 이르기까지...

외견상 드러나는 문제는 다양하지만 이런 문제를 해결하기 위해 필요한 원칙과 기준은 여전히 같다. 합리적인 절차에 의한 민주적 합의, 법치국가적인 객관성과 공정성의 확보, 그리고 사회적 정의를 실현하기 위한 사회국가의 올바른 실현이 그것이다.

특히 저출산·고령화의 문제, 코로나19 팬데믹에 대한 대응의 문제 등은 사회보장과 직결되는 것이며, 이를 미시적인 관점에서 각각 따로따로 고찰

175) 김완석 / 정지선, 앞의 책(주-141), 415면.

하는 것보다는 국가 전체의 과제와 기능이라는 거시적인 관점에서 조망하는 것이 필요할 때가 있다. 이 논문에서 사회보장이라는 큰 테마를 그것도, 조세와의 관련성이라는 화두를 가지고 개관하였던 것도 이러한 넓은 시야에서의 조망 필요성에 부응하기 위한 것이다.

미시적 관점에서 개별 문제들을 살펴볼 때는 각각의 문제를 구성하는 다양한 현실적 요소들에 주목하게 된다. 물론 이러한 고찰도 매우 의미있는 것임에는 틀림없지만, 그것만으로 충분치 않은 경우가 있다. 대표적으로 사회보장에 관한 국내의 수많은 연구들이 각자 자신의 연구분야가 - 예컨대, 빈곤을 기준으로 한 사회적 취약계층에 대한 복지, 아동복지, 노인복지, 장애인복지 등- 최우선의 중요성을 갖는 것으로, 따라서 예산투입에서 최우선적으로 고려되어야 한다는 점을 강조하는 것에서도 나타난다.

그러나 균형 있는, 모든 사회적 약자들에게 골고루 혜택이 배분되는 사회보장정책을 위해서는 전체를 조망하는 가운데 한편으로는 그 우선순위를, 다른 한편으로는 예산투입의 효율성을 따져보아야 한다. 하지만 이에 못지않게 중요한 것이 재원을 어떻게 확보할 것이며, 이에 관한 국민적 합의를 어떻게 형성하느냐에 있다. “통합”이라는 관점은 그런 의미에서 사회보장과 조세라는 주제에도 적용된다.

사회보장의 필요성은 누구나 인정한다. 그러나 어느 분야에 대해 어느 정도의 사회보장을 유지, 확대 또는 축소할 것인지는 민주적 절차에 따른 국민적 합의, 이를 뒷받침하는 법치국가적 제도, 그리고 이를 움직여가는 사회적 정의의 이념이 한데 어우러져 그 결과물로서 나타날 때 가장 강력한 정당성을 가질 수 있다. 이 논문은 이를 위한 작은 디딤돌이 될 수 있기를 바라면서 사회보장과 조세의 기본적인 관계에 대한 전체적인 조망의 시도로서 작성된 것이다.

사회보장과 조세 - 공공부조와 사회보험을 중심으로 - - 차 진 아	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.02.15	2021.02.22	2021.03.18

[참고문헌]

1. 국내문헌

[단행본]

- 김미곤 외, 「한국의 사회보장제도」, 한국보건사회연구원, 2018.
- 김완석/정지선, 「소득세법론」, 삼일인포마인, 2020.
- 임승순, 「조세론」, 박영사, 2019.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2020.
- 양제진, 「사회보장제원 구성에 관한 기초연구」, 보건복지부, 2019.
- 이현주 외, 「스웨덴의 사회보장제도」, 보건사회연구원, 2018.
- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2020.
- 전광석, 「복지국가론 - 기원·발전·개편-」, 신조사, 2012.
- _____, 「한국사회보장법론」, 집현제, 2019.
- _____, 「한국사회보장의 역사」, 집현제, 2019.
- 한스 피터 마르틴(Hans-Peter Martin)/ 하랄드 슈만(Harald Schumann)(강수돌 옮김), 「세계화의 뒷 -민주주의와 삶의 질에 대한 공격-」, 영림카디널, 2001.

[논문]

- 권형기/정지선, 연금소득 과세제도의 개편방안에 관한 연구 - 2014년 세액공제료의 제도 전환에 관한 비판을 중심으로-, 「조세연구」, 제19권 제4호, 2019.
- 김남욱, 저소득자의 세제지원에 대한 공법적 검토, 「동아법학」 제62호, 2014.
- 김원섭/이용하, 박근혜 정부 기초연금제도의 도입 과정과 평가, 「한국사회」 제15권 제2호, 2014.
- 손윤석, 기초연금법에 대한 법적 검토 -국민기초생활 보장법상 생계급여와의 이중급여 제한문제를 중심으로-, 「법학연구」 제56집, 한국법학회, 2014.
- 이준영, 한국 기초연금의 개혁 방안 모색 -기여방식으로서의 전환 가능성 검토-, 「한국사회복지학」 제71권 제1호, 2019.
- 정다운/임현, 노후소득보장수단으로서의 기초연금제도의 적정성에 대한 검토, 「법과 정책연구」 제16권 제4호, 2016.
- 전광석, 국민연금기금의 운용과 통제: 공공자금관리기금법 제15조 제1항 등에 대한 위헌 제청사건을 중심으로, 「헌법판례연구」 제1권, 1999.
- 차진아, 사회국가적 요청과 과세, 「헌법학연구」, 제11집 제2호, 2005.
- _____, 조세국가의 헌법적 근거와 한계, 「공법연구」, 제33집 제4호, 2005.
- _____, 조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준 -종합부동산세에 대한 합헌성 판단의 문제를 중심으로-, 「헌법실무연구」 제9권, 2008.
- _____, 조세정책과 사회적 기본권의 관계, 「헌법학연구」 제15권 제4호, 2009.
- _____, 사회보장수급권의 헌법적 근거와 제한사유의 합헌성에 대한 검토 -사회보험수급권을 중심으로-, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013.
- _____, 현행 상속세제의 헌법적 의의와 문제점 -이른바 완전포괄주의를 중심으로-, 「고

- 러법학」 제69호, 2013.
- _____, 저출산 사회에서 혼인과 가족생활의 보호, 「헌법학연구」, 제19권 제4호, 2013.
- _____, 고령화시대 사회보험의 발전방향 - 국민연금을 중심으로-, 「고려법학」 제79호, 2015.
- _____, 과세에 의한 재산권 제한의 의미와 한계, 「고려법학」 제81호, 2016.
- _____, 고령화시대 국민건강보험의 발전방향, 「강원법학」 제49권, 2016.
- _____, 독일식 예산법률주의에 대한 연구, 「고려법학」, 제92호, 2019.
- 허선/김윤민, 부양의무자 기준 폐지의 주요 쟁점과 과제 -단계적 폐지의 문제점과 전면 폐지의 당위성을 중심으로-, 「비판사회정책」 제61호, 2018.
- 현두륜, 진료수가제도의 헌법적 한계와 정액수가제의 위헌성 -헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2017헌마103 결정을 중심으로-, 「의료법학」 제21권 제1호, 2020.
- 홍석한, 국민기초생활 보장법상 수급요건으로서 부양의무자기준에 대한 고찰, 「법학연구」 제29권 제1호, 2018.
- _____, 국민기초생활 보장법상 보충성 원칙의 적용에 대한 고찰, 「법학연구」 제26권 제3호, 2018.

2. 국외문헌

[단행본]

- Birk, Dieter: *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen*, Dr. Peter Deubner Verlag, 1983.
- Cha, Jina: *Sozialstaatliche Gebote und Besteuerung -Verwirklichung der sozialstaatlichen Gebote durch den Steuergesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea-*, Diss. Universität des Saarlandes, 2005.
- Sacksofsky, Ute: *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. Zugleich ein Beitrag zur Geltung des Steuerstaatsprinzips*, Mohr Siebeck, 2000.
- Tipke, Klaus: *Die Steuerrechtsordnung II*, 2. Aufl., Otto Schmidt, 2003.
- Tipke, Klaus/ Lang, Joachim u.a.: *Steuerrecht*, 23. Aufl., Otto Schmitt, 2018.

[논문]

- Helmut, Becker: Steuerprogression und Steuergerechtigkeit, in: Paul Kirchhof/ Klaus Offerhaus/ Horst Schöberle (Hrsg.), *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik. Festschrift für Franz Klein*, Otto Schmidt, 1994.
- Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *VVDStRL* 12(1954).
- Gröpl, Christoph: Grundgesetz, Verfassungsgericht und „Kinderleistungsausgleich.“ Zur Berücksichtigung von Kindern im Einkommensteuerrecht nach den „Familien-Beschlüssen“ des Bundesverfassungsgerichts v. 10.11.1988 und

dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Familienförderung v. 22.12.1999, *StuW* 78(2001).

Kirchhof, Paul: Ehe und Familien im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, in: 「Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche」, 21, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, 1986.

Kirchhof, Paul: Staatliche Einnahmen, in: Josef Isensee/ ders. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 2. Aufl., C. F. Müller, 1999, § 88.

Kirchhof, Paul: Steuern, in: Josef Isensee/ ders. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl., C. F. Müller, 2007, § 118.

Wendt, Rudolf: Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen?, *DÖV* 1988.

【국문초록】

21세기가 20년이 지난 지금 민주주의는 새로운 도전에 직면해 있고, 글로벌 경쟁 속에서 경제질서 또한 제4차 산업혁명을 계기로 커다란 변화의 흐름을 타고 있다. 그런 가운데 사회국가의 실현, 특히 변화된 21세기적 상황 속에서 사회적 안전망을 어떻게 확대·강화할 것인지는 이러한 모든 문제와 맞물려 대한민국을 비롯한 선진국들의 중요한 과제로 부각되고 있다.

국민 다수가 원하는 것이 무엇인지를 가장 중요시할 수밖에 없는 민주정치에서, 저출산·고령화 속에 경제활동인구가 줄고 “20대 80의 사회”가 점점 현실로 다가오는 시점에서 사회보장의 중요성은 일부 사회적 약자만의 문제가 아닌 국민 모두의 생존 문제와 직결되기 때문이다.

오늘날 우리의 삶은 사회보장 없는 삶을 생각할 수 없게 되었고, 사회보장제도의 합리화, 특히 변화된 경제적 여건에 상응하여 사회적 안전망을 확대·강화하는 것은 삶의 질을 유지하기 위한 필수적인 조건이 되었다. 이에 대한 국민적 공감대가 형성되어 있는 것은 분명하지만, 문제는 한정된 자원 배분의 우선순위, 필요한 재원확보 방법 등과 관련하여서는 매우 날카로운 이해관계의 충돌과 대립으로 이어지고 있다는 점이다. 예컨대, 사회보장을 위한 재원확보를 위해 증세가 불가피하다면 누구를 대상으로 어떤 세목을 신설할 것인지, 아니면 기존 세목 가운데 어떤 세목에 대해 증세할 것인지, 구체적으로 세율을 인상할 것인지 아니면 각종 공제의 축소 등을 통해 증세할 것인지 등의 문제와 관련하여 논란이 있는 것이다. 그뿐만 아니라 증세가 경제활동을 위축시키고 그로 인해 실업률이 증가하는 등 악순환을 가져올 것이라는 우려도 만만치 않다.

오늘날 사회국가는 민주주의와 법치주의의 큰 틀 안에서 그 보장의 정도와 방법을 결정하게 된다. 즉, 사회국가실현의 의미는 단순히 사회적 약자에 대한 배려에만 있는 것이 아니라 이를 통해 국민 전체가 사회적 정의라는 공통된 이념과 기준을 공유한다는 것에 있다. 이러한 기본이념과 원칙으로 국가질서 전체가 전체 사회보장 제도 및 이를 뒷받침하는 조세제도가 체계적이고 유기적인 관련성 속에서 정비되고 발전되어야 할 것이다.

이 논문에서는 이러한 문제의식에 기초하여 사회보장과 조세의 내적 관련성에 대하여 거시적으로 개관하였다. 이를 위해 먼저, 사회적 정의에 기초한 실질적 자유, 실질적 평등의 실현이라는 사회국가의 이념을 조명(Ⅱ.)한 후, 사회보장, 특히 공공부조와 사회보험을 통한 사회국가 이념의 실현을 개관(Ⅲ. 및 Ⅳ.)한 다음, 조세의 이중적 기능과 소득세의 특성에 따라 「사회국가의 실현을 위한 사회보장과 조세의 역할」(Ⅴ)을 검토하였다.

【Zusammenfassung】

Soziale Sicherheit und Steuern

Jina Cha

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

Heutzutage, 20 Jahre nach dem 21. Jahrhundert, steht die Demokratie vor neuen Herausforderungen, und auch die Wirtschaftsordnung im globalen Wettbewerb verändert sich nach der 4. industriellen Revolution stark. In der Zwischenzeit hebt sich die Frage der Verwirklichung des Sozialstaates hervor, insbesondere die Frage, wie das soziale Sicherheitsnetz in den veränderten Gegebenheiten des 21. Jahrhunderts ausgebaut und verstärkt werden kann, mit all diesen Fragen ineinandergreifend, als eine wichtige Aufgabe für fortgeschrittene Länder, einschließlich Korea.

Dies liegt daran, dass die Bedeutung der sozialen Sicherheit in einer demokratischen Politik, in der die Mehrheit der Bürger am wichtigsten sein muss, und in dem Zeitpunkt, wann die wirtschaftlich aktive Bevölkerung bei einer niedrigen Geburtenrate und einer alternden Bevölkerung weiter abnimmt, und in dem Zeitpunkt, an dem die „Gesellschaft der 20er und 80er Jahre“ zunehmend an Realität gewinnt, in direktem Zusammenhang mit dem Überleben aller Menschen steht, nicht nur mit dem Überleben der einigen sozial Schwächeren.

Heute ist unser Leben ohne soziale Sicherheit undenkbar geworden, und ist die Rationalisierung des Systems der sozialen Sicherheit,

insbesondere die Erweiterung und Verstärkerung des sozialen Sicherheitsnetzes als Reaktion auf die veränderten wirtschaftlichen Bedingungen, zu einer wesentlichen Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Lebensqualität geworden.

Es ist klar, dass diesbezüglich ein bürgerlicher Konsens weitgehend besteht. Aber das Problem ist, dass dies zu sehr scharfen Interessenkonflikten und Konfrontationen in Bezug auf die Prioritäten der begrenzten Mitteln und Art und Weise der erforderlichen Finanzierungen führt. Zum Beispiel, wenn eine Steuererhöhung für die Finanzierung der sozialen Sicherheit unvermeidbar ist, stellen sich heftige Auseinandersetzungen darüber, ob eine neue Steuerart geschaffen werden sollte oder ob und welche Belastung unter den bestehenden Steuerarten erhöht werden sollte und zwar durch Steuersatzerhöhung oder durch Reduzierungen der verschiedenen Abzüge usw. Darüber hinaus gibt es Bedenken, dass die Steuererhöhung zu einem Teufelskreis führen wird, beispielsweise zu einem Rückgang der Wirtschaftstätigkeit und einem Anstieg der Arbeitslosenquote.

Heutigentags bestimmt der Sozialstaat das Niveau und den Weg seiner Gewährleistung im großen Rahmen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Mit anderen Worten, die Bedeutung der Verwirklichung des Sozialstaates liegt nicht nur in der Sorge für sozial Schwächeren, sondern auch darin, dass die gesamten Bürger dadurch eine gemeinsame Idee und gemeinsame Kriterien der sozialer Gerechtigkeit teilen. Mit dieser Grundidee und diesen Prinzipien sollten das gesamte Sozialversicherungssystem und das Steuersystem, das jedes unterstützt, in einem systematischen und organischen Verhältnis überarbeitet und weiterentwickelt werden.

Auf Basis dieses Bewusstseins bietet diese Arbeit einen makroskopischen Überblick über die internen Beziehungen zwischen

sozialer Sicherheit und Steuern. Zu diesem Zweck beleuchtet sie zunächst die Idee des Sozialstaates, die Verwirklichung von materialer Freiheit und materieller Gleichheit auf der Grundlage sozialer Gerechtigkeit(II.). Danach gibt sie dann einen Überblick über die Verwirklichung der Idee des Sozialstaates durch soziale Sicherheit, insbesondere Sozialhilfen und Sozialversicherungen(III und IV). Anschließend betrachtet sie die Rolle von Sozialversicherungen und Steuern für die Verwirklichung eines Sozialstaates(V) gerecht der Doppelfunktion der Steuern und den Eigenarten der Einkommensteuer.

주제어(Keyword) : 사회국가(Sozialstaat), 사회적 정의(soziale Gerechtigkeit), 사회보장 (Soziale Sicherheit), 조세(Steuern), 공공부조(사회부조)(Sozialhilfe), 사회보험 (Sozialversicherung)

2020년 개정 상법상의 다중대표소송

- 해석론과 문제점 -

김 정 호*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------------------|---|
| I. 글머리에 | 4. 국제적인 판례법과 국내법의 동화문제 |
| II. 2020년 12월 개정 상법에 도입된 다중대표소송제도의 개관 | IV. 입법론적 개선점 |
| 1. 원고적격 | 1. 다중회계장부열람권 관련규정의 신설필요성 |
| 2. 피고 | 2. 권리남용적 제소에 대한 대응조항의 신설필요성 |
| 3. 제소전 절차 | 3. 이유부 서면통지의 필요성 |
| 4. 여타의 절차 규정들 | 4. 자회사 이사의 책임면제 또는 책임감경에 대한 모회사 주주의 동의권 |
| 5. 소송종료의 효과 | 5. 다른 물적회사에 대한 준용 가능성 |
| III. 개정 상법상 나타날 수 있는 다중대표소송의 특수한 문제점 | V. 글을 맺으며 |
| 1. 대위소권의 종속성문제 | |
| 2. 다중대표소송의 유형 | |
| 3. 권리남용적 제소에 대한 대응가능성 | |

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 글머리에

멀고도 험한 길이었다. 마침내 우리 상법전에 다중대표소송제도가 도입되었다. 다소 불만스런 부분도 있지만 어쨌든 우리나라에도 이제 다중대표소송의 문이 열리게 되었다. 본 제도의 도입을 둘러싼 과거의 학설 대립은 이제 더 이상 의미가 없다. 합리적인 해석과 조화로운 운영으로 본 제도가 대한민국의 회사문화 발전에 기여할 수 있도록 함께 노력하여야 할 것이다.

다만 2020년 12월 상법이 도입한 다중대표소송제도는 전 세계 여타 국가에서는 유례를 찾기 어려운 독특한 제도여서 제도시행상 주의가 요구된다. **첫째** 미국식의 다중대표소송에서는 법인격부인론이나 공동지배이론 등 모자관계 뿐만 아니라 추가적인 이론적 정당성이 인정되는 경우에만 모회사 주주의 대위소권을 인정하고 있다. 그것도 1988년 이후에는 판례법상 완전모자관계를 전제로 본 제도가 시행되고 있다.¹⁾ 그러나 우리의 개정 상법은 그러한 추가적인 요소를 요구하지 않고 있어 대위소권의 종속성 측면에서 신중을 기할 필요가 있다. **둘째** 일본 회사법이 도입한 다중대표소송제도 역시 완전모자관계를 전제로 하므로 우리 상법이 도입한 다중대표소송제도와는 차이가 있다. 일정 요건하에 모회사 주주에게 소권을 부여하는 점에서 한국법과 일본법은 공통점을 갖고 있지만 비교법적 연구를 수행함에 있어서는 그 한도에서 주의가 필요하다. **셋째** 우리 상법이 도입한 다중대표소송은 영연방 제국이나 독일법이 도입한 대표소송제도와도 또 다르다. 즉 이들 국가에서는 일정 요건하에 확정적으로 모회사 주주에게 다중대표소송의 제소권을 부여하는 것이 아니라 법원에 대한 제소허가의 신청권만 부여하는 것이므로 그 한도에서 역시 주의가 필요하다. 즉 법원이 원고 주주의 청구에 따라 다중대표소송을 허가할지 여부를 결정한다. 이러한 절차를 통하여 소 이외의 다른 방법으로 종결할지 여부 등 포괄적이고 탄력적인 접근이 가능해진다. 결론적으로 우리 상법이 도입한 다중대표소송제도는 전 세계 어느 법권에서 시행되는 것보다도 다른 제도이므로 주의가 필요하다.

1) Sternberg v. O'Neal, [1988] 550 A. 2d 1105 (Del. 1988).

본고에서는 작년 12월 상법전에 새로이 도입된 다중대표소송제도를 전체적으로 개관한 후 향후의 발전방향과 운영상의 주의점을 정리해 보기로 한다.

II. 2020년 12월 개정 상법에 도입된 다중대표소송제도의 개관

이하 우리 상법이 새로이 도입한 다중대표소송제도의 여러 면모를 살펴 보기로 한다.

1. 원고적격 : 원고적격(standing ; locus standi)에 대해 개정 상법은 상장사와 비상장사로 나누어 규정하고 있다.

(1) 비상장사

비상장사의 주주는 단순대표소송의 경우와 마찬가지로 1%의 지분을 가져야 한다.

1) 소수주주권 : 상법은 모회사 발행주식총수의 1% 이상을 가진 주주를 원고적격자로 규정한다(상법 제 406 조의 2 제 1 항). 지주요건의 계산에 있어 의결권의 유무는 따지지 않는다. 즉 의결권 유무에 불구하고 최소 1% 이상을 보유하면 원고적격을 누린다. 따라서 무의결권 우선주 같은 경우에도 전체 주식중 1% 이상이면 원고적격을 누릴 수 있다. 참고로 일본 회사법 역시 1% 이상의 소수주주권으로 하였지만 이때 1% 이상은 주식보유 및 의결권 보유를 모두 포괄하고 있어 둘 중 어느 하나의 요건만 갖추어도 다중대표소송이 가능하다(일본 회사법 제 847 조의 3 제 1 항 참조).

100분의 1 이상을 계산할 때 회사가 가진 자기주식도 발행주식총수에 포함시킬 것인지 문제이다. 자기주식을 자산으로 보느냐 아니면 미발행주식으로 보느냐 어느 입장을 취하느냐에 따라 결과가 달라질 수 있을 것이다.

세법상 과세의 관점에서 판례는 자기주식의 처분을 손익거래로 보고 있다. 그러나 자기주식은 회계처리상 자본의 조정항목으로 다루어지므로 이에 포함시키지 않는 것이 옳다고 본다. 일본 회사법의 경우 100분의 1의 계산에 있어 자기주식은 포함하지 않는다고 명정(明定)하고 있다(동법 제 847 조의 3 제 1 항 참조²⁾).

2) 동시보유 및 계속보유의 필요 여부 : 상법은 단지 모회사 주주가 최소 1%의 주식을 보유하여야 한다 라고만 하고 있어 자회사 이사의 임무해태나 법령위반 등 책임발생원인의 발생시점에 이미 모회사의 주주여야 하는지 나아가 그 시점에 모자관계도 존재하여야 하는지 등 해석상의 의문이 있다.

(가) 동시보유의 원칙 : 단순대표소송의 경우에도 우리 상법은 동시보유의 원칙을 요구하지 않는다. 즉 피고 이사의 임무해태나 법령위반 등 회사의 손해가 발생할 시점에 원고가 당해 회사의 주주여야 한다고 못박지 않는다. 우리 상법은 동시보유의 원칙(contemporaneous shareownership)을 포기하였다. 사실 동시보유의 원칙이란 대표소송제기권을 단독주주권으로 하는 바람에 남소의 위험이 큰 미국법의 산물이다. 우리나라에서 대표소송제기권은 단독주주권이 아니라 소수주주권으로 되어 있어 동시보유의 원칙을 관철할 유인이 크지 않다. 다중대표소송의 경우에도 그렇게 풀이할 수 밖에 없을 것이다. 즉 자회사 이사의 임무해태나 법령위반 등 자회사에 손해가 발생할 시점에 반드시 모회사 주주가 아니었다 해도 다중대표소송의 원고적격을 갖는다고 풀이하여야 할 것이다.

문제는 단순대표소송이 아니라 다중대표소송이므로 자회사 이사의 책임 발생시점에 모자관계는 존재하여야 하는지 아니면 자회사 이사의 임무해태나 법령위반 등 손해발생의 원인사실이 발생한 이후에 모자관계가 성립해도 좋은지 문제이다. 즉 모회사가 자회사 이사의 임무해태시점에 자회사의 주식을 보유하지 않은 경우에도 모회사 주주의 다중대표소송 제기권이 정당화되는 지이다.

본시 미국에서는 동시보유의 원칙이 철저히 관철되었고³⁾ 그 결과 이중

2) 江頭憲治郎 監修, 『會社法· 關連法令條文集』, 第2版, 有斐閣, 2015年, 536頁.

3) S. 23.1. F.R.C.P.(Federal Rules of Civil Procedure) ; § 7.02 (1) ALI-CORPGOV ; Choper-Coffee-Gilson, Cases and Materials on Corporations, 7th ed., Wolters

대표소송의 경우에도 원고 주주는 피고인 자회사 이사의 부정행위가 이루어지던 시점에 모회사의 주주였어야 하고 또 그 시점에 모회사는 자회사의 주식을 가지고 있어야 한다. 나아가 이러한 상태가 소송계속 중 계속 유지될 것을 요구하였다.⁴⁾ 그러나 델라웨어 최고법원은 자회사 이사의 임무해태 시점에는 모회사가 자회사의 주식을 보유하면 되고 원고 주주는 이중대표소송의 제소시점에만 모회사 주식을 보유하면 된다고 하면서 델라웨어 첸서리법원의 위 판례를 파기하였다.⁵⁾ 즉 모회사 주주가 자회사 이사의 임무해태 시점에 모회사 주주가 아니어도 좋으며 자회사 이사의 임무해태시점에는 모회사만 자회사의 주식을 보유하면 된다고 하고 있다.

일본 회사법에는 보다 정밀한 개념 구분이 있다. 모자관계의 성립시점 (A), 자회사 이사의 임무해태시점 (B) 및 모회사 주주의 제소시점 (C) 등 3가지를 생각할 수 있고 정상적인 경우라면 이중대표소송에 대해서는 A → B → C의 순으로 이어져야 할 것이다. 즉 모자관계가 존재하는 시간대에 자회사 이사의 임무해태가 나타나고 이를 시정하기 위하여 모회사 주주가 이중대표소송을 제기하는 것이다. 이것이 정상적인 이중대표소송의 시간적 흐름이다. 그러나 경우에 따라서는 자회사 이사의 임무해태 후 자회사 주주가 단순대표소송을 제기하였으나 그후 자회사가 모회사와 주식교환을 하는 바람에 원고 주주가 모회사 주주로 되는 경우도 있다.⁶⁾ 나아가 자회사 이사의 임무해태 후 주식교환 등 구조조정이 이루어져 자회사의 주주였던 원고자 모회사의 주주로 되는 바람에 후발적으로 이중대표소송을 제기하는 경우도 있다. 일본 회사법은 전자를 “주주였던 자의 소송추행(訴訟追行)”으로 부르며 (동법 제 851 조), 후자는 “구 주주에 의한 책임추궁의 소”로 부르고 있다(동법 제 847 조의 2).⁷⁾ 어느 경우이건 엄격한 의미의 이중대표소송은 아니다. 다

Kluwer, 2008, p. 870.

4) Saito v. McCall, 2004 WL 3029876 (Del. Ch.).

5) Lambrecht v. O'Neal, 3 A. 3d 277 (Del. 2010).

6) 이런 류의 사건이 바로 외환은행 주주대표소송이었다(대판 2018. 11. 29, 2017 다 35717). 물론 우리 대법원은 상법 제 403 조 제 5 항(괄호속 문언)을 적용하여 부적법 각하하였다.

7) 神田秀樹, 『會社法』, 第 21 版, 弘文堂, 273頁 下段 圖表 참조.

만 광의의 다중대표소송으로 부를 수는 있을 것이다.⁸⁾

우리 상법의 해석상으로는 다중대표소송제도에 있어서는 원고적격을 판단함에 있어 주식동시보유의 원칙은 의미가 없다고 생각한다. 즉 자회사 이사의 책임발생시점에 원고 주주가 반드시 모회사 주주여야 할 필요도 없고 나아가 그 책임발생시점에 모회사가 자회사의 발행주식총수의 과반수를 가져야 할 필요도 없다고 본다. 다만 우리 상법은 모회사 주주의 자회사에 대한 제소청구시점에만 모회사가 자회사 주식의 과반수를 가지면 되고(상법 제 406 조의 2 제 4 항), 제소청구주주는 제소청구시점에만 모회사의 1% 이상의 지분을 가지면 된다(상법 제 406 조의 2 제 1 항)고 규정할 뿐이다.

어차피 우리 상법은 단순대표소송에서도 주식동시보유의 원칙을 포기하였고 나아가 대표소송에서 행사되는 회사의 권리 역시 매우 넓게 인정되고 있다. 상법 제 399 조상의 청구권 이외에도 계약적 이행청구권, 부당이득법상의 반환청구권 등 광범위하며 나아가 현직 이사의 책임 뿐만 아니라 퇴임 이사의 재직 중에 발생한 책임 역시 대표소송으로 책임추궁이 가능하다.

우리 상법은 대표소송제기권을 단독주주권이 아니라 소수주주권으로 해 놓았기 때문에 원고적격을 판단함에 있어 미국식의 동시보유는 큰 의미를 가질 수 없다. 나아가 일본 회사법이 규정한 다중대표소송제도 역시 큰 의미를 갖지 못한다. 그곳에서는 완전모자관계를 전제로 다중대표소송제도를 시행하므로 그곳에 규정되어 있는 “주주였던 자의 소송추행”이나 “구 주주에 의한 책임추궁의 소” 등 역시 우리 상법의 해석상으로는 큰 의미를 갖지 않는다. 결론적으로 2020년 개정 상법이 받아들인 다중대표소송의 원고적격을 판단함에 있어 동시보유의 원칙은 적극적으로 고려할 필요가 없다고 생각한다.

(나) 계속보유의 원칙 : 우리 상법은 주식계속보유의 원칙(continuous shareownership)을 갖고 있다. 즉 원고 주주는 자회사에 대한 제소청구의 시점⁹⁾부터 사실심의 변론종결시까지 주주의 지위를 유지하여야 한다. 그러

8) 畠田公明, 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年, 214 頁.

9) 상법은 제 406 조의 2 제 4 항에서 “제 1 항의 청구를 한 후 모회사가 보유한 자회사의株式이 자회사 발행株式총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제 1 항 및 제 2 항에 따른 제소의 효력에는 영향이 없다”고 하고 있으므로 모회사 주주에 의한 단독제소일이 아니라 자회사에 대한 제소청구일이 계속보유의 시점(始點)이다.

나 계속보유의 의미 역시 미국법과는 다소 차이가 있다. 즉 미국에서는 이사의 임무해태시점부터 사실심의 변론종결시까지 원고 주주가 계속 주식을 보유하여야 하지만 상법상으로는 비상장사에서는 자회사에 대한 제소청구의 시점으로부터 사실심의 변론종결시까지 주식을 계속 보유하라는 의미이고, 상장사에서는 제소청구일의 6개월전부터 사실심의 변론종결일까지 주식을 계속 보유하라는 것이다. 따라서 우리 상법상으로는 동시보유와 계속보유가 이사의 임무해태시점을 중심으로 서로 연결되어 있지 않다.

상법상의 계속보유에는 아래와 같은 예외가 있다. 즉 제소청구후 원고의 지분율이 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 403 조 제 5 항). 다만 발행주식을 전혀 갖지 않게 된 경우에는 그러하지 아니하다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 403 조 제 5 항 괄호속 문언). 나아가 모회사가 보유한 자회사의 주식이 자회사 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다(상법 제 406 조의 2 제 4 항). 단 모회사가 자회사의 주식을 전혀 갖지 않게 된 경우에는 그러하지 아니하다(상법 제 406 조의 2 제 4 항 괄호속 문언).

3) 공동제소의 경우 : 개개 주주의 지분율이 1%에 이르지 않는 경우에도 여러 주주가 보유한 주식수의 합이 1% 이상인 경우 역시 공동으로 제소할 수 있다.¹⁰⁾ 나아가 제소후 보유주식의 합이 그 비율을 미달하게 되더라도 이미 제기한 소의 효력에 영향을 미치지 않는다. 물론 이들 중 일부가 주식양도 등 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하며 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 될 것이다.¹¹⁾

4) **주주명부상의 주주여야 하는가?** : 2017년 3월의 대법원 전원합의체 판결 이후에는 원칙적으로는 **주주명부상 적법히 주주로 등재된 명의주주만이 원고적격자이다.**¹²⁾ 그러나 위 전원합의체 판결이 적시하고 있듯이 명의개서의 부당

10) 대판 2013. 9. 12, 2011 다 57869.

11) 대판 2013. 9. 12, 2011 다 57869.

12) 대판 2017. 3. 23, 2015 다 248342 ; 이 전원합의체 판결은 실질주주가 주주대표소송을

거절이나 부당지연 등의 경우에는 실질주주 역시 원고적격자가 될 수 있다.

다만 법이론적으로는 지난 2017년 3월의 전원합의체 판결은 아직도 끊 없이 다투어지고 있으므로 주의를 요한다. 2019년 9월부터는 우리나라에서도 전자증권법이 시행되고 있으므로 우리나라에서 주식의 거래는 현재 다음의 세 가지 유형으로 이루어지고 있다.

첫째는 상장된 주식이다. 상장주식의 거래에는 전자증권법이 적용된다. 즉 2019년 9월부터는 의무적으로 상장주식의 전자화가 시행되어 모든 상장주식은 이미 전자증권화하였으며 증권사의 증권계좌를 통하여 실명거래로 이루어지고 있다. 물론 전자증권법이 시행되기 전에도 실명거래가 이루어진 것은 사실이지만 여기에 추가로 전자증권법이 시행되고 있으므로 주의를 요한다. 상장주식은 현재 증권회사와 예탁결제원의 전산정보처리에 따라 거래되며 이를 위하여는 증권사에 증권계좌를 개설하여야 하고 증권계좌를 개설함에는 반드시 실명확인을 거쳐야 하므로 금융실명제가 시행되고 있다. 나아가 주식거래는 증권사와 예탁결제원에 의한 전산처리로 완결되므로 양수인이 회사나 명의개서 대리인을 찾아가 주권 등을 제시하며 개별적으로 명의개서를 청구하는 그런 일도 일어나지 않는다. 즉 상법규정에 따른 개별적 명의개서는 이루어지지 않으며 대신 정기총회나 임시총회 등 그때 그때 주주명부가 필요할 경우에는 발행회사의 요청에 의하여 예탁결제원이 소유자명세(전자증권법 제 37 조 참조)를 작성, 이를 발행회사에 통보하므로 발행회사로서도 이를 근거로 직전에 작성했던 주주명부에 집단적으로 명의개서를 하게 된다(집단적 명의개서). 이러한 절차들을 종합해보면 상장주식에 대해서는 명의주주와 실질주주간 괴리는 생기지 않는다.¹³⁾ 즉 주주권의 귀속주체와 그 행사주체간 불일치가 생길 이유가 없다.

제기한 경우에도 원고적격을 인정하던 과거의 대법원 판결(대판 2011. 5. 26, 2010다22552)을 변경하였다; 김재남, “주주명부상 주주와 실질주주가 다를 경우 발생하는 회사법상 쟁점 - 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 『BFL』, 제89호(2018. 5.), pp. 112~135, 특히 p. 120 참조.

13) 노혁준, “주주명의와 실질의 불일치 - 주주권 귀속 및 행사법리의 변천 -, 『BFL』, 제100호(2020. 3.), pp. 21~41, 특히 pp. 40~41(“협의를 의한 차명의 경우 주주권의 귀속주체와 행사주체가 분리되는 현상이 나타나기 어렵다”고 함).

둘째의 유형은 **예약결제에 맡겨진 비상장 장외주식**이다. 이에 대해서는 전자증권화가 의무적으로 시행되는 것은 아니므로 일부는 상장주식과 마찬가지로 전자증권법의 적용을 받게 되겠지만 전자화하지 않은 비상장주식에 대해서는 예전처럼 자본시장법이 적용될 것이다.¹⁴⁾ 그러나 이 둘째의 유형에서도 상장주식과 마찬가지로 증권사의 증권계좌를 통해서 거래되고 증권계좌의 개설을 위하여는 실명확인절차를 거치는 것은 마찬가지이므로 역시 금융실명제가 시행되는 것이고 따라서 해당 증권계좌에 누구의 돈이 들어오건 해당 증권계좌를 통하여 입고된 주식은 계좌명의인의 소유주식이요 회사 역시 그만을 권리행사가능 주주로 취급하여야 한다.

셋째의 유형은 첫째와 둘째 유형 이외의 모든 **일반적인 비상장주식**이다. 셋째 유형의 주식거래에는 상법이 적용된다. 나아가 금융실명제도 시행되고 있지 않다. 명의주주와 실질주주간 괴리가 발생할 수 있으며 양자간의 구별도 가능하다. 나아가 상법규정에 따른 개별적 명의개서 역시 그대로 시행되고 있다. 다만 이 유형에 속하는 주식회사들은 실제 소규모의 폐쇄회사가 압도적 다수를 점하고 있다. 나아가 주권을 발행하는 경우도 거의 없다.

필자의 **사건**으로는 지난 2017년 3월의 전원합의체 판결의 다수의견이 가장 무리없이 적용될 수 있는 영역은 법이론적으로는 **상장주식**이다. 상장주식의 경우에는 상장요건상 유가증권시장(코스피)¹⁵⁾은 최소 500인 이상, 코스닥 역시 500인 이상의 주주를 요하며, 발행주식총수의 4분의 1 이상을 위 주주들이 분산소유하고 있어야 한다. 나아가 주식양도의 제한도 허용되지 않는다. 이 정도의 단체성을 가지고 있다면 전원합의체 판결의 다수의견이 적용될 만한 충분한 토양을 갖추고 있다.

나아가 **비상장 장외주식**의 경우에도 역시 큰 문제없이 다수의견이 적용될 수 있다고 본다. 비록 아직 상장된 것은 아니지만 상장준비 중에 있거나 상장준비를 다 마치고 최종결정만 남긴 경우도 있고, 사단성은 그대로지만 영업실적이 저조하여 상장폐지된 경우도 있을 것이다. 대부분의 경우 회사

14) 자본시장법 제 308 조 내지 제 323 조 참조.

15) 유가증권시장(KOSPI) 상장규정 제 29 조 제 1 호 (다)목 (2021. 3. 8. 현재) ; 코스닥 상장규정 제 6 조 제 3 호(2021. 3. 8. 현재).

의 내부 상황은 상장사들과 크게 다르지 않을 것이며 이들은 준상장사(準上場社)로 불러도 좋을 것이다. 이런 회사들은 우리나라에 약 2,000개가 있다. 이 영역에서도 금융실명제가 시행되고 있으며 상법 대신 전자증권법과 자본시장법이 시행되고 있다. 나아가 상법이 규정하고 있는 명의개서 역시 개별적으로 시행되는 것이 아니라 집단적으로 시행되고 있다. 자발적으로 주식을 전자등록한 경우에는 전자증권법, 그렇지 않은 경우에는 과거처럼 자본시장법이 적용될 것이다. 전자의 경우 소유자명세, 후자의 경우에는 실질주주명부가 작성되어 발행회사에 통보될 것이다. 즉 특별법이 일반법인 상법의 적용을 가로 막고 있는 것이다.

제 3의 유형인 **일반적인 비상장 주식회사**는 숫자로만 보면 우리나라 주식회사의 절대 다수를 점하고 있다.¹⁶⁾ 이들은 대부분 소규모 회사이며 폐쇄 회사이다. 주주의 수도 거의 5인 이하이며 상법 자신도 인적회사 유사의 지배구조를 별도로 허용하고 있다.¹⁷⁾ 즉 위 전원합의체 판결의 다수의견을 적용하기에는 회사의 소유지배구조나 경영지배구조가 이를 뒷받침하지 않는다.

여기서 우리는 잠깐 우리 상법의 지난 60년간의 발전을 조감할 필요가 있다. 우리 상법은 1960년대 초에 탄생하였다. 의용상법시대를 접고 우리 상법이 탄생하던 당시의 입법자들은 주식회사를 물적 회사의 전형(典型)으로 보았고 그에 상응하는 소유지배구조와 경영지배구조를 설계하였다. 발기인의 수도 7인 이상으로 하였고 주권발행전 주식양도는 허용되지 않았으며 정관규정에 의한 주식의 양도제한도 허용되지 않았다.¹⁸⁾ 지금처럼 소규모 주식회사의 지배구조는 물론 허용되지 않았다.¹⁹⁾

16) 2020년말에 발표된 **2020 국세통계연보** (<https://stats.nts.go.kr>) 에 의하면 우리나라에는 현재 74만 7,882개의 주식회사가 있으며 위 상장사와 준상장사를 합하여 대략 4,000개 정도로 볼 때 **일반적인 비상장사는 약 74만 3천개** 정도라고 할 수 있다 [2020 국세통계연보, 8-1-2 법인세 신고현황 (II) 참조]. 우리나라 전체 영리법인중 74만 4,382개가 자본금 10억원 이하이며 전체 법인중 약 95%가 주식회사임을 감안할 때 **소규모 주식회사는 약 70만개에 이른다**고 할 수 있다 [2020 국세통계연보, 8-1-3 법인세 신고현황 (III) 참조].

17) 상법 제 383 조 제 4 항 내지 제 6 항 참조.

18) 의용 상법(제 204 조 단서)과 달리 1960대초의 제정 상법은 정관규정으로도 주식의 양도금지나 양도제한을 허용하지 않았다(당시의 상법 제 335 조 참조); 임흥근, 『한 국상법전 50년사』, 법문사, 2013년, 123면 참조.

그러나 그 후 우리 경제는 고도성장을 이어간다. 전세계에서 1 ~ 2위의 가난한 나라 대한민국이 달리기 시작한 것이다. 특히 5.16. 이후 우리 경제는 고도성장을 이어갔고 그로부터 약 60년이 흐른 지금 우리나라는 명실공히 세계 10대 경제대국의 반열에 오르게 되었다. 이러한 고도성장의 뒤안길에는 주식회사라는 숨은 공로자가 있었다. 너도 나도 주식회사를 설립하였다. 회사의 규모 정도는 신경 쓰지 않았다. 규모로만 보면 합명회사 정도임에도 주식회사의 옷을 입은 채 버젓이 설립등기를 마쳤다. 그 결과 수많은 인적 주식회사(人的 株式會社)가 탄생하였고²⁰⁾ 동시에 이들은 대부분 창업과 동시에 법의 사각지대(死角地帶)에 방치되었다.²¹⁾ 개중에는 급성장하여 나라의 기간산업을 책임지는 극단적인 성공사례도 있었지만²²⁾ 그 반대의 경우도 비일비재하였다.

이런 와중에 상법도 이들을 주식회사의 틀속에 포용하기 시작하였다. 다른 선택지는 없었다. 발기인의 수는 7인에서 3인으로²³⁾ 다시 1인으로 줄여 1인설립도 허용되었고²⁴⁾, 이사회승인을 통한 주식양도의 제한도²⁵⁾, 주권발행전 주식양도도 가능해졌다.²⁶⁾ 1998년에는 5억원 미만의 자본금을 가진

-
- 19) 당시의 입법모델은 한마디로 미국식의 완만분산형 공개회사(widely-held)였다고 생각된다. 소유와 경영은 철저히 분리되었고 주주총회의 권한은 법령과 정관규정 안으로 제한되었으며(상법 제 361 조) 미국식의 수권자본제(상법 제 416 조), 주주대표소송(상법 제 403 조 이하) 내지 유지청구제도(상법 제 402 조)의 도입에 비추어보면 그러하다.
- 20) 이에 대해 보다 자세히는 南基潤, 『類型論의 方法論과 會社法の 新理論』, 學友出版社, 1999년, 213면 이하,
- 21) 鄭東潤, 『閉鎖會社の 法理』, 법문사, 1982년, 3면(정동윤 교수는 “無法地帶에 있는 小規模株式會社の 어지러운 現實”이라는 표현을 사용하고 있다).
- 22) 그중에서도 특히 (주)대우 김우중 회장의 성공사례는 압권이었다; “대우그룹은 자본금 500만원으로 출발해 30년 만에 세계 500대 기업에 진입하는 대기록을 세웠으나 환난의 소용돌이를 이겨내지 못하고 끝내 해체되고 말았다.”(김덕형, “다계 1주년 ‘주산’ 김우중이 남긴 것”, 주간조선 [2640호], 2021.01.04., 커버스토리에서).
- 23) 1995년의 상법개정에서 발기인의 수는 7인 이상에서 3인 이상으로 줄었다(상법 제 288 조 개정).
- 24) 2001년의 상법개정으로 1인회사의 설립도 가능해졌다(2001년 개정 상법 제 288 조).
- 25) 정관이 정하는 바에 따라 이사회승인으로 주식양도를 제한할 수 있게 하였다(1995년 개정 상법 제 335 조 제 1 항 단서).
- 26) 회사성립후 6개월이 경과한 후에는 주권발행전의 주식양도도 회사에 대해 그 효력이

소규모 주식회사에 대해서는 합명회사 유사의 지배구조도 허용되었다.²⁷⁾

이처럼 상법은 인적 주식회사를 주식회사의 지붕 아래 포용하면서 다각적으로 진화해 나갔다. 그러나 관련 제도들이 예외없이 이 흐름에 완전히 동참한 것은 아니었다. 일부는 1960년대초의 모습을 그대로 간직한 채 주식회사를 대규모 공개회사의 전형으로 인식하며 변화를 외면하였으니 그 대표적인 예가 바로 주주명부 관련 제도이다. 상법 제 352 조 내지 제 354 조는 전형적인 사단형 공개회사에 적절한 규정들이다. 주주구성의 동태는 끊임없이 바뀌고 주식거래는 주권의 교부로 완결되므로 회사로서는 누가 주주인지 누구에게 권리를 행사시킬지 쉽게 파악이 되지 않는다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 주주명부제도를 두었으며 일정한 날에 그 위에 명의자로 기재된 자에게 총회소집의 통지를 하고 신주를 배정하며 이익을 배당할 수밖에 없는 상황이었다. 나아가 주권발행이나 명의개서 관련 상법 규정 역시 이 변화에 민감하지 못하였다. 국내 주식회사의 압도적 숫자가 이미 소규모 폐쇄회사로 바뀐 후에도 상법은 여전히 주권발행을 강제한다(상법 제 355 조 제 1 항). 중소기업형 주식회사에 있어서는 주권을 발행하지 않는 것은 이미 보편화하였고 설립후 6개월이 지나도 이러한 자세에는 아무런 변화가 없다. 그 사이 상장법인에 대해서는 위에서 보았듯이 이미 전자등록제와 금융실명제가 시행되고 있다. 명의개서 관련 상법 제 337 조 역시 그러하다. 주권을 발행하지 않는 중소기업의 폐쇄형 주식회사라면 위 조문의 내용 역시 유한회사에 관한 상법 제 557 조로 대체하는 것이 옳다. 주권을 발행하지 않았으므로 주주명부에 대한 명의개서를 하지 않으면 회사 뿐만 아니라 제 3 자에게도 대항하지 못하는 것으로 해야 한다.²⁸⁾

위에서도 보았듯이 주주명부제도를 둘러싼 국내의 법환경은 지난 60여

있는 것으로 개정되었다(1984년 개정 상법 제 335 조 제 2 항).

- 27) 2009년 5월의 상법개정으로 소규모 주식회사의 적용요건이 자본금 5억원 미만에서 자본금 10억원 미만으로 상향 조정되었으며 이러한 소규모 주식회사에 있어서는 감사의 선임의무가 면제되었고 주주총회가 사실상 합명회사의 사원총회와 유사하게 폭넓은 기능을 갖게 되었다(상법 제 384 조 제 4 항 내지 제 6 항 참조).
- 28) 상법 제 337 조는 주권발행을 전제로 한 규정이다. 주권의 점유는 회사 이외의 누구에 대해서도 그 점유자가 적법한 주주임을 주장할 수 있게 한다. 즉 주권의 점유는 제 3 자 대항요건이고 주주명부상의 명의개서는 회사에 대한 대항요건이 된다.

년간 극단적으로 바뀌었다. 인적 주식회사의 폭증, 예탁결제제도, 금융실명제 및 전자증권법의 시행 등 주식거래를 둘러싼 법환경은 근본적으로 바뀌었다. 특히 인적 주식회사의 폭증은 주식회사라는 단일한 법형태 안에 복수의 법원칙을 요구하며²⁹⁾, 금융실명제의 시행은 전통적인 당사자확정의 법리³⁰⁾를 근본적으로 수정하고 있다. 이러한 여러 요소들을 종합적으로 헤아리건데 우리나라의 주식거래에 대한 법적 취급은 위에서처럼 상장사(제 1군), 준상장사(제 2군) 및 일반적인 비상장사(제 3군)로 삼분(三分)할 필요가 있다고 본다.

일본도 우리나라와 마찬가지로 주식회사의 수가 압도적이다.³¹⁾ 일본 회사법은 이러한 현실을 감안하여 주식회사 내부에 구분입법(區分立法)을 허용하였다. 즉 폐쇄적 성격을 갖는 주식회사와 공개적 성격을 갖는 주식회사에 대해 단일한 법원칙을 강요하지 않는다.³²⁾ 대신 대조적인 여러 원칙들을 하나의 법형태 속에 공존시키고 있다. 일반적인 비상장주식에 대해서는 2017년 3월의 전원합의체 판결이 폐기한 소위 실질설의 입장을 일본의 판례

29) 특히 상법 제 1 조는 상사에 관한 제1의 법원이 “상법전”임을 천명하고 있다. 정상적인 사단형 주식회사와 소규모 주식회사의 조합형 지배구조는 너무 다르며 극과 극을 달리고 있다. 그러나 양자는 모두 상법전이 인정하는 주식회사의 지붕 아래 있다. 2017년 3월 전원합의체 판결의 다수의견은 일부를 전부로 보고 있다고 평가할 수밖에 없다.

30) 판례는 “계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야” 한다고 보고 있다(대판 2019. 9. 10, 2016다237691).

31) 2018년 10월 현재 청산중인 법인을 제외하고 총 373만 2천개사가 있는 바 그 중 주식회사(특례 유한회사 포함)가 346만 2천개사, 합명회사는 1만8천개사, 합자회사는 9만 1천개사, 합동회사는 16만 1천개사이다. 주식회사의 비중은 대략 92.8%로 압도적이다(神田秀樹, 『會社法』, 第21版, 弘文堂, 2019年, 7頁).

32) 대표적인 사례가 바로 우리 상법 제 337 조에 해당하는 주식양도의 대항요건 조항인데 일본 회사법은 주권발행회사와 주권불발행회사로 나누어 구분입법을 하고 있다. 전자에 대해서는 우리 상법 제 337 조에 해당하는 규정을 두었고(동법 제 130 조 제 2 항), 후자에 대해서는 우리 상법 제 557 조에 해당하는 규정(동법 제 130 조 제 1 항)을 두었다. 결국 일본 회사법은 주권발행여부에 따라 주식이전의 대항요건을 달리 규정하고 있다.

법은 그대로 유지하고 있다.³³⁾ 영미법에서는 주주명부에 명의개서를 하는 것이 주식이전의 효력발생요건이므로,³⁴⁾ 대항요건주의를 취하는 대륙법계 국가와는 비교가 어렵다. 독일의 경우 주식법에 제 67 조 제 2 항과 같은 규정을 두기는 하였으나 그곳에서 주식회사는 전체 회사 숫자중 채 1%도 되지 않는다. 따라서 우리나라나 일본법의 상황과는 합리적으로 비교하기 어렵다.³⁵⁾

다수의견이 적용되면 좋을 듯한 영역에서는 상법 대신 특별법이 적용되고 있고 상법이 적용되는 영역에서는 대부분 단체성이 따라 주지 않는다. 일반적인 비상장 주식에 대해 2017년 3월 전원합의체 판결의 다수의견을 적용하는 것은 적절치 않아 보인다.³⁶⁾ 이 부류의 주식에 대해서는 우선 권리의 귀속주체를 확정하고 다음 권리의 행사주체를 정하는 일반적인 프로세스로 돌아 가야 할 것이다. 나아가 위 전원합의체 판결에서 폐기된 과거의 판례들도 제 3의 유형에서는 그대로 부활시키는 것이 바람직할 것이다.

(2) 상장사 : 상장사의 경우에는 6개월의 주식보유를 전제로 1만분의 50, 즉 0.5%의 소수주주권으로 하였다(상법 제 542 조의 6 제 7 항). 주의할 점은 2020년 12월의 개정 상법은 상장사에 적용되는 특례규정과 소수주주권에 관한 일반 규정간의 상호 관계를 양자택일적 경합설(兩者擇一的 競合說)로 확정하였으므로(2020년 개정 상법 제 542 조의 6 제 10 항 참조) 상장사의 소수주주라도 비상장사에 적용되는 1%의 지분요건을 동시에 충족시키는 경우에는 6개월 보유기간의 제한을 받지 않고 본 소송을 제기할 수 있다. 상장사의 경우 현재 의무적으로 전자증권법이 시행되고 있으므로 본 소송을 제기하려는 주주는

33) 명의개서 미필주주의 회사에 대한 권리행사의 가부에 대해 일본의 판례법 및 학설은 전례적인 편면적 구속설의 입장을 그대로 유지하고 있다(日本 最高裁判所 判決 昭和 30年 10月20日, 民集 9卷 11号 1657頁; 江頭憲治郎, 『株式會社法』, 第7版, 有斐閣, 2017年, 212~213頁).

34) Davies/Worthington, *Gover's Principles of Modern Company Law*, 10th ed., Sweet & Maxwell, London, 2016, 27-5, p. 897.

35) 주주명부와 관련된 영미법 내지 독일법의 상황에 대해서는 줄고, 선진상사법률연구, 제 82 호(2018. 4.), pp. 1~38, 특히 pp. 30 f.

36) 대판 2017. 3. 23, 2015다 248342 전원합의체 판결의 별개의견(박병대 대법관, 김소영 대법관, 권순일 대법관, 김재형 대법관의 의견) 및 이에 대한 보충의견(박병대 대법관 및 김소영 대법관의 의견)참조.

증권사를 통하여 소유자증명서(전자증권법 제 39 조 참조)를 교부받은 후 이를 제시하여야 할 것이다.³⁷⁾

2. 피고 : 피고는 자회사의 이사 등이다(상법 제 406 조의 2 제 1 항, 제 2 항). 좀 더 자세히 살펴보면 아래와 같다.

(1) 피고의 대상범위

2020년 개정상법상 다중대표소송의 피고가 될 수 있는 범위는 상당히 넓다. 이사³⁸⁾는 물론이고 발기인(상 324), 청산인(상 542), 사실상의 이사(상 401-2), 집행임원(상 408-9), 감사(상 415) 등이 그들이다. 사실상의 이사 중 특히 업무집행지시자에게는 모회사 자신도 포함될 수 있는바³⁹⁾ 그 경우에는 다중대표소송의 형태가 다양해질 수 있을 것이다.

(2) 대상회사

다중대표소송의 대상회사는 자회사이다. 자회사란 상법이 규정하고 있는 법정모자관계로 정하여 진다(상 342-2 I). 이를 당연자회사(當然子會社)라 한다. 그러나 다중대표소송의 대상이 되는 회사는 이에 그치지 않는다. 즉 상법이 규정한 의제자회사(擬制子會社)까지 포함된다. 다른 회사의 발행주식 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있을 때 그 다른 회사 역시 상법의 적용상 그 모회사의 자회사로 보므로(상 342-2 III), 이러한 의제자회사의 이사 등 역시 피고가 될 수 있다.⁴⁰⁾

37) 일본에서도 다중대표소송을 제기하려는 상장사의 주주는 “社債、株式等の振替に關する法律”(이하 ‘振替法’으로 略함)에 의한 “個別주주통지”(個別株主通知)를 얻어야 한다(振替法 第154條) (畠田公明, 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年, 231頁; 神田秀樹, 『會社法』, 第21版, 弘文堂, 2019年, 116頁).

38) 감사위원회 위원 역시 이사이므로 감사위원회 위원 역시 이에 포함된다.

39) 대관 2006. 8. 25, 2004 다 26119.

40) 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토”, 『商事法研究』, 제 39 권 제 3 호, pp. 1~25, 특히 p. 3; 송옥렬, “기업지배구조관련 상법개정안의 검토”, 『經營法律』, 제 31 집 제 1 호, pp. 55~103, 특히 pp. 94~95.

특히 **의제자회사의 범위**가 문제시 될 수 있는 바 다른 회사의 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 자회사가 가지고 있을 때 “자회사”의 개념을 연장하여 손회사, 증손회사, 고손회사 등으로 그 적용범위를 계속 넓혀 갈 수 있는지 의문이다. 학설의 대립은 있지만 이를 부정할 근거도 없다. 원고적격을 갖춘 모회사의 주주는 자회사 뿐만 아니라 손회사, 증손회사 나아가 고손회사의 이사를 상대로 해서도 다중대표소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다. 이렇게 해석하여야 상법 제 406 조의 2의 표제어 “다중대표소송”의 어의(語義)에도 부합하게 될 것이다. **의제자회사의 또 다른 유형**은 모회사(A)와 자회사(B)가 다른 회사(C) 주식의 과반수를 가질 때 나타난다. 이때는 C 역시 A의 자회사로 다루어지므로 A의 소수주주는 C의 이사를 피고로 이중대표소송을 제기할 수 있다.

외국에서 외국법에 따라 설립된 **해외자회사(oversea's subsidiary)** 역시 대상회사에 포함될 수 있는지 해석상 문제시될 가능성이 있다. 다중대표소송제도를 우리 보다 먼저 성문화한 일본에서는 해외자회사는 회사법의 해석상 대상회사에 속할 수 없다고 보고 있다.⁴¹⁾ 우리 상법상으로도 그렇게 풀이하여야 할 것이다. 다만 그 반대의 경우에도 그러한지 그것은 의문이다. 즉 외국법에 따라 외국에서 설립된 **해외모회사(oversea's parent)**의 주주가 우리 법에 따라 국내에 설립된 자회사 이사를 상대로 이중대표소송을 제기할 수 있는지 문제이다.⁴²⁾ 대표소송을 통해서 행사하려는 권리는 자회사의 권리이므로 이 경우 우리 법이 적용될 가능성이 있다. 국내 법원이 국제재판관할권을 갖는 경우에는 우리 법에 따라 국내 법정에서 다중대표소송이 진행될 가능성은 배제할 수 없다고 본다.⁴³⁾

41) 일본 회사법 제 847 조의 3 제 1 항 및 제 2 항 제 1 호, 제 2 호; 동법 제 2 조 제 1 호, 제 2 호 참조; 畠田公明. 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年, 219~220 頁.

42) 일본에서는 이 경우에도 해외자회사의 경우와 마찬가지로 일본 회사법에 의한 다중대표소송의 제기가능성을 부정한다(畠田公明. 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年, 219~221 頁).

43) 영국 같은 경우 홍콩에서 홍콩법에 따라 설립된 모회사 내지 브리티쉬 버진 아일랜드(BVI)에서 설립된 모회사가 각각 영국 법원에서 이중대표소송을 수행한 사례가 있다 [Abouraya v. Sigmund, [2014] EWHC 277 (Ch.); Tonstate v. Wojakovski [2019]

3. **제소전 절차** : 단순대표소송의 경우와 마찬가지로 모회사 주주는 자신의 다중대표소송을 제기하기 전에 자회사를 상대로 먼저 이사의 책임추궁을 위한 소의 제기를 청구하여야 한다(demand requirement).

(1) 방법 및 상대방

이러한 제소청구는 이유를 기재한 서면으로 하여야 하며(상 406의 2 III → 상 403 II), 제소청구의 상대방은 자회사의 감사이다(상 394). **제소청구의 상대방 회사**를 자회사 등으로 한정할 것인가도 의문이다. 즉 원고주주가 속한 모회사에 대해서도 이러한 청구를 하여야 하는 것은 아닌지 비교법적으로는 의문의 여지가 있다.⁴⁴⁾ 즉 모회사에 대해서는 자회사 및 그 이사를 상대로 한 단순대표소송의 제소청구를 하고 자회사에 대해서는 피고 이사를 상대로 한 책임추궁의 소를 제기하도록 요구하여야 한다는 주장도 있다.⁴⁵⁾ 이에 따르면 모회사의 원고 주주는 모회사와 자회사 모두를 상대로 제소청구를 하여야 할 것이다. 그러나 2020년 개정 상법은 문언상 제소청구의 상대방을 자회사로 못박고 있으므로 일단 개정 상법의 문리해석으로는 **피고 이사가 속한 자회사로 한정하여야 할 것이다**(상법 제 406 조의 2 제 1 항).⁴⁶⁾ 이 경우 자회사는 자회사의 감사가 대표하므로(상 394), 그에게 해당 서면이 도달하여야 할 것이다.

EWHC 857 (Ch.)].

- 44) 일본 회사법상으로도 자회사에 대해서만 제소청구를 하면 된다(동법 제 847 조의 3 제 1 항). 그러나 일본 회사법상의 다중대표소송에서는 완전모차관계를 전제로 하므로 모회사는 자회사의 1인주주이다. 이점 우리 상법과 다르므로 주의를 요한다.
- 45) Painter, Notes, "Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary", [1951] 64 Harvard Law Review 1313, p. 1318 ; 권재열, "2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토", 『商事法研究』, 제 39 권 제 3 호, pp. 1~25, 특히 pp. 8~9.
- 46) 이 부분에 대해서는 아래 "III. 개정 상법상 나타날 수 있는 다중대표소송의 특수한 문제점" 부분도 참조.

(2) 제소청구불요요건

단순대표소송의 경우와 마찬가지로 다중대표소송의 경우에도 예외적인 경우에는 제소청구 등 사전절차가 요구되지 않는다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 → 상법 제 403 조 제 4 항). 이를 제소청구불요요건(提訴請求不要要件 ; demand futility)이라 하며 단순대표소송의 경우와 마찬가지로 판단하면 될 것이다. 즉 자회사 이사에 대한 손해배상청구권이 단계적으로 시효소멸 중 이거나 또는 자회사의 이사가 도피 내지 잠적할 위험이 있거나 또는 피고 이사가 비밀리에 회사재산에 대한 처분을 시도하는 등 자회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우에는 30일의 대기기간을 준수하지 않고도 바로 본 소송을 제기할 수 있다고 풀이하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

4. 여타의 절차 규정들 : 2020년 개정 상법은 단순대표소송의 경우와 유사하게 다중대표소송에 대해서도 아래와 같은 절차 규정을 두고 있다.

(1) 담보의 제공

모회사 주주가 다중대표소송을 제기하는 경우 피고인 이사는 원고의 악의를 소명하여 상당한 담보를 제공할 것을 법원에 청구할 수 있다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 176 조 제 3 항 및 제 4 항).

(2) 소송고지

나아가 회사의 소송참가를 용이하게 하기 위하여 단순대표소송의 경우와 마찬가지로 제소 주주에게 소송고지의무를 부과하였다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 404 조 제 2 항). 이때 단순대표소송의 경우와는 달리 고지의 상대방은 자회사 뿐만 아니라 모회사도 이에 포함된다고 풀이하여야 할 것이다.

47) 대판 2010. 4. 15, 2009 다 98058.

증거관리의 차원에서도 그렇고 입증면에서도 그렇다. 모회사 주주보다는 모회사 자신이 훨씬 피고 이사의 임무해태에 더 가까이 다가가 있다. 모회사는 자회사의 지배주주로서 실질적으로 그 업무집행기관을 선임한 자이며 또 이들을 관리·감독할 위치에 있기도 하다. 따라서 모회사 자신이 소송에 참여하는 것이 이중대표소송의 원고에게도 유리하며 소망스러울 것이다. 다중대표소송 역시 단순대표소송과 마찬가지로 원고가 승소한다 해도 피고는 자회사에 손해를 배상하는 것이어서 모회사 주주로서는 어찌 본다면 공익소송적 성격의 송사에 뛰어들 것이라고 할 수 있다. 따라서 모회사가 모회사 주주인 원고와 함께 소송을 수행하는 것은 매우 바람직하다고 생각한다. 그런면에서 모회사에게도 소송을 고지하여 그 참여를 독려하는 것은 절대적으로 필요하고 또 바람직할 것이다.

(3) 소송참가

모회사 주주가 다중대표소송을 제기할 경우 회사는 이에 참가할 수 있다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 404 조 제 1 항). 이때 회사에는 자회사 뿐만 아니라 모회사도 포함된다고 풀이하여야 할 것이다. 회사가 소송에 참가하는 경우 이는 민사소송법상 공동소송참가의 형태가 될 것이다.

(4) 관할법원

모회사 주주가 제기하는 다중대표소송이나 모회사 주주의 청구로 피고 이사에 대해 자회사가 제기한 책임추궁소송의 경우 모두 자회사 본점소재지 지방법원의 전속관할로 하였다(상법 제 406 조의 2 제 5 항). 다투어지는 권리(vested right)가 자회사에 귀속되므로 이러한 결과는 당연하다고 할 수 있다.

(5) 당사자처분권주의의 제한

단순대표소송의 경우와 마찬가지로 다중대표소송의 경우에도 당사자처분권주의에는 제한이 있다. 모회사 주주가 다중대표소송을 제기할 경우에도 소송당사자들은 소의 취하, 청구의 포기, 인락, 화해는 법원의 허락을 얻지

않고는 할 수 없게 하였다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 403 조 제 6 항). 물론 법원의 허가가 있으면 할 수 있지만 이미 소는 제기된 상태에서 법원의 허가를 얻을 때까지는 상당한 시간이 소요될 가능성이 있다.

5. 소송종료의 효과

단순대표소송과 마찬가지로 다중대표소송의 경우에도 원고 승소시 판결의 효력은 회사에 미친다. 원고 승소시 당해 주주는 회사에 대해 소송비용 및 여타 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당액의 지급을 청구할 수 있다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 → 상법 제 405 조 제 1 항). 소송당사자의 공모로 소가 제기된 경우 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로 판결을 하게 한 때에는 단순대표소송의 경우와 마찬가지로 재심의 소가 가능하다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 상법 제 406 조 제 1 항).

Ⅲ. 개정 상법상 나타날 수 있는 다중대표소송의 특수한 문제점

2020년 12월 우리 상법이 도입한 다중대표소송제도는 전 세계적으로는 유례가 없는 제도이므로 제도의 운용상 주의를 요한다. 특히 우리 상법이 도입한 다중대표소송제도는 2014년 일본이 도입한 것과는 또 다르므로 법문언의 해석상 나아가 제도의 운영상 여러 가지로 주의가 필요하다. 아래와 같이 몇가지 문제점을 지적해 보기로 한다.⁴⁸⁾

1. 대위소권의 종속성문제

우선 가장 주의를 요하는 것은 다중대표소송의 제소요건이 단순모자관계로 되어 있으므로 모회사의 주주가 나서는 경우 자회사에도 소수주주가

48) 2014년 일본 회사법이 도입한 다중대표소송제도에서는 완전모자관계를 전제로 최종 완전모회사의 주주만 원고적격을 누린다(동법 제 847 조의 3 제 1 항).

있을 수 있고 따라서 모회사 주주의 제소의사와 상관없이 자회사의 주주도 별도로 단순대표소송을 제기할 가능성이 있다. 그러나 자회사의 주주들은 경우에 따라서는 대표소송이 불필요하다고 생각할 수도 있다. 공연히 대표소송을 제기하여 회사의 이미지만 부정적으로 만든다면 오히려 피고 이사와 화해를 추진하거나 소 이외의 다른 방법을 선택할 수도 있다. 그럴 경우 모회사 소수주주의 다중대표소송 제기권과 자회사 주주의 의사결정권간에 상호충돌이 발생할 가능성이 있다. 이를 어떻게 해결하여야 할 지 의문이다.

(1) 대표소송제기권의 종속성

대표소송제도는 주식회사에 한정되지 않는다. 물론 상법은 대표소송제도를 물적회사의 여러 형태에 대해 공히 인정하고 있지만⁴⁹⁾ 인적회사에 대해서도 이와 유사한 사원소권제도가 있다. 대표소송제기권의 법적 성질에 대해서는 계약설과 조직설의 두 가지 대립된 입장이 있다.

고래(古來)로 인적회사에도 사원소권제도(社員訴權制度)가 있었다.⁵⁰⁾ 인적회사에 있어서는 회사계약(정관)상 사원의 개별소권이 도출되었다.⁵¹⁾ 즉 물적회사와 달리 사원간의 횡적 유대가 강했기 때문이다.⁵²⁾ 예컨대 합명회사의 어느 사원이 업무집행 중 회사에 손해를 야기한 경우 여타 사원은 누구든지 회사계약에 기초하여 해당 사원을 피고로 손해배상청구소송을 제기할 수 있었고 원고 승소시 피고 사원은 회사에 손해를 배상해야 했다. 그리고 이를 사원(社員)의 개별소권(個別訴權 ; actio pro socio⁵³⁾)이라 불렀

49) (주식회사) 상법 제 403 조, 제 406조의 2 ; (유한회사) 상법 제 565 조 ; (유한책임회사) 상법 제 287 조의 22.

50) RGZ 90, 300 ; BGHZ 10, 91 ; BGH NJW 1960, 433.

51) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II, § 3 I 1, S. 166.

52) “Actio pro socio”는 본시 조합과 같은 합수적 공동체(合手的 共同體)를 전제로 하였으나 현대에 와서는 인적회사에 대해 이 용어가 쓰이기 시작하였다고 한다(K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heymanns, § 21 IV, S. 631~632).

53) “Actio pro socio”는 고대 로마법에도 있었지만 현재와 같은 의미로 쓰이지는 않았다. 로마법상 이 용어는 “회사해산의 소”의 의미로 사용되었다고 한다(Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., § 133.3., IV, S. 575). 오늘날의 의미와는 잘 통하지 않는다. 그 이유는 로마법에서도 모든 조합원에게 조합에서 발생한 채권의 실현을 위하여 다른 조합원을 조합소송(組合訴訟)으로 소구(訴求)할 수는 있었지만

다. 이러한 접근방식을 **계약설**(契約說 ; Vertragstheorie)이라 한다. 이 입장은 개개 사원의 소권은 조합계약에서 직접 파생한다고 보므로 그 행사 역시 제 3 자의 소송담당으로 보지 않는다.⁵⁴⁾

반면 주식회사나 유한회사 등 **물적회사**의 경우에는 회사계약을 통한 접근보다는 회사내부의 지배구조를 고려한 이론적 접근이 이루어졌다. 즉 업무를 집행한 이사가 회사에 손해를 야기하는 경우에도 대주주와의 관계 등 회사내부의 역학구조(力學構造)상 회사의 손해배상청구권이 원만히 행사되지 않는 경우가 많으므로 예외적으로 소수주주나 소수사원 등에게 이를 대신 행사하게 하는 방식이었다. 즉 기존의 지배구조상 회사의 권리를 행사할 자가 엄연히 존재함에도 그에게 더 이상 정상적인 권리행사를 기대할 수 없을 때 비로소 주주(사원)의 대위소권이 정당화되었다. 이를 **조직설**(組織說 ; Organizationstheorie)이라 한다. 조직설에 의하면 단순대표소송이든 다중대표소송이든 대표소송을 통하여 행사되는 권리는 (모)회사 내지 자회사의 것이므로 권리행사에 대한 우선권도 그에게 있다고 본다. 주주 또는 개개 사원이 나서서 하는 것은 예외적인 일이며 후차적인 것이다. 영국의 판례법은 오래 전부터 이 원칙을 강조해 왔고⁵⁵⁾ 다만 몇가지 예외를 인정하였으니 특히 그 중 중요한 것이 ‘소수주주에 대한 사기’(fraud on the minority) 또는 ‘가해자의 회사지배’(wrongdoer in control)였다.⁵⁶⁾ 따라서 주주대표소송은 언제나 제 3 자의 소송담당이 되며 제소주주는 항상 회사에 대해 먼저 제소청구를 해야 한다. 나아가 이는 소송요건이므로 이를 해태하는 경우 해당 제소는

로마법상의 조합이란 고도의 신뢰관계를 전제로 하였고 조합소송의 패소자는 불명예자가 되었다. 나아가 해당 소송을 제기한 조합원에게는 조합탈퇴의 법률효과가 도래하였기 때문에 조합소송이 제기되는 경우 해당 조합은 해산하였다고 한다(현승중 저/조규창 증보, 로마법, 법문사, 1996년, 771면 참조).

54) 독일 다수설 및 판례 입장이다 ; Koller/Roth/Morck, HGB, 5. Aufl., § 105 Rdnr. 34 ; Ulmer, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 705 Rdnr. 147 ; BGHZ 25, 47, 49 ; 다만 독일에서도 물적회사의 경우에는 제 3 자의 소송담당으로 본다.

55) 이는 Foss v. Harbottle, (1843) 2 Hare 461 사건 이래 커먼로의 확고한 원칙이다. 이를 ‘proper claimant principle’이라 한다(Worthington, Sealy & Worthington’s Text, Cases & Materials in Company Law, 11th ed., Oxford University Press, 2016, p. 669).

56) Foss v. Harbottle, (1843) 2 Hare 461.

부적법 각하의 대상이 될 것이다.

(2) 자회사가 책임추궁의 소를 먼저 제기하는 경우

분명한 것은 자회사가 먼저 나서서 피고 이사에 대한 책임추궁의 수순을 밟기로 한 경우이다. 이 경우에는 자회사의 주주든 모회사의 주주든 누구도 단순대표소송이나 다중대표소송을 제기할 수 없다(상 406-2 II). 주주 대표소송에서 원고가 주장하는 것은 어디까지나 회사의 권리이지 주주 자신의 권리가 아니기 때문이다. 권리의 귀속주체인 자회사가 나서서 직접 손해배상청구권을 행사하는 경우라면 자회사의 주주든 모회사의 주주든 누구도 이를 가로 막을 수 없다. 2020년 개정 상법 역시 이를 분명히 하고 있다. 자회사가 모회사 주주의 제소청구에도 불구하고 30일이 지나도록 아무런 조치를 취하지 않을 경우에만 다중대표소송을 제기할 수 있다고 하고 있다(상법 제 406 조의 2 제 2 항).

(3) 자회사의 주주들이 단순대표소송을 먼저 제기하는 경우

그러나 문제는 이에 그치지 않는다. 자회사가 직접 피고 이사에 대해 책임추궁의 소를 제기하지는 않으나 자회사의 대주주인 모회사 또는 자회사의 소수주주들이 자회사에 대해 제소청구를 한 후 모회사 주주 보다 먼저 단순대표소송을 제기하는 경우는 어떠한가? 이 경우에도 역시 모회사 소수주주의 다중대표소송 제기권은 인정되지 않는다고 보아야 한다. 자회사 이사의 임무해태나 법령위반 등으로 자회사는 직접손해를 입지만 모회사 또는 자회사의 여타 주주들은 투자자로서 간접손해를 입게 된다. 그 간접손해의 주체가 직접 나서서 자회사 이사를 상대로 단순대표소송을 제기한다면 그 경우에도 모회사 주주가 이중대표소송을 제기할 수 있을까? 이 문제를 2020년 개정 상법은 명확히 하고 있지 않다. 단지 모회사 주주는 자회사에 피고 이사에 대한 책임추궁의 소를 제기하라고 요구한 후 30일을 기다렸다가 아무 반응이 없을 경우 즉시 이중대표소송을 제기할 수 있다고 규정할 뿐이다(상법 제 406 조의 2 제 2 항).

생각건대 다중대표소송의 제소권은 소권의 유도를 통하여 정당화된다.

다중대표소송에서는 그것이 여러 차례에 걸쳐 나타난다. 이중대표소송의 경우에는 우선 자회사에서 자회사의 주주인 모회사로 다시 모회사에서 모회사의 주주인 원고에게로 소권이 두 차례에 걸쳐 유도된다. 대표소송은 종속적 성격의 제도이므로 여러 차례에 걸쳐 소권이 유도되는 경우에는 먼저 소권이 귀속되는 자가 다음 단계에서 소권을 부여받는 자보다 우선한다고 보아야 한다. 즉 일차적으로 소권이 부여되는 모회사 또는 자회사의 여타 주주들이 먼저 단순대표소송을 제기하는 경우 후순위 소권자인 모회사의 주주는 이 중대표소송을 제기할 수 없다고 풀이하여야 할 것이다.

이 경우 나중에 제기된 모회사 주주의 다중대표소송은 우리나라의 현 민사소송법상으로는 중복제소가 되어(민사소송법 제 259 조) 부적법 각하될 가능성이 있다. 자회사의 주주들이 제기하는 단순대표소송과 모회사 주주가 제기하는 다중대표소송은 비록 당사자(원고)가 서로 다르기는 하지만 그럼에도 불구하고 중복제소로 될 가능성이 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 그러나 완전모자관계를 전제로 본 제도를 시행하는 전세계 대부분의 국가에서 이와 유사한 문제는 발생하지 않을 것이다. 나아가 주주대표소송에서 나타나는 대위소권의 종속성 문제를 민사소송법상의 중복제소 문제로 접근하는 것도 바람직하지는 않다고 본다. 회사법상 소권의 우선순위문제로 해결하여야 할 것이다.

이렇게 소권간의 상호관계를 설정한다면 상법 제 406 조의 2 제 1 항의 문언과는 달리 다중대표소송의 경우 제소전 절차를 수행함에 있어서도 단지 자회사에 대한 제소청구 뿐만 아니라 모회사에 대해서도 제소청구가 필요하다고 풀이하여야 할 것이다.⁵⁸⁾ 모회사 주주의 지위가 모회사 자신보다 앞설 수는 없

57) 비록 당사자가 다를 지라도 기관력의 확장으로 후소의 당사자가 전소판결의 효력을 받게 될 경우 동일사건으로 다루어질 가능성이 있다(강현중, 『민사소송법강의』, 박영사, 2013년, 202면; 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009년, 388면). 이와 관련한 논의 및 각하 대상인 제소자의 소송참가문제에 대해 자세히는 이승규·이승환·장문일, “2020년 개정 상법의 분석 1 : 다중대표소송과 소수주주권”, 『BFL』, 제106호 (2021. 3.), pp. 6~24. 특히 pp. 13 ff. 참조.

58) 同旨, 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토”, 『商事法研究』, 제 39 권 제 3 호, pp. 1~25, 특히 pp. 8~9; 김경일, “일본에서의 다중대표소송 제도의 쟁점에 대한 논의와 그 시사점”, 『商事法研究』, 제37권 제1호(2018), pp. 243~272, 특히 260~261; 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 『商事判例研究』, 제19권 제4호 (2006). 145면.

기 때문이다. 즉 모회사는 소권유도(訴權誘導)의 길목에 서 있기 때문에 모회사 주주는 이를 우회할 수 없다. 모회사가 스스로 단순대표소송을 포기하지 않는 한 모회사의 주주가 독자적으로 이중대표소송을 제기할 수는 없는 것이다.⁵⁹⁾ 물론 이러한 일은 실제 사건에서는 좀처럼 일어나기 어려울 것이다.⁶⁰⁾ 그러나 이론적으로는 그렇게 정리하는 것이 바람직하다.

(4) 모회사 주주가 다중대표소송을 먼저 제기하는 경우

(가) 자회사의 주주가 차후 단순대표소송을 제기할 경우 : 거꾸로 모회사 주주가 먼저 다중대표소송을 제기한 후 자회사 주주가 단순대표소송을 제기하는 경우도 발생가능하다. 상법 규정의 문언만으로 보면 모회사의 주주는 자회사에 제소청구를 한 후 30일을 기다렸다가 자회사가 아무 반응을 보이지 않을 경우 바로 다중대표소송을 제기할 수 있다(상법 제406조의 2 제2항).

모회사 주주가 이중대표소송을 제기한 후 자회사의 주주들이 단순대표소송을 제기하는 경우에는 어떻게 보아야 하는가? 비교법적으로 보면 이런 경우는 사실 일어나기 어렵다. 다중대표소송의 모국이라 할 미국의 경우 자회사 뿐만 아니라 모회사에 대해서도 제소청구를 하고 두 회사가 모두 아무런 반응을 보이지 않을 경우에만 모회사 주주의 이중대표소송이 가능하기 때문이다. 나아가 전세계 대부분의 국가들은 예외없이 완전모자관계를 전제로 다중대표소송제도를 시행하므로 모회사는 자회사의 1인주주이다.

그러나 지난 2020년말 도입된 상법상의 다중대표소송제도는 단순모자관계를 전제로 하므로 위와 같은 현상도 나타날 수 있게 되었다. 결코 바람직스런 일은 아니지만 이럴 경우에는 위에서 보았듯이 민사소송법상의 중복제소 또는 소송참가 등의 방법을 동원할 수 밖에 없을 것이다. 모회사 주

59) 물론 자회사에는 모회사 이외에도 여타 주주들이 있을 수 있으므로 그들이 단순대표소송을 제기하는 경우에도 같은 결과를 인정하여야 할 것이다.

60) 실제 이러한 경우가 어려운 이유는 모회사 이사회가 자회사의 임원진들을 실질적으로 임면하게 되므로 다수의 경우 자회사의 이사진들은 모회사의 이어나 대주주의 사적 이익에 공여할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 이러한 이해관계의 유착 등으로 모회사가 직접 나서서 자회사 이사들에 대해 책임을 추궁할 가능성은 현저히 줄어들 것으로 보인다.

주의 다중대표소송제기 후에 자회사 주주들이 단순대표소송을 제기할 경우 후소는 중복제소가 되어 각하될 가능성을 배제할 수 없지만 소송참가의 가능성은 열려 있다고 생각한다. 이 경우에는 처음부터 자회사의 주주들 역시 단순대표소송의 의사가 있었던 경우이므로 공동소송참가 등의 형식으로 처리하면 큰 문제는 없다고 본다.⁶¹⁾

(나) 자회사의 주주 모두 단순대표소송을 원치 않을 경우 : 문제는 그 반대의 경우이다. 즉 자회사의 주주들이 대표소송을 제기할 의사가 전혀 없었던 경우이다. 모회사는 자회사의 여타 주주들 모두 피고 이사에 대한 대표소송을 원치 않을 경우에도 상법 규정에 따르면 모회사의 주주는 제소청구 30일후 즉시 이중대표소송을 제기할 수 있다(상법 제 406 조의 2 제 2 항). 이 경우 모회사 주주의 다중대표소송을 막을 길은 없다.

그러나 경우에 따라서는 자회사가 입은 손해에 비해 소송수행으로 인한 비효율이 더 클 때도 있다. 즉 자회사의 기업이미지에 결정적 타격을 입혀 설사 이중대표소송에서 원고가 승소한다 하여도 자회사로서는 얻는 것보다 잃는 것이 더 많을 수도 있다. 이러한 경우라면 소제기 후라도 절차를 속행하기 보다는 소의 취하 또는 화해 등으로 소송을 조기에 종결하는 것이 더 바람직할 수 있다. 그러나 이 경우 법원의 허락이 필요하다(상법 제406조의 2 제3항 → 상법 제403조 제6항).

단순대표소송이건 다중대표소송이건 대표소송제도의 이러한 위험 때문에 세계 각국은 아래에서 보듯이 일정 요건하에 소권(訴權)을 기계적으로 부여하는 대신 제소허가신청 제도를 시행하고 있다. 영미법계에서 흔히 발견할 수 있는 이른바 ‘leave’제도⁶²⁾나 독일 주식법상의 ‘제소허가신청제도’(Klagezulassungsverfahren)⁶³⁾가 그것이다. 향후 우리나라에서도 이러한

61) 이 경우 소송참가 가능성에 대해 자세히는 이승규·이승환·장문일, “2020년 개정 상법의 분석 1 : 다중대표소송과 소수주주권”, 『BFL』, 제106호 (2021. 3.), pp. 6~24. 특히 pp. 14 ff. 참조.

62) 영국 회사법 제 260 조 이하; 싱가포르 회사법 제 216A 조, 제 216B 조; 홍콩 회사조례 제 731 조 내지 제 738 조; 호주 회사법 제 236 조; 캐나다 회사법 제 239 조 등.

63) 독일 주식법 제 148 조.

방식으로 소송절차를 시작하기 전에 대표소송의 수행으로 인한 효용과 비효용을 먼저 충분히 형량해 보고 효용이 비효용 보다 클 경우에만 이후의 소송을 허용하는 그런 제도를 갖는 것이 바람직하다고 생각한다.

2. 상법규정에 따른 다중대표소송의 유형

2020년 개정 상법이 도입한 다중대표소송제도는 다양한 형태로 시행할 수 있게 되어 일본 회사법상의 그것보다 오히려 우월하다고 평가된다. 일본 회사법에서는 오로지 하향제소만 가능하니⁶⁴⁾ 우리 상법이 도입한 다중대표소송은 단순한 하향제소 뿐만 아니라 하향·상향제소도 가능하여 다양성을 추구할 수 있을 것이다.

(1) 하향제소

모회사의 주주가 자회사의 이사를 상대로 소를 제기하므로 이는 하향제소(下向提訴)이다(기본형). 물론 위에서도 보았듯이 손회사나 증손회사의 이사 역시 피고의 범위에 들어오므로 이중대표소송 뿐만 아니라 삼중, 사중 등 다중대표소송이 모두 가능하다(확장형).⁶⁵⁾

확장형의 경우에는 여러 차례에 걸쳐서 소권이 유도되지만 기본형과 마찬가지로 손해배상청구권의 귀속주체인 자회사에 대해 제소청구를 하면 될 것이다. 물론 모-자-손-증손 등 모든 단계의 회사에 대해 소송고지가 가능하다고 해석되고 또 소송고지를 받은 회사들은 모두 소송참가가 가능하다고 풀이된다. 예컨대 임무를 해태한 이사가 손회사의 이사일 경우 모회사의 주주가 그를 상대로 삼중대표소송을 제기한다면 원고 주주는 손회사에 대해 제소청구를 하여야 한다. 30일내에 손회사가 피고 이사를 상대로 책임추궁의 소를 제기하지 않으면 모회사 주주는 직접 삼중대표소송을 제기할

64) 일본 회사법은 오로지 최종완전모회사의 주주만 다중대표소송을 제기할 수 있게 허용한다(동법 제 847 조의 3 제 1 항 참조). 즉 하향제소(下向提訴)만 가능하다.

65) 이 부분에 대한 보다 자세한 설명으로는 줄고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호(2015. 2.), pp. 9~56, 특히 pp. 48~50.

수 있다. 소제기 후에는 손회사 뿐만 아니라 모회사나 자회사에 대해서도 소송고지를 하여야 할 것이다. 소송을 고지받은 회사들은 모두 소송참가가 가능하다.

(2) 하향·상향 제소

상법은 사실상의 이사 역시 피고의 범위에서 제외하지 않고 있고(상법 제 401 조의 2 제 1 항), 사실상의 이사에는 모회사 역시 이에 속할 수 있게 되므로⁶⁶⁾ 현재 우리 상법상으로는 다음과 같은 하향 및 상향식 제소도 가능하다고 할 수 있다(발전형).⁶⁷⁾ 예컨대 모-자-손의 삼층구조가 존재한다고 할 때 손회사가 모회사의 지시에 따라 불필요한 거액의 경영자문수수료를 일정 기간을 주기로 계속 지급하고 있다고 하자.⁶⁸⁾ 이로써 손회사의 손해가 누적됨에도 모회사의 지배력 등으로 이를 시정할 가능성이 없을 때에는 자회사의 소수주주가 대신 나설 수 있다. 즉 자회사의 소수주주는 이중대표소송의 형태로 손회사의 모회사에 대한 청구를 대위할 수 있게 될 것이다.⁶⁹⁾

대표소송을 통해서 주장할 수 있는 청구권의 범위는 매우 다양하다.⁷⁰⁾ 상법 제 399 조에 기한 회사의 이사에 대한 손해배상청구권 이외에도 회사와 이사간 금전대차관계에서 파생하는 원리금상환청구권이나 부당이득법상의

66) 대판 2006. 8. 25. 2004 다 26119 [한국통신 필리핀법인사건]; 특히 영국에서는 **모회사가 이사회결의를 통하여 지속적으로 자회사 및 손회사에 대해 업무집행상의 지시를 하였다면 모회사는 상법 제401조의 2 제 1 호상 업무집행지시자가 되어 자회사나 손회사에 대해 책임질 수 있게 된다**고 한다(김건식, “자회사에 대한 모회사의 책임관계”, 『아주법학(亞洲法學)』, 제 7 권 제 3 호(2013), pp. 247~277, 특히 p. 271.

67) 이 부분에 대한 보다 자세한 설명으로는 줄고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호(2015. 2.), pp. 9~56, 특히 p. 49.

68) 기업집단의 실체에 있어서도 기업집단의 최정상 회사에 대한 경영자문 수수료의 지급이 자주 관찰되고 있다. 미국의 경우 경영전반에 대한 컨설팅 자체 보다는 비영업적 업무수행에 대한 대가적 성격이 가미되는 경우가 많으나 일본의 경우 경영컨설팅 수수료의 지급은 광범위하게 인정되고 있다고 한다(신영수/곽관훈/황태희, “외국의 지주회사 현황·제도 등의 운영실태 및 변화양상에 대한 분석”, 경북대 산학협력단, 공정거래위원회 정책연구용역 최종보고서(2018. 9. 14.), pp. 98, 158 참조).

69) 미국의 Goldstein v. Groesbeck 사건(142 F. 2d 422)이나 독일의 ITT 사건(BGHZ 65, 15)에서 그러하였다.

70) 이는 단순대표소송이건 다중대표소송이건 다르지 않다.

반환청구권 역시 대표소송의 대상이 될 수 있다. 따라서 다중대표소송에서도 손회사의 모회사에 대한 각종 청구원인이 그 대상이 될 수 있을 것이다.

(3) 상향제소

그러나 순수한 형태의 상향제소는 적어도 다중대표소송의 울타리내에서는 불가할 것이다. 즉 자회사가 모회사에 대해 손해배상청구권 등 각종 청구원인을 가지고 있음에도 불구하고 자회사의 이사진들이 이를 행사하지 않고 있을 때에는 자회사의 주주들은 단순대표소송의 형태로 이를 대위할 수 있으나 다중대표소송의 방식이 동원되지는 않을 것이다.⁷¹⁾

3. 권리남용적 제소에 대한 대응가능성

대표소송제도는 오래 전부터 남소의 문제점을 갖고 있었다. 우선 이에 대한 각국의 대응을 살펴 본 후 우리 상법이 도입한 다중대표소송제를 시행함에 있어 주의해야 할 점을 지적해 보기로 한다.

(1) 미국식 대응

미국은 대표소송의 모국이다. 회사법상 수많은 송사가 주주대표소송의 형태로 이루어졌으며 미국 회사법의 장기적 발전에 크게 기여하였다. 즉 미국식 회사문화의 가장 주된 견인차가 바로 주주대표소송이었다. 미국에서 대표소송이 크게 발전한 이유는 원고 주주에게 유리한 소송비용제도 나아가 주주들의 소극성으로 이어질 수 밖에 없는 ‘widely-held’의 소유구조도 한 몫하고 있다. 소송비용제도에는 영국식(English Rule)과 미국식(American Rule)이 있지만 미국식 소송비용 분담제도는 유달리 대표소송제도에 유리했기에 미국에서는 대표소송의 문화가 훨씬 꽃필 수 있었다. 나아가 주주들이 회사경영에 쉽게 접근하기 어려운 상황이어서 이 역시 주주대표소송을

71) 마치 독일 주식법상 자회사의 모회사에 대한 손실보상청구권을 자회사의 소수주주가 대위하는 것과 같다(독일 주식법 제 309 조, 제 310 조, 제 318 조 및 제 319 조 참조).

발전시키는데 큰 원인을 제공하였다. 쉽게 표현하면 소유와 경영이 철저히 분리된 미국식 대회사 - 즉 'widely-held' - 에서 경영성과가 악화하였을 때 주주가 행할 수 있는 최선의 선택지는 “회사의 성과가 좋지 않으면 주식을 팔고 회사를 떠나”는 것이었다. 그리고 이를 월스트리트룰(Wall Street Rule)이라 불렀다. 차선책으로는 회사에 손해를 가한 이사진들에 대해 사후적으로 책임추궁의 소를 제기해보는 것이었다. 원고 주주가 매번 먼저 나서 는 것도 아니었다. 변호사들이 소송거리를 찾아 굶주린 하이어나처럼 길을 헤매는 괴이한 현상도 자주 목격되었다.

그러나 미국식 대표소송제도는 원고 주주의 단독주주권으로 되어 있기에 끊임없이 권리남용적인 제소에 시달렸다. 소를 제기해놓고는 회사와 배후에서 협상을 하는 사례가 빈번하였고 회사에 서신(black mail)을 보내어 소제기를 무기로 회사를 협박하는 사례도 빈번하였다. 이 문제를 해결하기 위하여 동원된 것이 철저한 제소전 절차와 원고적격의 강화였다. 원고적격을 단독주주권으로 해놓은 탓에 남소의 가능성이 커지자 동시보유와 계속보유의 원칙으로 이를 보완하였다. 그러나 이것만으로는 모자랐기에 제소전 절차도 강화하였다. 대회사의 경우 이사회에 대표소송의 계속여부에 대한 사실상의 심사권을 부여하였다. 즉 이사회 산하에 특별소송위원회(special litigation committee)를 설치해놓고는 여기에 심사권을 부여하여 설사 원고가 대표소송을 제기했다라도 그 이후 회사가 이에 응할지 말지는 이 위원회가 결정하도록 하였다. 그리고 친경영자적(親經營者的)인 델라웨어주의 법관들은 이러한 위원회의 결정 역시 경영상의 의사결정으로 보아 경영판단의 원칙을 적용하면서 당해 결정을 행한 이사들을 두터이 보호해 주었다.⁷²⁾ 유럽이나 영연방 국가들이 가지고 있는 제소허가신청제도상 법원의 역할이 이러한 독립적 성격의 사내 위원회에 사실상 맡겨진 것이다.⁷³⁾

미국의 회사법상 이중대표소송제도는 단순대표소송과 달리 법인격부인

72) Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A. 2d 779 (Del. 1981).

73) 물론 특별소송위원회는 법원에 대표소송의 기각을 신청하고 법원의 결정을 기다릴 것이다(최승재, “유지청구와 대표소송”, 『주식회사법 대계 (II)』, 제 3 판, 법문사, 2019년, 1067~1069면).

론(piercing corporate veil)이나 공동지배이론(common control theory) 등 추가적인 이론적 도구를 통해서 비로소 그리고 예외적으로 허용되었다. 다중대표소송 역시 남소의 가능성이 없지 않았고 이론적으로도 넘어야 할 산들이 많았기 때문이다. 즉 자회사와 모회사간 법인격의 독립성을 어떤 형태로든 극복하여야 했기에 이러한 추가적인 정당화 요소들을 찾아 다녔다.

(2) 일본 회사법의 대응

2014년 일본 회사법에 도입된 다중대표소송제도는 ‘최종완전모회사 주주에 의한 특정책임추궁의 소’로 불리우고 있다(동법 제 847조의 3). 일본 회사법 역시 다중대표소송제도의 남용가능성에 착안하여 원고적격을 갖춘 모회사 주주라도 다음과 같은 경우에는 제소권을 허용하지 않는 예외를 규정하고 있다(동법 제 847 조의 3 제 1 항 단서). 즉 “책임추궁의 소가 주주 혹은 제 3 자의 부정한 이익을 도모하거나 회사 또는 최종완전모회사 등에 손해를 가할 목적으로 제기되는 경우(제 1 호)” 또는 “책임의 원인이 된 사실에 의하여 최종완전모회사 등에 손해가 발생하지 않은 경우(제 2 호)” 등에는 모회사 주주의 다중대표소송 제기권을 인정하지 않는다(동법 제 847 조의 3 제 1 항 단서). 즉 모회사에 손해가 발생하지 않았는데도 모회사 주주가 자회사 이사를 상대로 이중대표소송을 제기하거나 모회사나 자회사에 오로지 손해를 가할 목적으로 소를 제기하는 경우 동법은 이를 권리남용적 제소의 대표적인 사례로 인식하고 있다.

나아가 일본 회사법은 남소를 막기 위하여 원고적격도 강화하였다. 상장사건 비상장사건 상장 여부에 구애받지 않고 최소 6개월의 주식보유를 전제로 다중대표소송을 제기할 수 있게 한다(동법 제 847 조의 3 제 1 항). 우리 상법처럼 6개월의 주식보유를 오로지 상장사에 한정하지 않는다. 나아가 완전모자관계의 경우에만 제소권을 허용한다. 즉 자회사에 모회사 이외의 다른 주주들이 있을 경우에는 모회사 주주의 대위소권을 아예 허용하지 않는다. 나아가 피고 이사가 속하게 될 대상회사의 범위도 제한하였다. 즉 대상회사 주식의 장부가액이 최종완전모회사의 총자산의 5분의 1을 초과하는 정도여야 한다(일본 회사법 제 847 조의 3 제 4 항). 따라서 이 정도의 규모를 가진 완전자회

사라면 손에 꼽을 정도이며 이로써 본 제도의 적용범위가 처음부터 매우 제한적이라는 비판도 있다.⁷⁴⁾ 그 밖에도 대위소권의 종속성 원칙을 철저히 관찰하였다. 모회사 주주가 자회사에 피고 이사에 대한 책임추궁의 소를 제기하도록 요구할 경우 우리 상법의 두 배인 60일의 대기기간을 설정하였다. 또 이 기간이 지나도록 자회사가 책임추궁의 소를 제기하지 않을 경우에는 이유부서면으로 소를 제기하지 않은 이유를 밝히도록 하였다(동법 제 847 조의 3 제 8 항).

(3) 영국 및 영연방식의 대응

영국과 영국법의 영향하에 있는 영연방제국에서는 일정 요건하에 모회사 주주에게 대표소송의 제소권을 확정적으로 부여하는 것이 아니라 일단 관할법원에 먼저 대표소송을 위한 제소전 허가절차를 밟게 한다. 이러한 절차를 ‘permission’ 혹은 ‘leave’라 한다. 이러한 사전절차들은 모두 권리남용적 제소에 대한 대응에서 출발하였다.

우선 2006년의 영국 회사법을 보면 제 261 조에 관련 규정을 두고 있다. 이에 의하면 단순대표소송을 제기하려는 원고 주주는 우선 법원에 제소허가를 위한 신청을 하여야 한다(동법 제 261 조 제 1 항). 신청인이 제출한 증거가 제소허가를 위한 ‘자명한 사건’(a prima facie case)임을 증명하지 못하는 경우 법원은 신청을 각하하거나 후속 조치를 명할 수 있다(동조 제 2 항). 후자의 경우 법원은 증거제출에 대하여 추가로 지시하거나 해당 증거를 얻을 때까지 절차를 연기할 수 있다(동조 제 3 항). 증거가 모두 제출된 경우 법원은 해당 증거들이 소송을 수행하기에 적절하다고 판단하는 경우에는 소송의 계속을 허가한다. 그러나 반대의 경우에는 청구의 기각 또는 절차의 연기 내지 직권으로 추가적인 지시를 할 수 있다(동조 제 4 항). 법원의 허가 여부에 대해서도 동법은 여러 기준을 제시하고 있는 바 원고 주주의 소송계속에 대한 성실성(good faith), 회사에 손해를 야기한 원인사실이 회사 자신의 사전적 허가나 사후적 추인으로 말미암은 것은 아닌지 등을

74) 森·濱田松本 法律事務所, 菊地 伸/石井 裕介, 『會社法 改正法案の解説と企業の實務 対応』, 清文社, 121頁.

주요 요소로 하여 심사하게 된다(동법 제 263 조). 이러한 절차는 본시 단순 대표소송을 위한 것이었다. 그러나 영국의 커먼로는 이러한 절차 규정을 다중대표소송에도 준용하고 있다.⁷⁵⁾

여타 영연방 제국의 회사법 내지 관련 조례들 역시 이와 유사한 제도를 두고 있다. 먼저 캐나다의 경우를 보면 주주의 대표소송을 위하여는 법원의 사전허가가 필요하다(캐나다 회사법 제 239 조 참조). 이때 모회사의 주주 역시 자회사를 위한 사전심사를 신청할 수 있는데(동법 제 238 조 (a) 항 및 동법 제 239 조), 이러한 ‘leave’ 청구권은 법원의 재량에 따라 적정하다고 판단되는 모든 주체에 허용되고 있다(동법 제 238 조 d항). 이것이 캐나다 회사법의 특징이기도 하다. 주주대표소송이 아니라 공익소송으로 느껴질 정도이다.⁷⁶⁾ 제소허가의 신청인은 14일 요건을 준수하였다는 것⁷⁷⁾, 심사청구의 성실성 및 대표소송의 제기가 회사의 이익에 부합할 것임을 증명하여야 한다(동법 제 239 조 제2항). 이러한 3가지 요건이 충족될 경우 법원은 대표소송을 허가할 수 있다. 이러한 제소허가제도는 단순대표소송 뿐만 아니라 다중대표소송에도 공히 적용되고 있다.

호주 역시 유사한 제도를 갖고 있다(호주 회사법 제 236 조). 법원으로부터 대표소송의 허가를 얻으려면 신청인은 회사가 피고 이사에 대한 권리를 행사하지 않은 점, 신청인의 심사청구에 대한 진정성 및 성실성, 신청한 대표소송이 회사의 이익을 극대화할 것이라는 점, 심사청구에 대한 14일전의 사전고지 등을 증명하여야 한다(동법 제 237 조).⁷⁸⁾

홍콩 역시 유사한 제도를 갖고 있다(홍콩 회사조례 제 731 조 내지 제 738 조). 제소허가의 요건 역시 다른 영연방국가의 그것과 유사하다. 대표소

75) 이에 대한 근자의 대표적인 사건은 *Abouraya v. Sigmund* [2014] EWHC 277 이다.

76) 이에 대해 보다 자세히는 줄고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호 (2015. 2.), pp. 9~56., 특히 p. 21.

77) 제소허가(leave)의 신청인은 심사청구일로부터 최소 14일 전에 해당 모회사 또는 자회사의 이사진들을 상대로 사전심사청구를 행할 것임을 알려야 한다.

78) 호주의 ‘leave’ 신청절차에 대한 사례로는 *Goozee* 사건이 있다 ; *Goozee v. Graphic World Holdings Pty. Ltd.*, [2002] NSWSC 640 (July 25th 2002). 이 사건에서 법원은 신청인의 성실성 요건, 회사이익의 극대화요건 및 제소신청의 진정성요건이 충족되지 않았다고 보아 이를 기각하였다.

송의 제기가 회사의 이익에 부합할 것, 권리남용적 제소가 아닐 것, 제소허가신청에 대한 사전고지 등을 그 요건으로 한다(동 조례 제 733 조). 홍콩에서는 ‘소수주주에 대한 사기’(fraud on the minority)의 경우에는 홍콩 회사조례에 의한 성문법상의 대표소송 이외에도 커먼로상의 대표소송이 가능하다.⁷⁹⁾

기타 싱가포르⁸⁰⁾, 케이먼 군도,⁸¹⁾ 브리티쉬 버진 아일랜드(BVI)⁸²⁾ 나아가 버뮤다⁸³⁾의 경우에도 유사한 제도가 존재한다.

(4) 독일 주식법상의 대응⁸⁴⁾

대륙법계 국가의 대표격인 독일의 경우 사실 주주대표소송제도는 다른 나라에 비하면 매우 후진적이었다. 그 이유는 독일 주식회사의 경우 어차피 회사내부의 감사회가 강력한 통제기능을 수행하기 때문이다. 사회주의적 헌법 탓에 일찍이 공동결정제도가 도입되었고 이에 기초하여 주주대표와 노조대표로 구성된 감사회(Aufsichtsrat)가 강력한 통제력을 발휘하였다. 주식의 소유구조 역시 은행 등 금융기관의 안정적인 간접소유로 주주대표소송에 대한 유인이 그리 크지 않았다. 그리하여 독일 주식법은 최근까지도 오로지 기업집단(Konzern) 내에서만 단순대표소송을 그것도 지극히 제한된 범위내에서만 허용하여 왔다.⁸⁵⁾ 그러다가 2005년의 주식법 개정을 통하여

79) 이에 대해서는 Waddington Ltd. v. Chan Chun Hoo Thomas ([2008] HKCU 1381) 참조 ; 이에 대해 보다 자세히는 즐고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호 (2015. 2.), pp. 9~56., 특히 pp. 27 f.

80) 싱가포르 회사법 제 216A 조, 제 216B 조.

81) Rule 12A, Order 15, Cayman Islands’ Grand Court Rules ; 케이먼의 사례로는 Renova Resources Private Equity Ltd. v. Gilbertson & 4 Others., [2009] CILR 268.

82) Section 184C (1) British Virgin Island’s Business Companies Act 2004.

83) 버뮤다(Bermuda)의 경우에도 2018년 7월 9일 이후로는 Bermudian Supreme Court로부터 제소허가(‘leave’)를 얻지 않고는 주주대표소송을 제기할 수 없게 되었다(Rule 12A of Bermudian Supreme Court 1985) (Stuart Jessup, “Derivative actions in the name of Bermudian companies: when is judicial leave required?”, <<https://www.globalbankingandfinance.com>>).

84) 이에 대해 자세히는 즐고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호 (2015. 2.), pp. 9~56., 특히 pp. 32 f.

85) 콘체른 관계에서 나타나는 손실보상청구권을 자회사가 모회사를 상대로 제때 행사하

영국식의 제소허가신청제도(Klagezulassungsverfahren)를 받아들였다(독일 주식법 제 148 조 참조).

동 제도에 의하면 신청인은 ① 자본금의 100분의 1 이상의 지분을 보유할 것(최소지분요건)⁸⁶⁾, ② 회사의 손해배상청구권이 성립하는 시점부터 제소허가신청일까지 계속 위 지분을 유지할 것(동시보유요건), ③ 심사청구전 적정 시점에 회사에 대해 책임추궁의 소를 제기하도록 요구하였을 것(제소청구요건), ④ 대표소송의 수행이 회사의 이익을 해하지 않을 것(회사이익요건) 등을 증명하여야 한다(동법 제 148 조). 이러한 청구는 본점소재지를 관할하는 지방법원의 전속관할이며 위 요건이 모두 충족될 경우 법원은 주주의 심사청구를 인용할 수 있다.

위 제소허가신청제도는 당연히 단순대표소송을 위한 제도이며 독일법상 다중대표소송에 대해서도 이러한 절차가 요구되는지 아니면 최소한 주식법 제 148 조가 준용되는지에 대해서는 아직 명확한 입장을 발견하기 어렵다. 그러나 이미 1975년에 독일 연방법원은 ITT사건⁸⁷⁾에서 다중대표소송의 좋은 사례를 선보인바 있어 향후 독일에서 다중대표소송제도가 본격적으로 시행되는 경우 위 규정의 준용이 불가피할 것으로 전망된다.

결국 독일에서도 남소방지책으로 제소허가신청제도가 도입되었다고 할 수 있으며 결정적인 것은 위 제소허가요건 중 맨 마지막 것이라고 할 수 있다. 즉 대표소송의 수행이 회사의 이익을 해하지 않아야 하므로 진지한 의도 없이 이루어진 불성실한 청구는 기각될 것이다.

지 못하는 경우가 많다. 즉 모-자간 지배종속관계로 인하여 자회사의 이사진들이 모회사를 상대로 보상청구를 하지 않을 경우 자회사의 손해는 고착화한다. 이러한 경우에 대비하여 자회사의 주주가 단순대표소송의 형태로 대신 소송을 수행하게 된다(독일 주식법 제 309 조, 제 310 조, 제 317 조, 제 318 조 각 제 4 항 참조).

86) 보유주식의 액면총액이 10만 유로를 초과하는 경우에도 같다.

87) BGHZ 65, 15 ; 이에 대해 자세히는 즐고, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제 33 권 제 4 호 (2015. 2.), pp. 9~56., 특히 pp. 33 f.

〈독일 연방대법원의 “ITT” 사건 (BGHZ 65, 15)〉

I. 사실관계 : 미국 “ITT” 그룹의 한 계열사(피고 ‘乙’로 약한다)가 독일 측 투자자(이하 “甲”으로 약한다)와 함께 85 :15의 출자비율로 유한회사(“丙”이라 약한다)를 설립한다. 丙은 다시 甲과 60 :40의 비율로 2개의 유한합자회사(GmbH & Co. KG ; 이하 “丁”으로 약한다)를 설립하였고 丁은 다시 완전자회사 형태로 3개의 유한회사(이하 “戊”라 약한다)를 설립한다. 한편 乙은 100% 완전자회사(이하 “己”로 약함)를 설립한 후 丙의 이사진에 압력을 가하여 己로 하여금 丁, 戊 등 5개 회사와 서비스계약을 체결하게 한다. 이 계약에 따라 위 5개 회사는 乙에 거액의 경영자문료(약 177만 마르크 상당)를 지급하게 된다. 원고 甲은 이러한 경영자문료가 법적 근거가 없다고 다투면서 피고 乙로 하여금 해당 금액을 위 5개사에 반환하라고 청구하였다. 연방대법원은 원심을 파기한 후 원고의 청구를 인용하였다.⁸⁸⁾

II. 평가 : 이 사건은 국내에는 잘 알려져 있지 않다. 그러나 이 사건은 독일 유한회사 콘체른법의 초석이 되었으며 독일 최초의 다중대표소송으로 인식되고 있다. 물론 이 사건이 심리되던 당시 독일 주식법이나 유한회사법에 관련 조항은 없었다. 하지만 판례법으로 관련 법리를 구축한 것으로 평가할 수 있다. 유한회사(丙)의 지배사원 乙이 소수사원 甲에 대해 충실의무를 부담하므로 원고의 청구는 이유있다고 본 것이다. 이 사건은 유한회사 사원간의 충실의무와 그 위반시 나타나는 손해배상청구사건이고 그것이 주된 청구취지임은 분명하다. 그러나 이 사건의 사실관계를 전체적으로 조감하면 결과적으로 다중대표소송이 된다.⁸⁹⁾ 모회사 내지 자회사의 소수주주(甲)가 손회사(丁) 및 증손회사(戊)의 모회사(乙)에 대한 부당이득법상의 반환청구권을 대위행사한 결과가 되었다.⁹⁰⁾ 독일에서 판례법으로 삼중대표소송 내지 사중대표소송을 인정한 최초의 사건으로 기억될 것이다.⁹¹⁾ 나아가

88) 이 사건의 사실관계 개요도 등 자세한 설명으로는 줄고, “이중대표소송에 대한 연구”, 경영법률 제17집 제1호(2006. 10.), pp. 245~247 참조.

89) Wiedemann, JZ 1976, 392, 395.

90) Wiedemann, JZ 1976, 392, 395 ; Ulmer, NJW 1976, 193 ; Schilling, BB 1975, 1452.

국제론체론에 있어 각국 비즈니스 멘탈리티(business mentality)의 차이가 어떤 결과를 가져오는지 보여주는 좋은 사건이었다. 당시 미국의 기업집단에서 경영자문수수료(consulting fee)의 지급은 상당히 보편적이었다. 반면 당시 독일의 그룹경영에서는 아마도 그러한 수수료(Konzernumlage)의 지급은 낮은 관행이었던 것 같다. 아마도 미국에서 이 송사가 진행되었다면 원고의 승소확률은 매우 낮았을 것이다.

(5) 종합평가 및 우리 법에의 시사점

이상 우리는 각 법계에 나타난 남소방지책을 살펴 보았다. 이들은 크게 두 부류로 나뉘어지는바 하나는 일정 요건의 충족을 전제로 모회사 주주에 대해 독립적인 제소권(actio)을 부여하는 것이고 다른 하나는 법원의 사전 심리절차를 규정하고 법원이 향후의 제소에 대해 이를 긍정적으로 평가하는 경우에만 대표소송을 허가(leave)하는 것이다. 전자는 미국·일본형이요 후자는 유럽형이다. 전자는 확정된 소권을 주주에게 부여하지만 여러 형태의 요건충족을 요구한다. 후자는 법원에 의한 종합적 심사를 요구한다. 비교법적 관점에서 양자 모두 장점과 단점을 보유하고 있겠지만 필자의 사건은 후자의 방식이 보다 효율적으로 권리남용적 제소를 막을 수 있다고 생각한다.

우리 상법이 이번에 도입한 다중대표소송제도는 권리남용적 제소에 대해서는 별다른 대응책을 갖고 있지 않다. 물론 비상장사의 경우 원고적격을 1% 소수주주권으로 해놓은 것과 상장사의 경우 0.5%의 소수주주권 및 6개월의 주식보유로 해놓은 것이 어느 정도는 필터 역할을 할 것이다. 그러나 상장사의 경우에도 비상장사에 적용되는 1%의 지분요건을 원고 주주가 충

91) 이 사건에 대한 독일 측 평석으로는 Wiedemann, "Die Bedeutung der ITT Entscheidung", JZ 1976, 392 ; Brezina "Gedanken zur internationalen Konzernumlage - Besprechung des BGH-Urteils vom 5. 6. 1975 - II ZR 23/74", AG 1976, S. 5~10 ; Schilling, "GmbH-Konzernrecht : Haftung des Mehrheitsgesellschafters für sorgfaltswidrige Weisungen an die Geschäftsführung", BB 1975, 1450~1452 ; Emmerich, Anm. z. "ITT", JuS 1976, 54 ; Ulmer, Anm. z. "ITT", NJW 1976, 191 ; Westermann, "GmbH-Konzernrecht kraft richterlicher Rechtsfortbildung ? Besprechung des Urteils des BGH v. 5. 6. 1975 - II ZR 23/74", GmbH-Rundschau, 1976, 77~80.

족시킬 경우 6개월의 주식보유는 더 이상 필요 없게 되었다(상법 제 542 조의 6 제 10 항). 이런 것들을 종합적으로 보면 우리 상법상 다중대표소송에 대한 권리남용적 제소시 이에 대한 방지책은 거의 전무한 상황이다. 이 점 향후 법정책적으로 깊이 생각할 부분이다.

즉 유럽형의 제소허가신청제도 역시 깊이 있게 고려할 필요가 있다. 만약 이러한 제도를 상법이 도입한다면 단순대표소송이나 다중대표소송이나 가리지 말고 먼저 제소허가를 신청하는 그런 제도를 만드는 것도 좋은 발전 방안이 될 수 있다고 생각한다.

4. 국제적인 판례법과 국내법의 동화문제

(1) 콘체른대위소권제의 일반적인 흐름

2020년 상법이 마침내 다중대표소송을 성문화하였지만 전 세계적인 판례법의 흐름은 완전모자관계를 전제로 하고 있어 그 점에서 우리 상법은 예외적인 법제에 해당한다. 미국의 경우 1988년 Sternberg v. O'Neal 사건⁹²⁾ 이후에는 예외없이 완전모자관계가 사실관계에 등장하는 경우에만 본 제도가 시행되고 있으며 영국을 비롯한 영연방 제국의 판례 또한 그러하다. 나아가 일본 회사법마저 완전모자관계를 전제로 이를 성문화하였다. 이러한 현상은 각국의 기업집단법제 특히 지주회사제도에 있어 완전모자관계가 대세이므로 그러한 상황이 본 제도에도 영향을 미친 것으로 보인다. 향후 우리 법을 운영함에 있어서도 이러한 흐름을 외면하지 않는 열린 자세가 필요하다고 생각한다.

먼저 미국의 경우를 보면 1988년 이전에는 완전모자관계를 전제로 하지 않고도 이중대표소송을 허용하는 적지 않은 판례법들이 있었다.⁹³⁾ 이들은 주로 법인격부인론, 공동지배이론, 신인관계론, 보상 및 억제이론 등을

92) Sternberg v. O'Neal, 550 A. 2d 1105 (Del. 1988).

93) United States Lines Inc. v. United States Lines Co., [1938] 96 F. 2d 148 ; Goldstein v. Groesbeck, 142 F. 2d 422 (2nd Cir., 1944) ; Issner v. Aldrich, 254 F. Supp. 696 (Del. 1966).

이론적 근거로 제시하며 모회사와 자회사의 상이한 법인격을 뛰어넘는 모습을 보여 왔다. 그러나 1988년의 스티븐버그사건 이후에는 완전모자관계를 가진 사안에서만 이 제도가 인정되는 방향으로 정리되어 가고 있다.⁹⁴⁾

영국은 미국 만큼 많은 사건을 가지고 있지는 않지만 근자들어 본 제도는 심심치 않게 등장하며⁹⁵⁾ 성문규정이 아닌 커먼로상의 제도로 인식되고 있다.⁹⁶⁾ 그러면서도 제소허가신청에 관한 2006년의 영국 회사법은 다중대표소송에도 준용되고 있다.⁹⁷⁾ 근자들어 본 제도가 등장하는 사건들은 모두 그 사실관계에 완전모자관계가 등장한다. 이 점 미국의 커먼로와 다르지 않다. 영국법의 영향하에 있는 영연방제국에서도 영국과 유사한 현상이 나타나고 있다. 즉 일정 법률요건에 따라 확정된 소권을 부여하는 대신 제소허가신청제도(leave)를 운영하고 있다. 이러한 사전절차를 통하여 원고의 청구 취지가 성실한 것인지 소를 허용할 경우 남소의 우려는 없는지 등을 사전에 종합적으로 점검할 기회를 갖게 된다. 홍콩이나 케이먼군도의 사례등에서도 모두 완전모자관계를 전제로 한 판례법이 존재한다.

일본의 경우에는 일정한 법률요건의 충족을 기다려 확정된 소권을 모회사 주주에게 부여하는 확정소권부여방식을 취하고 있다(일본 회사법 제 847조의 3). 성문규정으로 확정소권제를 입법한 점에 있어서는 전세계적으로 최초의 입법례라 할 수 있다. 다만 매우 제한적인 원고적격을 매우 제한적으로 인정하고 있고 대상회사의 범위 역시 최종완전모회사의 자산가치의 최소 5분의 1 이상이어야 하므로 실제 이 제도가 이용되기는 매우 어려운 상황이다. 남소를 막기 위한 입법적 노력의 소산이기는 하지만 제도의 실효

94) 줄고, “다중대표소송의 도입방안에 대한 연구”, 『經營法律』, 제23집, 제4호, (2013. 7.), pp. 209~254, 특히 pp. 211~212에 소개된 <이중 내지 다중대표소송 관련 common law 국가의 판례들> 참조.

95) Universal Project Management Services v. Fort Gilkicker Ltd., [2013] EWHC 348 (Ch.) ; Abouraya v. Sigmund, [2014] EWHC 277 (Ch.) ; Bhullar v. Bhullar, [2015] EWHC 1943 (Ch.) ; Tonstate Group Ltd. & Others v. Edward Wojakovski, [2019] EWHC 857 (Ch.).

96) Universal Project Management Services v. Fort Gilkicker Ltd., [2013] EWHC 348 (Ch.) (Briggs 판사의 견해이다).

97) Abouraya v. Sigmund, [2014] EWHC 277 (Ch.) 사건에서 그러하였다.

성 측면에서는 처음부터 한계가 있다는 지적이 이어지고 있다.

독일의 경우에는 성문규정상으로는 단순대표소송만 인정되며 그것도 영국 회사법에서처럼 제소허가신청제도를 받아 들여 매우 소극적으로 대표소송제를 시행하고 있다. 그러나 이미 1975년 독일 연방대법원은 ITT사건에서 다중대표소송의 발전된 모습을 선보인바 있어⁹⁸⁾ 향후에도 판례법으로 본 제도가 계속 이어질 것으로 보인다.

이처럼 세계 각국은 성문규정 보다는 판례법으로 그것도 거의 예외없이 완전모자관계를 전제로 콘체른대위소권제(actio pro concerno)를 시행하고 있음을 알 수 있다. 일본의 경우 유일한 예외로서 성문규정을 가지고 있지만 아직 관련 판례는 나오지 않고 있다. 세계의 주요문명국에서 나타나고 있는 이러한 현상을 예의 주시할 필요가 있다. 향후 우리 판례법도 이러한 세계적인 흐름을 외면하지 않을 것으로 전망된다.

(2) 국내법의 동화문제

다중대표소송과 관련된 판례법이 전세계적으로 완전모자관계를 지향한다는 것은 다른 시각에서 보면 기업집단의 소유지배구조가 완전모자관계로 되어 있거나 그 방향으로 가고 있음을 암시한다. 이와 관련하여 외국에서 지주회사제도가 어떻게 운영되고 있는가를 살펴 보는 것은 매우 의미가 크다.

전세계에서 가장 큰 경제규모를 자랑하는 미국의 경우 대부분의 지주회사들은 자회사들과 100% 완전모자관계를 형성한다. GE, GM, IBM, Dupont 등이 그러하고 Mobil의 경우에도 140개의 주요 자회사중 109개 자회사에 대해 100% 지분을 보유하고 있다고 한다.⁹⁹⁾ 영국 역시 그러한 흐름을 이어가고 있다. 지주회사와 자회사의 관계는 대부분 완전모자관계로 되어 있으며 양자간에는 사실상 단일한 경제체(single economic entity)가 형성된다. 다만 지주회사는 자회사든 회사법적으로는 여전히 독립된 법인격을

98) BGHZ 65, 15 ("ITT").

99) 신영수/곽관훈/황태희, "외국의 지주회사 현황·제도 등의 운영실태 및 변화양상에 대한 분석", 경북대 산학협력단, 공정거래위원회 정책연구용역 최종보고서(2018. 9. 14.), 92면.

향유하므로 자회사에 대한 지주회사의 외부적 책임은 주주의 유한책임으로 제한된다고 한다.¹⁰⁰⁾ 독일의 경우에도 주식법이 콘체른을 규제하고 있으며 경쟁제한방지법 등이 간접적 규제를 하고 있다. 독일에서도 지주회사와 자회사간의 관계는 완전모자관계를 지향한다고 한다. 이로써 지주회사를 매개로 기업집단 전체의 책임을 명확히 하고 기업집단을 둘러싼 지배구조의 투명성을 제고한다.¹⁰¹⁾ 일본의 경우 1997년 지주회사의 해금(解禁) 이래 다수의 기업집단이 지주회사 체제를 취하고 있다. 지주회사에 대해서는 주로 회사법에서 규율하고 있으며 사업지주회사가 일반적이라고 한다. 지주회사의 자회사에 대한 지분율은 50~100% 사이에서 다양하지만 상당수는 100% 지분을 보유하고 있다고 한다.¹⁰²⁾

이와 같이 주요문명국의 기업집단내 소유지배구조를 보면 100%에 가까운 완전모자관계가 대세임을 알 수 있다.¹⁰³⁾ 자회사의 지분비율을 높게 유지할수록 세제(稅制)상 유리해지고¹⁰⁴⁾, 완전모자관계가 아닐 경우 증권거래법이나 소송법상 법률적 위험이 증가하며 나아가 기업집단내에서 내부통제시스템을 효율적으로 가동시키기 위하여도 자발적으로 완전모자관계를 지향한다고 한다. 즉 주요 문명국에 있어서 완전모자관계를 선호하는 이유는 지분보유비율에 대한 직접적인 규제 때문이 아니라 위에서 든 여러 사유가 복합적으로 작용한다는 것이다.¹⁰⁵⁾

이러한 흐름에 반하여 우리나라의 경우 지주회사는 총수일가에 의하여 지배되고 다시 자회사는 지주회사의 낮은 지분으로 지배되고 있는 실정이

100) 신영수/곽관훈/황태희, 전계 보고서, 81면.

101) 신영수/곽관훈/황태희, 전계 보고서, 143면.

102) 신영수/곽관훈/황태희, 전계 보고서, 153면 (“[표] 주요국의 지주회사 운영실태 비교” 참조).

103) <<https://blog.naver.com/pokara61/221539394212>> ; 주요 국가의 지주회사는 출현 배경, 변화양상 등이 상이함에도 대부분 100% 완전모자관계로 운영되고 있다고 한다.

104) 發知敏雄/箱田順哉/大谷隼夫, 『持株會社の實務—ホールディングカンパニーの經營・法務・稅務・會計』, 第7版, 東洋經濟新報社, 2016年, 231頁 (일본에서는 2010년 도입된 기업집단의 법인세제로 인하여 완전모자관계를 갖고 있는 그룹의 경우 유리한 세제가 적용된다).

105) 신영수/곽관훈/황태희, 전계 보고서, 148면.

다. 이러한 현상이 우리나라 기업집단의 특징이라고도 할 수 있다. 상장사에 대해서는 30%, 비상장사에 대해서는 50%의 지분율만 충족시키면 지주회사의 설립을 인정해주므로¹⁰⁶⁾ 대주주 지분이 적은 자회사로부터 지분이 높은 모회사로 터널링 등의 사익편취현상이 나타날 우려가 크다는 지적이 계속 이어지고 있다. 결국 완전모자관계를 지향하는 세계적 흐름은 우리도 외면할 수 없을 것이며 또 그 방향으로 나아갈 때 다중대표소송 등 관련제도도 외국의 예에서처럼 제자리를 찾아가게 될 것이다. 법정책적으로는 지주회사의 자회사에 대한 지분율을 상향조정하는 쪽으로 나아갈 수 밖에 없을 것이다.¹⁰⁷⁾

나아가 우리나라에서는 지금까지 기업집단에 대한 법적 규제는 주로 경제행정법의 영역이라할 경제법이 수행하고 있고 이에 반하여 기업집단내의 이해갈등 상황을 다루는 다중대표소송제도는 상법이 담당하고 있다. 전자는 공법(公法)적 성격의 범영역임에 반하여 후자는 전형적인 사법(私法)의 영역이다. 이러한 이질적인 규제의 틀속에서 마침내 상법이 다중대표소송제도를 성문화하였다. 향후 양자간의 조화를 꾀하며 법적 규제의 효율을 제고하는 통섭적 노력이 필요하다고 생각한다.

IV. 입법론적 개선점

1. 다중회계장부열람권 관련규정의 신설필요성

다중대표소송이 효율적으로 제기되려면 이에 대한 효율적인 준비가 필요하다. 소송준비를 위하여 모회사 주주는 자회사의 회계장부에 대한 접근이 필요할 것이다. 이하 새로이 도입된 상법상의 다중대표소송제도가 효율적으로 시행되기 위한 모회사 주주의 자회사에 대한 회계장부열람가능성을 살펴보기로 한다.

106) 2020년말 공정경제 3법의 개정으로 지주회사의 지분요건이 10%씩 상향되었다.

107) 신영수/곽관훈/황태희, 전계 보고서, 162면.

(1) 국내 판례법의 상황 : 현재까지 나타난 국내의 판례법은 엄격히 제한된 요건하에 모회사 주주에게 자회사 회계장부에 대한 접근권을 허용하고 있다 :

〈대판 2001. 10. 26, 99 다 58051 [장부등열람및등사가처분]〉

“상법 제466조 제1항에서 정하고 있는 소수주주의 열람·등사청구의 대상이 되는 ‘회계의 장부 및 서류’에는 소수주주가 열람·등사를 구하는 이유와 실질적으로 관련이 있는 회계장부와 그 근거자료가 되는 회계서류를 가리키는 것으로서, 그것이 회계서류인 경우에는 그 작성명의인이 반드시 열람·등사제공의무를 부담하는 회사로 국한되어야 하거나, 원본에 국한되는 것은 아니며, 열람·등사제공의무를 부담하는 회사의 출자 또는 투자로 성립한 자회사의 회계장부라 할지라도 그것이 모자관계에 있는 모회사에 보관되어 있고, 또한 모회사의 회계상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요한 경우에는 모회사의 회계서류로서 모회사 소수주주의 열람·등사청구의 대상이 될 수 있다.”

그러나 위 판결이 인정한 정보접근권은 너무 한정적이어서 모회사 주주의 입장에서는 만족하기 쉽지 않은 상황이다. 일부의 학설이 비판하고 있듯이¹⁰⁸⁾ 위 대법원 판결에서 피고는 모회사이지 자회사가 아니었다. 즉 모회사 주주가 직접 자회사에 대해 자회사의 회계장부에 대해 열람청구를 한 것이 아니었다. 나아가 모회사의 회계상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요할 경우 그것도 모회사가 이를 보관하고 있을 경우에만 모회사의 주주에게 이에 대한 접근권을 인정하겠다는 것이다. 이 정도라면 정보접근의 가능성은 거의 없다고 보아도 좋을 정도로 제한적이고 한정적이다.

(2) 입법론적인 개선점 : 다중대표소송제도가 활성화되려면 최소한 자회

108) 천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, BFL 제 59 호(2013. 5.), pp. 6~22, 특히 p. 16.

사 회계장부에 대한 모회사 주주의 열람권이 충분히 보장되어야 할 것이다. 그러나 이를 이번 다중대표소송의 성문화 때처럼 단순모자관계를 전제로 하여 모회사 주주에게 자회사의 회계장부에 대해 제한없는 접근권을 부여하는 것은 용이하지 않을 것이다. 향후 입법적으로 또 다시 고민하여야 할 사항이다.

2. 권리남용적 제소에 대한 대응조항의 신설필요성

다중대표소송 뿐만 아니라 단순대표소송 등 대표소송제도 자체가 원고 승소시에도 피고 이사는 (자)회사에 손해를 배상할 뿐이어서 원고 주주는 소송결과에 대해 직접적인 수혜자가 되기 어렵다. 이를 근거로 대표소송은 남용되기 어렵다고 생각할 수도 있다. 그러나 바로 거기에 큰 함정이 있다. 대표소송의 그러한 성격 때문에 남소의 유인은 오히려 더 커진다고 할 수도 있다. 적지 않은 사례에서 원고 주주는 대표소송의 승소를 최종목표로 삼지 않았으며 오히려 다른 요구를 관철하기 위한 방편으로 이를 이용하였다. 미국에서 나타난 적지 않은 사례들이 이를 대변한다.¹⁰⁹⁾ 나아가 위에서 본 각국의 대응도 이를 증명한다.

상법이 이번에 도입한 성문규정의 틀 안에서는 남소에 대한 효율적 방어는 이루어지기 어려워 보인다. 물론 현재의 문언으로도 피고인 이사는 원고의 악의를 소명하여 법원에 담보의 제공을 명하도록 요구할 수 있고(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 동법 제 176 조 제 3 항 및 제 4 항), 회사의 권리를 사해할 목적으로 소가 제기된 경우에는 재심의 소가 가능하다(상법 제 406 조의 2 제 3 항 ; 동법 제 403 조 제 6 항). 그러나 전자의 경우 원고 주주의 주관적 악의는 이를 증명하기가 쉽지 않으며, 후자는 원·피고 등 소송당사자의 공모를 전제로 하므로 권리남용적 제소에 대한 효율적 대응이 되기 어

109) 특히 미국의 경우 주주대표소송이나 집단소송이 제기되는 경우 이를 결산서류 등에 공시하는 것이 일반이며 따라서 피소될 경우 회사로서는 신경이 곤두설 수 밖에 없을 것이다. 자칫 투자자들에게 부정적 인식이 확산될 가능성이 크며 따라서 회사로서는 다중대표소송이 제기되는 경우에도 매우 민감하게 반응할 것이다.

럽다.

위에서도 보았듯이 독일 주식법에서처럼 제소허가를 얻기 위하여는 신청인으로 하여금 “대표소송의 수행이 회사의 이익을 해하지 않을 것”임을 밝히게 한다든지¹¹⁰⁾ 일본 회사법에서처럼 다중대표소송이 “주주 혹은 제 3자의 부정한 이익을 도모하거나 자회사 혹은 모회사에 손해를 가할 목적으로 제기되는 경우¹¹¹⁾” 혹은 “책임의 원인된 사실로 모회사에 손해가 발생하지 않은 경우¹¹²⁾”에는 모회사 주주의 제소권 자체를 허용하지 않는 방향으로 보완할 필요가 있을 것이다.

아니면 영연방 제국이나 독일에서처럼 아예 처음부터 일정 요건하에 확정적인 소권을 원고 주주에게 부여할 것이 아니라 제소허가신청제도를 두어 원고의 소제기가 가져올 효용과 비효용을 종합적으로 형량하는 보다 거시적인 해결책도 생각해 볼 필요가 있다. 법정책적으로는 오히려 이러한 제소허가신청제도가 확정소권을 부여하는 제도보다 우수함은 전술한 바 대로이다.

3. 이유부 서면통지의 필요성

모회사 주주가 자회사에 대해 피고 이사에 대한 책임추궁의 소를 제기하도록 요구할 경우 해당 요청을 받은 자회사가 이러한 청구에 응하지 않을 경우 자회사가 모회사 주주에게 이유를 부기한 서면으로 그 뜻을 알려야 하는지 의문이다. 이번에 입법된 내용만으로는 그러한 것을 의무화하기는 어려워 보인다. 일본 회사법은 모회사 주주의 제소청구를 받고도 60일내에 제소하지 않은 자회사에 대해서는 제소청구주주에 대하여 서면으로 그 이유를 알리도록 요구한다(동법 제 847 조의 3 제 8 항). 향후 우리 상법의 입법론으로도 고려의 여지가 있다.

110) 독일 주식법 제 148 조.

111) 일본 회사법 제 847 조의 3 제 1 항 단서 제 1 호.

112) 일본 회사법 제 847 조의 3 제 1 항 단서 제 2 호.

4. 자회사 이사의 책임면제 또는 책임감경에 대한 모회사 주주의 동의권

일본 회사법은 자회사 이사의 책임을 자회사 주주들이 면제하는 경우 자회사 주주뿐만 아니라 모회사 주주 전원의 동의가 필요하다고 규정한다(동법 제 847 조의 3 제 10 항). 자회사 주주들이 자회사 이사진을 상대로 한 단순대표소송 대신 피고 이사의 책임을 면제하거나 책임을 감경할 경우 모회사 주주가 원하는 이중대표소송은 소송의 목적을 잃게 될 것이다. 이러한 현상은 다중대표소송제를 허용한 입법취지를 몰각시키므로¹¹³⁾ 어떠한 형태로든 이를 제한하거나 수정할 필요가 있게 된다.¹¹⁴⁾ 물론 일본 회사법은 완전모자관계를 전제로 다중대표소송제를 시행하므로 우리 상법상의 다중대표소송제와 사정이 같다고 할 수는 없겠지만 우리 상법하에서도 같은 문제가 발생한다고 볼 수 밖에 없다. 단순모자관계나 완전모자관계나 이중대표소송의 목적인 자회사의 청구권이 자회사 주주들에 의하여 소멸하거나 축소하는 면에서는 아무런 차이가 없기 때문이다. 우리 상법상으로는 단순모자관계를 전제로 이 제도를 시행하므로 일본에서보다 오히려 더 문제는 심각해 질 수 있다.

자회사에는 모회사 이외에도 다수의 소수주주들이 있을 수 있고 그들이 만장일치로 상법 제 400 조 제 1 항상의 면책결의를 하거나 상법 제 400 조 제 2 항상의 책임감경결의를 할 경우 모회사 주주는 어떻게 대처해야 하는가? 이를 그대로 받아 들여야 하나? 아니면 일본 회사법에서처럼 일정한 통제권을 행사해야 하나? 2020년에 새로이 만들어진 상법상의 다중대표소송제도는 이에 대해 명확한 답을 주지 않는다.

자회사 이사의 임무해태나 법령위반 등이 있을 경우 자회사에는 직접손해가 발생하지만 모회사에는 간접손해가 발생한다. 만약 자회사 주주들이 모회사 주주들의 동의없이 책임면제결의를 해버리면 자회사의 직접손해나 모회사의 간접손해는 모두 회복불가의 상태로 고착화되고 만다. 이러한 상

113) 伊藤眞/伊藤塾, 『伊藤眞の全條解説 會社法』, 2016年, 弘文堂, [§ 847-3] 1223頁.

114) 畠田公明, 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年, 236頁.

황을 고려하건데 모회사 주주에게도 일정 요건하에 동의권을 부여하여야 한다. 다른 대안이 없을 것이다. 마치 독일 연방대법원의 홀츠뮐러(Holzmüller)사건에서처럼 모회사 주주들에게 “불문(不文)의 권한”을 인정하는 것이 바람직하다.¹¹⁵⁾ 자회사의 피고에 대한 손해배상청구권을 자회사 주주들의 자의적 결정으로 면제하거나 감경할 경우 모회사 주주들은 보호되지 않으며 새로이 도입한 상법 제 406 조의 2의 입법취지는 유지되지 않을 것이다. 이러한 상황을 감안할 때 이번에 도입한 상법 제 406 조의 2에 일본 회사법 제 847조의 3 제 10 항 유사의 규정을 추가하는 것이 바람직하다고 생각한다.

5. 다른 물적회사에 대한 준용가능성

상법은 주식회사 뿐만 아니라 물적회사 모두에 대해 대표소송을 허용하고 있다. 즉 주식회사 뿐만 아니라 유한회사나 유한책임회사에 대해서도 대표소송을 허용한다(상법 제 565 조 ; 상법 제 287조의 22). 주식회사에 대해 단순대표소송 뿐만 아니라 다중대표소송도 허용한다면 주식회사 이외의 물적회사에 대해서도 그러한 가능성을 생각해 볼 필요가 있다. 최소한 이번에 입법한 상법 제 406 조의 2를 이들 법형태에 대해서도 준용할 수 있는지 한번쯤 생각해 볼 필요가 있다. 유한회사가 기업집단의 최정상에 놓일 수도 있고 유한책임회사가 그러한 위치에 놓일 수도 있기 때문이다. 가능성은 다양하다고 할 수 있다. 유한회사가 다른 유한회사의 지분 과반수를 가짐으로써 기업집단을 형성할 수도 있고 유한회사가 주식회사의 과반수 주식을 가짐으로써 기업집단을 형성할 수도 있을 것이다.¹¹⁶⁾ 이러한 다양한 가능성에 대비하여 해당 규정들을 정비하는 것도 향후의 과제로 조심스럽게 생각해 볼 필요가 있을 것이다.¹¹⁷⁾

115) BGHZ 83, 122 f. ; 이 사건에 대한 보다 자세한 설명은 김정호, 회사법, 제 6 판, 2020년, pp. 67.

116) Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnrn. 75 ff.

117) 가장 간단한 방법은 위 해당 법형태의 대표소송 관련 규정에 상법 제 406 조의 2를

V. 글을 맺으며

이상 우리는 2020년 12월 상법전에 새로이 도입된 다중대표소송제도를 개관하였다. 개정 법률은 공포 즉시 시행에 들어가¹¹⁸⁾ 이제 우리나라에서는 언제든 다중대표소송이 제기될 수 있는 상황이다. 도입여부를 두고 적지 않은 논의가 있었지만 정작 상법에 성문화된 이후에도 해석학적으로 다루어질 만한 것들도 있고 명확하지 않은 부분도 많다.

다중대표소송제도는 법이론(法理論)의 보고(寶庫)이다. 법인격의 한계, 실체권과 소권의 분리, 그리고 이를 정당화하는 각종 지배구조의 문제점, 기업집단법 등 회사법의 핵심 논점들이 함께 작용한다. 나아가 소송법적으로도 소송참가, 소송고지, 소송비용 및 당사자의 처분권 등 적지 않은 문제점들을 잉태한다. 법일반(法一般)으로 보아도 신의성실의 원칙이나 권리남용 금지의 원칙 등 사법의 일반조항들이 근거에 포진한다. 단순대표소송의 경우에는 소수주주의 권리로서 이론적으로도 단출하지만 다중대표소송의 경우에는 결이 다르다.¹¹⁹⁾ 위의 여러 문제점들이 함께 작용하면서 다양한 시각을 만들어내고 다양한 결과를 생산하며 국제적으로도 서로 비교해 볼 만한 적지 않은 불거리를 제공한다. 나아가 각 나라가 이런 문제들을 어떻게 처리하는가는 각 나라 법률문화의 수준을 가늠해 볼 수 있는 좋은 도구가 되기도 한다.

나아가 이 제도는 오늘날 국제적으로는 서로 동화되어 가는 양상을 보이고 있다. 특히 전세계적으로는 완전모자관계를 전제로 원고적격을 인정하는 성문법과 판례법이 보편적으로 구축되어 있음을 주목하여야 한다. 따라서 이러한 큰 흐름을 국내의 판례법도 외면하지 않는 자세가 필요하다. 나아가 이 제도의

준용대상에 포함시키는 것이다. 즉 상법 제 565 조 및 상법 제 287 조의 22 각 제 2 항에 있는 “제 406 조”를 “제406조의 2”로 바꾸거나 아니면 “제406 조의 2”를 제 2 항에 새로이 추가하면 될 것이다.

118) 2020년 12월의 상법개정법률(법률 제 17764 호)은 공포일로부터 바로 시행에 들어가 2020년 12월 29일부터 시행되었다.

119) 양자간의 구별점에 대해서는 줄고, “다중대표소송의 발전방향에 대한 연구”, 『商事法研究』, 제33권 제4호 (2015), pp. 43~44.

도입과 함께 국내 기업집단의 소유구조나 지배구조에 대해서도 되돌아보는 기회를 가져야 할 것이다. 전세계 대부분의 문명국가에서 완전모자관계를 전제로 기업집단을 형성하는 점에 비추어 기업집단법에 관한 국내법의 상황도 함께 검토할 필요가 있으며 지주회사의 성립요건에 대해서도 다시 살펴볼 기회를 가져야 한다.

끝으로 다중대표소송을 둘러싼 세계의 법제는 유럽식의 사전심사형과 미국·일본식의 확정소권형으로 양분되어 있고, 상법이 2020년말에 도입한 것은 후자였다. 남소를 막고 기업집단내의 이해조절에 보다 충실한 사전심사형으로 전환하는 것도 생각해볼 여지는 있을 것이다. 장기적인 법정정책적 시각에서 그러한 방향설정도 필요하다고 생각된다. 다중대표소송제도가 우리나라의 회사소송문화에 매끄럽게 안착할 수 있도록 힘과 지혜를 모아야 할 때다.

2020년 개정 상법상의 다중대표소송 - 해석론과 문제점- - 김 정 호	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.02.03.	2021.02.22.	2021.03.18.

[참고문헌]

- 강현중, 『민사소송법강의』, 박영사, 2013년.
- 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토”, 『商事法研究』, 제39권 제3호, pp. 1~25.
- 김건식, “자회사에 대한 모회사의 책임관계”, 『亞洲法學』, 제7권 제3호(2013), pp. 247~277.
- 김경일, “일본에서의 다중대표소송 제도의 쟁점에 대한 논의와 그 시사점”, 『상사법연구』, 제37권 제1호(2018), pp. 243~272.
- 김제남, “주주명부상 주주와 실질주주가 다를 경우 발생하는 회사법상 쟁점 - 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 『BFL』, 제89호(2018. 5.), pp. 112~135.
- 김정호, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 『商事法研究』, 제33권 제4호(2015. 2.), pp. 9~56.
- 김정호, “다중대표소송의 도입방안에 대한 연구”, 『經營法律』, 제23집, 제4호, (2013. 7.), pp. 209~254.
- 南基潤, 『類型論의 方法論과 會社法の 新理論』, 學友出版社, 1999년.
- 노혁준, “주주명의와 실질의 불일치 - 주주권 귀속 및 행사법리의 변천 -”, 『BFL』, 제100호(2020. 3.), pp. 21~41.
- 송옥렬, “기업지배구조관련 상법개정안의 검토”, 『經營法律』, 제31집 제1호, pp. 55~103.
- 신영수/곽관훈/황태희, “외국의 지주회사 현황·제도 등의 운영실태 및 변화양상에 대한 분석”, 경북대 산학협력단, 공정거래위원회 정책연구용역 최종보고서(2018. 9. 14.), (발간등록번호 11-1130000-000407-01)
- 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 『상사판례연구』, 제19권 제4호, (2006), pp. 121~153.
- 이승규·이승환·장문일, “2020년 개정 상법의 분석 1 : 다중대표소송과 소수주주권”, 『BFL』, 제106호(2021. 3.), pp. 6~24.
- 임홍근, 『한국상법전 50년사』, 법문사, 2013년.
- 鄭東潤, 『閉鎖會社の 法理』, 법문사, 1982년.
- 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009년.
- 천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, 『BFL』, 제 59 호(2013. 5.), pp. 6~22.
- 최승재, “유지청구와 대표소송”, 『주식회사법대계 (II)』, 제 3 판, 법문사, 2019년, 1067~1069면.
- 현승중 저/조규창 증보, 『로마법』, 법문사, 1996년.

American Law Institute, *Principles of Corporate Governance - Analysis and Recommendations* -, Vol. 1, Parts I-VI, (§§ 1.01-6.02), American Law Institute Publishers, St. Paul, MN, 1994.

American Law Institute, *Principles of Corporate Governance - Analysis and Recommendations* -, Vol. 2, Part VII, (§§ 7.01-7.25), American Law Institute Publishers, St. Paul, MN, 1994.

Brezing “Gedanken zur internationalen Konzernumlage - Besprechung des BGH-Urteils

- vom 5. 6. 1975 - II ZR 23/74", AG 1976, S. 5~10.
- Choper-Coffee-Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, 7th ed., Wolters Kluwer, 2008.
- Davies/Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 10th ed., Sweet & Maxwell, London, 2016.
- Emmerich, "Anmerkung zum "ITT"-Urteil", JuS (Juristische Schulung) 1976, 54.
- Jessup (Stuart), "Derivative Actions in the Name of Bermudian Companies: When is Judicial Leave Required?", <<https://www.globalbankingandfinance.com>>
- Koller/Roth/Morck, *HGB Kommentar*, 5. Aufl., Beck, München, 2005.
- Lutter/Hommelhoff, *GmbH-Gesetz*, 20. Aufl., Otto Schmidt, Cologne, 2020.
- Painter, Notes, "Suites by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary", [1951] 64 Harvard Law Review 1313, p. 1318.
- Schilling, "GmbH-Konzernrecht : Haftung des Mehrheitsgesellschafters für sorgfaltswidrige Weisungen an die Geschäftsführung", BB 1975, 1450~1452
- Schmidt (Karsten), *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln·Berlin·Bonn·München, 1997.
- Ulmer (Peter), "Anmerkung zum "ITT"-Urteil", NJW 1976, 191.
- Ulmer (Peter), *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Systematischer Kommentar der §§ 705 - 740 BGB*, Beck, München, 1980.
- Westermann, "GmbH-Konzernrecht kraft richterlicher Rechtsfortbildung? Besprechung des Urteils des BGH v. 5. 6. 1975 - II ZR 23/74", GmbH-Rundschau, 1976, 77~80.
- Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Bd. II, Beck, München, 2004.
- Wiedemann, "Die Bedeutung der ITT Entscheidung", JZ 1976, 392.
- Worthington (Sarah), *Sealy & Worthington's Text, Cases & Materials in Company Law*, 11th ed., Oxford University Press, 2016.
- 江頭憲治郎, 『株式會社法』, 第7版, 有斐閣, 2017年.
- 江頭憲治郎 監修, 『會社法·關連法令條文集』, 第2版, 有斐閣, 2015年.
- 神田秀樹, 『會社法』, 第 21 版, 弘文堂, 2019年.
- 畠田公明, 『企業グループの經營と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019年.
- 發知敏雄/箱田順哉/大谷隼夫, 『持株會社の實務 — ホールディングカンパニーの經營·法務·稅務·會計』, 第 7 版, 東洋經濟新報社, 2016年.
- 伊藤眞/伊藤塾, 『伊藤眞の全條解説 會社法』, 2016年, 弘文堂.
- 森·濱田松本 法律事務所, 菊地 伸/石井 裕介, 『會社法 改正法案の解説と企業の實務對應』, 清文社, 1994年.

【국문초록】

2020년 12월 상법에 다중대표소송제도가 도입되었다. 본고에서는 이와 관련한 해석론적 접근을 시도하였고 시행상의 문제점을 지적하였으며 및 향후 입법론적으로 고려해야 할 점에 대해 언급하였다.

우선 필자는 이번에 도입된 한국식 다중대표소송제는 다른 나라의 그것과 여러 모로 달라 제도시행상 주의가 필요하다고 지적하고 있다. 우선 미국식 다중대표소송제의 경우 법인격부인론이나 공동지배이론 등 이론적 필터링이 이루어지지만 상법이 도입한 그것은 그런 류의 요소를 고려하지 않고 있어 모회사와 자회사간 법인격의 독립을 극복하기 어렵다. 나아가 일본 회사법이 2014년 도입한 다중대표소송제는 완전모자관계를 전제로 하므로 단순모자관계를 전제로 하는 한국식과는 거리가 있다. 끝으로 영연방 제국이나 독일이 도입한 대표소송제는 일정 요건하에 확정된 소권을 모회사 주주에게 부여하는 것이 아니라 제소허가신청권만 부여하므로 역시 상법상의 제도와는 거리가 있다. 이러한 점을 고려하여 필자는 제도시행상의 신중을 주장하고 있다.

나아가 필자는 제소요건 등 이 제도를 전반적으로 소개하고 난 후 그 시행에 있어 예견되는 몇가지 특수한 문제점을 지적하고 있다. 대표소권의 종속성의 측면에서 자회사 주주들의 단순대표소송제기권에 대해 모회사 주주의 이중대표소권은 우선적 지위를 인정받을 수 없다고 주장한다. 나아가 국제적으로 널리 시행되고 있는 콘체른 대위소권제와 유사하게 한국 상법도 소송유형은 다양화할 수 있을 것으로 예견한다.

필자는 2020년 상법이 도입한 다중대표소송제를 보완하는 차원에서 향후의 개정시 입법론적으로 고려해 볼 만한 내용을 적시하고 있다. 권리남용적 제소에 대한 대응조항의 신설문제, 제소전 절차에서 책임추궁을 하지 않은 회사에 대해 이유부 서면통지를 의무화하는 문제, 모회사 주주의 자회사에 대한 회계장부열람권의 부여 문제 나아가 자회사 이사의 책임면제 또는 책임감경에 대한 모회사 주주의 동의권 문제 등을 지적하고 있다. 끝으로 법정책적 시각에서 장기적으로는 영연방이나 독일식의 사전심사형도 고려해 볼 수 있다고 제언한다.

【Abstract】

The Newly Codified Multiple Derivative Action
in Korean Commercial Code 2020

- Key Issues of Interpretation and some Problems for its
Implementation -

Jeong Ho Kim

(Professor, Korea University Law School)

It took a long and winding road for the Korean Commercial Code to have a statutory multiple derivative action. In the end it introduced the institute after a long lasting discussion and a war-like confrontation throughout the country.

At first the author points out in this article the difference between the newly codified multiple derivative action in Korean Commercial Code and the comparable institutions from other jurisdictions worldwide. The U.S. case law on the double derivative suit tries to justify the derivation of the right to sue (= actio), employing various theoretical tools out of piercing corporate veil, common control theory and theory of fiduciary relationship etc. The Japanese Company Act 2006 gives the right to sue only minority shareholders of the company staying at the summit of a corporate group. The Companies Act of U.K. and the other statutes out of British Common Wealth give the minority shareholders only the right to apply the leave (or the permission) at the incumbent court, not the right to sue justified solely by the statutory requirements.

The author tries furthermore to explain the requirements for the institute, e.g. the standing, the range of defendant companies, the requirement of written demand, the subsidiarity principle relating to the derivative action and the demand futility etc.

At last the author presents the future of the multiple derivative action in Korea. He presents the possible *de lege ferenda* to be introduced in Korean Commercial Code, like the provision against the abusive institution of derivative suit and the provision permitting the information right for the minority shareholders of parent company to have financial statements of its subsidiary etc.

주제어(Keyword) : 다중대표소송(Multiple Derivative Action), 대위소권의 종속성 (Subsidiarity Principle of a Derivative Action), 확정소권형(Prearranged Derivation of Actio), 사전심사형(Leave, Permission), 하향제소(Instituting a Downward Lawsuit), 상향제소(Instituting an Upward Lawsuit), 하향·상향제소(Instituting a Down- and Upward Lawsuit), 권리남용적 제소(Vexatious and Abusive Institution of a Derivative Suit), 동시보유의 원칙(Contemporaneous Shareownership), 계속보유의 원칙 (Continuous Shareownership), 콘체른 대위소권제(Actio Pro Concerno), 제소허가신청 제도(Klagezulassungsverfahren)

규범 간 충돌에 대한 형법적 고찰

- 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결 -

이 중 수*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|---|
| I. 들어가며 | 1. 공직선거법과 최저임금법의
규범 간 충돌 |
| II. 대상판결 | 2. 형벌법규의 위헌·위법 판단 및
형벌법규 개정의 형사법적 효과 |
| 1. 사실관계 | 3. 小結 - 규범 간 충돌의 범죄
체계론적 의미 |
| 2. 판시내용 | V. 규범 간 충돌의 형사법적 해결
방안 |
| III. 선거사무관계자에 대한 수당
및 실비 제한의 내용 및 취지 | 1. 위법성조각사유로서의 이론
구성에 대한 검토 |
| 1. 공직선거법상 매수 및 이해
유도죄의 규정 체계 및 보호
법익 | 2. '의무충돌'로서의 이론구성
에 대한 검토 |
| 2. 선거사무관계자에 대한 수당
및 실비 지급 제한의 연혁 및
입법례 | 3. '법률의 착오'로의 이론구성
에 대한 검토 |
| 3. 선거사무관계자에 대한 이익
제공금지 위반죄의 내용 및
판례의 경향 | 4. 小結 - '기대가능성'으로의
구성 |
| IV. 공직선거법과 최저임금법 간
규범 충돌의 형법적 의미 | VI. 마치며 |

* 법무법인(유한) 세종 변호사.

I. 들어가며

지난 2019년말부터 계속되고 있는 코로나 사태¹⁾로 인하여 세계시민들은 거주·이전의 자유²⁾, 집회·결사의 자유³⁾ 등 다양한 기본권을 포괄적으로 제한받고 있다. 다만, 이와 같은 비상사태⁴⁾에 있어서도 우리나라를 비롯한 일부 국가에서는 시민들의 대표자를 선출하기 위한 선거를 그대로 시행하였는데,⁵⁾ 그만큼 선거는 한 나라의 민주주의를 지탱하는 기둥이자 시민들

-
- 1) 세계보건기구(WHO)는 2020. 3. 11. 신종 코로나바이러스감염증에 대하여 전염병 경보 단계 중 최고 위험등급에 해당하는 ‘팬더믹(Pandemic)’ 선언을 하였다 (<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>; 2021. 1. 19. 최종방문).
 - 2) 2020. 11. 기준 외국인관광객의 경우 전년 동월(1,456,429명) 대비 95.8% 감소한 61,764명이 입국하였고, 내국인 해외관광객의 경우 전년 동월(2,090,192명) 대비 96.6% 감소한 70,686명이 출국한 것으로 나타났다(한국관광공사 2020년 11월 한국관광통계 자료; <http://kto.visitkorea.or.kr/kor/notice/data/status/profit/board/view.kto?id=442809&isNotice=false&instanceId=294&rnum=2>; 2021. 1. 19. 최종방문).
 - 3) 서울 등 수도권에서는 2020. 12. 23부터 2021. 1. 31.까지 5인 이상 사적모임을 금지하는 조치를 시행하였는데, 이에 따라 교회 예배나 결혼식, 장례식은 물론 동창회, 송년회, 신년회, 직장 회식 등 일상적인 모임마저 제한되게 되었다(서울특별시 홈페이지 <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/526865>); 2021. 1. 19. 최종방문).
 - 4) 미국의 트럼프 前대통령은 2020. 2. 13. 코로나 확산에 따른 국가비상사태를 선포하는 한편, 연방재난관리처(FEMA)로 하여금 400억 달러를 상회하는 재난기금을 활용하여 지방정부에 코로나 검사 및 의료시설에 대한 자금을 지원하도록 하였다(백악관 홈페이지 “Letter from President Donald J. Trump on Emergency Determination Under the Stafford Act”(<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/letter-president-donald-j-trump-emergency-determination-stafford-act/>); 2021. 1. 19. 최종방문). 일본은 과거 제국헌법 제14조에서 계엄대권, 제31조에서 비상대권을 규정하였지만, 제2차 세계대전 이후 전쟁에 대한 반성으로 헌법에서 국가긴급권에 대한 규정을 삭제하였다. 그 후 2012년 신종플루에 대응하기 위하여 ‘신종플루 등 대책특별조치법’을 제정하였는데, 코로나 사태에 따라 2020. 3. 14. 신종 코로나바이러스 감염증을 ‘신종플루 등’으로 간주하는 내용의 개정을 하였다. 일본에서는 이번 코로나 사태와 관련하여 2020. 4. 7. 및 2021. 1. 7. 두 차례에 걸쳐 위 법률에 근거한 긴급사태를 선포하였다. 일본의 이번 비상사태와 관련한 자세한 내용은 내각관방 신종 코로나바이러스 대책추진실 (<https://corona.go.jp/emergency/>; 2021. 1. 19. 최종방문) 참고.
 - 5) 2020. 4. 15. 제21대 국회의원 선거를 치른 우리나라 이외에도, 미국은 하루 확진자 10만 명을 초과하던 2020. 11. 제59대 대통령선거를 치렀으며, 프랑스는 2020. 6., 이스라엘은 2020. 3. 각각 지방선거를 치렀다. 다만, 영국 등 세계 40개국 이상은 코로나

의 자유와 권리를 보장하는 핵심적인 제도라고 할 수 있다.

시민들은 선거 과정에서 자유롭게 의사를 표현할 수 있고, 후보자들은 그 과정에서 선거운동은 물론 당선을 위한 각종 비용을 지출할 수 있다.⁶⁾ 이와 관련하여 공직선거법은 선거운동의 주체, 기간, 행위 등은 물론 선거비용에 대한 각종 제한을 하고 있으며, 그러한 제한규정을 위반한 경우에 대하여 다양한 벌칙규정을 마련하고 있다.⁷⁾

공직선거법상 선거비용에 대한 규제는 크게 (i) 기부행위에 대한 규제⁸⁾와, (ii) 매수 및 이해유도에 대한 제한으로 나눌 수 있다. 먼저, 공직선거법은 “당해 선거구 안에 있는 자나 기관·단체·시설 및 선거구민의 모임이나 행사 또는 당해 선거구의 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자나 기관·단체·시설에 대하여 금전·물품 기타 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위”⁹⁾로서 기부행위를 일체 금지하면서 제112조 제2항 각호를 통하여 기부행위로 보지 않는 여러 가지 유형을 마련해 두고 있다.¹⁰⁾

아울러, 공직선거법은 제135조 제3항에서 선거사무관계자에 대하여는 공직선거법에 규정된 수당이나 실비 이외에 일체의 비용 지급 내지 보상을 금지하고 있다. 그리고 그 수당이나 실비의 구체적인 내용에 대하여는 중앙

사태로 인하여 선거를 연기하였다. 코로나 사태로 인한 각국의 선거 상황에 대하여는 Todd Landman/Luca Di Gennaro Splendore, “*Pandemic democracy: elections and COVID-19*”, JOURNAL OF RISK RESEARCH, 23/7-8, 2020, pp.1060~1066 참고.

- 6) 미국 연방대법원은 1978년 선거비용 지출을 제한하는 연방선거운동법이 연방수정헌법 제1조 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다(Buckley v. Valeo, 424 US 1 (1976)). 이후 연방대법원은 개인의 정치적 기부에 대한 총 한도를 제한하는 것 역시 위헌이라고 보았다(McCutcheon v. Federeal Election Commission).
- 7) 공직선거법은 선거운동의 자유를 인정하면서도 각종 제한 규정을 마련한 결과, 원칙과 예외가 뒤바뀌었다는 지적으로는 성낙인, 헌법학, 법문사, 2019, 202면.
- 8) 공직선거법상 기부행위제한과 관련된 자세한 내용은 이종수, “공직선거법상 ‘기부행위’와 그 예외로서 조례에 근거한 ‘직무상 행위’의 해석”, 「고려법학」 제93호, 고려대학교 법학연구원, 2019, 304면 이하 참고.
- 9) 공직선거법 제112조 제1항.
- 10) 공직선거법 제112조 제2항 각호에 해당하는 경우 문제가 된 행위는 위법성이 조각되는 것이 아니라, 구성요건해당성이 배제된다고 보아야 할 것이다(이종수, 앞의 논문, 310면).

선거관리위원회에서 정하도록 하고 있는데, 이에 따라 제정된 공직선거관리규칙은 제59조 제1항 제3호에서 선거사무관계자에 대하여는 5만 원(회계책임자) 또는 3만 원(선거사무원) 이내의 수당만을 지급할 수 있도록 규정하고 있다.¹¹⁾ 공직선거법상 선거사무관계자에 대한 수당 지급에 관한 제한 규정을 정리하면 아래 표와 같다.

〈표 1〉 선거사무관계자에 대한 수당 지급에 관련된 공직선거법상 벌칙규정¹²⁾

공직선거법
<p>제230조(매수및이해유도죄)</p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>4. 제135조 제3항의 규정에 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 <u>선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자</u></p>
<p>제135조(선거사무관계자에 대한수당과실비보상)</p> <p>① 선거사무장·선거연락소장·선거사무원·활동보조인 및 회계책임자에 대하여는 수당과 실비를 지급할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 수당과 실비의 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한다.</p> <p>③ <u>이 법의 규정에 의하여 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는</u> 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 명목여하를 불문하고 누구든지 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공의 약속·지시·권유·알선·요구 또는 수령할 수 없다.</p>

11) 대통령선거 등의 선거사무장에 대하여는 7만 원 이내의 수당이 적용되나(공직선거관리규칙 제59조 제1항 제1호, 제2호), 본건과는 관련이 없으므로 생략한다.

12) 이하 밑줄은 필자.

공직선거관리규칙

제59조(선거사무관계자에 대한수당과실비보상)

① 법 제135조 제2항에 따른 선거사무장·선거연락소장 및 선거사무원·활동보조인의 수당과 실비의 종류와 금액은 다음 각 호와 같이 하되, 회계책임자의 수당과 실비는 해당 회계책임자가 소속된 선거사무소 또는 선거연락소의 선거사무장 또는 선거연락소장의 수당·실비와 같은 금액으로 하고, 같은 사람이 회계책임자·선거사무장·선거연락소장 또는 선거사무원·활동보조인을 함께 맡은 때에는 다음 각 호의 금액 중 많은 금액으로 한다.

3. 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거의 선거사무장, 대통령선거 및 시·도지사선거의 구·시·군선거연락소장은 5만 원 이내의 수당과 「공무원여비규정」 별표2의 제2호에 해당하는 실비
5. 선거사무원·활동보조인은 3만 원 이내의 수당과 「공무원여비규정」 별표 2의 제2호에 해당하는 실비

그런데, 공직선거관리규칙 제59조 제1항 제3호, 제5호는 1994년 제정 이래 단 한 차례도 개정되지 않은 반면, 2013년 4,860원이던 최저임금은 2019년 8,350원, 2020년에는 8,590원으로 상승한 결과, 3만 원의 수당이 적용되는 선거사무원의 경우 하루 4시간만 선거운동을 하더라도 최저임금에 미치지 못하는 수당만을 지급하여야 하는 상황이 발생하게 되었다. 이에 따라 후보자로서는 선거사무관계자에게 최저임금법에 상응하는 수당을 지급할 경우 공직선거법에 위반하게 되고, 공직선거법에 따른 수당만을 지급할 경우 최저임금법에 위반하게 되는 모순적 상황에 놓이게 되는데, 이와 같은 규범이 충돌하는 지점에서 형법은 어떻게 적용될 수 있는지가 문제된다.

대상판결에서 피고인은 선거사무관계자들에게 공직선거법에서 정한 수당 이외에 50만 원씩 추가로 지급하였는데, 위와 같은 금원 지급이 공직선거법에 위반하였다고 하더라도 결과적으로 최저임금법에 따른 수당을 지급

한 이상 공직선거법 위반에 따른 형사책임을 부담하는 것은 부당하다고 주장하였다. 그러나, 대상판결은 법률해석의 문제로 접근하여 이 사건과 같이 선거운동과 관련하여 수당 또는 실비를 보상하는 경우에 최저임금법이 적용되지 않는다고 보았다.¹³⁾

II. 대상판결

1. 사실관계

피고인은 2018. 6. 13. 실시된 제7회 전국동시지방선거에서 A군수로 당선된 사람으로, 2018. 5. 31.경부터 같은 해 6. 12.경까지 A군에 설치된 선거사무소에서 선거운동을 해 오던 중 선거사무원들이 공직선거법에 규정된 수당 외에 추가로 수고비 등을 지급해 달라고 요구한다는 사실을 알게 되었다.

이에 피고인은 2018. 6. 12.경 평소 친분이 있는 B에게 이러한 사정을 이야기하였고, B는 현금 1,000만 원을 준비하여 피고인의 선거사무소로 온 다음, 2018. 6. 12. 19:00경 위 1,000만 원을 50만 원씩 20개의 봉투에 나누어 담은 후, 선거사무소에 있는 선거사무원 총 17명에게 위 50만 원이 들어간 봉투 1개씩 총 850만 원을 교부하였다.

피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 47.6%를 득표하여 A군 군수로 당선이 되었는데, 피고인과 좋지 않은 감정을 가지고 있던 선거캠프 관계자가 경찰에 피고인을 고발하면서 본격적으로 이 사건 수사가 개시되었다. 검찰은 피고인이 수사 과정에서 B 등에 대한 허위진술을 강요하였다는 등의 이유로 구속영장을 청구하였으나 기각되었고, 2018. 12. 7. 피고인이 B와 공모하여 공직선거법의 규정에 의하여 제공하는 수당·실비 기타 이익 제공의 범위를 초과하여 선거운동과 관련하여 금품을 제공하였다는 혐의로 불구속 기소를 하였다.

13) 이 판결에 대한 언론보도로는, “선거운동원 등 선거사무관계자 수당에는 최저임금법 적용 안돼’ 첫 판결”, 법률신문(2020. 1. 9.자).

피고인은 B와의 공모 혐의를 부인하였으나 제1심은 “2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호 간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동 실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다”라는 전제¹⁴⁾에 더하여 관련 증거를 종합할 때 선거사무관계자들에 대한 금품 제공에 있어 B와의 공모를 인정할 수 있다고 보아 징역 8월을 선고하였고,¹⁵⁾ 이에 대하여 피고인이 항소하였으나 항소 역시 기각되었다. 피고인은 B와의 공모에 대하여는 다투지 아니한 채 이 사건 공직선거법위반의 근거가 된 ‘법령의 무효’와 ‘법률의 착오’만을 이유로 상고하였다.

2. 판시내용

가. 원심(제2심) 판결 요지 - 서울고등법원 2019. 8. 28. 선고 (춘천)2019노115 판결

(1) 피고인은 이 사건 처벌의 근거가 되는 공직선거관리규칙 제59조 제1항 제3호 및 제5호가 (i) 모법인 공직선거법 제135조 제2항의 위임의 한계를 벗어났고, (ii) 강행규정인 최저임금법에 위반되며, (iii) 최저임금액 이상의 수당을 지급하도록 하는 공정선거지원단·사이버공정선거지원단¹⁶⁾과 비교할 때 헌법상 평등원칙에도 위반된다고 주장하였다.

그러나 항소심은 (i) 공직선거법 제135조 제2항에서 ‘중앙선거관리위원회’에서 정하도록 한 것은 중앙선거관리위원회의 ‘법규명령’으로 정하라는

14) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결; 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결.

15) 춘천지방법원 속초지원 2019. 5. 30. 선고 2018고합53 판결.

16) 공직선거법 제10조의2는 공정선거지원단, 제10조의3은 사이버공정선거지원단을 규정하면서 그 수당과 실비 등에 대하여는 중앙선거관리위원회의 규칙으로 정하도록 하고 있는데, 공직선거관리규칙 제2조의3은 “공정선거지원단원에게 예산의 범위에서 수당을 지급할 때에는 최저임금법 제10조에 따라 고시된 최저임금액 이상으로 지급”하도록 규정하고 있다.

의미로서, 공직선거관리규칙이 법규명령에 해당하는 이상 모법에서 정한 위임의 한계를 벗어났다고 보기 어렵고, (ii) 비록 선거사무원이 근로자에 해당하여 최저임금법의 적용대상이 된다고 하더라도 최저임금법과 공직선거법은 그 입법취지와 규율영역을 달리하고 있으므로, 최저임금법이 공직선거법보다 우위에 있다거나 최저임금법으로 인해 공직선거관리규칙 제59조 제1항 제3호, 제5호가 곧바로 무효가 된다고 보기 어려우며, (iii) 선거사무관계자와 공정선거관리단·사이버공정선거관리단은 그 업무의 내용이 다르기 때문에 차별취급에 합리적인 이유가 있다고 보아 피고인의 주장을 배척하였다.

(2) 아울러 피고인은 선거사무관계자에게 공직선거관리규칙이 정하는 수당만을 지급한다면 최저임금법위반으로 형사처벌될 수도 있는데, 이처럼 공직선거법과 최저임금법이 충돌하고 있는 상황에서 어느 한 법률을 준수하면 다른 법률에 의해 처벌받게 되므로, 피고인에게는 적법행위에 대한 기대가능성이 없어 책임이 조각된다고 주장하였다.

그러나, 항소심은 공직선거관리규칙 제59조 제1항 제3호, 제5호는 최저임금법에 위반하여 무효라고 보기 어려운 점, 피고인이 선거사무원 등에게 각 50만 원을 제공할 당시 최저임금법위반으로 고소·고발을 당하거나 수사를 받고 있었다거나 선거사무원들이 최저임금을 언급했던 것으로도 보지 않은 점 등을 근거로, 피고인에게 공직선거법 관련 규정을 위반하지 아니할 기대가능성이 없었다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

나. 대법원 판결 요지 - 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결

(1) 공직선거법 제230조 제1항, 제135조, 제62조 제1항, 제2항은 같은 법규정에 의하여 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목 여하를 불문하고 누구든지 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공의 약속·지시·권유·알선·요구 또는 수령하는 행위를 처벌의 대상으로 삼고 있는데, 공직선거법 제135조 제2항에 따르면 선거사무관계자에 대하여

수당과 실비를 지급할 수 있는 경우에도 그 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한 범위 내에서만 가능하다. 아울러, 이러한 규정들을 둔 이유는 선거운동과 관련하여 이익제공 행위를 허용하면 과도한 선거운동으로 금권 선거를 방지하기 힘들고, 선거운동원 등에게 이익이 제공되면 선거운동원들도 이익을 목적으로 선거운동을 하게 되어 과열선거운동이 행하여지고 궁극적으로는 공명선거를 행하기 어렵게 되기 때문인데, 위와 같은 공직선거법의 규정 및 취지 등에 비추어 보면, 공직선거법에서 선거운동과 관련하여 수당 또는 실비를 보상할 수 있는 경우에도 중앙선거관리위원회가 사회·경제적 상황에 따라 선거의 공정을 해하지 않는 범위 내에서 정한 종류와 금액이 적용되어야 하고, 입법 목적과 규율대상이 다른 최저임금법은 적용된다고 보기 어렵다.

(2) 형법 제16조는 일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정에 비추어 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다. 이때 ‘정당한 이유’는, 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 하는바, 피고인이 자신의 지적 능력을 다하여 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기 어렵다.

Ⅲ. 선거사무관계자에 대한 수당 및 실비 제한의 내용 및 취지

1. 공직선거법상 매수 및 이해유도죄의 규정 체계 및 보호법익

공직선거법은 기부행위에 대한 제한과 더불어 (i) 투표를 하게 하거나 하지 아니하게 하거나 당선되거나 되지 못하게 할 목적으로 선거사무관계자¹⁷⁾ 등에게 금전 기타 재산상 이익을 제공하거나 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속하는 행위(매수죄; 230조 제1항 제1호), (ii) 선거운동에 이용할 목적으로 각종 단체에 재산상 이익을 제공하거나 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속하는 행위(이해유도죄; 제230조 제1항 제2, 3호), (iii) 선거사무관계자에 대하여 공직선거법이 정하는 수당 내지 실비 이외의 금품 기타 재산상 이익을 제공하거나 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속하는 행위(선거사무관계자에 대한 이익제공금지; 제230조 제1항 제4호)와 같은 매수 및 이해유도죄를 규율하고 있다.

헌법재판소는 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제130조 제3항의 위헌성이 문제된 사건에서 선거사무관계자에 대한 수당 및 실비를 제한하는 것은 “깨끗하고 돈 안드는 선거를 구현하기 위하여 선거에 있어서의 부정 및 부패의 소지를 근원적으로 제거하고, 국민의 자유롭고 민주적인 의사표현과 선거의 공정성을 보장함으로써 새로운 선거문화의 정착과 참다운 민주정치의 실현을 도모하고자” 하는 목적에서 입법된 것으로서, 헌법상 죄형법정주의나 그로부터 파생된 명확성 원칙에 위배된다고 볼 수 없으며, 또한 위 규정이 일부 선거운동을 제한하는 측면이 있지만, 선거운동의 방법 전반을 전면적으로 제한하는 것이라고 볼 수 없고, 선거운동과 관련하여 금품 등 재산상 이익을 제공하는 경우에 한하여 부분적인 제한만을 하고 있을 뿐이므로 과잉금지의 원칙에도 위배된다고 볼 수 없다고 하였다.¹⁸⁾

17) 공직선거법은 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 활동보조인 및 회계책임자를 ‘선거사무관계자’로 보고 있다. 이하에서도 그 기준에 따라 위 관계자들을 ‘선거사무관계자’라고 한다.

18) 헌법재판소 2002. 4. 25.자 2001헌바26 결정.

아울러, 공직선거법 제135조 제2항이 선거사무관계자에게 지급할 수 있는 수당과 실비의 종류와 금액을 중앙선거관리위원회가 정하도록 한 것과 관련하여 헌법재판소는 “선거비용을 구성하는 항목인 구체적인 수당과 실비의 종류와 금액처럼 세부적이고 기술적·가변적 사항을 법률에서 구체적으로 규율하는 데에는 한계가 있고, 수당과 실비의 종류는 다양한 선거운동의 형태에 따라 달라질 수밖에 없으며, 수당과 실비의 금액은 불가수준을 고려하여야 하는데, 이에 대응하는 구체적인 종류와 금액을 법률로 정하기란 입법기술적으로 어렵기 때문에, 선거비용을 비롯한 선거사무에 관하여 전문성과 독립성을 갖추고 있고 탄력적이고 신속한 대응이 가능한 중앙선거관리위원회가 선거사무관계자에 대하여 지급할 수 있는 수당·실비의 종류와 금액의 구체적 내용을 정하도록 할 필요성이 인정된다”라고 보았다.¹⁹⁾

2. 선거사무관계자에 대한 수당 및 실비 지급 제한의 연혁 및 입법례

1963. 8. 6. 법률 제1384호로 개정된 대통령선거법, 1963. 8. 6. 법률 제1383호로 개정된 국회의원선거법, 1988. 5. 1. 법률 제4005호로 제정된 지방의회의원선거법, 1990. 12. 31. 법률 제4312호로 제정된 지방자치단체의장선거법은 모두 선거사무관계자에 대한 수당과 실비에 대하여 규정을 하고 있었다. 그러나, 국회는 1991년과 1992년 아래 표와 같이 대통령선거와 국회의원선거에 있어 금품선거를 방지하기 위하여 유급 선거운동원 제도를 폐지하였고, 선거운동은 자원봉사자에 의하여만 가능하도록 하는 내용으로 대통령선거법과 국회의원선거법을 개정하였다.

19) 헌법재판소 2015. 4. 30.자 2013헌바55 결정.

〈표 2〉 선거사무관계자에 대한 수당 지급을 폐지한 과거 공직선거법 규정²⁰⁾

대통령선거법		국회의원선거법	
개정 전 ²¹⁾	개정 후 ²²⁾	개정 전 ²³⁾	개정 후 ²⁴⁾
<p>제79조(정의·부담)</p> <p>① 다음 각호의 경비는 정당 또는 후보자가 부담한다.</p> <p>1. 선거사무소와 연락소의 임차료 또는 유지비</p> <p>2. 선거사무장·회계책임자·선거사무소와 연락소의 책임자·연설원 및 선거사무원의 <u>수당과 실비보상</u></p>	<p>제79조(정의·부담)</p> <p>① 다음 각호의 경비는 정당 또는 후보자가 부담한다.</p> <p>1. 선거사무소와 연락소의 임차료 또는 유지비</p> <p>2. 선거사무장·회계책임자·선거사무소와 연락소의 책임자·연설원 및 선거사무원의 <u>실비보상</u></p>	<p>제98조(선거사무관계자등에 대한 수당과실비보상)</p> <p>① 선거사무장·선거연락소의 책임자 및 선거사무원에 대하여는 <u>수당을 지급하는 이외에 실비를 보상할 수 없다.</u></p> <p>② 제1항의 <u>수당 및 실비보상</u>의 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한다.</p>	<p>제98조(선거사무관계자등에 대한 수당과실비보상)</p> <p>① 선거사무장·선거연락소의 책임자 및 선거사무원에 대하여는 <u>실비를 보상할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항의 실비보상의 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한다.</p>

그 후, 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거, 지방자치단체의장선거를 통합하여 1994. 3. 16. 제정된 공직선거및선거부정방지법은 제135조를 통해 다시금 선거사무원에 대한 수당을 규정하여 유급 선거사무원 제도를 다시 도입하였다. 다만, 공직선거법은 위와 같이 유급 선거사무원 제도를 도입하면서도 선거운동 비용 중 가장 많은 부분을 차지하는 선거운동원에 대한 비용 지출을 줄이기 위하여 그 인원을 대폭 축소하였다.

20) 밑줄은 필자.

21) 1987. 11. 7. 폐지제정 법률 제3937호.

22) 1992. 11. 11. 개정 법률 제4495호.

23) 1988. 3. 17. 개정 법률 제4003호.

24) 1991. 12. 31. 개정 법률 제4462호.

참고로, 일본 공직선거법은 우리와 유사한 구조를 가지고 있는데, 선거사무관계자에 대한 매수 및 이해유도죄와 관련하여서도, (i) 공직선거법 제197조의2에서 중의원 선거 이외의 선거에 있어 선거운동에 종사하는 사람에게 지급할 수 있는 실비 내지 보수 금액에 대하여는 시행령이 정하는 기준에 따라 당해 선거에 관한 선거관리위원회가 정하도록 하고 있고, (ii) 제221조 제3항에서는 “투표를 하게 하거나 하지 아니하게 하거나, 선거운동과 관련한 보상을 하기 위한 목적으로 선거운동원 등에게 금전, 물품 기타 재산상 이익을 제공하거나 그 제공을 약속한 경우” 3년 이하의 징역 또는 금고 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 나아가 (iii) 일본 공직선거법 시행령 제129조는 “공직선거법 제197조의2 제1항에 규정하는 실비 변상 및 보수액에 관한 기준”과 관련하여, (a) 철도, 선박, 자동차를 이용하는 경우 해당 운임 등에 따라 산출된 실비, 숙박의 경우 1박에 12,000엔을 한도로 실비 변상하고(제1항), (b) 보수의 경우 기본 10,000엔 이내로 하되, 초과근무 수당의 경우 일일보상이 가능하도록 규정하고 있다(제2항).

3. 선거사무관계자에 대한 이익제공금지 위반죄의 내용 및 판례의 경향

(1) 이익제공금지 위반죄의 ‘상대방’

후보자는 선거사무소와 선거연락소와 같은 선거운동기구를 설치한 이후(공직선거법 제61조), 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 선거사무소에 선거사무장 1인, 선거연락소에 선거연락소장 1인을 두어야 하며(제62조 제1항), 선거사무장 또는 선거연락소장은 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 일정 수의 선거사무원을 둘 수 있다(제62조 제2항). 후보자는 이와 같이 선거운동기구를 설치하고 선거사무장 및 선거사무원을 선임한 경우 지체없이 관할선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다(제63조 제1항).

위와 같은 일련의 절차에 따라 선임된 선거사무관계자는 그 명목여하

를 불문하고 선거운동과 관련하여 공직선거법이 정한 수당 및 실비 기타 이익을 제공받을 수가 없는데, 위에서 살펴본 바와 같이 공직선거법 제135조에 의하여 규정된 공직선거관리규칙 제59조 제1항이 선거사무원 등에 대한 수당을 일당 3만 원 내지 5만 원으로 규정하고 있는 이상 이를 초과하는 금품이나 기타 재산상 이익을 제공하는 경우 선거사무관계자에 대한 이익제공금지규정 위반에 해당하게 된다. 대상판결에서 피고인 역시 등록된 선거사무관계자들에게 일인 당 50만 원을 지급하여 위 규정을 위반하게 되었다.

문제는, 공직선거관리위원회에 선거사무원으로 신고하지 않고 사실상 선거운동을 도와준 자에 대하여 수당과 실비를 제공하는 경우라고 할 것인데, 대법원은 종래 관할 선거관리위원회에 서면으로 신고하지 아니한 선거사무장 등은 공직선거법 제135조 제1항의 선거사무장 등이 아니라고 볼 수 없으므로 그에 대하여 선거운동의 대가로 수당이나 실비를 지급하였다고 하더라도 공직선거법 제135조 제3항에 위반된다고 볼 수 없다고 보았다.²⁵⁾ 그러나 그 이후에는 “공직선거법 제135조 제2항의 위임을 받은 공직선거관리규칙 제59조는 선거사무장 등에 대하여 지급할 수당과 실비 보상의 종류와 범위에 관하여 구체적으로 규정하고 있는바, 이러한 관련 규정들을 종합하여 보면, 공직선거법 제230조 제1항 제4호에 의하여 처벌되는 범죄행위에 있어서 행위의 상대방에는 아무런 제한이 없는 것”이라고 하여, (i) 선거관리위원회에 신고되지 않은 선거사무원들에 대하여 실비변상적 차원에서 금품을 제공한 경우,²⁶⁾ (ii) 관할 선거관리위원회에 신고된 선거사무원이 아닌 자들에게 선거운동과 관련하여 금품을 제공한 경우,²⁷⁾ (iii) 친박연대의 유급사무직원이 아닐 뿐만 아니라 관할 선거관리위원회에 신고된 친박연대의 선거사무원이 아니면서 친박연대를 위하여 선거운동을 한 자들에 대하여

25) 대법원 1998. 6. 9. 선고 97도856 판결. 위 사건에서 검찰은 법원이 공직선거법 제257조 제1항 제2호에 대하여 선거사무관계자에 대한 신고와 관련된 제256조 제3항 제4호로 공소장 변경을 요구하지 않은 것이 위법하다고 주장하였으나, 대법원은 위 두 범죄는 그 구성요건상 차이가 있고, 전자가 후자를 포함하는 관계도 아니며, 공소장 변경을 요구할지 여부는 법원의 재량에 속한다는 이유로 검사의 상고를 기각하였다.

26) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결.

27) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005도6316 판결.

금품을 제공한 경우²⁸⁾에 모두 공직선거법 제230조 제1항 제4호 위반을 인정하였다.

(2) 이익제공의 '대상' 내지 '목적물'

공직선거법은 제135조 제3항에서 공직선거법에 의하여 수당 및 실비를 지급하는 것 이외에 선거사무관계자에게 선거운동²⁹⁾과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공의 약속 등을 할 수 없다고 규정하고 있다.

이와 관련하여 대법원은 제공되는 이익의 많고 적음보다는 그와 같은 이익을 제공한 경위 및 그 이익의 성격을 기준으로 판단하고 있는데, 구체적으로 제18대 국회의원선거 A시 선거구 예비후보자 B의 회계책임자인 피고인이 자원봉사자 6명으로 하여금 총 1,394명의 당원들에게 전화를 걸어 B에 대한 지지를 호소하도록 선거운동을 하도록 한 후 그 중 2명에게 점심식사를 제공한 사건에서 대가 없이 자발적으로 선거운동을 하는 자원봉사자에게 금품 등을 지급하는 것은 사실상 공직선거법이 정한 선거비용 제한규정을 잠탈함과 동시에 공평하고 대등한 선거운동을 방해하여 금권선거를 조장하게 될 위험성이 크므로 일반적인 사회활동에 비하여 더욱 엄격하게 해석하여야 한다는 전제 아래 공직선거법 위반을 인정하기도 하였다.³⁰⁾

다만 대법원은 피고인이 친박연대의 유급사무직원이자 관할 선거관리

28) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도11040 판결.

29) 대법원은 공직선거법에 따른 선거운동이란, “특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로, 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다”라고 보고 있다(대법원 2016. 5. 12. 선고 2013도11210 판결 등). 판례가 요구하는 ‘목적의사’의 내용에 대하여는 이종수, “선거운동의 자유와 제한에 관한 형사법적 고찰”, 「법학논집」 제25권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020, 243~249면 참고.

30) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8755 판결.

위원회에 신고된 선거사무원들에게 100만 원씩 지급한 사안에서, 위와 같이 지급한 100만 원은 선거사무원으로서의 수당과 실비 명목의 59만 원과 급여 보전금 명목의 41만 원이 합쳐진 금액이었고, 친박연대의 일반 사무직원의 월 급여는 약 100만 원 정도이며, 위 100만 원 이외에 별도로 유급사무직원으로서의 급여를 지급하였다는 사정이 없는 이상 공직선거법 제135조 제1항 소정의 선거운동에 관한 실비를 초과하여 지급한 것으로 보기는 어렵다고 하였다.³¹⁾

(3) 이익제공의 ‘시기’ - 단기 공소시효의 문제

공직선거법은 제268조에서 선거일 후 6월을 경과한 경우 공소시효가 완성된다고 규정하고 있는데, 이와 같이 선거사건에서 단기의 공소시효를 규정한 것은 선거에 따른 법적 분쟁으로 인한 불안정한 상태를 신속하게 해소하여 당선자의 업무수행을 원활하게 해야 한다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.³²⁾

공직선거법이 이와 같이 단기의 공소시효를 규정하고 있는 결과, 선거가 종료된 후 중요 참고인이 해외로 도피하거나 잠적하여 6개월의 공소시효가 도과하기를 기다리는 등 단기 공소시효 제도에 대한 악용이 사회적으로 문제 되기도 하였으나, 2004. 3. 12. 개정 공직선거법은 단기 공소시효 규정에 대한 예외로서 선거일 후에 행하여진 범죄에 대하여는 그 행위가 있을 날을 기산점으로 보아 그때로부터 6개월까지는 기소가 가능하도록 하였다.

선거사무관계자에 대하여도 단기 공소시효 제도를 악용하여 선거일로부터 6개월이 지난 뒤에 일괄적으로 보수 내지 수당을 지급하는 것이 문제가 되기도 하였지만,³³⁾ 대법원은 선거일 이후에 선거기간 동안의 수고비 명목 내지 선거운동 과정에서의 노고에 대한 위로금 명목으로 선거관계자들에게 금원을 제공하였다면 선거운동 관련 금품제공금지규정 위반에 해당한다고 보았다.³⁴⁾ 참고로 일본은 1962년 공직선거법을 개정하면서 단기공소

31) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도11040 판결.

32) 대검찰청, 공직선거법 별칙해설, 2020, 159면.

33) “의원들 ‘당선사례’ 강요로 몸살”, 조선일보(1996. 10. 24.자).

시효에 대한 규정을 삭제하였기 때문에 공소시효에 관한 일반 규정이 적용되고 있다.³⁵⁾

IV. 공직선거법과 최저임금법 간 규범 충돌의 형법적 의미

1. 공직선거법과 최저임금법 간 규범 충돌

헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다”라고 하여 최저임금제의 시행을 국가의 의무로 규정하고 있다. 이러한 헌법 규정에 근거하여 1986. 12. 31. “근로자에 대하여 임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상을 꾀함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 목적”으로 하는 최저임금법이 제정되었다(제1조).

임금은 근로계약의 당사자 사이에서 자유롭게 정하는 것이 원칙이지만(근로기준법 제4조), 최저임금법에 따라 사용자는 근로자에 대하여 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 하고(최저임금법 제6조 제1항), 최저임금의 적용을 받는 근로자와 사용자 사이의 근로계약 중 최저임금액에 미치지 못하는 부분은 무효가 되며(제6조 제3항), 이를 위반하여 최저임금액보다 적은 임금을 지급한 자에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제28조 제1항). 위와 같은 최저임금법의 규정을 종합하여 이해할 때, 근로자의 최저임금을 보장하고 있는 최저임금법은 당사

34) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도4014 판결. 아울러 위 사건에서 대법원은 공소장 변경이 있는 경우 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 할 것이지, 공소장변경시를 기준으로 할 수는 없다고 보았다.

35) 임성식/이경렬, 선거사범의 처벌과 당선무효에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 2004, 143면; 일본 E-Gov 사이트(https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=325AC1000000100_20201212_502AC0000000045&keyword=%E5%85%AC%E8%81%B7%E9%81%B8%E6%8C%99%E6%B3%95; 2021. 1. 19. 최종방문).

자의 의사 여부와 관계없이 강제적으로 적용되는 강행법규라고 볼 수 있다.³⁶⁾

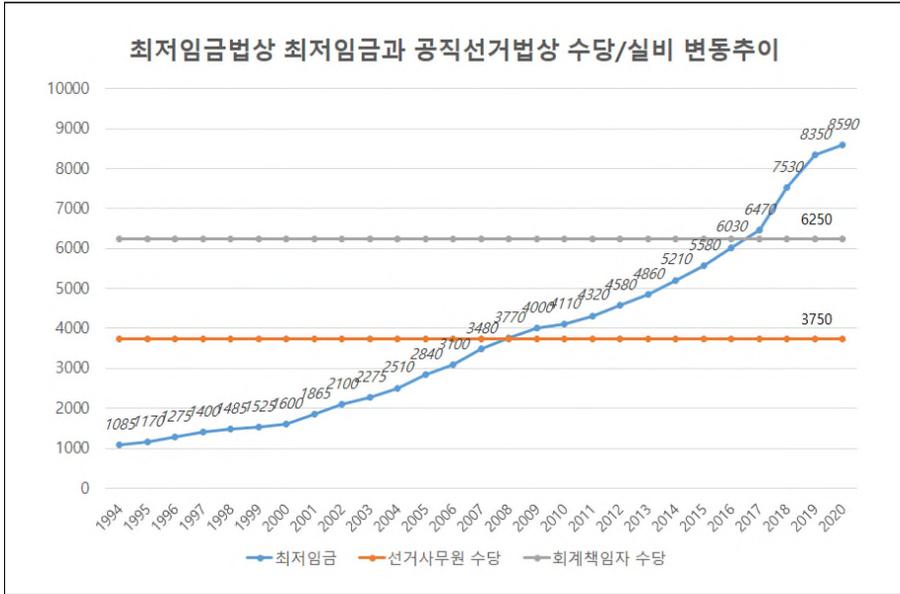
최저임금법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하되, 동거하는 친족만을 사용하는 사업과 가사 사용인 및 「선원법」의 적용을 받는 선원과 선원을 사용하는 선박의 소유자의 경우에만 예외적으로 그 적용이 배제될 뿐이다(최저임금법 제3조). 여기서 근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자로 보아야 하기 때문에(근로기준법 제2조 제1항 제1호, 최저임금법 제2조), 대상판결에서 문제가 된 회계책임자와 선거사무원 등 선거사무관계자 역시 임금을 목적으로 선거사무소에서 선거운동에 종사한 자로서 근로자에 해당한다고 볼 것이며, 대법원 역시 선거사무원의 근로자성을 인정하고 있다.³⁷⁾

그러나, 1994. 5. 28. 공직선거법에 근거하여 제정된 공직선거관리규칙은 제59조에서 선거사무관계자의 수당과 실비에 대하여 규정하였는데, 그 후 20년이 경과하도록 그 구체적인 금액이 변경되지 않고 있다. 즉, 공직선거관리규칙은 선거사무원의 경우 수당 3만 원, 회계책임자의 경우 수당 5만 원까지만 지급할 수 있도록 정하고 있는데, 하루에 8시간 근무(선거운동 관련 사무)한다고 보았을 때 선거사무원은 시간당 3,750원, 회계책임자는 6,250원으로 환산할 수 있고, 이에 따라, 아래 표에서 보는 바와 같이 선거사무원은 2008년경부터, 회계책임자의 경우 2016년경부터 최저임금법에 저촉되기 시작하였다.

36) 임종률, 노동법, 박영사, 2018, 413~415면; 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결.

37) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218 판결.

〈표 3〉 1994년 이후 최저임금의 변동추이



2. 형벌법규의 위헌·위법 판단 및 형벌법규 개정의 형사법적 효과

대상판결에서 처벌의 근거가 된 공직선거관리규칙은 중앙선거관리위원회가 헌법 제114조 제6항에 따른 규칙제정권에 의하여 공직선거법에서 위임된 사항과 선거 관리에 필요한 세부사항을 규정함을 목적으로 하여 제정한 법규명령이다.³⁸⁾ 이와 같은 법규명령은 헌법 제107조 제2항에 따라 대법원이 그 위헌 내지 위법여부에 대한 심사권을 가지며, 위헌·위법한 법규명령은 당연무효가 된다.³⁹⁾ 이러한 측면에서 대법원은 구 계엄법 제13조, 제15조의 내용을 보충하는 법규명령으로서의 효력을 갖는 계엄포고 제1호가

38) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96우16 판결; 헌법재판소 2000. 6. 29.자 2000헌마325 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30.자 2013헌바55 결정.

39) 성지용, “위임입법의 한계와 행정입법에 대한 사법심사”, 「행정판례연구」 16-1, 한국행정판례연구회, 2011, 58면.

헌법과 법률에 위반되어 무효이므로, 위 계엄포고 제1호를 위반하였다는 혐의로 기소되어 확정판결을 받은 피고인의 재심사건에서 무죄를 선고하기도 하였다.⁴⁰⁾

대법원으로서 이 사건 처벌의 전제가 된 공직선거관리규칙이 위법하여 무효라고 판단하였다면 피고인에게 바로 무죄를 선고하면 된다. 다만, 피고인은 공직선거관리규칙뿐만 아니라 공직선거법 제135조가 최저임금법에 위반된다고 주장하였는데, (i) 대법원 재판 계속 중 위헌법률심판 또는 위헌소원 과정에서 헌법재판소가 위헌결정을 하거나, (ii) 국회에서 공직선거법 제135조를 개정하는 경우⁴¹⁾ 피고인에게 어떤 판결이 선고될 수 있는지도 문제된다.

(i) 위헌결정이 내려질 경우 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 형벌에 관한 법률 조항은 소급효가 인정되므로 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다.⁴²⁾ (ii) 문제는, 공직선거법에 대한 개정이 이루어져 더 이상 최저임금법과의 충돌이 발생하지 않게 되는 경우에도 공직선거법 위반을 인정할 수 있는지 여부이다. 이와 관련하여 형법 제1조 제2항은 “범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다”라고 규정하고 있는데, 제8조는 “다른 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다”라고 하여 예외규정을 두고 있다.⁴³⁾ 나아가, 형법 제1조 제2항의 ‘법률의 변경’이란, 가벌성의 존부와 정도를 규율하는 총체적인 의미에서의 법상태의 개정 및 폐지를 의미하기 때문

40) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결.

41) 실제 제20대 국회에서는 공직선거법 제135조 제2항을 “수당은 최저임금법에 따라 고시되는 최저임금액 이상으로”하는 내용의 개정안이 발의되기도 하였다(국회 의안정보시스템; https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_X1A8E0B5X2A5P1C0A4Q0S5C3V0D1R8; 2021. 1. 19. 최종방문).

42) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.

43) 이와 관련하여 대법원은 “신법에 경과규정을 두어 신법의 적용을 배제하는 것은 허용되는 것으로서, 형을 중전보다 가볍게 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 중전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 헌법상의 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다”라고 판시하였다(대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1695 판결).

에, 여기에서의 법률은 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 명령, 규칙도 포함되며, 반드시 별칙조항 형태의 형법일 것을 요하는 것도 아니다.⁴⁴⁾ 위와 같이 법률의 변경에 따라 문제가 된 행위가 더 이상 범죄를 구성하지 않는 경우 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소판결이 선고되는데, 다만 대법원은 법률의 변경이 있다고 하여 모든 경우에 면소를 선고하는 것은 아니고, 그러한 법률변경이 종래 처벌 자체가 부당하였다는 ‘반성적 고려’에 의한 경우에만 위 규정이 적용된다고 보고 있다.

이에 따라 대법원은 ① 물가조절에 관한 임시조치법의 개정에 따라 최고가격 통제물자에서 계란이 삭제된 사례,⁴⁵⁾ ② 계엄포고에 의하여 금지된 행위가 범행 후 대통령 공고로 계엄령 해제된 사례,⁴⁶⁾ ③ 한국전기통신공사법을 폐지하고, 공기업의경영구조개선및민영화에관한법률에서 한국전기통신공사를 더 이상 정부투자기관관리기본법상 ‘정부투자기관’으로 보지 않도록 개정된 사례,⁴⁷⁾ ④ 도로교통법상 지정차로 제도가 한 때 폐지되었던 사례,⁴⁸⁾ ⑤ 범행 당시 식품에 첨가물로 사용하는 것이 허용되지 않았던 염화메틸렌과 흑색산화철이 ‘건강기능식품에 관한 법률’ 및 이에 의하여 고시된 ‘건강기능식품의 기준 및 규격’ 등에 의하여 건강기능식품에 한하여 그 사용이 가능하도록 변경된 사례,⁴⁹⁾ ⑥ 미신고 자본거래 행위를 처벌하는 외국환거래법령의 형이 가볍게 개정된 사례⁵⁰⁾ 등에서는 반성적 고려가 아닌 단순한 경제적·정책적 이유에 따른 변경에 해당하여 형법 제1조 제2항의 적용을 부인하였다.

이에 반하여, 대법원은 입법취지나 경과규정의 유무에 따라 반성적 고려에 따른 개정을 인정하기도 하는데, 구체적으로 (i) 청소년의 숙박업소 출입을 전면적으로 금지하던 청소년보호법상 관련 규정이 청소년의 출입

44) 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 박영사, 2020, 41면.

45) 대법원 1963. 1. 31. 선고 62도257 판결.

46) 대법원 1982. 10. 26. 선고 82도1861 판결.

47) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97도2682 판결.

48) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3567 판결.

49) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도747 판결.

50) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17639 판결.

은 가능하나 고용은 유해한 것으로 개정한 사례에서는 “청소년이 유해한 업소에 출입한 것 등을 규제하고, 청소년을 유해한 각종 사회환경으로부터 보호, 구제하며, 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록” 하기 위한 청소년 보호법의 입법취지를 고려해야 하고,⁵¹⁾ (ii) 구 자동차관리법 시행규칙 상 폐차시 원동기를 압축, 파쇄 또는 절단하지 않을 경우 형벌에 처하던 규정을 삭제한 사례에서는 “개정 취지가 자동차 생산기술의 발달로 그 부품의 성능과 품질이 향상됨에 따라 폐차되는 자동차의 원동기를 재사용할 필요가 있고 이를 일정한 조건 아래에서 허용하더라도 별다른 문제가 발생할 여지가 많지 않음에도 불구하고 폐차시 원동기를 압축, 파쇄 또는 절단하도록 한 종전의 조치는 부당”하다고 보았다는 점을 고려해야 하며,⁵²⁾ (iii) 구 의료법이 약효에 관한 광고를 허용하고 그에 대한 벌칙조항을 삭제한 사례에서는 “이와 같이 의료법을 개정한 이유는, 헌법재판소의 위헌결정에 따라, 그 취지에 맞게 의료광고를 제한하는 규정을 보완함과 아울러 보건의료 분야의 효율성 향상 및 의료기관의 경영 효율화를 기하기 위하여 의료광고의 허용범위를 확대”하려는 데에 있기 때문에 반성적 고려에 따른 개정에 해당한다고 보았다.⁵³⁾ 다음으로, (a) 구 도시 및 주거환경정비법이 개정되어 정비사업전문관리업무 등록자의 ‘자문에 응하는 행위’에 해당 벌칙조항이 삭제된 사례,⁵⁴⁾ 정치자금법상 후원회의 연간 모금한도액에 전년도 이월금을 포함시키지 않는 것으로 정치자금법을 개정한 사례⁵⁵⁾에서는 경과규정이 없다는 점을 근거로 형법 제1조 제2항의 적용을 긍정하였다.

51) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도2626 판결.

52) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2003도2770 판결.

53) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결.

54) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2007도6185 판결.

55) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007도7523 판결.

3. 小結 - 규범 간 충돌의 범죄체계론적 의미

위에서 살펴본 바와 같이 규범 간 충돌 내지 모순적 상황이 발생하는 경우, ① 헌법재판소에서 위헌결정이 내려지거나, ② 대법원에서 공소제기의 근거가 된 법규명령의 위법성을 인정한다면 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄 판결이 선고되어야 하며, ③ 입법부에서 자체적으로 법률을 개정하여 규범 간 충돌 상황을 해소한다면 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소판결이 내려지게 된다.

대상판결에서 피고인 역시 공소제기의 근거가 된 공직선거법 제135조 제3항, 공직선거관리규칙 제59조 제1항이 강행법규인 최저임금법에 위반되어 위헌·위법하고, 이에 따라 위에서 열거한 바와 같은 이유에서 무죄 내지 면소판결이 선고되어야 한다고 주장하였다.⁵⁶⁾ 그러나, 헌법재판소나 대법원에서는 위 근거가 된 법률 내지 법규명령이 위헌이거나 위법하다고 보지 않았으며, 국회 역시 공직선거법 제135조를 개정하지 않았다.

결국, 규범 간 충돌 내지 모순적인 상황이 발생하였다고 하여 곧바로 기소의 근거가 된 법령이 위헌·위법하여 무효가 된다고 볼 수는 없고, 따라서 범죄구성요건에는 아무런 영향을 미친다고 보기 어렵다. 이를 형법적 측면에서 고찰해 보건대, 규범 간 충돌상황이 발생하는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이는 오히려 형사법적 영역에 속하게 되며, 구체적으로 범죄체계론상 구성요건해당성이 아닌 위법성 또는 책임 단계에서의 검토가 필요하다.

56) 대상판결에서 피고인은 오히려 공직선거법 제135조 및 공직선거관리규칙 제59조의 위헌·위법 여부를 주로 다투었으나, 본 논문은 대상판결의 규범 간 충돌 상황에 대한 형사법적 접근을 주제로 하고 있으므로, 이 부분에 대한 위헌 내지 위법 여부에 대한 논의는 생략하도록 한다.

V. 규범 간 충돌의 형사법적 해결 방안⁵⁷⁾

1. 위법성조각사유로서의 이론구성에 대한 검토

(1) 위법성조각사유의 형법적 의의

(i) 구성요건에 해당하고 (ii) 위법하며 (iii) 유책한 행위만이 범죄가 될 수 있다. 범죄체계론에 있어 위법성은 형법적 평가의 2단계에 위치하고 있는데, 구성요건해당성에 해당하는 행위는 위법성이 추정된다고 볼 수 있으므로,⁵⁸⁾ 위법성이 인정되는지 여부는 구성요건해당성을 충족하는 행위에 대하여 위법성조각사유가 인정되는지 여부에 대한 소극적인 판단을 통해 이루어진다.

구체적으로 우리 형법은 제20조에서 정당행위, 제21조에서 정당방위, 제22조에서 긴급피난, 제23조에서 자구행위, 제24조에서 피해자 승낙이라는 위법성조각사유에 대하여 규정하고 있다. 반면, 일본에서는 제35조에서 법령 또는 정당한 업무에 따른 정당행위, 제36조에서 정당방위, 제37조에서 긴급피난에 대하여 규정하고 있을 뿐이다. 피해자의 승낙(동의)에 대하여는 명시적인 규정이 없지만 이론상으로는 위법성조각사유의 하나로 인정하는 데에 이론이 없다.⁵⁹⁾ 위법성조각사유의 이념 내지 원리를 둘러싸고 다양한 학설 대립이 있으나, 지극히 이론적이고도 연혁적인 의미를 가질 뿐이며, 결국 개별적인 위법성조각사유 별로 이익흡결의 원칙, 이익교량의 원칙, 긴급성의 원칙, 보충성의 원칙을 두루 살펴 판단해야 한다.⁶⁰⁾

57) 아래 논의되는 위법성조각사유나 책임조각사유는 그 자체만으로도 상당한 논의가 필요한 주제이므로 본 논문에서는 그 일반적인 내용에 대하여는 생략하고, 대상판결과 같이 규범 간 충돌이 발생하는 상황과 연관된 부분에 한하여 논의하도록 하겠다.

58) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2014, 177면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2019, 213면; 西田典之, 刑法各論, 弘文堂, 2019, 139면.

59) 淺田和茂, 刑法總論, 成文堂, 2020, 205~206면; 西田典之, 앞의 책, 200면; 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2017, 123면; 松宮孝明, 刑法總論講義, 弘文堂, 2018, 124면. 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版社, 2019, 246면은 피해자의 승낙(동의)을 위법성조각사유로 보면서도 정당행위의 한 유형으로 분류하고 있다.

60) 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2020, 267면; 김일수/서보학, 앞의 책, 182~183면; 이재상/

‘위법’하다는 것은 말 그대로 ‘법’에 ‘위반’된다는 것이다. 여기서 ‘법’이란 헌법을 정점으로 하여 형법은 물론 민법, 상법, 행정법 등을 포괄하는 모든 법체계를 의미하므로, 법에 ‘위반’된다고 하는 것은 이와 같은 전반적인 법체계와 모순을 일으킨다는 것을 의미한다. 대상판결의 경우 피고인은 추가 수당을 지급하여 공직선거법을 ‘위반’하였지만, 이를 통해 최저임금법에는 ‘위반’하지 않게 되었는데, 이와 달리 공직선거법을 ‘준수’하였다면 최저임금법에는 ‘위반’하게 되는 결과가 되므로 이와 같이 두 개의 규범이 상호 충돌하는 경우 위법성이 조각되는지가 문제될 수 있다. 이론적으로는 초법규적 위법성조각사유를 인정해야 한다는 견해가 있긴 하지만, 우리 형법은 제20조에서 ‘기타 사회상규에 반하지 않는 행위’를 위법성조각사유로 규정하고 있는 이상 형법 제20조에서 제24조가 규정하는 요건을 충족하여야만 위법성 조각을 인정할 수 있다고 할 것이다.

(2) 정당행위(형법 제20조)에 대한 검토

형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”라고 하여 일반적 성격의 위법성조각사유에 대하여 규정하고 있다. 형법 제20조에서 말하는 ‘법령’은 형법은 물론 형사소송법과 같은 절차법이나 법률에 따라 제정된 규칙이나 명령도 포함된다고 보아야 한다. 형법 제20조는 (a) 법령에 의한 행위, (b) 업무로 인한 행위, (c) 기타 사회상규에 위배된 행위를 규정하고 있는데, 위 세 가지 유형이 개별적이고도 독립적인 위법성조각사유에 해당한다는 견해⁶¹⁾가 있지만, 이와 같이 해석할 경우 형식적으로나마 법령이나 업무에 근거한 행위라면 제한없이 위법성이 조각되는 것으로 볼 여지가 있으며, 사회상규라는 것은 포괄적인 개념이므로 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위의 예시라고 보는 것이 적절하다.⁶²⁾

따라서, 형식적으로 법령을 준수하였다고 하여 모두 위법성이 조각된다

장영민/강동범, 앞의 책, 237면; 임웅, 앞의 책, 216면; 松原芳博, 앞의 책, 113~117면.

61) 김일수/서보학, 앞의 책, 233면.

62) 김성돈, 앞의 책, 331면; 이재상, 앞의 책, 297면; 임웅, 앞의 책, 223면.

고 볼 수는 없으며, 그것이 사회상규에 반하지 않는 것으로 인정되어야 한다. 대법원은 정당행위인지 여부를 판단함에 있어서는 (a) 행위의 동기나 목적의 정당성, (b) 행위의 수단이나 방법의 상당성, (c) 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, (d) 긴급성, (e) 보충성을 요구하고 있는데,⁶³⁾ 법령에 의한 행위에 있어서도 위와 같은 비례성 요건이 충족되어야 하며, 해당 법령에서 규정하고 있는 상황이 객관적으로 존재하고, 법이 정하는 절차를 준수하였을 것이 전제가 되어야 한다. 대법원은 교사의 징계와 관련하여 “교사가 학생을 징계 아닌 방법으로 지도하는 경우에도 징계하는 경우와 마찬가지로 교육상의 필요가 있어야 될 뿐만 아니라 특히 학생에게 신체적, 정신적 고통을 가하는 체벌, 비하하는 말 등의 언행은 교육상 불가피한 때에만 허용되는 것이어서, 학생에 대한 폭행, 욕설에 해당되는 지도행위는 학생의 잘못된 언행을 교정하려는 목적에서 나온 것이었으며 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 법령에 의한 정당행위로 볼 수 있을 것”이라고 보았는데,⁶⁴⁾ 같은 입장인 것으로 보인다.

(3) 주관적 정당화 요소의 내용 및 필요성에 대한 검토

다만, 대상판결에서 피고인은 최저임금법에 따른 최저임금을 지급한다는 ‘의사’는 없었고, 단지 선거사무원들이 추가 수당을 요구하여 이에 응한 것인데, 위법성조각사유를 인정함에 있어 그러한 객관적 상황에 대한 인식과 이에 대한 의사가 필요한지 여부가 문제된다.

주관적 정당화 요소를 논의하기 위해서는 먼저 위법성의 본질에 대하여 간략히 살펴볼 필요가 있는데, 크게 보자면 위법성을 규범에 대한 위반으로 이해하는 ‘형식적 위법성론’과 위법성이란 단순한 행위와 규범 간 관계로 이해할 수는 없고 실질적인 내용을 갖는 것으로 이해하는 ‘실질적 위법성론’이 대립하고 있다. 그리고 다시 ‘실질적 위법성론’은 그 실질적인 내용의 의미를 두고 규범에 대한 위반을 의미한다는 견해와 법익에 대한 침해를

63) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도1809 판결.

64) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결.

의미한다는 견해로 구분된다.

위법성의 본질을 둘러싼 위와 같은 전통적인 견해 대립에 있어 위법성의 본질이 법익침해에 있다고 본다면 위법성에 대한 판단은 일응 객관적으로 발생한 ‘결과’에 그 초점을 둘 수밖에 없고, 이와 같은 입장을 고수한다면 주관적 정당화 요소는 위법성 판단에 있어 아무런 의미가 없다고 볼 여지가 있다. 그러나, 위와 같은 법익침해설에서도 위법성은 법익침해라는 위험을 기초짓는 요소로서 구체적으로 위법성을 객관적으로 평가해야 한다는 것이지, 위법성 그 자체를 객관화해야 한다고 보고 있지는 않다. 이에 따라, 법익침해설에서도 위법성에 대한 평가방법을 객관화해야 한다고 주장하고 있을 뿐이므로 위법성 판단에 있어 주관적 요건을 배제할 근거는 없다고 할 것이다.⁶⁵⁾ 즉, 위법성을 판단함에 있어서도 행위자의 인식이나 의도, 목적 등과 같은 주관적 사정 역시 규범위반 가능성을 좌우하는 것으로서 불법 판단의 대상이 되어야 한다고 보아야 한다.

문제는, 결과적으로 위법한 상황이 존재하긴 하였지만, 정당방위나 긴급피난 등과 같은 구체적인 위법성조각사유에 대한 주관적 의사가 결여된 경우의 ‘법적 효과’라고 할 것인데, 이에 대하여 정당화상황 자체는 존재하므로 법질서에 대한 반가치로 인정되지는 않아 구조상 불능미수범이 성립한다는 견해⁶⁶⁾가 유력하지만, 구성요건적 결과가 발생한 이상 미수로 볼 수는 없다는 점에서 기수범이 성립한다고 보는 것이 타당하다.⁶⁷⁾ 대상판결의 경우에도 선거사무관계자에 대한 이익제공죄는 미수범처벌 규정이 없기 때문에 불능미수범설에 따르면 무죄가 된다고 볼 여지가 있지만, 주관적 정당화 요소가 결여된 이상 기수범이 성립한다고 보아야 할 것이다.⁶⁸⁾

65) 松原芳博, 앞의 책, 111~112면.

66) 김성돈, 앞의 책, 273면; 김일수/서보학, 앞의 책, 187면; 임웅, 앞의 책, 222면.

67) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 241면.

68) 물론, 대상판결의 경우 피고인으로서 선거관리위원회에 유권해석을 받아볼 수 있음에도 불구하고 그러한 확인절차를 취하지 않았다는 점에서 상당성 내지 보충성 요건을 갖추었다고 보기 어렵다.

2. '의무충돌'로서의 이론구성에 대한 검토

의무의 충돌이란, 행위자에게 양립할 수 없는 다수의 의무를 동시에 이행할 것이 요구되는 상황에서, 하나의 의무를 이행한다면 다른 의무를 이행할 수 없는 경우를 의미한다. 예를 들어, 두 아이가 물에 빠져 익사의 위기에 놓인 경우 아버지로서는 두 아이를 구조할 의무가 발생한다고 할 것인데, 그 중 한 명만 구조할 수 있는 경우라면 구조되지 못하고 사망한 아이에 대한 살인죄를 인정할 수 있는지가 문제되는 것이다.

다만, 의무의 충돌이라고 하여 모든 형식의 의무가 포함되는 것은 아니고, 어느 한 의무를 이행하는 경우 다른 의무의 위반이 인정되어 형사상 처벌대상이 되어야 한다.⁶⁹⁾ 나아가, 여기서 말하는 의무는 오로지 법적인 의무를 말할 뿐이며, 도덕적·윤리적 의무는 제외된다.⁷⁰⁾ 이와 같은 의무의 충돌의 법적 성격에 대하여는 긴급피난의 특별한 경우라고 보는 견해,⁷¹⁾ 법령에 따른 정당행위의 일종으로 보는 견해, 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보는 견해⁷²⁾ 등이 대립하고 있다.⁷³⁾

의무의 충돌은 논리적 충돌과 실질적 충돌로 구분할 수 있는데, 논리적 충돌은 대상판결과 같이 법령에 규정된 의무 사이에 모순이 있어 발생하는 경우를 의미하고, 실질적 충돌은 법령과는 관계없이 행위자가 처한 개인적인 상황에 따라 다수의 의무가 충돌하는 경우를 의미한다. 논리적 충돌은 대상판결뿐만 아니라 법률의 해석에 따라 여러 가지 사안에서 문제가 될 수 있는데, 전형적인 예로, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제11조 제1항에

69) 김일수/서보학, 앞의 책, 249면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 269면; 김준혁, “정당화적 의무충돌과 면책적 의무충돌”, 「고려법학」 제58호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 304면.

70) 임웅, 앞의 책, 270면.

71) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 272면.

72) 김성돈, 앞의 책, 562면; 김일수/서보학, 앞의 책, 248면; 임웅, 앞의 책, 270면; 김준혁, 앞의 논문, 315면; 손동권, “의무충돌에 관한 연구”, 「형사법연구」 제10권, 한국형사법학회, 1997, 54면.

73) 독일과 일본의 논의에 대하여는, 박강우, “형량불가능한 의무충돌과 형법적 해결방안”, 「법학연구」 제20집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2017, 30~33면 참고.

따르면 의사는 감염병환자를 진단하는 경우 등에 신고의무가 부과되나, 형법 제317조에서는 환자에 대한 비밀유지의무가 인정되므로 규범간 모순이 발생한다. 그러나, 이와 같이 법률의 내용이 충돌하는 경우에는 결국 하나의 의무를 이행함으로써 다른 의무를 배제하게 된다는 점에서 법률 해석의 문제라고 할 것이지 위법성이 조각되는 의무의 충돌이라고 볼 수는 없다.⁷⁴⁾ 일본 최고재판소는 신문기자가 취재원비닉권을 이유로 증언을 거부한 사안에서 증언의무위반죄를 인정하였는데,⁷⁵⁾ 일본에서는 위 사례를 두고 전형적인 의무의 충돌에 해당한다는 견해도 있지만, 이는 논리적 충돌로서 법률 해석의 문제일 뿐 의무의 충돌에 해당한다고 보기는 어렵다.⁷⁶⁾

대상 판결에서 대법원은 “공직선거법의 규정 및 취지 등에 비추어 보면, 공직선거법에서 선거운동과 관련하여 수당 또는 실비를 보상할 수 있는 경우에도 중앙선거관리위원회가 사회·경제적 상황에 따라 선거의 공정을 해하지 않는 범위 내에서 정한 종류와 금액이 적용되어야 하고, 입법 목적과 규율대상이 다른 최저임금법은 적용된다고 보기 어렵다.”라고 판시를 하였는데, 명시적으로 의무 내지 규범의 충돌 내지 경합을 언급하지는 않았지만, 결국 법률상 모순이 있는 경우라면 문제가 되는 법률을 해석하면 되는 문제이지, 의무의 충돌이나 긴급피난의 문제는 아니라고 보고 있는 것으로 보인다.

3. ‘법률의 착오’로서의 이론구성에 대한 검토

형법 제16조는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로서 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다”라고 하여 법률의 착오를 규정하고 있다. 대법원은 주민등록지를 이전한 경우 향토예비군설치법에 따라 대원신고를 하여야 함에도 이를 이행하

74) 김일수/서보학, 앞의 책, 248면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 270면; 김준혁, 앞의 논문, 311면; 손동권, 앞의 논문, 43~44면.

75) 最高裁 昭和27年(1952)8月6日 刑集6卷8号974頁.

76) 淺田和茂 앞의 책, 269면.

지 않은 사안에서 피고인이 그와 같이 오인한 데에 정당한 사유가 있다면 법률의 착오가 ‘범의77)를 조각’한다고 보았다.78)

대법원은 형법 제16조가 규정하는 ‘법률의 착오’는 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, “일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고, 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에 벌하지 아니한다는 취지”로 보고 있다.79)

문제는 형법 제16조가 적용되기 위한 ‘정당한 이유’의 의미라고 할 것인데, 대법원은 ‘정당한 이유’가 있는지 여부는 “행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대하여 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기80)가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다”는 입장이다.81)

구체적으로, 광역시의회 의원이 선거구민들에게 의정보고서를 배부하기에 앞서 미리 관할 선거관리위원회 소속 공무원들에게 자문을 구하고 그

77) 형법 제13조는 종래 고의가 아닌 ‘범의’라고 기재하였고, 대법원 역시 고의가 아닌 범의라는 용어를 사용하기도 하였으나(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1423 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도324 판결; 대법원 1988. 2. 9. 선고 87도2564 판결 등), 형법은 2020. 12. 8. 개정을 통해 제13조의 제목을 ‘고의’로 수정하였다(시행일: 2021. 12. 9.).

78) 대법원 1974. 11. 12. 선고 74도2676 판결.

79) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4592 판결. 일본 최고재판소 역시 “소위 자연범이나 행정범을 불문하고 범죄의사의 성립에 있어 위법성의 인식은 필요하지 않다”는 입장으로서(最高裁 昭和25年(1950)11月28日 刑集4卷12号2463頁), 구체적인 법률의 부지 역시 범죄 성립에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 보고 있다(最高裁 大正13年(1924)8月5日 刑集3卷611頁).

80) 위법성의 인식에 있어 이러한 불법인지 여부를 의심하는 ‘계기’가 필요한데, 이러한 경우 본인의 행위가 위법한지 여부에 대한 숙고를 하고, 필요한 조사 내지 조회를 하여야 한다는 일본의 논의로는 松原芳博, 앞의 책, 273면.

81) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결.

들의 지적에 따라 수정한 의정보고서를 배부한 사례,⁸²⁾ 피고인이 관할관청에 입국절차 대행에 관한 허가절차에 관하여 문의하였으나 담당공무원이 아직 허가 관련법규가 제정되지 아니하여 허가를 받지 않아도 되는 것으로 잘못 알려준 사례,⁸³⁾ 초등학교 교장이 도 교육위원회의 지시에 따라 교과내용으로 되어 있는 꽃양귀비를 교과식물로 비치하기 위하여 양귀비 종자를 사서 심은 사례⁸⁴⁾에서는 정당한 이유가 있다고 보았다. 반면, 소위 ‘사업자 쪼개기’ 방식의 대출이 관행적으로 이루어져 왔고, 금융감독원도 2008년 이전에는 이를 적발하지 않았다는 사정만으로는 정당한 이유가 없다고 하였고,⁸⁵⁾ 피고인이 환경부로부터 질의회신을 받았다고 하더라도 그 내용이 문제가 된 행위의 직접적인 자료가 되는 것이 아닌 이상 정당한 이유가 있다고 볼 수 없으며,⁸⁶⁾ 부동산중개업자가 부동산중개업협회의 자문을 받아 인원 수 제한 없이 중개보조원을 채용하는 것이 허용된다고 믿었다고 하더라도 마찬가지로 정당한 이유가 없다고 보았다.⁸⁷⁾

대상판결에서 대법원은 규범 간 충돌이 발생하는 경우에도 형법 제16조가 적용될 수 있다는 전제 아래에서 정당한 이유가 인정되는지 여부를 살펴 보았다. 특히 대법원은 “위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가”되어야 한다고 보았는데, 다만 피고인의 경우 자신의 지적 능력을 다하여 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기에 어렵다고 보았다.

82) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도835 판결.

83) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94도1814 판결.

84) 대법원 1972. 3. 31. 선고 72도64 판결.

85) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결.

86) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도8607 판결.

87) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2943 판결.

4. 小結 - ‘기대가능성’으로의 구성

(1) 책임조각사유로서 기대가능성의 의미

대법원은 규범의 충돌 상황에서 형법 제16조에 따른 법률의 착오로 접근을 하였지만, 대상판결의 경우 법령을 착오한 것이 아니라 법령 간 충돌 상황에서 하나의 법령을 준수하는 경우 다른 법령을 위반하는 결과가 되니 어느 하나의 법령을 준수하도록 할 기대가능성이 없는 것이 아닌지 검토가 필요하다.

기대가능성 이론이란, 행위 당시의 구체적인 사정으로 보아 행위자가 범죄 행위를 하지 않고서는 적법한 행위를 할 것으로 기대되지 않는 행위에 대하여는 책임이 조각되어 처벌할 수 없다는 논의이다. 형법은 제12조, 제21조 제3항, 제22조 제3항에서 기대가능성이 없다는 이유로 책임조각을 인정하고 있지만, 기대가능성이라는 포괄적인 책임조각사유에 대하여는 명시적인 규정을 마련하고 있지는 않다.

형법상 책임의 본질은 비난가능성에 있다고 할 것인데, 행위자에게 적법행위를 기대할 수 없는 상황이라면 행위자를 비난할 수 없으므로 책임이 조각되어 처벌할 수 없다고 할 것이며, 이러한 측면에서 기대가능성을 책임조각사유로 인정하는 데에는 이론이 없다. 대법원 역시 “입학시험에 응시한 수험생으로서 자기 자신이 부정한 방법으로 탐지한 것이 아니고 우연한 기회에 미리 출제될 시험문제를 알게 되어 그에 대한 답을 암기하였을 경우 그 암기한 답에 해당된 문제가 출제되었다 하여도 위와 같은 경위로서 암기한 답을 그 입학시험 답안지에 기재하여서는 아니된다는 것을 그 일반수험생에게 기대한다는 것은 보통의 경우 도저히 불가능하다”라고 보았다.⁸⁸⁾

(2) 기대가능성에 대한 판단기준

적법행위에 대한 기대가능성을 누구를 표준으로 하여 판단할 것인지를 관련하여, (i) 행위 당시에 행위자가 처했던 구체적 사정 아래에서 ‘행위자’

88) 대법원 1966. 3. 22. 선고 65도1164 판결.

의 능력을 기준으로 해야 한다는 ‘행위자표준설’, (ii) 행위 당시의 구체적 사정 하에 행위자가 아닌 사회의 ‘평균인’을 두고, 이 평균인에게 적법행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 기준으로 판단해야 한다는 ‘평균인표준설’,⁸⁹⁾ (iii) 국가의 법질서를 기준으로 하여 판단해야 한다는 ‘국가표준설’이 대립하고 있다.

그러나, 국가표준설의 경우 국가는 시민들에게 항상 적법행위만을 기대한다는 점에서 기대가능성 이론이 유명무실화해 질 수 있고, 반대로 행위자표준설의 경우 행위자의 구체적인 사정을 모두 고려한다면 확신범과 같은 경우 늘 책임이 조각된다는 문제가 있다. 결국, 평균인을 표준으로 하여 판단하되, 이에 더하여 여기서 말하는 ‘평균인’이란 ‘양심적인 평균인’을 의미한다고 보는 것이 책임 판단의 균형성을 꾀할 수 있다고 할 것이다.⁹⁰⁾

대법원은 양심적 병역거부자에 대한 병역법위반 사건에서, “피고인에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것”이라고 판시하였는데,⁹¹⁾ 다수 견해와 같이 평균인 표준설의 입장에서 있다고 평가된다.

(3) 규범 충돌 상황에서의 기대가능성에 대한 판단

결국 대상판결과 같이 규범 간 충돌이 문제되는 경우 기대가능성 이론에 따라 책임이 조각되는지 여부는, 행위 당시의 구체적인 상황을 전제로 하여 피고인이 아닌 사회의 평균인을 그 자리에 두고 적법행위에 대한 기대가능성이 있는지를 판단하여야 할 것이다.

89) 김성돈, 앞의 책, 417면; 김일수/서보화, 앞의 책, 293면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 376면; 임웅, 앞의 책, 361면.

90) 김일수/서보화, 앞의 책, 293면; 임웅, 앞의 책, 361면. 다만, 임웅 교수는 ‘양심적 평균인’의 입장에서 보았을 때 대법원이 미리 출제될 문제를 알게 된 일반수험자로서는 암기한 답을 답안지에 기재하지 않으리라고 기대할 수 없다고 본 것은 문제가 있다고 지적하고 있다(임웅, 앞의 책, 361면).

91) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

구체적으로 살펴보자면, 충돌하는 일부 법령에 따른 수사가 개시되었는지 여부, 관련자 내지 기관에 의한 고소 내지 고발이 이루어졌거나, 그러한 움직임이 있었는지 여부, 피고인 스스로 규범 간 충돌을 피하기 위하여 선거관리위원회와 같은 유관기관에 해석을 의뢰하였는지 여부, 피고인이 자체적으로 규범 간 충돌을 피하기 위하여 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 기대가능성을 판단하는 것이 타당하다고 할 것이다.

대상판결에서 대법원은 공직선거법과 최저임금법 간 충돌 내지 모순적인 ‘상황’ 자체는 인정하면서도 두 법률 간에는 그 입법 목적이나 규율대상이 다르기 때문에 공직선거법위반으로 기소된 이 사건에서 최저임금법은 적용되지 않는다고 보았고, 규범 간 충돌이 있다고 하더라도 형법 제16조에 따른 ‘정당한 이유’가 있다고 보기는 어렵다고만 하였을 뿐인데, 그 외 위에서 살펴본 다양한 형법적 쟁점 부분에 대한 자세한 설명이 없었다는 점은 아쉬움으로 남는다.

VI. 마치며

규범 간 충돌이 발생하는 경우 형법적으로 어떠한 취급을 해야 하는지를 둘러싸고는 그 동안 형법학계에서는 교과서적으로 지극히 이론적인 논의가 이루어져 왔는데, 대상판결은 공직선거법과 최저임금법이라는 실질적 의미의 형법이 충돌하는 상황에서 형법이 어떻게 적용될 수 있는지를 밝혔다는 점에서 큰 의미가 있다.

다만, 규범 간 충돌이 발생한 상황 자체는 피고인과는 무관한 사정이라고 할 것인데, 그로 인한 해석상의 혼란에 따른 책임을 피고인에게 전가할 수는 없다. 이러한 측면에서 단순히 공직선거법위반으로 기소된 이 사건에서는 최저임금법이 적용될 수 없다고 판단한 대법원의 결정은 아쉬움으로 남는다.

오히려, 규범간 충돌은 범죄체계론적으로 보았을 때, 충돌하는 어느 하나의 규범이 위헌이 되지 않는 한 구성요건을 충족하는 데에는 문제가 없다

고 볼 것인데, 경우에 따라 형법 제20조에 따른 정당행위나 의무충돌에 따른 위법성 조각이 문제될 수 있을 것이다. 그러나, 주관적 정당화 요소나 상당성 내지 보충성 요건이 충족되지 않는다면 그 다음 단계인 책임조각의 문제만이 남는다고 할 것인데, 대상판결에서처럼 형법 제16조의 문제로 볼 수도 있지만, 충돌하는 규범 사이에서 어느 한 의무를 이행하는 것은 결국 다른 의무를 이행할 수 없다는 기대가능성의 문제라고 보는 것이 타당하다. 이러한 전제 아래에서 구체적으로 피고인이 규범 간 충돌 상황에서 어떠한 조치를 취하였는지를 살핀 후 책임이 조각될 수 있는지 여부를 판단할 필요가 있다.

규범의 충돌과 형법 적용의 한계 - 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결 -	수령 날짜 2021.01.31.	심사개시일 2021.02.25.	계재결정일 2021.03.18.
- 이 종 수			

[참고문헌]

I. 단행본

- 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2020.
김일수/서보학, 새로운 형법총론, 박영사, 2014.
대검찰청, 공직선거법 벌칙해설, 2020.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2019.
이재상/장영민/강동범, 형법총론, 박영사, 2020.
임성식/이경렬, 선거사범의 처벌과 당선무효에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 2004.
임 응, 형법총론, 법문사, 2019.
임종률, 노동법, 박영사, 2018.
淺田和茂 刑法總論, 成文堂, 2020.
西田典之, 刑法總論, 弘文堂, 2019.
前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版社, 2019.
松宮孝明, 刑法總論講義, 弘文堂, 2018.
松原芳博, 刑法總論, 日本評論社, 2017.

II. 논문

- 김준혁, “정당화적 의무충돌과 면책적 의무충돌”, 「고려법학」 제58호, 고려대학교 법학연구원, 2010.
박강우, “형량불가능한 의무충돌과 형법적 해결방안”, 「법학연구」 제20집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2017.
성지용, “위임입법의 한계와 행정입법에 대한 사법심사”, 「행정판례연구」 16-1, 한국행정판례연구회, 2011.
손동권, “의무충돌에 관한 연구”, 「형사법연구」 제10권, 한국형사법학회, 1997.
이종수, “공직선거법상 ‘기부행위’와 그 예외로서 조례에 근거한 ‘직무상 행위’의 해석”, 「고려법학」 제93호, 고려대학교 법학연구원, 2019.
_____, “선거운동의 자유와 제한에 관한 형사법적 고찰”, 「법학논집」 제25권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.
Todd Landman/Luca Di Gennaro Splendore, “Pandemic democracy: elections and COVID-19”, JOURNAL OF RISK RESEARCH, 23/7-8, 2020.

【국문초록】

공직선거법은 제135조 제3항에서 선거사무관계자에 대하여는 공직선거법에 규정된 수당이나 실비 이외의 일체의 비용 지급 내지 보상을 금지하고 있다. 그리고 공직선거법은 그러한 수당이나 실비의 구체적인 내용을 공직선거관리규칙에서 정하도록 하고 있는데, 공직선거관리규칙은 회계책임자에게는 5만 원, 선거사무원에게는 3만 원 이내의 수당만을 지급할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데, 위와 같은 공직선거관리규칙은 1994년 제정 이래 한차례도 개정이 되지 않았는데, 이에 반하여 2013년 4,860원이던 최저임금은 2019년 8,350원, 2020년 8,590원으로 상승하여 공직선거법과 최저임금법 간 충돌이 발생하게 되었다.

대상판결에서 피고인은 선거사무관계자들에게 공직선거법에서 정한 수당 이외에 50만 원씩 추가로 지급하였는데, 위와 같은 금원 지급이 공직선거법에 위반한다고 하더라도 결과적으로 최저임금법에 따른 수당 지급으로 볼 수 있다고 주장하였다. 그러나, 대법원은 공직선거법과 최저임금법은 그 입법 목적과 규율대상이 다르기 때문에 이 사건에서 최저임금법은 적용되지 않는다고 보았다.

그러나, 헌법 제32조 제1항에 따라 제정된 최저임금법은 근로자에 대하여 최저임금 이상을 지급하지 않을 경우 형사처벌을 하도록 하고 있으며, 대법원은 선거사무원의 근로자성도 인정하고 있는 이상 규범 간 모순 내지 충돌이 발생하고 있는 ‘상황’ 자체는 인정하지 않을 수 없다. 따라서, 이와 같은 법률 간 충돌을 해결하기 위하여 (i) 헌법재판소에서 위헌결정을 하거나, (ii) 대법원에서 기소의 근거가 된 공직선거관리규칙의 위헌·위법성을 인정하였다면 구성요건해당성이 인정되지 않아 형사소송법 제325조 전단에 따른 무죄판결이 선고되어야 한다.

다만, 문제는 위와 같은 위헌결정 등이 없어 법률 간 충돌 내지 모순 상황이 유지되는 경우라고 할 것인데, 이러한 상황이라면 범죄체계론상 구성요건해당성이 아닌 위법성 또는 책임 단계에서의 해결이 필요하다고 할 것이다.

먼저, 위법성조각사유와 관련하여, 법령에 의한 행위로서 형법 제20조에 따른 정당행위에 해당하는지 여부가 문제될 수 있다. 법령에 의한 행위에 해당하기 위하여는 단순히 법령에 근거가 있다는 것만으로는 부족하고 동기나 목적의 정당성, 방법의 상당성, 균형성, 그리고 보충성 등의 요건을 충족하여야 하며, 주관적 정당화 요소도 요구된다고 할 것이다. 다음으로, 의무의 충돌에 해당하는지도 살펴볼 필요가 있으나, 대상판결과 같이 법령에 규정된 의무 사이에 모순이 발생하는 것은 법률 해석의 문제일 뿐 위법성조각사유로서 의무의 충돌에 해당한다고 보기는 어렵다.

이에 대상판결은 형법 제16조 법률의 착오로 접근을 하였는데, 다만 형법 제16조가 적용되기 위한 '정당한 사유'가 인정되지 않는다고 보았다. 그러나, 대상판결과 같이 법령 간 충돌이 발생하는 상황에서 하나의 법령을 준수하는 것이 다른 법령을 위반하는 결과가 된다면 이는 책임조각사유로서 '기대가능성'의 영역에 속한다고 볼 것이다. 기대가능성이 없어 책임조각이 인정되는지 여부에 대하여는 구체적으로 충돌하는 일부 법령에 따른 수사가 개시되었는지 여부, 관련자 내지 기관에 의한 고소 내지 고발이 이루어졌거나 그러한 움직임이 있었는지 여부, 피고인 스스로 규범 간 충돌을 피하기 위하여 선거관리위원회와 같은 유관기관에 해석을 의뢰하였는지 여부, 피고인이 자체적으로 규범 간 충돌을 피하기 위하여 충분한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

【Abstract】

Criminal Review of the Contradictory Relationships
between Laws

Lee Jongsoo
(Attorney at Law, Shin & Kim)

Public Official Election Act('Act') prohibits the payment of all expenses other than allowances prescribed by the Act to election campaign workers. And the Act stipulates that only allowances between 30,000 and 50,000 won can be paid. However, the administrative rule has never been revised so far, resulting in contradictions with the Minimum Wages Act.

In this case, the defendant paid election campaign workers an additional 500,000 won, in addition to the allowance by the Act, claiming that even if it violate^ㄴ the Act, it does not violate the Minimum Wages Act. However, the Supreme Court ruled that the Minimum Wage Act does not apply in this case because the Act and the Minimum Wage Act have different purposes.

But, the Minimum Wage Act enacted under Article 32 (1) of the Constitution forces employers to pay the minimum wage to workers, and the Supreme Court have ruled that campaigners are workers, so it cannot be denied the contradictory relationships between laws itself. Therefore, if the law is sentenced unconstitutional or amended by the Assembly, it should be found not guilty.

First of all, in order to be a Justifiable Act(Criminal Act Article 20),

not only must there be grounds for the statute, but also must meet the requirements for proportionality and complementarity, and subjective requirements are also required. Moreover, conflict of duty needs to be discussed, but the Supreme Court ruled that if there is a contradiction between the laws, it can be solved through legal interpretation.

So, in this case, the Supreme Court approached the issue of the misunderstanding of law(Criminal Act Article 16), but judged that ‘justifiable reasons’ for the application of Criminal Act Article 16 were not recognized. So, in my opinion, if there is a conflict between the laws, such as this case, it shall be regarded as ‘lacking expectation’. Therefore, the judgment shall be made by comprehensively considering whether the investigation has begun, whether the accusation has been made, whether the defendant has made his/her own efforts, whether he/she has inquired of a public institution, etc.

주제어(Keyword) : 공직선거법(Public Official Election Act), 최저임금법(Minimum Wage Act), 규범충돌(Conflict between Laws), 선거사무관계자(Election Campaign Worker), 위헌결정의 소급효(Retroactive Effect of Decision of Unconstitutionality), 정당행위(Justifiable Act), 법률의 착오(Misunderstanding of law), 기대가능성(Expectation of Legal act)

상표상품의 품질과 상표권의 소진

신 창 환*

▶ 목 차 ◀

I. 들어가며	IV. 핵심 쟁점의 검토
II. 상표권 소진의 의의와 특성	1. 상표권 라이선스 계약의 주요 내용과 부수적 조건의 구별
1. 상표권 소진의 의의	2. 상품의 품질과 관련한 상표기능론의 함의
2. 상표권 소진론의 특성	3. 상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 편입할 필요성
III. 관련 사례의 검토와 쟁점 정리	4. 상품의 품질과 관련한 상표권 소진의 결정 기준
1. 국내 재판례	V. 나가며
2. 미국의 사례	
3. 일본의 재판례	
4. 유럽의 선택적 유통시스템 관련 재판례	
5. 핵심 쟁점의 정리	

I. 들어가며

지적재산권의 소진은, 지적재산이 체화된 물품이 정당하게 판매된 경우에는 당해 물품을 사용·양도 또는 대여한 행위 등에는 지적재산권의 효력을 더 이상 미치지 않도록 함으로써 지적재산권이 체화된 물품에 대한 소유권과 해당 물품에 무형적으로 깃들여 있는 지적재산권 자체를 합리적으로 조정하기 위한 법리이다.

* 연세대학교 법무대학원 겸임교수, 법학박사(Ph.D.)/J.D.

개별 지적재산권법을 살펴보면 저작권법 제20조 단서¹⁾, 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제9조 제2항²⁾에는 권리 소진이 명시적으로 반영되어 있지만, 특허법, 디자인보호법, 상표법 등에서는 명문 규정을 두고 있지 않고 해석상 인정되고 있을 뿐이다. 예를 들면 상표권에 있어서, “특별한 사정이 없는 한 상표권자 등 당해 상표를 정당하게 사용할 권리가 있는 자가 국내에서 등록상표가 표시된 상품을 양도한 경우에는 당해 상표에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로 소진되고, 그로써 상표권의 효력은 당해 상품을 사용, 양도 또는 대여한 행위 등에는 미치지 않는다”는 판례³⁾를 통한 법리가 정립되어 있다.

일반적으로 지적재산권의 소진을 인정하는 이유는, 권리자가 직접 혹은 그의 동의를 받아서 지적재산권이 화체된 물품을 판매하면서 그의 권리에 상응하는 대가를 얻었더라면 그 이후에는 권리자에게 다시 주어질지도 모를 이중이득을 방지하기 위한 취지라고 설명된다.⁴⁾

상표권의 소진 법리 또한 마찬가지로 이중이득 방지의 필요성에서 출발한다. 그런데 “상표사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지”한다는 상표법의 목적⁵⁾으로부터 도출되는 상표권자의 명성을 어떻게 보호할 것인지에 관한 문제가 상표권 소진론에서는 추가적 고려 사항이 된다.

이와 관련하여 상표가 중세시대 보석의 생산자와 ‘품질’을 징표하기 위

1) 저작권법 제20조(배포권) 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 지적재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제9조(배치설계권의 효력이 미치지 아니하는 범위)

① (생략)

② 제8조에 따른 배치설계권의 효력은 적법하게 제조된 반도체집적회로등을 인도받은 자가 그 반도체집적회로등에 대하여 영리를 목적으로 제2조제4호다목에 규정된 행위를 하는 경우에는 미치지 아니한다.

③ (생략)

3) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445판결.

4) Barnes, David, “Free-Riders and Trademark Law’s First Sale Rule”, *Santa Clara High Tech L. J.* Vol. 27, Issue 3 (2010), p.462.

5) 상표법 제1조.

하여 처음 사용되었다는 지적은 흥미롭다. 이러한 논의에 의하면 상표의 원래 기능은 합금의 비율을 속이는 것을 방지하기 위하여 생산자를 표시하여 두는 것이었지만, 곧 상표는 특정 메이커가 생산한 상품의 질을 표상하기 위하여도 사용되었다는 것이다.⁶⁾ 이러한 상표제도의 연혁으로부터 알 수 있듯이 상품의 품질은 상표법에서 중요한 관심의 대상이 된다.

구체적으로는 상표 라이선스(license) 계약에서 상품의 품질에 대한 상표권자와 사용자의 합의가 있을 때, 이러한 계약상 합의가 상표권 소진을 차단할 수 있는가에 대한 국내외의 사례가 축적되고 있다. 이러한 사례들은 라이선시(licensee)가 생산하는 상품에 대한 라이선서(licensor)의 품질관리를 통한 상품의 품질 자체에 대한 것으로부터, 더 나아가 상표상품의 유통 경로에 대한 합의, 즉 선택적 유통 시스템(Selective Distribution System; SDS)⁷⁾에 대한 합의사항 위약에 대하여 상표권을 행사하는 것이 가능한가 하는 문제로 이어진다.

여기에서는 상표상품의 품질을 유지하기 위한 상표권자의 상표권 행사를 어떠한 범위에서 허용할 것인지, 달리 말하면 상표권 소진론에 기한 항변을 어떠한 범위에서 차단할 것인지에 관한 문제에 집중하여 국내외의 사례 검토를 통하여 쟁점을 축약한 후 이에 대한 합리적인 해결 방안을 제시하고자 한다. 이를 위하여 우선 상표권 소진론의 특성부터 검토한다.

6) Ecnomides, Nicholas, "The Economics of Trademarks", *The Trademark Reporter*, Vol. 78 (1988), p.527.

7) 생산자가 상품을 판매하고자 하는 판매자 모두에게 상품을 공급하는 경우를 일반적으로 집약적 유통(Intensive Distribution)이라 하고, 생산자가 자신의 상품을 판매하기에 적절하다고 판단되는 일정한 지역 내 하나의 유통업자를 선정하여 이를 통해서만 상품을 공급하는 경우를 배타적 유통(Exclusive Distribution)이라 한다. 선택적 유통시스템(Selective Distribution)은 위 두 가지 유통방식의 중간 형태로서 특정한 기준을 충족시키는 판매자를 선정하여 이들을 통해서만 판매활동이 이뤄지도록 하는 체계를 말한다. 정신동, "선택적 유통시스템과 온라인 플랫폼을 통한 상품 판매의 금지 - 유럽사법재판소의 Coty Germany 판결을 중심으로", 『외법논집』 제42권 제3호 (2018), 64면의 각주 2번; 심재한, "선별적 유통에 관한 연구", 한국경제법학회 『경제법연구』 Vol. 30 (2014), 47-48면.

II. 상표권 소진의 의의와 특성

1. 상표권 소진의 의의

상표권 소진은 상표권자 또는 그의 동의를 받아 그 상표를 부착하여 거래에 제공된 상품에 대해서 발생한다.⁸⁾ 소진은 상표상품이 권리자와 경제적 관련관계가 있는 사람에 의하여 판매에 제공된 때에도 발생한다. 여기에는 라이선시도 포함된다.⁹⁾

타인의 실시·이용 등을 배제할 수 있는 권능을 요체로 하는 지적재산권은, 권리자 본인에 의하여 직접 행사될 수도 있지만 흔히 권리자의 수익 극대화를 위하여 타인에게 라이선싱(licensing), 즉 라이선스 계약(license agreement)을 통해 지적재산권의 사용을 허락하는 양태를 취할 때가 많다. 이 때 라이선스 계약은 상표권의 허락 범위 외에도 여러 가지 약정을 포함할 수 있는바, 특정 조건 아래에서는 상표권의 소진을 배제하고자 하는 등 권리소진에 여러 모로 영향을 미칠 수 있는 약정 또한 맺어질 수 있다.

분석을 위하여 다음과 같은 단순화된 사례(모델)를 가정하여 보자. 상표권자인 원고와 통상사용권자인 피고(유통업자)가 있다. 원고와 피고는 상표권이 소진되지 않는다는 효과를 거둘 수 있는 내용의 선택적 유통 시스템 약정¹⁰⁾을 상표 라이선스계약에 포함시켰다. 그럼에도 불구하고 차후에 피고는 이러한 약정을 위반하는 재판매(유통)를 강행하였다. 원고는 이에 피고에 대하여 상표권 침해 주장을 하고, 피고는 위 약정은 소진원칙에 위반하여 무효이므로 자신의 행위는 정당하다고 주장하여 분쟁이 민사 법원으로 가게 되었다.

만약 법원이 권리 소진이 되지 않는다는 원고의 주장을 받아들인다면

8) 계승균, “상표법상 권리소진에 관한 일 고찰”, 전남대학교 법학연구소 『법학논총』, 제31집 제3호 (2011), 11-13면.

9) Judgment of 22 June 1994, IHT Internationale Heiztechnik v Ideal-Sandard, 9/93, EU:C:1994:261.

10) 예를 들면, 피고는 라이선스계약에서 정한 유통경로 이외의 유통경로를 통해 상품을 (재)판매하지 않는다는 취지의 약정이 대표적인 것이다.

상표권 침해가 성립하는 것이므로 원고가 청구한 판매금지, 손해배상 등을 인용할 수 있고, 소송에 포함된 당사자인지의 여부에 따라 피고로부터 물품을 인수한 업자인 전득자에 대한 판매금지도 가능하다. 피고의 계약상 책임도 같이 인정될 수 있다.

만약 관련 분쟁이 형사사건화 되었다면 침해자는 상표권 침해죄라는 엄중한 형사 책임을 질 가능성도 있다. 이 점에서 상표권 침해 책임의 성부는 한층 엄격히 검토되어야 한다.

반대로 원고의 상표권 침해 주장이 법원에 의하여 인용되지 않는 상황이더라도, 법원에게는 두 가지 선택지(選擇枝)가 있다. 하나는 상표권이 소진된다고 하더라도 적어도 원고와 피고 간 계약상 관련 약정 자체의 유효성은 인정하는 것이다. 원고에게는 피고의 위약으로 말미암은 손해배상이 주어질 수 있고, 경우에 따라서는 약정에 부수한 판매 금지조치의 예정에 따른 법적 구제가 ‘계약상’ 인정될 수 있다. 그러나 보통 직접적 계약 관계 내에 있는 당사자에게만 계약책임을 물을 수 있고 제3자의 행위에 대해서는 규제 방법이 없다. 형사사건화까지 염두에 둘 경우, 상표권 침해에 따른 형사 책임은 성립할 수 없으므로 침해자에게 형사책임을 물을 수 있게 됨으로써 생기는 위하적 효과 또한 기대하기 어렵다.

법원의 선택지 중 다른 하나는, 원고와 피고 간 약정이 상표권 소진 원칙에 반하는 것으로서 강행 법규 위반 등을 이유로 무효임을 선언하는 것이다. 상표권 침해는 성립하지 않더라도 약정 자체의 사법적 효과는 인정하여 계약책임을 물을 수 있는 경우와 비교할 때, 관련 계약이 무효로 판단된다면 결과의 차이가 크다. 이는 지적재산권의 소진원칙이 관철되는 범위 및 그 반대편에서 민사법의 근간이 되는 계약자유 원칙이 존중되는 범위의 확정 문제이기도 하다. 이에 대해서는 추가적인 논의가 필요하므로 향후의 연구 과제로 남기고, 이 글에서는 라이선시의 위약에 대하여 상표권의 소진을 차단하여 합리적으로 상표권 행사가 가능하도록 하는 영역의 규명에 집중하기로 한다.

상표권의 침해 책임 성부와 관련하여서는 상표권 남용의 우려가 제기될 수 있고, 모든 민사 관계를 규율하는 민법과 함께 지적재산권의 독점·배타성으로 말미암아 경우에 따라서는 경쟁법도 작동할 여지가 있는 영역임

을 유념할 필요가 있다. 즉, 지적재산권에 의한 권리의 행사라고 하더라도 정당하지 않은 경우에는 공정거래법의 적용 대상이 될 수 있고, 상표권자가 판매한 상품의 재판매와 관련된 조건을 부과하는 등 상표권이 소진된 영역에서 사업 활동을 제한하는 조건을 부과한다면 이는 상표권의 정당한 권리 범위를 벗어난 행위로 될 수도 있다.

이상을 정리한다면, 상표권 침해를 인정할 때와 비교하여 단순히 계약 책임만을 인정하는 것은 상표권자가 계약 상대방의 행위에 대해서만 어느 정도 책임을 추궁할 수 있을 뿐이다. 이 결과는 시장에서 전전(轉傳)되는 상표상품의 유통을 효과적으로 막을 수 없게 된다는 점에서 상표권 침해를 인정하는 것과는 큰 차이가 있다.

2. 상표권 소진론의 특성

무릇 권리소진 원칙은 지적재산권 전체를 관통하는 일반 원칙인데, 상표권 소진론을 다른 지적재산권의 소진론과 구별하여 별도로 다루어야 할 실익은 어디에 있을까? 상표권의 소진은 다음과 같은 이유에서 여타 지적재산권과는 다른 양상을 보일 수 있다.

우선 상표는 특허와 저작권과는 달리 권리자와 수요자의 이익이 상충되는 방향이 아니라 같은 방향으로 정렬될 가능성이 높아 소진의 예외를 인정할 실익 또한 상대적으로 높다. 즉, 상표의 수요자 또한 상표의 출처표시 기능에 기대어 다른 공급자의 상품과 상표권자의 상품을 구별하며, 배타적 권리로 보호되는 상표가 수요자의 탐색 비용을 절감하여 줌으로써 수요자가 원하는 질과 특성을 만족하는 상품을 쉽게 얻을 수 있다.¹¹⁾ 이 점에서 상표권의 배타성을 유지하는데 상표권자와 수요자가 흔히 같은 방향의 이해관계를 갖는다고 말하는 것이다.¹²⁾ 따라서 수요자의 보호를 중시하는 측면이 강한 상표권에서는 권리 소진의 예외가 더 용이하게 인정될 여지가 있다. 반면 저작권과 특허의 소진은 상대적으로 예외가 인정될 여지가 적은 항변 사유이다.¹³⁾

11) Barnes, *Id.* at p.493.

12) *Id.* at p.492.

이처럼 상표권의 소진 여부를 결정함에 있어서는, 물품 소유자의 이익에 반하는 방향으로 상표권을 관철할 필요가 높은지 혹은 최종적인 물품 소유자의 이익이 상표권자의 이익과 같은 방향으로 정렬되어 있어 상표권 소진의 필요성이 적은지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

또한 상표법의 보호 범익을 논할 때 언급되는 상표의 기능은 출처표시 기능, 품질보증 기능, 광고 기능 등으로서, 이러한 상표의 각 기능이 상표제도의 특이성에도 일정하게 영향을 미치고 있다는 점을 들 수 있다. 특히 상표의 품질보증 기능의 내실을 위하여 여타 지적재산권과는 구별되는 고유한 상표권 소진의 규율 논리가 필요하다는 논의가 있다.¹⁴⁾ ‘상표기능론’¹⁵⁾ 혹은 ‘신 상표기능론’¹⁶⁾과 같은 이름으로 등장하는 논의가 그것이다.

Ⅲ. 관련 사례의 검토와 쟁점 정리

1. 국내 재판례

(1) 상표권 소진 인정: 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도14446 판결 (인터넷 쇼핑몰 사건)

13) *Id.*

14) ‘버버리 사건’에서, 대법원은 병행수입업자가 광고물이나 간판에 상표를 사용하는 행위를 하더라도 출처의 동일성이나 품질의 동일성을 해하지 않으므로 위법하지 않다고 판단하여 이른바 ‘상표기능론’을 수용하였다(대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결).

15) 상표기능론에서는 출처표시기능 이외 논의되고 있는 상표의 다른 기능에 대해서도 상표법의 보호범익으로 삼을 수 있고 따라서 이러한 상표의 기능을 해칠 우려가 있을 때에는 상표권의 행사를 허용하여야 한다고 본다.

16) 논자에 따라서는, 상표권은 출처표시 기능의 측면을 주로 보호하는 것이라는 견해를 (전통적) 기능이론이라고 이해하는 전제에서 출처표시기능 이외 광고기능이나 투자기능 등 추가기능의 측면도 동등하게 보호하는 것이라고 주장하는 견해를 신 기능이론이라고 부른다. 안효질, “유럽연합과 독일상표법에 따른 상표기능이론과 상표권의 범위”, 『경영법률』 제27권 제3호, (2017), 178-179면. 이하에서는 상표기능론과 신 상표기능론을 특별히 구별할 필요가 없는 한, 상표기능론으로 통칭한다.

1) 사안의 개요

피고인은 온라인몰 시계판매업체인 ○○○의 실질적 대표자이다. 피고인은 2012. 9.경부터 2016. 4. 8.까지 상표권자인 피해자 공소의 1 주식회사(이하 ‘피해자 회사’라 한다)이 공소의 2 주식회사(이하 ‘공소의 2 회사’라 한다)에게 피해자 회사와 합의된 매장에서 판매하는 경우에는 상표를 사용할 수 있는 조건으로 통상사용권을 부여한 ‘M’자 문양의 ○○○○○ 브랜드가 부착된 시계를 위 약정에 위반하여 공소의 2 회사로부터 납품받아 피해자 회사와 합의되지 않은 온라인몰이나 오픈마켓 등에서 판매하였다.

2) 하급심의 판단

1심 판결¹⁷⁾과 항소심 판결¹⁸⁾은 공소의 2회사가 시계류에 대한 통상사용권자라 하더라도 상표권자와의 판매장소 제한약정을 위반하여 이 사건 시계를 판매하였다면 이 사건 상표는 통상사용권의 범위 내에서 정당하게 사용되었다고 할 수 없으므로, 공소의 2회사의 이 사건 시계 판매행위는 피해자 회사의 상표권 침해에 해당한다고 보았다. 이에 따라 이 사건 시계가 공소의 2회사로부터 피고인에게 양도되더라도 상표권 소진 이론이 적용될 여지는 없다고 보아, 피고인의 상표권 침해에 따른 죄책을 인정하였다.

3) 대법원의 판단¹⁹⁾

“상표권자 또는 그의 동의를 얻은 자가 국내에서 등록상표가 표시된 상품을 양도한 경우에는 해당 상품에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로 소진되지만, 지정상품, 존속기간, 지역 등 통상사용권의 범위는 통상사용권 계약에 따라 부여되는 것이므로 이를 넘는 통상사용권자의 상표 사용행위

17) 서울남부지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016고정1571판결.

18) 서울남부지방법원 2018. 8. 24. 선고 2017노496판결.

19) 이 형사 사건에서는 상표권자와 공소의 2 회사 간 체결된 판매장소 제한약정을 피고인이 알았는가, 즉 상표권 침해의 고의 여부도 문제되었다. 다만 이 이슈는 본고의 논제와는 직접적인 관련이 없다. 여기에서는 우리 대법원은 피고인이 피해자 회사와 공소의 2 회사 사이의 계약조건에 위반되어 상품이 공급된 것을 피고인이 인식하였음이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보았다는 점만을 간략히 밝혀 둔다.

는 상표권자의 동의를 받지 않은 것으로 볼 수 있다. 하지만 통상사용권자가 계약상 부수적인 조건을 위반하여 상품을 양도한 경우까지 일률적으로 상표권자의 동의를 받지 않은 양도행위로서 권리소진의 원칙이 배제된다고 볼 수는 없고, 계약의 구체적인 내용, 상표의 주된 기능인 상표의 상품출처 표시 및 품질보증 기능의 훼손 여부, 상표권자가 상품 판매로 보상을 받았음에도 추가적인 유통을 금지할 이익과 상품을 구입한 수요자 보호의 필요성 등을 종합하여 상표권의 소진 여부 및 상표권이 침해되었는지 여부를 판단하여야 한다.

피고인이 판매한 시계는 상표권자인 피해자 회사의 허락을 받아 공소의 2 회사가 적법하게 상표를 부착하여 생산한 소위 진정상품으로서, 판매장소 제한약정을 위반하여 피고인의 인터넷 쇼핑몰에서 상품을 유통시킨 것만으로는 상표의 출처표시 기능이나 품질보증 기능이 침해되었다고 보기 어렵다. 결국 공소의 2 회사가 피고인에게 상품을 공급함으로써 해당 상품에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로서 소진되고, 그로써 상표권의 효력은 해당 상품을 사용, 양도 또는 대여한 행위 등에는 미치지 않는다.”

위와 같은 판단 하에 대법원은 사건을 원심법원에 파기환송하였다.

4) 검토

위 판결의 가장 주목할 만한 설시는, 라이선스계약의 ‘주요 내용’이 되는 라이선스 범위를 위반한 통상사용권자에 의한 상표의 사용은 상표권자의 동의를 받지 않은 것으로 볼 수 있으므로, 등록상표가 적법하게 양도된 경우라고 볼 수 없어 명백하게 상표권의 침해에 해당한다는 것이다. 즉, 이러한 경우에 해당하면 즉각적으로 상표권 소진 여부의 고려 대상에서 제외된다. 상표권 라이선싱이 개입된 어떤 법적 분쟁에서 문제된 상표 사용에 대한 상표권 소진 여부의 심사 대상을 선별하기 위하여, 위 판결은 “지정상품, 존속기간, 지역 등”으로 예시할 수 있는 ‘통상사용권의 범위’ 및 ‘계약상 부수적인 조건’을 위반한 경우 양자로 크게 나누고, 우선 전자에 대해서 상표권 소진 여부를 따져볼 필요가 없다고 하고 있다.

다음으로 위 판결에서 주목할 점은 상표 라이선싱 계약에서 주요 내용

이 아닌, 계약상 부수적인 조건을 위반하여 상품을 양도한 경우에 있어서도 일률적으로 권리소진의 원칙이 적용된다고 볼 수는 없고²⁰⁾, 계약의 구체적인 내용, 상표의 주된 기능(상표의 상품출처표시 및 품질보증 기능 등)의 훼손 여부, 상표권자가 보상을 받았음에도 추가적인 유통을 금지할 이익과 상품을 구입한 수요자 보호의 필요성 등을 종합하여 상표권 소진 여부를 판단하여야 한다고 본 것이다.

(2) 기타

상표권 소진이 되었음에도 사용권자의 상표권자와의 합의 위반에 관하여 사용권자의 위약 책임을 인정한 사례로서, 서울고등법원 2013. 7. 4. 선고 2012나73822판결²¹⁾(브랜드 가구 사건), 특허법원 2018. 10. 10. 선고 2018나1343판결²²⁾(브랜드 의류 사건) 등이 있다. 이들 사건에서는 상표권이 소진된다고 보면서도 재판매와 관련된 계약의 유효성은 인정하여 상표권 침해가 아니라 채무불이행으로 상표권자들의 손을 들어주었다.

2. 미국의 사례

선구적인 사례라 할 El Greco Leather Prod. Co. v. Shoe World, Inc. 판결²³⁾은 미국 상표권자가 브라질의 생산 업체에 주문한 신발 상품 중 일부의 주문을 취소하였는데, 생산업체는 상표권자의 상품 폐기 지시 등이 없었

20) 판결문의 문구를 그대로 인용하자면 “통상사용권자가 계약상 부수적인 조건을 위반하여 상품을 양도한 경우까지 일률적으로 사용권자의 동의를 받지 않은 양도행위로서 권리소진의 원칙이 배제된다고 볼 수는 없고...”이다. 사용권의 범위 위반과 계약의 부수적인 조건을 엄격히 준별하여 달리 취급하려는 판례의 태도에서라면, 필자가 위 본문에서 고쳐 쓴 것과 같이 ‘계약상 부수적인 조건을 위반하여 상품을 양도한 경우에도 일률적으로 권리소진의 원칙이 적용된다고 볼 수는 없고...’라는 식으로 간명하게 표현하는 것이 오독(誤讀)의 소지를 줄일 수 있는 길이었을 것으로 사료된다(밑줄 강조는 필자에 의함).

21) 대법원 2013. 11. 15. 선고 2013다64076판결(심리불속행 기각)로 확정되었다.

22) 원심판결: 서울중앙지방법원 2018. 1. 14. 선고 2017가합548003판결. 대법원 2019. 1. 31. 선고 2018다287041판결(심리불속행 기각)로 확정.

23) 806 F.2d 392, 395 (2d Cir. 1986), cert. denied, 484 U.S. 817 (1987).

다는 이유로 신발에 상표를 표시하여 이를 유통한 사안에 대한 판결이다. 법원은 미국 상표법의 주된 보호는 상표권자의 상표 아래를 붙여 판매되는 상품에 대한 품질관리를 보호하는데 있고, 이러한 목적에서 상품의 실제 질적 수준보다는 상표권자가 품질관리에 대한 통제권을 보유하는가 여부가 더 관건이 된다는 법리를 제시하였다.²⁴⁾ 이어 해당 사안에서 문제된 신발은 상표권자가 상품의 품질을 검사할 기회 없이 유통된 것이므로 진정상품으로 간주되어서는 안 된다고 한다. 이 사건에서 품질검사의 단계는 상표권자가 상품의 승인 여부를 결정하기 위하여 설정한 필수적인 절차로 인정되기 때문이다.²⁵⁾ 이에 따라 피고의 상표권 소진 항변은 배척되었다.

Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc. 판결²⁶⁾에서도 상표권자가 확립한 품질관리 절차를 거친 제품이 아니라면 진정상품(genuineness)이 아니라고 판시하였다.

Zino Davidoff S.A. v. CVS Corp. 판결²⁷⁾에서는 상표권자가 위조품 선별과 제조연월일의 확인 목적, 필요한 경우의 상품 리콜 등의 목적으로 부착한 보호 코드를 상품의 포장에서 제거한 피고의 행위는 상표권자의 품질관리를 어렵게 함으로써 혼동의 가능성을 초래하므로 상표권의 침해가 된다고 판단하였다.

반면, 품질 관리에 요구되는 적절한 절차를 상표권자 스스로 해태한 경우에는 상표권의 침해 책임을 인정하지 않은 사례가 있다(Polymer Technology Corp. v. Mimran 판결²⁸⁾). 이 사건에서는, 상표권자가 상품에 필요한 정보가 제품에 적절하게 표시되도록 하거나 상품을 밀봉하여야 한다는 보건 당국의 규정에 따른 절차를 감독하는 품질관리의 절차를 자기 스스로 엄격하게 지키지 아니하였음을 자인하였다. 법원은 이러한 경우 명목상의 품질관리 절차를 준수하지 아니한 피고의 책임을 인정하기 어렵다고 판단하였

24) *Id.* at 395.

25) *Id.*

26) 928 F.2d 104 (4th Cir. 1991).

27) 571 F.3d 238 (2d Cir. 2009).

28) 37 F.3d 74 (2d Cir. 1994).

다.²⁹⁾ 또한 같은 사건에서, 원고가 일부 콘택트 렌즈 제품을 안경점 등 전문가 판매용으로 표시하였는데 이를 일반 소비자가 바로 구입할 수 있는 경우, 원고가 승인하지 아니한 유통 경로로 판매한 피고의 행위도 상표권 침해행위로 문제되었다. 이에 대해서 법원은 일반적으로 소비자가 상표가 표시된 제품에 대한 일정한 질적 기대를 갖고 구입했는데 실제로는 조악한 제품을 구입한 경우와 달리, 이 경우에는 적어도 소비자가 어떤 제품을 구입하는지에 대한 정보는 올바르게 주어지는 것이어서 소비자의 혼동을 찾아보기 어렵다고 보았다. 따라서 유통 경로에 대한 합의 위반으로 인한 상표권 침해 주장 또한 역시 인정하지 아니하였다.³⁰⁾

3. 일본의 재판례

상표상품의 품질과 상표권 소진의 관계에 대해서는 소위 ‘Fred Perry 사건’이 일본의 대표적인 판결³¹⁾이다. 상표권자가 아닌 사람이 일본 상표권의 지정 상품과 동일한 상품에 대해 그 등록 상표와 동일한 상표를 부착한 상품을 수입하는 행위가 문제되었는데, 그 상품은 싱가포르 등 계약지역에서 이 사건 등록상표와 동일한 상표의 사용허락을 받은 소외 회사가 상표권자의 동의 없이 계약지역 외인 중국에 있는 공장에서 하청 제작한 것이었다.

법원은 이 사건 허락조항 중 제조국의 제한 및 하청의 제한은 상표권자가 상품에 대한 품질을 관리하여 품질보증기능을 준수하게 하는데 매우 중요하다고 보았다. 이러한 제한을 위반하여 제조된 이 사건 표장이 부착된 이 사건 상품은 상표권자에 의한 품질관리가 미치지 않고, 이 사건 등록상표가 보증하는 품질에 있어 실질적으로 차이를 일으킬 가능성이 있고 상표의 품질보증기능이 훼손될 우려가 있다고 보아서 상표권 침해를 인정하였다.

또한 위 판결에서는 상표기능론에 의거한 구체적 판단기준으로 (i) 적법성, (ii) 동일성 및 (iii) 품질의 실질적 동일성이라는 3개의 기준을 제시하

29) *Id.* at 79.

30) *Id.* at 81.

31) 最高裁平成15年 2 月27日第一小法廷判決. 民集第57卷2号125頁.

는데, (i)과 (ii)의 기준은 출처표시기능에, (iii)의 기준은 품질보증기능에 관련된 것이다.

4. 유럽연합의 선택적 유통시스템 관련 재판례

(1) 유럽연합에서의 일련의 선택적 유통 시스템(Selective Distribution System; SDS) 사건 개요

유통계약에서 판매상의 온라인 판매를 금지하는 조항이 경쟁법적 관점에서 위법한지 여부는 최근 많이 논의되고 있는 주제이다.³²⁾ 상표권 침해가 직접 문제된 사건들은 아니나, 상표권 침해 이슈와 관련한 선택적 유통 시스템에 관한 유럽연합의 최근 판결(후술하는 Copad 판결)의 배경을 이해하기 위하여 아래에서 간략히 소개하고자 한다.

선택적 유통시스템이 적법하게 되기 위한 일반적 기준이 유럽사법재판소의 Metro 판결³³⁾에서 제시된 바 있다. 그 기준은 첫째, 판매상의 선정을 위한 객관적 기준이 계량화가 가능한 것이어야 하며, 둘째, 모든 잠재적인 판매상에게 비차별적인 방식으로 공평하게 적용되어야 하고, 문제된 상품의 성질이 상품의 질과 적절한 사용을 보장하기 위하여 그러한 선택적 유통을 필요로 하는 것이어야 하고, 셋째, 이러한 기준들이 필요한 한도를 벗어나는 것이어서는 안 된다는 판례법의 요건을 준수하여야 한다는 것이다.³⁴⁾

이후 Pierre Fabre 판결³⁵⁾에서 유럽사법재판소는 소매상의 온라인 판매를 ‘절대적으로’ 금지하는 것은 TFEU³⁶⁾ 제101조의 위반이라고 보았다.

32) 국내의 연구성과로는 정신동, 앞의 논문, 장보은, “유통계약상 온라인 판매금지 조항의 유효성”, 『외법논집』 제42권 제4호 (2018) 등.

33) Judgment of 25 October 1977, Metro I, *Metro SB-Großmärkte v Commission*, 26/76, EU:C:1977:167.

34) *Id.* para. 24.

35) Judgment of 13 October 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, EU:C:2011:649.

36) ‘유럽연합의 기능에 관한 조약’을 지칭하는 것으로써, 동 조약의 공식 명칭과 출처는 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 47 - 390.

동 사안에서는, 회사가 자사의 화장품을 약사가 근무하는 매장에서만 판매하도록 함으로써 인터넷 판매를 사실상 완벽히 금지하는 계약조건의 적법성이 문제되었다.³⁷⁾ 유럽사법재판소는, 고급 이미지를 유지하려고 경쟁을 제한하는 것은 정당한 목적이라고 볼 수 없으므로 이러한 목적을 추구하는 계약 규정은 반경쟁적 행위를 규제하고 있는 TFEU 제101조 제1항에 위배라고 판시하였다.³⁸⁾

그러나 Pierre Fabre 판결을 이은 Coty Germany 사건 판결³⁹⁾에서 유럽사법재판소는 Pierre Fabre 판결의 취지가 선택적 유통 시스템에서 인터넷 판매의 ‘절대적’ 금지에만 적용된다는 점을 명백히 한 후⁴⁰⁾, 명품의 고급 이미지를 보호하기 위하여 최소한 필요한 범위에서는 선택적 유통 시스템을 도입할 수 있다는 원칙을 확인하였다.⁴¹⁾ 동 사안에서는 선택적 유통시스템에 속하지 않는 플랫폼을 통하여 판매되는 제품들에 대해서는 공급자가 판매되는 제품의 상태를 점검하여 질적 통제를 기하기가 어려우며 이로 인하여 명품의 이미지 하락을 불러 올 수 있다는 점이 인정되었다.⁴²⁾

(2) 유럽사법재판소의 Copad v. Dior 판결⁴³⁾

1) 사건의 개요

2000. 5.경, Dior사는 자사의 상표“Christian Dior”를 부착한 코르셋 제품을 제조, 판매하는 라이선스 계약을 SIL사와 체결하였다.⁴⁴⁾ 위 라이선스 계약 제8.2조 제5항에는 “상표의 명성과 권위를 유지하기 위하여, 라이선스

37) 이러한 화장품은 업계에서 이른바 ‘더마(Derma) 화장품’이라고 하여 의약품에 준하는 수준의 고기능성을 표방하며, 약국에서만 판매하는 경우가 있다.

38) *Pierre Fabre*, para. 46.

39) Judgment of the Court (First Chamber) of 6 December 2017 (*Coty Germany*), Case C-230/16.

40) *Id.* at para. 32.

41) *Id.* para. 36.

42) *Id.* at para. 49.

43) *Copad SA v Christian Dior Couture SA* (C-59/08) [2009] Bus. L.R. 1571 (23 April 2009).

44) *Id.* at para. 7.

는 라이선서의 사전 서면 동의 없이는, 도매상, 소비자단체 매장, 할인매장, 우편주문 회사, 방문판매 회사, 가정집 등에서 판매를 하지 않으며, 공급처나 소매업자에게 의하여 이 규칙이 준수될 수 있게끔 모든 필요한 조치를 취하여야 한다”라는 규정을 두었다.⁴⁵⁾ 이후 운영난에 처한 SIL사는 Dior사에 “Christian Dior”상표를 부착한 물품을 선택적 유통 시스템 범위 외의 장소에서 판매할 수 있도록 해 달라는 요청을 하였으나, Dior사는 이를 거절하였다.⁴⁶⁾ 이에 SIL사는 위 라이선스계약 규정의 위반이 됨에도 불구하고, “Christian Dior” 상표를 부착한 물품을 할인매장을 운영하는 Copad사에 판매하여 분쟁이 촉발되었다.⁴⁷⁾ Dior사는 결국 파산한 SIL사에 대하여 계약 위반에 대한 책임을 추궁하는 대신, Copad사에 상표권 침해를 주장하였다.

프랑스 내 1심 법원과 항소심 법원은, Dior사와 SIL사 간 라이선스계약 중 유통 관련 약정은, 유럽연합 상표권지침⁴⁸⁾ 제8조 제2항을 수용한 프랑스 상표법상 상표권의 범위에 속하지 않는다고 보았다. 그러나, SIL사의 판매는 프랑스법상 Dior사 상표에 대하여 권리소진의 결과를 암시하지는 않는다고 하였다.⁴⁹⁾ 이에 SIL사와 Dior사가 각기 프랑스 파기원(Court of Cessation)에 상고하였다. 프랑스 파기원은 다음의 질문을 유럽사법재판소에 제기하였다. (i) 유럽연합 상표권지침 제8조 제2항 규정은 할인점에서의 판매를 금지하는 규정에 위반하는 라이선시에게 상표권을 행사할 수 있는 근거로 해석될 수 있는가, (ii) 상표권 소진에 관한 유럽연합 상표권지침 제7조 제1항은, 역내 시장에 상표가 부착된 물품을 유통하는 라이선시가 할인매장에 판매를

45) *Id.* at para. 8.

46) *Id.* at para. 9.

47) *Id.* at para. 10.

48) 정식 명칭은 “First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988”이다. 위 사건에서 주로 참조되는 유럽연합 상표권지침 제7조의 구조는 권리소진 원칙과 예외로 구성되어 있다. 제7조 제1항에서 상표권 소진의 원칙을 천명한 후, 제2항에서 상표권 소진의 원칙에도 불구하고, 물품의 성질의 변화 및 손상을 포함하여, 상표권자가 물품의 추가적인 유통을 금지할 정당한 사유가 있는 경우의 권리소진 원칙의 예외를 규정한 것이다. 한편, 동 지침 제8조는 원칙적 라이선싱의 가능성(제1항)과 라이선스 위반의 경우 ‘라이선시’를 상대로 한 상표권 행사 가능성(제2항)을 규정한 것이다. 위 두 조항의 국문 번역은 아래와 같다.

금지하는 라이선스 계약 규정에도 불구하고, 상표권자의 동의 없이 위와 같은 행위를 하는 것을 허용하는 것으로 해석되는가, (iii) 만약 그렇지 않다면, 소진 원칙에도 불구하고 상표권자는 유럽연합 상표권지침 제7조 제2항에 기하여 물품의 유통행위를 금지하는 것이 가능한가.⁵⁰⁾

2) 유럽사법재판소(ECJ)의 판단

위 쟁점 (i)에 대하여, 유럽사법재판소는 상표권지침 제8조 제2항의 사유, 즉 ‘라이선스 계약에서 정한 계약기간, 라이선스가 부여된 상품이나 물품의 범위, 상표가 표시될 수 있는 지역, 라이선시의 상품이나 서비스의 품질’이 예시적인 것인지 혹은 열거적인 것인지를 살펴보았다.⁵¹⁾ 유럽사법재판소에 의하면 법문에 ‘특히’, ‘구체적으로’와 같은 한정사가 없으므로 이는

유럽연합상표권지침 제7조(상표권자에게 부여된 권리의 소진)

- ① 상표권자가 스스로 또는 그의 동의하에 상표가 부착된 물품을 역내 시장에 제공한 경우, 상표권자는 해당 물품과 관련한 사용을 금지할 수 없다.
- ② 제1항의 규정은 상표권자가 물품의 추가적인 유통을 금지할 정당한 사유가 있을 경우, 특히 시장에 제공된 이후 물품의 성질이 변화하거나 손상되는 경우에는 적용되지 않는다.

제8조(라이선싱)

- ① 회원국의 전부 또는 일부에 등록된 물품 또는 서비스의 상표권은 그 전부 또는 일부가 라이선스 될 수 있다. 라이선스는 독점적 혹은 비독점적으로 이루어질 수 있다.
- ② 상표권자는 라이선스 계약에서 정한 계약 기간, 라이선스가 부여된 상품이나 물품의 범위, 상표가 표시될 수 있는 지역, 라이선시의 상품이나 서비스의 품질과 관련한 라이선시의 위반이 있을 경우에는 라이선시에 대하여 상표권을 행사할 수 있다.

한편, 위 상표권지침은 2015년에 개정을 거쳤고, 현행 지침의 공식 명칭은 “DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks”이다. 위에 소개한 구 상표권지침 제7조는 현행 개정 상표권지침에서는 제15조로, 구 상표권지침 제8조는 개정 지침에서는 제25조로 바뀌었고 일부 문언의 변화도 있다. 그러나 지침의 실질적인 내용은 크게 바뀌지 않았으므로, 개정된 현행 지침은 별도로 언급하지 아니한다.

49) *Copad*, at para. 12.

50) *Id.* at para. 14.

51) *Id.* at para. 17.

열거적인 것으로 보아야 함이 합당하다.⁵²⁾ 상품이나 서비스의 출처표시 기능 및 출처에 대한 오인혼동을 방지하는 기능이라는 목적을 달성하기 위하여, 상표를 부착한 제품이나 서비스가 품질을 책임지는 단일 실체의 통제 아래 제공된다는 점을 보장하는 것이 중요하다.⁵³⁾ 그런데 럭셔리 제품의 품질이란 단순히 물리적 특성의 결과만이 아니라, 럭셔리 제품에 아우라(aura)⁵⁴⁾를 부여하는 매력과 명품 이미지(allure and prestigious image)의 총합이라고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 럭셔리 제품들은 고급품이므로, 그 제품으로부터 발산되는 아우라가 소비자로 하여금 럭셔리 제품을 다른 제품들과 구별하게 하는데 필수적이다.⁵⁶⁾ 따라서 럭셔리 제품의 아우라에 대한 손상은 그 제품의 실제적인 품질에 영향을 미친다고 할 수 있다.⁵⁷⁾

본건과 같은 선택적 유통 시스템의 구축은, 진열대에 놓은 상품들의 배치, 광고, 포장 및 비즈니스 전략 등을 통하여 상품의 가치가 증가하도록 한다.⁵⁸⁾ 따라서 선택적 유통 시스템에 속하지 아니한 제3자에 의한 럭셔리 물품의 판매는 상품 자체의 품질에 영향을 미칠 수 있어, 이러한 판매를 금지하는 계약 내용은 상표권지침 제8조 제2항 소정의 상표권을 행사할 수 있는 범위의 확정으로 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 상품 품질의 영향을 고려함에 있어, (i) 상표를 부착하고 있는 럭셔리 제품의 성질과 판매수량, 선택적 유통 시스템에 포함되지 않은 할인매장이 상시적으로 영업하는지 혹은 일시적으로 영업하

52) *Id.* at para. 21.

53) *Id.* at para. 22. Also see Opinion of Advocate General Kokott in *Copad* Case (2008), para. 28 (citing Case C-10/89 HAG GF [1990] ECR I-3711, paragraph 13).

54) 독일의 미학자 발터 벤야민(W. Benjamin)에 의하면 아우라(aura)란 “아무리 가까이 있더라도 멀리 떨어져 있는 어떤 것들의 일회적인 현상”을 의미한다. 아우라는 독특한 시공간적 거리감, 현존과 부재의 교차, 유일무이한 경험, 의식적 통제 너머의 순간적 인식 등과 같은 지각 현상의 스펙트럼을 갖는다. 윤미애, 『발터 벤야민과 도시산책자의 자유』, 문학동네 (2020), 95면. 이렇듯 아우라는 인문학적 개념이지만 유럽사법재판소는 *Dior v. Copad* 판결문에서 위 용어를 (개념 설명 없이) 그대로 채택하고 있다.

55) *Id.* at para. 24.

56) *Id.* at para. 25.

57) *Id.* at para. 26.

58) *Id.* at para. 29.

59) *Id.* at para. 30.

는지 여부, (ii) 그와 같은 할인매장에서 흔히 판매되는 상품의 성질, (iii) 이러한 분야에 있어 흔히 채용되는 마케팅 기법 등이 고려되어야 한다.⁶⁰⁾ 이상의 사항을 고려할 때, 할인 매장에의 판매는 명품의 아우라에 힘입은 제품의 매력과 이미지를 손상할 수 있으므로, 이에 대해서 상표권자는 유럽연합 상표권지침 제8조제2항에 의하여 상표권을 행사할 수 있다고 해석된다.⁶¹⁾

다음으로 쟁점 (ii)에 관하여, 상표권지침 제7조제1항은 라이선시가 라이선스 계약 중 상표권지침 제8조 제2항에 언급된 내용을 위반하여 상표가 부착된 물품을 시장에 공급하는 경우 이에 따른 상표권자의 동의가 없었다고 해석되어야 하며⁶²⁾, 이에 따라 상표권 제7조제1항의 목적상 소진이 일어나지 않는다고 해석된다.⁶³⁾

마지막으로 쟁점 (iii)에 관하여, 상표권지침 제7조 제2항 중 ‘특히(especially)’라는 법문은 동조 동항 ‘물품의 조건의 변형이나 손상’이 상표소진을 초래하는 ‘정당한 사유’의 하나의 예시에 불과하다는 점을 드러낸다.⁶⁴⁾ 이와 관련하여, 기존에 유럽사법재판소는 ‘상표 명성의 손상’이 상표권지침 제7조 제2항 소정의 ‘정당한 사유’가 될 수 있으며, 상표권자가 스스로 혹은 그의 동의를 얻어 시장에 제공한 명품이라고 할지라도 상표 명성의 손상이 있는 경우 추가적인 유통을 금지할 수 있다는 점을 판시한 바 있다.⁶⁵⁾ 라이선시가 라이선스계약의 내용에 반하여 물품을 할인매장에 판매했을 때에는, 상표권자가 상표권을 행사함으로써 상표 명성의 손상을 막을 정당한 이익과, 문제된 상품을 당 업계에서 통용되는 통상적인 방법으로 재판매할 수 있는 할인매장의 정당한 이익을 비교형량하여야 한다.⁶⁶⁾ 따라서 상표권 행사의 가부에 관하여는 할인매장에서의 재판매가 상표의 명성을 손상한 것으로 인정되는지 여부에 관하여, 구체적인 사안에 대한 판단에 의하여 상표권지침 제7조

60) *Id.* at para. 32.

61) *Id.* at para. 37.

62) *Id.* at para. 47 and 51.

63) *Id.* at para. 50.

64) *Id.* at para. 54.

65) *Id.* at para. 55 (citing C-63/97 BMW [1999] ECR I-905, para. 49).

66) *Id.* at para. 56.

제2항이 적용되는지를 살펴볼 필요가 있다고 한다.⁶⁷⁾ 결국 본 판결은 라이선서가 채택한 명품의 선택적 유통시스템을 상표권의 행사로써 뒷받침하는 것으로 해석된다.

5. 핵심 쟁점의 정리

위에서 살펴본 기존의 국내외 사례에 비추어 볼 때 상표상품의 품질과 관련된 상표권 소진 이슈에서 다음과 같은 핵심적 쟁점을 도출할 수 있을 것이다.

첫째, 우리나라의 인터넷 쇼핑물 사건 판결의 실시와 같이, 상표 라이선스의 다양한 내용은 크게 그 위약이 상표권 침해를 결과할 수 있는 ‘주요 내용’과 그렇지 않은 ‘부수적인 조건’으로 구별된다. 이 때 상표 라이선싱에 포함된 다양한 층위의 여러 내용을 어떠한 기준에 의하여 이들 양자로 뚜렷이 구분해 낼 것인가가 쟁점이 된다.

둘째, 상표상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 볼 것인지, 만약 그렇다면 이렇게 판단하는 정책적 근거는 어디에 있는지 하는 문제이다. 이와 관련하여 지적재산권법 체계 안에서 상표법의 독자적인 측면으로 거론되는 상표기능론을, 상표상품의 품질을 라이선싱의 주요 내용으로 보는 주요 논거로 들고자 한다.

셋째, 위와 같은 구분 작업을 거쳐 상표상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 볼 것으로 정했다면, 일상적인 의미의 상품의 품질이란 넓은 개념 범위 중에서 법률적인 의미에서의 상표권 소진 여부를 직접 결정하는 상표상품의 품질을 어떻게 정의할 것인가 하는 문제이다. 여기에는, 상표권자와 사용자가 애초에 합의한 유통 경로, 즉 합의된 선택적 유통 시스템(SDS) 외부에서의 유통행위가 상표권 소진 여부를 결정하는 상품의 품질에 포함되는지에 관한 분석이 포함된다.⁶⁸⁾

67) *Id.* at para 59.

68) 쟁점 분석을 위한 제한적 목적에서 지극히 단순화된 비교를 해 본다. 유통 경로의 합의 위반이 있음에도 불구하고 우리 대법원의 인터넷 쇼핑물 사건에서는 상표권

IV. 핵심 쟁점의 검토

1. 상표권 라이선스 계약의 주요 내용과 부수적 조건의 구별

매우 단순히 생각한다면, 라이선스 계약의 위반에 대해서는 상표권자가 바로 상표권 침해를 주장하면서 침해행위에 대하여 상표권 행사를 할 수 있다고 여길 수 있을지도 모른다.⁶⁹⁾

그러나 앞서 인터넷 쇼핑물 사건 판결의 실시와 같이, 상표 라이선스의 다양한 내용은 크게 그 위약이 상표권 침해를 결과할 수 있는 ‘주요 내용’과 단순히 계약위반 책임에 머무르게 하는 ‘부수적인 조건’으로 구별하여 취급함이 마땅하다.⁷⁰⁾

라이선스 계약의 주요 내용이란, 위약이 있음으로써 권리자의 허락이 통상적으로는 있을 것이라고 추인하기 어려워 라이선스 계약이 존재함에도 불구하고 처음부터 계약이 없었던 것처럼 간주될 수 있는 부분에 해당한다.⁷¹⁾ 위약 자체가 중요한 것이 아니라 그로 인하여 권리자의 허락이 없는 것으로 간주하게 된다는 점이 더 중요하다는 것이다.⁷²⁾ 반면 일부 위약은 상표권자와 상표 사용자 간 일정 사항에 관한 사전 합의가 없었을 것을 가정한다면, 상표권자가 행위자에게 여하한 법적 책임을 추궁하기 어려운 성질의 것이다. 상표권자와 사용자 간 적극적으로 성립된 계약에 의하여 비로소 계약 내용의 위반에 ‘계약상’ 책임을 물을 수 있을 정도로 경미하다. 이렇듯 라이선스 계약 내 다양한 합의 사항의 경중을 고려한다면 상표 라이선스의 합의 내용을 ‘주요 내용’과 ‘부수적 조건’으로 대별하는 것이 불가피하다.⁷³⁾

소진이 된다고 본 반면, 유럽사법재판소의 Dior 사건에서는 권리소진을 인정할 수 없고 상표권 행사를 허용하여야 한다고 보았다고 할 수 있다.

69) Kokott, *Id.* para. 16.

70) 만약 라이선스의 위약이 계약의 주요 내용에 해당된다면, 라이선스 계약이 존재함에도 불구하고 이러한 라이선스의 범위를 넘어서서 처음부터 계약이 없었던 것처럼 간주될 수 있다. 이 경우 라이선스의 상표 사용은 상표권 침해를 구성하게 된다.

71) 박준석, “오픈캡처 판결 비판 - 사용과 이용의 구별, 라이선스 위약에 따른 저작권침해인정 논리를 중심으로-”, 『계간 저작권』 2017년 겨울호 (2017), 96면의 각주 80.

72) 앞의 논문, 100면.

이같이 라이선스 계약의 주요내용과 부수적인 조건의 구별은 지적재산권법 전반에서 이루어지고 있는데, 특허에서는 등록이 가능한 실시권 설정 계약의 범위, 즉 시간적, 지역적, 내용적 제한 범위를 초과하는 실시는 특허권의 침해를 구성한다는 견해가 다수이고⁷⁴⁾, 판례도 이와 같다.⁷⁵⁾

저작권법에서는 라이선스 위약에 따른 저작권 침해책임 인정기준과 관련한 학설⁷⁶⁾로서, (i) 이용허락 내용이 ‘본래적’인지 ‘부수적’인지를 구별하는 견해⁷⁷⁾, (ii) 저작권 침해가 인정될 ‘이용방법’과 그렇지 않을 ‘이용조건’으로 구별하는 견해⁷⁸⁾, (iii) 이용허락조항 중 ‘이용방법 및 조건의 범위’안에 속하는지에 따른다는 견해⁷⁹⁾, (iv) 위약의 대상이 저작권법에서 설정한 의무인지 그렇지 않은지에 따른다는 견해 등 다양한 학설이 제시되어 있기도 하다.

그러면 상표권 라이선싱과 관련하여서는 어떤 합의사항이 주요 내용이 되고, 어떤 것들이 부수적 조건이 되는가? 상표법에서는 어떤 계약조건 위

- 73) 라이선스 계약 중에는 지식재산권의 실시와 직접적으로 관련이 없는 다양한 권리·의무관계를 규율하기 위한 내용이 포함되어있을 수 있는데, 이러한 의무에 위반하는 행위까지 지식재산권 침해로 규율하는 경우에는 과도한 ‘민사사건의 형사사건화’를 초래할 수 있다는 점을 지적하는 견해로는, 송재섭, “지식재산권 라이선스와 권리소진의 원칙”, 『지식재산연구』 제12권 제3호 (2017), 49면.
- 74) 정상조·박성수 공편, 『특허법 주해 I』, 박영사 (2010), 1233면 (이회기 집필부분). 그러나 특허 실시권 범위를 넘는 실시도 특허권의 침해는 되지 않고 채무불이행의 문제에 불과하다는 견해도 제시되어 있다. 이러한 견해로는 송영식 외 6인, 『지적소유권법 上』 (제2판), 육법사 (2013), 473면.
- 75) 우리 대법원은, 특허법 제101조 제1항의 해석상 전용실시권자가 ‘등록되어 있지 않은’ 제한을 넘어 특허발명을 실시하더라도 특허권자에 대하여 채무불이행 책임을 지게 될 뿐이고 특허권 침해의 책임을 지는 것은 아니라고 판시하였다. 대법원 2013. 1. 24. 선고 2011도4645판결.
- 76) 이하 견해에 대한 자세한 설명은 박준식, 앞의 논문, 89-95면.
- 77) 이러한 견해에 대해서는 무엇이 본래적인 것인지 자의적일 수 있다는 비판이 따를 수 있음에도 불구하고, 확실적이고 정형화된 기준을 제시하기는 어렵고 바람직하지도 않기 때문에 신축적 기준이 필요하다고 본다.
- 78) 저작재산권의 종류에 관한 이용방법을 위반한 경우(가령 복제의 허락을 받았으나 공연을 한 경우)라면 계약 위반 및 저작권 침해가 모두 성립하지만 나머지 ‘이용조건’을 위반한 경우에는 계약위반에 그친다는 견해.
- 79) ‘이용’이 복제권, 배포권 등 저작재산권의 독점 영역에서의 행위를 뜻한다고 새기고, 그러한 범위를 벗어나 함부로 이루어진 이용행위라야 저작권 침해를 주장할 수 있다는 견해.

반이 있을 때 이를 상표권 침해로 볼 수 있는지에 관해서 확립된 기존 견해를 찾아보기는 어렵다.⁸⁰⁾ 다만 우리나라의 다수설은 상표권의 전용사용권 또는 통상사용권을 설정할 수 있는 범위는 보통 대상이 되는 상품 또는 서비스, 존속기간, 사용할 수 있는 지역 등이라고 본다.⁸¹⁾ 앞서 소개한 대법원의 인터넷 쇼핑몰 사건 판결에서는 “지정상품, 존속기간, 지역 등 통상사용권의 범위는 통상사용권계약에 따라 부여되는 것이므로 이를 넘는 통상사용권자의 상표 사용행위는 상표권자의 동의를 받지 않은 것으로 볼 수 있다”고 판시하였다. 위 판결의 판시를 좇으면, 우리 대법원은 지정상품, 존속기간, 지역 등 다수설에서 말하는 통상사용권이 설정될 수 있는 범위를 상표권 라이선스 계약의 주요 내용으로 등치하여 이해하고, 그 이외에는 부수적 조건으로 준별하는 태도를 취하고 있음을 알 수 있다. 따라서 위 대법원 판결에 의할 때, 지정상품, 존속기간, 지역 등이 상표 라이선스계약의 ‘주요 내용’이 된다.

그러나 유럽연합의 상표권지침(TMD) 및 관련 판례 그리고 미국이나 일본의 일부 판례에서는 상품의 품질과 관련한 라이선시의 위반에 대해서도 상표권 행사를 허용하고 있음은 앞서 살펴 본 바와 같다.

우리나라의 다수 견해와 외국의 법제 및 판례에서 보이는 이러한 차이점은 상품의 품질과 관련한 라이선시의 위반, 더 나아가 상표권자가 인가한 선택적 유통시스템의 외부에서 행해지는 유통 행위를 상표권 침해로 의율할 수 있는지 여부를 좌우하게 된다. 상품의 품질과 관련한 라이선시의 위반에 대해서 상표권 행사를 허용하는 것이 바람직할지에 대한 규범적 판단은 뒤에서 항목을 바꿔 논의한다.

이 절의 논의를 마무리하기 전에 인터넷 쇼핑몰 사건에서의 우리 대법원 판결의 문제점을 한 가지 짚고 넘어가고자 한다. 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도14446판결에서는 ‘지정상품, 존속기간, 지역’등에 대한 위약을 상표권 침해를 결과하는 사항으로 본 후, 그 밖의 사항에 대해서는 “계약의 구

80) 김민상, “상표권 계약위반과 권리소진 - 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도14446 판결의 검토”, 사법발전재단, 『사법』 (2020), 268면.

81) 정상조 편, 『상표법 주해Ⅱ』, 박영사 (2018), 145면 (이해완 집필부분).

체적인 내용, 상표의 출처표시 및 품질보증 기능의 훼손 여부, 상표권자가 추가적인 유통을 금지할 이익 및 수요자의 보호의 필요성을 종합”하여 또 다시 상표권 침해 및 권리소진 여부를 판단한다고 한다.⁸²⁾

그러나 라이선스의 주요 내용도 아닌 ‘부수적 조건’에 불과한 사항에 대한 위약에 의하여도 상표권 침해를 인정할 수도 있다는 대법원의 논리는 매우 부자연스럽다는 점을 언급하지 않을 수 없다. 대법원 판결에 따르면, 부수적 조건의 위약에 대하여도 상표권 침해를 인정하려면, (i) 그 위반이 상표권 침해를 구성할 수 있는 계약의 주요 내용인지 부수적 조건의 위반인지를 먼저 결정하고, (ii) 앞서의 단계에서 위약이 부수적 조건에 대한 위약에 불과한 것으로 판단하였더라도, 계약의 구체적인 내용과 상표 기능의 훼손 여부, 상표권자의 이익과 수요자의 보호 필요성 등을 종합하여 상표권 침해 여부를 다시 한 번 점검하여야 한다. 그러나 아무리 계약의 주요 내용과 부수적 조건을 명확히 구별하는 작업이 어렵고 이러한 영역에서는 정형화된 기준보다는 신축적인 기준의 제시가 더 바람직한 면이 있음을 인정하더라도, 상표권 침해의 판단에 이렇듯 복잡한 이중의 과정을 두는 것은 결과적으로 자의성을 초래할 수 있음을 간과할 수 없다. 또한 실무적으로는 전단에서 모종의 위약을 라이선스계약의 주요 내용이 아니라 부수적 조건의 위반인 것으로 결정하면, 실제로는 후단에 들어가기도 전에 바로 상표권 침해를 부인할 가능성도 없지 않다. 상표권의 침해로 판단할 것인지 계약위반으로 볼 것인지는 권리자와 침해자, 공중의 이해관계가 걸려 있는 중요한 문제임을 상기한다면⁸³⁾ 예측 가능성과 일관성을 유지하기 힘든 이 같은 2단계의 결정 과정을 채택할 것인지에 대해서는 재고가 필요하다.

아래에서 자세히 살펴보겠지만 상품의 품질 보증이 상표 기능의 또 다른 핵심으로 인정될 수 있는 한, 상품의 품질에 관한 위약에 대해서는 이를 상표권 침해의 판단으로 이어질 수 있는 라이선스 계약의 ‘주요한 내용’으로 보는 편이 좋을 것으로 생각한다. 이편이 ‘주요 내용’이라는 용어의 본질에

82) ‘부수적인 조건’의 위반이 문제되었던 위 판결에서는 위와 같은 판단 과정을 거쳐 종국적으로 상표권 침해를 인정하지 아니하였다.

83) 본고 II. 1. 참조.

육박한다. 라이선스의 주요 내용의 위반은 상표권 침해로 결과할 수 있으며, 부수적 조건의 위반은 계약 위반 책임으로 이어질 있을 뿐이라고 정리하면 충분하리라고 본다.

2. 상품의 품질과 관련한 상표기능론의 함의(含意)

상표법은 상표의 출처표시기능을 주된 보호법익으로 하는 것이고 나머지 품질보증기능 등은 부수적인 것이라고 보는 견해의 흐름이 있다.⁸⁴⁾ 국내 사례를 통틀어 상표의 품질보증기능만 훼손되었다는 이유로 상표권 침해 내지 상품등록무효를 인정한 사례는 찾아볼 수 없으므로, 상표의 품질보증기능은 출처표시기능의 보조적 기능 정도로만 인식되고 있다는 점도 지적된다.⁸⁵⁾ 이러한 견해에서는, 상표법 제1조의 ‘수요자의 이익’에 출처의 동일성 이외에 품질의 동일성이 포함되는가를 문제시하면서 품질보증을 상표의 독립된 법익으로 인정하는 시각을 비판하고 상표기능이론에 입각한 병행수입론은 오류가 있다고 보고 있다.⁸⁶⁾ 만약 상표의 출처표시기능을 상표 기능의 중핵으로 본다면, 출처표시에 관한 법익이 곧 상표법의 보호 법익이고 따라서 상표 출처표시 기능이 위협받는 사안에서 상표권의 소진 여부가 주로 문제된다고 할 것이다.

물론 상표의 가장 주요한 기능은 출처의 표시임은 부인할 수 없다. 그

84) 박준석, “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허-상표-저작권 전반의 권리소진 이론으로(하)”, 한국법학원 『저스티스』 통권 제133호(2012), 167면의 각주 33번. 일분의 학설은 상표법의 보호 대상은 출처표시기능 및 품질보증기능이라는 이원설의 견해가 다수이지만, 출처표시기능을 상표법의 주된 보호대상이라고 보는 일원설의 입장도 병존하고 있다. 일본에서 일원설을 주장하는 대표적인 견해는 立花市子, “FRED PERRY最高裁判決にみる商標機能論”, 北海道大學大學院法學研究科, 『知的財産法政策學研究』, Vol. 9 (2005), 80頁.

85) 안효질, 앞의 논문, 198면.

86) 박준석, “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허-상표-저작권 전반의 권리소진 이론으로(하)”, 한국법학원 『저스티스』 통권 제133호(2012), 166-168면. 다만, 이 견해는 병행수입 이슈에 집중하여 국내의 통설적 견해나 일본 Fred Perry 판결의 판시 중 ‘(iii) 상품의 동일성’ 요건(본고 III. 3. 참조)의 비판에 중점을 둔다. 병행수입과 관련하여 품질이 상이한 상품을 두고 ‘진정상품’으로 관념해서는 안 된다는 것이다.

러나 출처표시가 오로지 상표권의 유일한 주요 목적이 되고 나머지 상표의 기능은 부수적인 것으로 위계 서열화할 수 있을지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 이는 점점 세계화되는 현대 경제에서 물품의 진정한 출처를 상표를 통하여 파악하는 것이 쉽지 않게 되었기 때문이기도 하고⁸⁷⁾, 상표의 감정적, 정서적, 심리적 기능의 대두로 인하여, 상표의 의사소통, 투자, 광고의 기능이 강조되고 있는 추세이기도 하기 때문이다.⁸⁸⁾

앞서 본 외국 입법례⁸⁹⁾나 판례 등에서는 상표법상 상품의 품질보증이 문제되는 상황, 예를 들면 선택적 유통 시스템 등과 관련하여 상표의 품질보증기능이 위협받을 경우에도 상표권의 소진이 배제되는 경우를 볼 수 있었다.⁹⁰⁾ 우리 대법원 인터넷 쇼핑몰 사건에서도 상표의 품질보증기능의 훼손 여부를 고려하여 상표권 소진을 배제할 수 있음을 원칙적으로는 인정하고 있다.⁹¹⁾ 이는 진정상품의 유통에 의해서도 상표의 손상이 발생할 수 있기 때문이다.⁹²⁾

이에 상품의 품질과 관련된 상표기능론을 상표권 소진과의 관계를 염

87) Schmidt-Kessen, Maria, "Selective Distribution Systems in EU Competition and EU Trademark Law: Resolving the Tension", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.9, Issue 5 (2018) at 315. 위 문헌에서는 프랑스의 로레알사가 실제 제조하여 이탈리아 디젤사의 상표로 출시되는 향수를 그 예로 들고 있다.

88) Judgment of 18 June 2009, L'Oréal v Bellure, C-487/07, EU:C:2009:378, para. 58.

89) 앞서 살펴 본 것처럼품질보증기능의 보호에 대해서 TMD제7조 제2항, 독일 상표법 제24조 제2항이 권리소진원칙에 대한 예외로서 명시적인 규정을 두고 있다.

90) 본고 III. 4. 참조.

91) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도1446판결(본고 III.1.(1). 참조). 이 밖에 "상표는 특정한 영업주체의 상품을 표창하는 것으로서 그 출처의 동일성을 식별하게 함으로써 그 상품의 품위 및 성질을 보증하는 작용을 하며, 상표법은 이와 같은 상표의 출처 식별 및 품질 보증의 기능을 보호함으로써 당해 상표의 사용에 의하여 축조된 상표권자의 기업신뢰이익을 보호하고 유통질서를 유지하며 수요자의 이익도 보호"하는 것이라고 판시한 사례는 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1637 판결, 상표의 기능을 출처표시 기능 및 품질보증기능으로 보면서 이를 해칠 염려가 있는 경우 상표권 침해를 인정하는 사례로는 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17524판결, 트럼프 카드의 뒷면에 육안으로 식별할 수 없는 정도로만 특수염료로 표시하여 상품에 변경을 가한 경우에는 원래의 상품과의 동일성을 해칠 정도의 가공·수선이라고 하거나 상표의 출처표시 기능이나 품질보증기능을 침해하였다고 보기 어렵다고 판시한 사례로는 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도3929판결 등이 있다.

92) 김민상, 앞의 논문, 294면.

두에 두고 면밀히 검토할 필요가 있다. 상표기능론에서는 출처표시기능 이외 논의되고 있는 상표의 다른 기능에 대해서도 상표법의 보호법익으로 삼을 수 있고 이러한 상표의 기능을 해칠 우려가 있을 때에는 상표권의 행사를 허용하여야 한다고 본다.⁹³⁾ 이러한 논리 아래에서는, 상표의 기능이 위협받을 때 상표권을 행사할 수 있게 하려면 결국 판매된 상품이라고 하더라도 상표권자의 적법한 동의가 있었는지 여부 등을 살펴 특별한 경우 상표권 소진을 제한하는 방향의 해석도 이루어질 수 있다는 결론에도 이를 수 있다. 상표기능론을 수용하여 상품의 품질을 상표권 소진과 연계할지에 대해서는 항목을 바꾸어 논한다.

3. 상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 편입할 필요성

상품의 품질에 대한 보증은 상표법적으로는 어떻게 이루어지는가? 상표권자는 타인에게 자신의 상표의 사용을 허락하고 대가(royalty)를 받는 것을 기본구조로 하는 상표사용허락계약을 통하여 상표의 재산적 가치를 상업화할 수 있다.⁹⁴⁾ 상표사용권제도 하에서, 사용자의 상품이 조악하다면 이는 상표권자의 신용의 상실로 연결되므로 상표권자로서는 충분히 신용할 수 있는 자에게만 사용허락을 하고 사용권자의 상품의 관리에 충분한 주의를 기울이는 것이 보통이다.⁹⁵⁾ 이러한 상표권자의 노력은 구체적으로는 사용권자의 상품에 대한 상표권자의 품질 관리(quality control)라는 방식으로 구현된다. 권리자가 다른 사람에게 상표상품의 생산을 위탁할 수 있음은 상표권자의 품질 검사를 통한 질적 통제가 가능함을 전제하기 때문이다. 유럽 연합 상표권지침 제8조 제2항은 위와 같은 상표권자의 질적 통제를 보장하는 내용이다.⁹⁶⁾ 위에서 개진한 논의에 의하면, 상품의 품질을 상표 라이선

93) 상표기능론이 품질보증기능의 훼손이 없다는 이유로 상품의 병행수입을 지지하는 이론적 근거로 많이 인용되어 왔음은 주지의 사실이나, 이는 문제된 병행수입 사안들의 개별적인 특수성에 기인한 결과이다.

94) 정상조·박준석, 『지식재산권법』(제5판), 홍문사(2020), 620면.

95) 정상조 편, 『상표법 주해Ⅱ』, 박영사(2018), 140면(이해완 집필부분).

96) Griffiths, Andrew, "Quality in European Trade Mark Law", *11 Nw. J. Tech. &*

싱 계약의 주요 내용으로 편입한다는 말은 상품의 품질에 관한 라이선싱 계약 당사자의 합의가 준수되지 않을 경우 상표권 침해로 의율 가능하다는 의미와 같다.

여기에 대해서는 우리 상표법이 상표등록사항으로 품질의 확정까지 요구하고 있지 않고, 품질을 보호법익으로 보게 되면 상표권의 효력범위가 불명확해 질 수 있다는 취지의 반대의견이 있다.⁹⁷⁾

그러나 생각건대, 상품의 품질을 상표권 침해를 결과하는 것으로 인정하지 않으면, 상표권자가 라이선시를 선별하여 이들에게 상표상품의 생산을 허락한 후, 품질관리를 하더라도 이들 라이선시가 열악한 상품을 생산하여 상표의 신뢰도를 저하시키면 이를 규제하기가 어렵다. 계약 해지가 되면 상표권 라이선싱이 존재하지 않으므로 그 이후에 생산된 상표상품에 대해서는 상표권 행사가 가능하지만, 라이선스 계약의 해지 전에 생산된 열악한 제품에 대해서는 상표권자에게 효과적 규제 수단이 없다. 조악한 상품이 유통되면 시장에서 나쁜 평가를 받게 되고 결국 그 상품은 퇴출될 수 있을 것인데, 그 불이익을 품질관리를 열심히 한 라이선서가 받게 되는 상황이 생긴다면 이는 정의 관념에 반한다.

더욱이 상표법 제119조 제1항 제2호 규정과의 관계에서도 상표권자에게 상표권자가 승인할 수 없는 정도로 품질이 열악한 라이선시의 상표상품을 규제할 필요성을 찾아 볼 수 있다. 우선 위 상표등록 취소심판은 상표권자의 권리를 박탈하는 제도이므로, 조악한 품질의 제품을 생산하는 사용권자와의 관계에서 상표권자를 ‘보호’하는 수단이 될 수는 없다.

나아가 품질의 오인으로 인한 수요자의 피해를 방지하기 위해 품질의 열악함을 상표법 제119조⁹⁸⁾ 소정의 상표등록의 취소심판 사유로 하였으

Intell. Prop.(2013), p.632.

97) 박준석, “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허-상표-저작권 전반의 권리소진 이론으로(하)”, 한국법학원 『저스티스』 통권 제133호(2012), 167면의 각주 33번.
 98) 상표법 제119조(상표등록의 취소심판) ① 등록상표가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있다.
 1. 상표권자가 고의로 지정상품에 등록상표와 유사한 상표를 사용하거나 지정상품과 유사한 상품에 등록상표 또는 이와 유사한 상표를 사용함으로써 수요자에게 상품의 품질을 오인하게 하거나 타인의 업무와 관련된 상품과 혼동을 불러일으키게 한 경우

로,99)100) 지정상품에 등록상표를 사용하였다고 하더라도 상표권자나 다른 상표권자의 상품보다 품질이 나쁜 지정상품을 판매하여 수요자의 기대에 어긋나는 경우에도 상품의 품질 오인에 해당하여 상표등록의 취소 사유가 된다.101) 물론, 제119조 제1항 제2호에는 상표권자가 상당한 주의를 한 경우에는 상표등록 취소심판의 대상이 되지 않는다는 단서가 달려 있기는 하나 상당한 주의를 다하였다는 점을 상표권자가 주장·입증하여야 하는 부담이 있다.102)

요컨대 라이선시의 귀책사유로 인한 품질의 오인 때문에 언제라도 상표권자의 상표권이 취소될 수도 있는 상황이므로, 이에 대항하기 위하여 상표권자가 라이선시가 생산한 열악한 상품에 대해서 상표권을 행사할 수 있는 길을 열어 두어야 한다고 생각한다. 이렇게 하지 않으면 여하한 이유로 든 라이선시에 대하여 품질관리를 관철시키지 못한 라이선서에게 생기는

2. 전용사용권자 또는 통상사용권자가 지정상품 또는 이와 유사한 상품에 등록상표 또는 이와 유사한 상표를 사용함으로써 수요자에게 상품의 품질을 오인하게 하거나 타인의 업무와 관련된 상품과의 혼동을 불리일으키게 한 경우, 다만, 상표권자가 상당한 주의를 한 경우는 제외한다.(밑줄 강조는 필자에 의함)
(후략)

99) 상표법 제119조 제1항 제2호가 상표권자와 다른 사용권자 사이에 품질오인 또는 품질오인이 수반된 출처오인이 생긴 경우에 적용될 수 있는지에 대해서 학설은 긍정설과 부정설로 나뉜다. 긍정설의 입장은 본문에서 살펴본 바와 같다. 부정설은 전용권 범위 내의 사용으로 품질오인 또는 출처오인이 생기더라도 이는 상표법 제34조 제1항 12호의 무효사유에 해당할 뿐 취소사유는 아니고, 사용권자가 공급하는 상품의 질은 상표권자와 사용권자 양자의 합의에 따라 낮아질 수도 있는데, 사용권자가 사용허락을 받지 않은 지정상품에 등록상표를 사용한 경우 상표권자는 사용권자의 불법행위 피해자인데 상표등록 취소의 제재를 가하는 것은 지나치다는 점을 논거로 세운다. 그러나 이러한 부정설에 대하여는, 명문으로 ‘지정상품 동일 및 등록상표 동일’의 경우를 취소사유로 추가하였음에도 이를 무의미한 규정으로 해석하는 것이어서 문리해석상 받아들이기 어렵다고 하는 비판이 제기된다. 특허법원 지적재산소송 실무연구회 편, 『지적재산 소송실무』 (제4판), (2019), 1075-77면.

100) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009후3329 판결은 다음과 같이 판시하였다. “위 규정의 취지는 상표권자에게 사용권을 자유롭게 설정할 수 있도록 하는 대신에 사용권자에 대한 감독의무를 부과하여 사용권자에 의한 등록상표의 부정사용행위에 대해서도 그 등록상표를 취소할 수 있도록 함으로써 소비자의 이익을 보호함은 물론 다른 상표를 사용하는 사람의 영업상의 신용과 권익도 보호하려는 데 있다.”

101) 정상조 편, 『상표법 주해Ⅱ』, 박영사 (2018), 360면 (한규현 집필부분).

102) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009후3329 판결.

결과는 가혹한 반면, 장기적 전망을 상실하기 쉬운 라이선시의 조악한 품질의 상품 생산행위를 규제할 라이선서의 수단은 라이선스 계약의 해지 이외에 마땅치 않다. 라이선스 계약의 해지 여부는 실무적으로 당사자 간 다툼이 상당히 빈번하게 발생하는 문제로서, 계약의 해지를 뒷받침할 사유가 있다고 상표권자가 생각하더라도 늘 그 바람대로 간단히 인정되는 것은 아니다. 따라서 상품의 품질을 상표 라이선싱 계약의 주요 내용, 즉 상표권 소진을 배제할 사유의 하나로 편입할 필요가 있다고 본다.

4. 상품의 품질과 관련한 상표권 소진의 결정 기준

(1) 상품 품질 기준의 세분화

상품의 품질은 상표법의 핵심적 보호 대상의 하나가 되어야 함을 앞에서 살펴보았다. 상품의 품질이 변하면, 상표권자가 스스로 또는 그의 동의하에 상표가 부착된 물품이 거래에 제공되었다고 보기 어렵다. 이때에는 상표권 소진보다는 상표권 행사의 보장이 필요하다. 상표법의 핵심적 가치가 위협받는 상황이라면 민법에 기한 계약책임 뿐만 아니라, 상표권 침해 책임을 인정하여 상표법 자체에서 상표법의 보호 가치가 위협되는 문제를 해결함이 상표법의 일관성과 완결성 측면에서 바람직하다.

그런데 상품의 품질이란 매우 넓은 개념이므로 그 전체를 단일한 법적 규율을 받는 것으로 하기에는 무리가 따른다.¹⁰³⁾ 그렇다면 상품의 품질 개념을 어떻게 하면 합리적으로 나누어 검토할 수 있을까? 여기에서 품질을 기능적(functional) 품질 대비 미적(aesthetic) 품질 혹은 인식된(perceived) 품질로 구별하는 견해¹⁰⁴⁾가 유용할 것으로 생각한다.

후자의 미적 품질 혹은 인식된 품질은 상품의 무형적 품질(intangible quality)라고 바꾸어 부를 수도 있다. 상품이 자기표현의 수단, 공동체에의 귀속감, 혹은 사회적 신분의 상징 등으로 소비되는 것이 현대 사회의 특성

103) Griffiths, Andrew, *Id.* at p.624.

104) *Id.* at 626.

이다. 상표권자가 상표 마케팅이나 광고의 기법에 의하여 수요자로 하여금 상품에 더 가치를 부여하거나 매력적인 이미지를 형성하게 하여 무형적 품질을 변화시키는 것이 가능하다.¹⁰⁵⁾ 이에 따라 무형적 품질보증 기능에 대한 법적인 보호의 필요성에 대한 관심도 높아지고 있다. 유럽사법재판소의 Copad v. Dior 판결은 상표의 ‘무형적’ 품질보증 기능을 상표법으로 보호한 대표적인 사례라 할 만 하다.

(2) 기능적 품질 기준 채택의 필요성

위에서 분류한 상품의 품질 분류에 의할 때, 상품의 ‘기능적’ 품질에 대해서는 상표권 소진을 차단할 필요가 크다. 라이선서와 라이선시 간 사전에 합의한 확립된 품질관리 검사를 거치지 아니하였다든지, 이미 라이선서의 품질검사에서 불합격한 라이선시의 제품을 유통하는 행위에 대해서 라이선스 계약의 해지 여부와 무관하게 상표권 행사를 허용하는 것이 권리보호의 실효성을 높이기 위한 실용적인 접근이 될 수 있다.

상품의 규격, 재질, 마감, 작동 확인, 안전성 등 기능적 품질에 대한 통제는 통상적으로 제품의 성격에 대한 깊은 이해를 갖는 상표권자에 의한 품질 검사에 의하여 상당 부분 이루어질 수 있다. 또한 제품 출하 이전의 품질 검사에 의하여 발견해내기 어려울 수도 있는 내구성 문제 등에 대하여도 장기간에 걸친 사후관리 및 관찰에 의하여 종국적으로는 효과적인 품질 통제가 가능할 수 있다.

혹자는 라이선서의 품질관리를 통과하지 못한 라이선시의 상품에 대해서는 상표권자의 동의를 받지 못하였다고 보아 간단히 권리소진을 부정하면 그만일 것이라고 할지도 모른다. 그러나 이는 우리 대법원이 인터넷 쇼핑물 사건¹⁰⁶⁾에서 지정상품, 존속기간, 지역 등에 대한 위반은 상표권자의

105) *Id.* at 627. 예를 들면, 럭셔리 혹은 명품 브랜드에 대한 수요자들의 소비는 높은 가격을 지불하더라도 보다 우수한 품질을 누리하고자 하는 측면 이외에도 해당 물품의 소유를 통하여 사회적 신분을 드러내거나 신분 상승을 욕구하는 심리와도 연결되어 있다. 한편, 폐품을 재활용한 제품을 생산하는 가방이나 의류 브랜드와 같이 환경보호라는 사회적 가치를 소비자에게 어필(appeal)하는 기업들은 사회적 가치의 공유와 확산이라는 무형적 품질을 강조한다.

동의를 받지 않은 것으로서 상표권 행사가 허용된다고 볼 것이지만, 이외의 사항에 대해서는 원칙적으로 부정적인 입장이었다는 점을 망각한 결과에서 나올 수 있는 평가이다.

상표권 침해라는 엄중한 결과가 따르는 것이므로 라이선서의 상표권 행사 허용은 상표권자가 사전에 상표권 라이선스계약에 품질 관리에 관한 명확한 규정을 두고 있고, 그 계약에서 사전에 명확하게 정의된 품질 기준에 충족하지 못하여 상품을 유통할 수 없다는 의사표시가 있는 경우¹⁰⁷⁾에 한정하여, 이러한 상표권자의 유통 불허 의사가 있었음에도 불구하고 라이선서가 상품을 유통시킨 경우로 엄격히 한정할 필요가 있다. 반대로 상표권자가 품질관리를 스스로 소홀히 하였을 경우, 이른바 “naked licensing”에 있어서까지 상표권 행사를 만연히 허용할 수 없음은 당연하다.

(3) 상표소진론과 관련한 무형적 품질 기준 도입의 난점

상품의 무형적 품질을 보증하는 상표의 기능은 기능적 품질에 대한 보증을 하는 상표의 법적 보호보다 더 넓은 법적 보호를 필요로 한다. 이에 따라 상품의 무형적 품질 보증기능을 법으로 보호할 만한 사회적 가치가 있는 지에 대해서는 논란의 여지가 있다.¹⁰⁸⁾

106) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도1446판결(본고 III.1.(1). 참조).

107) 상표권자의 라이선스에 대한 품질 인정 절차에 관한 규정은 다음 문헌에 적절히 예시되어 있다. 淺井敏雄, 商標使用許諾契約のドラフティング, 『パテント』, Vol. 57, No. 2 (2004), 42-43 頁. 그 요지는, 라이선스 계약서의 부속 서류로서 품질기준을 정해 두고, 라이선서가 제출한 견본을 품질 기준에 비추어 적합하다고 인정하는 때 상표를 사용할 수 있게 하며, 상표권자는 미리 정한 검사 기간 동안 라이선서로부터 견본을 제출받아 견본의 인정 여부를 서면으로 통지하고, 만약 동 기간 동안 인정 여부를 통지하지 않았을 경우에는 인증이 된 것으로 간주하며, 상표권자가 견본의 품질이 품질기준에 비추어 적합하지 않다고 판단한 경우 서면으로 기준에 부합하기 위해 필요한 개선 조치를 라이선서에게 요구할 수 있으며, 개선 조치가 실시될 때까지 라이선서는 당해 제품의 제조 및 판매를 중단하고, 라이선서는 상표권자의 사전 서면 동의 없이는 제품을 제3자에게 생산 위탁하지 못하고, 상품에 라이선서가 공급자임을 명시한다는 내용 등으로 구성할 수 있다는 것이다. 위 논의에서는, 라이선스 제품의 기능 유지를 위해 라이선서에게 품질 유지에 대한 요구를 하는 것이 합리적인 것이며 따라서 독점금지법상 구속 조건부 거래에 해당하지 않을 것이라고 한다.

물론 상표권으로써 무형적 품질을 보증함에 따른 잠재적 순기능이 있음도 간과할 수 없다. 명품 등 고가의 상품이나 고객서비스가 중요한 상품에서 인터넷 판매는 오프라인 판매와의 관계에서 무임승차의 문제를 발생시키기도 한다. 즉 고객들이 개별적인 상담을 오프라인 상점에서 받고 구매는 가격이 저렴한 온라인 상점을 통해서 하면, 오프라인 상점은 물건을 팔지 못하고 비용만을 부담하는 반면 인터넷 상점은 판매에 의한 이윤을 획득한다.¹⁰⁹⁾ 소비자의 관점에서든 우선은 상품의 가격이 내려갈 수 있으나, 중국적으로는 서비스 내지 제품품질의 저하를 초래할 수도 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 경우 선택적 유통시스템의 활용은 일정한 긍정적 효과를 낼 수 있다.

그러나 상표권을 통한 무형적 품질의 보증에 대해서는 다음의 이유에서 부정적인 입장을 견지하는 것이 결론적으로 타당하다고 본다.

우선 기능적 품질에 대한 통제 of 용이성에 비하여, 미적 품질 또는 인식된 품질과 같은 무형적 품질에 대한 통제를 상표법적으로 뒷받침하기 위해서는 여러 가지 어려움이 예상된다. 첫째, 미적 품질에 대한 판단 기준은 주관적일 수밖에 없어 당사자들이 쉽게 합의할 수 있는 수준에서의 측정이 용이하지 않다. 따라서 무형적 품질에 관한 상표법적 보호는 ‘품질’에 대한 일차적인 판정권을 쥐는 상표권자에게 사용권자를 압박할 수 있는 대등하지 못한 무기가 될 수도 있다. 둘째, 유럽에서의 사례를 보면 무형적 품질은 주로 명품이나 럭셔리 제품 등에서 문제될 수 있을 터인데, 어떤 물품이 명품의 카테고리에 속하는지에 관한 범위 확정이나 합의 도출 자체가 쉽지 않다. 무형적 품질에서 말하는 상품의 ‘아우라(aura)’와 같은 인문학적 개념¹¹¹⁾의 법적 재구성 또한 매우 어려운 일이다. 셋째, 무형적 품질에 대한 통제권은 흔히 판매장소 통제, 가격통제나 지역 분할과 같이 법률의 전체 질서에서 그 타당성이 의심¹¹²⁾되거나 공정거래법 등 타법의 규율 대상이 되

108) Griffiths, *Id.* at p.627.

109) 심재한, 앞의 논문, 58면.

110) 앞의 논문, 같은 면.

111) 앞의 각주 54번 참조.

112) 다음의 문헌은 위와 같은 맥락의 상표권 행사를 허용한다면 상표권자에 의한 가격통제가 발생할 수 있다는 우려를 제기하고 있다. Calbolri, Irene, “International

는 권리자 위주의 마케팅 전략과 상응하는 측면이 있다.

한 견해에서는 유럽사법재판소의 Copad 판결을 비판하면서 이 판결이 시장의 원활한 작동이라는 가치에 부합하지 아니한다는 점을 적절히 지적하고 있다.¹¹³⁾ 사회적 계층 구조를 혁파하여 온 근·현대의 추세에 역행하는 것으로서 중세의 사치규제법(Sumptuary Law)을 연상케 하는 지나친 상표법적 보호라는 견지에서의 비판이다.¹¹⁴⁾

필자의 생각도 이와 같다. 만약 무형적 품질에도 상표법적 보호를 부여하고 상표권 소진을 시키지 않으면, 상표권자가 럭셔리 제품에 대한 소비자 경험과 같은 무형적 품질을 수요자에게 강요하는 듯한 결과를 제도로서 뒷받침하는 형국이 될 수 있다. 상표권 소진이 가능할 때와 비교할 때 이러한 차이는 분명히 드러난다. 상표권이 소진된다면, 소비자는 더 비싼 가격에도 상품의 매력과 명품 이미지를 포함한 브랜드 경험을 선택적 유통시스템 안에서 체험할 수도 있다. 반대로 물리적으로는 동일한 제품을 럭셔리 제품 유통과 판매에서 맛볼 수 있는 아우라를 포기하고 더 저렴한 가격으로 구입하는 선택권을 가질 수도 있다. 즉 상품의 무형적 품질과 관련한 상표권 소진의 문제는, 럭셔리 제품의 아우라와 같은 ‘브랜드 경험’의 관철 및 소비자의 ‘선택의 자유’ 중에서 선택의 문제가 된다. 그런데 브랜드 경험과 같은 무형적 요소들은 생산자와 1차 유통업자 간 계약 형성 및 위약에 대한 계약상 책임을 묻는 방법에 의하여도 어느 정도 지켜낼 수 있다. 이렇게 보면 상품의 무형적 품질을 경험하는 대신 저렴한 가격을 선택하겠다는 소비자의 자율적인 결정이 더 존중받는 방향이 바람직하다. 즉 상품의 무형적 품질과 관련하여서는 상표권 소진을 인정하여 권리자가 상표권 행사를 할 수 없도록 하는 편이 더 좋다고 생각한다.

Intellectual Property Scholars Series: Reviewing the (Shirinking) Principle of Trademark Exhaustion in the European Union (Ten Years Later)”, *Marq. Intellectual Property L. Rev.*, Vol. 16, (2012), at p.279.

113) Mitchell, Glenn, “Aura as Quality - A Sumptuary Law for Our Times?”, *The Trademark Reporter*, Vol.103, (2013) at p.1277.

114) *Id.*

V. 나가며

국내의 논의를 보면, 상표 라이선싱에 있어서 상품의 품질에 대해서는 어떠한 합의가 존재하더라도 그 위약으로부터 상표권 침해가 당연히 도출되는 것은 아니라는 것이 일반적인 이해인 것으로 보인다.

그러나 미국의 경우 상표 라이선서와 라이선시 간 품질관리의 합의가 있을 때 이의 위약은 상표권 침해로 이어지는 결과가 드물지 않고, 더 나아가 유럽연합의 경향은 상표상품의 유통 경로에 대한 합의 위반은 일부 럭셔리 제품의 경우에는 상표권 침해로 귀결되고 있음을 살펴보았다.

상표의 품질보증기능은 상표법의 보호 법익의 일종으로 논의된다. 품질보증기능을 출처표시기능에 부수하는 종속적인 기능으로 이해하는 입장과 대등한 것으로 이해하는 입장이 나뉘어 있고 이 중 어떠한 시각을 취하는가에 따라 상표권 소진을 보는 관점도 다를 수 있다. 전자의 견해에서는 적어도 상표 라이선스 계약 아래 생산되는 상품의 품질과 관련하여서는 권리 소진의 원칙이 널리 적용된다는 결론을 내리기가 쉽다.

그러나 라이선시가 생산하는 조악한 품질의 상표상품을 내버려두면 상표권자의 신용과 상표의 명성이 손상될 수 있고 이는 소비자 보호의 관점에서 바람직하지 않다. 문제 해결을 위한 보다 실용적인 관점은, 상표상품의 품질에 대해서 시장의 평가에 맡겨두기보다는 상표권의 행사를 허용하여 적극적으로 규제하여야 한다는 관점일 것이다. 그럼에도 불구하고, 여러 층위에 걸쳐 존재할 수 있는 상표상품의 품질에 대하여 어떠한 기준에 의하여 상표권 행사를 허용할 것인지에 관한 구체적인 논의는 종래에는 별로 없었던 것으로 보인다.

이에 본 연구는 상표상품의 품질을 객관적·기능적 품질과 무형적 품질로 나누어 보는 견해에 기대어 상표권 소진론을 발전시킬 실마리를 구하였다. 이러한 논의를 통하여 ‘기능적’ 품질의 문제 중 라이선서가 확고히 수립한 품질관리 절차를 라이선시가 준수하지 않은 것과 같은 특정한 경우에만 상표권의 소진이 차단되는 것이 좋다고 본다. 반대로 ‘무형적’ 품질에 대해서까지 상표권 행사를 널리 허용할 경우 오히려 소비자의 이익에 반하는 부

작용이 더 클 것이 예상되므로 이에 대해서는 기존의 논의대로 상표권 소진이 그대로 유지되어야 한다고 결론짓는다.

상표상품의 품질과 상표권의 소진 - 신 창 환	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.02.15.	2021.02.22.	2021.03.18.

[참고문헌]

[단행본(국내 및 동양)]

- 송영식 외 6인, 『지적소유권법 上』(제2판), 육법사 (2013).
윤미애, 『발터 벤야민과 도시산책자의 자유』, 문학동네 (2020).
정상조 편, 『상표법 주해Ⅱ』, 박영사 (2018).
정상조·박성수 공편, 『특허법 주해Ⅰ』, 박영사 (2010).
정상조·박준석, 『지식재산권법』(제5판), 홍문사 (2020).
특허법원 지적재산소송 실무연구회 편, 『지적재산 소송실무』(제4판), (2019).

[학술지(국내 및 동양)]

- 계승균, “상표법상 권리소진에 관한 일 고찰”, 전남대학교 법학연구소 『법학논총』, 제31집 제3호 (2011).
김민상, “상표권 계약위반과 권리소진 - 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도14446 판결의 검토”, 사법발전재단, 『사법』 (2020).
박준석, “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허-상표-저작권 전반의 권리소진 이론으로(하)”, 한국법학원 『저스티스』 통권 제133호(2012).
박준석, “오픈캡처 판결 비판 - 사용과 이용의 구별, 라이선스 위약에 따른 저작권침해인정 논리를 중심으로-”, 『계간 저작권』 2017년 겨울호 (2017).
송계섭, “지식재산권 라이선스와 권리소진의 원칙”, 『지식재산연구』 제12권 제3호 (2017).
심재한, “선별적 유통에 관한 연구”, 한국경제법학회 『경쟁법연구』 Vol. 30 (2014).
안효질, “유럽연합과 독일상표법에 따른 상표기능이론과 상표권의 범위”, 『경영법률』 제27권 제3호, (2017).
장보은, “유통계약상 온라인 판매금지 조항의 유효성”, 『외법논집』 제42권 제4호 (2018).
정신동, “선택적 유통시스템과 온라인 플랫폼을 통한 상품 판매의 금지 - 유럽사법재판소의 Coty Germany 판결을 중심으로”, 『외법논집』 제42권 제3호 (2018).
立花市子, “FRED PERRY最高裁判決にみる商標機能論”, 北海道大學大學院法學研究科, 『知的財産法政策學研究』, Vol. 9 (2005).
淺井敏雄, 商標使用許諾契約のドラフティング, 『パテント』, Vol. 57, No. 2 (2004).

[학술지(서양)]

- Barnes, David, “Free-Riders and Trademark Law’s First Sale Rule”, *Santa Clara High Tech L. J.* Vol. 27, Issue 3 (2010).
Calbolri, Irene, “International Intellectual Property Scholars Series: Reviewing the (Shirinking) Principle of Trademark Exhaustion in the European Union (Ten Years Later)”, *16 Marq. Intellectual Property L. Rev.*(2012).
Ecnomides, Nicholas, “The Economics of Trademarks”, *The Trademark Reporter*, Vol. 78 (1988).
Griffiths, Andrew, “Quality in European Trade Mark Law”, *11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*(2013).
Mitchell, Glenn, “Aura as Quality - A Sumptuary Law for Our Times?”, *The*

Trademark Reporter, Vol.103, (2013).

Schmidt-Kessen, Maria, "Selective Distribution Systems in EU Competition and EU Trademark Law: Resolving the Tension", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.9, Issue 5 (2018).

[판례]

- 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445판결.
- 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도3929판결.
- 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009후3329 판결.
- 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17524판결.
- 대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322판결.
- 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1637 판결.
- 대법원 2013. 1. 24. 선고 2011도4645판결.
- 대법원 2013. 11. 15. 선고 2013다64076판결(심리불속행 기각).
- 서울고등법원 2013. 7. 4. 선고 2012나73822판결.
- 특허법원 2018. 10. 10. 선고 2018나1343판결.
- 서울중앙지방법원 2018. 1. 14. 선고 2017가합548003판결(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018다287041 판결로 확정).
- 서울남부지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016고정1571판결.
- 서울남부지방법원 2018. 8. 24. 선고 2017노496판결.

Judgment of 22 June 1994, *IHT Internationale Heiztechnik v Ideal-Sandard*, 9/93, EU:C:1994:261.

Judgment of 25 October 1977, *Metro I, Metro SB-Großmärkte v Commission*, 26/76, EU:C:1977.

Judgment of 13 October 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, EU:C:2011:649.

Judgment of the Court (First Chamber) of 6 December 2017 (*Coty Germany*), Case C-230/16.

Judgment of 18 June 2009, *L'Oréal v Bellure*, C-487/07, EU:C:2009:378.

Copad SA v Christian Dior Couture SA (C-59/08) [2009] Bus. L.R. 1571 (23 April 2009).

El Greco Leather Prod. Co. v. Shoe World, Inc., 806 F.2d 392, 395 (2d Cir. 1986), cert. denied, 484 U.S. 817 (1987).

Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc., 928 F.2d 104 (4th Cir. 1991).

Zino Davidoff S.A. v. CVS Corp., 571 F.3d 238 (2d Cir. 2009).

Polymer Technology Corp. v. Mimran, 37 F.3d 74 (2d Cir. 1994).

“FRED PERRY 最高裁判決” 最高裁平成15年 2 月27日第一小法廷判決. 民集第57卷2号.

[기타 자료]

Opinion of Advocate General Kokott in *Copad Case* (2008).

【국문초록】

상표권의 소진 법리 또한 여타 지적재산권법과 마찬가지로 이중이득 방지의 필요성에서 출발한다. 그런데 상표권의 소진과 관련하여 상표기능이론에서는 상표의 품질보증기능 또한 고려하여야 한다고 본다. 상표 라이선스 계약에서 상품의 품질에 대한 상표권자와 사용자의 합의가 있을 때, 이러한 계약상 합의가 상표권 소진을 차단할 수 있는가에 대한 사례가 축적되고 있다. 본고는 (i) 상표 라이선스의 다양한 내용 중 주요 내용과 부수적인 조건을 어떻게 구분할지, (ii) 상표상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 볼 것인지, (iii) 상표상품의 품질을 상표 라이선싱의 주요 내용으로 볼 것으로 정했다면, 일상적인 의미의 상품의 품질이란 넓은 개념 범위 중에서 법률적인 의미에서 상표권 소진 여부를 직접 가르는 상표상품의 품질을 어떻게 정의할 것인가 하는 문제에 논의를 집중한다. 본고는 상표상품의 품질에 대해서 이를 시장의 평가에 맡겨두기보다는 상표권자의 권리 행사를 허용하여 적극적으로 규제하여야 한다고 본다. 이를 위한 방안으로서 상표상품의 품질을 객관적·기능적 품질과 무형적 품질로 나누어 보는 견해에 기대어 상표권 소진론을 발전시킬 실마리를 구하였다. 기능적 품질의 문제 중 라이선서가 확고히 수립한 품질관리 절차를 라이선시가 준수하지 않은 것과 같은 특정한 경우에는 상표권의 소진이 차단되는 것이 바람직하다. 한편 무형적 품질에 대해서 널리 상표권 행사를 허용하면 오히려 소비자의 이익에 반하는 부작용이 더 클 것으로 예상되므로 기존대로 상표권 소진이 그대로 유지되어야 한다고 본다.

【Abstract】

The Quality of Goods Bearing Trademark and the
Exhaustion Doctrine

Shin, Chang-Hwan

(Adjunct Professor, Yonsei University, Ph.D./J.D.)

In trademark exhaustion, the quality assurance function of trademark needs to be thoroughly considered. There are increasing cases in that the license agreement between licensor and licensee of trademark may block the exhaustion of trademark.

This study focuses whether (i) how to separate the substantial conditions of license agreement and mere covenants, (ii) whether the quality of goods should be considered as a substantial condition of license agreement, and (iii) if so, how to define the quality of goods with respect to trademark exhaustion.

The author thinks that the trademark owner should be allowed to exercise her trademark to ensure the quality of licensed goods to some extent. For this purpose, this article tries to distinguish between functional aspects of quality of goods and intangible/aesthetic quality of goods. This article concludes that it is imperative to block the exhaustion of trademark when it comes with the functional quality of goods, i.e., when the licensee does not comply with the quality control process which was firmly established by the licensor. However, as to the intangible/aesthetic quality of goods, the rule of exhaustion of trademark

should remain same to protect the consumers.

주제어(Keyword) : 소진(Exhaustion), 상표권 소진(Exhaustion of Trademark), 최초판매 원칙(First Sales Doctrine), 라이선스(License), 주요 내용(Condition), 부수적 조건(Covenant), 품질관리(Quality Control), 출처표시기능(Indication of Source), 품질보증 기능(Quality Assurance Function), 소비자 혼동(Consumer Confusion), 혼동의 가능성(Likelihood of Confusion), 선택적 유통시스템(Selective Distribution System), 재판매(Resale), 상표권 침해(Trademark Infringement)

동산양도담보권 설정자의 담보물 관리의무와 배임죄에서의 타인의 사무

- 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 판결에 관한
비판적 검토 -

강 수 진*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|-------------------------------------|
| I. 문제의 제기 | III. 타인의 사무성 판단에 대한 대
상 판례의 검토 |
| II. 동산 양도담보설정자의 담보물
관리의무에 대한 종래 논의의
검토 | 1. 타인의 사무 인정의 전제로서
신임관계의 내용에 관하여 |
| 1. 양도담보의 의의와 법적 성격 | 2. 타인의 사무의 의미에 관한
판례 해석론의 변경 |
| 2. 담보권설정자의 사무에 관한
종래 판례의 태도 | 3. 담보물 관리의무의 타인의
사무성에 대한 검토 |
| 3. 학설의 태도 | IV. 결 론 |

[대상판례] 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결

[사실관계]

공소외 1 회사를 운영하는 피고인은 피해자 공소외 2 은행으로부터 1억 5천만 원을 대출받아 ‘크라샤4230’을 구입하면서 위 대출금을 완납할 때까지

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

위 크라샤를 피해자에게 양도담보로 제공하기로 하는 계약을 체결하였다. 그럼에도 피고인은 위 크라샤 중 일부를 5,500만 원에, 나머지를 1억 원에 각각 매각함으로써 매각대금 합계 1억 5,500만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자에게 위 대출금 1억 5천만 원 상당의 손해를 가하였다.

양도담보계약의 구체적인 내용은, 피고인이 운영하는 공소의 1 회사가 피해자로부터 1억 5천만 원을 대출받으면서 위 대출금을 완납할 때까지 위 크라샤에 대하여 점유개정 방식으로 양도담보를 설정하고, 공소의 1 회사의 채무불이행 시 위 크라샤를 처분하여 그 매각대금으로 채무의 변제에 충당하거나 채무의 변제에 갈음하여 공소의 2 은행이 담보목적물을 취득하기로 하는 것이다. 계약서 제2조, 제4조 등에는 ‘담보목적물은 설정자가 채권자의 대리인으로서 점유·사용·보전·관리한다’, ‘설정자는 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 점유·사용·보전·관리하여야 한다’는 내용이 포함되어 있다.

[판결 요지]

[다수의견]

채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보 가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다고, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보 가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

채무자가 계약을 위반하여 그 의무를 이행하지 않는 등 채권자의 기대나 신뢰를 저버리는 행위를 하고, 그로 인한 채권자의 재산상 피해가 적지

않아 비난가능성이 높다거나, 채권자의 재산권 보호를 위하여 처벌의 필요성이 크다는 이유만으로 배임죄의 죄책을 묻는 것은 죄형법정주의의 원칙에 반한다.

금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없다. 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지이다.

채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무, 즉 동산을 담보로 제공할 의무, 담보물의 담보가치를 유지·보전하거나 담보물을 손상, 감소 또는 멸실시키지 않을 소극적 의무, 담보권 실행 시 채권자나 그가 지정하는 자에게 담보물을 현실로 인도할 의무와 같이 채권자의 담보권 실행에 협조할 의무 등은 모두 양도담보설정계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 급부의무이다.

양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행 시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있다.

점유매개관계를 설정한 직접점유자가 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는지를 판단하기 위해서는 그 점유매개관계의 기초가 되는 계약관계 등의 내용을 살펴보아야 하고, 점유매개관계의 기초가 되는 계약관계 등의 내용상 직접점유자의 주된 급부의무 내지 전형적·본질적 급부의무가 타인의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 것이어야 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수 있다.

동산을 점유개정 방식으로 양도담보에 제공한 채무자는 양도담보 설정 이후에도 여전히 남아 있는 자신의 권리에 기하여, 그리고 자신의 이익을 위하여 자신의 비용 부담 하에 담보목적물을 계속하여 점유·사용하는 것이지, 채권자인 양도담보권자로부터 재산관리에 관한 임무를 부여받았기 때문

이 아니다.

이 사건 양도담보계약에서 공소의 1 회사와 공소의 2 은행 간 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 대출금 채무의 변제와 이를 위한 담보에 있고, 공소의 1 회사를 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 공소의 2 은행과의 신임관계에 기초하여 공소의 2 은행의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상 공소의 1 회사를 운영하는 피고인을 공소의 2 은행에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없다.

[별개의견]

채무자가 채권담보의 목적으로 점유개정 방식으로 채권자에게 동산을 양도하고 이를 보관하던 중 임의로 제3자에게 처분한 경우 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다.

동산 양도담보는 동산소유권을 이전하는 형태의 양도담보이다. 그 법적 구성을 어떻게 할 것인지에 관해서는 논란이 있지만, 현재까지 일관된 판례에 따라 신탁적 양도, 즉 채권담보를 목적으로 소유권을 이전하는 행위로 봄이 타당하다.

동산 양도담보를 신탁적 양도로 보는 이상, 그 기능이나 경제적 목적이 채권담보이고, 그에 따라 채권자가 채권담보의 목적 범위에서만 소유권을 행사할 채권적 의무를 부담하더라도, 담보목적물의 소유권은 당사자 사이에 소유권을 양도한다는 합의와 점유개정에 의한 인도에 따라 완전히 채권자에게 이전한다. 따라서 점유개정에 따라 양도담보 목적물을 직접 점유하는 채무자는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하고, 그가 채권자의 허락 없이 제3자에게 담보목적물을 양도하는 등 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다.

채권자는 양도담보계약을 통해서 담보목적으로 동산의 소유권을 취득하면서도 채무자의 처분행위로 권리를 상실할 위험을 감수하고 채무자의 편의를 위하여 채무자로 하여금 목적물을 계속하여 사용하도록 맡겨 둔 것이다. 이것은 채무자가 목적물의 교환가치를 유지하리라는 특별한 신뢰가 있기 때문이다. 그러한 신뢰는 보호되어야 하고, 채무자가 채권자에 대한 신

뢰를 저버리고 양도담보 목적물을 처분하는 것은 위법하게 채권자의 양도담보 목적물에 대한 소유권을 침해하는 것이므로 사적 자치의 영역에만 맡겨둘 것이 아니라 형사적 제재를 가함으로써 채권자를 보호할 필요가 있다.

기본적 사실관계의 동일성이 인정되고 법적 평가를 달리하는 것일 뿐이므로, 판례에 따르면 대법원이 곧바로 횡령죄를 유죄로 판단하면서 원심을 유지하는 것도 가능하다. 그러나 대법원이 종래 이 사건과 같은 사안에서 일관되게 배임죄를 유죄로 인정하였던 것에 비추어 보면 대법원이 곧바로 횡령죄를 유죄로 판단하여 확정시키는 것보다 원심 판결을 파기하여 환송 후 원심에서 피고인이 횡령죄의 성립 여부에 관하여 방어할 수 있는 기회를 부여하는 것이 피고인의 방어권 보장에 부합한다.

[반대의견]

다수의견은 배임죄에 관한 전체적인 대법원 판례의 흐름, 특히 최근 10여 년 동안 선고된 3개의 전원합의체 판결 법리와 충돌된다. 동산 담보에 관한 재판실무는, 담보권이 설정되기 전 단계에서 담보권을 설정해 줄 계약상 의무인지, 담보권이 설정되어 상대방에게 귀속된 이후 담보물을 보호·관리할 의무인지에 따라 ‘타인의 사무’ 여부를 판단하였다.

다수의견은 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 대신 맡아 처리하는 것이어야 ‘타인의 사무’에 해당한다는 것이다. 그러나 확립된 대법원 판례는, 문제 된 사무 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없고 자신의 이익을 도모하는 성질을 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 ‘타인의 사무’에 해당한다는 법리를 유지하여 왔다. 향후 담보권을 설정한 동산 이외의 재산(주식, 채권, 면허권 등)의 처분에 배임죄 성립을 인정한 대법원판결들의 유지 여부가 거론될 때마다 다수의견의 판례부정합성이 계속 문제 될 우려가 있고, 특정재산에 한정되지 않고 널리 위임 등으로 상대방에 대하여 부담하는 의무를 ‘약정의 본질적 내용’으로 보아 타인의 사무로 인정한 선례들의 유지 여부가 문제 되는 경우도 마찬가지이다.

채무자가 담보를 설정할 의무를 자신의 사무로 파악하는 데에는 이의가 없으며, 이 사건의 쟁점도 아니다. 그러나 일단 점유개정 등의 방법으로 담보를 설정한 후 담보를 유지·보전할 의무 및 그 이후 담보권 실행에 협조할 의무는 계약 당시와는 내용을 달리하는 것이어서, 최초단계의 약정이행 의무가 채무자 자신의 사무라 하여 그 이후의 사무까지 같은 내용으로 포섭할 수는 없다. 부동산 매매에서 계약 시부터 계약금 지급 단계까지는 매도인 본인의 사무로 취급하고, 중도금 지급 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계로서 ‘타인의 사무’로 인정되는 것과 같은 이치이다.

동산을 양도담보로 제공하여 채권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면, 정산절차를 마치기 전이라도 양도담보권자인 채권자는 제3자에 대한 관계에 있어서는 담보목적물의 소유자로서 그 권리를 행사할 수 있다. 양도담보권자인 채권자가 제3자에게 담보목적물을 매각한 경우, 제3자는 채권자와 채무자 사이의 정산절차 종결 여부와 관계없이 양도담보 목적물을 인도받음으로써 소유권을 취득한다. 담보권 실행 단계에 이르는 경우, 채권자는 담보목적물인 동산을 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산할 수 있고, 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액 전부를 양도담보권자의 채권변제에 우선 충당할 수 있다. 양도담보권이 설정된 후 채권자가 취득한 담보권의 내용은 위에서 본 바와 같이 강력한 권리를 포함하므로 채권자가 담보권과 관련하여 행사하는 권리의 내용은 ‘채권자의 사무’로서의 성격이 강하게 드러난다. 그 논리적 귀결로서 담보설정자가 부담하는 의무는 채권자를 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루게 되고, ‘타인의 사무’에 해당하게 된다.

I. 문제의 제기

배임죄는 타인의 사무처리자가 임무위배행위로써 재산상의 이익을 취득하고 본인에게 재산상 손해를 가함으로써 성립하는 범죄이다.

다수설과 판례는 배임죄의 본질을 배신설에 의하여 이해하는데,¹⁾ 그 결과 배임죄는 사기나 횡령 등으로 처벌할 수 없는 재산권 침해행위에 대한 처벌규정으로, ²⁾ 또한 기업범죄나 첨단 경제범죄에 대한 보충규정으로 ³⁾ 기능한다고 한다. 반면, 배신설에 의하면 모든 계약위반행위를 타인의 재산을 보호해야 할 신의성실 의무에 위반한 행위에 해당한다고 보고 배임죄로 처벌할 위험도 있다. 따라서 배임죄의 구성요건 해석론에서 가장 문제되는 것은 민사상 채무불이행 가운데 배임죄에 해당하는 행위를 구별할 수 있는 명확한 해석기준을 정립하는 것이다.

배임죄는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’를 행위 주체로 하는 진정신분범이다. 신뢰위반행위 중 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 임무위배행위만 배임죄로 처벌될 수 있으므로, 결국 ‘타인의 사무’인지 ‘자기의 사무’인지의 구별에 관한 해석기준을 통하여 배임죄 처벌의 한계를 설정할 수 있다.

판례는 타인의 사무를 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는데 있는 것을 내용으로 하는 사무를 의미한다고 설명한다.⁴⁾ 그리고 사무의 본질적 내용이 타인 재산의 보호 또는 관리에 있는 것으로서 타인의 사무에 해당한다면, 그것이 동시에 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무로서의 성격이 있다고 하더라도 배임죄에서의 타인의 사무를 처리하는 자에 해당할 수 있다.

자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무이면서 동시에 타인 재산의 보호 또는 관리를 본질적인 내용으로 하는 타인의 사무에 해당하여 배임죄의 행위 주체성을 인정할 수 있는 사안인지, 단순히 타인을 ‘위한’ 사무에 불과할

1) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018, 443면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제8판 증보판), 박영사, 2016, 385면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 560면; 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 1235면; 이계상/장영민/강동범, 형법각론(제10판 보정판), 박영사, 2017, §21/7; 이정원/류석준, 형법각론, 법영사, 2019, 438면; 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 519면; 정성근/박광민, 형법각론(전정2판), 성균관대학교 출판부, 2015, 463면; 대판 1999. 9. 17. 97도3219.

2) 신동운, 위의 책, 1234면.

3) 大塚 外, 大コン(3版)(13), 208면(鳥戶 純).

4) 대판 2009. 2. 26. 2008도11722 등.

뿐 본질적으로는 자기의 사무에 해당하는 것에 불과한 것인지를 구별하는 기준은 여전히 명확하지 않다. 배신설에 따라 배임죄의 본질을 이해하는 이상, 구체적인 사안에서 타인의 사무인지, 계약상 자신의 급부의무에 불과한 것인지를 판단하기 위해서는 여전히 규범적 사고과정을 거칠 수밖에 없다.

대법원은 최근 이중매매 또는 이중양도 사안을 중심으로 타인의 사무성에 관한 종래의 해석론을 변경하고 배임죄를 부정하는 취지의 전원합의체 판결을 선고하였다. 부동산 매매계약에서 중도금을 수령한 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있고 그때부터 매도인은 타인의 사무처리자에 해당한다고 판시하여⁵⁾ 부동산 이중매매에 대하여는 배임죄 성립을 인정하였지만, 동산의 이중양도,⁶⁾ 대물변제 예약 부동산의 제3자 처분,⁷⁾ 부동산 이중저당⁸⁾ 사안에서 동산 양도인, 부동산 대물변제 예약 채무자 또는 부동산 근저당권 설정 채무자에 대하여는 각각 타인의 사무처리자로서의 지위를 부정하였다.

이와 같은 대법원의 판례 경향은 변경된 판단기준의 실질적 내용이 타당한지 여부에 대한 평가를 떠나 최소한 일관된 규범의 형성이라는 측면에서 중요한 의미가 있다. 조금 성급한 감은 있지만, 변경된 판례의 경향은 등기협력의무와 같이 자기 사무의 완성과 동시에 타인의 재산보전에 협력할 의무에 대하여는 부동산 이중매매를 제외하고는 가급적 타인의 사무성을 인정하지 않겠다는 취지로 이해된다.

대상 판례 역시 위와 같은 판례변경 과정에서 선고된 것이다. 다수의견은 최근 판례들과 마찬가지로 논리로 동산 양도담보설정자의 양도담보권자에 대한 담보가치의 유지·보전 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등 담보권 실행에 지장을 초래하지 않을 의무를 타인의 사무가 아니라고 판단하였다.⁹⁾

5) 대판 2018. 5. 17. 선고 2017도4027(전합) 등.

6) 대판 2011. 1. 20. 2008도10479(전합).

7) 대판 2014. 8. 21. 2014도3363(전합).

8) 대판 2020. 6. 18. 2019도14340(전합).

9) 대법원은 이후 대상 판례의 사안과 유사한, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보설정자의 담보물 처분행위에 대하여도 배임죄의 성립을 부정하였다; 대판

이 글은 대상 판례의 사안에 대하여도 타인의 사무성에 관하여 최근에 선고된 일련의 판례상 기준을 그대로 또는 당연히 적용할 수 있는 것인지에 대한 근본적인 의문에서 출발하였다.

동산 이중양도나 대물변제 예약 후의 처분, 부동산 이중저당의 사안은 채권자와 채무자 간에 급부의무 이행에 관한 신뢰 위반이 문제 된 사안인 반면, 대상 판례는 담보물권설정자와 담보권자 간 담보물권에 관한 침해행위로서의 성격을 갖는다는 점에서 구조적인 차이가 있다. 또한, 부동산 이중매매나 이중저당 사안과 달리 그동안 대상 판례와 같이 동산 양도담보설정자가 담보목적물을 처분한 행위에 관하여 타인의 사무성을 부정하거나 형사법의 적용 영역에서 제외하여야 한다고 주장하는 견해는 많지 않았다. 오히려 부동산 이중매매에서의 등기협력의무와 함께 재산보전 협력의무로서 타인의 사무성이 인정되는 대표적인 사례로서 이해되고 있었고, 비전형물권으로서의 양도담보라는 특수성으로 인하여 배임죄가 아닌 횡령죄 성립 가능성이 주로 논의되어 왔다. 따라서 대상 판례의 다수의견이 담보물 관리의무¹⁰⁾ 역시 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제를 전형적·본질적 내용으로 하는 채무로서 양도담보설정계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 급부의무로 보고 그 타인의 사무성을 부정한 것은 상당히 과격적인 판례변경이라고 할 수 있다.

이 글에서는 일련의 전원합의체 판결 중에서 대상 판례의 사안이 어떻게 구별되는지, 다수의견은 구별되는 본 사안에 대하여 어떠한 판단기준을 통하여 타인의 사무성을 부정하였는지, 그리고 그 논거가 충분하고 타당한지 등을 분석하고자 한다. 먼저 동일하거나 유사한 사안에 대한 종래 판례와 학설의 태도를 정리해 본다(Ⅱ). 다음으로, 대상 판례가 제시한 타인의 사무성 판단기준의 타당성을 검토한다(Ⅲ). 구체적으로는, 판례가 문제가 된 신임관계의 내용을 어떻게 파악하였는지, 그것이 타당한지를 판단해 본다.

2020. 8. 27. 2019도14770(전합).

10) 대상 판례에서 문제된 동산 양도담보 설정자의 사무의 구체적인 내용은 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무이다. 이 글에서는 이를 통칭하여 “담보물 관리의무”라고 한다.

다음으로 타인의 사무 여부를 판단함에 있어 대상 판례가 제시하고 있는 기준이 무엇인지 찾아보고 그 당부를 검토한다. 대상 판례는 명시적으로 타인의 사무에 대한 기존의 원칙적 해석론을 변경하지 않고 있다. 그러나 구체적인 사실관계에 적용된 논거를 살펴보면 실질적으로 타인의 사무 여부를 판단하기 위한 규범적 기준에 큰 변화가 있다는 점을 알 수 있다. 마지막으로, 대상 판례와 같은 사안에서 타인의 사무성을 판단하기 위한 타당한 기준을 제시할 것이다. 다수의견이 적절하게 지적하였듯이, 채무자의 행위가 비난 가능성이 높다거나, 재산권 보호를 위하여 처벌 필요성이 크다는 이유만으로 배임죄의 죄책을 묻는 것은 죄형법정주의 원칙에 위반된다. 변경된 판례 경향 등을 종합하여 보다 더 논리적이고 명확한 판단 기준을 제시할 수 있을 것으로 생각된다.

II. 동산 양도담보설정자의 담보물 관리의무에 대한 종래 논의의 검토¹¹⁾

1. 양도담보의 의의와 법적 성격

양도담보란 채권담보를 위하여 채무자 또는 제3자가 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하고, 채무자가 채무를 변제하지 않으면 채권자가 그 소유권을 확정적으로 취득하거나 그 목적물로부터 우선변제를 받고, 채무자가 채무를 이행하면 목적물을 다시 원소유자에게 반환하기로 하는 내용의 비전형담보를 말한다.¹²⁾

11) 종래 판례는 양도담보설정자의 사무에 관하여 양도담보 설정계약의 이행 이전, 즉 목적물 양도의무의 이행 이전의 처분행위와 양도담보 설정계약의 이행 이후, 즉 목적물 양도의무의 이행 이후의 처분행위에 대하여 별다른 구별 없이 모두 타인의 사무성을 인정하였다. 이 글에서는 대상 판례의 사안, 즉 후자의 사실관계로 검토의 범위를 좁혀서 본다.

12) 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020, 878면; 넓은 의미의 양도담보는 매매의 형식으로 신용의 수수를 행하여 외견상 당사자 사이에 채권, 채무관계를 남기지 않는 매도

양도담보의 법적 성격은 채권의 담보라는 실질과 소유권의 이전이라는 형식을 조화롭게 반영하여야 하는 필요성으로 인하여 학설이 대립된다.¹³⁾ 다수설은 가등기담보 등에 관한 법률 제정 이후에는 부동산과 동산 모두 담보물권으로 이해하고 있다(담보물권설). 반면 신탁적 소유권이전설은 채권 담보의 목적으로 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 것이라고 이해한다. 판례는 동산 양도담보의 경우 신탁적 소유권설의 입장을, 부동산의 경우 가등기담보 등에 관한 법률 시행 이후에는 신탁적 소유권이전설과 담보물권설의 입장이 혼재된 입장을 취하고 있는 것으로 평가되고 있다.

2. 담보권설정자의 사무에 관한 종래 판례의 태도

(1) 배임죄 긍정설의 입장

종래 판례는 동산 양도담보의 성격을 신탁적 소유권이전설에 따라 이해하고, 채무의 담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하였거나 양도담보로 제공한 채무자가 담보목적물을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 보았다.¹⁴⁾

[대판 1989. 7. 25. 89도350]

금전채권을 담보하기 위하여 채무자 소유의 동산에 관하여 이른바 약한 의미의 양도담보가 설정되어 채무자가 그 동산을 점유하는 경우, 동산의 소유권은 신탁적으로 채권자에게 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 간의

담보와, 소비대차의 형식을 이용하는 좁은 의미의 양도담보를 포함하는데, 본 평석에서는 좁은 의미의 양도담보로 논의를 한정한다.

- 13) 양도담보의 법적 성격에 관하여는 지원립, 위의 책, 879-882와 이상태, “양도담보목적물의 처분과 형법상 죄책”, 일감법학 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015년 10월, 80-83면을 참고하여 본고의 서술 목적 범위 내에서 간단히 정리하였다.
- 14) 대판 1983. 3. 8. 82도1829; 대판 1989. 7. 25. 89도350; 대판 1998. 11. 10. 98도2526; 대판 2007. 6. 15. 2006도3912; 대판 2010. 2. 25. 2009도13187; 대판 2010. 11. 25. 2010도11293; 대판 2011. 11. 22. 2010도7923; 대판 2015. 6. 24. 2015도2999 등; 물론, 대상 판례로 인하여 변경된 판례들이다.

대내적 관계에서 채무자는 의연 소유권을 보유하게 되나 채권자인 양도담보권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 부당히 이를 처분하거나 멸실, 훼손 기타 담보가치를 감소케 하는 행위가 금지된다 할 것이므로 채무자인 양도담보설정자는 채권자에 대하여 채권담보의 약정에 따른 그의 사무를 처리하는 지위에 있게 된다 할 것이고, 위 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 형법상 배임죄가 성립된다.

그 외에 담보권설정자의 처분행위에 해당하는 유사 사례를 살펴보면, 금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의하여 공장저당권이 설정된 공장기계를 함께 양수한 자는 그 채무변제시까지 그 목적물을 담보목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있으므로, 그 임무에 위배하여 제3자에게 임의 매도하였다면 공장저당권자에 대하여 배임죄가 성립한다고 하였다.¹⁵⁾

또한 수입업자가 신용장 개설은행에게 양도담보로 제공한 수입물품이 통관되어 들어온 경우 그는 신의칙상 양도담보권자인 개설은행이 담보목적 을 달성할 수 있도록 개설은행에 대한 신용장대금 변제 시까지 물품을 보관해야 하는 타인의 사무처리자에 해당하고,¹⁶⁾ 예탁금 회원제로 운영되는 골프장 회원권을 채무에 대한 담보목적으로 양도한 후 그 회원권을 다시 제3자에게 매도한 경우 배임죄가 성립한다고 하였다.¹⁷⁾

자동차 저당권설정자가 저당권자의 동의 없이 자동차를 매도하거나 제3자에게 양도담보로 제공하는 등 처분하는 경우에 관하여는 배임죄 성립 여부에 관하여 결론이 다른 두 개의 판례가 있다. 그 하나는, 저당권설정자의 타인의 사무처리자로서의 지위에 관하여는 판단하지 않은 채, 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고 저당권설정자가 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도

15) 대판 2003. 7. 11. 2003도67.

16) 대판 1998. 11. 10. 98도2526; 이 판례는 대상 판례에 의하여 변경되었음.

17) 대판 2012. 2. 23. 2011도16385.

한 것만으로는 배임죄에 해당하지 아니한다는 취지로 판단한 판례가 있다.¹⁸⁾ 다른 하나의 판례는, 근저당권설정자가 신원을 정확히 알 수 없는 제3자에게서 돈을 차용하고 담보로 자동차를 인도하면서 차량포기각서까지 작성해주었고, 이후 차용금을 변제하지 아니하였을 뿐만 아니라 저당권자에 대한 대출금 변제도 중단하였으며, 저당권자가 자동차에 대한 저당권을 실행하기 위하여 자동차 인도명령을 받았으나 소재파악이 되지 않아 집행불능에 이르렀고, 정상적인 거래 관계였다면 마땅히 수반되어야 할 양도인의 인감증명서 교부 등 자동차관리법 기타 관계 법령에 따른 이전등록에 필요한 조치도 전혀 이루어지지 않았던 사정 등을 종합할 때, 적어도 미필적으로나마 저당권자의 자동차에 대한 추급권 행사가 불가능하게 될 수 있음을 알면서도 그 담보가치를 실질적으로 상실시키는 것으로서 배임죄가 성립되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 하였다.¹⁹⁾ 두 번째 판례 역시 근저당권설정자의 사무가 타인의 사무인지에 대한 판단은 없으나,²⁰⁾ 임무위배행위 여부에 따라 배임죄의 성립이 가능하다는 취지로 판시하고 있는 이상, 그 전제로서 자동차 근저당권설정자의 타인의 사무처리자로서의 지위는 당연히 인정하고 있는 것으로 이해하여도 될 것이다.

(2) 비교 판례

(가) 이중 양도담보 사례

이른바 이중 양도담보에 관하여 배임죄를 부정한 판례가 있는데, 이는 동산 양도담보설정자의 담보물 관리의무에 관한 종래 판례의 배임죄 긍정설과 배치되는 취지는 아니다.

양도담보설정자가 동산을 제1채권자에게 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 계속 점유하던 중 이를 다시 제2채권자에게 점유개정의 방법

18) 대판 2008. 8. 21. 2008도3651.

19) 대판 2012. 9. 13. 2010도11665.

20) 대법원이 ‘타인의 사무’ 여부에 대하여 판단하지 아니하고 배임죄를 인정한 것에 대하여 문제가 있다는 견해로 강수진, “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자에 관한 최근 대법원 해석론에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향 통권 제56호(2017. 9.), 164면 각주 32) 참조.

으로 양도담보로 제공한 경우, 제1채권자에 대하여 배임죄가 성립하지 않는다. 판례는 그 이유를, 제2채권자가 제1채권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 없다거나,²¹⁾ 제2채권자가 그 동산을 선의취득할 수 없다는 등으로²²⁾ 설명한다. 다만 이에 대하여, 만약 제2채권자가 양도담보설정자로부터 동산을 현실적으로 인도받고 기타 선의취득 요건을 갖추었다면 동산을 선의취득하게 되고, 위와 같은 경우 제1채권자에 대하여 배임죄가 성립한다는 견해,²³⁾ 제2채권자에 대하여 양도담보설정자가 목적물이 이미 양도담보된 사실을 고지해야 할 의무가 있다고 보고, 부작위에 의한 사기죄의 성립은 가능하다고 보는 견해가 있다.²⁴⁾

한편, 양도담보설정자가 제1채권자와 제2채권자에게 차례로 점유개정의 방법으로 자기 소유의 동산을 양도담보로 제공한 후 다시 그 동산을 제3자에게 임의로 처분한 경우, 제2채권자에 대한 배임죄가 성립하지 않는다는 판례가 있다.²⁵⁾ 제2채권자는 양도담보권을 취득하지 못하였으므로 양도담보 설정자는 제2채권자에 대한 타인의 사무를 처리하는 자가 아니기 때문이다. 제1채권자에 대한 배임죄 성립은 가능한가? 이에 대한 판례는 없으나, 양도담보설정자의 목적물 임의처분에 대하여 배임죄 성립을 인정하던 종래 판례의 취지를 유추하여, 제1채권자에 대한 배임죄는 성립할 수 있다고 보는데 이견이 없었던 것으로 보인다.²⁶⁾

21) 대판 1989. 4. 11. 88도1586; 대판 1990. 2. 13. 89도1931; 대판 2000. 6. 23. 99도65066.
 22) 대판 2007. 2. 22. 2006도6686; 대판 2005. 2. 18. 2004도37430(현실의 인도가 아닌 점유개정의 방법으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로 결국 뒤의 채권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없는 것이다; 같은 취지로 대판 2004. 10. 28. 2003다30463; 대판 2004. 12. 24. 2004다45943).
 23) 명순구, “점유개정에 의한 동산의 이중양도담보-대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결에 대한 비판적 평가”, 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003. 6., 548면.
 24) 김성돈, 위의 책, 468면; 주석 형법 [각칙(6)](제5판), 한국사법행정학회, 2017, 557면(노태약).
 25) 대판 2004. 6. 25. 2004도1751.
 26) 김성돈, 위의 책, 468면; 손동권, “양도담보물을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 제20권 제1호(2009년 봄), 557면; 이재상/장영민/강동범, 위의 책, 435면; 주석 형법 [각칙(6)](제5판), 557면(노태약); 윤동호, “담보물유지의무와 배임죄”, 형사법연구 제31권 제3호(2019 가을), 161-162면.

(나) 근저당권설정등기 경로 후 근저당권설정자의 등기 말소 사례

채무자가 제3자 소유의 부동산을 채무의 담보로 제공하기로 한 약정에 따라 채권자를 위하여 그 부동산에 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 채무자가 등기관계 서류를 위조하여 근저당권설정등기를 말소한 경우, 이는 문서에 관한 범죄를 구성할 뿐이고 달리 배임죄를 구성한다고 할 수 없다는 취지의 판례가 있다.²⁷⁾ 위 사안 역시 대상 판례의 사안과는 구별된다. 부동산 근저당권설정등기가 경로됨으로써 채무자는 담보제공 약정상의 의무를 이행한 것이 되고, 그 후 위 근저당권설정등기를 임의로 말소하여서는 안 되는 것은 물권의 대세적 효력의 당연한 귀결로서, 채무자를 포함한 모든 사람이 부담하는 의무이며 채무자가 그 담보제공약정에 따라 채권자의 재산의 관리보호를 위하여 특별히 부담하는 의무는 아니기 때문이다. 다시 말하면, 위 판례의 사안에서 근저당권설정자와 근저당권 등기를 경로받은 근저당권자 간에는 타인의 사무성의 전제가 되는 내부적 신임관계가 존재한다고 할 수 없다.²⁸⁾

(다) 질권설정자의 사무

임차인이 전세자금 명목으로 대출받으면서 담보로 임대인에 대한 전세보증금반환채권 전부에 대하여 근질권을 설정해주고 임대인이 이를 승낙하여 권리질권자가 대항력을 취득한 상태에서, 질권설정자가 질권자의 동의 없이 임대인으로부터 전세보증금을 수령한 사안에서 판례는 배임죄의 성립을 부정하였다.²⁹⁾ 타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대

27) 대판 2007. 8. 24. 2007도3408; 전세권설정등기까지 마친 전세권자가 그 후 등기관계 서류를 위조하여 전세권자 명의를 피고인으로 변경하여 이전등기한 경우 역시 마찬가지로 배임죄의 성립을 부정하였다(대판 2010. 5. 27. 2009도5738).

28) 대상 판례는 다수의견에 대한 보충의견에서 위 판례를 인용하고 있는데 타인의 사무성을 부정하는 논거로서 적정한 비교 판례가 되는지 의문이다.

29) 대판 2016. 4. 29. 2015도5665; 이 판결에 대한 해설은 임혜진, “전세보증금반환채권에 권리질권을 설정하고 질권자에게 대항력까지 갖추어 준 임차인이 전세보증금을 직접 반환받은 경우, 배임죄의 성립 여부”, 대법원 판례해설(108), 401 이하; 유사하게, 채무변제의 방법으로 임대차보증금반환채권을 양도하고 대항요건까지 구비해준 채권양도인이 임대인과 임대차보증금을 감액하고 잔액 보증금을 수령한 경우, 채권양도는 여전히 유효하고 피해자의 채권은 소멸하지 아니하므로 채권양도인에 대하여 양수인의 사무

하여 권리질권을 설정한 경우 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없고(민법 제352조), 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정的事实을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없으며(민법 제349조 제1항), 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 그 채무의 변제를 청구하거나 변제할 금액의 공탁을 청구할 수 있으므로, 이러한 경우 질권설정자가 질권의 목적인 채권의 변제를 받았다고 하여 질권자에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무에 위배하는 행위를 하여 질권자에게 어떤 손해를 가하거나 손해발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없기 때문이라는 이유에서다.

위 판례의 취지가 질권설정자에 대하여 타인의 사무처리자로서의 지위 자체를 부정하는 것은 아니라는 해석도 있으나,³⁰⁾ 위 판례 사안은 그 목적물이 채권이고 질권자가 대항력을 취득하였다는 점에서, 그 목적물이 동산이고 양도담보 설정자가 목적물을 점유하고 있는 대상 판례의 사안과는 구별하여야 할 것이다.

그보다는, 대항력을 갖추지 않은 질권자와 질권설정자 간의 관계에서 질권자의 임무위배행위로 손해를 초래한 경우가 대상 판례의 사안과 구조적 유사성을 지니고 있다고 할 것인데, 그 경우 배임죄가 성립하는지에 대한 판례는 없다. 다만, 권리질권의 설정 및 대항요건의 구비도 지명채권 양도와 동일한 방식으로 이루어진다는 점에서, 채권양도인이 채권양도 통지를 하기 전 타에 채권을 이중으로 양도하고 채무자에게 그 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어줌으로써 원래의 양수인이 채무자에게 대항할 수 없게 된 사안에서 채무자에 대하여 타인의 사무처리자로서의 지위를 긍정한 판례³¹⁾의 취지를 참고할 수 있을 것이다.

를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다고 한 판례로는 대판 1984. 11. 13. 84도698.

30) 문영식, “권리질권을 설정한 임차인이 질권의 목적인 전세보증금채권을 변제받은 경우 배임죄의 성부”, 서울법학 제25권 제3호, 2017, 298면.

31) 대판 1999. 4. 15. 97도666(전); 채권양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요

한편 신탁계약상의 수익권에 대하여 권리질권을 설정한 권리질권설정자에 대하여 배임죄의 성립을 긍정한 판례가 있다.³²⁾ 이 사안에서 피고인은 피해자로부터 토지를 매수하고 먼저 소유권이전등기를 넘겨받은 다음 매매대금 지급을 담보하기 위하여 토지를 신탁회사에 처분신탁한 다음 신탁계약상의 처분대금 등에 대한 수익권에 관하여 피해자에게 권리질권을 설정해주었다. 그러나 매매대금 일부가 미지급된 상태에서 일부 토지에 관한 신탁계약을 해지하고 이를 제3자에게 처분하였다. 이에 대하여 대법원은, 피고인은 신탁회사와 사이에서 신탁계약에 따른 신탁관계를 유지하면서 처분대금을 받아 피해자에게 매매대금을 지급하여야 할 의무가 있고, 이러한 의무는 단순한 채권관계를 넘어 피해자의 재산을 보호 또는 관리하기로 하는 고도의 신임관계를 기초로 한 것으로서 이 사건 매매계약의 본질적 내용이라고 보았다.

결국 질권설정자에 대한 종래 판례의 태도 역시 동산 양도담보 설정자에 대한 배임죄 긍정설의 취지에 배치되는 것은 아니라고 이해할 수 있다.

3. 학설의 태도

(1) 배임죄 긍정설

다수설은 종래 판례와 마찬가지로 배임죄를 긍정하는 입장이었다. 즉, 채권담보를 위하여 자기 물건을 양도담보로 제공하는 채무자인 양도담보권 설정자는 담보의 목적을 달성할 수 있도록 그 물건을 관리하는 의무를 부담하고, 일정한 범위에서 양도담보권자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다

건을 갖출 수 있도록 해줄 의무를 부담하고, 여기에는 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권으로 이종으로 양도하고 대항요건을 갖추어주는 등의 행위를 하지 않음으로써 양수인으로 하여금 원만하게 채권을 추심할 수 있도록 하여야 할 의무도 당연히 포함되며, 양도인의 이와 같은 적극적·소극적 의무는 이미 양수인에게 귀속된 채권을 보전하기 위한 것이고 그 채권의 보전 여부는 오로지 양도인의 의사에 매여 있다고 본다.

32) 대판 2010. 8. 26. 2010도4613.

고 본다. 다만, 양도담보의 법적 성질에 관한 견해의 차이에 따라 그 근거에 관한 설명에는 약간의 차이가 있다.

먼저, 양도담보의 법적 성질을 담보물권설로 이해하는 입장에서, 양도담보설정자는 이러한 담보물권의 제한을 부담하는 소유권을 여전히 보유하고 있으므로 자기 물건의 처분에 대하여 횡령죄는 성립하지 아니하고, 배임죄가 성립할 수 있다는 견해가 있다.³³⁾ 다음으로, 양도담보권자가 대외적 관계에 있어서는 목적물의 소유권을 취득하지만 그 재산권을 담보하는 목적 범위 내에서만 행사하여야 할 채권 계약상의 구속을 받고 있으며, 대내적 관계에서는 소유권이 양도담보설정자에게 있다고 보는 신탁적 소유권이전설의 관점을 택하는 견해에 의하더라도 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서는 채무자가 여전히 소유권을 보유하고 있으므로, 채무자의 임의처분행위는 횡령죄가 되지 않고 배임죄가 성립한다고 설명하는 견해가 있다.³⁴⁾ 또한, 양도담보 자체의 법적 성질에 관한 견해와는 관계없이 형법상 배임죄 성립을 긍정하는 견해도 있다.³⁵⁾

지금까지 배임죄의 성립을 인정하는 학설은 종래 대법원 판례의 태도와 동일한 입장이라고 볼 수 있는데, 막상 담보물 관리의무가 왜 타인의 사무가 되는지에 대하여 구체적인 설명을 하는 견해를 찾기는 어렵다. 타인의 사무처리자로서의 지위에 대한 설명보다는 양도담보의 성질 및 담보목적물의 소유권에 대한 논의의 결과에 따라 횡령죄가 아닌 배임죄로 처벌하는 것이 타당하다는 식으로 설명하고 있을 뿐이다. 따라서 종래 판례가 변경된 현재로서는 타인의 사무성에 대한 적극적인 근거 제시가 필요하다고 할 수 있다.

33) 정영일, 형법각의[각론](제2판), 도서출판 학림, 2015, 231-232면.

34) 김성돈, 위의 책, 435면; 김일수/서보학, 위의 책, 298면; 김덕중, “동산 양도담보와 행사책임-판례를 중심으로-”, 전북대학교 법학연구 통권 제36집, 2012. 9., 119면.

35) 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 제4호 통권 제57호(2013. 겨울), 317면; 신동운, 위의 책, 1171면; 오영근, 형법각론(제4판), 박영사, 2017, 349면; 임웅, 위의 책, 492-493면; 이재상/장영민/강동범, 위의 책, 400면.

(2) 횡령죄 긍정설

신탁적 소유권이전설을 따르게 되면 목적물의 소유권이 채권자에게 이전하므로 채무자에게는 목적물 처분권이 없고, 따라서 채무자의 목적물 처분은 횡령죄를 구성한다는 견해이다.³⁶⁾

대상 관례의 별개 의견도 횡령죄 긍정설의 입장이다. 별개 의견은 “물권법의 강행법규성에 따라 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다. 동산 양도담보에서 대외적으로만 담보목적물의 소유권이 채권자에게 이전하고 대내적으로는 채무자에게 유보되어 있다고 보아 이른바 ‘소유권의 관계적 귀속’을 인정하는 것은 법률이 정하지 않은 새로운 소유권을 창설하는 것으로서 물권법정주의에 반하여 허용되지 않는다. 동산 양도담보를 신탁적 양도로 보는 이상, 그 기능이나 경제적 목적이 채권담보이고, 그에 따라 채권자가 채권담보의 목적 범위에서만 소유권을 행사할 채권적 의무를 부담하더라도, 담보목적물의 소유권은 당사자 사이에 소유권을 양도한다는 합의와 점유개정에 의한 인도에 따라 완전히 채권자에게 이전한다. 따라서 점유개정에 따라 양도담보 목적물을 직접 점유하는 채무자는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하고, 그가 채권자의 허락 없이 제3자에게 담보목적물을 양도하는 등 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다.”고 판시하였다.

(3) 배임죄 부정설

배임죄 부정설은 동산양도담보 설정자에 대하여 타인의 사무처리자로서의 지위를 인정하지 않는다. 그 이유로는, 채무자가 점유개정에 의하여 재물을 점유하던 중 이를 처분하는 등의 행위를 통하여 담보가치를 감소시킨 경우에도 채무자의 채권자에 대한 주된 의무는 채무변제에 한정되므로, 이 경우에도 채무자에 대해서는 단순한 채무불이행 이외에 배임죄의 성립을 인정할 수 없다거나,³⁷⁾ 동산 양도담보의 목적물에 대한 사용·수익·처분 권

36) 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 374면; 정영일, 위의 책, 232면.

37) 이정원/류석준, 448; 이 견해는 장래 채권의 집행을 위하여 확보된 법적 권리의 대상이

능은 채무자에게 있고, 목적물은 채무자의 업무에 반드시 필요한 것들로서 이를 사용하여 수익을 창출하려는 업무나 담보가치를 해하지 않을 보관·유지의무는 채무자 자신의 사무에 해당하며, 담보로 제공된 물건은 담보로서의 가치보다는 채무변제의 수단에 지나지 않는다고 설명한다.³⁸⁾

또한, 배임죄는 타인소유범죄로서 소유권이 타인에게 있는 경우에만 인정해야 하고, 타인의 사무는 본래 타인이 처리해야 할 사무를 의미하고, 타인 재산의 보전행위에 협력하는 것은 타인을 위한 자기의 사무이므로, 채권자를 위해서 담보물을 유지해야 할 의무는 채권자의 의무일 수 없고 채권자를 위한 채무자 자신의 의무라는 이유로 배임죄의 성립을 부정하는 견해도 있다.³⁹⁾

Ⅲ. 타인의 사무성 판단에 대한 대상 판례의 검토

1. 타인의 사무 인정의 전제로서 신임관계의 내용에 관하여

(1) 다수의견의 견해

배임죄에서의 타인의 사무가 인정되기 위해서는 행위 주체와 타인 간에 신임관계가 존재하여야 한다. 신임관계에는 법령, 계약뿐만 아니라 사무관리, 조리, 관습 등 신의칙에 의하여 발생하는 사실상의 신임관계도 포함된다고 해석되고 있다.

대상 판례에서 문제 된 사무의 내용은 양도담보설정자의 담보물 관리의무이다. 이는 피고인이 그 소유 동산을 점유개정 방식으로 양도담보로 제공하고 대출을 받고, 채무 불이행시 그 동산을 처분하여 매각대금으로 채무

된 자기의 물건을 손괴·은닉한 행위로서 권리행사방해죄가 성립한다고 한다.

38) 하태인, “형법에서 동산양도담보의 범리”, 비교형사법연구 제19권 제1호 통권 40호, 2017, 159-160면.

39) 윤동호, 위의 글, 163면; 이 견해도 권리행사방해죄의 요건을 충족하면 권리행사방해죄에 해당할 수 있다고 한다.

의 변제에 충당하거나 채무의 변제에 갈음하여 취득하기로 하는 내용의 양도담보 계약을 체결하고 그 계약으로부터 발생한 것이다. 따라서 계약에 의한 신임관계가 존재한다는 점은 분명하다.

그렇다면 대상 판례의 사안에서 신임관계인 계약의 구체적인 내용은 무엇이며, 신임관계로부터 발생한 사무의 내용은 무엇인가?

다수의견은 신임관계의 내용을 명시적으로 설명하지는 않는다. 다만, 다음과 같은 판시 내용에 비추어 보면, 다수의견은 신임관계의 내용을 금전채권채무계약 또는 금전채권채무계약(피담보채권 발생 계약)의 종된 계약으로서의 양도담보설정계약으로 파악하고 있는 것으로 보인다.

금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자의 급부이행에 대한 신뢰를 바탕으로 금전을 대여하고 채무자의 성실한 급부이행에 의해 채권의 만족이라는 이익을 얻게 된다 하더라도, 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자 자신의 급부의무의 이행으로서 행하는 것이므로[중략] 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지이다. [중략]

양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행 시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있다.

또한 다수의견은 담보목적물 관리의무를 금전채권채무 관계에서의 이행(변제)의무나, 담보권 설정계약 상의 이행(담보설정)의무와 유사한 성격을 가진 사무로 파악하고 있다. 위 세 가지의 사무는 전체적으로 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제를 내용으로 하는 것으로서 동일 또는 유사한 의무라고 본다. 이는 다음과 같은 판시내용에서 잘 나타난다.

양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정 계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있다.

(2) 다수의견의 견해에 대한 비판적 검토

그러나 담보목적물 관리의무의 타인의 사무성을 판단하기 위해서는 그 근거가 되는 대내적 신임관계의 내용을 구체적으로 특정할 필요가 있다. 즉, 대내적 신뢰관계가 당사자 간 금전채권채무 계약에 의한 것인지, 양도담보권 설정계약에 의한 것인지를 구별하여야 한다. 그리고 담보목적물 관리의무가 발생하는 근거가 되는 신임관계는 양도담보권 설정계약에서 도출되는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

동산 양도담보설정자의 담보물 관리의무는 넓게 보면 피담보채권의 발생 계약, 즉 금전 소비대차 계약으로부터 도출되었지만, 금전채무의 이행의무나 양도담보권의 설정의무와 같은 채권적 이행의무와는 구별되는 사무이다. 담보물 관리의무는 동산에 대한 양도담보권 설정을 통하여 채권자와 채무자 간 점유매개관계의 성립에 관한 합의가 성립한 이후,⁴⁰⁾ 채권자는 간접점유를 취득하고, 채무자는 점유매개자로서 점유를 계속하게 됨으로써 발생하는 의무이다. 금전 채권채무 계약의 내용이 되는 채무의 변제나 양도담보권 설정계약의 내용이 되는 양도담보권의 설정과는 내용적·단계적으로 구별되는 사무라고 할 수 있다. 채권자와 채무자 간에 담보목적물에 관한 점유매개관계가 성립함으로써 그 신임관계는 담보물권자와 담보물권 설정자 간의 물권적 관계로 변경되었다고 볼 수 있다.

다수의견은 담보권의 부종성을 이유로 신임관계의 내용을 금전 채권채무 관계에서의 신임관계와 동일하게 이해해도 무방한 것으로 판단하고

40) 점유개정의 성립요건으로서 양도인과 양수인 간에 간접점유를 발생시키는 계약, 즉 점유매개관계가 성립하여야 하며, 점유매개관계는 민법 제194조에 열거된 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임차 등 이외에 양도담보에 의하여도 성립될 수 있다; 지원림, 위의 책, 515, 533면.

있는 듯하다. 그러나 피담보채무가 소멸하면 양도담보 설정계약 상의 권리·의무가 소멸하는 것은 담보권 자체의 법적 성격에 해당하는 것으로, 계약의 이행 과정에서 발생하는 개별 의무들의 신임관계를 특정함에 있어 논리적인 근거가 될 수 없다. 담보권이 부종성을 갖는다고 하여 담보권자와 담보권설정자 간에 발생하는 의무의 근거가 되는 신임관계도 모두 금전 채권채무 관계에 흡수되거나, 부수적인 것에 불과하다고 볼 수는 없는 것이다.

반대의견은 다수의견이 담보 설정에서 실행까지 단계별로 채무자가 부담하는 의무의 내용이 변화하고 이에 대응하여 당사자 관계의 전형적·본질적 내용 역시 변화한다는 점을 간과하였다고 지적한다. 또한, 금전 소비대차 계약에 따른 채무자의 의무와 담보설정계약에 따른 담보설정자의 의무는 각각 서로 다른 계약에 기초하여 발생한 의무이므로 이 두 의무를 전형적·본질적 의무와 부수적 또는 종된 의무로 구분 지을 수 없다는 취지로 비판한다. 다수의견이 금전 소비대차계약과 담보설정계약 상의 신임관계를 동일시함으로써 사무 발생의 전제가 되는 신임관계의 내용을 오해하였다는 점에서 반대의견의 비판 취지는 타당한 것으로 생각된다.

채무자의 채권자에 대한 사무와 담보권설정자의 담보권자에 대한 사무는 그 대내관계를 순수한 채권채무관계로 파악할 것인지 아니면 물권관계로 파악할 것인지라는 점에서 상당한 차이가 있다. 두 계약은 서로 밀접하게 관련되어 있고, 하나의 계약에 다른 하나가 부종되어 있는 관계에 있기는 하지만, 동산 양도담보권이라는 비전형물권을 설정하는 계약이 엄연히 존재하는 이상 그 계약의 이행 과정에서 발생하는 담보물 관리의무의 성격을 단순한 금전 채권채무관계에서 발생한 신임관계와 동일하다고 단정할 수는 없을 것이다. 다수의견은 점유매개관계의 기초가 되는 계약 내용을 살펴야 한다고 하면서 그 기초를 금전채권의 실현에 있다고 보았다. 그러나 이 사건에서 문제 된 사무는 담보권 설정계약으로부터 도출된 담보권자와 담보권설정자 간의 사무라는 점에서, 그 기초가 되는 계약관계는 담보권 설정에 관한 계약관계로 이해하는 것이 타당하다.

2. 타인의 사무의 의미에 관한 판례 해석론의 변경

(1) 변경 내용의 검토

대상 판례에서 다수의견은 타인의 사무를 처리하는 자의 의미에 대하여 “위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우”, “양도담보권자의 재산을 보호·관리하는 사무를 위탁받아 처리하는 것”이라고 설명한다.

이전까지 판례는 타인의 사무에 관하여 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데 있는 것을 의미한다고 해석하였다.⁴¹⁾ 따라서 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 일반적인 계약의무의 이행과 같이 자기의 거래를 완성하기 위한 사무를 본질적 내용으로 한다면 이는 타인을 ‘위하여’ 사무를 처리하는 자일뿐, 배임죄에서의 타인의 사무처리자로 볼 수는 없다.⁴²⁾ 반면, 사무의 본질적 내용이 타인 재산의 보호 또는 관리에 있는 것으로서 타인의 사무에 해당한다면, 그것이 동시에 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무로서의 성격이 있다고 하더라도 배임죄에서의 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 보았다. 부동산 매매계약에서 중도금을 수령한 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있고 그때부터 매도인은 타인의 사무처리자에 해당한다고 하여,⁴³⁾ 여전히 부동산 이중매매의 배임죄 성립을 긍정한다.

종래의 위와 같은 해석론은 배신설의 입장에 충실한 것이었지만, 특히 타인의 재산보전에 협력할 의무를 타인의 사무로 보고 부동산 이중매매나 이중저당 등에 대해서도 배임죄로 처벌하는 것에 대해서는 반대하는 견해도 많았다. 대표적인 비판론에 의하면, 재산보전에 협력할 의무는 독일 배임죄에서의 재산상 이익을 보호할 의무, 일본 배임죄에서의 타인을 위한 의무

41) 대판 2009. 2. 26. 2008도11722 등.

42) 신동운, 위의 책, 1243면; 김성돈, 위의 책, 448면; 대판 2011. 1. 20. 2008도10479(전합) 등.

43) 대판 2018. 5. 17. 선고 2017도4027(전합) 등.

와 유사한 개념으로 등기협력의무 위반과 같은 일정한 채무불이행을 배임죄로 처벌하는 것을 합리화하기 위해 도입된 억지 논리에 불과하고, 타인의 사무와 타인을 위한 사무라는 관념은 명백히 다름에도 타인을 ‘위한’ 사무가 타인‘의’ 사무가 된다는 것은 금지된 유추해석이라고 한다.⁴⁴⁾

그렇다면 대법원은 대상 판례를 통하여 타인의 재산보전에 협력할 의무를 타인의 사무에서 제외하는 것으로 해석론을 변경한 것인가? 다수의견은 이에 대한 명시적인 답변을 하지 않는다. 또한 부동산 이중매매에서의 판례 해석론을 변경하지도 않았다. 그렇지만, 재산보전에 협력할 의무를 타인의 사무로 이해하는 기존의 대법원 해석론은 대상 판례를 통하여 변경되었다고 이해하는 것이 타당하다.

우선, 다수의견은 기존 해석론에 없던 “맡아 처리하는 경우”, “위탁받아 처리”라는 표현을 명시적으로 사용하면서 타인의 사무처리자의 범위를 제한하고 있다. “맡아 처리”, “위탁 처리”라는 표현이 기존의 해석론 중 ‘타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우’, 즉 위임이나 고용과 같이 타인 재산의 관리·보전 임무를 가지고 타인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우⁴⁵⁾만을 의미하는 좁은 개념인지는 명확하지 않다. 그러나 등기협력의무와 같이 매매나 담보권설정 등의 계약에서 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우를 타인의 사무의 범위에 포함시켰던 기존의 해석론보다는 타인의 사무로 인정하는 범위를 제한하고 있다는 것은 문언의 해석상 비교적 명백하다. 실제로 대법원은 대상 판례 이후 부동산 이중저당,⁴⁶⁾ 주권발행 전 주식의 이중양도⁴⁷⁾ 등에서 배임죄 성립을 부정하는 취지로 판례를 변경하였는데, 이들은 종래 재산보전에 협력할 의무로서 타인의 사무에 포함되어 오던 대표적인 사안들이다.

44) 문형섭, “채무불이행과 배임죄(제론)”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007, 323-324면.

45) 주식 형법 [각칙(6)](제5관), 369면(노태약).

46) 대판 2020. 6. 18. 2019도14340(전합).

47) 대판 2020. 6. 4. 2015도6057.

(2) 변경된 해석론의 문제점

타인의 사무의 의미를 “맡아 처리”, “위탁받아 처리”로 구체화한 다수의 의견의 판시는 상당 기간 동일한 표현을 반복해온 판례의 법리에 대한 매우 큰 변화라고 볼 수 있다. 위와 같은 해석론의 변화는 죄형법정주의 원칙상 타인의 사무처리자의 범위를 명확히 하고, 특히 계약상 채무불이행과의 구별기준을 구체적으로 제시할 수 있다는 점에서, 일응 바람직한 변화라고 판단된다. 그러나 몇 가지 해결되지 않은 문제가 있다.

그 하나는 부동산 이중매매에 관하여 판례가 변경되지 않은 이상 여전히 대상 판례의 법리와 모순된 해석론, 즉 타인의 재산보전에 협력할 의무가 타인의 사무로 인정되는 판례가 존재한다는 것이다. 반대의견 역시 이를 지적하고 있다. 반대의견은 부동산 이중매매 판결뿐만 아니라 동산 이중양도에 관한 대법원 판례⁴⁸⁾의 취지 역시 대상 판례와 모순된다고 한다. 즉, 위 동산 이중양도 판례는 동산 이중양도의 경우 매도인이 매수인에게 목적물을 인도함으로써 계약 이행을 완료하고 별도로 매수인 재산의 보호·관리에 협력할 의무가 없다고 하면서도, 이는 동산의 ‘양도’에 한정되며 동산을 점유개정 등으로 양도담보로 제공하여 담보권자에게 이미 담보권이 귀속되면 담보설정자는 담보물을 담보권자의 재산으로서 보호·관리하여야 할 의무를 부담하는 지위에 있어 타인의 사무에 해당한다고 명시적으로 밝히고 있다는 것이다. 뿐만 아니라 자동차 등 소유권 이전에 관하여 등기나 등록에 의하여 물권변동이 발생하는 동산이나 명인방법에 의한 거래가 인정되는 수목의 이중양도의 경우, 부동산 이중매매와 마찬가지로 배임죄의 성립을 긍정하므로,⁴⁹⁾ 위와 같은 종류의 동산의 이중양도와 관련해서도 대상 판례의 법리와 모순된 해석론이 존재한다고 할 수 있다.

다른 하나는 “맡아 처리”, “위탁받아 처리”의 의미를 위임, 고용 등에 한정할 것인지, 아니면 일정한 범위의 계약상 의무로서 타인의 재산권 보호에 중대한 영향을 끼칠 수 있는 사무도 포함하는 것으로 이해할 것인지를

48) 대판 2011. 1. 20. 2008도10479(전합).

49) 주식 형법 [각칙(6)](제5판), 539-540면.

문제다. 다수의견은 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 예로서 “위임 등”을 제시하고 있는데, 이를 근거로 다수의견이 타인의 사무를 위임 등과 같이 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우로만 제한하여 해석한다고 이해할 가능성도 있다.

그러나 배임죄는 “타인의 사무”라고만 하고 있을 뿐 타인의 재산관리를 “대행”하는 사무라고 제한하여 규정하지 않고 있으므로 그러한 해석은 문언을 합리적 이유 없이 지나치게 좁게 이해하는 것이다. 위와 같은 제한해석은 배임죄의 본질을 배신설이 아닌 권한남용설이나 사무처리임무위반설⁵⁰⁾에 의하여 이해했을 때 가능하다고 할 것인데, 배임죄의 주체를 대리권을 가진 자 또는 타인으로부터 사실상 임무를 수여받은 자로 제한할 근거를 찾기 어렵다. 배임죄의 본질을 생각해보더라도, 그와 같은 해석은 형사법에 의하여 보호되어야 할 개인의 재산권이나 신임관계를 보호범위에서 제외함으로써 형벌법규로서의 배임죄가 그 본연의 기능을 다하지 못하게 할 우려가 있다.⁵¹⁾ 배임죄의 불법구조를 행위자가 타인의 재산에 대하여 지배적·우월적 지위를 가지고 경제활동 논리와 규칙에 대한 신뢰를 위반한 것으로 보는 견해⁵²⁾ 역시 배임죄를 제한해석해야 한다는 맹목적 강박관념으로 사안의 구조적 실체에 대한 시각을 차단하는 결과를 초래하는 것에 대하여 경고한다.⁵³⁾

따라서 다수의견이 “맡아 처리” 또는 “위탁받아 처리”하는 사무라고 표현하였다고 하더라도, 대법원이 타인의 사무의 의미를 위임 등 계약 또는 사실상의 권한 수여 등에 의하여 타인의 권한을 대행할 의무만으로 제한하여 해석하는 것이라고 이해할 것은 아니다. 대항적 계약관계에서 발생하는 자기거래의 완성을 위한 의무라고 하더라도 그 의무의 내용이 기본적으로 사회경제적 신뢰관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하여야 하

50) 사무처리임무위반설에 대한 자세한 논의는 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 2015, 12-15면 참조.

51) 대판 2014, 8, 21, 2014도3363(전합) 반대의견 참조.

52) 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구, 236-240면 참조.

53) 이용식, 위의 글, 251면.

는 것이라면, 이는 타인의 사무로서 배임죄의 처벌대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 대법원 역시 “통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는” 사무인지 여부를 기준으로 타인의 사무를 판단하여 왔고,⁵⁴⁾ 위 기준에 대한 판례변경은 이루어지지 않았다.

3. 담보물 관리의무의 타인의 사무성에 대한 검토

(1) 담보물 관리의무, 채무자의 변제의무, 동산을 담보로 제공할 의무가 하나의 사무인지

다수의견은 신임관계의 내용을 주로 금전 채권채무관계로 파악하다 보니 자연스럽게 사안에서 문제 된 담보물 관리의무 역시 채무자의 변제의무, 동산을 담보로 제공할 의무 등과 포괄하여 하나의 사무라고 이해한다. 그 결과 채무자의 변제의무와 마찬가지로 담보물 관리의무 역시 채무자 자신의 급부의무에 해당한다고 판시하였다.

그러나 위에서 살펴보았듯이 담보물 관리의무의 발생 근거가 되는 신임관계의 내용은 금전 채권채무관계와 구별되는 동산 양도담보설정계약으로 특정하여야 한다. 또한, 양도담보설정계약 상의 의무가 채무불이행시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 “위한” 것이라고 하여 그 의무의 전형적·본질적 “내용”도 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제라고 볼 수는 없다. 반대의견이 “담보권설정에 있어서 채권실현은 담보권 실행의 목적이지만 의무의 내용이 아니다”고 설명하는 것은 타당한 지적이라고 생각된다. 동산 양도담보설정계약에 근거하여 발생한 신임관계를 근거로, 점유개정의 형태로 담보목적물을 타주점유하게 된 양도담보설정자가 양도담보권자에 대하여 부담하는 담보물 관리의무가 형법상 타인의 사무에 해당하는지에 대하여는 독자적인 규범적 판단이 필요한 것이다.

54) 대판 2015. 3. 26. 2015도1301 등.

(2) 양도담보권자의 재산을 보호·관리하는 사무를 위탁받아 처리하는 것인지

먼저 담보물 관리의무가 다수의견 역시 타인의 사무로 인정하는 “양도담보권자의 재산을 보호·관리하는 사무를 위탁받아 처리하는 것”에 해당할 여지가 없는지 검토할 필요가 있다. 대상 관례의 구체적인 계약 내용 중에는 ‘담보목적물은 설정자가 채권자의 대리인으로서 점유·사용·보전·관리한다’, ‘설정자는 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 점유·사용·보전·관리하여야 한다’는 내용이 포함되어 있기 때문이다.

다수의견은 위 계약서 조항에 대하여, 전형적인 양도담보설정계약의 내용이고, 담보설정자가 담보물을 선량한 관리자의 주의로 보존할 의무는 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의의 정도를 의미할 뿐이며, 담보목적물 보존의무는 채권 만족이라는 궁극적 목적을 위해 당연히 수반되는 의무에 불과하다고 판단하였다. 그리고 담보물 관리의무가 타인의 사무가 되기 위해서는 전형적 양도담보설정계약 외에 별도로 신임관계에 기초하여 담보목적물의 보관·관리에 관한 사무의 처리를 위탁하는 특약이 필요하다고 한다.

그러나 계약서상 명문으로 “채권자의 대리인”으로서 “선량한 관리자로서의 주의의무”를 가지고 보관한다는 규정이 있음에도 불구하고, 어떠한 근거로 담보권자인 채권자로부터 담보물 관리에 관한 권한을 위탁받았다고 볼 수 없다는 것인지, 다수의견이 요구하는 별도의 신임관계에 기초한 특약은 무엇이고, 전형적인 동산양도담보의 법률관계 이외에 어떠한 추가적인 신임관계가 요구되는 것인지에 대하여는 설명하지 않는다.

선량한 관리자의 주의의무가 요구되는 대표적인 관계로는 회사와 이사 간의 관계를 생각해볼 수 있다. 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선량한 관리자로서의 주의의무(선관주의의무)가 있고, 이사가 회사 재산의 보전·관리에 관한 업무를 처리하는 중 회사에 대한 선관주의의무에 위반하는 행위를 한 경우 배임죄가 성립한다.

다수의견은 선관주의의무가 거래상 평균인에게 요구되는 정도의 주의의무라고 하여 타인의 사무성을 부정하는데, 이는 선관주의의무에서 요구되는 주의의무의 “정도”이지 주의의무의 “내용”이 아니다. 선관주의의무가 타인의 사무에 해당하는지를 판단하기 위해서는 그 내용이 무엇인지 확인하여야 한다. 그리고 통상적으로는 문언상의 의미대로 선량한 “관리자”로서의 주의의무인 이상 타인의 재산에 관한 관리자로서의 사무를 의미하는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

대상 관례의 사안에서 동산 양도담보설정계약상의 선관주의의무는 어떠한 내용을 가지고 있는가? 사안의 양도담보설정계약에서 채무자 또는 양도담보설정자의 주된 급부의무는 채권자에게 목적물인 동산에 관한 양도담보를 설정해줄 의무이다. 채무자는 양도담보 설정의무를 이행한 후 그 목적물에 관한 양도담보권자의 권리를 침해하지 말아야 할 소극적·일반적 의무를 부담하지만, 계약서상 명시된 선관주의의무는 그와 같은 일반적인 의무를 의미하는 것은 아니다. 담보설정자가 주된 급부의무로서의 담보권설정 의무를 이행한 후, 동산 양도담보 특유의 법률관계로서 점유개정 방식에 의하여 담보목적물을 계속하여 점유하게 되는데, 타주점유자로서 담보권자의 재산을 관리하게 된 담보권설정자가 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 그 재산을 보관할 의무, 그것이 바로 계약서상 선관주의의무의 구체적인 내용이라고 볼 수 있다.

다수의견의 설명대로 선관주의의무가 전형적인 동산양도담보계약의 한 내용이 된다고 하더라도, 선관주의의무의 구체적인 내용은 담보권자의 재산을 관리하는 자의 지위에서 담보권설정자가 부담하는 보관·관리 의무이고, 계약서상 “채권자의 대리인”으로서 선관주의의무를 부담한다는 명문의 규정까지 존재하는 한 이는 채권자로부터 담보목적물에 대한 관리의무를 위탁받아 처리하는 사무라고 보기에 충분하다고 할 것이다.

담보권자의 재산에 관한 관리의무라고 표현하였지만, 별개의견이 설명하는 바와 같이 담보권설정자가 담보권자 소유의 재물의 보관자가 된다는 것은 아니다. 위에서 살펴본 바와 같이 동산 양도담보의 법적 성질을 담보물권으로 보는 경우에는 소유권은 담보권설정자에게 여전히 남아 있고, 신

탁적 소유권 이전으로 보는 경우에도 판례와 다수설의 입장은 대내적으로는 담보권설정자가 소유권을 보유하는 것으로 이해하고 있기 때문이다.

그렇지만, 양도담보설정자의 점유는 점유개정에 의한 타주점유로서 담보권자에게 간접점유가 인정된다는 점, 담보권자는 담보제공자를 제외한 제3자에 대한 관계에서 자신이 그 목적물의 소유자임을 주장하여 권리를 행사할 수 있다는 점, 55) 담보권자는 적어도 대외관계에서는 담보물의 소유권을 취득하였음에도 채무자의 편의, 경제활동의 계속성 보장 등을 이유로 목적물에 대한 계속 점유를 허락함으로써 채무자에 대하여 특별한 신뢰관계를 부여하였다는 점 56) 등을 종합하여 본다면, 횡령죄의 행위주체가 되는 타인 소유의 재물을 보관하는 자와 유사한 법적 지위를 갖는다고 볼 수 있다.

(3) 임대차계약과의 비교 - 사실상 위탁관계의 성립

다수의견에 대한 보충의견은 채무자가 점유매개관계를 설정한 직접점유자로서 담보물을 점유하는 과정에서 이를 보관한다는 측면이 있다 하더라도 그것만으로 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없다고 하고, 임대차계약상 임차인의 임차목적물 보관·관리의무의 예를 들고 있다. 임차인이 임차목적물을 점유하는 과정에서 이를 제3자에게 처분하지 않을 의무는 임대차계약 종료시 임차목적물 반환의무에 부수되는 소극적인 의무에 해당할 뿐 임차인과 임대인 간의 신임관계에 기초하여 임대인의 재산상 이익을 보호할 임무를 부여받았다거나 임대인의 재산상 이익을 보호하는 것이 임대차계약 관계의 전형적·본질적 내용을 이룬다고 볼 수 없기 때문에 임차인을 임대인에 대한 관계에서 타인의 사무처리자라고 할 수 없다는 것이다.

그러나 임대차 관계에서 임차목적물에 대한 침해행위는 신임관계 위반행위에 의한 재산상 이익의 취득행위로서 규율되는 것이 아니라, 신임관계에 위반하여 보관 중인 타인의 재물을 영득하는 행위로 규율된다. 즉, 타인의 재물 보관자의 적극적인 횡령행위가 그 법적 평가의 중심이 되는 것이

55) 지원림, 위의 책, 889면.

56) 대상 판례의 별개의견 다.항 참조.

지, 임대차계약 관계에서의 채권적 급부 이행의무에 수반된 부작위(처분 금지)의무 위반행위가 타인의 사무처리자의 임무위배 행위가 되는지는 판단의 대상이 되지 않는 것이다. 이는 신임관계 위반이라는 점에서 횡령죄와 배임죄가 법적인 본질을 같이 하지만 횡령죄는 재물을, 배임죄를 재산상 이익을 각각 그 객체로 한다는 점에서 구별되고, 횡령죄와 배임죄를 특별법과 일반법의 관계에 있다고 보는 다수설의 견해에 의한 자연스러운 결론이다. 결국 임대차관계에서의 배신행위는 횡령죄의 적용 영역에 해당하기 때문에 더 나아가 배임죄의 성립 여부는 문제되지 않는 것이지, 타인의 사무성을 인정할 수 없기 때문에 배임죄가 성립할 수 없는 것은 아니다.

오히려, 위에서 살펴본 바와 같이 점유개정을 통하여 타주점유를 하게 된 양도담보권설정자의 목적물 처분으로 인한 담보물권 침해행위와, 임대차계약 등을 근거로 타인 소유의 재물을 보관하게 된 자의 소유권 침해행위는 실질적인 불법의 구조나 정도가 매우 유사하다. 그리고 다수의견의 판시와 같이 담보물 관리의무를 계약상 위탁관계로 보기 어렵다고 하더라도, 임대차관계와의 비교를 통하여 최소한 사실상의 위탁관계로 볼 수도 있을 것이다.

배신행위로서의 실질적 불법구조가 유사한 두 개의 사안 중 하나는 특별법 관계에 있는 횡령죄의 성립을 인정하는데, 다른 하나에 대하여는 죄형법정주의를 이유로 배임죄 성립을 부정하는 것은 형법상 배임죄의 존재 의미를 퇴색시키는 해석이다. 배임죄의 본질을 타인의 재산에 대하여 침해할 가능성이 열려있는 우월적 지위에 있는 자의 지배관계가 신뢰와 결합되어 있고 이에 대한 민법적 보호조치가 이루어지지 않고 형법에 의해서만 해결될 수 있는 점에서 찾는 견해에 의하면, 담보물 관리의무는 민법이 바로 범행실현의 제도적인 매체 내지 수단이 되는 예라고 한다.⁵⁷⁾

(4) 타인의 사무성 인정 여부

마지막으로, 담보권설정자와 담보권자 간에 사실상 위탁관계를 인정하기 어렵다고 하더라도, 종래 대법원 판례가 인정하는 타인의 재산보전에 협

57) 이용식, 위의 논문, 235면.

력할 의무로서의 타인의 사무에 해당하지 않는지 검토해보아야 한다. 타인의 재산보전에 협력할 의무 중 이른바 등기협력의무라고 표현되는 대부분의 사무에 대하여는 부동산 이중매매 사안을 제외하고는 모두 판례변경을 통하여 타인의 사무성이 부정되었다. 그러나, 대법원이 명시적으로 폐기하지 않은 이상, 여전히 위임, 위탁 등 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우 이외에 그 의무의 내용이 본질적으로 통상의 계약에서의 이익대립 관계를 넘어서 사회경제적 신뢰관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 것이라면 타인의 사무성을 인정할 수 있는 것으로 이해하여야 한다.

대상 관례의 사안에서 문제된 담보물관리의무는 동산의 양도담보, 즉 소유권이 대외적으로 담보권자에게 이전된 상태에서 담보권 설정자가 담보권자에 대하여 부담하는 의무이다. 일반적인 채권계약에서 당사자가 부담하는 대항적 급부의무와는 구별된다. 담보물관리의무는 채무변제의무 또는 양도담보권의 설정의무에 부수하는 소극적인 부작위의무가 아니라, 물권자에 대하여 가지는 목적물 보관의무로 이해하여야 한다. 또한 이러한 보관의무는 소유권의 대체적 효력으로서 누구에게나 기대되는 부작위의무가 아니고, 물권자와 물권설정자 간의 대내적 신뢰관계에 기초하여 발생한 보전·관리·침해금지의무가 되는 것이다.

채무자가 동산양도담보 설정계약을 통하여 담보목적물에 대한 담보물관리의무를 부담하는 시점부터 물권자와 물권설정자의 지위는 역전된 관계에 있다고 볼 수 있다. 채권자는 담보 목적물에 대하여 대외적 소유권을 취득하였다고 하더라도 직접점유를 계속하고 있는 채무자의 의무 이행 여하에 따라 담보 목적물의 소유권을 상실할 수 있는 지위에 놓이게 되기 때문이다. 목적물의 소유권 보존은 오로지 이를 타주점유자인 채무자의 의사에 좌우되게 되는데, 그와 같은 취지에서 양도담보설정자는 물권자인 양도담보권자의 권리 보호를 위한 보증인적 지위를 가지게 된다. 이는 타인의 재산관리를 대행할 의무와 유사한 정도의 타인 재산의 관리에 관한 사무라 할 것이고, 대법원 판례가 타인의 사무로 인정하는 바와 같이, 의무의 내용이 본질적으로 사회경제적 신뢰관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는

관리하는 경우에 해당할 수 있는 것이다.

위와 같은 해석론은 여전히 유지되고 있는 판례의 법리에도 부합한다. 위에서 살펴본 2010도4613 판결⁵⁸⁾에서 대법원은, “이 사건 매매대금 채무를 담보하기 위하여 설정된 질권설정계약에서 피담보채무의 지급기일이 도래하는 경우 질권자는 수탁자에게 요청하여 신탁부동산에 대한 근저당권 설정 등 채권보전조치를 하거나 질권설정자로부터 수익자의 지위를 양도받기로 약정까지 하였으므로, 피고인은 위 지급기일 이후에는 피해자가 신탁부동산에 관한 근저당권을 취득하도록 협조하거나 피해자에게 신탁계약에서의 수익자 지위를 양도하여야 하는 의무가 있는 점 등에 비추어 볼 때 피고인은 이 사건 매매계약 및 질권설정계약에 의하여 발생한 신임관계를 기초로 하여 신탁계약을 유지하고 그 신탁계약의 목적 달성에 적극적으로 협조함으로써 피해자의 매매대금 채권 또는 권리질권이라는 재산의 보호 또는 관리를 위하여 협력하여야 하는 지위, 즉 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다”고 설명한다.

장래 이행할 근저당권 설정 등 채권보전조치 의무, 수익자 지위의 양도 의무 등을 근거로 질권설정자에 대하여 재산권 보호의무를 인정하고, 이를 타인의 사무로 판단하고 있는 위 판례 법리는 담보물 관리의무에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 담보권 설정자가 양도담보에 의하여 소유권을 이전한 담보물권자에 대하여 부담하는 담보물 관리의무는 담보권설정자에 대한 재산권 보호의무로서 타인의 사무성을 충분히 인정할 수 있다.

IV. 결 론

대상 판례의 사안에서 문제된 사무는 점유개정에 의하여 양도담보의 목적된 동산을 계속 점유하게 된 담보권 설정자의 담보물 관리의무이다. 이는 채무자의 담보권 설정의무와는 구별되는 것이며, 부동산 이종매매나 이

58) 대판 2010. 8. 26. 2010도4613; 신탁계약상의 수익권에 대하여 권리질권을 설정한 권리질권설정자에 대하여 배임죄의 성립을 긍정한 판례이다.

중저당, 동산의 이중양도 등 이른바 이중양도 사안에서의 채무불이행과도 그 성격을 달리한다.

동산 양도담보권설정자의 담보목적물 관리의무 위반행위에 대하여 종래 대법원은 타인의 사무성에 대한 검토 없이 배임죄 성립을 긍정해왔다. 대부분의 학설도 마찬가지로 판례의 입장을 지지해왔다. 대상 판례는 위 사안에 대하여 최초로 타인의 사무성에 대한 이론적 검토를 거쳐 배임죄 성립을 부정하는 취지로 판례를 변경하였다. 대상 판례는 타인의 사무의 의미를 “위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우”, “양도담보권자의 재산을 보호·관리하는 사무를 위탁받아 처리하는 것” 등으로 설명함으로써, 특히 계약관계에서 일방 당사자의 의무가 타인의 사무인지가 문제되는 사안에서 구체적인 판단기준을 제시하였다는 점에서 중요한 의미가 있다.

다만, 담보목적물 관리의무를 금전소비대차 계약상 채무자의 이행의무나, 양도담보 설정계약에 있어서 양도담보를 설정해줄 의무와 포괄하여 하나의 사무로 파악하는 것이 타당한지 의문이다.

동산양도담보계약을 통하여 채권자는 양도담보권이라는 비전형물권을 취득한다. 그리고 다수설인 신탁적 양도설에 의하면 채권자는 채무자와의 대내관계에서는 목적물의 소유권을 취득한다. 소유권을 취득한 양도담보권자에 대하여, 점유개정의 방식으로 계속 점유하게 된 양도담보권 설정자가 담보목적물을 관리할 의무는 위의 두 채권적 사무와는 그 법적 성격을 달리하는 것이다. 양도담보권설정자의 점유는 양도담보 설정계약이라는 점유매개관계를 전제로 하는 타주점유로서, 단지 담보목적물에 대한 사용수익권을 보유한다는 이유로 위 관리의무를 양도담보권 설정자의 자기 사무라거나, 소극적 의무에 불과하다고 보기는 어렵다. 대상 판례의 사안에서는 양도담보권 설정자가 채권자의 대리인으로서 선관주의의무를 가지고 담보목적물을 보관·관리한다는 내용의 명시적인 계약 내용도 존재한다.

따라서 담보권설정자의 담보물관리의무는 양도담보권자의 재산관리사무를 위탁받아 처리하는 경우, 또는 양도담보권자를 대리하여 재산관리에 관한 사무를 처리하는 경우에 해당한다고 볼 여지가 충분하다.

한편, 담보권설정자가 담보권자의 재산관리사무를 위탁받았다고 보기는 어렵다고 할지라도, 양도담보권 설정자의 보관의무의 실질은 횡령죄에서의 보관과 크게 다르지 않고, 이를 임의로 처분하는 행위의 불법 역시 횡령죄의 그것과 구별할 것은 아니다. 양도담보권 설정계약을 통하여 양도담보권자의 목적물에 대한 물권으로서의 권리는 오로지 양도담보권 설정자의 보관의무 이행 여부에 따라 좌우되는 관계에 있게 된다. 그러한 의미에서 양도담보권 설정자는 양도담보권자에 대한 보증인적 지위에 있다고 볼 수 있다.

결국 양도담보권 설정자의 의무의 내용은 본질적으로 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 사회경제적 신뢰관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이라고 보아야 할 것이다.

재산권을 침해하는 각종 범죄 중 배임죄는 특히 민법상의 의무위반과 혼동될 여지가 많은 범죄이다. 단순한 계약위반 사안에 형법이 개입해서는 안 되는 것과 마찬가지로, 타인과의 대내적 신임관계에 위반하여 타인의 재산권을 침해하는 것을 내용으로 하는 계약위반 행위에 대하여 민사상의 채무불이행이라는 이유로 처벌하지 않는 오류를 범해서도 안 될 것이다.

동산양도담보권 설정자의 담보물 관리의무와 배임죄에서의 타인의 사무 - 강 수 진	수령 날짜 2021.02.05.	심사개시일 2021.02.25.	게재결정일 2021.03.18.
---	----------------------	----------------------	----------------------

[참고문헌]

김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018.
 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제8판 증보판), 박영사, 2016.
 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2012.
 배중대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018.
 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018.
 오영근, 형법각론(제4판), 박영사, 2017.
 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제10판 보정판), 박영사, 2017.
 이정원/류식준, 형법각론, 법영사, 2019.
 임웅, 형법각론(제9정판), 2018.
 정성근/박광민, 형법각론(전정2판), 성균관대학교 출판부, 2015.
 정영일, 형법강의[각론](제2판), 도서출판 학림, 2015.
 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020.
 주석 형법 [각칙(6)](제5판), 한국사법행정학회, 2017.

大塚 外, 大コンタール刑法(第3版)(第13卷), 青林書院, 2018.

강수진, “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자에 관한 최근 대법원 해석론에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향 통권 제56호, 2017. 9.
 김덕중, “동산 양도담보와 형사책임-판례를 중심으로-”, 전북대학교 법학연구 통권 제36집, 2012. 9.
 명순구, “점유개정에 의한 동산의 이중양도담보-대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결에 대한 비판적 평가”, 고려법학 제40호, 2003. 6.
 문영식, “권리질권을 설정한 임차인이 질권의 목적인 전세보증금채권을 변제받은 경우 배임죄의 성부”, 서울법학 제25권 제3호, 2017.
 문형섭, “채무불이행과 배임죄(제론)”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007.
 손동권, “양도담보물을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009 봄. ———, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 제4호 통권 제57호, 2013 겨울.
 안경옥, “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자의 의미: 동산·부동산의 이중매매·이중양도 등을 중심으로-대법원 2015. 3. 26. 선고 2015도1301 판결”, 법조(Vol. 720), 2016. 12.
 윤동호, “담보물유지의무와 배임죄”, 형사법연구 제31권 제3호, 2019 가을.
 이상태, “양도담보목적물의 처분과 형법상 죄책”, 일감법학 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015. 10.
 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 [23], 2015.
 이창섭, “배임죄의 본질에 관한 소고”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012.
 임혜진, “전세보증금반환채권에 권리질권을 설정하고 질권자에게 대항력까지 갖추어 준 임차인이 전세보증금을 직접 반환받은 경우, 배임죄의 성립 여부”, 대법원 판례해설(108).

262 동산양도담보권 설정자의 담보물 관리의무와 배임죄에서의 타인의 사무

하태인, “형법에서 동산양도담보의 법리”, 비교형사법연구 제19권 제1호 통권 제40호, 2017.

허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 2015.

【국문초록】

대법원은 최근 이중매매 또는 이중양도 사안을 중심으로 타인의 사무성에 관한 종래의 해석론을 변경하고 배임죄를 부정하는 취지의 판결을 선고하고 있다. 대법원의 변경된 판례 경향은 실질적 내용이 타당한지 여부에 대한 평가를 떠나 최소한 일관된 규범의 형성이라는 측면에서 중요한 의미가 있다. 대상 판례 역시 위와 같은 판례변경 과정에서 선고된 것이다. 다수의견은 최근 판례들과 마찬가지로 논리로 동산 양도담보설정자의 양도담보권자에 대한 담보가치의 유지·보전 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등 담보권 실행에 지장을 초래하지 않을 의무를 타인의 사무가 아니라고 판단하였다.

이 글은 대상 판례의 사안에 대하여도 타인의 사무성에 관하여 최근에 선고된 일련의 판례상 기준을 그대로 또는 당연히 적용할 수 있는 것인지에 대한 근본적인 의문에서 출발하였다.

대상 판례의 사안에서 문제된 사무는 점유개정에 의하여 양도담보의 목적된 동산을 계속 점유하게 된 담보권 설정자의 담보물 관리의무이다. 이는 채무자의 담보권 설정의무와는 구별되는 것이며, 부동산 이중매매나 이중저당, 동산의 이중양도 등 이른바 이중양도 사안에서의 채무불이행과도 그 성격을 달리한다.

동산양도담보계약을 통하여 채권자는 양도담보권이라는 비전형물권을 취득한다. 그리고 다수설인 신탁적 양도설에 의하면 채권자는 채무자와의 대내관계에서는 목적물의 소유권을 취득한다. 소유권을 취득한 양도담보권자에 대하여, 점유개정의 방식으로 계속 점유하게 된 양도담보권 설정자가 담보목적물을 관리할 의무는 위의 두 채권적 사무와는 그 법적 성격을 달리하는 것이다. 양도담보권설정자의 점유는 양도담보 설정계약이라는 점유매개관계를 전제로 하는 타주점유로서, 단지 담보목적물에 대한 사용수익권을 보유한다는 이유로 위 관리의무를 양도담보권 설정자의 자기 사무라거나, 소극적 의무에 불과하다고 보기는 어렵다. 대상 판례의 사안에서는 양도담보권 설정자가 채권자의 대리인으로서 선관주의의무를 가지고 담보목적물

을 보관·관리한다는 내용의 명시적인 계약 내용도 존재한다. 따라서 담보권 설정자의 담보물관리의무는 양도담보권자의 재산관리사무를 위탁받아 처리하는 경우, 또는 양도담보권자를 대리하여 재산관리에 관한 사무를 처리하는 경우에 해당한다고 볼 여지가 충분하다.

한편, 양도담보권 설정계약을 통하여 양도담보권자의 목적물에 대한 물권으로서의 권리는 오로지 양도담보권 설정자의 보관의무 이행 여부에 따라 좌우되는 관계에 있게 된다. 그러한 의미에서 양도담보권 설정자는 양도담보권자에 대한 보증인적 지위에 있다고 볼 수 있다.

결국 양도담보권 설정자의 의무의 내용은 본질적으로 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 사회경제적 신뢰관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이라고 보아야 할 것이다.

재산권을 침해하는 각종 범죄 중 배임죄는 특히 민법상의 의무위반과 혼동될 여지가 많은 범죄이다. 단순한 계약위반 사안에 형법이 개입해서는 안 되는 것과 마찬가지로, 타인과의 대내적 신임관계에 위반하여 타인의 재산권을 침해하는 것을 내용으로 하는 계약위반 행위에 대하여 민사사안이라는 이유로 처벌하지 않는 오류를 범해서도 안 될 것이다.

【Abstract】

An obligation to maintain and preserve the security value of the transferred security and a breach of trust in article 355 paragraph 2 of Korean Criminal Code
- Case Study on Korean Supreme Court Decision
(Case No. 2019do9756, 2020) -

Kang, Soo Jin
(Professor, Korea University School of Law)

Korean Supreme Court recently judged that the disposition of the personal property secured through the security by means of transfer does not constitute a breach of trust. The majority opinion stated that the obligation to maintain and preserve the security value of the transferred security holder is not security holder's business but the security setter's civil obligation. This is the overruling of the precedent.

The judgement have significant implication for forming consistent norms and presenting specific criteria to the public.

However, the obligation to maintain the value of the security shall be distinguished from the obligation of the debtor to reimburse the money or to set up the security right itself.

Through the security contract, creditors acquire ownership of the goods in the internal relationship between debtor and creditor. As a result, borrowers are obliged to keep the creditor's assets as agents of fiduciary. This is creditor's or security holder's business.

Among various crimes that violate property rights, breach of trust is likely to be confused with default of civil law.

Just as simple violations of contracts should not be punished by criminal law, the violation of trust with others and the violation of property rights should not be exempted from punishment on the ground that it is just a civil matter.

주제어(Keyword) : 배임죄(Breach of trust), 타인의 사무를 처리하는 자(a person who administers another's business), 동산양도담보(security by means of transfer of movable assets), 동산양도담보권 설정자의 처분행위(disposition of the personal property secured through the security by means of transfer), 협력의무(a cooperative obligation)

성범죄 피해 아동의 진술조서에 대한 증거능력 및 증명력

송 승 현*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|-----------------------|-----------------------------|
| I. 머리말 | 5. 생리적 기능-정보 인출 능력 |
| II. 성희롱·성폭력의 행위 여부 | IV. 대상판례에의 적용 |
| III. 아동의 진술역량 | 1. 제기되는 문제점 |
| 1. 증언에 영향을 주는 기본적인 요인 | 2. 제314조의 적용 및 인정 여부 |
| 2. 의사소통 능력 | 3. 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부 |
| 3. 사실-환상 구별 능력 | V. 맺음말 |
| 4. 시간 개념 능력 | |

[대상판례] 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1324 판결

[공소사실 요지]

피고인은 2013. 5. 8. 부산지방법원에서 아동복지법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 달 16. 위 판결이 확정되어 현재 그 유예기간 중에 있다. 피고인은 현재 유예기간 중에 있음에도 불구하고, 이 기간 중에

1. 2013. 7. 1. 14:30경 부산 동래구 C에 있는 골목길에서 귀가하는 피해자(A/여, 15세)를 발견하고, 피해자의 집 앞까지 뒤따라가 그 곳에서 피고인

* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원 / 법학박사.

의 바지 속에 손을 넣고 성기를 만지며¹⁾ “너거 집 알았으니 다음에 또 보자”라고 말하였다.

2. 2013. 7. 25. 12:30경 부산 동래구 C에 있는 골목길에서 귀가하는 피해자(B/여, 13세)를 발견하고, 피해자를 뒤따라가면서 피해자의 어깨를 2회 치고 “몇 살이야? 그 나이 애들도 뽕(브래지어 삽입물)을 넣고 다니냐? 나 나쁜 사람 아니야. 그냥 궁금해서 그래”라고 말하였다.

이로써 피고인은 아동인 A와 B 두 피해자에게 성적 수치심을 주는 성희롱·성폭력 등의 학대행위를 하였다는 것이다.

[대법원 판결요지]

원심은 그 판시 이유와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실에 대해 범 죄사실의 증거가 없다고 보아 이를 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다. 그러므로 (검사의) 상고를 기각한다.

[원심 판결요지]

피해자 A에 대한 아동복지법위반의 점과 관련하여 기록에 의하면, A는 원심에서 4번의 증인소환장을 송달받고도 시험 준비나 학업, 불안감 등을 이유로 증인으로 출석하지 아니한 사실이 있고, 이에 대해 검사는 ‘A의 모친에게 전화를 통해 수차례 출석을 독려하였으나 출석을 거부하고 있다’는 의견서를 제출하였을 뿐 구인장 발부는 신청하지 아니하였으며, 이에 따라 원심도 A에 대한 구인절차를 취하지 아니한 사실을 인정할 수 있다. 이에 앞

1) 이 부분에서 ‘바지 속에 손을 넣었다’는 의미가 무엇인지는 제1심부터 제3심까지의 판결을 보더라도 불명확하다. 즉, 바지 속에 피고인 자신의 손을 넣은 것인지 아니면 피해자의 손을 넣은 것인지 등에 대한 의미가 판결 내용상에서도 불분명하고, 두 가지로 해석이 가능하다는 것이다. 그런데 제1심부터 제3심까지의 판결내용을 고려해볼 때 필자는 피고인의 바지 속에 손을 넣은 것은 피고인 자신의 손을 넣은 것을 의미한다고 보여지고, 또 그렇게 해석될 수 있다고 본다.

서 본 법리에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 A에게 공판기일에 진술할 수 없는 사유가 있는 경우에 해당한다고 보기 어려우므로 A에 대한 경찰 진술조서는 그 증거능력이 없다고 할 것이다. 그리고 검사가 제출한 나머지 증거만으로는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그럼에도 원심은 A에 대한 경찰 진술조서를 증거로 하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

또한 피해자 B에 대한 아동복지법위반의 점과 관련하여 기록에 의하면, 경찰은 이 사건 발생일로부터 2개월 이상 경과한 후인 2013. 10. 11.에서야 B에 대해 처음 조사를 하면서 범인의 인상착의에 관해 진술을 듣는 한편 B에게 피고인의 사진 한 장만을 제시하여 범인여부를 확인하게 한 사실을 인정할 수 있다. 이에 이러한 인정사실에 의해 위와 같은 범인식별절차에 의해 피고인을 범인으로 지목한 B의 경찰에서의 진술은 B와 피고인이 종전에 안면이 있지도 아니하고 피고인을 범인으로 의심할만한 다른 정황이 존재하지도 아니하는 이 사건에서 그 신빙성이 낮다고 할 것이고, B의 원심법정에서의 진술도 이미 위와 같은 범인식별절차에 의해 피고인이 범인이라는 인식을 갖게 된 상태에서 이루어진 것이어서 그 신빙성이 낮다고 할 것이다. 그리고 검사가 제출한 나머지 증거만으로는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그럼에도 원심은 B의 수사기관 및 법정에서의 진술을 근거로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인의 이 부분 주장도 이유 있다. 그러므로 피고인의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의해 원심판결을 파기하고, 각 그 증명이 없으므로 형사소송법 제325조 후단에 의해 피고인에 대해 무죄를 선고한다.

[제1심 판결요지]

기록에 의하면, 피해자들에 대해 사건 발생일로부터 약 2~3개월이 지난 후에 비로소 경찰 조사가 이루어졌고, 조사 당시 담당 경찰관이 피해자들에게 피고인의 운전면허증 사진만을 제시하여 피해자들이 피고인을 범인

으로 지목한 사실을 알 수 있다. 이러한 사실에 비추어 보면 이 사건 수사 당시에 피고인을 범인으로 지목하는 과정에서 피해자들에게 인상착의가 유사한 여러 명을 동시에 대면시키거나 여러 장의 사진을 제시하여 그 중 한 명을 지목하게 하는 등의 적법한 범인식별 절차를 거쳤다고 보기는 어렵다.

그러나 앞서의 증거들에 의해 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 경찰 조사 당시 담당 경찰관은 피해자들에게 범인의 인상착의를 먼저 물어 본 후 그 답변을 듣고 피고인의 사진을 제시하여 동일인 여부를 확인한 점, ② 그 당시 피해자 A는 피고인의 사진을 보고 “(범인과) 안경스타일이 비슷하고, 얼굴 생김새도 거의 유사하다, 위 사진을 처음 보자마자 자신이 본 사람과 동일인이라는 생각이 들었다”고 진술한 점, ③ 피해자 B 역시 “얼굴 윤곽은 비슷하고, 머리 스타일은 틀리지만, 그때 나쁜 짓을 한 사람이 맞다”고 진술하였고, 이 범정에 증인으로 출석하여서도 “당시 사진을 보자마자 딱 알 수 있었다”고 증언한 점(한편 증인신문 과정에서 여러 명의 사진(변호인 제출의 증 제1호)을 제시하였는데(당시 피고인은 퇴정한 상태였다), 위 B는 피고인의 사진을 범인으로 지목하기도 하였다) 등을 종합하여 보면, 피해자들의 각 진술내용은 신빙성이 있으므로 판시 범죄사실을 충분히 인정할 수 있다. 따라서 아동복지법 제71조 제1항 제2호 및 제17조 제4호, 형법 제37조 전단 및 제38조 제1항 제2호 그리고 제50조, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제21조 제2항에 대해 피고인을 징역 6월에 처하고, 80시간의 성폭력 치료프로그램의 이수를 명한다.

I. 머리말

세월이 흐르면서 아동 성범죄 사건은 끊임없이 발생하고 있고, 날로 증가하고 있으며, 재범률도 증가하는 추세이다. 그런데 문제는 피해 아동들은 자신에게 성범죄가 발생을 하더라도 그것이 성적인 범죄라는 것을 인식하지 못하거나 그 행위가 범죄로서 잘못된 행위라는 것을 인지하지 못하는 경우가 허다하다는 것이다. 그래서 이로 인해 결국에는 아동의 피해 진술조서

작성 내지 진술 청위 및 수사기관의 수사는 그 시기가 당연히 늦어질 수밖에 없는 상황으로 이어지고 있다. 그런데 여기서 또 한 가지 중요한 문제가 발생하는데, 아동의 진술에 대해 신빙성을 의심하는 경우가 존재하고 있고, 사건 발생 후 첫 진술을 하는 시기가 길어질수록 그리고 그 진술이 구체적이고 명확하지 않을수록 그러한 경향은 더 짙어진다는 것이다. 더구나 피해자가 공판준비 또는 공판기일에 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인해 공판정에서 진술할 수 없는 때에는 신빙성에 대한 의심은 더욱더 짙어진다고 할 수 있다. 이는 아동 뿐만 아니라 성인의 경우에도 마찬가지이다.

그러나 이러한 현상은, 특히 아동의 경우 아동의 특성 및 이에 기반한 역량에 전혀 고려하지 않은 것이라고 본다. 아동의 진술역량은 성인의 진술역량과는 엄연한 차이가 존재하기 때문이다. 또한 아동에 대한 성범죄 사건의 수사 및 공판절차는 성인의 경우와는 다른 부분이 존재한다고 할 수 있다. 이는 형사소송법 및 아동·청소년에 대한 각종 특별법에 명확하게 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 사정들의 고려 없이 아동을 대상으로 한 성범죄 사건에 대해 성인을 대상으로 한 성범죄 사건에 대한 법령의 해석 및 적용을 맞대는 태도는 타당하지 않다고 본다. 이에 이하에서는 [대상판례]를 중심으로 아동을 대상으로 한 성범죄 사건에 있어 문제가 되고 있는 아동의 진술에 대한 증거능력 및 증명력에 대해 형사소송법의 관점에서 아동의 진술역량을 바탕으로 이 법률규정의 해석 및 적용 여부에 대해 다시 한번 살펴볼 것이다.

II. 성희롱·성폭력의 행위 여부

대상판례 사안은 피고인의 피해자들(이하 ‘피해자’라 한다.)에 대한 아동복지법 위반 사안이라고 할 수 있다. 여기서 본 대상판례를 논함에 있어 먼저 살펴볼 사항은 피고인의 행위가 성희롱·성폭력에 해당하는가 하는 점이다.

사건 당시의 대상판례 적용 법조를 보면 구(舊) 아동복지법²⁾(이하 ‘아

동복지법'이라 한다.) 제71조 제1항은 “제17조를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.”라고 규정하면서 제2호는 “제3호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있고, 제17조는 “누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.”라고 규정하면서 제3호에서 제8호까지는 “3. 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위, 4. 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱·성폭력 등의 학대행위, 5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위, 6. 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위, 7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위, 8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위”라고 규정하고 있다.³⁾ 즉, 대상판례의 사안은 제17조 제4호의 행위 여부가 문제가 된다고 할 수 있다. 여기서 i) 성희롱과 관련하여 규정하고 있는 법률을 보면, 양성평등기본법⁴⁾은 제3조 제2호에서 “성희롱”이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 “국가기관등”이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다. 가. 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위, 나. 상대방이 성적 언동 또는 요구에 대한 불응을 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위”라고 규정하고 있고, 국가인권위원회법⁵⁾ 제2조 제3호 라. 및 남녀고용평등법⁶⁾ 제

2) [시행 2013. 6. 19.] [법률 제11572호, 2012. 12. 18., 타법개정]

3) 현행 아동복지법([시행 2020. 10. 8.] [법률 제17206호, 2020. 4. 7., 일부개정])은 [시행 2014. 9. 29.] [법률 제12361호, 2014. 1. 28., 일부개정]을 통해 제4호가 삭제되고, 제2호가 “아동에게 음행을 시키거나 음행을 매개하는 행위”에서 “아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위”로, 제3호가 “아동의 신체에 손상을 주는 학대행위”에서 “아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위”로 개정되었다.

4) [시행 2019. 12. 19.] [법률 제15985호, 2018. 12. 18., 일부개정]

5) [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16928호, 2020. 2. 4., 타법개정]

6) [시행 2020. 9. 8.] [법률 제17489호, 2020. 9. 8., 일부개정]

2조 제2호 역시도 동일하게 규정하고 있다. 그리고 ii) 성폭력과 관련하여 규정하고 있는 법률을 보면, 성폭력처벌법⁷⁾ 제2조 제1항은 “이 법에서 “성폭력범죄”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.”라고 규정하고 있고,⁸⁾ 제2항은 “제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄는 성폭력범죄로 본다.”라고 규정하고 있으며, 청소년성보호법⁹⁾은 제2조 제3호에 “아동·청소년대상 성폭력범죄”란 아동·청소년대상 성범죄에서 제11조부터 제15조까지의 죄를 제외한 죄를 말한다.”라고 규정하고 있고, 제2호는 “아동·청소년대상 성폭력범죄”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다. 가. 제7조부터 제15조까지의 죄, 나. 아동·청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제15조까지의 죄, 다. 아동·청소년에 대한 「형법」 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조, 제305조, 제339조 및 제342조(제339조의 미수범에 한정한다)의 죄, 라. 아동·청소년에 대한 「아동복지법」 제17조 제2호의 죄”라고 규정하고 있다. 즉, 성폭력처벌법과 청소년성보호법은 성폭력에 대해 비슷하게 규정되어 있지만, 청소년성보호법은 아동·청소년 성폭력범죄의 범주에 성폭력처벌법 제2조 제1항 제1호 및 제2호의 범죄를 포함하고 있지 않아서 그 범위가 축소되어 있다고 할 수 있다.

위에서 언급한 법률들에 비추어볼 때 대상판례 사안은 피해자가 아동·청소년이므로 청소년성보호법상의 성폭력범죄 규정을 적용하여야 하고, 피고인의 행위가 여기서 말하는 성폭력범죄에 해당하는지 그리고 이러한 행위가 아동복지법 제17조 제4호에 해당하는지가 쟁점이라고 할 수 있다. 국어적인 의미에서 성희롱이라는 용어는 “상대편의 의사에 관계없이 성적으로 수치심을 주는 말이나 행동”이라는 의미이고, 성폭력이라는 용어는 “성적인 행위로 남에게 육체적 손상 및 정신적·심리적 압박을 주는 물리적 강제력”이라는 의미이다. 여기서 성폭력이라는 용어의 의미는 어느 정도 이

7) [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16923호, 2020. 2. 4., 타법개정]

8) 성폭력처벌법 제2조 제1항 각 호의 규정은 총 5개의 항목으로 구성되어 있는데, 그 내용이 너무 많아서 다 열거하지는 않겠다. 동 법의 규정을 참조.

9) [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16923호, 2020. 2. 4., 타법개정]

해가 되지만, 성희롱이라는 용어의 의미는 국어적인 의미로 봐도 어떻게 표현을 하더라도 이해가 되지 않는다고 할 수 있다. 성희롱 즉, 성적으로 수치심을 주는 말이나 행동¹⁰⁾¹¹⁾이라는 의미에 대해 성범죄를 규정하고 있는 각종 법률들을 봐도 이에 대한 개념정의를 직접적으로 명시하고 있지 않고, 추상적인 규정이기 때문에 절대적으로 개념 지을 수 있는 것이 아닌 상대적 개념이라고 할 수 있기 때문이다.¹²⁾ 즉, 성적 수치심은 -피해자의 관점에서 - 외적인 측면에서 드러나는 심리적 반응이므로 주관적인 것이기 때문에 관계개념이 아닌 실체개념으로서 질과 양의 면에서 정도의 차이를 띠게 된다. 여기서 정도의 차이¹³⁾는 확률적인 문제에 귀결되는 수밖에 없다. 확률이라는 것은 일정한 조건 아래에서 어떤 사건이나 사상(事象)이 일어날 가능성의 정도이므로 확실하게 단정할 수는 없지만 대개 그럴 것이라고 생각되는 상태를 말하는 것이기 때문이다. 결국 이 문제는 가상의 사실을 결부시켜 이를 평가함으로써 입증의 정도를 판단하려는 것이므로 실제 재판과정에서 명백하게 확인될 수 있는 성질이 아닌 최대한 입증되어야 할 성질이라고 할 수 있다. 만약 이러한 과정을 거치지 않고 규범적인 평가방법만을 통해서 판단한다면 이는 판단자의 개인적 주관에 개입될 수밖에 없을 것이다. 이러한 확률상의 정도는 다섯 가지로 구분해 볼 수 있다. 즉, 성적 수치심 유발의 정도는 확률 상으로 i) 불가능성, ii) 희박한 가능성, iii) 가능성, iv) 개연성, v) 고도의 개연성, vi) 확실성으로 구분할 수 있다. 여기서 확실성은 그 확률정도가 100%를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 정도의 차이의 측정은 완벽하게 또는 확실하게 할 수는 없는 것이므로 확실성의 정도까지는 요구할 수 없지만, 합리적인 의심이 없는 정도는 되어야 하므로 확실성

10) 이에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단 문제”, 「법학논집」 제24집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 341-343면.’을 참조.

11) 이하 성적 수치심에 대한 내용은 ‘송승현, 앞의 논문(주 10), 343-344면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

12) 송승현, 앞의 논문(주 10), 341면, 343면.

13) 본 장에서 성적 수치심 유발의 정도에 대한 내용은 ‘송승현, “과실범에 있어 과실판단과 인과관계판단”, 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014, 77-80면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

에 가까운 정도의 확률은 갖추어야 한다고 할 수 있다. 따라서 확실성의 정도보다는 낮지만, 일반적인 가능성보다는 높은 개연성 또는 고도의 개연성의 정도에 이르는 확률은 갖추어야 한다고 할 수 있다. 그리고 이러한 확률을 수치로 나타내면 일반적으로 합리적 의심이 없는 정도는 95% 정도에 이르는 것이라고 말하는 점을 고려하면,¹⁴⁾ 본 논문에서 말하고자 하는 ‘성적 수치심을 주는 행위’의 정도는 고도의 개연성이므로 90%~95%를 의미하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 아동복지법에서 규정하고 있는 성희롱 즉, 성적으로 수치심을 주는 말이나 행동은 이에 대한 단순한 호기심의 발생을 넘어 피해자 또는 인격적 존재로서 정상적인 사고를 가진 일반인의 관점에서 단순한 부끄러움의 발생을 넘어 고도의 개연성이 있는 정도로 인간으로서 근원적인 성적 수치심을 느끼게 하는 정도를 의미한다고 할 수 있다.

그렇다면 이러한 점들에 비추어볼 때 대상판례에서 피고인의 피해자에 대한 행위는 성희롱·성폭력 등의 학대행위의 범주에 해당한다고 본다. 피해자가 -여성인데다- 미성년자이고, 이 나이대는 성인과는 달리 아직 성적(性的)인 개념이 정립되어 있지 않은 시기라고 할 수 있기 때문에 성인도 -의도에 따라서는- 불쾌하다고 느낄 수 있는 상황일 뿐만 아니라 성인 간에는 할 수 있는 아무리 가벼운 성적인 농담 내지 장난이라고 하더라도 미성년자는 가볍게 넘기는 것이 아닌 있는 그대로 진지하게 받아들이는 성향이 강하고, 이로 인해 정신적 충격과 마찬가지로의 충격이 성인에 비해 더욱더 가해짐과 동시에 스스로 다른 사람을 볼 낮이 없거나 스스로 떳떳하지 못한 마음을 느껴 스스로 위축되는 현상이 보다 더 강하게 일어난다고 할 수 있기 때문이다. 그리고 여성은 남성보다 감성과 오성이 민감하고 예민하여 성적인 것에 더욱더 수치심을 잘 느낀다고 할 수 있어 남성과 여성의 차이를 어느 정도 분명히 할 수 있는 성질을 가지고 있기 때문이기도 하다.¹⁵⁾ 더구나 피해자 A에 대한 행위의 경우에는 직접적으로 피고인 자신의 성기를 만지는 것을 보여주었다는 점에서 그 충격이 더욱더 크다고 할 수 있다.

14) Del Carmen, Rolando V, 「*Criminal procedure : law and practice*」 5th ed, Belmont, CA : Wadsworth / Thomson Learning, 2001, p. 72

15) 송승현, 앞의 논문(주 10), 349면.

그러나 피고인의 언행이 피해자에 대한 무형력의 행사 내지 심리적·정신적 폭행이라고는 할 수 없다고 본다. 이는 폭행의 개념에 무형력의 행사 내지 심리적·정신적 폭행도 포함시킬 수 있는가의 문제와 귀결되는 것이라고 할 수 있다. 이와 관련해서는 견해의 대립이 있지만, 심리적인 방법에 의해 폭행이 발생할 수 있고, 그 개념이 성립한다고 본다.¹⁶⁾ 그러나 대상판례 사안의 경우는 심리적인 방법에 의한 폭행에 해당하지 않는다고 본다. 즉, 심리적인 방법에 의한 폭행행위가 수면장애, 우울증, 불안감 등에 영향을 미치기도 하지만, 이는 대표적으로 소음의 경우를 들 수 있는 것이고, 성희롱 행위는 심리적으로 불안한 상태를 야기할 수는 있지만, 심리적 폭행에 해당한다고 할 수 없고, 이는 죄형법정원칙에도 반하는 것일 뿐만 아니라 유추 적용금지의 원칙에도 반하는 것이라고 본다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 그렇다면 피고인의 언행은 직접적인 유형력의 행사에 의한 폭행행위도 아니고, 간접적인 무형력의 행사에 의한 폭행행위도 아니므로 피해자에 대한 피고인의 행위는 성폭력에 의한 학대행위는 해당되지 않는다고 본다. 아무리 피해자 A에 대한 행위의 경우에는 직접적으로 피고인 자신의 성기를 만지는 것을 보여주었다고 하더라도 그러하다고 할 수 있고, 대상이 여성인 미성년자라고 하더라도 마찬가지이다. 물론 대상판례 사안의 경우 판시에서도 명시되어 알 수 있는 바와 같이 적용 내지 판단 대상 조항은 아니기에 별론에 해당하지만, 피해자는 피고인의 언행(言行) 및 표현 또는 표출에 자극을 받아 심리적으로 불안한 상태가 야기됐다고 또는 야기될 가능성이 농후하다고 할 수 있기에 - 구(舊)/현행- 아동복지법 제17조 제5항의 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위에는 해당된다고 또는 해당될 여지가 있다고 본다.

16) 무형력의 행사 내지 심리적 폭행에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “형법상 폭행죄의 폭행의 의미에 소음의 포함여부 문제”, 「홍익법학」 제17권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 474-508면’ 참조.

17) 이와 관련하여 성희롱 행위, 스토킹 행위, 집단 따돌림 행위 등과 같이 신체 간 또는 신체의 부위와 기관 간의 터치(Touch)가 없는 상황에서 상대방의 언행(言行) 및 표현 또는 표출에 자극을 받아 심리적으로 불안한 상태가 야기된 경우에서의 행위를 일반적인 심리적 폭행이라고 언급한 필자의 ‘송승현, 앞의 논문(주 16), 501면’의 기존 견해를 변경한다.

18) 이에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, 앞의 논문(주 16), 474-508면’ 참조.

따라서 대상판례 사안에서 피해자에 대한 피고인의 행위는 아동복지법 제 17조 제4호에서 ‘아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱의 학대행위’만이 성립한다고 본다.

Ⅲ. 아동의 진술역량

앞에서는 대상판례의 사안에 대해 인정하고 적용하고 있는 아동복지법 제17조 제4호의 규정에 피고인의 피해자에 대한 행위가 해당되는가를 살펴 보았다. 그렇다면 아래에서는 대상판례의 쟁점 중 하나인 피해자의 진술역량에 대해 살펴볼 필요가 있다. 이는 대상판례에 비추어볼 때 수사기관에서의 피해자의 진술조서의 증거능력과 증명력의 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 이를 세부적으로 보면 피해자 A의 경우에는 진술조서의 증거능력이 문제가 된다고 할 수 있고, 피해자 B의 경우에는 진술조서의 증명력이 문제가 된다고 할 수 있는데, 피해자들 모두에 있어 양자의 문제는 서로 중첩된다고 할 수 있다. 이에 본 장에서는 성희롱에 의한 아동학대범죄에 있어 피해 아동이 진술능력이 있는지, 그 진술을 신빙할 수 있는지 등에 대한 진술역량에 대해 살펴볼 것이다.¹⁹⁾²⁰⁾

19) 본 장에서 아동·청소년의 진술역량과 관련된 내용은 ‘김태경/이영호, “아동성폭력 피해 가능성 평가기준 개발 및 타당화”, 「한국심리학회지 : 일반」 제29권 제3호, 한국심리학회, 2010, 584-604면; 박광배, “성학대 피해아동의 증언문제”, 「인간발달연구」 제3호, 한국인간발달학회, 1996, 160-171면; 이승진, “진술 조사 맥락에서 아동 기억에 대한 발달심리학적 고찰”, 「한국심리학회지 : 발달」 제26권 제2호, 한국심리학회, 2013, 19-31면; 동, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰 : 아동의 인지 및 언어 능력을 중심으로”, 「한국심리학회지 : 법」 제3권 제3호, 한국심리학회, 2012, 154-163면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문들을 참조.

20) 이하에서 ‘아동’과 ‘아동·청소년’을 혼용하여 사용하고 있지만, 본 논문의 주제가 될 수 있는 대상판례 사안의 당사자인 피해자는 아동복지법상 아동이고, 청소년성보호법상의 아동·청소년에 아동복지법상의 아동이 포함된다고 할 수 있으므로 본 논문에서 ‘아동·청소년’의 의미는 본 논문에서 다루고 있는 대상판례 사안에 적용해 볼 때 ‘아동’을 의미하는 것으로 봐야 한다. 따라서 본 논문을 정독하거나 살펴볼 때는 이러한 점을 염두에 두어야 한다.

1. 증언에 영향을 주는 기본적인 요인

기본적으로 기억을 위한 정보처리과정은 부호화, 저장, 인출 등 세 단계로 설명되는데, 이는 기본적인 정보처리과정으로서 독립적이면서도 동시적 활동이 가능한 인지적 기능이라고 한다.²¹⁾ 그리고 기억이라는 것은 다양한 경험을 통해 획득한 새로운 정보들 특히, 독특한 환경적 특성들이 인간의 주의를 환기할 때 우리는 의식적으로 그 정보들을 지각하고, 그와 같은 의식적인 정신활동을 통해 특정 정보들은 단기 기억에 저장되거나 혹은 단기 기억을 거쳐 장기 기억에 저장된다고 한다.²²⁾

아동·청소년의 증언에 영향을 주는 요인으로는 오랫동안 인지 및 발달 심리학 분야에서 ‘목격자 기억’, ‘자서전적 기억’, ‘일화적 기억’ 등과 관련하여 모두 진술조사 맥락에서 아동이 과거에 경험한 특정 사건이나 목격현상에 대한 기억의 정확성과 그 기억의 특성에 대한 연구를 통해 실용적인 함의를 제공해 왔다. 예를 들면 작업 기억과 관련한 연구에 의하면 평균적으로 성인의 경우 7개의 숫자를 기억할 수 있지만, 5세 아동의 경우 4개까지 가능한 것과 같이 아동의 연령이 증가할수록 기억할 수 있는 정보의 수도 꾸준히 증가한다는 사실을 밝혀주고 있다.²³⁾ 이는 연령이 증가할수록 전반적으로 아동의 인지능력이 증가하고, 이로 인해 아동이 어떤 과제를 수행하는 데 필요한 인지적 자원의 양이 상대적으로 감소하기 때문으로 설명될 수 있다고 한다. 또한 아동은 연령이 증가할수록 기억 용량의 증가와 더불어 제한된 용량 내에 더 많은 정보를 저장할 수 있게 하는 지식과 책략 사용의 능력이 발달되어 시연(rehearsal)과 같은 기억 향상을 위한 책략들을 더 풍

21) Melton, Arthur W., "Implications of short-term memory for a general theory of memory", 『*Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*』 Volume 2, Issue 1, Elsevier Inc., 1963, pp. 1-21

22) Atkinson, Richard C./Shiffrin, Richard M., "The Control of Short-Term Memory", 『*Scientific American*』 Vol. 225, No. 2, a division of Nature America, Inc., 1971, pp. 82-91

23) Dempster, F. N., "Memory span : Sources of individual and developmental differences", 『*Psychological Bulletin*』 Volume 89, Number 1, APA PsycNet, 1981, pp. 63-100

부하게 학습하고, 이를 효과적으로 사용할 수 있게 된다고 한다. 그런데 아동은 일상생활에서 다양한 경험을 통해 새로운 정보를 습득하지만, 아동이 직면하는 모든 정보가 적절하게 부호화 되는 것은 아니라고 한다.²⁴⁾ 예를 들면 아동이 새로운 정보들을 명확하게 이해하는 경우 더욱 효율적인 부호화가 이루어지고, 장기 기억에 저장될 가능성이 높다고 한다. 그리고 습득된 새로운 정보들이 아동의 선지식과 일치하거나 대조되는 경우 더욱 효율적으로 부호화 되고, 장기 기억에 안전하게 보유될 가능성이 높다고 한다.²⁵⁾ 그러나 장기 기억에 보유된 정보라도 일정 시간이 경과한 후에는 정확하게 인출되지 않을 수도 있다고 한다.²⁶⁾ 이는 장기 기억에 저장된 정보라도 다양한 간섭활동에 의해 다른 정보들과 혼란을 일으켜 오정보(誤情報)의 형태로 인출될 수 있고, 혹은 인출 맥락에 따라 인출의 가능성과 인출 정보의 정확성이 달라질 수 있기 때문이다.²⁷⁾

진술조사 맥락에서 가장 빈번하게 강조되는 기억이론은 자유 회상적 기억이라고 한다.²⁸⁾ 예를 들면 “그날 무슨 일이 있었는지 기억나는 대로 모두 말해보자” 등과 같은 질문에 대한 아동의 반응이다. 이는 개방적 질문에 대한 아동의 반응으로 특별한 단서제공 없이 아동이 자발적으로 보고하는

24) Ornstein, P. A./Haden, C. A., “The development of memory : Toward an understanding of children’s testimony”, In M. L. Eisen/J. A. Quas/G. S. Goodman (Eds.), 『*Personality and clinical psychology series. Memory and suggestibility in the forensic interview*』, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2002, pp. 29-61

25) Ornstein, Peter A./Naus, Mary J., “Effects of the Knowledge Base on Children’s Memory Strategies”, 『*Advances in Child Development and Behavior*』 Volume 19, Elsevier Inc., 1985, pp. 113-148

26) Chi, Michelene T. H./Ceci, Stephen J., “Content Knowledge : Its Role, Representation, and Restructuring in Memory Development”, 『*Advances in Child Development and Behavior*』 Volume 20, Elsevier Inc., 1987, pp. 91-142

27) Terr, Lenore, 『*Unchained Memories : True Stories Of Traumatic Memories Lost And Found*』, Basic Books; Presumed First Edition, 1994, p. 282

28) La Rooy, David J/Malloy, Lindsay C/Lamb, Michael E., “The Development of Memory in Childhood”, In Michael E. Lamb/David J. La Rooy/Lindsay C. Malloy/Carmit Katz (Eds.), 『*Children’s Testimony : A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*』 2nd Edition, Wiley-Blackwell, 2011, pp. 49-68

내용이기 때문이다. 그리고 아동들 특히 취학 전 아동의 경우에는 경험한 사건이 발생한 날자 혹은 요일을 정확하게 기억하거나 순차적 시간 개념을 이해하는 것은 상대적으로 어려운 과제에 속한다고 한다. 이유는 시간 개념은 매우 천천히 발달하는 인지 능력 중 하나로 8-10세가 되어야 비로소 성인과 유사한 수준의 안정된 시간개념이 정립되기 때문이라고 한다.²⁹⁾ 또한 10-11세 아동들을 대상으로 도둑이 경찰에게 쫓기고 있는 짧은 영화를 보여 주고 그 영화에 대한 아동의 기억을 평가한 결과, 개방형 질문에서 아동은 91%의 정확한 응답을 한 반면 폐쇄형 및 선택형 질문에서는 다소 낮은 81%의 정확한 응답을 하였다고 하고 있고,³⁰⁾ 비슷한 연구 결과로써 보다 어린 5세 아동들을 대상으로 질문의 형태에 따른 아동의 회상 정도를 살펴본 결과, 개방형 질문에 대한 아동의 기억의 정확성은 100%를 기록했지만, 폐쇄형, 선택형, 암시적 질문의 형태에 따른 아동의 기억의 정확성은 90%가 오류로 나타났다고 하고 있다.³¹⁾ 이에 아동의 기억은 성인의 기억과 마찬가지로 항상 안정적인 상태를 유지할 수는 없다고 할 수 있지만, 아동의 연령이 증가할수록 기억 역량이 향상되는 것은 의심의 여지가 없다고 한다.

이로 보면 - 필자의 생각으로는- 남녀노소 차이가 있을 수 있지만 기본적으로는 기억에 있어 정보처리능력은 부호화·저장·인출 등의 체계적인 과정을 형성하고 있지만, 그것을 처리하는 정도에 차이가 있고, 기억이라는 것도 결국에는 앞쪽뇌 및 뒤쪽뇌를 포함한 다른 뇌 영역 사이의 협력활동³²⁾을 통해 이루어지는 것이기에 협력활동의 원활화 및 기능성 등에 따라

29) Tartas, Valérie, "The development of systems of conventional time : A study of the appropriation of temporal locations by four-to-ten-year old children", 『European Journal of Psychology of Education』 Vol. 16, No. 2, Springer Nature, 2001, pp. 197-208

30) Dent, Helen R./Stephenson, Geoffrey M., "An experimental study of the effectiveness of different techniques of questioning child witnesses", 『British Journal of Social and Clinical Psychology』 Volume18, Issue1, The British Psychological Society, 1979, pp. 41-51

31) Orbach, Yael/Lamb, ichael E., "The relationship between within-interview contradictions and eliciting interviewer utterances", 『Child Abuse & Neglect』 Volume 25, Issue 3, Elsevier B.V., 2001, pp. 323-333

32) 뇌(腦)와 관련하여 자세한 내용은 '송승현, "정신병질자에 대한 치료감호법상의 치료

개개인마다 차이가 있을 수밖에 없는 즉, 항상 완벽할 수는 없다고 본다. 그러나 항상 완벽할 수는 없다고 하더라도 반드시 또는 무조건적으로 그 진술 내용이 거짓이거나 신뢰할 수 없는 진술이라고는 할 수 없고, 이렇게 받아 들여져서는 안 된다고 본다. 즉, 개개인이 처한 상황 및 특성 그리고 소질과 환경 등을 종합적으로 판단하여 고려해야 한다고 본다. 인간에게는 자유의사가 존재하고, 이러한 자유의사는 상대적 자유의사라고 할 수 있으며, 자유의사는 -성격·능력 등- 유전적 소질과 -사회문화적 환경·행위 당시의 상황이나 사태 등- 사회적 환경으로부터 자유로울 수 없기에 결정론의 완전한 부정은 있을 수 없고, 비결정론의 완전한 부정도 있을 수 없기 때문이다.³³⁾ 이와 관련해서는 이하에서 아동에 관한 사항을 중심으로 각각의 사항으로 구분하여 살펴볼 것이다.

2. 의사소통 능력

아동 진술의 명료성과 완전성은 아동의 의사소통 능력에 많은 부분 의존하고 있는데, 일반적으로 6세 아동의 경우 평균 6~8천개 정도의 어휘력을 갖추고 있다고 한다.³⁴⁾ 그리고 어린 아동이 목격하거나 경험한 사건에 대한 회상 보고에 적용될 수 있는 어휘 수는 극히 제한되어 있고, 활용되는 어휘들도 비서술적인 특징을 지니고 있다고 한다. 또한 취학 전 아동들은 특정 어휘들을 일반 성인이 인식하는 보편적 의미보다는 아동 자신만이 이

행위에 외과적인 뇌수술의 허용여부”, 「홍익법학」 제17권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 366-375면, 380-385면; Ratey, John J., 「A USER'S GUIDE TO THE BRAIN[뇌, 1.4킬로그램의 사용법]」(김소희 옮김)(최준식 감수), ㈜북이십일 21세기북스, 2013, 10-515면 참조.

33) 송승현, “함정수사의 형사책임과 한계”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2014, 116면 주) 265.

34) Clark, Herbert H./Clark, Eve V., 「Psychology and Language : An Introduction to Psycholinguistics」, Harcourt College Pub, 1977, p. xvi, p. 608; Waterhouse, Lynn H., “Psychology and Language : An Introduction to Psycholinguistics by Herbert H. Clark, Eve V. Clark”, 「Language」 Vol. 55, No. 2, Linguistic Society of America, 1979, pp. 436-439

해하는 특별한 의미로 사용하는 경우도 있는데, 이는 어린 아동일수록 어휘의 통속적 의미를 이해하지 못하거나 혹은 일부만 이해한 상태에서 사용하기 때문이라고 한다.³⁵⁾ 그리고 위학 전 아동들은 수사면담 시 제공되는 복잡한 형태의 질문들을 자신이 이해하지 못했다는 사실조차 인지하지 못하는 경우가 다반사이고, 이로 인해 아동들은 질문은 제대로 이해하지 못한 상태에서도 질문에 대한 정확한 의미를 되묻지 않고 어떤 식으로든 응답하고자 하는 경향이 있기에 아동의 높은 응답률은 면담자로 하여금 아동의 이해력을 과신하게 하는 결과를 초래한다고 한다.³⁶⁾ 또한 아동은 상대방의 상황을 전혀 고려하지 않는 애매모호한 응답을 제공하는 경향도 있지만, 발달 연구에 의하면 상위 인지 및 상위 언어학적 지각은 5세가 넘어서야 비로소 기본적인 수준에 도달하는 것으로 알려져 있다고 한다.³⁷⁾ 이와 관련하여 다른 연구에 의하면 아동 보고의 정확성은 의사소통의 맥락에 의해 영향을 받을 수 있다고 한다. 예를 들면 아동에게 “그 사람의 이름을 알고 있니?”, “그 사람이 너의 신체 부위 중 어디를 만졌는지 말해 줄 수 있니?” 등과 같은 질문을 했을 때 아늑한 아동은 면담자의 질문 의도를 정확하게 이해하고 필요한 정보들을 제공할 수 있지만, 어린 아동은 이와 같은 질문에 대해 ‘네/아니요’ 식의 간결하게 대답하는 경향이 있다고 한다.³⁸⁾ 그리고 이러한 현상은 어린 아동의 어휘력 한계에 의한 결과이기도 하고, 어린 아동들은 특정 정보나 지식을 전달받는 객체가 아닌 주체적으로 제공해야 하는 의사소통적 맥락

35) de Villiers, Jill G./de Villiers, Peter A., “Language development”, In Marc H. Bornstein/Michael E. Lamb (Eds.), 「*Developmental Psychology : An Advanced Textbook*」 4th Edition, Psychology Press, 1999, pp. 313-373

36) Saywitz, Karen J./Snyder, Lynn/Nathanson, Rebecca, “Facilitating the Communicative Competence of the Child Witness”, 「*Applied Developmental Science*」 Volume 3, Issue 1, Taylor & Francis Group, 1999, pp. 58-68

37) Saywitz, Karen J./Jaenicke, Carol/Camparo, Lorinda B., “Children’s Knowledge of Legal Terminology”, 「*Law and Human Behavior*」 Volume 14, Issue 6, Springer Nature, 1990, pp. 523-535

38) Lamb, Michael E./Brown, Deirdre A., “Conversational apprentices : Helping children become competent informants about their own experiences”, 「*British Journal of Developmental Psychology*」 Volume 24, Issue 1, The British Psychological Society, 2006, pp. 215-234

에 익숙하지 않기 때문이라고 한다.³⁹⁾ 또한 아동은 자신이 수사사건과 관련하여 면담자가 전혀 모르고 있다는 사실을 이해하지 못하거나 면담자는 어른이기에 무조건 자신보다 더 많은 정보와 지식을 갖추고 있다고 간주하는 경우 아동은 사건과 관련하여 정확하게 기억하는 사항들도 언급하지 않을 가능성이 높다고 한다.⁴⁰⁾ 그러나 아동은 -일반적으로- 연령이 증가함에 따라 진술자로서 보다 세련된 언어적 기술을 갖추게 되고 이는 곧 진술의 양과 진술된 정보의 구체성 증가를 가져온다고 한다. 그러나 이러함에도 불구하고 취학 전 아동의 경우에는 인지적 사고 및 언어적 능력이 여전히 미숙하다고 한다.

3. 사실-환상 구별 능력

아동은 6세 이상이 되면 상상한 일과 실제로 경험한 일들을 구별할 수 있게 된다.⁴¹⁾ 최근 연구에 의하면 어린 아동들도 상상 속의 친구들이 실제로 이 세상에 존재하지 않는다는 사실을 이해하는 것으로 나타났다고 한다.⁴²⁾ 그런데 한편으로는 어린 아동들이 상상과 실제의 구별을 실패하는 하는 것은 사건의 정서에 따라 차이가 있는 것으로 보인다고 한다.⁴³⁾ 그리고 중요한 점은 어린 아동들이 환상적 인물을 창조하고, 환상적 인물과 가장

39) Lamb, Michael E./Brown, Deirdre A., *ibid.*, pp. 215-234

40) Lamb, Michael E./Orbach, Yael/Warren, Amye R./Esplin, Phillip W./Hershkowitz, Irit, "Enhancing Performance : Factors Affecting the Informativeness of Young Witnesses", In Michael P. Toglia/J. Don Read/David F. Ross/R. C .L. Lindsay (Eds.), 『*The Handbook of Eyewitness Psychology*』 Volume I Memory for Events, New York Psychology Press, 2007, pp. 401-427

41) Roberts, K. P., "An overview of the theory of children's source monitoring", In K. P. Roberts/M. Blades (Eds.), 『*Children's source monitoring*』, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 2000, pp. 11-57

42) Taylor, Marjorie/Shawher, Alison B./Mannering, Anne M., "Children's Imaginary Companions : What is it Like to Have an Invisible Friend?", In Keith D. Markman/William M. P. Klein/Julie A. Suhr (Eds.), 『*Handbook of Imagination and Mental Simulation*』, Psychology Press, 2009, pp. 211-224

43) Taylor, Marjorie/Shawher, Alison B./Mannering, Anne M., *ibid.*, pp. 211-224

놀이 활동을 즐겨 한다고 해서 환상적 인물의 사실성에 대한 믿음을 고수하는 것은 아니라고 한다.⁴⁴⁾ 최근 연구에서도 정서가 다른 사실적 사진과 환상적 사진을 아동에게 제시하고 정답을 맞추는 경우 아동 자신이 좋아하는 특별한 선물을 제공한다는 조건을 추가한 결과 어린 아동들은 사실적 사진과 환상적 사진을 정확하게 구별하였다고 한다.⁴⁵⁾ 이는 결국 어린 연령의 아동들이 환상 속의 인물에 대한 믿음을 갖고 있거나 그런 인물들과 가장 놀이를 즐겨하는 것은 보편적인 현상으로 볼 수 있다고 한다.⁴⁶⁾ 그래서 아동이 환상적 인물에 대한 믿음이 있다고 해서 아동이 직접 경험하거나 목격한 사건에 대한 보고의 신뢰성을 의심하는 것은 옳지 않다고 한다.

4. 시간 개념 능력

나이가 어린 아동일수록 과거 사건을 회상하고 진술하는 과정에서 특히 어려움을 호소하는 그 사건이 언제 발생하였는지를 기억해 내는 일이라고 한다. 아동 기억 특성에 대한 연구에 따르면 연령이 높을수록 아동의 회상 보고가 우수하다고 한다. 이에 대해 구체적으로는 5~6세 아동들이 3~4세 아동들보다 면역주사 경험에 대해 더 많은 정보를 정확하게 보고하였고,⁴⁷⁾ 해적놀이와 관련하여 7~8세 아동들이 5~6세 아동보다 더 많은 정보들을 정확하게 회상하였다고 한다.⁴⁸⁾ 그래서 발달심리학 연구에 따르면 어

44) Carrick, Nathalie/Quas, Jodi A., "Effects of discrete emotions on young children's ability to discern fantasy and reality", 『*Developmental Psychology*』 Volume 42, Issue 6, American Psychological Association, 2006, pp. 1278-1288

45) Carrick, Nathalie/Quas, Jodi A., *ibid.*, pp. 1278-1288; Principe, Gabrielle F./Smith, Eric, "The tooth, the whole tooth and nothing but the tooth : how belief in the Tooth Fairy can engender false memories", 『*Applied Cognitive Psychology*』 Volume 22, Issue 5, Wiley InterScience, 2008, pp. 625-642

46) Byrne, Ruth M. J., "Précis of The Rational Imagination : How People Create Alternatives to Reality", 『*Behavioral and Brain Sciences*』 Volume 30. Issue 5-6, Cambridge University Press, 2008, pp. 439-453

47) Goodman, Gail S./Hirschman, Jodi E./Hepps, Debra/Rudy, Leslie, "Children's Memory for Stressful Events", 『*Merrill-Palmer Quarterly*』 Vol. 37, No. 1, Wayne State University Press, 1991, pp. 109-157

린 아동이 사건 발생의 요일 혹은 날짜에 대해 정확하게 회상하지는 못하더라도 발생한 일들의 전후 판단에 관한 회상은 가능하고,⁴⁹⁾ 시간개념은 매우 천천히 발달되는 인지 능력의 하나로 8~10세가 되어야 비로소 성인과 유사한 수준의 시간개념이 정립되는 것으로 알려져 있다고 한다.⁵⁰⁾ 이는 아동의 연령이 증가할수록 부호화의 속도와 같은 기초적인 정보처리 능력과 인지적 용량의 증가 및 연령이 높은 아동이 더 많은 종류의 기억 전략을 알고 있기에 이를 더 능률적으로 활용할 수 있기 때문이라고 한다. 그리고 연령이 증가할수록 자신의 인지 활동에 대한 지식 즉, 상위 인지적 사고가 발달하고, 이는 기억에 필요한 주의의 효율적 분배를 가능케 한다고 한다.

사건의 현저성과 관련해서는 상반된 결과가 보고되었다. 5-6세 아동을 대상으로 해적놀이와 관련된 일련의 상황을 제공하고, 놀이 후 즉시, 다음 날, 1주 후, 4주일 후, 6주 후 아동의 기억을 각각 평가한 결과 놀이 후 즉시 기억 평가를 받은 5세 아동은 전체 회상 가능한 정보의 25%를 정확하게 회상하였으나, 6개월 후 재평가 결과 전체 회상 가능한 정보의 13% 정도만을 회상하였다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 이와는 반대로 아동의 기억이 시간의 경과에 따라 보편적인 망각 패턴을 보이지 않는 경우도 있다고 한다. 고통스러운 의료 진료나 태풍과 같은 자연재해에 대한 아동의 기억은 일정 시간의 경과에도 회상 보고의 정확성이 급격한 비율로 감소하지 않는 것으로 나타났다고 한다.⁵²⁾ 그리고 이는 경험한 사건이 아동에게 특별한 의미가 있거나 사

48) Pipe, Margaret-Ellen/Sutherland, Rachel/Webster, Nalini/Jones, Carolyn/La Rooy, David, "Do early interviews affect children's long term event recall?", 『*Applied Developmental Science*』 Volume 18, Issue 7, Taylor & Francis Group, 2004, pp. 823-839

49) Friedman, William J./Lyon, Thomas D., "Development of temporal-reconstructive abilities", 『*Child Development*』 Volume 76, Issue 6, SRCD, 2005, pp. 1202-1216

50) Tartas, Valérie, op.cit., pp. 197-208

51) La Rooy, David/Pipe, Margaret-Ellen/Murray, Janice E., "Reminiscence and hypermnnesia in children's eyewitness memory", 『*Journal of Experimental Child Psychology*』 Volume 90, Issue 3, Elsevier B.V., 2005, pp. 235-254

52) Bahrack, Lorraine E./Parker, Janat Fraser/Fivush, Robyn/Levitt, Mary, "The effects of stress on young children's memory for a natural disaster", 『*Journal of Experimental Psychology : Applied*』 Volume 4, Issue 4, American Psychological

건의 현저성이 매우 높은 경우 일상적이고 평범한 경험들에 비해 더 많은 정보가 장기간 정확하게 기억될 수 있음을 증명하는 것이라고 한다.⁵³⁾ 그러나 아동의 기억은 사건 발생 이후 아동의 의사소통이나 또 다른 경험들에 의해 그 사건과 관련된 정보들이 망각되지 않도록 도와주기도 하지만, 다른 정보들과의 상호작용으로 인해 정보 표상의 윤색 가능성도 다분히 존재하기에 다양한 간접 요인들에 취약한 특성도 동시에 지니고 있다고 한다.⁵⁴⁾ 또한 아동 회상 보고의 신빙성은 사건의 참여도에 따라 다를 수 있는데, 사건에 직접 참여한 아동들이 사건에 대해 단순히 듣기만 하거나 혹은 다른 아동의 경험을 목격한 아동보다 더 많은 정보를 정확하게 회상한다고 한다.⁵⁵⁾ 이는 아동이 사건을 직접 경험할 때 정보에 대한 주의 및 의식 내지 인식 그리고 정보 탐색 등에 대한 동기가 증가하여 정보의 부호화를 촉진하기 때문이라고 한다.⁵⁶⁾

아동에게는 반복된 면담이 정보 인출에 효과적이라고 하고 있다. 위에서 언급한 해적놀이에 대한 아동 기억의 경우 참여 아동 5~6세 모두 해적놀이 후 즉시 실시된 면담에서 회상하지 못했던 정보들을 다음날 재면담 시 추가로 회상하였고,⁵⁷⁾ 6개월 후 재면담 시 참여 아동의 81%가 이전 면담에서 언급되지 않았던 정보들을 추가로 회상하였다고 한다.⁵⁸⁾ 이는 성인들을

Association, 1998, pp. 308-331

- 53) Fivush, Robyn/Sales, Jessica McDermott/Goldberg, Amy/Bahrack, Lorraine/Parker, Janat, "Weathering the storm : Children's long term recall of Hurricane Andrew", 「*Memory*」 Volume 12, Issue 1, Taylor & Francis Group, 2004, pp. 104-118
- 54) La Rooy, David J./Lamb, Michael E./Pipe, Margaret-Ellen, "Repeated interviewing : a critical evaluation of the risks and potential benefits", In Kathryn Kuehnle/Mary Connell (Eds.), 「*The Evaluation of Child Sexual Abuse Allegations : A Comprehensive Guide to Assessment and Testimony*」 1st, Wiley, 2009, pp. 327-361
- 55) Murachver, Tamar/Pipe, Margaret-Ellen/Gordon, Rachael/Owens, J. Laurence/Fivush, Robyn, "Do, Show, and Tell : Children's Event Memories Acquired Through Direct Experience, Observation, and Stories", 「*Child Development*」 Vol. 67, No. 6, Wiley, 1996, pp. 3029-3044
- 56) Murachver, Tamar/Pipe, Margaret-Ellen/Gordon, Rachael/Owens, J. Laurence/Fivush, Robyn, *ibid.*, pp. 3029-3044
- 57) La Rooy, David/Pipe, Margaret-Ellen/Murray, Janice E., *op.cit.*, 2005, pp. 235-254

대상으로 한 연구에서도 마찬가지로의 결과가 나타났다고 한다. 이로 보면 - 필자의 생각으로는- 재면담은 이전의 면담에서 회상하지 못했던 정보들이 추가적으로 보고되는 기회가 될 수 있고, 사람의 기억이라는 것은 - 경우에 따라서는- 시간의 경과가 회상을 방해하기도 하지만, 회상에 도움을 주기도 함을 함의한다고 본다. 그러나 이는 피면담자의 정서(情緒)가 가장 큰 영향을 미친다고 본다. 여기서 중요한 점은 재면담을 통해 획득한 정보는 법정에서 신뢰성이 상실됐다는 이유로 신빙성에 의문을 제기할 수 있기 때문에 개방형 질문에 의한 것인지, 암시적 혹은 유도적 질문에 의한 것인지 등의 여부와 같은 정보의 획득 과정을 주의 깊게 살펴봐야 그 정보의 신빙성을 보호할 수 있다고 한다. 면담자가 동일한 질문을 반복하는 것은 아동의 장기 기억에 보유된 정보의 형태가 변화되었다기 보다는 아동으로 하여금 자신의 이전 응답이 틀렸다고 해석하게 함으로써 진술의 정확성에 영향을 미칠 수 있기 때문이라고 한다.⁵⁹⁾

5. 생리적 기능-정보 인출 능력

아동 기억의 정확성에 영향을 미치는 또 다른 주요 요인은 사건 경험 시 정서적 각성의 정도라고 한다. 그런데 이는 아동의 스트레스 수준을 측정하는 방법(예 : 생리적 반응 vs. 행동적 반응), 회상 사건의 특성(예 : 실험실 상황 vs. 자연 발생적 상황) 등에 따른 차이로 인해 상반된 연구 결과가 도출될 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 이는 섬광기억 현상 즉, 정서적 사건의 장면을 사진

58) La Rooy, David/Pipe, Margaret Ellen/Murray, Janice E., "Enhancing children's event recall after long delays", 『*Applied Cognitive Psychology*』 Volume21, Issue1, Wiley InterScience, 2007, pp. 1-17

59) Lyon, Thomas D., "Applying Suggestibility Research to the Real World : The Case of Repeated Questions", 『*Law and Contemporary Problems*』 Vol. 65, No. 1, Duke University School of Law, 2002, pp. 97-126

60) Wallin, Allison R./Quas, Jodi A./Yim, Ilona S., "Physiological Stress Responses and Children's Event Memory", In Quas, Jodi A./Fivush, Robyn (Eds.), 『*Emotion in Memory and Development : Biological, Cognitive, and Social Considerations*』, Oxford University Press, 2009, pp. 313-341

과 같은 선험으로 포착한 것처럼 정서적 각성에 의한 사건의 기억 정보 처리 연구에서도 마찬가지로의 결과가 도출됐다고 한다.⁶¹⁾

그러나 이와 관련하여 사건 발생 당시의 정서적 각성 뿐만 아니라 정보 인출 시점의 정서적 각성 즉, 정보 회상 시 유발되는 불안, 긴장, 스트레스 수준도 아동 회상 보고의 정확성에 영향을 미칠 수 있다고 한다. 일반적으로 어린 아동일수록 나이가 든 아동 혹은 성인들보다 정보 인출 과정에서 더 많은 불안과 긴장을 호소하는 것으로 알려져 있고,⁶²⁾ 낯설고 엄숙한 환경이 유발하는 스트레스는 어린 아동의 경우 정보 인출의 과정에서 요구하는 인지적 자원을 긴장이나 불안 등의 부정적 정서를 조절하는 데 많은 부분 할애하여 결국 관련 정보의 인출에 필요한 주의를 적절하게 분배하지 못한다고 한다.⁶³⁾ 이는 아동의 진술조사 맥락에 적용해 보면 법정외의 경직된 분위기와 복잡한 형식적 절차들이 아동에게 높은 스트레스를 유발하여 아동 진술의 신빙성을 위협하기 때문이라고 한다. 특히 법정에서 가해자를 대면하는 일, 피고측 변호사의 반대신문 등은 성인들에게조차도 상당한 긴장과 불안을 유발하고,⁶⁴⁾ 그와 같은 부정적 정서가 기억 회상에 미치는 영향

61) Brown, Roger/Kulik, James, "Flashbulb memories", 『*Cognition*』 Volume 5, Issue 1, Elsevier B.V., 1977, pp. 73-99; McGaugh, James L., 『*Memory and emotion : The making of lasting memories*』, Columbia University Press, 2003, pp. 57-114; Christianson, Sven-Åke, "Emotional stress and eyewitness memory : A critical review", 『*Psychological Bulletin*』 Volume 112, Issue 2, American Psychological Association, 1992, pp. 284-309; Neisser, Ulric/Harsch, Nicole, "Phantom flashbulbs : False recollections of hearing the news about Challenger", In Winograd, Eugene/Neisser, Ulric (Eds.), 『*Affect and accuracy in recall : Studies of "flashbulb" memories*』, Cambridge University Press, 1992, pp. 9-31; Conway, Andrew R. A./Skitka, Linda J./Hemmerich, Joshua A./Kershaw, Trina C., "Flashbulb memory for 11 September 2001", 『*Applied Cognitive Psychology*』 Volume 23, Issue 5, Wiley InterScience, 2009, pp. 605-623

62) Bjorklund, David F., 『*Children's Thinking : Cognitive Development and Individual Differences*』 4th ed., Wadsworth Publishing, 2005, pp. 300-345

63) Quas, Jodi A./Bauer, Amy/Boyce, W. Thomas, "Physiological Reactivity, Social Support, and Memory in Early Childhood", 『*Child Development*』 Volume 75, Issue 3, SRCD, 2004, pp. 797-814

64) Nathanson, Rebecca/Saywitz, Karen J., "The Effects of the Courtroom Context on Children's Memory and Anxiety", 『*The Journal of Psychiatry & Law*』 Volume

은 사회 환경적 맥락에 민감한 취학 전 아동에게 더욱 심각할 수 있다고 한다. 5~6세 아동을 대상으로 경찰서 방문에 대한 아동의 기억을 일반 면담 기법과 반대신문 기법을 비교·분석한 연구 결과, 일반 면담 기법과 달리 반대신문 기법을 사용한 경우 아동의 85% 이상이 자신의 이전 응답의 수정을 시도하는 것으로 나타났고, 이는 사전 응답의 정확성 여부와는 별개로 모든 아동들에게 일관성 있게 나타났으며, 수정의 일부는 사건에 대한 주변적 정보였으나, 또 다른 일부는 사전 진술을 완전히 반복하는 수준의 총체적인 수정에 해당하였다고 한다.⁶⁵⁾ 또한 아동은 부모와의 애착 상태 여부가 정보 처리 과정 즉, 정보가 부호화되고, 조직화 되는 과정 뿐만 아니라 정보의 인출 과정에도 간접적으로 영향을 미친다고 한다. 예를 들면 부모와 불안정한 애착을 형성하고 있는 아동은 안정된 애착을 형성하고 있는 아동에 비해 고통스런 진료와 같은 막중한 스트레스가 유발된 경험을 회상할 때 상대적으로 보다 높은 수준의 공포와 불안을 호소하는 것으로 나타났다고 한다.⁶⁶⁾

이로 보면 - 필자의 생각으로는- 스트레스 정도 자체가 부호화·저장·인출 등 인지적 정보의 처리 과정을 방해하기 보다는 스트레스가 유발된 상황(사건), 이를 이해하고 받아들이는 아동의 기질적 특성, 아동의 부모와의 유대 관계 형성 여부의 정도, 부정적 상황에서의 아동의 대처 능력, 아동의 부정적 상황을 조성하는 면담자의 태도, 면담 질문의 방식 및 형태 등이 정서의 각성-정보 인출에 주요 역할을 하는 것으로 본다.

31, Issue 1, SAGE Journals, 2003, pp. 67-98

65) Zajac, Rachel/Hayne, Harlene, "I don't think that's what really happened : the effect of cross-examination on the accuracy of children's reports", 『*Journal of Experimental Psychology : Applied*』 Volume 9, Issue 3, American Psychological Association, 2003, pp. 187-195

66) Goodman, Gail S./Quas, Jodi A./Batterman-Faunce, Jennifer M./Riddlesberger, M. M./Kuhn, Jerald, "Children's reactions to and memory for a stressful event : Influences of age, anatomical dolls, knowledge, and parental attachment", 『*Applied Developmental Science*』 Volume 1, Issue 2, Taylor & Francis Group, 1997, pp. 54-75; Bottoms, Bette L./Quas, Jodi A./Davis, Suzanne L., "The influence of the interviewer-provided social support on children's suggestibility, memory, and disclosures", In Margaret-Ellen Pipe/Michael E. Lamb/Yael Orbach/Ann-Christin Cederborg (Eds.), 『*Child Sexual Abuse : Disclosure, Delay, and Denial*』 1st, Taylor & Francis Group, 2007, pp. 135-158

IV. 대상판례에의 적용

앞에서는 대상판례의 사안에 대해 인정하고 적용하고 있는 아동복지법 제17조 제4호의 규정에 피고인의 피해자에 대한 행위가 해당되는가, 대상판례의 쟁점 중 하나인 피해자의 진술역량에 대해 살펴보았다. 그렇다면 아래에서는 대상판례의 쟁점 중 또 다른 하나인 피해자의 진술조서의 증거능력과 증명력에 대해 살펴볼 필요가 있다.

1. 제기되는 문제점

대상판례에서 제기되는 쟁점 중 가장 중요한 점은 피해자들(A 및 B)의 진술조서에 대한 증거능력 및 증명력의 인정 여부라고 할 수 있다. 세부적으로 보면 A의 경우에는 진술조서의 증거능력 인정 여부로서 형사소송법 제314조 및 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부가 문제가 되고, B의 경우에는 진술조서의 증명력 인정 여부로서 형사소송법 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부가 문제가 된다. 이로 보면 A와 B 양자의 경우에는 형사소송법 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부가 중첩된다고 할 수 있다. 이하에서는 이러한 세부적인 쟁점에 대해 하나하나 살펴볼 것이다.

2. 제314조의 적용 및 인정 여부

(1) 제314조 본문의 사유의 적용 및 인정 여부

피해자 A의 경우에 쟁점이 되고 있는 사안은 형사소송법 제314조의 적용 및 인정 여부이다. 형사소송법⁶⁷⁾ 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내

67) [시행 2019. 12. 31.] [법률 제16850호, 2019. 12. 31., 일부개정]

용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 규정하고 있다. 대상판례 사안에서 이 규정과 관련하여 문제가 되는 것은 ‘A가 4번의 증인소환장을 송달받고도 시험 준비나 학업, 불안감 등을 이유로 증인으로 출석을 거부하였고, 모친에게 전화를 통해 수차례 출석을 독려했으나 출석을 거부하였으며, A의 나이와 피해 내용, 보호자의 태도 등을 고려한다는 이유로 구인절차를 취하지 아니하였다’는 점이 형사소송법 제314조에 따른 증거능력의 예외 사유로 인정하여 피해자 A의 진술조서를 증거로 받아들일 수 있는가 하는 점이다. 먼저 여기서 다시 중요한 쟁점 중 하나는 피해자 A의 거부 사유가 제314조에서 규정하고 있는 “... 그 밖에 이에 준하는 사유 ...”에 해당하는가 하는 점이다. A의 거부 사유가 사망·질병·외국거주·소재불명에 해당하지 않음은 분명하기 때문이다.

이와 관련하여 종래의 사례들을 보면, i) 피고인이 사건 목격자에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하여 제1심 및 원심법원이 목격자를 증인으로 채택하여 수차에 걸쳐 소환을 하였으나 목격자는 피고인의 보복이 두려움다는 이유로 주거를 옮기고 또 소환에도 응하지 아니하여 결국 구인장을 발부하였지만 그 집행조차 되지 아니한 사실에 대해,⁶⁸⁾ ii) 제1심은 공소외 1을 증인으로 채택하여 소환장이 송달되었으나 공판기일에 불출석하므로 그에 대하여 구인장을 발부하였으나 그 집행이 되지 아니한 사실이 있고, 이 경우 공소외 1의 경찰 진술조서와 진술서의 각 기재는 공소외 1이 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인장이 집행되지 아니한 사실에 대해,⁶⁹⁾ iii) 법원이 수회에 걸쳐 진술을 요할 자에 대한 증인소환장이 송달되지 아니하여 그 소재탐지촉탁까지 하였으나 그 소재를 알지 못하게 된 경우 또는 진술을 요하는 자가 일정한 주거를 가지고 있더라도 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인장이 집행되지 아니하는 등 법정

68) 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결

69) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2654 판결

에서의 신문이 불가능한 상태에 대해⁷⁰⁾ iv) 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에서 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 대해⁷¹⁾ v) 법정에 출석한 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우에 대해⁷²⁾ 형사소송법 제314조 규정의 “... 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 ... 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때 ...”에 해당한다고 하고 있다.

그렇다면 대상판례 사안의 소송참여자⁷³⁾이면서 당해 사건의 당사자인 피해자 A의 경우에는 형사소송법 제314조 본문에서 규정하고 있는 “... 그 밖에 이에 준하는 사유 ...”에 해당한다고 본다. 그 이유는 i) 피해자 A는 아동복지법 및 청소년성보호법상 아동(및 청소년)에 해당한다고 할 수 있다는 점, ii) 피해자의 진술조서는 형사소송법 제312조 제4항의 규정에 해당된다고 할 수 있기에 동 법 제314조의 규정에 해당된다는 점, iii) 피해자가 출석을 거부하고 있다는 점 및 구인장 발부를 신청하지 않은 것은 종래의 사례에서도 언급되고 있는 바와 같이 구인장을 발부하였으나 그 집행이 되지 아니한 것과 일맥상통한다고 할 수 있다는 점, iv) 피해자는 피고인의 행위로 인해 불안감을 가지고 있다는 점, v) 성폭력·성희롱 등과 같은 심리적 외상을 겪은 아동은 심리적인 문제로 인한 증상을 보이고, 회상을 언어적으로 의사 표현하는 능력이 떨어져 행동적인 방식으로 자신의 외상을 표현하기도 한다는 점,⁷⁴⁾ vi) 성범죄 피해 아동은 정상 아동에 비해 우울 증세와

70) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1765 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6460 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003도732 판결; 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1097, 97감도34 판결; 대법원 1995. 12. 26. 선고 95도2340 판결; 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결

71) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도139454 전원합의체 판결

72) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결

73) 이러한 용어에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “실체적 진실주의와 소송참여자의 진실의무”, 『홍익법학』 제16권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 252면 각주 19)를 참조.

74) Goodyear-Brown, Paris/Fath, Abbe/Myers, Lori, “Child sexual abuse : The scope of the problem”, In P. Goodyear-Brown (Eds.), 『Handbook of child sexual abuse : Identification, assessment, and treatment』, John Wiley & Sons, Inc., 2012, pp. 3-28

불안을 더 느끼고, 자존감은 더 낮아지며, 다른 유형의 피해를 입은 아동에 비해 PTSD(외상 후 스트레스 장애)를 더 많이 받고, 정상 아동에 비해 더 많은 행동적 문제들, 예를 들어 악몽, 학습 장애, 집중력 저하, 야뇨증, 공격성, 사회적 기피, 습식 장애, 성적 행동들을 보인다는 점,⁷⁵⁾ vii) 성범죄 피해 아동은 대인적 상황에서 정상 아동에 비해 사회적 능숙함이 떨어지고, 인지적 어려움과 인지적 왜곡을 보인다는 점⁷⁶⁾ 등이 존재하기 때문이다.

(2) 제314조 단서의 특신상태의 적용 및 인정 여부

다음으로 여기서 다시 중요한 쟁점 중 하나는 피해자 A의 거부 사유로 인한 수사기관 작성의 진술조서가 제314조에서 규정하고 있는 “... 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때 ...”에 해당하는가 하는 점이다. 즉, 특신상태를 인정할 수 있겠는가 하는 점이다. 여기서 한 가지 살펴볼 점은 전문법칙에서 특신상태를 규정하고 있는 조문은 제314조 이외에도 각각의 조문에 규정되어 있다. 그런데 제314조는 제312조 및 제313조의 경우에 대한 예외로 적용되는 규정이므로 제312조 및 제313조에 규정되어 있는 특신상태의 의미와의 차이에 대해 의문이 제기될 수 있다. 생각컨대 제314조에서 말하는 특신상태는 제312조 및 제313조의 특신상태 규정에 비추어볼 때 확장되거나 축소된 내용을 가지고 있다고 할 수는 없다고 본다. 제314조의 특신상태는 그 대상을 제312조 및 제313조에 근거하고 있고, 오히려 제312조 및 제313조 보다 그 유형을 설정할 수 없는 특정되어 있다고 할 수 있으며, 제314조의 특신상태는 제312조 및 제313조의 경우와는 달리 원진술자의 진술불능의 상태를 전제로 하고 있기 때문이다. 이에 특신상태는 특히 신빙할 수 있는 상태를 의미하는 것으로서 전문 증거인 진술조서가 증거능력이 인정되려면 진술이 특별히 신빙할 수 있는

75) 홍유진/김시업, “아동 대상 성범죄의 전문가 참여제도에 관한 고찰 - 아동 진술의 확보와 분석에서의 개입을 중심으로-”, 「법학연구」 제25권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2017, 292면.

76) Berliner, Lucy/Elliott, Diana M., “Sexual abuse of children”, In J. E. B. Myers/L. Berliner/J. Briere/C. T. Hendrix/C. Jenny/T. A. Reid (Eds.), 「*The APSAC handbook on child maltreatment*」, Sage Publications, Inc., 2002, pp. 55-78

상태에서 이루어져야 하고, 이는 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 의미한다.⁷⁷⁾ 또한 특신상태는 실제적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것이므로 적법한 절차와 방식에 따라 작성되고, 형식적 진정성립 뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다.⁷⁸⁾ 이에 대해 제314조의 단서는 “... 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 규정하고 있으므로 제312조 및 제313조의 경우와는 달리 형식적 진정성립 및 실질적 진정성립을 요구하는 것인가에 대해 의문을 제기할 수 있다. 그러나 제314조의 특신상태는 그 대상을 제312조 및 제313조에 근거하고 있다는 점에서 제312조 및 제313조와 같이 형식적 진정성립 및 실질적 진정성립에 대한 명시적인 문언이 규정되어 있지 않더라도 진정성립요건은 당연히 -기본적으로- 전제되어 있는 것이라고 봐야 한다.

그리고 특신상태를 판단할 때는 그 진술자의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어진 것인가의 여부를 객관적인 자료에 근거하여 판단하여야 한다. 이에 대해 다시 조서에 기재된 진술의 내용 자체도 특신상태 판단의 자료가 된다는 견해가 있다.⁷⁹⁾ 그러나 진술내용 자체가 모순되었는가의 여부 문제는 진술의 신빙성과 관련된 것으로써 이는 증거의 증명력의 영역에 속한다고 본다. 이에 특신상태의 판단기준은 형사소송법 제198조 제2항 및 제3항 그리고 제244조의4 등에 규정되어 있는 바와 같이 적법한 절차와 방식을 준수하였는가의 여부를 기준으로 특신상태를 판단하여야 한다고 본다. 그리고 제314조는 단서에서 “... 증명된 때에 한한다.”라고 규정하고 있는 바와 같이 특신상태의 증거가 있는 때에 한하여 비로소 증거능력이 인정된다는 점을 분명히 하고 있다. 이는 인식 및 입증⁸⁰⁾의 문제로서 일반

77) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결

78) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정

79) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 570면.

80) 본 절에서 언급하고 있는 인식 및 입증의 정도에 대한 내용은 ‘송승현, “구(舊) 청소년

적으로 특신상태의 증명은 검사가 부담하지만, 제314조는 그 대상을 제312조 및 제313조에 근거하고 있다는 점에서 여기서의 특신상태의 증명은 검사에 한하지 않고 제314조의 구성요건에 해당하는 당해 대상자 모두가 인식 및 입증의 책임을 지는 자에 해당된다고 할 수 있다. 그리고 이러한 인식 및 입증과 같이 확률적인 문제는 현실에서 완벽하게 확인할 수 없는 문제이다. 결국 이 문제는 가상의 사실을 결부시켜 이를 평가함으로써 입증의 정도를 판단하려는 것이므로 실제 재판과정에서 명백하게 확인될 수 있는 성질이 아닌 최대한 입증되어야 할 성질이라고 할 수 있다. 그래서 첫 번째로, 재판과정에서 당해 사건에 대해 유죄를 인정하기 위한 인식 및 입증의 정도는 어느 정도인지가 문제가 되는데, 인식이라는 것은 고의와 관련하여 고려될 필요가 있기 때문에 인식의 정도는 확일적으로 명확하게 측정할 수 없는 유동적인 성질을 갖고 있어 정도의 차이가 있다고 할 수 있고, 이러한 인식의 기준은 가능성이 있다는 측면에서 고려되는 것이며, 이러한 확률을 수치로 나타내면 위의 구분에서 중간정도의 확률에 위치하고 있으므로 50% 이상⁸¹⁾을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 여기서 중요한 점은 이러한 확률은 단순한 50% 이상을 의미하는 것으로 봐서는 안 된다는 것인데, 행위자의 행위가 구성요건에 해당하느냐의 판단은 형사소송법 제307조 제2항에 의해 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하고, 이러한 점이 인정되어야 행위에 대한 범죄로 처벌할 수 있기 때문이다. 즉, 소송법상 -재판을 행하는 자의 관점에서- 범죄사실인 각각의 범죄행위가 진(眞)임을 또는 진(眞)으로 인식할 수 있겠는가의 여부는 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하므로 50% 이상이면서 합리적인 의심이 없는 정도의 확률을 갖추어야 한다는 것이다. 그리고 두 번째로, 입증의 정도는 대상관례의 쟁점이 되는 사안이 진(眞)임이 요구되는 관점 여부가 범죄성립 요건이 되므로 이와 같은 입증의 정도를 충족시켜야 한다. 이러한

정보보호법 제8조 제2항 및 제4항에서 아동·청소년이용음란물의 정의의 위헌 여부 - 헌법재판소 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합) -”, 『고려법학』 제80호, 고려대학교 법학연구원, 2016, 153-161면'을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

81) Del Carmen, Rolando V, op.cit., p. 72

입증의 정도는 법률에서 말하는 합리적인 의심이 없는 정도가 되었다고 할 수 있는가 하는 것이므로 이 상황은 가상의 사실을 통해서 입증정도를 판단하려는 것이다. 그러나 과거의 당시의 상황으로 돌아가지 않는 이상 제3자의 관점에서는 과거에 발생한 당해 사건의 사실을 완벽하게 또는 확실하게 입증할 수도 없고, 확실하게 판단할 수도 없는 것이므로 결국 합리적인 의심이 없는 정도인가의 문제는 확률적인 문제에 귀결되는 수밖에 없다. 따라서 과거의 사실에 대한 입증은 즉, 과거의 사실이나 진(眞)처럼 보이는 현재 상황에 대한 입증은 완벽하게 또는 확실하게 할 수는 없는 것이므로 확실성의 정도까지는 요구할 수 없지만, 합리적인 의심이 없는 정도는 되어야 하므로 확실성의 정도보다는 낮지만, 일반적인 가능성보다는 높은 개연성 또는 고도의 개연성의 정도에 이르는 확실성에 가까운 정도의 확률인 90%~95%는 갖추어야 한다고 할 수 있다.

또한 제314조 단서가 규정하고 있는 특신상태의 객관적 해석지침을 얻기 위해 제313조 제1항 단서의 특신상태와 마찬가지로 그것을 유형화할 필요가 있다.⁸²⁾ 이에 대한 비교법적인 자료로는 미국 연방증거법 803조 규정이다.⁸³⁾ 이 규정은 법정에서 출석 후 그의 진술을 들을 수 있음에도 불구하고 이루어지지 못했을 때 전문증거로서 허용되는 24가지 사유를 규정하고 있다. 이 중에서 제314조의 특신상태 인정 여부와 관련하여 주목되는 사유는 ① 사건의 발생과 동시에 또는 그 직후에 감득(感得)한 내용의 진술(제1항), ② 흥분된 상태에서 행한 진술(제2항), ③ 사건 발생 당시의 정신적·정서적·감각적·신체적 상태나 감정을 표현한 진술(제3항), ④ 의료 진단 및 치료를 위한 진술(제4항), ⑤ 기억을 보존하기 위해 진술 당시의 기억에 의한 진술을 기록한 진술(제5항) 등을 들 수 있다. 그러나 미국 연방증거법 804조 (b)는 원진술자의 진술불능을 전제로 전문증거의 허용 사유도 규정하고 있는데,⁸⁴⁾ ① 진술이 반대신문이 허용되는 절차에서 행해진 경우(제1호), ②

82) 신동윤, 「신형사소송법」 제4판, 법문사, 2012, 1123면.

83) Committee on the Judiciary, 「FEDERAL RULES EVIDENCE - United States Courts」, U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE WASHINGTON, 2014, pp. 18-21

84) Committee on the Judiciary, *ibid.*, pp. 21-22

진술이 사망에 임박하여 행해진 경우(제2호), ③ 진술이 자신의 이익에 반하여 행해진 경우(제3호), ④ 진술의 자신 또는 가족과 관련된 경우(제4호), ⑤ 기타의 경우(제5호), ⑥ 진술자의 증인 적격 사실을 부당하게 야기하거나 부당하게 야기한 당사자를 상대로 받은 진술의 경우(제6호) 등을 들고 있다.

그렇다면 위에서 언급한 이러한 점들을 고려하여 대상판례 사안의 소송참여자이면서 당해 사건의 당사자인 피해자 A의 경우에 형사소송법 제314조 단서에서 규정하고 있는 “... 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때 ...”에 해당하는지 살펴볼 필요가 있다. 이에 대상 사건과 관련된 대상판례 및 증거목록⁸⁵⁾을 살펴볼 때 i) 피해자 A에 대해 총 2회에 걸쳐 진술조서를 작성하였다는 점, ii) 수사기관에서 작성된 진술조서가 제1심에서 증거로서 인정되었고, 이것이 제2심과 제3심에서 증거로서 인정되지는 않았지만 - 진술내용 자체가 모순되었는가의 여부는 진술의 신빙성 즉, 증거의 증명력의 영역에 속하므로 이 부분에서 살펴되어야 한다- 그러한 작성된 사실이 있었다는 점은 부인할 수 없으며, 제2심과 제3심 역시도 문제를 삼는 부분은 제314조 본문의 “... 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 ... 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때 ...”에 해당하는가의 여부라는 점, iii) 피해자 A와 같이 피해자가 아동·청소년인 경우에는 청소년성보호법⁸⁶⁾ 제26조 및 성폭력처벌법⁸⁷⁾ 제30조에서 규정하고 있는 바와 같이 피해자 또는 법정대리인이 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우를 제외하고는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 하므로 수사기관이 이러한 절차를 준수하지 않은 경우를 제외하고는 피해자 A에 대한 진술조사 시 영상물 녹화장치로 촬영·보존하고 있다는 점, iv) 대상판례 사안의 경우 피해자 A는 아동복지법상 아동인 동시에 청소년성보호법상 아동·청소년이기에 청소년성보호법 제26조 및 성폭력처벌법 제30조에서 규정하고 있는 바와 같이 원진술자인 피해자가 아니더라도 촬영·녹화 과정

85) 사건번호 : 2014고단1238 - 증거목록 : 2014형제13476

86) [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16923호, 2020. 2. 4., 타법개정]

87) [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16923호, 2020. 2. 4., 타법개정]

에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의해 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있으므로 반드시 형사소송법 제314조에 의해 진술조서에 대한 증거능력을 인정할 문제는 아니라는 점,⁸⁸⁾ v) 이로 볼 때 청소년성보호법 제26조 및 성폭력처벌법 제30조의 규정은 형사소송법상의 전문증거규정에 비교해볼 때 피고인의 반대신문권에 대한 제한기능으로도 작용한다는 점, vi) 반대신문권은 적법절차에 의한 공정한 재판을 받을 권리나 공개재판을 받을 기본권 실현을 위한 여러 방법 중의 한 방법일 뿐이지 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니라는 점⁸⁹⁾ 등의 이유에서 대상판례 사안

88) 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결 : “원심이 유지한 제1심이 증거로 채용한 사법경찰리가 작성한 피해자공소의 1에 대한 진술조서의 진술기재와 ‘제1심 증인공소의 2, 3, 4의 작성된 진술, 사법경찰리가 작성한공소의 4에 대한 진술조서의 진술기재, 공소의 2가 작성한 초진기록지 사본 및 공소의 3이 작성한 소아·청소년 정신과 심리평가 보고서의 각 기재 중 위 피해자의 진술 부분’(이하 ‘전문진술 증거들’이라 한다)의 증거능력을 살펴보면, 원진술자인 위 피해자가 제1심 법정에서 증인으로 출석하여 대부분의 증인신문사항에 관하여 기억이 나지 않는다는 취지로 진술하는 등 그 진정성립을 명백하게 인정한 바가 없음을 알 수 있는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이와 같이 위 피해자가 공판정에서 진술을 하였더라도 증인신문 당시 일정한 사항에 관하여 기억이 나지 않는다는 취지로 진술하여 그 진술의 일부가 재현 불가능하게 된 경우는 ‘원진술자가 진술을 할 수 없는 때’에 해당한다고 할 것이고, 기록에 나타난 여러 사정에 비추어 볼 때 위 피해자의 진술내용이나 그에 대한 조서나 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있어 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때’에 해당한다고 할 것이므로, 사법경찰리가 작성한 위 피해자에 대한 진술조서의 진술기재는 형사소송법 제314조에 따라, 위 전문진술 증거들은 형사소송법 제313조 제1항(공소의 4, 2, 3은 제1심 법정에서 위 조서 및 서류의 진정성립을 인정하였다), 제316조 제2항에 따라 그 증거능력이 있다고 할 것이다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 (다만, 사법경찰리가 위 피해자의 경찰에서의 진술과정을 촬영·녹음한 진술녹화테이프(증 제2호)는 위 피해자와 함께 경찰에서의 조사 및 그 촬영과정에 동석하였던 위 피해자와 신뢰관계에 있는 공소의 4(위 피해자가 거주하고 있는 (명칭 생략)집의 사회복지사)의 제1심 제3회 기일의 위 진술녹화테이프에 대한 검증절차에서 한 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되었으므로, 위 진술녹화테이프는 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제21조의2에 의하여 그 증거능력이 있다고 할 것임에도, 원심이 위 진술녹화테이프에 대하여 그 요건구비 여부가 불분명한 형사소송법 제314조의 규정에 의하여 증거능력을 인정한 것은 잘못이라 할 것이나, 위 진술녹화테이프의 증거능력이 있다고 본 결론에 있어서는 옳다고 할 것이어서, 그러한 잘못이 판결 결과에 영향을 미치지 아니하였다고 할 것이다), 거기에 상고 사유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

89) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정 : “직접주의와 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법 제314조는 그 내용에 있어 그 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 정당성이 있는 사유에 한정하였고, 그 필요성이 있는 경우도 합리적인 조건하

의 피해자 A의 경우에는 형사소송법 제314조 단서에서 규정하고 있는 “... 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때 ...”에 해당한다고 본다.

3. 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부

피해자 A와 B 양자의 경우에 쟁점이 되고 있는 사안은 형사소송법 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부이다. 형사소송법 제307조는 제1항에서 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 제2항에서 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 규정하고 있으며, 제308조는 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”라고 규정하고 있다. 대상판례 사안에서 이 규정과 관련하여 문제가 되는 것은 피해자 A와 관련해서는 앞서 언급한[IV. 2.] 거부 사유로 인한 수사기관 작성의 진술조서는 증거능력이 없기 때문에 ‘검사가 제출한 나머지 증거만으로는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없음에도 A에 대한 진술조서를 증거로 하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다’는 점이고, 피해자 B와 관련해서는 ‘사건 발생일로부터 2개월 이상 경과한 후에 B에 대해 처음 조사를 하면서 범인의 인상착의에 관해 진술을 들었고, B에게 피고인의 사진 한 장만을 제시하여 범인여부를 확인하게 하였으며, 이와 같은

에 적용되는 것으로 한정하여 그 적용범위를 합리적인 최소한도에 그치게 하였으므로 결국 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하거나 정면으로 위반하였다고 할 수 없고 적법절차에도 합치하므로 헌법에 위반되지 아니한다.”

대법원 2017. 12. 22. 선고 2016도15868 판결; 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981, 2015전도218 판결 : “형사소송법 제312조, 제313조는 참고인 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있다. 형사소송법 제314조(제313조, 제314조는 2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되었으나, 이 사건에 적용되는 내용은 개정 전후에 동일하다)는 여기에서 나아가 원래의 진술자 등에 대한 반대신문을 할 기회가 없었는데도 참고인 진술조서 등의 증거능력을 인정할 수 있는 예외를 정하고 있다.”

범인식별절차에 의해 피고인을 범인으로 지목한 B의 경찰에서의 진술은 그 신빙성이 낮고, B의 원심법정에서의 진술도 위와 같은 범인식별절차에 의해 피고인이 범인이라는 인식을 갖게 된 상태에서 이루어진 것이어서 그 신빙성이 낮다고 할 수 있으므로 검사가 제출한 나머지 증거만으로는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없음에도 B에 대한 수사기관 및 법정에서의 진술을 근거로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다'는 점이 형사소송법 제307조와 제308조에 따른 증거재판주의 및 자유심증주의의 관점에서 인정될 수 있는가 하는 점이다.

대상판례 사안의 경우 피해자 A와 B의 경우 A는 앞서 언급한[IV. 2.] 근거들에 의해 그리고 B는 대상판례의 제1심-제3심의 판시에 의해 증거능력이 인정된다고 또는 인정되는 것으로 볼 수 있으므로 형사소송법 제307조의 증거재판주의를 부합한다고 할 수 있다. 그렇다면 문제는 피해자 A와 B의 이러한 증거에 대한 증명력으로서 형사소송법 제308조의 자유심증주의에 부합하는가 하는 점이다.

이와 관련된 종래의 사례들을 보면, i) 폭력사건 발생 후 2년이 지난 시점에서 피고인에 대해 작성한 신문조서의 신빙성 여부에 대해 피고인의 진술이 일부 모순되거나 의심 가는 부분이 있기는 하나 이는 수사기관에서의 질문·답변 시 얼마나 자세하고 명확하게 질문하고 답변하느냐의 차이에서 발생한 측면이 있어 보이고, 사건 발생일로부터 2년이 지난 시점에서 진술하다 보니 당시의 상황에 대하여 일부 기억하지 못하거나 착각하여 진술한 부분도 있어 보이며, 당시 사건 공범들이 자신에 대한 형사재판 당시 대부분 범행사실을 자백한 사실이 있으므로 당해 사건의 형사기록에 대한 증거조사의 실시 및 당시 공범들의 법정진술을 살펴본 다음 그 신빙성 여부를 신중하게 판단했어야 함에도 단순히 사건이 발생한 지 2년이 경과한 이후에 체포된 피고인과의 관계상 거짓 진술을 할 가능성이 높아 보인다는 이유로 사건 공범들의 제1심 법정 진술만을 토대로 판시내용을 배척한 것은 증거능력에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않았거나 채증법칙을 위배하였다고 한 사안,⁹⁰ ii) 피해자(여, 16세)가 강제추행을 당한 후 3개월이

지나도록 부모에게 피해 사실을 말하지 않고 단지 친구에게만 말하는 데 그치고 수사기관에 고소하는 등의 조치를 취하지 않았다고 하더라도 이는 당시 고등학교 2학년에 다니던 여학생인 피해자가 택시를 탔다가 그 기사로부터 성추행을 당하였다는 사실을 창피하게 생각하였을 것임은 경험칙상 너그러히 짐작할 수 있는 일이고, 감수성이 예민한 사춘기의 피해자가 그와 같은 사실을 가까운 친구에게만 알리고 부모에게는 비밀로 했다는 것은 충분히 수긍할 수 있으며, 여기에서 다행히 피해정도가 상해를 입거나 강간에 이른 것은 아니고 더구나 피해자가 가해자의 신원이나 택시의 차량등록번호도 정확히 알지 못하고 있었던 점 등을 종합하여 보면 피해자가 수사기관에 곧바로 고소하지 않았다는 사정도 이해하지 못할 바는 아니므로 피해자가 그 피해사실을 곧바로 부모에게 알리거나 수사기관에 고소하는 등의 조치를 취하지 않았다는 이유로 그녀의 진술의 신빙성을 배척하기는 어렵다고 한 사안,⁹⁰⁾ iii) 피고인들에 대한 가혹행위치사 사건에 대해 부합하는 증거가 관련자들의 검찰진술 뿐이고, 이러한 진술이 관련자가 피고인을 면회한 후로부터 4~5개월이 지난 후에 이루어진 것이더라도 각 진술이 제1심 또는 원심 법정에서 그 진정성립과 내용까지 인정하고 있을 뿐만 아니라 그 진술에 이르는 과정 및 그 진술내용이 구체적이고 실제 경험한 사람이 아니면 진술할 수 없는 사항을 담고 있는 점 등에 비추어 검사의 추리에 의한 유도신문에 부응하는 정도라고 할 수 없으며, 각 진술에 추측사실이 일부 포함되어 있지만 이는 이들이 경험한 구체적 사실을 진술하면서 이에 기초한 합리성 있는 사실의 추측이라고 인정되므로 이를 증거로 하는데 무슨 장애가 된다 할 수는 없기에 검사 작성의 각 피의자신문조서는 그 진술자인 피고인들이 각 그 진정성립을 인정하고 있고, 달리 각 진술의 임의성이나 신빙성을 배척할 만한 특별한 사정도 인정되지 아니하므로 그 신빙성을 합리적 근거 없이 배척할 수는 없다 할 것이므로 이 사건 공소사실에 부합하는 증거들을 배척한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하고, 법리를 오해함으로써 판결결과에 영향을 미쳤다고 한 사안,⁹²⁾ iv) 피해자가 사건 사

90) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1849 판결

91) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결

고 당시 만 3년 3월 남짓이었고, 제1심 증언 당시는 만 3년 6월 남짓 된 여아로서 피해자가 경험한 사실은 “피고인이 피해자의 팬티를 벗기고 바닥에 눕힌 후 피고인의 바지와 팬티를 내린 후 그 성기로 피해자의 음부에 밀어 넣으려고 하였다”라는 것으로서 비교적 간단하고 단순한 사안이고, 피해자 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보아지며, 피해자가 제1심 법정에서 위와 같은 피해상황에 대해 비록 구체적이지는 못하지만 개괄적으로 물어본 검사의 질문에 이를 이해하고 고개를 끄덕이는 형식으로 답변하였다면 피해자는 증언능력이 있다고 보아야 하고, 이 사건 범죄사실을 인정한 원심의 조치는 정당하며, 채증법칙 위반의 잘못이 없다고 한 사안⁹³⁾ v) 미성년자의제강제추행 사고 당시 만 4세 6개월 남짓 된 피해자의 진술에 증언능력이 없다고 할 수 없고, 피해를 당한 직후 처음 경찰에서 진술한 이래 제1심 법정에 이르기까지 비록 그 장소나 구체적인 방법에 대하여 다소 엇갈리는 점이 있기는 하나 여러 차례에 걸쳐 피고인이 자신의 음부 등을 만졌다는 점에 대해 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 그 진술의 신빙성도 인정할 수 있기에 피해자의 각 진술을 유죄의 증거로 삼은 조치는 정당하고, 피해자의 진술로서도 이 사건 범죄사실을 충분히 인정할 수 있는 이상 이를 판결에 영향을 미친 잘못이라고 할 수는 없으며, 신빙성이 없는 증거를 유죄의 증거로 채택하는 등 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다고 한 사안⁹⁴⁾ 등의 경우 형사소송법 제308조의 자유심증주의에 반한다고 하고 있다. 그런데 이와는 반대로 사건 당시 4세(여)가 되지 않은 피해자의 증언능력 그 자체를 부정할 수는 없지만, 피해자는 제1심 법정에서 피고인을 알겠느냐는 재판장의 질문에 대하여 잘 모른다는 취지로 고개를 흔들었고, 피고인으로부터 나쁜 일을 당한 사실이 있느냐, 전에 증인의 옷을 벗긴 사실이 있었느냐는 질문에는 여기 저기 쳐다볼 뿐 대답을 하지 아니하였으며, 전에 검찰청에서 조사를 받은 일이 있었지요라는 질문

92) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2801 판결

93) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도579 판결; 대법원 2004. 10. 14. 선고 2002도2478 판결

94) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001도2891 판결

에는 그러한 사실이 있었다는 취지로 고개를 끄덕이고, 전에 어머니와 함께 검찰청에 와서 어머니가 있는 자리에서 아저씨가 물어 보는 것을 사실대로 대답하였지요 하면서 위 진술조서의 주요내용을 읽어 주었는데 이에 대하여는 고개를 끄덕이면서 “네”라고 대답하였다는 점 등에 비추어볼 때 자신의 과거 경험사실을 기억하여 그에 따라 진술할 수 있는 능력은 정상인에 비하여 미약하다고 할 것이어서 경찰이나 법정에서는 그의 의사표시를 언어로써는 제대로 표현하지 못한 피해자가 사건 발생 후 5개월 20일이 지난 후에 검찰에서 그 조서가 기재하는 바와 같은 정도로 자세한 사실을 기억하여 구체적으로 공술한 것인지 의문이고, 나이 어린 피해자의 일관되지 아니하고 그 표현도 분명하지 아니한 진술만 가지고 범죄사실을 인정하는데 합리적인 의심을 배제한 정도의 증명에 이르렀다고 볼 수 있을 것인지도 의문이기에 형사재판에 있어서의 증명의 정도에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사인⁹⁵⁾의 경우는 형사소송법 제308조의 자유심증주의에 반하지 않는다고 하고 있다. 그러나 이 사안의 경우는 반대로 해석하면 피해자의 나이와 피해자가 진술한 내용에 있어 사건 발생 후의 기간에 상관없이 정확한 의사표현과 일관성을 가지고 있는 진술인 경우에는 그 진술은 증거능력 뿐만 아니라 증명력을 인정할 수 있다는 것이다.

그렇다면 대상판례 사안의 소송참여자이면서 당해 사건의 당사자인 피해자 A와 B의 경우에 형사소송법 제308조에서 규정하고 있는 자유심증주의에 부합하는지 살펴볼 필요가 있다. 이에 대상판례의 사안을 살펴볼 때, ① 피해자 A와 관련해서는 i) 증거목록에 명시되어 있는 바와 같이 피해자 A에 대해 총 2회에 걸쳐 진술조서를 작성하였다는 점, ii) 수사기관인 사법경찰(J)이 작성한 A에 대한 사건 발생 보고서를 증거(서류)로 채택한 점, iii) A는 아동·청소년으로서 청소년성보호법 제26조 및 성폭력처벌법 제30조에서 규정하고 있는 바와 같이 진술조사 시 영상물 녹화장치로 촬영·보존하고 있다는 점, iv) 이 규정들은 형사소송법상의 전문증거규정에 비교해 볼 때 피고인의 반대신문권에 대한 제한기능으로도 작용한다는 점, v) 반대

95) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도874 판결

신문권은 적법절차에 의한 공정한 재판받을 권리나 공개재판을 받을 기본권 실현을 위한 여러 방법 중의 한 방법일 뿐이지 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니라는 점, vi) 제1심에서 A는 피고인의 사진을 보고 “(범인과) 안경스타일이 비슷하고, 얼굴 생김새도 거의 유사하다, 위 사진을 처음 보자마자 자신이 본 사람과 동일인이라는 생각이 들었다”라고 명확하고 정확한 의사표현으로 진술하였고, 증거목록에서도 명시되어 있는 바와 같이 수사기관에서 총 2회에 걸쳐 진술조서 작성 시 모두 피고인(→ 진술조서 작성 시 피의자)을 범인으로 지목한 점, vii) 경찰 조사가 시작된 시점이 사건 발생 후 2~3개월의 비교적 짧은 기간이 지난 시점이라고 할 수 있고, 앞서 언급한 종래 판례에서는 이보다 더 긴 기간이 지난 시점과 피해자보다 더 어린 경우에도 그 진술 증거에 대해 자유심증주의에 반하지 않는 것으로 인정하고 있다는 점, viii) 앞서 아동·청소년의 진술역량[III.]에서 살펴본 바와 같이 아동은 연령이 증가함에 따라 진술자로서 보다 세련된 언어적 기술을 갖추게 되고, 이는 곧 진술의 양과 진술된 정보의 구체성 증가를 가져오며, 8-10세가 되면서 성인과 유사한 수준의 시간개념이 정립되고, 경험한 사건이 자신에게 특별한 의미가 있거나 사건의 현저성이 매우 높은 경우 일상적이고 평범한 경험들에 비해 더 많은 정보가 장기간 정확하게 기억될 수 있으며, 사건의 직접적인 당사자로서 더 많은 정보를 정확하게 회상할 수 있고, 총 2회의 진술조서가 작성된 것에 비추어볼 때 반복된 정보 인출 효과로 이전에서 언급되지 않았던 정보들이 추가로 회상되어 진술되었을 가능성이 높으며, 부모와의 유대 관계가 돈독하다고 보여지므로 정보가 부호화, 조직화, 정보의 인출에 긍정적인 영향을 미쳤을 것이라고 판단되는 점 등의 사실의 존재 및 진술역량이 판단되고,⁹⁶⁾ ② 피해자 B와 관련해서는 i) 증거목록에 명시되어 있는 바와 같이 피해자 B에 대해 총 1회에 걸쳐 진술조서를 작성하였다는 점, ii) 대상판례의 판시내용에 명시되어 있는 바와 같이 피해자 본인이 수사기관에서 진술조서 작성 시 “얼굴 윤곽은 비슷하고, 머리 스타일은 틀리지만, 그때 나쁜 짓을 한 사람이 맞다”라고 진술하였고, 제1심

96) viii)에 대한 자세한 내용은 본 논문 [III.]을 참조.

법정에 증인으로 출석하여서도 증인신문 과정에서 피고인이 퇴정한 상태에서 증거목록에 명시되어 있는 바와 같이 여러 명의 사진 6매를 피해자 B에게 제시한 상황에서 피해자 B는 피고인의 사진을 범인으로 지목하면서 “당시 사진을 보자마자 딱 알 수 있었다”라고 증언한 점, iii) ii)의 경우 수사기관에서 이러한 절차가 이루어지지 않은 잘못은 있지만, 이후 법정에서 증언능력이 있는 피해자가 증언하였으므로 그 증언 자체는 효력이 부인된다고 할 수 없고, 97) 대상판례의 판시내용에는 자세하게 명시되어 있지 않지만 피해자 B에 대해 진술조서를 작성한 만큼 범인의 인상착의 등에 관한 목격자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세히 기록화 하였을 것임은 수사절차과정 및 진술조서의 작성 과정(형사소송법 제312조 제4항)에서 당연한 것일 뿐만 아니라 청소년성보호법 제26조 및 성폭력처벌법 제30조에서 규정하고 있는 바와 같이 진술조사 시 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 하므로 수사과정에서 한 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우라고 할 수 있으며, 제1심 판시내용에 명시되어 있는 바와 같이 피해자 B는 피고인이 범인임을 수사기관 및 제1심 법정에서 정확한 의사표현으로 일관성을 가지고 진술하고 있으므로 그 진술은 증거능력 뿐만 아니라 증명력을 인정할 수 있다 98)는 점, 99) iv) 위에서 살펴본 피해자 A와 관련해서 언급한 iv), v), vii), viii)의

97) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도579 판결 : “피해자인 증인 1은 이 사건 사고 당시는 만 3년 3월 남짓, 제1심 증인 당시는 만 3년 6월 남짓 된 여아로서 위 증인이 경험한 사실은 “피고인이 피해자의 팬티를 벗기고 바닥에 눕힌 후 피고인의 바지와 팬티를 내린 후 그 성기로 피해자의 음부에 밀어 넣으려고 하였다”라는 것으로서 비교적 간단하고 단순한 사안인바, 위 증인 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보아지고, 또한 위 증인이 제1심 법정에서 위와 같은 피해상황에 관하여 비록 구체적이지는 못하지만 개괄적으로 물어 본 검사의 질문에 이를 이해하고 고개를 끄덕이는 형식으로 답변하고 있음을 볼 때 위 증인에게 증언능력이 있다고 보아야 할 것이다.”

98) 이는 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도874 판결의 반대해석으로 알 수 있음. 이에 대한 내용은 [IV. 3.]을 참조.

99) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도2433 판결 : “미성년자인 피해자가 자신을 보호·감독하는 지위에 있는 친족으로부터 강간이나 강제추행 등 성범죄를 당하였다고 진술하는 경우에 그 진술의 신빙성을 판단함에 있어서, 피해자가 자신의 진술 이외에는 달리 물적 증거 또는 직접 목격자가 없음을 알면서도 보호자의 형사처벌을 무릅쓰고 스스

사항이 그대로 적용된다는 점 등의 이유에서, ③ 피해자 A와 B 양자 모두와 관련해서는 i) 증거목록에 명시되어 있는 바와 같이 경찰 조사 당시 담당 경찰관의 A와 B에 대한 증인으로서의 진술조서(범인의 인상착의 등에 대한 문답 형식 및 피고인의 사진을 제시하여 동일인 여부를 확인하는 등)를 증거(서류)로 채택한 점, ii) 수사기관인 사법경찰이 작성한 피의자의 사진을 증거(서류)로 채택한 점, iii) 수사기관인 사법경찰(G)(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자)의 수사보고서(피의자가 아동을 상대로 범행실현 및 대상을 물색하였던 현장을 촬영한 사진) 및 G에 대한 법정 외에서 증인으로서의 진술조서를 증거(서류)로 채택한 점, iv) 수사기관인 사법경찰(I)의 검사 지휘 내용 및 범행 현장 위치 기록 등을 적시한 수사보고서 및 범죄 인지 경위 등을 적시한 범죄인지서를 증거(서류)로 채택한 점, v) 피의자가 범행 일시에 범행 현장 인근에 있었다는 것을 입증하는 SKT의 통신자료를 증거(서류)로 채택한 점, vi) 피의자의 동종 범죄 전력 등의 조회 회보서 및 이에 대한 수사보고서 그리고 부산지방법원 2013고단1607 판결문을 증거(서류)로 채택한 점 등의 이유에서 대상판례 사안의 피해자 A와 B의 경우에는 원심 뿐만 아니라 원심의 증명력 판단과 같이 단편적인 판단을 그대로 인정한 대법원 역시 자유심증주의의 한계를 벗어난 선부른 판단을 하였다고 본다. 피고인과 피해자의 진술이 엇갈리고 있는 상황에서 피해자의 진술 또는 피해자와 밀접한 관계에 있는 자의 진술이 유일한 증거인 경우 이를 근거로 공소사실을 유죄로 인정하려면 진술 내용

로 수치스러운 피해 사실을 밝히고 있고, 허위로 그와 같은 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않을 뿐만 아니라, 진술 내용이 사실적·구체적이고, 주요 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없다면, 그 진술의 신빙성을 함부로 배척해서는 안 된다.”

대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도5381 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도12111 판결 : “일반적으로 용의자의 인상착의 등에 의한 범인식별 절차에서 용의자 한 사람을 단독으로 목격자와 대질시키거나 용의자의 사진 한 장만을 목격자에게 제시하여 범인 여부를 확인하게 하는 것은, 사람의 기억력의 한계 및 부정확성과 구체적인 상황에서 그 용의자가 범인으로 의심받고 있다는 무의식적 암시를 목격자에게 줄 수 있는 가능성으로 인하여 그 신빙성이 낮다고 보아야 하나, 피해자의 진술 외에도 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 다른 정황이 존재한다든가 하는 등의 부가적인 사정이 있는 경우에는 그와 달리 평가할 수 있다.”

자체의 합리성과 타당성 뿐만 아니라 객관적인 정황과 경험칙에 비추어 그 진술의 진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도로 높은 증명력이 요구된다는 점¹⁰⁰⁾ 및 아동 진술의 신빙성에 있어 아동의 나이, 상상과 현실의 구분 능력 및 기억내용에 대한 인식, 시간 개념 능력, 의사 소통 능력, 생리적 기능 및 정보 인출 능력, 면담자의 유도성 질문 및 암시성 질문 여부, 면담자로부터의 영향 여부, 세부내용의 묘사 정도, 사건·사물·가해자에 대한 특징적인 부분에 관한 묘사 정도, 정형화되지 않은 정보의 포함 여부 등이 종합적으로 검토되어야¹⁰¹⁾ 하기 때문이다. 즉, 대상판례 사

100) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020도6965, 2020전도74 판결; 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도2433 판결; 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결; 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016도21231 판결; 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014도7945 판결; 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도16413 판결 : “피고인과 피해자의 진술이 극명하게 엇갈리고 있는 상황에서 결국 누구의 말에 더 높은 신빙성을 부여할 것인가가 유무죄의 판단에 있어 실질적인 핵심이 되는 경우에 오로지 피해자의 진술 또는 피해자와 밀접한 관계에 있는 자의 진술이 유일한 증거인 경우 이를 근거로 공소사실을 유죄로 인정하려면 진술 내용 자체의 합리성과 타당성 뿐만 아니라 객관적인 정황과 경험칙에 비추어 피해자의 진술 또는 피해자와 밀접한 관계에 있는 자의 진술이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하고, 피고인의 무죄 주장을 배척하기에 충분할 정도로 신빙성이 있어야 한다.”

101) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 : “증거로 제출된 성추행 피해 아동의 검찰에서의 진술에 관한 신빙성을 판단할 때는 아동의 경우 질문자에 의한 피압시성이 강하고, 상상과 현실을 혼동하거나 기억내용에 대한 출처를 제대로 인식하지 못할 가능성이 있는 점 등을 고려하여 아동의 나이가 얼마나 어린지, 진술이 사건 발생 시로부터 얼마나 지난 후에 이루어진 것인지, 사건 발생 후 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 아동의 피해 사실을 청취한 보호자나 수사관들이 편파적인 예단을 가지고 아동에게 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동 기억에 변형을 가져 올 여지는 없었는지, 진술 당시 질문자에 의하여 오도될 수 있는 암시적인 질문이 반복된 것은 아닌지, 같이 신문을 받은 또래 아동의 진술에 영향을 받은 것은 아닌지, 면담자로부터 영향을 받지 않은 아동 자신의 진술이 이루어진 것인지, 법정에서는 피해사실에 대하여 어떠한 진술을 하고 있는지 등을 살펴보아야 하고, 검찰에서의 진술내용에 있어도 일관성이 있고 명확한지, 세부내용의 묘사가 풍부한지, 사건·사물·가해자에 대한 특징적인 부분에 관한 묘사가 있는지, 정형화된 사건 이상의 정보를 포함하고 있는지 등도 종합적으로 검토되어야 한다. 범인식별 절차에 있어 피해자 진술의 신빙성을 높게 평가할 수 있게 하려면, 범인의 인상착의 등에 관한 목격자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세히 기록화한 다음, 용의자를 포함하여 그와 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 목격자와 대면시켜 범인을 지목하도록 하여야 하고, 용의자와 목격자 및 비교대상자들이 상호 사전에 접촉하지 못하도록 하여야 하며, 사후에 증거가치를 평가할 수 있도록 대질 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 서면화하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 사진제시에 의한 범인식별 절차에 있어서도 기본

안의 원심 및 대법원은 i) 범행 사건 당시 피고인이 집행유예 기간이었다는 점, ii) 피해자가 아동·청소년으로서 미성년자라는 점, iii) 아동·청소년의 진술역량에 대해 형사소송법 제308조의 자유판단의 의미와 그 제한원리를 충실하게 이행하지 않았다는 점, iv) 아동·청소년 성범죄 사건임에도 불구하고 이에 대한 고려나 이해가 없이 성인 대상 성범죄 사건에 대한 판단 기준을 기계적으로 그대로 적용하였다는 점, v) 그래서 이로 인해 합리적 의심이 없는 판단에 의한 심증형성이 아닌 단순한 사실 확인 판단에 의한 주관적인 확실성에 근접한 심증형성으로 판결하였다는 점¹⁰²⁾ 등으로 인해 실체적 진실발견을 저해한 동시에 인간능력의 한계 내에서 최선을 다하여 증명력을 판단하여야 함에도 불구하고 이를 충실히 이행하지 않았다고 본다.¹⁰³⁾ 물론 실체적 진실은 발견되는 성질의 것도 아니고, 발견할 수 있는 성질의 것도 아니지만 실체적 진실을 최대한 발견하기 위해¹⁰⁴⁾ 그 의무를 충실히 이행했어야 했다고 본다.¹⁰⁵⁾

어떠한 범죄 사건에 대한 사실의 인정은 형사소송법 제307조와 제308조의 규정에 의해 엄격한 법리검토를 거쳐 적용 및 인정되어야 한다. 이는 제1심 및 원심 뿐만 아니라 대법원도 마찬가지라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 이에 대상판례 사안의 경우¹⁰⁷⁾ 대법원은 원심의 판단이 자유심증주의의 한계를 벗어남에도 불구하고 그러한 판시사실을 자세히 살펴보지 않고 원심의 판시사실을 그대로 인정한 잘못이 있고, 아무리 상고심이라고 하더라도 당사자

적으로 이러한 원칙에 따라야 한다.”

102) 송승현, “무고죄에 있어 허위의 사실 및 주관적 구성요건 - 대법원 2014. 03. 13. 선고 2012도2468 판결 -”, 「법조」 제706권 제7호, 법조협회, 2015, 257면.

103) 송승현, 앞의 논문(주 102), 257면.

104) 실체적 진실발견과 관련된 자세한 내용은 ‘송승현, 앞의 논문(주 73), 249-256면’ 참조.

105) 송승현, “준강간죄의 수단·방법에 있어 심신상실과 음주의 연관성”, 「강원법학」 제55권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 636면.

106) 송승현, 앞의 논문(주 105), 634면.

107) 이하 자유심증주의에 대한 내용은 ‘송승현, 앞의 논문(주 105), 635-636면; 동, “미성년자에 대한 성폭력 및 유인 행위의 인정의 타당성 문제 - 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도9288·2014진도167(병합) 판결 -”, 「법학논총」 제24집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 357-358면; 동, “무고죄에 있어 허위의 사실 및 주관적 구성요건 - 대법원 2014. 03. 13. 선고 2012도2468 판결 -”, 256-258면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문들을 참조.

중 어느 한쪽에 치우친 판단을 해서는 안 되는 것이다. 이는 대법원이 판단하는 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다. 아무리 - 대법원도- 자유심증주의라고 하더라도 그 기준 내지 제한이 있는 것이기 때문이다. 물론 합리적 의심의 여지가 없다고 할 때 그 심증의 정도는 합리성이 없는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니다.¹⁰⁸⁾ 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문·불신을 포함하는 것이 아니라 논리칙과 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하기 때문이다. 그러나 원심판단과 그 판단을 그대로 인정한 대법원은 논리칙과 경험칙에 충실하지 않았고, 이로 인해 합리적 의심이 없는 판단에 의한 심증형성이 아닌 단순한 사실 확인 판단에 의한 주관적인 확실성에 근접한 심증형성으로 판결하였다. 즉, 형사소송법상 사실의 인정은 증거에 의해야 하고, 자유로운 증명의 대상이라고 하더라도 증거능력의 유무와 증거조사의 방법에 차이가 있을 뿐 심증의 정도에 차이가 있는 것은 아니므로 피해자 A와 B의 진술조서의 증거능력 및 증명력에 있어 진(眞)임을 또는 진(眞)으로 인식할 수 있는 인식의 기준인 50% 이상을 충족했다고 볼 수 있고, 이는 단순한 수치가 아닌 자유판단의 의미 및 그 제한원리에 따른 논리칙과 경험칙의 관점에서 합리적인 의심이 없는 정도의 확률인 90%~95%로서 법원은 인간능력의 한계 내에서 최선을 다하여 증명력을 판단하여야 함에도 불구하고 이를 충실히 이행하지 않은 것이다. 결국 원심 및 대법원은 범죄사실의 인정 및 증거의 증명력이 합리적인 의심이 없는 정

108) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결; 대법원 2006. 05. 25. 선고 2003도3945 판결; 대법원 2004. 06. 25. 선고 2004도2221 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003도3797 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도4392 판결; 대법원 2000. 11. 07. 선고 2000도3507 판결; 대법원 2000. 10. 24. 선고 2000도3307 판결; 대법원 2000. 02. 25. 선고 99도5350 판결; 대법원 2000. 02. 25. 선고 99도1252 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결; 대법원 1998. 11. 13. 선고 96도1783 판결; 대법원 1995. 05. 12. 선고 94도477 판결; 대법원 1995. 05. 09. 선고 95도535 판결; 대법원 1994. 09. 13. 선고 94도1335 판결 : “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 합리성이 없는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.”

도의 증명에 이르렀음에도 불구하고 형사재판에서 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 있다고 본다.

V. 맺음말

대상판례 사안은 피고인의 피해자들에 대한 아동복지법 위반 사안이라고 할 수 있다. 대상판례에서 주요 쟁점은 피해자들(A 및 B)의 진술조서에 대한 증거능력 및 증명력의 인정 여부라고 할 수 있다. 즉, 피해자 A의 경우에는 진술조서의 증거능력 인정 여부로서 형사소송법 제314조 및 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부가 문제가 되고, 피해자 B의 경우에는 진술조서의 증명력 인정 여부로서 형사소송법 제307조와 제308조의 적용 및 인정 여부가 문제가 된다. 이에 대해 대상판례의 원심 및 대법원은 제1심과는 달리 이를 인정하지 않았다. 그래서 원심 및 대법원의 이러한 태도는 타당하지 않다고 본다. 대상판례 사안에서 가장 큰 문제는 아동의 진술역량이라고 할 수 있는데, 원심 및 대법원은 아동이라는 특성과 이것에 기반한 역량을 전혀 고려하지 않은 잘못이 있다고 할 수 있기 때문이다. 그리고 피해자가 아동이라는 점에서 아동에 대해 다른 법률에서 특별히 규정하고 있는 사항을 충실하게 살펴보지 않은 잘못이 있고, 제1심에서 인정한 근거로써 증거목록에 명시된 사항의 검토를 해태함으로써 충실하게 살펴보지 않은 잘못이 있으며, 이로 인해 형사소송법의 증거법 규정을 해석 및 적용함에 있어 선부른 판단을 하여 그에 대한 법리를 오해함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 있기 때문이기도 하다.

대상판례 사안의 경우는 소송참여자이면서 당해 사건의 직접적인 당사자인 피해자들(A 및 B)이 유일한 목격자이면서 증인이고, 이들의 진술 내지 진술조서가 유일한 증거이면서 주된 증거라고 할 수 있다. 여기서 중요하게 고려할 점은 성폭력 뿐만 아니라 성희롱의 경우 즉, 아동·청소년인지의 여부와 관계없이 성범죄 사건에서 피해자는 그의 성정, 가해자와의 관계, 당시

의 구체적인 상황 등에 의해 개개인에 따라 행동하는 양상이 다르게 나타날 수밖에 없다는 점이다. 그래서 개별적·구체적 사건에서 성범죄로 인한 피해자가 처해있는 특별한 사정¹⁰⁹⁾ 및 개개인이 처한 상황 및 특성 그리고 소질과 환경 등을 종합적으로 판단하여 고려하여야 하며, 이러한 점이 고려되지 않은 상황에서 피해자의 진술을 무조건적으로 배척하는 것은 형사소송법 제307조와 제308조가 추구하는 증거 판단이라고 볼 수 없다고 본다.

성범죄 피해 아동의 진술조서에 대한 증거능력 및 증명력 - 송 승 현	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.02.15.	2021.02.24.	2021.03.18.

109) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결; 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 : “성폭행이나 성희롱 사건의 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.”

대법원 2020. 9. 24. 선고 2020도7869 판결 : “성추행 피해자가 추행 즉시 행위자에게 항의하지 않은 사정’이나 ‘피해 신고 시 성폭력이 아닌 다른 피해사실을 먼저 진술한 사정’만으로 곧바로 피해자 진술의 신빙성을 부정할 것이 아니고, 가해자와의 관계와 피해자의 구체적 상황을 모두 살펴 판단하여야 한다는 취지로서, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 강제추행죄의 성립 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.”

[참고문헌]

I. 국내문헌

1. 단행본

신동윤, 「신형사소송법」 제4판, 법문사(2012).
이제상, 「신형사소송법」, 박영사(2008).

2. 논문

김태경/이영호, “아동성폭력 피해 가능성 평가기준 개발 및 타당화”, 한국심리학회지 : 일반(제29권 제3호), 한국심리학회(2010).
박광배, “성학대 피해아동의 증언문제”, 인간발달연구(제3호), 한국인간발달학회(1996).
송승현, “구(舊) 청소년보호법 제8조 제2항 및 제4항에서 아동·청소년이용음란물의 정의의 위헌 여부 - 헌법재판소 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합) -, 고려법학(제80호), 고려대학교 법학연구원(2016).
_____, “과실범에 있어 과실판단과 인과관계판단”, 형사정책연구(제25권 제3호), 한국형사정책연구원(2014).
_____, “무고죄에 있어 허위의 사실 및 주관적 구성요건 - 대법원 2014. 03. 13. 선고 2012도2468 판결 -, 법조(제706권 제7호), 법조협회(2015).
_____, “미성년자에 대한 성폭력 및 유인 행위의 인정의 타당성 문제 - 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도9288·2014전도167(병합) 판결 -, 법학논총(제24집 제3호), 조선대학교 법학연구원(2017).
_____, “성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단 문제”, 법학논집(제24집 제1호), 조선대학교 법학연구원(2017).
_____, “실체적 진실주의와 소송참여자의 진실의무”, 홍익법학(제16권 제4호), 홍익대학교 법학연구소(2015).
_____, “정신병질자에 대한 치료감호법상의 치료행위에 외과적인 뇌수술의 허용여부”, 홍익법학(제17권 제2호), 홍익대학교 법학연구소(2016).
_____, “준강간죄의 수단·방법에 있어 심신상실과 음주의 연관성”, 강원법학(제55권), 강원대학교 비교법학연구소(2018).
_____, “합정수사의 형사책임과 한계”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원(2014).
_____, “형법상 폭행죄의 폭행의 의미에 소음의 포함여부 문제”, 홍익법학(제17권 제4호), 홍익대학교 법학연구소(2016).
이승진, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰 : 아동의 인지 및 언어 능력을 중심으로”, 한국심리학회지 : 법(제3권 제3호), 한국심리학회(2012).
_____, “진술 조사 맥락에서 아동 기억에 대한 발달심리학적 고찰”, 한국심리학회지 : 발달(제26권 제2호), 한국심리학회(2013).
홍유진/김시업, “아동 대상 성범죄의 전문가 참여제도에 관한 고찰 - 아동 진술의 확보와 분석에서의 개입을 중심으로-”, 법학연구(제25권 제4호), 경상대학교 법학연구소(2017).

3. 번역본

Ratey, John J, 「A USER'S GUIDE TO THE BRAIN[뇌, 1.4킬로그램의 사용법]」(김소희 옮김) (최준식 감수), (주)북이십일 21세기북스(2013).

II. 국외문헌

1. 단행본

- Berliner, Lucy/Elliott, Diana M., Sexual abuse of children, In J. E. B. Myers/L. Berliner/J. Briere/C. T. Hendrix/C. Jenny/T. A. Reid (Eds.), *The APSAC handbook on child maltreatment*, Sage Publications, Inc., (2002).
- Bjorklund, David F., *Children's Thinking : Cognitive Development and Individual Differences* 4th ed., Wadsworth Publishing, (2005).
- Clark, Herbert H./Clark, Eve V., *Psychology and Language : An Introduction to Psycholinguistics*, Harcourt College Pub, (1977).
- Committee on the Judiciary, *FEDERAL RULES EVIDENCE - United States Courts*, U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE WASHINGTON, (2014).
- de Villiers, Jill G./de Villiers, Peter A., Language development, In Marc H. Bornstein/Michael E. Lamb (Eds.), *Developmental Psychology : An Advanced Textbook* 4th Edition, Psychology Press, (1999).
- Del Carmen, Rolando V, *Criminal procedure : law and practice* 5th ed, Belmont, CA : Wadsworth/Thomson Learning, (2001).
- McGaugh, James L., *Memory and emotion : The making of lasting memories*, Columbia University Press, (2003).
- Terr, Lenore, *Unchained Memories : True Stories Of Traumatic Memories Lost And Found*, Basic Books; Presumed First Edition, (1994).

2. 논문

- Atkinson, Richard C./Shiffrin, Richard M., The Control of Short-Term Memory, *Scientific American* Vol. 225. No. 2., a division of Nature America, Inc., (1971).
- Bahrick, Lorraine E./Parker, Janat Fraser/Fivush, Robyn/Levitt, Mary, The effects of stress on young children's memory for a natural disaster, *Journal of Experimental Psychology : Applied* Volume 4. Issue 4., American Psychological Association, (1998).
- Bottoms, Bette L./Quas, Jodi A./Davis, Suzanne L., The influence of the interviewer-provided social support on children's suggestibility, memory, and disclosures, In Margaret-Ellen Pipe/Michael E. Lamb/Yael Orbach/Ann-Christin Cederborg (Eds.), *Child Sexual Abuse : Disclosure, Delay, and Denial* 1st, Taylor & Francis Group, (2007).
- Brown, Roger/Kulik, James, Flashbulb memories, *Cognition* Volume 5. Issue 1., Elsevier B.V., (1977).
- Byrne, Ruth M. J., Précis of The Rational Imagination : How People Create Alternatives to Reality, *Behavioral and Brain Sciences* Volume 30. Issue

- 5-6., Cambridge University Press, (2008).
- Carrick, Nathalie/Quas, Jodi A., Effects of discrete emotions on young children's ability to discern fantasy and reality, *Developmental Psychology* Volume 42. Issue 6., American Psychological Association, (2006).
- Chi, Micheline T. H./Ceci, Stephen J., Content Knowledge : Its Role, Representation, and Restructuring in Memory Development, *Advances in Child Development and Behavior* Volume 20., Elsevier Inc., (1987).
- Christianson, Sven-Åke, Emotional stress and eyewitness memory : A critical review, *Psychological Bulletin* Volume 112. Issue 2., American Psychological Association, (1992).
- Conway, Andrew R. A./Skitka, Linda J./Hemmerich, Joshua A./Kershaw, Trina C., Flashbulb memory for 11 September 2001, *Applied Cognitive Psychology* Volume23. Issue5., Wiley InterScience, (2009).
- Dempster, F. N., Memory span : Sources of individual and developmental differences, *Psychological Bulletin* Volume 89. Number 1., APA PsycNet, (1981).
- Dent, Helen R./Stephenson, Geoffrey M., An experimental study of the effectiveness of different techniques of questioning child witnesses, *British Journal of Social and Clinical Psychology* Volume18. Issue1., The British Psychological Society, (1979).
- Fivush, Robyn/Sales, Jessica McDermott/Goldberg, Amy/Bahrnick, Lorraine/Parker, Janat, Weathering the storm : Children's long term recall of Hurricane Andrew, *Memory* Volume 12. Issue 1., Taylor & Francis Group, (2004).
- Friedman, William J./Lyon, Thomas D., Development of temporal-reconstructive abilities, *Child Development* Volume76. Issue6., SRCD, (2005).
- Goodman, Gail S./Hirschman, Jodi E./Hepps, Debra/Rudy, Leslie, Children's Memory for Stressful Events, *Merrill-Palmer Quarterly* Vol. 37. No. 1., Wayne State University Press, (1991).
- Goodman, Gail S./Quas, Jodi A./Batterman-Faunce, Jennifer M./Riddlesberger, M. M./Kuhn, Jerald, Children's reactions to and memory for a stressful event : Influences of age, anatomical dolls, knowledge, and parental attachment, *Applied Developmental Science* Volume 1. Issue 2., Taylor & Francis Group, (1997).
- Goodyear-Brown, Paris/Fath, Abbe/Myers, Lori, Child sexual abuse : The scope of the problem, In P. Goodyear-Brown (Eds.), *Handbook of child sexual abuse : Identification, assessment, and treatment*, John Wiley & Sons, Inc., (2012).
- Lamb, Michael E./Brown, Deirdre A., Conversational apprentices : Helping children become competent informants about their own experiences, *British Journal of Developmental Psychology* Volume 24. Issue 1., The British Psychological Society, (2006).
- La Rooy, David/Pipe, Margaret Ellen/Murray, Janice E., Enhancing children's event recall after long delays, *Applied Cognitive Psychology* Volume21. Issue1., Wiley InterScience, (2007).

- La Rooy, David/Pipe, Margaret-Ellen/Murray, Janice E., Reminiscence and hypermnesia in children's eyewitness memory, *Journal of Experimental Child Psychology* Volume 90. Issue 3., Elsevier B.V., (2005).
- La Rooy, David J./Lamb, Michael E./Pipe, Margaret-Ellen, Repeated interviewing : a critical evaluation of the risks and potential benefits, In Kathryn Kuehne/Mary Connell (Eds.), *The Evaluation of Child Sexual Abuse Allegations : A Comprehensive Guide to Assessment and Testimony* 1st, Wiley, (2009).
- La Rooy, David J/Malloy, Lindsay C/Lamb, Michael E., The Development of Memory in Childhood, In Michael E. Lamb/David J. La Rooy/Lindsay C. Malloy/Carmit Katz (Eds.), *Children's Testimony : A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice* 2nd Edition, Wiley-Blackwell, (2011).
- Lamb, Michael E./Orbach, Yael/Warren, Amye R./Esplin, Phillip W./Hershkowitz, Irit, Enhancing Performance : Factors Affecting the Informativeness of Young Witnesses, In Michael P. Toglia/J. Don Read/David F. Ross/R. C. L. Lindsay (Eds.), *The Handbook of Eyewitness Psychology* Volume I Memory for Events, New York Psychology Press, (2007).
- Lyon, Thomas D., Applying Suggestibility Research to the Real World : The Case of Repeated Questions, *Law and Contemporary Problems* Vol. 65. No. 1., Duke University School of Law, (2002).
- Melton, Arthur W., Implications of short-term memory for a general theory of memory, *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior* Volume 2. Issue 1., Elsevier Inc., (1963).
- Murachver, Tamar/Pipe, Margaret-Ellen/Gordon, Rachael/Owens, J. Laurence/Fivush, Robyn, Do, Show, and Tell : Children's Event Memories Acquired Through Direct Experience, Observation, and Stories, *Child Development* Vol. 67. No. 6., Wiley, (1996).
- Nathanson, Rebecca/Saywitz, Karen J., The Effects of the Courtroom Context on Children's Memory and Anxiety, *The Journal of Psychiatry & Law* Volume 31. Issue 1., SAGE Journals, (2003).
- Neisser, Ulric/Harsch, Nicole, Phantom flashbulbs : False recollections of hearing the news about Challenger, In Winograd, Eugene/Neisser, Ulric (Eds.), *Affect and accuracy in recall : Studies of "flashbulb" memories*, Cambridge University Press, (1992).
- Orbach, Yael/Lamb, Michael E., The relationship between within-interview contradictions and eliciting interviewer utterances, *Child Abuse & Neglect* Volume 25. Issue 3., Elsevier B.V., (2001).
- Ornstein, P. A./Haden, C. A., The development of memory : Toward an understanding of children's testimony, In M. L. Eisen/J. A. Quas/G. S. Goodman (Eds.), *Personality and clinical psychology series. Memory and suggestibility in the forensic interview*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, (2002).

- Ornstein, Peter A./Naus, Mary J., Effects of the Knowledge Base on Children's Memory Strategies, *Advances in Child Development and Behavior* Volume 19, Elsevier Inc., (1985).
- Pipe, Margaret-Ellen/Sutherland, Rachel/Webster, Nalini/Jones, Carolyn/La Rooy, David, Do early interviews affect children's long term event recall?, *Applied Developmental Science* Volume 18. Issue 7., Taylor & Francis Group, (2004).
- Principe, Gabrielle F./Smith, Eric, The tooth, the whole tooth and nothing but the tooth : how belief in the Tooth Fairy can engender false memories, *Applied Cognitive Psychology* Volume 22. Issue 5., Wiley InterScience, (2008).
- Quas, Jodi A./Bauer, Amy/Boyce, W. Thomas, Physiological Reactivity, Social Support, and Memory in Early Childhood, *Child Development* Volume 75. Issue 3., SRCD, (2004), pp. 797-814
- Roberts, K. P., An overview of the theory of children's source monitoring, In K. P. Roberts/M. Blades (Eds.), *Children's source monitoring*, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., (2000).
- Saywitz, Karen J./Jaenicke, Carol/Camparo, Lorinda B., Children's Knowledge of Legal Terminology, *Law and Human Behavior* Volume 14. Issue 6., Springer Nature, (1990).
- Saywitz, Karen J./Snyder, Lynn/Nathanson, Rebecca, Facilitating the Communicative Competence of the Child Witness, *Applied Developmental Science* Volume 3. Issue 1., Taylor & Francis Group, (1999).
- Tartas, Valérie, The development of systems of conventional time : A study of the appropriation of temporal locations by four-to-ten-year old children, *European Journal of Psychology of Education* Vol. 16. No. 2., Springer Nature, (2001).
- Taylor, Marjorie/Shawher, Alison B./Mannering, Anne M., Children's Imaginary Companions : What is it Like to Have an Invisible Friend?, In Keith D. Markman/William M. P. Klein/Julie A. Suhr (Eds.), *Handbook of Imagination and Mental Simulation*, Psychology Press, (2009).
- Wallin, Allison R./Quas, Jodi A./Yim, Ilona S., Physiological Stress Responses and Children's Event Memory, In Quas, Jodi A./Fivush, Robyn (Eds.), *Emotion in Memory and Development : Biological, Cognitive, and Social Considerations*, Oxford University Press, (2009).
- Waterhouse, Lynn H., Psychology and Language : An Introduction to Psycholinguistics by Herbert H. Clark, Eve V. Clark, *Language* Vol. 55. No. 2., Linguistic Society of America, (1979).
- Zajac, Rachel/Hayne, Harlene, I don't think that's what really happened : the effect of cross-examination on the accuracy of children's reports, *Journal of Experimental Psychology : Applied* Volume 9. Issue 3., American Psychological Association, (2003).

【국문초록】

성(性)과 관련된 범죄는 세월이 흐르더라도 항상 문제가 되고 있고, 국가 및 사회에서 문제라고 항상 언급하면서 대책을 마련한다고 하지만 끊임 없이 발생하는 범죄 중 하나이다. 성범죄 사건은 그 피해자가 남녀노소인지를 불문하고 문제가 된다고 할 수 있는데, 이 중에서도 가장 문제가 되는 것은 아동을 대상으로 한 성범죄라고 할 수 있다. 여기에는 성인도 아닌 어린 아동에게 어떻게 그러한 행위를 할 수 있는가 하는 인간으로서의 정서적인 부분이 영향을 미치고 있다고도 할 수 있다.

아동을 대상으로 한 성범죄 사건의 가장 큰 문제이면서 쟁점이라고 할 수 있는 부분은 재판에서라고 할 수 있다. 본 논문에서 다루고 있는 대상판례에서와 같이 아동의 진술조서에 대해 증거능력 및 증명력을 인정하지 않는 경우도 발생하기 때문이다. 이는 공판과정에서 특히 중요한 부분이면서 쟁점이라고 할 수 있다. 소송참여자이면서 당해 사건의 직접적인 당사자인 피해자가 유일한 목격자이면서 증인이고, 피해자의 진술 내지 진술조서가 유일한 증거이거나 그것이 주된 증거인 상황이 발생할 수 있으며, 이 경우 피해자가 진술 내지 진술조서의 원진술자로서 공판준비 또는 공판기일에 법정에서 진술할 수 없는 상황도 발생할 수 있기 때문이다. 그러나 아동의 진술 내지 진술조서에 대해 증거능력 및 증명력을 문제삼는 태도는 아동의 특성 및 이에 기반한 역량을 전혀 고려하지 않은 것이라고 본다. 또한 아동에 대한 성범죄 사건의 수사 및 공판절차는 형사소송법 및 아동·청소년에 대한 각종 특별법에 명확하게 규정되어 있음에도 불구하고 이러한 사정들을 고려하지 않고 법령을 해석 및 적용하는 것이라고 본다. 이에 이러한 태도는 타당하지 않으므로 재고(再考)할 필요가 있다.

【Zusammenfassung】

Die Beweiseskompetenz sowie die Beweiskraft über das
Aussagenprotokoll des Kinds des Schadens des
Sexualverbrechens

Song, Seung-Hyun

(Dr. jur. / Der Seniorforscher, Das juristische Institut der Universität
SungKyunKwan)

Die Sache des Sexualverbrechens kann der Beschädigte ohne Unterschied des Geschlechts und des Alters ausmachen, daß auch von solchen Verbrechen meist ausmacht, wendet sich am Kind, was das Sexualverbrechen sein kann. Hieran, wie auch kein Erwachsene zum Kind solche Handlung sein könne, kann der emotionale Teil des Menschen auch ausüben.

Als das meist Problem der Sache des Sexualverbrechens sich am Kind wendet, und kann zugleich der Teil des Streitpunkts sein, was im Gericht sein kann. Wie in dieser Abhandlung der behandelnde Objektspräzedenzfall ist, sind wegen des Ereignens vom Aussagenprotokoll des Kinds die Beweiseskompetenz sowie die Beweiskraft auch kein das Anerkennen. Hierauf können im Gerichtsverhandlungsprozess besonders der wichtige Teil und zugleich der Streitpunkt sein. Der Prozessesteilnehmer und zugleich der Beschädigte des unvermittelten Betreffenden der betreffenden Sache sind der einzige Augenzeuge und zugleich der Zeuge, und die Aussage des

Beschädigten oder das Aussagenprotokoll können sich der einzige Beweis oder die Sachlage des hauptsächlichsten Beweises ereignen, weil sich solche Fälle der Beschädigte vom ursprünglichen Aussager der Aussage oder des Aussagenprotokolls in der Gerichtsverhandlungsvorbereitung oder dem Gerichtstag zum Gerichtshof kein das Aussagen auch die Sachlage ereignen können. Aber die Einstellung die Beweiseskompetenz sowie die Beweiskraft in den Fragen haben von der Aussage oder dem Aussagenprotokolls stellingezogen, was die besondere Eigenschaft des Kinds sowie in dieser Basis die Fähigkeit genz nicht berücksichtigen. Hierzu ist, obwohl die Ermittlung der Sache des Sexualverbrechens sowie das Gerichtsverfahren über das Kind in der Strafprozeßordnung sowie jedem Sondergesetz über das Kind und den Jugendliche bestimmt bestimmt haben, sehen solche Sachlagen kein Berücksichtigen die Gesetze und die Verordnungen das Auslegen sowie das Anwenden. Hierauf brauchen solche Einstellung kein das Gültige nochmals zu überlegen.

주제어(Stichwörter) : 아동(das Kind), 아동복지법(das Gesetz zum Schutz der Jugend), 성범죄(das Sexualverbrechen), 성희롱(die sexuelle Belästigung), 진술역량(die Aussagenfähigkeit), 형사소송법(StPO), 진술조서(das Aussagenprotokoll), 증거능력(die Beweiseskompetenz), 증명력(die Beweiskraft)

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 주제를 첨부하여야 한다.

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

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

부 칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)
 - 위쪽: 23, 아래쪽: 23, 왼쪽: 28, 오른쪽: 28, 머리말: 11, 꼬리말: 11.
2. 글자모양
 - 서체: 신명조, 자간: -5, 장평: 100, 크기: 10.
3. 문단모양
 - 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 혼합.
4. 목차의 순서
 - I (‘큰제목’으로 설정)
 - 1. (‘중간제목’으로 설정)
 - (1) (‘작은제목’으로 설정)
 - 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
 - (가) (‘바탕글’로 설정)
 - 가) (‘바탕글’로 설정)
 - i) (‘바탕글’로 설정)
5. 각주의 표기
 - 저서의 인용: 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 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 제101호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제101호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2021년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

총 투고 논문 수의 60% 이내에 해당하는 수의 논문을 3인의 심사위원의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위에 따라 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제102호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제102호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2021년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

총 투고 논문 수의 60% 이내에 해당하는 수의 논문을 3인의 심사위원의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위에 따라 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016.06.09. 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 준수 의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제 10 조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다.

연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (논문 저자의 소속 표시) 논문 저자의 소속은 실험 및 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시하는 것이 원칙이다. 다만 이와는 다른 관행이 통용되는 분야에서는 그 관행을 따를 수 있다.

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

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

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 변안해서 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 중복게재하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용 부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용

5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.

② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

편집위원장: 하명호(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편집위원: 김경옥(고려대학교 법학전문대학원 교수)

이희정(고려대학교 법학전문대학원 교수)

차진아(고려대학교 법학전문대학원 교수)

신호영(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김상중(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김성은(강원대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경(제주대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)

김서기(상명대학교 공공인재학과 교수)

전윤구(경기대학교 법학과 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 (제100호)

2021年 3月 20日 印刷

2021年 3月 30日 發行

發行人 金 河 烈

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단 전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)